

الدكتورة نهال اللواح
باحثة في التحكيم
والمنازعات التجارية

الدكتور مصطفى بونجة
باحث جامعي
محام هيئة طنجة

التحكيم في المواد التجارية الإدارية والمدنية

دراسة لأهم الإشكالات العملية والنظرية وفقا للقانون المغربي والقوانين المقارنة

- التحكيم الداخلي والدولي في المواد التجارية
- التحكيم الداخلي والدولي في المادة الإدارية
- التحكيم في نزاعات الشغل الفردية والجماعية

تقديم

الدكتور عبد المجيد غميحة
رئيس غرفة محكمة النقض
المدير العام للمعهد العالي للقضاء



الكتاب : التحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية
المؤلف : الدكتور مصطفى بونجة – الدكتورة نهال اللواح
الناشر : دار الفاك للنشر والتوزيع

شارع محمد السادس – إقامة النصر GH14 الشقة 1 – الدار البيضاء
الهاتف : 05 22 40 00 25 35 – 05 22 83 33 99
البريد الإلكتروني : daralafak@gmail.com

الإيداع القانوني : 2015MO0629

الإيداع الدولي : 978-9954-29-139-9

الطبع : مطبعة الأمنية - الرباط

الهاتف: 05 37 72 48 39

الفاكس: 05 37 20 04 27

البريد الإلكتروني: e-mail : impoumnia@yahoo.fr

تقديم

بإنجازهما لهذا المؤلف الجديد حول "التحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية" والذي يضاف لمؤلفهما السابق حول "التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي"، يكون كل من الدكتور مصطفى بونجة والدكتورة نهال اللواح قد قطعاً شوطاً هاماً في تحقيق مشروعهما العلمي الكبير المتعلق بالمنظومة القانونية والقضائية الشاملة للتحكيم في المغرب. ويأتي هذا الإصدار الجديد في سياق اهتمام متزايد بموضوع التحكيم بصفة خاصة والوسائل البديلة لحل المنازعات بصفة عامة، وذلك بالنظر للمستجدات التي حفل بها الإطار القانوني الجديد للتحكيم بالمغرب ومأسسة الوساطة الاتفاقية في نظامنا القانوني والقضائي.

وتتبع أهمية مؤلف "التحكيم في المواد التجارية والإدارية والمدنية" من كونه يتطرق لمواضيع مستجدة على نظام التحكيم في بلادنا، ومن كونه يقدم أيضاً أجوبة معاصرة وحلولاً عملية لقضايا التحكيم في المواد المذكورة. وبذلك فإنه مؤلف يتميز بالجدة فيما تناوله من مواضيع وأبحاث، ويتسم بالمقاربة العملية لما انطوى عليه من دراسات.

وهكذا فقد عالج المؤلفان مبدأ اختصاص الاختصاص، وتطرقا لتفاصيل دقيقة بشأن بطلان اتفاق التحكيم، لاسيما ما يتعلق بتدخل القضاء بهذا الخصوص. كما تناولوا بالبحث والدراسة موضوع الإجراءات التحفظية والتدابير الوقائية المرتبطة بالتحكيم التجاري، وهو من المواضيع التي لا تخلو من صعوبات وإشكالات.

ومن المباحث الجديدة في الدراسات القانونية المغربية، الدراسة الوافية التي قام بها المؤلفان للتحكيم الداخلي والدولي في المادة الإدارية، حيث تناولوا نطاق التحكيم في هذه المادة وذلك من خلال المباحث المتعلقة

بالتحكيم في المنازعات غير العقدية وما يرد عليها من استثناءات في مجال القرارات الإدارية والمنازعات الجبائية، وكذا دراسة التحكيم في العقود الإدارية للدولة والجماعات المحلية، والتحكيم في عقود المؤسسات والمقاولات العامة. كل ذلك مع التركيز على موقف القانون والقضاء المغربي من الموضوع، وإبراز دور القاضي الإداري في مراقبة تعليل الأحكام التحكيمية في المادة الإدارية، مع بيان موقف الفقه والقضاء المقارن.

وبالنظر للإقبال الذي أصبح يعرفه التحكيم في مادة نزاعات الشغل الفردية والجماعية، فقد تطرق المؤلفان لهذه الممارسة، وبحثا في مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، واستعرضا موقف القضاء المغربي حيث خلصا إلى توجه القضاء نحو التمييز بين شرط وعقد التحكيم بخصوص هذا المجال من التحكيم، كما تطرقا لمسألة إمكانية إخضاع التحكيم في نزاعات الشغل الفردية للتحكيم الدولي، وختما مباحث هذا المؤلف بموضوع التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية.

وبذلك يكون هذا المؤلف القيم قد ألمَّ بمجمل الإشكاليات الكبرى المطروحة في مجال التحكيم، وقدم جملة من الأجوبة والحلول لقضايا قانونية شائكة، من شأنها أن تساهم في التأسيس لمقاربة متكاملة لمنظومة التحكيم في بلادنا.

والله الموفق

الدكتور عبد المجيد غميحة
رئيس غرفة محكمة النقض
المدير العام للمعهد العالي
لل قضاء

مقدمة

تكاد تجمع مختلف التشريعات الحديثة على أن التحكيم قضاء خاص، قوامه الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، فمقتضى التحكيم نزول الأطراف عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم¹.

وإذا كان دور تحقيق العدالة منوط بالدولة من خلال أجهزتها القضائية، إلا أن اعتبارات مختلفة اقتضت ألا يحتكر قضاء الدولة فض المنازعات²، وإنما يشاركه في ذلك - في نطاق منازعات معينة - نظام التحكيم باعتباره صورة من صور القضاء الخاص المنظم بالقانون.

فالمحكم قاضي من نوع خاص³ كما أن عمله وإن قام على اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الاتفاق ليس هو الأساس الوحيد لعمل المحكم⁴، فعمله هو عمل قضائي⁵ شأنه في ذلك شأن العمل القضائي الصادر عن السلطة

1 - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 2001، ص 15 وما بعدها.

2 - Eric Loquin, Le juge et l'arbitre, in «Le juge et l'arbitre», sous la direction de Sami Bostanji, Ferhat Horchani et Sébatien Manciaux, Editions A.Pedone, 2014,p24 .

3 - Sebastien Manciaux, L'arbitre est un juge, in «Le juge et l'arbitre».op cit, p.31.

4 - Ph. FOUCHARD: Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. Arb. 1996. P. 325 .

5 - MOULY (J.), De quelques aspects de l'évolution de la juridiction (en droit judiciaire privé), in nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? in Mélanges Roger Perrot, Dalloz 1996 p. 299: «un tribunal se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel» .

القضائية الرسمية، كما أن حكم التحكيم يرتب نفس الآثار التي يرتبها الحكم القضائي⁷.

وإذا كان للدراسات القانونية المقارنة أهمية قصوى في جميع أنواع الدراسات القانونية، فإن دراسة مقتضيات التحكيم في أي نظام قانوني لا تستقيم دون اعتماد دراسة مقارنة وذلك بالنظر إلى أن التحكيم يعتبر عدالة خاصة ذات طابع كوني⁸.

فتعويلا على التحكيم كآلية لتخفيف العبء على المحاكم أو كرافعة للتنمية عبر جذب الاستثمارات الأجنبية، فقد عملت مختلف الدول على سن تشريعات وطنية أو تعديلها بغية تحقيق هذه الغايات.

ولقد ساد قوانين التحكيم المعاصرة تياران، تمثل التيار الأول في القوانين المستلهمة من القانون الفرنسي المتعلق بالتحكيم وهذا هو النهج الذي سار على نهجه القانون المغربي بموجب قانون التحكيم رقم 08-05⁹، وتيار ثاني والذي سارت عليه بعض الدول الأخرى وهو تيار القانون النموذجي الذي وضعته لجنة قانون التجارة في الأمم المتحدة

6 - CA Paris, 4 mai 1988, Rev. Arb. 1988 p. 644. note Ph. Fouchard : «L'exercice des prérogatives attachées au pouvoir de juger des arbitres relève d'une légitimité propre et autonome et doit être assuré de façon totalement indépendante, comme il sied à tout juge».

7 - MOULY (J.), De quelques aspects de l'évolution de la juridiction (en droit judiciaire privé), op. cit, p. 299.

8 - CHARLES JARROSSON: Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb, 1, 2001. p. 5 «l'arbitrage bénéficie aujourd'hui dans plus d'une centaine d'Etats d'un régime juridique précis et détaillé, et dans nombre d'entre eux d'une pratique souvent nourrie, d'une jurisprudence de qualité et d'une réflexion doctrinale substantielle.».

9 - القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

"الأونسترال"، والتي من بين هذه القوانين السارية على نهجه القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994¹⁰.

فبالنسبة للمغرب، فقد جاء قانون 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بناء على التوجيهات الملكية¹¹، والتي أكدت على ضرورة الإعداد السريع لمشروع قانون التحكيم التجاري الوطني والدولي ليستجيب لمتطلبات عولمة الاقتصاد ويساهم في جلب الاستثمار الأجنبي.

فالقانون رقم 08.05 جاء استجابة للتطورات التي يعرفها ميدان المال والأعمال، ليتلاءم مع المبادئ الدولية للتحكيم الذي أصبح السبيل الأكثر شيوعاً لفض النزاعات التي تنشأ فيما بين الأشخاص الذين ينتمون لجنسيات مختلفة، بصدد علاقاتهم التعاقدية الناجمة عن عقود مشاريع واعتباراً لاتساع دائرة المعاملات التجارية في ظل العولمة وحرية التجارة واتفاقية التبادل الحر¹².

ولقد عمل المشرع الفرنسي مؤخراً على تبني قانون جديد يتعلق بالتحكيم وحدد تاريخ دخوله حيز التطبيق بتاريخ 2011/5/11 وذلك بموجب

-
- 10 - منذ تاريخ صدوره، عدل قانون التحكيم المصري بموجب القوانين والقرارات التالية :
- قانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994.
- قانون رقم 8 لسنة 2000 القاضي بتعديل المادة 19 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994.
- قرار وزير العدل رقم 8310 لسنة 2008 القاضي بتنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم طبقاً لنص المادة 74 من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994.
- قرار وزير العدل رقم 6570 لسنة 2009 القاضي بتعديل تنظيم إجراءات إيداع أحكام التحكيم
- 11 - الخطاب السامي الذي ألقاه جلالة الملك بمناسبة افتتاح السنة القضائية بأكادير في 29 يناير 2003.
- 12 - انظر تقديم السيد وزير العدل لمشروع قانون رقم 08.05 يقضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية، محضر مداوات مجلس النواب - دورة أبريل 2007 ص 15 وما بعدها.

المرسوم الصادر بتاريخ 14/1/2011¹³، وقد جاء هذا التعديل المهم مرفقا بتقرير صادر عن الوزير الأول الفرنسي ومنشور بنفس العدد من الجريدة الرسمية التي نشر بها هذا المرسوم¹⁴.

فبالرجوع إلى المادة 1 من هذا المرسوم، نجده بأنه نص على أن تصبح المواد من 1508 إلى 1519 من الكتاب الرابع من قانون المسطرة المدنية الفرنسي حاملة لترقيم جديد هو 1570 إلى 1582 من نفس القانون، وذلك حتى يتم ترك الكتاب الخامس من قانون المسطرة المدنية الفرنسي فارغا انطلاقا من امكانية إحداث مقتضيات قانونية جديدة.

أما فيما يتعلق بموضوع التعديلات التي جاء بها هذا المقتضى التشريعي الفرنسي الجديد، فإن هذه التعديلات قد مست المقتضيات المتعلقة بالتحكيم الداخلي والدولي على حد سواء.

ففيما يتعلق بالقسم الثاني من الكتاب الرابع لقانون المسطرة المدنية والمتعلق بالتحكيم الدولي، فإنه قد جاء بعدة مقتضيات جديدة مطابقة لمقتضيات قانون المسطرة المدنية المغربي مع اختلاف جلي على مستوى الشكل، ذلك أن ما يميز القانون الفرنسي الجديد هو اتسامه بالوضوح عكس القانون المغربي الذي لم يوفق في احترام تقسيم منطقي وسلس للفصول المتعلقة بالتحكيم الدولي¹⁵.

وإذا كانت مواضيع التحكيم متعددة، فإننا سوف نقتصر في هذه الدراسة على تسليط الضوء على أهم مشكلاته العملية والنظرية، وذلك

13 - Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage. JORF n°0011 du 14 janvier 2011.

14 - Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage JORF n°0011 du 14 janvier 2011 page 773 texte n° 8.

15 - الملاحظ بان عدم الانسجام المنطقي بين الفصول مس مقتضيات التحكيم الدولي والداخلي على حد سواء من الناحية الشكلية، كما أن الصيغة العربية للنص جاءت مبهمه ولا يتأتى فهمها إلا عند الرجوع إلى الصيغة الفرنسية للنص.

للقوف على أوجه التشابه والاختلاف بين القانون المغربي والفرنسي والمصري.

فإذا كان التحكيم قد عرف انطلاقته الأولى في كنف المنازعات التجارية¹⁶، حتى أصبح مصطلح "التحكيم" ومصطلح "المنازعات التجارية" توأمين سيامين، فإن التحكيم قد استطاع اقتحام مواضيع العديد من المنازعات الأخرى¹⁷، حتى أصبح مصطلحا عاما يندرج تحته مسميات فرعية تختلف بحسب طبيعة المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، فيسمى التحكيم مدنيا، إذا كانت المنازعة التي تم الفصل فيها مدنية، ويسمى تجاريا إذا كانت المنازعة ذات طبيعة تجارية، وأخيرا يسمى التحكيم إداريا إذا كانت المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم ذات طبيعة إدارية¹⁸.

وإذا كان التحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود التجارية لا يثير أي إشكال نظري وذلك بالنظر إلى طبيعة هذه العقود، والتي تقوم بالأساس على مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين، فإنه وعلى النقيض من ذلك فالتحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية شكل ولازال صعوبات نظرية وعملية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة المتفردة للعقود الإدارية وامتيازات السلطة العامة¹⁹ التي تعكس عدم المساواة بين طرفيه²⁰ من جهة، ومن جهة ثانية الطبيعة القضائية للتحكيم²¹.

16 - JEANCLOS Y. : «La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle - Eléments d'analyse», *Rev. arb.*, 1999,p. 417.

17 - Jean-Bernard Auby: *La globalisation, le droit et l'État* (Paris, L.G.D.J., 2010, 2e éd.) et, du même auteur : «Globalisation et droit public » (*Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 135).

18 - عزيزة الشريف "التحكيم الإداري في القانون المصري" دار النهضة العربية 1993، ص 21.

19 - LAURENT RICHER: *Droit des contrats administratifs*, Paris, Dalloz. 2010, p. 28. «Les personnes publiques ont des prérogatives qui n'ont pas le caractère de droits subjectifs dont elles pourraient disposer. Il en résulte que certains objets échappent au contrat. Ainsi, il n'est pas possible à la personne publique de s'engager sur l'exercice d'une compétence ou de renoncer à son pouvoir d'organiser un service. [...] Inégalité : à la fois comme titulaire de prérogatives de puissance publique et comme responsable de l'intérêt général, l'administration

فبسبب دخول الدولة طرفا في مجالات اقتصادية عدة²²، ونظرا لتطور التجارة الدولية وهيمنة الشركات المتعددة الجنسيات على الاقتصاد العالمي²³، اضطرت القوانين الوطنية الحديثة للاهتمام بالتحكيم حتى في المادة الإدارية وتنظيمه، مادام أن الرأسمال الخاص أصبح يفضل اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات بذل اللجوء إلى القضاء الوطني²⁴.

ولعل من بين أهم مواضيع القانون العام هو موضوع العقود الإدارية والنزاعات المترتبة عنها، هذه المنازعات التي أصبح الاتجاه الحديث نحو حلها عن طريق التحكيم بدلا من القاضي الإداري ، ذلك وانطلاقا من الثمانينيات من القرن الماضي بدأ التحكيم يرقى أبواب مجالات القانون العام²⁵.

dispose d'une incontestable supériorité dans l'exécution du contrat, elle peut, notamment, infliger des sanctions ou modifier unilatéralement certaines clauses (moyennant une compensation du préjudice causé). Toutefois, cette caractéristique se trouve nécessairement infléchie lorsque le contrat est conclu entre deux personnes publiques. Ces caractéristiques sont internes au contrat, elles concernent son exécution par les parties ; mais il existe aussi des caractéristiques qui peuvent être qualifiées d'externes parce qu'elles concernent le contexte dans lequel est conclu et exécuté le contrat. Elles concernent les sources du droit du contrat, la place du contrat parmi les actes juridiques, les effets des contrats pour les tiers.»

- 20 - YVES GAUDEMET: L'exorbitance du droit administratif en question(s), in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers. Université de Poitiers, (2004), Sous la direction de FABRICE MALLERAY, p.5.
- 21 - J. RUBELLIN-DEVICHI: *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, préface J. VINCENT, LGDJ, 1965, p. 215.
- 22 - APOSTOLOS PATRIKIOS : L'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.J. 1997. p 49. «la doctrine du 19ème siècle révélait un conservatisme exagéré par rapport à l'admission de l'arbitrage, mais les conséquences n'étaient pas graves dans la mesure où le rôle de l'Etat ne s'étendait pas à des activités économiques. ».
- 23 - Ph. FOUCHARD : «L'arbitrage et la mondialisation de l'économie», in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999., p. 381.
- 24 - CHARLES JARROSSON: Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb, 1, 2001. p. 5 «l'arbitrage bénéficie aujourd'hui dans plus d'une centaine d'Etats d'un régime juridique précis et détaillé, et dans nombre d'entre eux d'une pratique souvent nourrie, d'une jurisprudence de qualité et d'une réflexion doctrinale substantielle.».
- 25 - DOMINIQUE POUYAUD : Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986, Petits affiches, 1986, p.12.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد وضع مبدءا عاما مفاده عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، فإن المشرع المغربي قد أقر بالتحكيم في العقود الإدارية، وذلك وفقا للتعديل الذي أدخله على قانون المسطرة المدنية لسنة 1974²⁶ بموجب القانون رقم 08.05²⁷، كما أن المشرع المصري وبالرغم من إصداره للقانون رقم 27 لسنة 1994 المنظم للتحكيم في المواد المدنية والتجارية²⁸، فقد استمر الخلاف حول تقنين التحكيم في العقود الإدارية مما اضطر معه إلى إصدار القانون رقم 97/9 لتعديل مقتضيات بعض أحكام القانون رقم 94/27، والتنصيص صراحة على جواز حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم²⁹.

ولقد عنيت الكثير من المؤلفات الفقهية بالبحث في موضوع التحكيم في العقود الإدارية، غير أن الملاحظ هو تركيز هذه الدراسات والمؤلفات حول مدى إمكانية إخضاع العقود الإدارية للتحكيم دون الخوض في الآثار المترتبة عن ذلك.

فمدى إمكانية خضوع العقود الإدارية للتحكيم لم تعد تكتسي أهمية قصوى، وذلك بعد تدخل الكثير من المشرعين بنصوص قانونية صريحة

26 - الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394 (28 شتنبر 1974) بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية الجديدة الرسمية عدد 3230 مكرر، بتاريخ 13 رمضان 1394 (30 شتنبر 1974)، ص 2741.

27 - القانون رقم 08-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-169 بتاريخ 19 ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007): ج.ر. عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)

28 - قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994 بشأن المواد المدنية والتجارية منشور بالجريدة الرسمية، العدد السادس عشر (تابع) بتاريخ 12 أبريل 1994 ص 3، والجدير بالذكر أن هذا القانون حل محل التنظيم السابق للتحكيم بمقتضى نصوص المواد 501-513 من قانون المرافعات الحالي رقم 13 لسنة 1968، فالمادة الثالثة من مواد إصدار هذا القانون تنص على أنه " تلغي المواد من 501 إلى 513 من القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

29 - بموجب القانون رقم 94/27 تمت إضافة الفقرة التالية إلى مقتضيات المادة الأولى من قانون التحكيم المصري : "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

تجيز التحكيم في العقود الإدارية، بل أصبحت الأهمية النظرية للبحث في موضوع التحكيم في العقود الإدارية تتمثل في البحث عن الضوابط التي تكفل الحفاظ على خصوصية منازعات العقود الإدارية من جهة، والطبيعة الخاصة لنظام التحكيم والمستندة في أساسها إلى إرادة الأطراف من جهة أخرى.

كما أن رقابة القضاء على التحكيم في منازعات العقود الإدارية أمر يبرره أن التحكيم في حقيقته سلب لاختصاص القضاء الإداري، أجازته المشرع واتفق الخصوم على اللجوء إليه كاستثناء من أصل عام³⁰، في حين أن صدور حكم التحكيم يجب أن يكون متوفرا على عناصر الصحة بما يكفل دخوله حيز التنفيذ³¹.

وإذا كان دخول التحكيم إلى مجال المنازعات الإدارية لم يكن سلسا، فإن نفس الوصف قابل للتطبيق على التحكيم في المنازعات المدنية.

فقد نص الفصل 309 من القانون رقم 08-05 على أنه لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة.

وعبارة " التي لا تكون موضوع تجارة" توحى ظاهريا بتحديد موضوعات التحكيم في المنازعات التجارية دون المدنية منها.

ولعل ما جاءت به العبارة الأخيرة من الفصل 309 من القانون رقم 05-08، يعكس الجذور التاريخية لقانون الالتزامات والعقود المغربي وتأثره بمدونة القانون المدني الفرنسي.

30 - جابر جاد نصار "التحكيم في العقود الإدارية"، دار النهضة العربية، 1997، ص 17.

31 - شعبان أحمد رمضان: "نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية"، دار النهضة العربية، 2008، ص 5.

فحظر شرط التحكيم في العقود المدنية يجد سنده القانوني في مقتضيات المادة 2061 من مدونة القانون المدني الفرنسي³²، والتي جاءت صياغتها الحالية متأثرة بالموقف السابق والمتشدد لمحكمة النقض من تضمين العقود المدنية لشرط التحكيم³³.

وإذا كانت العقود المدنية تمتاز بتعددتها واختلافها، فإن دراسة التحكيم في عقود الشغل باعتبارها عقوداً مدنية بالأساس، لها مبرراتها النظرية والعملية.

فعلى المستوى النظري، فإن فلسفة التحكيم تقوم بالأساس على الحرية التعاقدية في أبعد نطاقها، في حين أن قانون الشغل له طابع حمائي وأن العامل يعتبر طرفاً ضعيفاً وبالتالي فإن جل مقتضياته تدخل ضمن دائرة النظام العام³⁴.

أما على المستوى العملي، فالملاحظ هو تعاضم تضمين عقود الشغل لشرط التحكيم وإبرام عقود تحكيم لحل النزاعات المترتبة على نزاعات الشغل الفردية، وكذلك تكاثر عدد القضايا المطروحة على القضاء بهذا الخصوص.

وبناء على ذلك، ارتأينا تقسيم هذه الدراسة على ثلاثة أبواب وهي كالتالي :

الباب الأول : التحكيم الداخلي والدولي في المواد التجارية

الباب الثاني : التحكيم الدولي والداخلي في المادة الإدارية

32 - LECLERCQ, «L'arbitrage, garant de la loyauté commerciale», *Gaz. Pal.*, 31 janvier-1er février 2001, p. 3.

33 - MARTY, «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», *R.T.D. com.*, 1981, p. 681,

34 - Thomas Clay, «L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ?», *Droit social*, septembre- octobre 2010, p. 930.

الباب الثالث : التحكيم في نزاعات الشغل الفردية والجماعية

الباب الأول :

التحكيم الداخلي والدولي في المواد التجارية

إن العلاقة بين القاضي والمد - علاقة تكامل وتعایش³⁵ في سبيل تحقيق فعالية التحكيم التجاري، فالمحكمة التحكيمية تحكم النزاع المعروض عليها، والقضاء يتدخل بآلياته المساعدة والمراقبة، وذلك لضمان فعالية العملية التحكيمية وصونا للمصالح العامة.

فإذا كان التحكيم يسعى إلى استقلالية مطلقة تجاه المحاكم والقوانين الوطنية، إلا أن الإقرار باستقلالية إجراءات التحكيم لا يعني حتما القول بعدم خضوع المحكمين إلى أية ضوابط مهما كان نوعها ومصدرها أو انعدام الرقابة على أعمال المحكمين مطلقا، ولا يعني أيضا رفع يد القضاء بصفة كلية عن موضوع النزاع المحكم فيه والامتناع عن اتخاذ ما تستوجبه الأوضاع من إجراءات لحماية حقوق الأطراف ومصالحهم ولو بصفة مؤقتة، فالمحقق أن استقلالية التحكيم وإجراءاته لا يمكن أن تكون إلا نسبية ومحدودة.

فالقضاء يلعب دورا أساسيا في مساعدة التحكيم التجاري بالرغم من قيام هذا الأخير على أساس اتفاقي ويبسط الرقابة الضرورية على العملية التحكيمية، ذلك أن دور القضاء يكون ضروريا لضمان تنفيذ اتفاق التحكيم، سواء في جانبه الإيجابي المتمثل في التزام الأطراف بعرض النزاع على المحكم وإقرار القضاء بهذا الاختصاص أي ما يعرف "بمبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم"، أو في دوره السلبي المتمثل في وجوب امتناع

35 - H.Holtzman : «L'arbitrage et les tribunaux :des associés dans un système de justice internationale», Rev. arb., 1978, p. 253.

القاضي الوطني عن حسم النزاع المتفق بشأنه على التحكيم عند الدفع بالتحكيم، في مقابل تنظيم مجالات تدخل القاضي في العملية التحكيمية، سواء من خلال التصدي للعقبات التي تعترض تشكيل الهيئة التحكيمية وضمان تكوين الهيئة التحكيمية، كما لم يتم إغفال دوره الهام وسلطته في إصدار أو تنفيذ الأوامر في مجال الإجراءات الوقتية والتحفظية وإجراءات التحقيق.

كما أن المحاكمة التحكيمية تنبني على آليات مسطرية تنطلق من احترام الحقوق الأساسية للأطراف والعدالة المسطرية، في حين أن الإجراءات الوقتية والتحفظية تتطلب تدخلا عاجلا وفعالا للقاضي الوطني حتى يتم ضمان محاكمة تحكيمية وحكما تحكيميا في المستقبل، وذلك مرده إلى افتقار المحكم باعتباره قاضيا خاصا إلى سلطة الإيجاب، هذه السلطة التي يمتاز بها القاضي الوطني وحده.

فمن المؤكد أن فعالية التحكيم بوصفه قضاء خاصا في حاجة ماسة إلى المحاكم الوطنية لتحقيق هذه الفاعلية، فلا يستطيع أن يستغني بذاته عن قضاء الدولة، بحيث يحتاج دائما إلى تدخل القضاء للفصل في كل ما يلزم لتحقيق المحكم لمهمته في إطار احترام اتفاق الأطراف وعدم تجاوزه، ولضمان التزامه بحدود الولاية المحددة له، ولكي يستكمل نظام التحكيم أركانه الأساسية³⁶.

وإذا كانت هذه هي المحاور العامة لقضايا التحكيم التجاري الداخلي والدولي، فإننا ارتأينا حصر هذا الباب لدراسة مرتكزاته الأساسية المرتبطة باختصاص المحكم واتفاق التحكيم، لنصل إلى موضوع الإجراءات التحفظية والوقتية المرتبطة بالتحكيم وذلك حسب التفصيل التالي :

36 - مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان، 1998، ص 134 .

الفصل الأول : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المغربي والأنظمة القانونية المقارنة

الفصل الثاني : البطلان الواضح لاتفاق التحكيم

الفصل الثالث : الإجراءات التحفظية والوقائية المرتبطة بالتحكيم التجاري

الفصل الأول : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المغربي والأنظمة القانونية المقارنة

من بين المبادئ المستقر عليها في قوانين التحكيم "مبدأ اختصاص الاختصاص" كأساس للعملية التحكيمية ومن أهم ما يمكن أن يرتبه اتفاق التحكيم.

و بالرغم من تمتع قضاء الدولة بما له من سلطة والتي تعكس سلطة الدولة، فإن ذلك لم يحل دون إقراره بل وإقرار الدولة بأفضلية التحكيم كأداة لحل النزاع في إطار العلاقات التجارية الدولية، والإشهاد للمحكم بولايته في الفصل في النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم خاصة على المستوى الدولي، لدرجة اكتساح بعض المواد كانت حكرا على قضاء الدولة ومحصنة بمفهوم النظام العام³⁷.

و هذا بطبيعة الحال لا يمكن إخفاء الجهود الدولية في تعزيز وتكريس مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم والتي تبعتها في ذلك مختلف

37 - انظر في هذا المعنى: الحسين السالمي: التحكيم وقضاء الدولة، مركز الدراسات القانونية والقضائية - وزارة العدل وحقوق الانسان - الجمهورية التونسية، الطبعة الأولى 2008، ص 17.

التشريعات الوطنية الحديثة، هذه الأخيرة قد شهدت اعتراف قضاءها أيضا بهذا المبدأ بعيدا عن أي نظرة سلطوية دونية لقضاء التحكيم.

و من هذا المنطلق، وقبل التطرق لموقف التشريعات الوطنية المذكورة من مبدأ اختصاص الاختصاص، لا بد بداية من الوقوف على مدلول مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم أو ماهيته (المبحث الأول)، ثم التطرق لمعرفة موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة الذي كرس هذا المبدأ (المبحث الثاني).

و لما كانت مهمة المحكم أساس العملية التحكيمية وتصنيفها على أنها ذو وظيفة قضائية³⁸ مثل وظيفة القاضي، والمتمثلة في الفصل في النزاع وتحقيق العدالة بالرغم من اختلاف خصوصية كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم، إلا أن - ليس بهدف التشكيك في فعالية التحكيم - هذه الوظيفة القضائية بالرغم من ذلك تعد ناقصة وغير مكتملة، الشيء الذي يطرح معه التساؤل أمام هذا الوضع عن ما إن كان هناك إمكانية لتدخل القضاء في حالة وجود خلل أو شك حول اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه، وذلك من خلال الطعن في قرارات المحكم الصادرة بشأن اختصاصه؟ (المبحث الثالث).

38 - حيث تتعدد المذاهب الفقيهية والنظريات في تثبيت الطبيعة الحقيقية للتحكيم ما بين الطبيعة العقدية والقضائية والمختلطة، بل وإلى الطبيعة الذاتية الصرفة. انظر في طبيعة التحكيم على سبيل المثال: أبو زيد رضوان : = =

= = الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 35-19. علي رمضان علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1996، ص 24-31. فتحي والي: قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، شركة الجلال للطباعة، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 55-49. وفي بعض المقالات على سبيل المثال: محمد سامي الشوا: "الطبيعة القانونية للتحكيم وأشكاله المختلفة". بحث مقدم في المؤتمر العلمي السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية" تحت رعاية كلية القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة - المجلد الأول - مطبعة الجامعة، الطبعة الأولى، 2008، ص 19 وما بعدها.

المبحث الأول : ماهية مبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص "Compétence- Compétence" سلطة المحكم في الفصل في المنازعات التي تثور بشأن اختصاصه، بما في ذلك المنازعات المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع.

وستحدث في هذا المطلب عن المفهوم والنشأة لهذا المبدأ (المطلب الأول)، ثم عن وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول : المفهوم والنشأة

ظهر مبدأ الاختصاص بالاختصاص أول ما ظهر في النظام القانوني الألماني³⁹ تحت مفهوم Kompetenz-Kompetenz ليتم تبنيه بشكل مختلف من قبل فقهاء التحكيم التجاري بفرنسا، وذلك باستبعاد إمكانية اتفاق الأطراف على منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات التي تثور بشأن اختصاصها بقرارات نهائية لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء⁴⁰، وبالتالي تحديد مدلول مبدأ الاختصاص بالاختصاص في سلطة هيئة التحكيم في أن تفصل في المنازعات التي تثور أمامها بشأن اختصاصها دون حاجة إلى وقف الدعوى التحكيمية لحين صدور قرار في هذا الشأن من القضاء، على أن يكون قرار هيئة التحكيم قابلاً للطعن فيه أمام القضاء في نهاية التحكيم وبعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها⁴¹.

39 - E. Gaillard : «L'effet négatif de la compétence-compétence», in Etudes de procédure et d'arbitrage. Mélanges Jean-François Poudret, Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Lausanne, 1999, p. 387.

40 - Antonias Dimolitsa : Autonomie et " Kompetenz-Kompetenz ", Rev. Arb., 1998, p. 321.

41 - فاطمة صلاح الدين رياض يوسف: دور القضاء في خصومة التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2010، ص 84.

وقبل أن يشكل مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم مبدءاً مستقلاً بذاته، كان هذا المبدأ متداخلاً مع مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁴²، فكلا المبدأين يهتمان السلطة القضائية للمحكم⁴³، كما أنهما يتقاطعان ويصبان في بعضهما البعض بشكل متبادل⁴⁴، لذلك لا بد من الوقوف على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كأساس لنشأة مبدأ اختصاص الاختصاص.

فإذا كانت العديد من التشريعات الوطنية قد كرست مبدأ استقلال اتفاق التحكيم⁴⁵، فإن هذا التكريس يقتضي تفعيله على مستوى الواقع، أي من خلال ملامسته في أحكام وقرارات قضائية تدعم دور التحكيم في خدمة العدالة وتحقيق استقلاليته.

وقد عرف هذا المبدأ انتشاراً واسعاً، فحسب ما ذهب إليه **الدكتورة سامية راشد إلى القول**، بأنه "عند مراجعة التقارير الوطنية المنشورة في الكتاب السنوي للتحكيم التجاري، يتبين بوضوح أن هناك اتجاهاً سائداً في

42 - David René: L'arbitrage dans le commerce international. Economica 1982, p. 265, n° 209 et p. 396, n° 309.

43 - انظر في نفس المعنى :

J-F. POUURET et S. BESSON : Droit comparé de l'arbitrage commercial international, Bruylant, L.G.D.J, 2002, p. 136.

حيث ذهب للقول في ذلك :

«Ils reposent tous deux sur la volonté présumée des parties de soumettre les question litigieuses à l'arbitre, à commencer par sa propre compétence, et d'avoir ainsi une procédure unique».

44 - Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard, B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial , Editions Litec, Paris 1996, n° 45, p. 229.

45 - على سبيل المثال القانون السويسري للقانون الدولي الخاص الفصل 178، القانون الإسباني بتاريخ 1988/12/5 حول التحكيم والقانون الجزائري الفصل 458 ق.م.م، القانون التونسي الفصل 61، =

== والقانون المصري الفصل 23 من القانون رقم 27 لسنة 1994. انظر عبد الرحيم زسائي: التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط، الطبعة الأولى نونبر 2010، ص 51.

عدد كبير من الدول إلى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بمعنى انفصاله عن العقد الأصلي"⁴⁶.

وفي القانون المغربي، فالملاحظ أن المشرع المغربي لم ينص على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في بعده الدولي عن العقد الأصلي في إطار قانون رقم 08-05⁴⁷، وإنما نص على ذلك في الجزء الفرعي الأول المتعلق بالتعريف والقواعد العامة الوارد بالفرع الأول من الباب الثامن من هذا القانون والمتعلق بالتحكيم الداخلي، وذلك بموجب الفصل 318 من القانون المذكور بقوله: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

فإذا كان اتفاق التحكيم بنوعيه - سواء في صورة شرط تحكيم أو عقد تحكيم - يقتضي تضمين الشروط الأساسية كأبي عقد باعتباره كما عير عنه بعض الفقه المغربي بأنه "اتفاق داخل اتفاق"⁴⁸، إلا أنه ليس بالضرورة أن ما يسري على العقد الأصلي من شروط إضافية أو متطلبية فيه تنطبق بالضرورة على اتفاق التحكيم، فالغاية هي تحقيق استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بما فيها شروطه.

وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي وكذلك محكمة النقض الفرنسية، إلى أنه في مجال التحكيم الداخلي، لا يمكن التمسك بشرط التحكيم حينما يكون النزاع - ولو بين تجار ومتعلق بأعمال تجارية- وارداً على صحة العقد الذي

46 - سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة 1984 ص 107.

47 - القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007)، الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

48 - أحمد كويسي: "نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص". الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس، يومي 4 و 5 أبريل 2003، منشورات وزارة العدل، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، عدد 2، الطبعة الأولى 2004، ص 152.

يتضمن الشرط، فشرط التحكيم يعتبر تابعا أو فرعا «Le accessoire» للعقد الأصلي.

و بناء عليه، فإن القضاء العادي هو الذي يملك تقدير مدى صحة العقد الأصلي، وبالعكس ففي مجال التحكيم الدولي، فإن شرط التحكيم مستقل تماما عن العقد الأصلي⁴⁹.

حيث درجت المحاكم الفرنسية على الاعتراف بالتحكيم كوسيلة لتحقيق العدالة بما في ذلك اعترافها بأنه يشكل على الصعيد الدولي الوسيلة الطبيعية لحل النزاعات. فقد كان للقضاء الفرنسي دورا فعالا في تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العديد من الأحكام والقرارات، معتبرا أن الاتفاق التحكيمي سواء تضمن في العقد أو فصل عنه، له دائما استقلالية قانونية تامة بحيث لا يرتبط بعدم صحة العقد، إذ استهدف عدم الاحتجاج بالدفع بالنظام العام أمام التحكيم الدولي والاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

وقد جاءت نقطة الانطلاق لتقرير هذه القاعدة الموضوعية في صورة اعتراف محكمة النقض الفرنسية بمبدأ استقلالية شرط التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة عن العقد الأصلي، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 7 ماي 1963 في الحكم الشهير "Gosset" مكرسة في ذلك قاعدة استقلالية العقد التحكيمي⁵⁰.

49 - M. de JUGLART, B. IPPOLITO : Traité de droit commercial, t. 1, Théorie générale du droit des affaires, actes de commerce, commerçants et entreprises, droit comptable, fonds de commerce, concurrence, propriété industrielle, baux commerciaux, par E. du PONTAVICE, J. DUPICHOT, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1988, n°56.

S. Crépin : Les sentences arbitrales devant le juge Français, Tome Collection : Thèses n° 249 L.G.D.J, Paris 1995 , n° 300.

Note .Kessedjian sous cass. Civ.1er, 9 nov. 1993,Rev. Arb. 1994, p.108./ Note H.Gaudemet sous Cass. Civ. 1er, 20 déc. 1993,M. Rev., p. 116.

50 - «En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles. Une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté une

فالاتجاه الفرنسي يعتبر في التحكيم الدولي أن عقد التحكيم منفصل
انفصالاً تاماً عن العقد الأساسي مهما كان الموقف من القانون الأجنبي الذي
يمكن أن يكون مطبقاً، ومهما كانت القواعد المطبقة على العقد التحكيمي
ذاته...⁵¹، كما أن غالبية الفقهاء ذهب إلى القول أن استقلالية شرط التحكيم
مرفوض على صعيد العلاقات وفقاً للقانون الداخلي في فرنسا، إلا أنه
مقبول على صعيد العلاقات الدولية⁵²، فضلاً عن تكريسه لهذا المبدأ في
قضيتين بجانب قضية Gosset، وهما قضية "L'arrêt Impex" وقضية "L'arrêt"
Hecht"⁵³.

كما أكد القضاء الفرنسي مرة أخرى على استقلالية شرط التحكيم دون
البحث عن أهمية العقد بالنسبة لأطرافه⁵⁴.

éventuelle invalidité de l'acte juridique qui le contient». Cass.1er ch. Civ, 7 mai 1963,
Gosset, JCP, 1963. Jean Pierre Ancel : «La lecture de la jurisprudence française en matière
d'arbitrage international». L'arbitrage commercial interne et international, colloque
organisé par le Ministère de la Justice et la CGEM en collaboration avec la Cour Suprême,
le 3-4 Mars 2004. Série «des Cahier de la Cour» N° 6/2005. P 182.

51 - عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي - موسوعة التحكيم - الجزء الثاني، دار المعارف، 1998، ص 151.
52 - J. ROBERT, B. MOREAU : L'arbitrage , droit interne, droit international privé, 6é. éd.,
Paris, Dalloz, 1993, P.246.

53 - انظر وقائع القضيتين في أطروحة أشرف عبد العليم الرفاعي: "النظام العام والتحكيم في العلاقات
الدولية الخاصة - دراسة في قضاء التحكيم"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية
الحقوق بجامعة عين شمس، مصر، سنة 1996، ص 38 وما بعدها.

54 - قرار استئنافية باريس بتاريخ 11 ماي 2000 والذي جاء فيه:

«La clause compromissoire constituant une convention de procédure autonome et distincte
de la convention principale liant les parties sur le fond du litige, elle doit pouvoir être mise
en œuvre indépendamment de l'existence et de la validité du contrat principal,
conformément à la commune volonté des parties ; par suite, l'éventuelle nullité du contrat de
sous traitance et sur la validité de la clause compromissoire».

- وقرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 4 أبريل 2002 والذي جاء فيه:

==

= = «En droit interne de l'arbitrage, la clause compromissoire à la convention principale dans
laquelle elle s'insère, une autonomie juridique qui exclut, sauf stipulation contraire, qu'elle
puisse être affecté par une éventuelle inefficacité de cette convention.».

CA.Paris 1er ch. 11 mai 2000./ Cass. 4 avril 2002. Rev. Arb. 2002, p.180.

وتكريسا لنفس القاعدة، سبق و صدر عن محكمة النقض الفرنسية قرارات عديدة في نفس الاتجاه منها قرار الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 20 دجنبر 1993، وقرار لنفس الغرفة بتاريخ 6 يوليوز 2000، في قضية «Etat du Qatar»، وقرار لنفس الغرفة بتاريخ 8 فبراير 2000 في قضية «Taurus Films»، وقرار آخر بتاريخ 28 ماي 2002 في " قضية اسمنت أبدجان " «Ciments d'abidjan» وغيرها من القرارات الأخرى⁵⁵.

و في ضوء ما تقدم، يتضح لنا أن محكمة النقض الفرنسية قد استتببت مبدأ استقلال وصحة شرط التحكيم بلا قيد أو شرط ودون الإحالة إلى القانون الذي يحكم العقد، أي أنها أقرت قاعدة موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي. وبمعنى آخر، فإنه في القضايا السابقة استهدف القضاء الفرنسي استبعاد تطبيق القواعد الأمرة الواردة في القانون الداخلي الفرنسي استنادا إلى قاعدة موضوعية ابتدعها في مجال القانون الدولي الخاص، بمقتضاها تم تقرير صحة اتفاق التحكيم بشكل مستقل عن القواعد الأمرة في التشريعات الفرنسية الداخلية دون اللجوء إلى منهج قاعدة التنازع⁵⁶، ومن ثم فإن محكمة النقض الفرنسية لم تعدد بالدفع بالنظام العام وقررت مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، بل إن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أصبح من القواعد المتعلقة بالنظام العام⁵⁷.

55 - Jean Pierre Ancel : «La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international». op. cit. p.182 et S.

56 - أشرف عبد العليم الرفاعي: "النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، م. س، ص 40.

57 - Note Pierre mayer sous Cass.civ. 1er. Ch. Civ. 20 décembre 1993. Rev. Crit. Dr.inter.privé, n° 4, 1994. P 633.

هذا ونجد في الاجتهاد اللبناني أيضا على سبيل المثال، قد استقر على اعتبار العقد الأصلي والبند التحكيمي مستقلا عن بعضهما البعض، بمعنى أن العقد المخالف للنظام العام مثلا لا يحول دون إعمال البند التحكيمي لأنه يعود للمحكم إبطال العقد المخالف للقواعد الأمرة، كما أن للمحكم حق الفصل في = =

= أي نزاع حول اختصاصه حتى لو أثبتت هذه المسألة أمام القضاء لاحقا. انظر ميسم النويري: دور القاضي ودور المحكم في الدعوى "تكامل أم تعارض". منشور بمجلة العدل "مجلة نقابة المحامين -

ولما كان لمبدأ استقلالية شرط التحكيم أهمية كبيرة لدى القضاء الفرنسي في إطار نهج سياسة الاعتراف المتزايد بالتحكيم كنظام قانوني مستقل وتليين شروط صحة اتفاق التحكيم، فقد جاء المرسوم الفرنسي الجديد رقم 2011-48 المتعلق بالتحكيم الداخلي والدولي انطلاقا من الفصل 1447 منه، للتأكيد على الطابع المستقل لاتفاق التحكيم مذكرا بأن اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الذي يتعلق به ولا يتأثر بعدم فعاليته، ومستهدفا في نفس الوقت مد الاجتهاد القضائي بدور رئيسي في إطار تعزيز مبادئ التحكيم والتي منها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم⁵⁸.

وبموجب الفصل 1505 من المرسوم الفرنسي - الجديد الذي تضمن الإحالة على بعض مقتضيات التحكيم الداخلي والتي يمكن تطبيقها على التحكيم الدوليما يتلاءم وخصوصية هذا الأخير، فإنه من بين هذه المقتضيات المحال عليها بموجب الفصل المذكور ما يتعلق بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁵⁹، لتحقيق ضمانة أكيدة لفعالية اتفاق

بيروت"، العدد الرابع، السنة الثالثة والأربعون، 2009، ص 1386. استنادا إلى قرار محكمة التمييز اللبنانية بتاريخ 2004/12/7 رقم 2004/172. انظر الهامش بنفس الصفحة.

58 - جاء في نص الفصل 1447 من المرسوم الفرنسي الجديد رقم 2011-48 ما يلي:

«Art. 1447. ! La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite. » .

59 - حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 1506 من مرسوم 2011، في الفقرة الأولى على ما يلي: "مع مراعاة أحكام هذا الباب وما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تطبق على التحكيم الدولي المواد: 1- 1446 و1447 و1448 (الفقرتان 1 و2) و1449 المتعلقة باتفاق التحكيم...".

«Art. 1506. ! A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles :

1° 1446, 1447, 1448 (alinéas 1 et 2) et 1449, relatifs à la convention d'arbitrage ;

2° 1452 à 1458 et 1460, relatifs à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure applicable devant le juge d'appui ;

3° 1462, 1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relatifs à l'instance arbitrale ;

4° 1479, 1481, 1482, 1484 (alinéas 1 et 2), 1485 (alinéas 1 et 2) et 1486 relatifs à la sentence arbitrale;

5° 1502 (alinéas 1 et 2) et 1503 relatifs aux voies de recours autres que l'appel et le recours en annulation.».

التحكيم الدولي عن أي مقتضى وطني داخلي بما فيها استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي لما يتطلب ذلك من مرونة والاحتكام للقواعد الدولية، ونظرا كذلك للثقة الممنوحة للقاضي الفرنسي الذي لن يتدخل إلا لمساندة التحكيم من خلال مراقبة وضبط كل العراقيل المتمثلة في عرقلة تحقيق هذه الاستقلالية، سواء كانت هذه العراقيل سببها أحد الأطراف، أو المحكم في اختيار قانون لدولة ما يربط الشرط التحكيمي بالعقد الأصلي.

وإذا كان هذا هو الوضع الغالب في مختلف التشريعات والاجتهادات القضائية المختلف الدول التي تكرر استقلالية شرط التحكيم وتؤكد من خلال قضائها الرسمي على ضرورة دعمه للتحكيم من أجل ضمان استقلالية شرط التحكيم، إلا أن مبدأ الاستقلالية لم يحض بقبول مطلق من جميع الدول، ففي مصر مثلا نجد أن الفقه منقسم في مسألة الاستقلالية إلى قسمين، فهناك فريق يرفض الفكرة ويذهب إلى عدم إمكانية فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلي، بحيث يرفع عن المحكم سلطة البت في صحة أو بطلان الاتفاق الخاص بالتحكيم⁶⁰، وفريق آخر يرى إمكانية الأخذ بمبدأ الاستقلالية⁶¹.

وباعتبار أن اتفاق التحكيم يعتبر "اتفاق داخل اتفاق" كما سبق القول، وله نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي الملحق به أو المدرج فيه، فإنه يترتب عنه آثار هامة بغض النظر عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

1 - استقلالية الشرط التحكيمي في الكتابة والشكل:

60 - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001، ص 33.

61 - سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة 1984، ص 107.

لما كان شرط التحكيم منفصل انفصالا تاما عن العقد الأصلي مهما كان موقف القانون المطبق على العقد الأصلي، يذهب الاجتهاد والفقهاء في تفسير ودعم هذه النظرية إلى أن العقد الأساسي قد يكون له قانون مختلف عن قانون الشرط التحكيمي، فهناك فك ارتباط بين العقد الأساسي والشرط التحكيمي ومن باب أولى هناك استقلالية بين العقد الأساسي والشرط التحكيمي في إثبات العقد بالكتابة وفي شكليات العقد، ولكن الاجتهاد يشذ أحيانا عن هذه القاعدة ويعتبر أن شكل العقد لا يخضع للاستقلالية.

فقد عرف الاجتهاد القضائي الفرنسي تطورا ملحوظا حول موقفه من مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي منقسما إلى اتجاهين:

- اتجاه كان يشكك في استقلالية الشرط التحكيمي:

"في دعوى تحكيمية" قضية Cassia والتي كان النزاع يدور فيها حول صحة شكل العقد التحكيمي، لم تستخرج محكمة استئناف باريس ثم محكمة النقض الفرنسية من قاعدة استقلالية الشرط التحكيمي كل النتائج المفترض أن تنجم عنه⁶².

62 - وتفاصيل الموضوع أن نزاعا كان يدور بين شركة لبنانية "Cassia" وشركة باكستانية من جهة وشركة من الإمارات العربية "Pia" من جهة أخرى حول تنفيذ عقد هندسة يعود لملاعب كراتشي. وينص العقد أنه قد وقع في مدينة كراتشي ولكنه لم يكن مؤرخا بل موقعا عليه بالأحرف الأولى فقط في أسفل كل صفحاته، وتمسكت الشركة اللبنانية بالشرط التحكيمي الذي يحيل إلى غرفة التجارة الدولية الوارد في العقد، وكان النزاع يدور حول عدم صحة الشرط التحكيمي لعدم مراعاة العقد مقتضيات الشكل حسب القانون المطبق، وبالتالي انعدام التراضي بين الطرفين. ولكن المحكمة التحكيمية اعتبرت في قرارها الصادر في 1986/9/25 أنها تثبتت من وجود التراضي المتبادل إلى التحكيم واعتبرت نفسها صاحبة الاختصاص، ولكن محكمة استئناف باريس في قرارها بتاريخ 1988/2/26 أطلت هذا الحكم التحكيمي معللة ذلك بقولها: "إذا كان الشرط التحكيمي في التحكيم الدولي له استقلالية تامة بالنسبة للعقد الذي ورد فيه، فإن صحته يحكم عليها بمقتضى قواعد تنازع القوانين التي تحدد القانون المطبق في حال تأثير موضوع عدم وجود العقد بسبب انعدام تشكيل العقد كما هو وارد هنا". وانتهت إلى القول: "كون الأطراف يعلمون جيدا الإجراءات/ الشكليات المقتضات من أجل إبرام العقود إبراما تاما في باكستان: الطابع، التاريخ، التوقيع، صفة الشخص الموقع بالأحرف الأولى، كل هذه الإجراءات ليست مطابقة لما هو مقضي ومطلوب، مما يدل أن إرادة الأطراف لم تكن متجهة إلى جعل هذا المستند عقدا يلزم

وصادقت محكمة النقض على هذا الحكم وردت طلب النقض المقدم في قرارها في 1990/7/10 بقولها: "استقلالية الشرط التحكيمي في التحكيم الدولي تقف عند وجود أو عدم وجود الشرط التحكيمي في العقد الأصلي المتضمن هذا الشرط موضع النزاع، إن هذا الوجود يجب أن يقاس حتماً بمقتضى القانون الذي هو بموجب المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص القانون الذي يرفع شكل العقد. إن الحكم المطلوب فيه بعد أن ذُكر بمبدأ الاستقلالية، اعتبر بشكل مشروع أن التعرف على وجود من عدم وجود الشرط التحكيمي يتم بمقتضى القانون الذي تحيل إليه قاعدة تنازع القوانين..."

وبالتالي فإن القانون الباكستاني الذي يعتبر العقد غير مستوفٍ للشروط الشكلية لانعقاده لا يعتبر هذا العقد عقداً ملزماً ولا هو كذلك الشرط التحكيمي الوارد فيه.

إلا أن هذا الموقف الأخير الذي خلصت إليه محكمة النقض الفرنسية كان موضع نقد شديد، لأنه يستبعد قاعدة استقلالية الشرط التحكيمي حين يكون الموضوع المثار متعلقاً بوجود أو عدم وجود العقد الأساسي، فهل الهدف من ذلك هو إبعاد الشرط التحكيمي عن التعديلات التي تطرأ على العقد الأساسي؟ فحتى لو كان وجود أو عدم وجود الشرط التحكيمي هو موضوع النزاع، فإن الاختصاص يعود للمحكمن والأمر يبقى في كل الأحوال تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال.

- اتجاه قضائي يؤيد استقلالية الشرط التحكيمي في الكتابة والشكل:

هناك أحكاماً تحكيمية من بينها الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الأولى بتاريخ 1992/3/2، هذا الأخير الذي ردت فيه

المحكمة المذكورة طلب النقض الذي يأخذ على حكم محكمة الاستئناف قبولها بوجود وصحة الشرط التحكيمي بالإحالة، دون أن تتخذ موقفا من القانون المطبق على العقد بالنسبة للشكل ولإثبات الشرط التحكيمي، وحصرت اهتمامها بالتراضي على الشرط التحكيمي موضوع النزاع استنادا إلى استقلالية الشرط التحكيمي.

لأن محكمة الاستئناف - طبقا لما قضت به محكمة النقض - لم يكن عليها البت (بالنسبة للشرط التحكيمي) بمقتضى القانون، قد لا يكون هو نفسه المطبق على العقد الأساسي بالنظر لاستقلالية الشرط التحكيمي في التحكيم الدولي⁶³.

كذلك فإن الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1993/12/20 في قضية "Dalico"⁶⁴، حيث ذهب بوضوح في هذا الاتجاه، إذ أن النزاع كان يتعلق بعقد أشغال مبرم بين بلدية ليبية وشركة دانمركية "Dalico"، فالعقد الأساسي كان خاضعا للقانون الليبي الذي كان يشير إلى أن الشروط النموذجية المعدلة الملحقة هي جزء من العقد، وكانت شروط العقد تغطي الاختصاص للمحاكم القضائية الليبية ولكن الشروط النموذجية الملحقة عدلتها بشرط تحكيمي، وعلى ذلك راجعت الشركة الدانمركية المحكمين وحصلت على حكم تحكيمي بإدانة البلدية الليبية، وقدم طلب إبطال الحكم التحكيمي أمام محكمة استئناف باريس مبني على مقتضيات الشكل في القانون الليبي، وردت محكمة الاستئناف طلب الإبطال في حكم أصدرته في 1991/3/26 مستندة إلى استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد إن كان بالنسبة للنصوص الواردة فيه أم بالنسبة للقانون الداخلي المطبق عليه، وردت محكمة النقض الطلب المقدم ضد هذا الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف

63 - خلافا للاتجاه الذي سار عليه الاجتهاد القضائي في قضية "Cassia" السالف الذكر.

معللة بأن "محكمة الاستئناف بررت حكمها بوجود شرط تحكيمي غير مرتبط بالقانون الليبي المطبق على العقد الأساسي".

من خلال ما سبق، يؤكد أن الاجتهاد القضائي الفرنسي تخلى عن الاتجاه الذي بدا في الحكم الصادر في قضية "Cassia" المذكورة".

2- مبدأ الاستقلالية يعطي للمحكم سلطة النظر في اختصاصه:

ذلك أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا وإن كان قد جرى الطعن بصحة العقد الأصلي في المحاكم أو الطعن بصحة شرط التحكيم، وأن النظر من قبل المحاكم في هذا الموضوع لا يوقف الإجراءات الخاصة بالتحكيم⁶⁵، وفي ذات الوقت يظل عمل المحكم خاضعا للرقابة من جانب القضاء المختص الذي يثبت أمامه الطرف الآخر ببطلان شرط التحكيم أو عدم وجوده⁶⁶.

3 - من حيث القانون الواجب التطبيق:

قد لا يكون القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي بالضرورة هو نفسه الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم تطبيق قانون معين، فالمحكم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية أن يقرر صحة الاتفاق المذكور بشكل مستقل عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي⁶⁷.

65 - فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1997، ص 200.

66 - عبد الرحمان المصباحي: المبادئ الضرورية لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 156/ يناير 2009، ص 108.

67 - في قرار صادر عن الغرفة التجارية الدولية جاء فيه: "للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم"، كما أكد القرار المذكور أيضا على ما استقر عليه الرأي في قرارات سابقة من أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث طبقا لإرادة الأطراف والعادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية. انظر فوزي محمد سامي، م. س، ص 200 وما بعدها.

إذ أن الأمر يختلف في التحكيم الدولي عن ما هو في التحكيم الداخلي، حيث يميز الفقه والاجتهاد في فرنسا بين قانون العقد وقانون التحكيم، اللذين نجدهما قانونا واحدا تارة وقانونين مختلفين تارة أخرى. ففي قرار صادر عام 1975 في "قضية Menicicci"، أعتت محكمة استئناف باريس الشرط التحكيمي من تطبيق أي قانون عليه، حتى أصبح في الإمكان تعريف هذا الشرط بأنه "عقد دون قانون"، ولكن الفقه تحفظ عن هذا الاتجاه، ورأى "أن القوة الإلزامية للعقد لا يمكن تصورها خارج قاعدة قانونية توجدتها وتؤكدتها" لأنه ليس في الإمكان فصل القانون الذي يخضع له العقد عن ذلك الذي تخضع له الاتفاقية التحكيمية".⁶⁸

وبذلك فإن القضاء الفرنسي حريص على تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بصفة عامة واستقلاله عن أي قانون آخر بصفة خاصة.⁶⁹

4 - استقلالية شرط التحكيم من حيث أثره:

ذهب الاجتهاد القضائي في السبعينات وتكرس ذلك في الثمانينات على أن الشرط التحكيمي الدولي له أثره المستقل النابع منه بالذات، وهذه القاعدة أو المبدأ القانوني ليس سوى وجه من وجوه قاعدة استقلالية الشرط

68 - انظر عبد الحميد الأحذب: "قانون التحكيم الجزائري الجديد". مقال منشور بمجلة التحكيم، العدد الثاني - أبريل 2009، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، مطبعة دار التعاونية الطباعة، ص 54. = =
= = كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية التي لم تستجب لطلب أحد الأطراف الرامي إلى الطعن في حكم استئنافية باريس حول وجود اتفاق التحكيم إلى القول:

«n'avait pas à statuer, quant à la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international pouvait d'ailleurs ne pas leur être applicable.». Cass.civ. 3 mars 1992. Rev. Arb. 1993, p 272.

69 - حيث ذهبت محكمة باريس إلى أن:

«Sans qu'il y ait lieu en l'état de rechercher la loi applicable soit au fond du contrat... soit à l'instance arbitrale et la sentence, il suffit pour accueillir l'exception d'incompétence que le premier juge avait rejetée en considérant que la clause compromissoire était nulle de constater que compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire, instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence à toute loi étatique.». CA Paris 28 mars 1991, Rev. arb. 1991, p 456.

التحكيمي عن كل قانون عائد لدولة ما، فالشرط التحكيمي لا يستمد قوته إلا من ذاته ما دام صحيحاً⁷⁰.

وهذا ما جاء في نص الفصل 318 من قانون التحكيم المغربي رقم 08-05 المشار إليه سابقاً الذي ينص: "...و لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في الفصل 1447 المشار إليه سابقاً.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، أنه بموجب القواعد العامة (المادية) لقانون التحكيم الدولي، فإن الشرط التحكيمي له استقلاله القانوني عن العقد الأساسي الذي يشتمل عليه مباشرة أو بالإحالة إليه، وأن وجوده وفعالته يقاسان بإرادة الطرفين بعد الأخذ بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، دون الحاجة للعودة إلى قانون أي دولة⁷¹.

فالحكم بصحة أو عدم صحة شرط التحكيم يتم بالاستناد إلى إرادة الأطراف من دون أعمال لقاعدة الإسناد⁷²، وأن بطلان كل من العقد الأصلي أو شرط التحكيم، لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم⁷³، وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم وليس من قبل المحكمة. وفي ذلك نصت المادة 23 من قواعد الأونسترال للتحكيم في صيغتها الأخيرة على ما يلي:

70 - عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، ج. 2، م. س، ص 106.

71 - 1er.ch.civ. 20 déc. op. cit , Rev. Arb, 1994, n°1.

72 - Cass civ 1er ch. Janvier 1999, Rev. Arb 2000, p. 85 : «La clause d'arbitrage international valable par le seul effet de la volonté des contractants» .

73 - انظر الفصل 318 من قانون رقم 08-05.

11 - تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى. ولا يترتب تلقائيا على أي قرار لهيئة التحكيم ببطان العقد بطلان بند التحكيم...⁷⁴.

أما إذا كان العقد الأصلي صحيحا وكان شرط التحكيم باطلا، ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص بذلك⁷⁵.

كما نصت المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994،

على

ما يلي: "...لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان الشرط صحيحا في ذاته".

كما أن العقد المخالف للنظام العام لا يحول دون أعمال البند التحكيمي لأنه يعود للمحكم إبطال العقد المخالف للقواعد الآمرة، وهذا ما استقر عليه أيضا الاجتهاد القضائي اللبناني وأيده⁷⁶.

ومن ثم فإن ما يعترض مصير العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو غير ذلك، لا يكون له أثر على اتفاق التحكيم، وتبعا لذلك يظل الاختصاص معقودا لهيئة التحكيم للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع وفي طلباتهم ودفعهم، حتى وإن كان العقد ذاته غير نافذ أو كان باطلا ولا أثر له.

وهكذا فإن الحفاظ على تحقيق هذا المبدأ بهذا الشكل على حد قول بعض الفقه المغربي، يكون قد أزال مخاوف المستثمرين وحصّن شرط

74 - انظر التعديل الجديد لقواعد الأونسترال لسنة 2010. منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي الدولي، العدد الثالث والخمسين، 2010، ص 56.

75 - فوزي محمد سامي، التحكيم الدولي، م. س، ص 200.

76 - ميسم النويري: دور القاضي ودور المحكم في الدعوى " تكامل أم تعارض" م. س، ص 1386.

التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي، وأبعده عن النظام القانوني الذي يحكم العقد الأصلي⁷⁷.

5 - من حيث مواجهة الأطراف بشرط التحكيم:

بالوقوف إلى مقتضيات العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود المغربي، فقد نص المشرع المغربي في الفصل 228 من هذا القانون على أن "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد...."، غير أن هناك بعض الحالات التي تخرج عن هذا المبدأ كحالة وفاة أحد الأطراف، حيث ينتقل اتفاق التحكيم إلى الورثة⁷⁸، إلا إذا تضمن شرطا يقضي بعدم ذلك، كما ينتقل الالتزام كذلك أثناء الحياة أو بسبب الخلافة الخاصة المتمثل سواء في حوالة الحق أو حوالة الدين⁷⁹.

وكذلك في حالة انحلال الشركة فإن اندماج الشركة يؤدي إلى بقاء اتفاق التحكيم بالنسبة للشركة المندمجة، وأيضا مجموعة الشركات عندما يمتد شرط التحكيم إلى الشركة الأم على الرغم من عدم توقيعها على هذا الشرط وتوقيع فقط من طرف أحد فروعها والاشتراط لمصلحة الغير، أو حوالة الدين أو الوكالة إلخ...⁸⁰.

77 - عبد الرحمان المصباحي: المبادئ الضرورية لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. م. س، ص 107 وما بعدها.

78 - ينص الفصل 229 ق.ل.ع المغربي على ما يلي: "تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب، ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما، ما لم يكن العكس مصحرا به أو ناتجا عن طبيعة الالتزام، أو عن القانون. ومع ذلك، فالورثة لا يلتزمون إلا في حدود أموال الشركة، وبنسبة مناب كل واحد منهم. وإذا رفض الورثة التركية، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين إلا أن يباشروا ضد التركية حقوقهم".

79 - للتفصيل في ذلك: انظر رفعت محمد عبد المجيد: "حوالة الحقوق في العقود المشتملة على اتفاق تحكيم وأثرها في تحديد نطاقه". م. س، ص 109.

80 - انظر عبد الرحيم زسماكي: الوجيز في شرح القانون المغربي الجديد للتحكيم الداخلي، الجزء الأول، مطبعة سليكي إخوان - طنجة، الطبعة الأولى 2009، ص 19.

ونفس المؤلف في التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، ج. 2، م. س، ص 57 وما بعدها.

أما بالنسبة لقانون التحكيم المغربي رقم 08-05، فالمبين من خلال النصوص المعروضة أنه لا يلزم إلا أطراف اتفاق التحكيم سواء أكان شرطا أم مشاركة تحكيم، وذلك كما هو واضح من خلال تعريف المشرع المغربي لاتفاق التحكيم ولصوره أيضا⁸¹.

ومن خلال ذلك، فإن قانون التحكيم المغربي نص صراحة على أن اتفاق التحكيم عموما لا يلزم ولا يرتب آثاره إلا تجاه الأطراف الملتمزين والموقعين على هذا العقد، إذ يعتبر بذلك عقدا نسبيا، طبقا للقاعدة المعروفة وهي "نسبية آثار العقود"، إلا في الحالات الواردة بالمقتضيات العامة، والتي لا يجوز التوسع فيها، على اعتبار أن النص الخاص الذي هو قانون 08-05 يقيد النص العام.

ومن ثم طرح التساؤل حول مدى إمكانية أن تشمل آثار اتفاق التحكيم الطرف الغير الذي لم يوقع على هذا الاتفاق، خاصة أنه طرح بالنسبة للقعود المبرمة بين الشركة الفرع والمتضمنة لشرط التحكيم مع شركة أخرى في دولة أجنبية، فهل يسري هذا الشرط في مواجهة الشركة الأم التي لم توقع الشرط التحكيمي؟

وللجواب على ذلك، فمن حيث الأصل أن لا تلتزم أية شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات باتفاق التحكيم الوارد فيه العقد الذي أبرمته إحدى هذه الشركات، وهذا ما يمليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم

وأيضاً أحمد كويسي: "نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص". الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس، يومي 4 و5 أبريل 2003، منشورات وزارة العدل، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، عدد 2، الطبعة الأولى 2004، ص 153 وما بعدها.

81 - ينص الفصل 307 من هذا القانون على أنه: "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم...". والفصل 314 عند تعريفه لمشاركة (عقد) التحكيم: "عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم...".

وكذلك الفصل 316 من نفس القانون عند تعريفه لشرط التحكيم: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم....."

باعتباره عقداً، فالمعيار الفاصل بين الشركة الموقعة على اتفاق التحكيم والشركة الأم هو "معيار مادي" متمثل في عملية التوقيع على العقد، إلا أنه غالباً من الناحية العملية تقوم الشركات الأم وإن لم توقع على اتفاق التحكيم بالدخول في مفاوضات شأن العقد محل المنازعة أو تساهم بشكل رئيسي في تنفيذه⁸².

وفي فرنسا، فإن محكمة الاستئناف بفرساي الفرنسية سبق وأن قضت بأن شرط التحكيم المدرج في العقد لا يمكن أن ينتج أثره سوى تجاه من كان طرفاً في ذلك العقد⁸³، وهذا ما قضت به محكمة الاستئناف بباريس، حيث صرحت أن القواعد القانونية الخاصة بالتحكيم لا تسمح أن يتعدى أثرها إلى الغير⁸⁴.

وبموجب التعديل الجديد في القانون الفرنسي بشأن التحكيم الداخلي والدولي بموجب مرسوم 2011-48، فإنه على خلاف ما سبق، لما تم الاعتراف بصحة وفعالية البند التحكيمي الوارد في مجموعة من العقود ولو بشكل ضمني، فإن مفعول البند التحكيمي الوارد في عقد - إطار - Contrat cadre، يمتد ليشمل النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقود المبرمة بين الأطراف تنفيذاً للعقد - الإطار، فإن مفعول هذه البنود مَدَّ ليشمل أيضاً الأشخاص

82 - حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 243.

83 - انظر أحمد كويسي: "نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص". م. س، ص 164.

84 - Paris 22 mars 1995, Rev. Arb. 1991, p.550.

وأيضاً بعض القرارات الصادر عن غرفة التحكيم الدولية بباريس CCI:

- Sentence CCI n° 6769 en 1991, JDI, 1992, P. 1019.

- Sentence CCI rendue en 1974, affaire n° 2138, JDI. 1975, p. 934 obs. Yves Derains dans le même sens.

- Sentence CCI rendue en 1983, affaire n° 4392 JDI, 1983, p.907. obs. Yves Derains.

الثالين المعنيين بتنفيذ العقد - الإطار، والذين يستنتج من دورهم في تنفيذ العقد خضوعهم للبند التحكيمي الوارد في هذا العقد⁸⁵.

أما القانون المصري، فإنه بموجب قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، لم يلزم اتفاق التحكيم إلا أطرافه المحددين في العقد مثل ما فعل المشرع المغربي، وهذا ما نص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 4 من هذا القانون بقوله:

"(3) تنصرف عبارة طرفي التحكيم في هذا القانون إلى أطراف التحكيم ولو تعددوا".

أما القضاء المصري، ففي إحدى القضايا التي عرضت على محكمة النقض المصرية بشأن مدى امتداد اتفاق التحكيم إلى المدين المتضامن مع المدين الأصلي في اتفاق التحكيم، أثير تساؤل عما إذا كان يمكن إدخال شركة أم في تحكيم جرى بناء على اتفاق تحكيم مبرم بين إحدى شركاتها التابعة والمتعاقد مع هذه الأخيرة⁸⁶، حيث حددت محكمة النقض المبادئ القانونية التي تحكم التساؤل المذكور بشأن طعنين بالنقض في حكم محكمة استئناف القاهرة، القاضي ببطان حكم التحكيم الصادر ضد الشركتين الأم والتابعة بإلزامهما بالتضامن بدفع المبالغ المقضي بها لصالح المحكّم.

85 - Paris 11 janv. 1990, Rev. Arb. 1992. p.99, note D. Cohen./ RTD com. 1992. p. 596, note J.-C. Dubarry et E. Loquin./ Cass.Civ. 1er, 27 mars 2007, Alcatel, D. 2007. p. 2077, note S. Bollée./ JCP. G. 2007. II. 10118, note D. Golhen./ Rev. Arb. 2007. 247./ RTD com. 2007. 677, obs. E. Loquin./ Rev. Crit. DIP 2007. 798, note D. Jault- Seseke./ RTD civ. 2008. P. 541, note. P. Théry.

86 - الطعان رقم 4729 و72/4730 ق، جلسة 2004/6/22. انظر أحمد شرف الدين: "نسبية أثر اتفاق التحكيم، مدى صحة إدخال مدين متضامن مع المحكّم ضده". مقال منشور بمجلة التحكيم، العدد الثامن - أكتوبر 2010، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، مطبعة دار التعاونية الطباعية، ص 631.

وبينما كان الطعن الأول يتعلق بمدى صحة إدخال الشركة الأم في التحكيم، فإن الطعن الثاني كان يتعلق بأثر بطلان حكم التحكيم بالنسبة للشركة الأم الصادر ضد الشركة التابعة⁸⁷.

وفي الطعن الثاني، الذي فصلت فيه محكمة النقض في ذات الحكم، أوضحت أن قضاء الحكم المطعون فيه ببطلان حكم التحكيم بالنسبة للشركة

87 - وقد كان سند الطعن الأول بالنقض في حكم محكمة الاستئناف الذي قضى ببطلان حكم التحكيم القاضي بإلزام الشركتين (الأم والتابعة) بالتضامن بأن يدفعاً للطاعن المبالغ المذكورة في الحكم. وقد حددت محكمة النقض ضوابط امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة تابعة إلى الشركة الأم وبالتالي مدى صحة إدخال الأخيرة بدون رضاها بذلك في إجراءات التحكيم التي تجري بناء على هذا الاتفاق. فقد قضت المحكمة "بأن المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن التحكيم هو طريق استثنائي لفرض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات، وإذا كان اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في النزاع المعروض عليها يركز أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب ولاية جهاز القضاء إلا أن التنظيم القانوني للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، فإرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل خصومته. وكان مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتمة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتمزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى، وذلك كله مع وجوب التحقق من توافر شروط التدخل أو الإدخال في الخصومة التحكيمية وفقاً لطبيعتها الاستثنائية. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن عقد الاتفاق المؤرخ 15 يونيو 1999 - المتضمن شرط التحكيم - قد أبرم بين الشركة التابعة - المطعون ضدها في الطعن رقم 4730 لسنة 74 ق - والشركة الطاعنة وأن الشركة الأم - المطعون ضدها في الطعن الحالي - لم تكن طرفاً في هذا الاتفاق ولم تتدخل في تنفيذه فلا يجوز إلزامها بشرط التحكيم الوارد فيه أو قبول إدخالها في خصومته. ولا يعد الخطاب الصادر منها بتاريخ 6 يونيو 2001 الموجه إلى هيئة التحكيم وفق عباراته الصريحة دليلاً على اتفاقها مع الطاعنة على التحكيم - وفق مفهومه سالف البيان - ذلك أنها تمسكت فيه بطلب إخراجها منه. وإذا خلاص الحكم المطعون فيه إلى أن المطعون ضدها ليست طرفاً في اتفاق التحكيم ولم تتدخل فيه أو في تنفيذه ورتب على ذلك بطلان حكم التحكيم بالنسبة لها فإنه يكون قد التزم صحيح القانون وكانت هذه الدعامة وحدها كافية لحمل قضائه فإن النعي عليه فيما استطرده إليه في دعامته الثانية من عدم افتراض التضامن بين الشركتين ووجوب الاتفاق عليه أو النص عليه في القانون - أياً كان وجه الرأي فيه - يكون غير منتج، ولما تقدم، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بسببي الطعن يكون على غير مما يتعين معه رفض الطعن".

الأم (المدين المتضامن) لعدم ارتباطها باتفاق التحكيم المبرم مع شركتها التابعة (المدين الأصلي)، وإن كان مفاده أن عدم جواز إلزام الأولى بالمديونية بالتضامن مع الشركة التابعة، إلا أن هذا لا ينفي التزام الأخير بهذه المديونية ولا يعد سببا للقضاء ببطلان حكم التحكيم بالنسبة إليها. وقد ساقته المحكمة مبررين لقضائها، تمثل الأول في أن المقرر في قضائها أنه إذا رفعت الدعوى بطلب الحكم على المدعى عليهما متضامين فإن كل منهما يكون مستقلا عن الآخر في الخصومة وفي مسلكه فيها والطعن على ما يصدر فيها من أحكام، أما المبرر الثاني فتمثل في أن مفاد نصوص قانون التحكيم (المادة 1/53 و) أنه إذا فصل حكم التحكيم في مسائل خاضعة للتحكيم وأخرى غير خاضعة له فإن البطلان لا يقع إلا على أجزاء الحكم المتعلقة بالمسائل الأخيرة وحدها⁸⁸.

وبعد استعراض موقف الاجتهاد القضائي المغربي والفرنسي بل وحتى المصري، يتبين على أن القضاء قد أصبح بالفعل الضامن الأكيد لفعالية ومصادقية اتفاق التحكيم من خلال الاعتراف له بالمبادئ التي يقوم عليها - والتي منها "مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي" - والمكرسة ليس فقط على الصعيد الداخلي بل حتى على المستوى الدولي لدى مختلف القوانين والاتفاقيات الدولية التي تحاول جاهدة فك ارتباط اتفاق التحكيم الدولي بأي قواعد خاضعة لتشريع وطني تفرضه على التحكيم الداخلي وتحاول تطبيقه على التحكيم الدولي، كل هذه الجهود يجب تفعيلها على مستوى التطبيق من خلال عمل القضاء الذي أبان عن تطوره وحسن تعامله مع نظام التحكيم، ليس من منطلق فرض الرقابة والسلطة ولكن من

88 - انظر أحمد شرف الدين: "نسبية أثر اتفاق التحكيم، مدى صحة إدخال مدين متضامن مع المحتكم ضده".

منطلق التعايش ومد يد المساعدة لقضاء التحكيم لتخطي كل عقبة يمكن أن تهز من مصداقيته وتشمل مساره.

غير أنه وبالرغم من وجود التشابه والتقاطع بين مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ اختصاص الاختصاص، فإن الاختلاف بينهما يتمثل في اختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما، ففي الوقت الذي يرتبط فيه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بموضوع النزاع، فإن الأمر يتعلق بمسطرة التحكيم متى تعلق الأمر بمبدأ اختصاص الاختصاص⁸⁹.

فمبدأ اختصاص الاختصاص يقتضي إعطاء المحكمين صلاحية تأكيد أو إلغاء عملية تنصيبهم كمحكمين حسب ما هو ظاهر عن شرط التحكيم، مما يعني الاعتراف باختصاصهم لوحدهم للتصريح بقبول كل دفع يثار أمامهم من طرف أحد الخصوم للفصل في صحة وجود شرط التحكيم⁹⁰.

فالمقصود بهذا المبدأ هو منح هيئة التحكيم بمجرد اتصالها بالنزاع سلطة الفصل في المنازعات التي قد تثور بشأن اختصاصها، بحيث لا يجوز للقضاء التدخل في هذا الشأن إلا بعد أن تفصل هيئة التحكيم في هذه المسألة بنفسها، وذلك من خلال الطعن في حكم التحكيم في نهاية المطاف

89 - R. David. L'arbitrage dans le commerce international op. cit. n° 207 : «Le problème de la compétence-compétence ne pose pas une question d'interprétation de la convention. Il est distinct de celui de l'autonomie de la clause compromissoire, avec lequel on est parfois tenté de confondre. Il ne s'agit plus ici du problème de fond de savoir si la convention arbitrale est valable et à quels litiges elle s'applique. Le problème qui se pose est maintenant un problème de procédure: il s'agit de savoir si les arbitres eux-mêmes peuvent se prononcer sur des questions de cette nature, dont dépend leur compétence».

90 - سعد مومي: البت في النزاع بسرعتين في مجال التحكيم الدولي والداخلي. ندوة علمية مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، العمل القضائي والتحكيم التجاري، ندوة علمية مشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية، 5 مارس 2004، سلسلة نفاثر المجلس الأعلى، عدد 2005/7، ص 34.

وليس المقصود منه جعل هيئة التحكيم هي المختص الأوحد بالفصل في مسألة اختصاصها⁹¹.

وانطلاقاً من المعنى المبين أعلاه حول مفهوم مبدأ اختصاص الاختصاص، يمكن فهم العلاقة بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم، بحيث أن لمبدأ الاختصاص بالاختصاص أثران أحدهما إيجابي والآخر سلبي، ففي الوقت الذي يخول لهيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات التي تثور بشأن اختصاصها دون حاجة إلى وقف الخصومة لعرض المسألة على قضاء الدولة (الأثر الإيجابي)، يمنع على قضاء الدولة من الفصل في صحة أو نطاق اتفاق التحكيم أو في ثبوت اختصاصها من عدمه، لأن الهيئة التحكيمية هي التي يجب أن تفصل في ذلك أولاً على أن يخضع قرارها للرقابة القضائية فيما بعد عند الطعن في حكم التحكيم أو تنفيذه (الأثر السلبي)⁹².

إلا أنه من الناحية العملية حسب بعض الفقه، تظهر إشكالية تطبيق هذا المبدأ في كون أن المحاكم التي سوف يرفع أمامها النزاع يمكن أن تكون محاكم دولة لا يعترف قانونها بالوجه السلبي لمبدأ اختصاص الاختصاص، وبالتالي يمكن لهذه المحاكم أن تنظر أو تبت في وجود الشرط التحكيمي أو صحته قبل المحكمين إذا تقدم لديها أحد الأطراف بدفع متعلق بهذا الشرط، وقد تصرح ببطلانه، أو قد تنظر أيضاً في بعض الحالات في موضوع الدعوى وتفصل فيه بحكم، ويكون بذلك اللجوء إلى محاكم الدولة موازاة مع سريان مسطرة التحكيم وسيلة تحايلية للمماطلة والتهرب من قضاء التحكيم، أو للحصول على حكم أجنبي غالباً ما سيكون مخالفاً لقرار المحكمين الذي سيصدر بعده.

91 - فاطمة صلاح الدين رياض يوسف. دور القضاء في خصومة التحكيم، م. س. ص 83.

وفي هذه الحالة فإن محاولة تنفيذ هذه القرارات المتناقضة والصادرة من جهة عن قضاء الدولة ومن جهة أخرى عن قضاء التحكيم من شأنه أن ينتج وضعية معقدة وصعبة يطلق عليها عبارة "نزاع النزاع" *Le contentieux du contentieux*، وهي الوضعية التي لم يكن الأطراف يتوقعونها عند إبرام العقد، حتى بالنسبة للمختصين منهم في التجارة الدولية⁹³.

المطلب الثاني : وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إن حق الهيئة التحكيمية للبت في اختصاصها له أهمية نظرية متمثلة في تحديد الطابع القضائي للهيئة التحكيمية وتمييزها عن كونها مجرد جهاز إداري⁹⁴.

غير أن هذا الحق له وظائف عملية ترمي إلى تحقيق فعالية المحاكمة التحكيمية⁹⁵، فقد ساعد مبدأ اختصاص الاختصاص في ازدهار التحكيم خاصة الدولي وجعله بمثابة شبكة من القرارات المستقلة بذاتها والموازية لتلك المتعلقة بالحل القضائي للعلاقات الدولية الخاصة، وذلك كله لحماية مصالح التجارة الدولية والتي يعتبر المحكم قاضيها الطبيعي⁹⁶.

فحماية مصالح التجارة الدولية تقتضي توفير الوسائل القانونية للأطراف حتى يتم الوصول إلى حسم نزاعاتهم بشكل سريع وفعال، ولن

93 - سعد مومي، م. س. ص 35 وما بعدها.

94 - Magali BOUCARON - Nardetto : «Le principe Compétence-Compétence en droit de l'arbitrage».Thèse du doctorat en droit UNIVERSITÉ DE NICE – SOPHIA ANTIPOLIS, 2011, p 15.

95 - J. RUBELLIN-DEVICHI : «L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé», LGDJ, 1965., p. 213. «refuser au tribunal arbitral le pouvoir de juger de sa compétence permet à chaque plaideur de paralyser toute la procédure en invoquant une prétendue contestation sur l'investiture des arbitres, qui les oblige à surseoir à statuer».

96 - Ph.FOUCHARD : «La CNUDCI et la défense des intérêts du commerce international», Petites affiches, n° 252, 18 déc. 2003, p. 36.

يتأتى ذلك إلا من خلال الإقرار بمبدأ اختصاص للاختصاص والذي يشكل قطب الرحي لفلسفة التحكيم التجاري ككل⁹⁷.

ولعل هذا الهاجس هو ما دفع المشرع المغربي لسن قانون التحكيم رقم 08-05، وكذلك المشرع الفرنسي إلى إصدار مرسوم 2011 الذي تم بموجبه تعديل قانون التحكيم بفرنسا⁹⁸، هذا الأخير الذي جاء لتحقيق وتدعيم جاذبية القانون الفرنسي وبالأساس مكانة باريس كعاصمة للتحكيم التجاري الدولي، كما أن جميع القوانين الصادرة حديثا والمعلقة بالتحكيم التجاري جاءت لتحقيق نفس الغاية⁹⁹.

وبتقرير مبدأ اختصاص الاختصاص، يحجب قضاء الدولة من النظر في المنازعة التي تشمل على اتفاق التحكيم، بحيث يصبح المحكم هو قاضي الأساس، أما قضاء الدولة فيصبح هو المكمل لعمل المحكم على سبيل الاحتياط، سواء فيما سيقوم به فيما بعد من دور مساند أم مراقب لعمل المحكم.

أما من ناحية الوظيفة الاجرائية لمبدأ اختصاص للاختصاص، فالإقرار بحق الهيئة التحكيمية للبت في اختصاصها يرمي إلى التسريع

97 - Ph. LEBOULANGER : «La notion d'intérêts du commerce international», hommage à la mémoire de Philippe Fouchard, Rev. Arb. 2005, p.487.

98 - E. GAILLARD et P. de LAPASSE : «Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international». Dalloz 2011, p. 175 : «Le décret du 13 janvier 2011 constitue incontestablement une avancée majeure pour l'arbitrage français tant interne qu'international en ce qu'il modernise et libéralise leur régime juridique. En cela, la réforme est de nature à renforcer l'attractivité de la place de Paris en la matière. Pour autant, il est certain que, en matière d'arbitrage international, le recours à une place d'arbitrage n'est pas seulement motivé par des raisons qui tiennent à la qualité du droit de la place choisie, mais aussi à l'idée que se font les parties de la place d'arbitrage et de son droit».

99 - S . Bollée : «Le droit français de l'arbitrage après le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, Rev. Crit. DIP 2011 , p. 553 : «En la matière, les systèmes juridiques sont de plus en plus enclins à = = concevoir leurs rapports comme ceux qu'entretiennent des opérateurs se disputant une clientèle, et il est constant que les réformes « modernisatrices » sont perçues comme un moyen privilégié de capter celle-ci. C'est l'histoire de bien des lois sur l'arbitrage qui ont été adoptées au cours des dernières décennies dans de très nombreux pays, et il est hors de doute qu'en l'occurrence le souci de promouvoir la place d'arbitrage de Paris a pesé» .

بإصدار الأحكام التحكيمية في أقرب الآجال¹⁰⁰، والحيلولة دون المناورات التي يقوم بها الأطراف¹⁰¹ للتشويش على المحاكمة التحكيمية أو ربح الوقت¹⁰²، فقد يحاول طرف من الأطراف الانسحاب من عملية التحكيم بعد موافقته عليها بغرض إحباطها ككل وإعاقة هيئة التحكيم من إصدار حكمها، ويكثر ذلك عندما تدفع الدولة مثلاً بعدم أهليتها لإبرام اتفاق التحكيم بمقتضى قانونها الوطني، لذلك ولضمان فعالية نظام التحكيم لزم وضع قيود على إرادة الأطراف حتى لا يتم الانسحاب منه بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه بعد أن تمت موافقته عليه¹⁰³.

هذا وإن الغاية من إقرار قاعدة اختصاص المحكم للنظر باختصاصه التي تعتمدها كثير من قوانين التحكيم هو منع الطرف الذي لم يعد له مصلحة بالتحكيم في عرقلته عن طريق إثارة عيوب في العقد التحكيمي، الأمر الذي يجعل المحكم غير مختص إلا إذا ورد نص قانوني أو تعاقدية على اختصاصه في مثل هذه الحالات، لأنه في غياب النص القانوني أو التعاقدية عن اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه، فإن المحكم لا يعود مختصاً للنظر في عقد تحكيم مطعون في صحته، مادام أن المحكم يستمد اختصاصه من هذا العقد، من هنا جاءت قاعدة "اختصاص المحكم للنظر

100 - R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, op. cit., p. 397.

101 - Emmanuel GAILLARD : «Les manœuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l'arbitrage commercial international». Revue d'arbitrage 1990, N° 4 . , n°759, p. 770.

102 - Emmanuel GAILLARD : «L'effet négatif de la compétence-compétence Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur», op. cit, p. 388 : «Il s'agit de ne pas permettre à la partie qui ne souhaite pas voir l'arbitrage se dérouler normalement non seulement de soulever un incident sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage mais encore d'en tirer argument pour tenter de faire suspendre l'arbitrage jusqu'à ce que les juridictions étatiques se soient prononcées sur ce point. La compétence donnée aux arbitres de trancher la question permet de faire échec à d'éventuelles manoeuvres dilatoires, sans pour autant sacrifier les intérêts de la partie qui pourrait se trouver confrontée à une demande d'arbitrage sur le fondement d'une convention inexistante, nulle ou ne couvrant pas la matière litigieuse».

103 - عبد الرحمن المصباحي: المبادئ الضرورية لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، م. س، ص 108 .

باختصاصه" لتعالج هذا الوضع وتبقي المحكم مختصا وتبقي النزاع في إطار التحكيم ولا تخرجه إلى اختصاص القضاء¹⁰⁴.

ولما كان التحكيم طريق أفضل وأنجع لحل المنازعات خاصة ذات الطبيعة التجارية الدولية وذو مزايا تخدم مصالح الأطراف والمعاملات الدولية، فإن وظيفة هذا المبدأ تتمثل في الاقتصاد في المساطر وتركيزها أمام الهيئة التحكيمية¹⁰⁵.

إلا أنه بالرغم من فعالية الذاتية التي يحظى بها قضاء التحكيم في فض المنازعات التجارية بامتياز، والتي تخول للمحكم بشهادة المجمع الدولي بموجب مبدأ اختصاص الاختصاص، إلا أن هذا المبدأ من جانب آخر لا يمكن أن يبقى بمعزل عن تدخل قضاء الدولة لاستكمال وظيفته على أحسن وجه وبشكل فعال، من خلال سلطته العامة التي تتسم بقوة النفاذ والإلزام عوض سلطة المحكم التي تفتقر لذلك¹⁰⁶.

المبحث الثاني : تكريس الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لمبدأ اختصاص الاختصاص

لا يمكن الحديث عن أهمية وجدوى اللجوء إلى التحكيم كقضاء فعال لحل مختلف المنازعات الداخلية والدولية دون الوصول إلى تكريس أهم ما ينبني عليه هذا قضاء التحكيم وهو مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم.

104 - عبد الحميد الأحذب: التحكيم الدولي، ج. 2، م. س، ص 147 وما بعدها. وفي هذا المعنى يذهب أحد الفقه للقول:

«Permet à chaque plaideur de paralyser toute la procédure en invoquant une prétendue contestation sur l'investiture des arbitres, qui les oblige à surseoir à statuer». Jacqueline Rubellin-Devichi : L'arbitrage, Nature juridique. Droit interne et droit international privé. Paris LGDJ, 1965., n° 310 .

105 - O. CACHARD, «L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles», RDM, sept. 2007, n° 684, p.721. et E. Gaillard : "L'effet négatif de la compétence-compétence", op. cit, p. 399.

106 - نهال اللواح: القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، تحت عنوان "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة"، نوقشت بجامعة عبد المالك السعدي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بطنجة، 2012-2013، ص 44.

وقد حظي مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم بقبول واسع سواء من طرف المعاهدات الدولية وكذلك قواعد التحكيم، والذي تبنته فيما بعد التشريعات الوطنية الحديثة.

و من ثم، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وفق ما يلي:

المطلب الأول : مبدأ اختصاص -الاختصاص في الاتفاقيات الدولية.

أما المطلب الثاني، فخصصناه لدراسة مبدأ اختصاص الاختصاص في التشريعات الوطنية.

المطلب الأول : مبدأ اختصاص الاختصاص في الاتفاقيات الدولية وقواعد التحكيم

- بالنسبة للاتفاقيات الدولية، فلم تأخذ اتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تتعلق بتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية موقفا من مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم¹⁰⁷.

أما معاهدة جنيف الأوروبية لسنة 1961 فقد أقرت هذا المبدأ، وذلك كما هو مبين من نص المادة الخامسة منها، حيث تضمنت الفقرة الثالثة من هذه المادة ما يلي:

"إذا ادعى أحد الأطراف عدم اختصاص المحكم، فليس لهذا الأخير أن ينسحب من السير في إجراءات التحكيم، بل له سلطة التقرير في اختصاصه أو تقرير وجود أو صحة الاتفاق الخاص بالتحكيم أو العقد الذي يتضمن الشرط المذكور ولكن يبقى المحكم خاضعا للرقابة القضائية وفقا لقانون قاضي الموضوع "La loi du for".

ومن خلال ما سبق، فإذا كانت اتفاقية نيويورك لم تشر إلى مبدأ اختصاص الاختصاص، إلا أن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 المبينة أعلاه قد تطرقت للمسائل المتعلقة بقضايا التحكيم في الوقت الذي يتم فيه اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات لحين تنفيذ الحكم التحكيمي أو رفض تنفيذه، بما في ذلك مبدأ اختصاص الاختصاص التي تبين فيه مدى سلطة المحكم عند أدائه لمهمته التحكيمية، طبقاً لما بيناه أعلاه في المادة الخامسة (فق. 3)¹⁰⁸.

كذلك معاهدة واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965، والتي تضمنت هي الأخرى اعترافاً بالمبدأ في المادة 41 (فق. 1) من هذه الاتفاقية، حيث أشارت في الفصل الرابع منها المخصص للتحكيم بوضوح على أن "المحكمة - أي محكمة التحكيم - هي قاضي اختصاصها"¹⁰⁹.

و مقارنة مع الاتفاقيات الدولية الماثلة أعلاه، فإن القانون النموذجي للتحكيم الدولي (الأونسترال) بدوره قد اعترف للمحكم بأحقية النظر في اختصاصه وفي الدفع المثارة بشأن ذلك والمتعلقة بصحة اتفاق التحكيم وبطلانه، وذلك من خلال المادة 23 والتي تضمنت ما يلي:

"1 - تكون لهيئة التحكيم صلاحية البت في اختصاصها، بما في ذلك أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد على أنه اتفاق مستقل عن بنود

108 - انظر فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، م. س، ص 48 وص 54.

109 - جاء في النص الفرنسي في الفقرة الأولى من هذه المادة من اتفاقية واشنطن ما يلي:

«Le tribunal arbitral est juge de sa compétence».

العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائياً على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلان بند التحكيم...¹¹⁰.

- أما فيما يخص أنظمة التحكيم الدولية، فقد أقرت جميع أنظمة التحكيم وكذلك المقررات التحكيمية الصادرة عنها بمبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم، فقد تم التنصيص بشكل واضح من خلال الأنظمة الخاصة بمراكز التحكيم سواء بالمغرب أو بالخارج على هذا المبدأ، كما أنه ومن خلال الإطلاع على المقررات التحكيمية الصادرة عن هذه المراكز، فإن الملاحظ بأن جميع هذه المقررات قد طبقت مبدأ اختصاص الاختصاص لتبنت في النزاع المعروض عليها :

1 - أنظمة مراكز التحكيم:

فقد نصت الفقرة 3 من المادة 6 من النظام الخاص بغرفة التجارة الدولية بباريس والذي تم تعديله ودخوله حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ فاتح يناير 2012¹¹¹، على أولوية الهيئة التحكيمية للبت في جميع الدفوعات المتعلقة بوجود وصحة اتفاق التحكيم أو بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية¹¹²،

110 - المادة 23 من القانون النموذجي للتحكيم المنقحة بموجب تعديل 2010 التي تخلف المادة 16 القديمة. انظر التعديل الأخير لقواعد الأونسترال للتحكيم لسنة 2010، م. س، ص 56. وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة 16 المذكورة، حيث تضمنت في الفقرة الأولى منها ما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته...".

كما أضافت في الفقرة الثالثة من نفس المادة: "يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة، إما كمسألة أولوية وإما في قرار تحكيم موضوعي، وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلاي من الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بذلك القرار، أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة 6 أن تفصل في الأمر. ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب، لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وأن تصدر قرار تحكيم".

111 - Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale En vigueur à compter du 1er janvier 2012 Chambre de commerce internationale (ICC) Paris, France, 2011.

112 - Article 6 : Effet de la convention d'arbitrage :

«1 - Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à un arbitrage selon le Règlement, elles se soumettent au Règlement en vigueur à la date d'introduction de l'arbitrage, à =

كما أنه وطبقاً لمقتضيات المادة 5 من النظام الاستعجالي لدى غرفة التجارة الدولية بباريس¹¹³، فإنه يعود للهيئة التحكيمية وحدها حق البت في مدى اختصاصها.

وطبقاً لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي¹¹⁴ السارية ابتداءً من مارس 2011، فإن المادة 23 من قواعد المركز والمتعلقة

= = moins qu'elles ne soient convenues de se soumettre au Règlement en vigueur à la date de leur convention d'arbitrage.

2 - En convenant d'avoir recours à un arbitrage selon le Règlement, les parties acceptent qu'il soit administré par la Cour.

3 - Lorsqu'une partie contre laquelle une demande a été formée ne répond pas à cette demande ou soulève un ou plusieurs moyens relatifs à l'existence, la validité ou la portée de la convention d'arbitrage ou relatifs à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique, l'arbitrage aura lieu et toute question relative à la compétence ou à la possibilité de soumettre l'ensemble des demandes à un arbitrage unique sera tranchée directement par le tribunal arbitral, à moins que le Secrétaire général ne soumette la question à la décision de la Cour conformément à l'article 6, paragraphe 4...».

113 - Article 5 : Instruction de la cause :

«1 - S'il apparaît lors de la transmission du dossier au tiers statuant en référé que l'une des parties n'a pas présenté sa réponse, le tiers statuant en référé peut inviter la partie requérante à établir qu'une copie de la demande a été reçue ou doit être considérée comme ayant été reçue par cette partie, avant de poursuivre la procédure. A défaut, le tiers statuant en référé doit informer la partie intéressée de son droit de soumettre une réponse et lui fixer un délai pour le faire. Une telle mesure prise par le tiers statuant en référé n'affecte pas la validité de sa nomination.

2 - Il appartient au tiers statuant en référé de prendre toute décision sur sa propre compétence».

114 - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي: هو منظمة دولية مستقلة لا تهدف إلى الربح .

وقد تم إنشاء المركز عام 1979 تحت مظلة المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا وإعمالاً لقراراتها الصادر بجلستها المنعقدة بالدوحة عام 1978 بإنشاء مراكز إقليمية للتحكيم التجاري الدولي في آسيا وإفريقيا. وفي عام 1979.

ولقد أبرم اتفاق بين المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا وبين الحكومة المصرية لإنشاء مركز القاهرة لمدة ثلاث سنوات تجريبية. وفي عام 1983، أبرم اتفاق آخر بين المنظمة وبين الحكومة المصرية تم بموجبه الاتفاق على استمرار عمل المركز بشكل دائم. وفقاً لاتفاق المقر المبرم بين المنظمة وبين الحكومة المصرية في ديسمبر 1987، تم اعتماد مركز القاهرة كمنظمة دولية، كما تم منح المركز وفروعه كافة الامتيازات والحصانات التي تكفل استقلالية القيام بوظائفه ويقع المركز الرئيسي للمنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا في نيودلهي بالهند. وقد تأسست عام 1956 كإحدى نتائج مؤتمر بانونغ الذي عقد عام 1955 في بانونغ بانونغ، حيث كانت هذه المنظمة تعرف ابتداءً باسم اللجنة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا، وذلك حتى يونيو 2001 عندما تم تغيير اسمها إلى المنظمة القانونية الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا. وتضم المنظمة حالياً 47 دولة عضو من بين أكبر دول آسيا وإفريقيا وهي : جمهورية مصر العربية؛ البحرين؛ بنجلاديش؛ بروناي دار السلام؛ بوتسوانا؛ الكاميرون؛ قبرص؛ جمهورية كوريا الشعبية الديمقراطية؛ جامبيا، غانا؛ الهند؛ اندونيسيا؛ العراق؛ جمهورية إيران الإسلامية؛ اليابان؛ الأردن؛ كينيا؛ الكويت؛ لبنان؛ ليبيا؛ ماليزيا؛ موريشوس؛ منغوليا؛ ميانمار؛ نيبال؛ نيجيريا؛ عمان؛ باكستان؛ جمهورية الصين الشعبية؛ قطر؛ جمهورية كوريا؛

بالدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، نصت على أن هيئة التحكيم تفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه. ولهذا الغرض، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه تلقائياً بطلان شرط التحكيم.

كما أنه وطبقاً للمادة 23 المذكورة أعلاه، فإن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم يقدم في ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز تقديم الرد على الطلبات المقابلة أو الحق الذي يتم التمسك به بقصد الدفع بالمقاصة، ولا يترتب على قيام أحد الأطراف بتعيين محكم أو الإشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم هذا الدفع.

ويقدم الدفع بتجاوز هيئة التحكيم لنطاق سلطتها بمجرد أن تطرح خلال إجراءات التحكيم المسألة التي يدعى بأنها تتجاوز نطاق سلطة هيئة التحكيم، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين قبول الدفع المقدم بعد هذه المواعيد إذا رأت أن التأخير له ما يبرره، في حين يعود لهيئة التحكيم أن تفصل في أيّ دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 إما قبل الفصل في الموضوع أو ضمن حكمها في الموضوع. ولهيئة التحكيم الإستمرار في إجراءات التحكيم وأن تُصدر حكماً بالرغم من وجود أي إعتراض على اختصاصها معروض أمام محكمة قضائية¹¹⁵.

أما فيما يخص نظام المركز الأورو متوسطي للوساطة والتحكيم الدار البيضاء¹¹⁶، فقد نص على مقتضيات مشابهة، وكذلك الشأن فيما يتعلق

المملكة العربية السعودية؛ سيراليون؛ السنغال؛ سنغافورة؛ الصومال؛ جنوب أفريقيا؛ سري لانكا؛ فلسطين؛ السودان؛ سوريا؛ تنزانيا؛ تايلاند؛ تركيا؛ أوغندا؛ الإمارات العربية المتحدة؛ والجمهورية اليمنية.

115 - قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي السارية ابتداءً من مارس 2011، نشر مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي القاهرة 2011 .

116 - جاء بدياجة النظام الأساسي لإنشاء المركز الأورو متوسطي للوساطة والتحكيم بالدار البيضاء بأن المغرب، يقع شمال غرب إفريقيا على مفترق طرق التجارة الرئيسية وقرىبا من الأسواق الأوروبية

بقانون التحكيم لدى المحكمة المغربية للتحكيم **la Cour Marocaine** d'Arbitrage de la CCI-Maroc¹¹⁷، إذ نص في فصله العاشر على أنه لا يؤدي ادعاء بطلان اتفاق التحكيم أو الزعم بعدم وجوده إلى تقرير عدم اختصاص المحكم، إذا ما قرر اعتماد صحة شرط التحكيم، ويبقى المحكم مختصا حتى في حالة انعدام وجود العقد أو بطلانه، لتحديد الحقوق المتعلقة بكل طرف وللبت في الطلبات والمستنتجات¹¹⁸.

الرئيسية، ويتمتع بموقع استراتيجي يتيح له دورا قياديا في الجمع بين الفاعلين الاقتصاديين في بلدان البحر الأبيض المتوسط. كما إن الإفراط في الدعاوى التجارية قد برهنت على الحاجة إلى أساليب بديلة لحسم المنازعات بين الشركات أو الشركاء التجاريين. إن الوعي القوي للسلطات القضائية والسياسية في البلدان المتقدمة والبلدان الناشئة على الحاجة إلى تطوير هذه الأساليب البديلة بوصفها أدوات مكملة وليست منافسة للسلطة القضائية، وهي جزء من حملة لتحديث الوسط القانوني للمقاولات.

== ولقد أسس المركز الأورو متوسطي للوساطة والتحكيم، "CEMA" نطاق الظهير رقم 15/376-58-1 نوفمبر 1958 الذي ينظم الحق تكوين الجمعيات وتحدد مهمة هذا المركز طبقا لما جاء في المادة 2 من قانونه الأساسي كما يلي :

- إتاحة الفرصة إلى للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، أيا كانت جنسيتهم كل السبل لتمكينهم، من خلال التحكيم أو الوساطة، حل أفضل للنزاعات التجارية في أحسن الظروف من ناحية السرعة، والسرية، والتكلفة.
- دراسة أساليب وإجراء التحكيم والوساطة والبحوث التطبيقية في هذا المجال، فضلا عن تدريب وتكوين هيئة للتحكيم والوساطة في المغرب والخارج.
- تحرير ونشر وتوزيع إلى كافة جميع وسائل الإعلام في المغرب والخارج معلومات عن أهداف الجمعية وتنظيم جميع المناسبات، التي تدخل في أهدافها.

117 - أنشئ هذا المركز سنة 1999 وذلك للبت في القضايا التحكيمية الوطنية بشكل أساسي.

118 - "Règlement d'arbitrage de la Cour Marocaine d'Arbitrage" Art. 10 - Effet de la convention d'arbitrage :

«1- A moins que les parties n'en conviennent autrement dans leur convention, la nullité prétendue ou l'inexistence alléguée de cette convention n'entraîne pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la clause d'arbitrage. Il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour déterminer les droits respectifs des parties et statuer sur les chefs de leurs demandes et conclusions.

2 - Si l'une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage ou à tout stade de celui-ci, l'arbitrage a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention».

أما فيما يتعلق بالنظام الخاص بالمركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط¹¹⁹، فقد نص على بشكل مفصل على مبدأ اختصاص الهيئة التحكيمية للبت في اختصاصها¹²⁰.

2 - وبالنسبة لتقرير مبدأ اختصاص الاختصاص من خلال بعض القرارات التحكيمية:

فباختلاف المقررات التحكيمية الصادرة عن مراكز التحكيم، فإن الملاحظ هو تقرير اختصاصها وتطبيقها بشكل موسع لمبدأ اختصاص الاختصاص لصالح المحكم، وذلك بالرغم من منازعة أحد الأطراف في اختصاص مركز التحكيم سواء تعلق الأمر على سبيل المثال بمركز CIRDI

119 - المركز الدولي للتوفيق والتحكيم بالرباط، هو هيئة مستقلة (جمعية) غير ربحية، تهدف إلى تنظيم وتوفير خدمات التحكيم التجاري والبدائل الأخرى لتسوية النزاعات التجارية والاقتصادية غير المؤسسة القضائية الرسمية، تأسس من قبل غرفة التجارة والصناعة والخدمات للرباط في 28 أبريل 1999.

120 - Art. 1 - Application du Règlement : = =

= = «1- Le Règlement est applicable si la Convention d'arbitrage ou une autre convention entre les parties en prévoit l'application. Si la Convention renvoie au CEMA, un tel renvoi est interprété comme une volonté d'application du Règlement.

2 - En dehors de ce qui est prévu au paragraphe 1 ci-dessus, le Règlement est applicable si les conditions suivantes sont réalisées :

- a. Une partie dépose une demande d'arbitrage signée par elle-même et contenant la proposition de recourir à un arbitrage soumis au Règlement ;
- b. L'autre partie accepte cette proposition, par une déclaration signée personnellement, dans le délai indiqué par le règlement. ».

Art. 12 - Continuation de la procédure :

«1 - Si une partie conteste l'application du Règlement avant la constitution du Tribunal arbitral, le Directeur du Centre déclare si la procédure peut se poursuivre ou non.

2 - Si le Directeur du Centre déclare que la procédure d'arbitrage peut se poursuivre, cette décision est prise sans préjudice de toute décision du Tribunal arbitral à cet égard».

Art. 21 : Incompétence du Tribunal arbitral :

«L'exception d'incompétence du Tribunal arbitral doit être soulevée, sous peine de déchéance, dans le premier acte ou lors de la première audience qui suit la demande à laquelle l'exception se réfère».

¹²¹ أو مركز التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس CCI ¹²² أو بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

ففي المقرر المتعلق بالتحكيم الظرفي الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية رقم 474 بتاريخ 7 نوفمبر 2006¹²³، قررت هيئة التحكيم أن اتفاق التحكيم هو اتفاق صحيح وأن لها الاختصاص في تسوية النزاع الذي يتعلق بتعاقد المدعي العربي من الباطن مع شركة إنشاءات لتشييد مبان. وبدأت دعوى تحكيم ضد الشركة عملاً باتفاق التحكيم الظرفي المنصوص عليه في العقد من الباطن.

وخلال دعوى التحكيم، طعن المدعى عليه في اختصاص هيئة التحكيم زاعماً أن اتفاق التحكيم لم يحدد المسائل التي يتعين إحالتها إلى التحكيم، وبالتالي لا يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ما لم يبرم اتفاق بين الطرفين على إحالة النزاع إلى التحكيم، ورفض المدعي اتفاق إحالة النزاع

121 - Trib. arb. CIRDI, sentence d'incompétence, 10 janv. 2005, Groupement LESI-Dipenta c.

Algérie, n° ARB/03/8, JDI, 2006.p. 237, obs. E. GAILLARD.

Trib. arb. CIRDI, décision sur la compétence, 21 fév. 1997, American Manufacturing & Trading Inc. c. République du Zaïre, n° ARB/93/1, JDI, 1998.p. 243, obs. E. GAILLARD.

décision sur la compétence, 9 janvier 2001, The Loewen Group, Inc. Et Raymond L. Loewen c. États-Unis d'Amérique, JDI, 2002.p. 217, obs. E. GAILLARD.

122 - للإطلاع على المقررات التحكيمية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس الرجوع على سبيل المثال إلى :

- Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, Dominique Hascher- Recueil des sentences arbitrales de la CCI 2001-2007 Kluwer Law International: 2009. = =

= = - Y. Derains, J.-J. Arnaldez, Y. Derains, D. Hascher : Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1996-2000, Kluwer law international, 2003.

- Yves Derains, Sigvard Jarvin et Jean-Jacques Arnaldez : Recueil Des Sentences Arbitrales De LA CCI. 1994 .

- S. JARVIN et Y. DERAÏNS : Recueil des sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, ICC Publishing Paris, 1990.

123 - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المذكرة الإيضاحية للقانون النموذجي للأونسترال وفق تعديل 2006، نشر الجمعية العامة للأمم المتحدة، فيينا 2008، ص 3.

إلى التحكيم الذي صاغه المدعى عليه حيث ذكر المدعي أن اتفاق التحكيم هو وثيقة صحيحة تمنح هيئة التحكيم الاختصاص في تسوية النزاع.

وفي القضية 780 بتاريخ 28 نوفمبر 2004، قرر نفس المركز بأن اعتراض المدعى عليهم على اختصاصها قد أثير في أولى مرافعات وبالتالي يكون قد أبدي في غضون فترة معقولة¹²⁴.

واعتبرت هيئة التحكيم أن جميع التدابير اللاحقة الأخرى التي اتخذها المدعى عليهم، بما في ذلك تسمية محكميهم وتسديد حصتهم من تكاليف التحكيم، لا تمثل قبولا ضمنيا للتحكيم كوسيلة لتسوية النزاع، بيد أن هيئة التحكيم رفضت اعتراض المدعى عليهم بعد دراسة أسبابه، وخلصت إلى أن التنازل عن الحق في التحكيم بمقتضى بند تحكيم لا يمكن افتراضه، ويتعين أن يكون تعبير الطرف عن اعتزازه التنازل عن حقه التعاقدية في تسوية النزاع بالتحكيم واضحا ولا لبس فيه¹²⁵.

124 - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، م. س، ص 4.

125 - ويتعلق هذا النزاع باتفاق بيع وشراء أسهم مع نظراء مصريين لشراء رأس المال السهمي الذي تملكه شركة مصرية أبرم المدعى، وهو شركة سويسرية. ثم بدأت الشركة السويسرية دعوى تحكيم ضد المدعى عليهم استنادا إلى شرط التحكيم المنصوص عليه في الاتفاق والذي يحيل جميع النزاعات المحتمل نشونها بين الطرفين إلى التحكيم بموجب قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. طلب المدعي من المدعى عليهم في إخطار التحكيم الذي وجهه، أن يسددوا إليه بعض المبالغ المالية التي دفعها لمصلحة الضرائب والتي كان من المفترض أن يتحملها المدعى عليهم عملا بعبءة أحكام تعاقدية.

ودفع المدعى عليهم في مرافعتهم الأولى بعدم قبول الدعوى استنادا إلى تنازل من المدعي عن شرط التحكيم. ووفقا للمدعى عليهم، فإن ثلاثة منهم رفعوا دعوى أمام المحكمة الوطنية المختصة بصفتهم حملة أسهم سابقين في الشركة المشتراة، على المدعي الذي لم يحتج بشرط التحكيم ولا دفع بعدم قبول الدعوى أمام المحكمة المذكورة وذلك قبل بدء دعوى التحكيم.

وعوضا عن ذلك، قدم المدعي مذكرة دفاع وتنازل بالتالي عن حقه في التحكيم. ومن بين الحجج التي أثيرت ردا على الدفع بعدم قبول الدعوى، احتج المدعي بأن المدعى عليهم تأخروا كثيرا في إثارة هذا الاعتراض.

وبتقريره اختصاص هيئة التحكيم بالبت في اختصاصها، يكون مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قد حافظ على نفس النهج الذي كان قد سلكه في المقررات التحكيمية الصادرة عنه سابقاً. ففي المقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 12 يوليوز 1999 في القضية رقم 781 رفضت هيئة التحكيم الدفع ببطلان اتفاق التحكيم" لأن الاحتجاج به جاء بعد أن قدم المدعى عليه دفاعه بشأن حيثيات الدعوى ولأن هذا الدفع لا يستند إلى أساس"، كما أنه وفي المقرر التحكيمي الصادر بتاريخ 1 غشت 1996 في القضية رقم 67، قررت هيئة التحكيم الفصل في الطعن المتعلق باختصاصها وفي حيثيات الدعوى معا وأن تصدر قراراً واحداً فقط¹²⁶.

المطلب الثاني : مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم في التشريعات الوطنية

على غرار المقتضيات السابقة التي تبين بجلاء مدى تقرير مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم سواء في الاتفاقيات الدولية أو أنظمة التحكيم المختلفة، فإن قاعدة اختصاص المحكم للنظر باختصاصه اعتمدها كثير من التشريعات الوطنية في مجال التحكيم.

ومن أبرز التشريعات الوطنية التي كرست مبدأ اختصاص الاختصاص، القانون الفرنسي (الفقرة الأولى) وكذلك القانون المصري (الفقرة الثانية).

ولا يخفى كذلك ما تضمنه القانون المغربي من تقنين حول هذا المبدأ (الفقرة الثالثة)، وهذا ما سنتناوله بتفصيل وفقاً ما يلي:

الفقرة الأولى : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون الفرنسي

بموجب التعديلات التي أدخلها المشرع الفرنسي على قانون المسطرة المدنية سنة 1980¹²⁷، تم التصييص على مبدأ اختصاص الاختصاص للمحکم في القانون الفرنسي، هذا المستجد الذي اعتبر في حينه تطورا جدمهم¹²⁸، فقد نصت المادة 1466 من ق.م.م الفرنسي¹²⁹ على إعطاء المحكم صلاحية البت

في صحة وحدود هذا الاختصاص، وذلك في حالة منازعة أحد الأطراف في

مبدأ أو حدود اختصاصه القضائي¹³⁰. وبصدور المرسوم الفرنسي الجديد لسنة 2011¹³¹، حلت المادة 1465 ق.م.م الفرنسي محل المادة 1466 من ق.م.م. الفرنسي السابق لتنظيم الأثر الايجابي للتحكيم أي مبدأ اختصاص

127 - article 26 du décret n° 80-354 du 14 mai 1980.

128 - J. ROBERT, B. MOREAU : L'arbitrage , droit interne, droit international privé, op. cit, p. 134.

129 - حيث كانت المادة 1466 من ق.م.م الفرنسي قبل التعديل الأخير وفق مرسوم 2011، تنص على ما يلي :

«Si devant l'arbitre, l'une des parties en cause conteste dans son principe ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité et les limites de son investiture» .

130 - Jean Louis Delvolvé : «La convention d'arbitrage». L'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le Ministère de la Justice et la CGEM en collaboration avec la Cour Suprême, le 3-4 Mars 2004. Série « des Cahier de la Cour» N° 6/2005, p 158.

131 - للمزيد حول المستجدات التي أدخلها المشرع الفرنسي على المقترضات المتعلقة بالتحكيم الداخلي والدولي الاطلاع على :

E. LOQUIN : «La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage», RTD com., 2011, p. 255.-

- E. KLEIMAN et J. SPINELLI : «La réforme du droit de l'arbitrage, sous le double signe de la lisibilité et de l'efficacité – A propos du décret du 13 janvier 2011», Gaz. Pal., 27 janv. 2011, p. 9

- Ch. JARROSSON et J. PELLERIN, «Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011», Rev. arb., 2011.p.5.

- B. MOREAU, «Le décret du 13 janvier 2011 relatif à l'arbitrage interne et international», RJC, mars/avril 2011, n° 2.

- E. GAILLARD, «Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage», Cah. Arb., 2011.p. 263.

- T. CLAY, «L'appui du juge à l'arbitrage», Cah. Arb., 2011 (Rev. Préc).p.331.

- Ch. SERAGLINI, «L'efficacité et l'autorité renforcées des sentences arbitrales en France après le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011», (Rev. Préc), p.375.

الاختصاص، ذلك أن المادة 1465 المذكورة قضت بأن الهيئة التحكيمية وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بسلطتها القضائية¹³².

وإذا كان إقرار المشرع الفرنسي بمبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم قد جاء متعلقا بالتحكيم الداخلي، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد طبقه حتى على التحكيم الدولي كما رأينا سابقا، وكان سابقا لذلك كعادته قبل تقنينه من طرف المشرع الفرنسي بموجب المادة 1506 ق. م. م. الفرنسي الجديد¹³³.

وبغض النظر عن التعديلات التشريعية التي لحقت بالمقتضيات المتعلقة بالتحكيم، فقد عرف موقف القضاء الفرنسي من مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم تطورا كبيرا جدا، فمحكمة النقض الفرنسية وبعد أن كانت قد اعتبرت في إحدى قراراتها الصادرة سنة 1953 بأن النزاع المتعلق بصحة اتفاق التحكيم يعود اختصاص النظر في ذلك للمحاكم الوطنية باعتبارها هي صاحبة الاختصاص الوحيد¹³⁴، أصبحت على العكس من ذلك

132 - حيث تضمن النص الفرنسي للمادة 1465 ما يلي:

Art. 1465 : «Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel».

133 - جاء في نص المادة 1506 من ق. م. م. الفرنسي الجديد ما يلي:

Art. 1506 : «A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles :

1°) 1446,1447,1448 (alinéas 1 et 2) et 1449, relatifs à la convention d'arbitrage ;

2°) 1452 à 1458 et 1460, relatifs à la constitution du tribunal arbitral et à la procédure applicable devant le juge d'appui ;

3°) 1462,1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relatifs à l'instance arbitrale ;

4°) 1479,1481,1482,1484 (alinéas 1 et 2), 1485 (alinéas 1 et 2) et 1486 relatifs à la sentence arbitrale ;

= = 5°) 1502 (alinéas 1 et 2) et 1503 relatifs aux voies de recours autres que l'appel et le recours en annulations».

134 - C. Cass. com., 6 octobre 1953 Courtieu S. 1954, 1, p.149, note J. Robert, D. 1954, jurisp. p. 25.

«le litige mettant en cause la validité de la clause compromissoire doit être soumis aux juridictions de droit commun, seules compétentes pour en connaître».

المدافع عن مبدأ الاختصاص الاختصاص بشكل متدرج وصولاً إلى قرارها الشهير الصادر في قضية Zanzi، حيث أصبح اعتراف القضاء الفرنسي بمبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم يقضي بأحقية وأولوية المحكم للبت في اختصاصه، وذلك باستقلال تام عن أية مرجعية قانونية أو اتفاقية دولية¹³⁵.

ولعل هذا المبدأ الذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في قضية Zanzi شكل مصدراً رئيسياً للتعديلات التي تم إدخالها على المقتضيات المتعلقة بالتحكيم في قانون المسطرة المدنية الفرنسي¹³⁶، بعد أن أصبح مبدءاً قضائياً مستقراً عليه¹³⁷، وهكذا فقد قضت محكمة

135 - Cass. Civ. 1er ch, 5 janvier 1999, n° 96-21.430, M. Zanzi c. J. de Coninck et autres, Rev. Arb. 1999, p. 260 s. note Ph. Fouchard ; D. 1999.p.31 ; RTD com. 1999.p.380 ,note E. Loquin ; Rev. Crit. DIP 1999.p. 546 note D. Bureau ; D.1999.p.115 , note Delebecque ; V. également : CACHARD. O : «L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles». op. cit , p. 684.

136 - Rapport au Premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, JO du 14 janv. 2011.

137 - Cass. civ. 1er ch., 8 avril 2009 n° 08-17.548 Société Gefu Kuchenboss GmbH et autres c. soc. Corema, Rev. Crit. DIP 2009, p. 771 note M. Laazouzi: «Vu le principe compétence compétence ; Attendu qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage» ; C. Cass. Civ.1er ch. 20 févr. 2007, n° 06-14.107 (n° 228 FS-P+B+I) Bull. civ. I, n° 62, D. 2007. p.734, obs. X. Delpech; RTD civ. 2008 p. 151, note Ph. They ; Rev. Arb. 2007. p.775, note F.-X. Train : «Attendu que, pour juger la clause manifestement inapplicable et dire la juridiction étatique compétente pour connaître du litige, l'arrêt retient que les termes de la convention, qui désignent de = =

= = façon impérative deux institutions arbitrales, sont contradictoires, et qu'une nouvelle manifestation de volonté des parties est nécessaire pour la rendre efficiente ; Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'avait pas été saisi, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés».

Cass. civ. Ire, 11 juillet 2006, Sté NBC c. Bernadau, Bull. civ., I, n°364 ; JCP G, 2006, I, 187, p. 2100, obs. Ch. Seraglini ; JCP G, 2006, II, 10182, note P. Caillé.

Cass. civ. Ire, 23 janvier 2007, Sté Levantina de Hydraulica y Motores c. Scala et autres, Rev. arb., 2007. p. 279.

Cass. civ. Ire, 30 mars 2004, Sté Stein Heurtey c. sté Nippon Steel corporation, Bull. civ., I, n°96 : «attendu qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ; que, par ce seul motif de pur droit, substitué dans les conditions de l'article 1015 du nouveau

الاستئناف بباريس بأنه وبموجب مبدأ سلطة الهيئة التحكيمية في الحكم على اختصاصها (compétence-compétence)، فإنه يعود إلى المحكم المنفرد الحكم على اختصاصه الخاص وصحة الشرط ونطاقه¹³⁸، كما أنها اعتبرت في قرارها الصادر في قضية شركة Ineos، بأنه يعود إلى المحكم وفقاً لنص المادة 1466 من القانون المدني أن يفصل في صحة ومدى المهمة المسندة إليه ومن 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، ولا يفضي من باب أولى إلى عدم تنفيذه للعقد التحكيمي 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 التحكيم¹³⁹.

وبالرجوع إلى القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، فإن الملاحظ هو عدم الاكتفاء بإقرار مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم، بل أن محكمة النقض قد سلكت نهجا موسعا في تطبيقات هذا المبدأ، ففي قضية **Zanzi** السالفة الذكر، توسعت محكمة النقض الفرنسية في تفسير مبدأ

Code de procédure civile, à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié dès lors que la nullité de la clause compromissoire n'était pas alléguée et qu'il résultait des propres demandes de la société Stein Heurtey que la clause n'était pas manifestement inapplicable».

138 - C. Paris, 14e ch.B, 24 octobre 2008 : Cniec Shaanxi Corporation c. Compagnie des Métaux France – Commet France-. RG n° 08/05967.

قرار منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الثاني، ص 796-797.

139 - قرار محكمة استئناف باريس (الغرفة الأولى)، 28 نوفمبر 2007، بين شركة UOPNV ضد شركة

: Ineos

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

= = منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الأول، ص 611.

الاختصاص بالاختصاص للمحكم وذلك بعد أن أقرت بصحة اتفاق التحكيم الدولي ولو تعلق الأمر بعقد مدني¹⁴⁰.

وانسجاما مع موقفها المتمثل في تفسيرها الموسع لمبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن نطاق السلطة الممنوحة للمحكم تمنحه الأفضلية لبت اختصاصه، وأنه وحده البطلان الواضح للبند التحكيمي أو انتفاء إمكانية تطبيقه يحد من سلطة المحكم في هذا الشأن، كما أن التذرع بانتفاء شمول اتفاق التحكيم للمسائل المتنازع

140 - Sur le troisième moyen, pris en ses deux premières branches, ainsi que sur le moyen, relevé d'office dans les conditions de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile, pris de la validité de la clause compromissoire dans l'ordre international ;

Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialisé, et celui selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence ;

Attendu qu'il en résulte que la juridiction étatique est incompétente pour statuer, à titre principal, sur la validité de la clause d'arbitrage, et que l'article 2061 du Code civil est sans application dans l'ordre international ;

Attendu que la cour d'appel, saisie par M. de Coninck d'une action principale tendant à la nullité de la clause compromissoire stipulée dans le contrat conclu avec la société Trip-covitch, a déclaré cette clause nulle sur le fondement de l'article 2061 du Code civil, en raison du caractère civil du contrat, en décidant qu'étaient réunies les conditions posées par l'article 1458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, selon lequel la juridiction étatique saisie d'un litige soumis à un tribunal arbitral peut retenir sa compétence lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel, qui n'était pas saisie du litige soumis au tribunal arbitral et qui devait laisser l'arbitre statuer sur sa propre compétence en vertu du second des principes susvisés, a, de plus, méconnu le premier ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les premier et deuxième moyens CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 23 octobre 1996, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi

Vu l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, déclare la juridiction étatique incompétente pour statuer à titre principal sur la validité de la convention d'arbitrage ;

RENVOIE les parties à mieux se pourvoir.

عليها لا يؤدي إلى اعتبار البند التحكيمي باطلا بشكل واضح أو غير قابل للتطبيق¹⁴¹.

وفي قرارها الصادر بتاريخ 17 مارس 2010، اعتبرت محكمة النقض بأن وجود عدة عقود و عدة بنود مختلفة لتسوية النزاعات وأن عدم قابلية فصل الطلبات المقدمة أمام المحكمة التجارية المبنية على أساس المسؤولية التقصيرية، لا يشكل أسبابا من شأنها أن تفضي إلى بطلان شرط التحكيم أو عدم إمكانية تطبيقه الظاهرة ولا تحول دون تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص، هذا المبدأ الذي يعود بموجبه إلى المحكم الفصل بالأولوية في اختصاصه، إلا في حالة بطلان شرط التحكيم أو عدم إمكانية تطبيقه الظاهرة¹⁴².

141 - قرار محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى)، 25 نيسان 2006 بين شركة DMN Machinefabriek BV ضد شركة Tripelle et Renaud منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الأول، م. س. ص 632.

كذلك في قرار صادر بتاريخ 16 نونبر 2004 الذي جاء فيه:

«Il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ; par ce motif de pur droit substitué, dans les conditions de l'article 1015 NCPV, à ceux critiqués, un arrêt se trouve légalement justifié des lors que la nullité de la clause compromissoire n'était pas alléguée et qu'il résultait des propres demandes de la partie ayant saisi la juridiction judiciaire que la n'était pas manifestement inapplicable.» cass.civ 16 novembre 2004, Rev. Arb. 2004, p.986.

وعلى عكس ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار آخر جاء فيه:

«Décidé qu'en retenant que les conditions générales qui doivent s'appliquer sont celles en vigueur à la date de la certification du navire par la partie assignée en réparation du préjudice consécutif au naufrage de celui-ci, qu'a cette époque seule une clause attributive de juridiction figurant dans les conditions générales de vente et non une clause compromissoire qui n'a été introduite qu'ultérieurement, une cour d'appel a caractérisé l'inapplicabilité manifeste au litige de la clause d'arbitrage invoquée.» Cass. Civ.26 juin 2001.Rev. arb. 2004, p. 851.

142 - قرار محكمة التمييز (الغرفة المدنية الأولى)، قضية رقم 21.641-08، 17 مارس 2010، بين شركة Komatsu Asia & Pacific PTE Ltd ضد شركة Pacific Auto. منشور بمجلة التحكيم العالمية 2011، العدد التاسع، ص 713.

وفي قضية *Prodim/ La farge*، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية بأن "محكمة الاستئناف التي من أجل حفظ اختصاص محكمة التجارة، اعتبرت أن الشرط التحكيمي لم يحل إلى التحكيم المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ العقد، وأن المنازعات المتعلقة ببطلان العقد عند إبرامه خارجة عن نطاق التحكيم.

إن محكمة الاستئناف تفصل اعتمادا على أسباب لا تؤثر في سريان الشرط التحكيمي الذي يبقى ساري المفعول، ووحدها الأسباب التي تجعل الشرط التحكيمي غير نافذ هي التي تقف حاجزا دون الاختصاص الأول للمحكم النظر في اختصاصه وفي وجود وصحة ومدى الشرط التحكيمي"¹⁴³.

كما أن محكمة النقض المذكورة قد اعتبرت في قرارها الصادر في ظل المرسوم الفرنسي السابق بتاريخ 20/2/2007¹⁴⁴، بأن القرار الذي اعتبر أن بنود الاتفاقية التي تحدد مؤسستين بطريقة مختلفة تكون متناقضة، وأن إظهار إرادة جديدة للأطراف تكون ضرورية لجعلها فاعلة، وللحكم بعدم قابلية البند للتطبيق وإعلان صلاحية قضاء الدولة للنظر في النزاع يخالف مبدأ الاختصاص والمادة 1493 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد، كما أن تلك الأسباب لا يمكن وصفها عدم القابلية الظاهرة لتطبيق البند طالما أن محكمة الاستئناف لم تستنتج غياب إرادة الأطراف باللجوء إلى التحكيم.

أما فيما يتعلق بامتداد اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه نتيجة لامتداد أثر شرط التحكيم إلى الغير وإلى سائر العقود، فقد شكل القرار

143 - قرار محكمة النقض الفرنسية (الغرفة المدنية الأولى)، 22 ديسمبر 2007، بين شركة *Prodim/ La farge* منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الأول، م. س. ص 612.

144 - قرار محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، 20 فبراير 2007، بين *France SA et autres* Société UOP NV. c/ Société BP، منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الثاني، م. س. ص 761.

الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في قضية **Tegliavini / Franfinance**¹⁴⁵،
قمة في تمسك القضاء الفرنسي بتطبيق مبدأ الاختصاص للاختصاص
لصالح المحكم، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت في هذا القرار بأن
الشرط التحكيمي يفرض نفسه بسهولة على الصعيد الدولي.

وفي هذا الحكم تؤكد محكمة النقض أن الشرط التحكيمي يسطع مؤثرا
في التحكيم تجاه الغير وتثبت انتقال هذا الشرط في حال تعدد العقود إن ظل
شرط تحكيم كاف ليحكم القضاء بعدم اختصاصه، ويحيل الاختصاص
للمحكم كي يبت هذا الأخير في الاختصاص¹⁴⁶.

وقد تضمن حكمها قاعدتين يستند إليهما ضمنا وهما:

الأولى، وهي قاعدة اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه. والثانية،
استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط
التحكيمي.

فبالنسبة لاختصاص المحكم للنظر في اختصاصه، فتعني أن له
الأولوية للبت في الاختصاص إذا كان هناك نزاع على الاختصاص

145 - قرار محكمة النقض بباريس بتاريخ 2008/11/25، الغرفة التجارية، بين **Tegliavini / Franfinance** منشور بمجلة التحكيم 2009، العدد الرابع، ص 796.

146 - فأساس هذا النزاع شخص (أو شركة) يبحث مباشرة عن تملك معدات للأفران ثم مرحلة ثانية يتجه هذا الشخص إلى قرض إيجار، لأنه لم يتوفر له مثلا قرض لذلك. وهذه هي رحلة شركة **Les Pains du Sud**. فالشركة اشترت معدات المخابز والأفران من شركة **Tegliavini** عن طريق عقد بتاريخ 1998/2/25 وتضمن هذا العقد شرطا تحكيميا، واختارت فيما بعد أن تمويل هذا التملك بقرض إيجار. وإبرام عقد بيع جديد حول نفس المعدات ولكن بين شركة **Tegliavini** وشركة **Franfinance**. ولكن الطرفين في عقد البيع الثاني لم يختارا التحكيم بل اختارا صراحة القاضي الباريسي. وقد أدت الأعطال في المعدات إلى أن تبحث شركة **Les Pains du Sud** عن تحميل شركة **Tegliavini** المسؤولية أمام محكمة التجارة في **Perpignan** فتدفع البائع بالشرط التحكيمي الوارد في عقد البيع الأساسي فاعتبر القضاء نفسه غير مختص للنظر في النزاع. وتدفع طالب النقض بأن حكم محكمة الاستئناف لم يأخذ في الاعتبار أن النزاع ناشئ عن عقد البيع الثاني الذي حل محل عقد البيع الأول وعقد البيع الثاني خال من أي شرط تحكيمي.

المذكور، ومن جراء ذلك فإن القاضي يعتبر نفسه غير مختص بمجرد أن يكون هناك شرط تحكيمي ليس باطلا بشكل بين ظاهر وجلي، أو إذا كان هذا الشرط التحكيمي غير قابل للتطبيق، وفي هذه الحالة يعتبر القاضي نفسه غير مختص.

واستقر اجتهاد محكمة النقض على الإجازة "للغير" بأن يستفيد من شرط تحكيمي ويتقدم بدعوى نابعة من العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي "الغير" المستفيد من تعاقد لمصلحة الغير، أو الغير الذي آل إليه حق حصلت عليه عدة تنازلات في عدة عقود، واكتفت محكمة النقض لإجازة امتداد أثر الشرط التحكيمي "للغير" باشتراط أن يكون هذا الغير قد شارك في تنفيذ العقد على أن تكون العلاقة التعاقدية موضوع النزاع هي تلك الواردة في العقد المتضمن الشرط التحكيمي.

ولكن محكمة النقض الفرنسية في حكمها تجاوزت هذا الاتجاه لأنها تجاوزت العقد الأساسي المتضمن الشرط التحكيمي، لكون أن النزاع لم يعد موضوعه هذا العقد الأساسي.

وبالتالي فإن الشرط التحكيمي امتد في هذا الحكم ليس إلى مجموعة عقود، ولكن في هذا النزاع كان هناك عقد بيع، حل محله عقد بيع آخر، ولم يكن العقدان في اتجاه واحد، العقد الأول عقد بيع والعقد الثاني عقد قرض إيجار، تبدو محكمة النقض وكأنها قد تجاوزت العقد الأول معتمدة قاعدة استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي لإعطاء المحكم اختصاص النظر في اختصاصه.

وبالنسبة لاستقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط، فقد اعتبرت محكمة النقض أن كل النزاعات النابعة من عقد أساسي محدد يعود اختصاص النظر في الاختصاص فيها إلى المحكم بدون تفريق سواء أكان الأمر يتعلق بصحة أو بتفسير أو بتنفيذ، ومن ثم فإن كل

المنازعات الرامية إلى إلغاء العقد لا تخرج عن اختصاص المحكم الذي يعينه الشرط التحكيمي الوارد في هذا العقد.

وتبعاً لذلك، فإن استقلالية الشرط التحكيمي كقاعدة هنا لا ترمي إلى حماية استقلالية هذا الشرط بل إلى دعم الرابط الذي يربط سلسلة منازعات مرتبطة بالعقد الأساسي، ومع ذلك فإن ربط اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه بهذا المعنى يبقى ضعيفاً ليس هناك رابط يمكن أن يربط سلسلة هذه العقود بتجاوز عقدي البيع المتلاحقين سوى حق الملكية، ونقول حق الملكية على سبيل الافتراض وليس على سبيل التبرير، للبحث عن أساس لربط هذه العقود ببعضها (حق الملكية، حق ملكية المعدات الفنية للأفران والمخابز) وعلى هذا الحق انصب النزاع.

وعلى كل حال، فالنتيجة التي توصل إليها حكم محكمة النقض أن الشرط التحكيمي ليست له حدود معقولة إلا إذا كان موضوعه محددًا بالدعاوى المرتبطة بالعقد الذي يتضمن هذا الشرط التحكيمي، هذه الدعاوى تغطي كل ما يمنع من انتقال حق الملكية من العقد الأساسي¹⁴⁷.

ومن خلال ما سبق عرضه، فإن القضاء الفرنسي يكرس مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم بشدة، هذا المبدأ الذي دافع عنه منذ الحملة التشريعية سابقة بموجب المرسومين الفرنسيين، الأول موسوم 14 ماي 1980 المتعلق بالتحكيم الداخلي والمرسوم الثاني في 12 ماي 1981 المتعلق بالتحكيم الدولي، وصولاً إلى المرسوم الفرنسي الجديد الصادر في 13 يناير 2011، ليكون هذا الأخير هو الذي طور من مبدأ اختصاص الاختصاص بموجب المبادرة النيرة للقضاء الفرنسي الذي كانت له المبادرة في تكريس وإقرار هذا المبدأ بشكل واسع.

الفقرة الثانية : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المصري

لم يخرج المشرع المصري عن الموجة التشريعية الحديثة التي واكبت رياح التقدم في مجال التحكيم التجاري، بما في ذلك تقنينه وإقراره لمبدأ اختصاص الاختصاص والنطاق الذي يمتد إليه هذا المبدأ، حيث تعرض المشرع المصري لهذا المبدأ في المادة 22 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تضمنت ما يلي:

"1 - تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلان أو عدم شموله لموضوع النزاع.

2 - يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز ميعاد تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون، ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع. أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل أثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت التأخير كان لسبب مقبول.

3 - تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا إذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (53) من هذا القانون".

ويتضح من خلال المادة المعروضة أعلاه، على أن المشرع المصري قد حول هيئة التحكيم سلطة الفصل في جميع الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، من بينها تلك التي تتعلق بعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. ومع ذلك فهذه الهيئة التحكيم تملك الفصل في

جميع أنواع الدفوع الأخرى التي يمكن أن تثور في هذا الصدد، فعلى سبيل المثال يمكن للهيئة أن تفصل في الدفوع المبنية على عدم قابلية محل النزاع للتحكيم، أو سقوط شرط التحكيم بمضي المدة أو بطلان العقد الذي يشتمل على الشرط¹⁴⁸.

و في هذا الصدد، فقد أقرت المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر في الدعوى رقم 155 لسنة 20 ق. دستورية بتاريخ 13 يناير سنة 2002 حكم المادة 22 من قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، فيما تضمنته من النص على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، على الرغم من نصوص الدستور ونصوص قانون السلطة القضائية التي تنص على اختصاص المحاكم تأسيساً على أن "إرادة المحكّمين اتجهت إلى ولوج طريق التحكيم لفض خصوماتهم بدلاً من القضاء العادي، وأن المشرع المصري - بما له من سلطة تقديرية في تنظيم الحقوق - قد حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناء من أصل خضوعها لولايتها"¹⁴⁹.

ومن خلال ما تقدم، فإنه وبالرغم من ورود نص وحيد في قانون التحكيم المصري وهو نص المادة 22 التي أقر فيها المشرع المصري مبدأ اختصاص الاختصاص، إلا أنه استهدف من خلال هذه المادة توسيع مهام

148 - علي رمضان علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، م. س.، بند 360، ص 357.

149 - محمد أبو العينين: "الاتجاهات العامة بشأن دور المحاكم الدستورية بشأن التحكيم (النموذج المصري)". مقدم إلى مؤتمر الدور الفعال للقضاء الوطني في التحكيم، مدينة شرم الشيخ بجمهورية مصر العربية، تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من 19 نوفمبر إلى 21 نوفمبر 2007، ص 11.

الهيئة التحكيمية بما يحفظ مصالح الأطراف، والقضاء المصري لم يخرج عن هذا الإطار.

الفقرة الثالثة : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المغربي

كان المشروع الأولي للتحكيم بالمغرب "مدونة التحكيم" ينص على مبدأ اختصاص الاختصاص في فصليه 21 و22 منه، والذي خول المحكمين إمكانية إذا طعن أحد الأطراف في اختصاص هيئة التحكيم أو دفع بعدم صحة اتفاق التحكيم أو بعدم وجوده، يكون لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، غير أن منح المحكم الصلاحية لأن يقوم بنفسه بالفصل في مسألة اختصاصه، فإنه في ذات الوقت يظل خاضعا للرقابة اللاحقة من جانب القضاء الوطني المختص الذي يثبت أمامه الطرف الآخر بطلان شرط التحكيم أو عدم وجوده، وإن كانت هذه النقطة محل خلاف بين الفقه¹⁵⁰.

وكانت المادة 22 من مشروع مدونة التحكيم تنص على ما يلي:
"إذا نازع أحد الأطراف في مبدأ أو نطاق سلطة الفصل لهيئة تحكيمية أو دفع أحد الأطراف ببطلان اتفاقية التحكيم، تبت الهيئة التحكيمية في صحة وحدود ولايتها بمقتضى أمر غير قابل لأي طعن، إلا عند الطعن في الحكم التحكيمي وبنفس الشروط.

يتعين الدفع بعدم قبول الدعوى أو ببطلان اتفاق التحكيم قبل كل دفاع في الجوهر تحت طائلة عدم القبول."¹⁵¹

150 - عبد الرحمان المصباحي، المبادئ الضرورية لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، م. س.

ص 108.

151 - عبد المجيد غميحة: مستجدات مشروع القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة. منشور بمجلة المحاكم التجارية، عدد 2/دجنبر 2006، ص 35، انظر الهامش رقم 8.

أما في ظل قانون التحكيم الحالي رقم 08-05، فتجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية رقم 08-05 لم يتعرض للحديث عن مبدأ اختصاص الاختصاص للهيئة التحكيمية في الفرع المخصص للتحكيم الدولي.

و إذا كان قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية لم ينص على اختصاص الهيئة التحكيمية للنظر في اختصاصها بالنسبة للتحكيم الدولي¹⁵²، فإن هذا القانون نص في الفصل 9-327 منه على ما يلي: "على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تثبت إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت.

يمكن للهيئة التحكيمية قبل اتخاذ أي قرار في الموضوع أن تطلب من الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ذات الاختصاص المكاني بالنظر إلى مكان التحكيم موافاتها بالمعلومات التي تراها مفيدة بالنظر إلى مقتضيات الفصل 308 أعلاه، ويجب على الوكيل العام أن يوافقها بذلك داخل الخمسة عشر يوما التالية لرفع الطلب إليه. وإلا نظرت في الملف على حالته."¹⁵³

152 - انظر بتفصيل اختصاص الاختصاص كما هو منظم في قانون التحكيم المغربي من الفصل 9-327 إلى الفصل 21-327 من قانون 08-05. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المقتضيات من بين ما استثنى المشرع المغربي تطبيقها على التحكيم الدولي، على اعتبار أنها قواعد تخص التحكيم الداخلي ولا يمكن تطبيقها على التحكيم الدولي اللهم إذا اختار الأطراف تطبيق ق.م.م المغربي واختاروا تطبيقها بالرغم من استثنائها، وذلك استنادا إلى الفصل 43-327 من قانون رقم 08-05 الذي ينص: "إذا كان التحكيم خاضعا لقانون المسطرة المدنية المغربي، فإن مقتضيات الجزأين الفرعيين الثاني والثالث بالفرع الأول من هذا الباب لا تطبق إلا عند غياب أي اتفاق خاص مع مراعاة مقتضيات الفصلين 41-327 و42-327".

153 - وهو نفس ما كان مشروع قانون التحكيم رقم 08-05 ينص عليه، في للفصل 9-327 من المشروع المذكور، الذي تضمن ما يلي:

==

== "على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تثبت إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف، في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم وذلك بأمر غير قابل للطعن إلا وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت.

والملاحظ من نص الفصل المذكور، أن هذا الأخير يربط ممارسة الهيئة التحكيمية لحقها في النظر في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم بمراقبة النيابة العامة، وذلك عند وجود شك في صلاحيتها أو صلاحية اتفاق التحكيم، وهذا حل يبدو متشددا في هذا الميدان، بحيث لا يقر للمحكم بمبدأ اختصاص الاختصاص بشكل كامل بل مقرونا بتدخل القضاء حتى في جانبه الإيجابي المحض، على خلاف ما رأيناه سواء في التشريعات السابقة أو طبقا للمقتضيات الدولية.

وفي ذلك يذهب بعض الفقه المغربي إلى التعليق على هذا الموقف المتشدد الذي تبناه المشرع المغربي في أنه:

- النقطة الأولى، فإن المشرع المغربي يربط مراجعة النيابة العامة بشك الهيئة التحكيمية في اختصاصها أو في صلاحية اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة فإن معيار الشك فضفاض ولا يمكن اعتماده.

- النقطة الثانية، من خلال ما هو مبين في الفصل المذكور أعلاه، فإن المشرع يفرض مراجعة النيابة العامة مع العلم أن القضية معروضة على التحكيم، مما يخالف ويضر بقواعد التحكيم واستقلاله كما هو متعارف عليها.

- ثم النقطة الثالثة والأخيرة، وهي أن الأمر يتعلق بإبداء مستنتجات لا جزاء في حالة مخالفتها، مما سيساهم في تطويل المسطرة من دون طائل¹⁵⁴.

غير أن للهيئة التحكيمية قبل اتخاذ أي قرار في حالة الشك في صلاحيتها أو صلاحية اتفاق التحكيم بالنظر إلى مقتضيات الفصل 308 أعلاه أن ترفع الأمر لأجل إبداء الرأي فيه إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ذات الاختصاص المكاني بالنظر إلى مكان التحكيم، ويجب على الوكيل العام أن يبدي رأيه خلال داخل الخمسة عشر يوما التالية لرفع الأمر إليه. ويعتبر عدم الجواب خلال الأجل المحدد بمثابة موافقة على صحة الاتفاق أو اختصاص الهيئة التحكيمية."

154 - انظر في ذلك: عبد المجيد غميحة: مستجدات مشروع القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة. م.س، ص 35 وما بعدها. وفتيحة سياسي: الوسائل البديلة لحل النزاعات وعلاقتها بالقضاء. م. س، ص 99.

وفضلا عن ذلك، وبالرجوع للفقرة الأولى من المادة 9-327 التي جاء فيها: "على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع، أن تثبت إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم، وذلك بأمر غير قابل للطعن وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت".

فإنه وحسب ذ. رياض فخري الذي يذهب في تعليقه على هذا النص إلى أن "أول ملاحظة يمكن إبدائها حول هذا النص، تتعلق بصيغة الوجوب التي استعمل بها "على الهيئة..." بدل صيغة الإمكان التي تنص عليها بعض التشريعات صراحة كالقانون النموذجي في المادة 16¹⁵⁵، أو بشكل غير صريح كما هو الحال في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، خصوصا وأن الإلزام الذي يتضمنه نص المادة 9-327 القانون رقم 08-05 ينطبق على تلقائية البت في اختصاص الهيئة التحكيمية، هذه التلقائية التي انفرد بها المشرع المغربي دون باقي التشريعات، حيث استعمل المشرع المصري عبارة "الدفع"، واستعمل القانون النموذجي عبارة "اعتراضات"، والمشرع اللبناني عبارة "إذا نازع" جاعلين من الهيئة التحكيمية غير قادرة أو غير ملزمة بالنظر في اختصاصها من عدمه إلا إذا طلب منها ذلك في شكل دفع أو اعتراض أو إثارة.

الملاحظة الثانية، تتعلق بالتناقض الحاصل في نفس المادة 9-327 بين قولها: "على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تثبت..."

و قولها في نهاية الفصل "وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت"، ليختلط الأمر بين ضرورة أن تثبت الهيئة التحكيمية في اختصاصها قبل النظر في الموضوع، وبين "وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت"، أم أنه يترك الخيار للهيئة التحكيمية بأن تثبت في الأمر قبل الدخول في الموضوع إذا تبين لها أنها غير مختصة، منعا

لإضاعة الجهد والوقت وبالتالي الحقوق، أو أن تضم هذا الدفع للموضوع وتبت فيهما في نفس الوقت إذا كانت قد قررت بأنها مختصة.

الملاحظة الثالثة والأخيرة، وهي الأهم تتعلق بما ورد في نهاية الفقرة الأولى من المادة 9-327 من القانون رقم 08-05، من أن الأمر الصادر حول اختصاص وحدود اختصاصات هيئة التحكيم يكون غير قابل للطعن.

كما يضيف هذا الفقه، على أن ما يزيد الأمر تعقيدا هو أن الفقرة الأولى من المادة 9-327 تنتهي بما يلي: وفق نفس شروط النظر في الموضوع وفي نفس الوقت، أي وقت صدور المقرر التحكيمي.

الشيء الذي يعني أن الأمر يكون قد صدر فعلا برفض الدفع بعدم الاختصاص أو بمداه ولا يتم الإعلان عنه إلا في نفس وقت صدور مقرر التحكيم في الموضوع"¹⁵⁶.

وبالرجوع إلى التطبيقات القضائية لمبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم، فإنه وعلى خلاف الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإن أمر استنباط موقف القضاء المغربي من مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم ليس بالأمر الهين، إلا أنه وبالرغم من ذلك فقد صدر عن القضاء المغربي عدة أحكام وقرارات قضت باختصاص المحكم للبت في النزاع المعروض على الهيئة التحكيمية وفي صحة وحدود اختصاصه أو في صحة اتفاق التحكيم.

ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس¹⁵⁷، اعتبرت فيه أنه إذا كان النزاع في نقطة يشملها التحكيم ولم يعرض بعد على الهيئة

156 - انظر رياض فخري: "قواعد التحكيم، قراءة في القانون رقم 08-05". الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الحادية عشر، نظمها المجلس الأعلى بقصر المؤتمرات بالعيون، الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، يومي 01 - 02 نونبر 2007، ص 438 وما بعدها.

157 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم " 242" الصادر بتاريخ 2009/2/11 ملف عدد 08/1267. منشور بكتاب "التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي- رصد لقرارات محكمة النقض

التحكيمية وجب على المحكمة بطلب من الخصم وقبل الدخول في جوهر النزاع كما أن تصرح بعدم القبول وذلك بناء على تعليلها والذي جاء فيه بأنه، "وكما يستفاد من قرار المجلس الأعلى أنه اعتبر أن القرار المنقوض قد أخفق في التعليل عندما جرد مقتضيات الفصل 28 من عقد الترخيص المؤرخ في 1990/07/11 من الأثر المباشر والناجم عن تطبيقه بكيفية صحيحة، كما وانتهى المجلس على أن الجهة المختصة للبت في النزاع هي قضاء التحكيم ومن تم كانت لفائدة من تمسك بعدم وجود ضرورة لمراجعة هيئة التحكيم أكثر من مرة بخصوص نفس النزاع أو أن الأمر يتعلق بمجرد خلط بشأن التحكيم حول النزاع المتعلق بخرق العقد وبين التزيف المرتكب من طرف شركة ...، وعليه ولما كان من الثابت قانونا وفق الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بعد تعديله بموجب الظهير الشريف رقم 1.07.169 وتاريخ 30 نوفمبر 2007، أنه يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب عن بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته، كما أنه إذا كان النزاع في نقطة يشملها التحكيم ولم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وجب على المحكمة بطلب من الخصم وقبل الدخول في جوهر النزاع كما هو الشأن في نازلة الحال أن تصرح بعدم القبول مالا يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا".

وفي قراره الصادر بتاريخ 2008/1/30¹⁵⁸، قضى المجلس الأعلى قبل أن يحمل تسمية "محكمة النقض"¹⁵⁹، بأنه تكون الجهة المختصة للبت في

ومحاكم الموضوع"، للمؤلفان: مصطفى بونجة ونهال اللواح، مطبعة اسبارطيل - طنجة، الطبعة الأولى، ص 210.

158 - قرار المجلس الاعلى عدد 116 بتاريخ 2008/1/30 في الملفين التجاريين عدد 2005/1/3/1089 و2006/1/3/595، قرار المجلس الاعلى عدد 116 بتاريخ 2008/1/30 في الملفين التجاريين عدد 2005/1/3/1089 و2006/1/3/595. نفس المرجع، ص 82

159 - ظهير الشريف رقم 1.11.170 صادر في 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 58.11 المتعلق بمحكمة النقض، المغير بموجبه الظهير الشريف رقم 1.57.223 الصادر في 2 ربيع الأول

النزاع هي قضاء التحكيم متى تعلق الأمر بتطبيق بنود العقد الرابط بين طرفي النزاع، وذلك بناء على أن " عقد الترخيص المؤرخ في 1990/07/11، والذي نص على اتفاق الطرفين على عرض مختلف النزاعات القائمة فيما يخص مقتضيات هذا العقد على هيئة التحكيم، ولئن كان هذا العقد يحدد المجال الترابي الذي تستفيد منه طالبة من الترخيص لها باستعمال العلامتين موضوع النزاع، فإنها بإقدامها على تسجيلهما بمكتب حماية الملكية الصناعية بطنجة بحجة حماية حقوقها المنبثقة عن عقد الترخيص المذكور، تكون قد خلقت نزاعا يتعلق بتطبيق بنود هذا العقد يتجلى في أحقيتها من عدمه بصفتها مرخص لها باستعمال علامتين تجاريتين وبتسجيلهما بمكتب الملكية الصناعية، ومن تم تكون الجهة المختصة للبت في النزاع هي قضاء التحكيم ويبقى القرار بما ذهب إليه غير مرتكز على أساس عرضة للنقض".

أما فيما يتعلق بصلاحيات المحكمين في تفسير اتفاق التحكيم، فإن القضاء المغربي قد استقر على الإقرار بحق المحكم في تفسير الاتفاقات بين الأطراف.

ففي قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء¹⁶⁰، اعتبرت فيه بأن تفسير هيئة التحكيم لاتفاق الأطراف ليس فيه أي خروج عن اختصاصها سائرة بذلك على نفس النهج الذي استقر عليه المجلس الأعلى في العديد من قراراته.

1377 (27 سبتمبر 1957) بشأن المجلس الأعلى الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر الصادرة بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011).

160 - قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء (الغرفة المدنية) رقم 2/1263، صادر بتاريخ 2007/03/27، ملف رقم 2005/2/2599 منشور بكتاب "التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي- رصد لقرارات محكمة النقض ومحاكم الموضوع"، للمؤلفان: مصطفى بونجة ونهال اللواح، م. س، ص

فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى أن " تفسير المحكمين لبنود الاتفاق ليس فيه أي خروج عن الاختصاص الموكول لهما وعليه فإن محكمة الاستئناف لما اعتبرت المقرر التحكيمي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفا للنظام العام لمجرد تفسيره لبنود العقد تكون قد خرقت مقتضيات الفصلين 306 و 321 المذكورين خرقا أضرب بالطاعنين وعرضت بالتالي قرارها للنقض.."¹⁶¹.

غير أنه وإذا كان القضاء المغربي قد أقر بحق هيئة التحكيم لتفسير اتفاق الأطراف واعتبر هذا الحق بكونه ليس فيه أي خروج عن اختصاص الهيئة التحكيمية، فإنه وبالمقابل - وعلى خلاف ما هو عليه الأمر بخصوص القضاء الفرنسي - قد قيد هذا الحق بضرورة التفسير الضيق لشرط التحكيم، إذ جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى¹⁶²، أن "الاتفاق على التحكيم يعد استثناء والاستثناء بطبيعته يؤول بشكل ضيق، أي أنه لا يمكن اللجوء للتحكيم إلا إذا كان هناك شرط تحكيمي أو اتفاق على التحكيم حرر بشكل معبر عن إرادة الطرفين، من خلال عقد مكتوب أو خطابات متبادلة كما يقضي بذلك الفصلان 307 و 309 من ق. م. م. والمادة الثانية من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية وتنفيذها، وبالرجوع للفاكسات المتبادلة بين الطرفين لا يوجد من بينها ما يتضمن موافقة الطالبة على اختيار التحكيم لفض أي نزاع قد ينشب بينها وبين المطلوبة بخصوص موضوع الصفقة".

161 - قرار المجلس الأعلى عدد 274 الصادر بغرفتين بتاريخ 2006/3/8 في الملف التجاري عدد 03/2/3/292، نفس المرجع، ص 100.

162 - قرار المجلس الأعلى عدد 291 الصادر بغرفتين بتاريخ 2007/3/7 في الملف التجاري عدد 2004/3/19، نفس المرجع، ص 86.

وبعد دخول القانون 05.08 حيز التطبيق، اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية كذلك في قرار لها¹⁶³ بأنه يتعين التقيد بالتفسير الضيق لشرط التحكيم على اعتبار أن التحكيم هو طريق استثنائي من الطريق العادي للتقاضي، وذلك حينما عللت قرارها ببناء على أنه:

"بالرجوع إلى وثيقة التحكيم يتبين أنه تم تحديد موضوع التحكيم بالإحالة على البند 14 من العقد الرابط بين الطرفين المصادق عليه في 2007/12/17 و 2007/12/25 والذي يتعلق بتأويل وتنفيذ عقد تقويت بقعة أرضية في شكل تجزئة لبناء فيلات و عمارات جماعية وهو ما قررت معه الهيئة التحكيمية بمقتضى الحكم التحكيمي الأولي الصادر بتاريخ 2009/04/22 التصريح باختصاصها للبت في النزاع المتعلق بتأويل وتنفيذ العقد المذكور، إلا أن الطلبات المقدمة من طرف الطاعنة كانت ترمي إلى الحكم على البائعة بأدائها تعويضا مع الفوائد القانونية عن الضرر الناتج عن عدم منحها رخصة بناء التجزئة بسبب عدم إدلاء البائعة بشهادة التسليم المؤقت، وإلزام هذه الأخيرة بإتمام أشغال التجزئة والقيام بجميع الإجراءات الإدارية قصد الحصول على شهادة التسليم المؤقت، واحتساب ثلاث سنوات الوارد في البند 2/14 من تاريخ توصل الطاعنة بشهادة التسليم المؤقت من أجل إنهاء أشغال المشروع، وهو ما وجدت معه الهيئة التحكيمية نفسها في حالة تحديد المسؤولية من عدمها ستكون ملزمة بالبت في مسائل نزاعية خارجة عن ولايتها إذ لم يتفق الطرفان في شرط التحكيم على تحديد صلاحيات هيئة التحكيم في البحث والبت في التصرفات والوقائع التي تنشأ بعد انتقال الملكية والتي حدثت أمام جهات إدارية، والحال أنه يتعين التقيد بالتفسير الضيق لشرط التحكيم على اعتبار أن التحكيم هو طريق استثنائي من

163 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 0467/2010، صادر بتاريخ 2010/01/29، ملف رقم 11/2009/3767، نفس المرجع، ص 205.

الطريق العادي للتقاضي مما لا يجوز معه التوسع فيه، ما يجعل ولاية المحكمين محصورة فيما انصرفت اليه إرادة الطرفين لعرضه على هيئة التحكيم ولا تملك بالتالي الفصل في مسألة لم يفوضا لها سلطة الفصل فيها."

وبتعليلها هذا ، تكون محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء قد سلكت نفس النهج الذي كان قد سار عليه المجلس الأعلى في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 والذي اتسم دائما بالأخذ بالتفسير الضيق لمفهوم الاختصاص بالاختصاص للمحكم.

ومن خلال ما سبق، فعلى الرغم من هذا الانتشار الواسع لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، تتباين النظم القانونية فيما بينها حول مفهوم هذا المبدأ ونطاق تطبيقه، بل إن بعض النظم القانونية في الدول الأنجلوسكسونية - كالولايات المتحدة الأمريكية- لا تعترف بهذا المبدأ إلا في بعض الحالات الاستثنائية.

وأيا ما كان، فإن مصطلح اختصاص بالاختصاص - *Compétence* يستخدم الآن للتعبير عن سلطة هيئة التحكيم في أن تفصل في المنازعات التي تثور أمامها بشأن اختصاصها، وذلك دون حاجة إلى وقف الدعوى التحكيمية لحين صدور قرار في هذا الشأن من القضاء، على أن يكون قرار هيئة التحكيم قابلاً للطعن فيه أمام القضاء في نهاية التحكيم وبعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها¹⁶⁴.

وفضلاً عن ما سبق ذكره، فإن مبدأ اختصاص الاختصاص كقاعدة قانونية مرسخة لا على مستوى النطاق الداخلي بل حتى على المستوى

164 - انظر فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، م.س. ص 84. وعبد الحميد الأحديب: التحكيم الدولي، م.س.

الدولي، إذ أصبحت تنتمي إلى قواعد التحكيم التجاري الدولي بالدرجة الأولى باعتباره كقاعدة مادية موضوعية بشهادة مختلف الاتفاقيات والقواعد الدولية والتشريعات الوطنية والمذاهب الفقهية كما رأينا آنفاً، والذي أصبح مبدءاً معترف به أمام قضاء الدولة¹⁶⁵.

المبحث الثالث : مدى إمكانية الطعن أمام القضاء في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها

لما كان البت في مدى صحة اتفاق التحكيم من حيث وجوده أو بطلانه أو غير ذلك هو من اختصاص المحكم في إطار "مبدأ اختصاص الاختصاص"، إلا أنه قد يبادر أحد الأطراف للدفع ببطلان اتفاقية التحكيم وبالتالي في عدم ولاية واختصاص المحكم.

وباعتبار أن المحكم هو الذي يبت في اختصاصه، فهل قرار المحكم بشأن اختصاصه في هذا الأمر يعد نهائياً؟ أم يمكن الطعن في اختصاصه أمام القضاء، وفي هذه الحالة الأخيرة ما هو التوقيت المناسب لتدخل القضاء لممارسة هذه الرقابة بشكل لا يخالف مبدأ اختصاص الاختصاص، فهل يجوز للأطراف الطعن على قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها فور صدورها تحقيقاً للعدالة ودون انتظار لحين صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، وهو ما يعرف "بالرقابة الفورية"¹⁶⁶ أم

165 - انظر في هذا المعنى: أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية والضريبية، دراسة مقارنة، الإسراء للطباعة، الطبعة الأولى، 2006، ص 298.

166 - فالدول التي تتبع النظام الأنجلوسكسوني (القانون الأمريكي نموذجاً) تخضع التحكيم لرقابة فورية ومستمرة نتيجاً للأطراف دائماً اللجوء إلى المحاكم لتسيير إجراءات التحكيم ورقابة عمل المحكم، حيث تعلق في هذه النظم اعتبارات العدالة على اعتبارات السرعة واستقلالية نظام التحكيم. انظر في مسألة الرقابة الفورية المتبعة في النظام الأنكلوسكسوني، فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، م.س، ص

تأجيل تلك الرقابة لحين انتهاء التحكيم وصدور الحكم المنهي للخصومة حتى لا يتم الإضرار بسير إجراءات التحكيم وعرقلتها؟.

ونظرا لاختلاف الفلسفة التشريعية لكل مشرع حول هذه المسألة في الموازنة بين اعتبارات السرعة والفاعلية من ناحية واعتبارات العدالة وضمان حقوق الأطراف من ناحية أخرى، فإنه على خلاف النظام الذي يأخذ بالرقابة الفورية المحضنة، فإن العديد من التشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم - التي تتبع النظام اللاتيني - تتجه نحو دعم استقلال التحكيم وتأجيل الرقابة القضائية لحين صدور الحكم المنهي للخصومة منعا لحدوث أي تأخير في إجراءات الخصومة وسد الباب على الطرف سيئ النية.

وبين الرقابة الفورية والرقابة البعدية للقضاء أي ما بعد صدور الحكم التحكيمي، فإن الرأي الراجح يرحب بالرقابة الفورية للقضاء فيما يخص الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها لكن مع توفير الضمانات الإجرائية اللازمة.

ومن ثم، فإن دراستنا لمدى خضوع قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها لرقابة القضاء، سوف تقتصر على الحديث عن الرأي القائل بتأجيل الرقابة القضائية لحين صدور الحكم التحكيمي وفق النظام اللاتيني الذي ينتمي إليه نظامنا التشريعي المغربي، وكذلك القانون المصري والقانون الأم الفرنسي على سبيل المقارنة، أي الطعن في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها عند الطعن في الحكم التحكيمي (المطلب الأول)، والرأي الراجح والمتمثل في اللجوء إلى القضاء للطعن في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها فور صدورها مع توفير بعض الضمانات الإجرائية (المطلب الثاني). على أن نقوم في الأخير بوضع تقييم حول مسألة الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها أمام القضاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول : الطعن البعدي في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها

سبق وأشرنا لمبدأ اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه وفق مشروع مدونة التحكيم بالمغرب من خلال نص المادتين 21 و 22، وأنه بموجب المادة 22 منه السالفة الذكر فإنه إذا نازع أحد الأطراف في مبدأ أو في نطاق سلطة الفصل لهيئة التحكيم أو دفع ببطلان اتفاقية التحكيم، تبت الهيئة التحكيمية في صحة وحدود ولايتها بمقتضى أمر غير قابل لأي طعن، إلا عند الطعن في الحكم التحكيمي وبنفس الشروط، ويتعين الدفع بعدم قبول الدعوى أو ببطلان اتفاق التحكيم قبل كل دفاع في الجوهر تحت طائلة عدم القبول.

ومن تم، فإن المشرع المغربي قد استبعد منذ ذلك الحين تدخل القضاء للبت في مدى اختصاص هيئة التحكيم متى دفع أحد الأطراف بذلك أمامه، وبذلك لا يسوغ للقضاء الطعن في قرار هيئة التحكيم الصادر بشأن اختصاصها إلا عند الطعن في الحكم التحكيمي. ومن خلال ذلك فمشروع مدونة التحكيم لم يكن يسمح إلا "برقابة قضائية بعديّة وليست رقابة قبلية"¹⁶⁷.

وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع المغربي في الفصل 327-9، بحيث أن الهيئة التحكيمية وقبل النظر في موضوع النزاع سواء بصفة تلقائية أم بناء على طلب أحد الأطراف، قد خول لها المشرع المغربي سلطة الفصل في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم، وأن

167 - الحسن الكاسم: "الرقابة القضائية قبل انطلاق عملية التحكيم". قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، الذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، نظمتها محكمة الاستئناف التجارية، بالدار البيضاء يومي 18-19 أبريل 2007، ص 219.

قرارها الصادر في هذا الشأن حسب هذا النص يعتبر قرارا نهائيا غير قابل لأي طعن.

وعلى الطرف المتذرع بهذا الدفع في حالة عدم استجابته لقرار هيئة التحكيم الصادر بشأن اختصاصها، فعليه الانتظار لحين صدور الحكم التحكيمي وتقديم طلب الطعن ما بعد صدور الحكم التحكيمي عند رفع دعوى البطلان في الحكم التحكيمي طبقا لنفس الشروط وفي نفس الوقت¹⁶⁸. وهذا ما نص عليه أيضا المشرع الفرنسي منذ التقنين السابق لقانون المسطرة المدنية¹⁶⁹، والدليل على ذلك هو ما أكده المرسوم الفرنسي الجديد لسنة 2011 في الفصل 1492 من مقتضيات التحكيم الداخلي والفصل 1520 في الجزء المتعلق بالتحكيم الدولي، وذلك حينما خول المشرع الفرنسي لأحد الأطراف مباشرة إمكانية الطعن بالإبطال في الحكم التحكيمي متى اعتبرت الهيئة التحكيمية نفسها عن طريق الخطأ أنها مختصة أو غير مختصة¹⁷⁰.

168 - الفصل 9-327 من قانون 08-05:

"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..."

169 - المادة 1458/فقرة أولى من ق.م.م. الفرنسي القديم.

170 - جاء في النص الفرنسي لكل من الفصل 1492 والفصل 1520 من المرسوم الفرنسي الجديد ما يلي:

- Article 1492 : Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La sentence est contraire à l'ordre public ou

6° La sentence n'est pas motivée ou n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue ou ne comporte pas la ou les signatures requises ou n'a pas été rendue à la majorité des voix ».

- Article 1520 :

«Le recours en annulation n'est ouvert que si :

1° Le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ou

2° Le tribunal arbitral a été irrégulièrement constitué ou

3° Le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée ou

4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou

5° La reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international.».

وما يزيد من دعم موقف المشرع الفرنسي حول تبني الرقابة اللاحقة من خلال الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها هو ما نص عليه أيضا في المادة 1466 من المرسوم الجديد، وذلك لحماية إجراءات التحكيم من أية عرقلة قد يثيرها الطرف سيء النية، بل وحماية مبدأ اختصاص الاختصاص في حد ذاته، وذلك حينما نص في هذا الفصل على أنه يعتبر الطرف الذي "يتلكأ" عن سابق دراية ودون سبب مشروع، عن إثارة مخالفة أمام الهيئة التحكيمية في الوقت المناسب، أنه قد تنازل عن التمسك بهذه المخالفة¹⁷¹.

وقد اعتبر الاتجاه المساند لرقابة القضاء ما بعد صدور الحكم التحكيمي لقرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها أنه الطريق السليم لضمان العملية التحكيمية، وقد استند في ذلك على بعض الحجج أهمها:
- أن تدخل قضاء الدولة أثناء إجراءات التحكيم من خلال الطعن في قرار هيئة التحكيم الصادر بشأن اختصاصها سوف يعرقل العملية التحكيمية ويبطئ الفصل في النزاع خاصة وأنه قد يكون الهدف من ذلك سوى الرغبة من جانب الخصم سيئ النية في استعمال ذلك فقط من أجل للماطلة والتسويف¹⁷².

- كما أن تخويل إمكانية الطعن على قرارات هيئة التحكيم المتعلقة باختصاصها فور صدورها قد يؤدي إلى الازدواجية في الاختصاص بين

171 - بموجب الإحالة الواردة بالمادة 1506 من التحكيم الدولي كما بينا سابقا، فإن الفصل 1466 يعد من بين المقترضات التي يمكن تطبيقها على التحكيم الدولي، وجاء في نص هذا الفصل 1466 ما يلي:

Art. 1466 : «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».

172 - انظر في بعض الفقه من هذا الجانب:

- ALAN REDFERN/MARTIN HUNTER/ERIC ROINE : Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2e édition, L.G.D.J , 1994, p 256 .
- E. Gaillard : «L'effet négatif de la compétence-compétence op. cit . p.387.

هيئات التحكيم ومحاكم الدولة عند النظر في مسألة بطلان اتفاق التحكيم أثناء سريان إجراءات التحكيم، فقد تصدر الهيئة قراراً بصحة اتفاق التحكيم وباختصاصها بنظر النزاع في حين يطعن المدعى عليه في هذا القرار أمام القضاء فور صدوره، فإذا فصلت الهيئة في موضوع النزاع وانقضى ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم، فإن الحكم في موضوع الدعوى التحكيمية يحوز قوة الأمر المقضي ولا يمكن بعد ذلك نقضه بأي وسيلة أخرى، فإذا قضت المحكمة بعد ذلك بقبول الطعن، فإننا نكون هنا أمام حكمين متعارضين بصدد اتفاق التحكيم كل منهما يحوز حجية الأمر المقضي¹⁷³.

- كما أن منع إمكانية الطعن في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها فور صدورها يقوم على الموازنة بين المصالح المختلفة للأطراف، فهذا النظام فضلاً عن منعه للطرف السيئ النية من المماطلة وتأخير إجراءات التحكيم عن طريق الطعن في اختصاص الهيئة، يمتد ليشمل أيضاً الطعن في الحكم الصادر بالفصل في اختصاص الهيئة لتتعطل الخصومة لأكثر مدى ممكن، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى أن منع الطعن في اختصاص الهيئة أمام القضاء أثناء خصومة التحكيم لم يخل بمصالح الطرف حسن النية الذي يدعي عدم اختصاص الهيئة لأسباب جدية، حيث يجوز له في جميع الأحوال إثارة هذه المسألة أمام الهيئة، فإذا رفضت ادعاءه كان له الحق في التحقق من هذا الأمر أمام القضاء، ولكن في الوقت المناسب وهو بعد صدور حكم التحكيم¹⁷⁴.

- فضلاً عن ما سبق، فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقوم من حيث الأصل على أساس الثقة بالمحكمين وبقدرتهم على أن يصلوا بأنفسهم

173 - فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، م. س.، ص 131.

إلى قرار عادل وسليم يعمل على تحقيق مصالح الأطراف والمجتمع على حد سواء¹⁷⁵، مما يفهم معه على أن تأجيل الطعن على قرارات الهيئة الصادرة بشأن اختصاصها لحين صدور الحكم المنهي للخصومة يقوم على أساس احترام مبدأ الاختصاص بالاختصاص وليس على أساس التشكيك مسبقاً في قدرة المحكم في أن يفصل في هذه المسألة بشكل سليم وعادل.

وإذا كان المشرع المغربي قد منع تدخل القضاء للنظر في الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشكل مسبق أو فوري وتقرير الرقابة القضائية اللاحقة على قرارات هيئة التحكيم وفي نفس الوقت ومع الطعن في الحكم التحكيمي، إلا أنه عند تنصيبه على هذه القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم فقد جاءت بصيغة عامة كما هو واضح من مقتضيات الفصل 327-9، وهي عبارة "أن تبت الهيئة التحكيمية إما تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في صحة اتفاق التحكيم..."، في حين أن المشرع الفرنسي قد تضمن عبارة واضحة فيما يخص الطعن في هذه القرارات عند الطعن بالإبطال في الحكم التحكيمي، هذه القرارات تتمثل في تلك الصادرة عن الهيئة التحكيمية عن طريق الخطأ سواء بشأن اختصاصها أم بشأن عدم اختصاصها طبقاً للفصلين 1492 و 1520 المذكورين.

وعلى خلاف المشرع المغربي والفرنسي، فإن المشرع المصري في قانون التحكيم المصري لسنة 1994، فإنه لم يخول الطعن بالبطلان فيما يخص قرارات هيئة التحكيم من خلال رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إلا بالنسبة لقرارات هيئة التحكيم الصادرة بعدم اختصاصها طبقاً للفقرة الأولى من المادة 22، ومتى تعلق برفض الدفع بعدم اختصاصها.

175 - حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي الاسكندرية،

وهذا ما نصت عليه المادة 3/22 من هذا القانون على "أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة - أي الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها - قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة 53 من هذا القانون".

وتبعاً لذلك، فالقانون المصري لم يجز الطعن في قرار هيئة التحكيم الصادرة بشأن عدم اختصاصها أمام القضاء بصفة مباشرة أي فورية إلا مع الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي على اعتبار أنه قرار غير منهي للخصومة، وهذا ما أكدته محكمة استئناف القاهرة في القضية عدد 55 لسنة 2005 بتاريخ 2005/2/27، حيث جاء في القرار "إذا قضت الهيئة برفض الدفع بعدم الاختصاص قبل الفصل في الموضوع فلا يجوز الطعن في هذا القرار استقلاً عن الحكم المنهي للخصومة"¹⁷⁶.

فالمادة المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري لم تتناول سوى الطعن في قرارات هيئة التحكيم الصادرة "برفض الدفع"، ولم تتحدث عن قراراتها الصادرة بقبول الدفع والحكم بعدم اختصاصها، وفي هذا الصدد ذهبت عدة آراء من الفقه في مصر إلى جواز الطعن في هذه القرارات (الصادرة بقبول الدفع بعدم الاختصاص) فور صدورها، باعتبارها أحكاماً تحكيمية منهيّة للخصومة تخضع لقواعد دعوى البطلان مثلها مثل سائر أحكام التحكيم التي تفصل في الموضوع¹⁷⁷، بحجة أن قرار المحكم بشأن اختصاصه يفصل في هذا الجزء من النزاع نهائياً ويستنفد ولايته فيه، مما

176 - قرار منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، عدد 42، ص 32.

177 - انظر أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه، بجامعة القاهرة، سنة 2005. دار النهضة العربية، ص 150، وعلي رمضان علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، م. س، ص 365.

يستتبع إمكانية الطعن عليه بالبطلان¹⁷⁸، في حين أن البعض الآخر يرى أن قرار هيئة التحكيم بقبول الدفع والحكم بعدم اختصاصها لا يعتبر عملاً قضائياً وبالتالي لا يجوز الطعن عليه بالبطلان¹⁷⁹.

ويتساءل بعض الفقه¹⁸⁰ حول السبب الذي يمكن على أساسه رفع

دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر بعدم الاختصاص بالنسبة للقانون المصري؟، فمن المعلوم - كما سنرى لاحقاً - أن أسباب البطلان المنصوص عليها في القانون قد وردت على سبيل الحصر وليس من بينها أن يقضي المحكم بعدم اختصاصه، فقانون التحكيم المصري نص على بطلان حكم التحكيم إذا فصل المحكم في النزاع على الرغم من عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه (المادة 1/53 أ) أو أن يتجاوز المحكم حدود هذا الاتفاق (المادة 1/53 و).

إلا أنه فبالرغم من عدم تنصيبه على ذلك صراحة كسبب من أحد أسباب دعوى بطلان حكم التحكيم، إلا أن الفقرة الأخيرة من المادة 22 من قانون التحكيم المصري تضمنت الإحالة الصريحة على الفصل 53 عند الطعن بالبطلان مع الحكم التحكيمي، وتبعاً لذلك يكون حكم التحكيم باطلاً متى ثبت بطلان اتفاق التحكيم مثلاً أو لعدم وجوده. وبطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده من حيث الأصل يرفع الشرعية عن مهمة المحكم التي يستمدّها من وجود هذا الاتفاق وصحته، ومن ثم يكون الطرف الذي دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم قد استند على سبب مشروع يرفع عن المحكم اختصاصه.

178 - هدى محمد مجدي عبد الرحمان: دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1997، ص 77.

179 - انظر محمد نور عبد الهادي شحاته: الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 212.

180 - فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، م.س، ص 138.

إلا أنه في صدد تعليق أحد الفقه المصري على حكم صادر عن محكمة النقض (الدائرة التجارية) في طعن متعلق بعدم قبول دعوى بطلان حكم التحكيم، فقد ذهب إلى قول ما يلي¹⁸¹:

" قضت محكمة النقض - وبحق - برفض الطعن الذي أقيم على سند من أن حكم محكمة الاستئناف قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه، إذ قضى "بعدم قبول" دعوى الطاعة ببطلان حكم التحكيم الصادرين في الدعويين 282 و382 لسنة 2002 (مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي).

وكانت الطاعة قد طلبت إبطال الحكمين على سند من انعدام صفة المطعون ضدها التي أقامت الدعويين، إلا أن محكمة الاستئناف قضت بعدم القبول ورفع دعويي البطلان قبل الأوان، إذ يتعين ألا ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم إلا مع الحكم المنهي للخصومة التحكيمية كلها استنادا إلى المادة 22 فقرة (1) و(3) من قانون التحكيم المصري.

وقد تمسكت الطاعة بأن الدفع بعدم القبول لانعدام الصفة لا يدخل في نطاق ومفهوم الدفع بعدم الاختصاص الذي يتعين ألا ترفع دعوى بطلان بشأنه إلا مع الحكم المنهي للخصومة التحكيمية كلها وفقا لصريح نص المادة 22 من قانون التحكيم المصري.

وإن كانت محكمة النقض قد رفضت - وبحق - دفع الطاعة وقامت بتحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم وانتهت إلى أن الأحكام التي تصدر أثناء سير الدعوى التحكيمية ولا تنتهي بها الخصومة، لا يجوز النيل من سلامتها إلا مع الحكم المنهي للخصومة كلها، واعتبرت تلك القاعدة قاعدة إجرائية أمره لتعلقها بحسن سير العدالة، ومن

181 - تعليق محمد صلاح الدين عبد الوهاب، فيما يخص الطعن رقم 648 لسنة 73 ق، الصادر عن محكمة النقض (الدائرة التجارية)، جلسة الثلاثاء 13 ديسمبر 2005. منشور بمجلة التحكيم العالمية 2009، العدد الرابع، ص 462.

ثم فقد اتفقت في النتيجة مع حكم محكمة الاستئناف إلا أنها قامت بتصحيح التكييف من "حكم بعدم القبول لرفع الدعوى قبل الأوان" إلى "حكم بعد جواز نظر الدعوى".

...ويضيف هذا الفقه على أنه، "و إن اتفقنا مع محكمة الاستئناف ومحكمة النقض في النتيجة، إلا أننا نرى أن هناك أسباباً أخرى تبرر الحكم بخلاف قياس الدفع بعدم القبول وعدم الجواز على الدفع بعدم الاختصاص الوارد بالمادة 22 من قانون التحكيم المصري"¹⁸².

ويستند في قوله هذا على أن نص المادة 22 وإن كان قد جاء صريحا في النص على الدفع بعدم الاختصاص، إلا أن ذلك لا يستتبع استبعاد الدفوع الأخرى وفقا للتفسير الصحيح للنص والذي يتفق وحكمة النص التشريعية التي تهدف إلى إرجاء إمكانية النيل من حكم التحكيم إلى ما بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها منعا للمماطلة وتعطيل الفصل في الدعوى التحكيمية وتحقيقا لحسن سير العدالة.

ومما يؤكد ذلك أن المادة 52 من قانون التحكيم المصري قد جاءت صريحة جلية في التأكيد على أن السبيل الوحيد للنيل من أحكام التحكيم هو دعوى البطلان. ثم جاءت المادة 54 من ذات القانون لتحدد ميعاد رفع دعوى البطلان وهو تسعون يوما تبدأ من تاريخ إعلان الحكم النهائي للمحكوم عليه. ومن ثم فلا سبيل للطعن على أية أحكام غير منهيّة لخصومة التحكيم إلا مع الحكم النهائي، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى يضيف هذا الفقه إلى أنه، تجدر الإشارة إلى أن المادة 22 ذاتها قد صرحت بأنه يدخل في عداد الدفوع بعدم الاختصاص تلك

182 - هذا الباحث يوسع من نطاق الدفع في التحكيم التجاري الدولي، إذ يعتبر الأمر ليس مجرد دفع بعدم القبول أو بعدم الاختصاص، بل المسألة أبعد من ذلك.

المتعلقة بعم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. وإذا نعت الطاعنة على حكمي التحكيم إنهما صدرا في دعويين تم رفعهما من غير ذي صفة، فإن هذا الدفع في حقيقته يتعلق بالنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم ومن ثم يدخل في عداد الدفوع التي تناولتها المادة 22 المذكورة.

ومن ناحية ثالثة، أن الأصل في الدفوع بعدم الاختصاص أنه يلزم إبدائها قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى حسبما ورد بالمادتين 108 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري والمادة 22 من قانون التحكيم المصري. أما الدفوع بعدم القبول فالأصل أنه يجوز إبدائها في أية مرحلة تكون عليها الدعوى وفقا للمادة 115 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

ليخلص هذا الفقه إلى القول على أنه، إذا كانت الأحكام الصادرة في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص لا يجوز الطعن عليها على استقلال قبل صدور الحكم المنهي للخصومة التحكيمية كلها، فلا شك أنه من باب أولى أن ينصرف هذا الحكم على الأحكام الصادرة بشأن الدفوع المتعلقة بعدم القبول".

ومن خلال هذا التعليق الذي ركزنا عليه ونعتبره منطقيًا، فإنه ما قضت به المادة 22 من قانون التحكيم المصري، نقيس به على القانون المغربي لغياب التحليل الفقهي والقضائي بخصوص هذه المسألة، وإن كنا نحن نعتمد في ذلك على الدفع بعدم القبول استنادا للمفهوم الوارد بنص المادة 49 من ق.م.م.

وتبعًا لذلك، فلما خول المشرع المغربي إمكانية الدفع في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها من خلال دعوى بطلان حكم

التحكيم، طبقا للفصل 9-327 (فق. 1)، وأن أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الداخلي الواردة على سبيل الحصر في الفصل 36-327 أو الدولي كما هي محددة على سبيل الحصر كذلك في الفصل 49-327 من قانون 08-05، وإنه تبعا للفقرة الأولى من هذا الفصل الأخير، فإن حكم التحكيم الداخلي أو حكم التحكيم الدولي الصادر بالمغرب يكون باطلا " 1- إذا بنت الهيئة التحكيمية دون اتفاق تحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم" 183.

183 - نص الفصل 36-327 من مقتضيات التحكيم الداخلي للقانون 08-05 على ما يلي:

"رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها.

ويكون تقديم هذا الطعن مقبولا بمجرد صدور الحكم التحكيمي. ولا يتم قبوله إذا لم يقدم داخل أجل 15 يوما من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية. لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية:

- 1 - إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم؛
- 2 - إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين؛
- 3 - إذا بنت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها، أو بنت 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 الغير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها؛
- 4 - إذا لم تحترم مقتضيات الفصلين 23-327 (الفقرة 2) و 24-327 فيما يخص أسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي والفصل 25-327؛
- 5 - 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؛
- 6 - إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام؛

==

== 7 - 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 الاستئناف 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.

ومن خلال كل ذلك يمكن القول على أن المشرع المغربي قد أحال بصفة ضمنية في تقرير الرقابة القضائية من خلال الطعن بالبطلان في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها على كل من الفصل 327-36 المتعلق بأسباب بطلان حكم التحكيم الداخلي وعلى نص الفصل 49-327 المتعلق بأسباب بطلان حكم التحكيم الدولي، ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار بمقتضيات الفصل 43-327 المتعلقة بالتحكيم الدولي¹⁸⁴.

وفي فرنسا، فقد سبق وأن أكد القضاء الفرنسي على أن المادة 1/1502 من ق. م. م. السابق التي كانت تضمن أسباب البطلان والتي نصت على جواز الطعن في حكم التحكيم إذا لم يوجد اتفاق تحكيم، يجب أن يمتد حكمها ليشمل الفرض العكسي الذي يقضي فيه المحكم بعدم اختصاصه على الرغم من وجود اتفاق تحكيم، وإلا انطوى الأمر على إخلال بمبدأ المساواة بين الأطراف، فكما أنه يمكن الطعن على قرار هيئة التحكيم الصادر

تبت محكمة الاستئناف طبقا لمسطرة الاستعجال.

يوقف أجل ممارسة الطعن بالبطلان تنفيذ الحكم التحكيمي.

كما توقف ممارسة هذا الطعن داخل الأجل تنفيذ الحكم التحكيمي."

كما جاء في الفصل 49-327 من مقتضيات الباب المتعلق بالتحكيم الدولي في نفس القانون ما يلي:

لا يمكن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية إلا في الحالات الآتية:

1 - إذا بتت الهيئة التحكيمية دون اتفاق تحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم؛

2 - إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية؛

3 - إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها؛

4 - إذا لم تحترم حقوق الدفاع؛

5 - إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني."

ذلك أن الفصل 51-327 يجيز الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر بالمغرب وفق الحالات المنصوص عليها في الفصل 49-327.

184 - ينص الفصل 43-327 من قانون 08-05 على ما يلي:

"إذا كان التحكيم خاضعا لقانون المسطرة المدنية المغربي، فإن مقتضيات الجزئين الفرعيين الثاني

والثالث بالفرع الأول من هذا الباب لا تطبق إلا عند غياب أي اتفاق خاص مع مراعاة مقتضيات

الفصلين 41-327 و42-327 أعلاه."

باختصاصها لابد كذلك من إتاحة الفرصة للخصوم للطعن على الحكم في
الفرض العكسي الذي تصدر فيه هيئة التحكيم قرارا بعدم اختصاصها على
الرغم من وجود اتفاق تحكيم صحيح¹⁸⁵.

كما استند القضاء الفرنسي كذلك إلى حكم المادة 3/1502 والتي تنص
على جواز الطعن في حكم التحكيم إذا صدر "دون مراعاة اتفاق التحكيم"
«Si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée»
إذ قضت محكمة استئناف باريس سابقا في حكم لها بأن "التحكيم مبناه العقد
والاتفاق، وبالتالي فقرار هيئة التحكيم بشأن اختصاصها يجب أن يخضع
دائما لرقابة القضاء من خلال دعوى بطلان حكم التحكيم، وفي حالة
إصدار الهيئة حكما بعدم اختصاصها فإن هذه الرقابة يجب أن تكون على
أساس عدم مراعاة الهيئة التحكيمية لاتفاق التحكيم وفقا لنص المادة
3/1592¹⁸⁶، أما المشرع الفرنسي فقد جاء بنص صريح يتضمن الطعن في
كل من اختصاص أو عدم اختصاص الهيئة التحكيمية كما سبقت الإشارة.

ومن خلال ما سبق، فإن إقرار التشريعات السابقة لمشروعية
اختصاص المحكم للبت في اختصاصه وأن الدفع سواء باختصاص أو عدم
اختصاص المحكم للنظر في اختصاصه أمام القضاء لا يقبل أي طعن في
مرحلة أولية وبشكل فوري إلا عند الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق
رفع دعوى البطلان، وذلك استنادا إلى الفصل 36-327 والفصل 49-327 من
قانون التحكيم المغربي وكذلك نص المادة 1/53 و من قانون التحكيم
المصري¹⁸⁷، ثم الفصلين 1492 و 1520 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي
وفق التعديل الجديد للتحكيم (مرسوم 2011) والذي تضمن النص على ذلك
صراحة.

185 - Philippe Fouchard, Emanuel Gaillard, B.Goldman op. cit,n° 660, p. 415.

186 - حكم محكمة استئناف باريس صادر في 1990/6/21، نفس المرجع، ونفس الصفحة.

187 - علي رمضان علي بركات: خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، م.س.، ص 366.

وإذا كانت مسألة الرقابة الفورية التي تتبناها الدول الأنكلوساكسونية مستبعدة بالنسبة للنظام اللاتيني الذي فضل الرقابة القضائية البعدية أو اللاحقة المتمثلة في الطعن بالبطلان في قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها عموماً، إلا أن هناك تيار وسط سمح للقضاء بإمكانية الطعن في قرارات الهيئة التحكيمية بشأن اختصاصها بصفة فورية ما قبل صدور الحكم التحكيمي، لكن حتى لا يؤثر على مسار العملية التحكيمية وفعاليتها قد لازم ذلك بضرورة توفير بعض الضمانات الإلزامية حسب منظوره، وهذا ما سنتطرق إليه في الفقرة الموالية.

المطلب الثاني : الطعن الفوري في قرارات هيئة التحكيم

الصادرة بشأن اختصاصها مع توفير بعض الضمانات الإجرائية

سبقت الإشارة إلى أنه بالنسبة للنظم القانونية وإن أجمعت على أن للقضاء الكلمة الأخيرة في الفصل في مسائل الاختصاص من خلال الرقابة على حكم التحكيم، فإنها - مع ذلك - قد تباينت فيما بينها حول سلطة المحكم في الفصل بصفة أولية في المنازعات المتعلقة باختصاصه، هل يملك المحكم سلطة الفصل في المنازعات التي تثور بشأن اختصاصه في بداية الدعوى أو أثناء نظرها، أم يتعين الالتجاء إلى القضاء للفصل في تلك المسائل والأمر بإنهاء التحكيم؟

وأمام تجاذب الاتجاهين بين الطعن في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها بشكل فوري، وبين تأجيل تلك الرقابة لما بعد صدور الحكم التحكيمي على أساس الطعن في ذلك عند الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الدولي، كان لابد من إيجاد حل وسط للموازنة بين هذه الاعتبارات والمصالح المختلفة، وذلك من خلال السماح للأطراف باللجوء إلى القضاء للطعن في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها

فور صدورها لتقرير مدى ولاية الهيئة التحكيمية للنظر في اختصاصها منذ البداية، ولكن وفي ذات الوقت توفير بعض الضمانات تضمن عدم استخدام تلك المكنة كوسيلة للمماطلة.

وقد تضمن قانون التحكيم النموذجي النص على خضوع الرقابة على قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها بشكل يحقق الموازنة الضرورية بين الأطراف وبين فعالية وسرعة التحكيم وعدم تعطيله.

إلا أنه، بعدما كان القانون النموذجي للأونسترال ينص في المادة 188/16 على أنه:

"يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة - الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم - إما كمسألة أولية وإما في حكم التحكيم الفاصل في الموضوع. وإذا قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلأي من الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بذلك القرار، أن يطلب من المحكمة المحددة في المادة 6 أن تفصل في الأمر، ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وتصدر حكم التحكيم".

فإنه بموجب التعديل الجديد للقانون النموذجي لسنة 2010، فقد حدث تغيير في هذا المقترض، حيث أصبحت الفقرة الثالثة من المادة 23 وفق التعديل الأخير التي عوضت المادة 16، تنص على ما يلي:

"3 - يجوز لهيئة التحكيمية أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 إما كمسألة أولية وإما بالبت في وجاهته.

ويجوز لهيئة التحكيم أن تواصل إجراءات التحكيم وأن تصدر قراراً بصرف النظر عن أي طعن في اختصاصها لم تفصل فيه المحكمة بعد".

فالملاحظ من خلال النص القديم من القانون النموذجي في المادة 3/16 السابقة، قد استهدف تقييد هذه الرقابة بثلاثة ضمانات إجرائية حتى لا تستخدم كوسيلة للمماطلة من جانب الطرف السيئ النية:

أ - تحديد فترة زمنية يجوز فيها اللجوء إلى المحكمة وجعل مدتها 30 يوماً من تاريخ إعلان القرار.

ب - عدم قابلية قرار المحكمة للطعن فيه.

ج - تمتع هيئة التحكيم بسلطة تقديرية لمواصلة إجراءات التحكيم وإصدار الحكم النهائي رغم عدم بت المحكمة في الطلب.

أما في إطار المادة 3/23 المعدلة، فالملاحظ أن القانون النموذجي قد خفف من هذه الضمانات بالنسبة للنقطة الأولى والثانية، بحيث ألغى المدة الزمنية التي يمكن من خلالها اللجوء إلى القضاء من أجل الطعن في قرار هيئة التحكيم.

كما أنه لم يمنع الطعن في قرار الهيئة التحكيمية، وذلك عندما تضمن عبارة "بصرف النظر عن أي طعن في اختصاصها".

وبالمقابل، فقد حافظ على السلطة التقديرية لهيئة التحكيم بل وأعطاه سلطة واسعة عند النظر في دفعها طبقاً لما هو مشار إليه في الفقرة 2 من هذه المادة، "إما كمسألة أولية وإما عند البت في الموضوع"، مع تقرير مواصلتها لإجراءات التحكيم وإصدار الحكم التحكيمي، حتى ولو لم يكن القرار في الحكم المطعون قد صدر.

إلا أن الملاحظ مما سبق، أن النص القديم للمادة 16 أفضل من النص الجديد للقانون النموذجي¹⁸⁹، فعلى الأقل يقر بوجود قرار تمهيدي أو جزئي من خلاله تقرر الهيئة التحكيمية مدى اختصاصها، كما مكن للطرف مقدم الدفع مدة زمنية وهي 30 يوماً تبدأ من تاريخ إعلانه بقرار الهيئة من خلالها يمكن تقديم الدفع حول اختصاص الهيئة التحكيمية، حتى لا يبقى الباب مفتوحاً لإثارة الطعن في أي وقت من شأنه عرقلة إجراءات التحكيم.

وفي التعليق على ذلك، تذهب الدكتورة **فاطمة صلاح الدين للقول**، "كنا نفضل لو أن القانون النموذجي وكذلك قانون التحكيم المصري، كان قد أوجب على هيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها بأحكام جزئية قبل الفصل في الموضوع، وذلك لإتاحة الفرصة للأطراف للطعن في هذا القرار فور صدوره دون السير في إجراءات التحكيم وانتظار الحكم المنهي للخصومة.

وكذلك كان من الأفضل أن ينص القانونان على وجوب وقف هيئة التحكيم للدعوى التحكيمية لحين الفصل في الطعن المقدم ضد حكمها الصادر بالاختصاص، منعا لتضارب الأحكام"¹⁹⁰.

وأمام هذا الجدل القائم حول مدى إمكانية الطعن أمام القضاء في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن اختصاصها، بين مؤيدي الطعن البعدي في هذه القرارات وبين مؤيدي الطعن الفوري المحظ أو أولئك الذين يحبذون الطعن الفوري في هذه القرارات لكن مع ضرورة توفير بعض الضمانات الإجرائية، فقد ارتأينا وضع تقييم للمسألة بما لا يؤثر سلباً على الخصوصية والمغزى الحقيقي من إسناد الاختصاص للهيئة التحكيمية عوض قضاء الدولة وهذا ما سنتعرض إليه من خلال المطلب الموالي.

189 - المادة 23 من القانون النموذجي للأونيسترال الجديدة.

190 - فاطمة صلاح الدين رياض يوسف، م.س، ص 135.

المطلب الثالث : تقييم مسألة الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها أمام القضاء

إذا كان نظام الرقابة الفورية الذي تبنته الدول الأنكلوساكسونية يهدف إلى تجنب إضاعة وقت ومجهود وأموال الأطراف في السير في تحكيم قد يقضي ببطلانه في النهاية، فإن ذلك في كثير من الأحيان يأتي على حساب سرعة الفصل في النزاع واستقلالية نظام التحكيم.

وإذا كان الطعن في قرارات هيئة التحكيم من خلال البطلان أمام القضاء هو الأفضل بالنسبة للنظم التي ترجح تلك الرقابة لحين انتهاء إجراءات التحكيم أي ما بعد صدور الحكم التحكيمي، لما يحقق في ذلك السرعة والفعالية ويسد الباب في وجه الطرف سيئ النية في أن يلجأ إلى القضاء لمجرد المماطلة وشل العملية التحكيمية، إلا أنه قد تفوت على الطرف حسن النية الفرصة في أن يحصل على حكم فاصل في مسألة اختصاص هيئة التحكيم مما يجبره على السير في التحكيم وإضاعة ماله ووقته ومجهوده حتى انتهاء إجراءاته، ثم يعود مرة أخرى إلى ساحة المحاكم لرفع دعواه من جديد.

وبين هذا الرأي وذاك، فإنه وإذا كان من منظور الرأي الراجح هو خضوع قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها من خلال الرقابة القضائية الفورية مع الالتزام ببعض الضمانات، والتي تمثلت خصوصاً في تلك التي تضمنها القانون النموذجي للأونيسترال والتي تأخذ به جل التشريعات الحديثة، إلا أن هذه الضمانات قد تلاشت مع صدور التعديل الجديد لهذا القانون سنة 2010، كما هو مبين في المادة 23 التي أشرنا إليها سابقاً.

وبناء على هذا المقتطف الذي يبين الصورة العامة لكل اتجاه، فإنه من خلال ما سبق، يتضح ما يلي:

- إذا كانت مختلف التشريعات التي تطرقنا إليها قد تبنت الرقابة القضائية اللاحقة على قرارات هيئة التحكيم فيما يخص اختصاصها من خلال الطعن بالبطلان مع الحكم التحكيمي، فإنه - وعلى حق - لا يجوز لقضاء الدولة التدخل في مرحلة ما قبل صدور الحكم التحكيمي لإقرار مدى اختصاص الهيئة التحكيمية حتى لا يتم عرقلة إجراءات التحكيم، خاصة وأن هروب الأطراف في الأصل من اللجوء للقضاء كان لهذا الغرض، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن السماح بتدخل القضاء في تقرير مدى اختصاص الهيئة التحكيمية يعد في حد ذاته اعتداء على مبدأ اختصاص الاختصاص، ذلك أن الهيئة التحكيمية هي الأولى بالنظر في اختصاصها وفي كل الدفوع المتعلقة بذلك سواء تعلق الأمر باختصاصها أم بعدم اختصاصها.

- ثم إن القول بتقرير الرقابة القضائية من خلال الطعن بالبطلان بشكل فوري في قرارات الهيئة التحكيمية، حتى لا ينتظر الطرف الذي يثير الدفع لحين انتهاء الإجراءات وصدور الحكم التحكيمي والذي قد يفضي إلى بطلانه في النهاية، فإن مسألة تقرير مدى اختصاص الهيئة بشكل فوري هو قول صائب، إذ يجب البت في مدى اختصاص الهيئة التحكيمية، ولكن بشرط أن تفصل هي بنفسها في هذه الدفوع، فالمسألة ليست تشكيكا في سلطة المحكم كما يدعي أصحاب الرقابة اللاحقة، ولكن حتى لا تبني الإجراءات على سبب باطل وهو عدم مشروعية مهمة المحكم وولايته لبطلان اتفاق التحكيم أو عدم صحته، فما بني على باطل فهو باطل، فلماذا ننتظر إلى حين صدور الحكم التحكيمي حتى يتم تقرير بطلان اتفاق التحكيم وبالتالي بطلان الحكم التحكيمي؟

- فضلا عن ما سبق، فإنه إذا كان المشرع المغربي قد أحسن صنعا عندما حول للهيئة التحكيمية¹⁹¹ البت في صحة أو حدود اختصاصاتها أو في

صحة اتفاق التحكيم وذلك "قبل النظر في الموضوع" ونحن نؤيده في ذلك، فإنه وكما سبق القول، يجب البت في هذه المسألة لتقرير أولاً مدى اختصاص الهيئة التحكيمية قبل البدء في الإجراءات، وعلى خلاف من ذلك نجد المشرع المصري من خلال المادة 22 السالفة الإشارة قد خول سلطة واسعة للهيئة، وذلك عندما نص على "أن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمنها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا..".

وبناء على كل ما تقدم، فإنه يمكن الخروج بحل يرضي كل الأطراف بل وحتى الهيئة التحكيمية وقضاء الدولة وهو أنه:

بحكم مبدأ اختصاص الاختصاص المخول للمحكم (أو الهيئة التحكيمية)، فإنه في نظرنا يبقى الحل السليم والأنجع لضمان فعالية العملية التحكيمية وحمايتها، هو تخويل الهيئة التحكيمية سلطة النظر في كل ما يتعلق بمدى اختصاصها.

وفي حالة إثارة الدفع بالاختصاص، فإنه يتعين تقديمه أمام هيئة التحكيم حتى تنظر في ذلك قبل مباشرتها لأي إجراء، وذلك في أجل محدد ومعلوم لا يتعدى مهلة 30 يوماً تفادياً لإطالة الوقت واستفادة الطرف مثير الدفع من ذلك إذا كان سيء النية، وأن تصدر قراراً تمهيدياً في ذلك يكون ساري المفعول وملزماً أمام الطرفين بشكل غير قابل لأي طعن أمام القضاء بشكل مسبق، بحيث أنه في حالة ما إذا أثار ذلك الطرف مدى اختصاص الهيئة التحكيمية أمام القضاء، يقضي القاضي بامتناعه عن النظر في ذلك مادامت الهيئة التحكيمية قد نظرت في الأمر وأصدرت قراراً في شأن ذلك على اعتبار أنها هي صاحبة الاختصاص، اللهم إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً واضحاً وجلياً، آنذاك يمكن للقضاء التدخل بصفة استثنائية بحيث يرفع الاختصاص عن هيئة التحكيم ويبت في ذلك قضاء الدولة وفق شروط معينة كما سنرى في الفصل الموالي.

وفي حالة عدم إثارة الطرف أي دفع أو لم تنظر الهيئة التحكيمية في الدفوع المتعلقة باختصاصها تلقائياً، فإنه عند نظر القاضي في دعوى بطلان حكم التحكيم آنذاك يمكن له الطعن ببطلان قرار هيئة التحكيم لعدم صحة اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه وبالتالي بطلان الحكم التحكيمي¹⁹².

وبذلك فإن مبدأ اختصاص الاختصاص هو مبدأ شرعته مختلف القوانين الدولية والوطنية، حيث خولت بموجبه للمحكم مجموعة من الاختصاصات والمهام بحكم الشرعية المخولة له من قبل الأطراف والمتمثلة في الفصل في النزاع المعروض أمامه، ويعبر لجوء الأطراف إلى التحكيم عن عدم رغبتهم في عرض النزاع على قضاء الدولة وبالتالي امتناع هذا الأخير من التدخل، وهو ما عرف بـ "الاختصاص السلبي للقضاء" كوجه مقابل لمبدأ اختصاص الاختصاص والأثر السلبي لاتفاق التحكيم.

الفصل الثاني :

البطلان الواضح لاتفاق التحكيم

يحتل مفهوم البطلان الظاهر أو الواضح لاتفاق التحكيم مركزاً مهماً في النظام القضائي المغربي المنظم للتحكيم، هذه الأهمية اقتبسها المشرع

192 - انظر في ذلك أطروحة نهال اللواح: "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، م.س، ص 78 وما بعدها.

المغربي من التشريع الفرنسي المتعلق بالتحكيم¹⁹³، فالقضاء الفرنسي لم يكن يسمح بتعطيل مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلا في حالة وجود بطلان ظاهر لاتفاق التحكيم¹⁹⁴، مستبعدا في ذلك حالات شرط التحكيم المعتل **Clause Pathologique**¹⁹⁵.

193 - Ainsi, une clause d'arbitrage en contradiction avec une clause attributive de compétence ne prive pas l'arbitre de sa compétence. Au visa des articles 1458 et 1566 du Code de procédure civile, la cour de cassation décide que « sans caractériser la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage, seules de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé les textes et le principe susvisés ». C. Cass. Civ. 2^e ch , 18 décembre 2003, CCI La Chartreuse, n° 02-13, p. 410 (n° 1774 FS-P+B) D. 2004, IR p. 321 ; D. 2004 p. 321, JCP G Semaine juridique n° 20, 12/ 05/2004, p. 902 note Noblot ; Defrénois, 2004.990 note R. Libchaber ; RTD com. 2004 p. 255, note Éric Loquin.

194 - C Cass. Civ.1er ch., 28 janvier 2003, «Nègre c. Vivendi», Rev. Arb. 2003, p. 1337, note C. Legros .

195 - فقد تكون الصيغة التي دُون فيها اتفاق التحكيم (الشرط أو المشاركة) فيها غموض والتي تحمل عدة تفسيرات، وبالتالي فإن ظاهر النص قد لا يوحي بما قصده الطرفان، وهذا الشرط مأخوذ من كلمة باثولوجي مصطلح طبي يعني علم الأمراض، وقصد بها أن الصياغة المعيبة للشرط تصيب الشرط بمرض أو علة قد يمكن شفاؤه عن طريق تفسيره بشكل يقترب من الواقع ويلبي رغبة الطرفين، هذا الشرط يمكن اعتباره صحيحا وناظرا إذا أمكن التوصل إلى معرفة الإرادة المشتركة للطرفين، أما إذا كانت العلة لا يمكن شفاؤها وذلك بسبب عدم التوصل لمعرفة قصد الطرفين، فعندئذ يعتبر الشرط باطلا لعدم إمكانية شفاؤه.

والحقيقة أن المسألة تتعلق بتفسير العقد، وعادة تتضمن القواعد القانونية نصوصا يستهدي بها القاضي للبحث عن قصد المتعاقدين عند وجود غموض في العبارات المستعملة من قبلهما، وهناك وسائل وقواعد تفسيرية عديدة يمكن الاستدلال بها في تفسير ما غمض من العقد. للمزيد من التوضيح، انظر فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، م. س، ص 212.

وبالرغم من عدم إشارة قانون التحكيم المصري لبطلان اتفاق التحكيم الواضح لاتفاق التحكيم المعتل، فقد قضت محكمة استئناف القاهرة في حكم لها صادر بتاريخ 22 مارس 2002، اعتبرت فيه

أن اللفظ الوارد في النص والغموض وسوء الصياغة الذي يكتنفه، يجعل من القضاء المصري = هـ =

= المخصص للنظر في النزاع وليست محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس. انظر أحمد عبد الكريم سلامة: التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، م. س، ص، 156. وانظر في مفهوم اتفاق التحكيم المعتل كذلك، منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، م. س، ص 140.

وعلى خلاف المشرع المصري¹⁹⁶، فإذا كان تدخل قضاء الدولة كقاضي الموضوع جاء مقيدا بشرط موضوعي متمثل في ثبوت البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 6-327 ق. م. م. (قانون 08-05)، فإن قانون التحكيم الفرنسي وبموجب المادة 1448 من ق. م. م. الفرنسي لسنة 2011، قد أضاف إلى شرط البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم حالة "عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بشكل واضح"، ذلك أن المادة 1448 المذكورة قد نصت على أنه، "وإذا عرض نزاع خاضع لاتفاق التحكيم على القضاء الوطني فإن هذه المحكمة تصرح بعدم اختصاصها إلا اذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وكان اتفاق التحكيم باطلا بطلانا واضحا أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح"¹⁹⁷ (المبحث الأول).

وللوقوف على تمييز محكمة النقض الفرنسية بين مفهوم اتفاق التحكيم المعتل والبطلان الواضح لاتفاق التحكيم الاطلاع على تعليقات بعض الفقه الفرنسي حول ذلك مثال، ما يذهب لقوله أحد الفقه :

«Une personne physique ne saurait faire grief à un arrêt d'avoir jugé qu'une clause, qualifiée de clause d'arbitrage et stipulée dans un contrat de «conseiller» la liant à un société, n'était pas manifestement nulle, au motif que la cour d'appel n'aurait pas précisé les éléments lui permettant de dire que le contrat, conclu entre parties de nationalité française, dont un non-commerçant, pour être exécuté en France, avait un caractère international, la Cour, après avoir souverainement jugée que la clause litigieuse était une clause d'arbitrage, ayant exactement décidé qu'elle était valable du fait du caractère international des opérations concernées. Il ne saurait être reproché à une cour d'appel d'avoir dit qu'une société n'avait pas renoncé à son exception d'incompétence du tribunal de commerce alors qu'elle avait accepté sans réserve le recours à une médiation judiciaire, la cour ayant justement retenu que l'accord de ladite société pour la mise en œuvre d'une médiation n'emportait pas, à défaut de volonté non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la compétence de la juridiction étatique». E. Loquin. RTD com. 2001, p.57.

196 - قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، لم يتضمن أي مقتضى حول اشتراط البطلان الظاهر كمبرر لتدخل القضاء بصفة استثنائية كما هو واضح من مقتضيات هذا القانون، خاصة المادة 13 التي لم تنص سوى على الاختصاص السلي للقضاء والمتمثل في امتناعه عن النظر في نزاع يتضمن اتفاقا تحكيميا عن طريق عدم القبول. وهذا من بين المستجدات التي تضمنها المشرع المغربي والفرنسي بصفة خاصة طبقا للمرسوم الجديد.

197 - Art. 1448 (Alinéas 1 et 2) :

== «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.

وإذا كان تدخل قضاء الدولة للنظر في صحة اتفاق التحكيم مشروع متى ثبت وجود اتفاق تحكيم باطلا بشكل واضح أو أنه غير قابل للتطبيق بشكل واضح، إلا أن جميع التشريعات لم تأخذ بإمكانية تدخل القضاء للبت في موضوع النزاع، ذلك أنه وبالرجوع إلى مقتضيات قانون التحكيم المصري نجد بأن المشرع المصري قد أخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص بشكل مطلق ولم يقر بإمكانية تدخل القضاء الوطني إلا عند نهاية المحاكمة التحكيمية على عكس التشريعين المغربي والفرنسي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مفهوم البطلان الواضح لاتفاق التحكيم

بالرغم من أن محكمة النقض الفرنسية قد استقرت على الأخذ بمفهوم البطلان الظاهر أو الواضح لاتفاق التحكيم للقول بتعطيل مبدأ الاختصاص بالاختصاص في أضيق الحدود¹⁹⁸، إلا أن هذا مفهوم قد تطور ليعلن ميلاد مفهوم آخر شبيه به، وهو مفهوم **عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح**، أو ما اصطلح عليه:

"L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire"

وقد ارتأينا في إطار هذا المبحث، بداية تحديث مفهوم البطلان الواضح لاتفاق التحكيم (المطلب الأول)، ثم وأمام دقة هذا المفهوم وبناء على منظور كل من التشريع والقضاء الفرنسيين ارتأينا التعرّيج عن تداخل مفهوم البطلان الواضح مع مفهوم عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence...».

198 - C. Cass. 1er ch.Civ., 21 mai 1997, «Renault c. Société V 2000 (Jaguar)». Bull. civ. I, n° 159, RTD com. 1998 p. 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; Rev. Crit. DIP 1998, p. 87, note V. Heuzé ; RTD com. 1998.p.330, obs. Loquin ; Rev. Arb.1997 p. 537 note E. Gaillard.

واضح في إطار المقارنة بين كل من القانون الفرنسي والمغربي حول ذلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تحديد مفهوم البطلان الواضح لاتفاق التحكيم

البطلان الواضح لاتفاق التحكيم هو ذلك البطلان الذي من شأنه تعطيل تطبيق مبدأ اختصاص المحكم للبت في اختصاصه، هذا المبدأ الذي يعطي الأولوية والصلاحية للمحكم للبت في وجود اتفاق التحكيم وصحته ومحتواه¹⁹⁹.

والملاحظ أن القانون الفرنسي قد كان أكثر وضوحا في أخذه بشرط البطلان الواضح لاتفاق التحكيم، هذا الأخير الذي أدخل هذا المفهوم بموجب التعديلات التي لحقت ق. م. م. منذ التعديل بموجب المرسومين السابقين 1980 و 1981 المتعلقة بمقتضيات التحكيم.

فمفهوم البطلان الواضح حسب بعض الفقه، هو ذلك البطلان البديهي غير المنازع في ثبوته، والذي لا يمكن التدايل على خلافه لجعله محل شك²⁰⁰، فالطابع البديهي لبطلان اتفاق التحكيم وغير القابل لإثبات العكس» «*caractère évident et incontestable*» يجعل اتفاق التحكيم باطلا بطلانا

199 - «Seule la nullité manifeste de la convention d'arbitrage est de nature à faire obstacle à l'application du principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence, principe qui consacre la priorité de la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité, et l'étendue de la convention d'arbitrage». C. Cass. Civ. Civ. 1er ch, 26 juin 2001, «Société American Bureau of Shopping (ABS) c. Copropriété maritime Jules Verne et autres», Rev. Arb. 2001, p. 529, note E. Gaillard.

200 - وفي هذا الصدد يذهب أحد الفقه الفرنسي للقول:

«La notion de nullité manifeste doit s'entendre strictement : il s'agit d'une nullité évidente, incontestable, qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute. Elle n'a qu'à être «constatée», comme le déclare l'article 1444». Ph. FOUCHARD: «La coopération du Président du tribunal de grande instance à l'arbitrage» Rev. arb., 1985, p. 19.

واضحا²⁰¹، كما أن طابع الوضوح هذا يتم الإقرار به لأول وهلة²⁰² وبشكل يقيني²⁰³ وانطلاقا من تحسس ظاهري لاتفاق التحكيم²⁰⁴.

فطابع الوضوح المعتمد به هنا بمعنى آخر، هو ذلك الوضوح الذي لا يثير أي شك²⁰⁵ ولا يقبل أي نقاش أو مجادلة حتى من قبل الأطراف الذي يكون سوء نيتهم واضحة²⁰⁶.

وبناء على ذلك، فالبطلان الواضح يجب أن يتم الإقرار به من قبل القاضي الوطني من أول نظرة إلى اتفاق التحكيم²⁰⁷، دون أن يكون له الحق في إخضاع اتفاق التحكيم إلى أية رقابة موضوعية ومعقدة²⁰⁸، فالشك حول

201 - CA Paris, 2 juin 2004, "Cineco c. Shure Brothers" ; CA Paris, 30 juin 2004, Frantonin c. ITM, Rev. arb., 2005, p.673, note J.-B. RACINE .

202 - «Nullité évidente, incontestable, décelable prima facie». Ph. FOUCHARD, note sous Cass. civ. 1er ch, 5 janv. 1999, «Zanzi c. De Koninck et autres», op. cit., p. 271.

203 - D. COHEN, note sous CA Paris, 1er déc. 1993, «Rawlings c. société Kevirkian et Partners», Rev. arb., 1994.p.695.

204 - M. REMOND-GOUILLOUD, «L'inopposabilité d'une clause compromissoire ne permet pas d'échapper au principe compétence-compétence», note sous Cass. civ. 1ère, 28 nov. 2006, «Steinweg Handelsweem c. Generali France assurances». DMF, 681, 2007, p. 414. - CA Paris, 7 fév. 2008, Rev. arb., 2008, p. 827.

205 - حيث يذهب بعض الفقه للقول في صدد ذلك:

«On admettra que n'est manifeste que ce qui ne laisse aucune place à une solution contraire. Ainsi, dès lors qu'il existerait une possibilité que l'arbitre soit compétent, par une appréciation quelconque d'un élément de fait ou de droit, le juge étatique devra décliner sa compétence». I. FADLALLAH, «Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ?», Gaz. Pal., 5-6 juin 2002, p. 26.

206 - M. VASSEUR : note sous CA Paris, 14 décembre 1987, «Cie de Signaux et d'entreprises électriques c. BNP et Crédit populaire d'Algérie», Rev. arb., 1989, p. 249 et s.

207 - O. CACHARD, «L'effet négatif du principe compétence-compétence et les contentieux parallèles», op. cit, p. 717.

208 - Cass. civ. 1er ch, 7 juin 2006, «Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag»: «interdisent par voie de conséquence au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage, et ce, quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral». Cass. civ. 1ère, 7 juin 2006, Bull. civ. I, 2006, p. 282 .

وجود حالة البطلان الواضح وحده يعد كافيا لاستبعاد تدخل القاضي وعدم إمكانية تصريحه بوجود حالة البطلان الواضح الموجبة لتدخله²⁰⁹.

فما هو واضح لا يحتاج إلى تفسير للوقائع²¹⁰ أو البحث عن إرادة الأطراف²¹¹ أو حتى البحث عن القانون الواجب التطبيق، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض بفرنسا في قضية *Andhika Lines*، عندما قضت بعدم أحقية محكمة الاستئناف باللجوء إلى أي محاولة للتفسير للتقرير بوجود حالة البطلان الظاهر من عدمه²¹²، وهو نفس المنحى الذي سلكته نفس المحكمة في قضية *Copropriété maritime Jules Verne*، عندما اعتبرت بأن القاضي الوطني لا يمكنه الرجوع إلى القانون المطبق لتقرير وجود حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم انطلاقا من ذلك²¹³.

ومن خلال ما سبق ذكره، يتضح لنا جليا بأن مفهوم البطلان الواضح كاف بحد ذاته للتقرير بأحقية تدخل قضاء الدولة في اتفاق التحكيم للنظر في مدى صحته، أما الهيئة التحكيمية ففي هذه الحالة ترفع عنها مشروعية النظر في اتفاق التحكيم فيما يخص وجوده أو بطلانه، أي الخروج من مبدأ

209 - Magali BOUCARON: Thèse «principe compétence – compétence en droit de l'arbitrage», op. cit, p.226.

210 - E. LOQUIN, «Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage», RTD com., 2006, p. 764.

211 - Cass. civ. 1ère, 6 juill. 2005, "Golshani", Bull. civ. I, n° 302.

212 - Cass. civ. 1ère, 11 juill. 2006, «Andhika Lines c. Axa Corporate»: «la cour d'appel, qui n'a pas eu à procéder à une quelconque interprétation». D. 2006, IR p. 2273, Rev. Arb. 2006, p. 870/ Rev. Crit. DIP 2007 p. 128 obs. Fabienne Jault-Seseke / RTD com. 2006 p. 764, obs. E. Loquin ; Rev. Arb. 2006, p.979.

213 - Cass. civ. 1ère, 7 juin 2006, «Copropriété maritime Jules Verne c. American Bureau of Shipping, navire Tag Heuer», Bull. civ. I, 2006, op. cit. p. 282.
«qu'ayant relevé qu'en l'état de la décision américaine ayant jugé que la clause compromissoire était opposable à la copropriété Jules Verne..., l'analyse complexe en fait et en droit du litige ne pouvait conduire à écarter la clause d'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi de procédure, en a justement déduit que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement inapplicable». Note MOURRE A., JDI, 2006, p.1384.

اختصاص الاختصاص للمحكم وتقرير الاختصاص للقضاء مادام أن مصدر ولاية الهيئة التحكيمية هو قيام اتفاق تحكيم صحيح.

و على غرار مفهوم البطلان الواضح لاتفاق التحكيم، فإن المشرع الفرنسي - على خلاف المشرع المغربي - قد تضمن شرط عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح، وهذا ما سنتعرض إليه في المطلب الثاني .

المطلب الثاني : تداخل مفهوم البطلان الواضح مع مفهوم عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح

إن مفهوم عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح، قد ابتدئته محكمة النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر بتاريخ 2001/10/6 في قضية *Société Quarto Children's books*، حيث تم توسيع مجال تعطيل مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم ليس فقط في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، بل كذلك في حالة عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح²¹⁴، وذلك بالرغم من التقارب الواضح بين المفهومين²¹⁵.

214 - C. Cass. Civ (1 ch.), 16 octobre 2001, «Société Quarto Children's books», Rev. Arb. 2002, p.919/ Rev. Crit. DIP 2002, p.555, note F. Fault Seseke.

«Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que le Tribunal de commerce de PONTOISE était compétent pour connaître du litige opposant la société EDITIONS DU SEUIL à la société QUARTO CHILDREN'S BOOKS ;

AUX MOTIFS que lorsque différentes actions ou demandes sont indivisibles, ce caractère fait obstacle à ce que le litige soit simultanément porté devant des juridictions différentes; que ce caractère s'oppose aussi à ce que le même litige soit successivement porté devant des juridictions différentes, l'une décidant de surseoir à statuer en attendant la décision de l'autre; qu'il en est particulièrement ainsi lorsque la décision dans l'attente de laquelle il serait sursis à statuer serait une décision arbitrale, ce qui aurait pour effet de rendre une clause compromissoire indirectement opposable à une partie qui n'y a pas consenti; qu'il résulte de ces principes qu'une des parties à un litige indivisible ne saurait se prévaloir d'une clause contractuelle pour décliner la compétence de la juridiction saisie; qu'il en est ainsi que la juridiction saisie l'ait été par application des règles de compétence édictées par l'article 42 du nouveau Code de procédure civile ou par celle des règles de compétence édictées par l'article 46 du même Code; que le litige dont les EDITIONS DU SEUIL ont saisi le Tribunal de commerce de PONTOISE, et qui les oppose d'une part à la société QUARTO CHILDREN'S BOOKS et d'autre part à la société EDITIONS PHIDAL dans la mesure où l'existence d'une contrefaçon dépend nécessairement de la consistance des droits qui ont été cédés par la société QUARTO CHILDREN'S BOOKS à EDITIONS DU SEUIL ; que dans ces conditions la société QUARTO CHILDREN'S BOOKS ne saurait se prévaloir de la clause compromissoire

فمفهوم عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح يمكن اعتباره بمثابة غياب إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم²¹⁶.

وفي قرارها الصادر بتاريخ 2004/4/27 بخصوص قضية «Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres» اعتبرت فيه بأن تضمين الشروط النموذجية العامة السابقة على التعاقد لاتفاق تحكيم يندرج تحت طائلة عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح²¹⁷، فقاعدة عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح قد أقرت لوضع حد لتحايل الأطراف ومحاولتهم

convenue entre EDITIONS DU SEUIL et elle-même; qu'il y a lieu, en conséquence, d'infirmier la décision déferée et de dire QUARTO CHILDREN'S BOOKS mal fondée en l'exception d'incompétence qu'elle a soulevée en se fondant sur une clause compromissoire ;

Alors qu'en vertu de l'article 1458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, en présence d'une convention d'arbitrage, la juridiction étatique, si le Tribunal arbitral n'est pas encore saisi, doit se déclarer incompétente, à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle; qu'en cas de pluralité de défendeurs, l'éventuelle indivisibilité du litige ne peut faire échec à la force obligatoire et à l'efficacité de la convention d'arbitrage liant le demandeur à l'un ou plusieurs défendeurs et à la compétence du Tribunal arbitral pour régler le litige opposant les parties liées par cette convention; qu'en cas d'indivisibilité, la juridiction étatique, compétente à l'égard des parties non liées par la convention d'arbitrage, doit, le cas échéant, surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Tribunal arbitral; qu'en conséquence, en décidant que la société QUARTO CHILDREN'S BOOKS ne pouvait se prévaloir de la clause compromissoire le liant à la société EDITIONS DU SEUIL en raison d'une indivisibilité du litige opposant cette dernière société à la société QUARTO CHILDREN'S BOOKS et à la société EDITIONS PHIDAL, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1458, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile» .

215 - C. Cass. Com., 13 juin 2006, «Société Prodim c. Société Gemodis», Rev. Arb. 2006, p. 955 / note O. Cachard sur C. Cass. Com., 13 juin 2006, M. Rev. Arb. 2006, p. 893 :

«fait ressortir l'inapplicabilité évidente de la convention d'arbitrage, de nature à faire obstacle au principe de la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence, l'arrêt qui, après avoir = = = = énoncé que la clause compromissoire ne concerne que les litiges pour lesquels elle a été stipulée et n'est pas opposable au commissaire à l'exécution du plan que dans la mesure où celui-ci exerce les droits et actions du débiteur lui-même suivant les modalités de la liquidation judiciaire, par application de l'article L. 621-83 dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, retient que tel n'est pas le cas de l'action engagée au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers sur le fondement de l'article 1382 du Code civil».

216 - قرار مشار إليه سابقاً: « UOP c. BP France » Cass. civ. 1ère, 20 fév. 2007, ص 761.

217 - Cass. 1er ch. civ., 27 avr. 2004, Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres, Bull. civ. I, p. 91, n° 112 ; RTD com. 2005 p. 486 note E Loquin ; Rev. Arb. 2004, p. 851.

عرقلة نظر القضاء في الدعاوى، وذلك بتضمينهم اتفاق التحكيم لعقود لا علاقة لها بموضوع النزاع²¹⁸.

وفي قرارها المتعلق بقضية²¹⁹ «Société Champion supermarché France c.

«Société Recape» وقضية²²⁰ «Prodim et Andhika Lines» وقضية «Andhika Chartering»²²¹، اعتبرت محكمة النقض الفرنسية حالة عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح ثابتة في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم وفي الحالات المترتبة على الأثر النسبي للعقود²²²، في حين ضيقت محكمة النقض الفرنسية

218 - E. LOQUIN : L'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire (Cass. 1er civ., 27 avr. 2004, Bull. civ. I, p. 91, n° 112, Société Bureau Véritas c. Mme Aaliste et autres), RTD com. 2005 p. 486 n° 112 : « La règle de l'inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage a une utilité. Elle permet de déjouer les manoeuvres de plus en plus fréquentes de plaideurs, qui, pour paralyser une instance devant le juge judiciaire, n'hésitent pas à opposer des clauses compromissoires manifestement sans rapport avec le litige. En revanche, il appartiendra à la Cour de cassation de tenir fermement la main pour que la condition de l'évidence soit respectée par les juges. La détermination du domaine de la convention d'arbitrage peut être d'une grande complexité, en particulier lorsque des groupes de contrats sont litigieux ou que les contrats litigieux concernent des groupes de sociétés, dont les différentes sociétés qui les composent sont impliquées dans leur formation ou leur exécution».

219 - C. Cass. 1er ch. Civ., 4 juillet 2006, n° 05-11.p. 591, Société Champion supermarché France (CSF) c. Société Recape, Rev. Arb. 2006 p. 959 note X. Train.

220 - C. Cass. Com 13 juin 2006, Prodim et Andhika Lines, op. cit , p. 955.

- انظر القرار السابق الذكر :

221

= =

= = C. Cass. 1er ch. Civ., 11 juillet 2006, n° 03-19.838, Société Andhika Lines (Andhika Chartering)c. Société Alcan Rubber et Chemical, D. 2006, op. cit, p. 2273, Rev. Arb. 2006,op. cit, p. 870 et p.979. / Rev. Crit. DIP 2007, op. cit, p. 128 obs. Fabienne Jault-Seseke / RTD com. 2006, op. cit, p. 764, obs. E. Loquin ; Rev. Arb. 2006.

222 - C. Cass. 1er ch. Civ., 4 juillet 2006, n° 05-11.591, "Société Champion supermarché France (CSF) c. Société Recape ":

Attendu que la société CSF fait grief au premier arrêt (Caen, 9 septembre 2004) d'avoir rejeté l'exception d'incompétence au profit de la juridiction arbitrale, alors, selon le moyen, que la cour d'appel, qui a retenu sa compétence, en refusant de laisser apprécier aux arbitres si les clauses compromissoires, insérées aux contrats d'approvisionnement liant les sociétés CSF et Recape, ne s'étendaient pas aux contrats accessoires de dépôt de garantie subséquents, nonobstant l'insertion, dans ces derniers, de clauses attributives de juridiction contradictoires, a méconnu, en violation des articles 1458 et 1466 du nouveau code de procédure civile, la primauté absolue de l'arbitre pour statuer sur l'étendue de sa propre compétence ;

من تطبيق وجود حالة عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح في العديد من قراراتها²²³، ذلك أن محكمة النقض الفرنسية استبعدت في العديد من قراراتها إجراء رقابة معمقة لاتفاق التحكيم في سبيل استخلاص وجود حالة عدم القابلية الظاهرة لاتفاق التحكيم²²⁴.

وحسب غالبية الفقه فالرقابة القضائية في سبيل استخلاص وجود حالة عدم القابلية الظاهرة لاتفاق التحكيم هي رقابة شكلية ويجب أن لا تتعارض مع مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم²²⁵.

Mais attendu qu'en présence de deux contrats qui n'ont pas le même objet, dont l'un contient une clause compromissoire et l'autre une clause attributive de compétence, la cour d'appel, qui a constaté que l'arbitre ne pouvait étendre sa compétence à un contrat autre que celui qui contenait la clause d'arbitrage alors que les parties avaient voulu distinguer les contrats par des clauses contraires, a pu en déduire que la clause stipulée dans le contrat de gage dont l'exécution était poursuivie excluait la compétence du tribunal arbitral de laquelle seul le contrat d'approvisionnement ressortissait, de sorte que la convention d'arbitrage stipulée au contrat d'approvisionnement était manifestement inapplicable au litige; que le moyen ne peut être accueilli», note X. Train, op. cit., p. 959 et s.

223 - C. Cass. I. Civ., 4 juillet 2006, «Société Prodim c. Mohimont, n° 05-17.460 (n° 1128) D. 2006, op. cit, p. 1985 : «Seule la nullité ou l'inapplicabilité d'une clause compromissoire font obstacle à la compétence arbitrale» .

C. Cass. Civ. Ire, 7 juin 2006 n° 03-12.034 (n° 937), Rev. Arb. 2006 , note E. Gaillard, p. 945 : «Des limites de la compétence arbitrale des juges français» : «l'analyse complexe en fait et en droit du litige ne pouvait conduire à écarter la clause d'arbitrage, la cour d'appel, qui n'avait pas à se référer à une loi de procédure, en a justement déduit que la clause d'arbitrage n'étant pas manifestement inapplicable, le juge français avait empiété sur la compétence arbitrale». et aussi D. 2006, p. 1701.

224 - نفس القرار السابق ونفس المصادر : C. Cass. 1er ch.Civ., 7 juin 2006

وانظر في نفس الإطار أيضا:

==

== - C.Cass. Com., 21 fév. 2006, Société Belmarine c. Société Trident Marine Agency (Navire Pella), n° 04-11.030, Rev. Arb. 2006 p. 943 / Rev. Crit. DIP 2006, p. 606 note Jault Seseke / D. 2006, p. 670 ; RTD com. 2006, note Loquin, p. 764.

- C. Cass. 1er ch.Civ., 11 juillet 2006, Navire Turcia, Rev. Arb. 2006.p. 977.

- C. Cass. Civ. I, 11 juillet 2006, Société National Broadcasting Co c. Bernadaux et autres, n° 04-14.950 (n° 1325 F-P+B+I); Rev. Arb. 2006, p. 981 / D.2006,p. 2051.

225 - C. Cass. 1er ch.Civ., 7 juin 2006, Copropriété Maritimes Jules Vernes et autres c. ABS et autres (Navire Tag Heuer), note E. Gaillard,op. cit, p. 945 et s.: «la combinaison du principe de validité de la clause compromissoire et du principe de compétence-compétence interdit par voie de conséquence au juge étatique français de procéder à un examen substantiel et approfondi de

كما أن سلطة قاضي الموضوع في استخلاص حالة عدم قابلية تطبيق اتفاق التحكيم بشكل واضح وحالة البطلان الظاهر هي سلطة خاضعة لرقابة محكمة النقض. ففي قرارها الصادر بتاريخ 2006/2/23 حيث اعتبرت محكمة الاستئناف بقضية "Aix en Provence" أن اتفاق التحكيم الذي عين الجمعية الفرنسية للتحكيم وغرفة التجارة الدولية بباريس في نفس الوقت كمحكمة تحكيمية اتفاقا غير قابل للتطبيق بشكل ظاهر، وذلك بالنظر إلى التناقض اللاحق باتفاق التحكيم²²⁶، إلا أن محكمة النقض الفرنسية²²⁷ ألغت القرار الصادر عن محكمة الاستئناف المذكور حول 'Aix en Provence' معتبرة بأن حالة عدم القابلية الظاهرة لاتفاق التحكيم غير متوفرة في النازلة، بعلّة أن الأمر يتعلق فقط بالصعوبات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية والتي يختص بالبت فيها قضاء الدولة²²⁸.

ويبدو من خلال كل ما سبق، على أن تقرير شرط البطلان الظاهر يعتبر موجبا لتدخل القاضي الوطني بل وأيضا اقتترانه مع عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق بشكل واضح، وهذه القاعدة كرسها القضاء الفرنسي للقول

la convention d'arbitrage, et ce quel que soit le lieu où siège le tribunal arbitral, la seule limite dans laquelle le juge peut examiner la clause d'arbitrage avant qu'il ne soit amené à en contrôler l'existence ou la validité, dans le cadre d'un recours contre la sentence, étant celle de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste».

226 - CA Aix en Provence, 23 février 2006, E. Loquin, RTD com. 2006, op. cit., p.766, col. 2.

227 - C. Cass. Civ. Ire, 20 févr. 2007, n° 06-14.107 (n° 228) Bull. civ. I, op, n° 62./ X. Delpech : «Principe de compétence-compétence et inapplicabilité manifeste d'une clause d'arbitrage» .D. 2007, op .cit, p.734 ./RTD civ. 2008 p. 151 obs. Ph. Thery; Note F.-X. Train, op. cit, p.775.

228 - C. Cass. Civ. Ier ch, 20 févr. 2007, n° 06-14.107 (n° 228) Bull. civ. I, n° 62, D. 2007, op. cit, p.734: = =

= = «appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage». En «matière d'arbitrage international se déroulant en France, les difficultés de constitution du tribunal arbitral relèvent du président du tribunal de grande instance de Paris».

«des motifs impropres à caractériser une inapplicabilité manifeste de la clause dès lors qu'elle ne constatait pas une absence de volonté des parties de recourir à l'arbitrage et que le juge d'appui, seul compétent pour statuer sur les difficultés de constitution du tribunal arbitral, n'avait pas été saisi, la cour d'appel a violé le principe et le texte susvisés».

بمشروعية تدخل القاضي في اتفاق التحكيم واستبعاد اختصاص المحكم الذي هو الأساس.

المبحث الثاني : تدخل القضاء في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم

بالرجوع إلى الفصل³²⁷ من ق. م. م. المغربي وكذلك بالرجوع إلى مقتضيات المادة 1448 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد، فالملاحظ بأن قانون التحكيم بالمغرب وكذلك بفرنسا، قد أقر معا بإمكانية تدخل القاضي الوطني للبت في النزاع بالرغم من وجود اتفاق تحكيم متى تحققت شروط مسطرية وموضوعية معينة (المطلب الأول).

ومهما يكن الأمر، فإن تدخل القاضي الوطني بصدد ذلك لا يترتب عنه وقف السير في مسطرة التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إمكانية تدخل القضاء في التشريعين الفرنسي والمغربي

إذا كانت معظم تشريعات التحكيم الحديثة لم تخرج عن مبدأ إقصاء القضاء عن الفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم، فإنها بالرغم من ذلك تفسح بعض المجال لإتاحة الفرصة للقضاء.

وإذا كان القانون المصري يعتبر حالة شاذة بحيث لم يسمح بهذا التدخل بصفة مطلقة، مخولا في ذلك للهيئة التحكيمية الرقابة الذاتية فيما يخص صحة اتفاق التحكيم على أن يكون تدخل القضاء ما بعد صدور الحكم التحكيمي، إلا أنه انطلاقا من مقتضيات الفقرة 2 من الفصل 327 ق. م. م. المغربي (قانون رقم 08-05) ومقتضيات المادة 1448 من ق. م. م. الفرنسي (مرسوم رقم 2011-48)، فإنه تم الإقرار بحق تدخل القاضي الوطني

وسلب الاختصاص من الهيئة التحكيمية متى كان اتفاق التحكيم باطلا بطلانا واضحا، على أنه وإذا كان المشرع الفرنسي قد أسند مهمة التصريح ببطلان اتفاق التحكيم إلى قاضي الموضوع وكذلك إلى القاضي المساند (الفقرة الأولى)، فإن المشرع المغربي قد أوكل هذه المهمة حصرا لقاضي الموضوع (الفقرة الثانية)، وذلك متى تحقق شرطان مسطريان: الأول متمثل في ضرورة عدم عرض النزاع على الهيئة التحكيمية، والثاني متمثل في تمسك أحد الأطراف بحالة البطلان الواضح (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: إعطاء المشرع الفرنسي صلاحية التصريح بالبطلان لقاضي الموضوع والقاضي المساند

أعطت المادة 1455 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي وفقا لتعديلات 2011 المتعلقة بمقتضيات التحكيم، كما هو مبين من خلال نص المادة المذكورة الاختصاص للقاضي المساند «Le juge d'appui»، للتصريح بوجود حالة البطلان الواضح لاتفاق التحكيم أو عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق، ورتبت على ذلك امتناع هذا الأخير عن تعيين الهيئة التحكيمية²²⁹.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد أوكل هذه المهمة للقاضي المساند الفرنسي، فإنه لا يتصور اضطلاع هذا الأخير بهذه المهمة إلا في النطاق المحدد لاختصاصه بموجب المادة 1459 التي تحدد المقصود بالقاضي المساند في التحكيم الداخلي والذي هو من حيث المبدأ رئيس المحكمة الابتدائية والمادة 1505 من مقتضيات المنظمة للتحكيم الدولي والتي تحدد كذلك من هو القاضي المساند في التحكيم الدولي طبقا لقانون المسطرة

229 - Art. 1455 : «Si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable, le juge d'appui déclare n'y avoir lieu à désignation».

المدنية الفرنسي وهو رئيس المحكمة الابتدائية بباريس ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك²³⁰.

وإذا كان اختصاص القاضي المساند بصفته رئيس المحكمة يعتبر المستجد الذي أضافه المشرع الفرنسي بالنسبة لاختصاص القضاء للنظر في صحة اتفاق التحكيم متى كان باطلا بطلانا واضحا أو كان اتفاق التحكيم غير قابل للتطبيق بشكل واضح، فإنه أوكل نفس المهمة لقاضي الموضوع للتصريح ببطلان اتفاق التحكيم، والتي نصت على ذلك المادة 1448 من نفس القانون المشار إليها سابقا، هذه الأخيرة قضت بوجود تصريح القضاء الوطني بعدم اختصاصه للنظر في موضوع النزاع، وذلك ما لم يكن النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وكان اتفاق التحكيم باطلا بشكل واضح أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح ودفع أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية²³¹.

230 - Art. 1459 : «Le juge d'appui compétent est le président du tribunal de grande instance.

Toutefois, si la convention d'arbitrage le prévoit expressément, le président du tribunal de commerce est compétent pour connaître des demandes formées en application des articles 1451 à 1454. Dans ce cas, il peut faire application de l'article 1455.

Le juge territorialement compétent est celui désigné par la convention d'arbitrage ou, à défaut, celui dans le ressort duquel le siège du tribunal arbitral a été fixé. En l'absence de toute stipulation de la convention d'arbitrage, le juge territorialement compétent est celui du lieu où demeure le ou l'un des défendeurs à l'incident ou, si le défendeur ne demeure pas en France, du lieu où demeure le demandeur».

-Art. 1505 : «En matière d'arbitrage international, le juge d'appui de la procédure arbitrale est, sauf clause contraire, le président du tribunal de grande instance de Paris lorsque :

1° L'arbitrage se déroule en France ou

2° Les parties sont convenues de soumettre l'arbitrage à la loi de procédure française ou

3° Les parties ont expressément donné compétence aux juridictions étatiques françaises pour connaître des différends relatifs à la procédure arbitrale ou

4° L'une des parties est exposée à un risque de déni de justice».

231 - Art. 1448. «Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite».

فالمشرع الفرنسي بناء على المادة 1455 و 1448 المذكورتين، قد أقر بشكل واضح اختصاص كل من القاضي المساند وقاضي الموضوع للنظر في بطلان اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الأمر يقتضي منا التساؤل في حالة ما إذا تعارض كل من اختصاص القاضي المساند واختصاص قاضي الموضوع عند النظر في بطلان اتفاق التحكيم؟.

وللجواب على ذلك، فالواضح من نص المادة الأولى 1455، أن القاضي المساند متى تبين له أن اتفاق التحكيم باطلا بشكل واضح أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح، يعلن هذا الأخير أنه لا محل لتعيين المحكم أو الهيئة التحكيمية دون أن يذهب إلى أبعد من ذلك، فلم يسمح له المشرع الفرنسي للتدخل بأكثر من ذلك.

في حين أن اختصاص المخول للقضاء كقاضي للموضوع متى ثبت اختصاصه، يعتبر ذو نطاق واسع بحيث خول له النظر في أصل النزاع المتضمن لاتفاق التحكيم الباطل طبقا لما هو وارد في المادة 1448، وذلك متى كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وتمسك به أحد الأطراف.

وإذا كان هذا هو موقف المشرع الفرنسي الذي جاء واضحا مميزا في ذلك بين حدود اختصاص كل من القاضي المساند وقاضي الموضوع، إلا أن المشرع المغربي لم يخول الاختصاص في ذلك إلا بشكل حصري لقاضي الموضوع فقط، وهذا ما سنوضحه في الفقرة الموالية.

الفقرة الثانية : الاختصاص الحصري لقاضي الموضوع طبقا

للتشريع المغربي

على خلاف من المشرع الفرنسي الذي أوكل مهمة التصريح بالبطلان إلى كل من القاضي المساند وقاضي الموضوع كما بينا أعلاه، فإن المشرع المغربي حصر إمكانية التصريح ببطلان اتفاق التحكيم في قاضي الموضوع وحده.

وبناء على ذلك، فإنه إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، وجب على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا²³².

كما أضاف المشرع المغربي على أنه لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول²³³.

ومن خلال ما سبق، على قاضي الموضوع قبول النظر في النزاع المتضمن لاتفاق تحكيم الباطل بشكل واضح، مادام النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وتمسك به أحد الأطراف، بحيث يرجع الاختصاص من حيث الأصل لقضاء الدولة والمتمثل في قاضي الموضوع وحده عوض الهيئة التحكيمية التي لم تشكل من الأساس، وحتى لو شكلت فإن بطلان اتفاق التحكيم بشكل واضح يقصدها من النظر في النزاع.

فإقرار المشرع لقاضي الموضوع بذلك، إنما قصد منه المشرع محاولة وضع توازن بين كل من اختصاص المحكم واختصاص القضاء في سبيل إرجاع الفعالية لاتفاق التحكيم الذي بطل وكان من الاستحالة عرضه على الهيئة التحكيمية، بعيدا عن أي تنازع بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة، كما أنه لا يحط من قيمة قضاء التحكيم الذي يشهد له بتفوقه في حل المنازعات الدولية.

وبناء على ذلك، فإن إقرار المشرع بهذا الاختصاص لقاضي الموضوع لم يهدف من ورائه سوى تحصين اتفاق التحكيم من أية محاولة

232 - الرجوع لنص الفصل 327 من ق. م. م. المغربي في فقرته الثانية.

233 - الفقرة الثالثة من الفصل 327 .

دنيئة لعرقلة إجراءات التحكيم، وأن دور القضاء في هذه الحالة يعتبر أداة لتحقيق الغاية المنشودة وهي صحة اتفاق التحكيم.

وإذا كان المشرع المغربي - مثل نظيره الفرنسي - لم يخول للقضاء النظر في بطلان اتفاق التحكيم بصفة تلقائية، مما يعني أنه غير متعلق بالنظام العام، وإنما يتوقف على مبادرة من أحد الأطراف²³⁴.

الفقرة الثالثة: ارتباط تدخل قضاء الدولة بتحقيق شرط مسطري

إذا كانت اتفاقية نيويورك في الفقرة (3) من المادة (2) قد خولت لقضاء الدولة التدخل الاستثنائي في اتفاق التحكيم بحيث نصت على أنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق بين الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له وغير قابل للتطبيق"، إلا أنها لم تتطرق لشروط هذا التدخل تاركة ذلك لتنظيم التشريعات الوطنية لهذه التفاصيل.

وبناء على ذلك، فإذا كان كل من المشرع الفرنسي والمغربي قد أقر للقضاء بحق التدخل في اتفاق التحكيم الباطل، إلا أن ذلك لم يمنح له بصفة مطلقة بل مقترنة بضرورة توفر شرطين أساسيين، يتمثل الأول في ألا يكون النزاع قد عرض على هيئة التحكيم، والثاني في أن يتمسك أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم، وهذا ما سنتناوله بتفصيل.

أولاً: شرط عدم عرض النزاع على الهيئة التحكيمية

إن الشرط المتمثل في كون أن النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية حتى يثبت حق تدخل قاضي الموضوع للبت في أصل النزاع،

يتطلب منا تحديد المقصود "بكون أن النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية".

ولتحديد المقصود بكون أن النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، يتطلب تحديد الحالة العكسية التي يعتبر فيها كون أن النزاع معروض على الهيئة التحكيمية حتى نكون أمام تخلف القيد المسطري.

فبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 6-327 ق. م. م. المغربي، فإنه يثبت قبول المحكم بالمهمة المعهودة إليه كتابة بالتوقيع على اتفاق التحكيم أو بتحرير عقد ينص على الشروع في القيام بالمهمة التحكيمية.

والتشكيل الكامل للهيئة التحكيمية يعتبر بمثابة أن النزاع أصبح معروضا على الهيئة التحكيمية، ولا يعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية كاملا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المعينون المهمة المعهودة إليهم بها، كما أنه يجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله عن أي ظروف من شأنها إثارة الشكوك حول حياده واستقلاله²³⁵.

كما أنه وبموجب الفصل 7-327 والفصل 8-327 من ق. م. م. المغربي، 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

235 - جاء في الفصل 6-327 من قانون المسطرة المدنية المغربي بموجب القانون المعدل رقم 08-05 ما يلي: "لا يعتبر تشكيل الهيئة التحكيمية كاملا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون المعينون المهمة المعهودة إليهم بها.

ويجب على المحكم الذي قبل مهمته أن يفصح كتابة عند قبوله 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.

ويجب على كل محكم أن يستمر في القيام بمهمته إلى نهايتها.

ولا يجوز له، تحت طائلة دفع تعويضات أن يتخلى عنها دون سبب مشروع بعد قبوله، وذلك بعد إرساله إشعارا يذكر فيه أسباب تخليه".

الأطراف، كما أنه وإذا 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.

ولتحديد مفهوم بدأ عرض النزاع على الهيئة التحكيمية انطلاقاً من المؤشرات والشروط الواردة أعلاه، فإنه بموجب الفصل 6-327 المشار إليه، فالملاحظ أن نص هذا الفصل قد جاء متسماً بالغموض، وأن مقتضياته جاءت بمثابة ترجمة حرفية لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 1452 من ق. م. م. الفرنسي السابق²³⁶، هذه المادة التي تم إدخالها بموجب تعديل سنة 1981 والذي تم إدخاله على المقتضيات المتعلقة بالتحكيم في القانون الفرنسي²³⁷.

ونظراً للغموض الذي كانت تتسم به المادة 1452 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي قبل إلغائها وتعويضها بالمادة 1456 من قانون المسطرة المدنية الجديد في إطار تعديل سنة 2011، فقد اعتبرت المادة 1456 المذكورة على أن الهيئة التحكيمية تعتبر مشكلة، متى وافق المحكم أو المحكمون على المهمة المنوطة بهم وتضع الهيئة التحكيمية يدها على النزاع ابتداءً من هذا التاريخ²³⁸.

وتعديل المادة 1452 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي وتعويضها بالمادة 1456 من قانون المسطرة المدنية الجديد، جاء انطلاقاً من التفسيرات الفقهية والقضائية المتضاربة لتحديد مفهوم بدأ عرض النزاع على الهيئة

236 - Art. 1452 : «La constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée.

L'arbitre qui suppose en sa personne une cause de récusation doit en informer les parties. En ce cas, il ne peut accepter sa mission qu'avec l'accord de ces parties».

237 - Décret 81-500 1981-05-12 art. 5 JORF 14 mai 1981 rectificatif JORF 21 mai 1981.

238 - Art. 1456 : «Le tribunal arbitral est constitué lorsque le ou les arbitres ont accepté la mission qui leur est confiée. A cette date, il est saisi du litige.

Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ».

التحكيمية، ففي حين اعتبر بعض الفقه ضرورة قبول الهيئة التحكيمية للمهمة المنوطة بها للقول ببدأ المحاكمة التحكيمية²³⁹، اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس مجرد تقديم طلب التحكيم من أحد الأطراف يعتبر بمثابة بدأ للمحاكمة التحكيمية²⁴⁰.

غير أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت في قرار لها صادر عن الغرفة التجارية بتاريخ 2004/3/30 عكس ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بباريس، واعتبرت بأنه للقول ببدأ المحاكمة التحكيمية يجب أن تكون الهيئة التحكيمية قد قبلت بالمهمة المنوطة بها²⁴¹.

وقد شكل القرار المذكور الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية منطلقاً لاجتهاد قضائي واضح وراسخ متمثل في القرار الصادر عن الغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية في قضية Société CSF c. Société Chays frères et autres، هذا القرار الذي أكدت فيه محكمة النقض الفرنسية بوضوح على مبدأ ضرورة قبول الهيئة التحكيمية للمهمة المنوطة بها للقول ببدء المحاكمة التحكيمية²⁴².

ثانياً: وجوب تمسك أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم

239 - Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN : Traité de l'arbitrage commercial international, op. cit. n° 942-950.

240 - CA Paris, 30 mars 1999, Rev. Arb. 2003 , p. 207 ,note Ph. Fouchard .

241 - C.Cass. Com., 30 mars 2004, B. IV, n°98, p. 79.

242 - Cass. Civ. 1er ch. 25 avril 2006, pourvoi n°05-13749, Publié au bulletin des arrêts des chambres civiles 2006 I N° 197 p. 173: «Mais attendu que l'arrêt relève que la seule notification par la société CSF, par lettre du 15 septembre 2004, de la désignation de son arbitre ne peut valoir saisine du tribunal arbitral ; que, dès lors que l'instance arbitrale n'est en cours qu'à partir du moment où le tribunal arbitral est définitivement constitué et peut donc être saisi du litige, c'est à dire à partir de l'acceptation par tous les arbitres de leur mission, la cour d'appel a légalement justifié sa décision relative aux pouvoirs du juge des référés».

على الرغم من اختلاف طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، بين دفع بعدم القبول طبقاً للتشريع المغربي ودفع بعد الاختصاص وفقاً للتشريع الفرنسي²⁴³، فإن كلا التشريعين لم يخوّلا للقضاء الوطني إثارة حالة عدم الاختصاص أو عدم القبول بصفة تلقائية²⁴⁴.

فالمشرع المغربي حظر تصريح المحكمة بعدم القبول تلقائياً، بحيث اشترط ضرورة دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع²⁴⁵، إلا أنه بالرغم من ذلك يمكن مباشرة مسطرة التحكيم أو متابعتها ويمكن إصدار الحكم التحكيمي في انتظار أن تثبت المحكمة في ذلك²⁴⁶.

وطبقاً للقانون الفرنسي، فالمادة 1448 من ق.م.م. الفرنسي المشار إليها سابقاً، فضلاً عن تحقق الشرط الأول والتمثل في عدم عرض النزاع على هيئة التحكيم، فقد قضت هي الأخرى بوجود تصريح القضاء الوطني بعدم اختصاصه للنظر في موضوع النزاع، إلا إذا ... دفع أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية.

243 - انظر في ذلك بتفصيل الاختصاص السلبي للقضاء أطروحة نهال اللواح: "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، م.س، ص، 81 وما بعدها.

244 - انظر المادة 1488 من ق.م.م. الفرنسي، والفصل 327 من ق.م.م. المغربي.

245 - انظر القرار المشار إليه سابقاً، قرار للمجلس الأعلى في الملف التجاري عدد 2005/1/3/59، وقرار عدد 1003، صادر بتاريخ 2008/7/9، والذي ذهب فيه على أن "الدفع بعد قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم دفع يجب أن يثار قبل الجواب في الموضوع".

246 - نص الفصل 327 من القانون رقم 08-05 على ما يلي:

"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.

==

== إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، وجب كذلك على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعد القبول ما لا يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحاً.

ينعني على المدعى عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، ولا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائياً بعدم القبول...".

والملاحظ مما سبق، أن كلا من المشرع المغربي والفرنسي لما اعتبرا بأن المحكمة التي يطرح أمامها نزاع يوجد بشأنه اتفاق التحكيم يجب أن تقضي بعدم قبولها (حسب القانون المغربي) أو بعدم اختصاصها (حسب القانون الفرنسي) بنظر النزاع ولا يجوز لها بناء على ذلك الدفع به من تلقاء نفسها²⁴⁷، ذلك لأن المشرعان يفترضان بداية وجود اتفاق تحكيم فيما بين الأطراف، ولأن التحكيم قائم على سلطان الإرادة ولأنه كذلك، فإن سلطان الإرادة يمكنه الرجوع عن التحكيم باتفاق الطرفين على ذلك والعودة إلى القضاء، لهذا السبب فليس للقاضي الذي يعرض أمامه نزاع يلاحظ أنه مشمول بعقد تحكيمي أن يثير عفوا عدم اختصاصه أو عدم قبوله.

وحسب ما ذهب إليه أحد الفقهاء، فحين يستحضر المدعي خصمه المدعى عليه أمام المحاكم القضائية فإنه يكون بذلك قد تنازل عن عقد التحكيم، أو إذا مثل المدعى عليه أيضا دون أن يتمسك بالعقد التحكيمي ويثير عدم الاختصاص أو القبول، فإنه يكون متوافقا مع المدعي على التخلي عن العقد التحكيمي والرجوع إلى القضاء، ولا يمكن للقاضي حينئذ أن يتمسك هو بعقد تحكيمي تخلى عنه طرفاه²⁴⁸.

المطلب الثاني : آثار تصريح القضاء ببطلان اتفاق التحكيم

إذا كان المشرع المغربي وبموجب الفصل 327 من ق. م. م. في فقرته الثانية قد نص على أنه، إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية، وجب على المحكمة بطلب من المدعى عليه أن تصرح بعدم

247 - لقد حلت المادة 1448 محل المادة 1458 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي الملغى بموجب تعديلات 2011 والتي كانت تنص على أن: "إذا رفع أمام محكمة قضائية نزاع معروض أمام هيئة تحكيمية بموجب اتفاق تحكيمي فعليها أن تصرح بعدم اختصاصها غير أنه لا يمكن للمحكمة القضائية أن تعلن عدم اختصاصها من تلقاء نفسها". الرجوع للنص الفرنسي للمادة 1448 المشار إليها سابقا.

248 - عبد الحميد الأحديب: التحكيم الدولي، ج. 2، م. س، ص 165.

القبول وقبل الدخول في جوهر النزاع ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحا، إلا أنه بالرغم من ذلك فلم يسمح بوقف مسطرة التحكيم لأجل النظر في ذلك، بل يمكن مباشرة مسطرة التحكيم أو متابعتها ويمكن إصدار الحكم التحكيمي في انتظار أن تثبت المحكمة في ذلك.

ذلك أن المشرع المغربي اعتبر أن تدخل قضاء الموضوع في اتفاق التحكيم الباطل لم يحل دون استكمال مسطرة التحكيم، ومن خلال ذلك يكون بطلان اتفاق التحكيم طبقا لموقف المشرع المغربي هو بطلانا نسبيا، بحيث يمكن استكمال إجراءات التحكيم وصدور الحكم التحكيمي.

وطبقا للقانون الفرنسي فالمادة 1448 من ق.م.م. الفرنسي المذكورة، سبق وأشرنا إلى أنها قضت بوجوب تصريح القضاء الوطني بعدم اختصاصه للنظر في موضوع النزاع، إلا في حالة ما اذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وكان اتفاق التحكيم باطلا بشكل واضح أو غير قابل للتطبيق بشكل واضح ودفع أحد أطراف النزاع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية.

وانطلاقا من مقتضيات المادة 1455 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، فإنها أعطت الاختصاص للقاضي المساند الفرنسي للتصريح بوجود حالة البطلان الواضح لاتفاق التحكيم أو عدم قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق، ورتبت على ذلك امتناع القاضي المساند عن تعيين الهيئة التحكيمية.

وتجدر الإشارة إلى أنه، إذا كان قرار القاضي المساند موافقا لطلبات الأطراف أو الهيئة التحكيمية، وذلك في لعب دوره المنوط به في تسهيل إجراءات التحكيم غير قابل لأي طعن، فإنه وبموجب الفقرة الأخيرة من المادة 1460 من ق.م.م. الفرنسي، فإن قرار القاضي المساند الراض لتعيين الهيئة التحكيمية بناء على معاینته لحالة البطلان الواضح أو عدم

القابلية الواضحة لتطبيق اتفاق التحكيم يكون قابلاً للاستئناف²⁴⁹، وهذا ما أقرته محكمة النقض بفرنسا²⁵⁰.

وعلى إثر ما تقدم، فإن إقرار مشروعية مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم تبقى قائمة مادام اتفاق التحكيم قائماً وصحيحاً ويشكل بذلك الحاجز المتين ضد إمكانية تدخل القضاء في أي وقت وانتهاكا لمبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم، ما لم يتبين بطلان اتفاق التحكيم بشكل واضح أو عدم قابليته للتطبيق بشكل واضح، آنذاك يصبح تدخل القضاء مشروعاً ويصبح له الحق للبت في موضوع النزاع من جديد.

الفصل الثالث : الإجراءات التحفظية والوقفية المرتبطة بالتحكيم التجاري

تكتسي الإجراءات التحفظية والوقفية المتعلقة بالمنازعات المعروضة على التحكيم أهمية قصوى، فبالنظر إلى هذه الأهمية خصوصاً في التحكيم

249 - Art. 1460: «Le juge d'appui est saisi soit par une partie, soit par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres.

La demande est formée, instruite et jugée comme en matière de référé.

Le juge d'appui statue par ordonnance non susceptible de recours. Toutefois, cette ordonnance peut être frappée d'appel lorsque le juge déclare n'y avoir lieu à désignation pour une des causes prévues à l'article 1455».

250 - Cour de cassation dans un arrêt rendu le 9 février 2011 : (Civ. 1er ch. 9 février 2011, pourvoi n° 09-71-416 (n° 141 F-P+B+I). Bulletin 2011, I, n° 24 : «Alors que selon l'article 1457 du Code de procédure civile, seul doit être formé comme en matière de contredit l'appel d'une ordonnance par lequel le président du tribunal de commerce a dit n'y avoir lieu à désignation d'un arbitre pour l'une des causes prévues par l'article 1444 alinéa 3 ; qu'aucune disposition ne prévoit que l'appel-nullité formé contre une ordonnance ayant désigné un arbitre doit être formé selon la procédure de contredit ; qu'en l'absence de toute disposition spéciale, l'appel-nullité formé contre une telle ordonnance doit donc être formé selon la procédure de l'appel ordinaire ; qu'en déclarant irrecevable l'appel-nullité par les sociétés ITM Entreprises et ITM Région Parisienne à l'encontre de l'ordonnance du 10 février 2009 ayant désigné un arbitre dans le litige les opposant à m X... et la société Lioser, comme n 'ayant pas été formé comme en matière de contredit, la Cour d'appel a violé les textes susvisés, ensemble les articles 527 et 901 du Code de procédure civile ».

التجاري الدولي، فإن لجنة قانون التجارة الدولية كانت قد استهدفت دراسة موضوع التدابير المؤقتة وإمكانية إضافة بعض المواد التي تتعلق بهذا الموضوع إلى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وانتهت في اجتماعها في فيينا سنة 2005 وفي نيويورك سنة 2006 إلى صياغة فصل خاص للتدابير الوقائية والإجرائية الأولية مع التنصيص في المادة 2/17 من التعديلات المقترحة للتدابير المؤقتة على أن الاجراءات التحفظية والوقائية المقصود بها كل تدبير مؤقت سابق عن إصدار القرار التحكيمي النهائي في النزاع²⁵¹.

غير أنه وانطلاقاً من صعوبة تحديد المفهوم الجامع للتدابير الوقائية والتحفظية، فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن دراسة التدابير الوقائية والتحفظية وأنواعها المختلفة تؤدي دائماً إلى بحث حالات وقضايا فردية تبعد عن التحليل أو التأسيس المطلوب لوضع نظرية عامة في هذا الشأن²⁵².

ومن هذا المنطلق جاء التعديل الأخير للقانون النموذجي للأونسيترال الصادر سنة 2010، محاولاً في الفقرة الثانية من المادة 26 منه تحديد مدلول الإجراءات المؤقتة، ومعتبراً إياها بأنها "أي تدبير وقتي تأمر بمقتضاه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أي وقت يسبق إصدار قرار التحكيم الذي يفصل في المنازعة نهائياً، أن يقوم على سبيل المثال لا الحصر، بأي مما يلي:

أ - أن يبقى الحال على ما هو عليه، أو أن يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في المنازعة.

ب - أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو أن يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس.

251 - Pierre PIC et Irène LÉGER, Le nouveau règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Rev, arb, 2011, n°1, p. 99.

252 - Mirbeau-Gauvin : Réflexions sur les mesures conservatoires, Recueil Dalloz Sirey (1989,7è cahier), vol. 39, p. 47.

ج - أن يوفر وسيلة لصون الموجودات التي يمكن أن تستخدم لتنفيذ قرار لاحق.

د - أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون مهمة وجوهرية في حسم المنازعة²⁵³.

وبغض النظر عن إشكالية تحديد المفهوم، فموضوع التدابير الوقائية والتحفزية المتعلقة بالمنازعات المعروضة على التحكيم يثير عدة إشكالات عملية تتمحور أهمها في معالجة مدى اختصاص المحكم باتخاذ مثل هذه التدابير ومدى إمكانية تدخل القضاء لاتخاذها عند الحاجة²⁵⁴.

فمسألة تحديد الجهة المختصة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفزية تعتبر من أهم المسائل التي تثور في مجال التحكيم وخاصة التحكيم التجاري الدولي، ذلك أنه من حيث المبدأ فإن قضاء الدولة وحده المختص اختصاصاً قاصراً باتخاذ تلك التدابير وأن هيئة التحكيم تختص فقط بالفصل في النزاع الموضوعي، إلا أنه ومسايرة لفقه التحكيم فقد أصبح الإقرار بمنح هيئة التحكيم سلطة إصدار هذه الإجراءات انطلاقاً من أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع ومن ثم فمحكم الأصل هو محكم الفرع²⁵⁵.

253 - نظم القانون النموذجي الإجراءات التحفزية والوقائية في الباب الثالث منه المتعلق بإجراءات التحكيم، وذلك ابتداء من المادة 26 وما بعدها. التعديل الجديد لقواعد الأونسترال لسنة 2010. منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثالث والخمسين، 2010، ص 61 وما بعدها.

254 - انظر بتفصيل الدور المحوري للقاضي الوطني في تسهيل الإجراءات التحفزية والوقائية في المنازعة المعروضة على التحكيم، نهال اللواح: أطروحة "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، م. س، ص 306 وما بعدها.

255 - تعترف العديد من التشريعات الحديثة وقواعد مراكز التحكيم المختلفة بسلطة هيئة التحكيم في الأمر باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفزية، مثلاً قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، وقواعد جمعية التحكيم الأمريكية AAA، وقواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي UNCITRAL. كما تعتبر اتفاقية = =

= = واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965 والمعروفة بمركز «ICSID» هي الوحيدة التي نصت على الاختصاص القاصر للمحكم باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفزية، فالمادة 62 من هذه الاتفاقية تنص على أن "اتفاق الأطراف على خضوع التحكيم لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

ولقد تعرض المشرع المغربي ومختلف التشريعات الوطنية المقارنة للجهة المخولة للبت في الإجراءات الوقتية والتحفظية سواء من حيث الأصل أو الاستثناء، ونعني بذلك هيئة التحكيم وقضاء الدولة، فما هو الحق المخول للقضاء من كل هذا التنظيم؟ وإذا كانت قد خولت للقضاء حق البت في الإجراءات الوقتية والتحفظية، فما هو شكل تدخل القضاء في هذه الإجراءات وحدود تدخله؟ وهذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول : أشكال تدخل القضاء في الإجراءات الوقتية والتحفظية في القانون الفرنسي.

المبحث الثاني : تدخل القضاء في الإجراءات التحفظية والوقتية في التشريع المغربي.

المبحث الأول : أشكال تدخل القضاء في الإجراءات الوقتية والتحفظية في القانون الفرنسي

بالنظر إلى أهمية الإجراءات التحفظية والوقتية في ضمان فعالية إجرائية وموضوعية لقضاء التحكيم، عملت مختلف التشريعات الوطنية المقارنة على تحديد نطاق تدخل القضاء في هذا المجال سواء بصفة منفردة

المؤسس بموجب هذه الاتفاقية (يعرف فيما بعد "بالمركز")، يعد التزاما بعدم اللجوء إلى أي جهة أخرى". ويؤسس الفقه هذا الموقف على اعتبار أن المحكم هو "القاضي الطبيعي" الذي له سلطة اتخاذ تلك الإجراءات.

للتفصيل حول اختصاص هيئة التحكيم في الإجراءات الوقتية والتحفظية، انظر على سبيل المثال عبد اللطيف مشبال: "الإجراءات الوقتية والتحفظية في التحكيم التجاري الدولي". التحكيم التجاري الداخلي والدولي، "ندوة نظمت من طرف وزارة العدل والاتحاد العام لمقاولات المغرب بإشراف وإعداد من المجلس الأعلى، بتاريخ 3 - 4 مارس 2004"، ص 151 وما بعدها. وأيضا عبد الرحمان المصباحي: "التحكيم والتدابير المؤقتة والتحفظية". مقال منشور بمجلة التحكيم، ملحق العدد الثامن - أكتوبر 2010، ص 584 وما بعدها.

أم باشتراك مع هيئة التحكيم، على اعتبار أن محاكم الدولة تتمتع بصلاحيات إصدار الأوامر الوقتية والتحفظية في التحكيم كذلك التي تتمتع بها في القضاء العادي بصرف النظر عن ما إذا كان التحكيم يجرى على أراضيها أم في الخارج. ومن خلال هذا التنظيم، فليس هناك من شك في أن وجود اتفاق التحكيم لا ينال من صلاحيات محاكم الدولة لإصدار الأوامر الوقتية والتحفظية وأن لأي طرف من أطراف التحكيم حرية اللجوء إلى المحكمة لطلب اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي.

ففي فرنسا، كانت هذه المسألة مثار اهتمام في الفقه الفرنسي وقد ظهرت في هذا الصدد ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول يرجح تمتع القضاء الوطني بشكل قاصر عليه بنظر الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة بالمنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم على الرغم من وجود شرط التحكيم.

أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى عكس ما يذهب إليه الاتجاه الأول ويرى أن الاختصاص بنظر المسائل الوقتية والتحفظية مسألة تدخل في إطار اتفاق التحكيم ويختص المحكم وحده دون غيره بالفصل فيها.

أما الاتجاه الأخير فهو اتجاه وسط بين الاتجاهين السابقين ووفقا له فإن توزيع الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة يتم وفقا لمبدأ الاختصاص المشترك بينهما²⁵⁶.

وفي هذا الإطار، ارتأينا الحديث وفقا للقانون الفرنسي عن الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية قبل

256 - حفيظة السيد الحداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1996، ص 17 وما بعدها.

عرض النزاع على هيئة التحكيم (مطلب أول)، على أن نتناول سلطة القضاء الوطني وقضاء التحكيم في اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية بعد عرض النزاع على هيئة التحكيم (مطلب ثاني) في إطار عمل مشترك فيما بينهما.

المطلب الأول : الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم

لم يكن المرسوم الفرنسي السابق لسنة 1980، يقنن حدود تدخل القضاء الرسمي للأمر باتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية عند وجود اتفاق التحكيم²⁵⁷، حيث كان هذا المرسوم يمنح المحكم سلطة قضائية كاملة²⁵⁸.

وفي نفس الاتجاه، فقد اعترف الاجتهاد القضائي للهيئة التحكيمية بسلطة فرض تدابير وقائية وتحفظية تتبعها عند الاقتضاء غرامات تهديدية أو أوامر، على أساس أن هذه الإمكانيات تشكل الامتداد الضروري لمهمة المحكمين القضائية، ولا تفسر بالتالي كتجاوز لمهمتهم²⁵⁹، غير أنه لا يمكن القبول بهذه السلطة عندما تكون الهيئة التحكيمية لم تشكل بعد، وبالتالي غير قادرة على إصدار التدابير الوقائية والتحفظية²⁶⁰.

وتبعاً لذلك، فقد أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي بسلطة القاضي الرسمي بالأمر بتدابير تحقيقية مستقبلية على أساس المادة 145 من ق. م. م.

257 - Sylvain Bollée : Le droit français de l'arbitrage international après le décret n° 2011-48 du 13 janvier. Revue critique de droit international privé 2011 , p. 553.

258 - E. Gaillard et P. de Lapasse, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Rec. Dalloz, 2011 , n° 3, p.179.

259 - La cour d'appel de Paris (7 oct. 2004) : « que le prononcé d'astreintes ou d'injonctions constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise ainsi aucun dépassement de la mission de l'arbitre ». Rev. arb. 2005,p. 737, note Jeuland.

260 - Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt: Droit De L'arbitrage Interne Et International, Montchrestien,2013,P354 .

الفرنسي²⁶¹ أو بتدابير وقتية وتحفظية طالما أن الهيئة التحكيمية لم تشكل بعد²⁶² مع شرط إثبات عنصر الاستعجال²⁶³، في حين اعتبر الاجتهاد القضائي بأنه وبمجرد تشكيل الهيئة التحكيمية، لا يعود لتدخل القاضي الوطني أي مبرر ويكون للهيئة التحكيمية الحق في ممارسة سلطاتها القضائية الكاملة حصريا. فمن الناحية المبدئية فإنه بمجرد وضع المحكمة التحكيمية يدها على النازلة موضوع الاتفاق فإن قاضي مستعجلات الدولة يتعين عليه أن يظل "قاضيا استثنائيا، واستطرادا متى تعلل تدخله بقيام ظروف خاصة جدا ناتجة عن حالة الاستعجال أو توفر عنصر الخطر أو احتمال وضعية إنكار العدالة"²⁶⁴.

وبالرغم من هذا المبدأ المتعلق بتوزيع الاختصاص في اتخاذ الاجراءات التحفظية والوقائية، إلا أن هذا المبدأ قد عرف استثناءات عدة كلما تعلق الأمر بالاختصاص الحصري للقاضي الوطني، إذا ما تعلق الأمر بالحجوزات الإحتياطية²⁶⁵، وطالما أن هذا التدخل "لا يعني النظر في الأساس الذي يبقى من اختصاص المحكمين"²⁶⁶.

ولقد أخذ المشروع الذي تقدمت به لجنة التحكيم الفرنسية²⁶⁷ هذه العناصر في الاعتبار، واقترح تكريس الاجتهاد القضائي المستقر لمحكمة النقض الفرنسية والمتعلق بسلطة القاضي النظامي قبل تأليف الهيئة التحكيمية، ذلك أن هذا المشروع اعتبر بأنه يجوز للهيئة التحكيمية فور

261 - Cass. Civ. 2é ch., 11 oct. 1995, RTD com. 1996, p. 664, obs. E. Loquin.

262 - Cass. Civ. 1er ch., 6 déc. 2005, J C P E 2005, p. 1284, obs. G. Chabot ; D. 2006, p. 274, note P.-Y. Gautier.; RTD civ. 2006, p.144, obs. P. Théry ; RTD com. 2006, obs. E. Loquin , p. 299.

263 - Cass. Civ. 2éme ch, 2 avr. 1997, Rev. arb. 1998, p. 673, note L. Degos; RTD civ. 1999, p. 177, obs. J. Normand ; RTD com. 1997, obs. J.-c. Dubarry et E. Loquin., p.434; Com. 29 juin 1999, D. 1999, P.649, note I. Najjar ; RTD com. 2001, E. Loquin.. p. 56.

264 - G. PLUYETTE : Vue française mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international. Publication C.C.I, n° 519, 1993, p 74 et. p 90.

265 - Civ. 2éme ch, 8 juin 1995, Rev. arb. 1996, p. 125, obs. J. Pellerin; D. 1995, p. 184.

266 - Cass. Civ. 1er ch, 20 mars 1989, République islamique d'Iran c/ Framatome, Rev. arb. 1989, p.653, note Ph. Fouchard ; J D I 1990, p. 1004, note P. Ouakrat .

267 - Rev. arb. 2006. P 499 , commentaire de J.-L Delvolvé, p. 491.

تأليفها أن تصدر الأمر لأحد الأطراف بإبراز عنصر من عناصر الإثبات الموجودة في حيازته، وعند الحاجة الطلب من القاضي المساند للقيام بذلك، كما أعطى هذا المشروع الهيئة التحكيمية سلطة اتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية التي تراها ضرورية وإمكانية قيام الهيئة التحكيمية أو أي طرف بطلب مساعدة السلطات القضائية إذا لزم الأمر.

وبالرجوع إلى مقتضيات المرسوم الفرنسي الجديد لسنة 2011²⁶⁸ وخاصة ما يتعلق بالتدابير الوقئية والتحفظية في مجال التحكيم التجاري الداخلي والدولي المنظمة في كل من المادتين 1449 و 1468 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد، فالملاحظ بأن هذا المرسوم الجديد قد تبنى اقتراحات لجنة التحكيم الفرنسية بشكل جزئي وأدخل بعض التعديلات فيما يتعلق بسلطات القاضي الوطني بالنسبة إلى التدابير الوقئية والتحفظية المتخذة قبل تأليف الهيئة التحكيمية²⁶⁹.

فبالوقوف على نص المادة 1449 الجديدة، نجد أنها تضمنت على أنه طالما أن الهيئة التحكيمية لم تتشكل بعد، لا يحول وجود اتفاق تحكيم دون أن يتقدم طرف من الأطراف من محكمة قضائية بطلب يرمي إلى اتخاذ إجراء تحقيقي أو إجراء وقفي أو تحفظي. ومع مراعاة الأحكام المطبقة على الحجز الاحتياطي والتأمينات القضائية، فإنه يجوز للقاضي الرسمي (أي رئيس المحكمة الابتدائية أو المحكمة التجارية) حتى مع وجود اتفاق تحكيم، الأمر باتخاذ تدابير تحقيقية استنادا إلى الشروط المنصوص عنها في المادة 145 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي، وفي حالة الاستعجال اتخاذ التدابير الوقئية أو التحفظية التي يطلبها الأطراف في اتفاق التحكيم²⁷⁰.

268 - Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage JORF n°0011 du 14 janvier 2011.

269 - Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt: Droit De L'arbitrage Interne Et International, op. cit, P. 353 .

270 - Art. 1449 : «L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire.

وبالمقابل تضمن مرسوم 2011 مقتضيات مخالفة لاقتراحات لجنة التحكيم الفرنسية، وذلك حينما قضى بأنه وفيما يتعلق بإيراز الأدلة الموجودة في حيازة أحد الأطراف فإن السلطة الممنوحة للهيئة التحكيمية لفرض غرامة تهديدية تعتبر كافية، مما يكون معه تدخل القاضي المساند يصبح غير ضروري في هذه الحالة. كما أنه وفيما يتعلق بالتدابير الوقائية والتحفزية التي تتخذها الهيئة التحكيمية، فقد اعتبر مرسوم 2011 بأن السلطة الممنوحة للهيئة التحكيمية للأمر باتخاذ تدابير وقائية وتحفزية لا يمكنها في أي حال من الأحوال أن تتجاوز الاختصاصات الحصرية الممنوحة بموجب القانون لقاضي التنفيذ، كما أن الشروط التي يجوز وفقا لها طلب تدخل السلطات القضائية من أجل تنفيذ هذه التدابير، كانت غير واضحة وأنه يتوجب استبعادها.

وتبعاً لذلك، فبالرجوع إلى المادة 1468²⁷¹ من نفس المرسوم الفرنسي الجديد، فإن هذه المادة اعتبرت بأنه يجوز للهيئة التحكيمية أن تأمر الأطراف وفقاً للشروط التي تحددها وتحت طائلة غرامة تهديدية عند الاقتضاء باتخاذ أي تدبير تحفظي أو وقتي تعتبره مناسباً، كما أنه يعود للهيئة التحكيمية تعديل أو إكمال التدبير التحفظي أو الوقتي الذي أمرت به، غير أنه يبقى للمحكمة القضائية وحدها الاختصاص بالأمر بالحجوزات الاحتياطية والتأمينات القضائية، فالملاحظ أن المادة 1468 المذكورة، قد جاءت للتأكيد على أن القاضي الوطني يبقى لوحدته الحق في إصدار الحجوزات الاحتياطية والتأمينات القضائية، وذلك انطلاقاً من كون أن هذه

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145, et en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage».

271 - Art. 1468. Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires.

Le tribunal arbitral peut modifier ou compléter la mesure provisoire ou conservatoire qu'il a ordonnée».

التدابير هي من الاختصاصات الحصرية للسلطات النظامية بموجب القانون الفرنسي.

وقد ثار تساؤل حول صفة الأمر الذي يصدر في نطاق هذا النظام الاستعجالي الضيق السابق لتشكيل محكمة التحكيم، فهل يمكن وصفه بأنه حكم تحكيمي أم هو أمر؟

وقد أثير هذا التساؤل أمام القضاء الفرنسي بمناسبة نزاع احتدم بين "جمهورية الكونغو والشركة الوطنية للبترول وشركة طوطال فينا ألف الكونغو"، واتفق الأطراف على منح الاختصاص للبت لغرفة التحكيم الدولية وعلى إمكانية المطالبة بالحصول على إجراءات وقتية واستعجالية في نطاق النظام الاستعجالي السابق «PRE- ARBITRAL» الذي أقرته هذه الغرفة²⁷².

واعتبرت محكمة الاستئناف بباريس أن الأمر المذكور الذي أصدر في النازلة لا يعتبر حكماً تحكيمياً بقرار صادر في 29/04/2003، الذي حظي بنقاش وانتقاد من عدد من الشراح²⁷³.

ويكون طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية من أحد أطراف النزاع، يقدم إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال، كمحكمة مكان التحكيم أو محكمة مكان المدعى عليه، أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنها، والقرار الذي يتخذه القاضي له صفة

272 - إن الحاجة لمنح الأطراف إمكانية الحصول على أوامر استعجالية ذات صبغة تحفظية ووقائية قبل انعقاد محكمة التحكيم باعتبار الوقت الذي يتطلبه هذا الانعقاد، فإن غرفة التحكيم الدولية أقرت النظام = =

= = الاستعجالي pré- arbitral في سبيل استصدار أوامر استعجالية كقيلة بصيانة حقوقهم ولا يمكنها أن تكون محل انتظار. انظر بتفصيل حول هذا النظام :

Arualdez et Shafer : Le règlement de référé Pré- arbitral de la chambre de commerce internationale. Rev. Arb. 1990, p. 835.

273 - Alexis Mourre : «Référé pré- arbitral de la CCI». Gazette du Palais ,Mai- juin 2003, p. 1484.

الاستعجال 274 كالحجز الاحتياطي، أو منع ضرر أو إيقاف بعض الأعمال والتصرفات، أو منع التصرف بملك الغير بدون حق طبقا للمادة 809 (فق.1) من ق.م.م. الفرنسي.

و من خلال ما تقدم، نعتبر بأنه وانطلاقا من مقتضيات المادتين المذكورتين أعلاه والمتمثلتين في المادة 1449 و 1468 من المرسوم الفرنسي الجديد، فإن الواضح منهما أن المشرع الفرنسي قد أحسن بشأن توزيع الاختصاص بين كل من الهيئة التحكيمية وقضاء الدولة في هذه المرحلة أي ما قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم، إذ استطاع المشرع الفرنسي التمييز في ذلك بين حدود نطاق تدخل كل جهة منهما بشكل واضح.

المطلب الثاني : سلطة القضاء الوطني وقضاء التحكيم في اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية بعد عرض النزاع على هيئة التحكيم

على الرغم من إقرار المشرع الفرنسي بموجب المادة 1449 بتدخل القاضي الوطني في الإجراءات الوقائية والتحفظية وذلك قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم كما سبق الذكر بصفته كقاض للمستعجلات، فإن المشرع الفرنسي لم يمنع كذلك من تدخل القضاء في الإجراءات الوقائية والتحفظية بعد عرض النزاع على هيئة التحكيم وذلك بموجب المادة 1468 والتي أعطت للهيئة التحكيمية سلطة واسعة في اتخاذ الإجراءات الوقائية

والتحفظية²⁷⁵، بحيث لم تسمح بتدخل القاضي الوطني إلا في حالة الضرورة أي فيما يتعلق بالمسائل التي تقتضي تدخل القاضي وهي الأمر بالحجوزات الاحتياطية والتأمينات القضائية، وفي الحالات التي تكون فيها الهيئة التحكيمية غير قادرة أصلاً على اتخاذ هذه التدابير، كما هو الحال عندما تتعلق هذه التدابير بالأغيار والذين لا علاقة لهم بالإجراءات التحكيمية²⁷⁶.

فالمادة 1449 المذكورة، اعتبرت بأنه لا يحول وجود اتفاق تحكيم دون أن يتقدم طرف من الأطراف أمام محكمة قضائية بطلب يرمي إلى اتخاذ تدبير وقتي أو احتياطي طالما لم تتشكل الهيئة التحكيمية بعد، غير أنه وإذا تعلق الأمر بالحجوزات الاحتياطية وبالتأمينات القضائية، فإن الطلب يقدم إلى رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة التجارية، هذا الأخير الذي ينظر في الإجراء المطلوب وفقاً للشروط المنصوص عنها في المادة 145 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي إذا تعلق الأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، وضمن شروط حالة الاستعجال إذا تعلق الأمر بالتدابير الوقائية أو الاحتياطية التي يطلبها الأطراف في اتفاق التحكيم²⁷⁷، ولعل هذه المقترضات الواضحة والتي جاءت بها المادة 1449 من المرسوم الفرنسي الجديد، قد جاءت لسد الثغرات التي كان يعرفها مرسوم 1980²⁷⁸، غير أن الملاحظ هو الانقسام الواضح للفقهاء الفرنسيين حول مدلول المادتين 1449 و 1468 من مرسوم 2011²⁷⁹.

275 - الرجوع لنص المادة 1468 من المرسوم الفرنسي الجديد.

276 - E. Gaillard et P. de Lapasse, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Rec. D, op. cit, p.179.

277 - Eric Loquin : La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011) , RTD Com. 2011, p. 255.

278 - Eric Loquin : La réforme du droit français interne et international de l'arbitrage (Commentaire du décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011) , op. cit, p. 256.

279 - Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt: Droit De L'arbitrage Interne Et International, op. cit, P.362 .

المبحث الثاني : تدخل القضاء في الإجراءات التحفظية والوقئية في التشريع المغربي

ضمانا لفعالية قضاء التحكيم، عمل المشرع المغربي على غرار التشريعات الوطنية المقارنة على تحديد أشكال تدخل القاضي المغربي في مجال الإجراءات الوقئية والتحفظية.

فصحيح أن المشرع المغربي قد خول للهيئة التحكيمية صلاحية واسعة للأمر باتخاذ أي جراء وقئي أو تحفظي، لكن وبالمقابل سمح بتدخل قضاء الدولة في هذا المجال.

وبموجب الفصلين 1- 327 والفصل 15-327 من ق. م. م. المغربي، فقد سمح المشرع المغربي للقضاء بتدخل القاضي المغربي في الإجراءات التحفظية والوقئية المتعلقة بالتحكيم سواء قبل تشكيل الهيئة التحكيمية أو أثناء مباشرتها لمهمتها التحكيمية، غير أنه وانطلاقا من مقتضيات الفصل 1- 327 ق. م. م.، فإن تدخل قاضي الأمور المستعجلة لاتخاذ أي تدبير وقئي أو تحفظي جاء محددًا بالأحكام المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية والمتعلقة بالاستعجال.

وحيث أنه وبالرغم من إحالة المشرع المغربي على الأحكام المتعلقة بالاستعجال والمنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية فقط، فإنه وانطلاقا من أن رئيس المحكمة المعني باتخاذ الإجراءات التحفظية والوقئية هو رئيس المحكمة التجارية متى تعلق الأمر بالتدابير الوقئية والتحفظية في التحكيم التجاري، فإنه من اللازم الوقوف على محددات اختصاص رئيس المحكمة التجارية بوصفه قاضيا للأمور المستعجلة في المادة التجارية وفي الإجراءات التحفظية والوقئية المتعلقة بذلك **كمطلب أول**، على أن نتناول أشكال تدخل رئيس المحكمة التجارية عن طريق الإجراءات التحفظية والوقئية في التحكيم التجاري الدولي بصفة خاصة في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول : محددات اختصاص رئيس المحكمة التجارية في الإجراءات الوقتية والتحفظية.

حدد المشرع المغربي اختصاصات رئيس المحكمة التجارية والرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية للنظر في القضايا الاستعجالية، وأخضعها لنفس القواعد والإجراءات المنصوص عليها في الفصول 148 إلى 154 من ق.م.م، وذلك بمقتضى الإحالة الصريحة للمادة 20 من ق.م.ت²⁸⁰.

فالمادة 21 من ق.م.ت المذكور، قد حددت اختصاصات رئيس المحكمة التجارية في القضايا الاستعجالية، إذ جاء بالفقرة الأولى من المادة 21 من هذا القانون على أنه :

"يمكن لرئيس المحكمة التجارية بصفته قاضيا للأمر المستعجلة، وفي حدود اختصاص المحكمة أن يأمر بكل التدابير التي لا تمس أية منازعة جديدة.

وإذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف التجارية مارس هذه المهام رئيسها الأول".

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 149 و152 من ق.م.م، نجد بأن شروط انعقاد اختصاص القضاء المستعجل محددة بتوفر شرط الاستعجال كشرط أول، أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم المساس بأصل الحق.

غير أنه وانطلاقا من الفقرة الأولى من المادة 21 من ق.م.ت، نجدها قد استبدلت شرط عدم المساس بأصل الحق بشرط عدم وجود منازعة

280 - قانون رقم 53.95 يقضي بإحداث المحاكم التجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997) كما تم تعديله بالقوانين التالية - الجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص 1141.

جدية، وحافظت على شرط حالة الاستعجال في النزاع المعروض على أنظار القضاء الاستعجالي التجاري.

وإذا كان المشرع المغربي لم يعرف عنصر الاستعجال، فإن القضاء المستعجل يتصف بأنه عمل قضائي، وبأنه قضاء مؤقت لا يمس أصل الحق وإنما يرمي إلى تدارك خطر محقق به بأحكام عاجلة تصدرها المحكمة بعد إجراءات مختصرة وفي مواعيد قصيرة، والعلة التي تدعو إلى إيجاد القضاء المستعجل هو استغراق القضاء العادي فترة قد تطول، الأمر الذي يؤدي إلى تعرض الحق خلاله إلى ضرر لا يمكن تلافيه حتى لو صدر الحكم في موضوعه، وهذه الصلة قد تكون متوافرة فيما لو كان النزاع معروضا على هيئة التحكيم أيضا²⁸¹.

وتعد هذه الإجراءات من الإجراءات التي يتكفل بها القاضي، وذلك بإصدار قرارات مستعجلة لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال من وقوع ضرر قبل فوات الأوان وقبل البت في أصل الحق، وهذه الإجراءات تنفذ فوراً²⁸².

ولما كان تدخل قضاء الدولة ضرورة لضمان سير إجراءات التحكيم لحين صدور الحكم التحكيم، فقد ذهب بعض الفقه للقول بأن "الاستعجال هو المبدأ الوحيد لعدم استبعاد اختصاص قضاء الدولة عند وجود اتفاق التحكيم، ومن المهم أن يجد المتقاضين عندما تتحقق شروط الاستعجال قاضيا مستعدا دائما لاتخاذ التدابير التحفظية والوقائية"²⁸³.

كما ذهب رأي آخر للقول بأنه حتى في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على عدم اختصاص القضاء المستعجل، فإن هذا الاتفاق لا ينفي

281 - سعيد مبارك: التنظيم القضائي وأصول المحاكمات المدنية، الطبعة الثانية، مكتبة الفجر، أربد، 1998، ص 53 وما بعدها.

282 - فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص 282.

283 - محمد نور عبد الهادي شحاته: النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، دار النهضة العربية، القاهرة 1993، ص 170.

اختصاصه إذا كان هناك خطرا داهما لا يجدي لتفاديه الالتجاء إلى التحكيم²⁸⁴.

أما فيما يتعلق بشرط عدم المساس بأصل الحق، والذي نص عليه الفصل 149 من ق.م.م بما يلي:

"لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضي به في الجوهر"، فإنه وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 21 من ق.م.ت، نجد بأن المشرع المغربي قد تخطى عن العبارة التقليدية التي تبين أحد شرطي اختصاص قاضي المستعجلات وهي عدم المساس بجوهر الحق، واستبدلها بأسلوب وعبارة جديدة وهي "لا تمس أية منازعة جديّة"، فقد جاء بتعليقات قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس²⁸⁵ أن كل من التشريع والفقهاء والقضاء استقر "على أن عنصري اختصاص قاضي المستعجلات الأساسيين هما: 1 - عنصر الاستعجال. 2 - عنصر عدم المساس بأصل الحق، وهو ما قرره الفصل 149 من ق.م.م، وكذا الفقرة الأولى من المادة 21 من القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية التي هجرت العبارة التقليدية "عدم المساس بجوهر الحق" واستبدلتها بعبارة جديدة وهي "لا تمس أية منازعة جديّة".

ولعل عبارة "لا تمس أية منازعة جديّة" تعبر عن المعنى القديم بصورة أفضل، كما أنها تبرز بشكل جيد دور قاضي المستعجلات في هذا المجال، وذلك لكونه يتمتع بسلطات تقديرية واسعة²⁸⁶.

284 - أحمد أبو الوفا: التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الخامسة، 2001، ص 135.

285 - قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم "120" الصادر بتاريخ 29/02/2000، ملف عدد 2000/848.

286 - محمد المجذوبي الإدريسي: المحاكم التجارية بالمغرب، شركة بابل للطباعة الطبعة الأولى 1998، ص 116.

وقد سبق أن صدر في أحد قرارات محكمة النقض على أنه: "لا يحق لقاضي المستعجلات البت في القضية متى كان النزاع المعروف أمامه يكتسي صبغة جدية، وأن جدية النزاع تخضع لرقابة المجلس الأعلى، ولهذا يتعرض للنقض الحكم المطعون فيه عندما صرح بانتفاء العلاقة الكرائية بين الطرفين رغم اعتماد الطالب للمحل المطلوب إفراغه مدة تزيد على أربعة عشر عاما برضى رب الملك وموافقته وحيازته منه مبالغ مالية، إذ يكون الحكم بذلك قد بت في العلاقة الكرائية بين الطرفين رغم المنازعة الجدية الناشئة عنها"²⁸⁷.

أما فيما يتعلق بالتدابير التحفظية والوقائية، فإنه وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 21 من ق.م.ت في الفقرة الثالثة، فإنها نصت على اختصاص رئيس المحكمة التجارية بأن يأمر بكل التدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع، وذلك بالرغم من وجود منازعة جدية.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 11 ق.م.ت، نجدتها قد حددت الاختصاص المكاني فيما يخص الإجراءات التحفظية، إلى المحكمة التجارية التي يوجد بدائرتها موضوع هذه الإجراءات، وذلك استثناء من أحكام الفصل 28 من قانون المسطرة المدنية.

والملاحظ بأن الفقرة الثالثة من المادة 21 من ق.م.ت، قد تخلت عن أحد قيود وشروط القضاء المستعجل المتمثل في عدم المساس بأصل الحق، ذلك أن هذا الشرط لم يعد قيديا يمنع رئيس المحكمة التجارية من البت في التدابير التحفظية، وبالتالي يحق لهذا الأخير أن يتخذ تلك الإجراءات ولو كانت هناك منازعة جدية بين الأطراف، مما يفسر أن القضاء الاستعجالي

287 - قرار المجلس الأعلى رقم 399 بتاريخ 5 أبريل 1972، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 122، السنة

التجاري بمقتضى الفقرة الثالثة المذكورة، له قواعد خاصة مخالفة لتلك القواعد المنصوص عليها في الفصل 149 من ق.م.م.²⁸⁸

وتعليقا على مقتضيات المادة 21 من ق.م.ت، وفي الوقت الذي اعتبر فيه جانب من الفقه بأنها تثير إشكالات في التطبيق ووجود تناقض بين الفقرة الأولى والثالثة من المادة 21 من ق.م.ت، متسائلا عن أية فقرة ستؤخذ بعين الاعتبار²⁸⁹، فإنه ولأول مرة يتم الخروج عن النطاق العادي لاختصاص القضاء الاستعجالي المعتبر حسب الرأي الغالب في الفقه والقضاء من متعلقات النظام العام، وذلك بتحويل رئيس المحكمة التجارية حق الأمر بالتدابير التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه رغم وجود منازعة جدية أي رغم المساس بالموضوع²⁹⁰.

وقد اعتبر جانب آخر من الفقه المغربي بأن المادة 21 من ق.م.ت، قد استحدثت مقتضيات هامة وجديرة بالاعتبار، إذ يمكن للقضاء الاستعجالي التجاري أن يأمر باتخاذ تدابير تحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع رغم وجود منازعة جدية²⁹¹.

وفي تطبيقاته للفقرة الثالثة من المادة 21 ق.م.ت، اعتبرت محكمة النقض المغربية أنه من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة بالمحكمة التجارية اتخاذ مجموعة من الإجراءات التحفظية، بالرغم من وجود

288 - عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، مطبعة إلبت - سلا، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية العدد 8 فبراير 2009، ص 204.

289 - عبد الله درميش: الإشكاليات التي يطرحها قانون المحاكم التجارية. مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 81، مارس- أبريل 2000، ص 108.

290 - محمد بولمان: "جمع أولي لاختصاصات رؤساء المحاكم التجارية من قانون المسطرة المدنية ومدونة التجارة إلى قوانين الشركات". منشور بمجلة الإشعاع، عدد 17، ص 37.

291 - عبد الله درميش: الإشكاليات التي يطرحها قانون المحاكم التجارية، م س، ص 108.

منازعة جديدة بين الأطراف، إذ في قرارها الصادر بتاريخ 2002/10/16،
اعتبرت بأنه:

"و حيث إن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة رهين بتوفر شرطين هما عدم المساس بالموضوع والاستعجال المتمثل في الخطر والضرر الحاليين اللذين لا يمكن صدهما إلا بطرق باب القضاء استعجالي، وإذا كانت المادة 21 من ق.م.ت قد أعطت لقاضي الأمور المستعجلة رغم وجود منازعة جديدة حق التدخل للأمر بجميع التدابير التحفظية أو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال أو لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع، فإن محكمة استئناف التي لاحظت أن ما تدرعت به الطالبة لإضفاء طابع الاستعجال على النازلة من ارتباطها بمواعيد محددة، كتسليم الشقق والمتاجر لأصحابها في 2000/30809 قبل الموعد المحدد لإنجاز المشروع الذي هو فاتح نونبر 2000، لم تثبته وإن ما أثبتته بشأن بعض المتعاقدين (البنك المغربي للتجارة والصناعة) غير مؤثر لحجم المشروع، وإن إرادة الطرفين انصرفت بمقتضى ملحق العقد المؤرخ في 1999/11/29 إلى تمديد تاريخ إنهاء الأشغال إلى غاية فاتح نونبر 2000، وأن تعطيل الفقرة الأخيرة من البند 17 من عقد الصفقة الرابطة بين الطرفين من شأنه المساس بالمركز القانوني لأحد الطرفين. وخلصت إلى أن عنصر الاختصاص تكون قد أبرزت ما اعتمده بهذا الخصوص وعللت قرارها بما فيه الكفاية، ولم تخرق أي مقتضى ولم تثر الطاعنة أمام محكمة الاستئناف ما تعلق بتقبيد المطلوبة لدعوى في الموضوع وإيقاعها لحجز تحفظي على المشروع ولا استدلت أمامها بالوثائق المرفقة

بمقال النقض، فتكون الوسيلتان غير مقبولتين في هذا الشق وعلى غير أساس في الباقي ..."²⁹².

وفي نفس الاتجاه اعتبرت محكمة الاستئناف التجارية بفاس بأنه، "وحيث إن المشرع المغربي ضمن قانون 95/53 قد أعطى السيد رئيس المحكمة التجارية بصفته قاض الأمور المستعجلة الأمر بكل الاجراءات التحفظية أو بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه لدرء ضرر حال او لوضع حد لاضطراب ثبت جليا أنه غير مشروع (الفقرة الأخيرة من المادة 21)وحيث يكون بذلك الأمر الاستعجالي المستأنف قد صادف الصواب، الأمر الذي يتعين التصريح بتأييده في كافة مقتضياته"²⁹³.

المطلب الثاني : أشكال تدخل رئيس المحكمة التجارية عن طريق الإجراءات التحفظية والوقائية في التحكيم التجاري الدولي .

اعتبر الفصل 1- 327 ق. م. م. المغربي بأن اتفاق التحكيم لا يمنع أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لطلب اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي، في حين أن الفصل 15- 327 ق. م. م. المغربي قد أسند الاختصاص للهيئة التحكيمية، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، باتخاذ كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازما في حدود مهمتها وذلك بطلب من أحد الأطراف، مع إسناد الاختصاص إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بتنفيذ الإجراء التحفظي أو التدبير الوقائي المتخذ من قبل الهيئة التحكيمية في حالة تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، الشيء الذي يتبين معه على أن المشرع المغربي قد تضمن النص صراحة على إمكانية تدخل رئيس

292 - قرار المجلس الأعلى رقم 1280 ملف تجاري رقم 2001/1/3/108، صادر بتاريخ 2002/10/16، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، عدد 4، السنة 2003/9، ص 114.

293 - قرار رقم 480، صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، ملف عدد 99/301، بتاريخ 99/06/28 .

المحكمة بصفته قاضيا للأمر المستعجلة سواء قبل عرض النزاع أمام الهيئة أي مباشرة إجراءات التحكيم، أو بعد تولي الهيئة للمهمة التحكيمية.

- بالنسبة للحالة الأولى أي تدخل القضاء في إطار الفصل 1-327، فقد

كان الفقه المغربي وقبل صدور القانون الجديد للتحكيم المؤرخ في 2007/11/30، يدعم الإبقاء على اختصاص القضاء الاستعجالي رغم وجود اتفاق التحكيم، إذ يجمع في هذا الصدد على أن اختصاص المحكمة التحكيمية لا يؤثر على وظيفة قضاء المستعجلات لوجود دواعي عملية ناتجة عن حالة الاستعجال تبرر الإبقاء على اختصاص قاضي المستعجلات، لاسيما وأن أوامره لا تمس الجوهر ولا تكسب بالتالي أية حجية أمام محكمة التحكيم²⁹⁴، بل أن الأمر يعد مجرد مساعدة لفائدة هيئة التحكيم على نحو يضمن لقرارها اللاحق الفعالية القصوى²⁹⁵.

كما أنه وعلى مستوى القضاء المغربي، فإنه قد سبق لمحكمة النقض المغربية أن أصدرت قرارا يهيم نزاعا يتعلق بمرحلة سابقة لصدور القانون الجديد للتحكيم تضمن فيه على أنه "يجوز لأحد طرفي النزاع أن يلجأ لقاضي الأمور المستعجلة لاستصدار أمر بالإطلاع على وثائق الشركة والحصول على نسخ منها، وهذا الإجراء هو مجرد تدبير تحفظي لا تأثير له على جوهر النزاع المعروف على قضاء التحكيم"²⁹⁶.

294 - رسالة عبد الله درميش: "التحكيم الدولي في المواد التجارية"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، كلية الحقوق، الدار البيضاء، 1983-1984، ص 226. وانظر أيضا عز الدين الكتاني: "التحكيم والقاضي"، عرض تقدم به في ندوة التحكيم التجاري الدولي بمباري 1994، منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 72، ص 35.

295 - سعد مومي: "آثار اتفاقية التحكيم الدولي". منشور باللقاء القضائي المغربي الإسباني الثالث بين المجلس الأعلى بالمملكة المغربية والمجلس العام للسلطة القضائية بالمملكة الإسبانية، الجاري بالرباط بتاريخ 24-26 نوفمبر 2004، مطبعة الأمنية. الرباط، ص 81.

296 - قرار صادر عن المجلس الأعلى، عدد 726 الصادر بغرفتين مجتمعتين بتاريخ 2008/5/21، ملف عدد 2006/1/3/782. انظر كتاب "التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي- رصد لقرارات محكمة النقض ومحاكم الموضوع"، للمؤلفان: مصطفى بونجة ونهال اللواح، م. س، ص 61.

كما أن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء سبق لها بخصوص قضية القرض العقاري والسياحي ضد شركة "هوليدياي إين" أن أصدرت قراراً قضى باختصاص قاضي المستعجلات في إصدار أمر يقضي بمواصلة إجراءات البناء، بعلّة أن "النزاع لا يمس جوهر الخلاف دائماً، فهو إجراء وقتي يهدف إلى حماية مصالح الأطراف والمحافظة على حقوق الدائن ووضع مشروع البناء في حالة يقبل على استغلاله على الوجه المطلوب، وليس من شأن هذا الإجراء التأثير على أشغال محكمة التحكيم بلاهاي التي تنظر في الخلاف في مستوى عال توجد فيه الدولة المغربية، وأن المحكمة في النازلة لا تبحث عن السبب الذي من أجله توقفت أشغال البناء، ولكنها تنظر إلى الحالة الواقعية وهي توقف الأعمال لتأذن بمتابعتها وترك لمحكمة الموضوع النظر فيما يتعلق بذلك، ولهذا لا يتحقق في الدعوى الأزواج الذي يراه المستأنف بين الاستعجال والموضوع"²⁹⁷.

ومن خلال ما سبق، واستناداً على نص الفصل 1-327 من ق.م.م المغربي، فإنه ومسايرة لما اتجهت إليه بعض التشريعات الوطنية المقارنة كما رأينا سابقاً، إلى إمكانية اللجوء لمحاكم الدولة لاتخاذ التدابير التحفظية قبل إجراءات التحكيم أو حتى أثنائها، فإن المشرع المغربي بدوره انطلاقاً من هذا الفصل، اعتبر أن تدخل القضاء في هذه المرحلة لا يعتبر تنازلاً عن شرط التحكيم، بل يعد صورة من صور الاستعجال ناتجة عن حالة ملحة لتوفير حماية قضائية عاجلة لتفادي وقوع الضرر بالحقوق والمراكز القانونية التي يراد المحافظة عليها."²⁹⁸

297 - قرار عدد 1905 في الملف رقم 47342، سنة 1973، مشار إليه في رسالة عبد الله درميش: "التحكيم الدولي في المواد التجارية"، م. س، ص 226.

298 - عبد الرحمن المصباحي: المبادئ الضرورية لضمان فعالية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 156/يناير 2009، ص 110.

هذا فضلا عن القواعد العامة في القانون المغربي التي تنص صراحة على أن التنازل عن الحق يجب أن يكون له مفهوم ضيق ولا يكون له إلا المدى الذي يظهر بوضوح من الألفاظ المستعملة ممن أجرأه، ولا يسوغ التوسع فيه عن طريق التأويل والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساسا لاستنتاج التنازل عنها²⁹⁹.

ولما اعتبر أن الاتفاق على التحكيم لا ينتج أثره إلا فيما يتعلق بموضوع الحقوق المتفق على طرحها على التحكيم وعلى أن اختصاص محاكم الموضوع في نظر الدعاوى لا تأثير له في مسار وظيفة قضاء المستعجلات، فقد ذهب الفقه المغربي في نفس الاتجاه، مخولا الاختصاص لقاضي المستعجلات حتى ولو عرض أصل الحق على المحكمين³⁰⁰.

- أما بالنسبة للحالة الثانية والمتعلقة بمقتضيات الفصل 15-327، والذي تضمن 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".

فالملاحظ من مقتضيات الفصل المذكور على أنه بالرغم من جعل المشرع المغربي الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية من مهمة الهيئة التحكيمية من حيث الأصل بعد تشكيلها، فإنه لما كانت هناك

299 - انظر الفصل 467 من ق.ل.ع المغربي.

300 - ادريس الضحاك: عرض بعنوان "التحكيم في القانون البحري المغربي" قدم بمناسبة انعقاد المؤتمر الخامس للمحكمين البحرين بالبيضاء أيام 25 و 26 و 27 سبتمبر 1985، ص 1. انظر عبد اللطيف مشبال: "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي". م. س، ص 407.

كما سبق القول، عدة إجراءات وقتية وتحفظية لا يستطيع المحكم إصدارها ولو اتفق الأطراف على إسناد الاختصاص له بشأنها، إما لتعلقها بالغير أو لأنها تتطلب سلطة الإجبار القاصرة على قضاء الدولة، كما بينا سابقا في المبحث الأول من هذا الفصل، فإنه يكون من غير الصواب القول بعدم اللجوء لقضاء الدولة أمام طرح هذه الصعوبات، نظرا لمحدودية سلطات الهيئة في مجال الأوامر التحفظية والوقائية بل وفي معظم إجراءات التحكيم، واستنادا على المبررات التي ذكرناها سابقا بشأن الاختصاص المشترك بين قضاء الدولة وقضاء التحكيم يكون المشرع المغربي قد أدرك مدى أهمية تواجد القضاء الاستعجالي لاستكمال الإجراء الوقائي أو التحفظي بما له من قوة تنفيذ وإجبار، لذلك تضمن في الفقرة الثانية من الفصل المذكور ما يلي: "إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، يجوز للطرف الذي صدر الأمر لصالحه الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ"³⁰¹.

ذلك نعتبر أن القول باختصاص هيئة التحكيم في الإجراءات الوقائية والتحفظية دون تدخل القضاء في ذلك، ينطوي على نوع من التعارض بين البت في جوهر النزاع الذي يتولاه المحكم، وبين التدابير الوقائية التي لها قواعد خاصة بقضاء الدولة الاستعجالي، ويتجلى هذا التعارض أكثر في رغبة الأطراف في الابتعاد عن القضاء ورغبتهم كذلك في الاستفادة من الإجراءات التحفظية والوقائية، ذلك أن الأطراف لا يتقبلون سوى عقلية المحاكم والخضوع لسلطة وإجبار القضاء، وأن اللجوء أصلا إلى التحكيم لا زال لا يستوعبه كل المتنازعين هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي فما بالك بالدولي، الذي حتى وإن عرف إقبالا فيكون الإقبال على المؤسسات التحكيمية الكبرى والأجنبية أما بالمغرب فلا زال الحال ضئيلا هذا من جهة، ومن جهة ثانية ضعف التنظيم القانوني المحكم لسلطات المحكم

وقوته الإلزامية مما يكون لتدخل القضاء في هذا المجال ضرورة حتمية لضمان صيرورة الإجراءات على نهايتها والوقوف في وجه الطرف سيء النية.

وتبعاً لذلك، فقد سبق وصادر حكم عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بين شركة أجنبية وأخرى مغربية، والأمر يتعلق بدين للأولى على الثانية بمبلغ 29.17.9027.10 درهم، وذلك بمقتضى قرار تحكيمي صادر عن المحكمة العليا للتحكيم بباريس بتاريخ 1996/9/13، وأنها بصفتها دائنة من حقها اتخاذ كافة الإجراءات التحفظية ضماناً لدينها والتمست الأمر بإجراء حجز ما للمدين لدى الغير ضد المدعى عليها بين يدي الخازن العام للمملكة المغربية وذلك على جميع المبالغ التي بحوزتها.

وحيث إنه على ذلك، صدر الأمر المستأنف بأن القرار التحكيمي المعتمد عليه في الطلب لا يحمل الصيغة التنفيذية بعد، وبالتالي لا يمكن اعتباره وثيقة رسمية يستند عليها في الاستجابة للطلب (هذا هو مضمون حكم المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء)، والذي أبطلته محكمة الاستئناف، حيث استأنفت المدعية الأمر المذكور لأن التعليل الذي اعتمده رئيس المحكمة الابتدائية مجاناً للصواب باعتبار أن الإجراء المطلوب مجرد إجراء تحفظي لا يمس بحقوق الأطراف وأن الصيغة التنفيذية لا تكون مطلوبة إلا في مسطرة التنفيذ سواء تعلق الأمر بقرار تحكيمي محلي أو صادر عن جهة أجنبية مثله في ذلك مثل الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية... وأنه يمكن قياس طلب العارضة على الطلبات المؤسسة على أحكام ابتدائية غير نهائية وغير مشمولة بالنفاذ المعجل والتي استقر العمل القضائي على الاستجابة لطلبات الحجز لدى الغير المؤسسة عليها.

وقد جاء في منطوق الحكم: "وحيث إن المقرر فقها وقضاء أن مقررات التحكيم تكتسب حجيتها فيما قضت به من حقوق انطلاقاً من

القرينة القانونية القاطعة التي تقررها من حيث أن أمر التنفيذ الذي يصدر عن رئيس المحكمة الابتدائية في نطاق أحكام الفصل 321 من قانون المسطرة المدنية المغربي يقتصر على منح الصيغة التنفيذية للمقرر التحكيمي ليصبح قابلاً للتنفيذ، ويقتصر بالتالي دور القاضي (رئيس المحكمة) على القيام بفحص ظاهري للمقرر المذكور ومدى مطابقته للمقتضيات المنصوص عليها في الفصل 308 من قانون المسطرة المدنية، وحيث أنه لذلك يتعين التفريق بين حجية الشيء المقضي به للمقرر التحكيمي وبين القوة التنفيذية التي تمنح لهذا المقرر بأمر من رئيس المحكمة الذي لا يبت في جوهر النزاع.

وحيث إنه لما كانت حجية الشيء المقضي به هي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يحملها سواء الحكم القضائي أو المقرر التحكيمي، وتعني هذه القرينة أن الوقائع المثبتة في المدلول الذي يشير إليه الفصل 419 من قانون الالتزامات والعقود فصلت فيها، لا يمكن أن تكون محل مجادلة جديدة، فإنه ليس هناك مجال للتمييز بين الأحكام الأجنبية المشار إليها في الفصل المذكور وبين مقررات التحكيم التجاري الدولي بالنظر للمقرر التحكيمي المعتمد عليه في الطلب وحيث إنه لما كان من المقرر فقها وقضاء أنه يمكن اعتماد الأحكام الأجنبية كأداة سائغة لاستصدار أوامر بالحجز لدى الغير فإنه من الواجب إعمال نفس المبدأ حتى بالنسبة لمقررات التحكيم التجاري الدولي.

وحيث إن طبيعة الحجز لدى الغير كوسيلة تنفيذية لا يمكن أن تنهض عائقاً دون الأمر بحجز بمراعاة أن مرحلته الأولى تكتسي صيغة تحفظية، وأن تحويله من هذه المرحلة إلى المرحلة التنفيذية هي المناسبة لإثارة الجدل وتبيان وجوب اكتساب المقرر التحكيمي المعتمد في الطلب على القوة التنفيذية.

وحيث أنه اعتباراً لذلك فإن السيد رئيس المحكمة الابتدائية حين رفض الاستجابة لطلب إجراء الحجز ما للمدين لدى الغير بعلّة أن المقرر التحكيمي المعتمد عليه في الطلب لا يحمل الصيغة التنفيذية يكون قد جانب الصواب مما يستوجب معه إلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد وفق طلب الطاعنة أي الحجز ما للمدين لدى الغير ضد المقاول المدعى عليها"³⁰².

ومن ثم نخلص مما سبق على أنه، على الرغم مما ذهب إليه بعض الفقه المصري عند انتقاده للعمل المشترك بين القضاء والمحكم للقيام بالإجراءات الوقتية والتحفظية من اعتبار أنه "رغم إيجابيات هذا الاتجاه فإنه ظل قاصراً على تفسير الظاهرة وتوقف في حدود إجراء مقارنة تقريرية تلمس الجانب الظاهري منها، وأن الأساس في توزيع الاختصاص على النحو المذكور هو تقدير أي من القضائين المذكورين أكثر قدرة على كفاءة الإجراء الوقتي أو التحفظي المطلوب اتخاذه وضمان تنفيذه على وجه السرعة بسبب ظروف الاستعجال الذي يقتضي اتخاذ الإجراءات الكفيلة بإسدال حماية الطرف الأكثر تضرراً"³⁰³.

إلا أننا نؤيد المذهب المشترك بمنح القضاء حق اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي بعد عرض النزاع على هيئة التحكيم، باعتباره لا يستبعد دور المحكم أو الهيئة التحكيمية كدور أصيل للقيام بالإجراءات الوقتية والتحفظية، وإنما نؤيد تدخل القضاء الاستعجالي في هذه المرحلة لاتخاذ ما يلزم أمام وجود صعوبة في تنفيذ إجراء أو تدبير معين، وذلك ليس سوى من باب المساعدة والمساندة لقضاء التحكيم، وأن تكريس ولاية القضاء لإصدار الأوامر الوقتية والتحفظية يبرز دوره التكميلي والمؤازر الذي

302 - حكم محكمة الاستئناف بالدار البيضاء، ملف عدد 91/1784 بتاريخ 4 نوفمبر 1997. منشور بمؤلف مصطفى بونجة ونهال اللواح: "التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي"، م. س، ص 394.

303 - حفيظة السيد الحداد: مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، م. س، ص 46.

يساهم من خلاله في تحقيق فاعلية التحكيم ليس إلا، فالقاضي المساند يمثل قطب الرحي لمد يد المساعدة في تسهيل الإجراءات التحفظية والوقائية والتدخل في إجراءات تحقيق الدعوى التحكيمية دون الحلول مكان الهيئة التحكيمية³⁰⁴.

وإن كنا في جانب آخر نؤيد هذا الفقه الذي يقر بصعوبة تفادي الاختصاص سواء ذلك المقرر لمحكمة التحكيم أو المقرر للقضاء الوطني، مما يؤدي إلى العديد من الصعوبات لا تتمثل فقط في عدم إمكانية توزيع الاختصاص بينهما سواء استند هذا التوزيع على طبيعة الإجراء المطلوب أو الوقت الذي تم تقديم الطلب فيه للقيام بها، وإنما تتعدى المسألة ذلك، وتزداد الأمور تعقيدا عند قيام كل من الجهتين بممارسة ذات الاختصاص في نفس الوقت مع ما يتضمنه ذلك من تعقيدات³⁰⁵. وفي هذا الإطار نناشد المشرع المغربي بإعادة صياغة الفصول المتعلقة بالإجراءات الوقائية والتحفظية، مبرزاً في ذلك وبوضوح حدود تدخل كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم كما فعل المشرع الفرنسي، وتحديد الجهة القضائية المخول لها باتخاذ الإجراء الوقائي أو التحفظي مميزاً في ذلك بين التحكيم الداخلي والدولي.

304 - على غرار الدور التقليدي الذي يضطلع به القضاء الرسمي في التحكيم والمتمثل في الاعتراف والتنفيذ بحكم التحكيم الدولي أو بمناسبة النظر في الطعن المقدم بعد صدور هذا الحكم، إلا أن القضاء أسندت له مجموعة من الاختصاصات كدور مساند للتحكيم وذلك قبل صدور الحكم التحكيمي. انظر في الدور المساند للقضاء أطروحة نهال اللواح "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، م. س، ص 197 وما بعدها.

305 - حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية في المنازعات الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، م. س، ص 21.

الباب الثاني:

التحكيم الداخلي والدولي في المادة الإدارية

إذا كانت بدايات التحكيم قد انطلقت بمجال المنازعات التجارية³⁰⁶، فإن التطورات الحديثة التي عرفها قانوني كانت وراء اقتحام التحكيم لكل مواضيع المنازعات بما في ذلك المنازعات المرتبطة بالقانون العام³⁰⁷، والتي كانت إلى عهد غير بعيد تشكل اختصاصا حصريا للقاضي الإداري³⁰⁸.

فقد نظم المشرعين المصري والمغربي التحكيم في العقود الإدارية، في حين لا زال موضوع التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا موضوع تجاذبات تشريعية وفقهية وقضائية.

فإذا كان التنظيم التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية قد أدرج ضمن التشريع العام المنظم للتحكيم في جميع المنازعات، فإنه وانطلاقا من خصوصية التحكيم في العقود الإدارية فقد حاول كل من المشرعين

306 - JEANCLOS Y. : «La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle – Eléments d'analyse», Rev. arb., 1999, p. 417.

307 - Jean-Bernard Auby: *La globalisation, le droit et l'État* (Paris, L.G.D.J., 2010, 2e éd.) et, du même auteur : «Globalisation et droit public» (*Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 135).

308 - E. JEULAND : «Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire», Revue française d'administration publique, 2008/1, n° 125, p. 33.

المصري والمغربي تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن التحكيم في باقي المواد القانونية الأخرى.

فالخصوصية التي يمتاز بها التحكيم في العقود الإدارية تتعلق بالاتفاق على التحكيم في العقد الإداري، كما أنها من زاوية ثانية تتعلق بالحكم التحكيمي الصادر عن المحكمين عقب الاتفاق على التحكيم في العقد الإداري.

فبالرغم من الاتجاه السائر إلى الإقرار بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، فإن فكرة القبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية لا زالت عصية على الهضم وذلك انطلاقاً من الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية.

فالقبول بالاتفاق على التحكيم في العقد الإداري لاق صعوبات عدة، لأنه يفضي بنا للوصول إلى المساس بقواعد نظرية فصل السلط، لذلك كان من غير المستغرب أن يصف الفقهاء الفرنسيون الذين عالجوا إشكالية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بأنها علاقة صراعٍ دائمٍ واستحالة التعايش.

وانطلاقاً من الصعوبات النظرية للقبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، فقد وضع كل من المشرعين المصري والمغربي شروطاً شكلية مسبقة للقبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.

كما أن التسليم بإمكانية التحكيم في المنازعات الإدارية يترتب عليه نتائج قانونية تهدد التماسك النظري للقانون الإداري³⁰⁹.

309 - Jean-Bernard Auby : La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, AJDA, 2001 p. 913 : «Si l'on ajoute à cela la tendance qui se dessine à une acceptation de l'arbitrage comme mode de solution des litiges administratifs présentant un caractère international, on voit que le juge administratif pourrait tendre à ne plus être qu'un

فالتسليم بسلطة المحكم للفصل في دعاوى العقود الإدارية، خاصة دعاوى القضاء الشامل بصفة عامة يترتب عنه صعوبة إنكار حق المحكم للبت في إلغاء القرارات الإدارية، هذا الإلغاء الذي يعتبر حكرا على القاضي الإداري دون غيره وضمن شروط حددت عبر الزمان انطلاقا من نظرية فصل السلط، كما أن إخضاع العقود الإدارية للتحكيم يجعل الارتباط اللازم للعقد الإداري بالقواعد الموضوعية للقانون العام محل تساؤل.

فموضوع التحكيم الدولي في العقود الإدارية يدخلنا في مناقشة حقيقة وجود العقود الادارية الدولية ونظامها القانوني والقانون الواجب التطبيق عليها وموقف المشرع المغربي من هذا الموضوع.

وكما حاول كل من المشرعين المصري والمغربي التركيز على خصوصية الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، ونفس المحاولة تم تكريسها على مستوى الحكم التحكيمي الصادر عقب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية.

فبالرجوع إلى المقترضيات التي جاء بها القانون رقم 08.05، نجد أن المشرع المغربي قد حاول تحصين الحكم التحكيمي الصادر عقب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، وذلك من خلال اشتراطه وجوب تعليل هذا الحكم التحكيمي، كما أنه علّق حجية الحكم التحكيمي الصادر عقب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية على ضرورة صدور الأمر بتنفيذه.

وإذا كان المشرع المغربي قد حدد طرق الطعن والجهة القضائية للطعن في الأحكام التحكيمية الداخلية والدولية، فإن خصوصية الحكم التحكيمي الصادر عقب الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية قد انعكست على مستوى تفسير النص التشريعي، والتطبيق القضائي للنصوص المنظمة لطرق الطعن، والجهة القضائية المختصة بذلك.

ولنتناول موضوع التحكيم الداخلي والدولي في المادة الإدارية اعتمدنا
التقسيم التالي :

**الفصل الأول : نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية وفقا للقانون
المغربي والمقارن.**

**الفصل الثاني : تطور التحكيم في العقود الإدارية في القانون
المغربي والأنظمة القانونية المقارنة.**

الفصل الثالث : التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية.

الفصل الرابع : رقابة القاضي الإداري على تعليل الأحكام التحكيمية.

الفصل الأول: نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية وفقا للقانون المغربي والمقارن

شكل القانون رقم 08-05³¹⁰ تطورا مهما للتحكيم في المادة الإدارية، فبعد أن كان الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 يحظر التحكيم حتى في العقود الإدارية معتبرا ذلك خرقا لقواعد النظام العام³¹¹،

310 - القانون رقم 08-05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-07-1 بتاريخ 19 ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) : ج. ر. عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007).

311 - كان الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية ينص على ما يلي "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

جاء الفصل 310 من القانون رقم 08-05 بمقتضيات جديدة قلّصت مفهوم نطاق النظام العام في القانون المغربي ووسعت نطاق التحكيم في المادة الإدارية لتصل به إلى حدود قضاء المشروعية³¹².

ولملمسة التطور الحاصل في التحكيم في المادة الإدارية، فإننا سوف نتطرق للتحكيم في المادة الإدارية (المبحث الأول) على ان نخصص (المبحث الثاني) للحديث عن التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الأول : التحكيم في المنازعات غير العقدية

سنتناول بداية استثناء القرارات الإدارية والمنازعات الجبائية (المطلب الأول) ثم لإمكانية التحكيم في النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : استثناء القرارات الإدارية والمنازعات الجبائية

نص الفصل 310 من قانون 08-05 على أنه "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية.

غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه :

- في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة الملابس والمساكن
 - في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم
 - في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة النزاعات المتعلقة :
 - بعقود وأموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام
 - النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جبائي
 - النزاعات المتعلقة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجي"...
- 312 - ظهر شريف بمثابة قانون رقم 1-74-447 بتاريخ 11 رمضان 1394 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية (ج. ر. بتاريخ 13 رمضان 1394 - 30 شتنبر 1974.

غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي..".

الفقرة الأولى : استثناء المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية

فالقرار الإداري هو ذلك "العمل الانفرادي الصادر عن الإدارة معبرا عن إرادتها والمحدث لأثر قانوني في المركز أو الوضعية القانونية للأفراد بالتعديل أو الزيادة أو الإلغاء استنادا على سلطتها التقديرية والتقريرية وحققها في توجيه الأوامر والنواهي تحقيقا للمصلحة العامة"³¹³.

فالقرارات التي تعد مجرد اقتراح متوقف على موافقة ومصادقة السلطة المختصة التي خولها القانون ذلك لا ترقى إلى درجة القرار القابل للإلغاء³¹⁴.

فدعوى الإلغاء لا تتعلق بحقوق مالية يجوز فيها الصلح، بل هي دعوى عينية تهدف إلى حماية مبدأ المشروعية المتمثل في تحقق سيادة القانون، كما أن الخصومة فيها لا توجه إلى الإدارة بل إلى القرار الإداري محل الطعن وبالتالي لا يمكن تصور قيام صلح بشأنها³¹⁵.

كما أن دور القاضي الإداري ينحصر في إلغاء القرار المتسم بعدم المشروعية دون أن تمتد سلطته إلى التعويض.

وانطلاقا مما سبق فإن الطبيعة القانونية لدعوى الإلغاء والتي تقوم على اختصاص القرار الإداري في ذاته تتنافى مع الطبيعة الاتفاقية للتحكيم³¹⁶.

313 - محمد يحيى، المغرب الإداري، مطبعة سبارطيل الطبعة الثالثة 2006 ص 366.

314 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 92 بتاريخ 1991/3/21 ملف اداري عدد 85/7083

315 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية دراسة تحليلية تطبيقية منشأة المعارف الطبعة الاولى 2011 ص 195 .

316 - أشرف محمد خليل حماد التحكيم في المنازعات الادارية واثاره القانونية (دراسة مقارنة) دار الفكر الجامعي الاسكندرية الطبعة الاولى 2010 ص 128.

والملاحظ من خلال الفصل 310 من ق م م، فإن المشرع المغربي قد مزج بين المعيارين العضوي والمادي لتقرير منع اللجوء إلى التحكيم في القرارات الإدارية والإقرار بإمكانية التحكيم عن النزاعات المالية المترتبة عن هذه القرارات، فالفصل المشار إليه أعلاه اعتمد المعيار العضوي حين نصه على النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية وأخذ بالمعيار المادي حين نصه على الهيئات الأخرى المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية.

ولعل ما ذهب إليه المشرع المغربي يمثل إقراراً بعدم كفاية المعيار العضوي للقول بوجود قرار إداري ومنسجماً مع توجهات القضاء الإداري في عدم اختزال إمكانية إصدار القرارات الإدارية من طرف أشخاص القانون العام فقط، وهذا ما كان قد قرره المجلس الأعلى في أحد قراراته حين اعتبر بأن الجامعة الملكية المغربية لكرة القدم جمعية خاصة والقرارات الصادرة عنها في المادة التأديبية تقبل الطعن عن طريق دعوى الإلغاء بسبب الشطط في استعمال السلطة، فهذه القرارات تدخل في نطاق المقررات المتخذة في إطار ممارسة امتياز من امتيازات السلطة العامة³¹⁷.

كما أن مفهوم القرار الإداري لا يمكن اختزاله في الدعاوى المنصوص عليها في المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، ذلك أنه ولئن كانت المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية قد أسندت الاختصاص لهذه المحاكم بالنظر في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية، فإن هناك نصوصاً قانونية خاصة قد حددت جهة معينة للطعن في القرارات الإدارية الصادرة عن بعض الجهات، فقد جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بأنه "ولئن كانت المادة 23 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية قد أسندت

الاختصاص لهذه المحاكم بالنظر في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية بسبب تجاوز السلطة وهو نص عام فإن الفصل 12 من الظهير الصادر بتاريخ 1962/6/30 بشأن ضم الأراضي هو نص خاص وبالتالي فهو الواجب التطبيق مادام لم يطله أي تعديل³¹⁸.

الفقرة الثانية : استثناء النزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جبائي من

التحكيم

لقد جاء قانون 08-05 منسجما مع مقتضيات المدونة العامة الجديدة للضرائب والمحدثة بموجب قانون المالية لسنة 2007، ذلك أن المادة 224 نصت في فقرتها الأخيرة على أنه لا يمكن للنزاعات المتعلقة بتطبيق القانون الجبائي أن تكون موضوع تحكيم.

وفي اعتقادنا فإن المشرع المغربي وبحضره للتحكيم في المنازعات الجبائية يكون قد تأثر ببعض الاتجاهات الفقهية بفرنسا، والتي تعتبر بأن الإقرار بالتحكيم في المنازعات الضريبية هو مساس بالنظام العام³¹⁹ واعتداء على الاختصاص الحصري للقاضي الإداري³²⁰، غير أن هذه الأسباب لم تعد قائمة مادام أن المشرع قد أقر بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية والمنازعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية.

318 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 39 بتاريخ 2007/1/31 ملف إداري عدد 5/06/18.

319 - P. ANCEL, «Arbitrage et ordre public fiscal», Rev. arb. 2001, n° 2 p. 277: les «limites à l'arbitrabilité s'expliquent parce qu'on est ici en présence de règles qui ne statuent pas sur des droits subjectifs, dont on pourrait ou non disposer, mais qui ont pour objet d'organiser les rapports de l'individu et de la collectivité».

320 - P. ANCEL, ibid., p. 273 «il existe, au sein de l'immense nébuleuse des règles d'ordre public, un noyau dur, un petit nombre de questions qui doivent être soustraites aux arbitres et réservées aux juridictions étatiques».

فسواء تعلق الأمر بالعقود الإدارية والمنازعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية أو المنازعات الضريبية فإن الأمر يتعلق دائماً وأبداً بالمال العام.

المطلب الثاني : إمكانية التحكيم في النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية

ولقد استثنى الفصل 310 من حالات المنع النزاعات المالية الناتجة عن التصرفات الأحادية للدولة، وأجاز أن تكون محل عقد التحكيم. والملاحظ بان المشرع أجاز إمكانية عرض النزاعات المالية الناتجة عن القرارات الإدارية في شكل عقد التحكيم فقط مستبعداً بذلك إمكانية شكل شرط التحكيم.

فإذا كان شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف العقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور³²¹ فإن عقد التحكيم كما عرفه المشرع المغربي في الفصل 314 من القانون رقم 08-05 هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف العقد بعرض هذا النزاع الذي نشأ بينهم على هيئة تحكيمية.

واستبعاد إمكانية شرط التحكيم والاكتفاء بعقد التحكيم جاء منسجماً مع طبيعة النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية، ذلك أن الإقرار بإمكانية إخضاع النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية لشرط التحكيم لمن شأنه الغل المسبق ليد الإدارة والاستبعاد القبلي لأي تدخل للقاضي الإداري.

وإذا كان المشرع المغربي قد سن التحكيم في النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية دون أي قيد أو شرط، فإنه وفي اعتقادنا فإن إمكانية التحكيم هذه لا يمكن أن تكون بمعزل عن مآل القرارات الإدارية وإمكانية الطعن فيها، وذلك حتى لا يتحول التحكيم في النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية جهة للتقاضي بسوء نية ووسيلة للإضرار بالمال العام.

فإذا كان القرار الإداري السلبي هو ذلك القرار الذي لا يتضمن القيام بأي إجراء تنفيذي، فهو ينفذ بنفسه وينتج أثاره عند صدوره في الحال، وهو بذلك لا يتقيد بأجل الستين يوما للطعن بالإلغاء على اعتبار أنه قرار مستمر في أثاره وأن الطعن فيه يظل مفتوحا طالما تستمر حالة الامتناع من جانب الإدارة المصدرة له سواء كان قرارا صريحا أو قرارا ضمنيا بالرفض³²²، فالقرارات الإدارية الايجابية هي تلك القرارات التي تفرض التزاما وتحمل أعباء للمعني به وتكون بذلك قرارات إدارية إيجابية وتنفيذية، وبالتالي فإن أجل الطعن فيها مقيد بالأجل المنصوص عليه في المادة 23 من القانون رقم 90/41 المحدث للمحاكم الإدارية³²³.

كما أن القرار الإداري المشروع والمحصن بمرور أجل 60 يوما على تاريخ إصداره لا يمكن للإدارة سحبه ولا التراجع عنه لأنه يكون قد ولد مركزا قانونيا قارا وحقا مكتسبا لصاحبه تحت طائلة اعتبار قرار السحب خارجا عن إطار المشروعية، ومتسما بالتالي بتجاوز السلطة لعيب مخالفة القانون وموجبا للإلغاء³²⁴.

322 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 703 بتاريخ 2008/5/28 ملف اداري عدد 5/07/171.

323 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 610 بتاريخ 2008/5/7 ملف اداري عدد 5/07/241.

324 - قرار محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط عدد 39 بتاريخ 2008/1/9 ملف اداري عدد 5/07/135.

فإذا كانت تسوية الوضعية الفردية للموظفين في جانبها المالي قد تأخذ صورة النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية وتكون بذلك نطاقا مشروعا للتحكيم، فإن ذلك رهين بمآل وأجال دعوى الإلغاء. وهذا ما كان قد قرره المجلس الأعلى في أحد قراراته إذ جاء فيه: "إذا كان المدعي حرا بين اختيار سلوك دعوى الإلغاء أو سلوك دعوى القضاء الشامل في مجال الوضعية الفردية فإن ذلك لا يعني أن يتجاوز الطاعن دعوى الإلغاء التي لها شروط ومواصفات محدودة ويلجا إلى دعوى القضاء الشامل متى كانت الوضعية الفردية المطلوب تسويتها رهينة بالفصل في دعوى الإلغاء، ذلك أن مراقبة مشروعية القرار الوزيري المذكور لم تعد ممكنة نظرا لتحصنه بفوات الأجل بعدما علم به المدعي علما يقينيا يتجلى في امتثاله إليه وسكوته هذا الوقت الطويل والحال أن أجل الطعن هو 60 يوما .." ³²⁵.

فطلبات تسوية الوضعية تخضع بدورها لأجل الطعن متى كان من شأنها إلغاء قرارات تحصنت بفوات أجل الطعن فيها حسبما سار على ذلك عمل المجلس الأعلى وعملا بمبدأ استقرار الأوضاع والمراكز القانونية ³²⁶.

المبحث الثاني : التحكيم في العقود الإدارية

نظم الفصل 310 من قانون رقم 08-05 في فقرته الثالثة التحكيم في العقود الإدارية التي تكون الدولة والجماعات المحلية طرفا فيها، فأجاز بذلك لجوء هؤلاء الأشخاص إلى اتفاق التحكيم، أي إمكانية لجوء الدولة والجماعات المحلية إلى إبرام عقد التحكيم وكذلك إمكانية تضمين العقود الصادرة عنها لشرط التحكيم .

325 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 828 بتاريخ 2005/11/23 ملف اداري عدد 2004/1/4/497.

326 - قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى عدد 33 بتاريخ 2006/1/25 ملف اداري عدد 2003/1/4/3240.

أما فيما يتعلق بعقود المقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات وكذلك عقود المؤسسات العامة فقد تم تنظيمها بموجب الفصل 311 من نفس القانون.

المطلب الأول : التحكيم في العقود الإدارية للدولة والجماعات المحلية

نظم الفصل 310 من القانون الجديد في فقرته الثالثة التحكيم الداخلي في العقود الإدارية التي تكون الدولة والجماعات المحلية طرفا فيها، فأجاز بذلك لجوء هؤلاء الأشخاص إلى اتفاق التحكيم³²⁷، أي إمكانية لجوء الدولة والجماعات المحلية إلى إبرام عقد التحكيم، وكذلك إمكانية تضمين العقود الصادرة عنها لشرط التحكيم.

غير أن المشرع المغربي لم يضع أي قيد أو شرط معين بهذا الخصوص إلا قيد وشرط واحد وهو ضرورة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل³²⁸.

327 - عرف الفصل 307 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.

328 - نص الفصل 310 على ما يلي:

"لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية.
غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي.

بالرغم من أحكام الفقرة الثانية من الفصل 311 أدناه، يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية 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.

غير أن الفصل 310 قد استثنى اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة والجماعات المحلية من البطلان المنصوص عليه في الفقرة الثانية من الفصل 317، في حالة عدم النص في شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم.

ولقد نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 310 على أن اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر عقب اتفاق تحكيم أبرمته الدولة أو الجماعات المحلية يرجع إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها، وأولى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

المطلب الثاني : التحكيم في عقود المؤسسات والمقاولات العامة

تعتبر المؤسسات العامة شخص من أشخاص القانون العام³²⁹، كما أن المؤسسة العامة هي أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة من قبل الأشخاص العامة والتي تتمتع بالشخصية المعنوية، ويكون لها قدر من الاستقلال اتجاه الشخص العام الذي ترتبط به برابطة الخضوع لرقابته

يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني".

الوصائية³³⁰، مما يترتب عن ذلك بأنها تتقاضى وتتعاقد وترفع الدعاوى وترفع عليها³³¹.

و انطلاقا من مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 311، فإنه من الملاحظ بأن المشرع المغربي قد ميز بين حالتين من حالات اتفاق التحكيم الخاص بالمؤسسات العامة :

- فالحالة الأولى هي حالة عقد التحكيم³³²، ولقد ربطها المشرع بضرورة التقيد بالإجراءات والشروط المحددة من قبل مجالس إدارة المؤسسات العامة.

- في حين أن الحالة الثانية وهي حالة شرط التحكيم³³³، حيث اشترط المشرع المغربي أن يكون خضوع المؤسسة العامة للشرط التحكيمي متوقفا على ضرورة اللجوء إلى مداولة خاصة يجريها مجلس إدارة المؤسسة العامة المعنية.

330 - محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 52 الطبعة الأولى 2004، ص 49.

331 - احمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الطبعة الثامنة 2004، ص 164.

332 - عرف الفصل 314 من القانون رقم 08-05 عقد التحكيم بانه هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمي، كما انه يمكن إبرام العقد المذكور ولو خلال دعوى جارية أمام المحكمة.

333 - عرف الفصل 316 من القانون رقم 08-05 شرط التحكيم بأنه : " هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور".

وزيادة على ما ورد بالفصل 311 من شروط لإبرام المؤسسات العامة للتحكيم، فإن هذه الأخيرة ومادام أنها شخص من أشخاص القانون العام تخضع لرقابة مالية محددة قانوناً³³⁴.

أما فيما يتعلق بالتحكيم في عقود المقاولات العامة، فإن التطرق هنا للتحكيم في العقود الإدارية التي يكون أحد طرفيها مقاولاً عامة، لا يعني التسليم بأن جميع عقود المقاولات العامة هي عقود إدارية بطبيعتها، بل على العكس من ذلك فإن هذه العقود هي عقود خاضعة للقانون الخاص مبدئياً، غير أنه وفي نفس الوقت فإن عقود المقاولات العامة يمكن أن تندرج في بعض الأحيان تحت طائلة العقود الإدارية، والسبب في ذلك هو عدم كفاية المعيار العضوي لتحديد طبيعة العقود الإدارية، هذا المعيار الذي أصبح يعيش أزمة حادة للعب دوره في تحديد طبيعة العقود الإدارية³³⁵.

ولقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 311 ق م م على أنه يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها.

334 - جاء في الفصل 311 ما يلي:

"يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها. رغماً عن مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 317 بعده، يجوز للمؤسسات العامة إبرام عقود تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها وتكون الإتفاقات المتضمنة لشروط تحكيم محل مداولة خاصة بجريها مجلس الإدارة".

335 - TC, 23 septembre 2002, Sociétés Sotrame et Métalform c/GIE SESAM-Vitale :

«Considérant que si le GIE Sesam-Vitale a le caractère d'une personne morale de droit privé, la décision à l'origine du litige qui l'oppose à la société Sotrame a été prise par lui dans le cadre de la mission qu'il assume au nom et pour le compte des caisses qui l'ont constitué (...), pour l'exécution même du service public administratif de mise en œuvre du système de saisie électronique des données de l'assurance maladie en vue duquel lui ont été conférés des droits exclusifs ; que le litige né de cette décision relève par suite des juridictions administratives».

وبقراءة هذه الفقرة المذكورة، فإنه من الثابت أن المشرع المغربي قد أجاز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات اللجوء إلى شرط التحكيم، كما أنه يمكنها إبرام عقد تحكيم، وذلك وفقا لنفس الشروط وهي ضرورة التقيد باحترام الإجراءات والشروط المحددة من قبل مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها³³⁶.

المطلب الثالث: تقييم حول مقتضيات المنظمة للتحكيم

في العقود الإدارية في إطار قانون 08-05

بقراءتنا للمقتضيات المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية كما جاءت بالقانون 08-05 يمكن الخروج بمجموعة من الملاحظات والأفكار والتي نجملها فيما يلي³³⁷ :

أولا: استبعاد المعيار المادي وتعويضه بالمعيار العضوي:

انطلاقا من مقتضيات الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية الملغى، فإن الأساس التشريعي لل منع من اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإدارية كان هو المساس بالنظام العام، وذلك حينما اعتبر المشرع بأن التحكيم في العقود الخاضعة لأحكام القانون العام تندرج تحت طائلة المسائل التي تمس النظام العام.

336 - طبقا للمادة 4 من القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى، فإن شركات الدولة التي تملك فيها الدولة أو جماعة محلية مساهمة مباشرة تخضع لمراقبة مواكبة يقوم بها الوزير المكلف بالمالية ومراقب الدولة وفقا لأحكام الباب الرابع من هذا القانون في حين أن شركات الدولة ذات المساهمة غير المباشرة والشركات التابعة العامة يمكن أن تخضع شركات الدولة التي لا تملك فيها الدولة أو جماعة محلية مساهمة مباشرة وكذا الشركات التابعة العامة لمراقبة، بمقتضى اتفاقية يقوم بها مندوب للحكومة وفقا لأحكام الباب الخامس من هذا القانون وطبقا لما نصت عليه المادة 5 من القانون رقم 69.00.

337 - انظر مقال مصطفى بونجة ونهال اللواح: "نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية وفقا لقانون المسطرة المدنية المغربي"، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد 111، بوليز/غشت 2013، ص 94 وما بعدها.

وإذا كان المشرع المغربي لم يحدد مفهوم النظام العام، هذا المفهوم الذي أثار العديد من الإشكالات القانونية والقضائية على مستوى التطبيق في المواد الأخرى، فإنه لم يطرح أي إشكال فيما يتعلق بالعقود الإدارية مادام أن المشرع المغربي قد اعتبر ان النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية كأحد أوصاف المساس بالنظام العام.

وانطلاقاً من أحكام الفصل 306 الملغى، فإن الملاحظ أن المشرع المغربي قد أخذ بالمعيار المادي كأساس لحظر التحكيم في العقود الإدارية دون الأخذ بالمعيار العضوي، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي، مما يكون معه المشرع المغربي قد حافظ على نفس النهج الذي كان قد تبناه بموجب ظهير 1913/08/12.

ثانياً: عدم مسايرة ضرورة التمييز بين اختصاص القضاء الإداري والقضاء العادي :

نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 310 على أن اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر عقب اتفاق تحكيم أبرمته الدولة أو الجماعات المحلية يرجع إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها، أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

وتقتضي الفقرة الأخيرة من الفصل 310 من القانون الجديد إبداء ملاحظتين:

الملاحظة الأولى: أن المشرع أخذ بالمعيار العضوي واستبعد المعيار المادي في إسناد الاختصاص للقضاء الإداري لتذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، ذلك أن الفصل 310 يتحدث عن عقود الدولة والجماعات المحلية، أي أن اختصاص القضاء الإداري يشمل العقود الإدارية وعقود

الإدارة التي لها طابع القانون الخاص والمبرمة من قبل الدولة والجماعات المحلية .

الملاحظة الثانية: أن مقتضيات الفصل 310 تتعلق بالتحكيم الداخلي

في العقود الإدارية، أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي في العقود الإدارية، فالملاحظ أن المشرع المغربي لم يميز العقد الإداري عن باقي العقود التجارية ولم يحدد أي قيد من القيود التي حددها بخصوص التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، كما أنه أقصى القضاء الإداري من مجال تذييل الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية متى تعلق الأمر بالتحكيم الدولي، وأسند الأمر إلى القضاء التجاري وهذا ما هو واضح من مراجعة الفصل 39-327 وما بعده من القانون الجديد 08-05³³⁸.

ثالثا: الإقرار بإمكانية اللجوء إلى الشرط التحكيم لا يتلائم وطبيعة العقود الإدارية بالمغرب

كما سبق الذكر، فإنه وطبقا لمقتضيات الفصلين 310 و311 من القانون رقم 08-05، فإن المشرع المغربي قد ميز بين حالتين من حالات اتفاق التحكيم الخاص بالعقود الإدارية، فالحالة الأولى هي حالة عقد التحكيم³³⁹ في حين أن الحالة الثانية هي حالة شرط التحكيم³⁴⁰.

وإذا كان عقد التحكيم يتماشى والطبيعة الخاصة للعقد الإداري مادام أن عقد التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية، فإن شرط التحكيم والذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد

338 - نظم القانون الجديد التحكيم الدولي من الفصل 39-327 إلى الفصل 54-327 وأفرده له أحكاما تختلف عن الأحكام المتعلقة بالتحكيم الداخلي سواء فيما يتعلق بالإجراءات أو المسطرة أو طرق الطعن .

339 - يراجع الفصل 314 من القانون رقم 08-05 .

340 - يراجع الفصل 316 من القانون رقم 08-05 .

المذكور، لا ينسجم مع طبيعة العقد الاداري ويشكل خطورة على معظم اشخاص القانون العام، مادام أن هذه الأخيرة لا يمكنها معرفة حجم ونوع النزاع الذي ستكون مجبرة لعرضه على التحكيم ما دام أنها التزمت بشرط التحكيم.

الفصل الثاني: تطور التحكيم في العقود الإدارية في القانون المغربي و مة القانونية المقارنة

بخلاف الترحيب الذي لاقاه التحكيم وباقي الطرق البديلة لحل المنازعات في مجال المعاملات والعقود التجارية³⁴¹، فإنه وفي مجال المنازعات الإدارية كان ينظر إلى التحكيم نظرة توجس وحذر.

341 - انظر في ذلك على سبيل المثال وللمزيد من التوسع :

- الوسائل الودية لفض المنازعات، الوساطة - التحكيم - الصلح، أشغال الندوة الدولية التي نظمتها الكلية المتعددة التخصصات بالناظور. منشورات مجلة الحقوق المغربية (R.D.M)، سلسلة الأعداد الخاصة، عدد 4، ماي 2012.

- الصلح والتحكيم والوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الحادية عشر، نظمها المجلس الأعلى بقصر المؤتمرات بالعيون، الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، يومي 01 - 02 نونبر 2007.

- قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، الذكرى الخمسينية للمجلس الأعلى، نظمتها محكمة الاستئناف التجارية، بالدار البيضاء يومي 18-19 أبريل 2007.

- الطرق البديلة لتسوية المنازعات، أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامين بفاس، يومي 4 و 5 أبريل 2003، منشورات وزارة العدل، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، عدد 2، الطبعة الأولى، عدد 2، 2004.

- Nabil Antaki : «L'arbitrage Interne et International : Lecture du projet de loi relatif au code marocain de l'arbitrage à la lumière de l'expérience canadienne». L'arbitrage commercial interne et

ولعل نظرة التوجس والحظر هذه لها ما يبررها، وذلك بالنظر إلى الارتباط العضوي بين القاضي الإداري والمنازعة الإدارية، فأسس المنازعة الإدارية ومساطرها مرتبطة بشكل كبير بالدور الإنشائي والخلق للقاضي الإداري الفرنسي بالأساس، هذا الأخير الذي شكل نبراسا لجميع الدول التي اختارت ازدواجية القضاء كهندسة لنظامها القضائي، مما لاقى معه القبول بإخضاع العقد الإداري للاتفاق التحكيمي صعوبة كبيرة.

ونتيجة لسعي الدول إلى جلب الاستثمارات الخارجية أو إلى التخفيف من عدد القضايا المطروحة أمام المحاكم الإدارية، عملت جل الدول على الإقرار بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية، في حين اكتفت دول أخرى بفتح النقاش والتشاور حول إمكانية إخضاع منازعات العقد الإداري للتحكيم، غير أن خصوصية العقد الإداري فرضت التخصيص على شروط خاصة للقبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية .

وبعد الانتقال من مرحلة التساؤل حول إمكانية إقرار التحكيم في العقود الإدارية، انتقل التوجس والحظر من فرضية القبول بإخضاع العقد الإداري للتحكيم إلى الآثار المترتبة عن القبول بإخضاع العقد الإداري للتحكيم، فأخضع العقود الإدارية لقضاء التحكيم يترتب عنه الفصل بين القاضي الإداري ومنازعات العقد الإداري من جهة، كما أنه يترتب عنه فصل العقد الإداري عن مقتضيات القانون الإداري وقواعد القانون العام من جهة أخرى، وذلك انطلاقا من مبدأ الاستقلال القانوني لشروط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه .

ويعتبر مصطلح الحظر مرادفاً للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا وقاعدة مركزية في القانون الإداري الفرنسي، وذلك بالرغم من كثرة النصوص القانونية التي أقرت قواعد استثنائية حاذت عن مبدأ الحظر من جهة، ومن جهة ثانية بالرغم من ظهور بؤادر تشريعية تبيح وتنظم التحكيم في العقود الإدارية³⁴².

ويعود أصل صعوبة القبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية إلى النظام القانوني الفرنسي، وذلك بالنظر إلى تجدر مفهوم فصل السلط في هذا النظام القانوني، كما أن أسس الاهتمام الفقهي والخلاف القضائي حول القبول بالاتفاق على التحكيم تعود إلى النظريات الفقهية والتطبيقات القضائية بفرنسا (المبحث الأول).

وبالنظر إلى كون أن القانون والقضاء الإداري بفرنسا قد شكلا نقطة البدء بالنسبة للقانون والقضاء الإداري في كل من مصر والمغرب، فقد شككت صعوبة القبول بالاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية صفة تأثير النظام القانوني بفرنسا على نظيره المصري والمغربي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا

للقوف على موقف التشريع والفقهاء والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، سوف نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لرصد الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية والاستثناءات الواردة على هذا الحظر، وكذلك الاتجاهات التشريعية الراهنة والتي تصب في تقنين التحكيم في العقود الإدارية، في حين سنخصص المطلب الثاني للقوف على

342 - انظر بتفصيل أطروحة مصطفى بونجة: "التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام، نوقشت بجامعة عبد المالك السعدي بطنجة، سنة 2012-2013، ص 25 وما بعدها.

المواقف الفقهية والقضائية من التحكيم في العقود الإدارية سواء التقليدية او الحديثة.

المطلب الأول: موقف المشرع الفرنسي من الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية

يعتبر حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم وفقا للتشريع الفرنسي قاعدة عامة، غير أن هذه القاعدة العامة قد لحقتها عدة استثناءات، وذلك بمقتضى قوانين خاصة تركزت خصوصا حول موضوع العقود الإدارية، هذه الاستثناءات التي أصبحت تأخذ يوما بعد يوم طابع القاعدة العامة، وأصبح الاتجاه العام يسير نحو إقرار السماح بالتحكيم في العقود الإدارية كقاعدة عامة وليس كاستثناء.

ولمناقشة موقف التشريع الفرنسي من التحكيم في المادة الإدارية عموما وخاصة العقود الإدارية، فإنه لا بد من التطرق إلى الأسس التشريعية لحظر التحكيم (الفرع الأول) ثم الاستثناءات التي جاء بها المشرع والتي طالت هذا الحظر (الفرع الثاني)، لنصل في الأخير إلى بؤادر تعديل تشريعي يقر بإمكانية لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا (الفرع الثالث).

الفرع الأول : قاعدة الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا

يستند حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لحل نزاعاتها العقدية إلى مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، وذلك بعد التعديل الذي أدخل على القانون المدني الفرنسي بموجب قانون 1972343/7/5.

غير أن هذا الحظر لا يجد سنده القانوني الوحيد في مقتضيات المادة 2060، بل أنه كان موجودا قبل دخول قانون 1972 /7/5 حيز التنفيذ، وذلك انطلاقا من أن المادة 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1806 الملغى، كانت تحظر اللجوء إلى التحكيم في كل القضايا التي يجب عرضها على النيابة العامة، هاته القضايا التي كان من بينها القضايا والمنازعات التي تتعلق بالدولة والمؤسسات العامة³⁴⁴.

فالمادة 1004 المشار إليها أعلاه من القانون الملغى كانت تحظر جواز إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط القانون تبليغها إلى النيابة العامة، وكذلك في المنازعات التي كانت تستلزم حضور النيابة العامة فيها كطرف.

أما المادة 83 من قانون الإجراءات الملغى، فقد كانت تحدد نوع المنازعات التي يجب أن تحال على النيابة العامة³⁴⁵.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 83 المشار إليها أعلاه، فإننا نجد بأن المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام يجب أن تحال على النيابة العامة³⁴⁶.

وانطلاقا من مقتضيات المادتين 83 و 1004 من قانون المرافعات الملغى، فإن جميع المنازعات التي تكون فيها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى طرفا فيها والتي ينبغي تبليغها للنيابة العامة يحظر خضوعها للتحكيم، وذلك على اعتبار أن أخضاع هذه المنازعات للتحكيم يحرم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة الأخرى من الحماية التي حددها لها المشرع، هذه الحماية المتمثلة في التبليغ الواجب إلى النيابة العامة أو

344 - Pierre Delvolvé «L'arbitrage en droit public Français» in "L'arbitrage en droit public" sous la dir. de David Renders, Pierre Delvolvé et Thierry Tanquerel Bruylant 2010 P189.

345 - Dominique Foussard, **Le juge administratif et l'arbitrage Rev. arb** 1989 Issue 2 p. 167

346 - Dominique Foussard, **Le juge administratif et l'arbitrage Rev. arb** 1989 Issue 2 p. 167

وجوب حضورها في الدعوى والمنازعات التي يكون فيها أحد اشخاص القانون العام طرفاً³⁴⁷.

أما فيما يتعلق بمقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الجديد، فإن هذه المادة قد حددت الحالات التي لايجوز فيها اللجوء إلى التحكيم، ومن بين هذه الحالات المنازعات التي تكون الجماعات العامة والمؤسسات العامة طرفاً فيها، حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه " لايجوز اللجوء للتحكيم بشأن مسائل حالة أو أهلية الأشخاص، أو بشأن المسائل المتعلقة بالطلاق وبالانفصال الجسدي، أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات العامة والمؤسسات العامة، وعموماً في جميع المسائل التي تتعلق بالنظام العام"³⁴⁸.

غير أنه وبموجب القانون الصادر بتاريخ 1975/7/9 تمت إضافة فقرة ثانية إلى مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي الجديد، هذه الفقرة التي نصت على إمكانية لجوء المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم لحل نزاعاتها، لكن هذه الإمكانية تم تعليقها على شرط صدور مرسوم ينظم ذلك³⁴⁹.

347 - Laurent richer: droit des contrats administratifs ,op. cit ·p 28.

348 - l'article 2060 du Code civil (L. n° 72-626 du 5 juillet 1972) , "on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public."

349 - l'article 2060 du Code civil (L. no° 75-596 du 9 juill. 1975) En vigueur depuis le 10 Juillet 1975:

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

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

وزيادة على مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الجديد، فإن مقتضيات المادة 2061 من نفس القانون وقبل تعديلها بموجب المادة 126 من قانون 2001/5/15³⁵⁰، كانت تقضي ببطان الشرط التحكيمي إذا جاء مخالفا للقانون³⁵¹.

الفرع الثاني : الاستثناءات التشريعية من حظر اللجوء إلى التحكيم

بالرغم من صدور القانون رقم 75-596 بتاريخ 1975/7/9 والذي بموجبه أضيفت الفقرة الثانية إلى المادة 2060 من القانون المدني ودخول هذا التعديل حيز التنفيذ بتاريخ 1975/7/10، هذه الفقرة التي تم بموجبها الإقرار بمبدأ جواز لجوء المؤسسات العامة الصناعية والتجارية إلى التحكيم، لكن بشرط حصول هذه المؤسسات على ترخيص بذلك بموجب مرسوم، غير أن هذه المقتضيات ظلت معطلة ولم تفعل إلا سنة 2002، وهو التاريخ الذي صدر فيه مرسوم يبيح للمؤسسات العامة الصناعية والتجارية العاملة في مجال المعادن والكهرباء والغاز باللجوء إلى التحكيم³⁵².

وبالرغم من الحظر الذي يعتبر مرادفا للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، إلا أن ذلك لم يحل دون صدور تشريعات متفرقة أباحت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية (الفقرة الأولى)، غير أن أهم استثناء عن قاعدة منع لجوء الأشخاص العامة للتحكيم يتمثل في صدور قانون عقود الشراكة بفرنسا (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الاستثناءات المتفرقة

350 - La Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Economiques
Art. 126

L'article 2061 du code civil est ainsi rédigé

«Art. 2061. - Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.»

351 - كانت المادة 2061 من نفس القانون قبل تعديلها بموجب المادة 126 من قانون 2001/5/15 تنص على ما يلي :

"La clause compromissoire est nulle s'il n'est disposé autrement par la loi."

352 - مرسوم عدد: 56-2002 الصادر بتاريخ 2002/1/8.

بالرغم من المنع، عرف الاستثناء من قاعدة حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم توسعا ابتداء من مطلع القرن العشرين.

ولعل أهم استثناء هو الذي جاء به القانون الصادر بتاريخ 1906/4/17 والذي ينص في مادته 69 صراحة على إمكانية لجوء الدولة وبعض الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم³⁵³.

كما أنه وبموجب قانون 1919 المتعلق باستعمال الطاقة الهيدروجينية، تم التنصيص على إمكانية خضوع المنازل التي تكون الدولة طرفا فيها إلى التحكيم، بشرط أن يرخص لها في ذلك بمرسوم³⁵⁴.

وإلى جانب هذه النصوص التشريعية العامة التي أبحاث اللجوء إلى التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام، فقد صدرت عدة نصوص قانونية خاصة تبيح لأشخاص محددة من أشخاص القانون العام إمكانية اللجوء إلى التحكيم، ذلك أنه تم تعديل مدونة الصفقات العمومية وتمت إضافة مادة جديدة إلى هاته المدونة تبيح اللجوء إلى التحكيم³⁵⁵.

353 - Loi du 17 avril 1906, article 69 ; art. 132 du code des marchés publics.

تنص المادة 69 من قانون 1906/4/17 المتعلق بالميزانية العامة للنفقات والمداخيل برسم سنة 1906 على أن الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة المحلية يمكنها اللجوء إلى التحكيم طبقا لمقتضيات الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية وذلك لتصفية مصاريف الأشغال والتوريدات، غير أن الدولة لايمكنها اللجوء إلى التحكيم إلا بعد موافقة الوزير المختص والوزير المكلف بالأشغال العمومية بمرسوم.

354 - LOI du 16 Octobre 1919. Relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique (J.O. 18 oct. 1919).

Art. 25. - Les litiges dans lesquels l'Etat serait engagé par l'application de la présente loi peuvent être soumis à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du code de procédure civile.

Le recours à cette procédure doit être autorisé par un décret délibéré en conseil des ministres et contresigné par le ministre compétent et par le ministre de l'économie et des finances.

355 - Code des Marchés Publics 2009,

Annexe au décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics

Titre VI - Dispositions diverses

Chapitre Ier - Règlement des litiges

Section 2 - Arbitrage

Article 128 [Arbitrage]

أما فيما يتعلق بإجازة التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة بخصوص قطاعات محددة، فإنه وبموجب قانون 1990/7/2 تم السماح لإدارة البريد بإمكانية اللجوء إلى التحكيم، وبموجب قانون 1982/12/30 تم السماح للشركة الوطنية للسكك الحديدية باللجوء إلى التحكيم كذلك³⁵⁶.

ومن الملاحظ أن المشرع الفرنسي قد قام بإدماج أغلب هذه النصوص القانونية المتفرقة والتي أباحت بشكل جزئي التحكيم في بعض منازعات أشخاص القانون العام في مدونة القضاء الإداري، وذلك بموجب المادة 311 من هذه المدونة³⁵⁷.

Conformément à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, l'Etat, les collectivités territoriales ou les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du nouveau code de procédure civile.

Pour l'Etat, ce recours est autorisé par un décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.

356 - وزيادة على ذلك هناك عدة نصوص قانونية أخرى تبيح التحكيم بصفة عامة أو فيما يتعلق بمقاولات ومؤسسات محددة، ونذكر من أهمها:

la loi du 13 février 1997 a autorisé le Réseau ferré de France à compromettre -

l'article 19 de la loi d'orientation pour la recherche du 15 juillet 1982 qui permet une dérogation dans le cas de "litiges nés de l'exécution de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers".

- un arrêté du 12 juillet 1990 autorise le CNRS à recourir à l'arbitrage "après délibération du conseil d'administration en cas de litiges nés de l'exécution de contrats de recherche conclus avec les organismes étrangers".

- l'article 146 du code minier, d'autre part, aux articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946, à compromettre. En pratique, le décret vise d'une part les Charbonnages de France, et d'autre part EDF/GDF

- Loi n°82-1153 du 30 décembre 1982, article 25.

- Loi n°90-568 du 2 juillet 1990, article 28.

- Loi n°97-135 du 13 février 1997, article 3.

- Loi n°86-972 du 19 août 1986, article 9.

357 - code de justice administrative Article L311-6

Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris à l'article 132 du nouveau code des marchés publics ;

2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant dispositions diverses relatives à la réforme de la procédure civile ;

3° L'article L. 321-4 du code de la recherche ;

4° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

وإلى جانب التشريعات الداخلية والتي تتعلق أساسا بالعقود الإدارية الداخلية، فإن العقود الإدارية الدولية قد عرفت هي الأخرى عدة استثناءات لمبدأ الحظر، هذه الاستثناءات التي جاءت عبر التشريع الوطني، أو من خلال مصادقة فرنسا على عدة اتفاقيات ومعاهدات دولية.

ففيما يتعلق بالتشريع الوطني فإن القانون رقم 86-972 الصادر بتاريخ 19/8/1986 والمتعلق بإنجاز منتجج "أورو ديزني"، يعتبر أهم قانون منظم للعقود الإدارية الدولية.

كما أن فرنسا أبرمت عدة اتفاقيات دولية وذلك بخصوص إنجاز الأشغال الحدودية الكبرى، هذه الاتفاقيات التي نظمت خضوع الدولة الفرنسية أو أحد الأشخاص العامة بفرنسا للتحكيم ومن بين هذه الاتفاقيات وأهمها :

- المادة 16 و 17 من الاتفاقية الفرنسية الإيطالية بتاريخ 14/3/1953 لإنجاز نفق "مونت بلن" والمنشورة بالجريدة الرسمية بتاريخ 20/2/1960.
- المادة 19 من معاهدة كنانو زيبيري 12/2/1986 المتعلقة ببناء واستغلال الربط القار للمانش من طرف شركات خاصة والصادرة بالجريدة الرسمية بتاريخ 9/9/1987.

5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;

6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre ;

== 8° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire.

- المادة 10 من اتفاقية مدريد بتاريخ 10/10/1995 والمنشورة بالجريدة الرسمية بتاريخ 16/2/1998 المتعلقة بخط السكك الحديدية السريع الرابط بين فرنسا وإسبانيا³⁵⁸.

- المادة 9 من القانون رقم 372-86 بتاريخ 19/8/1986 والتي نصت على "الترخيص والسماح للدولة وللتجمعات الإقليمية أو المحلية وللمؤسسات العامة أن تقبل التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية"³⁵⁹.

ولقد اشترط القانون المذكور³⁶⁰ توافر الشروط الآتية:

أن يتعلق الأمر بعقد دولي.

أن ينصب موضوع العقد على مشروع ذي نفع قومي، ويهدف إلى تحقيق مصلحة وطنية تبرر اللجوء إلى التحكيم.

أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط تحكيم.

وكذلك القانون الصادر بتاريخ 12 يوليو 1999، والذي أجاز للمؤسسات العلمية والثقافية التي تساهم في تدبير مرفق عمومي اللجوء إلى التحكيم بخصوص تنفيذ العقود التي تبرمها هذه المؤسسات مع المؤسسات العلمية والثقافية الأجنبية.

وأخيرا وقعت الدولة الفرنسية ودولة الإمارات العربية المتحدة عقدا بتاريخ 3/6/2007، وذلك قصد إضافة اسم "اللوفر" إلى متحف الذي كان

358 - pour le tunnel du Mont-Blanc (articles 16 et 17 de la convention franco-italienne du 14 mars 1953, publiée par le décret n°60-203 du 20 février 1960) ; pour le tunnel sous la Manche (article 19 du Traité signé à Cantorbéry le 12 février 1986 concernant la construction et l'exploitation par des sociétés privées concessionnaires d'une liaison fixe trans-Manche, publié par le décret n°87-757 du 9 septembre 1987) ; pour la ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne (article 10 de l'accord de Madrid du 10 octobre 1995, publié par le décret n°98-98 du 16 février 1998).

359 - Loi n°86-972 du 19 août 1986, art. 9 (intéressant la réalisation du parc Eurodisney).

360 - B. Pacteau, «Une nouvelle hypothèse d'arbitrage pour les litiges administratifs, l'article 9 de la loi du 19 août 1986», Les petites affiches, 8 octobre 1986, p. 7.

يتوقع افتتاحه سنة 2012 وبناء وتنظيم متحف جرافي للوفر *muséographique* على رمال الإمارات، ويتعلق الأمر بمتحف عمومي (إذ هو لا يركز على نمط فني معين) يحمل علامة أول المتاحف الفرنسية، وهو متحف يجمع أيضا خبرات المؤسسات الكبرى الأربع الأخرى أي «مركز جورج بومبيدو» و«متحف الفنون البدائية» و«متحف أورساي» و«قصر فرساي»، هذا العقد الذي تم التنصيب فيه على حل النزاعات المترتبة عنه عن طريق التحكيم³⁶¹.

الفقرة الثانية: الاستثناء الصريح بموجب قانون عقود الشراكة

رغبة منه في إحداث شكل تعاقدية مبني على مبدأ توزيع المخاطر والثقة المتبادلة بين الإدارة والمتعاقدين معها من جهة، والأخذ بعين الاعتبار كذلك الأهمية الاقتصادية التي يمكن أن تضطلع بها هذه العقود، أنشئ المشرع الفرنسي نوعا جديدا من العقود الإدارية، هذا النوع الذي أطلق على تسميته عقود الشراكة³⁶².

وتعتبر عقود الشراكة المحدثة بموجب قانون 2004/6/17³⁶³ عقودا إدارية بصريح الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذا القانون³⁶⁴.

361 - Accord publié par le décret n° 2008-879 du 1er septembre 2008. Article 18 : « Les différends entre l'Agence et la Partie émirienne relatifs aux prestations réalisées par l'Agence, aux versements qui lui sont dus, à l'applicabilité ou à l'interprétation de la convention particulière prévue à l'article 2 du présent accord et relative aux services de conseil que l'Agence fournit à la Partie émirienne sont soumis à arbitrage.

362 - Stéphane BRACONNIER: Arbitrage et contrats publics d'affaires. Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité, in Contrats Publics - Mélanges En L'honneur Du Professeur Michel Guibal Vol. 2 Université Montpellier 1•2006 P 321.

363 - Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat Modifié par la Loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 - art. 1 et la LOI n°2009-179 du 17 février 2009 - art. 14 et art. 15.

364 - TITRE Ier - CONTRATS DE PARTENARIAT DE L'ÉTAT ET DE SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS Article 1

I. - Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital.

وقد نص هذا القانون في الفقرة الأخيرة من المادة 11 منه بشكل صريح على إمكانية عرض النزاعات المترتبة عن عقود الشراكة على التحكيم، لكن شريطة تطبيق القانون الفرنسي³⁶⁵.

وإذا كان المشرع الفرنسي قد خطى خطوات محتشمة للإقرار بإمكانية التحكيم في العقود الإدارية، فإنه وبموجب قانون عقود الشراكة يكون قد ذهب بشكل بعيد إلى خلق استثناء عام يبيح التحكيم في العقود الإدارية بالرغم من قاعدة المنع³⁶⁶، ولعل هذا ما يفسر كثرة الكتابات الفقهية التي عقت صدور هذا القانون وتناولت بالتحليل مبدأ التحكيم في هذه العقود³⁶⁷، وهذا كله بالرغم مما اعتبره البعض من أن التحكيم في عقود الشراكة جاء بشكل محتشم³⁶⁸.

Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.....

365 - Article 11: Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives :

- a) A sa durée ;
- b).....
- c).....
- d).....
- d bis).....
- e).....
- f).....
- g).....
- h).....

== i).....

j).....

k).....

l) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

366 - M. Audit «Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative» Revue de l'arbitrage 2004 n° 3, p 541.

367 - تطرقت الكثير من الكتابات لموضوع عقود الشراكة كشكل جديد من أشكال العقود الإدارية، وركزت خصوصاً على مستجد التحكيم فيها. ونذكر على سبيل المثال لا الحصر :

-X. Bezançon, Deruy, Fiszelson et Fornacciari : Les nouveaux Contrats de partenariat public-privé, éd. Le Moniteur, 2005.

- J.-F. Auby :Le cas des Contrats de partenariat. Ces nouveaux contrats étaient-ils nécessaires. RFD adm. 2004. P.1095.

-Bezançon, Enfin une place pour les Contrats de partenariat en droit français, CP-ACCP, sept. 2004, p. 3.

الفقرة الثالثة : بوادر إقرار التحكيم في العقود الإدارية

منذ سنة 1993 تاريخ صدور تقرير مجلس الدولة الفرنسي حول الطرق البديلة لحل النزاعات في المادة الإدارية³⁶⁹، وبعد تليين نقابة المحاكم الإدارية بفرنسا لمواقفها من التحكيم في العقود الإدارية³⁷⁰، وبعد خطاب

- Institut de la Gestion Déléguée. «Partenariats public-privé : mode d'emploi juridique et approche économique», La Documentation Française, 2006.
- Institut de la gestion Déléguée, «Partenariats public-privé : recueil des textes et de la jurisprudence applicables aux collectivités locales », La Documentation Française, 2006.
- Institut de la Gestion Déléguée, «Les partenariats public-privé, leviers pour l'investissement, l'activité et l'emploi : méthodes et exemples pratiques pour fonder l'efficacité économique du choix public», La Documentation Française, 2006.
- Michel Lafitte : «Les partenariats public-privé : une clé pour l'investissement public en France », Revue Banque édition, 2006.
- M.Gheza : « Le contrat de partenariat : état des lieux et perspectives », Les petites affiches, 27 août 2008, n°172.
- F.Lichère : «Le projet de loi sur les contrats de partenariat : vers l'extension et la clarification du PPP ?», A.J.D.A. 2008, p 123.
- F.Lichère «La réforme des partenariats public-privé», Contrats et marchés publics, octobre 2008, p 7.
- T.Reynaud :«La loi du 28 juillet 2008 : une seconde chance pour les contrats de partenariat», B.J.C.P. 2008, n°60, p 317.
- N. de Saint Pulgent :« Les avancées de la loi du 28 juillet 2008 sur les contrats de partenariat», B.J.C.P. 2008, n°60, p 322.
- 368 - E. de Fenoyl : «Timide avancée pour le contrat de partenariat, occasion manquée pour le partenariat public-privé», A.J.D.A., 22 septembre 2008, p 1709.
- 369 - Conseil d'Etat, Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative, 4 février 1993. Op. cit

وهذا التقرير هو عبارة عن دراسة تبنتها الجمعية العمومية لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1993/2/4، هاته الدراسة التي أفضت إلى اقتراحات تبيح التحكيم في الصفقات العمومية، وألى طرح أفكار لتطبيق الوسائل البديلة لحل المنازعات في المادة الإدارية.

- 370 - Rapport de synthèse par Pierre Delvolvé colloque du 15 octobre 2004 sur «l'avenir des tribunaux administratifs» organisé par le Syndicat de la juridiction administrative «à l'occasion du cinquantième des tribunaux administratifs».

في هذا التقرير الختامي والذي أعده بيير ديلفو لفيه Pierre Devolvé بمناسبة ندوة مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، وبالرغم من تلميحاته بخصوص مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، اعتبر بأنه "وبالرغم من حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم فإن ذلك لم يمنع المشرع من إقرار استثناءات تبيح اللجوء إلى التحكيم، وذلك انطلاقاً من قانون 1906/4/17، ومروراً بمقتضيات المادة 317 من قانون 6 من مدونة المحاكم الإدارية، وكذلك لجوء السلطة التنفيذية إلى الأوامر (عقود الشراكة : أمر 2004/6/17) وأحياناً بواسطة مرسوم (مرسوم 2004/6/3 المنظم للأركيولوجية الوقائية)، وهذا ما يشكل موضوع تحفظات من جانب نقابة المحاكم الإدارية.....

وزير العدل الفرنسي السابق "باسكال كليمنت" **Pascal Clément** أثناء اجتماع رؤساء المحاكم الإدارية بفرنسا³⁷¹، جاء تقرير مجموعة العمل حول التحكيم في المادة الإدارية³⁷²، والذي قدم مشروعاً متكاملًا حول التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، كما أثار الكثير من الجدل الفقهي والتشريعي، هذا الجدل الذي أصبح يتعاضم يوماً بعد يوم.

أولاً : تقرير دانييل لابتول **Daniel Labetoulle**

أعد هذا التقرير المؤرخ في 2007/3/13 بناء على الرسالة المؤرخة في 2006/4/7، والتي وجهها وزير العدل الفرنسي إلى نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي، من أجل تشكيل لجنة للتفكير حول إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم لفض نزاعاتها، باستثناء القرارات الفردية للإدارة.

وسمي هذا التقرير بـ "تقرير لابتول" نسبة إلى دانييل لابتول **Daniel Labetoulle** نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي والذي أشرف على إعداده³⁷³.

غير أن مجال التحكيم يبقى محصوراً، وذلك لعدم إمكانية امتداده إلى قضاء المشروعية واقتضاره على المسؤولية العقدية.

كما أن اللجوء إلى التحكيم لا يعني استبعاد تدخل القاضي الإداري، هذا الأخير الذي يتدخل سواء فيما يتعلق بتقدير مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم أو رقابته على المقررات التحكيم عند النظر في الطعن بالاستئناف في حالة عدم استبعاد هذا الطعن بواسطة نص في القانون أو في طريق النظر في البطلان، ليقرر في الأخير بأن الطرق البديلة لحل النزاعات لا يمكنها طرد القضاء الإداري ولا يمكنها عدم اللجوء على القضاء الإداري، لأن هذه الطرق البديلة لا يمكن لها الإفلات من رقابة قضاء الدولة".

371 - أوضح وزير العدل الفرنسي السابق خلال اجتماع رؤساء المحاكم الإدارية بتاريخ: 2006/3/28 بأن "يجب التفكير في أعمال الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية ومن بينها التحكيم".

<http://www.presse.justice.gouv.fr.article=11233>.

372 - Rapport du groupe de travail sur l'arbitrage en matière administrative, *Revue arbitrage*, 2007, p. 651.

373 - Anne Courrèges, Célia Verot, L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques «quelques éclairages sur un rapport récemment remis au Garde des Sceaux», RFDA 2007 p. 489.

ولقد جاء هذا التقرير المتكون من 22 صفحة مرفقا بمشروع قانون جاهز خاص بالتحكيم في المادة الإدارية عموما والعقود الإدارية على وجه الخصوص، وتضمن 13 مادة تحدد الإجراءات الشكلية والموضوعية لذلك.

وبعد التذكير بالجدل الفقهي والقضائي حول إمكانية اللجوء إلى التحكيم من قبل أشخاص القانون العام عموما والتحكيم في العقود الإدارية على وجه الخصوص، خلص التقرير إلى وضع مشروع قانون خاص بالتحكيم في المنازعات الإدارية، هذا المشروع الذي تضمن اقتراحات وتصورات تتلخص فيما يلي :

1 - تحديد النطاق الموضوعي للتحكيم في المادة الادارية: أي استبعاد التحكيم في المنازعات التي تتجاوز الميدان العقدي، مما يجب معه استبعاد المنازعات المرتبطة بمشروعية القرارات الإدارية الانفرادية للإدارة، واستبعاد كذلك القضايا المرتبطة بالمسؤولية الإدارية الناتجة عن شبه الجرائم في الوقت الحالي فقط، مع التركيز على اعتماد التحكيم في حل النزاعات العقدية بغية إنجاح هذه الوسيلة تدريجيا³⁷⁴.

2 - السماح لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتها العقدية.

3 - اعتبار أن الأصل هو الإباحة فيما يخص التحكيم في العقود الإدارية، وذلك سواء انطلاقا من المعيار العضوي الذي يسمح بموجبه لجميع أشخاص القانون العام بذلك، أو انطلاقا من المعيار المادي الذي لا يستثني أي نوع من أنواع العقود الإدارية.

4 - أن الانفتاح على التحكيم في العقود الإدارية يجب أن يتجاوز المنازعات العقدية الصرفة ليمتد إلى جميع النزاعات المرتبطة أو الناتجة عن العقد الإداري ولو كان هذا العقد باطلا.

- 5 - استبعاد التحكيم في النزاعات المتعلقة بعقود التوريد عن نطاق التحكيم في المادة الإدارية، وذلك لخضوع هذا النوع من التحكيم للتحكيم الخاص بالمواد المدنية والتجارية وبالتالي للاختصاص الرقابي من طرف القضاء العادي.
- 6 - عدم امكانية امتداد نطاق التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق، أي القبول بالتحكيم كمسطرة مع احترام الازدواجية فيما يتعلق بقانون الموضوع (تطبيق القانون الخاص على المنازعات ذات الطبيعة الخاصة والقانون العام على منازعات القانون العام وبالتالي التمييز بين اختصاص المحاكم الإدارية واختصاص القضاء العادي متى تعلق الأمر بمنازعات القانون الخاص).
- 7 - اختصاص القضاء الإداري بالنظر في التحكيم موضوع نزاعات العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، متى تم اختيار تطبيق القانون الفرنسي واستبعاد تدخل القضاء الإداري في التحكيم الدولي متى تم استبعاد تطبيق القانون الفرنسي.
- 8 - استبعاد التحكيم بالصلح مادام أن المحكم يطبق القواعد القانونية في التحكيم بالقضاء، أما في التحكيم بالصلح فله أن لا يتقيد بالقاعدة القانونية ويقضي حسب قواعد الانصاف.
- 9 - اللجوء إلى التحكيم لا يمكن أن يكون مانعا أمام الأغيار عن العقد الإداري في اللجوء إلى القضاء الإداري، للطعن في القرارات المنفصلة عن العقد والشروط التنظيمية للعقد الإداري.
- 10 - تحديد قواعد إجرائية خاصة بالتحكيم في المادة الإدارية غير تلك المنظمة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية.

ثانيا : موقف المجلس الدستوري الفرنسي

عند نظره لمقتضيات القانون المتعلق بتعديل الحماية القانونية للرشداء، قضى المجلس الدستوري الفرنسي بكون الفصول 39، 40 و 41 من هذا القانون مخالفة للدستور³⁷⁵.

و بالرجوع إلى المقتضيات التي جاء بها هذا القانون، فإننا نجد بأن الفصل 39 منه جاء ليعدل مدونة الملكية الأدبية ومدونة التجارة، في حين أن الفصل 40 منه هو وحده الذي جاء بمقتضيات تتعلق بالتحكيم في المادة الإدارية، وتبيح للحكومة اتخاذ إجراءات وقرارات تسمح لأشخاص القانون العام باللجوء إلى التحكيم، أما جميع باقي المقتضيات التي جاء بها هذا القانون فلا علاقة لها بموضوع التحكيم، سواء فيما يتعلق بالتحكيم بصفة عامة أو التحكيم في المادة الإدارية.

وقد اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي - عن حق - بأنه وقع إقحام المقتضيات المتعلقة بالتحكيم في المادة الإدارية في القانون المتعلق بالحماية القانونية للرشداء، هذا القانون الذي لا علاقة له بالتحكيم في المادة الإدارية، ليخلص في الأخير إلى عدم دستورية هاته الفصول.

وبالرغم من الموقف السلبي الذي اتخذه المجلس الدستوري الفرنسي من هذا القانون، إلا أنه - وفي اعتقادنا - فإن هذا الموقف جاء انطلاقاً من الشكل الذي قدم به هذا القانون وليس اعتراضاً على مضمون مشروع التحكيم في المادة الإدارية.

ثالثاً: تقرير برادا M. Prada

يعد تقرير "برادا"³⁷⁶ محاولة جديدة لإقرار التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، وذلك بعد أن تم إقبار المشروع الذي جاء به تقرير "لا بوتول".

375 - قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم 2007-552 D C بتاريخ 2007/3/1، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2007/3/7، الصفحة 4365.

ولقد جاء هذا التقرير بعدة مقترحات لتعديل المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي³⁷⁷، وذلك حتى يتم تجاوز الخلاف الحاد بين المناصرين لإقرار التحكيم في العقود الإدارية هذا من جهة، ومن جهة ثانية بين الفريق المنادي باحترام خصوصية العقد الإداري وضرورة تحصين التحكيم في النزاعات المترتبة عنه³⁷⁸.

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء بفرنسا من التحكيم في العقود الإدارية

لرصد موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية، فإن الأمر كان يتعلق إلى زمن غير بعيد ببحث في أسباب حظر لجوء

376 - Rapport sur «Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris» établi par MM. M. Prada, A. Damais, L. Jariel, P. de Lapasse avec l'assistance de Mme M. Lebacqz, en mars 2011.

377 - «[Premier et deuxième alinéas sans changement.]

«Outre les cas prévus à l'alinéa précédent, les personnes publiques sont autorisées à compromettre dans le cadre de contrats de droit privé ou de droit public impliquant un mouvement international de biens, de services, de personnes ou de capitaux. Les sentences arbitrales rendues dans le cadre de litiges nés de ces contrats ne peuvent contrevenir aux principes fondamentaux du droit public français relatifs à la commande publique, à la délégation de service public, à la domanialité publique ou à la continuité du service public.

«Les juridictions de l'ordre judiciaire connaissent de l'ensemble des litiges relatifs à la procédure arbitrale, ainsi que de toutes les contestations relatives aux sentences mentionnées à l'alinéa précédent. Elles sont compétentes pour délivrer l'exequatur à ces sentences».

Le rapport envisage également une modification de l'article 1520 du code de procédure civile avec l'ajout d'un nouvel alinéa rédigé comme suit :

«En outre, s'agissant des sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats internationaux dont une des parties est une personne publique française, le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire aux principes fondamentaux du droit public français mentionnés au troisième alinéa de l'article 2060 du code civil.»

378 - Cyril Nourissat, Petit manuel de séduction juridique à l'usage des affaires internationales. À propos du rapport Prada du 19 avril 2011, La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 19, 9 mai 2011P 541.

الأشخاص العامة إلى التحكيم، بما في ذلك المنازعات العقدية التي تكون الإدارة طرفاً فيها، غير أنه وبالرجوع إلى الدراسات الفقهية الحديثة والآراء الإفتائية لمجلس الدولة الفرنسي، فإنه من الملاحظ بأن النقاش الفقهي (الفرع الأول) والعمل القضائي (الفرع الثاني) قد تجاوز مرحلة الحديث عن أسباب الحظر والمنع ليصل إلى مناقشة كيفية أعمال الطرق البديلة للتقاضي عموماً والتحكيم خصوصاً في المنازعات الإدارية عامة ومنازعات العقود الإدارية خاصة.

الفرع الأول : موقف الفقه الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

بملازمة الموقف الفقهي من التحكيم في المادة الإدارية عموماً والتحكيم في منازعات العقود الإدارية خصوصاً، فإننا سوف نتطرق في الفقرة الأولى إلى الموقف التقليدي للفقه من التحكيم في العقود الإدارية أي رصد أسباب المنع والحظر، على أن نخصص الحديث في الفقرة الثانية عن الموقف الفقهي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا.

الفقرة الأولى : موقف الفقه التقليدي من التحكيم في العقود الإدارية

لقد اعتبر إدوارد لافريير Edouard Laferrière الذي كان يشغل منصب نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي ومؤلف كتاب حول القضاء الإداري ومساطر المنازعات سنة 1896، بأنه "كيف يمكن قبول خضوع الدولة للمحكّمين في قضايا لا يمكن قبول خضوع الدولة فيها حتى للقضاة المدنيين، بل الأكثر من ذلك فإن التمييز بين القضاء العادي والقضاء الإداري هو من النظام العام بالنسبة للدولة"³⁷⁹.

ولعل هذا الموقف هو الذي تم تبنيه بعد 90 سنة من طرف مجلس الدولة الفرنسي في فتواه الصادرة بتاريخ 1986/3/6، هذه الفتوى التي خلصت إلى حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم دون موافقة تشريعية وصريحة،

وذلك اعتمادا على مقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، هذه المادة التي تستثني أشخاص القانون العام من الخضوع للقواعد المسطرية التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية الفرنسية في حالة صدور مقررات تحكيمية.

وبالرغم من أن الفقيه ادوارد لافريير ³⁸⁰Edouard Lafrière قد ضمن في مقولته الشهيرة جميع أسباب منع وحظر اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية، فإن من تبعه من فقهاء القانون والقضاء الإداري أرجعوا أسباب هذا الحظر والمنع إلى الأسباب القانونية المباشرة، والمتمثلة في مقتضيات المادة 2060 وقبلها المادتين 1004 و 83 من قانون المسطرة المدنية الملغى، وأهم هذه المبادئ هي:

1 - تعارض التحكيم مع مبدأ سيادة الدولة والاختصاص الأصيل

لقضائها :

حيث يؤكد معارضو الأخذ بنظام التحكيم في مجال العقود الإدارية أن التحكيم يتعارض ويصطدم مع سيادة الدولة، فمن المعروف أن الدولة تتمتع بالشخصية القانونية، شأنها في ذلك شأن جميع التجمعات التي يعترف لها بالشخصية المعنوية، إلا أنها تختلف عن هذه الأشخاص في كونها تتمتع بالسيادة، وهو ما يعني أن سلطتها أصيلة، فالدولة ذات السيادة هي التي تتصرف بحرية واستقلال³⁸¹.

380 - «les exigences d'ordre public, requièrent que l'Etat ne soit soumis qu'aux juridictions constituées par la loi; la compétence des juridictions administratives est d'ordre public de même que la compétence de l'ordre judiciaire. Et s'il n'appartient pas aux juridictions de l'ordre judiciaire de statuer sur des questions qui relèvent de la compétence de l'ordre administratif comment dès lors admettre que les arbitres puissent statuer sur ces questions ? E. Lafrière, *Contentieux administratif*, 1888, t. 2, p. 145-146.

381 - A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, op. cit, p. 955-956.

2 - تطبيق قانون آخر غير قانون الدولة على النزاع: وهو أمر يتعارض مع سيادة الدولة، فالدولة باعتبارها سلطة عامة يجب ألا تخضع إلا لأحكام القضاء الذي تولت هي إنشائه والقانون الذي أعدته.

ولما كان التحكيم يعني اتفاق أطراف علاقة ما على إنشاء قضاء خاص يختارون أعضائه لتولي الفصل في المنازعات القائمة أو التي تنشأ بينهم في المستقبل، ويكون ذلك بقرار ملزم يفرض على الطرفين، فإن ذلك يمثل اعتداء على سيادة الدولة³⁸².

وهكذا يحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها مع غيرها، باعتبار أن السيادة التي تتمتع بها الدولة تقتضي عدم خضوعها لهيئات التحكيم، وعدم جواز تطبيق قانون أجنبي عليها، وبالتالي عدم جواز مقاضاتها إلا أمام القضاء الرسمي الذي تم إنشاؤه من قبلها.

وفي الأخير، فإن ما يمكن قوله عن أساس حظر لجوء التحكيم في العقود الإدارية وكما لاحظ ذلك الأستاذ Jarrosson، أن مبدأ الحظر يكتسي طابعا مركبا، فتارة نجد أن النصوص القانونية تدعم مبدأ الحظر وتارة أخرى نجد أن مبدأ الحظر يعزز النص القانوني³⁸³.

الفقرة الثانية: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية

بالرغم من تطميناته بخصوص مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، اعتبر "بيير ديلفو لفيه" Pierre Delvolvé في التقرير الختامي الذي أعده بمناسبة ندوة مستقبل المحاكم الإدارية بفرنسا، بأنه "وبالرغم من حظر لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، فإن ذلك لم يمنع المشرع من إقرار استثناءات تبيح اللجوء إلى التحكيم، وذلك انطلاقا من قانون 4/17، 1906، ومرورا بمقتضيات المادة 317 من قانون 6 من مدونة المحاكم الإدارية، وكذلك لجوء

382 - C. Jarrosson :« L'arbitrage en droit public », AJDA ,16-24, 1997, p. 17.

383 - C. Jarrosson « L'arbitrage en droit public », op. cit, p. 16.

السلطة التنفيذية إلى الأوامر (عقود الشراكة : أمر 2004/6/17) وأحيانا بواسطة مرسوم (مرسوم 2004/6/3 المنظم للأركيرولوجية الوقائية)، وهذا ما يشكل موضوع تحفظات من جانب نقابة المحاكم الإدارية ".
غير أن مجال التحكيم يبقى محصورا، وذلك لعدم إمكانية امتداده إلى قضاء المشروعية واقتصاره على المسؤولية العقدية.

كما أن اللجوء إلى التحكيم لا يعني استبعاد تدخل القاضي الإداري، هذا الأخير الذي يتدخل سواء فيما يتعلق بتقدير مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم أو رقابته على المقررات التحكيمية عند النظر في الطعن بالاستئناف في حالة عدم استبعاد هذا الطعن بواسطة نص في القانون أو عن طريق النظر في البطلان، ليقرر في الأخير بأن الطرق البديلة لحل النزاعات لا يمكنها طرد القضاء الإداري ولا يمكنها عدم اللجوء على القضاء الإداري، لأن هذه الطرق البديلة لا يمكن لها الإفلات من قضاء الدولة.

أما بخصوص النقاش الدائر حول التشريع المقترح بخصوص التحكيم في العقود الادارية، فإنه وبالرجوع إلى الكتابات التي تمخضت عن تقرير لابوتول، فقد اعتبر بعض الفقه بأن هذا التقرير يقترح شكلا مشوها من التحكيم، ذلك أنه قد أعطى الاختصاص للمحاكم الإدارية للنظر في الطعون المترتبة عن التحكيم الداخلي في العقود الإدارية، وكذلك الشأن فيما يتعلق بالتحكيم الدولي المنصب على العقود الإدارية³⁸⁴.

وسند هذا الجانب من الفقه هو كون التمييز بين القضاء العادي والقضاء الإداري الذي يميز النظام القضائي الفرنسي لا مثيل له في الأنظمة القانونية الأنكلوساكسونية، وهذا ما سيشكل ضربة قوية للجاذبية

384 - طبقا للقانون الفرنسي، فإن محكمة الاستئناف بباريس تعتبر مختصة من حيث المبدأ للبت في دعاوى الاعتراف والإبطال الناتجة عن التحكيم الدولي في سائر العقود الدولية.

الاقتصادية والتجارية لفرنسا، كما أنه ومن جهة أخرى فإن اعتماد هذا الشكل من شأنه الدخول في متاهات الاختصاص وتنازعه بين القضاء العادي والقضاء الإداري وطرح الأمر على محكمة التنازع وهذا من شأنه ضرب مصداقية التحكيم في مقتل³⁸⁵.

الفرع الثاني : موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

انقسم العمل القضائي بفرنسا بين موقف القضاء الإداري من جهة والذي ظل متشددا بخصوص حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية (الفقرة الأولى)، في حين أتاحت الفرصة مؤخرا لمحكمة التنازع الفرنسية لإبداء موقفها من التحكيم في العقود الإدارية كذلك (الفقرة الثانية)، ومن جهة ثانية مواقف القضاء العادي والذي حاول الخروج عن قاعدة الحظر، وذلك من خلال محاولاته للتمييز بين العقود الإدارية الوطنية والعقود الإدارية ذات الطابع الدولي، والاكتفاء بتقرير حظر التحكيم في العقود الداخلية فقط دون الدولية منها (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: موقف القضاء الإداري من التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا

إذا كان الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية يتسم بالتشدد، فإن المواقف التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي قد عرفت تطورا مهما.

أولا: الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي

385 - Thomas Clay: Arbitrage pour les personnes morales de droit public : le grand bazar !, in chronique de droit de l'arbitrage n°2, Petites affiches, 25 mars 2008 n°60, p. 3.
- Serge Lazareff , Paris place d'arbitrage : menacée, «Les Cahiers de l'arbitrage» N° 2008/1, Gazette du Palais, 28-29 mars 2008 N° 88 à 89, p. 3.
- T. Clay, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges, Recueil Dalloz, Panorama 2008 n°3 du 17 janvier 2008. p.180.
- JL Delvolvé, Une véritable révolution ... inaboutie (remarques sur le projet de réforme de l'arbitrage en matière administrative). Revue de l'arbitrage. 2007, n°3 p.373.

انطلاقاً من تفسيره لمقتضيات المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي والتي تمنع وضع شروط تحكيمية في العقود الإدارية، ظل مجلس الدولة الفرنسي ملتزماً بمنع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بنوعيتها الداخلي والخارجي، مطبقاً بذلك قواعد القانون المدني في المجال الإداري باعتباره الشريعة العامة.

بل أن مفوض الحكومة Gazier قد ذهب في أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن حظر التحكيم في منازعات الأشخاص العامة هو مبدأ من المبادئ العامة للقانون العام الفرنسي³⁸⁶.

ويتبين الموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي من حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية من خلال العديد من الأحكام والفتاوى الصادرة عنه.

ففي أحكامه السابقة³⁸⁷، سبق لمجلس الدولة الفرنسي وأن قضى منذ زمن طويل بعدم مشروعية التحكيم من قبل أشخاص القانون العام، وذلك انطلاقاً من مقتضيات المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1806 الملغى³⁸⁸.

وفي حكمه الصادر في 1957/12/13 بخصوص قضية الشركة الوطنية لبيع الفضائل³⁸⁹، قرر مجلس الدولة الفرنسي بأنه بناءً على مقتضيات الفصلين 83 و1004 من قانون المسطرة المدنية فإن المؤسسات العامة يمنع عليها اللجوء إلى حل نزاعاتها عن طريق التحكيم إلا إذا سمح لها القانون بذلك.

386 - Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677, D.1958.

CE, Ass., 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, p. 677, concl F. Gazier.

387 - CE Avis 14 août 1823, cité in Leb. 1824 p.633 ;

CE 17 novembre 1824, Ouvrard c/ Ministre de la guerre, Leb. p.631.

CE 23 décembre 1887, de Dreux-Brézé, évêque de Moulins, Leb. p.842.

388 - RAPPORT Groupe de travail sur l'arbitrage , op cit , p 3.

389 - Conseil d'état ,13 décembre 1957 , société nationale de vente des surplus.

وتتلخص وقائع هاته القضية في أنه أثبتت أمام محكمة الاستئناف بباريس مسألة مدى قانونية وشرعية المادة 10 من المرسوم الذي يجيز لمجلس إدارة الشركة الوطنية لبيع الفضائل باعتبارها مؤسسة عامة لإبرام عقد تحكيم، فقررت محكمة الاستئناف بباريس إيقاف البت في النزاع إلى حين البت من قبل مجلس الدولة الفرنسي في هاته النقطة القانونية.

وعند عرض المسألة على أنظار مجلس الدولة الفرنسي، قضى هذا الأخير بأن المرسوم الذي يجيز لهذه الشركة اللجوء إلى التحكيم مشوب بعيب عدم المشروعية، وذلك بالرغم من طابع التجارية الذي يلازم هذه المؤسسة³⁹⁰.

كما أن مفوض الحكومة Gazier اعتبر في تقريره المقدم ضمن وثائق هذه القضية، بأنه وبالرغم من الطابع التجاري والصناعي للمؤسسة العمومية، فإن هذا غير كافي ليكون سببا في إخضاع النازلة لمقتضيات الفصل 631 من القانون التجاري الفرنسي، بل يجب أن يكون هناك تمييز يتمشى مع طبيعة ارتباط هذه المؤسسات بالمرفق العام، وأن من بين أشكال هذا التمييز الذي يجب أن تحظى به المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري يتمثل في عدم إخضاع منازعاتها للتحكيم³⁹¹.

أما فيما يتعلق بالفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، فإنه من الملاحظ بأن هذا الأخير قد حافظ على نفس النهج المتشدد بخصوص حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ففي الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي 1986/3/6 شعبة الأشغال العمومية، اعتبر فيها المجلس بأن أشخاص القانون العام لا يمكنها

390 - CE avis n°339710 du 6 mars 1986, EDCE 1987, n°38, p. 178 : «il résulte des principes généraux du droit public français, (...), que les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties»

391 - Concl. Gazier sur CE Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Leb. p.677, D.1958.

الإفلات من القواعد القانونية التي تحدد اختصاص المحاكم الوطنية والخضوع إلى أحكام المحكمين لحل نزاع يرجع اختصاص البت فيه إلى المحاكم الوطنية³⁹².

كما أن فتوى مجلس الدولة الفرنسي في قضية ديزني لاند 1986 المعارضة للتحكيم في العقود الإدارية كانت وراء صدور قانون 1986، والذي بموجبه يمكن اللجوء إلى التحكيم إذا اقتضت المصلحة الوطنية ذلك، ولقد اضطرت فرنسا عندها لإصدار قانون في 19 غشت 1986 يعتبر أنه ليس هناك ما يمنع من إدخال شرط التحكيم في العقود ضمن إطار الشروط التالية: 1 - أن يكون العقد دولياً، 2 - أن يكون العقد ذو نفع قومي عام، كما أنه لا بد من الحصول على ترخيص بقبول هذا الشرط بمرسوم ولكل حالة على حدة.

وبموجب حكمه الصادر بتاريخ 1989/3/3، استبعد مجلس الدولة الفرنسي خضوع منازعات العقد الإداري لأية جهة أخرى دون غيره³⁹³.

ثانياً : الموقف الحديث لمجلس الدولة الفرنسي

في قضية حديثة عرضت عليه للنظر في الطعن بالإلغاء المقترضات المتعلقة بالتحكيم التي تضمنها القانون المتعلق بعقود الشراكة، قضى مجلس الدولة الفرنسي برفض الطعن بالإلغاء، وأقر بذلك بصحة المقترضات المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية.

ويتعلق الأمر بقضية "SUEUR et autres"³⁹⁴، هذه القضية التي بت فيها مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2004/10/29 وبغرفتين مجتمعين واعتبر فيها

392 - C.E avis ,6 mars 1986, les grands avis du conseil d' état p.175.

393 - Conseil d'État Section, 3 Mars 1989, Société des Autoroutes de la région Rhône-Alpes. « Considérant que la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'Etat [...]quel que soit le statut du concessionnaire ; que le contentieux survenu ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative ».

394 - CE, 7/2 Section du contentieux Séance du 27 octobre 2004 Lecture du 29 octobre 2004 N°269814-271119-271357-271362 - M. SUEUR et autres, rec., concl. D. Casas.

بأن الجانب الاقتصادي في عقود الشراكة يستوجب حل النزاعات المترتبة عن هاته العقود عن طريق التحكيم، كما أن هذا القانون قد جاء محترماً لجميع مقتضيات الرقابة الواجب ممارستها من طرف المجالس التداولية خصوصاً للجماعات المحلية، وكذلك لواجبات الإعلام اتجاه المرتفقين، ليخلص في الأخير إلى القول بصحة الشروط والمقتضيات التي جاء بها هذا القانون³⁹⁵.

وبعد هذا الموقف الأخير لمجلس الدولة الفرنسي من موضوع التحكيم في العقود الإدارية، جاءت قضية **INSERM**، هذه القضية التي بت فيها مجلس الدولة الفرنسي بغرفتين مجتمعتين كذلك، حيث عاد مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2009/7/31 إلى موقفه المتشدد من جديد³⁹⁶.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة نظره في الطعن بالبطلان المقدم من طرف **"Inserm"** في تاريخ 2009/7/31 بإحالة القضية على محكمة

395 - ...«En ce qui concerne les autres dispositions de l'ordonnance attaquée :

Considérant qu'aux termes de l'article 11 de l'ordonnance attaquée : "Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) 1) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française" ; que des dispositions similaires figurent au = = 1) de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée ; qu'en habilitant le Gouvernement à "créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public" dans les limites qu'il définit, l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 doit être regardé comme ayant entendu permettre aux auteurs de l'ordonnance attaquée de définir dans son ensemble le régime juridique de ces nouveaux contrats, y compris les conditions de prévention et de règlement des litiges susceptibles de naître à l'occasion de leur exécution ; que, compte tenu de la complexité des contrats en cause, liée notamment au caractère global de la mission confiée au cocontractant de l'administration, à la durée des engagements souscrits et aux mécanismes de financement à mettre en oeuvre, rendant nécessaire la mise en place de modalités adaptées de règlement des litiges, les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans méconnaître la portée de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune règle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, déroger, par les dispositions précitées, au principe général du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ;».

396 - CE, 31 juill. 2009, n°309277, 7ème et 2ème sous-sections réunies.

التنازع، للنظر فيما إذا كان الطلب المقدم من طرف "Inserm" يندرج أم لا ضمن اختصاص القضاء الإداري³⁹⁷.

وتتلخص وقائع القضية، في أن المعهد الوطني للصحة والأبحاث الطبية "Inserm"³⁹⁸، قد أبرمت عقدا مع شركة «Lebten. F. Saugistad»، وهي شخص من أشخاص القانون الخاص طبقا للقانون النرويجي.

ونتيجة لخلاف عقدي بين الطرفين، عمدت "Inserm" إلى تقديم طلب أمام رئيس المحكمة الابتدائية بباريس قصد تعيين محكم.

وعند إصدار المحكم المعين لحكمه في هذا الحكم، قضى ضد مصالح "Inserm" الشيء الذي حدى بهذه الأخيرة إلى تقديم دعوى ترمي إلى بطلان هذا المقرر التحكيمي.

397 - «Considérant que l'INSERM demande l'annulation d'une sentence arbitrale rendue dans le cadre d'un litige relatif à l'application du protocole d'accord signé avec la Fondation Saugstad, association de droit norvégien ; que ce protocole prévoit en particulier que la fondation participera pour un montant limitatif de 25 millions de francs à la construction d'un bâtiment dédié à la recherche en neurologie à édifier à Luminy sur un terrain appartenant à l'Université d'Aix-Marseille dont la maîtrise d'ouvrage et la gestion incomberont à l'INSERM dans le cadre de sa mission statutaire de recherche sur la santé ; qu'à l'appui de sa requête, l'INSERM fait valoir que le Conseil d'Etat est compétent pour se prononcer en appel sur une sentence arbitrale relative à un litige opposant une personne publique à un cocontractant dès lors que le contrat en cause revêt le caractère d'un contrat administratif ; que l'Institut soutient notamment que la convention le liant à la fondation consiste en une «offre de concours» en vue de la réalisation d'un travail public dont la juridiction administrative est seule compétente pour == connaître et que cette dévolution de compétence n'est pas affectée par la circonstance que l'acte contesté est une sentence arbitrale portée en vertu de l'article 1505 du Code de procédure civile devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue ; que, toutefois, la Cour d'appel de Paris s'est, par un arrêt en date du 13 novembre 2008, reconnue compétente et a rejeté la demande d'annulation de cette sentence arbitrale présentée par l'INSERM ; que ces questions soulèvent des difficultés sérieuses de nature à justifier le recours [au Tribunal des conflits] ; qu'il y a lieu, par suite, de renvoyer au Tribunal des conflits la question de savoir si l'action introduite par l'INSERM relève ou non de la compétence de la juridiction administrative»

398 - وهو مؤسسة عمومية ذات طابع تقني وعلمي خاضعة للوصاية المزدوجة لوزير الصحة والبحث العلمي أنشئت سنة 1964.

وإذا كان قرار مجلس الدولة الفرنسي هذا يشكل إعلاناً عن عودة هذا الأخير لموقفه التقليدي والمتسم بالتشدد من التحكيم في العقود الإدارية، فإن مجلس الدولة الفرنسي يكون بقراره هذا رمى بالكرة في مرمى محكمة التنازع الفرنسية، هذه الأخيرة التي سوف تكون ملزمة بإصدار قرار سيكون له أهمية قصوى، خصوصاً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار كون أن محكمة الاستئناف بباريس قد استقر اجتهادها على إعطاء الأولوية للطابع التجاري الدولي للعقد على حساب طبيعته الإدارية.

وزيادة على المواقف القضائية الحديثة الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، فإنه يمكن رصد المزيد من المواقف الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية، كذلك من خلال العديد من المؤشرات، ولعل أبرزها ما جاء بالمداخلة التي تقدم بها نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي بالندوة المتعلقة بالتحكيم وأشخاص القانون العام والتي انعقدت بتاريخ 2009/9/30³⁹⁹.

هذه المداخلة التي تضمنت العديد من المواقف المدافعة عن تقرير لابوتول بخصوص مسألة التحكيم في المادة الإدارية عموماً وفي العقود الإدارية خصوصاً.

وموقف مجلس الدولة الفرنسي هذا، نادى بتكثيف مقتضيات التحكيم مع متطلبات خصوصية المنازعات الإدارية، وذلك بضمان احترام المصلحة العامة ومهام المرفق العام.

399 - L'arbitrage et les personnes morales de droit public 'Intervention de M. Jean-Marc Sauvé Vice-président du Conseil d'Etat Texte écrit en collaboration avec M. Timothée Paris, conseiller de tribunal Colloque du 30 septembre 2009 organisé au Conseil d'Etat par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public.administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du Vice-président du Conseil d'Etat.

ولن يتأتى ذلك إلا من خلال إسناد الاختصاص للقاضي الوطني وتحديد القاضي الإداري، للنظر في مدى مشروعية القرارات الانفرادية للإدارة، أما فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية فإنه قد وضع شروطا محددة لذلك.

ويمكن تلخيص الموقف الحديث لمجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية فيما يلي:

إمكانية خضوع أشخاص القانون العام للتحكيم يجب ربطها بالضمانات اللازمة للحرية العقدية والمساواة أمام الطلبات العمومية والأمن القضائي، كما أن هذا النوع من التحكيم يجب أن يضمن لأشخاص القانون العام الشفافية المطلوبة وحماية المال العام.

إذا كانت السرية واجبة بخصوص المنازعات التجارية، فإنه وفيما يتعلق بالعقود الإدارية فإن هذه السرية يجب أن لا تتجاوز مرحلة إجراءات التحكيم في حين أن المقررات التحكيمية يجب أن تكون علنية.

التحكيم في العقود الإدارية يجب أن يكون محاطا بالضمانات القضائية، ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار التزام أشخاص القانون العام بالقاعدة القانونية، لاعتبار ذلك من مقتضيات النظام العام.

المحكم يجب أن يكون محايدا، كما أن أتعاب المحكمين فيما يتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية يجب أن تراعي كون الأمر يتعلق بمال عام وبالتالي يجب أن تتسم بعدم المغالاة.

الفقرة الثانية: موقف محكمة النزاع من التحكيم في العقود

الإدارية

بعدها سبق لمجلس الدولة الفرنسي وأن قضى بتاريخ 2009/7/31 بإحالة القضية على محكمة النزاع للنظر فيما إذا كان الطلب المقدم من طرف

"Inserm" يندرج أم لا ضمن اختصاص القضاء الإداري وذلك بمناسبة نظره في الطعن بالبطلان المقدم من طرف "Inserm"، جاء حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 2010/5/17، هذا الحكم الذي شكل مناسبة لمعرفة موقف محكمة التنازع الفرنسية من التحكيم في العقود الإدارية⁴⁰⁰، هذا الموقف الذي أثار نقاشات فقهية حادة⁴⁰¹، كما أنه أثار حفيظة مناصري التحكيم في فرنسا⁴⁰².

وبالرجوع إلى حكم محكمة التنازع هذا، فإنه من الملاحظ بأن هذا الحكم قد حاول التوفيق بين المواقف الفقهية المناصرة للتحكيم في مجال العقود الإدارية من جهة، ومن جهة ثانية بين المواقف الفقهية التي تنادي بوحدة التحكيم وتنادي بتغليب الطابع التجاري للتحكيم في العقود الإدارية ونفي أية خصوصية للتحكيم في العقود الإدارية، مع ما يترتب عن ذلك من إنكار حق القضاء الإداري في لعب أي دور في مجال التحكيم ولو تعلق الأمر بعقد إداري.

ولقد اعتبرت محكمة التنازع في حكمها هذا، بأنه وبالرغم من أن الاتفاق المبرم بين l'INSERM وهي مؤسسة عمومية وخاضعة لمقتضيات القانون العام الفرنسي من جهة والمؤسسة الأجنبية الخاضعة للقانون الخاص من جهة أخرى، قد انصب على القيام بتشديد بناء مخصص للبحث

400 - TRIBUNAL DES CONFLITS N° 3754 Séance du 12 avril 2010 Lecture du 17 mai 2010 Institut national de la santé et de la recherche médicale c/Fondation Letten F. Saugstad.

401 - Avis du Comité français de l'arbitrage dans l'affaire *INSERM c/ Fondation*, Rev. arb. 2010. 401. - M. Audit, Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratifs internationaux (à la suite de l'arrêt rendu par le Tribunal des conflits dans l'affaire *INSERM*), Rev. arb. 2010, p. 256-257.

- M. Laazouzi, Rev. arb. 2010. 653 ;D. 2010. 2633, note S. Lemaire, 2330, obs. S. Bollée, et 2944, obs. T. Clay ; RDI 2010. 551, obs. S. Braconnier ; RFDA 2010. 959, concl. M. Guyomar, et 971, note P. Delvolvé ; Rev. crit. DIP 2010. 653, étude M. Laazouzi ; RTD com. 2010. 525, obs. E. Loquin ; AJDA 2010. 1564, étude P. Cassia.

402 - Thomas Clay, Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 21 LA SEMAINE JURIDIQUE Juris-Classeur Périodique (JCP) 84e année- 24 MAI 2010, P.1045.

العلمي لفائدة المؤسسة العمومية الفرنسية، إلا أن هذا العمل يندرج تحت طائلة أعمال التجارة الدولية، ولا يكتسي أية صبغة إدارية ولا يتعلق بمقتضيات القانون العام الفرنسي، مما يعود معه اختصاص النظر في الطعون المنصبة على المقرر التحكيمي إلى جهة القضاء العادي وليس القضاء الإداري⁴⁰³.

وبموجب هذا الحكم، حاولت محكمة التنازع إيجاد حل للتمييز بين اختصاص القضاء الإداري في مجال التحكيم في العقود الإدارية من جهة، ومن جهة ثانية مجالات تدخل القضاء العادي في مجال التحكيم في العقود الإدارية، ذلك أن هذا الحكم اعتبر في تعليقه فيما ذهب إليه بأن الطعن المنصب على المقررات التحكيمية الصادرة بفرنسا والمبنية على اتفاق تحكيمي والمتعلقة بنزاع حول تنفيذ أو فسخ العقود المبرمة بين أحد أشخاص القانون العام الفرنسي من جهة، ومن جهة ثانية بين أحد أشخاص القانون الخاص الأجانب والمتعلقة بمصالح التجارة الدولية، يعود الاختصاص للقضاء العادي للنظر في هذه الطعون. في حين أنه وإذا تعلق الأمر بالطعون المنصبة على المقررات التحكيمية الصادرة بفرنسا والمبنية على اتفاق تحكيمي والمتعلقة بنزاع حول تنفيذ أو فسخ العقود المبرمة بين أحد أشخاص القانون العام الفرنسي من جهة، ومن جهة ثانية بين أحد

403 - Considérant que le protocole d'accord conclu entre l'INSERM, établissement public national à caractère scientifique et technologique, et la fondation Letten F. Saugstad, association de droit privé norvégienne, dont l'objet est la construction en France d'un bâtiment destiné à abriter un institut de recherche juridiquement et institutionnellement intégré à l'INSERM et qui en prévoit le financement partiel par la fondation, met en jeu les intérêts du commerce international ; que, dès lors, le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale rendue dans le litige opposant les parties quant à l'exécution et à la rupture de ce contrat, lequel n'entre pas au nombre de ceux relevant du régime administratif d'ordre public ci-dessus défini, relève de la compétence de la juridiction judiciaire ;

DECIDE :

Article 1er : La juridiction judiciaire est compétente pour connaître du recours en annulation formé par l'INSERM à l'encontre de la sentence arbitrale rendue dans le litige qui l'oppose à la fondation Letten F. Saugstad ainsi que de la demande en paiement dirigée contre celle-ci.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

اشخاص القانون الخاص الأجانب والمتعلقة بعقود الشراكة وعقود احتلال الملك العام وعقود التدبير المفوض والصفقات العمومية، يعود الاختصاص للقضاء الإداري للنظر في هذه الطعون⁴⁰⁴.

ولعل محكمة التنازع بحكمها هذا قد تبنت نفس الموقف الذي عبر عنه مفوض الحكومة **commissaire du gouvernement Mattias Guyomar** في تقريره المقدم بمناسبة النزاع⁴⁰⁵.

وإذا كانت محكمة التنازع في حكمها هذا قد حاولت إيجاد حلول قضائية للجدل الدائر حول موضوع التحكيم في العقود الإدارية واتخذت

404 - 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, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, 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 et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; 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 ;

405 - «Compte tenu de leur qualité particulière, les personnes publiques françaises ne peuvent s'évader du respect d'un certain nombre de règles impératives - dont le champ correspond à celui des lois de police dont la convention de Rome réserve l'applicabilité de plein droit aux situations contractuelles. [...] Une fois identifiée l'existence d'une telle poche de dispositions impératives, reste à en préciser les contours. Il nous semble pouvoir en définir le contenu au regard des « exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics » consacrées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003. Afin de définir les règles impératives de droit public dont l'applicabilité de plein droit constitue la condition indispensable à la garantie de ces exigences constitutionnelles, vous pourrez retenir les = =

= = deux critères suivants : régimes légaux de passation des contrats qui mettent en oeuvre les principes généraux de la commande publique, relatifs notamment aux marchés publics, aux contrats de délégation de service public ou aux contrats de partenariat ; règles de fond indérogables relatives notamment à l'occupation du domaine public ou à l'exécution du service public»... T. confl. 17 mai 2010, concl. Guyomar, Rev. arb. 2010. p 275.

موقفا وسطا لترضية جميع الأطراف، إلا أن هذه الحلول التي تبنتها محكمة التنازع بموجب حكمها هذا لن تستطيع الإجابة على جميع المشاكل التي يطرحها التحكيم في العقود الإدارية خصوصا العقود الإدارية الدولية، ذلك أن الحل الذي تبنته محكمة التنازع، وإذا كان صالحا في مجال عقود القانون الخاص، فإن الأمر مختلف تماما متى تعلق الأمر بالعقود الإدارية، وذلك بالنظر إلى أن العقود الإدارية ليست عقودا مسماة بطبيعتها، بل إن القول بوجود عقد إداري من عدمه هو نتاج لتوافر شروط شكلية وموضوعية تحدد الطبيعة القانونية للعقد.

ونقول هذا بالرغم من الاتجاه المتزايد بفرنسا نحو تقنين وتحديد أنواع العقود الإدارية وتسميتها، وذلك لتحديد الاختصاص بين القضاء العادي والإداري⁴⁰⁶.

الفقرة الثالثة: موقف القضاء المدني الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية

لقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1964 أن أكدت على أن الحظر الوارد في المادتين 1004 و 83 لا يسري على العقود الإدارية الدولية، بل يهتم العقود الإدارية الداخلية فقط⁴⁰⁷.

ولقد اعتمد القضاء العادي الفرنسي على النصوص التشريعية السابقة في حظره لجوء الدولة وأشخاص القانون العام إلى التحكيم، وذلك فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي في العقود الإدارية فقط دون التحكيم الدولي، "فقد كان الواقع يبين أن الدولة أو إحدى المؤسسات العامة، تضطر إلى إبرام عقود يقبل فيها شرط التحكيم ولاسيما عقود التجارة الدولية والتي

406 - انظر أطروحة مصطفى بونجة: "التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة"،

م. س، ص 53.

أصبحت في أغلبها عقوداً نموذجية، لا يملك المتعاقدان تغييراً جوهرياً لشروطها ومن ذلك شرط التحكيم"⁴⁰⁸.

ولقد استقر القضاء العادي بفرنسا على موقفه هذا، وذلك من خلال العديد من القرارات والأحكام الصادرة عنه.

ففي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 10 أبريل 1975 بخصوص قضية «Myrtoon Steamship»، اعتبرت المحكمة بأن منع الدولة من اللجوء إلى التحكيم ينحصر في العقود الإدارية الداخلية، ولا يمتد هذا المنع إلى العقود موضوع الاتفاقيات ذات الطابع الدولي⁴⁰⁹.

وفي نفس النهج سارت محكمة النقض الفرنسية وهي بصدد الحكم في قضية «San carlo»، ذلك أن إحدى المؤسسات العامة الفرنسية قامت برفع دعوى تعويض على قبطان سفينة San carlo عن أضرار لحقت ببضاعة لها تنقلها من إثيوبيا إلى فرنسا أمام المحاكم الفرنسية، دفع صاحب السفينة بعدم اختصاص المحكمة الفرنسية بنظر النزاع، حيث أن وثيقة الشحن التي وقعت عليها المؤسسة الفرنسية تقضي بخضوع المنازعات الناشئة عن العقد للتحكيم طبقاً لأحكام القانون الإيطالي، وقررت المحكمة في هذا النزاع بأن حظر التحكيم المقرر في نصوص قانون المرافعات يقتصر فقط على التحكيم الداخلي دون الدولي⁴¹⁰.

وبمقتضى الحكم الصادر في Galakis، قررت محكمة النقض الفرنسية أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي (المادة 2060) على أهلية الأشخاص الاعتبارية الفرنسية في قبول شرط التحكيم لا يعمل به في إطار العلاقات الدولية، أي أن كل شرط تحكيم وافقت عليه هيئة عامة فرنسية يعتبر

408 - CH JARROSSON, La notion d' arbitrage, paris, 1987, P 200.

409 - CA Paris, 10 avril 1957, «Myrtoon Steamship» , JDI 1958.

410 - Cass. Civ. 1, 14 avril 1964, «San Carlo» , op. cit.

صحيحاً، طالما كان الشرط موجوداً في عقد إبرام بخصوص التجارة الدولية⁴¹¹.

ولم يكتف القضاء الفرنسي بهذا الأمر، بل مد هذه القاعدة المادية إلى جميع القوانين الأجنبية التي تتميز بنفس المنع الموجود في القانون الفرنسي، وهناك قضايا عالجه القانون الفرنسي لتبيان هذا المبدأ، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر:

- قضية «Frères Bec»⁴¹²:

وتتمحور هذه القضية حول قيام دولة تونس بالقيام بالمناقصة لإنشاء الطرق وغيرها في تونس، وتم إبرام العقد بين تونس والشركة الفرنسية Frères Bec، وقد أدرج العقد شرط التحكيم يتضمن أنه في حالة التعذر للوصول لحل ودي فيتم اللجوء إلى التحكيم حسب غرفة التجارة الدولية في باريس - أي أنه تحكيم مؤسسي-، وعندما حصلت المشكلة بين تونس والشركة الفرنسية وفي نهاية المطاف أصدرت هيئة التحكيم في باريس حكم ضد الوزارة التونسية للتجهيز والإنشاء، هذا الحكم تم الطعن عليه بالبطلان أمام القضاء الفرنسي لأنها مقر التحكيم⁴¹³، وقد استندت وزارة الأشغال التونسية في طعنها بالبطلان على حكم التحكيم أن هذا الحكم صدر باطلا بسبب بطلان الاتفاق على التحكيم ذاته، لأنه وفقاً لنصوص قانون أصول المحاكمات التونسية تمنع على الأشخاص الاعتبارية قبول شرط التحكيم.

411 - Cass. Civ., 2 mai 1966, «Galakis», «Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé», Dalloz, 4ème édition, 2001, n°44, p 401.

412 - CA Paris, 24 Février 1994; Rev. Arb. 1995, p. 275.

413 - العبرة بالطعن بالمكان الذي اتفق الأشخاص على أن يتم التحكيم فيه وليس مكان عقد الجلسات فيه.

وقد ذكرت محكمة الإستئناف الفرنسية ما يلي: "أن الحظر الوارد على الأشخاص الاعتبارية في قبول شرط التحكيم حظر يعمل به في العلاقات الداخلية البحتة، وأن هذا الحظر غير متعلق بالنظام العام، وأنه يكفي للقول بصحة شرط التحكيم أن يكون هذا الشرط قد ورد في عقد ابرم للوفاء بالعلاقات الدولية وتم إبرامه وفقا لمقتضيات التجارة الدولية والأعراف السائدة"⁴¹⁴.

- قضية «Gatoil» :

وتتلخص وقائع هاته القضية في أن الشركة الإيرانية الوطنية للبترول أبرمت عقد بينها وبين شركة Gatoil، والعقد موضوعه أن تقوم الشركة الإيرانية بإمداد الشركة البانامية، مقابل أن تقوم الشركة البانامية بإمدادها بما تحتاجه من مواد إنتاج.

ولقد قامت الشركة الإيرانية بتخفيض الحصة المتفق عليها من البترول المفروض تسليمه، فقامت الشركة البانامية بحبس الأموال المستحقة للشركة الإيرانية ونشأت المنازعة، فعرضت القضية على التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، وصدر الحكم لصالح الشركة الإيرانية ضد شركة Gatoil، وتم الطعن على هذا الحكم لأنه صدر بناء على شرط تحكيم باطل، لأن الشركة الإيرانية قامت بالتوقيع على شرط التحكيم دون الحصول على ترخيص من مجلس الشعب الإيراني حيث القانون الإيراني يفرض هذا الترخيص.

وعند نظرها لهذه القضية، قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1991/12/17 برفض الطعن بالبطلان، معتبرة بأن الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم، هذا الحظر يعمل به في إطار القانون الداخلي ولا يعمل به في إطار العلاقات الخاصة الدولية، وهو غير متعلق بالنظام العام،

414 - للمزيد حول وقائع هذه القضية انظر حفيظة السيد الحداد : "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية"، الإسكندرية، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، 1996. ص 126.

ولا يجوز للدولة للتوصل من اتفاقية على التحكيم أن تتمسك بقانونها الداخلي، كما أنه لا يجوز للشخص الأجنبي أن يلجأ إلى النصوص الداخلية في قانون الدولة المتعاقدة معها من أجل أن تتوصل من اتفاق التحكيم في المنازعة الناشئة بينهم وبين هذه الدولة⁴¹⁵.

- قضية L'INSERM :

في حكمها الصادر بتاريخ 2008/11/13⁴¹⁶، اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس بأن مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة الى التحكيم لا يعتبر مسا بالنظام العام الدولي الفرنسي مادام أن الأمر يتعلق بعقد ينصب على مصالح التجارة الدولية، لتخلص في الأخير إلى رفض طلبات L'INSERM والتصريح بصحة المقرر التحكيمي الصادر في موضوع النزاع، بل إن محكمة الاستئناف بباريس ذهبت أبعد من ذلك حين قضت برفض طلب إيقاف تنفيذ المقرر التحكيمي إلى حين بت مجلس الدولة الفرنسي، معتبرة بأن الطعن أمام جهة القضاء الإداري ليس له من أثر على دعوى بطلان المقرر التحكيمي.

ولعل موقف محكمة الاستئناف بباريس هذا قد تم تبنيه لاحقا من قبل محكمة النقض الفرنسية⁴¹⁷، وذلك بعد أن أصدر مجلس الدولة الفرنسي وكذا محكمة التنازع الفرنسية حكمهما في النازلة.

415 - La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 17 décembre 1991, «Gatoil» ; Revue de l'arbitrage. 1993 p 281.

416 - La cour d'appel de Paris, arrêt du 13 novembre 2008 ,Revue de l'arbitrage 2009 n°2, p.389.

417 - Cour de cassation Chambre civile 26 janvier 2011 N°: 09-10198 Publié au bulletin ALORS QUE l'appréciation de la validité d'une clause compromissoire figurant dans un contrat à caractère administratif relève de la seule compétence des juridictions administratives, que ce contrat mette ou non en cause les intérêts du commerce international, et l'exception de nullité d'une telle clause constitue, devant le juge judiciaire saisi d'un recours en annulation d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international, une question préjudicielle imposant qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de la décision de la juridiction administrative compétente ; qu'en rejetant la demande de sursis à statuer présentée par l'Inserm, qui invoquait la nullité de la clause compromissoire figurant dans le contrat, à caractère administratif, conclu par l'Inserm et la fondation Letten et en se prononçant sur la

وفي الأخير، فإذا كان الحظر يعد هو القاعدة في حين أن الإباحة تعتبر الاستثناء من القاعدة فيما يخص التحكيم في العقود الإدارية خصوصا والتحكيم في المادة الإدارية عموما، فإن هاته المعادلة أصبحت تتجه نحو الاتجاه المعاكس، وبمعنى آخر فإنه من المنتظر أن تصبح الإباحة هي الأصل في التحكيم في العقود الإدارية وأن يتحول الحظر إلى استثناء. ونقول هذا كله انطلاقا من المؤشرات التي تمخضت - ولا زالت - عن النقاشات الفقهية والمواقف الأخيرة لمجلس الدولة الفرنسي وإعداد مشروع التحكيم في المادة الإدارية عموما والعقود الإدارية خصوصا.

validité de cette clause, la cour d'appel a violé le principe de la séparation des pouvoirs, la loi des 16, 24 août 1790, et a commis un excès de pouvoir ;.....

AUX MOTIFS QUE d'après l'article 1492 du code civil, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ; que l'internationalité de l'arbitrage fait exclusivement appel à une définition entièrement économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat, et ce indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral ; que l'objet du protocole d'accord était, aux termes de son préambule, de mettre en commun les efforts de l'Inserm et de la Fondation Letten pour «favoriser la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de recherche en neurobiologie» avec construction d'un bâtiment «exclusivement affecté à la recherche en neurobiologie et à la formation de cliniciens et de chercheurs en = = ce domaine» avec un financement pour la plus grande partie par la Fondation, ce qui implique des mouvements de fonds de la Fondation norvégienne au-delà des frontières ; qu'au demeurant, ainsi que l'énonce l'ordonnance rendue le 15 mai 2006 par le président du tribunal de grande instance de Paris, «les parties s'accordent à considérer qu'il s'agit d'un arbitrage international» et que dans l'acte de mission les parties sont convenues expressément du caractère international de l'arbitrage ; que le recours en annulation de la sentence arbitrale rendue en Franc en matière d'arbitrage international est, en vertu de l'article 1505 du code de procédure civile, porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue ; que la voie de recours contre la sentence rendue à Paris, en matière d'arbitrage international, a donc été exercée à juste titre devant la cour d'appel de Paris ; qu'en conséquence, la procédure engagée devant les juridictions de l'ordre administratif et pendante actuellement devant le Conseil d'Etat est sans incidence sur le recours en annulation formé devant la cour d'appel de Paris de cette sentence arbitrale ; que, par suite, la demande de sursis est rejetée ; que la prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne sous réserve de disposition législative contraire, ; qu'au vu du principe de validité de la clause d'arbitrage international, le moyen unique pris de la nullité de la convention d'arbitrage en vertu de l'article 1502-1° du code de procédure civile et partant le recours en annulation sont rejetés ;

المبحث الثاني : الرفض النسبي للاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بمصر والمغرب

رغم الحظر المتعلق باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بمصر والمغرب، فقد تم اللجوء إلى عدة استثناءات تشريعية أجازت للإدارة اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتها العقدية، كما تم الإقرار تشريعياً بجواز اللجوء إلى التحكيم (المطلب الأول)، غير أنه وفي غياب تشريع يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية فالملاحظ بأنه تم إعمال التحكيم في العقود الإدارية، مما انعكس على التضارب في الأحكام القضائية والمواقف الفقهية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الموقف التشريعي من التحكيم في العقود الإدارية بمصر والمغرب

عمل المشرع المصري على الإقرار بجواز التحكيم في العقود الإدارية منذ سنة 1994 (الفرع الأول)، في حين أن المشرع المغربي لم يقر التحكيم إلا مؤخراً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموقف التشريعي من التحكيم في العقود الإدارية بمصر

بالرغم من الإقرار بجواز التحكيم في العقود الإدارية بمصر بموجب قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 (الفقرة الأولى)، إلا أنه وبالنظر إلى عدم الوضوح الذي اتسم به هذا القانون، وجد المشرع المصري نفسه مضطراً لتعديل قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 بموجب القانون رقم (9) لسنة 1997 (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بموجب قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994

يعتبر القانون رقم (13) لسنة 1968 أول قانون للمرافعات بمصر، غير أن هذا القانون بالرغم من تنظيمه للتحكيم في مواده من 501 إلى 512، إلا أنه لم يتضمن أية مادة صريحة وواضحة تنظم التحكيم في العقود الإدارية⁴¹⁸.

وبموجب قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994 تم إلغاء القانون رقم (13) لسنة 1928 المنظم لقانون المرافعات المدنية والتجارية، وذلك من خلال ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون 1994، حيث تم إلغاء المواد من 501 إلى 513 من قانون 1928⁴¹⁹.

ولقد كان الباعث على إصدار القانون الجديد هو رغبة الدولة المصرية في جلب فرص الاستثمار ورؤوس الأموال الأجنبية خاصة. ولقد نصت المادة الأولى من القانون رقم (27) لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، على أنه:

"ومع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر أو كان تحكيمياً تجارياً دولياً يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."

418 - محمود السيد عمر التحيوي: التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية طبعة 2006 ص 164.

419 - نصت المادة الأولى من الأمر بتنفيذ القانون رقم (27) لسنة 1994 على أنه: "يعمل بأحكام القانون المرافق على كل تحكيم قائم وقت نفاذه أو يبدأ بعد نفاذه ولو أستند إلى إتفاق تحكيم سبق إبرامه قبل نفاذ هذا القانون"، = =

= = كما نصت المادة الثانية منه على أن: "يصدر وزير العدل القرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون ويضع قوائم المحكمين الذين يجرى الاختيار من بينهم وفقاً لحكم"، في حين نصت المادة الثالثة على أن "تلغى المواد من 501 إلى 513 من القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون".

وعلى الرغم من أن معظم الفقه المصري قد ذهب إلى شمول هذا النص للتحكيم في العقود الإدارية، وقد ذهب رأي آخر إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية استناداً إلى هذا النص، الشيء الذي فرض تدخل المشرع المصري من جديد، وذلك بإصداره للقانون رقم (9) لسنة 1997⁴²⁰ والذي عدلت بموجبه المادة الأولى من القانون رقم (27) لسنة 1994، وذلك بإضافة فقرة جديدة تجيز التحكيم في العقود الإدارية بصيغة صريحة لكن شريطة صدور موافقة الوزير المختص.

الفقرة الثانية: الاتفاق على التحكيم وفقاً للقانون رقم (9) لسنة 1997

بموجب المادة الأولى من القانون رقم (9) لسنة 1997، تمت إضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى من القانون رقم (27) لسنة 1994.

ولقد نصت الفقرة الثانية الجديدة على ما يلي: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة لأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وانطلاقاً من مقتضيات هاته الفقرة، يتضح بأن جميع المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية سواء أكانت في مرحلة إبرام العقد أم في مرحلة تنفيذه، أو ما يترتب عن هذه العقود من آثار يمكن أن تكون موضوعاً للتحكيم، كما أن جميع أنواع العقود الإدارية دون تمييز يمكن أن تكون موضوعاً للتحكيم كذلك⁴²¹.

420 - نص القانون رقم (9) لسنة 1997 الجريدة الرسمية العدد 20 الصادر في 15/5/1997 على أنه: "تضاف إلى المادة (1) من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة ثانية نصها الآتي

"وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الإتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص الإعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك".

421 - جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة 1997، ص 175.

وانطلاقاً من مقتضيات هذه الفقرة كذلك، يتضح بأن القانون اشترط لجواز التحكيم في العقود الإدارية شرطين مرتبطين بالجهة الإدارية التي تأذن بالتحكيم في العقود الإدارية هما:

- موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ووفقاً لهذا الشرط فإن أهلية الشخص الاعتباري العام في إدراج شرط التحكيم معلقة على الموافقة أو الإذن من الوزير المختص أو ممن يقوم مقامه، ويعد هذا الشرط من الشروط الجوهرية، وعليه فإن إبرام اتفاق التحكيم دون موافقة الوزير أو الإذن منه أو ممن يقوم مقامه لا يترتب أي أثر قانوني على عاتق الشخص المعنوي.

- أنه لا يجوز للوزراء أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة التفويض في ممارسة اختصاصه بشأن الموافقة على التحكيم في العقود الإدارية، والواقع أن القانون رقم 9 لسنة 1997 بمنعه للوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أن يفوض غيره في ممارسة اختصاصه بشأن الموافقة على التحكيم في هذه العقود، يعود إلى إدراك المشرع لأهمية هذه العقود وخطورة شرط التحكيم، ولهذا استلزم موافقة الوزير كضمان لعدم إساءة استخدام التحكيم في العقود الإدارية، نظراً لما سيترتب على ذلك من إحلال القانون الأجنبي محل القانون الوطني.

أضف إلى ذلك أن المشرع المصري بنصه على عدم جواز التفويض هو حصر المسؤولية في الوزير المختص أو من يمارس اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

وعليه لا يجوز التفويض في إبرام اتفاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية وإلا كان الاتفاق باطلا لحدوثه من غير ذي صفة⁴²².

وإذا كان سن المشرع المصري للقانون رقم (9) لسنة 1997 قد حسم نهائيا مسألة جواز التحكيم في العقود الإدارية، وأنهى بذلك الخلاف الذي كان ماثرا أمام مجلس الدولة بشقيه القضائي والإفتائي، فإن مقتضيات هذا القانون قد عرفت تطبيقا واسعا من قبل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، إذ اعتبرت في حكمها التحكيمي الصادر بتاريخ 2006/7/2 "إن ضرورة موافقة الوزير على شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية هو إجراء يقع استيفائه على عاتق الجهة الإدارية وحدها، إذ لا يتصور أن يكون للمتعاقد دور في ذلك سيما إذا ما ورد شرط التحكيم في العقد الإداري ذاته أو أحد مرفقاته، فالخطاب في هذا الشأن موجه إلى جهة الإدارة وليس للمتعاقد معها، باعتبار أنها المهيمنة على إجراءات التعاقد والقائمة على التحقق من صحة تلك الإجراءات والتي تتم بمنأى عن إرادة المتعاقد معها...".

وأضاف مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي في حكمه هذا بأنه "لا يمكن والحالة هذه ترتيب البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم وإلا كان في مكنة الطرف المخطئ الاستفادة من خطئه على حساب الطرف الآخر، وهو أمر لا يمكن القول به ويتنافى مع أبسط مبادئ العدالة، هذا فضلا عن أن الأصل في البطلان أنه لا يكون إلا بنص ولم يرتب المشرع في المادة 1 من القانون رقم 27 لسنة 1994 البطلان كجزاء على عدم الحصول على موافقة الوزير على شرط التحكيم، وإن جل ما يمكن ترتيبه في هذه الحالة هو أعمال قواعد المسؤولية

الإدارية (التأديبية) في شأن من يثبت مسؤوليته عن عدم استيفاء ذلك الإجراء من العاملين بالجهة الإدارية...⁴²³.

الفرع الثاني : الوضع التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية بالمغرب قبل قانون 05.08

مع دخول المستعمر إلى المغرب، صدر قانون المسطرة المدنية بتاريخ 12 غشت 1913، هذا القانون الذي نظم التحكيم بالمغرب، إذ خصص له الفصول من 527 إلى 543⁴²⁴، ثم جاء بعد ذلك قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 وقام بإعادة تنظيم التحكيم في الفصول من 306 إلى 327.

غير أنه سواء تعلق الأمر بقانون المسطرة المدنية لسنة 1913 أو قانون المسطرة المدنية لسنة 1974، فإن التشريع المغربي قد منع اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية.

لكن وبالرغم من منع اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وفقا للتشريع المغربي، فإن هذا المنع لم يكن مطلقا، بل أن المغرب ورغبة منه في تطوير بعض القطاعات وخضوعه لالتزاماته الدولية سن بعض القوانين التي شكلت استثناءا من قاعدة الحظر من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ومع هبوب رياح العولمة والتعويل المتزايد من قبل الدولة المغربية على الاستثمارات الأجنبية الخاصة، اضطر المشرع المغربي إلى التجاوب مع التطورات الاقتصادية العالمية، وذلك بسن قانون جديد ينظم التحكيم بالمغرب، حيث صدر القانون 08-05 والذي أجاز التحكيم في العقود الإدارية لأول مرة في المغرب.

423 - حكم مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي الصادر بتاريخ 2006/7/2 في الدعوى التحكيمية رقم 464 لسنة 2006 مشار اليه في نشرة أنباء المركز، غشت 2007 ص 5.

424 - مقتضيات ظهير 1913/08/12 الذي كان يعتبر أول تنظيم تشريعي لقانون المسطرة المدنية بالمغرب.

وإن المنتبج لتطور التشريع المغربي بخصوص أهلية الدولة للجوء إلى التحكيم عموما والتحكيم في العقود الإدارية بصفة خاصة، سيلاحظ جليا بأن المشرع المغربي بقي ثابتا على المبدأ العام الذي يحرم على الدولة اللجوء إلى التحكيم⁴²⁵.

كما أن المادة 186 من نفس القانون كانت تقضي بوجوب تبليغ النيابة العامة كل الدعاوي التي تمس النظام العام وكل الدعاوي التي تتعلق بالدول والبلديات والمؤسسات العمومية، والملاحظ أيضا أن قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 لم يأت بجديد يذكر، لأن المنع بقي قائما حسب نص المادة 306، كما أن وجوب تبليغ النيابة العامة في الدعاوي التي تكون فيها الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية طرفا بقي قائما حسب نص المادة 9 من نفس القانون (الفقرة الأولى)، إلا أنه وبالرغم من الحظر التشريعي واعترافا منه بالجمود الذي يطبعه بخصوص مسألة أهلية الدولة للاحتكام، اضطر المشرع المغربي إلى الخروج عن قاعدة منع التحكيم في العقود الإدارية بموجب قوانين خاصة (الفقرة الثانية)، كما تعرض للتحكيم في عقود التدبير المفوض (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: الحظر التشريعي من خلال مقتضيات ظهير 1974

يعتبر المنع من اللجوء إلى التحكيم في المادة الإدارية عموما والعقود الإدارية خصوصا أحد سمات التشريع المغربي.

فانطلاقا من مقتضيات الفصل 527 من ظهير 1913/08/12 وخصوصا في فقرته الثانية، فإن الأمور المتعلقة بالنظام العام كانت مستثناة من

425 - فقانون المسطرة المدنية القديم لسنة 1913 كان ينص في مادته 527 على أنه: " لكل الأشخاص أن ينفقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها باستثناء المسائل التي تتعلق بالنظام العام ".

التحكيم، هذا المنع التشريعي وكما لاحظ ذلك "ميشيل روسي"، كان محط تفسير واسع من قبل القضاة الفرنسيين الذين كانوا يتولون مهمة القضاء بالمغرب إبان فترة الحماية، وكذلك الأمر من قبل قضاة مغاربة متأثرين بالقضاء والقانون الفرنسيين⁴²⁶، هذا بالرغم من أن المنع من اللجوء إلى التحكيم ينصب على أشخاص القانون العام فيما يخص فرنسا، أما بالنسبة للمغرب فإن هذا المنع كان يتعلق بمواضيع القانون العام⁴²⁷.

وبعد إلغاء مقتضيات ظهير 1913/08/12 ودخول قانون 1974 المنظم للمسطرة المدنية المغرب حيز الوجود، نظم المشرع المغربي التحكيم في الفصول 306 إلى 327، غير أنه وبموجب ظهير 1974 قد نظم التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي، إلا أن هذا لا يعني بأن المغرب لم يتطرق إلى التحكيم الدولي، بل أن التحكيم الدولي قد عرف عدة تنظيمات وتطبيقات قضائية وتحكيمية وذلك من خلال المعاهدات والاتفاقيات التي وقع عليها المغرب. وقد حددت المادة 306 من قانون المسطرة المدنية النطاق الموضوعي للتحكيم وقررت بذلك المنع فيما يتعلق بالتحكيم في:

- الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمسكن.
- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
- في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة النزاعات المتعلقة: بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.
- النزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جنائي.
- النزاعات المتعلقة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصراف والتجارة الخارجية.

426 - Michel Rousset : L' Arbitrage et les personnes Publiques au Maroc vers la modernisation du règlement des litiges. R.M. C. N 5-6/2007 .P 26 .

427 - Michel Rousset , op. cit., p.27.

وكذلك أقيمت المادة 306 إمكانية التحكيم في الأموال العامة أو ما يسمى بالأموال العمومية⁴²⁸، وذلك بالنظر إلى أن إسباغ صفة العمومية على مال من أموال يقتضي إخضاعه لمجموعة من القواعد القانونية التي لا نظير لها بالنسبة لأموال الأفراد، وذلك نظرا لتخصيص هذا المال للنفقة العامة⁴²⁹.

وانطلاقا من مقتضيات الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، فإن الأساس التشريعي للمنع من اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالعقود الإدارية هو المساس بالنظام العام، وذلك حينما اعتبر المشرع بأن التحكيم في العقود الخاضعة لأحكام القانون العام تدرج تحت طائلة المسائل التي تمس النظام العام.

وإذا كان المشرع المغربي لم يحدد مفهوم النظام العام، هذا المفهوم الذي أثار العديد من الإشكالات القانونية والقضائية على مستوى التطبيق في المواد الأخرى⁴³⁰، فإنه لم يطرح أي إشكال فيما يتعلق بالعقود الإدارية،

428 - الظهير الشريف المؤرخ في 7 شعبان 1332 الموافق لفتح يوليو 1914 والذي تم تعديله وتتميه بظهير 29 أكتوبر 1919.

429 - محمد الأعرج: مشروعية التحكيم في المنازعات الإدارية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية عدد 54-55-2004، ص 15.

430 - قواعد النظام العام بشكل عام، هي تلك القواعد التي يعتبر قيامها ضروريا لحماية التنظيم السياسي والاجتماعي والاقتصادي للدولة، وتبرز فكرة النظام العام عندما تصطدم بحكم التحكيم يمس بالأسس والمصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، وهنا تكون المشكلة سواء كان التحكيم وطنيا أو أجنبيا، حيث يؤدي ذلك إلى منع تنفيذ حكم التحكيم كليا أو جزئيا أو يؤدي إلى عرقلة الوصول إلى الغاية التي تبتغيها الأطراف وهي اللجوء إلى التحكيم كطريق أسرع لحل المنازعات. ويهدف النظام العام في القانون الدولي الخاص إلى حماية المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان المجتمع وهو ذات الهدف الذي تسعى لتحقيقه فكرة النظام العام في القانون الداخلي ولكن بطريقة مختلفة، حيث يهتم هذا الأخير أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، بينما في القانون الدولي الخاص فإن تحقيق هذه الحماية تتم عن طريق دفع يتم بمقتضاه استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق بمقتضى قاعدة الإسناد الوطنية، وذلك حينما تتعارض أحكامه مع المبادئ والأسس العامة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي. انظر في محاولة إعطاء مفهوم للنظام العام على سبيل المثال:

مادام أن المشرع المغربي اعتبر النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية كأحد أوصاف النظام العام.

وانطلاقاً من أحكام المادة 306 فإن الملاحظ أن المشرع المغربي قد أخذ بالمعيار المادي كأساس لحظر التحكيم في العقود الإدارية دون الأخذ بالمعيار العضوي، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي، مما يكون معه المشرع المغربي قد حافظ على نفس النهج الذي كان قد تبناه بموجب ظهير 1913/08/12.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي في العقود الإدارية، فإن قانون المسطرة المدنية لم يتطرق إلى ذلك بل ظل ساكناً، غير أن المغرب صادق على عدة اتفاقيات دولية وثنائية أباحَت اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات المترتبة عن العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ولعل أبرز وأهم اتفاقية في

Abdessadek Rabiah :«L'arbitrage Interne et International».L'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le Ministère de la Justice et la CGEM en collaboration avec la Cour Suprême, le 3-4 Mars 2004. Série «des Cahier de la Cour» N° 6/2005.p 31.

وانظر أيضاً: عبد الرحمان المصباحي: "دور القضاء في التحكيم على ضوء اجتهادات المجلس الأعلى المغربي". مؤتمر الدور الفعال للقضاء الوطني في التحكيم، مدينة شرم الشيخ بجمهورية مصر العربية، تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في الفترة من 19 نوفمبر إلى 21 نوفمبر 2007، ص 5. أحمد عبد الكريم سلامة: المختصر في قانون العلاقات الخاصة الدولية، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 225. ومصطفى الجمال وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، م. س، ص 153.

==

== فلا زالت فكرة النظام العام تستعصي على الباحثين من حيث إمكانية وضع تعريف جامع مانع لها، يغنيها عن السلطة التقديرية للمحكمة، وباءت كل المحاولات التي بذلت في هذا الصدد بالفشل، ذلك أن هذه الفكرة فكرة مطاطة مرنة، تأبى التحديد ووضعها في قالب محدد أو وضعها في إطار واضح يعين الباحثين في هذا المجال، وتغنيها عن السلطة التقديرية للمحكمة والتي قد تقارب في بعض الأحيان سلطة المشرع. انظر عامر فتحي البطاينة: دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، مطبعة دار الثقافة، عمان، 2008، ص 187.

Ph.fouchard, E.Gaillard, B. Goldman: traité de l'arbitrage commercial international, op. cit. n°302, p.686

فضلاً على أنه لا يجوز التوسع في تفسير مفهوم النظام العام. قرار عدد 274 صادر بغرفتين بتاريخ 2006/03/08 في الملف التجاري عدد 03/292، قرار مشار إليه سابقاً.

هذا المجال هي اتفاقية تسوية خلافات الاستثمار لسنة 1965 والمعروفة باتفاقية واشنطن، هذه الاتفاقية المتعلقة بتسوية جميع منازعات استثمار التي قد تنشأ بين الدولة وبين مستثمر خاص أجنبي سواء كان مصدر الاستثمارات علاقة تعاقدية أو علاقة نظامية⁴³¹.

وبالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب، فالمغرب قد عقد عدة اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول الأجنبية، هاته الاتفاقية التي تضمنت أحكاما متعلقة بضمانات الاستثمار وإمكانية اللجوء إلى التحكيم.

الفقرة الثانية: الاستثناءات التشريعية للحظر من خلال القوانين الخاصة

بالرغم من منع اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات الناشئة عن العقود الإدارية بموجب قانون المسطرة المدنية، فقد صدرت عدة قوانين شكلت استثناء من هذه القاعدة، هذه النصوص القانونية التي جاءت ضمن قوانين تنضم قطاعات معينة ونذكر منها على الخصوص :

التقنين البترولي لسنة 1958 : والذي ينص في المادة 39 على جواز إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقات المبرمة بين الدولة المغربية والأشخاص المعنوية الخاصة لإقرار حقوق والتزامات هؤلاء الأشخاص، بوصفها حائزة لسندات معدنية للمحروقات السائلة⁴³².

قانون المالية لسنة 1982: الذي أجاز في المادة 144 إدراج شروط تحكيمية في اتفاقيات أو عقود القرض المبرمة مع المصارف الأجنبية⁴³³.

431 - وقع المغرب على هذه الاتفاقية بتاريخ 1965/10/11 وصادق عليها بموجب المرسوم الملكي رقم 65-564 بتاريخ 1966/10/31 ونشرت بالجريدة الرسمية بتاريخ 1966/11/16.

432 - ظهر 21 يوليو 1958 المعتبر بمثابة قانون لتنظيم البحث عن مناجم المحروقات السائلة واستغلالها الجريدة الرسمية عدد 2389 بتاريخ 1958/8/8.

433 - الجريدة الرسمية عدد 3609 بتاريخ 1982/1/1.

القانون رقم 21-90 المتعلق بالبحث عن حقول الهيدروكاربونات واستغلالها: والذي نص في الفصل 33 منه على أنه يمكن أن تنص الاتفاقات النفطية على اللجوء إلى التحكيم إذا كان أحد الأطراف شخصا معنويا أجنبيا، وفي هذه الحالة تحدد الاتفاقات قواعد إجرائية تتفق والممارسات الدولية الخاصة بالتحكيم في النزاعات النفطية⁴³⁴.

التحكيم بموجب ميثاق الاستثمار: وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 17 من قانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق الاستثمار على أنه يمكن أن تتضمن العقود المحددة بالقانون المذكور بنودا تقضي بفض كل نزاع قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي بخصوص الاستثمار، وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في ميدان التحكيم الدولي⁴³⁵.

وإضافة إلى هذه النصوص القانونية التي تضمنت موادا وفصولا تبيح التحكيم في العقود الإدارية وشكلت بالتالي استثناء من قاعدة المنع، فإنه وانطلاقا من المادة 2 من مرسوم 2007 المنظم للصفقات العمومية، فإن بعض الصفقات العمومية يمكن أن تكون موضوع تحكيم، فزيادة على ما عدته المادة 2 من مرسوم 1998 الذي كان يمثل الإطار القانوني المنظم للصفقات العمومية، فإن المادة 2 من مرسوم 2007 أضافت عدة استثناءات أخرى من تطبيق مقتضيات قانون الصفقات العمومية⁴³⁶، هذه الاستثناءات التي تشمل :

434 - الظهير الشريف رقم 118911 الصادر في 27 رمضان 1412 الموافق لفتح ابريل 1992 بتنفيذ القانون رقم

90-21.

435 - ظهير شريف رقم 1.95.213 الصادر في 1995/11/8 بتنفيذ القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات الجديدة الرسمية عدد 4335 بتاريخ 1995/11/29 ص 3030.

436 - المرسوم رقم 2.98.482 الصادر في 30 ديسمبر ورسوم رقم 2-06-388 صادر في 16 من محرم 1428 (5 فبراير 2007) المتعلق بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة وكذا بعض القواعد المتعلقة بتدبيرها ومراقبتها الجديدة الرسمية عدد 5518 بتاريخ 19 أبريل 2007 ص 1235.

اتفاقيات أو عقود القانون العادي.

عقود التدبير المفوض.

الأعمال المبرمة بين مرافق الدولة.

استثناءات في حالة الصفقات التي يتم تمويلها من طرف هيئات مالية
بمتطلبات خصوصية، الشيء الذي يجعلنا نقر بإمكانية التحكيم في الصفقات
العمومية.

الفقرة الثالثة : التحكيم في عقود التدبير المفوض

بالرجوع إلى قانون 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض⁴³⁷، فإن المادة 2
من هذا القانون قد عرفت عقد التدبير المفوض بأنه "يعتبر التدبير المفوض
عقدا يفوض بموجبه شخص معنوي خاضع للقانون العام يسمى "المفوض"
لمدة محددة، تدبير مرفق عام يتولى مسؤوليته إلى شخص معنوي خاضع
للقانون العام أو الخاص يسمى "المفوض إليه"، يخول له حق تحصيل أجرة
من المرتفقين أو تحقيق أرباح من التدبير المذكور أو هما معا.

يمكن أن يتعلق التدبير المفوض كذلك بإنجاز أو تدبير منشأة عمومية
أو هما معا تساهم في مزاولة نشاط المرفق العام المفوض.."

كما أن هذا القانون يطبق على عقود التدبير المفوض للمرافق
والمنشآت العمومية المبرمة من قبل الجماعات المحلية أو هيئاتها
والمؤسسات العامة⁴³⁸.

وبالرغم من الاختلافات الفقهية⁴³⁹ حول طبيعة عقد التدبير المفوض،
فإنه يمكن القول بأن التدبير المفوض هو عقد إداري أملتة معطيات عملية،

437 - الظهير الشريف رقم 1-06-15 الصادر في 15 محرم 1427 الموافق ل 14 فبراير 2006 بتنفيذ القانون رقم
المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة الجريدة الرسمية عدد 5404 بتاريخ 16 مارس 2006، ص

وبالتالي فتطبيقاته من خلال التجربة المغربية بعيدة كل البعد عن ما هو وارد في التشريع والقضاء والفقه⁴⁴⁰.

ولقد نص القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرفق العمومي على أنه، يمكن أن ينص عقد التدبير المفوض على اللجوء إلى مسطرة التحكيم إما وفق التشريع الجاري به العمل أو بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف مطبقة على العقد المعني، وذلك في حالة وقوع نزاع بين الطرفين المتعاقدين.

غير أنه ولحل النزاعات بين المفوض إليه والمرتفقين، ينص عقد التدبير المفوض على ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح أو لا قبل اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء⁴⁴¹.

439 - للمزيد حول الدراسات المنصبة على عقود التدبير المفوض الرجوع الى :

- محمد يحيى : قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات القانون رقم 05- 54، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 80 ماي - يونيو 2008 ص 13.

- أحمد بوعشيق: المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الطبعة الثامنة 2004.

- عبد الله حداد : الوجيز في قانون المرافق العامة الكبرى، منشورات عكاظ، 2001.

- أمال المشرفي: قراءة في القانون المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية العدد 80 ماي - يونيو 2008 ص 33.

- Bekkali,(A) : «La pratique de la gestion déléguée au Maroc, réflexions sur la portée de la convention conclue entre la communauté urbaine de Casablanca et la Lyonnaise des Eaux», REMALD : série «Thèmes Actuels», n° 30, 2001, p. 105.

-El Yaâgoubi (M) : «Le concept de la gestion déléguée ». REMALD, série «thèmes actuels», n° 30, 59, Voir aussi : El Yaâgoubi (M) «La gestion déléguée des services publics locaux au Maroc», REMALD, n° 19, 1997, p. 149.

-Mecherfi (A) : «La gestion déléguée au Maroc, un nouveau mode d'exécution des services publics locaux», REMALD, série «Thèmes Actuels», n° 30, 2001, p. 53.

440 - محمد يحيى، قراءة نقدية لمفهوم التدبير المفوض على ضوء مستجدات القانون رقم 05- 54، م. س، ص 13.

441 - المادة 9 من قانون 54.05.

كما أنه ومن الملاحظ أن المادة 9 من القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرفق العمومي تقضي بإمكانية اتخاذ عقد التدبير المفوض لشكل اتفاق التحكيم وعقد التحكيم كذلك، كما أن عقد التدبير المفوض يمكن أن يكون موضوعا لتحكيم داخلي وكذلك لتحكيم دولي.

المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء المصري والمغربي من التحكيم في العقود الإدارية

لابد بداية من الوقوف على موقف الفقه والقضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية (الفرع الأول)، ثم موقف الفقه والقضاء بالمغرب من التحكيم في العقود الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية

سوف نتناول في هذا الفرع بداية للموقف الفقهي من الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية (الفقرة الأولى)، على أن نتناول موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موقف الفقه المصري من التحكيم في العقود الإدارية

في ظل قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968، ظهر الخلاف الفقهي بين معارض ومؤيد للتحكيم في العقود الإدارية.

وبالرغم من صدور قانون 1994، فقد استمر الجدل الفقهي حول التحكيم في العقود الإدارية، حيث انقسمت الآراء الفقهية بين مؤيد ومعارض، وتضاربت فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مع أحكام المحكمة الإدارية العليا التي تضاربت هي أيضا مع بعضها

البعض، وقد ساعد على ذلك غياب النص التشريعي المنظم للتحكيم في العقود الإدارية وذلك إلى حدود صدور القانون رقم (9) لسنة 1997، الذي أجاز التحكيم بالنسبة لسائر العقود الإدارية الداخلية والدولية بمصر⁴⁴².

وللوقوف على المواقف المعارضة والمؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية بمصر، فإننا سوف نتناول المواقف المعارضة لذلك أولاً، على أن نعرض للمواقف المؤيدة للتحكيم في العقود الإدارية بمصر ثانياً.

أولاً: الموقف الفقهي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية

بالرغم من وضوح المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 بخصوص جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن ذلك لم يمنع استمرار معارضة بعض الفقه للتحكيم في العقود الإدارية، وذلك على اعتبار أن هذه الأخيرة تحكمها قواعد القانون الإداري، وهي قواعد خاصة من خلق القضاء الإداري، وعليه فإنه لا يمكن التسليم بخضوعها لقانون التحكيم ما لم يوجد نص صريح ذلك⁴⁴³.

ولقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية واستند في ذلك على العديد من الحجج، ولعل أهم الحجج التي اعتمدها الفقه المصري المعارض للتحكيم في العقود الإدارية تتحدد فيما يلي :

– أن القول بجواز التحكيم في العقود الإدارية فيه اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل بنظر المنازعات الإدارية، ذلك أن اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات الإدارية مقرر بنص المادة 172 من الدستور المصري، والتي تقرر بأن مجلس الدولة هيئة

442 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، م. س، ص 181 وما بعدها.

443 - شريف يوسف خاطر، التحكيم في العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية القاهرة 2009 الصفحة 146.

قضائية مستقلة، يختص بالفصل في المنازعات الإدارية، كما أن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة تنص على أنه : "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية :... المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر..."⁴⁴⁴.

وانطلاقاً مما سبق، يرى هذا الجانب من الفقه أن جواز التحكيم في العقود الإدارية يعد سلباً للاختصاص القضائي الإداري الذي قرره الدستور وقانون مجلس الدولة⁴⁴⁵.

– أن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التصرف في القيام بالأعمال، هي أهلية تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها، وعليه فلا يجوز للأشخاص القانونية العامة اللجوء إلى التحكيم إلا إذا أجاز لها ذلك المشرع، ونظمه قانوننا⁴⁴⁶.

- أن هناك علاقات قانونية لأشخاص القانون العام تخضع للقانون الخاص، وعليه فإن الإطلاق الوارد بالمادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 هو عموم منقوص بالنص، لأن لفض أشخاص القانون العام الوارد بنص المادة الأولى لا يكون له من إطلاق، بحيث يسري على كل ما تبرمه من عقود، وعليه فلا بد من وجود نص تشريعي صريح يجيز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية⁴⁴⁷.

444 - جورج شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية 2005، ص 153 وما بعدها.

445 - يأتي على رأس الاتجاه المعارض للتحكيم في العقود الإدارية في مصر الفقيه سليمان الطماوي، حيث يرى أن الاتفاق على التحكيم في مجال العقود الإدارية يؤدي إلى تعديل قواعد الاختصاص المنظمة لولاية القضائية لمجلس الدولة وهذه القواعد وردت في قانون فلا يجوز تعديلها إلا بقانون مثله وليس بقرار أو بعقد.

446 - سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 1991، ص 170.

447 - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، م. س، ص 171.

- أن نص المادة 172 من الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1971 تقضى بأن : - "مجلس الدولة هيئة قضائية مستقلة ويختص بالفصل في المنازعات الإدارية وفي الدعوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصه الأخرى"⁴⁴⁸.

- إن فكرة النظام العام هي أساس حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، ففكرة النظام العام تقوم على تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، وأن العقود الإدارية تختلف بطبيعتها عن العقود المدنية بما تتضمنه من نظريات لا يوجد مثلها في القانون الخاص مثل سلطة التعديل من جانب واحد وسلطة توقيع جزاء على المتعاقد وسلطة فسخ العقد لاعتبارات المصلحة العامة ونتيجة لاختلاف العقد الإداري عن العقد المدني، فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية إلا بنص خاص وصريح من المشرع.

- إن المحكمة الإدارية العليا قضت في العديد من أحكامها بأنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، لأنه يتعارض مع اختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات طبقاً للمدة 10 من قانون مجلس الدولة.

ثانياً : المواقف المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية

ذهب أنصار هذا الرأي⁴⁴⁹ من الفقه المصري إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية واستندوا إلى العديد من الحجج أهمها :

- إن المادة (501) من قانون المرافعات تنص على " ... كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين... "

448 - أكرم أمين الخولي: الاتجاهات العامة في قانون التحكيم الجديد، مؤتمر مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 12-13 سبتمبر 1994.

449 - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، م. س، ص 183.

فهذا النص وإن لم ينص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية، إلا أنه أطلق الحكم بجواز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، وهذه العبارة بها من السعة ما تشمل بين طياتها العقد الإداري.

– لا يوجد في قانون مجلس الدولة نص صريح يقضي بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، أما بالنسبة لما ورد في المادة العاشرة من القانون التي حددت اختصاص مجلس الدولة، فكان الغرض منه هو التمييز بين اختصاص القضاء الإداري والعادي وبيان الحد الفاصل بينهما، وأنه لا يجوز القول أن هذا النص يحظر على الجهات الإدارية اللجوء إلى التحكيم⁴⁵⁰.

فقد ذهب بعض من الفقه المصري إلى أن المادة الأولى من قانون 1994 تشمل كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص بما في ذلك التحكيم في العقود الإدارية، واستندوا في ذلك بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن العام يؤخذ على إطلاقه ما لم يخصص، وحيث إن نص المادة الأولى من القانون قد جاءت عامة في سريانها على التحكيم بين أشخاص القانون العام أو الخاص، فهي تمتد لتشمل التحكيم في العقود الإدارية، باعتباره أحد صور العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام والخاص، ويعزز جمهور الفقه رأيه هذا بالقول بأن المذكرة الإيضاحية للقانون أكدت خضوع العقود الإدارية للتحكيم⁴⁵¹.

- أن محكمة القضاء الإداري ذهبت إلى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك في إحدى القضايا التي عرضت عليها، كما

450 - جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، م. س، ص 57.

451 - عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، منشأة المعارف الطبعة الأولى 2006، ص 29.

أن المحكمة الإدارية العليا تراجع عن اتجاهها السابق والرافض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وأجازت اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في حكمها الصادر في 18 يناير 1994، وذلك قبل صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

- أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، حينما قررت بأن التحكيم هو "الاتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم، وقررت إن التحكيم يقوم على أساسين هما إرادة الخصوم وإقرار المشرع لهذه الإرادة.

- أن قانون المرافعات المدنية والتجارية أجاز على الاتفاق على التحكيم مبينا شروطه وإجراءات وكيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن عليها، وذلك في المواد 501 وما بعدها⁴⁵².

الفقرة الثانية : موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود

الإدارية

أتاحت للقضاء المصري فرصة البت في عدة قضايا تتعلق بموضوع التحكيم في العقود الإدارية، كما أن المحكمة الدستورية العليا بمصر سبق لها في العديد من أحكامها وأن قالت كلمتها في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وكذلك تحديد موقفها من التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري. وإذا كان ما يهمننا هنا بالأساس هو موقف القضاء المصري بشقيه الإداري (ثانيا) والعادي (ثالثا) من مسألة التحكيم في العقود الإدارية، فإن

452 - جورجى شفيق ساري: التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية،

التطرق لموقف المحكمة الدستورية العليا له أهمية قصوى (أولاً)، وذلك بالنظر الى المبادئ التي حددتها هاته المحكمة بخصوص موقع التحكيم داخل منظومة القضاء المصري وكذلك أنواع التحكيم وأثار الأحكام التحكيمية.

وحتى نتلمس موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية، سنتطرق أولاً للمبادئ التي أقرتها المحكمة الدستورية العليا من التحكيم بصفة عامة، لنرصد بعد ذلك موقف القضاء الإداري بشقيه، الافتائي والقضائي من التحكيم في العقود الإدارية، على أن نتناول في الأخير موقف القضاء العادي من التحكيم في العقود الإدارية.

أولاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من التحكيم

أرست المحكمة الدستورية العليا⁴⁵³ بمصر عدة ضوابط ومحددات دستورية للتحكيم بصفة عامة، هذه الضوابط التي حددت الطبيعة القانونية للتحكيم والموقف الدستوري من التحكيم الإجباري، وكذلك الحق في الطعن ضد مقتضيات المقررات التحكيمية والعلاقة بالحق في التقاضي كحق مكفول دستورياً.

وهكذا فقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2006/12/10 مبدأها الراسخ من موقع التحكيم في النظام القضائي المصري، وذلك باعتبارها " أن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل،

453 - بموجب القانون رقم 84 لسنة 1979 ألغيت المحكمة العليا وحلت محلها المحكمة الدستورية العليا وانتقل اختصاص المحكمة العليا الى المحكمة الدستورية العليا باستثناء الاختصاص بوقف تنفيذ الاحكام الصادرة من هيئات التحكيم في منازعات القطاع العام.

وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، فالتحكيم مصدره الاتفاق؛ إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تعرض لهما، وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه، ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزة اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة، ومن ثم يعتبر التحكيم نظاماً بديلاً عن القضاء، فلا يجتمعان...⁴⁵⁴.

كما أن المحكمة الدستورية العليا اعتبرت بأن المحكمين لا يتولون مهامهم بإسناد من الدولة⁴⁵⁵. في حين أن الأمر بالتنفيذ الذي يصدره القاضي المختص وفقاً لأحكام قانون التحكيم لا يُعد مجرد إجراء مادي بحت، يتمثل في وضع الصيغة التنفيذية على حكم المحكمين، وإنما يتم بعد بحث الاختصاص ثم التأكد من عدم تعارض هذا الحكم مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع؛ بما مؤداه أن ما قرره هذا النص من عدم جواز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في حالة سبق صدور حكم قضائي في موضوع النزاع، إنما هو تأكيد لانتفاء اختصاص أى هيئة للتحكيم بالفصل فيما سبق أن حسمته الأحكام القضائية من منازعات إعمالاً لحجية هذه الأحكام القضائية⁴⁵⁶.

454 - حكم المحكمة الدستورية العليا "تنازع" قضية رقم 15 لسنة 27 قضائية بتاريخ 10/12/2006.

455 - حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة 1999/7/3 في القضية رقم 20/104 ق دستورية.

456 - حكم المحكمة الدستورية العليا "تنازع" قضية رقم 15 لسنة 27 قضائية بتاريخ 10/12/2006.

أما فيما يتعلق بالتحكيم الإلزامي في النص التشريعي كوسيلة لإنهاء المنازعات، فقد اعتبرت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1999/7/3 بأن "نظام التحكيم الإلزامي الذي فرضته النصوص الطعينة - ومؤداه خضوع ذوي الشأن لأحكامه قهراً - قوّض أهم خصائص التحكيم ممثلة في اتفاق طرفي النزاع بإرادتها الحرة في الأنزعة التي يحددانها وفق القواعد التي يرتضيانها، وليكون لأي منهما حق التمسك بانعدامه أو ببطلانه أو بسقوطه بحسب الأحوال وطبقاً للقانون، مما أدى إلى عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي يتناولها منتزعا ولايتها مستبدلاً بها تحكيمياً قسرياً لا خيار لذو الشأن في رفض الامتثال له، وإلا صار قرار الإدارة الجمركية نهائياً؛ فإذا نزل على إرادتها وعين محكماً يمثله في لجنة التحكيم الابتدائية، آل أمر الفصل في النزاع عند اختلاف الحكّمين إلى لجنة التحكيم العالية لتصدر في غيبته قراراً نهائياً واجب التنفيذ...." ⁴⁵⁷.

وفي نفس حكمها المشار 'ليه أعلاه نصت المحكمة الدستورية العليا على أن ".... الدستور قد كفل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي مخولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستها، مهياً دون غيره للفصل فيها، كذلك فإن لحق التقاضي غاية نهائية يتوخاه تمثلها الترضية القضائية، التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها، فإذا أرهاقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كفلها الدستور لهذا الحق وإنكاراً لحقائق العدل في جوهر ملامحها...".

وأقرت المحكمة الدستورية العليا نفس المبدأ حين صرحت بعدم دستورية المادتين (13) فقرة (4) و (17) من قواعد إعداد النظام الداخلي للجمعية التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم 693 لسنة 1981، والمادة (10) من قواعد العمل بالجمعيات التعاونية للبناء والإسكان المرفقة بقرار وزير التعمير والدولة للإسكان واستصلاح الأراضي رقم 46 لسنة 1982، فيما تضمنته تلك النصوص من فرض نظام للتحكيم الإلزامي على الجمعيات التعاونية للبناء والإسكان وأعضائها⁴⁵⁸.

وبخصوص عدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (66) من قانون هيئات القطاع العام وشركاته الصادر بالقانون رقم 97 لسنة 1983 فيما نصت عليه من عدم قابلية أحكام التحكيم للطعن فيها بأي وجه من وجوه الطعن، فقد اعتبرت المحكمة في حكمها : "إنه ولئن كانت القاعدة العامة في قانون المرافعات المدنية والتجارية - باعتباره القانون الإجرائي العام - أنه ليس من شأن أي نص يحظر أو يقيد حق الطعن في الأحكام، الحيلولة دون الطعن عليها بدعوى البطلان الأصلية إذا لحق بها عيب شكلي أو موضوعي يصمها بالبطلان، باعتبار أن دعوى البطلان الأصلية لا تعتبر طريقاً من طرق الطعن في الأحكام، وإنما هي أداة لرد الأحكام التي أصابها عوار في مقوماتها، عن إنفاذ آثارها القضائية، إلا أن التعميم المطلق الذي أورده النص الطعين في حظره الطعن على أحكام هيئات التحكيم الخاضعة لقانون هيئات القطاع العام وشركاته، مؤداه - كما استقر عليه فهم النص - أن هذا الحظر يمتد أيضاً إلى دعوى البطلان الأصلية، وعلى أساس هذا النظر يجرى طرح الطعن المائل ..".

كما أنه و"إذا كان الأصل العام في التحكيم أن يكون وليدًا لاتفاق الخصوم على اللجوء إليه كطريق بديل عن اللجوء إلى القضاء لفض ما يثور بينهم من منازعات، وفي الحدود والأوضاع التي تترضى إرادتهم عليها، إلا أنه ليس هناك ما يحول والخروج على هذا الأصل العام إذا قامت أوضاع خاصة بخصوم محددين وفي شأن منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة لطبيعة المنازعات العادية، وعلى ذلك فإنه إذ وقع في حقبة الستينات أن انتهجت الدولة سياسة تأمين وحدات الإنتاج وصيرورتها مالكة لها، بما ترتب عليه إنشاء مؤسسات وشركات قطاع عام لإدارة الأنشطة التي تضطلع بها هذه الوحدات، فقد اتجه المشرع إلى إيجاد آلية لفض المنازعات التي تثور بين هذه الشركات من ناحية وبين غيرها من المؤسسات العامة أو الجهات الحكومية، تتفق مع الطبيعة الخاصة لهذه الكيانات، كما تتفق مع حقيقة أن النتيجة النهائية لفض أية منازعة سترتد إلى الذمة المالية لمالكة هذه الكيانات وهي الدولة، أيًا كان الأمر في ارتدادها إليها، إن سلباً أو إيجاباً، وعلى ذلك فقد رسم المشرع بقواعد أمره وجوب أن تلجأ المؤسسات العامة وشركات القطاع العام والجهات الحكومية إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تثور فيما بينها، أما عن قواعد وإجراءات هذا التحكيم فقد انتظمتها أحكام قوانين المؤسسات العامة وشركات القطاع العام المتعاقبة بدءاً من القانون رقم 32 لسنة 1964 ثم القانون رقم 60 لسنة 1971 وأخيراً القانون الطعين رقم 97 لسنة 1983....

وحيث إن أحكام هيئات التحكيم الصادرة طبقاً لقانون هيئات القطاع العام وشركاته رقم 97 لسنة 1983 هي أحكام لها حجية، وهي نافذة، شأنها في ذلك شأن أحكام هيئات التحكيم التي تصدر في منازعات التحكيم المبني على اتفاق الخصوم، فكلاهما يعد عملاً قضائياً يفصل في خصومة، بما مؤداه وجوب تقيدهما معاً بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي.

وأضافت المحكمة الدستورية العليا بأن ".... الالتزام بالمبادئ الأساسية لضمانات التقاضي كان نهج المشرع عندما وضع تنظيمياً تشريعياً للتحكيم المبني على اتفاق الخصوم، وهو التنظيم الذي اندرجت أحكامه في الباب الثالث من الكتاب الثالث من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968، فهو وإن حظر الطعن على أحكام المحكمين بطرق الطعن العادية وغير العادية، إلا أنه أجاز الطعن عليها بدعوى البطلان التي نُظمت أحكامها المادتان 512، 513 من هذا القانون، وإذ صدر القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، فإن المشرع ظل ملتزماً بمنهجه في كفالة الضمانات الأساسية للتقاضي، فهو وإن حظر الطعن على أحكام المحكمين على نحو ما كان مقرراً من قبل، إلا أنه أجاز الطعن عليها بدعوى البطلان التي نُظمت أحكامها في المادتين 53، 54 منه.

وحيث إن حاصل ما تقدم أن المشرع، وإن قرر قاعدة عامة في شأن أحكام المحكمين التي تصدر في منازعات التحكيم التي تبني على اتفاق الخصوم، هي حظر الطعن عليها بطرق الطعن العادية وغير العادية، بتقدير أن اللجوء لهذا النوع من التحكيم إنما ينبني في نشأته وإجراءاته وما يتولد عنه من قضاء، على إرادة الاختيار لدى أطرافه التي تتراضى بحريتها على اللجوء إليه كوسيلة لفض منازعاتهم، بدلاً من اللجوء إلى القضاء، إلا أنه في توازن مع تقريره حجية لهذه الأحكام وجعلها واجبة النفاذ، عمد إلى مواجهة حالة أن يعتور عمل المحكمين عوار يصيب أحكامهم في مقوماتها الأساسية بما يدفع بها إلى دائرة البطلان بمدارجه المختلفة، فكانت دعوى البطلان هي أداته في تحقيق التوازن، الذي به تتوافر ضمانات من الضمانات الأساسية للتقاضي، وهو بهذا قد بلغ نتيجة قوامها أنه إذا كانت القاعدة العامة هي جواز الطعن على أي حكم يصدر من المحاكم بمختلف درجاتها وأنواعها، بدعوى البطلان، فضلاً عن جواز

الطعن عليها بطرق الطعن الأخرى، فإن أحكام المحكمين التي تصدر طبقاً لأحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية وإن لم تكن قابلة للطعن عليها بطرق الطعن العادية وغير العادية إلا أنها تشارك أحكام المحاكم الأخرى في جواز الطعن عليها بدعوى البطلان التي نظمها القانون الأخير...

.....وحيث أن النص الطعين قد خالف هذا النظر وخرج على القواعد العامة في شأن قابلية الأحكام الصادرة من المحاكم وأحكام هيئات التحكيم للطعن عليها بالبطلان، حين قرر أن أحكام هيئات التحكيم التي تشكل استناداً لأحكام القانون رقم 97 لسنة 1983، نهائية ونافاذة وغير قابلة للطعن عليها بأي وجه من وجوه الطعن، فأصبح على هذه الأحكام حجية مطلقة تعصمها من أية قابلية للتصحيح، أي كانت العيوب الشكلية أو الموضوعية التي لحقت بها، وأياً كانت مدارج البطلان التي أنزلتها إياها هذه العيوب - إذ كان ذلك، وكان المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الناس لا يميزون فيما بينهم في نطاق القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم الخصومة عينها، ولا في طرق الطعن التي تنتظمها، بل يجب أن يكون للحقوق ذاتها قواعد موحدة في مجال التداعي بشأنها أو الطعن في الأحكام الصادرة فصلاً فيها، فإن النص الطعين وقد مايز بين سائر الأحكام القضائية والتحكيمية وبين الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم التي تشكل وفقاً لأحكام القانون رقم 97 لسنة 1983، واختص الأخيرة بمعاملة تحول والطعن عليها بدعوى البطلان أو باى طريق آخر من طرق الطعن، فإنه يكون قد خالف مبدأ المساواة أمام القانون وخضوع الدولة لأحكامه، بما يوقعه في حماة مخالفة المادتين 40، 65 من الدستور....."459.

**ثانياً: موقف القضاء الإداري المصري من التحكيم في العقود
الإدارية**

للقوف على موقف القضاء الإداري المصري من التحكيم في العقود الإدارية، يجب عدم الاكتفاء بالأحكام الصادرة عن هاته الجهة من القضاء، بل أن الأمر يتطلب الوقوف على الفتاوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري، وكذلك الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في موضوع التحكيم في العقود الإدارية.

أ - فتاوى مجلس الدولة

صدرت عدة فتاوى متناقضة عن قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بخصوص الموقف من التحكيم في العقود الإدارية، حيث قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في الفتوى الصادرة عنها بجلسة 1970/1/15، عدم جواز التحكيم في العقد لإمكانية التحكيم في العقود الإدارية، وأنه يجب أن ينص المشرع على إجازة اللجوء إلى التحكيم، وأن إرادة الخصوم وحدها غير كافية لخلق نظام التحكيم⁴⁶⁰.

وفي الفتوى الصادرة عنها بجلسة 1977/3/30، سلكت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة نفس المسلك، وأكدت على مبدئها السابق والمتمثل في أنه لايجوز اللجوء إلى التحكيم دون وجود نص قانوني يجيز ذلك⁴⁶¹.

غير أنه وفي فتاوها بجلستها المنعقدة بتاريخ 1989/5/17، أصدرت الجمعية العمومية بمناسبة مراجعة اللجنة الثانية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة لعقد بين وزارة الإسكان ومجموعة العمارة والتخطيط، والذي ورد في المادة العاشرة من العقد أن الطرفين قد اتفقا على أن يفصل

460 - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم 163/6/86 جلسة 1970/1/15 قاعدة 258 الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء العاشر ص 852.

461 - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ملف رقم 163/6/86 جلسة 1970/1/15 قاعدة 258 الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء العاشر ص 852.

بينهما في المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد هيئة تحكيم فتوى تجيز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية⁴⁶².

ولقد جاءت هاتاه الفتوى بعد أن قضت محكمة القضاء الإداري في نفس القضية بإلزام الحكومة المصرية بتعيين محكم عنها للفصل في النزاع القائم بين الطرفين وذلك إعمالاً لما كان قد اتفق عليه الطرفان بموجب عقد الامتياز الرابط بينهما والمتعلق بهضبة المقطم بمصر، في حين أن المحكمة الإدارية العليا وعند نظرها للطعن المقدم من قبل هيئة قضايا الدولة نيابة عن وزير الإسكان قضت بإلغاء الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري، وذلك اعتماداً على أنه لا يصح التحكيم إلا لمن له حق التصرف في حقوقه في حين "أن الوزير لا يملك أن يمد أجل عقد أبرم بناء على قانون وضعي خاص إلا بعد استصدار قانون وضعي مصري آخر يجيز له ذلك".

ففي هذه الفتوى استعرضت الجمعية العمومية النصوص التي تتعلق باختصاص مجلس الدولة سواء في الدستور وبالتحديد المادتين 172، أو في قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، وبالتحديد المادتين 58 والمادة العاشرة تنص في البند حادي عشر منها على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في "المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر". والمادة 85 في الفقرة الثالثة منها تنص على أنه "ولا يجوز لأي وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة"⁴⁶³.

462 - محمود السيد عمر التحيوي: التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي،

الإسكندرية 2007، ص 378

463 - فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بتاريخ 17/ 5/ 1989 ملف رقم 265/1/54.

وبفتوى أخرى صادرة بتاريخ 7 فبراير 1993 سارت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على نفس المبدأ الذي قررته في فتواها السابقة واجازت بالتالي اللجوء الى التحكيم في العقود الادارية⁴⁶⁴، وكانت هاته الفتوى تتعلق بعقد كان قد أبرم بين وزارة الأوقاف ومركز الأهرام للتنظيم والميكرو فيلم.

ولقد اعتبرت هاته الفتوى بأن عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به ملزم للخصوم، غير أن هاته الفتوى اشترطت لصحة اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية عدم استبعاد أعمال القواعد الموضوعية التي تطبق على العقود الإدارية عند نظر المنازعة المطروحة أمام التحكيم.

وبالرغم من صدور القانون رقم (27) لسنة 1994، استمر الجدل الفقهي والقضائي حول مسألة التحكيم في العقود الإدارية، فبعد أن كانت الجمعية العمومية قد ذهبت إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية في فتواها بتاريخ 17/5/1989، فإنها في فتوى أخرى لها بتاريخ 18/12/1996 وبعد استعراضها المادة الأولى والثانية من قانون التحكيم رقم (27) لسنة 1994، انتهت إلى أن إجازة التحكيم في العقود الإدارية يتطلب تدخلا تشريعيا يجيز ذلك، وذلك عندما قررت بان المادة الأولى تواجه موضوع نطاق سريان القانون أما المشكلة المراد حسمها تتعلق بالقابلية للتحكيم وازافت أن شمول نظام التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسع هذه العقود أو لا يسعها وإنما يتعلق بصحة شرط التحكيم من حيث توافر أهلية إبرامه. وإذا كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصلح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته فإنه في منازعات العقود

464 - فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، صادرة بتاريخ 1993/2/7، ملف رقم

الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا بإكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية العامة ولا تكتمل الولاية هنا إلا بعمل تشريعي يجيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة، أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للأذن به في أية حالة مخصصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا يقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو غير ذلك من أشخاص القانون العام.

كما أن هاته الفتوى اعتبرت بأن "لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي إما لجوءها إلى التحكيم فهو يفيد إلا يتغاضى عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وأدائها، وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بأجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل المشرع

.. ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافي بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم، وأضافت الفتوى بأن قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وضع أساسا لتنظيم التحكيم في شأن المنازعات المدنية والتجارية، ومن ثم لا يخضع العقد الإداري لهذا القانون لعدم وجود نص صريح بذلك...⁴⁶⁵.

وفي فتواها الصادرة بتاريخ 1997/2/22 سارت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على نفس نهجها السابق فيما يتعلق بحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية، إذ اعتبرت " .. إن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي، أما لجوءها في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء

بهئية ذات ولاية خاصة وهو تحكيم لجهة خاصة في أن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام.

وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها وإدارتها. وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل تشييعي.. ويظهر مما سبق جميعه مدى التباين والتنافي بيني العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية وبين اتفاق التحكيم..

وفيما يتعلق بالمسألة المثارة أن مشروعاً أعد أصلاً لينظم التحكيم في المنازات الدولية ثم ورد استحساناً أن يتضمن تنظيمها عاماً للتحكيم في المنازعات الدولية والداخلية ليحل محل مواد قانون المرافعات التي كانت تنظم التحكيم، فالقانون أساساً صدر ليعالج المسائل المدنية والتجارية، وبالنسبة لخضوع منازعات العقد الإداري للتحكيم المنظم بالقانون رقم 27 لسنة 1994 فإن هذا القانون في أي من مراحل إعداده وحتى صدوره لم يشمل قط على حكم صريح بخضوع العقود الإدارية...⁴⁶⁶

ب - موقف القضاء الإداري قبل دخول قانون 1997 حيز التطبيق

في حكمها الصادر بتاريخ 18 مايو 1986 بخصوص قضية هضبة المقطم، أقرت محكمة القضاء الإداري بمصر جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك عندما قضت بوقف تنفيذ القرار السلبي للوزارة في هذه القضية، والتي تتلخص في إبرام عقد امتياز هضبة المقطم بين شركة أجنبية خاصة ووزارة التعمير والإسكان، والذي اتفق فيه على أن يتم اللجوء إلى التحكيم لفض النزاع الناشئ عن هذا العقد. ولكن قد ثار بينهما نزاع فقامت الشركة برفع دعوى إمام محكمة القضاء الإداري تطلب

466 - فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، بتاريخ 22 فبراير 1997، رقم 160/339/45، المختار في فتاوى الجمعية العمومية لقسمى والتشريع في خمسين عاماً، إصدار المكتب الفني، مجلس الدولة، بمناسبة العيد الذهبي للمجلس 1947-1997، ص 789.

فيها إلغاء القرار السلبي بالامتناع عن إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم وتعيين محكم ممثل للحكومة المصرية في هيئة التحكيم، فأصدرت محكمة القضاء الإداري حكمها في هذه الدعوى بتاريخ 18 ماي 1986 الشيء الذي يثبت بأن المحكمة قد اعترفت بحق الأشخاص المعنوية العامة في اللجوء التحكيم في العقود الإدارية⁴⁶⁷.

غير أن هذا الحكم قضت بإلغائه المحكمة الإدارية العليا، وذلك بناء على الطعن الذي تقدمت به الوزارة ضد مقتضيات هذا الحكم، ولقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا بأنه " لا يكفي أن تصدق السلطة التشريعية على العقد الإداري الذي يتضمن شرط التحكيم لأن هذا العمل لا يعد قانونا من حيث الموضوع.... "

كما أن قانون مجلس الدولة نص " على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والإشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر، ومن ثم.. فإنه ينبغي تفسير البند الخامس من الاتفاق المشار إليه بما لا يهدم خصائص العقد الإداري ولا بما يزيل اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعات المتعلقة بذلك العقد، إذ أن اختصاص المجلس ورد في قانون موضوعي أي كقاعدة عامة.. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز أن يخالف هذا العمل الإداري أحكام القانون .."⁴⁶⁸

وقد سارت محكمة القضاء الإداري في أحكامها اللاحقة على نفس النهج المحدد من قبل المحكمة الإدارية العليا، بخصوص تقرير حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، وهذا ما يتضح من خلال حكمها الصادر بتاريخ 1990/3/13 وكذلك حكمها الصادر بتاريخ 1990/12/9، والذي رفضت فيه الدفع بعدم اختصاصها بنظر الدعوى لاختصاص هيئة التحكيم المتفق عليها في العقد موضوع النزاع.

467 - حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 1986/5/18، دعوى رقم 486 لسنة 39 قضائية.

468 - المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1990/2/20، طعن رقم 3049 لسنة 22 قضائية.

هذا الحكم الأخير والذي استندت فيه محكمة القضاء الإداري على أن قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 نص في المادة العاشرة منه على أنه "تختص محاكم مجلس الدولة دون غير بالفصل في المسائل الآتية : (أولاً).... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر. ومفاد ذلك أن محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهذا الاختصاص وارد كقاعدة عامة في قانون موضوعي، وعلى ذلك فلا يجوز أن يخالف العمل الإداري أحكام القانون، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في أحدث أحكامها.. وعليه فلا يحق للجهة الإدارية أن تأتي وتضمن العقد الإداري الذي تبرمه نصاباً باختصاص هيئة تحكيم.. إذ يتعين الالتفات عن هذا النص وإعمال أحكام القانون التي أنطت الاختصاص بذلك إلى مجلس الدولة دون غيره" ⁴⁶⁹.

وفي حكمها الصادر بتاريخ 30 يناير 1991، في قضية نفق الشهيد أحمد حمدي المقام أسفل قناة السويس، والتي كانت رفعتها وزارة التعمير ضد الشركة التي قامت بتنفيذ المشروع بعد ظهور عيوب وتشققات في النفق أدت إلى تسرب مياه قناة السويس إلى النفق، وكان مهدداً بالانهيار مما دفع الحكومة إلى غلقه لحين ترميمه وإصلاح العيوب به وفي هذه القضية دفعت الشركة بعدم اختصاص القضاء المصري بنظر مثل هذا النزاع، وذلك لوجود شرط تحكيم متفق عليه في العقد كما ان هيئة التحكيم المتفق عليها هي المختصة بنظر هذا النزاع وليس القضاء الإداري بمصر.

وقد قضت المحكمة برفض الدفع وباختصاصها بنظر الدعوى وببطلان شرط التحكيم المتفق عليه في العقد لأنه يسلب اختصاص قضاء

مجلس الدولة، المختص الأصيل دون غيره بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية كما نص القانون⁴⁷⁰.

وانطلاقاً من أحكام المحكمة الإدارية العليا وأحكام محكمة القضاء الإداري المشار إليها أعلاه، نجد أن هاتاه الإحكام قد أرست مبدأ عاماً، مفاده عدم جواز سلب اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية وعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن المحكمة الإدارية العليا قد غيرت من نهجها السابق من جديد وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1994/1/18، هذا الحكم الذي أقرت فيه من جديد جواز اللجوء إلى شرط التحكيم في العقد الإداري⁴⁷¹.

فبالرجوع إلى حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1994/1/18، نجد أن القضاء الإداري المصري قد حدد بموجب هذا الحكم مجموعة من المبادئ المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية، حيث جاء بهذا الحكم بأن التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة، وأن الاتفاق على التحكيم ليس معناه النزول عن حق الالتجاء إلى القضاء، ذلك أن حق التقاضي هو حق من الحقوق المقدسة التي تتعلق بالنظام العام في حين أن الاتفاق على التحكيم معناه أن إرادة المحكم تقتصر على إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، كما أنه وإذا لم ينفذ عقد التحكيم لأي سبب من الأسباب عادت سلطة الحكم إلى المحكمة.

كما أن هذا الحكم اعتبر بأنه وإذا كان من المبادئ الأساسية في العقود ومنها عقد التحكيم أنه ينبغي أن تتطابق إرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاضعة للتحكيم، فإن هذا الأخير يقتصر على ما اتفق بصدده من

470 - محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1991/1/30، دعوى رقم 5439 لسنة 43 قضائية.

471 - محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم في العقود الإدارية، م. س، ص 377.

منازعات، وإنه إذا حصل الاتفاق في عقد على عرض جميع المنازعات التي تنشئ عن تنفيذه أو تفسيره على محكمين، فإن هذا يشمل كل المنازعات بين المتعاقدين بشأن التنفيذ والتفسير سواء وقت قيام العقد أو بعد انتهائه، كما أن الاتفاق على التحكيم لا ينزع الاختصاص من المحكمة وإنما يمنعها من سماع الدعوى طالما بقي شرط التحكيم قائماً وأن المنازعة في تفسير عقد إداري تدخل في ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء، لتخلص في الأخير إلى الحكم بجواز الاتفاق على شرط التحكيم في العقود الإدارية⁴⁷².

ج - تطبيقات القضاء الإداري لمقتضيات قانون 1997

إذا كانت فتاوى مجلس الدولة وأحكام القضاء الإداري بمصر قد انصبت حول التقرير في مدى مشروعية التحكيم في العقود الإدارية، فإنه وبعد تدخل المشرع المصري وإقراره صراحة للتحكيم في العقود الإدارية بموجب قانون 1997، انتقلت أحكام القضاء الإداري المصري إلى مناقشة الشروط والكيفيات التي يصح بموجبها التحكيم في العقود الإدارية.

وهكذا فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 2005/5/31 بعدم مشروعية اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخول قانون 1997 حيز التطبيق، إذ اعتبرت بأنه "ولا ينال مما تقدم القول بأن العقد محل المنازعة والذي تضمن شرط التحكيم قد أبرم في 1993/6/20 أي قبل صدور القانون رقم 9 لسنة 1997 بتعديل المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم 27 لسنة 1994، فهذا القول مردود بأن قضاء هذه المحكمة جرى قبل تعديل المادة الأولى سالف الذكر على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية، استناداً إلى أن الاختصاص القضائي

472 - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1994/1/18 الطعن رقم 886 لسنة 30 ق، انظر أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، الطبعة الثانية 2008، ص 457.

لمجلس الدولة المبين بالمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة رقم 74 لسنة 1972 بقصر الفصل في منازعات العقود الإدارية على محاكم مجلس الدولة. وترتيباً على ما تقدم وإذ ذهب الحكم المطعون فيه إلى هذا النظر فإنه يكون جاء متفقاً وحكم القانون ويكون الطعن عليه غير قائم على سند من القانون وجديراً بالرفض...⁴⁷³.

أما فيما يخص تطبيق مقتضيات المادة (1) من القانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997، والتي أجازت التحكيم في العقود الإدارية بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية دون جواز التفويض في ممارسة هذا الاختصاص، فقد قضت محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في حكم لها صادر بتاريخ 2006/4/23 ببطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية متى تم هذا الشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ودون جواز التفويض في ممارسة هذا الاختصاص، ولقد جاء بهذا الحكم بأنه "و حيث إنه تطبيقاً لما تقدم ولما كان الثابت بالأوراق أنه ولئن كان العقد المبرم بين طرفي النزاع المائل قد تضمن في البند الثاني عشر منه الاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذه عن طريق التحكيم، إلا أن الثابت أن وكيل المدعي عليهما قد حضر بجلسة 1998/1/24 إبان تداول الدعوى أمام محكمة جنوب القاهرة الابتدائية المرفوعة أمامها الدعوى ابتداءً وقدم مذكرة دفاع لم يدفع فيها بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وتناول فيها الرد على موضوع الدعوى طالباً رفضها كما حضر بجلسة 1998/5/31 وطلب التأجيل لعلان بدعوى الضمان الفرعية،

473 - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 2005/5/31 في الطعن رقم 6268 لسنة 64 ق. عليا الدائرة الثالثة، مشار إليه بمجموعة القوانين والمبادئ الصادرة عن المكتب الفني لهيئة قضايا الدولة لعام

وبالتالي فإن دفعه المائل بعدم قبول الدعوى شكلا لوجود شرط التحكيم والذي أبداه بمذكرة دفاعه المقدمة بجلسة 1998/7/12 بعد إبدائه لدفع وطلبات موضوعية في الدعوى يكون مخالفا لصحيح حكم القانون هذا فضلا عن أنه لم يثبت من الأوراق أن الوزير المختص - وزير الثقافة - قد وافق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد محل النزاع المائل بما يعني أن هذا الشرط قد وقع باطلا مطلقا لمخالفته لنص المادة (1) من القانون رقم 27 لسنة 1994 والمعدلة بالقانون رقم 9 لسنة 1997 والتي أجازت التحكيم في العقود الإدارية بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصاته بالنسبة للأشخاص الاعتبارية دون جواز التفويض في ممارسة هذا الاختصاص، وبالتالي فإن الدفع بعدم قبول الدعوى والأمر كما تقدم يكون في محله جديرا بالانتقادات عنه...⁴⁷⁴.

ولقد سبق لمحكمة القضاء الإداري بالقاهرة وإن قررت نفس الشيء في حكمها الصادر بتاريخ 2006/2/19، هذا الحكم الذي جاء فيه بأنه "و حيث إنه يتعين التنويه إلى أن مجلس الدولة الفرنسي ظل رافضا مبدأ التحكيم في العقود الإدارية لما فيه من مساس بسيادة الدولة والانتقاص منها والعدوان على سلطة القضاء الوطني، وقد شايعه في ذلك مجلس الدولة المصري على ما درجت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا لذات المحكمة، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي مجيزا التحكيم في بعض العقود الإدارية، كما تدخل المشرع المصري بالقانون رقم 9 لسنة 1997 مضيفا على المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 فقرة خاصة أجاز بمقتضاها التحكيم في العقود الإدارية إلا أن هذه الإجازة مرهونة بضرورة موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية دون جواز التفويض في ممارسة هذا الاختصاص بما يفيد الاتصال والترابط بين اتفاق التحكيم

474 - حكم محكمة القضاء بالقاهرة الدائرة السادسة عقود بتاريخ 2006/4/23 الدعوى رقم 11498 لسنة 53 ق.

في هذه العقود وبين موافقة الوزير المختص، بمثل ما يقال أن العقد ينعقد بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين. ومن ثم لا ينعقد اتفاق التحكيم بغير توافر الصفة التي شرطها النص بمن يوافق عليه. ومفاد عدم انعقاد الاتفاق أن يكون باطلا ولم ينشأ دون حاجة إلى تصريح بذلك يرد في ألفاظ النص.

ولا مرية في أن اشتراط أن يكون الوزير المختص هو من يوافق على اتفاق التحكيم في العقود الإدارية حسبما ذكرت الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون، هو تحديد قانوني لمن تتوافر فيه صفة التصرف بإمضاء اتفاق التحكيم في الحالة المخصوصة المتعلقة بهذا الجنس من العقود. وإن جزاء عدم توافر الاتفاق ومن المتعارف عليه أن الاتفاق يغدو باطلا لا أثر له إن تخلف شكل أوجبه القانون أو انعدام أحد أركانه الثلاثة وهي الرضا والمحل والسبب أو إذا تخلف أحد الشروط التي اعتبرها المشرع لأي من هذه الأركان الثلاثة ومن ذلك ما أورده الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانون التحكيم متعلقا بوجوب موافقة الوزير المختص.

وحيث إنه تطبيقا لما تقدم ولما كان الثابت بالأوراق أن الوزير المختص - وزير النقل آنذاك - لم يوافق على شرط التحكيم الذي تضمنه العقد محل المنازعة الماثلة بما يعني أن هذا الشرط وقع باطلا بطلانا مطلقا وبما يعيد لهذه المحكمة ولايتها بالفصل في موضوع الدعوى باعتبارها من منازعات العقود الادارية⁴⁷⁵.

ثالثا: موقف القضاء العادي

أجاز القضاء المدني في مصر اللجوء إلى التحكيم في عقود الإدارة المدنية والتجارية والإدارية سواء قبل صدور قانون 27 لسنة 1994 أو بعد

صدوره، حيث استند القضاء المصري قبل صدور قانون (27) لسنة 1994 إلى المادة (501) من قانون المرافعات المصري والتي وردت مطلقة في إجازة اللجوء إلى التحكيم، أما بعد صدور قانون (27) لسنة 1994 فقد استند إلى المادة الأولى من قانون (27) لسنة 1994.

ففي حكمها الصادر بتاريخ 1995/12/5 قضت محكمة استئناف القاهرة ببطلان حكم التحكيم في نزاع يتعلق بعقد بين وزارة الدفاع المصرية وشركة أمريكية، وذلك استنادا على أن الحكم التحكيمي طبق على العقد موضوع النزاع القانون المدني المصري، في حين أن هذا العقد هو عقد إداري وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق هو القانون الإداري المصري وليس مقتضيات القانون المدني، حيث جاء بهذا الحكم أنه: " إذا اتفق في القضية على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري فإن المقصود هو القانون الإداري المصري، ولذلك فإنه إذا عمل حكم التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري المصري فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق عليه في العقد على أعمال أحكامه بما يتوافر معه حالة من حالات طلب بطلان التحكيم..."⁴⁷⁶.

وإذا كانت محكمة استئناف القاهرة في حكمها هذا قد اقتضت على مناقشة القانون الواجب التطبيق دون الخوض في مسألة جواز أو حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإن هذه المحكمة وبالرغم من صدور فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، هاته الفتوى التي قررت عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية وذلك بعد صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، إلا أن محكمة استئناف القاهرة أصدرت حكما قضت فيه بشكل واضح وصريح بصحة

476 - حكم محكمة استئناف القاهرة الدائرة 8 تجاري الصادر بتاريخ 1995/12/5 انظر أحمد شرف الدين: سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم، "دعوى بطلان حكم التحكيم"، دار النسر الذهبي للطباعة، الطبعة الثانية 1997، ص 97.

شرط التحكيم الوارد في العقد رغم وجود شخص عام كطرف في العقد وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1997/3/19، هذا الحكم الذي أثار جدلا ونقاشا فقها كبيرا في مصر⁴⁷⁷.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الأعلى للآثار أبرم عقدا مع شركة انجليزية بتاريخ 10\11\1993، ويتمثل موضوع العقد في أن تقوم الشركة الإنجليزية بتنسيق الموقع الخارجي لمتحف النوبة، والعقد يتضمن بندين، البند الثاني ينص على أن سعر المتر من الطبقة العازلة 900 جنيه والبند الرابع ينص على أن سعر الطبقة العازلة 942 جنيه.

كما طلبت الهيئة العامة للآثار من الشركة الإنجليزية أن تقوم بمحاسبتها على أساس البند الثاني، فحصلت مشكلة وتم طلب فتوى من مجلس الدولة المصري، فأعطى مجلس الدولة فتوى لصالح المجلس الأعلى للآثار، غير أنه ومادام أن العقد كان يتضمن شرط تحكيم ينص على أنه إذا نشأت منازعة بين الفريقين فإن المنازعة سوف يتم حلها من خلال تحكيم يعقد في القاهرة، وفقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، فقامت الشركة الإنجليزية بتنفيذ إجراءات التحكيم وأصدرت هيئة التحكيم حكما ضد المجلس الأعلى للآثار، وعلى إثر ذلك قامت الحكومة المصرية بالطعن ضد حكم التحكيم الصادر في الموضوع.

ولقد اعتمدت الحكومة المصرية من ضمن ما اعتمدته من أسباب للطعن، سبب الطعن بالبطلان لأن الحكم بني على بند تحكيم منعدم، اذ وفقا لقانون مجلس الدولة المصري لا يجوز التحكيم وأنه تختص محاكم مجلس الدولة المصري وحدها بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد وأي عقد إداري آخر.

ولما عرض الطعن على أنظار محكمة استئناف القاهرة انتهت هاته المحكمة إلى رد دعوى الطعن بالبطلان وأسست هذا الرفض بناء على التعليل التالي :

أنه يوجد مبدأ قانونيا لا يمكن الخروج عنه، وهو المبدأ القائل لا اجتهاد مع النص، فإذا كانت نصوص القانون صريحة وواضحة فانه لا يجوز تفسيرها على خلاف ما تنطق به، ولما كان من الثابت من نص المادة الأولى من قانون التحكيم المصري على أنه تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم يتم بين أطراف من القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع فان هذه المادة تفيد قطعاً جواز التحكيم في العقود الإدارية.

أما بالنسبة لتنازع القوانين من حيث الزمان، حيث أن قانون التحكيم المصري سنة 1994 ورد في ديباجته في المادة الثالثة منه على أنه تلغى المواد من 501 إلى 513 من القانون 13 سنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون، ولما كان قانون مجلس الدولة المصري قد صدر سنة 1972، فإنه ما ورد فيه من نص المادة العاشرة والتي تعطي اختصاصاً استشارياً لمجلس الدولة بنظر المنازعات المتصلة بالعقود الإدارية يكون هذا النص قد الغي.

وبالنسبة لتفسير نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري، فإذا كان صحيحاً أن هذه المادة تعقد الاختصاص لمجلس الدولة المصري وحده بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فان هذه نطاق أعمال هذه المادة يتحدد بالعلاقة بين القضاء المدني والقضاء العدلي ولا علاقة لها بجواز التحكيم في العقود الإدارية، فإذا كان التحكيم مباح بشكل كامل فإنه يجوز في العقود الإدارية.

وفي الأخير خلصت المحكمة إلى أن مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية هو مبدأ عام يطبق في القانون المدني وفي إطار العقد الإداري، وأن هذا المبدأ يستوجب أن لا تقوم الهيئة الإدارية العامة بالتوصل من التزاماتها، حيث أن المستقر عليه فقها وقضاء وتحكيما هو أنه لا يجوز للدولة أن تستند إلى قيود تشريعية داخلية وان كانت حقيقية للتوصل من الالتزامات التي سبق لها أن قبلتها، كما أن إيجاد شرط التحكيم يرجع سببه إلى كون هذا الشرط ضمانا إجرائية لتشجيع الاستثمار، ومن ثم فإنه يجب على المشروع العام أو الدولة التي تقبل شرط التحكيم أن تقوم باحترام التزاماتها الناشئة عن هذا الشرط وإلا كان لتوصلها من هذا الشرط أوخم العواقب على الاستثمار⁴⁷⁸.

وفي الأخير فإن إقرار التحكيم في العقود الادارية في النظام القانوني المصري لم يحقق الغاية المرجوة منه، وذلك بالنظر إلى عدم التأهيل القانوني للعنصر البشري بالإدارات المصرية، كما أن المستثمر الأجنبي يضع شروطه، ويصيغ عقوده، ويستشير كبار القانونيين في بلده، ويجلس على مائدة المفاوضات، فلا يجد سوى بسطاء موظفي الإدارة القانونية يتسلحون بعقود محلية الصنع لاتعرف عن العولمة وتعقيدياتها واتفاقياتها وعقوباتها شيئا.. والنتيجة خسارة باهظة بأحكام مراكز التحكيم الاقتصادية وعلي رأسها مركز واشنطن المرعب، ولاشك أن الفاتورة الثقيلة لقضايا التحكيم تدفعها مصر احتراما لتعهداتها وخوفا علي مناخ الاستثمار، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر القضية المعروفة بقضية نائل الفرارجي في قضية فندق النيل الشهيرة، ودفعت له مصر مايقرب من 23 مليوناً منها عشرة ونصف مليون جنيه صدر بها حكم أمام محكمة جنوب القاهرة، بعد

478 - جورجى شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات في مجال العقود الادارية، م.

أن فسخت وزارة السياحة عقد انتفاعه، وكذلك قضية رامي سياج ونال أكثر من 134 مليون دولار (700 مليون جنيه مصري)⁴⁷⁹.

الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء بالمغرب من التحكيم في العقود الإدارية

لم يحظ التحكيم في العقود الإدارية باهتمام كبير من قبل الفقه المغربي (الفقرة الأولى)، كما أنه لم يعرض على القضاء الإداري المغربي عدد كبير من القضايا المتعلقة بالتحكيم في العقود الإدارية، حتى نكون أمام اجتهاد قضائي متكامل بخصوص هذا الموضوع، غير أنه ومن خلال الكتابات الفقهية والأحكام الإدارية التي بنّت في موضوع التحكيم الإدارية بالمغرب، يمكن الجزم بأن القضاء الإداري المغربي لم يتبنى موقفا صارما بهذا الخصوص (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : موقف الفقه المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

وبالرغم من قلة الكتابات التي تناولت التحكيم في المنازعات الإدارية بالمغرب، فإنه يمكن تصنيف المواقف الفقهية من التحكيم بين أشخاص القانون العام عامة والتحكيم في العقود الإدارية إلى موقفين:

- الموقف الفقهي الذي لا يميز بين التجربة الفرنسية وخصوصية التجربة المغربية في الموضوع (أولا).

- ثم الموقف الفقهي الذي يتناول التجربة المغربية بمعزل عن التجربة الفرنسية (ثانيا).

أولا- الموقف المستند إلى التجربة الفرنسية:

479 - من سياج إلى شركات النظافة الأجنبية: قضايا التحكيم الخاسرة وراءها عقود هزيلة! تحقيق حنان حجاج، جريدة الأهرام 2009/9/15 السنة 133 العدد 44843.

ذهب جانب من الفقه المغربي إلى البحث عن الأساس القانوني لحظر التحكيم في المنازعات الإدارية بالنظر إلى النصوص التشريعية وأحيانا أخرى إلى المبادئ العامة للقانون⁴⁸⁰.

وإذا كان هذا الجانب من الفقه قد أرجع الحظر التشريعي إلى مقتضيات الفصل 306 من ق.م.م، وكذلك بالاعتماد على مقتضيات ظهير 1914/07/01 لتحديد الصبغة العمومية للمال العام المقصودة بالمادة 306 من ق.م.م، فإنه ذهب أبعد من ذلك حينما أرجع أسباب الحظر إلى المبادئ العامة للقانون والتي تشكل الأساس الرئيسي لحظر اللجوء إلى التحكيم.

ولقد تم تحديد أسباب الحظر عموما في ما يلي:

- حظر اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى قواعد الاختصاص: وذلك بالنظر إلى الترابط الوثيق بين القانون الإداري والقضاء الإداري، مما يكون معه اللجوء إلى التحكيم في منازعات أشخاص القانون العام يشكل تطاولا عن اختصاص القضاء الإداري.

- الحظر من اللجوء إلى التحكيم خرق لمبدأ الفصل بين السلطات القضائية: ويرتبط هذا السبب بالسبب الأول ارتباطا عضويا، ذلك أنه وإذا كان الحظر من اللجوء إلى التحكيم فيه خرق لقواعد الاختصاص القضائي وتطاول على اختصاص القضاء الإداري، فإن مبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم يستند إلى مبدأ احترام قواعد الاختصاص القضائي بشكل عام، فإجازة التحكيم ستسمح للقاضي العادي بأن يمارس الرقابة على قرار المحكمتين في حالة الطعن فيه أو في حالة بطلان اتفاق التحكيم.

- حظر اللجوء إلى التحكيم استنادا إلى فكرة النظام العام: بالرغم من أن المشرع المغربي وبمقتضى المادة 306، أرجع منع اللجوء إلى

التحكيم في العقود الإدارية إلى النظام العام، بل ودل على توضيح النظام العام المقصود بالفصل 306 ق.م.م. بالعقود الإدارية والأموال العامة، فإن هذا الجانب من الفقه اعتبر استناد الحظر إلى مخالفة النظام العام من مقتضيات المبادئ العامة للقانون وليس كمقتضى تشريعي فقط.

ولقد خلص الأستاذ محمد الأعرج في مقالته القيمة إلى أنه وإذا كان المبدأ العام في التشريع المغربي هو حظر اتفاق الأشخاص المعنوية العامة على التحكيم، فبالتبعية عدم إجازة التحكيم في العقود الإدارية⁴⁸¹.

وإذا كنا نتفق مع هذا الجانب من الفقه في عدم مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وذلك استنادا على المقتضى التشريعي الوحيد والمتمثل في مقتضيات الفصل 306 ق.م.م.، فإننا نخالف مع هذا الاتجاه فيما يتعلق بالاعتماد على المبادئ العامة للقانون كأساس للحظر من اللجوء إلى التحكيم، وذلك بالنظر إلى أن اعتبار الحظر من اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية جاء انطلاقا من معيار مادي محض محدد بمقتضى الفصل 306 ق.م.م.، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي حظر اللجوء إلى التحكيم على أشخاص القانون العام وذلك اعتمادا على المعيار العضوي.

ولعل الاستدلال بالمبادئ العامة للقانون للقول بحظر التحكيم في العقود الإدارية بالمغرب فيه الكثير من الابتعاد عن طبيعة نشأة القضاء الإداري بالمغرب وأسس التشريعية والفقهية ومحاكاة للتجربة الفرنسية في الموضوع دون مراعاة الخصوصية المغربية، لأنه وبالرغم من الأصول الفرنسية للقانون الإداري المغربي فإن شروط النشأة والمدلول تختلف اختلافا مطلقا.

ثانيا : الموقف الفقهي المنطلق من الخصوصية المغربية في الموضوع:

على خلاف الاتجاه الفقهي الأول خلص الأستاذ Yves Gaudemet إلى أن القانون المغربي هو قانون حدائي مفتوح على إمكانية لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، سواء تعلق الأمر بالنزاعات ذات الطابع الدولي أو فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي⁴⁸².

وبعد التذكير بالأصول التشريعية للظهير 1913/08/12 وكذلك مقتضيات الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية، خلص الأستاذ Gaudemet إلى أن البحث عن الحلول التشريعية من خلال القياس على الحلول التشريعية بموجب القانون الفرنسي هو قياس خاطئ.

وبعد التذكير بالمعيار المادي الذي أخذت به المادة 306 ق م م، وذلك على خلاف التشريع الفرنسي، اعتبر Gaudemet بأن المبدأ وفقا للقانون المغربي هو لجوء الأشخاص العامة للتحكيم وخاصة المؤسسات العامة، كما أن التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي والمبرمة لأجل ما جاء به المرفق العام جائزة مادامت تتعلق بالأنشطة الصناعية والتجارية⁴⁸³.

أما الأستاذ عبد الله الركالة الوزاني⁴⁸⁴، فقد انطلق من المعيار المادي الذي اعتمده المادة 306 ق. م. م. للقول بأن المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري غير معنية بحظر اللجوء إلى التحكيم مادام أن نظرية المؤسسات العامة تميز في المؤسسات العامة الإدارية والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، فإذا كانت المؤسسات العامة الإدارية

482 - Yves Gaudemet , L' Arbitrage de droit Public au Maroc ., R E M A LD N° 46/2002.P 33.

483 - Yves Gaudemet ,op.cit. p25 .

484 - Abdellah Ragala Ouazzani , L Arbitralite du droit Public Marocain

مقال منشور ضمن أشغال الندوة العلمية حول الطرق البديلة لتسوية المنازعات التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بفاس بشراكة مع وزارة العدل وهيئة المحامي بفاس يومي 4 و5 أبريل 2003، منشورات جمعية بنشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأيام الدراسة العدد 2 - 2004 الطبعة الأولى ص 53 .

خاضعة للقانون الإداري، فإنه وبالتبعية فالنتيجة المنطقية هي حظر لجوء هذه المؤسسات الإدارية إلى التحكيم.

أما فيما يتعلق بالمؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فإنها خاضعة من حيث المبدأ إلى نظام القانون الخاص وبالتالي خاضعة لاختصاص القضاء المدني، مما يجعل إمكانية اللجوء إلى التحكيم حاضرة⁴⁸⁵.

الفقرة الثانية: موقف القضاء المغربي والتطبيقات التحكيمية في العقود الإدارية

على خلاف الاجتهاد القضائي بفرنسا ومصر، لم يتعرض الاجتهاد القضائي المغربي لمسألة التحكيم في العقود الإدارية إلا في قرارات وأحكام نادرة.

وبالرجوع إلى هذه الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء المغربي، فإنه من الملاحظ وبالرغم من صدورها في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 وما قبله، هذه النصوص التي كانت تحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإن هذا الحظر لم يكن حاضرا بقوة بالرغم من اعتباره من مقتضيات النظام العام ونفس الشيء ينطبق على الإدارة المغربية، هذه لأخيرة والتي كانت مضطرة للخضوع إلى مسطرة التحكيم في عقودها الإدارية، وذلك بناء على الشروط التحكيمية التي وقعت عليها في بعض العقود.

وللوقوف على موقف القضاء المغربي من التحكيم في العقود الإدارية، فإننا سوف نخصص النقطة الأولى لمعرفة موقف القضاء الإداري المغربي من التحكيم في العقود الإدارية، أما النقطة الثانية فسنعرضها لموقف القضاء العادي المغربي من التحكيم في العقود

الإدارية، على أن نخصص النقطة الثالثة والأخيرة للوقوف على التطبيقات التحكيمية في العقود الإدارية الدولية التي خضع لها المغرب.

أولا - موقف القضاء الإداري المغربي من التحكيم في العقود الإدارية:

في حكمها الصادر بتاريخ 2005/11/24، وبعد أن اعتبرت المحكمة الإدارية بأكادير بأن القرض الفلاحي للمغرب هو مؤسسة عمومية بالرغم من مقتضيات الظهير الصادر بتاريخ 2003/11/11 القاضي بتنفيذ القانون 15.99، وذلك انطلاقا من أن الدولة تملك نسبة 51 على الأقل من رأسمال شركة القرض الفلاحي للمغرب، كما أن هذه الشركة تقوم لحساب الدولة بمهام المرفق العمومي وذلك بتنفيذ الاتفاقيات المحددة في المادة 4 وما بعده من القانون 15.99، قضت بأن الحكم التحكيمي الصادر بشكل قانوني والمصادق عليه بعد إطلاع الطرفين يكون قد حسم النزاع القائم بين الطرفين بشكل نهائي ولا يمكن الطعن فيه.

ولقد اعتمدت المحكمة المصدرة للحكم المشار إليه التعليل التالي للحكم بما قضت به : " .. وحيث أن المادة 8 من قانون 90.41، تنص على أن المحاكم الإدارية تختص بالبت في الدعاوى المرتبطة بالنزاعات المتعلقة بالوضع الفردية للموظفين والعاملين في مرافق الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة

وحيث نازع المدعي في مستحقته عن الفترة التي كان فيها يشتغل كوظف لدى المدعى عليه مما تكون هذه الدعوى مرتبطة بوضعيته المادية كعامل لدى مؤسسة عمومية....

وحيث سبق للطرفين أن اتفقا بموجب الاتفاقية المؤرخة في 2002/7/1 على أن المدعي قرر مغادرة العمل لدى المدعى عليها تلقائيا واللجوء إلى

مسطرة التحكيم لحسم الخلاف بينهما حول التعويضات المستحقة للمدعي وأنها ملتزمان بمقتضيات المادة 319 وما يليها من قانون المسطرة المدنية.

وحيث أنهما استصدرا الحكم التحكيمي المؤرخ في 2002/7/11 القاضي بمنح تعويض إجمالي قدره 1570000 درهم للمدعي عن جميع مستحقاته عن فسخ العقد وذلك اعتبارا للمدة التي قضاها كموظف لدى القرض الفلاحي والمهمة المسندة اليه والأجرة التي كان يتلقاها.

وحيث أن الفصل 306 من ق م م ينص على أنه يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

وحيث أن نفس المادة لم تستثن إمكانية التحكيم فيما يخص مستحقات أي موظف بموجب فسخ عقد العمل لدى مؤسسة عمومية، كما هو الحال في نازلة الحال، مما يكون معه الحق موضوع النزاع قابلا للاتفاق بشأنه بعقد تحكيم، خصوصا وأنه من الحقوق التي يملك المدعي المتمتع بالأهلية الكاملة أن يوافق عليه.

وحيث أن الحكم التحكيمي نص على شمول الاتفاق لجميع مستحقات المدعي عن المدة التي قضاها كموظف لدى المدعي عليها بدون استثناء وحدده في تعويض إجمالي قدره 15700000 درهم ولم ينازع بشأنه المدعي. وحيث أن الفصل 319 من ق م م ينص على أنه لا يقبل حكم المحكمين الطعن في أية حالة....

وحيث أنه اعتبارا لذلك يتعين التصريح برفض دعوى المدعي وإبقاء صائرها عليه...⁴⁸⁶

ولعل ما انتهت إليه المحكمة الإدارية بأكادير في حكمها هذا يسير في نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة الإدارية بالدار البيضاء في حكمها الصادر بتاريخ 1999/11/3 والذي قضت فيه باختصاصها للنظر في الطعن باعادة النظر في قرار تحكيمي متعلق بعقد اعتبرته إداريا⁴⁸⁷، لتقضي بعد ذلك بموجب الحكم رقم 444 الصادر بتاريخ 2001/9/26 في موضوع الدعوى برفض الطلب وذلك بعلّة أن الطاعنة سبق لها وأن وافقت على مبلغ التعويض المقترح عليها في إطار مسطرة التحكيم⁴⁸⁸.

وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية بأكادير عندبتها في النزاع المعروض عليها بين جمعية للتنمية والتعاون والثقافة من جهة ومن جهة ثانية المجلس الجماعي لاقصري، وذلك بعد أن امتنع المجلس الجماعي عن تنفيذ التزامه المتمثل في تقديم مساهمة في تمويل مشروع تزويد السكان القرويين بالماء الصالح للشرب بناء على الاتفاق المبرم بينهما والمصادق عليه من قبل السلطات المعنية بأنه "حيث يهدف طلب المدعية إلى الحكم على المدعى عليه بتنفيذ التزامه الوارد في العقد الموقع بين الطرفين وذلك بأدائه مساهمته في تمويل المشروع المتعلق بتزويد السكان القرويين بالماء الصالح للشرب في حدود مبلغ...

وحيث أنه فيما يخص الدفع المتعلق بخرق مقتضيات الفصل 19 من بروتوكول الاتفاقية ودون حاجة إلى مناقشة بقية الدفوع فإن مقتضيات الفصل المذكور تنص على ضرورة اللجوء الى مسطرة التحكيم أمام السيد عامل الإقليم للبت في النزاع باعتباره الجهة الوصية المباشرة على السهر

487 - حكم المحكمة الادارية بالدار البيضاء عدد 351 بتاريخ 1999/11/3 في الملف عدد 1998/363 منشور بمقال الأستاذ محمد النجاري: منازعات العقد الإداري في إطار القضاء الشامل، مجلة الملحق القضائي، وزارة العدل، العدد 35، أكتوبر 2002 ص 122.

488 - حكم المحكمة الادارية بالدار البيضاء عدد 444 بتاريخ 2001/9/26 في الملف عدد 1998/363 . مذكور بمقال الاساذ محمد النجاري، منازعات العقد الاداري في اطار القضاء الشامل، م. س، ص 122.

على تتبع المشروع والمصادقة على ميزانيته لفائدة الجماعة ومراقبة خطواتها فيما يخص أعمال التنفيذ لأشغال المشروع.

وحيث إن المدعية لم تسلك مسطرة التحكيم المشار إليها اعلاه رغم أن لها أثارا ونتائج قانونية بين طرفي الاتفاقية، وأن اللجوء إلى القضاء لحل النزاع المطروح يكون لاحقا لفشل مسطرة التحكيم مما تكون معه الدعوى الحالية سابقة لأوانها ويتعين التصريح بعدم قبولها... "489.

ثانيا - موقف القضاء العادي المغربي من التحكيم في العقود الإدارية

في قرارها الصادر بتاريخ 1923-6-26 قضت محكمة الاستئناف بالرباط بأن اتفاق التحكيم الذي أبرمته الإدارة مع أحد الخواص ودون أن يرخص لها في ذلك بصورة قانونية يعد باطلا، ولا يمكن أن يعتبر بمثابة أساس لقرار تحكيمي صحيح⁴⁹⁰.

وهذا ما هو واضح من خلال التعليل المعطى لهذا الحكم، إذ جاء في بعض حيثياته:

"وحيث إن قرارا عاما أو خاصا صادرا عن السلطة الرئيسية هو وحده الذي يمكن من توسيع سلطات الممثلين القانونيين للدولة، بما في ذلك الترخيص باللجوء إلى التحكيم، وتحقيق قيود الرقابة المفروضة من النيابة العامة، وحيث يستنتج من ذلك أن اتفاق التحكيم الذي أبرمه المدير العام للأشغال العمومية مع كل من حارسي وفيفي دون أن يرخص له في ذلك بصورة قانونية يعد باطلا، ولا يمكن أن يعتبر بمثابة أساس لقرار تحكيمي صحيح".

489 - حكم المحكمة الادارية بأكادير عدد 794/2004 بتاريخ 2004/11/4 في الملف عدد 24/2003 ش.(غير منشور)

490 - قرار محكمة الاستئناف بالرباط الصادر بتاريخ 1923-6-26. منشور بقرارات محكمة الاستئناف بالرباط تعريب محمد العربي المجذوب، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية 1986.

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة التجارية لدى محكمة الاستئناف بالدار البيضاء⁴⁹¹، اعتبرت المحكمة بأن الدفع بعدم جواز التنفيذ على أموال الشخص العام لا يمكن الاستجابة له من طرف المحكمة المختصة بتذليل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وإن كانت إثارته بمناسبة ممارسة إجراءات التنفيذ. كما أن تذليل المقرر التحكيمي الأجنبي يصدر بأمر من رئيس المحكمة الابتدائية بصفته هاته، طبقا للفصل 322 ق.م. م وليس بحكم من محكمة الموضوع في نطاق أحكام الفقرة الأولى من الفصل 430 ق.م. م. وأن المكتب الوطني للشاي والسكر يخضع لقواعد القانون الخاص، التي يخضع لها الأفراد في معاملاته التجارية إذ أن هذا المكتب وإن كان مؤسسة عمومية، فإن أعماله التجارية لا تعتبر أعمالا إدارية.

إن مدلول المصلحة العامة الذي يركز عليها النظام العام الوطني يجب أن ينظر إليه بالاسترشاد بمبادئ النظام العام الدولي، مما يساعد على تكوين قواعد دولية مستقلة من شأنها أن تستجيب لطبيعة التجارة الدولية، ومن ذلك صحة انعقاد مشاركة التحكيم المبرمة من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية.

إن رئيس المحكمة الابتدائية الذي تتابع إجراءات التنفيذ في دائرته هو المختص مكانيا لمنح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي المطلوب تنفيذه.

كما أن القاعدة الواردة في الفصل الثاني من اتفاقية نيويورك الخاصة بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية التي صادق عليها المغرب ليست قاعدة إسناد، بل هي قاعدة موضوعية صرفة، تعتبر الاتفاق على التحكيم صحيحا متى كان محررا كتابة دون شرط الكتابة بخط اليد خروجاً عن مقتضيات الفصل 309 ق.م. م.

491 - القرار رقم 1085 الصادر بتاريخ 21 يونيو 1983 - ملف تجاري عدد: 83/355 عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الغرفة التجارية منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 51، ص 109.

ولا تثريب إذا ما صدر قرار تذييل المقرر التحكيمي بالصيغة التنفيذية من طرف من ينوب عن الرئيس في إطار الاختصاصات المخولة له، عملاً بالمبدأ القائل أن نائبه كهو خاصة وأن مقتضيات عملية معروفة تحول دون ممارسة الرئيس لكافة صلاحياته المحددة قانوناً.

وقد جاء قرار محكمة الاستئناف هذا بمناسبة البت في طلب الاستئناف المرفوع للنظر في قضية المكتب الوطني للشاي والسكر ضد شركة فلبين لتجارة السكر، والتي تتلخص وقائعها في أن شركة فلبين لتجارة السكر صدر لفائدتها قراراً تحكيمياً بتاريخ 82/20/11 تحت عدد 84 عن مجلس جمعية السكر بلندن، لفائدتها قضى على العارض بأن يؤدي لها مبلغ 10.604,800 دولاراً أمريكياً علاوة على الفائدة بمبلغ 18,50 % ابتداء من 82/3/28 إلى تاريخ صدور قرار التحكيم، والصائر المحدد في 2320 جنيه إسترليني.

وبتاريخ 83/3/8 أصدر رئيس المحكمة الابتدائية بالبيضاء قراره المستأنف استناداً على القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 82/10/11 المستوفى للشروط الشكلية.

واستناداً على الفصلين 3-4 من الاتفاقية الدولية الصادرة بتاريخ 58/6/9 والمصادق عليها بمقتضى ظهير 60/2/19 واستناداً على الفصول 148-321-320 ق.م.م.

حيث أن الطاعنة تمسكت قبل المناقشة بأنها أبرمت المدعى عليها عقداً بتاريخ 80/5/15 لشراء مائة ألف طن مكعب من السكر بسعر 875 دولار أمريكي للطن على أساس تسليمها على دفعات.

وبناء على تعليمات حكومية لم تتسلم العارضة الدفعات الأخيرة البالغ مجموعها 33.000 طن مكعب، وقد التجأت المستأنف عليها إلى لجنة التحكيم بلندن التي أصدرت قرارها التحكيمي المشار إليه، وتمسك الطاعن بأنه

شخص عام غير قابل للتصرف في أمواله وغير قابلة لوسائل التنفيذ الجبري ولا تكتسب بالتقادم لما في ذلك من مساس بالنظام العام.

وإن الصيغة التنفيذية لا تطعن بالأحكام الصادرة ضد الأشخاص العموميين وبصفتهم، لأن أموال الدولة لا ينفذ عليها بوسائل التنفيذ الجبري حماية للنظام العام الداخلي.

وإن إطار النزاع هو القانون العام باعتبار أن العارضة شخص عام وأن الالتزام بهذا الإطار يفرض على المستأنف عليها احترام مبدأ عدم خضوع الملكية الإدارية لوسائل التنفيذ التي تخضع لها الملكية الخاصة فيكون القرار المستأنف قد خالف هذه القاعدة.

كما أن الفصل 306 ق.م.م ينص على عدم إمكانية لجوء الأطراف للتحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، وخاصة النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام، وحتى هذا الاتفاق على التحكيم يعتبر باطلا لمساسه بالنظام العام، ورئيس المحكمة ملزم بالتأكد من أن حكم المحكمين غير معيب بالبطلان⁴⁹²، خاصة وأن المشرع المغربي لم يصادق على اتفاقية اللجنة الاقتصادية والاجتماعية التابعة للأمم المتحدة يوم 58/6/9 بمقتضى ظهير 1/59/266 سوى بعد معاينة عدم مساسها للنظام العام الداخلي للمغرب وعدم تضمنها لأحكام مناقضة أو ملغية لأحكام القانون الخاص المتمثلة في النازلة بقانون المسطرة المدنية.

وطبقا للفصل الخامس من الظهير المذكور، فإنه يمكن أن يرفض تنفيذ المقرر التحكيمي أو الاعتراف به إذا ثبتت للسلطة المختصة التابعة للبلاد أن الاعتراف بالمقرر أو تنفيذه يكون منافيا للنظام العام الخاص بهذه البلاد.

والمشرع المغربي اعتبر مجرد الاتفاق على الحكم باطلا لمساسه بالنظام العام إذا تعلق الأمر بالأموال الخاضعة للقانون العام، وبالأحرى طلب تنفيذ مقرر التحكيم الذي تمنعه الاتفاقية إذا كان ماسا أو منافيا للنظام العام.

و المستأنف عليها تستطيع معرفة أنه لا يمكن لدولة ذات سيادة أن تصادق على اتفاقية تسمح لشركة أجنبية أو دولة أجنبية أن تنفذ على الأموال العامة، فهذه الأموال مخصصة للحاجة العامة.

والقرار الاستئنافي المستدل به من المستأنف عليها يتعلق بشركة أجنبية مع شركة مساهمة تخضع لأحكام القانون الخاص وأموالها، ولا تعتبر خاضعة للقانون العام المنصوص عليه في الفصل 306 ق. م.م كما هو الحال بالنسبة للعارضة.

لذلك التمس إلغاء الأمر المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب لتعلقه بشخص عام وأموال عامة وتحميل الصائر للمستأنف عليها.

ولقد قررت المحكمة في معرض جوابها عن الدفع المتعلق بإخلال القرار التحكيمي موضوع النازلة لمقتضيات النظام العام الداخلي، بأنه وإذا كان الطاعن يحاجي بأن القرار التحكيمي باطل لمساسه بالنظام العام لأنه شخص عام وليس له أموال خاصة يستطيع التصرف فيها وأمواله ملك للدولة، ولأنه عندما يبرم عقودا من أجل متابعة نشاطه الإداري يخضع لأحكام القانون العام، فإنه على المحكمة وهي بصدد استلها مبادئ النظام العام المغربي في هذا الخصوص أن تسترشد بمبادئ النظام العام الدولي لمعرفة أن النزاع تمخض ونتج عن معاملة تجارية دولية انبثق عنها ويصدها القرار التحكيمي المطلوب منحه الصيغة التنفيذية.

ولقد فصلت المحكمة تعليلها هذا اعتمادا على الحثيات التالية :
"..... ومن حيث أن الطاعن يطلع حسب ظهير 1963/9/7 بمهام استيراد
وخرن وتسويق وتعبئة مادتي الشاي والسكر ويخضع في معاملاته إلى
القواعد التجارية المعمول بها.

من حيث أن الطاعن بصفته المحددة أنفا المتسمة بتعاطيه التجارة
يخضع لنظام القانون الخاص لا للقانون العام خلافا لطرحة الخاطئ.
وأن أعمال الطاعن بصفته مؤسسة عمومية لا تعتبر أعمالا إدارية
خلافا لمقولته ويظل خاضعا في معاملاته للقانون الخاص بالنسبة لتصريف
شؤونه العادية.

من حيث أنه لما كان من الثابت أن الطاعن يخضع في معاملاته
للقانون الخاص فإن مدلول المصلحة العامة الذي يركز عليه النظام العام
الوطني ينبغي أن ينظر إليه بمعية واسترشادا بمبادئ النظام العام الدولي،
مما يساعد على تكوين قواعد دولية مستقلة عن تلك السارية في الدول
المختلفة لطبيعة التجارة الدولية.

ومن حيث أن القضاء والفقهاء قد اتجها وبكيفية راسخة إلى صحة انعقاد
مشاركة التحكيم المبرمة من طرف الدولة والمؤسسات العمومية متى
اكتست العقود التي من أجلها أبرمت المشاركة طابعا مزدوجا من التعاقد
الدولي والقانون الخاص، كما هو عليه الحال في النازلة.

ومن حيث أنه يكون من الثابت إعمالا لهذا النظر انعدام المماثل
الشرعي من تعيين محكم أو محكمين للنظر في المنازعات التي ثارت بين
طرفي النزاع بصدد تنفيذ عقد 80/5/15، لأن لا شيء في ذلك يمس ظاهر
النظام العام المغربي.

ومن حيث أنه من جهة أخرى، فإن النازلة لا تهم نزاعا متعلقا ومتصلا بقانون التجارة الخارجية كما تستوجب ذلك أحكام الفقرة السادسة من الفصل 306 ق م. م بل تهم نزاعا ناتجا عن معاملة تجارية دولية.

وحيث أنه علاوة على ذلك، فإن الفصل الثاني من اتفاقية نيويورك المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 60/2/19 لم تصبح قاعدة إسناد - خلافا لاتفاقية جنيف 61/4/21 المنظمة للاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي - بل وضعت قاعدة موضوعية صرفة تنحى إلى اعتبار الاتفاق على التحكيم صحيحا متى كان محررا كتابة دون شرط الكتابة بخط اليد خروجاً عن متطلبات الفقرة الثانية من الفصل 309 ق م. م، التي كانت موجودة في ظل المسطرة المدنية القديمة (الفصلان 527 - 537).....⁴⁹³.

وفي القرار الصادر بتاريخ 2004/3/10 عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس، كان هاجس حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية حاضرا، ذلك أنها قضت في النزاع المعروف عليها بين جمعية الأعمال الاجتماعية للوكالات المستقلة لتوزيع الماء والكهرباء من جهة وشركة خاصة من جهة ثانية بصحة الاتفاق على اللجوء لمسطرة التحكيم انطلاقا من أن أموال جمعيات الأعمال الاجتماعية تعتبر أموالا عامة بالنظر إلى للمنخرطين فيها إلا أن هذه الأموال هي ذات نفع خاص بهم فقط وهي لذلك تتعاقد مع الغير بصفتها شخصا عاديا لا امتياز لها وغير محكومة بقواعد القانون العام.

ولقد اعتمدت محكمة الاستئناف التجارية بفاس فيما قضت به على أنه "...وحيث من جهة أخرى فإن المادة 306 من ق م م نصت على أنه يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على عرض النزاع الذي قد

يحدث خلال تنفيذ مقتضيات الاتفاق على أنظار التحكيم طبقاً للمادة 309 ق م
...م

وحيث أن الاستثناء المنصوص عليه في المادة 306 المذكورة
بخصوص النزاعات المتعلقة بأموال خاضعة لنظام القانون العام لا تجد
تطبيقاً لها في نازلة الحال....⁴⁹⁴.

ثالثاً - التطبيقات التحكيمية في العقود الإدارية الدولية بالمغرب

بالرغم من أن القانون المغربي كان يمنع اللجوء إلى التحكيم في
العقود الدولية سواء منها الداخلية أو الدولية، إلا أن ذلك لم يمنع من لجوء
المغرب إلى التحكيم في منازعات عقود إدارية دولية.

وتعتبر قضيتا هوليداي ان holiday inn وقضية الطرق السيارة
بالمغرب أهم قضيتين تحكيميتين أجبر فيهما المغرب على التحكيم لحل
النزاع وأثيرت بشأنهما إشكالية التحكيم في العقود الإدارية وتغليب طابع
الدولية والتجارية على الطابع الإداري لتلك العقود.

ففي القضية الأولى⁴⁹⁵ كان المغرب يسعى إلى تشجيع القطاع
السياحي، ومن أجل ذلك طلبت حكومة المغرب من الشركة الغربية للبتروول
الأميركية أن تقوم بمحاولات جس نبض من أجل القيام بسلسلة فنادق على
أعلى درجة من التميز، وهو الأمر الذي استجابت له الشركة الأميركية،
وقامت هذه الشركة الأخيرة بالاتصال بمجموعة "holiday inn"، وبدأت
المباحثات الاستكشافية وتم القيام بدراسة لبحث المسائل الفنية والمالية
لإنجاح هذا التوجه، وبعد القيام بكل هذه المسائل تم توقيع ما يعرف
ب"خطاب نوايا"، ويعتبر هذا الأخير كأنه وعد بالتعاقد ولكن لا يرتب

494 - القرار رقم 265 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس بتاريخ 2004/3/10 في الملف عدد
03/1538 منشور بمجلة المعيار الصادرة عن هيئة المحامين بفاس العدد 34 ص 187.

495 - Holiday Inns S.A. and others v. Morocco (ICSID Case No. ARB/72/1).

الإخلال به أي مسؤولية تعاقدية، إلا إذا اتضح أن نية الأطراف معبرة عن التزام تعاقدي، وأعقب ذلك توقيع العقد الأساسي سنة 1966 والذي تضمن مجموعة من النصوص على جانب كبير من الأهمية.

ذلك أن الطرفين اتفقا على إنشاء أربع فنادق في أربع مدن في المغرب، واتفقا على إنشاء مشروع مشترك "joint venture"، كما اتفقت الحكومة المغربية على أن هذه الفنادق يجب أن تكون على مستوى الفنادق الخمس نجوم. وأول التزام يقع على عاتق الحكومة المغربية هي أنها سوف تقوم بإقراض للشركتين من أجل إنشاء الأربع فنادق ولكن هذا القرض مضمون برهن عقاري. أما الالتزام الثاني، التزامات الحكومة المغربية تجاه هذه الشركات بمجموعة من الالتزامات ذات الطابع السيادي، لأنها التزمت بأن تقوم بتسعير العملة بأفضل أسعار للشركات، وأن تقوم بعملية تسهيل في الجمارك والتزمت في أن تمكنها في الحصول بأقل سعر ممكن للأراضي التي سوف تنشأ عليها الفنادق وتسمح لها بتملكها، وكذلك إعفاؤهم من الضرائب.

أما بالنسبة للالتزامات الواقعة على عاتق الشركات الأجنبية فهي أن تقوم هذه الشركات بتنفيذ أربع فنادق على أعلى مستوى ويشمل التنفيذ البناء والتجهيز والإدارة، وهو التزام بتحقيق نتيجة، وتلتزم أيضا هذه الشركات بأن تقوم بتسديد القرض وأقساطه والفوائد المستحقة عليه، وكل فندق يجب أن لا تزيد قيمته عن 60% عن قيمة القرض وحال الزيادة تتعهد الشركات الأجنبية أن تغطي هذه الزيادة.

كما تملك الأطراف الأجنبية المتعاقدة مع حكومة المغرب بأن تقوم بتحويل جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذا العقد لأي شركة أجنبية، تقوم بإنشائها وتملكها بنحو تام أو تملك جزءا فيها، ويعد مجرد فرع تابع لها.

وتنفيذا لهذا البند من هذا العقد قامت الشركة "holiday inn" بإنشاء شركة في سويسرا تملك كل أسهمها بنسبة 100%، وقامت الشركة الغربية للبتترول في أمريكا تعد مجرد فرعا لها ، والشركتين المنشأتين جديدا قامتا بالتوقيع على العقد، والواقع من الأمر لم تكن الحكومة المغربية مهتمة بهذا التنظيم الشكلي، لأنها تحصلت منهما على ما يعرف بخطاب ضمان، وهو خطاب صادر عن كل من holiday inn والشركة الغربية للبتترول تتعهد فيه كليهما لحكومة المغرب بأنها تضمن باعتبارها ضامن وكفيل أو تقوم الشركات الموقعة على العقد بتنفيذ العقد وفي حالة عدم التنفيذ فتقوم الشركتين الأم بتنفيذ الالتزامات شخصيا.

أيضا فإنه في العقد المبرم اتفق الأطراف على أن أي مشكلة سوف تنشأ عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد تختص بها هيئة تحكيم تشكل وفقا لقواعد المركز الدولي المختص بفض النزاعات (ICSID).

وبعد أن بدأت بوادر الخلاف بين المغرب والشركات الأجنبية بسبب اعتبار الجانب المغربي بأن هذا العقد مجحف لحقوق المغرب، ولذلك يجب إما إعادة التفاوض أو على الأقل تفسيره على نحو يحقق مصالح حكومة المغرب، سيما أن هذا العقد قد وضع على عاتق حكومة المغرب التزامات مالية بشكل كامل ولم يلزم الشركات الأجنبية بأي مبالغ مالية، ولذلك بدأت الحكومة المغربية تمتنع عن إعطاء التسهيلات الجمركية والتسعيرة الخاص وامتنتعت عن سداد أقساط القرض، فنشأ النزاع لأن الشركات الأجنبية لم تستطع أن تنفذ المشروع وسداد ما عليها، وعندما بلغ النزاع قمته قامت الشركة الأميركية بعرض النزاع على المركز الدولي المختص بفض النزاعات (ICSID)، ولم تقم الشركات الأجنبية برفع المنازعة وحدها ولكن أيضا دخل في هذه المنازعة الأربع شركات المغربية القائمين بتنفيذ المشروع، وتمسكت حكومة المغرب بأنه لا اختصاص للمركز بنظر

المنازعة المرفوعة من قبل الأربع شركات المغربية، لأنه لم يصدر عنها اتفاق صريح على أن تعامل هذه الشركات المغربية بصفتها شركات أجنبية تابعة لدولة أخرى.

وبما أن الشركتين أخلتا بتعهداتهما، ذلك أنهما تأخرتا في بناء الفنادق وحتى تلك التي اكتمل بناؤها لم تكن درجتها ترقى إلى فئة خمسة نجوم المنصوص عليها في العقد، وبعد أن توترت العلاقة بين الطرفين طلبت الحكومة المغربية من القضاء المغربي وضع الفنادق تحت الحراسة القضائية وقد ردت الشركتان على هذا الإجراء بأن طلبت اللجوء إلى مسطرة التحكيم المنصوص عليها في البند 14 من العقد الأساسي المؤرخ ب 1966/9/5، وهو يقضي بأن تسوى جميع المنازعات المتعلقة بالعقد طبقاً لقواعد التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار، إلا أن الحكومة المغربية تقدمت في مذكرتها الجوابية المؤرخة ب 72/9/29 بطلب يرمي إلى عدم الاختصاص، طالبة من المركز التصريح بعدم اختصاصه، إلا أن هذا الأخير لم يستجيب للطلب وصرح باختصاصه للبت في النزاع⁴⁹⁶.

إلا أنه وبعد أن طالبت الإجراءات توصل الطرفان إلى اتفاق صلح لإنهاء النزاع بينهما.

أما فيما يتعلق بالقضية الثانية وهي قضية شركة الطرق السيارة بالمغرب⁴⁹⁷، فإن المغرب كان مجبراً على اللجوء إلى التحكيم في عقد

496 - Rambaud Patrick. Premiers enseignements des arbitrages du CIRDI. In: Annuaire français de droit international, volume 28, 1982. pp. 471-491.

- Holiday Inns v. Morocco, Lalive, The First 'World Bank' Arbitration, 51 British Year Book of International Law 128 (1980).

497 - Consortium R.F.C.C. c. le Royaume du Maroc (Affaire No. ARB/00/6)

Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. le Royaume du Maroc (Affaire No. ARB/00/4)

Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc, Decision on Jurisdiction, 23 /7/ 2001, Journal de Droit International 196 (2002).

إداري ومتعلق بمرفق عام، هذا العقد الذي تم إبرامه وفقا للقانون المغربي المتعلق بالصفقات العمومية، إلا ان المركز رد جميع دفعات المغرب فيما يتعلق باختصاص المحكمة الإدارية للبت في النزاع وقضى بانعقاد اختصاصه للبت في النزاع بين المغرب من جهة ومن جهة ثانية مجموعة من الشركات الايطالية⁴⁹⁸.

وختاما، فإذا كانت القاعدة الأساسية تتمثل في عدم جواز لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية في كل من النظام القانوني الفرنسي والمصري والمغربي، فان قاعدة الحظر هذه لم تترجم على مستوى الواقع بنفس القياس.

ففي حين كانت قاعدة حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا تطبق بشكل مطلق، عرفت هذه القاعدة تطبيقا نسبيا في النظام القانوني المصري وبدرجة أقل في النظام القانوني المغربي.

498 - Consortium R.F.C.C. c. le Royaume du Maroc (Affaire No. ARB/00/6):

"...29. Le Royaume du Maroc considère que le Consortium est lié par l'article 18 CCAP qui contient un renvoi à la procédure prévue par les articles 50 et 51 du CCAG, dont le contenu renvoie à son tour aux tribunaux de Rabat pour la résolution des litiges découlant de l'exécution du contrat d'entreprise. En stipulant le recours à la procédure prévue dans cette disposition et en la mettant en oeuvre, le Consortium aurait renoncé à toute autre voie de résolution des différends.....".

= = Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. le Royaume du Maroc (Affaire No. ARB/00/4):

"58. S'agissant enfin de la contribution du marché au développement économique de l'Etat marocain, celle-ci ne peut sérieusement être discutée. La construction des infrastructures relève, dans la plupart des pays, des tâches de l'Etat ou d'autres collectivités publiques. Il ne peut être sérieusement contesté que l'autoroute en cause servira l'intérêt public. Enfin, les sociétés italiennes étaient également à même d'apporter à l'Etat d'accueil de l'investissement un savoir-faire en relation avec l'ouvrage à réaliser.....".

59. En conséquence, le Tribunal considère que le marché conclu entre ADM et les sociétés italiennes constitue un investissement tant au sens des articles 1 et 8 de l'Accord bilatéral conclu entre le Royaume du Maroc et l'Italie le 18 juillet 1990 que de l'article 25 de la Convention de Washington.

ولعل مرد هذا التفاوت في التطبيق يرجع بالأساس إلى تجدر مفهوم فصل السلط في النظام القانوني الفرنسي والدور الطلائعي الذي يلعبه القضاء الإداري الفرنسي وكذلك الحضور القوي لفقهاء القانون العام. وإذا كانت قاعدة الحظر هذه قد لحقها الزوال في النظام القانوني المصري والمغربي، فإنه وبالرغم من بوادر زوال قاعدة حظر التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا، فإن النقاشات الفقهية لازالت على أشدها وذلك حتى يتم احترام خصوصية العقود الإدارية وتحسين إمكانية التحكيم فيها. ولعل محاولات تحسين الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية هو ما دفع بكل من المشرعين المصري والمغربي إلى التنصيص على شروط خاصة تتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية، وهو نفس المسلك الذي سلكه المشرع الفرنسي من خلال سنه لبعض الاستثناءات التشريعية على قاعدة الحظر.

الفصل الثالث: التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية

شكل قانون التحكيم رقم 08-05 تطورا مهما للتحكيم في المادة الإدارية بصفة عامة وفي العقود الإدارية بصفة خاصة⁴⁹⁹، فبعد أن كان الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 يحظر التحكيم حتى في العقود الإدارية معتبرا ذلك خرقا لقواعد النظام العام⁵⁰⁰، جاء الفصل 310 من

499 - مصطفى بونجة ونهال اللواح : نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية وفقا لقانون المسطرة المدنية المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 111 يوليو - غشت 2013، ص 87.

500 - كان الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية ينص على ما يلي "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها.

القانون رقم 08-05 بمقتضيات جديدة قلصت مفهوم نطاق النظام العام في القانون المغربي ووسعت نطاق التحكيم في المادة الإدارية لتصل به إلى حدود قضاء المشروعية⁵⁰¹.

وإذا كانت بدايات التحكيم قد ارتبطت بمجال المنازعات التجارية⁵⁰²، فإن التطورات الحديثة التي عرفها الفكر القانوني كانت وراء اقتحام التحكيم لكل مواضيع المنازعات بما في ذلك المنازعات المرتبطة بالقانون العام⁵⁰³ والتي كانت إلى عهد غير بعيد تشكل اختصاصا حصريا للقاضي الإداري⁵⁰⁴.

فبسبب دخول الدولة طرفا في مجالات اقتصادية عدة⁵⁰⁵، ونظرا لتطور التجارة الدولية وهيمنة الشركات المتعددة الجنسيات على الاقتصاد

غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه

- في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة الملابس والمسكن
- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم
- في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة النزاعات المتعلقة :
- بعقود وأموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام
- النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جنائي
- النزاعات المتعلقة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجية"...

501 - ظهير شريف بمثابة قانون رقم 1-74-447 بتاريخ 11 رمضان 1394 بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية (ج. ر. بتاريخ 13 رمضان 1394 - 30 شتنبر 1974

- 502 - JEANCLOS Y., «La pratique de l'arbitrage du XIIe au XVe siècle – Eléments d'analyse», *Rev. arb.*, 1999 p.417.
- 503 - Jean-Bernard Auby: *La globalisation, le droit et l'État* (Paris, L.G.D.J., 2010, 2e éd.) et, du même auteur : «Globalisation et droit public» (*Mélanges Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 135).
- 504 - E. JEULAND, «Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire», *Revue française d'administration publique*, 2008/1, n° 125, p. 33.
- 505 - APOSTOLOS PATRIKIOS. *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, L.G.D.J. 1997. p 49. «la doctrine du 19ème siècle révélait un conservatisme exagéré par rapport à l'admission de l'arbitrage, mais les conséquences n'étaient pas graves dans la mesure où le rôle de l'Etat ne s'étendait pas à des activités économiques.»

العالمي⁵⁰⁶، اضطرت القوانين الوطنية الحديثة للاهتمام بالتحكيم وتنظيمه، مادام أن الرأسمال الخاص أصبح يفضل اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات بذل اللجوء إلى القضاء⁵⁰⁷.

وإذا كان التحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود التجارية لا يثير أي إشكال وذلك بالنظر إلى طبيعة هذه العقود والتي تقوم بالأساس على مبدأ سلطان الإرادة والعقد شريعة المتعاقدين، فإنه وعلى النقيض من ذلك فالتحكيم في المنازعات المترتبة عن العقود الإدارية شكل ولازال صعوبات نظرية وعملية، وذلك بالنظر إلى الطبيعة المتفردة للعقود الإدارية وامتيازات السلطة العامة⁵⁰⁸ التي تعكس عدم المساواة بين طرفيه⁵⁰⁹ من جهة، ومن جهة ثانية الطبيعة القضائية للتحكيم⁵¹⁰.

وبالرغم من تجاوز الإشكالات المرتبطة بمدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية على المستوى التشريعي⁵¹¹، فإن موضوع التحكيم في العقود الإدارية لا زال يثير العديد من الإشكالات العملية والنظرية، ويمتاز بعدة خصوصيات تتعلق أهمها بالشروط الخاصة بالاتفاق على التحكيم في العقد الإداري (المبحث الأول)، كما أنها من زاوية ثانية تتعلق بتحديد الجهة القضائية المختصة بالرقابة على الحكم التحكيمي

506 - Ph. FOUCHARD, «L'arbitrage et la mondialisation de l'économie», in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 381.

507 - CHARLES JARROSSON. Les frontières de l'arbitrage, Rev. Arb, 1, 2001. p. 5 «l'arbitrage bénéficie aujourd'hui dans plus d'une centaine d'Etats d'un régime juridique précis et détaillé, et dans nombre d'entre eux d'une pratique souvent nourrie, d'une jurisprudence de qualité et d'une réflexion doctrinale substantielle.»

508 - LAURENT RICHER. Droit des contrats administratifs, Paris, Dalloz. 2010, p. 28.

509 - YVES GAUDEMET. L'exorbitance du droit administratif en question(s), in L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers. Université de Poitiers, (2004), Sous la direction de FABRICE MALLERAY, p.5.

510 - J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'arbitrage, nature juridique, droit interne, droit international privé*, préface J. VINCENT, LGDJ, 1965, p. 215.

511 - للمزيد حول تطور الإشكالات المرتبطة بالتحكيم في العقود الإدارية بالمغرب وفرنسا ومصر الرجوع إلى : أطروحة مصطفى بونجة، التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية بالمغرب، م. س، ص 26 وما بعدها.

الصادر عن المحكمين عقب الاتفاق على التحكيم في العقد الإداري
(المبحث الثاني).

المبحث الأول : الشروط الخاصة للتحكيم في العقود الإدارية في القانون المغربي

تبعا للتقسيم الذي أقدم عليه المشرع حين تطرق للتحكيم في العقود الإدارية، وعلى إثر ما بيناه سابقا بالنسبة للتحكيم في العقود الإدارية⁵¹²، فإننا سوف نخصص (المطلب الأول) للتحكيم في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة والجماعات المحلية، على أن نخصص (المطلب الثاني) لموضوع التحكيم في عقود المؤسسات العامة وعقود المقاولات العامة.

المطلب الأول : التحكيم في العقود الإدارية للدولة والجماعات المحلية

نص دستور 2011 في الفقرة الأولى من الفصل 135 منه على أن
"الجماعات الترابية هي الجهات والعمالات والإقاليم والجماعات".

وبالرجوع إلى قانون المسطرة المدنية، فإنه وانطلاقا من مقتضيات
الفقرة الثالثة من الفصل 310 من القانون الجديد، نجد بأنه أجاز للدولة
والجماعات المحلية اللجوء إلى إبرام اتفاق التحكيم⁵¹³ أي ان المشرع أتاح
إمكانية لجوء الدولة والجماعات المحلية إلى إبرام عقد التحكيم، وكذلك
إمكانية تضمين العقود الصادرة عنها لشرط التحكيم.

512 - الرجوع للمبحث الثاني المتعلق بالتحكيم في العقود الإدارية من الفصل الأول للباب الثاني من هذه الدراسة.

513 - عرف الفصل 307 من القانون رقم 08-05 "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".

وبالرجوع كذلك الى مقتضيات الفصل 310، فإن الملاحظ بأن المشرع المغربي لم يضع أي قيد أو شرط معين بخصوص لجوء الدولة والجماعات المحلية إلى إبرام اتفاق التحكيم لإقيد وشرط ضرورة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

وإذا كانت الأشخاص العامة الترابية تمارس مهامها في الحدود الجغرافية المخصصة والمرسومة لها تحت رقابة ووصاية الدولة، فإن الدولة تخضع في معاملاتها إلى رقابة إدارية ومالية محددة طبقاً للقانون⁵¹⁴.
فطبقاً للمادة 1 من القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى، فإن الهيئات العامة الخاضعة لهذا القانون هي : الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العامة.

ولقد نص الفصل 145 من دستور 2011 على أن ولاية الجهات وعمال الاقاليم والعمالات يمثلون السلطة المركزية في الجماعات الترابية ويمارسون المراقبة الإدارية، كما أنهم يعملون على تأمين تطبيق القانون وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها.

وانطلاقاً من أن صلاحيات الوصاية المخولة للسلطة الإدارية تهدف إلى السهر على تطبيق المجلس الجماعي وجهازه التنفيذي القوانين والأنظمة الجاري بها العمل، وكذا ضمان حماية الصالح العام وتأمين دعم ومساعدة الإدارة⁵¹⁵، فإن قرارات المجلس الجماعي تكون غير قابلة للتنفيذ إلا بعد مصادقة سلطة الوصاية عليها متى تعلق الأمر بالقرارات

514 - محمد يحياء، المغرب الإداري، م. س. ص 85.

515 - المادة 68 من القانون رقم 78-00 المتعلق بالميثاق الجماعي المغير والمتمم بموجب ظهير شريف رقم

1-08-153 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 17-08 (الجريدة الرسمية رقم 5711 الصادرة في 23 فبراير 2009)

المنصوص عليها في المادة 69 من القانون رقم 78-00 المتعلق بالميثاق الجماعي.

المطلب الثاني : التحكيم في عقود المؤسسات العامة وعقود المقاولات العامة

عند تنظيمه للتحكيم في العقود الإدارية ميز المشرع المغربي بين عقود المؤسسات العامة (أولا) وعقود المقاولات العامة (ثانيا).

أولا : التحكيم في عقود المؤسسات العامة

تعتبر المؤسسات العامة⁵¹⁶ شخص من أشخاص القانون العام، كما أن المؤسسة العامة هي أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة من قبل الأشخاص العامة والتي تتمتع بالشخصية المعنوية، ويكون لها قدر من الاستقلال اتجاه الشخص العام الذي ترتبط به برابطة الخضوع لرقابته الوصائية⁵¹⁷، مما يترتب عن ذلك بانها تتقاضى وتتعاقد، وترفع الدعاوي، وترفع عليها⁵¹⁸.

وانطلاقا من مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 311، فإنه من الملاحظ بان المشرع المغربي قد ميز بين حالتين من حالات اتفاق التحكيم الخاص بالمؤسسات العامة، فالحالة الأولى هي حالة إبرام عقد التحكيم⁵¹⁹ ولقد ربطها المشرع بضرورة التقيد بالإجراءات والشروط المحددة من قبل مجالس إدارة المؤسسات العامة، في حين أن الحالة الثانية وهي حالة شرط التحكيم حيث اشترط المشرع المغربي أن يكون خضوع المؤسسة العامة

516 - Michel rousset ,jean garagnon,Droit administratif ,ed la Porte, Rabat ,2003, p255et 256.

517 - محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مؤلفات وأعمال جامعية عدد 52 الطبعة الأولى 2004، ص 49.

518 - أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى على ضوء التحولات المعاصرة، دار النشر المغربية، الطبعة الثامنة 2004، ص 164.

519 - عرف الفصل 314 من القانون رقم 08-05 عقد التحكيم بأنه "هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية، كما أنه يمكن إبرام العقد المذكور ولو خلال دعوى جارية أمام المحكمة".

للشروط التحكيمي متوقفا على ضرورة اللجوء إلى مداولة خاصة يجريها مجلس إدارة المؤسسة العامة المعنية.

وزيادة على ما ورد بالفصل 311 من شروط لإبرام المؤسسات العامة للتحكيم، فإن هذه الأخيرة ومادام أنها شخص من أشخاص القانون العام فإنها تخضع لرقابة مالية وإدارية محددة قانونا، وذلك بالرغم من الاستقلال الإداري والمالي والفني الذي تتمتع به.

فالاستقلال الذي تتمتع به المؤسسات العمومية لا ينحصر في الاستقلال الإداري فقط، بل أنه وزيادة على الاستقلال الإداري والمالي للمؤسسات العمومية يمثل الاستقلال الفني للمؤسسة العامة وجها آخر من وجوه استقلال المؤسسة العامة، هذا الأخير الذي يعني أنها غير ملزمة باتباع الوسائل والأساليب التي يتبعها الشخص العام الذي ترتبط به برابطة الخضوع لسلطته الوصائية، وإنما يكون لها وسائلها وأساليبها الفنية الخاصة بها في إدارة المرفق العام بالشكل الذي يتناسب مع احتياجاته وظروفه، فقد تخطت قواعد وأنظمة الشركات الخاصة⁵²⁰.

غير أن هذا الاستقلال ليس مطلقا، بل إنه مقيد بقيدي التخصص والرقابة أو الوصاية⁵²¹.

ونجد أن سلطة التدبير مقسمة عادة بين هيئتين : هيئة تداولية أو تقريرية وهي المجلس الإداري وهيئة تنفيذية وهي المدير، ويتولى إدارة هذه المؤسسات العامة هيئات جماعية وفردية.

أما فيما يتعلق بالرقابة المالية التي تخضع لها المؤسسات العمومية فإن المادة 3 من القانون رقم 69.00 المتعلق بالمرقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى، فقد اعتبرت بان المؤسسات العامة تخضع لمرقبة قبلية يقوم بها الوزير المكلف بالمالية ومرقب الدولة وخازن مكلف

520 - محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة بالمغرب، م. س، ص 51.

521 - مليكة الصروخ، القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الخامسة أكتوبر 2001، ص 313.

بالأداء وفقا للمواد 7 و8 و9 و10 من القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة.

غير أن المؤسسات العامة المتوافرة فيها الشروط المنصوص عليها في المادتين 17 أو 18 من القانون رقم 69.00، تخضع للمراقبة المواكبة المقررة في الباب الرابع من هذا القانون⁵²².

وتحدد وتراجع بصفة دورية بمرسوم قائمة المؤسسات العامة الخاضعة للمراقبة القبلية أو للمراقبة المواكبة وترفق قائمة المؤسسات العامة المشار إليها أعلاه بالوثائق الملحقة بمشروع القانون المالي عند عرضها على البرلمان.

ثانيا : التحكيم في عقود المقاولات العامة

إن التطرق هنا للتحكيم في العقود الادارية التي يكون أحد طرفيها مقولة عامة لا يعني التسليم بأن جميع عقود المقاولات العامة هي عقود إدارية بطبيعتها، بل على العكس من ذلك فإن هذه العقود هي عقود خاضعة للقانون الخاص مبدئيا.

غير أنه وفي نفس الوقت، فإن عقود المقاولات العامة يمكن أن تندرج في بعض الأحيان تحت طائلة العقود الإدارية والسبب في ذلك هو عدم كفاية المعيار العضوي لتحديد طبيعة العقود الإدارية، هذا المعيار الذي أصبح يعيش أزمة حادة للعب دوره في تحديد طبيعة العقود الإدارية.

ونقول هذا انطلاقا من أن الاجتهاد القضائي سواء بالمغرب أو فرنسا، وبعد أن كان يستلزم وجود على الأقل شخصا من أشخاص القانون العام طرفا في العلاقة التعاقدية للقول بوجود عقد إداري⁵²³، أقر بعد كفاية المعيار العضوي للقول بوجود عقد إداري من عدمه⁵²⁴.

522 - شكراني الحسين، المؤسسات العامة والمراقبة المالية للدولة مدخل عام، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 76-77 شنتير- دجنبر 2007 ص 79.

523 - CE, Sect. 13décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du Nord, Leb.p.623

-TC, 3 mars 1969, Société Interlait.

524 - TC, 23 septembre 2002, Sociétés Sotrame et Métalform c/GIE SESAM-Vitale .

وتطلق المقولة العامة على الهيئة الاقتصادية المتمتعة بالشخصية المعنوية والتي تزودها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى برأسمال كلي أو جزئي بقصد تنفيذ نشاط اقتصادي، مستعملة قواعد يغلب عليها طابع القانون الخاص مع خضوعها لرقابة الشخص المعنوي العام⁵²⁵.

و"يعتبر أسلوب المقولة العامة أحد الأساليب التي تلجأ إليها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة في تدخلاتها الاقتصادية، فالدولة حين تمارس الإنتاج والتداول لا بد أن تأخذ بالأساليب السائدة في القطاع الخاص الذي ولدت وترعرت فيه، وهذه المقولة تستعمل القانون الخاص كإطار قانوني لها، ولكنها في نفس الوقت تستفيد من امتيازات القانون العام"⁵²⁶.

وبقراءة الفقرة الأولى من الفصل 311 ق م م، فإنه من الثابت أن المشرع المغربي قد أجاز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات اللجوء إلى شرط التحكيم، كما أنه يمكنها إبرام عقد تحكيم وذلك وفقا لنفس الشروط وهي ضرورة التقيد باحترام الإجراءات والشروط المحددة من قبل مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها كما سبقت الإشارة⁵²⁷.

ولقد تناول الفصل 311 ق م م في فقرته الثانية شكليات وشروط التحكيم في العقود التي تكون فيها المؤسسات العامة طرفا فيها، فيما تناولت

525 - زهير جمال الدين ومحمد الأعرج، النظام القانوني للمقاولات العامة بالمغرب، المعهد المغربي للكتاب، الطبعة الثانية 1997، ص 5.

526 - محمد الأعرج، طرق تدبير المرافق العامة، مرجع سابق، ص 100.

527 - طبقا للمادة 4 من القانون رقم 69.00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة وهيئات أخرى، فإن شركات الدولة التي تملك فيها الدولة أو جماعة محلية مساهمة مباشرة تخضع لمراقبة مواكبة يقوم بها الوزير المكلف بالمالية ومراقب الدولة وفقا لأحكام الباب الرابع من هذا القانون في حين أن شركات الدولة ذات المساهمة غير المباشرة والشركات التابعة العامة يمكن أن تخضع شركات الدولة التي لا تملك فيها الدولة أو جماعة محلية مساهمة مباشرة وكذا الشركات التابعة العامة لمراقبة، بمقتضى اتفاقية يقوم بها مندوب للحكومة وفقا لأحكام الباب الخامس من هذا القانون وطبقا لما نصت عليه المادة 5 من القانون رقم 69.00.

الفقرة الأولى من نفس الفصل تحديد أشكال وشروط التحكيم في العقود التي تكون المقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات طرفا فيها، فلقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 311 ق م م على أنه يجوز للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها.

غير أن تمييز المشرع بين المؤسسات العامة من جهة والمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات من جهة أخرى يكرس اللبس الحاصل في التمييز بين المؤسسات العمومية والمقاولات العامة⁵²⁸، كما أن استعمال المشرع لمصطلح المقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات يزيد الأمر تعقيدا خصوصا إذا ما استحضرنا ارتكاز المشرع على العنصر العضوي بدلا من العنصر المادي في إقراره التحكيم في العقود الإدارية.

وتأخذ المقولة العامة بالمغرب أشكال قانونية متعددة، كشكل مؤسسة عامة تجارية وصناعية أو شكل شركة ذات الرأسمال العمومي أو شكل شركات ذات اقتصاد مختلط.

نصت المادة 2 من القانون 69-00 على أنه تجرى المراقبة المالية للدولة على المؤسسات العامة والشركات والمقاولات العامة بكيفية قبلية أو بعدية تبعا لشكلها القانوني وطريقة تسييرها وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وعلى الهيئات الخاضعة للمراقبة المالية للدولة بمقتضى قانون خاص.

أما فيما يتعلق بنطاق وأنواع المراقبة فإن المادة 3 من القانون رقم 69-00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة، فقد اعتبرت بان المؤسسات العامة تخضع لمراقبة قبلية يقوم بها الوزير المكلف بالمالية ومراقب الدولة وخازن مكلف بالأداء وفقا للمواد 7 و8 و9 و10 من نفس

528 - جمال الدين زهير، القاضي ومفهوم المقولة العامة بالمغرب، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 19، إبريل - يونيو 1997، ص 130.

القانون، غير أن المؤسسات العامة المتوافرة فيها الشروط المنصوص عليها في المادتين 17 أو 18 القانون رقم 69-00، تخضع للمراقبة المواكبة.

وفيما يتعلق بمراقبة شركات الدولة ذات المساهمة المباشرة، فإن شركات الدولة التي تملك فيها الدولة أو جماعة محلية مساهمة مباشرة تخضع لمراقبة مواكبة يقوم بها الوزير المكلف بالمالية ومراقب الدولة⁵²⁹.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم بين القضاء الإداري والقضاء التجاري

إذا كان مبدأ استقلال التحكيم يعد من أهم المبادئ الأصولية المنصوص عليها في التشريعات الحديثة المتعلقة بالتحكيم⁵³⁰، إلا أن ذلك لا يعني انفصال قضاء التحكيم عن قضاء الدولة، فالعلاقة بينهما تتسم بالترابط الشديد، ذلك أن فاعلية نظام التحكيم كأسلوب لحسم منازعات العقود الإدارية وقيامه بدور القضاء في هذا الشأن تتوقف في الدرجة الأولى على الدور الذي يؤديه قضاء الدولة في مسانده، وتصحيح مساره، وضمان التزامه مبدأ المشروعية الذي رسمه القانون⁵³¹.

وإذا كان المشرع المغربي قد أقر باختصاص جهة القضاء الإداري للرقابة على حكم التحكيم الداخلي، فإن هذا الإقرار جاء مطبوعاً بمزاحمة من القضاء التجاري (المطلب الأول).

529 - المادة 4 من القانون رقم 69-00 المتعلق بالمراقبة المالية للدولة على المنشآت العامة.

530 - شعبان أحمد رمضان، نطاق الرقابة القضائية على التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، دار النهضة العربية 2008، ص 78.

531 - جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، م. س، ص 16.

كما أنه وإذا كانت محصلة التشريع المغربي تؤكد على الإقصاء التشريعي للقاضي الإداري كجهة للاختصاص الرقابي على حكم التحكيم الدولي، فإن عودة الاختصاص الرقابي للقاضي الإداري على حكم التحكيم الدولي قد جاءت على يد القضاء نفسه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الرقابة القضائية على حكم التحكيم الداخلي

قبل الخوض في تحديد الجهة القضائية المختصة بالرقابة على حكم التحكيم، فإنه يجب التنويه بأن نطاق هذه الرقابة لا تتعدى كونها رقابة شكلية ومحدودة تنحصر في إطار مراقبة مدى التقيد بالشروط الشكلية لطلب تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية وفي سلامته من الأسباب التي تبيح الطعن في هذا الحكم أو في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة المذكورة المتعلقة بطلب التنفيذ، دون أن تتعدى ذلك لموضوع النزاع⁵³².

ولقد ميز المشرع المغربي بين التحكيم في العقود الإدارية التي يكون أحد طرفيها الدولة أو الجماعات المحلية من جهة، ومن جهة ثانية العقود التي يكون أحد طرفيها مؤسسات عمومية أو مقاولات عامة كما رأينا.

فالفصل 310 من القانون رقم 08-05 نص في فقرته الأخيرة على أنه "يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني"، متى تعلق الأمر بعقود الدولة والجماعات المحلية فقط.

532 - للمزيد حول نطاق الرقابة القضائية على حكم التحكيم بصفة عامة وحكم التحكيم المتعلق بالعقود الإدارية الرجوع إلى :

- نهال اللواح، القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي م. س، ص 651 وما بعدها .

- مصطفى بونجة، التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية بالمغرب، م. س، ص 325 وما بعدها.

وانطلاقاً من مقتضيات الفصل 311 من القانون رقم 08-05 فيما يتعلق بعقود المؤسسات العامة والمقاولات العامة، فإن الاختصاص بمساعدة المحكمين والرقابة على الأحكام التحكيمية يعود إلى المحكمة التجارية وليس إلى القضاء الإداري.

فقد جاء في الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة الإدارية بالرباط بأنه "وحيث ينص الفصل 311 من قانون المسطرة المدنية على أنه" 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".

كما نص الفصل 312 من ق.م.م على أنه "يراد في هذا الباب بما يلي:
- "رئيس المحكمة" رئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك".

وحيث قصر الفصل 310 من نفس القانون خلاف ذلك في اختصاص القضاء الإداري بالنظر في طلبات التذليل في النزاعات المالية المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية) إلى المحكمة الإدارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها أو إلى المحكمة الإدارية بالرباط عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني.

وحيث إن المشرع تبعاً لذلك استثنى المؤسسات العمومية من طائفة المرافق العمومية المخول نظر اختصاص القضاء الإداري في تذييل قرارات المحكمين المتصلة بالنزاعات التي هي طرف فيها، وجعلها من اختصاص القضاء التجاري ممثلاً في رئيس المحكمة التجارية .

وحيث إن تعلق طلب إضفاء الصيغة التنفيذية على حكم تحكيمي بنزاع توجد بالقتيطرة طرفاً فيه بصفتها مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي وفقاً للمرسوم رقم 2-64-394 بتاريخ 29 شتنبر 1964 المتعلق بالوكالة الجماعية ذات الشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري

حسب التأكيد الوارد بالقرار الصادر عن وزير الداخلية رقم 21-517 القاضي بالمصادقة على قرار المجلس الجماعي للقيطرة رقم وتاريخ 1970-12-28 المحدث لها- يجعل اختصاص القضاء الإداري ورئيس المحكمة كجزء منه غير منعقد مما يتعين معه التصريح بعدم اختصاصنا نوعيا للنظر فيه⁵³³.

والرقابة القضائية تكون هنا ممثلة في شخص رئيس المحكمة بالمعنى الوارد بالفصل 31-327 بمناسبة تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية متى تعلق الأمر بالتحكيم الداخلي، يمكن أن تصدر سواء من قبل رئيس المحكمة الابتدائية⁵³⁴ أو رئيس المحكمة التجارية الصادر في دائرتها الحكم التحكيمي، أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أو الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف التجارية متى تعلق الأمر باستئناف هذا الحكم، ذلك أن الأمر لا يطرح إشكالا بالنسبة بحكم التحكيم الداخلي، بحيث يرجع الاختصاص بحسب طبيعة العلاقة مدنية أو تجارية أو عقد إداري، وإن كان مبدئيا قد أسند المشرع المغربي الاختصاص لرئيس المحكمة التجارية طبقا للنص الصريح للفصل 312 من هذا القانون، عندما نص على ما يلي:

"يراد في هذا الباب بما يلي:

3 - "رئيس المحكمة" رئيس المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك".

والمقصود "بما لم يرد خلاف ذلك" أي بحسب طبيعة المنازعة كما ذكرنا⁵³⁵.

533 - الامر 176 رقم الصادر عن السيد رئيس المحكمة الادارية بالرباط بتاريخ 2013/3/14 في الملف عدد 2013/1/82 (غير منشور).

534 - إذ يمكن إصدار الأمر بالصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي التجاري من طرف رئيس المحكمة الابتدائية مادام النزاع لا يتجاوز 20.000 درهم طبقا للمادة 6 من قانون إحداث المحاكم التجارية رقم 95-53.

535 - كان النص الأصلي الوارد بمشروع مدونة التحكيم في المادة 3 على أنه: "يقصد في مدلول هذا القانون ب:....-5-رئيس المحكمة: رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة التجارية حسب الطابع المدني أو التجاري للنزاع المعروض على التحكيم".

ويعتبر الاختصاص النوعي لرئيس المحكمة المذكور من النظام العام، بحيث لا يجوز إسناد الاختصاص بحسب المنازعة لغير المحكمة المختصة في ذلك.

ومن هذا المنطلق، فقد صدر أمر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء، قضى فيه على أنه:

"... ما دام القانون 08-05 يرجع النظر في طرق الطعن في الحكم التحكيمي للمحكمة المختصة نوعيا لبت النزاع الذي كان موضوع التحكيم، فإن تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية لن يخرج عن ذلك، ومن ثم يرجع بالنسبة للاختصاص بمنح الصيغة التنفيذية لرئيس المحكمة الابتدائية إن تعلق الأمر بنزاع مدني، ولرئيس المحكمة التجارية بالنسبة إلى النزاعات التجارية"⁵³⁶.

ويثير الفصل 310 من القانون رقم 08-05 إشكالتان عمليتان، فمن جهة أولى، فبالرغم من مقتضيات الفصلين 312 و 31-327 من القانون رقم 08-05، فإنه وبالنظر إلى الصيغة المبهمة التي جاء بها الفصل 310 من نفس القانون، فقد اعتبر بعض الفقه⁵³⁷ بأن الاختصاص يعود إلى المحكمة الإدارية وليس لرئيسها متى تعلق الأمر بالتحكيم في العقود الإدارية التي يكون أحد طرفيها الدولة أو الجماعات المحلية وهو نفس المنحى الذي ذهب إليه السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء حيث اعتبر ب أنه "وحيث وأمام الثبوت القاطع بأن الحكم التحكيمي يرجع النظر في طرق الطعن فيه وكذا بإبطاله إلى المحكمة المختصة نوعيا للبت في النزاع الذي كان موضوع عملية التحكيم فإن تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية لا

536 - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 569 صادر بتاريخ 2008/03/05، ملف عدد 2008/1/261، منشور بكتاب مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، م. س، ص 472.

537 - عبد الكبير العلوي الصوسي: رقابة القضاء على التحكيم - دراسة في القانون المغربي والمقارن - دار القلم، الطبعة الأولى 2012، ص 133 وما بعدها .

يخرج عن ذلك ومن ثم يتعين الرجوع إلى رئيس كل محكمة بشأن تلك الصيغة بحسب الأحوال، إما رئيس المحكمة الابتدائية إذا تعلق الأمر بنزاع مدني وإما إلى رئيس المحكمة التجارية إذا تعلق الأمر بنزاع تجاري، أما إذا تعلق بالنزاع الإداري فالمشرع أوكل ذلك إلى المحكمة الإدارية وليس لرئيسها عملاً بالفقرة الأخيرة من الفصل 310 من القانون رقم 08-05⁵³⁸.

غير أننا لا نتفق مع هذا التفسير ونؤكد بأن روح النص تفيد بأن الجهة المختصة تتمثل في السيد رئيس المحكمة بصفته هاته وليس قضاء الموضوع سواء تعلق الأمر بالمحكمة الإدارية أو بالمحكمة التجارية.

ومن جهة ثانية، فإنه من المعلوم وطبقاً للمادة 12 من القانون المحدث للمحاكم الإدارية، فإن القواعد المتعلقة بالاختصاص النوعي تعتبر من قبيل النظام العام، كما أنه وطبقاً لنفس المادة فإن لأطراف النزاع أن يدفعوا بعدم الاختصاص النوعي في جميع مراحل إجراءات الدعوى، وعلى الجهة القضائية المعروضة عليها القضية أن تثيره تلقائياً⁵³⁹.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 310 من القانون رقم 08-05، فإن الملاحظ بأن المشرع قد أخذ بالمعيار العضوي واستبعد المعيار المادي في إسناد الاختصاص للقضاء الإداري لتذليل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، ذلك أن الفصل 310 يتحدث عن عقود الدولة والجماعات المحلية، أي أن اختصاص القضاء الإداري يشمل العقود الإدارية وعقود الإدارة التي لها طابع القانون الخاص والمبرمة من قبل الدولة والجماعات المحلية.

538 - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء عدد 569 صادر بتاريخ 2008/03/05، ملف عدد 2008/1/261، منشور بكتاب مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، م. س، ص 472.

539 - المادة 12 من الظهير الشريف رقم 1.91.225 صادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993) بتنفيذ القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية حسبما تم تعديله بموجب قانون 2000 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 4858 في 2000/12/21.

المطلب الثاني : الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي

حدد الفصل 46-327 من القانون رقم 08-05 الجهة القضائية المختصة نوعيا ومكانيا في الاعتراف والتنفيذ بأحكام التحكيم الدولية، ذلك أن هذا الفصل نص على أنه :

"يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي." و"يخول الاعتراف والصيغة التنفيذية لهذه الأحكام في المغرب وفق نفس الشروط لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج".

إلا أنه وبالنظر إلى خصوصية التحكيم في العقود الإدارية وبالرغم من وضوح الفصل 46-327 من القانون رقم 08-05 واسناده الاختصاص لجهة القضاء التجاري عوضا عن جهة القضاء الإداري، فإنه يمكن الجزم بأنه وإن تم إقصاء القضاء الإداري تشريعيًا، فإن اختصاص القضاء الإداري بصفته جهة رقابية على حكم التحكيم الدولي الصادر عقب التحكيم في العقود الإدارية قد عاد على يد القضاء.

فقد جاء في الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالرباط، بمناسبة الطلب المقدم من قبل "شركة سليني كونستروكتور س ب أ" ضد الدولة المغربية، بأنه و"حيث أن الحكم التحكيمي موضوع طلب التذليل بالصيغة التنفيذية صدر في إطار نزاع ناشئ عن تنفيذ صفقة عمومية تتعلق بإنجاز المدار الطرقي المتوسطي.

وحيث أنه واستنادا إلى الفصل 310 من ق.م.م. فإنه يرجع اختصاص النظر في طلب تذليل 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 يشمل مجموع التراب الوطني.

وحيث بذلك فالطلب الحالي الموجه لجهة غير مختصة ويتعين التصريح بذلك⁵⁴⁰.

ولعل ما ذهب إليه القضاء المغربي لا يشكل نشازاً، بل إنه يعتبر مسائراً لما ذهب إليه القضاء الفرنسي والمصري في الموضوع.

فبعد صدور قرار Galakis بتاريخ 2 ماي 1966، والذي اعتبرت فيه محكمة النقض الفرنسية بأنه وفي مجال التحكيم الدولي، فإنه من الواجب التعامل مع الدولة كأبي شخص آخر يتعامل بالتجارة الدولية وأن تنفذ التزاماتها بحسن نية، وبالتالي لم يكن الاعتراض على اختصاص القضاء العادي عندما كان يرفع إليه نزاع يتعلق بالتحكيم الدولي حين يكون أحد أطراف التحكيم شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام⁵⁴¹.

إلا أن القرار الصادر في قضية L'INSERM⁵⁴² المشار إليها سابقاً، شكل نقلة نوعية فيما يخص الاختصاص في التحكيم الدولي في العقود الإدارية، ذلك أنه وبعد أن اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 2008/11/13⁵⁴²، بأن مبدأ حظر لجوء الأشخاص العامة إلى التحكيم لا

540 - أمر صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالرباط، رقم 670، بتاريخ 2012/6/18، في الملف رقم 2012/3/414 منشور بكتاب مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، م. س، ص455.

541 - Cass. civ. 1ère, 2 mai 1966, Galakis, Rev. crit. DIP, 1967, p.553, note B. GOLDMAN .

542 - La cour d'appel de Paris, «L'INSERM» arrêt du 13 novembre 2008 , Rev. arb. 2009 n°2 p.389. «le recours en annulation de la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international est, en vertu de l'article 1505 du code de procédure civile, porté devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle la sentence a été rendue», que « la procédure engagée devant les juridictions de l'ordre administratif et pendante devant le Conseil d'État est sans incidence sur le recours en annulation formé devant la cour d'appel de Paris»,... «la prohibition pour un État de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne sous réserve de dispositions législatives contraires, mais qu'au vu du principe de validité de la clause d'arbitrage international, cette prohibition n'est pas d'ordre public international» ... «l'arbitrage entre

يعتبر مساسا بالنظام العام الدولي الفرنسي مادام إن الأمر يتعلق بعقد ينصب على مصالح التجارة الدولية لتخلص في الأخير إلى رفض طلبات L'INSERM والتصريح بصحة المقرر التحكيمي الصادر في موضوع النزاع، بل إن محكمة الاستئناف بباريس ذهبت أبعد من ذلك حين قضت برفض طلب إيقاف تنفيذ المقرر التحكيمي إلى حين بت مجلس الدولة الفرنسي، معتبرة بأن الطعن أمام جهة القضاء الإداري ليس له من أثر على دعوى بطلان المقرر التحكيمي⁵⁴³، غير أن محكمة التنازع الفرنسية ذهبت غير ذلك وقضت بازواجية الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري⁵⁴⁴.

وبعدما سبق لمجلس الدولة الفرنسي أن قضى بتاريخ 2009/7/31 بإحالة القضية على محكمة التنازع للنظر فيما إذا كان الطلب المقدم من طرف "Inserm" يندرج أم لا ضمن اختصاص القضاء الإداري وذلك بمناسبة نظره في الطعن بالبطلان المقدم من طرف "Inserm"، جاء حكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 2010/5/17، الذي شكل مناسبة لمعرفة موقف محكمة التنازع الفرنسية من التحكيم في العقود الإدارية⁵⁴⁵، هذا الموقف الذي أثار حفيظة مناصري التحكيم في فرنسا⁵⁴⁶.

l'INSERM et la fondation Letten mettant en cause les intérêts du commerce international, le moyen pris de la nullité de la convention d'arbitrage en vertu de l'article 1502-1° du code de procédure civile et, partant, le recours en annulation sont rejetés».

543 - Stéphane Braconnier, Contentieux de l'arbitrage des contrats publics internationaux Revue de droit immobilier 2010 p. 551

544 - Mattias Guyomar, Le contentieux des sentences arbitrales en matière administrative Conclusions sur T. confl., 17 mai 2010, n° C. 3754, Institut national de la santé et de la recherche c. Fondation Letten F. Saugstad, RFDA 2010 p. 959.

545 - TRIBUNAL DES CONFLITS N° 3754, Séance du 12 avril 2010, Lecture du 17 mai 2010. Institut national de la santé et de la recherche médicale c/Fondation Letten F. Saugstad. AJDA 2010. p 1047.

546 - Thomas Clay : Les contorsions byzantines du Tribunal des conflits en matière d'arbitrage LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 21, LA SEMAINE JURIDIQUE Juris-Classeur Périodique (JCP) 84e année- 24 MAI 2010 P. 1045.

وبالرجوع إلى حكم محكمة التنازع المذكور، فإنه من الملاحظ بأن هذا الحكم قد حاول التوفيق بين المواقف الفقهية المناصرة للتحكيم في مجال العقود الإدارية من جهة ومن جهة ثانية بين المواقف الفقهية التي تنادي بوحدة التحكيم وتنادي بتغليب الطابع التجاري للتحكيم في العقود الإدارية ونفي أية خصوصية للتحكيم في العقود الإدارية⁵⁴⁷ مع ما يترتب عن ذلك من إنكار حق القضاء الإداري في لعب أي دور في مجال التحكيم ولو تعلق الأمر بعقد إداري⁵⁴⁸.

وقد اعتبرت محكمة التنازع في حكمها هذا "I'INSERM"، بأنه وبالرغم من أن الاتفاق المبرم بين مؤسسة وهي عمومية وخاضعة لمقتضيات القانون العام الفرنسي من جهة والمؤسسة الأجنبية الخاضعة للقانون الخاص من جهة أخرى، قد انصب على القيام بتشديد بناء مخصص للبحث العلمي لفائدة المؤسسة العمومية الفرنسية، إلا أن هذا العمل يندرج تحت طائلة أعمال التجارة الدولية ولا يكتسي أية صبغة إدارية ولا يتعلق بمقتضيات القانون العام الفرنسي، مما يعود معه اختصاص النظر في الطعون المنصبة على المقرر التحكيمي إلى جهة القضاء العادي وليس القضاء الإداري⁵⁴⁹.

547 - Yves Gaudemet, Christophe Lapp, Anne Steimer, Les personnes publiques et l'arbitrage international Recueil Dalloz 2011 p. 2552.

548 - Paul Cassia Les sentences arbitrales internationales : une compétence de contrôle partagée entre les juridictions françaises A propos de la décision *INSERM* (Tribunal des conflits, 17 mai 2010) AJDA 2010 p. 1564.

549 - ...Considérant que le protocole d'accord conclu entre l'INSERM, établissement public national à caractère scientifique et technologique, et la fondation Letten F. Saugstad, association de droit privé norvégienne, dont l'objet est la construction en France d'un bâtiment destiné à abriter un institut de recherche juridiquement et institutionnellement intégré à l'INSERM et qui en prévoit le financement partiel par la fondation, met en jeu les intérêts du commerce international ; que, dès lors, le recours en annulation formé contre la sentence arbitrale rendue dans le litige opposant les parties quant à l'exécution et à la rupture de ce contrat, lequel n'entre pas au nombre de ceux relevant du régime administratif d'ordre public ci-dessus défini, relève de la compétence de la juridiction judiciaire ;

Décide :

وبموجب هذا الحكم، حاولت محكمة التنازع إيجاد حل للتمييز بين اختصاص القضاء الإداري في مجال التحكيم في العقود الإدارية من جهة، ومن جهة ثانية مجالات تدخل القضاء العادي في مجال التحكيم في العقود الإدارية⁵⁵⁰، ذلك أن هذا الحكم اعتبر في تعليقه فيما ذهب إليه بأن الطعن المنصب على المقررات التحكيمية الصادرة بفرنسا والمبنية على اتفاق تحكيمي والمتعلقة بنزاع حول تنفيذ أو فسخ العقود المبرمة بين أحد أشخاص القانون العام الفرنسي من جهة، ومن جهة ثانية بين أحد أشخاص القانون الخاص الأجانب والمتعلقة بمصالح التجارة الدولية من جهة أخرى، يعود الاختصاص فيه للقضاء العادي للنظر في هذه الطعون. في حين أنه وإذا تعلق الأمر بالطعون المنصبة على المقررات التحكيمية الصادرة بفرنسا والمبنية على اتفاق تحكيمي والمتعلقة بنزاع حول تنفيذ أو فسخ العقود المبرمة بين أحد أشخاص القانون العام الفرنسي من جهة ومن جهة ثانية بين أحد أشخاص القانون الخاص الأجانب والمتعلقة بعقود الشراكة وعقود احتلال الملك العام وعقود التدبير المفوض والصفقات العمومية، ففي هذه الحالة يعود الاختصاص للقضاء الإداري للنظر في هذه الطعون⁵⁵¹.

Article 1er : La juridiction judiciaire est compétente pour connaître du recours en annulation formé par l'INSERM à l'encontre de la sentence arbitrale rendue dans le litige qui l'oppose à la fondation Letten F. Saugstad ainsi que de la demande en paiement dirigée contre celle-ci.

Article 2 : La présente décision sera notifiée au garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, qui est chargé d'en assurer l'exécution.

550 - Malik Laazouzi, L'impérativité, l'arbitrage international des contrats administratifs et le conflit de lois A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *Inserm c/ Fondation Saugstad* Revue critique de droit international privé 2011 p. 653.

551 - 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, conformément à l'article 1505 du code de procédure civile, 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,

أما فيما يتعلق بالقضاء المصري، فقد ذهب خلاف مقتضيات المادة 9 من قانون التحكيم المصري، ذلك أن محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، الدائرة السادسة، عقود وتعويضات، في الحكم الصادر بتاريخ 19/2/2006، وفي النزاع المعروض بين وزير الطيران المدني المصري و "شركة ماليكورب ليمتد"، قضت بأنه:

"...وحيث أنه عن الدفع المبدى بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الدعوى، فإن الفصل فيه يستلزم الوقوف على طبيعة العقد الذي حوى شرط التحكيم - محل الدعوى الماثلة - وما إذا كان يندرج في عداد عقود التجارة الدولية من عدمه وما هي طبيعة هذا العقد حال كونه لا ينطوي ضمن مثل هذه العقود. وغني عن البيان أن العقد يعتبر من عقود التجارة الدولية وعلى ما جرى عليه الفقه المقارن وفقا للمعيار الاقتصادي إذا ترتب عليه تحركات للأموال والخدمات عبر الحدود بمعنى أن ينشأ عن العقد عملية تبادل حركي بين البضائع وقيمتها عبر الحدود الدولية، أما وفقا للمعيار القانوني فإن العقد يعتبر دوليا إذا كانت الأعمال المتعلقة بانعقاده أو تنفيذه أو حالة أطرافه أو موضوعه تتصل بصلات أو روابط مع أكثر من نظام قانوني...

وحيث إنه ترتيبا على ما تقدم، فإن الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة ولائيا بنظر الدعوى الماثلة على سند من أحكام المادة التاسعة من القانون رقم 27 لسنة 1994 والتي أناطت بمحكمة استئناف القاهرة الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إذا كان التحكيم تجاريا دوليا سواء جرى في مصر أو في الخارج ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة

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 et applicables aux marchés publics, aux contrats de partenariat et aux contrats de délégation de service public ; 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 ;

استئناف أخرى في مصر، فهذا الدفع في غير محله ذلك أن المنازعة الماثلة لا تتعلق بعقد من عقود التجارة الدولية، وإنما تتعلق بعقد إداري ثبت في حقل القانون العام وتحت مظلته وعلى ما سلف البيان، ولا يغير مما تقدم كون هذا العقد يصطبغ بصبغة تجارية فإن ذلك لا ينفي عنه كونه عقدا إداريا⁵⁵².

552 - حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، الدائرة السادسة، عقود وتعويضات، في الدعوى رقم 18628 لسنة 59 ق. بتاريخ 19/2/2006. انظر محمد عبد المجيد اسماعيل: القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010، ص 583.

الفصل الرابع: رقابة القاضي الإداري على تعليل الأحكام التحكيمية

إذا كانت الغاية من تعليل الأحكام القضائية تتمثل في توفير الرقابة على هذه الأحكام والتحقق من مدى حسن استجابة القاضي لوقائع النزاع،

فإن تعليل أحكام المحكمين لا تخرج عن هذه القاعدة، إذ يمثل تعليل المقررات التحكيمية ضرورة تقتضيها رقابة القضاء على هذه الأحكام. غير أنه وعلى خلاف الأحكام القضائية وانطلاقاً من الطبيعة الخاصة للتحكيم، فإن تعليل المقررات التحكيمية لا يشكل القاعدة، ذلك أن التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم لم تتخذ موقفاً موحداً من إلزامية تعليل المقررات التحكيمية، إلا أن ذلك لم يمنع الاعتراف بالشبه الدولي به (المبحث الأول).

كما أنه وإذا كان المشرع المغربي قد أوجب تعليل المقررات التحكيمية التي يكون أحد أطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام، فإن هذا التعليل يشكل تحسیناً شكلياً وناقصاً، وذلك انطلاقاً من نطاق رقابة القضاء على تعليل الحكم التحكيمي (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مبدأ تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية

انطلاقاً من تجربة الدول الأنكلوساكسونية، فإن المحكمين لا يكونوا ملزمين بتعليل المقررات التحكيمية التي يصدرونها، وذلك حتى تكون هذه المقررات التحكيمية عرضة لمراجعة موضوعية من قبل القضاء الوطني⁵⁵³.

ولقد انتقلت إلزامية المقررات التحكيمية من عالم التحكيم المتعلق بالقانون الدولي العام وقبل أن تصبح ميزة لجميع التحكيمات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي⁵⁵⁴.

فبعد أن كانت إلزامية التعليل تتسم بنوع من الغموض، فقد عملت الاتفاقيات الثنائية في الدول على تحديد طرق تحرير المقررات التحكيمية⁵⁵⁵.

553 - Jean-François Poudret et Sébastien Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zürich, Schulthess, 2002 p. 708.

554 - Max Gounelle, *La motivation des actes juridiques en droit international public : contribution à une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, A. Pedone, 1979 p. 164.

وتبعاً لذلك، فإننا سنتناول في المطلب الأول مفهوم التعليل ومبررات إزاميته، على أن نتناول في المطلب الثاني تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول : مفهوم التعليل ومبررات إزاميته.

لا تلزم قوانين التحكيم تسببب حكم التحكيم، ولكن في المقابل فإن القانون الفرنسي لم يعتبر عدم التسبببب من أسباب الإبطال.

ويبقى أن التسبببب ضمان لرصيد الثقة بالتحكيم والرقابة على عمل المحكمين والطريقة التي توصلوا بها إلى نتائج في حسم النزاع التحكيمي.

إلا أن التسبببب أخذ يصبح ضرورة مسلما بها تضمن للطرفين معرفة واضحة للطريق الذي سلكه المحكمون للوصول إلى النتائج التي وصلوا إليها، والذي يؤكد على ذلك أن التناقض في التسببببب قد أصبح يعتبر في الاجتهاد انعداماً للتسببببب (محكمة النقض الفرنسية) ويفضي إلى بطلان الحكم التحكيمي⁵⁵⁶، وهو نفس موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁵⁵⁷.

ولتعليل المقررات التحكيمية مبرران، فالأول يتمثل في كون التعليل يعطي شرحاً لأطراف النزاع حول أسباب منطوق المقرر التحكيمي، والثاني أنه في حالة نشر المقرر فإن التعليل يعطي نظرة على طريقة عمل المحكمين⁵⁵⁸.

555 - Voir notamment la Convention entre la France et le Chili du 2 novembre 1882, art. 6(2), et la Convention Grande-Bretagne – Chili de 1893.

556 - عبد الحميد الأحديب: التحكيم الدولي، الجزء الثاني، م. س، ص 312.

557 - نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لليونسسترال في المادة 31 فقرة 2 على أنه: "يبين في قرار التحكيم الأسباب التي بني عليها القرار، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب....".

558 - Claude Reymond, «Le président du tribunal arbitral » dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, 467 à la p. 481.

فالتعليل يكون مانعا للتحكيمية والظلم حين يجد المحكم نفسه ملزما بإعطاء الأسباب التي اعتمدها لتقرير حكمه⁵⁵⁹ وإكساء طابع الجدية والعدالة على المقررات التحكيمية⁵⁶⁰، هذا من جهة.

كما أنه ومن جهة ثانية، فإن تعليل المقرر التحكيمي يمنح الأطراف حق التأكد بأن المسطرة التواجهية قد تم احترامها، وأن كل دفوعاتهم قد تمت الإشارة إليها ومناقشتها من قبل الهيئة التحكيمية بالرغم من أن التعليل ليس مرادفا لمبدأ التواجهية⁵⁶¹.

وفي هذا الإطار فقد اعتبرت محكمة الاستئناف بباريس بأن التناقض في التعليل يختلف عن خرق مبدأ التواجهية⁵⁶²، فتعليل المحكم لمقرره هو تحليل وذكر لأسباب المقرر التحكيمي انطلاقا من مبادئ التحكيم ومرتكزاته المحددة في مبدأ سلطان الإرادة واستقلال التحكيم⁵⁶³ ومبادئ الميركاتوريا *La Lex mercatoria*⁵⁶⁴.

559 - Frédéric Dumon, «De la motivation des jugements et de la foi due aux actes» (1978) J. Tribun 465; Paris, 11 février 1971, Rev. arb. 1973.29 (note Loquin).

560 - Alexandrina Velican-Danariçu, *La motivation des sentences dans l'arbitrage commercial international en France et aux États-Unis*, thèse de doctorat en droit, Université de Paris XI, 1991 p. 294.

561 - Fouchard, Gaillard et Goldman, *supra* note 11, no 1638. Le principe du contradictoire ne doit toutefois pas être confondu avec l'exigence de motivation. [...] Le fait que la sentence ne soit pas motivée ne viole pas en soi le principe du contradictoire. Il est vrai que la motivation permet de s'assurer plus facilement que le principe du contradictoire a bien été respecté.

562 - Paris, 13 mai 1988, Revue de l'arbitrage 1989.p. 251 (note Y. Derains).

563 - Velican-Danariçu, *supra* note p. 412.

564 - Velican-Danariçu, *supra* note p. 413.

قانون التجار الدولي أو ما يعرف بـ «La Lex Mercatoria» ليس له تعريف محدد، وعموما يعرف بأنه مجموعة من القواعد الموضوعية أو المادية المستقاة من مصادر متعددة، الاتفاقيات الدولية الخاصة ومن مجموع العادات والأعراف التجارية والمهنية التي تنشأ بطريقة تلقائية ويكون موضوعها العمليات التجارية التي يقوم بها أشخاص قصد تحقيق مصالح توجد في بلدان مختلفة وهو نظام مستقل عن كل نظام قانوني داخلي. وهو قانون من التجار وإلى التجار، بمعنى أن قواعد هذا القانون هي نتاج تطور مجموعة من الممارسات المهنية التي يمارسها مجتمع التجارة الدولية والتي تشكل مجموعة من القواعد التي تكرسها المنظمات والمؤسسات المكلفة بتقنين هذه الممارسات والنص عليها في مجموعة

وبالرجوع إلى تعليل المقررات التحكيمية التي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام، فإنه ونظرا لكون أن هذه التحكيمات تتعلق بالمصالح العامة⁵⁶⁵، فإن الدول تكون ملزمة بمبادئ الإخبار والشفافية اتجاه مواطنيها⁵⁶⁶.

المطلب الثاني: تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية

عملت مختلف الدول على الإقرار بتعليل المقررات التحكيمية، ونفس المسلك نهجته بعض الأنظمة المتعلقة بمراكز التحكيم، وذلك بالرغم من الاختلاف الذي طبق مواقف هذه الدول والأنظمة الخاصة بمراكز التحكيم بين جعل تعليل المقررات التحكيمية إلزامية وبين جعلها على سبيل الاختيار⁵⁶⁷، ذلك أن مبدأ تسبب الأحكام القضائية هو مبدأ جميع التشريعات الوطنية، ومبدأ تسبب الأحكام التحكيمية يعتبر جزءا من الشروط الشكلية. وقد اختلفت الآراء حول قاعدة تسبب الأحكام التحكيمية الدولية:

من الاتفاقيات الدولية وتطبيقها من قبل الهيئات التحكيمية سواء حرة أو مؤسساتية التي تطبق مقتضيات القواعد المعيارية التجارية الدولية على كل التجار الدوليين.

==

= قانون التجار الدولي «La Lex Mercatoria» هو قانون يطبق تطبيقا مباشرا في حالة تخلف إرادة الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنا، بحيث يصير قانون التجار الدولي بمثابة "قانون القاضي" بالنسبة للمحكم الدولي، إذ يكون هذا الأخير ملزما بتطبيقه دون القوانين الوطنية، وهو القانون المعتمد في مجال التجارة الدولية.

وهو قانون موضوعي تولى صياغة مواده معهد روما لتوحيد القانون الخاص سنة 1994، كما يعتبر أول تقنين حقيقي لقانون التجار أو قانون التجارة الدولية الذي عرف باسم La Lex Mercatoria وهو مصطلح يستخدم بالتبادل مع مصطلح آخر هو Transnation Commercial Law أو القانون التجاري الدولي غير الوطني. انظر مقال خالد أمين مصطفى يوسف: "قواعد اليونسسترال والضوابط العامة لنظام التحكيم التجاري الدولي للأمم المتحدة". منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الحادي والأربعون، 2007، ص 6.

565 - Brigitte Stern, «L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et investisseur» (2002) Rev. Arb. 329.

566 - Voir *Esso Australia Ltd. et al. v. the Honorable Sidney James Plowman et al.* (1995), 128 A.L.R. 391(HCA).

567 - CCI, *Règlement d'arbitrage*, art. 25 [Règlement CCI]; CIRDI, *Règlement de procédure relatif aux instances d'arbitrage*, art. 47(i).

فالبعض اشترط وجوب التسبب أو التعليل لصحة القرارات التحكيمية، لأن ذلك مرتبط بالنظام العام، إضافة إلى أن مصلحة الخصوم تقتضي ذلك لكي يستطيع القضاء القيام بمهمة الرقابة على هذه الأحكام. والبعض الآخر يرى أن التحكيم بطبيعته يعتبر قضاء خاصاً، فإنه يتوجب التخلي عن الشكليات وبالتالي ترك ضرورة تطبيق مبدأ التعليل لإرادة الأطراف.

أما البعض الثالث فيرى ضرورة التوفيق بين الطرفين واعتبر أن مخالفة استثنائية⁵⁶⁸.

الفقرة الأولى : تعليل المقررات التحكيمية في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية

اهتمت مختلف الاتفاقيات وأنظمة التحكيم بمسألة تعليل حكم التحكيم، وقد تباينت مواقفها بحسب قوة تشبثها بضرورة التعليل من جواز التعليل في حكم التحكيم.

ففي اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها لسنة 1958، فقد أوجبت هذه الأخيرة على جميع الدول الموقعة على هذه الاتفاقية ملزمة بالاعتراف بحجية قرار التحكيم وتنفيذ قواعد المرافعات المتبعة في الدولة المراد الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم بها⁵⁶⁹.

568 - ياسين غانم: حكم التحكيم في القوانين العربية ومراكز التحكيم العربية والاتفاقيات الدولية. منشور بمجلة المعيار، عدد 41، يونيو 2009، ص 150 وما بعدها.

569 - تنص المادة 3 من اتفاقية نيويورك المشار إليها على ما يلي: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية".

ذلك أن اتفاقية نيويورك لما نظمت قواعد الاعتراف والتنفيذ بحكم التحكيم، فإنها لم تضع نظاماً إجرائياً خاصاً لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وإنما أحالت في تلك الأمور إلى قواعد قانون المرافعات في بلد التنفيذ، حيث استهدفت وضع قواعد موحدة تقضي باتباع الإجراءات المسطرية المنصوص عليها في قوانين الدولة المطلوب فيها التنفيذ أو الاعتراف، وهذا معناه أنها أحالت مبدأ التعليل إلى قانون البلد المطلوب تطبيقه.

ومن تم تكون اتفاقية نيويورك قد تركت الحرية للأطراف وللتشريعات الوطنية مسألة تعليل الحكم التحكيمي، عندما لم تلزم ذلك ولم تعتبر التعليل شرطاً من شروط تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، وأن سكوت الاتفاقية عن هذا الشرط حسب ما ذهب إليه بعض الفقه يساهم في تذييل الصعوبات التي يعرفها القضاء ومختلف التشريعات الوطنية حول تعليل الحكم التحكيمي⁵⁷⁰.

أما الاتفاقية الدولية للتحكيم الدولي لسنة 1961، فمن خلال المادة 8 منها، فقد ربطت مسألة تعليل حكم التحكيم على موافقة الأطراف.

وبذلك فقد نصت صراحة على أنه لا يشترط أن يكون القرار التحكيمي معللاً إلا إذا اتفق الطرفان على ضرورة أن يكون القرار التحكيمي معللاً⁵⁷¹.

وفي نفس السياق، أوجب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للأونيسترال لسنة 1985.

570 - انظر في هذا الصدد عبد الله درميش: "الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الأجنبية والدولية في الدول العربية". منشورات المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، صادرة عن المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط "CIMAR"، عدد 04، 2009، ص 18 وما بعدها.

571 - نصت المادة 8 من اتفاقية عمان الدولية للتحكيم التجاري لسنة 1961 على ما يلي:

"يقوم المكتب بتنظيم التحكيم التجاري وتثبيت أسسه وصياغة عقود تحكيم نموذجية في القضايا التجارية الدولية. وإرساء قواعد ثابتة للتعامل التجاري وتلخيص المبادئ التي تستند إليها القرارات التحكيمية وتصنيفها وتبويبها وطبعها ونشرها".

أن يصدر قرار التحكيم كتابة وأن يكون معللا، ما لم يكن الطرفان قد اتفقا على عدم بيان الأسباب⁵⁷².

وهناك اتفاقات إقليمية وعربية تبنت المبادئ المقررة على المستوى الدولي، فمثلا اتفاقية عمان للتحكيم 1974 قد تبنت المبادئ الدولية للتحكيم مع فوارق بسيطة، ومنها ما يتعلق بوجوب تعليل القرارات التحكيمية دون أن تتعرض لإرادة الأطراف، وأوضحت المادة 24 منها خمس حالات تعتبر القرار التحكيمي باطلا، ومن بين هذه الحالات حالة عدم تعليل المقررات التحكيمية⁵⁷³.

الفقرة الثانية: تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية

قبل التطرق لتعليل الحكم التحكيمي في القانون المغربي(ثالثا)، يجب بداية الوقوف عند تعليل الحكم التحكيمي في كل من فرنسا (أولا) ثم مصر (ثانيا) كأبرز نموذجين للقوانين الحديثة والمعتمدة في الدراسات التشريعية المقارنة.

أولا: تعليل الحكم التحكيمي في فرنسا :

نصت المادة 1471 من ق م م الفرنسي السابق على وجوب تعليل المقررات التحكيمية، ذلك أن هذه المادة كانت تنص على وجوب تعليل

572 - جاء في المادة 34 من قواعد الأونسترال للتحكيم المعدلة لسنة 2010 ما يلي:

1 - يجوز لهيئة التحكيم أن تُصدِرَ قراراتٍ تحكيمٍ مُنفصلةً بشأن مسائلٍ مُختلفة في أوقاتٍ مُختلفة.

2 - تُصدِرَ كل قرارات التحكيم كتابةً، وتكون نهائيةً ومُلزمةً للأطراف. وينفَّذ الأطراف كل قرارات التحكيم دون إبطاء.

3 - على هيئة التحكيم أن تُبيِّن الأسبابَ التي استند إليها القرارُ، ما لم يكن الأطرافُ قد اتَّفَقُوا على عدم بيان الأسباب.....".

573 - جاء في المادة 24 من اتفاقية عمان للتحكيم لسنة 1974 ما يلي:

"يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع الشكلىة الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى الهيئة أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً".

المقررات التحكيمية⁵⁷⁴، وبموجب مرسوم 2011 الذي حل محل مرسومي 1980 و 1981 فقد جاءت المادة 1482 هي الأخرى لتتنص على وجوب تعليل المقررات التحكيمية⁵⁷⁵.

وقد عمل الاجتهاد القضائي الفرنسي على تكريس هذا المبدأ في العديد من قراراته، مقررا بذلك بطلان القرارات التحكيمية التي لا تتضمن تعليل مقتضاها وإدراج تخلف التعليل ضمن طائلة البطلان⁵⁷⁶ وذلك بناء على مقتضيات المادة 1484 الفقرة 3 من القانون السابق، هذه المادة التي تنص على أنه من بين أسباب بطلان المقررات التحكيمية عدم تقيد المحكم بالمهمة المسندة إليه، وأن عدم تقيد المحكم بوجوب تعليل مقرره يكون قد تجاوز المهمة المسندة إليه⁵⁷⁷.

وهذا الموقف الذي اتخذته الاجتهاد القضائي الفرنسي تم تصحيحه حتى في حالة القضاء بالصلح⁵⁷⁸.

كما أنه وانطلاقاً من استثناء التحكيم التجاري الدولي بموجب القانون الفرنسي من تطبيق الفقرة 2 من المادة 1471 الملغاة، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد اعتمد على قرينة اختيار أطراف النزاع لنظام تحكيم بموجب

574 - Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, op. cit, n° 1658.

575 - Art. 1482. :

«La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Elle est motivée. ».

576 - Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 11 décembre 2012, M. G. Penya c/ société Ba-Ra , Rev. Arb. 2013 - N° 1 p286: «En application des articles 1471, 1473 et 1484-5° anciens du Code de procédure civile, applicables en la cause, en matière d'arbitrage interne, la sentence qui n'est pas motivée doit être annulée, même en l'absence de grief».

577 - Ibrahim Fadlallah, «La sentence et le régime des voies de recours. Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales» dans Alexis Mourre, dir., *Les cahiers de l'arbitrage*, Paris, Gazette du Palais, 2002 , p. 148.

578 - Voir par exemple Grenoble, 15 décembre 1999, Rev. arb. 2001.135 (note E. Loquin); voir aussi Cass. civ., 15 décembre 1885, S. 58, 1, 598; Paris, 26 janvier 1988, Rev. arb. 1988.307 (note C. Jarosson);

Eric Loquin, «L'obligation pour l'amiable compositeur de motiver sa sentence» (1976) Rev. arb.p. 223.

تعليل المقررات التحكيمية للقول بأن المحكم قد تجاوز المهمة المسندة له مادام أنه لم يعلل مقرره التحكيمي⁵⁷⁹.

ثانيا: تعليل الحكم التحكيمي في القانون المصري:

نص المشرع المصري في الفقرة الثانية من المادة 43 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 على أنه: "يجب ان يكون حكم التحكيم مسببا إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك أو أن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

وانطلاقا من ذلك، فإن المشرع المصري قد ميز بين حالتين، تتمثل الأولى في إلزامية التعليل. في حين أن الحالة الثانية تتمثل في عدم وجوب التعليل.

فحالة إلزامية التعليل تتحقق عند عدم اتفاق الأطراف – صراحة أو ضمنا – على عدم استلزام تسبب الحكم، حيث اعتبر المشرع المصري أن الأصل هو استلزام التسبب ويتحقق هذا الاصل كلما سكت الأطراف عن التعرض لهذا الأمر في اتفاقهم، أو متى كان القانون واجب التطبيق على الإجراءات هو القانون المصري أو قانون آخر يستلزم تسبب الحكم⁵⁸⁰.

وفى هذه الحالة يتعين أن تكون أسباب حكم التحكيم كافية، متعلقة بموضوع النزاع وغير متناقضة، وبالتالي يمكن بطلان الحكم لقصور في التسبب أو لغموض الأسباب أو عموميتها الشديدة أو عدم كفايتها أو لعدم التسبب أصلا أو لتناقض الأسباب بما يؤدي إلى تهاتها فلا يبقى ما يحمل الحكم، إلا أن ضرورة التسبب لا تعنى التزام هيئة التحكيم بالرد تفصيلا

579 - Paris, 5 mars 1998, Rev. arb. 1999. 86.note Emmanuel Gaillard.

580 - انظر عكس ذلك عزمى عبد الفتاح: بحث بعنوان دعوى بطلان حكم التحكيم في قانون التحكيم المصري الجديد، مجلة التحكيم والقانون، المجلد الثالث، الصادر عن مركز د. عادل خير للقانون والتحكيم، يوليو 1997، ص 41. حيث يرى عدم لزوم التسبب إذا كان القانون الواجب التطبيق هو قانون التحكيم المصري لأنه يسمح بالإعفاء من التسبب.

على كافة حجج الخصوم ولكن يجب الرد على وسائل الدفاع التي أبدوها فقط⁵⁸¹.

أما الحالة الثانية والمتعلقة بعدم ضرورة تسبب حكم التحكيم، فتتحقق بإرادة الأطراف ويمكن أن تكون إرادة الأطراف صريحة بالنص صراحة في اتفاق التحكيم على عدم ضرورة تسبب الحكم، أو عدم إلزام المحكمين بتسببهم، ويتعين أعمال هذا الاتفاق بغض النظر عن القانون واجب التطبيق على التحكيم سواء أكان يستلزم التسبب أم لا، وبغض النظر عن صفة التحكيم سواء كان التحكيم داخليا أو دوليا ويمكن أن تتجه الإرادة الضمنية للأطراف إلى عدم تسبب الحكم، وذلك بالاتفاق على إخضاع إجراءات التحكيم لقانون لا يوجب ذكر أسباب الحكم⁵⁸².

ثالثا: تعليل الحكم التحكيمي في القانون المغربي :

على غرار المشرع المصري والذي أوجب تعليل الأحكام التحكيمية، اعتبر المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 23-327 من ق م.م. بأنه "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...".

وانطلاقا من مقتضيات الفصل 23-327 من ق م.م، فإن المشرع المغربي قد اعتبر بأن تعليل الحكم التحكيمي هو الأصل، في حين أن

581 - ابراهيم احمد ابراهيم، حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة عمل مقدمة الى ورش عمل التحكيم التجاري التي ينظمها المنظمة العربية للتنمية الادارية فى الفترة من 16 الى 21 ابريل 2005 (غير منشورة).

582 - ابراهيم احمد ابراهيم، حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة عمل مقدمة الى ورش عمل التحكيم التجاري التي ينظمها المنظمة العربية للتنمية الادارية فى الفترة من 16 الى 21 ابريل 2005 (غير منشورة).

الاستثناء المتمثل في الإعفاء من التعليل يقتضي اتفاق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم، أو إذا كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم المختارة من قبل الأطراف لا يشترط ذلك⁵⁸³.

وإذا كان المشرع المغربي قد ميز بين حالة وجوب التعليل وحالة الإعفاء من ذلك، فإنه اعتبر بأن الأحكام التحكيمية المتعلقة بنزاع يكون أحد الأشخاص الخاضعين للقانون العام طرفا فيها، يجب أن تكون دائما معللة، وهذا ما هو ثابت من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 23-327 من ق.م.م.⁵⁸⁴

وبالرغم من أن المشرع المغربي لم ينص على وجوب تعليل الحكم التحكيمي الدولي واكتفى بضرورة التعليل فيما يتعلق بالأحكام التحكيمية الداخلية، فإنه ومادام أن المشرع المغربي قد اعتبر الحكم التحكيمي الداخلي الصادر بين أحد أشخاص القانون العام باطلا ومخالفا للنظام العام في حالة عدم تعليله، ولما كان اختيار المشرع المغربي لسبب عدم مخالفة النظام العام الوطني أو الدولي طبقا للفصل 49-327 كشرط جوهري لعدم بطلان حكم التحكيم الدولي، فإن شرط عدم التعليل بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي يندرج ضمن شرط عدم مخالفة النظام العام الوطني المحدد كسبب من أسباب البطلان لحكم التحكيم الدولي، مادام أن بطلان حكم التحكيم الدولي

583 - رضوان الحوسوي: "الحكم التحكيمي مشتملاته وتقنياته" .. مجلة المحاكم المغربية، عدد 117 نونبر / دجنبر 2008، ص 117.

584 - جاء بالفصل 23-327 من قانون 08-05 ما يلي:

"... 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 دائما معللا."

يسري بالنسبة لحكم التحكيم الصادر بالمغرب⁵⁸⁵، الشيء الذي يتضح معه أن المشرع المغربي ظل مقيدا بمفهوم النظام العام الوطني .

المبحث الثاني: نطاق رقابة القاضي الإداري على تعليل المقرر التحكيمي

إذا كان حكم التحكيم يكتسي الصبغة القضائية ويكون تعليله محل رقابة من قبل قاضي الطعن شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي، فإن مفهوم ونطاق رقابة القاضي على تعليل الحكم القضائي (المطلب الأول) تختلف بشكل كلي على مفهوم التعليل ونطاق رقابة القاضي على الحكم التحكيمي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلاف مفهوم التعليل ونطاق الرقابة عليه بين الحكم القضائي والحكم التحكيمي

ارتقى دستور 2011 بموجب الفصل 125 منه بمبدأ تعليل الأحكام القضائية من مجرد قاعدة قانونية إلى مبدأ دستوري. فبعد أن كان الفصل 50 من قانون المسطرة المدنية المغربي ينص في فقرته 8 على وجوب تعليل الأحكام القضائية، جاء الفصل 125 من دستور 2011 ليعزز هذا المبدأ⁵⁸⁶.

ولقد ظهر التعليل لأول مرة في فرنسا في القرن الثامن عشر كمصطلح لغوي وأصبح لدى رجال الفقه والقضاء عنوانا لاحتواء الحكم على الأسباب الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره⁵⁸⁷.

585 - الرجوع لنص الفصل 23-327 في الفقرة الأخيرة، حيث ألزم المشرع المغربي ضرورة تعليل الحكم التحكيمي الذي يتضمن أحد أطرافه أحد أشخاص القانون العام بصفة دائمة.

586 - نص الفصل 125 من دستور 2011 على ما يلي: "تكون الأحكام معللة وتصدر في جلسة علنية، وفق الشروط المنصوص عليها في القانون".

587 - عبد القادر الرافي، المجلس الأعلى كمحكمة للنقض المدني، الطبعة الأولى يناير 2005، ص 144.

ورغم أن التشريعات لم تعرف التعليل، فإنه تم التنصيص عليه وجعله شرطاً لازماً لصحة الأحكام القضائية.

وهكذا فقد نص قانون المسطرة المدنية الفرنسي في المادة 455 منه على أن الأحكام يجب أن تكون معللة، وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرع المغربي حينما نص في الفصول 50 و 345 و 375 من ق. م. م. المغربي على أنه يجب أن تكون الأحكام والقرارات القضائية معللة. وتعليل الأحكام يعتبر ضماناً لعدم الحكم بناء على هوى أو ميل شخصي من القاضي، وبذلك فهو ضماناً ضد كل تحكّم من جانبه، كما أنه يحميه مما قد يقع عليه من ضغوط، ويدفعه إلى مزيد من الحرص والفتنة عند اتخاذ قراراته، فضلاً على أن التعليل يؤدي إلى إثراء الفكر القانوني لدى القاضي وتطويره⁵⁸⁸.

ومن زاوية موضوعية فإن التعليل يعد وسيلة يستطيع من خلالها القاضي الاستدلال على قراره الذي يصبح وسيلة للإقناع، وليس مجرد ممارسة للسلطة، وهو بذلك أداة لتحقيق التوازن القانون والأخلاقي في المجتمع، إذ يؤدي التعليل إلى إقناع الرأي العام بعدالة القاضي، وهو ما يكسب الأحكام ثقة المتقاضين، ويدفع عنها مضمرة الشك والريبة⁵⁸⁹.

وانطلاقاً من الغاية المحددة من تعليل الأحكام والمقررات القضائية، فنطاق الرقابة على تعليل الأحكام والقرارات القضائية لا تقتصر على التأكد من الوجود المادي للتعليل، بل تمتد لتشمل فساد التعليل ونقصانه.

فانطلاقاً من الاجتهاد القار لمحكمة النقض بالمغرب، فإن عدم الجواب على المستنتجات المقدمة بشكل صحيح والتي لها أثر حاسم على

588 - عبد القادر الرافي، م. س، ص 146.

589 - يوسف محمد المصاورة: م. س، ص 27.

البت في القضية يجعل القرار المطعون فيه ناقص التعليل الموازي لانعدامه، إذ لا يكفي ان تصرح المحكمة أن لا تعارض بين الحجج مع وجود تناقض بينها⁵⁹⁰.

كما أن محكمة النقض اعتبرت في إحدى قراراتها بأنه و"إذا كان الفصل 375 من ق. م. م يوجب تحت طائلة الطعن بإعادة النظر أن تكون قرارات المجلس الأعلى معلة فإن ما يعنيه المشرع في هذا الشأن هو الحالة السلبية التي تتجلى في عدم الجواب على دفع أثر بعدم القبول أو عدم الجواب على وسائل الطعن أو بعضها، أما مناقشة قانونية على قرارات المجلس ومجادلته فيها بطرح آراء مخالفة لما انتهى إليه في قضائه فلا يدخل ضمن انعدام التعليل المبررة لإعادة النظر. وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أن المجلس قد علل قضاء تعليلًا كافيًا خلص فيه إلى القول بأن العقار الذي يتنازع الطرفان حول طبيعته هل هو فلاحى أم خاص بالسكنى، لم يكن فلاحيا ولا معدا للفلاحة وقت دخول ظهير 2 مارس 1973 حيز التطبيق والطالب لا يدعي بالمعنى السلبي، وإنما طلبه على مجادلة المجلس في تحليله للوثائق التي أدلى بها أمامه باعتباره محكمة إدارية وحيدة تنظر وتبت ابتدائيا وانتهائيا من خلال الغرفة الإدارية في مشروعية القرارات الإدارية لها - مثل ما لقضاء الموضوع - من سلطة تقسيم الحجج وتقديرها واستخلاص النتيجة القضائية منها من غير رقابة عليها في ذلك فالفرع الثالث والأخير من الوسيلة الأولى يكون غير مرتكز على أساس"⁵⁹¹.

590 - قرار رقم : 2251 - بتاريخ 1984/11/28 - ملف عدد: 88150 مجلة المحاكم المغربية عدد 47 ص 57.

591 - قرار عدد 127 بتاريخ 16/1/1985 مجلة المحاكم المغربية عدد 43 ص 66.

المطلب الثاني : محدودية نطاق رقابة القاضي الإداري على تعليل المقرر التحكيمي

استقر الاجتهاد التحكيمي على اعتبار أنه على عكس سلطة قاضي الطعن لمراقبة تعليل الأحكام القضائية، فالقاضي المستدل أمامه بالحكم التحكيمي يتعين عليه أن يقوم بالتحقق من توافر الشروط الخارجية للحكم التحكيمي دون أن يتجاوز ذلك إلى مراجعة الحكم في موضوعه سواء من حيث الواقع أو القانون.

فوفقا لذلك فإن نظام المراجعة فيه مساس بالحجية التي يكتسبها الحكم التحكيمي، فاتفاقية نيويورك لا تسمح بنظام المراجعة في أصل الموضوع من جديد وتركت الحرية للأطراف وللتشريعات الوطنية مسألة تعليل الحكم التحكيمي كما سبقت الإشارة، إذ بخصوص هذا العنصر فإن الاتفاقية لم تستوجب ذلك ولم تعتبره شرطا من شروط تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية - على عكس بعض الاتفاقيات الأخرى كاتفاقية البنك الدولي لسنة 1965 واتفاقية جنيف - وسكوت الاتفاقية عن هذا الشرط يساهم في تذييل الصعوبات التي يعرفها القضاء ومختلف التشريعات الوطنية حول تعليل الحكم التحكيمي⁵⁹².

وفيما يخص تعليل أحكام التحكيم، فالملاحظ أن المرسوم الفرنسي الجديد قد استند في تحديد نطاق رقابة القضاء للحكم التحكيمي الأجنبي المطلوب تنفيذه في فرنسا على فحص ما إذا كان هذا الأخير يخالف النظام العام الدولي في فرنسا وأن إعاقة مسألة الاعتراف والتنفيذ مرتبطة بمدى وضوح مخالفة النظام العام الدولي، وذلك لأن المعايير التي يستند إليها القانون الفرنسي في التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي تختلف كثيرا، ذلك كان تسبب الأحكام التحكيمية تعتبر من النظام العام الداخلي، إلا أنه لا يعد كذلك فيما يتعلق بالنظام العام الدولي، بحيث أن

592 - عبد الله درميش: الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الأجنبية والدولية في الدول العربية. م. س، 84

القانون الفرنسي لم يلزم بالتعليل سوى بالنسبة للقرار القضائي القاضي
الرافض لمنح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم الدولي⁵⁹³.

وأما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت سنة 1988 في إحدى قراراتها،
إلى اعتبار الحكم التحكيمي الدولي المتضمن أسبابا متناقضة غير قابل
للإبطال، طالما أنه غير خاضع لقانون يلزم التعليل.

بعد صدور القانون الفرنسي الجديد للتحكيم، أصدرت محكمة النقض
الفرنسية قرارا اعتبرت فيه أن: "عدم تسبب الحكم، ليس بحد ذاته مخالفا
للنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص الفرنسي، إذ أن اعتصام الحكم
التحكيمي بالصمت لا يشكل حلا لأساس النزاع غير متلائم مع النظام العام
ولا يشكل مساسا بحق الدفاع".

ورغم هذا الاجتهاد المحرر للتحكيم من التسبب، فإن الفقه الفرنسي
بقي يتساءل إذا لم يكن التسبب مرتببا بالنظام العام الدولي⁵⁹⁴.

وقد استقر الاجتهاد القضائي الفرنسي على اعتبار أن مضمون تعليل
المقرر التحكيمي لا يخضع لرقابة القضاء⁵⁹⁵، بعد أن قررت ذلك محكمة
النقض الفرنسية بموجب قرارها الصادر في 2006/10/12⁵⁹⁶.

593 - جاء في المادة 1517 من المرسوم الفرنسي الجديد ما يلي:

==

== Art. 1517. :

«L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la
sentence arbitrale répondant aux conditions prévues au dernier alinéa de l'article 1516.
Lorsque la sentence arbitrale n'est pas rédigée en langue française, l'exequatur est
également apposé sur la traduction opérée dans les conditions prévues à l'article 1515.
L'ordonnance qui refuse d'accorder l'exequatur à la sentence arbitrale est motivée ».

594 - عبد الحميد الأحذب: التحكيم الدولي، م. س، ص 317.

595 - Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 11 décembre 2012, *M. G. Peña c/ société Ba-Ra*
Revue de l'arbitrage 2013 - N° 1 p286 :

«Si le contenu de la motivation de la sentence échappe au juge de l'annulation, il
incombe à celui-ci de vérifier que les arbitres ont mis les parties en mesure de connaître
les éléments de fait et de droit sur lesquels ils se sont déterminés.

En signant le compromis, les parties ont choisi de soumettre leur différend à la chambre
arbitrale rabbinique, ont adhéré à son règlement et conféré aux arbitres le pouvoir de
statuer selon les principes du Choulhan Arourh. Alors que la sentence énonce que la
cour rabbinique statue selon la loi de la Torah, celle-ci ne contient pour autant aucune
mention des préceptes retenus par le tribunal arbitral pour fonder sa décision en sorte

وانطلاقاً من الاجتهاد التحكيمي الدولي فيكفي بأن يصدر القرار التحكيمي بالاستناد إلى تعليل منطقي كاف لتبرير النتيجة التي توصل إليها القرار⁵⁹⁷، كما أن القرار التحكيمي لا يبطل في حال حصول تناقض بالتعليل المسند إليه هذا القرار، لأنه يعتبر أن التطرق لهذا التناقض يؤدي إلى البحث في الأساس للأمر المخالف لأصول المحاكمة في مرحلة الإبطال⁵⁹⁸، بل أن محكمة النقض قد ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما اعتبرت بأن المحكمين غير ملزمين بالإفصاح عن تعليلهم لمقررهم التحكيمي⁵⁹⁹، كما

que la seule référence aux « conditions d'engagement mutuel acceptées entre les parties » pour justifier le rejet de la demande de paiement d'arriéré de salaires, et à une appréciation dont les bases se veulent rester discrètes » pour tenir quitte la société Ba-Ra de la demande d'indemnité formée à son encontre par le requérant, ne répond pas à l'exigence de motivation imposée par les textes précités ».

596 - Cour de Cassation (2e Ch. Civile) 12 octobre 2006 Société Same Deutz-Fahr group SPA c/ SA Motokov France Revue de l'Arbitrage – 2008 – N. 3 pages 429 -430. = =
= = Mais sur le premier moyen:

Vu l'article 68 de la loi du 9 juillet 1991:

"Attendu que , pour annuler les saisies litigieuses, l'arrêt retient qu'une sentence arbitrale n'est pas une décision de justice; qu'en statuant ainsi, la Cour d'Appel a violé le texte susvisé."

597 - Philippe Fouchard – Revue de l' Arbitrage – Année 1989 N. 2 – Avril – Juin – pages 268 – 279
«Cour d'Appel de Paris (1re Ch. Suppl.) 10 mars 1988 Société Crocodile Tourist Project Company (Egypte) c/Aubert, ès quai et autres (...)»³.Quant au moyen tiré du défaut de motivation de la sentence, il est rejeté en des termes qui méritent eux aussi entière approbation. La Cour d'appel rappelle que l'arbitre n'a pas à «suivre les parties dans le détail de leur argumentation», et «qu'il suffit qu'une relation logique existe entre la décision et les motifs» (sur l'ensemble de la question, cf. supra, l'article de J.L.,Delvolvé : » Essai sur la motivation des sentences arbitrales», Rev. Arb., 1989. 149, et les références).

598 - Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 18 septembre 2003, Conselho Nacional de Carregadores c/Charasse et autres Revue de l'Arbitrage – 2004 – N. 1 pages 140 -141.

L'examen de la motivation ne relève pas du contrôle du juge de l'annulation ; le moyen tiré de la Contradiction de motifs est donc irrecevable puisqu'il engage nécessairement le contrôle sur le terrain de l'appréciation du litige qui échappe à la Cour." Revue de l'Arbitrage – 2005 – N. 3 pages 790.

- Cour d'appel de Paris (1re Ch. C), 17 mars 2005, SNCE et autres c/société Interim Nation

"Le contenu de la sentence arbitrale échappe au du contrôle du juge de la régularité de la sentence. Le moyen fondé sur une contradiction de motifs de la décision arbitrale est par conséquent irrecevable."

599 - Cour de cassation (1re Ch. civ.), 19 décembre 2012, Société Apax Partners c/ société Marsa fashion company et autres Revue de l'arbitrage 2013 - N° 1p289

Après avoir constaté que l'allégation, dont avaient été saisis les arbitres, de dissimulation de deux circonstances susceptibles d'affecter les négociations, à savoir la situation financière compromise d'une société liée à la demanderesse et la volonté de celle-ci de se désengager de

أنهم غير ملزمين في حال تعليل مقررهم التحكيمي بالجواب عن دفعات الأطراف مادام أن الهيئة التحكيمية قد احترمت مبدأ التواجهية وذكرت دفعات الأطراف⁶⁰⁰.

وإذا كانت أغلب القوانين العربية قد ألزمت بتسبيب الحكم التحكيمي منها القانون المصري والمأخوذة عن القانون النموذجي للأونسترال، ما لم يتفق الطرفان على عدم تسببيه أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم ولا يشترط القانون صدور الحكم باسم السلطة العليا في مصر⁶⁰¹، فإن القضاء المصري يتجه نحو تفسير هذا السبب من أسباب البطلان تفسيراً ضيقاً، فقد نصت محكمة استئناف القاهرة بأن القصور في التسبيب أو التناقض فيه لا يعتبر من أحوال بطلان حكم التحكيم ولا يساوي في الأثر مع خلو الحكم من الأسباب، إذ أن العيب الأول عيب موضوعي أما الثاني فهو عيب شكلي يخضع لرقابة محكمة البطلان، فيكفي لصحة حكم التحكيم أن يكون مسبباً أي أن يتضمن رداً على ادعاءات الخصوم وأوجه دفاعهم الجوهرية ولا

son capital, avait été contradictoirement débattue, l'arrêt relève que le rapport du conseil d'administration d'une autre société, détenant ladite société liée et faisant état des difficultés de restructuration de sa dette, avait été régulièrement versé aux débats. Ayant ainsi constaté que les arbitres ne s'étaient fondés sur aucun fait distinct de ceux invoqués par les parties défenderesses, dont la demanderesse n'aurait pas été à même de débattre, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ces derniers, qui n'avaient pas à soumettre aux parties la motivation de leur sentence avant son prononcé, n'avaient pas méconnu les exigences de la contradiction.

600 - Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 8 janvier 2013, *SA Inversiones energeticas «INE» et autre c/ société Enel produzione Spa et autre* Revue de l'arbitrage 2013 - N° 1p : 293
Le principe de la contradiction exige seulement que les parties aient pu faire connaître leurs prétentions de fait et de droit et discuter celles de leur adversaire de telle sorte que rien de ce qui a servi à fonder la décision des arbitres n'ait échappé à leur débat contradictoire.

Les arbitres n'ont aucune obligation de soumettre au préalable leur motivation à une discussion contradictoire des parties.

601 - ياسين غانم: حكم التحكيم في القوانين العربية ومراكز التحكيم العربية والاتفاقات الدولية. منشور بمجلة المعيار، عدد 41، يونيو 2009، ص 135.

يهم بعد ذلك مضمون هذا الرد أو مدى ملاءمته أو سلامته من ناحيتي
الواقع والقانون⁶⁰².

602 - قرار محكمة استئناف القاهرة، دائرة 91 تجاري صادر في 2007/5/30، في الدعويين رقم 93
و94 لسنة 123 ق. تحكيم.

الباب الثالث:

التحكيم في نزاعات الشغل الفردية والجماعية

نص الفصل 308 من القانون 08-05 على أنه 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 ومع ضرورة التقيد بمقتضيات ق ل ع .

وسواء تعلق الأمر بشرط تحكيم أو عقد تحكيم⁶⁰³، فإن اتفاق التحكيم ككل يجب أن يخضع لمجموعة من الشروط الجوهرية تضمن صحة وسلامة الاتفاق التحكيمي يسهر القاضي الوطني على ضمانها حتى تتحقق فعالية هذا الاتفاق.

ولما كان المشرع المغربي قد أقصى من المواضيع التي لا تصلح لأن تكون قابلة لاتفاق التحكيم⁶⁰⁴ طبقا للفصل 309 و310 من هذا القانون تلك

603 - للتمييز بين خصوصيات كل من شرط التحكيم وعقد التحكيم انظر على سبيل المثال: عبد الإله البرجاني "محكمة التحكيم". م س، ص 59 و60.

Abdellah Boudahrain, L'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc, éd. AL Madariss, Casablanca, 1er éd.1999.p 53 et s.

604 - تضمن قانون المسطرة المدنية الملغى أيضا في الفصل 306 المواضيع غير القابلة للتحكيم كما يلي: "يمكن للأشخاص الذين يتمتعون بالأهلية أن يوافقوا على التحكيم في الحقوق التي يملكون التصرف فيها، غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه:

النزاعات التي تتعلق بحالة الأشخاص⁶⁰⁵ وأهليتهم⁶⁰⁶، لارتباطها الوثيق بالنظام العام وكل ما له علاقة بأهلية الأفراد باعتبارها خارج كل اتفاق أو تراض بينهما، وكذلك بالنسبة للحقوق الشخصية⁶⁰⁷.

- في الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن.
 - في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
 - في المسائل التي تمس النظام العام وخاصة:
 - النزاعات المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام.
 - النزاعات المتصلة بتطبيق قانون جنائي.
 - النزاعات المتصلة بقوانين تتعلق بتحديد الأثمان والتداول الجبري والصرف والتجارة الخارجية.
 - النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات.
- ونفس الشيء كانت المادة 2 من مشروع مدونة التحكيم المغربية تنص على ما يلي: "لا يمكن الاتفاق على التحكيم في:
- 1 - النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية باستثناء النزاعات ذات الطابع المالي الناتجة عنها.
 - 2 - المسائل التي لا يمكن إبرام الصلح بشأنها.
- ==
- 3 - المسائل التي تهم الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، باستثناء النزاعات التي تنتج عن العلاقات الدولية ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري أو المالي التي تخضع لمقتضيات الباب الثالث من هذه المدونة.
 - 4 - كل المسائل التي تتعلق بالنظام العام". انظر عبد الرحمان المصباحي: المادة التحكيمية أو قابلية النزاع للتحكيم. منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 2007/154، ص 65.
- 605 - المقصود بها الحالة المدنية، أي كل ما يتعلق بالحياة والموت والسن والجنس والجنسية والحالة العائلية من نسب وزواج وتطليق، لما تعد حقوق المجتمع وحقوق الله.
- 606 - ونفس الشيء في الفصل 306 من ق م م الملغى، فضلا عن الهبات والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن التي تعد أيضا من المسائل التي تمس بخصوصية الفرد والمجتمع، تضمن أيضا في هذا الفصل ما يلي: "...غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه: - في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم..."
- وكذلك المادة 2 من مشروع مدونة التحكيم المغربية التي كانت تنص على ما يلي: "لا يمكن الاتفاق على التحكيم في:
- 1 - النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية باستثناء النزاعات ذات الطابع المالي الناتجة عنها.
 - 2 - المسائل التي لا يمكن إبرام الصلح بشأنها.
- 607 - الحق الشخصي أو الالتزام: هو رابطة بين شخصين تمكن أحدهما من أن يطالب الآخر إما بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بهذا العمل، فهو التزام شخص تجاه الآخر، كالكرام، مثلا. على خلاف الحق العيني. للتفصيل أكثر في الحقوق الشخصية الرجوع للمراجع العامة حول النظرية العامة للالتزام، مثل الطيب الفصيلي: النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، - مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء. وعبد الكريم شهبون: الشافي في شرح قانون

وإذا كنا نسلم بإمكانية التحكيم في المنازعات المدنية، ضمن الحدود التي رسمها القانون رقم 08-05، فإن التحكيم في نزاعات الشغل له خصوصيته.

فالنزاعات المترتبة على عقد الشغل ذات طبيعة مدنية، ذلك أنه وبالرغم من استقلال تنظيم علاقات الشغل عن قانون الالتزامات والعقود، فإن ذلك لا يمنع من اعتبار هذا النوع من المنازعات منازعات ذات طابع مدني .

واختيار التحكيم في نزاعات الشغل لم يأت عبثاً، فبالنظر إلى الطابع الحمائي للقانون الاجتماعي من جهة وصفة "قضاء الأعمال" للصيقة بالتحكيم⁶⁰⁸، يجعل البحث في هذا الموضوع ذا نكهة خاصة.

فإذا كان المشرع المغربي لم يتطرق للتحكيم في المنازعات الفردية للشغل ونص في الوقت نفسه على مسطرة خاصة تتعلق بالتحكيم في نزاعات الشغل الجماعية، فإن التحكيم في المادة الاجتماعية بصفة عامة بفرنسا لا زال يسيل الكثير من المداد⁶⁰⁹، خصوصاً وأن موقف المشرع الفرنسي جاء متسماً بالغموض⁶¹⁰.

الالتزامات والعقود المغربي، الكتاب الأول - الالتزامات بوجه عام - الجزء الأول، مصادر الالتزام، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

608 - Thomas Clay, « L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthelemy-Cette ? », *Droit social*, septembre- octobre 2010, p. 930.

609 - G. François, « L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail », *JCP éd. E. n°8, 21 février 2013, P 1127*.

610 - Cour de cassation, Cour de cassation : rapport annuel 2013 "L'ordre public", La documentation française, 2014, P 215 : "ainsi, sur le terrain de l'arbitrage, la chambre sociale de la Cour de cassation considère que les clauses compromissoires stipulées dans un contrat de travail ou un avenant au contrat de travail sont inopposables aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du code du travail, qui pose la compétence exclusive du conseil de prud'hommes dans les litiges relatifs à la formation, l'exécution ou la rupture du contrat de travail [Soc., 30 novembre 2011, préc.]. Il est intéressant de relever que la sanction n'est pas la nullité mais l'inopposabilité. Une stricte application des textes ne pouvait permettre de retenir comme sanction la nullité de la clause compromissoire car l'article 2061 du code civil précise bien que celle-ci est valable sauf dispositions législatives particulières. Or, il n'existe pas de dispositions législatives particulières qui déclarent la clause compromissoire nulle en matière de contrat de

وللمأسسة الباب المتعلق بالتحكيم في نزاعات الشغل الفردية
والجماعية، فإننا سوف نعتد التقسيم التالي :

الفصل الأول : مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية

الفصل الثاني : التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية

الفصل الأول : مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية

نص القانون رقم 65.99 المنس بمدونة الشغل⁶¹¹ على التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية، وقد تعرضت مدونة الشغل إلى مسطرة خاصة بالتحكيم في نزاعات الشغل الجماعية، حيث خصصت الكتاب السادس لتنظيم تسوية نزاعات الشغل الجماعية. ومن ثم، فقد نظمت مسطرة التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية في الباب الثالث منه وتنفيذ اتفاقات التصالح والقرارات التحكيمية في الباب الرابع، وذلك كله من خلال المواد من 567 إلى 585، في حين أن المادة 582 من نفس المدونة أعطت إمكانية عدم تطبيق مسطرة التحكيم المنصوص عليها في المقتضيات المذكورة من مدونة

الشغل وسلوك مسطرة تحكيم أخرى محددة بموجب اتفاقية شغل جماعية أو نظام أساسي خاص.

وفي الوقت الذي نظمت فيه مدونة الشغل التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية، ظلت ساكنة عن التحكيم في نزاعات الشغل الفردية مما فتح الباب أمام التشكيك في جواز التحكيم في نزاعات الشغل الفردية.

وبالرغم من تواتر الاجتهاد القضائي المغربي على قبول التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، فإنه وانطلاقاً من الطابع الحمائي لمدونة الشغل، يبقى التساؤل مشروعاً عن حدود مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية من جهة (المبحث الأول) خصوصاً بعد بروز ملامح تمييز القضاء المغربي بين إمكانية شرط التحكيم وعقده في نزاعات الشغل الفردية (المبحث الثاني) ليصل بنا التساؤل إلى مدى إمكانية إخضاع نزاعات الشغل الفردية إلى التحكيم التجاري الدولي (المبحث الثالث) .

المبحث الأول : مدى مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية

في الوقت الذي عمل فيه المشرع الفرنسي على تنظيم التحكيم في نزاعات الشغل بصفة عامة بشكل غير دقيق وفتح الباب أمام التضارب الفقهي والقضائي حول الموضوع (المطلب الأول)، لم يتطرق المشرع المغربي للتحكيم في نزاعات الشغل الفردية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحكيم في نزاعات الشغل الفردية في القانون الفرنسي

ميز المشرع الفرنسي بخصوص التحكيم في نزاعات الشغل بين شرط التحكيم من جهة وعقد التحكيم من جهة ثانية.

فبالرجوع إلى الفقرة الرابعة من المادة 1411 من مدونة الشغل الفرنسية⁶¹²، يتبين بشكل واضح حظر تضمين عقود الشغل لشرط التحكيم، كما أنه لا يمكن مواجهة العامل بمبدأ اختصاص الاختصاص ليبقى القضاء الرسمي وحده المختص بالبت في النزاعات المترتبة على عقد الشغل⁶¹³.

غير أنه وبالرغم من وضوح المادة 1411 من مدونة الشغل الفرنسية، لا زال بعض الفقه يشكك في هذا الحظر⁶¹⁴، في حين أن حظر شرط التحكيم في عقود الشغل لا يجد سنده في مقتضيات المادة 1411 من مدونة الشغل وحدها، بل أن مقتضيات المادتين 2059 و 2061 من مدونة القانون المدني الفرنسي تعززان ذلك⁶¹⁵.

وبالموازاة مع المنع الصريح لشرط التحكيم في عقود الشغل، فإن المشرع الفرنسي ظل ساكتا بخصوص مدى مشروعية عقد التحكيم، غير أن القضاء الفرنسي ومنذ مدة قد أقر بمشروعية عقد التحكيم⁶¹⁶ ليتأكد هذا الموقف من خلال آخر القرارات الصادرة عنه⁶¹⁷.

612 - Article 1411-4: «Le conseil de prud'hommes est seul compétent, quel que soit le montant de la demande, pour connaître des différends mentionnés au présent chapitre. Toute convention contraire est réputée non écrite.

Le conseil de prud'hommes n'est pas compétent pour connaître des litiges attribués à une autre juridiction par la loi, notamment par le code de la sécurité sociale en matière d'accidents du travail et maladies professionnelles».

613 - G. François, «L'inefficacité des clauses de conciliation précontentieuse insérées dans le contrat de travail», JCP éd. E. n°8, 21 février 2013, 1127.

614 - Thomas Clay, «L'arbitrage en droit du travail : quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette ?», Droit social , septembre-octobre 2010, p 930.

615 - Christophe Seraglini, Jérôme Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage* interne et international, Montchrestien 2013 p 149.

616 - J.-M. OLIVIER, «Arbitrage et droit du travail», Dr. et patr. mai 2002, n° 1 04, p. 52

617 - Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 30 novembre 2011, 11-12.906 11-12.906, Bulletin 2011, V, n° 277 «Il résulte de l'article L. 1411-4 du code du travail que le principe compétence-compétence selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale.

Une cour d'appel décide à juste titre qu'indépendamment de la signature du contrat de travail, lorsque le salarié adhère à une charte contenant des dispositions relatives aux conditions d'exécution du contrat de travail, aux modalités de rémunération et à l'obligation de non-concurrence, cette charte constitue, pour ces stipulations, un avenant

المطلب الثاني : التحكيم في نزاعات الشغل الفردية في النظام القانوني المغربي

نص الفصل 308 من القانون رقم 08-05 في فقرته الثانية على أنه يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملا بالمادة 5 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية⁶¹⁸، كما أن الفصلين 310 و 311 من نفس القانون نصا على التحكيم في المنازعات التي يكون أحد أطرافها شخصا من أشخاص القانون العام وكذلك على التحكيم في منازعات المقاولات والشركات العامة⁶¹⁹.

و بالرجوع دائما الى مقتضيات الفصل 308 من القانون رقم 08-05، فالملاحظ بأن هذا الفصل أجاز 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 ق. م. م.، وذلك مع التقيد بمقتضيات قانون الالتزامات والعقود ولاسيما الفصل 62 منه⁶²⁰.

au contrat de travail, et que dès lors, la clause compromissoire qui y était stipulée était inopposable aux salariés en application de l'article L. 1411-4 du code du travail».

618 - تنص أحكام الفقرة الرابعة من المادة 5 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية، كما تم تغييرها بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 08.05، على أنه:

"يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم والوساطة وفق أحكام الفصول من 30 - إلى 327-70 من قانون المسطرة المدنية".

619 - الرجوع لمقتضيات الفصلين 310 و 311 السالفي البيان.

620 - جاء بالفصل 8 من قانون 08-05 ما يلي:

"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 الباب وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كما وقع تغييره وتتميمه ولاسيما الفصل منه.

ولتحديد نطاق المواضيع القابلة للتحكيم، فقد جاء الفصل 309 من القانون رقم 08-05 لنص هذا الفصل على أنه لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة⁶²¹.

ولعل العبارة الأخيرة الواردة بالفصل 309 من القانون رقم 08-05 والتي نصت على وجوب أن تكون الحقوق الشخصية القابلة للتحكيم موضوع تجارة، توحى إلى القول بعدم إمكانية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية انطلاقاً من أن الحقوق الشخصية المترتبة عن عقد الشغل لا تعتبر موضوع تجارة.

وبغض النظر عن ما يوحى به الفصل 309 ق. م. م، فإن الاجتهاد القضائي المغربي تواتر على التسليم بمشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، سواء في ظل قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 وفي ظل القانون رقم 08-05.

ففي قرار حديث صادر عن محكمة النقض، اعتبرت هذه الأخيرة بأنه "من الثابت من وثائق الملف ومستنداته أن طالبة النقض وبارادتها الحرة قامت باختيار محكم فريد وهو الأستاذ صلاح الدين بنرحال المحامي بالبيضاء وذلك بمقتضى الإشهاد المؤرخ في 2008/114/5 الصادر عنها والمصحح الإمضاء من طرفها، كما أنها صادقت على الحكم التحكيمي إلى جانب مشغلتها لدى السلطات المختصة ولم تتقدم بأي طعن في الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية بتاريخ 2008/11/12 بناء على طلبها، بالإضافة إلى عدم إبدائها أية ملاحظة أو دفع أو تحفظ أثناء سريان مسطرة

يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملاً بالمادة 5 من القانون رقم 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية".

621 - نص الفصل 309 من هذا القانون على ما يلي:

"مع مراعاة مقتضيات الفصل 308 أعلاه، لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة".

التحكيم، وذلك ما اعتبرته محكمة الموضوع المطعون في قرارها وعن صواب لما اعتبرت الحكم التحكيمي الذي توصلت بموجبه الطالبة من مشغلتها (المطلوبة) بالمبلغ المتفق عليه مقابل فسخ العلاقة الشغلية وتنازلها المصادق عليه عن ممارسة أي طعن كيفما كان نوعه، وكذلك الأمر القاضي بتذييله بالصيغة التنفيذية، وانتهت إلى أن ما توصلت به الطالبة يعد تعويضا كاملا وتاما ولا حق لها في طلب أي تعويض آخر كيفما كان نوعه، وأن علاقة الشغل بين الطرفين انتهت بصفة رضائية بمقتضى الحكم التحكيمي المذكور الذي تم تحريره على الشكل القانوني الذي لا يقبل أي طعن، فيكون قرارها جاء مبنيًا على أساس قانوني سليم ومعلا بما فيه الكفاية والوسائل لا أساس لها"⁶²².

وفي قرار سابق لها اعتبرت محكمة النقض وبشكل صريح بأن " مقتضيات قانون الشغل الذي تمسكت به المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وكذا مسطرة التحكيم المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، لا يستثني النزاعات المتعلقة بالشغل من مسطرة التحكيم، ولا من أي مسطرة أخرى قد يتفق عليها الطرفان لفض النزاعات بينهما"⁶²³.

كما أنه وفي قرارات أخرى، اعتبرت محكمة النقض أنه و"بالرجوع إلى الملف والوثائق المرفقة به فإن الطاعنة التجأت إلى مسطرة التحكيم لإنهاء العلاقة الشغلية التي كانت تربطها بالمطلوب في النقض فاستصدر مقررًا تحكيميا تضمن مبلغا إجماليا عن مستحقات الأجير بشأن إنهاء عقد الشغل غير المحدد المدة وبادرت المشغلة إلى تسليمه المبلغ المذكور قبل صيرورة الحكم القاضي بتذليل المقرر بالصيغة التنفيذية إذ أنه بالرجوع إلى القرار الاستئنافي عدد 1300 الصادر بتاريخ 2005/5/10 ملف استعجالي

622 - قرار محكمة النقض عدد : 1172 الصادر بتاريخ 2013/9/12 في الملف الاجتماعي عدد:

2012/2/5/1163.

623 - قرار المجلس الأعلى رقم 950 بتاريخ 2007/10/17 ملف اجتماعي رقم 2006/1/5/940.

رقم 04/182 قضى بإلغاء الأمر المستأنف الصادر عن ابتدائية أكادير والقاضي بتذييل المقرر بالصيغة التنفيذية وبعد التصدي رفض الطلب بخصوص المقرر المذكور. وعلى هذا الأساس اعتبرت المحكمة أن المقرر المذكور لا يعدو أن يكون سوى وصل عادي يعتد بالمبالغ المضمنة به وبالتالي وأمام عدم سلوك المشغلة للإجراءات الشكلية المنصوص عليها طبقاً للفصل 66 وما يليه من مدونة الشغل يجعل الطرد الذي تعرض له الأجير طرداً تعسفياً ويكون بالتالي محقاً للتعويض عن الطرد التعسفي، فالقرار على هذا الأساس جاء معللاً تعليلاً كافياً ومرتكزاً على أساس قانوني وأبقى الوسائل مجتمعة غير جديرة بالاعتبار⁶²⁴.

وزيادة على ذلك، اعتبرت محكمة النقض في قرار آخر، بأنه و"بمقتضى الفصل 23 من قانون المسطرة المدنية تقدم وتحت طائلة عدم القبول طلب واحد بالنسبة للنزاعات والخلافات المتعلقة بنزاعات الشغل الفردية التي لها علاقة بعقود الشغل والثابت من وثائق الملف أن عقد العمل الرابط بين طرفي النزاع تم فسخه بمقرر تحكيمي صادر في 1997/6/23 استفاد بمقتضاه الطاعن من تعويض إجمالي جزافي عن حقوقه الشاملة لدى الطاعنة بعد فسخ العقد بمبلغ 225000,00 د، وأبرئ ذمتها من أية مطالبة لاحقة لأي مبلغ كيفما كان تصريحه كما تعهد بعدم إقامة أية دعوى ضدها إن وجدت أو ستوجد ومتنازلة عنها حسب الإشهاد والالتزام المستظهر بهما من المطلوب في النقض والمصححين الإمضاء في 1997/4/24. فالقرار لما خلص إلى هذا جاء معللاً تعليلاً كافياً ولم يحرف الوقائع ولم يخرق بذلك القانون مما تبقى معه الوسيطتين غير جديرتين بالاعتبار"⁶²⁵. كما اعتبرت محكمة النقض بأن "موضوع المسطرة القضائية وإن كان يتعلق فقط بطلب إلغاء العقوبة التأديبية واسترجاع الأجر المقطوع والتعويض عن الضرر

624 - قرار المجلس الأعلى رقم 1017 بتاريخ 2008/11/5 ملف اجتماعي رقم 2008/1/5/25.

625 - قرار المجلس الأعلى عدد 847 بتاريخ 2005/9/7 ملف اجتماعي عدد 2005/1/5/542.

الناجم عن ذلك فإن لجوء الطرفين إلى مسطرة التحكيم لإنهاء علاقة الشغل من أساسها يكونان قد عبرا عن إرادتهما في اختيار طريق آخر لفض النزاع القائم بينهما والمحكمة حينما كشفت عن هذه الإرادة من خلال منطوق البند الثاني من عقد التحكيم المبرم بين الطرفين والمشار إلى مقتضياته أعلاه لم تحرف الوقائع في شيء وإنما طبقت ما اتفق عليه الطرفان تطبيقا سليما مما يجعل الوسيلة غير جديرة بالاعتبار"⁶²⁶.

وانطلاقا من هذا الموقف الثابت لمحكمة النقض، جاء في الأمر الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2008/3/5، بأنه "وأمام الثبوت القاطع بأن الحكم التحكيمي يرجع النظر في طرق الطعن فيه وكذا بإبطاله إلى المحكمة المختصة نوعيا للبت في النزاع الذي كان موضوع عملية التحكيم فإن تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية لا يخرج عن ذلك ومن ثم يتعين الرجوع إلى رئيس كل محكمة بشأن تلك الصيغة بحسب الأحوال، إما رئيس المحكمة الابتدائية إذا تعلق الأمر بنزاع مدني وإما إلى رئيس المحكمة التجارية إذا تعلق الأمر بنزاع تجاري، أما إذا تعلق بالنزاع الإداري فالمشرع أوكل ذلك إلى المحكمة الإدارية وليس لرئيسها عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل 310 جاء فيها: "يرجع اختصاص النظر في طلب تذييل الحكم التحكيمي الصادر في نطاق هذا الفصل إلى المحكمة الإدارية ..."

وحيث إن الطلب الحالي يتعلق بحكم تحكيمي صدر في إطار نزاعات الشغل ومعلوم أن هذه الأخيرة تخرج عن الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية وبالتالي فطلب تذييله بالصيغة التنفيذية المقدم لرئيس المحكمة التجارية إنما قدم إلى جهة غير مختصة نوعيا ويتعين التصريح بذلك"⁶²⁷.

626 - قرار المجلس الأعلى رقم 1277 بتاريخ 2003/12/16 ملف اجتماعي رقم 2003/1/5/984.

627 - الأمر عدد 569 الصادر عن السيد رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2008/03/05 في الملف عدد 2008/1/261. انظر كتاب التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، مصطفى

بونجة ونهال اللواح، م. س، ص 472.

المطلب الثالث : موقفنا من التحكيم في نزاعات الشغل الفردية

نص الفصل 307 من القانون رقم 08-05 على أن "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية".

وكما هو معلوم، فإن اتفاق التحكيم يكتسي شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم.

فعقد التحكيم، هو ذلك الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية⁶²⁸، في حين أن شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور⁶²⁹.

628 - نص الفصل 314 من ق م م على تعريف عقد التحكيم في حين نظم الفصل 315 من ق م م شروطه، إذ جاء بالفصلين مايلي :

الفصل 314:

"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".

الفصل 315 :

"يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان:

1 - تحديد موضوع النزاع.

2 - تعيين الهيئة التحكيمية أو التنصيب على طريقة تعيينها.

يكون العقد لاغياً إذا رفض محكم معين فيه القيام بالمهمة المسندة إليه".

629 - نص الفصل 316 من ق م م على تعريف شرط التحكيم في حين نظم الفصل 317 من ق م م شروطه، إذ جاء بالفصلين ما يلي:

الفصل 316:

وإذا كان القضاء المغربي قد استقر على جواز التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، فإننا نعتقد بأن إطلاق اليد في ذلك دون تحديد، لمن شأنه ضرب مبدأ الطابع الحمائي لمدونة الشغل في الصميم.

وعليه، فإذا كنا نتفق مع إمكانية إبرام عقد التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، ففي الوقت ذاته فإننا مع منع شرط التحكيم في نزاعات الشغل الفردية.

فاتفاق التحكيم عقد مثل سائر العقود الرضائية يتطلب مجموعة من الشروط تحت طائلة البطلان، من شروط عامة: رضا وأهلية ومحل وسبب

ومن ثم، فالتحكيم مصدره الرضائية وأن الرضائية مصدر إلزاميته، فهو منبع الخصوم أولاً وأخيراً⁶³⁰، وتبعاً لذلك فلا بد من إيجاب وقبول تتطابق بموجبهما الإرادتان وتنصبّ على اللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع الذي سينشأ أو الذي نشأ بينهما، طبقاً للقواعد العامة المطبقة على مثل هذه العقود⁶³¹.

"شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور

==

= الفصل 317:

"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".

630 - عبد الإله البرجاني: محكمة التحكيم. مجلة المنتدى "منتدى البحث القانوني"، عدد 2، - عدد خاص

بالتحكيم - دجنبر 2000، ص 57.

631 - الرجوع للقواعد العامة فيما يخص نظرية العقد: على سبيل المثال: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في

شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية،

الطبعة الثالثة 2000.

وسواء كان شرط تحكيم أو عقد تحكيم، فإن اتفاق التحكيم ككل يجب أن يخضع لمجموعة من الشروط الجوهرية تضمن صحة وسلامة الاتفاق التحكيمي يسهر القضاء على ضمانها⁶³².

المبحث الثاني : بؤادر تمييز القضاء المغربي بين شرط وعقد التحكيم

صدر مؤخرًا قرار مهم عن محكمة النقض⁶³³ في موضوع التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، وتعود أهمية هذا القرار فيما قضى به عند قوله بأنه "لا مانع يمنع طرفي عقد الشغل من إنهاء العلاقة فيما بينهما عن طريق التحكيم كحل بديل لحل منازعات الشغل الفردية، ما دام عنصر التبعية قد أصبح منعدماً".

وإذا كان هذا القرار قد تناول العديد من النقط المهمة، فإن التمعن في تعليقه يؤشر على تعامل جديد مع إمكانية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية ما دام أن هذا القرار قد ربط إمكانية إنهاء عقد الشغل عن طريق التحكيم بانتهاء عنصر التبعية.

وللوقوف على هذا القرار فإننا سوف نتطرق لوقائعه ومنطوقه في (المطلب الأول) على أن نخصص (المطلب الثاني) للتعليق عليه.

المطلب الأول : وقائع القرار ومنطوقه

1 - الوقائع :

حيث يستفاد من مستندات الملف ومن القرار المطعون فيه عن محكمة الاستئناف بالبيضاء المشار إلى مراجعه أعلاه، أن طالبة النقض تقدمت

632 - انظر في تلك الشروط بتفصيل أطروحة "القاضي الوطني والتحكيم التجاري الدولي"، نهال اللواح، م. س، ص 119 وما بعدها.

633 - قرار محكمة النقض عدد : 1172 الصادر بتاريخ : 12 شتنبر 2013 في الملف الاجتماعي عدد: 2012/2/5/1163. قرار مشار إليه سابقاً.

بمقال تعرض فيه أنها تعمل مع المطلوبة كرئيسة لتسيير هذه المجموعة منذ سنة 1971، إلا أنها فوجئت في الأيام الأخيرة بطردها تعسفياً دون تطبيق مقتضيات الفصلين 62 و 63 من م.ش، وأنها قبلت المبلغ الهزيل الذي منحتة المطلوبة لها، لذلك تلتزم الحصول على مستحقاتها القانونية تطبيقاً للفصل 73 من م.ش والفصل 1098 من ق.ع.ل، وأن أجرتها الصافية هي 16351 درهم شهرياً، مع الحكم لها بمختلف التعويضات الناتجة عن الطرد التعسفي، وبعد الإجراءات صدر حكم ابتدائي قضى برفض الطلب. استأنفته طالبة فصدر القرار القاضي بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطلوب نقضه.

ولقد عابت الطاعنة على القرار نقصان التعليل في الطلب الابتدائي، وذلك بخرق مقتضيات الفصلين 1 و 32 من ق.م.م. وإقحام مقتضيات الفصل 28 من ق.م.م.

كما أن الطاعنة اعتبرت بأن المحكمة لم تجب على الخروقات التي ارتكبتها المطلوب في النقض، حيث إنه عيّن في التحكيم محامي المطلوبة في النقض إذ كانت هي الحاكمة والمحمومة في نفس الوقت، وأنه بدل أن يستعمل الأجر الحقيقي والمدة الحقيقية التي قضتها طالبة النقض أي أن أجرها الحقيقي كان 63,25806 درهم، وبدل أن يستعمل هذا الأجر استعملت أجراً آخر هو الموجود في الحكم 8000 درهم، فلم تدر العارضة من أين أتوا بهذا المبلغ مع أن قانون الشغل يوجب أن يكون الأجر الحقيقي الذي كانت تتقاضاه العارضة، مما يتبين أن محكمة الاستئناف لم تجب عن هذا الدفع مما جعل حكمها معرض للنقض، ولعدم تعليله تعليلاً كافياً مما يوازي انعدامه.

كما تعيب الطاعنة على القرار فساد التعليل ونقصانه وعدم الارتكاز على أي أساس، إذ أن محكمة الاستئناف في القرار المطعون فيه بالنقض

خرقت القانون خرقا سافرا وجانبت الصواب، إذ نابت على المستأنف عليها ولم تجب على دفعات المستأنفة، ولم تراع المدة التي قضتها في العمل، وما هو سبب عدم احتساب الأجر الحقيقي الذي هو 63,25806 درهم بل استعملت أجر غير حقيقي وهو 8000 درهم، وأن المطلوبة في النقض هي التي طالبت من العارضة إيقافها عن العمل وفي سنها المتأخر بالإضافة إلى أن لها التزامات لم تجد بدا من الرضوخ أمام المطلوبة في النقض إذ أنها كانت على شفا حفرة من السقوط فيما لا يحمد عقباه، والمحكمة لم تجب على دفعات العارضة ومما يكون معه الحكم الابتدائي ولا القرار الاستئنافي المطعون فيه قد خرق مقتضيات الواجبة فوجب نقضه.

كما تعيب الطاعنة على القرار عدم ارتكابه على أساس قانوني وانعدام التعليل إذ لم يبين على القانون ودون الجواب عن دفعات العارضة والوثائق المدلى بها من طرف الطاعنة ومناقشتها ودون أن تقيم لها وزنا، مما يكون معه القرار معرضا للنقض.

2 - التعليل :

لكن، حيث إنه من الثابت من وثائق الملف ومستنداته أن طالبة النقض وبارادتها الحرة قامت باختيار محكم فريد وهو الأستاذ صلاح الدين بنرحال المحامي بالبيضاء وذلك بمقتضى الإشهاد المؤرخ في 2008/11/5 الصادر عنها والمصحح الإمضاء من طرفها، كما أنها صادقت على الحكم التحكيمي إلى جانب مشغلتها لدى السلطات المختصة ولم تتقدم بأي طعن في الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية بتاريخ 2008/11/12 بناء على طلبها، بالإضافة إلى عدم إبدائها أية ملاحظة أو دفع أو تحفظ أثناء سريان مسطرة التحكيم، وذلك ما اعتبرته محكمة الموضوع المطعون في قرارها وعن صواب لما اعتبرت الحكم التحكيمي الذي توصلت بموجبه الطالبة من

مشغلتها (المطلوبة) بالمبلغ المتفق عليه مقابل فسخ العلاقة الشغلية وتنازلها المصادق عليه عن ممارسة أي طعن كيفما كان نوعه، وكذلك الأمر القاضي بتذييله بالصيغة التنفيذية، وانتهت إلى أن ما توصلت به الطالبة يعد تعويضا كاملا وتاما ولا حق لها في طلب أي تعويض آخر كيفما كان نوعه، وأن علاقة الشغل بين الطرفين انتهت بصفة رضائية بمقتضى الحكم التحكيمي المذكور الذي تم تحريره على الشكل القانوني الذي لا يقبل أي طعن، فيكون قرارها جاء مبني على أساس قانوني سليم ومعللا بما فيه الكفاية والوسائل لا أساس لها.

3 - المنطوق :

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

المطلب الثاني : التعليق على القرار

يثير هذا القرار مدى إمكانية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية وكذلك آثار الأحكام التحكيمية ومدى إمكانية التنازل المسبق عن الطعن فيها، وهذا ما سنتناوله على التوالي :

أ - عدم تعارض الطابع الحمائي لمدونة الشغل مع إمكانية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية :

بالرغم من الطابع الحمائي لمدونة الشغل وارتباط العديد من نصوصها بالنظام العام، إلا أن القانون رقم 08.05 لم يمنع إمكانية إخضاع العلاقات الفردية للشغل للتحكيم .

فانطلاقا من مقتضيات الفصلين 308 و309 من القانون رقم 08.05 والذي حلت أحكامه محل أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه لسنة 1974، فإنه باستثناء المواضيع التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة، فإنه يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين

أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها⁶³⁴.

ب - حجية الحكم التحكيمي:

بالنسبة لحجية حكم التحكيم، فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 26-327 القانون رقم 08.05 على أن الحكم التحكيمي يكتسب بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه⁶³⁵.

ويقصد بالحجية اكتساب حكم المحكمين قوة قانونية تسري على وقائع النزاع وأطراف التحكيم والمحكمين والمحاكم العادية اعتباراً من تاريخ صدوره، كذلك التي يعطيها القانون للأحكام القضائية⁶³⁶.

ويستقر الفقه على وجوب التمييز بين حجية الأمر المقضي *autorité de la chose jugée* وقوة الأمر المقضي *force de la chose jugée* على أساس أن حجية الأمر المقضي تثبت للمقرر التحكيمي بمجرد صدوره، غير أنه ومتى تعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام طرفاً فيه، فإن الحكم التحكيمي لا يكتسب حجية الشيء المقضي به إلا بناء على أمر بتحويل صيغة التنفيذ، حيث يجب أن يطلب تحويل صيغة التنفيذ من قبل الطرف الأكثر استعجالاً أمام القاضي المختص.

634 - الرجوع للفصلين 308 و309 المشار إليهما سابقاً.

635 - جاء بالفصل 26-327 ما يلي:

"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 طرفاً فيه، إلا بناء على أمر بتحويل صيغة التنفيذ. وفي هذه الحالة، يطلب تحويل صيغة التنفيذ من قبل الطرف الأكثر استعجالاً أمام القاضي المختص تطبيقاً للفصل 327-328 أعلاه حسب المسطرة المنصوص عليها في الفصل 31-327 بعده وبالأثر المشار إليها في الفصل 32-327 وما يليه.

تطبق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام على الأحكام التحكيمية التي لا يطالب في شأنها بصيغة التنفيذ".

636 - أحمد الشيخ قاسم: التحكيم التجاري الدولي، مطبوعات جامعة دمشق، الطبعة الأولى، 1994، ص 318.

ولقد اعتبرت محكمة الاستئناف بالدر البيضاء في أحد قراراتها⁶³⁷ بأنه "يتعين التفريق بين حجية الشيء المقضى به للمقرر التحكيمي، وبين القوة التنفيذية التي تمنح لهذا المقرر بأمر من رئيس المحكمة الذي لا يبيت في جوهر النزاع"، كما أن "حجية الشيء المقضي به هي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يحملها سواء الحكم القضائي أو المقرر التحكيمي، وتعني هذه القرينة ان الوقائع المثبتة في المدلول الذي يشير إليه الفصل 419 من ق. ل. ع. والحقوق التي فصلت فيها، لا يمكن ان تكون محل مجادلة جديدة".

3 - مدى إمكانية التنازل عن الطعن في حكم التحكيم :

نص الفصل 34-327 من القانون رقم 08.05 على أن الحكم التحكيمي الداخلي لا يقبل أي طعن باستثناء الطعن بتعرض الغير الخارج عن الخصومة والطعن بإعادة النظر طبقا للشروط المقررة في الفصل 402 وكذلك الطعن بالبطلان⁶³⁸.

ونص الفصل 327-36 من نفس القانون في مستهله على أنه وبالرغم من كل شرط مخالف فإن الأحكام التحكيمية تكون قابلة للطعن بالبطلان، ويقدم هذا الطعن طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدر في دائرتها الحكم التحكيمي⁶³⁹.

637 - قرار محكمة الاستئناف بالدر البيضاء الصادر بتاريخ 1997/11/4 ملف عدد 1784/97 منشور بكتاب الدكتور مصطفى بونجة والدكتورة نهال اللواح، التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، الطبعة الاولى 2014 ص 394.

638 - جاء في الفصل 327-34 ما يلي:

==

== "لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصول 327 و327-36 بعده.

يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقا للشروط المقررة في الفصل 402 بعده وذلك أمام المحكمة التي كانت ستنظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم."

639 - نص الفصل 36-327 على ما يلي:

"رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها.

فمؤدى هذا الفصل أن المشرع المغربي مثله مثل معظم التشريعات المقارنة⁶⁴⁰ منع إمكانية التنازل المسبق عن دعوى البطلان أو ما يعرف بـ "شرط الاستبعاد" أو "Clause exclusion"، إذ يعتبر هذا الشرط مخالفا للنظام العام⁶⁴¹.

- ويكون تقديم هذا الطعن مقبولا بمجرد صدور الحكم التحكيمي. ولا يتم قبوله إذا لم يقدم داخل أجل هو ما من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية.
- لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية:
- 1 - إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلا، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم؛
 - 2 - إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين؛
 - 3 - 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 الغير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها؛
 - 4 - إذا لم تحترم مقتضيات الفصلين 23-327 (الفقرة 2) و24-327 فيما يخص أسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي والفصل 2-327؛
 - 5 - 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؛
 - 6 - إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام؛
 - 7 - 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 الاستئناف 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 الاستئناف طبقا لمسطرة الاستعجال.
- يوقف أجل ممارسة الطعن بالبطلان تنفيذ الحكم التحكيمي.
- كما توقف ممارسة هذا الطعن داخل الأجل تنفيذ الحكم التحكيمي".

640 - وفي ذلك تنص المادة 54 من قانون التحكيم المصري على أنه "لا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم".

وبالرغم من صيغة الوجوب التي جاء بها الفصل الفصل 36-327 من القانون رقم 08.05⁶⁴²، فإن الممارسة العملية تشهد بتضمين العديد من اتفاقات التحكيم التنازل المسبق عن أي طعن في الحكم التحكيمي .

المبحث الثالث : مدى إمكانية إخضاع التحكيم في نزاعات الشغل الفردية للتحكيم الدولي

استقر القضاء المغربي على جواز التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، ولعل النوازل التي سبق طرحها أمام القضاء المغربي تتعلق كلها بالتحكيم الداخلي في نزاعات الشغل الفردية.

وما دام أن المشرع المغربي قد نظم بموجب القانون رقم 08-05 التحكيم الداخلي والدولي، فإن التساؤل يطرح حول مدى إمكانية إخضاع نزاعات الشغل الفردية للتحكيم التجاري الدولي.

وللإجابة عن هذا التساؤل يجب بداية تحديد المقصود بالتحكيم التجاري الدولي (المطلب الأول) لنقف على مدى وجود تعارض بين نزاعات الشغل الفردية والتحكيم التجاري الدولي من عدمه (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مدلول التحكيم التجاري الدولي

انطلاقاً من التعريف الوارد بالفصل 40-327 من القانون رقم 08-05⁶⁴³، فالملاحظ أن المشرع المغربي قد ارتكز على معيارين أساسيين في تحديد

642 - "حيث إنه بمقتضى المادة 327-36 من قانون المسطرة المدنية فإن الأحكام التحكيمية تكون قابلة لطعن بالبطان طبقاً للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها رغم كل شرط مخالف وذلك في الحالات المنصوص عليها في الفصل المذكور" قرار محكمة الاستئناف التجارية بمراكش عدد 141 الصادر بتاريخ 2010/10/19 في الملف التجاري عدد 2010/2/858، منشور بكتاب مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكيم التجاري من خلال العمل القضائي المغربي، م س، ص 180.

643 - جاء بالفصل 40-327 ما يلي:

مدلول الصفة الدولية للتحكيم، الأول يتعلق بكون المصالح التي لجأ فيها إلى التحكيم تجارية دولية (أي المعيار الاقتصادي)، والثاني يكمن في توافر أطرافه على موطن أو مقر بالخارج (أي ما يعرف بالمعيار الجغرافي) ⁶⁴⁴،

"يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

يعتبر التحكيم دوليا إذا:

- 1 - كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛
- 2 - أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف: (أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوصا عليه في اتفاق التحكيم أو معناها بمقتضى هذا الإتفاق؛ (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 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 كان 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."

644 - هناك مجموعة من المعايير المعتمدة في تحديد دولية التحكيم غير المعيار الجغرافي والمعيار الاقتصادي:

المعيار القانوني: أساس هذا المعيار هو معرفة دولية العلاقات الخاصة ومدى تطرق العنصر الأجنبي إلى عناصر تلك العلاقات، فالمعيار القانوني يستخدم بصفة عامة لتحديد ما إذا كان العقد دوليا أم لا، ووفقا لهذا المعيار يعد العقد دوليا إذا كانت العناصر القانونية للعقد على اتصال بأكثر من نظام قانوني واحد، فإعمال المعيار القانوني بشأن التحكيم يقصد به تحديد الارتباط القائم بين التحكيم والنظام القانوني لدولة معينة. للمزيد من التفصيل: انظر نادر ابراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 84 وما بعدها. حفيظة السيد: الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1997، ص 44 وما بعدها.

ثم **المعيار المختلط**، وهو يتكون من المعيار القانوني والاقتصادي معا. فقانون التحكيم المصري على سبيل المثال اعتنق في تحديده لدولية التحكيم معيارا مركبا من عناصر قانونية وأخرى اقتصادية، وأنه يلزم بالتالي لاعتبار التحكيم دوليا ارتباطه بنقاط ارتباطا بأكثر من قانون وطني، هذا فضلا عن اتصال موضوع النزاع بالتجارة = =

= = الدولية. للمزيد من التوضيح انظر على سبيل المثال: أحمد شرف الدين: سلطة القاضي المصري ازاء أحكام التحكيم "دعوى بطلان حكم التحكيم"، الطبعة الثانية، النسر الذهبي للطباعة، 1997، ص 26. هذا فضلا عن بعض المؤشرات الخارجية التي تؤكد عدم ارتباط التحكيم ببلد واحد أو التجارة الداخلية ببلد

الشيء الذي يكون معه المشرع المغربي قد اعتمد في ذلك على كل من المعيار الاقتصادي والمعيار الجغرافي، وهذا ما كان قد جاء أيضا في مشروع هذا القانون في المادة 48 منه.

المعيار الأول: المعيار الاقتصادي:

يعتبر المعيار الاقتصادي أكثر المعايير المعتمدة في كل من الفقه والقضاء المقارنين، ذلك أن طبيعة النزاع هي التي تؤخذ بعين الاعتبار، فيعتبر تحكيما دوليا ذلك الذي يتعلق بمصالح تجارية دولية دون أخذ مكان التحكيم أو قانون إجراءات المحاكمة المطبق أو جنسية الأطراف بعين الاعتبار⁶⁴⁵.

وانطلاقا من مطلع الفصل 40-327 والذي نص فيه: "يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية..."، فإن القانون المغربي لم يتردد في اعتماد هذا المعيار بجانب المعيار الجغرافي لتحديد الصفة الدولية للتحكيم، باعتباره من أهم المعايير الراجعة دوليا في تحديد صفة التحكيم الدولي.

فالمشرع المغربي بأخذه للطابع الاقتصادي إلى جانب الحالات التي وردت في الفصل 40-327، يكون قد استبعد إشكالا حقيقيا حول ما المقصود

واحد كجنسية الأطراف أو اللغة والعملة، وغير ذلك من المؤشرات. للمزيد من التوضيح الرجوع على سبيل المثال: محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 22 وما بعدها. عبد الحميد الأحذب: التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف 1998 ص 13 وما بعدها. وبعض الفقه وضع معيارين أو نظريتان فقط في تحديد الطابع الدولي للتحكيم: النظرية الشكلية والقانونية التي تعتمد عناصر الأجنبية للنزاع، والنظرية الجوهرية والاقتصادية التي تعتمد معيار اتصال النزاع بمصالح التجارة الدولية.

Mohamed Mernissi: «Principales tendances du projet de code de l'arbitrage». L'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le Ministère de la Justice et la CGEM en collaboration avec la Cour Suprême, le 3-4 Mars 2004. Série «des Cahier de la Cour» N° 6/2005. P 85.

بمصالح التجارة الدولية أهي المصالح التجارية التي تتجاوز الحدود الجغرافية لأكثر من دولة أم الدولة الواحدة⁶⁴⁶.

وباعتماد المشرع المغربي لهذا المعيار كذلك، يكون قد سار على نفس النهج الذي تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1504 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية الجديد التي عوضت المادة 1492 من المرسوم الفرنسي السابق لسنة 1981، إذ نصت المادة 1504 على ما يلي: "يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بالمصالح العائدة إلى التجارة الدولية"⁶⁴⁷.

هذا التعريف قد تم تحديده من قبل اجتهاد القضاء الفرنسي، واجتهاد محكمة النقض الفرنسية بخصوص تعريف التحكيم الدولي يعتبر ثابتا وقار⁶⁴⁸، غير أن الغرفة المدنية الأولى قد أصدرت بتاريخ 28 يناير 2003 قرارا اعتبرت فيه أن الشرط التحكيمي المبرم بين شركة وغير تاجر يعتبر صحيحا لمجرد فقط تضمين الطابع الدولي للعمليات المعنية.

وهذا القرار يعكس مفعول القاعدة المقررة بمقتضى التعريف المذكور: دولية العلاقة النزاعية هي المأخوذة فقط بعين الاعتبار، أما معيار

646 - عبد الرحيم زساكي: التحكيم الدولي على ضوء القانون المغربي الجديد والمقارن، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع - الرباط، الطبعة الأولى نونبر 2010، ص 20.

647 - جاء في نص المادة 1504 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي وفق المرسوم الجديد رقم 2011-48 ما يلي:

«Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international.»

وهو نفس ما كانت تنص عليه المادة السابقة 1492.

648 - إذ تعتبر محكمة النقض الفرنسية أول من أرسى هذا المعيار في أوائل القرن الماضي، حيث أرست هذا المعيار بداية على العقود وأضفت الصفة الدولية عليها، ثم بعد ذلك على التحكيم التجاري الدولي وتمييزه عن التحكيم الداخلي وما يترتب على ذلك من نتائج، ثم استجاب المشرع الفرنسي لذلك، حيث عدل قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 الملغى ونص في المادة (1492) منه على أنه "يعتبر دوليا التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية. هذا المعيار له طبيعة اقتصادية: طبيعة النشاط الاقتصادي المعني، وطابعه فوق الوطني transnational الذي يحدد الوصف الدولي للتحكيم. انظر في ذلك عامر فتحي البطاينة: دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، م.س، ص 43.

التجارية - المعتبر سابقا من المحددات - فلم تعد له أية فعالية. وهذا يترتب عنه نتيجتان:

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

- عدم قابلية التطبيق لقاعدة المنع من الشرط التحكيمي المقررة قديما بمقتضى المادة 2061 من القانون المدني في المجال الدولي، وذلك قبل الإصلاح التشريعي الصادر في 15 ماي 2001 الذي اعترف بالشرط التحكيمي المبرم بالنظر لنشاط مهني⁶⁴⁹.

وكان يتطلب لتحقيق المعيار الاقتصادي معيار "المد والجزر" ثم بعد ذلك تطور هذا المعيار ليأخذ بمصالح التجارة الدولية⁶⁵⁰.

ويعتبر معيار مصالح التجارة الدولية هو المعيار الحديث في إضفاء الصفة الدولية، وهذا المعيار يتعلق بطبيعة النزاع، ومن ثم يكون إسباغ الصفة الدولية على التحكيم مستندا إلى طبيعة الدولية لذلك النزاع، فإذا كان النزاع ناشئا عن المعاملات التجارية الدولية فعندئذ يعتبر التحكيم دوليا، ولو كان التحكيم قد جرى بين مواطنين يحملون جنسية واحدة وفي البلد الذي ينتمين إلى جنسيته، وهذا المعيار يعير أهمية خاصة إلى نوعية النزاع

649 - انظر بتفصيل :

Jean Pierre Ancel : «La lecture de la jurisprudence française en matière d'arbitrage international». L'arbitrage commercial interne et international, colloque organisé par le Ministère de la Justice et la CGEM en collaboration avec la Cour Suprême, le 3-4 Mars 2004. Série «des Cahier de la Cour» N° 6/2005. P 180 .

650 - معيار المد والجزر : كان أول من قال به المحامي العام "ماتر" حيث تتطلب ليكون العقد دوليا أن تؤدي حركة مد وجزر عبر الحدود إلى آثار مزدوجة في دولة وأخرى.

إلا أن معيار المد والجزر لم يسلم من النقد حيث إنه لم يكن يستوعب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية، فهو ينسجم بصعوبة مع عقود الخدمات الدولية، كما أن المعيار لا يأخذ في الاعتبار تعدد وسائل تسوية المدفوعات الدولية فلا تنتقل أموال عبر الحدود كما هو الحال في شأن المقاصة، وهذا ما كان وراء تطوير المعيار الاقتصادي لدولية العلاقات الخاصة وظهور معيار مصالح التجارة الدولية. انظر بتفصيل نادر ابراهيم: مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، م. س، ص 88.

ويسبغ على التحكيم صفة الدولية بسبب تعلقه بالمعاملات التجارية الدولية التي تتفق مع حقيقة التعامل التجاري الدولي في الوقت الحاضر، حيث إن التحكيم ما هو إلا وسيلة لفض المنازعات الناشئة عن التعامل التجاري الدولي⁶⁵¹.

كما أن اتفاقية عمان للتحكيم التجاري لسنة 1961 قد أخذت أيضا بهذا المعيار⁶⁵²، وذلك عندما نصت على أنه "تطبق الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يربطهم "تعامل تجاري" مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقر رئيسية فيها"⁶⁵³.

المعيار الثاني: المعيار الجغرافي:

فضلا عن ما سبق، فإن مدلول التحكيم الدولي طبقا لفلسفة المشرع المغربي ليس فقط التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، بل كذلك الذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج⁶⁵⁴.

فالمعيار الجغرافي حسب مدلول هذا الفصل، يعتمد تعدد الأمكنة الواقعة خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف (الفقرة 1)، أو مكان

651 - فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، م. س ص 102.

652 - نصت مقدمة هذه الاتفاقية على أن منطلقها هو "الإيمان بأهمية إيجاد نظام عربي موحد للتحكيم التجاري يأخذ مكانه بين أنظمة التحكيم العالمية والإقليمية، وعرض على تحقيق التوازن العادل في ميدان حل النزاعات التي يمكن أن تتولد عن عقود التجارة الدولية وإيجاد الحلول العادلة لها. انظر عبد الحميد الأحمد: التحكيم الدولي، ج. 2، م. س، ص 75 في الهامش.

653 - نصت المادة 2 من اتفاقية عمان للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على ما يلي:

"تطبق هذه الاتفاقية على النزاعات التجارية الناشئة بين أشخاص طبيعيين أو معنويين أيا كانت جنسياتهم يربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول المتعاقدة أو أحد أشخاصها أو تكون لهم مقر رئيسية فيها".

654 - انظر الفصل 327-40 من القانون المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

توقيع العقد (الفقرة 2-أ) أو مكان تنفيذه أو مكان التحكيم الذي يرتبط أكثر بموضوع النزاع (الفقرة 2-ب)، أو محل وجود إحدى مؤسسات الأطراف التي ترتبط أكثر باتفاق التحكيم (الفقرة 3-أ) أو محل إقامة أطراف النزاع (الفقرة 3-ب).

و بالمقارنة مع المقتضيات الدولية، فقد كان لمعاهدة نيويورك الفضل في إظهار هذا المعيار، وقد أخذت بمعيار مكان صدور الحكم في إظهار الصفة "الأجنبية" للحكم المراد تنفيذه⁶⁵⁵، كما أخذت به كذلك اتفاقية جنيف لعام 1927 الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في مادتها الأولى⁶⁵⁶.

وحسب تعليق بعض الفقه على موقف اتفاقية نيويورك، فإنه يكفي في هذا الصدد أن يكون حكم التحكيم الأجنبي صادرا في دولة غير تلك الدولة المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الحكم المذكور، ولا يهم بعد ذلك أن يثير النزاع مصالح التجارة الدولية، كما لا يهم أيضا أن يتضمن التحكيم عنصرا أجنبيا أو أكثر، فقد يكون النزاع الصادر به الحكم الداخلي يمكن إسناد كل مكوناته إلى نفس الدولة التي صدر فيها ولا يتجاوز هذا الإطار، بحيث يكون التحكيم وطنيا بحثا رغم أنه يعتبر حكما أجنبيا في مفهوم المعاهدة، وهو ما تبين منه أن دولية العلاقة تختلف تماما عن أجنبية حكم التحكيم⁶⁵⁷.

655 - نصت المادة الأولى من اتفاقية نيويورك على أنه: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية كما تطبق أيضا على أحكام المحكمين التي تعتبر لا وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام".

656 - كذلك اتفاقية جنيف الأوروبية لعام 1961 والمتعلقة بالتحكيم الدولي قد سبق وطرح شرطها، وهو أن يكون النزاع ناشئا عن عملية تجارية دولية، إلا أنها فرضت في الوقت نفسه أن يكون النزاع قائما ما بين "أشخاص مقيمين أو لهم مركز إقامة في بلدان مختلفة" طبقا لمادتها الأولى، وكذلك اتفاقية لاهي لسنة 1964 حول المبيعات الدولية للمنقولات، فهي تطبق على "عقود البيع المعقودة بين أطراف تقع مؤسساتهم في بلاد مختلفة وذلك في المادة الأولى منها".

657 - منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 2001 ص

كما تبني المشرع المصري هذا المعيار في المادة 299 من قانون المرافعات المصري حيث نص على ما يلي: "تسري أحكام المواد السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي...".

وكذلك عندما نص هذا الأخير على "اعتبار المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم"، ووضع مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم في الخارج أو مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين⁶⁵⁸.

بل أن هذا المعيار هو الذي أخذ بعين الاعتبار في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Uncitral) الذي اعتمد منذ سنة 1985، معتبرا على أن التحكيم يكون دوليا "إذا كانت مؤسسات الأطراف في اتفاقية تحكيمية عند إجراء هذه الاتفاقية تقع في بلدان مختلفة، أو كان أحد الأماكن المذكورة لاحقا يقع خارج الدولة التي تقع فيها مؤسسات الأطراف"⁶⁵⁹.

وخلاصة القول، نتفق ما ذهب لقله أحد الفقهاء المغربي من أنه "يبدو أن التمييز بين الصفة الدولية والصفة الأجنبية تمييز ضعيف، مادام أن الصفة الأولى تستغرق الصفة الثانية، فيكون التحكيم متسما "بالأجنبية" في ذات الوقت متى ارتبطت عناصره بقوانين دول معينة أو بحكم المنازعة فيه، وقد لا يكون متسما بالأجنبية، وحينئذ تسبغ عليه صفة "الدولية" متى كان التحكيم منقطع الصلة بأية أنظمة قانونية وطنية، كالتحكيم الشائع الآن

658 - أحمد شرف الدين: سلطة القاضي المصري إزاء أحكام التحكيم "دعوى بطلان حكم التحكيم"، م. س، ص 24.

659 - انظر نص المادة الأولى لقانون الأونسترال وفق تعديل 2006.

في المراكز أو الهيئات الدائمة الذي يسير وفق إجراءاتها المسطرية ويستند على أعراف وعادات التجارة الدولية لحسم النزاع"⁶⁶⁰.

ثم وانطلاقاً مما سبق، فإن الخوض في معيار التحكيم الدولي ومحاولة إيجاد معيار جامع بصدد التحكيم الذي يوصف بأنه دولي ليس بالأمر الهين، ويزداد الأمر تعقيداً عند الرجوع إلى مختلف الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الصدد، فإذا كان المشرع المغربي قد وضع معيارين لدولية التحكيم المتمثلان في المعيار الاقتصادي والجغرافي، إلا أن ذلك لا يمكن اعتماده والتسليم به بصفة مطلقة للقول بدولية التحكيم، ذلك أن إصباح التحكيم بالصفة الدولية لا يقتصر على ذلك بل تدخل في تحديدها مجموعة من المؤشرات المجتمعة مع بعضها للقول بوجود تحكيم دولي.

المطلب الثاني : مدى تعارض منازعات الشغل الفردية مع التحكيم التجاري الدولي

لم يكن ق.م.م. المغربي السابق يميز بين التحكيم الداخلي والدولي، أو بالأحرى غياب حتى مدلول أو مفهوم "الدولية" في التحكيم، ومن ثم فإنه من المستجدات التي جاء بها المشرع المغربي في دجنبر 2007 بمناسبة تعديله لمقتضيات التحكيم المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، ذلك المقتضى المتعلق بالتحكيم الدولي⁶⁶¹.

وقد قام المشرع المغربي بمقتضى هذا الفصل الوارد أعلاه بتعريف التحكيم الدولي، حينما اعتبر أنه يعد تحكيماً دولياً كل تحكيم يتعلق بمصالح

660 - عبد الله درميش: الرقابة القضائية على الأحكام التحكيمية الأجنبية والدولية في الدول العربية. م. س، ص 8. وأيضا أبو زيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، 1981، ص 58 وما بعدها.

661 - القانون رقم 08-05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الصادر في 30 نونبر 2007، ج.ر. ع: 3894، بتاريخ 2007/12/6.

التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطنًا أو مقرًا بالخارج، كما أضاف فيما بعد في الفقرات الموالية من هذا الفصل، الحالات التي يكون فيها التحكيم دوليًا.

ونظرًا لتطور عقود الشغل وظهور مفهوم عقود الشغل الدولية، إلا أن مفهوم عقد الشغل الدولي يكتسي طابعه الدولي بالنظر إلى معيار جغرافي صرف، في حين يبقى تحقق المعيار الاقتصادي محل تساؤل.

فالمعيار الاقتصادي يقتضي بأن يتعلق العقد أو الاتفاق بمصالح التجارة الدولية، في حين أن عقد الشغل سواء كان وطنيًا أو دوليًا يعتبر ظاهريًا خارجًا عن مصالح التجارة الدولية.

وبالرغم من صعوبة تحديد المقصود بـ "مصالح التجارة الدولية" فإن العامل المهم لتحديدها يتمثل في عملية المد والجزر للأموال، كما أن مفهوم مصالح التجارة الدولية قد عرف تطورًا مهمًا أدى إلى اتساعه ليشمل جميع المعاملات والعقود المتصفة بصفة الدولية.

فمفهوم مصالح التجارة الدولية عرف تطورًا مهمًا⁶⁶² من خلال أحكام وقرارات القضاء الفرنسي⁶⁶³ الذي طبق دائمًا نظرية ماطر *doctrin* «*Matter*»⁶⁶⁴ ليصل في الأخير إلى تحديد المعيار الاقتصادي وبمفهومه الواسع كمعيار لتحديد الطابع الدولي للتحكيم⁶⁶⁵.

662 - Malik Laazouzi, Définition de l'arbitrage international en fonction du dénouement économique de l'opération litigieuse, Revue critique de droit international privé 2011 p. 704.

663 - C Civ. Ire, 13 mars 2007, Bull. civ. I, n° 102 ; D. 2007. AJ 949, obs. X. Delpech, et 2008. Pan. 183, obs. Clay ; JCP 2007. Actu. 135, obs. Ortscheidt ; LPA 26 sept. 2007, p. 9, note Ben-Reguiga ; Rev. arb. 2007. 500, note Jaeger.

664 - X. Delpech, Critère de l'arbitrage international : définition économique, Recueil Dalloz 2011 p. 312.

665 - Civ. Ire, 26 janv. 2011, n° 09-10.198, D. 2011. 312: *Sur le second moyen, qui est préalable* ; - Attendu que l'INSERM fait grief à l'arrêt d'avoir qualifié l'arbitrage d'international, alors, selon le moyen :

ولعل هذا التطور في مفهوم مصالح التجارة الدولية هو الذي كان وراء تبني المشرع الفرنسي⁶⁶⁶ للمعيار الاقتصادي كمعيار وحيد لتحديد

«1°/ que l'arbitrage n'est international que s'il met en cause les intérêts du commerce international ; que le financement par une fondation étrangère de la construction d'un bâtiment en France, dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à un établissement public à caractère scientifique, et dont la destination est l'accueil d'un centre de recherche médicale dépendant dudit établissement constitue une opération étrangère au commerce international et insusceptible de mettre en cause les intérêts de ce dernier ; que la cour d'appel a donc violé, par fausse application, l'article 1492 du Code de procédure civile ; 2°/ qu'un mouvement de fonds en provenance de l'étranger ne met pas en cause, à lui seul, les intérêts du commerce international ; qu'en se bornant à constater que le contrat prévoyait le versement, en France, de fonds en provenance de la Fondation norvégienne, sans caractériser la mise en cause des intérêts du commerce international, la cour d'appel a violé l'article 1492 du Code de procédure civile ; 3°/ qu'en outre, la volonté des parties étant sans incidence sur la qualification de l'arbitrage en arbitrage international, en se référant aux déclarations faites par les parties devant le juge des référés et dans l'acte de mission, la cour d'appel a violé l'article 1492 du Code de procédure civile ; 4°/ qu'enfin, l'autorité de chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif ; qu'en se fondant sur la constatation, au sein des motifs de l'ordonnance du président du tribunal de grande instance, aux termes de laquelle les parties se seraient accordées sur le caractère international de l'arbitrage, la cour d'appel a violé l'article 1351 du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé justement que selon l'article 1492 du Code de procédure civile, est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, que l'internationalité de l'arbitrage fait appel à une définition économique selon laquelle il suffit que le litige soumis à l'arbitre porte sur une opération qui ne se dénoue pas économiquement dans un seul Etat, et ce, indépendamment de la qualité ou de la nationalité des parties, de la loi applicable au fond ou à l'arbitrage, ou encore du siège du tribunal arbitral, la cour d'appel retient que l'objet du protocole d'accord était de mettre en commun les efforts de l'INSERM et de la fondation «pour favoriser la réalisation d'un projet de construction d'un pôle de = = = = recherché en neurobiologie et la formation de cliniciens et de chercheurs dans ce domaine » avec un financement pour la plus grande partie par la fondation, ce qui impliquait des mouvements de fonds de la fondation norvégienne au-delà des frontières ; que, par ce seul motif, elle a exactement décidé que l'arbitrage était international ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches, ci-après annexé : - Attendu que l'INSERM fait grief à l'arrêt d'avoir refusé de surseoir à statuer sur la question préjudicielle relative à la validité de la clause compromissoire stipulée dans le contrat administratif conclu entre l'INSERM et la fondation, d'avoir déclaré cette clause valable et d'avoir rejeté le recours en annulation contre la sentence arbitrale ; - Attendu que le Tribunal des conflits a, dans sa décision du 17 mai 2010, jugé que la juridiction judiciaire était compétente pour connaître du recours en annulation ; que le moyen est devenu sans objet ;

Par ces motifs : - Rejette le pourvoi. » .

666 - E. Gaillard et P. De Lapasse, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Dalloz. 2011. Chron. 175.

دولية التحكيم⁶⁶⁷، مما يدفعنا إلى التسليم بإمكانية إخضاع نزاعات الشغل الفردية للتحكيم التجاري الدولي.

الفصل الثاني : التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية

عرفت مدونة الشغل نزاعات الشغل الجماعية في المادة 549 منها واعتبرتها "كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل، والتي يكون أحد أطرافها منظمة نقابية للأجراء أو جماعة من الأجراء، ويكون هدفها الدفاع عن مصالح جماعية مهنية لهؤلاء الأجراء، كما تعد نزاعات الشغل الجماعية كل الخلافات الناشئة بسبب الشغل والتي يكون أحد أطرافها مشغل واحد، أو عدة مشغلين، أو منظمة مهنية للمشغلين، ويكون هدفها الدفاع عن مصالح المشغل أو المشغلين أو المنظمة المهنية للمشغلين المعنيين".

667 - art. 1504 c. pr. civ. nouv. «est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international

وبخلاف التحكيم في نزاعات الشغل الفردية، والذي يخضع للقانون 08.05⁶⁶⁸، نص القانون رقم 65.99 المتعلق بمدونة الشغل⁶⁶⁹ على مسطرة خاصة تتعلق بالتحكيم في نزاعات الشغل الجماعية.

فمدونة الشغل خصصت الكتاب السادس لتنظيم تسوية نزاعات الشغل الجماعية ونظمت مسطرة التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية في الباب الثالث منه وتنفيذ اتفاقات التصالح والقرارات التحكيمية من خلال الباب الرابع منه وذلك من خلال المواد من 567 إلى 585، غير أن المادة 582 من نفس المدونة أعطت امكانية عدم تطبيق مسطرة التحكيم المنصوص عليها في مدونة الشغل وسلوك مسطرة تحكيم أخرى محددة بموجب اتفاقية شغل جماعية أو نظام أساسي خاص.

668 - جاء في قرار محكمة النقض عدد : 1172 الصادر بتاريخ 2013/9/12 في الملف الاجتماعي عدد: 2012/2/5/1163 : " حيث إنه من الثابت من وثائق الملف ومستنداته أن طالبة النقض وبارادتها الحرة قامت باختبار محكم فريد وهو الأستاذ صلاح الدين بنرحال المحامي بالبيضاء وذلك بمقتضى الإشهاد المؤرخ في 2008/11/4/5 الصادر عنها والمصحح الإمضاء من طرفها، كما أنها صادقت على الحكم التحكيمي إلى جانب مشغلتها لدى السلطات المختصة ولم تتقدم بأي طعن في الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية بتاريخ 2008/11/12 بناء على طلبها، بالإضافة إلى عدم إبدائها أية ملاحظة أو دفع أو تحفظ أثناء سريان مسطرة التحكيم، وذلك ما اعتبرته محكمة الموضوع المطعون في قرارها وعن صواب لما اعتبرت الحكم التحكيمي الذي توصلت بموجبه الطالبة من مشغلتها (المطلوبة) بالمبلغ المتفق عليه مقابل فسخ العلاقة الشغلية وتنازلها المصادق عليه عن ممارسة أي طعن كيفما كان نوعه، وكذلك الأمر القاضي بتبنيته بالصيغة التنفيذية، وانتهت إلى أن ما توصلت به الطالبة يعد تعويضا كاملا وتاما ولا حق لها في طلب أي تعويض آخر كيفما كان نوعه، وأن علاقة الشغل بين الطرفين انتهت بصفة رضائية بمقتضى الحكم التحكيمي المذكور الذي تم تحريره على الشكل القانوني الذي لا يقبل أي طعن، فيكون قرارها جاء مبنيًا على أساس قانوني سليم ومعللا بما فيه الكفاية والوسائل لا أساس لها."

كما أنه جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 950 بتاريخ 2007/10/17 ملف اجتماعي رقم 2006/1/5/940: "مقتضيات قانون الشغل الذي تمسكت به المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف وكذا مسطرة التحكيم المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، لا يستثني النزاعات المتعلقة بالشغل من مسطرة التحكيم، ولا من أي مسطرة أخرى قد يفتق عليها الطرفان لفض النزاعات بينهما."

ولملازمة التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية سوف نتطرق
لمسطرة التحكيم في المبحث الأول، على أن نخصص المبحث الثاني
لموضوع الطعن في القرارات التحكيمية وتنفيذها .

المبحث الأول : مسطرة التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية

اعتبرت مدونة الشغل بأنه في حالة عدم حصول أي اتفاق أمام اللجنة
الإقليمية للبحث والمصالحة وأمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، أو إذا
بقي خلاف بشأن بعض النقاط، أو إذا تخلف الأطراف أو أحدهم عن
الحضور، يمكن للجنة المعنية إحالة النزاع الجماعي للشغل إلى التحكيم بعد
موافقة أطراف النزاع.

ويحيل رئيس اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أو رئيس اللجنة
الوطنية للبحث والمصالحة عند الاقتضاء، إلى الحكم خلال الثماني
والأربعين ساعة الموالية لتحرير المحضر الملف المتعلق بموضوع النزاع
الجماعي للشغل، مرفقا بالمحضر المحرر من قبلها.

ولقد حددت مدونة الشغل الشروط الواجب توفرها في المحكم
(المطلب الأول) وكذلك مسطرة خاصة بالمحاكمة التحكيمية (المطلب
الثاني).

المطلب الأول : الشروط الواجب توفرها في المحكم

نص الفصلان 320 و321 من القانون رقم 08.05 على الشروط الواجب
توفرها في المحكم وكذلك على شروط الاضطلاع بالمهمة التحكيمية.

فالفصل 320 من القانون رقم 08.05 نص على أنه لا يمكن إسناد مهمة
المحكم إلا إلى شخص ذاتي كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي
بالإدانة من أجل ارتكاب أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآداب
العامة أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو حق من حقوقه المدنية،

كما أنه وإذا عين في الاتفاق شخص معنوي، فإن هذا الشخص لا يتمتع سوى بصلاحيّة تنظيم التحكيم وضمن حسن سيره⁶⁷⁰.

في حين أن الفصل 321 من القانون رقم 08.05 ألزم الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون اعتيادياً أو في إطار المهنة بمهام المحكم إما بصورة منفردة أو في حظيرة شخص معنوي يعتبر التحكيم أحد أغراضه الاجتماعية، أن يصرحوا بذلك إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذها محل إقامة الأشخاص الطبيعيين المذكورين أو المقر الاجتماعي للشخص المعنوي⁶⁷¹.

غير أنه وحفاظاً على الطابع الرضائي للتحكيم وحرمة استقلاله، جاءت الرسالة الدورية الصادرة عن السيد وزير العدل تحت عدد 12 س2، والموجهة إلى السادة الرؤساء الأولين لمحاکم الاستئناف والوكلاء العامين لديها والرؤساء الأولين لمحاکم الاستئناف التجارية والسيدان الرئيسيين الأولين لمحکمتي الاستئناف الإدارية لشرح تطبيق مقتضيات الفصل 321

670 - جاء بالفصل 320 ما يلي:

"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 بصلاحيّة تنظيم التحكيم وضمن حسن سيره".

671 - نص الفصل 321 على ما يلي:

"يجب على الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون اعتيادياً أو في إطار المهنة بمهام المحكم إما بصورة منفردة أو في حظيرة شخص معنوي يعتبر التحكيم أحد أغراضه الاجتماعية، أن يصرحوا بذلك إلى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف الواقع في دائرة نفوذها محل إقامة الأشخاص الطبيعيين المذكورين أو المقر الاجتماعي للشخص المعنوي. يسلم الوكيل العام وصلاً بالتصريح ويقيد المعنيين بالأمر في قائمة المحكمين لدى محكمة الاستئناف المعنية وذلك بعد دراسة وضعيتهم".

من القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية وتوحيد تطبيق مقتضياته بين كافة محاكم المملكة.

فوفقا لهذه الرسالة الدورية، فإن القائمة المتحدث عنها في الفصل 321 من القانون رقم 08.05، لا تتعلق سوى بفئة المحكمين، ولا تعني فئة الوسطاء، كما لا صلة لها ببعض المقتضيات المشابهة مثل ما نص عليه المشرع في المادة 568 من مدونة الشغل التي ورد فيها أنه "يعهد بإجراء التحكيم إلى حكم يختاره الأطراف باتفاق بينهم، ضمن قائمة حكام تصدر بقرار للوزير المكلف بالشغل".

كما أنه ووفقا لهذه الرسالة الدورية، فالمشرع لم يقصد بوجوب تصريح الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون اعتياديا أو في اطار المهنة بمهام المحكم، سوى إلزام فئة المحكمين ممن يثبت قيامهم على وجه الاعتياد بمهمة التحكيم أو المخولين صراحة القيام بهذه المهمة بمقتضى القوانين الجاري بها العمل، بأن يصرحوا بذلك للسيد الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف، كي يتم تقييدهم في قائمة توضع بمعرفة هذا الأخير، تشمل أسماء المحكمين و عناوينهم ومؤهلاتهم العلمية والمهنية، وكل البيانات الضرورية ذات الأهمية.

وخلافا لمقتضيات الفصلين 320 و 321 من القانون رقم 08.05 المحددين للشروط الواجب توفرها في المحكم وكذلك لشروط الاضطلاع بالمهمة التحكيمية، حددت المادتان 568 و 569 من مدونة الشغل الشروط الواجب توفرها في المحكم، حيث قضت هذه المادة بأنه يعهد بإجراء التحكيم إلى حكم يختاره الأطراف باتفاق بينهم أو بناء على تعيين من قبل الوزير المكلف بالشغل في حالة تعذر توصل الأطراف إلى اتفاق على اختيار الحكم داخل أجل محدد في ثمانية وأربعين ساعة.

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 568 من مدونة الشغل، فإن هذه الأخيرة قد اشترطت في المحكم بأن يكون مسجلا ضمن قائمة الحكام التي تصدر بقرار للوزير المكلف بالشغل وتراجع مرة كل ثلاث سنوات.

ويتم اعتماد لائحة الحكام المنصوص عليها في المادة 568 من مدونة الشغل بناء على اقتراح من المنظمات المهنية للمشغلين والمنظمات النقابية للأجراء الأكثر تمثيلا واعتمادا على ما للشخص من سلطة معنوية وما له من كفاءات واختصاصات في المجال الاقتصادي والاجتماعي.

ولقد أعطت المادة 570 من مدونة الشغل للمحكم المعين نفس الصلاحيات المخولة لرئيس اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة المنصوص عليها في المادة 561 من نفس القانون⁶⁷²، وذلك حتى يتمكن من أداء مهمته التحكيمية.

المطلب الثاني : المحاكمة التحكيمية

أعطى الفصل 10-327 من القانون رقم 08.05 للهيئة التحكيمية صلاحية ضبط إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة دون أن تكون ملزمة بتطبيق القواعد المتبعة لدى المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم، وذلك كله ضمن حدود معاملة الأطراف على قدم المساواة واحترام حقوق الدفاع⁶⁷³.

672 - نصت المادة 561 من مدونة الشغل على أنه "يتمتع رئيس اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة بأوسع الصلاحيات لتقصي أوضاع المقاولات وأوضاع الأجراء المعنيين بنزاع الشغل الجماعي. ويمكن له أن يأمر بإجراء جميع الأبحاث والتحريات لدى المقاولات والأجراء العاملين بها، وأن يطلب من الأطراف تقديم كل المستندات، أو المعلومات، كيفما كان نوعها، التي يمكنه أن يستشير بها. ويمكنه أن يستعين بخبراء أو بأي شخص آخر يرى فائدة في الاستعانة به".

673 - نص الفصل 10-327 على ما يلي:

"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.

وانطلاقاً من المحددات العامة للمحاكمة التحكيمية والتي حددها الفصل 10-327 المذكور، حدد الفصل 14-327 منه إجراءات المحاكمة التحكيمية.

وبالرجوع إلى مقتضيات الفصل 14-327 من القانون رقم 08.05، نجد بأنه أعطى لهيئات التحكيم صلاحية مطالبة الأطراف بتقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستندون إليها كلما ارتأت ذلك، كما أنه أوجب على المدعي بأن 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.

وحسب مقتضيات الفصل 14-327 من القانون رقم 08.05 دائماً، فإنه 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 رداً 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

ولطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة المغربية أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكاناً ملائماً 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 الإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

يعامل أطراف التحكيم على قدم المساواة وتتهيئ لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفعاته وممارسة حقه في الدفاع.

تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم تنفق الأطراف على غير

ذلك".

أو النفي، كما 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 وملاحظات⁶⁷⁴.

674 - جاء بالفصل 14-327 ما يلي:

"يجب على المدعي أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي عليه وإلى كل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدعواه تشتمل على اسمه وعنوانه واسم المدعي عليه وعنوانه وشرح لوقائع الدعوى وتحديد المسائل موضوع النزاع وطلباته وكل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه المذكرة ويرفقاها بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد استعمالها. يجب على المدعي 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 ويرفقاها بكل الوثائق التي يريد استعمالها للإثبات أو النفي.

يمكن لهيئات التحكيم أن تطالب الأطراف بتقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستندون إليها كلما ارتأت ذلك.

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 وأدلتها 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 تعقدها هيئة التحكيم في محضر تسلّم 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 يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى الأدلة المتوفرة لديها".

ويمكن 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، كما 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.

ويجب إخطار طرفي التحكيم بمواعيد الجلسات والاجتماعات التي تقرر هيئة التحكيم عقدها قبل التاريخ الذي تعينه لذلك بوقت كاف لا يقل عن خمسة أيام وتدون وقائع كل جلسات تعقدها 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 المدعى عليه مذكرته الجوابية داخل الأجل المحدد له تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعى عليه بدعوى المدعي.

وإذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو تقديم ما طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استنادا إلى الأدلة المتوفرة لديها.

أما فيما يتعلق بالمحاكمة التحكيمية في نزاعات الشغل الجماعية، فإن المحكم يقوم باستدعاء الأطراف بواسطة برقية، في أجل أقصاه أربعة أيام من تاريخ تلقيه المحضر.

ويجب على الأطراف أن يمثلوا شخصياً أمام الحكم، أو أن ينيبوا عنهم ممثلاً قانونياً إذا حال دون حضورهم سبب قاهر، غير أنه وإذا كان شخص اعتباري طرفاً في النزاع فإنه ينيب عنه ممثله القانوني.

كما أنه يجب على أطراف النزاع تقديم كل التسهيلات والمستندات والمعلومات ذات العلاقة بالنزاع، والتي يطلبها الحكم.

ولقد نصت المادة 583 من مدونة الشغل على أنه و"إذا استدعي أحد الأطراف بصفة قانونية للمثول أمام اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، أو أمام اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، أو أمام الحكم، أو أمام الغرفة التحكيمية، في حالة إجراء بحث تكميلي ولم يحضر من غير أن يكون لديه عذر مقبول ودون أن ينيب عنه ممثلاً قانونياً، فإن رئيس اللجنة المعنية، أو الحكم، يحرر تقريراً في الموضوع، ويوجهه إلى الوزير المكلف بالشغل الذي يحيله إلى النيابة العامة.

أما إذا امتنع أحد الأطراف عن تقديم الوثائق المشار إليها في المادة 561 من مدونة الشغل، فإن المادة 584 من المدونة أعطت للمحكم الحق في أن يعد تقريراً في الموضوع، ويوجهه إلى الوزير المكلف بالشغل الذي يحيله إلى النيابة العامة، كما أن المادة 585 من مدونة الشغل جرمت كل مخالفة لمقتضيات المادتين 583 و584 من مدونة الشغل⁶⁷⁵.

أما على مستوى القواعد القانونية المطبقة على موضوع النزاع، فقد ألزمت المادة 572 من مدونة الشغل المحكم بالتقيد بقواعد القانون للبت في نزاعات الشغل الجماعية المتعلقة بتفسير أو تنفيذ الأحكام التشريعية، أو التنظيمية، أو التعاقدية في حين أعطت للمحكم حق البت في باقي النزاعات

675 - نصت المادة 585 من مدونة الشغل على أنه "يعاقب بغرامة تتراوح بين 10.000 و20.000 درهم عن مخالفة مقتضيات المادتين 583 و584 أعلاه".

الجماعية للشغل، التي لم ترد بشأنها أحكام تشريعية، أو تنظيمية، أو تعاقدية طبقاً لقواعد الإنصاف دون ضرورة التقيد بالقواعد القانونية.

وفيما يتعلق بالمهمة التحكيمية، فقد اعتبرت المادة 573 من مدونة الشغل بأن المحكم لا يبيت إلا في الموضوعات والاقتراحات المدرجة في محضر عدم التصالح الصادر عن اللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة أو عن اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، وفي الوقائع الأخرى التي حدثت بعد تحرير محضر عدم التصالح، والناجمة عن الخلاف.

وبالرجوع الى مقتضيات الفصل 18-327 من القانون رقم 08.05، فإن الهيئة التحكيمية تطبق على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، غير أنه وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً 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 بالقانون⁶⁷⁶.

المبحث الثاني : الطعن في القرارات الحكيمية وتنفيذها

676 - نص الفصل 18-327 على ما يلي:

"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 اتصالاً 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".

حددت المادة 574 من مدونة الشغل أجل صدور حكم التحكيم وشروطه، ذلك أن المحكمين ملزمون بإصدار حكمهم التحكيمي داخل أجل لا يتجاوز أربعة أيام من تاريخ مثول الأطراف أمامه، هذا الحكم الذي يجب أن يكون معللاً ويجب تبليغه للأطراف بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار بالتوصل داخل الأربع والعشرين ساعة من تاريخ صدوره.

كما حددت المادة 575 من مدونة الشغل طرق الطعن في المقررات التحكيمية (المطلب الأول) في حين احالت المادة 581 من مدونة الشغل على مقتضيات الفصول من 31-32 الى 33-327 من قانون المسطرة المدنية فيما يتعلق بتنفيذ هذه المقررات (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الطعن في القرارات التحكيمية

بخلاف مقتضيات القانون 08.05، فقد نصت المادة 575 من مدونة الشغل على أنه لا يمكن الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الشغل الجماعية إلا أمام الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض⁶⁷⁷.

فالفصول 34-327⁶⁷⁸، 35-327⁶⁷⁹ و 36-327⁶⁸⁰ من القانون رقم 08.05 اعتبرت بأن الحكم التحكيمي لا يقبل أي طعن، باستثناء الطعن بإعادة النظر

677 - حلت عبارة محكمة النقض محل العبارة السابقة المجلس الأعلى وذلك بمقتضى التنزيل الدستوري بمادة فريدة من القانون 11.58 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170 بتاريخ 27 من ذي القعدة 1432 (25 أكتوبر 2011)، الجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 (26 أكتوبر 2011)، ص 5228.

678 - جاء بالفصل 34-327 ما يلي:

"لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصلين 327 و327-36 بعده.

يمكن أن يكون الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية موضوع إعادة النظر طبقاً للشروط المقررة في الفصل 402 بعده وذلك أمام المحكمة التي كانت ستنظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم".

679 - نص الفصل 35-327 على ما يلي:

"لا يواجه الأعيان بالأحكام التحكيمية ولو كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية ويمكنهم أن يتعرضوا عليها تعرض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للشروط المقررة في الفصول من 303 إلى 305 أعلاه أمام المحكمة التي كانت ستنظر في النزاع لو لم يبرم اتفاق تحكيم".

أمام المحكمة التي كانت تنتظر في القضية في حالة عدم وجود اتفاق التحكيم متى تحققت الشروط المحددة في الفصل 402 من ق. م. م، كما أن الأعيان لا يواجهون بالأحكام التحكيمية ولو كانت مذيلة بالصيغة التنفيذية ويمكنهم أن يتعرضوا عليها تعرض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للشروط المقررة في الفصول من 303 إلى 305 من ق. م. م. أمام المحكمة التي كانت تنتظر في النزاع لو لم يبرم اتفاق تحكيم.

680 - ونص الفصل 36-327 على ما يلي:

- رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان طبقاً للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها.
- ويكون تقديم هذا الطعن مقبولاً بمجرد صدور الحكم التحكيمي. ولا يتم قبوله إذا لم يقدم داخل أجلها من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية.
- لا يكون الطعن بالبطلان ممكناً إلا في الحالات الآتية:
- 1 - إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم؛
 - 2 - إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين؛
 - 3 - 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 الغير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها؛
 - 4 - إذا لم تحترم مقتضيات الفصلين 23-327 (الفقرة 2) و24-327 فيما يخص أسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي والفصل 25-327؛
 - 5 - إذا تعذر على أي من طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر يتعلق بواجب احترام حقوق الدفاع؛
 - 6 - إذا صدر الحكم التحكيمي خلافاً لقاعدة من قواعد النظام العام؛
 - 7 - 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 الاستئناف التي تنتظر 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 الاستئناف طبقاً لمسطرة الاستعجال.
- يوقف أجل ممارسة الطعن بالبطلان تنفيذ الحكم التحكيمي.
- كما توقف ممارسة هذا الطعن داخل أجل تنفيذ الحكم التحكيمي".

وزيادة على الطعنيين المنصوص عليهما في الفصلين 327-34 و327-35 من القانون رقم 08.05، نص 327-36 من القانون المذكور على أن الأحكام التحكيمية تكون قابلة للطعن بالبطلان طبقاً للقواعد العادية أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها والتي ثبت فيه طبقاً لمسطرة الاستعجال

ويكون تقديم هذا الطعن مقبولاً بمجرد صدور الحكم التحكيمي. ولا يتم قبوله إذا لم يقدم داخل أجل 15 يوماً من تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية، كما أن أجل وممارسة الطعن بالبطلان يوقفان تنفيذ الحكم التحكيمي.

تحكم محكمة الاستئناف 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.

وقد حدد الفصل 327-36 من القانون رقم 08.05 أسباب الطعن بالبطلان وحصرها فيما يلي :

إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم؛

- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين؛

3 - 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 الغير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها؛

4 - إذا لم تحترم مقتضيات الفصلين 327-23 (الفقرة 2) و 327-24 فيما يخص أسماء المحكمين وتاريخ الحكم التحكيمي والفصل 327-25؛

5 - 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؛

6 - إذا صدر الحكم التحكيمي خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام؛

7 - في حالة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها أو استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

أما فيما يتعلق بالطعن في القرارات التحكيمية الصادرة بمناسبة التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية، فإن مدونة الشغل قد نصت على أنه يجب أن تقدم الطعون في القرارات التحكيمية في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغها بواسطة رسالة مضمونة مع إشعار بالتوصل متضمنة لأسباب الطعن ومرفقة بنسخة من القرار المطعون فيه وذلك كله تحت طائلة عدم القبول.

ويوجه الطعن إلى رئيس الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض بصفته رئيسا الغرفة التحكيمية، ذلك أن الغرفة الاجتماعية بمحكمة النقض تتولى مهام غرفة تحكيمية، وتبت بهذه الصفة في الطعون، بسبب الشطط في استعمال السلطة، أو بسبب خرق القانون، التي تقدمها الأطراف ضد القرارات التحكيمية.

فقد اعتبرت محكمة النقض بأنه و"بناء على الفصل 575 من مدونة الشغل الناص على ما يلي: "لا يمكن الطعن في القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الشغل الجماعية إلا أمام الغرفة الاجتماعية بالمجلس الأعلى....

وحيث من جهة ما دام القرار التحكيمي موضوع النازلة إنما يتعلق بنزاع فردي قائم بين أجبر ومشغلته وليس بنزاع جماعي فإنه لا يسوغ عرضه على المجلس الأعلى في نطاق الفصول 575، 576، 577 المتمسك بها في الطلب.

ومن جهة أخرى فإنه لما كان القرار التحكيمي الحالي إنما صدر في نطاق الفصل 306 وما يليه من ق م م فإنه لا يقبل أي طعن عملاً بالفصل 319 من نفس القانون الناص على ما يلي: "لا يقبل حكم المحكمين الطعن في أية حالة..."، مما يتعين معه التصريح بعدم قبول الطلب"⁶⁸¹.

و تصدر الغرفة التحكيمية قرارها في أجل أقصاه ثلاثون يوماً من تاريخ رفع الطعن إليها، كما يجب أن يبلغ القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة إلى الأطراف خلال الأربع والعشرين ساعة من تاريخ صدوره. وإذا قضت الغرفة التحكيمية بنقض القرار التحكيمي كله أو بعضه، وجب عليها أن تحيل النازلة إلى حكم جديد، يعين وفق الشروط المنصوص عليها في المادتين 568 و 569 من مدونة الشغل، أما إذا قضت الغرفة التحكيمية بنقض القرار الجديد الصادر عن الحكم والمطعون فيه أمامها مرة أخرى، وجب عليها تعيين مقرر من بين أعضائها لإجراء بحث تكميلي،

وتصدر الغرفة التحكيمية في هذه الحالة قرارا تحكيميا غير قابل للطعن في ظرف الثلاثين يوما الموالية لصدور قرار النقض الثاني.

المطلب الثاني : تنفيذ القرارات التحكيمية

نصت المادة 581 من مدونة الشغل على أن القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الشغل الجماعية تحوز القوة التنفيذية طبقا للفصول من 327-31 إلى 327-33 من قانون المسطرة المدنية ويحفظ أصل القرار التحكيمي لدى كتابة المحكم.

و نعتقد جازمين بأن المشرع لم يكن موفقا في إحالته على مقتضيات المسطرة المدنية فيما يتعلق بتنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الشغل الجماعية، وكان يجب التنصيص على مسطرة خاصة لذلك.

فالفصول من 327-31 إلى 327-33 من قانون المسطرة المدنية لا تراعي خصوصية القرارات التحكيمية الصادرة في نزاعات الشغل الجماعية، انطلاقا من أنه وبموجب القانون رقم 08-05، فإن أصل الحكم التحكيمي يودع لدى كتابة ضبط المحكمة أو لدى كتابة ضبط محكمة الاستئناف متى تعلق التحكيم باستئناف حكم، كما أن الفصل 327-31 نص على أنه لا ينفذ الحكم التحكيمي جبريا إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدره رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرتها وإذا تعلق التحكيم باستئناف حكم، وجب إيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط محكمة الاستئناف ويصدر الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية عن الرئيس الأول لهذه المحكمة.

٤

وختاماً، فإنه وبالرغم من تحديث الإطار التشريعي المنظم للتحكيم، سواء بموجب القانون رقم 08-05 بالنسبة للمغرب، أو بموجب التنظيم الحديث الذي شمل قانون المسطرة المدنية الفرنسي والذي جاء به مرسوم 2011 وكذلك التعديلات العديدة التي لحقت قانون التحكيم المصري لسنة 1994، فإن فعالية التحكيم كقضاء خاص تبقى رهينة بدور القضاء الرسمي.

فدور القضاء في التحكيم لم يعد يقتصر على مجرد الرقابة اللاحقة على الحكم التحكيمي، بل أصبح قضاء الدولة مصدر فعالية العملية التحكيمية ككل انطلاقاً من إبرام اتفاق التحكيم ووصولاً إلى تنفيذ الحكم التحكيمي وتخطي مرحلة الطعن ببطلانه، وذلك من خلال أعمال مختلف آلياته المساندة والمراقبة التي تمكن من مد يد العون سواء بالنسبة للأطراف أو للمحكم أو للحكم التحكيمي.

فبعد عرض الاتجاهات الفقهية ومواقف الاتفاقيات الدولية وقوانين التحكيم وكذا التطبيقات القضائية، يمكن القول بأنه بإعمال المقترضات التي تخول للمحكم سلطة النظر في اختصاصه وذلك من خلال إقرار واحترام القضاء لصلاحيات المحكم عند النظر في اختصاصه وعدم التطاول عليها

سواء عند الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشأن اختصاصها (الاختصاص الإيجابي) أو سواء عند الدفع باتفاق التحكيم (الاختصاص السلبي) آنذاك يثبت للقضاء دور هام وحيوي في تحقيق فعالية التحكيم.

كما أنه فإنه وإذا كان مبدأ إقصاء القضاء من النظر في نزاع نشأ اتفاق تحكيمي بصدده هو مبدأ مكرس في مختلف التشريعات الوطنية والدولية بشكل ثابت، إلا أن هذا المبدأ قد عرف بعض الاستثناءات.

وفيما يخص الإجراءات الوقتية والتحفظية، ف يتبين بأن أغلب التشريعات الوطنية والدولية تنحو نحو خلق تعاون بين القضاة التحكيمي والرسمي، وذلك من خلال تمكين الخصوم من حق اللجوء للقضاء الوطني لاتخاذ هذه الإجراءات، غير أن الملاحظ هو أن المشرع المغربي يمنح سلطة واسعة للهيئة التحكيمية عوض القضاء مقارنة مع باقي التشريعات.

أما فيما يتعلق بالتحكيم في المادة الإدارية، فإنه وإذا كان المشرع المغربي قد رسم حدود ذلك، فإن التسليم بسلطة المحكم للفصل في المنازعات الإدارية لا زال يثير العديد من الإشكالات النظرية والعملية سواء فيما يتعلق بتحديد جهة الاختصاص القضائي أو بحدود سلطة المحكم وكذلك بخصوصية الحكم التحكيمي وأثاره.

وإذا كان المشرع المغربي لم يتطرق للتحكيم في المنازعات الفردية للشغل ونص في الوقت نفسه على مسطرة خاصة تتعلق بالتحكيم في نزاعات الشغل الجماعية، فإنه وبالنظر إلى الطابع الخاص للعلاقة القانونية التي تنظمها مدونة الشغل، أصبح لزاما تدخل المشرع لتنظيم التحكيم في نزاعات الشغل الفردية بشكل يضمن الطابع الحمائي من جهة وحرية الأطراف من جهة أخرى.

V

3	تقديم
5	مقدمة
13	الباب الأول : التحكيم الداخلي والدولي في المواد التجارية
	الفصل الأول : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المغربي والأنظمة
17	القانونية المقارنة
18	المبحث الأول : ماهية مبدأ الاختصاص بالاختصاص
18	المطلب الأول : المفهوم والنشأة
39	المطلب الثاني : وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص
	المبحث الثاني : تكريس الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية لمبدأ
43	اختصاص الاختصاص
	المطلب الأول : مبدأ اختصاص الاختصاص في الاتفاقيات الدولية وقواعد
43	التحكيم
	المطلب الثاني : مبدأ اختصاص الاختصاص للمحكم في التشريعات
52	الوطنية
52	الفقرة الأولى : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون الفرنسي

- 61.....الفقرة الثانية : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المصري
- 63.....الفقرة الثالثة : مبدأ اختصاص الاختصاص في القانون المغربي
- المبحث الثالث : مدى إمكانية الطعن أمام القضاء في قرارات هيئة التحكيم
72.....الصادرة بشأن اختصاصها
- المطلب الأول : الطعن البعدي في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن
74.....اختصاصها
- المطلب الثاني : الطعن الفوري في قرارات هيئة التحكيم الصادرة بشأن
اختصاصها مع توفير بعض الضمانات الإجرائية.....86
- المطلب الثالث : تقييم مسألة الطعن في قرارات هيئة التحكيم بشأن
اختصاصها أمام القضاء.....89
- الفصل الثاني : البطلان الواضح لاتفاق التحكيم**
93.....
- المبحث الأول : مفهوم البطلان الواضح لاتفاق التحكيم.....95
- المطلب الأول : تحديد مفهوم البطلان الواضح لاتفاق التحكيم.....96
- المطلب الثاني : تداخل مفهوم البطلان الواضح مع مفهوم عدم قابلية تطبيق
اتفاق التحكيم بشكل واضح.....98
- المبحث الثاني : تدخل القضاء في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم...103
- المطلب الأول: إمكانية تدخل القضاء في التشريعين الفرنسي والمغربي..103
- الفقرة الأولى: إعطاء المشرع الفرنسي صلاحية التصريح بالبطلان لقاضي
الموضوع والقاضي المساند.....104
- الفقرة الثانية : الاختصاص الحصري لقاضي الموضوع طبقاً للتشريع
المغربي.....106
- الفقرة الثالثة: ارتباط تدخل قضاء الدولة بتحقق شرط مسطري.....108
- أولاً: شرط عدم عرض النزاع على الهيئة التحكيمية.....108

- 111.....ثانيا: وجوب تمسك أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم
- 113.....المطلب الثاني : آثار تصريح القضاء ببطلان اتفاق التحكيم
- 115 **الفصل الثالث : الإجراءات التحفظية والوقائية المرتبطة بالتحكيم التجاري**
- المبحث الأول : أشكال تدخل القضاء في الإجراءات الوقائية والتحفظية في القانون الفرنسي..... 117
- المطلب الأول : الاختصاص القاصر للقضاء باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية قبل عرض النزاع على هيئة التحكيم119
- المطلب الثاني : سلطة القضاء الوطني وقضاء التحكيم في اتخاذ الإجراءات التحفظية والوقائية بعد عرض النزاع على هيئة التحكيم 124
- المبحث الثاني : تدخل القضاء في الإجراءات التحفظية والوقائية في التشريع المغربي..... 125
- المطلب الأول : محددات اختصاص رئيس المحكمة التجارية في الإجراءات الوقائية والتحفظية..... 126
- المطلب الثاني : أشكال تدخل رئيس المحكمة التجارية عن طريق الإجراءات التحفظية والوقائية في التحكيم التجاري الدولي 132
- 141.....الباب الثاني : التحكيم الداخلي والدولي في المادة الإدارية
- 147.....الفصل الأول : نطاق التحكيم في المنازعات الإدارية وفقا للقانون المغربي والمقارن
- 148.....المبحث الأول : التحكيم في المنازعات غير العقدية
- 148.....المطلب الأول : استثناء القرارات الإدارية والمنازعات الجبائية
- 148.....الفقرة الأولى : استثناء المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية
- الفقرة الثانية : استثناءات النزاعات المتعلقة بتطبيق قانون جبائي من التحكيم..... 150

المطلب الثاني : إمكانية التحكيم في النزاعات المالية المترتبة عن القرارات الإدارية..... 151

المبحث الثاني : التحكيم في العقود الإدارية..... 153

المطلب الأول : التحكيم في العقود الإدارية للدولة والجماعات المحلية..... 153

المطلب الثاني : التحكيم في عقود المؤسسات والمقاولات العامة..... 155

المطلب الثالث: تقييم حول مقتضيات المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية في إطار قانون 08-05 157

الفصل الثاني : تطور التحكيم في العقود الإدارية في القانون المغربي والأنظمة القانونية المقارنة..... 161

المبحث الأول: التحكيم في العقود الإدارية بفرنسا..... 163

المطلب الأول: موقف المشرع الفرنسي من الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية..... 163

الفرع الأول : قاعدة الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية بفرنسا..... 164

الفرع الثاني : الاستثناءات التشريعية من حظر اللجوء إلى التحكيم..... 166

الفقرة الأولى : الاستثناءات المتفرقة..... 166

الفقرة الثانية : الاستثناء الصريح بموجب قانون عقود الشراكة..... 171

الفقرة الثالثة : بوادر إقرار التحكيم في العقود الإدارية..... 173

أولا : تقرير دانييل لابتول Daniel Labetoulle 174

ثانيا : موقف المجلس الدستوري الفرنسي..... 176

ثالثا: تقرير برادا M. Prada..... 177

المطلب الثاني: موقف الفقه والقضاء بفرنسا من التحكيم في العقود الإدارية..... 178

الفرع الأول : موقف الفقه الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية..... 178

- 178.....الفقرة الأولى : موقف الفقه التقليدي من التحكيم في العقود الإدارية
- 180.....الفقرة الثانية: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية
- 182.....الفرع الثاني : موقف القضاء الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية
- الفقرة الأولى: موقف القضاء الإداري من التحكيم في العقود الإدارية
بفرنسا182
- 182.....أولاً: الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي
- 185.....ثانياً : الموقف الحديث لمجلس الدولة الفرنسي
- 189.....الفقرة الثانية : موقف محكمة النزاع من التحكيم في العقود الإدارية
- الفقرة الثالثة: موقف القضاء المدني الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية
.....192
- المبحث الثاني : الرفض النسبي للاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية
بمصر والمغرب197
- المطلب الأول : الموقف التشريعي من التحكيم في العقود الإدارية بمصر
والمغرب198
- 198...الفرع الأول: الموقف التشريعي من التحكيم في العقود الإدارية بمصر
- الفقرة الأولى: الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية بموجب قانون
التحكيم رقم (27) لسنة 1994.....198
- 199.....الفقرة الثانية : الاتفاق على التحكيم وفقاً للقانون رقم (9) لسنة 1997
- الفرع الثاني : الوضع التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية بالمغرب قبل
قانون 05.08.....202
- 203.....الفقرة الأولى: الحظر التشريعي من خلال مقتضيات ظهير 1974
- 206.....الفقرة الثانية: الاستثناءات التشريعية للحظر من خلال القوانين الخاصة
- 208.....الفقرة الثالثة : التحكيم في عقود التدبير المفوض

المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء المصري والمغربي من التحكيم في

العقود الإدارية.....210

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية210

الفقرة الأولى: موقف الفقه المصري من التحكيم في العقود الإدارية .210.

أولاً: الموقف الفقهي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية211.

ثانياً : المواقف المؤيدة لجواز التحكيم في العقود الإدارية213.

الفقرة الثانية : موقف القضاء المصري من التحكيم في العقود الإدارية 215.

أولاً: موقف المحكمة الدستورية العليا من التحكيم216.....

ثانياً: موقف القضاء الإداري المصري من التحكيم في العقود الإدارية 221.

أ - فتاوى مجلس الدولة222

ب - موقف القضاء الإداري قبل دخول قانون 1997 حيز التطبيق226

ج- تطبيقات القضاء الإداري لمقتضيات قانون 1997229

ثالثاً: موقف القضاء العادي233

الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء بالمغرب من التحكيم في العقود

الإدارية.....236

الفقرة الأولى : موقف الفقه المغربي من التحكيم في العقود الإدارية237

أولاً- الموقف المستند إلى التجربة الفرنسية.....237

ثانياً : الموقف الفقهي المنطلق من الخصوصية المغربية في الموضوع ..239

الفقرة الثانية: موقف القضاء المغربي والتطبيقات التحكيمية في العقود

الإدارية.....240

أولاً- موقف القضاء الإداري المغربي من التحكيم في العقود الإدارية241

ثانياً- موقف القضاء العادي المغربي من التحكيم في العقود الإدارية.....244

- 250..... ثالثا - التطبيقات التحكيمية في العقود الإدارية الدولية بالمغرب
- 255..... **الفصل الثالث : التحكيم الداخلي والدولي في العقود الإدارية**
- المبحث الأول : الشروط الخاصة للتحكيم في العقود الإدارية في القانون
المغربي..... 257
- المطلب الأول : التحكيم في العقود الإدارية للدولة والجماعات المحلية..... 257
- المطلب الثاني : التحكيم في عقود المؤسسات العامة وعقود المقاولات
العامة..... 259
- أولا : التحكيم في عقود المؤسسات العامة..... 259
- ثانيا : التحكيم في عقود المقاولات العامة..... 261
- المبحث الثاني: الرقابة القضائية على حكم التحكيم بين القضاء الإداري
والقضاء التجاري..... 264
- المطلب الأول: الرقابة القضائية على حكم التحكيم الداخلي..... 265
- المطلب الثاني : الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي..... 269
- 277..... **الفصل الرابع: رقابة القاضي الإداري على تعليل الأحكام التحكيمية**
- المبحث الأول : مبدأ تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية..... 277
- المطلب الأول : مفهوم التعليل ومبررات إلزاميته..... 278
- المطلب الثاني: تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية والاتفاقيات
الدولية..... 280
- الفقرة الأولى : تعليل المقررات التحكيمية في الاتفاقيات الدولية والقوانين
النموذجية..... 281
- الفقرة الثانية: تعليل المقررات التحكيمية في القوانين الوضعية..... 283
- أولا: تعليل الحكم التحكيمي في فرنسا..... 283

- 284..... ثانيا: تعليل الحكم التحكيمي في القانون المصري
- 286..... ثالثا: تعليل الحكم التحكيمي في القانون المغربي
- 287 المبحث الثاني: نطاق رقابة القاضي الإداري على تعليل المقرر التحكيمي
- المطلب الأول : اختلاف مفهوم التعليل ونطاق الرقابة عليه بين الحكم
القضائي والحكم التحكيمي 287
- المطلب الثاني : محدودية نطاق رقابة القاضي الإداري على تعليل المقرر
التحكيمي 290
- 295..... الباب الثالث: التحكيم في نزاعات الشغل الفردية والجماعية
- 301..... الفصل الأول : مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية
- 302..... المبحث الأول : مدى مشروعية التحكيم في نزاعات الشغل الفردية
- 302... المطلب الأول: التحكيم في نزاعات الشغل الفردية في القانون الفرنسي
- المطلب الثاني : التحكيم في نزاعات الشغل الفردية في النظام القانوني
المغربي 303
- 308..... المطلب الثالث : موقفنا من التحكيم في نزاعات الشغل الفردية
- 310..... المبحث الثاني : بوادر تمييز القضاء المغربي بين شرط وعقد التحكيم
- 310..... المطلب الأول : وقائع القرار ومنطوقه
- 313..... المطلب الثاني : التعليق على القرار
- المبحث الثالث : مدى إمكانية إخضاع التحكيم في نزاعات الشغل الفردية
للتحكيم الدولي 316
- 317..... المطلب الأول : مدلول التحكيم التجاري الدولي

المطلب الثاني : مدى تعارض منازعات الشغل الفردية مع التحكيم التجاري
الدولي 324

الفصل الثاني : التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية 327

المبحث الأول : مسطرة التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية 328

المطلب الأول : الشروط الواجب توفرها في المحكم 328

المطلب الثاني : المحاكمة التحكيمية 331

المبحث الثاني : الطعن في القرارات الحكيمية وتنفيذها 336

المطلب الأول : الطعن في القرارات التحكيمية 336

المطلب الثاني : تنفيذ القرارات التحكيمية 341

خاتمة 343