الفصل الثاني: اتفاق التحكيم والدفع بوجوده

من الأسس التي يقوم عليها التحكيم هو وجود اتفاق بين الأطراف المتنازعة تتجه إرادتهم بمقتضاه إلى حل نزاعاتهم عن طريق التحكيم، وهذا الاتفاق ضروري لكون المشرع لم يجعل ولوج باب التحكيم إلزاميا، بل ترك ذلك للإدارة ورغبة الأطراف.

وإذا كان التحكيم يقوم على اتفاق الأطراف، والذي يشترط لصحته ما يشترط في كل اتفاق من أركان التعاقد العامة، المتمثلة في الرضا والأهلية والمحل والسبب وركن الشكلية فإنه مع ذلك لا يؤدي فاعليته ولا ينتج آثاره المتمثلة في التزام الأطراف بعدم اللجوء إلى القضاء لفض النزاعات التي اتفقوا على حلها عن طريق التحكيم إلا بتوافر بعض الأركان الخاصة.

وإذا كان اتفاق التحكيم صحيحا احترمت فيه الأركان العامة والخاصة، ورفعت الدعوى بخصوص المنازعة محل اتفاق التحكيم أمام محكمة القضاء الوطني، فإن المدعى عليه يحق له أن يدفعها بوجود اتفاق التحكيم، ويمنع على القضاء الوطني البث في النزاعات التي كانت موضع ذلك الاتفاق.وبناء على ما سبق وللإحاطة بجميع ما ثم الإشارة إليه نرى أن نقسم هذا الفصلين إلى مبحثين.

المبحث الأول: إبرام اتفاق التحكيم

المبحث الثاني: الدفع بوجود اتفاق التحكيم وآثاره

المبحث الأول: إبرام اتفاق التحكيم:

إن الاعتراف باتفاق التحكيم لا يتأتى إلا إذا كان هذا الاتفاق صحيحا من الوجهة القانونية، وصحة اتفاق التحكيم من هذه الناحية تقتضي أن تتوفر فيه مختلف الأركان العامة الواجب توفرها في أي التزام تعاقدي. بالإضافة إلى الأركان العامة لصحة اتفاق التحكيم فلا بد أن يتوفر هذا الاتفاق على مجموعة من الأركان الخاصة والتي تختلف حسب ما إذا اكتسى هذا الاتفاق صورة عقد أو صورة شرط.

وإذا كان اتفاق التحكيم مستجمع لجميع أركانه بالكيفية المنصوص عليها قانونا فإننا نكون أمام عقد صحيح منتج لجميع آثاره، أما إذا اختل ركن من هذه الأركان سواء منها العامة أو الخاصة، فما هو الجزاء المترتب عن هذا الإخلال، هذا ما سوف نحاول التطرق إليه ضمن هذا المبحث متبعين التقسيم التالي:

المطلب الأول: أركان صحة اتفاق التحكيم

المطلب الثاني: الإخلال بأركان اتفاق التحكيم

المطلب الأول: أركان صحة اتفاق التحكيم:

سبقت الإشارة أن اتفاق التحكيم شأنه شان أي عقد من العقود، يتعين لصحته توفر مختلف الأركان العامة من الرضا والأهلية والمحل والسبب وركن الشكلية، كما أن صحة

هذا الاتفاق تتوقف على توفر مجموعة من الأركان الخاصة، وقد سبق أن قلنا أن هذه الأركان تختلف حسب الصورة التي يأتي فيها اتفاق التحكيم، فإذا أتى في صورة شرط فلا بد أن يضمن شرط التحكيم كتابة إما في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة تحيل إليه، ويجب أن ينص شرط التحكيم إما على تعيين المحكم أو المحكمين وإما على طريقة تعيينهم (الفصل 316 من ق.م.م) أما إذا أتى اتفاق التحكيم في صورة عقد فإنه يجب أن يتضمن هذا العقد موضوع النزاع وأن يتم تعيين الهيئة التحكمية أو النصيص على طريقة تعيينها (الفصل 315 من ق.م.م)، ونحن في هذا المطلب وحتى لا تخرج عن موضوع الدراسة، ولتفادي الاطالة فإننا لن نتعرض للأركان الخاصة لكون هذه الأركان واضحة ومنصوص عليها في الفصول 315 و 316 من ق.م.م، كما أننا لن نتعرض لجميع الأركان العامة باستثناء ما نراه ضروريا ويطرح بعض الإشكالات، لذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فقرتين:

الفقرة الأولى: الأركان الموضوعية

الفقرة الثانية: الأركان الشكلية

<u>الفقرة الأولى: الأركان الموضوعية</u>

سوف نتعرض ضمن هذه الفقرة لركن الاهلية و المحل على إعتبار أنهما أهم الركنين الوجب توفرهما لصحة إتفاق التحكيم

1. الأهلية:

أهلية الأشخاص الطبيعية و المعنوية الخاصة

ينص الفصل 308 من ق.م.م على انه " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق التحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها..."

يستفاد من النص أن المشرع المغربي قد سوى بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية في حرية اللجوء إلى التحكيم وأنه وضع شرط وحيد ويجب توفره في من يريد اللجوء إلى التحكيم وهو التوفر على أهلية التصرف.

فالأهلية المطلوبة لصحته اتفاق التحكيم هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصدده وليست أهلية التقاضي، إذ لا يكفي هذه الأهلية للاتفاق على التحكيم، ومن ثم فإنه لا يمكن أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم الشخص الذي لا يكون له حق التصرف في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم حتى ولو كانت لديه أهلية التقاضي[1]

[1] - محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديد للنشر، الطبعة 1999 ص: 97.

وتطبيقا لهذا الشرط لا يمكن للقاصر أو ناقض الأهلية كالصغير أو السفيه[2] إبرام اتفاق التحكيم، كما لا يمكن للوالي أو الوصي أو المقدم القيام بإبرام اتفاق التحكيم بنيابة عنهما، لان هؤلاء وإن كانوا يتوفرون على الصفة في تمثيل القاصر وناقص الأهلية أمام القضاء، إلا أنهم لا يملكون سلطة إبرام اتفاق التحكيم لأنه لا يجوز لهم إجراء أي عمل من أعمال التصرف على الأموال التي يتولون إدارتها، باستثناء إذا ثم حصولهم على إذن خاص من قاضي المختص فيمكنهم في هذه الحالة إبرام اتفاق التحكيم و هذا ما يمكن استنتاجه من مقتضيات الفصل 11 من ق.ل.ع والمادة 14 من مدونة التجارة.

لكن ما يمكن ملاحظته على كل من الفصل 11 من ق.ل.ع والمادة 14 من مدونة التجارة، أن الفصل 14 لم يشترط الإذن من القاضي بالنسبة للوالي للممارسة التصرفات القانونية وهذا على خلاف الفصل 11 الذي سوى بين الولي والمقدم والوصي في ضرورة الحصول على إذن من القاضي عند القيام بأي عمل من أعمال التصرف في الأموال التي يتولون إدارتها، ويرى أحد الباحثين[3] أنه كان على المشرع في المادة 14 أن يسوي بين الولي والمقدم والوصي في ضرورة الحصول على الإذن من القاضي، وذلك راجع حسب رأيه أن الآباء قد يستغلون هذه السلطة، وقد لا يقدرون مصلحة أبناءهم إما لعدم توفرهم على خبرة أو لجهلهم فتضيع بذلك أموال القاصرين، ولهذا يتوجب حصول الأب على الإذن وذلك لكي تمتد رقابة القضاء على كل التصرفات.

إلا أننا نرى هذا التوجه غير صائب وذلك لسبب بسيط هو أنه لا يمكن القول أن هناك من هو أحرص على مصلحة القاصر أكثر من الآباء حتى ولو كان القضاء.

أما بخصوص القاصر الذي بلغ سن 16 سنة وثم ترشيده، فإنه وحسب المادة 218[4] من مدونة الأسرة يترتب عن ترشيده تسلم أمواله واكتسابه الأهلية الكاملة لإدارتها والتصرف فيها، وعليه فيمكنه إبرام اتفاق التحكيم في حدود المأذون له ما دام يمكنه التصرف فيها بجميع أوجه التصرفات وهذا ما نص عليه كذلك الفصل 7 من ق.ل.ع[5] وذهب إليه كذلك أحد الباحثين[6] حيث يرى أن المأذون له بالتجارة أو الصناعة يعتبر كامل الأهلية فيما أذن له فيه لذلك يسوغ له طرح النزاعات التي تنشأ بسبب ممارسته التجارة أو الصناعة على التحكيم في نطاق هذا الإذن.

---

[2] - تنص المادة 213 من مدونة الأسرة " يعتبر ناقص الحرية" 1- الصغير المميز الذي بلغ سن التمييز
2- السفيه
3- المعتوه"

[3] - البوعناني رحال، التحكيم الاختياري في القانون المغربي الداخلي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق الرباط السنة الجامعية 86- 87، ص: 60

[4] - تنص المادة 218 من مدونة الأسرة "... يترتب عن الترشيد تسلم المرشد الامواله و إكسابه الأهلية الكاملة في إدارتها و التصرف فيها ..."

[5] - ينص الفصل 7 من ق.ل.م "القاصر المأذون له إذن صحيحا في التجارة و الصناعة يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي تحمل بها بسبب تجارته في حدود الادن الممنوح له..."

[6] - البوعناني رحال،م،س ص:61

و بالنسبة للأجنبي فإنه إذا لم يبلغ سن الرشد في القانون المغربي فلا يجوز له أن يبرم اتفاق التحكيم بخصوص التجارة التي ينوي ممارستها بالمغرب ما لم يكن مأذونا له من طرف رئيس المحكمة التي ينوي ممارسة التجارة بدائرتها، وذلك بغض النظر إن كان قانون بلده يقضي بأنه راشد[7]

أما بالنسبة للمرأة المتزوجة فخلافا للقانون التجاري القديم الذي كان يشترط ضرورة حصول الزوجة على الإذن من زوجها للأجل ممارسة التجارة[8]، فإنه وفي ظل القانون التجاري الحالي لم يعد هذا الشرط قائما[9]، فالمرأة المتزوجة يمكنها ممارسة التجارة وذلك دون إذن زوجها، ومنه فإنه يحق لها إبرام اتفاق التحكيم دون قيد أو شرط بخصوص المنازعات التي تتعلق بتجارتها[10].

وإذا كان اتفاق التحكيم مبرم بواسطة وكيل، فيجب أن تكون هذه الوكالة خاصة بالتحكيم، فلا تكفي الوكالة العامة. فسلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم محصورة فيما حدد في الوكالة[11].

وهذا يستشف من الفصل 391 و 893 من ق.ل.ع[12]، فالمحامي مثلا له سلطات واسعة أمام القضاء نيابة عن موكله في الخصومة، إلا أنه ممنوع من إبرام اتفاق التحكيم مع الخصم، والوكالة بينه وبين موكله محصورة في الخصومة، والتحكيم يعد من أعمال التصرف، فالاتفاق على التحكيم من طرف المحامي يقتضي توفره على وكالة خاصة تحدد النزاع والأطراف وكافة الجزئيات التي تهم الموضوع الذي ينص عليه التحكيم.[13] ومن الأشخاص الذين يمنع عليهم كذلك اللجوء إلى التحكيم الشركاء على الشيوع حيث لا يمكنهم إبرام اتفاق التحكيم بخصوص النزاعات المتعلقة بالشيء الشائع إلا بموافقة جميع الشركاء على الشيوع[14].

كما يمنع من اللجوء إلى التحكيم التاجر الذي صدر حكم عليه بالتصفية القضائية تطبيقا للمادة 619 من مدونة التجارة ونفس الحكم ينطبق على اتفاقات التحكيم التي يبرمها التاجر خلال فترة الريبة[15]

---

[7] - المادة 16 من مدونة التجارة.

[8] - الفصل 6 من القانون التجاري القديم.

[9] - المادة 17 من مدونة التجارة.

[10]-Abbellah Boudahrain.LArbitrage commercial international al regard du maroc .edition almadariss casablanca.najah el jadida.1999 p39

[11] - فتحي والي، قانون التحكيم في البظرية و التطبيق، منشأة المعارف الاسكندرية، طبعة 2007، ص: 112.

[12] - ينص الفصل 823 " الوكالة العامة هي التي تمنح الوكيل صلاحية غير مقيدة للإدارة كل مصالح الموكل، أو هي التي تمنحه صلاحيات عامة غير مقيدة في قضية معينة".
وينص الفصل 391 على أنه " الوكالة الخاصة هي التي تعطى من أجل إجراء قضية أو عدة قضايا أو التي لا تمنح الوكيل إلا صلاحيات خاصة".

[13] - محمد رافع، اتفاق التحكيم في ظل القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، مجلة المحاكم المغربية العدد 117 نونبر-دجنبر 2008 ص: 22.

[14] - الفصل 972 من ق.ل.ع.

[15] - المادة 681 من مدونة التجارة.

لكن ما لحكم بالنسبة للمصالح الذي يعينه رئيس المحكمة في إطار مساطر الوقاية من صعوبة المقاولة هل بإمكانه إبرامه اتفاق التحكيم.

إن المصالح يتدخل في إطار وقاية المقاولة من الصعوبات التي تهددها،[16] ويمكن تعريفه بكونه الوسيط الذي يعينه رئيس المحكمة من الأغيار للقيام بمهمة تسهيل سير المقاولة وإبرام اتفاق بين المقاولة والدائنين،[17] انطلاقا مما سبق نرى أن المصالح وفي إطار الدور المنوط به لا يمكنه إبرام اتفاق التحكيم لأن دوره محدد بمقتضى القانون وهو التوصل إلى إبرام صلح بين المقاولة والدائنين، وأن هناك فرق واسع بين الصلح و التحكيم. فإذا كان الهدف من الصلح هو الوصول إلى اتفاق بين الأطراف وذلك بأن يتنازل كل طرف عن نصيب من حقه، فإن التحكيم يؤدي إلى صدور حكم في حق أحد الأطراف ولحساب الطرف الآخر، وبالتالي لا يمكن أن نقيس الصلح على التحكيم حتى يمكن القول أن للمصالح الحق في إبرام اتفاق التحكيم، ونفس الشيء يمكنه استنتاجه فيما يخص السنديك، فرغم أن المشرع خول له حق اللجوء إلى الصلح وذلك بناء على ترخيص من القاضي المنتدب[18] فإنه بالنسبة للتحكيم لا يمكنه ذلك حتى ولو حصل على ترخيص لأن المشرع لو أراد أن يعطي للسنديك الحق في اللجوء إلى التحكيم لنص على ذلك صراحة كما فعل بالنسبة للصلح[19].

ونظرا الآن الشركات التجارية على مستوى العالم هي الوحيدة من بين سائر الأشخاص المعنوية الخاصة التي تحتكر ممارسة النشاط التجاري، وبالتالي فهي الأحوج إلى إبرام اتفاق التحكيم، لذا كان من اللازم الإشارة إلى من يتولى إبرام اتفاق التحكيم باسم الشركة.

وبعبارة أدق هل يحق لمدراء الشركات التجارية إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة أم أن الأمر يقتضي وجود وكالة خاصة.

إن الإجابة عن هذا التساؤل يختلف باختلاف تشكل إدارة الشركة فشركة التضامن يتم تسييرها إما بواسطة مدير يتم تعيينه في النظام الأساسي للشركة أو في اتفاق مستقل.

أهلية الدولة والمؤسسات العمومية :

كان تدخل الدولة مقتصرا على الوظائف التقليدية المرتبطة بفكرة السيادة، فلم تكن تؤدي أي دور في المجال الاقتصادي، ونفس الشيء بالنسبة للمؤسسات العمومية التابعة لها، لأنها تعتبر امتداد لوظيفة الدولة التقليدي وهذا الوضع دفع العديد من التشريعات إلى منع الدولة ومؤسساتها من إمكانية اللجوء إلى التحكيم، وتبررها لذلك هو الحفاظ على سلطة الفصل في النزاع الذي قد ينشأ عنها بواسطتها قضاءها الوطني، كما جعلت هذا المنع

---

[16] - المواد من 553 إلى 559 من مدونة التجارة.

[17] - الزرقني العيادي، دور الوكيل الخاص والمصالح في مسطرة التسوية الودية، الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، صعوبات المقاولة وميدان التسوية القضائية من خلال اجتهادات المجلس الأعلى. الندوة الجهوية الثامنة طبعة 21-22 يونيو 2007، ص: 11.

[18] - المادة 578 من مدونة التجارة.

[19] - البوعناني رحال، م.س ص: 62.

مرتبط بالمفهوم اللبرالي التقديم للدولة الذي يقتصر دورها على حماية الاقتصاد الوطني دون التدخل فعليا في تسييره[20]، كما أن اللجوء إلى التحكيم يترجم عدم الثقة في الأجهزة القضائية الرسمية، وقد يؤدي إلى التنفيذ ضد الأشخاص العمومية والتي لا تملك حرية التصرف في الأموال العمومية التي هي ملك للمجتمع[21].

وقد كانت الدول النامية أكثر تشددا في منع الدولة ومؤسساتها من اللجوء إلى التحكيم وذلك لأنها ترى في التحكيم امتداد للسيطرة التي تفرضها الدول المتقدمة، ووسيلة لاستغلال الموارد الطبيعية للدول النامية[22].

إلا أنه في ظل العولمة وهيمنة الأفكار اللبرالية لم تعد الدولة تلعب تلك الأدوار التقليدية المرتبطة بفكرة السيادة والأمن، بل أصبحت منخرطة في اقتصاد السوق باعتبارها شريك اقتصادي سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي، مما يجعلها في عقودها واتفاقياتها التجارية تجد نفسها بصفة آلية منصهرة في العادات والأعراف والتقاليد التجارية ومن بينها اللجوء إلى التحكيم[23].

ومن هنا يثار التساؤل حول إمكانية الدولة ومؤسساتها من اللجوء إلى اتفاق التحكيم.

يعتبر القانون الفرنسي من التشريعات التي كانت تشدد في تقييد حرية الدولة والأجهزة التابعة لها من إبرام اتفاق التحكيم[24]، فنجد الفصل 1004 من قانون المسطرة المدنية القديم منع اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الواجب تبليغها إلى النيابة العامة لتقديم مستنتجاتها ومن جملتها النزاعات التي تكون فيها الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها[25]، وقد أكد القضاء الفرنسي في البداية هذا المنع في العديد من قراراته حيث جاء في قرار عن المجلس الأعلى للدولة[26] ما يلي " نستنتج من الرجوع إلى الفصلين 1004 و 83 من قانون المسطرة المدنية بأن الدولة والأشخاص المعنوية العامة لا يمكنها اللجوء إلى التحكيم في حل نزاعاتها".

إلا أن موقف القضاء الفرنسي بخصوص أهلية الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها سيتغير وفي هذا الإطار أجازت محكمة النقض في حكمها الصادر في 14 أبريل 1964 لجوء الدولة إلى التحكيم مؤسسة قرارها على أن منع الدولة من اللجوء إلى التحكيم يتعلق

---

[20] - محمد تكمنت، واقع التحكيم التجاري الدولي وآفاق الاستثمار، الذكرى الخمسينية، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال توجهات المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الرابعة، الدار البيضاء 18.19 أبريل 2007 ص: 137.

[21] - عبد الرحمان بهوش، دور اتفاق التحكيم في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس كلية الحقوق سلا السنة الجامعية 2008/2009 ص: 24.

[22] - محمد تكمنت، م.س ص: 137.

[23] - عبد الرحمان بهوش، م.س ص: 24.

[24]- Amor Zahi, L ETAT ET L ARBITRAGE,N édition OPU,79 /OF/686.O,p ,U (Alger) et publisud (paris), p18 et swivante

[25] - البوعناني رحال، م.س ص: 72.

[26] - قرار مجلس الدولة الفرنسي في 24 يوليوز 1891 ومارس 1893 يوليوز 1893 صفحة 43-33 أشار إليه البوعناني رحال، م.س ص: 73.

بالنظام العام الداخلي وليس بالنظام العام الدولي،وبالتالي فإنه لا يقف عقبة أمام المؤسسة العمومية للجوء إلى التحكيم[27]

كما سيخضع التشريع الفرنسي كذلك لصيرورة التطور بشأن هذه المسألة ويحسم نهائيا هذا النقاش وذلك في قانون المسطرة المدنية الجديد حيث ينص في المادة 473 على انه "...لا يمكن أن يعترض عل اتفاقية التحكيم التجاري مهما كان القانون المطبق للأسباب التالية:

...بكون الاتفاق قد أبرم من طرف الدولة أو من طرف شخص من أشخاص القانون العام"[28]

وقد ثارت مسألة لجوء الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها نقاشا طويلا لدى الفقه المصري، ووجد في هذا الشأن اتجاهان، اتجاه يذهب إلى عدم جواز اللجوء في العقود الإدارية[29]، فكل نزاع نشأ بفعل هذه العقود يختص به القضاء الإداري ويستند هذا الرأي على المادة 10 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 والتي تقضي باختصاص محاكم الدولة دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية، وقد ساير القضاء المصري [30] في البداية هذا الاتجاه حيث قضت محكمة القضاء الإداري في حكم لها بأنه لا يجوز سلب الاختصاص محاكم الدولة بنظر منازعات العقود الإدارية وإسناد اختصاص إلى هيئة التحكيم وقضت المحكمة برفض الدفع الذي أبداه المدعي باختصاص هيئة التحكيم دون محاكم الدولة.

أما الاتجاه الثاني[31] وهو الراجح فيذهب إلى جواز الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية، ويستند هذا الرأي إلى أن القانون لم يمنع التحكيم إلا بالنسبة لما لا يجوز فيه الصلح، والعقود الإدارية لا يمتنع بشأنها الصلح، كما أن المادة 58/3 من قانون مجلس الدولة تلزم الجهة الإدارية بأخذ رأي مجلس الدولة فيما تبرمه من تحكيم في أي مادة تزيد قيمتها على آلاف جنيه. وبالتالي حسب هذا الاتجاه فإنه لو كان الاتفاق على التحكيم محصورا على جهة الإدارة ما ألزمها المشرع بعرض هذا الاتفاق على مجلس الدولة لأخذ رأيه، كما أنه ورد على أصحاب الاتجاه الأول يرى هذا الاتجاه أن ما تنص عليه المادة 10 من قانون مجلس الدولة من اختصاص محاكم المجلس دون غيرها بالفصل في منازعات العقود الإدارية فالمقصود به هو توزيع الاختصاص بين محاكم مجلس الدولة ومحاكم القضاء المدني واستبعاد اختصاص محاكم القضاء المدني بهذه المنازعات.

وأمام هذا الجدل الكبير في أوساط الفقه تدخل المشرع المصري من خلال المادة 10 من قانون التحكيم لسنة 1994 وحسم هذا الخلاف، وذلك بنصه وبصفة صريحة على

---

[27] - محمد تكمنت، م.س ص: 138 عبد الرحمان بهوش، م.س ص: 26.

[28] - عبد الرحمان بهوش، م.س ص: 29.

[29] - فتحي والي، قانون التحكيم، م.س ص: 116.

[30] - محمود السيد التحيوي، م.س ص: 127.

[31] - فتحي والي، قانون التحكيم، م.س ص: 116- 117.

إمكانية لجوء الدولة والمؤسسات التابعة لها إلى التحكيم سواء في إطار العلاقات القانونية الداخلية أو الدولية[32]

لكن رغم أن المشرع المصري قد نص بصفة صريحة على إمكانية لجوء الدولة والمؤسسات التابعة لها إلى التحكيم إلا أنه قيد هذا بضرورة حصول موافقة الوزير المختص حيث جاء في نص المادة 10 ما يلي " ...يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة..."

إذا كان هذا هو موقف التشريعات المقارنة فإنه بالنسبة لموقف الاتفاقيات الدولية فإن معظمها قد اعترف بأهلية الدولة والمؤسسات التابعة لها من إمكانية اللجوء إلى التحكيم، كالاتفاقية الأوربية بشأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي نصت في المادة الثانية الفقرة الأولى على انه " للأشخاص الاعتبارية والتي تعتبر وفق للقانون المطبق عليها من أشخاص القانون العام، رخصة ابرام اتفاقات التحكيم"، ونفس الشيء جاءت به مقتضيات اتفاقية واشنطن لسنة 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدولة الأخرى، حيث نصت في المادة 25 على انه " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات القانونية بين دولة متعاقدة ورعايا دولة أخرى متعاقدة والتي لها صلة مباشرة بالاستثمار والتي اتفقت كتابة على إخضاعها للمركز..."،

لكن ما الموقف السائد في المغرب من مسألة أهلية الدولة والمؤسسات التابعة لها من إبرام اتفاق التحكيم.

اختلف الفقه المغربي في البداية حول مسالة إمكانية الدولة والمؤسسات التابعة لها من اللجوء إلى التحكيم، وذلك استنادا إلى الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية والفصل 306 من نفس القانون قبل التعديل المحدث بمقتضى قانون 05- 08.

فهناك جانب من الفقه[33] يفسر الفصلين السابقين بأنهما لا يسمحان للدولة من اللجوء إلى التحكيم سواء تعلق الأمر بعقود خاضعة للقانون العام أو القانون الخاص، ويرى أن هناك تعارض بين الفصلين السابقين لأن الفصل 306 من منع اللجوء إلى التحكيم بشان النزاعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام مما يؤدي بالاعتقاد على أن النزاعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة للقانون الخاص يمكن عرضها على التحكيم، في حين نجد الفصل 9 من ق.م.م يصتدم مع الفصل 306 وذلك لأن الفصل 9 يفرض تبليغ النيابة العامة جميع القضايا المتعلقة بالنظام العام والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية دون تمييز بين القضايا التي يحكمها القانون العام أو الخاص، لذلك طالب بتعديل هذه الفصول بما يسمح للدولة ومؤسساتها من اللجوء إلى التحكيم.

---

[32] - تنص المادة 10 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994 على ما يلي "... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها موضوع النزاع".

[33] - محمد الوكيلي، تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص طبيعي أجنبي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الرباط 1982 ص: 101- 102، أشار إليه كل من عبد الرحمان بهوش م.س ص: 36 ومحمد تكمنت م.س ص: 139.

إلا أن الجانب الآخر من الفقه [34]يرى أن القانون المغربي من خلال هذين الفصلين لم يمنع الدولة والمؤسسات التابعة لها من اللجوء إلى التحكيم بشكل صريح وذلك لأن لفظ التحكيم لم في الفصل 9 من ق م م، فالتبليغ الوارد في هذا الفصل يقتصر فقط على الدعوى القضائية ولا يشمل الخصومة التحكمية، كما أن الحضر الوارد على أهلية الدولة حسب نص الفصل 306 ينصرف إلى المنازعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة للقانون العام وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن الدولة لها أهلية الاحتكام في المنازعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة للقانون الخاص[35]

إلا أنه وأمام الجمود الذي يطبع الفصلين السابقين وتباين المواقف الفقهية فيما يخص تفسيرهما، ورغبة من المشرع المغربي على جلب الاستثمارات الأجنبية من أجل مواجهة ضعفه الاقتصادي عمل على إصدار عدة قوانين خاصة تلطف من جمود الفصلين السابقين نذكر منها:[36]

التقنين البترولي لسنة 1958 الذي ينص في المادة 39 على جواز إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقيات المبرمة بين الدولة المغربية والأشخاص المعنوية الخاصة للإقرار حقوق هؤلاء الأشخاص.

قانون المالية لسنة 1982 الذي يجيز في المادة 44 على إدراج شرط التحكيم في اتفاقيات أو عقود القرض المبرمة مع المصارف الأجنبية الخاصة.

ظهير 17 يناير 1983 المتعلق بالاستثمارات الصناعية يرخص في الفصل 39 منه للدولة باستعمال التحكيم كوسيلة لحل خلافاتها الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية. لكن المشرع المغربي لم يقف عند حد إصدار قوانين خاصة تبيح للدولة ومؤسساتها اللجوء إلى التحكيم بل صادق على مجموعة من الاتفاقيات الدولية من بينها الاتفاقية الأوربية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والتي تنص في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه " للأشخاص الاعتبارية والتي تعتبر وفقا للقانون المطابق عليها من أشخاص القانون العام رخصة إبرام اتفاقيات التحكيم" ،كم صادق على اتفاقية واشنطن[37] والتي ثم بموجبها إحداث المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدولة الأخرى لسنة 1965 قانون وتنص هذه الاتفاقية في مادتها 25 على أنه " يمتد إختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن احد الاستثمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين مواطن دولة أخرى متعاقدة...".

---

[34] - أحمد شكري السباعي، التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربيأشغال ندوة في إطار الوسائل البديلة لحل المنازعات، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 2/200 ص: 209- 210.

[35] - رحال البوعناني، م.س ص: 78 إلى 81.

[36] - محمد الإدريسي العمراوي، إشكالية التحكيم التجاري الدولي، المجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 2 السنة 2003 ص: 73.

[37] - صادق المغرب على اتفاقية واشنطن بمقتضى المرسوم الملكي المؤرخ في 31- 10- 1966 وأصبح المغرب دولة متعاقدة في تاريخ 10/06/67 ونشرت بالجريدة الرسمية في 15-3 – 1966 المرسوم عدد 564/65.

أما على مستوى الاجتهاد القضائي فكان أول قرار تعرض لمسالة أهلية الدولة للجوء إلى التحكيم صادر بتاريخ يونيو 1923 عن محكمة الاستئناف بالرباط، وقد جاء في بعض حيثياته ما يلي " 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 وتخفيف القيود المفروضة على النيابة العامة"[38]، كما صدر قرار عن المحكمة الاستئناف بالدار البيضاء،[39] يعترف بصلاحية المؤسسات العمومية باللجوء إلى التحكيم والملاحظ من هذا القرار أنه أعطى هذا الامتياز فقط للمؤسسات العمومية ذات النشاط الصناعي أو التجاري، والتي تقترب من حيث عملها من الأنشطة التجارية للأشخاص المعنوية الخاصة[40].

نتيجة الانتقادات الموجهة للفصول المنظمة للتحكيم، وتضارب الآراء الفقهية بخصوص مسالة لجوء الدولة ومؤسساتها إلى التحكيم، وإدراكا من المشرع المغربي بأهمية التحكيم كوسيلة بديلة لفض المنازعات، ودوره في جلب الاستثمارات الأجنبية، ورغبة منه بمواكبة التطور الحاصل على مستوى التجارة الدولية والتعديلات التي يعرفها معظم القوانين المقارنة[41]، كل هذا دفع بالمشرع المغربي لتعديل النصوص المنظمة للتحكيم وثم إصدار قانون 05- 08 المعدل لفصول المسطرة المدنية وقد جاء هذا القانون بمجموعة من المستجدات منها أنه نص وبصفة صريحة على إمكانية لجوء الدولة والمؤسسات التابعة لها لاتفاق التحكيم، فبقراءة الفصلين 310 و 311 من ق.م.م نورد الملاحظات التالية:

بعد أن نص المشرع المغربي في الفصل 310 على أن المنازعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة والجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتعلقة باختصاصات السلطة العمومية لا يمكن أن تكون محل تحكيم، جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة وأقر استثناء سمح من خلاله للدولة والمؤسسات التابعة لها من إمكانية إبرام اتفاق التحكيم حيث جاء في الفقرة الثانية من الفصل 310 على انه " غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها يمكن أن تكون محل عقد تحكيم...".

كما سمح المشرع المغربي من خلال نفس الفصل بأن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم وذلك شريطة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليها في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية.

2. محل اتفاق التحكيم:

---

[38] - محمد الإدريسي العمراوي، م.س ص: 74.

[39] - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 21- 6- 83 ،المجلة المغربية للقانون لسنة 1988 ص: 118 أشار إليه عبد الرحمان بهوش م.س ص: 38 إلى 40.

[40] - عبد الرحمان بهوش، م.س ص: 40.

[41] - وفاء طوية،ضمانات التحكيم التجاري الدولي، رسلة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة،جامعة محمد الاول كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2008-2009 ص:50

كل اتفاق لابد له من محل أو موضوع، وموضوع اتفاق التحكيم هو حل النزاع كما حددته الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك[42] بأن الأطراف " يعرضون على التحكيم جميع النزاعات أو البعض من النزاعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم حول علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية تشمل مسألة يسوغ فصلها عن طريق التحكيم".

وهو نفس ما ذهب إليه الفصل 307 من ق.م.م المغربي عند تعريفه للاتفاق التحكيم، فحدد محل لتفاق التحكيم في حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية.

من خلال ما سبق يتضح أن محل اتفاق التحكيم يشترط فيه أن يكون موجودا أو قابلا للوجود " نزاع نشأ أو قد ينشأ" وعليه فإذا ثم إبرام اتفاق التحكيم بشأن نزاع غير موجود أو غير قابل للوجود مستقبلا، فإن اتفاق التحكيم يعتبر باطلا، ونفس الشيء يقال في حالة وجود نزاع وثم حله وديا فيعتبر النزاع غير موجود وبالتالي يصبح اتفاق التحكيم لا محل له.

كما يشترط في محل اتفاق التحكيم أن ينشأ عن علاقة قانونية معينة أي أن يكون النزاع من طبيعة قانونية، وعلى هذا الأساس تستبعد النزاعات التي لا تكتسي طابعا قانونيا كالنزاعات ذات الطبيعة السياسية. وقد تطلبت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 تحقق هذا الشرط في المنازعات التي تعرض على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث جعلت اختصاص المركز مقصودا على النظر في المنازعات ذات الطبيعة القانونية[43]

ويجب أن تكون العلاقة القانونية معينة، أي أن يكون موضوع النزاع محددا تحديدا كافيا، وذلك بأن يتضمن اتفاق التحكيم النزاع الذي اتفق الأطراف عرضه على التحكيم.

وتحديد موضوع النزاع لا يثير إشكالا إذا كان اتفاق التحكيم قد اتخذ شكل عقد لان في هذه الحالة يكون النزاع قد نشأ فعلا وأبرم إتفاق التحكيم وفق لنقط الخلاف الموجودة بين الأطراف، لكن الإشكال يثار في حالة إذا اتخذ اتفاق التحكيم شرط التحكيم، ففي هذه الحالة يكون النزاع لم ينشأ بعد وبالتالي فإن موضوعه غير معلوم، كما يكون احتماليا قد يحدث أو لا يحدث.

لحل هذا الإشكال يرى الأستاذ فؤاد الصفريوي أنه لكي يكون محل شرط التحكيم صحيحا يجب أن يتناول العلاقة القانونية القائمة بين الطرفين كأن يتضمن شرط التحكيم إشارة واضحة بأن جميع المنازعات التي تحدث بين الطرفين بسبب تنفيذ هذا العقد يلجأ بشأنها إلى التحكيم، فهذه الإشارة تعتبر كافية في حد ذاتها لتحديد موضوع النزاع مادام شرط التحكيم يشير بإحالة جميع الخلافات المترتبة عن تنفيذ العقد على التحكيم.[44]

---

[42] - اتفاقية نيويورك المبرمة في تاريخ 10 يونيو 1958 بشأن الاقتراف بالمقررات التحكمية وتنفيذها، صادق عليها المغرب بمقتضى ظهير رقم 226- 1- 59 بتاريخ 21 شعبان 1379 الموافق ل 19 يناير 1960.

[43] - فؤاد الصفريوي، نظام تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المغرب، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة الحسن الثاني، كلية الحقوق الدار البيضاء السنة الجامعية 95-96 ص: 158.

[44] - فؤاد الصفريوي، م.س ص: 160.

كما لا يشترط في محل اتفاق التحكيم أن يكون النزاع واردا بشان علاقة تعاقدية بأن لا يمكن أن يبرم اتفاق التحكيم لتسوية نزاع نشأ عن علاقة ذات طبيعة غير تعاقدية[45]

فمحل اتفاق التحكيم يمكن أن يكون نزاع نشأ عن علاقة تعاقدية كأن يكون مترتبا عن عدم تنفيذ عقد أو تفسيره، كما يمكن أن ينشأ لتسوية نزاع من طبيعة غير تعاقدية كأن يكون مصدره وقائع أو تصرفات من شأنها أن ترتب حقوقا أو التزامات على أطرافها، كالنزاع الناتج عن العمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو فعل ضار[46]

بالاضافة إلى الشروط السالفة الذكر. فإن اتفاق التحكيم حتى يكون صحيحا فلا بد أن يكون محل النزاع مما يجوز التحكيم فيه، وهذا ما كرسته اتفاقية نيويورك[47] ونص عليه المشرع المغربي في الفصل 308.

فرغم أن المشرع المغربي أعطى لجميع الأشخاص المتوفرين على أهلية التصرف الحق في اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه وضع قيد وهو ضرورة التقييد بمقتضيات ق.ل.ع ولاسيما الفصل 62.

فالمشرع المغربي لم يحدد المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها، كما كان عليه الأمر بالنسبة للفصل 306[48] قبل التعديل المحدث بمقتضى قانون 05- 08[49] بل اكتفى بالإحالة على الفصل 62 من ق.ل.ع، و الذي يجعل من مخالفة النظام العام والأخلاق الحميدة سبب بطلان اتفاق التحكيم.

والنظام العام والأخلاق الحميدة هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية و الخلقية فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتماشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية، وتتسع دائرة النظام العام والأخلاق الحميدة أو تضيق تبعا للتطورات وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم[50]

الفقرة الثانية: الأركان الشكلية

ينص الفصل 313 من ق.م.م المعدل بمقتضى القانون 05- 08 على أنه " يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة، إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكمية المختارة".

---

[45] - ينص الفصل 308 من ق.م.م "...حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية".

[46] - فؤاد الصفريوي، م.س ص: 159.

[47] - المادة الثانية من اتفاقية نيويورك.

[48] - ينص الفصل 306 قبل التعديل " غير أنه لا يمكن الاتفاق عليه:
- في **والوصايا المتعلقة بالأطعمة والملابس والمساكن.
- في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.
- في المسائل التي تمس النظام العام..."

[49] - عبد الحفيظ ميمون,شرط التحكيم وحدود أثره على الاختصاص القضائي,مجاة القصر ,العدد13، السنة 2006,ص:56-

[50] - عبد الحميد الأحدب، مفهوم النظام العام في التحكيم، المجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 2 سنة 2003 ص: 41-42.

يظهر من أحكام هذا الفصل أن المشرع قد جعل كتابة اتفاق التحكيم من الشروط الشكلية التى يتوقف عليها صحة هذا الاتفاق،كما أنه إبتعد عن المبالغة في الشكلية، وهذا ما يستشف من مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 313، وذلك خلافا للفصل 309 من ق.م.م قبل التعديل والذي كان يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوب بخط اليد ومصادق عليه من لدن الأطراف، والملاحظ أن المشرع المغربي كان يخص هذه الشكلية بشرط التحكيم وأن يتعلق الأمر بعمل تجاري،[51] وعليه فإن شرط التحكيم الوارد في العقد المتعلق بعمل تجاري يتعين أن يكون مكتوبا بخط اليد ومصادق عليه أما شرط التحكيم المدرج في العقود الأخرى فلا يشترط فيه هذه الكتابة[52] وعملا بمقتضيات الفصل 309 سار القضاء المغربي، ففي قرار صادر عن المجلس الأعلى[53] جاء فيه " بأن شرط التحكيم متعلق بعقد بيع تجاري وبأنه كان يتعين أن يكتب بخط اليد ويوقع عليه بصفة خاصة من لدن جميع الأطراف تحت طائلة البطلان عملا بمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل 309 من ق.م.م..."

فهذه الشكلية التي ينفرد بها القانون المغربي قد عمل قانون 05- 08 على تجاوزها وذلك من خلال الفصل 313 الذي وسع من شكلية كتابة اتفاق التحكيم دون أن يحصرها في شكلية معينة[54]

ولعل هدف المشرع من وراء ذلك هو تشجيع الأفراد على اللجوء إلى التحكيم وإدراكا منه بأهمية التحكيم في جلب المستثمر الأجنبي الذي لم يعد يثق في القضاء الوطني، بالإضافة إلى ذلك عمل المشرع المغربي على مواكبة التطورات الأخيرة التي مست بالأساس مؤسسة العقد، وظهور إلى الوجود ما يسمى بالعقد الإلكتروني، وبذلك بادر المشرع إلى المصادقة على القانون رقم 05- 53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات الإلكترونية[55]، كإطار جديد للتعاقد عن بعد بين شخصين غائبين عن المجلس معدلا بذلك جملة من النصوص التشريعية في قانون الالتزامات والعقود حتى تنسجم مع التوجهات الجديدة التي أتى بها القانون الجديد[56] وقد ورد في الفصل 1-417 من هذا القانون على أن الوثائق المحررة على الدعامات الالكترونية يكون لها نفس قوة الإثبات التي تكون للوثائق المحررة على الورق

---

[51] - بنص الفصل 309 قبل تعديل المحدث بمقتضى قانون 05- 08 على أنه : يمكن لهم أن يعينوا علاوة عن ذلك مسبقا وفي نفس العقد، إذا تعلق الأمر بعمل تجاري محكما أو محكمين، ويتعين في هذه الحالة أن يكون شرط التحكيم مكتوب بخط اليد وموافقا عليه بصفة خاصة من لدن الأطراف تحت طائلة البطلان"

[52] - عبد الرحمان المصباحي، التحكيم من خلال العمل القضائي للمجلس الأعلى، أشغال ندوة في إطار الوسائل البديلة لحل المنازعات، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 7 سنة 2005 ص: 124- 128.

[53] - قرار المجلس الأعلى عدد 1424 صادر بتاريخ 04-10-2000 منشور بالمجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات عدد 6 سبتمبر2004 ص: 88، وأشار إليه محمد بشبيه، صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار بين القواعد التقليدية والقواعد الحديثة، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال توجهات المجلس الأعلى، الدار البيضاء 18-19 أبريل 2007 ص: 76.

[54] - محمد بشبيه، م.س ص: 77- 78.

[55] - ثم المصادقة على قانون 05- 08 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية بتاريخ 30-11-2007، نشر بالجريدة الرسمية عدد 5584 المؤرخة في 6- 12- 2007 ص: 3880.

[56] - عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع الطبعة الثانية 2009، مكتبة دار الأمان، الرباط ص: 55.

وبمصادقة المشرع المغربي على هذه القوانين يكون قد ساير الاتفاقيات الدولية حيث نجد اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بالقرارات التحكمية الأجنبية وتنفيذها تنص في الفقرة الثانية من المادة الثانية على أنه " يقصد باتفاق مكتوب الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"

وهكذا فإن اتفاق التحكيم وإن كان لا يجوز إبرامه إلا كتابة، فإن هذه الشكلية لم تبق بمعناها الضيق بل أعطي لها مفهوم واسع[57]، إلا أن التساؤل الذي يبقى مطروحا هو ما إذا كانت الكتابة المطلوبة للإثبات أم للانعقاد.

يرى جانب من الفقه[58] أن مقتضيات الفصل 313 تفيد أن الكتابة المتطلبة هي شكلية إثبات بالدرجة الأولى، إلا أننا لا نعتقد ذلك وذلك استنادا إلى مقتضيات الفصلين 315 و 317 من ق.م.م، حيث يفيد ضمنيا أنه لا يمكن تحديد موضوع النزاع دون كتابة العقد. كما أن الفصل 317 ينص على ضرورة كتابة شرط التحكيم تحت طائلة البطلان.

المطلب الثاني: الإخلال بأركان اتفاق التحكيم

لا يكون اتفاق التحكيم صحيحا إلا إذا استجمع جميع أركانه، لكن قد يحدث أن يكون هذا الاتفاق مختلا في أحد أركان، كان يتم يكون محل اتفاق التحكيم مما لا يجوز التحكيم فيه أو أن لا يتم تعيين الهيئة التحكمية أو التنصيص على طريقة تعيينها فما هو الجزاء المترتب في هذه الحالة، ومن هي الجهة المختصة للنظر في عدم صحة اتفاق التحكيم، لكن وبما أن اتفاق التحكيم يأخذ صورتين صورة شرط أو عقد ولكل صورة من هذه الصور شروط صحة، فإنه يقع علينا أن نتطرق لهذه الصور حتى نبين ما الجزاء المترتب عنه عن الخلال بهذه الاركان، لهذا إرتئينا تقسيم هذا المطلب على النحو التالي

الفقرة الاولى: صور اتفاق التحكيم

الفقرة الثانية: جزاء الاخلال بأركان إتفاق التحكيم و الجهة المختصة للنظر في هذا الخلال

الفقرة الاولى: صور اتفاق التحكيم

تنص الفقرة الثانية من الفصل 307 على انه " يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم"

ومنه فان اتفاق التحكيم يمكن أن يأتي في صورة عقد أو في صورة شرط.

عقد التحكيم:

---

[57] - محمد رافع، م.س ص: 32.

[58] - طارق مصدق، دراسة في أهم المبادئ العامة للتحكيم على ضوء اجتهاد المجلس الأعلى،الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال إجتهاد المجلس الاعلىالندوة الجهوية الحادية عشر،1و2 نونبر 2007 ، ص: 216.

عرف المشرع المغربي عقد التحكيم[59] في الفصل 314 من ق.م.م بكونه " الإنفاق الذي يلزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكمية".

فالمشرع قد عمد إلى تعريف عقد التحكيم وهو ما لا نجد له نظير في ظل الفصول القديمة المنظمة للتحكيم مما كان يحتم الرجوع إلى الفقه[60] الذي نجده يعرفه " بكونه الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم"

من خلال ما سبق نصل إلى نتيجة مفادها أن عقد التحكيم هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه بين الأطراف عند نشوب نزاع بينهم بقصد عرض هذا النزاع على التحكيم أي أن عقد التحكيم يتطلب نشوء نزاع.

ويمكن للأطراف إبرام عقد التحكيم ولو كانت الدعوى جارية أمام المحكمة وهذا ما يستشف من الفصل 314/2 الذي جاء فيه " يمكن إبرام العقد المذكور ولو خلال دعوى جارية أمام المحكمة"

لكن هل يحق للأطراف إبرام عقد التحكيم ولو كانت الدعوى قد قطعت أشواط كبيرة أمام القضاء أو صدرت فيها أحكام.

لم يعالج المشرع المغربي هذه النقطة بشكل صريح، بل نص على إمكانية إبرام عقد التحكيم ولو كان النزاع مطروح على المحكمة دون أن يحد هذه الإمكانية فيما إذا كانت الدعوى في بدايتها أم أنها قطعت أشواطا كبيرة، كما أنه لم يتطرق لمسألة إبرام عقد التحكيم في حالة صدور التحكيم.

لكن بالرجوع إلى القانون المصري الخاص بالتحكيم في المادة 10/2 نجده ينص على انه تصح مشارطة التحكيم ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية أمام جهة قضائية، ولو كانت الدعوى في مرحلة المداولة للإصدار الحكم.

ويرى الأستاذ روبير[61] بأنه يجب أن نفرق بين الأحكام الصادرة في الموضوع، فهذه الأحكام تتمتع بحجية الشيء المقضي به، ما لم يكن الطرفان قد تنازلا عنها عند اتفاقيهما على التحكيم، أما الأحكام المتعلقة بالإثبات والتي تكون المحكمة قد أصدرتها فلا تلزم هيئة التحكيم.

وإذا كان المشرع المغربي في ظل النصوص القديمة المنظمة للتحكيم قد نص بشكل صريح على ضرورة كتابة عقد التحكيم إلا أنه في ظل قانون 05- 08 المعدل لفصول المسطرة المدنية لم ينص على هذا الشرط، فهل يفهم من هذا أن المشرع قد استغنى عن هذا الشرط، لا نرى ذلك رغم عدم النص بشكل صريح على هذا الشرط وذلك لان المشرع من جهة قد نص على وجوب كتابة اتفاق التحكيم و عقد التحكيم ما هو إلا صورة من صور

---

[59] - ورد عقد التحكيم تحت تسميات أخرى مثل مشارطة التحكيم، وثيقة التحكيم، سند التحكيم.

[60] - فتحي والي، قانون التحكيم، م.س ص: 103.

[61] - راجع بهذا الخصوص، مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول الطبعة الأولى، 1993 ، منشورات الجبلي الحقوقية ببيروت ص: 360.

اتفاق التحكيم، ومن جهة أخرى فإن المشرع قد حدد البيانات التي يجب أن تتوفر في عقد التحكيم وهذه البيانات لا تتصور إمكانية تحديدها دون أن يكون هناك عقد مكتوب كل ما هنالك أن المشرع قد خفف من شرط الكتابة.

شرط التحكيم:

عرف المشرع المغربي شرط التحكيم في الفصل 316 من ق م م بأنه " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور"

الملاحظ أن هذا التعريف اقتصر على حالة نشوء نزاع حول تنفيذ العقد مع أن شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يمكن إبرامه في حالة تنفيذ العقد وتفسيره فشرط التحكيم هو اتفاق المتعاقدين عند التعاقد وقبل أن يحدث أي نزاع على إدراج شرط بالعقد يلزم الطرفين بإحالة كل ما يثور بينهم من نزاعات على التحكيم[62]

من خلال ما سبق يتضح أن شرط التحكيم هو اتفاق داخل اتفاق، كما أن النزاع يكون محتمل الوقوع وليس محققا وقت الاتفاق، بالإضافة إلى أنه يمنع لجوء الأطراف إلى القضاء في حالة نشوء نزاع احتراما لشرط التحكيم[63] وهذا ما أكده قرار إستئنافية الدار البيضاء[64] الذي جاء فيه " حيث أن لجوء المستأنف عليه إلى المحكمة، دونما احترام للعقد الرابط بين الطرفين يكون غير مقبول، إذ عليه احترام شرط التحكيم المنصوص عليه، بمقتضى العقد الرابط بين الطرفين..."

يرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه، حيث يتفق أطراف العقد على أن ما يمكن أن يحدث بينهم من نزاعات في المستقبل بمناسبة تنفيذ العقد أو تفسيره ويتم الفصل فيها بواسطة التحكيم، وعندئذ يرد التحكيم على أي نزاع قد يحدث بينهم في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي يتضمنه أو تنفيذه.

على أنه لا يوجد مانع من ورود شرط التحكيم في عقد لاحق عن العقد الأصلي المبرم بين أطرافه، ولا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط التحكيم ما دام الاتفاق عليه قد ثم قبل نشأة النزاع، فالمنازعات التي يحتملها شرط التحكيم هي منازعات محتملة وغير محددة لم تنشأ بعد لحظة الاتفاق على التحكيم[65]

ولقيام شرط التحكيم صحيحا سواء أبرام في العقد الأصلي كبند من بنوده أو في عقد لاحق شريطة عدم حدوث نزاع، فإنه لابد من احترام مجموعة من الشروط العامة الواجب

---

[62] - فاطمة الدحاني، نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص. مجلة القانون المغربي، ع 11. 2007 ص: 107.

[63] - عبد الرحمان علالي، قانون الارادة في التحكيم التجاري الدولي،رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة،جامعة محمد الاول كليم الحقوق سلا،السنة الجامعية 2006-2007 ص:55

[64] - قرار صادر عن المحكمة الاستئنافية بالدار البيضاء، الغرفة التجارية عدد 2200 بتاريخ 24-11-1987 في ملف عدد 87-688، أشار إليه. معمر نعمان محمد النظاري،الرقابة القضائية على التحكيم في التشريعين المغربي و اليمني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الاول كلية الحقوق وجدة،السنو الجامعية2006-2007، ص:60.

[65] - محمود السيد التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، المكتبة القانونية دار المطبوعات الجامعية طبعة 2002 ص: 51 إلى 59.

توفرها في العقود من أهلية ومحل وسبب، إضافة إلى بعض الشروط الخاصة يشترط التحكيم والتي نص عليها المشرع المغربي في الفصل 317 من ق.م.م.

فالمشرع المغربي وكما هو واضح من خلال هذا الفصل انه اشترط لصحة شرط التحكيم أن يكون مكتوبا وذلك تحت طائلة البطلان، لكن الملاحظ أن المشرع لم يشدد من هذا الشرط كما كان معمول به في ظل قانون المسطرة المدنية قبل التعديل المحدث بقانون 05-08 الذي كان يتطلب كتابة شرط التحكيم باليد[66]،هذا وقد نص المشرع على ضرورة تعيين الهيئة التحكمية أو التنصيص على طريقة تعيينها حتى يكون شرط التحكيم صحيحا، لكن التساؤل الذي يبقى مطروحا هل إذا كان العقد الأصلي باطل هل يبطل بالتبعية شرط التحكيم باعتباره بند من بنوده. وهل العكس صحيح في حالة بطلان شرط التحكيم.

وبعبارة أخرى هل يمكن الحديث عن مبدأ استقلال شرط التحكيم بحيث لا يترتب عن بطلان العقد أو فسخه أو إنهاءه أي أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحا.

إن قانون المسطرة المدنية المغربي لم يسبق له أن تطرق لمسألة استقلال شرط التحكيم، لكن بالرجوع إلى المعاهدات الدولية نرى أنها قد نصت على مبدأ استقلال شرط التحكيم، فنجد الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 أشارت إلى المبدأ المذكور في الفقرة الثانية من المادة الخامسة التي أعطت للمحكم سلطة مستمدة من اتفاق التحكيم الذي يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي، كما تبنت هذا المبدأ غرفة التجارة الدولة[67] عندما نصت في الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أن " الإدعاء ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا ينفي اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويبقى مختصا حتى في حالة انعدام أو بطلان العقد..."

بالإضافة إلى المعاهدات فقد تم تكريس هذا المبدأ من طرف العديد من الدول عبر قوانينها، فنجد المشرع المصري قد أكد بصراحة في قانون التحكيم[68] على استقلال شرط التحكيم، فنص في المادة 23 منه على انه " يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"

كما أن مجلة التحكيم التونسية[69] أقرت هذا المبدأ في المادة 60 التي جاء فيها "...ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن الشروط الأخرى والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي"

أما عن موقف القضاء فنجد أن القضاء الفرنسي كان ثابت عبر التاريخ في إقرار مبدأ استقلال شرط التحكيم وجاء في قرار محكمة النقض الفرنسية[70] في قرارها

---

[66] - أنظر الفصل 309 قبل التعديل المحدث بمقتضى قانون 05-08.

[67] - علي تبريتي، المحكم الدولي ما بين القواعد القانونية الوطنية و الدولية"القانون الواجب التطبيق"، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة،جامعة محمد الخامس،كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2006-2007، ص:48

[68] - قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994.

[69] - مجلة التحكيم التونسية.

[70] - عبد الإله برجاني، بند التحكيم في عقود التجارة الدولية، دفاتر المجلس الأعلى ص: 384.

الشهيرGOSSET في مايو 1963 بأن اتفاق التحكيم الوارد في علاقة دولية خاصة يتمتع باستقلال قانوني كامل عن العقد الذي يحتويه. كما جاء قرار آخر[71] يقرر أن اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني في القانون الدولي الخاص الفرنسي وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية[72] جاء فيه " إن شرط التحكيم صحيح في النظام الدولي بقطع النظر عن أية متاجرة في رأي القانون الداخلي الفرنسي"

وقد كرس القضاء المغربي بدوره هذا المبدأ إذ جاء في قرار للمجلس الأعلى[73] " بأن التشطيب على شرط التحكيم في العقد الرابط يحول دون تعديل المقرر التحكيمي بالصفة التنفيذية، بمعنى أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي فالتشطيب عليه لا يعدم العقد الأصلي بل يؤدي فقط إلى عدم طرح النزاع على التحكيم.

وفيما يخص الفقه[74] فإن الاتجاه الغالب يقر مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

فكما نلاحظ فإنه سواء على مستوى المعاهدات الدولية أو القوانين أو القضاء أو الفقه فهناك إجماع حول مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهذا ما دعا المشرع المغربي ليستغل فرصة تعديله لنصوص المسطرة المدنية بمقتضى قانون 05-08 وينص على هذا المبدأ بشكل صريح حيث جاء في الفصل 318 على انه " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على البطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته.

الفقرة الثانية: جزاء الإخلال بشروط اتفاق التحكيم و الجهة المختصة للنظر في هدا الإخلال

1. جزاء الإخلال بشروط اتفاق التحكيم

إذا اختل شرط من شروط صحة اتفاق التحكيم، فإن نظرية البطلان تجد مجالا للتطبيق كجزاء مدني يهدف إلى حماية مصلحة الأطراف.

فالبطلان هو الجزء الذي يقرره المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد كما لو كان أحد المتعاقدين صغيرا أو كان محا الالتزام التعاقدي عملا مستحيلا، أو كان الالتزام يفتقر إلى سبب يحمل عليه. وإما بموجب نص قانوني يقضي في حالة خاصة والاعتبارات تتعلق بالنظام العام ببطلان تصرف ما رغم توفر سائر أركان انعقاده[75]

---

[71] - cass.civ 18 Moi 1971. Rev.Arbi 1972.P2 : 385 أشار إليه عبد الإله برجاني، م.س ص: 386

[72] - محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى ع 10 دجنبر 1999، النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، ع 10/2002 ص: 26.

[73] - قرار مجلس الأعلى ع 1482 بتاريخ 25-12-2001 ملف مدني 267-98 أشار إليه محمد رافع م.س ص: 43.

[74] - محمود عمر السيد التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض م.س ص: 52، نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دار النشر العربية الطبعة الأولى 1996 ص: 270

[75] - مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزامات. الطبعة الثانية 1472 ص: 196.

وبعبارة أخرى فإن العقد يكون باطلا إذا فقد أحد أركانه وهما الإيجاب والقبول ومشروعية السبب والمحل، ويترتب عن بطلان العقد عدم فاعليته، أي عدم ترتيبه للآثار القانونية التي اتجهت إليها إدارة الأطراف[76]

وقد خص المشرع المغربي للبطلان الفصول من 306 إلى 310 من ق.ل.ع، وقد حدد الفصل 306 حالات البطلان كما يلي:

إذا كان ينقصه أحد الأركان اللازمة لقيامه

إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه

وباعتبار اتفاق التحكيم عقد كباقي العقود لا يقوم صحيحا مرتبا الإثارة القانونية إلا إذا استجمع جميع أركانه من أهلية ومحل وسبب وتراضي بين الطرفين، وهذه الأركان قد نص عليها المشرع المغربي في افصل الثاني من ق.ل.ع.

بالاضافة إلى الأركان العامة التي تتطلب لصحة أي عقد، فإنه لابد من توفر بعض الشروط تتعلق باتفاق التحكيم، وهذه الشروط تختلف بحسب ما إذا اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط أم عقد[77]

تأسيسا على ما سبق فإن حالات بطلان اتفاق التحكيم تتمثل في بطلان اتفاق التحكيم لتخلف ركن من أركان التعاقد وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب، وركن الشكلية ما دمنا قد سلمنا بأن الكتابة المتطلبة للإبرام اتفاق التحكيم هي شرط انعقاد وليست شرط إثبات، وبطلان اتفاق التحكيم بمقتضى القانون، فاتفاق التحكيم قد يحدث أن يكون مستجمع سائر أركانه ولكن المشرع يقرر بطلانه الاعتبارات تتعلق بالنظام العام كما لو انصب التحكيم على أمور لا يجوز التحكيم فيها أو لم يتم تعيين موضوع النزاع متى تعلق الأمر بعقد تحكيم أو لم يتم تعيين الهيئة التحكمية أو التنصيص على طريقة تعيينها في اتفاق التحكيم.

2. الجهة المختصة بالبث في الدفع ببطلان اتفاق التحكيم

إذا رأى أحد الأطراف أن اتفاق التحكيم باطلا، وذلك بأن تحقق إحدى حالات البطلان المنصوص عليها، كان يكون أحد الأطراف قاصرا أو يكون سبب الاتفاق غير مشروع أو لم يتم تعيين الهيئة التحكمية، فهل يحق في هذه الحالة للهيئة التحكمية أن تبث في الدفع ببطلان هذا الاتفاق.

يرى جانب من الفقه[78] أنه يجب أن نفرق بين فرضيتين، الفرض الأول ألا تكون إجراءات التحكيم قد بدأت ففي هده الحالة يجب رفع دعوى البطلان أمام القضاء، أما الفرض الثاني فهو إذا كانت إجراءات التحكيم قد بدأت بالفعل فيجب هنا أن تكون للهيئة التحكمية سلطة الفصل في بطلان اتفاق التحكيم.

---

[76] - علي سالم إبراهيم، ولاية القضاء على التحكيم، دار النهضة العربية طبعة 1997 ص: 158.

[77] - الفصل 315 و 317 من ق.م.م.

[78] - علي سالم إبراهيم، م.س ص: 166- 167.

والمشرع المغربي في ظل قانون 05-08 المعدل لقانون المسطرة المدنية، قد أعطى للهيئة التحكمية سلطات واسعة منها، البث في صحة اتفاق التحكيم وذلك قبل النظر في موضوع النزاع، إما بشكل تلقائي أو بناء على طلب الأطراف[79] وهذا ما يسمى باختصاص الاختصاص، أي صلاحية الهيئة التحكمية للنظر في مدى اختصاصها بالنظر في النزاع من عدمه، وقد عقبت وزارة العدل[80] على الفصل 9/327 الذي نص على صلاحية الهيئة للنظر في اختصاصها وذلك لأنها رأت أن الفصل المذكور قد حد مبدأ هام وجديد في ميدان التحكيم وجعله غامضا بالنظر للصياغة التي اعتمدها، لأنه ربط ممارسة هذا الاختصاص بالبث في الموضوع في حين أن الدفع المتعلق بهذا الاختصاص يكون قبل كل دفاع في الجوهر أمام الهيئة التحكمية. كما انه ثم ربط ممارسة الهيئة التحكمية لما يسمى باختصاص الاختصاص بمراقبة النيابة العامة، وهذا غير مقبول لأنه يربط مراقبة النيابة العامة بشك الهيئة في اختصاصها.

والملاحظ أيضا أن المشرع المغربي من خلال نفس الفصل أعطى للهيئة التحكمية البث في صحة اتفاق التحكيم بأمر غير قابل للطعن، مما يعني معه أن الهيئة إذا قضت برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم فإنه لا يمكن للأطراف الطعن في هذا الأمر.

لكن رغم ذلك نلاحظ أن المشرع قد خول للأطراف حق الطعن في الأمر الصادر عن الهيئة التحكمية بصحة اتفاق التحكيم، وذلك عن طريق الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الذي يصدر في حالة بطلان اتفاق التحكيم[81]

أي أنه إذا قضت هيئة التحكيم برفض الدفع ببطلان اتفاق التحكيم، فلا يمكن الأطراف التخلص من هذا الحكم إلا عن طريق رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي.

ويترتب عن الحكم ببطلان اتفاق التحكيم نزع الاختصاص عن الهيئة التحكمية النظر في النزاع، فإن أثير الأمر أمامها صرحت بعدم الاختصاص[82] ويبقى العقد الأصلي خاضعا لولاية القضاء العام، حيث يجب عرض النزاع بشأن العقد الأصلي على القضاء للفصل فيه إذ في هذه الحالة يتعذر اللجوء إلى التحكيم[83]

لكن قد يحدث أن تبث الهيئة التحكمية في النزاع رغم بطلان اتفاق التحكيم ففي هذه الحالة لا يسمح للأطراف سوى الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي أمام محكمة الاستئناف لعلة بطلان اتفاق التحكيم كما سبق الذكر[84]

---

[79] - الفصل 9/327 من ق.م.م.

[80] - عزيز الفتح، الهيئة التحكمية في ظل مشروع قانون 05-08 للوساطة والتحكيم، مجلة القانون المغربي، العدد 12/2008 ص: 165- 167.

[81] - ينص الفصل 36/327 على أنه " ...تكون الأحكام التحكمية قابلة للطعن بالبطلان...إذا كان اتفاق التحكيم باطلا..."

[82] - محمد رافع، م.س ص: 54.

[83] - نريمان عبد القادر، م.س ص: 239.

[84] - ينص الفصل 36/327 " رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكمية قابلة للطعن بالبطلان طبقا للقواعد العامة أمام محكمة الاستئناف التي صدرت في دائرتها".

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا قضت محكمة الاستئناف ببطلان الحكم التحكيمي، فلا تبث في جوهر النزاع وهذا ما نص عليه الفصل 37/327[85] وبالتالي فإن للأطراف الحق في عرض النزاع أمام المحكمة المختصة وكأن اتفاق التحكيم لم يكن.

ومن الآثار المترتبة عن بطلان اتفاق التحكيم انه لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي، فإذا كان العقد الأصلي المتضمن شرط تحكيم صحيحا، وكان هذا الأخير باطلا، فإن بطلانه لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي[86].

المبحث الثاني: الدفع بوجود اتفاق التحكيم واثاره

ينشئ اتفاق التحكيم التزاما سلبيا متبادلا على عاتق كل من طرفيه بالامتناع عن اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم وهو التزام إرادي يقيمه الطرفان بإرادتهما المشتركة، فإذا ما أخل أحد الطرفين بالتزامه ورفع دعواه إلى القضاء كان للطرف الآخر أن يدفع هذه الدعوى بوجود اتفاق التحكيم، لكن التساؤل الذي يبقى مطروحا هنا، هو ما طبيعة هذا النوع من الدفع هل يتعلق الأمر بعدم الاختصاص أو بعدم القبول أو غير ذلك من الدفوع ،ومن يحق له التمسك بهذا الدفع هل يقتصر هذا الحق على الأطراف فقط أم يمكن أن يمتد إلى غيرهم، ويبقى سؤال أخير وهو الأثر المترتب عن هذا الدفع، وهذا كل ما سوف نتناوله ضمن مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم وطبيعته.

المطلب الثاني: التمسك بوجود اتفاق التحكيم وآثاره

المطلب الأول: مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم وطبيعته

ارتباطا بما درسناه من خلال المبحث الثاني من الفصل الأول الذي بينا فيه أنواع الدفوع وقلنا أن الفقهاء يقسمون الدفوع إلى ثلاثة أنواع، دفوع شكلية ودفوع موضوعية ودفع بعدم القبول، فأي من هذه الدفوع يمكن أن تسقط عليها الدفع بوجود اتفاق التحكيم، لكن قبل ذلك فإننا نتساءل عن مفهوم هذا الدفع.

الفقرة الأولى: مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

الفقرة الثانية: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم

الفقرة الأولى: مفهوم الدفع بوجود اتفاق التحكيم

---

[85] - ينص الفصل 37/327 على أنه " إذا بطلت محكمة الاستئناف الحكم التحكيمي بتت في جوهر النزاع في إطار المهمة المستندة إلى الهيئة التحكمية ما لم يصدر حكم بالإبطال لغياب اتفاق التحكيم أو بطلانه.

[86] علي تبريتي،م س،ص:56-

يترتب على صحة اتفاق التحكيم أثران[87]، أحدهما إيجابي ووفقا له يتعين على الأطراف أن تحترم الاتفاق الصادر عنها و تعرض النزاع المضمن في الاتفاق على التحكيم، وآخر سلبي بموجبه يتمتع على الإطراف الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع محل اتفاق التحكيم.

و ينتج عن الأثر السلبي دفع يسمى الدفع بوجود اتفاق التحكيم، مفاده إذا قام أحد الطرفين برفع النزاع محل اتفاق التحكيم على القضاء بأنه من حق الطرف الآخر (المدعى عليه) أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام القضاء يمنع بموجبه القضاء من النظر في النزاع[88] .

فالالتجاء إلى التحكيم مبني الأساس على إرادة الطرفين، و عليه فإنه بمجرد قيام أحدهما برفع الدعوى إلى القضاء العادي فإنه يعبر عن تنازله هو فقط، ولا يعتبر عن تنازل الطرف الآخر، والذي له حينها حق التمسك باتفاق التحكيم في صورة دفع يبديه أمام المحكمة[89].

وخلاصة القول أن الدفع باتفاق التحكيم هو وسيلة التمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم وهو الأداة التي تخولها الأنظمة القانونية الوضعية للمدعي عليه أمام القضاء العام في الدولة للتمسك بوجود اتفاق التحكيم بغرض منع القضاء من السير في إجراءات الفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم[90].

وقد حرصت العديد من الاتفاقيات الدولية على تناول هذا الدفع بشكل صريح، فنجد اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية نصت في المادة 2/3 على أنه " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم"

كما نص القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة (الأونيسترال) عام 1985 في 5/2 على انه " على المحكمة المطروح عليها نزاع في مسألة أبرم الاطراف بشأنها اتفاق تحكيم أن يحيل هؤلاء الأطراف إلى التحكيم إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين"

---

[87] - للمزيد من الاضاح راجع حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي منشورات الحلبي الحقوقية ص: 213.
- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي 2001، ص: 110
- عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، دار المعارف الجزء الثاني، ص: 158.
- أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، منشأة المعارف الاسكندرية، ص: 142.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري منشأة المعارف2000، ص: 119- 118.

[88] - فتحي والي، قانون التحكيم، م.س ص: 181.

[89] - إبراهيم جوهر إبراهيم، م.س، ص: 126- 127.

[90] - محمود السيد التحيوي، الوسيلة الفنية للأعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم، منشأة المعارف السكندرية 2003، ص: 199.

بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية تناولت الدفع بوجود اتفاق التحكيم العديد التشريعات وذلك من خلال قوانينها المتعلقة بالتحكيم. وهكذا نجد قانون التحكيم الأردني[91] ينص في المادة 12 منه على أنه " على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى" كما نجد قانون التحكيم التجاري الدولي لدولة البحرين[92] تناول هذا الدفع من خلال المادة 8/1 التي نصت على أنه " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع" ونفس الشيء نص عليه قانون التحكيم المصري[93] بمقتضى المادة 13 التي ورد فيها " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى" كما نص القانون اليمني[94] في المادة 19 من قانون التحكيم " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحيل الخصوم إلى التحكيم".

ونجد القانون الاسباني هو الآخر ينص في الفصل السابع من القانون الصادر بتاريخ 23 دجنبر 2003 المتعلق بالتحكيم على الأثر السلبي الذي يمنع المحاكم الوطنية من التدخل في المساطر التحكمية باستثناء الحالات المنصوص عليها قانونيا[95]، أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص على هذا الدفع في الفصل 327 من القانون 05 08 الذي جاء فيه " عندما يعرض نزاع مطروح أمام هيئة تحكمية عملا باتفاق التحكيم على نظر إحدى المحاكم، وجب على هذه الأخيرة إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاذ مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم.

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

يتعين على المدعي عليه أن يدفع بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، ولا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تصرح تلقائيا بعدم القبول".

<u>الفقرة الثانية: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم</u>

---

[91] - قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001.

[92] - قانون رقم 9 لسنة 1994.

[93] - قانون رقم 27 لسنة 1994.

[94] - قانون رقم 22 لسنة 1992.

[95] - سعد مومي، آثار اتفاق التحكيم الدولي، اللقاء القضائي المغربي الاسباني الثالث بين المجلس الأعلى المملكة المغربية والمجلس العام للسلطة القضائية بالمملكة الاسبانية .الرباط 24- 26 نوفمبر 2004، ص: 78.

متى ثم الاتفاق بين الخصوم على اللجوء إلى التحكيم، وجب عليهم فض النزاع بهذه الوسيلة، ولكن، إذا بادر أحد الطرفين اتفاق التحكيم برفع النزاع محل التحكيم إلى المحكمة العادية يجوز للطرف الآخر التمسك بالتحكيم على صورة دفع[96] وقد ثار الخلاف حول طبيعة هذا الدفع؟ وللإجابة عن هذا السؤال سنحاول عرض الاتجاهات الفقهية والقضائية في هذا الصدد ثم نعرف موقف المشرع المغربي بخصوص هذا الدفع.

أ- موقف الاتجاهات الفقهية والقضائية من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم

لقد اختلف الفقه والقضاء بخصوص طبيعة هذا الدفع، فذهب رأي إلى اعتباره دفعا بعدم الاختصاص، بينما ذهب رأي آخر إلى انه دفع بعدم القبول، ويعتمد كل رأي على مجموعة من الحجج لتبرير موقفه، وسنعمل ضمن هذه الفقرة التعرض لهذه الحجج

- الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص:

يذهب الرأي السائد في الفقه[97] والقضاء الفرنسي[98] وجانب من الفقه المصري[99] تؤيده بعض أحكام محكمة النقض المصرية[100] إلى أن الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم الاختصاص، ويستند هذا الرأي على مجموعة من الحجج لتبرير موقفه منها:

الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى منح المحكمين سلطة الفصل في النزاع كما يرتب أثرا مانعا هو منع القضاء العادي من الفصل في ذات النزاع وبالتالي يصبح غير مختصا للنظر في النزاع[101].

اتفاق الأطراف على التحكيم لا يمس أصلا حق كل منهم في الدعوى، إذا ما وقع اعتداء على حقه، وإنما الأمر يتعلق فقط برضائهم عرض النزاع على المحكم، وليس على المحكمة العادية المختصة أصلا[102].

---

[96] - أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع، م.س، ص: 23.
- محسن شفيق، م.س، ص: 186.
- نبيل إسماعيل عمر، م.س، ص: 222.

[97] - Pouchad(PH) Gaillard (E) Gouldman (B) : « traite de l'arbitrage commercial international litec 1976 p : 647.

[98] - جاء في حكم المحكمة النقض الفرنسية" بناء على الفصل 27، الفقرة الثانية من قانون المسطرة المدنية الجديد تصرح بأن محكمة الدولة غير مختصة للنظر بصفة أساسية في صلاحية معاهدة التحكيم" حكم رقم 430، 21-96 الغرفة المدنية الأولى، النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى.

[99] - محسن شفيق، م.س، بند 130، ص: 199.
- أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية 2004، ص: 133.

[100] - جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية " التحكيم المنصوص عليه في المادة 901 من قانون المرافعات طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية" نقض مدني 26/19813.أشار إليه أسامة أحمد شوقي الماليجي,م.س,ص139,140. وجاء في نقض آخر على ان " اختصاص جهة التحكيم، بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساسا إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينبني مباشرة وفي كل حالة على اتفاق الطرفين" نقض مدني رقم 2326 لسنة 61 أشار إليه جوهر إبراهيم جوهر م.س، ص: 136.

[101] - أسامة أحمد شوقي الماليجي، م.س، ص: 136.

[102] - مصطفى محمد جمال، عكاشة محمد عبد العال ، م س ص: 516.
- نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث 2006، ص: 100.

رغم اتفاق هذا الرأي على أن الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص إلا أنهم اختلفوا حول مسألة مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام.

وهكذا ذهب جانب من الفقه[103] إلى أن الدفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام لأنه لا يمكن التمسك به إلا من المدعى عليه، وقبل الكلام في الموضوع استنادا إلى الطبيعة الرضائية للاتفاق التحكيم، كما اعتبرت محكمة النقض المصرية[104] كذلك أن هذا الدفع لا يتعلق بالنظام العام ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها وإنما يتعين التمسك به أمامها ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، واستندت في ذلك أيضا على الطبيعة الاتفاقية لشرط التحكيم.

مقابل هذا يوجد جانب من القضاء[105] اعتبر أن هذا الدفع يتعلق بالنظام العام، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية معتبرة أن عدم اختصاص المحكمة يتعلق بالنظام العام فيكون للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها، ويجوز إبداؤه في أية حالة تكون عليها الدعوى.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مجموعة من القوانين نصت صراحة على كون الدفع باتفاق التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، وهكذا جاء في المادة 1458/1 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي[106] " في حالة كون النزاع المعروض على هيئة تحكيمية بمقتضى اتفاق التحكيم، ثم رفعه أمام المحاكم الوطنية يتعين على هذه الأخيرة التصريح بعدم اختصاصها" كما جاء في قانون المرافعات الكويتي[107] في المادة 173/5 على أنه " لا تختص المحاكم بنظر المنازعات التي اتفق على التحكيم بشأنها ويجوز النزول عن الدفع بعدم الاختصاص صراحة أو ضمنا "

- الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول

يذهب أنصار هذا الرأي[108] إلى القول أن الدفع باتفاق التحكيم يعد دفع بعدم القبول حيث ينكر الخصم سلطة الخصم الآخر في الالتجاء إلى القضاء للفصل في النزاع لسبق وجود اتفاق التحكيم المبرم بينهما، فالخصم نفسه تنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء لحماية حقوقه عندما أبرم وارتضى اتفاق التحكيم[109] وهذا الاتفاق لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بالاختصاص، وإنما يمس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء، وهو ينشئ عائقا مؤقتا يمنع المحكمة من سماع الدعوى باتفاق جميع الأطراف، والرجوع عنه يوجب الالتجاء إلى المحكمة[110] وقد ذهبت محكمة النقض المصرية[111] في أحد أحكامها إلى اعتبار

---

[103] -Pouchard (PH). P : 647.

[104] نقض مصري،سنة 15/2/1972 مجموعة أحكام النقض،السنة 23،ص:186،أشار إليه أسامة أحمد شوقي الماليجي،ص:140_

[105] - نقض 20/6/1957 أشار إليه مصطفى محمد جمال، عكاشة عبد العال، م.س ص: 516 وفتحي والي، قانون التحكيم م.س ص: 181.

[106] - سعد مومي، م.س ص: 78.

[107] - قانون رقم 38 لسنة 1980.

[108] - أحمد أبو الوفا،عقد التحكيم، م.س ص: 129، فتحي والي،قانون التحكيم، م.س ص: 933.

[109] - إبراهيم جوهر إبراهيم، م.س ص: 141.

[110] - أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، م.س ص: 126.

[111] - طعن رقم 9 لسنة 42 أشار إليه جوهر إبراهيم جوهر م.س ص: 43.

الدفع بالتحكيم دفعا بعدم القبول حيث جاء فيه ما يلي: " ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعا موضوعيا مما ورد ذكره في المادة 1/115 من قانون المرافعات"

وفيما يخص الحجج التي يعتمد عليها أصحاب الرأي فتتمثل فيما يلي:

اتفاق التحكيم هو نزول الخصوم عن اللجوء لقضاء الدولة بإرادتهم وبالتالي يمنع على القاضي النظر في الدعوى لكون الدعوى فقدت شرطا من شروط قبولها[112] فالدفع باتفاق التحكيم هو في حقيقته دفع بالتنازل عن الخصومة القضائية، وعليه فيندرج في عداد الدفوع بعدم قبول الدعوى"[113].

أن شرط التحكيم لا ينزع الاختصاص عن محاكم الدول، وإنما يمنعها فقط من سماعها طالما بقي الشرط قائما، فإذا بطل هذا الشرط أو وجد عائق منع من تنفيذه وجب العودة إلى القضاء العادي بما ينفي عدم اختصاصه[114].

الخصم الذي وافق على عرض النزاع على التحكيم، يكون قد تنازل عن حقه في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية، والتمسك بهذا التنازل يعتبر دفعا بعدم قبول الدعوى من الناحية الإجرائية أمام هذا القضاء[115].

إن الحديث عن عدم اختصاص المحكمة بالنظر في النزاع محل اتفاق التحكيم يعني أن المحكم هو المختص، و الكلام عن الاختصاص إنما يكون بصدد توزيع الدعاوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحد، وقضاء المحكم ليس قضاء للإحدى محاكم جهة قضائية حتى يمكن الكلام عن اختصاصه بالدعوى[116].

ب- موقف المشرع المغربي من الدفع باتفاق التحكيم

بالرجوع إلى الفصل 327 من قانون المسطرة المدنية نلاحظ أن المشرع المغربي قد نص وبصفة صريحة على اعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفعا بعدم القبول.

وموقف المشرع هذا جاء في سياق تشجيعه لآلية التحكيم، وجعل منها آلية تصبح إلزامية حين يخترها الأطراف بحيث لا يمكنهم العدول عن هذا الاختيار واللجوء إلى محاكم الدولة لفظ منازعاتهم[117].

والملاحظ أيضا من خلال الفصل 327 أن المشرع قد حدد حيز زمني لإثارة هذا الدفع وهو قبل الدخول في جوهر النزاع كشرط أول لقبوله[118] وهذا ما أكده قرار صادر عن

---

[112] - فتحي والي، قانون التحكيم، م.س ص: 943.

[113] - أسامة أحمد شوقي المليجي، م.س ص: 127.

[114] - أحمد أبو الوفا، التحكيم الإجباري والاختياري، م.س ص: 120

[115] - فتحي والي، قانون التحكيم، م.س ص: 944.

[116] - أسامة أحمد شوقي المليجي، م.س ص: 129.

[117] نجيب أحمد عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، المكتب الجامعي الحديث 2006،ص: 436.

[118] - محمد مختار الراشدي، إجراءات مسطرة التحكيم، مجلة المحاكم المغربية العدد 117 نونبر ، دجنبر 2008 ص: 95.

المجلس الأعلى[119] جاء فيه " الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم دفع يجب أن يثار قبل الجواب في الموضوع"

كما اشترط كذلك نفس الفصل أن يتمسك الخصم بهذا الدفع تحت طائلة اعتباره متخليا عنه[120] وقد أكد هذا الشرط كذلك المجلس الأعلى في القرار المشار إليه أعلاه و الذي جاء فيه " السكوت والسير في الدعوى رغم وجود شرط التحكيم يعد تنازلا عن التمسك بهذا الشرط" وقد منع المشرع المحكمة من إثارته تلقائيا[121].

ويرى جانب من الفقه[122] بخصوص مسألة إثارة هذا الدفع تلقائيا من طرف المحكمة، أنه كان على المشرع أن يمنح للمحكمة الحق في إثارة هذا الدفع تلقائيا وذلك بمجرد ملاحظة وجود اتفاق التحكيم، وذلك تطبيقا لمبدأ استقلال شرط التحكيم الذي كرسته المادة 318 من نفس القانون، واقتداء لما ذهبت إليه بعض التشريعات كالتشريع اليمني الذي ينص في المادة 19 من قانون التحكيم[123]" على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى متعلقة بخلاف أو نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن يحيل الخصوم إلى التحكيم" إلا أننا لا نساير هذا الاتجاه ونرى أن المشرع المغربي كان صائبا فيما ذهب إليه، وذلك لأن اتفاق التحكيم هو عقد لا يمكن تعديله أو إلغاءه إلا باتفاق الطرفين، وأن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء وعدم تمسك الطرف الآخر بهذا الاتفاق في مواجهته، يعد تنازلا ضمنيا عنه لا يمكن للمحكمة أن تلزمهما على الاستمرار فيه.

لكن رغم وجاهة ما ذهب إليه المشرع المغربي بخصوص إثارة الدفع بعدم القبول. إلا أنه بالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 327 والتي تنص على أنه " عندما ترفع أمام المحكمة الدعوى المشار إليها في الفقرتين الأولى والثانية أعلاه، يمكن بالرغم من ذلك، مباشرة مسطرة التحكيم أو متابعتها، ويمكن إصدار حكم تحكيمي في انتظار أن تبث المحكمة في ذلك " يتضح أن المشرع لم يكن صائبا فيما ذهب إليه.

لأنه بمقتضى هذه الفقرة أعطى للهيئة التحكمية إمكانية مباشرة مسطرة التحكيم أو متابعتها كما أعطى لها إمكانية إصدار حكم تحكيمي في انتظار أن تبث المحكمة في الدفع، والواضح أن المشرع كان هدفه من وضع هذه القاعدة هو الحفاظ على أهم مميزات مسطرة التحكيم المتمثلة في السرعة في إنهاء النزاع، إلا أن هذا قد يؤدي إلى احتمال أن يكون المقرر التحكيمي متناقضا لما ذهب إليه القضاء، وفي هذه الحالة تثور إشكالية أي الحكمين

---

[119] -قرار عدد 1003 بتاريخ 9/7/2008 ملف تجاري عدد 59/3/1/2005 مجلة المحاكم المغربية،عدد 117 نونبر،دجنبر 2008 ص:170

- قرار عدد60 بتاريخ 9/1/2000 ملف تجاري عدد 577/13/2001 المجلة المغربية لقانون الأعمال والمعاملات عدد 3/2003 ص: 127.

[120] - محمد مختار الراشدي، م.س ص: 95.

[121] - الفقرة الثالثة من الفصل 327.

[122] - محمد مختار الراشدي م.س ص:95

[123] قانون رقم 22 لسنة 1992-

سيتم تغليبه، وهنا يرى أحد الباحثين[124] أن صياغة النص تدل على أن ما يبث به القضاء هو ما سيتم تغليبه، لكن إذا كان هذا ما سيتم إعماله فما الفائدة من صدور حكم تحكمي لا تكون له أي قوة أو فائدة في حالة صدور حكم قضائي مناقض.

وقد كان القضاء المغربي سباقا إلى اعتبار الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول وذلك قبل إقراره من طرف المشرع بمقتضى الفضل 327 من قانون المسطرة المدنية وهكذا جاء في قرار المحكمة التجارية بمراكش[125] " الاتفاق على التحكيم لا يتعلق بالاختصاص و إنما يتناول إرادة الاطراف في اللجوء إلى التحكيم من عدمه و هو بدلك لا ينزع الاختصاص عن المحكمة وإنما يحول دون قبول الدعوى".

إلا أن هناك جانب من الفقه[126] لا يساير ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف بمراكش ويبرر ذلك يكون الاتفاق على التحكيم يؤدي إلى سلب الاختصاص عن المحكمة المختصة أصلا للنظر في النزاع لا على عدم قبول الدعوى، نظرا لكون اتفاق التحكيم ينشئ لنا محكمة يمكن أن نطلق عليها محكمة التحكيم، وبموجب هذا الاتفاق كذلك يتم نزع الاختصاص عن المحكمة القضائية وإسناده إلى محكمة التحكيم التي تكون هي المختصة ولوحدها بالنظر في النزاع مادام الاتفاق قائما، وإذا زال لسبب من الأسباب، فإن الاختصاص يعود إلى القضاء الرسمي للدولة، لكننا لا نساند هذا الاتجاه ونرى أن المشرع المغربي كان صائبا عندما اعتبر أن الدفع باتفاق التحكيم دفع بعدم القبول. وذلك بإستثناء الملاحظة التي أوردها فيما يخص الفقرة الأخيرة من الفصل 327 من ق.م.م.

ونستند في تبرير موقفنا هذا أن القضاء يكون أصلا مختصا للنظر في النزاع. إلا أن هناك مانع (وجود اتفاق التحكيم) يقيد حق الأطراف إلى اللجوء إليه، و يتريب عن هذا المانع أن تصبح الدعوى غير مقبولة أمام القضاء، وما يزيد موقفنا قوة هو أنه لو كان القضاء غير مختص لما تدخل في العملية التحكمية منذ البداية تعيين المحكمين إلى النهاية (تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية).

المطلب الثاني: التمسك بوجود اتفاق التحكيم وآثاره

إذا كان اتفاق التحكيم يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء، فمن يحق له التمسك بهذا الاتفاق هل الأطراف الأصليين وحدهم تطبيقا لنسبة آثار العقود أم أن لهذه القاعدة استناد في مجال التحكيم؟ وهل امتناع المحكمة عن النظر في موضوع النزاع إسنادا إلى اتفاق التحكيم، من شأنه أن يخول للهيئة التحكمية سلطة الفصل في جميع المسائل المتعلقة بموضوع النزاع حتى ولو لم تشر إليها إرادة الأطراف بشكل صريح، وبعبارة أخرى هل لوجود اتفاق التحكيم أثر على سلطة المحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية المتصلة

---

[124] - علال البصراوي، التحكيم الاختياري والأنظمة المتابعةبه، المحاكم المغربية العدد 117 دجنبر 2008 ص: 77.

[125] - قرار رقم 151/99 صادر بتاريخ 20-04-1999 ملف عدد 159/99 مجلة المنتدى العدد الثاني، رمضان 1421 دجنبر 2000 ص: 187.

- قرار رقم 525/2000 صادر بتاريخ 26-05-2000 ملف عدد 54/2000 المنتدى العدد الثاني رمضان 1421 دجنبر 2000 ص: 181.

[126] - رحال البوعناني، دور مؤسسة التحكيم في فض المنازعات، سلسلة ندوات محكمة الرماني العدد 3، 2004، ص: 13.

بالنزاع المعروض على التحكيم حتى وإن لم تشر إرادة الأطراف إلى ذلك. أم أن هذا الاتفاق ليس له أي أثر وبالتالي يعود الاختصاص باتخاذ الإجراءات الوقتية إلى القضاء الوطني؟.

الفقرة الأولى: التمسك بوجود اتفاق التحكيم

الفقرة الثانية: أثر اتفاق التحكيم على اختصاص القضاء في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

<u>الفقرة الأولى: التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم</u>

إذا كان اتفاق التحكيم كغيره من العقود لا يلزم إلا أطرافه، وبالتالي فإن آثاره لا تسري إلا على أطرافه تطبيقا لمبدأ نسبية آثار العقود بحيث لا يمكن إلا لأطراف هذا الاتفاق التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، بيد أن هده الآثار قد تمتد إلى أشخاص آخرين لم يكونوا أطرافا في العقد، وهنا يثور تساؤل مدى امتداد حق التمسك بالدفع بوجود اتفاق التحكيم إلى هؤلاء الأشخاص، هذا ما سوف نحاول توضيحه ضمن هذه الفقرة:

أ- تمسك الأطراف الأصليين بالدفع باتفاق التحكيم

ب- امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه الأصليين

أ- تمسك الأطراف الأصليين بالدفع باتفاق التحكيم

لعل الأثر الجوهري للاتفاق التحكيم على أطرافه هو التزامهم بطرح النزاع على التحكيم والامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فالقوة الملزمة للاتفاق التحكيم طبقا للقاعدة " المتعاقد عبد تعاقده"[127] يترتب عنها التزاما بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي التحكيم، مفاده قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم والامتناع عن عرض نزاعه على القضاء، ولا يستطيع أحد الطرفين التملص منه بإرادته المنفردة أو بنقضه أو بتعديله[128]، وإن حاول أمكن إجباره على تنفيذ التزامه عينا بإجباره على تعيين محكم (الفصل 5/327 من ق.م.م)

وبناءا عليه فإذا عمد أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى التحلل من التزامه وذلك بعرضه للنزاع محل اتفاق التحكيم على القضاء، فإنه يحق للطرف الآخر المدعى عليه أن يتمسك في مواجهته باتفاق التحكيم في صورة دفع، لكن قد يحدث الا يقوم المدعي بإثارة الدفع باتفاق التحكيم أمام القضاء ويقدم دفاعه[129]، وفي هذه الحالة يعتبر سكوته عن تقديمه دفعه بوجود اتفاق التحكيم تنازلا ضمنيا[130] عن حقه في التمسك بهذا الدفع في مواجهة خصمه،

---

[127] - نريمان عبد القادر، م.س ص: 280.

[128] - فاطمة الدحاني، م.س ص: 120.

[129] -jean robert.arbitrage.daroit interne,daroit international preve 6eme edition 1993,dalloz p101

[130] -رضوان الزهراوي، معوقات تطور التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة،جامعة محمد الاول كلية الحقوق سلا،السنة الجامعية 2008-2009 ص:43

وهذا ما أكده قرار المجلس الأعلى[131] جاء فيه " السكون والسير في الدعوى رغم وجود شرط التحكيم يعد تنازلا عن التمسك بهذا الشرط" لكن هناك اتجاه آخر من القضاء[132] يرى أن عدم تمسك المدعى عليه باتفاق التحكيم في مواجهة خصمه عند لجوءه إلى القضاء لا يعد تنازلا ضمنيا عن العدول عن اتفاق التحكيم، لأن الاتفاقات لا يجوز تعديلها أو إلغائها إلا باتفاق صريح، كما ذهب قرار آخر صادر عن المجلس الأعلى[133] إلى نقض قرار محكمة الاستئناف عندما قبلت الدعوى التي تقدم بها الطاعن مباشرة إلى القضاء متجاوزا شرط التحكيم الذي التزم به.

لكن يثور إشكال في حالة إبرام عدة عقود بين نفس الأطراف، ويكون العقد الأصلي متضمنا لشرط التحكيم في حين ينتف في العقود اللاحقة، فهل يكون هذا الشرط ساريا على العقود اللاحقة ويمكن بالتالي إدا لجأ أحد الأطراف إلى القضاء بخصوص نزاع يتعلق بتلك العقود اللاحقة أن يتمسك الطرف الآخر في مواجهته بوجود اتفاق التحكيم الذي أبرم بشأن العقد الأصلي.

يرى أحد الباحثين[134] إذا كانت شركة مثلا قد أبرمت عقد بيع منتوج مع شخص معنوي أو ذاتي وأدرجت في العقد شرط التحكيم لكن أتت وأبرمت عقدا لاحقا له يتعلق بنفس المنتوج على أن تكون الكمية مضاعفة عن الكمية الأولى لكنها لم تدرج شرط التحكيم، فإنه مادام لم يدرج الأطراف في العقد شرطا يخالف شرط التحكيم، كان يتم تحديد الاختصاص لجهة معينة، فلا بأس من تمديد شرط التحكيم إلى العقود اللاحقة وبالتالي يمكن للأحد الأطراف التمسك بوجود اتفاق التحكيم في حالة لجوء الطرف الآخر إلى القضاء لطرح النزاع الذي يهم العقود اللاحقة.

وبناء على المثال السابق يتضح انه لكي يتم تمديد شرط التحكيم يقتضي بالضرورة وجود روابط بين العقدين، فإذا انعدمت هذه الروابط فإن أي تمديد لشرط التحكيم- اتفاق التحكيم- يعد مخلفا لمبادئ التحكيم التي تقوم على الرضائية[135] وبالتالي فإن تجديد العقد يجرد شرط التحكيم من أي أثر قانوني[136]، ذلك أن التجديد يؤدي إلى انقضاء الالتزام القديم وبانقضاء هذا الالتزام يجرد شرط التحكيم من أي أثر قانوني[137]، وقد استخلص القضاء من

---

[131] - قرار رقم 1003، صادر بتاريخ 9-7-2008 ملف تجاري عدد 59-13-2005 مجلة المحاكم المغربية العدد 117 دجنبر 2008 ص 170.

[132] - قرار المجلس الأعلى عدد 259 صادر بتاريخ 5-3-2008 ملف تجاري عدد 280-3-1-2005 مجلة المحاكم المغربية م.س ص: 167.

[133] - قرار عدد 240 صادر بتاريخ 13-2-2002 ملف تجاري عدد 3021/98 أورده طارق مصدق المجلس الأعلى، م س، ص: 217.

[134] - فاطمة الدحاني، م.س ص: 123- 124.

[135] - أحمد كويس، نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى ص: 159.

[136] FOUCHARD(PH) EGAILLARD ET GOLDMAN OP CIT N 370 P.454

[137] -Mohammed Eharti,larbitrage commercial en droit marocain intere. les modes alternatifs de règlement des litiges,travaux du colloque organise par le département de droit prive,collection conférences et journées ,études,n 2,2004,p,21 et suivantes

خلال الروابط القائمة بين العقود على استعمال الإدارة الضمنية للأطراف لتمديد شرط التحكيم على باقي العقود، وفي هذا الإطار جاء في قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية ما يلي[138] " أن الهدف من اتفاق 8 دجنبر 1981 ليس إلا تجسيدا للاتفاق 2 أكتوبر 1981 الذي ضمن شرط التحكيم وبذلك يعتبر مجرد تكملة للاتفاق الأول".

بالإضافة إلى التساؤل الأول فهناك تساؤل لآخر يطرح نفسه وهو حالة تعد الأطراف في العقود الواردة على محل واحد. وتكون هذه العقود مما لا تقبل التجزئة سواء بحسب طبيعته أو بحكم القانون أو بالاتفاق، فهنا لا يكون التحكيم صحيحا ولا يمكن للأطراف التمسك به إلا إذا ثم الاتفاق بينهم، أما إذا تعدد الأطراف وكانت المنازعات بينهم قابلة للتجزئة، فهنا يجوز لبعض الأطراف الاتفاق على التحكيم بشأن بعض هذه المنازعات أو كلها، وللأطراف الآخرين رفعها أمام القضاء العالي، ويمنع على من اتفق عن التحكيم أن يطرح النزاع على القضاء بحجية الارتباط بالمنازعة ويتمسك في مواجهته باتفاق التحكيم[139].

ب- امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه الأصليين

إذا كان الأصل أن آثار العقد لا تمتد إلا على من كان طرفا فيها، وذلك تطبيقا لمبدأ سببية العقود، إلا أن هذه الآثار قد تمتد إلى أشخاص آخرين لم يكونوا أطرافا فيه، فهل من الممكن أن يمتد أثر اتفاق التحكيم على هؤلاء ومامدى سلطتهم في إثارة الدفع باتفاق التحكيم؟

تمسك الخلف العام والخلف الخص باتفاق التحكيم.

يمكن تعريف الخلف: هو من يتلقى الحق من سلفه، وهو إما عاما أو خاصا، إلا أن آثار اتفاق التحكيم تختلف من الخلف العام إلى الخلف الخاص.

نص الفصل 229 من ق.ل.ع على انه " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين، ولكن أيضا بين ورثتها وخلائفهما".

فالخلف العام يعتبر طرفا في العقود التي يبرمها السلف، فهو يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، فإذا توفي أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق الناشئة له عن العقود التي يكون قد أبرمها قبل وفاته إلى ورثته أو إلى من يكون قد أوصى له بحصة في تركته. وانتقلت إليهم كذلك الالتزامات التي تكون نتجت على عاتقه، وهذا ينطبق أيضا فيما لو كان السلف طرفا في اتفاق التحكيم بصدد نزاع متعلق بحقوق من الحقوق التي انتقلت منه إلى خلفه بالوفاة[140].

---

[138] - قرار صادر بتاريخ 5 مارس 1991، أشار إليه أحمد كويسي، م.س، ص: 158.

[139] - فاطمة الدحاني، م.س ص: 122- 123.

[140] - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، م.س.ص: 468- 469.

وعليه فإذا كان الخلف يعتبر طرفا في اتفاق التحكيم الذي أبرمه سلفه، فيترتب عن ذلك أن آثار هدا الاتفاق تنتقل إليه،مما ينتج عنه أنه حدث نزاع موضوع اتفاق التحكيم ولجأ الطرف الآخر إلى القضاء فإن من حق السلف التمسك ضده باتفاق التحكيم لأنه يعتبر طرفا في هذا الاتفاق.

وبالرجوع إلى الفصل 229 [141]من ق.ل.ع نلاحظ أنه حدد حالات استثنائية لا ينصرف فيها الالتزام إلى الخلف العام، وبناء عليه يمكن القول أن اتفاق التحكيم لا ينصرف إلى الخلف العام في الحالات الآتية:

- إرادة الأطراف حيث يمكن للأطراف الاتفاق الصريح على استبعاد الخلف من نطاق الأشخاص الذين يمتد إليهم اتفاق التحكيم.

طبيعة اتفاق التحكيم كالعقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كالملتزم بتنفيذ الخدمة أو الصنعة ففي مثل هذه الالتزامات لا يمكن أن تنتقل إلى الخلف العام.

- حالة تدخل القانون ويستثني من خلالها بعض العقود من الخضوع إلى قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الوكالة التي تنقضي بموت الوكيل طبقا للفصل 929 من ق.ل.ع. فإذا تضمن عقد الوكالة شرط تحكيم فإن هذا لا يسري اتجاه الخلف العام، في حالة وفاة السلف.

والخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقا معينا كان قائما في ذمته هذا السلف سواء كان حقا عينيا، كما هو الحق الذي ينتقل إلى المشتري، أو كان حقا شخصيا كما هو الحق الذي ينتقل من المحيل إلى المحال له،[142] لكن السؤال الذي نود التعرض له هو هل يحق للخلف الخاص- المحال له- التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة المحال عليه، إذا كان الحق المحال قد اتفق الأطراف في حالة حدوث نزاع بخصوصه اللجوء إلى التحكيم، أم أن الأمر يتطلب حتى يتمكن المحال له من التمسك بهذا الدفع أن يوافق عليه مسبقا المحال عليه.

تقع حوالة الحق بموجب عقد يبرم بين الدائن المحيل والمحال له، ويترتب عن هذا العقد انتقال الحق من الدائن الأصلي المحيل إلى المحال له[143] وبذلك يصبح المحال له خلفا خاصا للمحيل[144] إذا كان العقد المبرم بين المحيل والمحال عليه يتضمن شرط اللجوء إلى

---

[141] - ينص الفصل 229 من ق.ل.ع على انه " تنتج الالتزامات أثرها لا بين المتعاقدين فحسب ولكن أيضا بين ورثتهما وخلائفهما، ما لم يكن العكس مصرح به، أو ناتجا عن طبيعة الالتزام أو من القانون ومع ذلك فالورثة لا يلزمون إلا في حدود أموال التركة وبنسب مئاب كل واحد منهم"

[142] - مأمون الكزبري، م س، ص: 257- 256.

[143] - أحمد كويسي، م.س ص: 153.

[144] - عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، مكتبة دار الأمان، الطبعة الثانية 2005، ص: 272.

التحكيم في حالة نشوء نزاع، وقام المحيل بإبرام حوالة مع المحال له، فإن شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي ينتقل مع الحق المحال، لأنه يعتبر من توابع الحق ومستلزماته[145] وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قرار 20 دجنبر 2001، حيث صرحت أن حوالة الحق تتضمن توابع الحق وبذلك فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المحال له مع الحق المحال[146].

وخلاصة القول أن انتقال شرط التحكيم في العقد الأصلي من المحيل إلى المحال له يفترض أن الحوالة قد علم بها المحال عليه ولم يفترض أو لم يشترط في العقد الأول بنيه وبين المحيل على استقاطه، وهذا الانتقال لا يمس مبدأ استقلالية شرط التحكيم[147] وعليه فالمحال له يحق له التمسك في شرط التحكيم في المدرج في العقد الأصلي، دون رضا المحال عليه لأن مركزه لا يتغير بتغير الدائن[148]

تمسك الغيربوجود اتفاق التحكيم

المقصود بالغير كل شخص اجنبي عن حلقة المتعاقدين ولم يكن خلفا عاما أو خاصا لأحد الطرفين[149]

والقاعدة العامة أن أثر العقد لا ينصرف إلى الغير سواء أكان هذا الأثر حقا أو إلتزاما وهو ما قصده المشرع في الفصل 228 من ق.ل[150].

وقاعدة عدم سيران أثر العقد بالنسبة للغير لا تحول دون إلزام الغير بعقد لم يشترك فيه متى أقره، أو إفادته من عقد لم يشترك فيه إذا اتجه طرفا هذا العقد إلى إيجاد حق لهذا الغير[151] وهذا لا ينطبق إلا في حالة واحدة وهي حالة الاشتراط لمصلحة الغير.

والاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين أحدهما يسمى المشترط والآخر الواعد أو المتعهد، يشترط فيه الأول على الثاني أن يلتزم هذا الأخير، إزاء شخص ثالث أجنبي عن التعاقد ويسمى المنتفع فينشأ بذلك للمنتفع حق مباشر يستطيع أن يطالب به المتعهد[152].

---

[145] - فاطمة الدحاني، م.س ص: 134.

[146] - محمد الكويسي، م.س ص: 155.

[147]- Fréderic lecterc. Les chênes de contrats en droit international prive jdi 1995 p : 293.

[148] - فاطمة الدحاني، م.س ص: 134.

[149] - مأمون الكزيوي، م.س ص: 264

[150] - ينص الفصل 228 من ق.ل.ع على انه " الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون"

[151] - الفصايلي الطيب، النظرية العامة للالتزام الجزء الأول مطبعة البديع الطبعة الثانية 1947 ص: 156 وما بعدها.

[152] - مأمون الكزيزي، م.س.ص: 271.

وقد خص المشرع المغربي الاشتراط لمصلحة الغير الفصلين 34 و 35 من ق.ل.ع [153]، ومن أهم تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير عقود التامين، ومن هذا المنطلق فلنفترض أنه ثم إبرام عقد تامين بين طرفين، يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير كعقد تأمين على الحياة يؤمن المتعاقد على حياته لمصلحة أولاده من بعده إذا مات قبل مدة معينة، ويتضمن هذا العقد في الوقت نفسه شرط تحكيم بحيث يتفق المؤمن والمؤمن عليه بحل الخلافات الناتجة عن عقد التأمين عن طريق التحكيم، فهل يحق للمستفيد من عقد الاشتراط لمصلحة الغير(عقد التأمين) أن يتمسك بإتفاق التحكيم في حالة حدوث النزاع المتفق حله عن طريق التحكيم، إذا لجأ المؤمن إلى القضاء دون الإكثرات لوجود شرط التحكيم.

إن المستفيد من العقد المتضمن الاشتراط لمصلحة الغير، ورغم عدم كونه طرفا في هذا العقد يكتسب حقا ذاتيا مباشرا إزاء المتعهد لا يتلقاه من المشترط وإنما مصدره عقد الاشتراط. فحق المنتفع إزاء المتعهد هو حق ذاتي يخوله مطالبة المتعهد مباشرة بالوفاء بما التزم به[154] هذا ما لم يحصر هذا الحق بالمشترط نفسه حيث يمنع على المنتفع مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه، أو لم يعلق المتعهد هذا الحق على شروط معينة[155] .

من خلال ما سبق يتضح أنه يحق للمنتفع من عقد الاشتراط لمصلحة الغير أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم في مواجهة المتعهد في حالة لجوء هدا الخير إلى القضاء لحل النزاع محل اتفاق التحكيم شريطة ألا يكون هناك مانع في العقد يمنعه من ذلك. أو لم يتم تعليق هذا الحق بضرورة توفير شروط معينة.

---

[153] - ينص الفصل 34 من ق.ل.ع " ومع ذلك يجوز الاشتراط لمصلحة الغير، ولو لم يعين، إذا كان سببا للاتفاق ابرمه معاوضة المشترط نفسه أو سببا لتبرع لمنفعة الواعد"

وينص الفصل 35 من ق.ل.ع " يسوغ لمن اشترط لمصلحة الغير أن يطلب من هذا الغير تنفيذ الالتزام ما لم يظهر أن طلب تنفيذه مقصول على الغير الذي أجرى لصالحه".

[154] - مأمون الكزبري، م.س ص: 286- 287.

[155] - راجع الفصل 34 من ق.ل.ع.

الفقرة الثانية: أثر اتفاق التحكيم على اختصاص القضاء في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

إن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم والذي يعني عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر في المنازعات المتفق بصددها على التحكيم، يترتب عنه حق المدعى عليه التمسك بوجود هذا الاتفاق أمام القضاء في حالة طرح المدعي للنزاع محل اتفاق التحكيم على القضاء.

وهكذا، فإذا كان القضاء الوطني لا يختص بالنظر في النزاعات المتفق بشأنها على التحكيم، فإن السؤال الذي يثور هنا هو معرفة ما إذا كان هذا الأثر يمتد ليشمل حتى المنازعات الوقتية المتعلقة بموضوع النزاع، فيختص بالتالي المحكم بالبث أيضا في المسائل المستعجلة المرتبطة بالموضوع المطروح عليه، ويعتبر اللجوء عندئذ إلى قضاء الدولة في شقه الاستعجالي تنازلا عن التحكيم، أم أنه لا يترتب هذا الأثر فيظل هذا القضاء هو المختص بنظرها ولو تم طرح النزاع على المحكمين، ثم هل يجوز الاتفاق على أن يتولى المحكم البث في هذه المسائل وهل يسوغ له الفصل في ذلك حتى عند عدم قيام اتفاق صريح؟.

يتخذ الفقه مواقف متباينة بخصوص الأثر الذي يرتبه وجود اتفاق التحكيم على اختصاص القضاء باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، فهناك من يدافع عن اختصاص القضاء الوطني باتخاذ تلك الإجراءات، وهناك اتجاه آخر يسند هذا الاختصاص إلى الهيئة التحكمية. وهناك اتجاه وسط ووفقا له يتم توزيع هذا الاختصاص بين قضاء التحكيم وقضاء الدولة.

الإتجاه الأول: يذهب جانب من الفقه[156] إلى أنه وإن كان صحيحا أن من آثار اتفاق التحكيم حجب الاختصاص عن القضاء الوطني بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم أو ما يعرف بالأثر السالب للاتفاق، فإن نطاق هذا الأثر مرهون بالفصل في موضوع النزاع ذاته محل الاتفاق، ولا يشمل المسائل الأخرى التي قد تثور بشكل تبعي كالإجراءات الوقتية والتحفظية، كما أن اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي اتفاق آخر يتمتع بما يعرف بالأثر النسبي، أي بعدم قدرة هذا الاتفاق على ترتيب حقوق أو التزامات على عاتق الغير، هذا بالإضافة إلى افتقاد المحكمين لسلطة الإجبار، لا في مواجهة الأطراف ولا في مواجهة الغير[157]

كما أن هذه الإجراءات تندرج في الاختصاص الحصري لمحاكم الدولة، بسبب احتكارها لإجراءات التنفيذ، ولا يمكن أن يحول اتفاق التحكيم دون ممارسة المحاكم المذكورة سلطتها في ميدان تلك الإجراءات ولو شكلت محكمة التحكيم[158]

---

[156] -F. Ramose, Arbitrage international et mesures conservatoires, Rev.Arb 1985, p : 51.

[157] - حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي. ص: 18.

[158] - Frouche (PH). Gaillard (E).Goldman (B). traite de l'arbitrage commercial international, édit litec et delta 1996 paragraphe 1323, p : 733.

الإتجاه الثاني: يذهب هذا الاتجاه إلى اختصاص محكمة التحكيم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية ذات الصلة بالنزاعات محل اتفاق التحكيم، ويستند هذا الاتجاه للخضوع الإدارة الأطراف، فإذا كانت هذه الإرادة قد خولت المحكم سلطة الفصل في المنازعات القائمة بينهم. فإنها يمكنها أيضا أن تخول له في المسائل الوقتية والتحفظية المتصلة بالنزاع [159]، كما يرى هذا الإتجاه أنه من وحدة المنازعات وعدم تجزئتها فإنه من الأفضل أن تعرض المسائل المتعلقة بالإجراءات الوقتية والتحفظية على محكمة التحكيم، لأن هذا يتفق مع إرادة الأطراف التي تهدف إلى عدم خضوع المنازعات القائمة بينهم على القضاء الوطني[160]

اللإتجاه الثالث: يرى هذا الجانب من الفقه أن العلاقة بين القضاء الوطني وقضاء التحكيم فيما يتعلق بالإجراءات الوقتية والتحفظية يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك إذ أن المحاكم الوطنية في الدولة تتمتع بالحق في اتخاذ هذه الإجراءات وأيضا لقضاء التحكيم الحق في اتخاذها[161]، ويترتب عن هذا الإتجاه أنه يتعين أولا الاعتراف بالاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، وثانيا أن الاعتراف بالاختصاص لقضاء الدولة باتخاذ الإجراءات المذكورة لا يعني التنازل عن اتفاق التحكيم، وثالثا الاعتراف بالاختصاص للمحكم باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية.

وبعد عرض الاتجاهات الفقهية المتباينة حول مسالة اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاعات الوقتية والتحفظية المتعلقة بالنزاع محل اتفاق التحكيم، يبقى التساؤلات قائما حول موقف المشرع المغربي من هذه المسألة خصوصا في ظل إصداره لقانون 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

قبل أن نبين موقف المشرع المغربي من الإتجاهات السابقة، نرى أنه من الضروري أن نبين أولا موقف بعض التشريعات المقارنة.

وهكذا نجد المشرع المصري وبمقتضى المادة 24/2 من قانون التحكيم قد اتخذ موقفا وسطا حيث سمح للمحكمة المختصة بنظر النزاع أن تأمر بناءا على طلب طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، كما أجاز للطرفين الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم بناء على طلب احدهما صلاحية توجيه أمر إلى أي منهما لاتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع[162]

وقد تضمن القانون التونسي نفس المقتضيات في المادة 62 من قانون عدد 42 لسنة 1992[163] حين نص على أن هيئة التحكيم يمكنها أن تأذن بما تراه مناسبا من الوسائل الوقتية أو التحفظية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

---

[159] - حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني، م.س ص: 23.

[160] - حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني، م.س ص: 21.

[161] - G.couchez. Réfère et arbitrage Essai de bilan provisoire, Rev.Arb 1986 p : 155.

[162] - عبد الرحمان بهوش، م.س ص: 102.

[163] - صادر بتاريخ 26-03-1993.

أما على مستوى التشريع المغربي لابد من الإشارة أولا أن القضاء المغربي أقر أن القضاء الوطني هو المختص باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية مستندا على مقتضيات الفصل 149 من ق.م.م، حيث قضى في أمر استعجالي[164] برد الدفع بعدم اختصاصه بناء على مقتضيات الفصل 149 من ق.م.م بالرغم أن النزاع في الموضوع كان معروض على هيئة التحكيم بالغرفة التجارية بباريس، فهل المشرع المغربي سار على خطى القضاء وأسند الاختصاص إلى القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، أم أنه خطى منحا آخر.

بالرجوع إلى الفصل 1/327 من ق.م.م، والذي ينص على أنه " لا يمنع اتفاق التحكيم أي طرف من اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم أو أثناء سيرها لطلب أي إجراء وقتي أو تحفظي وفقا للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون ويجوز التراجع عن تلك الإجراءات بالطريقة ذاتها"

يتضح من خلال مقتضيات هذا الفصل أن المشرع أسند اختصاص النظر في الإجراءات الوقتية والتحفظية إلى قاضي الأمور المستعجلة، وذلك قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها وذلك بناء على طلب أحد الأطراف.

لكن بالرجوع إلى الفصل 15/327 من ق.م.م فلاحظ أن المشرع قد سمح للهيئة التحكمية بأن تتخذ أي تدبير مؤقت أو تحفظي تراه مناسبا في حدود مهمتها. وبناءا على طلب الأطراف، وما لم يتفقوا على خلاف ذلك.

وبناء على ما سبق يتضح أن المشرع المغربي قد أجاز للهيئة التحكمية وذلك بناء على طلب أحد الأطراف باتخاذ أي إجراء وقت أو تحفظي تراه مناسبا، ما لم يتفق الأطراف على استناد هذه المهمة إلى القضاء، ففي هذه الحالة يمنع على الهيئة التحكمية اتخاذ إجراء وقتي أو تحفظي ويكون القضاء الوطني هو المختص بذلك. فالمشرع المغربي قد تبنى الاتجاه الثالث الذي يرى أن العلاقة بين القضاء الوقتي وقضاء التحكيم يخص الإجراءات الوقتية والتحفظية يحكمها مبدأ الاختصاص المشترك.

وتجدر الإشارة أن المشرع المغربي رغم أنه أعطى للهيئة التحكمية اتخاذ الإجراءات الوقتية أو التحفظية فإنه لم يدعم هذه السلطة بأي إجراء يضمن تفعيلها فالمحكم رغم إعطائه سلطة اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية، فإنه لا يتمتع بسلطة الإجبار في حالة امتناع الأطراف عن تنفيذ الأمر، مما يبقى مع الأمر عديم الأثر في حالة عدم تنفيذه. ولمعالجة هذا الإشكال سمح المشرع للطرف الذي صدر الأمر لصالحه باللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ[165]

ونرى أنه ما دام أن الأمر الصادر عن الهيئة التحكمية باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية لا يكون له أي مفعول أو أثر في مواجهة الأطراف إلا باللجوء إلى القضاء من

---

[164] - صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، عدد 663/325 صادر بتاريخ 5-07-1976، في ملف رقم 721، أشار إليه، عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص الموسم الجامعي 83-84 ص: 126.

[165] - ينص الفصل 15/327 على أنه " إذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه يجوز للطرف الذي صدر الأمر لصالحه الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ".

أجل استصدار أمر بتنفيذ، فإنه كان يتعين على المشرع أن يستند اختصاص اتخاذ هذه الأوامر إلى القضاء فقط لأنه الجهة الوحيدة المكفول لها اتخاذ إجراءات التنفيذ.

بالإضافة إلى أن صدور الأمر من الهيئة التحكمية ثم اللجوء بعد ذلك إلى القضاء من أجل التنفيذ، يؤدي إلى طول الإجراءات وبطئها وهذا يتنافى مع ما يهدف إليه التحكيم من السرعة في حل النزاع