

المجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي

La revue marocaine de l'arbitrage arabe et international
مجلة علمية متخصصة نصف سنوية تصدر بشراكة مع المركز المغربي
للتحكيم ومنازعات الأعمال

دراسات وأبحاث:

- علاقة القضاء بالتحكيم
- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم طبقا لقانون 05-08
- التحكيم التجاري الدولي و السيادة
- جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية آلية تحكيمية بين
- التكليف القضائي و مشكل الإلزام
- خصوصية إجراءات التحكيم الإلكتروني في تحقيق الأمن القضائي
- المسؤولية المدنية للمحكم
- القيود التشريعية الواردة على الحكم التحكيمي
- تنفيذ احكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية وإشكالاته

تعليق على قرار:

- نطق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص
- الإجتهد القضائي المغربي
- الإجتهد القضائي العربي

وثائق و قوانين:

- مسودة مشروع قانون التحكيم المغربي

DOCTRINE

- LE JUGE ET L'ARBITRE : QUELLE RELATION ? PAR.....DR. ELMALHOUF JAOUAD
- L'exécution des sentences arbitrales annulées au siège, par..DR. Mustapha EL HAFI

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

رئيسة التحرير
الدكتورة نهال اللوح



المدير المسؤول
الدكتور مصطفى بونجة

عدد مزدوج 3 & 4

المجلة المغربية للتحكيم العربي و الدولي

مجلة علمية متخصصة نصف سنوية عدد مزدوج 3-4 / 2017

المدير المسؤول:

الدكتور مصطفى بونجة

محام وباحث في التحكيم و المنازعات التجارية

Bounja1@hotmail.com

رئيسة التحرير:

الدكتورة نهال اللواح

أستاذة جامعية و باحثة في التحكيم و المنازعات التجارية

nihalouah@hotmail.fr

الهيئة العلمية للمجلة

د. عبد المجيد غميحة - د. محمد يحيى - د. عبد الرحمان المصباحي -- الدكتور عبد الله
درميش - د. رياض فخري - د. عمر أزوكار - دة. نتالي نجار - د. أحمد بوعشيق - د. علي
سناد - د. عبد الخالق أحمدون - د. مرزوق آيت الحاج - د. عبد اللطيف البغيل - دة. و داد
العيدوني- دة جميلة العماري - د. شمس الدين عبداتي- د. سمير آيت أرجال - د. سعيد
أغريب- د. محمد الهيني - د. زكرياء الغزاوي- د. نبيل بوحميدي - د. ادريس جردان - د. عبد
السلام لزرق - د. عبد الكبير الصوصي العلوي- د عبد الرحيم المودن .

عنوان المجلة

La revue marocaine d'arbitrage arabe et international..... N°3-4/2017 .

35 شارع باسطور، ص-ب 837 طنجة الرئيسية 90000 المملكة المغربية
35 bd PASTEUR BP 837 TANGER PRICIPALE 90000 MAROC
الهاتف : 06-78-22-31-86 / الفاكس : 0539-93-43-40
البريد الالكتروني للمجلة : remaai.revue@gmail.com

المجلة المغربية للتحكيم العربي و الدولي

مجلة علمية متخصصة نصف سنوية

قواعد النشر

ترحب المجلة بنشر الأبحاث والدراسات القانونية والقضائية والفقهية حول التحكيم والوسائل البديلة للتقاضي بالمغرب و العالمين العربي و الدولي وفقا للقواعد التالية :

- أن تكون باللغة العربية أو الفرنسية.
- أن تكون مبنكرة أصلية لم يسبق أن نشرت أو أرسلت للنشر في مجلة أخرى .
- أن تلتزم بأصول البحث العلمي و قواعده العامة .
- أن تكون مطبوعة على قرص مدمج (برنامج Word) ومرفقة بسيرة ذاتية للكاتب (CV) .
- تخضع المادة المرسلة للنشر للتحكيم العلمي على نحو سري .
- لا تعاد المواد المرسلة إلى المجلة و لا تسترد سواء نشرت أم لم تنشر .
- تحتفظ المجلة بحق إدخال التعديلات التي تراها ضرورية على المساهمات المقدمة للنشر .
- للمجلة الحق في إعادة نشر المواد المنشورة منفصلة أو ضمن كتاب من غير الحاجة إلى إذن خاص من صاحبها .

عنوان المراسلات :

35 شارع باسطور، ص ب 837 طنجة الرئيسية 90000 المملكة المغربية

35 bd PASTEUR BP 837 TANGER PRICIPALE 90000
MAROC

الهاتف / الفاكس : 0539-93-43-40

البريد الإلكتروني للمجلة : remaai.revue@gmail.com

ملف الصحافة: 2015/02 مجلة

الإيداع القانوني: 2015PE0016

الترقيم الدولي : 2421-8898

طبع

إن المقالات التي تنشرها المجلة تعبر عن الآراء الشخصية لأصحابها و لا تلزم مسؤولية إدارتها

© جميع حقوق النشر محفوظة

لا يسمح بأية إعادة للنشر ولو كانت جزئية

المجلة المغربية للتحكيم العربي و الدولي

مجلة علمية متخصصة نصف سنوية تصدر بشراكة مع

المركز المغربي للتحكيم ومنازعات الأعمال

فهرس العدد المزدوج 3 & 4 2017

- 07.....دراسات و أبحاث.....
- علاقة القضاء بالتحكيم
- 08.....ذ. زكرياء الغزاوي.....
- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم طبقا لقانون 08-05
- 27.....دة نرجس البكوري.....
- التحكيم التجاري الدولي و السيادة
- 39.....د. إبراهيم أولتيت.....
- جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية آلية تحكيمية بين التكييف القضائي و مشكل الإلزام د. نور الدين الداودي.....65
- خصوصية إجراءات التحكيم الالكتروني في تحقيق الأمن القضائي
- 81.....د. عبد الحق كوريتي.....
- المسؤولية المدنية للمحكم
- 121.....د. نبيل البكوري.....
- القيود التشريعية الواردة على الحكم التحكيمي

- 137.....ذة. نجاه مسعودي
- تنفيذ احكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية واشكالاته
- 155.....ذ.غلاب عبد الحق
- تعاليق على أحكام وقرارات.
- نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص على ضوء قرار محكمة الاستئناف
التجارية بالدار البيضاء رقم 220 الصادر بتاريخ 15 يناير 2015
- ذ.زهير
- 183.....الزرزاري
- 191.....الاجتهاد القضائي المغربي
- 193.....- محكمة النقض
- 197.....- محاكم الاستئناف التجاري
- 209.....الاجتهاد القضائي العربي
- 209.....- الاجتهاد القضائي الم
- 213.....وثائق و قوانين
- مسودة مشروع قانون التحكيم المغربي

دراسات وأبحاث

علاقة القضاء بالتحكيم: بين القوضاة⁽¹⁾ و الاستقلالية

دراسة مقارنة بين القانونين المغربي و الفرنسي مع تطبيقات قضائية

ذ. زكرياء الغزاوي

باحث في مادة التحكيم

مدير موقع www.marocarbitrage.com

مقدمة:

من المسلم به أن القضاء كمظهر من مظاهر السيادة، لا يمارس إلا بواسطة السلطة القضائية المحددة في الدستور، غير أن الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد أو لهيئات غير قضائية، بسلطة الفصل في بعض المنازعات في نطاق معين و متى توافرت شروط ذلك، و هو ما يدخل في إطار الوسائل البديلة لحل المنازعات.

ويعتبر التحكيم من بين الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناتجة عن المعاملات التجارية بعيدا عن قضاء الدولة، نظرا لما تتسم به هذه الوسيلة من مميزات كالسرعة في الإجراءات و قلة التكاليف، و الثقة في المحكم و خبرته، و السرية.

و يعرف التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، سواء كانت عقدية أو غير ذلك، على أن يتم الفصل في النزاع الحال أو المستقبل الناشئ عن هذه العلاقة بواسطة شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، و الذين يستمدون سلطتهم من اتفاق التحكيم.

و على الرغم من أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية فإن تدخل قضاء الدولة، بما له من سلطة عامة، أمر لا محيد عنه، إذ يتدخل عند أول صعوبة قد تعترض هذه المسطرة.

¹ - استعمل مصطلح "القوضاة" للتعبير عن واقعة إخضاع التحكيم إلى قضاء الدولة، و يقابلها في اللغة الفرنسية مصطلح *Judiciarisation*

و التدخل قد يتم بناء على طلب أحد أطراف اتفاق التحكيم أو بناء على طلب هيئة التحكيم، نتيجة تصرف تسويفي يهدف إلى تعطيل المسطرة أو عرقلة سيرها، أو نتيجة لوجود نقائص بنيوية في التحكيم، و في كل الحالات فإن التدخل يكون إما من أجل تقديم المساعدة للهيئة التحكيمية أو من أجل ممارسة رقابة على عمل المحكمين، مما دفع بغالبية التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم إلى وضع قاضي الدولة في خدمة التحكيم⁽²⁾.

و يعد من بين هذه النقائص اعتبار قضاء التحكيم قضاء وقتيا سريع الزوال، إذ لا يتم تشكيل هيئة التحكيم إلا عند قيام النزاع، و قد يعترض تكوينها تعنت أحد الأطراف و تخلفه عن القيام بذلك، الأمر الذي يتطلب تدخل القضاء لتقديم المساعدة من أجل تشكيل الهيئة أو استكمال تكوينها.

كما يعتبر من بين نقائص التحكيم اعتباره قضاء خاصا لا يتمتع بسلطة الأمر و الزجر imperium، إذ يصعب على المحكمين، في بعض الأحيان، المحافظة على حقوق الأطراف خلال سريان مسطرة التحكيم، كما لا يمكن لهيئة التحكيم استصدار أمر باتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية، هذا بالإضافة إلى أن هيئة التحكيم لا يمكنها الأمر بالتنفيذ الجبري لحكم التحكيم.

و علاقة القضاء بالتحكيم كانت محور مجموعة من الدراسات الفقهية، تنقسم بين اعتبار أن الممارسة التحكيمية تنجح نحو الانسلاخ التام عن القضاء⁽³⁾، و بين من تعتبر أن إخضاع التحكيم للرقابة الكاملة و الشاملة له تجعله يذوب في قضاء الدولة، و يتشنت بين النظم الوطنية الأمر الذي يفقد نظامه الوحده و الاستقلالية و يفقد قضاؤه التناسق و الأمن القانوني، أي تفقده مقومات المؤسسة⁽⁴⁾.

فالتساؤل المطروح حسب هذا الاتجاه أو ذاك هو هل تدخل قاضي الدولة في التحكيم أمر حتمي و ضروري لاستمراريته، و هل استقلالية التحكيم عن القضاء ممكنة التحقق.

² - Eric Loquin : « Le juge et l'arbitre », Le juge et l'arbitrage, Editions A. PEDONE – PARIS – 2014, p. 19.

³ - Jean ROBERT : « Le juge et l'arbitre », revue de l'arbitrage 1980, p : 233.

⁴ - الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى 2008، ص:480.

فمن جهة، من شأن تدخل القاضي في التحكيم أن يؤدي إلى خطر إخضاعه للقضاء "قوضاً التحكيم" *judiciarisation de l'arbitrage*، نتيجة حصر نطاق التدخل في مناقشات مسطرية لا منتهية، هذه المناقشات قد تؤدي إلى تجاهل القضية الأساسية التي هي تسوية موضوع النزاع، مما يمكن معه القول أن التحكيم ضحية الانحراف المسطري⁽⁵⁾، و يتحول الأمر بالتالي من اعتبار التحكيم "وسيلة" لتسوية المنازعات إلى اعتباره موضوع نقاشات فقهية قانونية، مما يفيد أن الهدف من تدخل قاضي الدولة في التحكيم تحول من المساعدة و مد يد العون له إلى سبب لانحرافه عن هدفه إن لم نقل سبب لتشويبه، ومن هذا المنطلق فإن التحكيم في طريقه إلى التحول من "وسيلة لتحقيق العدالة" إلى "عدالة مختلطة" تجمع في طياتها بين أسوار التحكيم ومحاكم الدولة.

ومن جهة مقابلة، إن عدم التدخل التام لقضاء الدولة في التحكيم يؤدي إلى سقوطه في الصعوبات التي تعترض المسطرة او التي تعترض تنفيذ الحكم التحكيمي، لتكون النتيجة اللامبالاة و عدم الاكتراث به مما قد يضر به و يضر بالهدف و الفلسفة التي على أساسها تم اللجوء إلى التحكيم.

و يوجد بين الاتجاهين السابقين؛ أي اتجاه المغالاة في إخضاع التحكيم للقضاء "قوضاً التحكيم" واتجاه عدم تدخل القضاء التام في التحكيم، اتجاه وسط ينبني على وجود روابط و أواصر التعاون بين مؤسسة القضاء ومؤسسة التحكيم هدفها تقديم القضاء يد المساعدة للتحكيم و خلق تعاون بينهما، و هو الموقف الذي تبناه المشرع المغربي و غيره من التشريعات المقارنة و إن كانت تختلف في درجات تدخل القاضي في التحكيم.

و ترتيباً على ما سبق فإن إشكالية البحث تتمحور حول التساؤل عما إذا كان التحكيم يخضع فعلياً لرقابة قضاء الدولة لتشمل كافة مراحلها، إلى درجة ذوبانه و اندماجه ضمن التنظيم القضائي للدولة "قوضاً التحكيم"، أم، على العكس، يتجه نحو الاستقلال النهائي عن قضاء الدولة؟

و الإجابة على هذه الأسئلة تفترض التطرق إلى موقف التشريعات الخاصة بالتحكيم التي قننت أوجه تدخل القاضي في التحكيم، كما أن الممارسة التحكيمية و

⁵ - Bruno Oppetit : « Justice étatique et justice arbitrale », Etudes à Pierre Bellet, Littec, 1991, p. 415.

القضائية أظهرت أن التحكيم يتعرض لمشاكل قانونية و صعوبات مسطرية ناتجة عن ضعفه الخلفي و خلله البنيوي (الفصل الأول).

أمام هذه الوضعية أصبح البحث عن ممارسة تحكيمية مستقلة عن قضاء الدولة مطلباً أساسياً، وما دخول هيئات ومراكز التحكيم على خط تقديم المساعدة و الدعم للتحكيم إلا دليل على الرغبة في ابعاد القضاء عنه و البحث، من ثمة، عن ممارسة تحكيمية مستقلة عن قضاء الدولة (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تدخل القاضي في التحكيم

بين التشريع القانوني و الممارسة القضائية

التحكيم كقضاء خاص لا يمكن أن يعمل بمعزل عن قضاء الدولة، فالأمر يتعلق بمسألة واقعية، إذ أن القاضي هو الجهاز الوحيد الذي يمكن اللجوء إليه في حالة وجود صعوبة قد تعترض مسيرة التحكيم.

و قد نظمت التشريعات الوطنية مجال تدخل القاضي في التحكيم و ميزت بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي (الفقرة الأولى)، غير أن الممارسة القضائية افرزت تبايناً في موقف القاضي من التحكيم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التشريع و حدود تدخل القاضي في التحكيم.

من خلال الاطلاع على التشريعات الحديثة الخاصة بالتحكيم و الاتفاقيات الدولية المنظمة له وكذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، يتبين أن هناك العديد من الروابط بين القضاء و التحكيم تتمثل خاصة في مساعدة القاضي للمحكم على أداء مهمته التحكيمية و ممارسة رقابته على الحكم التحكيمي، على نحو يفيد بأن التحكيم و القضاء لا يمكنهما العيش منعزلين بعضهما عن البعض، غير أن طبيعة هذه العلاقة تختلف باختلاف حجم تدخل القاضي في التحكيم بين تقوية دوره المساعد (أولاً) و التقليل من دوره الرقابي (ثانياً).

أولاً: تقوية الدور المساعد للقاضي:

نظمت جل التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم أوجه و طرق تدخل القاضي المساعد في التحكيم، إذ يتم، فب الغالب، اللجوء إليه من قبل أطراف اتفاق التحكيم، و بصورة أقل من قبل محكمة التحكيم وذلك بهدف تجاوز الصعوبات والنقائص البنيوية التي يعرفها التحكيم.

و تقوية للدور المساعد للقاضي في التحكيم أدخل المشرع المغربي (6) ، و غيره من التشريعات المقارنة، تعديلات على قانون الاجراءات المدنية، و وسع من اختصاصات "رئيس المحكمة" الهادفة إلى تقديم المساعدة لمسطرة التحكيم، بعدما كان الأمر يقتصر على بعض الحالات فقط في ظل القانون القديم.

و يتدخل القاضي في مختلف مراحل التحكيم، سواء في مرحلة ما قبل بدء المسطرة و ذلك من أجل ضمان التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم، إذ يتعين على القاضي المعروف أمامه نزاع متفق بشأنه على التحكيم، في حالة الدفع بالاتفاق، و تفعيلًا للأثر السلبي لاتفاق التحكيم، التخلي عن النظر فيه و الحكم بعدم القبول إلا إذا تبين له أن الاتفاق باطل أو في حالة استنفاد المسطرة (7).

و في هذا الاطار صدر عن محكمة النقض المغربية عدة قرارات نذكر من بينها القرار الصادر بتاريخ 2008/7/9 في الملف التجاري عدد 2005/1/3/59 (8)، الذي جاء فيه ما يلي:

"لكن، حيث لئن كان الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيمي، يعد دفعا من نوع خاص، فانه بلجوء المطلوبين لقضاء الدولة الرسمي و مناقشة الطالبين لموضوع الدعوى أمامه، بعد ذلك تنازلا ضمنيا من طرفهما على اللجوء للتحكيم لفض النزاع الناشب بينهما، ما دام الأصل هو النقاضي أمام القضاء، و الاستثناء هو

⁶- تم نسخ و تعويض أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 08-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-169 بتاريخ 30 نونبر 2007، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 ديسمبر 2007، ص: 3894.

⁷- ورد في الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية المغربي ما يلي: "عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملا باتفاق تحكيم، على نظر إحدى المحاكم، و جب 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، و جب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا... "

⁸- قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 71، ص: 223.

المثول أمام جهة تحكيمية، لذلك كانت المحكمة على صواب لما اعتبرت " أن هذا الدفع يجب إثارته قبل الجواب في الموضوع، و يجوز التنازل عنه بصورة صريحة او ضمنية، كالتسكوت و السير في الدعوى، و عدم إثارته في الوقت المناسب يعني التنازل عن التمسك به، و بما ان المدى عليهما أجابا في الشكل و الموضوع ثم بعد تبادل المذكرات أثارت ا الدفع فان ذلك كان بعد فوات الأوان و يتعين رده" و بخصوص باقي ما جاء بالوسيلة فان الأطراف مدعوون تلقائيا للإدلاء بما لديهم من وثائق و حجج عدا ما استثنى بمقتضى الفصل الأول و الفقرة الأخيرة للفصل 32 من قانون المسطرة المدنية، و هو ما لا ينطبق على إنذار الطالبين بالإدلاء بما يفيد استمرارهما في أداء واجبات الاستغلال المؤقت للأصل التجاري محل النزاع، و بذلك لم يخرق القرار أي مقتضى والوسيلة على غير أساس".

أما في فرنسا فيتعين على القاضي المعروف أمامه نزاع متفق بشأنه على التحكيم، أن يقضي بعدم اختصاصه، في حالة الدفع باتفاق التحكيم، إلا إذا تبين له أن الاتفاق المذكور باطل أو عدم قابليته للتطبيق⁽⁹⁾، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أكثر من مناسبة⁽¹⁰⁾.

و تدخل القاضي في مسطرة التحكيم لا يتوقف عند تفعيل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بل كذلك بهدف تفعيل أثره الايجابي من خلال تقديم الدعم و المساعدة عند اعتراض تشكيل هيئة التحكيم أية صعوبة، (المادة 5-327 من القانون المذكور بالنسبة للتحكيم الداخلي و المادة 41-327 بالنسبة للتحكيم الدولي).

كما يمكن اللجوء إلى قاضي الدولة من أجل مساعدة المحكمين على ضمان حسن سير الدعوى التحكيمية، من خلال مساعدة هيئة التحكيم على تجاوز العوائق التي قد تعترض المسطرة عند تخلف أحد الأطراف عن تنفيذ الأوامر الوقتية أو

⁹ -Article 1448 du Code de Procédure Civile 1§ : « 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 n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable... ».

¹⁰ - Cass. Civ. 1^{re}, 03 février 2010 , Dalloz actualité 10 février 2010.

التحفظية الصادرة عنها، فالمحکم و نظرا للطبيعة التعاقدية للتحكيم لا يمكنه إجبار الأطراف على التنفيذ⁽¹¹⁾.

و في إطار المقارنة، فقد أوجد المشرع الفرنسي مؤسسة "القاضي المساعد" (Le juge d'appui)، و هي مؤسسة قائمة بذاتها تنحصر مهمتها في تقديم الدعم و المساعدة للتحكيم، من خلال مد يد المساعدة على تنفيذ اتفاق التحكيم و كذا تشكيل هيئة التحكيم، كما يمكن لقاضي الأمور المستعجلة التدخل من أجل ضمان حقوق أطراف اتفاق التحكيم، وذلك من خلال إصدار تدابير وقائية أو تحفظية، مادامت هيئة التحكيم لم يتم تشكيلها بعد.

و مما تجدر الإشارة إليه أن الدور المساعد لقاضي الأمور المستعجلة لم يتم التنصيب عليه في قانون المسطرة المدنية الفرنسي قبل التعديل الأخير، و إنما هو من ابتكار القضاء الفرنسي، و تم تكريسه تشريعا بمقتضى المادة 1449 من القانون المذكور التي جاءت تأكيدا لنقوية تدخل قاضي الدولة في التحكيم من أجل تقديم الدعم و المساعدة بهدف تجاوز عيوب التحكيم الخلقية، المتمثلة خاصة في طابعه المؤقت.

كما نصت المادة 1469 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي على مقتضيات جديدة تتعلق بتقديم المساعدة من قبل قاضي الدولة، إذ يمكن لأحد الأطراف، بدعوة من محكمة التحكيم، اللجوء إلى رئيس المحكمة الابتدائية من أجل طلب العرض الجبري لمستند ممسوك في يد الغير.

و من بين مظاهر تدخل القاضي في التحكيم كذلك حالة تعنت أحد الأطراف تنفيذ حكم التحكيم تلقائيا، فتدخل القاضي، و الحالة هاته، يعتبر أمرا ضروريا و ملحا إذ يضمن التنفيذ الجبري لهذه الأحكام من خلال منحها الصيغة التنفيذية، (المادة 31-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي بالنسبة للتحكيم الداخلي و المادة 46-327 من ذات القانون بالنسبة للتحكيم الدولي).

¹¹- نص الفصل 15-327 من قانون المسطرة المدنية على ما يلي: "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 الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ".

و مجمل القول، إن التشريعات الحديثة الخاصة بالتحكيم جاءت لتوطيد وتقوية الدور المساعد للقاضي الوطني في سائر مراحل التحكيم، الذي يمكن اعتباره بمثابة صمام أمان التحكيم، في مقابل التخفيف و التقليل من دوره الرقابي.

ثانيا: تقليل دور القاضي الرقابي

بالإضافة إلى الدور المساعد لقاضي الدولة يمارس هذا الأخير دور الرقابة على عمل المحكمين بمناسبة تنفيذ الحكم التحكيمي أو عند الطعن فيه بالبطان، و رقابته هاته تهدف إلى التأكد من أن مسطرة التحكيم احترمت مبادئ النظام العام الوطني أو الدولي؛ و مما إذا كانت هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص للبت في النزاع، كما يراقب مدى قانونية مسطرة التحكيم، و ما إذا كانت الهيئة قد احترمت المبادئ العامة المسطرية والإجرائية.

و بهدف التخفيف و التقليل من الدور الرقابي للقاضي، حصر المشرع المغربي، إسوة بالتشريعات الحديثة، نطاق تدخل القاضي في الحكم التحكيمي في الحالات التالية:

1- التقليل من رقابة القضاء لشرعية و قانونية التحكيم: مبدأ الاختصاص

- الاختصاص

إن رقابة القضاء لقانونية و شرعية التحكيم تتجه شيئا فشيئا نحو الاندثار خاصة خلال مرحلتي ما قبل سريان مسطرة التحكيم أو أثناء ذلك، إذ يتم تأجيل هذه الرقابة إلى مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي، وخلالها تتم مراقبة مدى مطابقة هذا الحكم للنظام العام و كذا مراقبة مدى احترام محكمة التحكيم لاختصاصها.

و تفعيلا لهذا التوجه منح التشريع المغربي لهيئة التحكيم الأولوية أمام القضاء للبت في مسألة اختصاصها و هو ما يعرف بمبدأ الاختصاص - الاختصاص (compétence-compétence)، و ذلك من خلال منع المحاكم الوطنية من التدخل في قرارات المحكمين المرتبطة بوجود و صحة اتفاق التحكيم لحين فصل هيئة التحكيم في هذه المسائل أولا، وذلك من خلال المادة 327-9 من قانون

المسطرة المدنية⁽¹²⁾، و هو نفس المقتضى أخذ به القانون الفرنسي من خلال المادة 1465 من قانون المسطرة المدنية⁽¹³⁾.

و هو المبدأ الذي أقره القضاء الفرنسي من خلال مجموعة من القرارات نذكر من بينها القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس التي اعتبرت أنه يعود إلى المحكم وفقا لنص المادة 1466 من القانون المدني أن يفصل في صحة و مدى المهمة المسندة إليه و من هم الأطراف، مادام أن الغموض الوارد في الشرط التحكيمي الذي يحيل حسم النزاع في فقرتين منه إلى الجمعية الفرنسية للتحكيم، ثم في فقرة ثالثة إلى غرفة التجارة الدولية في باريس، لا يفضي إلى بطلان ظاهر للعقد التحكيمي ذاته، و لا يفضي من باب أولى إلى عدم تنفيذه للعقد بمفهوم نص المادة 1458 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، طالما أنه أمام هذه العبارة التي تؤثر على تطبيق العقد التحكيمي، إلا أنها لا تضع موضع الجدل وجود الرغبة المشتركة لدى الطرفين في اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁴⁾.

و يتبين مما سبق أن كل من القانونين المغربي و الفرنسي ومعهما القضاء ألغيا رقابة القاضي الوطني على اتفاق التحكيم أثناء سريان المسطرة، إذ أن الرقابة لا تختفي نهائيا، ولكن يتم تأجيلها إلى مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي بمناسبة ممارسة الأطراف للطعون ضد هذا الأخير.

¹² - جاء في الفقرة الأولى من المادة 9-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي ما يلي: "على الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع أن تبت، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم و ذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع و في نفس الوقت...".

¹³ - Article 1465 dispose que « Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel ».

¹⁴ - قرار بتاريخ 28 نوفمبر 2007، بين شركة UOPNV ضد شركة Ineos منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الأول، ص 611:

N° rép. gén. : 07/5780.-MM. Betch,prés.Kermina et Marcus, cons. - M^{es} Richardot et Vidal-Naquet, av.- Décision attaquée : jugement du Tribunal de commerce d'Aix-en-Provence du 6 Septembre 2005- Contredit bien fondé

2- التقليل من طرق الطعن ضد الحكم التحكيمي:

يتجه التشريع المغربي، إسوة بغالبية التشريعات المقارنة و كذا الاتفاقيات الدولية وأنظمة لوائح مراكز التحكيم، نحو استبعاد و تقليص أسباب وطرق التدخل الرقابي الخارجي ونطاقه.

و يظهر الطابع المحدود لتدخل القضاء في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي في تقليص طرق الطعن ضد هذا الأخير من خلال استبعاد أوجه الطعن المعهودة في ميدان الإجراءات القضائية العادية، وتبني طعن خاص بالقرارات التحكيمية يتميز بالمحدودية، يمنح في إطاره للمحكمة حق إجراء رقابة شكلية عليها تضمن حصانة الرأي الاجتهادي للمحكم.

و قد ميز المشرع الفرنسي في هذا الخصوص بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي.

بالنسبة للتحكيم الداخلي: كانت المادة 1482 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي قبل التعديل تنص على أنه يمكن الطعن بالاستئناف ضد الحكم التحكيمي ما لم يتنازل الأطراف عن ذلك في اتفاق التحكيم، و بفضل التعديل الأخير فإن المادة 1489 من ذات القانون اعتبرت أن المبدأ هو عدم استئناف الحكم التحكيمي إلا في حالة الاتفاق على خلاف ذلك. و من ثمة فإن رقابة القاضي الوطني في التحكيم الداخلي تقتصر فقط على حالة الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي بناء على الحالات المنصوص عليها حصرا في المادة 1492 من القانون المذكور.

وإذا كان القانون الفرنسي لا يجيز الطعن بالاستئناف ضد الحكم التحكيمي إلا في حالة الاتفاق على ذلك، فإن المشرع المغربي لا يجيز الطعن ضده بأي وجه من الأوجه باستثناء الطعن بإعادة النظر أو تعرض الغير الخارج عن الخصومة، فقد نصت المادة 34-327 من قانون المسطرة المدنية على أنه "لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن" باستثناء الطعن بإعادة النظر أو تعرض الغير الخارج عن الخصومة، هذا بالإضافة إلى أن الحكم التحكيمي يمكن الطعن فيه بالبطلان، رغم كل شرط مخالف، بناء على الحالات المنصوص عليها في المادة 36-327 من قانون المسطرة المدنية، التي جاءت على سبيل الحصر.

بالنسبة للتحكيم الدولي: على خلاف التشريع المغربي، نص قانون المسطرة المدنية الفرنسي المعدل بمقتضى مرسوم 2011 على مقتضيات جديدة و مبتكرة تهدف إلى التخفيف من رقابة القاضي على الحكم التحكيمي، من بينها المادة 1522 التي نصت على إمكانية اتفاق الأطراف مسبقا على التنازل عن الطعن بالبطان ضد الحكم التحكيمي⁽¹⁵⁾ و ذلك تقوية لسلطة وسيادة القرارات التحكيمية⁽¹⁶⁾.

هذا بالإضافة إلى تأكيد القواعد العامة للتحكيم على أهمية تقليص دور القاضي الرقابي و من بينها "قاعدة التنازل عن الاستفادة من عدم شرعية المسطرة"⁽¹⁷⁾، وقد تم التنصيص على هذه القاعدة في القانون الفرنسي في التعديل الأخير من خلال المادة 1466 من قانون المسطرة المدنية⁽¹⁸⁾، و بناء عليه لا يمكن للأطراف إثارة الوسائل التي سبق إثارتها أمام محكمة التحكيم أمام قاضي الرقابة و التي امتنعوا عن إثارتها في الوقت المناسب.

كما أن الرقابة القضائية محدودة بمقتضى "قاعدة منع مراجعة موضوع الحكم التحكيمي"، فالقاضي لا يمكنه أثناء ممارسة الرقابة تقييم تعليل الحكم التحكيمي، لا سيما ما يتعلق بتحديد القاعدة القانونية والبدء في تنفيذها، هذه القاعدة تثير صعوبات خاصة عندما تثار في إطار رقابة مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي.

وتجسيدا لفكرة تقليص الدور الرقابي للقاضي، حدد القضاء الفرنسي و حصر رقابة القاضي على الحكم التحكيمي في مخالفة هذا الأخير الواضحة و الجلية و الملموسة للنظام العام الدولي، فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس في القرار الصادر بتاريخ 2004/11/18 أن مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي بمفهوم المادة 1502-5 من قانون المسطرة المدنية (التي يقابلها في التعديل الأخير المادة 1520) يجب أن تكون مخالفة جلية و حقيقية و ملموسة⁽¹⁹⁾، و بالتالي فإن

¹⁵ - Article 1522 du NCPC §1 : « Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation... ».

¹⁶ - Julien Burda, « La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage », RTD Com. 2013 p. 653.

¹⁷ - La règle de la renonciation à se prévaloir des irrégularités de procédure.

¹⁸ - Article 1466 du Code de Procédure Civile : « La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

¹⁹ - C.A. Paris, 18 novembre 2004.

رقابة القاضي الوطني لمدى مطابقة الحكم التحكيمي للنظام العام يجب أن تكون شكلية، حتى و لو تعلق الأمر بقانون القاضي؛ ومن ثمة لا يمكنه البحث في موضوع النزاع، و هو أما أكدته محكمة النقض الفرنسية في مجموعة من القرارات الصادرة عنها⁽²⁰⁾.

الفقرة الثانية: موقف القضاء من التحكيم: بين التشدد و المرونة

يثير موقف القضاء اتجاه التحكيم مجموعة من التساؤلات حول دوره في تحقيق فعالية التحكيم، وسنحاول التطرق إلى هذه النقطة من خلال عرض تطبيقات قضائية، نحصرها في قضيتين، الأولى تتعلق بقضية الشركة الإيطالية "سالييني" ضد الدولة المغربية و ما يثيره تنازع الاختصاص بين القضاء التجاري والقضاء الإداري من عراقيل و طول المساطر و تأثيرها على تنفيذ الحكم التحكيمي خاصة إذا كان هذا الأخير مشمولاً بالفوائد القانونية (أولاً)، أما الثانية تتعلق بقضية السيد "برنار تابي" و ما يثيره موقف القضاء من تأثير على فعالية الحكم التحكيمي (ثانياً).

أولاً: قضية شركة "سالييني" ضد الدولة المغربية

يتعلق الأمر بصفقة عمومية أبرمت بين الشركة الإيطالية "سالييني" و الدولة المغربية ممثلة في وزارة التجهيز والنقل من أجل إنجاز مقطع طرقي، و قد عرف تنفيذ العقد مجموعة من الصعوبات والتعثرات، الأمر الذي أدى إلى نشوء نزاع حول تنفيذه.

²⁰ - المرجو الاطلاع على المقالات الفقهية المتضمنة لهذه القرارات، التي من بينها:

- Jérôme Ortscheidt : « Le contrôle superficiel de la violation par l'arbitre de l'ordre public international : une flagrante autonomie de l'arbitrage », La semaine Juridique Générale n° 25, Juin 2008, act. 430.
- Eric Loquin : « Le contrôle du seul caractère, effectif et concret de la violation de l'ordre public international par la sentence », RTD. Com. 2008, p. 518.
- « Arbitrage : impartialité du juge de l'annulation et ordre public international », Recueil Dalloz, 2009, p. 880.

نتيجة لهذا النزاع تقدمت الشركة المذكورة بطلب تحكيم أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، فأصدرت الهيئة التحكيمية حكما بتاريخ 05 ديسمبر 2011 قضى على الدولة المغربية بأدائها لفائدة شركة "ساليبي" مجموعة من المبالغ المالية.

و تنفيذًا لهذا الحكم تقدمت الشركة الإيطالية بطلب أمام السيد رئيس المحكمة التجارية بالرباط يرمي إلى منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية، و جوابا على هذا الطلب التمسست الدولة المغربية الحكم بعدم اختصاص المحكمة المذكورة نوعيا للنظر في هذا الطلب، على اعتبار أن الأمر يتعلق بنزاع حول عقد صفقة عمومية الذي يعتبر عقدا إداريا، و بالتالي الاختصاص و الحالة هاته للمحاكم الادارية.

و بتاريخ 2012/06/18 أصدر السيد رئيس المحكمة التجارية بالرباط (²¹) أمرا قضى بعدم الاختصاص النوعي (²²).

و بعد استئناف هذا الأمر أصدرت محكمة النقض قرارا (²³) قضت فيه بتأييد الحكم المستأنف وإحالة الملف على المحكمة الإدارية بالرباط لتثبت فيه طبقا للقانون (²⁴).

²¹- الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط تحت عدد 670 في الملف عدد 414-3-2012 بتاريخ 2012-06-18.

²²- جاء في التعليل ما يلي: "حيث إن الحكم التحكيمي موضوع طلب التذييل بالصيغة التنفيذية صدر في إطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية تتعلق بإنجاز المدار الطرقي المتوسطي.

وحيث إنه و استنادا إلى الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية فإنه يرجع اختصاص النظر في تذييل الحكم التحكيمي الصادر في إطار النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

و حيث لذلك فالطلب الحالي موجه لجهة غير مختصة و يتعين التصريح بذلك".

²³- محكمة النقض المغربية قرار بتاريخ 2013-3-7 تحت عدد 241 الغرفة الإدارية الأولى في الملف عدد 182-2013.

²⁴- جاء في تعليل محكمة النقض ما يلي:

"لكن حيث إن الحكم التحكيمي موضوع طلب التذييل بالصيغة التنفيذية صدر في إطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية جزء منها مرتبط بالضرانب، وأحد طرفيه الدولة المغربية، و أنه بمقتضى الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية، فإنه يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية عندما يكون الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، و المحكمة التجارية لما قضت بعدم اختصاصها نوعيا للبت في الملف، تكون قد صادفت الصواب بهذه العلة، و يكون حكمها و واجب التأييد".

ويتبين من خلال الاطلاع على القرار المذكور أن محكمة النقض تأثرت بموقف القضاء الفرنسي خاصة محكمة الخلافات التي أصدرت حكما بتاريخ 17 ماي 2010⁽²⁵⁾ أخذت فيه بمبدأ ازدواجية الاختصاص في التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وميزت بين حالتين، الأولى عندما يكون الطعن موجهاً ضد حكم تحكيم صادر في فرنسا و يتعلق بنزاع حول تنفيذ أو إنهاء عقد مبرم بين أحد أشخاص القانون العام الفرنسي و شخص أجنبي و يمس بمصالح التجارة الدولية، إذ أن الاختصاص و الحالة هاته ينعقد للقاضي العادي، و الثانية تتعلق بالطعن الموجه ضد حكم تحكيمي صادر في نفس شروط الحالة الأولى، لكن هذه المرة يتعلق، أي الطعن، برقابة مدى مطابقة الحكم التحكيمي للقواعد الأمرة للقانون العام الفرنسي المتعلقة باحتلال الملك العام أو تلك المتعلقة بتنظيم الطلبية العمومية و كذلك المطبقة على الصفقات العمومية و عقود الشراكة و عقود تفويض الخدمات العمومية.

و رجوعاً إلى القرار الصادر عن محكمة النقض المغربية يتضح أنها منحت اختصاص النظر في طلبات الاعتراف و منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية الصادرة في الخارج في العقود الدولية التي تكون الدولة أحد طرفيها إلى القاضي الإداري، و اعتمدت في ذلك على مقتضيات الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية المغربي التي تنظم التحكيم الداخلي.

ويظهر من الوهلة الأولى أن المحكمة المذكورة ميزت، فيما يتعلق بالرقابة الممارسة على أحكام التحكيم الصادرة في الخارج، بين القاضي الإداري و القاضي التجاري، فالأول يكون مختصاً عندما يتعلق الأمر بحكم تحكيمي صادر في نزاع ناتج عن تنفيذ عقد إداري أحد طرفيه الدولة، و في غير هذه الحالة فإن الاختصاص ينعقد للقاضي التجاري.

و يثير هذا القرار مجموعة من الملاحظات يمكن إجمالها فيما يلي:

1- لم يأخذ القرار بعين الاعتبار الصفة الدولية للعقد الإداري و لا بارتباطه بمصالح التجارة الدولية، و طبق مقتضيات الفصل 310 من قانون المسطرة المدنية المغربي التي تتعلق بالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية،

²⁵ - Décision du 17 mai 2010, affaire INSERM.

2- بنت محكمة النقض قضاءها على أساس "طبيعة العقد" و ليس على أساس الحكم التحكيمي الدولي،

3- لم يطبق القرار المذكور المقتضيات القانونية المنظمة للتحكيم الدولي المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية،

4- أخذت محكمة النقض في مادة التحكيم الدولي في العقود الإدارية بمبدأ الثنائية وميزت بين القضاء الإداري و القضاء العادي.

و لذلك فإن قرار محكمة النقض المغربية لم يكن موفقا عندما ميز فيما يتعلق بالجهة القضائية المختصة في التحكيم الدولي، بين العقود الإدارية و العقود العادية، و ذلك للأسباب التالية:

أ- أخذ المشرع المغربي في تعريفه للتحكيم الدولي بالمفهوم الاقتصادي (²⁶)، إذ اعتبر أن التحكيم يكون دوليا متى كان النزاع موضوع التحكيم مرتبطا بعملية اقتصادية في أكثر من دولة واحدة، و ذلك بغض النظر عن طبيعة و جنسية الأطراف و كذا القانون الواجب التطبيق، سواء في الموضوع أو في مسطرة التحكيم، و بغض النظر عن بلد التحكيم.

²⁶ - جاء في الفصل 39- 327 من قانون المسطرة المدنية ما يلي:
"يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.
يعتبر التحكيم دوليا إذا:

- 1 - كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت ابرام هذا الاتفاق مؤسسات 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
(ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة.
- 3 - أو كان أحد الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم بهم أكثر من بلد واحد.

لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة 2 من هذا الفصل، يطبق ما يلي:

- (أ) إذا لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها؛
- (ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية".

ب- ليس هناك أي شك في أن التحكيم موضوع قرار محكمة النقض هو تحكيم دولي، لارتباطه بمصالح التجارة الدولية، حسب التعريف الذي جاء به الفصل 39-327 من قانون المسطرة المدنية.

ج- ميز قانون المسطرة المدنية بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، و وضع لكل واحد منهما قواعده وأحكامه الخاصة.

د- التوجه الذي تبنته محكمة النقض لا يتلاءم و مفهوم التجارة الدولية، إذ من شأنه أن يشكل سببا ومصدرا لانعدام الأمن القضائي ما دام أن هذا القرار يكرس الثنائية في الرقابة على القرارات التحكيمية.

ه- القرار المذكور يتعارض مع المقترضات القانونية المنظمة للتحكيم الدولي، خاصة الفصل 46-327 المشار إليه أعلاه و التي تمنح الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الدولي بغض النظر عن طبيعة العقد، إذ أن أساس الاختصاص هو قانون التحكيم باعتباره قانونا مستقلا وليس طبيعة العقد، و يتعين على القاضي و الحالة هاته مراقبة فقط مدى احترام الحكم التحكيمي للنظام العام الوطني أو الدولي.

ثانيا: قضية السيد برنار تابي

أثار القرار الصادر مؤخرا عن محكمة الاستئناف بباريس في قضية "برنار تابي" الكثير من النقاشات القانونية، خاصة ما يتعلق بدور القضاء في تحقيق فعالية التحكيم.

و يتعلق موضوع هذه القضية بالخلاف الحاصل بين شركة Société de la Banque Occidentale (SDBO) التي أصبحت فيما بعد تحمل اسم (CDR) و السيد برنار تابي، إذ اتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم الحر بمقتضى "اتفاق التحكيم" الموقع بينهما.

وبتاريخ 7 يوليوز 2008 أصدرت الهيئة التحكيمية حكما قضى بأداء شركة CDR لفائدة السيد برنار تابي مبلغ مالية مهمة تقدر ب 403 مليون أورو، منها مبلغ 45 مليون أورو كتعويض عن الضرر المعنوي.

و في سنة 2013 تقدمت الشركة المذكورة بطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي، غير أنه تم رفضه لتقديمه خارج الآجال القانونية، الأمر الذي دفع بالشركة إلى تقديم طعن بمراجعة الحكم التحكيمي (recours en révision) على أساس أن اللجوء إلى مسطرة التحكيم كان بهدف حماية مصالح برنار تاجي، بعدما تبين أن أحد المحكمين ربط اتصالات أثناء سريان المسطرة مع محامي برنار تاجي بهدف تغليب موقفه على موقف الشركة.

و بتاريخ 17 فبراير 2015 أصدرت محكمة الاستئناف بباريس قرارا قضت فيه بقبول الطعن بالمراجعة، وإعادة النظر في الحكم التحكيمي و إرجاء البت في موضوع النزاع إلى نهاية شهر سبتمبر 2015⁽²⁷⁾.

و يثير هذا القرار نقطتين أساسيتين، الأولى تتعلق بمسألة مسطرية، تهم مدى قابلية الحكم التحكيمي للطعن بالمراجعة أمام محكمة الاستئناف بباريس، وهو الأمر الذي يرتبط بالطبيعة الداخلية او الدولية للتحكيم، و الثانية ترتبط بمسألة موضوعية، سنخوض من خلالها في الأسباب المعتمدة من قبل المحكمة لفتح باب المراجعة ضد الحكم التحكيمي.

أ- موقف محكمة الاستئناف بباريس من طبيعة التحكيم: دولي أم داخلي؟

بداية تجدر الإشارة إلى أن حكم التحكيم في القانون الفرنسي، يكون قابلا للطعن بالمراجعة (recours en révision) بناء على مقتضيات المادة 1502 من قانون المسطرة المدنية المنظمة للتحكيم الداخلي (المادة 1491 من ذات القانون المطبقة في القضية)، و المادة 1506 من ذات القانون المنظمة للتحكيم الدولي، غير أن تحديد الجهة المختصة للنظر في هذا الطعن تختلف بين ما إذا كان التحكيم داخليا أو دوليا.

²⁷- القرار منشور على الموقع الالكتروني www.marocarbitrage.com

في حالة التحكيم الداخلي فإن الجهة المخول لها النظر في الطعن هي المحاكم القضائية في حالة تعذر إعادة تشكيل الهيئة التحكيمية مصدره الحكم التحكيمي، مرة أخرى⁽²⁸⁾.

أما إذا كان التحكيم دوليا فإن الاختصاص يكون للهيئة التحكيمية، إذ استثنى المشرع الفرنسي والحالة هاته، القضاء الرسمي، حتى في حالة تعذر إعادة تشكيل الهيئة التحكيمية مرة أخرى، ذلك أن المادة 1506 من قانون المسطرة المدنية أحالت على الفقرتين الأولى والثانية من المادة 1502 دون الفقرة الأخيرة التي تمنح الاختصاص للمحاكم الفرنسية، وبالتالي فإن الحكم التحكيمي الصادر في إطار التحكيم الدولي لا يكون قابلا للطعن بالمراجعة إلا أمام الهيئة التحكيمية المصدره له فقط دون سواها.

و بالرجوع إلى القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 17 فبراير 2015، فإن هذه الأخيرة اعتبرت أن الحكم التحكيمي صدر في إطار تحكيم داخلي وليس دولي، و قضت، بالتالي، بقبول طلب المراجعة، الأمر الذي يطرح التساؤل حول موقف محكمة الاستئناف من طبيعة التحكيم، و من التكييف الذي منحه لهذا التحكيم و ما إذا كان الهدف من ذلك هو منح الاختصاص لها من أجل بسط رقابتها على الحكم التحكيمي، و الحكم بقبول إعادة النظر فيه.

إن الاجابة على هذه التساؤلات يتطلب البحث عن موقف القانون الفرنسي من المعايير التي يعتمدها للتمييز بين التحكيم الدولي و الداخلي، فبالرجوع إلى المادة 1492 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي (المطبقة في القضية قبل تعديل سنة 2011) و المادة 1504 بعد التعديل، فإن التحكيم يكون دوليا عندما يمس مصالح التجارة الدولية⁽²⁹⁾، و من ثمة فإن اعتبار التحكيم دوليا أو داخليا يحدد بناء على

²⁸ - Article 1502 du CPC dispose que : « Le recours en révision est ouvert contre la sentence arbitrale dans les cas prévus pour les jugements à l'article 595 et sous les conditions prévues aux articles 594, 596, 597 et 601 à 603.

Le recours est porté devant le tribunal arbitral.

Toutefois, si le tribunal arbitral ne peut à nouveau être réuni, le recours est porté devant la cour d'appel qui eût été compétente pour connaître des autres recours contre la sentence ».

²⁹ - « Est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international ».

طبيعة العلاقة مصدر النزاع، و هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في القرار الصادر عنها بتاريخ 13 مارس 2007⁽³⁰⁾، و كذلك بصرف النظر عن طبيعة و جنسية الأطراف، و عن الوصف الذي يمنحونه له، و كذلك عن القانون الواجب التطبيق سواء في الموضوع او في مسطرة التحكيم، و هو ما أكده الاجتهاد القضائي الفرنسي في عدة مناسبات⁽³¹⁾.

و بالرجوع إلى القرار موضوع التعليق، فإن تحديد ما إذا كان التحكيم دوليا أو داخليا، يتطلب دراسة مضمون "العقد التحكيمي" المبرم بين الأطراف بتاريخ 16 نونبر 2007 و تحديد طبيعة النزاع موضوع التحكيم⁽³²⁾.

و من خلال قراءة هذا العقد فإن النقط الخلافية الموضوعة أمام هيئة التحكيم⁽³³⁾ ترتبط بعضها ببعض وتتعلق بمصالح التجارة الدولية، خاصة و أن النزاع

³⁰ - Cour de cassation (1re Ch. civ.). - 13 mars 2007, note Dominique Bureau, revue critique de droit international privé 2007 p. 455

³¹ - CA Paris, 14 juin 2001 : Rev. arb. 2001, p. 773, note C. Seraglini et p. 805, obs. Y. Derains – Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2003, n° 01-16867 : JCP 2004, I, 119, spéc. n° 5, obs. J. Ortscheidt – CA Paris, 5 mars 2013 : Rev. arb. 2013, p. 528 – Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2013, n° 12-25266, Sté Saica : Bull. civ. I, n° 222 ; Rev. arb. 2014, p. 383, note D. Bureau ; JCP 2013, 1391, spéc. n° 2, obs. C. Seraglini ; JCP 2013, 256, spéc. n° 10, obs. C. Nourissat ; D. 2013, p. 2785, obs. X. Delpech ; RTD civ. 2014, p. 107, obs. H. Barbier ; Procédures 2014, comm. n° 49, note L. Weiller ; JCP 2014, 57, note B. Le Bars ; Gaz. Pal. 8 mars 2014, p. 13, n° I69s0, obs. D. Bensaude – CA Paris 7 oct. 2014, n°s 13/05894 et 13/09282, Di Sabatino : D. 2014, p. 2554, obs. T. Clay ; Gaz. Pal. 22 nov. 2014, p. 20, n° 201c6, obs. D. Bensaude.

³² - للإشارة فإن أساس التحكيم في هذه القضية هو عقد التحكيم (Le compromis) و ليس شرط التحكيم (La clause compromissoire)، إذ لا وجود لهذا الشرط لا في عقد الوكالة المتعلقة ببيع شركة أديداس و لا في عقد تفويت أسهم شركة BTF GmbH التي تمتلك 78% من أسهم شركة أديداس.

³³ - النقاط الخلافية تم تحديدها في النقطة الأولى من المادة الأولى من العقد التحكيمي، و هي على الشكل التالي:

- 1.6.0. Constitution de partie civile ;
- 1.6.1. Contentieux ACT (Alain-Colas-Tahiti) ;
- 1.6.2. Contentieux Adidas (le contentieux principal, celui relatif à la responsabilité des entités du groupe Crédit lyonnais qui avait donné lieu à l'arrêt de la cour d'appel du 30 septembre 2005 et à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 octobre 2006) ;
- 1.6.3. Contentieux liquidation abusive ;

الأساسي يتعلق بتفويت شركة "أديداس" و هي العملية التي ترتبط اقتصاديا بأكثر من دولة لخضوع هذه الشركة للقانون الألماني، و بالتالي خضوع تفويت حصصها لهذا القانون.

و بناء عليه نعتبر موقف محكمة الاستئناف بباريس غير موفق من الناحية القانونية، و أن تكييفها للقضية التي صدر في إطارها الحكم التحكيمي موضوع المراجعة على أنها تتعلق بالتحكيم الداخلي كان بهدف فتح المجال أمامها لسيط و ممارسة رقابتها عليه، خاصة إذا علمنا، كما تمت الإشارة إلى ذلك أعلاه، أن الحكم الصادر في إطار التحكيم الدولي يعود النظر في طلب مراجعته للهيئة التحكيمية مصدرة الحكم التحكيمي و ليس للقضاء الرسمي حتى و لو تعذر اجتماعها مرة أخرى.

ب- موقف محكمة الاستئناف من عملية التدليس و أجل تقديم الطعن:

تجدر الإشارة إلى ان الطعن بالمراجعة ضد الحكم التحكيمي يخضع، في القانون الفرنسي، لمقتضيات المواد 594 و 595 و 596 من قانون المسطرة المدنية، فالمادة الأولى تحدد الأسباب الموجبة للطعن بالمراجعة أما الثانية و الثالثة تتعلق بأجل تقديم هذا الطعن.

و رجوعا إلى القضية موضوع التعليق، فإن طالبي المراجعة اعتمدوا كسبب لتقديم طلبهم على وجود تدليس في مسطرة التحكيم، المتمثل في وجود علاقة مشبوهة بين محامي السيد برنار تابي و أحد المحكمين المكونين لهيئة التحكيم، هذه العلاقة كيفتها المحكمة الزجرية بجريمة تكوين عصابة نصب منظمة (Escroquerie en bande organisée).

-
- 1.6.4. Contentieux révision ordonnance d'attribution ;
 - 1.6.5. Contentieux rétractation ordonnance d'attribution ;
 - 1.6.6. Contentieux rétractation des liquidations ;
 - 1.6.7. Contentieux rétractation des procédures collectives ;
 - 1.6.8. Contentieux soutien abusif et rupture abusive.

و قد حددت المادة 596 المشار إليه آجال تقديم الطعن بالمراجعة في شهرين من تاريخ علم طالب المراجعة بسبب الطعن، الذي هو في هذه الحالة "التدليس"⁽³⁴⁾.

و انطلاقا من هذا المقتضى القانوني لنا ان نتساءل عما إذا كان الطعن بالمراجعة المقدم من قبل شركة CDR قدم داخل الأجل المنصوص عليه قانونا أم لا .

و بالرجوع إلى وقائع القضية و القصاصات الاخبارية فإن هذه الشركة كانت تعلم بالعناصر المكونة للتدليس منذ سنوات، غير أن محكمة الاستئناف بباريس و لفتح باب الأجال أمام هذه الشركة اعتبرت أن هذه الأخيرة لم تتمكن من معرفة وجود عناصر التدليس إلا أثناء الاطلاع على وثائق الملف بعد أن انتصبت كطرف مدني في الدعوى العمومية المعروضة أمام القضاء الزجري و المتعلقة بتكوين عصابة إجرامية، و هو الطلب المقدم بعد ثلاثة أشهر من تاريخ تدخلها كطرف مدني، علما أن الحكم التحكيمي موضوع طلب المراجعة صدر سنة 2008 أي قبل ست سنوات من تقديم طلب المراجعة.

و مهما يكن من أمر، فإن القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس قضى بإعادة النظر في قضية السيد برنار تابي من جديد، كما أن هذا القرار هو موضوع طعن بالنقض أمام محكمة النقض التي نتمنى أن تعيد الأمور إلى نصابها، و الأيام المقبلة كفيلة بالإجابة على تساؤلنا، إذ ستعرف نقاشا قانونيا حادا حول النقطة المتعلقة بموقف القضاء من التحكيم، هل يساعد على تحقيق استقلالته أم أنه من خلال مواقفه الأخيرة يخضع التحكيم له "قوضاة التحكيم".

و أرى أن القاضي الفرنسي، من خلال الموقف الأخير لمحكمة الاستئناف بباريس، قد أفسد التحكيم و مس بفعالته، إذ بغض النظر عما ما إذا كان هناك تدليس في العملية التحكيمية أم لا فإن تكييف المحكمة للتحكيم باعتباره تحكيما داخليا و ليس

³⁴ - Article 596 du CPC dispose que : « Le délai du recours en révision est de deux mois.

Il court à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque".

دوليا و كذلك موقفها - اللين - من آجال الطعن بالمراجعة، يجعلنا نعتقد اعتقاد اليقين أن السياسة استعملت القضاء للمس بفعالية التحكيم و إخضاعه له.

الفصل الثاني: البحث عن ممارسة تحكيمية مستقلة عن قضاء الدولة

إن تدخل القضاء في التحكيم يعتبر أمرا غير مرغوب فيه، و إن كان حتميا، على اعتبار أنه يؤدي إلى إخضاع التحكيم للقضاء "قوضا التحكيم"، الأمر الذي يدفع إلى البحث عن الحلول و الوسائل الخاصة لتقديم الدعم والمساعدة لمحاكم التحكيم، ويعتبر من بين هذه الوسائل المهام والإجراءات التي تقوم بها مراكز التحكيم التي بمقتضاها حلت محل قاضي الدولة.

و في هذا الإطار و بحثا عن ممارسة تحكيمية مستقلة عن قضاء الدولة، ازدادت في السنوات الأخيرة وثيرة تقوية استقلالية التحكيم المؤسساتي (أولا)؛ في ظل غياب أية رقابة من قبل القاضي الوطني على القرارات التي تتخذها هذه المؤسسات (ثانيا).

أولا: تقوية استقلالية التحكيم المؤسساتي

نتيجة للتدخل الذي أصبح يعرفه التحكيم من قبل القضاء، أصبحت مراكز التحكيم مؤخرا تمارس مهمة المساعدة على ضمان حسن سير مسطرة التحكيم، بواسطة جهاز إداري تابع لهذه المراكز؛ فهذه الأخيرة تقوم بتقديم الدعم و المساعدة للتحكيم و من ثمة حل محل القاضي المساعد، مما قد يبعد هذا الأخير عن القيام بمهمة المساعدة، إذن الحل هو البحث عن ممارسة تحكيمية شبه مستقلة عن القاضي المساعد، و هو ما أكده المشرع المغربي في مقتضيات الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية التي أكدت على الطابع المساعد لهيات و مراكز التحكيم⁽³⁵⁾.

³⁵ - نصت الفقرة الثانية من الفصل 320 من قانون المسطرة المدنية المغربية على أنه: " إذا عين في الاتفاق شخص معنوي، فإن هذا الشخص لا يتمتع سوى بصلاحيه تنظيم التحكيم و ضمان حسن سيره".

و سيراً على النهج فإن التشريعات الحديثة المنظمة للتحكيم منحت للأطراف حرية الاختيار⁽³⁶⁾، عندما يعترض تشكيل هيئة التحكيم صعوبة ما، اللجوء إما إلى قاضي الدولة أو الاتفاق على خلاف ذلك، ومن ثمة يمكن للأطراف الاتفاق على اختيار مركز للتحكيم قصد المساعدة على تذليل الصعوبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم، و الأوامر الصادرة عن هذه الأخيرة تكون ذات طبيعة تعاقدية تبعاً لطبيعة العلاقة الرابطة بينها وبين أطراف التحكيم، على اعتبار أن مركز التحكيم يهدف إلى تنظيم التحكيم وتأييده وليس تسوية النزاع، و هو ما أكده القضاء الفرنسي الذي اعتبر أن الأوامر الصادرة في هذا الإطار عن مراكز التحكيم تعتبر تصرفات قضائية⁽³⁷⁾.

كما تتخذ مراكز التحكيم التدابير الوقائية والتحفظية، قبل تشكيل هيئة التحكيم، بناء على طلب أحد أطراف اتفاق التحكيم، كما يمكنها تعيين محكم في حالة ما إذا لم يقم طالب التحكيم بذلك، و هو ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 10 من نظام التحكيم المعتمد من قبل المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط⁽³⁸⁾، و كذلك الفقرة الثانية من المادة التاسعة من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية (CCI)⁽³⁹⁾.

³⁶- الفصل 5-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي.

³⁷ - Alexandre DE FONTMICHEL, « La décision du juge d'appui contractuellement choisi par les parties en droit français de l'arbitrage commercial international », article publié à la Gazette du Palais, 29 mars 2008 n° 89, P. 21.

³⁸ - "إذا لم يقم طالب التحكيم باختيار المحكم، تولى رئيس المركز تعيينه من القائمة باقتراح من المدير..."

³⁹ - "يجوز للأمين العام أن يثبت الأشخاص المسمين من قبل الأطراف أو حسب اتفقاتهم الخاصة، كمحكمين مشاركين أو محكمين منفردين أو رؤساء لمحاكم التحكيم بشرط التقدم بإقرار استقلالهم دون تحفظات، أو إذا اشتمل الإقرار باستقلالهم على تحفظات لا تثير أي جدال. و تحاط الهيئة علماً بهذا التثبيت في أول دور انعقاد تال. فإذا رأى الأمين العام عدم تنصيب محكم مشارك أو محكم منفرد أو رئيس محكمة تحكيم، فيتعين عرض الأمر على الهيئة للبت فيه".

و تماشيا مع التطورات التي يعرفها التحكيم خاصة الدولي منه، تقوم هذه المراكز بتحيين أنظمتها ولوائحها بشكل دوري حتى تتلاءم والنقائص والعيوب التي قد تظهر في التحكيم، و في هذا الإطار، ونتيجة للتعديل التي أدخل على القانون الفرنسي سنة 2011، أدخلت غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) سنة 2012 مجموعة من التعديلات على نظامها التحكيمي، وتهدف هذه التعديلات في غالبيتها إلى منح التحكيم فعالية أكثر و ابعاد قضاء الدولة عن الممارسة التحكيمية، و ذلك من خلال اتخاذ مجموعة من التدابير سواء عند تقديم طلب التحكيم أو أثناء سريان المسطرة أو عند صدور المقرر التحكيمي، إذ أن نظام المركز يشترط تضمين الطلب جميع المعلومات الضرورية بطريقة دقيقة و محددة وذلك تقاديا لوقوع مسطرة التحكيم في اختلالات مسطرية وتجنبيا لتدخل القاضي في هذه المسطرة.

و تبعا لنفس الهدف أحدث المركز المذكور مؤسسة "المحكم الاستعجالي" (L'arbitre d'urgence) إذ يمكن اتخاذ مجموعة من التدابير في المرحلة السابقة لوضع ملف النزاع امام محكمة التحكيم، هذه التدابير ترتبط بالإجراءات الوقتية و التحفظية التي تهدف عامة إلى تسهيل سريان مسطرة التحكيم او حماية حقوق الأطراف، و هذه الاجراءات تكون قابلة للتطبيق بمجرد اتفاق الاطراف على تطبيق نظام تحكيم المركز، إذ لا يشترط لاتخاذ هذه التدابير وجود عقد خاص، غير أن تطبيق هذه التدابير يخضع لمجموعة من الشروط المنصوص عليها في نظام التحكيم⁽⁴⁰⁾.

و من مظاهر و تجليات تقوية استقلالية مراكز التحكيم، ما نصت عليه غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة السادسة من نظامها التحكيمي المعدل سنة 2012 من الامكانية المخولة لمحكمة التحكيم الدولية (La cour internationale d'arbitrage)⁽⁴¹⁾ لمباشرة رقابة أولية (Prima facie) على مسألة الاختصاص سيما في التحكيم المركبة⁽⁴²⁾.

و تماشيا مع هدفها الرامي إلى تقوية موقفها اتجاه التحكيم و بالتالي تجنب هذا الأخير تدخل قضاء الدولة فيه، تقوم بعض مراكز التحكيم بممارسة رقابة أولية

⁴⁰ - المادة 29 من نظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس.

⁴¹ - تعتبر محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس هيئة مستقلة تقوم بمهام تنظيم مسطرة التحكيم.

⁴² - المقصود بالتحكيم المركبة وفقا لنظام CCI التحكيم الذي يضم أكثر من طرفين أو الذي يكون موضوعه أكثر من عقد واحد أو الذي يضم أكثر من مسطرة تحكيمية.

على مشروع قرار التحكيم حتى لا يتعرض هذا الأخير للبطلان من قبل القضاء، و تحقيقا لفاعلية القرار التحكيمي تنص مراكز التحكيم على منح الأحكام التحكيمية الصادرة عنها قوة تنفيذية ملزمة للأطراف⁽⁴³⁾، تفاديا لتعقيدات المساطر القضائية خاصة عند منح القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية و ما يثار من خلاف قضائي حول الجهة المختصة في هذه المسطرة، و ما قضية الشركة الايطالية "سالييني" ضد الدولة المغربية إلا خير مثال على ذلك.

يتبين مما سبق أن مراكز التحكيم تهدف من خلال أنظمتها و لوائحها التحكيمية تقوية استقلاليتها بهدف منح فعالية أكثر لمسطرة التحكيم و لأحكام التحكيم الصادرة عنها، بعيدا عن تدخل القضاء و ما قد يترتب عنه من تعقيدات مسطرية.

ثانيا: غياب رقابة قضائية على عمل مراكز التحكيم

إن التشريعات التي تتبنى موقف الحذر و الارتياح اتجاه التحكيم كان عليها البحث عن وسيلة لتقليص دور مراكز التحكيم التي تنافس القاضي المساعد في مهمته المتمثلة في دعم و مساعدة التحكيم، لكن و على العكس من ذلك و تماشيا مع سياسة تشجيع التحكيم، فإن تدخل مراكز التحكيم مكان القاضي المساعد يعتبر أمرا محمودا و مرغوبا فيه.

إن عدم تدخل القاضي في مهام مراكز التحكيم يتقوى بدوره باستحالة ممارسة أي رقابة على القرارات الصادرة عن هذه المراكز سواء من حيث الشكل أو الموضوع⁽⁴⁴⁾، و يترتب عن ذلك أن هذه القرارات ليس لها أي طابع قضائي و لا تكتسب حجية الأمر المقضي به، و هو ما يميز عمل هذه المراكز عن عمل المحكم، إذ أن الأخير يتحمل مسؤولية عن الأخطاء التي قد يرتكبها أثناء قيامه بمهامه على اعتبار ان المحكم يعتبر مقدما لخدمة قضائية و الالتزام الواقع على عاتقه التزام بتحقيق غاية⁽⁴⁵⁾.

⁴³المادة 6/34 من نظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس.

⁴⁴ - thomas CLAY, « L'arbitre », Dalloz 2001, nos 902 et 914.

⁴⁵ - Cass. Ire civ., 6 déc. 2005, n° 03-13.116, note François-Xavier TRAIN Revue Lamy Droit Civil – 2006 – 26.

غير أن عمل مراكز التحكيم لا يظل دون رقابة قضائية، بل يمكن للأطراف الطعن ضد القرار المتخذ من قبل مركز التحكيم أمام قاضي الرقابة، وذلك بمناسبة الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي أو عند استئناف الأمر بتنفيذه.

و على اعتبار أن طبيعة التزام مراكز التحكيم هو التزام بتحقيق غاية، شريطة احترام نظام التحكيم الذي على أساسه تم الاتفاق على اللجوء إلى المركز، يمكن للأطراف إثارة المسؤولية التعاقدية للمركز في حالة التنفيذ السيئ أو عدم تنفيذه للالتزامات الملقاة على عاتقه، كما يمكن إثارة مسؤولية المركز في حالة بطلان الحكم التحكيمي⁽⁴⁶⁾.

و إذا كانت بعض مراكز التحكيم تحدد في أنظمتها أو تستثني مسؤوليتها، فإن هذا التحديد أو الاستثناء لا يجب أن يكون مخالفا للقانون المطبق⁽⁴⁷⁾، كما يمكن لهذه المراكز التأمين عن هذه المسؤولية.

خاتمة:

لا بد من الإشارة في الأخير إلى أن ممارسة التحكيم بشكل مستقل نهائيا عن قضاء الدولة أمر غير ممكن، في ظل وجود مجموعة من الصعوبات و العيوب الخلقية و البنوية للتحكيم، الأمر الذي يجعل تدخل القضاء أمرا ضروريا و حتميا، خاصة عندما يتدخل القاضي عند منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية.

⁴⁶ - P. STOFFEL-MUCK : « Responsabilité d'un centre d'arbitrage pour nullité de la sentence », Cahiers d'arbitrage, 01 avril 2011, n°2, p.401.

⁴⁷ - جاء في المادة 40 من نظام تحكيم CCI ما يلي:

« Les arbitres, les personnes nommées par le tribunal arbitral, l'arbitre d'urgence, la Cour et ses membres, la CCI et son personnel, les comités nationaux et groupes de la CCI et leurs employés et représentants ne sont responsables envers personne d'aucun fait, d'aucun acte ou d'aucune omission en relation avec un arbitrage, sauf dans la mesure où une telle limitation de responsabilité est interdite par la loi applicable ».

كما أن التحكيم المؤسسي يساعد على تعزيز ذاتية التحكيم و تأمين الرقابة الذاتية، و إبعاد الرقابة الخارجية، من خلال ما يوفره من أدوات و إجراءات تغني عن تدخل القضاء حتى المساعد منه، أو على الأقل تجعله استثنائيا ومحدودا جدا.

اقتراحات و توصيات:

و حفاظا على استقلالية التحكيم و عدم إخضاعه للقضاء، نقترح ما يلي:

اعتبار التحكيم قضاء موازيا لقضاء الدولة و ليس قضاء خاضعا له؛
دعم الاتجاه الذي ينادي باستقلالية التحكيم الدولي؛
وجوب تركيز و توحيد مسطرة الاعتراف و منح الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية بين يدي القاضي التجاري، بغض النظر عن طبيعة العقد، سواء كان عقدا إداريا أو مدنيا، و بغض الطرف عن طبيعة و صفة أطرافه، إذ أن الأصل في الاختصاص هو دولية التحكيم وارتباطه بمصالح التجارة الدولية و ليس طبيعة العقد كما جاء في قرار محكمة النقض المغربية أو الفرنسية وذلك حفاظا على مبدأ استقلالية التحكيم الذي يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها؛
الاسراع بإخراج مدونة عربية موحدة للتحكيم؛
المغاء المواد القانونية التي تنص على وجوب تقديم تصريح من قبل المحكم لدى الجهات القضائية المختصة عند ممارسته للمهمة التحكيمية؛
المتخفيف من رقابة القضاء على التحكيم و جعل رقابته أثناء منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية رقابة شكلية؛
إحداث غرف مختصة بالتحكيم على مستوى المحاكم بمختلف درجاتها؛
الاقتران على مخالفة الحكم التحكيمي الدولي للنظام العام الدولي دون الوطني.

و الله ولي التوفيق

مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم طبقاً لقانون 08-05

نرجس البكوري

أستاذة بكلية الحقوق
بفاس

نظراً لازدهار الحياة الاقتصادية الحديثة خاصة في مجال المعاملات التجارية العقدية وغير العقدية والتطور التكنولوجي السريع وزيادة تبادل نظم المعلومات، فإن ذلك يستتبع وجود علاقات تنسم بالسرعة المتناهية، وهذا بدوره أدى إلى ظهور بعض المنازعات غير المتوقعة، ومن أجل الحفاظ على رؤوس الأموال التي تدبر هذه العلاقات كان لا بد من إيجاد نظام معين يسير على نفس السرعة التي سارت به هذه العلاقات لتذليل العقبات وتسوية المنازعات مع الحفاظ على بقاء الصلة بين أطرافها.

إذ لو عرض على أطراف هذه العلاقة نظام خاص لتسوية المنازعات العالقة بينهم يمنحهم سرية النزاع وإمكانية اختيار من يقوم بهذه المهمة، فإنه بلا شك ستنتم مباركته وقبوله مهما كلفهم من نفقات، ويسمى هذا النظام بنظام التحكيم⁴⁸ الذي أصبح ظاهرة العصر ونموذجاً بارزاً يحقق مفهوم العولمة الاقتصادية تلجأ إليه

1- يراد بالتحكيم حسب قانون 08-05 الذي يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن (306-327) من ق.م.م "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهم الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم".

الشركات العالمية أيا كانت جنسيتها وأيا كان تخصصها تحافظ على مصالحها التي ترى أنها ستهدر لو عرض نزاعاتها على نظام غير التحكيم.

إذ أصبح قبلة يقصدها أصحاب رؤوس الأموال والاستثمارات العملاقة هروبا من تطبيق أنظمة قانونية غير مستساغة أو ينظر إليها على أنها متخلفة غير مؤهلة لتسوية هذه النزاعات الشائكة، وحفاظا كذلك على كبريائها من أن تخضع للأنظمة القضائية الداخلية، وبعدا عن تنازع القوانين والاختصاص القضائي وما يكتنفه ذلك من بطئ في إجراءات التقاضي وتعقيدها.

لذا كان تحرك رؤوس الأموال ونشاطها يتوقف على تضمين عقودها شرط التحكيم، وهذا ما حدا بالتشريعات المقارنة في الأي يتواني في تطوير وإحلال تشريعاتها الموصومة بالتفوق والتخلف والخوف من الآخر والسعي إلى تحديثها بما يواكب العصر، هاهنا ازدهر نظام التحكيم ولمع نجمه لأنه أصبح قائما على قواعد يطمئن لها أصحاب الاستثمارات، يقدم لهم ضمانات ويحتوي على تسهيلات، ولم يكن لنظام التحكيم تأثير على مستوى تحديث التشريعات فقط، بل إنه تجاوز ذلك حتى أصبح حديث الساعة، فهو عنوان للمؤتمرات الدولية وتشريع للاتفاقيات الإقليمية، ومائدة للندوات العلمية، وبرنامج للدورات التأهيلية⁴⁹.

انطلاقا من كون نظام التحكيم أداة من أدوات تسوية النزاعات وتحقيق العدالة، فإن هذه الأداة لا بد لها من إجراءات تنتم بنوع من الجدية والتناغم لتستطيع أن تحقق هذا الغرض.

من ثم فإن الدفوع والفصل فيها من إجراءات التحكيم، ومن هذه الدفوع الدفع بعدم الاختصاص الذي يفصل فيه المحكم إما برفضه وهذا يعني إعلان اختصاصه، وإما بقبوله وهذا يعني عدم اختصاصه، وهذه الجزئية من إجراءات التحكيم تسمى مبدأ الاختصاص بالاختصاص⁵⁰، وهذه الجزئية هي التي ستكون موضوع بحثنا

2- نظم المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط ورشة تكوينية حول التحكيم التجاري وذلك يومي 04 و 05 أبريل 2013 بمقر المركز الكائن بغرفة التجارة والصناعة والخدمات بهدف تنمية المشاركين القانونية والقضائية والتجارية والمتعلقة بعملية التحكيم.

⁵⁰- يوظف الفقه الألماني مصطلح: «kompetenz-kompetenz» بينما يستعمل الفقه الفرنسي مصطلح «compétence-compétence» أو في حالات نادرة كلمة «compétence de la compétence» لكن يختلف الاصطلاح الألماني يحمل معنى مختلفا عن ذلك المعروف حاليا في أدبيات التحكيم الدولي، حيث يعني: "سلطة المحكم في أن يفصل على نحو نهائي في مسألة اختصاصه دون

مسايرة لمستجدات وواقع التحكيم التجاري الدولي عموما و مواكبة على وجه التحديد لقانون 05-08 الذي يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من ق.م.م التي تقر مادته 327 بمبدأ اختصاص بالاختصاص، وذلك من خلال الإشكالية التالية: كيف استطاع مبدأ الاختصاص بالاختصاص بلورة الاختصاص التحكيمي من خلال مقارنة تكاملية لاختصاصي المحكم والقاضي؟.

المحور الأول: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

المحور الثاني: تقييم مبدأ الاختصاص بالاختصاص كنص تشريعي

المحور الأول: آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم المبادئ في منظومة التحكيم برمته، ومن المسائل الدقيقة في ذات الوقت، الأمر الذي أدى إلى تنوع وتعدد الألفاظ التي يستخدمها الفقه للتعبير عن مصطلح مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فبعض الفقه استخدم لفظ استقلال المحكم والبعض استقلال محكمة ، وتارة تحكيمية الخلاف، وأحيانا استقلال السلطة التحكيمية ، وغالبا ما يطلق عليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص، هذا وقد نشأ مبدأ الاختصاص بالاختصاص⁵¹ في القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية.

الخضوع إلى أية رقابة قضائية "، بينما يقصد حاليا بمبدأ الاختصاص بالاختصاص : "اختصاص المحكم بالفصل في جميع المسائل المتصلة باختصاصه وذلك مع خضوعه للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص"، وعليه فالاصطلاحان وإن اتفقا لغة فهما مختلفان دلالة.

Antonias Dimolitsa : « Autonomie et kompetenz-kompetenz », Rev arb n°

2, année :1998, p :326 .

حفيظة السيد حداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلب الحقوقية ط1، 2004، ص:306 .

2- رغم الاعتراف شبه الكامل بمبدأ الاختصاص بالاختصاص في الأنظمة القانونية المعاصرة "قانون الإجراءات المدنية الألماني لسنة 1996 في مادته 32. قانون 05-08 الذي يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المغربي ينص على مبدأ اختصاص بالاختصاص في التحكيم الداخلي في المادة 327 (منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 ، 25 ذو القعدة الموافق ل 6 دسمبر 2007 .

اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة 41 ، اتفاقية جنيف 1961 نصت بشكل واضح على مبدأ الاختصاص في النبذة الثالثة من المادة 5 .

إذ يشهد التحكيم التجاري الدولي أزهى عصور ازدهاره ويعيش حالة من التطور السريع والفعال والتقدم نحو التحرر والتشجيع لم يسبق لها مثيل ويرجع ذلك إلى تبني التشريعات الحديثة والتي تزيد التحكيم تألقاً، ولم يكن الفقه بعيداً عن وضع لمساته الحيوية في هذا المجال، بل يعتبر الأرض الخصبة التي يزدهر فيها التحكيم، ولن ننسى دور القضاء الدولي في رعاية المبادئ العامة للتحكيم ومنها تبني مبدأ الاختصاص بالاختصاص كأحد هذه المبادئ الهامة والتي ارتبطت بالسوابق التحكيمية، فإثباتها والاعتراف بها لن يتم إلا عن طريق استقرار سوابق التحكيم.

هذا وقد أقر مبدأ الاختصاص الاتفاقية الأوروبية للتسوية السلمية للمنازعات التي وقعت بين الدول الأوروبية عام 1907 ، وواصلت مسيرة إقرار مبدأ الاختصاص المعاهدات التحكيمية الثنائية وبالخصوص بعد الحرب العالمية الأولى، ومن ذلك أقرت المعاهدات التحكيمية بين النرويج والسويد في المادة 4 مبدأ الاختصاص المبرمة في 25 نوفمبر 1925 والمعاهدة المبرمة بين النرويج وفنلندا بتاريخ 2 فيراير 1956 م، ويوجد العديد من هذه المعاهدات وكان من أحدثها المعاهدة المبرمة بين الجزائر وفرنسا في 26 يونيو 1962 ، حيث نصت المادة (7) على أن المحكمة تختص بالفصل في كل المسائل التي يلتزم حلها لأجل تسوية الخلاف بما في ذلك المسائل المتعلقة باختصاصها الخاص)، وامتد إبرام مثل هذه الاتفاقيات حتى يومنا هذا ، وفي كل صبح جديد تعقد اتفاقيات تحكيم واتفاقيات تقر وتحمل بين طياتها مبدأ الاختصاص بالاختصاص، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن آثار هذا المبدأ؟

لاشك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يرتب عدة آثار، فمنها ما هو إيجابي يتمثل في السماح للمحكم بتقدير اختصاصه ويعتبر محل إجماع عام من قبل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم، ويفيد صلاحية المحكم بتقدير اختصاصه ممارسة المحكم لسلطته الولائية والقضائية المستمدة من مشروعية خاصة وحررة تنعقد بكامل الاستقلالية عن الأطراف وعن القاضي الوطني- كما هو الشأن بالنسبة لكل قاض- أي دون تدخل من الجهة التي ساهمت في تشكيل هيئة التحكيم أو تدخل محاكم الدولة⁵² وهو المنحى الذي يكشف عن ذاتية اختصاص المحكم.

⁵²-Pierre Mayer : L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence.AP, P : 427.

أما فيما يخص الجانب السلبي فيتمثل في سلب المحكمة المختصة سلطة النظر في نزاع معروض على المحكم أو نزاع قد تم الاتفاق على فصله بالتحكيم، ومنها ما يتعلق بالأطراف المتنازعة بحيث يساعد الأطراف على تحقيق الأثرين السابقين فيحترم الأطراف الاتفاق على التحكيم وهذا يعتبر أثرا إيجابيا، فيقصدون المحكم لفض نزاعهم ويمتنعون من اللجوء إلى المحكمة المختصة لأي سبب كان وهذا يعتبر أثرا سلبيا إلا ما كان متفقا عليه أو مقررًا في القانون الواجب التطبيق، من ثم فإن الأثر الذي يسري على الأطراف ذو شقين إيجابي وسلبي.

أولا : أثر مبدأ الاختصاص على المحكم

يمنح هذا الأثر المحكم حق الفصل في اختصاصه، وهذا الحق أجمع عليه الفقه والقضاء والتشريعات الحديثة، وعلى ذلك يستطيع المحكم إقرار اختصاصه في الدفع المقدم من قبل أحد الأطراف فيما يتعلق بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه، أو حالة نظر المحكم لمسألة لا يشملها موضوع النزاع ولم يتم الاتفاق عليها أو الفصل في مدى تحقق بطلان العقد الأصلي أو عدم وجوده⁵³، وبناء على ذلك فإذا رأى في هذا الدفع عدم الجدية فيجب عليه إعلان اختصاصه بالنزاع، أما إذا رأى أن هذا الدفع يتسم بالجدية والمصادقية فلا يتأخر عن تقرير عدم اختصاصه، فهذا الحق مقرر له أو لا وقبل أي جهة أخرى، وهذا الأثر ليس بدعا من نظام التحكيم، بل إن هذا الأثر يعمل به في القضاء العادي بناء على القاعدة العامة التي تجعل كل محكمة مختصة مبدئيا بالنظر في أمر اختصاصها، ولا يخفى علينا الفائدة المبتغاة من تطبيق هذه القاعدة، فلو أن القضاء اختص بتطبيق القاعدة دون التحكيم لتقرر عدم اختصاص المحكم بمجرد تقديم منازعة في ذلك من قبل أحد الأطراف، وهذا يعني شل التحكيم بمجرد التذرع ببطلان اتفاق التحكيم مثلا، لذلك لا ينتظر المحكم حتى تمنحه المحكمة المختصة هذا الأثر، ليس كذلك فهو يتقرر بصورة تلقائية باعتباره قاعدة إجرائية أساسية أجمع عليها التشريع الحديث، بل أزعم أنه لا يستطيع الأطراف في الوقت الحاضر الاتفاق على عدم منح المحكم هذا الأثر، لأنها أصبحت قاعدة عرفية دولية يحميها ويرعاها النظام العام الدولي، وهذا الأثر قرره المادة

- أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الرابعة، 1982، ص:117.

1466 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1980 و في المادة 327 ق.م.م من قانون 08-05.⁵⁴

ثانيا : أثر مبدأ الاختصاص على الأطراف

بمجرد أن يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يمارس المحكم صلاحياته تجاه النزاع العالق بينهم، فإنهم بذلك أجازوه في كل سلوك يسلكه لفض هذا النزاع، ولا يغيب عنا أن مبدأ الاختصاص يعتبر أهم أداة يمتلكها المحكم، لذلك يضيف هذا المبدأ أثرا على الأطراف وهو أن أي نزاع قد يترأى لأي طرف في أية مسألة يجب أن يطرحها أولا وقبل كل شيء بين يدي المحكم احتراماً لمبدأ اختصاص بالاختصاص، ومحاولة لتقديم المساعدة للمحكم في إنجاز مهامه، وكذلك يضيف أثرا آخر يتجسد في منع الأطراف من رفع أي نزاع في أية مسألة ما أمام المحكمة المختصة، سواء فيما يتعلق باختصاص المحكم أو فيما يتعلق بموضوع النزاع برمته، فالاحترام الذي يجب أن يتحلى به الأطراف هو أنه يجب سماع المحكم في أي نزاع، فإذا أدلى المحكم بدلوه وكانت النتيجة غير مرضية بالنسبة لمن أثار هذه المسألة، فعليه أن يلجأ إلى المحكمة المختصة إما بالطعن عن طريق الاستئناف لمن يجيز ذلك أو بالطعن برفع دعوى بطلان لمن يقرر ذلك، ويجب على الأطراف احترام المواعيد المقررة عند تقديم الدفوع إن وجدت في القانون الواجب التطبيق وتختلف هذه المواعيد باختلاف حالة الدفع، فمنها على حسب الميعاد المتفق عليه بين الأطراف أو بما نص عليه القانون، ومنها ما يجب التمسك به فوراً وإلا سقط حقه في ذلك، فلا بد أن يساند الأطراف المحكم في نجاح العملية التي لجأوا إليها طواعية، ويتعالوا عن وضع العراقيل والعقبات أمام هذه العملية.

ثالثا : أثر مبدأ الاختصاص على المحكمة المختصة

تتجسد ملامح هذا الأثر على المحكمة المختصة في أن الأطراف لا تستطيع الدفع بعدم اختصاص المحكم أمام المحكمة المختصة مثلما كان من ذي قبل، بل يجب على

-تنص المادة 327 ق.م.م: عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية 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.

الأطراف أن ترفع الدفع بعدم الاختصاص إلى المحكم ليفصل فيه هو أولا وقبل أي جهة أخرى⁵⁵، والسؤال الذي يطرح نفسه الآن.

ماذا لو أن أحد الأطراف قدم الدفع بعدم اختصاص المحكم أمام المحكمة المختصة؟ ما هو موقف المحكمة المختصة تجاه هذا الدفع وكيف تتعامل معه؟

في الواقع لم يتناول هذه الحالة سوى المشرع الفرنسي، حيث تناولها بوضوح في المادة 1458 من قانون المرافعات الفرنسي حيث أشار إلى أنه: 1- إذا رفع أمام المحكمة القضائية نزاعا مرفوعا أمام محكمة تحكيمية بموجب اتفاقية تحكيم فعليها إعلان عدم اختصاصها. 2- إذا لم يسبق للمحكمة التحكيمية أن تعهدت النزاع، فعلى المحكمة القضائية أيضا إعلان عدم اختصاصها ما لم يكن عقد التحكيم واضحا أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها .

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص في المادة 327 في فقرته الثانية: "إذا كان النزاع لم يعرض بعد على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا".

من خلال هذه النصوص يتبين أن المشرع الفرنسي قد أحسن صنعا عندما بدأ ببيان حكم حالة الدفع بعدم اختصاص المحكمة أمام المحكمة المختصة ، حيث قررت أن على المحكمة المختصة أن تحكم بعدم اختصاصها، وقد أفادت المادة 1458 فرنسي بوجود الدفع بعدم اختصاص المحكم من قبل الطرف صاحب المصلحة ، وبما أن الدفع الأول كان أمام المحكمة المختصة في عدم اختصاص المحكم في أي مسألة كانت، فهذا يعني أن المحكم يمارس مهامه أي أن إجراءات التحكيم كانت جارية وضرورة الدفع من قبل صاحب المصلحة قد أجمع عليه الفقه بدون خلاف ونصت عليه التشريعات الحديثة.

وحيث أفادت المادة 1458 الفقرة الثالثة (وفي هاتين الحالتين لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها) فالسكوت عند إبداء هذا الدفع يعتبر تنازلا من هذا الخصم عن اتفاق التحكيم المبرم بينهما لأنه لا تستطيع المحكمة المختصة إثارة ذلك من تلقاء نفسها لأنه ليس متعلقا من النظام العام.

⁵⁵ - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري: م.س، ص: 116 .

فالمشرع الفرنسي قد أشار في المادة 1458 أنه إذا رفع دعوى أمام المحكمة المختصة، ويوجد فيه اتفاق تحكيم فإنها تحكم بعدم اختصاصها إذا رأت أن اتفاق التحكيم صحيح وغير باطل، أما إذا تبين لها بطلانها سواء تم الدفع من قبل الطرف صاحب المصلحة أم لا، ولم تنظر هيئة التحكيم النزاع فإنها تحكم باختصاصها.

بالنسبة للمشرع المغربي يبدو أنه تناول الأمر بشكل مختلف تماما عندما نص في المادة 327 من قانون 05-08: ... إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم"، الملاحظ أن المشرع المغربي يقرر أن المحكمة المختصة بمجرد دفع الخصم صاحب المصلحة بوجود اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى.

المحور الثاني: تقييم مبدأ الاختصاص بالاختصاص كنص تشريعي

انطلاقاً من اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص من المبادئ الواسعة الانتشار في التشريعات على المستوى الوطني والدولي له، وانطلاقاً من تأييد القضاء الداخلي والدولي له، وانطلاقاً من اهتمام الفقه به واعتباره قضية مسلمة وقاعدة عبر دولية لا خلاف عليها، نتساءل عن دور المحكم في أعمال هذا المبدأ وكيف يتعامل معه ثم ماذا عن آفاقه المستقبلية؟

أولاً: آليات المحكم في أعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إذا كان للقاضي آليات ينظر من خلالها إلى النزاعات، وذلك في حالة مثول الطرفين أمامه أو في حالة لجوء أحدهما إليه وطرح النزاع عليه، فإن المحكم يمتلك مثل هذه الآليات، بل قد تزيد عنها وذلك باعتبار طبيعة التحكيم التي تتسم بسهولة الإجراءات وبتشجيع اللجوء إليه من قبل المشرع ومعاونة القضاء له، إذ نلاحظ أن الآليات التي يمتلكها المحكم تزيد عما يمتلكه القاضي في المحكمة المختصة بتدخله يمنح المحكم آلية هو نفسه لا يمتلكها، فما هي آليات المحكم في أعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص؟

أ - مثول الأطراف أمام المحكم : يعتبر مثول الأطراف بين يدي المحكم من أبرز الآليات التي يركن إليها المحكم لإعلان اختصاصه، فمجرد المثول يعني توافق الإرادة وتطبيقها، حيث يستطيع المحكم استجلاء أي غموض أو شكوك حول دوره وسلطاته واختصاصه أو حول علاقة الأطراف بعضهم بعض، كما أن المحكم هو

الذي يقدر واقعة المثل على حسب النظام الذي سلكه الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، فقد يمثل الأطراف أمام المحكم الحر أو أمام مؤسسة التحكيم⁵⁶ وعلى المحكم تقدير واقعة المثل ومدى تحققها.

- في حالة اللجوء إلى التحكيم الحر أي تحكيم الحالات الخاصة أو التحكيم الخاص ، حيث تمثل تنظيما إراديا تعلق فيه إرادة الأطراف في اختيار القواعد التي يخضع لها التحكيم من نشأته إلى انقضاء إجراءاته فهو لا يرتبط بمؤسسة ولا بنظام معين، ويتميز التحكيم الحر عن التحكيم المؤسسي بأنه أكثر مرونة وأقل تكلفة

فعند مثل بين يدي المحكم يتحقق الارتباط بين الأطراف والمحكم، ويستطيع بناء على مثل الأطراف بين يديه الاتصال بهذا النزاع ، وبما أن المثل ثابت للمحكم فإنه لا يشترط ضرورة تحقق اتفاق مكتوب بين الأطراف، فمجرد الحضور يعتبر حالة أبلغ من حالة الاتفاق المكتوب، وهو ما أشارت إليه المادة 314 من قانون 05-08: "...إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة الأطراف إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب".

فضلا عن ذلك فإن المحكم يقوم بتحرير وثيقة التحكيم و يعلن قبول مهمته، ويتم حينها تعيين جميع المسائل المتعلقة بالإجراءات أو بالقواعد الموضوعية التي تحكم النزاع، وتحديد هذه الوثيقة وقبول المحكم للمهمة تحقق ما يحققه اتفاق التحكيم المكتوب، بل وتأخذ بعدا أوسع كما أن المثل عنصر مهم في تحريك إجراءات التحكيم و عنصر حقيقي في منح المحكم سلطة الفصل في النزاع، بالإضافة إلى منحه آلية يستطيع المحكم من خلالها إعلان

اختصاصه، وقد سبق ذلك إبرام اتفاق تحكيم سواء كان في صورة شرط تحكيم أو عقد تحكيم كما جاء في المادة 307 من ق.05-08، فإذا صح اتفاق التحكيم استجمع المحكم ما يمنحه إعلان اختصاصه، ويكون لمثل الأطراف بين يدي المحكم دور

7- نصت المادة 319 من قانون 08-05 على أن: "التحكيم يكون إما خاصا أو مؤسساتيا. في حالة تحكيم خاص، تتكفل الهيئة التحكيمية بتنظيمه مع تحديد المسطرة الواجب اتباعها ماعدا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو اختاروا نظام تحكيم معين. عندما يعرض التحكيم على مؤسسة تحكيمية، فإن هذه الأخيرة تتولى تنظيمه و ضمان حسن سيره طبقا لنظامها...."

كبير في تصحيح كل ما يشوب شرط أو مشاركة التحكيم من بطلان غير ما يتعلق بالنظام العام.

وبناء على ذلك يستطيع المحكم أن يعلن اختصاصه بنظر النزاع وفي أي مسألة تثار أمامه خلال إجراءات التحكيم ، والمثول بين يدي المحكم يفرض عليه إصدار (إعلان) إما اختصاصه وإما بعدم قبوله فهو آلية فعالة في أعمال الاختصاص.

فالمثول بين يدي المحكم هو الذي أعطى المحكم صلاحية قراءة مدى صحة اتفاق التحكيم، وهذا المثول يعني أن المحكم هو الشخص الذي أراد الأطراف فعلا تكليفه بالفصل في النزاع، هذا عن التحكيم الحر، فماذا عن دور المثول أمام التحكيم المؤسسي وكيف يؤثر في إعلان المحكم لاختصاصه؟

في حالة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي: غالبا ما تفضل الأطراف المتنازعة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي، وذلك للاستفادة مما تقدمه هذه الهيئات من تسهيلات وخدمات لإجراء التحكيم وفقا للقواعد المنصوص عليها في لوائح التحكيم الخاصة بها وفق ما نصت عليه المادة 327-5 من القانون 05-08 ، وفي هذه الحالة يعتبر اللجوء إلى هذه المؤسسات هو السبيل لتحقيق اختصاصها لفصل النزاع ، لكنه لا يسمح لأي محكم أن يعلن اختصاصه بالنزاع إلا إذا تم تعيينه من قبل هذه المؤسسة أو المركز، ويختلف نظام التعيين من مؤسسة لأخرى.

وما يعنينا في هذا المقام أن المحكم عندما يمسك بزمام النزاع بناء على تعيين هذه المؤسسة، حيث يجب عليه التأكد من تعيينه وفق قواعد هذه المؤسسة أو وفق ما تتبناه من قواعد وأنه تم بطريقة قانونية سليمة لا يشوبها أي نوع من المخالفة حتى يستطيع إعلان اختصاصه في هذا النزاع، فإذا ما ظهرت صحة هذا التعيين فإن المحكم على إثر ذلك يعلن اختصاصه في نظر النزاع ، وهذا ما حدث في القضية المشهورة بقضية الكاكو.

لكن قد يحصل في بعض القضايا ألا يبحث المحكم عن صحة تعيينه ولا عن مدى انطباق شروط هذا التعيين مع لائحة المؤسسة التحكيمية التي لجأ إليها الأطراف، مما يترتب على ذلك بطلان إعلان اختصاصه وبطلان الحكم الفاصل في النزاع، وهذا ما حدث في القضية التي دارت أحداثها بين شركة أرجنتينية أبرمت مع شركة فرنسية وأخرى أرجنتينية عقد توريد سنة 1987 وأدرجت ضمن بنود هذا العقد شرطا بمقتضاه يتم حسم أي نزاع بواسطة ثلاثة محكمين يعين كل طرفا محكما ويتم

تعيين الثالث بمعرفة الأطراف جميعاً، فإذا اختلفوا على تعيينه فإن الذي يقوم بذلك هو رئيس محكمة العدل الدولية بلاهاي وإدراج الخصوم في نفس الشروط بندا يقضي بأن تشكيل هيئة التحكيم، والإجراءات المنطقية على النزاع يحكمها نصوص لائحة غرفة التجارة الدولية.

لكن كان من المفروض على هيئة التحكيم أن تبحث عن صحة تعيين غرفة التجارة الدولية لها، وأن هذا التعيين قام على أصول صحيحة مستوحاة من لائحته وقواعدها ومن اتفاق الأطراف ولكن هذا لم يكن ، فهئية التحكيم لم تبدل جهدا للبحث عما تم إدراجه في اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، لذلك كان تعيين غرفة التجارة الدولية لها باطلا لمخالفته لاتفاق الأطراف، ولولا تكامل هيئة التحكيم في وظيفتها لما وقع البطلان، فالمحكم لكي يضمن عدم بطلان حكمه عليه أن يتحقق من اختصاصه، وهذا الاختصاص قد يمنح من قبل مؤسسة تحكيم إذا كان لها ذلك، فتعيين المؤسسة له يعتبر آلية يبني عليها المحكم اختصاصه

ب- ادعاء أحد الأطراف وجود اتفاق تحكيم

يعتبر المحكم ممثل الأطراف بين يديه أصدق واقعة يعلن على إثرها اختصاصه، لكنه أحيانا قد تنشأ نزاعات، فيضطر الطرف الأكثر تضررا اللجوء إلى المحكم ولديه من الأدلة ما يثبت حقه، فعندئذ يلتزم المحكم بدورين أساسيين:

1 - التزام المحكم بالبحث عن اختصاصه: قد ينشأ نزاع بين أطراف علاقة تجارية أبرم بينهم عقد ، وأضيف إلى هذا العقد اتفاق أو أدرج في نفس العقد اتفاق بموجبه يتم عرض أي نزاع قد ينشأ على هيئة تحكيم، وأول ما يجب على المحكم مراعاته هو التحقق من مدى توافر اختصاصه والشروط اللازمة لإنجاز مهمته حتى يصل إلى حسم الخلاف بصورة قاطعة، لهذا يكون لزاما على المحكم البحث في اختصاصه تم عرضه بين يديه وأن يبذل أقصى عناية حتى يكون نتاجه صحيحا وسليما ولا يتعرض فيما بعد للبطلان وهذا ما سارت عليه محكمة السين المدنية في الحكم الصادر في 17 أكتوبر 1956 والمتعلق بتحكيم دولي تم في إطار غرفة التجارة الدولية، حيث أكدت على أنه : يجب على المحكمين في المقام الأول أن يتبينوا من أن اتفاق التحكيم يمنحهم الاختصاص بالفصل في النزاع المعروض عليهم، كما أنهم ملزمون بالتأكد من وجود اتفاق التحكيم وصحته ومن نطاقه، وإلا شاب حكمهم البطلان، ومن ثم وجب على المحكم البحث في اختصاصه قبل الشروع في نظر النزاع والتحقق من أمرين:

- التحقق من وجود اتفاق تحكيم أيا كانت صورة هذا الاتفاق.
- التحقق من تعيينه للمحكم في هذا النزاع سواء كان التحكيم حرا أو مؤسساتيا أو من قبل المحكمة المختصة.

على المحكم عندما يتقدم إليه أحد الأطراف المتنازعة عارضا عليه تفاصيل النزاع أن يتحقق من بادئ ذي بدء من توفر اتفاق التحكيم، وبالأخص عند عدم قبول المدعى عليه المشاركة في طرح النزاع على المحكم وعندما لا يتقدم بعريضة طلباته، فيبحث المحكم عن اتفاق التحكيم سواء كان في شكل عقد مكتوب موقع عليه من جميع الأطراف أو كان في شكل رسائل متبادلة أو برقيات... (الفصل 313 من قانون 05-08) ومدى توفر الرضا اللازم لكي يقال بأن الاتفاق قد أبرم صحيحا.

على المحكم أيضا أن يتحقق من أنه الشخص المراد بنظر النزاع، وهناك قرائن عديدة لا تحصى يستطيع المحكم أن يكتشف بها أنه الشخص المعني بنظر النزاع، حيث أن هناك العديد من القضايا التي ظهر فيها ضرورة التزام المحكم بالبحث عن اختصاصه، ومن ذلك النزاع الذي نشأ بين شركة من بنما وشركة هندية تمت فيما بينهما بطريق التلكس، إذ عرضت الشركة الأولى أن تبيع للشركة الثانية كمية من وقود الطائرات بسعر محدد مقابل مستندات الشحن إلى أحد البنوك لفتح اعتماد مستندي غير قابل للإلغاء، وتم هذا الاتفاق بالتلكس بين الطرفين والتعاقد بالتلكس معترفا به دوليا، وقد أشارت الشروط العامة في التلكس إلى قواعد انكوترمز الصادرة عن غرفة التجارة الدولية. incoterms

كما أشارت أنه في حالة الاختلاف يتم التحكيم عن طريق غرفة التجارة الدولية بسويسرا ويطبق القانون السويسري، وقد رد المشتري على البائع بتلكس انتهى بعبارة أن الصفقة قد

انتقلت خطأ بالتلكس كيف مما يمكن فهمها كيف تمت (NO) تمت الآن إلا أن كلمة الآن

الصفقة نهائيا، فعلا تراخى المشتري عن فتح باب الاعتماد المستندي مما أدى إلى إشارة نزاع عرض على محكم في إطار غرفة التجارة الدولية، وتمسك المشتري بعدم وجود عقد بيع بين الطرفين بل مجرد تخبير بالشيء، وقرر عدم اختصاص غرفة التجارة الدولية وعدم اختصاص المحكم.

وهنا تظهر وظيفة المحكم في البحث عن اختصاصه في هذه النزاعات وذلك بالتحقق من اختصاصه القائم على التحقق من وجود اتفاق التحكيم، وبإليه إمكانية اختصاصه في أية مسألة تثار أثناء النزاع وعلى إثرها قرر حق البائع في التعويض وفي فوائدها من تاريخ رفع الدعوى وإلزام المحكم المشتري بمصاريف التحكيم وأتعاب المحكم والخبير لأنه خسر الدعوى.

2 - التزام المحكم بمناقشة مسألة اختصاصه : إن دور المحكم لا يقف عند البحث عن اختصاصه في أي نزاع يتم طرحه عليه، بل لابد أن يلجأ المحكم إلى وسيلة أخرى وأنسب للتحقق من مدى اختصاصه وهي مناقشة الأطراف عن مدى منح هذا الاختصاص، لأنه بالمناقشة يتعرف على خبايا إرادة الأطراف تجاه هذا المنح، ويستجلي هذا الغش الذي قد يصيب ظروف التعاقد بصفة عامة، مما قد يشير إلى عدم مطابقة هذا المعنى للإرادة المشتركة للأطراف، فالمحكم بالمناقشة يدرى معاني الألفاظ ومداهما، ويحسم التعارض بين دلالة معنية و بين ما يعارضها من دلالات أخرى.

يقدم لنا قضاء التحكيم الدولي العديد من شروط التحكيم الغامضة والتي أمكن جلاء غموضها عن طريق تفسير عباراتها، من ذلك قضية متعلقة بعقد بين أطراف ألمان كان يتضمن شرطاً للتحكيم يقضي بأنه في حالة عدم الاتفاق الودي تحسم جميع المنازعات المحتملة وفقاً لقواعد التحكيم والتوفيق لغرفة التجارة الدولية في زيورخ، وعندما نشأ الخلاف بين الأطراف طلب أحدهم من غرفة التجارة اتخاذ ما يلزم للسير في إجراءات التحكيم ولكن الغرفة تبينت أنها غير مقصودة بالشرط لأنها ليست دولية، وقدرت أن المقصود هو غرفة التجارة الدولية التي مركزها في باريس، والتي لها في سويسرا لجنة وطنية تابعة لها، فأحالت ملف القضية إليها.

وقد قررت محكمة التحكيم وهي إحدى تنظيمات غرفة التجارة الدولية التي تشرف على التحكيم أن المقصود في الشرط المذكور هو أن يكون مكان التحكيم مدينة زيورخ في سويسرا، وأن المؤسسة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية، وعلى هذا النحو صار المقصود بالشرط كما ذهب إلى محكمة التحكيم أن يجري التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية وأن مدينة زيورخ تعتبر مكاناً للتحكيم، على هذا الأساس باشر المحكم الوحيد اختصاصه وفي صحة اتفاق التحكيم وفقاً للقانون السويسري (قانون مكان التحكيم) ذلك أن سويسرا منظمة اتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي تقضي المادة الخامسة من ميثاقها بأن صحة اتفاق التحكيم مقرر طبقاً لقانون مكان التحكيم⁵⁷.

ثانياً: الآفاق المستقبلية لمبدأ الاختصاص بالاختصاص

7- صدر هذا الحكم بجلسة 20 نوفمبر 1985 م من محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، انظر: محي الدين إسماعيل : منصة التحكيم ، الجزء الأول ، قضية رقم 13 ، ص: 110 .

تكشف المؤسسات التحكيمية عن جهودها في تفادي العراقل التي تواجه تطبيق الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك باستحداث آليات ذو طابع فني والتي تهدف بالأساس إلى تأصيل اختصاص نوعي عبر وطني.

ومن بين الآليات التي اعتمدها اللوائح الداخلية لمراكز التحكيم الدفع بعدم الاختصاص لتتحقق فعالية اتفاق التحكيم وتقلص حالة الاستعانة بالقضاء الوطني، الأمر الذي يجنب العملية التحكيمية أسباب المماطلة والتعطيل، هذا وتملك مراكز التحكيم التأكيد من وجود اتفاق التحكيم وصحته بناء على فحص سطحي لوجود اتفاق التحكيم، حيث يجوز معه تشكيل هيئة تحكيم يؤول إليها البث في اختصاصها وهو ما يعبر عنه بالضبط المؤسسي.

فإذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وفق نظام تحكيم مركز معين غالبا ما تشرف هيئة تنظيمية دائمة إدارة هذا التحكيم، وتسهر على تنفيذ نظامها.

في هذا الإطار تهدف معظم مؤسسات التحكيم إلى ضبط الدفوع المتعلقة باختصاص المحكم في منح إدارة مراكزها أولوية زمنية لفحص وجود اتفاق التحكيم لتيسير انعقاد هيئة التحكيم التي تنظر في اختصاصها وتعمل بالتالي مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث إن سلطات هذه الهيئات منصوص عليها في نظامها الخاص الذي قبله الأطراف، ذلك أن إرادة الأطراف لا تتنافى مع وجوب احترام الأسس والمبادئ التنظيمية التي تعمل هذه الإرادة في إطارها.

بناءا عليه تنص المادة 17 من لائحة واشنطن: " للمركز سلطة التأكيد من فحص سطحي للأمر من وجود اتفاق التحكيم مما يجوز معه تشكيل هيئة التحكيم".

إن اختصاص مراكز التحكيم بفحص أولي لوجود اتفاق تحكيم مسألة فنية تتعلق بالطبيعة القانونية لما تصدر الهيئة التنظيمية من قرارات ومدلى خضوعها لرقابة القضاء.

ذلك أن الطبيعة الإدارية تجعل قرارات الهيئة التنظيمية في مأمّن من طرق الطعن أمام القضاء الوطني، وهو المنحى الذي تدافع عنه مراكز التحكيم منها المادة 12 من نظام غرفة التجارة الدولية والتي تقرر الطبيعة الإدارية لقرار الهيئة التنظيمية بشأن الرد على الدفع الذي يثيره أحد الأطراف بشأن وجود اتفاق التحكيم أو صحته.

يرى الفقه ضرورة دعم موقف المؤسسات التحكيمية وإسباغ صفة المشروعية على القرارات التي تصدرها ليخضع اختصاص المحكم وحده لرقابة القضاء الوطني من أجل تحفيز مؤسسات التحكيم وتضييق نطاق تدخل المحاكم الوطنية في خصومة التحكيم.

فالاتجاه القضائي قد شجع التحكيم ودعمه، حيث أقر عدم خضوع قرارات المؤسسات للرقابة القضائية⁵⁸، ذلك أن محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ

29-11-1985 قد أنكرت الطبيعة القضائية لهذه المؤسسات أو انتمائها إلى مرفق القضاء، وإن كان القضاء الفرنسي قد اعترف باختصاص ولائي للمركز ووضع تمييزا بين اختصاص القضائي للمحكمين عن سلطات تنظيم المؤسسة، وأكدت عدم إمكانية خضوع قرار مؤسسة التحكيم بنفي اختصاصها لنظر النزاع لرقابة القضاء، وبالتالي أقرت بالطبيعة الإدارية لمثل هذه القرارات.

لاشك أن جهود المؤسسات التحكيمية في استحداث وسائل وآليات تقنية هدفها تأصيل اختصاص نوعي عبر وطني كنموذج من هذه المؤسسات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، حيث نجد أن المستثمر الأجنبي يتعامل مع النص التشريعي على أنه إيجاب مفتوح يقبله بمجرد طلب التحكيم أمام المركز.

يؤسس المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار اختصاصه بناء على عدة معايير تكون في مجملها ضوابط لاختصاص نوعي للمركز.

إن اللجوء إلى هذا المركز مرهون بصفة الدولة المضيفة لاستثمار الطرف في الاتفاقية من جهة و رعايا الدولة من جهة أخرى، فبخصوص تأسيس المحكم لاختصاصه بناء على فكرة الدولة الطرف فإن المعاهدة تتجاهل الأجهزة التي تعتبر جزءا للدولة: جماعات محلية، أقاليم، مقاطعات... فالمادة 25 نصت على أن المركز يمكن أن يفصل في المنازعات التي تكون الدولة التي تكون إحدى هذه الهيئات طرفا فيها بشرط أن تكون الدولة التي ينتمون إليها قد وافقت على أن يشملهم اختصاص المركز، مع ذلك فهذه الهيئات ليست طرفا في المعاهدة الثنائية، لذا من

11-قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 13 يوليوز 1988، منشور بمجلة التحكيم، ع 2، سنة 1989 Pierre bellet. تعليق ببيير

الصعب إسناد التصرفات الصادرة عنها إلى الدول التي ترتبط بها نظرا لاضطلاعها بصلاحيات متميزة عن الدولة المركزية.

يتبين من خلال ما سبق أن الإرادة لم يطلها التهميش، وما زال الرضا في ثبوته رغم تغير الشكلية في إظهاره، وهو ما يستوعب قابلية التكيف مع ما يستجد من معطيات اقتصادية، لكن مع ذلك يثير هذا التوجه ريبة العديد من الفقه، يمكن تلخيصها في:

- غلو موقف المحكمين بجلب بتأكيد اختصاصهم عند غياب فاضح لاتفاق التحكيم.

- إلحاح مراكز التحكيم الخاصة بالاستثمار على عقد اختصاصها حتى في أعقاب حكم قضائي وطني لم يعترف بوجود اتفاق التحكيم.

- اعتبار توسيع نطاق اختصاص مراكز التحكيم بمثابة تهميش الرضا

إذن فمركز تسوية منازعات الاستثمار يقدر اختصاصه دون التقيد بالمعايير الوطنية، فيجد المحكم في النظام القانوني العبر وطني للمبادئ العامة المشتركة قرينة على وجود اختصاص مهني، فأفاق العولمة تشير إلى تأصيل اختصاص نوعي خصوصا في مجال الاستثمار، لذلك فظاهرة العولمة بالمفهوم الاقتصادي عموما والاستثماري على وجه الخصوص يتضافر مع إبرام عدد يسير من اتفاقيات حماية الاستثمار الدولي وتراكم عادات وأعراف عبر وطنية تأخذ بعين الاعتبار مصالح التجارة الدولية مركز سيردي يتبوأ مكانة هامة في تأصيل اختصاص عبر وطني وعولمة الضمانات القضائية التي تحمي المستثمر، كما يؤسس المركز اختصاصه على مفهوم الاستثمار، حيث تختفي الحدود الشكلية بين النظم القانونية، ويتم حصر الروابط القانونية لنزاع الاستثمار في نظام عبر وطني.

خلاصة القول أن الجدل الفقهي حول مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد أضحى ترفا فقهيًا، بحيث تروم الدراسات اليوم إلى تسليط الضوء على ما ينتج عنه من آثار محاولة لمواكبة تطورات القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي والذي يظهر من خلالها أن آثار مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد ساهمت في نشأة وتطوير الاختصاص التحكيمي وفي تجميد الوسائل الاحتياطية التي تهدف إلى النيل من الدعوى التحكيمية.

أملنا أن يكون هدف وفلسفة كل اجتهاد قضائي مغربي هو تحقيق التوازن المطلوب بين اختصاص المحكم واختصاص القاضي لمواجهة التحديات الذي أفرزه التطور المستمر للأنظمة الاقتصادية وبذلك فإن المشرع المغربي على غرار نظائره مدعو لإعادة النظر في صياغة النصوص القانونية التي تحكم الروابط الخاصة الدولية والإسراع في وتيرة إصلاح النظام القضائي بما يستوعب التعامل الإيجابي مع القواعد الموضوعية المنظمة للتحكيم الخاص الدولي خصوصا إذا علمنا أن ممارسة التحكيم بالمفهوم الحضاري أضحت وسيلة لحماية الدولة لسيادتها الوطنية ومصالحها التنموية.

التحكيم التجاري الدولي و السيادة

إعداد : إبراهيم أولتيت*

ملخص الدراسة:

نحاول في الدراسة الاستدلال على نقض الأطروحة القائلة بنهاية السيادة الوطنية نتيجة اللجوء إلى اختيار التحكيم التجاري الدولي، لتسوية المنازعات التجارية، بعيدا عن القانون و القضاء الوطنيين. و ذلك عبر مجموعة من الحجج تبين حضور القانون و القضاء الوطنيين في المنازعات التجارية الدولية.

و ذلك وفقا للخطة التالية:

تمهيد (نتناول فيه أهمية الموضوع و مفاهيم الدراسة: التحكيم، التجارة الدولية و السيادة)

*- إبراهيم أولتيت، أستاذ القانون العام، جامعة ابن زهر، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، أكادير.

العنوان الإلكتروني: defis2010@yahoo.fr

أولاً: التحكيم التجاري الدولي و “نهاية” سيادة الدولة

- 1- الحرية في تشكيل هيئة التحكيم و اختيار الحكام.
- 2- مرونة المسطرة التحكيمية.
- 3- إمكانية التسوية الودية.
- 3- القانون الواجب التطبيق .

ثانياً: سيادة الدولة كقيد على مبدأ حرية الاتفاق في التحكيم التجاري الدولي

- 1- الحماية الدبلوماسية للمستثمرين الوطنيين في نزاع مع دولة.
- 2- المقاطعة التي تفرضها الدول و تأثيرها على المستثمرين.
- 3- الخضوع لمقتضيات النظام العام.
- 4- الرجوع إلى القضاء الوطني للاعتراف بالمقرر التحكيمي و في حالة الطعن بالبطلان

خلاصات و استنتاجات

لائحة المصادر المعتمدة.

تمهيد:

يعود اختيار التحكيم، " كوسيلة لتسوية المنازعات الناجمة عن العلاقات التجارية الدولية"⁵⁹ ، بديلا عن القضاء الوطني، إلى عدة دوافع لاسيما:

- رغبة المتنازعين في حل النزاع باعتماد قانون طائفي، يعتمد على الممارسات التجارية أو قانون التجار (Lex mercatoria)، يتميز بعالميته مقارنة بالقانون الوطني الذي يفرض على القاضي؛

- و بحث الأطراف عن حل مقبول من الطرفين من شأنه ضمان استمرار العلاقات الاقتصادية، و ليس السهر على احترام القانون⁶⁰ .

و عليه، يسعى "التحكيم التجاري الدولي"⁶¹ إلى تحقيق العدالة / الإنصاف و ليس إلى تطبيق قانون معين على النزاع ؛ فقديما قال أرسطو: "إن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل التحكيم على القضاء لأن المحكم يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع"⁶² .

و اليوم، فقد أصبحت العدالة مصدرا خاصا للقانون الدولي يسمح للدول ذات السيادة أن تعترف بسلطات استثنائية للحكم-أو الحكام- تؤهله للفصل في المنازعات، حسب قواعد العدالة و الإنصاف و على أساس حرية الاتفاق بين الأطراف بعيدا عن القانون الوطني.

⁵⁹- حسب الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم 72/40 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،الجلسة العامة 112، 11 كانون الأول/ ديسمبر 1985، منشورات الأمم المتحد ، فيينا ، 2008. يمكن الإطلاع عليه عبر الرابط التالي:

<http://www.uncitral.org>

⁶⁰-René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, eds .Economica, Paris , 1981, pp. 15-16.

⁶¹- نشير إلى أن عبارة " التحكيم التجاري الدولي" استعملت لأول مرة في المناقشات التي سبقت التوقيع على اتفاقية نيويورك.

أنظر، عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، نوقشت بكلية الحقوق ،جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1982-1983، ص.

⁷
⁶²- أورده غزيول برادة محمد، " تسوية المنازعات التجارية الدولية : الواقع و الآفاق"، مجلة الملحق

القضائي، عدد مارس 1994.

أنظر كذلك: René DAVID,op.cit,p. 28.

ينتج عن ذلك أن التحكيم التجاري الدولي سيثير مسألة علاقة الفاعلين في العلاقات التجارية الدولية و المتمثلة في الصراع بين الدول (مبدأ السيادة و من تجلياته مبدأ الإقليمية) و الشركات المتعددة الجنسيات في سعيها لوضع قواعد تحكم المعاملات التجارية بعيدا عن القوانين الوطنية (خاصة قوانين دول الجنوب)⁶³.

• مفاهيم الدراسة:

أ- التحكيم :

التحكيم في اللغة معناه التفويض أو الأمر أو الإجازة: يقال " حكمت [بتشديد الكاف مع الفتح] فلانا في مالي أي فوضت إليه الحكم فيه". و يقول ابن منظور في لسان العرب: " حكموه بينهم: أمروه بينهم: أمروه أن يحكم بينهم. و يقال " حكمتنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا"⁶⁴.

و عُرف التحكيم من الفقه بأنه:

- " نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم و يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق أو شرط خاص مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ذات الطابع الدولي و التي يجوز تسويتها بطرق التحكيم بإنزال حكم القانون عليها و إصدار قرار قضائي ملزم لهم"⁶⁵.
- و قد عرف كذلك بأنه: "تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسألة تهم العلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص من طرف شخص أو عدة أشخاص - الحكم أو الحكام- يستمدون سلطتهم من اتفاقية خاصة..."⁶⁶.

⁶³- يذهب Phillipe KAHN : إلى أن العقد الاقتصادي الدولي (أو العقد التجاري الدولي) هو أداة هذه الشركات في تنظيم المحيط الاقتصادي ، و يتجلى ذلك في الطابع النمطي لعقود التجارة الدولية حيث تتشابه شروط هذه العقود"، أورده، محمد شعبي،" التحكيم التجاري الدولي في الميزان"، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية، عدد 34، 1994، ص. 122.

⁶⁴- حول هذه المعاني، أنظر، مهند أحمد الناصوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص (دراسة مقارنة لأحكام التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية و الأجنبية و الاتفاقيات و المراكز الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2005، ص: 33.

⁶⁵- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية: دراسة تاصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ط1989، ص. 211.

⁶⁶- يقول روني دافيد في هذا الصدد:

- أو “ الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة”⁶⁷ .

و حسب قانون الأونسيترال النموذجي يكون التحكيم دوليا:

أ - إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق، واقعين في دولتين مختلفتين؛ أو

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

1- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقا له؛

2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به؛ أو

ج- إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة⁶⁸ .

ب- التجارة الدولية : “ مجموع التدفقات للسلع التي تشكل موضوعا لتبادل بين الفضاءات الاقتصادية الوطنية التي تقاس بمجموع الصادرات (الواردات) العالمية”⁶⁹ .

« L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l'arbitre ou les arbitres- lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat », René DAVID, op.cit,p. 9.

⁶⁷ - أورده عبد الله درميش، مصدر سابق، ص10.

⁶⁸ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 - المادة 1 فقرة 3. يمكن الإطلاع على نص القانون على الموقع الإلكتروني للجنة على الرابط التالي:

<http://www.uncitral.org>

⁶⁹ - Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, eds, NATHAN, Paris, pp.75-76.

حسب قانون الأونسيترال النموذجي⁷⁰: "ينبغي تفسير مصطلح "التجاري" تفسيراً واسعاً بحيث يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطبيعة التجارية، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية. والعلاقات ذات الطبيعة التجارية تشمل، دون حصر، المعاملات التالية:

أي معاملة تجارية لتوريد السلع أو الخدمات أو تبادلها؛ اتفاقات التوزيع؛ التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية؛ إدارة الحقوق لدى الغير؛ التأجير الشرائي؛ تشييد المصانع؛ الخدمات الاستشارية؛ إصدار التراخيص؛ الأعمال الهندسية؛ الاستثمار؛ التمويل؛ الأعمال المصرفية؛ التأمين؛ اتفاق أو امتياز الاستغلال؛ المشاريع المشتركة و غيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري؛ نقل البضائع أو الركاب جواً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية".

ج- السيادة :

يُحيل مفهوم السيادة إلى سمو الدولة على مستويين : على المستوى الداخلي ، بامتلاكها السلطة الشرعية المطلقة على جميع الأفراد والمجموعات؛ و على المستوى الخارجي، حيث أن الدولة تكون مستقلة غير تابعة في اتخاذ قراراتها لأي سلطة سياسية أخرى، إلا ما يفرضه القانون الدولي.

هناك خلاف في تحديد البدايات الأولى لظهور نظرية السيادة، بين من يعود بأصل النظرية إلى أرسطو⁷¹ (ARISTOT) ، ومن يذهب إلى أنه في تاريخ مبدأ السيادة يعد ميكافيلي (MACHIAVEL) الأول وإن لم يطور نظرية خاصة بالسيادة، حيث لم يستعمل هذا المفهوم في كتاباته⁷². لكن، مهما تعددت الآراء، تُجمع أغلب الكتابات على اعتبار جون بودان (John BODIN) واضع أول نظرية في السيادة، فما معنى السيادة عند جون بودان ؟

يعرف جون بودان (J.Bodin) السيادة بأنها: "القوة المطلقة والأبدية لجمهورية"⁷³. هذا التعريف لا يمكن فهمه إلا بفهم المعنى الذي يعطيه للجمهورية

⁷⁰ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 ، مصدر سابق. 71 - عباس عبد الهادي، السيادة، طبعة أولى، دمشق: دار الحصاد للنشر والتوزيع، 1994، ص. 15.

72 – Gérard MAIRET, Le principe de souveraineté, histoire et fondement du pouvoir moderne, Paris, Gallimard, 1997, p. 4.

73 – Jean BODIN, Les six livres de la république (livre premier, chapitre XIII, de la souveraineté), Paris, Fayard, 1986, p. 179.

التي يعرفها بأنها: "الحكم المستقيم لعدة أسر ولما هو مشترك لديها، شرط أن يتوفر لديه قوة سيادة"⁷⁴. وهذه القوة السيادة، أو السيادة، تتسم بأنها دائمة ومطلقة.

● **السيادة كقوة دائمة (Puissance perpétuelle) :**

فهي: "دائمة بدوام حياة الذي يملكها، ويملكها باسمه الخاص"⁷⁵؛ فهي "غير محدودة لا في القوة ولا في المهمة، ولا في مدة محددة"⁷⁶. فدائمة هنا تعني أن ليس لها نهاية.

● **السيادة كقوة مطلقة (Puissance absolue):**

تعني القوة المطلقة: "أن الشعب، أو حاكم جمهورية، يمكن أن يعطي دون قيد أو شرط القوة السيادة والدائمة لأحد ما لتنظيم الممتلكات والأشخاص حسب رغبته"⁷⁷.

اعتمادا على هاتين الخاصيتين (السيادة كقوة دائمة ومطلقة)، فإن السمة الأولى للسيادة - باعتبار السيد أعلى من كل المواطنين - هي: "القدرة على سن القانون ونقده (...)"⁷⁸.

السيادة بهذا المعنى، حسب برتراند بادي (B. BADIE)، "تحيل إلى أن كل دولة تمتلك سلطة غير محدودة، مستقلة عن الآخرين، وتضع قوانينها الخاصة و نظامها الخاص..."⁷⁹.

نتيجة ذلك أن الدولة تمارس وحدها سلطتها على إقليمها عبر ممارسة أنواع الاحتكار التالية⁸⁰:

74 - Ibid., p. 179.

75 - Ibid., p. 179.

76 - Ibid., p: 180-181.

77 - Ibid., p. 187.

78 - Ibid., p. 3-6.

79 - Bertrand BADIE, Un monde sans souveraineté, les Etats entre ruse et responsabilité, Paris, Fayard, 1999, p. 5.

80 - Paul ISOART, « Souveraineté Etatique et Relations internationales » in Mario BETTATI (et autres), la souveraineté au XXème siècle, Paris, Armand Colin, 1971, p. 15.

- 1 - احتكار التشريع: الدولة تضع بنفسها القانون الذي ستطبق داخل حدود إقليمها.
- 2- احتكار الإكراه على مواطنيها، الذي يتوقف كذلك على حدودها.
- 3 - احتكار القضاء.

إشكالية الدراسة:

ما هي طبيعة العلاقة بين التحكيم التجاري الدولي و سيادة الدولة ؟

تتفرع عن هذه الإشكالية الأسئلة التالية:

السؤال 1: هل يمكن أن ينتج عن التحكيم التجاري الدولي " نهاية "81 سيادة الدولة؟

السؤال 2: ألا تشكل سيادة الدولة قيودا على حرية الأطراف في التحكيم التجاري الدولي؟

سنحاول الإجابة عن هذه الأسئلة انطلاقا من الفرضيات التالية:

الفرضية 1: يتميز التحكيم التجاري الدولي بحرية الاتفاق بين الخصوم بعيدا عن قيود سيادة الدولة.

⁸¹ - نستعمل عبارة " النهاية" في سياق الجدال الدائر، منذ نهاية القرن العشرين، حول " النهايات"؛ أو ما يسميه على حرب ب " حديث النهايات" (أنظر، علي حرب، حديث النهايات، فتوحات العولمة ومآزق الهوية، طبعة أولى، الدار البيضاء، المركز الثقافي العربي، 2000) . و من بين الأمثلة نذكر:

- " نهاية التاريخ" (Francis FUKUYAMA).
- " نهاية الأقاليم" (Bertrand BADIE).
- " نهاية الإيديولوجيات" (Michel CROZIER).
- " نهاية التقنوقراطية" (Luc ROBAN).
- "نهاية الحداثة" (J.F.LOYTARD).
- "نهاية الدولة – الأمة" (Kennichi OHMAE).

...
أنظر،

Ali SEDJARI (sous la direction de) , Quel Etat pour le 21^e siècle ?,L'Harmattan

GRET,2001,p :13.

الفرضية 2: تعترض حرية الاتفاق في التحكيم التجاري الدولي عدة قيود تفرضها سيادة الدولة.

خطة الدراسة:

تحاول الدراسة بحث موضوع العلاقة بين سيادة الدولة- بما تعنيه من سمو و احتكار- و التحكيم التجاري الدولي – كوسيلة لتسوية المنازعات بعيدا عن القانون و القضاء الوطنيين- من خلال أطروحتين: الأطروحة الأولى تدافع عن "نهاية" السيادة تحت وقع التحكيم التجاري الدولي (أولا) ؛ و الأطروحة النقيض تستدل على أن السيادة لازالت قائمة و لا يمكن للتحكيم أن "يمحوها" أو يتجاوزها (ثانيا)؛ لتخلص إلى الدفاع عن دور الدولة كمشرع محتكر (تركيب).

أولا: التحكيم التجاري الدولي و "نهاية" سيادة الدولة

يبتعد التحكيم التجاري الدولي ، بما يتميز به من خصائص، عن قيود سيادة الدول، و يتضح ذلك من خلال الحجج التالية:

1- الحرية في تشكيل هيئة التحكيم و اختيار الحكام.

2- مرونة المسطرة التحكيمية.

3- إمكانية التسوية الودية.

3- القانون الواجب التطبيق .

1- الحرية في تشكيل هيئة التحكيم و اختيار عدد الحكام:

يقصد بتشكيل هيئة التحكيم: تحديد عدد الحكام / المحكمين الذين تتكون منهم محكمة التحكيم .

و يتم تشكيلها بإرادة المحتكمين و اتفاقهم الحر، و هو الأصل، أو عن طريق المساعدة القضائية كاستثناء للقاعدة – سنعود لبحثها في الفصل الثاني-

و لتوضيح ذلك نحيل إلى الأمثلة التالية:

أ- اختيار الحكام أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار⁸²: (اتفاقية 1965)

يختص المركز حسب المادة 25 في " أي نزاع قانوني ينشأ عن أحد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة ... و بين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة...".

يقوم المركز بتوفير عدد من الحكام المسجلين لديه، و يجوز لأطراف النزاع اختيار حكم أو أكثر من غير المسجلين لدى المركز.

في الغالب يكون عدد الحكام وترياً: ثلاثة حكام، يختار كل طرف حكماً و الحكم الثالث - و هو الرئيس - يُختار بموافقة الطرفين (المادة 37 من المعاهدة).

يُشترط أن تختلف جنسية الحكام عن جنسية أطراف النزاع، إلا في حالة إذا كان يفصل في النزاع حكم واحد أو يكون كل حكم تم اختياره بناء على اتفاق بين الأطراف (المادة 40 فقرة 1 من المعاهدة).

ب- قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية⁸³:

تعتمد قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية على مبدأ حرية الاتفاق في تشكيل هيئة التحكيم (المادة 12)؛ حيث يفصل في النزاع حكم منفرد أو ثلاثة حكام، لكن، استثناء لهذا المبدأ، إذا لم يتفق الأطراف على عدد الحكام تقوم المحكمة بهذه المهمة.

وهنا تميز هذه القواعد بين:

- حالة الحكم المنفرد: يتم تعيينه من طرف الأطراف بالاتفاق أو تقوم المحكمة بهذه المهمة.

⁸² - حول المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أحيل على: خالد محمد الجمعة، " المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"، مجلة الحقوق، السنة الثانية و العشرين، العدد الثالث، جمادى الآخرة 1419هـ سبتمبر 1998، ص: 213 إلى 243.

⁸³ - غرفة التجارة الدولية، قواعد التحكيم و التسوية الودية للنزاعات، باريس، 2011، يمكن الاطلاع عليه عبر الرابط التالي: <http://www.iccwbo.org>

- حالة ثلاثة حكام: يُعين كل طرف حكما في الطلب و في الرد على التوالي بهدف تثبيته. و إذا لم يعين أحد الأطراف حكما تقوم المحكمة بهذا التعيين.

في حالة غياب التعيين بالاشتراك، و في غياب اتفاق جميع الأطراف على طريقة تشكيل هيئة التحكيم، يجوز للمحكمة تعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم (تتمتع المحكمة في هذه الحالة بحرية الاختيار). في هذه الحالة – حسب المادة 13 فقرة 3- يتم التعيين بناء على اقتراح من إحدى اللجان الوطنية أو المجموعات التابعة لغرفة التجارة الدولية أو لجنة وطنية أو مجموعة أخرى تراها مناسبة و إما أن تعين مباشرة أي شخص تعتبره مناسباً⁸⁴.

ج- قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: (المادتان 10 و 11)

فيما يخص عدد الحكام: حسب المادة 10 "للطرفين حرية تحديد عدد الحكام. فإن لم يفعلا ذلك كان عدد الحكام ثلاثة.

أما فيما يخص تعيين الحكام، حسب المادة 11، فإن الأصل هو حرية الاتفاق، أما الاستثناء فهو المساعدة من طرف محكمة أو سلطة أخرى (يرجع الاختصاص في تحديدها إلى كل دولة تقوم بإصدار هذا القانون – المادة 6).

نخلص، إذن، إلى أن التحكيم يتميز باعتماد مبدأ حرية الاتفاق و بابتعاده عن الجهاز القضائي الوطني و بذلك نكون أمام " حلول جهاز تحكيمي محل المحكمة الوطنية"⁸⁴؛ حيث ينتج عنه تجاوز التحكيم لاحتكار الدولة – عبر جهازها المختص- للفصل في المنازعات بين الأشخاص الذاتيين أو المعنويين (الخاصين أو العاميين).

و يضاف إلى ما تقدم ما يتميز به التحكيم التجاري الدولي من مرونة في المسطرة و إمكانية التسوية الودية مما يجعل المتنازعين يفضلونه عن المساطر القضائية، كيف؟

⁸⁴ - عبد الهادي عباس، السيادة، دار الحصاد للنشر و التوزيع، دمشق، سوريا، ط1، 1994، ص:221. تشير إلى أن الكتاب في جزء مهم منه – كما يشير إلى ذلك الكاتب- تعريب للدراسة الفرنسية :

2- مرونة المسطرة التحكيمية:

ينظم الأفراد في التحكيم التجاري الدولي المسطرة التي يرونها ضرورية لفض نزاعاتهم إذا تعلق الأمر بتحكيم الحالات الخاصة (يسمى بالتحكيم التعاقدية)، أما إذا تعلق الأمر بالتحكيم النظامي (يوصف بأنه تحكيم قضائي/ مؤسساتي) فإن المسطرة تخضع للوائح و المساطر المنصوص عليها في قانون المنظمات و المؤسسات التحكيمية، مثال: المسطرة المتبعة أمام غرفة التجارة الدولية .

في أغلب العقود التجارية الدولية نجد نصا على اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع نزاع ، و هو "اتفاق التحكيم" الذي يعني : "اتفاق بين الطرفين على أن يحيل إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية. و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل"⁸⁵ .

تتميز المسطرة في التحكيم بمرونتها مما يضفي الفعالية على نظام التحكيم؛ ذلك أن "أغلبية القرارات التحكيمية تنفذ من طرف المحكوم عليه عن طواعية و اختيار"⁸⁶ .

تتجلى مرونة المسطرة في معرفة القانون أو القواعد التي تحكم إجراءات سير المنازعة ، حيث يتعلق الأمر بمعرفة القانون أو القواعد التي تحكم هذه الإجراءات و مدى الارتباط بقانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها و القواعد المتعلقة بالنظام العام لدولة مكان التحكيم أو دولة التنفيذ ، و تلك التي تتعلق بضمانات و حقوق الدفاع .

تختلف هذه القواعد باختلاف نوع التحكيم: التعاقدية أو القضائي⁸⁷:

- التحكيم التعاقدية: يجري التحكيم طبقا لإرادة الخصوم من حيث اختيار عدد الحكام، و طريقة مباشرة إجراءات التحكيم، و مكان التحكيم، و القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

⁸⁵ - قانون الأونيسترال النموذجي، المادة 7.

⁸⁶ - عبد الله درميش، مصدر سابق، ص.34.

⁸⁷ - حول التمييز بين التحكيم التعاقدية و التحكيم القضائي، أنظر:

و يتبين على المستوى العملي أن الحكام – بالنظر إلى سلطتهم التقديرية- يختارون القانون الأنسب موضوعيا لحكم إجراءات المنازعة و ذلك بالالتجاء إلى قانون محل التحكيم أو باختيار قواعد إجرائية ترتبط بما يسمى “ قانون الشعوب ” أكثر من ارتباطها بأي قانون و طني آخر حتى و لو كان هو قانون مكان التحكيم⁸⁸ .

- التحكيم القضائي/ المؤسساتاتي: باعتباره تحكيما منظما يذعن فيه الخصوم للقواعد الإجرائية المقررة في لائحة التحكيم ، و هنا يكون التحكيم إجباريا كما يكون الحكم ملزما بتطبيق نصوص الاتفاقيات و المعاهدات الدولية متعددة الأطراف⁸⁹ .

نأخذ مثال : قانون الأونسيترال النموذجي في الفصل الخامس المتعلق بسير إجراءات التحكيم (المواد من 18 إلى 27). ينص على المقترضيات التالية:

⁸⁸- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم و حتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، ط1، 1991، ص. 132-133.
⁸⁹- نورد من بينها الاتفاقيات التالية:

- بروتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم (1923).
- اتفاقية جنيف بشأن تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية (1927).
- اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها (1958).
- المعاهدة الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي : معاهدة جنيف 1961.
- معاهدة واشنطن : معاهدة حول النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و مواطني دول آخر (1965).
- معاهدة الرياض حول التعاون القضائي (1983).
- معاهدة عمان حول التحكيم التجاري الدولي(1987).
- حول الاتفاقيات و المعاهدات الدولية المتعددة الأطراف في مجال التحكيم التجاري الدولي، أنظر: René DAVID، مصدر سابق، ص. من 191 إلى 223.
- عبد الله درميش/ مصدر سابق، ص. من 155 إلى 175.
- نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية: " التحكيم التجاري في البلاد العربية"، مايو 1992.

أ- تحديد قواعد الإجراءات: (المادة 19)

الأصل هو حرية الاتفاق بين الطرفين على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم. و في حالة عدم الاتفاق: كان لهيئة التحكيم أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة مع مراعات أحكام هذا القانون.

ب-مكان التحكيم (المادة 20): للطرفين حرية الاتفاق ...

ج- بدأ إجراءات التحكيم (المادة 21): تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

د- اللغة (المادة 22) : للطرفين حرية الاتفاق على اللغة أو اللغات التي تستخدم في إجراءات التحكيم. فإن لم يتفقا على ذلك، بادرت هيئة التحكيم إلى تعيين اللغة أو اللغات التي تستخدم في هذه الإجراءات.

- 3- إمكانية التسوية الودية

إذا كانت مسطرة ، أو إجراءات، التحكيم تنسم بمرونتها فإن أهم ما يميزها هو التنازلات و التسوية الودية كحل مرغوب فيه ، و مثال ذلك اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية حيث وضعت هذه الأخيرة قواعد تسوية النزاعات و ديا ، “و التي تتيح للأطراف فرصة الاتفاق على أسلوب التسوية الذي يرونه مناسباً بما يساعدهم على تسوية النزاع القائم فيما بينهم”⁹⁰.

حسب محمد بدجاوي ليس هناك في نظام تحكيم هذه الغرفة ما يمنع الأطراف من استخدام طرق التفاهم أو تنيها عن ذلك؛ فما يزيد قليلاً عن نصف القضايا المعروضة على التحكيم تنتهي بتسوية ودية و فقا لتقديرات هيئة التحكيم الدولية⁹¹.

إذا كانت المسطرة التحكيمية تتميز بمرونتها، و عدم إخضاع الأطراف المتنازعة إلى إجراءات مسطرية معقدة لا يمكن تجاوزها و إلا رفض الطلب بدعوى عدم

⁹⁰- غرفة التجارة الدولية، مصدر سابق، ص من 70 إلى 77.

⁹¹- محمد بدجاوي، التحكيم التجاري الدولي في البلاد العربية، نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، ملحق خاص، مايو 1992، المجلد 3/ رقم 1.

احترام الشكلية المنصوص عليها قانونا، فإن ذلك يرجع إلى أن التحكيم يقوم على قواعد العدالة و الإنصاف و الاعتبارات العملية (النتائج/ الحصائل)، دون تشدد في احترام الشكلية مع عدم الإخلال بهذا الركن و إنما اعتماد المرونة في الخضوع له .

و عليه، تعد مرونة المسطرة من تجليات الحرية التي يتمتع بها الحكم بعيدا عن قواعد القانون الوطني التي تفرض التقيد بالشكلية ، ذلك أن غايات التحكيم ، هي :

أ- التوصل إلى حل عادل و ملائم للنزاع مما يجعله يسمح بإمكانيات لا تسمح بها المسطرة القضائية.

ب- حل النزاع بسرعة أخذًا بالحسبان مصلحة الطرفين أكثر من السهر على تطبيق القانون.

سؤال: هل هناك قانون واجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي؟

4- القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع :

التحكيم عمل قضائي يجري خارج نطاق جهة القضاء العامة؛ فهو قضاء خاص.

حيث يقوم على تراضي الطرفين و اتفاقهم على اختيار من ينظر في نزاعهم بعيدا عن ولاية القضاء، أو ما يصطلح عليه بقانون الإرادة، تبعا لذلك فإن الحكم يعتبر قاضيا مختارا (بطريق مباشر أو غير مباشر) و ليس مفروضا على الطرفين فحسب محسن شفيق:” التحكيم في أوله اتفاق و في وسطه إجراء و في آخره حكم”⁹².

هل يتقيد الحكم (باعتباره قاضيا مختارا و ليس معيناً) في حكمه بقواعد قانون واجب التطبيق؟ أم يطبق القانون الذي يختاره أطراف الدعوى أم يطبق قواعد العدالة و الإنصاف؟

⁹² - محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، أورده، كمال إبراهيم، مصدر سابق، ص. 74.

و يعني القانون الواجب التطبيق: " مجموعة القواعد القانونية التي يرى الحكم أنها الملائمة للتطبيق أي كان مصدرها"⁹³.

أمام صعوبة تطبيق قانون دولة معينة في المنازعات في التجارة الدولية فيمكن القول بأن التحكيم التجاري الدولي أصبح له قانونه الخاص و هذا يتجلى في:

- تطبيقه لعادات و أعراف التجارة الدولية.

- تطبيقه لقواعد التنازع بين القوانين لاستخلاص القواعد و القانون الأنسب.

- إمكانية تطبيق قواعد أكثر رحابة من القوانين الوطنية.

من خلال ما سبق تتضح الحرية التي يتمتع بها الحكم مقارنة بالقاضي الذي يبقى مقيدا بتطبيق قوانين دولته، في حين أن الحكم الدولي ليس له قانون اختصاص ملزم و لا يصدر الأحكام باسم الدول و من تم عدم خضوعه لسيادة أي دولة.

يتمتع الحكم الدولي، على خلاف القاضي، بسلطة تقديرية واسعة عند بحثه عن القانون الواجب التطبيق في حالة غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية للخصوم في اختيار القانون الواجب التطبيق.

نصت على هذه السلطة التقديرية عدة اتفاقيات دولية:مثال : المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي (جنيف 1961) : " حرية الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق و لكن في حالة عدم تحديد القانون المذكور و فقا لقواعد تنازع القوانين. و على المحكمين أن يأخذوا بالاعتبار ما هو مشروط في العقد و ما هو متبع من العادات التجارية"⁹⁴.

⁹³- أحمد السمدان، " القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، أورده، خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، دار الشروق، القاهرة، ط1، 2002 ص. 247.

⁹⁴- أنظر، فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد و الاتفاقيات الدولية و الإقليمية و العربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، ط1، 2006، ص. 52.

كما أن أطراف النزاع ينتظرون من الحكم قرارا يسمح قبال كل شئ بالاستمرار في البحث عن علاقات نافعة في المستقبل تضمن الإنصاف ، مما بين أهمية العدالة⁹⁵ - إنصاف (L'équité) وتعني : “ الشعور الكامن في النفس و الذي يكشف عنه العقل السليم و يوحي به الضمير المستنير بقصد الوصول إلى إبتاء كل دي حق حقه”⁹⁶.

حسب محمد جلال السعيد : “ العدالة، و الإنصاف، مفهوم غامض و صعب الضبط، لأنه ينطلق من فكرة العدالة و الإحساس بها، و لهذا السبب لا يلجأ إليه في فض المنازعات إلا بتراضي الأطراف المعنية به (...) فاعتبارات العدالة و الإنصاف يجب ألا تمس باستقرار الروابط القانونية و هذا مبدأ أولي في كل من النظام القانوني الدولي و النظام القانوني الداخلي”⁹⁷.

يتميز التحكيم بإمكانية تطبيق أحكام العدل و الإنصاف بعيدا عن الطبيعة الجامدة للقانون الوضعي⁹⁸ ؛ مما يمنح الحكم مراعاة مبادئ العدالة و الإنصاف سواء أكانت موافقة للقانون أم لا. و هذا ما وقع مثلا في دعوى شركة بنفنيوتي و بونفانت الإيطالية ضد حكومة الكونغو (صدر قرار لجنة التحكيم بتاريخ 15/08/1980) فنتيجة لعدم النص على القانون الواجب التطبيق و عدم تطبيق قانون الكونغو بعد فشل المفاوضات بين الطرفين لجأت لجنة التحكيم إلى الفصل في النزاع و فقا لأحكام العدل و الإنصاف⁹⁹.

نخلص إلى أن التحكيم التجاري الدولي وسيلة – على غرار القانون- غايتها ضمان الحق للطرفين ، من أجل ذلك جرى إبعاد نزاعات التجارة الدولية عن الخضوع للقواعد الجامدة في القوانين الوطنية؛ حيث يدفع الطابع العملي للمعاملات التجارية

⁹⁵- نميز هنا بين العدالة – قضاء (La justice) : مرفق عمومي : مؤسسة العدالة. حول هذا المعنى ، أنظر،

Encyclopedia universalis, vol 9, pub 14, 1979,p.581

و تحيل في القواميس الفرنسية إلى المعاني التالية: Caractère de ce qui est juste/ Bon droit/

Ensemble des magistrates/ Ensemble des tribunaux

و مفهوم العدالة – إنصاف (L'équité) : و يحيل في القواميس الفرنسية إلى : Esprit de justice :

⁹⁶- الطيب الفصائلي، الوجيز في المدخل لدراسة القانون، ج1، نظرية القانون، ص. 131.

⁹⁷ - Mohammed Jalal ESSAID, Introduction a l'étude du Droit, Collection

Connaissance, 3ème édition 2000 , 2ème tirage 2005, Casablanca, p. 169

⁹⁸- خالد محمد الجمعة، مصدر سابق، ص. 229

⁹⁹- المصدر السابق، ص. 231.

بالحكم إلى التحرر من جمود القوانين الوطنية و البحث عن السبل التي تمكنه من حل النزاع دون مس بمصلحة الخصوم، فهو على حد تعبير عبد الله درميش " علاج ووقاية"¹⁰⁰، و بالتالي حسب روني دافيد (R/DAVID): "إذا كان القضاء العادي هو قضاء العلاقات المحطمة... فإن التحكيم هو قضاء العلاقات المتصلة"¹⁰¹.

• خلاصة 1:

- إذا كانت السيادة تحيل إلى ما تتمتع به الدول من سلطة فرض قوانينها و عمل قضاءها الوطني على مراقبة تطبيقه، فإن التحكيم يتميز بقواعد خاصة تميزه مما قد ينتج عنه ما تسميه بعض الدراسات ب" محو السيادات"¹⁰².
- يتجلى ابتعاد التحكيم بقواعده عن سيادة الدولة على مستوى السلطة القضائية باللجوء إلى حكام أو مؤسسات تحكيمية عوض القضاء الوطني، و ما يمنحه ذلك من مرونة في المسطرة و إمكانية التسوية الودية؛ و ثانيا على مستوى اعتماد "قانون الإرادة" بديلا عن القانون الوطني.
- لكن هل اللجوء إلى التحكيم يعني الانفصال التام عن سيادة الدولة ؟

ثانيا: سيادة الدولة كقيد على التحكيم التجاري الدولي

يحل الحكم محل القاضي في الفصل في النزاع رغم أنه ليست له هذه الصفة بقوة القانون و إنما بإرادة الأطراف . لكن، يجب أن يتمتع بالحياد و الاستقلال لمباشرة مهمته و حرية التقرير حسب الضمير و القناعة مثل القاضي .

103

¹⁰⁰ - عبد الله درميش، مصدر سابق، ص. 4.

¹⁰¹ - أورده عبد الله درميش، مصدر سابق، ص. 5.

¹⁰² - أنظر ، عبد الهادي عباس، مصدر سابق، ص: 221.

¹⁰³ - وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي مجموعة من القواعد أطلقت عليها " مدونة الأخلاقيات " () تتمثل بعضها في الآتي:

- لا يجوز للمحكم الاتصال بأطراف التحكيم للسعي نحو التعيين أو الاختيار كمحكم.
- لا يجوز للمحكم قبول التعيين أو الاختيار كمحكم إلا بعد التأكد من القدرة و الصلاحية لأداء هذه المهمة دونما تمييز، من إمكان تخصيص الوقت و الاهتمام اللازمين لذلك.
- يجب على من يرشح ليكون محكما أن يصرح لمن يتصل به في أمر الترشيح بكل الظروف التي من شأنها احتمال لإثارة شكوك لها ما يبررها حول حياده أو استقلاله.
- و على المحكم بمجرد تعيينه أو اختياره، التصريح بهذه الظروف لأطراف النزاع إلا إذا كان قد سبق إحاطتهم علما بذلك (...)

للمزيد من التوسع أنظر، مهند أحمد الصانوري، مصدر سابق، ص. 71-72

و يعد رد الحكم “ إحدى الضمانات المخولة لأطراف خصومة التحكيم في مواجهة الحكم، و التي لا يجوز افتراض تنازل المحكّمين عنها”¹⁰⁴. لكن المس باستقلالية الحكم لا تتوقف عند طلب رد الحكم أو تدخل هيئة التحكيم وإنما في الحالات التي يخضع فيها الحكم لما تفرضه سيادة الدول: فما هي القيود التي تفرضها سيادة الدول على سلطة الحكم؟

تتعدد القيود التي يفرضها الخضوع لسيادة الدولة و من ذلك أولوية موافقة الدولة ، من خلال قانونها الوطني ، على اللجوء إلى التحكيم ، مثال : الاتفاقية المحدثّة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا تلزم الدولة العضو باللجوء إلى التحكيم في المركز في حالة نشوء منازعات، و إنما يلزم حتى تكون لجان التحكيم في المركز مختصة بنظر النزاع أن تكون الدولة قد وافقت على ذلك في عقد الاستثمار المبرم مع المستثمر الأجنبي أو مع دولته في معاهدة تشجيع و حماية الاستثمار أو أعطت موافقتها عند حدوث النزاع على اللجوء إلى المركز” (المادة 25 فقرة 1)¹⁰⁵.

يضاف إلى ذلك عدة قيود تفرضها سيادة الدولة ، و من خلال نصوص الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية و الاجتهاد القضائي الدولي نستطيع أن نحدد بعض هذه القيود في الآتية:

- 1- الحماية الدبلوماسية للمستثمرين الوطنيين في نزاع مع دولة.
- 2- المقاطعة التي تفرضها الدول و تأثيرها على المستثمرين.
- 3- الخضوع لمقتضيات النظام العام.
- 4- الرجوع إلى القضاء الوطني للاعتراف بالمقرر التحكيمي و في حالة الطعن بالبطلان.

1- الحماية الدبلوماسية للاستثمارات الدولية:

¹⁰⁴ - مهند أحمد الصانوري، مصدر سابق، ص. 201.
¹⁰⁵ - يحيلنا هذا المقتضى إلى مبدأ عام يتعلق بسريان الاتفاقيات الدولية و القاضي بتوقيع الدولة و مصادقتها و هذا ما أكدته معاهدة فيينا 1969 .

تعد الدولة الشخص الرئيس في القانون الدولي العام، و الفاعل المؤثر في مجرى العلاقات باعتبارها حجر الزاوية في النظام الدولي برمته¹⁰⁶.

فالدولة لما تقوم بنشاط في ميدان العقود التجارية الدولية لا تظهر دائما كالفرد العادي الذي يخضع لمقتضيات القانون الخاص، بل تظهر أحيانا في بعض العقود و هي كشخص من أشخاص القانون العام، و ذلك إما بإبرامها لمعاهدة أو اتفاقية تجارية مع دولة أخرى أو أن تقوم حكومات إحدى الدول بالتعاقد مع المواطنين التابعين لدولة أخرى تم في حالة النزاع تلجأ إلى استعمال الحماية الدبلوماسية.

تلجأ الدولة إلى فرض الحماية الدبلوماسية على أساس و جود حق مباشر و أصيل لها في حماية رعاياها¹⁰⁷، و إن كانت بعض مؤسسات التحكيم – مثال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار- قد نصت على أن الموافقة على اختصاص المركز بنظر النزاع يترتب عنها أن المواطن الطرف في الدعوى لا يستطيع أن يطلب تدخل دولته عن طريق إضفاء الحماية الدبلوماسية... و “ لا يعتبر من باب الحماية الدبلوماسية... تبادل و جهات النظر بالطرق الدبلوماسية غير الرسمية بقصد تسهيل تسوية النزاع فقط لا غير”¹⁰⁸.

وقد أثرت أمام محكمة العدل الدولية عدة دعاوى تتعلق بالحماية الدبلوماسية، نذكر من بينها :

- الدعوى التي رفعتها حكومة المملكة المتحدة بتاريخ 26 / 03 / 1951 تتعلق بدعوى ضد الحكومة الإيرانية بخصوص نزاع بينها و بين شركة النفط الأنجلوإيرانية على أساس ما اصطلح عليه في القانون الدولي بالحماية الدبلوماسية¹⁰⁹.

- قضية¹¹⁰ Electronica Sicula بين الولايات المتحدة الأمريكية ضد الحكومة الإيطالية بتاريخ 20 يوليو 1989: حيث لجأت الولايات المتحدة الأمريكية إلى

¹⁰⁶ - سعد الرركاكي، محاضرات في القانون الدولي العام، مراكش، ط2، 1993، ص. 27.

¹⁰⁷ - عبد الله درميش، مصدر سابق، ص. 103.

¹⁰⁸ - المادة 27 من اتفاقية 1965 المحدثة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

¹⁰⁹ - عبد الله درميش، مصدر سابق، ص. 3. هامش 1.

¹¹⁰ - حول هذه القضية و الجدل الذي أفرزته على مستوى القانون الدولي أحيل إلى :

رفع دعوى قضائية في 6 فبراير 1989 ضد الحكومة الإيطالية لمسها ببعض بنود اتفاقية الصداقة، التجارة و الملاحة بين الطرفين لسنة 1948 و الاتفاق الإضافي لسنة 1951. و قد تدخلت لحماية الشركة الأمريكية Raython - التي تملك - بالإضافة إلى أحد فروعها - نسبة 100 في المائة من شركة ELSI - ضد قرار عمدة Palerme الذي كان من نتائجه إعلان إفلاس الشركة و بيع حصصها لشركة إيطالية ELTEL المملوكة من طرف شركة عامة في صقلية ، بتمن لا ينسجم مع ثمن السوق .

- و قد تدخلت على أساس الحماية القانونية للمساهمين الأجانب / و الحماية الدبلوماسية للاستثمارات ؛ أخذاً بالاعتبار ما توصلت إليه عدة دراسات و أحكام قضائية سابقة:

فقد سبق لمعهد القانون الدولي سنة 1971 أن أنجز دراسة حول الشركات متعددة الجنسيات و مشكلة الحماية الدبلوماسية للمساهمين.

كما سبق لمحكمة العدل الدولية في قضية : Barcelona Traction سنة 1970 - في قضية بين شركة كندية يملك فيها المساهمون البلجيكيون نسبة 75 في المائة من الأسهم- أن وضعت مجموعة من المبادئ:

- التمييز بين الشركة و المساهمين فيها .

- التمييز بين المس بحقوق الشركة و الحقوق الخاصة للمساهمين.

- عدم تأسيس الدعوى على معيار المراقبة لمنح الجنسية.

و قد قضت المحكمة برفض قبول طلب الحكومة البلجيكية على أساس: " تعلق الطلب بأعمال غير مشروعة موجهة ضد شركة، رؤوس أموالها أجنبية، فإن القاعدة العامة للقانون الدولي لا تسمح إلا للدولة الوطنية لهذه الشركة بأن تقدم التماساً".

Brigitte STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux , De Barcelona Traction à Electronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », in Journal du Droit international, n 4, 1990 , pp. 897-943.

2- الحكم الدولي و المقاطعة المفروضة من طرف الدولة

تلجأ بعض الدول في علاقاتها التجارية إلى فرض المقاطعة على دول أو شركات تتعامل مع هذه الدول : حالة الدول العربية مع إسرائيل منذ 1951.

يمكن فرض المقاطعة من طرف الدولة عبر وسيلتين:

- عبر شروط تعاقدية .

- أو عبر الإحالة إلى القانون الوطني.

تعني المقاطعة، بشكل عام، "الفعل الذي يهدف إلى الحيلولة دون شخص أو عدة أشخاص، مقولة أو عدة مقاولات، والتوصل ، كمورد، زبون، مشغل أو أجير، إلى عقود تتعلق بالإنتاج أو الخدمات أو الشغل ، من أجل التأثير على نشاطه الاقتصادي"¹¹¹.

و المقاطعة نوعان: مقاطعة سياسية أو مقاطعة عنصرية؛ و لذلك ينعت هذا التصرف ب" قانون سياسي" أو " قانون الشرطة"¹¹².

و من بين القضايا التي أثيرت فيها مسألة المقاطعة تبرز تلك التي تكون فيها الدول العربية طرفاً¹¹³.

- قضية Antco Shipping (28 يونيو 1976) : تتعلق بفرض شرط مقاطعة بين ناقل من الباهاماس و صاحب سفينة إيطالي يقضي بإقضاء الموانئ الإسرائيلية كأماكن للتحميل -علما أن أي دولة عربية غير موقعة على الاتفاقية- .

- قضية Götaverken (1978) : تتعلق برفض الطرف السويدي إدخال شرط " المقاطعة التامة" ضد إسرائيل التي طالب بها الطرف الليبي. و الاقتصار على اتفاق

¹¹¹ - Jean- Hubert MOITRY, « L'arbitre international et l'obligation de boycottage imposée par un Etat », in , Journal du Droit international, n 2, 1991, p.349

¹¹² - Ibid, p.355.

¹¹³ - Ibid, pp. 353-354

خاص يلتزم بمقتضاه الطرف السويدي ب" شرط ضمان بلد الأصل " و ما ينتج عن ذلك من إقصاء العتاد الإسرائيلي.

شرط المقاطعة المنصوص عليه في العقد يثير، بالنسبة للحكم الدولي، مشاكل اتجاه الأنظمة العامة المتعلقة بالنزاع: إذا كان القانون الواجب التطبيق المنفق عليه بين الطرفين يتعلق بقانون دولة مقاطعة فعلى الحكم في هذه الحالة إعطاء شرط المقاطعة فعاليتها مما يفرض معاقبة الشركة التي لم تحترم هذا الشرط، إلا في حالة وجود مبدأ من النظام العام الدولي، و قد مت القضية السابقة جزءا من الإجابة : في حالة غياب شرط القانون الواجب التطبيق اعتبر الحكام بأن القانون السويدي هو الواجب التطبيق مع إقصاء تطبيق القانون الليبي الذي يضع شرط المقاطعة التامة ، ومع عدم وجود ما يمنع في القانون السويدي من تطبيق شرط المقاطعة الجزئية تتعلق ب"ضمان الأصل".

يحيلنا هذا الجدل إلى القيد الذي يمارسه النظام العام على السلطة التقديرية للحكم، كيف؟

3- الحكم و النظام العام

قد يصطدم الحكم و هو يبيث في نزاع تجاري على المستوى الدولي بكون المحكمتين ينتمون إلى دول مختلفة، ولكل دولة نظامها العام مما يفرض على الحكم مراعاته و هو يفصل في النزاع و لإقام أحد الطرفين برده .

والنظام العام يعني: "مجموع الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية و الخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع" ؛ و "يبقى مع ذلك فكرة مرنة يختلف مضمونها من حيث المكان و الزمان و فقا للأنظمة السائدة في كل مجتمع ، فما يعتبر من النظام العام في بلد قد لا يعتبر كذلك في بلد آخر" ¹¹⁴، و هذا يلزم على الحكم أن يراعي مقتضيات النظام العام لدولة المحكمتين.

تنص الاتفاقيات الدولية على هذا الشرط:مثال ، المادة 5 من اتفاقية الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية (نيويورك 1958): بعد أن أوردت على سبيل الحصر الأسباب التي يمكن الاستناد إليها في رفض الاعتراف و رفض تنفيذ حكم التحكيم

¹¹⁴ - الطيب الفصايلي، مصدر سابق، ص. 69-70 .

ذهبت إلى : “ لا يصار إلى رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم بناء على طلب أحد أطراف النزاع ضد الطرف الآخر إلا إذا قدم إلى السلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف و التنفيذ ما يثبت: (و حددتها في خمس حالات) و في فقرتها الخامسة تطرقت إلى سببين يجوز فيهما للسلطة المختصة في البلد المراد فيه الاعتراف و تنفيذ الحكم أن ترفض من تلقاء نفسها الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي إذا تبين لها:

1- إن موضوع النزاع طبقا لقانون ذلك البلد لا يجوز حله بالتحكيم أو؛

2- أن الاعتراف و تنفيذ الحكم يتعارض مع قواعد النظام العام لذلك البلد.

- المادة 36 (فقرة ب - 2) من قانون الأونسيترال تتحدث عن “ السياسة العامة لهذه الدولة”.

من بين القضايا التي أثير فيها النظام العام من طرف الدول نذكر قضية بنتت فيها غرفة التجارة الدولية في جلسة 26 شتنبر 1985 بين ألمانيا الغربية و اليمن الشمالي¹¹⁵ : وقائع القضية تتعلق بنزاع بين مؤسسة حكومية يمنية و شركة ألمانية لتقديم خدمات لإدارة مشروع لتربية الماشية . بعد ثلاث سنوات ظهرت بوادر النزاع بين الطرفين لعدم التزام الشركة الألمانية بمواعيدها ، و عدم كفاءة العمال حسب اليمن مما دفعها إلى الامتناع عن سداد باقي مستحقات الشركة الألمانية حتى يتم تسوية الخلاف الناشئ على مستوى غرامات التأخير و العيوب في التنفيذ ، فلجأت الشركة إلى التحكيم محددة في طلبها المبالغ التالية: 266 ألف مارك تقريبا (الباقي) و 92 ألف مارك فوائد و احتياطا طالبت ب 92 ألف مارك كتعويض عن عدم سداد المبلغ الأصلي: من جهته تمسك الطرف اليمني ب المادة 352 من القانون المدني اليمني و التي تقضي ب” كل اتفاق على فائدة زبونية باطل و لا يعمل به و كل اتفاق تبين أنه يستر فائدة زبونية باطل كذلك و لا يعمل به...” و بالتالي رفض طلب الفوائد .

أيد الحكم مطالب اليمن بدعوى أن المادة 352 من القانون المدني متعلقة بالنظام العام و لا يجوز مخالفتها.

¹¹⁵ - حول هذه القضية أحيل إلى: محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج1، ص، من 281 إلى 286.

بناء على ذلك قضى الحكم برفض طلب الفوائد ، و لقي الحكم قبولا من طرف محكمة التحكيم العليا الدائمة بإجماع أصوات الحاضرين و البالغ عددهم أكثر من عشرين صوتا.

يحول، إذن، النظام العام دون حرية الحكم و سلطته من أجل ضمان العدالة و الإنصاف .

و إذا كان النظام العام يمارس تأثيره على الحكم ، فإن المقرر الصادر عن هذا الأخير لا يعترف به و لا ينفذ إلا إذا حاز على الصيغة التنفيذية من طرف القاضي الوطني مما يبين و جود قيد آخر يمارس على الحكم. كيف؟

4- الرجوع إلى القضاء الوطني

- تتعدد الحالات التي يرجع فيها إلى القضاء الوطني :

أ - المساعدة القضائية في تشكيل هيئة التحكيم و للحصول على الأدلة:

- الأصل في تشكيل هيئة التحكيم هو اتفاق الأطراف . لكن ،حسب المادة 11 فقرة 3 من قانون الأونسيترال، “ إذا لم يتفق الأطراف على الحكم الثالث خلال 30 يوما من تعيينها و جب أن تقوم بتعيينه، بناء على طلب أحد الطرفين، المحكمة ...”، و حسب المادة 6 يرجع تحديد المحكمة أو أي سلطة أخرى إلى القانون الوطني لكل دولة¹¹⁶.

- المساعدة القضائية للحصول على الأدلة:

حسب المادة 27 من نفس القانون: “في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على الأدلة. و يجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة”.

¹¹⁶- القانون المغربي حدد الأجل في 15 يوما و أعطى الاختصاص لرئيس المحكمة المختصة (المادة 327- 5 فقرة 2)

ب- الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها

تنظم القوانين الوطنية مسألة الاعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها التي تصدر على إقليمها ، لكن يثور الخلاف فيما يخص تنفيذ القرار الأجنبي الصادر في دولة أخرى غير تلك التي يراد تنفيذه فيها .

مما يقتضي التمييز بين الاعتراف و التنفيذ .

نظمت عدة اتفاقيات مسألة الاعتراف بالقرارات التحكيمية و تنفيذها بإعطاء الاختصاص للقانون الوطني : مثال اتفاقية نيويورك 1958 .

و نصت المادة 35 من قانون الأونسيترال: ' يكون قرار التحكيم ملزما ، بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه، و ينفذ، بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة'، و حسب المادة 2 يقصد بالمحكمة " هيئة أو جهازا من النظام القضائي لدولة ما".

ج- الطعن في القرار أمام القضاء الوطني :

يميز الفقه بين حالتين:

- الطعن أمام قاضي الدولة التي صدر فيها القرار التحكيمي : إذا تحقق القاضي من توافر سبب من أسباب البطلان أمكنه الحكم بإبطال القرار أو إلغائه.
- الطعن أمام قاضي في دولة أخرى: إذا تحقق القاضي من توافر سبب من أسباب البطلان أمر بعدم الاعتراف و رفض تنفيذ القرار.

قانون الأونسيترال النموذجي: أعطى الاختصاص للبت في طلب الإلغاء كطريقة و حيدة للطعن في قرار التحكيم للمحاكم الوطنية (المادة 6) و ذلك و وفقا لطلب إلغاء تحدد المادة 34 من الفصل السابع شروطه، و هي إما مقدمة دليل من طرق طالب الإلغاء (أ)؛ أو بقرار من المحكمة. (من بينها تعارض قرار التحكيم مع السياسة العامة لهذه الدولة) .

خلاصة 2:

من خلال ما تقدم يتضح جليا أن سيادة الدول لم تنته، أو تتمح، بسبب اعتماد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التجارية الدولية و إنما نلاحظ، من خلال الحالات السابقة، أن هناك حضورا للدولة مما يعني أن التحكيم لا يعني الانفصال التام عن سيادة الدول و قضاءها الوطني كرمز لسيادتها.

خلاصة عامة:

1- طبيعة التجارة الدولية ، من جهة ، و طبيعة العلاقات بين الفاعلين فيها ، من جهة أخرى، فرضتا الحاجة إلى البحث عن وسيلة، أو أداة، لفض المنازعات من أجل الوصول إلى غاية و هي ضمان حقوق الأطراف، و ذلك باللجوء إلى قضاء خاص يتميز عن القضاء الوطني باعتماده على مبدأ سلطان الإرادة و حرية الاتفاق للأطراف مع ما يستتبع ذلك من مرونة على مستوى القانون الواجب التطبيق (شكلا و جوهرًا) و استقلال الحكم و حياده و عدم خضوعه المطلق لسيادة الدول و ما يرتبط بها من احتكار.

2- الحكم و هو يبيث في نزاع تجاري دولي لا ينفصل مطلقا عن سيادة الدول و إنما يجد نفسه مقيدا بعدة شروط تفرضها هذه السيادة ، و هنا تبرز أهمية القانون و دور الدولة بوصفها المشرع المحتكر، يقول بول هيرست (P. HIRST) و جراهام طومسون (G. THOMPSON): "الدولة كمصدر للقواعد الملزمة"، و كملتزم بهذه القواعد تحفظ بموقع مركزي بالنسبة لأي اقتصاد أو مجتمع مدول"¹¹⁷ و يضيفا بأن " الدولة - الأمة ستبقى بوصفها شكلا مهما من التنظيم السياسي، و هو سبب يرتبط ارتباطا وثيقا بأحد الادعاءات التقليدية المركزية بحق "السيادة" و هو كونها المنبع الأول للقواعد الملزمة، أي القانون - داخل رقعة إقليم معين، و أن دور الدولة بوصفها المشرع المحتكر، يرتبط و يثق الارتباط بتطور فكرة و احتكار وسائل العنف، و تطور نظام إدارة متماسك يقدم الوسائل الأساسية للتحكم داخل رقعة إقليم. أما اليوم، فإن دور الدولة في بسط حكم القانون مستقل نسبيا عن العناصر الأخرى في العملية التاريخية لتشكل الدولة الحديثة"¹¹⁸.

المصادر المعتمدة:

¹¹⁷ - بول هيرست، جراهام طومسون، ما العولمة ، الاقتصاد العالمي و إمكانات التحكم، ترجمة فاتح عبد الجبار، الكويت، شنتبر 2001 (سلسلة عالم المعرفة عدد 273)، ص. 412.

¹¹⁸ - المصدر نفسه، ص 408-409.

الكتب:

- أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص و قانون التجارة الدولية: دراسة تاصيلية انتقادية، دار النهضة العربية، ط1989

- كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي حتمية التحكيم و حتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، ط1، 1991،

- بول هيرست، جراهام طومسون، ما العولمة ، الاقتصاد العالمي و إمكانات التحكم، ترجمة فاتح عبد الجبار، الكويت، شتنبير 2001 (سلسلة عالم المعرفة عدد 273)

- عبد الهادي عباس، السيادة، دار الحصاد للنشر و التوزيع، دمشق، سوريا، ط 1، 1994

- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد و الاتفاقيات الدولية و الإقليمية و العربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، الأردن، ط1، 2006

- الطيب الفصايلي، الوجيز في المدخل لدراسة القانون، ج 1، نظرية القانون ، بدون تاريخ.

- سعد الركراكي، محاضرات في القانون الدولي العام، مراكش، ط2، 1993

-René DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, eds .Economica, Paris , 1981

_ Jean BODIN, Les six livres de la république (livres premier, chapitre XIII, de la souveraineté), Paris, Fayard, 1986

_ Bertrand BADIE, Un monde sans souveraineté, les Etats entre ruse et responsabilité, Paris, Fayard,

1999

-Antoine KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en Droit comparé et en Droit international, Tome 1, 1987.

- Mohammed Jalal ESSAID, Introduction a l'étude du Droit, Collection Connaissance, 3ème édition 2000 , 2ème tirage 2005, Casablanca

الأطاريح و الرسائل :

- عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص ، نوقشت بكلية الحقوق ، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، السنة الجامعية 1982-1983،

- مهند أحمد الناصوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص (دراسة مقارنة لأحكام التجاري الدولي في غالبية التشريعات العربية و الأجنبية و الاتفاقيات و المراكز الدولية (رسالة دكتوراه) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2005

المقالات:

- غزيول برادة محمد، " تسوية المنازعات التجارية الدولية : الواقع و الآفاق"، مجلة الملحق القضائي، عدد مارس 1994.
- محمد شعبي، " التحكيم التجاري الدولي في الميزان"، المجلة المغربية لقانون و اقتصاد التنمية، عدد 34، 1994، ص. 122.
- خالد محمد الجمعة، " المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كطريق لحل منازعات الاستثمار المباشر"، مجلة الحقوق ، السنة الثانية و العشرون، العدد الثالث، جمادى الآخرة 1419هـ سبتمبر 1998
- محمد بدجاوي، التحكيم التجاري الدولي في البلاد العربية، نشرة هيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية، ملحق خاص، مايو 1992، المجلد 3/ رقم 1.
- Brigitte STERN, « La protection diplomatique des investissements internationaux , De Barcelona Traction à

Electronica Sicula ou les glissements progressifs de l'analyse », in Journal du Droit international, n 4, 1990

- Jean- Hubert MOITRY, « L'arbitre international et l'obligation de boycottage imposée par un Etat », in , Journal du Droit international, n 2, 1991

النصوص التشريعية و التنظيمية :

-الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار رقم 72/40 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي،الجلسة العامة 112، 11 كانون الأول/ ديسمبر 1985، منشورات الأمم المتحد ، فيينا ، 2008. يمكن الإطلاع عليه عبر الرابط التالي:

<http://www.uncitral.org>

- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006 - المادة 1 فقرة 3. يمكن الإطلاع على نص القانون على الموقع الالكتروني للجنة على الرابط التالي:

<http://www.uncitral.org>

-غرفة التجارة الدولية ، قواعد التحكيم و التسوية الودية للنزاعات، باريس، 2011، يمكن الاطلاع عليه عبر الرابط التالي: <http://www.iccwbo.org>

القواميس

-Dictionnaire d'économie et de sciences sociales, eds, NATHAN, Paris

-Encyclopedia universalis, vol 9, pub 14, 1979,

جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية آلية تحكيمية بين التكييف القضائي و مشكل الإلزام

إعداد: نورالدين الداودي

دكتور باحث في العلاقات الدولية و القانون الدولي

- جامعة محمد الخامس بالرباط المغرب-

تقديم:

عرف النظام الدولي لتسوية النزاعات التجارية تطورا كبيرا، فبعدها كان يخضع لمبدأ التفاوض و لتوازن القوى، أصبح في عهد غات 1947 يخضع لنظام قانوني للفصل في النزاعات التي تنشأ بين دول الأطراف من خلال المادتين 22 و 23 من الغات، إلا أن هذا النظام كان يقوم على آليات للصلح و الوساطة دون أن تكون له صبغة قضائية واضحة، لذلك سرعان ما ظهرت نقائصه و عيوبه على مستوى طريقة الفصل في النزاعات، و التي كانت تعتمد أساسا على المفاوضات حيث كانت تستغرق وقتا طويلا بسبب التجاء الطرف المخالف إلى عرقلتها مستغلا في ذلك قاعدة الإجماع.

كما كانت القرارات الصادرة تفتقد للقوة الإلزامية، علاوة على غياب جهاز مشرف على التنفيذ، و ما كانت تعمد إليه بعض الدول من اتخاذ إجراءات عقابية منفردة بدعوى الحفاظ على مصالحها الاقتصادية و التجارية، كل ذلك أسفر عن عقم نظام تسوية النزاعات السائدة آنذاك، حيث كان أكبر متضرر من ذلك الدول النامية.

ولهذا تحركت الدول الأطراف و بشكل خاص الدول النامية في اتجاه تطوير نظام تسوية النزاعات داخل الغات بعد أن ظهرت نواقصه، هكذا بعد أن كان يقوم أساسا على المفاوضات و الوساطة، تم إنشاء فريق من الخبراء سنة 1952 يتولى دراسة النزاع و يدلي برأي استشاري، لكن بعد ذلك تم استبدال هذا الفريق بفريق تحكيم خاص *Groupe Spécial* يتكون من خبراء محايدين لأطراف النزاع، و يقوم بتقديم تقرير لمجلس الأطراف المتعاقدة في أجل معقول لا يتجاوز 6 أشهر، و على المجلس أن يقرر بالإجماع التدابير الواجب اتخاذها.

ورغم هذا التطور فإن تطبيق نفس القواعد على دول غير متساوية، كان مصدر انشغال الدول النامية باعتبارها المتضرر الأول من ذلك، مما دفعها إلى الدعوة لإدخال تعديلات على نظام تسوية المنازعات لصالحها، وتجسد ذلك من خلال الاقتراح الذي تقدمت به كل من البرازيل و الأورغواي سنة 1965 .

ونتيجة لهذه الضغوط تم إصدار قرار في 5 أبريل 1966 حول مسطرة تطبيق المادة 23 من الاتفاق العام، حيث تم لأول مرة الأخذ بعين الاعتبار الوضعية الخاصة للدول النامية في مسلسل تسوية المنازعات، رغم أن هذا القرار لا يرقى لما جاء به الاقتراح البرازيلي سنة 1965.

ومع ذلك فتطور نظام تسوية النزاعات لم يقف عند هذا الحد ففي سنة 1979 و في إطار جولة طوكيو تم تدوين قواعد و إجراءات تسوية النزاعات بقرار 28 نونبر 1979 حيث كان له تأثير إيجابي على الدول النامية، من خلال النص على التعويض المؤقت عن الأضرار المؤقتة (النقطة 4 من الملحق) و تعيين عضو واحد أو أكثر داخل فريق فض النزاع من الدول النامية (النقطة 6 من الملحق) لكن مع ذلك بقيت هذه الإجراءات تفتقد للفعالية بسبب الطبيعة غير الإلزامية لتقارير فرق التحكيم .

ولتأتي جولة الأورغواي ليتم التوصل إلى اتفاق حول عملية تسوية النزاعات، حيث سنتوج بإصدار سنة 1994، مع إنشاء منظمة التجارة العالمية اتفاق التفاهم بشأن قواعد و إجراءات تسوية النزاعات، و من ثم صار لهذه المنظمة إطار قانوني خاص بتسوية المنازعات يمثل جزءاً أساسياً من تكوينها.

كما تم ولأول مرة إنشاء جهاز لتسوية المنازعات، ويعد من أهم الأجهزة الرئيسية للمنظمة وقد أسندت له مهمة الإشراف على تطبيق اتفاق التفاهم بشأن قواعد و إجراءات تسوية النزاعات، ويتمتع بسلطة إنشاء فرق التحكيم و جهاز الاستئناف و يشرف على تنفيذ القرارات و التوصيات بأقصى سرعة ممكنة، وبذلك منعت الدول الأعضاء في المنظمة من تبادل العقوبات التجارية و اتخاذ الإجراءات العقابية المنفردة بدعوى الحفاظ على مصالحها الاقتصادية و التجارية، و يجتمع هذا الجهاز كلما دعت الضرورة للقيام بذلك، ويتخذ قراراته وفق قاعدة الإجماع السلبي عوض قاعدة الإجماع الإيجابي المعمول بها في النظام القديم لتسوية المنازعات في عهد الغات، مما مكن جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة من وضع جدار

أمام الأسباب التي كانت تؤدي إلى عرقلة اتخاذ قرارات ملزمة لفض الخلافات، فكان له انعكاس إيجابي على أعضاء المنظمة خاصة الدول النامية⁽¹¹⁹⁾ حيث دفعها هذا التطور إلى المشاركة في عملية تسوية المنازعات بعد أن غابت عنها لمدة طويلة.

وبذلك تكون جولة الأورغواي قد أضافت تحسينات هامة وجوهرية على قواعد وإجراءات تسوية المنازعات، وأفردت لها اتفاقية خاصة تبين القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات وأقرت ميلاد جهاز لتسوية المنازعات بموجب مذكرة التفاهم حول القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات - الملحق (رقم 2) من المحضر الختامي لجولة الأورغواي - .

إذن هل يمكن الحديث بمنظمة التجارة العالمية عن آلية قضائية تحكيمية تتمتع بأجهزة مختصة و بمساطر محددة و تمتلك قوة الزامية يستطيع من خلالها فرض قراراتها؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب فما الجديد الذي جاء به جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية لتجاوز هفوات الغات و يصبح أداة فعالة لإصلاح الاختلالات الناتجة عن العلاقة الاقتصادية غير المتكافئة بين الدول؟ وهل نجح في خلق ميكانيزمات يحقق من خلالها العدالة و الإنصاف إزاء الوضع الخاص للدول النامية؟ وهل استطاع الجهاز أن يجابه الاختصاصات الداخلية للدولة و أن يفرض إلزامية قراراته أمام الواقعية الدولية؟

كل هذه التساؤلات تبرز أهمية تطوير آلية التقاضي بمنظمة التجارة العالمية لضمان حقوق أعضائها، ولذلك سيسعى للإجابة عنها من خلال مستويين للتحليل، المستوى الأول سيتناول البنية التنظيمية لجهاز تسوية النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة. و المستوى الثاني سيناقش فاعلية جهاز تسوية النزاعات بالمنظمة العالمية للتجارة. و من تم ستقسم هذه الدراسة وفق الشكل التالي:

المحور الأول: جهاز تسوية النزاعات، بروز لملاح محكمة دولية بمنظمة التجارة العالمية.

¹ - السحمراني خليل. منظمة التجارة العالمية و الدول النامية. بيروت، دار النفائس 2003 ص 75.

المحور الثاني: قرارات جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية أمام مشكل الإلزام.

المحور الأول : جهاز تسوية النزاعات، بروز لملاحح محكمة دولية بمنظمة التجارة العالمية.

إن موضوع تسوية المنازعات التجارية جاء - في الحقيقة - ليغطي جميع اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، التي تجاوزت 28 اتفاقا متعدد الأطراف، و يعتبر جهاز تسوية المنازعات الآلية الأنجع - عن باقي الآليات الأخرى كالوساطة والتوفيق و المساعي الحميدة... - لحل المنازعات القائمة بين أعضاء منظمة التجارة العالمية بالنظر إلى هيكلته من خلال طبيعة وظائفه⁽¹²⁰⁾ و الإطار البنوي الذي يعمل به وطريقة صنع قراراته. و هو بذلك يكون قد شكل نقلة نوعية في حل المنازعات العالقة بمنظمة التجارة العالمية بالمقارنة على ما كان عليه الحال في الغات، وأعطى للمنظمة قيمة مضافة في تأطير و تطبيع المعاملات التجارية و ضبط انحرافاتهما من جهة، و خلق تفاعلات داخلية بين هيكله و أعضاء المنظمة من جهة أخرى .

فكان له تأثير كبير على نظام تسوية النزاعات، ففضل هيكله الجديدة أصبح هذا الأخير أكثر فعالية، كما أنه قاد إلى نوع من المساواة بين أعضاء المنظمة (بحيث أصبح لأول مرة في العلاقات الدولية أنه بإمكان الدول الصغيرة أن تعاقب الدول الكبرى).

لكن في نفس الوقت و ارتباطا بآثار الهياكل الجديدة للجهاز على أعضاء المنظمة تطرح مسألة وضعية أو مكانة الدول النامية في إطار النظام الجديد لتسوية النزاعات باعتبار أن قرارات جهاز تسوية المنازعات جاءت لتطبق على جميع الدول الأعضاء بحيث لا تفرق بين صغيرها و كبيرها الكل معني بنفس الحقوق و الالتزامات.

أ: جديد هيكله جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية.

¹ - قاسم أحمد علي، أحكام التحكيم في منظمة التجارة العالمية: دراسة نظرية تطبيقية لآليات الإنقاذ. دار الجامعة الجديدة 2012 ص 4.

عملت الأطراف المتعاقدة في جولة الأورغواي والتي سيتولد عنها إنشاء منظمة التجارة العالمية، على وضع نظام فعال لتسوية المنازعات ⁽¹²¹⁾ يتلافى العيوب الناشئة عن الصفة الاختيارية لنظام غات 1947، و من تم جاء الاتفاق في هذه الدورة على " اتفاق التفاهم بشأن القواعد و الإجراءات المتعلقة بتسوية المنازعات " ليطبق على مجموع النزاعات المتعلقة بالاتفاقات الحالية و التي ستوقع في المستقبل، و هذا منح لجهاز تسوية المنازعات إطارا تنظيميا بمحتوى قانوني ⁽¹²²⁾ . و على المستوى البنوي استفاد النظام الجديد من إنشاء أجهزة خاصة و مختصة في مجال تسوية النزاعات، و بهذا خطت المنظمة خطوات كبيرة في سبيل سد الثغرات التي كان يعاني منها النظام السابق، و يتجلى ذلك أساسا في:

_ إزالة الصفة الاختيارية، إذ لم يعد لأي دولة حق الفيتو، فبعد أن كانت القاعدة هي وجوب الإجماع على قبول التقرير، أصبحت القاعدة هي وجوب قبول التقرير إلا إذا حصل إجماع على رفضه.

- إخضاع كل الإجراءات لمدة زمنية محددة واجبة التنفيذ من طرف الأعضاء و أجهزة المنظمة.

_ إحداث جهاز دائم للاستئناف و جهاز لتسوية النزاعات.

- وضع قواعد تفصيلية لضمان تنفيذ القرارات و التوصيات.

و على ذلك يمكن القول، إن نظام تسوية النزاعات انتهى في جولة الأورغواي إلى أن

أصبح نظاما تغلب عليه الصفة الإلزامية، بما يجوز معه وصفه بأنه نظام شبه قضائي، و بعبارة أخرى أصبح للنظام التجاري المتعدد الأطراف جهاز - شبه

²- الجندي غسان هشام، وسائل حل الخلافات الدولية في منظمة التجارة العالمية، عمان، دار وائل للنشر 2005. ص 26.

¹- Eric Canal-Fourgues ; Le règlement des différends à l'OMC. Édition Bruylant, Bruxelles ; 2003. Pages 11-12.

²-Eric Canal-Fourgues ; Le règlement des différends à l'OMC. Édition Bruylant, Bruxelles ; 2003. Pages .13-14.

قضائي- لتسوية المنازعات يتمتع بهياكل قانونية تشهرها الدول الأعضاء في وجه أي طرف ينتهك أحكام الاتفاقيات المشمولة التي تسهر على تطبيقها منظمة التجارة العالمية.

ومن ثمة يمكن القول أن رفع قضية أمام جهاز تسوية المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، أصبح محدد بمساطر و بمدد زمنية معينة تتوزع حسب كل إجراء أثناء سير الدعوة عكس ما كان عليه الأمر داخل غات 1947 مما أدى إلى فرض نوع من الثقة بالنظام الجديد من قبل كافة الدول الأعضاء⁽¹²³⁾، ويظهر ذلك في العدد الكبير من القضايا التي قدمت للمنظمة و وجدت طريقها إلى الحل⁽¹²⁴⁾. لكن السؤال الذي يطرح - في إطار تفاعل أعضاء المنظمة العالمية للتجارة مع هياكل جهاز تسوية المنازعات - هل الدول النامية التي عبرت عن إرادتها في استعمال الآليات الجديدة في تسوية النزاعات هو اقتناعا منها أم مخافة من إقصائها؟ فإذا رجعنا إلى عهد غات 1947 نجد أن وضعية الدول النامية تم أخذها بعين الاعتبار من خلال النص على المعالجة الخاصة و المختلفة، لكن هذا الإجراء بقي حبرا على ورق بسبب الخاصية الغير الملزمة للتقارير التي كانت تصدر عن فرق التحكيم آنذاك.

إن منظمة التجارة العالمية استطاعت أن تسد هذه الفجوات، وذلك بخلق نظام شبه قضائي لا يميز بين دولة صغيرة أو كبيرة، حيث أصبح بإمكان الدول الصغيرة أن تعاقب الدول الكبرى من خلال آليات مستحدثة تتميز بالدقة و الصرامة في مواجهة الدول الأعضاء، هذا بالطبع على مستوى القانوني، لكن الواقع يقول غير ذلك، فالكثير من الدول النامية لازالت لم تشارك حتى الآن بسبب وضعيتها غير المتكافئة

¹ - خيرى فتحي، تسوية المنازعات في اطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية. دار النهضة العربية، 2007، ص45.

¹²⁴ - Michel RAINILLI ; L'Organisation Mondiale Du Commerce. 7^{ème}Edition, la Découverte, PARIS 2004 Pages 99-100.

³ - Jean-Pierre Allegret ; Pascal le merrer. Economie de la mondialisation. De Boeck 2007. Pp : 285-291.

مع الدول الكبرى⁽¹²⁵⁾، و هذا يحيل إلى دراسة اثار الهيكلية الجديدة لجهاز تسوية النزاعات على الدول النامية باعتبار هذه الدول هي الطرف الأضعف في النزاعات.

ب: آثار الهيكلية الجديدة لجهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية على الدول النامية.

يلزم لضمان استقرار و فعالية أي نظام قانوني، أن يبتغي تحقيق المساواة و عدم التمييز بين أعضائه، و لا يختلف النظام القانوني الدولي في سعيه إلى إقرار هذا الهدف عن غيره من النظم القانونية الأخرى، لذلك فإن المساواة بين الدول و عدم إقرار قواعد خاصة بمجموعة دون أخرى، سواء تمثل ذلك في إقرار امتياز أو أفضلية، كانت هي السائدة في إطار القانون الدولي التقليدي.

لكن هذا الطابع المجرد و المحايد للقانون الدولي التقليدي لم يكن ليستقر و يثبت بل كان لا بد أن تمتد إليه حتما رياح التغيير و التطور، خاصة بعد حصول الدول النامية على استقلالها و مطالبتها بنظام اقتصادي جديد، و استنادا لهذا المعطى فالدول يجب أن ينظر إليها ليس كوحدات منعزلة في إطار نظام قانوني محايد، بل من خلال واقعها الفعلي و نطاق المجموعات التي تنتمي إليها من الناحية الفعلية.

هكذا فأوضاع الدول النامية و احتياجاتها كان لا بد أن تكون محل اهتمام و تنظيم القانون الدولي الاقتصادي⁽¹²⁶⁾ و ذلك في إطار إقرار مراكز أو نظم قانونية للدول وفقا لأوضاعها الفعلية⁽¹²⁷⁾، و إدراكا لهذه الحقيقة قام أطراف غات 1947 بإقرار نوع من المساواة الفعلية بين الدول المتعاقدة، و ذلك من خلال إدراج مجموعة من القواعد و المبادئ التي تسمح للدول النامية إما بالتوصل من التزامات معينة أو التمتع بحقوق إضافية.

وفي نفس الإطار قررت اتفاقية مراكش و ملاحقها المختلفة تبني مجموعة من النصوص تهدف إلى تجاوز مفهوم المساواة أمام القانون إلى مفهوم تحقيق مبدأ

¹²⁶- يوسف صدقي. استراتيجية العمل الدبلوماسي الاقتصادي المغربي، توسع المجال و تعدد الفاعلين.

مجلة سياسات عربية، قطر العدد 12 يناير 2015 ص74.

¹²⁷- فالمساواة القانونية بين دول غير متساوية من الناحية الفعلية يؤدي إلى عدم العدالة، و يتجلى ذلك من خلال مبدأ التبادل في إطار الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف، والذي يضع الدول أمام نفس الالتزامات دون مراعاة لوضعيتها المختلفة و هذا يعتبر بالنسبة للدول النامية متناقضا مع احتياجات التنمية .

الإنصاف، و تمنح بمقتضاها إعفاءات و استثناءات لصالح الدول النامية. وبنظرة عامة على اتفاقية مراكش و ملاحقها المختلفة، يتبين أن هناك خاصيتين تحكمان الإعفاءات المقررة للدول النامية :

الخاصية الأولى : تنتشر الإعفاءات في مواضيع مختلفة، حيث أنه من الصعوبة بمكان حصر كل أوجه التحلل من الالتزامات الواردة في الاتفاقيات و ملاحقها لصالح الدول النامية، لذلك سيقصر على الإعفاءات المتعلقة بموضوع الدراسة، أي الإعفاءات المقررة للدول النامية في مجال حل النزاعات داخل جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة .

الخاصية الثانية : التمييز بين طائفتين من الدول النامية، هناك الدول النامية (128) و الدول الأقل نموا فبخصوص هذه الأخيرة فهي معفية بشكل كامل، بالنظر لأوضاعها الاقتصادية الصعبة من الخضوع لمعظم الالتزامات الواردة في اتفاقية مراكش و ملحقاتها، لهذا ستتم الإشارة هنا إلى الإعفاءات الممنوحة للدول النامية في مجال تسوية النزاعات باعتبارها الفئة التي لم تعف كليا من التزامات المنظمة و في نفس الوقت لم تلتزم بشكل كلي بتطبيق الالتزامات الموقعة، و باعتبارها الطرف الأضعف من بين أعضاء المنظمة .

إن التطور الكبير الذي أحدثته جولة الأورغواي من وجهة نظر الدول النامية في مجال تسوية المنازعات يتمثل في:

- إضفاء الطابع القضائي على إجراءات تسوية النزاعات مما أسهم في توفير قدر أكبر من الأمان و إمكانية التنبؤ في عملية التسوية،
- التوصل للمرة الأولى إلى خلق هيئتين متخصصتين بتسوية النزاعات هما فرق التحكيم و جهاز دائم للاستئناف،

¹²⁸ - Centre d'études prospectives et d'information internationales ;
L'économie mondiale 2009 ; collection repères N° 521 ; septembre
2008. Page 117.

- إدخال تحسينات على إجراءات عمل أجهزة جهاز تسوية المنازعات، ومن بينها اعتماد قاعدة للإجماع السلبي مما سمح للدول النامية بإمكانية الحصول على قرار لصالحها ضد الدول الكبرى وهذا الأمر لم يكن متاحا في السابق،

- النص المتعلق بتحديد جداول زمنية دقيقة في كل مرحلة من مراحل الإجراءات، تضاف إليها تلقائية المرور من مرحلة لأخرى دون ما حاجة لموافقة الطرف الآخر،

- الأخذ بالاعتبار حقوق الأطراف الثالثة في النزاع.

كل هذه الإصلاحات العامة أثرت بشكل إيجابي على ثقة الدول النامية بجهاز تسوية المنازعات و انعكست على حجم مشاركتها إذ نجد أن الدول النامية أكثر إقبالا على جهاز تسوية النزاعات مقارنة بعهد غات 1947⁽¹²⁹⁾.

بالإضافة إلى تلك الإصلاحات العامة فقد خصت مذكرة التفاهم مجموعة من المعاملة التفضيلية الخاصة بالدول النامية تختلف حسب المراحل المختلفة لإجراءات سير الدعوة و فيما يلي عرض موجز من خلال هذا الجدول للمعاملة التفضيلية الممنوحة للدول النامية :

¹²⁹- إلى حدود فبراير 2015 سجلت 488 قضية منذ دخول المنظمة حيز النفاذ في 1 يناير 1995، و أكثر من 180 قضية أحد أطرافها دولة نامية. في حين سجل مجموع العام للقضايا في عهد الغات 101 قضية خلال 48 سنة. أنظر تقرير منظمة التجارة العالمية بخصوص تسوية النزاعات فبراير 2015.

المعاملة التفضيلية الممنوحة للدول النامية	مختلفة للإجراءات سير الدعوة
تكييف آجال المشاورات مع الدول النامية	مشاورات أو المفاوضات الاستشارية
إمكانية اللجوء إلى المساعي الحميدة للمدير العام	
منح عناية خاصة للدول النامية أثناء مرحلة المشاورات	
حق إنشاء فريق التحكيم	
منح آجال خاصة بالدول النامية المدافعة	حق التحكيم و جهاز الاستئناف
مشاركة الدول النامية في تكوين فريق التحكيم	
التزام خاص بالتعليل	

التأكيد على المعاملة التفضيلية أثناء مرحلة التنفيذ	ذ التوصيات و القرارات
المعاملة التفضيلية الخاصة بمراقبة تنفيذ القرارات و التوصيات بما يتناسب مع ظروف الدولة النامية.	

جدول خاص بالمعاملة التفضيلية الممنوحة للدول النامية خلال المراحل المختلفة
لسير الدعوة:

و على العموم ورغم كل هذه الاصلاحات على عهد منظمة التجارة العالمية (130) ، فلا يجب أن ننخدع بهذا التحسن الذي عرفته مشاركة الدول النامية في جهاز تسوية النزاعات داخل المنظمة، فغالبية الدول النامية لازالت لم تلجأ بعد لهذا النظام إما لمحدودية إمكاناتها المادية و البشرية أو لاستمرار بعض العوائق التي كانت في عهد غات 1947 ، كعدم قدرتها على إجبار الدول الكبرى على تنفيذ قرار التسوية.

وكان أمل هذه الدول كبيرا في التوصل إلى اتفاق حول التعديلات المقدمة لإصلاح نظام تسوية النزاعات، لكن فشل المؤتمرات الأخيرة للمنظمة و فشل معها تبني هذه التعديلات سيبقي الوضع على ما هو عليه، و بالتالي تبقى حقيقة توفيق جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة في تحقيق الإنصاف إزاء الوضع الخاص للدول النامية، حقيقة نسبية.

و إذا كانت رغبت أعضاء منظمة التجارة العالمية في تطوير نظام تسوية النزاعات، قد تحققت في جهاز تسوية المنازعات من خلال هياكله الشبه قضائية و الآليات التفضيلية المراعية - نسبيا - للوضع الخاص للدول النامية. فهل هذا يعني أن جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة أصبحت له سلطة مستقلة يستطيع من خلالها مواجهة أعضاء المنظمة ؟ هذا الطرح يحيل إلى تعميق البحث في فاعلية الجهاز في مجابهة الاختصاص الداخلي للدولة ومدى قوة قراراته أمام واقع القوة الدولي.

¹³⁰ - Hélène Ruiz FABRI ; Chronique du règlement des différends 2002. Journal du droit international. n°3 PARIS 2003, pages 897-898.

المحور الثاني: قرارات جهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية أمام مشكل الإلزام.

أفرز ازدياد الاعتمادات المتبادلة في إطار المنظمة العالمية للتجارة إلى زيادة في مستوى النزاعات التجارية، الشيء الذي أدى معه إلى توسيع في نطاق عمل جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة على المستوى الكمي و الكيفي . وبالنظر إلى الدينامكية التي أصبح يكتسيها هذا الجهاز أصبح يطرح إكراه فاعلية جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة في مجابهة الاختصاص الداخلي للدولة (131) - سيادة الدولة - أضف إلى ذلك فقرارات هذا الجهاز قرارات ملزمة لدول أعضاء المنظمة الشيء الذي يثير حفيظة بعض الدول إزاء الامتثال لآليات التنفيذ بالجهاز تحت ذريعة الاختصاص الداخلي أو السيادة.

ولما كان نوعية أعضاء منظمة التجارة العالمية تختلف من عضو إلى آخر من دول متقدمة

و دول نامية، فإن هذا الوضع حتما انعكس على تفاعلات جهاز تسوية المنازعات مع أعضائه مما جعل مواقفه تتراوح بين الإيجابية و الحيادية السلبية في التعامل مع بعض القضايا المطروحة أمامه. و من أجل تسليط الضوء أكثر على فاعلية جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة فإنه من المناسب دراسة: أ) فاعلية الجهاز في مواجهة الاختصاص الداخلي للدولة. ب) القوة الإلزامية لآليات التنفيذ بجهاز تسوية المنازعات على ضوء واقع القوة الدولي.

أ: جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة في مجابهة الاختصاص الداخلي للدولة.

إن تزايد التنظيم الدولي للتجارة، وتطور آليات القانون الدولي التجاري في إطار منظمة التجارة العالمية، من خلال إنشاء هيئة لتسوية المنازعات، كان من نتيجته

131- يشكل الاختصاص الداخلي للدولة مجالاً تمنع فيه ممارسة التدخل، أي أن مبدأ عدم التدخل ينصب على الاختصاص الداخلي الذي يمكن اعتباره وجهاً ملازماً لمبدأ عدم التدخل و يتوقف عنده هذا المبدأ وجوداً و عدماً، و على أساس من الاختصاص الداخلي يتحدد وقوع التدخل أو عدم حدوثه.

اختراق المجال الداخلي للدولة وتقلص اختصاصها الداخلي إلى حد كبير، وهو ما يمكن إدراكه في ضوء التطورات التي حدثت في السنوات الأخيرة الماضية، فحتى وقت قريب لم يكن ينظر إلى الغات على أنها تشكل خطرا جديا على سيادة الدول و استقلالها، فالاهتمام الأول للغات كان يتمثل بتحرير التجارة الدولية في مجال البضائع، وحافظت الدول (أعضاء الغات) على درجة عالية من الرقابة في إقليمها وكانت تسعى إلى إدارة نزاعاتها التجارية خارج إطار الغات، من خلال ما كان يعرف " بتدابير المنطقة الرمادية" ⁽¹³²⁾ ، حيث كانت إدارة هذه العلاقات تتم على شكل اتفاقات ثنائية ومعنى ذلك أن الدول (الدول الأطراف المتعاقدة في الغات) كانت مطلقة اليد في ما تعتبره واقعا ضمن مجال اختصاصها الداخلي. فما الذي أحدثته منظمة التجارة العالمية و الاتفاقيات متعددة الأطراف من تغيير، أو بكيفية أدق كيف تفاعل جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة مع حدود الاختصاص الداخلي للدولة ؟

إن جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة قلص الاختصاص الداخلي للدول بشكل كبير لا من حيث نطاق اختصاصاته و لا من حيث توسع مجال اهتماماته ببعض المسائل التي تعتبرها الدول من صميم اختصاصها الداخلي مثل حماية البيئة وحقوق الإنسان.

و يمكن القول إن فاعلية جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة بدأت بالظهور مع تصدع مبدأ السيادة المطلقة للدولة و ظهور مبدأ السيادة النسبية، و استمدت قوتها من خلال إقرار فكرة الاهتمام الدولي مما مكن الأمم المتحدة من تخطي العقبة القانونية التي يمثلها الاختصاص الداخلي. وقد وجدت فكرة الاهتمام

¹³² - لجأت معظم الدول الصناعية إلى تطبيق الإجراءات الرمادية بغية حماية مصالحها التجارية القومية، ولو كان ذلك يشكل تحايلا على مبدأ الغات. و يطلق هذا المصطلح على طائفة من الأساليب و الترتيبات التجارية التي تطبقها بعض الدول، غالبا من خلال اتفاقية ثنائية من أجل تقييد الواردات من الدول الأخرى إلى أسواقها المحلية، أو من أجل زيادة صادراتها إلى الأسواق الخارجية. وقد أطلق هذا الإسم على هذا النوع من الترتيبات على أساس أنه وإن كانت الغات لا تسمح صراحة بهذه الترتيبات فإنها لا تتعارض - حسب رأي مستخدمي هذه الإجراءات - مع مبدأ الغات. و من ثم فهي لا تقع تماما في المنطقة البيضاء التي تحتوي على ما تبيحه الغات، كما أنها لا تقع تماما في المنطقة السوداء التي تشمل على الممنوعات بمقتضى اتفاقية الغات، و إنما هي تقع في مجال يتداخل فيه الأبيض و الأسود، و لذلك سميت بالمنطقة الرمادية. راجع ابراهيم العسوي، الغات و أخواتها - النظام الجديد للتجارة العالمية و مستقبل التنمية العربية - مركز دراسات الوحدة العربية الطبعة الثانية، بيروت 1997 ص 32- 33.

الدولي تأييدا قضائيا من خلال اعتراف محكمة العدل الدولية بوجود مسائل لها طبيعة تهم الجماعة الدولية كلها.

و مع الاتجاه نحو المشروعية في منظمة التجارة العالمية من ناحية تفعيل رقابة جهاز تسوية المنازعات⁽¹³³⁾، على بعض المجالات التي تعدها الدول من اختصاصها المطلق، كما هو الحال بالنسبة للاستثناءات الأمنية، فإن ما ستبديه الدول من احترام أو عدم احترام لهذه المشروعية من ناحية الاعتراف لجهاز تسوية المنازعات بممارسة اختصاص نظر المنازعات التي تنطوي على استخدام للاستثناءات الأمنية، سيكون امتحانا لمدى مقدرة النظام الدولي التجاري برمته على البقاء. فحجة الاستثناءات الأمنية رغم أهميتها كدليل على وجود الاختصاص الداخلي الذي لا يجوز التدخل فيه، إلا أن التعسف في استخدامها - ولاسيما من جانب الكيانات الكبرى - سيكون ذا أثر مدمر للنظام الدولي التجاري، و هنا يبدو من المناسب أن يتم ضبط استخدام الاستثناء بشكل يحفظ للدول حقها في تحديد مصالحها الأمنية على أن يكون استخدامها للاستثناء خاضعا لمراجعة جهاز تسوية المنازعات في منظمة التجارة العالمية. ورغم ذلك فقد بقيت فكرة الاختصاص الداخلي ثابتة كقيد قانوني ولكن حدود الاختصاص الداخلي كانت متغيرة دائما وبشكل يسير نحو التقلص حيث ازدادت العلاقات الدولية تعقيدا و تنظيما، و كان ذلك كله على حساب حدود الاختصاص الداخلي للدولة.

و قد كان لاتفاقيات التجارة العالمية أثر كبير على حدود الاختصاص الداخلي نظرا لتعدد و تنوع هذه الاتفاقيات من ناحية، و نظرا لديناميكية منظمة التجارة العالمية من ناحية ثانية حيث ترعى هذه المنظمة جولات تفاوضية يكون من نتائجها زيادة تقليص حدود الاختصاص الداخلي. وكانت هناك بعض المسائل التي تمت معالجتها أمام جهاز تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية، و التي انطوت على مسائل تتعلق بالاختصاص الداخلي للدول، كمسألة فرض معايير العمل لدى الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية، و ما أثارته من جدل بين الدول المتقدمة التي اعتبرت من المسائل المتعلقة بتطبيق حقوق الإنسان (وهي مسألة من مسائل الاهتمام الدولي) وبالمنافسة الشريفة، لأنها تنطوي على دعم حكومي و إغراق اجتماعي يرفضه القانون الدولي التجاري، و الدول النامية التي اعتبرت هذه المسائل متعلقة

¹ - موسى شقري نوري، التمويل الدولي و نظريات التجارة الخارجية. دار المسيرة عمان 2012 ص 15.

بالاختصاص الداخلي من ناحية، و بمبدأ الميزة النسبية التي يقرها القانون الدولي التجاري من ناحية ثانية.

كما عالج جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة مسألة حماية البيئة و ما تمثله من قيمة تهم المجتمع الدولي ككل، حيث أوجد جهاز تسوية المنازعات بعض المعايير التي تحمي البيئة من خلال فرض بعض القيود التجارية، كما تعاملت معها فرق التسوية في الغات و فرق

التسوية بجهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة. وقد اعترفت فرق التسوية بفكرة الاختصاص الداخلي، من خلال اعترافها للدول بحق فرض معاييرها البيئية ضمن أقاليمها بالنسبة لرعاياها، ولكنها حرمت فرض هذه المعايير على الدول الأخرى، لأن ذلك يعد مصادرة لاختصاصها الداخلي و هو ما يشكل تدخلا في شؤونها الداخلية و اعتداء على سيادتها.

و على العموم لا يمكن إنكار فاعلية جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة بالنظر إلى المجالات التي طالتها دائرة اختصاصاته و التي كانت حكرًا في ما مضى على المجال المحفوظ للدولة، إلا أنه تبقى فكرة الاختصاص الداخلي للدولة حجر عثرة أمام ممارسة الجهاز لمهامه، و هذا ما يحيلنا لدراسة القوة الإلزامية لآليات التنفيذ بجهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة أمام واقع القوة الدولي.

ب: القوة الإلزامية لآليات التنفيذ بجهاز تسوية النزاعات بمنظمة التجارة العالمية على ضوء واقع القوة الدولي.

رأينا فيما سبق كيف قلص جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة من الإختصاص الداخلي للدولة، بحيث أخرج الكثير من المسائل التي كانت خاضعة للاختصاص الداخلي من حدود هذا الاختصاص و أخضعها للتنظيم الدولي. كما أن جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة نقل العلاقات الدولية التجارية إلى إطار من المشروعية الدولية متعددة الأطراف، و هذا الإطار يلزم الدول عند إقدامها على اتخاذ خطوات تدخلية تجاه بعضها البعض أن يكون اتخاذ هذه الخطوات من خلال قرارات جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة أو بترخيص أو

تفويض منه سواء تعلق الأمر بفرض التزامات أو التعويض عن الضرر⁽¹³⁴⁾ . أما أن تقدم دولة على فرض عقوبات أو جزاءات على دول أخرى بشكل أحادي الجانب، فيفترض في هذا التدخل ألا يكون مشروعاً، لأن النظام الذي أوجدته منظمة التجارة العالمية لتسوية المنازعات كفيل بحل المنازعات الدولية التجارية، وملزم للدول من حيث انتفاء سلطتها في إعاقة إنشاء فريق التسوية، ومن حيث قبول التسوية و القرارات التي يتم الوصول إليها.

و لعل مسألة الترخيص بفرض الالتزامات التي يحددها جهاز تسوية المنازعات هي الفاصل بين التدخل المحظور و التدخل المشروع في نطاق العلاقات الدولية التجارية القائم في إطار منظمة التجارة العالمية. فما تفرضه دولة من التزامات على دولة أو دول أخرى بإرادتها المنفردة هو تدخل محظور، و بالتالي فإن أسلوب فرض هذه الالتزامات يكون محظوراً.

وما يفرضه القانون الدولي (سواء القانون الدولي العام أو القانون الدولي التجاري) هو أمر مشروع، و لكن طريقة تنفيذ الالتزام قد تكون من قبيل التدخل المحظور، إذا ما تمت عملية التنفيذ بصورة أحادية الجانب لا يبيحها القانون الدولي بشكل عام، و لا يرخص بها بشكل خاص و قد تكون من قبيل التدخل المشروع، إذا ما تمت عملية التنفيذ من خلال جهاز دولي سواء كانت عملية التنفيذ الإلزامي للالتزامات (التي يرتبها القانون الدولي) جماعية من خلال المنظمة أو بترخيص منها، أو أحادية الجانب و لكن المنظمة رخصت بها أيضاً.

و بالنظر إلى فاعلية جهاز تسوية المنازعات داخل المنظمة العالمية للتجارة و توسع مجالات اختصاصاته، أصبحت آلياته التنفيذية تطرح إشكالات جوهرية فيما يخص قوتها الإلزامية في مجابهة الواقع الدولي، فالتدخل الأحادي الجانب الذي تأتيه دولة ما في شؤون دولة أخرى إنما هو تدخل محظور بموجب القانون الدولي، لأنه يقوم على أساس تحديد التزامات و فرضها على الدول، أو الدول التي يتم التدخل ضدها بإرادة منفردة من جانب الدولة المتدخلة.

إن تحديد الالتزامات الدولية بواسطة دولة أخرى، يتنافى مع مبدأ المساواة في السيادة، و بالتالي فإن محاولة فرض هذه الالتزامات بشكل تدخلا غير مشروع في

¹³⁴ - بوجلال صلاح الدين، نظام التعويض في قانون منظمة التجارة العالمية، خصوصية النظام التجاري الدولي أم خصوصية القوة التجارية . مجلة الشريعة و القانون، الامارات العدد51 يوليو 2012 ص 309.

شؤون الدول المستهدفة، و أبرز مثال على ذلك البند 301 من التقنين التجاري للولايات المتحدة و قانون هلمز- بورتن الأمريكي، اللذان يندرجان تحت السلوك الأحادي الجانب لفرض تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق الدول المستهدفة من جانب الدولة المعنية أو الالتزامات التي يرتهاها القانون الدولي، و لكنه لم يرخص بتنفيذها بشكل أحادي الجانب، و هما بذلك يشكلان نوعا من الاعتماد على الذات في توقيع الجزاء و يفرضان واقع القوة على حساب القوة الإلزامية لآليات التنفيذ بجهاز تسوية المنازعات، و هذا ما يتنافى مع أهداف منظمة التجارة العالمية الرامية إلى جعل من قرارات جهاز تسوية المنازعات قرارات ملزمة نابعة عن إرادة أعضاء المنظمة⁽¹³⁵⁾

و من هنا يستخلص إلى كون قرارات جهاز تسوية المنازعات لم ترقى من حيث الإلزام إلى المستوى الذي تتسم به القوانين الداخلية، بل لازلت الواقعية الدولية تفرض نفسها، كما هو الحال بالنسبة للتقنين التجاري للولايات المتحدة.

¹ - عبد الله رزق، الإقتصاد العالمي في زمن الأزمات المتناسلة. دار المنهل اللبناني 2012 ص 240.

خاتمة:

إذا كان جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة يعتبر من أهم المؤسسات التي أحدثت بإحداث المنظمة العالمية للتجارة و الضامن الأساسي لحق التقاضي بين أعضاء المنظمة، فإنه يعتبر بالفعل نقلة نوعية في مجال تسوية المنازعات التجارية الدولية بالنظر إلى ما كان عليه الحال سالفًا بالغات، و إلى نوعية أطراف النزاع في القضايا المثارة أمامه بحيث أصبح "نظريًا" للدول النامية أن تقاضي الدول المتقدمة. و من هنا يمكن أن نخلص إلى النتيجة التالية:

أصبح لمنظمة التجارة العالمية جهازًا قائمًا بذاته للفصل في النزاعات التي ستحدث بين الدول الأعضاء، فلا يجوز لأي طرف من الأطراف المتنازعة الحصول على قرار ملزم ضد الطرف المشكو في حقه خارج هذا الإطار، و من ثم فلا يجوز البت في حصول أي انتهاك أو عرقلة للاتفاقية إلا من خلال جهاز تسوية النزاعات، ما لم يحصل الإتفاق على غير ذلك بين المتنازعين أنفسهم و وفق شروط محددة.

و إذا كانت هذه النتيجة تعبر عن التطور الإيجابي الذي حصل في التنظيم الدولي التجاري إلا أنه الجدلية التقليدية بين إلزامية القرارات الدولية و سيادة القانون الداخلي تطرح نفسها دائمًا عندما يكون الحديث عن فاعلية المنظمات الدولية، نفس الشيء يقاس على فاعلية جهاز تسوية المنازعات بالمنظمة العالمية للتجارة، فما يعيب قرارات هذا الجهاز هو عدم وجود آلية قوية للتنفيذ الجبري، حيث لا يوجد في تفاهم تسوية المنازعات ما يدل على إمكانية تدخل الجهاز لفرض قراراته تجاه من ينتهكها، و إنما الأمر متروك لكل عضو على حدة، و رغم أنه جاء بمسأل التعويض و التدابير المضادة فهي ليست كافية لفرض إلزامية القرارات و لا ترقى إلى فكرة العقاب الجماعي. و مما لا شك فيه أن هذا الضعف في آلية التنفيذ الجبري، يمكن أن يشل فاعلية الجهاز، و لاسيما بالنسبة للأعضاء الضعفاء الذين لن يكونوا قادرين على القيام بممارسات تدخلية لفرض حقوقهم التي ينتهكها أعضاء أقوى منهم، خلافاً للأعضاء الأقوياء الذين يستطيعون فرض القواعد الدولية، عندما تنتهك حقوقهم التي تكفلها اتفاقيات تحرير التجارة العالمية، دون حاجة إلى وقوف المنظمة بأجهزتها إلى جانبهم.

بالنتيجة، يمكن القول أن منظمة التجارة العالمية قد وجدت جهاز لتسوية المنازعات ينبغي أن يخضع له جميع أعضاء المنظمة، فيما يتعلق بكل المنازعات التي نظمها الاتفاقيات متعددة الأطراف، بما في ذلك المنازعات التي تنطوي على جوانب سياسية و ترى فيها الدول أنها من اختصاصها الداخلي. بيد أن آلية التنفيذ الإلزامي لفرض قرارات الجهاز تعاني ضعفا كبيرا و تحتاج إلى إصلاح جوهري، يتمثل في وجب نقل سلطة التدخل لفرض تنفيذ هذه الالتزامات من الأعضاء إلى المنظمة، حتى تصبح المساواة الظاهرية بين الأعضاء ذات مضمون واقعي.

أنتهى بحمد الله

لائحة المراجع المعتمدة.

- ابراهيم العسوي. الغات و أخواتها - النظام الجديد للتجارة العالمية و مستقبل التنمية العربية - مركز دراسات الوحدة العربية الطبعة الثانية، بيروت 1997
- الجندي غسان هشام. وسائل حل الخلافات الدولية في منظمة التجارة العالمية. عمان دار وائل للنشر 2005.
- السحمراني خليل. منظمة التجارة العالمية و الدول النامية. بيروت، دار النفائس 2003.
- بوجلال صلاح الدين. نظام التعويض في قانون منظمة التجارة العالمية، خصوصية النظام التجاري الدولي أم خصوصية القوة التجارية. مجلة الشريعة و القانون، الامارات العدد 51 يوليو 2012
- خيرى فتحي. تسوية المنازعات في اطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية. دار النهضة العربية، 2007.
- عبد الله رزق. الاقتصاد العالمي في زمن الأزمات المتناسلة، دار المنهل اللبناني 2012.
- قاسم أحمد علي. أحكام التحكيم في منظمة التجارة العالمية: دراسة نظرية تطبيقية لآليات الإنفاذ. دار الجامعة الجديدة 2012 .

- موسى شقري نوري. التمويل الدولي و نظريات التجارة الخارجية، دار المسيرة عمان 2012.
- يوسف صدقي. استراتيجية العمل الدبلوماسي الاقتصادي المغربي، توسع المجال و تعدد الفاعلين. مجلة سياسات عربية، قطر العدد 12 يناير 2015.
- تقرير منظمة التجارة العالمية بخصوص تسوية النزاعات. جنيف، فبراير 2015.
- Eric Canal-Fourgues ; Le règlement des différends à l'OMC. Edition; Bruylant, Bruxelles; 2003.
- Jean-Pierre Allegret; Pascal le merrer. Economie de la mondialisation. Edition De Boeck, Bruxelles, 2007.
- Hélène Ruiz FABRI ; Chronique du règlement des différends 2002. Journal du droit international. n°3 PARIS 2003
- Michel RAINILLI ; L'Organisation Mondiale Du Commerce. 7èmeEdition, la Découverte, PARIS 2004
- Centre d'études prospectives et d'information internationales ; L'économie mondiale 2009 ; collection repères N° 521 ; septembre 2008.

خصوصية إجراءات التحكيم الإلكتروني في تحقيق الأمن القضائي

د. عبد الحق كوريتي

دكتور في القانون الخاص

مقدمة

من البديهي أنه في حالة نزاع بين أطراف اتفاق التحكيم، فإن الأمر يتطلب بالضرورة الوقوف على جملة من الإجراءات يجب إتباعها، غير أن هذه الإجراءات تختلف عن مثيلاتها في التحكيم التقليدي نظرا لكونها تمر في محيط افتراضي ينعدم فيه التواجد المادي للأطراف، ولما كانت هذه الإجراءات تجري في وسط غير مادي، فإنه لضبطها ضرورة تحديد المرتكزات التي تنطلق منها المكان الزمان وإذا كانت القواعد القانونية المنظمة للقضاء العادي وكذلك لإجراءات التحكيم العادي تشترط استخدام الدعائم الورقية والحضور الشخصي لأطراف النزاع فإنه في إجراءات التحكيم الإلكتروني يتم استخدام الدعائم الإلكترونية، وقد تتعين هيئة التحكيم بالوسائل الحديثة التي تمنح بنقل الصوت والصورة بطريقة مباشرة عندما يتطلب الأمر ذلك في إدارة الجلسات حيث قد تكفي بالدعائم الإلكترونية في حالة اتفاق أطراف النزاع على ذلك، فما هي هذه الإجراءات المثالية في نظر النزاع؟ وكيف للأطراف معرفتها وهل هي من اختيارهم أم باختيار المركز وما هي تكاليف النزاع؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في- المطلب الثاني - بالإضافة إلى هذا الإشكال نتساءل عن الكيفية التي يتم بها تحديد النطاق الزماني والمكاني -المطلب الأول-.

المطلب الأول: النطاق المكاني والزماني لإجراءات التحكيم الإلكتروني.

إذا التحكيم العادي هو النظام القضائي للاتفاق الذي يشكل هيئة التحكيم من محكم فرد أو أكثر. تجلس في مكان محدود ومعروف تتعقد فيه خصومة التحكيم، وتبدأ إجراءاتها وتتوالى عملياتها حتى يصدر حكم التحكيم، ويمثل النطاق المكاني والزمني لإجراءات التحكيم العادي أهمية كبرى تؤثر على نظام التحكيم ذاته بداية من بدايته ومرور بسير خصومته وحتى نهايته.

الفقرة الأولى: النطاق المكاني لإجراءات التحكيم الإلكتروني.

إذا كان المكان في التحكيم الإلكتروني يؤدي دورا كبيرا في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءاته أمام المحاكم الوطنية لمساعدة هيئة التحكيم في سير الإجراءات التحكيمية، بالإضافة إلى الدور الرقابي للمحاكم على أحكام المحكمين، كما أن المحكمة المختصة ينظر دعوى بطلان التحكيم هي الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أضف إلى ذلك أن مكان التحكيم تظهر أهميته عند تنفيذ حكم التحكيم¹³⁶.

وهذا الإشكال بالنسبة للتحكيم الإلكتروني، يتمثل في كيفية تحديد مكان التحكيم الإلكتروني إذا كانت مختلف جوانبه تتم عبر مجتمع افتراضي يعلو مجتمع الدول ولا يعرف المرتكزات المكانية.

ولكن إذا كان الأصل أن يتفق الأطراف على إجراءات التحكيم في الاتفاق إلا أنهم قد يغفلوا تحديد هذا المكان، فما هو المكان الذي سيعتبر مكان التحكيم عندئذ؟ وعلى ضوءه يحدد القانون الواجب التطبيق في بعض مسائل التحكيم، وما هو القانون الواجب التطبيق على إجراءات موضوع التحكيم الإلكتروني؟

أولا: النطاق المكاني لإجراءات التحكيم الإلكتروني

- بما أنه لا يوجد مكان محدد بذات الانعقاد جلسات التحكيم الإلكتروني كما هو الشأن لنظيره التقليدي أو القضاء العادي فإنه يمكن أن تتعقد هذه الجلسات في أي مكان ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك. فإن الجلسات تتعقد في

¹³⁶ نور أحمد الحجابياومصلح أحمد الطروانة، الاختصاص القضائي بمنازعات المسؤولية التقصيرية الموضوعية الناشئة في بيئة الفضاء الإلكتروني -دراسة القانون الأردني- مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع السنة الثلاثون، ديسمبر 2006 ص 212.

مكتب رئيس لجنة التحكيم، أو في موطن أو مكتب أكبر المحكمين سنا مثلا في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس فان تعيين المكان إنما يتم عن طريق مؤسسة أو مركز التحكيم ذاته بما لهما من سلطة تنظيمية أو إدارية، مع إمكانية اتفاق الأطراف على خلاف ذلك. وهذا ما يفهم كذلك من الفصل 10-327¹³⁷ الذي ينص "على أنه تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون دون ذلك في اتفاق التحكيم". لكن في بعض الأحيان تقيد بعض هذه المنظمة مؤسسة التحكيم الدائمة الدولية إرادة الطرفين أو المحكمين ببعض القيود عند تحديد مكان التحكيم، منها ضرورة مراعاة النظام العام الدولي والداخلي¹³⁸. كذلك كما هو الحال في نظام مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن عام 1985. إذ أن هذا النظام يجعل مقر المركز أي مقر البنك الدولي للتعمير والتنمية IBRD. مكانا للتحكيم بصفة أصلية ويجيز للطرفين أو المحكمين اختيار مكان آخر للتحكيم بقيود معينة¹³⁹ غير أنه في هذه الحالة على هيئة التحكيم التي تحدد فيها مكان التحكيم أو تعقد جلساتها خارج المكان المعتاد للتحكيم وأن تلتزم الموضوعية في ذلك، بحيث يكون باستطاعة الأطراف الحضور وتقديم طلباتهم ودفاعهم بسهولة ويسر، وإلا كان ذلك إخلالا بحقوق الدفاع.

وما يمكن ملاحظته أن تعيين مكان التحكيم بواسطة الأطراف أو بواسطة هيئة التحكيم ذاتها لا يخل بسلطة هيئة التحكيم في أن تقرر الاجتماع في أي مكان آخر تراه مناسباً للقيام بإجراء بعينه مثل سماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء، أو الاطلاع على المستندات أو معاينة البضاعة أو الأموال أو إجراء المداولة بين أعضاء هيئة التحكيم.

وتبرز أهمية تعيين مكان التحكيم الإلكتروني في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، في تصنيف حكم المحكمين ما إذا كان وطنيا أو أجنبيا¹⁴⁰، وتجدر الإشارة إلى أن اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 وإن كانت قد تبنت مبدأ إرادة الخصوم في تحديد المكان بشرط موافقة هيئة التحكيم

¹³⁷ من القانون المغربي المعدل القانون المسطرة المدنية رقم 05-08.

¹³⁸ مجذوب كوثر. الدفع بالنظام العام في تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية. مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون السوق، نوقشت بكلية الحقوق قسم العلوم القانونية و الإدارية. جامعة جيجل. الجزائر السنة الجامعية 2007 ص 47.

¹³⁹ عصام عبد الفتاح مطر. م.س.ص. 423.

¹⁴⁰ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية. دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية 1995.ص.8.

بعد التشاور مع إدارة المركز، واعتبرت الاتفاقية هذه الموافقة أمرا لازما لا يمكن الاستغناء عنه مطلقا، وقد أُلحِت المذكرة الإيضاحية إلى ستة مؤشرات أساسية يمكن للأطراف وهيئة التحكيم الاستشهاد بها لتحديد مكان التحكيم خارج البلد الذي يوجد فيه مقرها وهذه المؤشرات هي كالتالي:

- موافقة الأطراف.
- القرب من مكان البضاعة والمستندات.
- القرب من مكان الشهود.
- ضرورة اللجوء إلى البحث والتقصي والتحقيق.
- أن يكون قريبا من مكان التنفيذ الإجباري لحكم المحكمين.
- والحصول على المنفعة في إجراء التحكيم بدولة المدعى عليه¹⁴¹.

ومن المزايا التي يحددها كذلك مكان التحكيم أيضا أنه يساعد في تحديد المحاكم المحلية المختصة بإلغاء حكم التحكيم، الأهم من ذلك هو تحديد جنسية حكم التحكيم تماشيا مع أحكام اتفاقية نيويورك، وبالتالي فإن مكان التحكيم يجب أن يكون في دولة طرف في هذه الاتفاقية، ولما كانت شبكة الانترنت لا تتموضع أو توجد في جزء معين من العالم المادي أي لا ترتبط بدولة معينة، فإنه يمكن القول بأنه لا يوجد ما يسمى مكان التحكيم، في مجال التحكيم عبر الانترنت وبالتالي فإن هذا النوع من التحكيم لا يمكن ربطه بنظام قانوني لدولة معينة مما يؤهله للحصول على دعم قوانين هذه الدولة لهذا التحكيم وقبولها به والتأكيد بالتالي من شرعية إجراءات التحكيم وقابلية تنفيذ حكم التحكيم من الناحية القانونية.

ولا غرو إذا قلنا أن تحديد مكان التحكيم ليس هو الشغل الشاغل لأطراف العملية التحكيمية عبر الانترنت نظرا لتسهيلات التي أصبحت تقدمها شبكة الانترنت جعلت بالإمكان تحقيق اتصال وتواصل الأشخاص بين أطراف النزاع والمحتكمين.

¹⁴¹ أحمد الشيخ قاسم، التحكيم الدولي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى دار الجاحظ. دمشق. 1994. ص 425.

لكن ومع كل هذا ونظرا لأهمية مكان التحكيم الالكتروني فان الحل الأمثل لحل إشكالية المكان في مجال التحكيم الالكتروني، يمكن نهج وسلتين وإتباعهما إما البحث في الإطار التقليدي للتحكيم ومحاولة ربط إجراءات وحكم التحكيم بدولة معينة، أو الأخذ بنظرية التدويل أو عولمة التحكيم عبر الانترنت¹⁴².

إن نظرية عولمة التحكيم تنطبق على إجراءات التحكيم وعلى حكم الحكيم، ومحتوى هذه النظرية هو رفع سلطة الإشراف للقانون الوطني والمحاكم الوطنية في الدولة التي تجري فيها التحكيم، كذلك تدويل الحكم مفاده رفع سلطة محاكم تلك الدولة فيما يتعلق بنفاذه وبطلانه، ويرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم التجاري الدولي ينبغي ألا يخضع للقوانين الوطنية التي تختلف من بلد إلى آخر، ناهيك على أن القوانين الوطنية لا تتماشى والإيقاع المتصارع والمتناهي للتحكيم التجاري الدولي، من هذا المنطلق يرى أصحاب هذه النظرية أن الاختصاص بنظر حكم التحكيم إنما ينعقد لمحاكم الدولة التي يتم السعي الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم في إقليمها، إذ أن القيود التي تفرضها القوانين الوطنية من شأنها أن تجهض على التطورات العامة التي عرفها التحكيم التجاري الدولي مثل ثورة الاتصالات وتحوله من تحكيم عادي إلى تحكيم الكتروني في هذا الأخير يتعين على المحكمين البحث في الكثير من القواعد القانونية المتعارضة والمتضاربة في العديد من القوانين الوطنية لذات السبب وتجنباً لهذه الإشكالية المعقدة فان أفضل حل هو تحرير إجراءات التحكيم من سيطرة المحاكم الوطنية، ومن الخضوع للقواعد الأمر وقواعد النظام العام في بلد التحكيم الأمر الذي من شأنه تجنب المحكمين مشقة البحث عن آلية للتوفيق بين القواعد القانونية المتضاربة ومصالحة أطراف النزاع في كل من بلد التحكيم والبلد الذي يتم السعي إليه لتنفيذ الحكم فيه، عندئذ يكون بمستطاع هؤلاء المحكمين تطبيق قانون الإجراءات الأكثر ملائمة من وجهة نظرهم¹⁴³.

ومن ابرز مبررات نظرية تدويل عولمة التحكيم هو اختلاف الدور المنوط بالمحكم عن ذلك المنوط بالقاضي، إذ بغض النظر عن المصدر العقدي للاتفاق لسلطة محكمة التحكيم، فانه من الصعوبة بمكان اعتبار المحكم على أنه يمثل سلطة دولة الإقليم.

¹⁴² عماد الدين محمد. طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت م.س.ص 1050
¹⁴³Paullson ,arbitration unbound : Award de tached from the Law i=of its country of origin (30) int comp,L;o 1981:p 362

كما هو الشأن بالنسبة للفاضي الوطني، لأن مصدر سلطته ذات الطابع القضائي هو موافقة أطراف النزاع وهي ذات طبيعة خاصة محضة وهي المنبع الرئيسي بالإضافة لتسامح قانون دولة مكان التحكيم وسماحه بإتباع التحكيم كأسلوب لحل النزاعات، وغني عن التوضيح أن المبتغى من وراء تدويل التحكيم ليس التهرب من الخضوع لسلطان محاكم الدولة بل العكس من ذلك لتعزيز فرض تقبل هذه الأخيرة لحكم التحكيم المدول إذ أن محاولة تجنب الخضوع لأي قضاء وطني هو أمر مستبعد من النظرية إذ أن عدم وجود قضاء وطني يعهد إليه بمهمة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم من شأنه أن يؤدي لانهايار نظام التحكيم الدولي بل إن الهدف المبتغى من وراء هذه النظرية هو أن حكم التحكيم المدول ربما يكون مقبولا من قبل النظام القانوني للقضاء التنفيذي لدولة ما بالرغم من أن هذا الحكم مستقل تماما وغير مرتبط بالنظام القانوني للدولة التي صدر فيها الحكم¹⁴⁴.

لكن رغم إيجابيات هذا التوجه فان نظرية تدويل أو عولمة الحكم تطرح إشكالية معقدة في ظل الوضع الحالي للتحكيم التجاري الدولي، وخاصة في ظل اختلاف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تحديد مكان التحكيم على اعتبار أن نصوص قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم¹⁴⁵، كما أن اتفاقية بنما¹⁴⁶ تفيد بأن مكان التحكيم هو المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم.

أما اتفاقية نيويورك¹⁴⁷ فترى بأن مكان التحكيم هو المكان الذي تم فيه التحكيم والذي صدر فيه حكم التحكيم في حين نجد أن اتفاقية جنيف¹⁴⁸ ترى بأن مكان التحكيم هو المكان الذي تم فيه إبرام اتفاقية التحكيم، أما قانون اليونسترال فيتيح لأطراف النزاع حق اختيار مكان التحكيم، وفي حال اتفاقهم على اللجوء للتحكيم المؤسسي فان تحديد مكان التحكيم يتم وفقا لقواعد ولوائح هذه المؤسسة أو المركز التحكيمي. إذ أن اختيار الأطراف لمركز أو مؤسسة تحكيمية بعينها يمكن أن تعتبر بمثابة اتفاق ضمني على إجراء التحكيم في مقر المركز أو المؤسسة التحكيمية، في حال ما إذا فشل الأطراف في الاتفاقية على مكان التحكيم فان محكمة التحكيم يمكن أن تختار مكان التحكيم.

¹⁴⁴Paullson,J,op,p,54,57

¹⁴⁵ انظر المادة 2 الفقرة 1 من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم 1985 .

¹⁴⁶ انظر المادة (1) (a) 5 اتفاقية بنما عام 1975 .

¹⁴⁷ انظر المادة (1) (a) 7 و (1) (d) 7 من اتفاقية نيويورك 1958

¹⁴⁸ انظر المادة (2) © 1 من اتفاقية جنيف لعام 1961

وبناء على هذا الطابع الاختياري الحر لمكان التحكيم، سواء من خلال الأطراف بطريقة مباشرة من خلال لجوئهم لمؤسسة أو مركز تحكيم عن طريق اختيار المحكمين لمكان التحكيم، يمكن القول أن الافتقار لمكان مادي حقيقي لجلسات الاستماع أو إجراءات التحكيم الأخرى في التحكيم الإلكتروني مسألة تعتبر غير ذات قيمة كبيرة طالما أن كل إجراءات التحكيم تتم عبر الانترنت وفي آخر البيانات تكشف أن الأطراف الذين قاموا بأنفسهم بتحديد مكان التحكيم في أكثر من 180 من النزاعات التي عرضت على غرفة التجارة الدولية بباريس، و عليه يمكن القول أن إشكالية تحديد مكان التحكيم ليس من شأنها أن تعرقل مسيرة التقدم الصاروخية لمفهوم التحكيم عبر الانترنت. وان أبرز عقبة تصادف نظرية تدويل التحكيم هي اتفاقية نيويورك التي تمنح محاكم الدولة المرغوب تنفيذ الحكم فيها حق رفض تنفيذه إذا كان الحكم غير ملزم وفقا لقانون الدولة التي صدر الحكم فيها¹⁴⁹.

ونظرا للمعوقات الكثيرة التي تصادق نظرية تدويل أو عولمة الحكم فان الحل الأمثل لمشكلة مكان التحكيم في التحكيم الإلكتروني هو الافتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الانترنت، بمعنى أن اللجوء لمركز أو مؤسسة التحكيم تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني فانه في حال عدم اتفاق الأطراف على اعتبار إقليم دولة أو مدينة بعينها كمكان للتحكيم وان من شأن هذا الطرح الذي يعكس افتراض مكان التحكيم أن يحل الكثير من الإشكاليات القانونية التي تحيط بفكرة افتقار التحكيم عبر الانترنت لمكان تحكيم، وتجعل إمكانية ممارسته ممكنة، كذلك فان من مزايا افتراض مكان التحكيم. إمكانية ربط التحكيم عبر الانترنت بقانون تحكيم دولة معينة و عليه فان قانون التحكيم هذا يمكن أن يستخدم على انه القانون الواجب التطبيق الاعتراف بشرعية اتفاق وحكم التحكيم، والتأكد من شرعية إجراءات التحكيم.

بافتراض مكان التحكيم يمكن إيجاد محكمة مختصة من شأنها أن تقدم العون والدعم لإجراءات التحكيم وتمكينها من ممارسة إشراف قضائي علاوة على فتح المجال أمام الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم دوليا في ضوء القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية، وفي جال عدم اتفاق أطراف النزاع على هذا المكان الافتراضي فان بإمكان محكمة التحكيم تحديد بناء على ظروف النزاع وحاجات أطرافه¹⁵⁰ قد دأب القضاء المغربي في هذا النهج حيث أجاز للأطراف الاتفاق على إجراءات التحكيم في أي مكان حتى ولو كان خارج التراب الوطني المغربي، إذ ليس في ذلك

¹⁴⁹ انظر المادة (d)(e) 1 من اتفاقية نيويورك 1985.

¹⁵⁰ عماد الدين محمد م.س.ص 1053.

أي خروج عن قواعد التحكيم وهذا ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹⁵¹.

ثانيا: النطاق الزمني لإجراءات التحكيم الالكتروني:

لا يمكن أن تظل سلطة المحكم في نظر النزاع قائمة إلى أمد غير محدود بل يجب أن تحدد مهلة يطلق عليها مدة التحكيم أو النطاق الزمني، وهي بذلك تختلف عن سلطة القضاء في نظر الدعوى والتي لا تحدد لهم مدة معينة لإصدار الحكم فيها.

ويعتبر تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم أمرا مهما سواء من ناحية بدايات التحكيم أو من ناحية سير نهاية إجراءات التحكيم، هذا ما سنوضحه في هذه الفقرة مستهلين ذلك ببداية التحكيم أولا ثم إجراءات التحكيم ثم ننتهيها بنهاية إجراءات التحكيم.

أ - بداية التحكيم:

إن تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم، يعني تحديد الوقت الذي يعتبر قد رفعت فيه الدعوى بالنزاع أمام هيئة التحكيم، وذلك بتقديم المدعي طلب التحكيم إلى تلك الهيئة وهنا يتعين على هذه الأخيرة إخطار المطلوب التحكيم ضده في غضون مدة زمنية محددة من ذلك الوقت كما يتعين على الطرف المطلوب التحكيم ضده الرد على طلب الطرف الأول خلال مدة معينة¹⁵².

ب - إجراءات التحكيم:

يعتبر تحديد وقت إجراءات التحكيم وقتا جدا مهما لاتخاذ إجراءات التحكيم لتسليم المستندات وتبادل المذكرات أو غلق باب المرافعة أو بدء أي دفع من الدفوع. ومثال على هذا القول حتى نكون في الصورة أكثر عندما يتسلم مركز تحكيم المحكمة الافتراضية الطلب المقدم من المدعي عليه باللجوء إلى التحكيم وارتفعت يد المركز عن النزاع، أما إذا وافق على اللجوء إلى التحكيم فيجب عليه أن يقدم رده على ادعاءات المدعي وفقا للنموذج المعد لذلك سلفا على موقع المركز خلال المدة التي يحددها هذا الأخير¹⁵³.

¹⁵¹ قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 1975/6/26 في ملف عدد 8/148 قرار تجاري عدد 1143 أورده ليلي بنجلون.

¹⁵² أسامة إدريس بيد الله ص 13.

¹⁵³ عصام عبد الفتاح مطر.م.س ص 427.

ج - نهاية إجراءات التحكيم:

فمن هذه الناحية فإن تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم يبدو حاسما في حساب المدة التي يتعين في غضون إصدار حكم التحكيم أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم والأصل فيما يرتبط بميعاد التحكيم أن يتفق عليه الطرفان ولهما في حالة الاتفاق تعيين الميعاد الذي يقدر أنه دون أي قيد على حريتها في تحديده وللطرفين أن يحددا بمحض حريتهما بداية هذا الميعاد كأن يحددا لذلك تاريخا محددًا إجراء معينًا فإن لم يتفقا على بداية هذا الميعاد فإن الميعاد الذي يحدد أنه يبدأ من اليوم الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم.

وتجمع الانظمة القانونية في هذا الإطار على حرية الأطراف في تحديد تاريخ بدء إجراءات التحكيم، وعند تغيب الإرادة في هذا الشأن ننتقل إلى التحديد القانوني المعمول به في جل الأنظمة وبالرجوع على ذلك من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم¹⁵⁴، ولا يتم هذا التشكيل إلا بقبول الهيئة التحكيمية للمهمة الموكولة إليها، والتي تثبت من خلال التوقيع على اتفاق التحكيم أو تحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالإجراءات التحكيمية¹⁵⁵.

غير أن التشريع المقارن ومنه اليمني المتأثر بقواعد اليونسترال حدد تاريخ بدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يستلم فيه أحد الأطراف طلبا من الآخر بعرض النزاع على التحكيم، عليه فإن إجراءات التحكيم تبدأ من التاريخ الذي يحدده الطرفان اتفاقا، فإذا لم يوجد اتفاق بدأت تلك الإجراءات من الوقت الذي يستلم فيه أحد أطراف الخصومة من الطرف الآخر طلبا يوضح فيه رغبة عرض النزاع على هيئة التحكيم، ومن ثم يبدأ سريان مهلة التحكيم المحددة بصدور الحكم المنهي للخصومة، من التاريخ الذي يتفق عليه الطرفان أو من تاريخ بدأ الإجراءات عند عدم وجود اتفاق والمتمثلة بتاريخ الإخطار ويعتمد تاريخ الاستلام وليس الإرسال.

وفيما نعتقد أن التشريع المغربي كان قد موفق إلى حد كبير مقارنة بنظيره اليمني،

¹⁵⁴ ينص الفصل 327-10 من قانون 08-05 في الفقرة الأخيرة على أنه " تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك"
¹⁵⁵ الفصل 327-6 من قانون 08-05 الخاص بالتحكيم والوساطة الاتفاقية من قانون المسطرة المدنية العدل للباب الثامن.

ومسايرا لإجراءات المركز البلجيكي لدارس وممارسة التحكيم الوطني الدولي لعام 1988 في مادته 24-27-الذي يعتبر أن بدأ إجراءات التحكيم¹⁵⁶ يعد تاريخ توقيع هيئة التحكيم مستند المهمة و قبولها. وكذلك لأئحة التوفيق والتحكيم التجاري لمركز أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري لعام 1993 حيث نصت الفقرة الثامنة من المادة 735 على أنه " باستلام هيئة التحكيم المهمة وتوقيعها محضر القبول تنعقد الولاية والاختصاص للهيئة المذكورة مناسبا ليكون تاريخا لبدء إجراءات التحكيم ولما تأخذ هذه الفقرة من وقت طويل لاسيما عند عدم اتفاق الأطراف على تشكيل الهيئة، وتدخل أحد من الغير.

¹⁵⁶ أحمد عبد الكريم سلامة.م.س.ص 420.

ويعتبر الطلب أو المذكرة المكتوبة التي يتقدم بها المدعي بمثابة دعواه التحكيمية والتي أوجب القانون أن تشمل على البيانات الضرورية للدعاء كما حددها القانون وهي¹⁵⁷.

1- أسماء الأطراف وعنوانهم خاصة المدعى عليه، وشرح كامل لوقائع الدعوى مع تحديد المنازعات والقضايا محل النزاع وكذا طلبات المدعى كل ما اتفق الطرفان على ضرورة ذكره في بياناتهما.

2- يجب أن يرفق المدعي كل المستندات والوثائق والأدلة الأخرى ذات الصلة بالموضوع كما يتعين لزاما على المدعي عليه إرسال دفاعه مكتوبا مشتملا على كل ما ورد في بيان الادعاء، أي بيانات وطلبات ودفاع أخرى يرى أنها ضرورية مرفقا إياها بالمستندات ذات الصلة بالموضوع إلى الهيئة التحكيمية والتي بدورها تعرضه على الطرف الآخر.

3- يجب إرفاق طلب التحكيم الذي سبق وأن أرسل للمدعي عليه أو للمحكمن، كما يرفق بصورة لاتفاق التحكيم، والملاحظ أن هذه الحالة انفرد بها القانون اليمني إلا أنه لم يفرق بين طلب التحكيم المحدد في المادة 34 وبين بيانات الدعوى التحكيمية التي يجب على المدعي أن يرسلها إلى كل عضو من أعضاء لجنة التحكيم حسب المادة 35 إضافة إلى أنه يحدد مهلة قانونية يجب على المدعي إتباعها عند طلب التحكيم ومن ثم إرسال البيانات كما تضمنت ذلك بعض القواعد التحكيمية وكما هو مقرر في قواعد التحكيم المنبثقة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري إذ حددت مدة لا تتجاوز 45 يوما لتقديم بيان الدعوى وبيان الدفاع¹⁵⁸، وذلك لما تتمتع به خصومة التحكيم من سرعة.

وفيما يتعلق بمد ميعاد التحكيم، يجوز للطرفين الاتفاق على مد الميعاد الذي سبق لهما تحديده كما يجوز لهما تحديده والاتفاق على مد الميعاد الذي حدده القانون في حالة عدم اتفاقهما على الميعاد من البداية، وليس هناك أي قيد على حرية الأطراف المتنازعة في المد، سواء من حيث المدة أو من حيث عدد المرات.

¹⁵⁷ الفصل 14-327 من قانون 08-05 والمادة 35 من قانون التحكيم اليمني
¹⁵⁸ تنص المادة 23 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون على أنه " يجب الا يتجاوز المدة التي تحددها هيئة التحكيم لتقديم البيانات بما في ذلك بيان الدعوى وبيان الدفاع خمسة وأربعين يوما ومع ذلك يحق لهيئة التحكيم مد المدة اذا رأت مبررا لذلك".

وكما يجوز للطرفين الاتفاق على مد الميعاد فانه يجوز لهما تفويض الغير بتقريره وهذا ما يحدث عندما يوكل الطرفان رعاية التحكيم إلى المنظمة أو هيئة للتحكيم الدائم، تضع لوائحها تنظيما لمد الميعاد من حيث الجهة التي تقرره والمدة التي يصير إليها.

ويحق لطرفي التحكيم بمقتضى حريتها المطلقة في مد ميعاد التحكيم تفويض هيئة التحكيم بمد الميعاد مرات محدودة أو تفويضها بذلك تفويضا مطلقا، وفي هذه الحالة تستمد هيئة التحكيم سلطتها في المد من اتفاق الطرفين وليس من نص القانون ومن ثم فإنها تحررها من أي قيد قانوني يحدد هذه المدة أو إجراء المد ومراته، وإذا انتهت أو انقضت المواعيد الأصلية المحددة اتفاقا أو قانونا للتحكيم. ولم يتم التوصل إلى قرار لحسم النزاع يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمرا بإنهاء الإجراءات.

ويترتب على صدور الأمر بإنهاء الإجراءات حق كل من الطرفين في رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا بنظرها، ومعنى ذلك أن الأمر بإنهاء الإجراءات يعني انقضاء اتفاق التحكيم وتجريده من آثاره¹⁵⁹، غير أن التساؤل المطروح حول انقضاء اتفاق التحكيم الممتد لم يطلب أي من الطرفين إنهاء الإجراءات أو يطلب ميعادا إضافيا؟.

يلاحظ في هذا الصدد أن للطرفين الاتفاق على مد الميعاد حتى بعد استنفاد هيئة التحكيم صلاحيتها في مده، إذ ليس هناك من قيد على حريتها في المد وقد استفاد المد من استمرارها في متابعة الإجراءات بعد استنفاد هيئة التحكيم سلطتها في المد، لكن في هذا المد الضمني قد لا يتحقق نظرا لامتناع أحدهما عن مواصلة إجراءات الخصومة. فإذا لم يطلب هذا الطرف من رئيس المحكمة المختصة إنهاء الإجراءات رغم هذا الامتناع فانه يكون لخصمه أن يطلب من رئيس المحكمة تحديد ميعاد إضافي، فان وقف هو الآخر موقفا سلبيا، فلم يتقدم لهذا الطلب في وقت معقول فان تفاق التحكيم يعتبر منقضيا باتفاق ضمني بين الطرفين على إنهائه لكن يبقى بعد ذلك أن اتفاق التحكيم الذي أجرى التحكيم بمقتضاه قد يكون مستندا إلى شرط التحكيم ملحق بعقد أصلي وفي هذه الحالة لا يقود انقضاء التحكيم والعودة إلى القضاء بصدد النزاع الذي كان مطروحا على المحكم إلى انتهاء شرط التحكيم ذاته، وإنما يبقى هذا

¹⁵⁹ عصام عبد الفتاح مطر. م.س.ص 430.

الشرط قائم حلا وقابلا للتطبيق بالنسبة لما قد يطرأ بين الطرفين من منازعات أخرى داخله في نطاقه¹⁶⁰.

مما سبق يتبين أن بدء إجراءات التحكيم، ومن ثم نشوء الخصومة التحكيمية أو انعقادها يتم بطابع المرونة، ولا يتطلب اتخاذ الإجراءات المتطلبة بالدعوى القضائية ذلك بأن المحكم معفى من القواعد المسطرية في القوانين الإجرائية المنصوص عليها في قوانين المسطرة المدنية، وإذا كانت القوانين تحرص كل الحرص على تحديد النطاق الزمني والمكاني لإجراءات التحكيم فإنه تظهر أهمية ذلك بالخصوص في التحكيم الإلكتروني إذا كان يتم بين أطراف متباعدة إذ قد يصل اختلاف التوقيت بين بعض الدول إلى 12 ساعة كاملة، ولهذا يتطلب الأمر ضرورة توحيد واعتماد توقيت عالمي موحد كتوقيت جرينيتش بحيث تتحدد به المواعيد عند السير في إجراءات التحكيم.

الفقرة الثانية: سير إجراءات جلسات التحكيم الإلكتروني.

في ظل التحكيم التقليدي تعقد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته، ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة وإبداء كل طرف من الأطراف دفاعه وذلك احتراماً لمبدأ حقوق الدفاع بين الخصوم، إذ يقوم الأطراف خلال هذه الجلسات بتقديم مرافعاتهم والاستماع للشهود ومناقشتهم ومناقشة تقارير الخبراء¹⁶¹.

وإذا كان الأصل هو انعقاد جلسات للمرافعة الشفوية، والاستثناء هو الاكتفاء بالمذكرات والمستندات المكتوبة التي يقدمها الأطراف إلى هيئة التحكيم، وعلى ذلك تلتزم هذه الأخيرة بعقد جلسات مرافعة شفوية إذا طلب منها أحد الأطراف ذلك ولا يسوغ لها رفض طلبه، وإلا كان في ذلك إخلالاً بحق الدفاع، مما يشكل وجهاً من وجوه الطعن بالبطلان على الحكم. لذلك فإن الإشكال المطروح في هذه الفقرة هل يمكن إدارة هذه الجلسات إلكترونياً؟ وهل يجب التقيد بالشكليات والمواعيد الخاصة بالجلسات أمام القضاء العادي والتحكيم التقليدي؟ وهل الانترنت يوفر الوسائل التقنية في هذا المجال؟.

¹⁶⁰ مصطفى جمال عبد العال عكاشة.م.س.ص.280.

¹⁶¹ محمد مأمون أحمد إسماعيل.م.س.ص.320.

لاغرو إذا قلنا أن الوسائل التكنولوجية الحديثة المتوفرة لدينا حاليا عبر شبكة الانترنت والتي تخص هذا المجال تسمح بتبادل النصوص والصور والأصوات بشكل فوري وأني بين الأطراف، كما أن تقنية البريد الالكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الإنترنت إضافة إلى أن المؤتمرات المرئية تعتبر إجراء يتعلق بالجلسة حيث يتواجد الأطراف بطريقة افتراضية، وبذلك تقترب المؤتمرات الافتراضية إلى حد كبير من تلك التي تحصل عادة بدعوة الأطراف فيما بينهم لحضور الجلسات¹⁶²، وهذا ما سنوضحه في الآتي:

أولاً: الحق في إدارة الجلسات الكترونياً.

تطبيقاً لمبدأ سلطان الإدارة، فإن للأطراف كلمة الفصل في تحديد لزوم عقد جلسات مرافعة شفوية من عدمه، فإذا اتفقوا على الاكتفاء بتبادل المذكرات والمستندات المدعمة لادعائهم وطلباتهم وأوجه دفاعهم. التزمت هيئة التحكيم بذلك، وهذا الأمر متصور وقائم على الأقل في التحكيم الالكتروني، وإذا كان البريد الالكتروني يسمح بنقل النصوص وكذلك المستندات المسموعة والمرئية، فيمكن أن يكون استعماله أكثر في تقديم الأدلة للمرافعة والجلسات في الحدود التي لا يكون في تبادلها فورياً والأدلة والمستندات المؤيدة لادعائه، فإن ذلك يكون كافياً لطرح النزاع على التحكيم على أن الطلب المقدم قد لا يجد سوى مجرد الرغبة في تحريك إجراءات التحكيم ففي مثل هذه الحالة يتعين على المدعي أن يرسل الكترونياً ما يفيد حقيقة دعواه وذلك في الفترة المتفق عليها بينه وبين المدعى عليه، وفي الأجل الذي يحدده مركز التحكيم إن لم يكن هناك اتفاق على ذلك، وبهذا يبدأ عرض النزاع على التحكيم¹⁶³.

• إنشاء موقع خاص بالقضية.

يتم إنشاء موقع الكتروني بكل قضية لتسهيل إجراءات التحكيم، حيث تجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات بطرق الكترونية على ضرورة إنشاء موقع الكتروني خاص بكل نزاع، يتميز هذا الموقع بعدم استطاعة أيًا كان الدخول إليه إلا أطراف اتفاق التحكيم، أو وكلائهم وهيئة التحكيم، وذلك بموجب أرقام سرية،

¹⁶² خالد ممدوح إبراهيم.م.س.ص 312.

¹⁶³ خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الالكتروني.م.س.ص 41.

ويودع في داخل هذا الموقع طلب التحكيم، والمستندات والإعلانات الخاصة بالنزاع محل اتفاق التحكيم¹⁶⁴.

والمبتغى من إنشاء هذا الموقع الإلكتروني هو تبسيط الإجراءات المسطرية الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، وتمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع وتقديم ما يريدون إيداعه وتقديمه من طلبات ومستندات، تحت تصرف هيئة التحكيم التي تتولى نظر النزاع كما يوفر هذا النظام إمكانية استلام المستندات في أي وقت ويوميا حتى في أيام الإجازات والعطل الرسمية طوال 24 ساعة، ومن أي مكان في العالم عبر شبكة الانترنت.

ناهيك عن تحقيق هذا الموقع لميزة السرية كواحدة من أقدم خصائص التحكيم¹⁶⁵.

الإعلانات والتبليغات والإخطارات:

لا تخضع إجراءات التحكيم الإلكتروني للقواعد الإجرائية المعروفة في نظم التقاضي الداخلية، حيث تلعب إرادة الأطراف في التحكيم دور كبير في تنظيم تلك الإجراءات وتتابعها، ومن هذا المنطلق فلا طرف الحرية التامة في تحديد كيفية الإعلان أو الإخطار أو الوسيلة التي يتم بها تبليغ الطرف الآخر بطلب التحكيم، وكذلك التبليغ لأي أوراق أو مستندات يقدمها أحد الطرفين إلى علم الطرف الآخر¹⁶⁶.

فإذا كانت التشريعات المتعلقة بالتحكيم التقليدي لم يذكر سوى الوثائق المكتوبة، نظرا لعدم ظهور الوثائق الإلكترونية، فإن ذلك يطرح إشكالية الاتصال بالأطراف الكترونيا وكذلك بينهم وبين المحكمة الإلكترونية؟.

لقد تصدت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لهذه الإشكالية حيث نصت في المادة 2/3 على أنه "الإخطار والإعلان يمكن أن يتم من خلال التسليم بإيصال، أو بخطاب موصى عليه، أو فاكس، أو برقية، أو أي وسيلة أخرى الاتصال تسمح

¹⁶⁴ لزر بن سعيد، م.س.ص 230.

¹⁶⁵ راجع في هذه المسألة، عبد الحق جناتي ادرسي، التحكيم التجاري بين ميزة السرية ومطلب الشفافية المجلة المغربية للمنازعات القانونية عدد 2009/9 ص 11 وما بعدها.

¹⁶⁶ أسامة ادرسي بيد الله. م.س.ص 15.

بتقديم دليل على إرساله". وهو ما يعني أنه يجوز أن يكون الإعلان أو الإخطار الإلكتروني.

وطبقا لذلك تقرر لائحة المحكمة الفضائية أن ترسل الطلب إلى الأمانة العامة على نموذج وهو ما يعني دعامة مستنديه الكترونية خاصة، وترسل الأمانة العامة خلال يومين إفادة بالاستلام إخطار للمدعى عليه بوجود الدعوى¹⁶⁷.

وتقرر المادة 2/3 من لائحة المحكمة الفضائية على أنه " يتعين على الأطراف والسكرتارية ومحكمة التحكيم إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الإلكتروني على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية.

وعلى نفس المنوال تضمنت لائحة التحكيم المعجل التي قررتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية حيث نصت المادة 4/4 أ منها على أن " كل إخطار أو أي إبلاغ يمكن أو يجب أن يتم طبقا للائحة الحالية أو يتم في الشكل الكتابي أو أن يتم إرساله بالبريد العاجل أو يرسل بالفاكس أو بالبريد الإلكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه¹⁶⁸.

وتنص المادتان 6 و7 من لائحة المحكمة الفضائية على أن تخطر سكرتارية المحكمة بعد تقديم الطلب المستوفي للشروط المدعى عليه بالطلب، وتاريخ تقديمه الى المحكمة، و يتم ذلك بالوسيلة الالكترونية على عنوانه الذي بينه المدعى.

ويعتبر أن المدعى عليه قد تسلم الإخطار بطلب التحكيم عند اتصال سكرتارية المحكمة به بأية وسيلة من وسائل الاتصال التي تصلح على إجراء المراسلات أو تتلقى السكرتارية منه ما يفيد استلامه الإخطار¹⁶⁹.

وفي الأخير يتضح لنا أن الإجراءات التي يتم الكترونيا تتم بسهولة وسرعة من إجراءات التحكيم التقليدي، ويبدأ التحكيم من تاريخ إنشاء موقع للقضية على الشبكة، وتتم باستخدام تقنيات التشفير لتبادل المستندات والمعلومات الدخول إلى موقع القضية على الشبكة وتحظى بسرية تامة مما يجعلها أكثر أمانا.

¹⁶⁷ المادة 1/4 من لائحة التحكيم.

¹⁶⁸ حسام الدين فتحي ناصف.م.س.ص 53.

¹⁶⁹ عوض محمد قبطون الشحري.م.س.ص 67.

كما أن أماكن المؤتمرات الافتراضية تسمح لكل شخص يعمل على كمبيوتر أن يرسل ويقرأ في آن واحد رسائل بالمشاركة مع أشخاص آخرين يتمركزون في غرفة المحادثة، هذا بالإضافة إلى أن المؤتمرات المرئية تعد بلا شك اجرواها يتعلق بالجلسة حيث يكون تواجد الأطراف مادي، وهذه التقنية تسمح بنقل الصوت والصورة بالفيديو وبطريقة فورية يكفي استخدامها أن يكون الكمبيوتر مزودا بميكروفون وكاميرا، كما يمكن كذلك أن توجه المؤتمرات الالكترونية انطلاقا من موقع مخصص لتلك المهمة، وهذا ما يمكن أن يتحقق في إطار مؤسسة تحكيم مع نقل الصورة أو دون نقلها¹⁷⁰.

وفي هذا المجال نجد أن لائحة المحكمة الفضائية تنص في المادة 2/21 على أنه " للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة لتسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف".

أما لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (wipo) الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقوق C.C.A فقد نصت في المادة 48 منها على أن مصطلح الجلسة يجب أن يشمل فضلا عن الاجتماعات بين الأشخاص الطبيعيين المداوالات التليفونية والمداوالات المرئية والتبادل الفوري والموثق للبلاغات الالكترونية وبأسلوب يسمح لكل الأطراف باستقبال وإرسال البلاغات¹⁷¹.

لكن يطرح تساؤل حول تغييب أحد الطرفين أو كلاهما أو امتناعهم عن استكمال سير الإجراءات فهل يؤثر ذلك على سير الخصومة التحكيمية؟.

في إطار التحكيم التقليدي فانه إذا تخلف أحد الطرفين عن جلسات التحكيم لا يعد إقرارا منه وتسليما بطلبات الطرف الآخر، هذا ما أكد عليه المشرع العماني¹⁷²، ويقع على عاتق هيئة التحكيم تمحيص ادعاءات الطرف من حيث الواقع والقانون وفق المستندات والأدلة المتوفرة لديها. لا يؤثر ذلك على سير إجراءات خصومة التحكيم، فلا يؤدي إلى عدم نظرها، أو إلى انقضاء تلك الخصومة بغير حكم في موضوعها أو إلى شطبها وإنما يكون لهيئة التحكيم الاستمرار في نظرها، أو أن

¹⁷⁰ حسام الدين فتحي ناصف م.س.ص.55.

¹⁷¹ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني.م.س.ص.313.

¹⁷² المادة 35.م.ق.ت.ع.

تؤجل النظر فيها إلى جلسة أخرى إن قدرت أهمية حضور الأطراف أحدهما أو كلاهما.

وفي ظل التحكيم الإلكتروني تقرر المادة 17 من لائحة المحكمة الفضائية أنه "إذا رفض أحد الأطراف أو امتنع عن المشاركة في أي إجراء من الإجراءات بصورة كلية أو جزئية فيجب على المحكمة الاستمرار في نظر النزاع من هذا الاعتراض أو الامتناع".

ولتبسيط إجراءات التحكيم تحرص مراكز التحكيم الإلكتروني على تكوين سكرتارية لها تؤمن سير إجراءات التحكيم من الناحية الإدارية فتتلقى الطلبات والمذكرات والمستندات من الخصوم. وتقوم بتسليم صور منها إلى المحكمين أو إلى الخصم الآخر، تحتفظ بالأصول وتنبه إلى مختلف الأعمال الإجرائية.

أما الشرط الثاني من السؤال فإن نظام الجلسات أمام هيئات التحكيم الإلكتروني لا تنقيد بالشكليات والمواعيد والقواعد التي تحكم نظام الجلسات أمام القضاء العادي، وإنما يترك تحديد هذه الشكليات لهيئة التحكيم أو الأطراف أنفسهم، ولهذا فإن لهيئة التحكيم أن تعقد هذه الجلسات في أي مكان وفي أي وقت ولو في العطل الرسمية كما أن للأطراف الاتفاق على عدم عقد جلسات مرافقة والاكتفاء بالدفاع المكتوب¹⁷³، غير أن بعض الفقه يختلف مع هذا الأمر ويعتبر أن إجراءات التحكيم بدون جلسات استماع يجعل هذه الإجراءات أكثر صعوبة لعدة أسباب منها:

-أنه يقلل المدة المتاحة أمام الخصوم على تبادل المستندات الإلكترونية دون أن يكون أمامه إمكانية شرح ادعائهم توضيح أوجه دفاعهم أو إلقاء الضوء على النقاط الجوهرية البارزة.

وقد يكون أحدهما ليده إمكانية الاحتفاظ بالرسائل الإلكترونية، بينما الخصم الآخر واجهته صعوبة في حفظها ومن ثم لن تطبق قاعدة التكافؤ.

-إن اعتبار جلسات الاستماع لن يتيح الفرصة أمام الخصوم للاستماع إلى أقوال الشهود وأراء الخبراء فضلا عن صعوبة الاعتماد على تلك الأقوال والآراء

¹⁷³ محمد مأمون أحمد إسماعيل م.س.ص 320.

عبر رسالة الكترونية، ولذلك تنادي بعض المؤسسات الانجلوسكونية التي تقترح اللجوء إلى التحكيم الالكتروني بصورة استماع فعلية واقعية.

-تعتمد الإجراءات على الوثائق المكتوبة فحسب كما تستلزم عادة استعراض الحجج والدفع في صورة بيانات مطولة قد يصعب على هيئة التحكيم الاطلاع على أجزاء منها ومن ثم يتعثر الوصول إلى إظهار الحقيقة¹⁷⁴.

ولا يقتصر حضور الجلسات على أطراف التحكيم، بل قد يتطلب الأمر الاستماع إلى أقوال الشهود وهنا تثار إشكالية في جلسة التحكيم الالكتروني، وذلك حينما يتطلب الأمر الاستماع لأحد الشهود، وعدم الاستماع للشهود الآخرين لهذه الشهادة أي أن تمنع الهيئة أحد الشهود من حضور وقائع الجلسة أثناء إدلاء الشهود الآخرين بشهادتهم.

في هذا الصدد يرى الفقه¹⁷⁵، أنه في ظل التقدم التكنولوجي في عالم الاتصالات أن الأمر لا يمكن أن يعيق إجراءات التحكيم، إذ يمكن في مثل هذه الحالة تفسير وقائع الجلسة أمام الشاهد الذي يرجى عدم استماعه إلى هذه الوقائع وذلك بعد الإدلاء بشهادته حصول هيئة التحكيم ما تريده.

مما سبق يمكن القول بإمكانية أن تعقد الجلسات الكترونيا عبر شبكة الانترنت، حيث يتم انعقاد هذه الجلسات بين هيئة التحكيم الأطراف بطريقة سمعية وبصرية وبذات الطريقة أيضا يتم الاجتماع بالشهود غيرهم ممن يتعاملون معهم في هذا النزاع، ويكون تبادل الحديث والمناقشات التي يجريها الأطراف وكذلك المرافعات والدفع المقدمة من الأطراف لهيئة التحكيم .

ثانيا : سير إجراءات التحكيم الالكتروني

انطلاقا من فكرة توفير نظام الكتروني لفض منازعات التجارة الالكترونية، قامت مراكز التحكيم بإعداد مشروعات لتحقيق هذه الغاية وبما يتلاءم وطبيعة

¹⁷⁴ نفس المرجع أعلاه.

¹⁷⁵ بلال عبد المطلب بدوي. التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية. دار النهضة العربية، 2006 ص 722.

الشبكة العنكبوتية¹⁷⁶. فان عملية التحكيم الالكتروني تمر بمراحل عديدة، تبدأ منذ اللحظة الأولى التي يتم فيها إحالة النزاع للمركز الذي يقرر قبول النظر فيه من عدمه ليتم تبادل الطلبات وتتابع تقديم البيانات حتى إعلان ختام المحاكمات و صدور قرار الهيئة المتضمن لفض النزاع.

وتلعب هذه القواعد الإجرائية التي تقرها مراكز التحكيم لتنظيم سير عملية التحكيم دورا جوهريا لضمان نجاح العملية التحكيمية مما حدا بمراكز التحكيم الالكتروني إلى سن هذه القواعد الملزمة في حال الاتفاق على إتباعها¹⁷⁷.

فما هي هذه المسطرة أو الإجراءات المتتالية في نظر النزاع؟ وكيف يمكن للأطراف معرفتها وهل هي باختيارهم أم باختيار المراكز التحكيمية؟ ثم كيف تتم جلسات التحكيم الالكتروني؟ وتبادل الوثائق؟ هذه التساؤلات وغيرها هذا ما سنحاول الإجابة عليها من خلال الحديث أولا على إحالة النزاع للتحكيم، وثانيا، على خصوصيات جلسات التحكيم الالكتروني.

أ - إحالة النزاع للتحكيم.

تبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم¹⁷⁸ ثم تتولى بعد ذلك إجراءات التحكيم من خلال إعلانات وتبليغات وإنشاء موقع الكتروني خاص بكل قضية لتسهيل إجراءات التحكيم، إذا كانت كل تلك الإجراءات تتم بطريقة الكترونية فان ذلك يطرح إشكالية في غاية الأهمية تتعلق بمدى مراعاة هذه الإجراءات للمبادئ الأساسية للتقاضي هذا ما سنتعرض له في هذه النقطة.

● **تقديم طلب التحكيم.**

¹⁷⁶ محمد إبراهيم أو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الطبعة الثانية 2010. ص 69.

¹⁷⁷ عوض محمد قيطون الشحري.م.س.ص 62.

¹⁷⁸ طلب التحكيم الالكتروني هو " خطاب الكتروني صادر من جانب شخص المدعى عن طريق البريد الالكتروني للطرف الآخر أو مؤسسة التحكيم الالكتروني بإحالة النزاع القائم بينهم إلى قضاء الحكيم المتفق عليه، وأن إجراءات التحكيم في طريقها للانطلاق"

وبعبارة أخرى فانه عبارة عن ادعاءات و تساؤلات يوجهها أحد الأطراف خاصة بالقضية الى قضاء التحكيم الالكتروني لإيجاد حل للنزاع القائم بينه و بين الطرف الآخر للمزيد انظر: بلال عبد المطلب بدوي. التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية دار النهضة العربية. القاهرة. 2006 ص

تبدأ مسطرة التحكيم بتقديم طلب التحكيم كأول إجراء من إجراءات عملية التحكيم فعند نشوب الخلاف بين الأطراف فان المدعي يقوم بإحالة التوقيع الالكتروني لمحكمة التحكيم، وهذه الإحالة يمكن أن ترسل على نحو الكتروني، تسمح تكنولوجيا التوقيع الالكتروني لمحكمة التحكيم بأن تتأكد من أن الرسالة الالكترونية للإحالة قد تم إرسالها بالفعل بواسطة الشخص الذي يدعي أنه صاحبها وبناء على ذلك تقوم هيئة التحكيم بإخطار المرسل إليه ببدء إجراءات التحكيم من خلال الوسائط الالكترونية كالبريد الالكتروني¹⁷⁹.

من خلال ما سبق يستشف أن طلب التحكيم لا يختلف عن ذلك الطلب الذي يقدم في عملية التحكيم التقليدي سوى أن الأول يتم عبر وسائط الكترونية، وتطبيقا لذلك فان طلب التحكيم الالكتروني عند تقديمه للإحدى هيئات التحكيم الالكتروني الدائم فانه يتم وفقا للوائح فمثلا (cyber Tribunal) المحكمة الفضائية. يبدأ التحكيم فيها بإبلاغ الطالب طلبه إلى أمانة محكمة التحكيم، و التي تقدم خلال خمسة أيام من تلقي الطلب بتحديد مدى دخوله في اختصاص المحكمة¹⁸⁰. وأوجبته هذه اللائحة إلى جانب اللوائح الأخرى¹⁸¹ بفتح ملف عبر موقع خاص لكل قضية على شبكة الانترنت، ولا يسمح بالدخول إليه من أحد إلا عن طريق استخدام رقم سري يتم إعطاؤه من جانب الجهة المنظمة للتحكيم، ويجب أن يتضمن هذا الطلب على عدة شروط:

1- أن يكون مكتوب،

2- أن يقدم الطلب خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين،

¹⁷⁹ أن تسليم البرقيات من إدارة أو شركات التلغراف ينطوي على ضمان تسليمها للمرسل إليه على عكس وسائل البريد الالكتروني التي يمكن أن تصل إلى غير المرسل إليه. أما عن القول بأن تشفير الرسائل الالكترونية يوفر ضمانا كاملا فان هذا غير صحيح فضلا عن أن التشفير لا يعتبر سهلا كما يعتقد الكثيرون. انظر محمد أبو العينين. دور مركز القاهرة في حسم منازعات التجارة والاستثمار. مجلة التحكيم العربي. مجلة متخصصة يصدرها الاتحاد العربي للتحكيم الدولي، القاهرة، العدد السابع يوليو 2004.

¹⁸⁰ انظر المواد 1/3 و 3/4 من لائحة المحكمة الافتراضية و في السياق ذاته نصت المادة 2 من نظام القاضي الافتراضي على أنه يتعين على طالب التحكيم الدخول إلى الموقع الخاص بهذا النظام و تسجيل الطلب و استيفاء كافة المعلومات و البيانات الضرورية الخاصة بإجراءات التحكيم، يراجع هذا الطلب من قبل الجمعية ثم تنشأ موقع خاص بالقضية و تخطر الأطراف الكترونيا بذلك.

¹⁸¹ انظر المادة 5 من نظام المحكمة الافتراضية و المادة 2 من نظام القاضي الافتراضي التابع للجمعية الأمريكية للتحكيم A.A.A. و المادة 9 من نظام Wipo.

3-يتعلق بالبيانات الواجب توفرها في الطلب، حيث يتضمن الطلب نوعين من البيانات: الأولى تتعلق بطرفي الدعوى من حيث الاسم والعنوان للمدعي والمدعى عليه، الثانية تتعلق بموضوع الدعوى وتشمل وقائعها والمسائل المختلف عليها الطرفان¹⁸².

أما المحكمة القضائية في مونتريال بكندا، فقد وضحت كيفية تقديم الطلب وبياناته كالتالي:

1-عندما ينشأ نزاع يتعلق بمعاملة أو بنشاط ناشئ عن استخدام شبكة الانترنت يقوم المتضرر بزيارة موقع المحكمة على العنوان التالي: www.rmag.org لتقديم الطلب عن طريق الضغط على العبارة الآتية (complaintfilla) والتي ستوصل المدعي إلى نموذج لجملة الفراغات الموجودة فيه والتي تشمل ما يلي:

أ- المعلومات المتعلقة بالمدعي من ناحية بإسمه كاملا، وعنوانه الإلكتروني، وإسم الشركة التي يمثلها إن وجدت، وعنوان الشركة كاملا.

ب-المعلومات المتعلقة بالمدعي عليه من حيث إسمه كاملا، عنوانه الإلكتروني إسم الشركة التي يمثلها إن وجدت وعنوان الشركة كاملا.

ج-المعلومات المتعلقة بالنزاع، وظروف نشأته -وقائع النزاع- بالتفصيل الممكن وحسب التاريخ وسبب الدعوى، وفيما إذا كانت تتعلق بحقوق الملكية الفكرية أو بالأسرار التجارية أو أي سبب آخر يؤسس عليه دعواه والطلبات المتعلقة بحسم النزاع، ويمكن أن يطلب المدعي أن تكون المعلومات المتعلقة بادعائه سرية.

2-يقوم المدعي عليه بعد ملئ النموذج بالضغط على عبارة عرض النزاع في نهاية النموذج.

¹⁸² أسامة إدريس بيد الله .م.س.ص 14.

3- بعد أن يستلم مركز التحكيم هذا الطلب، يبدأ في استكمال إجراءات التحكيم الاتصال بالمدعي عليه¹⁸³.

وتطرح هنا إشكالية هل يجوز للمدعي في خصومة التحكيم الإلكتروني أن يقوم بتعديل طلب التحكيم ذلك بتقديم طلب يتضمن تصحيح الطلب الأصلي، أو تعديل موضوعه لمواجهة ظروف طرأت، أو تم تبنيها بعد رفع الدعوى، أو ما يكون مكملا للطلب الأصلي أو مترتبا عليه أو متصلا به اتصالا وثيقا لا يقبل التجزئة، أو يتضمن إضافة أو تغيير في سبب الدعوى مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حاله؟!

في هذا الصدد نجد المحكمة الفضاوية بكندا من خلال نظامها الداخلي أنه لا يوجد أي قيد أو شرط على قبول الطلبات العارضة، إلا أنه مادام أن صلاحية المحكم تتحدد بالمسائل التي اتفق على التحكيم فيها وفقا لما ورد باتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين، من تم فإن الطلبات العارضة لا تكون مقبولة أمام التحكيم إلا إذا كانت داخلية في نطاق المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها، وسلطة هيئة التحكيم في تقرير قبول الطلب من عدمه مناطها في النهاية هو اتفاق التحكيم تحديده للمسائل التي يشملها التحكيم، ومتى كان الطلب الأصلي مقبولا، فإن الطلبات الإضافية التي تكون تابعة له تكون مقبولة هي الأخرى، ومن حق الطرفين الاتفاق على عدم قبول هيئة التحكيم في وقت معين أي طلبات عارضة تقدم من أيهما خاصة إذا كانت الخصومة قد شارفت على نهايتها وكان من شأن هذه الطلبات أن تؤثر في سير إجراءات التحكيم وذلك بتأخير الفعل والدعوى من الموعد المحدد لها.

والجدير بالذكر أن طلب التحكيم الإلكتروني يكتسي الأهمية نفسها الذي يكتسبها طلب التحكيم في عملية التحكيم التقليدي، و تتمثل هذه الأهمية في أن أغلبية قواعد الهيئات التحكيمية الإلكترونية ذهبت إلى أن إجراءات التحكيم تبدأ من تاريخ تلقي هيئة التحكيم لطلب التحكيم إذ تبدأ هذه فور تلقيها الطلب بإنشاء موقع على الويب¹⁸⁴ خاص بالقضية موضوع النزاع¹⁸⁵.

¹⁸³ هند عبد القادر سليمان، دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية بحث مقدم للمؤتمر المغربي الأول حول: المعلوماتية القانون، الجماهيرية العربية الليبية الاشتراكية العظمى، أكاديمية الدراسات العليا. منشور على الموقع www.arab;elam تاريخ الولوج 2012/06/6.

¹⁸⁴ موقع الويب هو خدمة تقدم عبر شبكات الاتصالات المتعددة و يتكون من النصوص والصور الثابتة المتحركة الأصوات والمعالجة بلغة الكمبيوتر خاصة تسمى لغة HTML والموضوعة تحت تصرف

فإذا تم إرسال طلب التحكيم الإلكتروني من المدعي مشتملا على كل البيانات المطلوبة حسب اللوائح السابقة، التي تمكن هيئة التحكيم المدعى عليه من معرفة حقيقة مطالبه.

لهيئة التحكيم تتم عبر الوسائط الإلكترونية دون التقاء بين الأطراف وهذه ميزة تضاف إلى التحكيم الإلكتروني وهو إعفاء الأطراف من تكاليف الانتقال والن من بلد إلى آخر.

يتضح مما سبق أن الهيئات التحكيمية الإلكترونية قد وضعت قواعد خاصة بإجراءات التحكيم أمامها ومنها ما يخص إدارة جلسات التحكيم الكترونيا من حيث تاريخ انعقادها وكيفية قيام الأطراف بتقديم أوجه دفاعهم ومرافعاتهم وكذا مناقشاتهم من جهة والشهود والخبراء من جهة أخرى، إضافة إلى مناقشة الدولة مع هيئة التحكيم وغيرها من الإجراءات الأخرى المتبعة حال انعقاد الجلسات.

ونشير في الأخير إلى طابع السرية الذي يشمل كل ما يدور في هذه الجلسات كالحفاظ على المعلومات الخاصة بالمنازعات وذلك عن طريق التشفير وهو ما أشارت إليه لوائح التحكيم الخاصة بالتحكيم الإلكتروني¹⁸⁶.

ب - الوسائل الفنية لتقديم البينة.

تبدأ إجراءات التحكيم بواسطة شبكة الانترنت أمام هيئة التحكيم في اليوم المعلن عنه مسبقا، والذي أخطر به طرفا النزاع بعد تسلم مركز التحكيم الإلكتروني رد البيانات المحتكم ضده ومنحه فترة كافية لتقديم بيانات إضافية أو التعديل فيها، والسماح لأطراف النزاع بتوكيل ممثلهم بغض النظر عن جنسية أو مؤهلات الوكلاء الذين تم رفع أسمائهم مسبقا للمركز لتمثيلهما أثناء جلسات التحكيم، وتقتصر

مستخدم الشبكة وطرفا عقد إنشاء الموقع Site : web development agreemente هما للشخص الذي يسعى لإحداث وجود له على الانترنت مصمم للوقع . خالد ممنوح إبراهيم م.س.ص 311.

¹⁸⁵ المادة 2/5 من لائحة المحكمة القضائية والمادة 2/2 من نظام القاضي الافتراضي A.A.A. والمادة 7 من نظام Wipo

¹⁸⁶ تنص المادة 53/د من wipo على أنه "تكون جلسات المحاكمة سرية وسريعة بحيث لا تتجاوز ثلاثة أيام في حال طلب سماع الشهود أو طلب الخبرة الفنية أو لتقديم أية بينة سبق أن أشار لها أي من الفريقين ضمن قائمة بياناته وأخطر المركز أنه سيقدّمها وقت المحاكمة".

إجراءات التحكيم على بيانات محددة تقدم مع الادعاء والرد عليه أو تقدم بطلب من هيئة التحكيم وتقتصر على¹⁸⁷ :

البيئة الشخصية :

يحق لكل من الطرفين طلب سماع البيئة الشخصية لإثبات الوقائع المؤيدة لادعائه، شريطة إخطار الهيئة مسبقاً، مع تزويدها بأسماء وعناوين الشهود وتحديد الآلية (هاتف. جلسة سرية، اجتماع مصور، التي سيتم سماع الشهود من خلالها، بموافقة الهيئة على سماع البيئة الشخصية لإثبات الوقائع المحددة في الطلب ووفق الوسيلة التي تترتبها، يتم الاستماع للشاهد الذي يتحمل طالبه تبعة كتمانها لما أطلع عليه أثناء الجلسة أو خارجها بالإضافة لتحمله نفقات الشاهد¹⁸⁸ .

● الخبرة الفنية:

تعد الخبرة الفنية من الوسائل المهمة في إثبات أمور عملية تتعلق بموضوع النزاع والتي تعجز الوسائل الأخرى عن إثباتها أو تحديدها، ومن ذلك تحديد مقدار الضرر الذي لحق بالمتعاقدين لقاء عيب في المبيع، تحديد المبلغ الذي يستحقه المضرور نظير الكسب الفائت¹⁸⁹ .

وفي هذا الصدد فقد نصت مراكز التحكيم الإلكتروني على حق طرفي النزاع في طلب إجراء الخبرة الفنية، ويؤخذ بهذه الخبرة إن وافقت عليها الهيئة ويقسم الخبير القسم القانوني ويمنح له 30 يوماً لوضع الخبرة ليقوم الأطراف بمناقشتها، كما أنه من حق الهيئة أن تطلب إجراء خبرة فنية¹⁹⁰ .

● تبادل الوثائق و حجتها.

¹⁸⁷ العربي موسى: التحكيم الإلكتروني، بحث لنيل شهادة الماستر. تخصص القانون والمقابلة، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل مكناس. السنة الجامعية 2010/2009 ص 113.

¹⁸⁸ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت.م.س.ص 46

¹⁸⁹ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني.م.س.ص 82،

¹⁹⁰ بشرى النبيه العلوي، دور التحكيم الإلكتروني في الاستثمار، مداخلة في الندوة الجهوية الرابعة للذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، المنظمة بمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء: 18-19 ابريل 2007 منشور بإصدار المجلس الأعلى بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيسه تحت عنوان، قضايا الاستثمار و التحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى. طبعة 2007 ص 331.

يتم تبادل الأدلة والحجج القانونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم بحسم المنازعة فقد أدى التطور التكنولوجي في وسائل الاتصالات والمعلومات الذي عم كل مجالات التعاملات الالكترونية، ومنها الوثائق المحررات المادية التي لم تعد تتلاءم مع طبيعة المعاملات التي تنسم بالطابع الالكتروني، لذلك ظهر على الساحة الالكترونية نوع جديد من المحررات والمستندات تنسم بالطابع الالكتروني، وبالتالي فإن استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود وخاصة عبر شبكة الانترنت، يؤدي إلى التحول من المحسوس إلى الرقمي ومن الدعامة المادية إلى الكترونية، إذ ظهرت دعامة Support أي الوسيط أو الحامل، جديد تختلف عن الدعامة الورقية مما ترتب عليه تراجع المستندات الورقية تدريجيا وحلت محلها المستندات الالكترونية كالأشرطة المغنطة والميكروفيلم، والدعامات وغيرها من الوثائق الأخرى التي يتم تبادل البيانات فيها الكترونيا¹⁹¹.

وتكتسي هذه المستندات أهمية كبيرة في عملية التحكيم لما لها من تأثير في مجرى القضية إذ من يملك الحجة الدامغة والدليل القوي هو من يكسب القضية لأن هيئة التحكيم تستند إليها في إصدار أحكامها، بذلك فإن تبادل المستندات والوثائق والمحررات الالكترونية سواء بين الأطراف أو بينهم وبين هيئة التحكيم يتم بطريقة الكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، حيث يمكن للأطراف وهيئة التحكيم الاطلاع عليها من خلال تبادلها عبر هذه الوسائل دون الحاجة إلى التنقل، مما يؤدي إلى توفير مشقة نفقات السفر على الأطراف وهيئة التحكيم وتوفير الوقت.

وقد عبرت لوائح التحكيم الافتراضية عن ذلك، إذ نصت المادة 4 من لائحة المحكمة الفضائية 1 -تبادل البلاغات المكتوبة مع السكرتارية ومحكمة التحكيم يجب أن يتم من خلال نماذج مطابقة عندما توجد تلك النماذج. 2- يتعين على الأطراف العملية التحكيمية والسكرتارية ومحكمة التحكيم، إرسال كل البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الالكتروني في الموقع الالكتروني الخاص بالقضية¹⁹².

¹⁹¹ معمر نعمان محمد النظاري، التحكيم في منازعات الاستثمار بين القاعد التقليدية والحديثة، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث في قانون العقود والعقار. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة محمد الأول. وجدة موسم 2011/2012 ص 338.

¹⁹² نفس المرجع أعلاه ص 339.

وعلى نفس المنوال سارت المادة 4/1 من لائحة Wipo حيث نصت على أن كل إخطار أو أي إبلاغ يمكن أو يجب أن يتم طبقا للائحة الحالية يجب أن يتم في الشكل الكتابي، وأن يتم إرساله بالبريد العاجل أو يرسل بالفاكس أو بالبريد الالكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه"

مما سبق يمكن القول أن لكل طرف أن يدافع عن وجهة نظره في طلباته ودفعه وفي سبيل تحقيق ذلك أن يقدم المستندات والوثائق والأدلة التي تدعم موقفه ويتم ذلك في أمرين:

أولاً: تبادل المستندات والوثائق وعرضها خلال المرافعة فإذا تم تقديم هذه الطلبات والمستندات الالكترونية وجب على هيئة التحكيم أن تعطي لكل خصم الفرصة الكافية للرد على ما جاء به الخصم الآخر من أقوال ومستندات، وتقديم أوجه دفاعه وما لديه من أدلة إثبات أخرى، وكل ذلك يستلزم احترام حق لجنة الدفاع.

ثانياً: وهو يدخل في نطاق الأمر الأول احترام حق الدفاع بإعطاء الأطراف كامل الحرية في الطلب من المحكمة استدعاء الشهود، أو استشارة خبير للإدلاء بأرائه في القضية المعروضة للنزاع ويتم ذلك بطريقة الكترونية، ومن المعلوم أن نظام الهيئة الأمريكية أجاز أن تقدم الشهادة في صورة إفادات موقعة من الشهود¹⁹³.

أما بخصوص نهاية الإجراءات كإجراءات التحكيم التقليدي، تنتهي الإجراءات نهاية طبيعية بصدور حكم التحكيم داخل الأجل المحدد لهيئة التحكيم سواء كان قانوني أو اتفاقي، إلا أن ما يميز التحكيم الالكتروني هو السرعة في تسوية المنازعات ويعود ذلك للعديد من المعايير والتي من أبرزها اختصار العديد من الإجراءات كإعفاء الأطراف من التنقلات والسفر، مما حدا بالبعض إلى القول أنه في التحكيم الالكتروني يمكن أن تشكل هيئة التحكيم في الصباح وتعد جلساتها بالظهر وتعمل المداولة بالعصر وتصدر حكمها في المساء.

وبالرجوع إلى مصادر التحكيم الالكتروني فان نظام المحكمة الفضائية حدد أجل ثلاثين يوماً يجب أن يصدر الحكم خلاله من إغلاق باب المرافعة، إلا أن ذلك لا يمنع هيئة التحكيم من طلب تمديد هذا الأجل من الأمانة العامة للمحكمة، ويجب أن

¹⁹³ المادة 5/21 من نظام التحكيم القاضي الافتراضي وهو نفس الأمر نصت عليه المادة 3/20 من نظام التحكيم لمحكمة لندن للتحكيم الدولي.

يصدر الحكم بالأغلبية وأن يكون معللا، كما أن هذا الحكم يعتبر نهائيا وغير قابل للاستئناف حسب المادة 23 الفقرة الرابعة من نظام المحكمة الافتراضية¹⁹⁴.

وفي الأخير ما يمكن إبداءه بهذا الخصوص أن التحكيم الإلكتروني بالرغم مما عليه من ملاحظات، يعتبر من أنجع الوسائل لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، لعجز القضاء العادي والتحكيم التقليدي على تسوية مثل هذه المنازعات لأسباب عديدة أهمها تناسب وسيلة التسوية مع نوعية المنازعات الناشئة عبر الوسائط الإلكترونية.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني.

إن البحث في القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم يثير مسألة القانون الإجرائي ومسألة القانون الموضوعي، والمقصود بالقانون الإجرائي القانون الذي تطبقه هيئة التحكيم على الإجراءات التي تتم أمامها، أو تتخذها لنظر النزاع تمهيدا للفصل فيه.

والمقصود بالقانون الموضوعي القانون الذي يحكم موضوع النزاع وحقوق الأطراف

والتراماتهم التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية¹⁹⁵.

ويذهب جانب من الفقه¹⁹⁶ في هذا الصدد على أنه لا يوجد صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع في التحكيم لما يتضمنه الاتفاق عادة من تحديد القواعد الإجرائية واجبة التطبيق أو إحالة إلى أحكام قانون معين. الشيء الذي يدفعنا إلى البحث في أغوار هذا المطلب عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع النزاع -الفقرة الأولى- مستكملين الحديث في الفقرة الثانية،

¹⁹⁴ المادة 23 من نظام المحكمة الفضائية والمادة 57 من نظام wipo.

¹⁹⁵ محمد سليم العوا. دراسات في قانون التحكيم المصري والتعاون دار الكتب القانونية. مصر المجلة الكبرى ص 100.

¹⁹⁶ سمير الشرقاوي العلاقة بين قواعد الانستراال والقانون المصري، بشأن تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق مؤتمر قواعد الاونيسترال النموذجية للتحكيم، 30 عاما من التطبيق مركز القاهرة للتحكيم. ديسمبر 2002 ص 2.

عن ضمانات التقاضي في التحكيم الإلكتروني، ومدى تحقيقه لأبسط قواعد العدالة، والمتمثلة في مبدأ الواجبة وحق الدفاع.

الفقرة الأولى: القانون الواجب التطبيق في التحكيم الإلكتروني.

لاختيار القانون الواجب التطبيق على الدعوى التحكيمية أهمية كبيرة في منازعات التجارة الإلكترونية، ذلك بأنه في التحكيم الداخلي يكون المحكم على بينة من القانون الواجب التطبيق بشكل واضح خلافا لما هو عليه الحال في التحكيم الإلكتروني، إذ يعتبر من الأمور البديهية والأولية التي يجب تحديدها، لأنه بمجرد معرفة القانون الواجب التطبيق نعرف القواعد التي تسيّر وفقها إجراءات المحاكمة التحكيمية، إن الفارق الجوهرى بين القانون المطبق على موضوع النزاع وبين القانون المنظم لإجراءات التحكيم، أن الأول قانون غاية يجسد حقوق والتزامات كل من الطرفين ويعين حدودها أوصافها، كما يجسد الفارق من ناحية دور الإدارة في اختيار القانون¹⁹⁷.

فإذا كان للأطراف كامل الحرية في اختيار القواعد القانونية التي يرونها مناسبة لتطبيق على نزاعاتهم مع مراعاة مبادئ النظام العام، وبالتالي فهئية التحكيم تتمتع بدور محدود في اختيار القانون في حالة تخلف الأطراف، فهذا الاختيار مقيد بإعمال قواعد الإسناد التي يضعها النظام القانوني، وإما بإعمال القواعد المادية الحاكمة للمعاملات التجارية الإلكترونية الدولية وهذا بخلاف الحال في اختيار القانون الواجب التطبيق.

إن دراسة هذا الموضوع يقتضي التعرض للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكم أولا ثم القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ثانيا.

أولا: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

عقب تقديم المدعي والمدعى عليه لأوجه دفاعهم وتقديم كافة المستندات اللازمة في هذا الشأن، تقوم هيئة التحكيم بالاطلاع عليها، ثم تقرر الفصل في الدعوى، ولكن السؤال حول ماهية القانون الواجب التطبيق على المنازعات الإلكترونية، وأساس ذلك هو تعدد القوانين القابلة للتطبيق عليه، ولا شك أن اختيار

¹⁹⁷ مصطفى محمد الجمال عكاشة محمد عبد العال، م.س.ص 238.

هذا القانون أو ذلك يبدو في غاية الأهمية، لاسيما وأن حكم هذه القوانين قد لا يكون متماثلا فقد يكون التحكيم موجودا أو صحيحا وفقا للبعض، وقد يكون العكس منعدما أو باطلا وفقا للبعض الآخر¹⁹⁸.

ويتم اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يطبق على إجراءات المنازعة بالإحالة إلى قانون معين لتنظيم الإجراءات أو وضع قواعد في اتفاق التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده. فقد يثور تنازع القوانين بشأن عدم صحة اتفاق التحكيم مثلا على منازعة لا يجوز تسويتها بطريق التحكيم، أو بشأن انعدام الأهلية لأحد الأطراف أو عدم تحديد المسألة التي ستعرض على التحكيم، أو عدم وجود اتفاق للتحكيم ذاته لانعدام التراضي عليه. إلا أنه من المؤكد أنه لا يمكن هجر منهج الإسناد الذي يتم من خلاله تحديد القانون الوطني الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك لأن القانون الجديد للتجارة الالكترونية التي تتم عبر الانترنت لا يمكن أن يوجه كل المنازعات المتعلقة بالتعاقد الدولي كمسألة الأهلية والتقدم بالإضافة إلى وجودها ما يطلق عليه قواعد البوليس ذات الطبيعة الأمرة التي يجب تطبيقها في كل الأحوال بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق وفقا لما تشير إليه قواعد الإسناد¹⁹⁹.

كما يتمتع الأطراف تجربة واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع وكذا موضع النزاع من حيث اختيارهم للقانون الداخلي لدولة محددة، أو اختيارهم لنصوص قواعد دولية أو لوائح هيئات وهذا الحل يكاد يكون متفقا مع الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي -جنيف لعام 1951- حيث تناولت المادة 1/8 نفس "الأمر وكذلك ما نصت عليه غرفة التجارة الدولية بباريس CCI في المادة 1/17 حيث نصت "على أن للأطراف حرية في اختيار قواعد القانون التي يجب على المحكمة التحكيمية تطبيقها على موضوع النزاع و هو نفس

¹⁹⁸رضوان هاشم حمدون الشريفي، حول نظام قانوني خاص بالتحكيم الالكتروني. رسالة لنيل درجة الماجستير في القانون المنظمة العربية للتربية والثقافية والعلوم معهد البحوث والدراسات العربية قسم الدراسات العربية قسم الدراسات القانونية. سنة 2010 ص 48.

¹⁹⁹ فاروق محمد الاباصيري، عقود الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديد طبعة 2002 ص 21.

-جمال محمود الكردي، القانون الواجب في دعوى التحكيم دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة. سنة 2003 ص 50.

الأمر الذي نص عليه المشرع المصري في المادة 39- على أن تطبيق هيئة التحكيم على موضوع النزاع²⁰⁰.

القواعد التي اتفق عليها الطرفان وإذا اتفق على تطبيق قواعد دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

وتبدو أهمية اختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام إدارة الإثبات والوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية والمواجهة بين الخصوم وحقوق الدفاع وتنظيم المداوات والاجتماعات الالكترونية²⁰¹.

ويتمتع الأطراف في هذا الأمر بالحرية الكاملة بحيث يمكنهم اختيار القانون الذي يحكم تلك الإجراءات في اتفاق التحكيم، كما يمكنهم الخضوع للوائح إحدى هيئات التحكيم، ويمكنهم أخيراً تعيين قانون وطني باعتباره القانون الواجب التطبيق وفي هذا الصدد تضمنت اتفاقية نيويورك الموقعة عام 1958 والخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها، قاعدة تنازع غير مباشرة في المادة 5/1/5 التي نصت على أنه لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن تشكيل هيئة التحكيم يخالف ما اتفق عليه الأطراف، أو تخالف قانون البلد الذي يم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق²⁰²، وبالتالي يتعين على الأطراف الراغبين في إجراءات التحكيم الالكتروني مراعاة أن القانون أو لائحة التحكيم التي تم اختيارها للتطبيق تسمح بمثل هذا النوع من التحكيم.

²⁰⁰ كذلك القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بشأن التحكيم التجاري الدولي الصادر 1985 المادة 1/28.

²⁰¹ حازم جمعة، اتفاق التحكيم الالكتروني وطرق الإثبات عبر وسائل الاتصال الحديثة، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية دبي الإمارات العربية المتحدة 11-26 أبريل 2003 ص 71 وما بعدها.

²⁰² JCDI arbitrage commercial international textes 1994 أورده لزهرة بن سعيد.م.ص.ص 221.

غير أن هذه الصعوبة اضمحلت في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على إتباع إجراءات الكترونية من ذلك لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية²⁰³، وكذلك ما قررته هيئة التحكيم الأمريكية من إجراءات تحكيمية لحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة ومستخدمي الخدمات الالكترونية الذين يدعون أنهم ضحايا رسائل غير مشروعة.

وتغدوا المسألة أكثر أهمية في الفرض الذي يخضع فيه أطراف التحكيم للائحة غرفة التجارة الدولية CCI أو للقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة التجاري الدولي حيث لم تواجه اللائحة ولا القانون التقنيات الالكترونية كما لم تستبدها إذ يمكن اعتبارهما قد تركا حيزا واسعا لإدارة الأطراف، فنصوصها تعطي حرية للوصول إلى استعمال تلك الدعامات المعلوماتية، وغاية ما هنالك أن أيا منهما لا يفرض إتباع وسائل اتصال الكترونية دون أن يكون هناك قبول واضح لها، وبعبارة أخرى ليس هناك تعارضا ظاهرا بين بعض تلك النصوص وخصوصية التحكيم الالكتروني، مهما يكن في الأمر فإنه إزاء عدم إشارة النص إلى التحكيم الالكتروني فإنه يتعين على الأطراف أن يحددوا في اتفاقهم التحكيمي الاشتراطات الفنية، فيمكنهم على سبيل المثال أن يحرروا اتفاقا بشأن الإثبات لتجنب المنازعات اللاحقة،

وبالنسبة لاتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها والموقعة سنة 1985 فإنها قد تركت كامل الحرية لأطراف الاتفاق في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم²⁰⁴.

أ- حالة اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق.

إن إرادة الأطراف لها دور كبير في مجال العقود الدولية وبالتالي فإن هذه الإرادة لها نفس الدور في مجال اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود سواء أكان هذا الاتفاق مشروطا في العقد بشرط التحكيم أم أنه في اتفاق خاص إذ قد يتم الاتفاق بين طرفي العقد على أن يحكم موضوع النزاع قانون دولة معينة، وقد يتفق الأطراف على خضوع جزء معين من النزاع لقانون

²⁰³ كذلك لائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية ونظامها لحل المنازعات الخاصة بأسماء حقول الانترنت.

-القاضي الافتراضي.

²⁰⁴ لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية.م.س.ص.222

معين، أو يتم الاتفاق على تطبيق بعض أحكام القانون المختار دون البعض الآخر وفي مثل هذه الحالة نكون بصدد ما يسمى بالاختيار الايجابي، وقد يتفق الأطراف على استبعاد تطبيق قانون معين من القانون المختار، وهذا ما يعرف بالاختيار السلبي للقانون²⁰⁵.

ولكي تقوم إرادة أطراف التحكيم بوظيفتها في تحديد القواعد الإجرائية يجب أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة، وإذا لم توجد إرادة صريحة لهم، فإنه في مجال التحكيم قد يتعذر القول بإمكانية اللجوء إلى الإرادة الضمنية لأطراف التحكيم.²⁰⁶

وهناك عدة إمكانيات متاحة أمام الخصوم عند اختيار إجراءات التحكيم على النحو التالي:

- قد يتولى الخصوم بأنفسهم وضع إجراءات التحكيم، ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم العائم، ويقصد به التحكيم الأطراف من كل القواعد الوطنية، حيث تقوم إرادة الأطراف بصياغة أو تقنين القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة فيه بشكل مفصل²⁰⁷.

- قد يتفق الخصوم على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم بالنيابة عنهم.

- الاتفاق على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني معين.

- قد يتفق أطراف التحكيم على إتباع الإجراءات المنصوص عليها في لائحة مركز دائم للتحكيم.

ب- عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق.

²⁰⁵ أبو العلا علي النمر، دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الأولى 2004 ص 262

²⁰⁶ أسامة أحمد الحواري، القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة ماجستير في القانون. دار الثقافة. عمان. الطبعة الأولى، 2008 ص 88

²⁰⁷ جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية 2003 ص 63

في هذه الحالة تثار الصعوبة في حالة عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث اختلف الفقه والقانون المقارن ولوائح مراكز التحكيم في هذا الشأن بصدد التحكيم التقليدي، حيث يجد اتجاه يرجح خضوع الأمر لقانون مقر التحكيم، أي إخضاع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه أخذاً بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل التقاضي، في هذا الصدد نجد أن اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية قد اتبعت هذا الاتجاه حيث نصت في الفقرة الثانية من المادة الخامسة على "رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحاً وفقاً للقانون المختار من قبل الأطراف وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقاً لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، لكن هذا المعيار يصعب تطبيقه بالنسبة للتحكيم الإلكتروني حيث يتم في عالم افتراضي غير مرتبط بمكان محدد،

ومن ثم يتعين اتفاق الأطراف مسبقاً فيه على تحديد القانون الواجب التطبيق، وإلا أصبحا بصدد فراغ قانوني يتعذر مواجهته.²⁰⁸

وتجدر الإشارة إلى أن اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات النزاع هو من البيانات الاختيارية التي يؤثر عدم وجودها على اتفاق التحكيم باعتبارها ليست من شروط صحة هذا الاتفاق.²⁰⁹ وفي حال عدم اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين ليحكم إجراءات سير المنازعة يكون من سلطة المحكمين تحديد القواعد التي يرونها مناسبة لحكم إجراءات سير المنازعة بشرط ألا يتعارض ذلك مع اختيار واتفاق الخصوم، ومبدأ حقوق الدفاع وضمائمات التقاضي ودون إلزام هؤلاء المحكمين باختيار قانون دولة بعينها، وأساسه تحرير هيئة التحكيم من الارتباط بقانون إجرائي وطني معين، إن الارتباط بمثل هذا القانون لا يمكن أن يتأتى إلا عن نظام معين للإسناد يقرره ويلزم به، وليس في قواعد القضاء الدولي، أو في قواعد التجارة الدولية حتى الآن مثل هذا النظام، والنتيجة المترتبة على ذلك هي عدم وجود ما يلزم المحكم باتباع قانون معين من القوانين الإجرائية الوطنية ذات الصلة بالتحكيم.²¹⁰

²⁰⁸ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية.م.س.ص302
²⁰⁹ أحمد الشيخ قاسم، التحكيم الدولي، دراسة مقارنة الطبعة الأولى. دار الجاحظ دمشق سنة 1994 ص 58
²¹⁰ مصطفى محمد جمال. عكاشة محمد عبد العالم.م.س.ص217 و218

والملاحظ أن مراكز ومؤسسات التحكيم الدولية تتبنى قواعد متباينة، فغرفة التجارة الدولية بباريس مثلا ترى أن على المحكمين أن يحددوا القواعد القانونية والإجرائية التي يعتبرونها مناسبة للنزاع²¹¹ أما قواعد اليونسترال الخاصة بالتحكيم فنقر هذا الأمر إذا لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فان على محكمة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقضي قواعد تنازع القوانين بوجود تطبيقه.²¹²

في حين تقضي قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي بأنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك وما لم يكن اتفاقهم متعارضاً مع قانون التحكيم، فان القانون الواجب التطبيق على عملية التحكيم هو القانون الواجب التطبيق في مكان التحكيم.²¹³ ويرى البعض أن مثل هذا الحل يمكن اللجوء إليه في مجال التحكيم عبر الانترنت باعتباره حلاً مبسطاً ومبتكراً وقابلًا للتطبيق على هذا النوع من التحكيم، وثمة حل آخر يتمثل في أن يفرض أو على الأقل يقترح على أطراف النزاع أن يمنحوا المحكم سلطات واسعة في تحديد إجراءات التحكيم وفقاً لقانون التجارة الجديدة، وهو حل تأخذ به مؤسسات التحكيم التقليدية بشرط اتفاق أطراف النزاع صراحة عليه، وأن هذه القاعدة يمكن أن تصبح ذات طابع إلزامي في اتفاقيات تحكيم المستهلك وخاصة هذه القاعدة أنها تسمح للمحكم أن يفصل في النزاع بأسلوب عادل يضمن المساواة بين الخصوم واقتضاء كل منهما لحقه، وهو أفضل من الفصل في النزاع وفقاً لقانون دولة ما ربما يخالف تماماً ما كان المستهلك يتوقعه فيما يتعلق بضمان حقوقه.²¹⁴

ثم إن التحكيم عن طريق الانترنت يمكن أن يتم بعدة طرق، أولاها إمكانية إتباع إجراءات التحكيم التقليدي كذلك المعتمدة في غرفة التجارة الدولية بباريس وثانيها هو استخدام الانترنت كأول مراحل التحكيم (كتقديم النزاع للتحكيم عبر الانترنت أو إرسال الوثائق عن طريق البريد الإلكتروني اللاميل) ولكن هذا النمط من الأسلوب لا يزال يتطلب من أطراف النزاع ومحكمة التحكيم إتباع بعض إجراءات التحكيم التقليدي (مثل إرسال اتفاق التحكيم المكتوب للحكمين، أو تقديم أصول الوثائق لمحكمة التحكيم، أما الأسلوب الثالث فهو اللجوء لاستخدام الوسائل

²¹¹ راجع المادة 17 من قواعد غرفة التجارة الدولية

²¹² انظر المادة 33 من قواعد التحكيم لقانون اليونسترال.

²¹³ راجع المادة 12/3 من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي

²¹⁴ عماد الدين المحمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت. المؤتمر السنوي السادس عشر التحكيم التجاري الدولي جامعة الإمارات العربية المتحدة. كلية القانون 2008 ص 1055

الالكترونية منذ بداية التحكيم وحتى انتهائه، لكن اللجوء لمثل هذه الوسائل ربما يثير بعض الإشكاليات مثل سماع الشهود، وتحديد القانون الواجب التطبيق،

ومعلوم أنه فيما يتعلق بجمع الأدلة وعقد جلسات الاستماع فإن على المحكمين تحديد متى وأين يمكن انجاز هذه الإجراءات كما أنه فيما يتعلق بشهادة الشهود فإنه بالإمكان الاستماع لشهادتهم شفاهيا، أو تقديمها مكتوبة وفي بعض الحالات يقبلها المحكمون مكتوبة لتقصير الأجل وتكلفة عملية التحكيم²¹⁵، ولكن التساؤل يطرح في حالة الدول التي تشترط قوانينها جلسات الاستماع وجها لوجه، ويتعين على الخصوم والمحكمين احترام هذه القاعدة، إذا ما رغبوا في تنفيذ حكم التحكيم بالرغم من أن تطبيقها يتعارض جهارا ومقتضيات التحكيم عبر الانترنت التي تتطلب استخدام التقنيات الحديثة لتقصير أجل وتخفيض تكلفة التحكيم، ولا بد من ملاحظة أن شهادة الشهود المكتوبة تنسجم تماما ومفهوم التحكيم عبر الانترنت وذلك بالتوسع بمفهوم الكتابة الواردة كشرط في الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية على نحو يسمح بقبول الوسائل التقنية الحديثة مثل الايميل كدليل كتابي.²¹⁶

من خلال ما سبق يتطلب على المحكم أو المحكمين الحرص على تحقيق العدالة الإجرائية خلال عملية التحكيم عبر الانترنت وذلك من خلال التأكد من مشاركة جميع أطراف النزاع في عملية التحكيم وذلك بإتباع وسائل الإخطار الصحيحة، وكذلك المساواة والعدالة في معاملة الخصوم، ومنحهم كامل الحق في بسط وتقديم طلباتهم ودفاعهم وثمة صعوبة ترتبط بالقانون الواجب التطبيق على النزاع وضرورة مراعاة القواعد العامة في مكان التحكيم وفقا لما تقضي به اتفاقية نيويورك، ولا صعوبة في ذلك إذا كان الأطراف والمحكمون قد حددوا مكان التحكيم ولكن المشكلة تنثور فيما لو لم يتم تحديد هذا المكان.

وبالتالي فإن مشكلة القانون الواجب التطبيق ستثور خلال إجراءات التحكيم أو عند طلب الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم.

إن اللجوء إلى التحكيم عبر الانترنت ليس من شأنه أن ينقص من قيمة العدالة الإجرائية ما دام أن الإجراءات المتبعة عن طريق الانترنت تضمن تحقيق شرط الحياد والمساواة في المعاملة بين الخصوم ومنحهم فرصة متكافئة لبسط

²¹⁵ عماد الدين محمد. نفس م أعلاه ص 1056

²¹⁶ عماد الدين محمد.م.س.ص 1056

نزاعهم وتقديم أدلتهم، وطالما أن الإجراء المتبع قد تم باتفاق الخصوم ما لم يوجد في قانون مكان التحكيم ما يمنع صراحة إتباع مثل هذا الإجراء، وعليه فإن الفاعلية والسرعة المنشودة من وراء اللجوء للتحكيم عبر الانترنت لن تكون على حساب تحقيق العدالة الإجرائية²¹⁷ وتحقيق المساواة في المعاملة بين الخصوم، ويمكن تلبية مطلب سماع الشهود شفاهيا باللجوء إلى نظام video conference عن طريق استخدام تقنيات الأقمار الصناعية طالما تحرت الإجراءات عن طريق التحكيم عبر الانترنت الحيادية والنزاهة والعدالة فإن هذا التحكيم سيؤدي كامل استحقاقات وشروط العدالة الإجرائية.

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الإلكتروني.

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه نظام التحكيم الإلكتروني، ومنها مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، وهو ما يجعلنا نطرح التساؤل التالي : هل يمكن إعمال القواعد ذاتها التي تطبق على التحكيم التقليدي في حال عدم وجود إرادة صريحة لاختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الإلكتروني؟ وما هي صلاحية هيئة التحكيم باختيار مثل هذه القواعد؟ أم أن البيئة الإلكترونية تختلف عن ذلك وتحتاج إلى قواعد خاصة بها؟ باستثناء الحالة التي يكون فيها للمحكم سلطات المفوض في الصلح، فإن للأطراف المتنازعة حرية تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدد أطراف النزاع قانونا معيناً طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها ملائمة بهذا الخصوص ويقع على عاتقه في جميع الأحوال مراعاة أحكام العقد والعادات المهنية الجارية²¹⁸

ويعتبر اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الإلكتروني من الأهمية بمكان، لأن اختيار القانون الأنسب هو الحل الكفيل للوصول إلى حكم عادل ومنصف هذا من جهة ومن جهة ثانية أدى تغيير شكل التحكيم ووضع في قالب الكتروني إلى إحداث تغيير موازي له فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على

²¹⁷ عماد الدين محمد م.س.ص 1057

²¹⁸ إبراهيم الدسوقي أبو الليل. قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق.

العدد الأول والثاني. مارس و يونيو 1993 ص 91

موضوع التحكيم الإلكتروني على أساس أن القاعدة المستقر عليها في التحكيم التقليدي في هذا المجال أصبحت غير ملائمة للتطبيق في إطار التحكيم الإلكتروني، ومرد ذلك لاختلاف البيئة التي تثار بمناسبةها منازعات التحكيم الإلكتروني، وهي منازعات لها سمة خاصة بها الشيء الذي يجعلها تستعصي على قواعد القانون الدولي الخاص مجاراتها، الأمر الذي يتطلب تطويع هذه القواعد حتى تتماشى مع هذه الطبيعة الخاصة والتي تقوم على مجتمع تنعدم فيه الروابط المكانية ونقصد بذلك شبكة الانترنت فكيف يمكن تحديد هذا القانون في ظل هذا التطويع²¹⁹.

بالرجوع إلى لوائح التحكيم الإلكتروني نجد أنها قد عالجت موضوع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ نص نظام المحكمة الفضائية على أنه إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بأوثق صلة، مراعية في ذلك الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، ففي هذه الحالة يجري تطبيق قانونه الوطني على أنه يجب على المحكمة وفقا لنص المادة أن تضع في اعتبارها شروط العقد والأعراف السائدة في مجال الفضاء الإلكتروني²²⁰، وتجدر الإشارة إلى أنه سواء اختار أطراف النزاع أم هيئة التحكيم القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم، يجب أن لا يخالف هذا الاختيار النظام العام في دولة التنفيذ وفقا للمادة من اتفاقية نيويورك.

أما من جهة الفقه فقد اختلف في هذا الصدد وتعددت آراؤه بشأن سلطة هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم الإلكتروني من خلال إعمال قواعد تنازع القوانين وفقا للقواعد التقليدية، أي أن استخلاص هذا القانون إنما يتم في ضوء ضوابط الإسناد²²¹. وقبل التطرق للآراء

²¹⁹ بلال عبد المطلب بدوي.م.س.ص 81

²²⁰ تنص المادة 15 من قانون المحكمة الفضائية على أنه "إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة باختيار القانون الذي يرتبط به النزاع باستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا أن يجري تطبيق قانونه الوطني يجب على المحكمة مراعاة شروط العقد الأصلي و كذا الأعراف السائدة في مجال الانترنت إن وجدت"

ووفق لوائح نظام القاضي الافتراضي نصت المادة على أنه تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية التي اختارها الأطراف لحكم النزاع و عند عدم وجوده تطبيق القانون أو القوانين التي تجدها ملائمة.

²²¹ لتوسع أكثر في هذه النقطة راجع. سلطان عبد الله محمود الجوارى. عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق.م.س.ص 91

الفقهية أشير إلى أن قواعد الإسناد تهدف إلى إرشاد هيئة التحكيم لتحديد القانون الواجب التطبيق على العلاقة العقدية ذات العنصر الأجنبي كما هو الحال في عقود الاستثمار، ويقف دورها عند هذا التحديد دون أن يتجاوز إلى حل النزاع بشكل مباشر بمعنى أنها قواعد شكلية غير مباشرة، وأرى في هذا صعوبة تضيق ذلك على التحكيم الإلكتروني لهذه الأسباب²²².

- إن هذه القواعد غير ملائمة لمنازعات التجارة الإلكترونية نظرا لتعدد العلاقات الناشئة عنها واحتوائها عناصر متعددة تحمل جنسيات مختلفة.

- قد تتضارب قواعد الإسناد في النزاع الواحد، فتصبح هناك معايير يشير كل منها إلى قانون واجب التطبيق مما قد يصعب المهمة أمام هيئة التحكيم الإلكتروني، ناهيك على أن هذه القواعد وضعت لأجل بيئة خاصة تختلف عن البيئة الإلكترونية، إذ أن هذه القواعد ترفض التقسيم الجغرافي للدول وتتنظر العالم من شبكة الانترنت كأنه وحدة واحدة²²³، وفي هذا الصدد اختلفت الآراء الفقهية وتباينت، حيث ذهب بعض من الآراء الفقهية²²⁴ إلى أنه على المحكم أن يلجأ إلى حكم قواعد تنازع القوانين في الدولة التي يقيم فيها إقامة دائمة، وأنتقد هذا الرأي بأنه يصعب الأخذ به في مجال التحكيم الإلكتروني، لأن المحكم وفقا لهذا يقطن دولة بعينها، وإنما يباشر عمله من خلال شبكة الانترنت والذي يكون فيها الوطن غير محدد الملامح، بينما يدعو الرأي الثاني إلى التوحيد بين قواعد الإجراءات وموضوع النزاع، في حالة إذا كان قانون الإجراءات محمدا فيطبق على موضوع التي تتولى إدارة التحكيم الإلكتروني النظر فيه أو تقتصر على وضع قواعد إجرائية فقط تاركة للأطراف الحرية في اختيار القانون الموضوعي.

لكن في حالة اتفاق الطرفين على قواعد قانونية أو قانون دولة معينة ليطبق على موضوع النزاع وهذه هي الحالة المنصوص عليها في القانون المصري²²⁵، التي يجب التعريف فيها بين فرضين:

222 معمر نعمان محمد النظاري.م.س.ص 329

223 بلال عبد المطلب بدوي.م.س.ص 83

224 بلال عبد المطلب نفس المرجع أعلاه.ص 84 ما يليها.

225 المادة 39 من قانون التحكيم المصري.

أولهما: أن يتفق الطرفان على تطبيق "قواعد" و المقصود بالقواعد أعم من أن يكون قانون دولة ما أو عقدا من عقود التجارة النموذجية، أو تنظيمها واردا في وثيقة من الوثائق الدولية، فيجوز للأطراف عند الاتفاق على تطبيق "قواعد" معينة أن ينشأ من عند أنفسهم قواعد خاصة بنزاعهم أو أن يمزجا بين مصادر متعددة فيستخلصوا من كل مصدر ما يرونه مناسباً لحكم منازعتهم.

ثانيهما: إذا اتفق الأطراف على تطبيق قانون دولة معينة، فإن هذا الاتفاق يقتصر أثره على إتباع القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على غير ذلك، فإذا اتفقا وجب على هيئة التحكيم أن تعمل باتفاق الأطراف وتلتزم بقواعد الإسناد كما تلتزم بالقواعد الموضوعية سواء بسواء و يجوز للأطراف أن يتفقوا على تطبيق نظام قانوني معين مثل الاتفاق على تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية وعندئذ يلتزم المحكمون بتطبيقها على موضوع النزاع دون أن يلتزموا بالتقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي، إلا إذا اتفق الأطراف على تطبيق مذهب ذاته من تلك المذاهب²²⁶،

والواجب على هيئة التحكيم أن تطبق في حالة اتفاق الأطراف على تطبيق قانون معين أو نظام قانوني معين فرع القانون الأكثر انطباقاً على موضوع النزاع وذلك نزولاً على واجب هيئة التحكيم في أعمال القانون الواجب التطبيق على الوقائع المعروضة عليها وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري²²⁷ في قرار له "إذا كان الثابت من عقد الاتفاق المؤرخ في 1993 والمتضمن لشرط التحكيم المبرم بين الشركة الطاعنة مؤسسة في إمارة أبو ظبي والشركة المطعون ضدها بالمملكة السعودية، قد تضمنت في المادة العاشرة منه اتفاق الطرفين على حل أي خلاف بينهما ودياً عن طريق التحكيم لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

ويتم التحكيم وفقاً للإجراءات السائدة لدى المركز المذكور و يكون القرار الصادر بالأغلبية وملزم للطرفين و للمحكمن أوسع الصلاحيات في تطبيق القوانين والأعراف التجارية ومبادئ العدالة بين الطرفين مما مؤداه أن أطراف التحكيم قد حددا بإرادتهما القانون الواجب التطبيق على التحكيم القائم بينهما، إذ اتجهت

فتحي والي. قانون التحكيم المصري بند 243 ص 418

²²⁶ - محمد سليم العوا دراسات في قانون التحكيم المصري. والمقارن. دار الكتب القانونية، ص 111
²²⁷ طعن رقم 607 لسنة 63 ق. جلسة 2007/03/27. منشور بمركز العدالة للتحكيم والاستشارات القانونية

إرادتهما إلى تفويض هيئة التحكيم إلى تطبيق القانون والأعراف التجارية ومبادئ العدالة بين الطرفين وهو ما حدا بالهيئة إلى تطبيق قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية وهو قانون الشركة الطاعنة باعتباره قانون الدولة التي يم فيها إبرام العقد و الشروع في تنفيذه، لكن رغم كل هذا وفي ظل عدم ملائمة قواعد التجارة الدولية لتحكم منازعات التجارة الالكترونية وعجز قواعد تنازع القوانين في إيجاد الحل الأمثل للقانون الواجب التطبيق في ظل تضارب الآراء الفقهية بخصوصه، الشيء الذي حدا ببعض الفقه²²⁸ إلى وضع قواعد بديلة على غرار قواعد التجارة الدولية، أطلق عليه القانون الموضوعي للتجارة الالكترونية يتكون من مجموعة من العادات والممارسات التجارية إلا أن هذه قواعد تتميز بطابع خاص وأن العادات والممارسات التجارية التي كونت هذا القانون إنما أنشئت واستقرت في المجتمع الافتراضي للانترنت وطورها مستخدمو الشبكة وحكومات الدول من الاتصالات والمعلومات و بعبارة أدق تنظيم قانوني ذو طبيعة موضوعية وذاتية خاض بالعمليات التي تتم عبر شبكة الانترنت.

وبالتالي فهو قانون تلقائي النشأة وجد ليتلاءم مع حاجيات المجتمع الافتراضي، قوامه السرعة في التعامل والبيانات الرقمية التي تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات²²⁹.

ويضيف هذا الاتجاه بأن مصادر هذا القانون تتمثل فيما يلي:

- الممارسات التعاقدية: وتعتبر من المصادر المهمة لإرساء القواعد النظامية التي يقوم عليها القانون الموضوعي الالكتروني الدولي للمعاملات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية للانترنت، بحيث يمكن من خلال هذه الممارسات التعاقدية سواء كانت عقود خاصة بالاشتراك على شبكة الانترنت، أو عقود مبرمة بين صاحب المادة المراد إدخالها على الشبكة. وبين مقدم خدمة الموقع التي تقدم خدمات غير مسروقة أو عن طريق توفير الوسائل الفنية اللازمة لتنقية البرامج والمواد

²²⁸ معمر نعمان محمد النظاري.م.س.ص330

²²⁹ ضياء علي أحمد نعمان، المسؤولية المدنية الناتجة عن الوفاء الالكتروني بالبطائق البنكية، دراسة مقارنة.الجزء الثاني. المطبعة الوراقة الوطنية مراكش. الطبعة الأولى،2010ص392و393

المحملة على الشبكة بحيث يتم السماح بالدخول على بعض المواقع، حظر ولوج بعض المواقع الأخرى²³⁰.

من ناحية أخرى فقد أرست بعض الممارسات التعاقدية بعض الحقوق لمقدمي خدمة الموقع، ومن ذلك الحق في فحص وتصحيح مضمون الوثائق التي تبث على الشبكة، وعلى الوجه المقابل فهناك بعض الالتزامات التي يجب على المستفيدين من الشبكة مراعاتها منها ما يتعلق باحترام قواعد السلوك المستقرة في مجال التعامل عبر الشبكة وكذلك احترام القانون وحرمة الحياة الخاصة وحقوق الملكية الفكرية، والأعراف والعادات والممارسات المستقرة، إلا أن هذه الأخيرة تختلف من مجال لآخر بشأن التعاملات عبر الشبكة العنكبوتية، فمنها ما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ومنها ما يتعلق بحماية المستهلكين ومنها ما يتعلق باحترام حقوق الملكية الفكرية²³¹.

وبالتالي فالقانون الذي يتكون من تلك القواعد التلقائية سيكون قادرا على الاستجابة لمقتضيات وحاجات المعاملات العابرة للحدود والمعطيات الغير مادية للوسط الذي تخاطبه، كل هذا عكس القواعد الوضعية التقليدية التي تتسم بالبطء الشديد والجمود الذي لا يتوافق مع طبيعة المعاملات الإلكترونية.

الاتفاقيات الدولية: وضعت هذه الاتفاقيات لغرض تنظيم معاملات التجارة الإلكترونية كالالاتفاقية الخاصة بالملكية الأدبية والفنية تحت رعاية المنظمة العالمية للملكية الفكرية، قواعد لجنة اليونسترال والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

أحكام التحكيم الإلكتروني: وتعتبر من أبرز المصادر باعتبارها القضاء المتخصص بالفصل في منازعات التجارة الإلكترونية من الناحية العملية ولو أنها ما زالت في بداية أرسائها الأولية لذا فهي قليلة مقارنة مع أحكام التحكيم التقليدي.

قواعد السلوك أو تقنيات السلوك: تشكل هذه القواعد مجموعة من الأحكام التي يضعها المتعاملون مع الانترنت بأنفسهم لتطبيق عليهم، ويتم تدوينها من قبل الهيئات المؤسسات المهنية من أجل وضع بعض المبادئ في التعامل عبر تلك

²³⁰ عصام عبد الفتاح مطر.م.س.ص 448

²³¹ أحمد عبد الكريم سلامة.م.س.ص 55

الشبكة²³² لكن وجهت لهذا الاتجاه بعض الانتقادات حيث تمثلت هذه الانتقادات فيما يلي:

أن قواعد ذلك القانون لا تشكل بوضعها السالف الذكر نظاما قانونيا قائم الذات يندم من القصور، حيث أن هناك بعض المسائل التي سوف تظل خاضعة لأحكام القانون الداخلي، خاصة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف المعاملات عبر الانترنت وعلى التراضي و التقادم المسقط، ومقدار التعويض المستحق للمضروب.

عدم توافر الإلزام في قواعد القانون الموضوعي الالكتروني حيث تفقد هذه القواعد عنصر الجزاء الذي يكفل احترامها²³³.

و خلاصة لما سبق ذكره، فإننا نعتبر LEX ELECTRONIQUE ما هو إلا بداية للحل و ليس كله، وذلك لحدثة عهده أحكامه، ولأنه في طور التكوين وحسب الأستاذ إيناس الخالدي، فإنه لا يمكن أن يكون نظاما قانونيا كاملا وقادرا على توفير الحلول اللازمة لحل منازعات التجارة الالكترونية، فضلا عن افتقاره لعنصر الإلزام لعدم توفر جزاء تفرضه سلطة عامة عند مخالفتها، إضافة إلى أن مجتمع الانترنت الذي يجب أن يطبق فيه هذا القانون يفترض فيه التماسك وهذا غير متوفر.

ولما كان أطراف الاتفاق على التحكيم الالكتروني أو وكلائهم ليسو بحاجة إلى الانتقال إلى مكان بعيد لحضور الجلسات التحكيمية التي تعقدتها هيئة التحكيم في بلد أجنبي، وإنما يمكنهم المشاركة في الإجراءات التحكيمية كل منهم في بلده، ولما كانت إجراءات التحكيم الالكتروني تسير بشكل أسرع من إجراءات التحكيم التقليدي، وذلك لأن بإمكان الانترنت أن يوفر خدمة الاتصال وتبادل المستندات والمذكرات بالوسائل الالكترونية المباشرة، ومن ثم فإنه يثور التساؤل عما إذا كان إتمام إجراءات التحكيم كلها في الشكل الالكتروني دون أن يخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم ومنها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ مواجهة باعتبار أن واقعة عدم حضور أحد الأطراف بشخصه في مواجهة الأخر منها تبعة حرمانه من الرؤية الواضحة للنزاع، وكذا حرمانه من إمكانية تقدير ملائمة حجج الخصم؟ بالإضافة

²³² ضياء علي أحمد نعمان م.س.ص 396

²³³ عصام عبد الفتاح مطر.م.س.ص 339

إلى هذا هناك السؤال آخر يطرح نفسه بحدّة هل تتم عملية التحكيم الإلكتروني من بدايتها وحتى نهايتها بطريقة الكترونية؟ أو هناك جوانب يجب أن تتم بالطريقة التقليدية؟

في هذا الصدد يرى أحد الفقه²³⁴ استحالة أن تتم عملية التحكيم بأكملها بطريقة الكترونية في القضايا المعقدة وإنما يجب أن يكون جانب هذه العملية بطريقة عملية تقليدية لما تواجهه هذه العملية من مخاطر تتعلق بوسائل الاتصال الحديثة، وخاصة شبكة الإنترنت، ومن الرأي المناقض²³⁵ والذي يعطي إمكانية مباشرة عملية التحكيم الإلكتروني بأكملها عبر وسائل الاتصال الحديثة وأن هذه المخاوف لا يجب أن تؤثر بأي شكل من الأشكال أو تقف حائلاً في طريق مباشرة هذه العملية بطريقة الكترونية وإنما يتعين العمل على القضاء على هذه المخاوف والمخاطر، وذلك بالبحث عن الوسائل الفنية والتقنية التي من خلالها نستطيع مواجهة هذه المخاطر وتوفير الضمانات التي تساعد على تحقيق العملية التحكيمية الإلكترونية لأطرافها.

بينما يرى الأستاذ محمد أبو العينين²³⁶ أن للأطراف حرية الاتفاق على استخدام أو عدم استخدام الوسائل الإلكترونية في إدارة إجراءات التحكيم أو في استبعاد ذلك الاستخدام لقيام التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة و يضيف أنه في حال ما إذا أخفق الأطراف في الاتفاق على ذلك، فإن لهيئة التحكيم التوصل إلى استخدام الوسائل الإلكترونية في حدود معينة شرط ألا يسبب ذلك بعض المشكلات أحد الأطراف.

الفقرة الثانية: ضمانات التقاضي في التحكيم الإلكتروني.

باستقراء الوثائق الدولية و التشريعات الوطنية نجد أنها قد تضمنت عددا من المبادئ والضمانات يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها في أدائها لمهمتها و أهمها ما يلي :

²³⁴Paul carrington Vinculartraction 15 ohia statejournal orpise The solution 2000 P 669

²³⁵ محمد حسن منصور. المسؤولية الإلكترونية.م.س.ص.420

²³⁶ محمد أبو العينين، حسم منازعات التجارة الإلكترونية في الدول العربية ودور المنظمات والمؤسسات مقال نشر في مجلة التحكيم العربي العدد السابع يوليو 2004ص151.

- احترام حق الدفاع وذلك بتمكين كل طرف من الإدلاء بما لديه من أقوال ودفع قبل صدور قرار التحكيم.

- مبدأ المواجهة وذلك باطلاع كل خصم وعلمه بما يقدمه الخصم الآخر من طلبات ودفع وأدلة إثبات.

- مبدأ المساواة وذلك عن طريق معاملة أطراف الخصوم على قدم المساواة الشيء الذي يتطلب منا التعرض لهذه المبادئ بشكل من التوضيح و الإيجاز.

أولاً: مبدأ احترام حق الدفاع.

إن احترام و ضمان حق الدفاع لكل من طرفي النزاع يعد من أهم الأسس التي تقوم عليها إجراءات التحكيم، حيث أن حق الدفاع يقصد به إعطاء الفرصة والحرية الكاملة لكلا الطرفين حتى يتمكن من تقديم ما تحت أيديهم من أدلة وأقوال الشهود وبيانات، بالإضافة إلى إعطائهم الفرصة الكافية والوقت اللازم لجلب الشهود وتبادل اللوائح واستدعاء الخبراء

وغيرها من الأمور التي تستلزم لبناء الأدلة في القضية على أسس واضحة، كما لكل طرف في النزاع أن يعرف ويطلع على ما لدى الطرف الآخر من أدلة وبيانات، حتى يتمكن من الرد عليها في الوقت المناسب²³⁷، وينصرف مفهوم حق الدفاع في بدايته إلى حق الخصم في أن يسمع القاضي أو المحكم وجهة نظره، بحيث إذا صدر الحكم دون سماعه كان الحكم مشوباً بالإخلال بحق الدفاع، ولقد تطور هذا المفهوم وصار يعني حق الخصم في مناقشة خصمه فيما يقدمه من وسائل دفاع وأدلة أثناء سير الخصومة²³⁸.

من الجوهري التساؤل عما إذا كان إتمام إجراءات التحكيم كلها في الشكل الالكتروني لا يخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم ومنها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة، باعتبار أن واقعة عدم حضور أحد الأطراف بشخصه في مواجهة الآخر

²³⁷ الهام عزام وحيد الخراز. التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع دراسة مقارنة. أطروحة قدمت استكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح

الوطنية في نابلس فلسطين. 2009 ص 62

²³⁸ عبد الكريم الطالب، مرجع سابق ص 196

فيها تبعة حرمانه من الرؤية الواضحة للنزاع وكذا حرمانه من امكانية تقدير وملائمة حجج الخصم.

ويعتبر مبدأ احترام حق الدفاع أصيل من مبادئ قانون المسطرة المدنية وحق من الحقوق الإنسانية الطبيعية ومن ركائز المحاكمة العادلة، وهو مبدأ قائم الذات في جميع النظم الإجرائية وفي كل الدول الديمقراطية التي تتمسك بمبدأ سيادة القانون، فالمحكم لا يستطيع أن يستوعب موضوع الخصومة إلا إذا تلقى توضيحا كافيا لكل عناصر نقاط النزاع من جميع الخصوم.

وعليه فاحترام حق الدفاع يلزم المحكم القيام بمقارنة الأدلة والحجج المقدمة من جميع الأطراف، لذا حرصت الاتفاقيات الدولية وأنظمة المؤسسات الدائمة للتحكيم والتشريعات الوطنية على النص على وجوب احترام هذا المبدأ، ومن ثم يجب على المحكم احتراماً لهذا المبدأ إتاحة فرصة الدفاع كاملة أمام الأطراف²³⁹، وإذا أخل المحكمين بهذا المبدأ يعرض القرار التحكيمي للبطان في حال ثبوت ذلك حيث أشارت الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم إلى هذا المبدأ²⁴⁰. كما تم التنصيص على هذا المبدأ في بعض النصوص الدولية الخاصة بالتحكيم فقد جاء في القواعد التي وضعتها لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في مادتها الخامسة عشر مع مراعاة أحكام هذه القواعد لهيئة التحكيم ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة شريطة أن تعامل الطرفين على قدم المساواة وأن تهئ لكل منهما في جميع مراحل الإجراءات فرصة كاملة لعرض قضيته.

إلا أن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 م لم تشر إلى هذا المبدأ بشكل صريح أو ضمني وإنما سكتت عن الإشارة إليه، وعند الاطلاع على الأسباب التي تتم بموجبها إبطال قرار التحكيم المنظمة في المادة 24 من الاتفاقية المذكورة، فلا يوجد مكان لمبدأ معترف به ومستقر في مجال التحكيم الدولي وعدم النص عليه لا يعني نكرانه²⁴¹، في حين نص قانون المسطرة المدنية في الباب الثامن المعدل بقانون 08/05 على هذا المبدأ في الفصل 14-327 " تعقد هيئة التحكيم جلسات

²³⁹ عبد الإله البرجاني، محكمة التحكيم. مقال منشور بمجلة المنتدى م.س.ص 66

- العربي موسى. م.س.ص 79

²⁴⁰ فقد نصت اتفاقية جنيف لعام 1927م في الفقرة (ب) من المادة الثانية على رفض الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم إذا تبين للقاضي أن الطرف الذي صدر الحكم ضده لم يبلغ خلال وقت ملائم بإجراءات التحكيم لكي يتمكن من تقديم دفاعه، أيضا اتفاقية نيويورك 1958 و الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 م.

²⁴¹ الهام عزام وحيد الخراز. م.س.ص 63

المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

من خلال ما تقدم فإن احترام حق الدفاع لكلا الطرفين في النزاع ومعاملتهم على قدم المساواة هو مبدأ مستقر على الصعيد الدولي، ويترتب على عدم الأخذ به إمكان إبطال حكم التحكيم وبالتالي يجب على المحكمين مراعاة هذا المبدأ عند السير في إجراءات التحكيم، كونه يكفل لكلا الطرفين تقديم الأدلة والمستندات وشرح وجهات النظر في الادعاءات المتقابلة بالإضافة إلى تأكيد قيام المحكم بعمله بشكل نزيه وحيادي و عادل.

وهذا المبدأ احترامه غير مقصور على المحكمين بل يجب احترامه حتى من قبل الأطراف التحكيم، فلا يجوز لأي طرف أن يعمل ما من شأنه المساس بمبدأ المساواة بين الطرفين

وبالتالي يكون له تأثير على نتيجة التحكيم، كما يجب على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار عند إصدار حكم التحكيم قواعد النظام العام للدولة التي يسيئذ فيها هذا الحكم، حيث أن مخالفة هذه القواعد ستؤدي بالضرورة إلى عدم الاعتراف بالحكم و بالتالي عدم تنفيذه .

وخصوصية التحكيم الالكتروني بخصوص هذا المبدأ، تتجلى في كون سماع المحكم أو هيئة التحكيم لطرفي النزاع الالكتروني، وحق الخصم في مناقشة خصمه فيما يقدمه من وسائل دفاع وأدلة أثناء سير الخصومة، يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة خصوصا الانترنت التي ظهرت من خلاله وسائل متطورة للإتصال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، كما هو الشأن بالنسبة للبريد الالكتروني الذي يسمح بنقل النصوص وكذلك المستندات المسموعة والمرئية المقدمة من طرفي الخصومة²⁴².

ثانيا: مبدأ المواجهة

²⁴² أسامة إدريس بيد الله، التحكيم الالكتروني (ماهية إجراءاته) مقال منشور على الموقع الالكتروني
www.arab.lawinfo.com 2011/10/25 31

يتصرف مدلول هذا المبدأ إلى أنه لا يجوز الحكم على خصم دون سماع دفاعه ووجهة نظره، أو على الأقل دعوته للدفاع عن نفسه فيما يوجه إليه من طلبات، بحيث يكون الحكم نتيجة تفاعل وجهات النظر بين الخصوم.

ويلاحظ أنه لا يجوز لأي طرف الادعاء بأن حقه هذا المستمد من مبدأ المواجهة قد صودر أو انتقض منه بحجة أنه لم يحضر أو لم يقدم أوراقه ومسداته، طالما أنه قد دعي إلى الحضور وثم إخطاره في الموعد المناسب بتقديم رده ودفاعه، وتحقيق هذا المبدأ لا يكون فقط في علاقة الخصوم بعضهم البعض أثناء سير الخصومة التحكيمية وإنما يتعين على المحكم أيضا الالتزام به، ومن ثم فلا يسوغ لهيئة التحكيم أن تستند في حكمها إلى وقائع وأدلة إثبات ومذكرات ومستندات قدمها أحد الأطراف ولم تكن محلا للاطلاع والحوار والمناقشة من الطرف الآخر فإذا خالفت هيئة التحكيم هذا المبدأ كان حكمها باطلا لمخالفته النظام العام الإجرائي²⁴³.

ويعد هذا المبدأ أمرا جوهريا يتعين على المحكمة احترامه باعتبار ضمانته أولية للوصول إلى حكم عادل، وفي ضوء المرونة التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني، فإن للأطراف الحرية في اختيار الشكل الذي يرونه مناسبا لتوجيه الدعوة، والتكاليف بالحضور، حيث نصت غالبية التشريعات الخاصة بالتحكيم على المستويين الدولي والوطني على أن يكون التبليغ أو إعلام المطلوب إبلاغه بواسطة البريد الإلكتروني أو أية وسيلة اتصال أخرى تعطي إثباتا على إرسالها²⁴⁴.

وفي هذا الصدد صدرت مجموعة من القرارات والأحكام التحكيمية تقر هذا المبدأ في بعض الاجتهادات الفرنسية حيث نصت في أحد قراراتها "باعتبار اجتهاد وفقه القانون الأجنبي حول مرور الزمن الذي يتمسك به أحد الأطراف لرد الدفع المتعلق بمخالفة مبدأ الواجهة لا يشكل سوى معاينة إضافية لتعليق قرار المحكم حول مسألة انقطاع مهلة مرور الزمن المستند إلى عناصر جرت مناقشتها جميعها من قبل الأطراف، الذين ترفعوا تحديدا حول انقطاع مرور الزمن في القانون الأجنبي، يمكن عندها لمحكمة الاستئناف من دون تعريف منطوق الحكم وضمن حدود صلاحيتها كالقاضي بالإبطال، الاستنتاج أن السبب موضوع النقض كان سببا

²⁴³ عصام عبد الفتاح مطر.م.س.ص460

-أسامة إدريس بيد الله .م.س.ص13

²⁴⁴ المادة الرابعة الفقرة الأولى من نظام محكمة لندن للتحكيم التجاري.

إضافياً²⁴⁵. وفي الاجتهاد القضاء اليمني " ردت المحكمة العليا لطلب إبطال حكم تحكيمي يقوم على إهمال هذا الحكم التحكيمي لحق الدفاع، القصور في التسبب بعدم مناقشة دموع طالب الإبطال الجوهرية أدى إلى نقض الحكم، وأمرت إعادة الدعوى إلى محكمة الاستئناف لمعاودة نظر دعوى البطلان و إتاحة الفرصة لطالب الإبطال لتقديم ما لديه"²⁴⁶.

وفي حكم آخر لها " على أنه بالإبطال على الحكم المطعون فيه يلاحظ أنه استعراض حكم المحكم عند مناقشة أسباب دعوى البطلان، ولم يتعرض حكم الشعبة لأي أدلة أخرى فكأنه حاكم حكم وفي هذا الصدد فإن الشعبة التجارية وإعمالاً لسلطاتها القضائية للتحقق من توافر حالة من حالات دعوى بطلان حكم المحكم المحددة بالمادة 4 تحكيم خلصت إلى الفقرة (ج) من المادة السابقة والخاصة بعدم صحة الإجراءات المتبعة تحققت في حكم التحكيم، وترى الدائرة التجارية أن عدم صحة الإجراءات الواردة في الفقرة المذكورة ينصرف إلى الإجراءات المرتبطة باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي وعلى رأسها مبدأ المواجهة بين الخصوم ومبدأ الحضورية أمام المحكم ومبدأ المساواة"²⁴⁷

وخصومة التحكيم الالكتروني بهذا المبدأ هو الآخر، تتجلى في كون سماع المحكم أو هيئة التحكيم لطرفي النزاع الالكتروني وتبادل المذكرات والحجج بين الطرفين، تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، تسمح بنقل النصوص والمستندات المقروءة والمسموعة والمرئية المقدمة من طرفي النزاع الالكتروني. حيث يمكن للهيئة التحكيمية تحقيق هذا المبدأ إذا كانت بين يديها الوسائل التقنية التي تمكنها من جعل الأشخاص يتقابلون وجها لوجه عبر الأقمار الصناعية وبالصوت والصورة.

ثم إضافة إلى هذا المبدأ هناك مبدأ لا يقل أهمية وهو مبدأ الاستمرارية²⁴⁸، لأن ضمان مبدأ الاستمرارية يعتبر أمر ضروري، ومركز أساسي تقوم عليه

²⁴⁵ محكمة التمييز الغرفة المدنية الأولى 6مايو2009، شركة CIECH ضد: Conexport companhia

Extorion

و سواها، رقم 07/20/345 مجلة التحكيم العدد الخامس. يناير 2010 السنة الثانية ص 860

²⁴⁶ المحكمة العليا، اليمن (تجاري) الحكم رقم 143/1424 صدر الحكم في 2004/4/25 مجلة التحكيم العدد

الخامس م.س.ص 665

²⁴⁷ المحكمة العليا اليمنية (تجاري) رقم حكم 26/1424 صدر الحكم في 2003/7/27 نفس المرجع

أعلاه ص 665

²⁴⁸ لزهري بن سعيد م.س.ص 212

العملية التحكيمية، ولا يتصور أن يحقق التحكيم النتائج المرجوة منه إذا ما كان هناك مساس بهذا المبدأ، لأن التحكيم الإلكتروني يستجيب لتحقيق الهدف من مبدأ الاستمرارية وهو سرعة الفصل في النزاع بشكل واضح مما هو عليه في التحكيم التقليدي.

ثالثاً: مبدأ المساواة

يعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين الأطراف في خصومة التحكيم من الأسس المهمة لضمان العدالة، وترسيخ ثقة هؤلاء في قضاء التحكيم.

و يعتبر تحقيق المساواة بين الخصوم هو التطبيق العملي لمبدأ أعم الذي هو مبدأ حياد المحكم أو هيئة التحكيم واستقلالها، فالحكم المحايد والمستقل هو الذي لا يميل إلى طرف على حساب طرف آخر، فهو يسوي بينهما في المعاملة الإجرائية. ويكون المحكم قد أخل بهذا المبدأ إذا سمح لأحد الخصوم بالحضور أمامه في غيبة الخصم الآخر، وكذا إذا أجرى مع أحدهما اتصالات شخصية في ظروف يمكن أن يظن معها أنها تتم بشأن موضوع النزاع في غيبة الطرف الآخر²⁴⁹. وفي هذا الإطار قضت المحكمة السويسرية المدنية الأولى في قرار لها،"

وحيث أن المستأنفة تدلي بأن المحكم تنكر لمبدأ المساواة ومنح المستأنف عليها مهلة ستة أسابيع لتحضير لائحتها الجوابية المختصرة في حين أنه لم يكن سوى أسبوعين لتقديم جوابها ملخص، فالمستأنفة تعتبر أن المستأنف عليها كان بإمكانها البدء بكتابة لائحتها عند استلامها للائحة الجوابية الصادرة في 15 شباط 2008، وفي حين أنه لتحضير جوابها الملخص فإنه لم يكن لها سوى الفترة الممتدة من 3 إلى 17 نيسان وذلك استناداً إلى القرار الإجرائي رقم 2 الصادر في 20 آذار 2008 .

وحيث أن هذا الدفع مردود، فكما تزعم المستأنف عليها عن حق، فإنها كانت تنتظر استجابة المحكم المنفرد لحقها في تبادل المذكرات خطية جديدة لكي تبدأ بكتابة جوابها المختصر، وحيث أنه من أجل ذلك كان لديها أسبوعان من 20 آذار 2008 أي بتاريخ تبليغ القرار الإجرائي رقم 20 إلى 3 نيسان 2008، أي نهاية المهلة

²⁴⁹ عصام عبد الفتاح مطر.م.س.ص.421

المحددة في هذا القرار لتسليم هذه المذكرة وبالتالي فتكون المهلة مساوية لتلك الممنوحة للمستأنف.

وحيث استنادا إلى ما سبق ردا لمراجعة المدنية وإلزام المستأنفة بالمصاريف القضائية بالتعويض إلى المستأنف عليها²⁵⁰

وبمعنى آخر فإن المساواة بين الخصوم تعني بأن يتاح لكلا الخصمين فرصة مكافئة و كافية لعرض دعواه في أن يمنح أحدهما حقا إلا و يمنح الآخر ما يمثاله، ولا يمنح عن أحدهما ميزة و إلا تمنح للآخر.

وفيما يخص التحكيم الالكتروني ومدى احترامه لهذه المبادئ الأساسية للتحكيم، فإنه وكما وضحناه سلفا فإن إدارة جلسات التحكيم في الشكل الالكتروني فإن السائل الفنية والتقنية المتوفرة حاليا في هذا المجال تسمح بتبادل الأصوات والصور والنصوص بشكل شبه متزامن بين الأطراف، وهذا ما نصت عليه الأنظمة القانونية سواء على الصعيد الوطني أو العالمي لتكريس هذا المبدأ نظرا لما له من تأثير في كفاءة حسن تدبير العملية التحكيمية، حيث نصت عليه المادة 26 من قانون التحكيم العماني²⁵¹ على أنه " يعامل طرفا التحكيم على قدم المساواة ونهياً لكل منهما فرصة مكافئة وكاملة لعرض دعواه".

وعلى المستوى الدولي أشارت لوائح مراكز ومؤسسات التحكيم إلى مبدأ المساواة بين الأطراف في المعاملة الإجرائية، منها لائحة إجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي. والمراكز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار²⁵².

المحكمة السويسرية المدنية الأولى قرار صادر في تشرين الأول 2008 ملف رقم أ 2008/294. مجلة التحكيم.م.س.ص913
²⁵⁰انظر في نفس الأمر قرار المحكمة المدنية الأولى 4/ 2008/21 قرار صادر في 23 أيلول 2008 نفس المرجع أعلاه ص908
²⁵¹ قانون التحكيم العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 1997/47 بتاريخ 1997/05/28 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 602 بتاريخ 1997/7/1.
²⁵² انظر: عبد الحق الجناتي الإدريسي. اختصاصات المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين النص الاتفاقي الاجتهاد التحكيمي المجلة المغربية للمنازعات القانونية. عدد مزدوج 7 و8 سنة 2008 ص 12 و ما بعدها.

هذا فضلا عن المؤتمرات الافتراضية المرئية تسمح بنقل الصوت والصورة والفيديو وبطريقة فورية ويكفي لاستخدامها أن يكون الكمبيوتر مزودا بميكروفون وكاميرا فيديو وقد استخدمت تلك التقنية في الولايات المتحدة الأمريكي، في الخصومات القضائية.

وبالتالي فان المداولة المرئية تلبي مقتضى احترام حقوق الدفاع واحترام مبدأ المواجهة والمساواة بين الأطراف الخصومة²⁵³.

زد على كل هذا أن لائحة المحكمة القضائية قد أكدت على احترام المبادئ الأساسية للتحكيم، وذلك بتقريرها بأنه في كل الحالات تدير المحكمة إجراءات التحكيم بطريق تتسم بالمساواة والحيادية وتضمن أن كل طرف قد أخذ فرصته الكاملة في إبداء وجهات نظره في النزاع أمام المحكمة أي كفالة حقوق الدفاع للطرفين.

حسام الدين فتحي ناصف.م.س.ص²⁵³

المسؤولية المدنية للمحكم

د/ نبيل البكوري

دكتور في القانون
الخاص

كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية فاس

يعتبر التحكم نظاما قانونيا وقضائيا تميزا له عن نظام القضاء الرسمي أو الإلزامي، إلا أنه يظل نظاما اختياريًا يقوم إلى جانب مؤسسة القضاء العادي يلجأ إليه نظرا لما يتسم

به من المرونة وبساطة الإجراءات، إذ لا يتطلب عادة رسوما وأتعاب المحامين كذلك التي تدفع عند التقاضي أمام قضاء الدولة، كما يمكن للأطراف اللجوء إلى التحكيم الخاص أو المؤسساتي⁽²⁵⁴⁾ والاتفاق على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع مراعاة لشروط العقد والأعراف التجارية والعادات وما جرى التعامل به⁽²⁵⁵⁾، فضلا عما يطبع التحكيم من السرية التامة التي تضمن لأطراف الخصوم كتمان ما لا يريدون أن يعرفه أحد، فجلسات التحكيم تكون في العادة مقصورة على أطراف النزاع أو وكلائهم ولا تعقد في الأصل في مكان عام مثل قاعة المحكمة، بل تكون في العادة في مكان يختاره الأطراف المتخاصمون سواء في مكتب المحكم أو بمؤسسات التحكيم، ومن ثم ليس هناك مبدأ علانية المحاكمة بشكل واسع ومماثل للمعمول به في القضاء الرسمي الذي تشرف عليه الدولة، بالإضافة إلى ما يتيح من الفصل السريع للمنازعات في أوقات تناسب ظروف المحكّمين وفي أقرب الآجال وأقصرها بعيدا عن كل ضغط زمني تفرضه كثرة القضايا وتشعبها وتعقدها كما هو الشأن بالنسبة للمحاكم وعلى أن الأحكام الصادرة عن حكم المحكّمين لا تقبل الطعن بالبطلان ابتداء إلا إذا كانت مخالفة للقانون أمام الجهة القضائية المختصة⁽²⁵⁶⁾.

ونظراً لما قد يصدر من المحكم - أثناء قيامه بواجباته وأعماله - تجاه أطراف النزاع من أخطاء وتصرفات قد تلحق الضرر بأحد المحكّمين، الأمر الذي قد يترتب عليه قيام منازعات ومناقشات تصل إلى القضاء للفصل فيها، ومع ذلك فنظام التحكيم ولائحته التنفيذية لم يجيبا بالقدر الكافي عن جملة من الإشكالات التي قد تطرح عند إخلال المحكم بالتزاماته تجاه أطراف النزاع، علما أن طبيعة التحكيم المتميزة قد أعطت للمحكم اختصاصات واسعة ومجالاً رحباً لإعمال رأيه والعمل بما يراه مناسباً وصولاً لحل النزاع، ومن ثم ففرض مبدأ حصانة المحكم المطلقة وعدم تقرير مسؤوليته عن الأفعال

254 - تعد مراكز التحكيم من المشروعات الحديثة غير الحكومية، بعضها له صفة العالمية كغرفة التجارة الدولية، وبعضها نشأ في كنف جمعيات مهنية كالغرف التجارية، والبعض الآخر أخذ شكل المشروع أو ارتبط في أصل نشأته بهيئات دولية ذات أهداف اقتصادية، ولكل مؤسسة لائحة تتضمن قواعد ونظاما خاصا بها، للمزيد يرجع إلى : - سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف، 1986، ص: 24

- انظر : نرجس البكوري، دور العادات والأعراف في تأصيل قواعد التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون

الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية سلا، السنة الجامعية : 2007-2008، ص: 36.
256 - مصطفى التراب، أي دور للتحكيم في فض المنازعات من خلال التشريع المغربي ؟ ضمن ندوة : " الوسائل الودية لفض المنازعات الواسطة - التحكيم - الصلح"، التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور، مجلة الحقوق المغربية، عدد 4 سنة 2012، ص: 17

التي قد يرتكبها بسوء نية - أمرٌ يضر بالأطراف ويؤثرُ على حقوقهم المالية خصوصًا في حالة انعدام الضمير وجموح الدوافع الداخلية للمحكم كإنسان.

لأجل ذلك، ونظرًا للتطورات وكثرة المعاملات التجارية الهائلة، وازدياد اللجوء إلى التحكيم أصبح من الضروري التصدي لإيجاد كيان متوازن وعادلٍ لأحكام وقواعد مسؤولية المحكم كمختلف باقي الأنظمة التي قررت مسؤولية أرباب المهنة؛ كالطبيب والمهندس والمحامي وغيرهم، لذلك فمهمة المحكم لا تقل أهمية وخطورة عن المهام التي يمارسها هؤلاء جميعًا.

وعليه يمكن أن نتساءل في هذا الصدد عن واقع مسؤولية المحكم من خلال قانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة التحكيمية⁽²⁵⁷⁾ وبعض التشريعات المقارنة أو من خلال أنظمة مراكز التحكيم والوساطة؟ وما هي طبيعة هذه المسؤولية؟ وكيف يمكن التوفيق بين المسؤولية الملقاة على عاتقه والحفاظ على مراكز وحقوق الأطراف المتنازعة باعتباره قاضٍ خاص في نزاع أطرافه هم من عينوه للفصل بينهم وطرف في العقد في آن واحد؟ وهل يمكن إعفاء المحكم من هذه المسؤولية أو التخفيف منها؟ ومن ثم سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها من خلال مايلي:

المطلب الأول : طبيعة مسؤولية المحكم.

المطلب الثاني : أساس المسؤولية المدنية للمحكم.

المطلب الأول : طبيعة مسؤولية المحكم

نادى الفقه منذ أمد طويل بوضع نظام المسؤولية المهنية بشتى صورها، وقد أخذ القضاء على عاتقه مهمة خلق قواعد ونطاق للمسؤولية المهنية بتجاوز القواعد العامة للمسؤولية التي يخضع لها في العديد من الحالات التي لم يفرد لها القانون أحكاما خاصة، ولم يكن الأمر يسيرا فقد لاقى مبدأ المسؤولية في كافة المجالات الانتقاد وتعرض للهجوم والجدال، وترددت آراء الفقه وأحكام القضاء بين مؤيد ومعارض إلى أن استقرت قواعد وأحكام المسؤولية لتأتي انعكاسا لواقع ملموس يستشعر الناظر إليه حاجته الملحة إلى هذه القواعد والأحكام، ومسؤولية المحكم لا تختلف عن هذا الأمر، فمهمته لها متطلباتها ومقتضياتها التي ترشحه للتمتع بقدر من الحرية ولها من الخطورة على مصالح

- قانون رقم 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 الصادر بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428²⁵⁷ (30 نوفمبر 2007)، الجريدة

الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص: 3894

المتعاملين وعلى نظام التحكيم ما يقتضي التدخل من قبل الأنظمة القانونية والمؤسسية لإقرار مبدأ المسؤولية المدنية للمحكم (الفقرة الأولى) وعلى نقيض من ذلك سعت بعض الأنظمة القانونية والاجتهادات القضائية إلى نفي مسؤولية المحكم المدنية لما قدمته من عدة مبررات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مبدأ المسؤولية المدنية المحكم

إزاء صمت بعض القوانين عن تقرير مسؤولية المحكم فقد اختلف الفقه حول هذه المسؤولية، حيث ذهب اتجاه إلى تقرير "حصانة مطلقة" للمحكم تنأى به عن أي مسؤولية، بينما ذهب اتجاه ثان إلى إمكانية مساءلة المحكم عن الخطأ في عمله أو التقصير فيه ، ولأجل ذلك نعرض هذين الاتجاهين فيما يلي:

أولاً : - الاتجاه الأول : رفض تقرير مسؤولية المحكم.

يذهب هذا الاتجاه إلى النأي بالمحكم عن أي مسؤولية تتعلق بعمله، وذلك بمنحه حماية مطلقة ، و استند هذا الاتجاه⁽²⁵⁸⁾ على عدة اعتبارات منها :

– توفير الفاعلية والاحترام لأحكام التحكيم، فأحكام التحكيم نهائية ولا تقبل الطعن وفقاً للمفاهيم السائدة في طعن الأحكام القضائية، ومهاجمة حكم التحكيم والاعتراض عليه يكون عن طريق رفع دعوى أصلية ببطالانه أمام المحكمة المختصة⁽²⁵⁹⁾، وهي دعوى نظمها قانون التحكيم وحدد الأسباب التي تستند إليها هذه الدعوى بهدف التقليل بقدر الإمكان من حالات اللجوء إليها والسماح لأحد الخصوم برفع دعوى المسؤولية على المحكم لارتكابه خطأ سوف يكون وسيلة- غير مباشرة- للطعن على الحكم ومراجعته أمام القضاء، وهذا الأمر يهدر الحكمة التي توخاها النظام من نهائية أحكام التحكيم.

²⁵⁸- هدى عبد الرحمن، " دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص39.

²⁵⁹-- نص الفصل 34-327 على أنه لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن في غير الحالات التي حددها الفصل

— إن المحكم يقوم بوظيفة قضائية⁽²⁶⁰⁾، وهذا الطابع القضائي يمنح المحكم حصانة تحول دون طلب مناقشة الحكم ومراجعته بناء على طلب الخصوم.
— من أجل توفير مناخ مستقر لممارسة مهمة المحكم وتخفيف العبء عن كاهله، يتعين عدم تقرير مسؤولية المحكم اكتفاء بالغاء الحكم، كما أن مراعاة ما ينبغي أن يتوافر للمحكم من نزاهة واحترام يحول دون تقرير دعوى المسؤولية لحماية للمحكم ومركزه القضائي.

— صعوبة إثبات خطأ المحكم في الواقع بسبب طابع السرية الذي يهيمن على خصومة التحكيم ويحول المحكم سلطات كبيرة في إدارة الإجراءات إلى حد يتعذر على الخصوم الحصول على دليل كتابي يثبت خطأ المحكم في ظل ضعف الرقابة القضائية أو انعدامها في واقع التحكيم.

ومن الملاحظ أن السرية التي تطبع على إجراءات التحكيم تجعل من المتعذر على الأطراف الوقوف على حقيقة ما يحدث وراء منصة التحكيم، فضلا عن استحالة الإمساك بدليل فعلي لإثبات أي تحيز أو خلل في الحكم⁽²⁶¹⁾، وهناك بعض الأنظمة قد نصت صراحة على منح المحكم حصانة قضائية تحول دون إقامة دعوى المسؤولية عليه، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 21/1 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على تمتع المحكمين بالحصانة ما لم يتنازل عنها المركز.
ونصت المادة 43/4 من قواعد جمعية المحكمين الأمريكية على إعفاء كل من مؤسسات التحكيم والمحكمين من المسؤولية تجاه أي طرف عن أي تصرف أو إهمال فيما يتعلق بالتحكيم أو الوساطة التي تتم طبقا لقواعدها، وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء الأمريكي في عدم استجواب المحكم اكتفاء بما أورده في حكمه مؤكدا أن السماح باستجواب المحكم من قبل محامي الأطراف سيفقد التحكيم قيمته كوسيلة سريعة لتسوية المنازعات⁽²⁶²⁾.

²⁶⁰ -- وذلك بالنظر إلى المعيار الموضوعي المتمثل في فكرة حسم النزاع يختاره الخصوم لإرساء العدل بينهم، وأن ما يصدر عنه من أحكام تعد أعمالا قضائية سواء كانت صادرة تطبيقا لقواعد القانون أم وفقا لقواعد العدالة، سواء صدر أمر بتنفيذها أم لم يصدر.

للمزيد من التفاصيل يرجع إلى : محمد سامي الشوا، الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم. عدد 5، الطبعة الأولى 2011، ص: 27 وما بعدها. - محمد خياط، التحكيم البحري (غرفة التحكيم البحري بالمغرب)، مجلة القصر، ع1 يناير 2002، ص: 12

²⁶¹ - (PH). Fouchard, «Le statut de la l'arbitre dans la jurisprudence française », Revue d l'arbitrage, N°3, 1996, p : 326 et s

²⁶² - رغم أن الطعن على الحكم كان مبناه تجاوز المحكمين لحدود سلطاتهم مما حدا بأحد المحكمين إلى رفض التوقيع على الحكم، يرجع إلى :

- Gramlingv.Food Machinery and chemical Corp, 151 F, Supp 853(1957).

ب - الاتجاه الثاني: إقرار مسؤولية المحكم:

لم تقلح المبررات التي ساقها الاتجاه السابق لمنع تقرير مسؤولية المحكم، فمن الثابت أن القاضي- بالرغم مما يتمتع به من ضمانات وحصانات- لا يوجد ما يمنع من تحمله المسؤولية حال الإخلال بواجباته الوظيفية، فحضانة القاضي ليست مطلقة، والقاضي الملزم بواجباته لا يخشى من هذه المسؤولية .
والواقع إن المحكم قد يتجاوز أحيانا سلطاته ويرتكب أخطاء فادحة قد تؤدي إلى إلحاق ضرر جسيم بأحد أطراف عملية التحكيم، وقد يكون حكم التحكيم- نتيجة خطأ جسيم من المحكم - مشوبا بعيب جوهري يرتب إبطاله.
إلا أن هذا الإبطال وإن كان يحقق مصلحة الطرف المتضرر في رفع الظلم عنه، إلا أن ذلك لا يمس المحكم أو يناله بضرر رغم أنه السبب في إبطاله ، كما أن إبطال الحكم لا يعوض جميع الأضرار التي أصابت الطرف المتضرر والمتمثلة في أتعاب ومصروفات التحكيم وإهدار الوقت والجهد طوال سير خصومة التحكيم.
ومن هنا تبرز فكرة إقرار مسؤولية المحكم كجزاء، بحيث يسأل عن تعويض الأضرار التي أصابت أطراف التحكيم ، ويستند هذا الاتجاه⁽²⁶³⁾ على مبررات عديدة تتمثل فيما يلي:

— إذا قبل المحكم مهمة التحكيم بالرغم من وجود ما يبرر تجريحه وأخفى ذلك عن الأطراف، فإن ذلك يعتبر خطأ جسيما يوجب المسؤولية لإخلاله بواجبات مهمة التحكيم سيما أن هذا الالتزام تحرص عليه تنظيمات التحكيم ولوائح مراكزه وتنص عليه⁽²⁶⁴⁾،

²⁶³ - إياس بن منصور الراجحي: مسؤولية المحكم في نظام التحكيم السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 932 وما بعدها.

Rene David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica
-, 1981, p: 380_ 381

²⁶⁴ - ينص الفصل 323 من قانون 08-05 من التحكيم والوساطة الاتفاقية على أنه يمكن تجريح المحكم إذا:

- كانت له أو لزوجه أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع.
- كانت قرابية أو مصاهرة تجمع بينه أو بين زوجه وبين أحد الأطراف إلى درجة أبناء العمومة الأشقاء.
- كانت هناك دعوى جارية أو دعوى منتهية في أقل من سنتين بين أحد الأطراف والمحكم أو زوجه أو أحد الأصول أو الفروع.
- كان المحكم دائنا أو مدينا لأحد الأطراف .
- سبق أن خاصم أو مثل غيره أو حضر كشاهد في النزاع.
- تصرف بوصفه الممثل الشرعي لأحد الأطراف.
- كانت توجد علاقة تبعية بين المحكم أو زوجه أو أصوله أو فروعه وبين أحد الأطراف أو زوجه أو أصوله أو فروعه.
- كانت صداقة أو عداوة بادية بينه وبين أحد الأطراف .

وإذا قدم طلب الرد أثناء سير خصومة التحكيم وقبلت المحكمة المختصة هذا الطلب وتم فعلا رد المحكم، فإن ذلك لا يعوض الخصوم عن الأضرار الفعلية التي أصابتهم من جراء هذا الخطأ والمتمثلة في ضياع نفقات وأتعاب التحكيم، بالإضافة إلى الجهد والوقت الذي أهدر سدى.

— إن ممارسة مهنة التحكيم تدر على المحكم أرباحا مالية، ومن ثم يتعين أن يتحمل مغبة أي تقصير أو إهمال في أداء عمله، ولاشك أن المحكم الحريص سوف يكون بمنأى عن تحمل أي مسؤولية.

— يتمتع المحكم بسلطات واسعة في خصومة التحكيم تفوق تلك التي يتمتع بها القاضي⁽²⁶⁵⁾، قوامها ثقة الأطراف في عدالته ونزاهته، وبدون تقرير قواعد المسؤولية لا يوجد ما يضمن تلك العدالة أو يحول دون استبداده، خاصة أن تدخل السلطة القضائية لرقابة عملية التحكيم لا يتم إلا في نطاق محدود مراعاة للطابع الرضائي واحتراما للسرية التي يتميز بها نظام التحكيم.

— إقرار قواعد واضحة لمسؤولية المحكم يستجيب لنداء العدالة التي قد تمس من جراء وجود خطأ بدون عقاب خاصة في حالات ثبوت التحيز الشخصي أو عند استعماله أساليب تدليسية أو عند إفشاء السر المهني، فنظام التحكيم يمكن الأطراف من المحافظة

²⁶⁵ - و"أن المحكم هو مجرد شخص عادي يقوم بمهمة قضائية خاصة بناء على اختيار طرفي النزاع، فإن صلاحيته ومسؤوليته وسلطاته تختلف عن القاضي من عدة أوجه منها: :

- الوجه الأول: هو أن الاتفاق بينه وبين الخصوم قد يترتب عنها مسؤوليته التعاقدية من قبل الأطراف إذا نكل عن أداء المهمة التي قبلها أو تأخر في أدائها في الوقت المحدد ونتج عن ذلك ضرر لأحد الأطراف، ولا يملك سلطة الجبر والأمر التي يملكها القاضي.

- الوجه الثاني: أن حكم المحكمين لا يتمتع بقوة تنفيذية في ذاته مثل الحكم القضائي، وإنما يلزم لتنفيذه صدور أمر بذلك من السلطة القضائية في الدولة، وبهذا فإنهما لا يستويان حتى إذا صدر هذا الأمر لحكم المحكمين، لأن القوة التنفيذية لأي عمل قانوني لا تجعله عملا قضائيا إذا لم يكن بطبيعته كذلك، بدليل أن المحررات الموثقة ومحاضرات الصلح المثبتة في محاضر جلسات المحاكم تصلح سندات تنفيذية دون أن يغير هذا من طبيعة العقدية ويجعلها أحكاما قضائية.

الوجه الثالث: أن حجية أحكام المحكمين تختلف في شروطها ومداهها عن حجية الحكم القضائي، حيث تحول حجية الحكم القضائي دون تعديله أو إلغائه إلا بطريق الطعن عليه وفقا للقانون، ومن ثم لا يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان الحكم إلا في حالة انعدامه، في حين يجوز رفع دعوى أصلية ببطلان حكم المحكمين لأي سبب من أسباب البطلان التي ذكرها القانون سواء تعلق بتناق أو بإجراءاته أو بالحكم ذاته. انظر: محمد سامي شواء، م، س، ص: 31.

على أسرارهم التي تكون لهم مصلحة كبيرة في عدم إفشاءها تحت طائلة تعرضهم للعقوبات الواردة في القانون الجنائي⁽²⁶⁶⁾.

ومن ثم فإقرار المسؤولية من شأنها دفع المحكم إلى تحري الدقة في الإجراءات وضمان فعال لصحة الأحكام، لذلك لا يتصور اكتمال نظام التحكيم بدون قواعد واضحة تقرر مسؤولية المحكم وتأخذ على عاتقها عبء إنجاح عملية التحكيم وضمان صحة الإجراءات.

وإذا كانت الهيئات المؤسساتية تمارس مهام التحكيم فلا أقل من تحملها مسؤولية الإشراف على عملية التحكيم في الحدود التي تكفل حماية حقوق الأطراف ومصالحهم، فذهب بعض الفقه إلى أن هذه المسؤولية تتحدد وفقا لقواعد الوكالة، إذ تعد هذه المؤسسات وكيلا بأجر⁽²⁶⁷⁾، في حين اعتبر البعض الآخر أنها من قبيل عقد المقاوله⁽²⁶⁸⁾ كما قررت ذلك محكمة النقض الفرنسية⁽²⁶⁹⁾، ومسايرة هذا التكيف سواء في صورة عقد المقاوله أو الوكالة يعكس بعض الشبه في أحكام المسؤولية، غير أننا إذا أخذنا بمفهوم الخطأ المفترض كأساس لمسؤولية مؤسسات التحكيم متمثلا في مسؤولية المتبوع لسوء اختياره لمساعدته لوجدنا أساسا يبرر تقرير مسؤولية هذه المؤسسات.

وهذا الخطأ المفترض لا يقبل إثبات العكس طالما ثبتت مسؤولية التابع، وإذا أخذنا بمفهوم الخطأ في الرقابة والتوجيه دون النظر إلى الاختيار في ذاته، وذلك في الحالات التي لا تقوم باختياره وتكتفي بإقرار تعيينه، فتثور مسؤولية المتبوع لتقصيره في الرقابة على التابع، فنظام التحكيم المؤسساتي يمنح الهيئات التنظيمية حق الاعتراض على المحكم المرشح من قبل الأطراف للمهمة ويخضعه لرقابة شكلية وموضوعية وينهي

²⁶⁶ - نص قانون 05-08 في الفصل 326 على إلزام المحكمين كتمان السر المهني طبقا لما هو منصوص عليه في القانون الجنائي،

وهي إشارة تدل دلالة واضحة على أن إخلال المحكم بهذا الالتزام القانوني يعرضه للعقوبة الواردة في القانون المذكور في الفصل 446 شأنه في ذلك شأن القاضي أو الطبيب أو الموظف ... الذي أفشى أسرار الغير موكل إليه قانونيا ومهنيا بكتمانها، يرجع إلى: مصطفى التراب، م س، ص: 16

²⁶⁷ - Fouchard, La coopération du president du tribunal de grande instance a l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 1985, p : 233

²⁶⁸ - حرصت محكمة باريس على توضيح أن العقد لا يتم إلا بقبول المؤسسة طلب التحكيم، يرجع إلى : Tribunal de grand instance de paris, Jugement, Octobre 1986, Revue de l'arbitrage, 1987, p: 367

²⁶⁹ - Cass civ, 28 fev 1984, Gazette du pallait , 1984, p : 9

مهمته إذا لم يؤد واجبه بعناية أو لم تتوافر فيه المهارات الفنية المطلوبة بما يجعل المحكم تحت إشراف ورقابة في مختلف المراحل، والأخذ بفكرة المسؤولية المفترضة على جانب من الأهمية، فضلا عن تحقق مصلحة مؤكدة للأطراف لضمان الرجوع على المتبوع دون أن يواجه مشكلة تعذر إثبات الخطأ في الاختيار أو في الإشراف والرقابة ، فإن هذا الخطأ المفترض يعد عاملا وقائيا للحد من الأخطاء درءا للمسؤولية ، كما أن مسؤولية المتبوع مسؤولية قانونية لا يعطلها تمتع المحكم بالاستقلال في أداء عمله طالما هناك تبعية اقتصادية تتمثل في تولي المؤسسة تقاضي الأتعاب والمصروفات وتمنح المحكم أتعابه وتحظر عليه تقاضي أية مبالغ من الأطراف مباشرة.

الفقرة الثانية : نوع المسؤولية المدنية للمحكم

إزاء سكوت تشريعات التحكيم عن تنظيم مسؤولية المحكم إذا أخل بالتزاماته، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة للمسؤولية المدنية المقررة في هذا المجال، وهذه المسؤولية على نوعين مسؤولية عقدية(أولا) ومسؤولية تفسيرية (ثانيا)

أولا: المسؤولية العقدية:

المسؤولية العقدية هي المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي، فهي جزاء الإخلال بتنفيذ التزام ناشئ عن العقد، وهي عبارة عن التزام بتعويض الضرر الناتج عن الإخلال بالعقد⁽²⁷⁰⁾.

ومن ثم فإخلال المحكم بأي من الالتزامات الملقاة على عاتقه يترتب عنها مسؤولية تعاقدية والتي منها :
— عدم إفصاح المحكم عند قبوله كتابة عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله⁽²⁷¹⁾، ويتمثل هذا الاستقلال حسب رأي البعض⁽²⁷²⁾ في عدم تبعية المحكم

²⁷⁰ - المسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات، والمسؤولية التفسيرية تقوم على إخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فالدائن والمدين في المسؤولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسؤولية، أما في المسؤولية التفسيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبيا عن الدائن. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام - ، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة،،(د ت ط)، ص:847 وما بعدها.

²⁷¹ - نص الفصل6-327 من قانون(05-08) التحكيم والوساطة الاتفاقية.

²⁷² - سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري الدولي وفقا لأحكام القانون28 لسنة1994، دار النهضة العربية2013،ص:183

للطرف الذي اختاره وعينه محكما عنه، ويرى البعض الآخر⁽²⁷³⁾ أن شرط استقلال المحكم الكامل فيما ينتهي إليه من رأي غير متأثر فيه بعلاقة تربطه بأحد الطرفين أيا كانت تلك العلاقة، فالاستقلال لا يتعلق بالعاطفة وإنما بمركز واقعي أو قانوني يمكن أن يقدر موضوعيا على خلاف الحيدة التي هي عبارة عن ميل نفسي أو ذهني للمحكم لصالح أو ضد أحد أطراف النزاع أو للغير أو للدولة، بحيث يرجح معه عدم استطاعته الحكم بغير ميل أو هوى، ومن ضمن ما جاء في حيثيات قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء: "وأن المحكمة التحكيمية باستجابتها لطلب المستأنف عليهما ومساعدتهما لهما لصناعة حجة، تكون قد خرقت المبدأ العام الراسخ في الأنظمة القانونية المدنية القاضي بعدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، وأن الاستماع لطرف في النزاع التحكيمي أو لممثل الشخص الاعتباري أو موظفيه أو وكيله كشاهد لا يتأتى دون المساس بالاستقلالية والحياد الذي ينبغي أن يتصف بها شهادة الشهود، وأن المحكمة التحكيمية أسست قضائها على ما تكون لها من قناعة بعد استماعها لشهادة الشهود مما تكون معه بذلك قد خرقت حقوق الدفاع وفق الاجتهاد القضائي المقارن⁽²⁷⁴⁾".

– إذا تجاوز اختصاصه المخول له بشكل ظاهر، أو تجاوز قاعدة أساسية من قواعد الإجراءات مما تسبب في ضياع وقت الأطراف وجهدهم دون جدوى⁽²⁷⁵⁾.

– إذا أخل بأحد مبادئ التقاضي كالمساواة بين الأطراف أو عدم تهيب لكل منهما فرصة كاملة ومتكافئة

لعرض دعواه ودفوعاته وممارسته حقه في الدفاع مما أدى إلى بطلان الحكم⁽²⁷⁶⁾.

– إذا أخفى أو أهمل واقعة أو طلبا من الطلبات أو تصرف بسوء نية وكان من شأن ذلك أن يؤثر في الحكم.

– امتناع المحكم الاستمرار في القيام بمهامه إلى نهايتها تحت طائلة دفع تعويضات دون سبب مشروع مقبول (الفصل 6-327)، ذلك أن انسحابه من التحكيم مشروط بتوافر أسباب مشروعة ومبررات جدية وقوية وليس لمجرد الاختلاف على الأتعاب مثلا أو

²⁷³ - فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط الأولى 2008، ص: 248

- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 220، ملف رقم 8224/2013 / 2669، الصادر بتاريخ 2015/01/15 منشور بالمجلة المغربية

المغربية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول 2015، ص: 129

²⁷⁵ - راجع: - المادة 1/52 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار، - المادة 1/34 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم.

²⁷⁶ - نص (الفصل 36-327) من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية.

المصروفات أو بسبب اختلاف وجهات النظر بينه وبين المحكمين في هيئة التحكيم أو بينه وبين الأطراف أو أحدهم⁽²⁷⁷⁾.

— إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم⁽²⁷⁸⁾، وفي كل حالة من حالات بطلان الحكم تثور مسؤولية المحكم شريطة أن يكون الإبطال راجعا إلى تصرف من تصرفات المحكم أو بسببه.

— عدم التقيد بالاجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع⁽²⁷⁹⁾، فهنا تثبت مسؤولية المحكم لتجاوزه التزاما من أهم الالتزامات ألا وهو التقيد بما اتفق عليه الأطراف⁽²⁸⁰⁾.
— إذا أصدر الحكم التحكيمي مخالفا لقاعدة من قواعد النظام العام⁽²⁸¹⁾، فهي تعتبر من التصرفات التي تبطل حكم التحكيم، كأن يحكم المحكم في نزاع يخرج عن نطاق اختصاصه لاختصاص القضاء بالفصل فيه، ففي قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء جاء فيه مايلي:

"وحيث إن تجاوز المحكم اختصاصاته المخولة له في شرط التحكيم وإن كان المشرع لم يذكرها في الفصل 306 م ق م كما ورد في دفع المستأنف عليها، فإن ما ورد في الفصل المذكور مجرد المجال الممنوع قانونا على المحكم أن يبت فيه، أما الشرط التحكيمي فهو الذي يعطي للمحكم ولاية البت فيه ويبقى ذلك العقد شريعة المتعاقدين، وإن تجاوز المحكم لما تم الاتفاق عليه يشكل إخلالا يؤدي إلى البطلان.
وعليه وبناء على ذلك، فإن المقرر التحكيمي مشوبا بعيوب تتعلق بالنظام العام، إذ تم الحكم في مسائل لم يتم الاتفاق بشأنها في شرط التحكيم، مما يتعين معه اعتبار الاستئناف وإلغاء الأمر المستأنف..."⁽²⁸²⁾

— إذا أغفل الفصل في بعض طلبات الأطراف أو جاوز حدود الاتفاق⁽²⁸³⁾، على أنه يجوز للمحكم بناء على طلب من أحد الأطراف بعد إصدار الحكم العودة للفصل في تلك الطلبات التي يتضمنها الحكم شريطة أن يكون الإغفال ناتجا عن خطأ أو سهو بحسن نية من المحكم، لأن هذا يعد من قبيل الخطأ اليسير الذي لا يؤاخذ المحكم عليه ولا يؤثر على

277 - هدى عبد الرحمن، م.س، ص: 423.

278 - (الفصل 36-327) من قانون 05-08 للتحكيم والوساطة الاتفاقية.

279 - (الفصل 36-327) من قانون 05-08 للتحكيم والوساطة الاتفاقية.

280 - هدى عبد الرحمن، م س ، ص 413.

281 -- (الفصل 36-327) من قانون 05-08 للتحكيم والوساطة الاتفاقية.

282 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 1489/2006، ملف 3890/4/2005 الصادر بتاريخ 31/03/2006، منشور بالمجلة المغربية للوساطة والتحكيم، ع 5 سنة 2011، ص: 204

283 - المادة 53/1 من قانون التحكيم المصري.

صحة حكمه، غير أنه متى ثبت أن المحكم تعمد إغفال الفصل في هذه الطلبات ، فإن الحكم يعد باطلا ويحق للأطراف الرجوع على المحكم لمسائلته عن هذا التصرف ومطالبته بالتعويض لما تسبب فيه من إضاعة وقت وجهد الأطراف وإلحاق الضرر بهم وبمصالحهم⁽²⁸⁴⁾.

— إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم⁽²⁸⁵⁾، وفي كل حالة من حالات بطلان الحكم تنثور مسؤولية المحكم شريطة أن يكون الإبطال راجعا إلى تصرف من تصرفات المحكم أو بسببه.

— إذا تسبب في إبطال الحكم لأمر يرجع إلى إهماله أو خطئه الجسيم⁽²⁸⁶⁾، كأن يتم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين⁽²⁸⁷⁾.

ثانيا : المسؤولية التقصيرية:

تترتب المسؤولية التقصيرية بمجرد الإخلال بالواجبات القانونية، إذ تقضي القاعدة الكلية بعدم الإضرار بالغير، وكل من تسبب في وقوع هذا الضرر إلا ويلزم بأداء التعويض للطرف المضرور⁽²⁸⁸⁾، وقد قرر المشرع المغربي هذه القاعدة العامة في الفصل (77 و78) من قانون الالتزامات والعقود ، حيث ورد في الأول : " كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار ومن غير أن يسمح به القانون فأحدث ضررا ماديا أو معنويا للغير التزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر"⁽²⁸⁹⁾، أما الفصل 78 فقد جاء فيه ما يلي: كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه لا بفعله فقط ولكن بخطأه أيضا، وذلك عندما يثبت أن الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر"، وعليه فالمسؤولية التقصيرية للمحكم تقوم على خطأ يرتكبه المحكم ينتج عنه ضرر للغير، وبذلك يمكن تصور المسؤولية التقصيرية للمحكم في حالتين: وقوع الضرر على غير أطراف عقد التحكيم، والخطأ المهني الجسيم من المحكم.

²⁸⁴ - هدى عبد الرحمن، م س، ص 416.

²⁸⁵ - نص (الفصل36-327) من قانون 05-08 للتحكيم والوساطة الاتفاقية

²⁸⁶ - المادة 52/1 من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار (واشنطن 1965).

²⁸⁷ - (الفصل36-327) من قانون 05-08 للتحكيم والوساطة الاتفاقية.

— يرجع إلى : عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات - الكتاب الثاني (المسؤولية المدنية)، مكتبة دار

²⁸⁸ الأمان، دار الرباط، ط2005، ص:15

— ونص القانون المدني المصري في المادة (163) على أن: "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض"²⁸⁹

فالمسؤولية التقصيرية للمحكم في الحالة الأولى تفترض عند وقوع الضرر على الغير، أي الذي لم يرتبط بالمحكم بعلاقة عقدية، ويحدث ذلك إذا تناول حكم المحكم شخصا آخر غير أطراف اتفاق التحكيم (أطراف النزاع) كأن يحكم المحكم في مال مملوك لغير هذين الطرفين فيقضي به لأحد هؤلاء، أو يحكم بالالتزام غير أطراف التحكيم بالتزام ما، ويشترط أن يكون المحكم في هذه الحالة مدركا لما يحكم به، فإن كان نتيجة غش من أطراف التحكيم أو عن مستندات قدمها أي منهما وكانت مستندات مصنعة أو مزورة، فإن مسؤولية المحكم لا تقوم، بل تقع المسؤولية على أطراف التحكيم.

أما الحالة الثانية، فيمكن للمحكم أن يسأل وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن حالات الخطأ الشخصي الجسيم في أداء مهمته كالغش أو التدليس ونية الإضرار بأحد الأطراف، أو التواطؤ معه أو تلقيه رشوة منه، أو تنحيه عن أداء مهمته في وقت غير مناسب ودون سبب مشروع.

فمسألة المحكم عن الأخطاء التي يرتكبها عن أداء مهامه خارج التزاماته المنصوص عليها في الاتفاق بينه وبين الأطراف تخضع للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية سواء فيما يتعلق بشروط قيام هذه المسؤولية أو فيما يتعلق بالمسؤولية ذاتها.

والرأي فيما نعتقد أنه من غير المناسب سواء في المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية مساءلة المحكم عن إصدار حكم خاطئ ناشئ عن عدم فهم القواعد القانونية الموضوعية واجبة التطبيق على القضية طالما أنه قد بذل العناية المعقولة في هذا الخصوص لما في ذلك من فقدان الثقة في الصفة النهائية للحكم وفعاليته.
المطلب الثاني: أساس المسؤولية المدنية للمحكم

لقيام المسؤولية المدنية للمحكم وفقا للقواعد العامة لا بد من توافر ثلاث عناصر أساسية تتمثل في الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما (الفقرة الأولى)، إلا أنه هل يمكن الاتفاق على إعفاء المحكم من هذه المسؤولية؟ (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : عناصر المسؤولية المدنية للمحكم.
يكتسي الخطأ (أولا) والضرر والعلاقة السببية بينهما (ثانيا) عناصر ضرورية لتحقيق كل المسؤوليات التقصيرية سواء كانت مسؤولية شخصية أو موضوعية، فهي بمثابة القاسم المشترك الذي يجمع بين مختلف مظاهر المسؤولية المدنية عموما.
أولا : الخطأ

قد يكون إخلال المحكم بالتزامه ناشئ عن العقد، فيكون الخطأ عقدياً، وقد يكون ناشئ عن الإخلال بالالتزام العام بعدم الإضرار بالآخرين فيكون الخطأ تقصيرياً.

فالخطأ العقدي الذي تقوم على أساسه المسؤولية العقدية إذا لم يقم الشخص الذي يلتزم بالعقد بتنفيذ التزامه الناشئ عن هذا العقد سواء أكان عدم التنفيذ بالامتناع أصلاً عن القيام بما يوجبه العقد، أو كان بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه أو غير محقق للهدف من العقد، وسواء كان عدم التنفيذ قد حدث عمداً، أو ترتب على إهمال دون أن يكون مقصوداً وبلا حاجة إلى أن يقوم صاحب المصلحة في التنفيذ بإثبات العمد أو الإهمال، فبمجرد عدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد يعتبر خطأً تترتب عليه مسؤولية من يقع على عاتقه الالتزام الذي لم ينفذ، إلا أنه إذا أثبت الملتزم بالعقد أن عدم قيامه بالتنفيذ يرجع إلى أسباب خارجة عن إرادته ولم تكن له يد فيها كما لم يكن في وسعه التغلب عليها، أي إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى قوة قاهرة أو بعبارة أعم إذا كان عدم التنفيذ ناشئاً عن سبب أجنبي فإنه لا يكون مسؤولاً⁽²⁹⁰⁾.

والالتزام نوعان: الالتزام بنتيجة والالتزام بوسيلة أو ببذل عناية، فبمقتضى النوع الأول من هذه الالتزامات، فإن المدين لا تبرأ ذمته إلا بتحقيق النتيجة المتفق عليها حتى ولو كانت تافهة جداً، فالمقاول والناقل يلتزمان بتشييد البناء وإيصال المسافر إلى النقطة المتفق عليها، وأي إخلال بهذه الغاية إلا ويستوجب التعويض، أما النوع الثاني من الالتزامات العقدية التي يلتزم فيها المدين ببذل العناية، كالتزام الطبيب بعلاج المريض والتزام المحامي بالدفاع عن موكله في قضية، والتزام شخص بإدارة شيء أو بالمحافظة عليه، وهنا يعتبر التنفيذ العيني واقعا إذا بذل المدين العناية التي يتطلبها القانون حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود من الالتزام.

وإذا كانت النصوص لا تسعفنا في تحديد طبيعة التزام المحكم في العقد التحكيمي، إلا أن أطراف ذلك العقد (المحكم والمحتكم) قد يتفقان على تحديد مستوى التزام المحكم، وإن كنا نعتقد أن طبيعة العمل التحكيمي وهو ينصب على مستوى من الخطورة يتطلب أن يكون التزام المحكم بعناية قائماً على بذل جهد الشخص الذي يمارس نفس المهنة، فإذا أخل بهذا الالتزام، فإنه يكون مسؤولاً عن الخطأ العقدي الذي يصيب المحتكم، والمتمثل في الإخلال بأي من الالتزامات التي يتوجب عليه القيام بها بمقتضى العقد.

– إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام، نظرية العقد - ، مطبعة
290 النجاح الدار البيضاء 1996، ص : 634

وأما الخطأ في المسؤولية التقصيرية فهو إخلال بالتزام قانوني أو هو انحراف عن السلوك الواجب⁽²⁹¹⁾، والالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به خطأ في المسؤولية التقصيرية هو دائماً التزام ببذل عناية، وهو أن يلتزم الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان له القدرة على التمييز، بحيث يدرك أنه قد انحرف، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب المسؤولية التقصيرية.

وقد سبق القول إن الخطأ التقصيري يقوم بجانب المحكم، وتترتب عنه مسؤوليته التقصيرية إذا تعدد الإضرار بالغير (غير أطراف عملية التحكيم)، أو إذا حدث منه إهمال جسيم أو غش أو عمل غير مشروع ترتب عليه ضرر بأحد أطراف عملية التحكيم، كأن يكون قد تقاضى رشوة، أو تعدد تزوير في المحررات لمصلحة أحد أطراف تلك العملية.

ثانياً: الضرر والعلاقة السببية :

تدور المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية مع الضرر وجوداً وعملاً، وشدة وضعفاً، فلا مسؤولية حيث لا ضرر وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن باعتباره المدعي، ولا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر، فقد لا يترتب على ذلك الإخلال أي ضرر للدائن.

والضرر كما هو معلوم إما مادي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو في عنصر من عناصر ذمته المالية، أو أدبي يصيبه في شعوره وعاطفته أو كرامته أو شرفه⁽²⁹²⁾، وتنص المادة (222/1) من القانون المدني المصري على أنه: "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً...".

والضرر المادي إما أن يكون مباشراً أو غير مباشر، والضرر المباشر إما أن يكون متوقفاً أو غير متوقع، والضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه، وهو يعتبر كذلك إذ لم يكن باستطاعة الدائن تجنبه ببذل جهد معقول، وعلى ذلك تنص المادة (221) من القانون المدني المصري على أنه: "1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء

²⁹¹ - زيد قدرى الترجمان، الوجيز في القانون المدني - نظرية الالتزام -، ج 1، شركة بابل للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، 1992، ص:316

²⁹² - راجع : عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 855 وما بعدها.

بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوخاه ببذل جهد معقول".

والأصل في هذا الباب أن المدين لا يسأل عن الضرر غير المباشر لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، وفي المسؤولية العقدية لا يسأل المدين إلا عن الضرر المباشر المتوقع إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، فيسأل عندئذ عن الضرر المباشر كله متوقفاً كان أو غير متوقع، وتلحق المسؤولية في هذه الحالة بالمسؤولية التقصيرية.

وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة (221) من القانون المدني المصري بقولها: "ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

وعلى ذلك فإن المحكم يسأل عن الضرر المباشر الذي يلحق بالمحتمك نتيجة إخلاله بالالتزام العقدي أو الالتزام القانوني.

وإلى جانب ما سبق لا يكفي أن يكون هناك خطأ وضرر، بل لابد من وجود علاقة سببية بين الخطأ والضرر، أي أن توجد علاقة مباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول والضرر الذي أصاب المضرور، أو بمعنى آخر أن يكون الضرر ناشئاً عن الخطأ مباشرة، فالضرر الذي يجب على المسؤول أن يعوضه هو الضرر المباشر، وهو الذي تقوم بينه وبين الفعل الضرر رابطة السببية، فلا يكفي أن يخطئ المدين وأن يضار الدائن، بل يجب أن يكون الخطأ هو السبب في ذلك الضرر، إذ أنه بغير رابطة السببية لا يتصور قيام المسؤولية، فالسببية ركن جوهري في كافة صور المسؤولية وهي الركن الثالث من أركان المسؤولية وهي مستقلة عن ركن الخطأ⁽²⁹³⁾.

وهي تنقطع إذا تدخل سبب أجنبي بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي أصاب الدائن، والسبب الأجنبي إما أن يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً أو يرجع إلى فعل الغير⁽²⁹⁴⁾.

²⁹³ - انظر: زيد قدرى الترجمان، م س، ص: 396.

²⁹⁴ - عبد الرزاق السنهوري، م س، ص: 688 وما بعدها.

وعلى ذلك يعفى المحكم من المسؤولية إذا ثبت أن ما ارتكبه من خطأ كان نتيجة قوة قاهرة، كأن يكون قد وقع للمحكم حادث وهو في طريقة إلى مقر المحكمة أو حادث فجائي، أو عمل الغير كأن يثبت أن تدخل طرف آخر هو الذي أوقعه في هذا الخطأ، وإن كان هذا لا يقطع العلاقة السببية بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي يصيب الدائن، ولكنه ينفي عنه عدم التنفيذ صفة الخطأ، فإذا انتفى الخطأ فلا تتقرر مسؤولية المدين باعتبار أن أحد أركان هذه المسؤولية قد تخلف.

وللإشارة فإن عبئ إثبات انتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر يقع على عاتق المدين، فهو الذي يدعي ذلك فعليه إثباته، فالبنية على المدعي وهو لا يستطيع ذلك إلا بإثبات انتفاء السبب الأجنبي، وقد نص على ذلك صراحة الفصل 268 من ق ل ع الذي جاء فيه ما يلي: "لا محل لأي تعويض إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكنه أن يعزى إليه"، أي أنه إذا قام السبب الأجنبي انتفت المسؤولية، ومعلوم أنه حيث لا علاقة سببية لا مسؤولية، ونصت المادة 215 من القانون المدني المصري بقولها: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يدل له فيه".

الفقرة الثانية : الإغفاء من المسؤولية المدنية للمحكم.

قد يتفق المحكم مع الخصوم على الإغفاء من المسؤولية العقدية أو على تحديد مداها قبل وقوع الضرر في إطار مبدأ سلطان الإرادة كأن يتفق المحكم مع الخصوم على عدم مسؤوليته عن الضرر الذي يحدث نتيجة أي خطأ يرتكبه، وهناك العديد من النصوص التشريعية في ق ل ع تؤكد إمكانية الإغفاء من المسؤولية والضمان⁽²⁹⁵⁾، إلا أن حرية الأطراف المتعاقدة ليست مطلقة في هذا الميدان وإنما هي مقيدة بمجموعة من

²⁹⁵ - من الأمثلة على ذلك:

--الفصل 544(ق.ل.ع): "يسوغ أن يتفق المتعاقدان على أن البائع لا يتحمل بأي ضمان أصلا ولا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر: 1- إذا بنى الاستحقاق على فعل شخصي للبائع نفسه، 2- إذا وقع تدليس من البائع كما إذا باع ملك الغير على علم منه، وكما إذا كان يعرف سبب الاستحقاق ولم يصرح به".
- الفصل 571(ق.ل.ع): "لا يضمن البائع عيوب الشيء أو خلوه من الصفات المتطلبة فيه : أولا - إذا صرح بها، - ثانيا إذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان".
- الفصل 656(ق.ل.ع): "لا يضمن المكري عيوب الشيء المكتري التي كان يمكن التحقق منها بسهولة وذلك ما لم يكن قد صرح بعدم وجودها، وهو لا يسأل عن أي ضمان : أ- إذا كان المكتري يعلم عند إبرام العقد عيوب الشيء المكتري أو خلوه من الصفات المطلوبة، ب- إذا كان قد حصل التصريح للمكثري بالعيوب، إذا اشترط المكري أنه لا يلتزم بأي ضمان.

الضوابط القانونية التي تشكل في مجملها ما يسمى بالنظام العام الذي يعتبر بمثابة قيد يحد من حرية المتعاقدين في مجال الشروط المخففة والمعفية من الضمان والمسؤولية وأهمها حالة ارتباط الشرط بالإعفاء في حالتي التدليس والخطأ الجسيم، حيث نص الفصل 232 من ق ل ع على أنه لا يجوز أن يشترط مقدما عدم مسؤولية الشخص على خطأه الجسيم وتدليسه، و نصت المادة (217) من القانون المدني المصري على أنه: 1- "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة"، 2- "يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه"، 3- "يقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع".

ويتضح من خلال ما سبق صحة اتفاق التحكيم مع الخصوم على الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدي في غير حالتي التدليس أو الخطأ الجسيم، ويصح الاتفاق كذلك على إعفاء المحكم من المسؤولية الناشئة عن التدليس أو الخطأ الجسيم الذي يصدر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه⁽²⁹⁶⁾، على أن الشرط المعفى من المسؤولية أو المخفف منها لا يستوجب بطلان العقد الذي كان يتضمن هذا الشرط، فالعقد سيبقى صحيحا منتجا لآثاره القانونية ما لم يثبت أن الشرط الباطل كان هو السبب الدافع للتعاقد نظرا لعدم إمكانية فصل الشرط عن العقد في هذه الحالة، لذلك فإن البطلان يشمل الشرط والعقد معا.

والواقع أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها نادر الوقوع في العلاقة بين المحكم والمحتكم في التحكيم الخاص، باعتبار أن المحكم يكون محل ثقة الأطراف عند تعيينه، وبالتالي قد يجد نفسه في موقف حرج وهو يطرح موضوع إعفائه من المسؤولية، لأن من شأن ذلك أن يدفع الأطراف إلى إعادة تقييم هذه الثقة في الوقت الذي يكون فيه المحكم بحاجة إلى استقطاب كل ثقة الأطراف به.

وإذا كان من النادر إثارة هذا الموضوع في التحكيم الخاص، فإن هذا الموضوع مثار فعلا في التحكيم المؤسساتي التي تنص على إعفاء المؤسسة والمحكم من كل مسؤولية.

²⁹⁶- ينص الفصل 233 من ق ل ع على أنه: " يكون المدين مسؤولا عن فعل نائبه أو خطأه وعن فعل أوطأ الأشخاص الذين سيستخدمهم في تنفيذ التزامه في نفس الحدود التي يسأل فيها عن خطأ نفسه ودلم مع حفظ حقه في الرجوع على الأشخاص الذين يتحمل المسؤولية عنهم وفقا لما يقضي به القانون ".

فالمادة (34) من نظام التحكيم الغرفة التجارية الدولية⁽²⁹⁷⁾ نصت تحت عنوان الإعفاء من المسؤولية على أنه: "لا يكون المحكمون والهيئة أو أعضائها، وغرفة التجارة الدولية أو موظفيها، أو اللجان الوطنية لغرفة التجارة الدولية مسؤولين تجاه أي كان عن أي وقاعة عمل أو امتناع يتعلق بي تحكيم".

ونصت المادة (40) من قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي على أنه: "لا يعد أي من المحكمين أو المركز أو أي من أعضاء مجلس إدارته أو موظفيه مسؤولاً تجاه أي شخص عن أي فعل أو عدم فعل فيما يتعلق بأية وسيلة من وسائل حسم المنازعات أو إجراءاتها".

كما نصت المادة (24) من نظام مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون الخليجي العربية على أنه: "يتمتع رئيس وأعضاء مجلس الإدارة وأمين عام المركز وأعضاء هيئة التحكيم وأعضاء سكرتارية هذه الهيئة بالحصانات الآتية: - "الحصانة ضد أي إجراء قانوني وذلك عند ممارستهم لأعمال ووظائفهم، إلا إذا قرر المركز التخلي عن هذه الحصانة بقرار من مجلس الإدارة...".

كما نصت المادة (25) من نظام التحكيم البحري الخاص بمؤسسة طوكيو للتحكيم البحري لسنة 1996 على تمتع المؤسسة بالحصانة من المسؤولية فيما يتعلق بإجراءات التحكيم وقرار التحكيم.

وبالمقابل، نجد أن بعض أنظمة مؤسسات التحكيم تعفي المؤسسة والمحكمين من المسؤولية باستثناء الأخطاء المتعمدة أو المقصودة كما في نظام قواعد الأونيسترال للتحكيم في المادة 16 حيث جاء فيها على أنه باستثناء الخطأ المتعمد يتنازل الأطراف إلى أقصى مدى يسمح به القانون المنطبق عن أي ادعاء على المحكمين أو سلطة التعيين أو أي شخص تعينه هيئة التحكيم بسبب أي فعل أو تقصير متعلق بالتحكيم⁽²⁹⁸⁾ ، وهو ماقررته محكمة لندن للتحكيم الدولي (L.C.I.A) حيث نصت المادة (31/1) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي على أنه: "لا تكون محكمة لندن للتحكيم و(تشمل هذه

²⁹⁷ - المعدل والسارى المفعول اعتبارا من 1/1998/1، ونصت المادة 21 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أنه: "يتمتع الرئيس وأعضاء المجلس الإداري والأشخاص الذين يعينون كأعضاء في لجنة توفيق أو محكمة تحكيم طبقا للفقرة (3) من المادة 52 وأعضاء وموظفو السكرتارية بالحصانات والامتيازات الآتية: (أ) الحصانة من الإجراءات القانونية لما يقومون به من أعمال تأديية لوظائفهم إلا إذا تنازل المركز عن هذه الحصانة...".

²⁹⁸ - قواعد الأونيسترال للتحكيم بصيغتها المنقحة في عام 2010.

العبارة الرئيس، ونواب الرئيس والأعضاء، والكاتب، أو نائب الكاتب، وأي محكم وأي خبير عينته أية محكمة تحكيمية) مسؤولين تجاه أي طرف عن أي عمل أو إغفال يتعلق بأي تحكيم حاصل وفقا لهذا النظام باستثناء ما إذا أثبت الطرف المعني أن العمل أو الإغفال جاء نتيجة لتصرف خطأ من قبل أحد الأشخاص، وذلك بعلمه وإدراكه فيكون عندها مسؤولا عن هذا العمل تجاه الطرف المعني"،

وجاء في نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم⁽²⁹⁹⁾ في المادة (36) على أنه: "لا يجوز لأحد الأطراف ملاحقة المؤسسة الأمريكية للتحكيم أو المحكمين عن نتائج الأعمال أو الإغفالات المرتكبة خلال إجراءات تحكيمية جرى التحقيق فيها وفقا لهذا النظام، مع مراعاة أنه يمكن أن تكون المؤسسة الأمريكية للتحكيم أو المحكمين مسؤولين تجاه أحد الأطراف عن نتائج الأخطاء المتعمدة أو المقصودة".

ويلاحظ أن هذه النصوص قد شملت مؤسسات التحكيم والمحكمين الذين تعينهم هذه المؤسسة بالحصانة من دعاوى الضرر وإن اختلفت في مدى تلك الحصانة، ففي حين تعفي المادة (34) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية المحكمين من كل مسؤولية نجد أن المادة (1/31) من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي والمادة 36 من نظام تحكيم المؤسسة الأمريكية للتحكيم تحمل المؤسسة أو المحكمين المسؤولية الناشئة عن الأخطاء المتعمدة والمقصودة.

ولاشك في أن مثل هذه النصوص لا تنسجم وما يجب أن تهدف إليه المسؤولية المدنية التي من شأنها تحقيق غايتين:

الأولى: غاية تعويضية تتمثل في تعويض المضرور على حساب المسؤول عن الضرر.

والثانية: غاية تقويمية تهدف إلى رفع مستوى التحكيم وإدراك أعضائها أهمية دورهم في تحقيق العدالة والمصلحة العامة والقضاء على بؤابر الإهمال واللامبالاة التي قد تتصف بها بعض مؤسسات التحكيم، خاصة أن بعضها يقرر حصانة مطلقة ويعفي المؤسسة والمحكمين من كل مسؤولية حتى من الأخطاء المتعمدة.

²⁹⁹ - بعد تعديله ودخوله حيز التنفيذ في 1/5/1992

ولا ينسجم هذا المسلك مع المبدأ المستقر فقها وقضاء وتشريعا والمتمثل في عدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالتها الخطأ الجسيم والغش⁽³⁰⁰⁾ في التشريعات التي تجيز الإعفاء من المسؤولية العقدية، ويترتب على ذلك أن النص في نظام المؤسسة على الإعفاء من المسؤولية لا يعفي مؤسسة التحكيم مما يترتب من ضرر نتيجة تدليسها أو خطئها الجسيم، لأن مثل هذا الإعفاء يسوغ سوء النية في إبرام العقود وتنفيذها، الأمر الذي يخالف النظام العام وتجريمه القاعدة التي توجب تنفيذ العقود بما يوجبها حسن النية⁽³⁰¹⁾.

وعليه يبطل شرط الإعفاء من المسؤولية في التشريعات التي تجيز ذلك في حالتها الغش أو الخطأ الجسيم ويبقى العقد قائما دون شرط الإعفاء.

وفي الختام يمكن القول إن مبدأ المسؤولية لم يعد في ذاته محل شك أو جدل فقد أقره الفقه والقضاء وأيديته نصوص القانون في عدة مجالات وهي ذات المركز القانوني للمحكم لما لها من خطورة وما تتطلبه من حماية، لذلك لا يجدي في هذا الصدد محاولة إعفاء المحكمين كليا أو جزئيا من المسؤولية والإقتصار على حالات الغش والتدليس أو الخطأ الجسيم لصعوبة إثبات قصد الإضرار وسوء نية المحكم، وإنما المعول عليه إنشاء جزاءات معلنة في كافة مؤسسات التحكيم تتضمن عقوبات واضحة توقع على المحكمين في الحالات التي يبطل فيها الحكم أو تثبت مسؤوليتهم في مواجهة الأطراف وهي عقوبات تكميلية لا تعني عن باقي العقوبات المقررة في القانون الجنائي أو الجزاء المدني متمثلا في التعويض، وإنما تتمثل في وقف ممارسة المحكم لمهامه لفترة معينة أو التشطيب عليه من لائحة المحكمين في الحالات التي تستدعي ذلك أو حرمانه من المزايا المالية... حتى لا تدفع المحكمين إلى إساءة استعمال السلطات والاختصاصات التي

³⁰⁰ - انظر: عبد الرزاق السنهوري، م س، ص: 672 ، - محمود جمال الدين زكي: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط 3، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص 393 ، - أنور سلطان: الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 386 ، - حسين عامر و عبد الرحيم عامر: المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، ط 3، 1979، ص 568. وراجع أيضا حكم محكمة النقض المصرية رقم 501 الصادر في 29/2/1962، حيث ذهبت المحكمة في هذا الحكم إلى إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية - صحيح طالما أن الأضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم، مجموعة أحكام النقض، السنة الثالثة عشرة، القسم الثالث، ص 225.

³⁰¹ - نص الفصل 231 (ق.ل.ع): "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لايلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعة العقد".

يخولها لهم الأطراف وتقرها الأنظمة القانونية المختلفة، فضلا عما تحققه من ردة لعدم تكرار الأخطاء والحفاظ على مزايا التحكيم.

القيود التشريعية الواردة على الحكم التحكيمي

الاستاذة نجاة مسعودي

باحثة في التحكيم

من المعلوم ان التحكيم يجمع في طبيعته بين الاتفاق والقضاء ، فهو يبدأ بالاتفاق بين الاطراف على اللجوء الى التحكيم لفض النزاعات الناشئة بينهم ثم يتخلص تدريجيا من اصله الاتفاقي ليتحول الى قضاء في النهاية ، حيث يصدر المحكمون حكما فاصلا في النزاع .

وإذا كان المشرع المغربي قد اوجد اليات لسير الخصومة التحكيمية تتعلق باجراءات الخصومة التحكيمية وقواعدها وبكيفية تصدي هيئة التحكيم للفصل فيها الى حين اصدار الحكم الفاصل فانه حف هذه الالية الاخيرة بضوابط او تحديدا بقيود لاتجعل تنفيذه بالامر الهين وذلك ابتداء من الامر بتنفيذه الى باقي طرق الطعن فيه .

مصطلح قيود في هذه الدراسة لم يأت عرضا وانما هو مقصود مادامت الطعون في الحكم التحكيمي يبيت فيها اشخاص اخرى غير اطراف العملية التحكيمية الذين يحكمهم الرضى اساسا ولوان البعض حول اسباغ مصطلحات اخرى تخفف من وطأة مصطلح القيد على الطعون المذكورة واستعمل مصطلح الرقابة القضائية او الضمانات القضائية.

إذن ، سوف نتناول بالمناقشة والتحليل مختلف طرق الطعن في القرارات التحكيمية، وذلك بالمقارنة بين ق.م.م المعدل سنة 1974 والتعديل الأخير الذي عرفته الفصول المنظمة للتحكيم بمقتضى القانون رقم 08-05³⁰² القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من ق م م.

فإذا كان القانون الحالي المنظم لطرق الطعن في القرارات التحكيمية قد خول صاحب المصلحة سلوك الطعن العادي وغير العادي حسب وضعه القانوني إزاء أطراف التحكيم، فإن الجدير بالذكر وفي إطار المنهج الذي اخترناه للكتابة والذي يقضي باستبعاد الطعون التي لا تصب مباشرة في الموضوع، إما بتحريم تشريعي كما هو حال الطعن بالتعرض³⁰³ الذي لا تقبله القرارات التحكيمية، أو الطعن بالنقض الذي لا ينصب عليها مباشرة فاننا سنحاول الوقوف على الطبيعة القانونية لتدخل القضاء في مجال التحكيم، وهذا التدخل أسال كثيرا من المداد بين مؤيد ومعارض، سواء من جانب الفقه المغربي أو المقارن أو من جانب المشرع المغربي أو التشريعات الأجنبية.

وكيفما صور الباحثون طبيعة هذا التدخل، فإننا نرى جازمين أنه يشكل قيودا تشريعييا³⁰⁴ ينضاف إليه قيد قضائي، على أساس أن الطعون العادية وغير العادية تجد مرجعيتها في النصوص القانونية. ونعني بها قانون المسطرة المدنية، وهذا طبعاً حتى نميز على مستوى المنهاج بين القيود التشريعية والقيود القضائية. ونعني بالقيود القضائية ما استقر عليه العمل القضائي من قواعد تحدد الضوابط التي تؤطر مجال

³⁰²- ظهير شريف رقم 1-07-169 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون رقم 08-05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.
³⁰³- راجع بهذا الخصوص الفصل 34-327 من القانون رقم 08-05 الذي يقضي بما يلي "لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصلين 35-327 و36-327 بعده".
³⁰⁴- نعني بعبارة قيد تشريعي أن الطعون العادية وغير العادية ضد الحكم التحكيمي مصدرها قانون المسطرة المدنية وليس العمل القضائي.

التحكيم الاختياري الداخلي، كتحديد مفهوم النظام العام وطبيعة الدفع بعدم الاختصاص عند وجود اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم.

إذن فالقيود التشريعية والقضائية³⁰⁵ تشكل بذاتها منظومة تحول في نظرنا دون استكمال التحكيم الاختياري الداخلي دورته التكوينية. ولعل الوقوف على طبيعة هاته القيود ومجالها سوف يجعلنا نقف على نطاق استقلالية التحكيم الاختياري الداخلي في الوضع الراهن في إطار ما هو كائن، وعلى وضعه المستقبلي في إطار ما يجب أن يكون.

فإذا كان مرد تدخل العمل القضائي في مجال سلطان الإرادة بشكل يعيب استقلاليتها وحريتها، يرجع إلى العيوب البنوية لهذا النظام³⁰⁶ المتمثلة في ضعف آلياته، فإننا سنقف في هذه الدراسة على حقيقة جلية تتمثل في كون تدخل الجهاز القضائي في مجال التحكيم لا يزيد تلك البنية إلا ضعفا وهو ما سوف نقف عنده من خلال المبحث الأول الذي نخصه للطعون العادية ونقصد بها الطعن في رفض منح الصيغة التنفيذية والطعن بالبطلان، على أن نخرج في المبحث الثاني لتناول طرق الطعن غير العادية ونعني بها تعرض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بإعادة النظر. وذلك من خلال تقسيم كل مبحث إلى مطلبين، وقبل تناولهما بالتحليل والمناقشة نود الإشارة إلى أننا لم ندرج قيد منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي بغرض تنفيذه جبرا، وارتأينا الإشارة فقط إلى ذلك لأنه بصدر القانون رقم 05-08 لم يعد هناك مجال للنداء بترك الحرية واسعة لمؤسسة التحكيم من بداية اتفاق التحكيم إلى غاية تنفيذه أمام إصرار المشرع على تتويج هذه المسيرة بتدخل القضاء دائما، هذا فضلا عن أن منح الصيغة التنفيذية للحكم التنفيذي بأمر صادر عن رئيس المحكمة المختصة لا يواجه بأي طعن وأن رفضه فقط هو الذي يتيح للأطراف الطعن بالاستئناف ولما لا الطعن بالبطلان كما سيتم بيانه.

ولذلك يبدو صعبا القول أن منح الصيغة التنفيذية بالشكل الوارد في قانون 05-08 لا يشكل قيادا وإنما آلية ليرى الحكم التحكيمي النور ويتم تنفيذه جبرا بين أطرافه، علما ان مصطلح "جبرا" لم يرد عبثا وإنما هو مصطلح ورد في ذات القانون ويتبين معه

³⁰⁵- نقصد بالقيود القضائية تلك القواعد التي يخلقها العمل القضائي لسد ثغرات التشريع أو تكميلها أو تفسيرها كتحيده لمفهوم النظام العام عند الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي.

³⁰⁶- نقصد بالقيود البنوية إيراد النصوص القانونية المنظمة للتحكيم الاختياري الداخلي ضمن قانون المسطرة المدنية دون التمييز بين النصوص الإجرائية وتلك التي تنظم الموضوع.

أن التنفيذ الطوعي والاختياري للحكم التحكيمي بين أطرافه لا يحتاج إلى استصدار الصيغة المذكورة ولا يواجه بأي طعن.

ثم إن مفهوم الحجية التي يقررها القانون المذكور للحكم التحكيمي منذ صدوره سيبقى مجرد حبر على ورق تعصف به الطعون الواردة في مواجهته كلما كانت مؤسسة موضوعا .

لذلك كان حريا بالمشرع المغربي أن يكون متقدما في هذا المجال عن سائر النظم الوضعية في باب التحكيم الاختياري الداخلي ويقرر حجية للحكم التحكيمي ملزمة لأطرافه حتى عند امتناع أحدهم من تنفيذه ويمهد بذلك لولادة مؤسسة تحكيمية مستقلة تتناول هيأتها العملية التحكيمية منذ بدايتها إلى نهايتها.

المبحث الأول: الطرق العادية في استكمال الحكم التحكيمي

إن اختيار الأطراف سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين الاحتكام في حالة الخصومة، إلى نظام التحكيم الاختياري الداخلي، هو نابع من ارادة هؤلاء درء وتفادي ما يعترض القضاء من صعوبات تحول دون فصله في المنازعات بالسرعة المطلوبة.

وهو ما عبر عنه بعض الفقه بالأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، فهذا الأخير يرتب التزاما سلبيا على طرفيه يتمثل في امتناعهم عن إقامة الدعوى حال نشوب نزاع بينهما أمام القضاء سواء تم البدء في إجراءات التحكيم قبل رفع هاتاه الدعوى أمام القضاء أو لم يتم البدء فيها، والثاني وهو الأثر الإيجابي هو حلول قضاء التحكيم محل قضاء الدولة في معالجة النزاع موضوع الاتفاق التحكيمي، فهاتين القاعدتين هما ما تصبو إليه إرادة أطراف التحكيم للحيلولة دون تدخل القضاء.

لكن مجال هاتاه الإرادة يتوقف شأنه شأن دور المحكمين خلال الدعوى التحكيمية عند الفصل النهائي في النزاع وحلول مرحلة التنفيذ ونعني بها إعطاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم.

وخلال هاتاه المرحلة يثور النزاع من جديد إما بإثارة الصعوبة في وجه تنفيذ حكم المحكمين أو استئناف أمر رئيس المحكمة المختصة الراض لمنح هاتاه الصيغة.

وهذا هو موضوع المطلب الأول - ولا يقف الأمر عند حد الطعن بالاستئناف ضد الأمر القضائي الصادر برفض إعطاء الصيغة التنفيذية - أو يتعداه إلى إمكانية الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي ذاته وهذا هو موضوع المطلب بالثاني.

على ان نسلط الضوء من خلال هذين المطلبين على الجانب السلبي لهاته الطعون التي تضرب عرض الحائط بمبدأ سلطان الإرادة خصوصا ما تتصف به من الازدواجية على مستوى موضوعها.

المطلب الاول : طعني الصعوبة والايقاف ومفهوم الاثر الواقف.

إن إثارة الصعوبة في الحكم التحكيمي هو في رأينا طعن غير مباشر³⁰⁷ في الحكم التحكيمي ولو على مستوى النتيجة، إذ أنه من شأن إثارة الصعوبة في التنفيذ تعطيل مصالح من صدر لصالحه وتذهب سدى كل الأشواط التي قضاها النزاع على المستوى التحكيمي.

وبغية استجلاء العقبات التي تحول دون تنفيذ الحكم التحكيمي نوضح بداية انه بمقتضى الفصل 32-327 من القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، فإن الأمر القاضي بتحويل الصيغة التنفيذية هو امر غير قابل للطعن.

وهذا يؤدي طبعاً إلى ولوج مرحلة تنفيذ الحكم التحكيمي التي تصبو إليها إرادة الأطراف، لكن تنفيذه طبعاً قبل تذييله بالصيغة التنفيذية³⁰⁸ أو بعدها تعترضه صعوبات ذات صبغة موضوعية أو وقتية كأن يطال الحكم التحكيمي أخطاء عادية أو غموض يقتضي رفعه فقد تطرح مشكلة تصحيح أو تأويل الحكم التحكيمي أو صعوبة وقتية تتعلق بالتنفيذ، فيتم اللجوء إلى رئيس المحكمة المختص لإيقاف التنفيذ أو لرفع الصعوبة³⁰⁹ مع ما تطرحه هاته الوظيفية من إشكال يرتبط بالجهة المختصة

³⁰⁷ - بمعنى أن الطعن ينصب على أمر رئيس المحكمة التجارية المختص للمانع للصيغة التنفيذية وليس على الحكم التحكيمي وإن كانت المنازعة في هاته الصيغة تعود إلى مؤاخذات على الحكم التحكيمي ذاته.
³⁰⁸ - إثارة الصعوبة في وجه الحكم التحكيمي تثار عادة بعد تذييله بالصيغة التنفيذية لكن في ظل القانون الجديد فإن الصعوبة المذكورة لا تثار قبل منحه هاته الصيغة.

³⁰⁹ - هاته الإمكانية مخولة بمقتضى الفصل 26 ق م م، الفقرة الأولى: "تختص كل محكمة مع مراعاة مقتضيات الفصل 149 بالنظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل وتنفيذه أحكامها أو قراراتها...".

هل هو المحكم مصدر الحكم التحكيمي خصوصا في حالة الصعوبة المرتبطة بتأويل هذا الحكم أم رئيس المحكمة.

ففيما يخص الصعوبة في التنفيذ التي يمكن إثارتها بناء على وجود غموض يقتضي تأويل الحكم التحكيمي أو خطأ عادي يقتضي تصحيحه فإن العمل التشريعي والفقهي³¹⁰ اختلف حول الجهة التي يجب إسناد النظر إليها للبث في هاته الصعوبة³¹¹.

فهناك من يسير في منحى إسناد هاته المهمة إلى الجهة القضائية وذلك بإعطائها الاختصاص المطلق، هذا التوجه سبق وأن تبناه المشرع المغربي في ق.م.م المعدل سنة 1974. فكان الاختصاص بالنظر في الصعوبة القائمة على وجود خطأ مادي في الحكم التحكيمي أو وجود غموض فيه يقتضي تأويله، يعود إلى رئيس المحكمة الابتدائية ذات الولاية العامة أو رئيس المحكمة التجارية أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف سواء التجارية أم العادية كل حسب اختصاصه.

وينبني هذا الاتجاه التقليدي الموسع لسلطات رؤساء المحاكم بهذا الخصوص على أساس أن دور المحكم ينتهي بصدور الحكم التحكيمي علاوة على كون إشكالية التأويل والتصحيح تثار عادة إبان التنفيذ، الأمر الذي يضي عليها صبغة المنازعة في التنفيذ، والتي لا يملك إزاءها المحكم أية سلطة، خصوصا من الناحية المسطرية لأن المحكم ملزم بإيداع الحكم التحكيمي الأصلي داخل أجل ثلاثة أيام من صدوره بكتابة الضبط فلا يبقى أمامه ما يكفي من زمن للقيام بعملية التصحيح أو التأويل.

موقف المشرع هذا، قبل التعديل مستشف من لزومه الصمت بخصوص هاته النقطة والارتكاز على القواعد العامة في ق م م وخصوصا الفصل 26 الذي يعطي للمحكمة مصدرة الحكم موضوع التنفيذ سلطة النظر في الصعوبات المتعلقة بتأويل أو تنفيذ أحكامها أو قراراتها.

³¹⁰ - مرد هذا لاختلاف بالدرجة الأولى يرجع إلى كون مهمة الهيئة التحكيمية تنتهي عند صدور الحكم التحكيمي لذلك وجب إسناد مهمة التأويل وتصحيح الحكم التحكيمي إلى السيد رئيس المحكمة المختص وهو موقف التيار الموسع لدور رئيس المحكمة في هذا المجال.

³¹¹ - راجع موقف الاتجاه الموسع لدور رئيس المحكمين المختصة في تأويل وتصحيح الحكم التحكيمي، الدكتور أحمد أبو الوفاء، " التحكيم الاختياري والتحكيم الجبري " ص 285، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 2001.

لكن إحساس المشرع بتراجع دور المحكمين وإرادة الأطراف لصالح الدولة ممثلة في الجهاز القضائي مع ما يترتب على ذلك من صعوبات عملية أبرزها انعدام السرعة للبت في النزاعات جعلته يتبنى موقف الاتجاه الحديث المضيق لدور رئيس المحكمة المختصة لصالح المحكم ولكن فقط على سبيل الاحتياط.³¹²

وهذا الاتجاه يعطي للمحكم كامل الصلاحيات لتصحيح الأخطاء المادية وتأويل الحكم التحكيمي عند اللزوم مع التحفظ طبعاً فيما يخص أي ميل منه لتعديل ما قضى به أو الرجوع فيه . وموازاة مع ذلك يستأثر رؤساء المحاكم بمختلف درجاتهم وحسب الاختصاص بنطاق ضيق.

وفي هذا الاتجاه سار المشرع المغربي في القانون رقم 05-08 عندما ضيق من اختصاص رؤساء المحاكم في تصحيح أو تأويل الحكم التحكيمي لصالح المحكم، إذ نص حرفياً في الفصل 29-327: " عندما يتعذر على الهيئة التحكيمية الاجتماع من جديد، فإن صلاحية البت 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" . ومن خلال استقراء هذا الفصل سوف نقف عند حقيقة ظاهرة، هي أن المشرع المغربي رغم وقوفه على العيوب التي كانت تشوب اختصاص رئيس المحكمة بدءاً من مسألة تصحيح أو تأويل الحكم التحكيمي، فإن التعديل الذي جاء به، لم يغير بالشكل الكافي المنحى الذي كان عليه سابقاً مادام اختصاص رؤساء المحاكم لا زال منصوصاً عليه، وأن تعليقه على تعذر اجتماع الهيئة أو الجهة المصدرة للحكم التحكيمي يفرغها من محتواها ما دام الواقع العملي أثبت تعذر اجتماع الجهة المصدرة لهذا الحكم من جديد بعد صدوره وخروجه عن دائرة سلطتها. ويزكي رأينا هذا هو أجل إيداع الحكم التحكيمي بكتابة الضبط عند صدوره³¹³. أما ما صاحب هذا التعديل من إلزام رؤساء المحاكم بالبت في هذا التصحيح أو التأويل داخل أجل ثلاثين يوماً بأمر غير قابل للطعن³¹⁴ فإنه اتجاه مرفوض أو على الأقل غير مستساغ من أطراف النزاع، خصوصاً عندما يكون التأويل في غير صالح أحدهم، فإن هذا الأخير لن يتقبل فكرة الأمر النهائي غير

³¹²- راجع الفصل 28-327 من القانون رقم 05-08 الفقرة رقم 1 و2 التي تخول الهيئة التحكيمية صلاحية تأويل وتصحيح الحكم التحكيمي ضمن شروط معينة.

³¹³- راجع بهذا الخصوص الفصل 31-0327 من القانون رقم 05-08 الذي ينص: "... يودع أصل الحكم التحكيمي مصحوباً بنسخة من اتفاق التحكيم مع ترجمتها إلى اللغة العربية لدى كتابة ضبط المحكمة... داخل أجل سبعة أيام كاملة التالية لتاريخ صدوره".

³¹⁴- راجع الفصل 29-327 من ذات القانون، الفقرة الأخيرة.

القابل للطعن، وما دامت كلمة الفصل الأخيرة كانت للقضاء فإنه يجب حفظ حقه في الطعن.

وبالمقابل كان حريا بالمشرع حصر مهمة التأويل وإصلاح الحكم التحكيمي للهيئة المصدرة له، لأن هذا العمل لا يعتبر عملا جديدا ولا يتعارض مع أمر إنهاء الخصومة ما دام هذا التأويل في واقع الأمر، لن يخرج عن مفهوم تعليل إضافي مستفيض، على أن يكون بت هاته الهيئة إلزامي تحت طائلة المسؤولية المدنية. والحقيقة أن أجل البت المنصوص عليه في الفصل 29-327 من القانون رقم 05-08 والمحدد في 30 يوما يبقى مسألة نظرية لأن الواقع العملي أبان عن عجز القضاء على الالتزام بالأجال المنصوص عليها قانونا، لأن رئيس المحكمة المختص وأثناء نظره في مسألة تصحيح الحكم التحكيمي أو تأويله، فإنه يكون مقيدا، أو لا باحترام حقوق الدفاع وثانيا باحترام شكليات البت في هذا الطلب.

فعلى مستوى حقوق الدفاع فإن طلب التصحيح أو التأويل والذي يجب أن يتخذ شكل مقال يجب أن يبلغ للطرف الثاني حتى يتسنى له إبداء وجهة نظره القانونية وكذا دفوعاته في إطار مسطرة تواجيهية³¹⁵.

ومن جهة أخرى فإن رئيس المحكمة يجب أن يتحقق من الشروط الشكلية لاختصاصه فيما يتعلق بشرط تعذر اجتماع الهيئة التحكيمية، وأن الأمر لن يقف عند هذا الحد، وذلك عندما يجد رئيس المحكمة نفسه ملزما باستدعاء الهيئة التحكيمية لتقديم بعض التوضيحات خصوصا إذا كان عقد التحكيم ينص باتفاق الأطراف على إعفاء المحكمين من تعليل حكمهم طبقا للفصل 23-327 من القانون رقم 05-08 في فقرته الأخيرة.

هاته فقط بعض الجوانب من الصعوبات التي تعترض رؤساء المحاكم أثناء البت في طلبات التصحيح أو التأويل والمتعلقة فقط بجانب حقوق الدفاع لأن عدم استدعاء

³¹⁵- قرار المجلس الأعلى عدد 264 مؤرخ في 2001/01/31، ملف مدني عدد 98/01/06/476 مجلة المحاكم المغربية عدد، 90 ص 121 جاء فيه "... حيث أن البت في الدعوى يشكل خرقا لحقوق الدفاع ولو تعلق الأمر بدعوى تصحيح خطأ مادي".

الأطراف ولو على سبيل البت في تصحيح خطأ مادي من شأنه أن يعرض الحكم القضائي³¹⁶ الصادر في هذا الشأن للنقض.

إذن، بالرجوع إلى ما تم تفصيله أعلاه فإن سرعة البت والتي نراها المعيار الفاصل بين العمل القضائي وعمل المحكم سوف يتم افتقادها، خصوصا وأن التعديل الأخير لم يأت برؤية شاملة للموضوع، حتى لا نقول أنه تعديل حرفي إن صح التعبير، ولم ينبثق من نظرة شمولية للموضوع، فمثلا عندما نص قانون رقم 05-08 على احتفاظ الهيئة التحكيمية بأجل ثلاثين يوما التالية للنطق بالحكم التحكيمي، لإصلاح الأخطاء المادية العالقة بهذا الحكم، ومنح للأطراف نفس الأجل من تاريخ تبليغهم بذات الحكم ومنح رئيس المحكمة المختصة نفس الأجل عند تعذر اجتماع الهيئة التحكيمية فإن مجموع الأجل هي تسعون يوما وهي تتعارض مع التزام المحكمين بإيداع الحكم التحكيمي بكتابة الضبط³¹⁷، خصوصا أن المشرع لم يحدد طريقة استرجاع هذا الحكم والمسطرة الواجبة الاتباع زد على ذلك أن قطع كل هاته الأشواط لا يعني نهاية المطاف بل إن الطرف المستفيد مطالب بتذليل حكمه بالصيغة التنفيذية.

رأينا أن صدور الحكم التحكيمي لا يشكل نهاية النزاع بين طرفي عقد التحكيم بسبب ما قد يلحق هذا الحكم من أخطاء مادية أو غموض يستدعي تأويله مما يجعل الالتزام به أمر واقع وهاته الصعوبات تثار قبل عملية تذييله بالصيغة التنفيذية، وقد ركزنا في إطار المنهج الذي اخترناه لهاته الكتابة على العراقيل التي يخلقها تدخل الجهاز القضائي في عمل المحكمين وها نحن نقف مرة أخرى على سلطة رئيس المحكمة المختص في إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي³¹⁸، لما لهاته المرحلة من أهمية، ما دام أطراف النزاع يعتقدون في غالب الأحيان أن قانون العقد هو الفصل بين مالهم وما عليهم وأن عملية تذييل هذا الحكم بالصيغة التنفيذية ما هو إلا إجراء إداري فكيف

³¹⁶ - بخصوص بت رئيس المحكمة التجارية في طلب التصحيح الحكم التحكيمي فإن المسطرة يجب أن تكون تواجيهية وذلك استنادا إلى الفصل 30-327 الذي يعتبر الحكم التحكيمي الصادر بمناسبة تصحيحه جزء لا يتجزأ من الحكم التحكيمي الأصلي.

³¹⁷ - راجع بخصوص آجال البت في تصحيح الحكم التحكيمي الممنوحة لهيئة التحكيم وللأطراف لرفع طلب التصحيح وكذا رئيس المحكمة للبت عند تعذر اتباع الهيئة الفصل 28-327 و29-327 قانون رقم 08-05.

³¹⁸ - أسند المشرع المصري اختصاص النظر في صعوبات التنفيذ إلى قاضي التنفيذ بمقتضى المادة 275 من قانون المرافعات: " يختص قاضي التنفيذ دون غيره بالفصل في جميع منازعات التنفيذ الموضوعية أو الوقتية أيا كانت قيمتها".

إذن عالج التعديل الأخير إشكالية إيقاف تنفيذ الأحكام التحكيمية؟ وما هي حدود سلطات رئيس المحكمة المختص؟

بالرجوع إلى الباب الثامن من ق م م وقبل التعديل الأخير بواسطة القانون رقم 05-08 لا نعثر على أية حالة من حالات إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي بقوة القانون لعدم امكانية سلوك دعوى البطلان أو سلوك أي طعن عادي، وبالتالي لا يبقى أمام طرفي النزاع إلا ادعاء الزور ضد الحكم التحكيمي طبقا للقواعد العامة أو يكفي مجرد تقديم طلب إيقاف التنفيذ مرفقا بشكاية موجهة للسيد وكيل الملك لدى المحكمة المختصة ، موضوعها ادعاء الزور حتى يتم إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي. إضافة إلى أن هاته الإمكانية لإيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي والتي تجد مرجعيتها في القواعد العامة فإن القانون رقم 05-08 حدد بعض الحالات التي يتوقف فيها تنفيذ الحكم التحكيمي. فالفصل 30-327 من هذا القانون يرتب على تقديم طلب التصحيح أو التأويل، إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي، ونفس الأمر يرتبه الفصل 36-327 في فقرته الأخيرة عند الطعن بالبطلان ضد هذا الحكم.

وعليه فإن نظر الهيئة التحكيمية التلقائي في مسألة إصلاح الأخطاء المادية يقتضي منها إخبار رئيس المحكمة المختص لإيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي وكذا الشأن إذا كانت مبادرة إصلاح أو تأويل هذا الحكم مقدمة بواسطة أطراف النزاع في إيقاف التنفيذ في هاته الحالة يقتضي تجسيد آثار الحكم التحكيمي إلى غاية البت في موضوع الطلب مع ما يترتب على ذلك من طول أمد النزاع خصوصا أن المشرع لم يرتب أية مسؤولية أو جزاء حالة عدم البت من طرف الهيئة التحكيمية داخل أجل الثلاثين يوما، أما إذا توقفت هاته الهيئة عن وظيفتها التأويلية أو التصحيحية فإنها سوف تفتح المجال أمام القضاء ممثلا في رئيس المحكمة المختص الذي بدوره له أجل ثلاثين يوما مع أن احترام هذا الأجل رهين باحترام حقوق طرفي النزاع.

هذا ، فيما يخص الحالات التي نص عليها المشرع بمقتضى نصوص خاصة و صريحة كما سبق ذكره. وهي حالات يكون رئيس المحكمة المختص مقيدا فيها بإيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي³¹⁹ .³²⁰ واما خارج هذا الإطار فإن طلبات إيقاف التنفيذ

³¹⁹ - المشرع المغربي لم يعمل بمؤسسة قاضي التنفيذ إلا في إطار المادة الجنائية الفصل 596 ق م ج، و بمناسبة تنفيذ بعض الأحكام كالرسالة الدورية الأولى لوزير العدل رقم 2/35108 مؤرخة في 1998/00/25 حول تنفيذ بعض الأحكام الصادرة بالإفراغ.

³²⁰ - قانون إحداث محاكم التجارية الصادرة بتاريخ 12/02/1997 الذي ينص في مادته الثانية على إحداث قاضي مكلف بمتابعة إجراءات التنفيذ لدى هذه المحاكم. للسلطة التقديرية لرئيس المحكمة. ومن القواعد

يمكن كذلك أن تؤسس على صعوبات وقتية، والفرق بين إيقاف التنفيذ بناء على طلب إصلاح خطأ مادي أو تأويل الحكم التحكيمي أو إيقاف التنفيذ بناء على صعوبة وقتية، هو أجل إثارة هذا الطعن الذي يبقى مفتوحا في حالة الصعوبة الوقتية، إذ أنه يمكن إثارتها حتى قبل تنفيذ الحكم التحكيمي، لأن شرط البدء في التحكيم ليس مطلوبا لقبول هاته الدعوى بل يكفي أن يكون المتضرر من تنفيذ هذا الحكم مهتدا مستقبلا حتى يخول له تقديم طلب إيقاف التنفيذ بناء على صعوبة وقتية.

أما إذا جاءت لاحقة على تنفيذه فهنا سوف نكون أمام صعوبة موضوعية مبنية على الطعن في عدم قانونية إجراءات التنفيذ مثلا، لكن الواقع العملي أبان أن صعوبة التنفيذ تثار أثناء التنفيذ إما من طرف المتضرر أو حتى عون التنفيذ وهي صعوبات تنشأ بعد صدور الحكم طبعاً، وموازية مع إجراءات التنفيذ وإذا كان المشرع في ق م خول للطرف المتضرر إثارة هاته الصعوبة التي تكون عادة إما مادية أو قانونية فإنه لم يحدد شروطها وترك الأمر للسلطة التقديرية لرئيس المحكمة . ومن القواعد القارة في العمل القضائي بخصوص الصعوبات القانونية أن تؤسس على وقائع لاحقة على الأمر تنفيذه.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يضع معياراً يستند عليه لإيقاف تنفيذ الحكم أو تأجيله نتيجة وجود صعوبات قانونية أو واقعية . - وهنا نقف على الجانب السلبي للعمل القضائي - أو أننا نجده يتدخل في كل مرحلة من مراحل نظام التحكيم مما يدفعنا للقول أن هذا النظام لم يستطع أن يكون حصناً منيعاً يحمي أطرافه من ولوج ردهات المحاكم.

وموقفنا هذا ليست الغاية منه التقليل من شأن خبرة القضاء في حل النزاعات إنما مرده أن إرادة أطراف النزاع يجب أن تشكل القانون الأوحد للفصل في خلافاتهم، خصوصاً وأننا في المجال التجاري نكون أمام أشخاص محترفين سواء كانوا طبيعيين أو معنويين، والمفروض فيهم أن يتحملوا نتيجة اختياراتهم لا أن يتخذوا القضاء ذريعة لإطالة أمد النزاع.

إذن فمجال الصعوبات التي يمكن إثارتها في وجه تنفيذ الأحكام التحكيمية لإيقافها وتجميد آثارها منها ما هو قانوني أو توماتيكي في نتيجته، ومنها ما يكفي فيه سلوك

القارة في العمل القضائي بخصوص الصعوبات القانونية أن تؤسس على وقائع لاحقة على الأمر المطلوب تنفيذه.

المسطرة المذكورة حتى يتم إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي كما هو حال الطعن بالبطلان... ناهيك عن السلطة التقديرية لرئيس المحكمة المختص فيما يخص إيقاف التنفيذ بناء على الصعوبات الوقتية والواقعية.

بعدما رأينا أسباب إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي من خلال دور رئيس المحكمة المختص أشرنا أن الطعن بالبطلان ضد هذا الحكم يؤدي بصفة أوتوماتيكية إلى إيقافه بقوة القانون إلى غاية البت في هذا البطلان وهذا هو موضوع المطلب الثاني .

المطلب الثاني: الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي

دعوى البطلان ترمي في أساسها إلى محو كل المراحل التي قطعها النزاع وإعادة الأطراف للوضع الذي كانوا عليه قبل المنازعة. إلا أن دراسة تنظيمها من طرف التعديل الأخير الوارد بالقانون رقم 08-05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من ق.م.م، يقتضي الوقوف على وضعها قبل هذا التعديل حتى نفهم أكثر فلسفة المشرع ونظراته لمنظومة التحكيم بما يلائم ما تفرضه العولمة من تحديات. ولذلك سنتناول الطعن بالبطلان كقيد تشريعي قبل وبعد قانون 08-05.

لم يكن قانون المسطرة المدنية المعدل سنة 1974 يسمح بالطعن بالبطلان ضد الأحكام التحكيمية في أية حالة مقتصرًا على إمكانية الطعن فيها بإعادة النظر وتعرض الغير الخارج عن الخصومة بمقتضى الفصلين 325 و326 ق م م لأن إرادة المنع عبر عنها المشرع صراحة في الفصل 319 ق م م*. وأمام هذا المنع الصريح كان أطراف الاتفاق التحكيمي بصورتيه عقد التحكيم أو شرط التحكيم يلجؤون إلى القواعد العامة ويرفعون دعوى البطلان أمام القضاء الابتدائي.

إلا أن محاكم الموضوع كانت في تحليلها تتمسك بحرفية الفصل 319 ق م م وتقضي بعدم قبول الدعوى وليس برفضها وبمعنى آخر كانت دعوى البطلان غير مسموعة.³²¹

* - راجع بخصوص وضع طرق الطعن العادية وغير العادية في أحكام الاتفاقية الأوروبية وخصوصا الطعن بالبطلان التي لم ترد فيها أية قواعد تتعلق بالطعن في قرار التحكيم الداخلي (محسن شفيق ص 326، " التحكيم التجاري الدولي"، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة الغربية، الطبعة 1997".
³²¹ - جاء في قرار المجلس الأعلى عدد 79 مؤرخ في 2004/01/21 ملف تجاري عدد 2002/1/3/496 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقالات عدد 6 شتنبر 2004: "... طرق الطعن يحددها

ومن الناحية المسطرية كانت دعوى البطلان تثار بموازاة مع طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، لكن العمل القضائي بما في ذلك المجلس الأعلى آنذاك، بصفته محكمة قانون يقضي بتأييد الأحكام التي قضت بعدم قبول الطلب على أساس الفصل 319 من ق م م.

هذا المنع الصريح من طرف المشرع ما قبل التعديل كان نتيجة إيمانه العميق باحترام إرادة أطراف اتفاق التحكيم، لان فتح المجال للأطراف لدخول ساحة القضاء سوف يفرغ هذا النظام من أساسه، وهو اتجاه نراه سليما، لأنه من شأنه أن يدفع المشرع المغربي إلى إمعان النظر في آليات التحكيم الداخلي الاختياري، حتى يخلق منه منظومة متكاملة قائمة بذاتها.

الجدير بالذكر أن قانون المسطرة المدنية لسنة 1912 قبل التعديل الذي عرفه سنة 1974 كان يجيز الطعن بالبطلان في الفصول 540 و541 و543 ق م م القديم.

وعليه يكون المشرع المغربي قد تأرجح بين تبني دعوى البطلان في قانون المسطرة المدنية القديم والتعديل الأخير، وأنه أخذ قسطا من الراحة بين المرحلتين خلال التعديل الأول سنة 1974.

وإذا كان في عودته تبنيه لدعوى البطلان في القانون رقم 08/05 فإن التساؤل المطروح سوف يتمحور حول نطاق هاته الدعوى وآثارها. ولأننا لن نتحدث بإسهاب عن هاته النقطة فلا بد ان نشير أن الطعن بالاستئناف ضد الأمر الرفض منح الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي قد يكون طريقا للنظر بالطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي وهذا بصريح المادة 327-30 من قانون 08-05 وأن الطعن بالبطلان يكون طريقا لطلب رفع يد رئيس محكمة الاستئناف يده عن البت في طلب منح الصيغة التنفيذية (أي استئناف الأمر برفض منح الصيغة التنفيذية).

وهنا حتى وإن كان المشرع قد حث على ضرورة الاستعجال في البت إلا أن هذا لا يمنع من القول بداية أن هناك تداخل بين الطعن بالاستئناف والطعن بالبطلان وهذا التداخل يدفعنا إلى الحديث عن الأخير فقط ما دام الأمر لن يخرج في جميع الأحوال عنه.

القانون، ولما كان قانون المسطرة المدنية الأولي لا يسمح بالطعن في مواجهة المقرر التحكيمي في أية حالة بصريح الفصل 319 منه...".

إذن قبل المصادقة على القانون رقم 08/05 ونقصد لما كان هذا القانون مجرد مشروع فإنه نص في فصله 33-327 على قابلية الأحكام التحكيمية الطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدر في دائرتها. ونفس الوضع احتفظ به بعد المصادقة عليه، إذ أنه بالرجوع إلى الفصول 36-327 و37-327 و38-327 من القانون رقم 08-05 فإن المشرع ذهب بعيدا في مجال إطلاق العنان لتدخل العمل القضائي وتراجع مبدأ سلطان الإرادة. ويتجلى ذلك في توسيع نطاق دعوى البطلان، خصوصا ما جاء في الفقرة 3 و6 من الفصل 36-327، إذ أنه بالرجوع إلى الفقرة 3 من هذا الفصل فإن دعوى البطلان تجد مجالها كلما تجاوزت هيئة التحكيم حدود الاتفاق، وطبعا ليس هذا هو السبب الوحيد للقول ببطلان الحكم التحكيمي بل هناك أسباب أخرى³²²،³²³ إنما اقتصرنا على هذا السبب لغرضه ومساسه بجوهر العقد، الأمر الذي يفتح المجال على مصراعيه لقاضي الموضوع لإعادة النظر في الاتفاق التحكيمي بتأويل آخر قد يقاب موازين الأشياء، فإذا كانت دعوى البطلان مستساغة عندما يتعلق الأمر بحالات الخروقات الشكلية كما أشار إليها المشرع في التعديل الأخير نظرا لوضوح هاته الخروقات فإن رقابة القضاء على موضوع التحكيم سوف يلغي منظومة التحكيم ويكيف اتفاق أطرافه على أنه معلق على شرط مصادقة القضاء عليه، والنتيجة أن المشرع المغربي لم يذهب بعيدا في التعديل الأخير بل عبر عن تذبذب رؤيته وعدم استيعاب غاية وهدف ودور منظومة التحكيم التجاري في الدورة الاقتصادية، لأننا نؤمن إلى حد بعيد أن هذا التعديل لم يستحضر الجانب الاقتصادي للتحكيم الداخلي الاختياري بما يلائم نظام العولمة الذي يقوم على المبادرة الفردية ولا يسعنا إلا القول أن هذا التوجه تراجع خطير ويشكل ضربة قوية لمبدأ سلطان الإرادة.

³²²- نص المشرع في الفصل 36-327 من القانون رقم 08-05 حصريا على حالات الطعن بالبطلان وحددها في سبعة حالة.

إلا أن الملاحظ أن هذا التعداد الحصري يفتح عند الوقوف على بعض حالات البطلان، المجال واسعا أمام اعتبار حالات أخرى، كالطعن بالبطلان خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام.

³²³ - Ph Fouchard, le caractère limitatif de cas d'ouverture de recours en annulation (Art. 1448, B.CP.C) note sous cass. Civ, 2^e. 16 novembre 1988 Rev-Arb 1989.

ولعل المشرع المغربي تأثر من الناحية التقنية القانونية ونعني بها صياغة النص القانوني، بالقانون المقارن وخصوصا القانون الفرنسي* وما يكرس هذا التوجه الذي تبناه المشرع دون هوادة هو تنصيبه على عدم إمكانية الاتفاق على منع أحد الأطراف من مباشرة دعوى البطلان وبالنسبة للمعمول به على المستوى العملي ، فإن إبطال حكم التحكيم الداخلي التجاري يثار على شكل دفع اثناء النظر في طلب تذييل حكم المحكمين بالصيغة التنفيذية امام رئيس المحكمة المختص ~.

ودعاوى بطلان الاحكام التحكيمية ليست هي المجال الوحيد الذي يكتنفه الغموض، بل إن مفهوم النظام العام مقارنة مع شروط عقد التحكيم سوف يوسع لا محالة من تدخل القضاء بشكل كبير قد يسوقنا في آخر المطاف إلى تبني عقود نموذجية تنفادي القواعد التي خلقها القضاء في تحديده لمفهوم النظام العام .

وإذا كان المشرع في التعديل الأخير قد حاول التلطيف من تدخل القضاء عندما نص في الفصل 37-327 أن محكمة الاستئناف إذا أبطلت الحكم التحكيمي لها أن تتصدى لجوهر النزاع، كما نص في الفصل 38-327 على إلزامها أن تأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي ويكون قرارها نهائيا، لكن هذا التلطيف هو الآخر مفروغ منه ما دام عامل الزمن هو العامل الحاسم في نزاعات التحكيم من جهة ومن جهة أخرى يخرج التحكيم من طابعه التعاقدي ليصبح الأطراف أمام حكم قضائي.

هنا لا بد لنا أن نعترف أن الموضوع صعب المنال على مستوى الخروج بنظرة متوازنة بين سرعة البت في النزاع وفق إرادة الأطراف والقانون الذي اختاروا الإذعان له وبين حفظ حقوق الأطراف في التقاضي عن طريق الطعن القضائي وهذا التجاذب هو مصدر اختلاف المواقف بين مؤيد ومعارض لتدخل القضاء. لكن هاته الصعوبة في نظرنا لا تشفع للقائلين بهذا التدخل، لأننا نؤمن منذ البداية أن اختيار الأطراف عقد التحكيم أو شرط التحكيم هو انصراف إرادتهم إلى الابتعاد قدر الإمكان عن ساحة القضاء.

تنص المادة 1717 من القانون البلجيكي الصادر في 27 / 03 / 1985 والمعدل بتاريخ 16 / 05 / 98* على إمكانية اتفاق الاطراف على استبعاد الطعن بالبطلان مع بعض القيود التي تتعلق بجنسية الاطراف واقامتهم.

~ راجع ايضا بهذا الخصوص حفيظة السيد الحداد " الطعن بالبطلان على احكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي طبعة 1977.

هاته طبعاً بعض الجوانب والاقتراحات التي تطرقنا إليها في إطار تناول نقائص وعيوب منظومة التحكيم الاختياري الداخلي من هذا الجانب ويبدو أن مجال الطعن في الأحكام التحكيمية سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة لا يقتصر على أطراف النزاع بل قد يأتي هذا الطعن من الغير عن طريق الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة أو حتى من طرفي النزاع عن طريق الطعن بإعادة النظر مع ما يترتب على هاته الطعون غير العادية من آثار سلبية تحول دون قيام نظام تحكيمي مستقل وهذا هو موضوع المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الطعون غير العادية التي تواجه الحكم التحكيمي

بالنسبة لطرق الطعن غير العادية³²⁴ والتي تتعلق بالأحكام التحكيمية الصادرة في إطار التحكيم الداخلي الاختياري لا بد أن نشير من البداية على مستوى هذا المبحث أن الأمر يقتصر على الطعن بالتعرض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بإعادة النظر، وإذا كان الطعن بالنقض يدخل في زمرة هاته الطعون فإن الأحكام التحكيمية لا تقبل النقض بصفة مباشرة أي أن النقض لا ينصب على الحكم التحكيمي بذاته بل الذي يقبل الطعن بالنقض هي القرارات الصادرة انتهائياً في طلب إعادة النظر أو استئناف حكم منح الصيغة التنفيذية أو رفضها.

والحصول من ذلك أننا سوف نتناول فقط طعني تعرض الغير الخارج عن الخصومة وإعادة النظر.

إن سلوك كلا الطعنين محصن مبدئياً من طرف القانون رقم 05-08 بشروط معينة وإطار قانوني دقيق أما من حيث الأثر المترتب عنها فإنه لا يترتب عليها الأثر الموقف للتنفيذ، كما أنه يحكم على الجهة الخاسرة للدعوى بغرامة مالية.

إلا أنه ورغم أن الطعون غير العادية لا ترتب الأثر الواقف على الحكم التحكيمي فإن هذا الأخير حتى وإن كان لا يقبل أي طعن عادي³²⁵ فإنه يفقد حجبيته وهذه الأخيرة

³²⁴ طرق الطعن غير العادية محصورة في القانون رقم 05-08 في ثلاثة طرق: تعرض الغير الخارج عن الخصومة وإعادة النظر، النقض أما طرق الطعن العادية فقد استثنى المشرع المغربي في التعديل الطعن بالتعرض والاستئناف، عكس القانون الفرنسي الذي يسمح بالطعن بالاستئناف.

³²⁵ القانون المغربي سواء قبل التعديل أو بعده في ظل القانون رقم 05-08 لم يكن يسمح بأي طعن عادي بخلاف القانون الفرنسي الذي يسمح بالطعن بالاستئناف ضد الأحكام التحكيمية الداخلية مبدئياً.

تضمحل بمجرد إلغاءه بواسطة الحكم القضائي الصادر في إطار الطعن بإعادة النظر أو تعرض الغير الخارج عن الخصومة وهذا هو موضوع هذا البحث الذي نقترح تناوله من خلال مطلبين، نتناول في الأول: الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة، على أن نخرج في المطلب الموالي: للطعن بإعادة النظر.

وما يهمنا في كلا الطعنين هو تأثيرهما السلبي على حجية الأحكام التحكيمية الداخلية وتوسيع المشرع لمجال تدخل القضاء في نظام التحكيم الداخلي بصفة عامة.

المطلب الأول: تعرض الغير الخارج عن الخصومة

إن تعرض الغير الخارج عن الخصومة، كما يظهر من تسميته، هو حق قاصر على من لم يكن طرفا في الخصومة ولم يمثل فيها. وحماية لهذا الغير خوله المشرع حق الطعن في الحكم التحكيمي، وإذا كان المشرع المغربي قد عمل بهذا النظام فإن مرد ذلك تفاعله مع بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي وبخلاف ذلك فإن القانون المصري لا يسمح بغير الطعن بالبطلان حفاظا منه على تحصين اتفاق التحكيم من تدخل القضاء مع ما يترتب على ذلك من سلبيات.

والمشرع المغربي إزاء إمكانية الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة سواء في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 أو في ظل التعديل الأخير له موقف لا بد من الإشارة إليه في إطار السياق الذي اخترناه وتوضيح مدى توفقه في خلق إطار قانوني متكامل لنظام التحكيم الاختياري الداخلي.

فإذا رجعنا إلى قانون المسطرة المدنية وبالتحديد إلى الفصل 325، نجد المشرع قد خول الغير حق الطعن في الأحكام التحكيمية بالتعرض عليها بصفته لم يكن ممثلا فيها ولم يكن طرفا في النزاع، وجاء هذا الجواز غاية في الوضوح إلى حد بعيد ذهب فيه إلى تعطيل آثار هاته الأحكام اتجاه هذا الغير حتى وإن ذيلت بأمر أو قرار

ونرى أن المشرع المصري أكثر صوابا عندما منع جميع أنواع الطعون ما عدا دعوى البطلان بمقتضى المادتين 52 و55 من قانون المرافعات المدنية.

الصيغة التنفيذية مع إحالته على الفصلين 303 إلى 305 المرتبطة بالشروط الواجب اتباعها والتنفيذ بها نظر للوضع الغير العادي لهاته المسطرة.³²⁶

هذا الوضع سوف يتكرر في ظل القانون رقم 05-08 الفصل 35-327 وفيه سوف يحتفظ المشرع المغربي بنفس المضمون إلا أن الجديد الذي أتى به هو استثناء هذا الطعن كلما تعلق الأمر بمادة التحكيم الدولي وهكذا جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1998/5/27 أنه "... وحيث إنه إذا كانت تتوفر فعلا على حقوق في الشركة التي موضوعها التجزئة العقارية التي كانت مشتركة بين أطراف التحكيم، فإن المشرع قد صان حقوق الغير الذي لم يشملهم حكم المحكمين والحالة أنهم يطالبون بحقوق على موضوع التحكيم عندما نص في الفصل 325 ق م م على أن آثار أحكام المحكمين لا تسري ولو ذيلت بأمر أو قرار الصيغة التنفيذية، والحال أن الفصل 325 من قانون المسطرة المدنية احتاط لمصالح الغير وضمنها ما يفيد الحفاظ على حقوقهم باللجوء إلى تغرض الغير الخارج عن الخصومة ضمن الشروط المقررة في الفصول 303 إلى 305 من القانون المذكور".

وهكذا سار القضاء المغربي وفق ما تمليه نصوص القانون بخصوص وضع الأغيار اتجاه الحكم التحكيمي .

وإذا كان الحكم التحكيمي متى صار نهائيا وتم تذييله بالصيغة التنفيذية أو ارتضى طرفاه الإذعان إلى نتيجته يحوز حجية الشيء المقضي به إلا أنه لا ينتج أثرا واقفا فإنه لا يبقى في نظرنا أمام هذا الغير متى تقدم بهذا الطعن إلا اللجوء إلى القواعد العامة من أجل إجراء حجز تحفظي في انتظار انتهاء مسطرة الطعن المذكورة مع ما يترتب عليها من حقوق إجرائية لطرفي النزاع قصد تمكينهم من الدفاع عن مصالحهم، وهذا الأمر يستدعي زمنا ليس بالهين مما يضرب في العمق إرادة الاطراف، ونقصد بالتحديد الطرف الذي صدر الحكم لصالحه واضمحلال الثقة مستقبلا في التحكيم.

ورغم أن المشرع قد أحاط الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة بعدة شروط قد تحول دون قبوله أحيانا فان الواقع العلمي قد أبان أن هاته النتيجة سواء كانت

³²⁶- باستثناء المشرع المصري الذي ينص في المادة 52 من قانون التحكيم المصري: "لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقا لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

سلبية أم إيجابية أي سواء صدر هذا الحكم بالقبول أو بعدم القبول أو حتى بالرفض فإنه لن يصدر إلا بعد مرور ما يزيد عن السنة، وإذا كان المشرع لم يترتب عن هذا الطعن الأثر الواقف فإن المتقدم به يمكنه اللجوء إلى القواعد العامة في ق م م لإجراء حجز تحفظي كما سبق بيانه من أجل تعطيل نفاذ الحكم التحكيمي.

وبالرجوع إلى القانون رقم 05-08 نجد الفصل 34-327 يقضي بأن الحكم التحكيمي لا يقبل أي طعن، وإن كان يشير إلى الاستثناء المنصوص عليه في الفصلين 35-327 و36-327، فإنه يقصد بذلك الطعن بالبطلان وتعرض الغير الخارج عن الخصومة مع العلم أن هذا الفصل لم يشر إلى الإحالة على الطعن بإعادة النظر.

وعموما فإن صياغة هذا النص توحى فعلا أن الحكم التحكيمي بمجرد صدوره يحوز قوة الشيء المقضي به وبالتالي يصبح واجب التنفيذ، لكن المشرع في الفصل 26-327 من نفس القانون نص على أن الحكم التحكيمي بمجرد صدوره يكتسب حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه، الأمر الذي يفيد أن هاتاه الحجية ليست سوى نهاية المطاف بالنسبة لطرفي النزاع في المسائل التي اختلفوا فيها وتم الفصل فيها بموجب هذا الحكم. وبالتالي فهو حكم غير مشمول بالنفاذ المعجل على الأصل بالنسبة لطرفي النزاع وحجبه المذكورة هي حجية نسبية ما دام الغير لا يواجه بها.

وعليه فإن الآثار التي تترتب على قبول الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة تتمثل في إصدار حكم قضائي، فإذا قضى هذا الحكم بإلغاء الحكم التحكيمي لمساسه بحقوق هذا الغير فإن المراكز القانونية لأطراف التحكيم لا تتأثر إزاء بعضهم البعض مما يعني أن إلغاء هذا الحكم يكون في حدود مصلحة هذا الغير أما تمتع الحكم التحكيمي الملغى بحجية الشيء المقضي به فتظل قائمة بين أطرافه.

لكن السؤال المطروح يظل دائما يتمحور حول قيمة هذا الطعن إذا كان لم يترتب عنه الأثر الواقف.

إن مرد هذا التساؤل هو أننا أمام طعن غير عادي وأن القواعد العامة التي تحكم هاتاه الطعون هي أنها لا توقف تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة في شأنها، ومع ذلك فهذا لا يمنع من تقديم طلب إيقاف التنفيذ موازاة مع مسطرة الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة، خصوصا إذا كان الطرف المستفيد من الحكم التحكيمي على دراية بالوضعية القانونية لهذا الغير وتعهد بسوء نية عدم إدخاله في النزاع وعدم استدعائه

. وهذا التوجه سوف يفرضه واقع الحال وإن كنا لا نناصره لأنه من شأنه أن يزيد من تعقيد وإطالة أمد النزاع ويفرغ نظرية التحكيم الاختياري من محتواها، ومرة أخرى نستحضر صعوبة هذا الموضوع لأن المشرع في التعديل الأخير تعذر عليه خلق التوازن بين المبادرة الخاصة وحقوق الغير.

لكن أغلب الأحكام القضائية وحتى الآن في مجال التحكيم تسير في اتجاه عدم الاستجابة إلى طلبات إيقاف التنفيذ المبنية على وجود مسطرة موازية للطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة.

ومع ذلك فإنه بالرجوع إلى القواعد العامة في قانون المسطرة المدنية فإن الإجراءات الواجب اتباعها توحى للقارئ أننا أمام نزاع قضائي بكل مقوماته وجوانبه السلبية التي حاول أطراف عقد التحكيم التجاري تفاديها منذ بداية المعاملة القانونية، بل إن المشرع سواء في قانون المسطرة لسنة 1974 والقانون رقم 08/05 ذهب بعيدا عندما حول أطراف النزاع الطعن بإعادة النظر ولو ضمن شروط معينة وهذا هو موضوع الطلب الثاني.

المطلب الثاني: الطعن بإعادة النظر في الحكم التحكيمي وحججه

بداية نشير أن الطعن بإعادة النظر، شأنه شأن تعرض الغير الخارج عن الخصومة هو طعن استثنائي لا يرتب الأثر الواقف، كما أن قواعد تنظيمه منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية ولم يخصها المشرع بتنظيم خاص بما يلائم خصوصية التحكيم الاختياري الداخلي.

ونحن سوف نحاول تسليط الضوء على الوضعية القانونية لهذا الطعن في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 من جهة والقانون الحالي رقم 05-08 حتى نقف على دواعي إبقاء المشرع على هذا الطعن في ظل القانونيين على اعتبار أن عملية تعديل أي قانون تقتضي حدوث سلسلة من التعديلات على مستوى مجموعة النصوص حتى لا يقع التعارض بينها أما إذا كان هذا التعديل جزئي فإن الغاية منه تصبح عديمة الجدوى.

رغم ما طال قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 من تعديل بواسطة القانون رقم 05-08 فإن المشرع ظل مخلصا لمنهجية الطعون القضائية ضد الأحكام التحكيمية فاحتفظ لأطراف الخصومة بالطعن ضد الحكم التحكيمي بإعادة النظر.

وبالرجوع إلى الفصل 319 من قانون المسطرة المدنية فإنه يوحى هو الآخر بداية بأن الحكم التحكيمي لا يقبل الطعن في أية حالة، إلا أن المشرع سوف يستدرك في الفصل 326 من ذات القانون ويخول أطراف النزاع هاته الإمكانية.

فالقاعدة القانونية في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 تقضي بجواز الطعن بإعادة النظر ضد الحكم التحكيمي وقد سار القضاء على هذا النهج في عدة أحكام مستندا إلى الفصل 326 من قانون المسطرة المدنية ومن تم أصبحت هاته القاعدة مسلم بها قانونا وقضاء.

وبالرجوع إلى الفصل 34-327 من القانون رقم 05-08 فإن الحكم التحكيمي يخضع لإعادة النظر طبقا للفصل 402 وما بعده مع الاختصاص النوعي للمحكمة المختصة أصلا بالنزاع قبل وجود اتفاق التحكيم.

وبالتالي فإن حالات وإجراءات الطعن بإعادة النظر ضد حكم التحكيم التجاري الداخلي هي نفسها حالات وإجراءات الطعن بإعادة النظر ضد الحكم القضائي من حيث المبدأ و أن المشرع حدد هاته الحالات على سبيل الحصر في الفصل 402 من قانون المسطرة المدنية، فإذا كانت الأسباب الخمس الأولى لا تثير أي خلاف حول انسجامها مع طبيعة الحكم التحكيمي فإن السبب السادس والسابع يقيان محل نظر . ومرجع ذلك أن قيمتهما نظرية ليس إلا . ففيما يخص السبب المتعلق بتناقض حكمين انتهائيين لعدة عدم اطلاع المحكمة على حكم سابق أو لخطأ واقعي، فإنه واقعيًا وعمليًا يصعب تصور هذا الأمر لأن مسطرة التحكيم حضورية بالنسبة لطرفي الاتفاق، ولا تتم إجراءاتها إلا بعد تأكد المحكم أو الهيئة التحكيمية من حضور أطراف النزاع جميع أطوار المسطرة وبالتالي فإن صدور حكمين تحكيمين بين نفس الأطراف واستنادا إلى نفس الوسائل يصعب توقعه عمليا دون أن يثير أحد الطرفين سببية البت.

أما بخصوص السبب السابع لإعادة النظر فإنه لا يمكن تحققه قانونيا إلا إذا تم خرق مقتضيات النظام العام كما أن القاصرين إذا كان مأدونا لهم بممارسة التجارة، فإنهم يعدون راشداء، و الإدارات العمومية عندما تلجأ إلى التحكيم تكون ملزمة بنتيجة التحكيم ولا يمكنها أن تدفع بأية حصانة، لأن الأمر في هاته الحالة يكون تقاضيا بسوء نية، هذه طبعا بعض الإشارات التي توضح لنا أن تعديل الفصول القانونية المنظمة للتحكيم الداخلي لم تتم بعد دراسة عميقة تنطلق من الصعوبات التي يبرزها

الواقع وهذا ما ثبت لنا بخصوص أسباب إعادة النظر المشار إليها في الفقرة السادسة والسابعة من الفصل المذكور.

وحتى نقف على الجانب السلبي الذي يؤثر على حجية الحكم التحكيمي فإننا سوف نتناول بالتوضيح آثار الطعن بإعادة النظر وحجية الحكم التحكيمي .

كما هو حال الطعون غير العادية، فإن الطعن بإعادة النظر ضد الحكم التحكيمي لا يترتب الأثر الواقف كقاعدة إلا أن هاته الحالة لها استثناء يجد مرجعيته في القواعد العامة، إذ بإمكان الطرف المتضرر من مواصلة تنفيذ الحكم التحكيمي أن يتقدم لدى المحكمة المختصة بطلب إيقاف التنفيذ وتتم الاستجابة له إذا ما رأت المحكمة أن تنفيذ الحكم التحكيمي سوف يترتب عنه ضررا يتعذر تداركه لاحقا.

وبناء عليه إذا تم قبول الطعن بإعادة النظر ضد الحكم التحكيمي ونعني به قبوله على مستوى الشكل متى استجمع جميع شروطه وكذا على مستوى الموضوع متى تحققت أسبابه فإنه طبقا للفصلين 408 و409 قانون المسطرة المدنية، يتم الرجوع فيه ويتم كذلك إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره.

وإذا كان البعض لا يرى مانعا من الأخذ بالطعن بإعادة النظر، فإننا نسير مع الاتجاه الذي يرى حصره في حالة واحدة وهي إذا تم الاعتماد في إصدار الحكم التحكيمي على أدلة إثبات ثبت فيما بعد أنها مزورة، لأن فتح المجال على مصراعيه لاعتماد جميع أسباب إعادة النظر سوف يعطل آثار الحكم التحكيمي، خصوصا وكما أشرنا إلى ذلك سابقا فإن القضاء المغربي بإمكانه إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي متى كان انتهائيا بناء على تحقق أسباب إعادة النظر وذلك في انتظار البت في الدعوى الأصلية، خصوصا وأن أسباب إعادة النظر يمكن الاستعاضة عنها بأسباب الطعن بالبطلان.

هكذا نخلص إلى أن التدخل القضائي في التحكيم يجعلنا منذ البداية نؤمن أننا أمام منظومة من الطعون القضائية وليس نظام للتحكيم وأنها على المستوى التقني تواجه بان الفصول القانونية التي تنظم هاته الطعون تفوق تلك التي تنظم التحكيم، كما أن احتفاظ المشرع بكل تلك طرق الطعن يوحي أننا أمام نزاع مختلط يبتدئ اتفاقيا وينتهي قضائيا.

وإذا كان التدخل القضائي يراد منه رسم الحدود لإرادة الأطراف وسلطة المحكمين حتى لا يتم المساس بالمنظومة الوطنية للحقوق والالتزامات فإن المشرع لم ينجح في مقاربتة ، لأنه أحاط التحكيم الداخلي بصفة عامة بسياج محكم من الطعون يتعذر معها تحقيق استقلالية هذا النظام والغاية المثلى منه.

تم بحمد الله

الرموز

ق م م : قانون المسطرة المدنية

ق ق م م : القانون القديم للمسطرة المدنية

ق ج م م : القانون الجديد للمسطرة المدنية

ق ل ع م : قانون الالتزامات والعقود المغربي

ج : جديد

ط : طبعة

م ج : مرجع سابق.

المراجع

اولا : المراجع المتخصصة

د - احمد السيد صاوي : التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 واتظمة التحكيم المؤسسة الفنية للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية 2004.

د - رضا السيد عبد الحميد : مسائل في التحكيم تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، الطبعة الاولى دار النهضة العربية 1997.

د - عاشور مبروك : النظام الاجرائي لخصومة التحكيم مكتبة الجلاء المنصورة
1996.

د - حفيظة السيد الحداد : الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث
استقلاليتها واثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية
2001.

د - محمد نور عبد الهادي شحاتة : الرقابة على اعمال المحكمين موضوعها
وصورتها دار النهضة دراسة مقارنة.

د - امال احمد الفرايري : دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم منشأة المعارف
الاسكندرية.

د - محمد نور عبد الهادي شحاتة : الرقابة على اعمال المحكمين موضوعها
وصورتها , دار النهضة دراسة مقارنة.

ثانيا : المراجع العامة:

د - أنور طلبة : الطعن بالاستئناف والطعن باعادة النظر ، دار الفكر العربي مصر.

د - ادريس العلوي العبدلاوي : طرق الطعن في الاحكام ، المطبعة الاقليمية ، مراكش
طبعة 1984.

د - حفيظة السيد الحداد : الطعن بالبطلان في احكام التحكيم الصادرة في المنازعات
الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، طبعة 1997.

د - رضا السيد عبد الحميد : تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة ، طبعة
اولى دار النهضة العربية 1997.

ثالثا : البحوث والمقالات:

مديرية التعاون والدراسات والتحديث : مناقشة لمشروع قانون 05 - 08 سنة 2007.

La revue marocaine d'arbitrage arabe et international..... N°3-4/2017 .

رابعاً : المجالات القانونية:

المجلة المغربية للقانون والاعمال والمقاولات 09 /04 عدد 6.

مجلة القضاء والقانون العدد 147.

تنفيذ احكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية واشكالاته

في التشريع الجزائري

إعداد: غلاب عبد الحق (*) (

مقدمة:

اثبت الواقع العملي في مجال الصفقات العمومية، وجود منازعات سواء بمناسبة ابرامها أو بمناسبة تنفيذها أو ما بعد ذلك، وفق المرحلة الإجرائية التي يمتاز بها تنظيم الصفقات العمومية دون سواه من العقود، ونتيجة لتضارب المصالح بين مصلحة متعاقدة تسعى للحفاظ على المال العام وتحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان تنفيذ صفاقتها، وبين متعامل متعاقد يهدف لتحقيق مصالح خاصة، ولما كان السبيل لفض هذه المنازعات هو القضاء الإداري المتميز بإجراءاته الطويلة والصارمة، والشكلية المفرطة والبطء في فض المنازعات، فكان لزاما البحث عن آليات قانونية أخرى لتسوية هذه المنازعات، عملا بقاعدة أن الصفقة العمومية هي شريعة المرفق العام، وجدت لتنفذ ولم توجد لتُفسخ أو تُعطل.

ويعد نظام التحكيم أحد طرق تسوية هذه المنازعات، فقد أصبح التحكيم واقعا حقيقيا مرادفاً لكل نشاط تعاقدى تقوم به الإدارة بصفة عامة، وفي الصفقات العمومية بصفة خاصة، وإن احتلت الصفقات ذات الطابع الدولي الجانب الأعم من ذلك، ونتيجة ما يحققه هذا النظام من مرونة تتلاءم مع كافة المنازعات وتتماشى مع خصوصية كل منازعة، باعتباره ينشأ من إتفاق الأطراف، وتلعب الإرادة الدور الأكبر فيه، لذلك كَيف المشرع الجزائري المنظومة القانونية للصفقات العمومية، وعجل بتحسينها، فأجاز المشرع التحكيم بصفة صريحة في تنظيم الصفقات العمومية الجديد في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي، وإن لم يفعل نفس الامر في التحكيم الداخلي نتيجة غياب مؤسسات تحكيم داخلية أو نتيجة عدم اهتمام طرفي الصفقة العمومية بذلك، هذا ما يؤكد إرادة المشرع في تعميم آليات فض المنازعات الودية وإن كان

(*) أستاذ مؤقت، باحث سنة ثانية دكتوراه ل م د، تخصص قانون عام، جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان

الهدف هو غايات اقتصادية، فإن أهم غاية هو تجاوز إشكاليات القضاء الإداري المميز بحدائته نشأته وطول اجراءاته وتعقيدهاته خاصة في مسألة تنفيذ أحكامه وقراراته.

ولقد أجاز المشرع الجزائري لأول مرة للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية⁽³²⁸⁾ بصدور المرسوم التشريعي 09-93⁽³²⁹⁾، فصار بإمكان الدولة والأشخاص القانونية العامة تقديم تنازلات لتكون طرفاً في اتفاقية التحكيم الدولي⁽³³⁰⁾، فألغى المشرع أحكام المادة 442 ق إ م القديم واستبدلها بأحكام أخرى⁽³³¹⁾، إلا أنه يمكن ملاحظة أن التحكيم في الصفقات العمومية ذات الطابع المحلي في ظل المرسوم التشريعي 09-93 والتي لا يكون أحد عناصرها عنصراً أجنبياً غير ممكن وهو ما أكدته المادة 99 من المرسوم 91-434⁽³³²⁾ التي أحالت إلى المادة 7 من ق إ م الملغى، وهو نفس الموقف للمشرع في

⁽³²⁸⁾ قصر المشرع في هذه المرحلة إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وحدد النزاعات المتعلقة بذلك، وهذا ما يفهم من سياق الفقرة الثانية من المادة 442 الملغاة والتي نصت على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية...."، ويتضح أن المشرع مزال متحفظاً من مبدأ لجوء الدولة والأشخاص المعنوية للتحكيم، حيث قصر ذلك على منازعات العلاقات التجارية الدولية، والتي قد تشمل بعض منازعات العقود الإدارية الدولية وفق المعيار الذي كرسه المشرع في إطار المادة 458 مكرر الملغاة والتي جعلت معيار قانوني يقوم على أساس العنصر الأجنبي في العقد سواء تعلق الأمر بشخص طبيعي أو معنوي، أي أن العلاقة التعاقدية قد تنصل بأكثر من نظام قانوني، ومعيار آخر اقتصادي مؤداه أنه متى تعلق الأمر بمنزلة تتعلق بمصالح التجارة الدولية عد التحكيم دولياً

(329) مرسوم تشريعي رقم 09-93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل ويتم الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والملغى، ج ر ع 27، مؤرخة في 27 أبريل 1993، ص58.

⁽³³⁰⁾ Chems-Eddine.Hafiz, **Le cadre juridique Algérien en matière d'arbitrage international**, Publié sur www.avocats.fr Le 27/01/14, vu le 25/04/2014 à 20:30.

(331) راجع موقف التشريع الجزائري من التحكيم التجاري الدولي وأسباب ظهور هذا المرسوم التشريعي 09-93 وأمثلة عملية لاتفاقيات دولية أبرمتها الجزائر نصت على إمكانية اللجوء للتحكيم التجاري الدولي (L'Histoire de l'arbitrage commercial international en Algérie, MOSTEFA TRARI TANI, **Droit algérien de l'arbitrage commercial international**, 1ère Edition, Edition BERTI, alger2007, p17,p24.)

(نصت المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم³³² الصفقات العمومية، ج ر ع 57، المؤرخة في 13 نوفمبر 1991، ص221، على: "تسوى الخلافات التي تطرأ إبان تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل".

ظل المرسوم الرئاسي 02-250⁽³³³⁾ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، رغم ما يحيط بذلك من غموض.

غير أنه بصدور قانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أولى المشرع أهمية خاصة للتحكيم كأحد الطرق البديلة لفض النزاعات وذلك بتخصيص الكتاب الأخير منه لتنظيم قواعده واحكامه، وجاء موقف المشرع الجزائي واضحا وصريحا من التحكيم في الصفقات العمومية، فقد جاءت المادة 975 ق إ م⁽³³⁴⁾ ضمن الكتاب المتعلق بالإجراءات الإدارية، وجعلت إمكانية لجوء الأشخاص الاعتبارية العامة إلى التحكيم في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية، وأكدت المادة 1006 ق إ م⁽³³⁵⁾ في فقرتها الثالثة على إجازة التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام في علاقاتها الاقتصادية الدولية وكذا في مادة الصفقات العمومية.

أما في إطار المرسوم الرئاسي 10-236⁽³³⁶⁾ الملغى فبالرجوع للمادة 62 منه نجد أنها أوجبت أن تشير كل صفة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم، وأوجبت أن تتضمن جملة من البيانات منها على الخصوص القانون الواجب التطبيق وشرط تسوية الخلافات، ونصت المادة 115 المعدلة بموجب المرسوم 12-23⁽³³⁷⁾ على أنه: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"، ويفهم من النص وتأسيسا على ما سبق من المواد أن المشرع فتح مجال اللجوء إلى التحكيم، متى تعلق الأمر بصفة عمومية أبرمت من طرف المؤسسات المذكورة في المادة 02 من المرسوم 10-236 الملغى مهما كانت طبيعتها، إلا أنه جعل ذلك أمرا ثانويا، أي أنه في حالة عدم التوصل إلى حل ودي، يقضي بإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على كل

⁽³³³⁾ انظر المادة 102 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 52، مؤرخة في 28 يوليو 2002، ص3 المعدل والمتمم.

⁽³³⁴⁾ نصت المادة 975 ق إ م على: " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"

⁽³³⁵⁾ نصت المادة 1006 فقرة 3 على: " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"

⁽³³⁶⁾ المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 58، المؤرخة في 07 أكتوبر 2010، ص3

⁽³³⁷⁾ المرسوم الرئاسي 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، المتضمن تعديل المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر ع 4، ص17

طرف من طرفي منازعات تنفيذ صفقات أشغال أو لوازم أو دراسات أو خدمات، فإنه يمكن اللجوء إلى التحكيم.

أما في ظل المرسوم الرئاسي 15-247⁽³³⁸⁾ الجديد فقد أجاز المشرع التحكيم الداخلي بصفة ضمنية في القسم الحادي عشر منه خاصة في الفقرة الأولى المادة 153 منه، حيث أحال إلى تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة إلى الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها أي الإحالة إلى الآليات الموجودة قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي من بينها التحكيم، غير أن المشرع في ظل غياب هيئات تحكيم داخلية أسند تسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية الداخلية إلى لجنة تم إنشائها بموجب المادة 154 وحدد شروط وإجراءات اللجوء إلى هذه اللجنة في المادة 155 من ذات المرسوم. أما بالنسبة للتحكيم الدولي فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 153 سابقة الذكر على إجازته صراحة وإن كان ذلك بشروط⁽³³⁹⁾، كما يمكن أن نستشف إجازة التحكيم أيضا في الفقرة السابعة من المادة السابعة من ذات المرسوم حيث أخرجت العقود المتعلقة بخدمات التحكيم من الخضوع لأحكام الباب المتعلق بإجراءات إبرام الصفقات العمومية وبذلك يمكن القول أنه بصور المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد كرس المشرع مبدأ التسوية الودية لمنازعات تنفيذ الصفقة العمومية والتي يعد التحكيم أحد آلياتها.

وتبعاً لما تقدم يمكن اعتبار أن المشرع في أجاز للمصالح المتعاقدة طلب التحكيم فيما يخص منازعات تنفيذ صفقاتها، رغم عدم تنظيمه المسألة بشكل دقيق، مما أثار إشكالات عديدة سواء حول أهلية الأشخاص العامة لطلب التحكيم أو من خلال الإشكالات الناتجة عن الاحالات إلى القواعد المشتركة التي تحكم التحكيم والتي من بينها كيفية تنفيذ أحكام التحكيم.

ولقد حظي التحكيم بعناية الفكر القانوني الحديث نظراً لمزاياه العديدة، والتي من بينها قابلية أحكامه للتنفيذ الطوعي على اعتباره ينشأ من إرادة الأطراف، إلا أنه قد تواجه حكم التحكيم إشكالات وصعوبات تعطل تنفيذه لينتج عن ذلك دعوى وطعون جديدة تستغرق وقتاً أمام الجهة القضائية المختصة من أجل كفالة التنفيذ أو رفضه

(338) المرسوم الرئاسي 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ع 50، مؤرخة في 20 سبتمبر 2015، ص3.

(339) تنص الفقرة الأخيرة من المادة 153 م ر 15-247 على: "يخضع لجوء المصالح المتعاقدة، في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين أجنب، إلى هيئة تحكيم دولية بناء على اقتراح من الوزير المعني، للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة"

وهو ما قد يفرغ الحكم التحكيمي الصادر في منازعات الصفقات العمومية من كل قيمة عملية وخاصة في الصفقات العملاقة وطويلة المدى، ويستوي ان يكون المعترض على التنفيذ المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد، وانطلاقا من ذلك تتجسد أهمية هذا الموضوع.

وعلى اعتبار ان المشرع أجاز التحكيم صراحة وبشكل عام في تنظيم الصفقات العمومية الجديد، فإنه لم يراع خصوصية الصفقة واطرافها، وخصوصية المنازعة في حد ذاتها، لذا كان لا بد من البحث في موضوع تنفيذ أحكام التحكيم والاشكالات التي تثار بمناسبة، والناجئة عن الإحالات في مجال تنفيذ احكام التحكيم الى القواعد المشتركة التي تحكم هذا الموضوع، وفي محاولة متواضعة الوقوف على مدى ملائمة تطبيق الاحكام العامة التي تحكم تنفيذ احكام التحكيم لتنفيذ احكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية وفقا للتشريع الجزائري.

ويتفرع عن ذلك عدة تساؤلات من ذلك، ماهي الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ أو رفض تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في مادة الصفقات العمومية؟ وما هي حدود اختصاصاتها؟ وما هي الجهة المختصة في النظر في اشكالات تنفيذ احكام التحكيم في هذا المجال؟

وارتأينا ان نخصص للإجابة على الاشكال ثلاث محاور خصنا الاول الى ماهية تنفيذ حكم التحكيم في مجال الصفقات العمومية ، والثاني الى اجراءات تنفيذ احكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية واشكالاته اما الثالث فسننتظر الى اشكالات تنفيذ حكم التحكيم في مجال الصفقات العمومية والجهة المختصة بالنظر فيها.

المبحث الأول: ماهية تنفيذ حكم التحكيم في مجال الصفقات العمومية

يعد حكم التحكيم هو النهاية الطبيعية للعملية التحكيمية في جميع المجالات والتي من بينها مجال الصفقات العمومية، لذلك يقتضي الموضوع ان نبين أولا مفهوم الحكم التحكيمي وهذه مسألة تساعد في التفرقة بينه وبين القرارات ذات الطابع الاجرائي الصادرة عن هيئة التحكيم، وتمكن من معرفة خصائص حكم التحكيم القابل للتنفيذ في منازعات الصفقات العمومية، على اعتبار أن كل ما يصدر في الخصومة التحكيمية لا يعد حكما تحكيميا قابلا للتنفيذ (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى انواع احكام التحكيم التي تكون محل تنفيذ في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني)

المطلب الاول: احكام التحكيم محل التنفيذ في مجال الصفقات العمومية

تعد مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية أو الدولية معيارا حاسما يدل على نجاح عملية التحكيم ككل، على اعتباره نظام بديل لتسوية منازعات تنفيذ الصفقات العمومية، و تنفيذ حكم التحكيم يعد تجسيد الحقيقة التي قضى بها وانتقالها من الجانب النظري إلى الجانب التطبيقي والوصول الى الغاية والهدف من التحكيم، لذلك يقتضي الموضوع ان نحدد تعريفا لحكم التحكيم الذي يكون محلا للتنفيذ في منازعات الصفقات العمومية (الفرع الاول)، ثم نتطرق الى شروط صحة حكم التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية

من المعلوم أن حكم التحكيم قد يكون داخليا أو دوليا وذلك على حسب نوع التحكيم، ووفقا لمعيار علاقة النزاع بالنظام القانوني أو العلاقة الاقتصادية أو المكان، فيخضع لقواعد إما تكون من وضع المشرع الداخلي، أو لقواعد يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية التي انظمت إليها الجزائر والتي من بينها اتفاقية نيويورك حول الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها المبرمة سنة 1958⁽³⁴⁰⁾.

وما يمكن ملاحظته بالنسبة الى تعريف حكم التحكيم ان مختلف النصوص الداخلية المتعلقة بألية التحكيم، سواء في قانون الاجراءات المدنية الملغى⁽³⁴¹⁾ والمعدل بموجب المرسوم التشريعي 93-09، أو الى قانون الاجراءات المدنية والادارية الحالي⁽³⁴²⁾، أن المشرع الجزائري قد عالج أحكام التحكيم من زوايا عديدة إلا أنه لم يحدد المقصود بحكم التحكيم سواء الصادر في المنازعات الصفقات العمومية أو في غيرها من المنازعات.

غير أنه بالرجوع إلى اتفاقية نيويورك نجدنا نصت في الفقرة الثانية من المادة الأولى منها على المقصود بحكم التحكيم بقولها أنه: " يقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الاحكام الصادرة من محكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضا

⁽³⁴⁰⁾ انضمت الجزائر لهذه الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ في 05 نوفمبر 1988 يتضمن الانضمام بتحفظ إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو سنة 1958، والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذه، ج ر ع 48، مؤرخة في 23 نوفمبر 1988، ص 1599.

⁽³⁴¹⁾ الأمر 66-154 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، ج ر ع 47، المؤرخة في 09 يونيو 1966، ص 582

⁽³⁴²⁾ القانون 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، ج ر ع 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص 3.

الاحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف "، غير أن هذا التعريف يعد تعريفا ناقصا لم يشمل كافة جوانب حكم التحكيم فقد اقتصر هذا التعريف على الجهة المصدرة فقط ⁽³⁴³⁾. وبالرجوع أيضا الى بعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بذات الشأن يمكن ملاحظة أنها لم تهتم بمسألة تعريف حكم التحكيم ⁽³⁴⁴⁾، وهو نفس الأمر أيضا بالنسبة الى القواعد المتعلقة بهيئات التحكيم سواء الدولية أو الاقليمية والتي قد يلجأ إليها طرفا منازعة الصفقة العمومية عن طريق اتفاقية التحكيم- اتفاق او شرط التحكيم-، إما بمناسبة اختيارها كنظام تحكيمي ككل، أو بمناسبة اختيار قانونها كقانون واجب التطبيق على منازعة الصفقة، فمثلا بالجوع مثلا الى قواعد عمل الغرفة التجارية الدولية بباريس والتي لجأت إليها الجزائر في أغلب الأحيان في منازعات العقود أو الصفقات العمومية الدولية ⁽³⁴⁵⁾، يلاحظ أن المواد 24 الى غاية 31 منها قد عالجت جوانب متعلقة بحكم التحكيم إلا انها لم تعرفه بأي شكل من الاشكال ⁽³⁴⁶⁾.

ونشير في هذا الاطار أيضا الى أن القانون النموذجي لهيئة الامم المتحدة لقانون التحكيم التجاري الدولي لم يعرف حكم التحكيم، إلا أن المكلفون بتحضير القانون النموذجي لهيئة الامم المتحدة لقانون التحكيم التجاري الدولي بعد دراسات عميقة وشاملة عبر جميع الدول حاولوا إعطاء تعريف لمصطلح حكم التحكيم حيث صرحوا أنه " يقصد بقرار التحكيم القرار النهائي الذي يفصل في كل القضايا التي تمت احالتها الى محكمة التحكيم وأي قرار آخر لمحكمة التحكيم يحسم بشكل نهائي، أي مسألة جوهرية أو مسألة اختصاصها، أو أي مسألة متعلقة بالإجراءات بشرط أن تصف محكمة التحكيم في الحالة الأخيرة القرار الذي توصلت إليه بأنه حكم". وقد اختلف أعضاء اللجنة في العديد من المسائل المتعلقة بالقرارات الصادرة من المحكمين المعينين للفصل في موضوع الاختصاص، أو القرارات المتعلقة بالإجراءات، الامر الذي دفع بوضعي القانون النموذجي الى ترك مسألة تعريف

(343) أنظر إبراهيم رضوان الجعيري، بطلان حكم المحكم، دار الثقافة للنشر، ط1، عمان 2009، ص 30

(344) انظر مثلا اتفاقية جنيف 1961 الموقعة في 21 أبريل 1961 والتي جاءت مستمدة على اتفاقية نيويورك 1958

(345) أنظر حسان كليبي، دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس 2012/2013، ص 39 وما بعدها، حسب دراسة قام بها القاضي محمد البجاوي، أقرت انه من 1981 إلى 1990 الجزائر موجودة كطرف في 79 منازعة تحكيمية لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، أنظر أيضا بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010/2011، ص 39

(346) لمراجعة قواعد عمل غرفة التجارة الدولية بباريس أنظر الموقع www.iccwbo.org

القرار التحكيم جانبا، لذلك لم يوضع في القانون النموذجي المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي⁽³⁴⁷⁾.

وتأسيسا على ما سبق عمد الفقه الى تعريف حكم التحكيم بشكل عام وهو ما ينطبق على منازعات الصفقات العمومية، فانقسم الفقه الى اتجاهين اتجاه موسع، واتجاه مضيق فوفقا للاتجاه الموسع فإنه يقصد بأحكام التحكيم القرارات التي تصدر عن هيئة التحكيم وتفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليها، سواء أكانت احكاما كلية تفصل في موضوع النزاع ككل أم احكاما جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة ذاتها أم بإجراء وقتي أم بالاختصاص أم بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمحكم الى انتهاء الخصومة⁽³⁴⁸⁾.

وينتج عن ذلك ان القرارات التي تصدر عن المؤسسات التحكيمية التي ترفض رد المحكم لا تعد أحكاما تحكيمية تقبل الطعن بالبطلان، كما أن قرارات المحكمون المتعلقة بالإجراءات، كإجراءات التحقيق في الدعوى لا تعد أحكام تحكيم لأنها لا تفصل في المنازعة أو في شق منها⁽³⁴⁹⁾.

أما وفق الاتجاه المضيق فيذهب الى تعريف حكم التحكيم على انه الحكم الذي يفصل في طلب محدد وأن القرارات التي لا تفصل في مثل هذه الطلبات لا تعد أحكام تحكيمية، إلا إذا انتهت بشكل جزئي أو كلي منازعة التحكيم⁽³⁵⁰⁾، ويترتب على ذلك ان القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم حتى ولو كانت متصلة بموضوع النزاع لا تعد مطلقا احكام تحكيم ما دامت لا تفصل في طلب محدد⁽³⁵¹⁾.

ولا تتوقف مسألة تكييف الحكم الصادر عن هيئة التحكيم بأنه حكم تحكيم على الالفاظ المستخدمة من قبل هيئة التحكيم، أو من قبل الخصوم بل تعتمد على حقيقته وفحواه⁽³⁵²⁾، كما أنه لا يجب الربط بين توافر صفة حكم التحكيم وبين جوازية

(347) بشير سليم، الاطروحة السابقة، ص78

(348) مح مد طه سيد احمد، ضمانات تنفيذ احكام التحكيم في منازعات العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية 2015، ص 111

(349) أنظر في هذا المعنى حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2010، ص 294 وما بعدها

(350) بشير سليم، الاطروحة السابقة، ص 50

(351) مح مد طه سيد احمد، المرجع السابق، ص 113

(352) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، طبعة منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 2008، ص

397 وما بعدها

الطعن عليه بدعوى البطلان لإعتبار عمل ما صادر عن هيئة التحكيم حكما تحكيميا كما سنبين ذلك لاحقا.

أما عن خصائص حكم التحكيم فيجب ان يكون حكما ملزما فهو ليس رأيا أو اقتراح على الخصوم لحل نزاع معين، ويترتب على ذلك انه اذا اتفق أطراف الخصومة على ان قرار هيئة التحكيم ليس ملزما إلا إذا صادقوا عليه فإن ذلك لا يعد حكم تحكيم. كما يجب أن يكون حكم التحكيم صادرا عن محكم أو هيئة تحكيم تتولى تعيين محكمين بأسمائهم للنظر في المنازعة حتى نكون أمام حكم تحكيم بالمعنى الفني الدقيق⁽³⁵³⁾. لذلك يقتضي الأمر أن نبين الشروط التي ألزمها المشرع حتى يصدر حكم التحكيم صحيحا في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: شروط صحة حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية

تشارك معظم الأنظمة القانونية المعاصرة وقواعد مؤسسات التحكيم، والاتفاقيات الدولية التي نظمت نظام التحكيم، في التصريح على أن هناك شروط يجب أن يستوفيهها حكم التحكيم، تخص شكله وموضوعه وإلا كان عرضة للطعن والابطال، وتختلف هذه الشروط على حسب نوع التحكيم المتبع، سواء أكان داخليا أو دوليا أو كان حرا أو مؤسسيا، وتبعاً لذلك فالمشرع الجزائري وضع قواعد وشروط معينة حتى يصدر حكم التحكيم الداخلي صحيحا ويكون قابلا للتنفيذ، غير أنه فسح المجال في ذلك الى إرادة الأطراف متى تعلق الامر بحكم التحكيم الدولي كما سنبين ذلك.

اولا: الشروط الشكلية الواجب توفرها في حكم التحكيم

أوجب المشرع الجزائري شروطا شكلية يجب ان تتوفر في حكم التحكيم حتى يكون قابلا للتنفيذ أو يصدر الامر بتنفيذه، وباستقراء النصوص المتعلقة بالشأن يمكن ملاحظة ان الشروط الشكلية تتمثل في:

1. شرط الكتابة:

يعد شرط الكتابة من أهم الشروط الشكلية التي أوجبها المشرع خاصة في حكم التحكيم الداخلي، لأنه شرط لوجود حكم التحكيم في حد ذاته وليس شرطا لإثباته،

(353) م- حمد طه سيد احمد، المرجع السابق، ص 114

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط إلا أنه يستشف من خلال ما أوجبه المشرع الجزائري في أن يتضمن حكم التحكيم عرضاً موجزاً لادعاءات الأطراف، وأوجه دفاعهم، وأوجب أيضاً أن يكون حكم التحكيم مسبباً وموقفاً من طرف جميع هيئة التحكيم، على أن يشار إلى امتناع البعض عن التوقيع متى كان ذلك، ولا يتأثر حكم التحكيم بهذا الامتناع، وأوجب المشرع الجزائري أيضاً أن يتضمن حكم التحكيم الداخلي بيانات إلزامية، وهذا ما قضت به المواد 1027 و1028 و1029 ق إ م إ، وتأسيساً على ذلك لا يمكن أن يتصور أن يصدر حكم التحكيم الداخلي شفاهة.

ومتى تعلق الأمر بالتحكيم الدولي فقد أشار المشرع انه حتى يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر يجب ان يثبت من تمسك بها وجودها، وجعل عملية اثباتها تتم بتقديم أصل حكم التحكيم مرفقاً باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما، وذلك حتى يتم مراقبة شروط صحتها سواء الشكلية أو الموضوعية وهو ما قضت به المادتين 1051 و 1052 ق إ م إ، وتبعاً لذلك فالمشرع الجزائري لا يعترف بأحكام التحكيم الدولية الصادرة شفاهة، إضافة الى أنه اذا تعلق الأمر بمنازعة صفقة عمومية ذات طابع دولي لا يمكن لمصلحة متعاقدة أو من يمثلها أن تتفق مع الطرف الخصم على امكانية صدور حكم تحكيم دولي شفاهة، لعدم تماشي ذلك مع طبيعة الاعمال الادارية بشكل عام، كما أن شكل الحكم التحكيمي قد يتحدد وفق ما تنص عليه قواعد المؤسسة التحكيمية المحال عليها التحكيم باتفاقية الاطراف.

2. البيانات الالزامية الواجب توفرها في حكم التحكيم

أشار المشرع الجزائري في المادة 1028 ق إ م إ الى البيانات التي يتضمنها حكم التحكيم الداخلي وهي كالآتي:

- اسم ولقب المحكم أو المحكمين: وهذا البيان للتأكد من صحة تشكيل الهيئة التي أصدرت حكم التحكيم والتأكد من إختصاصها في ذلك
- تاريخ صدور الحكم: واهمية هذا البيان تتمثل في تحديد الوقت الذي تسري فيه آثار الحكم وان حكم التحكيم قد صدر ضمن الاجل المحدد لذلك ، وانتهاء ولاية هيئة التحكيم
- مكان إصداره: والهدف من هذا البيان لتبيين جنسية حكم التحكيم وكذا هل هو حكم وطني أم حكم اجنبي وما يترتب عن ذلك من آثار

- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي
- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء . (هذا البيان ليس الزاميا إذا لم يمثل أو يساعد الخصوم محامين) وما يمكن ملاحظته أن المشرع وهو يعدد البيانات السابقة، قصد الزامية ان تتضمن احكام التحكيم هذه البيانات لأن المادة صرحت بشكل مباشر على ما يجب ان تتضمنه أحكام التحكيم، وعدادتها بشكل متتابع يوحي بإلزاميتها، وكما هو معلوم أيضا ان النص الاجرائي لا يتوسع في تفسيره ويحمل في طياته جزاء، والجزاء في حالة تخلف احد البيانات هو بطلان حكم التحكيم كما سنشير الى ذلك لاحقا. كما ان المشرع لو أراد أن تكون البيانات اختيارية لصرح بذلك مثل ما فعل في البند الخامس من المادة 1028 سابقة الذكر.
- ووجب المشرع ايضا أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم في المادة 1027 ق إ م إ ، ووجب أيضا انه متى فصلت احكام التحكيم في النزاع أن تكون مسببة ⁽³⁵⁴⁾، والغاية من ذلك هي معرفة نطاق سلطة هيئة التحكيم وكذا امكانية الرقابة القضائية عليها، وجعل المشرع هذه البيانات الزامية ايضا فتخلف احداها يعرض حكم التحكيم للبطلان. وقد أشارت أيضا المادة 1029 ق إ م إ إلى بيان آخر يتمثل في توقيع المحكمين على حكم التحكيم.

اما متى تعلق الامر بحكم التحكيم الدولي فالمشرع الجزائري ترك تحديد البيانات التي يتضمنها لإرادة الأطراف، ويتم ذلك من خلال اختيار قانون إجرائي معين أو نظام تحكيمي يتولى تحديد هذه المسألة.

3. شرط الأجل:

من الشروط الشكلية المهمة التي أوجبها المشرع الجزائري هو الزامية ان أن يصدر حكم التحكيم الداخلي خلال الاجل الذي حدده الأطراف في إتفاقية التحكيم- شرط أو اتفاق التحكيم-، وفي حالة عدم تحديد الاطراف أجلا لصدور حكم التحكيم، فيلزم

⁽³⁵⁴⁾ المشرع اشترط أن تكون احكام التحكيم مسببة على عكس بعض التشريعات الاخرى كالتشريع المصري فوفقا لقانون التحكيم 27 لسنة 1994 أنه يجوز للاطراف الاتفاق على اعفاء هيئة التحكيم من تسببب حكمها أو اذا كان القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم لا يتطلب ذكر اسباب الحكم، أما في التحكيم التجاري الدولي فقد اوجبت بعض الاتفاقيات الدولية على غرار اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ان يكون حكم التحكيم مسببا في المادة 2/48 وهو نفس الامر الذي اتبعته غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 2/25 من قواعد عملها أنظر في ذلك محمد طه سيد أحمد، المرجع السابق، ص 188 وما بعدها

المحكمون بإصدار حكمهم خلال أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم، أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم في حالة التحكيم المؤسسي، وذلك استنادا لنص المادة 1018 ق إ م !.

أما أجل التحكيم في التحكيم الدولي فيخضع إلى إرادة الأطراف، ويرى البعض أنه في حالة لم يحدد الأطراف أجلا فلا يكون للتحكيم الدولي الذي يجري في الجزائر أي أجل⁽³⁵⁵⁾، ولم يحدد المشرع الجزائري أيضا مراحل صدور حكم التحكيم الدولي وترك ذلك لسلطان الإرادة أو لقواعد هيئات التحكيم، ونشير ان اختيار مكان التحكيم، لا يعني بالضرورة اختيار لغة أو قانون مكان التحكيم، فقد تشير الإرادة إلى خلاف ذلك.

أما عن لغة حكم التحكيم الداخلي في الصفقات العمومية فيالرجوع إلى النصوص المنظمة للتحكيم الداخلي يمكن ملاحظة أنه متى اتفق الأطراف على لغة محددة يصدر وفقها حكم التحكيم، وإلا فلغة حكم التحكيم ستكون لغة قانون الإجراءات التي اتفق الاطراف على تطبيقها على منازعة الصفقة، وتبعاً لذلك حسب رأينا فقد يصدر حكم التحكيم باللغة العربية أو بلغة غيرها، والتي سيطلب ترجمتها الى العربية من طلب مهرها بالصيغة التنفيذية من أجل تنفيذها، واسباسنا في ذلك أن المادة 1019 ق إ م ! التي جعلت الأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية تطبق على الخصومة التحكيمية، والتي من خلالها كان يمكن الرجوع إلى المادة 8 ق إ م !⁽³⁵⁶⁾، والتي ألزمت ان تكون الإجراءات والعقود القضائية والاحكام والوامر والقرارات القضائية باللغة العربية، بل وأجبت أن تكون الوثائق والمستندات المقدمة للمحكمة مصحوبة بالترجمة للغة العربية متى كانت غير ذلك، غير انه لا يمكن التأسيس على ذلك للقول أن حكم التحكيم الداخلي في مجال الصفقات العمومية يجب أن يصدر باللغة العربية، لأن المادة 1019 ق إ م ! سابقة الذكر جعلت الأمر متوقف على عدم إتفاق الأطراف على خلاف ذلك، رغم ان الأوضاع والأجال في المنازعات الادارية

⁽³⁵⁵⁾ فراح مناني، المرجع السابق، ص 172.

⁽³⁵⁶⁾ تنص المادة 08 ق إ م ! على انه: يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة

العربية، تحت طائلة عدم القبول

يجب ان تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية الى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول.

تتم المناقشات والمرافعات باللغة العربية.

تصدر الأحكام القضائية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان المثار تلقائيا من القاضي.

يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والاحكام والقرارات القضائية.

امام القضاء الاداري جلها تعتبر من النظام العام على عكس بعضها في القضاء العادي التي يمكن الاتفاق على مخالفتها.

ثانيا: الشروط الموضوعية لحكم التحكيم

حدد المشرع الجزائري بالنسبة لحكم التحكيم الداخلي شروطا موضوعية حتى يكون صحيحا أما بالنسبة الى حكم التحكيم الدولي فقد ترك ذلك الى إرادة الاطراف من خلال اتفاقية التحكيم - شرط او اتفاق التحكيم-، وتتمثل الشروط الموضوعية في حكم التحكيم أساسا في:

1. سرية المداولات قبل اصدار حكم التحكيم

بالرجوع إلى نص المادة 1025 ق إ م إنجدها اوجبت ان " ...تكون مداولات المحكمين سرية" ويفهم من ذلك أنه يجب أن يصدر حكم التحكيم بعد مداولة سرية يشترك فيها جميع المحكمين، ودون حضور أي طرف من أطراف المنازعة الصفقة أو أي طرف آخر، وقد أشارت المادة 1017 ق إ م إ، الى أن محكمة التحكيم الداخلي قد تتشكل من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، وفي حالة ما كانت محكمة التحكيم تتشكل من محكم واحد فلا يتصور القيام بهذا الاجراء، إلا ان هذه المادة لم تراع خصوصية المنازعة الادارية لذلك يجب ان تتشكل هيئة التحكيم الداخلي في مجال الصفقات العمومية من عدة محكمين بعدد فردي لتتماشى مع ما هو مقرر في المنازعات الادارية، اما بالنسبة للتحكيم الدولي فيالرجوع إلى الاتفاقيات الدولية الثنائية أو التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول أو الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها نجدها كلها تأخذ بالتشكيل الثلاثي للهيئة التحكيمية⁽³⁵⁷⁾.

ويقصد بالمداولة " تبادل الرأي بين المحكمين في حالة تعددهم، ليصدر الحكم ثمرة لتعاونهم، على أن تكون المداولة في سرية لضمان استقلال الحكم وكذا للمحافظة على أسرار الخصوم"⁽³⁵⁸⁾ وتعد المداولة إجراء جوهرية ومسألة متعلقة بالنظام العام يترتب على إغفالها بطلان حكم التحكيم متى تشكلت محكمة التحكيم من عدة محكمين.

(357) راجع عبد العزيز خفوسي، القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مقال منشور، مجلة دراسات قانونية، العدد 13، دت، ص34.

(358) أنظر محمود عمر محمود، حكم التحكيم شروطه وتفصيله وتنفيذه وتعارضه مع أحكام القضاء، مقال منشور في مجلة التحكيم والقانون الخليجي، العدد 20، سبتمبر 2013، ص 44

وقد أوجبت المادة 1026 ق إ م إ "أن تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات"، ويفهم من ذلك أن المشرع اشترط أن يصدر الحكم بأغلبية الأصوات، على أنه في حالة تعادل الأصوات يرجح صوت الرئيس وهي العبرة من اشتراط المشرع العدد الفردي في هيئة التحكيم.

ويبطل حكم التحكيم متى أشرك المحكمين غيرهم من الأشخاص في المداولة، خاصة في منازعات الصفقات العمومية التي يعد أحد أطرافها شخص عام، لهذا ذهب البعض إلى القول أن إفساء السر المتعلق بالصفقة يعد أمر خطير، لتعلق ذلك بالمال العام أو بأسرار خاصة أو مهنية أخرى، ويفترض أن يترتب عن ذلك بطلان حكم التحكيم ومعاقبة المحكمين⁽³⁵⁹⁾، ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يفرض شكلا معيناً لإجراء المداولة في التحكيم الداخلي ولم يشر إلى هذا الإجراء في التحكيم الدولي، لذلك فهذه المسألة متروكة لهيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا النزاع على طريقة معينة لإجرائها⁽³⁶⁰⁾. ويتحقق إجراء المداولة إذا كان التحكيم دولياً بين جميع المحكمين سواء كانوا مجتمعين في مجلس واحد، أو كل محكم في بلد ما، لذلك يعد رئيس هيئة التحكيم مشروعاً لحكم التحكيم، ويرسل نسخة منه إلى كل محكم في البلد الذي يوجد فيه، ويبيدي كل منهم رأيه عن طريق المراسلة، إلى أن يتم الاتفاق على صيغة القرار النهائي من قبل أغلبية المحكمين أو بالإجماع، ويكون كل ذلك بشكل سري أيضاً⁽³⁶¹⁾.

2. صدور حكم التحكيم شاملاً لكل جوانب النزاع

إن حكم التحكيم سواء أكان داخلياً أو دولياً يصدر باسم هيئة التحكيم التي أصدرته، وبغض النظر عن البلد الذي صدر فيه، وعلى عكس الأحكام القضائية التي تصدر في جلسة علانية فإن حكم التحكيم لا يتطلب ذلك حفاظاً على سرية وخصوصية المنازعة وأطرافها، لذلك أوجب المشرع أن يصدر حكم التحكيم مسبباً، وشاملاً لكل جوانب النزاع المتعلق بالصفقة وفي الحدود التي رسمتها اتفاقية التحكيم - شرط أو اتفاق التحكيم-، التي تستمد منها هيئة التحكيم ولايتها⁽³⁶²⁾. ومتى تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها ترتب عن ذلك بطلان حكم التحكيم إما بصورة كاملة أو بصورة

⁽³⁵⁹⁾ كريمة خلف الله، المذكرة السابقة، ص 114.

⁽³⁶⁰⁾ خليل بوصنوبرة، الأطروحة السابقة، ص 63.

⁽³⁶¹⁾ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، ط 6،

دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2012، ص 301

⁽³⁶²⁾ راجع بعض الشروط الموضوعية الأخرى المتعلقة بصحة حكم التحكيم عموماً، إبراهيم رضوان

الجغبير، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها

جزئية، متى أمكن فصل الأجزاء التي تناولتها هيئة التحكيم وغير الداخلة في ولايتها⁽³⁶³⁾، ومن البديهي أن يصدر حكم التحكيم وفق القانون الاجرائي والموضوعي الذي إختاره الأطراف، وإلا عد حكم التحكيم الصادر مخالفاً لذلك باطلاً أيضاً، فالقواعد الإجرائية التي تطبق على إتفاق التحكيم لا تقل أهمية عن القواعد الموضوعية⁽³⁶⁴⁾.

المطلب الثاني: أنواع احكام التحكيم التي تكون محلا للتنفيذ في مجال الصفقات العمومية

عدد المشرع الجزائري أنواع الأحكام التحكيمية في المادة 1035 ق إ م إ بقوله: " يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ... "، ويفهم من ذلك أن أنواع أحكام التحكيم حصرها المشرع في ثلاثة دون أن يحدد معنى كل واحد، هذا ما جعل البعض يصرح بأن مفهوم الحكم النهائي^(*) في التشريع الجزائري هو الحكم التحكيمي الذي فصل في جميع الطلبات، ولم يبق من الخصومة التحكيمية أي إجراء، وانتهت من خلاله ولاية هيئة التحكيم، وهو ما يعبر عنه بالحكم التحكيمي النهائي الكلي⁽³⁶⁵⁾. ونشير ان مصطلح النهائية في أحكام التحكيم له معنى خاص يقضي بأن المسألة أو المسائل التي تم الفصل فيها لا يجوز إعادة النظر فيها.

أما حكم التحكيم الجزئي هو ذلك الحكم الذي يفصل في جزء من المنازعة، كالفصل في مسألة الاختصاص أو تحديد القانون الواجب التطبيق، ومع ذلك يعد حكماً نهائياً لأنه فصل في جزء من النزاع ولا يجوز إعادة النظر فيه أيضاً⁽³⁶⁶⁾، وتستمد هيئة التحكيم سلطة الفصل في المسائل الجزئية من إتفاقية التحكيم، وإلا فعليها أن تفسر ما قد تنيره بعض المسائل فتتصدى لها بأحكام جزئية بمناسبة النظر في المنازعة⁽³⁶⁷⁾،

⁽³⁶³⁾ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 457

⁽³⁶⁴⁾ أنظر أحمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة، عمان الأردن،

2011، ص 118

^(*) حكم التحكيم النهائي يشير إلى الأثر المترتب على حكم التحكيم حتى لو كان هذا الحكم جزئياً يفصل في جزء من المنازعة، على أن حكم التحكيم الجزئي يقابل حكم التحكيم الكلي ولا يقابل حكم التحكيم النهائي،

أنظر حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 305.

⁽³⁶⁵⁾ بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2010/2011، ص 78.

⁽³⁶⁶⁾ انظر الأطروحة نفسها، ص 79

⁽³⁶⁷⁾ حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 307

وخاصة متى تعلق الأمر بمنازعة للصفقة العمومية فإن الأحكام الجزئية لها دور هام في فض منازعات قد تثار بشأنها، باعتبارها عملية تعاقدية معقدة ومركبة أحيانا.

ونص المشرع على أحكام التحكيم الجزئية في مجال التحكيم الدولي في المادة 1049 ق إ م إ بقوله "أنه يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو إصدار أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". ويفهم من ذلك أن المشرع أقر الحكم التحكيمي الجزئي، وجعل الأمر جوازيا لهيئة التحكيم، وعلقه على عدم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، وهو امر عملي حسب رأينا في مجال الصفقات العمومية ذات الطابع الدولي. وأشار المشرع في نفس المادة إلى نوع آخر من احكام التحكيم وهو حكم التحكيم الاتفاقي، ومؤدى ذلك أن أطراف المنازعة قد يتوصلوا إلى اتفاق تسوية، فيطلبوا من هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم وتضمين حكم التحكيم التسوية التي توصل إليها الطرفان، فيصدر حكم التحكيم عبارة عن اتفاق التسوية المتفق عليها.

أما ما تعلق بالحكم التحكيمي التحضيري ، فهو ذلك الحكم الذي لا يفصل في الموضوع كلياً أو جزئياً ولا ينهي الخصومة، ولا يفصل في طلبات وقتية، بل هو حكم يمهد لإصدار حكم تحكيمي موضوعي أو وقتي.

هذا وتتخلى هيئة التحكيم عن النزاع بمجرد الفصل فيه، ولا تملك أن تعدله أو تلغيه أو الرجوع فيه، اللهم إلا إذا تعلق الأمر بتفسيره، متى كان غامضاً، أو أن تصحيحه متى تضمن خطأ مادياً، طبقاً لما نصت عليه المادة 1030 ق إ م إ، هذه المادة التي أحالت إلى القواعد العامة المطبقة على دعوى تفسير الحكم القضائي⁽³⁶⁸⁾ ولا يتقيد طلب التفسير بأجل معين بل يبقى ممكناً طالما بقي حكم التحكيم منتجاً لآثاره، فقد نصت المادة 965 ق إ م إ على أن: " ترفع دعوى تفسير الأحكام ويفصل فيها وفقاً للأشكال والإجراءات المنصوص عليها في المادة 285 من هذا القانون" وبالرجوع إلى المادة 285 ق إ م إ نجدها نصت على: " إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية التي

⁽³⁶⁸⁾ نصت المادة 965 ق إ م إ على: " ترفع دعوى تفسير الأحكام ويفصل فيها وفقاً للأشكال والإجراءات المنصوص عليها في المادة 285 من هذا القانون" وبالرجوع إلى المادة 285 ق إ م إ نجدها نصت على أنه: " إن تفسير الحكم بغرض توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه من اختصاص الجهة القضائية التي أصدرته ، يقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم، وتفصل الجهة القضائية بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور"، وهذه المسألة لم تراعى خصوصية أطراف منازعة الصفقة وانتساءل عن إمكانية تطبيق ذلك أمام المحكمة التحكيمية الداخلية في ظل غياب تطبيق عملي في هذا الشأن؟

أصدرته ، يقدم طلب تفسير الحكم بعريضة من أحد الخصوم أو بعريضة مشتركة منهم، وتفصل الجهة القضائية بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور"، وهذه المسألة تتعلق بتفسير الأحكام والقرارات القضائية ولا تتعلق بأحكام التحكيم هذا ما يجعل الاحالة في هذه المسألة غير دقيقة، لان بالإحالة المشار لها لم تراع خصوصية أطراف منازعة الصففة، يبقى التساؤل هنا هل الجهة القضائية التي تأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو الجهة التي يطعن امامها في الأمر أو رفض تنفيذ حكم التحكيم امكانية تصحيحه او تفسيره؟

اما عن دعوى تصحيح الاخطاء المادية والتي ادرجها المشرع ضمن طرق الطعن الغير العادية وعلى اعتبار ان المنازعة ادارية، فبالرجوع إلى المادة 963 ق إ م ! نجدها أحالت إلى المادتين 286 و287 ق إ م ! ، وبالجمع بين حكم المادتين يمكن القول أن هيئة التحكيم تختص في تصحيح حكم التحكيم الذي أصدرته متى احتوى على خطأ مادي أو إغفال، والخطأ المادي هو عرض غير صحيح لواقعة مادية أو تجاهل وجودها،

ويمكن لمجلس الدولة متى طعن في حكم التحكيم بالاستئناف أن يقوم بتصحيح حكم التحكيم الداخلي أيضا

وذلك قياسا الاجراءات المتعلقة بدعوى تصحيح الاحكام القضائية الادارية، مع التحفظ طبعاً لأننا امام نصوص اجرائية لا يتوسع في تفسيرها ولا يجوز القياس عليها، غير انه في جميع الأحوال لا يجب أن يؤدي هذا التصحيح إلى تعديل ما قضى به حكم التحكيم من حقوق والتزامات بين طرفي الصففة، على أننا نتحفظ على الأجل المقرر لهذه الدعوى والذي حددته المادة

964 بشهرين، فإنه إن كان يتمشى مع خصوصية المنازعة الادارية وفقا ما هو مقرر في القضاء الإداري، إلا أنه لا يتمشى مع فلسفة التحكيم في الصفقات العمومية لأن المادة 963 أحالت إلى المادتين 286 و287 ق إ م ! ولم تراع خصوصية المنازعة المطلوب التحكيم بشأنها، كما اننا نتحفظ ايضا على مصطلح دعوى تفسير أو دعوى تصحيح أمام هيئة التحكيم وإنما نستعمل فقط مصطلح طلب تصحيح أو طلب تفسير لأننا لسنا بصدد منازعة في هذه الحالة، لأن الغرض هو التصحيح أو التفسير لتفادي اشكالات قد تعيق تنفيذ حكم التحكيم.

ونشير الى ان أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه، بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه، وفق ما قضت به المادة 1031 ق إ م !، وهذا ما يؤكد أن الطعن في احكام التحكيم لا يتشابه مع الطعن في الاحكام القضائية. فلا يمكن القياس والقول ان هيئة التحكيم التي أصدرت حكم التحكيم هي المختصة بتصحيح الخطأ المادي أو تفسيره لأننا امام نصوص إجرائية لا يجوز القياس فيها ولا يتوسع في تفسيرها، كما أن هذه المادة

أما متى تعلق الأمر بالتحكيم الدولي فلم ينظم المشرع هذه المسألة، غير أن ذلك يتم في حالة التحكيم المؤسسي بالتصدي لهذه المسائل بتطبيق قواعد المؤسسة التحكيمية المختارة.

ونشير في هذا الصدد أن هناك من الفقه من قال أنه يمكن في هذه الحالة، إصدار أحكام تحكيم بعد تفصل هيئة التحكيم في موضوع المنازعة، وأطلق عليها حكم التحكيم المفسر وحكم التحكيم المصحح وحكم التحكيم الإضافي⁽³⁶⁹⁾.

المبحث الأول: تنفيذ أحكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية واشكالاته.

يقوم نظام التحكيم على مبدأ الودية على اعتباره ينشأ من اتفاق طرفي الخصومة على اتخاذه وسيلة لإنهاء منازعة الصفقة العمومية فإنه يجوز أيضا الاتفاق سلفا على تنفيذ حكم التحكيم رضائيا دون اللجوء الى اتخاذ الاجراءات الاخرى المنصوص عليها قانونا، وهو الامر الغالب في منازعات الصفقات العمومية نظرا للسرية التي تحيط بها، أو من أجل ان يحافظ من صدر الحكم ضده على سمعته لاستمرار معاملاته التعاقدية المستقبلية أو لتوقي توقيع جزاءات ضده، كنشر اسم الطرف الممتنع عن التنفيذ للمساس بسمعته خصوصا اذا كانت الدولة او احد هيئاتها مما يضر بفرصها من الاستثمار الخارجي، أو حرمانها من خدمات أو بعض المزايا فإنها قد تحرم من القروض من المؤسسات المالية العالمية أو تتعرض الى رفض التعامل معها في اطرار الصفقات العملاقة الا بشروط باهضة⁽³⁷⁰⁾، لذلك يقتضي الموضوع ان نشير مسألة اجراءات تنفيذ أحكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى انواع اشكالات تنفيذ احكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تنفيذ أحكام التحكيم في مجال الصفقات العمومية

نتطرق الى اجراءات تنفيذ احكام التحكيم في منازعات الصفقات العمومية (الفرع الأول)، ثم إلى النفاذ المعجل لأحكام التحكيم (الفرع الثاني)

الفرع الاول: اجراءات تنفيذ احكام التحكيم في الصفقات العمومية

⁽³⁶⁹⁾ إبراهيم رضوان الجعبر، المرجع السابق، ص 67 وما بعدها.

⁽³⁷⁰⁾ انظر محمد طه سيد احمد، المرجع السابق، ص 335 وما بعدها

جعل المشرع الجزائري القضاء هو الجهة التي تضفي صيغة التنفيذ على أحكام التحكيم الداخلية أو الدولية، وذلك على اعتبار أن أحكام التحكيم لا تحوز القوة التنفيذية لذاتها⁽³⁷¹⁾، وهذا حتى لا ينحرف التحكيم عن المهمة الأصلية الموكلة له ونظرا أيضا للطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والتي تكون لإرادة الأطراف الدور الأكبر فيه، إضافة إلى حرص المشرع على كفالة حد أدنى من الضمانات لذلك، ونشير ان المشرع نظم اجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي وأحكام التحكيم الدولية الصادرة في المادة الإدارية، بنفس الأحكام وفق الإحالة التي صرحت بها المادة 1054 ق إ م⁽³⁷²⁾ الى المواد من 1035 إلى 1038 من نفس القانون ، فجعل المشرع حكم التحكيم النهائي او الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ، متى أمر بتنفيذه⁽³⁷³⁾ رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم داخليا، وذلك بعد إيداع أصل حكم التحكيم من الطرف الذي يهيمه التعجيل، مرفوقا بالوثائق اللازمة لإثبات وجوده، أما إذا كان التحكيم دوليا فبالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة 1051 ق إ م إنجدها جعلت المحكمة المختصة هي المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها متى جرى التحكيم في الجزائر، أو هي المحكمة المختصة التي يتم التنفيذ في دائرتها متى جرى التحكيم خارج الاقليم الوطني، وبنفس الشروط سابقة الذكر وما لم تكن مخالفة للنظام العام الدولي.

وما يمكن ملاحظته في هذا الاطار أن المواد 1035 و 1051 و 1054 ق إ م، لم تراع قواعد الاختصاص المتعلقة بالمادة الادارية فجعلت الجهة القضائية المختصة بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعة صفة عمومية هي جهة القضاء العادي رغم ان المنازعة ذات طبيعة إدارية وذلك بالنظر الى المعيار العضوي الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 800 ق إ م .

لذلك نرى ان هذا الأمر لا يستقيم فيجب أن يعقد الاختصاص للقضاء الاداري للأمر بتنفيذ احكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية فالمنازعة هي منازعة إدارية و احد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام، لذلك يكون القاضي الاداري الاجدر بالتحقق من وجود حكم التحكيم وصدوره صحيحا من هيئة التحكيم

(371) عامر فتحي البطيئة، المرجع السابق، ص 216

(372) المادة 1054 ق إ م : " تطبيق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم "

(373) الأمر بالتنفيذ: هو الاجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانونا، بأمر بمقتضاه يتمتع حكم المحكمين وطنيا أو اجنبيا بالقوة التنفيذية، فهو يمثل نقطة الانقضاء بين القضاء الخاص والقضاء العام، انظر عامر فتحي البطيئة، المرجع السابق، ص 217

وانه غير مخالف للنظام العام، وذلك تماشيا مع المعيار الذي كرسه المشرع في المادة 800 ق إ م إ، وقد اضاف بعض الفقه الفرنسي حجة عملية أخرى لإسناد هذا الاختصاص للقاضي الإداري تتمثل امكانية المساعدة في تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية وذلك بما له من سلطات في هذا المجال كفرض غرامة تهيديية، وهو ما دعمه القضاء الإداري الفرنسي⁽³⁷⁴⁾.

ومع مراعاة التحفظ السابق المتعلق بالجهة القضائية المختصة بالأمر بتنفيذ احكام التحكيم، فإن الاجراءات الاخرى للتنفيذ تتم بناء على تسجيل طلب وفق نظام الأوامر على عرائض، ولم يلزم المشرع الجزائي توقيع طلب عريضة من محام للحصول على الامر بالتنفيذ، حيث يمكن تقديمه من الخصم نفسه وهذا تماشيا مع فلسفة نظام التحكيم التي تقتضي تبسيط الاجراءات.

ويسلم أمين الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من أطراف المنازعة، متى صدر الأمر بتنفيذها، لتتحول بذلك إلى سند تنفيذي⁽³⁷⁵⁾ أما عن حجية أحكام التحكيم ولا يمكن أن يحتج بها تجاه الغير، هذا وفق ما نصت عليه المواد من 1035 إلى 1038 ق إ م إ.

وتجدر الإشارة أنه إضافة إلى الاحالة المشار لها سابقا بمقتضى المادة 1054 ق إ م إ، فإن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية في الجزائر تحكمه أيضا اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم، هذه الاخيرة التي نظمت عملية تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية، أي تسري على القرارات التحكيمية التي اتخذت في دولة غير الدولة التي يراد التنفيذ فيها، ولا علاقة لجنسية أطراف النزاع أو موضوعه أو إجراءات التحكيم بمسألة ما إذا كان التحكيم أجنبيا أم لا⁽³⁷⁶⁾، وتطبق أيضا أحكام الاتفاقية على أحكام التحكيم التي تصدر على إقليم دولة ما، ويراد تطبيقها في نفس الدولة شرط أن تعتبرها هذه الأخيرة أنها أحكام تحكيم اجنبية رغم صدورها على

⁽³⁷⁴⁾ فقد اسندت المحكمة الاستئنافية الإدارية بمدينة ليون Lyon اختصاص اصدار امر تنفيذ حكم التحكيم الى رئيس المحكمة الادارية الصادر في نطاقها حكم التحكيم وذلك في قرارها الصادر في 27 ديسمبر 2007، أشار له محمد طه سيد احمد، المرجع السابق، ص 396

⁽³⁷⁵⁾ تنص الفقرة رقم 9 من المادة 600 ق إ م إ : أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والموعدة بأمانة الضبط

⁽³⁷⁶⁾ ريتشارد هاردينغ، المقال السابق، ص 8 وما بعدها.

إقليمها⁽³⁷⁷⁾، وأحالت الاتفاقية مسألة تنفيذ الأحكام التحكيمية إلى إجراءات دولة التنفيذ.

ونشير أيضا أن الاتفاقية قد قلبت عبئ الإثبات، حيث جعلت من حكم التحكيم في يد المحكوم له سندا ثابتا يعتد به، فمتى قدم طالب التنفيذ نص حكم التحكيم واتفاق التحكيم أو صورة معتمدة منه، مع إلزامية تقديم ترجمة رسمية متى كانت هذه الوثائق محررة بلغة غير لغة الدولة المطلوب تنفيذ حكم التحكيم فيها، كان ذلك افتراضا على صحة حكم التحكيم، ووجوبية تنفيذه⁽³⁷⁸⁾.

هذا واجازت الاتفاقية للدول إمكانية رفض الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم، متى توفرت أسباب قد تؤدي إلى رفض التنفيذ، متى تمسك بها المحكوم عليه وأقام الدليل عليها، ويرى البعض أنها شروط سلبية⁽³⁷⁹⁾، وهي عيوب تلحق الأهلية كانهما لدى أحد أطراف نزاع الصفة العمومية، كأن لم يجاز إتفاق التحكيم من السلطة المختصة⁽³⁸⁰⁾، أو عيوب تلحق صحة اتفاق التحكيم، سواء بناء على القانون الذي إختاره الأطراف، أو بناء على قانون مكان صدور الحكم، أو الاخلال بمبدأ الواجهية وحقوق الدفاع في مواجهة الطرف الذي يراد التنفيذ ضده، كأن لم يبلغ بشكل صحيح إما بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يتمكن من إبداء دفاعه. إضافة إلى عيوب قد تلحق بتشكيل هيئة التحكيم أو إجراءاته إذا لم تتطابق مع ما اتفق عليه الأطراف، أو مع قانون الدولة التي جرى فيها التحكيم، أو عيوب تحلق بحكم التحكيم نفسه، في حالة كان هذا الحكم باطلا أو أوقف العمل به. هذا ويرفض أيضا تنفيذ حكم التحكيم إذا انصب على نزاع لم يرد في إتفاق التحكيم، أو تجاوز الحكم ما قضت به اتفاقية التحكيم⁽³⁸¹⁾.

كما يرفض تنفيذ حكم التحكيم بناء على أسباب أخرى تدور حول فكرة النظام العام، فإذا تبينتها المحكمة المختصة بإصدار الامر بالتنفيذ ، فإنها ترفض التنفيذ من تلقاء

⁽³⁷⁷⁾ انظر المادة الاولى من اتفاقية نيويورك

⁽³⁷⁸⁾ راجع شروط تنفيذ حكم التحكيم وفق اتفاقية نيويورك، أحمد هندي، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

⁽³⁷⁹⁾ أنظر أحمد هندي، المرجع السابق، ص 27 وما بعدها

⁽³⁸⁰⁾ علقت الفقرة الاخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 لجوء المصالح المتعاقدة لتسوية منازعات تنفيذ الصفحة العمومية والمبرمة مع متعاملين متعاقدين اجانب إلى هيئة دولية للتحكيم إلى الموافقة المسبقة لاجتماع الحكومة وذلك بناء على اقتراح من الوزير المعني

⁽³⁸¹⁾ هذا ما اشارت له الفقرتين (ج)، (د) من المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك

نفسها، وذلك متى كان النزاع لا يصلح للتحكيم أو أن الاعتراف بالحكم التحكيمي يتعارض مع النظام العام في بلد التنفيذ⁽³⁸²⁾.

الفرع الثاني: النفاذ المعجل لأحكام التحكيم

تطبق على أحكام التحكيم الداخلية في مجال الصفقات العمومية المشمولة بالنفاذ المعجل ذات القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام القضائية وهو ما قضت به المادة 1037 ق إ م إ والمادة أشارت لمصطلح الاحكام بشكل عام ولم تشر الى نوع الاحكام الادارية ام العادية، ويتضح من النص أن المحكم له سلطة أن يقرر قراره بالتنفيذ المعجل بالشروط نفسها التي يقرر فيها القاضي النفاذ المعجل للأحكام او الاوامر الصادرة عنه، ومبرر هذه السلطة الممنوحة للمحكم هو تفادي وسائل المماطلة التي قد يلجأ اليها المحكوم ضده باستعمال طرق الطعن في حكم التحكيم الداخلي بطريقة تعسفية⁽³⁸³⁾، وإن كنا نقر بصحة هذا القول إن كان التنفيذ طوعيا بقبول الطرف المحكوم ضده سواء أكان المتعامل المتعاقد او المصلحة المتعاقدة، إلا أنه في حالة امتناع من صدر ضده حكم التحكيم تنفيذه رضائيا فإنه يتم اللجوء الى الاجراءات المنصوص عليها لتنفيذ حكم التحكيم، لذلك يصبح الأمر غير دقيق لأن ما يميز حكم التحكيم عن حكم القضاء الرسمي هو انه لا يجوز تنفيذ حكم تحكيمي بغير صدور أمر تنفيذه من الجهة القضائية المختصة لذلك فالقوة التنفيذية لحكم التحكيم لا تكون إلا بأمر من القضاء، وإن كان هذا الامر لا يضيف أي قوة إلزامية وإنما مهمته تنحصر في وضع الصيغة التنفيذية على النحو الذي أشرنا له سابقا ، لذلك يمكن القول ان امر المحكم بالنفاذ المعجل موقوف على أمر القضاء المختص بتنفيذ حكم التحكيم في حد ذاته، لذلك فمتى تقرر الامر بتنفيذ حكم التحكيم وامهر بالصيغة التنفيذية فيصبح قابلا للتنفيذ الجبري في الحال ولا يتوقف التنفيذ بممارسة طرق الطعن أو خلال آجالها، فمثلا أقر المشرع حق استئناف حكم التحكيم الداخلي في المادة 1033 ق إ م إ، وذلك في اجل شهر من تاريخ صدوره، غير انه علق ذلك على شرط عدم تنازل الاطراف على هذا الحق في اتفاقية التحكيم (شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم). غير أن هذه المادة لم تراع خصوصية النزاع المتعلق بالصفقة العمومية، وذلك بالنظر إلى الجهة التي يرفع أمامها الاستئناف، فالمادة تنص على أن الاستئناف يكون امام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم

⁽³⁸²⁾ أنظر حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 527 وما بعدها

⁽³⁸³⁾ جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الادارية والمدنية والتجارية واسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت 2009، ص 232

التحكيم، وعلى اعتبار ان المنازعة هي منازعة ادارية فمن المفروض ان يتم الاستئناف امام مجلس الدولة وذلك تأسيسا على الجمع بين حكم المادتين 976 و 977 ق إ م⁽³⁸⁴⁾، فنلاحظ أن مقتضيات المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن فيها والصادرة في المنازعات الادارية، تطبق أمام الجهات القضائية الإدارية، إلا ان المشكل يبقى في الجهة التي تأمر بتنفيذ احكام التحكيم على النحو المشار اليه سابقا.

ونشير انه من آثار استئناف حكم التحكيم الداخلي في منازعة تنفيذ صفقة عمومية أمام مجلس الدولة، فإن ذلك ليس له أثر موقف استنادا إلى المادة 913 ق إ م⁽³⁸⁵⁾. كما أن استئناف حكم التحكيم له أثر ناقل، يقضي بتحويل النزاع برمته أمام مجلس الدولة للنظر فيه من جديد، وهذا ما يجعل اللجوء إلى التحكيم الداخلي في منازعات الصفقات العمومية دون جدوى، باعتبار أن إتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم يهدف إلى تقادي إجراءات التقاضي الطويلة والمعقدة، فكيف بهم يعدون إليه للنظر في حكم هيئة التحكيم الداخلي المتعلق بالصفقة؟

ويلاحظ ان المشرع اعتنى بالنفاذ المعجل لحكم التحكيم ليجعل الطعن بالاستئناف ضده لا يوقف تنفيذه متى امرت الجهة القضائية المختصة بتنفيذه، وفي حالة طعن في حكم التحكيم المعجل النفاذ بالاستئناف فإن لمجلس الدولة ان يقرر وقف تنفيذ حكم التحكيم المعجل النفاذ بناء على طلب المنفذه ضده إذا كان النتائج التي ستترتب على التنفيذ المعجل تتجاوز الحدود المعقولة بالنظر الى ظروف المنازعة أو إذا كان اسباب الطعن ترجح إبطاله، كما يفترض ان يقرر مجلس الدولة أن يوقف تنفيذ التحكيم اذا تبين ان حكم التحكيم استند على حالات يمنع فيها التنفيذ المعجل، خاصة في مجال الصفقات العمومية.

وقد أشار المشرع إلى طريقتين غير عاديين للطعن في أحكام التحكيم الداخلية فقد نص على الطريق الأول في المادة 1032 ق إ م إ بقوله " يجوز الطعن في أحكام التحكيم عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم "، فالمحكمة المختصة للفصل في منازعة الصفقة

⁽³⁸⁴⁾ نصت المادة 976 ق إ م إ على أن: " تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية..."، ونصت المادة 977 من نفس القانون على: " تطبق مقتضيات الواردة في هذا القانون المتعلقة بتنفيذ احكام التحكيم وطرق الطعن فيها على أحكام التحكيم الصادرة في المادة الإدارية".

⁽³⁸⁵⁾ نصت المادة 913 على أنه: "يجوز لمجلس الدولة ان يأمر بوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية، إذا كان تنفيذه من شأنه ان يعرض المستأنف لخسارة مالية مؤكدة لا يمكن تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في الاستئناف من شأنها تبرير إلغاء القرار المستأنف،

العمومية قبل عرضها على التحكيم، هي المحكمة الإدارية وبالتالي هي المختصة للفصل في هذا الطعن، مع التحفظ طبعاً ما لم يوجد نص خاص في حالات معينة يقضي بخلاف ذلك، ولم يحدد المشرع أجلاً معيناً لرفع هذا الطعن وعليه تطبق عليه أحكام المادة 384 ق إ م إ، والتي حددت أجل هذا الطعن بـ 15 سنة تسري من صدور حكم التحكيم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ونشير أن الحكم الذي يفصل في الاعتراض يقبل الطعن بكافة طرق الطعن، ولا يوقف هذا الطعن النفاذ المعجل لحكم التحكيم الصادر في منازعة الصفة العمومية.

أما الطريق الثاني فهو الطعن بالنقض وهو ما تضمنته المادة 1034 ق إ م إ، حيث نصت على أن القرارات الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم هي الوحيدة التي تقبل الطعن بالنقض وفق الأحكام المتعلقة بالنقض أمام مجلس الدولة على اعتبار أن المنازعة إدارية، ومبرر ذلك هو أنه كما سبق بيانه أن هناك إمكانية للتنازل عن الاستئناف في اتفاقية التحكيم، فلا يمكن أن يطعن في هذه الحالة في حكم التحكيم بالطعن بالنقض، وذلك لأن مجلس الدولة في حالة النقض قد يحيل ومتى لم يكن هناك استئناف فلا يمكن لمجلس الدولة الإحالة لأن هيئة التحكيم استنفذت ولايتها.

رغم أن هناك العديد من الأشكال المتعلقة بالطعن بالنقض أمام مجلس الدولة وما يمكن ملاحظة أنه لا يمكن الطعن بالنقض في قرارات المحاكم الإدارية الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم أمام مجلس الدولة، وذلك اعتباراً من المادة 11 من القانون العضوي 13-11⁽³⁸⁶⁾ المعدل والمتمم للقانون العضوي 01-98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله نصت على أنه: " يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في الأحكام الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية، ويختص أيضاً بالنظر في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة"، وقد جاء في رأي المجلس الدستوري⁽³⁸⁷⁾ المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للقانون العضوي 01-98 للدستور أن: المادة 11 منه تعد دستورية مع تحفظ أن عبارة نصوص خاصة القصد منها نصوص تكتسي نفس طابع القانون العضوي تأسيساً على المادة 172 من الدستور بعد تعديله سنة 2016 والتي نصت على: " يحدد قانون عضوي... ومجلس الدولة... واختصاصاتهم الأخرى " ، وعلى اعتبار أن آراء وقرارات المجلس

(386) القانون العضوي 13-11-38613 المؤرخ في 26 يوليو 2011، المعدل والمتمم للقانون العضوي 01-98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 43، المؤرخة في 3 غشت 2011، ص7.

(387) رأي رقم 02/ر م د/11 المؤرخ، في 6 يوليو 2011 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي 13-11 المعدل والمتمم للقانون العضوي 01-98، المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية عدد 43 المؤرخة في 3 غشت 2011، ص4.

الدستوري نهائية وملزمة لجميع السلطات⁽³⁸⁸⁾، واعتبارا أن المادة 40 من القانون العضوي 98-01 نصت على انه: "تخضع الإجراءات ذات الطابع القضائي أمام مجلس الدولة لأحكام قانون الإجراءات المدنية"، وهذه المادة لم تلغ ولم تكن محل تعديل بموجب القانون العضوي 11-13 سابق الذكر، وتأسيسا على رأي أستاذتنا هوام الشيخة على أن هذه المادة الأخيرة مبهمة وعامة إما بها فراغ يتعلق بإجراءات النقض أو أن المشرع قصد الإحالة إلى إجراءات النقض في المواد المدنية⁽³⁸⁹⁾ واعتبارا أن قانون الإجراءات المدنية ملغى بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهذا الأخير يعد قانون عادي فلا يمكن ان يضيف اختصاصات أخرى لمجلس الدولة، وبناء على كل ما سبق يمكن ملاحظة أنه لا يمكن الطعن بالنقض في قرارات المحاكم الإدارية الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم أمام مجلس الدولة والذي من المفروض أن يحكم بعدم الاختصاص في هذه الحالة، لذلك حتى هذا الطعن لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم المتمتع بالنفاذ المعجل. وقد اشار المشرع الى طرق طعن خاصة بأحكام التحكيم الدولي وهي الطعن بالبطلان وتتعلق بأحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر فقط، لذلك خصه المشرع بشروط خاصة وأجال خاصة⁽³⁹⁰⁾، وترفع هذه الدعوى في أجل شهر يبدأ من يوم التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المتعلق بالصفقة العمومية، وهذا ما قضت به المادة 1059 ق إ م إ، ويعد هذا الأجل فرصة للمحتكم ضده، لرفع دعوى البطلان، على اعتبار أنه تاريخ علم المحتكم ضده بحكم التحكيم والامر بتنفيذه، كون الإجراءات الأولى المتعلقة بالاعتراف والتنفيذ لم تكن وجاهية. ويبقى لنا أن نتساءل عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى البطلان في هذه الحالة⁽³⁹¹⁾، خاصة ونحن أمام منازعة تتعلق بالصفقات العمومية، هل يكون أمام نفس الجهة القضائية التي يطلب منها إظهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، على اعتبار أن رفض الطعن بالبطلان يعد منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم بقوة

⁽³⁸⁸⁾ نصت الفقرة الأخيرة المادة 191 من الدستور بعد تعديل سنة 2016 على: " ... تكون آراء المجلس الدستوري وقراراته نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية"
⁽³⁸⁹⁾ أنظر الشيخة هوام، الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2009، ص47

⁽³⁹⁰⁾ فقد نصت المادة 1058 ق إ م إ على أنه يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 1056 من نفس القانون
⁽³⁹¹⁾ حددت المادة 1059 ق إ م إ الجهة المختصة بالطعن بالبطلان في أحكام التحكيم الدولي الصادر في الجزائر ولم تنص على الجهة القضائية التي يتم امامها هذا الطعن بمناسبة منازعة الصفقة العمومية، حيث نصت على: يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه..."

القانون؟ وفي ظل غياب أساس قانوني دقيق لا يمكن الجزم بأمر محدد في هذا الشأن.

غير أنه تجدر الإشارة أن المادة 1056 ق إ م إ أقرت أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في امر التنفيذ، متى فصلت فيه المحكمة الإدارية طبعاً - مع التحفظ-، أما في حالة عدم فصلها فإنها تتخلى عنه في حالة الطعن بالبطلان. ويترتب على الطعن بالبطلان إما أن يبطل حكم التحكيم ويعتبر كأن لم يكن، أو يرفض الطعن فيمنح القرار التحكيمي الصيغة التنفيذية. ونشير أن اتفاقية نيويورك اعترفت بدعوى بطلان الحكم التحكيمي، وجعلت القضاء المختص بهذه الدعوى هو قضاء الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أو قضاء الدولة التي صدر حكم التحكيم وفق لقانونها دون سواهما، وذلك حماية لحكم التحكيم من دعوى البطلان الكيدية التي تقام في دول لا علاقة لها بالحكم التحكيمي⁽³⁹²⁾.

اما في ما يخص أحكام التحكيم الصادرة خارج الجزائر فيطعن فيها عن طريق الاستئناف غير المباشر، وهو طريق طعن يوجه ضد الأمر القضائي الذي يرفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، كما يوجه أيضاً ضد الامر القاضي بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، هذا ويكون الاستئناف بناء على الحالات الواردة في المادة 1056 ق إ م إ على سبيل الحصر .

ونشير أن المشرع جعل الطعون في أحكام التحكيم الدولي موقفة لتنفيذها، ولا تحتاج لدعوى وقف تنفيذ، وجعل من آجال ممارسة هذه الطعون موقفة للتنفيذ أيضاً، وهذا ما نص عليه في المادة 1060 ق إ م إ⁽³⁹³⁾، وهو ما يتعارض مع المبادئ التي تحكم تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية.

كما أن المادة 1061 ق إ م إ جعلت القرارات التي قضت إما برفض أو بتنفيذ القرار التحكيمي، أو الأمر الصادر في الطعن بالبطلان تكون محل طعن بالنقض، غير أن هذه المادة لم تحدد جهة الطعن بالنقض بالنسبة للمنازعة المتعلقة بالصفقة العمومية، هذا ما يجعلنا نفر بعدم إمكانية ممارسة هذا الطعن لأنه من غير المعقول ان يمارس أمام مجلس الدولة وذلك تأسيساً على ما سبق بيانه.

⁽³⁹²⁾ مصلح أحمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك، مقال مقدم في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، أبريل 2008، ص 918 وما بعدها.

⁽³⁹³⁾ تنص المادة 1060 على : "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها، المنصوص عليها في المواد 1055 و 1056 و 1058، تنفيذ أحكام التحكيم"

المطلب الثاني: أنواع اشكالات تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية

ويراد بمنازعات التنفيذ كل ما يتعلق به أو أريد به عرقلة تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقة العمومية وهي المنازعات المتعلقة بإجراءات تنفيذ حكم التحكيم أو المتعلقة بموضوع التنفيذ نفسه أو متعلقة بهما معا، ويقصد بها المنازعات التي تتعلق بإجراءات التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم والصادرة في كل صورها، وهي عبارة عن دعوى ترفع الى القضاء المختص المباشر في اختصاصه التنفيذ ويطلب فيها الحكم بإجراء وقتي بما أن منازعات التنفيذ هي وسيلة من الوسائل التي يتيحها القانون لأطراف التنفيذ لتقديم ادعاءاتهم بشأن السند التنفيذي والذي هو في هذه الحالة حكم التحكيم المذيل بالصيغة التنفيذية على أساس ما يشوبه من عيوب إجرائية وقانونية⁽³⁹⁴⁾، ويمكن أن يتصور أن تقوم اشكالات بمناسبة تنفيذ حكم التحكيم وقد تكون إما وقتية وتتمثل في المنازعات القانونية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعة الصفقة العمومية والتي تثار قبل تمامه امام القاضي المختص، بهدف الحكم بإجراء مؤقت الى غاية الفصل في موضوع المنازعة التي كانت سببا في المطالبة بهذا الاجراء، ويهدف في الغالب الاعم الى وقت تنفيذ حكم التحكيم⁽³⁹⁵⁾ إذا رفعه من صدر ضده الحكم أو الغير⁽³⁹⁶⁾ المنفذ ضده، ويهدف أيضا الاشكال في التنفيذ الى الاستمرار في تنفيذ حكم التحكيم متى رفعه من صدر لصالحه حكم التحكيم.

ولئن كان الاشكال في التنفيذ حقا من الحقوق التي كفلها القانون لحسن تنفيذ الاحكام القضائية على وجهها الصحيح فهو نفس الشيء بالنسبة لأحكام التحكيم، لذلك لا يعد هذا مبررا لإمتناع المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ احكام التحكيم إذا كان استخدام هذا الحق تعطيلًا لنفاذ حكم التحكيم الحائز للحجية بين أطرافه فيما قضى به⁽³⁹⁷⁾، وقد جاء في التقرير المتعلق بالاستقصاء عن التنفيذ التشريعي لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية ان بعض الدول تلزم مقدم طلب التنفيذ أن يكشف عن أي

(394) انظر نسيم بخلف، الوافي في طرق التنفيذ، ط1، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2014، ص 220 وما بعدها

(395) انظر محمد طه سيد احمد، المرجع السابق، ص 697
(396) نصت الفقرة الأولى من المادة 632 ق إ م إ على: ترفع دعوى الاشكال في التنفيذ من طرف المستفيد من السند التنفيذي أو المنفذ عليه أو الغير الذي له مصلحة، بحضور المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ
(397) انظر في هذا المعنى، حسينة شرون، امتناع الادارة عن تنفيذ الاحكام القضائية الصادرة ضدها، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2010، ص 68 وما بعدها

اعتراض على التنفيذ يكون على علم به⁽³⁹⁸⁾ كما أفادت دول أخرى ان البت في الاعتراض على التنفيذ قد يتحول الى دعوى قانونية.

ونشير ان لكل اشكال في التنفيذ وجهان احدهما وقتي والآخر موضوعي وقد عرّف البعض هذا الأخير على انه المنازعات القانونية التي قد تعترض تنفيذ الأحكام والسندات الواجبة التنفيذ⁽³⁹⁹⁾، والتي يفصل فيها القاضي بصفته قاضي موضوع وبحكم غير وقتي، كطلب بطلان السند المحتج به من اجل المطالبة بالإجراء الوتقي في الاشكال الوتقي⁽⁴⁰⁰⁾، ولا يترتب عليه وقف التنفيذ الا اذا نص القانون على خلاف ذلك على عكس الاشكال الوتقي في التنفيذ الذي له اثر واقف للتنفيذ بقوة القانون حسب الفقرة الاخيرة من المادة 632 ق إ م .

ويختلف الاشكال الوتقي عن الموضوعي في اجراءات الرفع امام جهة القضاء المختصة حيث يرفع الاشكال الموضوعي امام المحكمة وفق اجراءات الدعوى الاستعجالية أما الاشكال الوتقي يرفع بأحد الطريقتين اما بإبدائه مباشرة امام المحضر القضائي المكلف بالتنفيذ وفق ما جاء في المادة 631 ق إ م ا، أو عن طريق الدعوى الاستعجالية بينما يرفع الاشكال الموضوعي امام محكمة الموضوع مباشرة بعريضة وفق الاجراءات والقواعد العامة المطلوبة قانونا.

ويختلفان ايضا من حيث حجية الاحكام والاورام الصادرة بمناسبة كل منهما حيث تحوز الاحكام في الاشكال الوتقي حجية مؤقتة تبقى قائمة طالما بقيت الظروف التي صدرت فيها، أما الاحكام الصادرة في الاشكالات الموضوعية للتنفيذ فتحوز حجية المقضي به فور صدورها⁽⁴⁰¹⁾

⁽³⁹⁸⁾ انظر تقرير عن الاستقصاء المتعلق بالتنفيذ التشريعي لإتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وتنفيذها نيويورك 1958، الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها الواحدة والاربعون سنة 2008، منشور على الموقع

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_implementation.html

⁽³⁹⁹⁾ يونس ثابت، إشكالات التنفيذ في الأحكام و المحررات الموثقة، عالم الكتب، القاهرة، 1972، ص 14.

⁽⁴⁰⁰⁾ انظر محمد طه سيد احمد، المرجع السابق، ص 697

⁽⁴⁰¹⁾ انظر عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ الاحكام الادارية واشكالاته الوتقية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 127 وما بعدها

المبحث الثاني: اشكالات تنفيذ احكام التحكيم والجهة القضائية المختصة بالنظر فيها

ان تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعة الصفقات العمومية ان كان يتم في الغالب الاعم اختياريا إلا انه قد يكون محلا لمنازعات التنفيذ، هذه الاخيرة التي تعد عوارض قانونية تعترض التنفيذ وتتضمن ادعاءات امام القضاء المختص تتعلق بالتنفيذ بحيث ان صحت اثرت فيه سلبا أو إيجابا، ويترتب عنها ان يكون التنفيذ جائزا أو غير جائز، أو صحيحا أو باطل لذلك يجب الاستمرار فيه أو الحد منه (402)، لذلك يقتضي الموضوع التطرق الى أبرز الأسانيد التي تؤسس عليها اشكالات تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعة الصفقة العمومية (المطلب الأول) . وتعتبر منازعات التنفيذ الوسيلة الوحيدة للدفاع عن حقوق أطراف التنفيذ بما فيهم الغير ، وإن كانت هذه المنازعات في غالب الأحيان تهدف إلى عرقلة مجرى التنفيذ وتخلق بذلك إشكالات في التنفيذ في حكم التحكيم الصادر في منازعة الصفقات العمومية فيقتضي الموضوع التطرق الى القضاء المختص بالنظر في هذه الاشكالات (المطلب الثاني)

المطلب الأول: أسانيد اشكالات تنفيذ حكم التحكيم في مجال الصفقات العمومية

أكدت محكمة النقض المصرية أن أسباب بطلان حكم التحكيم بذاتها تصلح أسبابا لإشكالات التنفيذ، حيث قضت أنه لما كان القانون قد اجاز رفع دعوى البطلان حكم المحكم في احوال معينة، فإنه يكون من اختصاص قاضي الامور المستعجلة أن يفصل في الصعوبات التي تعترض تنفيذ أحكام المحكمين... اما أصل الحق وهو صحة حكم المحكم او بطلانه فيبقى سليما ليقول قضاء الموضوع كلمته فيه، ونشير ان الفقه اختلف في هذه المسألة بين من لا يجيز تأسيس الاشكال في تنفيذ حكم التحكيم على سبب من أسباب بطلان حكم التحكيم وبين من يجيز ذلك وهو الرأي الغالب (403)، وتبعاً لذلك يمكن القول أنه يحق أن يستشكل في تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية وبطلب وقف تنفيذه،

(402) انظر احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط3، دار النشر الجامعية،

الاسكندرية 1985، ص 209

(403) انظر المرجع نفسه، ص 722 وما بعدها

ونشير الى الطعن بالبطلان يتعلق بحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر فقط، وقد خصه المشرع بشروط خاصة وأجال خاصة⁽⁴⁰⁴⁾، وجعل الطعن بالبطلان يكون في حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 1056 ق إ م إ⁽⁴⁰⁵⁾ وهي نفس الحالات التي يقبل فيها الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم وهي نفس الاسباب تقريبا التي نصت عليها اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فإنه يمكن التمسك بهذه الاسباب بطريق المنازعة في التنفيذ كالمنازعة من صدور حكم التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها، أو إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، غير ان سلطة القاضي المختص في هذه الحالة لا تمتد الى بحث مدى سلامة حكم التحكيم لأن المحكمة المختصة بنظر دعوى البطلان هي المختصة اصلا بنظر النزاع، لذلك تقتصر مهمته في نظر الاشكال من حيث طلب وقف التنفيذ أو الاستمرار فيه فقط وهذا ما أكدته القضاء المصري⁽⁴⁰⁶⁾، هذا وقد يؤسس الاشكال لأسباب ترجع الى حكم التحكيم على اعتباره سند تنفيذي كتخلف احد البيانات الالزامية التي اشار لها المشرع، او عدم صدور الامر بتنفيذه او عدم اتباع اجراء من الاجراءات الواجبة فيه، فعلى القاضي المختص ان يوقف تنفيذ حكم التحكيم مؤقتا الى غاية الفصل في موضوع الاجراءات، كما يجب ان تكون الحقوق محل السند التنفيذي لم تسقط بالتقادم أو تنقضي وفقا للأحكام العامة المتعلقة بهذا الشأن⁽⁴⁰⁷⁾.

⁽⁴⁰⁴⁾ فقد نصت المادة 1058 ق إ م إ على أنه يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان، وأجاز المشرع إقامة دعوى البطلان بمجرد صدور حكم التحكيم، غير أن هذه الدعوى ترفع في أجل شهر يبدأ من يوم التبليغ الرسمي للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، وهذا ما نصت عليه المادة 1059 ق إ م إ.

⁽⁴⁰⁵⁾ نصت المادة 1056 ق إ م إ على:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون

3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها

4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية

5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب

6. إذا كان حكم التحكيم مخالف للنظام العام الدولي

⁽⁴⁰⁶⁾ انظر محمد سيد طه، المرجع السابق، ص 721.

⁽⁴⁰⁷⁾ انظر المرجع نفسه، ص 723

هذا وقد يؤسس الاشكال في تنفيذ حكم التحكيم على شخص المنفذ ضده خاصة إذا كان من الغير، وقد يكون هذا الغير في مجال الصفقات العمومية هو المناول مثلا، فقد نظم المشرع المناولة في المواد من 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي 15-247 الجديد، حيث اجاز للمتعاقل المتعاقد منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد المناولة، حسب الشروط المنصوص عليها في نفس المرسوم الرئاسي، والمناولة طريقة عمودية للتعاقد، حيث يوجد ثلاثة أطراف هم المصلحة المتعاقدة والمتعاقل المتعاقد والمناول، دون وجود علاقة مباشرة بين المصلحة المتعاقدة والمناول، مع بقاء المتعاقل المتعاقد المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن جزء الصفقة المتعاقل فيها بموجب عقد المناولة، لذلك فإن الاتفاقية التحكيمية تسري على المناول، وذلك لمساهمة في تنفيذ التزامات المتعاقل المتعاقد الواردة أساسا في بنود الصفقة العمومية، وهو الأمر الذي يفترض علم المناول بوجود البند التحكيمي، وطالما أن الرضائية متوفرة في العلاقة التعاقدية بينه وبين المتعاقل المتعاقد الأصلي لذلك يفترض أنه متى نفذ حكم التحكيم ضده ان يرفع اشكال في التنفيذ، خاصة إذا تعلق الأمر بحقوقه المالية المترتبة عن تنفيذ الجزء المسند له من الصفقة لارتباطه بتنفيذ الصفقة ككل مع المتعاقل المتعاقد الأصلي، رغم انه هناك من رأى في مسألة الصفة في رفع الاشكال ليست واضحة بالنسبة للغير خاصة إذا كان لا يحتج بأحكام التحكيم تجاه الغير وفق ما أشارت له المادة 1038 ق إ م⁽⁴⁰⁸⁾، إلا ان الغير في المثال الذي سقناه تتوفر فيه الصفة نظرا للأسباب التي وضحناها.

ونشير انه قد يؤسس الاشكال في التنفيذ لأسباب عديدة اخرى، وصور اشكالات تنفيذ احكام التحكيم في مجالات الصفقات العمومية لا يمكن حصرها⁽⁴⁰⁹⁾ إلا ان أبرزها قد يتعلق بدعوى البطلان، أو السند التنفيذي (الحكم التحكيمي الصادر الامر بتنفيذه)، أو الغير المنفذ ضده حكم التحكيم الصادر في منازعة الصفقة العمومية.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بالنظر في اشكالات تنفيذ حكم التحكيم

اخضع المشرع الجزائري النظر في اشكالات تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية الى القضاء الاستعجالي، وعلى اعتبار ان احكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية لها مقومات الاحكام

⁽⁴⁰⁸⁾ انظر نسيم يخلف، المرجع السابق، 222

⁽⁴⁰⁹⁾ انظر في هذا المعنى، نسيم يخلف المرجع نفسه، ص 221.

والقرارات القضائية فقد اعتبرها بعض الفقه أنها ذات طبيعة قضائية⁽⁴¹⁰⁾، وعلى اعتبارها صادرة في منازعة إدارية فهي تأخذ هذا الوصف أيضاً، وتبعاً لذلك من المفروض أن اشكالات تنفيذ أحكام التحكيم ينعقد الاختصاص بالنظر فيها إلى القضاء الاستعجالي الإداري، وذلك قياساً على الفقرة الثامنة من المادة 804 ق إ م التي جعلت الاختصاص في مادة اشكالات تنفيذ الاحكام الصادرة عن الجهات القضائية، ينعقد امام المحكمة التي صدر عنها الحكم موضوع الاشكال، وإن كان قانون الاجراءات المدنية القديم لم يحسم هذه المسألة هذا ما جعل مجلس الدولة في اجتهاده يرى ان الاختصاص في اشكالات تنفيذ الاحكام القضائية الادارية ينعقد الى القضاء العادي وحده⁽⁴¹¹⁾، في حين اعتبرت المحكمة العليا في اجتهادها أن القضاء الإداري هو المختص بالفصل في اشكال تنفيذ قرار قضائي إداري، وليس القضاء العادي⁽⁴¹²⁾، غير ان مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 15 جانفي 2015 أكد أن المحكمة الادارية هي المحكمة المختصة للبت في إشكالات تنفيذ حكم صادر عن القضاء الإداري وذلك تأسيساً على الفقرة الثامنة من المادة 804 ق إ م سابقة الذكر، وهو ما اعتبره البعض ان مجلس الدولة اخطأ في ذلك واعتبر ان الاساس الذي اعتمده مجلس الدولة غير مقنع لان المادة سابقة الذكر وردت تحت عنوان " في الاختصاص الإقليمي" و لا علاقة لها بالاختصاص النوعي فيما أنه لو كان في نية المشرع إخضاع إشكالات تنفيذ القرارات القضائية الإدارية إلى القاضي الاستعجالي التابع للقضاء الإداري لنص على ذلك صراحة، كما أن قبول مجلس الدولة الاستئناف في القرار الفاصل في الإشكال في التنفيذ وإلغائه غير منطقي لأن المادة 633 ق إ م جعلت الأوامر الصادرة في دعوى الإشكال غير قابلة لأي طعن⁽⁴¹³⁾، إلا أننا نرى أن قرار مجلس الدولة سليم في جعل اسناد الاختصاص في مسألة اشكال التنفيذ الى القضاء الاداري، وأساسه سليم، فغني عن البيان ان الاختصاص النوعي والاختصاص الاقليمي في القضاء الاداري من النظام العام وفق ما صرحت به المادة 807 ق إ م ويثيره القاضي من تلقاء نفسه في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، ومجلس الدولة بقبوله الطعن بالاستئناف ليس مبرره ان الامر في

(410) المرجع نفسه، ص 804 وما بعدها

(411) أنظر قرار مجلس الدولة رقم 9934، المؤرخ في 5 نوفمبر 2002، منشور في مجلة مجلس الدولة،

ع 4، لسنة 2002 ص 172

(412) أنظر قرار الغرفة المدنية رقم 399207، المؤرخ في 21 فيفري 2007، منشور مجلة المحكمة

العليا، ع 1، لسنة 2007، ص 267

(413) Brahimi Mohammed,E n savoir plus sur <http://brahimi-avocat.e->
vu le 29/03/2015. monsie.com/ar/blog/8-3.html#IuiTfA0d8oGIdZuG.99

الاشكال في التنفيذ قابل للإستئناف أم لا، وإنما مبرره هو قيام مجلس الدولة بوظيفته الدستورية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 171 من الدستور بعد تعديل سنة 2016، والتي جعلته هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية.

وهناك من رأى انه مادام المشرع سكت عن تحديد الجهة المختصة بالنظر في اشكالات تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في منازعات إدارية فإنه يجب العمل بالقياس وما يمليه المنطق القانوني، فإنه يجب عرض الاشكال في التنفيذ على هيئة التحكيم مصدره حكم التحكيم محل الاشكال في التنفيذ تأسيسا على يحكم اشكالات تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية الادارية، رغم ما في ذلك من صعوبة تقنية خاصة إذا تعلق الامر بحكم تحكيم صادر من هيئة تحكيم اجنبية، لذلك أوصى هذا الرأي أن يعرض الأمر على رئاسة المحكمة المباشرة أمامها التنفيذ او المحكمة التي منحت الامر بالتنفيذ لحكم التحكيم على اعتبار ان الجهة التي امرت بتنفيذ حكم التحكيم على علم بملاسات حكم التحكيم وما يتطلبه من مسائل لذلك يمكنها الامر بمواصلة التنفيذ أو توقيفه⁽⁴¹⁴⁾. إلا انه يمكن الرد على ذلك بالقول اننا امام نصوص إجرائية لا يمكن القياس فيها خاصة إذا تعلق الأمر بالاختصاص النوعي للقضاء هذا من جهة ومن جهة اخرى فالمشرع لم يحدد بدقة الجهة التي تأمر بتنفيذ حكم تحكيم صادر في منازعة إدارية واكتفى بالإحالة الى القواعد العامة هذه الاخيرة التي لم تراعي طبيعة المنازعة وخصوصية اطرافها على النحو الذي أشرنا له سابقا، ولا يمكن ان يعرض الأمر على رئاسة المحكمة المباشرة فيها التنفيذ فالمنازعة هي إدارية من المفروض ان تختص المحاكم الادارية ورئيس المحكمة الادارية لا ينظر في هذا الاختصاص لأنه في المسائل الاستعجالية ينظر فيها بتشكيلة جماعية كما سنوضح ذلك.

وتأسيسا على ما سبق وفي ظل غياب اساس قانوني يحدد الاختصاص للنظر في اشكالات تنفيذ احكام التحكيم الصادرة في منازعات الصفقات العمومية لذلك نرى انه من المنطق إسناد الاختصاص الى القضاء الاداري الاستعجالي وعدم اسناده الى القضاء العادي، وذلك تماشيا مع فلسفة نظام التحكيم المتميز بالسرعة وتفاذيا للعراقيل التي قد تعترض التنفيذ، ومبررنا في ذلك أنه إذا كان القضاء الاداري هو المختص في مسألة التدابير المؤقتة والإجراءات التحفظية في التحكيم الداخلي، على اعتبار ان أحد أطراف النزاع المتعلق بالصفقة هو شخص من أشخاص القانون العام، اما في التحكيم الدولي فإرادة الأطراف تحدد لمحكمة التحكيم مجال التدابير المؤقتة أو التحفظية الممكن ان تأمر بها وينفذ هذا التدبير إراديا ممن صدر في

(414) انظر نسيم يخلف، المرجع السابق، ص 223

مواجهته على ان انه يجوز لمحكمة التحكيم ان تطلب تدخل القاضي المختص في حالة الامتناع ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي الذي يجري فيه التحكيم وهذا ما قضت به المادة 1046 ق إ م إ، لذلك فإن كان موضوع التدابير المؤقتة المتعلقة بالتحكيم في الصفقات العمومية يربط عملية التحكيم بالأنظمة القانونية والقضائية فاللجوء للقضاء في هذه المسائل لا يعد تنازلا عن التحكيم بشأن النزاع المتعلق بالصفقة⁽⁴¹⁵⁾، ولأن استبعاد قضاء الدولة في النزاع لوجود إتفاق التحكيم ينصب على القضاء الموضوعي لا القضاء الوقفي أو الاستعجالي⁽⁴¹⁶⁾، لذلك إن كان القضاء الاستعجالي الإداري يختص بهذه الامور فمن باب اولي ان يختص بالنظر في إشكالات تنفيذ احكام التحكيم الداخلية أو الدولية والمتعلقة بالصفقات العمومية هذه الاخيرة التي لا تقبل التعطيل والتأخير في تنفيذها، ومبرر اتنا في ذلك أن القضاء الإداري الاستعجالي وإن كان يفصل بتشكيلة جماعية حسب المادة 917 ق إ م إ، وسلطات القاضي تنحصر في اتخاذ اجراء وقفي بهدف وقف تنفيذ حكم التحكيم أو الاستمرار فيه ولا يتعرض لأصل الحق ويفصل في ذلك في أقرب الأجال، فإنه الأنسب للنظر في اشكالات تنفيذ احكام التحكيم وذلك مراعاة لقواعد اختصاص القضاء الإداري التي اتخذها المشرع الجزائري ولا يمكن القول ان اشكالات تنفيذ احكام التحكيم في مادة الصفقات العمومية تسند للقضاء العادي وتعد استثناء على المعيار المكرس في المادة 800 ق إ م إ لان الاستثناء يكون بنص صريح من المشرع.

كما أن القضاء الإداري يملك امكانية المساهمة في تنفيذ احكام التحكيم وذلك بما يملكه من اصدار أوامر للإدارة من اجل اتخاذ تدابير تنفيذية متعلقة بتنفيذ حكم التحكيم أو الحكم بغرامة تهديدية لحث الإدارة أو من يمثلها على تنفيذ حكم التحكيم أو إمكانية استعمال وسائل القانون الإداري والتي من بينها دعوى الغاء قرار الامتناع عن تنفيذ حكم التحكيم. وان كانت هذه الوسائل محدودة الفاعلية في تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية في مواجهة الإدارة إلا انها قد تكون ذات فاعلية بمناسبة تنفيذ احكام التحكيم سواء الصادرة في مصلحة الإدارة او في مواجهتها.

(415) محمد عرفة، الإجراءات الوقتية والحفظية التي يتم اتخاذها بمناسبة نزاع مطروح على التحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم والقانون الخليجي، ع 1، أبريل 2005، ص 25.

(416) عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، ط 1، عمان ، الأردن، 2009، ص 119 وما بعدها

إلا انه يجب ان نشير ان المشرع في تنظيم الصفقات العمومية الجديد أخرج العقود المتعلقة بخدمات التحكيم من الخضوع لأحكام الباب المتعلق بإجراءات الصفقات العمومية فهل معنى ذلك ان اختصاص العقود المبرمة من الادارة والمتعلقة بالتحكيم تخضع للقضاء العادي على اعتبارها لا تبرم وفق اساليب القانون العام المنصوص عليها في تنظيم الصفقات، فالإدارة تتنازل عن سلطتها العامة لتبرمها، وهذا بغض النظر عن طبيعة المنازعة وطبيعة العقد الذي تبرمه الادارة، وقد عرف القضاء المقارن العقد الاداري على انه العقد الذي يبرمه شخص من اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره وان تظهر فيه نيته في الاخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد بشروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص (417) ، فهل هذا يعني ان العقود التي تبرمها المصلحة المتعاقدة من أجل خدمات التحكيم لا تخضع لأساليب القانون العام وما ينتج عن ذلك ان منازعات هذه العقود هي من صميم اختصاص القضاء العادي، وبالنتيجة الى ذلك ان القضاء العادي هو المختص ايضا في اشكالات تنفيذ احكام التحكيم المتعلقة بالصفقات العمومية، وفي ظل غياب نص صريح او اجتهاد قضائي او تطبيق عملي لا يمكن الجزم بأمر محدد في هذه المسألة.

اما النظر في اشكالات تنفيذ احكام التحكيم فيتم بنفس القواعد العامة، حيث لا يتطرق القضاء الى ما فصل فيه حكم التحكيم في المنازعة المتعلقة بالصفقة، كما انه لا يختص بتفسير حكم التحكيم المعتد به كسند تنفيذي وان يكون الاشكال أثناء بداية عملية التنفيذ وليس بعد إنتهائها وعدم الاستشكال على نفس الموضوع مرتين على أن يتم ذلك بدعوى يصدر فيها امر إما بقبول الاشكال او برفضه.

خاتمة:

من خلال ما تقدم اتضح ان للتحكيم اهمية كبرى في فض منازعات الصفقات العمومية، نظرا لسماته التي تميزه عن غيره من نظم التسوية الودية للمنازعات، وتأكيذا لفاعلية هذا النظام أجاز المشرع صراحة التحكيم الدولي في تنظيم الصفقات العمومية الجديد، وان لم يفعل نفس الامر في التحكيم الداخلي نتيجة غياب هيئات تحكيم داخلية متعلقة بالأمر لذلك اوجد نظاما بديلا لذلك سماه اللجنة الودية لتسوية

(417) انظر أيضا عمار بوضياف شرح تنظيم الصفقات العمومية، ط3، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2011، ص38 وما بعدها

منازعات الصفقات العمومية، غير انه لا يوجد ما يمنع أطراف الصفقة من اللجوء الى التحكيم الداخلي متى أنشئت هذه الهيئات على اعتباره ينشأ من إرادة الأطراف.

واتضح لنا ان المشرع الجزائري لم يهتم بمسألة تحديد معنى حكم التحكيم، رغم تناوله له من عدة جوانب أخرى كقابليته للتنفيذ وحجيته واجراءات اصدار الامر بتنفيذه، والجهة القضائية المختصة بذلك إلا ان المشرع فتح الباب أمام المصالح المتعاقدة لطلب التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ الصفقات العمومية ولم يراع خصوصية المنازعة وأطرافها واكتفى بالإحالة الى الاحكام العامة مما نتج عنه عن اشكالات نتيجة عدم تماشي هذه الاحكام مع خصوصية مجال الصفقات.

لذلك اذا كان التحكيم واقعا يفرض نفسه في مجال الصفقات العمومية نظرا لسماته ومزاياه، لذلك يفضله اطراف الصفقة لسرعة فض المنازعات المتعلقة بالصفقة مما يساهم في تنفيذها، إلا أن فاعلية التحكيم تكمن في تنفيذ حكم التحكيم في حد ذاته ، فإذا اعترضت هذا الاخير منازعات أخرى لتعطل أو تمنع تنفيذه فإنها لا تحد من هذه الفاعلية لو نظمها المشرع بشكل دقيق، لأنه من مقتضيات العدالة السماح بالمنازعة الوقتية والموضوعية في تنفيذ حكم التحكيم الصادر في منازعات الصفقات العمومية لغاية ان يتم هذا التنفيذ سليما، غير ان ذلك يجب ان يكون في مجال ضيق وفي حالات على سبيل الحصر حفاظا على حقوق الاطراف، وحتى لا تكون هذه الحالات سبيلا للمماطلة في تنفيذ حكم التحكيم يجب ان يفرض جزاء أو ضمانات تؤدي الى تنفيذ حكم التحكيم وتحقيق الغاية من اللجوء الى هذا النظام.

تعالیق علی أحكام و قرارات

نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص

على ضوء قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 220 الصادر بتاريخ 15 يناير 2015⁴¹⁸

* ذ/ زهير الزرزاري

تعتبر قاعدة "الأثر النسبي للعقود" من المبادئ المتعارف عليها في القواعد العامة و من الأسس التي بنى عليها قانون الالتزامات و العقود فلسفته⁴¹⁹، ولقد ميز الفقه و كذا التشريع بين نسبية أثر العقد على مستوى النطاق الشخصي من جهة و النطاق الموضوعي من جهة أخرى⁴²⁰ فالأول و الذي يهمننا في هذا التعليق يعني أن

418 قرار منشور بالعدد الأول من المجلة المغربية للتحكيم العربي و الدولي ص 119 .

* طالب باحث في سلك الدكتوراه، القانون الخاص.

419 أقر المشرع المغربي هذه القاعدة صراحة في الفصل 228 ق.ل.ع. التي جاء فيها أن: " الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

420 النطاق الموضوعي يعني الموضوعات التي تعتبر محل نزاع و التي اتفق الأطراف على جعلها موضوعا للتحكيم....

العقد لا يلزم ولا يقيد إلا طرفيه⁴²¹ وبالتالي فلا يمكن إلزام أحد من الغير بالالتزامات أو الحقوق الناتجة عن عقد لم يكن طرفا فيه⁴²².
بعد أن استقر العمل بهذه القاعدة فترة من الزمن ظهرت الحاجة إلى إيجاد حالات استثنائية لها، من هذه الاستثناءات ما أوردها المشرع في قانون الالتزامات والعقود (الحوالة، الإنتقال إلى الخلف العام مثلا) و أخرى في نصوص متفرقة (مثلا في عقود الضمان و الوكالة....).

لكن أحيانا يفرض الواقع هذا الاستثناء ومن الحالات التي فرض فيها الواقع الخروج على قاعدة نسبية أثر العقد نجد تمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين وهذا هو شأن القرار موضوع تعليقنا و المتعلق بالقضية المعروفة بقضية: « yenna holding » و التي تتلخص وقائعها في نزاع جمع بين الشركتين « Five- FCB » و « Prosidi Di Simantra CB, construction » ضد الشركة المغربية " بينا إسمنت" تمثل الشركة الفرع و معها الشركة الأم " بينا هولدنغ"، وحيث أبرمت الشركة الفرع عقدا بتاريخ 2008/07/24 من أجل قيامهما بصفقة مع الشركتين FCB و DI Simantra وذلك لبناء مصنع للإسمنت في منطقة " الكيسر".

تضمن العقد الذي جمع الطرفين شرطا تحكيميا يمنح الاختصاص للمحكمة الدولية للتحكيم بجنيف التابعة لغرفة التحكيم الدولية بباريس لحل النزاعات المفترضة بينهما، ونظرا لتقاعس الشركة المغربية الفرع عن تنفيذ التزاماتها و المتمثل في التراجع عن تنفيذ العقد و إلغاء الصفقة وفسخ العقد، هذا الأمر دفع بالشركتين الفرنسييتين إلى تفعيل شرط التحكيم بالجوء إلى محكمة التحكيم بجنيف و التي أصدرت حكما تحكيميا بتاريخ 2011/9/21 قضت فيه على الشركة الفرع و معها الشركة الأم بواسطة تمديد شرط التحكيم إليها على الرغم من أنها لم توقع على شرط التحكيم.

استنادا على ذلك المقرر التحكيمي تم طلب الاعتراف والتنفيذ من رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء الذي قبل تنفيذه لكنه رفض تمديد شرط التحكيم إلى الشركة الأم بحجة أنها لم تكن طرفا في العقد و لم توقع و بالتالي لم تقبل بذلك

421 وهذه القاعدة العامة ترجع بجذورها إلى القانون الروماني ، ومنه انتقلت إلى القانون المدني الفرنسي في نص المادة (1121) وأخذت بها أغلب التشريعات المقارنة كالمشرع المصري في المادة (125) والمشرع الجزائري (م.113) والأردني (م.206)....
422 يلعب هذا المبدأ دورا مهما في استقرار المعاملات داخل المجتمعات، إذ ليس من العدل و الإنصاف أن نحمل أحدا بالتزام لم يرتضيه.

الشرط... هذا الحكم استأنفته الشركتين الفرنسيتين و قضت محكمة الاستئناف بالقرار موضوع هذا التعليق....

من خلال وقائع و حيثيات هذه القضية يبدو أن الإشكال القانوني الذي يطرحه هذا القرار يتمحور حول تمديد شرط التحكيم إلى الشركة الأم غير الموقعة الذي قد يظهر أولا أنه خروجا عن القواعد العامة التي تقول بنسبية أثر العقود وثانيا هو ضرب فيما تقره القواعد المنظمة للتحكيم في قانون 08.09؟؟

وعليه فإننا سنتناول في تقييم قرار المحكمة من خلال مناقشة الأطراف الحقيقية لاتفاق التحكيم (الفقرة الأولى) ثم نتطرق بعد ذلك إلى الأسس الحديثة منها و التقليدية المعتمدة من طرف القضاء و هيئات التحكيم لتمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين عليه (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الأطراف الحقيقية لاتفاق التحكيم

من المعلوم أن أطراف أي عقد هما المتعاقدين ثم الذين ارتضوا الدخول في العلاقة التعاقدية إما بصفة وكيل أو ضامن...، وذلك بتوقيع صريح منه يبدي من خلاله رغبته للدخول في تلك العلاقة التعاقدية، إلا أنه أحيانا يتعدد أطراف العقد ليس بالإرادة الصريحة و إنما بالإرادة الضمنية التي توحى بأنهم أطرافا في ذلك العقد، وهذا هو شأن اتفاق التحكيم (سواء كان عقدا أو شرطا)⁴²³ كما أن ما يميز اتفاق التحكيم حينما يكون على شكل عقد هو أنه قد ينتج عن أي علاقة قانونية سواء تعاقدية أو غير تعاقدية، في حين أن شرط التحكيم لا يمكن تصوره إلا في إطار علاقة تعاقدية بين طرفين أو عدة أطراف، ما دام أن شرط التحكيم يستقل عن العقد الأصلي بناء على قاعدة الاستقلالية وما ينجر عنها من نتائج (ف.318 ق.م.م).

حكمت قاعدة نسبية العقد شرط التحكيم و ما يترتب عليه من آثار مدة ليست بالقصيرة فكان أثره ينجر على أطرافه الذين وافقوا على شرط التحكيم لما قد ينتج من نزاعات بين أطراف العقد خاصة فيما يخص تنفيذه، إلا أن هذه القاعدة ومع تطور نظام التحكيم سرعان ما بدأت تتلاشى مع ظهور بعض الممارسات و المعاملات اختلطت فيها أطراف العقد حتى بدا من الصعب تحديد أطرافه هذا الخلط

⁴²³ جاء في الفصل 307 الفقرة الثانية من ق.م.م. أن: " اتفاق التحكيميكتسي شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم".

أصبح يستغل من عدة جهات مرة من الأطراف المعنية بالنزاع لتحقيق مآرب ومصالح معينة و أحيانا أخرى يستغل من الجهة المفروض فيها الحياد و الموضوعية إما لأهداف مادية محضة أو استجابة لضغوطات سياسية معينة...

لقد أصبح الجواب عن سؤال الأطراف الحقيقية لاتفاق التحكيم ضرورة حتمية لتحديد المسؤوليات، على هيئة التحكيم الإجابة على هذا السؤال و من جهة أخرى على القضاء الذي يمارس الرقابة من خلال أهم مرحلة ينتظرها الأطراف وهي تدويل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وهما في ذلك ملزمان بتعليل ذلك التحديد خصوصا عندما يقضي بتمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين مادام أن هذا التوقيع معبر أساسي عن الإرادة الصريحة للأطراف.

أثير هذا النقاش بحدة في وسط التحكيم التجاري الدولي الممارس في الدول المتقدمة على مستوى التجارة الدولية، وخلصت الاجتهادات الفقهية و القضائية إلى أن تحديد أطراف اتفاق التحكيم الحقيقيين وذلك باستجلاء الإرادة الضمنية للأطراف غير الموقعين وبالتالي تمديده إليهم يستند على أساسين الأول متعلق بمجموعة الشركات و الثاني بمجموعة العقود.

هناك علاقة وطيدة بين مبررات تمديد شرط التحكيم في مجموعة الشركات وفي مجموعة العقود، حيث في كلاهما يتم الارتكاز على الوحدة الاقتصادية لكافة الشركات أو العقود⁴²⁴ و وفيما يخص الأساس الأول و الذي يعيننا في هذه الدراسة على اعتبار أن القرار موضوع التعليق استحضر ذلك الأساس وبناء عليه ظهر مبدأ تمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين في أول قضية طرحت في فرنسا في القرار التحكيمي الشهير « Dow Chemical » بتاريخ 1982⁴²⁵، تدور هذه القضية حول عقد تم توقيعه من طرف مجموعة من الشركات، تنتمي إلى نفس المجموعة، قامت المحكمة التحكيمية بتمديد شرط التحكيم إلى الشركات غير الموقعة، مصرحة

⁴²⁴ جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف ببيروت بتاريخ 5 فبراير 2008 أنه: "...نظرا لكون الفقه و الاجتهاد القضائي يذكران بصفة متواترة بأن شرط التحكيم الوارد في أحد العقود يشكل في مجملها عملية اقتصادية واحدة فإن ذلك يعطي للمحكمة التحكيمية السلطة في إطار النزاع المعروض عليها في الفصل في جميع النزاعات المترتبة عن تلك العقود، ولا يهم أن تتضمن تلك العقود شرط التحكيم أو أن لا تكون مبرمة مع جميع الأطراف في التحكيم مادام أنهم يشكلون عملية اقتصادية واحدة".

راجع في هذا الصدد: أحمد كويسي، نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص، مجلة القانون الاقتصادي، ع.2، 2009، ص: 159 وما بعدها.

⁴²⁵ صدر هذا القرار تحت إسم غرفة التجارة الدولية رقم 4131. أشار إليه المرجع قبله.

أن: " شرط التحكيم المقبول صراحة من بعض الشركات التي تربطها علاقة وطيدة بباقي الشركات غير الموقعة التي تلعب دورا هاما في تنفيذ العقود و إبداء ملاحظات حول العقود التي تبرمها أي شركة من المجموعة ومن بينها العقد الذي تضمن شرط التحكيم، لذلك وبناء على الإرادة المشتركة لكل الأطراف سواء الموقعة أو غير الموقعة، فإن شرط التحكيم يلزمهم جميعا...".

هذا القرار طعن فيه بالبطلان أمام محكمة الاستئناف بباريس رفضته هذه الأخيرة، و أكدت على التعليل التي اتخذته محكمة التحكيم⁴²⁶ فقد جعلت من مرحلة ما قبل التعاقد منطبا للقول بأن الشركات غير الموقعة ساهمت في إطار المفاوضات على إبرام العقد وبالتالي علمها و قبولها بشرط التحكيم، وهو ما سايرته بعض الاجتهادات القضائية الأخرى، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بتونس بتاريخ 8 مارس 2011 أنه: "حيث إن اشتراط المشرع شكلية الكتابة لإثبات وجود الشرط التحكيمي لا يتعارض مع فكرة أن تنسحب آثاره على غير الأطراف المتعاقدة أو الممضية على الشرط المذكور متى تبين من خلال معطيات ثابتة ووقائع دامغة أن الطرف المحتج ضده بمضمون ذلك الشرط كان عالما به..... وحيث إن العدول عن ذكر كل الشركات المنتمية للمجموعة "أ" الصلب، لا يعتبر حجة لمنع امتداد شرط التحكيم لمجموعة الشركات، لاسيما أن الشركة طالبة الإبطال ساهمت خلال مرحلة ما قبل التعاقد و أثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه...".

وهناك توجه قضائي آخر يذهب إلى أن اتفاق التحكيم وحده قادر على التمديد بدون الاستناد إلى علة أخرى، ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس في قضية Cotunav قضت بتمديد شرط التحكيم بناء على فعالية و صحة اتفاق التحكيم⁴²⁷ إلا أن محكمة النقض رفضت التعليل التي بنت عليه المحكمة قرارها ونصت أنه ما كان على المحكمة أن تجعل من صحة و فعالية اتفاق التحكيم وحده كفيلا بتمديد اتفاق التحكيم و إنما قبول Cotunav التدخل لتنفيذ الاتفاق و علمها الواضح و الصريح بشرط التحكيم، يعتبران دليلا لقبولها به وبالتالي يكون كفيلا لتعليل ذلك التمديد⁴²⁸.

⁴²⁶ Cour. Appel. Paris, 21 octobre 1983.Rev.arb. 1984. P: 137.
⁴²⁷ جاء في القرار باللغة الفرنسية، la validité et l'efficacité propres de la convention « arbitrage... »

⁴²⁸ Cou. d'app. Paris, 28 novembre 1989, Rev. Arb. 1990, p. 675.

رغم هذا الاختلاف بين العلتين، التي أتت بها محكمة الاستئناف و محكمة النقض، إلا أنهما يؤسسان تمديد شرط التحكيم لغير الموقع عليه، بناء على الإرادة الضمنية لذلك الغير، و ذهبت محكمة النقض الفرنسية مؤخرا في قضية ABS سنة 2007 الذي أحدثت ضجة في ساحة التحكيم الدولي، حيث خلصت المحكمة إلى أن: " شرط التحكيم الدولي يمتد إلى كل الأطراف التي ساهمت في تنفيذ العقد المضمن شرط التحكيم...". بذلك تكون المحكمة قد اعتبرت تنفيذ العقد دليلا دامغا على الإرادة الضمنية للأطراف غير الموقعة لقبولها بشرط التحكيم. وهناك من الأحكام من أسست قرارها على تصرفات « Comportement » الطرف غير الموقع على ذلك الشرط، هذا الموقف هو ما دأبت عليه المحاكم الفرنسية في القرارات الحديثة، إذ أكدت عليه محكمة الاستئناف بباريس في قضية " Abela " ومحكمة النقض في قضية "Pabillon"⁴²⁹.

لقد عرف الاجتهاد القضائي الفرنسي تطورا حقيقيا في تعامله مع تمديد شرط التحكيم خاصة حينما يكون أمام التحكيم الدولي، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 نونبر 2012 أن تنفيذ العقد مع أطرافه الرئيسيين يفترض علمهم بشرط التحكيم المضمن في ذلك العقد⁴³⁰، هذا الأمر تم تكريسه في مجموعة من القرارات مددت فيها شرط التحكيم بناء على أن وضعية الغير توحى مما لا يدع مجالا للشك أنه كان يعلم بوجود شرط التحكيم في العقد الذي يعمل على تنفيذه حتى ولو لم يوقع عليه⁴³¹.

هناك من الفقه⁴³² من يرى أن هذه التوجهات القضائية لا تخرج عن تأسيس تمديد شرط التحكيم على أساسين: أولا نظرية الشفافية، التي تقتضي أن تعامل الشركات التي تنتمي إلى مجموعة شركات، و التي تدفع باستقلالية الشخصية المعنوية لكل شركة حتى لا تخضع لشرط التحكيم التي صادقت عليه إحدى الشركات وبموافقة الآخرين، بنقيض قصدها التي أرادت وراء جعل شرط التحكيم

⁴²⁹ Alexandra Munoz et Nathalie Chauffaille, Debat...l'extension de la clause compromissoire au tiers non signataire, op. cit.

⁴³⁰ أورد هذا القرار المرجع قبله.

⁴³¹ Coure d'appel, paris, novembre 1988, Rev. Arb.p.691 et ss. Voir également Société Ofer Brothers v. the Tokyo Marine and fire insurance CO ltd. Coure d'appel, Paris, 14 février 1989, Rev. Arb. P: 692 et ss.

⁴³² Christophe Seraglini, Jérôme Ortsheidt, Droit de L'arbitrage interne et international, op.cit. p : 638 et ss.

مقتصرًا على شركة واحدة أو بعض الشركات من المجموعة مطيبتًا لعدم خضوعها للتحكيم.

هذا يصدق أيضا في العلاقة التي تربط بين الشركة الأم و الشركة الفرع، حينما تبرم هذه الأخيرة عقودا تتضمن شرط التحكيم وذلك تحت وصاية و مراقبة الشركة الأم، لحل النزاعات التي قد تنشأ بين أطراف العقد لتتجنب الشركة الأم الخضوع إلى التحكيم، وفي هذا الصدد وفي أول تجربة للقضاء المغربي صدر القرار الذي بين أيدينا و الذي يشكل موضوع تعليقنا و التي قضت فيه محكمة الاستئناف بتمديد شرط التحكيم من الشركة الفرع إلى الشركة الأم، على الرغم من أن الثانية لم تكن طرفا في العقد الذي تضمن ذلك الشرط والذي جمع بين الشركة الفرع و شركة أخرى، و لقد بنت هذا التمديد على عدة اعتبارات واقعية لتترجم مدى انسياق القضاء المغربي و مواكبته لما استقر عليه القضاء المقارن في التحكيم الدولي في مسألة تمديد شرط التحكيم إلى الغير عن العقد الأصلي و غير الموقع على شرط التحكيم، أولها أنه تم التفاوض من طرفها أي الشركة الأم و هي من قامت بتنفيذ العقد و هي من مولت المشروع، بينما الشركة الفرع إنما أنشئت بكل مكوناتها بشكل مصطنع بسبب الحاجة، و اعتبرت هذه القضية التي أحدثت ضجة في ساحة التحكيم التجاري الدولي حالة نموذجية في المغرب، على اعتبار أن القضاء المقارن خاصة في الدول المتقدمة يعتبر تمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين مسألة متداولة و عادية⁴³³.

وبالرجوع إلى القرار موضوع تعليقنا نجده في حالة مشابهة لما ذكرناه إذ رفض قاضي الصيغة التنفيذية وهو رئيس المحكمة الابتدائية التابع لها مكان التنفيذ - الذي توّطره المادة 327-46 ق.م.م. و كذا اتفاقية نيويورك 1958 في منح الصيغة التنفيذية- تمديد شرط التحكيم بناء على القانون اسويسري للقول بمخالفة ذلك التمديد للنظام العام المغربي و هو الأمر الذي استتكرته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في إطار تعليقها لحكمها ذاهبتا أولا إلى ترسيخ مبدأ غاية في الأهمية في كيفية التعامل مع النظام العام هذا المبدأ الذي يوصي القضاة مانحي الصيغة التنفيذية بضرورة النظر إلى مآل تنفيذ ذلك الحكم للقول بمخالفته للنظام العام و ليس الحكم في حد ذاته...

⁴³³ Khalid Zaher, interview par media24, mardi 24 février 2015, 11h45min.

- <http://www.medias24.com/DROIT/153021-L-affaire-Snep-Ynna-vue-par-un-expert.html>.

أما فيما يخص تعليلها لتمديد شرط التحكيم فقد توجهت في ذلك إلى ما استقر عليه القضاء التحكيمي الدولي وذلك بتمييزها بين الأطراف الحقيقية الفعلية و التي تعتبر أطرافا في مسطرة التحكيم و بين الأطراف الموقعة فالأول قد يفرزه الواقع و مدى مساهمته في التنفيذ و الفسخ كما في نازلة الحال، وبذلك تكون محكمة الاستئناف التجارية اتخذت نفس مسار أحكام التحكيم التجارية الدولية و الأحكام القضائية المقارنة في هذا المجال.

على الرغم من أن تمديد شرط التحكيم أصبح مسلم به في أغلب القضايا التي يكون فيها شركة أم و أخرى تشكل فرعا لها إلا أنه يشترط أن تكون هناك رقابة بادية من الشركة الأم على الشركة الفرع، هذه الرقابة تندثر عندما نكون أمام عكس هذه الحالة أي حينما يقتضي الأمر تمديد شرط التحكيم من الشركة الفرع إلى الشركة الأم، و هذا بالفعل ما أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية في قرارها الصادر في 23 أكتوبر 2012 حينما رفضت تمديد شرط التحكيم إلى الشركة الفرع الغير في العقد الأصلي الرابط بين الشركة الأم و شركة أخرى، إذ تم ذلك العقد بشكل سري لم تعلم به الشركة الفرع وبالتالي من غير المنطقي تمديد شرط التحكيم المضمن فيه إليها.

الفقرة الثانية: النظريات المعتمدة لتمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين

في سبيل إيجاد أساس معين يمكن الاعتماد عليه لشرعنة تمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين و الخروج بشكل استثنائي على قاعدة الأثر النسبي للعقود تعددت الآراء و المواقف الفقهية منهم من اعتمد على النظريات التقليدية و آخر اعتمد على النظريات الحديثة.

من النظريات التقليدية المعتمدة لتمديد شرط التحكيم إلى غير الموقعين نجد نظرية الأمر الظاهر و هي من النظريات التي اعتمد عليها القرار الذي بين أيدينا و شكل دفعا من أهم دفعات المستأنف الأصلي، و هي من النظريات المتعارف عليها في القواعد العامة تهدف إلى حماية الأمر الظاهر لأن طبيعة الرجل العادي السوي أنه يطمئن إلى الأمر الذي يبدو له ظاهريا و يتعامل على أساسه، لهذا عمل المشرع في القواعد العامة خاصة في الميدان التجاري حماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع الأمر الظاهر، و في إطار الحديث عن هذه النظرية لا بد من استحضار ما تطرقنا إليه في الفقرة السابقة أي الأطراف الحقيقية لاتفاق التحكيم، أي أن هؤلاء هم الأمر الظاهر الذين يتعامل معهم أطراف العقد الأصلي و في هذا الصدد جاء في تعليل

المحكمة أن التمديد يحتكم إلى نظرية الظاهر التي تشكل في القانون السويسري تطبيقاً لحظر التعسف في استعمال الحق.

شكلت تصرفات الشركة الأم في شخص مديرها السيد "ميلود الشعبي" و تورطه في المفاوضات أثناء إبرام العقد ثم بعد ذلك في التنفيذ ثم الفسخ، وظهوره بمظهر صاحب القرار في غياب تام للشركة الفرع و ذلك نظراً لكونه المدير أيضاً عليها، كل هذا جعله مستنداً قوياً لتفعيل نظرية الظاهر سواء للهيئة التحكيمية أو لمحكمة الاستئناف التجارية مما لم يدع مجالاً للشك أن شركة "إينا هولدينغ" كانت طرفاً و جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي و بالتالي تشكل أحد أطراف اتفاق التحكيم.

ومن جهة أخرى ردت محكمة الاستئناف التجارية دفع المستأنف الذي تمسك بكون شركة "إينا هولدينغ" وافقت على شرط التحكيم عن طريق عقد المهمة المبرم برضاها، ذلك أن الشركة الأم تحفظت منذ بداية المسطرة التحكيمية على إقرار سلطة محكمة التحكيم... وبمفهوم المخالفة لهذا التعليل يتضح أن محكمة الاستئناف التجارية تقبل أن يكون عقد المهمة دليلاً على القبول بشرط التحكيم وهذا أيضاً من الأمور التي تظارية بشأنها اجتهادات قضائية مقارنة عدة، بين من يأخذ بها كدليل على القبول بالتحكيم و بين رافض لذلك⁴³⁴.

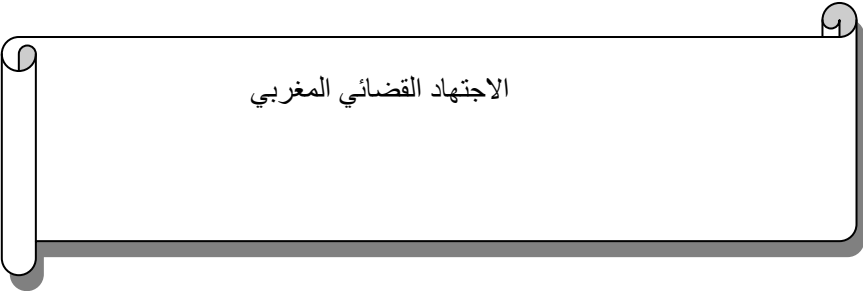
أما عن النظريات الحديثة التي تعتمد في تمديد شرط التحكيم نذكر نظرية الحجاب الاجتماعي « lever le voile sociale » التي و إن شكل مظهرها صورة قديمة إلا أن هذه التسمية من الأمور الحديثة في مجال التحكيم الدولي خاصة في الدول السائرة في النمو مثل المغرب، وهي تتمثل في ذلك التحايل الذي تستعمله الشركة الأم بإنشائها الشركة الفرع برأسمال هزيل تنتهي مهمتها بمجرد إبرام اتفاق التحكيم حتى تبقى في منأى عن الخضوع للتحكيم، إلا أنه يتم تمديد شرط التحكيم إلى الشركة الأم حتى تعامل بنقيض قصدها، و هو بالضبط ما يعيننا في هذه القضية التي تم فيها تمديد شرط التحكيم إلى الشركة الأم "إينا هولدينغ" حتى تكون مسؤولة مع الشركة الفرع عن التعويض الذي سيقدر للشركة الفرنسية "ف.س.ب"، خاصة بعد

434 للوقوف أكثر على هذه الاجتهادات انظر: زهير الزرزاري، الرضى في التحكيم الداخلي و الدولي - دراسة مقارنة - ، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، بفاس، 2015، ص. 133 وما بعدها.

معرفة أن حجم التعويضات التي تقرررت تفوق رأسمال شركة "إينا إسمنت" ⁴³⁵ و بالتالي عجزها عن أداء كامل التعويض.

أخيرا و في انتظار ما ستقضي به محكمة النقض في هذه القضية نشير إلى أن هناك اتجاه يرى بأن مجمل النظريات المعتمدة لا تعدوا أن تكون إلا تعزيزا للشفافية التي تنادي بها المنظمات و الهيئات التحكيمية الدولية، خصوصا و أن التحكيم التجاري أصبح قضاء أصيلا في حل منازعات التجارة الدولية لهذا يجب التعامل معه بوضوح بل و التشجيع على الأخذ به و ذلك في اتجاه إدماجه في العقود التجارية الدولية بشكل تلقائي و هذا ما يشكل حسب البعض تهديدا مستقبليا على مبدأ الرضائية في التحكيم التجاري الدولي.

435 طالبت المدعية بمبلغ 19.487.200 اورو مع الفوائد بنسبة 5% ابتداء من 2009/7/31، أي ما يناهز 30 مليار درهم مغربية.



الاجتهاد القضائي المغربي

محكمة النقض

قرار محكمة النقض عدد: 1/338 الصادر بتاريخ 2013/9/5 في ال ملف
تجاري عدد: 2012/1/3/1220.

يمكن ان يحيل العقد على الشروط العامة للعقد الأصلي و المتضمن لشرط
التحكيم مما يوجب إعماله.

يكفي ان يشير الشرط التحكيمي الى طريقة تعيين الهيئة التحكيمية و إن لم يقع تعيين المحكمين فيها بصفة صريحة.

و بعد المداولة طبقا للقانون.

1026 حيث يستفاد من مستندات الملف ، ومن القرار المطعون فيه عدد الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش بتاريخ 2012/6/5 في الملف عدد 2011/5/2043، انه بتاريخ 2011/7/22 ، تقدم المطلوب عباس نور الدين بمقال الى المحكمة التجارية بمراكش عرض فيه انه بتاريخ 2009/7/23 ابرم عقدا مع طالبة شركة التأمين اكسا انجاد ، التزمت بمقتضاه هذه الاخيرة بتحمل مصاريف الاخطار التي قد تهدد صحته بمناسبة تواجده باحدى دول فضاء شينكن عن المدة ما بين 2010/8/9 و 2013/8/8 وخلال سنة 2011 سافر الى فرنسا بمعية اسرته ، فتعرض بصورة مفاجئة لنوبة قلبية نقل على اثرها الى المستشفى وتبين ان حالته تستدعي اجراء عملية مستعجلة على مستوى القلب، وادلى لادارة المستشفى بعقد التأمين الذي يربطه بالمدعى عليها التي اعطت موافقتها على التكفل بمصاريف الجراحة والتطبيب ، غير انه لما عاد للمغرب فوجئ بادارة المستشفى تطالبه باداء المصاريف بدعوى ان مؤمنته رفضت الاداء لذلك يلتمس المدعي معاينة اخلال المدعى عليها بالتزامها التعاقدى ، والحكم عليها بادائها له مصاريف التطبيب والعملية الجراحية التي اجريت له بفرنسا والمحددة مؤقتا في مبلغ 30.000,00 اورو او ما يعادلها بالعملة الوطنية وقدره 332.674,00 درهما مع الفوائد القانونية من يوم الطلب. وبعد استدعاء المدعى عليها وعدم ادلائها باي جواب اصدرت المحكمة التجارية حكمها عليها بادائها لفائدة المدعي مبلغ 27.026,80 اورو او ما يعادله بالعملة الوطنية وقت التنفيذ ، مع الفوائد القانونية من تاريخ 2011/9/23 الى غاية الاداء ، ايدهت محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى القرار المطعون فيه .

في شأن الفرع الثاني من الوسيلة الاولى والفرع الاول من الوسيلة الثانية :

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق الفصلين 316 و 317 من ق م م والمادة 43 من الشروط العامة لعقد التأمين وعدم الارتكاز على اساس قانوني ونقصان التعليل الموازي لانعدامه بدعوى انه ورد في تعليقه " ان الاحالة على الشروط العامة لعقد التأمين المتضمنة لشرط التحكيم غير كافية لجعل هذا الشرط نافذا طالما انها مجرد احالة عامة لا تتضمن الاشارة الصريحة الى شرط التحكيم ، وانه يشترط لصحة شرط التحكيم ان يقع التنصيص فيه على تعيين المحكم او المحكمين او على طريقة تعيينهم وكيفية اختيارهم تحت طائلة البطلان عملا باحكام الفصل 317 من ق م م, وهو ما خلا منه شرط التحكيم المحتج به من طرف الطاعنة ، والحال ان المطلوب طيبب وعلى دراية تامة بعقود التأمين على السفر التي يبرمها مع الطالبة ، وهو على اطلاع على الشروط العامة لعقد التأمين التي تحيل عليها جميع العقود التي ابرمها معها وبالتالي فهو على علم مسبق بان أي نزاع قد يطرأ بين الطرفين, يحال على التحكيم حسب المادة 43 من الشروط العامة لعقد التأمين التي تنص صراحة على شروط التحكيم ، والتي اشارت في فقرتها الثانية الى الاتفاق على اللجوء الى التحكيم كشرط لحل أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين وعلى ان كل واحد منهما سيعين محكما، وانه قبل أي مناقشة سيقوم المحكمان المختاران من الطرفين, بتعيين محكم ثالث مهمته الفصل بينهما عند الاقتضاء ، فيكون القرار المطعون فيه قد جانب الصواب بخرقه الفصلين 316 و 317 من ق م م وعدم مراعاته مقتضيات المادة 43 من الشروط العامة لعقد التأمين ، وكذا مقتضيات العقد شريعة المتعاقدين عملا بالفصل 230 من ق ل ع مما يشكل نقصا في التعليل يوازي انعدامه ويتعين نقضه .

حيث تمسكت الطالبة بمقتضى مقالها الاستنفاي ، بان شهادة تأمين السفر تشير الى ان ضمانات وشروط التطبيق تطابق الشروط العامة للعقد، هذه الاخيرة التي احوالت مادتها 43 على التحكيم للبت في كل نزاع قد ينشأ بين الطرفين حول تنفيذ شروط التعاقد بينهما, فردته المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقولها "لئن كان عقد التأمين يحيل على الشروط العامة لهذا العقد ، والتي تتضمن شرطا تحكيميا

يلزم طرفي النزاع بعرض كل خلاف بينهما قد ينشأ بمناسبة تنفيذ العقد المذكور على هيئة تحكيمية ، فان هذه الاحالة ليست كافية لجعل شرط التحكيم المحال عليه نافذا ، طالما انها مجرد احالة عامة لم تتضمن بشكل صريح اشارة صريحة وواضحة الى شرط التحكيم ، مما تكون معه ارادة الطرفين غير واضحة في اللجوء الى التحكيم، وحتى على فرض وجود ارتباط عضوي بين عقد التأمين وباقي الشروط العامة التي وقعت الإحالة عليها ، فانه يشترط لصحة شرط التحكيم الوارد فيها ، ان يقع التنصيب فيه على تعيين المحكم او المحكمين او على طريقة تعيينهم ، وكيفية وتاريخ اختيارهم تحت طائلة البطلان وفقا لاحكام الفصل 317 من ق م م ، وهو ما خلا منه شرط التحكيم، مما يجعله باطلا وغير نافذ " ، في حين ينص الفصل المذكور على انه " يجب تحت طائلة البطلان ان يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الاصيلي او في وثيقة تحيل اليه بشكل لا لبس فيه، وان ينص في شرط التحكيم اما على تعيين المحكم او المحكمين واما على طريقة تعيينهم " ، وبالرجوع لاصل التأمين موضوع البوليصة عدد 7000065 المدلى به رفقة مذكرة المطلوب بجلسة 2011/10/27 يلقى انها اشارت الى ان ضماناته وشروط تطبيقه تبقى مطابقة للشروط العامة للعقد المكتتب ، ونص الفصل 43 منها على رغبة الطرفين في حل أي نزاع قد ينشب بينهما حول تأويل أو تنفيذ بنود عقد التأمين بموجب طريق ودي ثنائي بينهما وفي حالة تعذر ذلك يرفع النزاع لهيئة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة اشخاص ، على ان يعين كل طرف محكما ، وقبل بدء المناقشات يعين هذان المحكمان محكما ثالثا مرجحا ، وهو ما يفيد ان شرط التحكيم المضمن بالشروط العامة لعقد التأمين أحيل عليه بمقتضى وثيقة التأمين، وان كان لم ينص على تعيين المحكمين فهو اشارة لطريقة تعيينهم كما سلف الذكر مما يبقى القرار بما ذهب اليه خارقا للمقتضيات المحتج بها ويتعين نقضه.

لأجله

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه، وإحالة القضية على نفس المحكمة للبت فيه من جديد بهيئة أخرى طبقا للقانون وبتحميل المطلوب في النقض الصائر.

قرارات محاكم الاستئناف

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم : 2013/5564 الصادر بتاريخ: 2013/12/17 في الملف رقم 1442 /4/2013.

- لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف في اللجوء إلى قاضي المستعجلات سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي.

يختص قاضي المستعجلات لإيقاف ولو أن العقد المتنازع بشأنه يتضمن

شرط التحكيم.

تفيد الوقائع كما انبنى عليها الأمر المستأنف والمقال الاستئنافي أن المدعية الشركة المغربية الفندقية الاقتصادية تقدمت بمقال استعجالي أمام قاضي المستعجلات بالمحكمة التجارية بفاس، وبناء على قرار هذا الاخير الصادر بتاريخ 2012/11/14 تحت رقم 2012/1/441 ملف رقم 2012/1/449 القاضي بإحالة ملف النازلة على المحكمة التجارية بالدار البيضاء للاختصاص المكانيين وبناء على وقائع القضية والتي جاء فيها أن المدعية (المستأنف عليها) عهدت للمدعى عليها (المستأنفة) بانجاز اشغال بناء فندق " ETAP HOTEL FES " بفاس بتجزئة هبة أمام متجر مرجان طريق مكناس، بخصوص الحصص المحددة بموجب عقد الصفقة، وأن الأشغال التي أنجزتها شابتها عدة عيوب رصدتها مكتب الدراسات المكلف بموجب العقد المذكور وطلب من المدعى عليها إصلاح تلك العيوب لكن بدون جدوى فأذنتها بالإندازر تحت طائلة الفسخ لكن بدون جدوى أيضا، وعليه ونظرا لتضررها من جراء ذلك ومن توقف الأشغال فإنها تلتمس أمر المدعى عليها بسحب جميع ألياتها ومعداتنا ومواد البناء إن وجدت وذلك من ورش مشروع بناء فندق ETAP HOTEL بفاس وتسليم الورش إليها شاغرا من متاع المدعى عليها وشخصها وكل مقيم باسمها، والإذن للمنوب عنها في التعاقد مع مقاوله أخرى وإدخالها إلى الورش لإتمام أشغال البناء، مع النفاذ المعجل، وتحميل المدعى عليها الصائر، وأرقت مقالها بالوثائق المشار إليها ضمن مرفقاته.

وبناء على جواب المدعى عليها المدلى به من طرف نائبها والذي دفعت فيه بعدم الاختصاص لوجود شرط التحكيم واحتياطيا أن أنجزت الأشغال وفق المتفق عليه وأن العيوب المتمسك بها مجرد عيوب بسيطة وأنها تعهدت بإصلاحها إلى أن فوجئت بقرار إيقاف الأشغال لذلك ونظرا لأنها أنجزت ما يفوق 90% من الأشغال ونظرا لأنها مستعدة لإتمام الإصلاحات وفق تعليمات مكتب الدراسات ونظرا لأن جميع محاولاتها مع المدعية بهذا الشأن باءت بالفشل، ونظرا لأنها طلبت منها تفعيل شرط التحكيم، نظرا لكل ذلك فإن البت في الطلب يمس

الموضوع، ملتزمة التصريح بعدم الاختصاص وأرقت جوابها بالوثائق المشار إليها ضمن مرفقاته.

وبناء على تعقيب المدعية المدلى به من طرف نائبيها.

و بعد انتهاء المناقشة صدر الامر المطعون فيه.

استأنفته المحكوم عليها وأسست استئنافها حول كون الأمر المستأنف خرق مقتضيات الفصل 3 من م ق م ذلك أن المستأنف عليها لم تطلب في مقالها الاستعجالي الإشهاد بفسخ العقد الرابط بين الطرفين وإنما اقتصر طلبها على سحب آليات الطاعة من الورش، إلا أن التعليل الوارد بالأمر تضمن فسخ العقد. فالأمر أقر بفسخ العقد ورتب عنه نتائج أضرت بمصالح الطاعة دون أن يطلب منه ذلك صراحة. فالعقد تضمن شرط التحكيم إذ الزم الطرفين سلوك مسطرة التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء في حالة نشوب أي نزاع بينهما، وأن العقد غير قابل للتجزئة غير أن المحكمة التجارية بالدار البيضاء أخذت بالشق المتعلق باختصاصها محليا واستبعدت الشق المتعلق بالتحكيم، وان مقتضيات الفصل 327 من م ق م تنص صراحة على أنه يجب على المحكمة المرفوعة إليها دعوى اتفق أطرافها على شرط التحكيم في العقد، ان تحكم بعدم قبول الدعوى سواء كان النزاع معروضا على هيئة تحكيمية أو لم يعرض عليها بعد. وأن الطاعة طلبت بناء على هذه المقتضيات الحكم بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم. وأن التعليل الذي اعتمده الأمر المستأنف والذي مفاده أن للأطراف الحق في اللجوء إلى قاضي المستعجلات قبل البت في إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها للمطالبة بإجراء وقتي أو تحفظي، هي قاعدة لا تنطبق على النازلة. لأن الأمر المستأنف قضى بفسخ عقد الصفقة مع إخراج اليات الطاعة من الورش والإذن للمستأنف عليها بالتعاقد مع شركة أخرى لإتمام المشروع، وهذه الأمور لا تعتبر إجراء وقتيا أو تحفظيا بل تدخل في صميم الموضوع وتتعلق بحقوق الأطراف وهو ما يحضر على قاضي المستعجلات الفصل فيه. كما أن الفسخ يجب أن يتم وفق الشكل المتفق عليه في العقد وأن مجرد توصل الطاعة بإنذار لا يمكن أن يترتب عنه فسخ العقد سيما وأنها وجهت جواب للمستأنف عليها تشعرها فيه برغبتها في إتمام المشروع. وأنها أنجزت ما يقارب 90% من المشروع وأن وجود بعض العيوب على مستوى الاسمنت المسلح هي عيوب بسيطة ويمكن إصلاحها ولا تهدد الورش، وأن الطاعة باشرت عملية إصلاح العيوب إلى أن فوجئت بالقرار الذي يأمرها بإيقاف

الأشغال صادر عن مكتب التنسيق OIM بشكل انفرادي وهو قرار تعسفي لأجل ذلك كله تعتبر الطاعة أن كل ما قضى به الأمر المستأنف مخالف للقانون ملتزمة إلغاؤه والحكم من جديد برفض الطلب.

أجابت المستأنف عليها بأنها التمسست فعلا أمام قاضي المستعجلات معاينة فسخ الصفقة وذلك بعد ثبوت عدم استجابة الطاعة للإنذار الموجه إليها والذي تخبرها من خلاله العارضة بضرورة القيام بالإصلاحات داخل أجل 8 أيام تحت طائلة الفسخ وأن الطاعة لم تستجيب لذلك داخل الأجل المحدد مما يكون معه الأمر المستأنف قد صادف الصواب لما قضى بمعاينة فسخ الصفقة وعليه فإن قاضي المستعجلات بت في حدود طلبات العارضة. أما عن وجود شرط تحكيمي في العقد فهذا لا ينزغ اختصاص قاضي المستعجلات للبت في الطلب وذلك عملا بمقتضيات الفل 1-327 من ق م م. وبخصوص معدات الطاعة فإن الورش هو في ملك العارضة وأنه بعد ان تم فسخ عقد الصفقة لم يعد هناك أي مبرر استمرار تواجد معدات الطاعة داخله وقاضي المستعجلات عندما قضى بسحب تلك المعدات فإنه تدخل لإيقاف ضرر بعدما تعذر توافق الطرفين واستمرار الأشغال، علما بأن الطاعة سبق وأن تقدمت إلى قضاء الموضوع للمطالبة بالإشهاد على فسخ الصفقة والحكم لها بمبلغ 2.682.583,59 درهم مع إجراء خبرة وهي بذلك لم تعد محقة في الاستمرار في ورش العارضة لأجل ذلك تلتمس العارضة رد الاستئناف وتأييد الأمر المطعون فيه.

و عند عرض القضية على جلسة 2013/12/03 تم حجزها للمداولة قصد النطق بالقرار بجلسة 2013/12/17.

محكمة الاستئناف

حيث إن ما تمسكت به الطاعة في استئنافها في غير محله، ذلك أن الأمر المطعون فيه لم يقضي في منطوقه بفسخ العقد الرابط بين الطرفين وإنما أمر فقط الطاعة بسحب جميع ألياتها ومعداتهما من ورش المستأنف عليها مع الإذن لهذه الأخيرة بالتعاقد مع مقاوله أخرى لإتمام أشغال الورش بعدما تبين له وعن صواب أن العقد الرابط بين الطرفين قد فسخ. فالحديثية الواردة بالأمر المطعون فيه والتي تحدثت عن فسخ العقد ما هي إلا تجسيد لواقع الملف. فالظاهر أن العقد الرابط بين الطرفين قد فسخ فعلا بدليل أن الطاعة تقدمت بدعوى في الموضوع للمطالبة

بالتعويض عن الفسخ، وبذلك لم يعد أي مبرر لاستمرار الطاعنة بالتواجد بالورش سيما وأنه تم حصر الأشغال المنجزة من طرفها بدقة. وعليه فإن الأمر المذكور لم يخرق أي مقتضى في هذا الجانب، أما عن شرط التحكيم الوارد بالعقد، فإن الفصل 327/1 من ق م م صريح بأن اتفاق التحكيم لا يمنع أي طرف في اللجوء إلى قاضي المستعجلات سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سريانها لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي. فالورش في ملك المستأنف عليها والعقد ظهر بشأنه نزاع جوهري بين الأطراف معروض على قضاء الموضوع و أن استمرار تواجد الطاعنة بالورش المذكور من شأنه حرمان المستأنف عليها من مواصلة استكمال المشروع والإضرار بها. وأن تدخل قاضي المستعجلات لإيقاف هذا الضرر مبرر ولو أن العقد يتضمن شرط التحكيم وسنده مقتضيات الفصل 327/1 المذكور، وكذا المادة 21 من قانون إحداث المحاكم التجارية وعليه فإن ما قضى به الأمر المستأنف في محله ويتعين تأييده.

وحيث من خسر الدعوى يتحمل صائرها.

لهذه الأسباب

تصرح محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وهي تبت انتهائيا علنيا و حضوريا.

في الشكل : قبول الاستئناف.

في الجوهر : برده و تأييد الأمر المستأنف و تحميل الطاعنة الصائر.

قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2013/4445 الصادر بتاريخ: 2013/10/22 في الملف رقم 4/2013/2541.

- ان النظر في مدى جدية الدفع بعدم تنفيذ أحد الأطراف الدعوى التحكيمية لالتزامه، يؤول في الحقيقة إلى مناقشة تعليل الحكم التحكيمي المطعون فيه ومدى سلامة وصحة تطبيق القانون على موضوع النزاع .

لا يخول لمحكمة الاستئناف و هي تنظر في دعوى البطلان المقرر التحكيمي أن تنظر موضوع، طالما ان مراقبتها تنحصر في الأسباب المنصوص عليها على سبيل الحصر والتي لا يجب التوسع في تفسيرها وهي المنصوص عليها في الفصل 36-327 من قانون المسطرة ، والتي ليس من بينها مراقبة القانون الواقع تطبيقه وصحة التعليل الذي اعتمده الهيئة التحكيمية.

و بعد المداولة طبقا للقانون.

حيث أسس الطالب الطعن ببطلان الحكم التحكيمي على عدم احترام مقتضيات الحالة الثالثة من الفصل 36-327 من م ق م في الشق المتعلق بتجاوز المحكم

الاتفاق التحكيمي المبرم بين الأطراف ، وكذا حول خرق مقتضيات الفصل 327-323 (الفقرة 2) المتعلقة بالتعليل .

أولا: مخالفة الفصل 327-36 من قانون المسطرة المدنية في الشق المتعلق بتجاوز المحكم للاتفاق التحكيمي المبرم بين الطرفين.

وحيث تمسك نائب الطالب بأن الأمر في النازلة يتعلق بالتزامات متقابلة ، وأن الحكم التحكيمي عندما اعتبر هذا الأخير هو الملزم بتنفيذ التزامه أولا، فإنه يكون قد خالف نص الاتفاق الذي لا يشير صراحة ولا ضمنا إلى كون الطالب هو الملزم أولا بتنفيذ التزامه .

وحيث ان النظر في مدى جدية هذا الدفع يؤول في الحقيقة إلى مناقشة تعليل الحكم التحكيمي المطعون فيه ومدى سلامة وصحة تطبيق القانون (الفصل 235 من قانون الالتزامات والعقود) على موضوع النزاع وهو ما لا يخول لهذه المحكمة طالما ان مراقبتها تنحصر في الأسباب المنصوص عليها على سبيل الحصر والتي لا يجب التوسع في تفسيرها وهي المنصوص عليها في الفصل 327-36 من قانون المسطرة ، والتي ليس من بينها مراقبة القانون الواقع تطبيقه وصحة التعليل الذي اعتمده الهيئة التحكيمية.

وحيث تبعا لذلك تعين عدم الالتفات لهذا الدفع لعدم استناده على ما يؤيده قانونا.

ثانيا: خرق الفصل 327-23 (الفقرة 2):

حيث إن الفقرة الثانية من الفصل المذكور تنص على انه "يجب ان يكون الحكم التحكيمي معللا مالم يتم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم، أو كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم لا يشترط تعليل الحكم" وانه بالإطلاع على الحكم التحكيمي المطعون فيه تبين انه معلل ، وان الدفع بنقصان التعليل باعتبار ان الهيئة التحكيمية لم تجب على دفعات الطالب على الرغم من وجاهتها ليس من حالات البطلان المعددة في الفصل 327-36 المذكور مما لا يسع معه الا عدم الالتفات بهذا المطعن كذلك.

وحيث انه اعتبارا لما ذكر فإن أسباب الطعن بالبطلان غير مرتكزة على أساس قانوني مما يتعين التصريح برفض الطلب .

وحيث وطبقا لمقتضيات الفصل 327-38 من قانون المسطرة المدنية فإنه إذا قضت محكمة الاستئناف برفض طلب دعوى البطلان وجب عليها ان تأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي.

وحيث تعين تحميل الطالب الصائر.

لهذه الأسباب

تصرح محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

وهي تبت انتهائيا علنيا وحضوريا .

في الشكل : قبول الطلب.

في الجوهر : برفضه وتحميل الطالب الصائر والأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر عن المحكم المنفرد الأستاذ بتاريخ 7 يناير 2013 والمودع بكتابة ضبط المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 8 يناير 2013 تحت عدد 2013/01.

قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 493 الصادر بتاريخ 2014/06/02 في الملف رقم 246-2014.

- تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها.
- يكون اجل الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي وغير المذيل بالصيغة التنفيذية خاضع للقواعد العامة للطعن بالاستئناف من تاريخ التبليغ.
- يتحدد اجل الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي غير المذيل بالصيغة التنفيذية في ثلاثين يوما للطعن في الأحكام المدنية والمرفوع إلى محكمة الاستئناف العادية.
- يقع تحت طائلة عدم قبول الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي المرفوع خارج اجل ثلاثين يوما من تبليغه الى محكمة الاستئناف العادية.

الوقــــــــــــــــاع

حيث يستفاد من أوراق الملف أن السيدة إيزابيل أمور بوصفها وكيلة تقدمت بواسطة نائبها الأستاذ محمد كوزغار أمام ابتدائية الدار البيضاء بمقال مؤدى عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2014/04/25 و الذي تعرض فيه أنها أبرمت عقد بيع أمام الموثقة إقبال العروي مع السيد ديمورا على بمقتضى عقد مؤرخ في 22 و

26 غشت 2013 ، وأنهما اتفقا بعقد لاحق مؤرخ يوم 28 غشت 2013 على عرض كل نزاع قد ينشأ عن عقد البيع على التحكيم و قد عينا الأستاذ إبراهيم المنكبي محكما، و انه قد تعذر على العارضة تسليم موضوع البيع للمشتري لكون العقارين مثقلين بحجوزات، و انه قد نشب نزاع بينهما بخصوص أعمال العقد و ترتيب آثاره مما حدى بهم إلى عرض النزاع على المحكم المنفرد المعين بمقتضى العقد التحكيمي السيد إبراهيم المنكبي، و ان المحكم المعين أصدر حكما تحكيميا بتاريخ 2014/03/10 حسما للنزاع القائم بين أطراف العقد قضى بفسخ عقد البيع المنصب على العقارين "أوتوبيا" و "بانفيلي" ذي الرسوم العقارية عدد C/31107 الكائن بالمحافظة العقارية و C/5402 الكائن بالمحافظة العقارية أنفا مع ما يترتب على ذلك قانونا ، و ان المطلوب في الطعن قد أثار في صلب مقاله أمام الهيئة التحكيمية بكون الطالبين لم يوفوا بالتزاماتهم برفع الحجز التحفظي مما يعتبر خرقا للفصل 542 من ق ل ع الذي يلزم البائع بضمان استحقاق المشتري للاستفادة من البيع، و أن ما تمسك به المطلوب في الطعن لا يبنيني على أساس في القانون أو الواقع ذلك أن الفصل المحتج به اشترط عدم علم المشتري بالاستحقاق الجزئي على الشيء المبيع ، و انه بالرجوع للعقد المبرم بين العارضين و بين المطلوبين في الطعن نجده ينص في الفصل 5 منه ينص على أن المشتري قد التزم بتحمل جميع التكاليف الناتجة عن العقد ، و انه استنادا على الفصل 230 من ق ل ع فان الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئها و لا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المقررة في القانون ، و أن الحجز الملقى على العقارين لا يحول دون إتمام البيع الذي يبقى صحيحا و مرتبا لجميع آثاره لكون الحجز لا يغل يد المشتري و لا يمنعه من استعماله ، ملتزمة التصريح ببطلان الحكم التحكيمي الصادر عن المحكم الأستاذ إبراهيم المنكبي بتاريخ 2014/03/10 و القاضي بفسخ عقد البيع المنصب على أوتوبيا" و "بانفيلي" ذي الرسوم العقارية عدد C/31107 الكائن بالمحافظة العقارية و C/5402 الكائن بالمحافظة العقارية أنفا مع ما يترتب على ذلك قانونا، مع تحميل المطلوب في الطعن الصائر.

و بجلسة 2014/05/19 أدلى نائب المستشارف عليه الأستاذ سامي لوزي بمذكرة جوابية جاء فيها، أن العارض أبرم مع السيدة ازابيل أمورو بصفتها وكيلة السادة ببير أمورو و ايمي مادلين أمورو عقد بيع للعقارين "أوتوبيا" و "بانفيلي" ذو الرسوم العقارية عدد C/31107/س الكائن بالمحافظة العقارية و C/5402/س الكائن بالمحافظة العقارية أنفا، و بتاريخ 28 يوليوز 2013 وقع أطراف العقد على عقد

للتحكيم به يسندون الاختصاص للتحكيم لحل نزاع ناشئ عن التوثيق المبرم أمام الموثقة إقبال العروي ، و تم تعيين الأستاذ إبراهيم المنكي محكما وحيدا للفصل في النزاع ، و على اثر تقاعس البائعة على تنفيذ التزاماتها برفع التكاليف على العقارين موضوع الشراء و تعذر تقييد عقد العارض في السجل العقاري تمت إحالة النزاع على المحكم من طرف العارض مطالبا بفسخ العقد مع ما يترتب عن ذلك قانونا، و إن إصدار المحكم حكما تحكيميا قضى بفسخ عقد البيع للعقارين موضوع العقد التوثيقي أمام الموثقة إقبال العلوي داخل الأجل المقرر و تم إيداع الحكم أمام ابتدائية الدار البيضاء داخل الأجل كذلك رقم 2014/3 بتاريخ 2014/03/11 و أنى السيدة ايزابيل امورو تقدمت بنقل الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر عن المحكم بتاريخ 10 مارس 2014 و المودع تحت عدد 14/3 بتاريخ 11 مارس 2014 ، و أن الطاعنة بلغة بالحكم التحكيمي المطلوب إبطاله بتاريخ 16 مارس 2014 كما هو ثابت من الإشهاد الصادر عنها و المصادف على صحة إمضائه بتاريخ 2014/04/02 و قد تم الطعن في الحكم التحكيمي بتاريخ 25 أبريل 2014 أي بعد مرور أكثر من شهر من تاريخ التبليغ، و أن الأجل المقرر للطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي هو أجل 15 يوما من تاريخ التوصل طبقا لمقتضيات الفصل 36/327 من ق م م ، و انه بالرجوع إلى إيداع المقال تبين أنه قدم خارج الأجل مما يكون معه الطعن الم قدم يقع تحت طائلة عدم القبول، و إن الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم و تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين، و أن الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها أو بتت في مسائل لا يشملها التحكيم أو تجاوزات حدود هذا الاتفاق و مع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة و حدها و أنه تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر يتعلق بواجب احترام حقوق الدفاع ، و أن الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام ، و أن عدم التقييد بالإجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق على تطبيقه على موضوع النزاع ، و أنه بالرجوع غالى مقال الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي فانه لا يستند إلى أي نقط من النقط الموجهة بالبطلان، و أن في صلب مقاله جوهر القضية و حاول إثارتها أمام المحكمة بعيدا عن أسباب البطلان المحددة حصرا في الفصل أعلاه و أن بالرجوع إلى المقرر التحكيمي فان المحكم احترم جميع المقتضيات القانونية التي

تجعل من مقرره مقررا في منأى من البطلان ، و إن المحكم المعين بمحض إرادة الأطراف بناء على عقد التحكيم الموقع بينهما إصدار حكما تحكيميا داخل الأجل المقرر له و تم تبليغه للطرفين بعد أن أودع داخل الأجل المقرر له كما أن المحكم المعين بت في الاختصاص المخول له بمقتضى الفصل 1 من عقد التحكيم و قد تم احترام حقوق الدفاع من طرف المحكم و هو ما يستفاد ضمنا من مقال الطعن ذلك أنه لم يثر من طرف دفاع المطلوبة في التحكيم ، و أن كل من الطرفين قدم أوجه دفاعه إلى المحكم و تبادل المذكرات و صدر المقرر داخل الأجل المقرر له، و انه بالاطلاع على الحكم التحكيمي سترى المحكمة أنه ليس به ما يخالف النظام العام و ليس مشوبا بأي عيب يجعله عرضة للطعن بالبطلان طبقا لمقتضيات الفصل 36/327 من ق م م ، ملتصا الحكم برفض الطلب و سماع الحكم بتأييد الحكم التحكيمي الصادر عن المحكم إبراهيم المنكبي بتاريخ 2014/03/20 و المودع تحت عدد 2014/3 بتاريخ 2014/03/11 و تحميل الطاعنة الصائر .

و بناء على إدراج القضية بعدة جلسات آخرها بجلسة 2014/05/19 حضر نائب الطرفين بلغ ذ/ كوزغار و أدلى بمذكرة ذ/ سامي و أسند النظر ، مما تقرر معه حجز القضية للمداولة لجلسة 2014/06/02.

بعد المداولة طبقا للقانون

في الشكل: حيث إن الطلب يرمي إلى التصريح ببطلان الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 2014/03/10 عن المحكم الأستاذ إبراهيم المنكبي و القاضي يفسخ عقد البيع المنصب على العقارين "أتوبيا" و "بانفيلي" ذي الرسم العقاري عدد 31107/س الكائن بالمحافظة العقارية أنفا.

و حيث انه و بمقتضى الفقرة 36 من الفصل 327 من ق م م فانه رغم كل شرط مخالف تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها و يكون تقديم هذا الطعن مقبول بمجرد صدور الحكم التحكيمي و لا يتم قبوله اذا لم يقدم داخل أجل 15 يوما من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية.

و حيث انه و ما دام الحكم التحكيمي المطعون فيه بالبطلان غير مذيل بالصيغة التنفيذية فان أجل الطعن فيه يبقى خاضعة لقواعد العامة للطعن في الأحكام أي ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ المقرر التحكيمي.

و حيث انه و باطلاع محكمة الاستئناف على أوراق الملف سيما شهادة التبليغ المصادق على إمضائها بتاريخ 2014/04/02 بأن وكالة الطاعنين توصلت بالمقرر التحكيمي بتاريخ 2014/03/15 في حين لم تتقدم بالطعن بالبطلان إلا بتاريخ 2014/04/25 مما يكون معه الطعن قدم خارج الأجل القانوني و يبقى بالتالي الطلب غير مقبول شكلا.

لهذه الأسباب

فإن محكمة الاستئناف وهي تقضي علنيا ، حضوريا وانتهائيا:

في الشكل: بعدم قبول الطلب مع ابقاء الصائر على رافعه.

الاجتهاد القضائي العربي

قضاء محكمة النقض المصرية

الطعن رقم 12459 لسنة 85 جلسة 2016/6/1

قرار تعيين المحكم النهائي . مؤداه . عدم قابليته للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن . م 3/17 ق التحكيم . مناطه . ألا يكون القرار مخالفاً للقانون أو لاتفاق الطرفين وألا تكون المحكمة التي أصدرته قد خالفت قواعد الاختصاص الولائي أو النوعي أو القيمي وفقاً للمادة 221 مرافعات .

القرار الصادر بتعيين محكم نهائي غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن على ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون التحكيم سالف الذكر " ق 27 لسنة 1994 " ، إلا أن مناط أعمال هذه القاعدة ألا يكون هذا القرار - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - قد تم بإجراء مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين وألا تكون المحكمة مصدرته قد خالفت قواعد الاختصاص الولائي أو النوعي أو القيمي على ما تقضى به المادة 221 من قانون المرافعات فإن وقع القرار مخالفاً لهذا أو ذاك فلا يكون معصوماً من الطعن وهو ما التزم به قضاء الحكم الطعين بيد أنه إذ ساير - بدوره - الحكم الابتدائي في مخالفته قواعد الاختصاص النوعي المتعلقة بالنظام العام يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يعيبه .

إذ كانت المحاكم الاقتصادية بدوائرها الابتدائية والاستئنافية هي المختصة - دون غيرها - بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق قانون التجارة في شأن عمليات البنوك طبقاً لحكم الفقرتين السادسة والأخيرة للمادة السادسة من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية رقم 120 لسنة 2008 ، وكان النزاع مثار التداعي يتعلق ابتداءً بامتناع البنك المطعون ضده عن إرسال كشوف حسابات مؤيدة بالمستندات عن كل تعامل بينه والشركة الطاعنة وسعر العمولات والمصروفات وتاريخ تعليلتها على حساب الشركة المذكورة وهو ما تشمله وتتسع له أعمال البنوك التي يستدعي الفصل فيها تطبيق أحكام قانون التجارة بشأن عمليات البنوك المنصوص عليها في الباب الثالث منه والتي تختص بنظرها - ابتداءً - الدوائر الاستئنافية في المحاكم الاقتصادية - دون غيرها - وفقاً لحكم الفقرتين سالفتي الذكر من القانون المشار إليه باعتبار أن المنازعة محل التداعي غير مقدرة القيمة ، ومن ثم تكون المحكمة المختصة بنظر دعوى تعيين محكم للفصل في تلك المنازعة عن طريق التحكيم هي الدائرة الاستئنافية في المحكمة الاقتصادية باعتبارها المختصة أصلاً بنظر النزاع وفقاً لحكم المادتين 9 ، 17 من قانون التحكيم سالف الذكر ، وإذ خالف الحكم الابتدائي هذا النظر وساييره - في ذلك - الحكم المطعون فيه الذي مضى في نظر الاستئناف المقام طعنًا على الحكم الصادر بتعيين محكم منطويًا بذلك على قضاء ضمني باختصاصه بنظر الدعوى فإنه يكون قد خالف قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام .

-الطعن رقم 9565 لسنة 85 جلسة 2016/4/20-

شرط التحكيم : أثر توقيع المالك المسجل على اتفاقية المساهمين المتضمنة شرط التحكيم .

إذ كان الثابت بالصورتين الرسميتين لتقريرى الخبرة المقدمين رفق أوراق الطعن أن اتفاقيه مساهمى الشركة المطعون ضدها ... المبرمة فيما بينهم والبنك الطاعن وآخرين بتاريخ 2006/10/29 تضمنت في البند 28 منها أنه في حالة عدم حل أى نزاع أو خلاف ينشأ بين مساهميها يتعلق بهذه الاتفاقية أو أى مسألة تخصها بموجب البند (1 - 2 - 28) منها خلال 30 يوماً من إرسال إخطار التحكيم تتكون لجنة من ثلاثة محكمين حيث يعين كل طرف حكم وهو ما مؤداه اتفاق أطراف الاتفاقية على التحكيم كسبيل لحل ما ينشأ بينهم من خلافات وكان الثابت أيضاً من تقريرى الخبرة وبما لا خلاف عليه بين الخصوم أن شركة وهى مالك مسجل مقيد باسمه الأوراق المالية المملوكة للمطعون ضدهم من ضمن الأطراف الموقعة على تلك الاتفاقية ومن ثم فإنها بتلك الصفة تمثل المطعون ضدهم كملاك مستفيدين في التعامل على تلك الأوراق وذلك على ما تقضى به المادتان الخامسة والسابعة من القانون رقم 93 لسنة 2000 بإصدار قانون الإيداع والقيود المركزي فيكون لها إيداع الأوراق المالية باسمها وتنفيذ عمليات بيع وشراء لصالح الملاك المستفيدين بالإضافة إلى قيامها بإجراءات تحويل محفظة المستفيد لمالك مسجل آخر ، وتنفيذ أوامر الحفظ على الأوراق المالية المملوكة للمستفيدين كما يمكنها أيضاً القيام بالتصويت نيابة عنهم في اجتماعات الشركات المصدرة التى يمتلكون أسهما في رأسمالها وأن تعامل تلك الشركات المصدرة مع المالك المسجل بتلك الصفة يكون مبرئاً لذمتها وعليه يكون التزام شركة كمالك مسجل بشرط التحكيم المنصوص عليه باتفاقية المساهمين سارى ونافذ في مواجهة المطعون ضدهم كملاك مستفيدين ويجوز للبنك الطاعن أن يحتج عليهم به وأن يتمسك في مواجهتهم بالدفع بعدم قبول الدعوى لانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم . لما كان ذلك، وكان الثابت بتقرير

الخبير الأول المؤرخ 2013/7/31 أنه أورد اطلاعه على مذكرات دفاع البنك الطاعن والتي تضمنت تمسكه أصلياً بالدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وهو ذات الدفع الذي أورد الحكم بمدونات تمسك الطاعن والذي لم يثبت إيدأؤه أى طلب أو دفاع آخر قبل التمسك بهذا الدفع فإنه يكون بذلك قد استوى على سند صحيح من الواقع والقانون وإذ لم يعرض الحكم لهذا الدفع ومضى في نظر الدعوى منطويماً بذلك على قضاء ضمنى برفضه فإنه فضلاً عن قصوره وإخلاله بحق الدفاع يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه .

توقيع المالك المسجل باسمه الأوراق المالية المملوكة للمطعون ضدهم كملاك مستفيدين على اتفاقية مساهمى الشركة المطعون ضدها المبرمة فيما بينهم والبنك الطاعن وآخرين المتضمنة شرط اللجوء إلى التحكيم . مؤداه . سريان ونفاذ شرط التحكيم فى مواجهة الملاك المستفيدين . علة ذلك . المادتين 5 ، 7 ق 93 لسنة 2000 . أثره . جواز تمسك البنك الطاعن بالدفع بعدم قبول الدعوى لانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم فى مواجهة الملاك المستفيدين . مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ ومخالفة للقانون .

وثائق و قوانين

مسودة مشروع قانون التحكيم المغربي

مذكرة تقديم

عرف المغرب التحكيم في شكله النظامي منذ صدور قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 في بابه الخامس عشر من الفصل 527 إلى الفصل 543، وبعد المصادقة على عدة اتفاقيات دولية وإقليمية وثنائية في هذا المجال، خاصة منها اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، التي اتخذتها اللجنة الاقتصادية والاجتماعية التابعة لهيأة الأمم المتحدة يوم 9 يونيو 1958 المصادق عليها بمقتضى ظهير شريف رقم 1.59.266 بتاريخ 19 فبراير 1960، واتفاقية واشنطن 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة من الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى .

بتاريخ 10 يونيو 1958 المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، والتي انضمت إليها المملكة بمقتضى ظهير 31 أكتوبر 1965، واتفاقيات أخرى مع عدة دول تتضمن شرط اللجوء للتحكيم، تم في إطار نصوص الإصلاح القضائي لسنة 1974 سُنَّ ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) ج.ر 3230 مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974 ظهير 29 شتنبر 1974 بالمصادقة على قانون المسطرة المدنية، إذ تضمن بابه الثامن مقتضيات تنظم مسطرة التحكيم من خلال الفصول من 306 إلى 327 .

إلا أن هذا القانون لم يتعرض لباقي الوسائل البديلة لفض المنازعات، كما أنه لم ينظم التحكيم الدولي، مما فسح المجال أمام العمل القضائي الاجتهاد القضائي، ومنذ السنوات الأولى لتطبيق النص المذكور، إلى اعتماد الاتفاقيات الدولية المنشورة بالجريدة الرسمية، والتي انضم إليها المغرب بصفة قانونية، وتطبيق مقتضياتها على النزاعات المعروضة عليه بشأن الاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية الدولية وتذييلها بالصيغة التنفيذية . كاتفاقية مراكش التي أعلنت عن قيام "منظمة التجارة العالمية"»، وكان المغرب من أولى الدول التي انخرطت في المنظمة بحكم توقيعها في مراكش ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ في بداية يناير 1995 وفرضت على دول العالم الانخراط في عولمة الاقتصاد، وتغيرت كثير من المفاهيم، ودفعت المشرعين الوطنيين إلى تحديث قوانينهم، وأرقت هذه الاتفاقية

بملحق خاص تحت عنوان « تفاهم بشأن القواعد والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، عن طريق التحكيم والتوفيق والوساطة.»

ونظرا للتطور الاقتصادي الذي عرفته جل دول المعمور، وما صاحبه من ازدهار للتجارة الدولية؛ واعتبارا للتحويلات التي شهدتها المحيط الإقليمي والدولي، أصبح من الضروري تعديل النص القانوني المنظم للتحكيم كبديل للتقاضي الرسمي من خلال سنّ قواعد جديدة تنظم التحكيم الدولي والوساطة الاتفاقية فصدر ظهير 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007 فصدر ظهير 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 08-05 الذي نسخ و عوض أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية.

وقبل قانون 08.05 صدر ميثاق الاستثمار، القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات الذي نص في المادة 17 على أنه: « يمكن أن تتضمن العقود المشار إليها أعلاه بنودا تقضي بفض كل نزاع قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي بخصوص الاستثمار، وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في ميدان التحكيم الدولي.»

إلا أنه بعد مرور سبع ست سنوات على صدور هذا القانون، وفي ضوء السياسة العامة للمملكة وما عرفته من انتعاش اقتصادي، وما واكبه من تدفق مشهود للاستثمارات الأجنبية انعكس إيجابا على النمو الداخلي؛ واستجابة للرجبة الملحة للمستثمر في سرعة ونجاعة المساطر الإدارية في جميع مراحل عملية الاستثمار، ومرونة القوانين، وفعالية القضاء الذي واكب دوما مساطر التحكيم من خلال دعمها وإضفاء الصبغة التنفيذية على أحكام المحكمين الصادرة فيها، بات من اللازم تحديث القانون رقم 08-05، وإدخال بعض التعديلات عليه ليواكب المستجدات التي عرفتها التجارة الدولية، في ظل مناخ عرف تدشين القطب المالي بالدار البيضاء للمركز الدولي للوساطة و التحكيم لمركز تحكيم دولي تابع له، على غرار الأقطاب المالية للدول التجارية الكبرى في العالم.

وهكذا تم سنّ قانون قائم بمقتضياته المستقلة عن قانون المسطرة المدنية ينظم التحكيم والوساطة الاتفاقية، ويتميز بمجموعة من المستجدات الجوهرية يمكن إجمالها في العناصر الآتية:

1. حذف الباب الثامن المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية من النص العام لقانون المسطرة المدنية، حتى لا يندرج في قانون ينظم الإجراءات المدنية في إطار التقاضي الرسمي، وجعله مستقلا عنه في شكل قانون للتحكيم والوساطة الاتفاقية يخضع لإرادة المحكمين.

2. إسناد الاختصاص النوعي لرئيس المحكمة، حسب موضوع النزاع، لإعطاء الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية التي تدخل في نوع النزاعات المعروضة على محكمته لو لم يتم فيها تحكيم، ولرئيس المحكمة التجارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية بالنسبة للأحكام التحكيمية التي تدخل في اختصاص المحاكم التجارية لو لم يتم فيها تحكيم، وذلك رفعا للبس الذي كان يعترى القانون 05-08 في هذا الجانب .

2. إسناد الاختصاص للبت في طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية لرئيس المحكمة المختصة، بصفته تلك، حسب طبيعة ونوع النزاع، إما لرئيس المحكمة التجارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية أو لرئيس المحكمة الإدارية أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية، وذلك كله لوضع حد للجدل الذي كان قائما حول الجهة القضائية المختصة للبت في طلب التذييل، وللتأكيد على أن رئيس المحكمة التجارية ليس هو وحده المختص في مثل هذه الطلبات.

3. إعطاء الاختصاص لرئيس المحكمة الإدارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي الوطني في دائرتها، أو لرئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني، وذلك لتذليله بالصيغة التنفيذية بدل المحكمة الإدارية حسب ما كان جاريا به في العمل حسب القانون رقم 05-08، وذلك بهدف توحيد جهة الاختصاص المانحة للصيغة التنفيذية في رئيس المحكمة كل حسب اختصاصه.

4. انعقاد صلاحية البت في طلبات التذييل بالصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الوطنية الصادرة في النزاعات المدنية بالمفهوم الضيق (غير التجارية) لرئيس المحكمة الابتدائية، بصفتها ذات الولاية العامة والوحدة الأساسية في التنظيم القضائي للمملكة .

5. منح اختصاص إضفاء الصيغة التنفيذية في المغرب للأحكام التحكيمية الدولية لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها، أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية الصادر في دائرة نفوذه؛ وإن كان مقر التحكيم بالخارج، انعقد هذا الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية.

5.. إسناد البت في طلبات منح الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في المغرب لرئيس المحكمة التجارية أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التي صدر الحكم التحكيمي بدائرتها.

وإذا كان الحكم التحكيمي الدولي قد صدر خارج المملكة أسندت صلاحية البت في هذه الطلبات لرئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري لدى المحكمة الابتدائية التي سيجرى التنفيذ في دائرتها.

6. منح اختصاص إضفاء الصيغة التنفيذية في المغرب للأحكام التحكيمية الدولية الصادرة بالخارج في مادة إدارية لرئيس المحكمة الإدارية التي سيتم التنفيذ في دائرتها، أو رئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية التابع له مكان التنفيذ .

6. منح صلاحية البت في طلبات التذليل بالصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية الصادرة خارج المملكة في المنازعات الإدارية، القابلة للتحكيم، لرئيس المحكمة الإدارية التي سيتم التنفيذ في دائرتها، أو لرئيس القسم المتخصص في القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية التابع لها مكان التنفيذ.

7. بخصوص الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في النزاعات ذات الطابع المدني كتلك الصادرة في العلاقات غير التعاقدية،(مثلا المسؤولية التقصيرية والإثراء بلا سبب).

فإنه:

*إذا كان الحكم التحكيمي الدولي قد صدر خارج المملكة تتعقد صلاحية البت لرئيس المحكمة الابتدائية، بصفته تلك، التي سيجري التنفيذ في دائرتها.

*إذا كان الحكم التحكيمي دوليا صادرا داخل المملكة يسند البت في طلبات التذليل لرئيس المحكمة الابتدائية، بصفته تلك، التي صدر في دائرتها هذا الحكم.

8. تم الاحتفاظ بمقتضى المادة 16 من هذا المشروع (الفصل 321 من ق.م.م.) مع تعويض الوكيل العام للملك، الذي تم إقحامه في مجال بديل عن قضاء الدولة الرسمي، بالرئيس الأول لمحكمة الاستئناف.

9. فرض إجراء منح الصيغة التنفيذية في إطار مسطرة تواجيهية أمام رئيس المحكمة أو رئيس القسم المتخصص في القضايا التجارية أو القضايا الإدارية بالمحكمة الابتدائية، أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف، سواء كان التحكيم وطنيا أم دوليا.

10. منح الإمكانية لهيئات التحكيم لمطالبة الأطراف وكذا الأغيار بتقديم أصول الوثائق الموجودة لديهم، والتي يستند إليها أحد الأطراف للإدلاء بها داخل أجل معقول، كلما ارتأت ذلك مفيدا بعد التأكد من توفر المعنى بالأمر عليها .

وفي حالة الامتناع تعرض الهيئة التحكيمية الموضوع على رئيس المحكمة المختصة أو رئيس القسم المتخصص بالمحكمة الابتدائية لاستصدار أمر، في إطار مسطرة تواجيهية، يلزم الطرف المعنى بتسليم المستندات والوثائق المطلوبة لهيئة التحكيم تحت طائلة غرامة تهديدية.

ويتمثل مستجد هذا الإجراء في أن المطالبة بالوثائق والمستندات أصبحت تطال حتى الغير تيسيرا لتقريب الحقوق لأصحابها.

11. تبني خيار توسيع المعايير الدولية للتحكيم، خلاف نص الفصل 327-40 بالتنصيص على أنه " يعتبر دوليا التحكيم المتعلق بمصالح التجارة الدولية."

12. إضافة إمكانية تبليغ الحكم التحكيمي، الصادر بالمملكة في مادة التحكيم الدولي، بجميع الوسائل بما فيها التبليغ الإلكتروني، أو التبليغ عن طريق الاتصال عن بعد،

وذلك طبقا لقانون 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والمراسيم التطبيقية لهذا القانون وقرار المدير العام للوكالة الوطنية لتقنين المواصلات رقم 02/11 بشأن اعتماد تقديم خدمات المصادقة الإلكترونية في شخص شركة "بريد المغرب". قصد ممارسة دعوى البطلان داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الحكم القابل للتنفيذ.

الباب الأول

التحكيم والوساطة الاتفاقية

الفرع الأول

التحكيم الداخلي

الجزء الفرعي الأول

التعريف والقواعد العامة

المادة الأولى

يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم.

المادة 2

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.

المادة 3

يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا القانون الباب وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كما وقع تغييره وتتميمه ولا سيما الفصل 62 منه.

المادة 4

مع مراعاة مقتضيات المادة 3 أعلاه، لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية الخارجة عن دائرة التعامل.

المادة 5

لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات الترابية 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 المادة 12 بعده، يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات الترابية محل اتفاق تحكيم في دائرة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية .

يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية الصادر في نطاق هذه المادة إلى رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس القسم المتخصص في

القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو التي صدر الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى رئيس المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

المادة 6

يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها.

رغما عن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 12 بعده، 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 .

المادة 7

يراد في هذا الباب بما يلي:

" -الهيئة التحكيمية" المحكم المنفرد أو مجموعة محكمين؛

" -نظام التحكيم" كل نص يحدد مسطرة معينة يجب اتباعها في مادة التحكيم؛

" -رئيس المحكمة" رئيس المحكمة المختصة أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري أو القضاء الإداري بالمحكمة الابتدائية المختصون نوعيا حسب موضوع النزاع.

المادة 8

يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة .

يعتبر اتفاق التحكيم ميرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أي 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 .

المادة 9

عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية.

يمكن إبرام العقد المذكور ولو خلال دعوى جارية أمام المحكمة .

إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة الأطراف على التحكيم. ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب .

المادة 10

يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان:

- تحديد موضوع النزاع؛

تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها.

يكون العقد لاغيا إذا رفض محكم معين فيه القيام بالمهمة المسندة إليه.

المادة 11

شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور.

المادة 12

يجب تحت طائلة البطلان:

-أن يضمن شرط التحكيم كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه، بشكل لا لبس فيه؛

-أن ينص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم .

المادة 13

يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته .

المادة 14

يكون التحكيم إما خاصا أو مؤسسيا.

في حالة تحكيم خاص، تتكفل الهيئة التحكيمية بتنظيمه مع تحديد المسطرة الواجب اتباعها ما عدا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو اختاروا نظام تحكيم معين.

عندما يعرض التحكيم على مؤسسة تحكيمية، فإن هذه الأخيرة تتولى تنظيمه وضمن حسن سيره طبقا لنظامها.

تحتزم في جميع الأحوال القواعد المتعلقة بحقوق الدفاع.

المادة 15

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 حق من حقوقه المدنية .

إذا عين في الاتفاق شخص معنوي، فإن هذا الشخص لا يتمتع سوى بصلاحيات تنظيم التحكيم وضمن حسن سيره .

المادة 16

يجب على الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون اعتيادياً أو في إطار المهنة بمهام المحكم، إما بصورة منفردة أو ضمن شخص معنوي أن يصرحوا بذلك إلى الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذها محل إقامة الأشخاص الطبيعيين المذكورين أو المقر الاجتماعي للشخص المعنوي.

يسلم الرئيس الأول وصلاً بالتصريح ويقيد المعنيين بالأمر في قائمة المحكمين لدى محكمة الاستئناف المعنية وذلك بعد التأكد من أهليتهم .

المادة 17

لا يجوز لأي من طرفي التحكيم تجريح محكم إلا لسبب طرأ أو اكتشف بعد تعيينه.

المادة 18

يمكن تجريح المحكم إذا:

-صدر في حقه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكاب أحد الأفعال المبينة في المادة 15 أعلاه؛

-كانت له أو لزوجه أو لأصوله أو لفروعه مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في النزاع؛

-كانت قرابة أو مصاهرة تجمع بينه أو وزوجه وبين أحد الأطراف إلى درجة أبناء العمومة الأشقاء؛

-كانت هناك دعوى جارية أو دعوى منتهية في أقل من سنتين بين أحد الأطراف والمحكم أو وزوجه أو أحد الأصول أو الفروع؛

-كان المحكم دائنا أو مدينا لأحد الأطراف؛

-سبق أن خاصم أو مثل غيره أو حضر كشاهد في النزاع؛

-تصرف بوصفه الممثل الشرعي لأحد الأطراف؛

-كانت توجد علاقة تبعية بين المحكم أو زوجه أو أصوله أو فروعهم وبين أحد الأطراف أو زوجه أو أصوله أو فروعهم؛

-كانت صداقة أو عداوة بادية بينه وبين أحد الأطراف .

المادة 19

لا يجوز عزل محكم ما إلا بموافقة جميع الأطراف مع مراعاة مقتضيات المادة 15 أعلاه، وتنتهي بالعزل المذكور مهمة المحكم بمجرد إعلامه بالأمر.

المادة 20

عندما تنتهي مهمة محكم لأي سبب من الأسباب يجب أن يعين محكم لتعويضه وفقا لنفس القواعد المطبقة على تعيين المحكم الذي تم تعويضه.

إذا تعذر على المحكم أداء مهمته أو لم يباشرها أو انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير غير مبرر لإجراءات التحكيم ولم يتنح ولم يتفق الأطراف على عزله، يجوز لرئيس المحكمة المختصة الأمر بإنهاء مهمته بناء على طلب أي من الطرفين بقرار غير قابل لأي طعن.

المادة 21

يلزم المحكمون بكتمان السر المهني طبقا لما هو منصوص عليه في مجموعة القانوني الجنائي .

المادة 22

عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكيمية عملا 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 واضحا.

يتعين على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، ولا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول.

لا يوقف الدفع بعدم القبول، وفق مقتضيات الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة، مسطرة التحكيم أو متابعتها.

المادة 23

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 وقائي أو تحفظي وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون. ويجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها .

الجزء الفرعي الثاني

الهيئة التحكيمية

تشكيل الهيئة التحكيمية

المادة 24

تتشكل الهيئة التحكيمية 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.

إذا لم يتفق الأطراف على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة.

إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا.

المادة 25

إذا ثبت أن المحكم أو المحكمين المعيّنين في اتفاق التحكيم لا تتوافر فيهم الشروط القانونية لممارسة هذه المهمة أو لأي سبب آخر يحول دون تشكيل الهيئة التحكيمية، فإن تعيين المحكمين يتم إما باتفاق الأطراف وإما وفقا للمادة 26 بعده .

المادة 26

إذا عين الأطراف عددا مزدوجا من المحكمين، وجب تكميل تشكيل الهيئة التحكيمية بمحكم يتم اختياره إما طبقا لما اتفق عليه الأطراف، وإما من لدن المحكمين المعيّنين في حالة عدم حصول هذا الاتفاق، وإما بأمر غير قابل للطعن من رئيس المحكمة المختصة ، بصفته تلك، وفي مسطرة تواجيهية، وإما من المحكمين المسجلين باللائحة المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه بأمر من رئيس المحكمة غير قابل للطعن، إن لم يحصل اتفاق بين المحكمين المذكورين.

في حالة تحكيم مؤسسي، يطبق على مسطرة تعيين المحكمين بالهيئة التحكيمية وعددهم نفس ما هو مقرر من لدن المؤسسة التحكيمية المختارة.

المادة 27

إذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقا وكيفية وتاريخ اختيار المحكمين أو لم يتفق الأطراف على ذلك، تتبع الإجراءات الآتية:

- إذا كانت هيئة التحكيم تتكون من محكم واحد يتولى رئيس المحكمة المختصة تعيين المحكم بناء على طلب أحد الأطراف من اللائحة المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه؛

- تتبع الإجراءات المذكورة في الفقرة أعلاه إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من أكثر من ثلاثة محكمين؛

- يجب أن يراعي رئيس المحكمة المختصة في المحكم الذي يختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون وتلك التي اتفق عليها الأطراف ويصدر قراره بعد استدعائهم و لا يكون هذا القرار قابلا لأي طعن.

تطبق نفس المقتضيات كلما اعترض تشكيل الهيئة التحكيمية صعوبة بسبب أحد الأطراف أو صعوبة في تطبيق إجراءات التعيين.

المادة 28

لا يعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية كاملا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المعينون المهمة المعهود إليهم بها.

يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبولها عن أي ظروف من شأنها إثارة شكوك حول حياده واستقلاله.

يثبت قبول المهمة كتابة بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالمهمة.

يجب على كل محكم أن يستمر في القيام بمهمته إلى نهايتها. ولا يجوز له، تحت طائلة دفع تعويضات، أن يتخلى عنها دون سبب مشروع بعد قبولها، وذلك بعد إرساله إشعارا يذكر فيه أسباب تخليه .

المادة 29

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.

المادة 30

إذا قدم طلب تجريح أو عزل أحد المحكمين، وجب وقف مسطرة التحكيم إلى أن يتم البت في هذا الطلب، ما عدا إذا قبل المحكم المعني بالأمر التخلي عن مهمته.

ترفع الصعوبات الناتجة عن تجريح أو عزل المحكمين إلى رئيس المحكمة الذي يبت في الأمر بأمر غير قابل للطعن في إطار مسطرة حضورية.

الإجراءات والطلبات العارضة

المادة 31

على الهيئة التحكيمية، قبل النظر في الموضوع أن تبت، إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم، وذلك بأمر غير قابل للطعن وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت .

يمكن للهيئة التحكيمية، قبل اتخاذ أي قرار في الموضوع أن تطلب من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف ذات الاختصاص المكاني بالنظر إلى مكان التحكيم موافقتها بالمعلومات التي تراها مفيدة بالنظر إلى مقتضيات المادة 3 أعلاه، ويمكن ويجب على الرئيس الأول أن يوافقها بذلك داخل خمسة عشر يوما التالية لرفع الطلب إليه وإلا نظرت في الملف على حالته.

المادة 32

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.

لطرفي 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 ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً 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.

يعامل أطراف التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفعه وممارسة حقه في الدفاع.

تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك .

المادة 33

تقوم الهيئة التحكيمية بجميع إجراءات التحقيق بالاستماع إلى الشهود أو بتعيين خبراء أو بأي إجراء آخر.

إذا كانت بيد أحد الأطراف أو الأغيار وسيلة إثبات، جاز للهيئة التحكيمية أن تطلب منه الإدلاء بها.

يجوز للهيئة كذلك الاستماع إلى كل شخص إذا رأت فائدة في ذلك.

المادة 34

يكون الاستماع أمام الهيئة التحكيمية بعد أداء اليمين القانونية.

يجوز للأطراف أن يعينوا أي شخص من اختيارهم يمثلهم أو يؤازرهم.

المادة 35

يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات والمذكرات المكتوبة والوثائق والمرافعات الشفهية وكذا على كل قرار تتخذه الهيئة أو حكم تصدره، ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك.

لهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمتها إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها.

المادة 36

يجب على المدعي أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدعواه تشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعى عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل موضوع النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه المذكرة ويرفقها بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد استعمالها.

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، 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.

يمكن لهيئات التحكيم أن تطلب من الأطراف أو الغير تقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستند إليها أحد الأطراف داخل أجل معقول، كلما ارتأت ذلك مفيدا، بعد التأكد من توفر المعنى بالأمر عليها. وفي حالة الامتناع تعرض الأمر على رئيس المحكمة المختصة من أجل استصدار أمر في إطار مسطرة تواجيهية يلزم الطرف المعنى بتسليم المستندات والوثائق المطلوبة لهيئة التحكيم تحت طائلة غرامة تهديدية .

ترسل صور كل ما يقدمه أحد الطرفين لهيئة 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.

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.

تعقد هيئة التحكيم جلسات المرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

يجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام.

تدون وقائع كل جلسات تعدها هيئة التحكيم في محضر تسلم نسخة منه إلى كل من الطرفين.

يترتب على عدم تقديم المدعي دون عذر مقبول مذكرة فتح الدعوى داخل الأجل المحدد له أن تقرر هيئة التحكيم إنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك .

إذا لم يقدم المدعي عليه مذكرته الجوابية داخل الأجل المحدد له تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعي عليه بدعوى المدعي.

إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو تقديم ما طلب منه من مستندات، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى الأدلة المتوفرة لديها .

المادة 37

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 .

المادة 38

يجب على المحكمين في حالة تعددهم أن يقوموا بالمشاركة جميعا في كل الأشغال والعمليات وفي تحرير جميع المحاضر إلا إذا أذن لهم الأطراف في انتداب أحدهم للقيام بعمل معين.

يختص المحكم الرئيس بقوة القانون بالبت في القضايا المسطرية المعروضة فور تقديم الطلب ما لم يعارض الأطراف أو المحكمون الآخرون في ذلك.

المادة 39

إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم أو تم الطعن بالزور في ورقة أو سند قدم لها، واتخذت إجراءات جنائية بشأن تزويره يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا ارتأت أن الفصل في المسألة أو في التزوير أو في ادعاء الزور ليس لازما للفصل في موضوع النزاع وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في الموضوع، ويترتب على ذلك وقف سريان الموعد المحدد لإنهاء حكم التحكيم.

المادة 40

تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان.

إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع، وعليها في جميع الأحوال أن تراعي شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية والعادات وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، وإذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم صفة وسطاء بالتراضي، تفصل الهيئة في هذه الحالة في موضوع النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون .

المادة 41

تنتهي الهيئة التحكيمية مسطرة التحكيم إذا اتفق الأطراف خلالها على حل النزاع وديا.

بناء على طلب من الأطراف، تثبت الهيئة التحكيمية انتهاء المسطرة بواسطة حكم تحكيمي يصدر باتفاق الأطراف.

يكون لهذا الحكم نفس الأثر المترتب على أي حكم تحكيمي آخر صادر في جوهر النزاع.

تأمر الهيئة التحكيمية بإنهاء المسطرة عندما يتبين لها أن متابعة مسطرة التحكيم أصبحت، لأي سبب من الأسباب، غير مجدية أو غير ممكنة.

المادة 42

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 محكم مهمته.

يمكن تمديد الأجل الاتفاقي أو القانوني بنفس المدة إما باتفاق الأطراف وإما من لدن رئيس المحكمة بناء على طلب من أحد الأطراف أو من الهيئة التحكيمية.

إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة أعلاه جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمرا بإنهاء إجراءات التحكيم فيكون لأي من الطرفين بعد ذلك رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلا للنظر في النزاع .

المادة 43

تحدد الهيئة التحكيمية بعد انتهائها من إجراءات التحقيق واعتبارها القضية جاهزة، تاريخ حجزها للمداولة وكذا التاريخ المقرر لصدور الحكم.

لا يجوز، بعد هذا التاريخ، تقديم أي طلب جديد أو إثارة أي دفع جديد أو إبداء أي ملاحظة جديدة ولا الإدلاء بأي وثيقة جديدة ما لم يكن ذلك بطلب من الهيئة التحكيمية.

الجزء الفرعي الثالث

الحكم التحكيمي

المادة 44

يصدر الحكم التحكيمي بأغلبية الأصوات بعد مداولة الهيئة التحكيمية، ويجب على جميع المحكمين التصويت لفائدة مشروع الحكم التحكيمي أو ضده مع مراعاة أحكام الفقرة الثانية من المادة 38 أعلاه .

المادة 45

يصدر الحكم التحكيمي كتابة ويجب أن يشار فيه إلى اتفاق التحكيم وأن يتضمن عرضا موجزا للوقائع وادعاءات الأطراف ودفوعهم على التوالي والمستندات وبيان النقط التي تم الفصل فيها بمقتضى الحكم التحكيمي وكذا منطوقا لما قضي به.

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 الأشخاص الخاضعين للقانون العام طرفا فيه، فيجب أن يكون معللا دائما .

المادة 46

يجب أن يتضمن الحكم التحكيمي بيان ما يلي :

-أسماء المحكمين الذين أصدروه وجنسياتهم وصفاتهم وعناوينهم؛

-تاريخ صدوره؛

-مكان إصداره؛

-الأسماء العائلية والشخصية للأطراف أو عنوانهم التجاري وكذا موطنهم أو مقرهم الاجتماعي، وإن اقتضى الحال، أسماء المحامين أو أي شخص مثل الأطراف أو أزهرهم.

يتعين أن يتضمن حكم التحكيم تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف، وإذا لم يتم الاتفاق بين الأطراف والمحكمين على تحديد أتعاب المحكمين فيتم تحديدها بقرار مستقل من هيئة التحكيم ويكون قرارها بهذا الشأن قابلا للطعن أمام رئيس المحكمة المختصة الذي يكون أمره قراره في هذا الموضوع نهائيا غير قابل لأي طعن .

المادة 47

يوقع الحكم التحكيمي كل محكم من المحكمين.

إذا رفضت الأقلية التوقيع في حالة تعدد المحكمين، يشير المحكمون الآخرون إلى ذلك في الحكم التحكيمي مع تثبيت أسباب عدم التوقيع، ويكون للحكم نفس الأثر كما لو كان موقعا من لدن كل محكم من المحكمين.

المادة 48

يكتسب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه.

غير أن الحكم التحكيمي لا يكتسب حجية الشيء المقضي به، عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام طرفا فيه، إلا بناء على أمر بتحويل الصيغة التنفيذية، وفي هذه الحالة، يطلب تحويل الصيغة التنفيذية من قبل الطرف الأكثر استعجالا أمام القاضي المختص تطبيقا للمادة 5 أعلاه حسب المسطرة المنصوص عليها في المادة 53 بعده وبالأثار المشار إليها في المادة 54 وما يليها.

تطبق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام على الأحكام التحكيمية التي لا يطالب في شأنها بصيغة التنفيذ.

المادة 49

تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين نسخة من حكم التحكيم خلال أجل سبعة أيام من تاريخ صدوره، ولا يعتبر ذلك بمثابة تبليغ قانوني.

لا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم.

المادة 50

ينهي الحكم مهمة الهيئة التحكيمية بشأن النزاع الذي تم الفصل فيه.

غير أن للهيئة التحكيمية:

- أن تقوم تلقائياً، داخل أجل ثلاثين يوماً التالية للنطق بالحكم التحكيمي، بإصلاح كل خطأ مادي أو خطأ في الحساب أو الكتابة أو أي خطأ من نفس القبيل وارد في الحكم؛

- أن تقوم داخل أجل ثلاثين يوماً التالية لتبليغ الحكم التحكيمي، بناء على طلب أحد الأطراف، بما يلي :

أ) تصحيح كل خطأ مادي أو خطأ في الحساب أو الكتابة أو أي خطأ من نفس القبيل وارد في الحكم دون فتح نقاش جديد؛

ب) تأويل جزء معين من الحكم بعد الاستماع للأطراف؛

ج) إصدار حكم تكميلي بشأن طلب وقع إغفال البت فيه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

يبلغ المقال إلى الطرف الآخر الذي يحدد له أجل خمسة عشر يوماً للإدلاء باستنتاجاته إن اقتضى الحال ذلك.

تصدر الهيئة التحكيمية حكمها خلال ثلاثين يوما التالية لتقديم المقال إليها إذا تعلق الأمر بتصحيح حكم وخلال أجل سنتين يوما إذا تعلق الأمر بتأويل حكم أو بحكم تكميلي .

المادة 51

عندما يتعذر على الهيئة التحكيمية الاجتماع من جديد، فإن صلاحية البت في طلب التصحيح أو التأويل تخول لرئيس المحكمة الصادر الحكم التحكيمي في دائرتها والذي يجب عليه أن يبت طبقا للمسطرة المبينة أعلاه بأمر غير قابل لأي طعن.

المادة 52

يوقف طلب التصحيح أو التأويل وأجال تقديم الطعون تنفيذ الحكم التحكيمي إلى حين تبليغ الحكم التصحيحي أو التأويلي.

يعتبر الحكم التحكيمي الصادر بهذا الخصوص جزءا لا يتجزأ من الحكم التحكيمي الأصلي، وتطبق عليه مقتضيات المادة 327 - 23 أعلاه.

المادة 53

لا ينفذ الحكم التحكيمي جبريا إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدره رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرتها في إطار مسطرة تواجيهية.

يودع أصل الحكم التحكيمي مصحوبا بنسخة من اتفاق التحكيم مع ترجمتهما إلى اللغة العربية لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة من لدن أحد المحكمين أو الطرف الأكثر استعجالا داخل أجل سبعة أيام كاملة التالية لتاريخ صدوره.

إذا كان النزاع معروضا على محكمة ثاني درجة واتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وجب إيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط محكمة ثاني درجة وفقا لمقتضيات الفقرة السابقة.

ويصدر الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية عن الرئيس الأول لهذه المحكمة، في إطار مسطرة تواجيهية.

المادة 54

توضع الصيغة التنفيذية على أصل الحكم التحكيمي.

لا يقبل الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية أي طعن.

غير أن الطعن بالبطلان المنصوص عليه في المادة 58 بعده يتضمن بقوة القانون، في حدود النزاع المعروض على محكمة ثاني درجة ، طعنا في الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية أو رفعا فوريا ليد رئيس المحكمة فيما إذا لم يكن قد أصدر أمره بعد.

المادة 55

يجب أن يكون الأمر الذي يرفض الصيغة التنفيذية معطلا.

يكون قابلا للطعن بالاستئناف وفق القواعد العادية داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغه، وتتنظر محكمة ثاني درجة، في هذه الحالة بناء على طلب الأطراف، في الأسباب التي كان بإمكانهم التمسك بها ضد الحكم التحكيمي عن طريق الطعن بالبطلان.

تبت محكمة ثاني درجة في هذا الاستئناف طبقا لمسطرة الاستعجال.

المادة 56

لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات المادتين 57 و 58 بعده.

يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للشروط المقررة في المادة 402 وما بعده من قانون المسطرة المدنية أمام المحكمة التي كانت ستنظر في القضية لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم. في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم.

المادة 57

لا يواجه الأغيار بالأحكام التحكيمية ولو كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية ويمكنهم أن يتعرضوا عليها تعرض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للشروط المقررة في المواد من 303 إلى 305 من قانون المسطرة المدنية أمام المحكمة التي كانت ستنظر في النزاع لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم لو لم يبرم اتفاق تحكيم.

المادة 58

رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الدرجة الثانية التي صدرت في دائرتها .

يمكن تقديم هذا الطعن بمجرد صدور الحكم التحكيمي، أو خلال أجل 15 يوما ابتداء من تبليغ الأمر الذي دُيِّل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية.

يكون تقديم هذا الطعن مقبولا بمجرد صدور الحكم التحكيمي، ولا يتم قبوله إذا لم يقدم داخل أجل خمسة عشر يوما من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية .

لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية:

- إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم؛

- إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب التنصيص على كل من مكان الإصدار و أسماء الأطراف

- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين؛

- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها أو بتت في مسائل لا يشملها التحكيم أو تجاوزت حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها؛

- إذا لم تحترم مقتضيات المادتين 45 الفقرة 2 و 46 أعلاه فيما يخص أسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي والمادة 47 أعلاه؛

- إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر يتعلق بواجب احترام حقوق الدفاع؛

- إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام؛

- في حالة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

تحكم محكمة ثاني درجة التي تنظر في الطعن بالبطلان 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 .

تبت محكمة ثاني درجة طبقا لمسطرة الاستعجال.

يوقف أجل ممارسة الطعن بالبطلان تنفيذ الحكم التحكيمي، كما توقف ممارسة هذا الطعن داخل الأجل تنفيذ الحكم التحكيمي.

المادة 59

إذا أبطلت محكمة ثاني درجة الحكم التحكيمي بتت في جوهر النزاع في إطار المهمة المسندة إلى الهيئة التحكيمية ما لم يصدر حكم بالإبطال لغياب اتفاق التحكيم أو بطلانه.

المادة 60

إذا قضت محكمة ثاني درجة برفض دعوى البطلان وجب عليها أن تأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي ويكون قرارها بالأمر بالتنفيذ نهائيا.

تكون قرارات محكمة ثاني درجة الصادرة في مادة التحكيم قابلة للطعن بالنقض طبقاً للقواعد العادية.

يترتب على القرار البات القاضي ببطالان الحكم التحكيمي سقوط اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني

التحكيم الدولي

المادة 61

تطبق مقتضيات هذا الفرع على التحكيم الدولي دون الإخلال بما ورد في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية.

المادة 62

يعتبر دولياً، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج .

يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية.

المادة 63

يمكن بصفة مباشرة أو استناداً إلى نظام للتحكيم أن يعين اتفاق التحكيم المحكم أو المحكمين أو ينص على إجراءات تعيينهم وكذا إجراءات تعويضهم.

إذا اعترضت صعوبة تشكيل الهيئة التحكيمية، يجوز للطرف الأكثر استعجالاً، ما لم ينص على شرط مخالف:

-أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة الذي سيتولى فيما بعد تحويل الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي إذا كان التحكيم جاريا بالمملكة؛

-أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التجارية بالرباط أو رئيس المحكمة الإدارية بالرباط، أو إلى رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط، حسب الأحوال إذا كان التحكيم جاريا بالخارج واتفق الأطراف على تطبيق قانون المسطرة المدنية المغربي.

المادة 64

يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدد، مباشرة أو استنادا إلى نظام للتحكيم، المسطرة الواجب اتباعها خلال سير التحكيم، كما يمكنه إخضاع التحكيم لقانون المسطرة المحدد فيه.

إذا لم يرد نص بشأن ذلك في اتفاق التحكيم، قامت الهيئة التحكيمية، عند الاقتضاء، بتحديد القواعد المسطرية الواجب اتباعها إما مباشرة وإما بالرجوع إلى قانون أو نظام تحكيم معين.

المادة 65

إذا كان التحكيم خاضعا لقانون المسطرة المدنية المغربي، فإن مقتضيات المادتين 63 و 64 أعلاه لا تطبق إلا عند غياب أي اتفاق خاص مع مراعاة مقتضيات المادتين 405 و 406 من القانون المذكور.

المادة 66

في حالة التحكيم الدولي الجاري داخل المملكة، تطبق مقتضيات الفقرة 3 من المادة 36 أعلاه، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك أو كان التحكيم يجري وفق نظام مركز من مراكز التحكيم.

المادة 67

تحدد في اتفاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها على جوهر النزاع، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقا للقواعد التي تراها ملائمة .

في جميع الأحوال، تراعي الهيئة التحكيمية مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة.

المادة 68

لا تفصل الهيئة التحكيمية بصفتها وسيطا بالتراضي إلا إذا اتفق الأطراف على إسناد هذه المهمة إليها.

المادة 69

يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي.

يُخول الاعتراف والصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الصادرة بالمغرب في مادة تتعلق بمصالح تجارة دولية لرئيس المحكمة التجارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية، التي صدرت هذه الأحكام في دائرة اختصاصهما، في إطار مسطرة تواجيهية.

يُخول الاعتراف والصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج في مادة تتعلق بمصالح تجارة دولية لرئيس المحكمة التجارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية التابع لهما مكان التنفيذ في إطار مسطرة تواجيهية.

إذا تعلق الحكم التحكيمي بالنزاعات المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه، تطبق مقتضيات الفقرة الأخيرة منها.

المادة 70

يثبت وجود الحكم التحكيمي بالإدلاء بأصله مرفقا باتفاق التحكيم أو نسخ من هاتين الوثيقتين تتوفر فيها شروط الصحة المطلوبة.

إذا كانت الوثيقتان المذكورتان غير محررتين باللغة العربية، وجب الإدلاء بترجمة لهما مشهودا بصحتها من لدن مترجم مقبول لدى المحاكم.

المادة 71

يكون الأمر الذي يرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي أو يرفض تخويل الصيغة التنفيذية قابلا للطعن بالاستئناف.

المادة 72

لا يمكن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية إلا في الحالات الآتية:

- إذا بنت الهيئة التحكيمية دون اتفاق تحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم؛
- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية؛
- إذا بنت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها؛
- إذا لم تحترم حقوق الدفاع؛
- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي.

المادة 73

يرفع الطعن بالاستئناف المشار إليه في المادتين 71 و 72 أعلاه أمام محكمة ثاني درجة المختصة، وذلك داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الأمر.

تبت محكمة ثاني درجة طبقا لمسطرة الاستعجال.

المادة 74

يكون الحكم التحكيمي الصادر بالمملكة في مادة التحكيم الدولي قابلا للطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 72 أعلاه.

الأمر الصادر بتحويل الصيغة التنفيذية لهذا الحكم التحكيمي غير قابل لأي طعن، على أن الطعن بالبطلان يتضمن، بقوة القانون، في حدود النزاع المعروض على المحكمة، طعنا في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة أو رفعا ليد هذا الرئيس.

المادة 75

ترفع دعوى البطلان المشار إليها في المادة 74 أعلاه أمام محكمة ثاني درجة التي صدر الحكم التحكيمي في دائرتها ويمكن تقديم هذا الطعن بمجرد صدور الحكم التحكيمي، ولا يتم قبوله، إن لم يقدم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الحكم القابل للتنفيذ بجميع الوسائل بما فيها التبليغ الإلكتروني .

المادة 76

يوقف أجل تقديم الطعون المنصوص عليها في المادتين 72 و 74 أعلاه تنفيذ الحكم التحكيمي.

كما يوقف الطعن داخل الأجل تنفيذ الحكم التحكيمي ما لم يكن القرار التحكيمي مشمولاً بالتنفيذ المعجل، ويمكن في هذه الحالة للجهة التي تبنت في الطعن أن تأمر بوقف التنفيذ إذا ظهر لها ما يبرر ذلك.

المادة 77

لا تطبق مقتضيات المادة 59 أعلاه على الطعن بالبطلان.

الفرع الثالث

الوساطة الاتفاقية

المادة 78

يجوز للأطراف، لأجل تجنب أو تسوية نزاع، الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع.

المادة 79

اتفاق الوساطة هو العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد.

لا يجوز أن يشمل اتفاق الوساطة، مع التقيد بمقتضيات الفصل 62 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، المسائل المستثناة من نطاق تطبيق الصلح، ولا يجوز إبرامه إلا مع مراعاة التحفظات أو الشروط أو الحدود المقررة لصحة الصلح بموجب الفصول من 1099 إلى 1104 من نفس القانون.

المادة 80

يمكن:

- إبرام اتفاق الوساطة بعد نشوء النزاع ويسمى حينئذ عقد الوساطة.

- التنصيص عليه في الاتفاق الأصلي ويسمى حينئذ شرط الوساطة.

- الاتفاق عليه، قبل نشوب النزاع، بالتنصيص عليه في العقد الأصلي أو في عقد يحيل على هذا العقد ويسمى حينئذ "شرط الوساطة".

- إبرامه أثناء مسطرة جارية أمام المحكمة وفي هذه الحالة يرفع إلى علم المحكمة داخل أقرب الآجال ويترتب عليه وقف المسطرة.

المادة 81

يجب أن يبرم دوما اتفاق الوساطة كتابة، بعقد رسمي أو عرفي أو بمحضر
يحرر أمام المحكمة.

يعتبر اتفاق الوساطة مبرما كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو في
رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أي وسيلة أخرى من وسائل
الاتصال تثبت وجوده أو حتى بتبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد
الطرفين وجود اتفاق الوساطة دون أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك.

تعتبر الإحالة في عقد ما إلى وثيقة تتضمن شرط وساطة بمثابة اتفاق وساطة
على أن يكون العقد المذكور قد أبرم كتابة وأن يكون من شأن الإحالة أن تجعل من
الشرط جزءا لا يتناسب فيه من العقد.

المادة 82

عقد الوساطة هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع ناشئ بعرض هذا
النزاع على وسيط.

يمكن إبرام العقد المذكور ولو أثناء دعوى مرفوعة أمام المحكمة.

المادة 83

يجب أن يتضمن عقد الوساطة تحت طائلة البطلان:

- تحديد موضوع النزاع؛

- تعيين الوسيط أو التنصيب على طريقة تعيينه.

إذا رفض الوسيط المعين القيام بالمهمة المسندة إليه جاز للأطراف الاتفاق
على اسم وسيط آخر وإلا اعتبر العقد لاغيا .

المادة 84

شرط الوساطة هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على الوساطة النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور.

المادة 85

يجب، تحت طائلة البطلان، أن يحرر شرط الوساطة كتابة في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه، وأن يتضمن إما تعيين الوسيط أو الوسطاء أو التنصيب على طريقة تعيينهم.

المادة 86

يجب على الطرف الذي يريد تطبيق شرط الوساطة أن يخبر الطرف الآخر بذلك في الحال ويرفع الشرط إلى الوسيط المعين.

المادة 87

يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف في شأنها اتفاق وساطة وفقا لمقتضيات هذا الفرع، أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة.

إذا كان الوسيط لم يعرض عليه النزاع بعد، وجب على المحكمة أيضا أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن اتفاق الوساطة باطلا بطلانا واضحا.

لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول.

في الحالة الثانية، يجوز لها أن تحدد، بطلب من الطرف الذي رفع الأمر إليها، الأجل الأقصى الذي يجب أن تبدأ فيه الوساطة تحت طائلة بطلان الاتفاق.

المادة 88

يحدد الأطراف مدة مهمة الوسيط في أول الأمر دون أن تتجاوز أجل ثلاثة أشهر من التاريخ الذي قبل فيه الوسيط مهمته، غير أن للأطراف تمديد الأجل المذكور باتفاق يبرم وفق نفس الشروط المعتمدة لإبرام اتفاق الوساطة.

المادة 89

يلزم الوسيط بكتمان السر المهني بالنسبة إلى الأغيار وفق المقتضيات وتحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في القانون الجنائي المتعلقة بإفشاء بكتمان السر المهني، ولا يجوز أن تثار ملاحظات الوسيط والتصاريح التي يتلقاها أمام القاضي المعروض عليه النزاع إلا باتفاق الأطراف كما لا يجوز استعمالها في دعوى أخرى.

المادة 90

يعهد بالوساطة إلى شخص طبيعي أو شخص معنوي.

يجب على الوسيط، فور قبوله المهمة المسندة إليه، أن يخبر بذلك الأطراف في رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي.

لا يجوز للوسيط أن يتخلى عن مهمته إلا باتفاق الأطراف أو إذا انصرم الأجل المنصوص عليه في المادة 88 أعلاه دون أن يستطيع الأطراف إبرام صلح أو بأمر من القاضي في الحالات المنصوص عليها في المادة 87 أعلاه.

المادة 91

يجوز للوسيط أن يستمع إلى الأطراف وأن يسعى إلى تقريب وجهات نظرهم لأجل تمكينهم من إيجاد حل للنزاع القائم بينهم.

يجوز له بعد موافقة الأطراف، ولما تستلزمه الوساطة، الاستماع إلى الأغيار الذين يقبلون ذلك.

يجوز له، بعد موافقة الأطراف، القيام أو العمل على القيام بكل خبرة من شأنها أن توضح النزاع.

يقترح الوسيط على الأطراف، عند انتهاء مهمته، مشروع صلح أو بيانا عن الأعمال التي قام بها ويحرر ذلك في وثيقة صلح تتضمن وقائع النزاع وكيفية حله

وما توصل إليه وما اتفق عليه الأطراف على الشكل الذي يضع حدا للنزاع القائم بينهم.

يوقع الوسيط مع الأطراف وثيقة الصلح الذي تم التوصل إليه.

في حالة عدم وقوع الصلح، لأي سبب من الأسباب، فإن الوسيط يسلم للأطراف وثيقة عدم وقوع الصلح موقعة من الطرفين.

يخضع الصلح الذي توصل إليه الأطراف في ما يتعلق بصحته وأثاره لمقتضيات القسم التاسع بالكتاب الثاني من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود مع مراعاة مقتضيات المادة 92 بعده.

المادة 92

يكتسي الصلح بين الأطراف قوة الشيء المقضي به، ويمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة المختصة محليا للبت في موضوع النزاع.

الفرع الرابع

أحكام متفرقة

المادة 93

لا تتنافى مقتضيات هذا القانون الباب مع النصوص التي تنظم كل الإجراءات المتعلقة بتسوية بعض النزاعات التي جاءت في قوانين خاصة .

المادة 94

إن الأجل الواردة في هذا القانون هي آجال كاملة.

المادة 95

تظل بصورة انتقالية مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية ومقتضيات القانون 08.05 الذي عدل وتمم مقتضيات الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية مطبقة على:

-اتفاقيات التحكيم المبرمة في ظل قانون المسطرة المدنية أو في ظل قانون 08.05 ،حسب الأحوال، قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

-القانون المسطري الذي كان سائدا أثناء إبرام اتفاقيات التحكيم.

-الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المعلقة أمام المحاكم في التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستنفاد جميع طرق الطعن .

المادة 96

ينسخ هذا القانون:

-قانون 08.05.

-كل القوانين التي تتعارض مع هذا القانون.

-الفقرة 4 من المادة 5 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية .

الفقرة الأخيرة من المادة 5 من قانون إحداث هذه المحاكم التجارية، تنص على أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه (والتي أسند اختصاص البت فيها للمحاكم التجارية) على مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية)".

La revue marocaine d'arbitrage arabe et international..... N°3-4/2017 .

**La revue marocaine d'arbitrage
Arabe et international
REMAAI**

La revue marocaine d'arbitrage arabe et international..... N°3-4/2017 .

Revue semestrielle scientifique spécialisée en droit de l'arbitrage

Directeur responsable
MUSTAPHA BOUNJA

Rédactrice en Chef
NIHAL LOUAH

Dépôt légale : 2015PE0016

ISBN : 2421-8898

S O M M A I R E

N° 3-4/2017

▪ **DOCTRINE :**

✓ **LE JUGE ET L'ARBITRE : QUELLE RELATION ?,PAR.....
ELMALHOUF JAOUAD.....**

✓ **L'exécution des sentences arbitrales annulées au siège, par.....
Mustapha EL HAFI**

▪ **JURISPRUDENCE FRANÇAISE :**

✓ Tribunal des Conflits **N° C4043** lecture du lundi 11 avril 2016 :

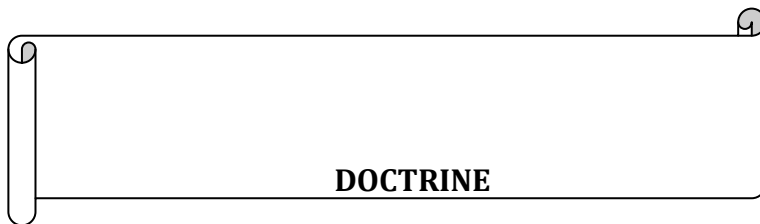
- La juridiction de l'ordre administratif est compétente pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale.....

✓ **Cour de cassation chambre civile 1 N° de pourvoi: 15-28941 Audience publique du 21 septembre 2016 .**

- Il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage.....

**✓ Cour de cassation Assemblée plénière N° de pourvoi: 16-80133
Audience publique du 22 juillet 2016 .**

- la voie procédurale de l'arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux, présentant une légitimité égale à celle de la voie judiciaire.
- qu'en l'absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d'un litige ne présente pas d'aléas différents de ceux courus devant une juridiction étatique et ne peut donc, quel qu'en soit le processus, caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique.....



Le juge et l'arbitre : Quelle relation ?

ELMALHOUF Jaouad

Professeur de droit privé FSJES-Tanger

introduction :

« Tous chemins vont à Rome : ainsi nos Concurrents Crurent pouvoir choisir des sentiers différents. L'un, touché des soucis, des longueurs, des traverses, Qu'en apanage on voit aux procès attachés, S'offrit de les juger sans récompense aucune, Peu soigneux d'établir ici-bas sa fortune. Depuis qu'il est des lois, l'Homme pour ses péchés Se condamne à plaider la moitié de sa vie. La moitié ? les trois quarts, et bien

souvent le tout. Le Conciliateur crut qu'il viendrait à bout De guérir cette folle et détestable envie»⁴³⁶

En effet, [le couple singulier, constitué par le juge étatique et le juge privé, malgré qu'il vit en tension et en méfiance à cause des exigences de la mondialisation qui impliquent en plus de l'unification de ce couple dans le pire comme dans le mal, une rapidité et une efficacité attendue d'une justice de qualité ; justice qui ordonne une coopération pour le bien être des justiciables et la continuité et la stabilité de leurs divers relations]⁴³⁷.

Néanmoins, malgré la méfiance et l'hostilité mutuelle de ce couple, « l'engouement des acteurs économiques mondiaux pour cette méthode alternative de règlement des conflits, poussent les divers pays à chercher l'harmonisation de ce mode avec les législations interne car les enjeux sont très importants qui dépassent la reconnaissance et l'application à un ordre juridique différents – attractivité législative de chaque pays - afin d'assurer la stabilité et la sécurité des transactions internationales»⁴³⁸

Étant une justice privée et choisie, l'arbitrage peut être défini comme [une convention en vertu de laquelle les parties s'engagent, à travers un compromis d'arbitrage ou une clause d'arbitrage, de recourir à un tribunal

⁴³⁶JEAN DE LA FONTAINE ,Le Juge arbitre, l'Hospitalier et le Solitaire Livre XII, fable 25

<http://www.la-fontaine-ch-thierry.net/jujarbi.htm>

⁴³⁷Eric Loquin, « Le juge et l'arbitre » in *Le juge et l'arbitrage* sous la direction de Sami Bostanji, Ferhat Horchani et Sébatien Manciaux, éd. A. PEDONE, 2014.

<http://www.pedone.info/722/Juge&Arbitrage.html>

⁴³⁸ Marine Leonardis, « Le juge et l'arbitre à l'échelle internationale : je t'aime, moi non plus ? », Soumis le 19/05/2008 dans [MBDE / Coopération judiciaire internationale et européenne](#),

<http://blogs.u-paris10.fr>

arbitrale, qui reçoit des parties la mission de juger, pour régler et/ou trancher un litige ou une contestation née (e) ou susceptible de naître concernant un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non contractuelle⁴³⁹.

Cependant, Présenté comme démuné d'*impérium*, l'arbitre a parfois besoin de l'assistance et de la coopération du juge pour mener à bien une procédure arbitrale. Sur un autre plan, l'efficacité de la sentence rendue par l'arbitre demeure, sous certains rapports, subordonnée au contrôle du juge étatique⁴⁴⁰. En bref, la relation du juge et de l'arbitre peut être décrite comme complémentaire et aussi concurrentielle.

Certes, face à cette situation le droit de l'arbitrage entant que nouveau-né⁴⁴¹, et à titre de respect à sa mère, en l'occurrence la justice étatique, délimiter la frontière de sa compétence rationae materiae et rationae territoriale à chaque fois où il y a un risque de tension⁴⁴². Aussi, dans le cadre de ses devoirs, la justice étatique est tenue de former son enfant pour qu'il soit capable d'accomplir et de mener à bien ses missions, prenant en considération, que les enjeux sont nombreux et la question de confiance est toujours soulevée.

⁴³⁹ Les articles 306 et 307 du CPC tel que modifié et complété par le Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant réforme du droit marocain de l'arbitrage.

⁴⁴⁰ NDLR, présentation du colloque célébrant le vingtième anniversaire du Code tunisien de l'arbitrage, colloque co-organisé, au mois d'avril 2013, par le Laboratoire de droit des relations internationales des marchés et des négociations (driman) de l'Université de Tunis El manar, le Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (CrEdimi) de l'Université de Bourgogne et le Centre d'études juridiques et judiciaires (CEJJ) qui relève du ministère tunisien de la justice
<http://www.pedone.info/722/Juge&Arbitrage.html>

⁴⁴¹ Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant réforme du droit marocain de l'arbitrage, qui a abrogé et modifié Les dispositions du chapitre VIII du titre V du code de procédure civile approuvé par le dahir portant loi n° 1-74-447 du 11 ramadan 1394 (28 septembre 1974).

À ce propos, le droit marocain, dans un souci de promouvoir les modes alternatifs de règlement des litiges et aussi pour éviter l'encombrement des tribunaux, a renforcé son arsenal juridique en 2007 par un nouveau dispositif qui régleme les modes alternatifs de règlement des litiges dont l'arbitrage fait partie. Toutefois, « le droit de l'arbitrage en droit comparé est, sans doute, en pleine mutation. Ainsi, depuis plusieurs années déjà, l'institution arbitrale a fait l'objet, en droit allemand et en droit italien, d'importantes révisions. Il en est de même de la réforme réalisée en droit français, par le Décret du 13 janvier 2011. Quant au droit belge de l'arbitrage, il vient de faire l'objet d'une réforme majeure : remplaçant la sixième partie du Code judiciaire par des dispositions nouvelles, la loi du 24 juin 2013 remodèle entièrement l'institution arbitrale dans une perspective résolument moderne, directement inspirée de la loi type CNUDCI »⁴⁴³.

Alors cette épineuse question du relation entre juge et arbitre a été abordée par les différentes législations qui ont cherché à harmoniser le fonctionnement de la justice, étatique et privé, dans un souci de sécurité juridique et judiciaire en exigeant à la fois la coopération et en acharnant la rivalité entre ces deux types de magistrature. C'est pourquoi, avant d'expliquer comment le législateur organise cette coopération (II), il convient de démontrer, au prime abord, la rivalité de ce couple (I).

I - La rivalité : justice de luxe contre justice populaire :

« Je t'aime, moi non plus ! »⁴⁴⁴

⁴⁴² Par exemple les en cas de question préjudicielle

⁴⁴³ *L'arbitre et le juge étatique : Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la dir. De Achille Saletti, Jacques van Compernelle, Jean-François van Drooghenbroeck éd. Bruylant mai 2014, Avant propos, p : 11.

⁴⁴⁴ Titre d'une ancienne chanson française

Telle est la formule choisie par Marine Léonardes pour décrire « la relation complexe entre le juge étatique et l'arbitre en matière d'arbitrage international, et dont les efforts sont toujours fournies pour favoriser l'essor de l'arbitrage par une meilleure reconnaissance et donc exécution des sentences arbitrales dans un ordre juridique étranger »⁴⁴⁵.

En effet, Au carrefour de l'économie et de la justice, l'arbitrage est une profession libérale et indépendante, qui a évolué grâce à l'influence de la logique économique sur le fonctionnement de l'Etat moderne dont le département de la justice fait partie. Or, si ce service public est animé par un souci de sécurité au premier chef, les mutations mondiales qu'a connues le monde depuis le 19^{ème} siècle, a fait de la justice et des législations un mode d'attractivité des investissements et par conséquent a fait l'objet de concurrence entre les états⁴⁴⁶.

Toutefois, on se demande si, au Maroc, on peut aborder la question de profession d'arbitre ?

Hélas, Jusqu'à nos jour on ne peut parler que de mission d'arbitrage, car, en l'absence d'un cadre juridique autonome qui dote cette mission d'une réglementation spéciale qui organise cette fonction, toute personne choisie par les parties exercera cette tâche s'il accepte de trancher la mésentente, le litige où l'éventuel conflit qui peut surgir entre les parties. Cependant, la tendance vers une réglementation qui organise le statut d'arbitre démontre l'accroissement de la concurrence entre cette justice privé et la justice

⁴⁴⁵ De nombreux instruments internationaux ont œuvré à la réglementation de l'arbitrage international et à son harmonisation. Parmi les plus connus figurent la Convention de New York de 1958 (CNY), presque considérée comme universelle en raison de sa ratification dans plus de 140 Etats, la Convention Européenne de 1961, la Convention de Washington de 1965 et la loi-type de la CNUDCI (Convention des Nations Unies pour le droit du commerce international) datant de 1985. Marine Leonardis, « Le juge et l'arbitre à l'échelle internationale : je t'aime, moi non plus ? », art.préc.

⁴⁴⁶ Voir les rapports DOING BUSSNESS de la banque mondiale qui classe par ordre la sécurité et la stabilité économique des pays.

publique. En d'autres termes, la rivalité entre ces deux types de justice se révèle à travers la logique économique de leur fonctionnement (B) et aussi à travers l'orientation permanente de doter la mission d'arbitrage d'un statut juridique qui assure une sécurité juridique (A).

A –l'arbitrage : le dessaisissement conditionné ?

L'arbitrage a un domaine très étendue par rapport à la justice étatique, qui souffre de plusieurs limitation car, d'une part, La compétence matérielle et territoriale des tribunaux sont déterminées par la réglementation en vigueur, alors que la compétence du tribunal arbitral est définie par négation : ce qui spécialement réservé aux tribunaux étatiques, et d'autre part la loi N° a permet mêmeaux personnes de droit public de se soumettre à ce procédé⁴⁴⁷.

Deux conditions sont exigées à l'échelle internationale : l'une est relative à la volonté des parties (1), alors que la seconde concerne la conception de l'arbitrage dans l'ordre juridique en question (choisi), ce qui soulève la question de la place laissée à l'arbitrage par le régime concerné. Un exemple peut être donné à travers quelques législations arabes qui démontrent l'existence d'un ordre juridique arbitral (2).

1/ La volonté des parties ; le choix du droit applicable :

Plusieurs caractéristiques de l'arbitrage expliquent son succès ; l'arbitrage est discret, aboutit souvent plus rapidement qu'un litige porté devant les juridictions étatiques, mais il est surtout le fruit d'un accord entre plusieurs parties à un contrat quant au règlement des litiges existants ou à venir. Or, lorsque les parties ont elles-mêmes déterminé la composition d'un tribunal

⁴⁴⁷ Abdelmajid Rhomija, « le nouveau système d'arbitrage au Maroc », adala.justice.gov.ma/.../arbitrage%20et%20mediation%20pour%20les%2 .

et la procédure selon laquelle leur conflit sera tranché, elles sont souvent plus enclines à exécuter la sentence. Un enjeu majeur de la convention arbitrale est la détermination par les parties du siège du tribunal arbitral et de la loi applicable en matière de procédure, qui permet de déterminer quelle sera la juridiction d'appui et de recours du tribunal arbitral. Cependant, Si les parties dessaisissent la justice étatique au profit d'une instance arbitrale, le choix n'est pas libre et l'arbitre doit bénéficier d'une reconnaissance légale et judiciaire.

Or, s'il est indéniable que l'interventionnisme étatique dans les relations commerciales internationales est en constante régression. L'activité arbitrale ne parvient pas encore à s'affranchir de l'activité juridictionnelle de l'Etat : un lien continue à exister entre l'arbitrage et les ordres juridiques nationaux, et ce malgré les voix de certains auteurs qui tentent de démontrer l'existence d'un « ordre juridique arbitral »⁴⁴⁸.

2/ L'ordre juridique arbitral :

La loi-type de la CNUDCI a adapté l'intervention du juge national aux besoins de l'arbitrage, ce qui exige de chercher la place laissée au juge

⁴⁴⁸ Le juge national, dans les pays arabes dits de « droit traditionnel », a un rôle très interventionniste à tous les niveaux de la procédure arbitrale : il peut être amené à intervenir aux stades de la conclusion de la convention d'arbitrage, de l'instance arbitrale, de l'exécution et des recours contre la sentence. Cette intervention est tellement poussée qu'elle constitue une entrave au développement de l'arbitrage en tant que mode normal de règlement des différends du commerce international. Samy Markbaoui, « La place laissée au juge national par les lois d'arbitrage des pays arabes inspirées par la loi-type de la CNUDCI », [Le blog du Master Arbitrage & Commerce International](https://maci-uvsq.com), <https://maci-uvsq.com> soumis le 23/04/2011.

national par les lois d'arbitrage des pays arabes inspirés par la loi-type de la CNUDCI antérieurement et postérieurement au prononcé de la sentence.

Juge national et effet négatif de la règle compétence-compétence. La première question qui se pose est celle de savoir si les parties peuvent contester la compétence du Tribunal arbitral devant le juge national ?

Le pouvoir du juge national, pour statuer sur la compétence du tribunal arbitral avant que ce dernier n'ait rendu sa sentence, est généralement reconnu en droit comparé (loi-type de la CNUDCI, la LDIP suisse, la Convention de New-York, l'« Arbitration Act » américain, le droit Italien...), cependant, Les pays arabes dont les lois d'arbitrages sont inspirées par la loi-type de la CNUDCI n'ont pas tous adopté une même « politique » au regard du pouvoir du juge national sur ce point et Certains Etats reconnaissent expressément au juge national, saisi d'un litige pour lequel les parties ont conclu une convention d'arbitrage, le pouvoir d'en vérifier l'existence, la validité et l'efficacité et ceci sans attendre que le tribunal arbitral se prononce sur ce sujet. L'avantage de cette compétence élargie du juge national serait, selon certains auteurs (notamment la doctrine américaine), qu'elle permettrait aux parties d'éviter de passer par un tribunal arbitral dont la sentence est condamnée à subir une annulation prononcée par le juge national qui exerce son pouvoir de *contrôle a posteriori*⁴⁴⁹.

⁴⁴⁹Ce système est celui consacré par l'article 8 de la loi-type de la CNUDCI de 1985, repris par le Bahreïn. Dans un même sens, l'article 19 (a) de la loi yéménite reconnaît au juge national le pouvoir de vérifier si la convention d'arbitrage est nulle, inexistante ou inapplicable. Le code d'arbitrage tunisien n'est pas très clair à ce sujet : en effet l'article 52 de ce code accorde au juge national le pouvoir de vérifier la nullité de la convention d'arbitrage. Ainsi nous pourrions croire que le droit tunisien de l'arbitrage calque la solution retenue par la loi-type de 1985. Cependant l'article 53 renvoie à l'article 19 al. 2, qui exige que la nullité soit manifeste.

Cependant, d'autres Etats arabes qui se sont inspirés de la loi-type de la CNUDCI ont adopté l'effet négatif de la règle compétence-compétence en octroyant, au tribunal arbitral, une priorité pour statuer sur sa propre compétence. C'est ainsi que l'article 13 de la loi égyptienne dispose : « *la juridiction saisie du litige pour lequel il existe une convention d'arbitrage, doit déclarer l'action irrecevable* ». Cette solution est également retenue par les lois omanaise et jordanienne⁴⁵⁰.

En concluant, le pouvoir du juge pour contrôler la compétence du tribunal arbitral avant le prononcé de la sentence, les pays arabes inspirés par la loi-type de la CNUDCI sont partagés entre deux systèmes extrémistes et radicalement opposés et une évolution de ces ordres juridiques vers un système de conciliation entre les deux conceptions du pouvoir du juge (pour statuer sur la compétence du tribunal arbitral antérieurement à la prononciation de la sentence) est nécessaire; cette évolution devrait s'orienter vers la solution retenue par le droit français de l'arbitrage qui permet au tribunal arbitral de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité manifeste ou inapplicabilité évidente de la convention d'arbitrage.

B – la logique économique du fonctionnement de l'arbitre :

À coté de la logique économique qui anime la mission de l'arbitre, la recherche d'une logique déontologique (2) peut soutenir son développement vers une profession (1).

1/ L'influence de la logique économique sur l'activité de l'arbitre peut être observée à deux niveaux.

⁴⁵⁰Dans un même sens, la nouvelle loi syrienne sur l'arbitrage dispose que « *si une juridiction étatique est saisie d'un litige soumis à l'arbitrage, elle doit se déclarer incompétente* ».

[Au niveau microéconomique, l'analyse questionne les contingences économiques des arbitres et, au premier rang de celles-ci, leur rémunération. Au niveau macroéconomique, elle appréhende l'archaïsation du droit qui tend à s'inscrire dans un ordre concurrentiel]⁴⁵¹.

La dimension microéconomique. La rémunération est la contrepartie naturelle de la prestation intellectuelle délivrée par l'arbitre au profit de son client. La fixation des honoraires fait toutefois écho aux particularismes de la mission qui en « l'absence de tarification légale »⁴⁵² est fixé par une large liberté contractuelle à travers une « convention d'honoraires »⁴⁵³, contrairement au juge étatique qui accomplit un devoir rémunéré par un salaire mensuel et non pas selon les dossiers qu'il tranche.

Cependant, Il reste délicat d'apprécier en amont la complexité réelle de l'affaire et les diligences prévisibles. Mais, [après service rendu, et à défaut de vice du consentement, le versement de la somme constitue l'exécution du contrat : il n'appartient pas au juge de réviser le montant des honoraires. Si, en revanche, le consentement est vicié, notamment lorsque le paiement de la facture d'honoraire a été fait sous l'empire d'une contrainte morale ou d'une erreur, la « Cour de cassation considère qu'il

⁴⁵¹ Gaëlle Deharo, « Chronique du droit judiciaire privé », *Revue de jurisprudence commerciale*, Mars- Avril 2015 – Numéro 2, p : 187.

⁴⁵² À ce point on vise l'arbitrage ad hoc, car pour l'arbitrage institutionnel il existe souvent un barème comme est le cas de celui de la CCI- Maroc dont La rémunération des arbitres est composée d'une Avance forfaitaire, des frais administratifs et des frais de nomination de l'arbitre ainsi que d'autres Honoraires qui varient selon la valeur du dossier (Les frais administratifs et les honoraires sont calculés sur les montants en litige). Voir annexe II du règlement d'arbitrage de la cour marocaine d'arbitrage prévoyant le barème des frais administratifs et des honoraires du tribunal arbitral.

⁴⁵³ La convention d'honoraire est un contrat par lequel l'arbitre et ses clients fixent ensemble le montant ou les modalités de calcul des honoraires.

n'a pas été effectué en toute connaissance de cause ». Aussi, elle approuve dans ce cas le juge de l'honoraire d'avoir annulé la convention d'honoraires et fixé les honoraires selon les critères définis par (la pratique)]⁴⁵⁴.

La dimension macroéconomique. Les cabinets d'arbitres sont des entreprises et, comme telles, soumises et naturellement limitée par les dispositions du droit de la concurrence. Aussi, et c'est le plus important, « le temps vaut de l'argent »⁴⁵⁵. De ce proverbe, l'arbitrage répond aux besoins des entreprises grâce à ses qualités de contractualité, de confidentialité⁴⁵⁶, de rapidité et de son coût maîtrisé.

En effet, la lourdeur et la tardivité qui caractérisent les procédures judiciaires-conflictuelles ont souvent un impact négatif sur la réputation des entreprises et aussi sur leur rendement qui est affecté nécessairement par la perte d'un client ou fournisseurs ou des chances ratées par les moyens bloqués (ressources objet de litige) et/ ou non utilisés dans le développement de la firme en question.

2/ la logique déontologique :

Si pour l'arbitrage ad hoc, voir même pour la médiation , il n'existe aucun ordre professionnel que ce soit sur le plan officiel ou amiable, ce qui est regrettable car ces modes alternatifs dont l'efficacité est prouvé méritent un effort de vulgarisation à travers notamment des organismes qui assurent

⁴⁵⁴Cass. civ. 2e, 6 mars 2014, n° 13-14.922 ; 4 juill. Cité par Gaëlle Deharo, op.cit., p : 189. Aussi dans le même sens voir : Cass. civ. 2e, 13 déc. 2012, n° 11-28.822. Cass. civ. 2e, 14 juin 2012, n° 11-19.731.2013, n° 12-24.100 ; 1er juin 2011, n° 10-21.947. Cass. civ. 2e, 3 mars 2011, n° 09-72.968. Cass. civ. 2e, 13 déc. 2012, n° 11-28.822 ; 3 nov. 2011, n° 10-25.245. (cités par le même auteur).

⁴⁵⁵ Proverbe économique

⁴⁵⁶ Article 19 du règlement de la CCI-Maroc

la tutelle morale des personnes intervenant dans ce domaine, dans la médiation institutionnelle, dont l'exemple peut être donné par la CCI-Maroc, le règlement d'arbitrage de la cour marocaine d'arbitrage prévoit que tout arbitre nommé par la Cour doit figurer sur la liste des arbitres agréés auprès de la Cour établie conformément aux dispositions statutaires de la CCI-Maroc⁴⁵⁷.

De ce règlement, on constate que la justice étatique ne cède la place à la justice privé qu'à travers un contrôle à priori de la capacité des arbitres à accomplir cette mission, ce qui nous pousse à s'interroger sur les qualités requises pour l'exercice de cette profession/mission.

II- la complémentarité : une infériorité avec une allure d'égalité :

« Il n'y a pas de bon arbitrage sans bon juge »⁴⁵⁸

Selon le professeur « Leval » le juge et l'arbitre sont de facto soumis à un dialogue permanent et chacun de ces deux acteurs devant plier tour à tour face aux prérogatives et exigences de l'autre.

En effet, « Le concours du juge étatique à l'arbitrage peut être envisagé à trois niveaux. Dans un premier type d'interventions, le juge étatique se présente en quelque sorte comme le « juge secourable », selon l'expression de Jacques Normand, chargé de lever les obstacles qui pourraient

⁴⁵⁷ Article 4 du règlement

⁴⁵⁸ Gaston **KENFACK DOUAI NI**, «Le Juge étatique dans l'arbitrage OHADA», Revue Camerounaise de l'Arbitrage, N° 12 Janvier— Février - Mars 2001, p : 1, consultable sur : http://biblio.ohada.org/pmb/opac_css/doc_num.php?explnum_id=760.

s'opposer à la constitution ou au bonfonctionnement du tribunal arbitral⁴⁵⁹. Au fur et à mesure de l'avancement de laprocédure arbitrale, le juge étatique prend davantage le visage du juge d'appui⁴⁶⁰. Enfin, à l'issue de la procédure arbitrale, le juge étatique peut se transformer en juge de contrôle chargé de statuer sur une demande d'annulation de lasentence arbitrale»⁴⁶¹.

Toutefois, si ce qui précède est le soutien du juge étatique à l'arbitrage (B), ce dernier contribue aussi à faciliter la tâche des magistrats (A), d'où le concours des deux au fonctionnement de la justice et aussi de l'économie nationale et internationale.

A – la contribution de l'arbitre au bon fonctionnement de la justice étatique :

⁴⁵⁹ Ainsi peut-il être fait appel au juge étatique pour désigner un arbitre aux lieu et place d'une partie récalcitrante, pour statuer sur la récusation d'arbitres ou pour fixer ou proroger le délai

pour le dépôt de la sentence.

⁴⁶⁰ Ce sera, en premier lieu, pour remplir son office de juge du provisoire lorsque la procédure arbitrale – et en particulier le référé arbitral – s'avérera impuissante à assurer la protection provisoire de droits ou d'intérêts menacés, soit que le tribunal arbitral ne puisse intervenir avec la même efficacité, soit parce que certaines mesures échappent à la mission juridictionnelle de l'arbitre qui ne possède pas l'imperium. Ce sera, en second lieu, pour prendre des mesures d'assistance permettant l'obtention de preuves nécessaires à la solution du litige soumis à l'arbitrage, spécialement lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance contraignante à l'égard de tiers, tel un témoin récalcitrant ou une personne en possession d'un élément de preuve.

⁴⁶¹ *L'arbitre et le juge étatique : Études de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia*, sous la dir. De Achille Saletti et alii., oop.cit., p : 12.

Certes, la justice contemporaine se base de plus en plus sur une « magistrature économique »⁴⁶², presque, sur tous les plans. Dans ce sens l'arbitrage, entant que justice privée, répond aux besoins des entreprises qui sont conscientes du risques des mésententes voir des conflits sur leurs affaires et par conséquence vise à maintenir leurs relations commerciales grâce aux avantages de ce mode alternatif de règlement des litiges notamment son caractère amiable (solution négocié), sa confidentialité, rapidité, et son coût maîtrisé.

Toutefois, la tendance vers l'arbitrage ne serve pas uniquement les parties en litige mais aussi le fonctionnement et le rendement des tribunaux étatiques dans les mesures où il participe effectivement à la réduction des dossiers en contentieux (l'encombrement des tribunaux (1)) et par conséquent permet une justice publique rapide ; rapidité qui permet d'améliorer le rendement de ce type de magistrature (2).

1/ l'encombrement des tribunaux :

Il est à noter que tous les systèmes judiciaires dans le monde souffrent du problème de l'encombrement des tribunaux , ce qui provoquent l'accumulation de fichiers en raison de la multiplicité la lenteur des procédures, et de la complexité des règles, ce qui retard la décision sur les litiges, [...] le manque de textes législatifs répondant aux besoins et aux exigences des changement économiques et sociale, imposé par la mondialisation et de l'ouverture économique sur le monde extérieur, et la tendance des pays d'encourager les investissements étrangers et le libre-échange, à créer une sorte de mécontentement dans l'esprit des justiciables et à conduit à la sorte de mécontentement [...], ces situations ont poussées les intéressés par la réforme des systèmes judiciaires à réfléchir sur l'opportunité de la création d'autres moyens alternatifs, à la résolution du différend, par la contribution des parties en conflit dans la recherche de

⁴⁶²Pour plus sur ce nouveau rôle voir Abdelhamid Akhrif, le nouveau rôle judiciaire en droit marocain du traitement des difficultés de l'entreprise, Thèse OUJDA 2000-2001.

compromis approprié pour clore le litige conventuellement en bref délai et à moindre coût⁴⁶³.

Le Maroc, souffre d'un manque flagrant de magistrats en exercice dont le nombre ne dépasse pas les 3500, bat des records mondiaux en matière du nombre de dossiers traités par chaque magistrat. La moyenne mondiale pour un juge de première instance est de 1200 dossiers par an. Chez nous, elle varie entre 5000 et 10.000 affaires. Pis à Casablanca, elle est de 300 par jour⁴⁶⁴. En revanche, de ces statistiques on déduit que face à l'augmentation du flux des affaires devant les juridictions nationales, celles-ci se trouvent engorgées et par conséquent rendent moins des jugements que le nombre des dossiers dont elles sont saisies. De cet angle apparaît l'utilité d'encourager le recours à la justice arbitrale pour améliorer le fonctionnement des tribunaux marocains.

2/ amélioration du rendement :

La participation de l'arbitrage dans l'amélioration du service de la justice peut être appréciée d'une manière directe et d'une autre indirecte.

Indirectement. Face à l'incapacité de l'état à élargir la pipe des tribunaux et à embaucher plus de magistrat, surtout à cause des moyens financières, les tribunaux arbitrales, procurent à l'état non seulement des magistrats gratuitement (sans salaires), mais aussi participent au financement du budget de l'état par les frais qu'elle exige et donc permet spécialement au ministère de la justice d'utiliser son budget de fonctionnement dans d'autres services, notamment celui de la formation continue de ses cadres dont les juges bénéficient certainement.

⁴⁶³LEILA MARINI ET ABDULILLAH LHAKIM BENANI, op.cit. , pp. : 7 et 8.

⁴⁶⁴<http://fr.africatime.com/maroc/articles/297-juges-en-attente-d'affectation-depuis-septmois#sthash.gtn1xlz2.dpuf>

Directement. L'intervention de l'arbitre permet certainement non seulement de réduire le nombre des affaires devant les tribunaux mais aussi, et c'est le plus important de notre point de vue, de réduire le temps du traitement de ces affaires par les magistrats.

Réduction des dossiers. Prenant comme exemple que dans l'année 2015 le tribunal de commerce de Tanger a été saisi de 10 dossiers. Mais dans cette année le tribunal arbitral de la CCI- Maroc a été saisi de 2 dossiers.

Alors on voit clairement que le tribunal arbitral a permis de réduire le nombre des affaires qui devaient en principe circuler devant le tribunal de Tanger de 12 à 10 et par conséquent a participé par 20%, selon l'exemple, à la résolution des litiges nés en 2015 à Tanger.

Réduction du temps de traitement des dossiers. Suivant toujours l'exemple cité ci-dessus, si par exemple à Tanger le moyen du prononcé du jugement est de 12 mois par magistrat, et que le tribunal de commerce de Tanger est composé de 6 magistrats. Cela vaut dire qu'en principe chaque juge traite 1 dossier en 6 mois et 2 par ans. Alors la réduction de 2 dossiers grâce à l'intervention du tribunal arbitral aura pour conséquence la réduction des délais de moins de 6 mois car le magistrat gagnera le temps qu'il lui prendra en principe au moins un dossier et traitera un troisième dossier dans la cadre de l'année 2015.

En guise de conclusion Les avantages susmentionnés peuvent être résumés ainsi : plus de confort à la justice étatique grâce à l'aide de l'arbitre qui en se chargeant de plus des dossiers diminue ceux dirigés vers la justice étatique ce qui lui permettra de prononcer plus de jugement dans les meilleurs délais. Ces faveurs rendues par l'arbitrage justifient, peut-être, le soutien qu'apporte cette dernière au tribunal arbitral.

B – le soutien du juge étatique au tribunal arbitrale :

Bien que l'intervention du juge étatique peut apparaître, du premier regard, surprenante en matière d'arbitrage, Il arrive, cependant, que ce juge soit amené, d'une raison ou d'une autre à intervenir dans le processus arbitral, en raison des avantages et aussi aux services que rendent l'arbitrage à la justice étatique, car d'une autre angle, celle-ci profite de l'existence, à ses côtés, de l'arbitre c'est pourquoi le juge apporte tout le soutien nécessaire à l'arbitre que ce soit lors de son démarrage (1) et son fonctionnement (1) afin d'assurer le respect du tribunal arbitral et éviter tout conflit après la déclaration de la sentence.

1 / lors du démarrage : A ce titre le juge étatique peut intervenir avant la constitution du tribunal arbitral ou après l'instance arbitrale pour assurer la bonne marche de l'arbitrage.

La constitution du tribunal arbitral. À ce titre le juge peut intervenir à plusieurs niveaux. Ainsi, à titre d'exemple, Lorsque l'une des parties ne respectent pas la convention de l'arbitrage et saisi le tribunal sans recours à l'arbitre, le juge doit prononcer l'irrecevabilité de la demande. Aussi, si au cours de l'instance arbitrale une partie recours à la justice l'irrecevabilité doit être prononcée Sauf si l'action vise l'annulation de la convention d'arbitrage.

D'ailleurs, C'est ce que confirme la cour suprême qui a décidé que « il n'est permis de recourir à la justice étatique qu'en cas d'impossibilité de parvenir à un accord alternatif. Aussi la cour fait rappel des règles suivantes :

Les parties sont tenues de recourir à l'arbitrage avant le tribunal ;L'arbitre est tenu de convoquer la partie adverse pour choisir son arbitre avant de prendre toute démarche en relation avec le fond du litige »⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Arrêt de la cour suprême N° 2017 du 2012/10/18, dossier N° 2012/2/5/456, publié dans la revue marocaine de l'arbitrage arabe et internationale N° 2, 2016.

Nomination et récusation des arbitres. Aussi, en cas d'existence d'une convention d'arbitrage, et si les parties n'ont pas choisi au début leur arbitre ou ne sont pas mis d'accord sur leur nom, le juge peut intervenir pour désigner l'arbitre comme il peut compléter le nombre des arbitres en cas d'arbitrage institutionnel, notamment si l'une des parties demandent la récusation⁴⁶⁶ de l'un des personnes composant l'instance arbitrale.

Aussi, En droit d'OHADA conformément au principe de l'imparité posé par l'article 8 du AUA le juge étatique peut intervenir pour désigner un arbitre au lieu et place d'une partie défaillante à cet effet⁴⁶⁷.

2/ faciliter le fonctionnement du tribunal :

Le premier appui que peut apporter le juge au tribunal arbitrale consiste dans l'élargissement des attributions du tribunal arbitral. Ainsi, « la loi a renforcé les pouvoirs du tribunal arbitral qui peut, désormais, statuer sur sa compétence⁴⁶⁸, procéder à des investigations et des témoignages, le recours à des experts⁴⁶⁹ et prendre toutes les mesures provisoire et conservatoires⁴⁷⁰, dans la limite de sa compétence, sans qu'il soit obligé de solliciter le juge étatique⁴⁷¹ .

⁴⁶⁶ Article 7 à 9 du règlement de la CCI-Maroc . dans dans l'Arbitrage OHADA , L'AUA évoque ces hypothèses en précisant que le juge étatique compétent devra statuer sur les requêtes en récusation formulées par les parties contre les arbitres (article 7 de l'AUA) ; il devra statuer, soit pour proroger le délai légal ou conventionnel de l'arbitrage à la demande de l'une des parties ou du tribunal arbitral (article 12 de l'acte uniforme), soit encore pour aider le tribunal arbitral à obtenir des preuves (article 14 alinéa 7 de l'acte uniforme). Joseph BELIBI et Dr Gaston KENFACK DOUAJNI, « Le Juge d'appui dans l'Arbitrage OHADA », *Revue de l'ERSUMA :: Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° Spécial - Nov-Déc 2011, *Etudes*, 8.

⁴⁶⁷ Joseph BELIBI et Dr Gaston KENFACK DOUAJNI, id.

⁴⁶⁸ l'article 10.5 du Règlement d'arbitrage CCJA énonce que « Sauf stipulation contraire, la convention d'arbitrage donne compétence à l'arbitre pour se prononcer sur toute demande provisoire ou conservatoire pendant le cours de la procédure arbitrale.

⁴⁶⁹ Abdelmajidghomija, op.cit, p : 17.

⁴⁷⁰ On précisera simplement que lorsque le Tribunal arbitral a déjà été constitué, le juge étatique et l'arbitre disposent d'une compétence concurrente pour l'octroi des mesures

Ainsi, afin de donner plus de force et d'assurer son opposabilité aux tiers, le président du tribunal dans le ressort de laquelle l'instance a été réunie accorde par ordonnance l'exequatur de la sentence par ordonnance qui vaut titre exécutoire⁴⁷².

conclusion :

En guise de conclusion l'on peut dire en ce qui concerne la relation de la justice Etatique et la justice arbitrale que les deux institutions ont l'obligation de collaborer, de travailler la main dans la main et de conjuguer leurs efforts pour un seul objectif à savoir servir la justice et les justiciables.

Certes, la relation entre le juge et l'arbitre est complexe surtout en matière d'arbitrage international, toutefois, de nombreux instruments internationaux ont ouvert à la réglementation de l'arbitrage international et à son harmonisation.

Ainsi, les Etats se doivent en effet de répondre à l'engouement des acteurs économiques mondiaux pour cette méthode alternatif de règlement des conflits.

Pour ce faire il nous semble que le juge et l'arbitre sont de facto soumis à un dialogue permanent pour améliorer ce labyrinthe juridictionnel.

provisaires ou conservatoires, la partie demanderesse desdites mesure ayant le choix de porter sa demande devant l'arbitre déjà saisi ou devant le juge étatique compétent. Joseph BELIBI et Dr Gaston KENFACK DOUAJNI, op.cit.

⁴⁷¹ Article 13 du règlement de la CCI-Maroc

⁴⁷² Article 16 du règlement de la CCI-Maroc.

L'exécution des sentences arbitrales annulées au siège

Mustapha EL HAFI
Administrateur de 2^{ème} grade chargé de l'enseignement

À l'École Supérieure de Technologie Oujda

Résumé :

Toute convention d'arbitrage impliquera que les parties exécutent la sentence. Cependant, si la sentence n'est pas exécutée volontairement, la partie qui a obtenu gain de cause, est obligée de s'adresser au juge étatique pour obtenir l'exequatur de la sentence, de sorte que les sentences arbitrales sont facilement imprégnées dans un ordre juridique que les décisions judiciaires vu le grand rôle joué par les conventions internationales en l'occurrence la Convention pour la Reconnaissance et l'Exécution des sentences arbitrales étrangères, dite « Convention de New York », Nations Unies, 1958⁴⁷³. Cependant cette dernière n'empêche pas d'appliquer certaines pratiques locales et permet aux pays contractants de se prévaloir de règles nationales plus favorables que les dispositions de la Convention, comme c'est le cas dans certains pays par exemple une sentence arbitrale annulée dans leur pays d'origine ne constituait pas un refus de son exécution dans un autre pays.

Mots-clés: arbitre, sentence, exequatur, Juge étatique, justice privé.

Introduction

473-La Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958 (la Convention de New York), ratifiée par le Maroc 12 février 1959.

L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des litiges dans lequel un arbitre intervient pour rendre une sentence arbitrale qui engage les parties qui font appel à ses services. C'est une justice privée de résolution des conflits par l'intermédiaire du tribunal arbitral où l'arbitre est un véritable juge dont la sentence s'impose aux plaideurs. Et ainsi, la sentence qu'il rend présente tous les attributs d'un jugement, à l'exception toutefois de la force exécutoire.

Elle est souvent la seule justice crédible et praticable dans le commerce international. Surtout, elle repose sur la convention des parties. Il faut être d'accord pour soumettre un litige à l'arbitrage. Si les parties y recourent, dans l'exercice de leur volonté, c'est parce qu'elles y trouvent intérêt et qu'elles placent leur confiance dans le mécanisme. De plus les parties sont choisies par les parties. Et ils sont choisis parce que les parties ont confiance en eux, pour leur réputation, leur compétence, leur expérience, leur savoir faire⁴⁷⁴.

L'un des avantages constamment évoqués de l'arbitrage est la certitude perçue que les tribunaux nationaux des Etats de la Convention de New York devraient exécuter une sentence arbitrale à moins qu'un des motifs limités de refus soit remplie. Cependant, la relation entre les juridictions nationales et l'arbitrage est loin d'être simple. En particulier, une zone remarquable où il y a des divergences de vues entre un certain nombre de soi-disant «pro arbitrage» précise est de savoir si ou non une sentence arbitrale qui a été mis de côté par les juridictions nationales au siège de l'arbitrage peut alors être exécutée dans un autre juridiction. En effet, malgré un certain nombre de cas très médiatisés dans diverses juridictions, cette question est loin d'être réglée.

⁴⁷⁴ - Saletti.A, Comperolle. J-V, Van Drooghenbroeck.J-F, l'Arbitrage et le Juge Etatique, Etude de droit comparé à la mémoire de Giuseppe Tarzia, 1 er édition, Bruylant, 2014, p.443

La justice privée a besoin de la justice publique surtout dans la phase post arbitral, pour procéder à l'exécution de la sentence arbitrale en cas de refus de l'une des parties de l'exécuter volontairement. C'est principalement dans cette phase que le juge étatique est appelé à intervenir, aux fins d'accorder l'exequatur à la sentence arbitrale.

Pour qu'une sentence soit efficace, il faut, en effet, avoir le moyen de la faire exécuter, et ce moyen doit exister à l'échelon international et pas seulement dans le pays où la sentence a été rendue. La convention de New York de 1958 visait à faciliter l'exécution des sentences arbitrales rendues dans un pays par les tribunaux d'autres pays. Mais ils existent certaines pratiques locales qui entravent l'exécution des sentences arbitrales dans l'arbitrage commercial international, plusieurs attirent notre attention, mais on va se contenter à l'étude des grandes controverses soulevées par la question de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée dans leur pays d'origine. D'ailleurs chaque pays reste libre d'adopter toutes les règles qu'il souhaite quant aux motifs pour lesquels il peut valider une sentence rendue à l'intérieure ou à l'extérieure de son territoire.

Le droit Français de l'arbitrage ne fait pas de l'annulation d'une sentence à l'étranger une cause de son inefficacité en France. Il n'en est pas dans la ligne droit avec la convention de New York du 10 décembre 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Il convient d'analyser la possibilité d'accueillir dans l'ordre juridique français ou dans d'autres pays européenne au titre du droit commun de l'arbitrage une sentence annulée dans son Etat d'origine **I**, avant d'évoquer la grande controverse doctrinale soulevé par l'exécution d'une sentence arbitrale annulée dans leur pays d'origine **II**.

I : La controverse soulevée par la jurisprudence française

Par rapport à l'application de l'article V-1.e) de la convention de New York, la question se pose de savoir si l'annulation ou la suspension d'une sentence arbitrale dans son pays d'origine prive celle-ci d'une exécution ultérieure dans un autre pays.

La cour de cassation française a constamment répondu à cette question par la négative, sur le fondement du principe de la règle la plus favorable posé par l'article VII-1 de la convention de New York qui dispose que « les dispositions de la présente convention ne portent pas atteinte à la validité des accords multilatéraux ou bilatéraux conclus par les Etats contractants en matière de reconnaissance ou d'exécution de sentences arbitrales, et ne privent aucune partie intéressé du droit qu'elle pourrait avoir de se prévaloir d'une sentence arbitrale de la manière et dans la mesure admises par la législation ou les traités du pays où la sentence est invoquée ». La première intervention importante de la Cour de cassation remonte à l'arrêt Norsolor rendu le 9 octobre 1984 qu'on va étudier à côté d'autres arrêt à savoir l'arrêt Hilmarton, Chromalloy, l'affaire Putrabali, et l'affaire Bechtel Compagnie.

A-Affaire Norsolor

L'affaire Norsolor a eu un plus grand retentissement, bien que l'arrêt de la Cour de cassation française a constaté que la suspension ou l'annulation de la sentence dans son pays d'origine n'empêche pas celle-ci d'une exécution ultérieure dans un autre pays.

1-Contenu de l'affaire

Le litige portait sur la rupture d'un contrat de représentation commerciale qui liait la société française Ugilor (devenue par la suite Norsolor) à la société turque Pabalk. Un Tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI et siégeant à Vienne a condamné la société Ugilor à payer

diverses sommes sur le fondement de règles transnationales et non d'un droit d'un Etat déterminé⁴⁷⁵ .

Cette sentence a, dans un premier temps, été reconnue en Autriche et en France, mais elle a, dans deuxième temps, été partiellement annulée par la Cour d'appel de Vienne précisément pour s'être fondée sur des règles transnationales. La décision de reconnaissance du Tribunal de grande instance de Paris , à son tour, été réformée par la Cour d'appel de Paris qui s'est fondée, pour refuser l'exequatur sur la sentence ainsi annulée, sur l'article V 1 (e) de la convention de New York⁴⁷⁶ .

La Cour de Cassation a finalement tranché la question dans son arrêt du 9 octobre 1984⁴⁷⁷ . Elle a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'Appel en se fondant sur l'article VII de la convention de New York de 1958 selon lequel le juge ne peut pas refuser l'exequatur lorsque son droit national l'autorise, et en vertu de l'article 12 du NCPC (le droit commun français), il doit vérifier dans quelle mesure il peut exister cette autorisation.

2-Les apports de la jurisprudence Norsolor

La problématique juridique au cœur de cette affaire portait sur la juridicité d'un principe général (le principe de la bonne foi) de la *lex mercatoria* contestée par une partie au litige qui soutenait que les arbitres, bien que n'ayant pas reçu les pouvoirs d'arbitres amiables compositeurs, s'étaient fondés non sur des règles de droit, mais sur l'équité. Donc, cette décision n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la question des conditions de

⁴⁷⁵ - Emmanuel GAILLARD, « L'exécution des sentences des sentences annulées dans leur pays d'origine », J.D.I. 3,1998. p. 650

⁴⁷⁶ -Sentence CCI, affaire n° 3131 `Norsolor' du 26 octobre 1979 (citée par B. Goldman, Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria*, l'affaire Norsolor, Rev. arb.1983, p.379-409).

⁴⁷⁷ - La Cour de Cassation, 09 octobre 1984, Norsolor , Rev. Arb. 1985. p.431, note B. Goldman

l'accueil, en droit commun français, d'une sentence annulée dans son pays d'origine⁴⁷⁸.

On peut relever que l'affaire Norsolor a donné lieu à considérer que l'annulation d'une sentence étrangère par les juridictions du siège de l'arbitrage ne fait pas obstacle à sa reconnaissance ou à son exequatur en France en se référant au principe général de l'article VII de la Convention de New York. Le principe autorise la partie qui recherche l'exécution d'une sentence rendue à l'étranger, à se fonder sur une législation plus favorable, comme l'est le droit français.

Cet arrêt qui concrétise le principe de la règle la plus favorable posé par l'article VII-1 de la convention de NEW YORK a été confirmé par la jurisprudence dans d'autres arrêts.

B-Affaire Hilmarton et Chromalloy

Concernant, L'affaire Chromalloy étant surtout connue pour ses développements judiciaires aux Etats-Unis⁴⁷⁹. A l'origine du litige, un contrat d'approvisionnement militaire est conclu en 1988 entre la République Arabe d'Egypte (Armée de l'Air) et une société américaine, Chromalloy Aeroservices, Inc., puis résilié par l'Egypte en 1991. A la demande de Chromalloy, une sentence arbitrale, rendue en Egypte le 24 août 1994, condamnant l'Etat égyptien à payer à la société américaine diverse sommes. Tandis que Chromalloy demande l'exécution de la sentence aux Etats-Unis, son adversaire sollicite son annulation en Egypte. La Cour d'Appel du Caire, par arrêt du 5 décembre 1995, annule effectivement la sentence, en se fondant sur l'article 51 (1) d) de la loi égyptienne de 1994, selon lequel l'action en annulation est recevable "si la sentence arbitrale a écarté l'application au fond du litige de la loi convenue

⁴⁷⁸ -Emmanuel GAILLARD, op cit, p. 651.

⁴⁷⁹ - Emmanuel GAILLARD, op cit, p. 653

par les parties", après avoir constaté que les arbitres auraient dû appliquer le droit administrative, et non le Droit civil égyptien.

Cependant, le Tribunal de district de Columbia des Etats-Unis, par jugement du 31 juillet 1996, reconnaît et déclare exécutoire cette même sentence. Il se fonde d'abord sur l'article VII de la Convention de New York, puis constate que le droit américain ne permet pas au juge de l'exequatur de rejeter une sentence qui aurait commis "au pire" une erreur de droit. Relevant enfin que la convention des parties excluait tout recours contre la sentence, le Tribunal Américain juge qu'il serait contraire à l'ordre public américain, qui impose le respect des conventions d'arbitrage spécialement en matière internationale, de reconnaître l'autorité d'une décision judiciaire étrangère statuant sur l'appel de cette sentence⁴⁸⁰.

Parallèlement, cette même sentence a fait l'objet d'une procédure d'exequatur en France. Cet exequatur a été obtenu par ordonnance du 4 mai 1995 et la République arabe d'Egypte a interjeté le même jour appel de cette décision.

Par un arrêt du 14 janvier 1997, la Cour d'Appel de Paris a confirmé, la reconnaissance de cette sentence en France, en dépit de son annulation en Egypte.

La troisième intervention très remarquée de la juridiction suprême s'est déroulée dans le cadre de l'affaire Hilmarton commencée en Suisse en 1988 et achevée en France en 1997. Compte tenu de la longue procédure occasionnée par cette affaire, nous ne nous en tiendrons qu'aux épisodes essentiels qui se rapportent à la question étudiée. A la suite d'un litige né en cours d'exécution d'un contrat de courtage conclu entre les sociétés OTV et Hilmarton relativement à l'obtention d'un marché de travaux publics en Algérie, une procédure d'arbitrage a été ouverte entre les deux parties sous

⁴⁸⁰ -Emmanuel GAILLARD, op cit, pp. 653.654

l'égide de la CCI à Genève. Il en est résulté une sentence le 19 août 1988 qui annula le contrat de courtage conclu entre les parties au motif qu'il était contraire à la loi algérienne du 11 février 1978 qui prohibait les contrats d'intermédiaires et à l'ordre public suisse, le droit suisse ayant été désigné pour régir le litige. Cette sentence fut annulée par la Cour de justice du Canton de Genève le 22 septembre 1988 à l'initiative d'Hilmarton. Le Tribunal fédéral suisse confirma la décision d'annulation le 17 avril 1990. Or, entre temps l'exécution de la sentence annulée en Suisse fut accordée en France par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 27 février 1990. Cette ordonnance d'exequatur fut confirmée par la Cour d'Appel de Paris le 19 décembre 1991 et approuvée par la Cour de Cassation Française le 23 mars 1994 sur le fondement de la règle de la loi la plus favorable posée par l'article VII-1 de la Convention de New York et en application de l'article 1502 du NCPCF plus favorable. La haute juridiction posa en outre dans son arrêt le principe de la non intégration d'une sentence internationale dans l'ordre juridique de son pays d'origine⁴⁸¹.

C- Affaire Putrabali

Dans cette affaire, il s'agissait d'un conflit opposant la société indonésienne PT Putrabali Adyamulia qu'a vendu à la société française Est Epices (devenue Rena Holding) du poivre blanc, marchandise qui a été perdue lors d'un naufrage au cours du transport ; que, conformément à la clause d'arbitrage stipulée dans le contrat, se référant au règlement d'arbitrage de l'International general produce association (IGPA), la société Putrabali a saisi cet organisme ; que l'IGPA a mis en place à Londres un arbitrage qui a donné lieu à une sentence, rendue le 10 avril 2001, par laquelle le collège d'arbitres, statuant au second degré, a jugé que la société Rena était fondée à refuser de payer le prix ; que, sur le recours exercé « sur un point de droit » par la société Putrabali devant la

⁴⁸¹ - JARROSSON.C, 1re Civ., 23 mars 1994, Hilmarton, Rev. Arb. 1994. p.327.

High Court de Londres en vertu de l'Arbitration Act de 1996, le juge a partiellement annulé la sentence, et jugé que le défaut de paiement du prix constituait une violation du contrat ; que, sur renvoi à l'arbitrage, une nouvelle sentence est intervenue le 21 août 2003, portant condamnation de la société Rena Holding à payer à la société Putrabali la somme de 163.086,04⁴⁸².

La société française avait demandé et obtenu, par ordonnance du 30 septembre 2003, l'exequatur en France de la première sentence lui ayant été favorable en dépit de l'annulation de la sentence par la High Court of Justice de Londres le 19 mai 2003. De son part La société Putrabali a procuré de l'exequatur de la deuxième sentence. La société Putrabali avait demandé à la Cour d'appel de Paris l'infirmité de la première ordonnance d'exequatur pour contrariété à l'ordre public international, sur le fondement de l'article 1502-5° du nouveau Code de procédure civile. Dans son arrêt du 31 mars 2005, la Cour d'appel de Paris, a rejeté cette demande, confirmant ainsi l'exequatur de la sentence annulée, au motif que l'annulation de la sentence dans le pays d'origine de constitue pas un cas d'ouverture de l'appel de la décision qui accorde l'exequatur d'une sentence au sens de l'article 1502 du nouveau Code de procédure civile. Non satisfaite de cet arrêt la société Putrabali se pourvoit en cassation en arguant que la première sentence a été annulée et remplacée par la deuxième sentence.

Voici la teneur de la réponse de la Cour de Cassation Française: « Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ; qu'en application de l'article VII de la Convention de New York du 10 janvier 1958, la société

⁴⁸² - Arrêt disponible sur le site de la Cour de Cassation Française : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_10607.html

Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger »⁴⁸³.

.D-L'affaire Emirats de Dubaï c/ Bechtel Compagnie

Une sentence arbitrale avait été rendue à Dubaï le 20 février 2002 dans un litige opposant la Direction générale de l'aviation civile de l'Emirat de Dubaï ("DAC") à la société de droit panaméen Bechtel, et condamnant la première à verser une forte somme à la seconde. Le Tribunal de grande instance de Paris accorda l'exequatur à cette sentence le 21 Octobre 2003. Par un arrêt du 15 mai 2004 la Cour de cassation de Dubaï a annulé la sentence au motif que les témoins entendus par l'arbitre unique n'avaient pas prêté serment⁴⁸⁴.

Devant la cour d'appel de Paris, la DAC sollicitait notamment, sur la base du traité d'entraide judiciaire entre la France et les Emirats Arabes Unis du 9 septembre 1991, la reconnaissance de plein droit de l'arrêt de la Cour de cassation de Dubaï du 15 mai 2004 qui avait confirmé l'annulation de la sentence, afin de faire obstacle à tout exequatur de la sentence en France. A titre subsidiaire, la DAC soutenait que la sentence n'étant pas exécutoire à Dubaï, elle ne remplissait pas les conditions prescrites par ce traité pour être déclarée exécutoire en France.

⁴⁸³ - Arrêt disponible sur le site de la Cour de Cassation Française : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_10607.html

⁴⁸⁴ - C.A Paris, 29 septembre 2005 : Bechtel, Revue Arbitrage. 2006. No3. p.695, note H. MUIR WATT., D. 2005. Panaméen

La Cour d'appel de Paris rejette les deux arguments avancés par la DAC et relève que "les décisions rendues à la suite d'une procédure d'annulation, à l'instar des décisions d'exequatur, ne produisent pas d'effets internationaux car elles ne concernent qu'une souveraineté déterminée sur le territoire où elle s'exerce, aucune appréciation ne pouvant être portée sur ces décisions émises par un juge étranger à l'occasion d'un procès indirect⁴⁸⁵".

En France, la jurisprudence constante est favorable aux parties gagnantes puisque la sentence annulée ou suspendue dans son pays d'origine peut malgré tout être exécutée sur le territoire français. La reconnaissance et l'exécution ne seront donc pas refusées sous prétexte que la sentence étrangère a été annulée dans son pays d'origine⁴⁸⁶.

Un arrêt de la Cour d'appel d'Amsterdam a récemment décidé que la convention de New York n'obligeait pas le juge néerlandais à reconnaître de façon automatique la décision d'annulation rendue à l'étranger. Il a choisi de porter l'accent sur la possibilité pour le jugement d'annulation d'être reconnu aux Pays-Bas, cette possibilité faisant en l'occurrence défaut en raison du défaut de l'indépendance et d'impartialité de l'organe judiciaire ayant prononcé l'annulation⁴⁸⁷. De même la Cour suprême d'Autriche a également refusé de tenir compte de l'annulation d'une sentence par une juridiction étrangère sur le fondement de ce texte⁴⁸⁸

La solution de jurisprudence française est en parfaite harmonie avec l'article IX de la convention européenne de Genève sur l'arbitrage

⁴⁸⁵ - C.A Paris, 29 septembre 2005 : Bechtel, Revue Arbitrage. 2006. No3. p.695 696, note H. MUIR WATT., D. 2005. Panaméen

⁴⁸⁶- Bostanji. S, Horchani. F, Manciaux. S, le juge et l'arbitrage colloque de Tunis, Editions A.Pedone, 2014, p.337

⁴⁸⁷ -Arrêt rapporté par Jacquet-J M, Delebecque Ph, Corneloup S, dans leur ouvrage droit du commerce international 2 éditions 2010, Dalloz, p.885

⁴⁸⁸ -Cour suprême D'Autriche, 20 octobre 1993, Revue d'arbitrage, 1998, p. 419, note P. Lastenouse et P. Senkovic

international du 21 avril 1961 qui ne retient l'annulation d'une sentence arbitrale à l'étranger comme cause du refus de la reconnaissance ou de l'exequatur dans un autre état contractant que pour certaines causes spécifiées.

Le Maroc à l'instar de la convention de New York⁴⁸⁹ ne permet pas la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères annulées ou suspendues dans leur pays d'origine.

Cette pratique de la jurisprudence française a suscité de graves critiques doctrinales.

II : La polémique doctrinale née de l'exécution d'une sentence arbitrale annulée dans leur pays d'origine

La sentence nulle au regard de l'ordre juridique du siège pourra se voir conférer une efficacité par celui du for requis. En d'autres termes, la rupture de l'harmonie des solutions au niveau international résulte du fait que le régime du libéralisme permet bien évidemment les divergences internationales quant à la question de l'annulation de la sentence. On est alors abouti à une solution désastreuse. En effet, la disharmonie et les inconvénients, que présente la méconnaissance de la position du siège entraînent inévitablement des conséquences graves sur l'effet unificateur que recherche la Convention de New York.

La jurisprudence française sur l'annulation des sentences peut notamment encourir le reproche de rompre l'harmonie internationale à laquelle la Convention de New York s'efforce de parvenir, notamment avec la possibilité de surseoir à statuer à l'exécution de l'article VI tant

⁴⁸⁹ - L'article V § 1. (e) de la Convention de New York, dispose que l'exécution de la sentence sera refusée s'il est établi qu'elle "[...] a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou dans la loi duquel, la sentence a été rendue".

que le juge de l'annulation ne s'est pas prononcé⁴⁹⁰. Cela a pour conséquence, de nous mettre au défi de vérifier sans relâche la cohérence, le bien-fondé et l'opportunité des solutions que nous apportons. Il y a nécessité de rechercher des solutions innovantes qui sont adaptées aux problèmes à résoudre. Assurer le développement d'un droit de l'arbitrage efficace demande aussi de se pencher sur les expériences du droit comparé⁴⁹¹.

Selon M. Gaillard, que la divergence de vues entre l'ordre juridique de l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine de la sentence peut résulter de plusieurs situations différentes. La première est celle dans laquelle la liste des causes d'annulation ou de refus de reconnaissance de l'Etat d'origine est plus large que celle de l'Etat d'accueil. Tel est le cas par exemple en Suisse avant l'entrée en vigueur de la LDIP (Loi Suisse fédérale sur le droit international privé) en 1987 par rapport au droit français qui a limité de manière radicale les causes de l'annulation⁴⁹².

Réagissant à la suite des jurisprudences franco-américaine précitées dont il approuve les solutions, le Pr. FOUCHARD propose de redéfinir ou de restreindre le système de contrôle de la sentence édicté par la Convention de New York qu'il juge « trop étendu ». A ce propos, il suggère que soit supprimé le recours en annulation des sentences arbitrales internationales et maintenu uniquement le contrôle exercé lors de la demande de reconnaissance et d'exequatur⁴⁹³. Il considère que le rejet d'un recours en annulation dans le pays du siège n'interdit pas au juge étranger de refuser l'exequatur de la sentence, de plus, le jugement d'annulation

⁴⁹⁰-Dominique Hascher, Les perspectives françaises sur le contrôle de la sentence internationale ou étrangère Revue de règlement des différends de McGill, 2014, p. 10

⁴⁹¹ -Idem

⁴⁹²-Emmanuel GAILLARD, « L'exécution des sentences des sentences annulées dans leur pays d'origine », J.D.I. 3, 1998 p. 657

⁴⁹³ -Fouchard.Ph, la portée internationale de l'annulation de la sentence dans son pays d'origine, rev. arb. 1997.329, spéc.p.334

n'eût pas une autorité internationale supérieure au jugement de validation d'une sentence arbitral⁴⁹⁴.

Le Pr. POUDRET réprovoque la proposition de son homologue et pense plutôt qu'il faut maintenir le régime actuel et le renforcer en étendant le régime des Conventions de Bruxelles et de Lugano aux décisions rendues par les tribunaux étatiques en matière d'arbitrage⁴⁹⁵.

Monsieur PAULSSON pour sa part fait une distinction entre des motifs locaux et des motifs internationaux d'annulation des sentences et suggère que l'annulation d'une sentence par le juge du pays où elle a été rendue n'empêche pas son exécution ailleurs à moins que les motifs de l'annulation ne soient « internationalement admis »⁴⁹⁶.

Il considère que le juge auquel l'exécution d'une sentence est demandée doit décider si l'annulation de la sentence par le juge au lieu de l'arbitrage repose sur des bases conformes aux normes internationales. Si tel est le cas, il s'agit d'une « annulation pour des motifs internationaux » et la sentence ne doit pas être exécutée. Si l'annulation repose sur des bases qui ne sont pas admises dans la pratique internationale ou sur un critère intolérable, le juge se trouve en présence d'une « annulation pour des motifs locaux ». Il doit ne pas en tenir compte et exécuter la sentence⁴⁹⁷.

La dernière réaction émane du Pr. Van Den BERG qui critique la solution de Monsieur PAULSSON tout en exprimant une position favorable au maintien du régime actuel de la Convention de New York et au contrôle des sentences arbitrales par le juge du pays d'origine de la sentence qui d'après lui est le mieux placé pour apprécier la régularité de l'arbitrage⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ - Fouchard.Ph, op cit, p. 352

⁴⁹⁵ -Poudret.j-f, quelle solution pour en finir avec l'affaire Hilmarton ? Réponse à Philippe Fouchard, Rev.Arb.1998.P.245

⁴⁹⁶- PAULSSON.J, « L'exécution des sentences arbitrales en dépit d'une annulation en fonction d'un critère local (ACL) », Bull. Cour intern. arb. CCI, mai 1998 p.14-32.

⁴⁹⁷ -Idem

⁴⁹⁸ -Van den BERG.J, « L'exécution d'une sentence arbitrale en dépit de son annulation ? », Bull. CCI, vol. 9 / n° 2, nov. 1998 p.15

De notre part nous approuvons la proposition de M. Berg qui vise l'uniformisation des voies de recours exercés contre la sentence arbitrale et le maintien d'un régime favorable à l'égard de la convention de New York ce qui va permettre de renforcer et d'harmoniser l'efficacité internationale de l'exécution des sentences arbitrales et diminuera les obstacles et les conflits entre les juridictions et les lois des Etats membres de la communauté internationale, vu que la convention de New York est ratifiée par la majorité des Etats.

En guise de conclusion, on peut dire que l'application de certaines pratiques locales constitue une grande menace pour l'harmonisation et l'unification des législations nationales pour faciliter l'exécution des sentences arbitrales en matière d'arbitrage commerciales international. L'efficacité de l'arbitrage et le recours incontournable et accru des personnes (physique ou morale) à la justice privée réside dans la flexibilité et la rapidité de l'intégration des sentences arbitrales dans un ordre juridique autre que celui dans lequel il a été rendu. De plus la multiplicité de traités crée une confusion et un point d'achoppement de développement de l'arbitrage international.



JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Tribunal des Conflits N° C4043 lecture du lundi 11 avril 2016

- **La juridiction de l'ordre administratif est compétente pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale.**
- **Compétence. Répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. Compétence déterminée par un critère jurisprudentiel. Contrats. Contrats administratifs.**
- **Marchés et contrats administratifs. Notion de contrat administratif. Nature du contrat. Contrats ayant un caractère administratif.**

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu, enregistrée à son secrétariat, l'expédition de la décision du 3 décembre 2015, par laquelle le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, saisi par la société Fosmax A...d'une requête en annulation de la sentence du 13 février 2015 par lequel le tribunal de la cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale a limité à 68 805 345 euros la somme que le groupement d'entreprises STS, composé des sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem, devra lui verser, condamné la société Fosmax A...à payer au groupement d'entreprises STS la somme de 128 162 021 euros et rejeté le surplus des demandes, a renvoyé au Tribunal, en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de la compétence ;

Vu, enregistrés les 18 janvier et 3 mars 2016, le mémoire et le mémoire complémentaire présentés par la société Fosmax A...qui conclut à la compétence de la juridiction administrative et à la mise à la charge des sociétés composant le groupement au paiement de la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 au motif que la nature juridique d'un contrat s'apprécie à sa date de conclusion, que les parties ne peuvent modifier, par l'effet de leur seule volonté, les règles déterminant la compétence des juridictions et que la cession du contrat, même avec un effet rétroactif, n'a pas pu modifier sa nature ;

Vu, enregistrés les 2 février et 8 mars 2016, le mémoire et le mémoire complémentaire présentés par les sociétés TCM FR, Tecnimont et Saipem qui concluent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire et à la mise à la charge de la société Fosmax A...au paiement de la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 au motif que le critère organique tenant à la présence d'une personne morale de droit public fait défaut en raison du caractère rétroactif de la cession du contrat et que le contrat ne peut pas être qualifié de marché de travaux publics de sorte qu'il ne constitue pas un contrat relevant d'un régime administratif d'ordre public ;

Vu les pièces desquelles il résulte que la saisine du Tribunal a été notifiée au ministre des finances et des comptes publics qui n'a pas produit de mémoire ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III ;

Vu la loi du 24 mai 1872 ;

Vu le décret n° 2015- 233 du 27 février 2015 ;

Vu la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 ;

Vu le décret n° 93-990 du 3 août 1993 ;

Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Yves Maunand , membre du Tribunal,

- les observations de la SCP Piwnica, Molinié pour le groupement d'entreprises STS (sociétés TCM FR anciennement dénommée Sofregaz, Tecnimont et Saipem),
- les observations de la SCP Matuchansky, Vexliard, Poupot pour la société FosmaxA...,
- les conclusions de Mme Nathalie Escout, rapporteur public ;

Considérant que, par un avis publié au Journal officiel de l'Union européenne le 27 novembre 2001, Gaz de France, alors établissement public industriel et commercial, a lancé une consultation en vue de l'attribution d'un contrat ayant pour objet la construction d'un terminal méthanier de réception sur la presqu'île de Fos Cavaou, ouvrage comprenant principalement des installations de déchargement des navires méthaniers, des réservoirs de stockage et des unités de regazéification ; que le contrat a été attribué le 17 mai 2004 au groupement momentané d'entreprises solidaire STS, composé des sociétés Sofregaz, devenue TCM FR, SN Technigaz et Saipem ; que, par un avenant du 17 juin 2005, Gaz de France, devenu société anonyme, a cédé le contrat, avec effet rétroactif à sa date de signature, à sa filiale, la Société du terminal méthanier de Fos Cavaou, laquelle a ensuite pris le nom de B...A... ; que, par avenant du 23 janvier 2008, les droits et obligations de la société SN Technigaz ont été transférés à la société Saipem et la société de droit italien Tecnimont est entrée dans le groupement ; que, par un nouvel avenant conclu le 11 juillet 2011, les parties au contrat y ont inséré une clause compromissoire prévoyant que tout différend relatif au contrat serait tranché définitivement suivant le règlement de conciliation et d'arbitrage de la chambre de commerce et d'industrie internationale par trois arbitres nommés conformément à ce règlement ; qu'aux termes d'une sentence rendue le 13 février 2015, le tribunal de la cour

internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale a dit que le groupement STS devrait payer la somme de 68 805 345 euros à la société Fosmax A...et que celle-ci devrait payer au groupement la somme de 128 162 021 euros et rejeté le surplus des demandes ; que, le 18 mars 2015, la société Fosmax A...a saisi le Conseil d'Etat d'une requête tendant à l'annulation de la sentence arbitrale ; que, par décision du 3 décembre 2015, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a saisi le Tribunal des conflits de la question de compétence en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015 ;

Considérant que le recours formé contre une sentence arbitrale rendue en France, sur le fondement d'une convention d'arbitrage, dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mettant en jeu les intérêts du commerce international, fût-il administratif selon les critères du droit interne français, est porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue, ce recours ne portant pas atteinte au principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; qu'il en va cependant autrement lorsque le recours, dirigé contre une telle sentence intervenue dans les mêmes conditions, implique le contrôle de la conformité de la sentence aux règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique ; que, ces contrats relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours contre une sentence arbitrale rendue dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat relève de la compétence du juge administratif ;

Considérant, en premier lieu, que le contrat litigieux a été conclu par Gaz de France alors qu'il possédait la qualité d'établissement public industriel et commercial afin de satisfaire à ses obligations de service public de fourniture de gaz naturel portant sur la continuité de la fourniture et la sécurité des approvisionnements et avait pour objet la réalisation de travaux immobiliers dans un but d'intérêt général ; qu'il constitue un contrat de droit public

Considérant, en deuxième lieu, que, sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu ; que, par suite, ni la modification du statut de Gaz de France, devenu société anonyme en application de l'article 24 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004, ni la cession du contrat à la société Fosmax A...avec effet rétroactif au jour de sa conclusion n'ont eu pour effet d'en modifier la nature juridique ;

Considérant, en troisième lieu, que, le contrat litigieux relevant d'un régime administratif d'ordre public, le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale, impliquant le contrôle de la conformité de celle-ci aux règles impératives de la commande publique, ressortit à la compétence de la juridiction administrative ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu dans les circonstances de l'espèce de faire droit aux conclusions présentées par les parties au titre de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 ;

D E C I D E :

Article 1er : La juridiction de l'ordre administratif est compétente pour connaître du recours en annulation de la sentence arbitrale du 13 février 2015.

Article 2 : Les conclusions des parties au titre de l'article 75 de la loi du 10 juillet 1991 sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée aux sociétés FosmaxA..., TCM FR, Tecnimont et Saipem et au ministre des finances et des comptes publics.

- **Cour de cassation chambre civile 1 N° de pourvoi: 15-28941
Audience publique du 21 septembre 2016 .**

- **Il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage.**
- **En matière d'arbitrage international, une clause compromissoire est valable dès lors que la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance et l'a, fût-ce par son silence, acceptée ; qu'en considérant, pour estimer que la clause d'arbitrage international litigieuse serait manifestement nulle et inapplicable qu'elle n'aurait pas été discutée et envisagée par les parties.**

.....
REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique, pris en ses première et deuxième branches :

Vu l'article 1448, alinéa 1, du code de procédure civile ;

Attendu que, 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 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés BK Medical APS et Analogic Corporation ont soulevé l'incompétence de la juridiction étatique saisie par M. X..., en sa qualité de liquidateur de la société Tux Ultrasound, pour rupture abusive et déloyale d'un accord de recherche et développement comportant une clause compromissoire ;

Attendu que, pour rejeter l'exception d'incompétence, l'arrêt retient que la clause d'arbitrage n'a jamais été discutée ou envisagée entre les parties tout au long des années 2004 et 2005, que sa présence dans l'accord du 4 février 2005 est entièrement nouvelle, que l'absence de signature de cet accord caractérise incontestablement une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage, ce qui exclut la saisine de l'arbitre en l'absence de tout engagement contractuel ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire stipulée dans l'accord en procédant à un examen substantiel et approfondi des négociations contractuelles entre les parties pour conclure à leur absence d'engagement, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Vu les articles L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire et 1015 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 5 novembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare le tribunal de commerce de Cannes incompétent ;

Renvoie les parties à mieux se pourvoir ;

Condamne M. X..., ès qualités, aux dépens, incluant ceux exposés devant les juges du fond ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. X..., ès qualités, et le condamne à payer à la société BK Medical APS et à la société Analogic Corporation la somme globale de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt et un septembre deux mille seize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par la SCP Thouin-Palat et Boucard, avocat aux Conseils, pour les sociétés BK Medical APS et Analogic Corporation.

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR dit l'exception d'incompétence soulevée par les sociétés BK Medical et Analogic Corporation non fondée ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE : « le code de procédure civile prescrit : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite, Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale » (article 1443) ; que 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 » (article 1148 alinéa 1) ; que la clause datée du 4 février 2005 mais non signée « l'arbitrage, conformément aux Règles de l'Institut d'Arbitrage de Copenhague ; que le lieu de l'arbitrage sera Copenhague et le droit danois sera applicable » est muette quant au tribunal arbitral, lequel n'a donc par définition pas été saisi ; qu'il n'est pas possible de déterminer si le projet de contrat du 4 février 2005 stipulant la clause d'arbitrage au Danemark a été rédigé par les sociétés BK Medical et Analogic, ou par la société Tux ; que cependant le fait qu'il n'ait été signé par aucune des parties que sont la société BK Medical, la société Tux et la société Sonomed exclut le consentement de celles-ci, et oblige à examiner les documents antérieurs pour y trouver éventuellement mention de cette

clause ; que la société Tux et son liquidateur judiciaire soulignent avec raison que ladite clause d'arbitrage n'est inscrite en 2004 : - ni dans l'accord de confidentialité du 13 septembre ; - ni dans celui du 15 septembre mentionnant les lois et juridictions de l'Etat du Massachusetts (U.S.A.) ; - ni dans la lettre de la société BK Medical du 5 octobre qui ne mentionne que les lois du Danemark ; - ni dans les lettres de la même des 6 et 7 décembre ; et de plus cette clause n'a jamais été, dans les divers courriels échangés par les sociétés BK Medical et Analogic et la société Tux tout au long des années 2004 et 2005, ne serait-ce que discutée ou même envisagée ; que la clause d'arbitrage de l'article 23 de l'accord du 4 février 2005 est ainsi entièrement nouvelle malgré presque 5 mois de négociations, et le fait que cet accord n'a été signé ni par la société Tux ni par la société Sonomed ni par la société BK Medical caractérise incontestablement une absence de volontés de ces 3 personnes de recourir à l'arbitrage, ce qui rend cette clause manifestement nulle et inapplicable au litige comme l'a retenu à bon droit le tribunal de commerce ; est donc exclue la mise en oeuvre du principe « compétence/compétence » par l'arbitre, lequel ne pouvait être saisi vu l'absence de tout engagement contractuel sur une clause d'arbitrage ; que le versement de la somme de 100.000 € le 10 décembre 2004 par la société BK Medical à la société Tux caractérise certes un commencement d'exécution de leur relation contractuelle, mais est antérieur à cet accord qui ne lui est donc pas applicable non plus que sa clause ; que l'action de la société Tux a été effectivement engagée en référence globale à l'accord du 4 février 2005, mais seules les clauses de ce dernier autres que celle d'arbitrage avaient déjà fait l'objet de discussions et d'acceptations et liaient les parties, ce qui justifie cette référence qui ne concernait nullement la clause litigieuse ; qu'enfin la Cour retient que : d'une part le litige est distinct de la liquidation judiciaire de la société Tux même s'il peut en être la cause, et par suite ne relève pas de la compétence du tribunal de commerce de Cannes saisi de cette procédure collective, d'autre part que les relations contractuelles consistaient en une licence du pack « SonoPC » de la société

Tux en faveur des sociétés BK Medical et Analogic, ce qui implique leur exécution, même partielle au siège de la première située à Mougins soit dans le ressort du tribunal de commerce de Cannes » ;

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QU' « il était prévu dans la version définitive de ce contrat qu'en cas de litige seul le Tribunal Arbitral serait compétent ; qu'un projet de contrat a bien été établi entre les parties mais la version définitive de ce dernier n'a jamais été signé ; que, malgré les nombreux échanges de documents ou de courriels qui ont eu lieu entre les parties concernant une éventuelle cession de parts sociales, aucun document ne valide ce projet d'accord ; que, même si un acompte ne vaut pas pour autant acceptation par la société Tux Ultrasound de l'entièreté des futures clauses du contrat ; que, le contrat invoqué par la société BK Medical et Analogic n'est jamais entré en vigueur entre les parties ; que la société BK Medical n'ayant conclu que sur l'exception d'incompétence sans évoquer le fond le présent jugement porte que sur la seule compétence ; que l'article 76 du code de procédure civile dispose que le juge peut, dans un même jugement, mais par des dispositions distinctes, se déclarer compétent et statuer sur le fond, sauf à mettre préalablement les parties en demeure de conclure sur le fond ; qu'il y a lieu par conséquent de rejeter l'exception d'incompétence soulevée, et de se déclarer compétent pour connaître le présent litige » ;

ALORS 1°) QU'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage ; qu'en se fondant sur l'absence de clause compromissoire stipulée dans les documents antérieurs à l'accord du 4 février 2005 pour écarter la clause d'arbitrage figurant dans cet accord, la cour d'appel a violé l'article 1448 du code de procédure civile, ensemble le principe de compétence compétence ;

ALORS 2°) QU'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste d'une clause

d'arbitrage ; qu'en retenant, pour considérer que la mise en oeuvre du principe de compétence serait exclue, que la clause d'arbitrage de l'article 23 de l'accord du 4 février 2005 aurait été nouvelle pour ne pas avoir été mentionnée au cours des pourparlers antérieurs et que cet accord n'aurait pas été signé, motifs impropres à caractériser l'inapplicabilité ou la nullité manifeste de cette clause d'arbitrage, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1448 du code de procédure civile, ensemble le principe de compétence compétence ;

ALORS 3°) QU'en retenant que la clause d'arbitrage litigieuse aurait été nouvelle quand les exposantes n'ont jamais admis cette prétendue nouveauté et que maître Cardon ès qualités faisait valoir que l'accord du 4 février 2005 comportant cette clause avait donné lieu à sept projets, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige, en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

ALORS 4°) subsidiairement QU'une convention d'arbitrage international n'est soumise à aucune condition de forme ; qu'en examinant la clause d'arbitrage litigieuse au regard de l'article 1443 du code de procédure civile qui soumet la validité de la convention d'arbitrage à un écrit, quand il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que l'arbitrage en cause est international, la cour d'appel a violé l'article 1507 du code de procédure civile ;

ALORS 5°) subsidiairement QU'en matière d'arbitrage international, une clause compromissoire est valable dès lors que la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance et l'a, fût-ce par son silence, acceptée ; qu'en considérant que la circonstance que la clause d'arbitrage international insérée à l'accord daté du 4 février 2005 n'est pas signée caractériserait l'absence de volonté des sociétés Tux, Sonomed et BK Medical de recourir à l'arbitrage, la cour d'appel a violé l'article 1507 du code de procédure civile ;

ALORS 6°) subsidiairement QU'en matière d'arbitrage international, une clause compromissoire est valable dès lors que la partie à laquelle on l'oppose en a eu connaissance et l'a, fût-ce par son silence, acceptée ; qu'en considérant, pour estimer que la clause d'arbitrage international litigieuse serait manifestement nulle et inapplicable qu'elle n'aurait pas été discutée et envisagée par les parties, la cour d'appel a violé l'article 1507 du code de procédure civile ;

ALORS 7°) subsidiairement QUE le juge, tenu en toutes circonstances de faire observer et d'observer lui-même le principe de la contradiction ne peut relever d'office un moyen sans inviter les parties à présenter leurs observations ; qu'en considérant que les relations contractuelles litigieuses consistaient en une licence du pack « SonoPC » de la société Tux en faveur des sociétés BK Médical et Analogic Corporation, ce qui aurait impliqué leur exécution, même partielle, au siège de la société Tux situé à Mougins, soit dans le ressort du tribunal de commerce de Cannes, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce moyen relevé d'office, la cour d'appel a violé l'article 16 du code de procédure civile.

**Cour de cassation Assemblée plénière N° de pourvoi: 16-80133
Audience publique du 22 juillet 2016 .**

- la voie procédurale de l'arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux, présentant une légitimité égale à celle de la voie judiciaire.
- qu'en l'absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d'un litige ne présente pas d'aléas différents de ceux courus devant une juridiction étatique et ne peut donc, quel qu'en soit le processus, caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique.

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE, a rendu l'arrêt suivant

REJET du pourvoi formé par Mme Christine X... née Y..., domiciliée ... Washington DC (Etats-Unis d'Amérique), contre l'arrêt rendu le 17 décembre 2015 par la commission d'instruction de la Cour de justice de la République, qui, pour le délit prévu et réprimé par les articles 432-16 et 432-17 du code pénal, l'a renvoyée devant cette Cour pour y être jugée ;

Le pourvoi a été renvoyé devant l'assemblée plénière en application de l'article 24 de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993 sur la Cour de justice de la République ;

Mme Christine X... invoque, devant l'assemblée plénière, les moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Ces moyens ont été formulés dans un mémoire déposé au greffe de la Cour de cassation par la SCP Bénabent et Jéhannin ;

Le rapport écrit de Mme Durin-Karsenty, conseiller, et l'avis écrit de M. Cordier, premier avocat général, ont été mis à la disposition des parties ;

Sur quoi, LA COUR, siégeant en assemblée plénière, en l'audience publique du 1er juillet 2016, où étaient présents : M. Louvel, premier président, Mme Flise, M. Frouin, Mme Mouillard, M. Chauvin, présidents, MM. Castel et Girardet, conseillers faisant fonction de président, Mme Durin-Karsenty, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, MM. Chollet, Prétot, Finidori, Echappé, Mmes Verdun, Vallée, MM. Nivôse, Poirotte, Mme Orsini et M. Avel, conseillers, M. Cordier, premier avocat général, Mme Morin, directeur de greffe adjoint

Sur le rapport de Mme Durin-Karsenty, conseiller, assisté de M. Alexis Mihman, auditeur au service de documentation, des études et du rapport, les observations de la SCP Bénabent et Jéhannin, l'avis de M. Cordier, premier avocat général, auquel les parties, invitées à le faire, n'ont pas souhaité répliquer, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt d'ordonner son renvoi devant la Cour de justice de la République, du chef d'infraction à l'article 432-16 du code pénal, alors, selon le moyen, que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal a pour condition préalable l'existence d'un détournement de fonds ; que le versement de fonds en exécution d'une décision judiciaire ou arbitrale exécutoire, fût-elle erronée ou infondée, ne constitue pas un détournement de

fonds ; que seul le constat d'une fraude ayant vicié la décision peut conférer à cette exécution le caractère d'un détournement ; que lorsque des poursuites pénales sont engagées pour déterminer l'existence éventuelle d'une telle fraude, la condition préalable de l'article 432-16 du code pénal ne peut, tant que ces poursuites n'ont pas été jugées ou abandonnées, être retenue par une autre juridiction à peine de risque de contrariété de décisions ; qu'en l'espèce, la commission d'instruction a constaté que des poursuites pénales étaient en cours devant les juridictions de droit commun pour déterminer si la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 et son exécution sont constitutives d'un détournement de fonds ; que pour renvoyer néanmoins Mme X... devant la Cour de justice de la République du chef de négligence par un dépositaire de l'autorité publique dont est résulté un détournement de fonds publics par un tiers, la commission d'instruction s'est bornée à relever le caractère "indu" de l'octroi des condamnations prononcées par le tribunal arbitral ; que ce caractère "indu" de la décision arbitrale ne pouvait pourtant suffire à faire de son exécution un détournement des fonds versés et que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal se trouve donc dans la dépendance de la qualification pénale des versements effectués en exécution de la sentence, qualification faisant précisément l'objet de l'instruction en cours ;

Mais attendu que la commission d'instruction, qui était saisie des seuls faits visés à l'article 432-16 du code pénal, sur le fondement duquel Mme X..., membre du Gouvernement, avait été mise en examen, n'était pas tenue d'attendre l'issue de la procédure pendante devant le tribunal de grande instance de Paris, dans l'information suivie contre des tiers du chef de détournement de fonds publics, délit visé à l'article 433-4 du code pénal ;

Qu'en effet, d'une part, le délit prévu à l'article 432-16 du code pénal constitue une infraction distincte de celle visée à l'article 433-4 du même code et autonome par rapport à cette dernière ;

Que, d'autre part, la procédure suivie devant la commission d'instruction de la Cour de justice de la République est indépendante de celles diligentées devant d'autres juridictions pénales ;

D'où il suit que le grief n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen, pris en sa seconde branche, et sur les deuxième et troisième moyens, réunis :

Attendu que Mme X... fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :

1°/ que l'article 432-16 du code pénal ne rend punissable que la négligence dont il "résulte" un détournement ; que l'exigence de ce lien de causalité commande que le constat préalable du détournement porte non seulement sur l'existence d'une fraude mais aussi sur les manoeuvres constitutives de celle-ci, pour permettre d'apprécier si ces manoeuvres résultent ou non d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique ; que la commission d'instruction pouvait ainsi d'autant moins renvoyer Mme X... devant la Cour de justice de la République du chef de négligence dont résulte un détournement ;

2°/ que la voie procédurale de l'arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux, présentant une légitimité égale à celle de la voie judiciaire ; qu'il en est d'autant plus ainsi qu'elle permet, à la différence de la voie judiciaire, de

regrouper plusieurs procédures et de fixer un plafond aux demandes des parties, encadrant par là les risques courus inhérents à toute procédure ; qu'en l'absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d'un litige ne présente pas d'aléas différents de ceux courus devant une juridiction étatique et ne peut donc, quel qu'en soit le processus, caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique ; qu'en conséquence, à supposer même que le déroulement ultérieur de la procédure arbitrale ait pu aboutir à un détournement de fonds publics, la décision initiale de recourir à l'arbitrage, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été prise par le dépositaire de l'autorité publique qui n'a pas participé personnellement à ce détournement, est impropre à caractériser une négligence, cause de ce détournement ;

3°/ que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif des décisions judiciaires et non à leurs motifs ; que si l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire revêt les décisions de cassation rendues en assemblée plénière d'une force obligatoire à l'égard de la juridiction de renvoi sur les points de droit ayant abouti à la cassation, il ne déroge pas à l'article 480 du code de procédure civile et ne confère aucune autorité de la chose jugée aux motifs de ces décisions ; que l'existence d'un "moyen sérieux d'annulation" ne pouvait donc se déduire, comme le fait la décision attaquée, d'une méconnaissance par la sentence arbitrale de "l'autorité de la chose jugée (des) motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006" ;

4°/ que la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, conclure à une négligence de la ministre qui "avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation", après avoir relevé la

“formulation d’avis divergents” des différents juristes consultés, et parfois même du même auteur à quelques jours d’intervalle ;

5°/ que la commission d’instruction ne pouvait, sans se contredire, qualifier de négligence pénalement punissable la décision de la ministre de renoncer à l’exercice d’un recours après avoir énoncé que, compte tenu notamment de l’existence d’une contrepartie à cette renonciation et des avis divergents précités, cette décision constituait “l’expression de la souveraineté du ministre de tutelle”, ne pouvant “être appréciée par le juge pénal du point de vue de l’opportunité politique” ;

6°/ que l’infraction prévue à l’article 432-16 du code pénal ne peut être constituée que si le détournement constaté “résulte” de la négligence imputée au dépositaire de l’autorité publique ; que lorsque le détournement procède de l’exécution d’une sentence arbitrale viciée par une fraude, seules les négligences qui sont à l’origine de cette fraude peuvent être punissables ; que la commission d’instruction, qui ne relève aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d’un des arbitres ayant seul pu conférer à l’exécution de la sentence le caractère d’un détournement, et qui ne constate pas non plus que ce comportement frauduleux aurait été prévisible lors de la décision de compromettre ou décelable lors de celle de ne pas former de recours en annulation, n’a ainsi relevé aucune charge relative à cet élément indispensable à la constitution de l’infraction ;

Mais attendu que l’arrêt, après avoir constaté que Mme X..., en sa qualité de dépositaire de l’autorité publique, avait la disposition de fonds publics, relève des manquements dans leur surveillance qui constituent autant de charges à son encontre d’avoir commis des

négligences et retient que ces fautes ont rendu possible le détournement de fonds publics par des tiers ;

Qu'en l'état de ces énonciations, procédant de leur appréciation souveraine des faits, les juges ont justifié leur décision ;

Qu'en effet, la Cour de cassation, à qui il n'appartient pas d'apprécier la valeur des charges dont la commission a retenu l'existence à l'encontre de la personne mise en examen, n'a d'autre pouvoir que de vérifier si la qualification qui leur a été donnée par l'arrêt attaqué, justifie la saisine de la Cour de justice de la République ;

D'où il suit que les moyens ne sauraient être accueillis ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en assemblée plénière, et prononcé le vingt-deux juillet deux mille seize par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt :

Moyens produits par la SCP Bénabent et Jehannin, avocat aux Conseils, pour Mme Christine X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

VIOLATION des articles 432-16, 432-17, 433-4 et 121-3 du code pénal, 18 et suivants de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

EN CE QUE l'arrêt attaqué a ordonné le renvoi de Mme Christine X... devant la Cour de justice de la République du chef d'infraction aux articles 432-16 et 432-17 du code pénal ;

AUX MOTIFS QUE "l'information suivie au tribunal de grande instance de Paris pour, notamment, escroquerie en bande organisée, détournement de fonds publics et complicité de ce délit, dans laquelle ont été mis en examen de ces chefs MM. Z..., A..., B..., C..., D... et E..., si elle n'est pas clôturée, a mis en évidence le caractère indu de l'octroi par le tribunal arbitral, dont les sentences ont été rétractées par l'arrêt du 17 février 2015 de la cour d'appel de Paris, d'une somme - évaluée à environ 403 millions d'euros - au bénéfice des liquidateurs du groupe Bernard Z... et des époux Z... (cf. supra, 1.2.1.7 et 1.2.2.2) ; que la réalité du détournement de ces fonds publics, confirmée par les autres éléments du présent dossier, suffit à justifier qu'il soit mis fin à la présente information ; qu'en effet, le délit prévu par l'article 432-16 du code pénal, constitutif, comme le blanchiment, d'une infraction distincte et autonome, suppose seulement que soit constatée l'existence d'un fait punissable de détournement de fonds publics, lequel pourrait même ne pas avoir fait l'objet de poursuites (cf. pour la complicité, Crim., 28 novembre 2006, Bull. n° 294 ; pour le blanchiment, Crim., 20 février 2008, Bull. n° 43 et Crim., 9 avril 2015, n° 14-87.660) ; qu'en outre, le respect d'un délai raisonnable implique qu'il soit, dès à présent, mis fin à une information ouverte depuis le 16 août 2011 ; qu'au demeurant, n'a été formulée aucune demande tendant à ce

qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue des autres procédures, pénale et civile, suivies devant les juridictions de droit commun” ;

1°/ ALORS QUE l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal a pour condition préalable l'existence d'un détournement de fonds ; que le versement de fonds en exécution d'une décision judiciaire ou arbitrale exécutoire, fût-elle erronée ou infondée, ne constitue pas un détournement de fonds ; que seul le constat d'une fraude ayant vicié la décision peut conférer à cette exécution le caractère d'un détournement ; que lorsque des poursuites pénales sont engagées pour déterminer l'existence éventuelle d'une telle fraude, la condition préalable de l'article 432-16 du code pénal ne peut, tant que ces poursuites n'ont pas été jugées ou abandonnées, être retenue par une autre juridiction à peine de risque de contrariété de décisions ; qu'en l'espèce, la commission d'instruction a constaté que des poursuites pénales étaient en cours devant les juridictions de droit commun pour déterminer si la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 et son exécution sont constitutives d'un détournement de fonds ; que pour renvoyer néanmoins l'exposante devant la Cour de justice de la République du chef de négligence par un dépositaire de l'autorité publique dont est résulté un détournement de fonds publics par un tiers, la commission d'instruction s'est bornée à relever le caractère « indu » de l'octroi des condamnations prononcées par le tribunal arbitral ; que ce caractère « indu » de la décision arbitrale ne pouvait pourtant suffire à faire de son exécution un détournement des fonds versés et que l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal se trouve donc dans la dépendance de la qualification pénale des versements effectués en exécution de la sentence, qualification faisant précisément l'objet de l'instruction en cours ;

2°/ ALORS QUE l'article 432-16 du code pénal ne rend punissable que la négligence dont il "résulte" un détournement ; que l'exigence de ce lien de causalité commande que le constat préalable du détournement porte non seulement sur l'existence d'une fraude mais aussi sur les manoeuvres constitutives de celle-ci, pour permettre d'apprécier si ces manoeuvres résultent ou non d'une négligence du dépositaire de l'autorité publique ; que la commission d'instruction pouvait ainsi d'autant moins renvoyer l'exposante devant la Cour de justice de la République du chef de négligence dont résulte un détournement.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION :

VIOLATION des articles 432-16, 432-17 et 121-3 du code pénal, 1er de la loi des 16 et 24 août 1790, 18 et suivants de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire, 480 du code de procédure civile, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut et contradiction de motifs et manque de base légale ;

EN CE QUE l'arrêt attaqué a ordonné le renvoi de Mme Christine X... devant la Cour de justice de la République du chef d'infraction aux articles 432-16 et 432-17 du code pénal ;

AUX MOTIFS CONCLUSIFS QU'"il résulte de l'information charges suffisantes contre Mme Christine X... :

- d'avoir, à Paris, en tout cas sur le territoire national, en 2007 et 2008, en tout cas depuis temps non couvert par la prescription, étant dépositaire de l'autorité publique :

- d'une part, en septembre et octobre 2007, décidé de soumettre à l'arbitrage les contentieux opposant le CDR aux liquidateurs des sociétés du groupe Z... et des époux Z..., alors que cette procédure lui avait été déconseillée par des notes répétées de l'APE établies à son intention et, notamment :
- sans vérifier préalablement la possibilité juridique de recourir à l'arbitrage,
- en nommant M. C..., qui ne connaissait pas le dossier et allait atteindre la limite d'âge dans les semaines suivantes, à la tête de l'EPFR,
- sans se livrer à un examen approfondi des éléments du dossier, notamment sans s'informer de la tentative, courant 2004-2005, de parvenir à une médiation et des propositions qui ont alors été faites, des conditions posées le 22 décembre 2005 par le "comité des sages", des prescriptions de l'article 2 de la loi du 28 novembre 1995 et des lettres interprétatives du 17 mars 1999 du ministre de l'économie relatives à la garantie, par l'Etat, des risques non chiffrables et à la contribution financière forfaitaire du Crédit lyonnais,
- sans s'assurer du respect des conditions posées dans ses instructions écrites du 10 octobre 2007 et reprises par le conseil d'administration de l'EPFR,
- sans consulter la direction juridique de son ministère,
- sans encadrer suffisamment l'arbitrage, notamment les demandes d'indemnisation ;

- d'autre part, en juillet 2008, renoncé à l'exercice d'un recours contre la sentence arbitrale du 7 juillet 2008 alors qu'elle avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation, et notamment :
- en ayant agi de manière précipitée, dix-neuf jours avant l'expiration du délai de recours,
- en ayant négligé de procéder à une étude suffisante des arguments juridiques susceptibles d'être invoqués au soutien d'une demande d'annulation ; qu'avant de prendre sa décision, elle n'a, en effet :
- pas pris connaissance de toutes les notes de l'APE qui lui étaient destinées, non plus que de l'avis de M. F... qu'elle n'a jamais convié à venir lui exposer son point de vue,
- "pas estimé utile d'aller, en ce qui concerne l'historique, au-delà de la lecture de l'arrêt de l'assemblée plénière", comme elle l'a admis elle-même, tout en indiquant que les motifs avaient été d'une lecture difficile,
- pas cherché à rencontrer Me Soltner, l'avocat du CDR devant l'assemblée plénière, pour qu'il lui expose le contenu des écrits des 17 et 23 juillet 2008, lesquels, selon elle, "n'étaient pas d'une lecture très facile",
- pas consulté le service juridique de son ministère, non plus que, fût-ce officieusement, le Conseil d'Etat ;
- en ayant mis en place un processus décisionnel unilatéral et refermé sur lui-même, tendant seulement à la conforter dans sa

“position initiale, qui n’allait pas dans le sens d’un recours”, qu’il s’agisse :

- de l’organisation de la réunion unanime du 20 juillet 2008 avec M. D... et Me August, et dont ont été écartés les représentants de l’APE et les avocats favorables au recours, Me Soltner et Me Martel,

- des modalités de recueil des avis, dont certains pourraient avoir été demandés, comme le relève le ministère public dans son réquisitoire, “pour contrebalancer les avis précédemment émis, et qui se révélaient pour partie favorables au recours” ;

- et d’avoir, du fait des fautes ci-dessus énumérées, constitutives d’autant de négligences graves, permis que soit détournée par des tiers la somme de 403 millions d’euros, versée par l’EPFR aux liquidateurs des sociétés du groupe Z... et aux époux Z... en exécution des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008” ;

1°/ ALORS QUE, POUR CE QUI CONCERNE LE PREMIER GRIEF (décision de soumettre à l’arbitrage les contentieux litigieux), la voie procédurale de l’arbitrage, voie reconnue, organisée et contrôlée par le code de procédure civile, constitue un mode normal de règlement des litiges commerciaux, présentant une légitimité égale à celle de la voie judiciaire ; qu’il en est d’autant plus ainsi qu’elle permet, à la différence de la voie judiciaire, de regrouper plusieurs procédures et de fixer un plafond aux demandes des parties, encadrant par là les risques courus inhérents à toute procédure ; qu’en l’absence de toute circonstance anormale ou suspecte relative à la personnalité des arbitres ou aux modalités de leur désignation, le choix de ce mode de règlement d’un litige ne présente pas d’aléas différents de ceux courus devant

une juridiction étatique et ne peut donc, quel qu'en soit le processus, caractériser une négligence de son auteur, dépositaire ou non de l'autorité publique ; qu'en conséquence, à supposer même que le déroulement ultérieur de la procédure arbitrale ait pu aboutir à un détournement de fonds publics, la décision initiale de recourir à l'arbitrage, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle a été prise par le dépositaire de l'autorité publique qui n'a pas participé personnellement à ce détournement, est impropre à caractériser une négligence, cause de ce détournement ;

2°/ ALORS QUE, POUR CE QUI CONCERNE LE SECOND GRIEF (renonciation à l'exercice d'un recours en annulation de la sentence), que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif des décisions judiciaires et non à leurs motifs ; que si l'article L. 431-4 du code de l'organisation judiciaire revêt les décisions de cassation rendues en assemblée plénière d'une force obligatoire à l'égard de la juridiction de renvoi sur les points de droit ayant abouti à la cassation, il ne déroge pas à l'article 480 du code de procédure civile et ne confère aucune autorité de la chose jugée aux motifs de ces décisions ; que l'existence d'un "moyen sérieux d'annulation" ne pouvait donc se déduire, comme le fait la décision attaquée (pp. 29 et 51), d'une méconnaissance par la sentence arbitrale de "l'autorité de la chose jugée (des) motifs de l'arrêt du 9 octobre 2006" ;

3°/ ALORS QU'EN OUTRE, POUR CE QUI CONCERNE CE MÊME GRIEF, la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, conclure à une négligence de la ministre qui "avait été informée de l'existence d'un moyen sérieux d'annulation", après avoir relevé la "formulation d'avis divergents" des différents juristes consultés, et parfois même du même auteur à quelques jours d'intervalle (pp. 29, 30 et 50) ;

4°/ ALORS QU'AU SURPLUS, POUR CE QUI CONCERNE TOUJOURS CE MÊME GRIEF, la commission d'instruction ne pouvait, sans se contredire, qualifier de négligence pénalement punissable la décision de la ministre de renoncer à l'exercice d'un recours après avoir énoncé que, compte tenu notamment de l'existence d'une contrepartie à cette renonciation et des avis divergents précités, cette décision constituait "l'expression de la souveraineté du ministre de tutelle", ne pouvant "être appréciée par le juge pénal du point de vue de l'opportunité politique" (p. 51).

TROISIEME MOYEN DE CASSATION :

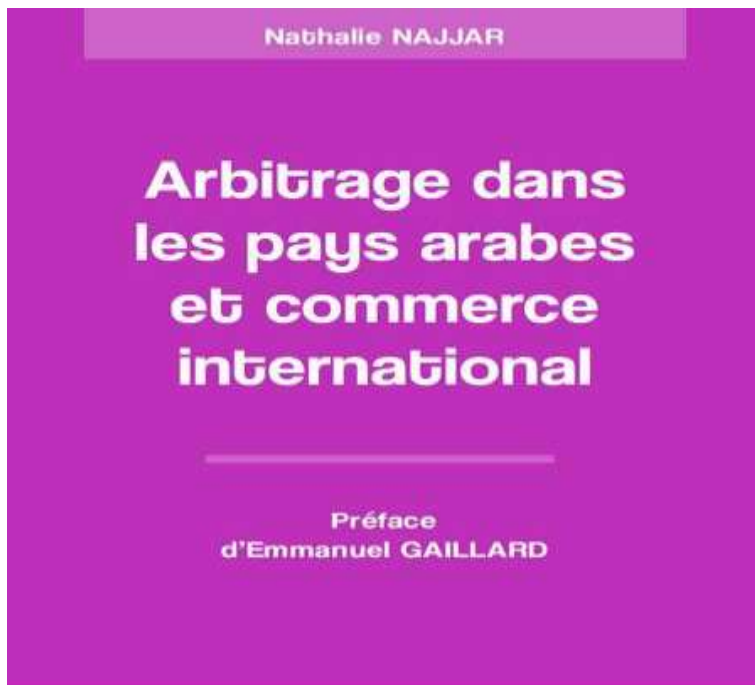
VIOLATION des articles 432-16, 432-17, 121-3 du code pénal, 18 et suivants de la loi organique n° 93-1252 du 23 novembre 1993, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

EN CE QUE l'arrêt attaqué a ordonné le renvoi de Mme Christine X... devant la Cour de justice de la République du chef d'infraction aux articles 432-16 et 432-17 du code pénal ;

AUX MOTIFS QU'"il résulte de l'information charges suffisantes contre Mme Christine X... [...] d'avoir, du fait des fautes ci-dessus énumérées, constitutives d'autant de négligences graves, permis que soit détournée par des tiers la somme de 403 millions d'euros, versée par l'EPFR aux liquidateurs des sociétés du groupe Z... et aux époux Z... en exécution des sentences arbitrales des 7 juillet et 27 novembre 2008" ;

ALORS QUE l'infraction prévue à l'article 432-16 du code pénal ne peut être constituée que si le détournement constaté "résulte" de la négligence imputée au dépositaire de l'autorité publique ; que lorsque le détournement procède de l'exécution d'une sentence arbitrale viciée par une fraude, seules les négligences qui sont à l'origine de cette fraude peuvent être punissables ; que la commission d'instruction, qui ne relève aucun lien de causalité entre les négligences imputées à la ministre et le comportement frauduleux d'un des arbitres ayant seul pu conférer à l'exécution de la sentence le caractère d'un détournement, et qui ne constate pas non plus que ce comportement frauduleux aurait été prévisible lors de la décision de compromettre ou décelable lors de celle de ne pas former de recours en annulation, n'a ainsi relevé aucune charge relative à cet élément indispensable à la constitution de l'infraction.

vient de paraître



LCDJ une marque de
Lextenso

Arbitrage dans les pays arabes et commerce international

1re édition

La revue marocaine d'arbitrage arabe et international..... N°3-4/2017 .

Nathalie Najjar

Editeur : L.G.D.J

Collection : Hors collection

ISBN : 978-2-275-05365-3

1004 pages - Parution : 10/2016

