



جامعة محمد الأول
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
وجدة
مركز دراسات الدكتوراه في القانون والاقتصاد والتدبير
مخبر القضاء والتحكيم الوطني و الدولي

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص
في موضوع:

ضمانات التحكيم التجاري

-دراسة مقارنة-

إشراف الأستاذ
الدكتور عبد السلام فيغو

إعداد الطالب
ابراهيم العسري

لجنة المناقشة

- الدكتور عبد السلام فيغو: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الرباط أكادال..... مشرفا ورئيسا
- الدكتور محمد أخياط: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق وجدة.....عضوا
- الدكتور أحمد كويسي: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق فاس.....عضوا
- الدكتور عبد الرحمان الشرقاوي: أستاذ التعليم العالي بكلية الحقوق الرباط السويسي.....عضوا

السنة الجامعية:
2016-2015

كلمة شكر وتقدير

يقتضي واجب الاعتراف بالفضل أن أتقدم من الشكر أجزله ومن التقدير
أجله لأستاذي الدكتور عبد السلام فيغو الذي قبل الإشراف علـى
إنجاز هذه الأشرطة وعلى كل التوجيهات التي أمكنني بها ، في جميع
مراحل إعداد البحث رغم كثرة انشغالاته وضيق وقته . فله مني كل
الاجلال والعظيم الشناء والتقدير والاحترام وجزاه الله عنـي خير الجزاء.
كما لا تفوتني الفرصة لأشكر الأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة
المناقشة كل من الدكتور محمد أخيلـة والدكتور أحمد كويسـي
والدكتور عبد الرحمان الشرقاوي الذين عملوا عناء تصحيح وتنقيح
وتقييم هذا العمل ، وإلى كل من ساعدنا في اخراج هذا البحث إلى حيز
الوجود ، فلكم مني جميعا غاية الشكر والتقدير وجزاكم الله عنـي خير
الجزاء.

لائحة المختصرات:

ق.م.م : قانون المسطرة المدنية.

ق م م ف : قانون المسطرة المدنية الفرنسي

ق.ل.ع : قانون الالتزامات والعقود.

م.س : مرجع سابق.

ص : الصفحة.

ط : الطبعة

- Rev. Arb : Revue d'arbitrage

- Ed. : Edition

- Op.cit : Ouvrage déjà cité

- P : Page

- S : Suivant



مقدمة

يعتبر التحكيم من أقدم المؤسسات التي أُسند إليها مهمة حل النزاعات وتسويتها، حيث صاحب الإنسان منذ عهود قديمة، وتطور بتطور المبادلات التجارية بين الشعوب والقبائل، حتى أصبح عادة مترسخة في نفوس الناس والوجهة الوحيدة العادلة للبت في قضاياهم وخلافاتهم، وهذا ما حدا بالفيلسوف أرسطو إلى القول "بأن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم عن القضاء، ذلك لأن المحكم يرى العدالة، بينما القاضي لا يعتد إلا بالنشرع"⁽¹⁾.

وقد اهتم العرب أيضا بهذه الآلية وفي وقت مبكر لظهور مبادئ الحضارة العربية في شبه الجزيرة، وكان من الرائج أن يلجأ الأفراد إلى المحكمين، مثل شيوخ القبائل، أو الكهنة في كل نزاع نشب بينهم⁽²⁾، مما جعل التحكيم يكتسب في هذه الظرفية مكانة خاصة نتيجة الممارسة المتكررة والعرف المحلي، حيث كان الحل الوحيد لوقف وإنهاء العديد من الحروب على غرار حرب داحس والغبراء التي دامت أكثر من أربعين سنة، وذلك بالرغم من بساطة الإجراءات التي كان يتم بها التحكيم في هذه العصور.

إلى أن جاء الإسلام حيث باركت شريعتنا الغراء نظام التحكيم لأهميته و حاجة الناس إليه، فشرع الله سبحانه وتعالى التحكيم في النزاعات الزوجية، حيث يقول عز وجل: **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمَا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا**

(1) - لقد اختلف الفقه حول مسألة التطور التاريخي للتحكيم متسانلا حول ما إذا كان التحكيم يعد في حقيقته أسبق في الظهور من العدالة التي تقدمها الدولة أم أنه لاحق على ظهور عدالة الدولة، وفي هذا الصدد انقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات: - **الاتجاه الأول:** سلم بأن التحكيم هو شكل من أشكال العدالة، وأسبق في الظهور من العدالة التي تقدمها الدولة تأسيسا على المراحل الأربعة التي مرت بها الإنسانية، من القصاص الفردي إلى عدالة الدولة، حيث إنه في نظرهم بعد مرحلة القصاص الفردي التي مرت بها الإنسانية، انتقلت مباشرة إلى مرحلة التحكيم الاختياري ثم مرحلة التحكيم الإداري وهو التحكيم المفروض على الأفراد من قبل الدولة - وصولا إلى المرحلة النهائية والتي طبعها استقلال قضاء الدولة عن التحكيم. - **الاتجاه الثاني:** ذهب إلى أنه وإن كان نظام التحكيم قديما، فإنه لا يمكن استساغة فكرة ظهوره قبل قضاء الدولة. - **الاتجاه الثالث:** سلم بأن تاريخ الحضارات هو الكفيل وحده لإظهار الأسبقية لأي من النظامين. وكل ما يمكن التأكيد عليه هو أن التحكيم سبق عدالة الدولة في حضارات معينة، وأن عدالة الدولة سبقت في حضارات أخرى. (2) - و من أشهر الحكام أو المحكمين العرب، قصي بن كلاب، وهاشم بن عبد مناف وعبد المطلب بن هاشم، واكتم صيفي.



يوفق الله بينهما، إن الله كان عليهما خبيراً⁽³⁾. و في السنة النبوية ما رُوي أن ابن شرح قال: "يا رسول الله، إن قومي إذا اختلفوا في شيء، فأتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان، فقال الرسول: ما أحسن هذا"⁽⁴⁾، كما يُروى أن الصحابة رضوان الله عليهم لجؤوا إلى التحكيم واعتمدوه في عدة مجالات من حياتهم، و حتى في أمور الخلافة، ولا أدل على ذلك احتكام علي بن أبي طالب ومعاوية بن أبي سفيان لإنهاء الاقتتال بينهما في واقعة صفين.

وإذا كان التحكيم وسيلة اختيارية يلجأ إليها الأفراد بمحض إرادتهم لفض نزاعاتهم، قد نشأ وترعرع في جميع الحضارات والمجتمعات، فإن هذه الآلية الناجعة قد تطورت بشكل كبير وأصبحت لها أهميتها البالغة في وقتنا الحاضر الذي شهد - ويشهد - العديد من التحولات العميقة، والمعطيات الجديدة، بفعل ازدهار العلاقات التجارية الدولية واتساع مجالاتها نتيجة التطور الصناعي والاقتصادي و التكنولوجي الذي عرفته العديد من دول العالم و بروز حتمية الانفتاح والعولمة، وما صاحب ذلك من سهولة المواصلات، وانتقال رؤوس الأموال، هذا بالإضافة إلى تسابق الدول -لأسيما دول العالم الثالث- نحو استقطاب الاستثمارات الأجنبية، باعتبارها من أبرز الخيارات الاستراتيجية المرتبطة بالتنمية الشمولية.

في هذا السياق إذن، ونظرا لعدم ملائمة التنظيمات القضائية والقوانين الوضعية لبعض الدول مع طبيعة المعاملات التجارية -لا سيما الدولية منها- و الخلافات الناشئة عنها، حيث يختلط فيها الجانب القانوني بالاقتصادي، وتتطلب السرعة الممكنة في فضها، برزت أهمية التحكيم التجاري، حيث أضحت الوسيلة الفعالة والقادرة على حل النزاعات التجارية وفك رموزها، بفضل ما تقدمه هذه المؤسسة للمحتكمين من مزايا وضمانات

⁽³⁾ - الآية رقم (35) من سورة النساء

⁽⁴⁾ - حديث رواه النسائي.



تساعدهم على تطوير تجارتهم من ثقة و سرعة و مرونة في الإجراءات و تحرر من تعقيدات العديد من القواعد القانونية الوطنية، إلى جانب الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف في تنظيم و تسيير العملية التحكيمية، ناهيك عن المبادئ الأساسية التي يجب على الهيئات التحكيمية احترامها خلال إجراءات الدعوى التحكيمية. وكلها مميزات تساعد وبحق في توفير الجو الملائم للاستثمار وللمعاملات التجارية ويشجع على استقرارها، كما يساهم أيضا في إرساء وترسيخ دعائم الأمن القانوني و القضائي اللازم لحل المنازعات الناشئة عنها.

لهذا أصبح التحكيم التجاري من مظاهر الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وأداة مبتغاة لتنظيم وتنشيط التجارة الدولية، وعامل مهم وأساسي لتدفق الاستثمارات، وتخفيف العبء عن القضاء الوطني، الأمر الذي دفع مختلف الدول -وعلى أعلى مستوياتها- إلى الاهتمام بهذه الوسيلة السلمية، وفي هذا الصدد جاء في خطاب سامي لصاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله بمناسبة افتتاح السنة القضائية بتاريخ 29 يناير 2003 بأكادير ما يلي: "... وتجسيدا لنهجنا الراسخ للنهوض بالاستثمار وتفعيلا لما ورد في رسالتنا الموجهة لوزيرنا الأول في هذا الشأن، ندعو حكومتنا إلى مواصلة الجهود لعصرنة القضاء، بعقلنة العمل وتبسيط المساطر وتعميم المعلومات، كما يجب تنويع مساطر التسوية التوافقية، لما قد ينشأ من منازعات بين التجار، وذلك من خلال الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني و الدولي، ليستجيب نظامنا القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته ويسهم في جلب الاستثمار الأجنبي". وأضاف جلالته في خطابه بمناسبة ذكرى ثورة الملك و الشعب بتاريخ 20 غشت 2009 بتطوان أنه: "... وبموازاة ذلك، يتعين تطوير الطرق القضائية البديلة، كالوساطة و التحكيم والصلح..."



وكانت من نتائج هذا الاهتمام البالغ أن قامت مختلف الدول إما بسن قوانين جديدة منظمة لهذه المؤسسة، أو تعديل القوانين القائمة بصورة تساير هذا الفكر، ومن شأنها المساهمة في مواكبة هذه المتغيرات الجديدة، ومواجهة تحديات العولمة الاقتصادية وكسب رهان التنمية الشمولية⁽⁵⁾.

• التعريف بموضوع البحث

يتمحور موضوع بحثنا حول "ضمانات التحكيم التجاري" والذي سنحاول من خلاله دراسة المبادئ والأسس التي يقوم عليها نظام التحكيم، والتي تجعله وبحق الوسيلة المثلى لحل الخلافات والنزاعات، كمبدأ سلطان الإرادة الذي يعد ركيزة أساسية تعتمد عليه مؤسسة التحكيم، إلى جانب المبادئ الأساسية للنقاضي كحق الدفاع والحياد والاستقلال التي تعتبر حجر الزاوية في نظام التحكيم، حيث يوليها هذا الأخير أهمية قصوى لأهميتها البالغة في تحقيق العدالة والإنصاف. وستكون دراستنا لهذه الضمانات على ضوء التشريع المغربي المنظم للتحكيم (القانون رقم 05-08) مع الاستئناس ببعض التشريعات المقارنة خصوصا التشريع الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) بالدرجة الأولى والتشريع المصري (القانون رقم 27 / 1994) بالدرجة الثانية، هذا دون إغفال التطرق لطريقة تعامل المراكز الدولية للتحكيم التجاري الدولي مع هذه المرتكزات خصوصا في العقود الأخيرة التي عرفت العديد من المتغيرات التي أثرت بشكل أو بآخر في العديد من المفاهيم والمؤسسات ومن بينها مؤسسة التحكيم.

(5) - كما هو الشأن مثلا بالنسبة للتشريع المغربي، حيث تم تعديل قانون المسطرة المدنية في بابہ الثامن المتعلق بالتحكيم، وذلك بموجب القانون رقم 08-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 صادر في 19 ذي القعدة 1428 الموافق لـ 30 نوفمبر 2007، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذي القعدة 1428 الموافق لـ 6 ديسمبر 2007، ص 3894-3905. كإطار قانوني جديد ينظم التحكيم والوساطة الاتفاقية بالمغرب. و على غرارہ المشرع المصري، حيث أصدر قانونا جديدا خاص بالتحكيم رقم 27 لسنة 1994 وأيضاً المشرع الفرنسي، حيث قام بتعديل ق.م.م في شقہ المتعلق بالتحكيم عدة مرات آخرها بالمرسوم رقم 2011/48 الصادر بتاريخ 13 يناير 2011، والذي أحدث تغييرات قانونية مهمة في مادة التحكيم بفرنسا. وغيرها من التشريعات الوطنية.



• أهمية الموضوع:

لا شك أن البحث في مجال التحكيم عموما يكتسي أهمية بالغة، نظرا لما لهذا المجال من مميزات وما يحظى به من اهتمام كبير ومتزايد سواء على المستوى الداخلي أو على المستوى الدولي، ناهيك عن التحديات الكبيرة التي تفرضها التحولات الاقتصادية على الساحة الدولية، نتيجة تطور العقود الدولية، وظهور عقود جديدة لم يكن للمنظومة الدولية سابق عهد بها، إضافة إلى رغبة أطراف التجارة الدولية في الحصول على حماية قضائية خاصة منبعها التحكيم التجاري الدولي، كقضاء أصيل للتجارة الدولية، وذلك لما يوفره هذا القضاء، من ضمانات للتجار والتجارة الدولية على حد سواء.

وتزداد أهمية البحث في مجال التحكيم في المغرب لصدور القانون رقم 05-08 المنظم للتحكيم بالمغرب، الأمر الذي سيساهم ولا محالة في دراسة وتفصيل هذه الضمانات على ضوء مقتضيات هذا القانون والوقوف على المستجدات التي جاء المشرع المغربي في هذا الصدد.

كما يستمد موضوع ضمانات التحكيم التجاري أهميته كذلك، من القيمة الكبيرة لهذه الضمانات و المبادئ باعتبارها من العوامل الرئيسية المؤثرة جدا في فعالية مؤسسة التحكيم و ازدهارها، حيث تزيد هذه المزايا من الإقبال على التحكيم و اختيارها كوسيلة لفض المنازعات. والأهم من كل هذا أن من الجمع بين هذه الركائز في دراسة واحدة، سيساهم في الوقوف على العلاقة بينها و مدى تأثير بعضها البعض و فك رموز الإشكالات التي تثيرها.

• دوافع اختيار الموضوع:

و على هذا الأساس، اخترت البحث في هذا الموضوع، قصد إبراز القواعد التي تحكم هذه المبادئ، لاسيما مبدأ سلطان الإرادة، مع استجلاء مظاهر و تجليات أعمال هذا



المبدأ في الدعوى التحكيمية و كذلك الحدود التي تقيد إرادة الأطراف في هذا الصدد، هذا بالإضافة إلى تبيان مدى تأثر مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم بالتطور الكبير الذي لحق بجميع المجالات ونال من هبة أهم ركائزها وخصوصياتها. إلى جانب رغبتنا القوية في معرفة كيفية تناول التشريع المغربي لهذا المبدأ، وإلى أي حد توفق في تنظيمه بما يضمن للأطراف حريتهم في تسيير و إدارة النزاع التحكيمي، ويكفل لمؤسسة التحكيم مصداقيتها و فعاليتها.

و من دواعي دراستنا أيضا لهذا الموضوع، رغبتنا كذلك في الوقوف على أهمية وقيمة المبادئ الأساسية للتقاضي كحق الدفاع و المواجهة والمساواة و الحياد و الاستقلال، في تحقيق العدالة و حماية مصالح و حقوق الخصوم، و المساهمة في تبيان الضوابط التشريعية المنظمة لهذه الضمانات في الدعوى التحكيمية بالمقارنة مع الدعوى القضائية، والدور الكبير للهيئات التحكيمية في تطبيقها واحترامها.

• إشكالية الموضوع:

و إذا كان التحكيم التجاري يتميز من جهة أولى بتلك الحرية الواسعة الممنوحة للمحتكمين في تنظيم معظم مكونات وإجراءات الدعوى التحكيمية، ومن جهة ثانية بتكريسها للمبادئ الأساسية للتقاضي، فإلى أي حد استطاع التشريع المغربي والمقارن تنظيم هذه الضمانات و المبادئ بالشكل الذي يضمن التوازن الفني بين رغبة الأطراف والهيئات التحكيمية في التحرر من القيود الإجرائية المتبعة أمام المحاكم الوطنية و ضرورة احترام المبادئ الأساسية للتقاضي؟

هذه الإشكالية المحورية تتفرع عنها العديد من التساؤلات أهمها:

❖ ما هي مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في الدعوى التحكيمية؟



- ❖ ما هي القيود التي ترد على حرية الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية؟
- ❖ كيف نظم المشرع المغربي و المقارن مبدأ سلطان الإرادة في المادة التحكيمية؟ وهل استطاع توفير الضمانات اللازمة لحمايته من كل تجاوز أو سوء استعماله؟ وأي تأثير لهذا على مصالح الأطراف و عدالة الحكم التحكيمي؟
- ❖ إلى أي حد يمكن الحديث عن دور الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، في ظل أقول مبدأ سلطان الإرادة في العقود الأخيرة، نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي الدولي وما يستتبع ذلك من اختلال للتوازن العقدي والذي بات السمة البارزة في معظم المعاملات التجارية الدولية في عصرنا الحاضر؟
- ❖ ما هي الضوابط والقواعد التي تحكم المبادئ الأساسية للتقاضي في المادة التحكيمية؟ وما مدى كفاية هذه القواعد التشريعية في الإحاطة بجميع الجوانب المهمة لهذه المبادئ؟ وأي قابلية لتطبيق القواعد العامة المنظمة لهذه المبادئ على الدعوى التحكيمية؟ وهل من ضمانات حقيقة تكفل احترام هذه المبادئ وعدم الإخلال بها؟ وأي موقف للقضاء في هذا الصدد؟

• منهجية تناول الموضوع:

و لدراسة هذه الإشكالية ومعها أيضا كل التساؤلات الفرعية و المهمة التي يثيرها هذا الموضوع، سنعتمد في ذلك على المنهج التحليلي، كسبيل للوصول إلى رؤية شاملة حول الضمانات و المبادئ التي يركز عليها التحكيم التجاري في التشريع المغربي مع الاعتماد على المقارنة في التحليل كلما تبين لنا أنها مفيدة في دراسة نقطة قانونية معينة سواء في بعض التشريعات الوطنية المقارنة خصوصا التشريعين الفرنسي والمصري، أو في القواعد الدولية للتحكيم التجاري الدولي. مع الاستئناس في ذلك بآراء الفقه و اجتهادات القضاء والتحكيم، دون إغفال تدعيم هذه الدراسة بالاقتراعات و الملاحظات الشخصية حينما تكون هناك ضرورة لذلك.



• خطة البحث:

و هكذا، سنتناول هذا الموضوع تبعا للتسلسل المنطقي الذي يقتضيه إشكال البحث، وذلك بالحديث في القسم الأول عن المكانة البارزة لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، والقيود التي ترد عليه، ثم بعد ذلك سنخصص القسم الثاني لتبيان أهمية المبادئ الأساسية للتقاضي و مظاهر تكريس التحكيم التجاري لها.

و في الخاتمة سنحاول الخروج بخلاصة لهذه الدراسة، وتقديم بعض التوصيات التي نراها إلزامية لتدارك ما يمكن أن يحصل من نقص أو إخلال تشريعي في تنظيم ضمانات التحكيم التجاري.

وبالتالي، فإن التقسيم الرئيسي لهذا الموضوع سيكون على الشكل التالي:

- ◀ القسم الأول: اعتماد التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة.
- ◀ القسم الثاني: تكريس التحكيم التجاري للمبادئ الأساسية للتقاضي.



القسم الأول:

اعتماد التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة



القسم الأول:

اعتماد التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة

لقد بات من المسلمات به أن التحكيم التجاري أصبح الوسيلة المفضلة لدى المتعاملين والناشطين في الميدان التجاري لتسوية ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاعات بصدد معاملاتهم وعلاقاتهم، كما أصبح أيضا الهدف الأسمى والغاية المثلى الذي تسعى معظم الدول إلى احتضانه وتحسين تنظيمه بالشكل الذي يجعلها قبلة أساسية للمستثمرين الوطنيين والأجانب، قصد جلب استثماراتهم وتشجيعهم على توجيه رؤوس أموالهم إلى هذه الدول. وبطبيعة الحال فهذه المكانة المتميزة التي أضحت يكتسبها التحكيم في مجال فض المنازعات، تجد أساسها في العديد من المزايا التي تتسم بها هذه المؤسسة⁽⁶⁾، بالإضافة إلى اعتماده وارتكازه على مبادئ عدة، أفرزتها الممارسة العملية للتحكيم التجاري، وأصبحت تشكل في الوقت الحاضر عصب أنظمة التحكيم في غالبية بلدان العالم، بل وتم تبنيها في مجموعة من النصوص القانونية الوطنية منها والدولية بموجب قانون نموذجي اعتمدته الأمم المتحدة⁽⁷⁾، كموجه للتشريعات الوطنية الراغبة في تنظيم التحكيم التجاري.

(6)- للمزيد حول مزايا التحكيم التجاري أنظر على سبيل المثال:

- سعيد الشحري ، تسوية منازعات الاستثمار على ضوء التحكيم التجاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال والاستثمار، تخصص القانون التجاري المقارن جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة ، السنة الجامعية 2009/2008 ص 5 وما بعدها.
- الحسين مقبوب، مزايا التحكيم التجاري الدولي مقارنة مع القضاء، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 20، ماي 2008، ص 133.
- Eric ROBINE, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, seconde édition. L.G.D.Y. Mai 1994, p 09.
- Jean François, POUDRET, SEBASTIEN Besson: Droit comparé de l'arbitrage international, Schulthess, édition 2002 ; page 13 et suivante.
- René David, l'arbitrage dans le commerce international, Economica, Paris 1982, page 09.
- -Abdallah BOUDAHRAN, « Droit judiciaire privé au Maroc », 3ème édition , 1999, p. 183.
- (7)- يهدف قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إلى مساعدة الدول على تحديث قوانينها المتعلقة بالتحكيم، وذلك بمراعاة السمات والاحتياجات الخاصة للتحكيم التجاري الدولي في جميع مراحله، ويجسد هذا القانون توافقا عالميا في الآراء بشأن الجوانب الرئيسية لممارسة التحكيم التجاري الدولي، وهو ما جعل معظم الدول تأخذ بقواعد هذا القانون وتستقي منها تشريعاتها الداخلية المنظمة للتحكيم التجاري، وذلك بغية توحيد الفكر القانوني - أي عولمته - تسهيلا لتدفق السلع والخدمات عبر الحدود، وتوفيرا لجو ملائم للاستثمار. ويعد المغرب من بين هذه الدول، إذ بالرجوع إلى القانون رقم 05 - 08 المنظم للتحكيم والوساطة الاتفاقية بالمغرب، نجد أن أغلب فصوله مستقاة من هذا القانون، وهو ما يبرز رغبة المشرع المغربي في ملاءمة هذا القانون لقواعد التحكيم التجاري الدولي. راجع في هذا الصدد :



ومن بين هذه المبادئ الهامة، نجد مبدأ سلطان الإدارة، حيث يتمتع المحكّمون بالحرية في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعتهم، و تنظيم العملية التحكيمية في سائر مراحلها وبالطريقة التي تخدم معاملاتهم. لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد، هل استطاع التحكيم أن يحافظ على هذه الضمانة وهذا المبدأ، أم أن التطور الحاصل في المعاملات الاقتصادية والتكنولوجية، والذي مس مختلف المؤسسات والمجالات - بما فيها التحكيم - نال من هيبة وسلطة إرادة الأطراف؟ بعبارة أخرى إلى أي مدى يمكن القول بأن لأطراف التحكيم الحرية التامة في اللجوء إلى هذه الوسيلة وفي تنظيم إجراءاته في عصرنا الحاضر؟

حقا إن ما شهدته مختلف مجالات الحياة من تطور هائل، أثر وبشكل سلبي في مؤسسة التحكيم وفي بعض مبادئها، حيث أن التحكيم أصبح بدوره في خدمة الدول الصناعية والاقتصادية الكبرى وأداة لخدمة مصالحها ومعاملاتها التجارية⁸.

وهكذا وللوقوف أكثر على حقيقة مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري ارتأيت تقسيم هذا القسم إلى بابين، سيخصص الأول لدراسة مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر (الخاص) وذلك بتبيان تجليات سيادة إرادة الأطراف في هذا النوع من التحكيم وحدودها، على أن نبرز في (الباب الثاني) تراجع وأقول مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الحديث.

= * طارق مصدق، دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري على ضوء اجتهاد المجلس الأعلى، مداخلة ضمن أعمال الندوة الجهوية 11 المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى 50 لتأسيسه، وذلك بقصر المؤتمرات بالعيون يومي 1 و 2 نونبر 2007، سلسلة الندوات الجهوية طيلة سنة 2007 ص 213.

• يونس العياشي، مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم التجاري رقم 05 - 08 مع الاتفاقيات الدولية ومبادئ التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة محكمة، العدد 02 / مارس / ماي 2007، ص 197 وما بعدها.

- Khalid ZAHER, « le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international » Revue Marocaine de droit économique, N° 03/2010, page 26 et suivante.
- Bouchra JDAINI, « l'arbitrage commercial interne et international en droit marocain » Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD) N° 103, Mars- avril 2012, page 159 et suivante.
- Abdessadek RABIAH, l'arbitrage commercial interne et international, revue « série des livres de la cour suprême », N° 06/2005, page 21 et suivante

(8) - ذلك أن نظام التحكيم التجاري الدولي أصبح في وقتنا الحاضر بمثابة سفينة تقودها الدول الغربية وتسيطر عليه كمظهر من مظاهر تفوق حضارتها واقتصادها والذي يشتكي بعض أطرافه من ازدياد النفوذ الأمريكي على التحكيم التجاري الدولي أسوة بما يعرفه النظام العالمي الجديد في هذا المجال. انظر في هذا الصدد، عبد اللطيف مشبال، القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02/2002، ص 336.



الباب الأول:

سيادة مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر (الخاص)

يقصد بالتحكيم لجوء الأطراف إلى جهة غير قضائية لفض خلافاتهم الآنية أو المستقبلية⁹، وذلك بمقتضى شروط وإجراءات، يتم تحديدها إما من قبل الأطراف، أو يسندون تحديدها إلى إحدى مراكز التحكيم أو بواسطة قواعد للتحكيم التجاري، وعلى هذا الأساس فالتحكيم التجاري سواء كان داخليا أو دوليا إما أن يكون حرا طبقا ad- « hoc (خاصا) أو نظاميا (مؤسسيا)، فالتحكيم الحر هو الذي يتمتع بصده أطراف التحكيم بالحرية في تنظيمه وذلك بتعيين الهيئة التحكيمية وتحديد إجراءاته وغيرها¹⁰، أما التحكيم المؤسسي أو النظامي هو الذي بموجبه يحيل أطراف النزاع التحكيمي الخلافات التي نشأت بالفعل أو قد تنشأ على إحدى مراكز التحكيم الدائمة كمركز التحكيم بغرفة التجارة الدولية، أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لتتولى هذه الأخيرة عن طريق أجهزتها الإدارية تنظيم العملية التحكيمية طبقا للأنظمة واللوائح المعتمدة من قبل هذه المراكز¹¹.

وانطلاقا من التعاريف أعلاه، يتبين أن التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة¹² هو الذي يتمتع بصده أطراف النزاع التحكيمي بالحرية التامة في تنظيم العملية التحكيمية، وذلك في حدود ما تسمح الأنظمة العامة للدول وأيضا النظام العام الدولي والطبيق. وهكذا للإحاطة بمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر، سنحاول استجلاء مظاهر سيادة إرادة الأطراف في هذا النوع من التحكيم (الفصل الأول) على أن نقف عند القيود الواردة عليها (الفصل الثاني).

(9) - ليلي بنجلون: التحكيم التجاري في القانون المغربي والتشريعات العربية، مجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2002/02، ص 400.
(10) - حميد الأنديسي، التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2002/02، ص 449.
- حمزة حداد، تعريف التحكيم وقواعده لدى اتحاد المصارف العربية، المجلة المغربية للتحكيم التجاري العدد 2003/02، ص 10.
(11) - زكرياء الغزاوي، تسوية المنازعات التجارية عن طريق التحكيم المؤسسي، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 02 السنة 2003، ص 95 وما يليها. وانظر أيضا:
• عمر السيد التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 228.
• محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05 / 2011، ص 38.
(12) - راجع بخصوص مصطلح " تحكيم الحالات الخاصة " الدكتور أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، طبعة 1981، ص 21 وما يليها.



الفصل الأول: تجليات سيادة إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الحر

يعد التحكيم التجاري الحر الأكثر وفاء لمبدأ سلطان الإرادة، ولسرية التحكيم ومرونة إجراءاته، حيث يتولى فيه أطراف النزاع القيادة في التنظيم منذ الاتفاق إلى اللجوء إلى التحكيم مروراً باختيار المسطرة المناسبة وانتهاء بتنفيذ الحكم التحكيمي الذي هو الغاية الأسمى من التقاضي عموماً.

هذه الخصائص الهامة، جعلت من التحكيم الحر النظام الملائم للعلاقات الاقتصادية التي تتطلب السرية أكثر، كما هو الشأن في علاقات وعقود نقل التكنولوجيا¹³، كذلك يعد التحكيم الحر من حيث عدم وجود أي مركز أو مؤسسة تحكيمية تديره، الأكثر ملاءمة من الناحية السياسية للتحكيم الذي يكون أحد أطرافه دولة، لذا نجد هذا النوع من التحكيم يسود في بعض المنازعات، مثل المنازعات البحرية الدولية¹⁴ ومنازعات إعادة التأمين¹⁵.

فما هي إذن تجليات مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر؟ وهل استطاع المشرع المغربي من خلال تنظيمه لهذه المؤسسة الحفاظ لأطراف النزاع التحكيمي على حريتهم في إدارة خلافاتهم، وتوفير الأمن القانوني لهم؟ وكيف تعاملت التشريعات المقارنة وقواعد وأنظمة التحكيم مع هذا المبدأ؟

للإجابة عن هذه الأسئلة سنعمل على تقسيم الفصل إلى مبحثين، الأول سيتم تخصيصه لدراسة حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم وتبيان الشروط القانونية المنظمة

13 -) راجع في هذا الصدد : - صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنزع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005، ص 155 وما بعدها.

- صلاح بكر الطيار، المشاكل العملية التي تواجه التحكيم في العلاقات التجارية الدولية " نموذج عقد نقل التكنولوجيا الدولية"، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02، السنة 2002، ص 117 وما بعدها.

14 -) انظر في هذا الصدد : - أستاذنا الدكتور محمد أخياض، التحكيم البحري (غرفة التحكيم البحري بالمغرب)، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 01 يناير 2002، ص 09 وما يليها.

- محمد أطويف، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص 09 وما يليها.

15 -) محمد سامي الشوا، المرجع السابق، ص 38.



لاتفاق التحكيم، أما المبحث الثاني سنحاول فيه تبين مظاهر مبدأ سلطان الإرادة في إدارة وتنظيم الدعوى التحكيمية.

المبحث الأول: حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم التجاري:

يعتبر الأمن القانوني¹⁶ الهدف الذي يبحث عنه كل شخص وكل متعامل في الحقل التجاري، وذلك رغبة في الحفاظ على استمرار العلاقات والمعاملات الاقتصادية، وتحقيقا لاستقرارها. لذلك فإن اللجوء إلى التحكيم التجاري لدليل على رغبة الأطراف في الحصول على درجة وعلى قدر كاف من الأمان القانوني، وهذا راجع إلى ما يوفر التحكيم التجاري من ضمانات لأطرافه لا يجدون مثيلا لها في الأنظمة القضائية الوطنية، والتي تعد حرية الأطراف في اللجوء إلى هذه الوسيلة من أهمها، ذلك أن الإرادة والحرية تتجلى ومنذ البداية في اللجوء إلى التحكيم في حد ذاته¹⁷، فعدم توفر هذه الإرادة يعني عدم توفر أي اتفاق، وما هذا الأخير إلا تعبير عن التراضي والحرية، ومن التراضي والتوافق يستمد العقد قوته الملزمة¹⁸، وبالتالي أمانه القانوني.

(16)- بالرغم من الاستعمال الشائع لمبدأ الأمان القانوني، إلا أنه قلما يتم الاهتمام بإعطاء تعريف له من طرف الفقه، إذ غالبا ما يقدم كإطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، أو كغاية محورية لكل نظام قانوني. وترجع صعوبة تعريف هذا المبدأ إلى أن الأمن القانوني متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات، كثير الأبعاد فضلا عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات، وعلى الأساس فإن الأمن القانوني يعني: " كل ضمانات وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين، ودون مفاجآت، حسن تنفيذ الالتزامات، وتلافي أو على الأقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون".

للمزيد حول المبدأ انظر: * ابراهيم العسري، التحكيم ومستلزمات الأمن القانوني والقضائي، دراسة على ضوء القانون رقم 05-08، مقال منشور بمجلة الملف، العدد 21 أكتوبر 2013، ص 149 وما يليها.

* عبد المجيد غميجة، الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 42 ماي 2009، ص 3 وما بعدها.

(17)- Eric A. CAPRIOLI: règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du juriste, Litec, 2002, page 105 et suivant.

(18)- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1989، ص 54.



إذن فالحديث عن الحرية في اللجوء إلى التحكيم يقودنا إلى الحديث عن الحرية في إبرام اتفاق التحكيم وإنشائه (المطلب الأول)، وما سيتتبع ذلك من تشكيل للهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: دور إرادة الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم

يذهب فقهاء الدولة الحارسة إلى أن كل ما هو اتفاقي فهو عادل، وذلك بغض النظر عما يحمله هذا الاتفاق في ثناياه و مظاهره، وعليه فاخترار الأطراف للتحكيم كوسيلة لتسوية خلافاتهم يعد إعمالا واضحا لإرادة هؤلاء الأطراف في اللجوء إلى وسيلة بديلة بما يرتبه من آثار إيجابية وسلبية بهذا الخصوص، فالتحكيم إذن هو اتفاق بين طرفين على طريقة لحل مشاكلهم، ولذلك فإن التحكيم لا يجوز إجراؤه إلا إذا وجد هذا الاتفاق¹⁹، وهذا الأخير نابع من مبدأ قانوني هو مبدأ سلطان الإرادة والذي يفيد أن إرادة الإنسان لها أن تنشئ ما تشاء من الحقوق والمراكز القانونية ولها أن تبرم ما تشاء من العقود والاتفاقيات وأن تحدد آثار هذه العقود. وعلى هذا النهج تسيير تشريعات العديد من الدول²⁰ ومن بينها التشريع المغربي، إذ بالرجوع إلى الفصل 306 من القانون 05 - 08 نجد المشرع المغربي يعرف التحكيم ويجعله مقترنا وجودا وعدما باتفاق أي إرادة الأطراف²¹، ومما جاء في هذا

19 - وهو الاتجاه الذي ذهبت فيه محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها، حيث قضت محكمة النقض بعدم جواز التحكيم بدون اتفاق، إذ تبين لها خلو ملف النزاع مما يفيد اتفاق طرفي الدعوى على اللجوء إلى التحكيم فقضت بذلك بنقض القرار المطعون فيه وإحالة على المحكمة المختصة، نقض مصري، الطعن رقم 8511 لسنة 63 ق - جلسة 2002/11/19. ملخص هذا القرار مشار إليه من طرف المستشار أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الثانية 2008، ص 168.

20 - كالتشريع المصري مثلا، حيث عرفت الفقرة الأولى من المادة 04 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التحكيم، حيث تنص هذه الفقرة على أنه " ينصرف لفظ " التحكيم " في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك " ، وهو نفس النهج الذي سارت عليه أغلب التشريعات الأوروبية كالفرنسي والإسباني والهولندي وغيرها، إذ بالرجوع إلى المادة 1020 من قانون التحكيم الهولندي نجده ينص على أنه " اتفاق الأطراف على إحالة المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ مستقبلا نتيجة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية إلى التحكيم "

21 - وقد زاد المشرع المغربي - وعلى غرار العديد من التشريعات - من مبدأ سلطان الإرادة في اللجوء إلى التحكيم حينما جعل غياب اتفاق التحكيم سببا من أسباب الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، وذلك في البند " أ " من الفصل 36 - 327 المتعلق بالتحكيم الداخلي، وأيضا في التحكيم الدولي الفصل 51 - 327. كما يعتبر غياب اتفاق التحكيم من أسباب الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي

الفصل " يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق التحكيم" ليوضح في الفصل 307 المراد باتفاق التحكيم، حيث ينص هذا الفصل على أن " اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم، أو شرط تحكيم".

انطلاقاً من هذا التعريف يتضح أن اتفاق التحكيم هو تلاقي إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني معين، وبذلك فاتفاق التحكيم " عقد " كباقي العقود يستوجب قيامه وصحته توافر أركان موضوعية (الفقرة الأولى)، بالإضافة إلى ضرورة إفراغه في قالب وشكل معين (الفقرة الثانية). فما هي إذن الشروط الموضوعية والشكلية المطلوبة لقيام وإبرام اتفاق التحكيم بشكل قانوني؟ وإلى أي حد استطاع المشرع المغربي انطلاقاً من القواعد المنظمة لأركان اتفاق الموضوعية والشكلية الحفاظ على مرونة التحكيم وعلى حرية الأطراف في اللجوء إليها؟.

الفقرة الأولى : الأركان الموضوعية لإبرام اتفاق التحكيم :

انطلاقاً مما سبقت الإشارة أعلاه، فإن اتفاق التحكيم يعتبر عقداً كباقي العقود، وبالتالي فلا يقوم صحيحاً مرتباً لآثاره القانونية إلا إذا استجمع الأركان الموضوعية

بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية (الفصل 327/49) وهو ما نص عليه أيضاً المشرع المصري في البند (أ) من المادة 53 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على أنه " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية : أ - إذا لم يوجد اتفاق تحكيمي..."

وباستطلاع موقف القضاء المغربي في هذا الصدد، نجد أن هناك أحكاماً قضائية عديدة صادرة عن المجلس الأعلى تؤكد ما للأطراف من حرية وإرادة في اللجوء إلى التحكيم من أجل حل خلافاتهم. إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى بتاريخ 13 فبراير 2002 ما يلي " ...لكن حيث إنه بالرجوع إلى الفصل 08 من الاتفاقية والذي يشترط اللجوء إلى التحكيم في حالة وجود نزاع في تنفيذ هذا الاتفاق... يتبين أن الطرفين اتفقا على إسناد الأمر أولاً إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بشأن تنفيذ العقد والعقد شريعة المتعاقدين حسب الفصل 230 ق ل ع ، ومحكمة الاستئناف عندما قبلت الدعوى التي تقدم بها الطاعن مباشرة إلى القضاء متجاوزاً شرط التحكيم الذي التزمت به تكون قد خرقت القانون وعرضت قرارها للنقض " قرار عدد 240 صادر بتاريخ 2002/02/13 ، ملف تجاري عدد 98/3021 ، أشار إليه طارق مصدق، دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري على ضوء اجتهاد المجلس الأعلى ، المرجع السابق ، ص 217 . وأكد أيضاً في قرار آخر له جاء فيه " حيث إن المحكمة تبين لها من خلال العقد الرابط بين الطرفين أنهما اتفقا على = شرط التحكيم لفض النزاع الذي سيحصل بينهما، وهي طريقة نظمها المشرع في الفصل 309 من ق م م (الملغى) (الفصل 307 من ق 05 - 08 الحالي)، قرار عدد 241 ، صادر بتاريخ 2002/02/13، أشار إليه طارق مصدق، نفس المرجع ، ص 218 .



الأساسية للتعاقد والمنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود²² من رضا (أولا) وأهلية (ثانيا) وسبب (ثالثا) ومحل (رابعا) ، مع ما يمكن أن تتميز به هذه الأركان من خصوصية في اتفاق التحكيم ومن تنظيم خاص في القوانين الداخلية للتحكيم. فاستشعارا من الدول بمكانة وأهمية اتفاق التحكيم باعتباره أساس وجوهر العملية التحكيمية برمتها، تولت تنظيم معظم هذه الأركان في تشريعاتها الداخلية، خصوصا تلك المتعلقة باللجوء إلى التحكيم الداخلي²³ وسنحاول تبين هذه الأركان كما يلي:

أولاً: الرضا: إذا كان اتفاق التحكيم هو مجرد عقد من العقود، تنطبق عليه الضوابط

العامة للتعاقد المنصوص عليها في ق ل ع ، فإنه ينبغي لقيام هذا الاتفاق، أن يتوافر الرضا باللجوء إلى التحكيم، أي تقابل إرادتي طرفي هذا الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلا بينهما، فضلا عن ضرورة أن يأتي هذا الرضا صحيحا وسليما، إذ لا تكفي الإرادة وحدها، بل يتعين أن تكون حرة وصريحة، وسليمة، أي أنه يلزم لوجود التراضي عند إبرام اتفاق التحكيم وصحته توافر أمرين أساسيين لا يجب الخلط بينهما وهما :

* وجود الرضا بالتحكيم، حيث أن تخلفه يؤدي إلى وقوع اتفاق التحكيم باطلا.

* صحة الرضا بالتحكيم، حيث أن تعيبه يؤدي إلى وقوع اتفاق التحكيم قابلا للإبطال²⁴.

(22)- ينص الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن : " الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة هي : 1 - الأهلية للالتزام . 2 - تعبير صريح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام . 3 - شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام . 4 - سبب مشروع للالتزام"

(23)- أما بالنسبة لأركان وشروط الاتفاق على التحكيم التجاري الدولي، فقد تركت تشريعات غالبية الدول تنظيمها إلى الاتفاقيات الدولية التي وقعت عليها في هذا الصدد. وهو ما سار عليه المشرع المغربي، إذ بالرجوع إلى القانون رقم 05 - 08 المنظم للتحكيم والوساطة الاتفاقية بالمغرب خاصة الفرع الثاني منه المتعلق بالتحكيم الدولي، نجده لم يشر إلى الأركان والشروط المطلوبة لإبرام اتفاق التحكيم الدولي (من أهلية ورضا وسبب ومحل)، لكنه نص في الفصل 39 - 327 من هذا القانون على أنه، " تطبيق مقتضيات هذا الفرع على التحكيم الدولي دون الإخلال بما ورد في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية". وهي إشارة واضحة إلى مكانة الاتفاقيات الدولية المصادق عليها في تنظيم التحكيم الدولي وألوية تطبيقها على القانون الداخلي. والاتفاقيات التي صادق عليها المغرب كثيرة ومن بينها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، واتفاقية لاهاي لفتح مارس 1954، اتفاقية واشنطن لسنة 1965، اتفاقية عمان الموقعة سنة 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1981 وغيرها. وكلها اتفاقيات لا تخلو من الإشارة إلى الشروط الضرورية لإبرام اتفاق التحكيم الدولي كاتفاقية نيويورك مثلا، حيث يتضح من المادة 02 والمادة 05 منها ضرورة إبرام شرط التحكيم كتابة وأن تتوفر فيه أركان التعاقد من رضا وأهلية ومحل وسبب.

هذه الأركان غالبا ما تنص الاتفاقيات الدولية - كاتفاقية نيويورك مثلا - على خضوعها للقانون الوطني لأطراف التحكيم الدولي. (المادة 5 مثلا من اتفاقية نيويورك تخضع أهلية أطراف التحكيم إلى قانون الأحوال الشخصية (أي القانون الوطني للأطراف)).

(24)- محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 1999 ، ص 68 .
انظر بخصوص بطلان وإبطال الالتزامات بشكل عام :

وقد أوكل - بصيغة الوجوب - المشرع المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 09 - 327 من القانون رقم 05 - 08 للهيئة التحكيمية سلطة البت في صحة اتفاق التحكيم قبل النظر في موضوع النزاع، وذلك إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف⁽²⁵⁾، وبالتالي فالطرف الذي يدعي بأن إرادته منعدمة، أو مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا كالغلط أو الإكراه أو الغبن أو التدليس، عليه أن يثير ذلك أمام الهيئة التحكيمية وفق ما ينص عليه الفصل 09 - 327. وهناك العديد من الحالات التي أثبتت فيها عيوب الرضا أمام الهيئات التحكيمية، ونذكر من بينها القضية رقم 4381 لسنة 1986، والتي ادعى فيها أحد أطراف اتفاق التحكيم أمام الهيئة التحكيمية أن الاتفاق الذي أبرمه تم تحت الإكراه، لكن هيئة التحكيم رفضت طلب المدعي نظرا لعدم استطاعته إثبات ذلك، وأقرت تبعا لذلك صحة اتفاق التحكيم²⁶.

كما يمكن أيضا لمحكمة الموضوع أن تقرر إبطال اتفاق التحكيم لسبب من الأسباب والتي قد تكون إرادة أحد الأطراف بانعدامها أو عيبها أحد هاتيه الأسباب، حسب الفقرة الأولى والثانية من الفصل 327 من القانون 05 - 08 حيث ينص على أنه " عندما يعرض نزاع هذه الأخيرة إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم.

إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعي عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا".

* أحمد عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله)، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الثالثة 2000.

* عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مطبعة الفضالة، المحمدية، طبعة 1996.

* أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، طبعة 1987.

(25)- تنص الفقرة الأولى من الفصل 09 - 327 على ما يلي: " على الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع أن تبت تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصاتها، أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت". وهو ما تنص عليه أيضا المادة 22 من قانون التحكيم المصري. وقد كرست قواعد واتفاقيات التحكيم التجاري الدولي هذا المبدأ، راجع المادة 2 من قواعد غرفة التجارة الدولية، المواد 03، 10، 13 وغيرها من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المادة 41 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار ل 18 مارس 1965.

(26)- كما بنت الهيئة التحكيمية أيضا في إحدى القضايا (القضية 3327) ادعى فيها أحد أطراف التحكيم أن إبرام اتفاق التحكيم تم تأثير التدليس، لكن هيئة التحكيم رفضت طلب المدعي معتبرة التنفيذ الإداري للاتفاق يبين خلو هذا الأخير من أي عيب في الرضا. راجع بخصوص هذه القضايا:

عبد الرحيم زسايكي، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، مطبعة دار السلام للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى نونبر 2010 ص 27.

تبقى الإشارة إلى أنه يمكن كذلك لأي طرف يدعي أن اتفاق التحكيم باطل لعدم وجود رضاه أو عيبها أن يطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الصادر في هذا النزاع المبني على اتفاق تحكيمي باطل⁽²⁷⁾، وفق ما ينص عليه الفصل 36 - 327 بخصوص التحكيم الداخلي والفصل 51 - 327 بخصوص الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالمغرب، أما الأحكام التحكيمية الصادرة خارج المغرب فيمكن أيضا الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويلها الاعتراف أو الصيغة التنفيذية متى ثبت أن هناك اتفاق تحكيمي باطل⁽²⁸⁾، حسب ما ينص الفصل 48 - 327.

وهكذا فإذا كان المشرع المغربي، ومعه غالبية التشريعات قد منحت سواء للهيئة التحكيمية أو لمحكمة الموضوع إقرار صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ، كما تمت الإشارة إلى ذلك أعلاه، فإنه تثار في هذا الصدد إشكالية في غاية الأهمية، وتتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مسألة وجود الرضا وصحته أو بطلانه وتبعاً لذلك إقرار صحة أو بطلان اتفاق التحكيم؟ فبالرجوع إلى القانون 05-08 نجد أن المشرع المغربي أشار فقط إلى القانون الواجب على موضوع وإجراءات التحكيم ، ولم يشر من قريب أو بعيد إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم²⁹، وتثار هذه الإشكالية بحدة عندما يغفل أطراف التحكيم تحديد هذا القانون، ويكون هناك نزاع بشأن وجود الرضا من عدمه أو عيب فيه، فإلى أي قانون سيتم الاحتكام للقول بانعدام الرضا أو عيبه أو العكس؟

(27) - بخصوص الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي راجع :
• عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، دراسة في القانون المغربي والمقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011 .

(28) - وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في إحدى قراراته، التي استجاب فيها لطلب المستأنف، ونقض بالتالي القرار الاستئنافي القاضي بمنع الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي والصادر بناء على شرط تحكيم باطل لانعدام إرادة الطرف الثاني (الزبون) في اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد الأصلي. قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 7968 بتاريخ 1998/12/30 ، ملف تجاري عدد 1996/2064، راجع تفاصيل هذا القرار في مقالة الأستاذ محمد بوشيبية صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار بين القواعد التقليدية والقواعد الحديثة، مقال ضمن أعمال الندوة الجهوية الرابعة المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى 50 لتأسيسه، الدار البيضاء 18 و 19 2007 ، سلسلة الندوات الجهوية طيلة 2007 ، ص 80 .

(29) - وهي مسألة أغفلتها كذلك معظم التشريعات الداخلية للدول ومعها كذلك قواعد وأنظمة التحكيم التجاري الدولي

بخصوص هذا الإشكال يرى بعض الفقه⁽³⁰⁾، أنه يجب تحديد أولا الجهة التي يتعين عليها الفصل في مدى وجود عيب في الرضا من عدمه، فإذا كانت الجهة المعروض عليها النزاع هي الهيئة التحكيمية، فإنها تطبق القانون المتفق عليه من طرف الأطراف - وهنا لا إشكال ما دام القانون محدد - أما في حالة عدم وجود الاتفاق طبقت القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه الأكثر اتصالا بالنزاع، مع مراعاة شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة، وإذا كانت الجهة المعروض عليها النزاع هي القضاء، فإنها أيضا تطبق قانون الإرادة لكن في حالة انعدام هذا الأخير تطبق قانون دولة الموطن المشترك أو قانون محل إبرام العقد.

وهنا أعتقد أن الحل الحقيقي لهذا الإشكال بيد أطراف اتفاق التحكيم، فما دام التحكيم ينبني على إرادة الأطراف، فعلى الأطراف استغلال ذلك لمصلحتهم ولمصلحة معاملاتهم، وبالتالي يجب عليهم تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم والذي سيتم الرجوع إليه بصدد كل نزاع قد يثار بشأن صحة أو بطلان هذا الاتفاق³¹، ومن ثم تفادي اللجوء إلى القواعد الموضوعية الأكثر اتصالا بالنزاع أو البحث عن الإرادة الضمنية وغيرها من الحلول المعقدة، والتي تتنافى مع طبيعة التحكيم، ولا تخدم مصالح المعاملات التجارية.

وبالإضافة إلى هذا، فإنه تثار أيضا إشكالية أخرى بخصوص رضا الأطراف باللجوء إلى التحكيم، وتتعلق بالحالة التي لا يتم فيها التعبير الصريح عن الإرادة، ذلك أن تفسير هذه الأخيرة يثير بعض الصعوبات، ومن ذلك مثلا حالة تجديد العقد المتضمن لشرط التحكيم، فقد تنشأ علاقات متصلة بين الطرفين ويجري العمل بينهما على النص على التحكيم فيما يبرمانه من عقود ثم يبرمان عقدا من نفس النوع لم ينص فيه على التحكيم، فهل يجوز الاستناد إلى تواتر العمل لبيئتهما على التحكيم للقول بوجود اتفاق ضمني؟؟.

(30)- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997، ص 128.

(31)- وهو ما حصل فعلا في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية، حيث قضت هذه الأخيرة في قرار لها بتاريخ 1982/04/26 بصحة شرط التحكيم ليس على أساس القانون المصري، بل على القانون الإنجليزي، باعتباره القانون الواجب التطبيق على الشرط التحكيمي والذي تم اختياره وتحديده من طرف أطراف اتفاق التحكيم. قرار أشار إليه محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة 2010، ص 218.

بخصوص هذا الإشكال، ذهب بعض الفقه³² إلى أنه يجوز الاستناد إلى تواتر العمل بين الأطراف على التحكيم للقول تبعاً لذلك بوجود اتفاق ضمني على التحكيم إلا إذا اتضح من العقد الجديد أن الطرفين قد تعمدوا عدم ذكره، ورغبتهما في إقصائه. في حين ذهب اتجاه آخر من الفقه³³ إلى أنه لا مجال لإعمال الإرادة الضمنية للقول بأن هناك اتفاق تحكيمي، فهذا الأخير يلزم لقيامه وصحته إرادة حرة وصريحة.

وفعلاً فالاتجاه الفقهي الثاني هو الأجدر بالتأييد، فبالنظر لمكانة اتفاق التحكيم في العملية التحكيمية ككل باعتباره نقطة البداية، ناهيك الآثار القانونية التي تترتب عنه والتي بموجبها يتم نزع الاختصاص من القضاء صاحب الولاية العامة وإسناده إلى هيئة تحكيمية، فإنه يجب أن تكون الإرادة المنشئة والمبرمة لهذا الاتفاق واضحة وعن وعي وإدراك.

أما بالنسبة للإشكال الذي كان يثار بخصوص الإحالة إلى عقد آخر يتضمن شرط التحكيم -والذي عرف اختلافاً فقهيًا وقضائياً³⁴- كما هو الشأن مثلاً في سندات شحن السفن والتي غالباً ما يحيل أطرافها إلى بنود مشاركة الإيجار والتي تتضمن ضمن بنودها شرط التحكيم، حيث يطرح التساؤل حول ما إذا كانت الإحالة الواردة في مشاركة الإيجار كافية للقول بانصراف نية الأطراف في سند الشحن إلى اختيار أسلوب التحكيم الوارد ضمن محتوياتها كحل لما قد ينشأ من منازعات في الصدد، حتى ولو كانت الإحالة عامة؟ فإن أغلبية التشريعات تنبعت لهذا الإشكال، وحاولت التصدي له، وهذا ما يتبين من خلال الفصل 313 من القانون 05 - 08

32)- Xavien BOUCOBZA, la clause compromissoire par référence en matière de l'arbitrage commercial international, Revue de l'arbitrage 1998 N° 3, P. 494.

وهو الاتجاه الذي ذهبت فيه محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها، ومنها القرار الذي استخلصت فيه الإرادة الضمنية بإبرام اتفاق التحكيم واللجوء إلى هذه الأخيرة كوسيلة لحل النزاع من خلال وقائع تتعلق بمركز أطراف العقد ونشاطهم المشترك، وهو ما يفيد أن هناك إرادة ضمنية لتسوية النزاعات عن طريق التحكيم، راجع هذه القرارات عند الأستاذ:

Robert (Jean) : « l'arbitrage, droit interne, droit international privé, 5ème Edi, Dalloz, 1983, Page 243. 33 -) والذي يمثلته الأستاذ محمود السيد عمر التحيوي الذي يدافع وبشدة عن ضرورة وجود إرادة صريحة للأطراف عند إبرام اتفاق التحكيم للقول بانصراف نيتهم وحریتهم للتحكيم كوسيلة لحل نزاعاتهم، للمزيد انظر : محمود السيد عمر التحيوي، قاعدة عدم افتراض الرضا بالالتجاء للتحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة على ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2010، ص 27 وما يليها، وأيضاً ص 116 وما يليها.

34 -) راجع مختلف هذه الاتجاهات الفقهية والقضائية التي أثّرت حول الإحالة إلى شرط تحكيم في وثيقة أخرى: - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007، ص 97 وما يليها. - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1984، ص 259، وما يليها. - محمود السيد عمر التحيوي، قاعدة عدم افتراض الرضا...، م س، ص 116 وما يليها. - عاطف محمد راشد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2004.

الذي ينص على أنه : " ... يعد في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرطا تحكيميا، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد". وتوضحه أكثر الفقرة الأولى من الفصل 317 والتي تنص على أنه : " يجب تحت طائلة البطلان : - أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه بشكل لا لبس فيه". وهو ما تنص عليه المادة 03/10 من قانون التحكيم المصري : " يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزء من العقد".

إجمالا يمكن القول بأن معظم الإشكالات المتعلقة بالرضا في إبرام اتفاق التحكيم مرتبطة بشكل كبير بشرط التحكيم، وهذا راجع إلى الطرق والأساليب المختلفة التي يمكن أن يبرم بها من إحالة عقد من العقود، أو ذكره في بعض العقود وإغفاله في البعض الآخر...، وبالتالي فطبيعة شرط التحكيم باعتباره بندا من بنود أغلبية العقود - بالرغم من استقلاليته التامة عنها- هي التي تجعله موطن مجموعة من الإشكالات³⁵. أما عقد التحكيم فنادرا ما تثار هذه الإشكالات حول رضا طرفيه، لأنه يأتي بعد وقوع النزاع، ناهيك عن استقلاليته الشكلية الدائمة عن بنود العقد الأخرى، وبالتالي فغالبا تكون إرادته واضحة ومستقلة.

ثانيا: الأهلية: اعتبارا للآثار القانونية الهامة التي تنتج عن اختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاعات، سعت مختلف التشريعات الوطنية للدول، إلى تنظيم اللجوء إلى هذه الوسيلة وأحاطته بمجموعة من القواعد التي يجب احترامها حتى يكون اختيار التحكيم مشروعاً وقانونياً، ومن بينها ضرورة تمتع أطراف اتفاق التحكيم بالأهلية³⁶. فكيف نظم المشرع المغربي قواعد الأهلية في القانون رقم 05 - 08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية؟.

35 - انظر بخصوص باقي الإشكالات التي تثار حول رضا الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم - خصوصا شرط التحكيم - مع الاتجاهات القضائية والفقهية في هذا الصدد، لاسيما تلك المتعلقة - أي الإشكالات - بحالة الحق، تجديد العقد، مجموعة الشركات، مجموعة العقود أو العقود المركبة وغيرها: - أحمد كويس، نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص، "الطرق البديلة لتسوية المنازعات"، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2004/02، ص 151 وما بعدها.

- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة م س، ص 269 وما بعدها. - مختار أحمد بربري، م س، ص 42 وما بعدها.

- عبد الإله برجاني، بند التحكيم في عقود التجارة الدولية، مقال منشور بمجلة دفا تر المجلس الأعلى، العدد 2002 / 02، ص 379.

36 - تنص معظم التشريعات المقارنة على ضرورة تمتع أطراف التحكيم بالأهلية، راجع في هذا الصدد المادة 259 من قانون التحكيم التونسي (مجلة الإجراءات المدنية والتجارية)، المادة 11 من قانون التحكيم المصري رقم 27 / 1994، وغيرها من التشريعات.



ينص الفصل 308 من ق 05 - 08 على أنه: " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها... ". فمن خلال هذا الفصل فإنه يتوجب على طرفي اتفاق التحكيم أن يتمتعوا بالأهلية الكاملة³⁷، حتى يكون اتفاقهم صحيحا ومنتجا لأثاره.

وإذا كان المشرع المغربي قد استوجب الأهلية الكاملة من خلال الفصل أعلاه، فإنه لم يوضح بشكل دقيق الأهلية المقصودة، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه³⁸ والذي تؤيده في ذلك، أن الأهلية المطلوبة في الفصل 308 من ق 05 - 08 (والذي يقابله الفصل 306 من ق.م.م القديم) ليست فقط الأهلية القانونية للتعاقد أو أهلية التقاضي، بل تتجاوزها إلى ضرورة التوفر على أهلية التصرف في الحقوق موضوع النزاع، فاشتراط القدرة على التصرف في الحقوق يعد معيارا للأهلية الواجب توافرها في أطراف اتفاق التحكيم، هذا بالإضافة إلى كون التحكيم تصرف قد ينقل الحقوق، ويؤثر على الذمة المالية للمحتكم، وهو الأمر الذي يفرض ضرورة توفر طرفي التحكيم على أهلية التصرف.

وعليه يكون التحكيم الذي يبرمه القاصر سواء كان عديم الأهلية³⁹، أو ناقصها شأن الصغير المميز والسفيه والمعتوه⁴⁰ باطلا بحكم القانون⁴¹. أما بالنسبة للقاصر الذي تم ترشيده، فإن بعض الفقه⁴² يرى أن القاصر في القانون المغربي وإن كان يملك حق التقاضي بالنسبة للنزاعات التي تترتب على أعمال الإدارة التي يقوم بها، فإنه لا يملك قبول التحكيم بصدها لأنه

(37) - تخضع الأهلية للقواعد المنصوص عليها في الكتاب الرابع من مدونة الأسرة. وهكذا فالأهلية تكون كاملة حسب ما تنص عليه المادة 210 من مدونة الأسرة ببلوغ سن الرشد القانوني، والذي هو 18 سنة شمسية كاملة - حسب المادة 209 م. أ - ولم يثبت أي سبب من أسباب نقصان الأهلية أو انعدامها وبذلك يصبح الشخص أهلا لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته، ومن بينها إبرام اتفاق التحكيم وتحمل ما قد ينتج عنه من التزامات.

(38) - محمد بوشيبة، المرجع السابق، ص 81.
عبد الكريم الطالب، التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربية، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد 2، دجنبر 2000، ص 12.
(39) - تنص المادة 217 من مدونة الأسرة على أنه: " يعتبر عديم أهلية الأداء: 1 الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز، 2: المجنون وفاقد العقل... "

(40) - تنص المادة 213 من مدونة الأسرة: " يعتبر ناقص أهلية الأداء: 1 الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد. 2: السفیه، 3: المعتوه ".
(41) عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية المغربية، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، طبعة 2008، ص 342
وإن هناك بعض الفقه المقارن يرى أن نقصان الأهلية يترتب عليها فقط البطلان النسبي لاتفاق التحكيم، راجع في هذا الصدد،
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء والصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1998، ص 1051.

(42) - عبد الله درميش، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أي حد؟، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد 41، ص 52 وما يليها.

لا يملك أهلية التصرف في صافي دخله، وبالمقابل هناك بعض الباحثين⁴³ الذي يعطي للقاصر المأذون له بالإدارة والاتجار حق اللجوء إلى التحكيم بصدد الحقوق الناشئة عن هذه الأعمال طالما أنها كانت متطابقة مع الإذن الممنوح له.

ونحن بدورنا نؤيد هذا الاتجاه الأخير وذلك استنادا إلى مقتضيات الفقرة الرابعة من المادة 218 من مدونة الأسرة التي تنص على أنه : " يترتب على الترشيح تسليم المرشد لأمواله واكتسابه الأهلية الكاملة في إدارتها والتصرف فيها...".

أما بالنسبة للأب فإنه يستطيع مباشرة كل التصرفات ومنها التحكيم نيابة عن أبنائه القاصرين المولى عليهم، وتكون تصرفاته صحيحة طبقا لمقتضيات مدونة الأسرة (المادة 233 وما بعدها)، ونفي الشيء بالنسبة للأم، حيث يحق لها كذلك إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن أبنائها القاصرين إذا كانت راشدة، وعدم وجود الأب أو فقد أهليته حسب نص المادة 231 من م أ ومع مراعاة أيضا مقتضيات المادة 271 من نفس المدونة.

تبقى الإشارة إلى أن الولي (سواء كان الأب أو الأم) لا يملكان الحق في إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن أبناءهم القاصرين إلا في الحقوق التي يملك هؤلاء حق التصرف فيها، وحينما يتطلب القانون إذن القاضي أو إشعاره في أي من هذه التصرفات⁴⁴، كان هذا الإذن أو الإشعار واجبا بالنسبة للتحكيم أيضا، وهذا الاتجاه يؤيده أغلب الفقه⁴⁵.

وعندما يتعلق الأمر بالوكيل الاتفاقي، فله إبرام اتفاق التحكيم نيابة على موكله شريطة أن يكون مفوضا في ذلك بتفويض خاص طبقا لمقتضيات الفصل 894 من ق ل ع⁴⁶، فالمحامي مثلا الذي يتوفر على وكالة لتمثيل موكله أمام القضاء لا تسمح له بإبرام اتفاق التحكيم من

(43)- عبد الرحمان علالي، مجالات التحكيم والنظام العام، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، العدد 2007/12، ص 118.

(44)- راجع المواد من 240 إلى 243 من مدونة الأسرة.

(45)- عبد الله درميش، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أي حد ما؟، م س، ص 53. وللمزيد حول ولاية الأب والأم على أبنائهم القاصرين والنقاش الدائر حولها راجع في هذا الصدد: - عبد الكريم الطالب، التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي، م س، ص 14 وما يليها.

- محمد الازهر، شرح مدونة الأسرة، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، طبعة 2008.

- محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2006.

(46)- حيث ينص الفصل 894 من ق ل ع على أنه: " لا يجوز للوكيل أيا ما كان مدى صلاحياته، بغير إذن صريح من الموكل توجيه اليمين الحاسمة... ولا قبول التحكيم أو إجراء الصلح...".



الطرف الآخر وإنما لابد من وكالة خاصة⁴⁷، إلا أن الوكالة الخاصة الممنوحة قصد إبرام اتفاق التحكيم لا تعطي للوكيل الحق في تمثيل الطرف خلال العملية التحكيمية، وكما عبر عن ذلك بعض الفقه، فإذا صح القول إن التحكيم هو عبارة عن رحلة وأن الاتفاق التحكيمي هو بطاقة سفر، فإننا نقبل أن نقوم بشراء هذه الأخيرة بواسطة ساعي ولكن لا يمكن إلا للمعني بالأمر أن يقدم هذه البطاقة بنفسه في الطائرة⁴⁸.

وإذا كانت أهلية الدولة وأشخاص القانون العام قد اختلف بشأنها الفقه في ق م م القديم، فإنه وفي ظل هيمنة الأفكار الليبرالية والعولمة والتي لم تعد تلعب فيها الدولة فقط تلك الأدوار التقليدية المرتبطة بفكرة السيادة والأمن، بل أصبحت منخرطة وشريكا اقتصاديا، زد على ذلك رغبة الدول في استقطاب الاستثمارات الأجنبية لارتباطها بالتنمية. وبالتالي وأمام هذا الوضع الجديد صار من الضروري السماح للدولة وللبعض الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام باللجوء إلى التحكيم⁴⁹، وهذا من بين أهم المستجدات التي جاء بها ق 05 - 08، حيث أصبح بمقتضى هذا القانون من حق الدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية فض النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها عن طريق اتفاق التحكيم، (الفصل 310 من ق 05-08)⁵⁰ كما يمكن أيضا للمقاولات العامة الخاضعة للقانون التجاري، والمؤسسات العمومية الأخرى غير الخاضعة للقانون التجاري إبرام اتفاق التحكيم (الفصل 311 من ق 05-08).⁵¹

(47)- عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، م س، ص 201.
(48)- « Si l'arbitrage est une sorte de voyage dont la clause compromissoire est le billet, on admettra que l'achat du billet puisse être laissé à un courtier, mais que l'intéressé tienne à monter l'avion »

M. GOUTAI, revue de l'arbitrage, 1988 page 288.

(49)- وهذا ما جاء في مذكرة تقديم مشروع القانون رقم 05 - 08 في النقطة المتعلقة بإمكانية إبرام اتفاق التحكيم فيما يخص العقود التي تبرمها الدولة والجماعات المحلية.

(50)- ينص الفصل 310 من ق 05 - 08 على أنه " لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية، أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية. غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي، بالرغم من أحكام الفقرة الثانية من الفصل 317 أدناه، يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم...".

(51)- ومما جاء في الفصل 311 من ق 05 - 08 : " يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجاري أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها. رغما عن مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 317 عده، يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها وتكون الاتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة يجريها مجلس الإدارة".

وللمزيد حول جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم راجع:

- حسن الحجي، التحكيم في المنازعات الإدارية من التأصيل إلى التقنين في القانون المغربي والمقارن، مقال ضمن أعمال المؤتمر العام 27 لهيئات المحامين بالمغرب المنظم بأكادير أيام 28/27/26 ماي 2011، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى

■ **ثالثا: السبب:** من المعلوم أن السبب هو الغرض الذي يقصده الملتزم وراء التزامه⁵²، وقد نظمته المشرع المغربي في الفصول من 62 إلى 65 من ق ل ع، وطبقا لهاته الفصول فإنه وحتى يصلح السبب أساسا للالتزام التعاقدي يجب أن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام وأن يكون موجودا وصحيحا.

وعليه فالسبب ركن ضروري ولازم لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي اتفاق أو عقد آخر. وسبب التحكيم يتمثل في إرادة أطراف الاتفاق في حل ما نشأ أو ما قد ينشأ بينهما من خلافات بواسطة التحكيم، وبالتالي فالسبب يكون غالبا مشروعا⁵³.

■ **رابعا: المحل:** الاتفاق على التحكيم - شرطا كان أو عقدا - يجب أن يكون له محل يرد عليه، فهو لا يختلف عن غيره من العقود في هذا الشأن، حيث يعد محل العقد ركنا أساسيا من أركانه والذي لا ينعقد بدونه⁵⁴.

وكما هو معلوم فمحل اتفاق التحكيم يقصد به النزاعات الممكن حلها عن طريق التحكيم، ووفقا للقواعد العامة المقررة في ق ل ع فإنه يشترط في هذا المحل فضلا عن وجوده، أن يكون معينا، أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا⁵⁵.

وعلى غرار مختلف التشريعات المقارنة، واتفاقيات التحكيم⁵⁶ تطرق المشرع المغربي في القانون رقم 05 - 08 لمحل اتفاق التحكيم في المواد 308 إلى 311.

2011 ، ص 345 وما يليها. - عز الدين بوزلماط، دور التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بصفقات الدولة، رسالة لنيل د د ع م في القانون الخاص، تخصص أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، سلا ، السنة الجامعية 2007/2008

• Bernardo CREMADES, « Première lecture du texte du projet de la loi relatif au code marocain de l arbitrage interne et international, Revue des livres de la cour supérieure, N 06/2005, page 113.

(52)- يقال أنه إذا كان محل الالتزام هو الإجابة عن السؤال : بماذا التزم الشخص أو الملتزم؟ فالسبب هو الإجابة على التساؤل: لماذا التزم المدين؟

(53)- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 1997، ص 161.

(54)- محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2001 ، ص 341

(55)- راجع بخصوص محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام الفصول من 57 إلى 61 من قانون الالتزامات والعقود.

(56)- بخصوص التشريعات المقارنة انظر الفصل 1442 وما بعده من ق م م الفرنسي، والفصل 06 وما بعده من مجلة التحكيم التونسية (قانون عدد 42 لسنة 1993) وأيضا القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في العديد من مواد.

على أن تشريعات الدول تختلف في طريقة تنظيمها لمحل اتفاق التحكيم، فمنها من لا تمنع التحكيم إلا في حالات استثنائية محددة كما هو الشأن بالنسبة للقانون الفرنسي، ومنها من لا تأخذ بالتحكيم إلا في حدود ضيقة كتشريعات دول أمريكا الجنوبية.

للمزيد في هذا الصدد راجع:

• عبد الرحمان مصباحي، المادة التحكيمية أو قابلية النزاع للتحكيم، مداخلة ضمن اللقاء القضائي المغربي الإسباني الثالث بين المجلس الأعلى للملكة المغربية والمجلس العام للسلطة القضائية الإسبانية، الرباط أيام 24، 25، 26، 24 نونبر 2004 ، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2006 ، ص 55.



وهكذا بالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 308 من ق رقم 05 - 08 نجدها تنص على أنه: " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب، وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 (12 غشت 1913 / بمثابة ق ل ع كما وقع تغييره وتتميمه ولاسيما الفصل 62 منه " .

ومن خلال هذه الفقرة يتبين لنا أن المشرع المغربي أجاز التحكيم في جميع الحقوق التي يملك أصحابها حرية التصرف فيها، ومن ثم تستثنى الأشياء التي تكون محل الحراسة سواء كانت قضائية أو اتفاقية (الفصل 822 من ق ل ع) وكذلك أيضا الأشياء المستعارة في عقد عارية الاستعمال (الفصل 839 ق ل ع) . والسبب في هذا الاستثناء يرجع إلى أن هؤلاء الأشخاص - حارس، الشيء المستعير - لا يملكون حرية التصرف في هذه الأشياء⁵⁷.

وهكذا ولئن كانت الفقرة الأولى من الفصل 308 من القانون 05 - 08 توحى بأن اتفاق التحكيم يمكن للأطراف إبرامه في جميع الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها، فإن المشرع المغربي قد قيد ذلك بضرورة الالتزام بمقتضيات الفصل 62 من ق ل ع أي عدم مخالفة المحل للأخلاق الحميدة أو للنظام العام أو للقانون، وإن كان هذا التقيد جاء بطريقة وبشكل غير واضح جدا، حيث كان يجب على المشرع المغربي - على غرار بعض التشريعات المقارنة⁵⁸ - الإشارة صراحة إلى النظام العام، وكذا إلى المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بشكل واضح ومحدد، رفعا لكل لبس قد تنيره الإحالة إلى الفصل 62 من قانون الالتزامات و

- أما بخصوص الاتفاقيات الدولية فمعظمها تطرقت لمحل اتفاق التحكيم ، راجع في هذا الصدد المادة 06 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، وأيضا المادة 02 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، وغيرها من الاتفاقيات.
(57) - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية المغربي م س ، ص 346 وما بعدها.
(58) - كالفصل 07 من مجلة التحكيم التونسية مثلا الذي ينص على أنه : " لا يجوز التحكيم :
أولا : في المسائل المتعلقة بالنظام العام. ثانيا : في النزاعات المتعلقة بالجنسية . ثالثا : في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها..."

العقود حول ما إذا كانت تتعلق باتفاق التحكيم نفسه أو التصرفات موضوع الحقوق التي يملك أصحابها حرية التصرف فيها وإخضاع النزاعات المتعلقة بها للتحكيم، أم هما معا؟⁵⁹.

وبالإضافة إلى هذا التقييد غير الواضح فإن المشرع المغربي نص في الفقرة الثانية من نفس الفصل على أنه " يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملا بالمادة 05 من القانون رقم 95 - 53 القاضي بإحداث محاكم تجارية " ، وهنا نرى أنه لا مبرر لإيراد هذه الفقرة بهذه الصياغة، ونتفق مع الفقه⁶⁰ الذي يقول بأن صياغة التخصيص " لا يمكن بوجه خاص " التي جاءت بها هذه الفقرة، قد يفهم منها خطأ أن التحكيم لا يجوز إلا في القضايا التجارية⁶¹، خصوصا إذا ربطنا هذا الأمر بما ورد في المادة 309 التي منعت التحكيم في النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة، وما ورد أيضا في الفقرة الأخيرة من المادة 312 من أنه يراد برئيس المحكمة في هذا الباب، رئيس المحكمة التجارية⁶².

وزيادة على التقييد الوارد في نهاية الفقرة الأولى من الفصل 308 من ق 05 - 08 والمتعلق بالفصل 62 ق ل ع والتخصيص الذي جاءت به الفقرة الثانية من نفس الفصل، فإن المشرع المغربي ومن خلال الفصلان 309 و 310 من ق 05 - 08 استثنى نزاعات أخرى ومنع التحكيم فيها، وهي تلك النزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية

(59) - وهو الرأي الذي يدافع عنه أيضا الأستاذ رياض فخري في مقالته، قواعد التحكيم، قراءة في القانون رقم 05 - 08 ، سلسلة الندوات الجهوية المنظمة طيلة سنة 2007 بمناسبة الذكرى 50 لتأسيس المجلس الأعلى، ندوة العيون ليومي 01 و 02 يونيو 2007 ، ص 434.

(60) - رياض فخري، قواعد التحكيم ، قراءة في القانون رقم 05 - 08 ، م س ، ص 434 .
(61) - ناهيك عن الإشكالات التي تثيرها المادة 05 من ق 95 - 53 المتعلقة بالاختصاص النوعي للمحاكم التجارية بسبب عدم دقتها، وهو ما قد يجعلها عرضة للتعديل في أي وقت.

(62) - وحقيقة فإن المشرع المغربي ومن خلال ما ذكر في الفقرة الثانية من الفصل 308 وأيضاً في الفصل 309 و 312 تعتمد استثناء النزاعات المدنية الصرفة من إمكانية إبرام اتفاق التحكيم بشأنها، وخصص لها وسيلة أخرى بديلة لفضها وهي الوساطة الاتفاقية، وهذا ما جاء في مذكرة تقديم القانون رقم 05 - 08 في إحدى فقراتها حيث ورد فيها : " ودائماً وفي إطار إعطاء المصادقية للتحكيم كان من الضروري تحرير قابلية النزاعات للتحكيم من مفهوم النظام العام وبالتالي حصر نطاق التحكيم في النزاعات التجارية... " وجاء في فقرة أخرى من نفس المذكرة ما يلي : " إن حصر اللجوء إلى التحكيم في النزاعات التجارية يجد تبريره في الرغبة في حماية الأطراف التي ليست دراية بجميع تقنيات التسوية البديلة للنزاعات . و بالنسبة للأشخاص الذين لا يمارسون التجارة، ستكون ثمة دائماً إمكانية اللجوء إلى الوساطة الاتفاقية في مرحلة أولى، مع احتمال تمكينهم من اللجوء إلى مسطرة التحكيم لاحقاً متى أبان نجاح الإصلاح عن إمكانية تطبيقه على فرضيات أخرى... " . و رغم هذه التبريرات فإن واضعي القانون 05 - 08 لم يكونوا موفقين في هذا الصدد، حيث كان يجب عليهم التحلي بالشجاعة وجعل نطاق التحكيم أوسع، وتشجيع الأفراد تجاريين كانوا أو مدنيين على اللجوء إلى التحكيم والوساطة الاتفاقية على السواء.

راجع بخصوص هذه النقطة، مصطفى التراب، أي دور للتحكيم في فض المنازعات من خلال التشريع المغربي؟ مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الرابع، ماي 2012 ، ص 21 وما يليها.



التي لا تكون موضوع تجارة (الفصل 309) وأيضا النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاص السلطة العمومية إلا أن النزاعات المالية الناتجة عنها يمكن أن تكون محل اتفاق تحكيم ما عدا تلك المتعلقة بتطبيق قانون جبائي وهذا ما ينص عليه الفصل 310 ق 05 - 08 .

وانطلاقا مما ذكر أعلاه نستخلص أن النزاعات التي لا يمكن أن تكون محلا للتحكيم (حسب الفصول من 308 إلى 310 من ق 05 - 08) هي:

- النزاعات المتعلقة بعقود أو التزامات مخالفة للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو للقانون، حسب ما ينص عليه البند الأخير من الفقرة الأولى من الفصل 308.

- النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة (الفصل 309).

- النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاص السلطة العمومية باستثناء النزاعات المالية (الفصل 310).

- النزاعات المتعلقة بتطبيق القانون الجبائي⁶³.

تبقى الإشارة إلى أن المشرع المغربي أوجب على الأطراف في الفصل 315 من ق 05 - 08 تحت طائلة البطلان أن يحددوا في اتفاق التحكيم موضوع النزاع التحكيمي حتى يكون المحكمون على علم بالدعوى التي ينبغي عليهم الفصل فيها والتقدير بحدودها⁶⁴، لأن تحديد موضوع النزاع بالإضافة إلى كونه يحدد الاختصاص للهيئة التحكيمية، فإنه يقطع دابر الخلاف بين أطراف النزاع، ولا يشترط البيان التفصيلي لموضوع الخلاف، لأن التفاصيل ستكون موضوع المرافعات والمذكرات والمستندات أمام الهيئة، وإنما يكفي فقط ببيان عام من شأنه أن

(63)- على أن هناك نزاعات أخرى غير منصوص عليها في القانون 05 - 08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية لا يجوز أن تكون محلا لاتفاق التحكيم كالنزاعات الجنائية والنزاعات المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية وغيرها. راجع : - أمونير تقيّة، مفهوم المنازعة القابلة للحل عن طريق التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ووحدة قانون الأعمال والمقاولات، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق، المحمدية، السنة الدراسية 2010، 2009، ص 140.

أما بخصوص التحكيم وصعوبات المقابلة فقد أثّر بشأنها نقاش بين من يقول بجواز اللجوء إلى التحكيم فيها وبين من ينكر ذلك. للمزيد أنظر: رياض فخري، التحكيم وصعوبات المقابلة، أية علاقة؟، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 04، السنة 2009، ص 21 وما يليها.

(64)- Fady NAMMOUR, droit et pratique de l'arbitrage interne et international 2^{ème} édition, Delta LDGJ, page 280 et suivante.



يحدد موضوع النزاع⁶⁵. وكل هذا إذا تعلق الأمر بعقد التحكيم كما ينص على ذلك الفصل 315 من ق 05 - 08 (مع التقيد بمقتضيات الفصول 308 ، 309 و 310 المحددة للمسائل التي تجوز أن تكون موضوعا للتحكيم)⁶⁶، أما بالنسبة لشرط التحكيم فلا يتصور فيه تحديد موضوع النزاع ما دام لم ينشأ بعد.

الفقرة الثانية : صياغة اتفاق التحكيم :

بالإضافة إلى الأركان الموضوعية المذكورة أعلاه، اشترط المشرع المغربي في ق 05-08 شروطا شكلية ينبغي للأطراف الالتزام بها حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا. وفي هذا الصدد ينص الفصل 313 من ق 05-08 على أنه: "يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة. يعتبر اتفاق التحكيم مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال والتي تعد بمثابة الاتفاق تثبت وجوده، أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك. ويعد في حكم اتفاق التحكيم المبرم كتابة كل إحالة في عقد مكتوب إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، أو إلى أي وثيقة أخرى تتضمن شرطا تحكيميا إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد".

يظهر من أحكام هذا الفصل ابتعاد المشرع المغربي عن المبالغة في الشكلية المطلوبة لصحة اتفاق التحكيم، خصوصا تلك المتطلبة في شرط التحكيم والتي كان يستلزمها الفصل 309 من ق م م الملغى، والتي كانت لا تخدم مصالح الأطراف

65 -) احمد شكري السباعي، التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2002/02 ، ص 228 وما يليها.

وإن كان في هذا الأمر نوع من المجازفة، حيث قد يؤدي عدم تحديد موضوع بتفصيل إلى ترك المجال مفتوحا أمام الهيئة التحكيمية، وبمنحها الحرية الواسعة وبالتالي إمكانية الخروج عن موضوع النزاع التحكيمي الذي ارتضاه الأطراف، وهكذا وقطعا لدابر أي خلاف يمكن أن ينشأ في هذا الصدد سواء بين أطراف اتفاق التحكيم أو بينهم وبين الهيئة التحكيمية بخصوص مدى التزامها بحدود الموضوع النزاع التحكيمي من عدمه يجب تحديد موضوع النزاع بدقة وبكيفية واضحة.

66-) وهو ما نص عليه أيضا المشرع الفرنسي في الفصل 1445 من ق.م.م. الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) ومما جاء في هذا الفصل: « A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige. »



خصوصا في المعاملات التجارية الدولية⁶⁷. إلا أن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو ما إذا كانت الكتابة المطلوبة لصحة اتفاق التحكيم، شرط شكلي لانعقاده، أم لإثباته؟ بخصوص هذا الإشكال يرى بعض الفقه⁶⁸ أن مقتضيات الفصل أعلاه تفيد اتجاه المشرع المغربي نحو اعتبار الكتابة شكلية إثبات اتفاق التحكيم بالدرجة الأولى، في حين يرى اتجاه آخر من الفقه والباحثين⁶⁹ أن الكتابة المتطلبة في هذا الصدد هي لانعقاد اتفاق التحكيم وليس لإثباته.

ونحن بدورنا نميل إلى الاتجاه الثاني ونقول بأن شكلية الكتابة هي واجبة وضرورية لانعقاد اتفاق التحكيم⁷⁰، وسندنا في ذلك العبارة الأولى من الفصل 313 التي ينص فيها المشرع المغربي على أنه : " يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة..." والتي لا تدع مجالا للشك في أن الكتابة هي شرط لانعقاد وليس للإثبات، بالإضافة إلى الفقرة الأولى من الفصل 317 من ق 08-05 والتي تستلزم تحت طائلة البطلان ضرورة كتابة شرط التحكيم في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه بشكل لا لبس فيه. وأيضا الفقرة الأولى من الفصل 315 من نفس القانون والتي تستوجب - تحت طائلة البطلان - تحديد موضوع النزاع التحكيمي وتعيين الهيئة التحكيمية أو التتصيص على طريقة تعيينها متى اكتسب اتفاق التحكيم شكل عقد التحكيم، وهو ما يفيد ضمنا ضرورة كتابة هذا الأخير.

(67) - عبد الإله برجاني، التحكيم ذلك التقاضي بالتراضي، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 20 ، 1993 ، ص 79 وما يليها.

(68) - راجع بخصوص هذا الاتجاه :

- طارق مصدق: - دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري على ضوء اجتهاد المجلس الأعلى، م س ، ص 216 .
- طارق مصدق، قراءة أولية لمستجدات القانون الجديد للتحكيم، مقال بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، عدد 2009/04 ص 41 .
(69) - وبخصوص هذا الاتجاه الفقهي راجع : - عبد المجيد غميحة، مستجدات مشروع القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة، مقال منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 02 ، دجنبر 2006 ، ص 34.
- محمد رافع، اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 117 / 2008، ص 31 وما يليها.

- عبد الطيف بو العلف، الطعن بالبطلان في الحكم دراسة في القانون المغربي والمقارن، م س ، ص 46 وما يليها. وإن كان الأستاذ بو العلف يفرق في هذا الصدد ما بين شرط التحكيم وعقد التحكيم، حيث يقول بأن الكتابة ضرورية لانعقاد شرط التحكيم فقط (الفصل 317) أما عقد التحكيم فيذهب إلى "أن المشرع لم ينص على البطلان عندما تتخلف الكتابة، مما يفيد أن الكتابة في عقد التحكيم يمكن إثباتها بجميع الوسائل، ويمكن القول معه إنها في هذه الحالة شرط إثبات لا غير".
إلا أننا نعتقد عكس ذلك، حيث أن الفصل 315 من ق 05 - 08 يستلزم تحت طائلة البطلان تحديد موضوع النزاع في عقد التحكيم، وهو الأمر الذي لا يمكن تصويره إلا بكتابة عقد التحكيم.

(70) - أنظر في هذا الصدد: إبراهيم العسري، دراسة تحليلية لبعض مقتضيات القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، مقال منشور بسلسلة "دراسات وأبحاث" الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، منشورات مجلة القضاء المدني، الطبعة الأولى 2013، ص 61.



وهو نفس النهج الذي تسير فيه أغلب التشريعات المقارنة كالتشريع المصري حيث تنص المادة 12 من قانون 27 لسنة 1994 على أنه: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً...".⁷¹ وهو ما يفيد أن الكتابة مطلوبة لانعقاد اتفاق التحكيم وليس لإثباته كما كان عليه الحال في قانون التحكيم المصري القديم لسنة 1978.⁷²

ونفس الشيء أيضاً بالنسبة للتشريع الفرنسي (ق م م) بعد تعديله بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011 حيث كان قانون المسطرة المدنية قبل التعديل يفرق ما بين شرط التحكيم وعقد التحكيم بخصوص طبيعة الكتابة، حيث تعتبر الكتابة شرط انعقاد بخصوص شرط التحكيم، وشرط إثبات بخصوص عقد التحكيم⁷³، أما بعد صدور المرسوم الجديد، فلم يعد ق م م ف (المادة 1443) يفرق بين شرط وعقد التحكيم، حيث أصبحت المادة 1443 تتحدث عن اتفاق التحكيم ككل واستلزمت ضرورة كتابته تحت طائلة البطلان.⁷⁴

وانطلاقاً من كل ما سبق يتضح أن المشرع المغربي اعتبر الكتابة شرطاً إلزامياً يدور معه اتفاق التحكيم وجوداً وعدماً، وهو ما يجعل إذن اتفاق التحكيم من العقود الشكلية التي يتوقف انعقادها على إفراغها في سند كتابي⁷⁵، وعلة اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود أو مضمون هذا الاتفاق، والتي من شأنها أن تؤثر في فعالية مسطرة التحكيم ككل، ناهيك عن أن كتابة اتفاق التحكيم بداية يقطع كل الشك عن مدى اختيار الأطراف للتحكيم لفض نزاعاتهم بعيداً عن القضاء.

لكن بالرغم من تقييد المشرع المغربي لإرادة الأطراف وألزمهم بضرورة كتابة اتفاق التحكيم من جهة، إلا أنه من جهة ثانية توسع في مفهوم الكتابة وجعل مبدأ سلطان الإرادة هو

(71)- لكن على العكس من ذلك هناك تشريعات بعض الدول التي تعتبر الكتابة شكلية إثبات اتفاق التحكيم كالمادة 253 من قانون المرافعات الكويتي والمادة 766 من أصول م م اللبناني وغيرها من التشريعات.

(72)- للمزيد حول شكلية الكتابة في القانون المصري للتحكيم راجع:- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، م س، ص 135 وما بعدها. - ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1996، ص 116 وما بعدها.

(73)- حيث تنص المادة 1443 من ق م م الفرنسي قبل تعديله 2011 على أنه:

« La classe compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci se réfère »

(74)- أما بعد التعديل أصبحت المادة 1443 من ق م م الفرنسي تنص على اتفاق التحكيم ككل وليس على شرط أو عقد التحكيم واستلزمت تحت طائلة البطلان الكتابة، ومما جاء في هذه المادة:

« A peine du nullité, la convention d'arbitrage est écrite... »

(75)- محمد رافع، م س، ص 31 وما يليها.

المحدد لكيفية صياغة هذا الاتفاق، حيث منح المشرع المغربي الحرية المطلقة لأطراف التحكيم في الاتفاق على الشكل الذي يرتضونه لإبرام اتفاقهم التحكيمي وخيرهم في ذلك ما بين :

(أولا) الوسائل التقليدية: كالعقود الرسمية أو العرفية، أو محضر يتم تحريره أمام الهيئة التحكيمية المختارة⁷⁶، أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع والتي يدعي فيها أحد الأطراف وجود اتفاق تحكيم دون أن ينازعه الطرف الآخر أو غيرها من الوسائل التقليدية المذكورة في الفصلين 313 و 314 من ق 05 - 08 .

(ثانيا) : الوسائل الحديثة أو الإلكترونية : حيث أصبح بموجب الفصل 313 من ق 05-08 من حق أطراف التحكيم تحرير اتفاقهم بوسائل حديثة كالرسائل المتبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال.

وبهذا يكون المشرع المغربي قد ساير التحولات التكنولوجية الحاصلة في مجال انعقاد وإبرام العقود والتي تجاوزت الأدبيات التقليدية إلى الوسائل الحديثة والإلكترونية والتي يسهل بموجبها إبرام العقود والاتفاقات عن بعد⁷⁷، لاسيما بعد صدور القانون رقم 53-05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية⁷⁸ والذي أصبحت بموجبه للوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية نفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على ورق⁽⁷⁹⁾.

وهكذا وانطلاقا من هذه القيمة والحجية القانونية التي أصبحت تتمتع بها المحررات الإلكترونية ، إضافة إلى أهميتها الكبيرة في مجال المعاملات التجارية التي أصبحت تتم بواسطة عقود إلكترونية، وبالرغم من أن اتفاق التحكيم من العقود الشكلية التي تلزم الكتابة لصحة

76) وتتحقق هذه الصياغة باتفاق الأطراف على التحكيم أمام الهيئة التحكيمية بعد قيام نزاع بينهم، وتكون هذه الصورة أكثر عملية وتنظيما، حيث يكون الاتفاق التحكيمي هنا شاملا لكل تفاصيل العملية التحكيمية من إجراءات وقانون واجب التطبيق وغيرها، ويتم تحديد كل هذا في وثيقة تسمى " وثيقة التحكيم " . ويحرر المحكم عندئذ محضرا يكون بمثابة اتفاق التحكيم.

77) - للمزيد حول الوسائل الحديثة لإبرام العقود راجع :

• محمد بوشيبة، الإثبات ما بين القواعد التقليدية، ومستجدات التقنيات الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003، 2004 .

78) - الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 129 - 07 - 01 بتاريخ 30 نونبر 2007. منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذي القعدة 1428 ، موافق ل 06 دجنبر 2007 ، ص 3827 ،

79) - وهذا ما ينص عليه الفصل 1 - 47 من ق ل ع الذي جاء فيه : " تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الورقة المحررة على ورق..."

للمزيد راجع : - أمين أعزان، فعالية التحكيم الإلكتروني في ضوء متطلبات القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 04 ، 2012 ، ص 15 وما يليها.

إبرامه، فإننا نرى أنه لا ينبغي أن تؤثر هذه الشكلية على إرادة الأطراف في إبرام اتفاقهم على دعامة إلكترونية (كالأقراص الممغنطة والمصغرات الفيلمية مثلا⁽⁸⁰⁾) لاسيما مع هذا المفهوم الواسع لشكلية الكتابة، وبالأستناد أيضا إلى عبارة " أي وسيلة أخرى من وسائل الاتصال ... " الواردة في الفصل 313 من ق 05-08، والتي قد تكون نية المشرع بإبراده لهذه العبارة أن يفتح المجال لانعقاد وإبرام التحكيم بوسائل إلكترونية. وإلا فإن الأمر يحتاج إلى إعادة نظر في المقترضات القانونية المنظمة لكيفية انعقاد وإثبات اتفاق التحكيم حتى يساير هذه التطورات التكنولوجية الحاصلة في مجال إبرام العقود وإثباتها⁸¹.

المطلب الثاني: تشكيل الهيئة التحكيمية

إن استجماع اتفاق التحكيم لأركانه الموضوعية من رضا وأهلية ومحل وسبب وأركانه الشكلية والمتمثلة في إفراغ هذا الاتفاق في الشكل المنصوص عليه قانونيا، لا يكفي لقيام اتفاق التحكيم -شرطا كان أو عقدا- صحيحا، بل لا بد من تعيين الهيئة التحكيمية التي ستتولى الفصل في النزاع التحكيمي أو على الأقل التنصيب على طريقة تعيينها (الفقرة الأولى) مع ما يتبع هذا التعيين من ضرورة قبول المحكم أو المحكمون المعينون للمهمة المسندة إليهم، وبذلك يكتمل تشكيل الهيئة التحكيمية (الفقرة الثانية). فكيف تعاملت إذن التشريعات الوطنية للدول مع تشكيل الهيئة التحكيمية؟ أو بعبارة أخرى هل استطاعت القوانين الوطنية للدول تنظيم تشكيل الهيئة التحكيمية بطريقة فعالة توفر الأمن

80 -) راجع بخصوص أنواع هذه الوسائل الإلكترونية الحديثة المتعددة:

* خديجة قبيل، "الكتابة الإلكترونية- دراسة مقارنة"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكاد، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006 ص 34 وما بعدها.

81 - وحتى يكون متناسبا مع المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الصادر في 21 يونيو 1985 عن لجنة الأنستيتال (والتي تم تعديلها سنة 2006 بمناسبة انعقاد الدورة 43 للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بفيينا). حيث أصبحت هذه المادة بعد تعديلها تنص على أنه "1- 2 - يتعين أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا وتشمل الكتابة أي شكل يوفر سجلا ملموسا للاتفاق أو ليمون المتناول على نحو آخر بصفته رسالة بيانات، بحيث يمكن استعماله في إشارة لاحقة.

3- يراد بمصطلح بيانات: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك المثل لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي...." للمزيد من المعلومات في هذا الصدد، راجع أمين أعزان م س، ص 125 وما بعدها



القانوني والقضائي لأطراف التحكيم؟ وما هو موقف اتفاقيات وأنظمة وقواعد التحكيم التجاري الدولي في هذا الصدد؟ وأي دور لمبدأ سلطان الإرادة في عملية التشكيل هاته؟

الفقرة الأولى:

تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها.

استلزم المشرع المغربي لصحة اتفاق التحكيم ضرورة تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها، سواء تعلق الأمر بعقد التحكيم أو بشرط التحكيم وفق نص الفصلين 315 و 317 من ق 05-08، حيث ينص الفصل 315 على أنه "يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان: 1....2- تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها ...". أما الفصل 317 فينص على أنه "يجب، تحت البطلان: ...- أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم"⁸².

انطلاقاً من هذه المقتضيات القانونية يتبين أن تشكيل الهيئة التحكيمية (أو التنصيب على طريقة تعيينها) ركن جوهري في اتفاق التحكيم لا يتصور قيامه بدونه، ويقصد بتشكيل الهيئة التحكيم تحديد عدد المحكمين الذين ستنكون منهم هذه الهيئة التي ستشرف على حل النزاع⁸³، وفي هذا الصدد نجد أن جل التشريعات الوطنية منحت الحرية التامة لأطراف التحكيم في تعيين الهيئة التي يرضونها للفصل في نزاعهم، وهكذا ينص القانون 05-08 في الفصل 02-327 على أنه: "تتشكل الهيئة من محكم واحد أو عدة محكمين تكون للأطراف حرية تحديد إجراءات تعيينهم وعددهم إما في الاتفاق التحكيمي، وإما بالاستناد إلى نظام التحكيم الموضوع للمؤسسة المختارة ...". كما ينص أيضاً في الفقرة الأولى من الفصل 41-327 المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه "يمكن

(82)- هذا بخصوص التحكيم الداخلي، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فإن المشرع المغربي لم يتشدد في تشكيل الهيئة التحكيمية، إذ يستلزم ضرورة تعيين المحكم أو المحكم الذين سينظرون في النزاع وهذا ما يتضح من صياغة الفصل 41-327 الذي جاء فيه: "يمكن بصفة مباشرة أو استناداً إلى نظام للتحكيم أن يعين اتفاق التحكيم المحكم أو المحكمون أو ينص على إجراءات تعيينهم وكذا إجراءات تعويضهم.....".

(83)- أبو العلاء علي أبو العلاء، تكوين هيئات التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2000، ص 03.



بصفة مباشرة أو استنادا إلى نظام للتحكيم ان يعين اتفاق التحكيم المحكم أو المحكمين أو ينص على إجراءات تعيينهم وكذا إجراءات تعويضهم".

وهو ما تتفق عليه أيضا أغلب التشريعات المقارنة، فنجد المشرع المصري حريصا على هذه الحرية ونص على ذلك صراحة في الفقرة الأولى من المادة 15 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والتي جاء فيها: "تتشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر" وأكد هذا الأمر كذلك في المادة 17 حيث تنص: "لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكم وعلى كيفية ووقت اختيارهم...".

ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي حيث يقوم تعيين الهيئة التحكيمية⁸⁴ في القانون الفرنسي على مبدأ سلطان الإدارة، وهذا ما تؤكدته المادة 1444 من ق م م الفرنسي لسنة 2011 في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي⁸⁵، و المادة 1508 في شقه المتعلق بالتحكيم الدولي⁸⁶. وهو ما أكدته أيضا المشرع السعودي حيث تنص المادة 06 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم على أنه: " يتعين تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق المحتكمين في وثيقة تحكيم...".

هذا ونجد أيضا أن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري قد قررت هذا المبدأ، فوفقا للفقرة الرابعة من المادة 05 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، يمكن رفض الاعتراف ورفض تنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي إذا كان تشكيل هيئة التحكيم مخالفا لما اتفق عليه الأطراف. ووفقا للمادة

(84) جدير بالذكر أن المشرع الفرنسي لم يعد يستعمل في المرسوم رقم 2011/48 مصطلح الهيئة التحكيمية، وإنما عوضه بمصطلح " محكمة التحكيم " Tribunal Arbitral.

(85) - حيث تنص المادة 1444 من ق م م الفرنسي لسنة 2011 على أنه:

« La convention d'arbitrage désigne, le cas échéant par référence à un règlement d'arbitrage, le ou les arbitres, ou prévoit les modalités de leur désignation. A défaut, il est procédé conformément aux dispositions des articles 1451 à 1454 ».

(86) - و مما جاء في المادة 1508 من ق م م الفرنسي لسنة 2011 :

« La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. »



04 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فإنه تترك الحرية الكاملة لأطراف اتفاق التحكيم لتعيين المحكمين أو تحديد طريقة تعيينهم.⁸⁷

انطلاقاً من كل هذا يتضح أن إرادة الأطراف هي الآلية التي تحتل المرتبة الأولى في تشكيل وتعيين الهيئة التحكيمية، وعندما تتعطل هذه الآلية ولم يتفق أطراف التحكيم على تشكيل الهيئة التحكيمية فإنه لا مجال للطعن ببطالان اتفاق التحكيم، ذلك أن ركن تعيين الهيئة يمكن تحقيقه أيضاً عن طريق قضاء الدولة كما تنص على ذلك أغلب التشريعات والاتفاقيات المنظمة للتحكيم.

وفي الحقيقة فإن هذه المكانة البارزة التي يعتليها مبدأ سلطان الإرادة في تعيين الهيئة التحكيمية هي الأكثر تماشياً وانسجاماً مع روح وفلسفة التحكيم، حيث يقوم وبشكل أساسي على الثقة، هذه الأخيرة ليست ثقة من أحد الأطراف في الطرف الآخر كما هو معروف في عقود الاعتبار الشخصي، وإنما هي ثقة من المتعاقدين في هيئة من حيث خبرتها وحيادها، ومن ثم قدرتها على تسوية النزاع تسوية قانونية، عادلة وسريعة.⁸⁸

وبطبيعة الحال فالثقة في هيئة التحكيم لا يمكن أن تتولد لدى طرفي اتفاق التحكيم إلا بمنحهما الحرية التامة في تعيين المحكمين الذين تتوفر فيهم شروط هذه الثقة ويحسون تجاههم بالأمان القضائي. هذا بالإضافة إلى أن هذه الحرية الممنوحة لأطراف تعد من الضمانات الأساسية والدوافع الرئيسية التي تدفع الأطراف إلى اختيار التحكيم لفض نزاعاتهم الآنية أو المستقبلية، وهي من مميزات التحكيم عن القضاء، على اعتبار غياب إرادة أطراف النزاع في اختيار القضاة الذين سينظرون في النزاع.⁸⁹

(87) - وهو ما أكدته اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965 في مادتها 37 و 38، حيث منحت الحرية الأطراف النزاع التحكيمي في تشكيل هيئة التحكيم. للمزيد من التفاصيل في هذا الصدد راجع:
- محمد الناصري، تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات من طرف المركز الدولي (اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965) مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 110 شتنبر، أكتوبر ص 13 وما بعدها 2007.
(88) - كما أن قيام أطراف التحكيم بتعيين المحكمين بأنفسهم هو الذي يستقيم مع الطبيعة الرضائية والاختيارية التي تسود العملية التحكيمية. راجع في هذا الصدد: - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند 396، ص 574.
- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المحلة الكبرى، طبعة 2006، ص 193 وما يليها.
- محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، التسيير الذهبي للطباعة، طبعة 2000، ص 13.
(89) - Georges ALBERT et Dédier MATRAY, l'arbitre : pouvoirs et statut, brulant, édition 2003, page 40.



هذا دون إغفال أن حرية الأطراف في تعيين المحكم لا تكون فقط عند اختيار هيئة التحكيم بداية، وإنما مكفولة كذلك حتى عند انتهاء مهمة محكم لأي سبب من الأسباب⁹⁰. ونفس الشيء أيضا في الحالة التي يثبت فيها أن المحكم أو المحكمين المعيّنين في اتفاق التحكيم لا تتوفر فيهم الشروط القانونية لممارسة مهمة التحكيم أو لوجود سبب آخر يحول دون تشكيل الهيئة، حيث يتم تعيين المحكمين هنا إنما باتفاق الطرفين أو وفقا لمقتضيات الفصل 4-327 من القانون رقم 05-08⁹¹.

للطرفين إذن الحرية الكاملة في اختيار وتشكيل الهيئة التحكيمية أو في تحديد الطريقة الواجبة الاتباع في تعيينها، وهذه الحرية أحاطها المشرع المغربي، تجعل مبدأ سلطان إرادة الأطراف في مأمّن من كل تجاوز، وتتمثل هذه الحصانة في أحقية أي من طرفي اتفاق التحكيم الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي في الحالة التي يتم فيها تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين⁹².

تبقى الإشارة إلى أن حرية الطرفين في تشكيل وتعيين الهيئة التحكيمية مقيدة بالطبع بما يقتضيه مبدأ المشاركة في الاختيار والتشكيل من قيامها بدور متساو في تحقيقه، بمعنى ضرورة المساواة بين الأطراف في تعيين الهيئة التحكيمية، وبالتالي لا

(90)- وهذا ما ينص عليه الفصل 325 من ق رقم 08-05: " عندما تنتهي مهمة لأي سبب من الأسباب يجب ان يعين معكم لتعويضه وفقا لنفس القواعد المطبقة على تعيين المحكم الذي تم تعويضه ..."

(91) - وهذا ما أكدته الفصل 3-327 الذي ينص على انه " إذا ثبت أن المحكم الذي تعويضه أو المحكمين المعيّنين في اتفاق التحكيم لا تتوفر فيهم الشروط القانونية لممارسة هذه المهمة أو لأي سبب آخر يحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية، فإن تعيين المحكمين يتم إما باتفاق الأطراف، وإما وفقا للفصل 4-327 بعد".

وللمزيد حول أهمية منح الحرية لأطراف اتفاق التحكيم في تشكيل الهيئة التحكيمية راجع:

• محمد البرانصي، دور التحكيم في جلب الاستثمارات الأجنبية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق ، السنة الدراسية 2006-2007. ص 11 وما يليها.

(92)- راجع في هذا الصدد الفصل 36-327 من القانون رقم 08-05، وأيضا الفصل 49-329 الذي يسمح بالطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي متى تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية.



يصح كل شرط يقضي باستقلال أحد الطرفين باختيار الهيئة، أو يقضي عددا يفوق العدد الذي يختاره الطرف الآخر⁹³، فالتشكيل يجب أن يكون باتفاق وتساو طرفي التحكيم. وإلى جانب المساواة في التشكيل يعتبر مبدأ سلطان الإرادة في اختيار الهيئة التحكيمية مقيدا بضرورة احترام الشروط القانونية التي يجب توافرها في المحكم أو المحكمين الذين سيتم اختيارهم للفصل في النزاع التحكيمي، حيث يجب أن يكون شخصا ذاتيا كامل الأهلية⁹⁴، وأن يكون مصرحا لدى النيابة العامة بمحكمة الاستئناف⁹⁵. أما قاعدة الوترية فلا تشكل أي قيد على حرية الأطراف عند تعيينهم للهيئة⁹⁶.

الفقرة الثانية:

قبول الهيئة التحكيمية للمهمة المسندة إليها.

(93)- وهذا ما ذهب إليه أغلبية الفقه المهتم بالتحكيم التجاري، أنظر في هذا الصدد: عكاشة عبد العال ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 579 وما يليها. و أيضا فتحي والي، المرجع السابق، ص 206. وقد قضى في فرنسا بأن عدم مراعاة المساواة بين الطرفين في اختيار هيئة التحكيم هو مما يؤدي إلى عدم توافر محاكمة عادلة (un procès équitable) Voir : Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international » LITEC, Delta, Paris 1996 page 482 et 483.

(94)- وهذا ما ينص عليه الفصل 320 من القانون 08-05 وأيضا المادة 16 من قانون التحكيم المصري. (95)- ألزم المشرع المغربي المحكمين بضرورة التصريح بقيامهم بمهمة التحكيم لدى الوكيل العام لمحكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذها محل إقامة الأشخاص الطبيعيين أو المقر الاجتماعي للشخص المعنوي، وذلك في الفصل 321 من ق 08-05، وقد صدرت في هذا الصدد دورية عن السيد وزير العدل توضح المغزى من هذا التصريح، تحت عدد 12 س02 موجهة إلى الرؤساء الأولين لمحاكم الاستئناف الإدارية والتجارية.

وبالرجوع إلى الفقرة 02 من هذه الدورية يتضح أن هذا التصريح لا يشكل في الحقيقة أي قيد على حرية الأطراف أثناء اختيار الهيئة وإنما الهدف منه أي من هذا التصريح- هو تسهيل مهمة رئيس المحكمة حين يلجأ إلى تطبيق مقتضيات الفصلان 327-4 و 327-5 قصد تعيين أو إتمام تشكيل هيئة التحكيم، ومما جاء في الفقرة 02 من هذه الدورية التوضيحية: "ثانيا: لم يهدف المشرع من وراء التصريح المذكور، جعل القيام بمهمة التحكيم حكرا على فئة المحكمين المقيدين بالقائمة المشار إليها، كما لم يقصد تقييد حرية الأطراف بإزامهم باختيار المحكمين من هذه القائمة، أو حصر اختيارهم في دائرة الأشخاص الذين يقومون بمهمة التحكيم على وجه الاعتياد أو في إطار المهنة، بل توخي فقط خلق آلية لتسهيل مهمة رئيس المحكمة حين يلجأ إليه في إطار مقتضيات الفصلين 327-4 و 327-5 قصد تعيين أو إتمام تشكيل هيئة التحكيم، بحيث يسهل عليه الرجوع لقائمة المشار إليها، بدل الاحتكام لمعلوماته الشخصية. وفيما عدا ذلك، فإن المشرع- وعلى غرار ما يجري به العمل في مختلف التشريعات المقارنة المنظمة للتحكيم- كرس مبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكم، كما حرص على الإبقاء على التحكيم باعتباره مهمة -وليس مهنة- يسندها الأطراف بملء إرادتهم وفي حدود الضوابط التي وضعها القانون، لمن ارتضوه من المحكمين، سواء كانوا مقيدين أم غير مقيدين بالقائمة". دورية منشورة بالبوابة الإلكترونية لوزارة العدل، تاريخ الاطلاع 2012-11-22.

(96)- إذ بالرغم من أن المشرع المغربي نص في الفصل 327-2 على أنه: "إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا" فإنه لم يلزم الأطراف بضرورة تعيينهم لعدد وتري من المحكمين، وإنما ترك لهم الحرية التامة في ذلك، حيث يمكن لهم اختيار عدد زوجي من المحكمين ويبقى التحكيم صحيحا، لكن في هذه الحالة وحسب الفصل 327-4 من ق 08-05 يجب تكميل تشكيل الهيئة التحكيمية بمحكم يتم اختياره إما طبقا لما اتفق عليه الأطراف وإما من لدن المحكمين المعنيين في حالة عدم حصول هذا الاتفاق وإما من لدن رئيس المحكمة بناء على أمر غير قابل للطعن إن لم يحصل اتفاق بين المحكمين المذكورين.



إن اختيار المحكم أو المحكمون الذين سينظرون في النزاع التحكيمي سواء باتفاق أطراف التحكيم على ذلك، أو بسلوك الطريق القضائي، لا يكفي لقيام إجراء تشكيل الهيئة التحكيمية صحيحا، وبالتالي قيام اتفاق التحكيم صحيحا ومنتجا لكافة آثاره، كما لا يكفي أيضا لإلزام هذا المحكم المختار للقيام بمهمة التحكيم، وإنما لابد من قبول المحكم للمهمة المسندة إليه حتى يكون تشكيل الهيئة التحكيمية مكتملا ومنتجا لآثاره.

فاختيار المحكم من قبل أطراف التحكيم أو عن طريق رئيس المحكمة حسب الأحوال لا يعدو أن يكون طلبا يجوز للمحكم قبوله أو رفضه، حيث لا يمكن إلزامه وإجباره بالفصل في النزاع رغما عن إرادته.⁹⁷ ذلك أن المحكم وعلى عكس القاضي، لا يقوم بوظيفة أو مهنة تلقى على عاتقه بالتزام وظيفي أو مهني يحتم عليه الاضطلاع بها، وإنما يقوم بقضاء خاص مهمة - له الحرية في قبول القيام به أو رفضه⁹⁸.

ولهذا نجد معظم التشريعات تنص على ضرورة قبول المحكم المختار لمهمة التحكيم حتى يكتمل تشكيل الهيئة التحكيمية، وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفصل 6-1/327 من ق 08-05 على أنه: " لا يعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية كاملا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المعينون المهمة المعهود إليها بها" وهو ما تنص عليه أيضا المادة 1/1456 من ق م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) حيث جاء فيها: " لا يكون تشكيل محكمة التحكيم قد تم إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون مهمتهم"⁹⁹، وأيضا المادة 3/16 من قانون التحكيم المصري: "يجب أن يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ..."

(97) نجيب أحمد عبد الله الجبلي ثابت، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث للنشر، صنعاء، طبعة 2006، ص 264 وما بعدها.

- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، طبعة 1990، ص 182
- Phillippe FOUCHARD, OP. Cit, Page 549. (98)

أنظر في هذا الصدد أيضا: - عكاشة عبد العال، ومصطفى الجمال، المرجع السابق، ص 593 وما يليها.
- محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات طبعة 1990، ص 2001.

(99) - حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه:
« Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige. Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité ».



هكذا إذن يتضح أن مختلف التشريعات تطرقت وبوضوح لوجوب قبول المحكم للمهمة المسندة إليه، حتى يكتمل تشكيل الهيئة التحكيمية وحتى يمكن إلزام المحكم بالفصل في النزاع الذي قبل التحكيم فيه، وهناك من القوانين من تشددت في ضرورة القبول خصوصا عندما يتعلق الأمر بعقد التحكيم، حيث يعد هذا الأخير لاغيا عندما لا يقبل المحكم المعين فيه القيام بالمهمة المسندة إليه (الفصل 315 من ق 05-08).

وبخصوص شكلية القبول فالرجوع للفصل 6-327/3 من ق 05-08 يتبين أن قبول المحكم للمهمة المسندة إليه يجب أن يثبت كتابة بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالمهمة، وهو ما يعني أن المشرع المغربي اشترط الكتابة لإثبات قبول المحكم وقبول المحكم لمهمته له أهمية بالغة، فبالإضافة إلى كونه الخطوة الأخيرة التي تثبت إنهاء تشكيل الهيئة التحكيمية، فإنه يقطع إثباته دابر أي نزاع محتمل سواء بين الأطراف أو بينهم وبين المحكمين حول مسألة القبول. وتبرز أهمية القبول كذلك خصوصا عندما يتم إثباته بالكتابة، في كونه يعد نقطة بداية إجراءات التحكيم لاسيما في حالة عدم اتفاق الأطراف على تاريخ معين لبدء الإجراءات (الفصل 10-327 في فقرته الأخيرة)¹⁰⁰، كما سيساعد أيضا قبول المحكم لمهمته في احتساب أجل إصدار الحكم التحكيمي من طرف الهيئة التحكيمية الفصل 20-327 من القانون المغربي¹⁰¹. والأهم من كل هذا أن قبول المحكم لمهمته يشكل نقطة بداية مهمة المحكمين والتي يتعين بموجبها على كل محكم قبل مهمته أن يستمر في القيام بمهمة التحكيم إلى نهايتها، وفي حالة تخليه عن ذلك دون أي سبب مشروع يكون مسؤولا عن دفع

(100) - حيث تنص هذه الفقرة على أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك".

(101) - ينص الفصل 20-327 من القانون رقم 05-08 على أنه: "إذا لم يحدد اتفاق التحكيم للهيئة التحكيمية أجلا لإصدار الحكم التحكيمي، فإن مهمة المحكمين تنتهي بعد مضي ستة أشهر على اليوم الذي قبل فيه آخر معكم مهمته..."



تعويضات عن هذا التخلي¹⁰²، كما يكون أيضا هذا المحكم الذي قبل بمهمته ملزما بالإفصاح كتابة عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله.¹⁰³

لكن بالرغم من هذه الأهمية القصوى لقبول المحكم لمهمته، فإن المشرع المغربي، لم يحدد ميعادا نهائيا لهذا القبول، وهو نقص تشريعي يمكن أن تنتج عنه آثار سلبية، ذلك أن عدم إلزام المحكم بوقت معين ومعقول لإعلان قبوله من عدمه، قد يؤدي إلى تراخي المحكم عن قبول مهمته، وهو ما يعني عدم تشكيل الهيئة التحكيمية، وقد يكون هذا التراخي إلى ما لا نهاية مما قد يسبب في عرقلة عملية التحكيم. وبالتالي يجب على المشرع المغربي تدارك هذا الفراغ التشريعي، والنص على ميعاد ووقت محدد ومعقول يلزم المحكم بإعلان قبوله داخله، تحت طائلة تعيين محكم آخر محله.

المبحث الثاني: حرية الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية

لا تقف حرية الأطراف في التحكيم التجاري عند مجرد اتفاقهم على اختيار هذه المؤسسة لحل نزاعاتهم، أو عند مجرد تشكيل الهيئة التحكيمية التي ستتولى النظر في النزاع التحكيمي، وإنما يمتد مبدأ سلطان إدارة الأطراف إلى المراحل الأخرى للعملية التحكيمية ويخترق معظم إجراءاته، فبدون هذه الإرادة يصبح نظام التحكيم في حالة جمود وسكون، فسيادة مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم العملية التحكيمية من أبرز ركائز التحكيم التجاري - لاسيما التحكيم الحر - ومن أهم الضمانات المخولة للمستثمرين، وذلك قصد تشجيعهم على استثمار

(102) - وهذا ما أكدته المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من الفصل 06-327، وأيضا التشريع الفرنسي (المادة 1457 من ق م م) والتي تنص الفقرة الأولى منها على أنه:

« Il appartient à l'arbitre de poursuivre sa mission jusqu'au terme de celle-ci à moins qu'il justifie d'un empêchement ou d'une cause légitime d'abstention ou de démission »

وللمزيد من التفصيل حول المسؤولية المدنية للمحكم راجع: أنور علي أحمد الطشي، المسؤولية المدنية للمحكم في منازعات التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى 2012.

(103) - وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من الفصل 06-327 من ق م م 05-08: "ويجب على المحكم الذي قبل بمهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله" ونصت عليه الفقرة 3 من المادة 16 من قانون التحكيم المصري.



أموالهم دون الاكتراث بالقواعد الإجرائية أو الموضوعية للدولة المضيفة للاستثمار والتي قد لا تخدم مصالح استثماراتهم ومعاملاتهم التجارية.¹⁰⁴

وهكذا ولتفصيل الحديث عن حرية الأطراف ومكانتها في تنظيم وتسيير العملية التحكيمية، وتبيان المرونة التي تمتاز بها هذه الأخيرة، سنتطرق لدور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد عناصر مسطرة التحكيم (المطلب الأول)، على أن نخصص (المطلب الثاني) لإبراز حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي.

المطلب الأول: حرية الأطراف في تحديد عناصر مسطرة التحكيم.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة -كما سبقت الإشارة إلى ذلك- من مميزات التحكيم، والتي تجعله القضاء المفضل لدى العديد من الأشخاص لاسيما المتعاملين منهم في حقل التجارة الدولية، حيث يتمتع أطراف التحكيم بالحرية في تدبير إجراءات ومسطرة الدعوى التحكيمية، فلهم الحرية في تحديد تاريخ هذه الإجراءات¹⁰⁵ وتحديد عناصرها من مكان ولغة وغيرها كما أن بإمكانهم طلب إنهاء هذه الإجراءات¹⁰⁶، هذا دون إغفال الحرية الممنوحة لهم تجاه الحكم التحكيمي من حيث تعليقه أو نشره مثلا¹⁰⁷، إلى غير ذلك من مظاهر تسيير إرادة الأطراف لمجريات مسطرة الخصومة التحكيمية¹⁰⁸.

(104) - محمد ثكمنت، واقع التحكيم التجاري الدولي وآفاق الاستثمار، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، سلسلة ندوات المجلس الأعلى خلال سنة 2007 بمناسبة الذكرى 50 لتأسيسه، الندوة الجهوية 04 المنظمة لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء يومي 18 و 19/4/2007 ص 116 وما بعدها.

وانظر في هذا الصدد أيضا: - إلهام علالي، واقع وآفاق التحكيم التجاري الدولي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية-سلا- السنة الدراسية 2008-2009 ص 86 وما بعدها .

سعيد مومي، البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/07، ص 31 وما يليها.

(105) - وهذا ما يؤكد أنه أغلب التشريعات ومنها التشريع المغربي من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 10-327 والتي تنص على أن بداية إجراءات التحكيم يكون في التاريخ الذي يحدد الأطراف باتفاق بينهم،...

(106) - حيث يملك أطراف التحكيم الحرية في إنهاء إجراءات التحكيم وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 19-327 من ق 08-05، كما يملكون الحرية في أيضا في تحديد أجل التحكيم وأيضا تمديده، كما ينص على ذلك الفصل 20-327.

(107) - راجع الفصل 23-327 بخصوص الحرية في تعليق الحكم التحكيمي شريطة أن يكون أطراف التحكيم أشخاص خاضعين للقانون الخاص، وأنظر الفصل 27-327 في فقرته الأخيرة بخصوص نشر حكم التحكيم أو أجزاء منه.

(108) - للمزيد حول دور الإدارة في تسيير خصومة التحكيم راجع: نجاة مسعودي، نظام التحكيم الاختياري الداخلي المغربي: الآليات والقيود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس -السويسي- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الدراسية 2007-2008 ص 39 وما يليها.



وستقتصر دراستنا في هذا الصدد بالتطرق لدور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية (الفقرة الأولى) وفي تحديد مكان ولغة التحكيم (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى:

دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية.

تعد إجراءات التحكيم بمثابة العمود الفقري لنظام التحكيم، وهي السياج الذي يضمن شرعيته، وذلك بالنظر إلى أن تيسير إجراءات التحكيم أو إعاقته سيساهم إلى حد كبير في تحديد مستقبل الحكم التحكيمي. ويقصد بالإجراءات تلك القواعد المسطرية التي يتعين اتباعها بعد تشكيل هيئة التحكيم وحتى صدور الحكم الذي يفصل في النزاع المعروض عليها¹⁰⁹.

واعتباراً لهذه الأهمية الكبيرة التي تحظى بها القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية، فقد أقرت معظم التشريعات حرية الأطراف بالاتفاق على هذه القواعد، وفي هذا الصدد ينص الفصل 10-327 المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون دون أن تكون ملزمة بتطبيق القواعد المتبعة لدى المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم..." كما ينص كذلك الفصل 42-327 المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: "يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدد مباشرة أو استناداً إلى نظام للتحكيم المسطرة الواجب إتباعها خلال سير التحكيم كما لاتفاق التحكيم إخضاع التحكيم لقانون المسطرة المحدد فيه..."

وهو ما ينص عليه أيضاً المشرع المصري في المادة 25 والتي جاء فيها "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، لما في ذلك حقها في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، كان لهيئة التحكيم، مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة". وأيضاً المشرع الفرنسي، حيث أكد في المادة 1509 من

(109)- أبو زيد، رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 87 وأيضاً: جمال محمود الكردي، القلون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 47 وما يليها.



ق م م على حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية، والتي سيتم إتباعها في الفصل في النزاع التحكيمي¹¹⁰.

ويعزى التسليم بهذا المبدأ إلى أسباب عملية أكثر منها نظرية، إذ تستجيب فكرة منح الحرية لأطراف الاتفاق التحكيمي في تحديد الإجراءات المسطرية للتعدد الكبير وللاختلافات في المعاملات العقدية التجارية لاسيما الدولية منها، ذلك أن هذه الحرية تسمح للأطراف باختيار القانون أو القواعد الملزمة لتحقيق النتيجة التي يرغبان في تحقيقها، كأن يختاروا قانون دولة أخرى أجنبية عنهم لما يتضمن من أحكام تنظم علاقتهم وعقدتهم بصورة أفضل من تلك التي كانت ستحققه الأحكام التي وردت في قوانينهم الوطنية¹¹¹، فهذا الاختيار قد يجنبهم الكثير من الصعوبات ويجعلهم في مأمن منها.

كما أن حرية الأطراف في اختيار القواعد الإجرائية هي الأكثر انسجاماً مع الطابع الرضائي للتحكيم، بل تعد هذه الحرية من العوامل الرئيسية التي تدفع الأفراد إلى اللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم، وذلك باختيار إجراءات مرنة بعيداً عن تعقيدات الأنظمة القضائية الوطنية، مما قد يسمح بانتهاء العملية التحكيمية في وقت قصير وبنفقات قليلة¹¹².

وعليه فإنه يحق لأطراف اتفاق التحكيم إما اختيار القواعد الإجرائية بأنفسهم مباشرة كتحديد مثلاً طريقة تقديم المذكرات والطلبات العارضة ومواعيد الجلسات وغيرها من المسائل الإجرائية، أو الخضوع لقواعد إجرائية تكون بمثابة "تركيب مزجي" من العديد من لوائح التحكيم¹¹³، كالأخذ مثلاً بالقواعد المعروفة في مجال التحكيم التجاري الدولي، كأن يكون جزء منها من قواعد التحكيم أصدرتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، وجزء آخر

(110) - حيث تنص المادة 1509 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي حسب تعديل المرسوم رقم 2011/48 على أنه: « **La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale.** Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure. ».

(111) - راجع في هذا الصدد: - صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس (القاهرة) 2004، ص 33.

(112) - فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م س، ص 295.

(113) - أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 03 وما يليها.

من تحكيم غرفة التجارة الدولية وآخر من قواعد أحد مراكز التحكيم¹¹⁴، كما يمكن لهم اختيار القواعد المسطرية لنظام تحكيمي معين، وفضلا عن هذا قد يفضل أطراف التحكيم إتباع الإجراءات المسطرية لقانون دولة ما، وأخيرا يحق لهم ترك مسألة تحديد الإجراءات لحرية الهيئة التحكيمية فتتولى بنفسها وضع القواعد المسطرية للتحكيم نيابة عنهم، ويكون القانون الإجرائي في هذه الحالة هو "قانون إرادة المحكم"¹¹⁵.

أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على أي من هذه الاختيارات، فإن الهيئة التحكيمية تضبط إجراءات التحكيم بالشكل الذي تراه مناسبا حسب ما ينص عليه الفصل 10-327 المتعلق بالتحكيم الداخلي والفصل 42-327 المتعلق بالتحكيم الدولي.

وبالتالي فلأطراف التحكيم الحرية التامة في اختيار القواعد المسطرية المناسبة لفض نزاعاتهم والتي توفر لهم الأمن القانوني والقضائي اللازم لنجاح عملياتهم التحكيمية، فلا يحد من حريتهم في هذا الصدد إلا احترام النظام العام لدولة مكان التحكيم، إلى جانب المبادئ الأساسية للنقاضي كمبدأ المساواة بين الخصوم وحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، وغيرها من المبادئ الموجهة للتحكيم والتي لا ينبغي خرقها والمساس بها.

تبقى الإشارة إلى أن الهيئة التحكيمية ملزمة بتطبيق القانون الإجرائي المختار من طرف الأطراف، تحت طائلة المطالبة ببطالان الحكم التحكيمي طبقا لما تنص عليه الفقرة السابعة من الفصل 36-327 من ق 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي، حيث جعلت هذه الفقرة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية اتفاق الأطراف على تطبيقها سببا من أسباب الطعن بالبطالان في الحكم التحكيمي، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فرغم عدم تنصيب المشرع صراحة على هذا المقتضى، فإنه يندرج ضمن السبب الثاني المنصوص عليه في الفصل 49-327 من ق 05-08 والمتعلق بعدم تقيد الهيئة التحكيمية بالمهمة المسندة إليها¹¹⁶، وإن كان يجب على

(114) - أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث (القانون الذي يحكم النزاع)، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الثالثة، العدد الثاني (الكويت) 1979، ص 28.

(115) - أبو العلا علي النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص 14 وما بعدها.

(116) - للمزيد في هذا الصدد راجع:

• عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطالان في الحكم التحكيمي، المرجع السابق، ص 82 و 83.



المشرع المغربي أن ينص عليه بشكل واضح لما لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار الإجراءات المسطرية من أهمية كبرى في نجاح العملية التحكيمية، وهو ما يقتضي حماية تشريعية له مما يمكن أن يصدر من المحكم من تجاوز في هذا الصدد.

الفقرة الثانية:

دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مكان ولغة التحكيم

يخضع تحديد مكان ولغة التحكيم لحرية أطراف اتفاق التحكيم، حيث تعتبر إرادة الأطراف الجهة الأولى، ذات الاختصاص في اختيار هذين العنصرين من عناصر التحكيم، فكيف تعاملت اذن التشريعات الوطنية والاتفاقيات والقواعد الدولية للتحكيم مع مبدأ سلطان الإرادة في هذا الصدد؟

لدراسة هذه المعطيات سيتم الحديث (أولا) عن دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مكان التحكيم ثم (ثانيا) في تحديد لغة التحكيم.

أولاً: مكان التحكيم: إذا كان الخصوم يتقيدون في الأنظمة القضائية الوطنية بالاختصاص المحلي أو المكاني، إذ يعتبر أحيانا من القواعد الأمرة التي لا يمكن الاتفاق على مخالفتها، فإنه وخلاف ذلك، يتحررون عند اختيارهم وسيلة التحكيم لفض نزاعاتهم من مثل هذه القيود، ذلك أن مكان التحكيم يتم تحديده وفق إرادتهم مبدئياً، ووفق إرادة المحكمين استثناء، في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك.

وقد نصت مجمل التشريعات على هذه الحرية، وفي هذا الصدد ينص الفصل 10-327 من قانون التحكيم المغربي (ق 05-08) في الفقرة الثانية على أنه: "ولطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة المغربية أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق، عينت هيئة التحكيم مكان للتحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى ومحل إقامة الأطراف، ولا يحول ذلك دون أن تجمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود

• عبد الكبير الغلا، طرق الطعن ضد الحكم التحكيمي الداخلي-دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الدراسية 2008-2009.



أو الجزاء أو الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع المصري في المادة 28 من قانون التحكيم المصري، حيث جاء فيها: "ولطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها".

كما تطرقت اتفاقيات وقواعد التحكيم التجاري الدولي هي الأخرى لمكان التحكيم وأكدت على سيادة مبدأ سلطان الإرادة في تحديده، وهكذا تنص المادة الرابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 على أنه: "إذا قرر الطرفان حل النزاع بطريق تحكيم الحالات الخاصة كان لهما حرية تحديد مكان التحكيم". وهو ما ينطبق أيضا على المادة 2/20 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي حيث جاء فيها: "لطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك، تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان، على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين".

إذا الأصل هو أن يتفق الأطراف على مكان إجراء التحكيم، والغالب أنهم يضمنون هذه المسألة في اتفاق التحكيم، وإذا حدث ولم يتفق الأطراف على مكان التحكيم تولت الهيئة التحكيمية تحديده مع مراعاة ظروف التحكيم¹¹⁷.

ويكتسي تحديد مكان التحكيم أهمية بالغة، حيث يساعد على تحديد المحكمة المختصة في بعض مسائل التحكيم كاتخاذ الإجراءات التحفظية والأوامر الوقتية مثلا أو موافاة الهيئة التحكيمية بالمعلومات التي تراها مفيدة كما ينص على ذلك الفصل 9-327 من ق 05-08¹¹⁸، وغيرها من المسائل التي يساعد فيها القضاء التحكيم، كما يؤدي تحديد مكان التحكيم إلى معرفة المحكمة المختصة بالطعن في الحكم التحكيمي وتنفيذه¹¹⁹، ويستعان كذلك بمكان التحكيم كمؤشر لتحديد واستبيان الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

¹¹⁷ - منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2000 ص 187.

¹¹⁸ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 327-09 على أنه "يمكن للهيئة التحكيمية قبل اتخاذ أي قرار في الموضوع أن تطلب من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ذات الاختصاص المكاني بالنظر إلى مكان التحكيم موافاتها بالمعلومات التي تراها مفيدة بالنظر إلى مقتضيات الفصل 308 أعلاه..."

¹¹⁹ - فتحي والي، المرجع السابق، ص 313. حسني المصري، المرجع السابق، ص 288.



وتزداد أهمية مكان التحكيم في التحكيم الدولي، حيث يعد من بين المعايير التي يعتمد عليها للقول بدولية التحكيم¹²⁰، كما يعتمد عليه كذلك للفصل فيما إذا كان حكم التحكيم وطنيا أو أجنبيا، وهي مسألة في غاية الأهمية عند طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، إذ تعد بعض الاتفاقيات الدولية بمعيار صدور حكم التحكيم لإثبات دوليته، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958، حيث تسمح هذه الأخيرة في المادة 05/د من ديباجتها للدولة بأن ترفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كانت إجراءات التحكيم مخالفة لها اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق، إلى غير ذلك من مظاهر أهمية تحديد مكان التحكيم¹²¹.

وإزاء هذه الأهمية القصوى والبالغة لمكان التحكيم، وبالنظر إلى الحرية التي يتمتع بها أطراف التحكيم في هذا الصدد، فإنه ينبغي للأطراف الحرص على اختيار مكان للتحكيم يسهل عليهم العملية التحكيمية ويتمشى مع مصالح تجارتهم ومعاملاتهم.

تبقى الإشارة في الأخير إلى أنه يجب التفرقة بين المكان المادي الذي تتعقد فيه جلسات وبعض إجراءات التحكيم والذي يخضع - حسب رأي بعض الفقه¹²² - لنزوات المحكمين، وبين مكان التحكيم كفكرة قانونية أي مقر التحكيم، والذي تترتب عليه الآثار القانونية سالفة الذكر، ولهذا فإنه رغم عقد جلسات التحكيم في أماكن مادية مختلفة، فإن مكان التحكيم كفكرة قانونية يبقى واحدا، وثابتا لا يتغير¹²³.

ثانيا: لغة التحكيم

¹²⁰ - وهذا ما يتضح من خلال الفصل 40-327 من القانون رقم 05-08 الذي ينص على أنه: " يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج. يعتبر دوليا، إذا: (1) كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة. (2) أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف: (أ) - مكان التحكيم عندما يكون منصوصا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الاتفاق....".

¹²¹ - للمزيد حول أهمية مكان التحكيم راجع: جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 82 وما يليها.
¹²² - رأي الأستاذ عبد الله درميش، مشار إليه في هامش مقالة محمد المختار الراشدي، إجراءات مسطرة التحكيم، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 117 -نوفمبر/ دجنبر 2008، هامش ص 80.

¹²³ - حول التفرقة ما بين مكان ومقر التحكيم: * فتحي والي، م س، ص 314/ صبري أحمد محسن الذبابات، م س، ص 50. وإن كانت التطورات التكنولوجية الحديثة والتي أثرت في جميع المؤسسات القانونية وفيها مؤسسة التحكيم، وأحدثت ما يسمى "بالتحكيم الإلكتروني" أثرت في مفهوم مكان التحكيم، حيث لم يعد في ظل هذه التطورات مكان قار للتحكيم، فالمعاملات التجارية أصبحت في غالبيتها تتم عن طريق وسائل إلكترونية حديثة وبسرعة مذهلة وبجهد وتكلفة أقل، وأصبحت غالبية النزاعات الناشئة عنها يفصل فيها عن طريق التحكيم الإلكتروني، وبالتالي تطرح أكثر من علامة استفهام عن مكان التحكيم في هذا النوع الجديد و المتطور من التحكيم الذي ليس له - في الحقيقة - مكان يرتبط به.



عالجت مختلف التشريعات الوطنية للدول و معها أنظمة وقواعد التحكيم التجاري الدولي موضوع لغة التحكيم على نحو يتسم بكثير من المرونة بما يجعل إجراءات الدعوى ميسرة وملائمة سواء بالنسبة لأطراف التحكيم أو بالنسبة لهيئة التحكيم ومن خلالهما العملية التحكيمية ككل، حيث حاولت هذه التنظيمات خلق نوع من التوازن في تحديدها للغة التحكيم ما بين الأطراف والهيئة التحكيمية مع منح الأولوية لمبدأ سلطان الإرادة.

وهكذا ينص المشرع المغربي في الفصل 313 من ق 05-08 على أنه: "يجرى التحكيم باللغة العربية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى...". وهو نص مطابق للمادة 29 من قانون التحكيم المصري، وأيضا للمادة 28 من قانون التحكيم الأردني.

ومبدأ سلطان الإرادة في تحديد لغة التحكيم أكدته المادة 1/22 من القانون النموذجي: "لطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم، فإذا لم يتفقا على ذلك بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات...".

وانطلاقاً من هذه النصوص يتضح أن الأصل في لغة التحكيم أن يُجرى باللغة العربية، لكن نظراً لخصوصية التحكيم واعتماده على الرضائية بين الأطراف وحريتهم في تنظيم العملية التحكيمية، سمحت هذه التشريعات لأطراف العلاقة التحكيمية باختيار اللغة التي يرتضونها والتي تتم بها الإجراءات والمرافعات¹²⁴. وهذا ما يميز مسطرة التحكيم عن المسطرة أمام

المحاكم القضائية الوطنية، حيث يتعين أن تتم الإجراءات أمامها باللغة العربية دون غيرها.¹²⁵ وفي الحقيقة فإن اللغة التحكيم أهميتها، خصوصاً في التحكيم الدولي، فعندما يُبَاشَر هذا الأخير بلغة لا يتحدث بها أحد الطرفين أو من يمثله أو شهوده، فإن ذلك سيمثل عبئاً ثقيلاً عليه،

¹²⁴- وفي حالة عدم الاتفاق تولت هيئة التحكيم ذلك.

¹²⁵- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 356.

وسيكبده المزيد من نفقات الترجمة¹²⁶. وبالتالي فيجب على الأطراف، الحرص على تحديد لغة التحكيم المناسبة لحل نزاعهم، وتفادي ما من شأنه أن يعرقل خصومتهم أو يؤثر في عدالتها.

المطلب الثاني: دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي

يتضح من خلال استقراء بعض الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي¹²⁷، إلى جانب أنظمة هيئات التحكيم¹²⁸، والتشريعات الداخلية للدول¹²⁹، أن مبدأ سلطان الإرادة يعتلي مركز الصدارة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي. وقد ترتب عن هذا الاعتراف فسح المجال للأطراف المتعاقدة من أجل اختيار القواعد القانونية التي ستحكم موضوع النزاع بما يتناسب مع أغراضهم ويتلاءم مع تطلعاتهم، مادامت لا تتعارض مع النظام العام. وإرادة الأطراف هاته تتخذ مظهرين، فإما أن يتم التعبير عنها بطريقة مباشرة وذلك بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق (الفقرة الأولى) أو أن يتم التعبير عنها بطريقة غير مباشرة، أو ما يسمى بالاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق والذي يتم الوصول إليه بالاعتماد على عدة مؤشرات وقرائن (الفقرة الثانية)

¹²⁶ - للمزيد حول أهمية لغة التحكيم راجع: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق (الكويتية)، العددان الأول والثاني، السنة 1994/18، ص 90 وما يليها.

¹²⁷ - من ذلك مثلا المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 في فقرتها الأولى والتي تنص على أنه "تحكم المحكمة (الهيئة التحكيمية) في النزاع القانوني وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين بها وما ينطبق من قواعد القانون الدولي" وأيضاً الفقرة الأولى، من المادة 21 من اتفاقية عمان لسنة 1987 حيث تنص على أنه: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للعقد المبرم بين الطرفين، وأحكام القانون الذي اتفق عليه الطرفان صراحة أو ضمنا إن وجد" وغيرها من نصوص الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد.

¹²⁸ - بخصوص أنظمة هيئات التحكيم التجاري فقد سلكت أيضا نفس النهج ومن ذلك مثلا: قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص الفقرة الثالثة من المادة 13 منها على أنه: "للطرفين ملء الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع،....." وكذلك المادة 10 من قواعد التحكيم لنظام المنظمة الدولية للتحكيم البحري لسنة 1978 حيث جاء فيها: "الأطراف أحرار في تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع".

¹²⁹ - حيث أكدت بعض التشريعات الوطنية على هذا المبدأ، وفي هنا ينص المشرع الفرنسي في المادة 1478 من ق م م على أنه: « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit, à moins que les parties lui aient confié la mission de statuer en amiable composition »

و هو ما نص عليه أيضا المشرع المصري في المادة 39 من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيها: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان..." ونفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي الذي تطرق لهذا الأمر في الفقرة الأولى من الفصل 18-327 (من الفرع الأول المتعلق بالتحكيم الداخلي) في القانون 05-08، حيث جاء في هذه الفقرة: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان". وأيضاً في الفقرة الأولى من الفصل 44-327 - الفرع الثاني المخصص للتحكيم الدولي في القانون 05-08- التي تنص على أنه "تحدد في اتفاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها على جوهر النزاع..."



الفقرة الأولى: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق

يقصد بالاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، الإرادة الحقيقية المعلن عنها صراحة في العقد، فهو التعبير الصريح الذي يفصح بذاته وبصورة مباشرة عن الإرادة⁽¹³⁰⁾، ويستوي في ذلك أن يكون الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في صلب اتفاق التحكيم، أو في وثيقة مستقلة، كما يستوي كذلك أن يكون هذا الاختيار قد تم عند إبرام اتفاق التحكيم أو في وقت لاحق على إبرام هذا الاتفاق.⁽¹³¹⁾

وهكذا وحتى يتم تجسيد إرادة الأطراف، ويكون لها مفعول على أرض الواقع، فإنه يجب على المحكم تطبيق القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف الصريحة.

إذن فدراستنا لهذه الفقرة ستكون بالحديث عن إلزامية تطبيق المحكم لقانون الإرادة الصريحة (أولا) وذلك تحت طائلة الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الذي سيصدره (ثانيا).

أولاً: التزام المحكم بتطبيق قانون الإرادة الصريحة

احتراما لإرادة الأطراف، فإنه يجب على المحكم أن يلتزم بتطبيق القواعد القانونية التي اتجهت إليها الإرادة الصريحة⁽¹³²⁾.

وعلى هذا الأساس نجد أن معظم التشريعات الوطنية والدولية المنظمة للتحكيم، قد ألزمت الهيئة التحكيمية بتطبيق القواعد التي يتفق عليها الأطراف. وهو الأمر الذي استقر عليه كذلك الفقه، مؤسسين ذلك على ضرورة احترام المبدأ التقليدي الثابت وهو سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، على اعتبار أن الأطراف في العقد هم الأقدر على اختيار القانون الملائم لطبيعة العلاقة القانونية القائمة بينهم⁽¹³³⁾.

¹³⁰ - أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2002، ص 37 وما يليها.

¹³¹ - كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1991، ص 131.

¹³² - على اعتبار أن القانون الواجب التطبيق يكون محددا هنا بصفة واضحة، عكس حالة الاختيار الضمني والتي يتمتع فيها المحكم بسلطة تقديرية واسعة، حيث يكون القانون الواجب التطبيق مبهما وغير واضحا، ويعمل في إطار سلطته التقديرية على تبيانه واستجلانه واستظهاره بالاعتماد على مجموعة من المؤشرات.

¹³³ - أنظر في هذا الصدد، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص 122 وما بعدها.



و أكده أيضا قضاء التحكيم التجاري الدولي في العديد من قراراته، منها القرار الصادر في نزاع "يتعلق بمشارطة إيجار اتفق أطرافها على تطبيق معاهدة بروكسيل 1924، وبروتوكولها المعدل 1968 على تحديد مسؤولية المجهز على العجز الحاصل على الشحنة، فقررت هيئة التحكيم أنه لما كان الشرط رقم 23 من مشارطة الإيجار - محل النزاع - والمبرم وفق نموذج SYNACOMEX 1990 يقضي بتطبيق قواعد بروكسيل 1994 وبروتوكولها المعدل بتاريخ 1968 لتحديد مسؤولية مجهز السفينة عن العجز الحاصل للشحنة، فإن هيئة التحكيم تلزم بتطبيق هذه القواعد" (134) .

وعليه فإن المحكم ملزم باحترام وتطبيق القواعد القانونية المختارة لاسيما وأن أطراف النزاع التحكيمي غالبا ما يقومون بالتحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق رغبة منهم في تفادي المشاكل التي يمكن أن تعيق العملية التحكيمية وتتل من فعاليتها حالة عدم التحديد الصريح، كانهياز المحكمين مثلا أو تعسفهم في اختيار قانون دون آخر تحت غطاء الإرادة المفترضة أو الضمنية (135)، أو الإجراءات المعقدة التي تحيل إليها قواعد الإسناد وتنازع القوانين والتي يجب إتباعها من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، وإلا بقي النزاع معلقا وضاعت معه حقوق ومصالح أطراف النزاع.

ومن كل هذا يتبين مدى المسؤولية الكبيرة الملقاة على عاتق المحكم، إذ يجب عليه في مثل هذه الحالة الاحتكام إلى القانون الذي اختاره الأطراف كيفما كان نوعه مادام لا يخالف النظام العام (136)، لأن في عدم احترام إرادة الأطراف عرقلة للتجارة الدولية، فأشخاص التجارة الدولية، أو مجتمع التجار عبارة عن فئة من المهنيين والمحترفين، لذلك فأدنى شيء يمكن

134- حكم رقم 874 صادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس بتاريخ 21 يناير 1994، أشار إليه، الحسين مقبوب، دور المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة البحث والتكوين في قانون الأعمال والاستثمار، تخصص القانون التجاري المقارن، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2006-2007، ص12.

135- وفاء طويه، ضمانات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2008-2009، ص30.

136- أنظر في هذا الصدد، أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على الموضوع والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003، ص10 وما بعدها.

- Voir aussi : EMANUEL Gaillard, L'arbitrage commercial international, édition technique, Juris classeur 1991, Vol 9, page 2 et suivant.



تقديمه لهاته الفئة هو السماح لهم بتنظيم شؤونهم التجارية، وتطبيق ما تولد عن اتفاقهم وإرادتهم من قواعد قانونية، وبالتالي توفير وخلق جو من الأمن القانوني لهم⁽¹³⁷⁾.

ثانياً) - الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم لاستبعاد المحكم للقانون المختار

إدراكاً منها لأهمية مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي، ووعياً منها بضرورة احترام ما تقضي إليه إرادة الأطراف من قواعد للتطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، لم تقف التشريعات الوطنية للعديد من الدول عند حد إلزام المحكم بتطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف - لاسيما في حالة الاختيار الصريح - على نزاعهم، وإنما تجاوزت ذلك بمنح أطراف النزاع الحق في الطعن بالبطلان ضد القرار التحكيمي الذي لم يطبق فيه المحكم القانون المختار من طرف الأطراف، ومن بين هذه التشريعات، نجد التشريع المصري، إذ بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 53 من القانون رقم 27 سنة 1994 يتضح أنها جعلت ضمن حالات الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الداخلي أو الدولي حالة استبعاد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

وإذا كان المشرع المصري واضحاً بخصوص جزاء استبعاد المحكم للقانون المختار، فإن المشرع المغربي فرق ما بين التحكيم الداخلي والدولي، حيث كان واضحاً بخصوص الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الداخلي لعدم احترام المحكم للقانون الموضوعي المختار، وهو ما يؤكد الفصول 36-327 من ق 05-08 الذي ينص: "رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقاً للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها...7- في حالة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو

¹³⁷ - أنظر في هذا الصدد:

- عبد المنعم كيوة، اختيار الأطراف للقانون المنطبق على أصل النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مقل منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 4، أبريل 2001، ص17 وما بعدها.

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ماهيتها، القانون الواجب التطبيق عليها، وسائل تسوية منازعاتها، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، الطبعة الأولى 2006، ص102.

- Voir aussi: Jean François, POUDRET et Sébastien besson: Droit comparé de l'arbitrage international, Schultles, édition 2002, page, 607 et suivant.



استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع "عكس التحكيم الدولي الذي لم ينص فيه على هذا الأمر بشكل صريح، و في هذا الصدد نجد الفصل 51-327 (المتعلق بالتحكيم الدولي) من القانون رقم 05-08 ينص على أنه "يكون الحكم التحكيمي الصادر بالمملكة في مادة التحكيم الدولي قابلاً للطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في الفصل 49-327 أعلاه"، وبالرجوع إلى الفصل 49-327 (المتعلق هو الآخر بالتحكيم الدولي) من القانون رقم 05-08 يتبين أن صيغته عامة، حيث جاء في البند (3) من الفصل 49-327 المذكور "إذا بنت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها".

ومن الملاحظات الأساسية أيضاً على الفصل 51-327 أعلاه، أن المشرع المغربي ربط الطعن بالبطلان بأحكام التحكيم الدولية الصادرة في المملكة المغربية، أما باقي الأحكام التحكيمية الدولية الأخرى الصادرة خارج المملكة فلم يشملها نص الفصل 51-327 من القانون رقم 05-08. والسبب في ذلك هو أن المشرع المغربي من خلال الفصلين 51-327 و 52-327، جعل اختصاص القضاء المغربي بالنظر في دعوى بطلان الأحكام التحكيمية الدولية مرتبطاً بالأحكام الدولية الصادرة داخل المملكة، أي ربط دعوى البطلان بمقر صدور الحكم التحكيمي الدولي وبالتالي فالأحكام الدولية الصادرة خارج المملكة يكون الطعن بالبطلان فيها أمام قضاء الدولة التي صدرت في إقليمها¹³⁸.

تبقى الإشارة إلى أن هناك العديد من القرارات القضائية التي قضت ببطلان الحكم التحكيمي لاستبعاد المحكم القانون المختار، ومنها قرار المحكمة بباريس جاء فيه:

« Que le tribunal arbitral à l'obligation d'appliquer la loi choisie par les parties, à défaut, le tribunal statue sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée et sa sentence peut être annulée ⁽¹³⁹⁾ »

¹³⁸ - للمزيد في هذا الصدد راجع: عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم في التشريع المغربي و المقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، منشورات دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 306 وما يليها.

¹³⁹ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بباريس بتاريخ 16 يناير 2003، أشار إليه: Dominique VIDAL : « Droit français de l'arbitrage commercial » édition bilingue Français- Anglais, Gualino éditeur EJA, Paris 2004, Page 227 et suivant.

بمعنى أن الهيئة التحكيمية عليها الالتزام بتطبيق القانون المختار، بخلاف ذلك، فهي قد تعرض قرارها للبطلان، لأنها تكون قد تجاوزت المهمة المسندة إليها.

وهو الأمر الذي أكدته أيضا محكمة الاستئناف بالقاهرة في قضية كرومالوي CHROMALLOY الشهيرة، فعلى إثر نزاع نشب بين شركة كرومالوي الأمريكية ووزارة الدفاع المصرية تم إعمال شرط التحكيم، فأصدرت على إثره هيئة التحكيم حكما ألزم الطرف المصري بالتعويض، إلا أن هذا الأخير، طعن ضد حكم التحكيم بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة مستندا على عدة أسباب من بينها استبعاد حكم التحكيم للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي جلسة 5 دجنبر 1995 أصدرت محكمة الاستئناف بالقاهرة حكما يقضي ببطلان حكم التحكيم، بناء على ضرورة احترام إرادة الأطراف، فيما يخص تطبيق القانون المتفق على تطبيقه على موضوع النزاع⁽¹⁴⁰⁾.

وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة استئناف القاهرة في حكمها الصادر في 7-9-1999 في قضية إيتالورك الشهيرة⁽¹⁴¹⁾.

هكذا إذن يتضح أن المحكم يكون ملزما باحترام إرادة الأطراف، وتطبيق القانون المختار صراحة، وإلا تعرض حكمه التحكيمي للطعن بالبطلان من طرف أطراف النزاع، فما دام المحكم يستمد أغلب سلطاته من إرادة واتفاق الأطراف، فإنه يجب عليه عدم تجاوز هذه الإرادة أو مخالفته⁽¹⁴²⁾.

140- قرار أشار إليه يوسف الساقوط، دور العمل القضائي في تحقيق فعالية حكم التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس -السويس-، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2007-2008، ص76.

141- أنظر تفاصيل قضية إيتالورك، وأيضا تفاصيل قضية كرومالوي الشهيرتين في مرجع حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2004، ص 432 وما يليها.

142- للمزيد حول دعوى الطعن بالبطلان في التحكيم التجاري الدولي راجع: - حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1997.

- ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2006.
- مولاي الكبير الصوصي العلوي، طرق الطعن المرتبطة بالتحكيم التجاري في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس -السويس-، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2006-2007 ص 103 وما بعدها.



الفقرة الثانية: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق

إذا كان الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق من أطراف النزاع لا يثير أدنى صعوبة أمام المحكم، حيث يلجأ هذا الأخير إلى تطبيق ما اتفق عليه الأطراف، باستثناء طبعاً حالة مخالفة القانون المختار للنظام العام-، فإنه في حالة الاختيار الضمني يقع على المحكم عبء استبيان واستظهار الإرادة الضمنية أو المفترضة للأطراف من أجل الوصول إلى القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي.

وقد درجت الممارسات التحكيمية على استجلاء الإرادة الضمنية لطرفي النزاع عن طريق إعمال نظرية المؤشرات والتي تنقسم إلى مؤشرات عامة ومؤشرات خاصة، فكيف عالج وطبق قضاء التحكيم هذه المؤشرات؟ وما مدى ملائمة هذه المؤشرات لواقع التحكيم التجاري الدولي، ولواقع المنازعات التجارية الدولية؟ وما موقف المحكم الدولي من هذه المؤشرات في العقود الدولية التي تكون الدولة طرفاً فيها؟

للإجابة عن هذه الأسئلة سنحاول دراسة وتقييم المؤشرات والقرائن التي يعتمد عليها المحكم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق (أولاً)، على أن نتطرق لكيفية إعمال المحكم الدولي لهذه المؤشرات في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها (ثانياً)

أولاً: نظرية المؤشرات: مكوّناتها و جدواها في منازعات التجارة الدولية

يستند المحكم في إطار إعمال سلطته التقديرية لاستبيان الإرادة الضمنية لأطراف النزاع على مجموعة من المؤشرات والقرائن، صنفها الفقه إلى مؤشرات عامة (1) وأخرى خاصة (2).

1- : المؤشرات العامة

يعد قانون محل إبرام العقد، وقانون محل تنفيذ العقد من أهم المؤشرات العامة التي يتم اعتمادها لاستخلاص إرادة الأطراف الضمنية في التحكيم التجاري الدولي:

أ- قانون محل إبرام العقد:

لقد أُعتمد على هذه القرينة في العديد من قرارات التحكيم، بغية الوصول إلى قانون الإرادة الضمنية، ومن بين هذه القرارات، نجد القرار الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في نزاع بين متعاقد فرنسي وآخر سويسري حول عقد الاستغلال المطلق لحقوق الاختراع والذي لم يحدد فيه القانون الواجب التطبيق، وانطلاقاً من وقائع النزاع استنتجت هيئة التحكيم أن العقد وقع ببّاريس وأن الأطراف اختاروا التحكيم بغرفة التجارة الدولية، فخلصت بذلك هيئة التحكيم أن رغبة الأطراف اتجهت إلى تطبيق القانون الفرنسي على عقدهما.⁽¹⁴³⁾

وفي قرار آخر لها أيضاً والذي صدر بشأن نزاع بين شركة إيطالية وأخرى سويسرية حول تنفيذ عقد وكالة عامة للبيع، قامت هيئة التحكيم -نظراً لغياب الإرادة الصريحة- بتطبيق القانون الإيطالي استناداً إلى أن إيطاليا هي محل إبرام العقد⁽¹⁴⁴⁾.

لكن بالرغم من اعتماد هذا المؤشر في العديد من القرارات التحكيمية، إلا أنه تعرض لانتقاد شديد، على اعتبار أن هذه القرينة وهذا المؤشر وإن وجد له صدى كبير في بعض الممارسات والقرارات التحكيمية في زمن من الأزمنة، فإنه في العصر الحالي لم يعد يجدي نفعا مع واقع التجارة الدولية التي أفرزت معاملات جديدة و متطورة تتم عبر الشبكة الإلكترونية وبوسائل تكنولوجية جديدة كالأنترنيت والبريد الإلكتروني، والتي لا تسمح طبيعتها بتركيز تلك المعاملات تركيزاً مكانياً، حيث أن هذه الوسائل المتطورة التي أصبحت تبرم بها أغلب عقود التجارة الدولية لم يعد لها مكاناً ومقراً محدداً حتى يمكن المحكم الاستناد عليه من أجل استجلاء قانون الإرادة الضمنية⁽¹⁴⁵⁾.

ب- قانون محل التنفيذ:

¹⁴³ - قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1687 بتاريخ 10 يوليو 1970 راجع تفاصيل هذا القرار في مرجع الأستاذ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005، ص 289 وما يليها.

¹⁴⁴ - قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية عدد 1472 لسنة 1966، راجع تفاصيل هذا القرار في مقال الأستاذ أبو زيد رضوان، "الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي" مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة الرابعة، العدد الثاني، 1980، ص 22.

¹⁴⁵ - للمزيد راجع، صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2008، ص 328 وما يليها.



إلى جانب قرينة قانون محل إبرام العقد، يعتمد المحكم كذلك في سبيل استنباطه لقانون الإرادة الضمنية على مؤشر قانون محل التنفيذ، ففي قرار صادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية لجأت الهيئة التحكيمية إلى تطبيق القانون الكوري، لأن العقد كان يجب أن ينفذ في كوريا في جانب كبير منه⁽¹⁴⁶⁾، وفي قرار آخر لنفس المحكمة صادر في نزاع بين متعاقدين أحدهما شركة فرنسية والأخرى من ولاية نيويورك بشأن إعطاء الثانية حق الاستغلال المطلق لترخيص ببراءة الاختراع، قررت هيئة التحكيم تطبيق القانون الفرنسي باعتبار أن العقد ينفذ في باريس، وبالتالي اعتبر هذا القانون هو الملائم وهو الواجب التطبيق⁽¹⁴⁷⁾.

وقد تعرض هذا المؤشر بدوره للانتقاد، بسبب الصعوبات التي تعترض أعمال هذا المؤشر على عقود التجارة الإلكترونية، كما هو الشأن في حالة المعاملات التي يتم تنفيذها كلية بالطرق الإلكترونية مثل برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة على شبكة الإنترنت، ففي هذه الحالة يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد، هل هو مكان موقع التحميل، أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع، أم مكان المستضيف الذي يقوم بعملية التحميل، أم المكان الذي يوجد فيه الحاسب الآلي للمشتري⁽¹⁴⁸⁾. فأى هذه الأماكن يعتبر مكان تنفيذ العقد؟ ونفس الإشكال يطرح أيضا بالنسبة لعقود الخدمات والتوريدات الدولية التي تعتبر من أهم محاور التجارة الدولية. ومن كل هذا يتضح قصور هذا المؤشر و عدم قدراته على مواكبة التطورات التي تعرفها التجارة الدولية.

2 - المؤشرات والقرائن الخاصة

إضافة إلى المؤشرات العامة، هناك أيضا العديد من المؤشرات الخاصة التي يتم بموجبها استظهار واستبيان إرادة الأطراف الضمنية، ومن بين هذه المؤشرات نجد اللغة المستخدمة في العقد، قانون محل إقامة المتعاقدين، قانون مكان التحكيم، العملة الواجب الدفع بها

¹⁴⁶ - قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية رقم 4132 سنة 1983، أشارت إليه، صوفية دينار، م س، ص 34.

¹⁴⁷ - قرار غرفة التجارة الدولية بباريس في قضية رقم 1082 سنة 1960، أشار إليه صلاح الدين جمال الدين، م س، ص 288.

¹⁴⁸ - صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص: 332.

إلى غير ذلك من القرائن، وسوف نقف هنا فقط عند مؤشر قانون مكان التحكيم (1) ومؤشر قانون محل إقامة المتعاقدين (2) مع تبيان مدى ملائمة هذين المؤشرين لواقع التحكيم التجاري الدولي والمعاملات التجارية الدولية.

1- قانون مكان التحكيم:

قد يكون عدم اختيار الأطراف صراحة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، وتعيينهم لمكان ما لإجراء التحكيم، قرينة ومؤشرا على أن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق قانون دولة مكان التحكيم، وفعلا تم الأخذ بهذه القرينة في العديد من القرارات التحكيمية، كقرار محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في الدعوى رقم 1507، والذي انتهت فيه هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون دولة مقر التحكيم وهو القانون الفرنسي (149).

وعلاوة على تطبيق هذه القرينة، فإن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها قد كرست هذا المؤشر في الفقرة الأولى من المادة الخامسة، حيث جاء فيها: "لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو عدم تنفيذه إلا إذا قدم الطرف الصادر ضده الحكم، للسلطات المختصة في الدولة المطلوب منها الاعتراف بالحكم وتنفيذه، الدليل على أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه".

لكن بالرغم من كل هذا فإن مؤشر قانون محل إجراء التحكيم يظل نسبيا حيث يطرح التساؤل عن المقصود بمكان التحكيم، هل هو المكان الذي تتعقد فيه هيئة التحكيم لأول مرة؟ أم المكان الذي يصدر فيه القرار؟ إضافة إلى إمكانية غياب الصلة بين دولة مقر التحكيم وموضوع النزاع، زيادة على أن اختيار الأطراف مكان التحكيم لدى إحدى هيئات أو مراكز التحكيم الدائمة، وعلى سبيل المثال غرفة التجارة الدولية بباريس، لا يعد في حد ذاته مؤشرا على اختيار الأطراف لقانون دولة هيئة أو مركز التحكيم، بقدر ما يعني رغبة الأطراف في الاستفادة من التسهيلات التي تقدمها هذه المراكز والهيئات (150).

¹⁴⁹ - راجع تفاصيل هذا القرار في رسالة صوفية دينار، المرجع السابق، هامش الصفحة 35.

¹⁵⁰ - أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) الطبعة الأولى الإصدار الأول 2008، ص 113 وما بعدها.



وتزداد الأمور تعقيدا في التحكيم الإلكتروني الذي يجري عبر شبكات الاتصال الإلكتروني دون حاجة لتواجد الأطراف في مكان واحد، فكيف يمكن معرفة مكان إجراء التحكيم في هذا النوع الجديد من التحكيم الذي لا مكان له، حتى يمكن أن نربطه به، ويستتبط من خلاله المحكم قانون الإرادة الضمنية (151).

2_ قانون محل إقامة المتعاقدين:

قد يتخذ المحكم أثناء بحثه عن قانون الإرادة الضمنية، محل إقامة المتعاقدين كقرينة وك مؤشر على اتجاه نية أطراف النزاع إلى تطبيق القانون الساري بمحل إقامتهم، وقد تم الأخذ بهذا المؤشر لكن كمؤشر عام وثنائي وذلك في قرار لمحكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية ومما جاء فيه: "... حيث أن الأطراف لم يعبروا عن إرادتهم الصريحة بخصوص اختيار القانون الواجب التطبيق، فإن هذه الإرادة يتعين أن تفترض من قبل المحكم اعتمادا على عبارات العقد والظروف المحيطة بانهقاده، والمحكم في سبيل الوصول إلى هذه الغاية يستعين بعدة مؤشرات من شأنها تبيان القواعد القانونية التي تربطها بالعقد روابط قوية، ومن بين هذه المؤشرات العامة يوجد مكان إبرام العقد، ومكان إقامة الأطراف، إضافة على طبيعة العقد ومحل، فلم يبق أدنى شك في أن العقد المبرم يرتبط بالقانون الإيراني بروابط قوية..." (152)

وبالرغم من وضوح هذه القرينة، إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت، حيث يتم التعامل عبر الشبكة العنكبوتية - الإنترنت - بعناوين إلكترونية لا تعطي دلالة واضحة على العنوان الحقيقي. فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، ومثال ذلك العناوين التي تنتهي بـ (FR) علاوة على أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن بالنسبة للعناوين التي يشار في نهاية المقطع بـ (.com) أو (.org) وبالإضافة إلى ذلك

151 - للمزيد حول التحكيم الإلكتروني والكيفية التي يتم بها أنظر:

- عبد الوهاب الباهي، حل نزاعات التجارة الإلكترونية عن طريق الإنترنت، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد الثاني، 2003، ص 53 وما يليها.

- أمين عزان، فعالية التحكيم الإلكتروني في ضوء متطلبات القوانين الوطنية و الاتفاقيات الدولية، م س، ص 151 وما يليها.

- هشام بخفاوي، تسوية المنازعات الإلكترونية، مقال منشور بمجلة محاكمة العدد 3، أكتوبر، دجنبر 2007، ص 171 وما يليها.

152 - قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، في القضية رقم 1717 لسنة 1972، أشار إليه، جمال محمود الكردي، م س ص 158.

فإن مواقع الويب تكون في حركة دائمة والمتعاقد يمارس أنشطته التجارية بصرف النظر عن توطين تلك المواقع⁽¹⁵³⁾.

ثانيا: قانون الإرادة الضمنية في العقود الدولية التي تكون الدولة طرفا فيها

تزداد صعوبة استنباط المحكم قانون الإرادة الضمنية، في المنازعات التجارية الدولية التي تكون فيها الدولة أو إحدى مؤسساتها طرفا فيها مع طرف آخر من أشخاص القانون الخاص، كالنزاع الذي يقع مثلا بين الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، والمستثمر فردا كان أو شخصا معنويا خاصا، ولم يقر الطرفان بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع نزاعهم التحكيمي بصفة صريحة، فإن المحكم الدولي يكون في هذه الحالة أمام إشكال كبير وصعب، إذ قد تتمسك الدولة بمبدأ الحصانة القضائية أو بمبدأ السيادة الوطنية بغرض استبعاد خضوعها لقانون أجنبي معين قد يرى المحكم الدولي تطبيقه وفقا للمؤشرات المستخدمة في تفسير الإرادة الضمنية، كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه أو غيرها من المؤشرات، وقد يحصل أحيانا أن تتضمن تشريعات بعض الدول نصوصا وطنية تحدد القواعد التي تحكم موضوع النزاع في مثل هذه الحالة، فضلا عما قد تحتويه بعض هذه العقود الدولية التي تكون الدولة أحد أطرافها من إشارات ذات طابع سياسي تتعلق بضرورة احترام مبدأ سادة الدولة على ثرواتها الطبيعية والاقتصادية والذي لا بد وأن تنعكس مثل هذه الإشارات على الحلول القانونية للمنازعات التي تنشأ بشأن هذه العقود⁽¹⁵⁴⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة العدل الدولية في حكمها لها بتاريخ 1969/07/12 بأنه: "لا يمكن أن نفترض أن الدولة بما لها من سيادة، ترتضي أن تسند التزاماتها إلى قانون مخالف لقانونها الخاص"⁽¹⁵⁵⁾. وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية منذ وقت بعيد، حيث جاء في إحدى قراراتها، أن غياب الاختيار الصريح لقانون معين ليحكم موضوع المنازعة بين

153- صالح المنزلاوي، م س، ص 334.

154- أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 116.

155- قرار صادر عن محكمة العدل الدولية، أشار إليه، منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية طبعة سنة 1995، ص 190.



الدولة المتعاقدة مع رعايا دولة أخرى يعني بالضرورة وجود قرينة على أن قانون هذه الدولة المتعاقدة هو قانون الإرادة المفترضة الذي يجب أن يحكم هذا الموضوع⁽¹⁵⁶⁾.

كما أن اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية منازعات، كرست هذا الاتجاه، حيث تنص المادة 42 منها على أن محكمة التحكيم تفصل في المنازعة على مقتضى قواعد القانون الذي اختاره الطرفان "إذا لم يوجد اتفاق بين الطرفين في هذا الشأن طبقت محكمة التحكيم قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع..."

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التحكيم التابعة لمركز تسوية منازعات الاستثمار المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن لسنة 1965، إخضاع إحدى المنازعات التي كانت دولة الكامبيرون طرفاً فيها للقانون المدني والتجاري المطبق في هذه الدولة⁽¹⁵⁷⁾، وذلك دون أن تكلف هيئة التحكيم نفسها عناء استبيان واستخلاص الإرادة الضمنية للطرفين، حيث لم يحدد مسبقاً أي قانون يكون هو الواجب التطبيق، فطبقت مباشرة قانون دولة الكامبيرون.

وهذا ما طبقته أيضاً محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس في نزاع نشب بين دولة إفريقية وأحد الأشخاص من رعايا دولة بلجيكا وكان موضوع العقد امتيازاً منح لهذا الشخص في شراء منتجات المناجم على إقليم تلك الدولة، وقد نشب النزاع الذي عرض على التحكيم عندما قامت حكومة هذه الدولة بإلغاء هذا الامتياز قبل حلول أجل انتهائه، وقد أعمل المحكم قانون هذه الدولة رغم أن العقد قد وقع في بروكسيل ومع أحد رعايا بلجيكا، وقال المحكم في قراره: "إن القانون الذي يطبق على العقد مثار النزاع هو - في حالة غياب الاختيار الصريح للأطراف - قانون الدولة طرف في العقد، بالرغم من أن العقد قد أبرم في بروكسيل ومع أحد الرعايا البلجيكين، وبالرغم من صفته الدولية"⁽¹⁵⁸⁾

⁽¹⁵⁶⁾ - قرار لمحكمة النقض الفرنسية صادر بتاريخ 12 يوليو 1929، أشار إليه أبو زيد رضوان الأسس العامة للتحكم التجاري، المرجع السابق، هامش، ص 145. مع الإشارة أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت بعد ذلك وبالضبط في 31 مايو 1932 قرار عكس قرار 12 يوليو 1929، راجع في هذا الصدد أبو زيد رضوان، نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁽¹⁵⁷⁾ - حكم تحكيمي صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 21 أكتوبر 1983. أشار إليه حسنى المصري، م س، هامش ص 347.

⁽¹⁵⁸⁾ - راجع بخصوص تفاصيل هذا القرار، أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 119.



وعليه فمنطق الإرادة الضمنية يفرض على المحكم كلما كانت الدولة طرفاً في نزاع دولي، أن يطبق قانون تلك الدولة باعتباره قانون الإرادة المفترضة. غير أن واقع وأحكام التحكيم الدولي لا تميل إلى هذا الاتجاه بصفة مطلقة، فبالرغم من القرارات التحكيمية المذكورة أعلاه والتي تميل إلى تطبيق قانون الدولة الطرف في النزاع في حالة غياب الاختيار الصريح، إلا أن هناك عدة قرارات تحكيمية أخرى يرفض فيها المحكم الدولي تطبيق قانون الدولة الطرف في نزاع تجاري دولي، وذلك لصالح المبادئ العامة للقانون، أو لصالح قانون التجارة الدولية أو لصالح قانون أجنبي، وهذا ما تجسد في القضية الشهيرة (أرامكو ضد الحكومة السعودية) حيث استبعد المحكم القانون السعودي المستمد من الشريعة الإسلامية وطبق المبادئ العامة بدعوى عدم تضمنه لقاعدة محددة تعرف المعدنية إجمالاً والبتنول بنوع خاص.⁽¹⁵⁹⁾

وأمام هذا الاضطراب والتناقض ما بين القرارات التحكيمية، وبالنظر إلى الحلول غير المحايدة التي تنتهي إليها تطبيق المحكم الدولي لتلك القواعد، خصوصاً إذا كانت الدولة الطرف في النزاع من الدول النامية، فإننا نؤيد رأي بعض الفقه⁽¹⁶⁰⁾ والباحثين⁽¹⁶¹⁾ بضرورة تطبيق القانون الوطني للدولة الطرف في النزاع باعتباره قانون الإرادة المفترضة، لأن عدم تطبيق القوانين الوطنية للدول - خصوصاً النامية منها - أطراف المنازعات التي تنشأ مع الشركات الأجنبية الخاصة، ما هو إلا أعمال لقانون الطرف القوي على الطرف الضعيف، ومن شأنه أن يحول سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية إلى سيادة شكلية فارغة المحتوى، ويعزز بالتالي استعمار وسيطرة الشركات الاقتصادية الكبرى لثروات الدول النامية¹⁶².

الفصل الثاني:

حدود مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر

(159) - الحسين مقبوب، المرجع السابق، ص 16 وما يليها.

(160) - أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 149 وما يليها.

(161) - أنظر في هذا الصدد: الحسين مقبوب، المرجع السابق، ص 17. أسامة أحمد الحواري، المرجع السابق، ص 118.

(162) - و للمزيد حول دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق و الإشكالات التي يثيرها هذا الأخير خصوصاً في قضايا التحكيم التجاري الدولي راجع:

** إبراهيم العسري، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي - دراسة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الدراسية 2008-2009 (خصوصاً ص 33 وما يليها).



إذا كنا قد خلصنا في الفصل السابق إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يعد، وبحق، من الركائز والدعائم الأساسية والهامة في التحكيم التجاري، ومن الضمانات التي تجعل من هذه المؤسسة الوسيلة المفضلة للمتعاملين في الحقل التجاري قصد تسوية خلافاتهم، ووقفنا عند استجلاء دور هذا المبدأ العام في تسيير وتنظيم العملية التحكيمية من بداية الاتفاق على التحكيم إلى نهايته، مع تبيان الاهتمام الواسع الذي لقيه مبدأ سلطان الإرادة في اتفاقيات وأنظمة وقواعد التحكيم التجاري والذي استطاعت الدول تكريسه في تشريعاتها الداخلية المنظمة للتحكيم رغبة منها في مواكبة التطورات التي يعرفها مجال فض المنازعات بالوسائل السلمية من جهة، وحرصاً منها على توفير الجو والأمن القانوني للملائمين لجلب وإنعاش الاستثمارات.

لكن رغم ما لحرية الأطراف من دور هام في التحكيم، ورغم الاهتمام التشريعي والاتفاقي الذي لقيته، فإنها ليست حرية مطلقة، إنما هناك الكثير من القيود التي تحد من فعاليتها، وهي قيود فرضتها الإرادة التشريعية للدول بمقتضى نصوص قانونية وطنية آمرة لا يمكن لإرادة الأطراف تجاوزها أو إغفالها أو التهرب من أحكامها بصدد تنظيم العملية التحكيمية، وهذا ما يطلق عليه بالنظام العام (المبحث الأول)، و علاوة على هذه القواعد فإن حرية الأطراف تتأثر أيضاً بالتدخل المتزايد للقضاء في العديد من إجراءات التحكيم (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة

يعد النظام العام من المشكلات القانونية التي لم تستطع التشريعات الوطنية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية إيجاد علاج وحل ناجع لها، كما لا تزال محل جدل فقهي



واسع النطاق. ففكرة النظام العام حاضرة في جميع المجالات والمؤسسات القانونية وتؤثر على فعاليتها، والتحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي ليس بمنأى عن هذه الفكرة، حيث يعد النظام العام واحد من المشاكل الحقيقية التي تقف حجرة عثرة أمام ازدهار التحكيم¹⁶³، فأزمة التحكيم التجاري تكمن وفي جانب كبير منها، في الدفع بالنظام العام الذي يأتي - في بعض الأحيان - بصورة تعسفية، فالقاضي الوطني عندما لا يجد مبرراً معقولاً لاستبعاد التحكيم فإنه يلجأ إلى هذه الوسيلة، ونفس الشيء بالنسبة للمحكمين الدوليين حيث يستندون في بعض الأحيان على مبادئ ومفاهيم قانونية عامة ويعتبرونها في حكم النظام العام الدولي رغبة منهم في استبعاد ما اتجهت إرادة الأطراف إلى تطبيقه.

وهكذا ومن أجل الإحاطة أكثر بهذه الفكرة وتأثيرها الكبير على مبدأ سلطان الإرادة وعلى فعالية التحكيم التجاري بصفة عامة، سنعمد إلى تبيان ماهية فكرة النظام العام (المطلب الأول) ثم بعد ذلك دراسة بعض مظاهر تقييد النظام العام لحرية الأطراف من خلال القوانين الوطنية واتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري (المطلب الثاني)

المطلب الأول: المقصود بفكرة النظام العام

لقد حاول غالبية الفقهاء تعريف فكرة النظام العام، بيد أنهم تعرضوا لانتقاد مريب بسبب غموض ومرونة هذه الفكرة، فهي مرتبطة بالنظام القانوني لأية دولة من جهة،

163 - للمزيد حول النظام العام والتحكيم أنظر:

* أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى 2004.
* فايز الحاج شاهين، النظام العام في مادة التحكيم، مقال ضمن أعمال المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون المنعقد ببيروت تحت عنوان "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون" مطابع جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية، بيروت الطبعة الأولى 2000، ص 103.

Voir aussi : Pierre LALIVE : « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international » revue de l'arbitrage 1986 n° 03 page 356 et suivante.



وقابلة للتغيير بحسب الأفكار السائدة في المجتمع من جهة ثانية¹⁶⁴، وهو الأمر الذي أدى إلى إدراج مفهوم النظام العام ضمن مجموعة المفاهيم ذات التغيير المطرد كالعدالة وحسن النية والآداب العامة وغيرها¹⁶⁵.

وهكذا فقد حاول بعض الفقه¹⁶⁶ وضع تعريف تقريبي للنظام العام، بمقتضاه يعتبر هذا الأخير مجموعة من القواعد القانونية التي تهدف إلى المحافظة على الكيان السياسي والاقتصادي والأخلاقي للدولة تضع في اعتبارها سمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية، دون أن تغفل أو تتجاهل كلية المصلحة الفردية.

والواقع أن النظام العام فكرة قديمة عرفها رجال الفقه منذ بداية ظهور ما يسمى بتنازع القوانين، حيث كانت الوسيلة التي بموجبها يتم تثبيت الاختصاص للقانون الإقليمي¹⁶⁷، ومن ذلك الحين صاحبها تطورات عديدة إلى أن تم تنظيمها في تشريعات الدول، ومع التغيرات المتلاحقة التي طرأت على حقل التجارة الدولية، وما صاحبها من تبلور مجموعة من القواعد ذات الصبغة الدولية تطورت فكرة النظام العام أيضا، وأصبحت تكتسي الصبغة الدولية¹⁶⁸.

164) - Annick DORSNET – Dolivet et Thirry BONNEAU : « L'ordre public et les moyens d'ordre public en procédures », Dalloz 1986 Chron 59.

- Jean VINCENT : « La procédure civile et l'ordre public. Mélanges ROUBIE, Dalloz et Sirey 1961. Page 303.

- Philipe MALAURE, « Rapport de synthèse du colloque : l'ordre public à la fin du XX siècle » Dalloz, édition 1994. Page 105 et suivante.

- Henri MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS : « Leçons de droit civil » Tome II, 1^{er} Volume, Obligations théorie générale, Montchrestien, édition 2002. Page 104.

165) - Jean GHESTIN : « l'ordre public, Notion à contenu variable en droit privé français » Bruxelles, 1984 Bruylant, page 77 et suivante.

166) - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المطبعة العالمية، طبعة 1968، ص 101.
يقول الأستاذ السنهاوري في شرح مفهوم النظام العام: "المسألة لا يجدي فيها نص تشريعي، وهي من أكثر المسائل القانونية تعقيدا، فنحن نريد أن نعرف ما إذا كانت قاعدة قانونية معينة تتعلق بنظام المجتمع الأعلى، حتى يخضع لها الجميع، ولا يجوز لأحد أن يخالفها، أو هي قاعدة اختيارية لا يهتم المجتمع أن يأخذ بها كل الناس، وكل شخص حر في اتباعها أو تعديلها كما يشاء". **للمزيد أنظر:** عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة 1956، ص 176 وما بعدها.

167) - أنظر في هذا الصدد: هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1993، ص 136.

168) - وللمزيد حول تاريخ النظام العام راجع:

* عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الجلي الحقوقية بيروت، 2004، ص 350.

* H. BATIFFOL et P LAGARD.: « Droit international privé », Tome 11, LGDJ 1976. Page 410 et s.

* A. CHAPELLE, « Les fonctions de l'ordre public en droit international privé », thèse Paris, Pedone 1960. Page 440.



وعموما فالنظام العام بصفة عامة يعد وثيق الصلة بمصالح الدولة أو الدول بما أن هناك ارتباط كبير بين كل من النظام العام الداخلي والدولي يصعب فكّه، على الرغم الاختلاف الحاصل بينهما في بعض النقاط.

و انطلاقا من كل ما سبق، ومن أجل معالجة فكرة النظام العام باعتباره قيد على حرية الإرادة سنعمل على توضيح الأدوار المختلفة لهذه الفكرة مع إبراز مفهوم كل من النظام العام الداخلي (الفكرة الأولى) والنظام العام الدولي (الفكرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم النظام العام الداخلي

يتمحور النظام العام الداخلي حول القانون الداخلي للدول حيث يعتبر جزءا منه ويتم تطبيقه في إطاره، لكن بالرغم من العلاقة الوطيدة بين النظام العام الداخلي والقوانين الوطنية، إلا أن أغلب التشريعات الداخلية أحجمت عن إعطاء تعريف لهذه الفكرة حتى يتم الاهتمام إليها من طرف القضاء والتحكيم أثناء النظر في الدعاوى والخلافات¹⁶⁹، وهذا راجع - كما سبقت الإشارة إلى ذلك - إلى اتسام فكرة النظام العام بالمرونة والتغيير.

و على غرار أغلب التشريعات لم يقدم المشرع المغربي تعريفا واضحا للنظام العام الداخلي، وإنما نص عليه صراحة من خلال عدة فصول قانونية، كالفصل 62 من ق.ل.ع الذي جاء فيه: "يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالف للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون". وأيضا الفصل 36-327 من القانون رقم 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي حيث جعل المشرع المغربي من بين حالات الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، الحالة التي يصدر فيها هذا الأخير مخالف لقاعدة من قواعد النظام العام¹⁷⁰. و غير ذلك من النصوص القانونية التي نص فيها المشرع المغربي على النظام العام الداخلي سواء بطريقة صريحة أو ضمنية بالإشارة فقط إلى جزاء البطلان لمخالفة تلك القواعد القانونية.

والحقيقة أن دور القضاء - إلى جانب التحكيم - أثناء ممارسته للعمل القضائي والتحكيمي مهم في الكشف عن القواعد القانونية الآمرة، وبالتالي مساعدة التشريعات الوطنية

(169) - أما التشريعات الوطنية التي قامت بتعريف النظام العام الداخلي فهي قليلة جدا، ومن بينها التشريع الألماني، حيث عرفت المادة 03 من القانون المدني الألماني النظام العام الداخلي بأنه: "تلك القواعد التي تمثل أسس النظام الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي للدولة، وبمفهومها في وقت معين، ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد ذلك النظام وتضعيده".
170 - وهكذا ينص الفصل 36-327 المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه يمكن الطعن بالبطلان ضد الأحكام التحكيمية في عدة حالات من بينها: "6...- إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام... تحكم محكمة الاستئناف التي تنتظر في الطعن بالبطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة المغربية...".

وملء الفراغ الحاصل في تحديد مفهوم النظام العام الداخلي- و الدولي أيضا- ومن بين تطبيقات القضاء المغربي بخصوص ما هو من النظام العام الداخلي القرار القضائي الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء والذي اعتبرت فيه أن مقتضيات الفصل 03 من ق م م مرتبطة بالنظام العام¹⁷¹. وأيضا القرار الذي اعتبر فيه القضاء المغربي بيع المشروبات الكحولية باطل لكونه مخالف للنظام العام¹⁷².

إلا أن القضاء المغربي بالرغم من توضيحه لبعض المسائل التي تدخل في خانة النظام العام المغربي لم يتجراً إلى تحديد مفهوم هذا الأخير، عكس القضاء اللبناني الذي عرفه النظام العام بأنه: "القواعد القانونية التي يعمل بها المشرع لتحقيق مصلحة عامة، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ومقومات وجوده، وهي تعلق على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم جميعاً مراعاتها وعلى المحكم أن يراعيها مثله مثل الأفراد، باعتبار أن المصالح الفردية لا يجوز أن تتقدم أمام المصلحة العامة"¹⁷³.

كما عمل القضاء الأمريكي هو الآخر في العديد من قراراته على تحديد بعض المسائل والقواعد القانونية التي تعتبر من صميم النظام العام الأمريكي من ذلك مثلاً قانون وحرية المنافسة، حيث تراقب المحاكم الأمريكية الأحكام التحكيمية في موضوع المنافسة لمعرفة مدى انطباقها على النظام العام الداخلي الأمريكي، وتشرح المحكمة القضائية الأمريكية الأمر بقولها "... إن نقض وتضييق والمساس بحرية المنافسة وقانون المنافسة يمس مئات الآلاف من الناس بل ملايين المواطنين، ويفضي إلى خسائر اقتصادية هائلة، فليس من المعقول أن نفترض أن الكونغريس يسمح للحظة واحدة أن تحال المنازعات المتصلة بهذا الموضوع لغير المحاكم القضائية حصراً"¹⁷⁴.

وعلى هذا الأساس، فإن وظيفة النظام العام الداخلي هي حماية المصالح العليا للمجتمع، سواء كانت اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية أو دينية، وهو يختلف من بلد لآخر لأن له صبغة داخلية ويقتصر على العلاقات الداخلية الوطنية دون غيرها. وفي هذا الاتجاه يقول الأستاذ عبد

171 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1983/03/2 في الملف عدد 811237 منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 47، ص 69.

172 - قرار منشور بمجلة الندوة، العدد 5 و 6، ص 25، أشار إليه عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، دراسة في القانون المغربي والمقارن، م.س. ص 97.

173 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف ببيروت، منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي العدد 01، ص 76، وهو نفس تعريف محكمة النقض المصرية.

174 - American safety Equipment V.J.P Maquire 391-F-2d-821 (edition circ 1968). - قرار للمحكمة القضائية الأمريكية أشار إليه عبد الحميد الأحذب، مفهوم النظام العام في التحكيم، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 2003/02، ص 43.



الله درميش: "النظام العام الداخلي هو تلك القواعد الداخلية التي لا يجوز مخالفتها بواسطة التصرفات القانونية، أو بمعنى آخر القواعد القانونية التي لا يصح للأفراد مخالفتها استناداً لمبدأ سلطان الإدارة"¹⁷⁵، بل وإضافة إلى ذلك اعتبر الفقيه Jean Robert النظام العام وبدون شك هو ذلك الحد على حرية الافراد في التعاقد¹⁷⁶.

وعليه فإنه ينبغي للأطراف أثناء القيام بأي تصرف قانوني كيفما كان نوعه - بما في ذلك الاتفاق على التحكيم - الأخذ بعين الاعتبار النظام العام الداخلي، والاحتراز من عدم المساس أو تجاوز حدوده، حتى لا يحكم بالبطلان على التصرف المخالف لتلك القواعد الآمرة.

الفقرة الثانية: النظام العام الدولي

إن تحديد مفهوم النظام العام الدولي، يثير نفس صعوبات تحديد مفهوم النظام العام الداخلي، وهذا راجع بطبيعة الحال إلى الغموض الذي يكتنف فكرة النظام العام بصفة عامة، حيث يصعب رسم حدود لها حتى يمكن على أساسها وضع تعريف محدد للنظام العام الدولي النسبي.

وإذا كان النظام العام الداخلي يتمحور حول القانون الداخلي والعلاقات الداخلية الوطنية ويعتبر جزءاً منها ويتم تطبيقه في إطارها صيانة للقواعد الأساسية والمصلحة العليا للمجتمع، فإن النظام العام في القانون الدولي الخاص ينصرف تطبيقه على العلاقات التي يتخللها عنصر أجنبي، ويكون هدفه لا إبطال تلك العلاقات أو الاتفاقات بطريقة مباشرة وإنما استبعاد القانون الأجنبي، وبذلك ظهر - ومنذ القرن 19 - مفهوم جديد لعبارة النظام العام عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون أجنبي الذي تحدده قاعدة الإسناد الوطنية، ففي بعض الحالات يتضمن هذا القانون الأجنبي الذي تعينه قاعدة الإسناد أو الذي يختاره الأطراف كقانون واجب للتطبيق على علاقة دولية تضم عنصراً أجنبياً وعنصراً وطنياً، مقتضيات لا يستسيغها شعور المجتمع الوطني

175 - عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، المرجع السابق، ص 76 وما يليها.

176 - Jean Robert, « droit interne droit international privé », Dalloz, 1983 page 352/353.

وهو الاتجاه الذي سار فيه أغلبية الفقه، حيث يعتبرون النظام العام تلك القواعد الآمرة الداخلية التي لا ينبغي لحرية الأطراف تجاوزها وفي هذا الصدد يقول الفقيه الفرنسي Planiol: "تعتبر قاعدة من النظام العام في كل مرة تكون فيها مستوحاة من اعتبار لمصلحة عامة معرضة للمساس إذا كان الأطراف أحرار في إيجاد تطبيق القانون"

« Une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » voir : www.swc-efe.ge/ca consulté le 18-10-2011.



لأسباب دينية أو سياسية أو اجتماعية وتتعارض مع المصالح العليا للبلاد، ولذلك فإن القاضي الوطني يمتنع عن تطبيق ذلك القانون الأجنبي، وسمي السبب المانع من تطبيق ذلك القانون باسم النظام العام بمعنى القانون الدولي الخاص¹⁷⁷.

وانطلاقاً من هذا يتضح أن فكرة النظام العام بشقيه الداخلي والدولي النسبي تشكل قيداً حقيقياً على إرادة الأطراف فيما ينشئونه من مراكز قانونية وما يبرمونه من عقود واتفاقات سواء كان ذلك في إطار القانون والعلاقات الداخلية أو في إطار القانون الدولي الخاص أي العلاقات الأجنبية الخاصة، حيث تفرض عليهم هذه الفكرة المستعصية عن التعريف والتحديد أخذ الحيطة والحذر من المساس بالقواعد الأساسية الآمرة المنظمة لأي مجتمع. وإلا كان البطلان هو الجزاء القانوني لتلك التصرفات.

وإذا كان هذا هو حال أي تصرف وأي اتفاق قانوني، فإن التساؤل يطرح وبحدة عن موقع وأثار النظام العام على اتفاق التحكيم سواء الداخلي أو الدولي، لا سيما وأن إرادة الأطراف هي المحرك الأساسية للعملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها؟ وهل استطاعت التشريعات والأنظمة القضائية للدول ومعها اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي التعامل مع هذه الفكرة بشكل يضمن للتحكيم فعاليته وجودته، ولأفراد حريتهم اللازمة لتنظيم وسيلتهم بالشكل الملائم لمعاملاتهم التجارية دون تعسف لطرف على آخر، ودون تجاوز المبادئ والقواعد الأساسية لأي نظام قانوني؟ أم أن هذه الفكرة القديمة والمتجددة تستعصي عن التنظيم الدقيق والجيد، وبالتالي تبقى الوسيلة الوحيدة التي قد يتم استخدامها للحد من مبدأ سلطان الإرادة؟

المطلب الثاني:

مظاهر تقييد النظام العام لإرادة الأطراف في التحكيم التجاري

¹⁷⁷ - للمزيد راجع: بوشعيب العمري، دور النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 2012/19، ص 247 وما يليها.

*بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2007، ص 486 وما يليها. وللمزيد حول هذه الفكرة أنظر:

* سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1984، ص 131.

*ثابت غيت عبد الحميد، إخراج فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1995.

Daniel GUTMAN : « droit international privé », Dalloz, Paris, 4^{ème} édition 2004. Page 60 et suivante



إن الحديث عن النظام العام في نطاق التحكيم التجاري ليس أقل صعوبة من الحديث عنه في نطاق القضاء الوطني للدول، وفي نطاق التصرفات القانونية الأخرى التي يمكن لأي فرد القيام بها. بل إن دراسة النظام العام سواء الداخلي أو الدولي أشد تعقيدا في مجال التحكيم التجاري بشقيه الداخلي والدولي. ففكرة النظام العام حاضرة وبقوة في جل مراحل العملية التحكيمية منذ صياغة الاتفاق التحكيمي إلى مرحلة تنفيذ حكم المحكمين مروراً بإجراءات الدعوى التحكيمية.

وما يبرر هيمنة النظام العام وتشابكه مع جميع مراحل التحكيم التجاري، أن هذا الأخير مبني على مبدأ سلطان الإرادة في جل أطواره أيضاً، لذلك كان من الطبيعي أن تتدخل التشريعات الوطنية بوضع حدود واستحداث وسائل خفية لمواجهة أي استعمال مفرط لمبدأ سلطان الإرادة أو ما قد يصاحبه من شطط وتعسف. ويعتبر النظام العام بشقيه أبرز هذه الوسائل. فهل استطاعت التشريعات الداخلية للدول إذن، التوفيق في تنظيم هذه الوسيلة بالطريقة التي تحد من التعسف في استعمال مبدأ سلطان الإرادة من جهة، ومن جهة ثانية بالطريقة التي تضمن أعمال هذه الفكرة دون التأثير على حرية الأطراف وعلى فعالية التحكيم التجاري ومصالح المعاملات التجارية؟ كما يطرح تساؤل آخر بخصوص كيفية تعامل التشريعات الوطنية مع النظام العام في مواجهة اتفاق التحكيم التجاري سواء الداخلي أو الدولي، حيث أن موضع النظام العام أصبح يطرح من زاوية التحكيم الداخلي المختلف عن التحكيم الدولي، فالأول ينظم العلاقات الداخلية، أما الثاني فيتجاوز حدود الدول وتتعدد فيه الجنسيات والبلدان ويضع في الميزان مصالح التجارة؟ فهل يمكن القول بأن النظام العام الداخلي هو الذي يحاسب التحكيم الدولي والعكس صحيح، أم أن النظام العام الداخلي يحاسب التحكيم الداخلي والنظام العام الدولي يحاسب التحكيم الدولي؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات وتبيان مدى تأثير النظام العام على التحكيم التجاري وعلى مبدأ سلطان الإرادة، سنحاول الوقوف على بعض مظاهر تقييد فكرة النظام العام لحرية الأطراف سواء عند إبرام اتفاق التحكيم (الفقرة الأولى) أو عند تحديد القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع التحكيمي أو على إجراءاته (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

مظاهر تقييد النظام العام لحرية الأطراف عند إبرام اتفاق التحكيم



بداية نشير إلى أن تشريعات الدول تختلف في طريقة تعاملها وتنظيمها للنظام العام وكيفية إعماله في نطاق التحكيم التجاري، حيث أن اتجاه كبير من التشريعات تفرق ما بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فتجعل الأول مرتبط بالتحكيم الداخلي، فيما تجعل الثاني يحاسب التحكيم الدولي، كالتشريع اللبناني¹⁷⁸ والفرنسي¹⁷⁹ وغيرها من التشريعات المقارنة، أما التشريع المغربي المتمثل في القانون رقم 05-08، فهو عكس غالبية التشريعات المقارنة، يجعل التحكيم الداخلي خاضع للنظام العام الداخلي¹⁸⁰، وهذا لا يثير أي إشكال، لكن في مجال التحكيم الدولي فلا تمييز ما بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، فخرق هذا أو ذاك عند إبرام اتفاق التحكيم أو في أي مرحلة من مراحل العملية التحكيمية يجعل حكم التحكيم إما قابلاً للطعن بالبطلان، أو لا يمكن الاعتراف به أو تنفيذه¹⁸¹، وهذا من شأنه أن

178 - حيث تنص المادة 800 من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "إذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف كما هو مبين في المادة السابقة، يبقى ممكناً لهم الطعن في القرار الصادر عن المحكمين بطريق الإبطال بالرغم من أي اتفاق مخالف، لا يكون الطعن بالإبطال جائزاً إلا في الحالات التالية: - مخالفة القرار لقاعدة تتعلق بالنظام العام. أما بخصوص التحكيم الدولي فالمادة 817 واضحة في هذا الصدد حيث تنص على أنه: "لا يكون استئناف القرار الذي يمنح الاعتراف أو الصيغة التنفيذية جائزاً إلا في الحالات التالية: - 5 مخالفة القرار لقاعدة تتعلق بالنظام العام الدولي".

179 - حيث تنص المادة 1492 من ق م م الفرنسي في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه:

« *Le recours en annulation n'est ouverte que si : - 05 : la sentence est contraire à l'ordre public* »...

فيما تنص المادة 1520 من ق م م الفرنسي المتعلقة بالتحكيم الدولي - والتي تهتم أحكام التحكيم الدولية الصادرة بفرنسا - على أنه:

« *Le recours en annulation n'est ouverte que si : - 5 : La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international* ».

أما بخصوص الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة خارج فرنسا، نفس الأمر ينطبق عليها، حيث لمحكمة الاستئناف رفض طلب الاعتراف أو منح الصيغة التنفيذية لهاته الأحكام في نفس الحالات المنصوص عليها في المادة 1520 ومن بينها حالة مخالفة هذه الأحكام لقاعدة من قواعد النظام العام الدولي وهذا ما تنص عليه المادة 1525 حيث جاء فيها:

« *La décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale rendu à l'étranger est susceptible d'appel. L'appel est formé dans le délai d'un mois à compter de la signification de la décision. Les parties peuvent toutefois convenir d'un autre mode de modification lorsque l'appel est formé à l'encontre de la sentence revêtu de l'exequatur. La cour d'appel ne peut refuser la reconnaissance ou l'exequatur de la sentence arbitral que dans les cas prévues à l'article 1520* ».

وقد كانت "محكمة النقض الفرنسية قد فرقت ما بين النظامين في قرارها الصادر بتاريخ 14/06/1960 في قضية Emission « Brauliaux ». راجع تفاصيل هذه القضية في مقالة الأستاذ بوشعيب العمري م.س، ص 249.

180 - وهذا ما يتضح من خلال الفصل 36-327 المتعلق بالتحكيم الداخلي الذي جعل من ضمن حالات الطعن بالبطلان حالة مخالفة النظام العام، ونص أيضاً في الفقرة ما قبل الأخيرة على أن محكمة الاستئناف التي تنظر في الطعن بالبطلان تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام الداخلي.

181 - وهذا ما ينص عليه الفصل 46-327 المتعلق بالتحكيم الدولي حيث جاء فيه: "يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الاعتراف مخالفاً للنظام العام الوطني أو الدولي". و أيضاً الفصل 49-327 حيث جاء فيه "لا يمكن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية إلا في الحالات الآتية: 5- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي أو الوطني". وكذلك الفصل 51-327 الذي ينص على أنه: "يكون الحكم التحكيمية الصادر بالمملكة في مادة التحكيم الدولي قابلاً للطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في الفصل 49-327 أعلاه".

يؤثر على فعالية التحكيم التجاري في المغرب، ويشتي الأفراد على عدم اللجوء إليه، لاسيما وأن هذه الفكرة تخترق العملية التحكيمية برمتها، وتبدو مظاهرها متعددة منذ بداية إبرام اتفاق التحكيم، حيث يجب على الأفراد الراغبين في اللجوء إلى التحكيم التجاري أن تتوافر فيهم الأهلية اللازمة (أولا) وأن يكون محل وموضوع النزاع التحكيمي من المسائل القابلة للتسوية عن طريق التحكيم (ثانيا) إلى غير ذلك من المظاهر¹⁸².

أولا: النطاق الشخصي للتحكيم والنظام العام

إذا كانت السمة البارزة التي تميز التحكيم وتجعله الوسيلة المفضلة لدى العديد من الأشخاص لحل خلافاتهم، هي ارتكازه على مبدأ سلطان الإرادة في اللجوء أولا إلى هذه الوسيلة ثم في تفسيرها بالطريقة القانونية الملائمة لمعاملاتهم، فإن هذا المبدأ ليس مطلقا، بل هناك العديد من القواعد القانونية الآمرة المنصوص عليها في أغلبية التشريعات الداخلية للدول ومعها اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي، والتي تضيق الخناق على حرية الأطراف وتلزمهم باحترامها حتى يمكن القول بالوجود القانوني لاتفاق التحكيم، ومن ثم الاعتراف بما ستننتج عنه من آثار

وفي رأيي فإن موقف المشرع المغربي ينم عن وجود تخوف لديه من التحكيم الدولي، وهو أمر غير محمود ومحتشم ويحتاج إلى إعادة نظر، حتى لا يؤثر ذلك على نجاعة التحكيم التجاري الدولي، لأن إذا سائرنا المشرع المغربي فإن أي حكم تحكيمي دولي سيتم إخضاعه للنظام العام لأي دولة، وهو ما من شأنه أن يفقد التحكيم الدولي خصوصيته وفعاليته واستقلاليته، وبالتالي يقلل من إمكانية اختيار هذه الوسيلة كطريق سلمي لفرض النزاعات، لأن من الأسباب والعوامل الرئيسية التي تدفع الأفراد لا سيما التجار والمستثمرين وأصحاب رؤوس الأموال الأجنبية إلى اللجوء إلى التحكيم رغبتهم في التحرر من العديد من المبادئ والإجراءات المعقدة التي تتضمنها القوانين الوطنية والتي يعد النظام العام الداخلي أبرزها، والاستفادة من الاستقلالية التي يمتاز بها التحكيم الدولي. وبالتالي فيجب على المشرع المغربي أن يعيد النظر في طريقة تعامله مع النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، وأن ينظم هذه الفكرة بطريقة مرنة وأكثر انسجاما مع واقع ومتطلبات المعاملات التجارية الدولية. كما يجب على القضاء المغربي أيضا أن يحسن تعامله وإعمال لفكرة النظام العام لا سيما في نطاق المعاملات الدولية.

تبقى الإشارة إلى أن أغلبية الفقه المهتم بالتحكيم الدولي، قد سبق وأن دافع عن هذا الموقف، كالأستاذ محسن شفيق وفليب فوشار، حيث نادوا بأن العبرة في التحكيم الدولي يجب أن يكون بالنظام العام الدولي، وليس بالنظام العام الداخلي.

* للمزيد في هذا الصدد أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1997، ص 318، وما يليها.

* Philippe FOUCHARD, "spécificité de l'arbitrage international", Rev. Arb. N° 04/1981, page 449.

182 - حيث هناك العديد من المظاهر والحالات الأخرى التي يقف فيها النظام العام في وجه مبدأ سلطان الإرادة من ذلك مثلا عدم جواز اتفاق الأطراف على عدم الطعن في الحكم التحكيمي أو تنازل طرف لآخر عن القيام بهذا الطعن، أو إدخال شرط، يعفي أحد الأطراف من المسؤولية إلى غير ذلك من القواعد الآمرة والمسائل المرتبطة بالنظام العام، وكل هذا صيانة وحماية لحقوق الطرف الضعيف من رضوخه المسبق أو تنازله عن حق أو مبدأ من المبادئ الأساسية. وإن كانت هناك بعض التشريعات التي تجيز للأفراد الاتفاق على تعديل حالات وأسباب الطعن بالبطان سواء بالتضييق، أو بتوسيع نطاق هذه الطعن، **بخصوص هذه الفكرة راجع:** محمد عبد الرؤوف، التعديل الاتفاقي لنطاق الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد 05/ يناير 2010، ص 129 وما يليها.

و للمزيد حول النظام العام أنظر: * إبراهيم النجار، خواطر حول مفهوم النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في قضايا التحكيم الدولي، مقال منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 11، ص 06 وما يليها.

* محمود مصطفى يونس، النظام العلم والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، السنة 13، العدد 2، يوليو 2005. ص 140 وما يليها.

وأحكام، ومن بين هاته القواعد ضرورة تمتع أطراف التحكيم بالأهلية القانونية اللازمة كما ينص على ذلك الفصل 308 من ق 05-08 حيث جاء فيه "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها..."

وبالتالي فيجب توفر الأشخاص الراغبين في اللجوء إلى التحكيم سواء الداخلي أو الدولي على السن القانوني الذي يؤهلهم للقيام بهذا التصرف، وهو 18 سنة شمسية كاملة حسب ما تنص عليه المادة 209 من مدونة الأسرة المغربية والتي جاء فيها: "... على أن سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة" وإيضاً المادة 210 من نفس المدونة التي تنص: "على أن كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته".

وانطلاقاً من هذه النصوص يتضح أن الأهلية الكاملة ركن جوهري لقيام اتفاق التحكيم صحيحاً، وفي حالة تخلف هذا الركن يصبح اتفاق التحكيم باطلاً، وهو بطلان يتعلق بالنظام العام ويمكن التمسك للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، كما ينص على ذلك الفصل 36-327 من ق رقم 05-08 وأيضاً الفصول 46-327 و 48-327 و 51-327 المتعلقة بالأحكام التحكيمية الدولية سواء بالطعن بالبطلان فيها أو برفض طلب الاعتراف بها أو تنفيذها.

أما نقصان الأهلية فيترتب عليه فقط البطلان النسبي حسب رأي بعض الفقه¹⁸³ وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها بأن بطلان مشاركة التحكيم لنقص أهلية أحد المتعاقدين هو بطلان نسبي، لا يتمسك به إلا ناقص الأهلية¹⁸⁴.

وفي الحقيقة فإن جعل قواعد الأهلية من النظام العام، وحصر النطاق الشخصي للتحكيم في الأفراد كاملي الأهلية، فيه حصانة قوية للتحكيم التجاري ويزيد من مصداقيته وذلك اعتباراً لما لها آثار كبيرة أبرزها سلب النزاع من القضاء الوطني للدول، كما تشكل هذه القواعد أيضاً

183 - أحمد أبو الوفا: التحكيم بالقضاء والصلح، المرجع السابق ص 1051.

184 - قرار أشار إليه عبد الرحيم رضاكي، الوجيز في شرح القانون المغربي الجديد للتحكيم الداخلي، الجزء الأول، مطبعة سلبكي إخوان، طنجة، الطبعة الأولى 2009، ص 14 و 15. وللمزيد حول الأهلية كركن جوهري لصحة اتفاق التحكيم، راجع الفصل الأول من القسم الأول من هذه الدراسة عند حديثنا عن أركان اتفاق التحكيم، ومن ينها الأهلية مع بثيره هذا الركن من إشكالات في نطاق التحكيم التجاري.



حماية للأفراد من عدم اللجوء إلى مسطرة لا يعلمون تفاصيل وكيفية التقاضي فيها، وأيضا من عدم استغلالهم وضياع حقوقهم.

ثانيا: النطاق الموضوعي للتحكيم والنظام العام.

لقد أحاطت العديد من التشريعات الوطنية المسائل القابلة للتحكيم، أو ما يسمى بالنطاق الموضوعي للتحكيم بمجموعة من القيود، أبرزها النظام العام، حيث لا ينبغي لمبدأ سلطان الإرادة أن يطال هذه المسائل المرتبطة بالنظام العام، ويجعلها موضوعا ومحلا لاتفاق التحكيم. وفي هذا الصدد ينص القانون 05-08 في الفصل 308 على أنه: "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين، أو معنويين، أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيما ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب، وذلك مع التقييد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 09 رمضان 1331 بمثابة ق ل ع، كما وقع تغييره وتتميمه، ولا سيما الفصل 62 منه".

وبالإضافة إلى هذا فقد استثنى المشرع المغربي أيضا، وبطريقة صريحة في القانون 05-08 العديد من النزاعات والمسائل، ونص على عدم جواز التحكيم فيها وهي:

1. النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة، وذلك في الفصل 309.

2. النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية باستثناء النزاعات المالية (الفصل 310).
3. النزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جبائي.

وهو نفس المنحى الذي سلكته العديد من التشريعات المقارنة، كالمشرع الفرنسي الذي نص في المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، كما نص كذلك في نفس المادة على خطر التحكيم في



المسائل المتعلقة بحالة وأهلية الأشخاص والطلاق¹⁸⁵... ، وغير ذلك من التشريعات المقارنة¹⁸⁶.

هكذا إذن يتضح أن مجمل التشريعات الوطنية، تتفق على عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وفي النزاعات المرتبطة بحالة الأشخاص وأهليتهم كالزواج والطلاق واكتساب الجنسية والحالة العائلية وغيرها. وفي الحقيقة فإن مثل هذه المسائل والقضايا لا تجدي فيها السرعة، وليست موضوع مساومة، بل لا بد من التريث في إصدار الأحكام بشأنها¹⁸⁷، بالإضافة إلى أن هذه المواد مرتبطة بحقوق الله عز وجل وبحقوق المجتمع لذلك يتعين إدخال النيابة العامة في مختلف النزاعات المتعلقة بها¹⁸⁸.

وعليه فسواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي أو الدولي فإن مبدأ سلطان الإرادة يصبح مقيدا، ويمنع عليه التحكيم بصدد هاته المسائل وذلك

185 - تنص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي على أنه:

"On ne peut compromettre sur les questions d'état et capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre".

186 - أنظر في نفس السياق المادة 02 من قانون التحكيم السعودي، والمادة 2/172 من قانون المرافعات المدنية الكويتي، والمادة 762 من أصول المحاكمات المدنية اللبنانية. الفصل 07 من مجلة التحكيم التونسية

187 - راجع في هذا الصدد، عبد الرحيم رضاكي، الوحي في شرح القانون المغربي الجديد للتحكيم م.س، ص 25.

188 - وإن كان التشريع المغربي وعلى عكس باقي التشريعات المقارنة، غير واضح الموقف بخصوص الحقوق المالية المرتبطة بالنزاعات المتعلقة بحالة الأشخاص، ذلك أن مجمل التشريعات المشار إليها أنفا تعطي الحق للأطراف في التحكيم في الخلافات المالية الناشئة عن تلك القضايا الشخصية، وحتى إن كان المشرع المغربي قد نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في نزاعات الحقوق الشخصية إذا كانت موضوع تجارة، إلا أن ذلك يبقى غامضا وغير محدد. وبالتالي كان عليه أن يسير على نفس نهج باقي التشريعات المقارنة. بل إن القضاء الفرنسي سبق له وأن قضى بإمكانية التحكيم في مسألة الأموال المشتركة بسبب الطلاق أو الانفصال الجسدي، وكذلك في الحقوق الارثية.

وفي هذا الإطار يقول الفقيه "J.B. Racine".

"Le critère de l'indisponibilité des droits permet d'exclure de l'arbitrage plusieurs types de litige. Tout d'abord, les droits extrapatrimoniaux (L'état des personnes et le droit moral de l'auteur sur son œuvre) sont indisponibles et insusceptibles de faire l'objet d'un arbitrage. Ensuite, les droits attribués au contractant en état de faiblesse ne peuvent donner lieu à l'arbitrage tant que les impératifs de protection n'ont pas cessé. Enfin, certains droits indisponibles dans un objectif d'intérêt général rendent le litige arbitral.

J.B. RACINE, l'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, Bibliothèque Droit privé. T. 309, édition 1999. Page 541. Voir aussi: ch. Cava BIDER, "l'arbitrage international et la réserve de l'ordre public" revue de l'arbitrage, 1956, page 118 et suivant.

تحت طائلة بطلان اتفاق التحكيم¹⁸⁹، ومن ثم بطلان الحكم التحكيمي الذي سيصدر في مثل هاته النزاعات. وهذا ما تنص عليه أغلب التشريعات الوطنية¹⁹⁰ ومن بينها التشريع المغربي، حيث أجاز القانون 05-08 في المادة 36-327 المتعلقة بالتحكيم الداخلي الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي إذا صدر هذا الأخير في نزاع تحكيمي كان اتفاق اللجوء إليه باطلا، وهو ما يتحقق ببطلان محل وموضوع اتفاق التحكيم، وأيضا في حالة مخالفة الحكم التحكيمي لقاعدة من قواعد النظام العام، بل إنه وتطبيقا لمقتضيات الفصل 36-327 يمكن لمحكمة الاستئناف التي تنظر في الطعن بالبطلان أن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في المملكة المغربية أو إذا وجدت موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها. أما بالنسبة للتحكيم الدولي فنفس الشيء حيث يكون الحكم التحكيمي الدولي الصادر بالمملكة المغربية قابلا للطعن بالبطلان إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا كان مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني حسب ما تنص عليه الفصول 49-327 و 51-327 من ق 05-08، وبخصوص الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج المملكة المغربية، فإنه يرفض الاعتراف به في المغرب، إذا كان هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي (الفصل 46-327)¹⁹¹، وهو ما تؤكد أيضا أغلب اتفاقيات التحكيم التجاري الدولي من ذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي خولت للدولة المراد تنفيذ فيها المقرر التحكيمي الحق في رفض الاعتراف بهذا الأخير متى كان موضوع النزاع غير قابل للتسوية عن طريق التحكيم، وهذا ما تنص عليه المادة (2/5)، كذلك أجازت المادة 2/5 (ب) من نفس الاتفاقية للدولة عدم الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه على إقليمها إذا رأت أن ذلك الاعتراف والتنفيذ يخالف النظام العام في هذه الدولة.

189 - ذلك لأن بطلان موضوع اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق على اعتبار أن مشروعية وقانونية محل التحكيم من الأركان الجوهرية لصحة اتفاق التحكيم، أنظر في هذا الصدد:

* Eric LOQUIN, Arbitrage: convention d'arbitrage, conditions de fond; Litige arbitral, juriclasseeur, procédure civile, cote or édition 2009.p.01 et suivante.

* ممدوح عبد الحميد عبد المطلب وإنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون (دبي الإمارات) العدد 01، يناير 2003، ص 458 وما يليها.

190 - أنظر على سبيل المثال التشريع اللبناني (المادة 800 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية بخصوص التحكيم الداخلي) (والمادة 817 من نفس القانون بخصوص التحكيم الدولي). وأيضا التشريع الفرنسي (المادة 1492 من م م الفرنسي بخصوص التحكيم الداخلي) و (المادة 1520 من نفس القانون بخصوص التحكيم الدولي).

191 - ويبقى التساؤل مطروحا في التحكيم في ظل غياب نص قانوني في ذلك هل بمقدور محكمة الاستئناف التي تنظر في الطعن بالبطلان أو في طلب الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي أن تحكم من تلقاء نفسها ببطلان هذا الحكم أو عدم الاعتراف متى تضمن ما يخالف النظام العام الدولي أو الوطني كما هو الحال في التحكيم الداخلي؟



وباستطلاع موقف القضاء المغربي، نجده يقف في وجه حرية الأطراف ويمتنع عن تذييل أي حكم تحكيمي يصدر في مسائل مرتبطة بالنظام العام ومن ذلك مثلاً أمر رئيس المحكمة التجارية بطنجة والذي جاء فيه: "رئيس المحكمة المعروض عليه حكم المحكمين لأكسائه الصيغة التنفيذية ملزم بالتأكد من أن هذا الحكم غير معيب ببطلان يتعلق بالنظام العام، وخاصة ما يتعلق بخرق مقتضيات الفصل 306 من ق م م (القديم) (يقابله في القانون 05-08 الفصل 308) ومن كون موضوع التحكيم من الأمور التي لا يجوز الاتفاق على التحكيم فيها، وكذا مساس هذا الحكم الصادر عن المحكمين بالأمور التي يمتنع فيها التحكيم وبقواعد النظام العام"¹⁹². تبقى الإشارة إلى أن هناك العديد من المسائل والقضايا المرتبطة بالنظام العام، والتي وبالرغم من عدم ذكرها والتتصيص عليها في قانون التحكيم، لا يجوز أن تكون محلاً لاتفاق التحكيم، وتبقى حصرياً من اختصاص القضاء، ومن ذلك مثلاً:

1). القضايا الجنائية: فالمسائل والنزاعات الجنائية يرجع الفصل فيها بصفة عامة إلى القضاء¹⁹³ ولا مجال للتحكيم فيها، فالنزاع الجنائي لا يتعلق بخسومة بين شخصين أو أشخاص فقط، وإنما يتجاوز ذلك إلى المجتمع بصفة عامة، وتتجاوز أضراره الضحية إلى أفراد المجتمع نظراً لما تحدثه من اضطراب وعدم الطمأنينة في نفوسهم ويتطلب تدخل النيابة العامة باعتباره سلطة الاتهام والمدافع الرئيسي عن المجتمع¹⁹⁴، هذا بالإضافة إلى أن الميدان الجنائي يحكمه مبدأ المشروعية، فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص والإجراءات بدورها محددة، وليس للتحكيم في ضوء هذه المعطيات أي دور خاص يمكن أن يؤديه، فالهيئة التحكيمية - في هذا الوضع - لن تكون مختصة لإصدار عقوبات زجرية والقيام بتنفيذها. لذلك كان من الطبيعي ومن المسلم به عدم جواز التحكيم في الميدان الجنائي ودون حاجة لنص تشريعي¹⁹⁵.

192 - أمر رئيس المحكمة التجارية بطنجة بتاريخ 2000/05/24 في الملف عدد 104-2000/3 (أمر غير منشور) أشار إليه زكرياء الغزاوي، "النظام العام وتأثيره على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، مقال بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، عدد 2011/05، ص 148.

193 - على اعتبار أن هناك بعض المخالفات التي يجوز فيها الصلح كما تنص على ذلك المادة 41 من ق م الجنائية.

194 - أنظر في هذا الصدد: عبد الرحيم رضاكي، الوجيز في شرح القانون المغربي الجديد للتحكيم، ص 164 وما يليها.

195 - عاكشة عبد العال و من معه، التحكيم في العلاقات الدواية الخاصة، م س، ص 164 وما يليها. وأنظر للمزيد:

- Pascal ANCEL, "Arbitrage-convention d'arbitrage - conditions de fond - le tiges arbitrales. Juriclasleur, procédure civile, cote 03, 1986, page 02.



لكن هذا المنع والحظر من اللجوء إلى التحكيم في المسائل الجزرية (وحسب محكمة النقض الفرنسية) يجب أن يفسر وبشكل ضيق لأن ذلك لا يحول دون اتفاق المتسبب في الجريمة والضحية في اللجوء إلى التحكيم بخصوص المطالب المدنية¹⁹⁶.

وهو موقف محمود، لأن منح الأطراف إمكانية اللجوء إلى التحكيم في المطالب المدنية المتفرعة عن الدعوى العمومية من شأنه أن يخفف العبء على القضاء الجزري، ويساهم في زرع واسترجاع المودة بين الضحية والمتهم، وإصلاح شملهم.

2). قضايا الملكية الأدبية والفنية: بالرغم من أن هاته القضايا تكتسي في ظاهرها الطابع الشخصي، إلا أنها من الناحية القانونية غير ذلك، حيث لا تتعلق الملكية الأدبية والفنية بصاحبها فقط بل تتجاوزه لتشمل الدولة، على اعتبار أن الدعاوى المثارة بشأنها تتدخل فيها الإدارة ممثلة في المكتب الوطني المغربي لحماية الملكية الأدبية بصفته الممثل القانوني لشؤون المؤلفين، كما أن الاعتداء على الملكية الأدبية عن طريق التزوير يشكل جريمة، الأمر الذي يجعل تدخل النيابة العامة مسألة أساسية¹⁹⁷.

وبالإضافة إلى الملكية الأدبية استثنى المشرع المغربي كذلك نزاعات الملكية الصناعية كبراءة الاختراع والعلامات من الفصل فيها بالتحكيم، وأنط الاختصاص فيها للمحاكم التجارية حسب ما تنص عليه المادة 15 من القانون رقم 97-17¹⁹⁸ المتعلق بالملكية الصناعية: "يكون للمحاكم التجارية وحدها الاختصاص للبت في المنازعات المترتبة عن تطبيق هذا القانون باستثناء القرارات الإدارية المنصوص عليها فيه" إلى غير ذلك من القضايا والمسائل المرتبطة بالنظام العام المغربي وبمصالحة الجوهرية التي لا يجوز فيها التحكيم¹⁹⁹.

¹⁹⁶ - Chambre criminal de la cour de cassation, 23 janvier 1947: Gazette du palais 1947, 1, 76
Paris 09 décembre 1955: revue d'arbitrage 1955, page 101.

قرار أورده عبد اللطيف بو العلف، الطعن في الحكم التحكيمي، م.س، ص 63.

¹⁹⁷ - راجع بخصوص هذه القضايا، عبد الرحيم رضاكي، الوجيز في شرح القانون المغربي...، م.س، ص 29.

¹⁹⁸ - الظهير الشريف رقم 1.00.19 الصادر بتاريخ 09 ذي القعدة 1420 بتنفيذ القانون رقم 97-17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 09 مارس 2000، والمعدل بموجب القانون 31-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 01-05-190 بتاريخ 2006/02/14، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006.

¹⁹⁹ - وأنظر للمزيد حول المسائل والقضايا التي لا يجوز فيها التحكيم وبعض التطبيقات العملية لذلك: عبد الرحمان علالي، مجالات التحكيم والنظام العام، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 12، أبريل 2007، ص 115 وما يليها.

- P. Mayer, "La sentence contraire à l'ordre public au fond, revue d'arbitrage 1994, page 615.



هكذا إذن يتضح أن النظام العام يشكل قيда حقيقيا على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يفرض على حرية الأفراد عدم تجاوز هذه الفكرة وذلك باللجوء إلى التحكيم في المسائل المرتبطة بالنظام العام، إذ يكون الجزاء في كلتا الحالتين هو بطلان الحكم التحكيمي الذي سيصدر عن هذا النزاع أو ذاك. و بالتالي فعلى أطراف التحكيم احترام هذه القواعد وعدم خرقها، كما ينبغي أيضا للقضاء الوطني أن يتعامل مع هذه الفكرة بنوع من المرونة في مجال التحكيم التجاري بما يضمن للدولة مصالحها الجوهرية وللتحكيم خصوصيته.

الفقرة الثانية: النظام العام وحرية اختيار القانون الواجب التطبيق.

تلعب إرادة الأطراف دورا بارزا في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع التحكيمي أو على الإجراءات، حيث خولت معظم التشريعات الوطنية للدول - ومن بينها التشريع المغربي- الحرية لأطراف اتفاق التحكيم في اختيار أولا القانون الواجب التطبيق على الموضوع والذي يتلاءم مع معاملاتهم ويستجيب لحاجياتها، بعيدا عن تعقيدات القانون الدولي الخاص وصلابة قواعد الإسناد وتنازع القوانين، وثانيا القواعد الإجرائية المناسبة لنزاعهم، وبالتالي التحرر من الإجراءات المسطرية المعقدة والمركبة التي تتضمنها القوانين الوطنية للدول، والتي تتنافى في مجملها مع واقع التجارة الذي تتطلب المرونة والسرية والسرعة وتحديد القواعد الأكثر أمانا وفعالية²⁰⁰.

لكن حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ليست بالمطلقة، بل ترد عليها بعض القيود التي لا محيد عنها، ومن بين هذه القيود النظام العام كحد وقيد أساسي على مبدأ سلطان الإرادة في هذا الصدد، حيث تقف عنده على الخصوص فعالية القانون المختار. ومن المعلوم أن النظام العام ينقسم إلى نظام عام داخلي ونظام عام دولي، وأن طريقة إعمال هذه الفكرة تختلف حسب ما إذا كان الأمر يتعلق بالتحكيم الداخلي أو الدولي، وبالتالي فإن دراسة أثر النظام العام على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق ستكون على الشكل الآتي:

²⁰⁰ - للمزيد حول مكانة مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق سواء على موضوع النزاع التحكيمي أو على الإجراءات في التشريعات الوطنية وأيضا في اتفاقيات التحكيم التجاري راجع ما تمت الإشارة إليه في الفصل الأول من هذا القسم.



أولاً: النظام العام والقانون المختار في قضايا التحكيم الداخلي

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فالتحكيم الداخلي في القانون المغربي ومعه أغلبية القوانين المقارنة يحكمه ويحاسبه النظام العام الداخلي أو الوطني، وبالتالي فمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق في قضايا التحكيم التجاري الداخلي يخضع فقط للنظام العام الداخلي، وهو ما يفرض إذن على الأطراف عدم تجاوز حدود هذا النظام واختيار قانون يتنافى مع قواعد النظام العام الوطني، أو الاتفاق على سلوك إجراءات أو مسطرة معينة فيها إخلال بالنظام العام الإجرائي، كعدم احترام حقوق الدفاع أو المواجهة أو التنازل عن أي شيء من هذا المبادئ. فكل اتفاق يصب في هذا الصدد، يصبح معه القرار التحكيمي الذي سيصدر في النزاع التحكيمي قابلاً للطعن بالبطلان، كما ينص على ذلك الفصل 36-327 من القانون 05-08.

لكن ودرءاً للوصول إلى القضاء والطعن بالبطلان في مثل هذه الأحكام التحكيمية، مع ما يستتبع ذلك من ضياع للجهد والوقت والتكاليف وإهدار لمصالح الأطراف فإنه ينبغي للمحكم وهو بصدد النظر في موضوع النزاع التحكيمي أن ينتبه لمثل هذه الأمور ويتدخل بشكل استباقي عن طريق تنبيه الأطراف بأن القانون أو الإجراء الذي سيتم تطبيقه يتنافى مع النظام العام الداخلي، وبالتالي استبعاده وتعويضه بقانون آخر يتماشى وقواعد النظام العام الوطني للدولة. وفي ذلك حماية للنظام العام الداخلي ولمصالح الأطراف على السواء، لأنه إذا كان الأطراف يختارون وبكل حرية القواعد القانونية الواجبة التطبيق سواء على الموضوع أو على الإجراءات، فإنه على المحكم وباعتباره المسير للعملية التحكيمية أن يراعي النظام العام المتعلق بهذا القانون في القرار الذي سيصدره، وإلا كان مصيره البطلان²⁰¹. لكن الأمر ليس بالهين حيث يفرض على المحكم وبلوغ هذا الهدف والحيلولة دون بطلان الحكم التحكيمي لمخالفة القانون المختار للنظام العام أن يكون على علم بما هو من النظام العام الداخلي للدولة التي يجري فيها التحكيم الداخلي حتى ينبه الأطراف إلى تقاضي المساس به، وتزداد المسألة صعوبة عندما يكون المحكم من دولة أجنبية. هذا بالإضافة إلى أن المحكم ليس قانون اختصاص ولا

201 - Jean Robert, Mebertand Moreau, l'arbitrage droit interne, droit international privé, 06^{ème} édition. Dalloz 1993, page 310.



يحكم باسم دولة معينة حتى يعمل على حماية نظامها وقواعدها الآمرة إسوة بالقاضي²⁰². وبالتالي فالمحكم غالبا لا يتدخل لحماية النظام العام الداخلي، بالرغم من أن في ذلك إجحاف بمصالح الدولة والأطراف.

ثانيا: النظام العام والقانون المختار في قضايا التحكيم الدولي:

يختلف أثر النظام العام على حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق في قضايا التحكيم الداخلي عن أثره في قضايا التحكيم الدولي، حيث تتعدد فيها الجنسيات وبالتالي تكون هناك صعوبة في تطبيق وإعمال النظام في مثل هذه القضايا، لا سيما وأن المشرع المغربي - وعلى عكس معظم التشريعات المقارنة - ألزم باحترام النظام العام الداخلي أو الدولي وهو ما سيشكل عائقا حقيقيا أمام الأطراف المحكّمين، حيث ستضيق حريتهم كثيرا بفعل هاته القيود وهذه القواعد الشديدة الصلابة، كما سيؤثر ذلك ولا محالة، - خصوصا في حالة تشدد القضاء المغربي في تطبيق قواعد النظام العام الداخلي والدولي على قضايا التحكيم الدولي - على التحكيم التجاري ويفقدها الكثير من خصوصياتها ويقلص من نسب اللجوء إليها واختيارها لفض النزاعات، ومن خلاله الاقتصاد الوطني بحيث لن يتجرأ أي من المستثمرين في ظل هذه القيود الصارمة على حريتهم على إبرام عقود تجارية مع الدولة المغربية ومع شركاتها.

وعموما فإنه يجب على أطراف التحكيم الدولي الاحتراز من عدم اختيار قانون أو الاتفاق على اتباع إجراء مسطري يتنافى مع قواعد النظام العام الداخلي أو الدولي، وإلا تعرض القانون المختار للاستبعاد من طرف الهيئة التحكيمية، خصوصا في حالة مخالفته للنظام العام الدولي، لأن الوظيفة الأساسية لهذا الأخير في مجال التحكيم التجاري الدولي استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي يخالف النظام العام. وإن كان هناك اختلاف فقهي كبير حول مدى استبعاد القانون المختار المخالف كلية، أم فقط القاعدة المخالفة فيه للنظام العام، إذ يذهب اتجاه إلى وجوب استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق المخالف للنظام العام الدولي برمته إذا تعارض

202 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، مطبعة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1995، ص 757.

وأنظر للمزيد في هذا الصدد: أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على الموضوع والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، طبعة 2003.



أي حكم من أحكامه مع القانون، لأن التطبيق الجزئي للقانون الأجنبي يؤدي إلى تشويبه وتطبيقه بشكل مناف لإرادة المشرع، وفيه إخلال بوحدة القانون، أما الاتجاه الغالب فيرى أن الدفع بالنظام العام يقتصر فقط على استبعاد وإلغاء الجزء المخالف للنظام العام الوطني، وذلك من أجل الحفاظ للقانون الأجنبي بأكبر قدر من الفعالية احتراماً لإرادة الأطراف التي اختارت هذا القانون²⁰³، وهو الرأي الذي نؤيده لما فيه من صيانة لحرية الأطراف ومصالحهم التجارية من جهة، ومن جهة ثانية لتحريره للتحكيم من صلافة القوانين الوطنية وبالتالي الحفاظ لهذه الوسيلة بشيء من استقلاليتها.

وفي حالة عدم استبعاد المحكم القانون المختار المخالف للنظام العام الدولي أو الوطني فإن القرار التحكيمي الدولي الذي سيصدره في هذا النزاع، يكون قابلاً للطعن بالبطلان إذا صدر في المملكة المغربية حسب ما ينص عليه الفصل 51-327 من ق 05-08، أو سيتم رفض طلب الاعتراف به أو تنفيذه إذا صدر خارج المملكة المغربية طبقاً لما ينص عليه 46-327 و 49-327 من ق 05-08²⁰⁴. وهذا يعني أن المراقبة الحقيقية لمدى مخالفة القانون المختار للنظام العام الوطني أو الدولي تكون عندما يلجأ الأطراف إلى القضاء لطلب الاعتراف أو التنفيذ، حيث يبسط هنا القضاء رقابته على الحكم التحكيمي الدولي، وإن كان هذا الأمر نادراً ما يقع في منازعات التجارة الدولية التي غالباً ما يحرص الأطراف على تنفيذ أحكام المحكمين بطوعية حفاظاً على ود العلاقة بينهم واكتساباً للثقة في التعامل. وحتى في حالة اللجوء إلى القضاء قصد طلب الاعتراف أو التنفيذ فإنه يجب على القضاء المغربي التعامل بنوع من الليونة والمرونة مع قواعد النظام العام ومراعاة مصالح المحكمين من جهة ومصلحته الاقتصادية الوطني ككل²⁰⁵.

203 - أنظر بخصوص هذه الخلافات الفقهية، الحسين مقبوب، م س، ص 43 و 44.
204 - وهو ما تنص عليه أيضاً اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في الفقرة 2 من المادة 05، حيث تنص على أحقية الدولة في رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي ورفض تنفيذه إذا كان مخالفاً للنظام العام للدولة التي احتج به فيها.
205 - للمزيد في هذا الصدد، أنظر بحثنا المقدم لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص القضاء والتحكيم حول دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي...، م س، ص 89 وما يليها.



المبحث الثاني: تدخل القضاء في التحكيم التجاري

إذا كانت مؤسسة التحكيم قد قطعت أشواطاً كبيرة ومراحل متعددة في نشأتها وتطورها كنظام خاص وسلمي لفض المنازعات يرتكز في المقام الأول على مبدأ سلطان الإرادة، واتفق الأطراف وتعاونهم وحسن نواياهم، وحافظت لنفسها بنوع من الاستقلالية، وذلك بفضل الاجتهادات الفقهية والقضائية المهمة لفقه وقضاء بعض الدول²⁰⁶، حيث ساهمت هذه الأخيرة، وبشكل كبير في الخروج بالتحكيم من وضع الوصاية " La tutelle"، وصاية القضاء على التحكيم" الذي تميزت به التقنيات الأولية المنظمة للتحكيم إلى وضع الاستقلالية، واستطاعت بذلك -هذه الاجتهادات- بأن تدفع بالعديد من التشريعات الوطنية الحديثة إلى الاعتراف والحرص على تكريس مبدأ استقلال التحكيم، وتجعل منه أهم المبادئ الأساسية للتحكيم. فإنه بالرغم من كل هذا لا يعني حتما القول بعدم خضوع التحكيم لأية ضوابط أو انعدام الرقابة على أعمال المحكمين واجتهاداتهم مطلقاً، ولا يعني أن القضاء يرفع يده بصفة كلية على الموضوع ويمتنع عن اتخاذ ما تستوجب الأوضاع اتخاذه من الإجراءات ليستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية، أو لحماية حقوق الأطراف ومصالحهم ولو بصفة مؤقتة²⁰⁷.

206 - ومن أبرز هذه الاتجاهات الفقهية والقضائية، نجد الفقه والقضاء الفرنسي، حيث يميل جانب كبير منه إلى استقلال التحكيم من حيث إجراءاته عن كل تشريع وقضاء وطني، وخضوعه إلى قواعد إجرائية مستقلة لا تستمد مشروعيتها ومحتواها من إرادة المشرع، متوصلاً في ذلك إلى عدة نتائج تهم سلطات القضاء الرسمي إزاء عملية التحكيم. وقد آل هذا التوجه إلى تأكيد محكمة الاستئناف بباريس بوجه جازم وصريح بوجود مبدأ عام في هذا الميدان، وهو مبدأ "استقلال إجراءات التحكيم" "Autonomie de la procédure arbitrale"، وذلك في قرار لها بتاريخ 04 ماي 1988، وأيضاً في قرار آخر لها صادر بتاريخ 26 مارس 1991 والذي يزيد من تأكيد هذا المبدأ، حيث جاء في هذا القرار:

" En matière internationale, le principe de validité et d'Autonomie de la clause compromissoire – destiné à en assurer la pleine efficacité de la volonté des contractants – consacre l'indépendance de la convention d'arbitrage à l'égard tant des dispositions substantielles du contrat auquel elle se rapporte que la loi interne applicable à cette convention, sous la seule réserve de l'ordre public international, notamment quant à l'arbitrabilité du litige".

أنظر بخصوص هذه القرارات القضائية، وأيضاً الاجتهادات الفقهية المدافعة عن استقلال التحكيم، أحمد الورغلي، استقلالية الإجراءات التحكيمية، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع التي يصدرها مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل التونسية، العدد 04 أبريل 2002، ص 63 وما بعدها.

207 - راجع في هذا الصدد، أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 34.

وبالتالي فالحقيقة هي أن استقلالية التحكيم وإجراءاته مسألة نسبية وتحتاج تبعا لذلك لتدخل قضائي من أجل تحقيق فاعلية التحكيم و فصل النزاع بطريقة ملائمة لمعاملات ومصالح المحتكمين، وليس لتدخل قد يعيق نجاعتها ويجردها من خصوصيتها ومزاياها²⁰⁸.

وهو ما انصاعت له بالفعل بعض تشريعات الدول، حيث سمحت هذه الأخيرة للقضاء الرسمي بالتدخل في التحكيم في مختلف مراحله، وبسط رقابته على العملية التحكيمية وقراراتها. وإذا كان إذن من الصعب الحديث، في ظل هذا الوضع، عن استقلالية مطلقة للتحكيم عن القضاء، وعن سيادة حرية الأطراف و المحكمين في العملية التحكيمية، فإن التساؤل يطرح عن أثر هذا التدخل القضائي، الحاضر في جل مراحل التحكيم، على مبدأ سلطان الإرادة، وعلى العملية التحكيمية ككل؟ أو بعبارة أخرى ما مدى مساهمة سلطة الرقابة والمساعدة التي يمارسها القضاء على التحكيم في تحقيق فاعلية هذه المؤسسة؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، والوقوف على التأثير الحقيقي للتدخل القضائي في التحكيم، سنحاول دراسة بعض مظاهر وحالات هذا التدخل، وذلك بالحديث عن مجال تدخل القضاء في مسطرة التحكيم قبل صدور الحكم التحكيمي (المطلب الأول) ثم بعد ذلك عن الرقابة القضائية للحكم التحكيمي وأهميتها البالغة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجال تدخل القضاء في مسطرة التحكيم قبل صدور

الحكم التحكيمي

إذا كان اتفاق التحكيم يعتبر أساس مشروعية لجوء الأطراف إلى التحكيم وأيضا الأساس الذي يتم بناء عليه جميع الإجراءات للفصل في النزاع، فإن رغم ما يتميز به من طابع اتفاقي وخاص يظل قضاء عارضا لا يقوم إلا بمناسبة النزاع المحكم فيه لينتهي بمجرد الانتهاء من هذه المهمة، وهو ما يترك لقضاء الدولة مجالا فسيحا للعمل في دائرة التحكيم وفق شروط وحدود معينة، وتأدية أدوار تختلف آلياتها حسب زمان ومكان تدخله، وإن كانت هذه الأدوار يغلب عليها طابع المساعدة في أغلب الإجراءات المتعلقة بالعملية التحكيمية منذ بداية الاتفاق على التحكيم إلى حين صدور المقرر التحكيمي.

²⁰⁸ - أنظر للمزيد حول التساؤلات المطروحة بصدد التدخل القضائي في التحكيم:

محمد وليد منصور، الدور الاستراتيجي والخلق للقضاء في تحقيق فاعلية التحكيم في التشريع السوري، مقال منشور بمجلة التحكيم (اللبانية) العدد 08 السنة الثانية أكتوبر 2010، ص 165 وما يليها.



ومن بين هذه الأدوار: المساعدة على تشكيل الهيئة التحكيمية، حيث يتدخل القضاء من أجل تذليل الصعوبات التي تثار في هذه المرحلة الحاسمة من الاتفاق على التحكيم (الفقرة الأولى). هذا بالإضافة إلى أنه قد تعرض أثناء التحكيم عدة مسائل على الهيئة التحكيمية مما لا يدخل في مفهوم الفصل في موضوع النزاع التحكيمي وتتطلب سلطة أخرى لا يتمتع بها المحكم، وقد تعرض مسائل أخرى مما لا يمس موضوع الدعوى، وإنما تتعلق باتخاذ بعض الإجراءات الوقائية أو التحفظية التي تستدعيها الظروف والتي تلزم للمحافظة على الحق موضوع الدعوى مما لا يحتمل أي تأخير. وفي جميع هذه الحالات لا بد من مرجعية دائمة لمجابهتها ومواجهتها، وليس من مرجعية يمكن أن تضطلع بهذه المهمة سوى القضاء، ومن ثم كان لهذا الأخير ولاية الفصل في مثل هذه المسائل، والقيام بدور مكمل لدور المحكم من أجل مساعدته على الفصل في النزاع المعروض عليه بطريقة عادلة وفي أقل وقت ممكن (الفقرة الثانية) إلى غير ذلك من مظاهر وحالات تدخل القضاء في مسطرة التحكيم، والتي تستدعيها طبيعة هذه المسطرة وهذه المؤسسة من جهة، وطبيعة الأشخاص الذين يتولون مهمة الفصل في النزاع التحكيمي من جهة ثانية.²⁰⁹

- 209- حيث هناك العديد من المجالات الأخرى التي يعتبر فيها تعاون السلطة القضائية مع الهيئة التحكيمية وأيضاً مع الأطراف أمراً ضرورياً وحتمياً، وأن المحكم لا بد أن يلجأ إلى القضاء في مثل هذه المسائل من ذلك مثلاً:
- أ- الحصول على المعلومات التي تهم أهلية الأشخاص والحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها كما ينص على ذلك الفصل 09 - 327 من ق 25 - 08 حيث جاء فيه: "...يمكن للهيئة التحكيمية قبل اتخاذ قرار في الموضوع أن تطلب من الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف ذات الاختصاص المكاني بالنظر على مكان التحكيم موافقتها بالمعلومات التي تراها ملائمة بالنظر إلى مقتضيات الفصل 308 أعلاه، ويجب على الوكيل العام أن يوافيها بذلك داخل 15 يوماً لرفع الطلب...."
- ب- البت في المسائل الأولية التي تعترض المحكم أثناء الفصل في النزاع التحكيمي، والتي يعتبر الفصل فيها ضروري ولازمًا للاستمرار في تسوية النزاع والتي تخرج عن اختصاص الهيئة التحكيمية، حيث لا بد هنا من تدخل قضائي للفصل في مثل هذه المسائل التي تخرج عن ولاية التحكيم كما ينص على ذلك الفصل 17-327.
- ت- تمديد الأجل القانوني أو الاتفاق لإصدار الحكم التحكيمي (الفقرة 2 من الفصل 20-327).
- ث- إنهاء إجراءات التحكيم كما ينص على ذلك الفصل 20-327 في فقرته الأخيرة.
- فكل هذه المسائل إذن يمكن الاستعانة فيها بالقضاء في التشريع المغربي والمقارن.
- وللمزيد حول مجالات تدخل القضاء في مسطرة التحكيم وأهمية هذا التدخل راجع:
- عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان (الأردن) الطبعة الأولى 2008، ص 115 ومايليها.
- فاطمة الدحاني دور رئيس المحكمة الداخلي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة البحث والتكوين أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، سلا، السنة الدراسية 2006-2007، ص 34.
- سعيد المعتصم، دور القضاء في مراقبة عمل المحكمين، مقال منشور مجلة التحكيم (اللبانية) عدد 08، أكتوبر 2010، ص 101 وما يليها.
- عبد اللطيف مشبال، القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 2/2002، ص 335
- Philippe FOUCHARD, la coopération du président du tribunal de grande instance a l'arbitrage, revue d'arbitrage 1985, page 09 et suivante.



الفقرة الأولى: تدخل القضاء لتذليل صعوبات تشكيل الهيئة التحكيمية.

قد يذكر المحكمون في اتفاقهم التحكيمي بيان بأسماء هيئة التحكيم التي ستتولى الفصل في النزاع، وقد يكتفون ببيان الطريقة التي سيتم بها اختيار هؤلاء الأعضاء وسواء كانت هذه الطريقة مباشرة، أي عن طريق أطراف التحكيم أنفسهم أو غير مباشرة عن طريق اللجوء إلى مراكز وهيئات التحكيم، فإن هيئة التحكيم قد يتم تشكيلها وتكوينها بصورة طبيعية، وهذا ما يتوافق مع خصوصية وطبيعة التحكيم التي تستند إلى إدارة الخصوم وحسن نواياهم.²¹⁰

بيد أن الأمور لا تسير دائما على هذا النحو، فقد لا يتفق الأطراف فيما بينهم على اختيار أعضاء هيئة التحكيم، أو على تحديد طريقة تعيينهم لاحقا، سواء بحسن نية أحد الأطراف أو كلهم أو بسوء النية، وهو ما قد يعطل الآلية التحكيمية منذ البداية.

لكن ولتفادي ذلك، ومن أجل الحفاظ على فاعلية اتفاق التحكيم ينبغي اتخاذ التدابير اللازمة لتجاوز العراقيل والحواز التي تقف أمام تكوين هيئة التحكيم، ومن بين تلك التدابير اللجوء إلى القضاء لتعيين أعضاء هيئة التحكيم. فما هي إذن حالات التدخل القضائي لتشكيل هيئة التحكيم وشروطه؟ (أولا) ثم ماهي القواعد التي تحكم هذا التدخل؟ (ثانيا) وأي أثر لهذا التدخل على حرية الأطراف و على فعالية نظام التحكيم؟

أولا : حالات التدخل القضائي لتشكيل الهيئة التحكيمية وشروطه

لقد سمحت معظم التشريعات الداخلية، للقضاء الرسمي بالتدخل لتذليل صعوبات تشكيل الهيئة التحكيمية، وذلك في حالات معينة، وأحاطت ذلك بمجموعة من الشروط ينبغي توافرها في كل حالة، هذه الشروط تهدف بالأساس إلى إعطاء الفرصة والأولية والسيادة لاتفاق وحرية الأطراف لاختيار محكميهم أو محكمهم، ثم في حالة عدم حصول هذا الاتفاق، تعطى الفرصة للمحكمين أنفسهم للاتفاق على استكمال تشكيل الهيئة التحكيمية، وعند غياب أي اتفاق من هذا الجانب أو ذاك، يمكن للقضاء أن يتدخل لمساعدة الأطراف على تشكيل الهيئة بناء على طلب أي منهم، وسنحاول تبين هذه الشروط عند الحديث عن كل حالة على حدة.

210- راجع في الصدد : أبو زيد رضوان، الأسس الخاصة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 35

و هكذا فحالات التدخل القضائي تتوزع في التشريع المغربي بين عدة فصول القانون رقم 05-08 المنظم للتحكيم بالمغرب، سواء في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي، أو في شقة المتعلق بالتحكيم الدولي:

فبالنسبة للتحكيم الداخلي فحالات التدخل القضائي لتشكيل الهيئة التحكيمية

تضمنها الفصل 325 وأيضا الفصول من 327-3 إلى 327-5 وهي كالتالي :

أ - الحالة الأولى : الحالة المنصوص عليها في الفصل 327-03 من ق 05-08 والمتمثلة في عدم استجماع المحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاق التحكيم للشروط القانونية اللازمة للقيام بمهمة التحكيم، أو لأي سبب آخر يحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية، ففي هذه الحالة يمكن الاستعانة بالقضاء ممثلا في رئيس المحكمة لتشكيل الهيئة التحكيمية وذلك بعد انعدام اتفاق الأطراف في هذا الصدد.

ب - الحالة الثانية : حالة تعيين أطراف التحكيم لعدد زوجي من المحكمين، ولم يحصل أي اتفاق سواء ما بين الأطراف أولا أو ما بين المحكمين المعنيين ثانيا على استكمال تشكيل الهيئة التحكيمية بمحكم آخر حتى يكون العدد وترا،²¹¹ ففي هذه الحالة كذلك يتم استكمال تكوين الهيئة بمساعدة رئيس المحكمة، حيث يتولى تعيين المحكم الذي ينقص التشكيل الوتري لهيئة التحكيم، وهذا ما يؤكدته الفصل 327-04 من ق 05-08.

ت - الحالة الثالثة : حالة عدم تعيين الأطراف للهيئة التحكيمية مسبقا، وعدم تحديدهم لكيفية وتاريخ اختيار هذه الهيئة، أو عدم حصول اتفاقهم على ذلك. فهنا أيضا يقدم القضاء يد المعونة ويساعد الطرفين على تشكيل الهيئة التحكيمية، وإن كانت هذه المساعدة تختلف حسب ما إذا كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد، حيث هنا يتولى رئيس المحكمة المختصة لتعيين المحكم بناء على طلب أحد الطرفين، أو كانت الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين، حيث هنا يعين كل طرف محكما، ويتفق المحكمان المعنيان على تعيين المحكم الثالث، وفي حالة عدم حصول

²¹¹ على اعتبار أن الوتريية من الشروط اللازمة للتكوين القانوني لهيئة التحكيم، تحت طائلة بطلان التحكيم كما ينص على ذلك الفصل 327-2 من ق 05-08 والذي جاء فيه: "... فإذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة. إذا تعددت المحكمون وجب أن يكون عددهم وإلا كان التحكيم باطلا. للمزيد في هذا الصدد راجع ما تمت الإشارة إليه عند الحديث عن أركان اتفاق التحكيم في المبحث الأول من الباب الأول من القسم الأول من هذه الدراسة.

الاتفاق سواء بين الأطراف على تعيين محكيميها ومروور 15 يوما، أو لم يتفق المحكمان المعينان على اختبار المحكم الثالث في أجل 15 يوما، فإن الفيصل يكون هو رئيس المحكمة، حيث يتولى تعيين ذلك المحكم بناء على طلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينه رئيس المحكمة. وهي نفس الإجراءات التي يتم اتباعها إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاث محكمين كما ينص على ذلك الفصل 05-327. والذي يضيف في فقرته الأخيرة ما يلي : "تطبق نفس المقتضيات كلما اعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف أو صعوبة في تطبيق إجراءات التعيين" وهي فقرة في غاية الأهمية لأنها تؤكد بوضوح أن الحالات المذكورة أعلاه حددها المشرع المغربي على سبيل المثال فقط وليس على سبيل الحصر، مما يجعل باب اللجوء إلى القضاء مفتوحا في كل حالة قد يعترض فيها عائق أو صعوبة تشكيل أو استكمال الهيئة التحكيمية وهو موقف جدير بالتأييد لما فيه من حماية قانونية للتحكيم ولأطرافها من أي تعسف أو تقاعس قد يصدر من أحد الأطراف أو من المحكمين المعينين ويحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية، ويعيق بالتالي مسار العملية التحكيمية²¹².

ث : الحالة الرابعة : وهي حالة في الحقيقية تهم الصعوبات والعوارض التي قد تنثار بعد تشكيل الهيئة التحكيمية وتكوينها نهائيا، وقد نص عليها المشرع المغربي في الفصل 325²¹³ من ق 05-08 وتهم حالتين، الأولى تكمن في حالة انتهاء مهمة المحكم لأي سبب من الأسباب، فهنا يتم تعيين محكم آخر لتعويضه، ويتم ذلك وفقا لنفس القواعد المطبقة على تعيين المحكم الذي تم تعويضه. وهي القواعد المشار إليها في الفصول من 3-327 إلى 5-327 والمذكورة أعلاه، أما الثانية فتتمثل في الحالة التي يتعذر فيها على المحكم أداء مهمته أو

(212) وما يزيد من تأكيد موقف المشرع المغربي هذا ما ينص عليه الفصل 03-327 من ق 05-08، حيث جاءت فيه عبارة تؤكد أن حالات اللجوء إلى القضاء بسبب وجود صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية ليس محددة في هذا القانون على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال فقط، ومما جاء في هذا الفصل : "إذا ثبت أن المحكم أو المحكمين المعينين في اتفاق التحكيم لا تتوافر فيهم الشروط القانونية لممارسة هذه المهمة، أو لأي سبب آخر يحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية..." وكذلك أيضا ما ينص عليه الفصل 41-327 من أنه : "إذا اعترضت صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية يجوز للطرف الأكثر استعجالا مالم ينص على شرط مخالف : 1- أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة..." فالمشرع استعمل هنا عبارة عامة ولم يحدد أي مثال لهذه الصعوبات أو لأي عائق يحول دون تشكيل الهيئة والذي يسمح للطرف الأكثر استعجالا باللجوء إلى القضاء.

(213) وتم تأكيدها أيضا في الفقرة الأخيرة من الفصل 08-327 التي ينص على أنه : "ترفع الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكمين إلى رئيس المحكمة..."



لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر لإجراءات التحكيم، ولم يبادر هذا المحكم إلى التثني ولم يتفق الأطراف على عزله. فإن رئيس المحكمة يتدخل في هذه الحالة ويأمر بإنهاء مهمة المحكم بناء على طلب أي من الطرفين.²¹⁴

أما بالنسبة للتحكيم الدولي، فإن حالات التدخل القضائي لتذليل صعوبات تشكيل الهيئة التحكيمية، جمعها المشرع المغربي في الفصل 41-327، ونص عليها بشكل عام دون تحديد دقيق لها، وترك بالتالي الحرية للأطراف في اللجوء إلى رئيس المحكمة متى اعترضت أي صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية، وهذا ما يتضح من خلال صياغة هذا الفصل، الذي ينص: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية، يجوز للطرف الأكثر استعجالاً، ما لم ينص على شرط مخالف: 1- أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة...". وعلى غرار التشريع المغربي، نجد أن أغلب التشريعات المقارنة نظمت التدخل القضائي لتشكيل وتكوين الهيئة التحكيمية، وتطرق معظمها - من ذلك مثلاً التشريع المصري²¹⁵ والفرنسي²¹⁶ - لبعض الحالات التي تستوجب هذا التدخل دون تحديد حصري لها.

(214) - يشير إلى أن الحالات الأخرى للتدخل القضائي بعد تمام تكوين الهيئة التحكيمية كالعزل والتجريح ستكون موضوع دراسة مفصلة عند الحديث عن ضمانات حياد واستقلال المحكم ودور القضاء في هذا الصدد، راجع المبحث الأخير من القسم الثاني من هذه الدراسة.

(215) - حيث تنص المادة 17 من قانون التحكيم المصري على أنه: "1- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفق اتبع ما يأتي: أ- إذا كانت هيئة التحكيم... إلخ المادة" و قد اعتبر معظم الفقه المصري أن الحالات الواردة في هذه المادة هي على سبيل المثال فقط، وليس على سبيل الحصر، وبالتالي - فحسب نفس الفقه - يجوز للخصوم اللجوء إلى القضاء لتعيين المحكم إذا حدث أي عارض أو سبب حال دون إتمام تشكيل هيئة التحكيم حتى ولو لم يرد النص عليه في التشريع، لأنه لا يعقل أن يبيح المشرع مبدأ التدخل القضائي ثم يجعله مقتصرًا على حالات معينة دون حالات أخرى تؤدي إلى نفس النتيجة، وتشكل إعاقة لتكوين الهيئة التحكيمية ولمؤسسة التحكيم ككل. راجع في هذا الإطار: * نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية...، م س، ص 89 وما بعدها. * عكاشة عبد العال ومن معه، م س، ص 589. * محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أو مشاركة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 434.

- وللمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر: * محمد عبد الله حسين عطية السيد، دور القضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، كلية الحقوق، 2010، ص 250 وما يليها.

(216) - وبدوره حدد المشرع الفرنسي حالات التدخل القضائي في تشكيل الهيئة التحكيمية في العديد من مواد ق م م الفرنسي في شقه المتعلق بالتحكيم من ذلك مثلاً المواد 1451، 1452، 1453، 1454.

وقد بارك الشراح الفرنسيون، ومنذ التعديل الذي عرفه ق م م الفرنسي سنة 1980 والذي جعل من القضاء مساعداً للتحكيم ونص على إمكانية اللجوء إليه عند وجود أي صعوبة في تشكيل الهيئة التحكيمية وفي سائر مراحل وإجراءات التحكيم، والذي أكدته كذلك تعديل 2011، هذا المفهوم الواسع لحالات التدخل القضائي ومع تكييف دور القاضي بأنه نوع من المساعدة أو التعاون لضمان التشكيل الربيع لهيئة التحكيم. أنظر في هذا الصدد:

* Philippe FOUCHARD : « La coopération du président du tribunal de grand instance à l'arbitrage » Revue de l'arbitrage, 1985. Page 14 et suivante.

* B. LEURENT : « L'intervention du juge » Revue de l'arbitrage. 1980. Page 616 et suivante.



وفي الجانب العملي، فهناك العديد من التطبيقات القضائية لمعظم حالات التدخل المشار أعلاه، من ذلك مثلا الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش والذي جاء فيه: "وحيث إن دفتر التحملات هذا تضمن شرط عرض النزاعات الناجمة عن تنفيذ مقتضياته على التحكيم.. وحيث إن الطالب أبدى رغبته في تعيين... كمحكم وسبق له أن وجه إنذارا إلى السيد... المتصرف باسم شركة... داعيا إياه إلى تعيين محكم من جهته للبت في النزاع لكن شهادة التسليم رجعت بملاحظاته أن المعني بالأمر انتقل إلى العنوان المذكور... وحيث أنه وبالنظر إلى ما ذكر وتطبيق لمقتضيات الفصل 309 ق م م (القديم)، والذي يقابله في شق كبير منه الفصل 5-327 من ق 05-08) لهذه الأسباب نعين السيد... كمحكم"²¹⁷. وأيضا الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2012/02/22 والذي جاء فيه: "حيث تروم الطالبة تعيين المحكم الثاني إلى جانب المحكم الذي عينته هي من جانبها... وحيث وتأسيسا عليه و طالما أن الطالبة قد عينت من جانبها محكما والمطلوبة لم تفعل ذلك رغم إشعارها فإن الطلب يبقى وجيها ويتعين الاستجابة إليه. لهذه الأسباب إذ نبت علنيا ابتدائيا: 1- نأمر بتعيين السيد (م أ) محكما إلى جانب الأستاذ (ي غ) للبت في النزاع القائم بين الطرفين بخصوص تأويل وتنفيذ الاتفاق المبرم بينهما بتاريخ 2010/03/15"²¹⁸

ثانيا: قواعد التدخل القضائي في تشكيل الهيئة التحكيمية

إذا كان المشرع المغربي - وعلى غرار معظم التشريعات المقارنة - قد حدد بعض الحالات الأساسية للتدخل القضائي لتشكيل الهيئة التحكيمية وبين مجموعة من الشروط الواجب توافرها في هذا الصدد، وحاول - قدر الإمكان - الإحاطة بكل الجوانب الموضوعية للتعيين القضائي المحكمين، فإن التساؤل يطرح عن كيفية تعامل التشريع المغربي والمقارن مع القواعد والإجراءات المسطرية التي تحكم هذا التدخل؟ ومدى استجابتها لمتطلبات ومبادئ التحكيم لا سيما عنصرى السرعة والمرونة؟.

²¹⁷ - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش بتاريخ 2001/02/13، ملف رقم 2001/17، (أمر غير منشور)،
²¹⁸ - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 534 بتاريخ 2012/02/22، ملف عدد 2011/01/2764 (أمر غير منشور)، وهو ما أكدته أيضا في أمر صادر عنه تحت رقم 08/306 بتاريخ 2008/02/06 في الملف عدد 2007/01/2788 (أمر غير منشور).



بالرجوع إلى القانون رقم 05-08 يتضح أن تنظيم المشرع المغربي للقواعد والضوابط التي تحكم التدخل القضائي في تشكيل الهيئة التحكيمية يشوبه بعض القصور في العديد من الجوانب سواء فيما يتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها أو بالقضاء المختص والسلطات الممنوحة له في هذا الصدد.

1- الإجراءات المسطرية: ففيما يخص المسطرة نجد أن المشرع المغربي اكتفى فقط بالإشارة إلى تقديم الطلب من أحد الأطراف إلى رئيس المحكمة المختصة وذلك في الفصل 5-327 والفصل 41-327 من ق 05-08 دون تبيان شكليات هذا الطلب وكيفية تقديمه؟ هي يكفي مجرد تقديم طلب بذلك إلى رئيس المحكمة المختصة؟ أو ينبغي رفع دعوى وفق الإجراءات المعتادة؟

في البداية نشير إلى أن المشرع المغربي جعل تقديم الطلب إلى القضاء للتدخل لتشكيل هيئة التحكيم خاصا فقط بأطراف التحكيم، ولا يجوز ذلك للمُحكَمين أنفسهم حتى ولو فشلا في اختيار المحكم الثالث الذي من الممكن أن يرأس الهيئة، وهذا ما يستخلص من نص الفصل 5-327 الذي جاء فيه: "1...- إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد يتولى رئيس المحكمة المختصة تعيين المحكم بناء على طلب أحد الطرفين. 2 - إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاث محكمين... تولى رئيس المحكمة المختصة تعيين، بناء على طلب أي من الطرفين..." وأيضاً من نص الفصل 41-327²¹⁹. وهو المنحى الذي سلكه أيضاً المشرع المصري (المادة 17 من قانون التحكيم المصري)، وأيضاً المشرع السعودي (المادة 10 من نظام التحكيم السعودي)، أما المشرع الفرنسي فهو عكس ذلك، حيث منح أحقية تقديم الطلب لأطراف التحكيم وأيضاً لمحكمة التحكيم، وهذا ما يتضح من نص المادة 1460 من ق م م الفرنسي المرسوم رقم 2011/48، حيث تنص على أنه:

"Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres..."

²¹⁹ - حيث ينص الفصل 41-327 من ق 05-08 على هذا الأمر بشكل واضح ومما جاء في الفقرة الثانية منه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية يجوز للطرف الأكثر استعجالاً..."



وفي الحقيقة يجب التنويه بموقف المشرع الفرنسي الذي جعل تدخل القضاء المختص يتم بناء على طلب الأطراف أو بناء على طلب محكمة التحكيم، وهو ما يؤكد رغبته في جعل تدخل القضاء لتشكيل الهيئة فعالا وفي الوقت المناسب ومن أي طرف من أطراف العلاقة التحكيمية، بغية تفادي أي عائق أو صعوبة تحول دون استمرار مسطرة التحكيم، لأن الغاية من التدخل القضائي هي تذليل أي صعوبة من صعوبات التشكيل، وبالتالي فلا معنى ولا مبرر للتفريق ما بين الأطراف والمحكمين في تقديم طلب التدخل.

أما بالنسبة للإجراءات فإنها تبدأ عموما، وعمليا بتقديم الطلب كتابيا من صاحب المصلحة إلى الجهة القضائية المختصة يوضح في رغبته في تعيين المحكم في حالة كون الهيئة مكونة من محكم واحد، أو تعيين محكم أحد الطرفين، أو المحكم الوتر، أو تشكيل كامل هيئة التحكيم، ويتضمن هذا مجموعة من البيانات تسهل مهمة الرئيس في الاستجابة للطلب، ويرفقه بما يعزز موضوع طلبه من وثائق مفيدة، كأن يدلي مثلا بنسخة من العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم أو غيرها من المستندات التي قد تساعد القضاء على إصدار قرار التشكيل في أسرع وقت ممكن²²⁰.

وبطبيعة الحال فإنه يشترط في مقدم الطلب أن تتوافر فيه شروط التقاضي من صفة وأهلية ومصلحة كما حددها ق م م، وإلا تعرض طلبه لعدم القبول²²¹، ويستحسن في المقال أن يكون مستوفيا للشروط القانونية المتطلبة تفاديا لعدم قبوله²²²، وإهدار الجهد والوقت.

من كل هذا إن يتضح أنه يكفي تقديم الطلب من أحد الأطراف إلى السيد رئيس المحكمة المختصة ولا داعي للجوء إلى دعوى قضائية ووفق الإجراءات العادية، لأن ذلك لا

220 - وهذا ما يتضح من الناحية العملية، حيث هناك العديد من الطلبات التي تقدم وفق هذا الشكل الكتابي والمتضمن للعديد من الوثائق المساعدة على إصدار قرار التعيين في الوقت المناسب، ومن ذلك مثلا أمر رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء رقم 2006/14992 في الملف رقم 2006/04/15349 وذلك بتاريخ 2006/06/28 والذي جاء فيه: "وقد أرفقت الطالبة طلبها بصورة من الاتفاقية وصورة من محضر اجتماع المحكمين...". وهي عبارة تؤكد أن الطلب كتابي ويستحسن إرفاقه بما قد يفيد الجهة القضائية بإصدار أمرها بتعيين المحكم".

وللمزيد حول هذه الأوامر أنظر: * فاطمة الدحاني، دور رئيس المحكمة في التحكيم الداخلي بالمغرب، م.س. ص 26 وما يليها

221 - كما ينص على ذلك الفصل الأول من ق م م، وللمزيد في هذا الصدد راجع:

- عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، مطبعة الجسور، وجدة، طبعة 2005، ص 170 وما بعدها.

222 - كما ينص على ذلك الفصلان 31 و 32 من ق م م.



يتناسب مع خصوصية مسطرة التحكيم الذي تتطلب السرعة والمرونة، كما لا يتوافق مع الغرض من التدخل القضائي المتمثل في ضمان التشكيل السريع لهيئة التحكيم.

2. الجهة القضائية المختصة: على غرار الإجراءات المسطرية لم يبين المشرع

المغربي بشكل واضح الجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب تعيين الهيئة التحكيمية خصوصا في التحكيم الداخلي و لا طبيعة الأمر الصادر عنها، كما لم يبين كذلك السلطات الممنوحة للقضاء في هذا الصدد، على عكس الفصل 309 من م م القديم الذي وضع فيه ذلك حيث أنط هذا الاختصاص آنذاك لرئيس المحكمة الابتدائية المختص بمنح المقرر التحكيمي القوة التنفيذية.

لكن بالرغم من عدم التحديد الدقيق للجهة القضائية المختصة بالنظر في طلب التشكيل خصوصا في التحكيم الداخلي، فإنه يمكن استنباط هذا الأمر من العديد من فصول القانون رقم 08-05 أهمها الفصل 41-327 المتعلق بالتحكيم الدولي والذي حدد فيه المشرع الجهة المختصة في فقرته الثانية التي تنص: " إذا اعترضت صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية، يجوز للطرف الأكثر استعجالا، ما لم ينص على شرط مخالف:

1. أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي ستتولى فيما بعد تخويل الصيغة التنفيذية

الحكم التحكيمي إذا كان التحكيم جاريا بالمملكة.

2. أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التجارية بالرباط إذا كان التحكيم جاريا بالخارج

واتفق الأطراف على تطبيق قانون المسطرة المدنية المغربي".

وبقراءة هذا الفصل مع الفصلان 310 خصوصا الفقرة الأخيرة منه التي تنص على

أنه: "يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية الذي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها، أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني". والفصل 312 الذي ينص: "يراد في هذا الباب بما يلي:

4. " رئيس المحكمة" رئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك".



من خلال قراءة هذه النصوص يتضح إذن أن الجهة القضائية المختصة بتدليل صعوبات تشكيل الهيئة التحكيمية في قضايا التحكيم الداخلي تختلف حسب نوعية النزاع، فإذا كان إداريا يرجع الاختصاص إلى رئيس المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى رئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني. أما إذا كان النزاع التحكيمي تجاريا فإن الاختصاص يرجع إلى رئيس المحكمة التجارية الذي سيتولى فيما بعد إعطاء الصيغة التنفيذية للمقرر التحكيمي، ونفس الشيء للنزاع المدني حيث يرفع الطلب إلى رئيس المحكمة الابتدائية المختصة بتدليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية.

وما يؤكد أيضا توزيع الاختصاص بالإضافة إلى الفصول المذكورة أعلاه - الفصل 327-05 الذي تحدث فيه المشرع المغربي في ثلاث مرات عن "رئيس المحكمة المختصة" وهو ما يفيد ضمنا أن طبيعة النزاع - وفي بعض الأحيان مكان التنفيذ - هي التي تحدد الجهة القضائية المختصة بإصدار قرار التعيين أو رفض طلب الأطراف²²³. وإن كانت تطرح إشكالية أخرى بصدد قرار الرئيس المختص هذا، حيث يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا الأمر القضائي، هل يدخل في إطار اختصاص رئيس المحكمة باعتباره قاضي المستعجلات، أم في نطاق أعماله الولائية؟

223 (- أما بالنسبة للتشريعات المقارنة، خصوصا المصري والفرنسي فكانا أكثر وضوحا في هذا الصدد وهو ما يتضح مما يلي: * فالنسخة للتشريع المصري نجد المادة 17 المنظمة لحالات التدخل القضائي تحيل إلى المادة 09 بخصوص الجهة القضائية المختصة. وبالرجوع إلى المادة 09 المحال إليها نجدها تنص على أنه: "1- يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري، للمحكمة المختصة أصلا بنظر في النزاع. أما إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر. 2- وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع إجراءات التحكيم". * أما بالنسبة للتشريع الفرنسي فكان هو الآخر واضحا بخصوص الجهة القضائية المختصة بتعيين الهيئة، حيث تنص المادة 1459 من قانون م م الفرنسي حسب تعديل 2011 على أنه:

"Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grand instance. Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455. Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage. Le juge territorialement compétent est celui du lieu ou demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur".



إن الإجابة عن هذا الإشكال- في ظل غياب نص صريح في القانون رقم 05-08 يوضح هذا الإشكال²²⁴- يتطلب الوقوف على نقطتين هامتين:

الأولى: وهي المستمدة من مقتضيات المنظمة للتعين القضائي للمحكمين (الفصول 03-327 إلى 05-327) حيث من خلالها تكون الأوامر والقرارات الرئاسية التي تبت في طلب تشكيل الهيئة التحكيمية غير قابلة لأي طعن، خلافا لما تنص عليه الفقرة الثانية من الفصل 148 من ق م م المنظمة للمساطر الخاصة بحالة الاستعجال، ذلك أن الأوامر المبنية على طلب يمكن في حالة رفضها أن تكون محل طعن بالاستئناف داخل أجل 15 يوما من يوم النطق بالرفض، وبالتالي فطبيعة الأوامر التي تصدر بصدد صعوبات في تشكيل الهيئة تتنافى مع هذه الخاصية المميزة للأوامر المبنية على طلب، كما يتنافى ذلك مع خاصية عدم الحضور أثناء إصدار الأوامر المبنية على طلب، والتي لا بد من احترامها من طرف رئيس المحكمة حين يصدر قراره بقبول أو رفض طلب التعيين.

الثانية: أن الأوامر المبنية على طلب ومن خلال الفصل 148 ق م م، يكون موضوعها إما إثبات حال أو توجيه إنذار أو إجراء له طبيعة استعجالية في مواد لم يرد بشأنها نص، في حين أن التعيين القضائي للمحكمين وإن كان بدوره إجراء استعجاليا باعتبار السرعة التي تتميز بها مؤسسة التحكيم ومعها المعاملات التجارية، فهو منظم قانونيا بمجموعة من فصول ق 05-08²²⁵.

وبالتالي فانطلاقا من هاتين النقطتين يتضح أن الأوامر التي يصدرها رئيس المحكمة في إطار تذليل صعوبات تشكيل الهيئة تتطابق في خاصيتها مع القضاء الاستعجالي، وتدخل بالتالي في نطاقها، لأن القضاء الاستعجالي ومن خلال الفصل 149 ق م م يختص في البت في

224 - عكس المشرع الفرنسي الذي نص وبكل وضوح على أن الرئيس يبت في طلب تعيين الهيئة كالقاضي الاستعجالي وذلك في المادة 1460 من ق م م الفرنسي، ومما جاء في هذه المادة:

"Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres. La demande est formée, instruite et jugée **comme en matière de référé**..."

225 - أنظر في هذا الإطار:

مريم العباسي، ناصر بلعيد، كريم بنموسى، دور القضاء في مسطرة التحكيم، سلسلة رسائل نهاية تدريب المحققين القضائيين، العدد 03، مارس 2011، مكتبة دار السلام، الرباط، ص 15 وما بعدها.



الأمر المستعجلة التي تمتاز بالسرعة وليس لها مساس بجوهر النزاع، وما طلب التدخل لتعيين محكم إلا واحد من الأمور والصعوبات التي يتوفر فيها عنصر الاستعجال.

ومهما يكن من أمر فإن المشرع المغربي والمقارن أيضا- أعطى لرئيس المحكمة المختصة صلاحية تعيين المحكم أو المحكمين في إحدى الحالات ووفق الشروط المذكورة أعلاه، لكن يطرح تساؤل كبير حول السلطة الممنوحة للرئيس في هذا الصدد؟ بمعنى آخر إذا قدم أحد طلبه إلى الرئيس لتعيين المحكم، فهل يملك سلطة تقديرية في إجابة الطلب أو رفضه؟.

بالرجوع إلى المشرع المغربي نجد أن فصول القانون 05-08 المنظمة للتعيين القضائي للمحكمين لم تتطرق إلى هذه المسألة، وإنما اكتفى فقط بتنظيم الفرض الأكثر شيوعا في الواقع العملي والمتمثل في قبول طلب التعيين من حيث القواعد والشروط التي تحكم هذا التعيين والتي يجب احترامها²²⁶، وهو ما قد يعني أن الرئيس يلزمه دائما تعيين الهيئة في كل حالة يقدم إليه الطلب، وهو افتراض نسبي وغير صالح في كل الحالات.

وبالتالي فإن هذه المسألة التي أغفل المشرع المغربي تنظيمها لها أهميتها البالغة والتي تطفو على السطح وتزداد أهميتها في بعض الحالات، كما هو الشأن مثلا في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، فهل يمكن للرئيس أن يمتنع عن تعيين المحكم في مثل هذه الحالة؟ وأي سند له في ذلك؟ وحتى لو افترضنا العكس وفسرنا سكوت المشرع المغربي بأنه يعطي للجهة القضائية المختصة السلطة التقديرية للإجابة عن الطلب بالقبول متى توفرت شروط ذلك، وبالرفض متى توفرت موجبات ذلك، فإن الإشكال في هذه الحالة هو ما نص عليه القانون 05-08 في الفصلان 04-327 و 05-327 من عدم أحقية الأطراف و معهم المحكمين في الطعن في القرار الذي سيصدره الرئيس، وهو ما قد يشكل إجحافا في حق أحد الأطراف أو كلهم في حالة رفض التعيين رغم غياب مبرر واضح لذلك، وهو ما يشكل إعاقة وليس مساعدة للتحكيم.

وبالتالي كان أولى بالمشرع المغربي ألا يبيني أحكامه فقط على الفرض الشائع في الواقع العملي، وأن يشمل بالتنظيم كافة الاحتمالات والفروض، ويعطي لرئيس المحكمة

226 - عكس المشرع الفرنسي الذي حاول تنظيم الحالتين معا وذلك في المواد 1451 وما بعدها بخصوص حالة قبول طلب التعيين والمادتين 1455 و 1460 بخصوص رفض الطلب والحالة التي يمكن الطعن فيها في قرار الرفض.



المختصة السلطة التقديرية لرفض طلب التعيين إذا كان هناك مبرر واضح لذلك كالبطالان الظاهر لاتفاق التحكيم مثلاً، أو كانت بنود الاتفاق على التحكيم غير كافية لإمكانية تعيين أعضاء هيئة التحكيم أو غيرها من المبررات التي يمكن الإسناد عليها في هذا الصدد. ومقابل ذلك يعطي للطرف مقدم الطلب إمكانية الطعن في القرار القضائي الرفض للتعين، ويجعل مجال تقديم هذا الطعن ضيقاً ومحدداً، حتى لا يؤثر ذلك سلباً على عملية التحكيم وعلى حقوق أحد الأطراف بسبب لا مبالاة الطرف الآخر، وله في ذلك أن يستهدي بالتشريعات المقارنة التي حاولت الإحاطة بكل الفروض والاحتمالات المتعلقة بسلطة القضاء في تشكيل الهيئة التحكيمية والأوامر الصادرة عنه في هذا الإطار وكيفية الطعن فيها²²⁷.

لكن إذا تجاوزنا هذه الإشكاليات التي أغفل المشرع المغربي تنظيمها، فإنه في الحالة العادية والشائعة في الواقع، والتي يقدم فيها الطلب من أحد الأطراف ويتلقى قبولاً من الجهاز القضائي المختص، ينبغي لهذا الأخير - في هذه الحالة - التقيد والامتنثال لمجموعة من الشروط التي نص عليها الفصل 05-327 حيث جاء فيه: "... 4- يجب أن يراعي رئيس المحكمة المختصة في المحكم الذي يختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفان ويصدر قراره بعد استدعاء الأطراف، ولا يكون هذا القرار قابلاً للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن". وعليه فإنه يجب على الرئيس احترام هذه الشروط - القانونية والاتفاقية- عند تعيينه للهيئة التحكيمية، كما يجب عليه

²²⁷ - كالتشريع الفرنسي مثلاً، حيث نظم هذا الأخير سلطات القضاء المختص وأيضاً كيفية الطعن في القرار الرفض للتعين: فيخصوص السلطة التقديرية وكما سبقت الإشارة إلى ذلك، نظمها المشرع الفرنسي في المواد من 1451 إلى 1454، حيث تطرق في هذه المواد إلى حالة قبول الطلب، أما الحالة التي تهمنا في هذا المقام والتي تخص حالة الرفض وكيفية الطعن في قرارها، فقد نصت عليها المادتين 1455 و 1460، حيث تطرقت المادة 1455 إلى الحالات التي يجوز فيها الرفض حيث تنص على أنه:

« Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu désignation »

أما المادة 1460 فقد تكفلت بتنظيم الطعن في قرار رفض تعيين الهيئة التحكيمية، حيث تنص في فقرتها الأخيرة على أنه: « Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappé d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455 ».



كذلك التحلي بالمرونة والسرعة في تشكيل الهيئة وذلك وفق ما يتماشى مع خصوصية التحكيم والهدف من اللجوء إليها، وبالطريقة التي تحمي حرية الأطراف ومصالحهم.²²⁸

من كل هذا إذن يتضح وبحق أن دور القضاء في تشكيل الهيئة مهم وضروري في كل حالة يصعب فيها تكوين الهيئة، حيث يساعد على تجاوز هذه الصعوبات ويحول بذلك دون فشل مسطرة التحكيم، لكن ينبغي على المشرع المغربي تدارك الفراغات التشريعية والنواقص التي تعترى التنظيم القانوني للتدخل القضائي، حتى يتسم هذا الأخير بالفعالية المطلوبة، ويساهم في تحقيق فعالية التحكيم.

الفقرة الثانية: دور القضاء في اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية

في البداية نشير إلى أن هناك اختلافا فقهيًا حول تعريف الإجراءات الوقتية والتحفظية، حيث ذهب بعض الفقه²²⁹ إلى أن المصطلحات والألفاظ المستعملة عموماً في هذا الموضوع لا تسهل على الفهم، فمصطلحي الإجراءات الوقتية والتحفظية يستخدمان دون تمييز بينهما باعتبارهما مترادفين وذلك بالرغم من أنهما يشيران إلى أمور مختلفة.

وهكذا تم تعريف الإجراءات الوقتية بأنها إجراءات تحقيق تهدف إلى حفظ الأدلة اللازمة بين الخصوم أثناء الخصومة، ويكون القرار الصادر بشأنها وقتي، لا يكون الغرض من ورائه الحصول على حكم في موضوع النزاع، وإنما كسب حماية بديلة تحل مؤقتاً محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، ومن ذلك مثلاً النفقة الوقتية التي يحكم واقعية أو قانونية لضمان تنفيذ الحكم الذي سيصدر في النزاع، وبعبارة أخرى هي إجراءات تحافظ على إمكانية العملية لتنفيذ الحكم الذي سيصدر في النزاع، وبعبارة أخرى هي إجراءات تحافظ على الإمكانية العملية

(228) - وهنا نشير إلى أنه بإمكان رئيس المحكمة المختصة الاستعانة بقائمة المحكمين التي تمسك من طرف الوكلاء العاملين للملك بمحاكم الاستئناف في إطار تطبيق مقتضيات الفصل 321 من ق 05-08 التي تفرض على كل شخص يقوم اعتيادياً أو في إطار المهنة بمهمة المحكم التصريح بذلك لدى الوكيل العام لمحكمة الاستئناف. لا سيما وأن الدورية التوضيحية الصادرة عن وزارة العدل المغربية جعلت من بين أهداف هذا التصريح تسهيل مهمة رئيس المحكمة في إطار مقتضيات الفصلين 04-327 و 05-327 عند ما يلجأ إليه قصد تعيين أو إتمام تشكيل الهيئة التحكيمية. وبالتالي فعلى الرئيس الاستعانة بتلك القائمة خصوصاً وأنها تتضمن المعلومات الشخصية للمحكمين ومؤهلاتهم العلمية والمهنية وكل البيانات الضرورية، وهو الأمر الذي قد يساعده في الإسراع بتشكيل الهيئة التحكيمية. راجع بخصوص هذه الدورية : الموقع الإلكتروني لوزارة العدل المغربية.

(229) - حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1996، ص 181 وما يليها.



لتنفيذ الحق وتحقيقه في المستقبل، ومن ذلك مثلاً القرارات الخاصة بفرض الحراسة القضائية على الأموال المتنازع عليها، والأحكام الخاصة بالحجوزات التحفظية وغيرها من التدابير. وعموماً فسواء تعلق الأمر بالإجراء التحفظي أو الوقتي فإن الغاية والهدف هو إسعاف المتقاضي في كلتا الحالتين وإشباع حاجته الملحة في وقت لا يجدي فيه اللجوء إلى إجراءات التقاضي العادية.

وكما هو الشأن بالنسبة للمنازعات الرائجة أمام القضاء الرسمي، حيث تلعب فيها الإجراءات الوقتية والتحفظية دوراً بارزاً في الحفاظ على العديد من الحقوق والمراكز القانونية والأدلة، نجد أن هذه الإجراءات تزداد أهميتها بخصوص المنازعات التحكيمية التي تتطلب في أصلها و موضوعها السرعة، وبالتالي فما بالك بأي إجراء آخر تحفظي أو وقتي يرى فيه المحكم أو الأطراف أو أحدهم فائدة وصيانة لحق من حقوقه، حيث يتطلب اتخاذ سرعة أكبر من تلك المتطلبة في موضوع النزاع حتى تتم المسطرة التحكيمية في الوقت المناسب وبالسرعة اللازمة ودون أي عائق وصعوبة²³⁰. وهكذا فقد تتطلب طبيعة وظروف النزاع التحكيمي اتخاذ بعض التدابير المؤقتة والتحفظية، وقد تظهر الحاجة إلى هذه الإجراءات قبل انعقاد هيئة التحكيم، أو بعد انعقادها وأثناء سير الدعوى التحكيمية. فرغم أن إجراءات التحكيم تتسم بالسرعة والمرونة إلا أن ملابسات الدعوى المعروضة على الهيئة التحكيمية تقتضي اتخاذ بعض التدابير المستعجلة تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى.

لكن هذه التدابير المؤقتة والإجراءات التحفظية تشير العديد من التساؤلات حول المختص بإصدارها واتخاذها، لا سيما وأنها تختلف في غرضها عن إجراءات نظر النزاع المطروح، أو الذي اتفق الأطراف على عرضه على هيئة التحكيم؟ فهل تختص إذن هذه الأخيرة بالنظر في النزاع التحكيمي في شقيه الموضوعي والمستعجل؟ أم تبقى لقضاء الدولة ممثلاً في

(230)- للمزيد حول الإجراءات الوقتية والتحفظية في مجال النزاعات التحكيمية أنظر: خديجة فكاك، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول بسطات، كلية الحقوق، 2007-2008. - Philippe OUAKRAT, « l'arbitrage commercial international et les mesures provisoires » (étude générale), D.P.C.I 1988 T, 14 n°2. Page 239 .

قاضي الأمور المستعجلة سلطته في اتخاذ هذه التدابير والإجراءات رغم وجود اتفاق على التحكيم؟ أم أن الأمر الاختصاص يبقى مشتركا بين الجهتين معا في إطار نوع من التعاون والمساعدة على إنجاح مسطرة التحكيم وصيانة حقوق الأطراف؟ وإذا كان الأمر ذلك فكيف يتم التدخل القضائي في هذا الصدد؟ وأي تأثير له على العملية التحكيمية وعلى حرية الأطراف في تنظيم وتسيير الخصومة التحكيمية؟.

بعدما كان يسود الفراغ التشريعي قانون المسطرة المدنية القديم مسألة الجهة المختصة بإصدار الأوامر الوقفية أو التحفظية في المادة التحكيمية، تدارك المشرع المغربي هذا النقص الحاد والمؤثر جدا على العملية التحكيمية في القانون رقم 05-08 - وحاول مسيطرة معظم التشريعات المقارنة في هذا الصدد - حيث نص وبشكل واضح على الجهات المختصة بإصدار هاته الأوامر وذلك من خلال الفصل 01-327 و 15-327 من ق 05-08، وهكذا وبالرجوع إلى الفصل 01-327 نجده ينص على أنه: "لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لطلب اتخاذ أي إجراء وقفي أو تحفظي وفقا لأحكام المنصوص عليها في القانون، ويجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها". أما الفصل 15-327 فجاء فيه: "يجوز للهيئة التحكيمية، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، أن تتخذ بطلب من أحد الأطراف كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها. إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز للطرف الذي صدر الأمر لصالحه اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ".

وهو المسار الذي سلكته معظم التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، حيث تنص في المادة 14 من قانون التحكيم على أنه: "يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 09 من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم، باتخاذ تدابير مؤقتة وتحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها". كما ينص أيضا المشرع المصري في المادة 24 على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير بناء على طلب أحد الأطراف، وفي حالة تخلف من صدر إليه الأمر يتدخل رئيس المحكمة للأمر بالتنفيذ. ونفس الشيء كذلك بالنسبة للفرنسي



حيث أكد على نفس المقضييات في المادتين 1449 و 1468 من ق م م ف (المرسوم رقم 231/2011/48).

وانطلاقاً من هذه النصوص القانونية أعلاه يتضح أن التشريع المغربي ومعه أغلب التشريعات المقارنة قد أقرت بازدواجية الاختصاص في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في مجال الخلافات التحكيمية بين قضاء الدولة والهيئات التحكيمية.

وإذا كان منح الهيئة التحكيمية مثل هذه الاختصاصات في مادة التحكيم لا يثير أي إشكال على اعتبار أن الأطراف ارتضوا إخراج النزاع من القضاء وإسناده إلى الهيئة، وبالتالي فمن حقها اتخاذ أي إجراء ضروري لسير العملية التحكيمية²³²، فإن التساؤل يطرح بالخصوص عن الغاية والمبرر من وراء منح القضاء حق التدخل في مادة التحكيم واتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية في القضايا المعروضة على هذه المؤسسة؟ وكيف ومتى يتم ذلك؟

إن منح المشرع المغربي والمقارن الاختصاص للقضاء الرسمي - إلى جانب الهيئة التحكيمية - باتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي متى طلب أحد أطراف العلاقة التحكيمية ذلك، يجد مبرره، فيما يملكه القاضي الوطني من سلطة وأمر لإجبار الخصوم أو الأغيار على الامتثال لأي إجراء تحفظي أو وقتي يستدعي الأمر اتخاذه صيانة للعملية والدعوى التحكيمية، مستمداً هذا الأمر الجبري من السلطة العامة التي يمثلها والتي توفر له كل مقومات التنفيذ والامتثال لأوامره، عكس الهيئة التحكيمية التي لا سلطان لها على الأشخاص المحكّمين أو الأجانب عن الدعوى التحكيمية، فلا يستطيع ولا يملك المحكم أي سلطة لإجبار هؤلاء على

231 - وفي هذا الصدد تنص المادة 1449 من ق م م الفرنسي على أنه:

« L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire... ».

أما المادة 1468 فتتص على أحقية الهيئة التحكيمية في إصداره هذه التدابير ومما جاء فيها:

"Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et ou besoin à peine d'astreinte, toutes mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune..."

232 - للمزيد حول أحقية هيئة التحكيم بإصدار التدابير الوقتية أو التحفظية أنظر:

- عبد الكريم المدني: سلطة المحكم الأمرية في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القضاء والتحكيم، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الدراسية 2008-2009.

- خليل عمر عصف، سلطة المحكم الأسرية في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى 2005، ص 117 وما يليها.

القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو تنفيذ إجراء معين، وهذا ما يتضح من خلال الفقرة الثانية من الفصل 15-327، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من هذا الفصل على تخويل الهيئة التحكيمية اختصاص إصدار أي تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازماً وذلك بناء على طلب أحد الأطراف، تنبه المشرع المغربي في الفقرة الثانية إلى مسألة في غاية الأهمية وهي إمكانية تقاعس من صدر إليه أمر الهيئة عن تنفيذه، وبالتالي وتقاديا لما يمكن أن ينتج عن ذلك من تعطيل للعملية التحكيمية وإهدار لحق من حقوق الطرف الآخر، وبالنظر إلى انعدام سلطة الجبر لدى المحكم، فأجاز بذلك الفصل 15-327/2 للطرف الذي صدر الأمر لصالحه الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ. و القضاء في هذه الحالة لا يأمر باتخاذ تدبير مؤقت أو تحفظي، ولكنه يتدخل لحماية الأمر بتنفيذ تدبير سبق وأمرت به هيئة التحكيم.

أما المبرر الثاني (والذي يمثل الحالة الثانية) للتدخل القضائي في المادة الاستعجالية التحكيمية، فتكمن في أن سلطة الهيئة التحكيمية في تسيير العملية التحكيمية وإصدار ما تراه لازماً من التدابير المؤقتة أو التحفظية لا يمكن الحديث عنها إلا بعد التشكيل والتكوين النهائي والقانوني لها، أما قبل ذلك فلا حق لها بالتدخل في النزاع التحكيمي، وبالتالي فقد تطرأ خلال الفترة الممتدة بين الاتفاق على التحكيم إلى حين اختيار الهيئة التحكيمية ظروف تقتضي اتخاذ تدبير وقتي أو تحفظي لمواجهة حالة الاستعجال وخطر التأخير، ففي مثل هذه الحالة ليس أمام الأطراف إلا اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة لاستصدار التدبير المناسب وفي الوقت المناسب، وهو الحل والطريق الذي يسلكه أيضاً الأطراف إذا كان من غير المتيسر على الهيئة التحكيمية حتى بعد تشكيلها أن تتخذ تلك التدابير لأي سبب كان.

وبالتالي فههدف المشرع المغربي والمقارن من تخويل هذا الاختصاص للقضاء يكمن في رغبته في إعطاء الإجراءات التحفظية أو الوقتية في مادة التحكيم الفعالية والعناية اللازمة لتحقيق الغاية المتوخاة من هذه التدابير والمتمثلة في رد الضرر والحفاظ على حقوق الأطراف من الهدر والضياع، وأيضاً لضمان تنفيذ حكم التحكيم²³³.

²³³ - للمزيد حول هذه المبررات سواء في التشريع المغربي أو المقارن راجع: محمد عبد الله حسين عطية السيد، م س، ص 407 وما يليها. سعيد المعتصم، دور القضاء في مراقبة عمل المحكمين، م س، ص 139 وما يليها.



إذن فلأطراف التحكيم الحرية في اللجوء إلى القضاء لاستصدار أي إجراء وقتي أو تحفظي وذلك في أية مرحلة من مراحل العملية التحكيمية، ولا يمنعهم في ذلك اتفاقهم على اختيار التحكيم كوسيلة لفض نزاعهم كما ينص على ذلك الفصل 01-327 من ق 05-08. تبقى الإشارة في الأخير إلى أنه يجب - في ظل هذا الاختصاص المشترك للهيئات التحكيمية والقضاء، وفي ظل الحرية الممنوحة للأطراف في هذا الصدد - مراعاة بعض الضوابط لتجنب المشاكل والصعوبات التي يمكن أن تتجم عن هذا التوزيع المشترك، بحيث ينبغي ألا يؤدي - هذا الأخير - إلى وجود صراع أو تنافس بين هيئة التحكيم والقضاء بشأن اتخاذ إجراء معين، فلو طلب هذا الإجراء من إحدى الجهتين أولاً، امتنع على الجهة الأخرى التعرض لتلافي الوقوع في نوع من التنازع الإيجابي في الاختصاص، وتفادياً أيضاً لوقوع التعارض بين الأوامر التي قد تصدر بصدد إجراء واحد، وهذا مشروط بطبيعة الحال بأن يصل إلى علم الجهة غير المطلوب منها اتخاذ الإجراء أن الأمر معروض على الجهة الأخرى، وهو ما يتطلب وجود نوع من التعاون والمساعدة بين القضاء والمحكم، كما ينبغي معه للأطراف التعامل بحسن النية مع الحرية الممنوحة لهم في هذا الإطار، وعدم التعسف في استعمالها على نحو يساهم في ارتباك الجهاز القضائي أو الهيئة التحكيمية، وبالتالي المساهمة في قيام كل من رئيس المحكمة المختصة أو المحكم بدوره في المادة الاستعجالية على نحو مناسب وجيد²³⁴.

المطلب الثاني :

التدخل القضائي اللاحق لصدور الحكم التحكيمي

لا يقتصر التدخل القضائي في العملية التحكيمية على المرحلة السابقة فقط لصدور الحكم التحكيمي - كما تمت الإشارة إلى بعض تجلياته أعلاه - وإنما يتجاوز ذلك لما بعد صدور المقررات التحكيمية، حيث تعد هذه المرحلة من أهم الأطوار التي تقطعها مسطرة التحكيم والتي تُقضي إلى إصدار حكم التحكيم المنهي للنزاع التحكيمي. وبالتالي فمن الضروري مواجهة هذه

234 - أنظر بخصوص هاته الضوابط الواجب احترامها لتفادي التنازع الإيجابي للاختصاص ما بين الجهاز القضائي والهيئة التحكيمية في المادة الاستعجالية:

- رضا السيد عبد الحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1997، ص 74 وما يليها.

المرحلة بقدر لا يقل أهمية عن كل مراحل الدعوى التحكيمية، وإحاطتها بسياج من الضمانات وإتاحة الفرصة للأطراف باللجوء إلى القضاء من أجل تجاوز كل صعوبة تثار بعد صدور الحكم التحكيمي حتى يمكن للتحكيم تحقيق الهدف والغاية المنشودة من اختيارها كحل خلافهم، هذا بالإضافة إلى أن هذه المرحلة تعد أيضا حصيلة ونتاج مجهودات الأطراف ومن يساندتهم، والهيئة التحكيمية طوال فترة النزاع التحكيمي، وهو ما يقتضي إذن توفير الحماية اللازمة لهذه المجهودات حتى لا تذهب أدراج الرياح وتضيع معها مصالح وحقوق أي من طرفي العلاقة التحكيمية، وتفقد تبعاً لذلك مؤسسة التحكيم مصداقيتها.

وهكذا فالتدخل القضائي في هذه المرحلة الحاسمة يتسم في (جانب كبير منه) بالطابع الرقابي²³⁵ لعمل المحكمين، ذلك أن الطابع الاتفاقي والمرونة التي تتميز بها مسطرة التحكيم في معظم مراحلها، وافتقار المحكم لسلطة الأمر، يستوجب تدخل القضاء لتكملة حكم المحكمين حتى ينتج آثاره كما لو كان صادراً عن قضاء الدولة، وهذا لا يتم إلا من خلال رقابته للتأكد من صحته ومشروعيته لإمكانية الأمر بتنفيذه (الفقرة الثانية)

هذا وباعتبار عمل المحكم كعمل القاضي، لا يؤمن فيه من الزلل والخطأ، فإن التشريع المغربي - والمقارن - نص على جواز الطعن في أحكام المحكمين صيانة لحقوق المتضرر، لكن

²³⁵ أما في جانب آخر من التدخل القضائي في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي فيكون على شكل مساعدة، وتتمثل في التقويم القضائي للمقررات التحكيمية وتأويلها، ذلك أن هذه الأخيرة، وكغيرها من الأحكام القضائية، قد تتسرب إليها أخطاء مادية أثناء تحريرها من قبل المحكمين تكون إما كتابية أو حسابية أو غيرها من الأخطاء الشائعة، كما يمكن أن يشوبها بعض الغموض، الشيء الذي يؤدي إلى بروز صعوبات عملية وقانونية تحول دون تنفيذها. وتلافياً لتعطيل المقررات التحكيمية الغامضة أو المشوبة بأخطاء مادية، وحتى لا تبقى مجرد حبر على ورق، وبالتالي عدم تفعيل ميزة السرعة التي تتطلبها مثل هذه الأحكام، عمل المشرع المغربي - ومعه غالبية التشريعات المقارنة - على تنظيم آلية قانونية هدفها الحد من مثل هذه العراقيل، بحيث خول للهيئة التحكيمية وكمحلة أولية الصلاحية التامة في إصلاح الأخطاء المادية، وإزالة ما يشوب الأحكام التحكيمية من غموض وذلك بمقتضى الفصل 28-327، وفي حالة ما إذا تعذر ذلك على الهيئة التحكيمية فإن الاختصاص يتحول للقضاء الوطني، حيث يتدخل لمساعدة التحكيم والحيلولة دون تعطيلها، ويتولى بذلك إصلاح هاته الأخطاء وكذا تأويلها وتفسيرها وهذا ما ينص عليه الفصل 29-327 حيث جاء فيه: "عندما يتعذر على الهيئة التحكيمية الاجتماع من جديد فإن صلاحية البث في طلب التصحيح أو التأويل تخول لرئيس المحكمة الصادر الحكم التحكيمي في دائرتها، والذي يجب عليه أن يبت في الأمر داخل أجل ثلاثين يوماً بأمر غير قابل للطعن." وعموماً فتعذر اجتماع الهيئة التحكيمية يمكن أن يقع في العديد من الحالات كما لو توفي المحكم الوحيد الذي تتشكل منه هيئة التحكيم، أو أصبح غير مؤهل للمشاركة في عملية التحكيم، وكذا إذا كانت الهيئة مشكلة من أكثر من محكم وتوفي أحدهم أو فقد صلاحيته للتحكيم على غير ذلك من الأسباب التي حول دون اجتماع الهيئة التحكيمية من جديد لتقويم أو تأويل الحكم التحكيمي. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر:

- ناصر بلعيد ومن معه، دور القضاء في مسطرة التحكيم، م س، ص 48 وما يليها
- فاطمة الدحاني، دور رئيس المحكمة في التحكيم الداخلي بالمغرب، م س، ص 93 وما يليها



ومادام الدور الرقابي الذي تمارسه المحاكم المغربية بمناسبة النظر في الطعن بالاستئناف وإعادة النظر وتعرض الغير الخارج عن الخصومة لا يختلف في جوهره بالنسبة لخصومة التحكيم عن خصومة القضاء²³⁶، فإننا سنقتصر الحديث فقط، عن الرقابة القضائية عند النظر في الطعن بالبطلان في حكم التحكيم باعتباره طعنا استثنائيا وخصوصا فقط بأحكام المحكمين (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى :

الرقابة القضائية عند الطعن بالبطلان في حكم التحكيم

إن التحكيم باعتباره عدالة خاصة لا يتواءم بسهولة مع طرق الطعن ذات الإجراءات البطيئة والمعقدة والتي ترمي إلى إعادة فحص النزاع وإحلال قرار القاضي محل قرار المحكم، لذا عمدت التشريعات الوطنية، ومن بينها التشريع المغربي،²³⁷ في مجال الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية إلى إقرار طريق الطعن بالبطلان ضد هذه الأحكام، وتنظيمه بشكل يجعل منه الوسيلة الأنجع للطعن، مع تحديد الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى هذه الوسيلة حتى لا تتخذ ذريعة للنيل من فعالية التحكيم.

وهكذا وبالرجوع إلى الحالات الحصرية التي حددها المشرع في القانون رقم

08-05²³⁸ والتي يمكن التمسك بإحداها للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، يتضح أنها

(236) حيث أن المشرع المغربي أجاز الطعن بالاستئناف في الحكم القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية وفق للقواعد العادية (الفصل 327-33) كما أجاز كذلك الطعن في الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية إعادة النظر أمام المحكمة التي كانت ستنتظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم (الفصل 327-34) كما أن الغير لا يواجه بالأحكام التحكيمية ولو كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية ويمكن أن يتعرض عليها تعرض الغير الخارج عن الخصومة وذلك طبقا للشروط المقررة في الفصل 303 إلى 305 من ق م م أمام المحكمة التي كانت ستنتظر في النزاع لو لم يبرم اتفاق التحكيم (الفصل 35 - 327) وللمزيد من التفصيل حول طرق الطعن هاته في إطار التحكيم راجع : - عبد الكبير لغلا، طرق الطعن ضد الحكم التحكيمي الداخلي - دراسة مقارنة - م س، ص 09 وما يليها.

(237) ويعد الطعن بالبطلان من أهم مستجدات ق 08-05، وقد نظم المشرع المغربي هذه الوسيلة الهامة في الفصول من 36 - 327 إلى 38 - 327 بخصوص التحكيم الداخلي، حيث بين الجهة المختصة والإجراءات وحدد على سبيل المثال حالات اللجوء إليه. أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد نظمها في الفصول 49 - 327، 51 - 327، 52 - 327 إلى غاية الفصل 54 - 327 و حدد فيها أيضا الجهة المختصة والإجراءات والحالات الموجبة لذلك.

وبذلك سائر المشرع المغربي أغلب التشريعات المقارنة. للمزيد في هذا الصدد أنظر :

- Khalid ZAHER, « le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et international », Revue de l'arbitrage. N 1 / 2009 page 71 et suivante.
- Khalid ZAHER : « le contrôle étatique des sentences arbitrales endroit marocain », Revue de droit marocain N 04/2012 page 159 et suivante.

(238) حدد المشرع المغربي حالات الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي بطريقة حصرية وذلك في الفصل 327-36 من ق 08-05 بخصوص التحكيم الداخلي، أما في التحكيم الدولي فنشير إلى أن الطعن بالبطلان لا يكون إلا ضد الحكم التحكيمي الدولي الصادر بالمملكة المغربية، وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفصل 49-327 المحال إليه في الفصل 51-327. أما الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج المملكة فلا يقبل هذا الطعن، لكن وحسب الفصل 49 - 327 يمكن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية.



ترتبط **بالشكل والإجراءات** - وليس الموضوع - فهي تتعلق باتفاق التحكيم من حيث صحته وتشكيل هيئة التحكيم والتفديد بالمهمة المسندة إليها وبالمسائل القابلة للتحكيم بالإضافة إلى احترام حقوق الدفاع والنظام العام ومبدأ سلطان الإرادة بخصوص القانون الإجرائي أو الموضوعي الواجب التطبيق، وغيرها من الحالات التي لا تمت بأي صلة لموضوع النزاع التحكيمي الذي يبقى محصنا، وهو ما يفرض إذن على محكمة الاستئناف وهي تنظر في دعوى الطعن بالبطلان التقيد بهذه الأسباب ولا ينبغي القياس عليها أو تفسيرها، لأنها واردة على سبيل الحصر، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 08 يوليوز 2009، حيث أكدت فيه على الطابع الحصري لأسباب البطلان، واعتبرت أن الدفع ببطلان وثيقة التحكيم حالة غير منصوص عليها في الفصل 1502 من ق م م ف²³⁹.

وبالتالي وأمام حصر التشريعات لهاته الحالات وارتباط هذه الأخيرة بالجانب الشكلي للعملية التحكيمية، فإن الرقابة التي يمارسها قضاء البطلان هي رقابة خارجية ولا تهدف إلى مراجعة التحكم التحكيمي في الموضوع²⁴⁰، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف بباريس في قرار بها بتاريخ 30 مارس 2006²⁴¹ حيث جاء فيه :

"Le juge d'annulation n'est pas le juge du mal jugé reproché à l'arbitre"

كما أكدته أيضا القضاء المصري في العديد من قراراته²⁴²، ومما جاء في إحداها: دعوى بطلان حكم التحكيم ليس طعنا بالاستئناف، فلا تتسع لإعادة النظر في موضوع النزاع وتعيب قضاء الحكم فيه، وأنه ليس لقاضي دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم، لتقدير

(239) قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 08 يوليوز 2009. أشار إليه عبد اللطيف بولعلف الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، دراسة في القانون المغربي والمقارن م س، ص 117

(240) وهو الأمر الذي يؤكد أغلبية الفقه، أنظر في هذا الصدد : حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان...، م س، ص 141 - رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الأول، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، طبعة 2003، ص 143 وما بعدها.

-Antonio GARACIADE PAREDES, "l'annulation des sentences arbitrales en Espagne a propos de la non révision au fond des sentences et du contrôle du respect de l'ordre public endroit espagnol" Les cahier de l'arbitrage, n 042008 p.206

(241) قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس أشار إليه عبد اللطيف بولعلف، الطعن بالبطلان، م س، ص 117 .

(242) أنظر قرارات محكمة الاستئناف قضاء الدائرة التجارية 91 في قضايا التحكيم، جلسة 2002/02/26 في الدعوى رقم 119/18 ق وجلسة 2002/11/27 في الدعوى أرقام 70/119 ق وجلسة 2002/12/30 في الدعوى أرقام 19/32 ق وغيرها من القرارات. أنظر في هذا الصدد : * برهان أمر الله، المستحدث في قضاء محكمة استئناف القاهرة في قضايا التحكيم التجاري، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي، عدد 07 يوليوز 2004، ص 183 وما بعدها.

ملاءمته أو مراقبة حسن تقدير المحكمين، وصواب أو خطأ اجتهادهم في فهم الواقع وتكييفه أو تفسير القانون وتطبيقه، لأن ذلك كله من اختصاص قاضي الاستئناف.

وهكذا فإذا توفرت إحدى الأسباب الموجبة للطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، وتمسك بها أحد الأطراف وقام بالطعن في هذا الحكم داخل الأجل القانوني وأمام محكمة الاستئناف المختصة، فإن قرار هذه الأخيرة إما أن يقضي بتأييد حكم المحكمين أي رفض طلب الطعن (الحالة الأولى) أو أن تحكم ببطلان هذا الحكم وهو ما يعني قبول الطعن (الحالة الثانية).

فيخصوص الحالة الأولى والتي ترفض فيها الطعن بالبطلان وتقر بتأييد الحكم التحكيمي، فإذا تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي فإن محكمة الاستئناف وجب عليها أن تأمر بتنفيذ هذا الحكم التحكيمي المطعون فيه ويكون قرارها نهائيا حسب ما ينص عليه الفصل 38 - 327²⁴³. أما إذا تعلق الأمر بالحكم التحكيمي الدولي الصادر بالمغرب والذي تؤيده محكمة الاستئناف فليس هناك أي نص خاص عكس ما هو عليه الأمر في التحكيم الداخلي.

وهنا نتفق ما بعض الباحثين²⁴⁴ الذي فسروا ذلك بأن محكمة الاستئناف وهي ترفض الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولية لا يمكن لها أن تأمر بتنفيذ هذه المقررات، لأن التنفيذ يمكن أن يتم خارج نفوذ التراب المغربي، وهنا لا سلطة لها على قضاء دولة أخرى، وبالتالي فتفاديا للدخول في الشؤون السيادية لهاته الدولة سكت المشرع المغربي عن هذا المقتضى، عكس المشرع الفرنسي الذي أوجب على محكمة الاستئناف الأمر بتنفيذه ولو تعلق الأمر بالتحكيم الدولي²⁴⁵.

أما بخصوص الحالة الثانية والتي تتمثل في قبول محكمة الاستئناف طلب الطعن بالبطلان، وتقضي تبعا لذلك ببطلان الحكم التحكيمي سواء جزئيا أو كليا²⁴⁶، فإن التساؤل

²⁴³ والذي يقابله الفصل 1490 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48).

²⁴⁴ عبد اللطيف بولعلف، سلطة محكمة الاستئناف عند النظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05 الطبعة الأولى 2011، ص 98

²⁴⁵ حيث تنص المادة 1507 من ق م م الفرنسي على ما يلي :

"Les dispositions du titre IV du présent livre. A l'exception de celles de l'alinéa 1^{er} de l'article 1487 et de l'article 1490, ne sont pas applicables".

وهو ما يفيد أن مقتضيات الفصل 1490 من ق م م الفرنسي تطبق على قضايا التحكيم الدولي.

²⁴⁶ ذلك أن البطلان لا يمتد إلى أن الحكم التحكيمي برمته إن أمكن تجزئته وفصل الجزء الباطل عن الجزء الصحيح وهذا ما قرره المشرع المغربي في الفقرة 03 من الفصل 327-36 والتي جاء فيها : "...ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها".



يطرح في هذه الحالة عن مصير النزاع العالق بين أطراف عملية التحكيم التي قضى ببطلان حكمها التحكيمي؟ فهل ترجع القضية من جديد إلى الهيئة التحكيمية التي أصدرت حكم التحكيم؟ أم إلى هيئة تحكيمية أخرى، أم أن الاختصاص ينعقد لمحكمة الاستئناف التي أبطلت الحكم التحكيمي؟ وأي الحلول أنجع فيما يخص تحقيق فعالية التحكيم والأحكام التي تصدر عنها؟

ينص الفصل 37-327 المتعلق بالتحكيم الداخلي في هذا الصدد على أنه : "إذا أبطلت محكمة الاستئناف الحكم التحكيمي ثبت في جوهر النزاع في إطار المهمة المسندة إلى الهيئة التحكيمية، مالم يصدر حكم بالإبطال لغياب اتفاق التحكيم أو بطلانه"، وبالتالي فإذا كان الحكم التحكيمي المطعون فيه بالبطلان داخليا فإن محكمة الاستئناف ثبت في جوهر النزاع وفي حدود المهمة التحكيمية. أما إذا تعلق الأمر بحكم التحكيم الدولي الصادر في المغرب فمحكمة الاستئناف لا تملك سلطة البت في النزاع وإنما تقضي بالبطلان فقط²⁴⁷، وهذا ما ينص عليه الفصل 54 - 327 من ق 05 - 08 الذي جاء فيه: "لا تطبق مقتضيات الفصل 37-327 على الطعن بالبطلان". أما الحكم التحكيمي الدولي الذي يصدر خارج المملكة المغربية فلا يقبل الطعن بالبطلان أصلا حتى يمكن الحديث عن سلطة المحكمة في البت في جوهر النزاع²⁴⁸.

وقد اعتبر بعض الفقه أن منح القضاء سلطة البت في جوهر النزاع هو بمثابة رجوع إلى قضاء الدولة للفصل في النزاع، رغم أن الأطراف عبروا عن عدم رغبتهم في عدم اللجوء إليه واختاروا التحكيم كوسيلة لفض خلافهم، لا سيما وأن المشرع المغربي من خلال الفصل 36-327 من ق 05-08 لم يسلك نفس نهج بعض التشريعات المقارنة في هذا الصدد، والتي جعلت سلطة المحكمة في البت في جوهر النزاع التحكيمي الذي تبطل حكمه مقيدة بإرادة الأطراف الذين يمكن لهم الاتفاق على منح المحكمة تلك السلطة

²⁴⁷ وربما فعدم منح محكمة الاستئناف سلطة البت في موضوع النزاع بعد الحكم ببطلان حكم التحكيم الدولي يرجع إلى عدم ملائمة القواعد التي يسلكها ويطبقها القضاء الوطني مع متطلبات نزاعات التجارة الدولية التي تقوم على السرعة والمرونة، وأيضا لأن القواعد المطبقة في الغالب في قضايا التحكيم الدولي من قوانين أجنبية وعادات وأعراف، تعتبر في مجملها غريبة عن قضاء الدولة.

²⁴⁸ - للمزيد من التفصيل أنظر: أحمدناه بوكنين، الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة القضاء والتحكيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 97 وما يليها.



أو الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم للنظر في النزاع من جديد، وسلب النظر فيه من يد قضاء البطلان²⁴⁹، وبالتالي فيجب على المشرع المغربي إعادة النظر في موقفه هذا ومنح الحرية لأطراف النزاع التحكيمي في اختيار قضاء البطلان للبث في جوهر نزاعهم أو إعادته إلى التحكيم من جديد، وهو ما يعني الاحترام الحقيقي لمبدأ سلطان الإرادة الذي تتبني عليه العملية التحكيمية، والذي بسببه يختارها الأفراد لتسوية نزاعاتهم.

وعموماً فإن محكمة الاستئناف -أي قضاء البطلان- وهي تبت في جوهر النزاع التحكيمي، يجب عليها أن تتقيد بنفس المهمة التحكيمية، وتأخذ بعين الاعتبار نفس القواعد المطبقة أمامها، وأنه في حالة اتفاق أطراف التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم صفة وسيط بالتراضي، فإنها تفصل في موضوع النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون كما ينص على ذلك الفصلان 18-327 و 45-327 من ق 05-08، كما يجب عليها أن لا تفصل إلا في المسائل المعروضة أمام هيئة التحكيم وبالإجراءات المتفق عليها. وبالتالي فصلاحيّة المحكمة في هذا الصدد يحددها الاتفاق التحكيمي²⁵⁰، وعلى هذا الأساس فإن انعدام اتفاق التحكيم بغيابه أصلاً أو لبطلانه يغل ويرفع يد المحكمة ويفقدها صلاحية البث في جوهر النزاع التحكيمي الذي قضت ببطلان حكمه التحكيمي، وهنا تكتفي المحكمة بإقرار البطلان فقط، دون التصدي لموضوع النزاع، وهذا ما يستفاد من نص الفصل 37-327 المذكور أعلاه.

(249) - كالتشريع الفرنسي مثلاً، حيث ينص الفصل 1493 من ق م م الفرنسي الجديد على أنه:

"Lorsque la juridiction annule la sentence arbitrale, elle statue sur le fond dans les limites de la mission de l'arbitre".

والتشريع اللبناني حيث تنص المادة 810 من قانون التحكيم اللبناني على أنه: "إذا أبطلت المحكمة المقدم إليها الطعن بطريق الإبطال القرار التحكيمي فإنها تنتظر في الموضوع في حدود المهمة المعينة للمحكم، ما لم يتفق الخصوم على غير ذلك".

250 - وهذا ما يطلق عليه بالتحكيم القضائي، حيث يبت القضاء في النزاع التحكيمي ضمن الحدود التي سبق للأطراف المحتكمة أن رسمها للهيئة التحكيمية والتي يجب على قضاء البطلان عدم تجاوزها. للمزيد في هذا الصدد أنظر:

* حسين هيمة، التحكيم القضائي، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، العدد 2012/19، ص 187 وما يليها.

* P. HERBAUT, « Observation sur l'arbitrage judiciaire », Mélanges Marty, page 638.

* Philippe FOUCHARD, « l'arbitrage judiciaire, écrits 2007 comité Français de l'arbitrage », page 95

* Jacques PELLERIN: « L'instance au fond devant la cour d'appel après l'annulation de la sentence » revue de l'arbitrage 1993 n° 2 page 210 et suivante.



الفقرة الثانية: الرقابة القضائية عند طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية

يعتبر تنفيذ الحكم التحكيمي المرحلة الأخيرة والهامة من مراحل الدعوى التحكيمية، ذلك أن الهدف والغاية الأسمى من اللجوء إلى التحكيم هو الحصول على حكم في وقت ملائم وبإجراءات مرنة ينهي النزاع التحكيمي، ويوصل الحق إلى المتضرر دون معاناة أو حاجة لتدخل الغير.

وإذا كان الأصل أن تنفيذ الأحكام التحكيمية يكون اختياريا وبإرادة الطرف الخاسر للدعوى التحكيمية، ويستوي في ذلك أن يكون التحكيم داخليا أو دوليا، ذلك أن الودية - وليست الندية - هي التي تحيط بالتحكيم²⁵¹، وتلعب فيه الإرادة دورا رياديا وفي سائر المراحل، وهذا ما يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي تلقائيا يرضخ له أطراف الخصومة رضوخا إراديا طوعيا²⁵². فإن الأمر ليس دائما بهذه السهولة التي يمكن تصورهما نظريا، ذلك أنه في حالات كثيرة يرفض أو يتماطل الطرف الذي صدر الحكم التحكيمي ضده، تنفيذا هذا الأخير، الشيء الذي قد يفرغ الحكم التحكيمي من محتواه ويصبح معه نظام التحكيم مهدد في فعاليته وقيمة القانونية. لهذا السبب تدخلت التشريعات الوطنية وقواعد واتفاقيات التحكيم لتقرر نظاما قانونيا يسمح بتفادي

251 - عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1993، ص 3 وما يليها.
- عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار الفكر والقانون، المنصورة (مصر) طبعة 2011، ص 01 وما يليها. وأنظر في نفس المعنى:
- محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين وفقا لقانون التحكيم، في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2003.
- رياض فخري، الإطار التشريعي الداخلي لتنفيذ أحكام التحكيم في المغرب، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05 الطبعة الأولى 2011، ص 12 وما يليها.

*Khalid ZAHER, «Le contrôle étatique des sentences arbitrales en droit marocain» Revue de droit Marocaine » N° 04/2012, Page 159 et suivante.

252 - للمزيد في هذا الصدد راجع:
- إبراهيم بحماتي، تنفيذ القرارات التحكيمية الوطنية والدولية، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/07، ص 103 وما بعدها.
- محمد إدريس العمراري، دور القاضي في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 03 يناير 1998، ص 32 وما يليها.
- أحمد عوض هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية في ضوء قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 واتفاقية نيويورك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2001، ص 12 وما يليها.
- عبد الله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارنا بالفقه الإسلامي، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، طبعة 2009، ص 302 وما بعدها.



كل هذه المشاكل، ويتعلق الأمر بنظام تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية²⁵³، وذلك بمقتضى أمر يصدره القضاء الرسمي للدول في هذا الصدد، والذي بمقتضاه ترفع الأحكام التحكيمية إلى مصاف الأحكام والقرارات القضائية من حيث القوة التنفيذية²⁵⁴، وتخولها بالتالي الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري²⁵⁵، وهنا يتدخل القضاء لماله من سلطة عامة والتي يفتقر إليها المحكم لإجبار الطرف الممتنع بتنفيذ ما رتبته حكم التحكيم في حقه²⁵⁶. لكن وما دام تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء المختص يشكل اعترافا من هذا الأخير بسلامة الحكم التحكيمي من كل العيوب التي قد تفسد عدالته وتنعكس على فعاليته، ويرفعه بالتالي إلى مصاف السندات التنفيذية، مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية هامة، فإنه بذلك يمارس ويبسط- أي القضاء- رقابته على هذا الحكم التحكيمي قبل اكتسائه بالصيغة التنفيذية. و هنا يطرح التساؤل حول حدود هذه الرقابة؟ وأي سلطة للقضاء في منح أو

253 - عرف بعض الفقه الصيغة التنفيذية بأنها تدخل الجهة القضائية المختصة بمنح القوة التنفيذية لحكم المحكمين، في حين ذهب اتجاه آخر إلى تعريفها بأنها الدليل على صلاحية الحكم للتنفيذ، وذلك بعد استصدار أمر في هذا الصدد من طرف القضاء المختص يسمى الأمر بالتنفيذ. أنظر في هذا الصدد:

- عبد الكريم الطالب، التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد 2000/02 ص 35.

- علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، مطبعة النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1997، ص 291.

- فتحي والي، التنفيذ الجبري، طبعة نادي القضاة 1980، ص 91 وما يليها.

254 - ذلك أن الأحكام التحكيمية تكتسب حجية الشيء المقضي به منذ صدورهما باستثناء تلك التي تكون الدولة طرفا فيها. كما ينص على ذلك الفصل 26-327، وبالتالي فبهذه الحجية يكون لمن صدر لصالحه الحكم التمسك بما أثبتته له من حقوق ومزايا باعتبار أن ما خلص إليه هو عنوان الحقيقة شأنه في ذلك شأن أحكام القضاء، ولا يجوز بذلك إعادة طرح النزاع المقضي فيه أو المحكم فيه على أية جهة قضائية أو تحكيمية. لكن بالرغم من هذه الحجية التي تتمتع بها الأحكام التحكيمية ومنذ صدورهما إلا أنها ليست بسندات تنفيذية وليست لها قوة تنفيذية، ولا يمكن بالتالي تنفيذها جبريا، لذلك نصت التشريعات الوطنية للدول على ضرورة تذييلها بالصيغة التنفيذية، وفي هذا الصدد ينص الفصل 31-327 من ق 05-08 على أنه: "لا ينفذ الحكم التحكيمي جبريا إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدره رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرتها..." وهو ما أكدته أيضا الفصل 46-327 المتعلق بالتحكيم الدولي حيث جاء في فقرته الثانية ما يلي: "يخول الاعتراف والصيغة التنفيذية لهذه الأحكام في المغرب وفق نفس الشروط لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج". وعلى هذا النهج سارت معظم التشريعات المقارنة كالتشريع المصري (المادة 56) والتشريع اللبناني (المادة 795) والتشريع الفرنسي (المادة 1487 والمادة 1514 من ق م م الفرنسي الجديد) وغيرها من التشريعات. للمزيد حول حجية الحكم التحكيمي وقوته التنفيذية أنظر:

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 45 وما يليها.

- الحسين السالمي، حجية الحكم التحكيمي، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع التي تصدر عن مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل التونسية، العدد 05 ماس 2005، ص 57 وما يليها.

- عبد الكريم الطالب، حجية أحكام المحكمين في قانون المسطرة المدنية المغربي، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2004/02، الطبعة الأولى، ص 89 وما يليها.

- جمال الطاهري، الفعالية الإجرائية للحكم التحكيمي، مقال منشور بمجلة محكمة، العدد 04 أبريل - يونيو 2008، ص 49 وما يليها.

- Abdelaziz SQUALLI "l'exécution des sentences arbitrales au Maroc" revue de droit et d'économie, n° 20/2003, page 16 et suivante.

(255) - أنظر في هذا الصدد: رياض فخري، الإطار التشريعي الداخلي لتنفيذ أحكام التحكيم بالمغرب، م س، ص 12.

256 - Charles JARROSSON, « réflexions sur l'impérisme », Mélanges Pierre Bellet Litec, n° 13/1991, page 251

- René DAVID « L'arbitrage dans le commerce international », Economica, édition 1982 page 404.

رفض منح الصيغة التنفيذية؟ وهل استطاع التشريع المغربي والمقارن تنظيم هذه الرقابة القضائية بالطريقة التي تجعلها تساهم في تحقيق فعالية التحكيم والحفاظ على مصالح أطرافه من الضياع؟. للإجابة عن هذه التساؤلات لا بد من التفريق بين حدود الرقابة القضائية عند طلب تذييل الحكم التحكيمي في قضايا التحكيم الداخلي من جهة، وفي منازعات التحكيم الدولي من جهة ثانية.

1. في خصوص التحكيم الداخلي: ومن خلال الفصل 31-327 من ق 05-08 الذي

ينص على أنه: "لا ينفذ الحكم التحكيمي جبريا إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدره رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرتها" يتضح أن المشرع المغربي ضيق في القانون رقم 05-08 من الرقابة التي يمكن أن يمارسها رئيس لمحكمة المختصة وهو بصدد تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية إلى حد أنه تولى عما كان واردا في القانون الملغى من أن رئيس المحكمة الابتدائية ملزم بالتأكد من أن حكم التحكيم غير معيب ببطلان يتعلق بالنظام العام وخاصة بخرق مقتضيات الفصل 306 (الفصل 321 من ق م م الملغى)، لكن بالرغم من أن المشرع المغربي لم يرسم بشكل صريح في ق 05-08 حدود الرقابة التي يخضع المقرر التحكيمي في هذه المرحلة²⁵⁷ إلا أن سلطة قاضي الصيغة التنفيذية لا يمكن أن تمتد إلى موضوع النزاع، بل تبقى فقط رقابة ظاهرية شكلية²⁵⁸، فلا سلطة له في التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية²⁵⁹. وبالتالي فالرقابة القضائية هنا تكون شكلية وخارجية وتتمثل عموما في التيقن من عدم بطلان اتفاق التحكيم بطلانا ظاهرا، أو

(257) - وذلك عكس بعض التشريعات المقارنة التي وضعت بعض الضوابط القانونية للرقابة القضائية أثناء إصدار أمر تنفيذ الحكم التحكيمي، كالتشريع المصري مثلا، فيعد أن حددت المادة 56 من قانون التحكيم المصري الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر التنفيذي نصت المادة 58 على ما يلي: "2- لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفق لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يلي: أ. أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع. ب. أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية. ج. أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلانا صحيحا..." وأيضاً المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 1488 من ق م م الفرنسي على أنه:

"L'exequatur ne peut être accordé si la sentence est manifestement contraire à l'ordre public..."

(258) - أنظر في هذا الصدد: خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء في الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى عدد 2005/07، ص 43 وما يليها.

رياض فخري، الإطار الداخلي لتنفيذ أحكام التحكيم بالمغرب، م.س، ص 18 وما يليها.
- Philippe THERY: "les procédures civiles d'exécution et de droit d'arbitrage" revue d'arbitrage, 1993, n° 1, page 159 et suivante.

(259) آمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1993، ص 137



عدم قابلية للنزاع للتحكيم أو مخالفة النظام العام أو حقوق الدفاع وغيرها من الأمور القانونية الظاهرية واللازمة لصحة اتفاق التحكيم، بالإضافة إلى التأكد من توافر العناصر الأساسية للحكم التحكيمي والتثبت من صحة إجراءاته كما حددها الفصل 23-327 وما بعده من القانون رقم 08-05 إلى غير ذلك من المسائل الخارجية الشكلية التي يحق للقضاء بسط رقابته عليها. لهذا وحتى يتسنى لقاضي التنفيذ ممارسة هذه السلطة الرقابية ألزم المشرع المغربي في القانون 08-05 وعلى عكس القانون الملغى - أحد الأطراف أو المحكمين، بضرورة إيداع أصل الحكم التحكيمي مصحوبا بنسخة من اتفاق التحكيم مع ترجمتها إلى اللغة العربية لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة كما ينص على ذلك الفصل 31-327 في فقرته الثانية. ذلك أن رئيس المحكمة المختصة لن يستطيع مراقبة صحة الحكم التحكيمي ولا اتفاق التحكيم إلا بوضعهما أما أنظاره.

وقد أكد القضاء في العديد من الدول على هذه الرقابة الشكلية، من ذلك محكمة النقض المصرية التي قضت في العديد من أحكامها على أن النظر في الأمر بالتنفيذ لا يمكن بأي حال، أن يؤدي إلى مراجعة الحكم التحكيمي من الناحية الموضوعية، وتقدير صحته أو بطلانه، أو ملائمة ما انتهى إليه أو سلامة وصحة تفسيره للقانون أو الوقائع²⁶⁰، وأيضا الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي لم يجعل دور القضاء المختص بإعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم مماثلا لدور محكمة الطعن²⁶¹. وعلى نفس المنوال سار القضاء المغربي في عدة مناسبات منها القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى الذي حظر فيه هذا الأخير على القاضي المانح للصيغة التنفيذية نظر موضوع النزاع، وذلك بمناسبة رفضه طلب نقض القرار الاستئنافي المؤيد للأمر بإعطاء الصيغة التنفيذية²⁶².

260 - نقض مصري جلسة 15/02/1978 الطعن رقم 521 لسنة 44 ق س 29، ص 472، وأيضا حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 2660 لسنة 59 ق، جلسة 27/03/1996، س 47 ج 1، ص 558. قرارات أشار إليها خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء المساند لخصومة التحكيم، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 07/2005، ص 44 وما يليها.
261 - Arrêt cour d'appel Paris (1er chambre) du 01 octobre 1991, revue de l'arbitrage 1992, page 494. Et aussi arrêt cour d'appel Paris (1er chambre suppl.) du 11 octobre 1991, revue de l'arbitrage 1992, page 636.

262 - قرار صادر عن المجلس الأعلى عدد 1766 بتاريخ 07/07/2002 في الملف عدد 08/1277، أشار إليه عبد الرحمن المصباحي، مواكبة الغرفة التجارية لميدان الاستثمار، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 05/2007، ص 205.



تبقى الإشارة إلى أن رئيس المحكمة المختصة بإصدار أمر التنفيذ له السلطة التقديرية إما بمنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي حتى يمكن تنفيذه جبريا متى تأكد من صحته وبذلك بأمر غير قابل للطعن²⁶³، أو رفض طلب التذييل، وهنا يجب أن يكون الأمر الرئاسي معللا، ويمكن في هذه الحالة للطرف المتضرر أن يطعن في أمر رئيس المحكمة الراض من الصيغة التنفيذية كما ينص على ذلك الفصل 33-327²⁶⁴.

2. أما بخصوص التحكيم الدولي: فإنه وعلى عكس الحكم التحكيمي الداخلي الذي يكتسب حجية الشيء المقضي به، منذ صدوره دون تدخل لقضاء الدولة في هذا الصدد، حيث يُطلب من هذا الأخير فقط - أي من القضاء - إصدار الأمر بالتنفيذ والذي بموجبه يكتسب الحكم التحكيمي الداخلي قوة تنفيذية، ويمكن تنفيذه جبريا وإلزام المحكوم عليه بما آل إليه هذا الحكم، فعلى نقيض هذا، نجد الأحكام التحكيمية الدولية لا يمكن طلب تذييلها بالصيغة التنفيذية مباشرة بعد صدورها، بل لا بد من الاعتراف بها أولا من طرف قاضي دولة التنفيذ²⁶⁵، حتى يسنى بعد ذلك منحه الصيغة التنفيذية، وبالتالي إمكانية تنفيذه جبريا.

263 - وهنا ينص الفصل 32-327 على أنه: "توضع الصيغة التنفيذية على أصل الحكم التحكيمي. الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية غير قابل للطعن. غير أن الطعن بالبطلان المنصوص عليه في الفصل 36-327 بعده، يتضمن بقوة القانون، في حدود النزاع المعروض على محكمة الاستئناف، طعنا في الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية أو رفعا فوريا ليد رئيس المحكمة فيما إذا لم يكن قد أصدر أمره بعد".

264 - ومما جاء في هذا الفصل: "يجب أن يكون الأمر الذي يرفض الصيغة التنفيذية معللا، ويكون قابلا للطعن بالاستئناف وفق القواعد العادية داخل 15 يوما من تاريخ تبليغه..." وهو الأمر الذي أكدته بعض التشريعات المقارنة، كالمادة 1488 من م ق م الفرنسي التي تنص على أنه: "L'ordonnance qui refuse l'exequatur est motivée".

والمادة 58 من قانون التحكيم المصري التي تنص في فقرتها الأخيرة على أنه: "ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم، أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقا لحكم المادة (9) من هذا القانون داخل 30 يوما من تاريخ صدوره". وللمزيد حول الأمر الراض منح الصيغة التنفيذية والطعن (أو التظلم) ضده، أنظر:

- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2001، ص 106 وما يليها.

- Perrot ROGER: "Les voies de recours en matière d'arbitrage, revue de l'arbitrage, 1980, page 280.

- Jean THEIFFRY, "L'exécution des sentences arbitrales". Revue de l'arbitrage, 1987 pages 427.

265 - الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي هو أن تأمر الجهة القضائية المختصة التي يقدم إليها الطلب بالاعتراف بإجازة الحكم ومعاينة صحته وبأن له الحجية، ولا يحتاج هذا الاعتراف إلى إجراء، بينما التنفيذ يعني طلب إصدار أمر بتنفيذ الحكم التحكيمي وتنزيله بالصيغة التنفيذية. فالاعتراف مستقل عن التنفيذ وإجراء سابق له وبدونه لا يمكنه الانتقال إلى التنفيذ. وبالتالي فمتى تم تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي فإن ذلك يعني اعترافا به. بمعنى أن التنفيذ أوسع من الاعتراف. للمزيد حول التفريق ما بين الاعتراف والتنفيذ راجع:

- عبد الله درميش، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الأجنبية والدولية في الدول العربية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2009/04، ص 09.

- عز الدين عبد الله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، ص 867.

و إن هناك بعض الفقه الذي يقول بأن التمييز بين الاعتراف والتنفيذ غير مجد لأن الاعتراف بمقرر التحكيم لا يمثل عمليا سوى فائدة عديمة الجدوى نظرا للصلة الوثيقة التي تربط الاعتراف بالصيغة التنفيذية. أنظر:

"Jean Robert, "L'arbitrage international", édition 1981, page 209

يقول الأستاذ عبد الله درميش في الصدد: "إن تذييل الحكم التحكيمي (الدولي) مسألة تتسم بالخصوصية لارتباطها ارتباطاً جدياً بمبدأ السيادة الوطنية للدولة المستدل فيها بالحكم التحكيمي، مما يجعل الصيغة التنفيذية تتأثر بنظرة القاضي الوطني الذي يبت في طلب الصيغة التنفيذية وهو ما يتعارض مع منطق التجارة الدولية التي تأبى القيود وترفض مثل هذه المؤثرات"²⁶⁶. و بالتالي فتفادياً لما يمكن أن يشكله هذا الاعتراف ومنح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الدولي من طرف الأجهزة القضائية للدول من عائق أمام تطور التحكيم التجاري الدولي، لا سيما مع اختلاف التشريعات الوطنية للدول في مناولة التحكيم التجاري الدولي، وإمكانية فرض أجهزتها القضائية لرقابة متشددة ومعقدة على هذه الأحكام وبالتالي الحيلولة دون الاعتراف بها وتنفيذها، - في هذا السياق إذن- قررت اللجنة الاقتصادية والاجتماعية التابعة لهيئة الأمم المتحدة إعداد اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها والتي تم إبرامها بتاريخ 10 يونيو 1958، وصادق عليها المغرب بمقتضى الظهير الشريف رقم 59.1.266 بتاريخ 19 يناير 1960 وذلك إلى جانب العديد من الدول والتي وصل عددها 146 دولة إلى غاية 26 ديسمبر 2010. وقد جاءت هذه الاتفاقية بالعديد من مقتضيات التي تروم تبسيط إجراءات الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية الأجنبية²⁶⁷، وفي هذا الصدد تنص المادة الثالثة من هذه الاتفاقية على أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم الذي يحتج فيه بالقرار طبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية. و لا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها هذه الاتفاقية شروط أكثر شدة أو رسوم أو أعباء أكثر ارتفاعاً من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الوطنية". وهكذا وانطلاقاً من هذه المقتضيات، وبالنظر لتوقيع المغرب على هذه الاتفاقية فإن التساؤل يطرح عن كيفية تنظيم المشرع المغربي للرقابة القضائية عند الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الدولية؟ ومدى توفيقه في احترام مقتضيات اتفاقية نيويورك؟ وأي دور للقضاء المغربي في هذا الصدد؟

266 -) عبد الله درميش، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الأجنبية...، م س، 09.

267 -) للمزيد حول الظرفية التي أعدت فيها اتفاقية نيويورك لسنة 1958، وكيفية تناولها لمسألة الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، راجع: عبد اللطيف مشبال، الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي، واتفاقية نيويورك، مقال ضمن أعمال الندوة الجهوية الرابعة، المنظمة بمناسبة الذكرى 50 لتأسيس المجلس الأعلى وذلك بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، 19/18 أبريل 2007، ص 234 وما يليها.

خصوصا وأن المشرع المغربي ينص في الفصل 39-327 من ق 05-08 على ضرورة احترام الاتفاقيات الدولية التحكيم المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية؟ بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 46-327 من ق 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الدولي الذي ينص على أنه: "يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي. يخول الاعتراف والصيغة التنفيذية لهذه الأحكام في المغرب وفق نفس الشروط لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج"، يتضح أن الرقابة القضائية التي تخضع لها الأحكام التحكيمية الدولية لا تختلف كثيرا عن السلطة المخولة للقضاء في إطار التحكيم الداخلي، وهو ما يعني أن قاضي الاعتراف ومنح الصيغة التنفيذية لا يملك سلطة تفحص النزاع من حيث موضوعه، وإنما تبقى رقابته ظاهرية شكلية هدفها التأكد من صحة اتفاق التحكيم ومدى توافر عناصره الأساسية من جهة والتثبت من سلامة الحكم التحكيمي ومدى استجماعه لشكلياته المتطلبة من جهة ثانية، وكل هذا من أجل منع تسلل أحكام تحكيمية دولية مخالفة للنظام العام أو فيها خرق لسيادة الدولة المغربية²⁶⁸، أو العكس، أي الاعتراف بها ومنحها الصيغة التنفيذية وبالتالي إطفاء طابع التنفيذ الجبري والإلزامي عليها، والارتقاء بها إلى مصاف القرارات القضائية.

وهكذا ومن أجل تمكين القضاء من ممارسته رقابته الشكلية هاته، ألزم المشرع المغربي (الفصل 47-327) ومعه اتفاقية نيويورك (المادة 04) طالب التنفيذ بإثبات وجود الحكم التحكيمي بالإدلاء بأصله مرفقا باتفاق التحكيم أو نسخ من هاتين الوثيقتين تتوفر فيهما شروط الصحة المطلوبة، مع ضرورة ترجمتهما إلى اللغة العربية في حالة تحريرها بلغة أجنبية.

وقد طبق القضاء المغربي مقتضيات اتفاقية نيويورك لسنة 1958 (خصوصا المادتين 04 و 05) واكتفى فقط بالرقابة الشكلية في العديد من قراراته أثناء طلب تذييل الحكم التحكيمي الدولي، ومن ذلك مثلا أمر رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء والذي جاء فيه: "وحيث إن الطلب يتعلق

268 - أنظر بخصوص احتراز المحاكم الوطنية من حكم التحكيم الدولي حفاظا على سيادة الدولة: * محمد شعبي، التحكيم التجاري الدولي في الميزان، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 1994/34، ص 120 وما يليها.
* بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ببيروت، الطبعة الأولى 2009، ص 63 وما يليها.

بتحكيم دولي وبالتالي تطبق عليه مقتضيات القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ و تعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من ق م م و خاصة الفرع الثاني منه المتعلق بالتحكيم الدولي. وحيث نص الفصل 39-327 من هذا القانون بأنه يطبق على التحكيم الدولي مقتضيات الفرع الثاني دون الإخلال بما ورد في الاتفاقية الدولية المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية. وحيث إن الاتفاقية الدولية ذات الصلة بالموضوع هي اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10-06-1958 والخاصة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية و التي انضم إليها المغرب وصادق عليها بموجب الظهير رقم 1-59-266 بتاريخ 19-02-1960 والتي تستوجب بمقتضى المادة الرابعة منها لقبول طلب الاعتراف و تذييل حكم تحكيمي أجنبي بالصيغة التنفيذية الإدلاء بما يلي:

- 1- أصل الحكم التحكيمي أو صورة منه مستوفية لشروط التصديق.
 - 2- أصل الحكم التحكيمي أو صورة منه كان شرط في عقد أو اتفاق تحكيم أبرم بعد قيام النزاع أو صورة منه مستوفية لشروط التصديق.
 - 3- ترجمة رسمية لتلك الوثائق إذا لم تكن محررة باللغة الرسمية للبلد المراد التنفيذ فيه.
- وحيث إن الطالبة أدلت بأصل الحكم التحكيمي و ترجمته، ... و حيث إنه وبمقتضى المادة 05 من اتفاقية نيويورك فإنه لا يرفض طلب الاعتراف بالتذييل إلا إذا قدم الطرف المطلوب ما يثبت توفر أحد الأسباب الخمسة الواردة بتلك المادة، و المطلوبة لم تثبت أي من تلك الأسباب. وحيث وبالرجوع إلى الأحكام التحكيمية موضوع الطلب يتضح أنه تتعلق بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم و أنه ليس فيها أي مخالفة للنظام العام المغربي. وحيث وتأسيسا عليه يكون الطلب و جيبها و يتعين الاستجابة إليه²⁶⁹.
- إلا أنه بالرغم من محاولة المشرع المغربي تنظيم الرقابة القضائية عند طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي على نفس منوال التحكيم الداخلي مع الحفاظ على بعض بنود اتفاقية نيويورك، إلا أن ما يعاب عليه في هذا الصدد هو تشديده للرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية

269 - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 309 بتاريخ 2012/01/30 في الملف عدد 2011/01/1981 (أمر غير منشور). كما طبق القضاء المغربي كذلك أحكام اتفاقية نيويورك لسنة 1958 - مع إشارة خفيفة لأحكام القانون رقم 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الدولي- ، و هذا ما يتضح من الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء و الذي جاء فيه: " حيث إن الطلب يتعلق بتذييل حكم تحكيمي دولي. و حيث بذلك فإن الإطار القانوني للطلب هو اتفاقية نيويورك المؤرخة في 10/06/1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجانب، و الذي جاء في الفقرة الأولى من مادتها الأولى ما يلي: " تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي طلب إليها الاعتراف وتنفيذ الأحكام على إقليمها و تكون ناشئة عن منازعات...." و حيث إن قواعد المرافعات المتبعة في المغرب في هذا الإطار هي تلك المنصوص عليها في الفرع الثاني الخالص بالتحكيم الدولي من القانون رقم 05-08... " أمر رئاسي رقم 2505 في الملف رقم 2010/1/1789 بتاريخ 2010/10/27 (أمر غير منشور)



الدولية فيما يتعلق بضرورة احترامها للنظام العام الوطني والدولي على السواء، تحت طائلة عدم الاعتراف بأي حكم تحكيمي دولي يكون مخالفا لأي مقتضى من مقتضيات النظام العام الوطني والدولي²⁷⁰، وذلك على عكس بعض التشريعات المقارنة التي استثنت النظام العام الوطني، ونصت فقط على عدم مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي²⁷¹.

وعليه، يجب على المشرع المغربي إعادة النظر في هذا الأمر وملاءمة التشريع الوطني المنظم للتحكيم (ق 05-08) مع التشريعات المقارنة، والاكتفاء فقط بالنظام العام الدولي في قضايا التحكيم التجاري الدولي لما في ذلك من تشجيع على اللجوء إلى مؤسسة التحكيم. كما ينبغي كذلك على القضاء الوطني وهو يبيت في طلب تذييل أحكام التحكيم الدولية التفسير الضيق لمفهوم النظام العام والحد من آثاره ومجالاته والاقتداء في ذلك بالاجتهادات القضائية الأجنبية والتي تقلص من الآثار السلبية للنظام العام في مجال التحكيم التجاري الدولي، وفي هذا الإطار فقد أصدرت محكمة الاستئناف ببائريس قرارها الشهير بتاريخ 2004/11/18 والذي اعتبرت فيه أن مخالفة النظام العام الدولي بمفهوم المادة 1502. الفقرة 5 من ق م م ف (والذي تقابله المادة 1514 حسب تعديل مرسوم 2011) يجب أن تكون مخالفة جلية حقيقية وملموسة²⁷²، وهنا ذهب بعض الفقه الفرنسي²⁷³ إلى أن الرقابة القضائية يجب أن تقتصر فقط على مدى مطابقة منطوق الحكم التحكيمي للنظام العام.

270 - وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 46-327 المتعلق بالتحكيم الدولي، ومما جاء فيها: "يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي".

271 - عديدة هذه التشريعات المقارنة التي اكتفت فقط بالنظام العام الدولي من ذلك مثلا المادة 1514 من ق م م ف والتي جاء فيها: *"Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France, si leur existence est établie par celui qui s'en privant et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international"*.

والمادة 80 من مجلة التحكيم التونسية التي جاء فيها: "لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا في الحالتين التاليتين: ... ثانيا: إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص". وأيضاً المادة 458 مكرر من القانون الجزائري. وللمزيد في هذا الصدد راجع: نور الدين بكلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرف الطعن فيها في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2011/05، الطبعة الأولى، ص 114 وما يليها.

272 - *Cours d'appel Paris. 18 décembre 2004. "La violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502/5 du code de procédure civile (1514 du N.C.P.C selon le décret du janvier 2011) appréciée au moment de la reconnaissance de l'exécution de la sentence, doit être flagrante, effectif et concrète"*.

قرار أشار إليه زكرياء الغزاوي، النظام العام وتأثيره على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2011/05، الطبعة الأولى، ص 149.

273 - Eric LOQUIN, "Le contrôle du seul caractère, effectif et concret de la violation de l'ordre public international par la sentence", *Revue du Droit commercial* 2008. p. 518.

وكما هو الشأن بالنسبة للتحكيم الداخلي، فإن لرئيس المحكمة التجارية المختصة السلطة التقديرية عند البت في طلب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي، إما بالاعتراف بهذا الحكم ومنحه الصيغة التنفيذية متى تأكد شكليا من صحته وعدم مخالفته للنظام العام الوطني أو الدولي، وذلك بموجب أمر يمكن الطعن فيه بالاستئناف إذا كان حكم التحكيم التحكيم الدولي صادرا خارج المملكة حسب مستفاد نص الفصلين 327-49 و 327-51 من ق 05-08²⁷⁴، أما إذا كان الحكم التحكيمي الدولي صادرا بالمملكة فإنه وحسب الفصل 2/327-51 لا يقبل أمر تخويله الصيغة التنفيذية أي طعن²⁷⁵. أما إذا اتضح لقاضي الاعتراف والتنفيذ أن الحكم التحكيمي الدولي فيه ما يخالف النظام العام الوطني أو الدولي، فإنه لا يعترف به ولا يمنحه الصيغة التنفيذية وذلك بموجب أمر قابل للطعن بالاستئناف وفق نص الفصلان 327-48 و 327-50 من ق 05-08²⁷⁶.

تبقى الإشارة في الأخير إلى أن التدخل القضائي في العملية التحكيمية لا ينتهي عند تنزيل الحكم التحكيمي الداخلي بالصيغة التنفيذية وعند الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي، وإنما يبقى باب اللجوء إلى القضاء مفتوحا بصدد كل صعوبة قد تعترض تنفيذ الأحكام التحكيمية، وإن كانت صعوبات تنفيذ هذه الأخيرة قد يصعب حلها عن طريق القضاء خصوصا في النزاعات التجارية الدولية المتعددة الأطراف، وفي تلك التي يكون الدولة طرفا فيها²⁷⁷.

274-) وما يؤكد أن الطعن في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية يمكن الطعن فيه فقط إذا صدر هذا الحكم الدولي خارج المملكة، أن الفصل 327-51 يتحدث فقط عن الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالمغرب، وبمفهوم المخالفة أن تلك التي تصدر خارج المملكة يمكن الطعن في الأمر القاضي بالاعتراف بها وتنفيذها حسب الحالات المنصوص عليها في الفصل 327-49 من ق 05-08 والذي جاء فيه: "لا يمكن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية إلا في الحالات التالية:

1. إذا ثبت الهيئة التحكيمية دون اتفاق التحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم.
2. إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية 3...4...5... ونشير إلى أن هذه الحالات المذكورة تتوافق إلى حد كبير مع الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 05 من اتفاقية نيويورك، والتي تجيز للقضاء الوطني للدول رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا توافرت إحدى تلك الحالات التي نصت عليها تلك المادة.

275-) ومما جاء في الفقرة الثانية من الفصل 327-51: "الأمر الصادر بتحويل الصيغة التنفيذية لهذا الحكم التحكيمي (أي الحكم الصادر بالمملكة حسب الفقرة الأولى من هذا الفصل) غير قابل لأي طعن، على أن الطعن بالبطلان يتضمن بقوة القانون، في حدود النزاع المعروف على المحكمة، طعنا في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة أو رفعا ليد هذا الرئيس".

276-) وهنا يستوي أن يكون الحكم التحكيمي الدولي صادرا بالمملكة أو خارجها فالأمر الرفض الاعتراف به أو تنفيذه يكون قابلا للطعن بالاستئناف، حيث أن صياغة الفصل 327-48، جاءت عامة، ومما جاء في هذا الفصل: "يكون الأمر الذي يرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي أو يرفض الصيغة التنفيذية قابلا للطعن بالاستئناف". وللمزيد في هذا الصدد راجع: محمد فاضل الليلي، تنزيل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، عدد 2011/05، ص 64 وما يليها.

277-) للمزيد حول هذا الموضوع راجع: * محمد الملاجوي، موقف القضاء من صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2011/05، ص 160 وما يليها. * فتحي سكرين الأحكام التنفيذية التحكيمية الصادرة ضد الدولة وصعوبة تنفيذها، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2011/05، ص 164 وما يليها.



الباب الثاني:

تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الحديث

بعد ما تم الحديث في الباب الأول من هذه الدراسة عن المكانة التي يعتليها مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر، والذي بفضلُه تُعطى الحرية للأطراف في تنظيم وإدارة اتفاقهم ونزاعهم التحكيمي وفق ما يتلاءم مع خصوصية نزاعهم التجاري الذي يتطلب السرعة والمرونة في الإجراءات، ووقفنا عن بعض مظاهر الحرية خلال المراحل التي تمر منها الدعوى التحكيمية، والحدود والقواعد التي يجب احترامها وعدم المساس إلى جانب التدخل القضائي في العملية التحكيمية والذي يتراوح دوره ما بين مساعد للتحكيم ولأطرافه ومراقب لهما، وذلك من أجل تذليل ما قد تعترض الخصومة التحكيمية من عراقيل والحيلولة دون تعطيلها، وإكساء ما ينتج عن هذه العملية من قرارات بالصيغة التنفيذية حتى تكتمل للتحكيم فعاليته وجدواه وتزداد مصداقيته كطريق سلمي لحل المنازعات.

وإذا كان هذا هو حال مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر، حيث يعد من الركائز الأساسية لهذه المؤسسة والمبادئ التي تبني عليها، والتي تجعل الأفراد يختارون هذه الوسيلة لحل خلافاتهم. فإن واقع حرية الأطراف مستها العديد من التغييرات في مجال التحكيم التجاري الدولي الحديث، وهذا راجع إلى العديد من المستجدات التي عرفها حقل المعاملات التجارية الدولية التي تتطور بشكل مهول في طريقة إبرامها وهو ما أثر بشكل كبير في قضائها الأصيل المتمثل في التحكيم التجاري، حيث كان لا بد من تطوير هذا الأخير حتى يتلاءم مع هذا الواقع الجديد للنزاعات الدولية لا سيما التجارية منها.

في هذا السياق إذن، وإن كان يحسب ما طرأ على التحكيم بأنه تطور، إلا أنه في الحقيقة تطور سلبي - في جانب كبير منه - فقدت بموجبه مؤسسة التحكيم العديد من ركائزها، أو على الأقل نالت من هيبته، ويعد مبدأ سلطان الإرادة أبرز هذه الركائز،



حيث أصبحت حرية الأطراف مهمشة بشكل كبير في هذا الصدد، وهذا راجع إلى الانتشار الواسع لمراكز التحكيم التجاري الدولي، التي وإن كانت تسهل في جانب الإجراءات والتنظيم للأطراف، إلا أنها في جانب كبير تشل وتجب مبدأ سلطان الإرادة وتحد من مجال وفعالية تدخله في هذا التنظيم، فلم يعد له سوى قبول ما تتضمنه أنظمة هذه المراكز من مساطر وقواعد، هذا إلى جانب الضغوط المفروضة على الأطراف في المعاملات التجارية الدولية، واختلال التوازن الاقتصادي والصناعي بين الدول المتقدمة والدول النامية.

وبالإضافة إلى كل هذا ومن أجل تحصين كل ما ذكر أعلاه من طرف الشركات العالمية الكبرى والدول الصناعية استحدثت بعض المبادئ والقواعد الجديدة لحماية المعاملات التجارية التي تقوم بها، وهذا ما يسمى بالنظام العام الدولي الطليق، أو النظام العام عبر الدولي، مع منح المزيد من الحرية للهيئات التحكيمية فيما قد تطرأ من خلافات بسبب هذه المعاملات، وذلك على حساب حرية الأطراف التي هي الأساس والأصل في التحكيم التجاري.

وبالتالي فمبررات التراجع الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الحديث عديدة ومتعددة، وسنحاول دراسة أهمها وذلك بالتطرق لإدعان الأطراف في التحكيم التجاري الدولي الحديث، وذلك بالوقوف على حقيقة الإرادة النمطية والمؤسسية في التحكيم (الفصل الأول) ثم بعدها سيتم الحديث عن إرادة المحكم والنظام العام في هذه المؤسسة (الفصل الثاني).



الفصل الأول:

الإرادة النمطية والمؤسسية في التحكيم التجاري الدولي

أمام التطور الكبير والمهول الذي عرفته المعاملات التجارية الدولية، والذي جعلها تنبوء الصدارة في العلاقات الدولية الحديثة، حيث أصبح يسيطر فيها العمل التجاري والاقتصادي على العوامل الأخرى من سياسية واجتماعية وغيرها، حتى أضحت العلاقات مرتبطة في جزء كبير منها بالجانب الاقتصادي.

هذا الوضع الجديد للمعاملات التجارية الدولية استلزم أن يخصص له إطار قانوني ومؤسسي يستجيب ويتلاءم مع حاجياتها من أجل استقرار هذه المعاملات وإشاعة الثقة بين أطرافها. فاستحدثت في هذا الإطار نوع جديد من العقود الدولية أقرب في تنظيمها وشكلها من إلى النصوص التشريعية من أي شيء آخر، لتسيير ظروف انعقاد المعاملات التجارية الدولية، وقد وصفت هذه العقود بالنموذجية أو النمطية،²⁷⁸ واعتبرت

²⁷⁸ - العقود النمطية *contras types* أو التي يجري الاصطلاح على تسميتها بالعقود النموذجية، عبارة مجموعة من الشروط العامة، التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية، والمكتوبة في صيغ معدة سلفا والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل وتقوم على إعدادها الجمعيات والهيئات المهنية. فمن الناحية الشكلية فهي عبارة عن صك مكتوب على غرار عقود الإيجار والبيع والوكالة أما من الناحية الموضوعية تعد بمثابة نصوص تتضمن كافة أحكام عقد البيع من إيجاب وقبول ومحل التزامات الطرفين وأسباب الانتهاء والضمانات والجزاءات وأسباب انتفاء المسؤولية وما على المتعاقدين إلا إدراج اسميهما والتوقيع وملئ البيانات الكمية والتمن وميعاد التسليم ومن حيث آثارها، يمكن التمييز بين العقود الكلية والعقود الجزئية: فالأولى هي العقود التي تحدد كافة آثار العقد أو غالبيتها، في حين أن العقود الجزئية هي التي تحدد بعض آثار البيع دون التعرض لكافة أحكامه وهاته الأولى منها العقود النموذجية التي وضعتها اللجنة الأوروبية والآنكوترمز *Incoterms* التي وضعتها غرفة التجارة الدولية ويطلق على الأولى العقود الأفقية وعلى الثانية العقود الرأسية. كما تنقسم العقود النموذجية إلى عقود نموذجية ذاتية وعقود نموذجية تبعية فالأولى يقصد بها استعمال الصيغة المطبوعة كعقد فعلي، أما الثانية فهي التي يتبع تطبيق أحكامها وجود عقد حقيقي بين الطرفين يحيلون فيه إلى تطبيق أحكام ذلك العقد النموذجي وهي أشبه في شكلها وفي تنظيم أحكامها بالنصوص القانونية. وهذا النوع يطلق عليها الشروط العامة ولا تكفي بالنص على آثار البيع فحسب، بل تضع أيضا أحكاما تتعلق بانعقاده فمثال العقود النموذجية الذاتية مختلف العقود التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية لبيع الحبوب ومثال العقود النموذجية التبعية [الآنكوترمز] والشروط العامة التي وضعتها اللجنة الاقتصادية لبيع المصانع والحمضيات والحديد والصلب.

وأخيرا يمكن تصنيف هذه العقود تصنيفا جغرافيا أو دوليا إلى عقود عالمية وعقود إقليمية، فالأولى هي التي وضعت أصلا للتطبيق في كافة أنحاء العالم دون تمييز بين اقليم وآخر أو دولة وأخرى مثالها الآنكوترمز. أما الثانية فهي التي صيغت أصلا لتطبيق في نطاق إقليمي أو جغرافي، ومثالها مختلف العقود النموذجية للجنة الاقتصادية الأوروبية لكنها تطورت حتى صارت الغالبية العظمى في البيوع الدولية يتم وفقا لهذه العقود النموذجية الأخيرة وصارت وسيلة لبيع الحبوب في غالب أنحاء العالم.

للمزيد حول هذه العقود أنظر: - أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجار الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1989، ص 55 وما يليها.

- العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، مقال منشور بمجلة القانون المغربي العدد 13 فبراير 2009، ص 05 وما يليها.

- عبد الله محمد المؤيد، م س، ص 81 وما يليها.



بالمثل الفذ على التشريع التعاقدى لما بلغته من دور كبير في اقتصاد الكثير من الوقت والجهد والنفقات لمجرد ملء بعض البيانات في النمط المعد، وتوقيع الأطراف أو من ينوب عنهم قانونا ليتم العقد بين أطرافه. لكن هذه العقود وهذه التوقيعات أصبحت سلاحا خفيا تستعمله العديد من الجمعيات والشركات المهنية الدولية التي تتكفل بإعداد تلك العقد لتمرير بعض البنود والشروط التعاقدية مستغلة في ذلك موقعها القوي اقتصاديا لفرض هذه الشروط على الأطراف الضعيفة وذلك تحت غطاء وستار تيسير و تسهيل إبرام المعاملات التجارية الدولية.

وبالإضافة إلى هذه العقود النمطية أو النموذجية ظهرت في مجال فض نزاعات المعاملات التجارية الدولية العديد من الهيئات والمراكز الدولية للتحكيم التي تتولى تنظيم العملية التحكيمية منذ بدايتها إلى نهايتها. وبالتالي يصبح الطرف الضعيف في العلاقات والعقود التجارية الدولية لقمة سائغة للدول الصناعية والاقتصادية المتقدمة، حيث أن مجرد توقعه على مجرد عقد نمطي أو نموذجي يكون قد اختار إراديا أو إجباريا التحكيم كطريق لتسوية منازعات هذه العقود، وهو الذي يسند في غالب الأحيان إلى جهة منظمة كغرفة التجارة الدولية أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وهو ما يجبره على قبول ما تتضمنه لوائح هذه المنظمات الدولية من شروط وقواعد تحكيمية.

من كل هذا اذن يتضح التراجع الكبير الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري، حيث أصبحت حرية وسلطان إرادة أحد الأطراف هي المتحكمة في العقود الدولية على حساب مصالح وحرية الطرف الآخر. وهذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه بالحديث عن الإرادة النمطية في التحكيم التجاري الدولي وأسباب ضمور مبدأ الإرادة فيها (المبحث الأول) على أن نخصص (المبحث الثاني) للوقوف على حقيقة الإرادة في التحكيم المؤسسي.



المبحث الأول: وضع الإرادة النمطية في التحكيم التجاري الدولي

إن التطورات المستمرة التي عرفتتها البشرية، فرضت على هذه الأخيرة ضرورة الدخول في أشكال جديدة من التعاقدات بمختلف أنواعها ولعل أهم هذه العقود والتي انتشرت بشكل كبير، العقود النمطية أو النموذجية، هذه العقود يغيب فيها عنصر التداول والنقاش والمساومة المتبادلة وهو ما يعني غياب الحرية التعاقدية. وبالتالي تطرح العديد من التساؤلات حول هذه الأشكال الجديدة من العقود، من حيث ألا طبيعتها ومدى توفرها على الصفة القانونية التي تجعلها في مصاف باقي العقود؟ ثم أيضا من زاوية طبيعة الإرادة فيها، فهل لازالت تحتفظ لأطراف العقد كيفما كان نوعه - ومن بينها اتفاق التحكيم - لإرادتهم في إبرام وتكوين اتفاقاتهم كيفما يشاؤون؟ أم أن إرادة الأطراف تبقى مقيدة في هذه العقود؟

و هكذا فتفصيل الحديث عن هذه العقود يستدعي الوقوف عند إشكالية الطبيعة القانونية في العقود النمطية أو النموذجية (المطلب الأول)، ثم بعد ذلك البحث في طبيعة الإرادة فيها ومدى اذعانيتها (المطلب الثاني)

المطلب الأول: إشكالية الطبيعة القانونية في العقود النموذجية

لقد أضحت العقود النموذجية أو النمطية من الوسائل التي تسهل تبادل السلع والخدمات عبر الحدود لما تشمل عليه من أحكام تفصيلية كتحديد التزامات وحقوق الأطراف وكيفية التنفيذ وغير ذلك من الأمور المرتبطة بالتجارة الدولية.

لكن بالرغم من أن هذه العقود قد نجحت إلى حد كبير في التأطير العملي للمعاملات التجارية الدولية في مختلف المجالات داخل مجتمع التجار الدولي الذي يظهر كمجتمع متجانس بقدر كاف، فإنه يطرح التساؤل حول حدود تجسيد العقد النمطي أو النموذجي لصفة القاعدة القانونية في مجال التجارة الدولية؟



لقد انقسم الفقه بخصوص هذا التساؤل ما بين اتجاه ينكر الصفة القانونية عن العقود النموذجية (الفقرة الأولى) وآخر يقر لها بتلك الصفة (الفقرة الثانية) فما هي اذن أسانيد كل اتجاه على حدة؟ وأيهما يخدم مصلحة الطرفين ويحافظ على التوازن المطلوب في العقود؟

الفقرة الأولى: نفي صفة القاعدة القانونية عن العقود النموذجية.

يستند الاتجاه المعارض لإضفاء صفة القاعدة القانونية على العقود النموذجية وعدم كفايتها الذاتية إلى أن التسميات التي أطلقت على هذه العقود "مثل قواعد واقع" أو قواعد شبه أمره يعد ذلك تلاعباً بالألفاظ ولا يكشف عن حقيقة قانونية قائمة، لأن القاعدة القانونية إما أن تكون كذلك أو لا تكون، وهي إما قاعدة أمره أو مكملة لا وسط بينها أو شبه بينها.²⁷⁹ وحتى إن تم اعتبارها عادات فلا محل للفرقة فيها بين عادات داخلية وأخرى دولية، ففي كلتا الحالتين تفتقد إلى صفة القاعدة القانونية، وأن أساس إلزامها هو خضوع الأطراف لها وارتضاؤهم تطبيقها على عقودهم. ويضيف أصحاب هذا الاتجاه كذلك، أن العقود النموذجية لا تتمتع بالصفة القانونية ما دامت خارجة عن إطار الدولة.

كما يرى نفس الاتجاه الفقهي أن اعتبار رقابة المحاكم لشروط وأحكام العقود النموذجية رقابة مشروعية، حين يراقب القاضي مشروعية القواعد الموجودة بالعقد وعدم مخالفتها للقواعد القانونية العليا وهي قواعد قانون الدولة، وهذا يتفق والمنطق القانوني من جهة ويتعارض أيضاً مع فكرة العقد بوصفه قانوناً يكفي بذاته، وبالتالي هجر القانون الرسمي أو النظامي،²⁸⁰ باعتبار أن القاضي إذا وجد شرطاً مخالفاً لقاعدة أمره في قانون دولته يحكم برفض تطبيقه كشرط تعاقدية، أو يبطله إذا اقتضى الأمر ذلك، فرقابة المحاكم لشروط العقد في إطار حماية الطرف المدعي هي رقابة عدالة وحماية للطرف الضعيف اقتصادياً، لأن العقود النمطية ليست إلا شروطاً تعاقدية يكتنفها القصور رغم أنها قد تصبح مع التكرار عادات اتفاقية دون أن ترقى إلى

²⁷⁹ - أنظر للمزيد: عبد الكريم سلامة- العقد الدولي الطليق- المرجع السابق ص70 وما يليها.
²⁸⁰ - للمزيد في هذا الصدد أنظر: عبد الكريم سلامة - العقد الدولي الطليق...، م س، ص70 وما يليها.



مرتبة القواعد القانونية، باعتبارها قواعد مقترحة وليست مفروضة.²⁸¹ ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بعدة أمور:

أولهما: أن هذه العقود لا تطبق إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك صراحة، ولا يكفي إحالة الأطراف الضمنية إليها بل تلتزم أن تكون الإحالة مكتوبة لا غموض فيها.

ثانيهما: أن العقود النموذجية وما يكتنفها من قصور تبدو أحيانا لا تتمتع بقسدية القواعد القانونية التي تطبق بقوة إلزامها الذاتية، بل أكثر من ذلك بإمكان الأطراف استبعاد ما يشاؤون من أحكامها واستبدالها بغيرها مادام أن الإرادة هي المصدر الأول والوحيد لسريان هذه الأحكام.

ثالثهما: إن السلطة المخولة للمحاكم برفض تطبيق الشرط التعاقدي أو إبطاله أو تقويمه سواء باسم المساواة، أو العدالة، يتعارض مع فكرة اعتبار هذه العقود قواعد قانونية.

أما رابعها وآخرها: فيتمثل في أن قصور هذه القواعد لا يجعلها في غنى عن القانون بل إنه يفرض عليها في مجالات أخرى، مما لا يسمح الادعاء بكفايتها الذاتية، ومن ذلك ما يتعلق بالتشريعات الخاصة، وبالمنافسة وأدوات التصدير والاستيراد والرقابة على النقد وتحديد قيمة عملة الوفاء وسعر الصرف، وغيرها من المسائل التي تتصل بالأسس الاقتصادية، و التي تنظمها غالبية الدول و تجعلها خارجة عن دائرة أعمال الحرية و الإرادة في أحكامها.²⁸²

الفقرة الثانية: إقرار صفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية

يذهب الاتجاه المقرر بصحة القاعدة القانونية وتحقيق الكفاية الذاتية لهذه العقود النموذجية، إلى أن العادات المقدمة من قبل هيئات دولية في الشروط العامة والعقود النموذجية تعد قواعد وأعراف ملزمة، وأساس ذلك أن تقنينها في هذه الأوساط قد أدى إلى تكرار إتباعها

²⁸¹ - حول هذه الفكرة راجع:

• عبد الله محمد المؤيد، م س، ص 84 وما يليها.

• عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق...، م س، ص 72

282 - الأستاذ عبد الكريم سلامة - العقد الدولي الطليق- المرجع السابق ص 70 وما يليها.

وللمزيد في هذا الإطار راجع: * محمد محسوب عبد المجيد درويش، نظرية قانون التجار الدولي بين الوهم والحقيقة، مطبعة حمادة، القاهرة، الطبعة الأولى 2003، ص 99 وما يليها.

* محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس سلا،/ السنة الجامعية 2007-2008 ص 58 وما يليها.



والعمل بمقتضاها فأصبحت على هذا الأساس ذات مضمون عام ومجرد، في الوقت الذي يشعر فيه المتعاملون في هذه الأوساط بأهميتها وضرورتها لتنظيم هذا المجتمع مما يضيف عليها في النهاية سمة الأعراف الملزمة، بل إن استقرار التعامل بمقتضاها قد أكسبها نوعاً من الإلزام نتيجة للجزاء الذي تفرضه هذه الأوساط على من يخالفها، مما أضفى عليها الطابع القانوني الملزم، وكفل لها هذا الأساس صفتها الوضعية التي يصعب إنكارها. فلم يعد حسب رأي الفقيه كولدمان²⁸³ Goldman من المفيد إنكار الصفة القانونية لها، فالحياة وواقعها العملي أقوى من النظرية، بل إن الواقع قد يسهل تنظيمه خارج إطار القانون، ولو كان رجال القانون على مستوى مسؤولياتهم لم يصروا على إنكار هذا الواقع متسترين وراء مبادئ ونظريات لم تعد تلائم ما يفرضه تطور الحياة الخاصة الدولية، ذلك أن القوانين الوطنية ذاتها تركت أمر تنظيم المجالات النوعية التي ينظمها المتعاقدون في الشروط العامة للعقود النموذجية، كما هو الشأن بالنسبة لقواعد المصطلحات التجارية في مجال البيوع الدولية وهي شروط يطرحها القضاء الوطني في مثل هذه الحالات باسم سلطان الإرادة مما يكشف عن اعترافات القضاء بوجود هذه العادات بل وتطبيقها في المنازعات المطروحة عليه فضلاً عن تسامحه بتنفيذ أحكام المحكمين رغم علمه بأن هذه الأحكام تطبق مثل الأعراف بعد تحررها من سلطان القوانين الداخلية.

كما ساعد على تشكيل هذه القواعد وتكرار العمل بمقتضاها، استعمال هذه العقود وحرص المتعاملين على تطبيقها عليهم وارتياحهم لها استجابة لمصالحهم، فهي قواعد يعرفونها سلفاً ويأمنون العمل بموجبها ويجدون فيها الأمان الذي ينشدونه وتوقعاتهم المشروعة، ناهيك عن كون هذه القواعد ذات الطابع العرفي تساعد على التنظيم المباشر للشروط الذاتية الدولية.²⁸⁴ وهو ما حدا بالأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة إلى القول بأن فكرة العقد الدولي الطليق من كل قانون وطني تجد فيما يتعلق بالعقود النموذجية، تأكيداً لا سبيل إلى إنكاره وهو ما يدعمه واقع العقود الدولية ذاتها، فاستقراء الواقع العملي لهذه العقود يبرهن أن الاتجاه سائر

283- GOLDMAN (B), Frontière du droit et lex mercatoria, archive de philosophie du droit, 1964 p 64 et suivante.

284- هشام صادق، م س، ص 139 وما يليها.



نحو تحقيق مبدأ الكفاية الذاتية، بحيث لا يكون هناك حاجة لتطبيق قانون معين على منازعات تلك العقود²⁸⁵.

المطلب الثاني: طبيعة الإرادة في العقود النمطية

تستدعي دراسة طبيعة الإرادة في العقود النمطية أو النموذجية البحث في مدى إذعانية هذه العقود (الفقرة الأولى) ثم بعد الحديث عن العقود النمطية وإقرار التوازن العادل (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مدى إذعانية العقود النمطية

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فقد بات من المسلمات في جميع التشريعات الوطنية والدولية، وعند غالبية الفقه أن للإدارة المشتركة للأطراف في المعاملات الخاصة ذات الطابع الدولي الحق في تنظيم العملية التحكيمية منذ بدايتها إلى نهايتها وفق ما يتناسب وعلاقاتهم التجارية.

ولا شك أنه في إطلاق حرية المتعاقدين في عقود التجارة الدولية، إعلان عن كون تلك الإرادة أصبح لها دور أكبر وأوسع من خلال السماح لها بتجاوز المقتضيات الآمرة في القوانين الوطنية، نزولاً عند حاجات ومتطلبات التجارة الدولية التي تقتضي التخلص منها.²⁸⁶

هذا التوسع في أعمال مبدأ سلطان الإرادة ساهم في تغليب القوي على الضعيف، وتكريس قانون الأول على الثاني، كما أن نشاط التجار كأفراد سجل تفاوتات هائلة بحكم تركيز رؤوس الأموال بين يدي عدد قليل من الشركات الدولية، هاته الأخيرة التي تهيمن على المبادلات الدولية وتسهر على صياغة النظام التجاري الدولي، على المستوى القانوني بشكل يتماشى ومصالحها.

²⁸⁵ عبد الكريم سلامة - العقد الدولي الطليق، ص 20 و 21 .
وللمزيد أنظر عبد الرحمان علالي، قانون الإرادة في التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2006-2007، ص 95 وما يليها.
محمد طارق، م س، ص 71 وما يليها.
²⁸⁶ - أحمد محمد الهواري، الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، م س، ص 146 وما يليها.



حيث أنه وبمراجعة العقود النموذجية التي تهيمن على عمليات التجارة الدولية والتي تعتبر هي الأداة القانونية المثلّية في مجال التجارة الدولية.²⁸⁷ وتلزم الطرف الثاني في العلاقة بالقبول بتلك المبادئ والأعراف والعادات التجارية الدولية والعقود النموذجية، مما يعني إلزامية اتباع ما صنعت إرادة الأقوياء في المجتمع الدولي لتنظيم مجال المعاملات الخاصة ذات الطابع الدولي، وهي بذلك تفرض ليس فقط على الاعضاء في الجمعيات المهنية، بل أيضا على من ليسوا أعضاء لكنهم مضطرون للتعامل مع أعضائها، ومن ثمة فإن تلك القواعد تعمل بل تصب فقط لفائدة أحد طرفي العقد وهو طبعا الطرف الأقوى اقتصاديا.²⁸⁸

ومن هذا المنطلق اذن يصح القول بإذعانية أغلب العقود النمطية و عدم احترامها للشروط والكيفيات التي تُعقد بها الاتفاقات، لي طرح التساؤل عن الطريقة الأنسب لتنظيم طريقة التعامل بهذه العقود خصوصا في المعاملات التي يكون أحد أطرافها طرفا ضعيفا أو دولة نامية، وعن كيفية تحقيق هذه العقود للتوازن العادل بين أطراف العلاقات التجارية الدولية و من خلالها العلاقة التحكيمية إذ غالبا ما تتضمن هذه العقود بندا يشير إلى تسوية نزاعاتها عن طريق التحكيم؟؟

الفقرة الثانية: العقود النمطية وإقرار التوازن العادل

بالنظر إلى التراكم الذي خلفه النقاش حول العقود النموذجية أو النمطية، من قبل المؤيدين للتعامل بها، ومدى مساهمتها في إقرار التطور والمحافظة على السرعة والائتمان تيسيرا لظروف التجارة الدولية، إلا أنه لا بد من التأكد من كون هاته العقود تضمن للمتعاقد

287- باعتبار انه وبمراجعة بعض العقود النموذجية التي تهيمن على عمليات التجارة الدولية، فإن أغلبها يصدر أساس عن جمعيات مهنية تهيمن على المبادلات الدولية والنموذج الصارخ والمعبر عن ذلك به شركة IBM الأمريكية سنة 1978 بإصدارها 205 من العقود النموذجية المختلفة التي لا تقبل أية مقترحات من المتعاقدين معها لتغيير بعض بنود هذه العقود، بل ولا يجوز لهؤلاء مناقشة تلك العقود، ولا يتم قبول أية تعديلات تستلزمها النظم القانونية التي ينتمي إليها المتعاملون مع هذه الشركة. للمزيد في هذا الإطار أنظر: محمد محسوب عبد المجيد درويش قانون التجارة الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1998 ص 841 وما يليها.

288- أحمد محمد الهواري، الحماية القانونية للمتعاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص...، م س، ص 148 وما يليها. للمزيد حول العقود النموذجية أنظر: حارث عبد العال، شرط التحكيم بين العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007، ص 224 وما يليها.



حرية واستقلالية التقاضي إعمالاً لإرادته، وذلك بالرغم من كونها معدة سلفاً، وهو ما قد يوحي بأن هاته العقود تختلف عن عقود الإذعان التي لا تجري المساومة ولا المناقشة حول شرطها. بالرجوع إلى الواقع نجد أن حرية المتعاقدين مقيدة، حيث تتأثر بما تفرضه الجمعيات التجارية والتي لا تتردد حين صياغتها للعقود النموذجية، من تفضيل مصالح أعضائها بالدرجة الأولى سواء كانوا مصدريين أو مستوردين، وغالباً ما يوافق الطرف الآخر على شروط العقد نظراً لحاجته إلى السلعة إن كان مستورداً أو إلى تصريحها إن كان مصدراً، وبالتالي توجد في وضعية لا تضمن التوازن بين التزامات وحقوق الأطراف المتعاقدة، نظراً لاختلاف القوة الاقتصادية لأحد الأطراف على الآخر، مما يخل بالقوة التفاوضية بين المتعاقدين لصالح أحدهم دون الآخر وبذلك تؤثر في استقلالية العقود التجارية الدولية وعدم عدالتها.²⁸⁹

وبغية إصلاح هذا الوضع تدخلت اللجنة الاقتصادية الأوروبية²⁹⁰ بما لها من أهمية بإنشاء شروط عامة تقوم أساساً على التوازن العادل بين مصالح البائعين والمشتريين، بحيث صاغت مجموعة من العقود النموذجية لبعض السلع الأساسية التي كثيراً ما يتم التعامل بها نطاق دولي. واستطاعت بذلك إيجاد عقود نموذجية تقوم على أساس التوازن العادل بين البائعين والمشتريين ونجحت بالفعل في هذا السبيل بتنظيمها أحكام تفصيلية لتعطي للعقد مجالاً للمنازعات، بل يجعل المحكم قادراً على أن يؤسس حل النزاع على أحكام العقد، وهي التي تعتبر بذلك المثل الفذ على الدور الذي ينبغي أن تقوم به العقود النموذجية في توحيد أحكام قانون التجارة الدولية، وبالنتيجة إمكانية تحقيق التوازن العادل بين مختلف الأطراف لكن هذا الوضع لن يتحقق إلا عن طريق المجهودات التي يجب أن تبذلها الدول النامية وشركاتها عن طريق تأهيل اقتصاديتها وأطرها التقنية حتى يتسنى لها إيجاد عقود نموذجية تقوم على أساس التوازن العادل، منذ الاتفاقات التمهيدية التي تسبق إبرام العقد إلى غاية تنفيذه أو حل النزاع الذي ينشب بمناسبته.

²⁸⁹ - عبد الله محمد المؤيد، م س، ص 316 وما يليها.

²⁹⁰ - أحمد محمد الهواري، الحماية القانونية للعقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، م س، ص 177 وما يليها.



المبحث الثاني:

تأثير انتشار المراكز الدولية للتحكيم على مبدأ سلطان الإرادة.

إذا كانت الصورة الغالبة للتحكيم هي تلك التي تتم وفق مشيئة الأطراف، فيعينون باتفاقهم الهيئة التحكيمية ويختارون القواعد الموضوعية والإجرائية ويتولون تنظيم مسطرة الدعوى التحكيمية، فإنه ظهر إلى جانب هذا النوع من التحكيم نمط آخر أكثر نظاما وتشرف على تدبيره مراكز دولية وهيئات تحكيمية مؤسسية وذلك وفق القواعد واللوائح الخاصة بها وهو ما يطلق عليه بالتحكيم المؤسسي أو النظامي،²⁹¹ وقد أصبح هذا الأخير أكثر شيوعا في مجال نزاعات التجارة الدولية بفضل كفاءة هيئاته في أداء العدالة الدولية وتحقيق الأمان القانوني ثم في تقوية العلاقات الاقتصادية الدولية²⁹²، إذ تتوفر هذه المراكز على نظم داخلية مستقرة صقلتها التجربة العملية، تهتم بتنظيم مختلف جوانب ومراحل العملية التحكيمية بدءا من كيفية صياغة اتفاق التحكيم مروراً بتكوين هيئة التحكيم وانتهاء بصدر الحكم التحكيمي. كما يقوم على شؤون مراكز التحكيم الدائمة أجهزة إدارية تتولى الترتيب لكل الإجراءات وتقديم التسهيلات والاستشارات القانونية اللازمة لسير الدعوى التحكيمية، إلى غير ذلك من المزايا التي تتوفر في هذا النوع من التحكيم الذي يفضل المتعاملين في حقل التجارة الدولية بكل أصنافها.²⁹³ وكان مقتضى ذلك إنشاء العديد من المراكز الدولية للتحكيم إلى جانب المراكز المحلية والمهنية.

لكن بالرغم من الأهمية الكبيرة لهذه المنظمات في مجال تسوية منازعات التجارة الدولية، إلا أنها تضرب في الصميم واحد من أهم مبادئ التحكيم التجاري المتمثل في مبدأ

²⁹¹ - انظر في هذا الصدد: - أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 22.

- عبد الرحيم بن سلامة، نظام التحكيم في التشريع المغربي، مجلة الامن الوطني، العدد 217، السنة 42، ص 35 وما يليها.

²⁹² - أحمد عبد الكريم سلامة، قنون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004 ص 82.

• René David : « l'arbitrage dans la commerce internationale », Economica, Paris, 1982, page 15 et suivante.

• Paule PALCOT : « l'arbitrage institutionnel dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage ». Revue de l'arbitrage N°4. 1980, Page 559.

• Holiz TMANN (M) ; « l'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale », Revue de l'arbitrage 1978, Page 302 et suivant.

²⁹³ - للمزيد في هذا الصدد راجع: فاطمة بوشكورت، دور التحكيم المؤسسي في تسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007، ص 17 وما يليها.



سلطان الإرادة، حيث لا تولي أهمية كبيرة لحرية الأطراف، بل تعتمد في بعض قرارات هيأتها التحكيمية إلى إهمالها وتجاوزها، و هو ما ساهم في تهميش وتراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام أغلب المراكز الدولية للتحكيم.

ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع، سنتحدث عن واحد من أهم هذه المراكز الدولية والمتمثل في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار²⁹⁴ CIRD من خلال دراسة بعض القرارات الصادرة والوقوف عن حقيقة تعامله مع رضا وحرية الأطراف المتحكمين تحت مظلتهم (المطلب الأول). على أن نخصص (المطلب الثاني) لظاهرة تهميش الرضا في التحكيم المؤسسي من خلال البحث في أسباب بروزها، مظاهرها، ثم السبل الكفيلة للتصدي لها.

المطلب الأول: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRD

إن عدم ثقة المستثمرين الأجانب في الأجهزة القضائية للعديد من الدول المضيفة للاستثمار لعدم استقلال هذه الأجهزة عن السلطة السياسية، بالإضافة إلى نقصان كفاءتها، وعدم درايتها بشؤون وقضايا الاستثمار التي يمتزج فيها ما هو قانوني بما هو اقتصادي وتقني، دفع بأصحاب رؤوس الأموال ومنذ أمد بعيد إلى تفضيل وسيلة التحكيم التجاري الدولي لفض نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الوطني.²⁹⁵ لكن في الوقت الذي يبحث فيه المستثمرون عن ضمانات قصد حماية استثماراتهم، فإن الدول المضيفة لم تر في ذلك إلا بحثا عن الامتيازات، وأنه لا يجب أن يُنظر إليها غير قادرة على تحقيق العدالة التي ينشدها المستثمرون.

²⁹⁴- مع الإشارة إلى أن هناك العديد من المراكز الدولية للتحكيم والتي لا تقل أهمية عن مركز CIRD كغرفة التجارة الدولية، ومحكمة التحكيم الدولي بلندن، جمعية التحكيم الفرنسية بباريس، جمعية التحكيم الأمريكية، مركز التحكيم التجاري الدولي في كندا... وغيرها من الهيئات الدولية للتحكيم. وللمزيد حول هذه الهيئات انظر:

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة، طبعة 2006، ص 18 وما بعدها.
- وليد البشر، تطور التحكيم في مجال المعاملات التجارية الدولية " من الكات إلى منظمة التجارة العالمية" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007، ص 104 وما يليها.

- Bertrand (MOREAU) : « les institutions d'arbitrage en France, revue de de l'arbitrage. N°02 page 227 et suivante.

²⁹⁵- راجع في هذا الصدد: محمد البرانصي، دور التحكيم التجاري الدولي في جلب الاستثمارات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007، ص 31 وما يليها.



أمام هذا الوضع و نتيجة لما أصاب الاستثمارات الأجنبية من تراجع في شتى المجالات تدخل البنك الدولي للإنشاء والتعمير لما له من سلطة مادية ومعنوية على الدول خاصة المحتاجة للاستثمارات، وأعد اتفاقية بشأن تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المضيفة للاستثمار ومواطني الدول الأخرى وذلك بتاريخ 11 مارس 1965 والتي أصبحت سارية المفعول ابتداء من 14 أكتوبر 1966 بعد أن اكتمل العدد المطلوب من الدول (20 دولة)، وبمقتضى هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمار²⁹⁶ CIRD، كمؤسسة قانونية مختصة بالفصل في المنازعات الاستثمارية التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المستقبلة ومشجعة لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية خصوصا في الدول النامية التي هي في حاجة ماسة إلى هذه الاستثمارات من أجل تنمية اقتصاديتها. فكيف تعامل إذن CIRD مع الخلافات المتعلقة بالاستثمارات لاسيما تلك التي تكون إحدى الدول النامية طرفا فيها؟ وما موقع مبدأ سلطان الإرادة في أعمال وقرارات هذا المركز؟

للإجابة عن هذه الأسئلة سنقوم بإطالة على بعض القرارات الصادرة عن مركز CIRD خصوصا تلك التي يكون أحد أطرافها دولة نامية (الفقرة الأولى) على أن نعقبها بعد ذلك بقراءة تحليلية نقدية لهاته القرارات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: إطالة على بعض قرارات CIRD.

عديدة هي القرارات التحكيمية الصادرة تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وسنحاول في هذا الصدد التطرق لبعضها كما يلي:

296- حول كيفية التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار Centre International de Règlement des Différends de l'Investissement (CIRD) أنظر:
- عبد اللطيف بوالعلف، التحكيم في منازعات الاستثمارات (اتفاقية واشنطن في 18/03/1965) مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 117، نونبر، دجنبر 2008، ص 121 وما بعدها.
- محمد أوضبحي، دور التحكيم في إطار تجربة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد 2012/04، ص 49 وما بعدها.
- محمد الوكيل: تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط السنة الجامعية 1982.
- عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الدراسية 2012-2013 ص 86 وما بعدها.
- محمد الناصري، تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات من طرف CIRD مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 110 شتنبر - أكتوبر 2007، ص 13.



أولاً: قضية وينا للفنادق

قامت شركة وينا للفنادق بتوقيع عقد مع شركة الفنادق المصرية لإدارة فندق النيل والأقصر، واتفقا على أنه وفي حالة وجود نزاع يتم حله عن طريق التحكيم في مصر وفقاً لأحكام القانون المصري. وقد لجأت الشركة الإنجليزية إلى التحكيم، وصدر حكم التحكيم الخاص بفندق النيل هيلتون واستلمت الشركة مبلغ التعويض، وفي القضية الثانية قضت ببطلان حكم التحكيم فأقامت الشركة دعوى تحكيمية جديدة، إلا أنها لجأت إلى مركز واشنطن الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مدعية أن الحكومة المصرية لم تلتزم بتعهداتها تجاه الاستثمار.

هذا وقضت هيئة التحكيم بالمركز المذكور باختصاصها بنظر الدعوى استناداً إلى اتفاقية الموقعة بين مصر والمملكة المتحدة، بالرغم من أن العقدين قد تضمنتا أن يكون التحكيم في مصر وفقاً للقانون المصري، وصدر بالفعل حكم تحكيمي في القضية الأولى تم تنفيذه ومازالت القضية راجعة أمام هيئة التحكيم الأخرى بمصر. كما أن رافع الدعوى التحكيمية السيد نائل الفرارجي رئيس مجلس إدارة وينا للفنادق، متمتع بالجنسية المصرية، ورفع الدعوى على اعتبار اكتساب الجنسية البريطانية، ولديه جواز سفر مصري ويمتلك 90 في المائة من أسهم الشركة، وبذلك لا تتوافر شروط انطباق الاتفاقية، حيث أن مجال تطبيقها لا يكون إلا إذا كان النزاع بين دولة وفرد أو شركة من رعايا دولة أخرى وإن يكون المال المستثمر مالا أجنبياً وذلك وفق لما استقرت عليه السوابق القضائية لذات المركز.

وبجلسة 2000/12/08 حكمت هيئة التحكيم في مركز واشنطن بإلزام الحكومة المصرية بدفع تعويض قدره 8.819.466.93 دولاراً تعويضاً للشركة بالإضافة إلى مبلغ، 11.431.386.88 دولاراً فوائد، ومبلغ 1.1.7.7.3 مصاريف للتحكيم.

وقد تم الطعن في هذا الحكم وتم تشكيل هيئة تحكيم جديدة بجلسة 2002/02/05 برفض دعوى البطلان.



ثانيا: قضية إسمنت الشرق الأوسط للشحن والتفريغ

أقامت شركة اسمنت الشرق الأوسط للشحن والتفريغ اليونانية، ضد الحكومة المصرية دعوى تحكيمية أمام مركز واشنطن للمطالبة بدفع مبلغ 12.949.137 دولار أمريكي فضلا عن الفوائد القانونية والمصاريف التحكيمية، استنادا على اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار الموقعة بين كل من الحكومة المصرية واليونانية سنة 1995، التي تنص على إحالة المنازعات الناشئة عنها على التحكيم أمام مركز تسوية المنازعات واستنادا على سريان أحكامها على الاستثمارات التي أنشئت قبل نفاذها وقالت شرحا لدعواها، أنها شركة تعمل في نشاط استيراد وتخزين الإسمنت بالمنطقة الحرة بقناة السويس، وفقا لقانون الاستثمار وأن مدة العقد 10 سنوات، إلا أنه أثناء سريان العقد وبتاريخ 28 ماي 1989 قرار وزير الإسكان بمنع استيراد اسمنت بورتلاند الرمادي، مما أدى إلى توقيف نشاطها وتصفية المشروع. وقد دفعت الحكومة المصرية بعدم اختصاص المركز لأن الاتفاقية لم تنص على سريان أحكامها على الاستثمارات التي أنشأت قبل نفاذها، إلا إذا تمت تصفية المشروع سنة 1991 قبل نفاذ الاتفاقية إلا أن المركز قام بتسجيل الدعوى تاركا أمر الفصل الاختصاص لهيئة التحكيم. وبجلسة 2000/11/28 رفض الدفع بعدم الاختصاص، وقامت المحكمة بتحديد إجراءات الفصل في النزاع. والجدير بالذكر أن الشركة اليونانية سبق وأن أقامت عدة دعاوي أمام المحاكم المصرية بشأن هذا النزاع.

وبجلسة 2000/04/12 حكمت المحكمة التحكيمية في مركز واشنطن بإلزام الحكومة المصرية بدفع مبلغ 3.750 مليون دولار للشركة المحكمة.²⁹⁷

ثالثا : قضية هضبة الأهرام (أوروبية-مصرية) 1992.

بعد إلغاء مشروع الاستغلال السياحي لهضبة الأهرامات، أقامت شركتا (سي. ب. ب) و (إس. بي. سي) شرق أوسطي دعوى تحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس ضد الحكومة

²⁹⁷ - للمزيد من القرارات بهذا الخصوص يمكن الرجوع إلى مقال الاستاذ عبد الحميد الاحدب، قراءة نقدية لأهم القرارات التحكيمية الدولية التي أحد طرفيها عربي، آخر المبتكرات، التحكيم الدولي الإلزامي، الحكم التحكيمي الذي لا يتأثر بقرارات قاضي بلد المنشأ، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 41، 2003 ص 87 وما يليها.



المصرية والشركة العامة للسياحة (أيجوث). واستتدت الشركتان المدعيتان في اختصاص غرفة التجارة الدولية بنظر التحكيم إلى المادة (20) من العقد المؤرخ في 12 ديسمبر 1974 المبرم بينها وبين شركة (أيجوث) وادعت الشركتان أن الحكومة المصرية تعد طرفا في هذا العقد بعد بتوقيع وزير السياحة عليه بما يفيد القبول والإجازة فضلا عن أن هذا العقد لا يعدو أن يكون اتفاقا مكملًا للعقد الأساسي الموقع في 23/09/1974. وبتاريخ 16/02/1983 حكمت غرفة التجارة الدولية برفض الدعوى ضد شركة (أيجوث) وبإلزام الحكومة المصرية بأن تدفع إلى المدعية مبلغا مقداره 12,5 مليون دولار أمريكي مع فوائد سنوية بواقع 5%.

قامت الحكومة المصرية بالطعن ضد هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس، وبجلسة 12/07/1984، حكمت المحكمة بإلغاء حكم التحكيم، وقد تم تأييد هذا الحكم من طرف محكمة النقض الفرنسية. وبتاريخ 20/08/1984 تقدمت شركة (أي.سي.بي) إلى مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بطلب تحكيم استنادا لنص المادة 08 من قانون نظام استثمار المال العربي والأجنبي الصادر بالقانون رقم 43 لسنة 1974. وقد دفعت الحكومة المصرية بعدم اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRD، وأوضحت أن النص على جواز التحكيم أمام المركز لا يفيد تنازل الحكومة المصرية عن ضماناتها القضائية وموافقتها على التحكيم، إذ أن الإشارة إلى جواز تسوية النزاع أمام المركز لا تعدو أن تكون تبصيرا للمستثمر الأجنبي بالوسائل الإضافية المتاحة لتسوية منازعات الاستثمار، وذلك إلى جانب الاختصاص الأصيل للمحاكم المصرية. وأن الأخذ بأحد هذه الوسائل سيكون معلقا على قبول صريح وكتابي بقبول التحكيم أمام المركز.

الفقرة الثانية: قراءة تحليلية نقدية لقرارات CIRD

بقراءة تحليلية لبعض القرارات المذكورة أعلاه والصادرة عن مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لاسيما في النزاعات التي يكون أحد أطرافها دولة نامية، يتضح أن الممارسة العملية أمام هذا المركز ابتكرت نوع جديد من التحكيم أصبح يفرض نفسه على الدول المضيفة للاستثمار-خصوصا الدول النامية- وهو الذي أطلق عليه بعض الفقه²⁹⁸ "التحكيم الإلزامي".

²⁹⁸ - عبد الحميد الاحدب، قراءة نقدية لأهم القرارات التحكيمية الدولية التي أحد طرفيها عربي، م س، ص 101 وما يليها.



هذا النوع الجديد من التحكيم الذي أخذت الشركات الاستثمارية العالمية الكبيرة ومعها مراكز التحكيم الدولية الأمريكية و الأوروبية تفرضه على الدول المضيفة للاستثمار، مصدره العديد من الاتفاقيات الدولية التي تربط الدول و التي تهدف إلى حماية الاستثمارات الأجنبية بالدول المضيفة²⁹⁹، إذ غالبا ما تكون هذه الاتفاقيات الأساس التي تستند عليه تلك الشركات والمراكز في فرض شروطها التعسفية على الدول المستضيفة للاستثمار، و التي تعد التحكيم الإلزامي من أبرزها، و الذي يعني أن الدول المضيفة للاستثمار تصبح ملتزمة باللجوء إلى التحكيم أمام مركز سيردي بواشنطن لحل ما قد ينشأ من خلافات بينها و بين المستثمرين الأجانب، وهو ما يشكل في الحقيقة تهميشا واضحا لحرية هاته الدول في اختيار التحكيم لحل خلافاتها الاستثمارية و تناقضا صارخا مع مبدأ سلطان الإرادة الذي يميز التحكيم التجاري.

فبالرغم من أن ديباجة اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 1965/03/18 تتضمن قواعد تستوجب ضرورة وجود اتفاق تحكيمي (شرطا كان أو عقدا) صريح يسند الاختصاص إلى التحكيم³⁰⁰، إلا أن واقع الأمر خلاف ذلك، حيث أن مركز سيردي لم يول أي اهتمام لبنود اتفاقية واشنطن، و أخذ يعتبر نفسه مختصا للنظر في نزاعات الاستثمار، فكانت النتيجة المنطقية لذلك أن توالى أحكام التحكيم

299 - هذه الاتفاقيات أصبحت كثيرة العدد والذي قدر بما يناهز 1500 اتفاقية، و السبب في ذلك يرجع إلى أهمية الاستثمارات الأجنبية في تنمية اقتصاديات الدول مما يدفعها إلى توقيع اتفاقيات لحماية هذه الاستثمارات و الرضوح لما تتضمنه من شروط.

300 - ومما جاء في مقدمة اتفاقية واشنطن لسنة 1965 : " تقديرا لضرورة التعاون الدولي في العمل على التنمية الاقتصادية، ولأهمية الدور الذي تؤديه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال.

و نظرا إلى أنه من الممكن أن تنشأ منازعات متعلقة بهذه الاستثمارات من وقت لآخر بين الدول المتعاقدة وبين مواطني الدول الأخرى المتعاقدة. ومع التسليم بأنه بينما تخضع مثل هذه المنازعات عادة للإجراءات القانونية الوطنية، إلا أن الطرق الدولية لتسويتها قد تكون مناسبة في بعض الأحوال. ومع إعطاء أهمية خاصة لتوفير أداة دولية للتوفيق أو التحكيم، بحيث يمكن للدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة أن يطرحوا عليها مثل هذه المنازعات، إذا ما أرادوا ذلك. ورغبة في إنشاء مثل هذه الأداة تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير. ومع التسليم بأن رضا الطرفين المشترك بأن يعرض مثل هذه المنازعات للتوفيق أو التحكيم بواسطة مثل هذه الأداة، يكون اتفاقا ملزما يستوجب بصفة خاصة أن توضع أي توصيات للتوفيق موضع الاعتبار، وأن تحترم وتنفذ أحكام المحكمين.

ومع تقدير إن الدولة المتعاقدة لا تعتبر بمجرد التصديق على هذه الاتفاقية أو قبولها أو إقرارها -وبغير رضاها- ملتزمة بعرض أي نزاع معين للتوفيق أو التحكيم."

و الواضح من نص مقدمة الاتفاقية هذه أنها لا ترتب تحكما إلزاميا للاستثمار، ولكن تقرير مديري المركز الذي أنشأته الاتفاقية أضيف إليها في ملحق خاص.

و قد جاء في هذا الملحق ما يلي : "إن التراضي يمكن أن يتم على سبيل المثال في اتفاقات استثمار تحيل الخلافات إلى المركز، ويضيف الملحق أن الاتفاقية لا تفرض أن يتم التراضي في عمل قانون واحد، وبالتالي فإنه يمكن للدولة أن تعرض في إطار قانون يهدف إلى تشجيع الاستثمارات، إحالة الخلافات على المركز إذا كانت ناجمة عن نوع معين من الاستثمارات، فإذا قبل المستثمر هذا العرض خطيا فإن التوافق والتراضي يكونان قد تما".



الصادرة عن مركز سيردي بدون اتفاق تحكيمي. حيث يعتمد المستثمر الأجنبي _ والحالة هذه- إلى رفع النزاع لمركز CIRD، ليس بناء على اتفاق خاص وصريح، وإنما بصورة أحادية على اعتبار أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن له سلطة التأكد بناء على فحص سطحي للأمور من وجود اتفاق للتحكيم مما يجوز معه تشكيل الهيئة التحكيمية التي يؤول إليها البت في اختصاصاتها، وما ساهم في انتشار هذه الوضعية أن اتفاقية البنك الدولي المنشأة لمركز CIRD وعلى غرار العديد من أدوات التحكيم التجاري الدولي تعترف للمحكم باختصاص الاختصاص، حيث أن هؤلاء كثيراً ما صرحوا باختصاصهم على أساس وجود تراضي ضمني بين الدولة التي أعلنت قوانينها الوطنية أو بمقتضى اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف إرادتها المفتوحة في اللجوء إلى مركز واشنطن، ولم تتوقف الظاهرة عند حدود منازعات الاستثمار ومركز واشنطن بل تعدتها لتتال من قداسة الرضا في التحكيم التجاري الدولي عموماً، كما هو الحال في قضية هضبة الأهرامات المصرية السابق الإشارة إليها.

و بالإضافة إلى الحكم التحكيمي الصادر في قضية هضبة الأهرام، هناك العديد من الأحكام الصادرة عن مركز سيردي و التي تؤكد بجلاء الوضع المزري والسيئ الذي آلت إليه إرادة الأطراف أمام هذا المركز، ومن بينها الحكم الصادر في النزاع الذي نشب بين المملكة المتحدة وسيريلانكا ، والذي كان أساسه -أي أساس الحكم التحكيمي- الاتفاقية الثنائية الموقعة في 13 فبراير 1980 بين الدولتين لحماية الاستثمار (دون وجود لأي اتفاق تحكيمي)، حيث وقع النزاع بين شركة AAPL من هونكونغ التي كانت مستعمرة لإنجلترا في ذلك الوقت، وموضوعها حفظ المأكولات البحرية، وقد حصل أن هدمت قوات سيريلانكا المسلحة معامل الشركة، فاعتمدت الشركة اتفاقية الاستثمار بين إنجلترا وسيريلانكا المذكورة لسنة 1980 والتي امتد مفعولها إلى هونكونغ 1981/01/14 وبين شركة AAPL على هذه الاتفاقية دعوى تقدمت بها أمام مركز تحكيم واشنطن لحسم خلافات الاستثمارات والتي أسستها على اتفاقية حماية الاستثمار التي تضمنت بندا يحيل خلافات الاستثمار إلى مركز تحكيم واشنطن، وطالبت بالتعويض من هذا الهدم الذي قامت به القوات السيريلانكية.

وبذلك أسست دعواها على اتفاقية استثمار وليس على اتفاق تحكيمي واعتبر المحكمون أنفسهم مختصين وبنوا حكمهم على اتفاقية الاستثمار في غياب واضح لإرادة الطرف الآخر. لتتوالى بعد ذلك أحكام التحكيم الإلزامي ومن أبرزها الحكم الصادر عن مركز واشنطن في 1997/02/21 في النزاع القائم بين شركة A.M.T وجمهورية الزاير (الكونغو الديمقراطية حاليا). ويدور النزاع في كون أن أفراد من جيش الزاير هدموا ونهبوا شبكة معامل عائدات لشركة أمريكية، واعتبر المحكمون أنفسهم مختصين للنظر في النزاع على أساس اتفاقية حماية الاستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الزاير، وقد ورد في الحكم "بالعودة إلى المدة 25 الفقرة الثانية من الاتفاقية" التي تحيل خلافاً الاستثمار على مركز واشنطن، تبين بوضوح أن الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الزاير قد توافقتا على أن الخلافات مثل تلك المعروضة على المحكمة التحكيمية يمكن عرضها أمام مركز تحكيم واشنطن، الذي أنشأته اتفاقية حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، ليكون كل طرف من جهته قد وافق على اختصاص مركز واشنطن ولكن هذه الموافقة ليست آلية لكل الخلافات، ذلك أن الأطراف المعنيين بالنزاع (أي الدولة ومواطني الدول الأخرى) يبقيان أسياذ إجراءات المحاكمة التي ستطبق لحل الخلاف الناشئ. ويتبين أن شركة AMT أرادت إتباع إجراءات تحكيم اتفاقية حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، وعبرت عن ذلك بدون أي التباس، هذه الإرادة حين تنضم إلى إرادة جمهورية الزاير المعبر عنها في اتفاقية الاستثمار يتم تلاقي الإرادتين فيكون التراضي الذي هو الشرط الأساسي لصحة مواجهة المراكز التحكيمية ويكون التراضي قد تم وانطبق.³⁰¹

301- للمزيد حول هذه القرارات أنظر عبد الحميد الأحذب، قراءة نقدية...، م س، ص 106 وما يليها. تبقى الإشارة إلى أن هذه الظاهرة لم تتوقف في حدود مركز واشنطن إذ انتقلت للأسف إلى مركز تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس الذي أصبح يعتبر نفسه هو الآخر مختصاً للنظر في خلاف الاستثمار لمجرد أن اتفاقية حماية الاستثمار معقودة بين دولة مضيفة للاستثمار ودولة المستثمر، وبمجرد أن هذه الاتفاقية أشارت إلى أن الخلافات تحل بواسطة تحكيم غرفة التجارة الدولية. وفي غياب أي اتفاق تحكيمي يحيل تحكيم غرفة التجارة الدولية أو إلى تحكيم اتفاقية حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى. وأخذت الأحكام ضد الدول المضيفة للاستثمار تتكاثر برغم اعتراض هذه الدول لهذا النوع من التحكيم الإلزامي الذي ليس فيه أي تراض أو اتفاق بين الطرفين. والنص الذي صار أساساً للتحكيم الإلزامي والذي يرد عادة في اتفاقات الاستثمار يتمثل في: "أن الطرفين الموقعين يعطيان الحق لكل مستثمر من أي الجهتين بتقديم مراجعة تحكيمية أمام المركز الدولي لحسم الخلافات في موضوع الاستثمار، في حالة لم يعالج هذا الخلاف في مهلة ثلاثة أشهر." وهذا هو النص النموذجي الذي اعتمدته اتفاقيات حماية الاستثمار بالنسبة للإحالة إلى تحكيم اتفاقية حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أو الإحالة إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية. فتحولت بذلك مراكز التحكيم الأوروبية والأمريكية (غرفة التجارة الدولية، ومركز واشنطن) إلى محاكم قضائية من نوع جديد لا تعترف سوى بتهميش التراضي في التحكيم التجاري الدولي.



و من خلال هذه القرارات يتضح أن اتفاقيات حماية الاستثمار التي تخضع خلافات الاستثمار عادة إما لتحكيم مركز واشنطن، المرتبط باتفاقية حسم منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، أو إلى نظام تحكيم اليونسترال، أو إلى مركز تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، وهو ما يعني أن الدولة المضيفة للاستثمار أصبحت ملزمة بالتحكيم ولو لم توقع أي اتفاق تحكيمي، وأن الخيار الجديد المعطى للمدعى بين تحكيم اليونسترال أو تحكيم مركز تحكيم واشنطن أو مركز تحكيم باريس التابع لغرفة التجارة الدولية، أما القول بارتكاز التحكيم التجاري الدولي الحديث على مبدأ سلطان الإرادة فلم يعد له مجال أمام هذه المراكز الذي أصبح همها الوحيد هو خدمة مصالح الشركات الاستثمارية العالمية العملاقة على حساب مصالح و ثروات الدول النامية، دون الاكتراث بما تقوم عليه مؤسسة التحكيم من مبادئ ومرتكزات.

المطلب الثاني: بروز ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم المؤسساتي

لقد ساهم الوضع الجديد للتحكيم التجاري الدولي المنظم أو المؤسسي في قلب العديد من المبادئ القانونية "رأساً على عقب" والتأثير عليها بشكل ينزع للتحكيم أبرز مقوماته ومميزاته، فبعدما كانت مؤسسة التحكيم المجال الخصب لمبدأ سلطان الإرادة، أصبحنا اليوم - وكما تمت الإشارة إلى ذلك أعلاه - أمام نوع جديد من التحكيم خصوصاً في المنازعات الاقتصادية والتجارية الدولية، لم يعد يول اعتباراً لحرية المتعاقدين، وإنما يساهم في تهميشها وتقليص مجالها. فما إذن العوامل التي ساهمت في بروز ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم التجاري الدولي؟ (الفقرة الأولى) وكيف السبيل لتجاوزها والتصدي لها؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أسباب ومظاهر بروز ظاهرة تهميش الرضا

في التحكيم التجاري الدولي:

لقد كانت وراء بروز ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم التجاري الدولي العديد من الأسباب لحل من أهمها اختلاف الإيديولوجيات والقناعات للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، ناهيك عن التباين الواضح والصارخ في مصالحهم ورغبة كل طرف في حماية معاملاته



وتطوير تجارته على حساب الطرف الآخر مستغلا في ذلك ضعفه وحاجته الاقتصادية، فكانت النتيجة المنطقية لهذا تقليص مجال أعمال مبدأ سلطان أمام الهيئات الدولية للتحكيم.

هذه الظاهرة تتجسد ملامحها في العديد من الأمور التي استجبت على التحكيم التجاري الدولي والتي زادت انتشارا في الآونة الأخيرة. فبالإضافة إلى التحكيم بدون وجود اتفاق - والذي سبق الإشارة إليه أعلاه - والذي يعد من أبرز مظاهر تهميش حرية الأطراف، هناك مثال ودليل آخر يجسد هو الآخر هذه الظاهرة ويتمثل في توسيع اختصاص الهيئات التحكيمية، وذلك سواء وجد اتفاق للتحكيم أم لم يوجد، حيث يطال التهميش إرادة الدولة في اللجوء إلى التحكيم لتسوية نزاعاتها الاستثمارية، نتيجة توسيع المراكز والهيئات التحكيمية لاختصاصها خارج النطاق الزمني، والنوعي لاتفاقيات الاستثمار.

- فبخصوص توسيع النطاق الزمني للمؤسسات الدولية للتحكيم فإن هذا الأمر يتضح في عدة قضايا تحكيمية، ومن أبرزها القضية التي عرضت على مركز CIRDI والتي تتعلق بنزاع بين شركة هوليداي اينس (Holiday Inns) ضد المملكة المغربية،³⁰² ففي هذه القضية لم يكن الأمر متعلقا بتحكيم بدون اتفاق، لأن الطرفين وقعا وبصورة فعلية اتفاقا خاصا بالتحكيم سنة 1966، لكن الإشكال الذي طرح هو أنه في تلك الفترة لم يكن البلد ينتمي إليه فرع (هوليداي) طرفا في معاهدة واشنطن، حيث قام المغرب بالمنازعة في صفة "رعية دولة أخرى" التي استندت عليها شركة (هوليداي اينس)، باعتبار أن هذه الصفة تقدر وقت الاتفاق على التحكيم وليس وقت نشوء النزاع، لكن الهيئة التحكيمية رفضت التفسير الذي ذهب إليه المغرب مفضلة تفسيرا أكثر مرونة وتوسيعا للمادة 25 وقررت بأن الوقت الذي يعتد به ليس هو تاريخ تبادل الرضا وإنما التاريخ الذي تحقق فيه الشرط الذي الواقف لأثار الاتفاقية، وهو في قضية الحال تاريخ انضمام سويسرا للاتفاقية وهو يونيو 1966. ومنذ ذلك التاريخ يعتبر هذا الشرط

302- حيث وقع المغرب على اتفاقية واشنطن بتاريخ 1965/10/11 وصادق عليها بتاريخ 1966/10/13 بموجب المرسوم الملكي رقم 564-566 الجريدة الرسمية عدد 2820 ص 1228 وقد دخلت حيز النفاذ إيه يوم 1967/06/10.



مستوفيا كلما كان هناك انضمام سابق عن تحريك المركز للفصل في المنازعة ومهما كان تاريخ التوقيع على اتفاق التحكيم³⁰³.

- أما بخصوص توسيع النطاق المادي، فقد ساهم عدم تعريف واضعو اتفاقية واشنطن للاستثمار، إلى اتساع معنى ونطاق هذا الأخير واعتباره مرنا قابلا ليشمل جميع الأشكال العصرية التي يتخذها الاستثمار دون تحديد لضوابط يمكن الاعتماد عليها فيها الصدد. فنجم عن ذلك أن اتفاق التحكيم أن وجد -لأن الأمر في غالب الأحيان أصبح يتعلق في إطار الاستثمار بتحكيم بدون اتفاق خاص- ينتج أثاره خارج نطاقه المادي، وبتعبير آخر خارج الاختصاص النوعي للمركز، وهذا ما يظهر بشكل جلي في قضية (ساليبي كونستروكتور و إيطالسترا) ضد المملكة المغربية.³⁰⁴ والتي جاءت وقائعها كالآتي: ففي سنة 1994 قامت شركة الطرق السيارة بالمغرب بطرح مناقصة دولية لبناء طريق سيار يربط بين مدينتي فاس والرباط، وفي السنة الموالية 1995 تم منح الصفقة لشركتين إيطاليتين، لكن نظرا للتأخير الذي عرفته الأشغال فقد رفضت شركة الطرق السيارة بالمغرب أداء مجموع المبالغ المالية التي تشبثت الشركتين الإيطاليتين بأحقية تسلمها، وفي شهر يونيو 2000 قرر الطرف الإيطالي اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية منازعات المتعلقة بالاستثمار، مع ارتكاز طلب التحكيم على المقتضيات أو الاحكام المتعلقة بفض المنازعات المتعلقة بفض المنازعات التي تتضمنها اتفاقية حماية وترقية الاستثمار الموقعة بين المغرب وإيطاليا سنة 1990.

ومن بين الدفوع التي أثارها المغرب أن الأمر لا يتعلق باستثمار بالمعنى الحقيقي للكلمة، كما أنه لم يبين على خرق لمقتضيات الاتفاقية الثنائية للاستثمار، وإنما يعتبر مجرد انتهاك لعلاقات تعاقدية بين الأطراف الإيطالية والشركة المغربية، لكن المحكمة التحكيمية ارتأت أن الأمر بالفعل يتعلق بالاستثمار، وذكرت أن الفقه يعتبر عموما بأن الاستثمار يفترض مدة من الزمن من حيث إنجاز المشروع والمشاركة في المخاطر للصيقة به، وكذلك المساهمة

303 - للمزيد أنظر: مصطفى تراري، ظاهرة تهميش الرضا في التحكيم التجاري الدولي " في التجارة الدولية عموما وفي مجال الاستثمار بوجه خاص" مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 04 / 2009، ص 30 وما بعدها.

304- محمد الزر والي، ورقة حول قرار المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في قضية ساليبي وإيطالسترا ضد الحكومة المغربية، المجلة المغربية للمنازعات القانونية العدد 1 - 2004، ص 71 وما يليها.



في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، كما يتضح ذلك من خلال ديباجة اتفاقية واشنطن وهو ما اعتبرته متوافرا في قضية الحال.

أما من حيث كون الحكومة المغربية في دفعها تشبثت بكون شركة الطرق السيارة بالمغرب شركة خاصة وليست مؤسسة عمومية أو وحدة مراقبة من قبل الدولة المغربية، فقد جاء ذلك في منطوق الحكم في هذا الخصوص أنه ورغم اعتبار المحكمة الشركة المغربية مؤسسة عمومية لأن الدولة المغربية مالكة لأسهمها بنسبة 80 في المائة، ومسيرة من طرفها، وأن هذه الشركة تتكفل بمهام وأنشطة تكتسي طابع المرفق العام، إلا أن الهيئة التحكيمية لم تقض باختصاصها بالنظر للخروقات التي تضمنتها مقتضيات الاتفاقية المغربية الإيطالية وعقد الاستثمار الذي تكون فيه الدولة طرفا مباشرا. حيث أن المراكز لا يعتبر نفسه مختصا في الإدعاءات أو القضايا العقدية التي طرفها المباشر مع المستثمر عقد الاستثمار كيانا آخر ولو كان هذا الكيان ملكا للدولة لأنه ليس الدولة ذاتها، رغم أن المركز بالفعل قد أعطى الاختصاص لنفسه إلا أن ما أثار الاستفهام في هذا الخصوص، هو اعتبار تشييد الطريق السيار الرابطة بين مدينتي الرباط وفاس استثمارا ينعقد به الاختصاص للمركز، ففي الوقت الذي كان يجب اعتبار الطريق السيار يدخل في إطار تأهيل البنية التحتية لجلب الاستثمار اعتبر من طرف المركز استثمارا بين دولة وشخص خاص أجنبي.

انطلاقا من كل هذا يتضح وبجلاء التعسف الذي تمارسه المراكز الدولية للتحكيم وخاصة مركز CIRD مع الدول النامية في مجال التحكيم التجاري الدولي، الأمر الذي يستدعي ضرورة تقنين وتنظيم كيفية التحكيم تحت مظلة هذه المراكز وفق ما يضمن لكل طرف حقوقه من جهة ويصون المبادئ والمرتكزات الأساسية للتحكيم.

الفقرة الثانية: التصدي لظاهرة تهميش الرضا

في التحكيم التجاري الدولي

نظرا للمخاطر التي يشكلها تهميش الرضا على مستقبل التحكيم التجاري الدولي وبخاصة على الدول النامية أو ما شابهها، فإننا نرى أنه ينبغي للدول العمل على التصدي

وبحزم لهذه الظاهرة في مجال التحكيم بفرض شكليات صارمة يجب أن يتم بها اتفاق التحكيم خصوصا في التحكيم الدولي، والوقوف في وجه التحكيم بدون اتفاق.

كما ينبغي كذلك للدول استغلال بعض المقتضيات التي جاءت في اتفاقية واشنطن والتي تسمح للدولة المنظمة إليها أثناء المصادقة عليها أو في وقت لاحق إخاطر المركز بتقليص اختصاصه حتى لا يشمل كل القضايا أو يستثنى البعض منها، وهذا ما تنص عليه المادة 4/25 من هذه الاتفاقية والتي جاء فيها: "يجوز لكل دولة متعاقدة - عند التصديق أو القبول أو اعتماد هذه الاتفاقية أو في أي وقت لاحق لذلك - أن تخطر المركز بنوع أو أنواع النزاع التي ترى عرضها أو عدم عرضها طبقا لاختصاصات المركز. ومن ثم يتعين على السكرتير العام عرض هذا الإخطار على كافة الدول المتعاقدة ولن يشكل هذا الإخطار الموافقة المطلوبة في الفقرة (1)" وهو ما تنبّهت له بعض الدول كالمملكة العربية السعودية مثلا فيما يخص المجال البترولي، ودولة الصين الشعبية التي لا تقبل اختصاص مركز CIRD إلا في القضايا التي تتعلق بالتعويض عن التأميم أو نزع الملكية، فيما عملت بعض الدول على استثناء بعض أشكال الاستثمار في قوانينها الداخلية بصورة مباشرة عن طريق منع اللجوء إلى التحكيم فيها، ومن بين الدول نجد دولة الجزائر التي بالإضافة إلى منع الاستثمار المباشر في مجال المحروقات وتفضيل عقود الشراكة، منعت التحكيم في المادة 63 من القانون رقم 89-14 المؤرخ في 19 أكتوبر 1989 كلية في هذه العقود، سواء تعلق الأمر بالعقد الذي يربط شركة سونا طراك بالمتعامل الأجنبي أو العقد الذي يربط المتعامل الأجنبي بالدولة الجزائرية. لكن التعديل الذي أتى به قانون 4 دجنبر 1991، الذي ألغى برتوكول العقد الذي تبرمه سونا طراك مع المتعامل الأجنبي لموافقة الحكومة وأجاز التحكيم فيه، بينما أبقي على المنع في العلاقات مع الدولة، مما يعني عدم الاحتجاج باتفاقية واشنطن أو أي اتفاقية أخرى تحيل على المركز لإجبار الدولة الجزائرية للتحكيم أمام المركز حينما يتعلق الأمر باستثمار فيما يسمى بنشاطات المنبع أي البحث والتنقيب على المحروقات.



الفصل الثاني:

إرادة المحكم والنظام العام في التحكيم التجاري الدولي الحديث

إلى جانب التأثير السلبي للعقود النموذجية والنمطية ومعها كذلك المراكز الدولية للتحكيم على مبدأ سلطان الإرادة، حيث تؤدي - كما مر بنا - إلى التقليل من حرية الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية التي تكون معدة ومنظمة سابقا، فإن إرادة المحكم الدولي تساهم أيضا في ضمور مبدأ سلطان الإرادة والتضييق من مجالات إعماله، لا سيما في الحالة التي يغفل فيها الأطراف تنظيم إجراء معين في الدعوى التحكيمية، حيث هنا يتمتع المحكم بحرية في تحديده.

هذا بالإضافة إلى القيود التي يفرضها الوافد الجديد على التحكيم التجاري الدولي والذي يتمثل في النظام العام عبر الدولي والذي أريد به حماية مصالح المجتمع الدولي ومصالح التجارة الدولية، هذا الوافد وبالنظر إلى الأفكار العامة والشاسعة التي ينبني عليها، يجعل مبدأ سلطان الإرادة مقيدا بعدم المساس بها، كما يعتبر هذا النظام أداة بيد المحكم الدولي يدفع بها في كل حالة يستبعد فيها ما اتفقت عليه إرادة الأطراف لا سيما القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي باعتباره العنصر البارز في تنظيم العملية التحكيمية.

فما هي إذن أوجه حرية وإرادة المحكم الدولي في التحكيم التجاري الدولي؟ وتحت أي غطاء يستتر عند تضييقه لحرية الأطراف؟ وما المقصود بالنظام العام الدولي الطليق أو عبر الدولي؟ وأي وظائف يؤديها في سبيل حمايته للتجارة الدولية وللمتعاملين في حقها؟ وكيف تقبله الفقه المتهم بالتحكيم، وطبقه القضاء الوطني والهيئات التحكيمية؟.

للإجابة عن هذه التساؤلات، والوقوف على حقيقة التضييق الذي يمارسه المحكم الدولي على حرية الأطراف، والتأثير السلبي للنظام العام عبر الدولي، سنحاول دراسة تلك السلطة الواسعة الممنوحة للمحكم في مجال النزاعات التجارية الدولية تجاه القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، سواء بتحديد حالة انتفاء إرادة الأطراف، أو باستبعاد القانون الذي حدده مبدأ سلطان الإرادة مع تبيان مبررات ذلك الاستبعاد (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك الحديث عن النظام العام وتأثيره على حرية الأطراف (المبحث الثاني).



المبحث الأول: توسيع سلطة المحكم الدولي تجاه القانون الواجب التطبيق

إذا كان الأصل في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي يرجع اختصاصه لأطراف النزاع و ذلك إما بشكل صريح أو ضمني - كما سبقت الإشارة إلى ذلك³⁰⁵، فإنه إذا لم يتفق الأطراف على ذلك تتولى الهيئة التحكيمية تحديده سواء تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي³⁰⁶، أو بالتحكيم الدولي. وما يهمنا في هذا الصدد هو التحكيم التجاري الدولي والذي لا يختلف كثيرا في السلطة الممنوحة للمحكم الدولي عن التحكيم الداخلي، وهنا ينص المشرع المغربي في الفصل 44-327 من ق 05-08 على أنه: "... وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقا للقواعد التي تراها ملائمة". وهو ما نصت عليه كذلك معظم التشريعات المقارنة، كالتشريع الفرنسي مثلا، حيث تنص المادة 1511 من ق م م ف (المرسوم 2011/48)، والمتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه:

"Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties sont choisies, ou à défaut, conformément à celles qu' il estime appropriées..."

وانطلاقا من هذه النصوص القانونية فإن المحكم الدولي يتمتع بحرية واسعة في تطبيق القواعد الملائمة للنزاع التحكيمي حينما تغيب إرادة الأطراف في هذا الصدد، ويستوي في ذلك أن تكون هذه القواعد عادات وأعراف التجارة الدولية، أو المبادئ العامة في القانون، أو غيرها من القواعد، كل ما في الأمر أن تكون مناسبة مع طبيعة النزاع التحكيمي³⁰⁷.

³⁰⁵ - راجع ما تمت الإشارة إليه في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة، عند الحديث عن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

³⁰⁶ - أنظر نص الفصل 18-327 من ق 05-08.

³⁰⁷ - حول الحرية الممنوحة للمحكم الدولي تجاه القانون الواجب التطبيق راجع: *علي تيريتي، المحكم الدولي ما بين القواعد القانونية الوطنية والقواعد الدولية (القانون الواجب التطبيق)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007. *صوفية دينار، السلطة التقديرية للمحكم الدولي إزاء القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2006-2007 ص 10 وما يليها.

وإذا كانت هذه الحالة التي يغيب فيها اتفاق الأطراف، وتتدخل الهيئة التحكيمية لتحديد تلك القواعد لا تثير أي إشكال وليس فيها أي تضيق لمبدأ سلطان الإرادة، بل يجسد التعاون والمساعدة التي تتبغى أن تسود بين أطراف التحكيم والهيئة التحكيمية في سائر مراحل العملية التحكيمية قصد الإسراع بحل النزاع التحكيمي في أسرع وقت وبأقل مجهود، فإن الحالة التي تثار بصدها العديد من علامات الاستفهام في نزاعات التحكيم التجاري الدولي هي تلك التي يتفق بخصوصها الأطراف على قانون معين واجب للتطبيق على الموضوع، ويقوم المحكم الدولي بالرغم من ذلك باستبعاده لصالح قواعد أخرى، فهنا يطرح التساؤل على أي أساس يعتمد المحكم الدولي لاستبعاده هذا القانون؟ وأي تأثير لهذا على فعالية التحكيم التجاري الدولي وعلى مصداقيته؟ لا سيما وأن هذه السلطة التقديرية التي أصبح يتمتع بها المحكم الدولي تتعارض مع مبدأ حرية وإرادة الأطراف في تنظيم خصومتهم التحكيمية؟

إذن فدراسة هذا المبحث، ستكون بالتطرق لبعض مظاهر أعمال المحكم الدولي للحرية الممنوحة له في تحديد القانون الواجب التطبيق، وهنا سنقتصر فقط على دراسة واحد من أهم المظاهر والمتمثل في اختيار المحكم الدولي للقانون التجاري الدولي، على اعتبار أن هذا الأخير يستجمع المتعارف عليها دوليا في المنازعات التجارية من مبادئ وأعراف تجارية وغيرها (المطلب الأول) على أن نتطرق بعد ذلك لأثر إطلاق حرية المحكم الدولي على مبدأ سلطان الإرادة من خلال بعض السوابق التحكيمية التي تجاهل فيها المحكم الدولي قانون إرادة الأطراف وتم تعويضه بقانون إرادته (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تطبيق المحكم الدولي للقانون التجاري الدولي (عادات وأعراف التجارة الدولية)

يتمتع المحكم الدولي بحرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي حالة غياب إرادة واتفاق الأطراف على ذلك³⁰⁸، حيث لم تلزمه التشريعات

308 - تبقى الإشارة إلى أن هناك أيضا العديد من الحالات التي يمكن أن يلجأ فيها المحكم الدولي إلى تطبيق قواعد التجارة الدولية، من ذلك مثلا حالة وجود نقص في القانون الوطني المختار من الأطراف، إذ يلجأ المحكم الدولي إلى هذه القواعد لسد هذا النقص، وكذلك في حالة تفويضه بالصلح، إذ قد يعتمد المحكم الدولي وفي سبيل بحثه عن حل عادل للنزاع التحكيمي المعروض عليه، تطبيق هذه القواعد. للمزيد حول حالات تطبيق المحكم الدولي لقواعد التجارة الدولية راجع: - الحسين مقبوب، م س، ص 88 وما بعدها. - حسني المصري، المرجع السابق، ص 371 وما بعدها.



الوطنية والدولية في هذا الصدد إلا بضرورة ملائمة القانون الذي سيختاره مع طبيعة النزاع التحكيمي كما سبقت الإشارة إلى ذلك. و هنا فالمحكم الدولي إما أن يختار البحث عن هذا القانون بإعمال قواعد التنازع، أو باللجوء مباشرة إلى قانون دولة معينة، أو يقع اختياره على قواعد القانون التجاري الدولي من عادات وأعراف للتجارة الدولية.

إلا أنه وبالرجوع إلى طبيعة نزاعات التجارة الدولية التي تأبى التعقيد وتروم السرعة في الإجراءات والحلول المرنة، نجد أن المحكم الدولي غالبا ما يبتعد عن سلوك طريق قواعد التنازع التي لا تخدم بتاتا مصالح التجارة الدولية³⁰⁹، ويتغاضى عن تطبيق القوانين الوطنية في بعض الأحيان. وبالتالي فكثيرا ما تتجه إرادته إلى اختيار قواعد القانون التجاري الدولي وأعراف وعادات والتي يصطلح عليها بـ "lex Mercatoria"³¹⁰ كقواعد واجبة التطبيق على نزاعات التحكيم التجاري الدولي، لا سيما وأن شرط الملائمة يكون متوفرا في هذه القواعد لارتباطها الوثيق بالتجارة الدولية، زد على ذلك أن مختلف النصوص الدولية والوطنية أجازت

³⁰⁹ - ذلك أن أطراف المعاملات التجارية الدولية يرغبون في التخلص من قواعد الإسناد والتنازع، لأنها قواعد غير مباشرة، وغير محددة المضمون، وتستخدم عمليات معقدة وطويلة وشاقة، وقد تكون حلقتها فارغة ويصعب معها تحديد قانون للتطبيق، أو تعين هذه القواعد في الأخير قانون وطني، قد لا يتناسب إطلاقا مع نزاعات التجارة الدولية، وهذا ما دفع بالفقيه بروسية إلى وصف هذه القواعد بأنها: "مستتق كئيب يسكنه علماء غريبو الأطوار يدرسون مسائل غامضة مستخدمين تعبيرات ومصطلحات تستعصي على الفهم". وعلى غرار أطراف التحكيم يصعب على المحكمين أيضا تطبيق هذه القواعد التي تؤدي غالبا إلى المجهول، وخاصة إذا كان المحكمون لا يتوفرون على كفاءة تؤهلهم لفك رموزها وتطبيقها أحسن تطبيق. للمزيد أنظر:

- محمد بن عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 1997-1998، ص 149 وما يليها.

- جميلة أوحيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية الرباط السنة الجامعية 2004-2005، ص 38 وما يليها.

³¹⁰ - لقد بدأ استعمال مصطلح "Lex Mercatoria" في مجتمع التجارة الدولية في فرنسا، بإشارة استخدمها الأستاذ " V.R. RAULT" في مقالة نشرت له في عام 1930، على أن أول خطوة في تعميم استخدام واستعمال هذا المصطلح، كانت في سنة 1961 بموقف جري يحسب للفقيهين (René SAVATIER) و (J.M. LELOUP).

راجع في هذا الصدد: خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى 2002، هامش، ص 263.

وللمزيد حول تاريخ ظهور قواعد وعادات وأعراف التجارة الدولية راجع:

* ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1975.

- Goldman (Berthold): « La Lex Mercatoria et Arbitrage International » revue de l'arbitrage, 1983. Page 448 et suivante.
- Goldman (Berthold): « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage international : réalité perspective » Clunet 1979. Page 15 et suivante.
- Filali OSMAN: "les principes généraux de la lex Mercatoria-contribution à l'étude d'un ordre juridique anational, thèse Bourgoe, édition LGDJ 1992 page 272 et suivante.



للمحكم تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية، ومن ذلك مثلا ما نص عليه أيضا المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من الفصل 44-327 من ق 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الدولي حيث جاء فيها: "في جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية، بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربطه بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة" وأكد كذلك المشرع الفرنسي في المادة 1511 من ق م م ف في فقرتها الأخيرة على أنه:

"...Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce."

وهكذا فالمحكم الدولي يميل إلى فض النزاع على ضوء هذه الأعراف والقواعد الدولية، لأنها مستقلة عن القوانين الوطنية التي ثبت عجزها عن مسايرة التجارة الدولية، كما أنها تريحه من مشاكل منهج تنازع القوانين. وهنا يطرح التساؤل عن المقصود بقواعد القانون التجاري الدولي؟ وأي خصائص يمتاز بها هذا القانون؟ ثم ما هي مصادره؟ والأساس الذي يعتمد عليه المحكم في تطبيقها؟

الفقرة الأولى: خصائص قواعد التجارة الدولية

لقد عرف بعض الفقه قواعد التجارة الدولية بأنها "مجموعة من القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص المتعلقة بالتجارة على المستوى الدولي، تنظيما مباشرا مستقلا عن أي نظام ينتمي لقانون وطني لدولة معينة"⁽³¹¹⁾، وهو نفس التعريف الذي تضمنه تقرير الأمم المتحدة لسنة 1968 بمناسبة إنشاء لجنة القانون التجاري الدولي حيث جاء فيه بأن المقصود بهذه القواعد "مجموعة من القواعد التي تحكم العقود التجارية الدولية التابعة إلى القانون الخاص والتي ترتبط بدول مختلفة"⁽³¹²⁾.

انطلاقا من هذه التعاريف يتبين لنا أن قواعد التجارة الدولية تتميز بالعديد من الخصائص تميزها عن غيرها من القواعد القانونية الأخرى. و سنقف (أولا) عند خصائصها الذاتية، ثم بعد ذلك سنحاول تبيان خصائص القاعدة المشكلة لقانون التجارة الدولية (ثانيا).

³¹¹ - تعريف للأستاذ منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والخارجي، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1997 ص38. حول هذه القواعد انظر: أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية أو "القانون التجاري الدولي" LEX MERCATORIA، مقل منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1991، ص 31 وما يليها.

³¹² - أنظر في هذا الصدد، خلاف فاتح، المرجع السابق، ص. 58.



أولاً: الخصائص الذاتية لقواعد التجارة الدولية

تتميز القواعد الموضوعية للتجارة الدولية عن القانون بشكل عام بخصائص ذاتية تتمثل في تعدد تكوينها ونشأتها تلقائياً ثم كونها قواعد خاصة بالتجار.

1- قواعد متعددة التكوين و المواضيع:

تتميز القاعدة الموضوعية للتجارة الدولية بتركيبية متعددة، بحيث تشمل على كل من العادات والأعراف التجارية والمهنية والمبادئ العامة للقانون في آن واحد⁽³¹³⁾.

وإذا كانت نفس هذه القواعد توجد في القوانين الوطنية، فإنها تتميز عنها من ناحية تطبيقها وصفتها، فمن الناحية التطبيقية يطبق القاضي الوطني هذه القواعد بشكل تدريجي، القانون أولاً، ثم إذا لم يجد فيه حلاً لجأ إلى العرف وبعده المبادئ العامة، أما المحكم فيمكنه تطبيق هذه المبادئ في آن واحد ليخلق قانوناً ملائماً للتجارة الدولية، أما من ناحية الصفة فتتمثل في تحول صفة هذه القواعد من الوطنية إلى العالمية لتندمج في قانون التجارة الدولي الجديد.

هذا بالإضافة إلى أن قانون التجارة الدولية متعدد المواضيع، لأنه يمس جميع المعاملات التجارية الدولية و عامل استقرار للأعمال العابرة للحدود، و من بين المواضيع التي ينظمها والتي صيغت في شكل اتفاقيات الدولية نذكر منها مثلاً:

- اتفاقية النقل البحري للبضائع الموقعة بهامبورغ سنة 1978 .

- الاتفاقيات الدولية بشأن الكمبيالات الدولية و السندات الادنية الدولية التي أقرتها التي

أقرتها لجنة الأمم المتحدة في اجتماعها بفيينا سنة 1978.³¹⁴

2- قواعد من التجار وإلى التجار:

إن قواعد التجارة الدولية، هي نتاج تطور مجموعة من الممارسات المهنية لمجتمع التجارة الدولية، والتي كرستها المنظمات والمؤسسات المكلفة بتقنين هذه الممارسات، والنص

³¹³ - أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازع عقود التجارة الدولية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2001، ص 187.

³¹⁴ - للمزيد حول المواضيع التي تشملها هذه القواعد بالتنظيم أنظر: حسن المولودي، مركز القانون العبر الدولي في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تخصص القضاء و التحكيم، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية/ وجدة/ السنة الدراسية 2008-2009، ص 36 وما يليها.



عليها في مجموعة من الاتفاقيات الدولية وتطبيقها من قبل الهيئات التحكيمية سواء الحرة أو المؤسساتية، وبالتالي فقواعد التجارة الدولية نشأت بصورة تلقائية في وسط تجاري دولي. هاته القواعد التي نشأت بصورة تلقائية في مجتمع التجارة الدولية، جاءت لتحكم وتطبق أيضا على العلاقات التجارية الدولية تطبيقا مباشرا بعيدا عن المنهج التنازعي، مع العلم أن تطبيق هذه القواعد لا يتوقف على صفة القائم بالنشاط التجاري الدولي، ما إذ كان تاجرا دوليا أم لا، وإنما يتوقف على طبيعة النشاط من حيث أنه نشاط تجاري دولي، وذلك اعتمادا على المعيار الموضوعي الذي يعتبر العمل تجاريا دوليا متى تعلق بمصالح التجارة الدولية. إذن فهذه القواعد تنظم العقود والمعاملات العابرة للحدود، ومن هنا يبدو الفرق بين هاته القواعد، وقواعد القانون التجاري الوطني الذي يقتصر عملها على إقليم دولة معينة، بينما تتجاوز فاعلية قواعد التجارة الدولية حدود الدول، وتطبق على علاقات تجرى في إقليم دولتين أو أكثر.⁽³¹⁵⁾

ثانيا: خصائص القاعدة المشكلة لقانون التجارة الدولية

لقد اختلف الفقه حول مدى تمتع قواعد التجارة الدولية بالصفة القانونية، وانقسموا إلى اتجاهين، الأول ينكر الصفة القانونية على هذه القواعد، ويرى بأنها مجرد عادات وممارسات تجارية سائدة لا تتمتع بذاتها بقوة الإلزام والجبر لعدم وجود سلطة عليا تكفل تطبيقها⁽³¹⁶⁾ أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى إضفاء الصفة القانونية على هاته القواعد وينظر إليها كنظام قانوني مستقل وقائم بذاته تخضع له المعاملات التجارية الدولية⁽³¹⁷⁾.

³¹⁵ - راجع في هذا الصدد: - محمد تكمنت، واقع التحكيم التجاري الدولي و آفاق الاستثمار، مداخله ضمن أعمال الندوة الجهوية الرابعة للمجلس الأعلى بمناسبة الذكرى 50 لتأسيسه، المنظمة بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء يومي 18-19 أبريل 2007 سلسلة ندوات المجلس الأعلى خلال سنة 2007 ص 127 وما بعدها.

- طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2005، ص 57 وما يليها.

³¹⁶ - للمزيد حول هذا الاتجاه: راجع عكاشة محمد عبد العال ومن معه، م س، ص 257 وما يليها.

³¹⁷ - وهذا هو الاتجاه الراجح ويمثله العديد من الفقهاء أبرزهم الفقهين Goldman و PHILIPPE FAUCHARD ، حيث يعتبرون قواعد التجارة الدولية نظام قانوني لكنه غير متكامل، ويقول "كولدمان": "بأن تلك القواعد تمثل نظاما قانونيا له استقلاله الذاتي رغم عدم اكتمال قواعد" وفي نفس المعنى يذهب الفقيه "فوشار" حيث يقول: "لا يمكن القول بأن القانون التجاري الدولي يشكل نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق لهذا الاصطلاح..." أي أن هذه القواعد لها صفة قانونية لكل لا تصل إلى مرتبة القاعدة القانونية بالمعنى الدقيق لهذه الأخيرة للمزيد حول هذه الآراء راجع:

- صوفية دينار، م س، ص 52 وما بعدها.

- منير محمد ثابت، أية قيمة قانونية لقواعد وأعراف التجارة الدولية مقال منشور بمجلة المناهج، عدد 2006/10.9، ص 19.

- عكاشة محمد عبد العال و من معه، م س، ص 259 وما بعدها.



ومن المعلوم أن للقاعدة القانونية أربعة خصائص تتمثل في أنها قاعدة اجتماعية، عامة ومجردة، وتحكم سلوك الأفراد وأخيرا قاعدة ملزمة. وبالتالي فيجب البحث عن مدى توفر هذه الخصائص في قواعد التجارة الدولية حتى يمكن القول بأنها قواعد قانونية.

1- مدى توفر صيغة الأمر في قواعد التجارة الدولية

من خصائص القاعدة القانونية أنها توجه سلوك الفرد وتقيده حرصا على مصلحته من جهة ومصلحة الجماعة من جهة أخرى وذلك عن طريق الأمر والنهي، فأى حضور إذن لهذه الخاصية في قواعد التجارة الدولية؟

بالرجوع إلى مختلف القواعد الدولية للتحكيم التجاري نجدها تنص على ضرورة احترام عادات وأعراف التجارة الدولية، من ذلك مثلا المادة 07 من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي تنص: "على المحكم أن يأخذ في جميع الحالات بعين الاعتبار شروط العقد وعادات التجارة"، والمادة 4/28 من القانون النموذجي، وهو الأمر الذي أكدته أيضا مجمل التشريعات الوطنية (المادة 44-327 من قانون التحكيم المغربي، والمادة 1511 من ق م م الفرنسي وغيرهما من التشريعات).

وقد سجل جانب من الفقه الفرنسي على هذه المادة ملاحظتين، الأولى مرتبطة بمكان عادات التجارة التي تكون دائما قابلة للتطبيق كيفما كانت طبيعة القانون الواجب التطبيق ما لم تتجه إرادة الأطراف المشتركة إلى إبعادها، والثانية مرتبطة بطبيعة وجود العادات في التجارة الدولية والتي لم تعد تصور يصعب الدفاع عنه، وهذا ما يظهر بوضوح في هذا النص الذي أجاز للمحكمين تطبيق عادات وأعراف التجارة الدولية حتى في الحالات التي يختار فيها الأطراف صراحة قواعد أخرى ولاسيما القانون الوطني لدولة معينة⁽³¹⁸⁾.

وانطلاقا من كل هذا إذن يتضح وبجلاء الحضور القوي لخاصية الأمر في قواعد التجارة الدولية.

318- راجع مختلف هذه الملاحظات في رسالة الحسين مقبوب، المرجع السابق، ص80.



2- خاصية التجريد والعموم:

بالرغم من الحجج التي استند عليها الاتجاه المعارض والمنكر لإضفاء الصفة القانونية على قواعد التجارة الدولية وخاصة خاصية العموم والتجريد، من قبيل اختلاف هذه القواعد من فرع تجاري إلى آخر ومن مهنة إلى أخرى وأنها -أي هذه القواعد- لا تلزم الأطراف إلا بوصفها شروطا تعاقدية يتم تضمينها في العقود⁽³¹⁹⁾، إلا أن كل ذلك لا ينقص من الصفة القانونية لقواعد التجارة الدولية شيئا، على اعتبار أن هذه القواعد استقر وتواتر عليها العمل بين التجار في معاملتهم الدولية، بالإضافة إلى أنه يكفي لتوافر صفة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية أن توجه إلى المخاطبين بها بصفاتهم وليس بذواتهم حتى ولو كانت قاصرة على فئة أو أخرى من فئات المجتمع الكلي، وهذا هو الشأن دائما في القواعد العرفية المهنية التي يقتصر مجالها على أفراد المهنة دون أن يطعن ذلك في عموميتها وتجريدها⁽³²⁰⁾.

وبالتالي فخاصية التجريد والعموم متوفرة في القواعد الموضوعية للتجارة الدولية بالرغم من كونها تحكم فقط المتعاملين في التجارة الدولية.

3- السلطة والجزاء في قواعد التجارة الدولية:

إذا كان الاتجاه الفقهي الذي ينفي صفة القاعدة القانونية على قواعد التجارة الدولية يعتبر من بين أسانيده افتقاد هذه القواعد لسلطة عليا موحدة تكفل تطبيق هذه القواعد تحت طائلة توقيع الجزاء على مخالفيها، فإن الاتجاه الفقهي الغالب يذهب إلى توفر هذه الخاصية في قواعد التجارة الدولية، على اعتبار أن المشتغلين في التجارة الدولية والمعنيين بهذه القواعد، يملكون مؤسسات عضوية تعمل على إبراز الصفة القانونية لهذه القواعد وكفالة الاحترام لها من خلال ما تفرضه المؤسسات المهنية من جزاءات على المنتهين إليها⁽³²¹⁾.

319- أنظر في هذا الصدد، عكاشة محمد عبد العال، م س، ص 259.

320- للمزيد راجع، أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 169 وما بعدها.

321- راجع في هذا الصدد: - محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية و التطبيق، دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة 2000، ص 101.

- ثروت حبيب، م س، ص 379 وما يليها.

- عكاشة محمد عبد العال، م س، ص 206 وما بعدها.



ناهيك عن عامل السمعة التجارية التي تعتبر أهم رأسمال يراهن عليه التاجر كيفما كانت صفة تجارته، والتي تلزم التجار معنويا بالامتثال لهاته القواعد وذلك تحت طائلة النقص من هذا الرأسمال المعنوي، حيث يصبح التاجر الدولي بخرقه لتلك القواعد محط شك و ريبة داخل حقل التجارة الدولية. هذا دون إغفال الجزاءات المالية كتقديم مثلا كفالة لضمان مصارف التحكيم، بالإضافة أيضا إلى بعض العقوبات التي قد تفرض عليه كالحرمان من بعض الحقوق كتعليق صفة أو حقوق العضوي، ومنعه من ارتياد البورصات و الأسواق العالمية.⁽³²²⁾

هكذا إذن تكون قواعد التجارة الدولية قد استجمعت الخصائص اللازمة لكيان القاعدة القانونية، على أنه يبقى بعد ذلك أن هذه القواعد -وعلى الرغم من الاعتراف لها بالصفة القانونية- لا تمثل نظاما قانونيا متكاملا ومستقلا بذاته لحكم العلاقات الدولية، وإنما أقرب أن تكون غطاء محدود المساحة يكسو مناطق متناثرة من هذا النظام تتزايد يوما بعد يوم، ومن ثم تبقى دائما مناطق مكشوفة في هذا النظام لا مناص من تغطيتها عن طريق القوانين الوطنية، هذه الأخيرة تقوم بدور احتياطي في تنظيم بعض المسائل، من ذلك مثلا مسائل الأهلية أو مسائل تمثيل الأشخاص المعنوية وغيرها⁽³²³⁾.

الفقرة الثانية: مصادر قواعد التجارة الدولية

إن الطبيعة الخاصة للقانون التجاري الدولي و طبيعة النشاط الذي يشكل موضوعا لقواعده تجعله قانونا مستقلا و متعايشا مع باقي القوانين الوطنية، وبالتالي يولد هناك تعاون بين نوعين من المصادر، وهذا التعايش ليس مرده إرادة صريحة لجميع الدول، بل هو تجسيد لواقع يفرض نفسه كظاهرة قانونية جاءت نتيجة تفاعلات و حاجات دولية تتقاطع مع أخرى وطنية. فمن جهة هناك المصدر الوطني لقواعد هذا القانون والذي يعتبر دليلا قاطعا على احتفاظ كل دولة بسيادتها فوق ترابها، وقبولها بقانون عابر للحدود مهمته تنظيم العلاقات التجارية، هذا القبول ترجمته أجهزتها التشريعية والقضائية. و من جهة أخرى هناك المصدر الدولي الذي يوضح دور كل دولة عضو في المجتمع الدولي في إغناء حقل التجارة الدولية،

322 - محمد عبد الله محمد المؤيد، م س ، ص 60 وما يليها.

323- رأي الأستاذ فليب فوشار، أشار إليه عكاشة محمد عبد العال، م س، ص 262.



والوفاء بالتزاماتها تجاهه، وعليه فمصادر قواعد التجارة الدولية تنقسم إلى نوعين، منها ما هو وطني (أولا) ومنها ما هو دولي (ثانيا)

أولا: المصادر الوطنية لقواعد التجارة الدولية

تكمّن المصادر الوطنية لقواعد التجارة الدولية في التشريعات الوطنية (1) والقضاء الوطني (2).

1- التشريعات الوطنية:

لقد نظمت بعض التشريعات الاشتراكية علاقات التجارة الدولية في قوانينها الوطنية، ومنها التشريع التشيكي الصادر في 4 ديسمبر 1984 الذي نظم علاقات الأطراف في عقود التجارة الدولية بشكل مغاير عن القواعد التي تنظم العلاقات في إطار العقود الداخلية، وأيضا التقنين الخاص بالعقود الاقتصادية الصادر عن ألمانيا الديمقراطية سابقا لسنة 1975 والذي تضمن حولا لمشاكل التجارة الخارجية⁽³²⁴⁾، ونفس الشيء أيضا في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال تشريع سمي بالتقنين التجاري الموحد الصادر سنة 1962، وتم العمل به ابتداء من 27 ديسمبر 1964. وكذلك في تشيكوسلوفاكيا حيث نظمت هذه الأخيرة في مدونة التجارة الدولية الصادرة في 1963/12/04 مجموعة من العقود التجارية الدولية في 760 مادة وغيرها من التشريعات الداخلية للدول⁽³²⁵⁾

وهكذا إذن نجد أن أغلب واضعي التشريعات الوطنية تأثروا بالقواعد المتعارف عليها لدى مجتمع التجار فيما يتعلق بالتبادل التجاري والاقتصادي على المستوى الدولي، حيث سعوا إلى تقنين بعض الممارسات المهنية للتجار الدوليين في نصوص قانونية وطنية لمواجهة مشاكل التجارة العابرة للحدود، وفي نفس الوقت ترغب العديد من الدول من وراء هذا التقنين إعطاء هامش من الحرية للمتعاملين في ميدان التجارة الدولية، والعمل على ربط العلاقات الاقتصادية مع باقي الفاعلين الاقتصاديين الدوليين، قصد تحقيق الازدهار والتنمية الاقتصادية.

324- الحسين مقبوب، م س، ص 84.

325 - للمزيد حول تنظيم التشريعات الوطنية لقواعد التجارة الدولية أنظر:

* محمد عبد الله المؤيد، م س، ص 198.

* Yvon LOUSSOYARN, Pierre BOUREL et PASCAL : « droit international privé » 8eme édition, Dalloz 2004, page 68 et suivante.



2- القضاء الوطني:

يبرز دور القضاء الوطني في مجال التجارة الدولية، فيما يقوم به من تكريس لقواعد التجارة الدولية بمناسبة البت في المنازعات التجارية الدولية، بل وقد يساهم في تطويرها من خلال الاجتهاد في المنازعات التي تفتقد إلى الحلول في قواعد قانونية محددة في تشريعه الوطني من أجل تجاوز قصور هذا التشريع. ونشير في هذا الصدد إلى دور القضاء الفرنسي في إقرار مجموعة من القواعد ذات الأهمية البالغة، من ذلك مثلاً قاعدة استقلال شرط التحكيم في قضية "GOSSET"، حيث قضت في حكمها الصادر بتاريخ 7 ماي 1963 بأن اتفاق التحكيم الدولي سواء أبرم منفصلاً أو تضمنه التصرف القانوني المتعلق به يتمتع دائماً باستقلال قانوني تام دون أن يتأثر بأي بطلان محتمل للتصرف القانوني⁽³²⁶⁾.

وتوالت أحكام محكمة النقض الفرنسية لتأكيد وترسيخ هذه القاعدة بدون تحفظ، ومن ذلك مثلاً حكمها الصادر في قضية ما يعرف بـ (IMPEX) في 18 ماي 1971 والذي قضت فيه بأن بطلان العقد الأصلي لعدم مشروعيته حسب الغش لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم والذي يتعين النظر إليه استقلالاً⁽³²⁷⁾.

كما كان لمحكمة النقض الفرنسية أيضاً دور بارز في ترسيخ قاعدة أهلية الدولة ومؤسساتها في اللجوء إلى التحكيم الدولي وذلك في قضية « GALAKIS »، وتعود وقائع هذه القضية لعقد مبرم بين الدولة الفرنسية و جهاز أجنبي وقد تضمن العقد شرط التحكيم يسند الاختصاص في حالة نشوء النزاع بين الطرفين إلى هيئة تحكيمية في لندن، نشأ نزاع حول تنفيذ العقد فصدر على إثره قرار لفائدة جهاز السفينة حصل على أمر بتنفيذه في القضاء الفرنسي، إلا أن السلطات المحلية للدولة الفرنسية اعترضت على ذلك متمسكة ببطلان شرط التحكيم على أساس أن القانون الفرنسي يمنع الدولة من اللجوء إلى التحكيم استناداً إلى المواد 83 و 1004 من قانون المسطرة المدنية. لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت الطعن الموجه ضد قرار

326- تمت الإشارة إلى هذه القرارات من طرف : محمد طه مسكوري، دور التحكيم في خلق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس-السويسي- كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2007-2008، ص 21.

327- قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية أشارت إليه، صوفية دينار، م س، ص 55.



محكمة استئناف باريس الصادر في 1966/02/21، وقررت بذلك صلاحية شرط التحكيم مستندة إلى أن التحريم الوارد بالمواد السابقة لا يسري إلا على الاتفاقيات ذات الطبيعة الداخلية و بعد ذلك توالى الأحكام مكرسة نفس الاتجاه³²⁸.

ثانيا: المصادر الدولية لقواعد التجارة الدولية

إن المصادر الدولية لقواعد التجارة الدولية كثيرة ومتعددة، وسنحاول في هذا المقام الوقوف على أهم هذه المصادر كما يلي:

1-الأعراف والعادات التجارية الدولية

تعتبر القواعد القانونية ذات الأصل العرفي من القواعد الجوهرية لما يسمى نظام القواعد الموضوعية التجارة الدولية إلى درجة أن معظم المقتضيات المنظمة لسلطة المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي تلزم المحكم بأخذ الأعراف التجارية بعين الاعتبار عند البحث عن حل للنزاع المطروح أمامه⁽³²⁹⁾.

ويتميز العرف عن العادة بتوفره على عنصر الإلزام المعنوي في أوساط تجارية معينة دون حاجة للنص عليه صراحة في قانون أو نظام، وهناك من الفقه⁽³³⁰⁾ من يعتبر أن العرف إذا تم تطبيقه وتكريسه من طرف القضاء أو التحكيم يتحول إلى قاعدة قانونية كاملة العناصر أي متوفرة على العنصر المعنوي وعلى العنصر المادي.

أما العادات فتتميز بصبغتها المادية أي وجودها كتصرفات مألوفة داخل طائفة معينة، وغالبا ما تكون خاصة بكل مهنة أو فرع من فروع التجارة الدولية، فهناك العادات

328 - أنظر بخصوص هذا القرار: سعيد البكوري و نرجس البكوري، تطبيق و الأعراف أمام المحكم في المنازعات التجارية الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 04 / 2012 ، ص 68. وكذلك صوفية دينار، م س، ص 56.

329- للمزيد أنظر:

* نرجس البكوري، دور العادات و الأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الدراسية 2007-2008، ص 36 و ما يليها.

* قربي يونس، قواعد وأعراف التجارة الدولية أمام القضاء والتحكيم، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 19 / 2008، ص 65 وما بعدها.

330 - Antoine KASSIS : théorie générale des usages du Commerce, contrats et arbitrage internationaux, édition L.G.D.J, 1984 Page 503 et Suivant



السائدة في مجال تجارة الحبوب وتجارة الحرير والصوف، وتجارة البترول والأسلحة وغيرها⁽³³¹⁾.

إلا أنه بالرغم من أهمية الأعراف والعادات في مجال التجارة الدولية، إلا أنه كثيرا ما ينشب النزاع بسبب تفسير تلك العادات والأعراف التجارية، لذا سعت غرفة التجارة الدولية إلى وضع تفسيرات موحدة للمصطلحات التجارية التي اعتاد جمهور المتعاملين على إتباعها بشكل مطرد، وانتهت غرفة التجارة الدولية من وضع هذه التفسيرات سنة 1936، لتصدر بعد ذلك عدة نشرات كان آخرها نشرة سنة 2015 "Incoterms". والطريقة المتبعة في وضع التفسير هي ذكر المصطلح ثم توضيح ما يشتمله من التزامات بالنسبة لطرفي العقد، وتتعلق الالتزامات التي يحددها التفسير عادة حول ميعاد التسليم ومكانه والمستندات اللازمة للتصدير والاستيراد ومصروفات الشحن والحزم والتغليف والتأمين...إلخ. ومن بين المصطلحات التجارية "Incoterms" نجد مصطلح "F.O.B"، "C.I.F" وغيرها⁽³³²⁾.

2- الاتفاقيات الدولية

تعتبر الاتفاقيات الدولية من أهم مصادر قواعد التجارة الدولية، وترجع هذه الأهمية إلى مكانتها في تأطير النشاط التجاري الدولي من جهة، و قبولها من طرف أغلب الفاعلين

³³¹ - راجع في هذا الصدد :

* محمد طه مسكوري، المرجع السابق، ص22.

* Emmanuel JOLIVET : « Les incoterms » Etude d'une norme de commerce international. Thèse Paris, édition LGDJ 2002. Page 157 et suivante.

* Frédéric EISEMAN : « Usage de la vente commerciale internationale incoterms, aujourd'hui et demain » Collection exporter, édition JURITER. Paris 1980. Page 114 et suivante.

و للمزيد حول العادات والأعراف التجارية راجع:

* عبد الحفيظ ميمون، القانون الموضوعي للتحكيم في مجال المشروعات الدولية الاقتصادية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في انظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007 ص 111 و ما يليها.

* Alan REDFERM, Martin HINTER : « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international » 2eme édition L.G.D.J 1991, Page 99 et suivante.

* Bouzid EL MESSARI : « Les contrats internationaux de transfert autonome de technologie, Thèse Doctorat, faculté de droit, Fès, année Universitaire 1997-1998, Page 283 et suivante.

³³² - أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) الطبعة الأولى الإصدار الأول 2008، ص146.



الاقتصاديين من جهة أخرى، كما أن هذه الاتفاقيات عبارة عن تشريع مشترك تُصاغ نتيجة تشريعات دولية موحدة، واستجابة للروابط الخاصة الدولية الجديدة خاصة منها الروابط العقدية ذات الطابع التجاري الدولي.⁽³³³⁾

هذا بالإضافة إلى أن الاتفاقيات الدولية تقدم حولا بالغة الأهمية للنزاعات الناشئة عن العلاقات التي تنظمها، لذا فغالبا ما يقوم المحكم الدولي بتطبيق القواعد الموضوعية المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات على النزاعات المعروضة على أنظاره، ناهيك عن أنها -أي الاتفاقيات الدولية- تعد من أنجح وسائل التقنين على المستوى الدولي، إذ بواسطة الاتفاقيات الدولية يتم توحيد التعامل الدولي بعيدا عن تنازع القوانين الوطنية⁽³³⁴⁾. إلى غير ذلك من مزايا الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الدولية.

3- السوابق التحكيمية

تعد الأحكام التحكيمية من أبرز المصادر في مجال التجارة الدولية، فالدراسات والأبحاث في ميدان التحكيم وخاصة في أوربا تتأثر كثيرا بما تحمله تلك الأحكام من أفكار قانونية وما تكرسه من قواعد منظمة للتجارة الدولية، وبالتالي فهي تتطور بمدى تطور وثيرة نشر الأحكام. لهذا السبب تعمل إدارة العديد من هيئات التحكيم الدولية على نشر العديد من الأحكام الهامة، كإدارة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية مثلا⁽³³⁵⁾.

ونشير إلى أن هناك العديد من الأحكام التحكيمية التي أكدت على أهمية ما يصدره المحكمون من قرارات، من ذلك مثلا الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في قضية "DOW CHIMICAL"، رقم 4131 والصادر سنة 1982، حيث جاء فيه " الأحكام

³³³ - للمزيد أنظر: حسن المولودي، م س، ص 51.

³³⁴ - راجع في هذا الصدد، طالب حسن موسى، م س، ص 62 وما يليها.

³³⁵ - حيث تعمل إدارة هذه المحكمة على نشر أحكام غرفة التجارة الدولية في (le bulletin de la C.C.I.) و (le journal de Droit international) و (Clunet) على نشر (leyearbook)، كما تعمل إدارة الفرقة بتعاون مع (le journal de Droit international) و (Clunet) على نشر منتظم لدورية الأحكام التحكيمية مع تعليقات لأساتذة متخصصين، كما تعمل كذلك على نشر بعض الأحكام بتنسيق مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتجدر الإشارة إلى أنه يتم حذف أسماء أطراف النزاع أو ما قد تتطرق إليه المحكمة من أمور تخص سمعتهم أو تتصل بقريب أو بعيد بأسرار مهنة الأطراف أو تجارتهم. للمزيد راجع: محمد طه مسكوري، م س، ص 45.



التحكيمية تشكل تدريجيا اجتهادات قضائية والتي يجب أخذها بعين الاعتبار، لأنها تستتبط نتائج الواقع الاقتصادي، وتلائم متطلبات التجارة الدولية⁽³³⁶⁾

وفعلا فالأحكام التحكيمية قررت عدة قواعد موضوعية للتجارة الدولية، ونذكر من بين هذه الأحكام، الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في القضية رقم 6500 سنة 1992 والذي اعتبرت فيه هيئة التحكيم أنه في حالة تطبيق القانون التجاري الجديد للشعوب (Lex Mercatoria) يجب على القاضي أو المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار، عندما تكون هناك أسباب جدية، كل القواعد ذات التطبيق الضروري والتي من شأنها توفير حماية شرعية لأحد الأطراف⁽³³⁷⁾.

كما صدر عن نفس الغرفة كذلك حكم تحكيمي رقم 6475 سنة 1994، استعملت فيه الهيئة التحكيمية عبارة موضوعية لتفسير موقفها، عندما قررت أن السماح للمدعى عليه الذي يؤكد أن العقد صحيح بالاستفادة من التزام المدعي بتنفيذ العقد، وفي نفس الوقت يؤكد في جانب آخر أن العقد لاغ، هو أمر مخالف للمبادئ الأساسية للعدالة.

وفي قرار تحكيمي صادر عن المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي بتاريخ 2005/ 05/24 في قضية "RHIN DE FER" بين المملكة البلجيكية والدولة الهولندية، قررت فيه هيئة التحكيم العديد من القواعد الهامة، حيث قامت بتعريف قانون البيئة، واعتبرت في تحليل أكثر عمقا أن القانون البيئي ليس موازيا أو بديلا لقانون التنمية الاقتصادية بل هما مفهومان مندمجان وأن أي تنمية يجب منعها من المساس بالبيئة، إلى غير ذلك من القرارات التحكيمية الصادرة عن العديد من الهيئات التحكيمية الرائدة في مجال التحكيم الدولي⁽³³⁸⁾.

تبقى الإشارة إلى أن هناك الكثير من المصادر الدولية لقواعد التجارة الدولية، كالعقود النموذجية، والمبادئ العامة للقانون، وتوصيات المنظمات والهيئات الدولية وغيرها.

³³⁶ - قرار أشار إليه محمد طه مسكوري، م س، ص 45 .

³³⁷ - قرار أشار إليه محمد طه مسكوري، نفس المرجع، ص 50.

³³⁸ - راجع بخصوص هذه القرارات: محمد طه مسكوري، م س، ص 48 وما يليها.



المطلب الثاني:

أثر إطلاق سلطة المحكم الدولي في الممارسة التحكيمية

إذا تم التسليم فيما سبق ذكره³³⁹ بضرورة التزام المحكم بالقانون الذي اختاره أطراف العلاقة التحكيمية كواجب للتطبيق على موضوع النزاع التحكيمي، سواء كان اختيار الأطراف لقواعد قانونية وطنية (موضوعية كانت أو قواعد تتازع القوانين) أو لقواعد قانونية دولية أو غيرها من القواعد الذي قد يرتضي الأطراف تطبيقها، وحصنت التشريعات الداخلية حرية الأطراف هاته بوسيلة البطلان ضد الحكم التحكيمي الداخلي الذي لم يحترم فيه المحكم القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، فإن هذا التسليم ليس إلا نسبيا في التحكيم التجاري الدولي، حيث هنا يتمتع المحكم التجاري الدولي بسلطة واسعة، وباستقلالية في إدارة المنازعات التجارية الدولية، ويعتمد في سبيل ذلك إلى استبعاد القانون المختار لا سيما في الحالة التي يكون فيها هذا القانون وطنيا ولدولة معينة، وذلك لعدة اعتبارات (الفقرة الأولى)، لكن المؤسف هنا هو تجاوز المحكم الدولي لهذا الحد حينما يمتد به الأمر إلى التحيز في تطبيق بنود الاتفاق التحكيمي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق بما يعكس وبحق تعسف المحكمين الدوليين بمناسبة الفصل في النزاعات المطروحة، وهذا ما تؤكد العديد من السوابق التحكيمية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: استبعاد المحكم الدولي لقانون الإرادة

في الغالبية العظمى من الحالات يحترم المحكم الإرادة المعبر عنها من قبل الأطراف حول القانون الواجب التطبيق، ويعمل على ترجمتها على أرض الواقع³⁴⁰. لكن في حالات أخرى بإمكان المحكم استبعاد القانون المختار صراحة وذلك كلما كانت هناك أسباب واعتبارات موجبة لذلك.

³³⁹ - أنظر الفصل الأول من القسم الأول من هذه الدراسة عند حديثنا عن إلزامية تطبيق المحكم للقانون المختار و الآثار المترتبة عن عدم تطبيقه لذلك.

³⁴⁰ وهنا يقول الفقيه السويسري Pierre LALIVE:

"L'arbitre n'a pas le pouvoir de substituer son propre choix à celui des parties, dès lors qu'il existe un choix express, clair et sans ambiguïté et qu'aucune raison n'a été invoquée pour qu'il soit refusé de donner effet à un tel choix"

- Pierre LALIVE; "Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international", revue de l'arbitrage 1986, n° 03 page 353.



وفعلا فهناك العديد من النظريات والاعتبارات التي تثبت للمحكم أن يستبعد هذا القانون، وتعد مسألة الملاءمة، أو ما يسمى بنظرية قصور القانون الوطني المختار من أقدم وأهم هذه النظريات، والتي تسمح للمحكم الدولي بعدم تطبيق القانون المختار، كلما كان هذا الأخير قاصرا عن الاستجابة لبعض الإشكالات التي قد يثيرها النزاع المعروف عليه، على اعتبار أن أغلب القوانين الوطنية توضع أصلا في إطار إيديولوجية الدولة المعنية به، ومن ثمة لا يمكن أن تخدم هذه القواعد مصالح التجارة الدولية على الوجه المرغوب فيه، ولا لحكم منازعاتها التي تتميز بنوع من التعقيد، ويلتقي فيها ما هو قانوني بما هو اقتصادي³⁴¹. وبالتالي تطرح أمام المحكم الدولي صعوبة في تطبيقها، فيعمد لاستبعادها وذلك لصالح المبادئ العامة للقانون، أو لصالح عادات وأعراف التجارة الدولية والقانون التجاري الدولي، هذه الأخيرة إما أن يتم تطبيقها كليا أو جزئيا من طرف المحكم الدولي. فبخصوص الحالة الأولى، والتي يعتري فيها النقص لقانون الوطني المختار ولا يتضمن جوابا كاملا لجميع إشكالات النزاع فإنه يطبق القانون المختار في جزء معين من النزاع، أما الجزء الآخر والذي يكون في معظم الأحيان مرتبط بالمسائل الفنية فيتم تطبيق العادات الأعراف التجارية الدولية، وهذه الطريقة لا تنطوي في الحقيقة على تعارض أو تناقض أو إهدار لمبدأ سلطان الإرادة، لأن تطبيق المحكم الدولي لهذه القواعد الدولية في مثل هذه الحالة يتم فقط في غير المسائل التي تناولها القانون الداخلي المختار³⁴². وفي ذلك تكامل بين سلطة الأطراف في إدارة وتنظيم اتفاقهم التحكيمي وسلطة المحكم الدولي في تسيير المنازعة التحكيمية.

وهذا ما كرسه قضاء التحكيم في "النزاع الذي وقع بين شركة أوروبية وشركة من دول العالم الثالث حول توريد البضاعة من هذه الأخيرة، وفقا للشروط العامة (GGA)، حيث اكتشفت الشركة الأوروبية في الدفعة الأولى عدم مطابقتها للمواصفات، كما أنها تحتوي على عدة عيوب، فقامت بإلغاء باقي الدفعات خشية أن تحتوي على نفس العيب، الأمر الذي دفع الشركة الموردة إلى عرض النزاع على التحكيم، فوجد المحكم القانون الذي اختاره الأطراف غير

341 - للمزيد حول هذه النقطة، أنظر: خلاف فاتح، م س، ص 56 وما بعدها.

342 - هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق في عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1995، ص 208 وما يليها. و أنظر في نفس المعنى : أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 151 وما يليها.



متكامل ولا يتضمن إلا قواعد قليلة تنظم النظام المالي والجمركي بالمناطق الحرة، فاستند إلى القانون التجاري الدولي لسد النقص الوارد في هذا القانون، وحكم على الشركة الأوروبية بالتعويض لعدم إعدار الشركة المورد مخالفة بذلك مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الذي يقوم عليه القانون التجاري الدولي³⁴³.

وبالتالي ففي مثل هذه الحالة التي يعتري فيها النقص أو الفراغ التشريعي بعض مسائل التجارة الدولية وواقعها المتطور بسرعة، يرجح المحكم الدولي تطبيق العادات والأعراف التجارية الدولية لسد ذلك الفراغ من أجل حل النزاع التحكيمي في أسرع وقت وبناء على القواعد التي تتلاءم مع طبيعته³⁴⁴.

أما بخصوص الحالة الثانية و التي يسود فيها فراغ كلي التشريع الوطني المختار، بحيث لا يتضمن أية أجوبة للنزاع التحكيمي المثار، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاعتمادات المستندية الدولية، ذلك أن هذه المعاملات التجارية الدولية تتصل بشكل وثيق بالعادات والأعراف التجارية التي كان يتعامل بها التجار ولفترة طويلة فيما بينهم حتى أصبحت لصيقة ومنظمة لمعاملاتهم. وبالتالي يستند إليها المحكمون الدوليون للفصل في المنازعات المتعلقة بهذه المعاملات، دون الاكتراث بقانون إرادة الأطراف الذي لن يجدي نفعا في مثل هذه الخلافات. ومن الأمثلة في هذا الصدد النزاع الذي كان محلاً للتحكيم أمام محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس والذي أصدرت فيه هذه الأخيرة قرارها رقم 1675 سنة 1969 والذي نشب بين بائع برازيلي ومشتري فرنسي بخصوص صفقة أرز، وتم التنصيص في عقد البيع على أن يقوم المشتري بفتح اعتماد مستندي بمجرد توقيع العقد، وفي حالة التأخير يكون من حق البائع طلب مد فترة تسليم البضاعة، ولما تأخر المشتري عن فتح الاعتماد المطلوب، قام البائع بفسخ العقد من جانب واحد، فحدث الخلاف ورفع الأمر إلى الهيئة

343 - حكم صادر عن غرفة التجارة الدولية (محكمة التحكيم) تحت عدد 5904 صادر سنة 1989، أشار إليه، أحمد مخلوف، م، س ص 212. وحول هذه النقطة أنظر كذلك:

* Berthold GOLDMAN: "l'arbitre, les conflits de la loi et la lex Mercatoria" in international commercial arbitration colloque international. Québec, université Laval, 14 au 17 Octobre 1985, n° 29.

344 - محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، طبعة 2007، ص 124 وما يليها.



التحكيمية للفصل في مدى صحة ما قام به البائع. فأصدر المحكمون قرارهم في الموضوع استنادا إلى قواعد وأعراف التجارة الدولية السائدة في هذا المجال³⁴⁵.

ومن أبرز الأمثلة التي تطبق فيها وبشكل كبير عادات وأعراف التجارة الدولية، البيوع التجارية البحرية، والبيوع الخاصة ببعض السلع مثل القطن والجلود وغيرها من البيوع الدولية التي يلجأ المحكم الدولي في النزاعات المرتبطة بها إلى المصطلحات التجارية الدولية مثل F.O.B و C I F بقصد إيجاد للنزاع المطروح أمامه.³⁴⁶

أمام هذا الوضع، أصبحنا وبدون شك أمام تحكيم تجاري مستقل تماما عن النظم القانونية الوطنية، وأمام هيئة تحكيمية وحكم تحكيمي طليق إلا من قواعد القانون التجاري الدولي وعادات وأعراف التجارة، وهو ما يمكن اعتباره بمثابة الوضع الحقيقي الذي يلزم أن يكون عليه التحكيم، لما في ذلك من تحرر لهذه الوسيلة ومنازعات التجارة الدولية من تعقيدات القوانين الوطنية، لكن ينبغي الحفاظ على هذه المزايا وحسن استخدامها حتى لا تصبح أداة في يد الدول المتقدمة والشركات العالمية الكبرى، مما سينعكس سلبا على مفهوم العدالة والمساواة.³⁴⁷

الفقرة الثانية: تعسف المحكم الدولي في تطبيق قانون الإرادة.

علاوة على استبعاد المحكم لقانون الإرادة، يعتمد المحكم الدولي في بعض منازعات التجارة الدولية كالأستثمارات الدولية إلى التعسف في تطبيق القواعد القانونية التي اختارها الأطراف من خلال التحيز لطرف على حساب الطرف الآخر، وهو ما يؤكد وبحق أن التحكيم التجاري الدولي أصبح بمثابة وسيلة تستعملها الدول الصناعية والشركات الرأسمالية لحماية

345 - قرار صادر عن محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية تحت رقم 1675 سنة 1969، اشار إليه سعيد البكوري ونرجس البكوري، تطبيق العادات والأعراف أمام المحكم...، م، س ص 75.
وللمزيد في هذا الصدد راجع: * حسن المولودي، م، س، ص 103 وما يليها.
* نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مطبعة الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2002، ص 380 وما يليها.

346 - للمزيد حول هذه البيوع الدولية والمصطلحات المرتبطة بها
- المصطفى شنضيف، البيع التجاري الدولي للبضائع، دراسة على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع المغربي، مطبعة المعارف، طبعة 2001، ص 10 وما يليها.

- محمد أخياط، التحكيم البحري، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 2002/01، ص 17
347 - حول هذا الموضوع راجع: - عبد اللطيف الفتيحي، حدود استقلالية التحكيم التجاري الدولي عن النظم الوطنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، سلا، السنة الدراسية 2006 - 2007، ص 145 وما يليها.

- حسن المولودي، م، س، ص 109 وما يليها.
- الحسين مقبوب، دور المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق مس" ص 95.



مصالحها واستثماراتها على حساب مصالح الطرف الضعيف الذي غالبا ما يكون دولة نامية أو أحد تجارها، وهو ما يتناقض وأساس وظيفة المحكم المتمثلة في النطق بالعدالة في القضية المطروحة، وبالتالي الحفاظ على مصداقية وجودة التحكيم التجاري الدولي³⁴⁸.

هذا التعامل الذي أصبح ينهجه المحكمون الدوليون في مجال النزاعات التجارية الدولية يتضح و بجلاء في العديد من السوابق التحكيمية الصادرة في عقود دولية أغلبها - إن لم نقل كلها- تتضمن طرف ينتمي إلى دولة نامية والطرف الآخر ينتمي إلى الدول المتقدمة، والتي كانت فيها الدول العربية ضحية لانحياز المحكمين وعدم حيادهم بالإضافة إلى تهميشهم لمبدأ سلطان الإدارة من خلال استبعاد القانون الواجب التطبيق الذي اتجهت إرادة الأطراف إلى اختياره، وسنحاول في هذا الصدد الوقوف عند بعض هذه القضايا كالتالي :

أولا : قضية شيخ أبو ظبي : وتتلخص هذه القضية في النزاع الذي حصل بين شيخ

إمارة أبو ظبي وبين شركة التنمية البترولية، ذلك أن شيخ أبو ظبي منح امتيازاً للشركة النفطية المذكورة سنة 1929 من أجل التنقيب والبحث عن النفط واستغلاله في الإقليم البري الخاضع لسلطة الحاكم وكذلك في الجزر والمياه الإقليمية التابعة له، ثم منح الشيخ الحاكم امتيازاً نفطياً آخر للتنقيب عن النفط واستغلاله في منطقة الجرف القاري، وهو ما سبب في النزاع بين شركة تنمية البترول والشيخ، حيث نازعت شركة التنمية البترولية في هذا الامتياز الثاني على أساس أن امتيازها المبرم سنة 1929 يشمل أيضاً منطقة الجرف القاري، وتطبيقاً لشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد الامتياز لجأ الطرفان إلى التحكيم، وتم تعيين اللورد البريطاني ASQUITH كمحكم وحيد للفصل في القضية، ونظراً لأن عقد الامتياز لم يتضمن نصاً صريحاً يحدد القانون الواجب على موضوع عقد الامتياز، فقد بدأ المحكم المذكور في البحث عن النظام القانوني الوطني الواجب التطبيق باعتباره القانون الأنسب للعقد، مؤكداً أن الأمر يتعلق بعقد تم إبرامه في أبو ظبي، ويجب أن ينفذ بالكامل في هذا البلد - و بالتالي فإذا كان هناك قانون داخلي واجب التطبيق فإنه يجب أن يكون قانون أبو ظبي - بيد أن المحكم الدولي رفض الأخذ بهذه

³⁴⁸ - للمزيد حول هذه النقطة أنظر : أحمد أبو الوفا، التحكيم في القانون الدولي، المجلد 50 مصر 1954 ص 67 وما يليها.



النتيجة القانونية وقال إنه من الخيال أن توجد بهذا الإقليم البدائي مجموعة من القواعد القانونية واجبة التطبيق على التجارة الدولية، وقرر هذا المحكم في النهاية تطبيق القانون الإنجليزي الذي يعتبر في نظره جزء من المبادئ والقواعد الطبيعية الحديثة، مستبعدا بذلك تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية السارية بإمارة أبوظبي، وأصدر قراره في هذه القضية في 1951/08/28.

وهكذا يتبين من هذه القضية المشهورة أن المحكم الدولي لم يأخذ بقانون محل التنفيذ ولا قانون مقر إبرام التحكيم الذي أشرف عليه، ضاربا هذه القواعد عرض الحائط وانحاز لتطبيق القانون الإنجليزي الذي يحمي مصالح الشركة البترولية³⁴⁹.

ثانيا: قضايا تأميم البترول الليبي : وهي كلها قضايا تجارية دولية عرضت

على التحكيم بمناسبة النزاع الذي نشأ نتيجة تأميم البترول الليبي، حيث أصدرت الحكومة الليبية سنة 1971 و 1974 قوانين أمتت بموجبها حقوق الأجانب المستفيدين من امتيازات البترول التي منحها ليبيا بموجب قانون البترول الليبي الصادر سنة 1955. ونتج عن هذا التأميم ثلاث منازعات تحكيمية من خلال الشروط التحكيمية المضمنة في عقود الامتياز والتي تشير إلى أن الخلافات الناتجة عن هذه العقود تحال إلى التحكيم، وأن المحكم يعينه رئيس محكمة العدل الدولية وكانت المنازعات التحكيمية الثلاث تدور حول ثلاثة امتيازات:

- الامتيازات المعطاة للشركة الأميركية (ليامكو) « LIAMCO » = LIBYAN

AMERICAN OIL COMPANY لمدة خمسين سنة، والتي ثار بخصوصها النزاع سنة

1982 وأصبح هذا النزاع يعرف بقضية ليامكو 1982.

- إمتياز أعطي ل 50 سنة أيضا عام 1955 و 1968 للشركات الأمريكية TEXACO

OVERSEAS CALIFORNIA ASIATIC ، والتي ثار كذلك نزاع حوله وأصبح يسمى

بقضية "تكساكو سنة 1978"³⁵⁰

³⁴⁹ - وللمزيد حول هذه القضية والتعليقات الفقهية عليها أنظر : - محمد طلعت الغنيمي، شرط التحكيم في اتفاقيات البترول، مقابل منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 1 و 2 ، مطبعة جامعة الإسكندرية، مصر 1961، ص 77 وما يليها.

- ساميد راشيد، دور التحكيم في تدويل العقود، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1990، ص 46.

³⁵⁰ - بخصوص هذه القضايا أنظر: عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 23 وما يليها



وبالرجوع إلى الاتفاقات التحكيمية الخاصة بهذه العقود نجد أن شرط القانون الواجب

التطبيق موحد في جميع هذه القضايا وكان بهذه العبارات التالية :

« Cette concession sera régie et interprétée conformément aux principes communs du droit libyen et du droit international et en l'absence de tels principes communs, conformément aux principes généraux du droit, y compris ceux d'entre eux qui auront pu être appliqué par les tribunaux internationaux ».³⁵¹

وباستثناء قضية ليامكو والتي كان المحكم فيها هو الأستاذ بكلية الحقوق ببيروت "صبحي المحمصاني" والتي قرر فيها هذا الأخير باعتباره المحكم الوحيد في هذا النزاع التحكيمي أن القانون الليبي هو الواجب التطبيق، والذي يمكن استبعاده في كل حالة وجد فيها مخالفا لمبادئ القانون الدولي، نجد النزاعيين التحكيميين المرتبطين بقضية B.P وبقضية تكساكو يكرسان سلطة المحكم الدولي في استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف لصالح تطبيق قواعد أخرى تخدم مصالح أحد الأطراف دون الطرف الآخر، حيث لم يعر المحكم الوحيد في قضية تكساكو، وعلى غرار المحكم الوحيد في قضية B.P أي اهتمام لإرادة الأطراف وذلك بتطبيق القانون الليبي متى كان متوافقا لمبادئ القانون الدولي، وإنما تم تفسير هذا الشرط من قبل المحكم الدولي في القضية الأولى (TEXACO) بكونه يهدف إلى تطبيق القانون الدولي العام، في حين تم تفسيره في القضية الثانية (B.P) بأنه يعني تطبيق المبادئ العامة للقانون. وهذا بالرغم من كون شرط القانون الواجب التطبيق واضح ولامجال لتفسيره وتبينه.

ومما لا شك فيه أن عمل المحكم الدولي بهذا الشكل يعد خرقا سافرا لاتفاق التحكيم وإرادة الأطراف، حيث يحمل بوادر الانحياز لأحد الأطراف (الشركة البترولية الأمريكية و B.P) على حساب الطرف الآخر (الدولة الليبية)، وهو ما سيؤثر في مصداقية التحكيم.³⁵²

³⁵¹ - راجع في هذا الصدد، صوفية دينار، م س، ص 26 وما يليها.

³⁵² تبقى الإشارة إلى أن هناك العديد من القضايا التحكيمية التي تؤكد تعسف المحكمين الدوليين في تطبيق قانون الإرادة خصوصا عندما يكون أحد الأطراف دولة نامية، ومن ذلك مثلا قضية أمين ويل المتعلقة بعقد امتياز كويتي، حيث قررت الهيئة التحكيمية مراعاة الصفة الدولية للعلاقة وذلك بتطبيقها للمبادئ العامة للقانون متجاهلة بذلك ما اتجهت إليه إرادة الأطراف. وفي قضية أخرى عمل المحكمون على استبعاد قانون دولة عربية وانتصروا لتطبيق القانون السويسري الذي يشكل في نظرهم قانونا متطورا يمكن أن يجيب على جميع الإشكالات التي قد يثيرها النزاع التحكيمي. وللمزيد حول هذه القضايا راجع : - صوفية دينار : م س، ص 27 - خلاف فاتح. م س، ص 99 وما يليها.



المبحث الثاني:

ظهور مفهوم جديد للنظام العام في مجال التجارة الدولية

تفاديا للمشاكل التي تنيرها مرونة النظام العام الداخلي والدولي والتي تؤثر في بعض الحالات على فعالية التحكيم التجاري الدولي وتلحق أضرارا بمصالح الأطراف، وتساهم في عرقلة المعاملات التجارية الدولية، التي تأبى مثل هذه القيود، بالإضافة إلى رغبة الدول المتقدمة وشركاتها العملاقة في الحفاظ وتحسين مكاسبها ومصالحها التجارية على المستوى الدولي، ومنح المحكم الدولي وسيلة تخلصه من المشاكل والعوائق التي تعترضه في قضايا التحكيم التجاري الدولي، والتي قد يستخدمها في بعض الأحيان ضد إرادة الأطراف وقوانينهم الوطنية لحماية المصالح الاقتصادية لتلك الدول، - في هذا السياق، إذن، - كرس القضاء والتحكيم الدولي ومعهما جانب من الفقه نظام عام عبر الدولي، والذي يطلق عليه أيضا بالنظام العام الدولي الطليق، أو النظام العام الدولي الحقيقي، أو النظام العام للقانون التجاري الدولي.³⁵³

والنظام العام الدولي الطليق عرفه "Goldman" بأنه مجموعة من المبادئ التي تشكل الأسس التي يقوم عليها مجتمع التجار الدولي، بحيث يكون مضمونه مماثلا لفكرة قانون التجارة الدولية، ويعرفه "Matray" بأنه القواعد المعيارية التي تمثل الحد الأدنى أو المقياس الذي يفرضه المجتمع الدولي لحماية حقوق الإنسان (354).

و هكذا و للحدث أكثر عن النظام العام عبر الدولي سنبحث في موقف كل من الفقه والقضاء من هذا النظام (المطلب الأول) ثم بعد ذلك سنبرز آثاره أو وظائفه (المطلب الثاني).

353 - و للمزيد حول أهمية هذا النظام في مجال التجارة الدولية أنظر:

* عبد الإله المحبوب، المفهوم الجديد للنظام العام في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القضاء و التحكيم، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009، ص 09 وما يليها.

* عبد اللطيف الفتيحي، م س، ص 158 وما يليها.

* رياض فخري: مفهوم النظام العام في حكم التحكيم و أثره على الصيغة التنفيذية، مقال منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 09-2006، ص 35 وما يليها.

354 بخصوص هذه التعاريف أنظر: محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، السنة 13، العدد 2، يوليو 2005، ص 140 وما يليها.



المطلب الأول:

موقف الفقه والقضاء من النظام العام الدولي الطليق

يعتبر النظام العام عبر الدولي من المستجدات في منازعات التجارة الدولية، والذي يتراوح دوره ما بين فاعل مهم في هذه النزاعات وقضائها الأصيل من جهة، وفاعل سلبي ومؤثر فيهما خصوصا في مؤسسة التحكيم، فبالنسبة للجانب الإيجابي في هذا النظام فتمثل في العديد من المزايا الإيجابية التي يوفرها لأشخاص المعاملات التجارية الدولية لأنه يحررها من تعقيدات النظام العام الداخلي و الدولي و يساهم بذلك في بلورة أسس مشتركة كفيلة بحفظ قدر أدنى من النظام والاستقامة، وفي نفس الوقت تحقيق الأمان القانوني والقضائي للمتعاملين في هذا الحقل. أما الجانب السلبي و الذي لا يمثل إلا نسبة ضعيفة في هذا النظام فيمكن في إمكانية استخدامه من طرف المحكم الدولي كسلاح خفي لاستبعاد بعض الشروط الاتفاقية المضمنة في وثيقة التحكيم شرطا كانت أو عقدا.

لكن بالرغم من هذه المزايا المهمة للنظام العام عبر الدولي إلا أنه ما زال يشكل نقطة اختلاف الفقه بين من يقره و من ينكر وجوده (الفقرة الأولى) و ذلك عكس أغلبية القرارات القضائية التي تعترف بوجود هذا النظام (الفقرة الثانية). فما هي إذن أسانيد هذا الجانب أو ذاك بخصوص وجود هذا النظام من عدمه؟

الفقرة الأولى: جدلية وجود النظام العام عبر دولي:

أثار وجود النظام العام الدولي الطليق جدلا ونقاشا واسعين على المستوى الفقهي، حيث لم يلق إجماعا من الفقه، ذلك أن هناك من ينادي بوجوده و قانونيته (ثانيا) فيما ذهب جانب آخر عكس ذلك و أنكر وجود النظام العام عبر دولي (أولا).

أولا: الاتجاه المنكر لوجود النظام العام عبر الدولي

لقد أنكر جانب من الفقه³⁵⁵ وجود النظام العام عبر الدولي، لأنه حسب رأيهم يعبر عن نظام قانوني - فوق الدول - لمجتمع دولي مؤلف من أشخاص خاصة، وهذا المجتمع غير

355- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 137.

موجود حتى الآن. فالمجتمع الدولي الوحيد هو المجتمع المؤلف من هذه الدول ويخضع لقواعد القانون، وأن النظام العام عبر الدول على فرض وجوده سوف يتعلق بالقانون العام الدولي، وقد أعلن الفقيه "NOBOYET" أن النظام العام الدولي الطليق هو القانون الدولي العام يتطابق معه ويمتزج به⁽³⁵⁶⁾. وهو ما ذهب إليه كذلك الأستاذ FRANCHESKAKIS حيث اعتبر أن الصفة أو الطبيعة الوطنية للنظام العام الدولي ما زالت حتى اليوم العقيدة أو الركن الذي يستند عليه النظام العام في القانون الدولي الخاص، وأن إجماع الفقه يكاد ينعقد بأن النظام العام يكون دوليا بالنظر لطبيعة العلاقة القانونية، ويظل وطنيا لأنه يعبر عن المفاهيم و الأفكار الأساسية للمجتمعات الوطنية ويتنوع مفهومه تبعا لتنوع الدول. كما أن المصطلح المستخدم في القضاء في هذا الصدد هو للتمييز ما بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي بمفهوم القانون الدولي الخاص، ولم يقر بعد بمفهوم النظام العام بمفهومه الحقيقي أي العبر دولي، وذلك لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول يمكن لها أن تفرض هذا النظام، فتطبيق المبادئ العامة التي تشترك معظم دول العالم في الاعتراف بها باسم النظام العام عبر الدولي هو خلط غير مستساغ، فالقاضي حينما يطبق النظام العام الدولي، إنما يفعل ذلك لأن الأمر يمس النظام العام الوطني السائد في دولته⁽³⁵⁷⁾

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن الأنظمة القانونية الداخلية باستطاعتها أن تقوم بنفس الدور الذي يقوم به النظام العام الدولي الطليق، الأمر الذي يجعل فائدة وجود هذا الأخير محل شك، ويستند هذا الفقه في رأيه هذا إلى ما ذهبت إليه بعض القرارات التحكيمية التي عمدت إلى إبطال العقود لعلّة الرشوة مع استنادها وإشارتها إلى مفاهيم الأنظمة العامة الداخلية قبل الإسناد إلى النظام العام عبر الدولي. ولا يقتصر الأمر على القرارات التحكيمية فقط، بل هناك بعض قرارات القضاء التي ذهبت في نفس الاتجاه⁽³⁵⁸⁾.

356 - راجع في هذا الصدد، الحسين مقبوب، المرجع السابق، ص 46.
وانظر في نفس الاتجاه:

*Henri ROLLIN : « Vers un ordre public réellement international » Mélanges Basdevant. Paris Pedone 1960. Page 441 et suivante.

357 - هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003، ص 319 وما يليها.
358 - حيث عمدت المحكمة الفيدرالية السويسرية في إحدى قراراتها الصادرة سنة 1976 إلى رفض فكرة النظام العام عبر الدولي، راجع هذه القرارات التحكيمية والقضائية في مرجع أياد محمود برادن، المرجع السابق، ص 570 وما يليها.



وما يزيد من عدم وجود هذا النظام هو عدم إجماع الدول مسبقا على نفس القيم الأساسية التي تكونه، وعدم توفر المحكم على قانون اختصاص، مما يجعله حرا في تحديد مضمون هذا النظام معتمدا على ضميره كمصدر وحيد للقاعدة الأخلاقية بغض النظر عما إذا كانت مشتركة بين جميع الدول.⁽³⁵⁹⁾

كما يؤخذ على هذه الفكرة أيضا - وحسب نفس الاتجاه - أنها وسيلة مشبوهة أمام قضاء التحكيم التجاري الدولي، لأنه كثيرا ما يستبعد المحكمون تطبيق قوانين الدول النامية بدعوى تعارضها مع النظام العام عبر الدولي و الذي تتطابق سماته و ملامحه مع المبادئ العامة للأمم المتحدة، وذلك قصد حماية مصالح الدول المتقدمة على حساب الدول النامية.

ثانيا: الاتجاه المؤيد لفكرة النظام العام عبر الدولي

ومقابل هذا الاتجاه أقر فريق فقهي وجود نظام عام عبر الدول، فقد أكد الأستاذ "Pierre LALIVE" في التقرير الذي قدمه للمؤتمر الثامن للتحكيم التجاري الدولي تحت عنوان "النظام العام عبر الدولي (الحقيقي الدولي) على أنه بالرغم من أن النظام العام يبقى دائما وطنيا بمصدره، فهذا لا يمنع أن يكون دوليا بموضوعه".⁽³⁶⁰⁾

وقد اعتمد المؤيدون لوجود هذا النظام على العديد من الحجج، أبرزها أن استقلال التحكيم التجاري عن القوانين الوطنية، وعدم وجود قانون اختصاص للمحكم، بالإضافة إلى اعتراف التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي بتطبيق أعراف التجارة الدولية، - كل هذا يبرر - في نظرهم - وجود نظام عام عبر الدولي، إضافة إلى أن هذا الأخير هو الذي من شأنه أن يحد من سلطة المحكم الدولي المفوض بالصلح. كما يعتبر أيضا أنصار هذا الاتجاه أن غياب الإجماع حول النظام العام عبر الدول لنفي وجوده ليس بمبرر كاف، على اعتبار أنه ليست هناك حاجة لتوافر الإجماع حول قاعدة آمرة معينة حتى تصبح من قواعد النظام العام عبر الدولي، فمثل هذا الشرط يشكل عقبة أمام نشوء هذا النوع من النظام العام. لذلك يذهب الفقه إلى اعتبار تبني قاعدة ما في أكثرية النظم القانونية من شأنه أن يجعلها قاعدة نظام عام

359 - إيد محمود برادن، المرجع السابق، ص 571.

360 - الحسين مقبوب، المرجع السابق، ص 47.



عبر الدولي. و يعيب أيضا الفقه المؤيد على اشتراط الإجماع أن من شأنه إلغاء إحدى الوظيفتين اللتين قد يقوم بهما هذا النظام وهي هنا استبعاد القانون الواجب التطبيق. إلى غير ذلك من الحجج التي اعتمدها هذا الاتجاه⁽³⁶¹⁾.

وبين هذا الرأي وذاك، نقول أن فكرة النظام العام عبر الدولي وإن كان الغرض منها حماية المجتمع الدولي للتجار، إلا أنها تخفي وراءها رغبة الدول المتقدمة والشركات العملاقة في تجاوز العقبات التي يثيرها النظام العام الوطني والذي يخدم مصالح الدول النامية، وبالتالي السيطرة المطلقة على اقتصاديات الدول النامية ونهب ثرواتها، لهذا الأساس قامت هذه الشركات الكبيرة ومعها الدول الرأسمالية إلى إبداع فكرة النظام العام عبر الدولي لإهدار مصالح الدول النامية، وبالتالي فلا يمكن القول بوجود نظام عام دولي حقيقي إلا عندما تتلاشى الهوة التي تفصل بين دول العالم المتقدم والدول النامية.

الفقرة الثانية: موقف القضاء من النظام العام الدولي الطليق:

إن دراسة موقف القضاء من النظام العام الدولي الطليق يتطلب منا التطرق لموقف القضاء الوطني للدول (أولا) ثم بعد ذلك لموقف قضاء التحكيم (ثانيا) وذلك حتى نخرج بخلاصة حول مدى تكريس القضاء للنظام العام عبر الدولي من عدمه.

أولا - موقف القضاء الوطني للدول:

لقد أكد القضاء الوطني للعديد من الدول النظام العام عبر الدولي في عدة قرارات. وهكذا نجد محكمة الاستئناف بباريس أقرت في حكم 1991/03/29 هذا النظام واعترفت فيه للمحكم الدولي بسلطة فرض الجزاء على السلوكات المخالفة للنظام العام، ومما جاء في هذا القرار: "للمحكم سلطة تطبيق المبادئ والقواعد المتعلقة بالنظام العام، في مادة التحكيم التجاري الدولي ومعاقبة عدم الاعتراف بها تحت مراقبة قاضي البطلان".

³⁶¹ - للمزيد حول حجج الاتجاه المؤيد لفكرة النظام العام الدولي الطليق راجع:
- مجذوب كوثر، الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، جامعة جيجل كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية والإدارية (الجزائر) السنة الجامعية 2007-2008، ص 56 وما يليها.
- أياد محمود بردان، المرجع السابق، ص 571 وما يليها.



ومن هذا القرار يتبين أن للمحكم سلطة معاقبة السلوك المخالف لحسن النية الذي يجب أن يسود بين المتعاملين في التجارة الدولية، وقد اعتبر الأستاذ "J.Rocine" أن حسن النية يرخص للمحكم فرض الجزاء، ومبدأ حسن النية من النظام العام عبر الدولي.⁽³⁶²⁾

وفي قرار آخر أكدت محكمة النقض الفرنسية، مبدأ أصبح من مبادئ النظام العام عبر الدولي وهو مبدأ عدم اشتراط تسبیب أحكام التحكيم الدولية لتيسير مقتضيات التجارة الدولية، وكان ذلك في قرار لها بتاريخ 14/06/1960 في قضية (EL MESSION) وتتلخص وقائع هذا الحكم فيما يلي: "صدر أمر تنفيذ حكم تحكيم أجنبي غير متضمن أسباب الحكم استنادا إلى القانون الإنجليزي المختص، ثم طعن بالنقض ضد هذا الحكم لمنح الأمر بالتنفيذ لحكم لا يتضمن التسبیب، مع أن التسبیب يعتبر في القانون الفرنسي مبدأ من مبادئ النظام العام. إلا أن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية رفضت الطعن الموجه إلى الأمر بالتنفيذ استنادا إلى أن "عدم تسبیب الحكم محل النزاع لم يكن في حد ذاته مخالفا للنظام العام الفرنسي والدولي، وأن الحكم طبق القانون الإنجليزي الذي لا يلزم المحكمين بالتسبیب".

وقد استخدمت المحكمة التفرقة بين النظام العام الداخلي -الذي يلزم التسبیب إذا كان حكم التحكيم داخليا- والنظام العام الدولي، لترسي قاعدة تختلف عن مقتضيات النظام العام الداخلي وتصبح فيما بعد مبدأ من مبادئ النظام العام الدولي الطليق.⁽³⁶³⁾

وهو ما أكدته أيضا استئنافية باريس في قرار صادر في 30/09/1993 حيث جاء فيه: "حيث إن عقدا سببه و محله ممارسة النفوذ من أجل تسليم رشاوى... مخالفا للنظام العام الدولي الفرنسي، وكذا لأخلاقيات التجارة الدولية المقبولة لدى أكثر دول المجموعة الدولية"³⁶⁴، و قد علق أحد الفقه³⁶⁵ على القرار المذكور بكونه "لم يخش الرجوع للنظام العام عبر الدولي"³⁶⁶. وفي الحقيقة فهذا القرار يحمل في ثناياه إشارة ضمنية لوجود نظام عام عبر دولي.

³⁶² - الحسين مقبوب، المرجع السابق، ص 49.

³⁶³ - قرار أشار إليه محمد عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعية في فض المنازعات...، م س، ص 395.

³⁶⁴ - Arrêt Cour d'Appel Paris du 30/09/1993 cité par CHADELY, Op. Cit. Page 595.

³⁶⁵ - (D) BUREAU : Note sur Arrêt CAP 30/09/1993, Revue de l'arbitrage, 1994. Page 374

³⁶⁶ - « La décision ne craint pas de se référer à la notion d'ordre public réellement international »



وقد ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في نفس الاتجاه واعترفت و بشكل صريح بالنظام العام عبر الدولي و بضرورة حمايته، و بغض النظر عن النظام العام بمفهومه الوطني، وكان ذلك في أحد القرارات الشهيرة⁽³⁶⁷⁾، الصادرة عنها في 1994/12/30، ومما جاء في هذا القرار: " إن الفقرة (د) من المادة 190 من القانون الدولي السويسري ذات مفهوم كوني للنظام العام، بمقتضاه يكون متعارضا مع النظام العام الحكم التحكيمي الذي يكون مخالفا للمبادئ القانونية و الأخلاقية الأساسية المعترف بها في الدول المتمدنة"⁽³⁶⁸⁾

كما عمل القضاء المصري أيضا على تأكيد وجود النظام العام عبر الدولي، وقام بإرساء بعض القواعد التي أصبحت تعتبر من هذا النظام، وأهم قاعدة تم تكريسها هي إخضاع مسألة تعيين أسماء المحكمين للقواعد الموضوعية أيا كان مصدرها وتجنب اللجوء إلى قواعد الإسناد من أجل التوصل إلى حل مباشر للمسألة المطروحة يتمشى ومتطلبات المعاملات التجارية الدولية.

ومن أبرز الأحكام في هذا الصدد قرار محكمة استئناف الإسكندرية بتاريخ 18 نونبر 1985، والذي قررت فيه صحة الاتفاق على التحكيم رغم خلوه من تعيين أسماء المحكمين والتطبيق المباشر لقاعدة من القواعد الموضوعية، لأن ذلك سوف يجنب اللجوء إلى النصوص الداخلية التي تتضمن قيودا على ممارسة التحكيم وبالتالي تؤثر سلبا على تطوره.⁽³⁶⁹⁾

وبهذا يكون القضاء الوطني للدول قد اعترف بالنظام العام عبر الدولي في قضايا التحكيم، ليعزز بذلك السلطة المطلقة للدول المتقدمة في السيطرة على الدول النامية. فإذا كانت الدول الرأسمالية قد كرست التحكيم كقضاء للتجارة الدولية بعيدا عن قيود القضاء الوطني، فإنه وبتركيز النظام العام عبر الدولي تكون هذه الدول ومعها الشركات الاقتصادية الكبرى قد تحررت من مقتضيات النظام العام بنوعيه الداخلي والدولي، وبالتالي لم يبق أمام الدولة النامية أي مقتضى يحميها من بطش الرأسمال المتوحش.

³⁶⁷- Arrêt de la cour fédéral suisse 30/12/1994 Publier dans le Bulletin d'Association Suisse d'arbitrage, 1995. Page 217.

³⁶⁸ - « A une notion universelle de l'ordre public en vertu de laquelle est incompatible avec l'ordre public, la sentence qui est contraire aux principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnu dans tous les Etats civilisés ».

³⁶⁹ - قرار أشار إليه، محمد عبد الله محمد المؤيد، المرجع السابق، ص 391.



ب- تكريس السوابق التحكيمية للنظام العام الدولي الطليق:

لقد اعترف قضاء التحكيم التجاري الدولي بوجود نظام عام عبر الدول يسمو على كل الأنظمة والقوانين الوطنية، وذلك في العديد من القضايا التحكيمية، ومن بين هذه الممارسات نجد قرار محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس تحت رقم 6503 سنة 1990 والذي أكدت فيه الهيئة التحكيمية أن قانون المجموعة الأوروبية للمنافسة هو قانون لا يعتبر من صميم النظام العام عبر دولي والمبادئ العامة للقانون، وقررت بذلك الهيئة التحكيمية أن المدعي لم يكن موفقا عندما اعتبر القواعد القانونية للمجموعة الأوروبية هي بمثابة عنصر من عناصر النظام العام عبر دولي ومبدأ من المبادئ العامة للقانون.⁽³⁷⁰⁾

ولم تكتف السوابق التحكيمية بالاعتراف بهذا النظام بل قامت ومنذ وقت سابق ببلورة وإرساء مبادئ النظام العام عبر الدولي في عدة لقرارات ومنها قرار التحكيم في النزاع بين شركة "Frama Tome" وشركات فرنسية أخرى ضد وكالة الطاقة الذرية الإيرانية في القضية رقم 3896 تحت رعاية غرفة التجارة الدولية في 13 أبريل 1982، هذا القرار التحكيمي أكد فيه المحكمون أنه: "كان باستطاعتهم الاستناد ليس فقط إلى القانون الإيراني واجب التطبيق على النزاع، وإنما أيضا إلى مبدأ حسن النية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فهي في نظرهم من أهم المبادئ التي تشكل أساس لكل العلاقات التعاقدية وبالذات الدولية منها، وقد تم تكريسها بعادات التجارة الدولية، وهذه المبادئ العامة أصبحت معترفا بها عالميا في العلاقات الدولية الخاصة، وأن هذه المبادئ تعتبر كنظام عام دولي تنتمي إلى أعراف التجارة الدولية، وإلى المبادئ المعترف بها في القانون العام والقانون الدولي للتحكيم والقانون التجاري الدولي".⁽³⁷¹⁾

ومن القرارات التحكيمية أشارت أيضا وبشكل صريح للنظام العام عبر الدولي القرار الصادر سنة 1990 في نزاع بين شركة إسبانية و أخرى فرنسية و اعتبر فيه المحكمون تطبيق قانون المنافسة في الاتحاد الأوروبي لا يشكل جزءا من النظام العام عبر الدولي³⁷²

³⁷⁰ - قرار محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس رقم 6503 لسنة 1990 أشار إليه محمد طه مسكوري، م س، ص 50.

³⁷¹ - قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس رقم 3896 بتاريخ 1983/04/13 أشار إليه عبد الله المؤيد، م س، ص 20.

³⁷² - قرار رقم 6503 سنة 1990 أشار إليه الحسين مقبوب، دور المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب... م س، ص 50.



المطلب الثاني: النظام العام الدولي الطليق: أهدافه و وظائفه

بعدما تم الحديث في المطلب الأول أعلاه، عن الاختلاف الفقهي حول وجود النظام العام الدولي الطليق، سنُتَمِّدُ دراستنا لهذه الآلية الجديدة في مجال منازعات التجارة الدولية، وذلك بالوقوف على الأهداف والغايات التي يؤديها النظام العام عبر الدولي، والتي تعد في نفس الوقت أسباب بروزه (الفقرة الأولى) مع التطرق كذلك للوظائف التي يقوم بها هذا النظام في مجال التحكيم التجاري الدولي، ومعها منازعات المعاملات التجارية الدولية (الفقرة الثانية)

الفقرة الأولى: أهداف النظام العام عبر الدولي

إذا كانت الأنظمة العامة الوطنية تسعى لحماية مصالح معينة من منظور داخلي، وذلك قصد ضمان استمرارية الدولة واستقرارها الاجتماعي والاقتصادي، عن طريق تحصين المرتكزات الأساسية التي تتبني عليها، فإن النظام العام عبر الدولي وُجد لهدف سد النقص الذي يعترى الأنظمة العامة الداخلية، وحماية المبادئ التي يقوم عليها النظام الدولي، وذلك بواسطة ما يتضمن هذا النظام من قواعد يؤدي احترامها وتطبيقها العادل إلى ضمان استمرارية التعايش والسلم الدوليين، والمساهمة في الحفاظ على مصالح المعاملات التجارية الدولية وازدهارها. فكيف يمكن إذن للنظام العام الدولي الطليق تحقيق هذه الأهداف؟ وأي دور للمحكم الدولي في هذا الصدد؟

أولاً: حماية مصالح المجتمع الدولي والتجارة الدولية

يحتوي النظام العام عبر الدولي على مجموعة من القواعد التي تهدف إلى حماية مصالح المجتمع والتجارة الدولية مما قد يهدد مستقبله ويعصف بمرتكزاته، ولتحقيق هذا الهدف والحيلولة دون استغلال عدم وجود قواعد وطنية في الصدد، تقوم الهيئات التحكيمية وهي تبت في منازعات التجارة الدولية بالاستعانة بهذه القواعد لحماية المجتمع من مثل هذه الممارسات غير المشروعة التي تشكل تهديداً للجميع، ومن أهم هذه القواعد نذكر:

1- قواعد محاربة الرشوة واستغلال النفوذ : تثير الرشوة واستغلال النفوذ مشاكل

حادة في مختلف دول العالم، وإن كانت أكثر حدة في دول العالم الثالث على كافة الأصعدة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية والقانونية، وهي منتشرة على المستوى الداخلي والدولي، وتؤثر بشكل سلبي في المعاملات الداخلية والدولية على السواء.



وإذا كانت التشريعات الداخلية للدول قد حاولت التصدي لهذه الظاهرة بتجريمها في النصوص الجنائية والمعاقبة عليها،³⁷³ وإن كان ذلك لا يتم إلا في مناسبات قليلة - فإن المجتمع الدولي هو الآخر تنبه لخطورة الرشوة واستغلال النفوذ وقام بإصدار مجموعة من التوصيات والمقترحات³⁷⁴ الذي تحظر مثل هذه الظواهر في نطاق التجارة الدولية، الأمر الذي جعل عمل هذه الهيئات بمثابة قاعدة من قواعد النظام العام عبر الدولي نظرا لأهميتها في تخليق واستقامة المعاملات التجارية الدولية. وهي القواعد التي حاول المحكمون الدوليون الحفاظ عليها وصيانتها في العديد من قضايا التحكيم التجاري الدولي، باعتبارهم الجهاز الأساسي الذي تتاط إليه مهمة الفصل في منازعات التجارة الدولية.

ففي القضية رقم 3913 لسنة 1981، والتي تتمحور حول العقد المبرم بين الشركتين البريطانية والفرنسية، والذي تتعهد فيه الشركة البريطانية بتقديم كل المساعدة والمعلومات لأجل تسهيل حصول الشركة الفرنسية على صفقة أشغال في دولة إفريقية لقاء عمولات محددة. ففي هذه القضية انتهى المحكم الدولي إلى أن هذه العمولة تشكل رشوة، على اعتبار أن الشركة البريطانية ستدفع قسطا منها لمسؤولين محليين في الدولة الإفريقية، واعتبروا أن التزام الشركة البريطانية بدفع رشاوى للمسؤولين المحليين هو سبب التزام الشركة الفرنسية، وبالتالي قضى المحكم ببطالان العقد الذي لا يخالف فقط النظام العام الداخلي الفرنسي، بل يخالف أيضا النظام العام الدولي المعترف به من طرف غالبية الدول.³⁷⁵

³⁷³ بالنسبة للتشريع المغربي، نجده ينظم الرشوة واستغلال النفوذ ويحدد عقوبتها في المواد من 248 إلى 256 من القانون الجنائي.
³⁷⁴ - حيث تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1975 القرار رقم 3514 الخاص بالتدابير الواجب اتخاذها ضد أعمال الرشاوى المرتكبة من قبل الشركات العبر دولية وسواها، وتضمنت إدانة كل عمل ينطوي على رشوة بمفهوم قانون وأنظمة الدول المتلقية، وكذلك حق كل دولة باتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة ضد الشركات والمؤسسات والأطراف الذين قاموا بالرشوة.
ونفس الشيء أيضا بالنسبة لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE حيث سنت تدابير كفيلة لحماية المعاملات التجارية الدولية من ظاهرة الرشوة. كما أن غرفة التجارة الدولية هي الأخرى شكلت لجنة خاصة سنة 1975 أو كلت إليها وضع توصيات بشأن مكافحة الرشوة، والتي يجب احترامها من قبل الحكومات والمتعاملين في حقل التجارة الدولية. وللمزيد حول الرشوة في ميدان التجارة الدولية وسبل مكافحتها أنظر :

-Ahmed Sadek ALKOCHEIR et le boulange Philipe : "l'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence" rev.Arb, 1984, page 03.

³⁷⁵ -Sentence arbitrale de la chambre commerciale internationale dans l'affaire n 3913 du 1981, non publiée, Extrait dans la note de Derains sous la sentence CCI rndue dans l'affaire n 2730 du 1982 (clunet) 1984. Page 920 et suivante.



وهو الأمر الذي حدث كذلك في قضية HILMARTON سنة 1988، وملخص هذه القضية أن الشركة الفرنسية OTV كانت ترغب في المشاركة في مناقصة دعت إليها السلطات الجزائرية لتطوير وتحديث مدينة الجزائر وذلك سنة 1980. فأبرمت OTV لهذه الغاية اتفاقا مع HILMARTON، تعهدت فيه هذه الأخيرة بتقديم استشارات اقتصادية وضريبية، وبالقيام بالتنسيق الإداري بين المشاركين في تنفيذ المشروع مقابل مبلغ محدد في 04% من قيمة الصفقة، وتضمن هذا العقد القانون السويسري كقانون واجب التطبيق، وأسند الاختصاص لمحكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، التي تعقد جلساتها في جنيف. ولما فازت OTV بالصفقة سنة 1983 دفعت نصف الأتعاب لشركة HILMARTON، فيما وقع النزاع بين الشركتين على الجزء المتبقي من الأتعاب، فرفع الأمر إلى هيئة التحكيم للفصل في النزاع، وخلال المحاكمة التحكيمية تبين للمحكم أن شركة HILMARTON، مارست أساسا نشاطا قريبا من نشاط الاستخبارات الجزائرية والتي تتسم بالطابع السري، وأن أنشطتها تتمثل في ممارسة نفوذ لدى السلطات الجزائرية من أجل تفضيل العرض المقدم من شركة OTV على العروض الأخرى المنافسة مقابل مبالغ مالية لهذه السلطات. وهو ما دفع المحكم إلى القضاء في حكمه التحكيمي بما يلي : "أن العقد المبرم بين OTV و HILMARTON يخالف القانون الجزائري الصادر في 11 فبراير 1978 الذي يحارب استغلال النفوذ، وهو هدف يتفق فيه القانون الجزائري مع غالبية القوانين الأوروبية، وبهذا المثابة فإن العقد محل المنازعة يخالف النظام العام الدولي ويخالف الآداب العامة وفقا للقانون السويسري الذي يحكم العقد لأنه تضمن ما يشبه الإستخبارات التجارية من أجل ممارسة النفوذ لدى السلطات الجزائرية لتفصيل عرض OTV"³⁷⁶ وخلص المحكم بالرغم من عدم ثبوت تقديم رشاوى للسلطات الجزائرية إلى إبطال العقد المبرم بين الشركة الفرنسية OTV و HILMARTON.

376 - "La société HILMATRON a essentiellement exercé une activité proche de celle d'un service de renseignements commerciaux a caractère plus ou moins confidentiel l'espionnage économique... Activité consistant à exercer une influence auprès des autorités Algériennes afin que le dossier OTV soit contre rémunération préféré à celui d'autre concurrent".
Sentence arbitrale CCI affaire HILMATRON n° 5622 du 19/08/1988 rev. arb 1993 page 327.



ومن خلال هذا القرارين يتبين أن المحكمين لهم دور كبير في تطبيق قواعد النظام العام عبر الدولي وتوفير المزيد من الحماية للمجتمع الدولي خاصة التجاري منه³⁷⁷.

2. تحریم التعامل في المواد الخطيرة: بالإضافة إلى القواعد التي يتضمنها النظام

العام عبر الدولي والتي تظهر المعاملات التجارية الدولية من الممارسات غير المشروعة خصوصا الرشوة واستغلال النفوذ، يحتوي النظام العام الدولي الطليق أيضا على مبادئ وأسس تحرم التعامل في المواد الخطيرة سواء على صحة الإنسان أو على الأمن أو حتى على البيئة إذا كانت تضر بها، أو على الاقتصاد العالمي بسبب التضخم المالي الذي قد ينتج عنها.

ومن بين هذه المواد الخطيرة والممنوع الاتجار فيها هناك المخدرات بكل أنواعها وألوانها، فهي محرمة من قبل القوانين الوطنية وأيضاً من قبل الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة بشأن مكافحة المخدرات لسنة 1961، وكل هذا يفيد أن منع التعامل في المخدرات يشكل قاعدة عبر دولية يجب التقيد بها والمعاقبة على خرقها لئلا يثار سلبية على الإنسان من جهة وعلى المعاملات التجارية الداخلية والدولية من جهة أخرى بسبب ما ينتج عن هذه الممارسات من تبييض للأموال وغيرها من المعاملات غير المشروعة. وبالإضافة إلى المخدرات هناك كذلك الإتجار غير المشروع في الأسلحة لما تؤدي إليه من تهديد لأمن واستقرار الدول ومعها الاستثمار والمعاملات التجارية الذي تستلزم توفر هذه العوامل قصد استقطابها وانتعاشها³⁷⁸.

ثانيا: حماية المتعاملين في ميدان التجارة الدولية

في البداية نشير إلى أن الاعتراف بوجود نظام عام عبر دولي يشكل في حد ذاته حماية للأطراف في المعاملات التجارية لأنه يوفر لهم الأمن القانوني اللازم لتطوير واستقرار تجارتهم بعيدا عن تعقيدات الأنظمة العامة الوطنية، وبالإضافة إلى هذه الميزة العامة، هناك العديد من مظاهر الحماية التي يوفرها كذلك النظام العام الدولي الطليق - من خلال القواعد والمبادئ التي

377 - تبقى الإشارة إلى أن القضاء الوطني للدول أيضا دور كبير في احترام وتطبيق قواعد ومبادئ النظام العام عبر الدولي سواء عند نظرها في منازعات التجارة الدولية مباشرة أو عند الطعن بالبطلان أو طلب الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية.

وأنظر بخصوص بعض التطبيقات القضائية، عبد الرحمان علالي، قانون الإرادة في التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2006-2007، ص 168.

378 - وللمزيد في هذا الصدد راجع: عبد اللطيف الفتيحي، م س، ص 161 وما بعدها.



ينبني عليها- للمتعاملين في حقل التجارة الدولية ونذكر على سبيل المثال الحماية من سوء النية، ذلك أن مبدأ حسن النية يعتبر السند المفضل للمحكمين في عملية تعزيز الأخلاق والاستقامة في المعاملات التجارية الدولية، فهو محور تعليلهم وتحليلهم لتقدير تصرفات المتعاملين في ميدان هذه العلاقات، لذلك يعتبرها البعض جزءا من النظام العام عبر الدولي³⁷⁹.

وفي الجانب العملي فهناك العديد من السوابق التحكيمية التي تؤكد هذا الأمر، ومن ذلك قضية "GANZ" والتي استند فيها المحكمون إلى مبدأ حسن النية في تقريرهم للحل القانوني الذي وضعوه، وذلك عندما ما اعتبروا أن قرار السلطات الهنغارية بتقسيم شركة GANZ MAYAZ إلى سبع شركات، وجعل واحدة منها ملزمة بالعلاقة القائمة مع الشركة الوطنية للسكك الحديدية التونسية "SNCFT" هو قارا غصبي وخداعي، وبذلك يكون مخالفا للنظام العام عبر الدولي، وانتهوا إلى إلزام الشركات السبع بالعلاقات القائمة مع الشركة التونسية بصورة تضامنية، وهو ما أيدته محكمة استئناف باريس في معرض نظرها في طلب مراجعة الإبطال المقدم أمامها ضد هذا القرار، حيث قضت أن للمحكم الدولي سلطة معاقبة التصرفات المخالفة لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود بين أطراف التجارة الدولية.³⁸⁰

وهو ما ذهب إليه كذلك القرار التحكيمي الصادر في القضية رقم 3131 لسنة 1979 والذي أبرز فيه المحكم مبدأ حسن النية في إطار تكوين العقد وتنفيذه كقاعدة عامة من قواعد القانون التجاري الدولي Lex Mercatoria وانتهت هيئة التحكيم استنادا إلى مبدأ حسن النية إلى أن فسخ العقد بفعل أو خطأ أحد الأطراف يوجب التعويض عن الضرر اللاحق بالطرف الآخر³⁸¹ إلى غير ذلك من القرارات التحكيمية التي تؤكد سمو مبدأ حسن النية في العلاقات التجارية الدولية (وأيضا الداخلية) والتي جعلته يدخل ضمن خانة المبادئ التي يركز عليها النظام العام عبر الدولي³⁸².

379 - DERAIS (Y): "Les tendances du jurisprudence arbitral international" (clunet) 1993, page 829 et suivante.

380 - بخصوص هذا القرار التحكيمي، وقرار استئنافية باريس، أنظر عبد الرحمان علالي، قانون الإرادة ص 174.

381 - Sentence de la CCI dans l'affaire n° 3131 de 1979 rev. Arb. 1983 page 525.

382 - أنظر للمزيد من القرارات عبد الرحمان علالي، قانون الإرادة في التحكيم، م، س، ص 175.



لكن بالرغم من كل هذا فإن هذه الحماية تعتبر نسبية جدا على اعتبار اقتصار على جانب قليل من المعاملات التجارية الدولية دون امتدادها إلى بعض الجوانب الأخرى لحماية الطرف الضعيف في العلاقة الاقتصادية وقواعد حماية الأطراف من الضغوط الاقتصادية التي تؤدي بهم إلى قبول عقود واتفاقات تحت عامل الضغط والحاجة³⁸³.

الفقرة الثانية: وظائف النظام العام الدولي الطليق.

يؤدي النظام العام الدولي الطليق - بالرغم من عدم وجود نص قانوني وطني صريح بشأنه - وظيفتين أساسيتين في مجال المنازعات التجارية الدولية، الأولى وظيفة سلبية أو استبعادية (أولا) والثانية وظيفة إيجابية (ثانيا).

أولا) الوظيفة السلبية أو الاستبعادية:

تتمثل الوظيفة السلبية للنظام العام عبر الدولي، في أن المحكم الدولي يعتمد عليه لاستبعاد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي والذي يتم اختياره من طرف أطراف النزاع أو الذي تقره قواعد الإسناد، بل إن هذه الوظيفة تصل إلى حد استبعاد تدخل النظام العام الدولي الخاص بالقانون المختار في حالة التنازع بينهما، بالرغم من أن ذلك فيه مساس بحرية الإرادة من جهة وبسيادة الدولة من جهة ثانية. ومن التطبيقات في هذا الصدد نجد القرار الصادر عن محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1983، والذي امتنعت فيه الهيئة التحكيمية عن تطبيق القانون السوري الذي يقضي بمقاطعة الشركات التي تتعامل مع إسرائيل، رغم أنه -أي القانون السوري- يعد من قوانين البوليس التي تتصل بالنظام العام السوري، وذلك لتعارضه مع ما أسماه هؤلاء المحكمين بحرية التجارة، ومبادئ عدم التمييز التي تتعلق حسب تقديرهم بالنظام العام الدولي، والمشارك الذي يتعين على المحكمين إعلاؤه على النظام الداخلي⁽³⁸⁴⁾، وهكذا فالمحكم من خلال القرار أعلاه أعطى الأولوية والأفضلية للنظام العام عبر دولي على حساب النظام العام بالمعنى التقليدي.

383 - راجع ما تحت الإشارة إليه عند الحديث عن الضغوط المفروضة في الحقل التجاري الدولي كدافع لقبول اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي (الفصل الأول من الباب الثاني من هذه الدراسة).

384 - قرار تحكيمي صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس رقم 3916 لسنة 1983، أشار إليه الحسين مقبوب، م س، ص 53.



و هو ما أكدته أيضا أحد القرارات التحكيمية والتي جاء فيها: "قواعد النظام لقانون البلد الذي يحكم العقد، تفرض على القاضي أو المحكم المختص، بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع النظام العام الدولي الذي يحكم حضارتنا"³⁸⁵.

ولكن هذا الدور وهذه الوظيفة الاستيعابية أصبحت في تراجع لأن الأطراف في اتفاق التحكيم خصوصا في المنازعات التجارية الدولية غالبا ما يختارون مكون من مكونات قانون التجارة الدولية، كالمبادئ العامة للقانون التجاري الدولي مثلا، أو عادات وأعراف التجارة الدولية، إلى غير ذلك من المكونات. وبالتالي تبقى هذه الوظيفة السلبية مكتملة بالمقارنة مع الوظيفة الإيجابية التي تعتبر ذات طابع آمر.

(ثانيا) الوظيفة الإيجابية

تكمن الوظيفة الإيجابية « Fonction positive » للنظام العام الدولي الطليق في أن المحكم الدولي، يرجع إلى مقتضيات هذا النظام من أجل التطبيق الأمر أو الأولوي لبعض القواعد أو المبادئ العليا والأساسية، أو ما يسمى بالمصالح الحيوية لقانون التجارة الدولية، وفي جميع الأحوال من أجل حماية القيم الأساسية لهذا المجتمع، أي المجتمع التجاري الدولي الذي يشمل الدول والتجار على السواء.⁽³⁸⁶⁾

ويفسر الأستاذ "CAHAPELLE" هذا الدور الإيجابي للنظام العام الطليق بأن: "الأنشطة والعمليات التي يقوم بها المتعاملون في التجارة الدولية تخضع لمجموعة من القواعد القانونية التي تتوافر فيها، بلا جدال، خصائص القاعدة القانونية. وهذا النظام توجيهي لأنه يلبي احتياجات المتعاملين في التجارة الدولية إلى الصدق و العدالة و الأمن، فهو يتدخل لإلزام المحكم بتطبيق هذه القواعد دون الحاجة إلى اللجوء إلى القانون الأجنبي واجب التطبيق وفقا لتنازع القوانين"³⁸⁷

385 - « Les règles de l'ordre public du pays dont la loi régit le contrat s'imposent au juge ou à l'arbitre saisi pour autant que ces règles ne contreviennent pas à l'ordre public international qui régit notre civilisation » 172 ص س، م س، قرار تحكيمي أشار إليه عبد اللطيف الفتيحي، م س، ص 130 وما يليها.

386 - راجع في هذا الصدد: - عبد الرحمان علالي، قانون الإرادة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 130 وما يليها.

- صوفية دينار، المرجع السابق، ص 97.

387 - CHAPELLE (P) : « Les usages commerciaux dans les contrats internationaux » Thèse, Paris, X, 1993. Page 233 et suivante.

وللمزيد أنظر: * بوشعيب العمري: دور النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 252 وما يليها.



وفعلا فإن إعمال المحكم الدولي للنظام العام عبر الدولي سيخلصه من العديد من المشاكل والتعقيدات التي تثيرها مراعاة مختلف الأنظمة العامة للدول التي تكون لها علاقة بالنزاع، وهذا ما سيساهم في فعالية التحكيم التجاري الدولي متى ثم إعمال مقتضيات هذا النظام بطريقة محايدة و لأجل تحقيق العدالة بعيدا عن تحقيق مصالح طرف على آخر.

وفي الأخير يطرح التساؤل عما إذا كان باستطاعة المحكم الدولي أن يقوم بالوظيفتين السلبية والإيجابية من تلقاء نفسه، أم لابد من إثارتها من أحد أطراف النزاع؟

يجيب الأستاذ LALIVE على هذا التساؤل كما يلي: " من الصعب إعطاء جواب عام على هذا التساؤل، إذا أخذنا بعين الاعتبار الطابع النسبي و المتطور للمفهوم، وتعدد تطبيقاته، ولكن إثارته من تلقاء نفسه - أي المحكم - يجب أن تكون مسألة مفضلة في كل الحالات التي تكون فيها مبادئ و قيم أخلاقية و اجتماعية أساسية في دعوى أو قرار سيشكل عدم أخذها بعين الاعتبار مساسا بهذا النظام..."³⁸⁸. أما الأساتذة (GAUILLARD ، FOUCHARD) و GOLDMAN فقد كانوا أكثر حزمًا وحسما في هذا الصدد حينما اعتبروا أن "... للمحكمين الحق، بل الواجب، إثارة مدى تطابق الاتفاقات التي يبتون فيها مع متطلبات النظام العام الدولي"³⁸⁹.

و في رأيي فإنه يجب تجاوز هذا الوضع والاعتراف للمحكمين بسلطتهم في إثارة مخالفة النظام العام الدولي، وجعله واجبا عليهم يجب الالتزام به، لاسيما و أن مقومات هذا الاعتراف باتت متوافرة في ظل التطورات الجديدة في ميدان التحكيم التجاري الدولي.

388- « Il est difficile de donner une réponse générale de cette question si l'en prend en compte le caractère relatif et évolutif de la notion et diversité de ces cas d'application, mais l'application d'office paraîtra devoir être préférée dans tous les cas où des valeurs éthiques et sociales tout à fait fondamentales sont en cause et où une décision faisant abstraction de cet ordre public... »

Pour plus, voir : Pierre LALIVE ; « Ordre public transnational » Revue de l'Arbitrage 1986, page 367 et suivante.

389- « Les arbitres ont le droit – même le devoir – de soulever d'office la question de la conformité des conventions dont ils sont saisi aux exigences de l'ordre public international ».

Voir : FOUCHARD et autres; « Traité de l'arbitrage commercial international » Op.Cit. page 875.



القسم الثاني:

تكريس التحكيم التجاري للمبادئ الأساسية للتقاضي



القسم الثاني:

تكريس التحكيم التجاري للمبادئ الأساسية للتقاضي

لقد بات من المسلمات أن الدعوى التحكيمية وإن كانت تقوم في جل مراحلها على مبدأ سلطان الإرادة، والذي يجعلها تتحرر من العديد من القيود التي تميز الدعوى القضائية، حيث يلجأ الأطراف في غالب الأحيان إلى اختيار قواعد وإجراءات أكثر مرونة وبساطة والتي تتناسب مع نزاعهم التحكيمي، فإنه لا بد وأن تنقيد الهيئة التحكيمية - وأيضا الأطراف- بضمانات التقاضي الأساسية، حتى يتحقق التوازن الفني الدقيق بين مزايا التحكيم التجاري من سرعة وسرية وثقة، والأهداف الكامنة وراء المبادئ الأساسية للتقاضي من احترام لحقوق الدفاع وحياد المحكم واستقلاله وغيرها من الضمانات التي لا غنى عنها لتحقيق العدالة.

و هكذا فأساس الالتزام بمراعاة هذه المبادئ يكمن في اعتبارها الحد الأدنى من الضمانات التي لا يمكن النزول عنها أيا كانت المبررات والدوافع، وإلا كنا بصدد عدالة غير فعالة أو مفرغة من مضمونها الحقيقي، ومن ثم يصبح اللجوء إلى التحكيم مجرد مضیعة للوقت والجهد والمال، لغياب أبرز مقومات العدالة الحقيقية³⁹⁰. وعليه فلا يجوز الإخلال بمبدأ المساواة بين الأطراف و التنازلي عن مبدأ المواجهة بينهم، كما لا يجوز للمحكمين كذلك النظر في طلب أحد الأطراف دون إطلاع الطرف الآخر عليه، حيث يتعين احترام حقوق الدفاع ومنح الأطراف المواعيد اللازمة لإعداد دفوعاتهم ، إلى غير

³⁹⁰ - للمزيد في هذا الصدد انظر:

* محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين (نطاقها ومضمونها)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 1994، ص 316، وما يليها. و أيضا صبري أحمد محسن الذيابات، إجراءات التحكيم التجاري، م س، ص 80.



ذلك من الأمور المرتبطة بالمبادئ الأساسية للتقاضي والتي يجب الامتثال لها سواء كان التحكيم عاديا أو مفوضا فيه بالصلح.³⁹¹

وإن كان الحديث، إذن عن محاكمة تحكيمية عادلة لا يستقيم بدون صيانة واحترام هذه المبادئ فإن التساؤل الذي يطرح وبحدة في هذا الصدد يتعلق بكيفية تناول التشريعات الوطنية والدولية لهذه المبادئ؟ أو بعبارة أخرى هل استطاعت التشريعات إحاطة هذه الركائز والمقتضيات الهامة جدا بتنظيم قانوني دقيق وحازم، ووفق النمط الذي يكفل للأطراف حقوقهم ومصالحهم من جهة ولمؤسسة التحكيم فعاليتها وجودتها ومصداقيتها من جهة ثانية؟.

إن الإجابة عن مختلف هذه التساؤلات، والوقوف على مدى حقيقة تكريس التحكيم التجاري الدولي للمبادئ الأساسية للتقاضي، يستلزم منا دراسة أهم هذه المبادئ خصوصا حق الدفاع (الباب الأول) وحياد المحكم واستقلاله (الباب الثاني) وذلك بالموازاة مع المبادئ الأخرى الشبيهة بها كمبدأ المساواة والنزاهة وغيرها من المبادئ والتي لا تقل أهمية عنها.

³⁹¹ - حول هذه المبادئ انظر:

* عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقا لأحداث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية 1998، ص 49 وما يليها.
* محمد شتى أبو سعد، المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، طبعة 2000، ص 08.
* محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين التشريعات، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 1990 ص 6 وما يليها.



الباب الأول:

حق الدفاع كضمانة إجرائية في الدعوى التحكيمية

يعتبر حق الدفاع من الحقوق التي لا ترتبط بقانون معين، وإنما هو معطى عالمي يعمل به في كل الأنظمة كيفما كان نوعها، حيث يعتبر من القواعد الأزلية التي استقرت في أعماق الضمير الإنساني على مر العصور، وأصبحت إرثا ثقافيا تتوارثه الأجيال³⁹².

فحق الدفاع سواء في الدعوى القضائية أو التحكيمية تمتد جذوره في أعماق التاريخ، حيث لازم الإنسان في مجمل العصور والأزمنة وعرفته معظم الحضارات القديمة³⁹³، فهو من المبادئ العالمية والطبيعة الخالدة والصالحة لكل زمان ومكان.

³⁹² - عبد الإله البرجاني: محكمة التحكيم، مقال منشور بمجلة المنتدى العدد الثاني، دجنبر 2000. ص 66 وما يليها. و هنا يقول الدكتور أبو زيد رضوان: "فالواقع من الأمر أن هذه المبادئ، والتي يتعين كفالته لأطراف المنازعة المطروحة على التحكيم، وبالنظر إلى طبيعة هذا النظام، لا ترتبط بقانون معين بقدر ما هي معطى عالمي "جوهره حماية حقوق الدفاع..."

أنظر بخصوص هذه الفكرة: * أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 117 و ما يليها. * فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 301 و ما يليها.

³⁹³ - ذلك أن الحق صاحب البشرية على مر العصور، حيث كان حاضرا في المجتمعات القديمة، ويتجسد في كلمة رب الأسرة (مرحلة الأسرة) كما كان يُمارس عن طريق القوة المادية من جهة القبيلة التي أخذت على عاتقها حماية أفرادها والدفاع عن مصالحهم (مرحلة القبيلة)، كما عرفت مصر الفرعونية هي الأخرى هذا الحق و قدسته شعوبها لارتباطه الوثيق بفكرة العدالة. إلى أن جاءت الشريعة الإسلامية حيث اعترفت أيضا بهذا الحق و بوأته مكانة راقية، فعندما أخطأ آدم و حواء عليهما السلام، و عصيا ربهما و أكلا من الشجرة المحرمة عليهما، أعطاهما الله سبحانه و تعالى فرصة الدفاع عن نفسيهما قبل أن يخرجوا من الجنة، وفي هذا الصدد يقول عز من قائل: "وَلَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ يُحْيِي الْمَوْتَىٰ وَيُعَذِّبُ الْمُنَافِقِينَ" سورة الأعراف الآية 22. وعلى غرار القضاء، فإن حق الدفاع في خصومة التحكيم قديم هو الآخر قدم البشرية، حيث عرفته جل الحضارات القديمة. وذلك قبل أن تعرف القضاء، على اعتبار أن التحكيم سابق في ظهوره القضاء. كالإغريق مثلا الذين قدسوا التحكيم لارتكازه على مقومات العدالة، والتي يعتبر حق الدفاع أبرزها حتى حدى الأمر ببعض فلاسفتها "أرسطو إلى القول بأن: "المحكم هدفه تطبيق العدالة، والقاضي هدفه تطبيق القانون، فالتحكيم ما تقرر إلا لأجل تطبيق العدالة، أي إقامة ما هو عادل"، وبمجيء الإسلام اعترف بهذا الحق وجسده العديد من الآيات القرآنية الكريمة، ومن ذلك مثلا قوله سبحانه وتعالى: "وَهَلْ أَتَاكَ نَبَأُ الْخُسوفِ إِذْ تُسَوِّرُ السَّجْدَ إِذْ مَخْلُوا عَلِمُوا أَنَّهُمْ قَوْمٌ فَتَنًا فَخَفَّوْا عَلَىٰ رُءُوسِهِمْ وَلَبِئْسَ الْفِتْنَىٰ وَلَبِئْسَ أُولَئِكَ الْمَصْلُوحُونَ" سورة النجم الآية 21 إلى 26.

وللمزيد حول تاريخ حق الدفاع وأهمية البالغة في جميع الحقبات التاريخية أنظر:

* محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2008، ص 94.

* أحمد مجيد بنجلون، حقوق الدفاع، المطبعة الملكية الرباط، طبعة 1971، ص 17 و ما يليها.



لكن بالرغم من أن حق الدفاع حق طبيعي ومعطى عالمي بالإضافة إلى كونه شرط ضروري لإقامة العدالة، إلا أنه لم يحظ بتعريف فقهي وقضائي جامع ومتفق عليه، نظرا لتعدد وتنوع صوره، وفي هذا الصدد فقد عرفه بعض الفقه بأنه إعطاء الفرصة الكاملة لكل من الطرفين بأن يقدم ما لديه من أدلة وأقوال وشهود، وهذا يتطلب تمكينه من الوقت الكافي لاستدعاء الشهود والخبراء أو لتبادل اللوائح، إلى غير ذلك من الأمور التي تجعل كل طرف في وضع يستطيع فيه أن يدافع عن ادعائه وبكافة الوسائل القانونية التي يمكن أن تساعد على ذلك سواء تم النزاع أمام هيئات قضائية أو تحكيمية³⁹⁴، فجوهر حق الدفاع إذن هو ضمان إجراء نزاع عادل لجميع الأطراف بالمساواة بينهم في كل إجراء تحكيمي من شأنه أن يساعد الهيئة التحكيمية على تكوين قناعتها تجاه طلب أحد الأطراف.³⁹⁵

وهكذا فإذا كان التأصيل التاريخي لحق الدفاع في الخصومة التحكيمية (وأیضا القضائية) يوحى وبحق عن وجود علاقة وطيدة و متجذرة بين حق الدفاع ومؤسسة التحكيم نظرا لما كانت تشكله وسيلة التحكيم من رمز للعدالة والمساواة بين المختصمين فقد سعت مختلف التشريعات سواء الوطنية و الدولية إلى احتضان وتنظيم هذا المقتضى البارز في ميدان التقاضي. وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في العديد من فصول ق 05-08 على ضرورة احترام هذا المبدأ، ومن ذلك مثلا الفقرة 04 من الفصل 319 التي جاء فيها: "تحترم

³⁹⁴ - للمزيد حول تعريف حق الدفاع في الدعوى التحكيمية أنظر: عبد العال تلم، مبدأ المواجهة في خصومة التحكيم دار النهضة، طبعة 2000، ص 22 وما يليها.

³⁹⁵ - ويقول الأستاذ MOTULSKY وهو يتحدث عن أهمية حق الدفاع : "إن حق الدفاع من المبادئ التي لا تموت، حيث لا يمكن للعدالة أن تتحقق إلا إذا تم مراعاة هذا المبدأ".

وبضيف الأستاذ DEL VISHIO أن حق الدفاع ينبع من الشعور الإنساني قبل انتمائه إلى العلوم القانونية، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، حيث قررت مبدأ الدفاع وأخذت به بتاريخ 1868/05/07 قبل أن يوجد نص قانوني يقرر ذلك، ولقد جاء في حكمها الصادر في ذلك التاريخ أن الدفاع حق طبيعي وأنه لن يدان شخص بدون استدعائه، وتمكينه من الدفاع عن نفسه. وقد اعتبر الأستاذ MOTULSKY أن هذا القرار القضائي علامة مضيئة بدخول هذا المبدأ الطبيعي ضمن المبادئ التي تم تقنينها في القانون الوضعي، أنظر بخصوص هذا الحكم القضائي:

MOTULSKY : « le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle le respect des droits de la défense en procédure civile écrit, Dalloz 1973, page 66 et suivante.

في جميع الأحوال القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع³⁹⁶، كما نص كذلك في الفصل 36-327 على إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي كجزاء للإخلال بحقوق الدفاع³⁹⁷.

وإذا كانت إذن مختلف هذه التشريعات قد نصت على هذا المبدأ الهام، فإن التساؤل يطرح حول مدى توفيقها في حسن تنظيم هذه الركيزة الأساسية (حق الدفاع) بالشكل الذي يصون للمحتكمين حقوقهم، ويحفظ لمؤسسة التحكيم رمزيته و خصوصيتها؟

إن البحث عن إجابة حقيقية لهذه الإشكال يتطلب منا دراسة حق الدفاع (مع عنصره الآخرين مبدأ المواجهة ومبدأ المساواة)³⁹⁸ خلال مجمل مراحل الدعوى التحكيمية، منذ افتتاح هذه الأخيرة وتحديد موضوعها عن طريق طلبات ودفعات الخصوم (الفصل الأول) ومرورا بانعقاد جلسات التحكيم، وانتهاء بمرحلة صدور الحكم التحكيمي (الفصل الثاني).

³⁹⁶ - ويعني المشرع المغربي بجميع الأحوال، أنه أيا كان نوع التحكيم حرا أو مؤسسيا فإنه يجب احترام حقوق الدفاع. كما نص المشرع المغربي كذلك على ضرورة احترام حق الدفاع في الفصل 10-327 من ق 05-08 حيث ينص: "يعامل أطراف التحكيم على قدم المساواة وتتهي لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفعاته وممارسة حقه في الدفاع".

³⁹⁷ - ونفس الشيء ينطبق على أغلب التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، الذي خص حق الدفاع بنصوص متعددة وفي مواطن متفرقة من القانون رقم 27 / 1994 من ذلك مثلا ما قضت به المادة 26 من أنه: "يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة وتتهي لكل منهما فرصة متكافئة وكاملة لعرض دعواه" وأيضا الفصلان 31 و32 الذين ينصان على مجموعة من الإجراءات التحكيمية التي يجب التقيد والمرتبطة جدا بحقوق الدفاع. وأيضا التشريع الفرنسي، حيث يعتبر هذا الأخير من أبرز وأهم التشريعات التي نصت وبشكل واضح على ضرورة احترام ليس فقط حق المواجهة وحق الدفاع وإنما كافة المبادئ الأساسية الموجهة للدعوى، حيث أحل المشرع الفرنسي على العديد من مقتضيات القانونية المنظمة لهذه المبادئ الهامة أمام القضاء ونص على ضرورة احترامها في الدعوى التحكيمية وهذا ما تؤكد المادة 1464 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) حيث تنص على أنه :

«A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.

Toutefois, **sont toujours applicables les principes directeurs du procès** énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1... »

كما أكد المشرع الفرنسي أيضا على جزاء بطلان الحكم التحكيمي لعدم احترام المواجهة، حيث تنص المادة 1492: Art. 1492.- « Le recours en annulation n'est ouvert que si :

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ».

و على غرار التشريعات الوطنية نصت معظم قواعد التحكيم التجاري الدولي على ضرورة احترام الحق في الدفاع، أنظر في هذا الصدد المادة 1/05 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والمواد من 01 إلى 05 وما بعدها من نظام CIRDI .

³⁹⁸ - إذ لا يستقيم الحديث عن احترام حق الدفاع دون احترام مبدأي المواجهة و المساواة بين الأطراف، فهذين المبدأين جزء لا يتجزأ عن حق الدفاع، فهما من المكونات الأساسية له، والتي ينبغي الالتزام بها، فحق الدفاع لم يعد يعني فقط مجرد تمكين الخصوم من عرض وجهات نظرهما فحسب، وإنما أصبح يتضمن المساواة بين هؤلاء الخصوم في عرض طلباتهم ودفعاتهم مع تمكين كل خصم من مناقشة ما يقدمه الخصم الآخر وإعطائه الفرصة الكاملة للرد على ما يدعيه خصمه وإسماع المشرع على حل النزاع قاضيا كان أو محكما. هذا الرد. و لهذا يجمع الفقه الحديث على أن مبدأ المواجهة يعد أهم تطبيق لحق الدفاع والضمانة الرئيسية لاحترامه. وللمزيد في هذا الصدد انظر: عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1992، ص 06 وما يليها.



الفصل الأول:

حق الدفاع وتحديد موضوع الدعوى التحكيمية.

يعتبر حق الدفاع من أبرز المبادئ التي تسود النشاط القضائي و التحكيمي في حالة الحركة، وهو مقرر من أجل تحقيق المساواة بين الخصوم في المراكز الإجرائية أمام القضاء أيا كان نوعه، قضاء دولة أو قضاء تحكيم، من خلال إعطاء الفرصة للطرف المدعي لإبراز ما يدعيه و تمكين الخصم الآخر المدعي عليه من حقه في المواجهة والدفاع عن مصالحه وتقديم دفعاته، وكل ذلك في سبيل الوصول إلى الحل العادل بين المتقاضين أو المحتكمين وإنهاء النزاع.

ولهذا فإن حق الدفاع ينبغي استحضاره في كل مراحل الدعوى التحكيمية والعمل على احترامه وتوفير جميع مقومات تحقيقه. وسنحاول في هذا الصدد استجلاء أهمية احترام هذا المبدأ عند تحديد مكون من المكونات الأساسية للدعوى التحكيمية، والمتمثل في النطاق الموضوعي، والذي يقصد به مجموع المسائل المعروضة على هيئة التحكيم للفصل فيها، والتي تنقسم إلى نوعين هما الطلبات التي يتقدم بها المدعي (المبحث الأول) والدفع التي يرد بها المدعي عليه على طلبات خصمه³⁹⁹ (المبحث الثاني). فأى مكانة يحتلها حق الدفاع في هذه المرحلة الهامة؟ وكيف تعاملت التشريعات الوطنية للدول ومعها قواعد التحكيم التجاري الدولي مع الطلبات والدفع في المادة التحكيمية؟ وما مدى توفيقها في تنظيم هذين الإجراءين الهامين بالشكل الذي يضمن لكل خصم حقه في الدفاع عما يدعيه من جهة ويكفل للنزاع التحكيمي ثباته ومرونته وسرعته؟

³⁹⁹ - إذ بالرغم من أن الأصل في التحكيم- وعلى عكس القضاء- هو تحديد موضوع النزاع التحكيمي عند الاتفاق على اللجوء إلى هذه الوسيلة سواء كان ذلك في شكل عقد التحكيم، وهنا يعتبر تحديد موضوع النزاع ضروريا تحت طائلة البطلان (الفصل 315 من ق 05-08) أو كان في شكل شرط التحكيم والذي يتم تضمينه عقدا من العقود قصد تسوية ما سينشأ عن هذا الالتزام من خلافات، فبالرغم من كل هذا لا يتجسد عمليا موضوع النزاع التحكيمي إلا في الطلبات التي يقدمها المدعي والتي يشرح فيها موضوع دعواه والتي تقابلها دفعات المدعي عليه للدفاع عن حقه ومواجهة ما يدعيه خصمه.



المبحث الأول: حق الدفاع وتحديد الطلبات في الدعوى التحكيمية

إذا كانت الدعوى القضائية تعرف بأنها ذلك الحق الإجرائي الذي يخول لصاحبه مكنة طرح ادعاء معين على القضاء طالبا منه الحصول على الحماية القضائية لهذا الادعاء⁴⁰⁰، فإن الدعوى التحكيمية لا تخرج عن هذا المعنى أيضا، حيث يمكن تعريفها بأنها تلك الوسيلة القانونية والاتفاقية التي يتم بموجبها طرح نزاع تحكيمي معين على الهيئة التحكيمية من طرف أحد الأطراف والذي يسمى "المدعي" طالبا منها الحكم له بما يدعيه من حقوق وضد الطرف الآخر الذي يسمى "المدعي عليه".

وعلى هذا الأساس فإن الدعوى التحكيمية تنشأ وتتحدد وتتعد من الناحية العملية⁴⁰¹ - على غرار الدعوى القضائية- بهذا الطلب الذي يقدمه المدعي ويعرض فيه طلباته ومجموع ما يدعيه ويطلب الحكم له به.

وكما هو معلوم في الإجراءات القضائية أمام المحاكم الرسمية، فالطلبات تنقسم إلى طلبات أصلية وهي المذكورة أعلاه حيث تفتتح الدعوى بها، وطلبات عارضة وهي الطلبات التي تستجد وتعرض أثناء النظر في النزاع، إما تأكيدا للموضوع الأصلي أو زيادة أو تعديلا له. و كلا الطرفين -أصليا كان أو عارضا- من الوسائل الهامة التي يمارس بها حق الدفاع والمواجهة بين أطراف النزاع، حيث بهما يتمكن كل طرف من الدفاع عن حقه.

و بالتالي ونظرا لأهمية هذه الطلبات في ممارسة حق التقاضي وكفالة أحد مبادئه الأساسية فإن التساؤل يطرح حول الضوابط التي تحكم هذه الطلبات أمام الهيئات التحكيمية؟ وأية خصوصية تتميز بها هذه الوسائل في مؤسسة التحكيم مقارنة مع القضاء الرسمي؟ وما مدى ملائمة كلا النوعين مع مميزات الإجراءات التحكيمية؟

⁴⁰⁰ - بخصوص هذا التعريف أنظر: نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة 1999، ص 411.

⁴⁰¹ - على اعتبار أن بداية إجراءات التحكيم، حسب ما ينص عليه الفصل 10-327 من ق 05-08 تكون من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم وذلك ما لم يتفق الأطراف على ذلك، أما الدعوى التحكيمية فلا تبدأ إلا بافتتاحها بالمذكرة الافتتاحية التي يتقدم بها المدعي حسب ما ينص عليه الفصل 14-327 في فقرته الأولى وأيضا في فقرته التاسعة.



للإجابة عن هذه الأسئلة والوقوف على القواعد التي تحكم هذه الطلبات سنخصص (المطلب الأول) لدراسة الطلبات الأصلية، على أن نتطرق في (المطلب الثاني) للطلبات العارضة.

المطلب الأول: الطلبات الأصلية في الدعوى التحكيمية.

لقد نظم المشرع المغربي الطلبات الأصلية في المادة التحكيمية بموجب الفصل 14-327 من القانون رقم 05-08، حيث نص في الفقرة الأولى منه على الطلب الافتتاحي، أو المذكرة الافتتاحية للدعوى التحكيمية والتي يجب على المدعي إرسالها إلى المدعي عليه والمحكمين في الوقت المحدد اتفاقا بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم، مبينا - أي المشرع المغربي - مجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية التي تحكم هذه المذكرة (الفقرة الأولى). ومقابل ذلك، وتجسيدا لوجه من أوجه حق الدفاع، منح المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 14-327 للمدعي عليه فرصة الرد على مذكرة المدعي، وذلك بواسطة مذكرة كتابية جوابية (الفقرة الثانية). فما هي إذن الضوابط والقواعد القانونية التي تحكم كل مذكرة على حدة؟ وأي موقف للتشريعات المقارنة وقواعد التحكيم التجاري الدولي في هذا الإطار؟

الفقرة الأولى: المذكرة الافتتاحية للدعوى التحكيمية.

بقراءة للفقرة الأولى من الفصل 14-327 من ق 05-08 التي تنص على أنه: "يجب على المدعي أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدعواه تشمل على اسمه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل موضوع النزاع، وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه المذكرة ويرفقاها بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد استعمالها"، مع الفقرة التاسعة من نفس الفصل التي جاء فيها "يترتب على تقديم المدعي دون عذر مقبول مذكرة فتح الدعوى" يتضح بجلاء أن الدعوى التحكيمية في التشريع المغربي - وعلى غرار



الدعوى القضائية -تفتتح بالذاكرة أو المقال الافتتاحي الذي يرسله المدعي إلى كل من المدعي عليه والمحكمين عارضا فيها ما يطلب من الهيئة التحكيمية أن تحكم له به من حقوق وطلبات.

وعلى غرار التشريع المغربي، نجد المشرع المصري ينص على أن افتتاح الدعوى التحكيمية يتم بواسطة "بيان الدعوى" وهذا ما يتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة 30 من قانون التحكيم المصري والتي جاء فيها: "يرسل المدعي خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين، أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه، يشتمل على اسمه، عنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه، شرح لوقائع الدعوى، تحديد للمسائل محل النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق التحكيم ذكره في هذا البيان". وأيضا من خلال المادة 34 التي تنص على أنه: "إذ لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بيانا مكتوبا بدعواه وفقا للفقرة الأولى من المادة 30..."

ونفس الشيء أيضا بالنسبة للمشرع الفرنسي، فبعدما نص في المادة 1462 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 48 لسنة 2011) على أنه: "يعرض النزاع على محكمة التحكيم إما من قبل الاطراف مشتركين، أو من قبل الطرف صاحب المصلحة"⁴⁰² نص في المادة 04 من ق م م الفرنسي (المحال إليها في المادة 1462)⁴⁰³ على أن: "موضوع النزاع يتحدد بالادعاءات (الطلبات) المتبادلة بين الاطراف، هذه الطلبات تتحدد في صحيفة افتتاح الدعوى...."⁴⁰⁴

⁴⁰² - النص الأصلي لهذه المادة كالتالي:

Article 1462 : « Le litige est soumis au tribunal arbitral soit conjointement par les parties, soit par la partie la plus diligente »

⁴⁰³ - حيث تنص المادة 1464 من ق م م ف (مرسوم 2011) في فقرتها الثانية على أنه:

« Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux **articles** 4 à 10, au premier alinéa de l'article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l'article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 »

⁴⁰⁴ - ومما جاء في المادة 04 من ق م م الفرنسي:

“ L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif et par les conclusions de défense ”

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المرسوم رقم 48 لسنة 2011 المعدل لـ ق م م الفرنسي في شقة المتعلق بالتحكيم لا يختلف عما كان منصوفا عليه في ق م م الفرنسي المعدل (المرسوم رقم 500 / 1981) بخصوص افتتاح الدعوى التحكيمية، حيث أحال المرسوم المعدل هو الآخر على مقتضيات المادة 04 من ق م م الفرنسي، وذلك في الفقرة الثانية من المادة 1460.



أما بخصوص موقف قواعد التحكيم التجاري الدولي فهي الأخرى تؤكد على أن افتتاح الدعوى التحكيمية يكون بواسطة بيان الدعوى، وهذا ما يتضح من نص المادة 20 من قواعد الأونيسترال للتحكيم الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصيغتها المعتمدة سنة 2013، حيث جاء فيها: " يرسل المدعي بيان دعواه كتابية إلى المدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين..." وعلى منوال هذه القواعد يسير كذلك القانون النموذجي للتحكيم.⁴⁰⁵

وباستقراء مختلف هذه النصوص القانونية يتضح ما يلي:

أولاً: ان مجمل التشريعات تتحدد في ما يجب أن تشتمل عليه المذكرة الافتتاحية (أو بيان الدعوى) من عناصر وهي كالتالي:

- 1- معلومات المدعي والمدعي عليه وتتمثل في اسم كل واحد منهما وعنوانه.
- 2- البيانات والمعلومات المرتبطة بموضوع الدعوى التحكيمية من شرح لوقائع (كتوضيح مثلاً سبب النزاع وبدايته وغيرها من الوقائع التي قد تفيد الهيئة التحكيمية) وتحديد المسائل موضوع النزاع وطلباته، أي ما يطلب من الهيئة الحكم له به ضد المدعي عليه ويجب أن تكون هذه الطلبات في نطاق المسائل محل النزاع، إلى غير ذلك من الأمور والبيانات التي يكون طرفي التحكيم قد اتفقا على ذكرها في هذه المذكرة.⁴⁰⁶

كما ينبغي كذلك وحسب ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 14-327 إرفاق المذكرة الافتتاحية بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد المدعي استعمالها وذلك تسجيلاً لسير الدعوى التحكيمية، وتمكيناً للهيئة التحكيمية من الوقوف على حقيقة النزاع وتكوين قناعاتها حتى يتسنى لها إنجاز المهمة الموكولة لها في أسرع وقت وبشكل يضمن حقوق الأطراف.

⁴⁰⁵ - إذ ينص القانون النموذجي في المادة 23 المعنونة بـ "بيان الإدعاء وبيان الدفاع" على ما يلي: "على المدعي أن يبين، خلال المدة التي يتفق عليها الطرفان أو تحددها هيئة التحكيم، الوقائع المؤيدة لادعائه، والمسائل موضوع النزاع..."

⁴⁰⁶ - أنظر بخصوص تحليل الفقه المصري لمشتملات بيان الدعوى:

- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م س، ص 326 وما يليها.
- عكاشة عبد العال ومن معه، م س، ص 622 وما يليها.
- عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، م س، ص 150 وما يليها.

ثانياً: عدم تحديد المشرع المغربي -ومعه غالبية التشريعات المقارنة- لكيفية إرسال المذكرة الافتتاحية إلى المدعى عليه وأيضاً للمحكّمين، حيث اكتفى فقط بتحديد شكل هذه المذكرة وأوجب ضرورة كتابتها دون التتصيص على طريق معين لإرسالها، وبالتالي يمكن القول بأن للطرف المدعي الحرية في استعمال جميع الوسائل المكتوبة التي قد تمكنه من إرسال تلك المذكرة إلى المعنيين بها، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على شكل معين يتم به هذا الإرسال. وبالتالي فيجب على المدعي أن يتحرز في اختيار الوسيلة والطريقة الناجعة والتي يمكن الاعتماد عليها في الإثبات حالة وجود خلاف حول عدم التوصل بالإرسال من طرف المدعى عليه والهيئة التحكيمية.

كما لم يحدد القانون 05-08 أيضاً كيفية العلم بتوصل المدعى عليه والهيئة التحكيمية بالمذكرة المكتوبة، وهو ما يمكن أن يستغله المدعى عليه سيء النية، إذ بالرغم من توصله بهذا الإرسال قد يدعي خلاف ذلك، وهو ما قد ينتج عنه إضرار بمصالح الطرف المدعي من زيادة في الإجراءات وضياع للجهد و المال و الوقت.

و بالتالي وتقاديا لمثل هذه الأمور السلبية الآثار، يجب على المدعي -ومن منطلق الحرية الممنوحة له - التأكد من توصل المدعي عليه بهذا الإرسال واستعمال الوسيلة التي قد تفيده في ذلك.

ثالثاً: تاريخ افتتاح الدعوى التحكيمية وإرسال المذكرة الافتتاحية: من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه، يتضح أن افتتاح الدعوى يبتدئ من تاريخ إرسال المذكرة الافتتاحية من طرف المدعي إلى كل من المدعى عليه والمحكّمين، هذا التاريخ -أي تاريخ وموعد الإرسال- تركت التشريعات أمر تحديده لإرادة أطراف التحكيم في الاتفاق على موعد معين يتم فيه إرسال تلك المذكرة، لكن في حالة انعدام هذا الاتفاق تتولى -وحسب الفقرة الأولى من الفصل 14-327- الهيئة التحكيمية تحديده، وهنا يجب استحضار مقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 20-327 التي تنص على أنه: "إذا لم يحدد اتفاق التحكيم للهيئة التحكيمية أجلاً لإصدار الحكم التحكيمي، فإن مهمة المحكّمين تنتهي بعد مضي ستة أشهر من اليوم الذي قبل فيه آخر محكم مهمته".



وبالتالي فينبغي على الهيئة التحكيمية أخذ هذا المقتضى القانوني بعين الاعتبار وأن تُبادر إلى تحديد موعد معقول لإرسال المذكرة الافتتاحية، يراعى حجم النزاع وما يقتضيه من وقت لكي يتمكن المدعي من إعداد مذكرة دعواه، ويتفادى بموجبه اللجوء إلى تمديد أجل التحكيم وما يستتبعه من طول وإهدار للوقت، وهو ما لا يتناسب إطلاقاً مع خصوصيات التحكيم المتسمة بالمرونة والسرعة في الإجراءات.

وربما أن هذا الأمر -بالإضافة إلى مبررات أخرى⁴⁰⁷ - هو الذي دفع بالمشروع المغربي والمقارن إلى التمييز ما بين تاريخ بدء الإجراءات التحكيمية والتي هي تاريخ اكتمال تشكيل الهيئة التحكيمية⁴⁰⁸ ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك (حسب ما تنص عليه الفقرة الأخيرة من الفصل 10-327)، وتاريخ افتتاح الدعوى التحكيمية والذي يتمثل في موعد إرسال المذكرة الافتتاحية، والذي تركت بشأنه التشريعات الحرية لأطراف التحكيم لتحديد وفق ما يتناسب ونزاعهم التحكيمي.

⁴⁰⁷ - كضرورة اكتمال تشكيل الهيئة التحكيمية مثلاً إذ لا يمكن افتتاح الدعوى والهيئة غير مشكلة نهائياً.

⁴⁰⁸ - جدير بالذكر أن تاريخ بداية إجراءات التحكيم تختلف بصده التشريعات الوطنية للدول، فالمشروع المغربي يجعله تاريخ اكتمال تشكيل الهيئة التحكيمية كنقطة لبداية إجراءات التحكيم ما لم يتفق الأطراف على تاريخ آخر، أما التشريع المصري فينص في المادة 27 من قانون التحكيم على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يستلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر " وهنا نشير إلى أن طلب التحكيم ليس له بيان الدعوى الذي تفتتح بموجبه الدعوى التحكيمية، وإنما يقصد بطلب التحكيم في التشريع المصري ذلك العمل الذي يوجهه المدعي (المحكّم) إلى المدعى عليه (المحكّم ضده) والذي يتضمن رغبته في فصل النزاع القائم بينهما بطريق التحكيم، ويوجه هذا الطلب كتابة بورقة تسلّم المدعى عليه أو تعلن إليه، وفقاً لما تنص عليه المادة 07 من قانون التحكيم المصري. و للمزيد حول هذه الوثيقة أنظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 318 وما بعدها، وأيضاً عكاشة عبد العال ومن معه، م س، ص 616 وما بعدها.

أما المشروع الفرنسي فيجعل تاريخ بداية إجراءات النزاع التحكيمي مقترناً بتاريخ اكتمال تشكيل محكمة التحكيم، وهذا ما يتضح من نص المادة 1456 من م ق م ق الذي تقضي في فقرتها الأولى بما يلي:

« Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres est accepté la mission qui leur est confiée. **A cette date, il est saisi du litige**. »

وأيضاً في الفقرة الأولى من المادة 1463 من م ق م ق الفرنسي (مرسوم 2011) التي جاء فيها:

« Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la durée de la mission du tribunal arbitral est limitée à six mois **à compte de sa saisine**. »

أما القانون النموذجي فينص في المادة 21 من ديباجته على أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلباً بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". وهو نفس المقتضى الذي أكدت عليه قواعد الأونيسترال للتحكيم في المادة 03.



تبقى الإشارة إلى أن المشرع المغربي رتب على عدم تقديم المدعي للمذكرة الافتتاحية في الأجل المحددة ودون عذر مقبول جزاءً توقعه هيئة التحكيم ويتمثل في إنهاؤها لإجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وهذا ما تؤكدته الفقرة التاسعة من الفصل 14-327. و هو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع المصري في المادة 34 من قانون التحكيم،⁴⁰⁹ وأيضا قواعد التحكيم التجاري الدولي.⁴¹⁰

هكذا إذن يتضح أن التشريعات الوطنية للدول ومعها أيضا قواعد التحكيم التجاري الدولي، حاولت إحاطة المذكرة الافتتاحية للدعوى التحكيمية بمجموعة من الضوابط والقواعد (كمشتملات المذكرة، الحرية في تحديد الموعد...) والتي من شأنها ضمان حق الدفاع للمدعي من جهة مع الحفاظ على ما تستلزمه الخصومة التحكيمية من سرعة ومرونة في الإجراءات، لي طرح التساؤل بذلك عن كيفية تنظيم هذه التشريعات للمذكرة الجوابية التي تمكن المدعي عليه من الدفاع والرد على طلبات المدعي؟

⁴⁰⁹ - حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 34 من قانون التحكيم المصري على أنه: "إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بيانا مكتوبا بدعواه وفقا للفقرة الأولى من المادة 30، وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

⁴¹⁰ - إذ جاء في المادة 28 من قواعد الأونيسترال التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ما يلي: "1- إذا قصر المدعي دون إبداء عذر مقبول في تقديم بيان دعواه خلال المدة المحددة في هذه القواعد أو التي تحددها هيئة التحكيم، أصدرت الهيئة أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم..." وغني عن البيان أن المشرع المغربي ومعه غالبية التشريعات المقارنة وأيضا القواعد الدولية للتحكيم لم تنص على آثار إرسال المذكرة الافتتاحية وفق الضوابط المنصوص عليها قانونا. وبالرجوع إلى القواعد العامة فإن الطلب الأصلي في الدعوى القضائية (المذكرة الافتتاحية) تترتب عنه عدة آثار هامة (والتي يمكن إسقاطها أيضا على دعوى التحكيم) ومن ذلك مثلا ما ينص عليه الفصل 381 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه ما يلي:

"ينقطع التقادم: 1- بكل مطالبة قضائية أو غير قضائية يكون لها تاريخ ثابت ومن شأنها أن تجعل المدين في حالة مطل لتنفيذ التزامه، ولو رفعت أمام قاض غير مختص، أو قضى ببطانها لعب في الشكل..." وأيضا ما ينص عليه الفصل 192 ق ل ع من أنه:

"يعتبر الحق متنازعا في معنى هذا الفصل، إذا كان هناك نزاع في جوهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة، أو كانت هناك ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة نزاعات قضائية جدية حول جوهر الحق نفسه" إلى غير ذلك من الآثار.

وللمزيد في هذا الإطار أنظر: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 218.



الفقرة الثانية: المذكرة الجوابية

تكريسا لحق الدفاع، وإعمالا لمبدأي المساواة والمواجهة بين الخصوم، منحت التشريعات الوطنية للدول، ومعها كذلك القواعد الدولية للتحكيم للمدعى عليه في الدعوى التحكيمية ومنذ المراحل الأولى لافتتاحها فرصة الدفاع عن حقه ودحض طلبات المدعي وذلك بواسطة آلية هامة تدعى "المذكرة الجوابية" أو "مذكرة الرد عند المشاركة".

وهكذا ينص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 14-327 من ق 05-08 على أنه: "يجب على المدعى عليه أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي ولكل واحد من المحكمين مذكرة جوابية مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء بمذكرة الدعوى..." وهو ما أكدته أيضا المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 30 من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها: "ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء ببيان الدعوى..." كما أكدته كذلك كل من القانون النموذجي في المادة 23 من ديباجته⁴¹¹، وقواعد الأونيسترال للتحكيم لسنة 2013 (المادة 21)⁴¹².

ومن خلال هذه النصوص يتضح وبجلاء وجه من أوجه الحق في الدفاع الممنوح للمدعى عليه، و الذي يتمثل في المذكرة الجوابية التي يرد بها على طلبات خصمه في الدعوى التحكيمية. وبالتالي وحتى يتسنى للمدعى عليه الاستفادة من هذه الوسيلة الهامة وممارسة حقه في الدفاع، يجب عليه احترام الموعد المحدد لإرسال المذكرة الجوابية، و الذي يتمتع بصده الأطراف بحرية تامة في تحديده، وذلك مثل موعد تقديم المذكرة الافتتاحية، وبالتالي فيجب على الأطراف استغلال هذه الحرية الممنوحة لهم في هذا الصدد، وتحديد موعد زمني معقول يمكن كل طرف من إعداد طلباته وادعاءه والذي يحتم على كل واحد احترامه.

⁴¹¹ - حيث تنص هذه المادة على أنه: "1... وعلى المدعي عليه ان يقدم دفاعه فيما يتعلق بهذه المسائل" أي المسائل المذكورة ببيان الدعوى الذي قدمه المدعي.

⁴¹² - أما المادة 21 فتتص على ما يلي: " يرسل المدعى عليه بيان دفاعه كتابة، إلى المدعى وإلى كل واحد من المحكمين في غضون مدة تحددها هيئة التحكيم..."

وفي حالة انعدام اتفاق الأطراف تتدخل هيئة التحكيم وتتولى تحديد الموعد الذي يجب على المدعى عليه إرسال مذكرته الجوابية والرد على طلبات المدعى. وهنا يجب على الهيئة تحديد ميعاد مناسب يتيح للمدعى عليه الوقت الكافي لاحتضار دفاعه ومستنداته وكل ما يمكن أن يساعده في الرد على طلبات المدعى، مستحضرة في ذلك حجم النزاع و حجم ما قدمه المدعى من وثائق وأدلة ومستندات وما أثاره من مشاكل قانونية أو واقعية في المذكرة الافتتاحية، وفي جميع الأحوال واحتراما لمبدأ المساواة بين الأطراف يجب ألا يقل الوقت الممنوح للمدعى عليه لإعداد مذكرة دفاعه عن ذلك الممنوح للمدعى عند تقديم مذكرته الافتتاحية⁴¹³.

وعليه ومهما يكن الطرف المحدد لموعد إرسال المذكرة الجوابية، فإنه ينبغي للمدعى عليه الالتزام بذلك، إذ وحسب الفقرة العاشرة من الفصل 14-327 من ق 05-08 إذا لم يقدم المدعى عليه مذكرته الجوابية داخل الأجل المحدد له تستمر هيئة التحكيم في إجراءات دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعى عليه بدعوى المدعى⁴¹⁴. لكن وبالرغم من هذه الحصانة القانونية القوية لحق المدعى عليه في ممارسة حقه في الدفاع وتقديم مذكرته الجوابية، إلا أنه لا ينبغي للمدعى عليه استغلالها بسوء نية والتماذي في عدم إرسال تلك المذكرة بالرغم من توصله بالمذكرة الجوابية، لأن ذلك سيعرض بمصالحه من جهة لاستمرار إجراءات التحكيم -حسب منطوق الفقرة أعلاه- وسيطول مدة النزاع التحكيمي وتعقيد الدعوى التحكيمية، وهو ما يشكل أيضا إضرار حقيقيا بحقوقهم جميعا (المدعى والمدعى عليه).⁴¹⁵

⁴¹³ - وللمزيد حول المذكرة الدفاعية انظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 329.

⁴¹⁴ - وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع المصري في المادة 2/34 حيث جاء فيها: " وإذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة دفاعه وفقا للفقرة الثانية من المادة 30 من هذا القانون، وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم، دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعى عليه بدعوى المدعى ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

⁴¹⁵ - وربما أن مثل هذه المشاكل التي لا تناسب إطلاقا مع طبيعة مؤسسة التحكيم، هي التي دفعت بالمشرع المصري ومن خلال الفقرة الثانية من المادة 34 إلى منح الحرية لأطراف التحكيم في الاتفاق على ما يخالف الجزاء المقرر لعدم إرسال المذكرة الدفاعية في الأجل المحدد لها. حيث يمكن وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة جعل عدم تقديم تلك المذكرة في الميعاد المتفق عليه أو المحدد من طرف هيئة التحكيم إقرارا من المدعى عليه بما جاء في المذكرة الافتتاحية للمدعى. وإن كانت هذه الحرية تنطوي على نوع من الخطورة، إلا أنها تبقى الوسيلة التي يمكن مواجهة بها المدعى عليه المتعسف في عدم إرسال مذكرته الجوابية والدفاعية.



و بالإضافة إلى عامل الوقت، يتوجب على المدعى عليه كذلك كتابة مذكرته، حسب ما تنص على ذلك الفقرة الثانية من الفصل 14-327.

أما بالنسبة لطريقة الإرسال، فعلى غرار المذكرة الافتتاحية، يتمتع الأطراف بالحرية في اختيار الوسيلة المناسبة و الناجعة والأكثر حماية لحقوقهم والتي يتم عن طريقها إرسال مذكرتهم الافتتاحية والجوابية.

تبقى الإشارة إلى أن معظم التشريعات، وحرصا منها على ضمان مبدأي الحق في الدفاع والمواجهة بين المحتكمين ألزمت الهيئة التحكيمية بضرورة إرسال كل ما يقدمه لها أحد الطرفين من أدلة ومستندات إلى الطرف الآخر في الخصومة، وفي هذا الإطار ينص الفصل 14-327 في فقرته الرابعة على أنه: "ترسل -أي الهيئة التحكيمية- صور كل ما يقدمه أحد الطرفين لـهيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك كل ما يقدم إلى الهيئة من تقارير الخبراء وغيرها من الأدلة مع منحهم أجلا لتقديم ما لديهم من ردود وملاحظات" وهو ما أكدته أيضا المشرع المصري حيث ينص في المادة 31 من قانون التحكيم على أنه: "ترسل صورة ما يقدمه أحد الطرفين إلى هيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو أوراق أخرى إلى الطرف الآخر، وكذلك ترسل إلى كل من الطرفين صورة من كل ما يقدم إلى الهيئة المذكورة من تقارير الخبراء والمستندات وغيرها من الأدلة".

من كل هذا إذن نستخلص أن التشريعات الوطنية والقواعد الدولية للتحكيم، وإدراكا منها لأهمية الحق في الدفاع والمواجهة بين الخصوم، حاولت تنظيم هذا المبدأ بكيفية تراعي إلى حد ما حقوق كل طرف في الدفاع عما يدعيه ومواجهة طلبات خصمه، وذلك بإحاطة المرحلة الأولى لافتتاح الدعوى التحكيمية بمجموعة من القواعد والضوابط التي تكفل ممارسة هذا الحق في إطاره القانوني مع الحفاظ على ما تستلزمه الإجراءات التحكيمية من سرعة ومرونة. فما هو موقفها إذن بخصوص الطلبات العارضة؟



المطلب الثاني: الطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية

الطلبات العارضة هي تلك الطلبات التي يقدمها أحد الخصوم أثناء سير الدعوى - أي بعد افتتاحها - سواء كانت مقدمة من طرف المدعي أو المدعى عليه. وبالتالي فالطلب العارض يختلف عن الطلب الأصلي، حيث أن هذا الأخير هو ذلك الطلب الذي تنشأ عنه خصومة (دعوى) لم تكن موجودة قبل إيدائه، أي أنه أول ما تفتتح به الدعوى من إجراءات، أما الطلب العارض فهو الذي يتم إيدائه بعد افتتاح الدعوى وسير إجراءاتها، وهو ما يعني أن الطلبات العارضة تستوجب وجود دعوى وخصومة قائمة قبل إيدائها⁴¹⁶. والطلبات العارضة قد تقدم من المدعي في مواجهة المدعى عليه فتسمى بالطلبات الإضافية، وقد تقدم من المدعى عليه في مواجهة المدعي فتسمى بالطلبات المضادة أو المقابلة⁴¹⁷.

ومن خلال هذه التعاريف يتضح أن الطلبات العارضة تتضمن تغييرا لموضوع الدعوى، وللطلب الأصلي الذي افتتحت به، وذلك إما بتأكيده أو إضافة عناصر جديدة لها علاقة بموضوع الدعوى أو غير ذلك من التعديلات والتغييرات التي يمكن أن تدخلها هذه الطلبات على موضوع الدعوى.

وانطلاقا من هذا الدور الذي تؤديه الطلبات العارضة يطرح تساؤل عريض يتعلق بمدى ملائمة هذه الوسيلة مع خصوصيات مؤسسة التحكيم ونزاعها التحكيمي الذي يتطلب المرونة والثبات؟ وهل استطاعت التشريعات الوطنية والدولية للتحكيم تنظيم هذه الطلبات بالكيفية التي تراعي مميزات التحكيم من جهة وحقوق ومصالح الأطراف من جهة ثانية؟ (الفقرة الأولى). ثم كيف تعامل القضاء مع هذا الإجراء؟ (الفقرة الثانية)

⁴¹⁶ - للمزيد في هذا الصدد أنظر: محمد عبد الله حسين عطية، دور القضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة 2010، ص 472 وما يليها.

⁴¹⁷ - محمد علي عويضة، م س، ص 236 وما يليها.
و أنظر في نفس المعنى: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 219 وما يليها.



الفقرة الأولى: الإطار النظري للطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية

إذا كان الأصل أن الطلبات العارضة تكون جائزة في الدعوى القضائية، فإنها أيضا جائزة في الدعوى التحكيمية⁴¹⁸، فبالرغم من أن نطاق الدعوى التحكيمية يتحدد - وبشكل عملي - بالطلبات الأصلية التي يقدمها المدعي وتفتح بموجبها الدعوى التحكيمية، والتي ينبغي - أي الطلبات الأصلية - الالتزام بها وعدم تغييرها وتعديلها إعمالا لمبدأ ثبات نزاع الدعوى التحكيمية، واحتراما لمبدأ الحق في الدفاع والذي يتطلب عدم مفاجأة الخصوم بطلبات جديدة تقدم بعد أن يكون قد استعد للدفاع في نطاق الطلب الأصلي، وتجنبنا كذلك لإطالة الدعوى وتعقيدها⁴¹⁹، إلا أن معظم التشريعات الوطنية للدول ومعها أيضا قواعد التحكيم التجاري الدولي أجازت لأطراف النزاع التحكيمي تقديم طلبات عارضة. حيث أن منطق حسن سير العدالة، والاقتصاد في الخصومة والوقت والجهد والنفقات يقتضي تسوية وتصفية النزاعات المرتبطة بالطلب الأصلي وعدم تركها بساحة العدالة (قضائية كانت أو تحكيمية)، لهذا تمت إجازة تقديم الطلبات العارضة أمام الهيئة التحكيمية باعتبارها مظهرا لتطور المنازعة⁴²⁰.

وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 14-327 من ق05-08 على أنه: "يجب على المدعى عليه أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم، للمدعى ولكل واحد من المحكمين مذكرة جوابية كتابية بدفاعه ردا

418 - أنظر في هذا الصدد: محمود السيد عمر التحيوي، الحدود الزمنية والموضوعية لولاية المحكم على الدعوى التحكيمية، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011، ص 260 وما يليها.

419 - هذا بالإضافة إلى أن الطلبات العارضة في المادة التحكيمية تتنافى كذلك مع مبدأ التزام هيئة التحكيم بحدود موضوع النزاع المطروح أمامها، وذلك تحت طائلة بطلان حكمها التحكيمي كما ينص على ذلك الفصل 36-327 وأيضا الفصلين 51-327 من ف رقم 05-08.

للمزيد حول سلبيات الطلبات العارضة في مادة التحكيم أنظر:

✓ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 309 وما يليها.
✓ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 345.
✓ محمد علي عويضة، م س، ص 236 وما يليها.
✓ محمد المختار الراشدي، إجراءات مسطرة التحكيم، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 117، نونبر/دجنبر 2008، ص 92 وما يليها.

420 - أنظر للمزيد حول تبريرات جانب من الفقه لمسألة قبول الطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية:

✓ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 345.
✓ محمد علي عويضة، م س، ص 237 وما يليها.
✓ عاشور مبروك، النظام الإجرائي... م س، ص 70 وما يليها.



على ما جاء بمذكرة الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع، أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة ويرفقها بكل الوثائق التي يريد استعمالها للإثبات أو النفي" كما ينص كذلك المشرع المغربي في الفقرة 05 من الفصل 14-327 على أنه: "يمكن لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك، منعا من إعادة الفصل في النزاع".

وعلى غرار القانون رقم 05-08، ينص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 30 من القانون رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "ويرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم على المدعي وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع، أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير" كما جاء كذلك في المادة 32 ما يلي: "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم، ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعا من تعطيل الفصل في النزاع".

وهذا ما أكدته أيضا المشرع الفرنسي، حيث أجاز كذلك تقديم الطلبات العارضة في مادة التحكيم، وهذا ما تنص المادة 04 من ق.م.م. المحال عليها في المادة 1464 من ق.م.م. الفرنسي⁴²¹ (المرسوم رقم 2011/48): "موضوع النزاع يتحدد بالطلبات المتبادلة من الخصوم، هذه الطلبات تتحدد في صحيفة افتتاح الدعوى، وكذلك بالطلبات العارضة إذا كانت ترتبط بالطلبات الأصلية برابطة كافية"⁴²².

تبقى الإشارة إلى أن القواعد الدولية للتحكيم أكدت على جواز تقديم الطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية، وهذا ما نصت عليه المادتين 21 و 22 من

⁴²¹ - تنص المادة 2/1464 من ق.م.م. الفرنسي (مرسوم رقم 2011/48) على أنه:

« Toutefois, sont toujours applicables les principes directeurs du procès énoncés aux articles 4 à 10 »,

⁴²² - النص الأصلي للمادة 04 من ق.م.م. الفرنسي كالتالي:

« L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défenses. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci ses rattachant aux prétentions originaires par un lien suffisant ».



قواعد الأونيسترال للتحكيم بصيغتها المعتمدة سنة 2013⁴²³، وأيضا المادة 23 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري⁴²⁴.

وباستقراء مختلف هذه النصوص يتضح أن تقديم الطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية أمر جائز، لكن ذلك محكوم بمجموعة من الضوابط التي يجب احترامها، حيث يشترط لقبول الطلبات العارضة أمام هيئة التحكيم أن تكون هذه الطلبات مرتبطة برابطة كافية كما ينص على ذلك المشرع الفرنسي، أو أن تكون متصلة بموضوع النزاع حسبما ينص على ذلك كل من المشرع المغربي و المشرع المصري.

وبالتالي فلا يجب أن تخرج طلبات الأطراف عن نطاق اتفاق التحكيم شرطا كان أو عقدا، وسواء كانت هذه الطلبات إضافية أو مقابلة، فاحتراما لخصوصيات التحكيم كطريق استثنائي لفض النزاع والذي يتطلب السرعة والمرونة في الإجراءات من جهة وأيضا لما تم الاتفاق عليه في شرط أو عقد التحكيم من جهة ثانية، لا يجوز قبول تقديم الطلبات العارضة أيا كان نوعها في حالة تجاوزها لنطاق وموضوع اتفاق التحكيم⁴²⁵.

لكن تحقق شرط الرابطة الكافية أو الاتصال بموضوع النزاع التحكيمي لا يكفي لوحده لقبول هيئة التحكيم للطلبات العارضة، حيث منح المشرع المغربي في الفقرة الخامسة من الفصل 14-327 - وعلى غرار المشرع المصري (المادة 32) - للهيئة التحكيمية سلطة عدم قبول الطلبات العارضة، إن كان من شأن قبول هذه التعديلات إعادة الفصل في النزاع

423 - تنص المادة 21 على أنه: "يجوز للمدعى عليه أن يقدم في بيان الدفاع، أو في مرحلة لاحقة من إجراءات التحكيم إذا رأت هيئة التحكيم أن الظروف تسوغ هذا التأخير دعوى مضادة ناشئة، أو أن يستند إلى دعوى مقامة لغرض الدفع بالمقاصة شريطة أن تكون هيئة التحكيم مختصة بذلك".

أما المادة 22 من نفس القواعد فتقضي بما يلي: "يجوز لأي طرف أثناء إجراءات التحكيم أن يعدل أو يدعو أو دفاعه، بما في ذلك الدعوى المضادة أو الدعوى المقامة لغرض الدفع بالمقاصة....".

424 - تنص المادة 23 في فقرتها الثانية على أنه: "ما لم يتفق الطرفان على شيء آخر، يجوز لكل منهما أن يعدل ادعاءه أو دفاعه أو أن يكملها خلال سير الإجراءات، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه".

425 - لأنه وحتى إن تم قبول مثل هذه الطلبات، وتم الفصل فيها من طرف هيئة التحكيم، فإن الحكم التحكيمي يصبح، والحالة هذه، معرضا للطعن بالبطلان لتجاوز هيئة التحكيم للمهمة المسندة إليها والفصل في مسائل لم يشملها التحكيم وفق ما ينص عليه الفصل 36-327 من ق 08-05 وأيضا الفصل 51-327، كما يؤدي ذلك أيضا إلى جواز الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي حسب ما ينص عليه الفصل 49-327.

حسب تعبير المشرع المغربي أو تعطيلاً له حسب صيغة التشريع المصري⁴²⁶. وعليه وحتى تقبل هيئة التحكيم الطلبات العارضة، فإنه ينبغي أن تكون متصلة بموضوع النزاع ولا تؤدي إلى إعادة الفصل فيه.

وبالإضافة إلى هذين الشرطين يحتم على أطراف التحكيم أخذ ضابط وعامل الوقت بعين الاعتبار، إذ يتعين عليهم تقديم طلباتهم خلال إجراءات التحكيم، أي قبل قفل باب المرافعات واعتبار القضية جاهزة للحكم فيها، وذلك حسب ما ينص عليه 14-327 وأيضاً الفصل 21-327 من ق 05-08، حيث ينص هذا الأخير على أنه: "تحدد الهيئة التحكيمية بعد انتهائها من إجراءات التحقيق واعتبارها القضية جاهزة، تاريخ جزها للمداولة وكذا التاريخ المقرر لصدور الحكم. لا يجوز بعد هذا التاريخ، تقديم أي طلب جديد أو إثارة أي دفع جديد. ولا يجوز إبداء أية ملاحظة جديدة ولا الإدلاء بأية وثيقة جديدة، ما لم يكن ذلك بطلب من الهيئة التحكيمية"⁴²⁷.

وحسناً فعل المشرع بتحديد تاريخ انتهاء قبول الطلبات العارضة، وذلك حماية لحقوق الدفاع ومصالح الأطراف من جهة، وحتى لا تطول إجراءات الدعوى التحكيمية وتضيع معالم النزاع الأصلي وغيرها من المشاكل والسلبات التي قد تنتج عن عدم تحديد هذه التاريخ، والتي لا تتناسب البتة ومميزات التحكيم وإجراءاتها المسطرية.

⁴²⁶ - وفي رأيي فإن صيغة التشريع المصري أكثر فعالية من نص التشريع المغربي، حيث أن عبارة "تعطيل الفصل في النزاع" عامة وتشمل كل طلب عارض قد يعرقل ويعطل إجراءات الفصل في النزاع إجراءات الفصل في النزاع التحكيمي، عكس عبارة "إعادة الفصل في النزاع" والتي جاءت خاصة ودقيقة ومن شأنها أن تقيد السلطة الممنوحة للهيئة التحكيمية في ضبط وتنظيم الطلبات العارضة في مادة التحكيم، وقد تفتح هذه العبارة المجال لأطراف النزاع - خصوصاً السيئ النية منهم - إلى تقديم طلبات جديدة لا تؤدي إلى إعادة الفصل في النزاع، وإنما قد تؤدي في مقابل ذلك إلى تعطيل إجراءات الفصل في النزاع التحكيمي. وبالتالي كان الأجدر بالمشرع المغربي اعتماد الصيغة العامة التي تشمل كل طلب قد يعطل إجراءات ومسطرة التحكيم سواء كان هذا الطلب الجديد سيؤدي إلى إعادة الفصل في النزاع من عدمه. وربما أن هدف المشرع المغربي من وراء هذه العبارة هو تمكين وإتاحة الفرصة لأطراف التحكيم في تقديم كل طلب عارض قد يفيد الأطراف في الدفاع عن حقهم، لكن شريطة عدم إعادة الفصل في النزاع.

⁴²⁷ - وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس بأن المحكم وقد أصدر قراره بقفل باب المرافعة، فإنه لا يجوز له أن يقبل من أي خصم أي طلبات أو مستندات جديدة إلا إذا أعاد فتح باب المرافعة، وأعطى الطرف الآخر الفرصة الكاملة لإبداء ملاحظاته حول هذه المستندات الجديدة.



تبقى الإشارة إلى المشرع المغربي والمقارن أجازا للمدعى عليه أن يتمسك بحق ناشئ عن النزاع التحكيمي بقصد الدفع بالمقاصة حسبما تنص عليه الفقرة 2 من الفصل 14-327 والتي جاء فيها: "...وله - أي المدعى عليه - أن يضمن هذه المذكرة طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع، أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة..." و بالتالي فلا ينبغي للمدعى عليه أن يتمسك بحق لا علاقة ولا صلة له بموضوع النزاع لكي يدفع بالمقاصة بينه وبين حق الذي يطالب به المدعي.

هكذا إذن يتضح أن التشريعات أجازت للأطراف المحكمة تقديم الطلبات العارضة أمام هيئة التحكيم وأحاطت ذلك بمجموعة من الضوابط التي من شأنها الحيلولة دون الاستعمال السيء والمتعسف لهذه المكنة قصد إطالة الإجراءات والإضرار بمصالح الطرف الآخر في النزاع التحكيمي. فأي موقف، إذن، للقضاء في هذا الصدد؟

الفقرة الثانية: الإطار التطبيقي للطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية

إذا كانت أغلب التشريعات المشار إليها آنفا تتفق على جواز تقديم الطلبات العارضة أمام الهيئة التحكيمية، فإن القضاء بدوره يسير في نفس الاتجاه، و يؤكد أحقية أطراف اتفاق التحكيم في تعديل طلباتهم، وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس بأن اختصاص هيئة التحكيم يمتد إلى كافة الطلبات التابعة طالما أنها ترتبط بالطلب الأصلي برابطة وثيقة⁴²⁸، كما قضت أيضا بأنه: "يدخل في اختصاص هيئة التحكيم، الفصل في كافة الطلبات التي تندمج في مضمونها مع الطلب الأصلي، وبالتالي لا يكون المحكم قد تجاوز حدود اختصاصه إذا كان مكلفا بتسوية النزاعات التي قد تنشأ بين الخصوم فيما يتعلق بالحسابات، وله أن يلزم أحدهم بدفع الفوائد التأخيرية كجزاء لتأخره عن دفع بعض الديون لدى الخصم الآخر"⁴²⁹.

⁴²⁸ - Cour d'appel de Paris, arrêt 25 juin 1982, rev. Arb. 1983, page 344.

- Cour d'appel, Paris, arrêt du 13/01/1984, rev. Arb. 1984. Page 530

⁴²⁹ - أشار لهذه الأحكام، محمد علي عويضة، م، سن ص 245.

ولقد استقرت أحكام محكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه، حيث قضت في نزاع تتلخص وقائعه في أن شركة فرنسية قد تنازل لها متعاقدا بلجيكيًا عن 34 ألف سهم من مجموع 40 ألف سهم التي هي رأسمال الشركة المسماة "EUROLANDO"، وبعد عقد التنازل أبرم نفس الخصوم اتفاق آخر أطلق عليه اتفاق ضمان بمقتضاه يضمن الطرف البلجيكي أي انخفاض يحدث في أصول الشركة أو أي زيادة في خصومها، وأدرج الأطراف في كلا الاتفاقين شرطًا يقضي بإحالة أي منازعات إلى التحكيم، وبعد فترة حدثت زيادة في خصوم الشركة، فرفعت الشركة الفرنسية النزاع إلى هيئة التحكيم وطالبت الطرف البلجيكي بضمان هذه الزيادة، حيث تقدمت الشركة بطلب إضافي أثناء سير الدعوى التحكيمية يتعلق بإلزام الطرف البلجيكي بدفع الأجر الإضافي للسيد مدير شركة "Euroland" باعتبار أن هذا الأجر من خصوم الشركة الذي يضمه الطرف البلجيكي، فأصدرت تبعا لذلك هيئة التحكيم حكما يلزم هذا الأخير بالضمان المطلوب مع دفع قيمة الأجر الصافي للمدير، فطعن الطرف البلجيكي في الحكم التحكيمي استنادا إلى أن الطلب العارض الذي قدمته الشركة الفرنسية لا يعد طلبا تابعا للطلب الأصلي المحدد في اتفاق التحكيم فرفضت محكمة الاستئناف هذا الطعن، فقام بالطعن فيه أمام محكمة النقض، فرفضت هذه الأخيرة هذا الطعن وأيدت الحكم الاستئنافي وقررت بأنه إذا كان موضوع النزاع يتحدد في عقد التحكيم فإن تقديم الطلبات العارضة يبقى ممكنا رغم ذلك ما دامت مرتبطة بالطلب الأصلي برابط التبعية⁴³⁰.

ومن كل ما سبق نستشف جواز تقديم الطلبات العارضة في مادة التحكيم، لكن بالرغم من نص التشريعات على هذه المكنة، إلا أنه ينبغي للأطراف التعامل معها بحسن النية، واستعمالها في حدودها القانونية بما لا يؤثر في مسار النزاع التحكيمي ويفقده فاعليته. ومقابل ذلك يجب على هيئة التحكيم البحث الدقيق في تلك الطلبات والتحقق من وجود اتصال ورابطة بينها وبين الطلب الأصلي مع الأخذ بعين الاعتبار عدم تعطيل هذه الطلبات لإجراءات الفصل في النزاع التحكيمي.

430 - قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 ماي 1988، أشار إليه محمد علي عويضة، من سن ص 254. وللمزيد من الأحكام القضائية حول الطلبات العارضة في مادة التحكيم أنظر نفس المؤلف، ص 239 وما بعدها.



المبحث الثاني: حق الدفاع وأوجه الدفوع

إن الحديث عن حق الدفاع سواء أمام الهيئات القضائية أو التحكيمية لا يمكن أن يتم بمعزل عن الحديث عن الدفوع بمختلف أوجهها، فهذه الأخيرة - أي الدفوع - تشكل أهم وأبرز الوسائل القانونية والعملية التي يمارس بها حق الدفاع، فالدفوع لا تشكل فقط حماية للحق في الدعوى المقدمة ضده، بل تهدف إلى رد هذه الدعوى سواء في صميمها أو من ناحية الإجراءات المتعلقة بها، أو من ناحية أساس الدعوى⁴³¹.

فإذا كانت الطلبات تشكل الجانب الإيجابي والهجوم في الدعوى، فإن الدفوع تشكل الجانب السلبي والدفاعي فيها، إذ بموجبها يتم الرد على مزاعم الخصم الآخر بهدف إفشالها كلياً أو جزئياً بما يثيره المدعى عليه⁴³² من العقبات والتي من الممكن إن قدر لها القبول والنجاح أن تحول بين المدعى والوصول إلى غايته المضمنة في طلباته.

وبالتالي فإن منطق العدالة والإنصاف والمساواة بين الخصوم - بالإضافة إلى التطبيق و الامتثال الحقيقي لحق الدفاع - يقتضي إتاحة الفرصة للخصم في إبداء دفوعاته والدود عن حقوقه أمام القضاء والتحكيم على السواء، أما دون ذلك فإن القائم على الدعوى (قاضياً كان أم محكماً) يكون قد أجهز على مبدأ أو حق من الحقوق الأساسية التي يقوم عليها نظام التقاضي.

وهكذا وللإحاطة أكثر بهذا الموضوع، سنتطرق في (المطلب الأول) للأحكام العامة للدفوع والتي تنطبق في مجملها على الدعوى التحكيمية مع إبراز خصوصيات هذه الدفوع في المادة التحكيمية، على أن نخصص (المطلب الثاني) للحديث عن الدفوع الخاصة باتفاق التحكيم، كالدفع بعدم الاختصاص والدفع بوجود اتفاق التحكيم.

431 - للمزيد حول هذه الفكرة أنظر: إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى (مصر) طبعة 2009، ص 19 وما يليها.

432 - جدير بالذكر أن وسيلة الدفوع ليست حكراً على المدعى عليه في الدعوى الأصلية فقط، فقد يتطور النزاع ويتسع نطاق الخصومة بتقديم طلبات إضافية (عارضة) من قبل المدعى عليه فيصبح مدعياً بهذه الطلبات، فيما يصبح المدعي الأصلي في الدعوى مدعى عليه بالطلبات العارضة فيكون له دفعها، لكن في غالب الأحيان يبقى الدفع وسيلة المدعى عليه في الدعوى أصلية كانت أم متقابلة. أنظر للمزيد في هذا الصدد، محمد عبد الله حسين عطية، م، سن ص 85 وما يليها.



المطلب الأول: الأحكام العامة للدفع

تتعدد أنواع الدفع في الإجراءات المدنية بحسب الهدف الذي تسعى إليه، فقد تهدف إلى منع القاضي أو المحكم من الحكم بكل أو بعض طلبات الخصم حين تتصل بموضوع وجوهر الدعوى وهذا ما يسمى بالدفع الموضوعية، وقد تسعى إلى مجرد وضع عقبة إجرائية تتمثل في النعي على شكل أو إجراء من إجراءات الدعوى دون التعرض لموضوعها فتكون دفوعاً إجرائية أو شكلية (الفقرة الأولى)، وقد تتكرر من جهة ثالثة على الخصم حقه في إقامة الدعوى - لانعدام ركن من أركانها الأساسية - ودون التطرق للإجراءات المسطرية للدعوى أو موضوعها، وهذا ما يطلق عليه بالدفع بعدم القبول (الفقرة الثانية).

فما هي إذن القواعد والضوابط التي تحكم هذه الدفع؟ وما مدى قابلية الدعوى التحكيمية لمختلف هذه الوسائل الدفاعية؟

الفقرة الأولى: الدفع الشكلي والدفع الموضوعية

تقتضي منا دراسة هذه الدفع، تقسيم هذه الفقرة إلى جزئيتين الأولى ستخصص للدفع ذات الطابع الشكلي (أولاً) ثم الثانية للدفع الموضوعية (ثانياً).

أولاً: الدفع الشكلي

يقصد بالدفع الشكلي تلك الوسائل التي يستعين بها الخصم ويطعن بمقتضاها في صحة إجراءات الخصومة دون أن يتعرض لأصل الحق الذي يزعمه خصمه فيتفادى بها مؤقتاً الحكم عليه بمطلوب خصمه⁴³³، وفي تعريف آخر هي الوسائل الإجرائية التي حددها المشرع و جعلها وسيلة المدعي عليه للتمسك بالجزاء الإجرائي المترتب على وقوع مخالفات إجرائية⁴³⁴.

⁴³³ - احمد ابو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة 1980، ص 11.

⁴³⁴ - نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية طبعة 1999، ص 421.



و انطلاقا من هذا تتضح و بجلاء الأهمية الكبيرة للدفع الشكلية في منظومة الإجراءات، إذ تلزم الأطراف باحترام القواعد الإجرائية الواجب اتباعها للوصول إلى الحق المدعى به أو المتنازع بشأنه، تلك الإجراءات التي تهدف إلى حسن تنظيم مرفق القضاء وبيان كيفية التقاضي ومباشرة الدعوى، حيث يترتب على عدم مراعاة هذه المساطر أن تنشأ للخصم الآخر دفعو إجرائية (شكلية)⁴³⁵ يمكنه التمسك بها بهدف تقاضي الحكم عليه في موضوع الدعوى بصفة مؤقتة.

و قد نظمت أغلب التشريعات الوطنية هذه الدفع في عدة مواد من قوانينها الإجرائية، وهكذا تطرق المشرع المغربي للدفع الشكلية في نصوص متفرقة من قانون المسطرة المدنية، من ذلك مثلا الفصل 49 الذي جاء فيه: "يجب أن يثار في آن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر الدفع بإحالة الدعوى على محكمة أخرى لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو لارتباط الدعويين والدفع بعدم القبول و إلا كان الدفعان غير مقبولين. يسري نفس الحكم بالنسبة لحالات البطلان والاختلالات الشكلية والمسטרية التي لا تقبلها المحكمة إلا إذا كانت مصالح الطرف قد تضررت فعلا" و أيضا الفصل 16 المتعلق بالدفع بعدم الاختصاص وغيرها من الفصول.

وعلى غرار التشريع المغربي نص المشرع المصري في المادة 108 من قانون المرافعات المصري على أنه: "الدفع بعدم الاختصاص المحلي والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو للارتباط والدفع بالبطلان وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات يجب إيدؤها معا قبل إيداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها . ويسقط حق الطاعن في هذه الدفع إذا لم ييدها في صحيفة الطعن .

ويحكم في هذه الدفع علي استقلال ما لم تأمر المحكمة بضمها إلي الموضوع وعندئذ تبين المحكمة ما حكمت به في كل منها علي حدة.

ويجب إيداء جميع الوجوه التي بني عليها الدفع المتعلقة بالإجراءات معا وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها".

⁴³⁵ هناك بعض الفقه من يفضل استخدام عبارة الدفع الإجرائية دون عبارة الدفع الشكلية، حيث يرى أن هناك دفعو إجرائية لا تتعلق بالشكل كالدفع ببطلان الإجراء لتخلف أهلية التقاضي. أنظر وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1986، ص 415



كما نظم المشرع الفرنسي هذه الدفوع في العديد من نصوص قانون المسطرة المدنية خصوصا في القسم الخامس المتعلق بوسائل الدفاع (و بالضبط في الفصل الثاني المعنون بالدفوع أو الإخلالات الشكلية les exceptions de procédure المواد 73 و بعدها من ق م م الفرنسي) ، ومن خلال المادة 73 نستشف أن الدفع الشكلي هو كل وجه يهدف إلى إبطال الإجراءات أو إنهائها أو إيقاف سيرها⁴³⁶.

ومن خلال هذه النصوص التشريعية يتبين أن هناك أنواعا عديدة من الدفوع الشكلية كالدفوع بعدم الاختصاص⁴³⁷، والدفع بإحالة الدعوى إلى محكمة أخرى إما لتقديمها أمام محكمتين مختلفتين أو للارتباط⁴³⁸ وغير ذلك من الإخلالات المسطرية التي يمكن الاستناد عليها والدفع بها، كما يُستشف أيضا من النصوص أعلاه أن الدفوع الشكلية تحكمها مجموعة من الضوابط و القواعد التي يتعين التقيد بها و تتمثل في :

أ- وقت إثارة الدفوع الشكلية:

فاستنادا إلى مقتضيات الفصلين 16⁴³⁹ والفصل 49 من ق م م يجب إثارة الدفوع الشكلية قبل الدخول في موضوع الدعوى، وإلا سقط الحق في الدفع بها بعد ذلك، لأن سكوت المعني بالأمر عن إثارتها قبل أي دفع أو دفاع يعد بمثابة تنازل عنها، فلا يعقل الإبقاء على إثارة مثل هذه الدفوع في كل مراحل الدعوى، لأن من شأن ذلك تأخير الفصل في الدعوى،

⁴³⁶ - و مما جاء في المادة 73 من ق م م الفرنسي:

« Constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit en suspendre le cours »

⁴³⁷ - الاختصاص هو صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة عليها، وعدم الاختصاص هو فقدان هذه الجهة ولايتها على النزاع.

⁴³⁸ - يعرف الارتباط في المسطرة المدنية بأنه صلة وثيقة بين دعويين تجعل من المناسب و من حسن سير العدالة جمعهما أمام محكمة واحدة لتحكم فيهما منعا من صدور أحكام متناقضة. تعريف للأستاذ أبو الوفا أشار إليه عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون م م ، س، ص 230.

و للمزيد حول الأنواع المختلفة للدفوع الشكلية أنظر، جلال محمد أمهمول، نظام الدفوع في قانون المسطرة المدنية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997-1998، ص 95 و ما يليها.

⁴³⁹ - ينص الفصل 16 من ق م م على أنه: "يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع".

باستثناء الدفوع المتعلقة بالنظام العام⁴⁴⁰، وقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط⁴⁴¹ ما يلي: "... الدفع بعدم الاختصاص النوعي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إنما أثير خارج نطاق مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م الذي يوجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني قبل كل دفع أو دفاع..."

كما جاء في قرار للمجلس الأعلى⁴⁴² (محكمة النقض حاليا) ما يلي: "... لكن حيث إن الدفع بسبقية الحكم هو دفع يؤدي إلى عدم سماع الدعوى بذلك، يعتبر دفعا شكليا يجب إثارته قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر طبقا لما ينص عليه الفصل 49 من ق.م.م."

فالمنطق اذن يقتضي أن الشكل أولا ثم الموضوع ثانيا، فإذا أثار الخصم الموضوع فإن ذلك يعني بأنه يسلم بصحة الشكل⁴⁴³، كما أن اعتبارات العدالة تستوجب ألا يبقى المدعي مهدد بالدفوع الشكلية في جميع مراحل الدعوى⁴⁴⁴.

ب- كيفية إثارة الدفوع الشكلية:

لا يكفي لقبول الدفوع الشكلية إيدائها قبل الدخول في الموضوع، بل يجب كذلك إثارتها دفعة واحدة حسب نص الفصل 49، إلا أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني أو النوعي ينفرد بحكم خاص، وهو وجوب الإدلاء بأي منهما أولا، وقبل باقي الدفوع الشكلية الأخرى، حيث سوى المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية بين الدفع بعدم الاختصاص المكاني والنوعي، وأوجب الإدلاء بهما قبل أي دفع ولو كان دفعا شكليا⁴⁴⁵. ويترتب عن عدم إثارة الدفوع الشكلية معا سقوط الحق في التمسك فيما لم يثر منها، والهدف من هذا هو عدم السماح

440 - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 223.

441 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط رقم 89/341 صادر بتاريخ 19 أبريل 1989، مجلة المحاماة، العدد 31 سنة 1989، ص: 143. وفي نفس الإطار صدر قرار عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) جاء فيه: "يستفاد من الفصل 16 من ق.م.م أنه يجب على الأطراف الدفع بعدم الاختصاص النوعي قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر" قرار رقم 25 صادر بتاريخ 21-1-1988 منشور بالمجلة المغربية للقانون عدد 17-88 ص: 113 ما يليها.

442 - قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 18 ماي 1994، ملف مدني عدد 91/2366 الإشعاع العدد 12، 1995، ص: 147.

443 - عبد الحكيم فودة، الدفوع والدفاعات في المواد المدنية و الجنائية في ضوء الفقه و القضاء ، دار المطبوعات الجامعية، دون ذكر الطبعة، ص: 15.

444 - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع ، م س، ص: 17.

445 - للمزيد في هذا الصدد أنظر: عبد العزيز حضري، قانون المسطرة المدنية، مطبعة وراقة طه حسين، طبعة 2006 ص: 45.



للمدعى عليه بالتراخي في إبداء الدفوع التي لا تمس أصل الحق⁴⁴⁶. كما أن الهدف من جعل الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو المكاني من الدفوع التي يجب إثارتها قبل بقية الدفوع الشكلية الأخرى، يكمن في معرفة ما إذا كانت المحكمة مختصة للنظر في النزاع أم لا، لأنه لا يحق لها النظر في باقي الدفوع ما لم تكن مختصة أصلا بالنظر في النزاع.

ويجب الإشارة إلى أن الدفوع الشكلية لا يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف و أيضا أمام المجلس الأعلى، وقد جاء في قرار المجلس الأعلى "أن الدفع بعدم الاختصاص المحلي يجب لقبوله أن يكون قبل المناقشة في جوهر الدعوى، ابتدائيا وأن يجدد استئنافيا ولا يجوز بتاتا إثارته لأول مرة أمام المجلس الأعلى"⁴⁴⁷، إلا أن المشرع استثنى من هذه القاعدة الدفع بعدم الاختصاص النوعي و المكاني، حيث يمكن من إثارته في طور الاستئناف وذلك بالنسبة للأحكام الغيابية فقط⁴⁴⁸، وهذا ما أكدته القضاء أيضا حيث جاء في قرار للمجلس الأعلى⁴⁴⁹ على أنه: "طبقا للفصل 16 من ق.م.م فإن عدم الاختصاص النوعي ليس من النظام العام على إطلاقه، إذ أن الفقرة الثانية من هذا الفصل لا تجيز للأطراف إثارة عدم الاختصاص بنوعيه في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية، كما أن الفقرة الأخيرة لا تجيز الحكم بعدم الاختصاص النوعي تلقائيا إلا في المرحلة الابتدائية، ومن هنا فإن محكمة الاستئناف حينما أثارت عدم الاختصاص تلقائيا تكون قد خرقت المقتضيات المذكورة وعرضت قرارها للنقض".

⁴⁴⁶ - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، م س، ص: 184.

⁴⁴⁷ - قرار صادر عن المجلس الأعلى رقم 95 بتاريخ 31 يناير 1962 ملف عدد 1812 أورده عبد اللطيف الخلفي، الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية الجزء الاول طبعة 2004، ص: 289

⁴⁴⁸ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 16 على أنه " لا يمكن إثارة هذا الدفع في طور الاستئناف إلا بالنسبة للأحكام الغيابية".

⁴⁴⁹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 29-6-88 عدد 1872 ملف مدني عدد 722 أورده محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة 2008 ص: 45-46.

ت- الحكم في الدفع الشكلي:

الأصل أن تفصل المحكمة في الدفوع الشكلية قبل أن تنتظر في موضوع الدعوى⁴⁵⁰، لأن هذا قد يغنيها عن التعرض للموضوع في حالة قبولها للدفع، بحيث يترتب عليه انقضاء الخصومة أمام هذه المحكمة⁴⁵¹.

لكن بالنسبة للدفع بعدم الاختصاص، فالمشرع أعطى للمحكمة من خلال الفصل 17 من ق م م إما أن تثبت فيه بحكم مستقل قبل أن تدرس القضية بكاملها، أو أن تقرر ضم الدفع بعدم الاختصاص إلى الجوهر⁴⁵²، وعندما تصدر حكمها إما بعدم الاختصاص دون أن تتعرض لجوهر الموضوع وتحيل القضية على المحكمة المختصة والتي يجب أن تكون محددة مسبقا في الطلب تحت طائلة عدم قبول الطلب⁴⁵³، وإما أن تقرر اختصاصها وتحكم بعدم قبول الدفع وتتصدى في هذه الحالة للموضوع وتفصل فيه⁴⁵⁴.

و هكذا ولما كما الحكم في الدفوع الشكلية لا يمس جوهر الحق، فإنه لا يترتب عليه إنهاء النزاع⁴⁵⁵، فلو أن المدعي عليه أثار دفعا شكليا بعدم اختصاص المحكمة أو ببطلان المقال الافتتاحي، واقتنعت المحكمة بأحقية دفعه وقررت رد الدعوى بعدم اختصاصها أو لبطلان المقال الافتتاحي⁴⁵⁶، فإنه يبقى من حق المدعي أن يلجأ إلى القضاء من جديد ويقدم دعواه مرة

450 - معوض عبد التواب، الدفوع المدنية والتجارية، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 1993 ص: 51.

451 - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، م س، ص، 187.

452 - جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى، رقم 1281 بتاريخ 17 نوفمبر 1998 في ملف اجتماعي عدد 97/4/264 "المحاكم الابتدائية يحق لها بمقتضى الفصل 17 م ق.م.م أن تثبت في الدفع بعدم الاختصاص النوعي إما بحكم مستقل، أو بإضافة هذا الدفع إلى الجوهر"، قضاء المجلس الأعلى عددان 54/93، 1989 ص: 354 وما بعدها.

جدير بالذكر أن الخيار الممنوح في الفصل 17 من ق م م المغربي للمحكمة، يؤثر العديد من الإشكالات التي لا تتناسب واعتبارات العدالة و ذلك في الحالة التي تقرر فيها المحكمة ضم الفصل في الدفع الشكلي إلى الجوهر ثم يبين لها في الأخير أنها غير أصلا مختصة في ذلك النزاع التي فصلت فيه، و هو ما يعني إطالة الدعوى و ضياع الكثير من الجهد والوقت و المال بدون جدوى، حيث يتعين و الحالة هذه إعادة طرح الدعوى من جديد أمام المحكمة المختصة للبت فيه، و بالتالي كان من الأجدر بالمشرع المغربي إلزام المحكمة بالفصل أولا في اختصاصها ثم بعد ذلك البت في موضوع النزاع إذا ما اتضح لها انها مختصة. للمزيد في هذا الصدد انظر: عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لق م م، م س، ص 224.

453 - الفقرة الثالثة من الفصل 16.

454 - توفيق عبد العزيز شرح قانون المسطرة المدنية و التنظيم القضائي، الجزء 01، مطبعة النجاح الجديدة 1995 ص: 106.

455 - و إنما انقضاء الدعوى فقط امام المحكمة غير المختصة.

456 - جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 4-12-85 تحت عدد 2806 ملف مدني عدد 1466 "إن مجرد تقديم طلب الاستئناف الخالي من البيانات الإلزامية المنصوص عليها في الفصل 142 من ق.م.م والمتعلقة بذكر الوقائع والأسباب يؤدي إلى البطلان"، مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 33 ص: 78 وما بعدها.



ثانية أمام المحكمة المختصة، أو بمقال تتوفر فيه الشكليات والبيانات التي يطلبها القانون⁴⁵⁷. وهو ما يعني أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي لا يحوز حجية الشيء المقضي به إلا بخصوص مسألة الدفع فقط دون أن يتعداه إلى جوهر الحق المطالب به⁴⁵⁸.

وإذا تم استئناف الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي فإن محكمة الدرجة الثانية لا يطرح عليها إلا النزاع المتعلق بهذا الدفع، وبناء على ذلك لا يمكن لمحكمة الاستئناف البت في الموضوع إن هي ألغت الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلي، وإنما تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى لتبت في الموضوع لأنها هي صاحبة الولاية فيه، وحتى لا تفوت على الخصوم درجة من درجة التقاضي.

هكذا إذن يتضح أن الدفوع الشكلية تحكمها العديد من الضوابط أمام المحاكم الرسمية، و بالتالي يطرح التساؤل عن مدى قابلية تطبيق هذه القواعد أمام الهيئات التحكيمية؟ و ما مدى ملاءمتها مع خصوصيات الإجراءات المسطرية للدعوى التحكيمية؟

بخصوص هذا الإشكال، نعتقد أنه لا يمكن تطبيق مختلف الدفوع الشكلية والقواعد التي تحكمها أمام القضاء الوطني على الدعوى التحكيمية، ولذلك لخلو معظم القوانين الداخلية المنظمة للتحكيم - و من بينها ق 08/05 - من نصوص خاصة بهذه الدفوع، إضافة إلى أن الاجراءات التحكيمية تحكمها حرية و إرادة الأطراف، إذ يمكن لهم الاتفاق على اتباع أي إجراء قد يروونه ملائماً لنزاعهم و مصالحهم بعيداً عن التعقيدات الشكلية الواجب اتباعها في الدعوى القضائية، و التي لا تتناسب مع مميزات الخصومة التحكيمية، و حتى إن كان هناك مجال لبعض أنواع الدفوع الشكلية أمام هيئة التحكيم، كالدفع بعدم الاختصاص مثلاً فإن ذلك تحكمه قواعد خاصة تكون ملائمة لطبيعة النزاع التحكيمي⁴⁵⁹.

457 - عبد العزيز حضري، م.س، ص:45.

458 - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، م.س، ص:188.

459 - نظراً لخصوصية الدفع بعدم الاختصاص في المادة التحكيمية و تميزه ببعض القواعد غير تلك المتبعة أمام القضاء الرسمي، فضلنا دراسته بشكل منفرد، أنظر في هذا الصدد ما ستمم الإشارة إليه في المطلب الثاني من هذا المبحث.



ثانيا: الدفوع الموضوعية

لم يتعرض المشرع المغربي في ق م م لتعريف الدفوع الموضوعية، و ذلك عكس بعض التشريعات التي حاولت تحديد مفهوم و غاية هذه الدفوع، كالتشريع الفرنسي مثلا الذي اعتبر في المادة 71 من ق م م الفرنسي الدفع الموضوعي بأنه كل دفع يهدف، بعد بحث موضوع الحق، إلى رفض ادعاء الخصم لعدم قيامه على أساس⁴⁶⁰.

و على عكس التشريعات، عرف الفقه الدفوع الموضوعية، بأنها تلك الدفوع التي توجه إلى ذات الحق المدعى به كأن ينكر وجوده أو يزعم سقوطه أو انقضاؤه⁴⁶¹ فهي إذن دفوع لا علاقة لها بالمسطرة والإجراءات، بل تنصب على ذات الحق المدعى به مباشرة⁴⁶²، وتهدف أساسا إلى تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه⁴⁶³ عن طريق مثلا إصدار حكم نهائي فاصل في الموضوع، أو نفي وجود الحق أصلا وادعاء انقضائه أو بطلان العقد المتنازع بشأنه أو نفي علاقة السببية في دعوى خاصة بالتعويض عن المسؤولية المدنية وغير ذلك من أنواع الدفوع الموضوعية التي قد تؤثر في الحق المتنازع فيه⁴⁶⁴.

ويذهب بعض الفقه إلى تقسيم الدفوع الموضوعية إلى دفوع سلبية كإنكار التوقيع في دعوى تنفيذ العقد، ودفوع إيجابية كإنقضاء الدين بالوفاء أو المقاصة، أي التأكيد على وجود

⁴⁶⁰ - النص الأصلي للمادة 71 من ق م م الفرنسي كالتالي:

« Constitue **une défense au fond** tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire »

⁴⁶¹ - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، م س، ص 14.

⁴⁶² - عبد العزيز حضري، م س، ص 45.

⁴⁶³ - لكن لا ينبغي الخلط في هذا الصدد ما بين الدفوع الموضوعية و الطلبات العارضة المقابلة، إذ بالرغم من أن كلاهما قد يصدر من المدعى عليه، ويتعلقان بموضوع الدعوى، إلا أن المدعى عليه في الدفوع الموضوعية يهدف فقط إلى تفادي الحكم للمدعي بمطلوبه دون أن يقصد من راء هذه الدفوع الحصول على مزية معينة، وهذا عكس الطلبات العارضة المقابلة التي يطالب فيها المدعى عليه بميزة خاصة و حق معين. ففي دعوى التعويض مثلا إذا أنكر المدعى عليه حصول ضرر فهو يبدي دفعا موضوعيا، أما إذا طالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المدعي فإنه يكون قد تقدم بطلب عارض، كذلك أن الطلب العارض المقابل يجب أن يكون مرتبطا بالدعوى الأصلية وفي الحالات المنصوص عليها في القانون، بخلاف الدفع الموضوعي الذي يجوز إبدائه بغير شرط أو قيد. للمزيد حول هذه الفكرة أنظر:

- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 235.

- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، طبعة 1983، ص 261

⁴⁶⁴ - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، م س، ص 14



واقعة مانعة من نشوء الحق أو المركز المدعى به ،ويمكن الفرق بين النوعين في أن عبء الإثبات في الدفوع الموضوعية السلبية يقع على عاتق المدعي وعبء الإثبات في الدفوع الإيجابية يقع على عاتق المدعى عليه⁴⁶⁵.

و كما هو الشأن في الدعوى القضائية، فإنه يجوز كذلك إبداء الدفوع الموضوعية في الدعوى التحكيمية، و الحيلولة دون حكم الهيئة التحكيمية للمدعي بطلانته، و سلطة هيئة التحكيم على هذه الدفوع مستمدة من سلطتها وولايتها في نظر موضوع الدعوى التحكيمية الذي توجه إليه هذه الدفوع⁴⁶⁶.

وتتميز الدفوع الموضوعية بمجموعة من الخصائص تتمثل فيما يلي:

- أن الدفوع الموضوعية كثيرة، حيث تتعدد بتعدد الحقوق والمطالب التي يتمسك بها الأفراد و بالتالي فلا يمكن حصرها⁴⁶⁷.

- يمكن التمسك بالدفوع الموضوعية و الادلاء بها في جميع مراحل الدعوى بل يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة الدرجة الثانية.

- المحكمة ملزمة بالجواب عن الدفوع الموضوعية بشرط أن تكون جدية وصحيحة، وعدم جواب المحكمة عنها، يعتبر نقصانا في التعليل الموازي لانعدامه، وقد جاء في قرار للمجلس الأعلى⁴⁶⁸ ما يلي: "... بناء على الفصل 345 من ق.م.م يجب أن يكون كل حكم معطل تعليلًا تامًا، وإن عدم الجواب عن دفوع الأطراف ومناقشة حججهم، والتي من شأنها أن تؤثر على القرار يجعله ناقص التعليل الموازي لانعدامه".

- الحكم الصادر بقبول الدفوع الموضوعية يحوز حجية الأمر المقضي به، و يؤدي إلى إنهاء النزاع على أصل الحق المدعى به، و استنفاد ولاية المحكمة بنظر الدعوى من جديد،

⁴⁶⁵- وجدي راغب فهمي، م.س ، ص 415.

⁴⁶⁶ - أنظر في هذا الصدد، محمد المختار الراشدي، إجراءات مسطرة التحكيم، م.س، ص 93.

⁴⁶⁷ - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م.س ، ص 232 وما يليها

⁴⁶⁸ - قرار المجلس الأعلى رقم 3877 صادر بتاريخ 13-7-95 ملف مدني عدد 91/3733، قضاء المجلس الأعلى العدد 185، ص 185 وما بعدها.



وبالتالي فلا يمكن للمدعي رفع نفس الدعوى من جديد أمام نفس المحكمة. لكن ذلك لا يمنعه من إعادة طرح النزاع مرة أخرى أمام القضاء بسلوك طرق الطعن المشروعة، إذ بالرغم من كون الحكم الصادر بقبول الدفوع الموضوعية ينهي النزاع إلا أنه يمكن الطعن فيه بالاستئناف، و هذا الطعن يعني إعادة طرح النزاع برمته أمام محكمة الاستئناف، وإذا ألغت هذه محكمة الحكم الابتدائي فإنه يجب عليها أن تنتظر من جديد في موضوع النزاع⁴⁶⁹.

ومما تقدم يتضح أن الدفوع الموضوعية تحكمها مجموعة من القواعد، هذه الأخيرة تمثل الحد الأدنى من الضوابط التي تصون للطراف الخصم (المدعى عليه) الحق في الدفاع عن حقوقه و تنفيذ طلبات خصمه، و بالتالي فإننا نعتقد - إلى جانب بعض الفقه⁴⁷⁰ - أنه يجب الامتنثال لها بصرف النظر عما إذا كانت مقدمة أمام القضاء أو أمام التحكيم، و ذلك لعدم تنظيم معظم قوانين التحكيم لهذه الدفوع.

الفقرة الثانية: الدفع بعدم القبول

إذا كانت الدفوع الموضوعية يتم التمسك به عند خرق القواعد الموضوعية والدفوع الشكلية عند وجود عيب في القواعد المسطرية أو الإجرائية ، فإن الدفوع بعدم القبول لا يطعن المدعى عليه بواسطتها لا في إجراءات الدعوى ولا في أصل الحق المدعى به، وإنما ينفي بواسطتها أحقية المدعي في رفع الدعوى وذلك لتخلف أحد الشروط القانونية اللازم توافرها لقبول الدعوى⁴⁷¹.

469 - راجع: - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 236.

- ابراهيم جوهر ابراهيم، م س، ص 44 .

470 - عكاشة عبد العال و مصطفى الجمال، م س، ص 646.

471 - انظر في هذا الصدد: - عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 238.

- ابراهيم جوهر ابراهيم، م س، ص 59 وما يليها.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية الدفع بعدم القبول كالتالي :

" إن الدفع بعدم القبول يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى ومن ذلك الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى باعتباره مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كانعدام الحق في الدعوى وسقوطه لسبق الصلح فيها أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتعلق بأصل الحق من جهة أخرى " أشار إليه محمد الكشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية ، هامش ص 425



وقد نظمت معظم التشريعات هذه الدفوع، وإن اختلفت في طريقة التنظيم، فالمرجع الفرنسي مثلاً نظم الدفوع بعدم القبول في الفصول 122 إلى 126 من ق م م موضحاً المقصود بالدفع بعدم القبول⁴⁷² و مبيناً العديد من القواعد التي تحكم هذه الدفوع، وعلى غرار المرجع اللبناني الذي تناول هذه الدفوع بتفصيل دقيق⁴⁷³ في المواد من 62 إلى 67 من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم 90 لسنة 1983، عكس المرجع المغربي -وأيضاً المصري⁴⁷⁴- الذي اكتفى فقط بفقرة واحدة (الفقرة الأولى) من الفصل 49 من ق م م والتي جاء فيها: "يجب أن يثار في آن واحد وقبل كل دفاع في الجوهر... الدفع بعدم القبول وإلا كان الدفاع غير مقبولين"

و هكذا و للإحاطة أكثر بالدفوع بعدم القبول سنحاول دراسة طبيعة هذه الدفوع على ضوء آراء الفقه و القضاء (أولاً) ثم بعد ذلك الحديث عن القواعد التي تحكمها مع استنتاج مدى إمكانية تطبيق أحكام هذه الدفوع على الدعاوى التحكيمية (ثانياً)

أولاً : الموقف الفقهي و القضائي من طبيعة الدفع بعدم القبول .

لقد أثارَت مسألة تحديد طبيعة الدفع بعدم القبول جدلاً فقهيًا وقضائيًا واسعاً فقد ذهب جانب من الفقه⁴⁷⁵ إلى أن الدفع بعدم القبول أقرب من حيث خصائصه إلى الدفوع الموضوعية منه إلى الدفوع الشكلية، وذلك لإمكانية تقديمه في جميع أطوار المحاكمة شأنه شأن الدفوع الموضوعية، كما أنه إذا قبلت المحكمة الدفع بعدم القبول وقررت رفض الدعوى لانعدام الصفة

⁴⁷²- فحسب المادة 122 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي:

"يعد دفعا بعدم القبول كل وسيلة ترمي إلى تقدير عدم سماع دعوى المدعى دون النظر إلى موضوعها"

« Constitue **une fin de non-recevoir** tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription le délai préfix, la chose jugée».

473 - حيث قام بتعريف الدفوع بعم القبول، و بين مختلف الأحكام الخاصة بها و التي تميزها عن الأنواع الأخرى من الدفوع ، و هكذا عرف المشرع اللبناني الدفع بعدم القبول بأنه: " كل سبب يرمي به الخصم إلى إعلان عدم قبول طلب خصمه دون البحث في موضوعه لانقضاء حقه في إقامة الدعوى. يعتبر من دفوع عدم القبول الدفع بانقضاء الصفة أو بانتفاء المصلحة أو بمرور الزمن أو بالقضية المحكوم بها، أو بانقضاء مهل الإجراءات القضائية" و للمزيد حول التنظيم التشريعي اللبناني للدفع بعدم القبول انظر ابراهيم جوهر ابراهيم، م س، ص 61 و ما يليها.

474 - حيث لم يخص المشرع المصري هو الآخر الدفع بعدم القبول بتنظيم دقيق وإنما تطرق له فقط في المادة 115 من قانون المرافعات المدنية المصري، و التي جاء فيها: "1- الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى."

475 - مامون الكزبري و ادريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد، الجزء الأول، 1973، ص 153

مثلا أو انتفاء المصلحة فإن طلب المدعي يعتبر قد فصل فيه بصورة نهائية ولا يمكن عرضه ثانية على القضاء .

وهناك رأي فقهي آخر⁴⁷⁶ أصبح على الدفوع بعدم القبول الطبيعة المختلطة، معتبرا أنها تارة تشبه الدفوع الشكلية بالنسبة للحظة التي يجب التمسك بها وتارة تشبه الدفوع الموضوعية بالنظر إلى كونها في بعض الحالات تنهي النزاع.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه⁴⁷⁷ - والذي تؤيده في رأيه - إلى أن الدفع بعدم القبول ليس دفعا شكليا لأنه لا يتعلق بالمسطرة ولا هو دفع موضوعي لأنه لا يتصل بالحق المدعى به، فهو ونوع خاص من الدفوع له استقلاله عن بقية الدفوع.

وبخصوص موقف القضاء، فقد تضاربت أيضا أحكامه بخصوص تحديد طبيعة الدفع المذكور حيث نجد المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) في بعض قراراته يعتبره دفعا شكليا حيث جاء في قرار له ما يلي: "إن الدفع بعدم القبول المشار إليه في الفصل 49 من ق م م يهم الدفوع الشكلية التي يرد بها المدعي عليه الدعوى، دون أن يواجه موضوعها أو يناقشها، والتي تسقط إذا نشرت بعد الدفاع في الجوهر ما لم يتعلق بالنظام العام"⁴⁷⁸.

بيد أنه جاء في قرار آخر ما يلي : "الحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة رافعها يعتبر بت في دفع موضوعي منهي للخصومة إذ يترتب على زوالها أمام المحكمة واعتبارها كأن لم تكن، بالتالي فهو حكم فاصل في الموضوع ويسوغ الطعن فيه بالنقض كسائر الأحكام الانتهائية طبقا للفصل 253 من قانون المسطرة المدنية"⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ - M. ABOUB, cours de droit judiciaire privé, édition 1988. Page :83

⁴⁷⁷ - عبد الكريم الطالب ، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، م س، ص 241
- الطيب الفصايلي، الوجيز في القانون القضائي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1992، ص 201.
⁴⁷⁸ قرار عدد 1459 صادر في 1992/06/27 ملف مدني عدد 88/1461 منشور بمجلة المرافعة، العدد 04، ص 125.
كما جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى ما يلي : " أن الدفع بسبقية الحكم هو دفع يؤدي إلى عدم سماع الدعوى، وهو بذلك يقر دفعا شكليا يجب إثارته قبل كل دفع أو دفاع في الجوهر طبقا لما ينص عليه الفصل 49 من قانون المسطرة المدنية
قرار صادر بتاريخ 18 ماي 1994، ملف مدني عدد 91/2346 منشور بمجلة الإشعاع العدد 12 سنة 1995 ص 147.
⁴⁷⁹ - قرار عدد 3058 صادر بتاريخ 1997/05/21 ملف مدني عدد 94/1319 أورده عبد الكريم الطالب م س ص 240.
و للمزيد حول الطبيعة القانونية للدفوع بعدم القبول والنقاش الفقهي والاختلاف القضائي حول هذه الوسيلة انظر:
- أحمد واکري، الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، الموسم الجامعي 1993 / 1994.



ثانياً: الأحكام الخاصة بالدفع بعدم القبول

كما سبقت الإشارة إلى ذلك فقد تعرض المشرع المغربي للدفع بعد القبول في الفصل 49 من ق م م، و سوى فيه ما بين هذا الدفع و الدفعو الشكليه من حيث وقت إثارته، حيث أوجب التمسك به قبل الكلام في الموضوع. بيد أن المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) يسير في بعض قراراته عكس ما ذهب إليه المشرع، حيث أقر إمكانية إثارة الدفع بعدم القبول في حالات معينة في جميع أطوار الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، حيث جاء في أحد قراراته ما يلي: "الدفع بعدم قبول الدعوى لعدم رفعها داخل الأجل القانوني يمكن إثارته في كل وقت ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف وليس من الدفعو الشكليه التي يجب إثارته قبل الدفاع في الجوهر طبقاً للفصل 49 من ق م م⁴⁸⁰.

وفي هذا الإطار، نتفق مع ما ذهب إليه أحد الباحثين⁴⁸¹ بأن تحديد لحظة التمسك بالدفع بعدم القبول المنصوص عليه في الفصل 49 من ق م م يتعلق بالدفعو التي تتم بمعزل عن فكرة النظام العام بمعنى أن الخصم في هذه الحالة يثير الدفع بعدم القبول قبل الكلام في الجوهر وإلا سقط حقه في إيدائه، أما إذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام فإنه يحق لصاحب المصلحة التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما لو تعلق الأمر بالدفع بانعدام الصفة أو المصلحة أو الأهلية.

وإذا كانت الدفعو بعدم القبول تشبه الدفعو الشكليه من حيث ضرورة إثارته قبل الدخول في مناقشة موضوع النزاع تحت طائلة عدم القبول، فإنها تتميز ببعض خصائص الدفعو الموضوعية، و يتجلى ذلك في كون الحكم بقبول الدفعو المذكورة ينهي النزاع ولا يجوز عرضه مرة أخرى أمام القضاء لأنه يكون والحالة هذه قد حاز حجية الشيء المقضي به⁴⁸².

⁴⁸⁰ - قرار عدد 348 الصادر بتاريخ 1984/04/27، منشور مجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص 155.

⁴⁸¹ - أحمد واکري، م س، ص 231.

⁴⁸² - في هذا الإطار جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1954/01/21 ما يلي: "الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعي وبالقضاء به تكون محكمة الدرجة الأولى قد استنفدت ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى ويكون الاستئناف المرفوع ضد هذا الحكم قد طرح الدعوى بما احتوته من طلبات وأوجه دفاع على محكمة الاستئناف". طعن رقم 345 سنة 20 قضائية، بتاريخ 1954/01/21. أورده في الهامش: إبراهيم جوهر إبراهيم، م س، ص 69.



هكذا اذن يمكن القول بأن الدفع بعدم القبول، وإن كان يشبه في بعض أحكامه وخصائصه كل من الدفوع الموضوعية و أيضا الدفوع الشكلية، إلا أنه يتميز بطبيعة خاصة تجعله في مركز الوسط بين الدفوع الموضوعية و الشكلية، وهو ما يستلزم من المشرع المغربي إيلائه ما يستحقه من أهمية وذلك بتنظيم القواعد التي تحكم هذا الدفع، والتي من شأنها أن تكفل للخصوم ممارسة حقهم في الدفاع بطريقة فعالة وقانونية.

و أخيرا تبقى الإشارة إلى أنه وبالرغم من النقص الحاصل في تنظيم بعض أنواع الدفوع في ق م م بصفة عامة وغياب هذا التنظيم في فصول القانون رقم 05-08 الخاص بالتحكيم، إلا أنه لا يجب أن يؤثر ذلك في ممارسة هذه الدفوع أمام الهيئات التحكيمية، حيث ينبغي ووفق ما تنص عليه الفقرة 03 من الفصل 10-327 من ق م م 05-08 أن تهيئ لكل واحد من أطراف التحكيم فرصة كاملة و متكافئة لعرض دعواه ودفوعاته وممارسة حقه في الدفاع. و بالتالي و أمام عمومية لفظ " دفوعاته " فلا يجب حرمان أطراف التحكيم من حقهم بالتمسك بأي نوع من الدفوع شكلية كانت أم موضوعية أم دفوعا بعدم القبول لحماية حقوقهم ومصالحهم.

المطلب الثاني: الدفوع الخاصة باتفاق التحكيم

بداية نشير إلى أن الاختصاص القضائي يقصد به تلك السلطة التي خولها المشرع هيئة من الهيئات القضائية للفصل في نزاع معين، أو بعبارة أخرى صلاحية المحكمة للبت في الدعوى المعروضة عليها، ومقابل ذلك يقصد بعدم الاختصاص القضائي فقدان المحكمة ولايتها على النزاع، أي تجريدها من الفصل في قضايا معينة⁴⁸³.

أما الاختصاص التحكيمي، فعلى عكس الاختصاص القضائي، يعني السلطة التي خولها الأطراف للهيئة التحكيمية للفصل في نزاعهم التحكيمي المحدد في اتفاق التحكيم⁴⁸⁴، وعلى

483 - للمزيد حول هذه التعاريف أنظر: * عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لق م م م س، ص 15 وما يليها.
* الطيب الفصايلي، حقيقة الدفع بعدم الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية الجديد، مقال منشور بمجلة المحامي العدد 15-16/1990، ص 66 وما يليها.

484 - بخصوص هذه الفكرة راجع: محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات ...، م س، ص 138.



خلاف ذلك يعني عدم الاختصاص في المادة التحكيمية عدم صلاحية الهيئة التحكيمية للفصل في النزاعات غير المحددة في اتفاق التحكيم.

ومن المعلوم أن الاتفاق على التحكيم يترتب عليه أثران هامان، الأول سلبي ويمكن في منع القضاء الوطني من نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، والثاني إيجابي ويتمثل في ثبوت الاختصاص بالنظر في النزاع لهيئة التحكيم، ونتيجة لهذا يتعين على أطراف اتفاق التحكيم تسوية خلافهم بهذه الوسيلة، وإذا ما بادر أحد الطرفين برفع النزاع محل الاتفاق التحكيمي إلى المحكمة المختصة أصلاً، فإنه يحق للطرف الآخر (المدعى عليه) أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام هذه الهيئة القضائية، ويمنعها بالتالي من الفصل في هذا النزاع، وهذا الدفع اختلفت بصدده التشريعات بين من يسميه دفعا بعدم الاختصاص ومن يسميه دفعا بعدم القبول.

وبالإضافة إلى هذا يتعين على الهيئة التحكيمية المسند إليها الاختصاص للفصل في النزاع التحكيمي عدم تجاوز حدود اختصاصها، تحت طائلة الدفع بعدم الاختصاص، هذا الأخير يقصد به في مادة التحكيم الدفع الذي يتقدم به أحد أطراف اتفاق التحكيم والذي يمنح بموجبه إما الهيئة التحكيمية من الفصل في نزاع تحكيمي لتجاوز حدود اختصاصها أو القضاء الوطني لوجود اتفاق تحكيم بشأن ذلك النزاع.

و هنا يطرح التساؤل حول القواعد والضوابط التي تحكم كل دفع على حدة؟ وما مدى توافق المشرع المغربي في تنظيم هاتين الوسيلتين الهامتين في القانون رقم 05-08؟

للإجابة عن هذه التساؤلات سنلقي الضوء في (الفقرة الأولى) على الدفع بعدم الاختصاص أمام الهيئة التحكيمية، على أن نبحت في الدفع باتفاق التحكيم وما يثيره من إشكالات في (الفقرة الثانية).



الفقرة الأولى: الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم

كما سبقت الإشارة إلى ذلك فإن الهيئة التحكيمية تستمد سلطتها على النزاع التحكيمي من اتفاق التحكيم، هذا الأخير يرسم حدود اختصاص وولاية هيئة التحكيم، والتي لا تجوز لهذه الأخيرة تجاوزها.

و قد أقرت بعض التشريعات الوطنية وسيلة قانونية هامة تمكن الأطراف من الدفاع عن حقهم والوقوف في وجه الهيئة التحكيمية التي قد تتجاوز حدود اختصاصها إلى نزاع لم يشملها نطاق اتفاق التحكيم، وتتمثل هذه الوسيلة في الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية.

وهكذا ينص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من الفصل 09-327 من القانون رقم 05-08 على أنه "على الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع، أن تبت، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصاتها..." وهو ما يفيد أنه للأطراف أحقية طلب الهيئة التحكيمية أن تنظر في صحة أو حدود اختصاصها قبل البت في موضوع النزاع، أما التشريع الفرنسي فقد نص في المادة 1465 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) على أنه: "تختص محكمة التحكيم وحدها بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها القضائي"⁴⁸⁵، وكما يتضح فنص هذه المادة جاء عاما، حيث لم يتحدث المشرع الفرنسي عن مصدر تلك المنازعات وبالتالي فيمكن أن يكون مثيرها إما الأطراف أو المحكمة التحكيمية من تلقاء نفسها ما دام المشرع لم يحدد ذلك صراحة. وعلى خلاف التشريع المغربي والفرنسي فقد كان المشرع المصري أكثر وضوحا بخصوص أحقية الأطراف في الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية وذلك في المادة 22 من قانون التحكيم المصري التي تنص: "1- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها

⁴⁸⁵ - النص للمادة 1465 من ق.م.م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) كالتالي:

« Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel »

وهنا نشير إلى أن هذه المادة لا تختلف كثيرا في صياغتها عن المادة 1466 القديمة (المرسوم رقم 1981/500) والتي كانت تنص :
« Si ; devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité où les limites de son investiture ».



بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع ". ونفس الشيء بالنسبة للقانون النموذجي حيث ينص كذلك وبشكل لا لبس فيه على حق الأطراف في الدفع بعدم الاختصاص في المادة 16⁴⁸⁶.

وإذا كانت مختلف هذه التنظيمات الوطنية والدولية قد نصت على هذه الوسيلة الهامة والتي تجسد تطبيقاً آخر لحق الدفاع فإن التساؤل يطرح عن الجهة المختصة بالفصل في الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية؟ وأي وقت يجب على الأطراف تقديم فيه هذا الدفع؟ ومتى يتم الفصل فيه؟ وهل من رقابة قضائية على الحكم الذي يصدر في هذا الشأن؟.

أولاً: الجهة المختصة بالنظر في الدفع بعدم الاختصاص

من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه يتضح أن بعض التشريعات الوطنية والدولية المنظمة للتحكيم تسند الهيئة التحكيمية نفسها سلطة واختصاص الفصل في المنازعات والدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها وهذا ما يعرف اصطلاحاً بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، حيث بات من المبادئ الأساسية المستقرة في مجال التحكيم التجاري الداخلي و الدولي، لما يحققه هذا المبدأ من نتائج إيجابية على المستوى العملي التي تلافي شل فاعلية التحكيم لمجرد إثارة مسألة فرعية تتعلق بمدى شرعية اختصاص المحكم، ناهيك عن طول الإجراءات التي قد تترتب عن منح مثل هذا الاختصاص للقضاء⁴⁸⁷.

486 - تنص الفقرة الثانية من المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على ما يلي:

"2- يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد اقضاه تقديم بيان الدفاع ولا يجوز منع أي من الطرفين من تقديم هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه...". وهو الأمر الذي أكدته أيضاً كل من المشرع الأردني في المادة 21 من القانون رقم 31 لسنة 2001، والقانون الكويتي في المادة 05، وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المادة 785، وغيرها من القوانين.

487 - للمزيد حول هذه الفكرة أنظر: حسين عطية، م س، ص 135 وما يليها.

ناريما عبد القادر، اتفاق التحكيم، م س، ص 333 وما يليها.

* Emmanuel GAILLARD ; « le principe de compétence-compétence » note sur cassation civil, 2ème. Du 10/05/1995. Revue d'arbitrage, 1995 N° 4. Page 617.

و قد صدر في هذا الصدد قرار محكمة استئناف باريس جاء فيه: " يعود للمحكم بالأولية و تحت إشراف قاضي البطلان، أن يبيت في اختصاصه إلا في حال البطلان أو عدم إمكانية التطبيق الواضحة لاتفاق التحكيم..." قرار صادر بتاريخ 2008/12/10، منشور بمجلة التحكيم، العدد الثالث يوليو 2009، ص 872.



ثانيا: وقت تقديم الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 327-09⁴⁸⁸ من ق 05-08 وأيضا للمادة 1465⁴⁸⁹ من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) يتضح أن كل من المشرع المغربي والفرنسي لم يحددا صراحة للأطراف ميعادا قانونيا لتقديم الأطراف دفوعاتهم المتعلقة بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية، يستفاد ذلك من نص الفقرة الأولى من الفصل 327-09 المشار إليها أعلاه والتي تستوجب على الهيئة التحكيمية البت في هذا الدفع قبل النظر في موضوع النزاع التحكيمي، وهو ما يعني أنه لا يحق للأطراف وأيضا للهيئة التحكيمية إثارة هذا الدفع حينما يتم البدء في الفصل في موضوع النزاع. أي بعبارة أخرى أن وقت إثارة الدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية تبتدئ منذ الانتهاء من تشكيل الهيئة إلى حين البدء في النظر في موضوع النزاع.

وفي الحقيقة فإنه يجب على المشرع المغربي إعادة النظر في هذا الأمر وتحديد وقت هذا الدفع بشكل دقيق و بالتالي المساهمة في حسن تنظيم ممارسة هذا الدفع وتفاذي كل مماثلة أو سوء نية من جانب أحد الاطراف.

وعلى عكس التشريعين المغربي والفرنسي نجد العديد من التشريعات قد حرصت على تنظيم هذا الأمر وتحديد ميعاد يتعين على الأطراف التقيد به عند تقديم دفوعاتهم المرتبطة بعدم الاختصاص، وفي هذا الصدد ينص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 22 من قانون التحكيم على أنه: "2- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يتجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 30 من هذا القانون"⁴⁹⁰، ولا يترتب عليه قيام أحد

488 - حيث تنص هذه الفقرة على ما يلي: "على الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع أن تبت، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة حدود اختصاصاتها..."

489 - وعلى غرار الفصل 327-09 من القانون المغربي تنص المادة 1465 من ق م م الفرنسي على أنه: "تختص المحكمة التحكيمية وحدها بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها القضائي".

490 - تنص الفقرة الثانية من المادة 30 من قانون التحكيم المصري على أنه: "2- يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء ببيان الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة أية طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه بقصد الدفع بالمقاصة، وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذا رأت هيئة التحكيم أم الظروف تبرر التأخير"



طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع، فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب مقبول". وهو ما أكدته أيضاً القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث تنص الفقرة 2 من المادة 16 منه على ما يلي: "يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من تقديم هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه. أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطتها فيجب إبداءه بمجرد أن تثار، أثناء إجراءات التحكيم، المسألة التي يدعي أنها تخرج عن نطاق سلطتها. ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يقدم بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره".

ثالثاً: وقت فصل هيئة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها

يشوب نوع من الغموض هذه المسألة في التشريع المغربي، وذلك بسبب الصياغة المعيبة والتناقض الحاصل في الفقرة الأولى من الفصل 09-327 من ق 05-08، فبعدما نصت هذه الفقرة في بدايتها على إلزامية بت الهيئة التحكيمية في هذا الدفع قبل النظر في الموضوع جاءت العبارة الأخيرة بما يلي "... إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت" ليختلط الأمر بين ضرورة البت قبل النظر في الموضوع، ونفس وقت النظر في الموضوع، وبالتالي يطرح التساؤل عن أي وقت يجب الفصل فيه في هذا الدفع؟ هل قبل النظر في الموضوع أو أثناءه؟ أم أن غاية المشرع المغربي هي ترك الحرية للهيئة التحكيمية في اختيار الوقت المناسب للبت في مدى اختصاصها؟

بخصوص هذا الإشكال نتفق مع بعض الباحثين⁴⁹¹ الذي يرى أن غاية المشرع المغربي وبالرغم من هذه الصياغة المعيبة، هي ترك الخيار للهيئة في أن تبت في هذا الأمر

⁴⁹¹ - رياض فخري، قواعد التحكيم، قراءة في القانون رقم 05-08، مقال ضمن أعمال الندوة الجهوية 11 المنظمة بالعيون يومي 1 و 2 نونبر 2007 بمناسبة الذكرى 50 لتأسيس المجلس الأعلى، منشورات المجلس الأعلى، ص 439.



قبل الدخول في الموضوع إذا تبين لها أنها غير مختصة منعا لإضاعة الجهد والوقت أو أن تضم هذا الدفع للموضوع وتثبت فيهما في نفس الوقت إذا كانت قد قررت بأنها مختصة. وبالتالي فإن صياغة هذه الفقرة تحتاج إلى إعادة نظر من أجل حسم هذا الخلاف ووضع حد لما يمكن أن ينتج عن هذه الصياغة من إشكالات عملية قد يؤثر على مصالح الأطراف. وعلى عكس المشرع المغربي، فإن المشرع المصري كان أكثر دقة في تحديد هذا الوقت حيث تنص الفقرة 3 من المادة 20 على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع، أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا...".

وهو ما نص عليه كذلك القانون النموذجي في المادة 3/16 والتي جاء فيها: "يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة، إما كمسألة أولية وإما في قرار تحكيمي موضوعي...".

تبقى الإشارة في الأخير إلى أن الهيئة التحكيمية وحسب التشريع المغربي تثبت في المنازعات والدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بأمر غير قابل للطعن، ولا تخضع بالتالي لأية رقابة قضائية في هذا الأمر، حيث يتعين على الطرف صاحب المصلحة انتظار الحكم التحكيمي في هذا النزاع والطعن فيه بالبطلان لعدم اختصاص الهيئة التحكيمية من خلالبتها في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم حسب ما ينص عليه الفصل 36-327 من ق 05-08. وبالتالي فإن موقف المشرع المغربي فيه نوع من الخطورة لاسيما في الحالة التي تكون فيها هيئة التحكيم غير مختصة ومع ذلك ترفض الدفع بعدم اختصاصها، حيث يجب الانتظار إلى حين صدور المقرر التحكيمي للطعن فيه مع ما ينتج عن ذلك من ضياع للوقت والمال والجهد. ونفس الشيء أيضا بالنسبة للتشريع المصري حيث تنص الفقرة الأخيرة من المادة 22 على ما يلي: "... فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان التحكيم المنهي للخصومة كلها، وفقا للمادة 53 من هذا القانون"⁴⁹².

⁴⁹² - وللمزيد حول الحكم الصادر في الدفوع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية أنظر حسين عطية، م س، 159 وما يليها.



أما القانون النموذجي فقد أجاز الطعن في الأمر الذي تصدره الهيئة التحكيمية في مثل هذه الدفوع، إذ تنص المادة 16: "... و إذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي الطرفين في غضون 30 يوما من تاريخ إعلانه بذلك القرار، أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة (06) أن تفصل في هذا الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلا للطعن...".

الفقرة الثانية: الدفع باتفاق التحكيم

بالإضافة إلى الدفع بعدم الاختصاص الذي يثار أمام الهيئة التحكيمية عند تجاوزها لحدود اختصاصها، أقرت بعض قوانين التحكيم للأطراف المحكمة وسيلة أخرى و دفع آخر لحماية اتفاقهم التحكيمي ومن خلاله مصالحهم وحقوقهم، ويتمثل في الدفع باتفاق التحكيم و الذي يمكن لأحد أطراف التحكيم التمسك به عندما يعمد الطرف الآخر إلى طرح النزاع موضوع اتفاق التحكيم على أنظار القضاء، و يحول بالتالي دون فصل المحكمة في نزاعهم هذا. و بالرغم من اتحاد التشريعات في إقرار هذا الدفع إلا أنها اختلفت في طبيعته بين اتجاه يجعله دفعا بعدم الاختصاص و آخر يصنفه في خانة الدفوع بعدم القبول، فالاتجاه الأول يتزعمه المشرع الفرنسي، حيث ينص في المادة 1448 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) على ما يلي: إذا تم طرح نزاع متعلق باتفاق تحكيم أمام قضاء الدولة، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها. مالم يتم إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم، وكان يظهر أن اتفاق التحكيم باطلا أو غير قابل للتطبيق. و في كل حال من الأحوال فلا يجوز لمحكمة الدولة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها. وأي اتفاق مخالف لأحكام هذه المادة يعتبر اتفاق غير مكتوب"⁴⁹³، أما الاتجاه الثاني والغالب والذي يعتبر الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول فيتمثل في بعض التشريعات، كقانون التحكيم المصري، حيث تنص المادة 13 منه على أنه: " يجب

493 - النص الأصلي للمادة 1448 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية كما يلي:

« Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. « La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. « Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite»

على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى. لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفترة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم". وأيضاً التشريع المغربي، وهذا ما يتضح من نص الفصل 327 من ق 05-08 الذي ينص على أنه: " عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة التحكيم عملاً باتفاق تحكيم، على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم. إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحاً. يتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع و لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائياً بعدم القبول. عندما ترفع أمام المحكمة الدعوى المشار إليها في الفقرتين الأولى و الثانية أعلاه، يمكن بالرغم من ذلك، مباشرة مسطرة التحكيم أو متابعتها، و يمكن إصدار حكم تحكيمي في انتظار أن تثبت المحكمة في ذلك".

و من خلال مقتضيات الفصل 327 أعلاه يتضح ما يلي:

❖ أن المشرع المغربي حسم النقاش الفقهي ووضع حداً لتضارب أحكام القضاء بخصوص طبيعة الدفع باتفاق التحكيم⁴⁹⁴ مؤكداً بأنه دفع بعدم القبول، و هو توجه محمود للمشرع المغربي على اعتبار أن الاتفاق على التحكيم يعني تنازل الأطراف بإرادتهم عن الالتجاء إلى القضاء العادي، و بهذا التنازل تكون الدعوى قد فقدت شرطاً من شروط قبولها، فالاتفاق على التحكيم يحول مؤقتاً دون رفع الدعوى مباشرة إلى القضاء الرسمي قبل اللجوء إلى التحكيم ، لكنه لا ينزع الاختصاص عن هذا القضاء الذي يبقى مختصاً عند تنازل الأطراف وتراجعهم عن اتفاقهم التحكيمي⁴⁹⁵.

⁴⁹⁴ - انظر في هذا الصدد: عبد الله درميش ، التحكيم الدولي في المواد التجارية، م س، ص 223 و ما يليها.

⁴⁹⁵ - وفي هذا الصدد صدر قرار عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش جاء فيه ما يلي: " الاتفاق على التحكيم لا يتعلق بالاختصاص وإنما يتناول إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم من عدمه، وهو بذلك لا ينزع الاختصاص عن المحكمة وإنما يحول دون قبول الدعوى" قرار رقم 99/151 صادر في 1999/04/20 ملف عدد 99/159 منشور بمجلة المنتدى، العدد 2، دجنبر 2000، ص 187

❖ لا يمكن للقضاء المغربي أن يصرح تلقائياً بعدم القبول، إذ يتعين على صاحب المصلحة التمسك بالدفع باتفاق التحكيم قبل الدخول في الموضوع، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه المغربي⁴⁹⁶ أنه كان على المشرع المغربي أن يكون أكثر جرأة و ينص صراحة على وجوب النطق بعدم القبول تلقائياً من قبل المحكمة المعروض عليها النزاع استجابة لنداء أغلب الفقهاء وممارسي التحكيم، إلا أننا نرى أن المشرع المغربي كان موفقاً في موقفه على اعتبار أن التحكيم طريق اختياري لتسوية المنازعات، وبالتالي فاستمرار المدعى عليه في مناقشة موضوع النزاع المعروض على القضاء الرسمي رغم وجود اتفاق التحكيم، وسكوته عن إثارة الدفع بوجود هذا الاتفاق، يعد تنازلاً ضمنياً منه عن هذا الاتفاق، وبالتالي فلا مبرر لإثارة هذا الدفع بصورة تلقائية من طرف المحكمة، وفرض آلية التحكيم على الأطراف ما داموا قد اختاروها بإرادتهم و تنازلوا عنها بإرادتهم أيضاً.

❖ أن المشرع المغربي على غرار المشرع الفرنسي ميز بين حالة كون النزاع قد عرض على القضاء بعد عرضه على الهيئة التحكيمية و بين حالة اللجوء إلى القضاء قبل التحكيم، إذ في الحالة الأولى تحكم المحكمة بعدم القبول إذا طلب منها ذلك، و في الحالة الثانية تحكم بعدم القبول أيضاً إلا إذا تبين لها أن الأمر يتعلق باتفاق تحكيم باطل بشكل واضح. و لعل الحكمة من ذلك منح القاضي الوطني سلطة تقديرية حتى لا يجبر أحد الخصوم على الخوض في إجراءات التحكيم يكون مصيرها في النهاية البطلان عند تقرير بطلان حكم التحكيم في هذه الحالة، نظراً لبطلان اتفاق التحكيم.

وهو توجه محمود للمشرع المغربي، على اعتبار أن الحكم بعدم القبول في هذه الحالة سيحتم على الأطراف اللجوء إلى التحكيم الذي قد ينتهي بصور حكم يكون مصيره البطلان لبطلان اتفاق التحكيم وقد تحكم هيئة التحكيم بعد مباشرة عملها ببطلان هذا الاتفاق بشكل تلقائي أو بناء على طلب أحد الأطراف، وفي كلا الحالتين سيضطر الأطراف إلى العودة إلى القضاء لحسم النزاع القائم بينهم، وبالتالي فمنح القضاء الرسمي سلطة التصدي للجوهر في هذه الحالة

⁴⁹⁶ -رياض فخري، قراءة في القانون رقم 08-05، م س، ص 437

مباشرة يُغني الأطراف عن المرور بكل هذه المراحل وبالتالي الاستفادة مما كان قد يهدر من الوقت في سبيل كل ذلك. الأمر الذي يشكل حماية لمصالح الأطراف و إقرارا للعدالة المنشودة. وإذا كان المشرع المغربي منح للقضاء الرسمي سلطة النظر في النزاع متى كان اتفاق التحكيم باطلا بشكل واضح وكان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، فإن ذلك يعني أن القضاء لا يستطيع التصدي لجوهر النزاع إذا كان النزاع معروض على هيئة التحكيم ولو تعلق الأمر باتفاق تحكيم باطل بشكل جلي، وهو أمر نجده منطقي وفيه انسجام مع مقتضيات الفصل 9-327 من ق 08/05 إذ في هذه الحالة يعود تقرير مدى صحة اتفاق التحكيم لهيئة التحكيم إعمالا لنص الفصل 09-327، وعلى هذا الأساس يتعين على الطرف صاحب المصلحة إثارة الدفع ببطلان اتفاق التحكيم أمام الهيئة التحكيمية عند بدء إجراءات التحكيم وإذا حكمت هيئة التحكيم ببطلان هذا الاتفاق، يثبت له حينئذ حق اللجوء إلى القضاء الرسمي.

❖ طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 327 يمكن في الحالتين المذكورين أعلاه، مباشرة مسطرة التحكيم أو متابعتها، و يمكن إصدار حكم تحكيمي في انتظار بت المحكمة في الدفع المشار أمامها، و في هذا الإطار يرى بعض الفقه المغربي⁴⁹⁷ أن هذا الوضع غير مستحب على اعتبار أننا أمام احتمال صدور قرار تحكيمي متناقض مع ما يمكن أن يحكم به القضاء ، الأمر الذي يخل بالاستقرار الواجب في المعاملات و ضمان الحقوق، و يدفع إلى عدم الاطمئنان إلى وسيلة التحكيم لفض المنازعات، رغم أن صياغة النص تدل أن ما بت به القضاء هو ما سيتم تغليبه في هذه الحالة، بدليل استعمال المشرع لعبارة "في انتظار أن تبت المحكمة في ذلك" و بالتالي كان على المشرع المغربي أن يستغني عن هذه الفقرة وينص على إلزامية إيقاف مسطرة التحكيم في انتظار صدور الحكم القضائي، مع ضرورة تحديد آجال للمحكمة و الذي يتعين عليها الفصل في الدفع داخله ولما التتصيص على سلوك المسطرة الاستعجالية في هذا الصدد و ذلك منعا لأي تسويق أو ماطلة أو سوء نية من أحد الأطراف الذي يلجأ للقضاء بالرغم من وجود اتفاق تحكيم.

⁴⁹⁷رياض فخري، قراءة في القانون 08/05، م س، ص 438



الفصل الثاني:

حق الدفاع أثناء النظر في النزاع التحكيمي

يعتبر حق الدفاع العنصر الأساسي والبارز في جميع مجريات الدعوى التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها، نظرا لدوره الكبير في حسن سير العدالة والوصول إلى الحل العادل بين الخصوم، ويزداد هذا المبدأ أهمية حسب قيمة وأهمية كل مرحلة على حدة.

وكما هو معلوم فالفصل في النزاع التحكيمي يعد المرحلة الحاسمة في الدعوى التحكيمية، حيث تُكوّن خلالها الهيئة التحكيمية قناعتها، وتتضح فيها الرؤى حول مصير النزاع التحكيمي، ويتم التعرف فيها كذلك وإلى درجة كبيرة على الطرف الخاسر للدعوى والرابح لها، وذلك انطلاقا مما يقدمه كل طرف من حجج وأدلة كتابية كانت أو شفوية.

لذا فإن هذه المرحلة تتطلب عناية أكبر بحق الدفاع والمواجهة والمساواة بين الأطراف، وهو ما يلقي عبئا كبيرا على الهيئة التحكيمية باعتبارها المسؤولــــــــــــــــة عن الدعوى التحكيمية وعن هذه المرحلة الهامة جدا، حيث يجب عليها احترام هذا المبدأ وتمكين كل طرف من تقديم مستنداته وجميع ما يمكن أن يدافع به عن حقوقه، دون الإخلال بخصوصيات الدعوى التحكيمية التي تتطلب المرونة والسرعة في الإجراءات التحكيمية.

فما هي إذن القواعد التي تحكم حق الدفاع في مرحلة الفصل في النزاع التحكيمي؟ وهل استطاعت التشريعات الوطنية للدول تنظيم هذا المبدأ في هذه المرحلة بالشكل الذي يضمن احترام حق الدفاع من طرف الهيئات التحكيمية دون التأثير في مميزات التحكيم؟.

إن دراسة هذا الموضوع يتطلب منا التطرق لحق الدفاع خلال سير جلسات التحكيم (المبحث الأول) ثم بعد ذلك استجلاء مظاهر حضور هذا المبدأ في مرحلة صدور الحكم التحكيمي (المبحث الثاني).



المبحث الأول: حق الدفاع خلال سير جلسات التحكيم

اعتبارا للمهمة الكبيرة المنوطة بالمحكم من قبل الأطراف والمتمثلة في تسوية نزاعهم التحكيمي، والتي تجعله يتبوأ مركز المسير الأساسي والفعلي للعملية التحكيمية ولمجريات جلساتها لا سيما عند غياب اتفاق الأطراف على تنظيم كل تفاصيل الدعوى التحكيمية كالقانون الواجب التطبيق على الموضوع أو الإجراءات أو في حالة تفويض الأطراف المحكم بالصلح حيث يتمتع هنا بسلطة واسعة في إدارة النزاع التحكيمي.

وكنتيجة لكل هذا فإن واجب البحث عن الحل العادل بين الأطراف والوصول إلى الحقيقة يفرض على المحكم وانطلاقا من موقعه هذا التزاما كبيرا يكمن في ضرورة احترام حق المواجهة والدفاع بين الأطراف من خلال إعطاء الفرصة الكافية والمتكافئة لكل خصم لعرض دعواه ودفعاته وحججه الإثباتية. كما يتطلب منه الأمر كذلك احترام المواجهة بينه وبين الخصوم، حيث يتعين على المحكم إحاطة الأطراف علما بكل الوقائع والإجراءات التي قام بها في سبيل حل النزاع، مع مناقشة هذه العناصر معهم، حتى لا تتم مفاجأة أطراف التحكيم بهاته العناصر الجديدة والتي قد تكون الحاسمة في تسوية خلافهم⁴⁹⁸. هذا إلى جانب المساواة بين الأطراف في كل الشكليات التي تحيط بجلسات الدعوى التحكيمية من مواعيد الجلسات ومحاضرها وغيرها من إجراءات الفصل في النزاع التحكيمي.

وهكذا ولإحاطة أكثر بحق الدفاع خلال سير جلسات التحكيم سنتحدث في (المطلب الأول) عن حق الدفاع بربطه بكافة القواعد التي تحكم الجلسات التحكيمية، على أن نخصص (المطلب الثاني) لإبراز أهمية حق الدفاع في علاقته بالإثبات أمام الهيئات التحكيمية.

⁴⁹⁸ - للمزيد حول هذه الفكرة أنظر: محمد علي عويضة، م س، ص 405.

محمد المختار الراشدي، إجراءات مسطرة التحكيم، مثال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 117، نونبر/دجنبر 2008، ص 97.



المطلب الأول: حق الدفاع وقواعد انعقاد جلسات التحكيم

يقصد بالجلسة التحكيمية ذلك المجلس الذي تلتقي فيه الهيئة التحكيمية بالخصوم أو وكلائهم في المكان المحدد لعقد الاجتماعات وذلك قصد البت في نزاعهم التحكيمي. وإذا كانت القواعد التي تحكم سير الجلسات أمام القضاء الرسمي للدول لم تُترك لهوى الخصوم أو إرادة القضاء، بل تُسير وتتم وفقا لنظام معين رسمته ووضعت القوانين الإجرائية، فإن الحال يختلف كثيرا بالنسبة للدعوى التحكيمية، حيث تلعب إرادة المحكمين دورا كبيرا في تنظيم تلك القواعد وذلك تبعا للنشأة الاتفاقية التي تركز عليها الدعوى التحكيمية. وفي حال غياب إرادة الأطراف تتولى الهيئة التحكيمية تحديد هاته القواعد⁴⁹⁹. وهنا يطرح التساؤل عن ماهية هذه القواعد؟ وأي ضمانات لحق الدفاع في هذا الصدد؟ وكيف تعاملت التشريعات الوطنية للدول مع جلسات التحكيم والضوابط التي تحكمها؟

للإجابة عن هذه الأسئلة والوقوف على ضمانات احترام حقوق الدفاع خلال انعقاد الجلسات التحكيمية سنحاول دراسة بعض القواعد الأساسية التي تحكم هذه الجلسات كحق المرافعة (الفقرة الأولى) وضوابط الحضور والغياب أمام هيئة التحكيم⁵⁰⁰ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المرافعة أمام الهيئات التحكيمية

يقصد بالمرافعة تقديم الخصوم أو وكلائهم ما لديهم من أقوال أمام الجهة التي تتولى الفصل في النزاع سواء كان قضائيا أو تحكيميا، وذلك من أجل شرح ما يقدمونه من طلبات أو دفوع أو لغاية توضيح الأدلة والمستندات المقدمة منهم.

و بالتالي فالمرافعة تعد من أهم وأبرز الوسائل العملية والقانونية التي يمارس بموجبها حق الدفاع حيث تساعد الأطراف المحكّمة على الدفاع عن حقوقهم ومصالحهم أمام الهيئات

499 - للمزيد في هذا الصدد أنظر: عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، م س، ص 184.

500 - أما القواعد الأخرى والتي لا تقل أهمية عن المرافعة والإثبات، كمكان انعقاد هذه الجلسات واللغة التي تجري بها فقد تم التطرق إلى مقتضيات التنظيمية الخاصة بها عند حديثنا عن حرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية، أنظر ما سبقت الإشارة إليه في الباب الأول من القسم الأول من هذه الدراسة.

التحكيمية، وهو ما يفرض إذن على هذه الأخيرة احترام حق المرافعة مثلها في ذلك مثل المحكمة سواء بسواء⁵⁰¹.

و قد تطرقت مختلف التشريعات الوطنية والدولية للمرافعة أمام الهيئات التحكيمية. وفي هذا الصدد تنص الفقرة 06 من الفصل 14-327 من ق 05-08 على أنه: "تتعد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حجه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك" وهو نفس نص الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون التحكيم المصري⁵⁰².

كما أكد على هذا المقتضى كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 24 على أنه: "تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفوية لتقديم البيانات أو لتقديم الحجج الشفهية أو أنها ستسير في الإجراءات على أساس المستندات وغيرها من الأدلة المادية، مع مراعاة أي اتفاق مخالف لذلك بين الطرفين، غير أنه يجب على هيئة التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على عدم عقد أية جلسات لمرافعات شفوية، أن تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الإجراءات إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين...".

ومن خلال النصوص القانونية أعلاه، يتضح أن حق المرافعة أمام الهيئات التحكيمية وعلى عكس القضاء، ليس إلزاميا⁵⁰³، حيث بإمكان الهيئة التحكيمية أن تنتظر في النزاع

501 - بخصوص هذه الفكرة أنظر: عكاشة عبد العال ومن معه، التحكيم في العلاقات...، م س، ص 664 وما يليها.

502 - حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تتعد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حجه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

503 - وإن كانت بعض التشريعات القليلة جدا تعتبر تلك الجلسات إلزامية، ومن ذلك مثلا التشريع الفرنسي، حيث تنص المادة 14 من ق م م الفرنسي والمطبقة أيضا على الدعوى التحكيمية (حسب نص المادة 1464 من مرسوم 2011 المنظم للتحكيم بفرنسا) على ما يلي: "لا يمكن الحكم على شخص دون أن يكون قد سُمع أو دُعي"

« Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée »

وهو ما يعني عدم جواز الفصل في النزاع التحكيمي دون سماع أو استدعاء الخصوم، وبالتالي فالهيئة التحكيمية حسب هذا النص ملزمة بعقد جلسات المرافعة وسماع الأطراف المحكّمة أو على الأقل استدعاؤهم لهذه الجلسات، وذلك احتراماً للحق في الدفاع ومبدأ المواجهة بين الخصوم.

وقد قضت محكمة استئناف باريس في هذا الصدد بما يلي: "إذا خاطبت هيئة التحكيم المدعى عليه ودعته لحضور الجلسات وأخبرته بكيفية سير الخصومة، فليس له الحق في أن يزعم بأن المحكمين قد خالفوا مبدأ المواجهة". قرار صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 26 مارس 1981، أشار إليه محمد علي عويضة، م س، ص 190.



التحكيمي دون عقد جلسات المرافعة، فتكتفي فقط بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة. لكن حرية الهيئة التحكيمية هاته تجاه عقد جلسات المرافعة من عدمها، رهينة بوجود أو انعدام اتفاق أطراف التحكيم، وعليه وطبقا للتشريعات أعلاه يجوز ويحق للأطراف التحكيم الاتفاق على عقد الهيئة لجلسات المرافعة، وفي هذه الحالة تكون الهيئة التحكيمية ملزمة باحترام إرادة الأطراف وبالتالي عقد هذه الجلسات، أما في حالة غياب اتفاق الأطراف فالخيار يبقى لهذه الهيئة لعقدتها أو الاستغناء عنها.

وهكذا وأمام هذه الحرية الممنوحة لأطراف اتفاق التحكيم، فإنه واعتبارا للدور الكبير لجلسات المرافعة في حصانة حقوقهم ومصالحهم وتمكينهم من الدفاع عن طلباتهم ودفعاتهم وشرح دعواهم وعرض حججهم وأدلتهم، يجب على المحتكمين استغلال هذا المكسب وإلزام الهيئات التحكيمية بعقد هاته الجلسات. كما ينبغي كذلك للهيئات التحكيمية ومن منطلق احترام الحق في الدفاع والبحث الحقيقي عن الحل العادل والمصنف بين الطرفين عقد هذه الجلسات المهمة والاستماع إلى الأطراف أو ممثليهم وتمكينهم من الوقت الكافي لعرض أوجه دفاعهم ومذكراتهم، ولا يجب لها الاستغناء عن حق المرافعة لغاية الإسراع في تسوية النزاع التحكيمي وإنهاء الخصومة⁵⁰⁴، لأن الأهم هم الحل العادل للنزاع وليس الحل السريع له.

وعلى كل حال فمتى قررت الهيئة التحكيمية عقد جلسات المرافعة، فإنه يجب عليها واحتراما لحقوق الدفاع إخطار طرفي التحكيم بمواعيد تلك الجلسات والاجتماعات، وهذا ما أكدته الفقرة 07 من الفصل 14-327 التي تنص على أنه: "يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام". و هو ما نص عليه كذلك المشرع المصري في الفقرة 02 من المادة 33: "يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل

504 - للمزيد في هذا الصدد أنظر:

- ✓ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، م س، ص 332 وما يليها.
- ✓ عكاشة عبد العال ومن معه، م س، ص 665.
- ✓ محمد علي عويضة، م س، ص 302 وما يليها.
- ✓ حسني المصري، م س، ص 316 وما يليها.
- ✓ محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م س، ص 344 وما يليها.

التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف تقدره هذه الهيئة حسب الظروف". كما أكد عليها هذا الأمر أيضا القانون النموذجي في الفقرة الثانية من المادة 24 حيث تنص على أنه: "يجب إخطار الطرفين بموعد أي جلسة مرافعة شفوية واي اجتماع للهيئة التحكيم لغرض معاينة بضائع أو ممتلكات أخرى أو لفحص مستندات، وذلك قبل الانعقاد بوقت كاف".

و بالتالي وأمام وضوح هذه النصوص القانونية واعتبارا لأهمية هذا الإخطار ودوره في الاستعداد الجيد لهذه الجلسات من قبل الأطراف، ينبغي للهيئات التحكيمية التحرز في إخطار أطراف التحكيم بهاته الجلسات مع إعطائهم الفرصة الكافية لإعداد دفوعاتهم ومذكراتهم. وإن كان المشرع المغربي وعلى عكس بعض التشريعات الأخرى قيد ذلك الإخطار بعدم تجاوز 05 أيام، وهو ما قد يؤثر على مصالح الأطراف واستعدادهم لتلك الجلسات، وبالتالي كان على المشرع المغربي منح الحرية للهيئة التحكيمية في هذا الصدد مع إلزامها بالإخطار في الوقت الكافي والمناسب للأطراف لإعداد دفوعاتهم. هذا بالإضافة إلى أن المشرع المغربي وعلى غرار المشرع المصري لم يحدد طريقة هذا الإخطار، هل يتم وفقا لقواعد التبليغ العامة المنصوص عليها في ق م م أم أن للهيئة الحرية في اختيار الوسيلة المناسبة؟.

بخصوص هذا الإشكال وأمام انعدام نص قانوني صريح نرى بأنه يجب على الهيئة التحكيمية اختيار الوسيلة الفعالة التي بموجبها يتم إبلاغ الأطراف بهذه الجلسات مع إلزامية التأكد من مدى علمهم بذلك، إذ أن كل تقصير في هذا الإطار يكون على حساب حقوق الدفاع ومصالح الأطراف المحكّمة⁵⁰⁵.

كما لم يوضح كل من المشرع المغربي والمصري كيفية انعقاد جلسات المرافعة هل تتم بطريقة سرية، أم تتم علانية؟ وذلك عكس بعض التشريعات التي نصت صراحة

505 - تبقى الإشارة إلى أن الأهمية البالغة للتبليغ ضمن القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية هو ما دفع بالتشريعات الوطنية والدولية المنظمة للتحكيم إلى اعتبار الإخلال بهذا الإجراء الجوهري سببا مستقلا للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، وفي هذا الصدد ينص الفصل 36-327 من ق 05-08 على أنه: "رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها... لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية: 5- إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم...". وهو ما نص عليه أيضا المشرع المصري في المادة 53، حيث تنص على أنه: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: (ج)- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر".



على سرية مسطرة التحكيم كالفقرة الأخيرة من المادة 1464 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي (مرسوم 2011).⁵⁰⁶ والنظام البلجيكي الذي يؤكد هو الآخر على أن جلسات التحكيم تكون سرية ما لم يتفق الأطراف على إجرائها بطريقة أخرى⁵⁰⁷.

وبالتالي وأمام سكوت المشرع المغربي عن مسألة علنية أو سرية جلسات المرافعة نرى أن للأطراف الحرية في تنظيم هذه الجلسات والاتفاق على الكيفية التي تناسبهم.

تبقى الإشارة إلى أن كل الجلسات التي تعقدها هيئة التحكيم يجب تدوينها في محضر مع ضرورة تسليم نسخة منه إلى كل من الطرفين، وفق نص الفقرة 08 من الفصل 14-327، وأيضا الفقرة 33/3 من ق التحكيم المصري⁵⁰⁸، لما في ذلك من ضمانات لاحترام حقوق الدفاع.

الفقرة الثانية: ضوابط الحضور والغياب في جلسات التحكيم

كما سبقت الإشارة إلى ذلك أعلاه، فإن جلسات التحكيم ليست إلزامية، حيث يمكن لهيئة التحكيم الاكتفاء فقط بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة، لكن في حالة ما إذا قررت الهيئة التحكيمية عقد هذه الجلسات، أو إذا نص اتفاق التحكيم على ذلك، فإن الهيئة تصبح ملزمة بعقد جلسات المرافعة والاستماع إلى الأطراف مع ما يتبع ذلك من ضرورة إخطار الأطراف بها.

وهكذا فإذا ما احترمت الهيئة التحكيمية إجراءات الإخطار كما نص عليها القانون، وأصبح أطراف التحكيم على علم تام بهذه الجلسات، فإن التساؤل يطرح عن الضوابط التي تحكم مثل الأطراف أمام الهيئات التحكيمية؟ فهل يتطلب منهم الأمر الحضور والمثول الشخصي، أم يجب عليهم انتداب من يمثلهم ويدافع عنهم في جلسات المرافعة؟ وماذا عن تخلف الأطراف أو أحدهم عن حضور هذه الجلسات بالرغم من تبليغهم بها؟

⁵⁰⁶ Article 1464 (dernier alinéa) : « Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n'en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité ».

⁵⁰⁷ - للمزيد حول هذه النقطة أنظر، عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، م س، ص 205 وما يليها.
⁵⁰⁸ - إذ تنص الفقرة 08 من الفصل 14-327 على أنه: "تدون وقائع كل جلسات تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم نسخة منه إلى كل من الطرفين". أما الفقرة 03 من المادة 33 من قانون التحكيم المصري فتتص على ما يلي: "تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلم صورة منه إلى كل من الطرفين ما لم يتفقا على غير ذلك".

إذا كان المبدأ في التقاضي أمام المحاكم الرسمية هو إلزامية استعانة كل خصم بمحام لينوب عنه ويترافع ويدافع عن حقوقه⁵⁰⁹، فإنه وعلى خلاف ذلك يتمتع الأطراف في الخصومة التحكيمية بالحرية التامة في الترافع والدفاع عن مصالحهم بأنفسهم أمام الهيئات التحكيمية طالما كان بمقدورهم التعبير قانوناً عن آرائهم وتقديم المستندات والوثائق المطلوبة والإدلاء بالحجج والأدلة التي تثبت ما يدعيه، وهذا ما يستفاد من نص الفقرة 06 من الفصل 14-327 التي جاء فيها: "تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته..."⁵¹⁰، ومقابل هذا فإنه لا يوجد ما يمنع أي من طرفي الدعوى التحكيمية من الاستعانة بأي شخص (محامياً كان أو وكيلًا أو شخصاً آخرًا) لينوب عنه ويمثله في جلسات المرافعة أو ليحضر معه في هذه الجلسات ويؤازره ويساعده في الدفاع عما يدعيه وهذا ما يتضح بجلاء من نص الفقرة الثانية من الفصل 12-327 من ق 05-08 حيث تنص على أنه: "يجوز للأطراف أن يعينوا أي شخص من اختيارهم يمثلهم أو يؤازرهم" وأيضاً من نص الفصل 24-327 الذي يقضي بما يلي: "يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي بيان ما

509 - ذلك أن المادة 31 من القانون رقم 28-08 المنظم لمهنة المحاماة بالمغرب والصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.08.101 الصادر في 20 شوال 1429 الموافق لـ 20 أكتوبر 2008 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 المؤرخة في 06 نونبر 2008 تنص على أنه: "لا يسوغ أن يمثل الأشخاص الذاتيون والمعنويون والمؤسسات العمومية وشبه العمومية والشركات أو يؤازروا أمام القضاء إلا بواسطة محام، ما عدا إذا تعلق الأمر بالدولة والإدارات العمومية تكون نيابة المحامي أمراً اختيارياً" وأضافت المادة 32 من نفس القانون بأن: "المحامون المسجلون بجدول هيئات المحامين بالمملكة، هم وحدهم المؤهلون، في نطاق تمثيل الأطراف، وموازرتهم، لتقديم المقالات والمستندات والمذكرات الدفاعية في جميع القضايا، باستثناء القضايا الجزرية، وقضايا التصريحات المتعلقة بالحالة المدنية، وقضايا النفقة أمام المحكمة الابتدائية والاستئنافية، والقضايا التي تختص المحاكم الابتدائية بالنظر فيها ابتدائياً وانتهائياً وكذا المؤازرة في قضايا الجناح والمخالفات. غير أنه يمكن للمحامين الذين يمارسون المهنة في بلد أجنبي، يرتبط مع المغرب باتفاقية تسمح لمواطني كل من الدولتين المتعاقبتين بممارسة المهنة في الدولة الأخرى، أن يؤازروا الأطراف، أو يمثلوهم، أمام المحاكم المغربية، بشرط أن يعينوا محل المخابرة معهم بمكتب محام مسجل بجدول إحدى هيئات المحامين بالمملكة بعد الإذن لهم بصفة خاصة، في كل قضية على حدة، من طرف وزير العدل ما لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك".

510 - وهذا ما أكدته أيضاً المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة 33 من قانون التحكيم المصري والتي تنص على أنه "تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى..." و أيضاً المشرع الفرنسي حيث نص في المادة 18 من ق م م والمحال عليها في المادة 1464 من نفس القانون (المرسوم رقم 2011/48) على أنه: « Les parties peuvent se défendre elles-mêmes, sous réserve des cas dans lesquels la présentation est obligatoire ».

كما نصت على هذا الأمر العديد من لوائح المراكز الدولية للتحكيم من ذلك مثلاً المادة 18 من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي والتي تنص على أنه: "لا يجوز لأي طرف أن يمثل محام أو أي ممثل آخر يجوز لهيئة التحكيم في أي وقت أن تطلب من أي طرف تقديم الدليل على السلطة الممنوحة إلى ممثله/ممثلته وذلك بالشكل الذي تقررره هيئة التحكيم"



يلي:4- الأسماء العائلية والشخصية للأطراف أو عنوانهم التجاري وكذا موطنهم أو مقرهم الاجتماعي، وإن اقتضى الحال أسماء المحامين أو أي شخص مثل الأطراف أو آزرهم⁵¹¹.

وتطبيقاً لهذه المقتضيات صدر قرار عن محكمة باريس يؤكد حرية الأطراف في اختيار أي شخص يروونه مناسباً للدفاع عنهم أمام الهيئات التحكيمية ومما جاء في هذا القرار: "إن الالتزام بالاستعانة بمحام يجد أساسه في قواعد تنظيم مرفق القضاء التي تفرض أن يدافع أمام بعض جهات التقاضي رجل قانون متمرس يساعدها على حسن أداء وظيفتها القضائية، وهيئة التحكيم التي تتشكل بمعرفة الخصوم أو طبقاً للائحة مركز تحكيم لا تعد محكمة من محاكم الدولة فتتطبق عليها القاعدة السابقة. وبالتالي يجوز لكل خصم أن ينيب عنه مستشاره القانوني أو أي شخص آخر أياً كانت مهنته"⁵¹².

وبالتالي وأمام هذه الحرية الممنوحة للأطراف في الدعوى التحكيمية في اختيار من يمثلهم أو يؤازرهم، فإنه ينبغي للخصوم في حالة وجود ضرورة أو حاجة للاستعانة بمحام أو مستشار أو غيرهما اختيار الشخص المؤهل لذلك والتي له من التجربة والكفاءة ما يؤهله للدفاع

511 - وهو ما أكدته أيضاً المشرع الفرنسي في المادة 19 من ق م م الفرنسي والتي تطبق على الجلسات التحكيمية (محل عليها في المادة 1464 من مرسوم 2011) والتي تنص :

« Les parties choisissent librement leur défenseur soit pour se faire représenter, soit pour se faire assister suivant ce que la loi permet ou ordonne ».

وكذلك في المادة 1481 من ق م م الفرنسية (مرسوم 2011) والتي تنص على بيانات ومشتملات الحكم التحكيمي وبينها أسماء المحامين أو الأشخاص الذين مثلوا الخصوم أو نابوا عنهم في الدعوى التحكيمية، ومما جاء في هذه المادة:

« La sentence arbitrale contient l'indication :

2- le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties... ».

512 - قرار صادر عن محكمة باريس بتاريخ 14 أكتوبر 1977، أشار إليه محمد علي عويضة، م س، ص 189. كما

صدر في نفس الإطار حكم تحكيمي عن مركز القاهرة الإقليمي في القضية التحكيمية رقم 112 لسنة 97، جلسة 1998/8/29 جاء فيه: "لأن المادة 07 من قواعد اليونسترال القديمة (المطبقة أمام القاهرة الإقليمية) لا تشترط أن يكون ممثلوا الأطراف من المحامين، كما لا تشترط أي أوضاع رسمية أو غير رسمية لنيابتهم عن الأطراف أو مساعدتهم لهم، فإن للأطراف اختيار أي شخص للدفاع عنهم أو مساعدتهم دون شروط إجرائية" حكم منشور بمجلة التحكيم العربي العدد الأول، ص 152، بند 12، أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، م س، هامش ص 335.

وللمزيد حول هذا الموضوع أنظر: عاشور مبروك، النظام الإجرائي ...، م س، ص 216 وما يليها، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، م س، ص 334 وما يليها. محمد المختار الراشدي، م س، ص 91.

وهنا نشير إلى أن التشريع الفرنسي يعطي الإمكانية للمحكم للاستماع للأطراف أنفسهم، و بالتالي فإذا رأى المحكم أن الاستماع إلى أحد الأطراف أو كلهم ضروري ومهما لحل النزاع، فإنه بإمكانه استدعائهم لذلك طبقاً لما تؤكده المادة 20 من ق م م، الفرنسي والمطبقة على الدعوى التحكيمية حيث تنص على أنه:

« Le juge (l'arbitre) peut toujours entendre les parties elles-mêmes ».

عنه أو مؤازرته أمام الهيئات التحكيمية مع إلزامية الإدلاء بوكالة قانونية خاصة تفيد توكيل ذلك الشخص للنيابة عنه⁵¹³، وضرورة تأكد هيئة التحكيم من صحة هذه الوكالة.

وبالتالي فيجب الإدلاء بهذه الوكالة في الوقت المناسب ولا ينبغي تأخيرها حتى نهاية إجراءات الدعوى التحكيمية⁵¹⁴.

وهكذا فإذا كانت مسألة الحضور الشخصي أو بالنيابة في جلسات التحكيم قد تركت معظم التشريعات الخيار فيها لإرادة الأطراف، فإن التساؤل يطرح عن كيفية تنظيم هذه التشريعات للحالة التي يتخلف فيها أحد الطرفين أو كلهم عن حضور جلسات المرافعة، فهل ستستمر هيئة التحكيم في إجراءات الفصل في النزاع التحكيمي بالرغم من هذا الغياب؟ أم تقوم بتأجيل الجلسة؟ أم تقرر إنهاء إجراءات التحكيم؟ وأي تأثير لهذا الحل أو ذاك على حقوق الدفاع؟.

بخصوص هذه النقطة نجد المشرع المغربي ينص في الفقرة الأخيرة من الفصل 14-327 من ق 08-05 على أنه: "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو تقديم ما طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى الأدلة المتوفرة لديها". وهو نص يطابق ما جاء به المشرع المصري في المادة 35 من قانون التحكيم المصري⁵¹⁵.

ومن خلال هذه المقتضيات القانونية يتضح أن مسألة تخلف الطرفين أو كلاهما عن حضور جلسات التحكيم يجب التمييز بصدها بين فرضيتين اثنتين:

الفرضية الأولى: ونتمثل في استمرار هيئة التحكيم في إجراءات الفصل في النزاع

وإصدار حكم في الخلاف بناء على ما قدم لها من أدلة وحجج في حالة عقد جلسات المرافعة،

513 - حيث ينص الفصل 892 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي: "إن وكالة التقاضي وكالة خاصة وهي تخضع لأحكام هذا القانون ولا تخول صلاحية العمل إلا بالنسبة إلى الأعمال التي تعنيها وعلى الأخص فهي لا تعطي الصلاحية في قبض الدين أو إجراء الإقرار أو الاعتراف بالدين أو إجراء الصلح ما لم يصرح بمنحها للوكيل". و بالتالي فمن خلال هذا النص يتضح أن تمثيل الأطراف من طرف الغير أمام هيئة التحكيم لا بد وأن يكون مصحوبا بإذن خاص. أنظر في هذا الصدد، عبد الرحيم رضاكي، الوجيز في شرح القانون المغربي الجديد للتحكيم الداخلي، الجزء الأول، مطبعة سليكي إخوان، طنجة، الطبعة الأولى، 2009، ص 59 وما يليها.

514 - للمزيد حول الوكالة في الحضور في جلسات التحكيم، أنظر، عاشور مبروك، م س، هامش ص 219 وما يليها.

515 - حيث تنص المادة 35 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على ما يلي: "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور إحدى الجلسات أو عن تقديم ما طلب منه من مستندات جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى عناصر الإثبات الموجودة أمامها".

وأيضاً في حالة عدم عقد الهيئة هذه الجلسات، وقررت أن تكتفي بأن يقدم الأطراف إليها - في غير جلسة - مذكرات ومستندات، فتخلف أحد الطرفين عن تقديم مذكرة دفاعه أو مستنداته⁵¹⁶.

الفرضية الثانية: وتتمثل في عدم إخطار وتبليغ الطرف أو الأطراف المتخلفة عن الحضور، أو عدم كفاية وسائل الإثبات والحجج لفصل هيئة التحكيم في النزاع، وفي هذه الحالة ومن منطلق حسن سير العدالة واحترام مبدأ المواجهة وحق الدفاع فإنه يجب على هيئة التحكيم تأجيل النظر في الدعوى التحكيمية لإعلام من لم يتم تبليغه وإعطائه الفرصة الكافية للحضور وتقديم مستنداته وأدلتة الإثباتية، وكذلك الحال بالنسبة لمن لم يمثل بنفسه للاستجواب، أو من لم يقدم ما لديه من عناصر ومستندات حتى يكلف مرة أخرى باتخاذ الإجراءات المطلوبة⁵¹⁷.

وهنا إما أن يستجيب الخصم أو الخصوم المتخلفة لطلب ونداء الهيئة التحكيمية وبالتالي تمكينها من العناصر الكافية للفصل في خلافهم، وإما أن يتخلف مرة أخرى كل أو بعض الأطراف، وهنا ستصبح الهيئة التحكيمية عاجزة عن إصدار حكم فاصل في موضوع الدعوى التحكيمية لانعدام الأدلة والحجج اللازمة لذلك، لينتهي بها الأمر إلى إصدار قرار بإنهاء إجراءات التحكيم⁵¹⁸ وفقاً لنص الفقرة الأخيرة من الفصل 19-327 من ق 05-08 التي جاء فيها: "تأمر الهيئة التحكيمية بإنهاء المسطرة عندما يتبين لها أن متابعة مسطرة التحكيم أصبحت، لأي سبب من الأسباب غير مجدية أو غير ممكنة"⁵¹⁹.

516 - راجع في هذا الصدد: فتحي والي، قانون التحكيم...، م، س، ص 337. عاشور مبروك، النظام...، م، س، ص 226. - عكاشة عبد العال ومن معه، م، س، ص 662 وما يليها. - حسني المصري، م، س، ص 316 وما يليها.

517 - حول التأجيل في المادة التحكيمية، أنظر: طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي، م، س، ص 220 وما بعدها.

518 - عاشور مبروك، م، س، ص 229 وما يليها. / فتحي والي، م، س، ص 337. / عويضة محمد علي، م، س، ص 316 وما بعدها.

519 - وتقابلها المادة 48 من قانون التحكيم المصري والتي تنص على ما يلي: 1- تنتهي إجراءات التحكيم بصور الحكم المنهي للخصومة كلها أو بصور أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً للفقرة 2 من المادة 45 كما تنتهي أيضاً بصور قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحوال الآتية: ج- إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالة. أما بالنسبة للقانون النموذجي فقد تطرق لمسألة الغياب أمام الهيئات التحكيمية بنوع من التفصيل حيث تنص المادة 25 منه على ما يلي " إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا على خلاف ما يلي، وحدث دون عذر كاف:

(أ) أن تخلف المدعى عن تقديم بيان ادعائه وفقاً للمادة 23 (1)، تنهى هيئة التحكيم إجراءات التحكيم؛

(ب) أن تخلف المدعى عليه عن تقديم بيان دفاعه وفقاً للمادة 23 (1)، تواصل هيئة التحكيم الإجراءات دون أن تعتبر هذا التخلف في حد ذاته قبولا لادعاءات المدعى؛

(ج) أن تخلف أحد الطرفين عن حضور جلسة أو عن تقديم أدلة مستندة، يجوز لهيئة التحكيم مواصلة الإجراءات وإصدار قرار تحكيم بناء على الأدلة المتوافرة لديها".



المطلب الثاني: حق الدفاع وقواعد الإثبات في الدعوى التحكيمية

إن دراسة حق الدفاع سواء في الدعوى القضائية أو التحكيمية لا يمكن أن تتم بمنأى عن قواعد الإثبات التي تحكم هذه الدعوى أو تلك، فالإثبات يعد من حقوق الدفاع الأصلية المكملة لحق الأطراف في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لحماية مصالحهم، " فبغير الحق في الإثبات لا يكون لحق الدفاع قيمة ولا فائدة عملية"⁵²⁰. فهو عبارة عن وسيلة ومكنة منحها القانون للخصوم معا لإقامة الدليل والحجة على ما يدعونه، فإذا كان للمدعي الحق في أن يثبت صدق طلباته وإقناع الهيئة التحكيمية (أو القضائية) بها، فإن للمدعى عليه كذلك الحق في نفي ذلك وإثبات عكس ما يدعيه الخصم الأول، وهو ما يستوجب إذن تمكين كل خصم من الاطلاع على أدلة خصمه للرد عليها ومناقشتها⁵²¹.

وإذا كان الإثبات حقا للخصوم، فإنه أيضا عبء عليهم، وهذا ما تؤكدته المادة 1/27 من قواعد الأونيسترال التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (صيغة 2013) حيث تنص على ما يلي: "يقع على عاتق كل طرف عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواه أو دفاعه"، كما نص على هذا أيضا المشرع الفرنسي في المادة 06 من ق م م الفرنسي والمطبقة في مجال التحكيم إذ جاء فيها: "لتأييد الادعاءات المتبادلة بين الأطراف، يقع عليهم عبء الإدلاء بالوقائع التي يستندون عليها"⁵²².

⁵²⁰ - مقولة الاستاذ الدكتور وجدي راغب، أشار إليها محمد علي عويضة، م س، ص 318.

⁵²¹ - للمزيد حول الإثبات أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد رقم 1، الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1962، ص 50 وما يليها.

عبد الباسط الجميحي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري (دون ذكر دار النشر) الطبعة الثانية، 1953، ص 48.

⁵²² - النص الأصلي للمادة 06 من ق م م الفرنسي كالتالي:

« A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ». وهو ما تؤكدته كذلك وبصريح العبارة المادة 09 من ق م م الفرنسي والمطبقة أيضا على الدعوى التحكيمية (حسب المادة 1464 من مرسوم 2011) حيث تنص على أنه يقع على كل خصم عبء إثبات ما يدعيه وفقا للقانون.

« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».



والأصل في أدلة الإثبات في الدعوى التحكيمية هو أن يتم تنظيمها حسب اتفاق الطرفين، حيث منحت التشريعات الحرية لأطراف التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية⁵²³ التي ستطبق على نزاعهم التحكيمي ومن بينها قواعد الإثبات. لكن مقابل ذلك اعترفت التشريعات أيضا للهيئات التحكيمية بدور إيجابي في إدارة عملية الإثبات، حيث منعتها بسلطات واسعة في هذا الصدد وفرضت عليها في نفس الوقت مجموعة من الضوابط التي يجب على المحكمين احترامها. فأى سلطات إذن للمحكمين في مجال الإثبات في المادة التحكيمية؟ وما هي الواجبات المفروضة عليهم في هذا الصدد؟ وأي حضور لضمانات حقوق الدفاع في القواعد التي تحكم الإثبات أمام الهيئات التحكيمية؟

لدراسة هذا الموضوع سنخصص الفقرة الأولى لإبراز سلطات الهيئات التحكيمية في مجال الإثبات، على أن نتحدث في الفقرة الثانية عن الالتزامات المفروضة على المحكمين في هذه الصدد ومدى كفايتها لضمان حقوق الدفاع والوصول إلى الحل العادل للنزاع التحكيمي.

الفقرة الأولى: سلطات الهيئات التحكيمية في مجال الإثبات

لقد أقرت أغلب التشريعات الوطنية للهيئات التحكيمية في مجال الإثبات بسلطات واسعة وهامة، وهذا ما أكدته المشرع المغربي في العديد من فصول القانون 05-08 حيث تنص الفقرة الثانية من الفصل 10-327 على أنه: "ولطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة المغربية أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكانا ملائما للتحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى ومحل إقامة الأطراف، ولا يحول دون ذلك أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك". وأيضا الفصل 11-327 الذي ينص

⁵²³ - راجع ما تمت الإشارة إليه في الفصل الأول من هذه الدراسة عند حديث عن الحرية الممنوحة لأطراف العلاقة التحكيمية في تحديد القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية.



وبوضوح على هذه السلطات الواسعة، إذ ينص هذا الفصل على أنه: "تقوم الهيئة التحكيمية بجميع إجراءات التحقيق بالاستماع إلى الشهود أو بتعيين خبراء أو بأي إجراء آخر..."⁵²⁴.

كما أكد على هذا الأمر المشرع الفرنسي في الفقرة الأولى من المادة 1467 (المرسوم رقم 2011/48) حيث تنص على أنه: "تقوم محكمة التحكيم كاملة بإجراءات التحقيق اللازمة، ما لم يسمح الأطراف بتفويض أحد أعضائها للقيام بهذه المهمة"⁵²⁵. وهذا ما يتضح كذلك من نص المادة 28 من قانون التحكيم المصري⁵²⁶.

ولم تكتف التشريعات بهذا فقط، وإنما منحت للهيئات التحكيمية الحق في مطالبة الخصوم أو أحدهم بالإدلاء بأي دليل يكون في حوزتهم، وهذا ما تؤكد بصريح العبارة الفقرة الثانية من الفصل 11-327 من ق 05-08 إذ جاء فيها: "إذا كانت بيد أحد الأطراف وسيلة إثبات جاز للهيئة التحكيمية أن تطلب منه الإدلاء بها" كما نص على هذا أيضا المشرع التونسي في المادة 1/28 من مجلة التحكيم التونسية حيث تنص على أنه: "إذا كان أحد الأطراف ماسكا لوسيلة من وسائل الإثبات فلها -أي هيئة التحكيم- مطالبة بتقديمها". أما القانون الفرنسي الجديد (المرسوم رقم 2011/48) فلم يقف عند هذا الحد وإنما أعطى لمحكمة التحكيم - وعند الحاجة - الحق في فرض غرامات تهديدية على الطرف الذي يمتنع عن تزويدها بما لديه من أدلة وهذا ما يتضح من نص الفقرة الأخيرة من المادة 1467 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) حيث جاء فيها: "إذا كان هناك دليلا

⁵²⁴ - وتنتضح أيضا هذه السلطة في الفقرة الأخيرة من الفصل 21-327 من ق 05-08 التي تنص على أنه: "لا يجوز بعد هذا التاريخ، تقديم أي طلب جديد أو إثارة أي دفع جديد، ولا يجوز إبداء أية ملاحظة جديدة ولا الإدلاء بأية وثيقة جديدة ما لم يكن ذلك بطلب من الهيئة التحكيمية".

⁵²⁵ - النص الأصلي للفقرة الأولى من المادة 1467 كالتالي:

« Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres. »

⁵²⁶ - حيث تنص المادة 28 من قانون التحكيم المصري على أن هيئة التحكيم تستطيع أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.



من أدلة الإثبات بيد أحد الأطراف، جاز لمحكمة التحكيم أن تلزمه بتقديمه وفقا للأصول التي تحددها، وعند الحاجة يجوز لها أن تفرض عليه غرامة تهديدية⁵²⁷.

ومن مجمل هذه النصوص يتضح وبما لا يدع مجالا للشك ان للهيئات التحكيمية سلطات هامة في مادة الإثبات، وبالتالي يجب على المحكمين البحث واختيار وسائل الإثبات اللازمة والكافية لتكوين عقيدتهم وقناعتهم تجاه الحل المراد اتخاذه بصدد الفصل في النزاع، ولهم في سبيل ذلك الاستماع إلى الشهود أو لأي شخص يروونه مناسباً⁵²⁸، كما يحق لهم انتداب خبراء وإجراء المعاينات وغيرها من أدلة الإثبات التي قد تفيد الهيئة التحكيمية في مهمتها هاته⁵²⁹.

⁵²⁷ - النص الأصلي للفقرة الأخيرة من المادة 1467 من ق،م،م الفرنسية كالتالي:

« Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu'il détermine et au besoin **à peine d'astreinte**. »

و بالإضافة إلى تتضح كذلك السلطات الواسعة الممنوحة للمحكمة التحكيمية في مجال الإثبات في المواد 08 و 11 و 13 من ق م م الفرنسي و المطبقة على الدعوى القضائية و التحكيمية على السواء و مما جاء في هذه المواد:

Article 8 ; « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

Article 11 ; « ... Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

Article 13 : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de droit qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

⁵²⁸ - إمكانية الاستماع إلى الشهود نص عليها المشرع المغربي في الفقرة من الفصل 10-327 وأيضا في الفصل 12-

327 لا سيما في الفقرة الأولى والثالثة، ولم يقيد المشرع المغربي هذا الإجراء بالشكليات المتبعة أمام المحاكم إلا ضرورة أداء اليمين القانونية وفق ما ينص عليه الفصل 12-327 في فقرته الأولى، حيث جاء فيها "يكون الاستماع أمام الهيئة التحكيمية بعد أداء اليمين القانونية". وحسب بعض الباحثين فإن أهمية أداء اليمين أمام الهيئات التحكيمية تكمن ف تحسيس الشهود بأنهم وإن كانوا غير موجودين داخل جدران المحكمة كما يعرفونها، إلا ان شهادتهم لا تختلف عن تلك المؤداة أمام القضاء الرسمي، راجع في هذا الصدد، عبد الرحيم زضاكي، الوجيز في شرح القانون المغربي للتحكيم الداخلي، م س، ص 62. لكن وعلى عكس التشريع المغربي لم يقرر المشرع الفرنسي ضرورة أداء اليمين من طرف الشخص أو الاشخاص التي تزيد المحكمة التحكيمية الاستماع إليهم وهذا ما يتضح من نص الفقرة الثانية من المادة 1467 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) حيث جاء فيها: "ولمحكمة التحكيم أن تستمع إلى أي شخص، من دون إلزامه بأداء اليمين"

« Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment ».

⁵²⁹ - للمزيد أنظر: * محمد المختار الراشدين إجراءات مسطرة التحكيم، م،س، ص 97 وما يليها.

* عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، م،س، ص 287 وما يليها.



لكن التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد يتعلق بسلطة الهيئة التحكيمية تجاه وسائل الإثبات المقدمة لها سواء من الأطراف المحكّمة أو من الأغيار كتقارير الخبراء أو شهادة الشهود؟ هل تصبح ملزمة بالأخذ بهاته الأدلة؟ أم تبقى هذه الأخيرة رهن إشارة الهيئة قصد الاستئناس بها فقط؟ كما يطرح التساؤل كذلك حول مدى امتلاك المحكمين لسلطة إجبار الأغيار بالحضور أمامها أو بتقديم ما لديهم من أدلة إثبات يراها المحكمون ضرورة للفصل في النزاع التحكيمي. وهل من دور للقضاء الرسمي في هذا الإطار؟.

أولاً: بخصوص سلطة الهيئة التحكيمية تجاه الأدلة المقدمة لها، نجد أن التشريع المغربي (ق 05-08) ومعه معظم التشريعات المقارنة لم تنظم هذا الأمر، وذلك على عكس القواعد الدولية للتحكيم التجاري الدولية، حيث تنص هذه الأخيرة على أحقية هيئة التحكيم في قبول أو رفض ما يقدم لها من الأدلة سواء من أطراف التحكيم أنفسهم أو من الغير، وهذا ما تؤكدته المادة 4/27 من قواعد الأونيسترال للتحكيم الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2013 حيث جاء في فقرتها الأخيرة ما يلي: "تقرّر هيئة التحكيم مدى مقبولية الأدلة المقدّمة وصلّتها بالدعوى وطابعها الجوهري ووزنها"، وأيضاً المادة 29 التي تتحدث عن الخبراء، حيث نصت هذه المادة في آخر فقرة منها على أنه: "... وتسري على تلك الإجراءات أحكام المادة 27" وهو ما يعني أن للهيئة السلطة التقديرية تجاه ما سيفضي إليه تقرير الخبير أو الخبراء المعنيين.

وفي الحقيقة فإن ما ذهب إليه القواعد الدولية أعلاه جدير بالتأييد، فاعتباراً للمهمة الكبيرة الملقاة على عاتق الهيئة التحكيمية والمتمثلة في بذل كافة جهودها في البحث عن الحل العادل للنزاع المطروح أمامها، فإن ذلك لن يتأتى إلا من خلال ما يقدم الأطراف أو الأغيار من شهود وخبراء من أدلة سواء بطريقة شفاهية أو مكتوبة، لكن لا

ينبغي إتيال كاهل هذه الهيئة وإلزامها بكل ما سيقدم لها من مستندات وأدلة، وإنما يجب تخويلها السلطة التقديرية في فحص وتمحيص هذه الأدلة وإقرار مدى حاجتها إليها من عدمها، تبعاً لجدية وقيمة هذه الأدلة، ومدى أهميتها في تكوين قناعة الهيئة تجاه الحل المراد اتخاذه. لكن تبقى هذه السلطة محكومة بعدم الإخلال بالمساواة وحقوق الدفاع، إذ من اللازم على الهيئة التحكيمية إعطاء الفرصة الكافية والمتكافئة لكل طرف لعرض دعواه ودفعاته وعناصر جوابه من أدلة ومستندات ثم بعد ذلك لها السلطة في الأخذ بها أو الاستغناء عنها بعد مناقشتها⁵³⁰.

ثانياً: أما بخصوص سلطة الهيئة التحكيمية تجاه الأغيار، فإنه وعلى عكس أطراف التحكيم الذين يتمتع المحكمون تجاههم بسلطات واسعة، لا تملك الهيئة أية سلطة على الأغيار في مجال الإثبات، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الهيئة التحكيمية تستمد سلطتها وولايتها من اتفاق التحكيم الذي يبرمه الأطراف المتعاقدة، ونظراً لعدم امتلاك هؤلاء الأطراف لسلطة الأمر التي يحوزها القضاء باعتباره سلطة تمثيلية للدولة ووجهها من أوجه سيادتها، فإنهم لا يستطيعون - أي أطراف التحكيم - نقل تلك السلطة إلى الهيئة التحكيمية، لأن فاقد الشيء لا يعطيه. وعليه فلا يستطيع المحكم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات يتطلب بطبيعته وجود سلطة كإجبار شاهد على الحضور أمامه، أو إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده فيه فائدة ويخدم سير الدعوى التحكيمية⁵³¹.

ويرى بعض الفقه المهتم بالتحكيم أنه لا مناص أمام هيئة التحكيم في مثل هذه الحالات سوى اللجوء إلى قضاء الدولة للحصول على المساعدة، مع توقف الفصل في

⁵³⁰ - ويضيف الأستاذ الفقيه أكرم الخولي في هذا الصدد: "لا تلزم هيئة المحكمين بسماع جميع الشهود المطلوبين، ويظل من حقها رفض سماع الشهود الذين تهدف شهادتهم إلى إثبات وقائع غير منتجة في الدعوى، ويمارس المحكمون حقهم هذا بحرص شديد حتى لا يتعرض حكم التحكيم للطعن عليه لإخلاله بحق الدفاع".

أشار إليه عاشور مبروك، النظام الإجرائي...، م س، ص 289. وللمزيد في هذا الصدد أنظر: * أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، م س، ص 244، * فوزي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، م س، ص 286.

⁵³¹ - أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، م س، ص 248.



النزاع التحكيمي إذا كان السير فيها يستدعي اتخاذ مثل هذه الإجراءات، وإلا استمرت الهيئة التحكيمية في نظر الدعوى مع طلب المساعدة المذكورة⁵³².

الفقرة الثانية: التزامات الهيئات التحكيمية في مجال الإثبات

إذا كانت التشريعات الوطنية ومعها أيضا الدولية قد أقرت للهيئة التحكيمية بسلطات هامة في مجال الإثبات، فإنه وفي مقابل ذلك لا بد وأن تتقيد هيئة التحكيم في هذا الإطار بمجموعة من الضوابط والواجبات والمتعلقة بالزامية احترام المبادئ الأساسية للنقاضي كمبدأ المواجهة والحق في الدفاع والمساواة بين الخصوم.

وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفقرة 04 من الفصل 14-327 على أنهك "ترسل صور كل ما يقدمه أحد الطرفين لهيئة التحكيم من مذكرات أو مستندات أو

532 - أنظر بخصوص هذا الفقه، حسين عطية، م س، ص 437.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الفرنسي ينص على احقية الخصوم وحدهم في اللجوء إلى القضاء - عبر محكمة التحكيم - من أجل إلزام الغير بتقديم مستند تحت يده، وذلك في المادة 1469 من ق،م،م، الفرنسي (مرسوم 2011) والتي جاء فيها: "إذا اعترض أحد الأطراف في خصومة التحكيم على مستند رسمي أو عرفي لم يكن طرفا فيه أو على مستند تحت يد الغير، فله أن يطلب من محكمة التحكيم استدعاء هذا الغير أمام رئيس المحكمة الابتدائية بغرض الحصول منه على صورة طبق الأصل من هذا المستند أو بإلزامه بإبرازه...". النص الأصلي للمادة 1469 من ق م م ف كالتالي:

«-Si une partie à l'instance arbitrale entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut, sur invitation du tribunal arbitral, faire assigner ce tiers devant le président du tribunal de grande instance aux fins d'obtenir la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. »

أما مسألة إحضار الغير أمام المحكمة التحكيمية فقد سكنت عنها أغلبية التشريعات. وقد جاء في مقال للفقير Emmanuel Gaillard بخصوص عدم منح التشريع الفرنسي الجديد (المرسوم رقم 48 لسنة 2011 المنظم للتحكيم بفرنسا) للمؤسسة الجديدة التي جاء بها هذا المرسوم والمتمثلة في "قاضي الدعم أو المساندة" "Juge d'appui" سلطة أن يأمر بتكليف الغير بالحضور أمام المحكمة التحكيمية "... وعلى عكس رغبة اللجنة الفرنسية للتحكيم، لم يمنح واضعوا المرسوم القاضي المساند سلطة أن يأمر بتكليف الغير بالحضور أمام المحكمة التحكيمية، إذ رأوا في الحقيقة أن سلطة الإلزام التي يتمتع بها قاضي الدولة العادي في الصدد ستكون واهية جدا بالنسبة لمتطلبات الدعوى التحكيمية، ومن ثم فقد قدروا أنه من الأفضل عدم وضع نص بهذا الخصوص، بدلا من وضع نص يكون الاستناد إليه محدود الفائدة".

« Par ailleurs, contrairement à ce que souhaitait le Comité Français de l'Arbitrage, les rédacteurs du décret n'ont pas donné au juge d'appui le pouvoir d'ordonner la comparution de tiers devant le tribunal arbitral. En effet, il a été jugé que le pouvoir de contrainte du juge étatique en la matière serait trop faible par rapport aux enjeux d'une procédure arbitrale et qu'il valait dès lors mieux ne pas prévoir de disposition, plutôt qu'une dont l'usage serait illusoire ».

Voir Emmanuel Gaillard, le nouveau droit français de l'arbitrage, op. Cit, p.182.



أوراق أخرى على الطرف الآخر، وكذلك ما يقدم إلى الهيئة من تقارير الخبراء وغيرها من الأدلة مع منحهم أجلا لتقديم ما لديهم من ردود وملاحظات" وهو ما يعني أن على الهيئة التحكيمية واحتراما لمبدأ المواجهة والحق في الدفاع اطلاع كل خصم على الأدلة والحجج التي يدلى بها خصمه، وايضا على كل ما يقدم إليها من مستندات وتقارير، مع تمكينهم من الوقت الكافي والمناسب لإعداد دفاعهم وآرائهم.

وهذا ما تؤكد بوضوح المادة 15 من ق م م الفرنسي والمطبقة على الدعوى القضائية والتحكيمية على السواء، إذ تنص على أنه: "يجب أن يعلم الخصوم وعلى سبيل التقابل وفي وقت مفيد بوسائل الدفاع الواقعية التي يؤسسوا عليها ادعاءاتهم، وكذا أدلة الإثبات التي يقدمونها ووسائل الدفاع القانونية التي يتمسكون بها، وذلك حتى يتمكن كل منهما من إعداد وتنظيم دفاعه"⁵³³. كما تنص على هذا الأمر كذلك الفقرة الثانية من المادة 16 من ق م م الفرنسي (المحال عليها في المادة 1464) حيث جاء فيها: "يجب على المحكم ألا يعتمد في حكمه على وسائل ووقائع ومستندات سواء أثارها الخصوم أو أثارها من تلقاء نفسه إلا إذا تمت مناقشتها بين الأطراف والمواجهة بينهم في ذلك"⁵³⁴.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس بأن "مبدأ المواجهة يكون قد انتهك إذا أغفل المحكمون اتخاذ الإجراءات الكفيلة بوضع الخصوم وضع فعلي على قدم المساواة

⁵³³ - النص الأصلي للمادة 15 من ق م م الفرنسي كالتالي:

« Article 15 : Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense. »

⁵³⁴ - النص الأصلي للفقرة الثانية من المادة 16 من ق م م الفرنسي كالتالي:

« Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. »



عند نظر النزاع أمامهم، والتي تضمن حق كل خصم في معرفة كل ما اتخذ من إجراءات في الخصومة تمهيدا لإبداء أوجه دفاعه⁵³⁵.

كما قضت في قرار آخر بأن مبدأ المواجهة الذي يلتزم به القاضي و المحكم يقضي بان يتم تبادل المستندات بين الخصوم بصورة تسمح لكل منهما إبداء ملاحظاته و الرد على الحجج التي ساقها الخصم الآخر استنادا إلى تلك المستندات⁵³⁶.

كما يجب أيضا على هيئة التحكيم وكفالة للحق في الدفاع والحياد أن لا تقضي وتحكم استنادا واعتمادا على علمها الشخصي، أي تأسيسا على أدلة ووسائل لا علم للأطراف بها. فالمحكم ملزم باطلاع الأطراف على أية أدلة قد يستند عليها ومناقشتها معهم، وهذا ما تنص عليه (الفقرة الأولى المادة 07 من ق م م الفرنسي (المحال عليها في المادة 1464 من نفس القانون) حيث جاء فيها: "يجب على المحكم ألا يؤسس حكمه على وقائع لم تتم مناقشتها"⁵³⁷، وأيضا الفقرة الأخيرة من المادة 16 من ق م م الفرنسي إذ جاء فيها: "لا يستطيع المحكم تأسيس حكمه على الوسائل القانونية البحتة التي أثارها من تلقاء نفسه، إلا إذا دعي الخصوم مسبقا لمناقشتها وإبداء ملاحظاتهم عليها"⁵³⁸.

⁵³⁵ - قرار صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 24 يناير 1990، أشار محمد علي عويضة، م، س، ص 189.

⁵³⁶ - قرار محكمة استئناف باريس صادر بتاريخ 1991/01/25 أشار إليه محمد علي عويضة، م، س، ص 476. كما قضت نفس المحكمة في قرار لها أيضا ببطالان حكم تحكيم استند فيه إلى عناصر مستمدة من دراسة تكميلية قام بها الخبير الفني دون إخبار الخصوم بها. قرار استئناف بارسي صادر بتاريخ 1973/02/11، أشار إليه محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م، س، ص 321.

⁵³⁷ - ومما جاء في الفقرة الأولى المادة 07 من ق م م الفرنسي.

« Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits **qui ne sont pas dans le débat** »

⁵³⁸ - النص الأصلي للفقرة الأخيرة من المادة 16 من ق م م الفرنسي كالتالي:

« Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir **au préalable invité les parties à présenter leurs observations.** »

وللمزيد حول أهمية مبدأ عدم جواز قضاء المحكم بعلمه الشخصي أنظر:

✓ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، م، س، ص 211 وما يليها.

✓ محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م، س، ص 376 وما يليها.



و جاء في قرار محكمة استئناف باريس بأنه لا يجوز لهيئة التحكيم ولو كانت مفوضة بالصلح أن تؤسس حكمها على مستندات لم تتح لأحد الخصوم مناقشتها وذلك أيا كان مضمونها⁵³⁹.

وأخيرا فإن التشريع الفرنسي أقر التزاما آخر يجب على الهيئة التحكيمية احترامه في مجال الإثبات ويتمثل في التحقيق الجماعي ومعناه أن أي إجراء من إجراءات التحقيق ينبغي اتخاذه من طرف كل المحكمين المكونين للهيئة التحكيمية، وذلك ما لم يسمح الأطراف بتفويض أحد أعضاء هذه الهيئة القيام بهذه المهمة وهذا ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 1467 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 48 لسنة 2011)⁵⁴⁰.

وهو الالتزام الذي يمكن استنتاجه من نص الفقرة الأولى من الفصل 16-327 من ق 05-08، حيث جاء فيها "يجب على المحكمين في حالة تعددهم أن يقوموا بالمشاركة جميعا في كل الأشغال و العمليات و في تحرير جميع المحاضر إلا إذا أذن لهم الأطراف في انتداب أحدهم للقيام بعمل معين".

هكذا إذن يتضح أن التشريعات الوطنية والدولية وإيماننا بالدور الأساسي لجلسات المرافعة والإثبات في الحسم المنصف للنزاع التحكيمي، أفرت مجموعة من الضوابط والقواعد التي تكفل حسن تنظيم هذين الإجراءين، حيث تمتعت الهيئات بمجموعة من السلطات الهامة، وفرضت عليها في مقابل ذلك ثلة من الواجبات التي ينبغي التقيد بها، والتي لا تؤثر في خصوصيات الدعوى التحكيمية في شيء، وإنما تزيد من ضمانة احترام حقوق الدفاع والمواجهة والمساواة بين الخصوم وتساهم في عدالة الحكم التحكيمي.

⁵³⁹ - قرار محكمة استئناف باريس صادر بتاريخ 03 مارس 1992 أشار إليه محمود مصطفى يونس، م س، ص 319.

⁵⁴⁰ - ومما جاء في الفقرة الأولى من المادة 1467 من ق م م الفرنسي:

« Le tribunal arbitral procède aux actes d'instruction nécessaires à moins que les parties ne l'autorisent à commettre l'un de ses membres ».

وانظر بخصوص دور التحقيق الجماعي في مادة الإثبات:

✓ محمد علي عويضة، م س، ص 320 وما يليها.

✓ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 364.

✓ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، م س، ص 301 وما يليها.



المبحث الثاني:

حق الدفاع في مرحلة صدور الحكم التحكيمي

تعتبر مرحلة صدور الحكم التحكيمي امتدادا إجرائيا لجلسات المرافعة والنهائية الطبيعية لخصومة التحكيم والهدف المقصود أصلا من نشأة هذه الخصومة. فالمصلحة العامة تقتضي دوما وضع حد للمنازعات قضائية كانت أو تحكيمية وذلك حتى تستقر الحقوق لأصحابها وتصبح الأحكام الصادرة ملزمة لأطراف النزاع وعنوانا للحقيقة⁵⁴¹.

وهكذا ونظرا لأهمية هذه المرحلة في الحسم النهائي للخلاف المعروض على الهيئة التحكيمية، فإنه يجب تسييجها بما يلزم من الضمانات والضوابط التي تكفل نجاحها حتى ينال الحكم التحكيمي ثقة ورضا الأطراف المحكّمة ويعرف طريقه إلى التنفيذ.

فما هي إذن القواعد التي تحكم إصدار الأحكام التحكيمية؟ وأي حضور لضمانات احترام حقوق الدفاع في هذه المرحلة؟.

للإجابة عن هذه الاسئلة، والوقوف على مقتضيات ضمانات حق الدفاع ضمن قواعد وإجراءات إصدار حكم التحكيم، سنعمل على تقسيم هذا المحث على مطلبين، الأول سنخصصه للحديث عن حق الدفاع خلال الإجراءات التمهيدية لصدور الحكم التحكيمي، فيما سنتولى في المطلب الثاني الحديث عن مرحلة تكوين وإصدار الحكم التحكيمي مع استجلاء مظاهر الحماية المقررة للحق في الدفاع في هذه المرحلة.

⁵⁴¹ - أنظر عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، م س، ص 401 وما يليها.



المطلب الأول:

حق الدفاع خلال الإجراءات التمهيدية لإصدار الحكم التحكيمي

بانتهااء أطراف النزاع التحكيمي من عرض ادعائهم وحججهم ودفوعاتهم، تدخل الدعوى التحكيمية مرحلتها الحاسمة، إنها مرحلة مداولة الهيئة التحكيمية واستعدادها للنطق وإصدار الحكم التحكيمي الفاصل في النزاع المعروض أمامها. فالهيئة التحكيمية وعلى غرار الهيئات القضائية تحتاج لوقت قد يطول أو يقصر حسب طبيعة الدعوى، للتشاور وتقييم ما يتضمنه ملف الدعوى من عناصر قانونية وواقعية قبل إصدار الحكم. لهذا فمرحلة المداولة لها أهمية بالغة في حسم الخلاف قضائيا كان أو تحكيميا. لكن قبل التعرض للأحكام المنظمة لمرحلة المداولة في مادة التحكيم ومن خلالها القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع (الفقرة الثانية) سنتطرق أولا لانتهااء المرافعات أمام الهيئات التحكيمية باعتبارها ضروريا للبدء في المداولة، مع إبراز أهمية احترام الحق في الدفاع في هذه المرحلة النهائية للإجراءات (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: حق الدفاع في مرحلة قفل باب المرافعة

تطرق المشرع المغربي لانتهااء المرافعة أمام الهيئة التحكيمية وإن كان ذلك بشكل غير مباشر - في الفصل 21-327 من ق 05-08، والذي نص فيه على ما يلي: "تحدد الهيئة التحكيمية بعد انتهائها من إجراءات التحقيق واعتبار القضية جاهزة، تاريخ حجزها للمداولة، وكذا التاريخ المقرر لصدر الحكم. لا يجوز بعد هذا التاريخ تقديم أي طلب جديد أو إثارة أي دفع جديد، ولا يجوز إيداء أية ملاحظة جديدة ولا الإدلاء بأية وثيقة جديدة، ما لم يكن ذلك بطلب من الهيئة التحكيمية". كما نص المشرع الفرنسي أيضا على هذا الأمر وذلك في المادة 1476 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم



2011/48) التي تنص على أنه: "تحدد محكمة التحكيم تاريخ المداولة، وخلال المداولة لا يجوز تقديم أي طلب، أو تقديم أي دفع أو مستند، ما لم يتطلب المحكمة ذلك"⁵⁴².

وعلى غرار القوانين الوطنية تطرقت القواعد الدولية للتحكيم لمرحلة قفل باب المرافعة، وفي هذا الصدد تنص المادة 31 من قواعد الأونيسترال للتحكيم (صيغة 2013) على ما يلي: "1- يجوز لهيئة التحكيم أن تستفسر من الأطراف عما إذا كانت لديهم أدلة أخرى لتقديمها أو شهود آخرون لسماعهم أو أقوال أخرى للإدلاء به. فإذا لم يكن لديهم شيء من ذلك، جاز لهيئة التحكيم أن تعلن اختتام جلسات الاستماع. 2- يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر، بمبادرة منها أو بناءً على طلب أحد الأطراف، إعادة فتح جلسات الاستماع في أي وقت قبل صدور قرار التحكيم، إذا رأت ضرورة لذلك بسبب وجود ظروف استثنائية".

ومن خلال هذه المقتضيات يتضح أن للهيئة سلطة تقديرية واسعة في إنهاء إجراءات المرافعة، وذلك بعد انتهاء الأطراف من تقديم أدلتهم وما لديهم من مستندات وإثارة دفوعاتهم، واستجماع الهيئة التحكيمية للوقائع الضرورية التي ستفيدها في تكوين عقيدتها وقناعاتها تجاه الحل المراد اتخاذه، أي عند اعتبار القضية المطروحة أمام الهيئة جاهزة تماماً للحكم فيها. وبالتالي ونظراً لخطورة قفل باب المرافعة، لما يشكله من قطع لصلة الخصوم بالقضية والنزاع التحكيمي فإنه ينبغي على الهيئة التحكيمية أن لا تحجز الدعوى للمداولة إلا بعد التأكد من تقديم أطراف النزاع لجميع أوجه دفاعهم وملاحظاتهم ومستنداتهم، والتيقن من المساواة بينهم في هذا الصدد، وإلا تكون هيئة التحكيم قد أخلت بحق الدفاع⁵⁴³.

⁵⁴² - النص الأصلي للمادة 1476 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 48 / 2011) كالتالي:

« Art. 1476.-Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé.
« Au cours du délibéré, aucune demande ne peut être formée, aucun moyen soulevé et aucune pièce produite, si ce n'est à la demande du tribunal arbitral ».

و هو ما كان ينص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1468 القديمة - مع بعض التغيير - حيث تنص هذه المادة على ما يلي:
« L'arbitre fixe la date à laquelle l'affaire sera mise en délibéré. Après cette date, aucune demande ne peut être formée, ni aucun moyen soulevé. Aucune observation ne peut être présentée ni aucune pièce produite, si ce n'est à la demande de l'arbitre ».

و تجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات العربية المقارنة سكتت عن تنظيم مرحلة قفل باب المرافعة، كالتشريع المصري والأردني والبحريني وغيرها.

⁵⁴³ - فتحي والي، قانون التحكيم ...، م س، ص 426/ عاشور مبروك، النظام الإجرائي ...، م س، ص 403 وما بعدها.



وهنا يطرح التساؤل عن مدى أحقية الطرفين في مطالبة الهيئة التحكيمية بعد إعلانها حجز القضية للمدولة وانتهاء المرافعات، بتقديم مستند أو طلب أو دفع جديد يروونه مهما ومؤثرا في حل النزاع؟ أم أن تقديم مثل هذه العناصر بعد قفل باب المرافعة تحكمه فقط سلطة الهيئة التحكيمية ولا أحقية للأطراف في المطالبة به؟.

بالرجوع إلى القوانين الوطنية المذكورة أعلاه يتضح وبجلاء، أن أطراف النزاع التحكيمي ليس لهم الحق سواء بطريقة تلقائية أو بمطالبة الهيئة التحكيمية بتقديم أوجه دفاع جديدة من مستندات أو أدلة أو غيرها بعد إعلان الهيئة جاهزية القضية للمدولة⁵⁴⁴، لكن ومقابل ذلك أفرت هذه القوانين سلطة الهيئة التحكيمية في إعادة فتح باب المرافعة متى كانت هناك أسباب موجبة لذلك⁵⁴⁵، فإذا ما تبين لهيئة التحكيم أن بعض الجوانب المهمة للدعوى لم يتم استيفائها لعدم كفاية الأدلة والمستندات مثلاً، أو لحدوث وقائع جديدة لها تأثير بالغ على الفصل في النزاع التحكيمي أو لعدم استكمال الأطراف لدفوعاتهم أو غيرها من الأسباب التي تراها الهيئة لازمة لتكوين قناعتها، فإنه يجوز لها إعادة فتح المرافعة لاستجماع العناصر والوقائع الضرورية لحل النزاع، لكن يجب عليها كذلك استحضار واجب احترام الحق في الدفاع والمساواة بين الأطراف، حيث إذا ما أتاحت الفرصة لأحد الأطراف (بعد فتح هذا الباب) في تقديم بعض المستندات أو إبداء دفاعه، فإنها تكون ملزمة بإتاحة نفس الفرصة للخصم الآخر من أجل مناقشة هذه العناصر الجديدة وإبداء دفوعاته وملاحظاته تجاهها، فالحق في الدفاع لا ينبغي

544 - وعلى عكس كل من التشريع المغربي والفرنسي منحت قواعد الأونيسترال للتحكيم الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الحق لأطراف النزاع التحكيمي في طلب الهيئة التحكيمية إعادة فتح جلسات الاستماع، لكن للهيئة السلطة في قبوله أو رفضه. وهذا ما تنص عليه الفقرة 2 من المادة 31 من هذه القواعد. وفي الحقيقة فإن موقف المشرع المغربي والفرنسي جدير بالتأييد، إذ بالرغم من أن منح أحقية المطالبة بفتح باب المرافعة لأطراف النزاع فيه احترام مبدئي للحق في الدفاع، إلا أنه واعتباراً لعنصر الوقت واستقرار الأوضاع والمراكز القانونية وعدم إطالة النزاع التحكيمي، فإنه لا ينبغي جعل هذه السلطة بيد الأطراف، حتى لا تتخذ وسيلة وذريعة لتعطيل الفصل في الدعوى خصوصاً في حالة استئثار أحد الأطراف بضعف موقفه في النزاع وميل الكفة لخصمه. لكن يجب على الهيئة التحكيمية والتأكد قبل قفل باب المرافعة من استيفاء جميع الخصوم لدفاعهم وأدلتهم مع مراعاة مبدأ المواجهة والمساواة بينهم.

545 - وقد قضت محكمة استئناف القاهرة في قرار صادر عنها جاء فيه: "ليس للهيئة التحكيمية أن تأمر بفتح باب المرافعة إلا لأسباب جدية. فإذا قدم طرف طلباً لفتح باب المرافعة لأسباب غير جدية، كما لو قدم الطلب لتقديم مذكرة أو مستندات رغم أنه كانت أتاحت له الفرصة لذلك من قبل دون أن يفعل، فللهيئة رفض الطلب رغم جدية"، قرار استئناف القاهرة، 91 تجاري، بتاريخ 2003/06/29 في الدعوى رقم 19 لسنة 120، ق، تحكيم، أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، م س، ص 468.



الإخلال بمقتضياته حتى آخر لحظة في الدعوى التحكيمية، وإلا فإن مصير الحكم التحكيمي الذي سيصدر في مثل هذه الدعوى هو البطلان أو الطعن في أمر الاعتراف به وتنفيذه⁵⁴⁶.

الفقرة الثانية: أهمية إجراء المداولة في صيانة حق الدفاع.

بعد انتهاء إجراءات جلسات المرافعة التحكيمية وجاهزية القضية للحكم فيها، تنتقل هيئة التحكيم إلى المرحلة ما قبل الأخيرة لإصدار الحكم التحكيمي، وتتمثل في مرحلة المداولة. هذه الأخيرة عرفها الفقه بأنها "الفترة الزمنية التي تمنحها الهيئة الحاكمة لنفسها للتشاور والتفكير في الحكم المنوي إصداره في شأن منطوق الحكم وأسبابه بعد انتهاء المرافعات وقبل النطق به، أو بشأن حسم المسائل الأولية التي ينبغي تسويتها قبل النطق بالقرار الفاصل في الدعوى⁵⁴⁷".

وكما هو الشأن أمام القضاء الرسمي، فإنه يلزم قبل صدور الحكم التحكيمي تداول الهيئة التحكيمية بشأنه ومناقشة جميع جوانبه ثم بعد ذلك النطق بنتائج هذه المداولات. فما هي إذن القواعد التي تحكم المداولة في مادة التحكيم؟ وما مدى توفيق التشريعات في تنظيم هذا الإجراء والإحاطة بجميع الجوانب المتعلقة به؟ وأي أهمية لهذه المرحلة في حماية حقوق الدفاع والحسم العادل للنزاع التحكيمي؟.

نظم المشرع المغربي المداولة في الدعوى التحكيمية في الفصل 22-327 من ق رقم 08-05 والذي ينص: "يصدر الحكم التحكيمي بأغلبية الاصوات بعد مداولة الهيئة التحكيمية. ويجب على جميع المحكمين التصويت لفائدة مشروع الحكم التحكيمي أو ضده مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من الفصل 16-327⁵⁴⁸. تكون مداولات المحكمين سرية".

⁵⁴⁶ - وهذا ما تؤكدته الفصول 36-327/ 49-327/ 51-327 من ق 08-05.

وللمزيد حول قفل باب المرافعة وإعادة فتحه. أنظر: عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2004/2003.

⁵⁴⁷ - أحمد ابو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، الطبعة الثالثة 1977، ص 76 وما يليها.

⁵⁴⁸ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 16-327 من ق 08-05 ما يلي: "يؤهل المحكم الرئيس بقوة القانون للبت في القضايا المسطرية المعروضة فور تقديم الطلب، ما لم يعارض الأطراف أو المحكمون الآخرون في ذلك".



كما نصت معظم التشريعات المقارنة على هذه المرحلة، كالتشريع الفرنسي حيث تنص المادة 1476 من ق م م الفرنسي: "تحدد محكمة التحكيم تاريخ المداولة..⁵⁴⁹. كما تنص المادة 1479 من نفس القانون على ما يلي: "تكون مداولات محكمة التحكيم سرية"⁵⁵⁰، وعلى غرار التشريع الفرنسي تنص المادة 40 من التشريع المصري على أنه: "يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية الآراء بعد مداولة تتم على الوجه الذي تحدد هيئة التحكيم ما لم يتفق طرف التحكيم على غير ذلك".

وعليه فلا مراء في أن المداولة تعد مدخلا ضروريا لإصدار الحكم التحكيمي، ومرحلة مهمة لا بد من سلوكها لما لها من أهمية في التكوين الجيد للحكم التحكيمي، حيث يتم فيها تبادل وجهات نظر المحكمين أعضاء الهيئة التحكيمية، والوقوف على ما يحيط بالقضية من أوجه الغموض وتقييم دفوعات وأدلة الأطراف وما إلى ذلك من العناصر المرتبطة بالنزاع التحكيمي. وفي كل هذا حماية حقيقية لمصالح و حقوق الأطراف المتنازعة ومساهمة فعالة في إصدار حكم تحكيمي عادل ومُتوافق بشأنه.

لكن وحتى يكون للمداولة المعنى الفني اللازم وتؤدي هذا الدور المهم، فإنه لا بد من تعدد المحكمين، حيث هنا تتجلى الفائدة العملية لهذا الإجراء إذ يصبح هؤلاء المحكمون ملزمون بالقيام بالمداولة وإيداء كل واحد منهم رأيه ووجهة نظره تجاهه⁵⁵¹، أما في حالة المحكم الفرد، فإنه لا يحتاج الأمر إلى المداولة بالمعنى المذكور أعلاه، حيث ينحصر الحل في هذه الحالة فيما يراه ويقتنع به المحكم الوحيد الذي تتشكل منه هيئة التحكيم⁵⁵²، وبالتالي يكون أمام هذا المحكم الفرد إما أن يصدر حكمه مباشرة بعد انتهاء جلسات المرافعة وجاهزية القضية للحكم فيها، وإما

549 - تنص المادة 1476 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) على أنه:

« Le tribunal arbitral fixe la date à laquelle le délibéré sera prononcé... ».

550 - وفي نفس الإطار تنص المادة 1479 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) على ما يلي:

« Les délibérations du tribunal arbitral sont secrètes ».

551 - للمزيد في هذا الصدد أنظر: - محمد عبد القصاص، حكم التحكيم، م س، ص 97 وما يليها.

- عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، م س، ص 299.

552 - ويرى الدكتور أحمد أبو الوفا أنه " في حالة عدم تعدد المحكمين، فإن المحكم يصدر حكمه بغير مداولة بطبيعة الحال".

للمزيد راجع مؤلف الدكتور، التحكيم الاختياري والإجباري، م س، ص 253 وما يليها.



أن يؤجل النطق بالحكم إلى جلسة لاحقة يحددها، وذلك بقصد استحضار كافة أوجه الدعوى المعروضة عليه سواء الواقعية أو القانونية حتى يتسنى له تكوين عقيدته والوصول إلى الحكم في تلك الدعوى⁵⁵³.

وبالرجوع إلى التشريعات المذكورة يتضح أنها لم تحدد كيفية إجراء المداولة في المادة التحكيمية، وي طرح هذا الإشكال خصوصا في القانونين المغربي والفرنسي. أما في القانون المصري فقد أحسن التعامل مع هذا الأمر، إذ منح السلطة لهيئة التحكيم في تحديد الوجه والكيفية التي ستتم بها المداولة وذلك ما لم يتفق الطرفان على ذلك.

لكن وعلى الرغم من سكوت التشريع المغربي والفرنسي أيضا عن التنظيم الصريح لشكل المداولة، إلا أنه وتأسيسا على مقتضيات الفصل 10-327 من ق 05-08 والمادة 1464 من ق م م الفرنسي والتي تعطي سلطة ضبط إجراءات مسطرة التحكيم للهيئة التحكيمية ما لم يتفق الأطراف على ذلك⁵⁵⁴ يمكن القول أن لأطراف التحكيم الحرية في الاتفاق على الطريقة التي ستجرى بها المداولة وفق ما يتناسب وطبيعة الدعوى وظروف المحكمين ويحمي مصالحهم وحقوقهم من الضياع، فيمكنهم مثلا الاتفاق على أن يبدأ أخذ الآراء برأي المحكم الذي اختاره المحتكم ثم برأي المحكم الذي اختاره المحتكم ضده ثم رئيس الهيئة، أو أن تجري المداولات في مكان معين، إلى غير ذلك من الأمور التي يمكن للأطراف الاتفاق بشأنها، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتنافى مع القواعد الإجرائية الأساسية من ذلك مثلا الاستغناء عن إجراء المداولة، أو أن يشترك في

553 - راجع في هذا الصدد، محمد عبد القصاص، م س، ص 98.

554 - حيث ينص الفصل 10-327 في فقرته الأولى على أنه: "تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون، دون أن تكون ملزمة بتطبيق القواعد المتبعة لدى المحاكم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم".

وهو نفس المعنى الذي أكدته الفقرة الأولى من المادة 1464 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) على ما يلي: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فلهيئة التحكيم أن تحدد إجراءاتها من دون الالتزام بالإجراءات المتبعة أمام المحاكم الوطنية".
« A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques ».



المدولة محكمون أغيار غير منوط بهم التحكيم، أو أن تجرى المدولة بين بعض المحكمين فقط دون الآخرين وغيرها من الضوابط التي لا يجب مخالفتها⁵⁵⁵.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على كيفية إجراء المدولة فإن لهيئة التحكيم حرية تحديد ذلك، فكما يمكن أن يكون ذلك عن طريق اجتماع جميع المحكمين في مكان واحد للتشاور وتحديد الرأي بشأن الحكم، فإنه يحق لأعضاء الهيئة التحكيمية كذلك المدولة بواسطة الاتصال التليفوني أو الفاكس أو البريد العادي أو الدوائر التليفونية المغلقة "Vidéoconférence" أو غيرها من الوسائل الحديثة. لكن تبقى الوسيلة المثلى لإجراء المدولة هي انعقاد جلسة أو جلسات يحضرها جميع المحكمون في مكان واحد، لأن الغاية والحكمة الرئيسية من المدولة هي التشاور والإقناع وليس فقط جمع الآراء⁵⁵⁶.

تبقى الإشارة إلى أن المشرع المغربي ومعه كذلك المشرع الفرنسي نصا في المقتضيات المذكورة أعلاه على إلزامية سرية المداولات في المادة التحكيمية⁵⁵⁷، وعليه يجب على المحكمين عدم الكشف عن المناقشات التي طرحت أثناء المدولة للخصوم أو لغيرهم⁵⁵⁸، ذلك لأن الحكم التحكيمي يكون منسوباً للهيئة التحكيمية بأسرها وبالتالي لا يجب أن تظهر منه شخصية من كان له من المحكمين رأي مخالف للرأي الذي صدر به الحكم أو لطبيعة هذا الرأي، ومن هنا تتضح أهمية سرية المداولات، حيث تضمن للمحكم حرية إبداء رأيه الذي يعتقد أنه يوافق القانون أو العدالة (حسب طبيعة مهمته) دون خوف أو حرج ممن اختاره للتحكيم⁵⁵⁹.

555 - راجع في هذا الصدد، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، م س، ص 430.

556 - للمزيد حول هذه النقطة أنظر، محمد عبد القصاص، م س، ص 100 وما يليها.

557 - أما التشريع المصري (القانون رقم 27 لسنة 1994 المنظم للتحكيم) فلم ينص على هذا المقتضى.

558 - Voir FOUCHARD, GAILLARD ET GOLDMAN, op. Cit n° 1374, page 764.

559 - محمد عبد القصاص، م س، ص 103.

- محمد علي عويضة، م س، ص 362 وما يليها.

لكن بالرغم من أهمية قاعدة سرية المداوولات في ضمان وتعظيم قيمة حكم التحكيم إلا أن أغلب التشريعات لا ترتب على مخالفتها بطلان حكم التحكيم⁵⁶⁰، ولكن وحسب بعض الفقه يمكن الرجوع بالمسؤولية على من أفشى من المحكمين سرية المداولة⁵⁶¹.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف باريس نعيًا على حكم تحكيم بالبطلان بسبب انتهاك أحد المحكمين سرية المداوولات التي دارت بين المحكمين، وأسست المحكمة ذلك على أن المشرع الفرنسي لم ينص على البطلان كجزاء لمخالفة قاعدة سرية المداوولات. وأضافت محكمة باريس حجة أخرى منطقية مفادها أن تقرير البطلان جزاء لمخالفة قاعدة سرية المداوولات على فرض تقريره سوف يكون أمرا خطيرا في مجال التحكيم، إذ يكون من السهل على المحكم الذي يفتقد للموضوعية *manquant d'objectivité* أن يتبنى مباشرة وجهة نظر من اختاره للتحكيم، فهذا لم يصدر الحكم وفقا لما طالب به فإنه يكفي لإبطاله أن يفشي سرية المداولة⁵⁶².

وبالإضافة إلى قاعدة السرية، فإنه -وحسب الفصل 22-327- يجب على جميع المحكمين الاشتراك في المداوولات والتصويت إما لفائدة مشروع الحكم التحكيمي أو ضده، ولا يشترط لصدور الحكم إجماع أعضاء هيئة التحكيم، وإنما تكفي الاغلبية في هذا الصدد، ويعني هذا أن غالبية المحكمين العددية قد وافقت على هذا الحكم ولم توافق عليه الاقلية، وبالتالي فلا يصح أن تتفرد أغلبية أعضاء الهيئة بإصدار الحكم في غياب الأقلية أو دون أخذ رأيها، حيث يجب صدور حكم التحكيم من الهيئة بكامل تشكيلتها وأعضائها⁵⁶³.

⁵⁶⁰ - حيث أن التشريع المغربي لم يجعل من ضمن اسباب وحالات البطلان المذكورة في الفصل 36-327 من ق 05-08 حالة مخالفة قاعدة سرية المداوولات، وعلى غرار ذلك المشرع الفرنسي، إذ لا تتضمن المادة 1492 من ق م م ف (مرسوم 2011) المنظمة لحالات البطلان هذه الحالة، في حين هناك مجموعة من القواعد المتعلقة بالحكم التحكيمي كما هو الشأن بالنسبة للتعليل أو توقيع المحكمين، حيث أن الإخلال بهذه القواعد وطبقا للفصل 36-327 والمادة 1492 أعلاه يوجب الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي.

⁵⁶¹ - بخصوص هذا الفقه أنظر، محمد عبد القصاص، م س، ص 103.

⁵⁶² - قرار صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 19/03/1981، اشار إليه محمد عبد القصاص، م س، ص 103 و 104.

⁵⁶³ - وللمزيد حول هذه النقطة، أنظر:

✓ فتحي والي، قانون التحكيم...، م س، ص 431 وما يليها
✓ محمد علي عويضة، م س، ص 359 وما يليها.
✓ محمد عبد القصاص، م س، ص 104 وما يليها.
✓ مصطفى يونس محمود، المرجع في أصول التحكيم، م س، ص 433 وما بعدها.



المطلب الثاني: أهمية مرحلة تكوين الحكم التحكيمي في حماية الحق الدفاع

إن واجب احترام حق الدفاع، لا يعني فقط اكتفاء الهيئة التحكيمية بتمكين أطراف النزاع التحكيمي من عرض طلباتهم وإيداء دفوعاتهم وتقديم مستنداتهم أثناء النظر في الدعوى التحكيمية، وإنما يمتد ذلك إلى الحكم التحكيمي الذي ستصدره هيئة التحكيم، حيث ينبغي أن يظهر جليا في حكم التحكيم مدى احترام دفوعات وطلبات الأطراف.

وكما هو معلوم فإنه وبعد انتهاء الهيئة التحكيمية من المداولة، تنتقل إلى تكوين وتشديد بنیان الحكم التحكيمي استعدادا لإصداره. هذه المرحلة أحاطتها التشريعات الوطنية وأيضاً الدولية بمجموعة من القواعد التي يتعين على الهيئة التحكيمية الامتثال لها، حيث يجب عليها احترام جميع العناصر والبيانات المكونة للحكم التحكيمي وتوقيعه وتعليله إلى جانب إفراغه في الشكل المطلوب قانوناً. فما هي إذن أهمية ودور هذه العناصر في ضمان احترام حق الدفاع؟. للإجابة عن هذا التساؤل سنتحدث في (الفقرة الأولى) عن تعليل الأحكام التحكيمية ودورها في صيانة حقوق ومصالح الأطراف، على أن نخصص (الفقرة الثانية) لدراسة باقي مشتملات الحكم التحكيمي مع استتباط أهميتها في احترام الحق في الدفاع.

الفقرة الأولى: حق الدفاع وتعليل الأحكام التحكيمية

يقصد بتعليل أو تسبیب الحكم بصفة عامة سواء كان أو قضائياً أو تحكيمياً، بيان أو ذكر الأسباب الواقعية والقانونية التي بُني عليها مع صياغتها على شكل حيثيات في صلب الحكم⁵⁶⁴، لذا فتعليل الحكم التحكيمي يعد أحد ركائزه وأساس وجوده، فهو ضمان وحصانة قوية لاحترام حق الدفاع وطلبات الأطراف وادعاءاتهم، كما أن هذه الوسيلة تساهم في بيان مدى التزام المحكم بالقواعد القانونية الواجبة التطبيق، ومدى فهمه

⁵⁶⁴ - وهذا ما أكدته محكمة استئناف القاهرة في قرار لها وضحت فيه معنى تسبیب الحكم التحكيمي حيث جاء في هذا القرار أن التسبیب يقصد به الاسانید القانونية والواقعية التي ركنت إليها الهيئة التي اصدرته وكونت منها عقيدتها فيما انتهت إليه"، قرار استئناف القاهرة (91 تجاري) صادر بتاريخ 2003/11/22 في القضية 42 لسنة 19 ق تحكيم اشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم...، م س، ص 443. وللمزيد حول تعريف التسبیب أنظر: عزمي عبد الفتاح، تسبیب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى 1983، ص 15 وما يليها.

واستيعابه لوقائع النزاع ودفاع الخصوم⁵⁶⁵. فالنزام المحكمين بكتابة أسباب الحكم التحكيمي يدفعهم إلى التروي والتفكير جليا في الحكم قبل إصداره⁵⁶⁶، وهو ما من شأنه أن يضمن حسن أدائهم لمهمتهم. هذا بالإضافة إلى أن تعليل الأحكام التحكيمية أحد ضمانات الرقابة القضائية على عمل المحكمين والتي تكفل استقلاله وحياده وتضمن احترامه لحقوق الدفاع وذلك حتى لا ينقلب التحكيم إلى وسيلة في يد الهيئات التحكيمية⁵⁶⁷، ناهيك عن أن هذا الإجراء يساهم في قناعة المحكوم عليه وكل من سيطلع على الحكم بعدالته، إلى غير ذلك من الاعتبارات الأساسية والفوائد العملية المهمة لتسبيب وتعليل الأحكام، والتي تعتبر ضرورية لحسن سير العدالة.

لهذا فقد اشترطت معظم التشريعات الوطنية والدولية ضرورة تعليل الأحكام التحكيمية، وإن اختلفت في طريقة تنظيم هذا الإجراء، وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفقرة 2 و 3 من الفصل 23-327 من ق 05-08 على أنه: "يجب أن يكون الحكم التحكيمي معللا ما لم يتم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم أو كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم لا يشترط تعليل الحكم. أما الحكم المتعلق بنزاع يكون أحد الاشخاص الخاضعين للقانون العام طرفا فيه فيجب أن يكون دائما معللا".

كما نص المشرع المصري هو الآخر على هذا الإجراء في الفقرة 2 من المادة 43 حيث تنص: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم" وعلى هذا النهج

565 - أنظر في هذا الصدد: * محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م س، ص 448.

* فتحي والي، قانون التحكيم...، م س، ص 443.

566 - حيث أن الأحكام (قضائية أو تحكيمية) يجب أن تبنى على اليقين وليس على مجرد الاحتمال أو الشك، وحتى تكون هذه الأحكام مقبولة من طرف المتلقي وتقتنع المخاطب بأحكامها. وفي هذا الإطار صدر قرار عن المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) جاء فيه أن: "كل حكم أو قرار ولو كان صادرا عن المجلس الأعلى يجب أن يكون معللا تعليلًا كافيا وسليما، ويتعرض للإلغاء أو النقض أو قبول إعادة النظر فيه إذا كان منعدم التعليل أو فاسد التعليل أو ناقصه" قرار رقم 242 صادر بتاريخ 15/02/1984 في الملف المدني عدد 81175، أورده الحسين البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2010، ص 102.

567 - راجع في هذا الإطار، رضوان الحسوسي، الحكم التحكيمي، مشتملاته وتقنياته، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 117 نونبر/دجنبر 2008، ص 116 وما يليها. وفي نفس المعنى أنظر:

J. DELVOLLE, « Essai sur la motivation des sentences arbitrales » rev. Arb. 1989, page 149.

- طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، م س، ص 129 وما يليها.



سار المشرع الفرنسي حيث تنص الفقرة 02 من المادة 1482 من ق م م ف (المرسوم رقم 2011/48) على أنه: "يجب أن يكون الحكم التحكيمي مسبباً"⁵⁶⁸.

كما أكدت أيضا القواعد الدولية للتحكيم التجاري الدولي على هذا الأمر، ومن ذلك مثلاً الفقرة 03 من المادة 48⁵⁶⁹ من اتفاقية واشنطن، والمادة 08 من اتفاقية جنيف لسنة 1961⁵⁷⁰، وأيضاً المادة 3/34 من قواعد الأونسترال للتحكيم الموضوعية من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁵⁷¹ وعلى منوالها المادة 2/31 من القانون النموذجي⁵⁷².

ومن خلال النصوص القانونية أعلاه يتضح وبجلاء أن التزام الهيئات التحكيمية بتسبيب الأحكام التحكيمية أمر ضروري ولا بد منه⁵⁷³، وتأكيداً لهذا قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه: "يجب أن يشتمل الحكم على أسباب تبين الأدلة التي كونت منها (الهيئة التحكيمية) عقيدتها وفحواها، وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ثم تنزل عليه تقديرها ويكون مؤدياً للنتيجة التي خلصت إليها، وذلك حتى يتأتى مراقبة سداد الحكم، وأن الأسباب التي أُقيم عليها جاءت سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق وتتطابق الأوراق مع النتيجة التي خلص إليها حتى يقتنع المطلع على الحكم بعدالته ويمكن للمحكمة في دعوى البطلان من مراقبة صحة الحكم وخلوه من الحوار المبطل له، وحتى لا ينقلب التحكيم إلى وسيلة تحكيمية Arbitraire"⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ - النص الأصلي للمادة 2/1482 من ق م م الفرنسي كالتالي: « Elle est (la sentence arbitrale) motivée ».

⁵⁶⁹ - تنص المادة 2/48 من اتفاقية واشنطن على أنه:

« La sentence doit répondre à tous les chefs de conclusions soumise au tribunal, et doit être motivée »

⁵⁷⁰ - حيث تقضي المادة 08 من اتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المنعقدة بجنيف سنة 1961 على ما يلي: "من

المفترض في الفرقاء أن يكونوا قد توافقوا على أن يكون الحكم التحكيمي معللاً ، باستثناء:

(أ) إذا كان الفرقاء قد أعلنوا صراحة أن الحكم يقتضي ألا يكون كذلك، أو (ب) إذا كانوا قد أخضعوا أنفسهم إلى أصول إجراءات تحكيمية - ليس من المتعارف عليه فيها تعليل الأحكام، ولهذا، وفي هذه الحالة أن يكون الفرقاء أو واحداً منهم لم يطلبوا صراحة أن يكون الحكم معللاً وذلك قبل انتهاء الجلسة أو إذا لم تكن هناك جلسة فقبل كتابة الحكم التحكيمي".⁵⁷¹ - ومما جاء في المادة 3/34 : "على هيئة التحكيم أن تُبين الأسباب التي استند إليها القرار، ما لم يكن الأطراف قد اتفقوا على عدم بيان الأسباب".

⁵⁷² - أما المادة 2/31 من القانون النموذجي فتتص على أنه: "يبيّن في قرار التحكيم الأسباب التي بنى عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة 30.

⁵⁷³ - و هنا نشير إلى أن هذه الإلزامية لا تقتصر فقط في التشريع المغربي على التحكيم الداخلي، وإنما تمتد كذلك لحكم التحكيم الدولي، حيث أحال المشرع المغربي بخصوص الحكم الدولي إلى المقتضيات المنظمة للتحكيم الداخلي لكن شريطة كون ق م م المغربي هو الواجب التطبيق وعدم وجود لأي اتفاق خاص، وهذا ما يؤكد الفصل 43-327 من ق 05-08.

⁵⁷⁴ - قرار استئناف القاهرة 63 تجاري، بتاريخ 18/02/1998 في الدعوى رقم 26 لسنة 114 ق. أشار إليه قاضي والي، قتلون التحكيم...، م س، ص 444.



لكن هذه القاعدة ترد عليها في التشريع المغربي - وأيضا في المصري- حالتين استثنائيتين حيث لا يعتبر فيهما التعليل إجباريا وهما:

- الحالة الأولى: اتفاق أطراف التحكيم على عدم تعليل الحكم التحكيمي، وهذا ما يتضح من نص الفقرة الثانية من الفصل 23-327⁵⁷⁵، حيث منح المشرع المغربي للأطراف الحرية في الاتفاق على إعفاء هيئة التحكيم من ذكر أسباب حكمها⁵⁷⁶، وبذلك يكون المشرع المغربي - وعلى غرار مصر- قد اتجه إلى اعتبار مسألة تعليل حكم التحكيم غير متعلقة بالنظام العام، وهذا عكس التشريع الفرنسي⁵⁷⁷ الذي لم يخول لا للأطراف ولا لهيئة التحكيم سلطة مخالفة إجراء تعليل الأحكام التحكيمية، وهو ما يعني أن التعليل من النظام العام في التشريع الفرنسي، حسب تعبير المادة 2/1482 من ق م م ف⁵⁷⁸.

إلا أنه وحسب الفقرة الأخيرة من الفصل 23-327 من ق م م ف 05-08 إذا تعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام طرفا فيه فيجب أن يكون الحكم

575 - وكذلك من نص المادة 2/43 من القانون المصري، و أيضا القانون النموذجي في المادة 2/31 وغيرها من النصوص القانونية.

576 - و تطبيقا لهذا صدر قرار عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء جاء فيه: "حيث أسس الطاعن الطعن ببطلان الحكم التحكيمي الصادر عن السيد ع.ج على عدم احترام مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 23-327 و الفقرة 5 من الفصل 36-327 من ق م م . وحيث إن الفقرة الثانية من الفصل 23-327 توجب " أن يكون الحكم التحكيمي معللا ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم..." و أنه بالرجوع إلى الفقرة 2 من البند الرابع المبرم بين الطرفين في 20/05/2008 الذي بموجبه عينا السيد ع.ج محكما تبين أن الطرفين أعفا المحكم من تتبع المسطرة و الأجال و الإجراءات المقررة بالنسبة للمحاكم، و ان من بين قواعد المسطرة التي أعفي منها المحكم كيفية تحرير الأحكام و تعليلها، و أن العقد شريعة المتعاقدين حسب الفصل 230 من ق ل ع، وأن ما تمسك به الطاعن في رده على جواب المستأنف عليها من كون الإعفاء الممنوح للمحكم ينحصر فقط في الأجال المحددة للمحاكم و طريقة تتبع المسطرة دون التعليل في غير محله باعتبار أن الاعفاء المتفق عليه جاء عاما و شاملا لكل قواعد المسطرة بما فيها التعليل... و بذلك فإن ما تمسك به الطاعن من خرق أحكام الفقرة 2 من الفصل 23-327 من ق م م ف في غير محله... و حيث إن ما تمسك به الطاعن من كون خرق المقتضيات المذكورة أعلاه من النظام العام في غير محله، باعتبار أن نفس الفصل الذي اشترط أن يكون الحكم التحكيمي معللا أجاز في نفس الوقت للأطراف الاتفاق على ما يخالفه، و أن ما يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه... و حيث بذلك فإن المحكم يثبت في النزاع انطلاقا من اختصاصه و اعتمادا على شرط التحكيم و أن أسباب الطعن بالبطلان غير مرتكزة على أساس، مما تعين التصريح برفض الطلب..." قرار محكمة استئناف الدار البيضاء رقم 2012/4157 الصادر بتاريخ 18/09/2012، في الملف عدد 14/2011/422. (قرار غير منشور).

577 - وعلى غرار التشريع الفرنسي هناك العديد من التشريعات التي تأخذ بمبدأ التعليل دون ربطه بإرادة الأطراف كقانون المرافعات العراقي (المادة 2/27) وقانون المرافعات القطري (المادة 202) وقانون المرافعات الكويتي (م 183)

578 - إذ تنص المادة 2/1482 من ق م م ف الفرنسي على ما يلي: « Elle est (la sentence arbitrale) motivée » و للمزيد من التوضيح حول هذه النقطة، أنظر:

- محمد عيد القصاص، م س، ص 121، طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي... م س، ص 135 وما يليها.
- عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم، دراسة في القانون المغربي والمقارن، مطبعة دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2012، ص 332 وما يليها.



التحكيمي الذي سيصدر في هذا النزاع معللا، ولا يمكن للأطراف الاتفاق على خلاف هذه القاعدة لتعلقها بالنظام العام.

الحالة الثانية: عدم اشتراط القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم تعليل الحكم التحكيمي: فاستنادا إلى الحرية التي يتمتع بها أطراف التحكيم في اختيار القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق والتي أكدتها مختلف التشريعات⁵⁷⁹، وأيضا الهيئات التحكيمية في حالة غياب اتفاق الأطراف، فإنه يمكن تبعا لهذه الحرية أن يقع الاختيار على قانون معين لتطبيقه على مسطرة التحكيم، وعند عدم اشتراط القانون الإجرائي المختار ضرورة تعليل الأحكام التحكيمية، فإن الهيئات التحكيمية تُعفى من ذلك، وهذا ما تؤكدته الفقرة 2 من الفصل 23-327 وعلى غرارها المادة 2/43 من قانون التحكيم المصري⁵⁸⁰.

وفي غير هاتين الحالتين، فإن تعليل الحكم التحكيمي إلزامي، وذلك تحت طائلة بطلان هذا الحكم حسب ما ينص عليه الفصل 36-327 من ق 05-08، حيث جاء فيه: "... لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية: 4- إذا لم تحترم مقتضيات الفصلين 23-327 (الفقرة 2)..."⁵⁸¹.

وهو ما أكدته المشرع الفرنسي أيضا في المادة 1483 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) حيث تنص على أنه: "يجب تطبيق أحكام المادة 1480 والمادة 1481 في شأن أسماء المحكمين وتاريخ الحكم والمادة 1482 في شأن تسبيب (تعليل) الحكم، وإلا ترتب على

⁵⁷⁹ - أنظر الفصل 10-327 من قانون التحكيم المغربي رقم 05-08، والمادة 25 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1464 من ق،م،م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) وغيرها من التشريعات. وللمزيد حول هذه النقطة راجع ما تمت الإشارة إليه في الباب الأول من هذه الدراسة.

⁵⁸⁰ - راجع في هذا الصدد:

- ✓ فتحي والي، قانون التحكيم، م س، ص 444.
- ✓ محمد عبد القصاص، م س، ص 122 وما يليها
- ✓ عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان، م س، ص 90.
- ✓ رضوان الحسوسي، م س، ص 115.

⁵⁸¹ - وهذا المقتضى يهم فقط أحكام التحكيم الداخلي أما بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي فلا يعتبر عدم التعليل سببا للطعن بالبطلان، إلا إذا كان القانون المطبق على مسطرة التحكيم يستلزم تعليل الحكم التحكيمي تحت طائلة البطلان. راجع في هذا الصدد، عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان، م س، ص 92.



مخالفتهم البطلان⁵⁸²، وكذلك في المادة 1492 من ق م م، م الفرنسي (مرسوم 2011) حيث تنص هذه المادة على ما يلي: "لا يجوز اللجوء إلى الطعن بالبطلان إلا في الأحوال التالية: 6- إذا لم يتم تسبيب (تعلييل) الحكم..."⁵⁸³.

وتطبيقا لهذا قضت محكمة الاستئناف بباريس على أن الالتزام بتعلييل الحكم التحكيمي من النظام العام وعدم احترامه يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي⁵⁸⁴.

هكذا إذن يتضح أن التشريع المغربي - ومعه الفرنسي - وإيماننا منه بأهمية ودور تعلييل الأحكام التحكيمية في حصانة حقوق الاطراف ومصالحهم وتحقيق فاعلية الحكم التحكيمي، اقر جزاء البطلان لعدم احترام واجب وقاعدة تعلييل الأحكام التحكيمية.

تبقى الإشارة في الأخير إلى أنه بالرغم من إقرار التشريعات ومن بينها التشريع المغربي لإلزامية التعلييل في المادة التحكيمية والنص على البطلان كجزاء لانعدامه، إلا أن هذه التشريعات لم تتناول موضوع التعلييل هذا بنوع من التفصيل، سواء من حيث تحديد نوع التعلييل المطلوب وبيان مشتملاته وشروطه وكذا بيان حدوده. لذلك يبقى تحديد التعلييل المقبول من عدمه خاضعا للسلطة التقديرية للمحكمة المطعون أمامها ضد الحكم التحكيمي⁵⁸⁵.

⁵⁸² - النص الأصلي للفقرة الأولى من المادة 1483 من ق م م الفرنسي (مرسوم رقم 48 / 2011) هو:

« Les dispositions de l'article 1480, celles de l'article 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence et celles de l'article 1482 concernant **la motivation de la sentence sont prescrites à peine de nullité de celle-ci** ».

⁵⁸³ - ومما جاء في المادة 1492 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 48/2011):

« Le recours en annulation n'est ouvert que si : 6- La sentence n'est pas motivée ».

⁵⁸⁴ - قرار محكمة استئناف باريس صادر في 1972/04/20، أشار إليه عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان، م س، ص 89.

⁵⁸⁵ - بخصوص السلطة التقديرية للمحكمة تجاه تعلييل الأحكام التحكيمية أنظر:

✓ عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم، م س. ص 334 وما يليها،

✓ عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان، م س. ص 90 وما بعدها.

وللمزيد حول كيفية تناول الفقه لمعايير وضوابط تسبيب وتعلييل الأحكام أنظر: * محمد عبد القصاص، م س. ص 115 وما بعدها. * محمد علي عويضة، م س، ص 376 وما بعدها.



الفقرة الثانية: دور باقى عناصر حكم التحكيم فى ضمان احترام حق الدفاع

بالإضافة إلى عنصر التعليل، نصت التشريعات كذلك على مجموعة من العناصر الأخرى التي يجب أن يتضمنها الحكم التحكيمي كما حددت أيضا الشكل القانوني الذي يجب أن يُفرغ فيه هذا الحكم. وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفصل 23-327 من م.ق 05-08 على أنه: "يصدر الحكم التحكيمي كتابة ويجب أن يشار فيه إلى اتفاق التحكيم وأن يتضمن عرضا موجزا للوقائع وادعاءات الأطراف ودفعاتهم على التوالي والمستندات وبيان النقاط التي تم الفصل فيها بمقتضى الحكم التحكيمي وكذا منطوقا لما قضي به". كما نص كذلك في الفصل 24-327 على أنه: "يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي بيان ما يلي: 1. أسماء المحكمين الذين أصدره وجنسياتهم وصفاتهم وعناوينه. 2. تاريخ صدوره. 3. مكان إصداره. 4. الأسماء العائلية والشخصية للأطراف أو عناوينهم التجاري و كذا موطنهم أو مقرهم الاجتماعي. و إن اقتضى الحال، أسماء المحامين أو أي شخص مثل الأطراف أو آزرهم....".

هذا إلى جانب ما جاء به الفصل 25-327 الذي ينص على أنه: "يوقع الحكم التحكيمي كل محكم من المحكمين. و في حالة تعدد المحكمين و رفضت الأقلية التوقيع، يشير المحكمون الآخرون إلى ذلك في الحكم التحكيمي مع تثبيت أسباب عدم التوقيع ويكون للحكم نفس الأثر كما لو كان موقعا من لدن كل المحكمين".

و على غرار المشرع المغربي، نص المشرع المصري أيضا على هذه العناصر والضوابط التي تحكم إصدار الحكم التحكيمي وذلك في المادة 43 من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها: "1- يصدر حكم التحكيم كتابة ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفى بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية. 2 - يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم. 3- يجب أن يشتمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم



وصفاتهم وصورة من اتفاق التحكيم وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم ومنطوق الحكم وتاريخ ومكان إصداره وأسبابه إذا كان ذكرها واجبا

وهذا ما أكدته كذلك المشرع الفرنسي في العديد من مواد ق م م (المرسوم رقم 2011/48). وهكذا تنص المادة 1480 على أنه: "يصدر حكم التحكيم بأغلبية الأصوات، يوقع من طرف كل المحكمين، إذا رفضت الأقلية التوقيع، يتم ذكر ذلك بحكم التحكيم، ويكون للحكم نفس الآثار كما أنه وقع من طرف كافة المحكمين"،⁵⁸⁶ فيما تنص المادة 1481 من نفس القانون على أنه: "يشمل حكم التحكيم على البيانات التالية:

1. الاسم الشخصي والعائلي أو لقب الأطراف وكذا محل إقامتهم أو مقرهم الاجتماعي.
2. إن اقتضى الحال، أسماء المحامين أو أي شخص مثل أو عاون الأطراف.
3. أسماء المحكمين الذين أصدروه. 4 تاريخ الحكم. 5 مكان صدور الحكم"⁵⁸⁷، أما المادة 1482 فتتضمن على أنه: "يشتمل الحكم التحكيمي على عرض موجز لادعاءات كل طرف من الأطراف والأسباب المؤيدة لها. يجب أن يكون حكم التحكيم مسببا".⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ - النص الأصلي للمادة 1480 من ق م م الفرنسي كالتالي:

« La sentence arbitrale est rendue à la majorité des voix.
« Elle est signée par tous les arbitres.
« Si une minorité d'entre eux refuse de la signer, la sentence en fait mention et celle-ci produit le même effet que si elle avait été signée par tous les arbitres » .

⁵⁸⁷ - ومما جاء في المادة 1481 من ق م م الفرنسي:

« -La sentence arbitrale **contient l'indication** :
1° Des noms, prénoms ou dénomination des parties ainsi que de leur domicile ou siège social
2° Le cas échéant, du nom des avocats ou de toute personne ayant représenté ou assisté les parties ;
3° Du nom des arbitres qui l'ont rendue ; 4° De sa date ; 5° Du lieu où la sentence a été rendue ».

⁵⁸⁸ - أما المادة 1482 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48) فتتضمن بما يلي:

« La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. « Elle est motivée » »
وعلى منوال التشريعات الوطنية نصت القواعد الدولية للتحكيم على بيانات الحكم التحكيمي وشكله، وهذا ما تؤكدته المادة 31 من القانون النموذجي التي جاء فيها ما يلي: " 1- يصدر قرار التحكيم كتابة ويوقعه المحكم أو المحكمون. ويكفي في إجراءات التحكيم التي يشترك فيها أكثر من محكم واحد، أن توقعه أغلبية جميع أعضاء هيئة التحكيم، شريطة بيان سبب غيبة أي توقيع. 2- يبين في قرار التحكيم الأسباب التي بنى عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب أو ما لم يكن القرار قد صدر بشروط متفق عليها بمقتضى المادة 30. 3- يبين القرار تاريخ صدوره ومكان التحكيم المحدد وفقا للفقرة (1) من المادة 20. ويعتبر قرار التحكيم صادرا في ذلك المكان. 4- بعد صدور القرار، تسلم إلى كل من الطرفين نسخة منه موقعة من المحكمين وفقا للفقرة (1) من هذه المادة"

ومن خلال هذا يتضح أن المشرع المغربي توسع في البيانات اللازمة لإصدار الحكم التحكيمي، إلى درجة أنه كاد يوازي بين الحكم القضائي والحكم التحكيمي⁵⁸⁹.

وفي الحقيقة فإن المشرع المغربي يروم من وراء هذه البيانات تمتيع الحكم التحكيمي بمزيد من الضمانات والرعاية الخاصة⁵⁹⁰، ومن خلاله مصالح وحقوق الأطراف المتنازعة، حيث أن كل عنصر من تلك العناصر له دور كبير في العملية التحكيمية، ففي اشتراط إلزامية كتابة الحكم التحكيمي مثلا فوائد جمة، حيث تعتبر هذه الشكلية ضرورية للتأكد من استيفاء الحكم التحكيمي لكافة شروطه الأساسية، كما أنها -أي الكتابة- وجوبية لوضع الحكم بكتابة الضبط وإعطائه الصيغة التنفيذية والطعن فيه، وأيضا في حالة ما إذا كانت هناك ضرورة لتصحيحه أو تفسيره.⁵⁹¹ هذا بالإضافة إلى أن الكتابة تعد شاهدا على صدور الحكم التحكيمي من هيئة تحكيمية اختارها الأطراف وفي زمن معين وبالطريقة التي ارتضاه الأطراف⁵⁹²، إلى غير ذلك من إيجابيات الكتابة والتي تساهم بشكل أو بآخر في حماية حقوق ومصالح الأطراف المتنازعة.

وإلى جانب الكتابة اشترطت التشريعات كذلك أن يتضمن الحكم التحكيمي عرضا موجزا لوقائع وادعاءات ودفعات الأطراف وأيضا المستندات المعتمدة عليها في الفصل في النزاع، وهو عنصر له أهمية كبيرة ومزايا متعددة، منها مثلا الرقابة على عمل المحكم للتأكد من إحاطته بالنزاع ومن احترامه لطلبات الأطراف وحقوقهم الدفاعية وعدم تجاوز اختصاصه، وهو ما يشكل حماية حقيقية لمصالح المحكمتين وضمانة لاحترام الحق في الدفاع، وفي هذا

⁵⁸⁹ - وهذا ما يستشف من خلال مقارنة الفصول 50 و 345 و 375 من م م المنظمة لإصدار الأحكام أمام القضاء الرسمي، و الفصول من 22 إلى 327 25 من ق 05-08 والخاصة بالحكم التحكيمي، حيث سيتضح أن هناك تقاربا كبيرا في الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة في كلا الحكمين ولا يختلفان تقريبا إلا في بعض العناصر لاسيما تلك المرتبطة بالسيادة الوطنية.

⁵⁹⁰ - عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة 05، 2008، ص 362.

⁵⁹¹ - للمزيد في هذا الصدد انظر: - رضوان الحسوسي، م س، ص 110 و ما بعدها. و أيضا في نفس المعنى: فاضل الليلي، الحكم التحكيمي، مداخله ضمن اعمال الندوة الجهوية 11 المنظمة بقصر المؤتمرات بالعيون 1 و 2 نونبر 2007 بمناسبة الذكرى لتأسيس المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) منشورات المجلس الأعلى، ص 283 وما بعدها.

⁵⁹² - فريد أوسي: "تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب بين مقتضيات القانون الدولي الاتفاقي والقانون، دراسة مقارنة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الدراسية 1999/2000، ص 99.



الصدد اعتبرت محكمة النقض المصرية في قرار لها أن إغفال ذكر ما قدمه الطرف من دفع أو دفاع جوهرى يعد قصورا في أسباب الحكم الواقعية والتي تؤدي إلى بطلان الحكم⁵⁹³.

وبالإضافة إلى هذا هناك أيضا العديد من البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم التحكيم، والتي لا تقل أهمية عما ذكر أعلاه، وهذا ما يؤكده إقرار معظم التشريعات للبطلان لعدم تضمين الحكم التحكيمي لهذه البيانات كأسماء المحكمين الذين أصدروه، وتاريخ صدوره وشكلية التوقيع، حيث أن إغفال واحد من هذه العناصر يوجب الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي⁵⁹⁴، وهذا ما يؤكده المشرع المغربي في الفصل 36-327 من ق 05-08 والذي ينص: "...لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات التالية: 4- إذا لم تحترم مقتضيات الفصلين 23-327 (الفقرة 25) و 24-327 فيما يخص أسماء المحكمين و تاريخ الحكم التحكيمي، والفصل 25-327 (الخاص بالتوقيع على الحكم التحكيمي)". وعلى غرار المشرع الفرنسي، حيث تنص الفقرة 1 من المادة 1483 من ق م م ف على أنه: "يجب تطبيق أحكام المادة 1480 (الخاصة بصدر الحكم بالأغلبية وبالتوقيع) والمادة 1481 في شأن أسماء المحكمين وتاريخ الحكم، والمادة 1482 في شأن تسبيب الحكم، وإلا ترتب على مخالفة ذلك البطلان"⁵⁹⁵، وهذا ما تؤكده كذلك المادة 1492 حيث تنص: "لا يجوز اللجوء إلى الطعن بالبطلان إلا في الأحوال التالية: 6- إذا لم يتم تسبيب الحكم أو لم يذكر تاريخ صدوره، أو لم يذكر اسم المحكم أو المحكمين الذين أصدروه، أو لم يتضمن الحكم توقيع المحكم والمحكمين أو لم يصدر الحكم بأغلبية الأصوات"⁵⁹⁶.

⁵⁹³ قرار محكمة النقض المصرية ل 1986/12/03، الطعن 573 لسنة 51.ق. أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم، م س، ص 440.

⁵⁹⁴ - وفي الحقيقة فإن إقرار التشريعات للبطلان في هذه الحالة يرجع إلى أهمية هذه البيانات فتضمن الحكم التحكيمي أسماء المحكمين يساعد على التيقن من أن الحكم التحكيمي ليس صادرا عن شخص معنوي كما يمنع ذلك الفصل 320 من ق 05-08، كما يساعد أيضا على معرفة الأطراف أعضاء الهيئة التحكيمية والتأكد من استقلاليتهم وحيادهم، وعلى غرار أسماء المحكمين يساهم تضمين الحكم تاريخ صدوره في إثبات ما إذا كانت الهيئة التحكيمية قد أصدرت الحكم التحكيمي داخل الاجل المحدد لها، إلى غير ذلك من المزايا المهمة التي تحققها هذه البيانات. أنظر للمزيد: رضوان الحسوسي، م س، ص 112 وما يليها. محمد فاضل الليلي، م س، ص 284 وما يليها. عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان، م س، ص 93.

⁵⁹⁵ - النص الأصلي للفقرة من المادة 1483 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011)

« Les dispositions de l'article 1480, celles de l'article 1481 relatives au nom des arbitres et à la date de la sentence et celles de l'article 1482 concernant la motivation de la sentence sont prescrites à **peine de nullité de celle-ci** »

⁵⁹⁶ - أما المادة 1492 من ق م م الفرنسي (مرسوم 2011) فنصها الأصلي كالاتي:

« Le recours en annulation n'est ouvert que si : 6- La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ».



الباب الثاني : حياد المحكم و استقلاله

بعدما تم الحديث في الباب الأول من هذا القسم عن حق الدفاع باعتباره من أهم ضمانات التقاضي الأساسية، سواء كان ذلك أمام الهيئات التحكيمية أو الأجهزة القضائية الرسمية للدول، وتم استجلاء مظاهر هذا المبدأ في جل مراحل الدعوى التحكيمية، حيث لا يكاد أي إجراء من إجراءات مسطرة التحكيم يخلو من ضرورة احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الأطراف وإعطاء كل واحد منهما الفرصة لإبداء رأيه والدفاع عن حقه، سنستكمل دراستنا لهذه المبادئ الأساسية للتقاضي في المادة التحكيمية من خلال البحث في ركيزة أخرى من ركائز وضمانات التحكيم التجاري، والتي بدونها تختل موازين العدل، وتهدر حقوق المحتكمين، وتفقد تبعاً لذلك مؤسسة التحكيم بريقها وهيبته، وأعني هنا حياد واستقلال الهيئات التحكيمية، فهذين المبدئين لا يقلان أهمية عن حق الدفاع ومبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف، بل إن دور وأهمية الحياد والاستقلال في المادة التحكيمية أهم بكثير من المبادئ الأخرى⁵⁹⁷، إذ بدون الحياد والاستقلال والنزاهة لا يستقيم الحديث

⁵⁹⁷ - وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها، حيث اعتبرت استقلال وحيدة الحكم جوهر المهمة التحكيمية: « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre... sont de l'essence même de la fonction arbitrale » arrêt de la cour de cassation française, 1^{ère} chambre civile, du 16 mars 1999, Dalloz N° 35 du 07/10/1999. Page 497-500.

ويقول أحد الباحثين بخصوص أهمية الحياد والاستقلال في المادة التحكيمية: « Dans le contexte actuel de la commerce international, en forte évolution, le volume de contentieux tend à augmenter avec la croissance des échanges De nombreuses sociétés font le choix de nommer un arbitre et, souvent, de choisir un droit applicable, pour tenter de résoudre leur litige plus rapidement, afin que ce but soit atteint, il convient que l'arbitre exerce sa fonction de manière à ne pas semer la germe de l'annulation de sa propre sentence. **Il se doit être impartial et indépendant**, car il en va de la validité de sa sentence, son obligation étant d'ailleurs « renforcée du fait de la dimension contractuelle de l'arbitrage ».

Benoit le Bars, « le colloque et indépendance de l'arbitre vers une définition jurisprudentielle », études et commentaires, recueil Dalloz n° 36, 18 octobre 2012, page 2426.



عن احترام حقوق الدفاع أو المساواة بين المتخاصمين. فكيف للمحكم غير المحايد وغير المستقل أن يولي اعتبارا واهتماما لحقوق الأطراف ومصالحهم، فهو يحكم، والحالة هذه، بعيدا عن النزاهة والتجرد واتباعا لهواه وعاطفته وهو ما يعني الإضرار الحقيقي بمصالح أحد الأطراف أو كلهم جميعا.

وبالتالي ونظرا لخطورة هذا الوضع، وحفاظا على مصالح الأطراف من جهة وتكريسا لضمانات التقاضي الأساسية في مجال التحكيم من جهة ثانية، يجب على المحكّمين أخذ الحيطة والحذر عند تشكيل الهيئة التحكيمية والاحتراز في اختيار المحكم النزيه والمستقل⁵⁹⁸ و المتوفر على صفات الاستقامة والأخلاق الحميدة التي من شأنها أن تجعله في منأى عن أي تصرف قد يعصف بالعملية التحكيمية وحقوق أطرافها، كما يجب في نفس الوقت على الأشخاص المترشحين لاعتلاء منصة التحكيم التحلي بمجموعة من الصفات، واستجماع بعض الشروط حتى يكون أهلا لتولي هذه المهمة الشريفة، إلى غير ذلك من التدابير الاحترازية والضمانات التي تكفل توافر مبدأي الحياد والاستقلال في شخص المحكم (الفصل الثاني) لكن قبل الحديث عن الضمانات لا بد من الوقوف على تحديد معنى كل من الحياد والاستقلال وتبيان خصوصيتهما في مجال التحكيم بالمقارنة مع القضاء، بالإضافة إلى التطرق إلى الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع (الفصل الأول).

⁵⁹⁸ - وقد صدر في هذا الصدد قرار عن محكمة استئناف باريس يؤكد ضرورة حسن اختيار المحكم المحايد والمستقل:

Il faudra choisir son arbitre, investi « d'une mission à la fois contractuelle et juridictionnelle, qu'il doit remplir en toute conscience, **indépendance et impartialité** » Cour d'Appel Paris, Pôle 2, 1^{ère} chambre, du 01 mars 2011, n° 09/22701. Cité par Geneviève ANGENDRE, « Loyauté et impartialité de l'arbitre », Gazette du Palais, mercredi 23 jeudi 24 mai 2012. Page 21.



الفصل الأول:

مقتضيات الحياد والاستقلال في الدعوى التحكيمية

إن من بين المميزات الأساسية للتحكيم، والتي بفضلها تحتل هذه الوسيلة مكانة هامة ومرموقة في مجال تسوية المنازعات سواء الداخلية منها أو الدولية تلك الثقة المتبادلة بين الأطراف المحتكمة والمحكمين المشرفين على هذه العملية. هذه الثقة تلقي واجبا كبيرا وعبئا أخلاقيا على المحكم، حيث يجب على هذا الأخير، وحتى لا يخيب ظن الأطراف أو الطرف الذي اختاره تجاه هذا الشخص، وما يستتبع ذلك من تعطيل لإجراءات التحكيم، أن يكون محايدا ومستقلا ويقوم بمهمته التحكيمية بكل مهنية وتجرد دون تحيز أو هوى.

فشرطا للحياد والاستقلال أساسيان وحاسمان في الدعوى التحكيمية وفي استمرار إجراءاتها وعدالة ما ستصدره الهيئات التحكيمية من أحكام، فهما ركيزتان لمباشرة الوظيفة القضائية أيا كان القائم بها قاضيا أو محكما، ومن الضمانات الأساسية القضائية التي تساعد على الاستقرار القضائي في أي نظام قانوني⁵⁹⁹.

فإذا كان استقلال القاضي وحياده أثناء نظر النزاع يبعث الطمأنينة والرضا في نفوس المتنازعين ويكون عاملا رئيسيا في خضوعهم للحكم القضائي، كذلك الشأن أيضا

⁵⁹⁹ - وهذا ما جاء في قرار لمحكمة استئناف القاهرة: "لما كان حياد المحكم واستقلاله - وباعتباره قاضيا يفصل في خصومة - من الضمانات الأساسية للتقاضي أمام المحكمين، وموّدَى نص المادة 19 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 أن القواعد والإجراءات الخاصة ببرد المحكمين من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ذلك أنها من ناحية أولى تتعلق بضمانتي الحيادة والاستقلال اللتين لا غنى عنهما لمباشرة السلطة القضائية أي كان مصدرها..." قرار الدائرة 91 تجاري في الدعوى رقم 120/160 جلسة 2003/06/29، أشار إليه عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم م، س، هامش ص 58.

كما جاء أيضا في قرار لها: "أن مبدأ حياد المحكم باعتباره قاضيا يفصل في خصومة التحكيم هو من الضمانات الأساسية للتقاضي أمام المحكمين، ويتأسس ذلك على قاعدة أصولية قوامها وجوب اطمئنان المتقاضين إلى قضائتهما وأن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى..." قرارا صادر عن محكمة استئناف القاهرة (الدائرة 91 تجاري) في الدعوى رقم 445 لسنة 121 ق، جلسة 2005/02/27 تحكيم، قرار أورده كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010، هامش ص 75.



في التحكيم، حيث يعد حياد واستقلال الهيئات التحكيمية ضمانة رئيسية في استقرار ونجاح مسطرة التحكيم، بالإضافة إلى مساهمتها في الامتثال التلقائي والرضائي للحكم التحكيمي من طرف المحكّمين⁶⁰⁰.

واعتبارا للدور الكبير للحياد واستقلال في نجاح الدعوى التحكيمية فقد اعترفت بهما أغلب النظم القانونية، وجعلت هذين المبدأين من الصفات الأساسية التي يجب توافرها في المحكم حتى يقوم بالمهمة التحكيمية والتي يتعين التأكد منها وقبل بداية الفصل في النزاع التحكيمي، وقد أشار المشرع المغربي في القانون رقم 05-08 إلى هذين الشرطين بنصه في الفصل 06-327 في الفقرة الثانية على أنه: "يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله"⁶⁰¹.

وهكذا وللإحاطة أكثر بمقتضيات الحياد والاستقلال في الدعوى التحكيمية وتفصيل الحديث عن هذا المبدأين الهامين، سنحاول تحديد مفهوم مبدأ الاستقلال سواء من الناحية النظرية أو التطبيقية و دراسة الشروط اللازمة لتحقيقه (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك سنتحدث عن الحياد في المادة التحكيمية من خلال تعريفه وتمييزه عن الاستقلال مع الوقوف على الإشكالات التي يثيرها هذا المبدأ ومدى تأثير هذه الإشكالات على أهمية هذا المبدأ (المبحث الثاني)

⁶⁰⁰ - للمزيد في هذا الصدد أنظر:

- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية و التطبيق، م، س، ص 244 وما يليها.
- نجم رياض نجم الربضي، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2003، ص 75 وما يليها.

Philippe FOUCHARD, « le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française ». Revue arbitrage n° 3, 1990. Page 334.

⁶⁰¹ - و على غرار التشريع المغربي نصت معظم التشريعات على هذا المقتضى (المادة 19 من قانون التحكيم المصري) (المادة 18 من قانون التحكيم الأردني) (المادة 1456 من ق م م ف المرسوم رقم 48 لسنة 2011. أما بخصوص قواعد التحكيم التجاري الدولي فهي الأخرى أكدت على هذا الأمر (المادة 11 وما بعدها من قواعد الأونيسترال للتحكيم الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة (صيغة 2013) و (المادة 12 من القانون النموذجي) وغيرها.



المبحث الأول:

الاستقلال في المادة التحكيمية: مفهومه وشروط تحققه

إن دراسة مبدأ الاستقلال في المادة التحكيمية، والوقوف على أهميته البالغة في نجاح الدعوى التحكيمية، وعدالة أحكام المحكمين، يقتضي منا فك رموز هذا المصطلح، وتحديد موقف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في هذا الصدد إلى جانب رأي الفقه واجتهاد القضاء تجاه هذه الركيزة الأساسية لمؤسسة التحكيم (المطلب الأول) هذا بالإضافة إلى تبيان الشروط اللازمة لتحقيق استقلال الهيئات التحكيمية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي لاستقلال في المادة التحكيمية

بالرغم من الأهمية الكبيرة الهامة التي يعتليها مبدأ استقلال الهيئات التحكيمية ضمن المبادئ والضمانات الأساسية للتقاضي في المادة التحكيمية، إلا أنه لم يلق اهتماما تشريعيا يليق بمكانته هاته، حيث لم تحدد معظم التشريعات الوطنية وأيضا الاتفاقيات الوطنية مفهوم هذا المبدأ، وهو ما حاول الفقه (الفقرة الأولى) والقضاء (الفقرة الثانية) تداركه بوضع تعاريف ومعاني لهذا المصطلح.

الفقرة الأولى: المفهوم النظري لاستقلال المحكم

لقد أعطيت لمصطلح الاستقلال العديد من التعاريف الفقهية، من ذلك مثلا أن استقلال المحكم يعني عدم وجود صلة بينه وبين أحد الأطراف أو موضوع النزاع التحكيمي فالاستقلال (حسب هذا الفقه) يتصل بوقائع مادية حول علاقة المحكم بأطراف الدعوى تجعله تابعا ويكون ضميره وقناعه متأثرا بهذه العلاقة⁶⁰².

⁶⁰² سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2006، ص 186 وما يليها. هنا و نشير إلى أن لائحة مركز التحكيم والوساطة للمنظمة الدولية للملكية الفكرية التابعة للأمم المتحدة والكائن مقرها بجنيف قد نصت على أنه يقصد باستقلال المحكم تحليله بصفات موضوعية تنفي ارتباطه بأحد الخصوم برابطة أو مشاعر تجعله يرجح مصالح أحدهم على الآخر. للمزيد في هذا الصدد أنظر: جاك يوسف الحكيم، التحكيم في مجال الملكية الفكرية، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي العدد السادس، ص 123 وما بعدها.



وبذلك فهذا المبدأ يرصد مركزا واقعيًا⁶⁰³، أي الوضع الذي يكون عليه المحكم وقت اختياره ليتولى مهمة التحكيم والفصل في النزاع التحكيمي، وهو ما يفرض اذن انتفاء رابطة التبعية بين المحكم ومن اختاره، فلا يعمل لحسابه ولا ياتمر بتوجيهاته، حتى يكون مركز ووضع المحكم في منأى عن أي شبهة قد تثير شكوكا حول استقلال هذا المحكم.⁶⁰⁴

وبالتالي فتقرير ما إذا كان المحكم مستقلا عن أطراف النزاع هو أمر يمكن إثباته في أغلب الحالات، فعدم التبعية التي تعتبر أمرا ضروريا لاستقلال الهيئات التحكيمية تقتضي عدم وجود أية علاقة أو صلة بموضوع النزاع أو أحد المحتكمين أو ممثليهم، زد على ذلك عدم خضوعه لأية مؤثرات خارجية⁶⁰⁵.

الفقرة الثانية: المفهوم التطبيقي لاستقلال المحكم

إلى جانب الفقه، اجتهد القضاء بدوره في تعريف الاستقلال، وهكذا فقد عرفت محكمة استئناف القاهرة استقلال المحكم بأنه: "عدم ارتباطه - أي المحكم - بأي رابطة تبعية خصوصا بأطراف النزاع أو الدولة أو الغير وعدم وجود روابط مادية وذهنية تتنافى مع استقلاله

⁶⁰³ - كما عبر ذلك الأستاذ « Benoit LE BARS » بقوله:

"L'indépendance est considérée comme une situation de droit ou de fait , que l'on pourrait apprécier objectivement »

Benoit LE BARS « le colloque et indépendance de l'arbitre vers une définition jurisprudentielle » Op.cit. Page 2427.

Voir aussi :- M. HENRY « les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Revue de l'arbitrage 1999. Page 193.

- Thomas Clay « l'arbitre » Dalloz édition 2000. Page 361 et suivant.

⁶⁰⁴ - راجع في هذا الصدد: - نجم رياض نجم الرضوي، م، س، ص 53 وما يليها.

- محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م، س، ص 278.

- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م، س، ص 248.

⁶⁰⁵ - ويضيف بعض الفقه أن عدم الاستقلال لا ينشأ فقط من علاقة خاصة للمحكم مع أحد الأطراف، بل قد يتوافر من علاقة خاصة بين المحكم ومحامي الطرف، على أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار - عند تقدير أثر هذه العلاقة الخاصة - أن من يمارسون مهمة التحكيم قليلو العدد، وهم يمارسون عادة التحكيم، يباشرون أيضا الدفاع في تحكيمات أخرى، وهناك علاقات مهنية خاصة بينهم. و من ناحية أخرى، فإن الخصوم والمحكمين قد يعملون في نفس المهنة وتنشأ بينهم علاقات مهنية، ومثل هذه العلاقة المهنية وحدها يجب ألا تؤخذ باعتبارها مؤشرا على عدم استقلال المحكم عن الخصم. أنظر بخصوص هذه الاتجاهات الفقهية:

واللي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م، س، ص 250. و أيضا علي بركات، م، س، ص 213 وما يليها.

و للمزيد من التفصيل حول هذه النقطة أنظر: كرم محمد زيدان النجار، م، س، ص 88 وما يليها.



بحيث تشكل خطراً مؤكداً للميل إلى جانب أحد أطراف التحكيم، وتطبيقاً لذلك، فإن المحكم يكون غير مستقل إذا كانت له مصالح مادية أو شراكة أو ارتباطات مالية مع أي من طرفي الخصومة المعروضة عليه، أو إذا كان المحكم ينتظر من أحد الأطراف ترفيعاً أو ترقية، أو يكون خاضعاً لتأثيره وتوجيهه أو خاضعاً لتأثير وعد أو وعيد منه، كأن يباشر تقديم استشارات ومساعدة فنية لأحد أطراف الخصومة التحكيمية مقابل أجر أثناء سير إجراءات التحكيم، أو أن يعمل مستشاراً بمقابل لشركة تابعة للشرطة القابضة التي يتبعها أحد أطراف التحكيم، أو إذا تم تعيينه كمستخدم لدى أحد أطراف النزاع في اليوم التالي لإصداره حكم التحكيم⁶⁰⁶.

كما قضت محكمة استئناف تونس بأن: "الاستقلالية مفادها أن لا يكون للمحكم أية علاقة أو رابطة سواء كانت مادية أو أدبية بأحد أطراف الخصومة التحكيمية، وأن كل رابطة من هذا القبيل توجد بين المحكم وأحد طرفي النزاع التحكيمي تشكل خطراً على الطرف الآخر وتفقد المحكم استقلاليته"⁶⁰⁷.

و بالإضافة إلى هذا، عرفت محكمة استئناف باريس الاستقلال بما يلي:

« L'indépendance de l'arbitre est l'essence de sa fonction juridictionnelle en ce sens que, d'une part, il accède dès sa désignation au statut de juge, exclusif par nature de tout lien de dépendance à l'égard des parties et que, d'autre part, les circonstances invoquées pour contester cette indépendance doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature affecter le jugement de l'arbitre en constituant un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties à l'arbitrage »⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة (الدائرة 91 تجاري، جلسة 29 أبريل 2004 في الدعوى رقم 01 لسنة 120 ق، وجلسة 2004/03/30 في القضية رقم 78 لسنة 120 ق تحكيم. أشار إليه محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2009، هامش ص 278 و 279.

⁶⁰⁷ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس عدد 88/87/86 بتاريخ 2001/04/24، مقتطف هذا القرار منشور بمجلة التحكيم، العدد 08، السنة الثانية، أكتوبر 2010 ص 252.

⁶⁰⁸ - Cour d'Appel de Paris, 1ère chambre, secteur C, arrêt n° 96/82828 du 20 Novembre 1997, cité par Geneviève ANGENDRE, « Loyauté et impartialité de l'arbitre » Geneviève ANGENDRE, « Loyauté et impartialité de l'arbitre » Gazette du Palais, 23/24 mai 2012. 22.



ويعلق بعض الباحثين⁶⁰⁹ على هذا القرار قائلاً:

« Cette définition contient tout le principe d'indépendance qui peut être compromis par l'existence de liens personnels ou intellectuels entre un arbitre et une partie ou son conseil ».

من خلال كل ما سبق تتضح و بحق الأهمية القصوى و الدور البارز لاستقلال المحكمين في نجاح وعدالة الدعوى التحكيمية، وهذا ما حدا بالأستاذ Benoit LE BARS إلى جعل هذا المبدأ حيز زاوية في مؤسسة التحكيم إذ يقول:

« L'indépendance est l'une des pierres angulaires de l'arbitrage, qu'il soit interne ou international, car sans indépendance l'édifice arbitral, fondé sur la confiance, ne fonctionne plus... »⁶¹⁰

ويضيف الفقيه Thomas CLAY بخصوص أهمية الاستقلال في المادة التحكيمية:

« La question de l'indépendance de l'arbitre ne ressort pas du domaine de la composition régulière ou irrégulière du tribunal arbitral. L'indépendance de l'arbitre est une composante fondamentale de l'arbitrage, et relève comme telle de l'ordre public interne ou international »⁶¹¹.

⁶⁰⁹ - Geneviève ANGENDRE, op. Cit, page 22.

⁶¹⁰ - Benoit LE BARS ; « Obligation de révélation des liens de l'arbitre avec l'avocat d'une des parties : il va falloir attendre encore un peu » La semaine juridique – édition générale- N° 48, 26 Novembre 2012. Page 2144

⁶¹¹ - Thomas Clay, « chronique de droit de l'arbitrage n° 5 ». Petites affiches n° 144 du 21 juillet 2009 page 06 et suivante ([publié sur lextenso.fr](http://publié-sur.lextenso.fr)) , Consulter le 20/05/2013 à 16h.



المطلب الثاني: شروط تحقق استقلال المحكم

من خلال التعاريف الفقهية والقضائية المذكورة أعلاه يتضح أن هناك مجموعة من الشروط يجب تحققها حتى يتم الحديث عن استقلال المحكم، وتتمثل في ضرورة انتفاء مصلحة المحكم في النزاع (الفقرة الأولى) واستقلاله عن الأطراف وعن الغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: انتفاء مصلحة المحكم في النزاع

بما أن المحكم يقوم بوظيفة قضائية - حسب الفقه - فإنه من الطبيعي أن لا تكون له مصلحة في النزاع، وإلا فكيف يكون الخصم قاضيا وحكما في نفس الوقت؟ فهذا لا يستقيم من الناحية القانونية والواقعية، إذ غالبا ما سيرضخ المحكم للجهة التي فيها مصلحته، وبالتالي فمن الركائز الأساسية للحديث عن استقلال الهيئات التحكيمية عدم وجود أية مصلحة في النزاع التحكيمي سواء كانت مصلحة أدبية أو مالية⁶¹².

وهكذا فقد حكم في فرنسا، بأن المحكم لا يكون مستقلا إذا كان في نفس الوقت الذي يقوم فيه بالتحكيم بين المتخاصمين، يباشر مهمة شخصية لأحد أطراف التحكيم بتقديم الاستشارة والمساعدة الفنية أو إذا كان مستشارا لإحدى الشركات الداخلة ضمن مجموعة الشركات التي تنتمي إليها الشركة الطرف في التحكيم، وكان هذا المحكم يتقاضى على هذه المهام الاستشارية والفنية راتبا ومقابلا ماليا، وعلى العكس من ذلك فإن انتماء المحكم لمهنة أو حرفة أحد الطرفين لا يعد سببا لعدم استقلاله⁶¹³.

⁶¹² - أنظر في هذا الصدد:

• نجم رياض نجم الرضي، م، س، ص 54 وما يليها.

• كرم محمد زيدان النجار، م، س، ص 78 وما يليها.

• أبو العلاء النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2006، ص 50.

⁶¹³ - بخصوص هذه الأحكام والقرارات القضائية الفرنسية أنظر: فوشار، بند 1030، ص 583، الهوامش 28، 29، 30 و31، م، س، ص 583 وما بعدها. ويشير الأستاذ محسن شفيق إلى أمثلة من القضاء الأمريكي والأوروبي لعدم الاستقلال من ذلك مثلا المحكم الذي يعمل مهندسا وكان قبل التحكيم بأربع سنوات قد أعطى استشارة هندسية لأحد الخصوم مقابل أتعاب (حكم للمحكمة العليا الأمريكية) وأيضا المحكم الذي يثبت أن زوجته تعمل في مكتب محامي أحد الخصوم (حكم المحكمة الاتحادية سويسرا). للمزيد حول هذه الأحكام القضائية أنظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، طبعة 1997، ص 232 (الهامش رقم 121 و 122).



الفقرة الثانية: الاستقلال عن أطراف النزاع وعن الغير

بالإضافة إلى شرط انتفاء مصلحة في النزاع، يقتضي استقلال الهيئات التحكيمية كذلك ضرورة استقلال المحكمين عن الأطراف المحكمة (أولا) و أيضا عن الغير (ثانيا) فما هو موقف الفقه في هذا الصدد؟ وكيف تعامل القضاء مع هذه الشروط؟

أولا: الاستقلال عن أطراف النزاع

حيث ينبغي للمحكم أن يكون على استقلالية تامة بأحد الأطراف النزاع، وأن يتجنب أي علامة أو رابطة من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله، وإذا ما كان هناك شيء من هذا القبيل فيجب عليه الإفصاح به.

و يؤكد القضاء⁶¹⁴ في هذا الصدد على أن الظروف التي يمكن معها المنازعة في استقلال المحكم ينبغي تفاديها بالكشف عن أي صلة قد تدفع بالمحكم إلى الميل لصالح أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، من ذلك مثلا إجراء اتصالات من جانب واحد مع أحد الأطراف بشأن موضوع يتعلق بالتحكيم، أو قبول هدايا أو مزايا بطريق مباشر أو غير مباشر من أي من طرفي العلاقة التحكيمية⁶¹⁵ إلى غير ذلك من الروابط والظروف التي قد تؤثر في استقلالية المحكم وتدفعه إلى الانحياز إلى أحد الأطراف⁶¹⁶.

⁶¹⁴ قرار محكمة استئناف باريس صادر بتاريخ 1995/03/23 أشار إليه ، نجم رياض الربضي م، س، ص 55.
⁶¹⁵ - وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عنها أن العلاقة المدعي بها بين المحكم وأحد أطراف التحكيم والتي تنحصر في: "أنه في الفترة السابقة على تعيينه محكما، كلفت الشركة (X) الطرف في هذا النزاع هذا المحكم بأن يبحث لهذه الشركة عن محام من دولة الطرف الآخر يصلح أن يكون وكلا عنه في نزاع التحكيم الذي وقع لاحقا لا يفيد بأن هذا المحكم منحازا لهذا الطرف، وبالتالي فإن المعلومات التي قدمها هذا المحكم لأحد الأطراف في فترة سابقة على قيام نزاع التحكيم لم تستخدم في أسباب الحكم في النزاع، وبالتالي فلا مجال للاعتراض عليها. حكم محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى، صادر بتاريخ 16 مارس 1999، منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني يناير 2000، ص 229، أشار لهذا الحكم مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الطبعة الأولى 2005، ص 73 وما بعدها.

⁶¹⁶ - و للمزيد حول هذه النقطة أنظر: ناصر الزيد، المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون، مقال منشور بمجلة التحكيم، العدد 05 يناير 2010 السنة الثانية ص 141 وما يليها.



وفي هذا الصدد قد قضت محكمة النقض الفرنسية إلى أن مجرد التعيين المتكرر للمحكم من طرف نفس المحتكم وفي نزاعات تحكيمية متعددة وكثيرة قد يفقد هذا المحكم استقلالية ويؤثر في نزاعته واستقامته، ومما جاء في هذا القرار:

« Le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe partie à la procédure, de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie, à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation »⁶¹⁷

و في نفس الإطار قضت محكمة ريم بفرنسا، في قرارها لها بما يلي:

« Les parties ont droit à la transparence des informations, l'indépendance de l'arbitre ne pouvant pas être mesurée à l'aune des diverses sentences rendues ayant donné tort aux sociétés du groupe carrefour Promodès, la que n'étant pas de savoir si l'arbitre a été impartial, mais il existe des éléments qui permettent de créer un doute raisonnable aux yeux des parties »⁶¹⁸.

و بالإضافة إلى هذا فإنه أصبحت تطرح في الآونة الأخيرة بخصوص استقلال وحياد المحكمين الدوليين إشكالية تتعلق بمدى إمكانية جمع هؤلاء المحكمين بين مهنة المحامي ومهمة التحكيم خصوصا في منازعات الاستثمار الدولية؟

فإذا كانت العديد من القواعد والقوانين المنظمة للتحكيم، لا تعتبر الجمع على التوازي بين دوري المحكم والمحامي من ضمن الحالات التي تثير الشكوك حول استقلال المحكمين تجاه أطراف النزاع التحكيمي وتستوجب بالتالي الإفصاح عنها تحت طائلة التجريح

⁶¹⁷ - Cassation. 1^{ère} chambre civile, 20 octobre 2010, Arrêt n° 09/68997, Cité par Geneviève ANGENDRE, op. Cit. Page 24.

⁶¹⁸ - Cour d'Appel de Reims. 31 janvier 2012, Arrêt n° 10/03288, cité par Geneviève ANGENDRE, op.cit. Page 25.

(الرد)، إلا أن تزايد عدد طلبات رد المحكمين في الآونة الأخيرة لأسباب تتعلق بنشاطهم الموازي كمحاميين قد أجبر عددا من المؤسسات التحكيمية على إعادة النظر في هذه المسألة⁶¹⁹. وقد صدر في هذا الإطار قرارا من المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 14 أكتوبر 2009 في نزاع بشأن طلب الرد (التجريح) المقدم ضد أحد المحكمين في قضية تحكيمية خاضعة لقواعد (النافتا = NAFTA وتعني اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية) وقواعد الأونسيترال، وطرفي هذا النزاع Vito G. Gallo (أمريكي) ضد الحكومة الكندية، وقد انتهى هذا القرار إلى أن مشاركة المحكم في هيئة تحكيم تنتظر في قضية تحكيمية طبقا لاتفاقية (النافتا) وتتضمن دولة طرف في تلك الاتفاقية مع مزاولته، في ذات الوقت، لمهام مستشار لدولة أخرى طرفا أيضا في نفس الاتفاقية وتملك قانونا حق التدخل في إجراءات التحكيم التي تتم طبقا لنصوصها، فإن ذلك من شأنها حتما إثارة شكوك لها ما يبرره حول حيادية المحكم واستقلاله، ذلك أنه وفي مثل هذه الظروف يمكن تصور أن ينظر المحكم بنوع من الاهتمام إلى مصالح الدولة التي تستشيرها، وبالتالي قد يتأثر قراره بالمصالح المحتملة لتلك الدولة في نتيجة الإجراءات، كذلك في حالة تدخل هذه الدولة لاحقا وبشكل رسمي في إجراءات التحكيم طبقا لنص المادة 1128 من اتفاقية NAFTA، فإن من شأن ذلك أن يؤدي بالضرورة إلى إعادة تشكيل هيئة التحكيم وهو أمر لا يخلو من مشاكل.

وحيث إن المكسيك لم تكن حتى صدور القرار قد تدخلت في إجراءات التحكيم المقامة ضد الحكومة الكندية، فإن القرار لم يجد ما يبرر (تجريح) المحكم، ولكنه أراد تجنب استمرار تلك الإجراءات مع وجود شبهة لإمكانية تدخل المكسيك لاحقا فيها، ومن تم تخيير المحكم بين تولي مهمة التحكيم أو الاستمرار في تقديم الاستشارات للمكسيك. وقد جاء منطوق هذا الحكم

⁶¹⁹ - فقد أعلنت محكمة التحكيم الرياضية (CAS) في اجتماعها بلوزان بتاريخ 29 سبتمبر 2009 تعديل قواعدها لمنع من يعمل محاميا في القضايا المنظورة أمامها من تولي مهمة التحكيم في قضايا أخرى. وجاء في البيان الصحفي الصادر عن تلك المحكمة أن قرار منع (ارتداء قبعتي المحكم/المحامي) قد صدر لتفادي مخاطر تعارض المصالح ولتقليل عدد طلبات الرد (التجريح) المقدمة ضد المحكمين الذين يجمعون بين هذين الدورين.

كما بدأت غرفة التجارة الدولية تنتشدد منذ أغسطس 2009 في تطلب إفصاح المحكم عن مدى تفرغه لحسم النزاع، وذلك عن طريق توضيح عدد القضايا التي يتولاها، فضلا عن أية التزامات أخرى لديه خلال الـ 12-18 شهرا، والتي من شأنها أن تؤثر على سرعة حسم النزاع. للمزيد في هذا الصدد أنظر: تعليق الدكتور محمد عبد الرؤوف على قرار CIRDI الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 2009، والمنشور بمجلة التحكيم، العدد 05 السنة الثانية يناير 2010، ص 760 وما يليها.



كما يلي: "...أطلب من السيد 'توماس' أن يعلمني بخياره بين الاستمرار في تقديم المشورة إلى المكسيك أو الاستمرار في القيام بمهمته كمحكم في هذه الدعوى خلال مهلة سبعة أيام".⁶²⁰.

ثانيا: استقلال المحكم عن الغير

لا يكفي للقول باستقلال الهيئات التحكيمية انتفاء مصلحة لها في النزاع التحكيمي، واستقلالها عن أطراف العلاقة التحكيمية، بل يجب بالإضافة إلى ذلك، أن يكون المحكم مستقلا عن الغير، وي طرح هذا الأمر بحددة في التحكيم المؤسسي الذي يجرى من طرف مراكز ومؤسسات التحكيم التجاري، حيث ينبغي في هذه الحالة أن يبقى المحكم الممارس للتحكيم تحت مظلة هذه المؤسسات التحكيمية مستقلا عنها، فلا يأتزم بأوامرها ولا يخضع لها من الناحية الفنية، بل يبقى فقط ملتزما بإجراءاتها التنظيمية للعملية التحكيمية⁶²¹. وبالتالي فإذا ما تبين للمحكم أن السياسة الخاصة بمؤسسة تحكيمية معينة تتناقض مع مبادئ الاستقلال ومقوماته، وهو ما سيؤثر في صلاحية ونزاهة هذا المحكم، حيث سيكون حكمه التحكيمي مجرد امتلاء وانتصار لرغبة هذه المؤسسة، فإنه يجب على المحكم والحالة هذه الابتعاد عن التحكيم تحت مظلة مثل هذه الهيئات التي لا تتوافر فيها المقومات الأساسية للعدالة⁶²².

⁶²⁰ - قرار صادر عن الأمين العام المساعد للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) نسيب زيادة بتاريخ 14 أكتوبر 2009، أنظر تفاصيل هذا القرار في مجلة التحكيم، العدد 05 يناير 2010 (السنة الثانية) ص 745 وما يليها. ويقول الدكتور محمد عبد الرؤوف معلقا على هذا القرار الهام:

"ولعل القرار الصادر من الدكتور زيادة نسيب يمهّد لموقف أكثر حسما قد يعلن مستقبلا في حالة تزايد عدد طلبات الرد المقدمة ضد المحكمين المعنيين أمام مركز الأكسيد CIRDI لأسباب تتعلق بتعدد القبعات التي يرتديها المحكم، ولكن يبقى التساؤل هل من المنصف أن نطلب من المحكم أن يتوقف عن ممارسة الدور الذي ساهم في توليه مهمة القضاء كمحكم؟ في تقديرنا فإن أوان تفرغ المحكم الدولي لمهمة التحكيم لم يحن بعد، وحتى لا يتم التعجيل بذلك دون مبرر، يتعين على هوة تبديل القبعات تجنب التعارض الفج للمصالح وعدم إغفال طبيعة دورهم كقضاة (محكمين) يتعين أن تتوافر فيهم أقصى درجات الحيطة والاستقلال". للمزيد حول قرار CIRDI وتعليق الدكتور عبد الرؤوف محمد عليه، راجع مجلة التحكيم، العدد 05 يناير 2010، ص 759 وما يليها.

⁶²¹ - راجع في هذا الصدد: نجم رياض نجم الربضي، من س، ص 57 وما يليها.

⁶²² - محمد كرم زيدان النجار، م، س، ص 81 وما يليها.

و للمزيد حول هذه النقطة أنظر: *حميد محمد اللهي، استقلال المحكم في ضوء قواعد بعض قوانين وأنظمة التحكيم الدولية والوطنية، مجلة التحكيم، العدد 45، نوفمبر 2003، ص 14 وما يليها
* ابراهيم العسري، الاستقلال في المادة التحكيمية: مفهومه وشروط تحققه، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 141، يونيو-غشت 2013، ص 53 وما يليها.



المبحث الثاني:

الحياد في المادة التحكيمية: ماهيته وإشكالاته

على غرار مبدأ الاستقلال في المادة التحكيمية، أجمت أغلب التشريعات الوطنية للدول ومن بينها التشريع المغربي، على وضع تعريف لمبدأ الحياد في المادة التحكيمية، وذلك بالرغم من الأهمية البالغة لهذا المبدأ في الدعوى التحكيمية وتحقيق عدالة أحكامها.

هذا النقص الحاصل في التشريعات حاول الفقه والقضاء تداركه من خلال محاولتهم إعطاء تعريف لهذا المفهوم وتحديد عناصره الأساسية والتي بدونها لا يمكن الحديث عن حياد حقيقي للهيئات التحكيمية.

وهكذا ولدراسة هذا المبدأ الهام في منظومة التحكيم سنتحدث عن مختلف تلك التعاريف سواء من الناحية النظرية أو القضائية (المطلب الأول) ثم بعد ذلك سنحاول استجلاء واستخلاص ما يثيره مفهوم وفكرة الحياد من إشكالات، والتي بطبيعة الحال لا تنقص من قيمته، حيث لا يتجاوز تأثيرها في معظم الحالات الجانب النظري لهذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الحياد وتمييزه عن الاستقلال

تقتضي منا دراسة هذا المطلب تحديد مفهوم الحياد ووجهات نظر كل من الفقه والقضاء في هذا الصدد (الفقرة الأولى) ثم تبيان أوجه الاختلاف والتشابه بين كل من الحياد والاستقلال في المادة التحكيمية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف الحياد في المادة التحكيمية

لقد حاول الفقه والقضاء تدارك النقص الحاصل في التشريعات بخصوص تعريف حياد الهيئات التحكيمية، والاجتهاد في تبيان ماهية هذا المبدأ الهام من مبادئ العدالة



التحكيمية، وهكذا عرفه الأستاذان DIDIER et GEORGES ALBERT بأنه: "مسألة شخصية أو حالة نفسية تعني خلو المحكم من أي ميل، أو تعاطف مسبق مع وجهة نظر أحد الخصوم في النزاع الذي سبب فصل فيه، بغض النظر عن الطريقة التي تم اختياره بها"⁶²³.

وفي هذا الصدد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن واجب الحياد يعني ألا يكون للمحكم ميل ذهني أو نفسي لصالح أحد طرفي النزاع أو ضده، بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى لأحد أطراف النزاع، ويجب أن يكون من شأن العداوة أو المودة قوة يستنتج من خلالها قيام خطر عدم الحيادة عند إصدار الحكم⁶²⁴.

كما قضت أيضا بأن "حياد المحكم يقتضي من هذا الأخير الامتناع عن الاتصال بأحد طرفي التحكيم بعد بدء الإجراءات لمناقشته في النزاع محل التحكيم، ولو كان هذا الطرف هو الذي قام باختيار هذا المحكم، على أن مجرد تلاقي المحكم مع أحد طرفي التحكيم بطريقة الصدفة دون مناقشة النزاع محل التحكيم لا يثير الشك في حيادة المحكم"⁶²⁵.

و مقابل هذا نجد القضاء الفرنسي يقر بأنه لا يوجد ما يمنع محكم نظر تحكيما سابقا من أن ينظر تحكيما آخر يتعلق بمركز واقعي يشبه المركز الواقعي في التحكيم السابق إذا كان بين أطراف مختلفين، ونفس الأمر إذا تعلق التحكيم الجديد بمسألة قانونية سبق أن ابدى المحكم بشأنها رأيا في التحكيم السابق⁶²⁶.

⁶²³ -GEORGES ALBERT ET DUDIER MATEAY, « l'arbitre, pouvoirs et statut », Bruylant, édition 2003, page 75 et suivant.

⁶²⁴ - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 30 مارس 2004 في القضية رقم 78 لسنة 120 ق. أشار إليه محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م، س، هامش ص 279.

⁶²⁵ - قرار لمحكمة استئناف القاهرة الدائرة 91 تجاري، صادر بتاريخ 2005/02/27 في الدعوى رقم 288 لسنة 121 ق، أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م، س، ص 246.

⁶²⁶ - بخصوص هذا الحكم أنظر:

Philippe FOUCHARD et autres, op. cit, page 585.

كما قضت محكمة استئناف القاهرة في قرار لها بأنه لا يعتبر سببا لعدم حيده المحكم القول بأنه عضو في هيئة تحكيم أخرى تنتظر نزاعا ناشئا عن عقد المقاوله محل التحكيم المطلوب رده عن نظره، وأن ذلك أتاح له الاطلاع على معلومات ووثائق ووجهات نظر ليست في حوزة المحكمين الآخرين في الهيئة التي تنتظر النزاع الأمر الذي لا يتحقق معه مبدأ المواجهة بين الخصوم وضرورة ألا يصل بعلم المحكمين أية معلومات من مصدر آخر سوى ما يقدمه الخصوم في التحكيم المائل أمامهم، ذلك أن مجرد اشتراك المحكم في نظر تحكيم آخر بين نفس الأطراف ليس من شأنه التشكيك في حيده، ما دام ليس هناك دليل على أنه قد كون رأيا في النزاع المطلوب رده عنه، والأمر غير ذلك إذا كانت هيئة التحكيم التي تنتظر النزاع الآخر قد أصدرت فيه حكمها، وبالتالي يكون المحكم قد أبدى رأيا مسبقا في موضوع النزاع المطلوب رده عن نظره، فاختيار محكم من أحد الأطراف في تحكيم قائم، ثم اختيار هذا الطرف لنفس المحكم في التحكيم الجديد لا يعتبر في حد ذاته دليلا على انحياز المحكم لهذا الطرف ولا يشكك في حيده أو قدرته على الحكم بدون ميل في النزاع الجديد⁶²⁷.

⁶²⁷ - قرار صادر عن استئناف القاهرة الدائرة 91 تجاري، بتاريخ 2003/11/22 في الدعوى رقم 342 لسنة 120 ق تحكيم، أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م، س، ص 247. وفي نفس السياق فإن تبني أحد المحكمين لرأي زميل له لا يعتبر ماسا بالحياد، باعتبار أن ذلك من صميم عمله، وهذا ما أكدته المجلس الأعلى في قرار له جاء فيه: "لكن حيث إنه لا يوجد قانونا ما يلزم بتوقيع المحكمين المختلفين في الرأي بجانب المحكم الفصيل للحكم التحكيمي الصادر عنه أو إنذارهما بالحضور للغاية المذكورة، اعتبارا إلى أن الإنذار يتعلق بحضور المحكمين الاجتماع مع المحكم الثالث وليس التوقيع، إضافة إلى أن مهمة من يحكم من الغير تقتصر على تحديد الرأي الذي يفضل على بقية الآراء، حسبما يقضي بذلك الفصل 316 من ق م م القديم وهو ما لا يستلزم وجود توقيع آخر غير توقيع، ولا يتعارض ذلك مع انتقاده لرأي أحد المحكمين وتبنيه لرأي المحكم الآخر، وما ورد بمذكرات أحد أطراف النزاع طالما أن ذلك يعد من صميم مهمته ولا يقدح من حياديته، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللت قرارها بما مفاده أنه لا يوجد ضمن بنود الفصل 315 ق م م وما يليه (القديم) ما يفيد بأن يكون المقرر التحكيمي الصادر عن المحكم من الغير موقعا من طرف باقي المحكمين المختلفين، وهو عندما يرجح رأيا يعل ذلك بتبني رأي أحد المحكمين، وإذا ما تبني ما ورد بمذكرات هذا الأخير، فإن ذلك لا يخرج عن قاعدة الحياد ما دام المطلوب منه هو ترجيح أحد الآراء المعروضة عليه، تكون قد سايرت المبدأ المذكور... وبذلك لم يخرق قرارها أي مقتضى وأتى معللا بما يكفي وبشكل سليم" قرار عدد 247 صادر بتاريخ 2008/03/05 في الملف التجاري عدد 2004/01/03/1118، أشار إليه عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم، م س، هامش ص 58.



الفقرة الثانية: تمييز الحياد عن الاستقلال

إذا كان استقلال المحكم يعني عدم وجود صلة بينه وبين أحد الأطراف أو موضوع النزاع التحكيمي، وهو ما يفيد ارتباط مبدأ الاستقلال بوقائع مادية يسهل تحديدها وإثبات ما إذا كان المحكم مستقلا من عدمه، فإنه على العكس من ذلك يرتبط حياد الهيئات التحكيمية بوقائع داخلية نفسية، عاطفية مرتبطة بضمير المحكم وتخضع لمعايير ذاتية يصعب إثبات انعدامها و بالتالي تجريح المحكم⁶²⁸.

ويقول الأستاذ Benoit LE BARS في هذا الصدد:

Théoriquement, indépendance et impartialité se distinguent :

« L'indépendance est considérée comme visant une situation de droit ou de fait que l'on pourrait apprécier objectivement », alors que l'impartialité viserait, quant à elle, plutôt « une disposition d'esprit, un état psychologique par nature subjectif, elle exige de l'arbitre de ne pas faire preuve de préjugé, favorable ou défavorable, à l'égard d'une partie »⁶²⁹.

وهكذا فقد أقر جانب من الفقه نظرية التفرقة بين الاستقلالية بما هو معيار موضوعي وبين الحياد بما هو معيار شخصي داخلي و نفسي⁶³⁰، وإن كان الجانب الآخر من الفقه⁶³¹ يعتبر الاستقلال قرينة على الحياد، ويضيف البعض الآخر⁶³² بأن الغاية من وراء هذين المبدأين واحدة وهي تحقيق العدل وحماية حقوق الأفراد.

⁶²⁸ - محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م س، 278. وللمزيد في هذا الصدد أنظر: يحيى الجمل، حيدة واستقلال المحكمين، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي العدد 04/غشت 2001، ص 15 وما يليها.

⁶²⁹ - Benoit LE BARS, op.cit. Page 2427. Voir aussi :

Arnaud CONSTANS : « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français ». Lettre des juristes et des sciences Po- n°2/avril 2010. Page 90.

⁶³⁰ - أنظر في هذا الصدد: يوسف الملوّح، التدخل القضائي في تكوين هيئة التحكيم، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع (التونسية) ماي 1999، ص 109 وما يليها.

⁶³¹ - Jean ROBERT : "L'arbitrage-droit interne et droit international", Dalloz 6^{ème} édition 1993, page 135 et suivante.

⁶³² - Emmanuel GAILLARD « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage international ». Revue d'arbitrage, 1993 page 459.



لكن بالرغم من اتحاد المبدئين في الغاية والهدف المنشود من ورائهما إلا أنهما يختلفان في معناهما، وبذلك يبقى الاتجاه المنادي بالتفرقة والتمييز الأقرب إلى الصواب، مع الإشارة إلى أنه لا يجب أن يؤثر هذا الاختلاف البسيط بين المبدئين في قيمتها وطريقة التعامل معهما، حيث يجب على المحكم التحلي بالحياد والنزاهة أثناء قيامه بمهمته التحكيمية واستحضار أخلاقه. كما يتطلب منه الأمر كذلك تركيزا عاليا، وضميرا نبيلًا مدعما بالتدريب العلمي والتجربة الطويلة، مما يكفل ويضمن ممارسة هذا المحكم لمهامه بكل تجرد وحيادية، كما يقتضي واجب الحياد أيضا على المحكم الفهم العميق لحقيقة مهمته النبيلة التي تستدعي منه التحكيم بين الأطراف بعيدا عن التعصب والانتماءات العرقية أو التأثير بعوامل خارجية التي قد تتأثر من ضميره وحياده⁶³³.

المطلب الثاني: إشكالات الحياد في المادة التحكيمية

انطلاقا من التعاريف الفقهية والقضائية للحياد بالإضافة إلى الأمثلة التي تم التطرق لها سواء تلك الخاصة بالحياد أو عدم الحياد، يتضح وبجلاء أن فكرة الحياد - وعلى عكس الاستقلال - تثير العديد من الإشكالات، هذه الأخيرة مرتبطة بمرونة فكرة الحياد (الفقرة الأولى) و ذلك إلى جانب ما تثيره حالة تعدد المحكمين من تساؤلات في هذا الصدد (الفقرة الثانية)

⁶³³ - ويضيف بعض الفقه إلى هذا، أن واجب الحياد يلزم المحكم ألا يخرج عن حدود ولايته كما حددها الاتفاق التحكيمي سواء في عناصر النزاع الثلاثة وأيضا في السلطة الإجرائية التي يمارسها عند تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم. انظر في هذا الصدد: محمود السيد عمر التحيوي، الاتجاهات النظرية والحلول الوضعية في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011، ص 135 وما يليها، وللمزيد حول هذه النقطة أنظر:

- ✓ محمد كرم زيدان النجار، م، س، ص 80 وما يليها.
- ✓ نجم رياض نجم الربضي، م، س، ص 59 وما يليها.
- ✓ محمود السيد عمر التحيوي، الحدود الزمنية و الموضوعية لولاية المحكم على الدعوى التحكيمية، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011، ص 251 وما يليها.
- ✓ فاطمة الكراري، النظام القانوني للمحكم في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، جامعة القاضي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، لسنة الجامعية 2010-2011، ص 45 وما يليها.



الفقرة الأولى: إشكالية مرونة فكرة الحياد

إن ارتباط الحياد بما هو داخلي و نفسي يجعل هذه الفكرة أكثر شساعة ومرونة يصعب بالتالي رسم حدود ومظاهر لها، ونتيجة لذلك يبقى ما ذكر أعلاه من الأمثلة والمظاهر نسبية وخاضعة للسلطة التقديرية للأطراف واتفاقهم حين اختيار المحكمين من جهة وأيضاً للسلطة التقديرية للقضاء حين البت في طلبات التجريح المؤسّسة على عدم الحياد من جهة ثانية، وهذا ما يشكل في حقيقة الأمر خطراً على العملية التحكيمية حينما يتمسك أحد الأطراف بوسيلة التجريح معتمداً على سبب غير جدي للقول بعدم حياد المحكم، حيث يؤدي ذلك إلى تعطيل وإطالة الإجراءات التحكيمية ليس إلا، وإضاعة مصالح الطرف الآخر في النزاع التحكيمي، كما يشكل ذلك خطراً أيضاً على حقوق الأطراف حينما يرفض قضاء التجريح طلبه بالرغم من وجود ما يقدر حياد المحكم، حيث ستكون عملية التحكيم التي سيشترك فيها هذا المحكم فقط مضیعة للمال والوقت ما دام مصيرها سينتهي بالطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الذي سيصدره هذا المحكم أو الهيئة الذي هو عضو فيها. وبالتالي ومن أجل تجاوز مثل هذه السلوكات التي لا تليق بمؤسسة التحكيم ولا تصون مبادئها التي تقوم على المرونة والسهولة، يجب على الأطراف التعامل مع هذا المبدأ الهام بحسن نية وعدم إثارة التجريح إلا عند وجود سبب حقيقي يشكك في حيادية المحكم، كما ينبغي كذلك على القضاء تفحص طلب التجريح والبحث جيداً قبل النطق بالقرار فيه، وفوق كل هذا وذاك يجب على المحكم الذي هو لب هذا الموضوع أخذ الحيطة والحذر وتجنب أي تصرف قد ينقص من حياديته ونزاهته، والعمل على إنجاز مسطرة التحكيم والحفاظ على مصالح المتخاصمين.

ومن الإشكاليات التي تثيرها كذلك مرونة فكرة الحياد - والمرتبطة جداً بالإشكالية المذكورة أعلاه- صعوبة إثبات عدم الحياد أي انحياز وعدم نزاهة المحكم، -



وهو ما يعني كذلك احتمال ضياع حقوق ومصالح المدعي الذي يتعذر عليه إثبات عدم حياد المحكم - لأن الأمر يقتضي إثبات مظاهر خارجية قاطعة تفيد بوجود مودة بين المحكم وأي من أطراف التحكيم، وهذا عكس عدم استقلال المحكم الذي يسهل تبريره من خلال إثبات وجود علاقة مادية أو تبعية تجمع المحكم و أحد طرفي العلاقة التحكيمية، وبالتالي فإنه ينبغي الاجتهاد في وضع معايير حقيقية وملموسة يتم على ضوءها تحديد وإثبات ما إذا كان المحكم غير محايد، وإن كان ذلك من الصعب جدا لارتباط هذه المسألة بنفسية وضمير ووجدان المحكم⁶³⁴.

ومن التطبيقات القضائية لإشكالية صعوبة إثبات عدم الحياد، القرار الصادر عن محكمة استئناف القاهرة والذي جاء فيه بأنه لا يكفي لإثبات هذا الخطر "مجرد إحساس شخصي (غير موضوعي) لدى طالب الرد لا يستند إلى وقائع محددة وحقيقية يراها الشخص المعتاد صالحة لتبرير الشك في حيده المحكم"⁶³⁵.

كما قضت نفس المحكمة كذلك بأن مجرد القول بشعور الممثل القانوني للشركة الطرف بأن المحكم يحتفظ بمرارة تجاهه، لتسببه في إثارة مسؤوليته منذ عدة سنوات دون بيان لوقائع أو ظروف محددة لها سند في الأوراق تصلح مبررا للشك في حيده المحكم، لا تكفي للقول بعدم حياده⁶³⁶.

⁶³⁴ - راجع بخصوص هذه الإشكالية:

✓ نجم رياض نجم الربضي، م، س، ص 60.

✓ عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم، م، س، ص 58 وما يليها

⁶³⁵ - قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91 تجاري، صادر بتاريخ 2003/11/22 في الدعوى رقم 342 لسنة 120 ق تحكيم، أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم...، م، س، ص 245.

⁶³⁶ - قرار محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91 تجاري، صادر بتاريخ 29 أبريل 2003 في الدعوى رقم 1 لسنة 120 ق، أشار إليه فتحي والي، قانون التحكيم...، م، س، ص 248.



الفقرة الثانية: إشكالية الحياد عند تعدد المحكمين

بالإضافة إلى إشكالية المرونة، يثير الحياد في المادة التحكيمية إشكالا آخر يتعلق بحقيقة هذا المبدأ في حالة تعدد المحكمين، فإذا كان موضوع الحيدة واضحا إلى حد ما في حالة المحكم الفرد أو حالة المحكم الثالث الذي يتولى رئاسة هيئة التحكيم، فإنه محل قلق عند تعدد المحكمين، أي عندما يستقل كل طرف بتعيين محكم من قبله، حيث يرى بعض الفقه⁶³⁷ أن هذه الحالة تتطوي في الواقع على عيب جوهري يتمثل في أن المحكم الذي يسميه ويختاره أحد الخصوم يشعر بتبعيته وانتمائه إليه، وقد يصير بمثابة محام عنه يعرض وجهة نظره و يدافع عنها، ويصبح الحياد هنا حيادا شكليا أكثر منه واقعا مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن الأساسي لإجراءات التحكيم، ويعرض هذا الحكم التحكيمي لعدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه، فضلا عن إمكانية إبطاله، لذلك يرفض هذا الاتجاه تبعية كل محكم للطرف الذي اختاره والدفاع عن مصالحه وينادي بضرورة ممارسة المحكمين مهما كُثر عددهم وكيفما كان اختيارهم لمهمتهم التحكيمية بكل تجرد ونزاهة والعمل على تحقيق العدالة بين المحتكمين. ومقابل هذا هناك اتجاه لا يولي اعتبارا لهذه المسألة وتبعاتها السلبية على العملية التحكيمية وعلى حقوق أطرافها، حيث يرى هذا الاتجاه أن مهمة المحكم (المحامي) هي الدفاع عن مصلحة الخصم الذي عينه، بحيث يختار كل خصم محكمه، ويتحول هذا الأخير إلى محام يتولى بمجرد تعيينه عرض النزاع والدفاع عن الطرف الذي اختاره، ولذلك فلا غضاضة من وجود علاقة بين الخصم والمحكم الذي عينه، ويذهب هذا الاتجاه إلى أنه لا وجود لمانع من تبني المحكم وجهة نظر الخصم الذي اختاره على الأقل في مرحلة بداية المداولات للتأكد من استيعاب وجهة نظر هذا الخصم على نحو عادل، وأنه يتبناها للإقناع بها، وليس لتحيزه له، وقد يكون تعدد وجهات النظر

⁶³⁷ - أنظر في هذا الصدد: هدى مجدي عبد الرحمان، م، س، بند 108.



أمرا مطلوباً بحيث يكون لرئيس الهيئة تفهم هذه الجهات المتعددة على نحو يؤدي إلى إدارة الخصومة التحكيمية بطريقة مرضية للأطراف⁶³⁸.

ويقول الأستاذ محسن شفيق في هذا الصدد: إنه من العسير أن يُطلب من المحكم الذي عينه الخصم أن يكون محايداً، بالمعنى النظري لهذا المفهوم، لأنه سيشعر وهو يجلس في هيئة التحكيم أنه مأجور للدفاع عن مصلحة الخصم الذي اختاره والذي سيدفع له أتعابه⁶³⁹.

لكن بالرغم من الأسانيد والاعتبارات التي قدمها الاتجاه الثاني، إلا أنه ومن منطلق العدالة التي تقضي معاملة الأطراف بالمساواة وبكل تجرد وحيادية، ينبغي للمحكم الابتعاد عن الانحياز للطرف الذي اختاره والبحث عن تحقيق العدالة وتسوية النزاع التحكيمي على نحو عادل، وبخصوص مسألة تولي كل محكم عرض نزاع ودفعات الطرف الذي اختاره، فهذا الأمر يجب تركه للأطراف وتمكين كل واحد منهم من عرض دعواه والدفاع عنها دون تحيز لهذا الطرف أو ذاك. أما دون ذلك فيؤثر في قيمة التحكيم وعدالة أحكامها، ناهيك عن تغيير وتمييع وظيفة ومهمة الممارسين والقائمين على هذه المؤسسة من محكمين و محامين و غيرهم.

⁶³⁸ - بخصوص هذه الآراء الفقهية أنظر: اسماعيل إبراهيم الزيدي، المفهوم المختلف لحيادة المحكم عن الحيادة الواجبة في القاضي، مقال منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع أكتوبر 2009 ص 51، وما يليها.

⁶³⁹ - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، م، س، بند 151.



الفصل الثاني:

ضمانات حياد واستقلال الهيئة التحكيمية:

نظرا للأهمية الكبيرة التي يكتسبها حياد واستقلال الهيئة التحكيمية في تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف المحكّمين، ورغبة من التشريعات الوطنية للدول ومعها كذلك مختلف أنظمة واتفاقيات وقواعد التحكيم التجاري الدولي في الحفاظ على هبة التحكيم ومصداقيته وتوفير الشروط اللازمة لازدهاره وتشجيع اللجوء إليه لما لهذه الوسيلة من أهمية ودور فعال في تدفق الاستثمارات الأجنبية وتحسين مناخ الأعمال فقد أقرت -أي التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية للتحكيم- مجموعة من الضمانات الهامة والتي شأنها صيانة الهيئات التحكيمية من كل ما من شأنه أن يمس بحيادها واستقلالها ونزاهتها، وبالتالي المساهمة في تكريس التحكيم التجاري للمبادئ الأساسية للنقاضي والتي تعتبر عنصرا ضروريا لكفالة حقوق الأطراف المختصة من الضياع سواء كان النزاع معروضا أمام القضاء أو أمام التحكيم. فالحياد و الاستقلال قوام العدالة، وبدونهما تختل موازين العدل وتهدر مصالح المتقاضين والمحكّمين على السواء.

ومن بين هذه الضمانات والضوابط التي وضعتها هذه القوانين الوطنية وأيضا القواعد الدولية للتحكيم نذكر تلك الشروط الضرورية التي يجب توفرها في المحكم حتى يصبح أهلا للقيام بمهمة التحكيم، بالإضافة إلى الالتزامات الملقاة على عاتق الهيئات التحكيمية والتي تفرض عليها الإفصاح عن كل شيء قد يؤثر في حيادها واستقلالها وكلها ضمانات يجب التحقق منها خلال تشكيل الهيئة التحكيمية (المبحث الأول) ناهيك عن تلك الوسائل القانونية الممنوحة لأطراف التحكيم والتي تعتبر أداة بيد الأطراف يلزم بموجبها المحكّمين بالحياد والاستقلالية تحت طائلة تجريدهم أو عزلهم (المبحث الثاني).



المبحث الأول:

ضمانات الحياد والاستقلال خلال تشكيل الهيئة التحكيمية

بما أن حياد واستقلال الهيئة التحكيمية هو عصب المهمة التحكيمية، وصفة أساسية في من يتولى التحكيم، واعتباراً للدور الهام للمحكم في هذا الصدد بوصفه الحلقة التي يدور عليها هذين المبدئين الهامين، وبصلاح ضميره وأخلاقه تصلح مهمته التحكيمية، وبالتالي القول بعدالة أحكامه التحكيمية، فإن تشريعات الدول تنبعت لخطورة هذا الأمر وآثاره على حقوق الأطراف وعلى العملية التحكيمية ككل، وسارت على منوالها العديد من الاتفاقيات والقواعد الدولية للتحكيم التجاري الدولي، حيث أحاطت تشكيل واختيار الهيئة التي ستتولى الفصل في النزاع التحكيمي بمجموعة من الشروط قصد ضمان الحد الأدنى و اللزوم لحياد واستقلال المحكمين المختارين (المطلب الأول) كما فرضت على هذا الجهاز -أي المحكم- التزام هام يروم الكشف عن كل ما من شأنه أن يشكك الأطراف في حياده واستقلاله وذلك قبل البدء في إجراءات التحكيم واشترطت لذلك الالتزام مجموعة من الشكليات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم

يعد المحكم قوام الدعوى التحكيمية والعنصر الأساسي اللازم لنجاح العملية التحكيمية، فبقدر كفاءته ونزاهته وحياده واستقلاله تكون سلامة إجراءات التحكيم، ويكون الحكم التحكيمي عادلاً ومنصفاً. وبالتالي فيجب التحرز في اختيار المحكم الكفاء والنزاهة القادر على تحقيق العدالة بعيداً عن المصالح والرغبات الشخصية، فلا شك أن التحكيم يكون جيداً بقدر ما يكون المحكم جيداً، كما يقول الدكتور عكاشة عبد العال.⁶⁴⁰

⁶⁴⁰ - للمزيد في هذا الصدد راجع: عكاشة عبد العال، المفترضات الموضوعية والشروط الذاتية في المحكم، مقال مقدم إلى مؤتمر مراكز التحكيم العربية المنعقدة في بيروت، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية وذلك يومي 17 و 18 مايو 1999، مقالة أشار إليها مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، م س، ص 55 وما يليها.



وبالرغم من الحرية الكبيرة التي منحتها التشريعات الوطنية لأطراف التحكيم في اختيار وتشكيل الهيئة التحكيمية، لما تشكله الثقة في أشخاص هذه الهيئة من عامل وسبب رئيسي في اختيار المحكم أو المحكمين الذين سينظرون النزاع،⁶⁴¹ إلا أنها لم تدع - أي التشريعات الداخلية - هذه الحرية على إطلاقها، بل قيدتها بمجموعة من الشروط والضوابط اللازم توافرها في شخص المحكم والتي تجعل من هذا الأخير مؤهلاً قانونياً - وربما أخلاقياً - للقيام بمهمة شريفة ونبيلة وهي التحكيم بين الأطراف المختصين، وتساهم بشكل كبير في ضمان حياده واستقلاله ونزاهته ومن ثم قدرته على تحقيق العدالة بعيداً عن التحيز لهذا الطرف أو ذاك. فكيف تعاملت التشريعات الوطنية للدول مع هذه الشروط؟ وما موقف الاتفاقيات والقواعد الدولية للتحكيم من هذا؟ وماذا عن كفاية هذه الشروط القانونية لحياد واستقلال الهيئة التحكيمية؟

للإجابة عن هذه الأسئلة سنحاول دراسة الشروط القانونية المتطلبة في المحكم لاسيما تلك المرتبطة بضمان حياده واستقلاله، ويتعلق الأمر بوجود تمتعه بالأهلية الكاملة، وأن يكون شخصاً ذاتياً صالحاً لمهمة التحكيم (الفقرة الأولى) وذلك إلى جانب الشروط الاتفاقية المتروكة لتقدير الطرفين (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الشروط القانونية

تتمثل الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم و التي تزيد من ضمان حياده واستقلاله في أن يكون المحكم شخصاً ذاتياً لا معنوياً (أولاً) وأن يتمتع بالأهلية اللازمة قانوناً (ثانياً) وأن يكون صالحاً للقيام بمهمة التحكيم من حيث إلزامية استقامة وحسن سلوكه وأخلاقه (ثالثاً).

⁶⁴¹ - راجع بخصوص الحرية الكبيرة الممنوحة لأطراف التحكيم عند تشكيل الهيئة التحكيمية والتي نصت عليها معظم التشريعات والاتفاقيات والقواعد الدولية للتحكيم، المبحث الأول من القسم الأول من هذه الدراسة في معرض الحديث عن الحرية في اختيار وتشكيل الهيئة التحكيمية.



أولاً: أن يكون المحكم شخصاً ذاتياً

لقد انقسم الفقه المهتم بالتحكيم التجاري حول شرط إلزامية تولي الشخص الطبيعي لمهمة التحكيم ما بين مناد لهذه الفكرة ورافض لها، حيث يرى اتجاه فقهي⁶⁴² أنه لا مانع من تولي الشخص المعنوي مهمة التحكيم وذلك من خلال ممثليه، بحيث ينسب إليه في النهاية حكم التحكيم ويكون المسؤول عنه، وفي تقديرهم فإن اختيار الشخص المعنوي محكماً على هذا النحو من شأنه أن يحفظ للقائمين بمهمة التحكيم استقلالهم عن الأطراف، لكن لاحظ هذا الاتجاه الفقهي في الأخير أن مهمة المحكم لا يمكن أن يتولاها إلا شخص طبيعي و لو اتفق الأطراف على شخص معنوي، ولهذا فإن اختيار شخص اعتباري كمحكم يعني قيام هذا الشخص بتعيين شخص آخر طبيعي يمثلهم يقوم بالتحكيم.

في حين ذهب الاتجاه الفقهي الغالب⁶⁴³ إلى عدم جواز إسناد مهمة التحكيم إلا لشخص طبيعي، معتمدين في رأيهم هذا على عنصر الثقة الذي يجمع ما بين الأطراف ومحكميهم، حيث تعتبر الثقة السبب الرئيسي لاختيار المحكم لمحكميه، ويضيف الأستاذ حسني المصري أن: "الشخص الطبيعي هو الذي يرى ويحس، وهو الذي يفكر ويقرر على ضوء ما يحيط به من ظواهر وحقائق، وما من شخص معنوي إلا وله شخص طبيعي يعبر إراداته ويكون لسان حاله، لذا فكما لا يتصور أن يكون القاضي باعتباره -لسان العدالة- شخصاً معنوياً، فإنه لا يتصور أيضاً أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، لأنهما يقومان بمهمة واحدة هي الفصل في النزاع وبيان وجه الحق فيه بحكم يكون عنواناً للحقيقة، ولا يتصور أن تأتي الحقيقة على لسان شخص معنوي لا يحس ولا يرى".⁶⁴⁴

⁶⁴² - أنظر بخصوص هذا الاتجاه الفقهي:

* فتحي والي، الضمانات الإجرائية في نظام التحكيم، ص 03 وما يليها،

⁶⁴³ - أما الاتجاه الغالب فيمثلته ثلة من الفقهاء أمثال:

✓ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، م س، ص 604.
✓ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، م س، ص 185.
✓ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، طبعة 1990، ص 423 وما يليها.
✓ أحمد الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مقال منشور بمجلة الحقوق (الكويتية)، السنة 18، العدد 02 يوليو 1994، ص 209 وما يليها.

⁶⁴⁴ - أنظر في هذا الصدد: حسني المصري، م س، ص 185.



وفي رأبي فإن الأجر بتولي هذه المهمة الكبيرة هو الشخص الطبيعي، نظرا للصفات والشروط التي تتوفر فيه، والتي بموجبها حاز على ثقة محتكميه ومن شأنها ضمان حياده واستقلاله ومن ثم عدالة أحكامه. ولا وجود لكل هذا -خصوصا عنصر الثقة- عند تولي الشخص المعنوي هذه المهمة.

وعلى عكس الفقه، فإن القوانين الوطنية للدول تكاد تتفق على إلزامية إسناد مهمة التحكيم لشخص ذاتي، طبيعي سواء بطريقة صريحة كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي والفرنسي، حيث ينص الفصل 320 من قانون التحكيم المغربي رقم 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي بشكل واضح على هذا الأمر ومما جاء فيه: "لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا لشخص ذاتي...، إذا عين في الاتفاق شخص معنوي فإن هذا الشخص لا يتمتع سوى بصلاحيية تنظيم التحكيم وضمان حسن سيرة". ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث ينص الفصل 1450 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي (المرسوم رقم 48 لسنة 2011) على أنه: "لا يمكن أن يتولى التحكيم إلا الشخص الطبيعي ... وإذا عين اتفاق التحكيم شخصا معنويا، فإن هذا الأخير لا يتمتع إلا بصلاحيية تنظيم التحكيم"⁶⁴⁵، أو بطريقة ضمنية كما هو الشأن بالنسبة مثلا لكل من المشرع الأردني والمصري، حيث يستنتج ضمنا أن التحكيم لا يمكن أن يتولاه إلا

⁶⁴⁵ - النص الأصلي المادة 1450 هو كالاتي:

« La mission d'arbitre ne peut être exercé que par une personne physique... Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage »

مع الإشارة إلى أن كل من المشرع المغربي والفرنسي نصا فقط على هذه المقتضيات في الشق المتعلق بالتحكيم الداخلي، أما بخصوص التحكيم الدولي فإن كلا المشرعين لم يشير إلى عدم جواز تولي الشخص المعنوي مهمة التحكيم، حيث اكتفيا فقط بالحديث عن طريقة تعيين المحكم أو المحكمين دون ذكر صفة هذا الشخص هل هو طبيعي أو معنوي، وهذا ما تنص عليه الفصل 327-41 من ق 08-05 حيث جاء فيه: "يمكن بصفة مباشرة أو استنادا إلى نظام للتحكيم أن يعين اتفاق التحكيم المحكم أو المحكمين أو ينص على إجراءات تعيينهم وكذا إجراءات تعويضهم" وهو ما نصت عليه أيضا المادة 1508 من ق.م. الفرنسي، إذ جاء فيها:

« La convention d'arbitrage peut directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation ».



شخص طبيعي من خلال الشروط القانونية التي استلزمها التشريعين في الشخص الطبيعي دون أي إشارة أو ذكر الشخص المعنوي، حيث ينص المشرع الأردني في المادة 15/أ من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه بجناية أو جنحة مخلة بالشرف، أو بسبب شهر إفلاسه ولو رد اعتباره" وهو ما يوافق نص المادة 1/16 من القانون المصري⁶⁴⁶.

وهو الاتجاه الذي ذهب فيه أيضا القضاء الوطني للعديد من الدول من ذلك مثلا الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء والذي جاء فيه: "وحيث بالرجوع إل شرط التحكيم يتضح أنه لم يتم الاتفاق على شروط خاصة في المحكم، أما تلك التي يتطلبها القانون أعلاه (أي ق 05-08) فهي المنصوص عليها في الفصل 320 منه... وحيث إن الأستاذ (م.ع.س.م) الذي اختاره المدعي هو شخص ذاتي ولا يوجد بالملف ما يفيد أي حالة من الحالات المنصوص عليها في الفصل أعلاه التي تحول واختياره كمحكم..."⁶⁴⁷. وأيضا الحكم الصادر عن محكمة التمييز الكويتية والذي أيدت فيه التوجه التشريعي الذي يفرض أن يكون المحكم شخصا طبيعيا، ومما جاء في قرارها: "المحكم شخص يتمتع بثقة الخصوم أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهم، وهو لا يعدو أن يكون قاضيا وقع عليه اختيار الطرفين المتنازعين للفصل في نزاع محدد بينهم بدلا من قاضي الدولة الرسمي"⁶⁴⁸.

ثانيا: وجوب تمتع المحكم بالأهلية

نظرا لجسامة المهمة التي سيضطلع بها المحكم والمتمثلة في التحكيم بين الخصوم وإحقاق العدالة بينهم، فقد اشترطت التشريعات، بالإضافة إلى شرط ذاتية المحكم، أن يكون هذا الأخير مؤهلا من الناحية القانونية، أي أن تتوفر فيه الأهلية التي

⁶⁴⁶ - انظر للمزيد في هذا الصدد: أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، (دون ذكر دار النشر)، طبعة 2002، ص 87 وما يليها.

⁶⁴⁷ - أمر رئاسي رقم 08/306 في الملف رقم 2007/2788 صادر بتاريخ 06 فبراير 2008 (أمر غير منشور).

⁶⁴⁸ - الطعن رقم 48 لسنة 1975 صادر عن محكمة التمييز الكويتية، مجموعة القواعد القانونية التي قررتتها محكمة التمييز في الفترة من أول نوفمبر 1972 إلى فاتح أكتوبر 1979، انظر بخصوص هذا الطعن حسني المصري، م.س.ص 186.



تجعله صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أو ما يصطلح عليه بأهلية التصرف⁶⁴⁹، وهي تخضع في تنظيمها للقانون الشخصي للمحكم.

وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفصل 320 من ق 05-08 على أنه: " لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا لشخص ذاتي كامل الأهلية، لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة، أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو من حقوقه المدنية".

ويستفاد هذا الشرط، كذلك من نص المادة 16 من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكم قاصرا أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية بسبب الحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب إخلاسه ما لم يرد اعتباره". وعلى هذا المنوال سار المشرع الفرنسي، حيث ينص في المادة 1450 من ق م م ف:

« La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droit ».⁶⁵⁰

و أيضا المشرع اليمني إذ جاء في المادة 20 من قانون التحكيم اليمني رقم 32 لسنة 1997 على أنه: "لا يجوز أن يكون المحكم فاقدا الأهلية أو محجورا عليه أو محروما من حقوقه المدنية أو غير صالح للحكم فيما حكم فيه".

⁶⁴⁹ - حول أهلية المحكم انظر: إبراهيم محمد أبو شملخ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم الدولي الخاص، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال والاستثمار، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الدراسية 2008/2007 ص56 وما يليها.

⁶⁵⁰ - ونشير إلى أن المشرع الفرنسي كان يشترط فقط في القانون القديم (مرسوم 1981) ضرورة تمتع الشخص المرشح لمهمة التحكيم بكامل حقوقه المدنية حسب ما تنص عليه المادة 1451 من القانون القديم التي جاء فيها:

« La mission de l'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique, celle-ci doit avoir le plein exercice des droits civils... »

و بالتالي فالتعديل الذي جاءت به المادة 1450 من المرسوم رقم 48 لسنة 2011 المنظم للتحكيم بفرنسا و المتمثل في اشتراط المشرع الفرنسي ضرورة تمتع الشخص المرشح لاعتلاء منصة التحكيم بكافة حقوقه سواء كانت تجارية أو مدنية أو غيرها، هو تعديل في غاية الأهمية، ويزيد من ضمانة أهلية المحكم المرشح لاعتلاء منصة التحكيم، و من ثم تدعيم حياده و استقلاله.



ومن خلال هذه النصوص القانونية يتضح وبجلاء ضرورة توفر شرط الأهلية في المحكم، ولا يجوز تبعا لذلك أن يمارس مهمة التحكيم ناقص الأهلية أو فاقدها، كالمجنون أو السفیه أو المعتوه، لأنه لا يملك التصرف في حقوقه وأمواله تم توقيع الحجر عليه وتعتبر تصرفاته باطلة، وبالتالي فكيف سيتصرف هذا الشخص إذن في أموال وحقوق الغير ويمارس مهمة التحكيم؟

وجدير بالذكر أن أغلب قواعد التحكيم الاتفاقية والمؤسسية لم تنص صراحة على شرط أهلية المحكم، حيث تعتبر توافر هذا الشرط أمرا بديهيا لا يحتاج إلى نص يقرره، إذ أنه عادة ما يتم اختيار المحكمين من كبار المحامين وذوي الخبرات العالية، وبالتالي فعنصر الأهلية القانونية مفترض فيهم مسبقا، لأنه من غير المعقول أن يتم اختيار أحد هذه الشخصيات وهو محروم من ممارسة حقوقه القانونية والمدنية⁶⁵¹.

ثالثا: يجب أن يكون المحكم متمتعا بحسن الأخلاق والسلوك.

يشترط كذلك في المحكم أن يكون حسن السلوك والأخلاق والآداب، حيث أن المحكم ومهما بلغ من درجات التأهيل العلمي والخبرة والتقاني في أداء عمله، إلا أنه بدون وازع أخلاقي وراوع رقابي ذاتي في نفسه يمكن أن ينحرف عن عمله، وينحاز إلى أحد الأطراف، مما سيؤثر في حياده واستقلاله وعدالة أحكامه، لاسيما أمام الإغراءات المادية الضخمة التي قد تعرض على المحكمين⁶⁵².

وتفاديا لهذا الأمر، وبالرغم من كون مسألة السلوك والصفات الحسنة تعتبر معنوية وذاتية أكثر منها مادية، فقد نصت العديد من التشريعات الوطنية للدول على هذا الشرط الهام ومن بينها المغرب، حيث ينص في الفصل 320 من ق 05-08 على أنه:

⁶⁵¹ - للمزيد في هذا الصدد انظر: حميد محمد علي اللهي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، (دون ذكر دار النشر)، الطبعة الأولى

2001-2002، ص 94 وما يليها.

⁶⁵² - حميد محمد علي اللهي، م.س، ص، 97 وما يليها.



"لا يمكن إسناد مهمة إلا لشخص ذاتي كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة..." وهو ما نصت عليه المادة 04 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي حيث جاء فيها: "لا يجوز أن يكون محكما من كانت له مصلحة في النزاع، ومن حكم عليه بحد أو تعزيز في جرم مغل بالشرف، أو صدر في حقه قرار تأديبي بالفصل من وظيفة عامة..." وأيضا المادة 16 من قانون التحكيم المصري.

ونفس الشيء بالنسبة لبعض الاتفاقيات والقواعد الدولية، كالمادة 14 من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار التي نصت على أن المحكمين المقيدين في لوائح مركز CIRD يجب أن يكونوا على قدر عظيم من الأخلاق. هكذا إذن تضح أن هذه الشروط القانونية الواجب توافرها في شخص المحكم لها أهمية بالغة في ضمان حياد الهيئات التحكيمية واستقلالها، حيث باستجماع المحكم لكل هذه الضوابط قد تساهم في عدالته ونزاهته.

الفقرة الثانية: الشروط الاتفاقية

بالإضافة إلى الشروط القانونية السابق ذكرها أعلاه والتي لا محيد عنها لأي شخص أراد اعتلاء منصة التحكيم، فإنه يمكن لأطراف التحكيم الاتفاق على شروط إضافية يجب توافرها في المحكم حتى يكون مؤهلا للتحكيم في نزاعهم، فلهم الحرية في تحديد هذه الشروط والضوابط والتي من شأنها أن تبث الثقة والطمأنينة في نفوسهم تجاه المحكم، وبما يجعل هذا الأخير قادرا على التحكيم في خلافهم بكل تجرد وحيادية بعيدا عن تغليب مصالح طرف على آخر.

وقد نصت معظم القوانين الوطنية للدول على إمكانية فرض أطراف اتفاق لشروط اتفاقية يجب توافرها في المحكم، وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفصل



327-05 من ق 08-05 على أنه: ... 4 - يجب أن يراعي رئيس المحكمة المختصة في المحكم الذي يختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الطرفين... وهو نص يفيد بما لا يدع مجالا للشك أن للمحتكمين الحرية في الاتفاق على شروط إضافية فيما يخص الشخص الذي سيتولى الفصل في نزاعهم التحكيمي. وهو ما أكدته المشرع المصري كذلك في المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري، والتي جاء فيها: "تراعي المحكمة في المحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها القانون، وتلك التي اتفق عليها الطرفان".

أولاً: جنس المحكم وجنسيته:

1. بخصوص جنس المحكم: نجد أن المشرع المغربي لم يتطرق لهذا الأمر في فصول القانون رقم 08-05⁶⁵³، وهو ما يعني أن للأطراف ومن خلال الحرية المنوطة لهم في هذا الصدد اختيار من يتقون فيه لتولي مهمة التحكيم بينهم سواء كان رجلاً أو امرأة، فمؤسسة التحكم وبالنظر إلى فلسفة الرضائية التي تقوم عليها لا تضع أي معيار أو فرق بين الرجل والمرأة في اعتلاء هذه المنصة، فالأمر متروك لأطراف اتفاق التحكيم لاختيار الشخص الذي تتوفر فيهم الشروط اللازمة لنجاح عملية التحكيم وعدالة أحكامه، وحياده واستقلاله ونزاهته وما إلى ذلك من الشروط التي قد يرى فيها الأطراف فائدة ومصلحة لمعاملاتهم.

و بالتالي فلا مانع من تولي المرأة هذه المهمة إن حازت ثقة الأطراف، زد على ذلك أن المرأة أصبحت في عصرنا الحالي متمتعة بكافة حقوقها السياسية ومؤهلة لتولي مهمة القضاء.

⁶⁵³ - ذلك أن المشرع المغربي وعند تعداده للشروط التي يجب توفرها في المحكم لم يتطرق من قريب أو بعيد لمسألة الجنس، وإنما نص فقط ومن خلال الفصل 320 من 08-05 على ضرورة أن يكون الشخص المرشح لمهمة التحكيم ذاتياً، دون تجاوز ذلك إلى وجوب انحصار هذه المهمة في الرجل دون المرأة أو العكس ومما جاء في هذا الفصل: "لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلى شخص ذاتي كامل الأهلية..."



إذن فمعيار الجنس يخضع لإرادة الأطراف، وهذا ما تتفق عليه أغلب التشريعات المقارنة، كالتشريع المصري مثلاً، حيث تنص المادة 2/16 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس أو جنسية معينة إلا إذا اتفقا طرف التحكيم، أو نص القانون على غير ذلك" وهو ما نصت عليه كذلك المادة 2/15 من القانون الأردني⁶⁵⁴.

أما بخصوص موقف الفقه الإسلامي، فقد اختلفت آراء الفقهاء بخصوص جنس المحكم، حيث اشترط جمهور الفقهاء المسلمين فيمن يتولى التحكيم أن يكون رجلاً، ذلك أن التحكيم عندهم شأنه شأن القضاء، إلا أن المذهب الحنفي أجاز تحكيم المرأة فيما سوى الحدود والقصاص، وبالتالي فالمرأة تصلح شاهدة فيما سوى الحدود والقصاص ومن تم تصلح لتولي مهمة التحكيم في ذلك⁶⁵⁵.

أما فقهاء التحكيم التجاري فيكاد يتفقون على المساواة بين الرجل والمرأة في التحكيم ما بين الأطراف متى حازت ثقتهم⁶⁵⁶.

2. أما فيما يخص جنسية المحكم: فإن هذا الشرط يخضع هو الآخر لإدارة الأطراف، حيث تذهب غالبية التشريعات الوضعية إلى عدم اشتراط انتماء المحكم لجنسية

⁶⁵⁴ - تنص المادة 2/15 من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لا يشترط أن يكون المحكم من جنس معين إلا إذا اتفق طرفا التحكيم ونص القانون على غير ذلك".

و نشير إلى أن أغلب اتفاقيات وقواعد وأنظمة التحكيم التجاري الدولي تسير على منوال التشريعات الوطنية، حيث تتفق على أن للأطراف الحرية في اختيار المحكم الذي يتفقون فيه دون أي تمييز ما بين الرجل والمرأة في هذا الصدد.

⁶⁵⁵ - للمزيد حول موقف الفقه الإسلامي من مسألة تولي المرأة التحكيم انظر: * نجيب أحمد عبد الله الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، (دون ذكر دار النشر) طبعة 2006، ص 239 وما يليها.

* إسماعيل الأسطل، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، (دون ذكر الطبعة) ص 91.

* نضال جبر اليلوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية - نظرة معاصرة - دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن)، طبعة 2012.

⁶⁵⁶ - بخصوص الموقف الفقهي المهتم بالتحكيم التجاري راجع: ✓ أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية 2009، ص 77 وما يليها.

✓ محمد السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات...، م س، ص 634 وما يليها.

✓ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، م س، ص 234.

✓ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1994، ص 434 وما يليها.



الطرف الذي عينه أو لجنسية مغايرة، ومن هذه التشريعات نجد المشرع المصري، حيث نص في المادة (2/16) على أنه لا يشترط "أن يكون المحكم من جنسية معينة" وعلى غرار التشريع المصري نص كذلك المشرع الأردني وبشكل صريح على هذا الأمر وذلك في المادة 02/15 من قانون التحكيم الأردني.

أما المشرع المغربي والفرنسي فلم ينصا على هذا المقتضى، حيث حددا - كما مر بنا سالفا - الشروط القانونية الواجب توافرها في المحكم دون الإشارة إلى جنسية المحكم⁶⁵⁷. وهو ما يفيد أن للأطراف الحرية في تحديد الشخص الذي يرتضونه دون الأخذ بعين الاعتبار جنسيته، فالشرط القانوني المتعلق بأهلية المحكم ينصرف إلى صلاحيته لمباشرة حقوقه المدنية وليس حقوقه السياسية.

على أن هناك بعض التشريعات الوضعية القليلة التي تستلزم وطنية المحكم، حيث تعتبر هذه التشريعات التحكيم هو نوع من القضاء ينبغي ألا يتولاه الأجانب ومن بين القوانين التي تقضي بهذا الشرط تشريعات أميركا اللاتينية مثل شيلي وكولومبيا⁶⁵⁸.

وعلى خلاف التشريعات الوطنية للدول التي اختلفت في مسألة اشتراط جنسية معينة في المحكم بين الأغلبية التي لا تولي لهذا الشرط أي اهتمام وتجعله مرهونا بإدارة الأطراف، وبين الأقلية التي تستلزم وطنية المحكم، فقد فرقنا بعض اتفاقيات وقواعد وأنظمة التحكيم التجاري الدولي بين جنسية المحكمين المعنيين من قبل الأطراف، وبين

⁶⁵⁷ - وقد فسر بعض الفقه الفرنسي هذا الصمت التشريعي، بأنه يفيد عدم اشتراط جنسية معينة في المحكم، وإنما يخضع ذلك لإدارة الأطراف. (وجدير بالذكر أن موقف المشرع الفرنسي المتمثل في السكوت عن مسألة جنسية المحكم لم يطلها أي تغيير بموجب التعديل الذي جاء به المرسوم رقم 48 الصادر بتاريخ 2011/01/13).

للمزيد حول رأي الفقه الفرنسي انظر:

Jean Robert : « La législation nouvelle sûr l'arbitrage ». Dalloz. 1980. Chron, Page 191 et suivante.

⁶⁵⁸ - تبقى الإشارة إلى أن القانون الإيطالي كان هو الآخر يمنع تولي الأجانب مهمة التحكيم وذلك بموجب المادة 1/812 من قانون المرافقات الإيطالية، لكن ونظرا للانتقاد الذي تعرض له هذا الموقف التشريعي فقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 28 لسنة 1983، والتي أصبحت تجيز لأطراف التحكيم اختيار من يرونه من المحكمين وطنيا كان أو أجنبيا. للمزيد حول هذه النقطة انظر: محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2009، ص 267 وهامش ص 268.



جنسية المحكم الوحيد أو رئيس هيئة التحكيم، حيث تعطي للأطراف الحرية في اختيار أي محكم يثقون فيه دون الأخذ بعين الاعتبار جنسيته وهنا تنص الفقرة الأولى من المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 2006 على أنه: "لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". فيما تشترط هذه التنظيمات الدولية أن لا يكون المحكم المعين من قبل سلطة التعيين من جنسية أحد أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 04/18 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لسنة 1987 حيث جاء فيها: "لا يجوز أن يكون المحكمون الذين يعينهم المكتب من مواطني أحد الأطراف"، وهو ما قرره أيضا المادة 38 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار حيث تنص على أنه: "عندما يقوم رئيس مجلس إدارة مركز تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات بتعيين المحكم أو المحكمين يجب أن لا يكونوا من مواطني دولة أحد أطراف النزاع".

ومرد اشتراط هذه الاتفاقيات والقواعد لهذا الشرط خشيتها من تحيز المحكم المعين والحامل لجنسية أحد الطرفين لذلك الطرف على حساب الطرف الآخر، وهو ما سيؤثر في حياده واستقلاله، و من ثم في عدالة أحكامه⁶⁵⁹.

وبخصوص موقف القضاء سواء القضاء الوطني أو السوابق التحكيمية، فقد سار في اتجاه واحد وهو منح الحرية لأطراف النزاع لاختيار المحكم دون اشتراط جنسية معينة، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية - وقبل صدور قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 - بأنه ليس في تعيين محكم أجنبي ما يمس النظام العام المصري⁶⁶⁰، وهو ما يفيد بشكل صريح إمكانية اختيار أي محكم كيفما كانت جنسيته، ونفس المسار سار فيه الاجتهاد القضائي الفرنسي حيث اعتبر هذا الأخير أن القاعدة الواردة في أنظمة مراكز التحكيم والتي تشير إلى أن المحكم المنفرد والمحكم الثالث يجب أن يكونا من غير جنسية الطرفين، حيث اعتبر هذه القاعدة الواردة في أنظمة مراكز التحكيم لا تقيد المحكمة الفرنسية حين يطلب منها

⁶⁵⁹ - للمزيد في هذا الصدد: - انظر: كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، م س، ص 86 وما يليها.

- مهند أحمد الصانوري، م س، ص 75 وما يليها.

⁶⁶⁰ - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 12/02/1985، السنة 36 ص 25. 10 فبراير 1992 الطعن رقم 4032 لسنة 60 ق. قرار أشار إليه محمود مصطفى يونس، م س، ص 268.



تعيين محكم دولي، لأن المحكم إنما هو قاض وليس وكيلًا لأحد الطرفين بحيث يكون موضع شبهات سببها جنسيته، وهكذا عينت المحكمة الفرنسية محكما ثالثا فرنسي الجنسية في نزاع بين طرق فرنسي وطرف مكسيكي بناء على طلب وردها لتعيين محكم محايد⁶⁶¹.

وهذا ما أكدته كذلك حكم تحكيمي صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي جاء فيه: "ترك القانون المصري الحرية للأطراف في اختيار لغة التحكيم واختيار المحكمين دون أي قيد على جنسية المحكمين"⁶⁶².

هكذا إذن يتضح أن للأطراف الحرية التامة في اختيار محكمهم أو محكميهم دون أي قيد أو شرط يتعلق بجنسيتهم، وبالتالي فأمر التعيين متروك لسلطتهم التقديرية والتي يجب عليهم استغلالها بشكل أمثل واختيار هيئة تحكيمية سواء متعددة المحكمين أو بمحكم منفرد تتوافر فيهم كل الشروط والصفات اللازمة لحياذهم واستقلالهم، قصد ضمان - ولو بشكل نسبي⁶⁶³ - عدالة ما سيتخذ من حكم بعدد تحكيمه في نزاعهم.

ثانياً: خبرة المحكم وكفاءته

من الخيارات المتروكة كذلك للأطراف التحكيم إمكانية اتفاقهم على اشتراط الخبرة والكفاءة في المحكم الذي سوف يختارونه لإدارة العملية التحكيمية، إذ بالرغم من أهمية عنصر الخبرة والكفاءة في الشخص القائم بالتحكيم إلا أن أغلب التشريعات الوطنية للدول لا

⁶⁶¹ - بخصوص موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي انظر:

- نجم رياض نجم الربضي، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، م س، ص 68.

⁶⁶² - حكم تحكيمي صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997، جلسة 1998/03/12. حكم منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1999، ص 151. وللمزيد حول هذا الحكم انظر: نجم رياض نجم الربضي، م س، هامش ص 68. وأيضا مهند أحمد الصانوري، م س، ص 75.

⁶⁶³ - أقول وبشكل نسبي لأن العدالة والحياد والاستقلال مفاهيم نسبية تختلف باختلاف ثقافة المحكمين وانتماءاتهم وجنسياتهم، فما يعتبر في نظر هذا المحكم عدالة وحيادا قد لا يكون كذلك في رأي البعض الآخر، وبالتالي فإن الحديث عن ضمان هذه المبادئ وهذه الغاية يكون فقط نسبيا، أما العدالة المطلقة، فعدالة الله سبحانه وتعالى وأحكامه شريعته الغراء ، للمزيد حول هذه الفكرة راجع: محمد الودغيري، العدالة في المغرب بين القضاء العادي والاستثنائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة قانون التجارة والأعمال، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق الرباط، السنة الجامعية 2005-2006، ص 14 وما يليها.



تعتبر شرطاً قانونياً وضرورياً للاضطلاع بمهمة التحكيم⁶⁶⁴، حيث سكتت معظم القوانين - ومن بينها (ق05 - 08)- عن هذا الشرط، ومن ثم يرى الفقه أن للأطراف في اشتراط الخبرة والكفاءة ضمن يستولى الفصل في نزاعهم التحكيمي.

وبطبيعة الحال فعنصر الخبرة والكفاءة لهما دور كبير في حسن اختيار المحكم، فمن خلال تجربته وسوابقه التحكيمية وكفاءته الفنية والعلمية قد يتضح للأطراف أن ذلك الشخص يصلح للتحكيم بينهما، ومن خلال تراكمه العلمي والعملية سيلمس الأطراف مدى عدالة أحكامه ونزاهة خلقه وحياده واستقلاله.

إذن، فالخبرة والكفاءة أمر ضروري في المحكم، فهما مبعث الثقة والاطمئنان في نفسه أولاً وفي التحكيم ثانياً. وبالتالي فيجب على التشريعات الداخلية للدول إعادة النظر في موقفها هذا والنص على إجبارية توفر شرط الخبرة والكفاءة في شخص المحكم مع منح الحرية للأطراف لتقدير درجة هذه الخبرة والكفاءة، لأن ترك هذا الشرط الهام لإدارة الأطراف لا يكفي وحده خصوصاً إذا لم يحرص المحكّمين على اشتراط الخبرة والكفاءة في محكمهم، وهو ما قد يعرض حقوقهم ومصالحهم للضياع.

وعليه فمن مصلحة الأطراف أن يأخذوا بعين الاعتبار عنصري الخبرة والكفاءة عند اختيارهم لمحكميهم، وأن يقوموا بتعيين المحكمين من ذوي الخبرة في مجال النزاع سواء الخبرة العلمية المتعلقة بقواعد النزاع القانونية وأعرافه أو الخبرة العملية بتراكمه العديد من التجارب في فض مثل تلك النزاعات، وهو ما يُغنيهم من الاستعانة بالخبراء ويؤدي إلى سرعة الفصل في نزاعهم التحكيمي، وفي هذا مصلحة أكيدة للأطراف، أما

⁶⁶⁴ - وإن كانت بعض التشريعات القليلة فقط هي التي تنبّهت لأهمية هذا الشرط ونصت عليه، ومن ذلك مثلاً التشريع السعودي، حيث ينص نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية رقم 46 بتاريخ 1403/07/12 في مادته الرابعة على أنه: "يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، حسن السير والسلوك".
و هذا ما حدا ببعض الفقه المصري إلى دعوة المشرع المصري إلى إعادة النظر في عدم اشتراطه الخبرة والكفاءة في شخص المحكم، والسير على نفس منوال المشرع السعودي والنص على إلزامية توافر هذا الشرط الهام في من يترشح لاعتلاء منصة التحكيم. انظر في هذا الصدد: رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، طبعة 2004، ص146 وما يليها.



أن يكون المحكم جاهلاً بقواعد وأعراف النزاع الذي سيعرض عليه ومنعدم الخبرة بشأنه، فإنه يبدو أمر غير مقبول على حد تعبير بعض الفقه⁶⁶⁵.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن شرطاً الكفاءة والخبرة من الشروط الجوهرية في المحكم في مجال منازعات التجارة الدولية، وفي هذا الصدد تنص الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987 في المادة 1/14 على ما يلي: "المحكمين الذين يتم اختيارهم لهيئة التحكيم في المركز العربي للتحكيم، يشترط فيهم أن كونوا من رجال القانون والقضاء ومن ذوي الخبرة العالية والاطلاع الواسع في التجارة والصناعة أو المال وملتزمين بالأخلاق العالية والسمعة الحسنة"⁶⁶⁶.

هكذا إذن يتضح أن المشرع المغربي والمقارن، أحاطوا بمهمة التحكيم بسياج قانوني هام يتجسد في تلك الشروط والصفات والضوابط القانونية اللازم توافرها في شخص المحكم من جهة وفي الحرية المنوطة للأطراف للاتفاق على شروط إضافية ينبغي استجماعها وتجمعها في الشخص الذي يستولى الفصل في نزاعهم التحكيمي، والغاية من كل هذا هو صيانة فعالية التحكيم التجاري ومصادقيتها كوسيلة هامة وعادلة لتسوية المنازعات وكفالة وضمان حياد واستقلال ونزاهة الأشخاص القائمين بهذه المهمة الشريفة، حتى لا تخرج أحكامهم عن طريق العدل والعدالة.

المطلب الثاني:

التزام المحكم بالإفصاح عما قد يمس حياده واستقلاله

إن استجماع المحكم للشروط القانونية والاتفاقية المذكورة أعلاه، تجعله مؤهلاً في نظر القانون - وأيضاً في نظر إرادة الأطراف - لاعتلاء منصة التحكيم، وبإمكانه الترشح للقيام

⁶⁶⁵ - انظر بخصوص هذه الفكرة:

- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، م.س، ص 614 وما يليها.
- محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم، م.س، ص 183.
- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، م.س، ص 259.
- أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، م.س ص 154.

⁶⁶⁶ - للمزيد حول الاتفاقية العربية للتحكيم لسنة 1987 انظر:

- الحسن الكاسم، الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية - الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، مقال منشور لمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2002/02، ص 165 وما يليها.
- رفعت محمد عبد المجيد، الضمانات القانونية للاستثمار على الصعيد العربي وفقاً لاتفاقية عمان للتحكيم التجاري، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2002/02، ص 157 وما يليها.



بمهمة التحكيم ما بين الخصوم، وأخذ مكانة ضمن تشكيلة الهيئة التحكيمية في حالة التعدد أو تولي تلك المهمة بوحده في حالة المحكم المنفرد.

لكن توافر تلك الضوابط القانونية وأيضا الاتفاقية، وإن كانت تجعل المحكم مؤهلا للترشح للتحكيم، إلا أنها تبقى غير كافية للقول باكتمال تشكيل الهيئة التحكيمية وحيازتها ثقة أطراف التحكيم، حيث أن هذه الأخيرة - أي هيئة التحكيم - لا تعتبر كاملة من الناحية القانونية إلا بقبول ذلك المحكم لمهمة التحكيم وبشكل كتابي عن طريق التوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالمهمة⁶⁶⁷.

وتأكيدا لضمان توافر شرطي الحياد والاستقلال في شخص المحكم الذي قبل مهمة التحكيم، وحتى يتمكن من نيل وكسب ثقة المحتكمين، يصبح المحكم ملزما بواجب قانوني كبير ومهم ومؤثرا جدا في اطمئنان الأطراف إليه من جهة وفي نزاهته وحياده من جهة ثانية، ويتمثل هذا الالتزام في ضرورة كشف المحكم عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله وإعلام الأطراف بها.

وهكذا واعتبارا لما لهذا الأسلوب الوقائي من أهمية كبيرة في نجاح العملية التحكيمية وعدالة أحكامها، فإن التساؤل يطرح عن مكانة هذا الالتزام في القواعد الدولية للتحكيم التجاري؟ (الفقرة الأولى). وإذا ما تم التسليم باهتمام هذه القواعد بهذا الواجب وإيلائه المكانة الهامة، فهل استطاعت الدول ملاءمة تشريعاتها الداخلية المنظمة للتحكيم مع هذه التنظيمات الدولية؟ وكيف تعامل الفقه والقضاء مع هذا الالتزام؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى:

مكانة الالتزام بالإفصاح في القواعد الاتفاقية والمؤسسية للتحكيم

يقصد بالإفصاح التزام المحكم بإحاطة مراكز التحكيم - إذا كان التحكيم مؤسسيا - والأطراف - إذا كان التحكيم حرا - بصلته السابقة والحالية بموضوع النزاع وأطرافه وممثلهم

⁶⁶⁷ - وهذا ما ينص عليه الفصل 327-06 والذي جاء فيه: "لا يعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية كاملا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المعنيون المهمة المعهودة إليهم بها... يثبت قبول المهمة كتابة بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالمهمة..." للمزيد حول قبول المحكم لمهمته وأهميتها الكبيرة في تشكيل الهيئة التحكيمية انظر ما تمت الإشارة إليه في المبحث الأول من الباب الأول من القسم الأول من هذه الدراسة.



وبكل الوقائع والظروف التي قد تخلق شكوكا في نظر الأطراف في حياده واستقلاله⁶⁶⁸، وذلك تدعيما للثقة بين طرفي التحكيم والمحكم من جهة وضمان لعدالته واستقامته من جهة ثانية. واعتبارا لهذا الدور البارز للالتزام بالإعلام في نجاح العملية التحكيمية والوصول بها إلى بر الأمان، فإن معظم التنظيمات الدولية للتحكيم من اتفاقيات وقواعد وأنظمة مراكز التحكيم أولت اهتماما بالغا للالتزام بالإفصاح وجعلته من بين الالتزامات الجوهرية الملقاة على عاتق المحكم المرشح لاعتلاء منظمة التحكيم.

أولاً: اهتمام الاتفاقيات القواعد الدولية بالالتزام بالإفصاح.

باستقراء معظم نصوص القواعد الدولية للتحكيم التجاري الدولي يتضح الحضور القوي للعديد من مقومات وضمانات حياد واستقلال الهيئة التحكيمية (ضمن بنودها) والتي يعتبر الالتزام بالإفصاح من أهمها، وفي هذا الصدد تنص المادة 11 وما بعدها من قواعد الأونيسترال للتحكيم (صيغة 2013) على أنه: " عند مُفَاتحة شخص ما بشأن احتمال تعيينه مُحكِّمًا، يُفصح ذلك الشخص عن أي ظروف يُحتمل أن تُثير شكوكاً لها ما يُبرِّرها بشأن حياده أو استقلاليتيه. ويُفصح المحكِّم، منذ وقت تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، للأطراف ولسائر المحكِّمين دون إبطاء عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد أعلمهم بها من قبل."

وهو ما أكدته أيضا القانون النموذجي لسنة 2006، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 12 من هذا القانون ما يلي: "على الشخص حين يفتح بقصد احتمال تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تشير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. وعلى المحكم منذ تعيينه وطوال إجراءات التحكيم، أن يفضي بلا إبطاء إلى طرفي النزاع بوجود أي ظروف من هذا القبيل، إلا إذا كان قد سبق له أن أحاطهما علماً بها..."⁶⁶⁹.

⁶⁶⁸ - بخصوص تعريف الالتزام بالإفصاح انظر: ناصر الزيد، المحكم بين سندان الأخلاق ...، م س، ص 145. كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، م س، ص 227 وما يليها. فتحي والي، قانون التحكيم ...، م س، ص 227.

⁶⁶⁹ - النص الأصلي الإنجليزي لهذه الفقرة هو كما يلي:

« When a person is approached in connection with his possible appointment as an arbitrator, he shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his impartiality or independence. As arbitrator, from the time of his appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties unless they have already been informed to them by him ».



وزيادة على هذه النصوص نجد أن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وضعت مجموعة من القواعد أطلقت عليها مصطلح "سلوكيات المحكم"⁶⁷⁰ "Code of Ethics" تتوخى في مجملها ضمان حياد واستقلال ونزاهة الهيئات التحكيمية (ومن خلالها حقوق الدفاع)، وتتمثل هذه القواعد السلوكية فيما يلي:

1. لا يجوز للمحكم الاتصال بأطراف التحكيم للسعي نحو التعيين أو الاختيار كمحكم.
2. لا يجوز للمحكم قبول التعيين أو الاختيار كمحكم إلا بعد التأكد من القدرة والصلاحية لأداء هذه المهمة دونما تمييز مع تخصيص الوقت والاهتمام اللازمين لذلك.
3. يجب على من يترشح ليكون محكما أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها احتمال إشارة شكوك لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. وعلى المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره، التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان قد سبق إحاطتهم علما بذلك، وعليه على الأخص التصريح بما يلي:
 - علاقات العمال و العلاقات الاجتماعية المباشرة السابقة والحالية مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين.
 - علاقات القرابة والمصاهرة مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين.
 - الارتباطات السابقة على موضوع التحكيم، وسيري هذه الالتزام بالتصريح للأطراف بكل الارتباطات التي تجد بعد بدء إجراءات التحكيم.
4. على المحكم أن يوفر للأطراف وللباقين المشتركين في التحكيم الظروف الملائمة للفصل في التحكيم بعدل وبدون تحيز أو تأثر بضغوط خارجية أو خوف من الانتقاد أو مصلحة شخصية، وعلى المحكم تخصيص الوقت والجهد اللازمين لسرعة الفصل في التحكيم، مع الأخذ في الاعتبار مختلف الظروف المحيطة بالموضوع.

⁶⁷⁰ - راجع هذه السلوكيات باللغة الإنجليزية على الموقع الإلكتروني التالي:

(<http://www.unictrk.org/en-index.htm>)



5. على المحكم تجنب إجراء اتصالات من جانب واحد مع أحد الأطراف بشأن أي موضوع يتعلق بالتحكيم. وفي حالة حدوث ذلك يتعين على المحكم التصريح لباقي الأطراف والمحكمين بما تم⁶⁷¹.

6. لا يجوز للمحكم قبول هدايا أو مزايا بطريقة مباشرة من أي من أطراف التحكيم وينطبق ذلك على الهدايا والمزايا اللاحقة على الفصل في التحكيم ما دامت مرتبطة به.

7. لا يجوز للمحكم الاستفادة من المعلومات السرية التي حصل عليها أثناء إجراءات التحكيم لتحقيق أي مغنم لنفسه أو للغير للمساس بمصالح الآخرين⁶⁷².

تبقى الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية للتحكيم التجاري الدولي لم تتطرق لهذا الأمر، وهذا راجع إلى كون مبدأي الحاد والاستقلال يفترض توافرها في شخص المحكم باعتبارهما من المبادئ الأساسية للنقاضي والتي لا تحتاج إلى التنصيص عليها.

ثانيا: تكريس المراكز الدولية لواجب المحكم بإعلام الخصوم.

تسعى أغلب المؤسسات الدولية والإقليمية للتحكيم التجاري إلى توفير ما يلزم من الثقة والاطمئنان لجلب الأطراف وأصحاب رؤوس الأموال والشركات التجارية إلى اختيار هذه المراكز والمؤسسات كوجهة لفض نزاعاتهم التحكيمية وتنظيمها وتسييرها من أولها إلى آخرها نظرا للأرباح الطائلة التي تجنيها معظم هذه المراكز من وراء هذه العمليات التحكيمية.

⁶⁷¹ - وفي هذا الصدد يرى الدكتور عبد الحميد الأحذب إلى أن المحكم الحيادي المستقل يجب أن لا يكون له أي اتصال بأطراف النزاع خلال سير إجراءات التحكيم، ويشير الأستاذ الأحذب إلى مثال حصل خلال جلسات المحكمة التحكيمية التي فصلت في النزاعات التجارية الأمريكية الإيرانية، حيث تصاعدت إشاعات تقول بأن أحد المحكمين قد نقل إلى الطرف الذي سماه مشروع الحكم التحكيمي، الأمر الذي جعل هذا الطرف يدخل في مفاوضات سريعة مع خصمه، أسفرت عن مصالحة أبرمت في آخر لحظة قبل صدور الحكم التحكيمي، للمزيد راجع: عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، الجزء الثاني، التحكيم الدولي، مطبعة دار المعارف، طبعة 1998، ص220 وما يليها.

⁶⁷² - للمزيد حول سلوك الحكّمين انظر: محمد سليم العوا، سلوك المحكمين، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ص43 وما يليها.



ونظرا للأهمية البالغة للمحكم في الدعوى التحكيمية باعتباره المحور الأساسي في هذه العملية وبصلاحه ونزاهته وعدالته تكون أحكامه عادلة ونزيهة، واستنادا إلى ما يجب توفره في هذا الشخص من شروط و صفات من أجل القول بنزاهته وعدالته وتجدره، تعمل مراكز التحكيم الدائمة على أن تتضمن لوائح المحكمين المعتمدين لديها إطارا للعدالة يفرض حياد واستقلال ونزاهة هؤلاء الأشخاص، وتتبنى هذه اللوائح - من أجل بلوغ هذا الهدف - مواثيق سلوكية تحتوي على معايير خلقية وقواعد إرشادية للمحكمين، بالإضافة إلى التنصيص على ضرورة استجماع من يرغب في ممارسة مهمة التحكيم تحت مظلتها مجموعة من الشروط وتوفره على صفات معينة والتي يعتبر الحياد والاستقلال وحسن الخلق والآداب والتجربة أهمها، بالإضافة إلى تقنين معظم هذه المراكز لشرط الالتزام بالإفصاح والإعلام عن كل ما من شأنه أي يثير شكوكا حول حياده واستقلاله، وكل هذا من أجل تحقيق أكبر قدر مستطاع من النزاهة والحياد للمحكمين، وهو ما سيوفر الجو الملائم للمحكمين ويزيد من ثقتهم في كفاءة الهيئات التحكيمية المعتمدة لدى هذه المراكز ناهيك عن الاطمئنان إلى أن الحكم الذي سيصدره هؤلاء المحكمون، لن يصدر عن هوى يجمع بهم كلهم أو بعضهم، وإنما من طرف أشخاص يتوفر فيهم ما يكفي من الشروط والمبادئ للقول بنزاهة وعدالة أحكامهم.

وفي هذا الإطار نجد الفقرة 2 و 3 من المادة 11 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس لسنة 2012 تنص على أنه: "2- يوقع المحكم المحتمل، قبل تعيينه أو تأكيده، إقرارا يبين قبوله وتوافره وحيده واستقلالته. ويفصح المحكم المحتمل للأمانة العامة كتابيا عن أية وقائع أو ظروف من شأنها أن تشكل في استقلاليته في نظر الأطراف، وأية ظروف من شأنها أن تثير شكوكا معقولة حول حيده المحكم. وتبلغ الأمانة العامة هذه المعلومات كتابيا للأطراف وتحدد لهم مهلة لإبداء ملاحظاتهم. 3- يتعين على المحكم أن يبادر فورا بالإفصاح كتابيا للأمانة العامة وللأطراف عن أية وقائع أو ظروف

مماثلة في طبيعتها لتلك المشار إليها في البند (2) من المادة 11 بخصوص حيده المحكم واستقلاليتة، والتي قد تطرأ أثناء التحكيم.

وهو ما تؤكد كذا المادة 3/05 من نظام محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي (L.C.I.A) لفتح يناير 2012، حيث جاء في هذه الفقرة ما يلي: "3 قبل تعيينه من محكمة لندن للتحكيم الدولي يجب على كل محكم ان يقدم الى الكاتب ملخصا عن مواقفه المهنية الحالية والماضية، ويوقع قبولا خطيا بجدول الاتعاب وفقا للجدول حساب المصاريف، ويوقع على تصريح يؤكد فيه على انه ليست هناك اية ظروف على علمه من شأنها ان تثير شكوكا مبررة حول حياده او استقلاله غير تلك التي أعلن عنها في التصريح وانه سيعلم فورا محكمة لندن واعضاء المحكمة التحكيمية والاطراف بأية ظروف مماثلة اذا ما استحدثت تلك الظروف بعد التاريخ وقبل انتهاء الاجراءات التحكيمية".

هذا وتجد الإشارة إلى أن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أصدر ميثاقا لسلوك المحكمين⁶⁷³، أوجبت المادة الثالثة منه ما يلي: "على من يرشح ليكون محكما أن يصرح لمن يتصل به في أمر هذا الترشيح بكل الظروف التي من شأنها احتمال إثارة شكوك لها ما يبررها حول حياده واستقلاله. وعلى المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان قد سبق إحاطتهم علما بذلك، وعليه على الأخص التصريح بما يلي:

أ. علاقات الأعمال والعلاقات الاجتماعية المباشرة السابقة والحالية مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين.

ب. علاقات القرابة والمصاهرة مع أي من أطراف التحكيم أو الشهود أو المحكمين الآخرين.

⁶⁷³ - بخصوص ميثاق سلوك المحكمين الذي أصدره المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة انظر الموقع الإلكتروني <http://www.crcica.org.eg> ص 29 وما يليها. وانظر كذلك في نفس المعنى محمد سليم العوا، سلوك المحكمين، م.س، 43 وما يليها.



ج. الارتباطات السابقة على موضوع التحكيم ويسري هذا الالتزام بالتصريح بالنسبة لتلك الظروف التي تجد بعد بدء إجراءات التحكيم".

وهو ما نصت عليه كذلك المادة 07 من نظام محكمة التحكيم الأمريكية (A.A.A) حيث جاء فيها: "ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف، فإنه يجب على كل محكم معين بموجب هذا النظام أن يكون حياديا ومستقلا، وقبل قبول تعيينه، يعلم المحكم الهيئة الأمريكية للتحكيم بكل ظرف من شأنه أن يثير شكوكا جدية حول حياده واستقلاله ويقوم المحكم بعد تعيينه بإعلام الأطراف والهيئة الأمريكية للتحكيم بأي معلومات إضافية من الطبيعة نفسها، وتقوم الهيئة الأمريكية للتحكيم فور تسلمها معلومات من هذا النوع مقدمة من محكم أو من أحد الأطراف بإعلام الأطراف الأخرى والمحكم".

هكذا إذن يتضح أن مجمل لوائح مراكز التحكيم التجاري الدولي تلزم المحكمين الذين يرغبون في ممارسة التحكيم لدى هذه المؤسسات بالتصريح بكل ما من شأنه أن يثير شكوكا حول حياده واستقلاله لتسير بذلك على نهج مختلف القواعد الدولية للتحكيم ولتكرس وبحق ضمانة أساسية لأطراف التحكيم والمتمثلة في توفير القدر اللازم من حياد واستقلال ونزاهة المحكمين المعتمدين لدى هذه المراكز.

وإذا كانت إذن مختلف هذه القواعد الاتفاقية والمؤسسية قد اعترفت بأهمية الالتزام بالإفصاح و بوائته مكانة هامة في نصوصها التنظيمية، فإن التساؤل يطرح عن مدى استطاعة التشريعات الوطنية للدول تنظيم هذا المقتضى الهام بالكيفية التي تضمن حيادية واستقلال الهيئات التحكيمية، وتحقيق الفعالية والعدالة المطلوبة للمحتكمين؟



الفقرة الثانية:

إقرار التشريعات الوطنية للالتزام بالإفصاح.

رغبة منها في ملاءمة تشريعاتها الداخلية المنظمة للتحكيم التجاري مع النصوص والقواعد الدولية للتحكيم، وتأسيسا على ما للالتزام بالإفصاح من دور بارز باعتباره أحد المقومات الأساسية لضمان حياد واستقلال الهيئة التحكيمية ومن ثم كسب اطمئنان الأفراد تجاهها، قامت معظم الدول بتقنين هذا الالتزام والتنقيص عليه في قوانينها التحكيمية.

ومن أجل الوقوف على هذا الأمر، سنحاول دراسة الالتزام بالإفصاح في التشريع المغربي (أولا) على أن نتحدث بعد ذلك على الوضع في التشريعات المقارنة (ثانيا).

أولا: الالتزام بالإفصاح في التشريع المغربي

سيرا على نهج القواعد الدولية للتحكيم، واعتبارا لأهمية الالتزام بالإفصاح في عدالة الأحكام التحكيمية، نص المشرع المغربي بدوره على هذا الالتزام الجوهري في القانون رقم 05-08 في شقه المتعلق بالتحكيم الداخلي، إذ تنص الفقرة 02 من الفصل 06-327 على أنه: "ويجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله". و هو ما أكدته أيضا الفصل 07-327 الذي ينص: "يتعين على المحكم الذي يعلم بوجود أحد أسباب التجريح في نفسه أن يشعر الأطراف بذلك، وفي هذه الحالة، لا يجوز له قبول مهمته إلا بعد موافقة الأطراف".



ثانياً: الوضع في التشريعات المقارنة

يعد حياد واستقلال المحكم من المبادئ والضمانات الأساسية التي تركز عليها مؤسسة التحكيم، ومن أجل ضمان توافر هذين المبدأين الهامين في شخص الحكم، نصت معظم التشريعات المقارنة على ضرورة التزام المحكم المرشح لمهمة التحكيم بالإفصاح عن أي وقائع أو علاقات أو ظروف من شأنها إثارة شكوك الأطراف حول حياده واستقلاله، كأسلوب وقائي يمنع المحكم المصرح عن هذه الظروف والمقبول لتولي التحكيم بين الأطراف من الإخلال بواجباته تجاههم⁶⁷⁴.

وهكذا تنص المادة 16 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الثالثة على أنه: "يجب عليه - أي على المحكم - أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده". و هو نص يتوافق تماماً مع المادة 15/ج من قانون التحكيم الأردني⁶⁷⁵. وهذا الالتزام الذي نصت عليه أيضاً معظم التشريعات العربية، كالقانون العماني حيث تنص المادة 16/3 على ما يلي: " يكون قبول المحكم القيام بمهمته كتابة ويجب عليه أن يفصح عند قبوله عن أية ظروف من شأنها إثارة شكوك حول استقلاله أو حيده وعلى المحكم إذا استجدت مثل هذه الظروف بعد تعيينه أو خلال إجراءات التحكيم المبادرة إلى التصريح بها لطرفي التحكيم والمحكمين الآخرين". وكذلك أيضاً المادة 02/أ من القانون البحريني للتحكيم التجاري وغيرها من القوانين العربية للتحكيم.

وفي نفس الاتجاه يسير المشرع الفرنسي، حيث ألزم هو الآخر المحكم قبل وبعد قبوله لمهمة التحكيم أن يكشف عن أي ملابسات أو ظروف قد تؤثر

⁶⁷⁴ - انظر في هذا الصدد:

- محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نشر المركز العربي للتحكيم، طبعة 2008، ص 68 وما يليها.
- عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارنا بحصانة القضاء، (دون ذكر دار النشر)، الطبعة الأولى 1990، ص 89 وما يليها.

⁶⁷⁵ - حث تنص هذه المادة على أنه: "... و يجب عليه - أي على المحكم - أن يفصح عند قبوله عن ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حيده أو استقلاله"



في استقلاله أو حياده، وذلك في المادة 1456 من ق.م.م الفرنسي (المرسوم رقم 2011/48)⁶⁷⁶.

• قراءة تحليلية للنصوص التشريعية:

ومن خلال مجمل هذه النصوص القانونية يتضح وبشكل لا لبس فيه أن المحكم عليه إحاطة الأطراف علما بأي ظرف من شأنه خلق شكوك لها ما يبررها، أو من طبيعتها التأثير في استقلاله وحياده. فجل النصوص القانونية أعلاه جاءت عامة ولم تحدد هذه الظروف أو الملابسات على سبيل المثال، وهو ما يفيد إلزامية التصريح بكل الوقائع والعلاقات سواء قلت أو كثرت أو لها صلة وطيدة بالنزاع أو بعيدة عن النزاع، فليس له التخيير في هذا الصدد أو إعمال تقديره في ذلك، لأن ما يراه المحكم غير مؤثر في حياده واستقلاله قد يعتبر ظرفا أو واقعة من شأنها التأثير على حياد المحكم و استقلاله أو على الأقل خلق شكوك لدى الأطراف تجاهه⁶⁷⁷.

ويجب أن يتم هذا الإفصاح كتابية عند قبول مهمة التحكيم كما نصت على ذلك معظم التشريعات السابق الإشارة إليها.

ونشير إلى أن هذا الالتزام لا يتوقف على مطالبة الأطراف، وإنما هو واجب قانوني حتمي يتعين على المحكم الإدلاء به منذ قبوله لمهمته (مرورا بمرحلة الإجراءات)

676 - حيث تنص المادة 1456 من ق م م ف (مرسوم 2011) على أنه:

« Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur confiée. A cette date, il est saisi du litige. *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de relever toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité.*

Il lui est également fait obligation de relever sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acception de sa mission. En cas de différent sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, a défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation où la découverte du fait litigieux ».

⁶⁷⁷ - للمزيد في هذا الصدد انظر: * أنور أحمد علي الطشي، م س، ص151. * هدى مجدي عبد الرحمان، م س بند 124، ص61.

* على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية، طبعة 1996، بند 219، ص211.

وإلى حين صدور الحكم التحكيمي⁶⁷⁸، وذلك سواء كان التعيين باتفاق الأطراف أو تعيينا قضائيا من طرف رئيس المحكمة المختصة⁶⁷⁹.

وهكذا فمتى تم الإفصاح والتصريح بكل ما من شأنها أن يؤثر في حياده واستقلاله المحكم على النحو الذي نص عليه المشرع المغربي -وأيضا المقارن-، فإن للأطراف الحرية في قبول تعيين هذا المحكم أو رفضه، فالمحتكمون قد يتقنون في شخص المحكم

⁶⁷⁸ - وهذا ما تؤكدته العديد من التطبيقات القضائية، من ذلك مثلا ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار لها جاء فيه: « L'arbitre doit révéler toute circonstance de nature à affecter son jugement et à provoquer dans l'esprit des parties un doute raisonnable sur ses qualités d'impartialité et d'indépendance, qui sont l'essence même de la fonction arbitrale ; que le lien de la confiance devant être préserver continument, les parties doivent être informées pendant toute la durée de l'instance arbitrale des relations qui pourraient avoir à leurs yeux une incidence sur le jugement de l'arbitre » Arrêt Cour d'appel Paris, pole 1, première chambre, n° 09/21413 Du 10 mars 2011, cité par Geneviève ANGENDRE, Loyauté et impartialité de l'arbitre, op.cit. Page 23.

كما جاء في قرار لها كذلك: "... إن ممارسة مهمة المحكم تفترض وجود رابطة ثقة مع الأطراف، يجب المحافظة عليها طوال مدة التحكيم، وفي هذا الصدد يلزم المحكم بتبليغ الأطراف، بكل واقعة أو علاقة قد تؤدي إلى تعكير استقلالية فكره، أو من الممكن في نظر الأطراف أن يكون لها تأثير على حكمه أو حياده أو استقلاليته تجاه أي من الطرفين..." قرارا صادر بتاريخ 2008/12/18 منشور بمجلة التحكيم، عدد 03/ يوليو 2009، ص 875.

وهو الأمر الذي أكدته أيضا نفس المحكمة في نزاع تحكيمي - قضية رؤول روفال - حيث أخذت المحكمة على المحكم عدم إعلامه وإفصاحه شركة رؤول روفال خلال سريان إجراءات التحكيم أنه كان يعمل لدى الطرف الآخر في النزاع والممثل في شركة (Sueden)، حيث تم التعاقد بين المحكم وشركة Sueden للعمل لدى هذه الأخيرة في يوم صدور الحكم التحكيمي. وبالتالي كان على المحكم إعلام الطرف الآخر (شركة رؤول روفال) بهذا الطرف الذي من شأنه أن يؤثر في حياد واستقلال هذا المحكم. قرار صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 02 يوليوز 1992 منشور بمجلة التحكيم (Revue d'Arbitrage) 1996، ص 412. أشار إليه نجم رياض نجم الربضي، س.م، هامش ص 81.

وفي نفس الإطار صدر قرار عن محكمة التعقيب التونسية تحت عدد 5139 مؤرخ في 20 فبراير 2001 يؤكد وبجلاء هذا الالتزام الهام الملقى على عاتق المحكم، ومما جاء في هذا القرار التعقيبي: "حيث يؤخذ من أحكام الفصلين 10 و 22 من مجلة التحكيم التونسية أن المحكم يجب أن يكون رشيدا كفئا يتمتع بكامل حقوقه المدنية وبالاستقلالية والحياد إزاء الأطراف وزيادة في ترسيخ هذا الاتجاه، يجب على المحكم التصريح بكل الأسباب التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلاله والزمته ومنذ تعيينه، وما دامت إجراءات التحكيم متواصلة، بأن لا يتأخر عن إعلام أطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل إلا إذا كان قد سبق أحاطهم علما..." قرار منشور بمجلة القضاء والتشريع (التونسية) العدد الرابع، السنة 44 أبريل 2002، ص 155 وما يليها.

⁶⁷⁹ - لأن شرط الحياد والاستقلال التزام قانوني يجب توفره في المحكم سواء تم تعيينه قضائيا أو اتفاقيا، ويتعين عليه الإعلام والتصريح بكل ما من شأنه أن يؤثر في حياده واستقلاله عند قبول لمهمة التحكيم ولا فرق في ذلك ما بين تعيينه من طرف رئيس المحكمة أو من طرف الخصوم، وقد جرى القضاء الفرنسي على أنه عند نظر دعوى تعيين محكم يلزم بأن يتأكد القاضي من حياده واستقلاله، ولكل من الطرفين أن يثير أمام القاضي الشك في حياد المحكم الذي سيعينه هذا القاضي، ولهذا الأخير أن يطلب معلومات من أية جهة حول شخص المحكم. للمزيد في هذا الإطار راجع: فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م س، ص 229 وما يليها.

بالرغم من وجود ظروف قد تؤثر في حياده واستقلاله، وفي هذه الحالة يصبح تعيين المحكم مؤكدا وصحيحا بعد موافقة الأطراف على ذلك وعدم اعتراضهم أو تجريحهم لهذا المحكم المفصح. وهذا ما يستفاد من نص الفصل 327-07 من ق 05-08⁶⁸⁰، وفي هذه الحالة لا يملك أي من الطرفين تقديم طلب التجريح أو الاعتراض على حكم التحكيم لقبولهم هذا الشخص وثقتهم في عدالته⁶⁸¹، وذلك ما لم تستجد ظروف أو وقائع جديدة لم يتم الإفصاح عنها من طرف هذا المحكم من قبل. أما إذا تم الإفصاح وأبدى الأطراف أو أحدهم عدم رضاه وموافقته، فيعتبر المحكم غير صالح للقيام بمهمته التحكيم.

⁶⁸⁰ - حيث ينص الفصل 327-07 من ق 05-08 على أنه: "يتعين على المحكم الذي يعلم بوجود أحد أسباب التجريح في نفسه أن يشعر الأطراف بذلك، وفي هذه الحالة لا يجوز له قبول مهمته إلا بعد موافقة الأطراف" فقياسا على هذا الفصل، واعتبارا لما تقوم عليه مؤسسة التحكيم من حرية واتفاق الأطراف على إدارة نزاعهم وفق ما يتلاءم و مصالحهم، يمكن القول أن لأطراف التحكيم الاتفاق على قبول هذا المحكم الذي أفصح عن وجود ظروف من شأنها التأثير في حياده واستقلاله، فثقتهم في الشخص تدفعهم إلى قبوله تحكيمه بينهم بالرغم من هذه الظروف.

وإن كانت محكمة استئناف القاهرة ترى عكس ذلك، حيث ذهبت في قرارها الصادر في 30 مارس 2004 في القضية رقم 78 لسنة 120 ق إلى أن قواعد التحكيم المتعلقة بحيدة المحكم واستقلاله تعد من النظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لأنهما متعلقان بضمانتين أساسيتين لا غنى عنهما لمباشرة السلطة القضائية أيا كان مصدرها.

وهنا نساند رأي الفقه والباحثين الذي أعابوا على قرار محكمة استئناف القاهرة هذا، تسويته بين ضمانات التقاضي المطلقة أمام المحاكم الرسمية (قضاء الدول) وبين ضمانات التقاضي النسبية أمام قضاء التحكيم، دون الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمؤسسة التحكيم، والتي يعتبر مصدرها اتفاق التحكيم وحرية الأطراف في تنظيم عملياتهم التحكيمية كما يرضونها. انظر بخصوص هذا : محمود مصطفى يونس، المرجع العام ...، م س، هامش ص 280 و 281.

⁶⁸¹ - ويقول الأستاذ إسماعيل إبراهيم الزيايدي في هذا الصدد: "وأيا يكن الأمر فإنه إذا قام المحكم عند ترشيحه أو عند قبوله التحكيم بالإفصاح عن الاعتبارات التي تربطه بأحد الأطراف أو الكشف عن الظروف التي من شأنها أن تثير ظنونا مبررة حول عدم حيده أو استقلاله، ولم يعترض الطرف الآخر، لم يعد جائزا مستقبلا إعادة إثارة الأمر بالنسبة إلى صلاحية المحكم، وعند إثارة الادعاء بالتحيز أو عدم النزاهة بعد ذلك، فإنه يتعين على القضاء حرصا على استقرار العملية التحكيمية، التثبت من أن لهذا الادعاء صدى حقيقي ويستند إلى مبررات صحيحة، ولم يكن معلوما من قبل الخصم عند تعيين المحكم، وليس مجرد محاولة من الخصم لإحباط إجراءات التحكيم وعرقلتها"

راجع الأستاذ إسماعيل إبراهيم الزيايدي، المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيدة الواجبة في القاضي، م س، ص 48. وهذا ما أكدته القضاء التونسي، حيث صدر عن محكمة التعقيب التونسي قرار جاء فيه: "و حيث وخلافا لما دفعت به الطاعنة فإن المحكم المخدوش (المطعون) في استقلاليته وحياده كان صرح كتابيا بما يربطه بالشركة الوطنية للسكك الحديدية من علاقة عمل بوصفه محاميا لها، إلا أن الطاعنة لم تبد أي احتراز على الرسالة الأولى والرسالة الثانية، ولم تنثر أي احتراز أمام هيئة التحكيم في موضوع حياد المحكم. وحيث وترتبا على ما ذكر، فإن الحكم المعقب قد أصاب المرمى لما اعتبر أن هيئة التحكيم قانونية بناء على أن ما دفعت به الطاعنة من عدم حياد المحكم من غير طريقه (أي في غير محله)، طالما أن الطاعنة أعرضت عن التجريح فيه طيلة فترة التحكيم، وبالتالي تكون قد قبلت بتحكيمه. وحيث والحالة ما ذكر، فإن محكمة الحكم المعقب تكون قد أحسنت تطبيق الفصولين 10 و 22 من مجلة التحكيم، مما يتعين معه رد هذا المطعن".

قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية تحت عدد 5139 صادر بتاريخ 2001/2/20 منشور بمجلة القضاء والتشريع (التونسية) عدد 04، السنة 44، أبريل 2002، 155 وما يليها (هذا المقتطف من القرار منشور في الصفحة 164).

و إذا لم يرق المحكم بواجب الإفصاح فهنا يجب التمييز بين حالتين:

• الحالة الأولى: وتكمن في عدم الإفصاح وانعدام أي ظروف أو وقائع من شأنها إثارة شكوك حول حياد واستقلال هذا المحكم أو عدم علم الأطراف أو أحدهم بها، فهنا يكفي لتنفيذ الالتزام بالإعلام قبول المحكم لمهمته كتابة، لأن الثغرة الكبيرة الموجودة في التشريع المغربي - وأيضا في بعض التشريعات المقارنة - تكمن في عدم إلزامها المحكم عند قبوله لمهمته التحكيم إثبات عدم توافر مثل هذه الظروف، وإنما ألزمته فقط بالإفصاح عند وجود أي من هذه الظروف أو الوقائع، وهو ما يفيد أن عدم وجودها يعفي المحكم مباشرة من هذا الالتزام، وهكذا فإذا استمرت إجراءات التحكيم بعد قبول المحكم لمهمته كتابة دون اعتراض الأطراف على المحكم، فلا يجوز لهم النعي على حكم التحكيم لمجرد أن المحكم لم يفصح عن الظروف التي من شأنها إثارة شك حول حياده واستقلاله⁶⁸². لكن هذه الثغرة تنطوي على خطورة كبيرة ومؤثرة جدا في عملية التحكيم في الحالة التي يكون فيها المحكم سيء نية ويعلم بوجود ما من شأنه أن يؤثر في حياده واستقلاله أو يتفق مع أحد الأطراف على كتمان هذه الظروف على حساب مصالح الطرف الآخر، فمثل هذه الأمور قد تؤثر في عدالة ما سيصدره هذا المحكم من أحكام وتصبح إجحافا بحقوق أحد المحتكمين أو كلهم وتفقد معها وسيلة التحكيم فعاليتها ومصادقيتها. وبالتالي فيجب على التشريع المغربي والمقارن مواجهة هذه الحالة بنوع من الحزم وتدارك هذا الفراغ القانوني الهام وذلك بإلزام المحكم بإثبات عدم توافر أي ظروف قد تؤثر في حياده واستقلاله وتقرير مسؤوليته إذا ما تبين وجود هذه الظروف ولم يتم الإفصاح عنها.

• الحالة الثانية: وتتمثل في عدم قيام المحكم بواجب الإفصاح والإعلام مع وجود هذه الظروف، سواء كان بحسن أو سوء نية المحكم، ففي هذه الحالة إذا علم أي من

⁶⁸² - للمزيد في هذا الصدد انظر:

• فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية و التطبيق، م س، ص 229، وما يليها.
• إسماعيل إبراهيم الزيايدي، م س ص 47 وما يليها.

طرفي النزاع التحكيمي بهذه الظروف و الوقائع التي من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله، وتم هذا العلم قبل صدور الحكم التحكيمي فإما أن يقبل ويوافق على هذا المحكم، ويستمر بالتالي هذا الأخير في الفصل في نزاعهم، وإما أن يتم تجريحه وتبديله مع إمكانية مطالبة هذا المحكم بالتعويض عن الأضرار التي قد تلحق بالأطراف أو بأحدهم جراء إخلال المحكم بواجب والتزام قانوني يتعين عليه احترامه، لكن الإشكال يطرح وبشكل كبير في الحالة التي يتم اكتشاف فيها وجود هذه الظروف بعد صدور الحكم التحكيمي، هل يحق للأطراف أو أي منهما التمسك بعدم إفصاح المحكم عن ظروف من شأنها التأثير في حياده واستقلاله للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي؟ بخصوص هذا الإشكال نجد أن المشرع المغربي، ومعه بعض التشريعات المقارنة لم تنص بشكل واضح على أحقية الأطراف في الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي لعدم قيام المحكم المتمثل في الإفصاح، حيث لم تجعل التشريعات هذا السبب من ضمن الأسباب الموجبة للطعن للبطلان، لكن الاجتهاد الفقهي والقضائي أقر في هذا الصدد بأحقية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الذي يصدره محكم لا تتوافر فيه شروط وظروف الحياد والاستقلالية وعدم قيامه بالتزامه القانوني التي يفرض عليه الإفصاح وبحسن نية عن أية ظروف لها تأثير على حياده واستقلاله ومن خلالهما على ثقة الأطراف في عدالة أحكامه⁶⁸³.

و تعددت أسس هذا البطلان التي يتم الاستناد إليها، حيث يمكن الاعتماد في هذه الحالة إما على وجود غلط في الإدارة كعيب من عيوب الرضا يتعلق بشخص المحكم وهو ما يعني بطلان اتفاق التحكيم وبالتالي بطلان حكم التحكيم الناتج عنه⁶⁸⁴، وإما بالاعتماد

⁶⁸³ - بخصوص الآراء الفقهية والتي تكاد تتفق حول أحقية الطعن بالبطلان لعدم إفصاح المحكم عن أية ظروف من شأنها التأثير في حياده انظر: * محمد مصطفى يونس، المرجع ...، م س، ص 281. * عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، م س، ص 220. * أنور علي أحمد الطشي، م س، ص 152 وما يليها. كريم محمد زيدان النجار، م س، ص 228. * فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م س، ص 230.

⁶⁸⁴ - وهذا ما يؤكده الفصل 36-327 وأيضا الفصل 51-327 من ق. 05-08 حيث تجعل هذه الفصول انعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه سببا للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي.

على عدم قانونية تشكيل الهيئة التحكيمية لعدم قيام المحكم بالإفصاح أو عدم احترام النظام العام، وهو ما يمكن التمسك به أيضا للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي⁶⁸⁵، وهذا ما أكدته محكمة استئناف باريس في قضية « Société Annahold B.V »، حيث علمت هذه الشركة في 26 يونيو 1990، أن المحكم الوحيد المعين بواسطة الأطراف في 22 ديسمبر 1979 كان مستشارا ماليا لرئيس مجموعة مضادة، وأثبت التحقيق أنه قد أخذ أجرا عن ذلك بأجر فصلي قيمته 125 ألف فرنك فرنسي حتى نهاية سنة 1989، وبعد ذلك أي في 1990/09/26 طلب هذا الطرف - أي شركة « Société Annahold B.V » - من المحكم أن يتنازل عن مهمته وقام بإجراءات لرده استعجاليا، وفي 27 يونيو أصدر المحكم حكمه، وهو ما جعل محكمة باريس الكلية تعلن عن كفاية الوقت لرد المحكم استعجاليا وأحالت الأطراف إلى محكمة الموضوع للطعن ببطلان الحكم التحكيمي إذا كان هناك سبب للبطلان مسلم به، وعندما رفعت دعوى بطلان حكم التحكيم حكمت محكمة استئناف باريس ببطلان حكم التحكيم بسبب عيب الرضا المؤثر في اتفاق التحكيم، وقضت محكمة باريس الكلية على إثر ذلك في الطلبات التي رفعتها الشركة ضد خصمها وضد المحكم، وأظهرت تشددا ضد المحكم، وقد نسبت إليه أنه قد طلب منه التخلي عن مهمته بسبب الروابط القائمة بينه وبين أحد الأطراف وأنه قد تم رده (تجريحه) في 26 يونيو 1990، كما أن المقالات الصحفية التي استند إليها لشهرة وظائفه باعتباره مستشارا ماليا لا يدل على أن هذه الوظائف قد أخذت طابع العلانية الكافية، الأمر الذي يقلل من واجب الإعلام للطرف الآخر، وبذلك يستطيع المضرور من الأعمال الكيدية أن يحصل على تعويض من الفاعل على أساس القانون المدني عن الضرر اللاحق به، ويكون له

⁶⁸⁵ - حسب ما ينص عليه الفصلان 327-36 و 327-51 من ق.08-05 إذ بالرجوع إليهما يتضح أنه عدم قانونية التشكيل الهيئة التحكيمية توجب الطعن بالبطلان، كما يمكن أيضا الاعتماد عليها للطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف وتحويل الصيغة التنفيذية (ف327-49).



الحق أن يحصل من المحكم على سبيل التعويض على الأجر الذي دفعه إليه باعتباره أتعاباً جامع الفوائد القانونية من تاريخ الدفع⁶⁸⁶.

هكذا إذن تتضح المكانة الهامة التي يعتليها مبدأ الالتزام بالإعلام أو الإفصاح سواء في نظر التشريعات الوطنية للدول ومعها قواعد وأنظمة التحكيم التجاري الدولي أو في نظر الفقه المهتم بالتحكيم والقضاء الوطني للدول. وهو ما يبرز وبجلاء الدور الكبير لهذا الواجب في حفظ وتوفير الحد اللازم لحياة واستقلال الهيئات التحكيمية وبالتالي ضمان عدالة ونزاهة أحكامها، وقد تم تدعيم هذا الالتزام الهام بضمانة قانونية مهمة من شأنها ضمان حياد واستقلال، والتي تمثل في إمكانية تجريح الأطراف للمحكم الذي لا تتوافر فيه الشروط والضوابط اللازمة لحياده واستقلاله.

⁶⁸⁶ - راجع تفاصيل هذه القضية في أطروحة الأستاذ أنور علي أحمد الطشي، م س، ص 152 وما بعدها. وهناك العديد من القرارات القضائية الأخرى التي تؤكد على إمكانية الطعن بالبطان لعدم قيام المحكم بواجبه بالإفصاح، من ذلك حكم محكمة استئناف القاهرة رقم 91 تجاري بتاريخ 30 مارس 2004 في القضية رقم 78 لسنة 120 ق. تحكيم، حيث قضت هذه المحكمة بأنه إذا كان المحكم هو زوج أحد الطرفين، ولم يفصح هذا الطرف عن هذه العلاقة قبل صدور الحكم التحكيمي، فإن الحكم يكون باطلا لمخالفته القانون الذي اشترط حياد المحكم وأوجب عليه أن يفصح عن أية ظروف من شأنها إثارة مجرد الشك حول حيده واستقلاله. كما قضت محكمة النقض الفرنسية هي الأخرى ببطان الحكم الذي يصدر عن المحكم الذي لم يفصح عن ظروف قد تؤثر في حياده واعتبرت مثل هذه الأحكام باطلة لعباب الغلط التي شاب رضا الطرف بالمحكم (نقض فرنسي صادر بتاريخ 13 أبريل 1962). راجع مختلف هذه القرارات القضائية في مرجع الأستاذ، فتحي والي، قانون التحكيم...، م س، هامش ص 230.



المبحث الثاني:

تجريح المحكم جزاء لعدم الحياد أو الاستقلال.

بالإضافة إلى الالتزام بالإفصاح والذي نصت عليه التشريعات المذكورة آنفاً، وأوجبت على المحكم بذلك التصريح وإعلام أطراف العلاقة التحكيمية بكل ما من شأنه أن يؤثر في حياده واستقلاله، رغبة منها في توفير الجو الملائم والثقة اللازمة تجاه الهيئة التحكيمية وضمان حيادها ونزاهتها وعدالة أحكامها، بالإضافة إلى هذا، دعمت هذه التشريعات ضمانات توفير الحياد والاستقلال والنزاهة في الهيئات التحكيمية بوسيلة هامة من شأنها الزيادة في نسبة الحياد، وتتمثل في تجريح المحكمين من قبل أطراف العلاقة التحكيمية، أو ما يصطلح عليه في معظم التشريعات العربية "برد المحكم"، حيث تعتبر وسيلة التجريح من أهم الضمانات القانونية الممنوحة للمحتكمين في مواجهة الهيئات التحكيمية من أجل تقاضي تجاوزتها المحتملة وضمان حيادها.

ويقصد بتجريح أو رد الحكم « **Récusation de l'arbitre** » تعبير أحد أطراف الخصومة التحكيمية عن إرادته في عدم الامتثال أمام محكم معين في قضية معينة لتوافر واحد أو أكثر من الأسباب التي حددها القانون وطبقاً للشروط والإجراءات المحددة لممارسة هذا الحق⁶⁸⁷. ومن تعريفات التجريح كذلك تعبير الخصم عن إرادته في منع المحكم أو القاضي من نظر الدعوى لسبب يثير الشكوك في حياده واستقلاله في خصومة معينة⁶⁸⁸، وأيضاً طلب إبعاد المحكم خوفاً من تحيزه لأحد الأطراف⁶⁸⁹.

⁶⁸⁷ - راجع في هذا الصدد:

• مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي...، م.س، 201.

• نجم رياض نجم الرضي، م.س، 229.

⁶⁸⁸ - أنظر بخصوص هذه التعاريف:

• حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص215 وما يليها.

• سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي، دار الكتاب الكويت، طبعة 1994، ص132 وما بعدها.

• أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2003، ص71 وما يليها.

⁶⁸⁹ - محي الدين إسماعيل، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة 1986، ص53 وما يليها.



وهكذا يتضح أن مجمل هذه التعاريف تتحد في كون تجريح المحكم ضماناً ممنوحة لأطراف التحكيم في مواجهة الهيئة التحكيمية، وطريق لإبعادها عن التحكيم بينهم في نزاع معين وذلك عندما يفقد الأطراف الثقة في أحد أطراف الهيئة التحكيمية أو كلهم، وهو ما يعني أن لهذه الوسيلة القانونية أهمية كبيرة في تأدية المحكمين لمهمتهم بكل تجرد ونزاهة بعيداً عن نزواتهم وعواطفهم، والحفاظ بالتالي على مصالح وحقوق المحتكمين من جهة وتكريس أحد أهم المبادئ والمرتكزات التي تقوم عليها العدالة من جهة أخرى. ومن أجل الإحاطة بهذا الموضوع أكثر والوقوف على كيفية تنظيم التشريع المغربي والمقارن لهذا المقتضى الهام، سنحاول دراسة أسباب أو الحالات التي يحق فيها لأطراف اتفاق التحكيم تجريح الهيئة التحكيمية (المطلب الأول) ثم بعد التطرق للضوابط القانونية التي يجب الامتثال لها عند طلب كجريح المحكمين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالات تجريح المحكم

إذا كان المحكم يؤدي نفس دور القاضي، والمتمثل في الفصل في نزاعات الخصوم بالشكل العادل والمنصف، فإن هذا العمل الجسيم يقتضي من المحكم الابتعاد عن أي عمل قد يؤثر على عقيدته تجاه النزاع المطروح أمامه.

وضمناً لتوافر الحياد والاستقلال والنزاهة في شخص المحكمين والتي بدونها لا يمكن الحديث عن استقامته وعدالة أحكامه، فقد واجهت أغلبية التنظيمات القانونية للتحكيم سواء الداخلية منها أو الدولية هذا الأمر بنوع من الحزم والجدية، وأقرت إمكانية التجريح، كجزء قانوني في حق المحكم الذي يزيغ عن طريق الحيادية والتجرد والاستقلالية.

لكن بالرغم من اتحاد التشريعات الوطنية للدول على التنصيص على ضمانات التجريح (الرد) كتدبير وقائي ممنوح لأطراف التحكيم لمواجهة عدم حيادية المحكمين، إلا أنها - أي التشريعات - اختلفت في تنظيم ممارسة هذه الإمكانية وذلك في جوانب شتى



من أهمها الحالات التي يجوز فيها تجريح المحكم، حيث نجده جانب من القوانين تنص على مبدأ عام يتمثل في وجود أي سبب من شأن التأثير في حياد واستقلال المحكم، وتجعله كسبب واحد و أوحده يخل لأطراف التحكيم الحق في رد وتجريح أي عضو من أعضاء الهيئة التحكيمية (الفقرة الأولى) فيما هناك اتجاه لا يستهان به من التشريعات التي حاولت تحديد الحالات والأسباب التي يمكن الاستناد عليها لتجريح المحكم، سواء بجعل أسباب رد و تجريح المحكمين هي نفس أسباب تجريح القضاة، أو بالتنصيص على أسباب معينة خاصة فقط بتجريح المحكم (الفقرة الثانية) فأى من الاتجاهين أكثر ضماناً لحياد واستقلال الهيئات التحكيمية وعدالة أحكامها وبالتالي الأجدر بالتأييد؟ وما هي الإشكالات التي تطرح بخصوص هذه الحالات و الأسباب؟

الفقرة الأولى: الاتجاه التشريعي الموسع في حالات تجريح المحكم.

لقد توسعت العديد من القوانين الوطنية في حالات وأسباب رد المحكمين، وابتعدت عن أسلوب الحصر والتعداد إلى أسلوب المعيار العام الذي ينبني على أي سبب من شأنه إثارة شكوك حول حياد واستقلال الهيئات التحكيمية، ومن بين التشريعات التي أخذت بهذه العبارة العامة التي تستوعب كل الظروف التي قد تؤثر في حياد واستقلال المحكم نذكر:

1. التشريع المصري المتمثل في القانون رقم 27 لسنة 1994، فبعدما كان قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968 يجيز بمقتضى المادة 3/503 (الملغاة) رد المحكم لذات الأسباب التي يرد بها القاضي، أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم، اتخذ موقفا مغايراً، فنص في المادة 18 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً جدية حول حيده أو استقلاله..."

ووفقا لهذه المادة إذن يتضح أن المشرع المصري أورد حالة واحدة لجواز طلب رد المحكم، وإن كانت تقديرية تتوقف على ظروف الدعوى وملابستها إلا أنها جاءت عامة⁶⁹⁰، وبذلك لم يربط المشرع المصري رد المحكم بحالات رد القاضي أو حالات عدم الصلاحية⁶⁹¹.

وقد استحسن بعض الفقه المصري⁶⁹² هذه الاتجاه الذي لم يعمل على تحديد حالات الرد، مفضلا ترك الصلاحية لإرادة أطراف النزاع، وذلك تحت الرقابة الفعلية للقضاء، وقد بنى موقفه هذا على عدة أسباب منها:

أولاً: تعذر حصر أسباب تجريح الحكمين بخلاف القضاة الذين يمكن تحديد أسباب تجريحهم لكونهم يتقلدون وظيفة عامة دائمة، و لاعتبار كون القانون الذي يخضعون له يحظر عليهم ممارسة أي نشاط آخر يمكن أن تنشأ عنه مصالح أو علاقات تتعارض أو تتوافق مع مصالح الغير، بينما المحكمون يعتبرون أشخاصا عاديين لهم أعمالهم ومصالحهم المهنية الخاصة بما فيها ارتباطاتهم المالية والتجارية مع الغير، وبالتالي فلا يمكن أن يتم حصر أوجه الضعف التي يمكن أن تتسرب إلى نفوسهم.

690 - للمزيد في هذا الصدد انظر:

- محمد حسين عطية، م.س، ص 349 وما يليها.
- أحمد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، م.س، ص 101 وما يليها.
- علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم (دون ذكر دار النشر) طبعة 1997، ص 23 وما بعدها.

691 - ونشير إلى أن هذه النقطة لازالت تشكل محط اختلاف فقهي، حيث هناك جانب من الفقه المصري يعتبر أسباب رد وعدم صلاحية القضاة والتي أوردتها المشرع في المادة 146 والمادة 148 من قانون المرافعات المدنية تعتبر أسبابا أيضا لرد وعدم صلاحية المحكمين. فيما تذهب الغالبية العظمى عكس ذلك، وسندهم في ذلك أن قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 لا يعرف التفرقة بين عدم الصلاحية والرد، ولم يحل إلى ما ينص عليه قانون المرافعات بالنسبة لعدم صلاحية القضاة، ناهيك عن أن واجبات المحكم يفرضها القانون وأيضا إرادة الأطراف، إذ تنبع سلطته من اتفاقهم، كما أن شروط تعيينه ليس كشروط القاضي حيث يمكن للأطراف إضافة شروط اتفاقية أخرى، ولأن المحكم غير القاضي ولأن التحكيم غير القضاء فقد فرق المشرع المصري بين القضاة والمحكمين فيما أوردته من أسباب الرد أو عدم صلاحية كل منهما.

وهنا نعتقد أن الاتجاه الأول أقرب إلى الصواب، ذلك أن عمومية نص المادة 1/18 لأي سبب من شأنه إثارة شكوك حول الحياد والاستقلال، يمكن الاعتماد عليها لتجريح ورد المحكم حتى وجد هناك سبب مبرر يشكك في حيادته، ويمكن أن يكون هذا السبب مندرجا ضمن أسباب رد القضاة أو عدم صلاحيتهم، فأطراف التحكيم ونظرا لحريتهم في هذا الصدد قد يعتمدون على أي ظرف يؤثر في نزاهة وحياد المحكم كيفما كان نوعه دون الأخذ بعين الاعتبار ما ورد بشأن رد القضاة أو عدم صلاحيتهم. وللمزيد حول الآراء الفقهية انظر:

- فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية و التطبيق، م.س، ص 263 وما بعدها.
- إبراهيم الزيايدي، م.س، ص 44 وما يليها.

692 - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2004، ص 727 وما يليها.

ثانياً: احتمال سوء تقدير الطرف المتنازع في اختيار محكمه، بحيث أنه قد يختار محكماً لا يعلم أنه كان في وقت سابق مقرباً من خصمه، وذلك بصفته مستشاره القانوني أو وكيله... وفي هذه الحالة يجب تمكينه من تصحيح اختياره الخاطئ.

ثالثاً: كون نظام التجريح لا يعد من النظام العام، وبالتالي فإن القانون بتحديد أسباب هذا التجريح سيكون قد تناول على حق من حقوق الأطراف الذي يحميه مبدأ سلطان الإرادة ولاسيما الطرف طالب التجريح، فإن شاء تمسك بحقه في التجريح، وإن شاء امتنع عن ذلك⁶⁹³.

2. التشريع الأردني: حيث سار المشرع الأردني على غرار المشرع المصري، إذ تنص المادة 17/أ من قانون التحكيم الأردني على أنه: "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوكاً حول حيده واستقلاله" وقد بارك معظم والفقهاء الباحثين⁶⁹⁴ موقف المشرع الأردني هذا الذي يحدد أسباباً على سبيل الحصر لرد المحكم، وإنما جعل كل ظرف يثير شكوكاً جدية حول حيده واستقلال المحكم سبباً لرده.

فالمشرع الأردني ومن خلال المادة أعلاه لم يجعل الأسباب التي وردت في مجال رد القاضي على سبيل الحصر أسباباً يؤخذ بها في مجال رد المحكم، وإنما أطلق العنان لكل ما من شأنه إثارة شكوك حول حياد المحكم واستقلاله، ومرجع ذلك حسب نفس الفقه أنه لا يمكن تشبيه المحكم بالقاضي تشبيهاً مطلقاً، فالقاضي يؤدي وظيفة عامة ولا صلة له بالخصوم بحسب الأصل، واستقلاله ونزاهته مفترضة، وبالتالي فالمشرع الأردني - وعلى غرار المشرع المصري - وحسب رأي أغلبية الفقه كان موفقاً بعدم حصر حالات رد المحكم، لأن الرد وسيلة للرقابة على استقلال المحكم مادياً ومعنوياً على

⁶⁹³ - انظر في نفس الاتجاه، مهند أحمد الصانوري، م.س، ص203، حيث يسير الباحث ومن خلال أطروحته هاته في نفس اتجاه الأستاذ عبد الكريم سلامة معززا رأيه بأحكام تحكيمية وقضائية مصرية.

⁶⁹⁴ - ومنهم الأستاذ علي رمضان بركات، أبو العلاء على أبو العلاء، الباحث نجم رياض نجم الربضي وغيرهم، للمزيد في هذا الصدد راجع أطروحة نجم رياض نجم الربضي، م، س، ص234، وما يليها



الخصوم وعن النزاع، وضمانة يوفرها قانون التحكيم لأطراف النزاع لاستخدامها في مواجهة المحكم المنحاز أو غير المستقل، ولا يكفي لضمان ذلك أن تحدد سلفا الحالات والأسباب التي يتوافر إحداها على الأقل، أو أن نستعين بالحالات المقررة لرد القضية.

3. التشريع التونسي: حيث سار أيضا التشريع التونسي في نفس الاتجاه حيث

تعرض لتجريح المحكم في الفصل 22 من مجلة التحكيم متى كان داخليا، وفي الفصل 57 من نفس القانون متى كان التحكيم دوليا⁶⁹⁵، وأيضا المشرع البحريني (المادة 2/12) كما نص على نفس الأمر المشرع الهولندي (المادة 1/33)⁶⁹⁶.

4. التشريع الفرنسي: بالنسبة للمشرع الفرنسي فهو كذلك لم يحدد حالات

تجريح المحكمين على سبيل الحصر، سواء في قانون المسطرة المدنية القديم (المرسوم رقم 81-500 لسنة 1981)، أو في المرسوم رقم 48 لسنة 2011 حيث كانت المادة 1463 من القانون القديم تنص على أنه:

« Un arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation »

⁶⁹⁵ - وتطبيقا للمادة 57 من مجلة التحكيم التونسية والتي تنص على أنه: "لا يجوز التجريح في المحكم إلا إذا وجدت أسباب من شأنها إثارة شكوك لها ما يبررها حول حياده واستقلاله" قضت محكمة الاستئناف بتونس في نزاع يتعلق بتجريح محكم دولي عُين في قضية تحكيمية دولية بما يلي: "وحيث إن منازعة نائب المطلوبة شركة "ساسيل تونس" في جدية أسباب التجريح على اعتبار أن تعلقها بأطراف غير معينة بالعقد الرابط بين منوبته والطالبة الأولى، والذي نشأ عنه النزاع موضوع القضية التحكيمية تكون مردودة بما سبق تحليله أعلاه في معرض النظر في أسباب التجريح، إذ أن عمومية الألفاظ المستعملة بالفصل 57 من مجلة التحكيم تجعل من الممكن التجريح في المحكم على أساس وجود علاقة مهما كان نوعها، ولئن كانت غير مباشرة مع أحد الأطراف المعنية بالتحكيم إلا أنه من شأنها تبرير الشكوك المثارة والتي ثبت العلم بها..." ولهذا السبب إذن قضت المحكمة بتجريح المحكم. قرار صادر عن محكمة استئناف تونس في القضية رقم 98035 بتاريخ 2009/12/22 منشور بمجلة التحكيم، العدد 08، السنة II، أكتوبر 2010 ص 248 وما بعدها انظر للمزيد حول موقف التشريع التونسي من حالات وأسباب تجريح المحكمين: مصطفى صخري، عوارض الخصومة التحكيمية، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع (تونس) العدد 04، السنة 44، أبريل 2002. ص 115 وما يليها.

⁶⁹⁶ - حيث تنص المادة 1/33 من قانون التحكيم الهولندي الصادر سنة 1986 على أنه: "إمكان رد المحكم إذا وجدت ظروف تثير شكوك حقيقية حول حياد الحكم".



و هو ما يفيد أن أي سبب يمكن أن يؤثر في حيادية و استقلال المحكم و الذي يحدث أو يظهر بعد تعيينه يعطي الحق لأي من طرفي العلاقة التحكيمية في تجريح هذا المحكم، على اعتبار أن نص المادة أعلاه جاء عاما و وردت فيه كذلك كلمة " أسباب " عامة و بصيغة النكرة. و نفس الشيء أيضا في القانون الجديد، حيث لم يحصر المشرع الفرنسي الحالات الموجبة لتجريح المحكمين، و إنما جاء بنص أكثر عمومية من نص المادة 1463 المذكورة أعلاه، إذ لم يعد المشرع الفرنسي يتحدث عن التجريح أو عدم الحيادية أو عدم الاستقلال، بل تعداه إلى أي سبب من شأنه أن يثير نزاعا أو اختلافا حول استمرار المحكم في مهمته التحكيمية كيفما كان نوعه، و هذا ما يتضح و بجلاء من الفقرة الأخيرة من المادة 1456 من ق م ق م ف (المرسوم رقم 48 لسنة 2011) التي تنص على أنه: " و في حالة الاختلاف على استمرار المحكم في مهمته، فيتم تسوية هذا الخلاف من طرف الشخص المكلف بتنظيم عملية التحكيم، فإذا لم يتم بذلك يحسم ذلك الخلاف قاضي الدعم خلال الشهر التالي للكشف عن واقعة الخلاف"⁶⁹⁷.

لكن ورغم وجهة موقف التشريعات المذكورة أعلاه ومعه رأي غالبية الفقه والباحثين واحترامه لخصوصية التحكيم التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة وحرية

⁶⁹⁷ - النص الأصلي لهذه الفقرة كالتالي:

« En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux »

و للمزيد حول شرح هذه المادة و التعليق على المستجدات التي جاءت بها انظر :

- Jochen BAUERREIS ; « Réforme du droit Français de l'arbitrage par le décret de 13 janvier 2011 : nouveautés et améliorations de l'arbitrage international » article publié sur le lien électronique suivant www.alister-avocat.com ; consulter le 15/06/2013 à 18 h.
- Denis BENSANDE, « La récente réforme du droit de l'arbitrage international en France » article publié sur le lien électronique www.bensaude-paris.com; page 05 et suivant. Consulter le 15/06/2013 à 18h.
- Eric LOQUIN ; « La réforme de droit français interne et international de l'arbitrage » Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, n° 02/2011. Page 255.
- Emmanuel Gaillard, « le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », Recueil Dalloz n° 3 du 20 janvier 2011 (études et commentaires). Page 180.
- J. PELLERIN : « le droit Français de l'arbitrage après décret du 13 janvier 2011 » Revue de l'arbitrage, 2011, page 05 et suivante.



الأطراف في إدارة نزاعهم، إلا أن هذا الموقف الجدير بالتأييد ينبغي تسجيحه برقابة قضائية صارمة ولما لا بعقوبات في حق أطراف التحكيم أو أحدهم، متى تم التعسف في استعمال هذا الحق بالشكل الذي يعيق مسار العملية التحكيمية، وكل هذا ضماناً لحقوق ومصالح الأطراف أنفسهم من جهة وحفاظاً على مصداقية التحكيم من جهة ثانية.

تبقى الإشارة إلى أن أغلبية التشريعات المقارنة المذكورة أعلاه، وبالرغم من فتحها المجال أمام أطراف اتفاق التحكيم لتجريح المحكم كل ما كان هناك أي ظرف أو سبب يثير شكوكاً حول حيده واستقلاله، إلا أنها اشترطت أن يكون هذا السبب أو الظرف المعتمد عليه في التجريح قد حدث أو ظهر بعد تعيين المحكم موضوع طلب التجريح⁶⁹⁸.

الفقرة الثانية:

الاتجاه التشريعي المحدد لحالات تجريح المحكمين

على عكس التشريعات المذكورة في الفقرة أعلاه والتي توسعت في أسباب تجريح المحكمين، هناك العديد من القوانين الوطنية التي تبنت نهج تحديد الحالات التي يجوز فيها لأطراف اتفاق التحكيم تجريح المحكمين، وذلك إما بالإحالة إلى الحالات الخاصة بتجريح القضاة وعدم صلاحيتهم، أو القيام بتحديد لبعض الأسباب الخاصة فقط بتجريح المحكمين. ومن بين هذه التشريعات القانون المغربي رقم 05-08⁶⁹⁹، حيث عدد هذا الأخير

الأسباب الموجبة لتجريح المحكم في الفصل 323 والذي جاء فيه: "يمكن تجريح المحكم إذا:
1. صدر في حقه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أحد الأفعال المبينة في الفصل 320 أعلاه⁷⁰⁰."

⁶⁹⁸ - وفي هذا الصدد تنص المادة 2/18 من قانون التحكيم المصري على أنه: "لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين له بعد أن تم هذا التعيين" وهو نص يوافق نص المادة 2/17 من قانون التحكيم الأردني.

⁶⁹⁹ - جدير بالذكر أن المشرع المغربي لم يكن يعتمد التحديد الحصري لحالات التجريح في مادة التحكيم وإنما نص فقط في الفصل 313 من ق م م (الملغى) على أنه: "لا يمكن تجريحهم - أي المحكمين - إلا لسبب نشأ أو اكتشف بعد تعيينهم..." وهو ما يفيد عدم تعرض المشرع المغربي في ق.م.م المغربي القديم لأسباب تجريح الهيئة التحكيمية.

⁷⁰⁰ - ينص الفصل 320 من ق م م 05-08 على أنه: "لا يمكن إسناد مهمة المحكم إلا إلى شخص ذاتي كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب العامة أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو من حق من حقوقه المدنية..."



2. كانت له أو لزوجته أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع⁷⁰¹.
3. كانت قرابة أو مصاهرة تجمع بينه أو وزوجه وبين أحد الأطراف إلى درجة أبناء العمومة الأشقاء .
4. كانت هناك دعوى جارية أو دعوى منتهية في أقل من سنتين بين أحد الأطراف والمحكم أو وزوجه أو أحد الأصول أو الفروع.
5. كان المحكم دائنا أو مدينا لأحد الأطراف.
6. سبق أن خاصم أو مثل غيره أو حضر كشاهد في النزاع.
7. تصرف بوصفه الممثل الشرعي لأحد الأطراف.
8. كانت توجد علاقة تبعية بين المحكم أو زوجته أو أصوله أو فروعه وبين أحد الأطراف أو وزوجه أو أصوله أو فروعه.
9. كانت صداقة أو عداوة بادية بينه وبين أحد الأطراف...

و بقراءة لمحتوى هذا الفصل يتضح أن هناك بعض الاختلاف بين حالات تجريح القضاة المنصوص عليها في الفصل 295 من ق.م.م⁷⁰² والحالات المذكورة أعلاه، حيث أضاف المشرع المغربي بخصوص تجريح المحكمين الحالة الأولى والمتعلقة بصور حكم نهائي بالإدانة من أجل اقتراف أحد الأفعال المبنية في الفصل 320 من ق.م.م 05-08، وتوسع بخصوص أقارب المحكم، فعلى عكس القاضي الذي يمكن تجريحه فقط إذا كان له

⁷⁰¹ - يلاحظ أن المشرع المغربي توسع في خانة أقارب المحكم الممكن تجريحه من أجل احتمال استفادتهم من النزاع المعروض عليه بالمقارنة مع القاضي حيث ينص الفصل 295 من ق.م.م على ما يلي: " يمكن تجريح كل قاضي للأحكام إذا كانت له أو لزوجته مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع."

⁷⁰² - ينص الفصل 295 من ق.م.م المتعلق بحالات تجريح القضاة على أنه: "يمكن تجريح كل قاض للأحكام: - إذا كانت له أو لزوجته مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع - إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه أو بين وزوجه مع أحد الأطراف حتى درجة ابن العم المباشر بإدخال الغاية. - إذا كانت هناك دعوى قائمة أو انتهت منذ أقل من سنتين بين وبين وزوجه أو أصولهما أو فروعهما وبين أحد الأطراف. - إذا كان دائنا أو مدينا لأحد الأطراف - إذا قدم استشارة أو رافع أو كان طرف في النزاع أو نظر فيه كحكم أو أدلى فيه بشهادة. - إذا سبق أن كان نائبا قانونيا لأحد الأطراف. - إذا وجدت علاقة تبعية بين القاضي أو وزوجه وبين أحد الأطراف أو وزوجه. - إذا وجدت صداقة أو عداوة مشهورة بين القاضي وأحد الأطراف."



أو لزوج مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع نجد الفصل 2/323 يضيف الأصول والفروع لزوج المحكم، أما باقي الأسباب الأخرى فليست هناك اختلاف كبير في مضمونها وبالتالي فالمشرع المغربي لم يُحل بخصوص حالات تجريح المحكمين إلى تلك الحالات الخاصة بالقضاة، وإنما قام بتحديد الأسباب المرتبطة بالهيئة التحكيمية، وهنا يطرح التساؤل حول طبيعة التحديد الوارد في الفصل 323 من ق 05-08 هل يتعلق بالتحديد الحصري لحالات تجريح المحكم، والتي بدونها لا يمكن للأطراف ممارسة هذا الحق؟ أم أن الأمر لا يعدو أن كون تحديدا على سبيل المثال، وهو ما يعني إمكانية الاعتماد على أي سبب آخر لتقديم طلب تجريح المحكم متى كان هذا السبب من شأنه إثارة شكوك حول حياد واستقلال الهيئة التحكيمية؟

بخصوص هذا الإشكال نرى أن المشرع قد حدد أسباب تجريح المحكمين على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال، وهذا ما يتضح من العبارة التي استهل بها الفصل 323 والمتمثلة في "يمكن تجريح المحكم..." وهي عبارة يفيد التعداد الحصري والتي لا يمكن القياس عليها، وبالتالي فلو أراد المشرع المغربي جعل هذه الحالات على سبيل المثال فقط لاستعمل عبارة تفيد ذلك، أو لما قام بذكر تلك الحالات، وحذا بذلك حذو التشريعات التي استعملت عبارة عامة تجمع كل ظرف من شأنه التأثير في حيادية واستقلال المحكم.

وهكذا فتعاطي المشرع المغربي عن ذكر هذا السبب العام وعدد حالات التجريح لدليل على حصرية تلك الأسباب. و في رأيي فهو موقف محل نظر، ويجب تعديله، لأنه يؤثر سلبا في ضمانات الترجيح الممنوحة لأطراف في مواجهة عدم حيادية وانحياز الهيئات التحكيمية، حيث يجعل المحتكمين ملزمين بإثبات توافر إحدى هاته الأسباب المذكورة في الفصل 323 دون غيرها، والحال أن مفهوم الحياد والاستقلال - كما مر بنا - واسع وقد تؤثر فيه أسباب أخرى غير تلك المنصوص عليها في هذا الفصل، وبالتالي فلا يستقيم أن

نواجه أي من طرفي التحكيم بعدم ذكر المشرع لسبب ما اعتمد عليه لتجريح محكم، لاسيما وأن التعقيدات القانونية هي التي تدفع الأشخاص إلى الابتعاد عن القضاء الوطني للدول واختيار التحكيم الذي يوفر لهم الشروط اللازمة والحرية التامة لتنظيم عملياتهم التحكيمية واختيار محكميهم والتحكم فيهم بالشكل الذي يضمن لهم الحد الأدنى من عدالة أحكامهم. ناهيك عن أن هذا التحديد الحصري يفيد أن المشرع المغربي سوى بين القاضي والمحكم في هذا الصدد، والحال غير ذلك على اعتبار أن وظيفة المحكم وإن كانت مثل نظيرتها القضائية إلا أن لها خصوصياتها التي يجب الحفاظ عليها⁷⁰³.

وبالتالي فينبغي على المشرع تغيير موقفه هذا والعودة إلى الأسلوب الموسع لحالات تجريح المحكم والمتمثل في ربط هذه الإمكانية بكل ظرف أو واقعة من شأنها إثارة شكوك حول حياد واستقلال الهيئة التحكيمية مع تحصين هذه الوسيلة بالضوابط والشروط الكفيلة حتى لا تتم ممارستها خارج نطاقها المتمثل في ضمان حياده ونزاهة المحكمين، بعيدا عن عرقلة إجراءات التحكيم من خلال التذرع بأتفه الأسباب لتعطيل الإجراءات التحكيمية، ولما لا فرض جزاء عن طلبات التجريح الكيدية والتعسفية.

وإلى جانب التشريع المغربي هناك بعض التشريعات الوطنية التي تبنت كذلك نهج التحديد الحصري وذلك بالإحالة إلى أسباب رد القضية وعدم صلاحيتهم ومن ذلك مثلا المادة 4/207 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي⁷⁰⁴، والمادة 3/178 من قانون المرافعات الكويتي، التي تنص على أنه: "... ويطلب الرد

⁷⁰³ - و نعرز موقفنا بما قاله الأستاذ أحمد أبو الوفا: "الواقع أن التحكيم يختلف عن القضاء، فبينما القاضي يجب ألا تربطه بأحد الخصوم رابطة تؤثر في مظهر الحيادة، الذي يجب أن يتحلى بها، نجد أن المشرع لا يتطلب ما تقدم من المحكم، لأن الخصوم لا يتفقون - في الغالب - على التحكيم إلا لحسم خلافاتهم في جو عائلي أو خاص، لا يسدوه ما يسود جود المحاكم من رسميات ومظاهر، وغالبا ما يكون المحكم أب الأسرة، أو صديق حميم لطرفي التحكيم، أو محاميا لأحدهما يحترمه الآخر، وبالتالي فمثل هذه العلاقات لا تؤثر في صحة اختيار المحكم متى كانت هذه العلاقة معلومة لدى الخصوم قبل اختيار المحكم" أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، م.س، ص160 وما يليها.

⁷⁰⁴ - تنص هذه المادة على أنه: "... ويطلب الرد لذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر بسببها غير صالح للحكم".

بالإجراءات ولذات الأسباب التي يرد بها القاضي أو يعتبر سببها غير صالح للحكم..." وبالرجوع إلى الأسباب الموجبة لتجريح القضاة أو التي تؤثر في عدم صلاحيتهم نجد أن القوانين المذكورة أعلاه تتشابه وتتحد في هذا الصدد، حيث تعتبر الأسباب واحدة وهي كالتالي:

- أ. إذا كان له - أي للمحكم - أو لزوجته دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها.
- ب. إذا حدث له أو لزوجته خصومة مع أحد الخصوم أو زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.
- ج. إذا كان لمطلقته التي له منها ولد أو لأحد أقاربه، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده.
- د. إذا كان أحد الخصوم خادما له، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم أو مساكنته، أو كان قد تلقى منه هدية قبل أو بعد رفع الدعوى
- هـ. إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم دون تحيز.

ويرى بعض الفقه⁷⁰⁵، أنه بالرغم من تسوية القانون الكويتي بين أسباب الرد في حق كل من المحكم والقاضي، إلا أنه يمكن التمييز بين المحكم والقاضي فيما يتعلق بأسباب الرد، ذلك أنه إذا توافرت إحدى حالات عدم الصلاحية المنصوص عليها في المادة (102) من ق. المرافعات الكويتي فإن حكم القاضي الوطني أو أي عمل منه يقع

⁷⁰⁵ - انظر في هذا الصدد: عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، م.س، 218 وما يليها.



باطلا ولم تم باتفاق الخصوم، أي و لو لم يطلب الخصوم أو أحدهما رد القاضي. ولكن الوضع بالنسبة للمحكم يختلف عنه فلا بد أن يطلب الرد في حالة توافر حالة من حالات عدم الصلاحية، وتستفاد ضرورة تقديم طلب بالرد من نص المادة (178) من ق. المرافقات الكويتي، حيث جمعت عدم الصلاحية والرد معا بالنسبة للطلب، ويبرر هذا الرضع بأن الخصوم هم الذين يختارون المحكم، فهو ليس مفروضا عليهم كقاضي الدول، فإذا ارتضوا قضاءه رغم وجود سبب عدم صلاحية كان حكمه صحيحا، وبعبارة أوضح فإن قرينة عدم صلاحية القاضي أو انحيازه إذا توافرت إحدى حالات المادة 102 المذكورة أعلاه، وبطلان حكمه دون طلب من أحد الخصوم لا مجال لإعمالها في مادة التحكيم التي تأبى مثل هذه الأمور وتتبنى على إرادة وحرية الأطراف في قبول أو عدم قبول المحكم رغم ما يتوافر فيه من أسباب الرد.

وبين هذا الاتجاه وذاك يتضح أن الموقف التشريعي الأكثر ملاءمة لمؤسسة التحكيم والأوفر ضمانا لحيادية واستقلالية هيأتها هو ذاك الذي يعتمد الأسلوب و المعيار العام المتمثل في أي ظرف من شأنه إشارة شكوك حول حياد واستقلال المحكم تاركا الحرية في هذا الصدد لأطراف النزاع التحكيمي في التمسك بأي سبب جدي من هذا القبيل من أجل تقديم طلب تجريح المحكم المعين للفصل في خلافهم.

وإذا كان موقف التشريعات قد عرف تباينا واختلافا كبيرا بخصوص أسباب التجريح، فإن التساؤل يطرح عن كيفية تنظيم هذه القوانين للضوابط التي تحكم ممارسة هذا الحق؟ ومدى كفاية هذا التنظيم في ضمان الاستعمال المنطقي والحقيقي لوسيلة تجريح المحكمين، وضمان حياد و استقلال الهيئات التحكيمية؟



المطلب الثاني: ضوابط تجريح المحكم

إذا كانت التشريعات الوطنية للدول، قد شرعت لأطراف اتفاق التحكيم ضمانات تجريح المحكمين باعتباره تدبيراً وقائياً لعدم نزاهة واستقلال الهيئات التحكيمية، فإنها - أي التشريعات - أحاطت هذه الضمانة بمجموعة من الضوابط التي ينبغي على الأطراف احترامها، حتى لا يتم استعمال هذه الوسيلة للمماطلة والتسويف وإضاعة الوقت وتعطيل الإجراءات التحكيمية، خصوصاً من أحد الأطراف الذي يشعر بأن التحكيم لا يجري لصالحه. فتقادياً لمثل هذه السلوكات المؤثرة سلباً في مسار الدعوى التحكيمية، ألزمت هذه القوانين الأطراف بالامتثال لثلاثة من الشروط (الفقرة الأولى) واتباع مجموعة من الإجراءات في سبيل ممارسة هذا الحق بالشكل القانوني المطلوب (الفقرة الثانية).

فما هي إذن الشروط القانونية اللازمة لتجريح المحكمين؟ وأي مسطرة ينبغي اتباعها في هذا الإطار؟ وإذا تم احترام هذه الإجراءات والشروط فأَي آثار قانونية تنتج عن عملية التجريح؟ وأي سلطة تقديرية للقضاء في الصدد؟ وماذا عن ملائمة مجموع هذه الضوابط مع خصوصية ومبادئ مؤسسة التحكيم؟

الفقرة الأولى: الشروط اللازمة لتجريح المحكمين

نصت بعض القوانين الوطنية للدول، إلى جانب معظم قواعد وأنظمة التحكيم التجاري الدولي على مجموعة من الشروط القانونية التي ينبغي توافرها ليكون تجريح المحكمين صحيحاً، وبقراءة لهذه النصوص يمكن إجمال تلك الشروط في ما يلي:

أولاً: أن يكون سبب التجريح قانونياً

و يخص هذا الشرط التشريعات التي حدد الأسباب الموجبة للتجريح، كالتشريع المغربي والإماراتي والقطري والسعودي مثلاً⁷⁰⁶، حيث ينبغي بهذا التحديد الحصري أن

⁷⁰⁶ - أما التشريعات التي تأخذ بأسلوب السبب العام المتمثل في كل ظرف من شأنه إثارة شكوك حول حياد واستقلال الهيئات التحكيمية، فطلبات التجريح التي تقدم في إطار هذه القوانين يكون أصحابها في غنى عن هذا الشرط المجحف.



يكون السبب المستند عليه في طلب التجريح من تلك المنصوص عليها في هذه القوانين. وهنا يطرح التساؤل عن مصير طلب التجريح الذي يقدم خارج إطار تلك الأسباب، لاسيما وأن هذه التشريعات ألزمت طالب التجريح بتضمين طلبه هاته الأسباب؟ بخصوص هذا التساؤل نعتقد أنه وأمام ذلك التعداد الحصري لأسباب التجريح يصبح كل طلب لم يحترم هذا الشرط غير قانوني، وبالتالي يحق لقضاء التجريح رفضه⁷⁰⁷، وهنا ينبغي للقضاء التعامل مع هذا الأمر بنوع من المرونة والليونة، والتأكد أولاً من جدية سبب التجريح وذلك بغض النظر عن وروده ضمن قائمة الأسباب المحددة، وفي ذلك حماية لأطراف التحكيم ومصالحهم من عدم حيادية واستقلال الهيئات التحكيمية.

ثانياً: أن يكون سبب التجريح جدياً:

بالرغم من الأهمية الكبيرة لهذا الشرط في تقاضي طلبات التجريح الكيدية والتعسفية والتي لا أساس لها من الصحة، لم ينص المشرع المغربي على هذا المقتضى، وذلك على نقيض بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري الذي ينص في المادة 1/18 على أنه: "لا يجوز رد المحكم إلا إذا قامت ظروف تثير شكوك جدية حول حيادته واستقلاله" وهو نص يطابق ما نص عليه القانون النموذجي في المادة 2/12⁷⁰⁸، وأيضاً ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 12 من قواعد الأونسترال للتحكيم الموضوعية من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (صيغة 2013)⁷⁰⁹.

⁷⁰⁷ - وهذا ما يؤكد أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش والذي قضى فيه بما يلي: "... كما ثبت من الرجوع إلى الفصل إلى الفصل 323 من نفس القانون أنه حدد أسباب التجريح في الحالات التسع المحددة فيه... وما دام المدعي لم يؤسس التجريح على إحدى الحالات المذكورة في الفصل 323، وإنما استند إلى مقتضيات الفصل 321 ... وحيث إنه استناداً لما ذكر يكون ما تمسك به المدعي عديم الأساس ويتعين لذلك التصريح برفض طلبه" أمر رئاسي تحت رقم 1825 صادر بتاريخ 2009/06/02 في الملف رقم 2009/1/39 (أمر غير منشور)

⁷⁰⁸ - حيث تنص الفقرة الثانية من المادة 12 من القانون النموذجي على أنه: "لا يجوز رد محكم إلا إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله..."

⁷⁰⁹ - ومما جاء في المادة 1/12 من قواعد الأونسترال للتحكيم: "يجوز الاعتراض على أي محكم إذا وجدت ظروف تثير شكوكاً لها ما يبررها بشأن حياده أو استقلاله".

وعلى هذا الأساس فإنه ينبغي أن يكون لطلب التجريح أساس من الواقع وليس مجرد وهم لا وجود له إلا في مخيلة صاحب الطلب، وهذا ما قضت به محكمة استئناف القاهرة في إحدى قراراتها⁷¹⁰ والذي ذهبت فيه إلى إلزامية حسن نية طالب التجريح وأن يكون طلبه جديا لا يبيغ منه تعطيل الإجراءات وإنما ضمان حياد واستقلال الهيئة التحكيمية.

وفي الحقيقة فهذا الشرط يفرضه منطق العدالة، ويؤدي دورا كبيرا في صيانة العملية التحكيمية من كل تصرف من شأنه أن ينال من مصداقيتها، وهو ما يفرض إذن على أطراف التحكيم تعزيز طلباتهم التجريحية بما يفيد ويثبت ذلك، أما مجرد تقديم الطلب دون إثباته فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى عدم قبوله من طرف قضاء التجريح.

وتطبيقا لشرط جدية أسباب التجريح قضت محكمة الاستئناف بتونس في طلب تجريح محكم معين في إطار إجراءات تحكيم دولي بما يلي: "وحيث استتدت الطالبتان لتبرير مطلب تجريحهما في المحكم الأستاذ (م.هـ) على اعتبار أنه قد سبق له إسداء استشارة قانونية لفائدة مجمع "أوتيك" الذي يضم الطالبتين ... وحيث ثبت بالاطلاع على المؤيدات المصاحبة للطلب أن الأستاذ (م.هـ) تولى تقديم استشارتين بتاريخ 2006/12/20 ... وحيث من جهة أخرى، فقد ثبت من نسخة التقرير المقدم من الأستاذ (م.هـ) في إطار القضية 24721 أنه محام عن شركة "ليبيا أول تونس" في نزاعها ضد "أوليس سبارت بارترز".

وحيث أن المحكمة ترى على هذا الأساس أن مطلب التجريح كان مقبولا على اعتبار أن الشكوك المثارة من الطالبتين كانت مبررة بما ثبت من ظروف الملف، ونظرا لما ينص عليه الفصل 57 (في فقرته الثانية) من مجلة التحكيم من أنه يكفي لقبول مطلب التجريح قيامه على شكوك لها ما يبررها، وهو ما لا يتطلب ثبوت انتفاء الحياد أو الاستقلالية من جانب المحكم، بل يكفي أن يكون الشك مبررا عملا بالفصل 532 م.أ.ع.

⁷¹⁰ - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91/تجاري، بتاريخ 26 يونيو 2002، أشار إليه محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م.س، ص 291.

وحيث إن منازعة نائب المطلوبة شركة "ساسيل تونس" في جدية أسباب التجريح، إذ أن عمومية الألفاظ المستعملة بالفصل 57 من مجلة التحكيم تجعل من الممكن التجريح في المحكم على أساس وجود علاقة مهما كان نوعها... وحيث أن ثبوت وجود خلاف بين المحكم وأحد المساهمين في الشركتين الطالبتين ولاسيما وقد ثبت العلم في إطار التقاضي الراهن بالصلة الرابطة بين أطرافه وأطراف النزاع التحكيمي من شأنه تبرير الشكوك المثارة من الطالبتين حول استقلال المحكم وحياده. و كان معه المطلب مبررا لما لا يسع إلا الاستجابة له ومن ثم القضاء بثبوت التجريح في المحكم الأستاذ (م.هـ) وإلزامه تبعا لذلك بالتخلي عن مهمة التحكيم⁷¹¹.

ومن خلال هذا القرار يتضح الدور الهام لشرط الجدية من جهة ولكيفية تعامل القضاء مع هذا المقتضى ومن جهة ثانية، حيث ألزمت المحكمة المذكورة أعلاه طالبتى التجريح تبرير مطلبهما حتى يتم قبوله، وهو ما تم بالفعل من خلال مجموعة من الوقائع والظروف التي تثبت وبحق جدية طلبهما وبالتالي تمت الاستجابة إليه.

ثالثا: أن يكون السبب قد ظهر بعد تعيين المحكم

و هو شرط تكاد تتفق بموجبه معظم التشريعات، وفي هذا الصدد ينص المشرع المغربي في الفصل 322 من ق.05-08 على أنه: "لا يجوز لأي من طرفي التحكيم تجريح محكم إلا لسبب طرأ أو اكتشف بعد تعيينه" وهو ما أكدته أيضا المشرع المصري في المادة 2/18 من قانون التحكيم المصري حيث جاء في هذه المادة: "لا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم... إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين"⁷¹².

⁷¹¹ - قرار صادر عن محكمة استئناف تونس في القضية رقم 98035 بتاريخ 22 دجنبر 2009، قرار منشور بمجلة التحكيم العدد 08، السنة الثانية، أكتوبر 2010، ص248 ما يليها.

⁷¹² - وأكدت أغلبية التشريعات المقارنة، (المادة 17 من قانون التحكيم الأردني)، (المادة 4/207 من القانون العراقي، (المادة 18 من القانون العماني)، (المادة 178 من القانون الكويتي)، (المادة 23 من القانون اليمني)

وبذلك فإذا كان أحد الأطراف عالما بوجود سبب من أسباب التجريح قبل تعيين المحكم فإنه، وحسب النصوص أعلاه، لا يستفيد من مسطرة التجريح، لأن فرضية سوء نية أحد الأطراف واردة في هذا الصدد، فلو أراد أن يجرح هذا المحكم الذي توافرت فيه أي من أسباب التجريح قبل تعيينه، لكان قد فعل ذلك قبل تشكيل الهيئة التحكيمية، أما إذا تم تعيين محكم و كان أحد الأطراف أو كلهم يعلمون بوجود أحد أسباب الرد، فلا يقبل منهم طلب التجريح لهذا السبب الظاهر قبل التعيين⁷¹³.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أن: "رد المحكم، وجوب تقديم طلب به سواء في الحالات التي يجوز بها رده أو تلك التي يعتبر بسببها غير صالح للحكم مناطه، أن يكون بسبب حدث أو ظهر بعد إبرام وثيقة التحكيم"⁷¹⁴.

رابعا: عدم جواز تقديم طلب تجريح محكم من قبل الطرف الذي عينه

أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبين بعد التعيين:

لقد نصت على هذا الشرط بعض التشريعات المقارنة ومنها التشريع المصري حيث تنص المادة 2/18 على أنه: "ولا يجوز لأي طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك فيه تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين" وهو ما نص عليه أيضا التشريع الأردني في المادة 17/ب⁷¹⁵، وقانون التحكيم العماني (الفقرة الثانية من المادة 18) وقانون التحكيم التجاري الدولي البحريني في المادة 2/12.

⁷¹³ - للمزيد في الصدد انظر: ناصر بلعيد، وضعية الهيئة التحكيمية في التشريع المغربي، دراسة تحليلية في ضوء القانون رقم 05-08، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس السويسي، سلا، السنة الدراسية 2007-2008، ص 114.

⁷¹⁴ - نقض مدني، الطعن رقم 1736 لسنة 51 قضائية، جلسة 23 أبريل 1985، مجموعة النقض، أحكام سنة 1985، قرار أشار إليه مهندس أحمد الصانوري، م.س، 204.

⁷¹⁵ - حيث تنص هذه المادة على أنه: "ولا يجوز لأي من طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين."



كما سار في نفس الاتجاه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (المادة 2/12)⁷¹⁶، ومعه قواعد الأونيسترال للتحكيم الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - صيغة 2013 - (المادة 2/12)⁷¹⁷.

أما بالنسبة للمشرع المغربي - ومعه بعض التشريعات المقارنة كالتشريع السعودي والإماراتي والفرنسي والكويتي والقطري - فلم ينص على هذا الشرط كاملاً، وإنما كما سبق الإشارة إلى ذلك أعلاه نص فقط على شرط ظهور أو اكتشاف سبب التجريح بعد التعيين دون ربط ذلك بشرط عدم جواز تقديم هذا الطلب من قبل الطرف الذي عين المحكم موضوع طلب الرد.

و هكذا فحسب التشريعات التي تنص على الشرط كاملاً، فإنه لا يجوز لأي من طرفي التحكيم تجريح الحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب ظهر بعد تعيينه، وانطلاقاً من هذا فإنه يجب التمييز بين حالتين بخصوص هذا الشرط:

الحالة الأولى: وهي حالة ما إذا كان طلب الرد تم تقديمه من الطرف الذي عين المحكم أو اشترك في تعيينه، وهنا لا يحق لهذا المحتكم طلب التجريح، إلا لسبب تبين بعد مرحلة التعيين، وبمفهوم المخالفة فإن سبب التجريح الذي يكون قبل تعيين المحكم، لا يجوز لهذا الطرف الاستناد عليه في طلب التجريح، وهذا منطقي، لأنه يفترض بداهة أن هذا المحتكم لم يقر باختيار محكمه أو اشترك في اختياره إلا بعد أن تأكد من خله من كل ما من شأنه أن يؤثر في حياده واستقلاله.

و بالتالي فإن ثقته في المحكم وقبوله إياه للفصل في النزاع التحكيمي يغل يده في التمسك بأي سبب قد علمه قبل تعيين هذا المحكم، فالعبرة للأخذ بهذا الشرط هي

⁷¹⁶ - تنص المادة 2/12 من القانون النموذجي على ما يلي: "... ولا يجوز لأي من طرفي النزاع رد محكم عينه هو اشترك في تعيينه إلا لأسباب تبينها بعد أن تم تعيين هذا المحكم".

⁷¹⁷ - أما المادة 2/12 من قواعد الأونيسترال للتحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فتتنص على ما يلي: "لا يجوز لأي طرف أن يعترض على المحكم الذي عينه إلا لأسباب أصبح على علم بها بعد تعيينه".



وقت ظهور وتحقق سبب التجريح،⁷¹⁸ وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه: "لا يجوز لأحد طرفي التحكيم رد المحكم الذي عينه أو اشترك في تعيينه إلا لسبب تبينه بعد أن تم هذا التعيين، وطبقا لهذا القيد لا يكفي أن تثور شكوك جدية حول حيطة المحكم واستقلاله، بمعنى أن تستند إلى ما يبررها، بل يجب أن تثور بعد حصول تعيين المحكم، وهذا القيد في جوهره قيد زمني يتعلق بوقت تحقق هذه الشكوك"⁷¹⁹.

لكن بالرغم من سهولة هذه الحالة نظريا إلا أنه من الناحية التطبيقية يصعب إثبات أو نفي مدى علم الطرف مقدم طلب الرد بسبب أو أسباب التجريح وقت التعيين أو بعده، لأن المسألة ليست ظاهرية، وإنما تتعلق بما يروج بداخل المحكم وبحسن أو سوء نيته في الاستناد والاعتماد على هذا السبب في طلب تجريح المحكم.

الحالة الثانية: وهي حالة ما إذا تم تقديم طلب التجريح من الخصم الذي لم يعين

أو لم يشترك في تعيين المحكم، وهنا يكون جائزا سواء قبل أو بعد التعيين، حتى ولو كان هذا المحتكم عالما بقيام السبب المطلوب الرد من أجله قبل التعيين⁷²⁰.

و هنا يطرح إشكال يتعلق بمدى جواز تجريح المحكم الذي تم تعيينه بواسطة شخص ثالث فوضه أطراف اتفاق التحكيم تشكيل هيئة التحكيم، أو الذي تم تعيينه بواسطة القضاء؟ بخصوص هذا الإشكال ذهب أغلبية الفقه⁷²¹ - والذي نساندهم في موقفهم هذا - إلى جواز رد المحكم أيا كانت وسيلة تعيينه لأن العلة في رد المحكم بالأسباب التي تظهر

⁷¹⁸ - حول هذه النقطة انظر:

- عكاشة محمد عبد العال ومن معه، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، م.س، ص 768 وما بعدها.
- محمد نور شحاته، الرقابة على أعمال المحكمين موضوعها وصورها، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2002، ص 254 وما بعدها.

⁷¹⁹ - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، طعن مدني رقم 1736 بتاريخ 1985/04/23، أشار إليه ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية بالمجلة الكبرى (مصر)، طبعة 2011، هامش ص 207.

⁷²⁰ - انظر في هذا الصدد، فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية و التطبيق، م.س، ص 265. وللمزيد حول هذه الحالة راجع: أبو العلا علي أبو العلا النمر وأحمد قسمت الجداوي، المحكمون، دراسة تحليلية لإعداد المحكم، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، طبعة 2000 ص 82.

⁷²¹ - عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، م.س، ص 246 وما يليها. علي رمضان بكرات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، م.س، ص 232، علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، م.س، ص 233. وللمزيد حول هذه الفكرة انظر حسين عطية السيد، م.س، ص 356، وما بعدها.



أو تحدث بعد تعيينه ولا عبرة في ذلك بتعيينه من طرف شخص ثالث أو من طرف القضاء، زد على ذلك أن وسيلة التجريح هي الطريقة الوحيدة لاستبعاد هذا المحكم خصوصا المعين من طرف القضاء على اعتبار أن قرار التعيين القضائي للمحكم يعتبر نهائيا ولا يقبل أي طعن كما سبقت الإشارة إلى ذلك آنفا⁷²²، وبالتالي فمن حسن العدالة تمكين المحكم صاحب المصلحة من ممارسة إمكانية التجريح وذلك بغض النظر عن الجهة التي قامت بتعيين المحكم⁷²³.

خامسا: عدم جواز تقديم طلب التجريح ممن سبق له أن قدم له طلب تجريح

المحكم نفسه في ذات التحكيم وللسبب ذاته:

لقد تضمنت مختلف القوانين الوطنية هذا الضابط التشريعي الهام وهنا ينص المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من الفصل 323 من ق 05-08 على أنه: "... ولا يقبل طلب التجريح ممن سبق له أنه قدم طلب تجريح المحكم نفسه في ذات التحكيم وللسبب ذاته..." و هو ما تنص عليه كذلك الفقرة 2 من المادة 19 من قانون التحكيم المصري التي جاء فيها: "... لا يقبل الرد ممن سبق له تقديم الطلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم" وأيضا المادة 17/ب من قانون التحكيم الأردني التي تقضي: "لا يقبل طلب الرد ممن سبق لم تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم وللسبب ذاته".

ومن خلال النصوص القانونية أعلاه يتضح أنه يجب لقبول طلب التجريح وطبقا لهذا الضابط أن لا يقدم طلب الرد من الطرف مرة ثانية أو أكثر ضد نفس المحكم وفي ذات التحكيم وللسبب ذاته، وبالتالي فمتى تخلف ركن أو شرط من الشروط المكونة لهذا الضابط فإن ممارسة حق التجريح يكون جائزا.

⁷²² - انظر الفصول 4-327 و 5-327 التي تؤكد على عدم قبول قرار التعيين القضائي للمحكم لأي طريق من طرق الطعن، وانظر كذلك ما تمت الإشارة حول هذه النقطة في الفصل الأول من الباب الأول من القسم الأول من هذه الدراسة.

⁷²³ - وبطبيعة الحال فلا ينبغي أن يكون مقدم الطلب هو الذي عين أو اشترك في تعيين المحكم موضوع طلب التجريح، إلا إذا ظهر سبب التجريح بعد تعيينه، وهذا الأمر يهم فقط التشريعات التي تربط بين الطرف مقدم طلب تجريح المحكم ووقت العلم بسبب التجريح، أما التشريع المغربي فلا يتضمن هذا المقتضى.



والعبرة في تشريع هذا الضابط المهم إجبار أطراف التحكيم على التعامل مع ضمانات التجريح بكيفية فعالة والحرص على الإشارة في الطلب إلى كافة الأسباب التي يستند عليها جملة واحدة والتي لها تأثير على حياد واستقلال المحكم، تجنباً للتكرار وإطالة مدة التحكيم، وتقاديا لعدم زعزعة مركز المحكم دون مقتضى، وعرقلة إجراءات التحكيم، ومن خلالها إفراغ مؤسسة التحكيم من محتواها والإضرار التعسفي وغير العادل بمصالح الطرف الآخر⁷²⁴.

الفقرة الثانية:

إجراءات التجريح وآثاره

بالإضافة إلى الأسباب أو الحالات الموجبة لتجريح المحكمين والشروط اللازمة لممارسة هذه الإمكانية بشكل قانوني، استلزمت التشريعات كذلك مجموعة من الإجراءات المسطرية التي ينبغي اتباعها في سبيل تجريح المحكمين (أولا) وذلك حتى ينتج عن هذه الوسيلة آثارها المحددة قانونا (ثانيا).

فما هي إذن هذه الإجراءات المتطلبة لسلوك مسطرة تجريح المحكمين؟ وكيف تعاملت التشريعات الوطنية مع تنظيم هذه الإجراءات؟ ثم ماهي الآثار التي تنتج عن طلب التجريح؟ وأي سلطة لقضاء التجريح تجاه هذا الطلب؟

⁷²⁴ - للمزيد حول هذا الشرط انظر:

- هدى مجدي عبد الرحمان، م.س، ص 689.
- أحمد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، م.س، ص 102.
- محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م.س، ص 292.
- ماهر محمد حامد، م.س، ص 208.
- مهند أحمد الصانوري، م.س ص 204.



أولاً: الإجراءات المسطرية للتجريح

أقرت معظم القوانين الوطنية للدول مجموعة من الإجراءات اللازم سلوكها لتجريح المحكمين، وإن كانت قد اختلفت في كيفية التنصيب على هذه الإجراءات، وفي هذا الصدد ينص المشروع المغربي في الفقرة الأخيرة من الفصل 323 من ق 05-08 على أنه: "يقدم طلب التجريح كتابة إلى رئيس المحكمة المختصة يتضمن أسباب التجريح وذلك داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ علم طالب التجريح بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للتجريح فإذا لم ينسحب المحكم موضوع التجريح من تلقاء نفسه بعد تجريحه فصل رئيس المحكمة في الطلب داخل أجل عشرة أيام بقرار غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن..." و هو ما نص عليه المشرع الأردني في المادة 18 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 2 لسنة 1988، والتي جاء فيها:

"يقدم طلب الرد كتابة على المحكمة المختصة، مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة لرد، فإذا لم يتح المحم المطلوب رده من تلقاء نفسه بعد إشعاره فصلت المحكمة في الطلب، ويكون قرارها غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن"، وهذا ما أكدته أيضا العديد من التشريعات العربية، كالتشريع المصري (المادة 19 من قانون التحكيم المصري حسب التعديل بالقانون رقم 8 لسنة 2000)، والتشريع التونسي (المادة 22 من مجلة التحكيم التونسية)، والمشرع السعودي (المادة 12 من نظام التحكيم السعودي، وكذلك بعض التشريعات الغربية (المادة 3/180 من قانون التحكيم السويسري) و (المادتين 24/23 من قانون التحكيم الإنجليزي) .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فعلى غرار ق م م الفرنسي القديم (المرسوم رقم 81-500 لسنة 1981) و الذي لم يحدد فيه أي إجراءات لتجريح المحكمين، حيث ترك



من خلال المادة 1463 ق م م القديم⁷²⁵ الحرية لصاحب المصلحة في عرض المشكلة مباشرة على القضاء الرسمي، لم ينظم كذلك في المرسوم الجديد رقم 2011/48 إجراءات التجريح وإنما نص في الفقرة الأخيرة من المادة 1456 من المرسوم الجديد على أنه :

" En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou , à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux »

وهو ما يعني أنه في حالة وجود نزاع حول استمرار المحكم سواء بتجريحه أو عزله أو إقالته أو أي مانع آخر (كما سبقت الإشارة إلى ذلك)⁷²⁶ - فإن الصعوبات الناتجة عن هذا النزاع يتم حلها من طرف الشخص المكلف بتنظيم التحكيم و إلا عن طريق قاضي الدعم (juge d'appui) وذلك داخل أجل شهر من تاريخ ظهور أو اكتشاف سبب النزاع.

⁷²⁵ حيث كانت المادة 1463 من ق م م الفرنسي القديم تنص على أنه:"

« Un arbitre ne peut s'abstenir ni être récusé que pour une cause de récusation qui se serait révélée ou serait survenue depuis sa désignation.

Les difficultés relatives à l'application du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent »

وحسب الفقرة الأولى من المادة 1457 ق م م الفرنسي القديم فإن رئيس المحكمة المختصة ينظر في هذا الأمر بوصفه قاضي للأمور المستعجلة حيث جاء في هذه المادة :

« Dans le cas prévu aux articles 1444, 1456, 1463, le président du tribunal saisi comme en matière de référé par une partie ou par le tribunal arbitral, statue par ordonnance non susceptible de recours ».

وللمزيد حول تجريح المحكم وإجراءاته في ق م م الفرنسي لسنة 1981 انظر :

- Viatte (J), « la récusation des arbitres ». Gazette du Palais. 1973, Doct. Page 719.
- M. Henry ; « Pluralité de désignation et devoir d'indépendance et l'impartialité de l'arbitre », Revue de l'arbitrage 2005. Page 736 et suivante.
- NOIREA ; « La récusation des arbitres dans la jurisprudence récente » revue de l'arbitrage 1973. Page 232 et suivante.

⁷²⁶ - فكما سبقت الإشارة إلى ذلك في الفقرة الخاصة بأسباب التجريح فأغلب الفقه والباحثين يعتبرون نص المادة 1456 من ق م م الفرنسي الجديد (مرسوم 2011) عام ويشمل كل ما من شأنه أن يثير نزاعاً أو خلافاً حول استمرار المحكم في مهمته سواء كان تجريحا أو عزلا أو أي مانع آخر.

وعلى غرار العديد من التشريعات التي نصت على إجراءات التجريح أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (صيغة 2006) على هذه القواعد المسطرية وذلك في المادة 13 من ديباجته⁷²⁷، وهو نفس المنهج الذي سارت عليه المادة 13⁷²⁸ من قواعد الأونيسترال للتحكيم الموضوعة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الصيغة المعتمدة 2013).

وهكذا وانطلاقاً من مجمل هذه النصوص القانونية يتضح أن إجراءات التجريح التي يتعين الالتزام بها تكمن في تقديم طلب التجريح وفق الشكل وفي المدة المحددة قانوناً (1) ثم توجيهه إلى الجهة المختصة (2).

فما هي إذن الطبيعة القانونية لطلب التجريح؟ وأي شكل ومضمون يستلزمه القانون في هذا الطلب؟ وما هو الوقت المحدد لتقديم الطلب؟ وأي جزاء يترتب عليه الإخلال بعامل الوقت؟ ثم ماهي الجهة المختصة بتلقي طلبات التجريح والنظر فيها؟

⁷²⁷ - ومما جاء في المادة 13 من القانون النموذجي: "1- للطرفين حرية الاتفاق على إجراءات رد المحكم، مع مراعاة أحكام الفقرة 3 من هذه المادة. 2- إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق، وجب على الطرف الذي يعتزم رد محكم أن يرسل خلال 15 يوماً من تاريخ علمه بتكوين هيئة التحكيم، أو من تاريخ علمه بأي ظرف من الظروف المشار إليها في المادة 2/12، بياناً مكتوباً بالأسباب التي يستند إليها طلب رد هيئة التحكيم، فإذا لم ينتج المحكم المطلوب رده أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد، فعلى هيئة التحكيم أن تبت في طلب الرد. 3- إذا لم يقبل طلب الرد المقدم وفقاً للإجراءات الواردة في الفقرة (2)، جاز للطرف الذي قدم طلب الرد أن يطلب من المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة (6)، خلال 30 يوماً من تسلمه إشعاراً بقرار رفض طلب الرد، أن تبت في طلب الرد، وقرارها في ذلك يكون غير قابل لأي طعن، و ريثما يتم الفصل في هذا الطلب، يجوز لهيئة التحكيم، وضمنها المحكم المطلوب رده، أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار التحكيم".

⁷²⁸ - تنص المادة 13 من قواعد الأونيسترال للتحكيم على أنه: "1- يُرسل الطرف الذي يعتزم الاعتراض على أي محكم إشعاراً باعتراضه في غضون 15 يوماً من تبليغه بتعيين المحكم المعارض عليه، أو في غضون 15 يوماً من التاريخ الذي أصبح فيه ذلك الطرف على علم بالظروف المذكورة في المادتين 11 و 12. 2- يُرسل الإشعار بالاعتراض إلى كل الأطراف الآخرين وإلى المحكم المعارض عليه وإلى سائر المحكمين. وتبين في ذلك الإشعار أسباب الاعتراض. 3- إذا اعترض أحد الأطراف على أي محكم، جاز لكل الأطراف أن يوافقوا على ذلك الاعتراض. ويجوز أيضاً للمحكم، بعد الاعتراض عليه، أن ينتحى عن النظر في الدعوى. ولا تُعتبر تلك الموافقة ولا ذلك التنحي إقراراً ضمناً بصحة الأسباب التي يستند إليها الاعتراض. 4- إذا لم يوافق جميع الأطراف على الاعتراض، أو لم ينتح المحكم المعارض عليه، في غضون 15 يوماً من تاريخ الإشعار بالاعتراض، جاز للطرف المعارض أن يواصل إجراءات الاعتراض. وعليه في تلك الحالة، وفي غضون 30 يوماً من تاريخ الإشعار بالاعتراض، أن يلتزم من سلطة التعيين البت في الاعتراض".



1- تقديم طلب التجريح: استلزمت معظم التشريعات الوطنية ضرورة

تقديم طلب التجريح تعبيراً من أحد الأطراف عن وجود سبب من أسباب تجريح المحكم، و في هذا الصدد يرى بعض الفقه⁷²⁹ أن : "طلب تجريح المحكم ليس له شكل خاص، وبالتالي يمكن أن يتم عن طريق تقرير، أو عريضة دعوى أو طلب..." و قد اشترطت معظم هذه التشريعات (الفصل 323 في فقرته 2 من ق 05-08 مثلاً) تقديم هذا الطلب كتابة ، وهذه الأخيرة عبارة عن شكل لعمل إجرائي يتعين استيفاءه وإلا كان عدم القبول مصيره. ومن ثم لا يسوغ أن يبدي الطلب شفاهة، أو بأي طريقة أخرى خلاف الكتابة⁷³⁰، وعلة ذلك ترجع إلى ضرورة التوثيق والتحديد الدقيق لموضوع الطلب وتاريخ علمه بذلك، زد على ذلك أن هذه التشريعات تستوجب على طالب التجريح تبيان السبب أو الأسباب المبررة للتجريح، وهو ما يعني ضرورة احترام شرط الكتابة حيث يتم إثبات السبب أو الأسباب الموجبة للتجريح⁷³¹، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه "لا يعتبر طلباً بالرد مجرد خطاب يرسله أحد الأطراف إلى المحكم يطالبه فيه بالتحي رفاعاً لما يمكن أن يتعرض له من حرج ، حتى ولو أرسل صورة من هذا الخطاب إلى رئيس الهيئة، وليس على هيئة التحكيم إحالة مثل هذا الطلب إلى المحكمة المختصة للفصل في طلب الرد، وإذا لم يتتح المحكم في هذه الحالة فيكون بمثابة رفض للطلب".⁷³²

⁷²⁹ عزمي عبد الفتاح، إجراءات رد المحكم، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 04/ ديسمبر 1984، الطبعة الثانية 1994، ص:

525 وما يليها

⁷³⁰ - انظر في الإطار:

✓ هدى عبد الرحمان، م ص ، ص 189 وما يليها.

✓ ماهر محمد حامد ، م س ، ص 220

✓ نجم رياض نجم الربضي ، م س ، ص 244

⁷³¹ - ذلك لأن عبء الإثبات يقع في هذه الحالة على الطرف الذي يمارس حقه في تجريح المحكم، وحتى يكون طلبه جدياً ومقبولاً، فيجب تعزيزه بما يفيد وجود سبب من أسباب التجريح، وللمزيد في هذا الصدد انظر : محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكين دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1993، ص: 273 وما يليها .

⁷³² - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 91/تجاري، بتاريخ 30 ديسمبر 2003 في القضية رقم 59 لسنة 120 ق، تحكيم، أشار إليه مصطفى محمود يونس ، المرجع في أصول التحكيم، م س هامش ص 294.

وبالإضافة إلى شرط الكتابة، فإنه يتعين على طالب التجريح احترام عامل الوقت وممارسة حقه في التجريح داخل المدة الزمنية المحددة قانوناً، هذه الأخيرة تباينت بخصوصها التشريعات المقارنة بين من يحددها في 15 يوماً كالتشريع المصري والأردني⁷³³، وغيرهما، وبين ما يحددها في شهر كامل كالتشريع الجديد الفرنسي⁷³⁴. أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد حددها في ثمانية أيام⁷³⁵ تبتدئ من تاريخ علم طالب التجريح بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للتجريح (حسب نص الفقرة الثانية من الفصل 323 من القانون رقم 05-08)⁷³⁶.

⁷³³ - وهذا ما تنص عليه المادة 19 من القانون المصري وايضا الفقرة الأولى من المادة 18 من القانون الأردني وكذلك المادة 04/178 من القانون الكويتي والمادة 04/207 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي، والمادة 3/194 من قانون المرافعات القطري وغيرها من القوانين العربية.

⁷³⁴ - وهذا ما تؤكدته المادة 1456 في فقرتها الأخيرة من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 48 / 2011) إذ تنص:

« ... saisi dans le mois qui suit la révélation où la découverte du fait litigieux »

⁷³⁵ - وفي رأيي فإن مدة الثمانية أيام المحددة كأجل أقصى للأطراف لتجريح المحكم، قليلة جداً ولا تكفي للقيام بالغرض المطلوب في التحري والبحث والتحقيق في أسباب التجريح واستجماع المعلومات الكافية وكل الظروف المحيطة بشخص أحد المحكمين، لاسيما المحكم الذي عينه الطرف الآخر أو ذاك المعين من طرف القضاء، وبالتالي فمن الأحسن السير على نهج معظم التشريعات العربية التي حددت هذه المدة في 15 يوماً، حتى لا يتم الإجحاف بحق أحد الأطراف أو كلهم في ممارسة تجريح هذا المحكم، مع جعل هذه المدة كحد أقصى للتجريح والاستغناء عن الحالة الثانية والمتمثلة في تاريخ علم طالب التجريح بالأسباب المبررة للتجريح. وبهذا الشكل أعتقد أن تنظيم الفترة الممنوحة للأطراف لممارسة حقهم في التجريح تكون معقولة وذات فعالية للتحكيم كما سيتم نقادي التعسف في استعمال هذا الحق، وتعطيل الإجراءات التحكيمية.

⁷³⁶ - و تطبيقاً لهذه الفصل صدر أمر عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش جاء فيه: " حيث إن أجل 08 أيام المنصوص عليها في الفصل 323 من ق م م ينطلق من تاريخ علم طالب التجريح بالظروف المبررة للتجريح، وما دام أن هذه الظروف تتمثل في تقديم الشكاية المباشرة ضد المحكمين، فإن الأجل يبتدئ من 21 / 04 / 2009 تاريخ تقديم الشكاية المباشرة و ما دام أن طلب التجريح قدم في 29 / 04 / 2009 أي داخل الأجل المذكور... وحيث إن الشكاية المباشرة المقدمة من طرف المدعية في مواجهة المحكمين السيدين (...) أمام المحكمة الابتدائية بمراكش المؤشر عليها بتاريخ 21 / 04 / 2009 تندرج ضمن أسباب التجريح المشار إليها في الفصل 323 من ق م م باعتبارها تشكل دعوى جارية بين أحد الأطراف و بين المحكمين، مما يكون معه طلب التجريح في محله و يتعين الاستجابة له."

أمر رقم 466 صادر بتاريخ 21 / 07 / 2009 في الملفين رقم 272 / 2009 و رقم 273 / 2009 (أمر غير منشور). كما جاء في أمر آخر لرئيس المحكمة التجارية بمراكش: "... كما ثبت من الرجوع إلى الفصل 323 من ق م م أنه ... أوجب تقديم طلب التجريح داخل أجل ثمانية أيام من تاريخ علم طالب التجريح بتشكيل هيئة التحكيم أو بالظروف المبررة للتجريح، و ما دام المدعي لم يؤسس التجريح على إحدى الحالات المذكورة في الفصل 323... إلى جانب تقديمه لطلبه خارج أجل الثمانية أيام اللاحقة لتاريخ إبرام اتفاق التحكيم المحدد في 21 / 04 / 2008... وحيث إنه استناداً لما ذكر يكون ما تمسك به المدعي عديم الأساس و يتعين لذلك التصريح برفض طلبه" أمر رقم 1825 صادر بتاريخ 02 / 06 / 2009 في الملف رقم 139 / 2009 (أمر غير منشور).



لكن استعمال المشرع المغربي لأسلوب التخيير في كيفية احتساب مدة الثمانية أيام قد يثير بعض الإشكالات لاسيما في الحالة التي يتم الاعتماد فيها على تاريخ العلم بالظروف المبررة للتجريح. فإذا كان احتساب هذه المدة بالاعتماد على تاريخ علم طالب التجريح بتشكيل هيئة التحكيم قد لا يثير أي صعوبة على اعتبار أن هذا الطالب طرف في اتفاق التحكيم ويفترض فيه أن يكون عالما بتاريخ تشكيل الهيئة التحكيمية، ناهيك عن أن هذه العملية -أي تشكيل الهيئة- يسهل إثباتها بالاعتماد على شرط أو عقد التحكيم، وبالتالي يمكن تحديد تاريخ نهاية أجل ممارسة التجريح، فإن احتساب هذه المدة (08 أيام) يكون صعبا بالاعتماد على تاريخ علم طالب التجريح بالظروف المبررة للتجريح، ذلك أن هذه الواقعة ترجع لطالب التجريح و يصعب معها بالتالي إثبات متى علم بتلك الظروف، حتى يتم احتساب هذه المدة، وبالتالي يطرح التساؤل في هذا الصدد عن كيفية احتساب هذه المدة؟ وهل سيظل باب تقديم طلب التجريح مفتوحا إلى مالا نهاية؟

وإزاء سكوت النصوص القانونية، يرى بعض الفقه⁷³⁷ ، أن يكون تاريخ قفل باب المرافعة في الدعوى هو الحد الأقصى لتقديم طلب الرد، وبالتالي فيجب على أطراف التحكيم ممارسة حقهم في التجريح قبل هذا التاريخ، هذا بالإضافة إلى ضرورة التعامل مع وسيلة التجريح بحسن نية، إذ لا ينبغي استعمالها كأداة للمماطلة، وتعقيد الإجراءات.

كما يطرح إشكال آخر يتعلق بالجزاء المترتب على عدم احترام هذا الأجل القانوني؟ أو بعبارة أخرى ما هو مصير طلب التجريح الذي يتم تقديمه خارج المدة القانونية؟ وما هو موقف القضاء في هذا الصدد؟

بخصوص هذا الإشكال ، ومن خلال النصوص المذكورة أعلاه ، يتضح أن التشريع المغربي ومعه بعض التشريعات المقارنة لم تول هذا الأمر الاهتمام الذي يستحقه، حيث غضت الطرف عن التنصيص عن جزاء عدم احترام المدة القانونية

⁷³⁷ - أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2006، ص 420.

المحددة لممارسة حق لتجريح وهو موقف يجب إعادة النظر فيه والنص على جزاء قانوني لمخالفة شرط مدة التجريح.

و في هذا الصدد نرى أن الجزاء المنطقي والذي يخدم مصلحة الدعوة التحكيمية ومن خلالها مصالح الأطراف، هو عدم قبول طلب التجريح الذي يقدم خارج الأجل القانوني، حيث أن إقرار هذا الجزاء من شأنه أن يدفع الاطراف إلى التعامل مع وسيلة التجريح بكل حزم و العمل على البحث عن الظروف والأسباب الموجبة للتجريح داخل المدة المحددة لذلك مع اعتبار سكوت الطرف المعني عن إثارة وسلوك مسطرة التجريح بعد مرور هذه المدة القانونية بمثابة تنازل منه عن ممارسة هذا الحق⁷³⁸.

و فعلا، و بالرغم من عدم تنصيب معظم التشريعات على هذا الجزاء، إلا أن القضاء لا يتوان في الحكم بعدم قبول طلب التجريح الذي يقدم خارج المهلة القانونية، وهذا ما قضت به المحكمة الابتدائية المدنية في بيروت في قرار لها، جاء فيه ما يلي:

"... حيث أن النائب السابق السيد يحيى شمس يطلب رد المحكم الاستاذ "محمد صالح البير قادر"، نظرا لكون هذا الأخير وكلا و مستشارا قانونيا للطرف الآخر في التحكيم للسيد "صالح عزيز"، وهو يطلب قبول طلبه شكلا لوروده ضمن المهلة القانونية، كونه علم قبل يومين فقط من تقديم الطلب المذكور بصفة المحكم المشار إليه آنفا.... وحيث أن العلاقة السابقة التي تربط طالب الرد بالسيد "صالح عزيز" و "آل سنجابة" والتي سبقت الإشارة إليها آنفا تشكل دليلا واضحا غير مشكوك فيه على علم صاحب الطلب منذ تاريخ تلك العلاقة، وما تشعب عنها بصفة المحكم السيد "محمد صالح البير قادر" وعلاقته بالفرقاء ولاسيما بالسيد "صالح عزيز".

⁷³⁸ - و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الذي جاء فيه: " لما كان أحد الأطراف قد علم بالمكالمات الهاتفية المتبادلة مع رئيس محكمة التحكيم، بشكل عرضي تماما، في نهاية إجراءات التحكيم، يمكن عندها لمحكمة الاستئناف أن تخلص إلى أنه، و بما أن هذا العلم قد حصل قبل جلسة المرافعات واختتام باب المرافعة، وبما أن الطرف امتنع عن الاحتجاج في هذا الوقت بالمخالفة التي يتذرع بها، يمكن لذلك اعتبار هذا الطرف قد تنازل عن حقه بالتقدم بهذا الدفع..." ، قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية تحت رقم 607 في الطعن رقم 04-13-999 صادر بتاريخ 28 أيار 2008، منشور بمجلة التحكيم، العدد الأول، يناير 2009 ، ص 646 وما يليها

وحيث بالتالي، فإن القرائن والوقائع التي يدلي بها كل من المستدعي ضدهما (المحكم المطلوب رده والمطلوب إبلاغه السيد صالح عزيز) لإثبات علم المستدعي بعلاقة المحكم بالسيد عزيز صلاح، تصلح كدليل جازم غير قابل للشك فيه حول حصول هذا العلم قبل تعيينه كمحكم عن هذا الأخير.

وحيث انه تبعا لما تقدم، يكون طلب الرد واردا خارج المهلة القانونية المحددة في المادة 770 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية⁷³⁹، مما يقتضي بالتالي رده شكلا...⁷⁴⁰

وفي الحقيقة فإنه قرار جدير بالتأييد لأن المحكمة قامت بدراسة طلب الرد (التجريح) واستعانت بجميع المعطيات والوثائق المتوافرة بالملف، مما أفضى إلى تكوين قناعتها بأن طلب التجريح تم تقديمه فعلا خارج الأجل القانوني وقضت برده، وهو موقف ينبغي للقضاء السير على منواله عند النظر في طلبات التجريح⁷⁴¹، وفي نفس الإطار قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه إذا لم يقدم طالب الرد طلبه في الميعاد مع علمه بالظرف المبرر للرد سقط حقه في طلب الرد، كما يسقط حقه في رفع دعوى بطلان الحكم بدعوى مخالفة شرط الحيادة والاستقلال⁷⁴².

وهكذا فإن كان جزاء تقديم طلب التجريح خارج المهلة القانونية هو عدم قبول هذا الطلب كما يتضح من القرارات أعلاه، فإن نفس الجزاء أيضا يجب تطبيقه ضد طلب التجريح الذي يتم تقديمه قبل بداية المدة القانونية، وهو ما تم فعلا، حيث قضت محكمة

⁷³⁹ - حيث تنص المادة 2/770 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه: "يقدم طلب الرد إلى الغرفة الابتدائية الكائن في منطقتها مركز التحكيم المتفق عليه، وإلا فإلى الغرفة الابتدائية في بيروت و ذلك خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علم طالب الرد بتعيين المحكم أو تاريخ ظهور سبب الرد بعد ذلك".

⁷⁴⁰ - قرار صادر عن المحكمة الابتدائية في بيروت، الغرفة الأولى، قرار رقم 72/21 بتاريخ 2009/08/24، منشور لمجلة التحكيم، العدد الخامس، يناير 2010، ص 362 وما يليها.

⁷⁴¹ - و للمزيد حول هذا القرار الهام أنظر تعليق الأستاذ الدكتور وائل طيارة على وقائع و حيثيات و منطوق هذا القرار، تعليق منشور بمجلة التحكيم العدد 05/ يناير 2010، ص 365 وما يليها.

⁷⁴² - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 20 يوليو 1999 في الاستئناف رقم 08 لسنة 116ق، مشار إليه من طرف محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م س هامش الصفحة رقم 294.

استئناف القاهرة في قرار صادر عنها بتاريخ 26 فبراير 2002 بأنه: "حيث أن الشركة السعودية المصرية للتنمية السياحية (طالبة الرد) قررت بوكيل عنها في 3 مارس 2002 أمام هذه المحكمة بأنها ترد الأستاذ الدكتور أكثم أيمن الخولي عن نظر التحكيم **المزمع** إجراؤه والمرفوع ضدها من شركة (ن ف بيزكس البلجيكية) أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وذلك على سند من القول أن هناك ظروفًا جعل من المتعذر على المطلوب ضده أن يكون محايدًا ومستقلًا في نظر ذلك التحكيم...

وحيث أن المادة 19 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 المعدلة بالقانون رقم 8 لسنة 2000 قد جرت على أنه "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال 15 يوما من تاريخ علم طلب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو من تاريخ تقديم الطلب..." ومفاد ذلك أنه لا يجوز تقديم طلب رد المحكم قبل تشكيل الهيئة التحكيمية، ذلك أن المشرع قد اختص الهيئة المذكورة بتلقي طلب الرد وإحالاته إلى المحكمة المشار إليها في المادة 9 من قانون التحكيم... لما كان كل ذلك، وكانت الأوراق قد ضلت مما يدل على أن هيئة التحكيم التي تضم المحكم المطلوب رده قد تم تشكيلها فعلا، ومن ثم فإن طلب الرد يكون غير مقبولا لتقديمه قبل الأوان..."⁷⁴³

2-الجهة المختصة بالنظر في طلب التجريح: كما هو الشأن بالنسبة للمدة

الزمنية المحددة قانونيا لتقديم طلب التجريح ، اختلف التشريعات الوطنية كذلك في تحديد الجهة المختصة بتلقي طلبات التجريح والبت فيها، وفي هذا الإطار نجد المشرع المغربي يسند هذا الاختصاص لمؤسسة رئيس المحكمة المختصة، وهذا ما يتضح من خلال الفصل 323: "يقدم طلب التجريح كتابة إلى **رئيس المحكمة المختصة**..." و الفقرة 2 من الفصل 08-327 والتي تنص: "ترفع الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكمين إلى رئيس المحكمة..."

⁷⁴³ قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2002/06/26 أورده الأستاذ محمد مختاري بربري في ملحق مرجعه، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الرابعة 2010 ص 414 وما يليها.

وحسنا فعل المشرع المغربي بجعل الاختصاص لرئيس المحكمة، حيث تقتضي خصوصية التحكيم التعامل مع مثل هذه الطلبات بنوع من السرعة وبإجراءات مرنة، وهو ما يمكن تحقيقه أمام هذه الجهة، عكس إسناد هذا الاختصاص للمحكمة المختصة (محكمة الموضوع) والتي سيستدعي ممارسة هذا الحق أمامها سلوك العديد من المساطر وتضييع الكثير من الجهد والوقت، أو إسناده لهيئة التحكيم وهو ما لا يستقيم وروح العدالة حيث تصبح الهيئة التحكيمية والحالة هذه خصما وحكما في نفس الوقت.

أما بالنسبة للتشريع المقارن فنجد المشرع المصري على سبيل المثال كان قد منح بموجب المادة 19 (القديمة) من القانون رقم 27 لسنة 1994 هذا الاختصاص لهيئة التحكيم⁷⁴⁴، لكن ونظرا للانتقاد اللاذع الذي تعرض له موقف المشرع المصري هذا من طرف معظم الفقه المهتم بالتحكيم التجاري⁷⁴⁵، بسبب الخطورة الكبيرة التي ينطوي عليها هذا الموقف والتي قد تعصف بوسيلة الرد كضمانة أساسية للخصوم في مواجهة المحكمين زد على ذلك العديد من الإشكالات القانونية الأخرى التي تثيرها هذه المادة⁷⁴⁶، تدخلت المحكمة الدستورية العليا المصرية لتحسم هذه الخلافات و الانتقادات الحادة ، وذلك

⁷⁴⁴ - كانت المادة 19 (القديمة) تنص: "يقدم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال 15 يوما من تاريخ علم طالب بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة للرد فإذا لم ينتج المحكم المطلوب فصلت هيئة التحكيم في الطلب".

⁷⁴⁵ - انظر في هذا الصدد:

- ✓ فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، م س ، ص: 258 وما بعدها.
- ✓ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، م س، ص: 422 وما يليها.
- ✓ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، م س، ص: 241 وما يليها.

⁷⁴⁶ من هذه الاشكالات مثلا أن هذه المادة لم تتطرق إلى الحل في حالة تجريح جميع المحكمين، إضافة إلى إغفال المادة 19 هاته لكيفية نظر طلب التجريح فيما إذا كانت هذه الهيئة تتشكل من محكم واحد بعد مطالبة الأطراف بتجريحه ، هذا فضلا عن عدم تنظيمها للحالة التي تكون فيها الهيئة مشكلة من ثلاثة محكمين وتمت مطالبة تجريح واحد منهم، حيث لا يمكن لهذا الأخير مشاركة زملائه في اتخاذ القرار فتكون بذلك هيئة التحكيم ناقصة وغير محترمة للوترية إلى غير ذلك من الإشكالات التي كانت تثيرها هذه المادة. للمزيد في هذا الصدد انظر:

- ✓ حسين عطية السيد، دور القضاء في مجال التحكيم، م س، ص: 362 وما يليها.
- ✓ نجم رياض نجم الربضي م س ص: 246 وما يليها.
- ✓ مهند أحمد الصانوري ، م س ص: 205 وما يليها
- ✓ ناصر بلعيد، وضعية الهيئة التحكيمية، م س ، ص: 118.



بواسطة حكمها الشهير الصادر في 11 ماي 1999، والذي قضت فيه بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة 19 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994⁷⁴⁷

وترسيخا لحكم المحكمة الدستورية هذا، أثر المشرع المصري ترجيح اعتبارات العدالة ومبادئها، وقام بإصدار القانون رقم 08 لسنة 2000⁷⁴⁸، وعدل بموجبه المادة 19 المذكورة وأصبح نصها الجديد كالآتي: "... فإذا لم يتتج المحكم المطلوب رده خلال 15 يوما من تقديم الطلب يحال بغير رسوم إلى المحكمة المشار إليها ف المادة (09) من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن"، وبذلك صار الاختصاص في طلب الرد للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من قانون التحكيم، وهي المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع إذا كان التحكيم داخليا، أو محكمة استئناف القاهرة إذا كان التحكيم تجاريا دوليا⁷⁴⁹.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فبعدما كان يجعل النظر في طلبات التجريح من اختصاص رئيس المحكمة المختصة حسب نص الفقرة الثانية من المادة 1463 من ق م م الفرنسي (المرسوم رقم 81-500 لسنة 1981 القديم) والتي جاء فيها:

« Les difficultés relatives à l'application du présent article sont portées devant le président du tribunal compétent »

⁷⁴⁷ - ومما جاء في هذا الحكم: "... وكان لا يجوز أن يكون العمل القضائي موطنًا لشبهة تداخل تجرده وتثير ظلالة قائمة حول حيده، فلا يطمئن إليه متقاضون استرابوا فيه بعد أن صار نائبًا عن القيم الرفيعة للوظيفة القضائية، وكان النص الطعين قد خول هيئة التحكيم الفصل في ردها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينصب على حياها، وكان ذلك مما ينافي قيم العدل ومبادئه ويقص من مبدأ خضوع الدول للقانون وينتهك ضمانة الحيطة التي يقتضيها العمل القضائي النسبة لفريق من المتقاضين بينما هي مكفولة لغيرهم، فإنه بذلك يكون قد خالف- أي نص المادة 19 - أحكام المواد 40 و 65 و 67 و 68 و 69 من الدستور..." قرار صادر في 1999/05/11، الطعن رقم 83 لسنة 19 قضائية دستورية. انظر بخصوص هذا القرار: مهند أحمد الصانوري، م س ص: 205 وما يليها، وأيضا ماهر محمد حامد، م س هامش ص 216.

⁷⁴⁸ - المنشور بالجريدة الرسمية المصرية، العدد 13 مكرر بتاريخ 2000/04/04.

⁷⁴⁹ - مع الإشارة إلى أنه وحسب المادة 19 من ق م م رقم 8 لسنة 2000 لا بد من تقديم أولا طلب التجريح إلى هيئة التحكيم - عكس التشريع المغربي الذي ينص على تقديمه مباشرة إلى رئيس المحكمة المختصة حسب نص الفصل 323 - فإذا لم يتتج المحكم المطلوب رده آنذاك يحال الطلب إلى المحكمة المختصة، وإذا لم يتم احترام هذا الأمر يحكم بعدم قبول الطلب، وهذا ما ذهب إليه محكمة استئناف القاهرة في حكم لها، قضت فيه بعدم قبول طلب رد المحكمين المقدم لها مباشرة واعتبرته غير مقبول لأن الأولى أن يقدم الطلب إلى هيئة التحكيم، قرار رقم 120 لسنة 1119 ق، جلسة 2002/06/16 صادر عن الدائرة 91 تجاري لحكمة استئناف القاهرة، أورده محمد ماجد الخلوصي، قضايا تحكيمية، دار الكتب القانونية (مصر) طبعة 2006، ص 308.



جاء المرسوم رقم 48 لسنة 2011 ليسند الاختصاص في جميع الخلافات أو الصعوبات التي من شأنها التأثير على استمرارية المحكم في مهمته - بما في ذلك التجريح- إلى الشخص المكلف بتنظيم التحكيم وإذا لم يتمكن من حل ذلك الخلاف يكون قاضي المساندة أو الدعم هو المختص وهذا ما يستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة 1456 من ق م م لسنة 2011 والتي تقضي بأنه:

« En cas de différend sur le maintien de l'arbitre, la difficulté est réglée par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, tranchée par le juge d'appui, saisi dans le mois qui suit la révélation ou la découverte du fait litigieux »

ثانيا: الآثار المترتبة على طلب التجريح

تترتب عن تقديم طلب التجريح العديد من الآثار القانونية الهامة:

- فحسب الفصل 08-327 من القانون رقم 05-08 الذي ينص على أنه: "إذا قدم طلب تجريح أو عزل أحد المحكمين وجب وقف مسطرة التحكيم إلى أن يتم البت في هذا الطلب، ماعدا إذا قبل المحكم المعني بالأمر التخلي عن مهمته..." يتضح وبجلاء أن المشرع المغربي رتب على مجرد تقديم طلب التجريح وقف إجراءات التحكيم إلى أن يتم النظر في هذا الطلب، وقد استعمل المشرع في هذه الفقرة عبارة تفيد الوجوب ما يبرز قيمة هذا الطلب والذي لا ينبغي من ورائه الاستمرار في مسطرة التحكيم مادام أحد العناصر الأساسية لهذه العملية - أي المحكم- موضع شك في حياده واستقلاله وموضوع تجريح من قبل أحد الأطراف أو كلهم، وبالتالي فلا يستقيم الأمر في متابعة الإجراءات من قبل هذا المحكم غير المرغوب فيه.

لكن بالرغم من أهمية هذا الأثر القانوني إلا أنه يجب التعامل معه بحسب النية من قبل الأطراف، وعدم الدفع بتجريح المحكم إلا بتوافر سبب جدي وإلا فإن وقف مسطرة التحكيم الذي يترتب على تقديم طلب التجريح دون وجود أي مبرر حقيقي من شأنه فقط تعطيل الاجراءات



التحكيمية بطريقة غير شرعية وتعسفية وهو ما سيعرض بمصالح الطرف الآخر وبالعملية التحكيمية ككل، حيث سيؤدي ذلك إلى طول المسطرة وتضييع الجهد والنفقات دون سند قانوني. وبغض النظر عن حالة التعسف والاستعمال غير المشروع لوسيلة التجريح فإنه في الحالة التي يكون هناك سبب واقعي يوجب التجريح، وتم تقديم طلب بشأنه إلى رئيس المحكمة المختصة، فإنه ينبغي لطالب التجريح إعلام وتبليغ المحكم المعني بالأمر بذلك الطلب، حتى يتم وقف إجراءات التحكيم، وهنا يطرح إشكال يتعلق بعدم رغبة هيئة التحكيم أو المحكم في وقف مسطرة التحكيم بالرغم من تقديم طلب التجريح، حيث يطرح التساؤل في هذه الحالة على الجهة التي ستتولى وقف هذه الإجراءات؟

بخصوص هذا الإشكال نرى أنه وبالرغم من عدم نص المشرع المغربي بطريقة صريحة عن الجهة الموكل لها وقف مسطرة التحكيم في حالة تعنت هيئة التحكيم عن القيام بذلك من تلقاء نفسها بالرغم من تقديم طلب التجريح، فإنه ومن خلال الفقرة 2 من الفصل 323 التي تنص: "يقدم طلب التجريح كتابة إلى رئيس المحكمة المختصة..." وأيضاً الفقرة 2 من الفصل 327-08 التي جاء فيها: "ترفع الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكمين إلى رئيس المحكمة..." يمكن القول بأن رئيس المحكمة هو المختص بالتدخل لوقف الإجراءات في تلك الحالة إلى حين البت في طلب التجريح⁷⁵⁰، وبالتالي

750 - وهذا ما أكدته محكمة الاستئناف بتونس في قرار لها جاء فيه: "إن الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس مختص اختصاصاً مطلقاً للنظر في جميع الوسائل الوقتية المتعلقة بالتحكيم الدولي ومن اختصاصاته في هذا الباب ما ذكر صراحة بمجلة التحكيم كتحسين المحكم الفرد عند عدم توصل الأطراف المتنازعة إلى ذلك، أو تعيين المحكم المرجح عند عدم اتفاق المحكمين المعنيين من الأطراف أو عزل المحكم غير القادر على مواصلة مهامه، ومنها ما يكون ضمناً كوقف إجراءات التحكيم عند رفض هيئة التحكيم ذلك رغم الطلب، باعتبار أن وقف الإجراءات هي نتيجة حتمية لنشر دعوى تجريح في محكم، أي أن الحكم الصادر في تلك الدعوى هو حكم مقرر ويقتصر دول المحكمة فيه على معانية واقعة قانونية معينة واستنتاج الأثر القانوني الواجب الترتيب. وفي صورة الحال فقد ادلى المدعي بما يفيد نشره لدعوى في التجريح في المحكم الذي يدعي أنه غير محايد ورغم ذلك رفضت هيئة التحكيم وقف الإجراءات إلى حين صدور الحكم، ولما فعلت ذلك تكون قد جانببت الصواب وفرقت أحكام الفصل 58 من مجلة التحكيم في فقرته الثالثة وعرضت حقوق المدعي إلى الهدر والصياغ... ودفعاً لهذا الاحتمال وحفاظاً على حقوق الأطراف يكون من أوكذ الواجبات الاستجابة لطلب المدعي والقضاء بوقف إجراءات التحكيم إلى غاية صدور الحكم المتعلق بالتجريح في المحكم غير المحايد حسب أقوال المدعي وحيث إن في الأمر شديد التأكيد وتعينت الاستجابة لطلب المدعي بالإذن بالتنفيذ على المسودة وقبل التسجيل وبدون إعلام سابق بالحكم. فهذه الأسباب قررنا توقيف إجراءات التحكيم إلى حين البت في دعوى التجريح..." قرار صادر عن محكمة استئناف تونس بتاريخ 21 دجنبر 2000 تحت عدد 8648 (غير منشور) أشار إليه عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم، م س، ص 66 وما يليها.



فعند وجود أي صعوبة في هذا الصدد فإنه يجب على الطرف صاحب المصلحة رفع ذلك إلى السيد رئيس المحكمة من أجل النظر فيه، لأنه لا يعقل أن تستمر الهيئة التحكيمية في متابعة الإجراءات وطلب التجريح مقدم أمام أنظار رئيس المحكمة، حيث لا فائدة من هذه الإجراءات التي ستقوم بها ابتداء من تاريخ تقديم الطلب خصوصا إذا ما تم قبول طلب التجريح والحكم بتحتي المحكم موضوع التحكيم، إذ تصبح، والحالة هذه، إجراءات التحكيم التي شارك فيها هذا المحكم كأن لم تكن فيها ذلك الحكم التحكيمي حسب ما ينص عليه الفصل 323 من ق 05-08⁷⁵¹.

وعلى نقيض المشرع المغربي لم يرتب المشرع المصري على تقديم طلب التجريح (الرد) وقف إجراءات التحكيم، وهذا ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 19 من قانون التحكيم، حيث جاء فيها: "لا يترتب على تقديم طلب الرد وقف إجراءات التحكيم"، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع الأردني.

وقد اختلف الفقه المصري ما بين مؤيد لموقف المشرع هذا ومعارض له، فجانبا⁷⁵² يرى أن عدم وقف إجراءات التحكيم بالرغم من تقديم طلب التجريح أمر إيجابي لمسطرة التحكيم، حيث يحافظ على مبدأ من المبادئ الأساسية في خصومة التحكيم وهو الاستمرارية في الاجراءات ، كما يساهم ذلك أيضا في تقادي تعطيل وعرقلة هذه الإجراءات حينما تستعمل هذه الوسيلة - أي التجريح- بغرض الإساءة.

⁷⁵¹ - وبالتالي وتقاديا لكل هذه العراقيل والإجراءات الفارغة المحتوى والعديمة الجدوى ينبغي على المحكم موضوع طلب التجريح ، والذي تتوافر فيه حقيقة أحد الأسباب الموجبة للتجريح أن يتجاوز مسألة وقف الإجراءات ويتخلى عن مهمته، وإذا ما تبين له أن سبب التجريح المبني عليه غير واقعي، ولا أساس له من الصحة، وإنما يراد منه فقط تعطيل الاجراءات ، فعليه بعدم الاستمرار في متابعة مسطرة التحكيم، وانتظار البت في هذا الطلب من طرف القضاء، حيث يمكن أن يكون رأي رئيس المحكمة مخالف لرأي المحكم ويقضي بالتالي بتجريحه وتنحيه عن مهمته التحكيمية.

⁷⁵² أنظر بخصوص هذا الاتجاه:

✓ أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، م س ، ص: 101 يند 83،
✓ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة 2000 ص 158.
✓ محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، م س ص 298

فيما يرى الاتجاه الغالب من الفقه⁷⁵³ ضرورة وقف إجراءات خصومة التحكيم إلى أن يتم الفصل النهائي في طلب الرد، باعتبار أن هذه المسألة يُملِها المنطق القانوني حيث لا يتصور استمرار المحكم في مهمته بعد طلب رده، هذا بالإضافة إلى أنه إذا كانت الغاية من استمرار الاجراءات إحباط محاولات المماطلة والإساءة، فإن تحقيق تلك الغاية لا يتم باستمرار المسطرة رغم تقديم طلب الرد، فالأولى في هذه الحالة أن ينص المشرع على تقديم طلب الرد مباشرة إلى المحكمة المختصة وليس من خلال المرور على هيئة التحكيم مع إلزام المحكمة المختصة بسرعة الفصل في طلب الرد، ولا ضرر في ذلك مادام حكم المحكمة بالرد أو برفض الطلب غير قابل لأي طعن. و يضيف نفس الاتجاه الفقهي أنه لا يوجد ما يمنع الطرفين من الاتفاق على وقف إجراءات خصومة التحكيم ولو بعد تقديم طلب الرد، وعندئذ يكون الوقف اتفاقيا وليس كأثر لطلب الرد، ويفضل هذا الاتجاه لو منح المشرع إمكانية وقف الإجراءات في حالة جدية أسباب التجريح لهيئة التحكيم وذلك تجنباً لعدم تنحي المحكم موضوع طلب الرد بالرغم من عدم حياده واستقلاله، وهو الأمر الذي تنبه له المشرع الايطالي، حيث نص في المادة 815 من قانون أصول المحاكمات الإيطالية (المعدل بالقانون رقم 40 سنة 2006) ، على أنه: "... باستثناء إذا ما نصت المحكمة التحكيمية على خلاف ذلك، فلا تعلق إجراءات التحكيم عند تقديم طلب الرد، في حال وافقت المحكمة على طلب الرد، فلا يكون لما قام به المحكم الذي تم رده أي مفعول"⁷⁵⁴

753 - راجع في هذا الصدد:

- ✓ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية...، م س ، ص 426 وما يليها
- ✓ أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري والإجباري، م س ، ص 167
- ✓ عزمي عبد الفتاح، إجراءات رد المحكمين في قانون المرافعات الكويتي، م س ، ص 258
- ✓ هدى مجدي عبد الرحمان، م س، بند 152، ص 193

754 - وفي الإطار قضت محكمة التمييز الإيطالية في قرار لها بأنه: "إن طلب رد المحكم لا يمكن أن يؤدي على الفور إلى تعليق إجراءات التحكيم، إن النقاش حول وجوب أو عدم وجوب تعليق إجراءات التحكيم عند طلب رد المحكم قد تم الفصل فيها عن طريق التعديل الذي تم في سنة 2006 حيث تنص القاعدة الجديدة على أنه: "باستثناء ما إذا قررت المحكمة التحكيمية خلاف ذلك، فلا تعلق إجراءات التحكيم عند تقديم طلب رد المحكم..."، قرار صادر عن محكمة التمييز الإيطالية القسم الأول تحت رقم 6309، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع- أكتوبر 2009، ص 836.



• وبالإضافة إلى وقف إجراءات التحكيم كأثر قانوني لتقديم طلب التجريح (الفصل 327-08 من ق 05-08) فإن هناك آثارا قانونية يمكن أن تنتج عن تقديم الطلب، هذه الآثار لا يمكن أن تخرج عن الاحتماليين الآتيين:

- **الاحتمال الأول:** ويتمثل في تنحي المحكم من تلقاء نفسه بعد تجريحه وهذه الحالة تستنتج من الفصل 323 من ق 05-08 وخاصة من العبارة التالية:

" فإذا لم ينسحب المحكم موضوع التجريح من تلقاء نفسه بعد تجريحه..."
ويعتبر هذا الاحتمال الأكثر ملاءمة مع طبيعة الدعوى التحكيمية لا سيما إذا تم التجاوب من طرف المحكم موضوع التجريح بمجرد تقديم الطلب، دون تضييع للوقت والنفقات في هذا الصدد، ودون وقف للإجراءات التحكيمية ، ناهيك عن أن هذا الاحتمال المناسب يغني الأطراف من إجراءات التجريح أمام رئيس المحكمة وانتظار البت في الطلب وما ستؤول إليه نتيجة هذا التدخل القضائي. وبالتالي يجب على المحكم موضوع التجريح عدم التردد في التنحي والتخلي عن مهمة بمجرد علمه بأن طلبا للتجريح قد تم تقديمه خصوصا إذا كان سبب التجريح جديا ، وهذا ما تم فعلا في أحد النزاعات التحكيمية المعروضة أمام أنظار السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء حيث جرح المحكم المعين في ذلك النزاع نفسه، ونحى عن مهمة التحكيم ومما جاء في هذا الأمر الرئاسي: "حيث يستفاد من عقد الكراء الرابطة بين الطرفين أنه تم الاتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى مسطرة التحكيم في حالة نشوب نزاع بينهما بشأنه وذلك بموجب المادة 13 من العقد المذكور، وأنه تم تعيين محكم باختيار الطرفين في شخص الأستاذ (م ب).

وحيث أن هذا الأخير جرح نفسه للعلاقة المهنية التي تربطه بصهر الطالب..
وحيث إنه بموجب الفقرة الثانية من الفصل 327-08 ق م م " ترفع الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكمين إلى رئيس المحكمة الذي يبت بأمر غير قابل للطعن في

إطار مسطرة حضورية"، و حيث إن تجريح المحكم المعين من الطرفين نفسه يشكل فعلا صعوبة تعترض تفعيل مسطرة الحكيم المتفق عليه، وأن تدليل هذه الصعوبة يستوجب تعيين محكم بدلا عنه، وحيث وتأسيسا عليه، فالطلب مبرر ويتعين الاستجابة إليه.

لهذه الأسباب إذ نبت علينا انتهائيا نأمر بتعين النقيب (ع د) محكما للفصل في النزاع القائم بين الطرفين في إطار عقد الكراء الرابط بينهما، والمصحح الإمضاء بتاريخ 2009/12/07،⁷⁵⁵

ومن خلال هذا الأمر الرئاسي يتضح أن المحكم المعين للقيام بمهمة التحكيم في النزاع قام بتجريح نفسه وتخلّى عن مهمته، و هو ما يعني شغور مكانه ويتطلب الأمر تعيين آخر محله، لذلك قدم أحد الأطراف، بعد عدم اتفاقهم على اختيار محكم جديد، بطلب إلى رئيس المحكمة لتعيين من سيقوم بهذه المهمة، وهو ما استجاب له الرئيس من خلال أمره الرئاسي هذا.

- **الاحتمال الثاني:** ويتمثل في رفض المحكم موضوع التجريح الانسحاب والنتحي عن مهمة التحكيم، وفي هذه الحالة يتدخل رئيس المحكمة المختصة (حسب الفصل 323 من ق 05-08) للفصل في طلب التجريح داخل أجل عشرة أيام، وهنا يطرح التساؤل عن السلطة التقديرية لرئيس المحكمة تجاه طلبات التجريح؟

بالرجوع إلى الفصل 323 وأيضا الفصل 08-327 من ق. 05-08 يتضح أن لرئيس المحكمة السلطة التقديرية الواسعة في هذا الصدد، حيث لم يتم تقييد هذه السلطة بأي شرط أو ضابط، وبالتالي فللقضاء الرئاسي السلطة في الفصل في طلب التجريح وذلك إما بقبوله أو رفضه بناء على جدية وواقعية سبب التجريح من عدمه، وهكذا ففي حالة رفض رئيس المحكمة طلب التجريح سارت الإجراءات التحكيمية في مجراها

⁷⁵⁵ - أمر صادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 332 في الملف رقم 2863/1/2012 بتاريخ 2012/02/01 (أمر غير منشور).

الطبيعي وأمام نفس الهيئة التحكيمية، ويكون قرار الرفض هذا غير قابل للطعن فيه⁷⁵⁶، حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 323، و في حالة الطعن في مثل هذه القرارات التي تصدر في قضايا التجريح فإن هذا الطعن يكون غير مقبول لوضوح النص القانوني، و في هذا الصدد صدر قرار عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في دعوى قُدمت من أجل الطعن بالاستئناف في مقرر صادر عن رئيس المحكمة التجارية قضى برفض طلب التجريح، و قد قضت فيه محكمة الاستئناف بما يلي: "... وحيث إن المقررات الصادرة عن رئيس المحكمة و الفاصلة في طلب التجريح لا تقبل أي طعن حسب ما هو منصوص عليه في الفقرة الأخيرة من الفصل 323 من ق م م، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الاستئناف مع تحميل المستأنفة الصائر⁷⁵⁷"

أما في حالة قبول رئيس المحكمة لطلب التجريح فإنه يرتب على ذلك تنحي المحكم موضوع طلب التجريح مع اعتبار الإجراءات التي يكون قد شارك فيها هذا المحكم كأن لم تكن بما في ذلك حكم التحكيم، ويعتبر قرار القبول هذا نهائيا ولا يقبل أي طعن⁷⁵⁸.

756 - مع الإشارة إلى أنه يمكن للطرف الذي تقدم بطلب التجريح وتم رفضه - بالرغم من جديته- من طرف رئيس المحكمة أن يطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الذي ستصدره هذه الهيئة التحكيمية بناء على نفس السبب أو الأسباب الموجبة للتجريح، وبالتالي فينبغي على رئيس المحكمة القيام بالبحث والتحري قبل إصداره لقراره، حتى لا يتم الطعن من جديد في الحكم التحكيمي بالبطلان الذي سيصدره هذا المحكم موضوع طلب التجريح، وهو ما يعني تضيق الوقت والنفقات وإهدار حقوق الأطراف لاسيما في حالة قبول الطعن بالبطلان من طرف المحكمة.

و هذا تؤكد محكمة التمييز الإيطالية حيث جاء في قرار لها يلي: " يمكن للطرف الذي تقدم بطلب رد المحكم وقضى برفضه، أن يطلب من المحكمة المختصة-عملا بالأسباب نفسها- إبطال الحكم التحكيمي الصادر عن المحكمة التحكيمية حيث المحكم نفسه هو عضو فيها". قرار صادر عن محكمة التمييز الإيطالية (القسم الأول) بتاريخ 28 غشت 2004، تحت رقم 171925، مقتطف هذا القرار بمجلة التحكيم، العدد 4/أكتوبر 2009، ص 836.

757 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2009/11/17 تحت رقم 1332 في الملف رقم 2009/02/485 (قرار غير منشور).

758 - وتقول محكمة التمييز الإيطالية بخصوص نهائية قرار رئيس المحكمة في مادة التجريح، "إن القرار القاضي برد المحكم الصادر عن رئيس المحكمة لا يمكن الطعن فيه أمام محكمة التمييز، حيث أن هذا القرار هو فقط وسيلة لتصحيح تشكيل المحكمة التحكيمية ولحيادية المحكم"، قرار صادر عن محكمة التمييز الإيطالية (القسم الأول) بتاريخ 1998/05/16 تحت رقم 4924، هذا المقتطف من القرار منشور بمجلة التحكيم، العدد 04 أكتوبر 2009، ص 836.



و تطبيقا لهذا صدر أمر عن السيد رئيس محكمة الاستئناف التجارية بمراكش جاء فيه: "حيث إنه بثبوت قيام أحد الأسباب المبررة لتجريح المحكم السيد (م ج) فإن جميع الاجراءات التي شارك فيها كأنها لم تكن طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 323 بما فيها قرار إيقاف إجراءات التحكيم الصادر بتاريخ 2009/03/23...⁷⁵⁹"

وهنا تجدر الإشارة إلى أن اعتبار إجراءات التحكيم التي قام بها المحكم موضوع التجريح في حكم عدم لا يؤثر في اتفاق التحكيم الذي يظل قائما وقابلا للتنفيذ والاستمرار، ويعتبر ما حدث من تجريح بمثابة عارض من عوارض العملية التحكيمية، والذي يتم تجاوزه بتعيين محكم بديل بنفس القواعد التي تم بها تعيين المحكم الذي تم تنحيته وفق ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 325 ق 05-08 حيث جاء فيها: "عندما تنتهي مهمة محكم لأي سبب من الأسباب يجب أن يعين محكم لتعويضه وفقا لنفس القواعد المطبقة على تعيين المحكم الذي تعويضه".

أما موقف التشريعات المقارنة في هذا الإطار فهي تختلف من قانون لآخر، فمثلا المشرع المصري يسير إلى حد ما في نفس اتجاه المشرع المغربي حيث يرتب على رفض المحكمة المختصة طلب الرد استمرار الإجراءات وأمام نفس الهيئة في التحكيم، أما إذا قبلت الطلب اعتبرت إجراءات التحكيم التي اتخذت فيما فيها حكم التحكيم كأن لم تكن وهذا ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 19 من قانون التحكيم المصري.

تبقى الإشارة في الأخير إلى أن المشرع الفرنسي قد اتخذ منحى مخالفا لما ذكر أعلاه، فبعد ما كان يرتب في القانون القديم على **تجريح المحكم** (و ليس عن تقديم طلب التجريح) انتهاء الدعوى التحكيمية ما لم يتفق طرفي التحكيم على خلاف

⁷⁵⁹ - أمر رقم 466 صادر بتاريخ 2009/07/21 في الملف رقم 2009/1/272 (ضم له الملف رقم 2009/1/273) (أمر غير منشور).



ذلك (المادة 1464 من ق م م الفرنسي القديم)⁷⁶⁰ جاء المرسوم الجديد رقم 48 ل 2011/01/13 بمقتضيات جديدة في هذا الصدد، وهي تلك التي نصت عليها المادة 1473 التي جاء فيها:

« Sauf stipulation contraire, l'instance arbitrale est également suspendue en cas de décès, d'empêchement, d'abstention, de démission de récusation ou de révocation d'un arbitre jusqu'à l'acceptation de sa mission par l'arbitre désigné en remplacement.

Le nouvel arbitre est désigné suivant les modalités convenues entre les parties ou, à défaut, suivant celles qui ont présidé à la désignation de l'arbitre qu'il remplace »

فمن خلال هذه المقتضيات يتضح أن المشرع الفرنسي وعلى غرار المادة 1464 القديمة - أعطى الأولوية للأطراف في تحديد مصير النزاع التحكيمي ، حيث استهل المادة 1473 بعبارة "ما لم يوجد شرط مخالف sauf stipulation contraire" ، مما يعني أنه يمكن أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف أنفسهم أو بين الأطراف والهيئة التحكيمية على مقتضيات مخالفة لما هو وارد في المادة أعلاه، وبالتالي عدم التأثير في إجراءات الدعوى التحكيمية، لكن الجديد الذي جاءت به المادة 1473 هو أن المشرع الفرنسي لم يعد يتحدث عن نهاية إجراءات الدعوى التحكيمية بمجرد تجريخ المحكم كما هو الحال في المادة 1464 القديمة (l'instance arbitrale pend fin) وإنما يتم فقط - وفي حالة انعدام شرط مخالف - تعليق ووقف إجراءات التحكيم (L'instance arbitrale est suspendue) عند تحقق واحد من الأسباب الموجبة

⁷⁶⁰ - حيث أعطت هذه المادة الفرصة أولا لإرادة الأطراف المحتكمة للاتفاق على مصير نزاعهم التحكيمي وفي حالة غياب هذا الاتفاق فإن إجراءات الدعوى التحكيمية تنتهي بتجريخ المحكم أو بأحد الأسباب الأخرى المذكورة في هذه المادة. ومما جاء في المادة 1464 من ق م م الفرنسي القديم:

« L'instance arbitrale prend fin, sou réserve des conventions particulières des parties :

- 1- par la révocation, le décès ou l'empêchement d'un arbitre ainsi que la perte du plein exercice de ses droits civils.
- 2- par l'abstention ou la récusation d'un arbitre.
- 3- par l'expiration du délai d'arbitrage »



لذلك والمذكورة في المادة 1473 أعلاه ومن بينها تجريح المحكم، ويكون تعليق هذه الإجراءات إلى حين قبول المحكم المعين في مكان المحكم المجرح لمهمته التحكيمية بالكيفية المحددة في المادة 1473⁷⁶¹.

⁷⁶¹ - ويقول الأستاذ الدكتور Emmanuel GAILLARD معلقا على هذه المادة:

« Le décret apporte en outre une modification notable dès lors que l'abstention, **la récusation**, l'empêchement, la révocation ou la démission de l'arbitre ne sont plus de nature, comme par le passé, à entraîner la fin de l'instance arbitrale, mais constituent seulement une cause de suspension de l'instance. En d'autres termes, dans ces cas limitativement énumérés par le texte, les parties n'auront plus à reconstituer un tribunal arbitral, mais l'instance sera suspendue jusqu'à moment où un arbitre remplaçant le président sera désigné (article 1473). **La règle nouvelle est de nature à permettre aux parties d'économiser du temps et de l'argent** : rien ne sert de constituer dans ce type d'hypothèse un nouveau tribunal, des anciens arbitres connaissant l'affaire et pouvant de ce faire informer le nouvel arbitre d' l'ensemble du dossier soumis au tribunal arbitral » Emmanuel GAILLARD, « le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international » Op, cité. Page 180.



الخاتمة

هكذا إذن حاولنا دراسة ضمانات التحكيم التجاري والوقوف على مدى قدرة هذه الوسيلة على الاحتفاظ لنفسها بهذه الضمانات والركائز التي تقوم عليها، والصمود بالتالي أمام المتغيرات التي يعرفها عالمنا الحاضر نتيجة التطورات الاقتصادية والصناعية والتكنولوجية الهائلة التي أثرت في جميع المجالات والمؤسسات. كما حاولنا بالموازاة مع ذلك التأكد من حقيقة ما يقال من أن الدعوى التحكيمية وإن كان ينبغي لها أن تتحرر من القيود والإجراءات المعقدة التي تميز الدعوى القضائية، إلا أنها في مقابل ذلك ينبغي أن تنقيد بالضمانات والمبادئ الأساسية للتقاضي والتي لا محيد عنها في سبيل تحقيق العدالة أي كان القائم عليها قاضيا أو محكما.

وعلى هذا الأساس استهلكت هذا البحث بالحديث في القسم الأول عن التحرر وسلطان الإرادة التي يتميز بها التحكيم التجاري، مبينا في الباب الأول مظاهر هذه الحرية التي تمنحها مؤسسة التحكيم لاسيما التحكيم التجاري الحر أو الخاص للمحتكمين والتي تبرز وتنضح معالمها منذ اللجوء إلى هذه الوسيلة، حيث لا يتم ذلك مبدئيا إلا بتراضي الأطراف واتفاقهم على اختيار التحكيم كطريق لحل خلافاتهم الآنية أو المستقبلية، وعند حصول هذا الاتفاق فإن الأطراف يتمتعون كذلك بسلطة واسعة في إدارة الدعوى التحكيمية وفق الطريق الملائمة لنزاعهم، والتي من شأنها أن توفر لهم الأمن القانوني والقضائي اللازم للحفاظ على مصالحهم واستقرار معاملاتهم وعلاقاتهم، فيستطيعون تبعا لذلك تعيين الهيئة التحكيمية التي يرتضونها للفصل في نزاعهم التحكيمي واختيار القواعد الواجبة التطبيق سواء على الموضوع أو على الإجراءات إلى غير ذلك من مظاهر مبدأ سلطان الإدارة في التحكيم التجاري الحر (الخاص)، والذي لا يحد منه سوى القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام والتي يتعين احترامها وعدم مخالفتها، وذلك إلى جانب التدخل القضائي الحاضر هو الآخر في أغلب مراحل الدعوى التحكيمية إما من أجل المساعدة كما هو الحال بالنسبة لوجود صعوبات



في تشكيل الهيئة التحكيمية مثلاً أو لغاية بسط الرقابة على العملية التحكيمية خصوصاً بعد صدور الحكم التحكيمي، هذا دون إغفال السلطة الممنوحة للهيئة التحكيمية والتي تحد في بعض الأحيان من فعالية إرادة الأطراف.

وبعد دراسة مظاهر وحدود مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر، والذي في الحقيقة لازال يحتفظ لهذا المبدأ بمكانته ودوره البارز في تنظيم العملية التحكيمية انتقلت في الباب الثاني من هذا القسم الأول للحديث عما آلت إليه حرية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي الحديث والنزاعات الاقتصادية والتكنولوجية الدولية التي تكون موضوعاً لهذه الوسيلة، حيث أثر التطور المهول الذي عرفه حقل المعاملات التجارية الدولية على قضائها الأصل المتمثل في التحكيم التجاري الدولي، ومن مظاهر هذا التأثير تراجع مبدأ سلطان الإرادة إذ أصبحت إدارة الأطراف مهمشة وبشكل كبير في هذا الصدد وهذا راجع إلى الضغوط المفروضة على الأطراف في المعاملات التجارية الدولية، واختلال التوازن الاقتصادي والصناعي بين الدول المتقدمة والدول النامية، وتبعاً لذلك اختلال التوازن العقدي، ناهيك عن التعامل الكبير بالعقود النموذجية والتي يرغب الطرف على قبولها بالرغم مما يمكن أن تتضمنه هذه الأخيرة من بنود وشروط تعسفية - غالباً ما يكون بند التحكيم واحداً منها - والتي لا يملك هذا الطرف الضعيف أي سلطة في مناقشتها أو العدول عنها لحاجته الاقتصادية والتي تفرض عليه التوقيع عليها.

وبالإضافة إلى كل هذا ومن أجل تحصين الدول الاقتصادية والشركات العالمية الكبرى كل ما ذكر أعلاه استحدثت بعض المبادئ والقواعد الجديدة لحماية مصالحها ومعاملاتها التجارية من قبيل النظام العام الدولي الطليق أو عبر الدولي، مع منح المزيد من السلطة للهيئات التحكيمية في تسيير العملية التحكيمية، وكل هذا على حساب حرية الأطراف التي هي الأساس، والأصل في التعاقد في مجال التحكيم التجاري.

أما القسم الثاني من هذه الدراسة فقد تطرقت فيه لضمانة أخرى للتحكيم التجاري والتي تجعله منه وبحق الوسيلة المفضلة لدى العديد من الأشخاص لحل خلافاتهم ونزاعاتهم



وهي تكريس التحكيم للمبادئ الأساسية للتقاضي، إذ بالرغم مما للأطراف وأيضا للهيئات التحكيمية من سلطة في تنظيم الدعوى التحكيمية واختيار القواعد الإجرائية الملائمة للنزاع التحكيمي، إلا أنه في مقابل ذلك ينبغي احترام المبادئ الأساسية للتقاضي من حق للدفاع وما يتطلبه من تمكين الأطراف وعلى قدم المساواة من عرض طلباتهم ودفعاتهم وتقديم ما لديهم من أدلة ومستندات وحق المواجهة وما يستدعيه من ضرورة مناقشة وإبداء كل طرف رأيه حول العناصر القانونية والواقعية التي سيبني عليها الحكم التحكيمي، ومبدأي الحياد والاستقلال وما يتطلبانه من صفات وسمات عالية وأخلاق حميدة ونزاهة في شخصية المحكمين والتي من شأنها أن تجعلهم في منأى عن الحكم حسب هواهم وعاطفتهم، أو تأثرا بعلاقة ما تربطهم بأحد الأطراف المحتكمة. وقد حاولت خلال هذا القسم الوقوف على موقف التشريعات الوطنية والدولية المنظمة للتحكيم التجاري تجاه هذه المبادئ، ومدى توفيقها في تنظيم الحق في الدفاع والمواجهة والمساواة بين الأطراف إلى جانب حياد واستقلال الهيئات التحكيمية وذلك بالشكل الذي يكفل احترام هذه المبادئ والركائز ومن خلالها مصالح وحقوق المحكمتين من جهة ويحفظ للتحكيم خصوصياتها ومميزاتها الأساسية من مرونة وثبات وسرعة من جهة ثانية، وكان هذا من خلال دراسة النصوص القانونية المنظمة لهذه المبادئ في التشريع المغربي و المقارن واستجلاء ضمانات حمايتها واحترامها، ثم بعد ذلك تقييمها على ضوء خصوصيات التحكيم التجاري مع الاستئناس بآراء الفقه واجتهادات القضاء والسوابق التحكيمية التي حصلنا عليها في هذا الصدد.

لنخلص في هذا البحث إلى أن التشريعات الوطنية وأيضا الدولية و بالرغم من الحرية والسلطة التي وفرتها للمحكمين وأيضا للهيئات التحكيمية في تسيير وإدارة إجراءات الدعوى التحكيمية، إلا أنها -أي الحرية- تبقى دائما مقرونة بضرورة احترام وعدم مخالفة المبادئ الأساسية للتقاضي، حيث نصت هذه التشريعات على مجموعة من القواعد الآمرة و الجزاءات القانونية الصارمة والتي من شأنها ضمان الحد اللازم من الاحترام والامتثال لتلك



المبادئ، لكن هذا لا يثبينا عن إبداء بعض الملاحظات والاقتراحات التي نراها ضرورية في ختام هذا البحث:

❖ منح الهيئات التحكيمية سلطة تعديل الشروط التعسفية التي تتضمنها معظم العقود التجارية الدولية موضوع النزاع التحكيمي، وذلك حفاظا على التوازن العقدي وتحسينا للغاية من إقرار مبدأ سلطان الإدارة في التحكيم.

❖ دعوة المشرع المغربي إلى إعادة النظر في طريقة تنظيمه للنظام العام في التحكيم الدولي، وذلك بالاستغناء عن العبارة الواردة في بعض فصول القانون رقم 05-08 (كالفصل 327-46 و 327-49) المنظمة للتحكيم الدولي، والتي تفرض ضرورة احترام النظام العام الوطني أو الدولي، والاكتفاء فقط بالنظام العام الدولي كضابط لمنازعات التحكيم الدولي سيرا على نهج العديد من التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي مثلا مع إلزامية تعامل القضاء مع هذه الوسيلة بنوع من المرونة بما يحفظ للدولة أسسها وقواعدها الآمرة ويُبقي على خصوصيات التحكيم التجاري التي تأتي مثل هذه القيود.

❖ ضرورة حرص أطراف التحكيم التجاري والتحرز كثيرا عند تشكيل الهيئة التحكيمية في اختيار المحكم الكفاء والمتوفر على صفات الاستقامة والنزاهة التي تؤهله للفصل في نزاعهم التحكيمي بكل تجرد وصيانة واستقلالية بعيدا عن أي تصرف قد يعصف بحقوقهم ومصالحهم.

❖ دعوة المشرع المغربي إلى تنظيم أوجه الدفوع في مادة التحكيم وذلك بالشكل الذي يضمن للأطراف حقهم في الدفاع باستعمال هذه الدفوع، ويحفظ لمؤسسة التحكيم مزاياها بعيدا عن الإجراءات المعقدة المتبعة أمام المحاكم الرسمية.

❖ يجب على الهيئات التحكيمية مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي الموجهة للدعوى التحكيمية كالحق في الدفاع والمواجهة والمساواة بين الخصوم، والتعامل مع الأطراف بكل حيادية واستقلالية دون تغليب لمصالح أي طرف على الآخر.



لائحة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

01- الكتب العامة

- أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، طبعة 1983.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة السادسة 1980.
- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2002.
- أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقهاء الإسلاميين والقانون المقارن، منشورات عكاظ، طبعة 1987.
- أحمد عبد الرزاق السنهوري (رحمه الله)، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الثالثة 2000.
- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية دراسة تأصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1989.
- أحمد مجيد بنجلون، حقوق الدفاع، المطبعة الملكية الرباط، طبعة 1971.
- أحمد محمد الهواري، حماية العقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، (يون ذكر دار النشر)، الطبعة الثانية 2000.
- إدريس العلوي العبدلاوي، القانون القضائي الخاص، "الدعوى والأحكام"، مكتبة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 1986.



- ◀ بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2006.
- ◀ توفيق عبد العزيز شرح قانون المسطرة المدنية و التنظيم القضائي، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، طبعة 1995.
- ◀ ثابت عبد الحميد، إخراج فكرة النظام العام في نطاق القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1995.
- ◀ ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1975.
- ◀ الحسين البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2010.
- ◀ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المطبعة العالمية، طبعة 1968.
- ◀ سيد محمود، قانون المرافعات الكويتي، دار الكتاب الكويت، طبعة 1994.
- ◀ طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2005.
- ◀ الطيب الفصايلي، الوجيز في القانون القضائي الخاص، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية 1992.
- ◀ عبد الباسط الجميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري (دون ذكر دار النشر) الطبعة الثانية، 1953.
- ◀ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، طبعة 1956.
- ◀ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد رقم 1، الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1962.
- ◀ عبد العزيز حضري، القانون القضائي الخاص، مطبعة الجسور، وجدة، طبعة 2005.
- ◀ عبد العزيز حضري، قانون المسطرة المدنية، مطبعة وراق طه حسين، طبعة 2006.



- ◀ عبد القادر العرعاري، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المغربي، الجزء الأول، مطبعة الفضالة، المحمدية، طبعة 1996.
- ◀ عبد الكريم الطالب: الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الخامسة، 2008.
- ◀ عبد اللطيف الخلفي، الاجتهاد القضائي في قانون المسطرة المدنية الجزء الاول طبعة 2004.
- ◀ عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1992.
- ◀ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، الطبعة الأولى، منشورات الجلي الحقوقية بيروت، 2004.
- ◀ مامون الكزبري و ادريس العلوي العبدلاوي، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي الجديد، الجزء الأول، 1973.
- ◀ محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، طبعة 2007.
- ◀ محمد الكشور، شرح مدونة الأسرة، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، طبعة 2006.
- ◀ محمد بفقير، قانون المسطرة المدنية والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة 2008.
- ◀ محمود محمد ياقوت، حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دراسة تحليلية و مقارنة في ضوء الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية طبعة 2000.
- ◀ المصطفى شننضيض، البيع التجاري الدولي للبضائع، دراسة على ضوء الاتفاقيات الدولية والتشريع المغربي، مطبعة المعارف، طبعة 2001.
- ◀ معوض عبد التواب، الدفوع المدنية والتجارية، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 1993.



- ◀ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود التجارية الدولية، مطبعة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1995.
- ◀ هشام علي صادق، تنازع القوانين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2003
- ◀ وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1986.

02- المراجع المتخصصة في ملأة التحكيم

- ◀ إبراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة 2000 .
- ◀ أبو العلا علي النمر، القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم، الطبعة الأولى/ دار النهضة العربية، القاهرة.
- ◀ أبو العلا النمر، المركز القانوني للمحكم في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى 2006.
- ◀ أبو العلا علي أبو العلا، تكوين هيئات التحكيم: دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- ◀ أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، طبعة 1981.
- ◀ أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001.
- ◀ أحمد أبو الوفاء، التحكيم بالقضاء و الصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1998
- ◀ أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، (دون ذكر دار النشر)، طبعة 2002.
- ◀ أحمد خليل، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2003.



- ◀ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2004.
- ◀ أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2006.
- ◀ أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2004.
- ◀ أحمد عوض هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية في ضوء قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 واتفاقية نيويورك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2001.
- ◀ أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2001.
- ◀ أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الثانية 2008.
- ◀ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعان عقود التجارة الدولية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2001.
- ◀ أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) الطبعة الأولى الإصدار الأول 2008.
- ◀ أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على الموضوع والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003.
- ◀ أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003.
- ◀ آمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1993.



- ◀ أنور علي أحمد الطشي، المسؤولية للمحكم في منازعات التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى 2012.
- ◀ أياد محمود بردان، التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى 2004.
- ◀ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2009.
- ◀ بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2007.
- ◀ جلال محمد وفاء محمد، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 1995.
- ◀ جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005.
- ◀ حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية الجلة الكبر (مصر)، طبعة 2006.
- ◀ حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1997.
- ◀ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2004.
- ◀ حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 1996.
- ◀ حميد محمد علي اللهبي، المحكم في التحكيم التجاري الدولي، (دون ذكر دار النشر)، الطبعة الأولى 2001-2002.
- ◀ خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في المنازعات الدولية المشتركة، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى 2002.



- ◀ خليل عمر عمن، سلطة المحكم الأسرية في التحكيم الداخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت الطبعة الأولى 2005.
- ◀ رضا السيد عبد الحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1997.
- ◀ رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، طبعة 2004.
- ◀ رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الأول، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، دار النهضة العربية، طبعة 2003.
- ◀ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1984.
- ◀ ساميد راشيد، دور التحكيم في تدويل العقود، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1990.
- ◀ سحر عبد الستار إمام يوسف، المركز القانوني للمحكم، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2006.
- ◀ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2008.
- ◀ صلاح الدين جمال الدين، التحكيم وتنازع القوانين في عقود التنمية التكنولوجية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2005.
- ◀ عادل محمد خير، حصانة المحكمين مقارنا بحصانة القضاء، (دون ذكر دار النشر)، الطبعة الأولى 1990.
- ◀ عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار الفكر والقانون، المنصورة (مصر) طبعة 2011.
- ◀ عاطف محمد راشد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2004.



- ◀ عامر فتحي البطانية، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان (الأردن) الطبعة الأولى 2008.
- ◀ عبد الحمد الأحذب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، دار المعارف، 1998.
- ◀ عبد الرحيم زساكي، التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، مطبعة دار السلام للنشر والتوزيع، الرباط، الطبعة الأولى نونبر 2010 .
- ◀ عبد الرحيم زساكي، الوجيز في شرح القانون المغربي الجديد للتحكيم الداخلي، الجزء الأول، مطبعة سليكي إخوان، طنجة، الطبعة الأولى 2009.
- ◀ عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم، دراسة في القانون المغربي والمقارن، مطبعة دار القلم الرباط، الطبعة الأولى 2012.
- ◀ عبد اللطيف بو العلف، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، دراسة في القانون المغربي والمقارن، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011 .
- ◀ عبد الله عيسى علي الرمح، حكم التحكيم، دراسة في القانون الكويتي والقانون المصري مقارنا بالفقه الإسلامي، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، طبعة 2009.
- ◀ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، طبعة 1990.
- ◀ عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، النهضة العربية القاهرة، طبعة 1993
- ◀ علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1997.
- ◀ عمر السيد التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2002 .
- ◀ عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، طبعة 2003.
- ◀ عيد محمد القصاص، حكم التحكيم، دراسة تحليلية في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2004/2003
- ◀ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2007



- ◀ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الدولي، كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة، طبعة 2006
- ◀ كرم محمد زيدان النجار، المركز القانوني للمحكم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010.
- ◀ كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم، وحتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى 1991.
- ◀ ماهر محمد حامد، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية بالمجلة الكبرى (مصر)، طبعة 2011.
- ◀ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1997.
- ◀ محمد سليم العوا، دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، نشر المركز العربي للتحكيم، طبعة 2008.
- ◀ محمد نور شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين (نطاقها ومضمونها)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية القاهرة 1994.
- ◀ محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، تعيين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003
- ◀ محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين وفقا لقانون التحكيم، في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2003.
- ◀ محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2001.
- ◀ محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 1999.



- ◀ محمود السيد عمر التحيوي، الحدود الزمنية والموضوعية لولاية المحكم على الدعوى التحكيمية، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011.
- ◀ محمود السيد عمر التحيوي، قاعدة عدم افتراض الرضا بالالتجاء للتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2010.
- ◀ محمود مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة 2010.
- ◀ محمود مصطفى يونس، المرجع في أصول التحكيم، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2009.
- ◀ محمود هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات طبعة 1990.
- ◀ محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، التسيير الذهبي للطباعة، طبعة 2000.
- ◀ معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 1997.
- ◀ ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، الطبعة الأولى 2006.
- ◀ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2000.
- ◀ منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والخارجي، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 1997.
- ◀ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية طبعة سنة 1995.
- ◀ مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، الطبعة الأولى 2005.



- ◀ نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، مطبعة الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2002.
- ◀ ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1996.
- ◀ نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، طبعة 1999.
- ◀ نجيب أحمد عبد الله الجبلي ثابت، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية ، المكتب الجامعي الحديث للنشر، صنعاء، طبعة 2006.

03- المراجع المتخصصة في موضوع البحث

- ◀ إبراهيم جوهر إبراهيم، الدفع باتفاق التحكيم في الدعوى المدنية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى (مصر) طبعة 2009.
- ◀ أسامة روبي عبد العزيز الروبي، ضوابط تشكيل هيئة التحكيم واختيار المحكمين في منازعات عقود التشييد الهندسي، دار النهضة العربية 2009
- ◀ طلعت محمد دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، طبعة 2009.
- ◀ عاشور مبروك، النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقا لأحداث التشريعات والنظم المعاصرة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، الطبعة الثانية 1998.
- ◀ على بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية، طبعة 1996
- ◀ محمد شتى أبو سعد، المبادئ القضائية في التحكيم التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، طبعة 2000.
- ◀ محمد علي عويضة، حق الدفاع كضمانة إجرائية في خصومة التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2008.
- ◀ محمود السيد عمر التحيوي، الاتجاهات النظرية والحلول الوضعية في تحديد التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2011.



ب- الرسائل والأصروحات الجامعية

(1) الرسائل الجامعية

◀ إبراهيم العسري، دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي - دراسة في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القضاء و التحكيم، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الدراسية 2008-2009

◀ إبراهيم محمد أبو شملخ، المركز القانوني للمحكم في التحكيم الدولي الخاص، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال والاستثمار، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الدراسية 2007/2008.

◀ أحمد ناه بوكنين، الطعن بالبطلان في حكم التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص تخصص القضاء والتحكيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009.

◀ إلهام علالي، واقع وآفاق التحكيم التجاري الدولي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا السنة الدراسية 2008-2009.

◀ أمونير تقية، مفهوم المنازعة القابلة للحل عن طريق التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص وحدة قانون الأعمال والمقاولات، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، المحمدية، السنة الدراسية 2010، 2009،

◀ حسن المولودي، مركز القانون العبر الدولي في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص ، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية/ وجدة/ السنة الدراسية 2008-2009.



◀ الحسين مقبوب، دور المحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة البحث والتكوين في قانون الأعمال والاستثمار، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2006-2007.

◀ خديجة فكاك، سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفطية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول بسطات، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2007-2008.

◀ خديجة قبال، "الكتابة الإلكترونية- دراسة مقارنة-"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، أكادال، الرباط، السنة الجامعية 2005-2006 .

◀ صوفية دينار، السلطة التقديرية للمحكم الدولي إزاء القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2006-2007.

◀ عبد الإله المحبوب، المفهوم الجديد للنظام العام في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص القضاء و التحكيم، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية 2008-2009.

◀ عبد الحفيظ ميمون، القانون الموضوعي للتحكيم في مجال المشروعات الدولية الاقتصادية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007.

◀ عبد الرحمان علالي، قانون الإرادة في التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2006-2007.



- ◀ عبد الكبير الغلا، طرق الطعن ضد الحكم التحكيمي الداخلي - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول سطات، السنة الدراسية 2008-2009 .
- ◀ عبد الكريم المدني: سلطة المحكم الأمرية في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفزية - دراسة مقارنة - رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية - وجدة- السنة الدراسية 2008-2009.
- ◀ عبد اللطيف الفتيحي، حدود استقلالية التحكيم التجاري الدولي عن النظم الوطنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، سلا، السنة الدراسية 2006 - 2007
- ◀ عز الدين بوزلماط، دور التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بصفقات الدولة، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، أنظمة التحكيم ، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق، سلا ، السنة الجامعية 2007/2008
- ◀ علي تبريتي، المحكم الدولي ما بين القواعد القانونية الوطنية والقواعد الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007.
- ◀ فاطمة الدحاني دور رئيس المحكمة الداخلي بالمغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص وحدة البحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السوسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الدراسية 2006-2007.
- ◀ فاطمة الكراري، النظام القانوني للمحكم في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، جامعة القاضي، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، مراكش، لسنة الجامعية 2010-2011
- ◀ فاطمة بوشكورت، دور التحكيم المؤسسي في تسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007.



◀ فريد أوسي: "تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب، دراسة مقارنة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الدراسية 2000/1999

◀ مجذوب كوثر، الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون السوق، جامعة جيجل كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية والإدارية (الجزائر) السنة الجامعية 2007-2008.

◀ محمد أطويف، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2007 - 2008 .

◀ محمد البرانصي، دور التحكيم التجاري الدولي في جلب الاستثمارات، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2006-2007.

◀ محمد الودغيري، العدالة في المغرب بين القضاء العادي والاستثنائي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة قانون التجارة والأعمال، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية الحقوق الرباط، السنة الجامعية 2005-2006.

◀ محمد طه مسكوري، دور التحكيم في خلق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس-السويسي- كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2007-2008.

◀ مريم العباسي، ناصر بلعيد، كريم بنموسى، دور القضاء في مسطرة التحكيم، سلسلة رسائل نهاية تدريب الملحقين القضائيين، العدد 03 مارس 2011، مكتبة دار السلام، الرباط.

◀ مولاي الكبير الصوصي العلوي، طرق الطعن المرتبطة بالتحكيم التجاري في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث،



أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس -السويس- كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2006-2007.

◀ ناصر بلعيد، وضعية الهيئة التحكيمية في التشريع المغربي، دراسة تحليلية في ضوء القانون رقم 05-08، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الخامس السويس، سلا، السنة الدراسية 2007-2008.

◀ نجاه مسعودي، نظام التحكيم الاختياري الداخلي المغربي: الآليات والقيود، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس -السويس- كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الدراسية 2007-2008.

◀ نرجس البكوري، دور العادات و الأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس السوسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الدراسية 2007-2008.

◀ وفاء طويه، ضمانات التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم ، جامعة محمد الخامس، السويس، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، سلا، السنة الجامعية 2008-2009.

◀ يوسف الساقوط، دور العمل القضائي في تحقيق فعالية حكم التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم جامعة محمد الخامس-السويس - كلية الحقوق، سلا، السنة الدراسية 2007-2008.

2) أطروحات الدكتوراه

◀ أحمد واکري، الطبيعة القانونية للدفع بعدم القبول، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس الرباط، الموسم الجامعي 1993/1994.



◀ جميلة أوحيدة: آليات تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة محمد الخامس السويسي، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة الجامعية 2004-2005.

◀ حارث عبد العال، شرط التحكيم بين العقود النموذجية و الاتفاقيات الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية الاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2006-2007.

◀ سعيد الشحري ، تسوية منازعات الاستثمار على ضوء التحكيم التجاري، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، وحدة التكوين والبحث في قانون الأعمال والاستثمار، تخصص القانون التجاري المقارن جامعة محمد الأول كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة ، السنة الجامعية 2008/2009

◀ صبري أحمد محسن الذبابات، إجراءات التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس (القاهرة) 2004.

◀ عبد الكبير الصوصي العلوي، رقابة القضاء على التحكيم في التشريع المغربي والمقارن، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، منشورات دار القلم بالرباط، الطبعة الأولى 2012.

◀ عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية وجدة، السنة الدراسية 2012-2013

◀ محمد بن عبد الله محمد المؤيد، منهج القواعد الموضوعة في فض المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولي، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 1997-1998.

◀ محمد بوشيبية، الإثبات ما بين القواعد التقليدية، ومستجدات التقنيات الحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية، الاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة الجامعية 2003، 2004 .



◀ محمد عبد الله حسين عطية، دور القضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة - أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة 2010.

◀ نجم رياض نجم الربضي، ضمانات أطراف التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، القاهرة، 2003.

◀ جلال محمد أمهمول، نظام الدفع في قانون المسطرة المدنية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1997-1998.

ت- المقالات العلمية

◀ ابراهيم العسري، التحكيم و مستلزمات الأمن القانوني و القضائي، دراسة على ضوء القانون 05-08، مقال منشور بمجلة الملف، العدد 21 أكتوبر 2013.

◀ ابراهيم العسري، دراسة تحليلية لبعض مقتضيات القانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، مقال منشور بسلسلة "دراسات وأبحاث" الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، منشورات مجلة القضاء المدني، الطبعة الأولى 2013.

◀ ابراهيم العسري، الاستقلال في المادة التحكيمية: مفهومه وشروط تحققه، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 141، يونيو-غشت 2013

◀ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق (الكويتية)، العددان الاول و الثاني، السنة 1994/18.

◀ إبراهيم النجار، خواطر حول مفهوم النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي في قضايا التحكيم الدولي، مقال منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 11.

◀ إبراهيم بحماني، تنفيذ القرارات التحكيمية الوطنية والدولية، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2005/07.



- أبو زيد رضوان، "الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي" مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة الرابعة، العدد الثاني، 1980.
- أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، القسم الثالث (القانون الذي يحكم النزاع)، مجلة الحقوق والشرعية، السنة الثالثة، العدد الثاني (الكويت) 1979.
- أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية أو "القانون التجاري الدولي" LEX MERCATORIA، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1991.
- أحمد الملحم، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين والخصوم، مقال منشور بمجلة الحقوق (الكويتية)، السنة 18، العدد 02 يوليو 1994.
- أحمد شكري السباعي، التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربي مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 2/2002.
- أحمد كويسبي، نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص مقال ضمن ندوة " الطرق البديلة لتسوية المنازعات" فاس يومي 4 و 5 أبريل 2003 ، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 02 السنة 2004
- اسماعيل إبراهيم الزبيدي، المفهوم المختلف لحيدة المحكم عن الحيطة الواجبة في القاضي، مقال منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع أكتوبر 2009.
- أمين أعزان، فعالية التحكيم الإلكتروني في ضوء متطلبات القوانين الوطنية والاتفاقات الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 04 ، 2012.
- برهان أمر الله، المستحدث في قضاء محكمة استئناف القاهرة في قضايا التحكيم التجاري، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي، عدد 07 يوليو 2004.
- بوشعيب العمري، دور النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، عدد 2012/19.
- جمال الطاهري، الفعالية الإجرائية للحكم التحكيمي، مقال منشور بمجلة محاكمة، العدد 04 أبريل - يونيو 2008.



- حسن الحجي، التحكيم في المنازعات الإدارية من التأصيل إلى التقنين في القانون المغربي والمقارن، مقال ضمن أعمال المؤتمر العام 27 لهيئات المحامين بالمغرب المنظم بأكادير أيام 26/27/28 ماي 2011، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2011
- الحسن الكاسم، الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية - الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، مقال منشور لمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02/2002.
- الحسين السالمي، حجية الحكم التحكيمي، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع التي تصدر عن مركز الدراسات القانونية والقضائية التابع لوزارة العدل التونسية، العدد 05 ماس 2005.
- الحسين مقبوب، مزايا التحكيم التجاري الدولي مقارنة مع القضاء، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 20، ماي 2008.
- حسين هيمة، التحكيم القضائي، مقال منشور بمجلة دفاتر محكمة النقض، العدد 19/2012.
- حمزة حداد، تعريف التحكيم وبقواعده لدى اتحاد المصاريف العربية، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري العدد 02/2003.
- حميد الأندلسي، التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02/2002.
- حميد محمد اللهي، استقلال المحكم في ضوء قواعد بعض قوانين وأنظمة التحكيم الدولية والوطنية، مجلة التحكيم، العدد 45، نوفمبر 2003.
- خالد أحمد عبد الحميد، دور القضاء المساند لخصومة التحكيم، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 07/2005.
- رضوان الحسوسي، الحكم التحكيمي، مشتملاته وتقنياته، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 117 نونبر/دجنبر 2008.
- رفعت محمد عبد المجيد، الضمانات القانونية للاستثمار على الصعيد العربي وفقا لاتفاقية عمان للتحكيم التجاري، مقال منشور بدفاتر المجلس الأعلى، العدد 02/2002.



- رياض فخري ، قواعد التحكيم، قراءة في القانون رقم 05 - 08 ، سلسلة الندوات الجهوية المنظمة طيلة سنة 2007 بمناسبة الذكرى 50 لتأسيس المجلس الأعلى، ندوة العيون ليومي 01 و 02 يونيو 2007.
- رياض فخري: مفهوم النظام العام في حكم التحكيم و أثره على الصيغة التنفيذية، مقال منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 09-10/2006.
- رياض فخري، الإطار التشريعي الداخلي لتنفيذ أحكام التحكيم في المغرب، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05 الطبعة الأولى 2011.
- رياض فخري، التحكيم وصعوبات المقابلة، أية علاقة؟ ، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 04 ، السنة 2009
- زكرياء الغزاوي، النظام العام وتأثيره على تنفيذ أحكام التحكيم الدولية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05/2011، الطبعة الأولى.
- زكرياء الغزاوي، تسوية المنازعات التجارية عن طريق التحكيم المؤسساتي، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 02 السنة 2003.
- سعيد البكوري و نرجس البكوري، تطبيق و الأعراف أمام المحكم في المنازعات التجارية الدولية، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد 04 /2012.
- سعيد المعتصم، دور القضاء في مراقبة عمل المحكمين، مقال منشور مجلة التحكيم (البنانية) عدد 08، أكتوبر 2010.
- سعيد مومي، البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 07/2005
- صلاح بكر الطيار، المشاكل العملية التي تواجه التحكيم في العلاقات التجارية الدولية " نموذج عقد نقل التكنولوجيا الدولية" ، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02 ، السنة 2002.
- طارق مصدق - قراءة أولية في مستجدات القانون الجديد للتحكيم، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، عدد 04، 2009.



- طارق مصدق، دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم التجاري على ضوء اجتهاد المجلس الأعلى، مداخلة ضمن أعمال الندوة الجهوية 11 المنظمة من طرف المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى 50 لتأسيسه، وذلك بقصر المؤتمرات بالعيون يومي 1 و 2 نونبر 2007 ، سلسلة الندوات الجهوية طيلة سنة 2007 .
- الطيب الفصايلي، حقيقة الدفع بعدم الاختصاص في ظل قانون المسطرة المدنية الجديد، مقال منشور بمجلة المحامي العدد 15-16/1990.
- عبد الإله البرجاني: محكمة التحكيم، مقال منشور بمجلة المنتدى العدد الثاني، دجنبر 2000.
- عبد الإله برجاني، التحكيم ذلك التقاضي بالتراضي، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 20 ، 1993.
- عبد الإله برجاني، بند التحكيم في عقود التجارة الدولية، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02 / 2002.
- عبد الحميد الأحذب، مفهوم النظام العام في التحكيم، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 02/2003.
- عبد الحميد الأحذب، قراءة نقدية لأهم القرارات التحكيمية الدولية التي أحد طرفيها عربي، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة، عدد 41، 2003
- عبد الرحمان المصباحي، مواكبة الغرفة التجارية لميدان الاستثمار، مقال منشور بمجلة سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، عدد 05/2007.
- عبد الرحمان علالي، مجالات التحكيم والنظام العام، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 12، أبريل 2007.
- عبد الرحمان مصباحي، المادة التحكيمية أو قابلية النزاع للتحكيم، مداخلة ضمن اللقاء القضائي المغربي الإسباني الثالث بين المجلس الأعلى للملكة المغربية والمجلس العام للسلطة القضائية الإسبانية، الرباط أيام 26، 25، 24 نونبر 2004 ، مطبعة الأمانة الرباط، طبعة 2006.



- عبد الرحيم بن سلامة، التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الملحق القضائي، العدد 33، السنة 1988
- عبد الكريم الطالب ، التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربية، مقال منشور بمجلة المنتدى، العدد 2 ، دجنبر 2000
- عبد الكريم الطالب، حجية أحكام المحكمين في قانون المسطرة المدنية المغربي، منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، الطبعة الأولى العدد 2004/02
- عبد اللطيف بوالعلف، التحكيم في منازعات الاستثمارات (اتفاقية واشنطن في 1965/03/18) مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 117، نونبر/ دجنبر 2008.
- عبد اللطيف بوالعلف، سلطة محكمة الاستئناف عند النظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05 الطبعة الأولى 2011.
- عبد اللطيف مشبال، الرقابة القضائية اللاحقة على صدور الحكم التحكيمي، واتفاقية نيويورك، مقال ضمن أعمال الندوة الجهوية الرابعة، المنظمة بمناسبة الذكرى 50 لتأسيس المجلس الأعلى وذلك بمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء، 19/18 أبريل 2007.
- عبد اللطيف مشبال، القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 2002/2.
- عبد الله درميش، الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الأجنبية والدولية في الدول العربية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2009/04.
- عبد المجيد غميحة، الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 42 ماي 2009 .
- عبد المجيد غميحة، مستجدات مشروع القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة، مقال منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 02 ، دجنبر 2006.
- عبد المنعم كيوة، اختيار الأطراف للقانون المنطبق على أصل النزاع في التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع التونسية، العدد 4، أبريل 2001.



- ◀ عبد الله درميش، اهتمام المغرب بالتحكيم إلى أي حد؟ ، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد 41.
- ◀ عبد الوهاب الباهي، حل نزاعات التجارة الإلكترونية عن طريق الإنترنت، مقال منشور بالمجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد الثاني، 2003.
- ◀ العربي مياد، مقاومة الشروط التعسفية في العقد، مقال منشور بمجلة القانون المغربي العدد 13 فبراير 2009.
- ◀ عزمي عبد الفتاح، إجراءات رد المحكم، مجلة الحقوق الكويتية، العدد 04/ ديسمبر 1984، الطبعة الثانية 1994
- ◀ فاضل الليلي، الحكم التحكيمي، مداخلة ضمن أعمال الندوة الجهوية 11 المنظمة بقصر المؤتمرات بالعيون 1 و 2 نونبر 2007 منشورات المجلس الأعلى 2007.
- ◀ فايز الحاج شاهين، النظام العام في مادة التحكيم، مقال ضمن أعمال المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون المنعقد في بيروت تحت عنوان "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون" مطابع جمعية المقاصد الخيرية الإسلامية، بيروت الطبعة الأولى 2000.
- ◀ فتحي سكرين الأحكام التنفيذية التحكيمية الصادرة ضد الدولة وصعوبة تنفيذها، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05/2011.
- ◀ قربي يونس، قواعد وأعراف التجارة الدولية أمام القضاء والتحكيم، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 19 - 2008.
- ◀ ليلي بنجلون: التحكيم التجاري في القانون المغربي والتشريعات العربية، مقال بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 02/2002 .
- ◀ محمد أخياط، التحكيم البحري (غرفة التحكيم البحري بالمغرب)، مقال منشور بمجلة القصر، العدد 01 يناير 2002.
- ◀ محمد إدريس العمراوي، دور القاضي في تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، مقال منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 03 يناير 1998.



- ◀ محمد الزروالي، ورقة حول قرار المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار في قضية سلين واطل ستراد ضد الحكومة المغربية، المجلة المغربية للمنازعات القانوني عدد 1- 2004 .
- ◀ محمد المختار الراشدي، إجراءات مسطرة التحكيم، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 117 -نونبر/ دجنبر 2008
- ◀ محمد الملجاوي، موقف القضاء من صعوبات تنفيذ أحكام التحكيم، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2011/05.
- ◀ محمد الناصري، تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات من طرف المركز الدولي (اتفاقية واشنطن لـ 18 مارس 1965) مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 110 شتبر، أكتوبر 2007.
- ◀ محمد أوضبجي، دور التحكيم في إطار تجربة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمستثمرين الأجانب، مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، العدد 2012/04.
- ◀ محمد بوشيبة صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار بين القواعد التقليدية والقواعد الحديثة، مقال ضمن أعمال الندوة الجهوية الرابعة المنظمة من طرف المجلس الأعلى، الدار البيضاء 18 و 19 2007 ، سلسلة الندوات الجهوية طيلة 2007 .
- ◀ محمد تكمنت، واقع التحكيم التجاري الدولي وآفاق الاستثمار، مقال منشور بمجلة دفاتر المجلس الأعلى، سلسلة ندوات المجلس الأعلى خلال سنة 2007 الندوة الجهوية الرابعة المنظمة لمحكمة الاستئناف التجارية بالبيضاء يومي 18 و 19 أبريل 2007.
- ◀ محمد رافع، اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 117 / 2008.
- ◀ محمد سامي الشواء، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 05 / 2011 .
- ◀ محمد شعبي، التحكيم التجاري الدولي في الميزان، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 1994/34.
- ◀ محمد عبد الرؤوف، التعديل الاتفاقي لنطاق الرقابة القضائية على أحكام التحكيم، مقال منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد 05/ يناير 2010.



- محمد فاضل الليلي، تذييل أحكام التحكيم بالصيغة التنفيذية، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، عدد 2011/05.
- محمد وليد منصور، الدور الاستراتيجي والخلق للقضاء في تحقيق فاعلية التحكيم في التشريع السوري، مقال منشور بمجلة التحكيم (اللبنانية) العدد 08 السنة الثانية أكتوبر 2010.
- محمود مصطفى يونس، النظام العام والتحكيم في قضاء محكمة تمييز دبي ومدى توافقه مع الاتجاهات القضائية الحديثة، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون، السنة 13، العدد 2، يوليو 2005.
- مصطفى التراب، أي دور للتحكيم في فض المنازعات من خلال التشريع المغربي؟ مقال منشور بمجلة الحقوق المغربية، سلسلة الأعداد الخاصة، العدد الرابع، ماي 2012 .
- مصطفى صخري، عوارض الخصومة التحكيمية، مقال منشور بمجلة القضاء والتشريع (تونس) العدد 04، السنة 44، أبريل 2002.
- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب وإنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الأمن والقانون (دبي الإمارات) العدد 01، يناير 2003.
- منير محمد ثابت، أية قيمة قانونية لقواعد وأعراف التجارة الدولية مقال منشور بمجلة المناهج، عدد 2006/10.9.
- ناصر الزيد، المحكم بين سندان الأخلاق ومطرقة القانون، مقال منشور بمجلة التحكيم، العدد 05 يناير 2010 السنة الثانية .
- نور الدين بكلي، تنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي وطرف الطعن فيها في القانون الجزائري، مقال منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، العدد 2011/05.
- هشام بخفاوي، تسوية المنازعات الإلكترونية، مقال منشور بمجلة محاكمة العدد 3، أكتوبر، دجنبر 2007،
- يونس العياشي ، مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم التجاري رقم 05 - 08 مع الاتفاقيات الدولية ومبادئ التحكيم التجاري الدولي، مقال منشور بمجلة محاكمة ، العدد 02/مارس / ماي 2007 .



ثانيا: باللغة الفرنسية

01- Les ouvrages

- Abdallah BOUDAHRAN, « Droit judiciaire privé au Maroc », 3ème édition
- Alan REDFERM, Martin HINTER : « Droit et pratique de l'arbitrage commercial international » 2ème édition L.G.D.J 1991.
- Annick DORSNET – Dolivet et Thirry BONNEAU : « L'ordre public et les moyens d'ordre public en procédures », Dalloz 1986 Chron 59.
- Antoine KASSIS : théorie général des usages du Commerce, contrats et arbitrage internationaux, édition L.G.D.J, 1984.
- Charles JARROSSON, « réflexions sur l'impérisme », Mélanges Pierre Bellet Litec, n° 13/1991.
- Daniel GUTMAN : « droit international privé », Dalloz, Paris, 4ème édition 2004.
- DERAIS (Y): "Les tendances de la jurisprudence arbitral international" (clunet) 1993.
- Dominique VIDAL : « Droit français de l'arbitrage commercial » édition bilingue Français- Anglais, Gualino éditeur EJA, Paris 2004
- Eric A. CAPRIOLI : règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du jurisclasseur, Litec, 2002.
- Eric ROBINE, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, seconde édition. L.G.D.J. Mai 1994.
- Fady NAMMOUR, droit et pratique de l'arbitrage interne et international 2ème édition, Delta LDGJ.
- GEORGES ALBERT ET DUDIER MATEAY, « l'arbitre, pouvoirs et statut », Bruylant, édition 2003.
- H. BATIFFOL et P LAGARD.: « Droit international privé », Tome 11, LGDJ 1976.
- Henri Jaques NOUGEIM , Marie CLAIRE River , Yver Reinhard et André BOYERS , « Guide pratique de l'arbitrage et de la médiation commerciale », édition du Juris Classeur.
- Henri MAZEAUD, Jean MAZEAUD et François CHABAS : « Leçons de droit civil » Tome II, 1er Volume, Obligations théorie générale, Montchrestien, édition 2002.



- *Henri ROLLIN : « Vers un ordre public réellement international » Melanges Basdevant. Paris Pedone 1960.*
- *J.B. RACINE, l'arbitrage commercial international et l'ordre public, LGDJ, Bibliothèque Droit privé. T. 309, édition 1999.*
- *Jean François, poudret , Sebastien Besson : Droit Comparé de l'arbitrage internationale, Schulthess, 2002.*
- *Jean François, POUDRET et Sébastien besson : Droit comparé de l'arbitrage international, Schultles, édition 2002.*
- *Jean ROBERT : "L'arbitrage-droit interne et droit international", Dalloz 6^{ème} édition 1993.*
- *Jean Robert : « l'arbitrage, droit interne, droit international privé, 5ème édition, Dalloz, 1983.*
- *Jean VINCENT : « La procédure civile et l'ordre public. Mélanges ROUBIE, Dalloz et Sirey 1961.*
- *MOTULSKY : « le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle le respect des droits de la défense en procédure civile écrit, Dalloz 1973.*
- *Philippe MALAURE, « Rapport de synthèse du colloque : l'ordre public à la fin du XX siècle » Dalloz, édition 1994.*
- *Philippe OUAKRAT, « l'arbitrage commercial international et les mesures provisoires » (étude général), D.P.C.I 1988 T, 14 n°2.*
- *Phillippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial international» LITEC, Delta, Paris 1996.*
- *Yvon LOUSSOYARN, Pierre BOUREL et PASCAL : « droit international privé » 8eme édition, Dalloz 2004.*

02- Les thèses

- *Bouchra JDAINI : « L'arbitrage commercial international en droit marocain » thèse Doctorat en droit, faculté international des droits d'Afrique Francophone, Université de Perpignan, 2004.*
- *Bouزيد EL MESSARI : « Les contrats internationaux de transfert autonome de technologie, Thèse Doctorat d'Etat, faculté de droit, Fès, année Universitaire 1997-1998.*
- *Filali OSMAN: "les principes généraux de la lex Mercatoria-contribution à l'étude d'un ordre juridique anational », thèse Bourgoe, édition LGDJ 1992.*



03- Les articles

- Abdelaziz SQUALLI "l'exécution des sentences arbitrales au Maroc" revue de droit et d'économie, n° 20/2003.
- Abdessadek RABIAH, l'arbitrage commercial interne et international, revue « série des livres de la cour suprême », N° 06/2005.
- Ahmed Sadek ALKOCHAIR et le boulange philipe : "l'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence" rev.Arb, 1984
- Arnaud CONSTANS : « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre en droit français ». Lettre des juristes De sciences Po- n°2/avril 2010.
- Benoit le Bars, « le colloque et indépendance de l'arbitre vers une définition jurisprudentielle », études et commentaires, recueil Dalloz n° 36, 18 octobre 2012.
- Bernardo CREMADES, « Première lecture du texte du projet de la loi relatif au code marocain de l'arbitrage interne et international, Revue des livres de la cour supérieure, N 06/2005.
- Bertrand (MOREAU) : « les institutions d'arbitrage en France », revue de de l'arbitrage.N°02
- Bouchra JDAINI, « l'arbitrage commercial interne et international en droit marocain » Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD) N° 103, Mars- avril 2012.
- Cava BIDER, "l'arbitrage international et la réserve de l'ordre public" revue de l'arbitrage, 1956.
- Denis BENSAUDE, « La récente réforme du droit de l'arbitrage international en France » article publié sur le lien électronique www.bensaude-paris.com.
- EMANUEL Gaillard, L'arbitrage commercial international, édition technique, Juris classeur 1991, Vol 9.
- Emmanuel GAILLARD « Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage international ». Revue de l'arbitrage, 1993.
- Emmanuel Gaillard, « le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international », Recueil Dalloz n° 3 du 20 janvier 2011 (études et commentaires).
- Eric LOQUIN ; « La réforme de droit français interne et international de l'arbitrage » Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, n° 02/2011.



- F. RAMOS – MENDEZ, « Arbitrage international et mesures conservatoires », revue de l'arbitrage 1985
- G. Burdeau nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les ETATS Rev. Arb n 1 ; 1995
- Geneviève ANGENDRE, « Loyauté et impartialité de l'arbitre », Gazette du Palais, mercredi 23 jeudi 24 mai 2012.
- Goldman (Berthold) : « La Lex Mercatoria et Arbitrage International » revue de l'arbitrage, 1983.
- Holz TMANN; « l'arbitrage et les tribunaux : des associés dans un système de justice internationale », Revue de l'arbitrage 1978.
- Jacques PELLERIN : « le droit Français de l'arbitrage après décret du 13 janvier 2011 » Revue de l'arbitrage, 2011.
- Jacques PELLERIN: « L'instance au fond devant la cour d'appel après l'annulation de la sentence » revue de l'arbitrage 1993 n° 2.
- Jean THEIFFRY, "L'exécution des sentences arbitrales". Revue de l'arbitrage, 1987 .
- Jochen BAUERREIS ; « Réforme du droit Français de l'arbitrage par le décret de 13 janvier 2011 : nouveautés et améliorations de l'arbitrage international » article publié sur le lien électronique suivant www.alister-avocat.com.
- Khalid ZAHER : « le contrôle étatique des sentences arbitrales endroit marocain », Revue du droit marocain N 04/2012
- Khalid ZAHER, « le nouveau droit marocain de l'arbitrage interne et internationale » Revue Marocaine de droit économique, N° 03/2010,
- M. HENRY « les obligations d'indépendance et d'information de l'arbitre à la lumière de la jurisprudence récente », Revue de l'arbitrage 1999.
- P. COURTEAUX et G. FLECHEUX : « La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la cour de cassation Française, Revue de l'Arbitrage, 1978
- Paule PALCOT : « l'arbitrage institutionnel dans le décret du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage ». Revue de l'arbitrage N°4. 1980,
- Perrot ROGER: "Les voix de recours en matière d'arbitrage, revue de l'arbitrage, 1980.
- Philippe FOUCHARD : « La coopération du président du tribunal de grand instance à l'arbitrage » Revue de l'arbitrage, 1985.



- *Philippe FOUCHARD : « note sous cour d'appel de paris » 19/11/1993 revue de l'arbitrage, 1996.*
- *Philippe FOUCHARD, "spécificité de l'arbitrage international", revue de l'arbitrage, n° 04/1981.*
- *Philippe FOUCHARD: "L'existence et l'exequatur en France d'une sentence rendu à l'étranger", Rev. Arb. 1998, n° 1.*
- *Philippe THERY: "les procédures civiles d'exécution et de droit d'arbitrage" revue d'arbitrage, 1993, n° 1.*
- *Philippe BERTIN: "Le rôle du juge dans l'exécution de la sentence arbitrale", revue de l'arbitrage, 1983.*
- *Pierre LALIVE; "Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international", rev. Arb .1986, n° 03*
- *René David : « l'arbitrage dans la commerce internationale », Economica, Paris, 1982.*
- *Thomas Clay, « chronique de droit de l'arbitrage n° 5 ». Petites affiches n° 144 du 21 juillet. (publié sur lextenso.fr).*
- *Yves DERAINS : « Le statut des usages des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales » Revue de l'arbitrage, 1973.*



الفهرس

01.....	المقدمة
09	القسم الأول: اعتماد التحكيم التجاري على مبدأ سلطان الإرادة.....
12	الباب الأول: سيادة مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر (الخاص).....
13	الفصل الأول: تجليات سيادة إرادة الأطراف في التحكيم التجاري الحر.....
14	المبحث الأول: حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم التجاري:.....
15	المطلب الأول: دور إرادة الأطراف في إبرام اتفاق التحكيم:.....
16.....	<u>الفقرة الأولى</u> : الأركان الموضوعية لإبرام اتفاق التحكيم.....
30	<u>الفقرة الثانية</u> : صياغة اتفاق التحكيم :.....
34	المطلب الثاني: تشكيل الهيئة التحكيمية.....
34	<u>الفقرة الأولى</u> : تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها.....
39	<u>الفقرة الثانية</u> : قبول الهيئة التحكيمية للمهمة المسندة إليها.....
42.....	المبحث الثاني: حرية الأطراف في تنظيم العملية التحكيمية.....
42	المطلب الأول: حرية الأطراف في تحديد عناصر مسطرة التحكيم.....
43	<u>الفقرة الأولى</u> : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القواعد الإجرائية للدعوى التحكيمية.....
46	<u>الفقرة الثانية</u> : دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مكان ولغة التحكيم.....



المطلب الثاني: دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع التحكيمي.....	50
<u>الفقرة الأولى: الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق</u>	51
<u>الفقرة الثانية: الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق</u>	56
<u>الفصل الثاني: حدود مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الحر</u>	64
المبحث الأول: تقييد النظام العام لمبدأ سلطان الإرادة.....	65
المطلب الأول: المقصود بفكرة النظام العام.....	66
<u>الفقرة الأولى: مفهوم النظام العام الداخلي</u>	67
<u>الفقرة الثانية: النظام العام الدولي</u>	69
المطلب الثاني: مظاهر تقييد النظام العام لإرادة الأطراف في التحكيم التجاري.....	71
<u>الفقرة الأولى: مظاهر تقييد النظام العام لحرية الأطراف عند إبرام اتفاق التحكيم</u>	72
<u>الفقرة الثانية: النظام العام وحرية اختيار القانون الواجب التطبيق</u>	80
المبحث الثاني: تدخل القضاء في التحكيم التجاري.....	84
المطلب الأول: مجال تدخل القضاء في مسطرة التحكيم قبل صدور الحكم التحكيمي.....	85
<u>الفقرة الأولى: تدخل القضاء لتذليل صعوبات تشكيل الهيئة التحكيمية</u>	87
<u>الفقرة الثانية: دور القضاء في اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية</u>	99
المطلب الثاني: التدخل القضائي اللاحق لصدور الحكم التحكيمي.....	104
<u>الفقرة الأولى: الرقابة القضائية عند الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي</u>	106
<u>الفقرة الثانية: الرقابة القضائية عند طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية</u>	111



- الباب الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة في التحكيم التجاري الدولي الحديث.....121
- الفصل الأول: الإرادة النمطية والمؤسسية في التحكيم التجاري الدولي.....123
- المبحث الأول: وضع الإرادة النمطية في التحكيم التجاري الدولي.....125
- المطلب الأول: إشكالية الطبيعة القانونية للعقود النموذجية.....125
- الفقرة الأولى: نفي صفة القاعدة القانونية عن العقود النموذجية..... 126
- الفقرة الثانية: إقرار صفة القاعدة القانونية للعقود النموذجية.....127
- المطلب الثاني: طبيعة الإرادة في العقود النمطية.....129
- الفقرة الأولى: مدى إذعانية العقود النمطية.....129
- الفقرة الثانية: العقود النمطية ومعادلة إقرار التوازن العادل.....130
- المبحث الثاني: تأثير انتشار المراكز الدولية للتحكيم على مبدأ سلطان الإرادة.....132
- المطلب الأول: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI.....133
- الفقرة الأولى: إطلالة على بعض قرارات CIRDI.....134
- الفقرة الثانية: قراءة تحليلية نقدية لبعض قرارات CIRDI.....137
- المطلب الثاني: بروز ظاهرة تهيمش الرضا في التحكيم المؤسسي.....141
- الفقرة الأولى: أسباب ومظاهر بروز ظاهرة تهيمش الرضا في التحكيم التجاري الدولي.....141
- الفقرة الثانية: التصدي لظاهرة تهيمش الرضا في التحكيم التجاري الدولي.....144
- الفصل الثاني: إرادة المحكم والنظام العام في التحكيم التجاري الدولي الحديث.....146
- المبحث الأول: توسيع سلطة المحكم الدولي تجاه القانون الواجب التطبيق.....147
- المطلب الأول: تطبيق المحكم الدولي للقانون التجاري الدولي 148



- 150.....الفقرة الأولى: خصائص قواعد التجارة الدولية.
- 155.....الفقرة الثانية: مصادر قواعد التجارة الدولية.
- 162.....المطلب الثاني: أثر إطلاق سلطة المحكم الدولي في الممارسة التحكيمية.
- 162.....الفقرة الأولى: استبعاد المحكم الدولي لقانون الإرادة.
- 165.....الفقرة الثانية: تعسف المحكم الدولي في تطبيق قانون الإرادة.
- 169.....المبحث الثاني: ظهور مفهوم جديد للنظام العام في مجال التجارة الدولية.
- 170.....المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء من النظام العام الدولي الطليق.
- 170.....الفقرة الأولى: جدلية وجود النظام العام عبر دولي.
- 173.....الفقرة الثانية: موقف القضاء من النظام العام الدولي الطليق.
- 177.....المطلب الثاني: النظام العام الدولي الطليق: أهدافه و وظائفه.
- 177.....الفقرة الأولى: أهداف النظام العام عبر الدولي.
- 182.....الفقرة الثانية: وظائف النظام العام الدولي الطليق.
- 185.....القسم الثاني: تكريس التحكيم التجاري للمبادئ الأساسية للتقاضي.
- 188.....الباب الأول: حق الدفاع كضمانة إجرائية في الدعوى التحكيمية.
- 191.....الفصل الأول: حق الدفاع وتحديد موضوع الدعوى التحكيمية.
- 192.....المبحث الأول: حق الدفاع وتحديد الطلبات في الدعوى التحكيمية.
- 193.....المطلب الأول: الطلبات الأصلية في الدعوى التحكيمية.
- 193.....الفقرة الأولى: المذكرة الافتتاحية للدعوى التحكيمية.
- 199.....الفقرة الثانية: المذكرة الجوابية.



- المطلب الثاني: الطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية.....202
- الفقرة الأولى: الإطار النظري للطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية.....203
- الفقرة الثانية: الإطار التطبيقي للطلبات العارضة في الدعوى التحكيمية.....207
- المبحث الثاني: حق الدفاع وأوجه الدفع.....209
- المطلب الأول: الأحكام العامة للدفع.....210
- الفقرة الأولى: الدفع الشكلي والدفع الموضوعية.....210
- الفقرة الثانية: الدفع بعدم القبول.....219
- المطلب الثاني: الدفع الخاصة باتفاق التحكيم.....223
- الفقرة الأولى: الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم.....225
- الفقرة الثانية: الدفع باتفاق التحكيم.....230
- الفصل الثاني: حق الدفاع أثناء النظر في النزاع التحكيمي.....234
- المبحث الأول: حق الدفاع خلال سير جلسات التحكيم.....235
- المطلب الأول: حق الدفاع وقواعد انعقاد جلسات التحكيم.....236
- الفقرة الأولى: المرافعة أمام الهيئات التحكيمية.....236
- الفقرة الثانية: ضوابط الحضور والغياب في جلسات التحكيم.....240
- المطلب الثاني: حق الدفاع وقواعد الإثبات في الدعوى التحكيمية.....245
- الفقرة الأولى: سلطات الهيئات التحكيمية في مجال الإثبات.....246
- الفقرة الثانية: التزامات الهيئات التحكيمية في مجال الإثبات.....251
- المبحث الثاني: حق الدفاع في مرحلة صدور الحكم التحكيمي.....255
- المطلب الأول: حق الدفاع خلال الإجراءات التمهيدية لإصدار الحكم التحكيمي.....256



- 256.....الفقرة الأولى: حق الدفاع في مرحلة قفل باب المرافعة
- 259الفقرة الثانية: أهمية إجراء المداولة في صيانة حق الدفاع
- 264.....المطلب الثاني: أهمية مرحلة تكوين حكم التحكيم في حماية حق الدفاع
- 264.....الفقرة الأولى: حق الدفاع وتعليل الأحكام التحكيمية
- 270.....الفقرة الثانية: دور باقي عناصر حكم التحكيم في ضمان احترام حق الدفاع
- 274.....الباب الثاني : حياد المحكم و استقلاله
- 276.....الفصل الأول: مقتضيات الحياد والاستقلال في الدعوى التحكيمية
- 278.....المبحث الأول: الاستقلال في المادة التحكيمية: مفهومه وشروط تحققه
- 278.....المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للاستقلال في المادة التحكيمية
- 278.....الفقرة الأولى : المفهوم النظري لاستقلال المحكم
- 279.....الفقرة الثانية: المفهوم التطبيقي لاستقلال المحكم
- 282.....المطلب الثاني: شروط تحقق استقلال المحكم
- 282.....الفقرة الأولى: انتفاء مصلحة المحكم في النزاع
- 283.....الفقرة الثانية: الاستقلال عن أطراف النزاع وعن الغير
- 287.....المبحث الثاني: الحياد في المادة التحكيمية: ماهيته وإشكالاته
- 287.....المطلب الأول: مفهوم الحياد وتمييزه عن الاستقلال
- 287.....الفقرة الأولى: تعريف الحياد في المادة التحكيمية
- 290.....الفقرة الثانية: تمييز الحياد عن الاستقلال



المطلب الثاني: إشكالات الحياد في المادة التحكيمية.....	291
<u>الفقرة الأولى: إشكالية مرونة فكرة الحياد.....</u>	292
<u>الفقرة الثانية: إشكالية الحياد عند تعدد المحكمين.....</u>	294
<u>الفصل الثاني: ضمانات حياد واستقلال الهيئة التحكيمية.....</u>	296
المبحث الأول: ضمانات الحياد والاستقلال خلال تشكيل الهيئة التحكيمية.....	297
المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المحكم.....	297
<u>الفقرة الأولى: الشروط القانونية.....</u>	298
<u>الفقرة الثانية: الشروط الاتفاقية.....</u>	304
المطلب الثاني: التزام المحكم بالإفصاح عما قد يمس حياده و استقلاله.....	311
<u>الفقرة الأولى: مكانة الالتزام بالإفصاح في القواعد الاتفاقية والمؤسسية للتحكيم.....</u>	312
<u>الفقرة الثانية: إقرار التشريعات الوطنية للالتزام بالإفصاح.....</u>	319
المبحث الثاني: تجريح المحكم جزاءً لعدم الحياد أو الاستقلال.....	328
المطلب الأول: حالات تجريح المحكم.....	329
<u>الفقرة الأولى: الاتجاه التشريعي الموسع في حالات تجريح المحكم.....</u>	330
<u>الفقرة الثانية: الاتجاه التشريعي المحدد لحالات تجريح المحكمين.....</u>	335
المطلب الثاني: ضوابط تجريح المحكم.....	341
<u>الفقرة الأولى: الشروط اللازمة لتجريح المحكمين.....</u>	341
<u>الفقرة الثانية: إجراءات التجريح وآثاره.....</u>	349
الخاتمة.....	371
لائحة المراجع.....	375
الفهرس.....	406