



جامعة محمد الخامس - الرباط
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
أكادال



شعبة القانون الخاص
وحدة التكوين والبحث في القانون المدني

أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص

في موضوع:

نطاق سلطات المحكم في خصومة التحكيم

إشراف الأستاذ
الدكتور أحمد ادريوش

إعداد الطالبة
إلهام المودان

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور أحمد ادريوش رئيسا
الأستاذ الدكتور أمال جلال عضوا
الأستاذ الدكتور محمد الوكيلى عضوا
الأستاذ الدكتور شلاط بوعيد عضوا
الأستاذ الدكتور أحمد كويسي عضوا
الأستاذ الدكتور عبد الوهاب المريني عضوا

السنة الجامعية: 2014 – 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت

علي و على والدي و أن أعمل صالحا ترضاه

و أدخلني برحمتك في عبادك الصالحين﴾

صدق الله العظيم

"سورة النمل الآية 19"

إهداء

إلى من يفرحان لرؤيتنا ابتسامتنا النجاح على محيّاي، أبي و
أمي أطال الله في عمرهما وأدامهما تاجا على رأسي.

إلى زوجي العزيز الذي كان لي خير معين.....

وابنائي محمد مهدي، وعثمان اللذين انشغلت عنهما بالبحث
والعمل.....

إلى أساتذتي الأفاضل..... اعترافا مني بفضلهم.....

شكر وتقدير

إلى الأستاذ الجليل، الأب و القدوة الدكتور أحمد ادريوش أهدي أطروحتي و أتقدم بخالص شكري و تقديري له على تفضله بالإشراف على هذا العمل ، و على ما أحاطني به من حذب و رعاية و ما أفادني به من توجيهات ، فكان من خلال إشرافه خير معين ، مرشدا ، ناصحا و موجهها ، كما أتاح لي فرصة أن أنهل من فيض علمه الواسع و أخلاقه الجممة و شملني بعطفه و نصحه و ذلك بتواضع العلماء ، مما كان له بالغ الأثر في نفسي بالمضي قدما في إعداد هذه الأطروحة. فلسيادته جزيل الشكر و العرفان و جزاه الله الخير عني وعن كل من تتلمذ على يديه. كما أتقدم بالشكر و التقدير للأستاذ العميد الدكتور آمال جلال على قبول سيادته المشاركة في لجنة المناقشة رغم كثرة انشغالاته والتزاماته .

ويزيدني تقديرا وشرفا أن يشارك في لجنة المناقشة والحكم على الأطروحة الأستاذ الدكتور بوعبيد شلاط ، وأستاذ الأجيال الدكتور محمد الوكيلى والأستاذ الدكتور أحمد كويسي والأستاذ الدكتور عبد الوهاب المريني، فلسيادتهم كل الشكر والامتنان.

وأنتهز الفرصة لأتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى والدي الأستاذ أحمد المودان على مساعدته لي في الحصول على المراجع العلمية وتشجيعه لي وكذا توفير كافة الظروف المواتية لإتمام هذا العمل المتواضع ، فضلا عن مساعدته لي في المراجعة اللغوية والنحوية للأطروحة.

قائمة بيان الرموز

1 . باللغة العربية:

- ج : الجزء.
- ج.ر: الجريدة الرسمية.
- ص: الصفحة، الصفحتان، الصفحات.
- ق.م.م.مغ: قانون المسطرة المدنية المغربي.
- ق.م.م.ف: قانون المسطرة المدنية الفرنسي.
- ق: القضائية
- ط: الطبعة.
- ظ.ل.ع: ظهير الالتزامات والعقود.

2 . باللغة الفرنسية:

- A.D.R : Alternative Dispute Resolution .
- Arb. inter. Arbitration international (Grande-Bretagne).
- Bull. Bulletin.
- Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles).
- B.A.S.Ar. : Bulletin de l'association Suisse de
- DPCI : l'arbitrage.
- C.C.I. : Droit et pratique du commerce
- C.F.C.E : international.
- Ch.Civ. : Chambre de commerce internationale.

-Chron.	:	Centre français du commerce extérieur.
-CIRDI	:	Chambre civile. Chronique.
-CNUDCI	:	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.
-Coll.	:	Commission des Nations Unies pour le
-CPC	:	droit commercial international .
- Cah. Arb.	:	collection. Code de procédure civile. Cahier Arbitrage.
- Cass.	:	Cassation.
- C.E.	:	Conseil d'Etat.
- Ch.	:	Chambre.
-D.	:	Recueil Dalloz.
-déc.	:	Décembre.
-doctr.	:	Doctrine.
-DP	:	Recueil Dalloz périodique.
- DPCI	:	Droit et pratique du commerce
-éd.	:	international.
-Fasc.	:	édition.
-Févr.	:	Fascicule(s).
-Gaz. Pal.	:	Février.
- gén.	:	Gazette du Palais.
- IBA	:	général.
- ICC	:	International Bar Association.
- ICSID	:	International Chamber of Commerce. International Centre for Settlement of
-Intern. arb.Rep.	:	Investment Disputes. International Arbitration Report (Etats-
- J. Cl. pr. civ.	:	Unis).
- JCP	:	Juris-Classeur de procédure civile. Juris-Classeur Périodique(la Semaine
- JDI	:	Juridique); édition générale.
Journ.of.Intern.Arb.	:	Journal du droit international (Clunet). Journal of International Arbitration (
-Juill.	:	Suisse).
-Nov.	:	

-obs.	:	Juillet.
-Oct.	:	Novembre.
-op. cit.	:	observation(s).
-p.	:	Octobre.
-PA		Opère citato.
-préc.	:	page.
-PUF	:	Les Petites Affiches.
-Rev. arb.		précité.
- Rev. SC. MO. PO.	:	Presses universitaires de France.
Rev.intern.dr.Antiq.	:	Revue de l'arbitrage.
	:	Revue science morales et politiques
-Rev. crit.	:	Revue internationale des droits de
- Rev.Crit.Dr.Int.Pr.	:	l'Antiquité (Belgique).
- Rev.gén.dr.int.Pub	:	Revue critique de jurisprudence belge.
- Rev. Jur. Lég.		Revue critique de droit international privé.
-RID comp.		Revue général de droit international public.
-RTD civ.(ou com.)	:	Revue de la jurisprudence et de la
	:	législation.
- R.C. La Haye		Revue internationale de droit comparé.
- RCADI	:	Revue trimestrielle de droit civil (ou de
		droit commercial).
-Suiv.	:	Recueil des cours de la Haye.
-Sept.	:	Recueil des cours de l'académie de droit
-Spéc.	:	international
-t.	:	Suivant.
-TGI		Septembre.
-Vol.		Spécialement.
		tome.
		Tribunal de grande instance de...
		Volume.

مقدمة

تشكو أغلب دول العالم من ظاهرة البطء في التقاضي أمام المحاكم خاصة في المنازعات المدنية والتجارية⁽¹⁾. ذلك أن بطء التقاضي وعدم فعالية الأحكام أصبحتا وبحق ظاهرتين تهددان العدالة، بل إنهما تجردان حق التقاضي الذي يكفله الدستور من كل قيمة⁽²⁾.

كل هذا، دفع أشخاص القانون من ناحية، والمشرع من ناحية أخرى إلى البحث عن وسائل موازية لحسم بعض المنازعات⁽³⁾ عن غير طريق القضاء الرسمي⁽⁴⁾.

فالبعض يفضلون حسم منازعاتهم عن طريق الصلح⁽⁵⁾ أو التحكيم⁽⁶⁾، وذلك لعدة اعتبارات منها: إما الرغبة في عرض النزاع على أشخاص محل ثقة، أو على

¹ - ومنها المغرب، وذلك رغم السعي المتواصل من وزارة العدل و الحريات للحد من البطء في إجراءات التقاضي. ولمعرفة أسباب ظاهرة البطء في التقاضي انظر: أحمد صدقي محمود: "المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي"، دار النهضة العربية طبعة 1994 ص 6 وما بعدها، وكذا محمود السيد عمر التحيوي: "الشروط السلبية العامة لوجود الحق في الدعوى القضائية، دراسة تطبيقية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2010.

² - أحمد السيد صاوي: "التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية"، دار النهضة العربية، طبعة 2002، ص 5.

- ESTOUP (P.): « *La pratique des procédures rapides : référés ordonnances sur requête, procédures d'injonction, procédures à jour fixe et abrégées* », 2 éd 1990 n° 18, p.28.

³ - ونقول بعض المنازعات وليس كل المنازعات، لأن من المنازعات مالا يجوز حسمها إلا عن طريق القضاء كالجرائم التي تخضع للقانون الجنائي وغيرها، وإن كان المشرع الحديث بدأ يفتح بالنسبة لهذه المنازعات على الوسائل الإرادية وأهمها الصلح، الفصل 40 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، انظر في هذا الشأن: (محمد عبد النباوي: "الصلح دور إنساني واجتماعي جديد للنياحة العامة. مجلة الطرق البديلة لتسوية المنازعات"، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 2-2004).

⁴ - CORNU (G.): « *les modes alternatifs de règlement des conflits* », Rapport de synthèse, R.I.D.C. n°2, Avril- Juin 1997, p. 313 et suiv.

⁵ - لاشك أن الصلح هو سيد الوسائل الحبية لحل المنازعات، فبه يحسم النزاع بين المتخاصمين، فتعود لهما المودة والمحبة بعد العدا، ويحثنا تبارك وتعالى على الصلح في قوله: "إنما المؤمنون إخوة، فأصلحوا بين أخويكم واتقوا الله لعلكم ترحمون" سورة الحجرات الآية (10) ، كما أن الراغب في الصلح يؤجر لقوله تبارك وتعالى: "فمن عفا وأصلح، فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين" سورة الشورى الآية (40).

⁶ - يعد التحكيم وسيلة سلمية لا تقوم على حل للنزاع يفرض بقوة السلطة العامة مثل القضاء، كما لا يتم ذاتيا برضى الطرفين مثل الصلح، وإنما يقوم على امتثال الأفراد لرأي الغير الذي يجوز ثقتهم. =

= انظر وجدي راغبهيمي: "هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم"، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت 1993 السنة 17 العددان الأول والثاني ص 171.

- Racine (J.-B.): « *L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ?* », Petites affiches 28 mai 2001, n°10517, p.18.

أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة، أو الرغبة في عدم التعرض لعلائية القضاء، أي البعد عن مواطن الخصام في مجلس القضاء⁽⁷⁾، أو تجنب بطء إجراءات التقاضي وحل النزاع في أقرب وقت ممكن⁽⁸⁾.

وبهذا أصبح التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الداخلية والناشئة في إطار العلاقات التجارية الدولية، معلما واضحا من معالم هذه العلاقات، ومطلبا ضروريا لجميع أطرافها، سواء كانوا من الدول، أو الشركات، أو الأفراد، وسواء كانوا من الدول المتقدمة أو الدول النامية. وعليه، فقد أصبح التحكيم في عالم التجارة الداخلية والدولية المعاصرة هو الوسيلة الأصلية إن لم تكن الوحيدة لتسوية المنازعات الناشئة عنها⁽⁹⁾ كما امتد هذا النظام الى مجال الشغل والعقود الادارية.

أولا: التنظيم التشريعي للتحكيم

يعد التحكيم من الوسائل الودية التي تشغل مكانا بارزا في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي. وقد شهدت العقود الأخيرة حركة تشريعية وفقهية نشيطة في مختلف الدول⁽¹⁰⁾، حيث أفردت بعض الدول قانونا مستقلا للتحكيم⁽¹¹⁾، بينما آثرت دول أخرى تنظيمه في إطار قانون الإجراءات المدنية والتجارية، أو ما يسمى بقانون المسطرة المدنية⁽¹²⁾. لقد نظم المشرع المغربي التحكيم بمقتضى ظهير المسطرة المدنية الصادر بتاريخ 12 غشت 1913 و ذلك في الفصول من 527 إلى 543⁽¹³⁾، والذي ألغي بالظهير بمثابة قانون بالمصادقة على نص قانون المسطرة المدنية

⁷ - فقد روي عن البيهقي بسنده عن عبد الله بن جعفر قال: كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يكره الخصومة، فكان إذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب، ونقل عنه كرم الله وجهه أنه قال: إن للخصومة قحما وأن الشيطان يحضرها، وإني أكره أن أحضرها" ورد في السنن الكبرى، الجزء السادس ص 81، بدائع الصنائع، الجزء السابع، ص 3450.

⁸ - فتحي إسماعيل والي: "مقدمة حول التحكيم"، ورقة مقدمة لمؤتمر مركز تجارة وصناعة أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري المنعقد في الفترة من 19 إلى 21 أبريل 1999 بأبوظبي، الإمارات العربية المتحدة.

⁹ - معتز عفيفي: "نظام الطعن على حكم التحكيم المقارنة"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2012، ص 1 وما بعدها.

¹⁰ - انظر في ذلك: مجلة التحكيم العالمية، مجلة فصلية بيروت، باب الوثائق والقوانين اتفاقات وقوانين الاستثمار في البلاد العربية التي تحيل على التحكيم، ملحق العدد 17، كانون الثاني (يناير) 2013، السنة الخامسة.

¹¹ - كالقانون المصري رقم 27 لسنة 1994.

¹² - كالقانون الفرنسي الصادر بسنة 1980 والمعدل والمتمم بمرسوم 2011، وكذا القانون المغربي 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المعدل للقسم الخامس من الباب الثامن من ق م م م م.

¹³ - على عكس بعض الفقه الذي يرى بأن التحكيم في المغرب لم ينظم إلا بمقتضى قانون المسطرة المدنية لسنة 1974، شعبي المذكوري، "الاتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية"، مقال منشور في مجلة المحاكم المغربية العدد 76 ص 42.

الصادر في 28 شتبر 1974 والذي كان يخص التحكيم بالفصول من 306 إلى 327، وهي النصوص التي نسخت بدورها وعوضت في الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية بالقانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية في الفصول من 306 إلى 327-70.

والملاحظ أن العمل بنصوص التحكيم التي تضمنها قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 في الفصول من 306 إلى 327 قد استمر ما يناهز أربعاً وثلاثين سنة. وقد أثارت هذه النصوص العديد من المناقشات القضائية والفقهية في المغرب وخارجه⁽¹⁴⁾. وجاءت أحكام القانون الجديد للتحكيم المضمن بقانون المسطرة المدنية بتنظيم مغاير، سايرت به التشريعات الحديثة⁽¹⁵⁾. ومن هنا تظهر أهمية هذا القانون لما تناوله من مسائل خلا منها قانون التحكيم لسنة 1974، فيما تضمنه من تنظيم لعملية التحكيم سنعالجها بالمناقشة والتعليق في كل مناسبة نتناول فيها موضوع إحدى المواد التي نظمها، خاصة وأن هذا القانون في صورته الأخيرة ورغم التعديلات الجوهرية التي طرأت عليه في مراحل صياغته وإعداده، مازال يثير بعض الاعتراضات الفقهية فيما يتعلق بالصياغة، فضلا عن بعض الاعتراضات الموضوعية والتي سنشير إليها في موضعها من هذا البحث.

ثانياً: ضرورة التحكيم

في ظل اعتقاد سائد، صحيح أو خاطئ، بأن الأجهزة القضائية في الدول النامية لا تتمتع بدرجة كافية من الاستقلال في مواجهة السلطة السياسية، وفي غياب المحاكم الوطنية المتخصصة التي تتوافر فيها الخبرة بشؤون الاستثمار ومجالاته

¹⁴ - أنظر على سبيل المثال الندوة العلمية المنظمة من قبل المجلس الأعلى (محكمة النقض حالياً) حول موضوع: "الاجتهاد القضائي في المادة التجارية والضمانات القانونية للاستثمار"، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 2 السنة 2002.

وكذا الندوة المشتركة بين المجلس الأعلى ومحكمة النقض المصرية بتاريخ 5 مارس 2004 حول موضوع: "العمل القضائي والتحكيم التجاري"، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى، العدد 7 السنة 2005.

¹⁵ - "الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل المنازعات من خلال اجتهادات المجلس الأعلى"، الندوة الجهوية الحادية عشرة المقامة بقصر المؤتمرات بالعيون بتاريخ 1 و 2 نونبر 2007 احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى.

المعقدة، فإن التحكيم بات وسيلة مقنعة ووحيدة من وجهة نظر المستثمر الأجنبي لتسوية وفض منازعاته مع هذه الدول⁽¹⁶⁾.

وبغض النظر عن هذا الجدل حول جدوى التحكيم للدول النامية، فإن قوانينها قد نظمت التحكيم وممارسته أجهزتها، بما يعكس أمرا واقعا هو أن التحكيم يشغل مكانة هامة في مختلف الدول، وإن كان بدرجات متفاوتة، مما يدفع إلى ضرورة تجاوز هذا الجدل⁽¹⁷⁾، ليصبح التساؤل هو: كيف ينظم التحكيم وما ينبغي أن يكون عليه موقف القانون والقضاء منه تكريسا لأدائه لمهمته وتجنباً لمساوئه؟

يذهب جانب من الفقه إلى التأكيد على أن التحكيم كنظام إجرائي معروف منذ بداية البشرية، وهو قديم قدمها. بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بأن التحكيم نشأ في اليونان في القرنين السادس والرابع قبل الميلاد، ولم يكن معروفاً قبل ذلك التاريخ. فهناك العديد من التحكيمات تمت بين المدن اليونانية ابتداءً من القرن الرابع قبل الميلاد⁽¹⁸⁾. كما عرفت روما أيضاً نظام التحكيم في جميع العصور التي مرت بها⁽¹⁹⁾.

لم يكن التحكيم حكراً على الحضارة اليونانية والرومانية، بل إن الحضارة الإسلامية أيضاً عرفت التحكيم كنظام مختلف ومستقل عن القضاء⁽²⁰⁾. والمؤكد أن التحكيم كنظام قضائي، وإن كان محلاً للإقرار والاعتراف به من كافة هذه الأنظمة القانونية الأساسية المعروفة منذ بداية البشرية، فهو أيضاً محل للاعتراف به

¹⁶ - عصام الدين القسبي: "خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1993، ص 12 و14.

¹⁷ - يرى بعض الفقه أن التحكيم أصبح واقعا يفرض نفسه وهذا هو الدافع وراء قبوله وليس الاقتناع به، راجع في ذلك: هشام صادق: "مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين"، دار النهضة العربية، طبعة 1987 ص 8. أما عن مخاطر التحكيم وخاصة في الدول النامية، فقد عبر عنه البعض بأنه: "... ومن الناحية العملية، فإن الدول النامية هي الضحية دائماً، وإذا حللنا القضايا التي تعمل فيها، فسنجد أنه من النادر أن ينتهي الحال من الناحية الواقعية، بحكم عادل بالنسبة لدولة نامية..." (راجع في هذا الصدد: أحمد القشيري: "التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي"، نادي مجلس الدولة، مجموعة محاضرات الموسم الثقافي 1981، المجلد الأول ص 99.

¹⁸ - Foustoucos (A.) : « *l'arbitrage interne et international en droit Hellenique* », Litec, 1976, n°2,6/Papadaton (D.) : "l'arbitrage bysantin", Rev. arb. 2000, p . 349.

¹⁹ - Magdelain (A.) : « *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome* ». Rev. Inter. dr. antiq. 1980. 205, spéc. p . 281.

²⁰ - عبد الحميد الأحديب: "التحكيم في الشرع الإسلامي"، بحث مقدم للمؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون حول موضوع: "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون"، منشورات معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان ، طبعة 2000 ص 146 وما بعدها.

الآن من كافة الأنظمة القانونية الوضعية ، سواء كانت أنظمة تتعلق بالدول المتقدمة أو بالدول النامية⁽²¹⁾ .

ثالثاً: أسباب اللجوء إلى التحكيم في العصر الحديث

يعيش التحكيم في الوقت الحاضر، ولاسيما التحكيم التجاري الدولي أزهى عصور ازدهاره ، إذ لم يعد مجرد نظام استثنائي بالمقارنة مع نظام العدالة التي تؤديها الدولة، وإنما أصبح نظاماً مصاحباً وقريناً لها. وهذا الازدهار يجد مرجعه في المزايا التي يقدمها هذا القضاء الخاص في حل المنازعات الناشئة عن العلاقات الاقتصادية الدولية المعتادة، أو المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى⁽²²⁾ ، أو المنازعات بين أشخاص القانون الخاص الأجانب والوطنيين.

فالتحكيم يتميز بمجموعة من المزايا التي تدفع أطراف علاقات التجارة الداخلية والدولية إلى تفضيل اللجوء إليه كبديل عن القضاء الرسمي. ذلك أن قضاء التحكيم يتميز عن قضاء الدولة بالقدرة على الفصل في المنازعات المعروضة عليه في وقت أقل. فمن المعلوم أن جميع الأنظمة القضائية في العالم تعاني من البطء في الإجراءات والتراخي في الفصل في الدعاوى على نحو أدى إلى تراكم عدد المنازعات المعروضة على المحاكم في الدولة وتكدسها بكم هائل، الشيء الذي أدى إلى عزوف الكثير من المتقاضين عن اللجوء بمنازعاتهم أمام القضاء العادي واختيار التحكيم كطريق مواز، مضمون من حيث سرعته في الفصل في المنازعات المعروضة عليه⁽²³⁾ .

كما أن الأطراف المتعاملة على صعيد التجارة الدولية يعيها في المقام الأول أن تحسم الخلافات القائمة بينها في أسرع وقت ممكن. فعامل الوقت عامل جوهري في اختيار التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة، فبعض أنواع التحكيم مثل التحكيم المتعلق بالفصل في المنازعات الخاصة بتحديد مطابقة البضاعة للمواصفات أي التحكيم بالخبرة، هو تحكيم يغلب عليه الطابع المؤسسي، يتم في مدة زمنية لا

²¹ - حفيفة السيد الحداد: "الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم"، دار الفكر الجامعي، طبعة 2001، ص 4 و5.

²² - حفيفة السيد الحداد: "العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى" ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2003 ص 134 .

²³ - أحمد صدقي محمود: "المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي"، دار النهضة العربية، طبعة 1994، ص 9-10.

تتجاوز أياما معدودة، وهي ميزة لا يملك القضاء المستعجل في أكثر الدول تقدما تحقيقها⁽²⁴⁾.

والعدالة السريعة التي يقدمها قضاء التحكيم ترجع إلى عاملين:

الأول: التزام المحكم بالفصل في المنازعة في وقت محدد. ففي ظل القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم، يلتزم المحكم بأن يفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم خلال فترة زمنية محددة لا تتجاوز اثني عشر شهرا، وذلك ما لم تحدد له الأطراف فترة زمنية أطول، ولا يملك المحكم مد هذه المدة كأصل عام إلا إذا اتفق الأطراف صراحة على هذا التمديد⁽²⁵⁾.

الثاني: إن قضاء التحكيم قضاء من درجة واحدة. فقضاء التحكيم كقضاء خاص، يتميز على خلاف قضاء الدولة الذي يعتبر مبدأ التقاضي على درجتين من مبادئه الأساسية، بأنه قضاء من درجة واحدة. فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي ولا يجوز الطعن فيه بأي من طرق الطعن العادية، مع إمكانية الطعن فيه بطريق غير عادي من طرق الطعن وهو طريق الطعن بالبطلان وللأسباب الواردة حصرا في القانون⁽²⁶⁾.

كما أن من الخصائص المميزة لقضاء الدولة، مبدأ علنية الجلسات والتي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقاضي، بل إنها تعد وفقا لما يذهب إليه البعض، من حقوق الإنسان. إذ تنص العديد من المواثيق الدولية على حق كل فرد في أن يحاكم محاكمة علنية وعادلة⁽²⁷⁾.

وهذه الميزة التي تميز قضاء الدولة، تعد أحد أسباب عزوف الأفراد عن اللجوء إلى قضاء الدولة واختيارهم لقضاء التحكيم. فاختيار الأفراد لقضاء التحكيم كوسيلة لفض المنازعات خاصة الناشئة عن علاقات التجارة الدولية، مرده ما يتميز به التحكيم من سرية، فعلى خلاف قضاء الدولة الذي تعد العلانية أحد خصائصه المميزة، تعد السرية ميزة ينفرد بها التحكيم عن قضاء الدولة الرسمي.

²⁴ - حفيفة السيد الحداد: "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، منشورات الحلبي بيروت - لبنان، طبعة 2007، ص 12.

²⁵ - الفقرة الأولى و الثانية من الفصل 20-327 من ق م م (القانون رقم 08.05).

²⁶ - ينص الفصل 34-327 من ق م م (القانون رقم 08-05) على أنه: "لا يقبل الحكم التحكيمي أي طعن مع مراعاة مقتضيات الفصلين 35-327 و 36-327 بعده".

²⁷ - انظر على سبيل المثال المادة السادسة من الاتفاقية الأوروبية بشأن حقوق الإنسان.

فالمتعاملون على صعيد التجارة الدولية يرغبون في عدم معرفة الغير للمنازعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما تؤدي إليه هذه المعرفة من المسلس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين.

وعلى الرغم من أن مبدأ سرية جلسات التحكيم يعد من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وهو ما لا يدعو إلى ضرورة نص الأطراف على احترام هذا المبدأ في عقودهم، فإنه من الملاحظ أن العديد من أنظمة التحكيم تفرد نصوصا خاصة تقتضي هذه السرية وتحض عليها. فعلى سبيل المثال، تنص المادة 7/20 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على مبدأ سرية جلسات التحكيم، وهو ما تنص عليه أيضا المادة 35 من نظام المؤسسة الأمريكية للتحكيم، وكذا المادتان 73 و76 من نظام المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية.

كذلك من الأسباب التي تدفع المتعاملين على صعيد العلاقات التجارية إلى اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاعات الناشئة بينهم، ما يتمتعون به من حرية لا تحقق لهم في ظل قضاء الدولة، ويمتد النطاق الزمني لتلك الحرية من لحظة الاتفاق على التحكيم ويستمر حتى بعد صدور الحكم التحكيمي⁽²⁸⁾.

رابعا: تعريف التحكيم

لم تتعرض غالبية التشريعات القانونية، ومنها التشريع المغربي⁽²⁹⁾، إلى تعريف التحكيم، وذلك تلافيا لصعوبات وضع التعريف، واكتفت بالإشارة إلى عناصر التحكيم ومفترضاته.

وعلى العكس من ذلك، كثرت التعريفات الفقهية للتحكيم وتعددت، وكلها ليست متناقضة فيما تصرح به، وإنما الواقع أنه نظرا لتعدد زوايا التحكيم، فإن كل فقيه يسلط نظره على زاوية من هذه الزوايا أو على الأقل لا يأتي تعريفه للتحكيم شاملا لكل جوانبه⁽³⁰⁾. ومن ثم فإن هناك ثلاثة اتجاهات في تعريف التحكيم:

²⁸ - Clay (Th), " L'arbitre", Dalloz, nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 2.2001, p. 595-596.

²⁹ - القانون رقم 05-08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 169-07-1 الصادر بتاريخ 30/11/2007 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية المعدل لقانون م م م م (المنشور بالجريدة الرسمية عدد: 5584 وتاريخ 2007/12/6).

³⁰ - عيد محمد القصاص: "حكم التحكيم"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000، ص 12.

1. التحكيم اتفاق

لقد مال هذا الفريق من الفقهاء إلى تعريف التحكيم بكونه اتفاقاً أو عقداً. فقد عرفه البعض⁽³¹⁾، بأنه: "هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به. ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة "مشارطة تحكيم".

في حين عرفه بعض الفقه الفرنسي⁽³²⁾ بأنه: "اتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم للفصل فيها على هيئة خاصة هم الذين يختارونها". وعرفه البعض في إطار الشريعة الإسلامية⁽³³⁾ بأنه: "اتفاق بين طرفي النزاع على تولية محكم أو أكثر ليفصل فيما تنازعا فيه بحكم الشرع دون القاضي المولى".

وعرفه البعض الآخر⁽³⁴⁾ بأنه: "اتفاق الأطراف ذوي علاقة معينة على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو ربما تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين".

إلا أنه يؤخذ على هذه التعريفات الخلط بين التحكيم كنظام واتفاق التحكيم كآلية لإعماله. فهذه التعريفات تشخص اتفاق التحكيم وليس عملية التحكيم ذاتها.

2. التحكيم هو عمل المحكم:

يرى أنصار هذا التعريف، على أنه لا ينظر إلى التحكيم من خلال اتفاق الأطراف عليه، ولكن ينظر إليه من خلال العمل الذي يقوم به المحكم، فنكون

³¹ - أحمد أبو الوفا: "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الخامسة، 1988، ص15.

³² - FOUCHARD(Ph.);GAILLARD(E.) et GOLDMAN(B.): "Traité de l'arbitrage commercial international", Litec, 1996, p. 11-12.

³³ - حسين مصطفى فتحي: "التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية"، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1999، ص95 و96.

³⁴ - محمود مختار بريري: "التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1998، ص 5 وما بعدها.

بصدد تحكيم عندما يتوجه الأطراف إلى شخص خاص بغية الفصل في النزاع الناشئ بينهم⁽³⁵⁾.

وقد عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية التحكيم بالنظر إلى عمل المحكم بقولها: " هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون بعيدا عن شبهة الممالة، مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"⁽³⁶⁾.

ويحمد لهذا التعريف التركيز على تمتع التحكيم بالطبيعة القضائية وتمتع المحكم بولاية الفصل في النزاع. إلا أننا نعتقد أنه يتعذر تعريف التحكيم على نحو يحدد مضمونه وعناصرها إلا بتحديد الهدف منه ودوافع الالتجاء إليه.

3. التحكيم نظام أو وسيلة قانونية:

أصحاب هذا الاتجاه وهم كثر، ينظرون إلى التحكيم ككل، فتبدو في تعريقاتهم صفة التحكيم كنظام أو طريق رسمه المشرع لفض المنازعات. فقد عرفه البعض البعض⁽³⁷⁾ أنه: "نظام يحل نزاعا بين اثنين أو أكثر من الأطراف عن طريق محكمين تمنح لهم مهمة قضائية".

في حين عرفه البعض الآخر³⁸ أنه: "وسيلة فنية لفض النزاع الدائر بين طرفين أو أكثر من قبل محكم أو محكمين تخول لهم سلطات الفصل في اتفاق التحكيم، فيجب عليهم أن يفصلوا في النزاع على أساسه بدون تدخل من جانب الدولة في هذه المهمة".

³⁵ -GUINCHARD(S.)BANDRAC(M.),LAGARDE(x.),DOUCHY(M.) : " Droit processuel, droitcommun du procès", Dalloz, 2001, 1^e éd, p , 729.

³⁶ - المحكمة الدستورية العليا المصرية، القضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، جلسة 1994/12/17.

³⁷ -JAROSSON (Ch) : « La notion d'arbitrage ».L.G.D.J. 1987, n°785.(R.) :

JAROSSON (Ch) : « Variations autour de la notion d'arbitrage, chronique de jurisprudence française », Rev. 2005, n°4, p 1049, spéc. 1052. d'arbitrage ».L.G.D.J. 1987, n°785.(R.) :

³⁸ DAVID(R.) : "L'arbitrage dans le commerce international". Economica, 1982, p.9.

وعرفه آخر⁽³⁹⁾ ، بأنه : " نظام قضائي خاص لفض المنازعات بعيدا عن القضاء من قبل محكمين يخول لهم سلطة الحكم".

وإذا نظرنا إلى التعريفات السابقة، فإننا لا نجد فيها أي تعارض، بل جميعها تكمل بعضها البعض. فالتحكيم نظام قانوني إلى جانب قضاء الدولة، يتم اللجوء إليه عن طريق اتفاق الأطراف عليه، هدفه حسم المنازعات الدائرة بينهم عن طريق أشخاص عاديين يختارونهم للفصل في هذه المنازعات بحكم ملزم. من هنا يتضح أن هناك أربعة عناصر هي المكونة لتعريف التحكيم، وهي كالتالي:

- 1- التحكيم نظام قانوني يستمد شرعيته من القانون⁽⁴⁰⁾.
- 2- التحكيم قضاء اختياري قوامه اتفاق الأطراف، فلا يعرض على المحكمين إلا النزاع الذي اتفق الأطراف على عرضه عليهم، فإذا لم يوجد اتفاق تحكيم، فلا وجود للتحكيم⁽⁴¹⁾.
- 3- التحكيم يقتضي وجود نزاع بين ادعاءات متعارضة، فإذا لم يوجد نزاع فلا وجود للتحكيم⁽⁴²⁾.
- 4- يقوم بالتحكيم محكمون تخول لهم مهمة قضائية ويصدرون مقررات ملزمة للأطراف المحتكمين.

و عند تخلف أحد هذه العناصر ، يفقد التحكيم أحد ركائزه التي تساهم في تعريفه. و ننتهي إلى تعريف التحكيم بأنه : " نظام قانوني قوامه اتفاق الأطراف على اسناد المحكم لسلطة حسم النزاع بحكم ملزم و قابل للتنفيذ".

وأخيرا ، فإنه قد يظن البعض أنه بمجرد وجود اتفاق التحكيم، فإننا نكون بصدد تحكيم، والحقيقة أن التحكيم يكون بالنظر إلى المهمة المسندة للغير. وفي

³⁹ -MOREAU (B.) : "L'arbitrage en droit interne", Rep. pr. civ. Dalloz, Avril 2004, p.3 n°1.

⁴⁰ - FOUCHARD (Ph.) : "le statut de l'arbitrage dans la jurisprudence française". Rev. arb.1996, p. 325.

⁴¹ -JARROSSON (Ch.) : "variation autour de la notion d'arbitrage", op. cit. p. 1056.

⁴² -JARROSSON (Ch.) : "variation autour de la notion d'arbitrage", op. cit. p. 1053.

هذا المعنى قضت المحكمة الابتدائية الكبرى بباريس في حكمها الصادر بتاريخ 2002/2/7 بأن: "تكييف التحكيم لا ينظر إليه من خلال النصوص المتضمنة في اتفاق التحكيم، ولكن بحقيقة المهمة المخولة للمحكّمين"⁽⁴³⁾.

فقد يتضمن اتفاق تحكيم بين شخصين على تحديد سعر البيع لشخص ثالث يختارونه، فمثل هذا الاتفاق ليس تحكيميا⁽⁴⁴⁾، لأن المهمة المخولة للغير ليست فصلا في نزاع، ولكنها عمل مادي.

خامسا: تحديد الموضوع

تشير الطبيعة المتميزة لعمل المحكم كثيرا من الغموض حول التكييف القانوني لمهمته. فالطابع التعاقدى الذي يحكم واقعة ميلاد مهمة المحكم، والتحديد الرضائى لنطاق سلطاته يزكى الطابع التعاقدى لمهمته كإطار لعمله ومحددا لما يترتب عن ذلك من آثار. فإذا ما تجاوزنا هذا المدخل الرضائى المصاحب لاختيار المحكم وتحديد نطاق سلطاته في الحدود التي يجيزها القانون، تطل علينا الطبيعة القضائية التي تحكم ممارسته لعمله، نصادف إجراءات قضائية تحكم سير الخصومة، ونجده ملتزما بالحياد ومقيدا باحترام المبادئ الأساسية في التقاضي، فضلا عن خضوعه لنظام التجريح والتزامه بمراعاة المقتضيات الشكلية والموضوعية في حكمه كمناط لصحته، وتعليه على التفصيل الذي يحدده القانون حتى يحوز حكمه الحجية.

مما تقدم نخلص إلى أن المحكم يتمتع بوضع قانوني خاص يملك بمقتضاه سلطة حسم النزاع بين أطراف اختاروه كقاض لهم في إطار نظام يغلب عليه الطابع القضائى. مع ملاحظة أن تقرير الطبيعة القضائية للتحكيم لا تعني اندماجه في القضاء أو فقدانه لذاتيته الخاصة في مواجهته. فالتحكيم ليس هو القضاء، وإنما هو جزء من النظام القضائى يسير موازيا لقضاء الدولة ومعينا له في حسم المنازعات،

⁴³ - TGI Paris 7 Fév. 2002. Rev. arb.2005 N° 4, p. 1056.

⁴⁴ - JARROSSON (Ch.) : "La fixation du solde de prix de vente, question de fait et non dedroit", obs. Paris 7 Fév. 2002; Spéc.1057. Rev. arb. 2005 N° 4.

طالباً مساعدته فيما يعجز عنه ،خاضعا لرقابته وفقا لنظام محدد ومغاير في طبيعته وآثاره عن وسائل التسوية الودية الأخرى.

ويترتب على قيام المحكم بمهمة قضائية الجوهر، عدة آثار تتعلق بجوهر المهمة ذاتها وبنطاق سلطات المحكم، وأيضا بالمقرر الذي يصدره، كما تبرر منح المحكم سلطة نفي أو تقرير اختصاصه بنظر النزاع، وتخوله حسم النزاع ، وتضفي على حكمه الحجية ، وهو ما يعجز التكييف التعاقدى عن تبريره.

وخصومة التحكيم قوامها المحكم ، فإذا لم يكن المحكم كفاً فلا قيمة للتحكيم. فالمحكم قاض وإن اختاره الأطراف، إذ يستمد سلطاته من إرادة الخصوم وأيضا من إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة مهمة القضاء ومنحه سلطة إصدار الحكم. ويشترط فيه ما يشترط في القاضي من خبرة وكفاءة، فضلا على الاستقلال والحياد من وقت اختياره وحتى صدور الحكم التحكيمي.

و يتعين أن تتوافر في المحكم المؤهلات المهنية والعلمية والقدرات الشخصية التي تمكنه من أداء مهمة حسم النزاع بأسرع وقت وأقل تكلفة ممكنة، كالقدرة على تحليل معطيات النزاع و الأسباب التي دعت إليه و تقييمها تقييما صحيحا و تفهم مواقف الأطراف. فمما لاشك فيه أن قدرات المحكم و مؤهلاته الشخصية كالذكاء وسرعة الفهم والقدرة على الاستنباط تنعكس حتما على أسلوبه في حسم النزاع وعلى تناوله للمسائل التي يثيرها، هذا بالإضافة إلى المؤهلات الموضوعية التي تقنع الأطراف بقدرة المحكم على الإحاطة بحدود مهمته وجوهرها، وأن يكون لديه من الوقت ما يضمن الاهتمام المطلوب بالنزاع، مما يضاعف من احتمالات صحة الحكم الصادر. كما يتعين الوضع في الاعتبار عند اختيار المحكمين مدى درايتهم بالتقاليد القانونية والثقافية. فالإمام المحكم بالنظريات الفقهية السائدة يعينه على تفهم وقائع النزاع وحتى تكييفها.

كما أن الأطراف لا يقدمون على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم النزاع إلا إذا توقعوا معاملة عادلة، وتناولا سليما للمسائل المطروحة ، ومستوى أخلاقيا رفيعا

للمحكّمين. وهذا يقتضي من المحكّم عدم ارتكابه أية أخطاء متعمّدة، وتجنّب الخطأ غير المتعمّد من خلال الالتزام بأقصى حد من الحرص والتبصر.

فالأطراف يهدفون من خلال اللجوء إلى التحكيم تجنّب أسباب التأخير أو تكبد مصاريف إضافية. فإذا كان الحكم الصادر باطلاً أو لا تتوافر فيه مقومات التنفيذ، ضاع وقت الخصوم بدون طائل، وأيضا ما تكبّدوه من مصروفات، وبذلك تتبدّد جدوى التحكيم وفائدته.

ومن ناحية أخرى، فإنه لا بد من ضرورة توافر الملامح الإجرائية العامة لدعوى أو خصومة التحكيم على نحو يكفل احترام حقوق الدفاع وغيرها من الضمانات الأساسية للأطراف، ولا يعني هذا، التمسك بشكليات إجرائية تتسم بالإطالة والتعقيد، بل يتعيّن اتباع إجراءات تكفل الإبقاء على جوهر الإجراء مع ممارسته بأسلوب مرّن.

على مستوى القانون الموضوعي، فإن الفكر القانوني الغربي أتى بنظريات وآراء تدور في مجملها حول استبعاد النظام القانوني الوطني، وإطلاق يد المحكّم في اختيار القواعد المناسبة الواجبة التطبيق على موضوع النزاع المعروض عليه، سواء كان ذلك باعتداده على القواعد القانونية المستقاة من القوانين الوطنية، أو القواعد المعمول بها في مجال التجارة الدولية من أعراف وعادات ومبادئ قانونية عامة أو مشتركة، والمعمول بها في المجتمع الدولي.

غير أنه إذا كان الاتجاه نحو منح المحكّم سلطة واسعة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يقدم حلا يسيرا في ظاهره ويعبر عن الجانب الإرادي لبنيان خصومة التحكيم، فإنه في المقابل يضيف على مهمة المحكّم كثيرا من الغموض. لأننا إذا ما تتبعنا خطوات المحكّم⁽⁴⁵⁾ نحو تحديد القانون الواجب التطبيق، وجدناها في الغالب متضاربة لا تتركز على أسس موضوعية، ولا تقدم حولا متسقة، تشكل في مجموعها كيانا مستقلا من السوابق المستقرة التي تعبر عن نظام مستقل يغني عن النظام القانوني الوطني وآليات أعماله.

⁴⁵ - كما سيتم تفصيل ذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الدراسة.

سادسا: إشكالية الموضوع

لقد تصدت التشريعات الوطنية المقارنة المختلفة لتنظيم التحكيم تنظيما يتسم في مجمله بالطابع التكميلي أو الاختياري احتراماً لإرادة الخصوم. واعتباراً للنشأة الاتفاقية لسلطات المحكم، فقد تعمدت عدم تنظيم دور المحكم أو تحديد أبعاد مهمته وحدود سلطاته في خصومة التحكيم تاركة الأمر لإرادة الأطراف. وقد أوجد هذا الفراغ العديد من المشكلات على المستوى العملي. فالمحكم هو حجر الزاوية في نظام التحكيم، وهذا يتطلب وضع تنظيم تفصيلي يحدد بدقة مركزه القانوني في خصومة التحكيم وضوابط ممارسته لمهمته.

فالمحكم في إطار خصومة التحكيم يتمتع بسلطات مسطرية وموضوعية واسعة، تزداد اتساعاً كلما تراجعت النصوص القانونية التي تقيد سلطة المحكم، أو عندما يفوض الأطراف هذا الأخير في وضع التنظيم المسطري والموضوعي للخصومة.

فما يميز خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية، هو الدور الإيجابي الذي يمارسه المحكم في مختلف مراحل الدعوى، حيث تتناغم سلطات الأطراف معسلطات المحكم في إطار النظام القانوني الواجب التطبيق، لتخلق نظاماً متميزاً يحكم خصومة التحكيم في شقيها المسطري والموضوعي. وهذا الدور الإيجابي الذي يمارسه المحكم، يطرح السؤال حول القيود والضوابط التي يتعين أن تحد من سلطاته حماية لمصالح الأطراف و احتراماً لتوقعاتهم المشروعة؟ وكذا الضمانات التي يجب أن تكفل عدم إساءة استخدامه للسلطات المسطرية والموضوعية التي يتمتع بها في خصومة التحكيم؟.

أما على مستوى قواعد الموضوع، فإن تحديد القانون الواجب التطبيق من طرف المحكم ليس بالأمر اليسير، لتداخل مجموعة من المصالح، مصلحة الأطراف، مصلحة التجارة الدولية، والمصلحة التي يحميها النظام القانوني. فأين تتجلى قيمة كل مصلحة أمام المحكم، وماهي حدود تأثيرها على سلطاته؟، وماهي الآليات التي يستخدمها المحكم في تعامله مع هذه المصالح، سواء للحفاظ على أجدرها بالحماية، أو على الأقل خلق نوع من التكامل بينها؟.

كما أنه بالنظر لما قد تواجهه عقود التجارة الدولية من مشكلات تعيق تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها بصورة عادلة ومتوازنة، فقد صار على عاتق المحكم الذي ينظر في المنازعات المترتبة عنها، دورا مهما في السعي نحو تحقيق نوع من التوازن المالي للعقود من خلال التدخل لتعديل التزامات الأطراف وفق ضوابط وشروط محددة، حتى يتم خلق نوع من الاطمئنان على صعيد المعاملات التجارية⁽⁴⁶⁾.

وعليه، فإن السؤال الذي سنحاول الإجابة عنه، يتمحور حول حدود وضوابط السلطات التي يتمتع بها المحكم في التحكيم الداخلي والدولي، سواء على مستوى النظام المسطري أو النظام الموضوعي. بحيث سنعمل على إبراز ما إذا كان المحكم يتمتع بسلطات واسعة في تدبير خصومة التحكيم بشقيها المسطري والموضوعي، أم على العكس من ذلك يتقيد المحكم في تنظيمه لتلك الإجراءات بضوابط معينة يتعين عليه مراعاتها و الالتزام بها، بمعنى ما هو نطاق سلطة إرادة الأطراف تجاه سلطة المحكم، أي ما هي حدود كل منهما في مواجهة الآخر ومواجهة القانون، وهو ما يحيلنا الى تحديد اشكالية الموضوع المتمثلة في الصيغة التي يمكن من خلالها التوفيق بين قوة إرادة الأطراف التي هي مصدر وجود خصومة التحكيم ووجود المحكم كهيئة للفصل في النزاع، وتعطي للمحكم الحق في ممارسة سلطة الحكم، وبين ما يقتضيه مركز المحكم كهيئة مستقلة، وهي الفكرة التي تعتبر عقدة الاشكالية، ذلك أن اللجوء الى المحكم وتوليه سلطة الفصل في النزاع يكون بإرادة الأطراف، لكن المحكم عندما يضع يده على النزاع يفترض أنه مستقل عن الأطراف، لكن ما هي حدود ذلك الاستقلال؟.

إن الضابط الأساسي الذي سنبنى عليه فكرة البحث هو ضابط إرادة أطراف النزاع. ذلك أنه من المسلم به في مجال العلاقات التجارية، أن للأطراف المتعاقدة الحق في اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية وما ينشأ عنها من نزاعات سواء في جانبها المسطري أو الموضوعي. وأنه في الحالة التي يختار فيها الأطراف قانونا معيناً ليحكمها، فإنه يتعين على المحكم المعروض عليه النزاع أن يلتزم بتطبيق هذا الاختيار. غير أنه في حالة غياب مثل هذا التحديد فإن دور المحكم لا شك سوف يتسع في هذا الإطار، ويصبح بوصفه قاضي النزاع متحكماً في سير الخصومة، سواء

⁴⁶ - سلامة فارس عرب: "وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1999، ص 8 وما يليها.

من ناحية تحديد القواعد الواجبة التطبيق على إجراءات الخصومة أو على موضوعها ، حيث تحل إرادة المشرع في هذا الإطار محل إرادة الأطراف كضابط ثان. وهو ما يعني بأن سلطات المحكم تتسع وتضيق تبعا لإرادة الأطراف كحد أقصى لا يمكن تجاوزه، وإرادة المشرع كحد أدنى لا يمكن تجاوزه أيضا، وإلا تعرض حكمه في الحالتين للبطلان.

والملاحظ من خلال مطالعة نصوص التحكيم في قانون المسطرة المدنية المغربي أن المشرع قيد سلطات المحكم في التحكيم الداخلي من خلال توجيه المحكم في اختياره للقواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة التطبيق، بخلاف الأمر بالنسبة للتحكيم الدولي حيث أطلق سلطة المحكم في اختيار القواعد الإجرائية والموضوعية التي يراها ملائمة.

ويجدر التأكيد على أن مبدأ سلطان الإرادة يبقى في سائر الأحوال معيارا صادقا في رسم حدود سلطة المحكم في هذا الإطار. غير أن التساؤل المطروح هو هل من دور للمحكم في حالة وجود ضابط الإرادة؟، فهل تغل يد المحكم في هذا الإطار ولا يبقى أمامه سوى الإذعان لما سطرته إرادة أطراف النزاع؟، أم أنه حتى مع وجود ضابط الإرادة، فإن المحكم باعتباره المسؤول عن تسوية النزاع يستطيع التدخل بشكل إيجابي في خصومة التحكيم ليمارس بعض السلطات؟.

ذلك أن ضبط سلطة المحكم في خصومة التحكيم ، تبقى من آليات رصد مظاهر التأثير والتأثر بين ثلاثة حدود أساسية، أولها: إرادة الأطراف ، وثانيها: إرادة المشرع الذي يضع الحدود والضوابط التي يتعين على المحكم ضرورة مراعاتها عند غياب قانون الإرادة، وثالثها: حرية المحكم في تنظيم وإدارة خصومة التحكيم و الفصل في جوهر النزاع. هذه الحرية التي تتسع وتضيق تبعا لوجود الإرادتين السابقتين أو غيابهما، وتبعا لما إذا كنا بصدد تحكيم داخلي أو تحكيم دولي.

سابعا: منهجية تناول الموضوع وتقسيمه

سنحاول في هذه الدراسة الإجابة عن الأسئلة المتعلقة بضوابط وحدود سلطات المحكم في خصومة التحكيم، مستنديين في ذلك إلى أسس نظري يتمثل في النصوص القانونية التي تضمنتها الأنظمة القانونية الوطنية والمقارنة وخاصة منها التونسي والفرنسي، وأسس عملي مستمد من الأحكام القضائية وأحكام المحكمين، كلما كان ذلك ممكنا ومتيسرا. علما أن المقارنات التشريعية

والقضائية تساعد على استجلاء النصوص القانونية وتحديد معانيها وغاياتها وكذا مقاصدها، وذلك حرصا على أن يأتي ببيان دور المحكم ونطاق سلطاته منسجما مع هذا الأسس. وسوف تكون المقارنة عمودية، بحيث سنتناول جزئيات المسألة التي يعرض لها في مختلف القوانين في آن واحد مع التمييز في هذا الإطار بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وذلك في الحالات التي تختلف فيها أحكامهما بشأن الموضوع قيد التحليل. وهذا الأسلوب يتميز بأنه أكثر فاعلية في إدراك أوجه الاختلاف أو التشابه بين القوانين التي تتم المقارنة بينها. وسوف نعتد في هذا الشأن المنهج التأصيلي أو المنهج الاستقرائي، وجوهر هذا المنهج هو الانتقال من الجزئيات إلى الكلّيات، بمعنى آخر فحص الجزئيات لننتهي إلى كشف القاعدة أو المبدأ العام الذي يحكمها.

وعلى هدي هذا التصور، فإن المقام يقتضي معالجة إشكالية الموضوع في بايين، نخصص الأول: لنطاق السلطات المسطرية للمحكم في خصومة التحكيم. حيث نقف من خلاله على ما يتوفر عليه المحكم من سلطات في تنظيم مسطرة التحكيم في المجالين الداخلي والدولي وفي علاقته مع الأطراف المحكّمين، و تحديد الاعتبارات والضوابط التي يتعين عليه مراعاتها والتقيّد بها كي يصل إلى إصدار مقرر قابل للتنفيذ ويتمتع بحجية الشيء المقضي به. في حين سنخصص الباب الثاني: لحدود السلطات الموضوعية للمحكم في خصومة التحكيم. حيث نتناول حدود سلطة المحكم إزاء القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، من خلال التطرق للآليات والمناهج المستعملة من قبل المحكم في بحثه عن حل لموضوع النزاع المعروف عليه، و الضوابط التي يتعين عليه إعمالها في هذا الصدد للتوفيق بين المصالح المتعارضة في ميدان التجارة الدولية. كما يتعين أن نتناول حدود سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف. ذلك أنه في ظل المتغيرات الاقتصادية التي تلحق بالعقود الطويلة الأجل، وما يترتب على هذه الظروف من إخلال بالالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد، فإن تحديد سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف تبقى من الأمور المهمة في مجال خصومة التحكيم، و هو الأمر الذي يتعين التطرق إليه من خلال تحديد أسس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف، ونطاق سلطاته في هذا الإطار.

الباب الأول

نطاق السلطات المسطرية للمحكمة

في خصومة التحكيم

يتمتع المحكم في إطار تدبير إجراءات مسطرة التحكيم بسلطات واسعة تعكس الدور الإيجابي الذي يلعبه في خصومة التحكيم، وتزداد هذه السلطات اتساعاً كلما تراجعت النصوص القانونية التي تقيد سلطاته، وأيضاً عندما يعطي أطراف خصومة التحكيم للمحكم صلاحية وضع التنظيم المسطري للخصومة.

فما يميز خصومة التحكيم عن الخصومة القضائية هو الدور الإيجابي الذي يمارسه المحكم في مختلف مراحل الخصومة، حيث تتناغم سلطات المحكم والأطراف في إطار النظام القانوني للتحكيم الذي سنه المشرع، لتخلق نظاماً إجرائياً متفرداً وإن ظل محتفظاً بجوهره القضائي الذي تحرص النصوص القانونية على فرضه كشرط أساسي لتمتع الحكم الصادر في خصومة التحكيم بقوة الأحكام القضائية.

وهذا الدور الإيجابي الذي يمارسه المحكم في إطار مسطرة التحكيم اقتضى فرض بعض القيود التي تحد من سلطاته حماية لمصالح الخصوم، حتى لا يسير المحكم الإجراءات كيفما شاء. كما اقتضى كذلك تحديد الضمانات التي تكفل عدم إساءة استخدام المحكم للسلطات الإجرائية التي يتمتع بها في تسيير مسطرة التحكيم. وهذا يتطلب دراسة مصدر سلطات المحكم الإجرائية وكيفية ممارستها، والقيود التي ترد عليها، وذلك على ضوء التنظيم التشريعي لإجراءات خصومة التحكيم.

والواقع أن الإجراءات المتعلقة بمسطرة التحكيم تمر بمرحلة تمهيدية يتم خلالها الاتفاق على معالم التنظيم الإجرائي الذي سيحكم سير الإجراءات . وفي هذا الصدد، فقد يستقل الخصوم بوضعه في اتفاق التحكيم بعيدا عن المحكم، أو يشاركونهم المحكم بخبرته في وضعه، وقد يتفق الخصوم على منح المحكم سلطة وضع هذا التنظيم المسطري تجنباً للاختلاف بشأنه، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة سير الإجراءات حيث يمارس المحكم دوراً إيجابياً في تسيير إجراءات مسطرة التحكيم.

وترتبط على ذلك، يتمتع المحكم بنوعين من السلطات أثناء تسييرها لخصومة التحكيم. الأولى: يمكن وصفها تجاوزاً بالسلطات ، وتتعلق باختيار أو تحديد الأشكال الإجرائية التي يتعين اتباعها عند بدء الإجراءات، ويساهم من خلالها المحكم في وضع تفصيلات الخطة المسطرية الواجبة الاتباع لحسم النزاع. الثانية: وهي سلطات إجرائية حقيقية تتعلق بالسلطات الفعلية التي يمارسها المحكم أثناء سير الإجراءات وتتابعها.

من هنا يمكن تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: نطاق سلطات المحكم أثناء وضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم.

الفصل الثاني: حدود سلطات المحكم أثناء أعمال إجراءات المسطرة في خصومة التحكيم.

الفصل الأول

نطاق سلطات المحكم أثناء

وضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم

يعد الجانب الإجرائي أو المسطري في خصومة التحكيم بمثابة العمود الفقري الذي يقوم عليه نظام التحكيم، وذلك بالنظر إلى أن طريقة تسيير إجراءات التحكيم أو إعاقته تساهم إلى حد كبير في تحديد مصير مقرر التحكيم في النزاع المطروح. وهذا ما دفع غالبية النظم القانونية الوطنية واتفاقات التحكيم الدولية وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة، إلى أن تقر ضرورة مراعاة المسائل الإجرائية في خصومة التحكيم وإلا ترتب على مخالفتها بطلان الحكم أو رفض الاعتراف به وتنفيذه⁽⁴⁷⁾.

والملاحظ أن المشرع المغربي حرص في القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والمعدل لمقتضيات قانون المسطرة المدنية على تنظيم مسطرة التحكيم تنظيمًا يغلب عليه الطابع القضائي، وقد قدر بأن أطراف الخصومة هم الأجدر بتحديد معالم التنظيم المسطري الذي يلائم خصوصية النزاع المثار، فأثر منح الخصوم سلطة وضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم واختيار الأشكال الإجرائية الملائمة. غير أن هذا الفرض قلما يحدث في الواقع العملي، ذلك أن المصالح المتعارضة للأطراف قد تؤثر على مناخ الود والثقة الذي يسود مرحلة الاتفاق على التحكيم، فتكون للخصوم مواقف متباينة بشأن تنظيم إجراءات الخصومة، لذلك فإنه في الغالب يتعذر عليهم وضع التنظيم المسطري، خاصة وأنه يتطلب درجة من التخصص والتأهيل قد لا تتوافر فيهم، فيتم الاتفاق على تفويض المحكم في وضع التنظيم المسطري.

⁴⁷ - جمال محمود الكردي: "القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم"، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2005، ص 47.

كما قد يجد المحكم نفسه ملزما بسد الفراغ القانوني عندما لا يتولى الخصوم مهمة تحديد التنظيم المسطري الواجب الاتباع عند إحالة المشرع على اتفاق الخصوم في هذا الشأن، وهنا تظهر معالم السلطات الاحتياطية للمحكم في اختيار شكل الإجراءات ، إما عن طريق النيابة عن الخصوم أو بتفويض منهم "الفرع الأول".

وحرصا على تحقيق التوازن بين حرية المحكم في اختيار الإجراءات والضوابط المسطرية الملائمة عندما ينوب عن الخصوم في ذلك، أو يفوض من قبلهم في اختيارها، وبين اعتبارات التنظيم القانوني، فقد أورد المشرع بعض القيود التي تحكم ممارسة المحكم لدوره في وضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم "الفرع الثاني".

الفرع الأول

مظاهر سلطات المحكم عند اختيار القواعد الإجرائية المطبقة على مسطرة التحكيم

كأصل عام يمكن القول بأن تحديد القواعد المسطرية التي تنظم خصومة التحكيم تجد مصدرها في النظام الذي يرسمه اتفاق التحكيم صراحة أو ضمنا، غير أن ذلك لا يعني تجاهل الدور الإيجابي الذي يقوم به المحكم في خصومة التحكيم والذي يبرر منحه سلطة اختيار القواعد الإجرائية المطبقة على مسطرة التحكيم رغم أن مصدرها يبقى احتياطيا وليس أصليا.

والملاحظ أن المشرع المغربي على غرار نظيريه الفرنسي والتونسي قد تجاوب تماما مع هذا الأصل العام خاصة فيما يتعلق بالتحكيم الدولي. أما فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي فقد جعل الأصل هو أن يكون المحكم حرا في تحديد القواعد الإجرائية الملائمة لمسطرة التحكيم دون أن يكون ملزما بتطبيق القواعد المتبعة أمام المحاكم، لكنه أجاز للأطراف في نفس الوقت الاتفاق على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم.

والواقع أن التنظيم المثالي لخصومة التحكيم يجب أن يراعي الموجهات التالية:

فمن ناحية أولى: إن التحكيم باعتباره قضاء اتفاقيا يجب أن تكون للإرادة المشتركة لأطرافه الكلمة الأولى في رسم إجراءاته. ومن ناحية ثانية: فإن التحكيم باعتباره قضاء خاصا، يجب أن تكون له قواعد مسطرية تتوافق مع هذه الطبيعة والتي تستبعد بالضرورة القواعد المسطرية المتبعة أمام المحاكم. ومن ناحية ثالثة: فإن تنوع التحكيم بين داخلي ودولي لأبد وأن ينعكس بالضرورة على سلطة المحكم في تحديد القواعد الإجرائية اللازمة لتسيير مسطرة التحكيم.

فإلى أي حد استجاب المشرع المغربي إلى هذه الموجهات عند إسناده مهمة اختيار القواعد المطبقة على إجراءات مسطرة التحكيم "المبحث الأول"، وكذا عند اختيار عناصر هذا التنظيم "المبحث الثاني".

المبحث الأول

حدود حرية المحكم

في اختيار القواعد الإجرائية لمسطرة التحكيم

تغلبت معظم الأنظمة القانونية الوطنية والمؤسسية على الصعوبة المتعلقة بوضع صياغة تفصيلية للقواعد المسطرية التي تحكم سير خصومة التحكيم وذلك بترك الاتفاق على التفاصيل الإجرائية للأطراف. إلا أن إرادة الأطراف غالباً ما قد تتخلف أو يشوبها قصور، وهو الأمر الذي يستدعي تدخل هيئة التحكيم لإكمال النقص أو سد ذلك القصور.

ومسيرة لهذا الاتجاه ميز المشرع المغربي في الأحكام، بين التحكيم الداخلي وخصه بمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 10-327 من ق.م.م التي أعطت لهيئة التحكيم بحسب الأصل سلطة ضبط إجراءات مسطرة التحكيم المناسبة "المطلب الأول"، وبين التحكيم الدولي وخصه بمقتضيات الفصل 42-327 من نفس القانون والذي كرس بحسب الأصل مبدأ قانون الإرادة وجعل دور هيئة التحكيم في تحديد القاعدة المسطرية الواجب اتباعها يأتي في مرتبة ثانية أو احتياطية "المطلب الثاني".

المطلب الأول

انفراد المحكم كأصل بضبط إجراءات

مسطرة التحكيم الداخلي

كان المبدأ السائد في المغرب قبل صدور القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية، أن المحكم يتبع الإجراءات المقررة بالنسبة للمحاكم الابتدائية إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك دون تمييز بين

التحكيم الداخلي أو الدولي⁽⁴⁸⁾. لكن بصدر القانون رقم 08.05 المذكور والذي أقام تمييزاً واضحاً بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، انعكس المبدأ فأصبح المحكم لا يتقيد في خصومة التحكيم بالقواعد المسطرية المتبعة أمام المحاكم ما لم يخرج طرفاً التحكيم على هذا الأصل استثناءً بالاتفاق على تقيد المحكم بتلك القواعد، ومن ثم إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تمتع المحكم في التحكيم الداخلي بحرية تحديد القواعد المسطرية التي تخضع لها خصومة التحكيم⁽⁴⁹⁾، على النحو الذي يوفر لها السرعة والفعالية مع مراعاة قواعد قانون المسطرة المدنية بطبيعة الحال.

وهكذا عهد المشرع المغربي - بحسب الأصل - إلى هيئة التحكيم بوضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم الداخلي، مع عدم إغفال مبدأ سلطان الإرادة، حيث يجوز للأطراف وضع تنظيم اتفريقي لإجراءات خصومة التحكيم أو الاتفاق على الإحالة إلى تنظيم مسطري معين، سواء كان هو التنظيم المسطري الوارد في قانون المسطرة المدنية أو غيره، وقد تكون الإحالة إلى نظام مسطري معتمد في مركز أو في مؤسسة تحكيمية. ولم ينص المشرع المغربي صراحة على أي قيد في هذا الشأن إلا أنه حرص على ذكر بعض الضمانات الأساسية للتقاضي في نصوص متفرقة من الفرع الأول الخاص بالتحكيم الداخلي فقط. كما نص على الإخلال بحقوق الدفاع ومخالفة النظام العام وكذا عدم التقيد بالإجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها ضمن أسباب بطلان حكم التحكيم الداخلي⁽⁵⁰⁾.

والملاحظ أن نظام التحكيم الفرنسي المعدل بمقتضى المرسوم رقم 2011-48 الصادر بتاريخ 13 يناير 2011 والذي يرجع له الفضل في إبراز التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث نص في المادة 1464 من ق.م.ف على أنه: " ما لم يتفق

⁴⁸ - ينص الفصل 311 من ق.م.م لسنة 1974 الملغى على أنه: "يتبع الأطراف والمحكمون في المسطرة الآجال والإجراءات المقررة بالنسبة للمحاكم الابتدائية إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك".

⁴⁹ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 10-327 من ق.م.م على أنه: "تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون دون أن تكون ملزمة بتطبيق القواعد المتبعة لدى المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم".

⁵⁰ - الفقرات 5 و6 و7 من الفصل 36-327 من ق.م.م.

الأطراف على خلاف ذلك. تحدد الهيئة التحكيمية الإجراءات التحكيمية دون أن تكون ملزمة باتباع القواعد الموضوعية من أجل المحاكم النظامية. ولكن تبقى دوماً المبادئ الأساسية للدعوى المنصوص عليها في المواد من 4 إلى 10 وفي الفقرة الأولى من المادة 11 وفي الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 12 وفي المواد من 13 إلى 21 و23 و1-2 واجبة التطبيق". وبذلك فإن المشرع الفرنسي أكد نفس ما أقره المشرع المغربي بالنسبة للتحكيم الداخلي من إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد الإجراءات التحكيمية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، مع تقييد سلطة المحكم وكذا سلطة الأطراف عند تحديد النظام المسطري لخصومة التحكيم في النظام الفرنسي بضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للدعوى المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية والمحال عليها صراحة بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 1464 المذكورة، وكذا ضرورة اعتماد الأطراف والمحكمين السرعة والأمانة في تسيير الإجراءات (الفقرة الثالثة من المادة 1464 من ق.م.ف).

و بالنسبة لقانون التحكيم التونسي⁽⁵¹⁾، والذي عرف بدوره التفرقة بين التحكيم الدولي (الفصل 48 من مجلة التحكيم) والتحكيم الداخلي، بدون أن تكون لها أية قيمة في شأن تحديد التنظيم المسطري لخصومة التحكيم. فقد نص الفصل الأول من القانون المذكور على أنه: "تصدر بمقتضى هذا القانون مجلة التحكيم المنظمة لإجراءات التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي"، ومع ذلك لم يتضمن الباب الخاص بالتحكيم الداخلي نصاً يتناول تحديد التنظيم المسطري لخصومة التحكيم. إلا أنه في الفصل 13 الذي ورد ضمن الأحكام المشتركة الواجبة التطبيق على نوعي التحكيم الداخلي والدولي، فقد نص المشرع التونسي على أنه: "يمكن أن يكون التحكيم حراً أو بتكليف مؤسسة تحكيم، في صورة التحكيم الحر تتولى هيئة التحكيم تنظيمه بتحديد الإجراءات الواجب اتباعها ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك أو يفضلوا اتباع نظام تحكيم معين، وفي صورة التحكيم لدى مؤسسة تحكيم، فإن هذه المؤسسة تتولى تنظيمه طبق نظامها، و في جميع الصور تراعى المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية، خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع". وبذلك يكون المشرع التونسي قد ميز على مستوى التحكيم الداخلي والدولي بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي، وغاير بينهما قليلاً فيما يتعلق بالنظام المسطري للخصومة، إلا أنه حرص في كل الأحوال على صيانة حقوق الدفاع

⁵¹ - قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، منشور بالرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو 1993، ص 580 وما بعدها.

ضمن المبادئ الأساسية في قانون المرافعات المدنية والتجارية على غرار نظيره الفرنسي. كما كرس بدوره نفس القاعدة المتمثلة في سلطة هيئة التحكيم في تحديد الإجراءات المسطرية الواجب اتباعها في خصومة التحكيم الداخلي ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك.

وفي تقديرنا أن إعطاء المشرع المغربي على غرار نظيره الفرنسي والتونسي سلطات واسعة للمحكم في تحديد معالم التنظيم المسطري لخصومة التحكيم الداخلي، قد يؤدي إلى نتائج غير عادلة، إما لعدم عدالة الإجراء في ذاته، أو لاستقلال المحكم بتحديد القواعد المسطرية وفقا لما يراه هو ملائما على نحو قد يخل بتوقعات الأطراف، وتزداد هذه السلطات اتساعا عندما يفوضه الأطراف في تحديد إجراءات مسطرة التحكيم. فقد تؤثر المصالح المتعارضة للأطراف على مناخ الثقة والود الذي يسود مرحلة الاتفاق على التحكيم، فتكون للخصوم مواقف متباينة بشأن تنظيم إجراءات مسطرة التحكيم، لذا قد يتعذر عليهم وضع التنظيم المسطري خاصة وأنه يتطلب درجة من التخصص والتأهيل قد لا تتوافر في الأطراف، مما يدفعهم إلى تفويض المحكم في وضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم. كما قد يجد المحكم نفسه ملزما بسد الفراغ القانوني عندما يحيل المشرع على اتفاق الخصوم، فيتجاهل هؤلاء هذه المهمة تاركين للمحكم سلطة وضع التنظيم المسطري.

لكل ذلك نرى أنه يتعين على المحكم إشعار الأطراف دائما بالقواعد المسطرية التي يعتزم اتباعها قبل بدء الإجراءات بفترة كافية، متيحا لهم فرصة التعليق واقتراح إجراءات بديلة، وكذا إحاطتهم علما بأية تعديلات لاحقة تقتضيها حسن سير مسطرة التحكيم، مع ضرورة مراعاة التوازن بين مصالح الأطراف، وذلك باختيار القواعد المسطرية التي تتناسب مع طلبات وادعاءات كلا الطرفين. ذلك أنه من الملامح المتميزة التي يجب أن تميز خصومة التحكيم والتي تعكس الطابع الودي الذي يسيطر على إجراءات التحكيم، هو معاونة الخصوم للمحكم في اختيار الأشكال المسطرية من خلال الاجتماع بالأطراف بغية تحديد المسائل الأولية التي تهم سير مسطرة التحكيم.

المطلب الثاني

الطابع الاحتياطي لسلطة المحكم في تحديد القواعد المسطرية الواجب اتباعها في التحكيم الدولي

إذا كان الأصل - من الناحية النظرية- في المجال الدولي هو ترك المجال أمام إرادة الخصوم لتحديد النظام المسطري لخصومة التحكيم سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، أو بطريق الإحالة إلى نظام مسطري معين داخلي أو دولي ينتمي إلى دولة بعينها أو إلى مركز تحكيم مؤسسي⁽⁵²⁾، فإن الغالب- في الواقع العملي- ألا يستعمل الخصوم هذه السلطة من حيث المبدأ، أو يستعملوها ولكن بشكل غير كاف، بحيث لا يغطي اتفاقهم كل المسائل المسطرية في خصومة التحكيم، نظرا لجهلهم، أو على الأقل عدم إلمامهم بعلم المسطرة وتطبيقاته في الدول المختلفة، وعندئذ تثار المشكلة حول كيفية تحديد النظام المسطري لخصومة التحكيم، لاسيما أن في هذا التنظيم تكمن الضمانات الأساسية للتقاضي.

وتأسيسا عليه سوف نتناول بداية مسألة خضوع إجراءات التحكيم الدولي لقانون الإرادة كأصل "الفقرة الأولى"، ثم نتطرق بعد ذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الدولي في حالة غياب اتفاق الأطراف "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

الأصل خضوع إجراءات التحكيم الدولي لمبدأ سلطان الإرادة

لا خلاف في الوقت الحالي على إعمال مبدأ سلطان إرادة الخصوم في وضع وتحديد النظام المسطري لخصومة التحكيم الدولي، اعتبارا للطبيعة الإرادية لعملية التحكيم ولنشأته الاتفاقية، حيث يسود هذا المبدأ في الفقه والقضاء والقانون المقارن والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة⁽⁵³⁾. وبهذا فإن إرادة الأطراف كضابط لتحديد القانون أو النظام المسطري للدعوى التحكيمية تعلق على سلطة المحكم الدولي والتي تبقى محدودة إزاء سلطان الإدارة⁽⁵⁴⁾.

ويمكن القول بأن الأسس المنطقي لإعلاء إرادة الأطراف في مجال إجراءات التحكيم يكمن في اعتبارين أساسيين: الأول: هو أن التحكيم يبدو كقضاء اتفاقي يعتمد في الأسس على اتفاق الأطراف، وهو الأمر الذي يتعين معه إخضاع إجراءاته

⁵² - FOUCHARD (Ph.) : « *L'arbitrage commercial international* » Dalloz, 1965, p. 471 et suiv.

⁵³ - ROBERT (J.) : " *L'arbitrage: droit interne droit international privé*", Paris, Dalloz, 6éd 1996, p. 259.

⁵⁴ - عبد الرحمن علالي: " قانون الإرادة في التحكيم" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية- سلا، السنة الجامعية 2006-2007، ص145.

للقانون الذي اختاره هؤلاء. والثاني: هو أن هيئة التحكيم لا تنتمي إلى الجهاز القضائي لدولة محددة، ولا تستمد ولايتها من هذه الدولة أو تلك، وإنما هي هيئة مستقلة تستمد ولايتها من اتفاق طرفي النزاع وحده، فيكون للقانون الذي حدده هذا الاتفاق ما لقانون دولة القاضي من سلطان.

وفي هذا الإطار نصت الفقرتان الأولى والثانية من الفصل 42-327 من ق.م.م المغربي على أنه: "يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدد مباشرة أو استنادا إلى نظام التحكيم، المسطرة الواجب اتباعها خلال سير التحكيم. كما لاتفاق التحكيم إخضاع التحكيم لقانون المسطرة المحدد فيه". والملاحظ أن التشريع المغربي من خلال هذا النص كرس مبدأ سلطان إرادة الأطراف في تحديد التنظيم المسطري لخصوصية التحكيم الدولي، سواء بجواز الاتفاق مباشرة على وضع قواعد مسطرية محددة تحكم سير إجراءات عملية التحكيم، أو بالإحالة إلى قانون مسطري معين، سواء كان هو قانون المسطرة المدنية المغربي أو غيره، أو بالإحالة إلى نظام تحكيمي معين. وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1509 من ق.م.م.ف التي قضت بأنه: "يمكن أن يحدد اتفاق التحكيم، إما مباشرة وإما بالإحالة على نظام تحكيم أو على قواعد إجرائية، الإجراءات الواجب اتباعها خلال المحاكمة التحكيمية".

فلأطراف النزاع أن ينظموا بأنفسهم القواعد الإجرائية التي تتبعها الهيئة التحكيمية. إذ لهم الحق في أن يحددوا في اتفاقية التحكيم أو في أية وثيقة أخرى لاحقة بشكل مباشر، القواعد التي تحكم سير إجراءات مسطرة التحكيم من بدايتها إلى نهايتها، دون الإشارة إلى قانون دولة معينة. كما يمكن للأطراف الاقتصار على اختيار قواعد إجرائية محددة سواء تعلق الأمر بقانون دولة معينة أو نظام تحكيم معمول به لدى مؤسسة أو مركز تحكيم دولي.

و بالنسبة لقانون التحكيم التونسي فالملاحظ أنه ذهب بعيدا فيما يتعلق بالحرية الممنوحة للأطراف بخصوص اختيار إجراءات التحكيم، حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 64 من مجلة التحكيم على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا الباب ، للأطراف أن يتفقوا على الإجراءات التي على هيئة التحكيم اتباعها". ومن ثم يمكن القول بأن قانون التحكيم التونسي كان متحررا فيما يتعلق بالتحكيم الدولي إلى أقصى حد، حيث سمح للأطراف بتحديد القواعد الإجرائية التي على هيئة التحكيم

اتباعها بحرية وبدون الرجوع إلى أي قانون وطني أو نظام تحكيم معين كما فعل المشرعان المغربي والفرنسي.

وإذا كان البعض يتخوف من مبالغة الأطراف في ممارسة الحرية الممنوحة لهم في مجال إجراءات التحكيم، بحيث قد تتقلب وبالا على التجارة الدولية إذا أسيء استعمالها⁽⁵⁵⁾، فإن جانبا آخر من الفقه يهون من هذه الخطورة لسببين:⁽⁵⁶⁾

- أولهما: انتشار وغلبة التحكيم المؤسسي على صور التحكيم الأخرى، وهذا التحكيم تتولاه منظمات ومراكز تحكيم دائمة تتوفر لديها الخبرة والاحتراف، وتحرص على مراعاة القواعد الإجرائية الأساسية التي تضمن حقوق الدفاع.

- ثانيهما: أنه إذا كان للأطراف الحرية في اختيار القواعد الإجرائية، فلا يمكن أن ننسى بأن التحكيم ينتهي بصدور حكم، وهذا الأخير لن ينفذ إذا ثبت أن حقوق الدفاع الأساسية لم تتم مراعاتها أو حدثت مخالفة جوهرية للقواعد الإجرائية.

وفي الواقع يبدو لنا أن التخوف من إعطاء الأطراف حرية أكبر في مجال تحديد النظام الإجرائي لخصومة التحكيم أمر مبرر، على اعتبار أن الغالب هو عدم إلمامهم بعلم قواعد المسطرة وتطبيقاته في مختلف الدول، وهو ما قد سيؤدي إلى صدور حكم غير قابل للتنفيذ إذا لم تتم مراعاة القواعد الجوهرية الإجرائية في دولة محل تنفيذ الحكم، وكذلك القواعد الجوهرية الأمرة في دولة مقر التحكيم.

الفقرة الثانية

تحديد القانون الاجرائي الواجب التطبيق على خصومة التحكيم الدولي في غياب اتفاق الأطراف

عند عدم اتفاق الأطراف على الإجراءات الواجبة التطبيق في مجال التحكيم الدولي، يختلف موقف التشريعات ولوائح مراكز التحكيم في هذا الشأن، ويلاحظ وجود اتجاه يرجح أعمال قانون مكان التحكيم كضابط احتياطي، بينما يميل اتجاه

⁵⁵ - ناريمان عبد القادر: "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1996، ص 48.

⁵⁶ - FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.); « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit., p.666.

آخر إلى إعطاء هيئة التحكيم سلطة تحديد إجراءات مسطرة التحكيم وفق الكيفية التي تراها مناسبة.

أولاً: مدى تأثير إجراءات مسطرة التحكيم الدولي بقانون مكان إجرائه

يتفق أنصار هذا الاتجاه على أن القانون المسطري الواجب التطبيق على خصومة التحكيم الدولي هو قانون المحكم، على غرار خضوع الخصومة القضائية في المنازعة ذات العنصر الأجنبي لقانون القاضي، إلا أنهم اختلفوا حول المقصود بقانون المحكم، وظهر في هذا الصدد رأيان:

- الرأي الأول: قانون المحكم هو قانون الإرادة

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن قانون المحكم الواجب التطبيق على خصومة التحكيم الدولي من الناحية المسطرية هو القانون الذي اختاره الطرفان بإرادتهما. والأصل أن يكون هذا الاتفاق صريحاً بتسمية قانون المحكم، وقد يكون ضمناً يستفاد من اتفاق الطرفين على التحكيم في دولة معينة، دون أن يصرحوا باختيار قانون مسطري معين، فيكون القانون المسطري لهذه الدولة هو قانون خصومة التحكيم⁽⁵⁷⁾. ويستند هذا الرأي إلى الطبيعة العقدية أو الاتفاقية للتحكيم من ناحية، وإلى أن ولاية المحكم لا تستند إلى قانون دولة معينة وإنما تستمد سلطتها مباشرة من اتفاق الخصوم⁽⁵⁸⁾.

ويلاحظ أن اتفاق الخصوم على قانون معين ليطبق على إجراءات الخصومة لا يعني أن هذا القانون صار بمثابة قاعدة إسناد في هذا الشأن، وإنما يعني أن تصبح قواعده المسطرية جزءاً مادياً من اتفاق التحكيم تطبق بشكل مباشر على خصومة التحكيم⁽⁵⁹⁾. غير أن التحفظ يبقى قائماً بالنسبة لهذا الرأي، خاصة في حالة خلو اتفاق التحكيم من الإشارة إلى قانون معين، ويزداد الأمر تعقيداً إذا خلا اتفاق التحكيم من الإشارة إلى مقر التحكيم بشكل يستحيل معه استتباط إرادة ضمنية يمكن الاعتماد عليها للقول باختيار الأطراف لقانون دولة المقر، بل إنه حتى في حالة الاتفاق الصريح على مقر التحكيم، فإن هذا الاختيار غالباً ما يكون لاعتبارات أخرى

⁵⁷ - FOUCHARD (Ph.) : " *L'arbitrage commercial international* ", Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, vol 2, 1995, p. 499 et suiv.

⁵⁸ - FOUCHARD (Ph.) : " *L'arbitrage commercial international* ", op. cit., p. 472.

⁵⁹ - أحمد أبو الوفا: "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الخامسة 1988، ص 80 وما بعدها.

غير اعتماد القانون المسطري لدولة المقر، كاعتبارات المناخ وسهولة الاتصالات وحياد المكان⁽⁶⁰⁾.

الرأي الثاني: قانون المحكم هو قانون دولة المقر

يسود هذا الرأي في الدول الأنجلو أمريكية، ويذهب إلى أن القانون المسطري الواجب التطبيق على خصومة التحكيم الدولي هو قانون دولة مقر التحكيم، والذي يعتبر بهذه الصورة قانون المحكم، سواء اتفق الأطراف على ذلك أو لم يتفقوا. فإذا اتفقوا على قانون مسطري آخر، تبقى لقانون دولة المقر السيادة، بحيث إذا خالفت القواعد المسطرية المتفق عليها النظام العام في القانون المسطري لدولة المقر، تعين استبعاد القانون المتفق عليه وتطبيق قانون دولة المقر، إعمالاً للأثر السالب والأثر الموجب لفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص⁽⁶¹⁾. ويستند هذا الرأي إلى غلبة الطبيعة القضائية للتحكيم على طبيعته العقدية من ناحية، وإلى مبدأ إقليمية القانون المسطري من ناحية أخرى⁽⁶²⁾.

غير أن هذا الرأي بدوره لم يسلم من النقد، لصعوبة استنباط إرادة الأطراف واتجاهها نحو تطبيق قانون مسطري معين لمجرد اختيارهم التحكيم على أراضي دولة معينة. فقد يكون هذا الاختيار لاعتبارات أخرى بعيدة تماماً عن رغبتهم في تطبيق القانون المسطري لهذه الدولة، بل قد يرجع اختيارهم لهذه الدولة إلى ما أسماه رأي "بالمزاج السياحي"⁽⁶³⁾. فضلاً عن ذلك فإن هذا الرأي قد يهدد مبدأ تكافؤ الفرص بين الخصوم، ذلك أن أحد الطرفين قد يقنع الطرف الآخر باختيار دولة معينة لأنه أكثر إماماً أو محاميه بالقانون المسطري في هذه الدولة، كما أنه أيضاً يبقى من غير الملائم إخضاع خصومة التحكيم لقانون دولة المقر عندما يكون الأطراف في نزاع لا علاقة له بدولة مقر التحكيم⁽⁶⁴⁾.

⁶⁰ - إبراهيم أحمد إبراهيم: "التحكيم الدولي الخاص"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2001، ص 80 وما بعدها.

⁶¹ - FOUCHARD (Ph.): « *L'arbitrage commercial international* », op. cit., p. 495 et suiv.

⁶² - FOUCHARD (Ph.): « *L'arbitrage commercial international* », op. cit., p. 497.

⁶³ - أبو زيد رضوان: "الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الثاني، دولية التحكيم التجاري"، مجلة الحقوق والشريعة، تصدرها كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، العدد الثاني، السنة 1978، ص 43.

⁶⁴ - مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 1998، ص 215.

وفي الأخير، نعتقد أنه لا يمكن إنكار الدور الذي يمثله قانون دولة مقر التحكيم⁽⁶⁵⁾، على اعتبار أنه يتدخل في مختلف مراحل عملية التحكيم. فعند بدء هذه الأخيرة تتدخل محاكم دولة مقر التحكيم للمساعدة في تشكيل هيئة التحكيم إذا اعترضت الأطراف صعوبة في ذلك، (الفصل 41-327 من ق.م.م.م.)، وأثناء سير الخصومة تتدخل محاكم دولة المقر عادة للأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، (الفصل 1-327 من ق.م.م.م.)، أو لإجبار أحد الأطراف على تنفيذ ما صدر عن هيئة التحكيم من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع، (الفصل 15-327 من ق.م.م.م.)، بالإضافة إلى أنه بعد صدور المقرر التحكيمي مادة التحكيم الدولي فإنه لا يجوز الطعن فيه بالبطلان إلا أمام محاكم دولة مقر التحكيم، (الفصل 51-327 من ق.م.م.م.).

غير أن هذه المعطيات لا يمكن أن تبرر فرض تطبيق قانون دولة مقر التحكيم كقاعدة عامة، ذلك أن التحكيم جوهره إرادة الأطراف، لذلك يتعين دائما الاحتكام إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق على النظام المسطري لخصومة التحكيم، وفي حالة سكوت أو عدم اتفاق الأطراف على ذلك، فإنه يتعين إسناد هذه المهمة إلى الهيئة التحكيمية.

ثانياً: خضوع إجراءات مسطرة التحكيم الدولي لسلطة هيئة التحكيم

اتجهت الآن معظم المعاهدات الدولية وأنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم، وكذا التشريعات الوطنية إلى تحرير مشكلة تحديد النظام المسطري لخصومة التحكيم الدولي من قيود نظرية تنازع القوانين، وإعطاء المجال فسيحاً أمام سلطة المحكمين وإرادة الخصوم في تحديد القواعد المسطرية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم الدولي، بغير ارتباط بقانون مسطري معين سواء كان هو قانون دولة المقر أو قانون العقد⁽⁶⁶⁾.

والواقع أن هذا الاتجاه بدوره لم يسلم من النقد، على اعتبار أن التحرر من القيود المسطرية لقانون دولة المقر من شأنه أن يهدد الضمانات الأساسية للتقاضي، كما أنه لا يعني إعطاء الحرية الكاملة لهيئة التحكيم في تحديد التنظيم المسطري لخصومة

⁶⁵ - انظر في مدى تأثير التحكيم الدولي بقانون مكان إجراءاته أستاذنا محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة 1982، ص 116 وما يليها.

⁶⁶ - **MAYER (P.)** : " *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil Law et de commun Law*", Rev. arb.1995, p.163 et suiv.

التحكيم، خاصة في الحالة التي يضطر فيها المحكم إلى إعمال قانون مسطري وطني معين، ضمانا لفاعلية مقرره عند التنفيذ في دولة المقر⁽⁶⁷⁾.

غير أن هذا النقد يبقى مردودا عليه، بكون الأنظمة الوطنية وكذا التشريعات الداخلية لمراكز ومؤسسات التحكيم لم تترك الحرية المطلقة للمحكمين في تحديد التنظيم المسطري لخصومة التحكيم الدولي، بل قيدت هذه الحرية بقيدتين أساسيين: الأول: يتمثل في ضرورة احترام النظام العام الدولي، والثاني: ضرورة احترام الضمانات الأساسية في التقاضي بشكلها التقليدي على الأقل المتمثل في احترام حقوق الدفاع وبما تقتضيه من المساواة بين الخصوم من ناحية، والمواجهة بينهما من ناحية أخرى⁽⁶⁸⁾. أما القول بأن المحكم قد يختار القانون المسطري لدولة التنفيذ أو المحتمل أن يكون فيها التنفيذ، فهذه ميزة يجب التشجيع عليها ولا تتطوي على أي عيب، ف ضمان فاعلية تنفيذ المقرر التحكيمي ينبغي ألا تقل أهمية عن احترام الضمانات الأساسية في التقاضي.

وهذا النهج تبنته جل التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي⁽⁶⁹⁾ والتونسي⁽⁷⁰⁾، وكذا التشريع الوطني، حيث نص المشرع المغربي في الفقرة الأخيرة من الفصل 42-327 من ق.م.م على أنه: "إذا لم يرد نص بشأن ذلك في اتفاق التحكيم، قامت الهيئة التحكيمية عند الحاجة، بتحديد القاعدة المسطرية الواجب اتباعها إما مباشرة أو بالرجوع إلى قانون أو نظام تحكيم معين". كما أضاف الفصل 43-327 من نفس القانون أنه: "إذا كان التحكيم خاضعا لقانون المسطرة المدنية المغربي، فإن

⁶⁷ - سامية راشد: "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1986، ص 47 وما بعدها.

⁶⁸ - KAUFFMANN- KOHLER (G.) : " *Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité*", Litec, 2004.

⁶⁹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 1509 من ق.م.م.ف على أنه: "عند خلو اتفاق التحكيم من نص على ذلك، تحدد الهيئة التحكيمية الإجراءات عند الاقتضاء إما مباشرة أو بالإحالة على نظام تحكيم أو قواعد إجرائية". وأضافت المادة 1510 من نفس القانون أنه: "مهما كانت الإجراءات المختارة، تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المواجهة".

⁷⁰ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 64 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "... فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم- مع مراعاة أحكام هذا القانون- أن تسيّر في التحكيم حسب الطريقة التي تراها مناسبة".

مقتضيات الجزئين الفرعيين الثاني والثالث بالفرع الأول من هذا الباب، لا تطبق إلا عند غياب أي اتفاق خاص مع مراعاة مقتضيات الفصولين 327-41 و327-42 أعلاه".

وعليه، فإنه يمكن لهيئة التحكيم أن تضع بنفسها ولنفسها القواعد الإجرائية لكل مسألة من المسائل الإجرائية التي تصادفها مسطرة التحكيم، ولها أن تضع هذه القواعد جملة عند اتصالها بالنزاع، ولها أيضا أن تقرر اتباع النظام المسطري المعتمد في منظمة أو مركز تحكيمي، ولها أخيرا أن تقرر اتباع الإجراءات النافذة في قانون أجنبي⁽⁷¹⁾.

وما يمكن ملاحظته في هذا الإطار هو أن المشرع التونسي في المادة 64 من مجلة التحكيم وضع قيودا على سلطة المحكم في تحديد المسطرة الواجب اتباعها، بحيث منحه ولاية احتياطية يقتصر مجالها على الحالات التي لم ينظمها قانون التحكيم التونسي. ومثل هذا القيد لا نجده سواء في القانون الفرنسي (المادة 1506 من ق.م.م) أو في القانون المغربي (الفصل 42-327 من ق.م.م)، وهو ما يمكن اعتباره ميزة أساسية وإيجابية تخلق محيطا قانونيا ملائما للاستثمار بشكل عام.

والملاحظ أن المشرع المغربي شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي حدد ثلاثة مستويات لاختيار التنظيم المسطري لخصومة التحكيم الدولي:

- **المستوى الأول:** ترك للخصوم حرية وضع التنظيم المسطري بأنفسهم سواء بشكل مباشر أو استنادا إلى نظام معين للتحكيم، ولكن قلما يحدث ذلك في الواقع العملي، حيث غالبا ما يتفق الخصوم على مبدأ التحكيم تاركين باقي التفاصيل بغير اتفاق. ومن هذه التفاصيل القواعد المسطرية الواجبة التطبيق على خصومة التحكيم. والسبب في ذلك يرجع إلى أن الأطراف غالبا ما يهملون عن عمد مثل هذا التحديد، لعدم رغبتهم في إثارة أي خلاف بينهم أثناء نشوء المعاملة الأصلية موضوع التحكيم أو لعدم اتفاقهم على حل معين⁽⁷²⁾.

- **المستوى الثاني:** إمكانية الاتفاق على تطبيق قانون مسطرة محدد في اتفاق التحكيم ذاته، يقوم من خلاله الخصوم بوضع التنظيم المسطري الواجب على هيئة التحكيم سلوكه.

⁷¹ - PINSOLLE (Ph.) et KREINDLER (R.H.) : « Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale » Rev. arb. 2003, p. 41 et suiv.

⁷² - أستاذنا محمد الوكيل: " تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، مرجع سابق، ص 116.

- **المستوى الثالث:** في حالة عدم وجود نص صريح في اتفاق التحكيم على ما ذكر سابقاً، تظهر السلطة الاحتياطية المخولة لهيئة التحكيم، حيث تقوم بتحديد القواعد المسطرية الواجب اتباعها إما مباشرة أو بالرجوع إلى قانون أو نظام تحكيم معين. وما يمكن تسجيله بهذا الصدد هو أن المشرع المغربي في هذا الفرض وهو الغالب في الواقع العملي، أعطى لهيئة التحكيم سلطة واسعة في تحديد النظام المسطري الواجب التطبيق على خصومة التحكيم الدولي، وكان أقل حرصاً على النص على وجوب احترام الضمانات الأساسية في التقاضي التي حرص على التتصيص عليها صراحة في التحكيم الداخلي (الفقرة الثالثة من الفصل 10-327 من ق.م.م)، وذلك على خلاف المشرع التونسي الذي نظم التحكيم الدولي في الباب الخامس من مجلة التحكيم، واستهل القسم الخامس منه والمتعلق بسير إجراءات التحكيم بالفصل 63 الذي نص فيه على أنه: "يجب أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهم فرصة كاملة للدفاع عن حقوقه". وهو نفس الأمر الذي أقره المشرع الفرنسي في المادة 1510 من ق.م.م الذي ورد ضمن الفصل الثاني المتعلق بالمحاكمة التحكيمية وجاء فيه: "مهما كانت الإجراءات المختارة، تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف، وتحترم مبدأ المواجهة".

المبحث الثاني

مضمون سلطة المحكم في اختيار عناصر التنظيم

المسطري لخصومة التحكيم

يتمتع الأطراف، وبصفة ثانوية هيئة التحكيم، بحرية واسعة في تنظيم إجراءات مسطرة التحكيم. ويهمنا في هذا الإطار أن نتناول بعض المسائل المسطرية الهامة التي يتعين حسمها من قبل المحكم والأطراف قبل بدء الإجراءات. ذلك أن المحكمين وعلى خلاف قضاة الدولة يتمتعون بحرية اختيار مكان إجراء التحكيم ولغته "المطلب الأول" وتحديد آجاله و كلفته "المطلب الثاني".

المطلب الأول

حدود سلطة المحكم في اختيار مكان

إجراء التحكيم ولفته

عمل المشرع المغربي في قانون المسطرة المدنية على ضمان حرية الأطراف، وبصفة ثانوية هيئة التحكيم في اختيار مكان التحكيم "الفقرة الأولى"، وكذا اختيار اللغة أو اللغات التي ستستعمل في إجراءات التحكيم "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

حدود حرية المحكم في اختيار مكان إجراء التحكيم

بعكس القضاء الوطني الذي يتقيد فيه الخصوم بقواعد الاختصاص المكاني أو المحلي، فإن التحكيم يتحرر من هذه القواعد، حيث يتحدد مكان التحكيم وفقا لإرادة الخصوم أنفسهم، أو وفقا لإرادة المحكمين في حالة عدم وجود اتفاق بين الخصوم⁽⁷³⁾.

ولقد اهتم المشرع المغربي بتنظيم مسألة تحديد مكان التحكيم بنص واضح هو نص الفقرة الثانية من الفصل 10-327 من ق.م.م التي أوضحت بأنه: "...ولطرفي التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم في المملكة المغربية أو خارجها، فإذا لم يوجد اتفاق عينت هيئة التحكيم مكانا ملائما للتحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى ومحل إقامة الأطراف، ولا يحول ذلك دون أن تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك".

و يتضح من صياغة هذا الفصل أن المشرع المغربي لم يضع أية قيود على حرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم، بينما قيد حرية المحكم في اختياره لمكان التحكيم بأن يكون ملائما و مراعيًا لظروف الدعوى و لمحل إقامة أطرافها. ويرى جانب من الفقه⁽⁷⁴⁾ أن المشرع الفرنسي ينطلق من مبدأ عام، قوامه أن دولة المقر لا تعد مركز الثقل الأساسي للتحكيم، إذ أن اختيار مقر التحكيم لا يعدو أن يكون في حقيقة الأمر تعبيرًا عن أمور تتعلق براحة الأطراف المتنازعة، ولا يتضمن

⁷³ - محسن شفيق، " التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص 4.

⁷⁴ - GAILLARD (E.) : « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origines », J.D.I 1998, p. 646 et suiv.

- FOUCHARD (Ph.) : « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev, arb.1997, p.329 et suiv.

هذا الاختيار في ذاته أي تشبيهه بين المحكم ودور القضاء المحلي، علاوة على أن المحكم لا يعدو أن يكون شخصا مختارا من قبل الأطراف وليس بقاض. وترتبا عن ذلك، فإن هيئة التحكيم التي تعقد جلساتها في فرنسا، غير ملزمة باتباع القواعد الإجرائية المنصوص عليها في القانون الفرنسي، باستثناء تلك المتعلقة بالنظام العام الإجرائي، وأيضا فإن صحة اتفاق التحكيم ذاته والتي تعد أسس صحة مقرر التحكيم الصادر في الخارج والذي يطلب تنفيذه في فرنسا، لا يتم تقديرها وفقا لمفاهيم دولة مقر التحكيم، ولا وفقا لأي نظام قانوني محدد لنهج التنازع، ولكن وفقا للمفهوم الذي تعطيه والذي تتطلبه مقتضيات النظام الدولي من أجل استقبال هذا المقرر وتنفيذه⁽⁷⁵⁾.

هذا ويتعين على أطراف خصومة التحكيم بصفة عامة الإلمام بقانون محل التحكيم قبل اختياره والتحقق مما يقدمه من ضمانات، وبصفة خاصة لغير مواطني الدولة التي يجري التحكيم فيها، وأن يكون الإلمام بقانون محل التحكيم هو الدافع لاختيار مكان التحكيم. فهذا القانون يمارس دورا هاما رغما عن إرادة الأطراف التي ينتهي دورها باختياره، فيلتزم المحكم باحترام قواعد النظام العام في مكان التحكيم وتغليبها على أحكام القانون الذي قد يختاره الأطراف لحل النزاع.

وغالبا ما تتم المفاضلة عند اختيار مكان التحكيم بين العناصر التالية:

الأول: ويتمثل في البنية المادية، بمعنى اللغة المستعملة في هذه الدولة، وتسهيلات الإقامة والانتقال والاتصالات والمواصلات وما شابه ذلك.

الثاني: يتمثل في البنية المسطرية، بمعنى القواعد المسطرية الواجبة التطبيق على التحكيم الدولية. فغالبية الأنظمة القانونية الوطنية تفرد قوانين مستقلة للتحكيم الدولية وتخصها بمعاملة تختلف عن التحكيم الداخلية، حيث تقل الضمانات ويتسع المجال التقديري للأطراف ولهيئة التحكيم.

الثالث: يتعلق بالبنية القانونية، كالمحكّمين والمحامين والكتاب والمترجمين والخبراء، ويأتي اختيارهم غالبا من مكان التحكيم لتوفير نفقات الانتقال، فضلا عن خبرتهم بلغة وقانون هذه الدولة. ويتحدد نطاق الاستعانة بهم تبعا لطبيعة النزاع ولاحتياج الأطراف وهيئة التحكيم⁽⁷⁶⁾.

⁷⁵ - GAILLARD (E.) : « Note sous cass.1^{er} ch. Civ. 10 juin 1997 », J.D.I 1997, p.1033 et 1034.

⁷⁶ - حسن المصري: " التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، طبعة 2006، ص 292.

والملاحظ أن المشرع التونسي كان أكثر دقة وشمولية فيما يتعلق بتحديد مكان إجراء التحكيم، حيث سعى إلى ضمان حرية الأطراف أساسا وهيئة التحكيم احتياطيا في اختيار مكان إجراء التحكيم، وذلك في إطار الفصل 65 من مجلة التحكيم الذي ينص على أن: "للأطراف أن يتفقوا على مكان التحكيم داخل تراب الجمهورية أو خارجها، فإذا لم يتفقوا تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف القضية بما في ذلك راحة الأطراف، مع مراعاة أحكام الفصل 47 من هذه المجلة".

وتعتبر حرية الأطراف و كذا حرية هيئة التحكيم في اختيار مكان إجراء التحكيم على غاية من الأهمية والخطورة. ذلك أن اختيار مكان التحكيم قد يؤثر على مسألة تطبيق أحكام القانون في المكان. وفي هذا الإطار ينص الفصل 47 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "1- تطبق أحكام هذا الباب على التحكيم الدولي مع مراعاة الاتفاقية الدولية التي التزمت الدولة التونسية بتنفيذها.

2- باستثناء أحكام الفصول 53، 54، 80، 81 و 82 من هذه المجلة، لا تطبق أحكام هذا الباب إلا إذا كان مكان التحكيم واقعا في التراب التونسي ، أو إذا وقع اختيار هذه الأحكام سواء من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم".

وبالتالي يمثل اختيار مكان التحكيم اختيارا لأحد المعيارين الوارد بهما الفصل 47 المذكور والمؤدي إلى ما يعرف بالتوطين الموضوعي أو الاختياري للتحكيم. وتبرز أهمية حرية اختيار مكان التحكيم بوجه خاص في تجنب توطين التحكيم في دولة يتميز تشريعها في مادة التحكيم بالصرامة والحد من حرية الأطراف وهيئة التحكيم أو تتميز بتشديد الرقابة على الأحكام التحكيمية⁽⁷⁷⁾.

وقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في الفقرة الأولى من المادة 20 على أنه: "للطرفين حرية الاتفاق على مكان التحكيم، فإن لم يتفقا على ذلك تولت هيئة التحكيم تعيين هذا المكان على أن تؤخذ في الاعتبار ظروف القضية، بما في ذلك راحة الطرفين".

⁷⁷ - أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس طبعة 2006، ص 108.

وعموماً يمكن القول بأنه تترتب على اختيار مكان التحكيم آثار عديدة، فلقضاء الدولة التي يقام فيها التحكيم سلطات واسعة في تدعيم سير التحكيم أو إفساد فاعليته. فقانون مكان التحكيم يفرض رقابته على الإجراءات، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بمؤهلات المحكمين وشروط تعيينهم وشكل الإجراءات⁽⁷⁸⁾. كما أنه في حالة عدم تحديد مكان التحكيم سواء من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم، فإن المحكمة المعروض عليها الأمر تستخلص ذلك من القرائن المتعلقة بالمقرر التحكيمي. وهكذا قضت المحكمة الابتدائية الأولى في بيروت بأنه: "وحيث إنه من مراجعة القرارين التحكيمين موضوع هذه الدعوى، يتبين أنه ورد في أعلى الصفحة الأولى لكل منهما العبارة التالية: "شارع سعيد عقل، بناية الشدياق بيروت لبنان"، فيما أنه لم يرد فيهما أية عبارة تفيد عن مكان حصول إجراءات التحكيم وعن مكان صدورهما، بحيث إن المحكمة تستخلص مما تقدم قرينة على أن كافة هذه الإجراءات قد حصلت في مكتب المحكم الكائن في بيروت على العنوان المبين أعلاه"⁽⁷⁹⁾.

الفقرة الثانية

السلطة الاحتياطية للمحكم في اختيار لغة إجراءات التحكيم

اللغة هي أداة الفكر ولا يتسنى للخصوم التعبير عن وجهات نظرهم إلا بلغتهم الأصلية أو بلغة يتقنونها. لذا يلتزم المحكم بلغة الأطراف، ولا يجب التساهل في ذلك احتراماً لحقوق الدفاع. فقد تكون اللغة عائقاً أمام عرض الخصم لدعواه وسبباً لخسارتها، ومن المتصور اتفاق الأطراف على استعمال لغة مغايرة للغة الأصلية مقدرين تبعات هذا الاختيار، وقد يتفق الخصوم على الاستعانة بأكثر من لغة⁽⁸⁰⁾.

ولقد ضمن قانون التحكيم المغربي حرية اختيار اللغة أو اللغات التي ستستعمل في إجراءات التحكيم عندما نص في الفقرة الأولى من الفصل 13-327 من ق.م.م على أنه: "يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، أو تحدد هيئة التحكيم لغة أو لغات أخرى، ويسري حكم الاتفاق أو القرار على لغة البيانات

⁷⁸ - فضلاً عن الدور الذي يلعبه مكان التحكيم كمؤثر لتحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، استناداً إلى الاختيار الضمني لهذا القانون بمقتضى اختيار هذا المكان للتحكيم فيه. هدى محمد مجدي عبد الرحمن: " دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1997، ص 207.

⁷⁹ - الحكم الصادر عن الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت تحت رقم 47/48 بتاريخ 2012/11/7، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت) يناير 2013، العدد السابع عشر، السنة الخامسة، ص 604 وما بعدها.

⁸⁰ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق ص 209.

والمذكرات المكتوبة والوثائق والمرافعات الشفهية، وكذا على كل قرار تتخذه الهيئة أو حكم تصدره، ما لم ينص اتفاق الطرفين أو قرار هيئة التحكيم على غير ذلك". وحسنا فعل المشرع المغربي بأن جعل الأصل هو اللغة العربية⁽⁸¹⁾. وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل 13-327 المذكور على أنه: "لهيئة التحكيم أن تقرر أن يرفق بكل أو بعض الوثائق المكتوبة التي تقدم في الدعوى ترجمتها إلى اللغة أو اللغات المستعملة في التحكيم، وفي حالة تعدد هذه اللغات يجوز قصر الترجمة على بعضها".

ونعتقد وجاهة هذا النص، لأن إلزام هيئة التحكيم للأطراف بترجمة كافة الوثائق والمستندات من شأنه أن يكبد الخصوم الكثير من الوقت والتكاليف، ومن هنا تمارس هيئة التحكيم سلطة تقديرية في تكليف الأطراف بترجمة الوثائق الهامة الحاسمة في النزاع. ونرى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتقدم أحد أطراف التحكيم بطلب ترجمة وثيقة ما يرى أهميتها أو يبادر إلى تقديم ترجمة رسمية لها.

والواقع أن حرية اختيار لغة إجراءات التحكيم تم التنصيص عليها من طرف العديد من الأنظمة الوطنية ومنها القانون التونسي، حيث نص الفصل 67 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "1- للأطراف أن يتفقوا على اللغة أو اللغات التي ستستعمل في إجراءات التحكيم...2- لهيئة التحكيم الإذن بأن يرفق بأي وثيقة ترجمة لها إلى اللغة أو اللغات التي اتفق عليها الأطراف أو عينتها هيئة التحكيم".

وهذه الحرية في اختيار لغة التحكيم نص عليها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 22 منه التي تنص على أنه: "للأطراف أن يتفقوا على اللغة أو اللغات التي تستعمل في إجراءات التحكيم، وإلا عينت هيئة التحكيم اللغة أو اللغات التي تستعمل في هذه الإجراءات". كما نصت المادة 15 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في فقرتها الثانية على أن: "لغة أو لغات التحكيم يتم تعيينها من قبل هيئة التحكيم التي تأخذ في الاعتبار خاصة ظروف ولغة العقد".

⁸¹ - راجع الآراء المختلفة حول النصوص التي تمنح المحكم سلطة تحديد لغة الإجراءات، سامية راشد: "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1986، ص 135.

وتجدر الإشارة إلى أن موضوع لغة التحكيم يعتبر من المواضيع التي تتسم بالحساسية والتعقيد، فمن الأفضل دائماً أن تحدد من قبل الأطراف في اتفاق التحكيم، لا أن يترك موضوعها لهيئة التحكيم⁽⁸²⁾.

ذلك أن تحديد اللغة في اتفاق التحكيم يساعد كثيراً في اختيار المحكمين انطلاقاً من أن: "لغة التحكيم تأتي بالمحكمين وليس المحكمون هم الذين يأتون بها"⁽⁸³⁾. لأن اللغة تحدد من هو المحكم الذي يمكن أن يكون أنسب للنظر في النزاع، بحيث تكون اللغة هنا متلائمة مع خيار تحديد القانون المطبق، وتكون لغة التحكيم نفس لغة هذا القانون، بحيث يأتي إلى التحكيم حقوقيون قرييون من روح القانون المطبق مطلعين على فقهاء والاجتهاد فيه، وليس من مجرد ترجمته، فيعطي القرار التحكيمي حسماً نابعا من واقع العدل وملائماً لروح الحق وليس حلاً نظرياً⁽⁸⁴⁾.

ويجب التنبيه في الأخير إلى أن مسألة اختيار لغة إجراءات التحكيم لا تطرح في الغالب في إطار التحكيم الداخلي. ذلك أنه من المفروض أن الأطراف ينتمون إلى نفس الدولة وبالتالي يستعملون نفس اللغة، وهو ما يؤدي إلى القول بأن هذه المسألة هي من خاصيات التحكيم الدولي، الذي يجمع عادة بين أطراف من جنسيات مختلفة تختلف تبعاً لها لغاتهم.

وتأتي حرية الأطراف وبشكل احتياطي حرية هيئة التحكيم في اختيار لغة أو لغات إجراءات التحكيم، لتمكن كل طرف من الدفاع عن حقوقه وإبداء آرائه ومناقشة كل نقاط النزاع بكل راحة وبعيدا عن كل التبلس يمكن أن يحدث لأحد الأطراف بسبب عدم فهم لغة الخصم. فضمن حرية اختيار اللغة في إجراءات التحكيم التجاري الدولي هي ضمانة للمساواة بين الطرفين وضمنة لممارسة أفضل لحق الدفاع أثناء إجراءات التحكيم.

⁸² - شاهر مجاهد الصالحي: "لغة التحكيم"، مجلة التحكيم (بيروت) ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010، مقال مقدم لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسسترال في بيروت من 15 إلى 17 أبريل 2010.

⁸³ - عبد الحميد الأحديب: "اتجاهات تعديل قواعد اليونسسترال في ضوء متطلبات الممارسين" مقال منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 10، ص 20.

⁸⁴ - عبد الحميد الأحديب: "اتجاهات تعديل قواعد اليونسسترال في ضوء متطلبات الممارسين" مرجع سابق، ص 23.

المطلب الثاني

نطاق سلطة المحكم في تحديد آجال التحكيم وكلفتها

غالبا ما يتجه أطراف النزاع إلى التحكيم نظرا لما يتميز به عن قضاء الدولة من سرعة في الفصل، خاصة وأن المحكم يكون ملزما بإصدار الحكم خلال مهلة التحكيم "الفقرة الأولى"، وتقترن عادة آجال التحكيم بكلفتها، ذلك أنه كلما طالت مدة التحكيم كلما زادت التكلفة والمصاريف، وتشمل كلفة التحكيم مصاريف المحاكمة التحكيمية ذاتها والمصاريف التي أنفقت في تحضير وسير الإجراءات "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

التزام المحكم بإصدار المقرر التحكيمي خلال مهلة التحكيم

من أهم واجبات المحكم، إصدار المقرر التحكيمي في المنازعة المعروضة عليه، لأنه تم التعاقد معه من قبل الخصوم بغية إنهاء النزاع، لذلك فإن النتيجة النهائية لالتزام المحكم هي إصدار المقرر، وهو حق للخصوم، ويتعين على المحكم أن يضع جدولا زمنيا مع الخصوم لإجراءات الخصومة، و يعمل من خلاله على إصدار المقرر أثناء مهلة التحكيم. وعند إصدار هذا المقرر يراعي المحكم اعتبارين: **أولهما:** ألا يصدر المقرر إلا بعد أن يطمئن وتستقر قناعته على رأي معين بعد الاطلاع على أوراق ومستندات الدعوى التي قدمت من الخصوم.

ثانيهما: ضرورة إصدار مقرره خلال مهلة التحكيم. وترتبط عن ذلك، فإن على المحكم مراعاة المناورات التي قد يلجأ إليها الخصوم بغية تعطيل الإجراءات حتى يعجز المحكم عن إصدار المقرر التحكيمي خلال مهلة التحكيم⁽⁸⁵⁾.

وقد تنبه المشرع المغربي للمناورات التي قد يقوم بها الخصوم في بعض الأحيان من أجل تعطيل الإجراءات، وخول للمحكم حق إصدار المقرر إذا تخلف أحد الخصوم عن حضور أي من جلسات التحكيم أو تقديم ما طلب منه من مستندات وذلك استنادا

⁸⁵ - **HARRIS (C.)** : « *Abuse of the Administration Process Delaying Tactics and Disruptions* »9 (2) journal of international Arbitration, June 1992, p 89-90.

إلى الأدلة المتوفرة لديه⁽⁸⁶⁾. ويعتبر هذا النص منطقيًا باعتبار أن العلة من التوجه إلى التحكيم هي التعجيل في الإجراءات، ومن هنا تظهر الحاجة إلى تحديد أجل لإصدار المقرر التحكيمي.

وفي هذا المعنى نص الفصل 20-327 من ق.م.م على أنه: "إذا لم يحدد اتفاق التحكيم للهيئة التحكيمية أجلًا لإصدار الحكم التحكيمي، فإن مهمة المحكمين تنتهي بعد مضي ستة أشهر على اليوم الذي قبل فيه آخر محكم مهمته. يمكن تمديد الأجل الاتفاقي أو القانوني بنفس المدة إما باتفاق الأطراف وإما من لدن رئيس المحكمة بناء على طلب من أحد الأطراف أو من الهيئة التحكيمية. إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة أعلاه، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من رئيس المحكمة المختصة أن يصدر أمرًا بإنهاء إجراءات التحكيم، فيكون لأي من الطرفين بعد ذلك رفع دعواه إلى المحكمة المختصة أصلاً للنظر في النزاع".

ويتناول النص المتقدم، الأجل الذي يتعين أن يصدر خلاله مقرر التحكيم الداخلي وكيفية احتسابه، ويؤكد على حرية الأطراف في تحديد أجل إصدار المقرر التحكيمي. فكما أن الخصوم بإرادتهم المنفردة اختاروا التحكيم، فيكون لهم من باب أولى تحديد أجل البت بما يحقق مصالحهم. بيد أنه في حال إغفال ذلك، فإن المشرع يسعى إلى استكمال البيان على أسس اتجاه إرادة الخصوم للأخذ بما قرره المشرع. وقد حدد المشرع أجلًا لإصدار المقرر التحكيمي في ستة أشهر ابتداء من اليوم الموالي الذي قبل فيه آخر محكم مهمته.

والملاحظ أن المشرع المغربي حدد أيضًا بداية احتساب المهلة التي يتعين خلالها إصدار المقرر التحكيمي، سواء الاتفاقية أو القانونية، وذلك تلافياً لأي إخلال قد يثار بشأن حسابها. ويبدأ حساب المدة المذكورة ابتداءً من اليوم الموالي الذي قبل فيه آخر محكم مهمته. وإذا لم يتمكن المحكم من إصدار المقرر خلال المهلة المحددة اتفاقاً أو قانوناً وفقاً لمقتضيات الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 20-327 المذكور، عد المحكم مغلاً بالتزام تعاقدية ما لم يكن ذلك راجعاً لخطأ الخصوم.

⁸⁶ - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 14-327 من ق.م.م على أنه: "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو تقديم ما طلب منه من مستندات يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى الأدلة المتوفرة لديها".

أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي، فقد كرس المشرع المغربي نظاما أكثر مرونة، إذ لا يوجد في الفرع المتعلق بالتحكيم الدولي أي نص يوجب البت في النزاع في أجل معين، وهو ما يعني منح الأطراف وهيئة التحكيم حرية تحديد آجال التحكيم، مع التزام المحكمين بالبت في النزاع في أسرع وقت ممكن و منحهم سلطة تقديرية واسعة في ذلك. وهو الأمر الذي كرسته أيضا مجلة التحكيم التونسية.

وفي هذا الإطار يتعين على الأطراف وهيئة التحكيم حسن استغلال هذه الحرية. أما المشرع الفرنسي فقد تنبه إلى هذا المقتضى وألقى التزاما على عاتق كل من الأطراف وهيئة التحكيم بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة 1464 من ق.م.ف التي تنص على أنه: "يعتمد الأطراف والمحكمون السرعة والأمانة في تسيير الإجراءات". وهو الالتزام الذي كرسه أيضا على مستوى التحكيم الدولي بمقتضى المادة 1506 من ق.م.ف التي أحالت على الفقرة الثالثة من المادة 1464 من نفس القانون.

الفقرة الثانية

حدود سلطة المحكم في تحديد أتعابه

لم يتطرق المشرع المغربي إلى تنظيم طرق وكيفية أداء أتعاب المحكم من قبل الخصوم، وإنما تركها لاتفاق الخصوم والمحكم أو المحكمين تطبيقا لمبدأ حرية التعاقد. وقد يأخذ تحديد الأتعاب عدة أشكال، ونشير قبل تناول هذه الصور إلى أنها تخضع لمحض تقدير الخصوم والمحكم، إلا إذا كانت محددة سلفا من قبل مؤسسة التحكيم. فقد يتفق الخصوم والمحكم على تحديد أتعاب المحكم وتكون مناصفة بين الخصوم. ويكثر الأخذ بهذا النمط في التحكيم الحر حيث يكون الخصوم ملتزمين شخصيا وتضامنيا في أداء أتعاب المحكم. ويتكبد الخصوم تكاليف الإحالة إلى التحكيم أو التكاليف الإدارية، ويشمل ذلك تكاليف وأجور الممثلين القانونيين لأطراف التحكيم وأجور الخبراء ثم الشهود والأشخاص الذين

ساعدوا المحكم على أداء مهمته، وكذا تكاليف إصدار المقرر، وهي الأجر التي تقدم للمحكم لقاء أتعابه وما أنفق من مصروفات⁽⁸⁷⁾.

وقد ينص القانون على تخويل المحكم سلطة تحديد أتعابه وما يتحمله كل خصم، إلا أنه في حالة عدم الاتفاق سلفا بين الخصوم والمحكم على تحديد أتعابه ينظر إلى ذلك على أنه اتفاق ضمني بين الخصوم والمحكم على منح هذا الأخير سلطة تحديد أتعابه⁽⁸⁸⁾.

وعموما فالمحكم ليس مطلقا من أي قيد في تحديد أتعابه وما يتحمله كل خصم، بل تكون أتعابه معقولة بالنظر إلى ما أداه من عمل على أسس مدة التحكيم والصعوبات التي واجهته وقيمة الدعوى و مركز المحكم الأدبي، مع الأخذ بعين الاعتبار ما إذا كان هناك عرف جار في هذا الصدد⁽⁸⁹⁾. وإذا خرج المحكم عن تلك الاعتبارات في تحديد أتعابه وما يتحمله كل خصم من مصاريف، حق لأي من الخصمين اللجوء إلى القضاء⁽⁹⁰⁾.

وفي نطاق التحكيم التجاري الدولي، تنص قواعد غرفة التجارة الدولية على ضرورة أداء التكاليف مقدما بغية تغطية التكاليف والأتعاب، والمبلغ الذي يؤدي من الخصوم يعد أداة ضمان للوفاء بكامل المبالغ المطلوبة. وتقضي المادة 2/9 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بأن مقدم التكاليف يتحمله الخصوم بالتساوي. كما

⁸⁷ - يعقوب صرخوه: "أحكام المحكمين وتنفيذها"، الطبعة الأولى، الكويت 1986، ص 100-101.

⁸⁸ - الفقرة الأخيرة من الفصل 24-327 من ق.م.م.

⁸⁹ - تنص المادة 41 من قواعد اليونسسترال بصيغتها المنقحة لسنة 2010 على أنه: "يقدر مبلغ أتعاب المحكمين ونفقاتهم تقديرا معقولا، ويراعى في تقديره حجم المبلغ المتنازع عليه، ومدى تعقد موضوع المنازعة والوقت الذي أنفقه المحكمون، وما يحيط بالقضية من ظروف أخرى ذات الصلة".

⁹⁰ - ميز المشرع المغربي بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 24-327 من ق.م.م بين الحالة التي يتم فيها تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الأطراف وذلك في صلب حكم التحكيم بناء على اتفاق مسبق مع الأطراف. وهذا الأمر تسري عليه نفس المقتضيات التي تسري على الحكم التحكيمي وخاصة عدم القابلية لأي طعن (الفقرة الأولى من الفصل 24-327 من ق.م.م)، و الحالة التي لم يحصل فيها هذا الاتفاق بين الأطراف و المحكمين ، حيث يتم تحديدها من قبل هيئة التحكيم بقرار مستقل ، و قابل للطعن فيه أمام رئيس المحكمة المختصة والذي يكون قراره في الموضوع نهائيا غير قابل لأي طعن.

تقضي المادة 1/9 من نفس القواعد على أن للمحكمة سلطة تحديد مقدم التكاليف لكل خصم ليس بالتساوي وإنما اعتمادا على الطلبات الأصلية للمدعي والطلبات المقابلة للمدعى عليه.

وأيا ما كان الأمر، فإن تحديد أتعاب المحكم يقوم أساسا على مبدأ حرية التعاقد. إلا أنه من الأجدر بغية تحقيق الغاية التي من أجلها خول المشرع للخصوم حق الإحالة على التحكيم يتعين مراعاة ما يلي:

أولا: يجب ألا تكون كلفة التحكيم باهظة توصل الباب أمام الخصوم، ولا أن تكون زهيدة تشجع الخصوم إلى اللجوء للتحكيم رغم تفاهة النزاع.

ثانيا: يتعين عدم الاستناد إلى معيار قيمة الدعوى وحده من أجل تحديد أتعاب المحكم، باعتبار أن هذا المعيار لا يحقق العدالة دائما، وإنما يجب أن يراعى في تقدير أتعاب المحكمين بالإضافة إلى قيمة الشيء المتنازع عليه، مدى تعقد موضوع المنازعة، وكذا الوقت الذي أنفقه المحكمون في سبيل الوصول إلى الحل النهائي وما يحيط بالقضية من ظروف أخرى ذات الصلة⁽⁹¹⁾.

وعليه فإذا كان القصد من التحكيم هو التقليل من التكلفة والاقتصاد في المصاريف، فإنه على الأطراف أن يحسنوا استغلال حرية التعاقد في تحديد مبلغ معقول نظير أتعاب هيئة التحكيم، كما يمكن أن يستبعدوا بكل حرية المصاريف غير الضرورية، ويستحسن أن يكون المحكم خبيرا في مجال النزاع، فلا يتم الالتجاء إلى الاستعانة بخبراء إضافيين.

⁹¹ - **WERNER (J.)** : « Remuneration of arbitrators by the international chamber of commerce ». Jour.ofinter.arb. 1992 p.135-137.

الفرع الثاني

القيود الواردة على سلطة المحكم في تحديد

إجراءات مسطرة التحكيم

لاشك أن هناك مجموعة من الضوابط التي ترد على حرية هيئة التحكيم فيما يتعلق بتحديد إجراءات مسطرة التحكيم، تترجمها اعتبارات عملية يتعين على المحكم مراعاتها ضمانا لفاعلية مقرر التحكيم. فالمحكم لا يمكنه تجاهل القواعد الإجرائية الجوهرية في قانون مقر التحكيم أو في قانون الدولة أو الدول المرجح تنفيذ الحكم فيها.

وتتمثل أهم الضوابط التي يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بها أثناء ممارستها لسلطتها في تحديد إجراءات مسطرة التحكيم، ضرورة احترام حقوق الدفاع، والمساواة بين الخصوم، فضلا على مبدأ التقيد باتفاق الأطراف واحترام النظام العام، وهي

واجبات لها أهميتها القصوى باعتبارها تمثل الضمانات الأساسية للأطراف في خصومة التحكيم، وسوف نعالج هذه الواجبات في النظامين⁽⁹²⁾ الوطني "المبحث الأول" والدولي "المبحث الثاني".

المبحث الأول

مضمون التزامات المحكم عند تحديده للإجراءات المسطرية الواجبة التطبيق في نظام التحكيم الوطني

نصت غالبية التشريعات المقارنة على التزام المحكم بمجموعة من الضوابط أثناء ممارسته لسلطته في وضع إجراءات مسطرة التحكيم⁽⁹³⁾. وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 10-327 من ق.م.م وكذا الفصلان 36-327 و45-327 من نفس القانون ضمن أسباب الطعن بالبطلان. وعليه فإن المحكم - باستثناء النصوص المتقدمة - يخضع في ممارسته لسلطته في تنظيم الإجراءات المسطرية لقيدين أساسيين: الأول: تشريعي يمثل الحد الأقصى الذي لا يملك المحكم تجاوزه وهو القواعد المسطرية الآمرة في القانون الإجرائي الواجب التطبيق، والمبادئ الأساسية في التقاضي، "المطلب الأول". أما الثاني: فهو اتفاقي ويمثل الحد الأدنى الذي لا يملك المحكم أيضا النزول عنه وهو احترام اتفاق الأطراف وملاءمة القواعد المسطرية لطبيعة النزاع، "المطلب الثاني".

المطلب الأول

⁹² - لا تقصد في هذا الإطار بالنظامين الوطني والدولي التمييز بين التحكيم الداخلي والدولي، ولكن تقصد بالنظام الوطني، التشريعات الوطنية للتحكيم والتي تشمل التحكيم الداخلي والدولي. أما النظام الدولي فيمثل أنظمة مراكز التحكيم الدولية والاتفاقيات الدولية للتحكيم.

⁹³ - المادتان 1464 و1510 من ق.م.م الفرنسي، والمادتان 13 و63 من مجلة التحكيم التونسية.

تقييد المحكم بالأحكام المسطرية العامة وبالبادئ الأساسية في التقاضي

إذا رجعنا إلى المفهوم السليم لخصومة التحكيم، فإن المحكم يتعين عليه لزوماً التقيد بأحكام القانون المسطري الواجب التطبيق، وبالتحديد بالقواعد الآمرة في هذا القانون "الفقرة الأولى"، بالإضافة إلى ضرورة احترام المبادئ الأساسية في التقاضي "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

تقييد المحكم بالقواعد العامة في القانون المسطري الواجب التطبيق

لقد ثار نقاش حول مدى اعتبار قانون المسطرة المدنية هو الشريعة العامة لإجراءات التحكيم. وتنطلق شرعية هذا السؤال من أنه إذا حدث ولم تجد هيئة التحكيم فيما اتفق عليه الأطراف، أو فيما ينص عليه قانون التحكيم من قواعد وإجراءات، ما تواجهه به الموقف المسطري الذي يعرض عليها، فهل يجوز لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى ما ينص عليه قانون المسطرة من قواعد وإجراءات؟

اتجه رأي إلى أن نصوص قانون المسطرة المدنية تعتبر الشريعة العامة لإجراءات جميع الخصومات، ولهذا فإنه يعتبر المرجع لسد الفراغ في نصوص قانون التحكيم، باعتبارها نصوصاً خاصة⁽⁹⁴⁾، وذلك لمعالجة القصور في تنظيم إجراءات وقواعد خصومة التحكيم تنظيمياً محكماً ومتكاملاً، وذلك في الحدود التي لا تشمل فاعلية خصومة التحكيم ولا تؤثر على كيانها. ويكون المعيار هو الوصول إلى العدالة مع تخويل المحكم سلطة تقدير ما يلزم لذلك. وينتهي هذا الرأي إلى نتيجة محددة وهي عدم جواز استبعاد قواعد قانون المسطرة المدنية بما تقدمه من ضمانات

⁹⁴ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق ص 197 وما يليها.

لصحة المقرر التحكيمي. ولهذا يجب توافر الملامح الإجرائية العامة للخصومة على نحو يكفل احترام حقوق الدفاع، والإبقاء على الضمانات التي تكفل صحة وعدالة الإجراء.

وقد تم تكريس هذا الرأي على مستوى اجتهاد القضاء المصري في القرار الصادر عن الدائرة السابعة تجاري بمحكمة الاستئناف بالقاهرة بتاريخ 2011/03/09 جاء فيه: "يشترط للرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون المرافعات - بوصفه القانون العام في الإجراءات - أن تكون قاعدة المرافعات التي تطبق في الشأن التحكيمي مقررة لقاعدة إجرائية عامة وليس بقاعدة قضائية خاصة، أي شديدة الارتباط بشأن التقاضي أمام محاكم الدولة. فالقاعدة الخاصة لا يمكن القيلس عليها، بمعنى أنها لا تطبق في التحكيم، لأنه يتعين دائماً مراعاة أوجه الاختلاف بين الخصومة في القضاء والخصومة في التحكيم. فلا تطبق على إحداها قاعدة مستتبطة من طبيعة الأخرى وخصائصها الذاتية... ويجب ألا تكون الحلول المستمدة من قوانين القضاء صادمة للأصول التحكيمية المتعارف عليها، بحيث يراعي الحل المقترح الوضع القانوني المتفرد للتحكيم والبيئة التجارية الدولية وطبيعة معاملاتها"⁽⁹⁵⁾.

وعلى العكس، يرى البعض⁽⁹⁶⁾ أن قانون المسطرة المدنية ليس هو الشريعة الإجرائية العامة استناداً إلى استقلال التحكيم عن القضاء من حيث طبيعته وغاياته وبنائه الداخلي وتنظيمه الإجرائي، ويستخلص من هذه الطبيعة المختلفة أنه لا يجوز تطبيق القواعد التي تحكم القضاء على التحكيم إلا من باب القيلس وبشروط القيلس. وهذا يقتضي خلو المسألة في التحكيم من النص، ووجود حكم في نص خاص بالقضاء مع توافر العلة أو على الأقل الحكمة من القاعدة القضائية المطبقة على التحكيم. أما التطبيق الآلي لقواعد القضاء على خصومة التحكيم فإنه يؤدي إلى مسخ خصومة التحكيم، ويخرج بها عن طبيعتها الذاتية.

وعموماً نخلص إلى القول بأنه رغم عدم تنصيب المشرع المغربي على ضرورة تقيد المحكم بالقواعد المسطرية العامة أو الأمرة المنصوص عليها في قانون

⁹⁵ - الدعوى رقم 70 لسنة 123 ق، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 14، أبريل 2012، ص 389 وما بعدها.

⁹⁶ - طلعتويدان: " ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2009، ص 24.

المسطرة المدنية على غرار نظيره الفرنسي⁽⁹⁷⁾ والتونسي⁽⁹⁸⁾. إلا أن هذه القواعد تبقى كما يقول البعض لصيقة بكل قاض⁽⁹⁹⁾، باعتبارها من المبادئ الموجهة لسير الخصومة⁽¹⁰⁰⁾، والتي لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁰¹⁾.

ذلك أن خصومة التحكيم كالخصومة القضائية هي أداة لتحقيق الحماية، حيث يسعى المحكم إلى ترتيب الإجراءات المسطرية في تسلسل زمني منطقي يتسم بالمرونة وعدم التعقيد. والمحكم دائماً يتقيد بالأحكام العامة أو الأمرة في القانون المسطري الواجب التطبيق، ويمنع عليه تطبيق القواعد المسطرية التي يتفق عليها الأطراف إذا ما تبين له أنها متناقضة مع القواعد الأمرة والأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام المسطري الداخلي⁽¹⁰²⁾.

وعليه فإنه لا يجوز للأطراف الخروج عن الأحكام الأمرة في القانون المسطري الواجب التطبيق على نحو مباشر بالاتفاق على قواعد مغايرة، أو بشكل غير مباشر بالاتفاق على قواعد مؤسسية تناقض القواعد المسطرية الأمرة⁽¹⁰³⁾. لذلك فالمحكم

⁹⁷ - تنص الفقرة الثانية من المادة 1464 من ق.م.ف على أنه: "تبقى دائماً المبادئ الأساسية للخصومة المنصوص عليها في المواد 4 إلى 10 وفي المادة 4/11 والمادة 2/12 و3 وفي المواد 13 إلى 21 و23 و1/23 واجبة التطبيق".

⁹⁸ - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 13 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "في جميع الصور تراعى المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية".

⁹⁹ - CORNU (G.) : « *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (Fragments d'un état des questions)* », in Etudes offertes à P. Pellet, Litec, 1991, p.83. et suiv.

¹⁰⁰ - CADIET (L.) : « *Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès* », in Etude offertes à J. Normand, justice et droit fondamentaux, Litec 2003, p.71, spéc, n°18, p.89.

¹⁰¹ - Cass. Civ. 2^e, 11 juill, 2002, Bull civ. II, n° 161, JCP . G.2003, 1, 105 ; spéc.n°8, obs. J.ORTSCHEIDT.

¹⁰² - Cass. Civ 2^e, 14 déc. 1992, Rev. arb. 1995, p.441.

¹⁰³ - انظر فيما يتعلق بالمبادئ الأساسية للخصومة الواجب على المحكم تطبيقها في خصومة التحكيم والمنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1464 من ق.م.ف الفرنسي وهي: (1- يحدد نطاق القضية بادعاءات الأطراف. المادة 4. - يجب على القاضي أن يفصل في كل ما يطلب منه وفي حدود ذلك. المادة 5. - يقع على الأطراف عبء طرح الوقائع التي تستند عليها ادعاءاتهم. المادة 6. - ليس للقاضي أن يبني حكمه على وقائع لم تطرح في النزاع. المادة 1/7. - للقاضي أن يدعو الأطراف لتقديم إيضاحات للوقائع التي يرى أنها ضرورية لحل النزاع. المادة 8. - يقع على كل طرف عبء إثبات الوقائع اللازمة لنجاح ادعاءاته. المادة 9. - يعطي القاضي التكييف الصحيح للوقائع على النزاع دونما نظر إلى ما أعطاه الأطراف لها من تسمية. المادة

يواجه تدرجا في القوة الإلزامية للقواعد المسطرية الواجبة التطبيق، بدءا بالقواعد الآمرة، يليها اتفاق الأطراف، ثم القواعد المؤسسية التي قد يحيل عليها الأطراف. فللقواعد المسطرية الآمرة أولوية مطلقة في التطبيق، ولا يملك المحكم حتى باتفاق الأطراف تجاوزها⁽¹⁰⁴⁾.

أما بالنسبة للقواعد المسطرية التكميلية⁽¹⁰⁵⁾، فالمحكم يلتزم بها مع فارق هو أن الأطراف يملكون الاتفاق على مخالفتها. فإمكانية مخالفة القواعد المكملة هي رخصة للأطراف وليس للمحكم، هذا الأخير الذي لا يملك مخالفتها، وتظل واجبة الاتباع من طرفه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

واعتبار نص ورد في قانون المسطرة متضمنا حكما إجرائيا عاما أم لا هي مسألة تدخل في سلطة هيئة التحكيم تحت مراقبة محكمة البطلان. فإذا اعتبرته حكما إجرائيا عاما، فإنه يجوز لها تطبيقه. ولها أن تشير إلى النص الذي يتضمنه والوارد في قانون المسطرة. على أنه يجب على هيئة التحكيم، في تطبيقها لحكم من الأحكام الإجرائية العامة، أن تراعي خصوصية نظام التحكيم وما يتضمنه من مبادئ أساسية تحكم هذا النظام⁽¹⁰⁶⁾.

الفقرة الثانية

تقيد المحكم بالمبادئ الأساسية في التقاضي

هناك مبادئ تشكل ضمانات أساسية لتحقيق قضاء عادل، وهي واجبة الاحترام في خصومة التحكيم وفي الخصومة أمام القضاء أيا كان نوعها، ويجب احترامها سواء ورد نص عليها في قانون المسطرة المدنية أو في أي قانون آخر، أو لم يرد بها نص

2/12- للقاضي أن يأمر بجميع إجراءات التحقيق المقبولة. المادة 10-... والتي يقابلها في قانون المسطرة المدنية المغربي، الفصول 3، 5، 25، 32 و 55.

¹⁰⁴ - حسام الأهواني و علي حامد الغتيت: "دروس في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، طبعة 1992، ص 76.

¹⁰⁵ - المقصود بالقواعد المسطرية المكملة هي تلك التي يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها دون أن يترتب عن ذلك البطلان.

¹⁰⁶ - فتحي والي: "هل قانون المرافعات هو الشريعة العامة لإجراءات التحكيم"، مجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت)، العدد 18، أبريل 2013، السنة الخامسة، ص 97.

تشريعي. فبدونها لا يتصور إقامة عدالة حقيقية، فهي مفترض ضروري لإقامة العدالة⁽¹⁰⁷⁾، وهي واجبة الاحترام، ولو اتفق الأطراف على مخالفتها. ومن هذه المبادئ: مبدأ المساواة بين الخصوم، مبدأ المواجهة، مبدأ احترام حقوق الدفاع، وكذا مبدأ احترام مقتضيات النظام العام المسطري.

والمحكم يلتزم دائماً بالمبادئ الأساسية في التقاضي. وهذه المبادئ تعد قيوداً على المحكم وعلى الأطراف أيضاً، فلا يملك الخصوم إعفاء المحكم من الالتزام بها. ويبطل المقرر عند الإخلال بها⁽¹⁰⁸⁾. ذلك أن خصومة التحكيم وإن تحررت من القيود الشكلية للخصومة القضائية، إلا أنها تبقى مقيدة بضمانات التقاضي الأساسية. وعندما تذكر هذه الضمانات لا تذكر إلا مقترنة بضمانة احترام حقوق الدفاع وكأنها الضمانة الوحيدة، إلا أنها ليست كذلك رغم أهميتها ورغم ارتباط باقي الضمانات بها، ونذكر منها:

أولاً: احترام حقوق الدفاع

بالرغم من الطابع الرضائي للتحكيم واعتباره أساساً للقواعد التي تسيّر عليها خصومة التحكيم، فإنه يجب على المحكم، سواء كان مقيداً بالقانون أو غير مقيد به، احترام المبادئ الموجهة للخصومة، تماماً كما هو الشأن بالنسبة للقاضي في الخصومة القضائية، لأن المحكم يتمتع بسلطة القضاء. ومن أهم هذه المبادئ احترام المحكم لحقوق الدفاع. وهو ما يستوجب تمكين كل خصم من إبداء دفاعه ودفوعه، ومناقشة وجهة نظر الخصم الآخر، وتقديم الأدلة والمستندات التي يؤيد بها كل طرف ادعاءاته أو يدحض بها ادعاءات الطرف الآخر.

كما أن القول باحترام المحكم لحقوق الدفاع يعني أن يتضمن مقرره المنهي للخصومة الرد على طلبات الخصوم ومناقشة أوجه دفاعهم ودفوعهم، على نحو ما يلتزم

¹⁰⁷ - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، دائرة 7 تجاري- جلسة 2001/03/12، في الدعوى رقم 41 لسنة 117 ق. تحكيم، مجلة التحكيم العالمية، (مجلة فصلية- بيروت) العدد 18، أبريل 2013، السنة الخامسة، ص 97.

¹⁰⁸ - **MAYER(P.)** : « *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et commonlaw* », Rev. arb. 1995, p.163.

به القاضي في الخصومة القضائية⁽¹⁰⁹⁾، على الرغم من أن المحكم غير ملزم بإخبار الأطراف بكافة الإجراءات التي قام بها⁽¹¹⁰⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بتونس بأن: " احترام حقوق الدفاع هو المبدأ الأساسي في الإجراءات القضائية سواء منها المعتمدة من قبل قضاء الدولة أو القضاء الخاص أي التحكيم، وهو ما يتجسد في مرحلة سير الإجراءات التحكيمية من خلال تمكين هيئة التحكيم كل طرف من الاطلاع على ما قدمه خصمه من أسانيد ومؤيدات، وما له من طلبات وادعاءات ومن تقديم ما له من وسائل دفاع وأجوبة"⁽¹¹¹⁾.

ثانياً: احترام المساواة بين الخصوم

من المبادئ الأساسية التي تهيمن على خصومة التحكيم، احترام المحكم، شأنه في ذلك شأن القاضي، لمبدأ المساواة بين الخصوم. بمعنى أن يخول المحكم للخصوم فرصاً متكافئة لإبداء وجهة نظرهم. ويعتبر هذا المبدأ مسلماً به في القانون الفرنسي دون وجود نص خاص بشأنه⁽¹¹²⁾، كما أن إعماله في القانون المغربي لا يحتاج إلى نص خاص. ومع ذلك عني به قانون التحكيم المغربي رقم 08.05 إذ جسده في الفقرة الثالثة من الفصل 10-327 من ق.م.م التي تنص صراحة على أنه: "يعامل أطراف التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه". وهو نفس النص الذي أقره المشرع التونسي بمقتضى الفصل 63 من مجلة التحكيم الذي ينص على أنه: "يجب أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تهيأ

¹⁰⁹ - انظر بطلان الأحكام بسبب الإخلال بحقوق الدفاع: عبد الحميد الشواربي: "البطلان المدني (الإجرائي والموضوعي"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1991، ص 374 وما بعدها.

¹¹⁰ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء تحت رقم 339/ استعجالي بتاريخ 2013/11/11 أورده عمر ازوكار: "التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015، ص 248.

¹¹¹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية رقم 12677 بتاريخ 2011/11/08، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 14 السنة الرابعة أبريل 2012، ص 187 وما بعدها.

¹¹² - SERAGLINI (CHR.) et ORTSCHIEDT (J.): « *Droit de l'arbitrage interne et international* », ed. Alpha ;2013, p.344.

غير أن هذا القول وإن كان يصدق على التحكيم الداخلي، فإنه لا ينطبق على التحكيم الدولي، حيث نصت المادة 1510 من ق.م.م الفرنسي على أنه: "مهما كانت الإجراءات المختارة تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المواجهة".

لكل منهم فرصة كاملة للدفاع عن حقوقه". ويكمن الفرق الوحيد بينهما في أن المشرع المغربي نص على هذا المبدأ في التحكيم الداخلي، بينما نص عليه المشرع التونسي في التحكيم الدولي. ونعتقد أن هذا المبدأ واجب التطبيق في التحكيم الداخلي وفي التحكيم الدولي ولو لم يرد بذلك نص.

وعلى ذلك يكون مقرر التحكيم باطلا متى صدر دون أن يوفر المحكم المساواة بين الخصوم أثناء خصومة التحكيم. كما لو صدر المقرر دون تمكين أحد الطرفين من إبداء أوجه دفاعه لأي سبب لا يرجع إليه. وقد أجاز الفصلان 36-327 و49-327 من ق.م.م المغربي رفع دعوى البطلان على المقرر التحكيمي الذي لم تحترم فيه حقوق الدفاع من قبل هيئة التحكيم.

ثالثا: احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم

يعتبر مبدأ المواجهة من أهم المبادئ المتفرعة عن مبدأ احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم. إذ يقصد بمبدأ المواجهة تمكين كل خصم من العلم بكل ما يبديه الخصم الآخر من حجج مؤيدة لدفاعه، وبكل ما يقدمه من مستندات في الخصومة، فضلا على تمكين كل خصم من الرد على هذا الدفاع أو الدفع وتقديم المستندات التي تدعم هذا الرد، وذلك في الوقت المناسب الذي يصلح لإحاطة الهيئة التحكيمية علما بوجهة نظر كل من الخصمين قبل الفصل في النزاع المعروض عليها، مع مراعاة المساواة الكاملة بينهما في هذا المجال⁽¹¹³⁾.

ولقد تضمن قانون المسطرة المدنية الفرنسي النص على احترام مبدأ المواجهة كأحد أسباب الطعن بطريق البطلان في المقرر التحكيمي طبقا للفقرة الرابعة من المادة 1491 منه. وبالرغم من خلو قانون المسطرة المدنية المغربي من نصوص تنظم مبدأ المواجهة في باب التحكيم، فإننا نعتقد أن نصوص هذا الباب تسمح بالقول بأن المشرع المغربي يفترض لصحة المقرر التحكيمي أن يكون قد بني على إجراءات حصلت فيها المواجهة بين الطرفين وخاصة منها مقتضيات الفصل 14-327 من ق.م.م التي تنظم إجراءات تحقيق الدعوى التحكيمية.

¹¹³- MOTULSKY (H.) : " *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile*" T.2, Dalloz, 1961, p.175.

و يظهر لنا جليا من النصوص المتقدمة أنها قد راعت ما استقر عليه الفقه والقضاء من ضرورة توفير المرونة والسرعة لخصومة التحكيم، بالرغم من إلزام المحكم باحترام مبدأ المواجهة⁽¹¹⁴⁾. وقد كان المشرع الفرنسي حكيما عندما نص في الفقرة الثالثة من المادة 1464 من ق.م.م. فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي والمحال عليها بمقتضى المادة 1506 من نفس القانونو الخاصة بالتحكيم الدولي على أنه: "يعتمد الأطراف والمحكمون السرعة والنزاهة في تسيير الإجراءات." ومظهر ذلك أن تلك النصوص لا تنظر إلى المواجهة بمعناها الضيق الذي يتطلب حضور الخصمين معا ومقارعة الحجة بالحجة كل في مواجهة الآخر، وإنما تنظر إلى المواجهة بمعناها الواسع الذي يشمل المرافعات المكتوبة والشفوية معا، كما تكفي بتمكين كل خصم من العلم بالإجراء و تمكينه من اتخاذ الإجراء المضاد في الوقت المناسب، دون أن تستلزم حضور الخصم في الجلسة أو اتخاذ هذا الإجراء فعلا طالما مكنته من ذلك⁽¹¹⁵⁾. و على مستوى القضاء المغربي قضت محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في هذا الإطار بأن: "المحكمة بعداطلاعها على وثائق الملف ثبت لها من المقرر التحكيمي أن المحكم احترم مهمته، وأنه لم يخرق أي مقتضى من مقتضيات الفصل 33-327 من ق م م، فهو قد استدعى الأطراف بصفة قانونية وأشعر المستأنفة بالإدلاء بجوابها وحججها وبلغها مذكرة مطالب المستأنف عليه لكنها لم تفعل، الشيء الذي يجعلها غير محقة في تحميل تقصيرها للمحكم"⁽¹¹⁶⁾، لكن، إذا لم تعمل هيئة التحكيم على احترام مبدأ المواجهة بهذا المعنى، فإن المقرر التحكيمي الذي يصدر مخلا بهذا المبدأ يتعرض للبطلان، ويمكن للخصم الذي صدر ضده أن يتصدى له بدعوى البطلان الأصلية بسبب عدم تمكينه من المواجهة التي تدخل ضمن الأسباب المتعلقة بواجب احترام حقوق الدفاع⁽¹¹⁷⁾.

¹¹⁴ - Civ 1^{er}, 5 mars 2008, JCP G.2008, I.164, n°5, obs **J.ORTSCHEIDT**. V. aussi Paris 7 Févr. 1991, Rev. arb 1992, p.634, obs, **J.PELLERIN**.

¹¹⁵ - **GUINCHARD (S.)** : « *L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire* », Rev. arb. 1997, p.185, spéc. P.191.

¹¹⁶ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش تحت عدد 1973 بتاريخ 2012/11/08، أورده عمر أزوكار : " التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015 ص 248.

¹¹⁷ - ينص الفصل 26-327 من ق.م.م. المغربي على أنه من أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم: "... 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".

والملاحظ أن القضاء المغربي قرر بأن هذا المبدأ مقرر لمصلحة الأطراف، ويحق لهم التنازل عنه من خلال إعفاء المحكم من المساطر التي تطبق أمام القضاء العادي. وفي هذا المعنى جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأنه: " وحيث إنه بخصوص خرق مقتضيات الفقرة الخامسة من الفصل 36-327 من ق م م والمتعلقة بواجب احترام حقوق الدفاع، فإن ما قيل سابقا حول إعفاء المحكم من تتبع المسطرة ينطبق أيضا على هذا الدفع، صحيح أن من قواعد المسطرة التي تطبق أمام القضاء العادي القواعد التوجيهية في الإجراءات، ومن أسس هذه التوجيهية استدعاء الأطراف وتمكينهم من إبداء دفاعهم قبل الفصل في النزاع، وأن الطرفين لما اتفقا في اتفاق التحكيم على إعفاء المحكم من تتبع المسطرة، فإنهما ألزما المحكم بعدم التقيد بالقواعد التوجيهية وعدم استدعاء الأطراف....وأن القواعد التوجيهية هي قواعد اختيارية يحق لكل شخص التمسك بها أو التنازل عن اتباعها"⁽¹¹⁸⁾.

رابعا: احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام المسطري

لاشك في أن القواعد التي توجب على المحكم احترام حقوق الدفاع والمساواة بين الخصوم وتمكينهم من المواجهة تتعلق جميعها بالنظام العام، لأنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، تتمثل أساسا في توفير المساواة بين الأفراد في المجتمع وحسن سير الخصومة وتحقيق العدالة. ومن جهة أخرى، يجب على المحكم احترام القواعد المتعلقة بالنظام العام و التي لا تجيز التحكيم في بعض المنازعات، وهي المنازعات التي لا يجوز فيها الصلح والمتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة، وكذا التصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية (المادة 309 و 310 /1 من ق.م.م المغربي) . حيث أراد المشرع خضوع هذه المنازعات للقضاء العام للدولة لكي تسري عليها قواعد عامة موحدة تهدف إلى تحقيق الصالح العام.

¹¹⁸ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2012/4157 بتاريخ 2012/09/18 في الملف عدد 2011/14/422 ، أورده عمر أزوكار: " التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015 ص 246-247.

ويتقيد المحكم بالقواعد المتعلقة بالنظام العام سواء كان مقيدا بالقانون أو غير مقيد به. فإذا صدر المقرر التحكيمي بالمخالفة لهذه القواعد كان باطلا وجازت مواجهته بدعوى البطلان الأصلية. ويظهر ذلك مما نص عليه الفصلان 36-327 و 49-327 من ق.م.م المغربي على غرار نظيره الفرنسي (المادتان 1492 و 1520 من ق.م.م) والتونسي (الفصل 42 من مجلة التحكيم)، من أنه يجوز رفع دعوى ببطلان مقرر التحكيم ولو وجد اتفاق مخالف، إذا خالف المحكم قاعدة متعلقة بالنظام العام. وهذا النص جاء على إطلاقه، أي أن البطلان يطال المقرر التحكيمي الذي صدر مخالفا لقاعدة متعلقة بالنظام العام سواء كانت هذه القاعدة موضوعية أو إجرائية.

لكن تجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام هي فكرة متغيرة، تختلف من دولة إلى أخرى، و من وقت لآخر، وبالتالي يتعين على المحكم تحري النظام العام المسطري السائد وقت إصدار المقرر التحكيمي.

المطلب الثاني

التزام المحكم باتفاق الأطراف

وبملاءمة الإجراءات لطبيعة النزاع

كما سبقت الإشارة إلى ذلك، فإن المحكم يخضع في ممارسته لسلطة وضع التنظيم الإجرائي لخصومة التحكيم، بالإضافة إلى القيود المتعلقة باحترام الأحكام المسطرية العامة والمبادئ الأساسية في التقاضي، إلى ما اتفق عليه الأطراف "الفقرة الأولى"، كما يلتزم أيضا بضرورة ملاءمة الإجراءات المسطرية لطبيعة النزاع "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

تقيد المحكم باتفاق الأطراف

إذا كان مصدر التزام هيئة التحكيم بتطبيقها للقانون المتفق عليه سواء المسطري أو الموضوعي هو إرادة الأطراف، و أن تطبيقها لقواعد القانون يكون شأن

تطبيق القاضي لهذه القواعد⁽¹¹⁹⁾. إلا أن أسس هذا الالتزام ومبناه جد مختلف. فالالتزام القاضي ينبع من طبيعة الوظيفة المخولة إليه، وهو الفصل في المنازعات بمقتضى تفويض الدولة إليه في تطبيق القانون والمحافظة عليه، أما التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد القانون فإنه ينبع من إرادة الأطراف الذين اتفقوا على هذه القواعد.

وعليه فإن هيئة التحكيم تلتزم باحترام إرادة الأطراف وعدم العدول عن أي إجراء تم الاتفاق بين الخصوم على إجرائه أو استبداله دون قبولهم لهذا التعديل. فإذا كان الاتجاه نحو منح المحكم سلطة وضع التنظيم المسطري يعد انعكاسا للطبيعة القضائية للتحكيم التي تجعل من المحكم هو قاض للخصومة التحكيمية، إلا أن ذلك لا يعني إهمال الجانب الإرادي في خصومة التحكيم، الذي يجعل من الأطراف أصحاب الخصومة في الحدود التي لا تتعارض مع النصوص القانونية الآمرة. وسلطة تنظيم الإجراءات المقررة للأطراف بحسب الأصل، تجيز لهم تفويض المحكم في ذلك بشكل صريح أو ضمني، وكذا التثبت من التزامه بالحدود التي تم الاتفاق عليها. فإرادة الأطراف تشكل قيودا لا يمكن للمحكم تجاوزه حتى في الحالات التي يفوضه الأطراف في وضع التنظيم المسطري لخصومة التحكيم، حيث يظل ملتزما بها ولا ينفرد بتعديلها شريطة عدم مخالفتها للنصوص القانونية الآمرة، وهذا يتفق مع مقتضيات التنظيم القضائي للتحكيم، وأيضا مع احترام الجانب الإرادي في تحديد مهمة المحكم ونطاق سلطاته، وعند عدم ملاءمة الإجراء أو عدم جدواه فإن سلطة المحكم تقتصر على مجرد تنبيه الخصوم بما يراه ملائما، تاركا لهم حرية الإبقاء على الإجراء أو تعديله.

وبالنظر للدور الإيجابي الذي يلعبه المحكم في خصومة التحكيم، فإنه قد يبادر إلى دعوة الأطراف للاتفاق على إجراء مغاير غير ذلك الذي تم اختياره من قبلهم، أو إخطارهم بالإجراء الذي يرى أنه أكثر ملاءمة ويدعوهم لإبداء أية اعتراضات بشأنه خلال فترة معينة وإلا اعتبر ذلك موافقة منهم على هذا الإجراء. فالخطة المسطرية قد تخضع للتعديل أثناء سريان الإجراءات إما باتفاق الأطراف، أو بموافقتهم على ما قد يقترحه عليهم المحكم من تعديلات.

¹¹⁹ - أحمد أبو الوفا: "التحكيم بالقضاء وبالصلح"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2007، ص 237 وما بعدها.

و رغم أن أسس التزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع هو إرادة الأطراف، فإن ذلك لا يمنعها من أن تبحث من تلقاء نفسها عن الأسس القانوني الذي سوف تبني عليه مقررها، أيا كان الأسس الذي أثاره الأطراف، بل تستطيع أن تستبعد أي نص أو أي أسس قانوني استند إليه الأطراف إذا كان خاطئاً، كما تملك هيئة التحكيم تكييف الوقائع دون التقيد بالتكييف الذي ادعاه الخصوم⁽¹²⁰⁾.

الفقرة الثانية

التزام المحكم باختيار الإجراءات المسطرية الملائمة لطبيعة النزاع

الأصل دائماً أن يتفق الأطراف على الإجراءات الواجبة الاتباع، سواء في اتفاق التحكيم أو عند تحرير وثيقة تحديد مهمة المحكم، أو في أية مرحلة لاحقة، مع ملاحظة أنه عند اختلاف الأطراف حول الإجراءات المختارة، فإن المحكم يمارس سلطته التقديرية في الترجيح بين البدائل التي يطرحها الأطراف واختيار الأكثر ملاءمة منها لظروف النزاع، مع احترام المضمون المسطري الذي تهدف الأشكال الإجرائية إلى تحقيقه.

وتزداد السلطة التقديرية المسطرية للمحكم اتساعاً، عندما يفوضه الخصوم في اختيار الإجراءات، وهذا التفويض يضاعف من مسؤوليته على صحة الإجراءات وملاءمتها للنزاع المطروح، إذ ينبغي مراعاة أن سلطة المحكم في تقدير ملاءمة الإجراءات هي سلطة موضوعية لا تعتمد على رؤية شخصية للمحكم، وإنما بناء على تقدير موضوعي في ضوء المسائل التي يثيرها النزاع وطبيعة المعاملة الأصلية ذاتها، وكذا بالنظر لما يتوافر للمحكم من خبرة عامة بمسائل التحكيم وبموضوع النزاع، فيتمكن من الملاءمة بين الاحتفاظ بالجوهر القضائي للخصومة التحكيمية، وبين اختيار القواعد الإجرائية المواتية لطبيعة النزاع.

فتوخي السرعة في حسم النزاع يتجسد في اختيار المحكم للإجراءات التي لا يترتب عنها إطالة أمد النزاع بدون مبرر. لكن السرعة لا تأتي في المقام الأول

¹²⁰ - علي بركات، " خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1996، ص 432.

بالنسبة للاعتبارات التي تحكم اختيار الإجراءات. ذلك أن العدالة لا تتحقق بالضغط على الأطراف للسير في الإجراءات بأسرع مما تقتضيه طبيعة النزاع المطروح وتفصيلاته والملابسات التي أحاطت به.

وقد تكون المرافعات الشفوية لازمة أحيانا، كما قد يتم الاقتصار على تقديم المستندات في نزاع آخر دون حاجة لإجراء مرافعات أو سماع شهود. فالمنازعات المتعلقة بتبادل البضائع مثلا لا تقتضي اتباع إجراءات طويلة ومعقدة تثقل كاهل الأطراف بمصاريف ضخمة وتعرقل الفصل في النزاع بلا ضرورة، مما يضر بعدالة الدعوى ويؤثر على فاعلية التحكيم. ويكفي في مثل هذه المنازعات التي لا تثير في غالبية الحالات مسائل قانونية انتقال المحكم أو الخبير المعين من طرفه لمعاينة البضاعة ومراجعة مستنداتها وحسمها في وقت يسير، وذلك على خلاف أنماط أخرى من المنازعات كتلك المتعلقة بنقل التكنولوجيا أو منازعات التجارة الدولية، فتقتضي اتباع إجراءات دقيقة، كضرورة الاستماع إلى المرافعات وتحقيق الأدلة ومناقشتها لتبين وجه الحق فيما يثيره النزاع من مسائل قانونية معقدة، ومن ثم فإن ملائمة الإجراءات المسطرية لطبيعة النزاع يشكل قيда على حرية المحكم عند اختياره للإجراءات الواجب اتباعها في خصومة التحكيم.

المبحث الثاني

ماهية التزامات المحكم عند تحديده للإجراءات المسطرية الواجبة التطبيق على مستوى أنظمة التحكيم الدولي

تتضمن اتفاقيات وأنظمة هيئات التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي نصوصا متفرقة تكفل احترام المبادئ الأساسية الموجهة لسير خصومة التحكيم ، وتجزيز الطعن في مقرر التحكيم إذا لم يراع المحكم الدولي هذه المبادئ، "المطلب الأول". كما تخول محاكم الدول التي يطلب إليها الاعتراف بالمقرر التحكيمي وتنفيذه فوق أقاليمها رفض الاعتراف والتنفيذ إذا أخل المحكم الدولي بتلك المبادئ، "المطلب الثاني". وهو الأمر الذي أكدت عليه معظم الأنظمة القانونية للتحكيم، وذلك كله مع مراعاة أن تلك الاتفاقيات والأنظمة تصوغ المبادئ الأساسية المتقدمة بطرق مختلفة

سواء بالنص عليها صراحة أو بتتظيمها في سياق النصوص نظرا لضرورة التقييد بها سواء في التحكيم الوطني أو التحكيم الدولي⁽¹²¹⁾.

المطلب الأول

تكريس المبادئ الأساسية للخصومة

في النظام الدولي للتحكيم

بالنظر إلى تباين الأنظمة الوطنية في معالجة المبادئ الأساسية الموجهة لخصومة التحكيم من حيث عنايتها بتفصيل هذه المبادئ أو بإجمالها أو بمعالجة بعضها دون البعض الآخر، باعتبار أن ذلك البعض من المسلمات أو باعتباره متصلا بالبعض الأول اتصالا وثيقا، فإن اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي المؤسساتي تتباين بدورها في هذا الشأن، وإن كان يظهر من مطالعتها حرصها الأكيد على احترام تلك المبادئ كشرط لصحة مقرر التحكيم⁽¹²²⁾.

ومن مظاهر ذلك ما نص عليه نظام مركز تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المقرر باتفاقية واشنطن⁽¹²³⁾ في المادة 52 من أنه: "يجوز لأي من الطرفين أن يطلب إبطال الحكم بطلب كتابي يوجه إلى السكرتير العام ويبنى على واحد أو أكثر من الأسس التالية:.... وقوع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد المسطرة".

وبالرغم من عدم وجود نص مقابل في نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية⁽¹²⁴⁾، فإن نصوصه تكفل احترام تلك القواعد في مختلف مراحل الخصومة، حيث تقرر

¹²¹ - HASCHER (D.): «Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international» Rec. Cour La Haye, 1999, spéc. p.126 et suiv.

¹²² - POUURET (J.- F.) ; BESSON (S.): « droit comparé del'arbitrage international», Bruylant, 2002, n°554, p.507.

¹²³ - اتفاقية في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمعروفة باتفاقية ICSID واشنطن المؤرخة في 18/03/1965 والتي أصبحت سارية ابتداء من 14/10/1966، والتي أنشأت بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة والذي يكون مقره بالمكاتب الرئيسية للبنك الدولي للإنشاء والتعمير (المادتان 1 و2 من الاتفاقية).

¹²⁴ - تأسست محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC سنة 1923، ووضعت قواعد تنظم التحكيم الخاضع لإشرافها، وجرت تعديلات في هذه القواعد آخرها وأكثرها شمولاً تلك التي صدرت

للطرفين حقوق الدفاع على قدم المساواة بينهما. ومظهر ذلك أن المادتين 3 و4 تتيح لكل من الطرفين فرصة عرض دعواه وبيان وجهة نظره أمام محكمة التحكيم وتقديم مستنداته. كما أن المادة 5 ترسي مبدأ المواجهة بين الطرفين عند إبداء الطلبات المقابلة. وتتظم المادة 22 واجبات هيئة التحكيم التي يجب عليها في جميع الأحوال أن تتصرف بعدل وحياد، وأن تضمن أن كل طرف قد توفرت له فرصة معقولة لعرض دعواه. وعموماً يقرر الفقه أنه يجب على المحكم في مؤسسات التحكيم الدائمة الدولية، كما في التحكيم غير المؤسسي النظر في النزاع بطريقة تسمح لكل طرف بأن يبدي أوجه دفاعه ودفعه و تفادي أي عائق يحول دون ذلك⁽¹²⁵⁾. فما قد يزعزع الثقة في هيئات ومراكز التحكيم الدائمة هو تخلف أو نقص الضمانات الأساسية للتقاضي والتي تضمن بطريق أو بآخر حقوق الدفاع ومصالح الخصوم⁽¹²⁶⁾.

وتتضمن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽¹²⁷⁾ "CNUDCI" أو ما يعرف بالإنجليزية "UNCITRAL" نفس المبادئ الأساسية المتقدمة حيث تناولتهما النصوص المنظمة لإجراءات خصومة التحكيم⁽¹²⁸⁾.

في أول يناير 1998، وقد بقيت هذه القواعد سارية مع إضافة في 1999/10/1 تتعلق بتصحيح وتفسير أحكام التحكيم، حتى صدرت قواعد جديدة ليتم العمل بها ابتداء من أول يناير 2012.

¹²⁵ - **CHAINAIS (C.)** : « *L'arbitre, le droit et la contradiction. L'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », Rev.arb.2010, p.3.

¹²⁶ - **KESSEDIAN (C.)** : « *Principe de la contradictoire et arbitrage* » Rev. arb. 1997, p.185, ces garanties procédurales s'imposent même à l'arbitre qui a reçu les pouvoirs d'amiable compositeur, Paris, 7 nov. 1996, Rev. arb.1997, p.240.

¹²⁷ - تم في هذا الإطار نشر نصين من طرف CNUDCI لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأول بمقتضى القرار رقم 98/31 الصادر في 1976/12/15 ويتعلق بتسوية المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية، وبصفة خاصة عن طريق الإحالة على قواعد التحكيم المتعلقة بعقود التجارة الدولية والذي تم تعديله سنة 2010 حيث أدخلت عليه مجموعة من التنقيحات، والمنشور ب:

- Site web : www.uncitral.org.version Mai 2011.

والثاني وهو ما يعرف بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر بمقتضى وثيقة الأمم المتحدة عدد 17/40/أ، المعتمدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 يونيو 1985 والذي تم تعديله سنة 2006 والذي يمثل قانوناً نموذجياً مقترحاً على الدول التي ترغب في تحيين قوانينها المتعلقة بالتحكيم أو تلك التي ترغب في تعديلها حتى تستجيب لمتطلبات التحكيم التجاري الدولي والذي تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة الأولى منه سنة 2013 والمنشور ب: www.uncitral.org.version Mai 2014 . Site web :

¹²⁸ - انظر المواد 17 وما بعدها من قواعد لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي، وكذا المواد 17 وما بعدها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ومن أهم نصوص قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "CNUDCI" نص المادة 17 الذي يقرر ضرورة معاملة الأطراف على قدم المساواة، وأن تتاح لكل طرف في مرحلة مناسبة من الإجراءات، فرصة معقولة لعرض قضيته، وتسيير هيئة التحكيم لدى ممارستها صلاحيتها التقديرية الإجراءات على نحو يتفادى الإبطاء والإنفاق بلا داع، ويكفل الإنصاف والكفاءة في تسوية المنازعات بين الأطراف. والمادة 24 التي تعطي لهيئة التحكيم تحديد ماهية البيانات المكتوبة الأخرى، إلى جانب بيان الدعوى وبيان الدفاع، التي يتعين على الأطراف تقديمها أو يجوز لهم تقديمها. وتحدد المهل المتاحة لتقديم تلك البيانات. والمادة 25 التي تعطي لهيئة التحكيم الحد الأقصى لتمكين الطرفين من تقديم بياناتهم المكتوبة. والمادة 29 التي تنظم تعيين الخبراء وتجعل جميع المسائل المتعلقة بهم في مواجهة الطرفين.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وهو الأحدث والأكثر تطوراً في مجال التحكيم، فقد خصص الباب الثالث عشر لسير إجراءات التحكيم على نحو عادل وفعال وضمنه المبادئ الأساسية للعدالة⁽¹²⁹⁾. وفي أول مادة من مواد هذا الباب، وهي المادة 17، جسد القانون النموذجي المبدأ الأساسي الذي يوجب معاملة الطرفين على قدم المساواة وتهيئة فرصة كاملة لكل منهما لعرض قضيته. وعالجت المواد من 18 إلى 25 الحقوق الجوهرية للطرفين، على نحو ما هو مقرر أيضاً في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "CNUDCI" السالفة الذكر، وهي الحقوق التي تكفل لكل من الطرفين سماع دعواه وإمكان عرض قضيته. وعموماً فإن النصوص المتقدمة تكفل عدم وقوع مخالفات خطيرة للأسس الجوهرية اللازمة لتحقيق العدالة المسطرية⁽¹³⁰⁾.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يعمل على تكريس المبادئ الأساسية الموجهة لسير الخصومة في التحكيم الدولي اللهم ما أشار إليه بشكل مبسّط في الفصل 51-327 من ق.م.م الذي ينص على أن الحكم التحكيمي الصادر بالمملكة في مادة التحكيم الدولي يكون قابلاً للطعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في الفصل 49-327 أعلاه. وبالرجوع إلى هذا الأخير يتضح أنه نص على إمكانية الطعن في

¹²⁹ - SCHNEIDER (M.E.): « *The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, some observations on the process and the results* ». cah.arb.2011.p.903.

¹³⁰ - DERAIS (Y.): « *Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté* », in le nouveau droit français de l'arbitrage, l'extenso éd. 2011, p.91, spéc.n° 18 et suiv.

الحالة التي تبث فيها الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها، وكذا في الحالة التي لا يتم فيها احترام حقوق الدفاع. بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة لمجلة التحكيم التونسية التي نصت صراحة في الفصل 63 منها الوارد ضمن القسم الخامس من الباب الثالث المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: "يجب أن يعامل الأطراف على قدم المساواة وأن تهيأ لكل منهم فرصة كاملة للدفاع عن حقوقه". كما أن المجلة المذكورة عملت على تكريس تلك الأسس الجوهرية بشكل واضح ضمن القسم السابع المتعلق بالطعن في قرار التحكيم في الفصل 78 منها.

وهو نفس الأمر الذي كرسه أيضا قانون التحكيم الفرنسي عندما نص في المادة 1506 من ق.م.ف المتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا الباب وما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تطبق على التحكيم الدولي المواد: 3...-1462 و1463 (الفقرة 2) و1464 (الفقرة 3) و1465 إلى 1470 و1472 المتعلقة بالمحاكمة التحكيمية في التحكيم الداخلي". وهي النصوص التي تحدد القواعد الجوهرية الموجهة لسير خصومة التحكيم، فضلا عما نصت عليه المادة 1520 من نفس القانون والمتعلقة بالطعن بالبطلان في حالة ما إذا نظرت الهيئة التحكيمية في النزاع دون التقيد بالمهمة التي أنيطت بها، أو لم يتم احترام مبدأ المواجهة، وهي النصوص التي تكفل الحفاظ على الأسس الجوهرية المطلوبة لتحقيق العدالة الإجرائية⁽¹³¹⁾.

المطلب الثاني

عدم الاعتراف بالمقرر التحكيمي الدولي او عدم تنفيذه عند اخلاله بالمبادئ الأساسية لخصومة التحكيم

تشتراط معظم اتفاقيات التحكيم الدولي للاعتراف بمقررات المحكمين وتنفيذها فوق أقاليم الدول الأطراف، أن تكون المبادئ الأساسية الموجهة لخصومة التحكيم قد روعيت في الإجراءات، وإلا جاز للسلطة القضائية الوطنية المختصة رفض هذا الاعتراف والتنفيذ، وهو ما يضمن احترام المحكمين الدوليين لهذه المبادئ⁽¹³²⁾.

¹³¹ - KLEIMAN (E.) et SALEH (S.): « Célérité et loyauté en droit français de l'arbitrage international : Quels pouvoirs et quelles responsabilités pour les arbitres et les parties », Cah. arb. 2012, p.99.

¹³² - HASCHER (D.): « Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage commercial international », op. cit. p. 126 et suiv.

فقد أرست المادة الأولى (فقرة هـ) من اتفاقية جنيف لعام 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية⁽¹³³⁾ مبدأ عاما بمقتضاه يلزم للاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه في إقليم إحدى الدول الأعضاء ألا يكون هذا الاعتراف والتنفيذ متعارضاً معالنظام العام أو المبادئ العامة لقانون هذه الدولة. وليس من شك في اعتبار المبادئ الأساسية لخصومة التحكيم متعلقة بالنظام العام في مختلف الدول وإلا أدى القول بغير ذلك إلى عدم ضمان تحقيق العدالة⁽¹³⁴⁾. والمقصود بالنظام العام في هذا الإطار هو النظام العام الدولي المسطري المرتبط بالخصائص الجوهرية المستمدة من معطيات التحكيم كنظام قانوني متفرد، ويدخل مبدأ المواجهة بين الخصوم وتطبيقاته ضمن ما يعرف بالنظام العام المسطري الدولي، وكذلك مبدأ حياد المحكم، كما أن هناك قواعد تحكيمية هيكلية ملزمة تتمثل في احترام مبدأ سلطان الإرادة وتتعلق بأسس وشرعية نظام التحكيم ذاته وكذا بطبيعته الاتفاقية. لذلك لا يجوز مخالفة مثل هذه الأصول التحكيمية من الناحية الواقعية أو من الناحية الفنية سواء من قبل الأفراد أو من قبل المحكمين⁽¹³⁵⁾.

بل أكثر من ذلك فقد نصت المادة الثانية (فقرة ب) من نفس الاتفاقية المذكورة أعلاه، على أنه حتى ولو توافر الشرط المتقدم (المادة الأولى فقرة هـ) فإن الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو تنفيذه في إقليم إحدى الدول الأعضاء لا يجوز إذا تبين للقاضي المختص أن الطرف الذي يحصل الاحتجاج ضده بالحكم التحكيمي لم يعلم بإجراءات التحكيم في الوقت المناسب الذي يسمح له بإبداء دفاعه، أو لم يمكن من تمثيله تمثيلاً صحيحاً إذا كان ناقص الأهلية.

ولم تخرج اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها⁽¹³⁶⁾ عن هذه المبادئ. فوفقاً للمادة الخامسة (الفقرة الأولى بند ب) من هذه الاتفاقية يجوز للسلطة الوطنية المختصة رفض الاعتراف والتنفيذ إذا قدم

¹³³ - اتفاقية جنيف لسنة 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

¹³⁴ - **POUDRET (J.-F.) et BESSON (S.)** : « *Droit comparé de l'arbitrage international* », op. cit. n° 554, p.507.

¹³⁵ - إسماعيل إبراهيم الزيايدي: "حكم التحكيم وحججه، وقوته التنفيذية"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت)، العدد الثالث عشر يناير 2012، السنة الرابعة، ص 144.

¹³⁶ - اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الصادرة بتاريخ 09/06/1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى ظهير 19/02/1960.

الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه الدليل على أنه لم يبلغ تبليغا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه. كما أجازت نفس المادة (الفقرة الثانية بند ب) للسلطة الوطنية المختصة رفض الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو تنفيذه إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في البلد الذي طلب فيه الاعتراف أو التنفيذ.

ويطابق هذان السببان لرفض الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها في إقليم الدولة التي يطلب إليها ذلك في ظل اتفاقية نيويورك، نفس السببين المنصوص عليهما في الفصل 49-327 من ق.م.م المغربي الذي أجاز الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية. حيث ورد السبب الأول بشكل مجمل ويتعلق بعدم احترام حقوق الدفاع. كما ورد السبب الثاني ضمن الحالة التي يكون فيها الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني. وبذلك يكون المشرع المغربي قد وسع من حالات رفض الاعتراف أو التنفيذ في حالة المخالفة للنظام العام بأن أدخل ضمنه النظام العام الوطني، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي اقتصر على مخالفة النظام العام الدولي فقط، وأشار إلى الحالة الأولى واختصرها في حالة عدم احترام مبدأ المواجهة⁽¹³⁷⁾. بينما كان المشرع التونسي أكثر دقة ووضوحا في هذا الجانب ومسايرا للتوجه الذي كرسته الاتفاقيات الدولية بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، عندما نصت في الفصل 78 من مجلة التحكيم على أنه "لا يجوز الطعن في حكم التحكيم إلا بطريق الإبطال: ... ب: أن طالب الإبطال لم يقع إعلامه على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه. ثانيا: إذا رأت المحكمة أن حكم التحكيم يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص."

وهكذا فإن النصوص المتقدمة التي تحول دون الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية أو الدولية إذا تجاوزت المبادئ الأساسية لخصومة التحكيم، تفرض على المحكمين الدوليين واجب احترام هذه المبادئ، إذ لا يجدي من صدر الحكم

¹³⁷ - تنص المادة 1520 من ق.م.م الفرنسي المتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه: "لا يكون الطعن بطريق الإبطال جائزا إذا ... 4- لم يحترم مبدأ المواجهة أو 5- كان الاعتراف بالقرار التحكيمي أو تنفيذه مخالفا للنظام العام الدولي".

لصالحه نفعاً من مخالفة تلك المبادئ ما دام سوف يصطدم برفض المحكمة الوطنية المختصة الاعتراف بالمقرر التحكيمي أو تنفيذه إذا كان مخلاً بتلك المبادئ، ومن ثم يبقى التحكيم في هذه الحالة عبئاً لا طائل منه.

الفصل الثاني

حدود سلطات المحكم أثناء أعمال إجراءات المسطرة في خصومة التحكيم

لا تقف سلطات المحكم عند اختيار شكل الإجراءات أو المشاركة في اختيارها، وإنما يتمتع بسلطات واسعة إزاء موضوع الإجراء ذاته. فيمارس سلطات موضوعية أثناء سير المسطرة انطلاقاً من الطابع القضائي لمهمته، وينحسر الدور الإرادي للأطراف الذي ساد في مرحلة وضع التنظيم المسطري ليتوارى خلف إرادة المحكم الذي يمارس دوراً قضائياً أثناء سير المسطرة من خلال فرض رقابة مستمرة لإجبار الخصوم على الالتزام بمراحل الخطة المسطرية الواجبة الاتباع، مقيداً في ذلك بالنصوص القانونية في القانون المسطري الواجب التطبيق التي تقرر صحة الإجراء، وذلك على خلاف مرحلة اختيار شكل الإجراءات، حيث كان المحكم يمارس سلطاته إما نيابة عن الخصوم أو بتفويض منهم.

والالتزام بالخطة المسطرية يعد قيذا على المحكم وعلى الخصوم أيضا، وبذلك تتضاءل سلطة الخصوم بشكل كبير أثناء سير الإجراءات، فيصدر المحكم أوامره للخصوم، ويفرض عليهم إرادته ويمارس دورا أصيلا في الإجراءات. والهدف من منح المحكم هذه السلطة هو حماية الإجراءات ومضاعفة احتمالات صحة المقرر الصادر وقابليته للتنفيذ، ولا يعد ذلك إخلالا بحياده.

وعلى ضوء ما تقدم، يصبح لزاما علينا البحث عن ماهية سلطات المحكم عند تسييره للمراحل المسطرية المختلفة لخصومة التحكيم "الفرع الأول"، قبل التطرق لطبيعة سلطاته أثناء تحقيقه للخصومة وبحثه عن أدلة الإثبات "الفرع الثاني".

الفرع الأول

سلطات المحكم عند تسييره لإجراءات مسطرة التحكيم

يقصد بخصومة التحكيم مجموع الأعمال المسطرية التي تبدأ بطرح النزاع على المحكم، وتستهدف التحقيق فيه، وتنتهي - عادة - بإصدار المقرر التحكيمي الفاصل فيه⁽¹³⁸⁾.

¹³⁸- نبيل اسماعيل عمر: "التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية"، دار الجامعة الجديدة، ص

و بهذا المعنى ، فإن خصومة التحكيم لا تختلف في جوهرها عن الخصومة القضائية .إلا أن ثمة farkا أساسيا بينهما، يرجع إلى مصدر القواعد التي تنظم الخصومة⁽¹³⁹⁾. فبينما تجد القواعد التي تنظم الخصومة القضائية مصدرها في النظام المسطري نفسه، فإن القواعد التي تنظم الخصومة التحكيمية تجد مصدرها كأصل عام في النظام الذي يرسمه اتفاق التحكيم صراحة أو ضمنا.

والمحكم هو الذي يتابع سير الإجراءات وفقا للترتيب الزمني والهيكل المتفق عليه، معترضاً على أية مخالفة ، شكلية كانت أو موضوعية، تؤثر على صحة الإجراءات. وبتتبع سير إجراءات مسطرة التحكيم، يمكن التعرف على مظاهر سلطات المحكم أثناء تسييره للإجراءات سواء عند افتتاح خصومة التحكيم "المبحث الأول"، أو عند تتابع هذه الإجراءات "المبحث الثاني".

المبحث الأول **مظاهر سلطات المحكم عند افتتاح** **خصومة التحكيم**

تتعقد خصومة التحكيم بمجرد تشكيل محكمة التحكيم واتصال دعوى الخصوم بها. وتحرص معظم القوانين الوطنية والأنظمة والاتفاقيات الدولية للتحكيم على تحديد بداية إجراءات التحكيم مع بيان القانون الواجب التطبيق على هذه الإجراءات على ضوء إرادة الطرفين أو إرادة المحكمين. وإلى جانب فكرة بداية وضع المحكم يده على الخصومة التحكيمية "المطلب الأول"، تطرح فكرة أخرى لا تقل عنها أهمية عند افتتاح إجراءات مسطرة التحكيم وهي المتعلقة باختصاص محكمة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها "المطلب الثاني".

المطلب الأول **تحديد بداية مهمة المحكم كأثر لفكرة**

¹³⁹ - عزمي عبد الفتاح: "قانون التحكيم الكويتي"، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، طبعة 1990، ص 132.

أهمية الزمن في خصومة التحكيم

الأصل في قانون المسطرة المدنية المغربي أن الدعوى تعتبر مرفوعة من تاريخ إيداع المقال الافتتاحي للدعوى بكتابة ضبط المحكمة المختصة (الفصل 31 منق.م.م). وتتعدّد الخصومة فيها بتبليغ المقال الافتتاحي إلى المدعى عليه ولو لم يحضر الجلسة. فهل يمكن تطبيق ذلك حرفياً على خصومة التحكيم تحديداً لنقطة بداية وضع المحكم يده على خصومة التحكيم⁽¹⁴⁰⁾؟

إن الإجابة على هذا التساؤل قطعاً هي بالنفي، ويمكن التمييز في هذا الصدد بين التحكيم الداخلي "الفقرة الأولى"، والتحكيم الدولي "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

بداية مهمة المحكم في التحكيم الداخلي

تظهر أهمية تحديد بداية مهمة المحكم في الأحوال التي يبدأ فيها سريان مهلة التحكيم من تاريخ بداية هذه المهمة، وهو الحال في قانون التحكيم المغربي .

حيث نص الفصل 20-327 من ق.م.م على أنه: "إذا لم يحدد اتفاق التحكيم للهيئة التحكيمية أجلاً لإصدار الحكم التحكيمي، فإن مهمة المحكمين تنتهي بعد مضي ستة أشهر على اليوم الذي قبل فيه آخر محكم مهمته".

ولما كان تحديد تاريخ بدء إجراءات التحكيم له أهميته في هذه الحالة، فقد حرصت الفقرة الأخيرة من الفصل 10-327 من ق.م.م على النص على أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك".

وعلى ضوء ذلك، تبدأ إجراءات التحكيم في ظل القانون المغربي من التاريخ الذي يحدده الطرفان اتفاقاً. فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، تبدأ تلك الإجراءات من تاريخ تشكيل هيئة التحكيم، أو بمعنى آخر من تاريخ قبول آخر محكم مهمته في حال تعدد هيئة التحكيم.

¹⁴⁰ - OPPÉTIT (B.) : « *Théorie de l'arbitrage* », PUF. 1989, p.27 et suiv.

أما بالنسبة للمشرع التونسي، فقد كان دقيقا ، حيث ميز بين بداية سريان أجل التحكيم عندما نص في الفصل 24 من مجلة التحكيم على أنه: "إذا وقع تحديد أجل للبت في الخصومة، فإن سريان ذلك الأجل يبتدئ من تاريخ قبول المحكم أو آخر المحكمين لمهمته". وبين بداية إجراءات التحكيم عندما نص في الفصل 9 من نفس القانون على أنه: "تبدأ إجراءات التحكيم في النزاع في اليوم الذي يتسلم المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

والواقع أن ربط بداية سريان أجل التحكيم أو بداية الإجراءات من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، أو من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته على فرض تعددهم يؤدي إلى مشكلة تتعلق بفكرة الزمن. فقد يمر وقت طويل بين موافقة آخر المحكمين أو تشكيل هيئة التحكيم وبداية الإجراءات الفعلية للخصومة، مما قد يقلل من المدة المحددة قانونا أو اتفاقا للتحكيم، ويكون المشرع عندئذ قد ترك التحديد النهائي والحقيقي في يد المحكمين لا في يد الخصوم⁽¹⁴¹⁾.

وهذه الملاحظة جديرة بالاعتبار عند الحديث عن بداية أجل التحكيم، لكنها ليست بنفس القدر من الأهمية عند تحديد بدء الإجراءات أو بدء مهمة المحكم. فهذه مسألة تتعلق بمسؤولية المحكم عن الفصل في النزاع في موعده، وكل تأخير سوف يحاسب عليه. ويجوز تفادي ذلك بتمديد مهلة التحكيم سواء قضاء أو اتفاقا. لكن ذلك بالطبع سوف يأتي على حساب قيمة عالية أخرى هي قيمة الزمن في التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن القانونين المغربي والتونسي أخذوا بهذا المقتضى عن المادة 1456 من ق.م.ف.في صيغتها القديمة والتي كانت تربط بداية مهمة المحكم من تاريخ قبول آخر محكم. وقد ألغيت هذه المادة بصدور المرسوم رقم 48-2011 بتاريخ 13 يناير 2011 حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون المسطرة المدنية الفرنسي. حيث نصت المادة 1456 من ق.م.ف. على أنه: "تعتبر الهيئة التحكيمية مشكلة متى وافق المحكم أو المحكمون على المهمة المنوطة بهم، وتضع الهيئة التحكيمية يدها على النزاع ابتداء من هذا التاريخ". كما نصت أيضا المادة 1463 من نفس القانون على أنه: "إذا لم يحدد اتفاق التحكيم مهلة، فإن مهمة الهيئة التحكيمية

¹⁴¹ - عزمي عبد الفتاح: "قانون التحكيم الكويتي"، مرجع سابق، ص 197.

تكون محددة بستة أشهر ابتداء من تاريخ وضع يدها على النزاع". آخذة في ذلك بما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

الفقرة الثانية

بداية مهمة المحكم فيالتحكيم الدولي

سبقت الإشارة إلى أن اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي قد حرصت في معظمها على إعفاء المحكم من القواعد الإجرائية المنصوص عليها في القوانين المسطرية الوطنية باستثناء ما تعلق منها بالنظام العام. وبذلك فإن تلك الاتفاقيات والأنظمة لا تتضمن ما يلزم الطرفين باتباع الإجراءات التي تستلزمها القوانين الوطنية لانعقاد الخصومة وبدء الإجراءات وإنما تكفي باتخاذ أي إجراء أمام المحكم أو أمام مؤسسة التحكيم الدائمة⁽¹⁴²⁾.

فوفقا للمادة 21 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المقابلة لذات نص المادة 3 / فقرة 1 و2 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "CNUDCI": "تبدأ إجراءات التحكيم في نزاع ما من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلبا بإحالة ذلك النزاع إلى التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". ويستوي في أعمال هذا النص أن يوجه الطلب المذكور مباشرة من المدعي- طالب التحكيم- إلى المدعى عليه- المطلوب في التحكيم-، أو أن يوجه أولا إلى محكمة التحكيم ثم تحيله إلى المطلوب في التحكيم.

وقد لوحظ بحق أن توجيه طلب التحكيم لا يعتبر بدءا لإجراءات التحكيم إلا إذا كانت هيئة التحكيم قد تكونت فعلا باتفاق الخصوم أو بحكم المحكمة المختصة. فإن لم تكن قد تكونت فعلا، فإن توجيه طلب التحكيم لا يعد بداية لخصومة التحكيم، لأنه لا يتصور قانونا أن تبدأ إجراءات خصومة التحكيم أمام هيئة ليس لها وجود قانوني⁽¹⁴³⁾. ونستطرد مع هذا الرأي بالقول بأنه لا ولاية لمن لا وجود له،

¹⁴² - **MAYER (P.)** : « *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et de Common Law* », Rev.arb.1995,p.163 et suiv.

¹⁴³ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 2007، ص

وبالتالي لا تبدأ ولاية هيئة التحكيم إلا بطلب يقدم من طالب التحكيم بعد أن تكون هذه الهيئة قد تكونت في الواقع العملي.

فالعبرة إذن في بداية مهمة هيئة التحكيم، سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي، هي باستكمال تشكيّلها وقبولها للمهمة التحكيمية⁽¹⁴⁴⁾. وتتحدد هذه اللحظة حسب الأحوال: فإذا كنا بصدد تحكيم حر، فإنه لا تبدأ هذه الولاية إلا منذ تحديد المحكم أو المحكمين وقبولهم المهمة صراحة أو ضمناً. وإذا كنا بصدد تحكيم مؤسسي، فإن ولاية المحكمين على الخصومة تبدأ من اللحظة التي يحددها هذا المركز لإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم لديه والتي يحددها لهذه الغاية، إذ يعتبر وكيلاً من الطرفين في تحديد هذه الهيئة⁽¹⁴⁵⁾.

المطلب الثاني

مضمون مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه

يستمد مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه أساسه من العديد من المصادر الشكلية، سواء كانت هذه المصادر القوانين الداخلية للدول، "الفقرة الأولى"، أو المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم، وكذلك الغالبية العظمى من لوائح التحكيم، "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

مضمون مبدأ اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه في التحكيم الداخلي

من المبادئ الأساسية في خصومة التحكيم مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومفاده أن هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما إذا كانت مختصة بالنزاع

¹⁴⁴ - وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 30 مارس 2004 بأنه: "تبدأ إجراءات الدعوى في اللحظة التي يتم فيها تشكيل هيئة التحكيم، وتكون قادرة على وضع يدها على النزاع بمعنى في اللحظة التي يقبل فيها كل المحكمين - في حال تعددهم - لمهمتهم".

- Civ. 1^{ère} 30 mars 2004, D.2004, P.3183, obs. Th. CLAY, J.C.P.G. 2004, I, 179, N°8, obs, J.ORTSCHEIDT, Rev. arb. 2005, p. 977.

¹⁴⁵ - HASCHER (D.): « Arbitrage du commerce international » Rép. Internat. Dalloz spéc n°119.

المعروض عليها. وقد أرست محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ بقرار مشهور لها جاء فيه: "كأي جهة قضائية، ولو كانت استثنائية، يدخل في سلطة المحكمين وواجبهم التحقق مما إذا كانوا طبقا لنصوص اتفاق التحكيم الذي يتمسك به ذوو المصلحة مختصين بالنظر في النزاع المطروح عليهم"⁽¹⁴⁶⁾.

ويكون لهيئة التحكيم هذا الاختصاص ولو تم الدفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو بسقوطه. ذلك أن المحكم لكي ينظر فيما يعرض عليه من نزاع، لابد أن يقرر أولا اختصاصه بنظره، ولو اقتضى هذا البحث في وجود وصحة وبقاء ونفاذ اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم، إذ هو يستمد ولايته من إرادة الطرفين، أي من هذا الاتفاق.

ويرمي مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى تمكين هيئة التحكيم من الفصل في النزاع دون تعطيل بسبب رفع دعوى أمام محاكم الدولة يتعلق بوجود أو صحة اتفاق التحكيم. وقد كرس الفصل 9-327 من ق.م.م هذا المبدأ بنصه على أنه: "على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تبت إما تلقائيا أو بطلب من أحد الأطراف في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم..."

وتطبيقا لهذا المبدأ لا يقبل الطلب المقدم من قبل الطرفين إلى هيئة التحكيم والهادف إلى وقف مسطرة التحكيم حتى يتم الفصل في دعوى بطلان مرفوعة بشأن اتفاق التحكيم أمام القضاء⁽¹⁴⁷⁾. فنص القانون على اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في مسألة اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم يعبر عن إرادة المشرع الصريحة في عدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم من قبل المحكمة المختصة.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في صحة اتفاق التحكيم، والتي أخذ بها المشرع المغربي بمقتضى الفصل 9-327 المذكور تبقى محل انتقاد، باعتبار أنه إذا كان صحيحا أن كل قضاء يختص بالفصل في اختصاصه أو عدم اختصاصه، فإن هذا الاختصاص لا ينصرف إلى تقرير صحة العمل الذي أنشأ

¹⁴⁶ - Cass. Com. 22 Fév. 1948, cité par **MOTULSKY (H.)** : " *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage* " , Dolloz; T.2, 1974 p. 242.

¹⁴⁷ - **MOTULSKY (H.)** : « *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage* », op.cit. p.202.203.

هذا القضاء. ولهذا فإن تقرير صحة اتفاق التحكيم لا ينبغي أن يدخل في اختصاص هيئة التحكيم، وإنما يجب أن تختص به محاكم الدولة سواء تعلق الأمر بشرط تحكيم أو بمشارطة تحكيم. لذلك اعتبر البعض بأنه إذا كان اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكم، فمن التناقض منح المحكم سلطة الحكم حول وجود أو صحة مصدر هذه السلطة، ذلك أن وجود اتفاق تحكيم صحيح هو مفترض لمباشرة المحكم أي سلطة في خصومة التحكيم⁽¹⁴⁸⁾.

وهو الأمر الذي تنبه له المشرع التونسي في الفصل 26 من مجلة التحكيم عندما نص بأنه: "إذا أثبتت أمام هيئة التحكيم مسألة تتعلق باختصاصها في النزاع المعروض عليها، فإن البت فيها يكون من أنظارها بقرار غير قابل للطعن فيه إلا مع الأصل". أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أتى بمقتضى مرسوم 2011 بصيغة عامة ضمن مقتضيات المادة 1465 عندما نص على أنه: "تكون الهيئة التحكيمية وحدها صاحبة الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بسلطتها القضائية". في حين أكد القضاء الفرنسي بأنه إذا كان القاضي المعروض عليه النزاع يختص بالفصل في مسألة اختصاصه، فالمحكم بصفته قاضيا يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف وبالتالي فإنه يختص بالفصل في مسألة وجود وصحة هذا الاتفاق⁽¹⁴⁹⁾.

واتجاه القانون التونسي يوفر ضمانات هامة للأطراف يتفق مع مبدأ الاقتصاد في الإجراءات. ذلك أن تولي هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع حول وجود اتفاق التحكيم أو صحته لا بد وأن يؤدي إلى تعطيل إجراءات التحكيم، إذ قد يقتضي تحقيقا يستغرق وقتا طويلا من هيئة التحكيم. وقد يؤدي هذا إلى انتهاء أجل التحكيم قبل الفصل في خصومة التحكيم. ويكفي لتقرير اختصاص هيئة التحكيم بالدعوى بحث المسألة من حيث الظاهر دون تحقيق كامل يستغرق وقتا كاملا.

الفقرة الثانية

¹⁴⁸ - FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.); « *Traité de l'arbitrage commercial international* ».op. cit., p.413.

¹⁴⁹ - Paris, 29 mars 1991, Rev. arb 1991, p.478. Paris, 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, p. 645 note ch. JARROSSON.

مضمون اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه في التحكيم الدولي

إذا كانت القوانين الوطنية المعاصرة الصادرة في العديد من الدول والمنظمة للتحكيم قد كرست مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، ومنها من كرس نفس القاعدة سواء على مستوى التحكيم الداخلي أو الدولي مثلما هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي، الذي أحال بمقتضى المادة 1506 من ق.م.م على المادة 1465 من نفس القانون، والتي تنظم قاعدة اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه. فإن المشرع التونسي أتى بقاعدة مغايرة فيما يخص اختصاص هيئة التحكيم بالبت في اختصاصها على مستوى التحكيم الدولي عندما نص في الفصل 61 من مجلة التحكيم على أنه: "1- تبت هيئة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها. ولهذا الغرض ينظر إلى الشرط التحكيمي بالعقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروطه الأخرى، والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانوناً بطلان الشرط التحكيمي.2- يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في أجل أقصاه تقديم الملحوظات الكتابية للدفاع في الأصل، ولا يجوز منع أي طرف من إثارة هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو شارك في تعيينه. أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق نظرها فيجب التمسك به بمجرد أن تثار - أثناء إجراءات التحكيم - المسألة التي يدعي بأنها خارجة عن نظرها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعا يثار بعد مضي الأجل إذا اعتبرت التأخير وجيهاً".

وهو الأمر الذي كرسه القضاء التونسي عندما قرر بأن : "قاعدة الاختصاص بالنظر في الاختصاص تخول الهيئة التحكيمية النظر في وجود وصحة الشرط التحكيمي والتثبت من اختصاصها بصفة أولية وقبل غيرها، وذلك كنتيجة حتمية لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم في التحكيم الدولي"⁽¹⁵⁰⁾.

وبخلاف المشرعين الفرنسي والتونسي، فإن المشرع المغربي لم يشر لا صراحة ولا عن طريق الإحالة لمسألة اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه في التحكيم

¹⁵⁰ - حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في القضية عدد 23796 بتاريخ 2009/03/28، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت) العدد الثالث عشر - يناير 2013 السنة الرابعة، ص 179 وما بعدها.

الدولي واكتفى بضرورة النص على احترام المعاهدات الدولية. فما هو موقف المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم والتي أحال عليها المشرع المغربي صراحة في الفصل 39-327 من ق.م.م. من هذا المبدأ؟.

لم تتعرض معاهدة نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 10/06/1958⁽¹⁵¹⁾ لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه. ولعل مبعث الإغفال من جانبها لهذه المسألة أن هدفها المباشر هو تحديد شروط الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم.

ولقد تبنت اتفاقية واشنطن في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة المؤرخة في 18/03/1965⁽¹⁵²⁾، والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي يوجد مقره بالمكاتب الرئيسية للبنك الدولي للإنشاء والتعمير، قاعدة مماثلة للقاعدة السابقة عندما نصت في المادة 41 منها على أنه: "1- تكون المحكمة هي الحكم في اختصاصها. 2- أي اعتراض أو دفع يبديه أحد الطرفين بأن النزاع لا يدخل في اختصاص المركز أو المحكمة، تنظر فيه المحكمة التي تقرر ما إذا كانت ستبت فيه باعتباره مسألة أولية أو تضمه إلى موضوع النزاع".

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من المبادئ الأساسية للنظام العام العابر للدول وذلك بسبب قبول هذا المبدأ بشكل عام في العديد من الوثائق الدولية، وذلك على الرغم من تردد بعض الأنظمة القانونية الوضعية المتأثرة بالنظام الأنجلوسكسوني بتكريس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه⁽¹⁵³⁾.

¹⁵¹ - الموقع عليها من طرف المملكة المغربية بمقتضى الظهير الشريف رقم 266.59,1 المؤرخ في 19 فبراير 1960.

¹⁵² - الموقع عليها من طرف المملكة المغربية بمقتضى المرسوم الملكي رقم 564.65 المؤرخ في 31 أكتوبر 1966.

¹⁵³ - LALIVE (P.): « *Ordre Public transnational (ou réellement international) et arbitrage international* », Rev.arb.1986, p.329.

وتؤكد لوائح التحكيم الأساسية على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه. فلائحة التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI تنص في المادة 1/21 على هذا المبدأ بقولها: "هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها. وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم، أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم، أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق". كما تنص على هذا المبدأ أيضا المادة 2/6 من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس.

ويشكك البعض في القيمة الحقيقية لتأكيد لوائح التحكيم الأساسية على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بالقول بأن ترديد لوائح التحكيم لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه وإن كان يعبر عن القبول العام الذي يحظى به هذا المبدأ، فإنه مع ذلك وعلى صعيد الفن القانوني الخالص، لا يضيف أية قيمة لهذا المبدأ. فلائحة التحكيم والتي تستمد كل قيمة لها من إرادة الأطراف في أعمال أحكامها، لا يمكنها أن تمنح للمحكّمين حقوقا أكثر من تلك التي تقر لهم بها الأنظمة القانونية الخاصة. أو بعبارة أخرى، فإن لوائح التحكيم بسبب طبيعتها الاتفاقية وعلى عكس القوانين الوضعية، تظل عاجزة عن حل التناقض الواضح الذي يسمح للمحكّمين أن يصبحوا قضاة مختصين بالفصل في الاتفاق الذي يعد مصدرا لسلطاتهم، وذلك على خلاف القوانين الوضعية التي تقدر على حل هذا التناقض⁽¹⁵⁴⁾.

وعموما يمكن القول بأن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه لا يعني مطلقا أن يترك للمحكم موضوع الرقابة على اختصاصه. بل على العكس، فإن هذا الاختصاص تتم مراقبته بواسطة قضاء الدولة بمناسبة الطعن في مقرر التحكيم بالبطلان أو إصدار الأمر بتنفيذه. من هنا فإن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يتضمن فكرة الأولوية بمفهومها الزمني وليس بمفهومها

¹⁵⁴ - **GAILLARD (E.)** : « *Le principe de compétence- compétence* », note sous cass. 2^e.civ. 10 mai 1995, Rev. arb. 1995 p. 617.

- **GAILLARD (E.)** : « *arbitrage commercial international convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité. Droit applicable* » J.C. Dr. Inter. Fasc. 586.1991

التدرجي. بمعنى أن المحكم تمنح له الفرصة في أن يفصل أولاً في جميع المسائل المتعلقة باختصاصه، طبعاً مع خضوعه للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص المعني أصلاً بالقيام بهذه الرقابة.

وبهذا المعنى فإن هذا المبدأ يهدف من الناحية العملية إلى تلافي أن يكون التمسك من قبل أحد الأطراف بدفع يتعلق بالاختصاص، سبباً في تأخير إجراءات التحكيم. فالسماح للمحكم بأن يفصل بنفسه في مسألة اختصاصه مع خضوعه للرقابة اللاحقة للقضاء الوطني المختص، ودعوة هذا القضاء لعدم التدخل للفصل في هاته المسألة قبل صدور مقرر التحكيم من شأنه تلافي الخلل الذي قد يصيب الإجراءات المسطرية في التحكيم، طبعاً دون المسلس بمصالح الطرف الذي يحق له التمسك بالعيوب المتصلة باختصاص المحكم، طالما أن تلك المسائل يمكن التحقق منها بواسطة السلطة القضائية المختصة في اللحظة المناسبة.

المبحث الثاني

مظاهر سلطات المحكم عند تتابع

إجراءات مسطرة التحكيم

إذا كانت إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يكتمل فيه تشكيل هيئة التحكيم، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك (الفقرة الأخيرة من الفصل 10-327 من ق.م.م) فإن انعقاد خصومة التحكيم يتم بتقديم الطرف طالب التحكيم طلباً إلى

هيئة التحكيم متضمنا الإفصاح عن الاعتداء على مركز قانوني له ويطلب حمايته وتبليغه للطرف الآخر⁽¹⁵⁵⁾، "المطلب الأول".

وتترتب عن تقديم هذا الطلب على نحو صحيح كافة الآثار القانونية التي يترتبها المقال الافتتاحي من الناحيتين الإجرائية أو الموضوعية⁽¹⁵⁶⁾، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة توالي الإجراءات من تقديم بيان الدعوى و عرض أوجه الدفاع وتبادل المذكرات "المطلب الثاني".

المطلب الأول

نطاق سلطات المحكم بعد انعقاد

خصومة التحكيم والسير فيها

تتعقد خصومة التحكيم بتقديم طلب التحكيم وتبليغه للطرف الآخر⁽¹⁵⁷⁾. وطلب التحكيم هو العمل الذي يوجهه المدعي (طالب التحكيم) إلى المدعى عليه (المطلوب في التحكيم)، والذي يتضمن رغبته في الفصل في النزاع القائم بينهما عن طريق التحكيم. ويوجه الطلب بمذكرة مكتوبة تسلم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين.

ونميز في هذا الإطار بين التحكيم الداخلي، "الفقرة الأولى" و التحكيم الدولي، "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

دور المحكم في تدبير الإجراءات بعد تقديم طلب

التحكيم وتبليغه للخصم في التحكيم الداخلي

¹⁵⁵ - إبراهيم أحمد إبراهيم: "التحكيم الدولي الخاص"، مرجع سابق، ص 117. ويرى البعض أن إجراءات الخصومة تبدأ أمام المحكمين بأية طريقة مناسبة ولا يوجد شكل خاص لبدئها. أسامة الشناوي: "المحاكم الخاصة في مصر"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1990، ص 443.

¹⁵⁶ - محيي الدين إسماعيل علم الدين: "منصة التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1986، ج 1، ص 68.

¹⁵⁷ - وهو ما عبر عنه المشرع المغربي في الفقرة التاسعة من الفصل 14-327 من ق.م.م بمذكرة فتح الدعوى.

لما كانت خصومة التحكيم خصومة حقيقية، فإنه يتعين على الخصوم كما في الخصومة القضائية، إقامة دعواهم وتقديم دفاعهم ومذكرات طلباتهم. كما يتعين تبليغ كل خصم بالإجراء الذي اتخذه الخصم الآخر احتراماً لمبدأ حقوق الدفاع بصفة عامة، ومبدأ المواجهة بصفة خاصة. بيد أن أعمال مبدأ المواجهة بشكل آلي أو حرفي في خصومة التحكيم، من شأنه أن يعطل حركتها وفعاليتها في الوقت الذي يسعى فيه الخصوم إلى التحكيم لبلوغ حل عادل وسريع للنزاع. مما يتعين معه توفير المرونة لإجراءات التحكيم. لأجل ذلك تحرص الكثير من القوانين الوطنية على الموازنة بين ضرورة احترام مبدأ المواجهة وبين مرونة التحكيم. وهي الموازنة التي تنبني عليها القواعد المنظمة لشكل التبليغ ومواعيد الإجراءات⁽¹⁵⁸⁾.

والواقع أن الإجراء الافتتاحي لخصومة التحكيم ليس له شكل أو طريقة خاصة سواء في القانون الفرنسي أو التونسي أو المغربي. فيجوز أن يتم باستدعاء المطلوب في التحكيم من طرف طالب التحكيم أو محكمة التحكيم للحضور بأية طريقة، سواء بالبريد المضمون أو عن طريق التسليم باليد أو بوسائل الاتصال الحديثة. كما يجوز اتباع نفس طرق التبليغ المنصوص عليها في ق.م.م. وإذا كان الأصل أن يكون الاستدعاء مكتوباً، فإن الكتابة ليست شرطاً لصحة الإجراء، مادام أن الغرض منه قد تحقق سواء بحضور الخصم أمام المحكم أو بإبدائه أوجه دفاعه. كما أن الكتابة بدورها ليس لها شكل خاص أو شروط خاصة، بعكس الاستدعاءات القضائية التي ينظمها قانون المسطرة المدنية⁽¹⁵⁹⁾. وبذلك يكون المشرع المغربي قد ترك للخصوم حرية الاتفاق على طريقة وشكل التبليغ، وهو ما يتفق مع الطابع الرضائي للتحكيم. فإذا لم يوجد اتفاق أصبح المحكم غير مقيد بالقواعد المقررة لصحة الاستدعاء في قانون المسطرة المدنية، شرط احترامه لمبدأ المواجهة.

وعلى خلاف المشرعين الفرنسي والتونسي اللذين لم يحددا بيانات طلب التحكيم في التحكيم الداخلي، فإن قانون التحكيم المغربي أشار إلى ذلك، حينما نصت الفقرة الأولى من الفصل 14-327 من ق.م.م. على أنه: "يجب على المدعي أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي عليه

¹⁵⁸ - عاشور مبروك: "النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1996، ص 65.

¹⁵⁹ - الفصلان 38 و39 من ق.م.م. المغربي.

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 ويرفقا بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد استعمالها".

ويلاحظ أنه إذا كان طلب التحكيم مقديما استنادا إلى شرط تحكيم، فإنه يكفي أن يبين في الطلب النزاع محل التحكيم، وذلك دون حاجة لتحديد حصري لطلبات المدعي، فهذه يمكن تحديدها في بيان الدعوى. أما إذا كان الطلب مستندا إلى عقد تحكيم، فإنه يجب أن ينصب الطلب على كل أو بعض ما حدده عقد التحكيم من مسائل محددة اتفق الطرفان على التحكيم بشأنها⁽¹⁶⁰⁾.

وتنص المادة 1462 من ق.م.ف. على أنه يمكن تقديم طلب التحكيم من الطرفين معا بشكل مشترك. وليس لهذا النص مقابل في التشريع المغربي، ولكن لا يوجد ما يمنع من الأخذ به في المغرب، بل قد يكون ذلك من الأفضل كبداية للتعاون بين الطرفين على إنجاز التحكيم. ويقدم الطلب عندئذ من الطرفين معا كتابة بدون شكل خاص مع تضمينه البيانات السالفة الذكر. ويجب أن يحمل الطلب توقيع الطرفين أو ممثليهما، ويوجه إلى المحكم أو إلى رئيس هيئة التحكيم أو إلى مركز التحكيم المتفق عليه في اتفاق التحكيم حسب الأحوال.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي تناول أيضا مسألة رد المدعى عليه على طلب التحكيم لإبداء موقفه منه. وفي هذا المعنى نصت الفقرة الثانية من الفصل 14-327 من ق.م.ف. على أنه: "يجب على المدعى عليه أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي ولكل واحد من المحكمين مذكرة جوابية مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء بمذكرة الدعوى". وهذا الرد ضروري ليتبين المدعي موقف المدعى عليه من السير في إجراءات التحكيم من عدمه.

الفقرة الثانية

دور المحكم في تدبير الإجراءات بعد تقديم طلب التحكيم وتبليغه للخصم في التحكيم الدولي

¹⁶⁰ - ROBERT (J.) : « L'arbitrage: droit interne, droit international privé », avec collaboration de MOREAU (B.), Dalloz, 6^{ème} éd.1993, p.83-84.

على خلاف المشرعين المغربي والفرنسي اللذين لم يتناولوا مسألة طلب التحكيم وتبليغه في التحكيم الدولي، فإن المشرع التونسي تناول المسألة بكثير من التفصيل في الفصول 49 و68 و69 من مجلة التحكيم في الباب المتعلق بالتحكيم الدولي معتمدا في ذلك على نفس المقترضات الواردة في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي رغم أنه أهمل ذلك فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي.

وبالرجوع إلى أنظمة التحكيم الدولية يتضح أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد حرص على الاعتراف بدور إرادة طرفي التحكيم في تحديد شكل الاستدعاء الذي يتخذ بشأن إجراء معين من إجراءات خصومة التحكيم وطريقة تبليغه. كما حرص على تبسيط هذا الشكل وطريقة التبليغ عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين. فقد نصت المادة الثالثة منه على أنه: "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك: أ- تعتبر أي رسالة كتابية في حكم المتسلمة إلى المرسل إليه شخصيا أو إذا سلمت في مقر عمله أو في محل إقامته المعتاد أو عنوانه البريدي. وإذا تعذر العثور على أي هذه الأماكن بعد إجراء تحريات معقولة تعتبر الرسالة الكتابية في حكم المتسلمة إذا أرسلها إلى آخر مقر عمل أو محل إقامة معتاد أو عنوان بريدي معروف للمرسل إليه، وذلك بموجب خطاب موصى عليه أو بأية وسيلة أخرى كتبت بها محاولة تسليمها".

ولا يعدو أن يكون هذا النص ترديدا لنص المادة الثانية -الفقرة الأولى- من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUDCI، وإن كان القانون النموذجي المذكور قد توسع بعض الشيء فيما قرره من جواز إثبات محاولة تسليم الرسالة أو الإعلان بأية وسيلة كانت تثبت محاولة تسليمها. ويسري حكم المادتين الثانية و الثالثة المذكورتين على كل تبليغ أو رسالة يوجهها أحد الطرفين أو محكمة التحكيم إلى الطرف الآخر بشأن أي إجراء من إجراءات خصومة التحكيم، مما يعني عدم تقيد الخصوم أو هيئة التحكيم بالقواعد المتعلقة بالاستدعاءات القضائية المقررة في القوانين المسطرية الوطنية، وهو ما يتفق مع ما يقرره النظام الدولي من عدم تقيد المحكم بقواعد المسطرة المدنية، ما عدا ما اتفق عليه الخصوم أو تم النص عليه في اتفاق أو نظام التحكيم التجاري الدولي أو ما توجهه مبادئ حقوق الدفاع والمواجهة والنظام العام⁽¹⁶¹⁾.

¹⁶¹ - HASCHER (D.) : «Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage international», Rec. Cour La Haye, 1999, p.126 et suiv.

ويلاحظ أنه على خلاف تحكيم الحالات الخاصة في التحكيم الدولي، فإن تحكيم المؤسسات الدائمة قد تقيّد إرادة الأطراف إذا اختاروا التحكيم أمامها بالقواعد المنصوص عليها في نظامها بشأن الاستدعاءات ومواعيدها وطرق اتخاذ الإجراءات. ومن هذه المؤسسات نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المقرر بمقتضى اتفاقية واشنطن لسنة 1966. حيث نصت المادة 44 منها على أنه: "تجري إجراءات التحكيم طبقاً لأحكام هذا القسم، وما لم يوجد اتفاق مخالف بين الطرفين، تطبق الإجراءات المنصوص عليها في اتفاق التحكيم النافذ وقت اللجوء إلى تحكيم المركز، فإذا ثارت أي مسألة من مسائل الإجراءات لا تشملها أحكام هذا القسم أو قواعد التحكيم أو أي قواعد متفق عليها بين الطرفين، كان لمحكمة التحكيم أن تقرر ما يلزم بشأن هذه المسألة."

ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة الثالثة في فقرتها الأولى من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس من أنه يجب تقديم جميع المذكرات والمراسلات الكتابية الصادرة من الخصوم وجميع المستندات المرفقة بها في نسخ بعدد الخصوم مضافاً إليها نسخة لكل محكم وأخرى للأمانة العامة. كما نصت المادة الرابعة من نفس النظام على أن كل طرف يود اللجوء إلى التحكيم تبعاً لهذا النظام أن يرفع طلبه بالتحكيم إلى الأمانة العامة التي تبلغ المدعي والمدعى عليه استلامها للطلب وتاريخ هذا الاستلام، ويعتبر تاريخ استلام الأمانة العامة للطلب هو تاريخ رفع التحكيم، ويشتمل طلب التحكيم على اسم كل طرف من الأطراف ولقبه كاملاً وصفته وعنوانه وعرض لطبيعة وظروف النزاع الذي كان سبب التقدم بالطلب، مع الإشارة إلى موضوع الطلب وقدر الإمكان إلى المبلغ أو المبالغ المطالب بها والاتفاقات المعقودة بين الطرفين وخاصة اتفاق التحكيم وكذا كل المعلومات المفيدة حول المحكمين واختيارهم.

المطلب الثاني

صلاحيات المحكم في مرحلة تقديم بيان الدعوى

وعرض أوجه الدفاع

سبق القول بأن خصومة التحكيم تتعقد بتقديم مذكرة فتح الدعوى، ثم تتوالى بعد ذلك الإجراءات عن طريق بيان الدعوى وتقديم جواب المدعى عليه وتبادل المذكرات، الكل تحت مراقبة وتوجيه المحكم. ثم تأتي بعد ذلك مرحلة عقد

جلسات المرافعة من قبل المحكم لتمكين كل طرف من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته. ونميز في هذا الإطار بين التحكيم الداخلي "الفقرة الأولى"، والتحكيم الدولي "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

صلاحيات المحكم عند تقديم بيان الدعوى

وعرض أوجه الدفاع في التحكيم الداخلي

يرد الاتفاق على التحكيم في شكل شرط تحكيم أو عقد تحكيم. ففي الحالة الأولى لا يكون النزاع قد وقع بعد⁽¹⁶²⁾، لذا يكون تحديد النزاع أو المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد الذي تعلق به الشرط تحديدا عاما لا يكفي لبيان حدود النزاع الذي يطرح على التحكيم بعد نشوئه. أما في الحالة الأخرى، فإن النزاع يكون قد وقع فعلا فيسهل تحديده على وجه الدقة في عقد التحكيم⁽¹⁶³⁾. ومن أجل ذلك أوجب المشرع في فرنسا وتونس والمغرب أن تتضمن مشاركة أو عقد التحكيم تحديد موضوع النزاع الذي يشمل التحكيم وإلا كانت باطلة⁽¹⁶⁴⁾. بعكس شرط التحكيم فلا يبطل لهذا السبب، إذ يكفي تحديد هذا النزاع في بيان الدعوى أو أثناء المرافعة.

ويجوز للطرفين معا عرض النزاع على هيئة التحكيم ببيان مشترك يتضمن عناصر النزاع. كما يجوز لأحد الطرفين فقط أن يبادر بطلب التحكيم يتضمن بيان دعواه، وحينئذ يحوز هذا الطرف مركز المدعي بينما يحوز الطرف الآخر مركز المدعى عليه. وفي الحالتين تظهر أهمية بيان موضوع النزاع في طلب التحكيم، من حيث إنه يمكن هيئة التحكيم من التحقق من ولايتها على النزاع المطروح عليها، ومن أن هذا النزاع هو ذات النزاع المتفق عليه في شرط التحكيم أو عقد التحكيم، ومن أنه لا توجد أسباب تجعل هيئة التحكيم ترفض القيام بالمهمة المسندة إليها لوجود

¹⁶² - ينص الفصل 316 من ق.م.م المغربي على أن: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يعتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد المذكور".

¹⁶³ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 314 من ق.م.م المغربي على أن: "عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية".

¹⁶⁴ - تنص المادة 1445 من ق.م.م.ف على أنه: "يجب أن تحدد مشاركة التحكيم موضوع النزاع تحت طائلة اعتبارها باطلة". كما نص الفصل 17 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "يجب تعيين موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا". ونفس الحكم قرره المشرع المغربي في الفصل 315 من ق.م.م. نصه على أنه: "يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان: - تحديد موضوع النزاع".

أسباب التجريح أو عدم الصلاحية للحكم، وكذا التحقق من أهلية الطرفين للتحكيم، وذلك كله حتى لا يسير المحكمون في إجراءات تحكيم باطلة تنتهي بإبطال مقرر التحكيم⁽¹⁶⁵⁾.

ولقد أوضحنا أن المحكم لا يتقيد بالقواعد الإجرائية المقررة في قانون المسطرة المدنية إلا في الحدود التي اتفق عليها الخصوم أو التي ورد النص عليها في باب التحكيم، مع تقيدده في جميع الأحوال بالمبادئ الأساسية الموجهة لخصومة التحكيم. لذا لم يتضمن قانون المسطرة المدنية الفرنسي أو مجلة التحكيم التونسية نصوصاً خاصة بالتحكيم الداخلي تعنى بمعالجة صورة طرح النزاع على هيئة التحكيم باعتبار أن هذه المسألة متروكة لاتفاق الطرفين أو لهيئة التحكيم تحددها حسب العلاقة بين الخصوم وطبيعة النزاع المطروح وملابساته، خاصة وأن مجلة التحكيم التونسية نصت في الفصل 46 منها على أنه: "تطبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب وفي الصور التي لم تتعرض إليها أحكامه".

لكن، ولئن كان هذا هو المبدأ أيضاً في قانون التحكيم المغربي إلا أنه قد حرص على تنظيم بيان الدعوى وبيان الدفاع بالنحو الذي يضمن حسن سير خصومة التحكيم من جهة، واحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع من جهة أخرى. فوفقاً للفقرة الأولى من الفصل 14-327 من ق.م.م يرسل المدعي 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 و كل أمر آخر يوجب اتفاق الطرفين ذكره في هذه المذكرة ويرفقها بكل الوثائق وأدلة الإثبات التي يريد استعمالها. كما أوجبت الفقرة الثانية من نفس الفصل على المدعى عليه أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعى 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 أو النفي.

¹⁶⁵ - **DE BOISSESON (M.)** : « *Le droit Français de l'arbitrage interne et international* », GLN Joly, 2^{ème} éd. 1990, p.206.

وهكذا اشترط المشرع المغربي أن يكون بيان الدعوى الذي يقدمه المدعي - طالب التحكيم- بيانا مكتوبا، كما اشترط أن يكون دفاع المدعى عليه - المطلوب في التحكيم- ردا على هذا البيان بمذكرة مكتوبة أيضا. والسؤال المطروح، ما هو الجزاء الذي يترتب عن تخلف هذا الشرط، أو على عدم تقديم بيان الدعوى أو مذكرة الدفاع أصلا؟.

لقد أجابت عن ذلك مقتضيات الفقرة التاسعة من الفصل 14-327 من ق.م.م.م عندما نصت على أنه: "يترتب عن 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 خلاف ذلك". كما نصت الفقرة العاشرة من نفس الفصل على أنه: "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".

وهذا الحل جدير بالتبويه، لأنه إذا لم يتوافر لدى المحكم والمدعى عليه بيان الدعوى بمضمونه المشار إليه سابقا، فإنه لن يتسنى لهيئة التحكيم التحقق من ولايتها على النزاع و من توافر الشروط اللازمة لضمان صحة المقرر التحكيمي، كما لن يتأتى للمدعى عليه تقديم دفاعه وطلباته في خصومة التحكيم، وذلك على نحو واضح ومحدد يضمن حسن سيرها وحسمها في وقت مناسب بحكم منه للخصومة. أما إذا لم يتقدم المدعى عليه بمذكرة دفاعه ردا على مذكرة فتح الدعوى، فإن ذلك لا يسلب هيئة التحكيم ولايتها على النزاع، باعتبار أنها تستمد هذه الولاية من نظام التحكيم ذاته. فإذا استطاعت هيئة التحكيم تحقيق عناصر الدعوى والوصول إلى وجه الحقيقة فيها جاز لها إصدار المقرر التحكيمي المنهي للخصومة شرط مراعاتها للمبادئ الأساسية الموجهة لها، هذا فضلا عن أنه من غير المقبول السماح للمدعى عليه بإلغاء أثر اتفاق التحكيم لمجرد عدم تقديمه لمذكرة دفاعه.

ولم يحدد القانونان الفرنسي والتونسي مواعيد محددة لتقديم مستندات الخصوم ومذكراتهم، وإن كان هذا الأخير قد أحال بمقتضى الفصل 46 من مجلة التحكيم على أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب وفي الصور التي لم تتعرض إليها أحكامه. أما القانون المغربي فقد عني بتنظيم مسألة تقديم المذكرات والمستندات بالشكل الذي تعتد به هيئة التحكيم. فنص في الفصل 14-327 على أنه يجوز للطرفين أن يرفقا بيان الدعوى أو مذكرة الدفاع حسب

الأحوال، بكل الوثائق التي يريدان استعمالها للإثبات أو النفي، ولا يخل هذا بحق هيئة التحكيم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى أن تطالب الأطراف بتقديم أصول المستندات أو الوثائق التي يستندون عليها كلما ارتأت ذلك. (الفقرة 3 من الفصل 14-327 من ق.م.م). وتأكيذاً على وجوب احترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، نصت الفقرة الرابعة من نفس الفصل على أنه: "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 أجلاً لتقديم ما لديهم من ردود وملاحظات".

وأجازت الفقرة الأخيرة من الفصل 14-327 المذكور للمحكم إمكانية إصدار حكمه في النزاع بناءً على ما يقدمه أحد الطرفين فقط من أدلة، إذا تخلف الطرف الآخر عن تقديم مستنداته وأوجه دفاعه في الموعد المحدد، عندما نصت على أنه: "إذا تخلف أحد الطرفين عن حضور أي من الجلسات أو تقديم ما طلب منه من مستندات، يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في إجراءات التحكيم وإصدار حكم في النزاع استناداً إلى الأدلة المتوفرة لديها". ولا يمكن القول بأن هذا الحل يمثل تجنياً على مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع، إذ يكون المحكم قد أحترم هذا المبدأ بتمكينه الطرف المتخلف من إبداء دفاعه وتقديم مستنداته.

وعلى خلاف الخصومة القضائية، فإن خصومة التحكيم تتميز بقدر من الثبات يتولد من الطابع التعاقدية للتحكيم، حيث لا تتحدد ولاية المحكم بالفصل في النزاع إلا على أسس ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين في شرط أو عقد التحكيم، وبالتالي يتقيد المحكم في الخصومة باتفاق التحكيم سواء فيما يتعلق بأطرافه أو بموضوع النزاع. لكن ذلك لا يعني عدم جواز قبول المحكم للطلبات العارضة أو الإضافية، إذ قد يستدعي الأمر قبولها لكونها من توابع الطلبات الأصلية ومرتبطة بها بحكم الضرورة. كما قد يستدعي قبولها موافقة الطرفين عليها. وفي الحالتين معا تصبح هذه الطلبات في نطاق مهمة المحكم، إلا أنه يشترط لقبول تلك الطلبات ألا تؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع.

وفي هذا المعنى، نصت الفقرة الخامسة من الفصل 14-327 من ق.م.م على أنه: "يمكن لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم ما لم تقرر هيئة التحكيم عدم قبول ذلك منعا من إعادة الفصل في النزاع".

الفقرة الثانية

صلاحيات المحكم عند تقديم بيان الدعوى وعرض أوجه الدفاع في التحكيم الدولي

كما سبق القول، فإنه على خلاف المشرعين المغربي والفرنسي اللذين لم يتناولوا مسألة بيان الدعوى وعرض أوجه الدفاع في التحكيم الدولي باستثناء ما تعلق بضرورة احترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع باعتبارهما أحد أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي، فإن المشرع التونسي تناول مسألة بيان الدعوى وعرض أوجه الدفاع في التحكيم الدولي بكثير من التفصيل، وبنفس التدرج الذي اعتمده المشرع المغربي فيما يتعلق بهما على مستوى التحكيم الداخلي والذي سبق تفصيله في الفقرة السابقة، وذلك بمقتضى الفصول من 68 إلى 70 من مجلة التحكيم التونسية والتي تطابق نفس المقتضيات المنصوص عليها في قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

والواقع أن النظام الدولي لا يختلف عن النظام الوطني من حيث وجوب تحديد موضوع النزاع تحديدا كاملا وواضحا في عقد التحكيم، على عكس شرط التحكيم الذي يكفي فيه تحديد المنازعة أو المنازعات التي تعرض على التحكيم بصورة عامة على أن يتم التحديد النهائي للمنازعة بعد وقوعها في بيان الدعوى أو في طلب التحكيم⁽¹⁶⁶⁾. وكما هو الحال في النظام الوطني للتحكيم، لا توجد طريقة معينة لطرح النزاع على هيئة التحكيم، فيجوز أن يكون بناء على طلب الطرفين معا أو بناء على طلب أحدهما وذلك بإشعار هيئة التحكيم بحصول النزاع وعرضه للتحكيم. وفي الأحوال التي يكون فيها التحكيم بناء على طلب أحد الطرفين يجب عليه إضافة إلى ذلك إعلام الطرف الآخر بلجوئه إلى التحكيم⁽¹⁶⁷⁾.

ولقد نظمت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بيان الدعوى وبيان الدفاع بشكل دقيق. فنصت المادة 18 بشأن بيان الدعوى

¹⁶⁶ - **POUDRET (J.F.) et BESSON (S.)**: « *Droit comparé de l'arbitrage international* » Bruylant, 2002, p.518.

¹⁶⁷ - **FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.)**: « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit., p.674.

على أنه: "فيما عدا الحالة التي يتضمن فيها إخطار التحكيم ببيان الدعوى، يجب أن يرسل المدعي خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم إلى المدعى عليه وإلى كل واحد من المحكمين بيانا مكتوبا بدعواه، وترفق بهذا البيان صورة من العقد وصورة من اتفاق التحكيم إذا لم يكن هذا الاتفاق واردا في العقد. يجب أن يشتمل بيان الدعوى على البيانات التالية: اسم المدعي واسم المدعى عليه وعنوان كل منهما، بيان بالوقائع المؤيدة للدعوى، المسائل موضوع النزاع والطلبات. ويجوز للمدعي أن يرفق ببيان دعواه كل الوثائق التي يعتقد أن لها صلة بالدعوى أو أن يشير في البيان إلى الوثائق وأدلة الإثبات الأخرى التي يعتزم تقديمها". أما بيان الدفاع فقد نصت عليه المادة 19 من تلك القواعد على أنه: "يجب أن يرسل المدعى عليه خلال المدة التي تحددها هيئة التحكيم إلى المدعي وإلى كل واحد من المحكمين بيانا بالرد على بيان الدعوى. ويجب أن يشتمل البيان ردا على ما جاء ببيان الدعوى بشأن الوقائع المؤيدة لها والمسائل موضوع النزاع وطلبات المدعي، ويجوز للمدعى عليه أن يرفق ببيان الدفاع الوثائق التي يستند إليها في دفاعه أو أن يشير في البيان إلى الوثائق وأدلة الإثبات الأخرى التي يعتزم تقديمها".

ويتضح من نصي المادتين 18 و19 المذكورتين أن قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اشترطت أن يكون كل من بيان الدعوى وبيان الدفاع مكتوبا، وأن يوجه كل منهما لأطراف النزاع وإلى كل واحد من المحكمين على فرض تعددهم. في حين نصت الفقرة الأولى من المادة 23 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "على المدعي أن يبين خلال المدة التي يتفق عليها الطرفان أو تحددها هيئة التحكيم الوقائع المؤيدة لدعواه والمسائل موضوع النزاع وطلباته، وعلى المدعى عليه أن يقدم دفاعه فيما يتعلق بهذه المسائل ما لم يكن الطرفان قد اتفقا بطريقة أخرى على العناصر التي يجب أن يتناولها هذان البيانان، ويقدم الطرفان مع بيانيهما كل المستندات والأدلة التي يعتزمان تقديمها".

ويظهر من هذا النص أنه لا يشترط أن يكون بيان الدعوى أو بيان الدفاع مكتوبا، بحيث يجوز أن يدلي المدعي ببيان دعواه، وأن يدلي المدعى عليه ببيان دفاعه شفويا أمام هيئة التحكيم في الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان أو حددته الهيئة ذاتها.

وعموما يمكن القول بأن تخلف شرط الكتابة لا يؤدي إلى بطلان بيان الدعوى أو بيان الدفاع كإجراء من إجراءات خصومة التحكيم، طالما أن المشرع الدولي لم

ينص على هذا البطلان أو لم يتفق الطرفان على ترتيبه، خصوصا وأنه يمكن إثبات مضمون البيانين المذكورين في محضر الجلسة أو بأية طريقة أخرى يتفق عليها الطرفان أو تحدها هيئة التحكيم. ولعل ذلك ما جعل واضعي القانون النموذجي للتحكيم يستغنون عن شرط الكتابة. لكن الوضع قد يختلف إذا كان التحكيم لدى إحدى مؤسسات التحكيم الدائمة، كتحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس التي أوجبت بمقتضى المواد 3، 4 و10 من نظامها أن يكون بيان الدعوى الذي يرد في طلب التحكيم مكتوبا، وكذلك الأمر بالنسبة لبيان الدفاع الذي يوجه إلى الغرفة ردا على بيان الدعوى.

وتوجب الغرفة أن تكون هذه الكتابة بإحدى اللغتين المعتمدتين لديها وهما اللغة الإنجليزية واللغة الفرنسية⁽¹⁶⁸⁾. فإذا استوفى طلب التحكيم شرط الكتابة وتضمن البيانات التي أوجبتها المادة 3 من نفس النظام، قامت أمانة الغرفة بإشعار الطرف الآخر به، وإلا جاز لها عدم السير في إجراءات التحكيم أو السير فيها على مسؤولية المدعي. ويكون الأمر كذلك أيضا في حالة تخلف أحد الشروط اللازمة في بيان المدعى عليه الذي يتضمن دفاعه، حيث تقع عليه مسؤولية تخلف هذه الشروط إذا قررت أمانة الغرفة السير في الإجراءات وتسليم ملف القضية إلى محكمة التحكيم⁽¹⁶⁹⁾.

كذلك نجد شرط كتابة طلب التحكيم المتضمن بيان الدعوى منصوصا عليه صراحة في نظام تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن. حيث نصت المادة 36 منه في فقرتها الأولى على ما يلي: "لأي دولة متعاقدة أو أي مواطن دولة متعاقدة يرغب في تحريك إجراءات مسطرة التحكيم، أن يوجه طلبا كتابيا بذلك إلى السكرتير العام الذي يرسل صورة من الطلب إلى الطرف الآخر". ويجب أن يتضمن هذا الطلب وفقا للفقرة الثانية من نفس المادة جميع البيانات المتعلقة

¹⁶⁸ - انظر دليل تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ص 37 وما بعدها.

¹⁶⁹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل: "قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية"، مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، مارس، يوليو 1993، العدد الأول والثاني ص 77 وما بعدها.

بموضوع النزاع، والتعريف بشخصية أطرافه، وموافقتهم على التحكيم طبقاً لنظام المركز. كما أوجبت الفقرة الثالثة من نفس المادة على السكرتير العام للمركز تسجيل طلب التحكيم المستوفي لشروطه، متى رأى من خلال بيانات الطلب أنه يدخل ضمن اختصاص المركز وإلا تعين عليه رفض تسجيله. ويجب عليه أن يعلم الطرفين بقبول تسجيل طلب التحكيم أو برفض تسجيله.

ومثلما هو عليه الأمر في التحكيم الداخلي، فقد تعرضت بعض اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي لمسألة تقديم الطلبات العارضة جديدة كانت أو مقابلة أثناء سير إجراءات التحكيم.

فطبقاً للمادة 20 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فإنه يجوز لكل من الطرفين خلال إجراءات التحكيم تعديل طلباته وأوجه دفاعه واستكمالها، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أنه من غير المناسب إجازة التعديل لتأخر وقت تقديمه أو لما قد ينشأ من ضرر للطرف الآخر أو لأية ظروف أخرى. ومع ذلك لا يجوز لهيئة التحكيم قبول هذا التعديل إذا كان خارج نطاق شرط التحكيم أو الاتفاق المستقل عن التحكيم.

و يلاحظ أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي يفسح المجال للطرفين للاتفاق على الإجراءات التي قد يريان اتباعها في هذا الشأن، كالاتفاق على حصر الطلبات العارضة في نطاق معين من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع أو تحديد ميعاد لتقديمها. ويتضح ذلك مما نصت عليه المادة 23 من هذا القانون في فقرتها الثانية من أنه: "ما لم يتفق الطرفان على شيء آخر، يجوز لكل منهما أن يعدل طلبه أو دفاعه أو أن يضيف إليهما خلال سير الإجراءات، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أنه من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه".

كذلك اعتنى نظام غرفة التجارة الدولية بباريس بتنظيم تقديم الطلبات المقابلة والطلبات الجديدة. وفي هذا الصدد نصت المادة الخامسة من هذا النظام على أنه: "على المدعى عليه الراغب في إبداء طلب مقابل أن يقدمه إلى الأمانة العامة في

نفس الوقت الذي يبدي فيه أوجه دفاعه...وللمدعي خلال ثلاثين يوماً من تلقيه الطلب المقابل أو الطلبات المقابلة تقديم مذكرة بالرد".

وأضافت المادة 19 من نفس النظام أنه: "بعد التوقيع على وثيقة المهمة أو اعتمادها من قبل الهيئة، فإنه لا يجوز للأطراف أن يتقدموا بأي مطالب أو ادعاءات مقابلة جديدة خارج نطاق وثيقة المهمة، إلا إذا أجازت محكمة التحكيم ذلك آخذة بعين الاعتبار طبيعة هذه المطالب أو الادعاءات المقابلة الجديدة ومرحلة التحكيم وأية ظروف أخرى ذات الصلة".

وعلى غرار القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإن نظام تحكيم مركز تسوية منازعات الاستثمار المقرر باتفاقية واشنطن أجاز أيضاً للأطراف أثناء سريان إجراءات التحكيم إمكانية تعديل أو استكمال بيانات الدعوى أو الدفاع طبقاً لشروط محددة. وفي هذا الصدد نصت المادة 46 من هذا النظام على أنه: "ما لم يوجد بين الطرفين اتفاق مخالف، فإنه يجب على محكمة التحكيم بناءً على طلب أحد الطرفين أن تفصل في جميع الطلبات العارضة، سواء كانت طلبات إضافية أو طلبات مقابلة، ما دامت متصلة مباشرة بموضوع النزاع، بشرط أن تكون هذه الطلبات داخلة في نطاق اتفاق الطرفين على التحكيم من جهة، ودخولها ضمن اختصاص المركز من جهة أخرى".

والملاحظ أن هذه المادة لم تخول لمحكمة التحكيم سلطة رفض الطلبات الجديدة أو المقابلة إذا رأت أنها تؤدي إلى تأخير غير مبرر للفصل في موضوع النزاع، بعكس ما هو مقرر في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وقواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

الفرع الثاني

مظاهر سلطات المحكم عند تحقيق الدعوى

في خصومة التحكيم

خصومة التحكيم هي مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي يساهم فيها الأطراف وهيئة التحكيم بغرض الحصول على حكم في الموضوع. وهي بهذا المعنى تمر بمراحل متعددة، تبدأ بالطلب، مروراً بمرحلة تحقيق الدعوى، وصولاً إلى إصدار الحكم في موضوعها.

ولاشك أن أهم هذه المراحل هي مرحلة التحقيق، حيث يتبارى كل خصم في تقديم الأدلة التي تبرهن على صحة دعواه ودحض أدلة خصمه تحت رقابة وتقدير هيئة التحكيم.

ونشاط الخصم- سواء كان طالبا أو مطلوبا في التحكيم- يتمثل في سعيه جاهدا لإثبات أحقيته فيما يدعيه ودحض أدلة خصمه بتقديم كافة الأدلة لإثبات دعواه.

أما هيئة التحكيم فهي تسعى من خلال تلك الأدلة إلى كشف الحقيقة الموضوعية. ولقيامها بهذا الواجب يقتضي الأمر تزويدها بالسلط والرخص اللازمة التي تمكنها من تحقيق الدعوى والفصل في النزاع.

ويجري الإثبات أمام المحكمين، كما يجري أمام محاكم الدولة. ويكون بأدلة الإثبات المقررة قانونا بالنسبة للواقعة المراد إثباتها، بالنظر إلى قوة كل دليل وأهميته في تكوين قناعتها⁽¹⁷⁰⁾. وعلى من يدعي واقعة عليه إثباتها⁽¹⁷¹⁾. ولهيئة التحكيم أن تتخذ إجراءات الإثبات من تلقاء نفسها⁽¹⁷²⁾، أو بناء على طلب أحد الخصوم. ويرد الإثبات على الوقائع لا القانون. فمهمة هيئة التحكيم هي تطبيق القانون على الواقعة التي يقوم عليها الدليل أمامها بالطرق الجائزة، لتستخلص منها الأثر القانوني وتقضي في الخصومة وفقا له. من هنا تتجلى أهمية القواعد الإجرائية في الإثبات، أي تلك المتعلقة بتقديم الأدلة وتحقيقها أمام هيئة التحكيم، والتي تكشف عن تطور دور المحكم في نطاق الخصومة التحكيمية.

والمحكم شأنه شأن القاضي ليس له مطلق السلطة في إدارة الدعوى وتوجيهها بكافة الطرق والوسائل دون أن يكون مقيدا باتباع مسلك معين. كما أن دوره في الدعوى التحكيمية ليس سلبيا يقتصر على الفصل في النزاع على ضوء الطلبات المقدمة إليه والأدلة التي يستند إليها الخصوم، وإنما دوره يعتبر مزيجا بين هذا وذاك⁽¹⁷³⁾. ذلك أن للمحكم دورا مهما في إدارة الدعوى، وتنظيم واتخاذ إجراءات

¹⁷⁰ - PEDROT (R.) : « L'administration de la preuve en matière d'arbitrage », Rev. arb. 1974. p.159.

¹⁷¹ - تنص المادة 1/24 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه: "يقع على كل من الطرفين عبء إثبات الوقائع التي يستند إليها في تأييد دعواه أو دفاعه".

¹⁷² - عزمي عبد الفتاح: "التحكيم في القانون الكويتي"، مطبوعات جامعة الكويت 1990، ص 283.

¹⁷³ - سحر عبد الستار يوسف: " دور القاضي في الإثبات "، طبعة 2002، بدون ناشر ص 15 و18.

التحقيق، وكذلك تقدير الأدلة المطروحة عليه، "المبحث الأول"، إلا أنه يبقى دائما مقيدا بمراعاة مجموعة من المبادئ وهو بصدد اتخاذ إجراءات الإثبات اللازمة للفصل في النزاع. "المبحث الثاني". وجدير بالتذكير أن سلطات المحكم أثناء تحقيق الدعوى في خصومة التحكيم الداخلي لا تختلف عنها في التحكيم الدولي لاتحاد النسق في الاثتين تقريبا.

المبحث الأول

سلطة المحكم في تنظيم واتخاذ إجراءات التحقيق وتقدير أدلة الإثبات

تدور القواعد الإجرائية العامة للإثبات حول طبيعة سلطة تنظيم إجراءات الإثبات أمام المحكمين، أي حول اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات "المطلب الأول"، ثم دور المحكم في الإثبات. والملاحظ في هذا الصدد أن المحكم يملك سلطة تقديرية سواء في قبول طلب اتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو رفض ذلك، أو في الأمر بها تلقائيا، وكذلك الأمر بالنسبة لتقدير أدلة الإثبات "المطلب الثاني".

المطلب الأول

حدود سلطة المحكم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات

اعتبارا للنشأة الاتفاقية للتحكيم، فإن إرادة الأطراف هي التي تختار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات "الفقرة الأولى"، لكن الغالب في الواقع العملي أن الأطراف قد لا يتفقون على هذا الاختيار، كما قد يتفقون على تفويض هيئة التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات سواء بصورة كلية أو تكميلية، وبذلك تنتقل هذه السلطة إلى المحكم "الفقرة الثانية". وتجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات هي سلطة احتياطية تأتي في المرتبة الثانية بعد السلطة الأصلية للأطراف في هذا الاختيار.

الفقرة الأولى

حرية الأطراف كأصل في اختيار القانون المطبق على إجراءات الإثبات

أعطت معظم التشريعات الوطنية للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات مسطرة التحكيم بكافة مراحلها، ومنها مرحلة الإثبات. وفي هذا الإطار نصت الفقرة الأولى من الفصل 10-327 من ق.م.م فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون دون أن تكون ملزمة بتطبيق القواعد المتبعة لدى المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم". وهو نفس المقتضى الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 1464 من ق.م.م.ف عندما نص على أنه "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تحدد الهيئة التحكيمية الإجراءات التحكيمية دون أن تكون ملزمة باتباع القواعد الموضوعة من أجل المحاكم النظامية". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه أيضا المشرع التونسي في المادة 13 من مجلة التحكيم⁽¹⁷⁴⁾.

والملاحظ كذلك أن التشريعات الوطنية أعطت أيضا نفس حرية الاختيار للأطراف في اختيار القانون المطبق على الإجراءات، ومنها إجراءات الإثبات على مستوى التحكيم الدولي. وفي هذا الإطار نص الفصل 42-327 من ق.م.م المغربي على أنه: "يمكن لاتفاق التحكيم أن يحدد، مباشرة أو استنادا إلى نظام للتحكيم، المسطرة الواجب اتباعها خلال سير التحكيم. كما لاتفاق التحكيم إخضاع التحكيم لقانون المسطرة المحدد فيه"، وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 1509 من ق.م.م.ف⁽¹⁷⁵⁾، وكذا المشرع التونسي في الفصل 1/64 من مجلة التحكيم⁽¹⁷⁶⁾.

¹⁷⁴ - نص الفصل 13 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "يمكن أن يكون التحكيم حرا أو بتكليف مؤسسة تحكيم. في صورة التحكيم الحر تتولى هيئة التحكيم تنظيمه بتحديد الإجراءات الواجب اتباعها ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك أو يفضلوا اتباع نظام تحكيم معين. وفي صورة التحكيم لدى مؤسسة تحكيم، فإن هذه المؤسسة تتولى تنظيمه طبق نظامها".

¹⁷⁵ - تنص المادة 1509 من ق.م.م.ف على أنه: "يمكن أن يحدد اتفاق التحكيم إما مباشرة وإما بالإحالة على نظام تحكيم أو على قواعد إجرائية، الإجراءات الواجب اتباعها خلال المحاكمة التحكيمية".

¹⁷⁶ - تنص الفقرة الأولى من الفصل 64 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا الباب، للأطراف أن يتفقوا على الإجراءات التي على هيئة التحكيم اتباعها".

كما نصت أيضا على هذا المقتضى أنظمة التحكيم التجاري الدولي⁽¹⁷⁷⁾، وكذا الاتفاقيات الدولية⁽¹⁷⁸⁾، حيث أعطت للأطراف حرية تحديد إجراءات التحكيم ومنها إجراءات الإثبات بما يتوافق وظروف النزاع⁽¹⁷⁹⁾.

و يقصد بالإجراءات التي يتم البحث عن القانون الواجب التطبيق عليها ، إجراءات الإثبات تحديدا أو المتعلقة بتداول الأدلة و كيفية تبادلها و الرد عليها ، و بصفة عامة مختلف وسائل الإثبات اللازمة للفصل في الدعوى ، و التي تعد مرحلة من مراحل الخصومة التحكيمية.⁽¹⁸⁰⁾

و الأصل أن يطبق على هذه المرحلة القانون المسطري الواجب التطبيق على الخصومة بكافة مراحلها ، لكن هذا لا يمنع الأطراف من الاتفاق على قانون مسطري آخر يطبق على إجراءات الإثبات مستقل عن القانون الإجرائي محل التطبيق على خصومة التحكيم.

و للأطراف حرية الاتفاق على إجراءات الإثبات في نفس شرط التحكيم أو فيعقد مستقل قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد بدئها ، و ذلك بشكل صريح من خلال النص على اتباع إجراءات إثبات تخضع لقانون محدد أو لعدة قوانين تطبيقا لفكرة إجراءات التحكيم العائمة⁽¹⁸¹⁾. و وفقا لهذه الفكرة، لا تخضع إجراءات التحكيم و من تم إجراءات الإثبات لقانون معين ، و إنما يتفق الأطراف على انتقاء قواعد إجرائية من عدة قوانين وطنية تحكم إجراءات الإثبات .

¹⁷⁷ - نصت المادة 1/19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا القانون، يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها لدى السير في التحكيم". كما نصت المادة 15 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: "تخضع الإجراءات أمام محكمة التحكيم لهذا النظام، وفي حالة إغفاله يخضع سير الإجراءات للقواعد التي يحددها الأطراف...".

¹⁷⁸ - نصت المادة 44 من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار على أنه: "تجري إجراءات التحكيم وفقا لأحكام هذا القسم وتبعا لقواعد التحكيم السارية في يوم الاتفاق على التحكيم، ما لم تتفق الأطراف المعنية على خلاف ذلك".

¹⁷⁹ - علي بركات: "خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن". مرجع سابق ، ص 267.

¹⁸⁰ - حسام الدين ناصف: "التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية ، دار النهضة العربية، الطبعة 2005، ص: 34 وما بعدها.

¹⁸¹ - جمال محمود الكردي : " القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم"، مرجع سابق ، ص 47 و 48

و اتفاق الأطراف المباشر و الصريح على اتباع إجراءات إثبات تخضع لقانون معين أو لعدة قوانين محددة ، لا يمنع من جواز أن يتم هذا الاتفاق ضمنيا. كما لو اتفق الأطراف على أن يجري التحكيم في دولة معينة ، دون اختيار صريح لإجراءات الإثبات التي يتم الفصل في الخصومة التحكيمية تبعا لها . فاتفاق الأطراف الصريح على أن يجري التحكيم في دولة معينة ، يعني ضمنيا اختيارهم لقانون هذه الدولة ليطبق على إجراءات التحكيم ما لم يثبت خلافه.

و عموما يمكن القول بأنه إذا تم الاتفاق بين الأطراف على القانون الذي تخضع له إجراءات الإثبات أو على الإجراءات ذاتها ، سواء كان قانونا معيناً، أو عدة قوانين وطنية ، فعلى هيئة التحكيم احترامه و الالتزام به ، إعمالا لفكرة السلطة الاحتياطية للمحكم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات، شريطة ألا يتضمن إخلالا بالمبادئ الأساسية في مجال التقاضي، كمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة، و مبدأ احترام حقوق الدفاع و غيرها من المبادئ التي تعد من النظام العام⁽¹⁸²⁾.

الفقرة الثانية

سلطة المحكم الاحتياطية في اختيار القانون المطبق

على إجراءات الإثبات

قد يصعب على أطراف التحكيم الاتفاق على القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات، أو على القانون المسطري بصفة عامة الذي يحكم إجراءات خصومة التحكيم، والتي من بينها إجراءات الإثبات- وهو الأمر الغالب في الواقع العملي-، وذلك نظرا لرغبة كل طرف في تطبيق القانون الذي هو من اختياره. خاصة عندما يكون أطراف التحكيم من جنسيات مختلفة، حيث يجهل كل طرف بأحكام قانون الطرف الآخر أو يجهل كلاهما أحكام قانون محايد. وبالتالي لا يكون أمام الأطراف إلا عدم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على إجراءات الإثبات وترك الاختيار لهيئة التحكيم. ففي هذا الفرض وغيره، عندما تتخلف إرادة الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم إجراءات الإثبات، فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى وضع إجراءات

¹⁸² -HASCHER (D.) : «Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage international», Rec. Cour La Haye, 1999, p.108 et suiv.

الإثبات اللازمة للفصل في النزاع، واختيار القانون الذي تخضع له تلك الإجراءات، كما يكون عند اتفاق الأطراف على إجراءات إثبات معينة تكملة لهذه الإجراءات⁽¹⁸³⁾.

وقد نص الفصل 10-327 من ق.م.م المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "تضبط الهيئة التحكيمية إجراءات مسطرة التحكيم التي تراها مناسبة مع مراعاة أحكام هذا القانون... ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". في حين نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 44-327 من ق.م.م المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: "إذا لم يرد نص بشأن ذلك في اتفاق التحكيم، قامت الهيئة التحكيمية عند الحاجة، بتحديد القاعدة المسطرية الواجب اتباعها خلال سير التحكيم". وهو الأمر الذي نصت عليه أيضا بعض التشريعات الوطنية المقارنة وأنظمة التحكيم الدولي⁽¹⁸⁴⁾.

وما يجب التركيز عليه في هذا الشأن، هو أن سلطة هيئة التحكيم ليست مطلقة، وإنما يتعين عليها وهي بصدد تأدية هذه المهمة أن تحترم ما ورد النص عليه في اتفاق التحكيم من اشتراطات تتعلق بإجراءات الإثبات كإحدى إجراءات الخصومة التحكيمية، كما عليها أن تلتزم باحترام الضمانات الأساسية في التقاضي، باعتبار أن مثل هذه الضمانات تعد من المسائل المرتبطة بفكرة العدالة نفسها⁽¹⁸⁵⁾. وأخيرا يجب على هيئة التحكيم وهي بصدد اتخاذها لإجراء من إجراءات الإثبات أو في تحديدها لتلك الإجراءات أو في تكملتها أو في اختيار القانون الذي تخضع له هذه الإجراءات، ضرورة مراعاة أحكام قانون التحكيم طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 10-327 من ق.م.م المذكور المتعلق بالتحكيم الداخلي.

والملاحظ أنه ثار نقاش حول نطاق سلطة المحكم في اختيار القانون المسطري الذي يحكم إجراءات الإثبات. فهناك من يرى أن نطاق سلطة هيئة التحكيم في هذا الشأن هي نفسها السلطة الممنوحة للأطراف عند اتفاقهم على هذه

¹⁸³ - ROBERT (J.) : « *L'arbitrage : droit interne, droit internationale privé* », avec collaboration de MOREAU (B.) op. cit, p. 232.

¹⁸⁴ - المادتان 1464 و 1509 من ق.م.م.ف والمادتان 13 و 64 من مجلة التحكيم التونسية، والمادة 2/19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 15 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

¹⁸⁵ - عاشور مبروك: "النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة"، مرجع سابق، ص 105.

الإجراءات⁽¹⁸⁶⁾. ففي حالة غياب هذا الاتفاق، فإن هيئة التحكيم هي التي تتولى تحديد إجراءات الإثبات التي تراها مناسبة. فهي ليست ملزمة بإجراءات الإثبات التي ينص عليها القانون الوطني، وللهيئة أن تضع إجراءات معينة أو تحيل إلى قواعد مركز تحكيم معين، أو إلى قانون وطني محدد⁽¹⁸⁷⁾.

ولكن هذا الرأي يتعارض مع القيد الذي وضعه المشرع المغربي على سلطة هيئة التحكيم في التحكيم الداخلي طبقاً للفصل 10-327 من ق.م.م. وهو نفس القيد الذي وضعه المشرع التونسي على هيئة التحكيم في التحكيم الدولي بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 64 من مجلة التحكيم التونسية، وهو إلزام هيئة التحكيم بوجود مراعاة أحكام قانون التحكيم.

ونرى أنه يجب التمييز في هذا الصدد بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. ففي التحكيم الداخلي، تقتصر سلطة هيئة التحكيم، عند تحديدها لإجراءات الإثبات حال خلو اتفاق الأطراف من النص على ذلك، على تكملة الإجراءات التي ينص عليها قانون التحكيم، (الفقرة الأولى من الفصل 10-327 من ق.م.م.م). فليس لهيئة التحكيم أن تقوم ببناء إجراءات كاملة، ومن تم نظام إثبات كامل خاص بالنزاع المطروح مخالف للنظام الذي ينص عليه قانون الإثبات. كما أنه ليس لهيئة التحكيم أن تقرر تطبيق قانون إثبات أجنبي أو لائحة مركز تحكيم دائم ليحكم إجراءات الإثبات في الخصومة التحكيمية. إذ مثل هذا الاختيار يتعارض مع ما تنص عليه الفقرة الأولى من الفصل 10-327 من ق.م.م.م المذكور. بخلاف الأمر بالنسبة لقانون التحكيم الفرنسي⁽¹⁸⁸⁾، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون التحكيم التونسي فيما يتعلق بالتحكيم الداخلي⁽¹⁸⁹⁾، واللذين أعطيا لهيئة التحكيم السلطة الممنوحة للأطراف في تحديد الإجراءات المسطرية.

أما بالنسبة للتحكيم الدولي، فإنه يمكن لهيئة التحكيم الخروج عن القيد المذكور ووضع نظام كامل لإجراءات الإثبات التي تتبعها للفصل في النزاع. وفي هذا

¹⁸⁶ - MAYER (P.) : « Le pouvoir des arbitres de régler la procédure ». Rev. arb. 1995, p. 164.

¹⁸⁷ - جمال محمود الكردي: "القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم"، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها.

¹⁸⁸ - المادة 1464 من ق.م.م.ف.

¹⁸⁹ - الفصل 13 من مجلة التحكيم التونسية.

المعنى، نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 42-327 من ق.م.م على أنه: "إذا لم يرد نص بشأن ذلك في اتفاق التحكيم، قامت الهيئة التحكيمية عند الحاجة بتحديد القاعدة المسطرية الواجب اتباعها إما مباشرة وإما بالرجوع إلى قانون أو نظام تحكيم معين". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 1509 من ق.م.م.ف التي جاء فيها: "عند خلو اتفاق التحكيم من نص على ذلك، تحدد الهيئة التحكيمية الإجراءات عند الاقتضاء إما مباشرة وإما بالإحالة على نظام تحكيم أو على قواعد إجرائية". مع إلزام هيئة التحكيم بضمان المساواة بين الأطراف واحترام مبدأ المواجهة⁽¹⁹⁰⁾. وذلك بخلاف المشرع التونسي الذي قيد هيئة التحكيم بمراعاة قانون التحكيم التونسي فيما يتعلق بالتحكيم الدولي. حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 65 من مجلة التحكيم على أنه: "...فإن لم يتفقوا كان لهيئة التحكيم - مع مراعاة أحكام هذا القانون- أن تسيّر في التحكيم حسب الطريقة التي تراها مناسبة. وتشمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم سلطة تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها".

وأياً كانت الإجراءات التي تضعها هيئة التحكيم واختيارها للقانون الذي تخضع له تلك الإجراءات، فإنه يجب أن يحاط أطراف خصومة التحكيم علماً بقرارها في هذا الشأن، متيحة لهم فرصة التعليق عليها واقتراح إجراءات إثبات بديلة، وكذا إحاطتهم علماً بأية تعديلات لاحقة يقتضيها حسن سير العدالة، وذلك تلافياً لما قد يؤدي إليه اختيار هيئة التحكيم للإجراءات من نتائج غير عادلة. إما لعدم عدالة الإجراء في ذاته، أو لاستقلال المحكم بتحديد القواعد الإجرائية وفقاً لما يراه ملائماً على نحو قد يخل بتوقعات الأطراف⁽¹⁹¹⁾.

وبذلك فإن اتفاق الأطراف هو الذي يحدد قدر المرونة التي يتمتع بها المحكم في اتخاذه وتحديد إجراءات الإثبات. فقد يقيدونه بقانون إثبات معين، وقد يحددون إجراءات الإثبات ذاتها، كما قد يقيدونه بلائحة مركز تحكيم ذاته. وقد لا يتفق

¹⁹⁰ - تنص المادة 1510 من ق.م.م.ف على أنه: "مهما كانت الإجراءات المختارة، تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المواجهة".

¹⁹¹ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق، ص 205.

الأطراف إلا على مبدأ التحكيم دون تحديد هذه الإجراءات، وبذلك يكون على هيئة التحكيم وضع هذه الإجراءات أو اختيارها أو تكملتها، مع ضرورة اعتماد السرعة والأمانة في تسيير الإجراءات⁽¹⁹²⁾، وكذا ضمان المساواة بين الأطراف واحترام مبدأ المواجهة وحقوق الدفاع مع ضرورة التقيد بقواعد النظام العام⁽¹⁹³⁾.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات التحقيق وتقدير أدلة الإثبات

لا يقتصر دور المحكم على مراقبة توافر الشروط المتطلبية قانونا في الدليل محل الإثبات، أو في تقديره لما يطرح عليه من أدلة، وإنما يملك اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات من تلقاء نفسه وتكون لازمة للفصل في النزاع. والملاحظ أن المحكم يملك سلطة تقديرية سواء في قبول اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات أو رفض ذلك، أو في الأمر تلقائيا بها، أو في العدول عما تم الأمر به "الفقرة الأولى"، كما يملك المحكم سلطة في تقدير أدلة الإثبات "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات التحقيق

لقد أعطت التشريعات الوطنية وكذا أنظمة مراكز التحكيم الدولي للمحكمين سلطة اتخاذ ما يرونه مناسباً من إجراءات التحقيق والإثبات. وهيئة التحكيم شأنها شأن قضاء الدولة، فإنها تملك رفض طلب اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات، كما تملك حق العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات، كما تملك أيضا اتخاذ كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازماً في حدود مهمتها.

أولاً: سلطة المحكم في الأمر تلقائياً باتخاذ إجراءات التحقيق

القاعدة هي أن إجراءات التحقيق تتخذ بناء على حكم يصدر بإجرائها، سواء كان ذلك بناء على طلب أحد الخصوم أو تلقائياً من طرف هيئة التحكيم، وذلك كلما

¹⁹² - الفقرة الأخيرة من المادة 1464 من ق.م.م.ف التي تنص على أنه: "يعتمد الأطراف والمحكمون السرعة والأمانة في تسيير الإجراءات".

¹⁹³ - **FOUCHARD (Ph.)** : " *Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale*", *Ecrits, droit de l'arbitrage, droit du commerce international* », CFA, 2007, p.427.

تطلبت ظروف المنازعة ذلك. مع مراعاة ما اتفق عليه الأطراف أو ما يتم التنصيص عليه بمقتضى نصوص خاصة⁽¹⁹⁴⁾. وفي هذا الإطار نصت الفقرة الأولى من الفصل 11-327 من ق.م.م على أنه: "تقوم الهيئة التحكيمية بجميع إجراءات التحقيق بالاستماع إلى الشهود أو بتعيين خبراء أو بأي إجراء آخر". وهو نفس المقتضى الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 1467 من ق.م.م.ف التي أوضحت بأنه: "تجري الهيئة التحكيمية التدابير التحقيقية اللازمة ما لم يجز لها الأطراف تفويض أحد أعضائها لهذه الغاية". كما أن الفصل 28 من مجلة التحكيم التونسية نص في فقرته الأولى على أنه: "تتولى هيئة التحكيم جميع الأبحاث من تلقي الشهادات وإجراء الاختبارات إلى غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة".

كما أن أنظمة مراكز التحكيم الدولي لم تخرج عن هذا الإطار وأعطت للمحكمن سلطة اتخاذ ما يروونه مناسباً من إجراءات التحقيق والإثبات⁽¹⁹⁵⁾.

ويتبين من مقتضيات الفصل 11-327 المذكور أن الهيئة التحكيمية تتمتع بسلطات واسعة فيما يخص تحقيق الدعوى، مثلها في ذلك مثل القضاء الرسمي للدولة. وعليه، فإذا كان الأصل أن صاحب المصلحة هو الذي يتقدم بالدليل إلى الهيئة التحكيمية لإثبات مركز قانوني معين، فإن هذه الأخيرة يمكنها أن تطلب الإدلاء بوسيلة الإثبات التي تكون بيد أحد الأطراف إذا ما توافرت الدلائل على وجودها تحت يده. غير أن هذه الإمكانية التي نص عليها المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 11-327 من ق.م.م- والتي جاء فيها بأنه: "إذا كانت بيد أحد الأطراف وسيلة إثبات، جاز للهيئة التحكيمية أن تطلب منه الإدلاء بها". (وهي نفس المقتضيات التي كرسها المشرع الفرنسي في الفقرة الأخيرة من المادة 1467 من ق.م.م.ف مع ترتيب

¹⁹⁴ - أحمد أبو الوفا: "عقد التحكيم وإجراءاته"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2007، ص 245.

¹⁹⁵ - نصت المادة 20 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أن لهيئة التحكيم وهي بصدد التحقيق في النزاع سلطات واسعة وتملك الأمر بإجراءات الإثبات التي تراها مناسبة. وهو نفس ما نصت عليه المادتان 24 و 25 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذا المادة 26 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 43 من اتفاقية واشنطن في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي نصت على أنه: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، يجوز للمحكمة إذا رأت أن ذلك ضروريا = في أية مرحلة من مراحل الإجراءات: أ- أن تطلب من الطرفين تقديم مستندات أو أدلة أخرى. ب- الوقوف على عين المكان المتصل بالنزاع وإجراء ما تراه لازماً من تحقيقات".

جزاء عن ذلك⁽¹⁹⁶⁾ - لا يمكن أن تسري إلا على أطراف الدعوى التحكيمية أو الغير الذي يسري اتفاق التحكيم في مواجهته. فسلطة المحكم أو الهيئة التحكيمية محدودة بحدود النزاع المطروح عليها وحدود الأشخاص الذين يمتد إليهم أثر اتفاق التحكيم.

وتجدر الملاحظة أنه إذا تم الطعن بالزور في ورقة أو سند قدم لهيئة التحكيم، واتخذت إجراءات جنائية بشأن ذلك، فإن هذا الدفع يخرج عن ولاية الهيئة. ويكون لها إن وجدت أن المستند المطعون بتزويره لازم للفصل في موضوع النزاع، أن توقف إجراءات الدعوى حتى يصدر حكم نهائي من المحكمة المختصة. أما إذا لم يكن لازماً، فإنها تستمر في إجراءات التحكيم بصرف النظر عن الدفع بالتزوير⁽¹⁹⁷⁾. ويدخل لزوم المستند أو عدم لزومه للفصل في الموضوع ضمن السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، على أن قرار الهيئة لا يخل بحق الطرف في التمسك بتزوير السند بدعوى أصلية أمام المحكمة المختصة⁽¹⁹⁸⁾.

غير أن المشرع الفرنسي ذهب خلاف المشرع المغربي في هذه المسألة، إذ أعطى السلطة لهيئة التحكيم للنظر في الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف للأطراف⁽¹⁹⁹⁾. ونعتقد أن هذا التوجه غير ملائم، لكون إجراء تحقيق الخطوط أو التزوير هو أمر يتصل بأحكام القانون الجنائي والقوانين المدنية الآمرة، وبالتالي يجب أن يخرج هذا الإجراء عن نطاق اختصاص المحكم. ويتعين تبعا لذلك إحالته على القضاء الرسمي للدولة. لذلك فمسلك المشرع المغربي في هذا الإطار كان أكثر اتساقا مع طبيعة الدعوى التحكيمية ونطاق سلطات المحكم،

¹⁹⁶ - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 1467 من ق.م.م.ف على أنه: " إذا كان عنصر من عناصر الإثبات في حيازة أحد الأطراف، جاز لهيئة التحكيمية أمره بإبرازه وفقا للأصول التي تحددها تحت طائلة غرامة عند الاقتضاء".

¹⁹⁷ - ينص الفصل 17-327 من ق.م.م.ف على أنه: " إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم، أو تم الطعن بالزور في ورقة أو سند قدم لها ، واتخذت إجراءات جنائية بشأن تزويره، يجوز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا ارتأت أن الفصل في المسألة أو في التزوير أو في ادعاء الزور ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، و إلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في الموضوع، و يترتب عن ذلك وقف سريان الموعد المحدد لإنهاء حكم التحكيم".

¹⁹⁸ - **ROBERT (J.)** : « *L'arbitrage :droit interne droit international privé* », op. cit. p.139-140.

¹⁹⁹ - تنص المادة 1470 من ق.م.م.ف على أنه: " ما لم يكن تمة اتفاق مخالف، فإنه يكون لهيئة التحكيمية سلطة الفصل في عارض تطبيق الخط أو عارض التزوير، وفقا لأحكام المواد من 287 الى 294 و 299".

وقد حرص على تفادي تعطيل الإجراءات بتحويل هيئة التحكيم سلطة تقديرية في الاستمرار في نظر الإجراءات إذا كانت لا تتوقف عن الفصل في صحة الإجراءات.

وإذا كان المحكم لا يجوز له الحكم بعلمه الشخصي، مثله في ذلك مثل القاضي-والمقصود بالعلم الشخصي في هذا المقام، العلم الذي يتحقق له في غيبة الأطراف ودون رقابة منهم-، فإنه مع ذلك يمكنه الاستناد على العلم الشخصي الذي يتوافر له أثناء الدعوى وبناء على إجراء يتخذ فيها، ويتم إعلام الأطراف به بغية إتاحة الفرصة لهم للرقابة عليه⁽²⁰⁰⁾.

ومن هنا يجوز لهيئة التحكيم أن تقوم بنفسها بمعاينة البضائع أو الأموال أو غيرها من الأشياء المتعلقة بالنزاع. وفي هذا الإطار نص المشرع المغربي في الفقرة الثانية من الفصل 10-327 من ق.م.م على أنه: "تجتمع هيئة التحكيم في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الاطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال...". وإذا قررت هيئة التحكيم الانتقال إلى عين المكان، فإنه يجب عليها إعلام الأطراف بميعاد ومكان الانتقال، وأن يتم تحرير محضر بهذه المعاينة، وكذا تمكين الأطراف من مناقشة النتائج التي توصل إليها المحكم من هذه المعاينة⁽²⁰¹⁾.

أما فيما يخص شهادة الشهود، فإنه يتم الاستماع إليهم بعد أدائهم اليمين القانونية طبقاً لمقتضيات الفقرة الأولى من الفصل 12-327 من ق.م.م. وهو موقف لا نؤيده على اعتبار أن أداء اليمين القانونية لا يمكن أن يتم إلا أمام القاضي. وهو الأمر الذي عمل المشرع الفرنسي على تلافيه بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 1467 من ق.م.م التي تنص على أنه: "يجوز للهيئة التحكيمية أن تستمع إلى أي شخص كان، يحصل هذا الاستماع دون تحليف اليمين". في حين التزم المشرع التونسي الصمت بخصوص هذه النقطة عندما نص في الفقرة الثانية من الفصل 28 من مجلة التحكيم على أنه لهيئة التحكيم سماع كل من ترى فائدة في سماعه لتقدير النزاع. لكن هذا النص لا يمكن أن يستشف منه أنه يعطي للمحكم الصلاحية عند الاستماع للشهود

²⁰⁰ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص 692.

²⁰¹ - De BOISSESON (M.): « *Le droit Français de l'arbitrage interne et international* », Paris, Joly, 2^{ème}, éd. 1990 p. 253.

في استيفاء اليمين القانونية من عدمه، لأن الفصل 46 من نفس المجلة أحال على أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتخالف مع أحكام الباب الثامن من المجلة المذكورة المتعلقة بالتحكيم الداخلي وفي الصور التي لم تتعرض إليها أحكامه.

والملاحظ أن المشرع المغربي على غرار نظيره الفرنسي والتونسي لم ينص على إجراءات خاصة لسماع الشهود، بحيث ترك الأمر للسلطة التقديرية للمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وذلك بخلاف ما هو مقرر بالنسبة لأنظمة التحكيم الدولي، حيث نصت المادة 25 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في فقرتها الثانية على أنه: "إذا تقرر الاستماع للشهود، يقوم كل طرف بإبلاغ هيئة التحكيم والطرف الآخر، قبل انعقاد جلسة أداء الشهادة بخمسة عشر يوماً على الأقل، بأسماء الشهود الذين يعتزم تقديمهم وعناوينهم، و المسائل التي سيدلي هؤلاء الشهود بشهادتهم فيها واللغات التي سيستخدمونها في أداء الشهادة".

كما أضافت الفقرة الرابعة والخامسة من نفس المادة أنه: "4- تكون جلسات المرافعة شفوية وسماع الشهود مغلقة، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. ولهيئة التحكيم أن تطلب من أي شاهد أو أي عدد من الشهود الخروج من قاعة الجلسة أثناء إدلاء شهود آخرين بشهاداتهم، ولها حرية تحديد الطريقة التي يستجوب بها الشهود.

5- يجوز أيضا تقديم الشهادة في صورة بيانات مكتوبة تحمل توقيعات الشهود".

وإذا قررت هيئة التحكيم سماع الشهود، فإن ذلك يتم بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم وجميع الأطراف. إذ لا يجوز للهيئة سماع الشهود دون حضور الأطراف أو دعوتهم للحضور، وإذا تخلف هؤلاء عن الحضور، فيجب إرسال نسخة من المحضر المثبت لأقوال الشهود إليهم وإعطائهم الفرصة لمناقشتها، وإلا كان الحكم المبني على هذه الأقوال باطلاً⁽²⁰²⁾.

والملاحظ أن العمل جرى في التحكيم التجاري الدولي على أن تطلب هيئة التحكيم من الشهود كتابة أقوالهم قبل سماعها، وأن يتم تبادل هذه الكتابة بين الطرفين. وعندما يحضر الشاهد، يسأله الطرف أو ممثله الذي استشهد به ما إذا كان

²⁰² - David (R.) : « *L'arbitrage dans le commerce international* », Paris Économica, 1982, p.414.

مصرا على ما جاء في الكتابة وما إذا كان يريد الإضافة إليها. وميزة هذه الطريقة هي اختصار وقت سماع الشاهد أمام الهيئة وتيسير قيام الطرف الآخر بمناقشة الشاهد في شهادته⁽²⁰³⁾.

واستكمالاً لإجراءات التحقيق في الدعوى، يمكن لهيئة التحكيم أن تستعين بالخبرة الفنية أو العلمية⁽²⁰⁴⁾. ويتم تعيين الخبير بقرار من الهيئة في محضر الجلسة. ويتضمن تكليف الخبير بتقديم تقرير مكتوب أو شفوي بشأن مسائل معينة يحددها قرار الهيئة. ويجب أن تحدد مهمة الخبير بشكل غير مخالف للاتفاق على التحكيم. وعلى الهيئة في جميع الأحوال أن ترسل إلى أطراف الدعوى صورة من هذا القرار وكذا صورة من التقارير التي يقدمها هؤلاء الخبراء مع منحهم أجلاً لتقديم ما لديهم من ردود وملاحظات، (الفقرة الرابعة من الفصل 14-327 من ق.م.م). فعدم إعلام الطرفين بانتداب خبير، وكذا عدم إرسال نسخة من تقرير الخبير إلى الطرفين يعرض حكم التحكيم للبطلان لما في ذلك من إخلال بحق الدفاع وبمبدأ المواجهة المتصل به⁽²⁰⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يكون للمحكم أو للهيئة التحكيمية اختيار من تراه مناسبة من الخبراء للقيام بالمهمة المطلوبة دون التقيد مثلاً بجداول الخبراء المقبولين أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. غير أنه قد يكون التحكيم لدى مركز دائم للتحكيم ويكون لهذا الأخير جدول للخبراء المقبولين لديه، فيتعين في هذه الحالة اختيار الخبير وفقاً للنظام المعمول به لدى هذا المركز⁽²⁰⁶⁾.

²⁰³ - عبد الحميد الأحديب: "مبادئ المحاكمة التحكيمية"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي العدد 9، ص 31.

²⁰⁴ - طبقاً للمادة 4/20 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، فإنه: "يجوز لمحكمة التحكيم بعد استشارة الأطراف أن تعين خبيراً أو أكثر وتحدد مهمتهم وتنتقل تقاريرهم". أما المادة 1/26 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإنها تنص على أنه: "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ما يلي، يجوز لهيئة التحكيم:- أن تعين خبيراً أو أكثر من خبير لتقديم تقرير إليها بشأن مسائل معينة تحدها الهيئة".

²⁰⁵ - Paris 25 juin 1993, Rev. arb. 1993, p. 255, note HASCHER (D.).

²⁰⁶ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص 711.

والملاحظ أن إعطاء المحكم سلطة اتخاذ إجراءات التحقيق، الهدف منه مده بالصلاحيات اللازمة التي تمكنه من ممارسة دور فعال في مرحلة الإثبات للوصول إلى الحقيقة الموضوعية في النزاع المطروح أمامه. وليس القصد منه رفع عبء الإثبات عن كاهل الخصم المكلف به، ذلك أن الخصم هو المكلف بإثبات ما يدعيه. ومشاركة المحكم في هذه المرحلة وسلطته في اتخاذ ما يراه مناسباً للهدف منه تكملة الأدلة المقدمة في الدعوى، أو استكمال اقتناع المحكم بهذه الأدلة.

ومن الثابت أن الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات يكون جوازيًا لهيئة التحكيم حسب ما يتبين من ظروف الدعوى. فإذا اتضح لها عدم أهمية هذا الأمر، وأن الأدلة المقدمة في الدعوى كافية لتكوين قناعتها والحكم فيها، فإن لها سلطة عدم الاستجابة لطلب الخصوم. وليس للخصوم أن يعيبوا عليها موقفها هذا، وذلك لما لهيئة التحكيم من سلطة تقديرية في الاستجابة للطلب، أو عدم الاستجابة له إذا تبين لها أنه غير منتج في الدعوى، وأن ما تم الإدلاء به من أدلة كاف لتكوين قناعتها، وحسبها أن تبين في مقررها الأسباب التي اعتمدت عليها في عدم الاستجابة لطلب اتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات.

ثانياً: سلطة المحكم في رفض طلب اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق

إذا كان المحكم يستطيع اتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق لتكوين اقتناعه أو لتعزيز هذا الاقتناع، فإنه بالمقابل يستطيع رفض اتخاذ إجراء من إجراءات التحقيق الذي قد يطلبه أحد الخصوم إذا قدر المحكم أن هذا الإجراء غير مؤثر في الدعوى أو غير منتج فيها أو ليس له قيمة إجرائية، أو أن الخصم لا يهدف من طلبه سوى التسوية وإطالة إجراءات الخصومة⁽²⁰⁷⁾. غير أن المحكم يبقى دائماً ملزماً بتعليل رفضه ضماناً لعدم مساسه بحق الطرف طالب الإجراء في الدفاع⁽²⁰⁸⁾. وذلك

²⁰⁷ - عاشور مبروك: "النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة"، مرجع سابق، ص 279.

²⁰⁸ - Paris, 28 Fév 1964, Rev.arb. 1964, p.490.

على الرغم من أن الأحكام الصادرة بإجراءات التحقيق لا يلزم تسببها كقاعدة عامة⁽²⁰⁹⁾.

ومن تطبيقات ذلك، سلطة المحكم في رفض الطلب الرامي إلى انتداب خبير، إذا وجد في وقائع الدعوى وأوراقها ومستنداتها عناصر تكفي لتكوين اقتناعه لإصدار الحكم الفاصل في الدعوى دون الرجوع إلى الخبرة⁽²¹⁰⁾، أو قدر المحكم أن الخبرة غير مفيدة أو غير منتجة ولن تضيف جديدا في الدعوى، أو أن طلب الخبرة ليس وثيق الصلة بموضوع النزاع، أو أن الطلب انصب على وقائع غير متنازع عليها⁽²¹¹⁾، أو أن الخصم أساء استعمال حقه في طلب الخبرة، كما لو قصد من وراء ذلك مجرد كسب الوقت والمماطلة لإطالة أمد التقاضي⁽²¹²⁾.

وما ينطبق على الخبرة ينطبق على أي دليل من أدلة الإثبات الأخرى، باستثناء ما إذا كان سلوك دليل أو وسيلة معينة أمرا وجوبيا، أو على العكس محظورا على المحكم وفقا لاتفاق التحكيم. حيث يلتزم المحكم باحترام الاتفاق الذي يعد مصدر ولايته وإلا كان حكمه معرضا للبطلان⁽²¹³⁾.

لكن السؤال المطروح، هو ما العمل في الحالة التي يحظر فيها الأطراف على هيئة التحكيم اللجوء إلى وسيلة معينة من وسائل التحقيق. كما لو كانت المعاينة مثلا، بينما أصبحت هذه الوسيلة من حيث الواقع هي السبيل الوحيد لتمكين الهيئة من التصدي للنزاع والفصل فيه.

²⁰⁹ - **DERAINS (Y.)** : « *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international* » Rev. arb. 2004, p. 781.

²¹⁰ - Cass.com.11 déc.1979 Bull. civ. IV.p.263.

²¹¹ - محمود جمال الدين زكي: "الخبرة في المواد المدنية والتجارية"، مطبعة جامعة القاهرة طبعة 1990، ص 88.

²¹² - علي الشحاد الحديدي: "دور الخبير الفني في الخصومة"، دار النهضة العربية، طبعة 1993، ص 118.

²¹³ - عاشور مبروك: "النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة"، مرجع سابق، ص 290.

نرى مع البعض⁽²¹⁴⁾ أنه في هذه الحالة لا مناص لهيئة التحكيم سوى المبادرة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف في الحصول على موافقة الأطراف للقيام بذلك الإجراء المحظور في اتفاق التحكيم، وذلك لتقييد هيئة التحكيم بمصدر ولايتها وسلطتها. وفي الحالة التي تفضل فيها هيئة التحكيم في تلك المحاولة، فإنه يتعين عليها إصدار قرار بإنهاء الإجراءات لعدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم طبقاً لمقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 19-327 من ق.م.م.مالتى تنص على أنه: "تأمر الهيئة التحكيمية بإنهاء المسطرة عندما يتبين لها أن متابعة مسطرة التحكيم أصبحت لأي سبب من الأسباب غير مجدية أو غير ممكنة". فإن لم تفعل هذا أو ذاك واستمر الحال على ما هو عليه حتى انقضى الأجل المحدد للتحكيم، فإن الخصومة سوف تنتهي بالتبعية لانقضاء مدة التحكيم.

ثالثاً: سلطة المحكم في العدول عما أمر به من إجراءات التحقيق

إذا كان المحكم يملك الحرية في اختيار الإجراء المناسب لتكوين اقتناعه بصدد النزاع المطروح أمامه، فإنه بالمقابل يملك حق العدول عن إجراء التحقيق الذي سبق وأن أمر به. إذ قد تقدم لهيئة التحكيم بعد الأمر بإجراء معين من إجراءات التحقيق أدلة أخرى تغني عن الدليل الذي أمرت الهيئة بتقديمه، أو قد يتبين لها أن في الدعوى من الأدلة الأخرى ما يكفي لتكوين اقتناعها⁽²¹⁵⁾. ذلك أن تنفيذ إجراء معين دون جدوى هو والعدم سواء. كما أن الإصرار على تنفيذ الإجراء رغم عدم جدواه سيخرج لا محالة إجراءات الإثبات عن الهدف المرجو منها كوسائل تعين المحكم على سرعة البت في المنازعات، لا كوسائل لإطالة أمد النزاع وضياع الوقت والجهد والمصاريف⁽²¹⁶⁾. وهو الأمر الذي حدا بالمشرع الفرنسي إلى وضع نص توجيهي لكل من القاضي أو المحكم في اختياره لإجراء الإثبات، بأن يختار الإجراء الأكثر بساطة والأقل تكلفة⁽²¹⁷⁾. وهو الأمر الذي أقره العمل القضائي الفرنسي⁽²¹⁸⁾.

²¹⁴ - عاشور مبروك: "النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة"، مرجع سابق، ص 291.

²¹⁵ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 361.

²¹⁶ - أحمد أبو الوفا: "عقد التحكيم وإجراءاته"، مرجع سابق، ص 365.

²¹⁷ - المادة 147 من ق.م.م.م.ف التي تنص على أنه: "يجب على القاضي أن يقتصر في اختيار الإجراءات على ما هو لازم لحل النزاع، ملتزماً بالإجراء الأكثر بساطة والأقل تكلفة".

وعدول المحكم عن الإجراء الذي سبق وأن أمر به كما يكون صريحا، يمكن أن يكون ضمنيا، كأن يذكر في صلب الحكم أنه وجد في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين اقتناعه للحكم في موضوع النزاع دون حاجة إلى تنفيذ ما سبق وأن أمر به.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة عدول المحكم عن إجراء معين من إجراءات الإثبات، فإنه يملك الأمر بإجراء تحقيق آخر. حيث إن عدوله عن الإجراء السابق لا يعني إهدار سلطته أو حق الخصوم في اللجوء إلى وسائل أخرى لتحقيق الدعوى، ذلك أن الأمر باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات أو العدول عنه يدخل في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم.

رابعا: سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفيزية

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية أو إصدار بعض الأحكام الوقتية تجنباً لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم، نتيجة الانتظار حتى صدور المقرر التحكيمي المنهي للخصومة، والتي تجعل الأمر بتلك الاجراءات بعد صدوره عديم الجدوى⁽²¹⁹⁾. مثال ذلك، أن تقدر هيئة التحكيم ضرورة معاينة البضاعة لإثبات صلاحيتها، إذا كانت قابلة للتلف. أو ضرورة تعيين حارس على مصنع لاستمرار تشغيله، أو الإشراف على صيانتها لاستمراره في الإنتاج تجنباً للخسائر الفادحة التي تترتب عن توقفه عن الإنتاج، أو التحفظ على البضاعة المتنازع عليها من التصرف فيها، أو ضرورة سماع شاهد يوجد في حالة مرض الموت، إلى غير ذلك من الحالات التي يصعب حصرها والتي تخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم⁽²²⁰⁾.

وتميل الاتجاهات الحديثة في التحكيم إلى منح هيئة التحكيم هذه السلطات⁽²²¹⁾، وذلك متى طلب منها أحد الخصوم الأمر باتخاذ تلك التدابير، حيث

²¹⁸ - Cass. Civ. 22 Janv. 1980, Gaz. Pal. 1980-1-p.235.

²¹⁹ - علي بركات: "خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن"، مرجع سابق، ص 404 وما بعدها.

²²⁰ - أحمد السيد صاوي: "الوجيز في التحكيم"، دار النهضة العربية، طبعة 2010، ص 247.

²²¹ - Sur le sujet V. **CARLEVARIS (A.)**: "Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien" cah.arb; vol. I; Gaz. Pal. Ed.2002.P.140.

نصت المادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر أياً من الطرفين بناء على طلب أحدهما باتخاذ أي تدبير وقائي مؤقت تراه ضرورياً بالنسبة إلى موضوع النزاع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك". كما نصت المادة 26 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه: "لهيئة التحكيم أن تتخذ بناء على طلب أحد الطرفين، ما تراه ضرورياً من تدابير مؤقتة بشأن الموضوع محل النزاع، بما في ذلك إجراءات المحافظة على البضائع المتنازع عليها، كالأمر بإيداعها لدى الغير أو بيع السلع القابلة للتلف". كما أن اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نصت في المادة 47 على أنه: "يجوز للمحكمة - إلا إذا اتفق الطرفان على غير ذلك - في حالة ما إذا قدرت أن الظروف تتطلب ذلك، أن توصي بأية إجراءات مؤقتة يجب اتخاذها للمحافظة على حقوق أي من الطرفين".

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يحد بدوره عن موقف التشريعات الحديثة⁽²²²⁾ في هذا المجال. فبعد أن أعطى الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة في اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي بناء على طلب أي طرف، سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها (الفصل 1-327 من ق.م.م)، فإنه نص في الفقرة الأولى من الفصل 15-327 من ق.م.م على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، أن تتخذ بطلب من أحد الأطراف كل تدبير مؤقت أو تحفظي تراه لازماً في حدود مهمتها".

- **DONOVAN (P.F.)** : " *Le pouvoir des arbitres de rendre des ordonnances de procédure, notamment des mesures conservatoires, et leur force obligatoire à l'égard des parties*", Bull. CCI 1999, vol. 10/1; P.59.

- **MAYER (P.)** : « *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires* », in Etudes de procédure et l'arbitrage, Melanges Jean- François Poudret, Faculté de droit Lausanne, 1999, p.437.

- **REINER (A.)** : « *Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI* » JDI 1998 ; P. 853.

- سيد أحمد محمود أحمد: "سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري"، مقال منشور بمجلة الحقوق (مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت). العدد 3 السنة 25 شتبر 2001، من ص 71 إلى 169.

- خليل عمر غصن: "سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.

²²² - ينص الفصل 62 من مجلة التحكيم التونسية المتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم -بناء على طلب أحد الأطراف- أن تأذن بما تراه ضرورياً من الوسائل الوقتية أو التحفظية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وإذا لم يمثل الطرف المعني بالأمر للإذن المذكور جاز لهيئة التحكيم أن تطلب المساعدة من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس".

وعليه، فإن الاختصاص يعود بحسب الأصل للهيئة التحكيمية لاتخاذ أي تدبير مؤقت أو تحفظي بخصوص النزاع المعروض عليها. غير أن الطبيعة القانونية للتحكيم باعتباره قضاء اتفاقيا قد يقتضي أن يتفق الأطراف على منع المحكم أو الهيئة التحكيمية من إصدار الأوامر الوقتية أو التحفظية، وأن يقتصر الاختصاص على قاضي الأمور المستعجلة، وأنه في حال خلو اتفاق التحكيم من هذا الشرط السلبي، فإنه يجوز لهيئة التحكيم اتخاذ أي إجراء وقتي أو تحفظي بناء على طلب أحد الأطراف. وقد تنبه المشرع المغربي إلى إمكانية امتناع من صدر الأمر إليه عن تنفيذه لافتقار المحكم لسلطة الإيجابار. فنص في الفقرة الثانية من الفصل 15-327 من ق.م.م 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"، والحقيقة ان سلطة رئيس المحكمة في هذه الحالة تقتصر على المساعدة والمساندة ولا تتعداه الى مراقبة صحة التدبير لأو الإجراء التحفظي أو الوقتي.

ويبدو أن المشرع الفرنسي بمقتضى التعديل الأخير لسنة 2011 كان أكثر تحررا وفعالية من المشرعين المغربي والتونسي في هذا المجال. حيث نص في المادة 1468 من ق.م.م المتعلقة بالتحكيم الداخلي، والذي أحالت عليه المادة 1506 من نفس القانون والمتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه: "يجوز للهيئة التحكيمية أن تأمر الأطراف، وفقا للشروط التي تحددها وتحت طائلة دفع غرامة تهديدية عند الاقتضاء، باتخاذ أي تدبير تحفظي أو وقتي تعتبره مناسبا". وهكذا اعتبر الفقه الفرنسي بأن هذا النص يعطي للهيئة التحكيمية الصلاحية لاتخاذ أي تدبير وقتي أو تحفظي سواء اتفق الأطراف صراحة على تخويلها هذه الصلاحية أو لم يتفقوا، وسواء طلب منها الأطراف ذلك أم لم يطلبوا. فبمجرد اتفاق الأطراف على التحكيم، يعني تخويل المحكم سلطة الفصل في النزاع وفي إصدار الأحكام والتدابير الوقتية والتحفظية المستعجلة ولو بصفة تلقائية ودون طلب من الأطراف⁽²²³⁾، وهو الأمر الذي أقره الاجتهاد الفرنسي قبل صدور نص المادة 1468 المذكورة⁽²²⁴⁾. غير أن المشرع الفرنسي استثنى بصريح نص المادة 1468 من ق.م.م حالتين من اختصاص هيئة

²²³ - SERAGLINI (Ch.), ORTSCHIEDT (J.) : « Droit de l'arbitrage interne et international », Montchrestien, Ed. Alpha, 2013, p.774.

²²⁴ - Paris, 2 avr 2003, Rev. arb. 2005, p. 115, note BOUCOBZA (x.). Paris, 7 oct. 2004, Rev. arb. 2004, p. 982, D. 2005, p.306, obs. Clay (Th.).

التحكيم عندما أوضح بأن: "المحكمة النظامية وحدها صاحبة الاختصاص بالأمر بالحجوزات الاحتياطية والتأمينات القضائية".

ونخلص مما تقدم إلى أن أنظمة واتفاقيات التحكيم تعترف للمحكم سواء الدولي أو الداخلي بسلطة اتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية اللازمة لحماية الحق موضوع النزاع، دون مسلس بسلطة القضاء الوطني في هذا المجال، ودون اعتبار اتخاذ هذه السلطة القضائية لتلك التدابير متعارضا مع اتفاق التحكيم، طالما لم تمس بموضوع النزاع. لكن ثمة تدابير مؤقتة أو تحفظية لايمكك المحكم اتخاذها لدخولها في نطاق سلطة الأمر المقتصرة على القضاء الوطني، وذلك حين يكون التدبير ماسا بسيادة الدولة أو متعلقا بنظامها العام، مثل توقيع جزاء على الشاهد الذي يتخلف عن الحضور للشهادة أو إجبار شخص على تقديم مستند تحت يده. ففي مثل هذه الأحوال لا مناص من اللجوء إلى السلطة القضائية المختصة باتخاذ هذا التدبير دون مزاحمة في ذلك من طرف المحكم.

الفقرة الثانية

سلطة المحكم في تقدير أدلة الإثبات

يقصد بتقدير أدلة الإثبات، تلك العملية الذهنية التي تنتهي باقتناع المحكم أو عدم اقتناعه بوجود الوقائع التي يدعيها أو يحتج بها الخصوم⁽²²⁵⁾. والمحكم وهو بصدد تقديره لأدلة الإثبات المقدمة إليه يكون له نفس الدور والسلطة التي للقاضي⁽²²⁶⁾. فقد يكون له مجرد دور رقابي للدليل الذي استند إليه الخصم لإثبات ادعائه، كما قد يكون للمحكم دور تقديري، فلا يبني قضاءه إلا على ما يطمئن إليه. وعلى ذلك فإن دور وسلطة المحكم بالنسبة لأدلة الإثبات القانونية تختلف عن دوره وسلطته بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى.

أولاً: الدور الرقابي للمحكم تجاه أدلة الإثبات القانونية

لا يكون للمحكم بصدد أدلة الإثبات القانونية كالإقرار أو اليمين الحاسمة أو الكتابة إلا مجرد دور رقابي، يعمل من خلاله على مراقبة توافر الشروط المطلوبة

²²⁵ -محمودجمال الدين زكي: "المبادئ العامة في نظرية الإثبات"، مطبعة جامعة القاهرة، طبعة 2001، ص180.

²²⁶ - سحر عبد الستار يوسف: "دور القاضي في الإثبات"، مرجع سابق، ص 65.

قانونا في الإجراء أو الدليل الذي استند إليه الخصم لإثبات ادعائه. والمحكم لا يستطيع في هذه الحالة تقدير الدليل أو الحكم وفق اقتناعه الشخصي، بل إن سلطته تنحصر في التأكد من توافر الدليل. وعندئذ يلتزم بإعمال أثره، فيقضي به ولو كانت قناعته الشخصية متناقضة مع ما أثبتته ذلك الدليل، إذ يحل محل تقدير المحكم تقدير مسبق من طرف المشرع⁽²²⁷⁾.

فالإقرار⁽²²⁸⁾ كتصرف قانوني من جانب واحد هو ملزم لصاحبه بمجرد صدوره، وغير متوقف على رضى المقر له. فإذا صدر صحيحا و جاء مستوفيا لكافة أركانه وشروطه القانونية، فإنه يلقي على عاتق المحكم التزاما يتمثل في ضرورة التقيد به، ويتعين عليه اعتبار الواقعة المعترف بها ثابتة بمجرد صدورها من المقر. إذ أن الواقعة تثبت بإقرار المقر وليس بحكم المحكم. ومن تم يمتنع على المحكم أن يجري تحقيقا إضافيا في الدعوى سواء بنفسه أو من ينتدبه لذلك للبحث عن أدلة أخرى بشأن الواقعة محل الإقرار.

كما أنه في حال الإثبات باليمين الحاسمة، فإن دور المحكم يقتصر على مراقبة حق الخصوم في توجيهها وكيفية استعمالهم لهذا الحق دون تعسف، ولا يملك المحكم حق تقدير هذه الوسيلة من وسائل الإثبات، بحيث لا يستطيع أن يرفض توجيهها متى كانت اليمين مستوفية لشروطها القانونية، ولم يكن هناك مظهر للتعسف في طلب توجيهها.

أما الدليل الكتابي أو المحررات المكتوبة بنوعيتها، ورقية كانت أم إلكترونية⁽²²⁹⁾، فإن لها حجية ملزمة للمحكم كدليل إثبات للواقعة المتنازع عليها، متى كانت مستوفية للشروط المتطلبة قانونا، ودور المحكم إزاءها يقتصر على مراقبة الأدلة الكتابية من حيث مظهرها وصحتها.

²²⁷ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 362.

²²⁸ - الإقرار نوعان: قضائي وغير قضائي. فالإقرار القضائي هو الاعتراف الذي يقوم به أمام المحكمة الخصم أو نائبه المأذون له في ذلك إذنا خاصا (الفصل 405 من ق.ل.ع.م)، أما الإقرار غير القضائي فهو الذي لا يقوم به الخصم أمام القاضي، ويمكن أن ينتج من كل فعل يحصل منه وهو مناف لما يدعيه. (الفصل 407 من ق.ل.ع.م.)

²²⁹ - الفصول 416-417 و 1-417 من ق.ل.ع.م.

فالدور الرقابي تقتصر سلطة المحكم فيه على مراقبة الشروط الشكلية المتطلبة قانونا في الدليل محل الإثبات لإنزال حكم القانون عليه، وليس له سلطة تقدير قوة الدليل باعتبار أنها من المسائل التي حددها المشرع. ولهذا تتحصر سلطة المحكم في التأكد فقط من توافر الدليل، وعندئذ عليه إعمال أثره القانوني في الإثبات.

ثانياً: سلطة المحكم في تقدير أدلة الإثبات الأخرى

بالنسبة لأدلة الإثبات الأخرى غير أدلة الإثبات القانونية، فإن دور المحكم لا يقف بصدها عند حد مراقبة توافر الدليل وقيام شروطه القانونية، بل يمارس سلطة تقديرية إزاء دليل الإثبات ذاته، فتكون للمحكم سلطة تقدير كل دليل أو مستند قدم إليه، لكي لا يبني حكمه إلا على الدليل الذي يطمئن إليه، باعتبار أن الدليل أداة اقتناع يهدف صاحبه من ورائه إلى إقناع المحكم بأحقية فيما يدعيه. ولهذا فإن للمحكم سلطة تقدير قيمة الشهادة للأخذ بها من عدمه، وكذا إمكانية ترجيح وسيلة إثبات على أخرى واردة في الدعوى، وله أن يأخذ بشهادة دون أخرى، كما له الاكتفاء بالأدلة التي يراها كافية لبناء حكمه عليها وأدت إلى تكوين اقتناعه.

كما أن للمحكم الحرية في استنباط القرائن، سواء تلك المقررة بمقتضى القانون أو تلك المتروكة لحكمة المحكم وفطنته، مادامت تلك القرائن قوية وخالية من اللبس أو حصل التعدد والتوافق بينها⁽²³⁰⁾.

وعموماً يمكن القول بأن المحكم في تقديره للأدلة يعمل على الموازنة بينها مفضلاً بعضها على البعض، فيأخذ بما اطمأن إليه ويستبعد ما عداه مما لم يطمئن إليه، ولا يلتزم بتعليل سبب ترجيحه لدليل على آخر، مادام أن حكمه يقوم على أسباب تكفي لحمله، وتسوغ النتيجة التي انتهى إليها. كما أن للمحكم استبعاد أي دليل لم

²³⁰ - الفصلان 450 و 455 من ظ.ل.ع.م.

يطمئن إليه، ولو كان هذا الدليل نتيجة إجراء أمر به دون حاجة إلى إبداء سبب خاص لذلك⁽²³¹⁾، شريطة تعليل حكمه.

المبحث الثاني

القيود المقررة على سلطة المحكم

عند تحقيق الخصومة

ترد على سلطة هيئة التحكيم وهي بصدد اتخاذ إجراءات الإثبات اللازمة للفصل في النزاع عدة قيود، فيلتزم المحكم أو هيئة التحكيم وهو بصدد التحقيق في الدعوى المعروضة عليه بمبدأ الحياد ومقتضياته. ذلك أن المحكم يبقى دائماً ملتزماً بمراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي في مجال الإثبات، "المطلب الأول"، فضلاً عن التزام هيئة التحكيم بمبدأ التحقيق الجماعي على فرض تعددها "المطلب الثاني".

المطلب الأول

التزام المحكم بمبدأ الحياد المرتبط بإجراءات تحقيق الدعوى

يرتبط مبدأ الحياد بأخلاقيات الوظيفة التي تقوم على فكرة التجرد من الأهواء والميول، وعدم التحيز لأحد الخصوم على حساب الخصم الآخر، والتشبث بالموضوعية في الحكم والاستقامة في السلوك. فمبدأ حياد المحكم قياساً على حياد القاضي يعني النزاهة التي هي روح القضاء، و ذلك حتى يطمئن المتقاضي إلى قاضيه و إلى أن قضاءه لا يصدر إلا عن الحق وحده دون تحيز أو هوى⁽²³²⁾، (الفقرة الأولى). ويترتب عن مبدأ حياد المحكم عدة نتائج أو قيود، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى

التزام المحكم بمبدأ الحياد كقيد على سلطته

في اتخاذ إجراءات التحقيق

²³¹ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 362.

²³² - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 245.

يعبر مبدأ حياد المحكم عن دوره في خصومة التحكيم وعلاقته بالخصوم، باعتباره أحد الآليات الفنية لممارسة مهمته. ذلك أن المحكم لا يتولى الدعوى من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب، ومن ثم يمتنع عليه أن يدخل في حكمه وقائع لم يدعها الخصوم أو يستند على أدلة لم يتم تقديمها إليه، وإنما يتعين عليه أن يلتزم بالحدود الموضوعية لولايته، كما حددها اتفاق التحكيم أو الاتفاق اللاحق عليه.

ومبدأ حياد المحكم شأنه في ذلك شأن حياد القاضي في القانون المغربي والمقارن، مازال محافظاً على سماته التقليدية. فعبء ادعاء الوقائع المكونة لأصل الحق المتنازع عليه وسببه، وكذا عبء الإثبات وتوسيع نطاق الخصومة سواء من حيث الموضوع أو الأشخاص يحدده اتفاق التحكيم. كما يملك الخصوم إبداء ما يشاؤون من الدفع ووسائل الدفاع في الحدود المسموح بها قانوناً. والمحكم، أو هيئة التحكيم تبقى إزاء كل ذلك محايدة، وكل مالها من سلطة هو أعمال حكم القانون المتفق عليه أو المفوض لها في اختياره.

لكن مع ذلك يمكن القول بأن الحياد السلبي الذي كان للمحكم، أدخلت عليه مجموعة من التنقيحات بالمعنى الذي أعطى لهذا المحكم العديد من السلطات في توجيه ودفع الخصومة التحكيمية في اتجاه البحث عن الحقيقة وتحقيق العدالة، ليصبح معه حياد المحكم إيجابياً، وإن كانت هذه الإيجابية تجد حدودها في اتفاق الأطراف.

ومن مظاهر هذا الدور الجديد للمحكم في تحقيق الدعوى، أن للمحكم ولو من تلقاء نفسه أن يستمع إلى الشهود، أو يعاين الأمكنة، أو يستعين بأهل الخبرة، أو يوجه اليمين المتممة من خلال قيامه بدفع عملية الإثبات للحصول على عناصر يرى هو وفقاً لتقديره أنها منتجة في النزاع المطروح أمامه، وذلك وفقاً للشكل المحدد في القانون المطبق. كل ذلك يعطي لمبدأ الحياد شكلاً جديداً يتجه به نحو الإيجابية بدل السلبية.

ومبدأ حياد المحكم يجد أساسه الفني ومبناه في مبدأ المواجهة والتزام المحكم باحترامه. ومضمون حياد المحكم في تحقيق الدعوى يتمثل في ضرورة إعلام الخصوم بكل المبادرات التي يتخذها للفصل في النزاع، سواء تلك المتعلقة بالوقائع من خلال تحصيله وفهمه له، أو بالقانون من خلال تفسيره له وتطبيقه، وتمكين الخصوم من مناقشة كل ذلك بعد منحهم الوقت الكافي. كما يفرض هذا الالتزام

على المحكم عدم تأسيس قراره على الأوجه الواقعية والقانونية التي أثارها من تلقاء نفسه إلا بعد أن يدعو الخصوم مسبقاً إلى تقديم ملاحظاتهم بشأن ذلك⁽²³³⁾.

ولا يخل بمبدأ حياد المحكم أن يطلب من تلقاء نفسه من الخصوم إيضاح العناصر الضرورية لحل النزاع⁽²³⁴⁾، وهذه إحدى نتائج التحول من المدلول السلبي لحياد المحكم إلى المدلول الإيجابي للحياد، خاصة وأن المادة 8 من قانون المسطرة المدنية الفرنسية الجديد نصت على أن القاضي يستطيع دعوة الخصوم إلى تقديم الإيضاحات المتعلقة بالوقائع والتي يراها ضرورية لحل النزاع. وهو الحكم الذي يمكن للمحكم تطبيقه بصريح نص المادة 1464 من نفس القانون والتي نصت في فقرتها الثانية على أنه: "تبقى دوماً المبادئ الأساسية للدعوى المنصوص عليها في المواد من 4 إلى 10، وفي الفقرة الأولى من المادة 11، وفي الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 12، وفي المواد من 13 إلى 21 و23 و1/23 واجبة التطبيق".

الفقرة الثانية

النتائج المترتبة عن مبدأ حياد المحكم

لا يستطيع المحكم أن يكون اقتناعه وإصدار حكمه في الدعوى إلا بناء على الوقائع والأدلة التي عرضت عليه بمعرفة الخصوم أو تلك التي باشرها بصفة تلقائية وفق الضوابط المقررة قانوناً والتي كانت محل مناقشة من قبل الطرفين. وهذا الواجب يفرض على المحكم عدة قيود، وهي عدم الحكم بعلمه الشخصي، وضرورة التقيد بسبب وموضوع النزاع، وكذا احترام حقوق الدفاع.

أولاً: التزام المحكم بعدم الحكم بعلمه الشخصي

²³³ - السيد تمام: "مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم"، دار النهضة العربية، طبعة 2000 ص 75 وما بعدها.

²³⁴ - BENSAAUDE (D.) : « *Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international* » cah. Arb. vol. III. Gaz. pal. 2006, p.45.

القاعدة أنه لا يجوز للمحكم أن يبني حكمه على علمه الشخصي، فطبقاً لمقتضيات المادة 7 من ق.م.ف.م.ف المحال عليها بمقتضى المادة 1464 من نفس القانون، فإنه لا يمكن للمحكم أن يؤسس حكمه على وقائع خارج نطاق المناقشة أو المرافعة. وهذه القاعدة تكمل في الواقع القاعدة التي تقضي بأنه لا يجوز للمحكم أن يغير سبب وموضوع الطلب المقدم إليه، إذ أن المحكم عندما يحكم بعلمه الشخصي، فإنه يدخل في اعتباره وقائع أو أدلة لم يتمسك بها الخصوم، و من تم فإنه يعدل بذلك في البنيان الواقعي للخصومة الذي هو في الواقع من عمل الخصوم. لذلك كانت القاعدة هي أن المحكم لا يؤسس حكمه إلا على الأقوال التي سمعها والمستندات التي قدمها الخصوم، لأنه إن فعل غير ذلك يكون قد حكم بعلمه الشخصي. والمحكم كالقاضي لا يجوز أن يقضي بعلمه الشخصي وإلا أصبح مغلاً بمبدأ الحياد الذي يقتضي احترام حقوق الدفاع ومنها حق العلم ومغلاً أيضاً بحدود ولايته⁽²³⁵⁾.

ويترب عن الإخلال بمبدأ الحياد المتمثل في حكم المحكم بعلمه الشخصي، أن يكون حكم المحكم الذي صدر استناداً على ذلك محلاً للطعن بالبطلان طبقاً للفصل 26-327 من ق.م.ف.م.ف لعدم تقيد المحكم بحدود ولايته وخرقه لمبدأ المواجهة، وعرضة للطعن بالطرق المقررة طبقاً للمادة 1492 من ق.م.ف.م.ف، والفصل 42 من مجلة التحكيم التونسية والمادة 2/24 و3 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

وما اعتمده التشريعات، استقر عليه الفقه⁽²³⁶⁾، مقررًا بأنه لا يجوز للمحكم أن يبني حكمه على معلومات أيا كان مصدرها إلا بعد تمكين أطراف التحكيم من الاطلاع عليها ومناقشتها والرد عليها إعمالاً لمبدأ المواجهة، يستوي في ذلك أن تكون تلك المعلومات عامة أو شخصية. فإذا كانت للمحكم معلومات شخصية استمدتها من

²³⁵ - **DERAINS (Y.)** : « *Les nouveaux principes de procédures : confidentialité, célérité, Loyauté, in le nouveau droit français de l'arbitrage* », l'extenso; éd. 2011, p.91 et suiv.

²³⁶ - **DIMOLISTA (A.)** : " *L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut* », cah. Arb . vol. V. Pedone, 2011, p.68.

- **KLEIMAN (E.) et SALEH (S.)** : « *Célérité et Loyauté en droit français de l'arbitrage international : quelques pouvoirs et quelques responsabilités pour les arbitres et les parties* » cah. arb.2012, p.99.

- طلعت دويدار: "ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2009، ص 188 وما بعدها.

معاصرته للنزاع وتطوره أو خبرته الفنية⁽²³⁷⁾، فإن عليه أن يحيط الخصوم علما بها قبل بناء حكمه عليها. وبالتالي فإنه لا حرج على المحكم في استخدام معلوماته الشخصية طالما قد احترم مبدأ المواجهة.

ثانياً: تقييد المحكم بسبب وموضوع النزاع المعروض عليه

المحكم كالقاضي يبقى دائماً مقيداً بإطار النزاع كما طرحه الخصوم⁽²³⁸⁾، وبالوقائع التي عرضت أمامه وتمت مناقشتها، وليس له أن يخالف ما هو ثابت بأوراق الدعوى المعروضة عليه. فمن ناحية، يتقيد المحكم بطلبات الخصوم⁽²³⁹⁾، فليس له أن يحكم في غير هذه الطلبات أو يتجاوز حدودها أو يغير في مضمونها، أو يستحدث طلبات جديدة لم يطرحها عليه الخصوم. فقضاء التحكيم يجب أن يقتصر فقط على ما تتصرف إليه إرادة أطراف الاتفاق على التحكيم بخصوص النزاع المعروض⁽²⁴⁰⁾.

ومن ناحية أخرى يتقيد المحكم بسبب النزاع الذي اعتمده الأطراف⁽²⁴¹⁾، فيمتنع عليه أن يبني حكمه على وقائع ليست محل مرافعة (المادة 7 من ق.م.م.ف المحال عليها بمقتضى المادة 1464 من نفس القانون) ، أو أن يعمل على تغيير أسس الادعاء ، كما لا يجوز له لنفس السبب أن يبادر باتخاذ أي مبادرة في مجال الوقائع.

²³⁷ - فالمحكم قد لا يتم اختياره إلا بسبب ما لديه من معلومات شخصية أو خبرة فنية تؤهله للقيام بالمهمة المسندة إليه، كما أنه قد يتم اختياره بسبب معاشيته لمراحل النزاع المختلفة، وبالتالي وقوفه على كافة أبعاده وتفصيله، مما ييسر عليه مهمة القيام بالفصل في النزاع.

²³⁸ - عزمي عبد الفتاح: "سلس الادعاء أمام القضاء المدني"، دار النهضة العربية، طبعة 1997، ص 25 وما بعدها.

²³⁹ - الطلب هو عبارة عن تقرير وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو إنشاء أو تعديل أو إنهاء هذا الحق أو المركز أو إلزام المدعى عليه بأداء معين. وتتمثل عناصر هذا الطلب في نوع الحماية المطلوبة و نوع الحق المطلوب حمايته، وذاتية الشيء محل هذا الحق. (انظر في توضيح ذلك علي أبو عطية هيكل: "الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2004، ص 235 وما بعدها.

²⁴⁰ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 302.

²⁴¹ - سبب الدعوى هو مجموعة القواعد القانونية المنتجة التي يتمسك بها المدعي كسبب للدعوى. فالسبب الذي يحدد معالم دعوى معينة ليس هو النص القانوني المجرد، و لا القاعدة القانونية ، و لا التصرف القانوني الذي يستند إليه المدعي في دعواه، وإنما هو مجموعة الوقائع المولدة للحق المدعى به والتي يقدمها المدعي لتأييد دعواه، والتي بناء على تقديمه لها يقع على عاتقه عبء إثباتها، فما يعجز عن إثباته لا يصلح أن يكون أساساً لدعواه و دون الاعتراف بتكليفه لهذه الوقائع. (يراجع في ذلك، علي أبو عطية هيكل: "الدفع بإحالة الدعوى في قانون المرافعات" مرجع سابق، ص 240.

ولذلك يظل المحكم محصورا داخل السياج الواقعي الذي أقامه الخصوم، بحيث إذا تجاوزه يكون قد غير أسس طلب التحكيم⁽²⁴²⁾.

وعدم تقييد المحكم بموضوع وسبب النزاع والخروج عليهما يجعل مقرر المحكم باطلا. فالمحكم الذي يقضي في غير ما طلب منه، أو في أكثر مما طلب منه، أو يبنى حكمه على وقائع لم يتحقق بمقتضاها مبدأ المواجهة، أو على وقائع لم تكن ضمن المرافعة، يكون قد تجاوز ولايته التي يحددها ليس فقط اتفاق التحكيم، وإنما ما يطلب منه الحكم به، كما يعد هذا الخروج انتهاكا لمبدأ المواجهة والحق في الدفاع. إذ يكون المحكم قد قضى في مسألة لم يتحقق بمقتضاها مبدأ المواجهة بين الأطراف، ولم يتمكن الخصوم خلالها من إبداء دفوعاتهم بشأنها وهو ما يتعلق بالنظام العام⁽²⁴³⁾.

ثالثا: التزام المحكم باحترام حقوق الدفاع

لا يطرح الإشكال عندما تكون الوقائع اللازمة لتطبيق قاعدة قانونية آمرة قد تمت مناقشتها من طرف الخصوم، إذ يجب على المحكم أن يحكم بها من تلقاء نفسه ولو لم يتمسك الخصوم بهذه القاعدة أمامه. فالمحكم يتقيد دائما بالأحكام الآمرة في القانون المسطري الواجب التطبيق، ويمتنع عليه أن يطبق القواعد المسطرية التي يتفق عليها الأطراف، إذا تبين له أنها مناقضة للقواعد الآمرة، أو الأسس الجوهرية التي يقوم عليها النظام القانوني المسطري. لكن الصعوبة تطرح عندما تكون الوقائع الأساسية اللازمة لتطبيق قاعدة قانونية آمرة قد تم بسطها بصفة عرضية دون أن يتمسك بها الخصوم أو تمنح لهم فرصة لمناقشتها. يرى البعض⁽²⁴⁴⁾ عن حق، أنه على المحكم تطبيق هذه القاعدة، إلا أنه يلتزم في نفس الوقت احتراماً لمبدأ المواجهة أن يلفت نظر الخصوم إلى ذلك، حتى يستطيع هؤلاء إثبات هذه الوقائع أو نفيها وكذا مناقشتها. حتى لا يكون تطبيق القاعدة مفاجأة لهم، مما يعد إخلالا بمبدأ التوقع القانوني الذي يعد من صميم حقوق الدفاع.

²⁴² - عزمي عبد الفتاح: "أسس الادعاء أمام القضاء المدني"، مرجع سابق، ص 317.

²⁴³ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 303.

²⁴⁴ - عزمي عبد الفتاح: "واجب القاضي في احترام مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لمبدأ الدفاع"، دار النهضة العربية، طبعة 1992، 1993، ص 48.

- طلعت دويدار: "ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم"، مرجع سابق، ص 213.

- إبراهيم نجيب سعد: "قاعدة لا تحكيم دون سماع الخصوم أو ضرورة احترام الحرية والمساواة والتقابل في الدفاع"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1981، ص 65 وما بعدها.

وترتيباً عن ذلك، فإن المحكم إذا أراد أن يأخذ في اعتباره عنصراً واقعياً قدمه الخصوم، ولكنهم لم يتمسكوا به بشكل خاص لتأسيس ادعاءاتهم، فإنه يتعين عليه إثارة انتباه الخصوم إلى هذا العنصر وسماع وجهة نظرهم بشأنه احتراماً لمبدأ المواجهة⁽²⁴⁵⁾. والقول بذلك يعد خروجاً عن قاعدة الحياد المتمثلة في أن من يمارس الوظيفة القضائية، قاضياً كان أو محكماً لا يلتزم بإثارة انتباه الخصوم إلى مقتضيات دفاعهم⁽²⁴⁶⁾، وإنما هو احترام من المحكم لمبدأ حقوق الدفاع. وتعد سلطة المحكم في هذه الحالة مظهرة وموضحة لما قدمه الخصوم من وقائع عن طريق استخراجها من الملف وإبرازها لهم قصد مناقشتها وإبداء أوجه دفعهم ودفاعهم فيها⁽²⁴⁷⁾، وهو ما يتفق وطبيعة التحكيم التي تنطوي على قدر كبير من المرونة والسرعة والتخفيف من حدة الإجراءات المسطرية.

وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات الوطنية عمدت إلى التخصيص صراحة على ضرورة التزام المحكم باحترام مقتضيات حقوق الدفاع. فنصت الفقرة الثالثة من الفصل 10-327 من ق.م.م على أنه: "يعامل أطراف التحكيم على قدم المساواة وتهيأ لكل منهم فرصة كاملة ومتكافئة لعرض دعواه ودفعاته وممارسة حقه في الدفاع". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه الفصل 63 من مجلة التحكيم التونسية بقوله: "يجب أن يعامل الأطراف على قدم المساواة، وأن تهيأ لكل منهم فرصة كاملة للدفاع عن حقوقه".

والملاحظ أن المشرع الفرنسي كان أكثر وضوحاً عندما نص في المادة 1510 من ق.م.م على أنه: "مهما كانت الإجراءات المختارة، تضمن الهيئة التحكيمية المساواة بين الأطراف وتحترم مبدأ المواجهة".

²⁴⁵- CHAINAIS (C.) : « *L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », Rev. arb 2010, p.3.

²⁴⁶ - KESSEDJIAN (C.) : « *Principe de la contradiction et arbitrage* », op. cit., p.381.

²⁴⁷ - GUINCHARD (S.) : « *L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire*, » Rev. arb. 1997, p.185.

المطلب الثاني

التزام هيئة التحكيم بمبدأ التحقيق الجماعي

إن الأصل هو أنه يجب على هيئة التحكيم مجتمعة أن تشترك في اتخاذ جميع إجراءات الإثبات، فليس لها أن تفوض أحد أعضائها في ذلك، (الفقرة الأولى)، ما لم يخولها الأطراف هذه السلطة، أو القانون الذي تطبقه والمتعلق بالمسطرة المتبعة، وهو ما يعني أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات، (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى

التقيد بمبدأ التحقيق الجماعي من طرف هيئة التحكيم

المبدأ أنه إذا تعدد المحكمون، فإنه يجب أن يشارك كل منهم في اتخاذ جميع الإجراءات المتعلقة بعناصر الإثبات، والتي تساعد على تكوين اقتناعهم، ويظل هذا القيد قائماً طوال فترة الخصومة، وبالتالي لا يجوز الانفراد من طرف أحدهم في اتخاذ إجراءات الإثبات دون علم الآخرين⁽²⁴⁸⁾.

وبالرغم من اعتماد الفقه لمبدأ التحقيق الجماعي، وما ذهب إليه من ضرورة قيام هيئة التحكيم مجتمعة بإجراءات الإثبات، إلا أنه لم يقف حول أسس موحد بشأن هذا المبدأ. فالبعض يرى أن أسس هذا المبدأ يرجع إلى اشتراك جميع المحكمين في نظر النزاع باعتبارهم هيئة واحدة⁽²⁴⁹⁾. بينما يرى البعض الآخر أن هذا المبدأ يجد أساسه في أنه لا ينبغي توزيع المهام الإجرائية بين المحكمين لأن ذلك يضر بحقوق الدفاع⁽²⁵⁰⁾. وأخيراً يرى جانب آخر بأن هذا المبدأ يواجه فكرة المحكم ممثل الخصم، ويؤكد على مبدأ حياد واستقلال المحكمين، باعتبار أن التزام المحكمين بالتحقيق الجماعي هو ضمانه ضد التحيز لو انفرد أحدهم به⁽²⁵¹⁾.

²⁴⁸ - محمد نور عبد الهادي شحاتة: "النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين"، مرجع سابق ص 355.

²⁴⁹ - DELANOY (L.- Ch.) : « La cour de cassation et le principe de collégialité en droit français de l'arbitrage » ; cah. arb. 2010, p.863.

²⁵⁰ - DUPEREY (P.) : « Le délibéré à l'épreuve du principe de la collégialité », Rev. arb. 2009, p.360.

²⁵¹ - Le BOULANGER (Ph.) : « Principe de collégialité et délibéré arbitral », in mélanges en l'honneur de F. Knoepfler, HelbingandLichtenhahn, Genève, 2005, p.262.

وعلى العموم يمكن القول إنه مع تعدد هذه الآراء وتباينها في الظاهر حول الأسس الفني لمبدأ التحقيق الجماعي، إلا أنها تبقى جميعها متفقة في مضمونها، وتبقى في مجملها أساسا سليما للمبدأ المذكور.

ومبدأ التحقيق الجماعي يجد أساسه التشريعي في نصوص قانونية متعددة. ذلك أن الفصل 16-327 من ق.م.م ينص على أنه: "يجب على المحكمين في حال تعددهم أن يقوموا بالمشاركة جميعا في كل الأشغال والعمليات وفي تحرير جميع المحاضر". وهو نفس المبدأ الذي قرره المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1467 من ق.م.م التي نصت على أنه: "تجري الهيئة التحكيمية تدابير التحقيق اللازمة ما لم يجر لها الأطراف تفويض أحد أعضائها لهذه الغاية". وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع التونسي في الفصل 28 من مجلة التحكيم الذي ينص على أنه: "تتولى هيئة التحكيم جميع الأبحاث من تلقي الشهادات وإجراء الاختبارات إلى غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة".

كما أن هذا المبدأ كرسه العمل القضائي أيضا. فقد ذهبت محكمة الاستئناف بباريس إلى أن الالتزام بالتحقيق والحكم الجماعي يكرس قوة مبدأ التحقيق الجماعي الذي يجد أساسه في إرادة الطرفين، والحاجة إلى هيئة تحكيم محايدة ومستقلة⁽²⁵²⁾. ذلك أن الالتزام الملقى على عاتق هيئة التحكيم ليس فقط في ضرورة المداولة بشكل جماعي ولكن أيضا في ضرورة التحقيق الجماعي⁽²⁵³⁾، وهو الأمر الذي استنتج منه القضاء الفرنسي بأن هذا المبدأ يتعلق بالنظام الدولي الفرنسي، ما دام أنه يرتبط بمبدأ حياد واستقلال هيئة التحكيم، وكذا باتفاق الطرفين اللذين اختارا حل نزاعهما عن طريق هيئة تحكيم متكونة من عدة محكمين⁽²⁵⁴⁾.

الفقرة الثانية

الاستثناء المقرر على مبدأ التحقيق الجماعي

لقد أجاز القانون لهيئة التحكيم الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي في حالتين: الأولى: إذا كان اتفاق التحكيم يخول لأحد أعضاء الهيئة التحكيمية القيام

²⁵² - Paris, 16 janv.2003, JDI 2004 ; p. 161; NOTE. **C. KESSEDJIAN**. V. aussi, Paris, 10 Janv. .2008 ; Rev.arb.2008, p.161.

²⁵³ - Paris, 21 avr.2005, JCPG 2005, I, 179, n° 5, obs. **Ch. SERAGLINI**.

²⁵⁴ - Cass. Civ. 1^{er}, 29 juin 2011, Rev. arb. , 2011, p.959, note **V. CHANTEBOUT**, JCPG 2011. I, 1432, N°7 obs. **J. ORTSCHIEDT**, civ 1^{ère}. 8 juill .2009, D.2009, p. 2959, obs **Th. CLAY**, cah. arb. 2010, p.863, note, **L.-C. DELANOY**.

بإجراءات الإثبات. ذلك أن التحكيم يعتبر قضاء خاصا يجد مصدر وحدود ولايته في اتفاق التحكيم. حيث نص الفصل 16-327 من ق.م.م. على أنه: "يجب على المحكمين في حالة تعددهم أن يقوموا بالمشاركة جميعا في كل الأشغال والعمليات، وفي تحرير جميع المحاضر، إلا إذا أذن لهم الأطراف في انتداب أحدهم للقيام بعمل معين". وهو نفس الاستثناء المقرر من طرف المشرع الفرنسي، حيث نصت المادة 1467 من ق.م.م. على أنه: "تجري الهيئة التحكيمية التدابير التحقيقية اللازمة ما لم يجز لها الأطراف تفويض أحد أعضائها لهذه الغاية".

ويؤكد القضاء الفرنسي أن الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي إذا اتفق الخصوم على تفويض أحد أعضاء هيئة التحكيم من أجل القيام ببعض إجراءات الإثبات لا يشكل إخلالا بحق الدفاع أو بمبدأ المواجهة بصفة خاصة⁽²⁵⁵⁾، طالما وقف المحكمون جميعا وأطراف الخصومة التحكيمية على حقيقة ما تم اتخاذه من أعمال الإثبات بواسطة أحد أعضاء الهيئة التحكيمية⁽²⁵⁶⁾.

الثانية: انتداب هيئة التحكيم أحد أعضائها لاتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات، حيث ينص الفصل 28 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "تتولى هيئة التحكيم جميع الأبحاث من تلقي الشهادات وإجراء الاختبارات إلى غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة... ولهيئة التحكيم أن تعين كتابة أحد أعضائها بعمل معين".

والسماح لهيئة التحكيم بالخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي وانتداب أحد أعضائها للقيام بإجراء معين من إجراءات الإثبات مقيد بألا يكون اتفاق الخصوم يستوجب اتخاذ إجراءات الإثبات من طرف هيئة التحكيم مجتمعة. ففي حالة وجود هذا الاتفاق، فإن ما قام به أحد أعضاء هيئة التحكيم ولو بتفويض منهم يعد باطلا ويؤدي إلى بطلان المقرر التحكيمي إذا بني عليه، باعتبار أن الهيئة التحكيمية تكون قد بتت دون التقيد بالمهمة المسندة إليها.

والملاحظ أن المشرع المغربي، وكذا الفرنسي وإن نصا على الحالة الأولى من حالتها الخروج عن مبدأ التحقيق الجماعي، فإنهما لم يتناولوا حالة انتداب هيئة

²⁵⁵ - Paris, 26 avr. 1985, Rev. arb. 1985, p.311, note E. MESGER.

²⁵⁶-PEDROT (R.): «L'administration de la preuve en matière d'arbitrage» Rev. arb.1974, p. 159.

التحكيم لأحد أعضائها للقيام بإجراء معين من إجراءات الإثبات، وإن كنا نرى أنه لا مانع من جواز انتداب أحد المحكمين لاتخاذ إجراء معين من إجراءات الإثبات إذا كان هذا الإجراء ذا طابع مادي بحت وليس من شأنه أن يغير من الحكم الذي سوف يصدر، خاصة إذا تعددت الإجراءات وتعقدت، وبالتالي لن تكون هناك ضرورة تستدعي مشاركة جميع المحكمين، باعتبار أن انتداب هيئة التحكيم لأحد أعضائها من أجل القيام بإجراء محدد من إجراءات الإثبات لا يتعارض مع مبدأ التحقيق الجماعي. هذا المبدأ الذي يشترط فقط مشاركة جميع الخصوم في هذا الإجراء أو على الأقل إتاحة الفرصة لهم من أجل مناقشة نتائجه. وإن كان البعض يرى بأن إجراءات الإثبات تساعد على حسن فهم النزاع. لذلك فإنه من الأفضل أن تشارك هيئة التحكيم مجتمعة في إجراءاتها، حتى يتمكن كل عضو من أعضائها من تكوين رأي واضح عند المداولة⁽²⁵⁷⁾.

²⁵⁷ - SERAGLINI (Ch.) , ORTSCHIEDT (J.) « Droit de l'arbitrage interne et international », op.cit, p. 351-352.

الباب الثاني

حدود السلطات الموضوعية للمحكمة في خصومة التحكيم

إذا كنا قد تطرقنا فيما سبق إلى بيان الحدود التي قد تصلها أو تقف عندها سلطات المحكمة أو هيئة التحكيم الإجرائية، مستعلمين في ذلك حدي سلطان الإرادة وكذا إرادة المشرع كضابط أو معيار في رسم تلك الحدود سواء في حدها الأدنى أو الأقصى الذي لا يمكن للمحكمة تجاوزه، فإن الأمر لا يختلف كثيرا بالنسبة لرصد الحدود التي يمكن أن تصلها سلطات المحكمة أثناء الفصل في موضوع النزاع. إلا أنه مع ذلك يجب التسليم بأن سلطة المحكمة أو هيئة التحكيم تتسع أكثر في هذا الفرض الأخير مقارنة مع سلطاته الإجرائية في مسطرة التحكيم. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى كون القانون الذي يحكم موضوع النزاع هو قانون غاية، يجسد حقوق والتزامات الأطراف ويحدد حدودها وأوصافها.

ومعلوم أن المحكمة أو هيئة التحكيم تتمتع بسلطات واسعة في تقدير الوقائع والفصل في النزاع بما يحقق مصلحة الخصوم، وهذا ما يميز التحكيم، ولو اقتضى الأمر الخروج عن منطوق النصوص الإجرائية والموضوعية. وقد قيل بحق إن القضاء العادي يبحث عن العدالة لصالح القانون، بينما يبحث المحكم عن القانون لصالح الخصوم⁽²⁵⁸⁾.

فما هي إذن حدود سلطات المحكمة إزاء موضوع الخصومة؟ وهل يتمتع بسلطة مطلقة في تعديل نطاقها، أم أن هناك حدودا تحكم ممارسته لهذه السلطات؟ وهل تمتد سلطاته إلى كافة العناصر التي تشكل إطار الخصومة من وقائع وطلبات وأشخاص، فضلا عن القانون الذي يحكم علاقة الأطراف ويحدد التزاماتهم؟ وما هو موقف المحكم من الناحية العملية عندما يثير أحد الأطراف مسألة لا تدخل في

²⁵⁸ - محمد نور عبد الهادي شحاته: "النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص 362.

اختصاصه طبقا لاتفاق التحكيم ويتوقف عليها حسم النزاع؟. فهل يملك التصدي لها؟
وما هي القيود التي يلتزم بها؟

على ضوء هذه التساؤلات سنتعرض في هذا الباب لدراسة السلطات الموضوعية للمحكم والتي تتجاوز النطاق الإجرائي لتصل إلى موضوع الخصومة ذاتها وأطرافها وكذا التزاماتهم فيها، بالإضافة إلى اختيار القانون الواجب التطبيق ، من خلال التطرق لسلطة المحكم أو هيئة التحكيم في تعديل نطاق خصومة التحكيم على ضوء مبدأ الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، "الفصل الأول"، ثم لسلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق وكذا سلطته في تعديل نطاق التزامات الأطراف " الفصل الثاني"، وذلك دون تمييز بين نوعي التحكيم الداخلي والدولي لاتحاد النسق الغالب بين الاثني بخصوص هذه السلطات مع الوقوف عند بعض الاختلافات بينهما في الأحكام في حينه.

الفصل الأول

حدود سلطة المحكم

في تعديل نطاق خصومة التحكيم

القاعدة أن القوة الملزمة للعقد (أي عقد) لها نطاق معين من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع. فلا يرتب العقد حقوقا أو التزامات في مواجهة الكافة أو بالنسبة لأي موضوع، بل يقتصر ما يرتبه العقد من التزامات و ما ينتج عنه من حقوق على أطرافه ، و في نطاق موضوعه فقط، بحيث لا يلتزم الغير بما يرتبه هذا العقد من التزامات ولا يكتسب ما ينتج عنه من حقوق⁽²⁵⁹⁾. كما أن قوته الملزمة تقتصر على محل هذا العقد⁽²⁶⁰⁾، وهو الأمر الذي كرستهمحكمة النقض المغربية بقولها إنه: " لما كان التحكيم طريقا استثنائيا لفض المنازعات، فإن ميدانه يبقى محصورا حتما فيما انصرفت إرادة طرفي العقد على عرضه على هيئة التحكيم وفق ما هو وارد في شرط أو اتفاق التحكيم اللذين تستقل محكمة الموضوع بتفسيرهما وفق ما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين"⁽²⁶¹⁾.

وهذه القاعدة تنطبق على اتفاق التحكيم. فالآثار المترتبة عن هذا الاتفاق لها نطاق محدد من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع، فهو لا يلزم سوى أطرافه⁽²⁶²⁾، ومن في حكمهم. كما أنه لا يلزم أطرافه إلا في حدود النزاع المتفق بشأنه على التحكيم. ذلك أن قوام التحكيم هو اتفاق أطراف الخصومة. والأصل أن يتحدد نطاقها موضوعا وأشخاصا تبعا لإرادتهم التي قبلت عرض النزاع على المحكم أو هيئة التحكيم

²⁵⁹ - ينص الفصل 228 من ظ.ع. على أن: "الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرفا في العقد، فهي لا تضر الغير ولا تنفعهم إلا في الحالات المذكورة في القانون".

²⁶⁰ - إلا أن القوة الملزمة للعقد لا تقتصر على ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، بل يشمل أيضا ما هو من مستلزماته و لو لم تتجه إليه إرادتهما. راجع في ذلك سليمان مرقس: "الوافي في شرح القانون المدني"، ج 2 بند 261.

²⁶¹ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية تحت عدد 129 بتاريخ 2010/11/09 في الملف عدد 2009/3/3/896، غير منشور.

²⁶² - محمد نور عبد الهادي شحاته: "مفهوم الغير في التحكيم"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1996، ص 5 وما بعدها.

اختياراً. ومن تم يمنع على المحكم إجراء تعديل في نطاق الخصومة احتراماً لهذا الجانب الإرادي وطلباً لسرعة حسم النزاع وتجنباً لتعقد إجراءاته. غير أنه يطرأ أثناء سير الدعوى ما يستوجب تعديل طلبات الخصوم، كما قد تواجه المحكم وقائع تثير طلبات جديدة لم يشملها اتفاق التحكيم ويتعين حسمها لارتباطها بالنزاع الأصلي. لذا يثور التساؤل عن حدود أعمال هذه القاعدة والاستثناءات التي ترد عليها، أو الفروض التي تجيز تعطيل أعمالها، والضوابط التي يتعين مراعاتها عند تحقق أحد هذه الفروض احتراماً للقوة الإلزامية لاتفاق التحكيم وكذا لنطاق الخصومة على النحو الذي حدده الخصوم.

فما هي الأحكام المنظمة لسلطات المحكم في تعديل نطاق خصومة التحكيم، والضوابط الواجب عليه احترامها سواء فيما يتعلق بأطرافها، "الفرع الأول"، أو فيما يتعلق بموضوعها "الفرع الثاني"؟.

الفرع الأول

سلطة المحكم في تعديل نطاق خصومة التحكيم من حيث الأطراف

يتحدد نطاق خصومة التحكيم أمام المحكم تبعاً لما يرد في اتفاق التحكيم. والقاعدة أن أثر اتفاق التحكيم لا يمتد إلى غير أطرافه⁽²⁶³⁾. فإدخال الغير ينطوي على اعتداء على مبدأ حرية الشخص في الالتجاء إلى التحكيم وإرغامه على الاشتراك في خصومة لم يختار المثل فيها⁽²⁶⁴⁾، كما يتضمن خروجاً عن قواعد الاختصاص لأنه يؤدي إلى جلب الغير أمام محكمة غير محكمتها، بل حتى في الحالات التي لا تنطوي على مخالفة لقواعد الاختصاص، فلا يجوز قبول إدخال الغير إلا بموافقته احتراماً لإرادة اللجوء إلى التحكيم.

ويرى البعض⁽²⁶⁵⁾ أن المحكم لا يملك أن يحكم في النزاع المحدد في اتفاق التحكيم على غير أطرافه، ومن ثم لا يجوز إدخال شخص ثالث في الخصومة، ولا أن يقبل تدخل ثالث إلا بقبول ورضاء هذا الشخص وكذا طرفي التحكيم. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض بالمغربية بأن: "مقرر التحكيم الذي أقحم أطرافاً لم تشملهم اتفاقية التحكيم يكون قد خرق الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية مما

²⁶³ - لقد قررت محكمة النقض المصرية بأن اتفاق التحكيم لا يسري على الغير، وبررت قضاءها بأنه لا يجوز أن يؤخذ الغير بنتيجة عمل لم يشترك فيه. وأكدت أن آثار اتفاق التحكيم لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه ولم تربطه صلة بأي من طرفيه (نقض مصري بجلسة 1971/1/20 السنة 21 ق. مشار إليه لدى سامية راشد: "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة"، مرجع سابق، ص 89.

²⁶⁴ - محمد نور عبد الهادي شحاتة: "النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين"، مرجع سابق، ص 146.

²⁶⁵ - LE BOULANGER (Ph.): « The relative effect of the arbitration agreement joining a third party or more Parties of the arbitration ».

مقال مقدم في مؤتمر تعديل قواعد اليونسترال بيروت من 15 إلى 17 أبريل 2010 مرجع سابق، ص 354، وما بعدها.

يعرضه للنقض"⁽²⁶⁶⁾، كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بغرفتين بأن: "المقرر التحكيمي موضوع طلب التذييل بالصيغة التنفيذية لم يقتصر فقط على السيدين عمر برادة السني ومحمد العربي البلغيتي طرفي اتفاقية التحكيم، وإنما امتد ليشمل كذلك أفراد أسرتيهما بتحميلهم التزامات متبادلة رغم أنهم ليسوا أطرافا في الاتفاقية المذكورة في غياب توفر شروط ومبررات امتداد الشرط التحكيمي إليهم، وأن المحكمة عندما انتهت في قرارها إلى ذلك تكون قد طبقت صحيح القانون"⁽²⁶⁷⁾.

إلا أن إعمال قاعدة نسبية أثر اتفاق التحكيم تصطدم بصعوبات من الناحية العملية، وأولى هذه الصعوبات تحديد مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم، حيث يثار التساؤل عما إذا كان الطرف هو كل من وقع على الاتفاق أو ورد اسمه فيه، أم أن الطرف هو من اتجهت إرادته للارتباط بهذا الاتفاق؟ وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بتحديد مفهوم الطرف المتعاقد بقولها: "إن العقد يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني، وإسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يعتبر بإطلاق كل من ورد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حول النزاع الناشئ بسبب العقد، وهو أمر من مطلق حق قاضي الموضوع مستمد من حقه في تفهم الواقع في الدعوى ولا معقب عليه فيه مادام استخلاصه سائفا"⁽²⁶⁸⁾.

²⁶⁶ - قرار محكمة النقض المغربية عدد 294 الصادر بتاريخ 2010/02/18 ملف تجاري عدد 2008/1/3/955، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016 ص 102.

²⁶⁷ - قرار محكمة النقض المغربية عدد 1/252 الصادر بغرفتين بتاريخ 2015/05/19 في الملف التجاري عدد 2013/1/3/34، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016، ص 111 وما بعدها.

²⁶⁸ - نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1985/03/31، مجموعة أحكام النقض، السنة 36 ص 536، وهو نفس المبدأ المقرر في القرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 1976/03/14، مجموعة أحكام النقض السنة 30، ص 786.

و لذلك يتوجب علينا دراسة الحالات التي يمتد فيها شرط التحكيم إلى هؤلاء الأطراف، "المبحث الأول"، مع العلم أن ثمة حالات يدق فيها تحديد من هو الطرف الملزم بشرط التحكيم، لاسيما أن من يكون طرفا في العقد الأصلي لا يعني دائما الموقع على الاتفاق، وإنما يشمل أيضا الخلف العام والخلف الخاص، وقد يشمل كذلك أطرافا آخرين شاركوا في تنفيذ العقد موضوع النزاع أو في المفاوضات التي أفضت إلى إبرامه⁽²⁶⁹⁾. فإذا انتهينا من تحديد نطاق امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، انتقلنا إلى التطرق لقاعدة نسبية الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في مرحلة الخصومة، حيث نتعرض لنطاق خصومة التحكيم من حيث الأطراف ومدى جواز تدخل أو اختصام الغير في خصومة التحكيم وسلطة المحكم أو هيئة التحكيم إزاء ذلك "المبحث الثاني".

المبحث الأول

سلطة المحكم في تحديد نطاق أثر اتفاق التحكيم من حيث الأطراف

إن الطرف في أي اتفاق أو عقد هو كل من أبرم العقد باسمه ولحسابه، أو كل من اتجهت إرادته للارتباط بهذا العقد أو الاتفاق، والتحمل بما يترتب عنه من التزامات وما ينتج من حقوق سواء أبرم العقد بنفسه أو أبرمه غيره نيابة عنه. كما أن هناك فئة من الأشخاص لا يقومون بإبرام العقد بأنفسهم، ويصعب القول بأن غيرهم قد أبرموا العقد نيابة عنهم، أو أن إرادتهم انصرفت إلى الارتباط بهذا العقد، ومع ذلك فإن أثر العقد ينصرف إليهم ويمكن تسميتهم بالأطراف حكما، وهؤلاء هم الخلف العام والخلف الخاص لأطراف العقد.

كما أن نطاق خصومة التحكيم من حيث الأطراف يتحدد تبعا لما يرد في اتفاق التحكيم، وهو يشمل الطرف الذي أبرم العقد بنفسه أو الذي ارتضى انصراف

²⁶⁹ - CHAPELLE (A.) : « L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales, » Rev. arb. 1988, p.476.

أثر العقد إليه⁽²⁷⁰⁾. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المغربية بأن: " موافقة الطرف على النظام الأساسي المتضمن لإمكانية تغييره أو تنميته أو استبداله، يجعله قابلاً للنظام الأساسي الجديد الذي تضمن قبول محاكمته أمام قضاء التحكيم"⁽²⁷¹⁾.

و الأصل أن الغير لا يمكن أن ينصرف إليه أثر العقد حقا كان أو التزاما⁽²⁷²⁾. والمقصود بالغير في هذا المقام الأشخاص الذين لا تتوافر فيهم صفة المتعاقد أو صفة الخلف الذي تنصرف إليه آثار العقد على النحو السابق⁽²⁷³⁾.

غير أن الغير قد تربطه صلة معينة بأحد أطراف العقد يظهر بسببها التعارض بين مصالحه وبين مصالح باقي أطراف العقد. وقد كان هذا التعارض سببا في تدخل المشرع أحيانا، والقضاء أحيانا أخرى، لحماية الغير، مخالفا بذلك القواعد العامة التي يمثلها مبدأ نسبية آثار العقود، والتي تقضي باعتبار الغير أجنبيا عن العقد لا يتأثر بما ينشئه من حقوق والتزامات، الشيء الذي يتضح معه أن تمديد ونقل أثر اتفاق التحكيم يمكن أن يتخذ صورا شتى لا تحترم فيها دائما إرادة الطرف الذي يواجه بالتحكيم، لكن يبقى ذلك دائما خاضعا لمراقبة القضاء، حيث قررت محكمة النقض المغربية

²⁷⁰ - نبيلة رسلان: "العلاقات القانونية الثلاثية في القانون المدني المصري"، دار النهضة العربية، طبعة 1987، ص 83. حيث ترى أن: " الطرف هو كل من ارتضى أو ارتضى المتعاقدون انصراف الأثر الملزم إليه، وأن الغير هو من ليس طرفا في التصرف. أو بعبارة أكثر تحديدا هو كل من لم ترض إرادته الالتزام بالأثر. كما ترى أيضا أن مبدأ نسبية العقود لا يعني قصر آثار العقد على العاقدين دون سواهم وإنما غاية ما يعنيه هذا المبدأ أن أثر العقد يمكن أن ينصرف إلى كل شخص ارتضى أو ارتضى العاقدان هذا الأثر إليه، فليس في جوهر المبدأ ذاته ما يحول دون صرف آثار العقد إلى شخص لم يباشر عملية التعاقد ذاتها، طالما ارتضى العاقدان انصراف هذا الأثر إليه".

²⁷¹ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 986 بتاريخ 2012/11/08 في الملف التجاري رقم 2012/1/3/220، منشور بدفاتر محكمة النقض: " التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 ص 275 وما بعدها.

²⁷² - Paris 13 nov.1992, Rev. arb. 1993, p. 632. cass.civ.02 Mai .1990, Rev.arb.1990, p.285.

²⁷³ - غالب محمصاني: " أثر امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه"، منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 47 السنة 2008، ص 16 وما بعدها.

بأن: " القاضي المانح للصيغة التنفيذية يراقب تمديد المحكمين شرط التحكيم لغير أطرافه" (274).

و نميز في هذا الإطار بين نطاق أثر اتفاق التحكيم بشأن العقود التي تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفا فيها ، " المطلب الأول"، و بين حدود انتقال اتفاق التحكيم بين مجموعة الشركات و كذا بموجب الحوالة ، "المطلب الثاني".

المطلب الأول

نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم بشأن العقود المبرمة من قبل الدولة أو أحد مؤسساتها

أثيرت مشكلة مدى امتداد نطاق اتفاق التحكيم التي تكون إحدى مؤسسات الدولة قد وقعت في مواجهة الدولة في العديد من المنازعات سواء أمام محاكم التحكيم أو أمام القضاء الوطني، "الفقرة الأولى". كذلك فإن مشكلة مدى امتداد نطاق اتفاق التحكيم الذي توقعه الدولة وجواز الاحتجاج به في مواجهة أجهزتها أثيرت هي الأخرى، "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

مدى سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه المؤسسات التابعة للدولة في مواجهة الدولة

من المعلوم أن ازدهار التحكيم والاعتراف بأكبر قدر من الفعالية لاتفاق التحكيم يقتضي أن يوجد هذا الاتفاق أولا، تم إلزام الأطراف التي لم توقع على هذا الاتفاق به ولو لم تقبله صراحة⁽²⁷⁵⁾. ويثار التساؤل حول طبيعة الحلول التي توصلت إليها مقررات المحكمين أو أحكام القضاء بشأن المنازعات التي تكون أحد

²⁷⁴ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 294 بتاريخ 2013/12/18 في الملف التجاري رقم 2012/1/3/842، منشور بدفاتر محكمة النقض : " التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 ص 290 وما بعدها.

²⁷⁵ - RUBELLIN- DEVICHI (J.) « L'arbitrage et les tiers, le droit de l'arbitrage, les solutions juridictionnelles », Rev. arb. 1988, p.515 et suiv.

مؤسسات الدولة هي الموقعة على العقد ويتم التمسك بشرط التحكيم الوارد فيه في مواجهة الدولة.

هناك اتجاه من طرف هيئات التحكيم في مقرراتها إلى حماية المستثمر الأجنبي في ميدان الاستثمارات الخاصة الأجنبية. ففي قضية Westland أصدرت هيئة التحكيم المشكلة وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس بتاريخ 1984/3/5 حكما مبدئيا تعرضت فيه لمناقشة المركز القانوني للهيئة العربية للتصنيع في علاقتها بالدول الأربع (جمهورية مصر، والمملكة العربية السعودية، والإمارات العربية المتحدة، وقطر.) التي أنشأتها، وبحث ما إذا كانت شركة Westland محقة فيما ذهبت إليه من اعتبار أن هذه الدول ملتزمة باتفاق التحكيم على الرغم من أنها لم توقع عليه ولا على العقد الذي تضمنه. وانتهت إلى أنه إذا كانت النصوص المنظمة للهيئة العربية للتصنيع تمنحها الشخصية القانونية المستقلة، فإن هذه الأخيرة لا تعني استبعاد مسؤولية الدول الأربع المنشئة للهيئة المذكورة، فطالما لم تستبعد هذه الدول الأربع مسؤوليتها بشكل صريح، فإن الغير الذي تعاقد مع هيئة التصنيع قد أخذ في توقعاته المشروعة إمكانية تحريك هذه المسؤولية. وخلصت إلى أنه إذا كانت هناك شخصية قانونية مستقلة لهيئة التصنيع العربية، فإن مثل ذلك الأمر لا يستفاد منه اختفاء مسؤولية الدول المساهمة فيها⁽²⁷⁶⁾.

ولا تعتبر قضية Westland هي القضية الوحيدة التي أثرت فيها مشكلة تمديد نطاق آثار اتفاق التحكيم في مواجهة الدولة التي لم تكن موقعة على الاتفاق، بل إن تلك المسألة أثرت أيضا في قضية هضبة الأهرام. حيث لجأت الشركة المتعاقدة (S.P.P.M.E و S.P.P) إلى تحريك إجراءات التحكيم ضد كل من الحكومة المصرية والشركة المصرية (Egoth)، وقد تمسكت الحكومة المصرية بأنه لا يجوز إخضاعها للتحكيم نظرا إلى أنها ليست طرفا في اتفاق التحكيم. وبتاريخ 1983/02/16، أصدرت هيئة التحكيم المشكلة من السادة (Bernini, El Ghatit et Littman) حكما بعدم قبول الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم الذي تمسكت به الجمهورية المصرية

²⁷⁶ - JDI 1985, p. 232, **CHAPELLE (A.)** : " *L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (groupes des sociétés, l'interventions d'Etats)* », in *l'arbitrage et les tiers, journée du comité français de l'arbitrage*, Rev. arb. 1988, p.475.

وبإلزامها بدفع مبلغ 125000,00 دولار أمريكي لتعويض الشركتين المدعيتين، بالإضافة إلى فائدة 5% تحتسب ابتداء من فاتح ديسمبر 1978⁽²⁷⁷⁾.

وهكذا يتضح بأن مقررات التحكيم الصادرة في خلافات الاستثمار عن رجال قانون غربيين تهدف أساساً إلى توقيع الجزاءات المناسبة لحماية للحقوق التي يتمتع بها المستثمرون الأجانب عن طريق عقود الاستثمار. فالمحكّمون الذين يعينون في مثل هذه المنازعات هم بصفة عامة من مواطني الدول المتقدمة الغربية، ولذلك فهم ليسوا مهيين في هذا الصنف من الخلافات لإعمال مبادئ قانونية جديدة من أجل حماية الدول النامية⁽²⁷⁸⁾.

ولقد تم الطعن في مقرر التحكيم الصادر في قضية westland بالبطلان أمام القضاء السويسري، والذي تعرض بشكل مباشر لمسألة وجود شخصية قانونية مستقلة لهيئة التصنيع العربية، وانتهى إلى أن هذه الأخيرة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدول المؤسسة لها حسب ما يظهر من نظامها القانوني، وكذا الاستقلال القانوني والمالي والإجرائي لها، وأيضا من النص القانوني الذي يخول لها إبرام شرط التحكيم ومشارطته، وكلها علامات قاطعة لا تثير أدنى شك أو لبس على الاستقلال التام والكامل للهيئة عن الدول المؤسسة لها⁽²⁷⁹⁾.

ومثلما لم تقتنع المحاكم السويسرية في قضية Westland بأن الرقابة التي تمارسها الدولة على شخص قانوني، لا تعد عاملا كافيا يجعل منها طرفا في التصرف الذي يتضمن شرط التحكيم، فإن المحاكم الفرنسية في قضية هضبة الأهرام لم تقتنع بأن العناصر التي تمسكت بها محكمة التحكيم تكفي لإثبات تحقق إرادة الدولة المعنية بقبول شرط التحكيم⁽²⁸⁰⁾.

²⁷⁷ - JDI 1985, p.130.

²⁷⁸ - أستاذنا محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، مرجع سابق، ص 2 و 3.

²⁷⁹ - Cour de justice du canton de Genève, 3 nov.1987, et Tribunal, Féd. Suisse, 19 Juill.1998, Rev.arb.1989, p.514 et suiv.

²⁸⁰ - Paris 12 Juill. 1984 JDI 1985, p. 130, Cass.civ.6 Jan. 1987, RTDC.1988 ; p. 126 et suiv.

انظر في تفاصيل هذه القضية: حفيظة السيد الحداد: "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدولة =

فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة على الشخص المعنوي العام الذي يتمتع بالشخصية القانونية لا تكفي للاحتجاج بآثار اتفاق التحكيم الذي يوقعه هذا الأخير في مواجهة الدولة. فقبول الدولة للاتفاق على التحكيم يجب أن يستخلص من عوامل أخرى وليس من مجرد افتراض أن الطرف الخاص المتعاقد مع الشخص المعنوي التابع للدولة ما كان يمكن أن يقبل التعاقد معه دون التزام من الدولة باتفاق التحكيم.

الفقرة الثانية

مدى سرعان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة في مواجهة المؤسسات التابعة لها

من المهم الإشارة في هذا الصدد إلى ما أكد عليه بعض الفقه من ضرورة عدم السعي إلى التماثل والتطابق بين الحلول التي كرسها القضاء وكذا مقررات التحكيم بشأن تمديد اتفاق التحكيم فيما يتعلق بمجموعة الشركات وبين ما يطلق عليه " les groupes d'Etats " والتي تشمل العلاقات بين الدول والأجهزة التابعة لها⁽²⁸¹⁾.

ولقد أثرت مشكلة مدى سرعان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة في مواجهة المؤسسات التابعة لها لأول مرة فيما يعرف بقضية "Suis oil corporation" ضد شركة "Petrogab" وجمهورية الغابون. حيث أبرمت شركة suis oil عقدا مع جمهورية الغابون لشراء المواد البترولية، و تضمن هذا العقد شرط تحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس. وقد قام المدير العام للشركة الوطنية الغابونية "Petrogab" بوضع توقيعه في أسفل أحد ملاحق هذا العقد، بعد التذكير بصفته ولكن مرفوقة بعبارة لصالح الجمهورية الغابونية. وبسبب النزاعات الناشئة عن هذا العقد قامت شركة « suis oil » بإعمال شرط التحكيم ضد شركة « Petrogab » باعتبار أنها أصبحت طرفا في العقد بسبب التوقيع على الملحق المذكور من طرف مديرها.

ولقد رفضت هيئة التحكيم المكونة من C.Reymond رئيسا وكل من J.B. Bredin وB.Goldman أعضاء اعتبار المطلوبة في التحكيم طرفا في العقد، لأن

=/أخرى"، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003، ص 305 وما بعدها.

²⁸¹ - Le BOULANGER (Ph.) : « Groupes d'Etats et arbitrage », Rev.arb.1989, p.415.

الإشارة المصاحبة لتوقيع مدير شركة "Pertrogab" تؤكد أنه تم لصالح الجمهورية الغابونية، كما أن ملحق العقد لم يشر إلى أن الشركة المذكورة تعتبر طرفا فيه، وأن التوقيع الصادر عن المدير المذكور لم يصدر لصالح شركة "Pertrogab" ولكن لصالح الدولة الغابونية الذي أبرم هذا الملحق لصالحها⁽²⁸²⁾، وقضت بعدم اختصاصها في مواجهة شركة "Pertrogab".

وبعد الطعن بالبطلان المقدم من طرف شركة "suisoil" أمام محكمة الاستئناف بباريس، قضت هذه الأخيرة برفض الطعن بالبطلان، باعتبار أن الأطراف في الاتفاق على التحكيم هم الذين ساهموا في إبرام العقد، وأن شركة "Pertrogab" لم توقع على العقد الأصلي، إضافة إلى مسلك الأطراف المتعاقدة والتي لم تتجه إلى اعتبار الشركة المذكورة طرفا في العقد، ومن ثم ليست طرفا في اتفاق التحكيم⁽²⁸³⁾.

ويبدو من مقرر التحكيم المتقدم، وأيضا من قرار محكمة الاستئناف بباريس المذكورين أن الاتجاه هو عدم امتداد اتفاق التحكيم المبرم من قبل الدولة إلى المؤسسات التابعة لها. إلا أن بعض الفقه يذهب إلى أنه لا يتعين اعتبار هذا الاتجاه على أنه بمثابة اتجاه مضاد للاتجاه المستقر في أحكام القضاء ومقررات التحكيم نحو تمديد نطاق اتفاق التحكيم إلى الأطراف غير الموقعة عليه، بل يتعين النظر إليه وفقا للظروف والوقائع التي صدر فيها وعدم تفسيره على أنه بمثابة اتجاه متشدد من قبل هذا القضاء، أو أنه ينطوي على إدانة عامة للأفكار المؤيدة لمد نطاق اتفاق التحكيم في العلاقات بين الدولة والأشخاص الخاصة⁽²⁸⁴⁾.

وهكذا يتضح بأن القاعدة العامة هي عدم امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع على العقد، أي الذي لم يكن طرفا فيه، وأن هذه القاعدة لا تقبل إيراد استثناءات عليها إلا إذا كانت هناك إرادة مشتركة من قبل الأطراف تفيد اعتبار الغير بمثابة طرف في العقد، نتيجة لما قام به من دور سواء في إبرام وتنفيذ أو فسخ

²⁸² - Rev. arb.1989, p. 309, obs. **Ch. JARROSSON**.

²⁸³ - Paris 16 juin 1989, Rev. arb, p.310 et suiv, note **Ch. JARROSSON**.

²⁸⁴ - Voir. Obs. **Ch. JARROSSON**, Rev.arb.1989, p. 326 et 327.

العقود المتضمنة شرط تحكيم⁽²⁸⁵⁾. وفي هذا المعنى أوضحت محكمة النقض المغربية بأنه: " لما كان العقد يميز بين تأويل شرطه الخاضع لمسطرة التحكيم، وبين تنفيذ مقتضياته التعاقدية التي يرجع أمر البت فيها للقضاء، فإن المحكمة جانبت الصواب لما اعتبرت كل نزاعاته من اختصاصها"⁽²⁸⁶⁾.

كما أن محكمة الاستئناف بباريس أكدت سابقا هذا المبدأ عندما اعتبرت بأن تدخل جهة غير موقعة على الاتفاق في المفاوضة بشأنه أو في تنفيذه من شأنه أن يشكل قرينة على انصراف نية المتعاقدين الحقيقية إلى اعتبار الجهة غير الموقعة للاتفاق طرفا حقيقيا فيه، وبالتالي ملزمة بهذا الاتفاق⁽²⁸⁷⁾.

المطلب الثاني

نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم في العقود المبرمة بين مجموعة الشركات والغير وكذا بموجب الحوالة

يمكن التمييز في هذا الشأن بين نسبية آثار اتفاق التحكيم في العلاقة بين ما يسمى بمجموعة الشركات والغير، "الفقرة الأولى". وكذا بين انتقال اتفاق التحكيم تبعا لانتقال الحق بموجب الحوالة، "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم في العقود المبرمة بين مجموعة الشركات والغير

تطرح مسألة امتداد شرط التحكيم في العقود المبرمة بين أحد أعضاء مجموعة الشركات والغير عندما يتعلق الأمر بعملية اقتصادية واحدة. فهل يمكن للغير الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة باقي أعضاء مجموعة الشركات الذين لم يوقعوا على العقد المدرج فيه شرط أو عقد التحكيم؟

²⁸⁵ - Paris 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, note P. MAYER, cass, 1^{er} ch. Civ. 25 Juin 1991, Rev. arb. 1991, p.453, note. P.MAYER.

²⁸⁶ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 1/513 بتاريخ 2014/10/30 في الملف التجاري عدد 2014/1/3/209، منشور بدفاتر محكمة النقض العدد 25، ص 270 وما يليها.

²⁸⁷ - Paris 7 déc.1994 Rev. arb.1996, p.1245, note Ch. JARROSSON.

الحقيقة أن المسألة محل خلاف بين الفقه والقضاء، سواء منه القضاء النظامي أو قضاء التحكيم. فمبدأ الوحدة الاقتصادية لمجموعة الشركات أثار العديد من الإشكاليات عندما تتعدد الشركات التي تتمتع بوحدة اقتصادية، باعتبار أن استقلال الشخصية القانونية لكل منها يؤدي إلى مشكلة مدى إمكانية إلزامها باتفاق تحكيم يوقعه بعضها دون البعض الآخر، أو بإلزامها بإجراء يقوم به البعض من تلك الشركات. ومن هنا لجأ قضاء التحكيم وبصفة خاصة أمام غرفة التجارة الدولية إلى تجاوز الشكلية القانونية المتمثلة في الاستقلال القانوني ونسبية أثر العقد، وذلك بالتعويل على الكيان الاقتصادي الواحد للاستدلال على نية تلك الشركات في التزامها جميعاً بما يقوم به البعض، فليس الكيان الاقتصادي الذاتي هو علة الحكم، بمقدار دلالته على نية تلك الشركات على الالتزام⁽²⁸⁸⁾.

وقد جرى تطبيق هذا المبدأ في حالة ما إذا كانت عدة شركات مشتركة في نشاط اقتصادي واحد قد أبرمت كل منها عقداً متعلقاً بنفس المشروع، وكان أحد هذه العقود يتضمن شرط تحكيم. ففي هذه الحالة هل يسري هذا الشرط على باقي الشركات؟

لقد اختلف الفقه والقضاء حول الأخذ بهذا المبدأ، فذهبت بعض أحكام المحاكم و مقررات التحكيم إلى عدم سريان شرط التحكيم على الشركات الأخرى التي لم تبرم اتفاق التحكيم⁽²⁸⁹⁾. على أن الاتجاه الحديث فقهاً وقضاءً يرى سريان شرط التحكيم في مواجهة باقي الشركات المشتركة في نشاط اقتصادي واحد والتي وقعت عقوداً في المشروع لا تحتوي على شرط تحكيم⁽²⁹⁰⁾.

²⁸⁸ - **FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.)** : « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit., p. 242.

²⁸⁹ - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة دائرة 63 تجاري بتاريخ 2002/08/05 في الدعوى رقم 83/118 ق -حكم هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي في القضية رقم 2001/234 ، منشوران بمجلة التحكيم العربي العدد 5 ص 189 و ما بعدها.

²⁹⁰ - قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت المدنية تحت رقم 2010/1004 بتاريخ 2010/7/21 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 12 أكتوبر 2011 ص 572، وكذا القرار الصادر عن نفس المحكمة بتاريخ 2008/2/25 تحت عدد 2008/192 منشور بمجلة التحكيم العدد الأول، ص 97، وكذا القرار الصادر =

ويتوافر المشروع الاقتصادي الواحد إذا كانت هناك شركات رغم تمتع كل منها بشخصية قانونية مستقلة إلا أنها تسعى جميعها إلى تحقيق غرض اقتصادي مشترك، وتلتزم باستراتيجية موحدة وتخضع لسلطة توجيه واحدة. وإعمالاً لهذا المبدأ، أقر حكم التحكيم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأنه: "يعتبر مشروعاً اقتصادياً واحداً الشركات التي كان رئيس المجموعة يهيمن عليها ويمثلها، وتعاملت معه البنوك باعتباره صاحب السلطة الإدارية والفعالية عليها، وصاحب الصلاحية في إجراء التصرفات القانونية موضوع النزاع التحكيمي. ومن تم اعتبار تصرفات رئيس المجموعة المتصلة بشركاته قائمة وصحيحة وملزمة لشركات المجموعة بما في ذلك إبرام التسوية وملحقاتها والقيام بمباشرة الإجراءات التحكيمية التي تناولت المنازعات الناتجة عن تلك التصرفات، مما تعتبر معه تلك الشركات أطرافاً في اتفاق التحكيم، وتكون لها صفة الطرف في خصومة التحكيم، ويكون الحكم التحكيمي حجة عليها⁽²⁹¹⁾."

وبعد الطعن ضد الحكم التحكيمي المذكور بخصوص الشق المتعلق بامتداد شرط التحكيم، قضت محكمة استئناف القاهرة بأن: "البين من ظاهر الأوراق التحكيمية أن شركات مجموعة بهجت، وعلى الرغم من تمتع كل منها بشخصية قانونية مستقلة، إنما تسعى جميعها إلى تحقيق غرض مالي مشترك وتلتزم باستراتيجية موحدة وتخضع لسلطة توجيه واحدة تتمثل في عمودها الفقري التي هي مجلس إدارة كل منها. لذلك فلا جناح على هيئة التحكيم - والأمر يدخل في سلطتها التقديرية - إن هي اعتبرت تصرفات الدكتور بهجت المتصلة بشركاته، حسب مركزه الفعلي، قائمة وصحيحة وملزمة لهذه الشركات، كما أن شواهد الحال التي استتبعت منها هيئة التحكيم معتقدها في الدعوى التحكيمية تدل على أن الشركات التي مثلها

= عن محكمة استئناف تونس بتاريخ 2009/11/17، مشار إليه عند أحمد الورفلي بمجلة التحكيم العربي العدد 14 السنة 2010، ص 180.

²⁹¹ - حكم التحكيم الصادر في دعوى التحكيم رقم 757 لسنة 2011 عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2012/4/7.

الدكتور بهجت في التحكيم تعتبر أطرافا في تسوية النزاع وفي اتفاق التحكيم، وتكتسب من تم صفة الخصم أو الطرف في خصومة التحكيم"⁽²⁹²⁾.

ويعتبر هذا القرار تطبيقا خاصا لفكرة المشروع الاقتصادي الواحد ، إذ يتعلق بعقد واحد يتضمن شرط تحكيم أبرمه رئيس إحدى الشركات التي تضمها المجموعة الواحدة، وليس بعدة عقود أبرمتها عدة شركات يحتوي أحدها على شرط التحكيم، وهو تطبيق سبق أن توصلت إليه هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي، إذ قضت بأن: "شرط التحكيم الموقع عليه من شركة فرد في مجموعة اقتصادية واحدة يرأسها شخص واحد يمكن أن يمتد إلى شركة أخرى في المجموعة لم تكن قد وقعت، مادامت هذه الشركة كانت لها يد في إبرام العقد أو في تنفيذه"⁽²⁹³⁾.

وقد استقر القضاء الفرنسي منذ وقت بعيد على تمديد شرط التحكيم المدرج في عقد مبرم مع أحد أفراد المجموعة إلى الباقي، حيث جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بباريس بأن: "شرط التحكيم الموقع عليه من قبل المجموعة يمتد إلى الشركة التي لم تكن قد وقعت، مادامت هذه الشركة كان لها يد في إبرام العقد محل النزاع أو في تنفيذه"⁽²⁹⁴⁾. كما أكدت نفس المحكمة اجتهادها في عدة قرارات لاحقة موضحة بأن: "شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة وفعالية خاصة به تقتضي مد تطبيقه إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفي المنازعات التي نشأت عنه متى تبين أن مركزهم التعاقدية ونشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده وبمداه على الرغم من عدم توقيعهم على العقد الذي تضمنه"⁽²⁹⁵⁾، وهو نفس المبدأ الذي اخذت به محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها الذي أوضحت فيه بأن: "المتفق عليه في الفقه والقضاء المقارن أن

²⁹² - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 7 تجاري بتاريخ 2013/02/05 في الدعاوى رقم 35، 41، 44 و45 لسنة 129 قضائية، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 18 السنة الخامسة أبريل 2013، ص 628 وما بعدها.

²⁹³ - القضية التحكيمية رقم 2009/631 الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2010/5/5، منشور بمجلة التحكيم العربي العدد 15 ص 225.

²⁹⁴ - Paris 21 oct. 1983, Rev. arb. 1984, p.98, note **A. CHAPELLE**.

²⁹⁵ - Paris 30 nov.1988, Rev.arb. 1989, p.691. Paris 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p 675, note **P. MAYER**.

شرط التحكيم المضمن في عقد دولي يتمتع بصحة وفعالية مستقلتين تقتضيان تمديد تفعيله إلى كل الأطراف المعنية مباشرة بتنفيذ العقد وبخصوص كل النزاعات المترتبة عن هذا العقد ولو لم يرد قبولها الصريح على العقد⁽²⁹⁶⁾.

كما أن المناسبة كانت سانحة أمام القضاء المغربي لتمديد شرط التحكيم الوارد في العقد الذي أبرمته إحدى الشركات إلى الشركة الأم بناء على نظرية الوضع الظاهر التي تشكل في القانون السويسري الواجب التطبيق على موضوع النزاع، تطبيقاً لمبدأ حظر التعسف في استعمال الحق، ذلك أن محكمة التحكيم المشكلة في إطار غرفة التجارة الدولية استندت في معرض تمديدها لشرط التحكيم لشركة إينا هولدينغ إلى الظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ وفسخ العقد المتنازع بشأنه، آخذة بعين الاعتبار العقد وظروفه كوحدة اقتصادية متكاملة لتنتهي إلى خلاصة مفادها أن شرط التحكيم المبرم من طرف شركة إينا اسمنت يلزم أيضاً شركة إينا هولدينغ من خلال الدور الذي لعبته في العقد، حيث ظهرت كطرف فعلي بل رئيسي فيه، وبذلك تبقى معنية بالدرجة الأولى به وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنه.

وبعد الطعن ضد الأمر القاضي برفض تذييل المقرر التحكيمي المذكور بالاستئناف في شقه المتعلق بتمديد شرط التحكيم إلى مجموعة إينا هولدينغ، والذي أسس قضاءه على كون هذا التمديد فيه مسلسل بالنظام العام المغربي ويعتبر إجراء باطلاً مستوجبا لرد الطلب في مواجهتها، مستندا في ذلك إلى كون القانون الواجب التطبيق بمقتضى العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم هو القانون السويسري والذي ثبت لقاضي التذييل أنه لا يتضمن أي مقتضى قانوني صريح يخص تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير، قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في قرارها الصادر بتاريخ 2015/01/15 بأنه: "وحيث ثبت فعلا صحة ما خلص إليه الحكم التحكيمي فيما يتعلق بتمديد شرط التحكيم لشركة إينا هولدينغ إذ أن الثابت من وقائع النزاع ووثائق الملف المرفقة به والمدلى بها خلال المسطرة التحكيمية أن

²⁹⁶ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2014/4049 الصادر بتاريخ 2014/07/22 في الملف رقم 4/13/2115، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبوعة والوراقة الوطنية مراکش، العدد الثاني 2016، ص 171 وما بعدها.

شركة إينا اسمنت رغم كونها هي من أصدرت المناقصة الدولية من أجل بناء مصنع الاسمنت في منطقة الكيسر ورغم كونها هي من وقعت بصفة منفردة على العقد المؤرخ في 24 يوليوز 2008، إلا أن أهم القرارات سواء المتعلقة بالمشروع في حد ذاته (تحديد الوحدة الانتاجية للمصنع في 5000 طن تم من طرف السيد ميلود الشعبي بصفته رئيس المجموعة)، أو تلك المكتملة لتنفيذ العقد (المفاوضات التي تمت مع المؤسسة الدولية للتمويل SFI بشأن قرار مساهمتها في حدود نسبة 19 في المائة من رأس مال شركة إينا اسمنت كانت تتم مع إينا هولدينغ في شخص السيد عمر الشعبي نائب الرئيس)، أو حتى تلك المتعلقة بإنهائه (تدخل السيد ميلود الشعبي لإخبار البنك المغربي للتجارة والصناعة بتاريخ 23 مارس 2009 بكون شركة إينا اسمنت تسحب خطاب الضمان الممنوح من طرف BNPFF لفائدة فايف ف س ب في حين لم تصدر مراسلة بهذا الشأن عن إينا اسمنت إلا بتاريخ 2009/6/8) وهو ما يستشف منه بأن السيد ميلود الشعبي بصفته رئيس المجموعة هو الذي اتخذ قرار السحب نيابة عن شركة إينا اسمنت بدل أجهزة الإدارة الخاصة بهذه الشركة والتي لم تستشر في شأن هذه القرارات، وبذلك تكون شركة إينا هولدينغ ظهرت عن طريق ممثليها مظهر المسؤول عن أهم القرارات المتعلقة بهذه الشركة ، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن الطلبات الصادرة عن المؤسسات التمويلية (مثلا مؤسسة COFACE التي اشترطت من أجل تمويل المشروع الإدلاء بالوثائق المالية والتركيبية لشركة إينا هولدينغ ولبعض الشركات التابعة لها)، والكفالة التضامنية الممنوحة من طرف شركة إينا هولدينغ والتي تبين فعلا أن شركة إينا اسمنت لم يكن باستطاعتها وحدها استيعاب مشروع من هذا الحجم (القيمة الإجمالية للعقد محددة في 347.376.000,00 درهم للشق المحلي ومبلغ 132.002.000,00 أورو للشق المستورد)، وهو الأمر الذي تعززته المعطيات المتمثلة في حادثة نشأة شركة إينا اسمنت (شهر فبراير 2007) وعدم استفادتها من المساحة المالية الكافية لعدم توفرها على أي نشاط صناعي إذ أنها أنشأت لغاية الاستثمار في مصنع الاسمنت موضوع النزاع التحكيمي، مما يبين فعلا أن مجموعة إينا هولدينغ قد لعبت دورا مهما في الجانب التمويلي للمشروع بظهورها مظهر المساند.

ومن جهة ثالثة، واعتبارا لكون العقد والظروف المحيطة به يشكل وحدة اقتصادية متكاملة، فإن الاجتماعات التي كانت تتم بمقر شركة إينا هولدينغ بمحضر ممثليها القانونيين (على الخصوص الاجتماع المؤرخ في 11 شتبر 2008 من أجل مناقشة طرق التمويل المقترحة من طرف الأبنك، والاجتماع المؤرخ في 23 دجنبر 2008 في مقر شركة إينا هولدينغ بمحضر ممثليها إلى جانب ممثلي إينا اسمنت وشركة فايف فس ب) ساهمت في تعزيز انطباع كون شركة إينا اسمنت كانت غائبة في المسلسل التعاقدية وأن شركة إينا هولدينغ هي من كان يحرك المساطر ويتخذ القرارات، أو على الأقل معظم القرارات التي تهم المشروع كانت تتخذ بمعيتها وباستشارتها وهو ما ينم عن تورطها في العملية التعاقدية.

وحيث إن التعليل المعتمد في الحكم التحكيمي المؤسس على مجموعة أدلة واقعية اعتبارا للظروف التي أحاطت بتحرير العقد وما يكون قد سبقه أو عاصره من معطيات ، للخروج بخلاصة كون شركة إينا اسمنت لم تكن سوى مجرد أداة معبرة عن إرادة الشركة الأم، وهو ما يبرر تمديد شرط التحكيم إليها استنادا إلى نظرية الظاهر، هو تعليل منسجم واقعا وقانونا ويبقى كافيا لتكوين قناعة المحكمة حول الدور الفعال الذي لعبته إينا هولدينغ في العملية التعاقدية كوحدة اقتصادية ولاعتبارها طرفا في النزاع التحكيمي، وأنه اعتبارا للعلل أعلاه، يكون ما قضى به الأمر المستأنف بهذا الخصوص غير مؤسس ويتعين إلغاؤه والحكم من جديد بالأمر بتحويل الاعتراف الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي فيما قضى به في مواجهة شركة إينا هولدينغ"⁽²⁹⁷⁾.

وبهذا يتضح بأن تمديد شرط التحكيم لا يقع تلقائيا وإنما يفترض العلم به ممن لم يكن طرفا في العقد الأصلي مع قيامه بتنفيذه. ويقع العلم بشرط التحكيم عن طريق الشركة في المجموعة التي وقعت عليه، أو عن طريق المشاركة في المفاوضات التي أدت إلى إبرام اتفاق التحكيم. وتقدير علم الشركة التي يحتج إزاءها

²⁹⁷ - القرار عدد 220 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 15/01/2015 في الملف رقم 2013/8224/2669 منشور بمجلة التحكيم العالمية لسنة 2016 ص 663.

بشرط التحكيم وكذا مركزها بالنسبة لباقي أفراد المجموعة ومشاركتها في تنفيذ العقد يعود للسلطة التقديرية للقاضي⁽²⁹⁸⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن اعتبار شركة ما ضمن مجموعة شركات تساهم شركة "أم" في رأسمالها لا يعتبر دليلاً على التزامها باتفاق التحكيم المبرم من قبل هذه الأخيرة. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن: "إرادة 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. ولذلك فإن مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط تحكيم، ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت بوقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط فيه إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى"⁽²⁹⁹⁾.

الفقرة الثانية

نطاق انتقال اتفاق التحكيم تبعاً لانتقال الحق بموجب الحوالة

تنشأ الحوالة بموجب عقد يبرم بين الدائن المحيل والمحال له، ويترتب عن هذا العقد انتقال الحق من الدائن الأصلي المحيل إلى الدائن المحال له. وينص الفصل 200 من ظل.ع على أن: "حوالة الحق تشمل توابعه المتممة له...وتشمل الحوالة دعاوى البطلان أو الإبطال التي كانت للمحيل..." كما نص الفصل 194 من نفس الظهير على أن: "الحوالة التعاقدية لدين أو حق أو لدعوى تصير تامة برضى الطرفين، ويحل المحال له محل المحيل في حقوقه ابتداءً من وقت هذا التراضي". وأضاف الفصل 195 من

²⁹⁸-ROBERT (J.) : " *L'arbitrage : droit interne, droit international privé*", avec la collaboration de B. MOREAU, Dalloz, 6^{ème} éd. 1993, p.244.

²⁹⁹- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية في الطعن رقم 4729 و4730 لسنة 72 ق، جلسة 2004/06/22، منشور بمجلة التحكيم (مجلة فصلية) العدد الثامن السنة الثانية أكتوبر 2010، ص 431 وما بعدها.

ظل.عبأنه: "لا ينتقل الحق للمحال له به تجاه المدين والغير إلا بتبليغ الحوالة للمدين تبليغا رسميا أو بقبوله إياها في محرر ثابت التاريخ".

لاشك أن عقد الحوالة يكون ملزما للمحال عليه، بحيث يكون ملزما باحترام شرط التحكيم في علاقته بالمحال له، ذلك أن مركز المدين لا يتغير بتغير صاحب الحق، كما أن الحق ينتقل من المحيل إلى المحال له بما يشمله من تواع وضمائنات، ومن بين هذه الضمانات الدعاوى التي تحمي الحق المحال. ومن تم يجوز دائما للمحال له أن يحتج بشرط التحكيم في مواجهة المدين.

إلا أن الإشكال يطرح بالنسبة للمحال له، فهل يحق للمدين مواجهته بشرط التحكيم، أم أن الأمر يقتضي موافقته (المحال له) حتى يمكن الاحتجاج في مواجهته باتفاق التحكيم؟

الحقيقة أن هناك إجماعا على أن انتقال شرط التحكيم في حوالة الحق لا يقتضي رضی المحال له. ذلك أن شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي ينتقل مع الحق المحال لأنه يعتبر من تواع الحق ومستلزماته⁽³⁰⁰⁾. وهو الأمر الذي أكدت عليه محكمة النقض المصرية بشكل واضح في قرارها الصادر بتاريخ 2010/03/10 عندما قضت بأنه: "... لما كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضده الأول، قد أحال حقه في التعويض المقرر بموجب عقد الضمان المبرم بينه وبين الطاعنة على البنك المطعون ضده الثاني، وقبلت الطاعنة هذه الحوالة، فإن الحق في التعويض ينتقل إلى المطعون ضده الثاني بجميع مقوماته وخصائصه وبالحمائية الإجرائية التي تؤكد، ومنها السير في إجراءات التحكيم إذا ورد شرط التحكيم في العقد محل الحوالة"⁽³⁰¹⁾.

³⁰⁰ - Cass.1^{er}.ch.civ.05 Janv.1999, Rev. arb. 2000. Cass. 1^{er}.ch Civ.20 Déc. 2001, Rev.arb. 2002, p.379 et suiv.

³⁰¹ - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 2010/03/10 الدائرة التجارية، تحت رقم 64/3161، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية- بيروت) العدد العاشر السنة الثالثة أبريل 2011، ص 516 وما بعدها.

وفي هذه النازلة فإن المحال عليه المدين اعترض على امتداد شرط التحكيم إلى حوالة الحق. فوفقا للمحال عليه فإن الحوالة تقتصر على قبض مبلغ تعويض التأمين دون رفع دعوى التحكيم للمطالبة بهذا المبلغ، فهي لا تتحقق إلا بحوالة العقد كله.

لاشك في عدم صحة ما أثاره المحال عليه. صحيح أن القانون المدني (سواء المغربي أو المصري) لم ينص صراحة على انتقال شرط التحكيم بانتقال الحق محل الحوالة، إلا أن ذلك يعد من توابعه، وهو الأمر الذي سبق لمحكمة النقض المصرية أن أكدته في قرار سابق بقولها بأن: " ... الحق المحال به ينتقل بالحوالة من المحيل إلى المحال له بصفاته ودفعه، كما تنتقل معه توابعه ومنها الدعاوى التي تؤكد..."⁽³⁰²⁾. كما أن محكمة استئناف القاهرة أعطت أساسا آخر لانتقال شرط التحكيم تبعا لحوالة الحق، فهي ترى أن الدائن الجديد يعد خلفا (خاصا) للدائن الأصلي⁽³⁰³⁾.

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة الصادر عن رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت عندما قضى بأن: " اتفاق التحكيم هو بالضرورة من مستلزمات العقد الأصلي، ذلك أن موضوعه هو المنازعات الناشئة عن العقد الأساسي ذاته الذي وضع فيه البند التحكيمي، فيسري على الخلف لتحقق علمه به تبعا لتحقق العلم بالعقد الأصلي"⁽³⁰⁴⁾.

كما أن محكمة استئناف تونس تبنت نفس الاتجاه بقولها: " إن ما احتجت به الطالبة من أن الشرط التحكيمي شخصي مبرم بينها وبين معاقدها الأصلي فقط غير وجيه، طالما أن عبارات العقد نفسها تضمنت في الفقرة الخاصة بتقديم الأطراف على اسم المعاهد الأصلي أو أي شخص يقوم بتعيينه بوصفهما محال إليهما، كما أشارت أحكام الفصلين الأول والرابع إلى اسم المعاهد الأصلي أو أي شخص يقوم بتعيينه، هذا فضلا على أن الفصل التاسع الذي تضمن الشرط التحكيمي، لم يخص المعاهد

³⁰² - نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1975/1/27 المكتب الفني السنة 16، ص 257 والقرار الصادر بتاريخ 1978/5/16، المكتب الفني، السنة 29، ص 1261.

³⁰³ - قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2002/4/9، الدائرة 7 التجارية، الطعن رقم 1294 و2037 لسنة 117 ق، منشور بالمجلة الفصلية للتحكيم، المجلد الثاني، العدد 6، 2010، ص 564 وما بعدها.

³⁰⁴ - قرار رقم 86/30 صادر عن رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت بتاريخ 2011/06/20، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 13 السنة الرابعة، يناير 2012.

الأصلي فقط بحق اللجوء إلى التحكيم دون الشخص الذي يعينه، وعلى هذا الأساس فإن الشرط التحكيمي ينتقل بموجب إحالة الدين إلى المحال له. ومن ثم فإن النزاع الذي نشب بين طرفي النزاع حول الإحالة المسبقة لجزء من الأسهم يعتبر نزاعاً يتعلق بتنفيذ العقد ويرجع النظر فيه إلى هيئة التحكيم تطبيقاً للشرط التحكيمي الرابط بين طرفي التداعي، وعلى هذا الأسس فإن ما قضت به الهيئة التحكيمية لا يعتبر خارجاً عن نطاق اتفاقية التحكيم"⁽³⁰⁵⁾.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بأن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي وينتقل معه⁽³⁰⁶⁾. ومن ثم فإن الأسس القانوني لانتقال شرط التحكيم في حوالة الحق هو استقلال هذا الشرط عن العقد الأصلي. ويرى بعض الفقه بأن استقلال شرط التحكيم في هذه الحالة يوجب قول عكس ما صرحت به المحكمة، لأن مبدأ الاستقلال يقتضي ألا يتبع شرط التحكيم مصير العقد الأصلي، لأنه لا يمكن الجمع بين قاعدتين متناقضتين وهما مبدأ الاستقلال والتبعية⁽³⁰⁷⁾.

والراجع عندنا أنه لا تعارض بين أثر حوالة الحق في انتقال شرط التحكيم إلى المحال له مع مبدأ استقلال شرط التحكيم. فالشرط ينتقل لصفته التبعية حماية للحق، وليس باعتباره جزءاً منه. فكل من شرط التحكيم والحق المحال مستقل عن الآخر، وبالتالي يجوز إبطال شرط التحكيم وبقاء صحة الحق المحال أو العكس، بعد نفاذ حوالة الحق.

وهكذا يتضح من خلال ما تقدم، بأن انتقال شرط التحكيم في حوالة الحق غير متوقف على موافقة المدين المحال عليه. إلا أنه مع ذلك، فإننا نعتقد بوجود التفرقة بين ما إذا كان اتفاق التحكيم مدرجاً في سند الحق المحال به أو كان بمقتضى عقد تحكيم مستقل. فإذا كان شرط التحكيم مدرجاً في سند الحق

³⁰⁵ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2005/02/01 قضية عدد 17000، منشور بمجلة التحكيم العدد السادس أبريل 2010، السنة الثانية ص 310 وما يليها.

³⁰⁶ - Cass.1^{er}.Ch.Civ. 25 Mai 2002. Rev. arb. 2003, p.397. note. **D. COHEN**.

³⁰⁷ - الأستاذ أحمد كويسي: "نطاق شرط التحكيم من حيث الأشخاص"، مقال منشور ضمن أشغال الندوة العلمية: "الطرق البديلة لتسوية المنازعات" للمنظمة يومي 4 و5 أبريل 2003، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 2-2004، ص 155.

المحال به ، فإن المحال عليه يلتزم بشرط التحكيم، لأنه بلاشك يعلم، أو يمكنه أن يعلم بشرط التحكيم. أما إذا كان اتفاق التحكيم عبارة عن عقد منفصل عن سند الحق المحال به، فلا يلتزم به المحال عليه إلا إذا كان يعلم بهذا الاتفاق أو بإمكانه العلم به. فإذا لم يكن يعلم به أو لم يكن باستطاعته العلم به فلا يلتزم به.

ويثار التساؤل في الأخير حول مشكلة التفرقة بين الطرف والغير في اتفاق التحكيم، والجهة صاحبة الولاية في تحديد الطرف في اتفاق التحكيم، هل هي قضاء الدولة أم هيئة التحكيم؟ خاصة وأن مشكلة الصفة تثور عندما لا يكون المتمسك بشرط التحكيم هو الطرف الذي اتجهت إرادته إلى إبرامه.

نميز في هذه الحالة بين فرضين، الأول: أن يطرح النزاع أمام قضاء الدولة ويتمسك أحد الأشخاص بانعدام صفة الآخر كطرف في اتفاق التحكيم، فإنه يدخل في ولاية المحكمة المرفوع إليها النزاع حسم هذه المسألة. فإذا تبين لها أن الشخص ليس طرفا في اتفاق التحكيم، فإنها تستمر في نظر الدعوى بالنسبة له. أما إذا تبين لها أنه طرف في هذا الاتفاق، فإنها تقضي بعدم قبول الدعوى بالنسبة له، وذلك نظرا لالتزامه بموجب اتفاق التحكيم بعرض النزاع على هيئة التحكيم.

الثاني: إذا كان النزاع مطروحا على هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة تتمتع بولاية حسم النزاع حول صفة أحد الأشخاص باعتباره طرفا في اتفاق التحكيم من عدمه، لأنها مختصة بالفصل في النزاع حول نطاق اتفاق التحكيم سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص. وقد ترفض هيئة التحكيم الدفع بانعدام الصفة، وفي هذه الحالة فإنها تفصل في الدعوى في مواجهته⁽³⁰⁸⁾.

³⁰⁸ - إلا أنه يجوز لهذا الشخص أن يطعن في مقرر هيئة التحكيم بالبطلان أمام المحكمة المختصة، بشرط أن يكون قد تمسك بانعدام صفته كطرف، ولا ينفي عنه تمسكه بالدفع بانعدام صفته أن يكون قد أبدى دفعا موضوعيا، طالما أن هذا الدفع الأخير قد أبداه على سبيل الاحتياط وأصر على الدفع بانعدام صفته باعتباره دفعا أساسيا.

المبحث الثاني

حدود سلطة المحكم في قبول تعديل أطراف خصومة التحكيم

يتحدد نطاق خصومة التحكيم أمام المحكم تبعاً لما يرد في اتفاق التحكيم. والقاعدة أن أثر اتفاق التحكيم لا يمتد إلى غير أطرافه أو من يمتد إليهم هذا الاتفاق كما سبق بيانه . فالمحدد الأساسي لمبدأ حياد المحكم إزاء العنصر الشخصي في خصومة التحكيم هو الاتفاق. غير أن هذا الاتفاق يبقى غير قادر على إقحام الغير في خصومة التحكيم، حتى ولو كان لهذا الغير حق أو مصلحة تتعلق بالنزاع محل التحكيم، كما في حالة الشركة على الشياخ وحالة التضامن، فلا يكون الشريك على الشياخ أو المدين المتضامن طرفاً في خصومة التحكيم إلا بتدخله. والتدخل الإرادي في خصومة التحكيم بنوعيه: الهجومي والانضمامي جائز في حدود ما يسمح به اتفاق التحكيم، "المطلب الأول".

كما أن مخاصمة الغير في خصومة التحكيم تتطوي على اعتداء على مبدأ حرية الشخص في الالتجاء إلى التحكيم وإرغامه على الاشتراك في خصومة لم يختار المثل فيها، كما يتضمن خروجاً عن مبدأ قواعد الاختصاص، لأنه يؤدي إلى جلب الغير أمام محكمة غير محكمته الطبيعية. بل حتى في الحالات التي لا تتطوي على مخالفة لقواعد الاختصاص، فإنه لا يجوز للمحكم أو هيئة التحكيم قبول إدخال الغير في خصومة التحكيم إلا بموافقته احتراماً لمبدأ إرادية اللجوء إلى التحكيم⁽³⁰⁹⁾ "المطلب الثاني".

³⁰⁹ - محمد نور عبد الهادي شحاته: "مفهوم الغير في التحكيم"، مرجع سابق، ص 138 وما بعدها.

- أحمد هندي: "سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997، ص 5 وما بعدها.

والواقع أن التدخل والاختصاص من الوسائل الفنية التي وفرها المشرع لحماية حقوق الدفاع، فضلا عن كونها أدوات لتوفير قناعة المحكمة تجاه الجوانب المختلفة للنزاع وأدوات للحيلولة دون تعارض الأحكام⁽³¹⁰⁾.

المطلب الأول

حدود سلطة المحكم في قبول التدخل الإرادي

في خصومة التحكيم

كما سبق القول فإن نطاق خصومة التحكيم من حيث الأشخاص يتحدد تبعا لما يرد في اتفاق التحكيم، وهو يشمل طرفي العقد كما يمكن أن يشمل عدة أطراف. فلخصومة التحكيم كخصومة القضاء طرفان على الأقل، مدع ويسمى طالب التحكيم، ومدعى عليه ويسمى المطلوب في التحكيم.

فطالب التحكيم هو من يقدم باسمه طلب التحكيم، أما المطلوب في التحكيم فهو من يقدم في مواجهته هذا الطلب. فإذا قدم طلب التحكيم نيابة عن شخص أو وجه الطلب إلى شخص باعتباره نائبا عن غيره، فإن الطرف أو الخصم في التحكيم هو الأصيل وليس النائب. وعموما يمكن القول بأن النطاق الشخصي لخصومة التحكيم يتحدد باتفاق التحكيم، فلا يجوز أن يكون طرفا في الخصومة إلا من كان طرفا في اتفاق التحكيم، أو كان ممن يمتد إليهم هذا الاتفاق.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد يتمحور حول مدى جواز قبول التدخل الإرادي في خصومة التحكيم، وما هي ضوابط ذلك؟

من المعلوم أن التدخل الإرادي في إطار قانون المسطرة المدنية نوعان: هجومي وانضمامي، الأول: يجعل من المتدخل خصما أصليا في الدعوى، له ما للخصوم من حقوق، وعليه ما عليهم من التزامات، ويرتبط أساسا بطلب هذا الخصم بالحق المدعى به أو بجزء منه أو بحق آخر مرتبط به. أما التدخل الانضمامي فهو تدخل لمجرد مساعدة الخصم الأصلي في الدفاع، ودون أن يكون له إلا ما يدخل في مصلحة الخصم المنضم

³¹⁰ - أحمد منجي: "اختصاص الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية"، دار الفكر العربي 1988 ص 8 وما بعدها.

إليه من طلبات ودفع. فهو لا يطالب بحق ذاتي، وإنما من مصلحته ألا يخسر الطرف المنضم إليه دعواه، لأن مصالحه الشخصية سوف تتأثر بشكل مباشر بالحكم⁽³¹¹⁾.

وإذا كان الفقه قد تردد في قبول التدخل الهجومي بالمعنى السابق في خصومة التحكيم، فإنه كان أقل ترددا في قبول التدخل الانضمامي في خصومة التحكيم.

ففي التدخل الهجومي في خصومة التحكيم عدوان مباشر على إرادة الخصوم الذين قد يرغبون في حصر نطاق النزاع فيما بينهم، كما أن فيه إطالة لأمد النزاع الذي يحاول الخصوم تجنبه بالالتجاء إلى التحكيم بدلا من القضاء، و فيه إفشاء للسرية التي يريد الأطراف الحفاظ عليها، وأن الحكم في طلباتهم سوف يتأثر بشكل أو بآخر بطلبات المتدخل هجوميا⁽³¹²⁾.

أما في التدخل الانضمامي، فإن التردد في قبوله في خصومة التحكيم كان أقل حدة، إما لأن الرأي التقليدي لم يكن يعتبر المتدخل الانضمامي طرفا في الخصومة أو على الأقل طبقا للاتجاه السائد هو طرف تبعي منضم⁽³¹³⁾. ولذلك فإن تدخله للمساعدة أو المراقبة يبقى أمرا مقبولا، ويكون مقبولا أيضا بموافقة الخصوم سواء في شرط التحكيم مسبقا أو في اتفاق لاحق أثناء سير الخصومة⁽³¹⁴⁾.

ومع ذلك فالاتجاه لا يزال سائدا حول ارتباط التدخل بإرادة الخصوم وموافقة هيئة التحكيم. ولذلك يرى البعض بأنه لا يجوز لأحد الأشخاص من الغير التدخل في خصومة التحكيم ما لم يوافق كل من طرفي التحكيم على قبول تدخل الغير، و صدور قرار من هيئة التحكيم بقبول التدخل⁽³¹⁵⁾. وهو الأمر الذي أقرته محكمة

³¹¹ - علي بركات: "خصومة التحكيم في القانون المصري والمقارن"، دار النهضة العربية، طبعة 1996 ص 294 وما بعدها.

³¹² - أحمد السيد صاوي: "التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولي"، دار النهضة العربية، طبعة 2002، ص 53 و ما بعدها.

³¹³ - صلاح عبد الصادق: "نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، طبعة 1976 ص 83.

³¹⁴ - محمد نور عبد الهادي شحاتة: "مفهوم الغير في التحكيم"، مرجع سابق، ص 144.

³¹⁵ - محمود سمير الشرفاوي: "التعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة، التجارية في الطعن رقم 4729 و 4730 لسنة 72 ق بتاريخ 2004/06/22"، منشور بمجلة التحكيم، العدد الثامن السنة الثانية، أكتوبر 2010، ص 442.

النقض المصرية عندما قضت بأنه: "يجب التحقق من توافر شروط التدخل في الخصومة التحكيمية وفقا لطبيعتها الاستثنائية"⁽³¹⁶⁾.

ونرى من وجهة نظرنا ضرورة التمييز بين المتدخل الذي يعتبر طرفا في اتفاق التحكيم والمتدخل الذي ليس طرفا في الاتفاق المذكور. فبالنسبة للحالة الأولى: فإنه يحق للطرف في اتفاق التحكيم الذي لم يتم إدخاله في الخصومة أن يتدخل فيها تدخلا هجوميا أو انضماميا وذلك دون حاجة إلى موافقة طرفي الخصومة، باعتبار أنه طرف في الاتفاق على التحكيم وكان يجب إدخاله في الدعوى عند بدء الإجراءات. غير أن أمر قبول التدخل سواء كان هجوميا أو انضماميا يدخل في إطار السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فلهذه الأخيرة ألا تقبل التدخل إذا كانت إجراءات خصومة التحكيم قد انتهت أو كان الوقت المتبقى من أجل التحكيم لا يسمح بتحقيق طلب المتدخل خاصة في حالة التدخل الهجومي.

ويلاحظ أنه إذا كان تعدد الخصوم وجوبيا كما في حالة الشركة على الشياخ أو حالة التضامن، فإن للطرف في اتفاق التحكيم الذي لم يكن طرفا في الخصومة عند افتتاحها أن يتدخل فيها، وليس لهيئة التحكيم في هذه الحالة أية سلطة في رفض هذا التدخل. لكون هذا التدخل يبقى لازما لصحة إجراءات خصومة التحكيم.

أما بالنسبة للحالة الثانية والتي لا يكون فيها المتدخل طرفا في اتفاق التحكيم، فليس له التدخل انضماميا أو هجوميا في خصومة التحكيم، إلا إذا قبل الأطراف تدخله، ووافقت هيئة التحكيم على هذا التدخل.

وتجدر الإشارة إلى أن تكييف التدخل يدخل في السلطة التقديرية لهيئة التحكيم بالنظر إلى أساسه وممره في ضوء ما يتقدم به المتدخل من طلبات، بصرف النظر عما يسبغه عليه المتدخل من وصف⁽³¹⁷⁾.

³¹⁶ - قرار صادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة التجارية، الطعان رقم 4729 ورقم 4730 لسنة 72 ق بتاريخ 2004/06/22 منشور بمجلة التحكيم العدد الثامن، السنة الثانية أكتوبر 2010 ص 431 وما بعدها.

³¹⁷ - القضية التحكيمية رقم 147 لسنة 1999 الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2000/07/03، منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ص 209 وما بعدها.

المطلب الثاني

حدود سلطة المحكم في قبول مخاصمة الغير

في خصومة التحكيم

إن ارتباط فكرة الوقت في خصومة التحكيم بمبدأ سلطان الإرادة، وما يتفرع عنه من حرية الدفاع، يجد له مجالاً خصباً في فكرة مخاصمة الغير، إذ أن فيه تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية، وتقليصاً لهذا المبدأ حفاظاً على قيمة الوقت في الخصومة من ناحية أخرى⁽³¹⁸⁾.

فمن ناحية الطرف الذي يطلب مخاصمة الغير، يعد وسيلة من وسائل استعمال حقه في تسيير دعواه بإرادته أو سلطته في الدعوى، ومن ناحية الغير الذي تتم مخاصمته، فقد ذهب البعض إلى أنه صورة من صور الإلزام القانوني على التقاضي، لأنه يؤدي إلى إقحام الغير في الخصومة دون إرادته أو في وقت غير مناسب، ولذلك أثير الجدل حول مشروعيته⁽³¹⁹⁾. وتم وصفه بأنه اعتداء على حرية الشخص في الالتجاء إلى القضاء⁽³²⁰⁾، كما أنه يؤدي إلى تعطيل الفصل في النزاع ويضعف المصاريف، ويخل بالسرية المطلوبة في التحكيم، ويؤثر على الادعاء الأصلي، وأن الحل البديل لقبول اختصاص الغير هو إقامة تحكيم مواز مع احتمال تناقض الأحكام، أو إحالة جميع الأطراف على القضاء للفصل في مختلف الادعاءات لتعذر اتفاق التحكيم⁽³²¹⁾.

ويرى البعض الآخر بحق أنه بقليل من إمعان النظر في القول السابق، يتضح أنه يؤدي إلى إفراغ حق التقاضي من مضمونه وينتقص من حق الدفاع، كما أنه يقضي على الأهداف التشريعية للتحكيم، لأن الاختصاص كوسيلة من وسائل التقاضي لا يختلف في مضمونه عن رفع دعوى مبتدأه على المدعى عليه. فالمدعي يرفع الدعوى على المدعى عليه في الوقت الذي يراه ملائماً، وبغير إرادة من المدعى عليه الذي يجد نفسه

³¹⁸ - طلعتويدار: "تأجيل الدعوى، محاولة لضبط قواعد التأجيل بين قيمة الوقت في الدعوى والحق في الدفاع"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2005، ص 103.

³¹⁹ - محمد نور عبد الهادي شحاتة: "مفهوم الغير في التحكيم"، مرجع سابق، ص 139.

³²⁰ - أحمد هندي: "سلطة الخصوم والمحكمة في اختصاص الغير"، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

³²¹ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق، ص 254.

مجبرا على المضي في الخصومة. ولذلك إذا استسلمنا لفكرة الإجبار الكامنة في الاختصاص، ورفضنا بناء على هذا الأسس، وجب علينا رفض حق التقاضي من أساسه لما فيه من إجبار للمدعى عليه على الخصومة وهذا ما لم يقل به أحد⁽³²²⁾.

ولذلك يمكن القول بأن مسألة قبول مخاصمة الغير في خصومة التحكيم ترتبط بفكرة ولاية المحكم، وهذه الولاية يستمدتها من اتفاق الخصوم، سواء في اتفاق التحكيم الأصلي أو في اتفاق لاحق أثناء سير الدعوى، فإذا قبل الخصوم اختصاص طرف ثالث، تحقيقا للعدالة أو إظهارا للحقيقة، فإنه يجوز للمحكم ذلك، لكن لا يجوز له ذلك من تلقاء نفسه وإلا كان في موقع المخل بمبدأ الحياد، لأن ولاية المحكم تستمد من اتفاق التحكيم، وهو اتفاق نسبي الأثر من حيث أطرافه، فلا يلتزم غير أطرافه بالخضوع لسلطة المحكم⁽³²³⁾. ولكن هناك من ربط بين سلطة المحكم في ذلك وبين أثر الاتفاق على التحكيم بالنسبة للغير. فكل من يمتد إليه أثر الاتفاق على التحكيم من الغير يمكن أن يكون خصما في خصومة التحكيم⁽³²⁴⁾.

والواقع أنه لا تعارض بين الرأيين السابقين، فكلاهما قد ربط بين ولاية المحكم في مخاصمة الغير وبين الاتفاق على التحكيم، فهذه الولاية لا تستمد إلا من الاتفاق وليس من القانون. غير أنه تجدر الملاحظة بأن فاعلية دور المحكم في هذا الصدد ليست مرهونة فقط بمشيئة الخصوم، ولكن مرهونة أيضا بمشيئة القضاء، لأنه على فرض أن المحكم طلب إدخال خصم في الدعوى (حالة التعدد الإجباري)، أو طلب منه أحد الخصوم ذلك، فهو لا يستطيع توجيه الأمر له بالإدخال وإنما لأبد من الاستعانة بالقضاء المختص أصلا بنظر الدعوى، وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المغربية بأنه: " ما دام عقد التأمين قد تضمن شرطا تحكيميا ، فلا تواجه شركة التأمين بأي مطالب إلا بعد حسم الاختلاف حول الحالة الصحية للمؤمن له باللجوء

³²² - طلعت دويدار: "تأجيل الدعوى، محاولة لضبط قواعد التأجيل بين قيمة الوقت في الدعوى والحق في الدفاع"، مرجع سابق، ص 104.

³²³ - أحمد السيد صاوي: "التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولي"، مرجع سابق، ص 53.

³²⁴ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص 638.

لتحكيم طبي، والمحكمة كانت على صواب لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بعدم قبول مقال الإدخال معتبرة أنه بعدم تقييد المؤمن له بشرط التحكيم فإنه لا يمكنه مقاضاة شركة التأمين إلا بعد انتهاء مسطرة التحكيم، فاسحة له المجال لإعادة مقاضاتها بعد استيفاء المسطرة المذكورة"⁽³²⁵⁾.

والحقيقة أن قوانين التحكيم الدولية أو الوطنية قد جاءت خالية من النص على هذه المسألة. إلا أنها نصت على صورة خاصة من إدخال الغير، هي ليست في حقيقتها اختصاصا بالمعنى الدقيق، وهي إدخال الغير لتقديم دليل تحت يده⁽³²⁶⁾، فهو إدخال بغير إنزال وصف الخصم على هذا الغير، ومع ذلك لم تمكن هذه القوانين المحكم من إجبار الغير على ذلك، لأنه يفتقد سلطة الإجبار في هذه المسألة، وأعطت لمن صدر الأمر لصالحه الالتجاء إلى رئيس المحكمة المختصة بقصد استصدار أمر بالتنفيذ.

وعموما يمكن القول بأن إدخال من يجوز إدخاله في خصومة التحكيم، يدخل في نطاق السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، فهي ليست ملزمة بالاستجابة لطلب أحد طرفي الخصومة بإدخال الغير في الدعوى، ولو توافرت شروط هذا الإدخال، إذا رأت أن من شأن ذلك تعطيل الفصل في القضية، ما لم يكن هذا الإدخال لازما بسبب التعدد الوجوبي لأطراف الخصومة⁽³²⁷⁾.

ونرى من وجهة نظرنا، أنه لا يجوز إدخال الغير في خصومة التحكيم بعد انعقادها، ما لم يوافق طرفا التحكيم والغير المراد إدخاله على الإدخال، ويصدر قرار من هيئة التحكيم بقبول هذا الإدخال.

³²⁵ - قرار محكمة النقض المغربية عدد 149 الصادر بتاريخ 2014/03/13 في الملف التجاري عدد 2012/1/3/1342، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016، ص 129 وما بعدها.

³²⁶ - تنص الفقرة الثانية من الفصل 15-327 من ق.م.م 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". كما نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 28 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "يجوز لها (هيئة التحكيم) الاستجداء بالقضاء لاستصدار أي قرار يمكنها من تحقيق الأغراض الواردة بهذا الفصل".

³²⁷ - فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، مرجع سابق، ص 342 و343.

الفرع الثاني

سلطة المحكم في تعديل نطاق خصومة التحكيم من حيث الموضوع

يتحدد النطاق الموضوعي لخصومة التحكيم بثلاثة حدود. حيث تقتصر خصومة التحكيم على العلاقة القانونية المتفق بشأنها على التحكيم، وكذا على المنازعات المتعلقة بهذه العلاقة والتي اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، كما تقتصر خصومة التحكيم أخيرا على ما تم طرحه بالفعل من هذه المسائل أمام هيئة التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن خصوصية عمل المحكم وكيفية تعيينه، تؤثر بشكل واضح على سلطته في تعديل نطاق خصومة التحكيم من حيث الموضوع وذلك لأسباب متعددة، منها أن المحكم لا يملك تعديل نطاق خصومة التحكيم ولو باتفاق الأطراف، إذا كان موضوع الطلب العارض أو الإضافي مما لا يجوز فيه التحكيم. كما أن تعديل نطاق الخصومة من حيث الموضوع يستوجب اتفاق جميع الخصوم، ولا يملك المحكم الاستقلال بتعديلها من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب أحد الخصوم دون الآخر. هذا فضلا عن أن المحكم يقبل أداء المهمة في ضوء النزاع المعروف عليه. وله الحق في رفض التصدي لأية منازعات جديدة قد تتجاوز خبرته أو تقتضي جهدا أو وقتا إضافيا من شأنه أن يؤثر على أتعابه. ومن ثم يجوز للمحكم رفض التصدي لمسألة لم ترد ضمن نطاق الخصومة على النحو الذي اتفق عليه مع الخصوم. وأخيرا فإن الأصل أن تتحدد الخطة المسطرية، تبعا لطبيعة النزاع. وقد يتطلب التعديل في نطاق موضوع الخصومة إجراء تعديلات جوهرية في الإجراءات، وهو ما لا يملك المحكم الاستقلال بإجرائه احتراما لإرادة الخصوم وتوقعاتهم، فضلا عن تعقد الإجراءات وتعطيل حسم النزاع، وهو أمر له أهميته في خصومة التحكيم. فالسرعة هي التي دفعت الأطراف لاختيار التحكيم.

وترتيباً عما تقدم، نرى أن المحكم يتمتع بسلطة تقديرية في قبول تعديل نطاق خصومة التحكيم من حيث الموضوع سواء بالنسبة للمسائل التي تخضع لاتفاق التحكيم، "المبحث الأول"، أو بالنسبة لضوابط تعديل نطاق موضوع الخصومة، "المبحث الثاني". هذه السلطة التقديرية تستند إلى جانبين: جانب شخصي: يتحدد تبعاً لقدرة المحكم على حسم النزاع وضمان أتعابه، وجانب موضوعي: يتعلق بسرعة حسم النزاع.

المبحث الأول

سلطة المحكم في تحديد نطاق أثر اتفاق التحكيم من حيث الموضوع

يتوقف تحديد النطاق الحقيقي لاتفاق التحكيم في بعض الأحيان ليس بالنظر إلى الأشخاص المعنيين به، ولكن يتعلق الأمر بالمسائل التي تخضع لاتفاق التحكيم. فلا يوجد ما يلزم الأطراف في اتفاق التحكيم على إخضاع جميع المنازعات الناشئة بينهم إلى التحكيم، لكون التحكيم يقوم أساساً على إرادة الأطراف واتفاقهم، وبالتالي فإن المحكم لا يمكن أن يفصل إلا في المسائل والمنازعات التي اتفق الأطراف على أن يتم الفصل فيها وحسمها بهذه الوسيلة "المطلب الأول".

ولقد أثير التساؤل في الفقه عما إذا كان من الممكن أن تتسع خصومة التحكيم لتشمل عقوداً أخرى غير العقد الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم، رغم أن هذه العقود لا تشتمل على شرط تحكيم⁽³²⁸⁾، وذلك في حالة ما إذا كان هناك ارتباط أو عدم تجزئة بين هذه العقود "المطلب الثاني".

³²⁸ - الفرض في هذا الصدد أن أطراف هذه العقود المختلفة واحدة وإنما أبرموا عدة عقود متوالية لتنفيذ عملية اقتصادية واحدة مثلاً، وتضمن أحد هذه العقود شرط تحكيم ولم يتم النص عليه في العقود الأخرى.

المطلب الأول

التزام أطراف اتفاق التحكيم بتحديد موضوع التحكيم

إن تعيين محل العقد أو قابليته للتعيين هو من الأركان الضرورية لانعقاد أي عقد من العقود. إذ يجب أن يكون محل العقد أو الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة بشأنه، فإذا لم يكن المحل معيناً أو قابلاً للتعيين فإن العقد يكون باطلاً⁽³²⁹⁾.

واتفاق التحكيم سواء سلمنا بأنه عقد من عقود القانون الخاص⁽³³⁰⁾، أو أنه اتفاق إجرائي يقابل الاتفاق الموضوعي ويخضع للنظرية العامة للقانون⁽³³¹⁾، فإن المسلم به هو وجوب أن يكون محله معيناً أو قابلاً للتعيين. ولا يتحدد موضوع أو محل التحكيم إلا بأمرين: الأول: تحديد العلاقة القانونية القائمة بين الطرفين "الفقرة الأولى"، والثاني: تحديد النزاع الذي سوف يكون محلاً للتحكيم "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

ضرورة تحديد العلاقة القانونية القائمة بين الطرفين موضوع التحكيم

يجب أن يكون النزاع المتفق بشأنه على التحكيم متعلقاً بعلاقة قانونية أو علاقات قانونية محددة. فإذا اتفق الأطراف على التحكيم لحل المنازعات المتعلقة بكافة العلاقات القانونية القائمة أو التي يمكن أن تقوم بينهم فإن هذا الاتفاق هو اتفاق باطل لعدم تحديده لموضوع التحكيم⁽³³²⁾.

³²⁹ - سليمان مرقس: "الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة" الطبعة الرابعة العدد 2 دار الكتب القانونية شتات مصر، والمنشورات الحقوقية صادر لبنان، ص 268.

³³⁰ - فتحي والي: "الوسيط في قانون القضاء المدني"، مرجع سابق، ص 942.

³³¹ - أحمد محمد حشيش: "طبيعة المهمة التحكيمية"، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2000، ص 289.

³³² - سامية راشد: "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول: اتفاق التحكيم"، مرجع سابق، ص 389.

وقد أشارت إلى قرار صادر عن محكمة الاستئناف البريطانية في إطار اتفاقية نيويورك قضت فيه برفض الادعاء بأن الخلاف الذي ينشأ عن علاقة الشركة بين الأطراف لا يعد متعلقاً بعلاقة قانونية محددة.

وتجدر الإشارة إلى أن ورود شرط التحكيم ضمن بنود عقد معين يؤدي إلى تحديد العلاقة القانونية في العقد الذي تضمن شرط التحكيم. أما إذا كان شرط التحكيم قائماً بذاته في اتفاق مستقل فيجب أن يحدد فيه العلاقة القانونية التي ستكون محلاً للتحكيم.

الفقرة الثانية

وجوب تحديد النزاع المتفق بشأنه على التحكيم

إن تحديد النطاق الموضوعي لخصومة التحكيم، أي تحديد النزاع، يختلف بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بعقد تحكيم أم بشرط تحكيم.

أولاً: تحديد النزاع في عقد التحكيم

ينص الفصل 314 من ق.م.م المغربي على أن: "عقد التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرعان الفرنسي⁽³³³⁾ والتونسي⁽³³⁴⁾. وعلى ذلك فإن عقد التحكيم لا يبرم إلا بشأن نزاع قائم بالفعل⁽³³⁵⁾ بين الأطراف. أما إذا لم يكن النزاع قد نشأ بعد، فإن الاتفاق على التحكيم يعتبر شرط تحكيم وليس عقد تحكيم.

ولذلك نجد المشرع المغربي يوجب تحديد النزاع في ذات العقد، بحيث لا يمكن أن يتسع نطاق النزاع عند عرضه على هيئة التحكيم، بل يكون النزاع ثابتاً طبقاً لما جاء في عقد التحكيم. فالمبدأ في هذه الحالة هو ثبات النزاع، وهذا الأمر يقيد كلا من الأطراف وهيئة التحكيم.

³³³ - تنص الفقرة الثالثة من المادة 1442 من ق.م.م.ف على أن: "مشاركة التحكيم هو الاتفاق الذي يتفق بموجبه الأطراف على طرح النزاع القائم بينهم على التحكيم".

³³⁴ - ينص الفصل 4 من مجلة التحكيم التونسية على أن: "الاتفاق على التحكيم هو التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم".

³³⁵ - إلا أنه لا يشترط أن يكون النزاع قد وصل إلى حد رفع دعوى أمام القضاء. ومن ناحية أخرى، فإن رفع الدعوى أمام المحكمة لا يمنع من إبرام عقد التحكيم.

ثانياً: تحديد النزاع في شرط التحكيم

بالنسبة لشرط التحكيم، فالمقرر طبقاً لمقتضيات الفصل 316 من ق.م.م المغربي أنه يمكن لأطراف العقد الاتفاق على عرض النزاعات التي سوف تنشأ عن العقد المذكور على التحكيم. فلا يشترط في شرط التحكيم أن يكون النزاع قد نشأ بين الأطراف، بل غالباً ما يتم إبرام هذا الشرط بشأن النزاعات التي من المحتمل أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة.

ولذلك فلا يشترط تحديد موضوع النزاع في شرط التحكيم، حيث يكفي في هذا الصدد أن يكون الشرط مدرجاً في ثانياً عقد معين، ويمكن تحديد النزاع فيما بعد عند افتتاح خصومة التحكيم، فهو يتحدد بصفة مبدئية في بيان الدعوى المرسل من طالب التحكيم إلى المطلوب في التحكيم، وإلى كل واحد من المحكمين، حيث أوجب المشرع على طالب التحكيم أن يضمن هذا البيان تحديد المسائل موضوع النزاع وطلباته (الفقرة الأولى من الفصل 14-327 من ق.م.م). كما يتحدد هذا النطاق فيما بعد بصفة نهائية بما يبيده طالب التحكيم من طلبات إضافية وما يبيده المطلوب في التحكيم من طلبات مقابلة (الفقرة الخامسة من الفصل 14-327 من ق.م.م).

وخلاصة القول إنه بالنسبة لعقد التحكيم يجب أن تكون العلاقة القانونية قائمة بالفعل ومحددة. كما يلزم أن يكون النزاع قائماً بالفعل ومحدداً أيضاً. أما بالنسبة لشرط التحكيم فيكفي أن تكون العلاقة القانونية قائمة بالفعل ومحددة، ولكن لا يلزم أن يكون النزاع قائماً أو محدداً.

ولكن يثار التساؤل حول ما هي الجهة صاحبة الولاية في تحديد نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع؟ نميز في هذه الحالة بين فرضين: الأول: أن يطرح النزاع أمام قضاء الدولة، فيكون من ولاية المحكمة في اعتقادنا حسم مسألة ما إذا كان اتفاق التحكيم يتسع ليشمل المسألة المتنازع عليها أم لا. فإذا وجدت المحكمة أن المسألة تدخل بالفعل في نطاق اتفاق التحكيم وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في جوهر النزاع، (الفقرة الأولى من الفصل 327 من ق.م.م)، الثاني: إذا كان النزاع قد طرح على هيئة التحكيم، فإن هذه

الأخيرة تتمتع بولاية حسم النزاع حول نطاق اتفاق التحكيم من حيث الموضوع، سواء فيما يتعلق بمدى جواز التحكيم في المسألة محل النزاع من عدمه، أو فيما يتعلق بما إذا كانت المسألة محل النزاع داخلة في نطاق اتفاق التحكيم أم خارجه عنه.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تمديد نطاق أثر اتفاق التحكيم

من حيث الموضوع

لعل من المناسب الإشارة إلى أنه إذا اختار الأطراف تحديد طبيعة المنازعات التي يمكن أن تنشأ بشأن العقد المبرم بينهم والتي اتفقوا على إخضاعها للتحكيم، أن تحدد تلك المسائل بشكل تفصيلي مع عدم إغفال أي شكل من الأشكال المختلفة للمنازعات التي من المحتمل نشوؤها. والواقع أن شرط التحكيم الذي تمت صياغته بشكل جيد وعلى نحو شامل وعام، يصلح لاحتواء كل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد الواحد، ومثل هذا التحديد ليس من شأنه أن يثير مشاكل خاصة.

وعلى العكس من ذلك فإن تحديد نطاق أثر شرط التحكيم في مجموعة العقود التي ترتبط بعضها ببعض الآخر، إما بسبب موضوعها، أو بسبب الأطراف التي أبرمتها يطرح عدة إشكاليات قانونية يقتضي تحديد نطاق تطبيق شرط التحكيم، خاصة في الحالة التي تتضمن بعض العقود شرط التحكيم، بينما لا تتضمن العقود الأخرى شروطاً مماثلة. وفي هذا الفرض، فإنه يحق التساؤل عما إذا كانت إرادة الأطراف قد انصرفت إلى إخضاع المنازعات المحتملة النشوء عن هذا الكل التعاقدية إلى التحكيم؟ نميز في هذا الإطار بين مجموعة العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية، "الفقرة الأولى"، وبين العقود المتتابعة أو المتلاحقة المبرمة بين نفس الأطراف، "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود المتعددة الأطراف

إذا تعددت الأطراف وتعددت الروابط العقدية التي تجمعهم، وكان بعض هؤلاء مرتبطين بشرط التحكيم دون البعض الآخر، فهل يسري شرط التحكيم على جميع هذه العقود أم أن أثره يظل منحصرا على من التزم به فقط عملا بقاعدة نسبية أثر العقود؟. نميز في هذا الإطار بين العقود المنصبة على نفس المحل، وبين تلك التي تساهم في تحقيق ذات العملية الاقتصادية، وذلك بالرغم من أن القضاء المغربي وعلى خلاف القضاء الفرنسي كان متشددا في هذا الإطار ومتشبيها بقاعدة نسبية أثر العقود، حيث قرر المجلس الأعلى أن: " شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار يسري فقط على العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، ولا يمكن أن يسري في مواجهة المرسل إليه حامل سند الشحن، وبالتبعية لا يسري في مواجهة شركة التأمين المؤمنة ، إلا إذا تضمن سند الشحن بصفة صريحة، الاتفاق على فض النزاع عن طريق التحكيم، ولا يكفي أن تحيل وثيقة الشحن على مشاركة الإيجار التي تتضمن شرط التحكيم ليصبح ساريا في مواجهة المرسل إليه"⁽³³⁹⁾ وهو نفس التشدد الذي أبدته محكمة النقض المغربية في قرار حديث لها عندما قضت بأن: " شرط التحكيم حصر نظر المحكمين في البت في تعويض الضرر الذي يصيب وسيط التأمين من شركة التأمين، والمحكمة التي مددته ليشمل أقساط التأمين التي تم استخلاصها من الزبناء، وقضت بعدم قبول الدعوى لانعقاد الاختصاص للمحكمين، تكون قد حملت شرط التحكيم ما لا يحتمل معرضة قرارها للنقض"⁽³⁴⁰⁾.

أولا: نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود المنصبة على نفس المحل

في هذه الحالة يتم إبرام عدة عقود ولكنها تنصب على ذات المحل بالرغم من اختلاف أطرافها، كما إذا تعلق الأمر بعقود البيع المتتالية على شيء واحد أو إبرام

³³⁹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 1379 بتاريخ 2009/09/30 في الملف التجاري عدد 2009/1/3/238، منشور بمجلة رحاب المحاكم عدد 8 سنة 2010 صفحة 123 .

³⁴⁰ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 1/198 بتاريخ 2014/04/03 ، منشور بدفاتر محكمة النقض : التحكيم والوساطة الاتفاقية" ، العدد 25 ص 255 وما بعدها.

عقد من الباطن مع شخص ثالث. ولاشك أن الطرف الأخير فيما يسمى بسلسلة العقود يملك حق مقاضاة المتعاقدين السابقين بصفته خلفا خاصا. وفي هذا المعنى قضت الغرفة الابتدائية في بيروت بأن: "مصرف فرست فنسيان بنك الذي اشترى الأقسام موضوع النزاع من بنك المشرق يعتبر خلفا خاصا بالنسبة إليه، كونه تلقى منه شيئا محددًا بذاته، فيحل محله فيه ويستفيد من مزايا ما تلقاه منه ومن مستلزماته. وحيث إن اتفاق التحكيم هو بالضرورة من مستلزمات العقد الأصلي، ذلك أن موضوعه هو المنازعات الناشئة عن العقد الأساسي ذاته الذي وضع فيه البند التحكيمي، فيسري على الخلف لتحقق علمه به تبعا لتحقق العلم بالعقد الأصلي"⁽³⁴¹⁾.

لكن السؤال المطروح هو هل يمكن مواجهة هذا الخلف الخاص بشرط التحكيم في العقد الذي لم يكن طرفا فيه؟

الواقع أن القضاء الفرنسي وإن كان مستقرا على مبدأ انتقال شرط التحكيم إلى الغير في مجموعة العقود الناقلة للملكية إلا أنه اختلف حول الأسس القانونية المعتمد في هذا الانتقال. ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1999/01/5 قضت فيه بأن البند التحكيمي الدولي ينتقل إلى المحال له مع انتقال الدين⁽³⁴²⁾. وفي هذا القرار لم تقرر محكمة النقض الفرنسية أي شرط لانتقال اتفاق التحكيم الدولي. وهو نفس المبدأ الذي قرره أيضا في قرار صادر عنها بتاريخ 2000/2/8 عندما قضت بأن شرط التحكيم في التحكيم الدولي يلزم كل طرف يتلقى حقا من حقوق أحد المتعاقدين⁽³⁴³⁾. والملاحظ أن هذا القرار لا يستعمل كلمة خلف بل استعمل عبارة الطرف متلقي الحق، كما أنه لم يخضع انتقال اتفاق التحكيم الدولي لأي شرط.

وبتاريخ 6 فبراير 2001، صرحت محكمة النقض الفرنسية بأنه في سلسلة متجانسة من العقود الناقلة للملكية البضائع ينتقل شرط التحكيم الدولي مع الدعوى

³⁴¹ - قرار صادر عن رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت تحت رقم 86/30 بتاريخ 20/06/2011، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت) العدد الثالث عشر، يناير 2012، السنة الرابعة، ص 279 وما بعدها.

³⁴² - Cass. 2^{ème} ch. civ.05 janv. 1999, Bulletin civil 1999, n°1 p. 1.

³⁴³ - Cass. 1^{ère} ch. Civ. 08 Fév. 2000, Légifrance n° de pourvoi 95, 14330.

العقدية إلا إذا كان ثمة جهل معقول بوجود هذا الشرط⁽³⁴⁴⁾. والواقع أن محكمة النقض الفرنسية في هذا القرار وإن قضت بتمديد شرط التحكيم إلا أنها تركت للطرف الذي يواجه بهذا الشرط إمكانية إثبات عدم علمه بوجوده، وإن كان هذا الإثبات يبدو صعبا من الناحية الواقعية، وبذلك يكون هذا القرار قد جعل من الجهل المعقول لوجود شرط التحكيم عقبة في سبيل انتقاله.

وقد تراجعت محكمة النقض الفرنسية عن قرارها السابق الذي يعطي للطرف المواجه بالشرط التحكيمي إمكانية إثبات الجهل المعقول، وذلك تأثرا منها بما قرره محكمة استئناف باريس التي قضت بأنه: "يحكم انتقال شرط التحكيم الدولي قاعدة موضوعية من قانون التحكيم الفرنسي ولا يخضع لقاعدة تنازع القوانين. في الدعوى الحالية يتضح من الأدلة المقدمة إلى المحكمة أن الشركة المستأنفة هي التي صنعت الضواغط موضوع النزاع وهي التي باعتها إلى الشركة الوسيطة التي عملت على تجميعها قبل أن تعيد بيعها إلى موزعها الحصري في فرنسا، والذي بدوره باعها إلى شركة فرنسية صاحبة مجموعة تكييف هواء ومتعاقد آخر مع صاحب المصنع، وبالتالي فإن المؤمن الذي يحل في الحقوق محل صاحب المصنع يستفيد من دعوى تعاقدية مباشرة تجاه المورد على الرغم من أن صاحب المصنع غير مرتبط به من خلال عقد، ينتقل شرط التحكيم في مجموعة عقود ناقلة للملكية بطريقة تلقائية كونه تابعا من توابع حق رفع الدعوى الذي هو بدوره تابع من توابع الحق الأساسي الذي تم نقله، من دون تأثير على الطابع المتجانس أو المتغاير لمجموعة العقود هذه"⁽³⁴⁵⁾.

وهو نفس المبدأ الذي تبنته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 2010/03/17، والذي قضت فيه بأن شرط التحكيم في سلسلة العقود الناقلة للملكية ينتقل بصورة آلية كونه تابعا للحق بإقامة الدعوى، الذي هو بدوره تابع للحق الأساسي، وذلك بدون تأثير للطابع المتجانس أو غير المتجانس لهذه السلسلة⁽³⁴⁶⁾. وبذلك فإن هذا القرار يكرس الطابع الآلي أو الحكمي لانتقال شرط التحكيم مع انتقال العقد الوارد فيه. وذلك بصورة عامة، كما أن هذا القرار جاء بصياغة عامة

³⁴⁴ - Cass.1^{ère} ch. Civ. 06 Fév. 2001, JCP 2001, II.10567 note C. LEGROS.

³⁴⁵ - Paris 19 Déc. 2008. Ref. comp. C. Axa -R G n° 07/04604.

³⁴⁶ - Cass.1^{ère} Ch. Civ. 17 Mars 2010, Légifrance n° de pourvoi 98-20776.

وبعبارات مطلقة دون تفرقة في الحكم بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وبذلك يكرس الطابع التبعية لشروط التحكيم.

وقد سبق لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2008/11/25 أن قضت بامتداد أثر شرط التحكيم إلى سائر العقود المنصبة على نفس المحل، باعتبار أن شرط التحكيم يفرض نفسه على الصعيد الدولي و يؤثر في التحكيم، ومن ثم فإن كل النزاعات النابعة من عقد أساسي يعود اختصاص النظر فيها إلى المحكم بدون تمييز سواء أكان الأمر يتعلق بصحة أو تفسير أو تنفيذ العقد⁽³⁴⁷⁾. والواقع أن محكمة النقض بقرارها هذا تكون قد سجلت محطة جديدة في تاريخ الاجتهاد التحكيمي عندما ردت طلب النقض، معتبرة أن الاختصاص الأول يعود إلى المحكم، وأن الشرط التحكيمي له استقلاليتة. واستقلالية شرط التحكيم كقاعدة هنا لا ترمي إلى حماية استقلالية هذا الشرط في ذاته، بل تهدف إلى دعم الرابط الذي يربط سلسلة المنازعات المرتبطة بالعقد الأساسي والمتمثل في حق الملكية الذي ينتقل من عقد إلى عقد، ومادام أن حق الملكية هذا قد تأثر في عقد البيع الأساسي الذي تضمن شرط التحكيم فإنه يمتد إلى العقود اللاحقة المرتبطة به. والنتيجة هي أن شرط التحكيم ليس له حدود في العقود المنصبة على نفس المحل إلا إذا كان موضوعه محددًا بالدعاوى المرتبطة فقط بالعقد الذي يتضمن هذا الشرط.

وفي قرار حديث⁽³⁴⁸⁾ عمدت محكمة النقض الفرنسية إلى تمديد شرط التحكيم إلى شركة ثالثة بناء على فكرة الحلول محل الشركة الأساسية في تنفيذ العقد. وقد انتصرت في ذلك للقرار التحكيمي الصادر عن المحكم الفرد بتاريخ 2009/10/7 والذي صرح فيه أنه مختص في طلبات الشركتين اليونانيتين اللتين قامتتا بتوزيع بدائل تقويم الأعضاء، وحكم على الشركة صاحبة البضاعة بأن تدفع لهما عدة مبالغ مالية. وبعد الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المذكور أصدرت محكمة استئناف Grenoble بتاريخ 2011/05/12 قرارا قضت فيه: "بأن شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المؤرخ في 2004/03/01 لا يمكن أن يمتد إلى شركة

³⁴⁷ - Cass. 1^{ère}, ch. com. 25 nov. 2008, Légifrance n° de pourvoi 68-21665.

³⁴⁸ - Cass. 1^{ère} ch. civ. 07 nov. 2012 Légifrance, n° de pourvoi 11/25891.

(L.Promodos) التي قامت بتوزيع منتجات شركة (Amplitude) خارج الإطار التعاقدية الذي يربط هذه الأخيرة بشركة (Oebe.Th.Thotou)، وهو القرار الذي نقضته وأبطلته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2012/11/7 بـ"علة أن: شركة (L.Promodos) حلت محل شركة (Oebe.Th. Thotou) في تنفيذ عقد التوزيع، ونظرا إلى أن شرط التحكيم الدولي الذي تضمنه العقد الأساسي يمتد إلى الأطراف المعنيين مباشرة بتنفيذ العقد، فإن محكمة الاستئناف في القرار الذي أصدرته تكون قد خالفت أحكام المادتين 1/1502 و1504 من قانون المسطرة المدنية بصيغتهما السابقة لتلك الصادرة بموجب المرسوم المؤرخ في 13 يناير 2011".

ثانياً: نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود التي تساهم في تحقيق هدف اقتصادي واحد

في معاملات التجارة الدولية ذات الأهمية الاقتصادية الكبرى، كثيرا ما يجري التعاقد بشأن عملية تجارية أو صناعية مركبة واحدة بموجب مجموعة من العقود وليس طبقا لعقد واحد بين طرفين اثنين ينظم كل شيء، فتوجد هناك مجموعة من الاتفاقيات أو العقود يكون بينها عقد رئيسي يحدد الإطار العام والخطوط العريضة للعلاقة التعاقدية أو العملية التجارية ويتضمن شرط تحكيم، ثم تتبعه عقود أخرى مكملة تتعلق بتنفيذ جوانب مختلفة لتلك العملية. ففي مثل هذه الحالات تثار مشكلة تحديد نطاق شرط التحكيم الوارد في العقد الرئيسي أو الإطار وما إذا كان يمتد إلى المنازعات المتعلقة بالعقود الأخرى التابعة أو المرتبطة.

إن هذه المشكلة تتخذ إحدى الصورتين في الواقع العملي، الأولى: تتضمن العقود التابعة التي تساهم في تنفيذ العملية التعاقدية محل العقد الرئيسي أو الإطار إشارة إلى هذا العقد الأخير المتضمن شرط التحكيم. ففي هذا الفرض لا تثار أية صعوبة لأن أطراف هذه المجموعة من العقود بما في ذلك أطراف العقد الرئيسي أو الإطار واضحة في أنها قد اتجهت إلى إخضاع جميع المنازعات المحتملة بشأن المجموعة المذكورة للتحكيم أمام هيئة تحكيم واحدة مشكلة على النحو الوارد في العقد الرئيسي.

أما الصورة الثانية: فتكون هناك مجموعة من العقود التي تساهم في تنفيذ مشروع واحد أو عملية اقتصادية محددة، وتتضمن بعض هذه العقود شرط تحكيم بينما لا يتضمن بعضها الآخر أي اتفاق بشأن التحكيم. فيثور التساؤل عما إذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الرئيسي أو في أحد تلك العقود يمتد إلى العقود الأخرى من عدمه؟ وبعبارة أخرى هل تختص هيئة التحكيم المشكلة طبقاً لشرط التحكيم الوارد في عقد من تلك العقود بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الأخرى؟

الواقع أن موقف القضاء سواء منه قضاء التحكيم أو القضاء النظامي موزع بين قابل للانتقال شرط التحكيم في العقود التي تتطافر لتحقيق هدف اقتصادي واحد من دون أن ترد على نفس المحل وبين رافض لذلك.

ففي قضية "Sofidif" والمتعلقة بتوقيع اتفاق بين الحكومة الإيرانية والحكومة الفرنسية بشأن التعاون بغرض الاستخدام السلمي للطاقة النووية، وفي سبيل تطبيق نصوص ذلك الاتفاق تم إبرام بروتوكول إضافي، وفي إطار هذه الآلية القانونية تم إبرام العديد من العقود بين الشركات التي أنشئت لتحقيق الهدف المذكور. ونظراً للتغيرات السياسية والاقتصادية التي أعقبت قيام الثورة الإيرانية، فإن الحكومة الإيرانية قامت بإلغاء اتفاق التعاون المبرم بينها وبين الحكومة الفرنسية السابق والمتعلق بالاستخدام السلمي للطاقة النووية. ولقد قامت الشركات الفرنسية باتخاذ إجراءات التحكيم لمطالبة الشركات الإيرانية المعنية بالتعويض الناشئ عن الإنهاء بالإرادة المنفردة للعقود المبرمة بين الطرفين.

وبتاريخ 1985/04/25 أصدرت هيئة التحكيم المشكلة وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولية بباريس والمتكونة من "Pierre Cavin" رئيساً وعضوية كل من Jacques Robert وGorges Vedel حكماً يفصل في الاختصاص والموضوع. إذ أقرت الهيئة باختصاصها بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود المذكورة على الرغم من أن كل تلك العقود المختلفة يتضمن شرط تحكيم مستقل ومختلف. وقد عللت حكمها بأنه أياما كانت الأهمية التي يحتلها كل اتفاق من الاتفاقات المبرمة بين الأطراف، فإن هذه الاتفاقات المختلفة لا تحتل -وهو أمر واضح لا يحتاج إلى برهان- مكانة مماثلة في الإطار

الاتفاقي العام وانتهت بعد أن أقرت باختصاصها بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود المتضمنة لشروط التحكيم المختلفة، إلى أن التقسيم العادل للمراكز التعاقدية للأطراف المدعية والمدعى عليها يخول لها في واقع الحال، الحصول على التعويض لمالها من مصلحة قانونية واضحة جديرة بالحماية⁽³⁴⁹⁾.

وبعدما تم الطعن في الحكم المتقدم من طرف الحكومة الإيرانية أمام محكمة استئناف باريس، قضت هذه الأخيرة بإبطاله في قرارها الصادر بتاريخ 1986/12/19⁽³⁵⁰⁾ لتجاوز هيئة التحكيم لمهمتها المحددة في وثيقة المهمة، نظرا لفصلها في موضوع الدعوى مع أنه كان عليها أن تفصل فقط في مسألة اختصاصها. غير أن محكمة الاستئناف بباريس لم تقف عند هذا الحد بل تعرضت بشكل ثانوي للموضوع، وأوضحت بأن الطلب المثار أمام هيئة التحكيم يظهر منه عدم وجود إطار تعاقدي أو عقد متعدد الأطراف. وبالتالي فإنه نظرا للعقود المطروحة على هيئة التحكيم، فإنه كان عليها أن تفصل في مسألة اختصاصها بالنسبة لكل عقد على حدة. فالتواعد التي تحكم التحكيم والقائمة على الطابع الاتفاقي لشرط التحكيم لا تسمح بامتداد آثار الاتفاق المتنازع عليه إلى الغير، و بذلك فإن حل المشاكل المتولدة عن الارتباط بين العقود وعدم قابليتها للتجزئة، يتعين أن يتم من خلال البحث عن إرادة الأطراف.

ومن المعلوم أن محكمة النقض الفرنسية قد ألغت حكم محكمة استئناف باريس المتقدم في قرارها الصادر بتاريخ 1988/03/08 بسبب تفسير المحكمة المذكورة للشروط الواردة في وثيقة المهمة تفسيرا خاطئا⁽³⁵¹⁾، وقامت بإحالة الدعوى على محكمة استئناف "Versailles" التي أصدرت بتاريخ 1990/03/07 بغرفها المجتمعة قرارها القاضي بأنه في حالة وجود إرادة مشتركة للأطراف المتعاقدة سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، في أن ترتبط الأطراف فيما بينها بشروط التحكيم الواردة في الاتفاق والبروتوكول، وفي حالة وجود شرط في أحد العقود يتعارض مع ذلك الوارد في البروتوكول، ويعبر عن إرادة مغايرة للأطراف، فإن محكمة التحكيم

³⁴⁹ - Cité par **GAILLIARD (E.)** : « *Arbitrage commercial international* », Jur. Cl. Dr. inter, Fasc . 586-2.

³⁵⁰ - Paris 19 déc. 1986, Rev. arb. 1987, p.363-364.

³⁵¹ - Cass. 1^{er}, Ch. Civ 08 Mars 1988, Rev. arb. 1989, p.481, note **Ch. JARROSSON**.

لا يمكن أن تفصل في المنازعة في ظل إجراءات تحكيم واحدة. فبالنظر إلى الطبيعة الاتفاقية لقضاء التحكيم، ولتعدد العقود واختلافها، وأيضا لاختلاف الأطراف في كل عقد منها، والاختلاف في شروط التحكيم، ونظرا لغياب أي تحديد أو بيان من بين هذه الشروط يسمح باستخلاص إرادة مشتركة تفيد إمكانية وجود إجراءات تحكيم واحدة، وذلك على الرغم من وحدة الهدف الذي تسعى جميع العقود المعنية إلى تحقيقه، فإنه يتعين على المحكمين الإشارة إلى كل عقد من أجل الفصل في مسألة اختصاصهم بشأن كل مسألة متنازع فيها⁽³⁵²⁾.

وبالمقابل هناك البعض من أحكام القضاء التي توسعت في تمديد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود التي تتظاهر لتحقيق هدف اقتصادي على الباقي. وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف في بيروت بتاريخ 2008/02/05 بأنه: "وحيث من المستقر عليه فقها واجتهادا أن البند التحكيمي الوارد في أحد العقود التي تشكل جمعيتها عملية اقتصادية واحدة، يولي الهيئة التحكيمية في حدود النقاط المطروحة أمامها، السلطة بالبت في جميع الدفوع التي تتناول هذه العقود، ولو لم تحتو على بند تحكيمي ولو لم تكن تربط بين طرفي النزاع التحكيمي، طالما أنها تشكل عملية اقتصادية واحدة"⁽³⁵³⁾. وهو الأمر الذي أكدت عليه نفس المحكمة في قرار حديث لها بتاريخ 2011/5/23 عندما قضت بأن: "البند التحكيمي الوارد في العقود المبرمة بين بعض المساهمين في الشركة، وكانت تشكل جميعها عملية اقتصادية واحدة، فهي تولى الهيئة التحكيمية وفي حدود النقاط المطروحة أمامها سلطة البت في جميع الدفوع التي تتناول هذه العقود، و لو لم تحتو بنود إحدى الشركات على البند التحكيمي أو تنظيم عقود مكملة له ممن لم يوقعه يمكن أن يشكل دليلا على

³⁵² - Versailles chambres réunies, 7 Mars 1990, Rev. arb. 1991, p.326, note **E. LOQUIN**.

³⁵³ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف في بيروت الغرفة الثالثة تحت رقم 192 الصادر بتاريخ 2008/02/05، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت) العدد 18 السنة الخامسة أبريل 2013، ص 770-771.

القبول من جانبه بالبند التحكيمي الذي تضمنه بالنظر إلى أن هذه العقود تكون مشمولة تبعاً بالبند التحكيمي⁽³⁵⁴⁾.

غير أن محكمة التمييز اللبنانية كان لها رأي مغاير عند الطعن في قرار محكمة الاستئناف ببيروت الصادر بتاريخ 2011/5/23 حيث قضت بأنه: "في حال التحكيم بنظرية الوحدة الاقتصادية التي استتبنت وجودها محكمة الاستئناف والتي يعمل بها في التحكيم الداخلي، إلا أن تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى توسيع نطاق البند التحكيمي وانتقاله إلى الغير دون أن يفيد إطلاقاً إمكان إصدار حكم ضد هذا الغير ومن دون إدخاله في إجراءات التحكيم، وأن توسيع نطاق البند التحكيمي أو انتقال أثره إلى الغير يشكلان تجاوزاً لمبدأ نسبية مفاعيل العقود التحكيمية التي لم يوقعها هذا الغير، وأن محكمة الاستئناف بذهابها خلاف هذا المذهب وردّها طلب إبطال القرار التحكيمي لجهة قضائية بحل شركة لم تستدع إلى المحاكمة التحكيمية وعلى الرغم من استقلالية شخصيتها عن شخصية المساهمين فيها بحجة أن مذكرة التفاهم وعقد الشركة المنشأة بالاستناد إليها تُولف جميعها عملية اقتصادية واحدة، اتجهت إرادة الفرقاء وهو مالك غالبية الأسهم فيها إلى القبول بكل ما ورد في مذكرة التفاهم بما في ذلك البند التحكيمي الذي حوته، فإنها تكون قد خالفت القانون"⁽³⁵⁵⁾.

والواقع أن القرار الصادر عن محكمة التمييز اللبنانية يبقى في محله باعتبار أنه يقيم تمييزاً على خلاف أحكام محكمة استئناف بيروت بين العملية الاقتصادية الواحدة وبين العلاقات القانونية التي تتأسس عليها هذه العملية. ذلك أن القرار التحكيمي موضوع الطعن بالإبطال⁽³⁵⁶⁾ الذي مد إطار البند التحكيمي إلى شركة

³⁵⁴ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف في بيروت الغرفة الأولى بتاريخ 2011/05/23 منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت) العدد 17 السنة الخامسة يناير 2013، ص 855.

³⁵⁵ - قرار صادر عن محكمة التمييز اللبنانية الغرفة الخامسة تحت رقم 2012/114 بتاريخ 2012/11/16 منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت) العدد 17 السنة الخامسة يناير 2013، ص 850 وما يليها.

³⁵⁶ - القرار الصادر عن الهيئة التحكيمية تحت إشراف المركز اللبناني للتحكيم (غرفة التجارة والصناعة والزراعة في بيروت وجبل لبنان)، في التحكيم رقم 75 / م بتاريخ 2010/7/29 منشور بمجلة التحكيم اللبنانية العدد 17 السنة الخامسة، يناير 2013، ص 855.

مغفلة، وإن كان أطراف المذكرة هم من أصحاب الأسهم في الشركة، إلا أنه لا بد من الوقوف على رأي الشركة كشخص معنوي مستقل عن المساهمين الذين أنشؤوها ومدى قبولها بالتحكيم، لأنه عمل إرادي في الأسس من جانبها يرمي إلى إيجاد حل للنزاع.

أما قضاء التحكيم الدولي، فيتبنى نفس الموقف الموسع لامتداد شرط التحكيم، حيث قضت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية بامتداد أثر شرط التحكيم من اتفاقية الاعتماد إلى الضمانات الأخرى الممنوحة⁽³⁵⁷⁾. فبموجب عقد مؤرخ في 1991/10/10 منح بنك سويسري (مطلوب في التحكيم) تسهيلات ائتمانية لبنك جزائري لتغطية صادرات إيطالية إلى الجزائر، وبعد ذلك أبرم البنك السويسري مع بنك إيطالي (طالب التحكيم) اتفاقاً يخلو من شرط التحكيم وبموجبه التزم هذا الأخير بتمويل التسهيل الائتماني المذكور في حدود 90% من قيمته بينما التزم البنك الأول بتمويل ذلك التسهيل في حدود 10% المتبقية من قيمته. وبعد نشوء خلاف بين طرفي هذا الاتفاق بشأن إحدى عمليات استعمال التسهيل الائتماني المشوبة بالغش والتي قام البنك الإيطالي طالب التحكيم بدفع قيمتها، فقد لجأ هذا البنك إلى التحكيم طلباً للحكم بإلزام البنك السويسري المطلوب في التحكيم بأن يؤدي له قيمة ما دفعه بخصوص العملية المذكورة، إلا أن البنك السويسري دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع تأسيساً على القول باستقلال التعهد بالضمان عن عقد التسهيل الائتماني الأصلي المتضمن شرط التحكيم. وعلى إثر ذلك قضت هيئة التحكيم باختصاصها بنظر النزاع محل التحكيم باعتبار أن عقد التسهيل الائتماني الأصلي يمثل الإطار العام للعلاقة بين الطرفين (contrat cadre) بشأن عملية تمويل الصادرات الإيطالية إلى الجزائر، وهذا العقد تضمن شرط تحكيم، وأن عقد الضمان الوارد في كتاب البنك السويسري (المطلوب في التحكيم) إلى البنك الإيطالي (طالب التحكيم) يتعلق بأحد جوانب العلاقة بين البنكين طرفي النزاع المسؤولين عن تمويل

³⁵⁷ - حكم تحكيمي جزئي في القضية رقم 9288 بتاريخ مارس 1998، مكان التحكيم، جنيف بسويسرا، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد الثالث، يونيو 2009، ص 815 وما بعدها.

الصادرات سالفه الذكر، فهو تابع لتلك العلاقة التي تخضع لشرط التحكيم وبالتالي فإنه يخضع كذلك لهذا الشرط.

ومادام أن طرفي العقد الأصلي اتفقا على إحالة الخلافات الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم، ومن ثم وجب تفسير هذا الاتفاق على النحو الذي يحقق اختصاص هيئة التحكيم بتسوية جميع المنازعات التي يمكن للطرفين طرحها بشأن العلاقة التعاقدية بينهما، وذلك دون اللجوء إلى التفسير الضيق بشأن تحديد نطاق شرط التحكيم، وهو الأمر الذي يتفق مع مبادئ شرط تفسير التحكيم طبقا للقانون السويسري، (القانون واجب التطبيق على النزاع)، فإنه يتفق كذلك مع ما توقعه الطرفان بالنسبة للعلاقة التعاقدية فيما بينهما.

وبناء على ما تقدم يمكن القول بأن الحكم التحكيمي المذكور قد انتهى إلى تمديد نطاق شرط التحكيم الوارد في العقد الرئيسي الخاص بمنح التسهيل الائتماني إلى عقد الضمان معتمدا في ذلك على فكرة وحدة العلاقة التعاقدية بين العقد الرئيسي والعقود الأخرى التابعة أو المكملة أو المعدلة له، واعتبار العقد الرئيسي الذي يتعلق بعملية تجارية واحدة يشكل مع العقود الأخرى المكملة أو التابعة أو المنفذة له وحدة واحدة، بحيث يتسع نطاق شرط التحكيم الوارد في العقد الأول للمنازعات المتعلقة بالعقود الأخرى المرتبطة به، وبالتالي يكون الحكم المذكور قد أصاب حينما التزم بالمنهج السليم في تفسير التحكيم واعتبره شاملا للعلاقة التعاقدية برمتها، فقد بحث عن الإرادة الحقيقية لطرفي النزاع من واقع الأوراق وظروف الدعوى وملابساتها، خصوصا كتاب المطلوب في التحكيم إلى طالب التحكيم الذي تضمن تعهده بالضمان وإشارته إلى عقد التسهيل الائتماني الذي يشكل العقد الرئيسي، فضلا عن إشارته إلى مبدأ التوقع القانوني من قبل الطرفين.

ولعله من الجدير بالملاحظة في هذا الصدد، أن هناك عاملا وحيدا يتعين على الجهة المعنية أن تأخذه وحده بعين الاعتبار، سواء كانت هذه الجهة هي هيئة التحكيم أو قضاء الدولة، وذلك عند تحديد نطاق شرط التحكيم، وذلك العامل هو إرادة الأطراف، ومما لا شك فيه أنه ليس هناك ما يمنع من أن تكون نية الأطراف في

هذا الصدد قد تم التعبير عنها بشكل ضمني، طالما كان هذا التعبير مؤكدا لا يشوبه أي لبس.

فعلى الرغم من الرغبة في عدم تجزئة المنازعات المركبة التي تتصل بمسائل مرتبطة بعضها ببعض على نحو وثيق، فإنه لا يمكن تغليب اعتبارات حسن أداء العدالة على اعتبارات احترام إرادة الأطراف، وذلك بسبب الطابع الإرادي للتحكيم، والذي يستند كقضاء خاص على إرادة الأطراف التي يتعين احترامها.

الفقرة الثانية

نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود المتتابعة

المبرمة بين ذات الأطراف

في العديد من الأحيان تبرم الأطراف العديد من العقود المتتالية المتصلة بالعلاقات التعاقدية المعتادة بينها والتي تتعلق بذات المسائل أو بمسائل متشابهة. وقد يحدث ألا يتضمن أحد هذه العقود شرطا تحكيميا بينما تتضمن العقود السابقة عليه شرط التحكيم. ففي العلاقات التعاقدية القائمة بين المورد وأحد عملائه، فإن بعض الطلبات قد تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة في كلمات محدودة دون الإشارة إلى شرط التحكيم المعتاد إدراجه بين المورد وهذا العميل. فهل تخضع المنازعات الناشئة عن هذه الصفقة الأخيرة والتي لم تتضمن شرط تحكيم للتحكيم، بالنظر إلى أن جميع المعاملات السابقة بين الطرفين تخضع للتحكيم؟

يبدو أن هذا هو الحل الذي يميل إلى اعتناقه القضاء الفرنسي⁽³⁵⁸⁾، وأيضا جانب من الفقه الفرنسي، باعتبار أنه طالما أن المعاملات السابقة كانت من الأهمية بمكان، بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة لهذا العقد الأخير، وبالتالي لا مناص، والحال كذلك، من خضوع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم⁽³⁵⁹⁾.

³⁵⁸ - Paris, 18 Mars 1983, Rev. arb. 1983, p.491, note **J. ROBERT**.

³⁵⁹ - **DELEBECQUE (Ph.)** : « *La transmission de la clause compromissoire* » « Rev. arb. 1991, p.23 et suiv.

فإذا كانت ثمة مجموعة من العقود المتتابعة بين نفس الأطراف وكان يوجد بند تحكيمي في إحداها، فإن الأمر يتوقف على العقد الأساسي. حيث اعتبر الفقه والاجتهاد ولاسيما في فرنسا أن شرط التحكيم المتضمن في العقد الأساسي يسري فعلا على العقود الأخرى المتفرعة عنه، وذلك طالما لا يوجد هناك تعارض فيما بين هذه العقود مع العقد الأم من حيث تضارب مصالح أطرافها، وأن النية لدى العقد الأساسي أو العقد الأم هي في جعل شرط التحكيم ساري المفعول على سواه من العقود الفرعية، وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بشركة أو شركات متولدة عنها. فبعض هذه الآراء أخذ بمفهوم التبعية الذهنية والفكرية وآخر بنظرية الإرادة الضمنية أو حتى بالموافقة الضمنية وثالث بمبدأ الضمان والرابع بفكرة الوحدة الاقتصادية، وبعضها الأخير اشترط وجود مجموعة من العقود المتتابعة والتي تجتمع في كونها ناتجة من سبب واحد ولاسيما إذا كان ثمة عقد أساسي وعقود تابعة. وقد أتى هذا التطور في إطار التحكيم الدولي عاكسا رغبة المحكمين في إخضاع العقود غير المتضمنة بنودا تحكيمية إلى تلك المشتمة عليها خاصة في العقود المتتابعة المبرمة بين نفس الأطراف عملا بالإرادة الضمنية⁽³⁶⁰⁾.

فقضاء التحكيم الدولي مستقر على أن آثار اتفاق التحكيم تمتد إلى العقود وكذا الأطراف التي تداخلت أو شاركت مباشرة في تنفيذ تلك العقود، مادام أن ما يصدر عن الأطراف من مواقف أو أعمال يفترض معها أنهم كانوا على بينة من وجود اتفاق التحكيم وحدوده ونطاقه. وامتداد شرط التحكيم إلى العقود اللاحقة يتفق مع حقيقة العلاقة التعاقدية الأساسية، لأن هذه العقود وقد تداخلت في تنفيذ العقد الأساسي الذي كان أطرافه على بينة من وجود شرط التحكيم، فإنهم يكونون قد ارتضوا ضمنا الخضوع لهذا الشرط فيما قد يثور من منازعات تتعلق بالعلاقة التعاقدية الأساسية والتي تولدت عنها العلاقات التعاقدية الفرعية. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن امتداد شرط التحكيم على النحو المتقدم بيانه يحقق وحدة الاختصاص فيما يتعلق بتنفيذ العقد الأساسي⁽³⁶¹⁾.

³⁶⁰ -SERAGLINI (Ch.) : « Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt " Peavey " » G. P. 2001, p.31.

³⁶¹ - Paris 07 Déc. 1994, Rev. arb. 1996, note Ch. JARROSSON, p.245.

ونخلص مما تقدم إلى أنه بالنسبة للعقود المرتبطة والتي تهدف إلى تحقيق هدف اقتصادي موحد سواء كانت بين أطراف متعددة أو بين نفس الأطراف وسواء انصبت على نفس المحل أو كان موضوعها مختلفا، فإن تحديد المحكم لاختصاصه بنظر المنازعة المعروضة عليه لن يتم بإعمال ذات القواعد التي تحكم الدعوى المدنية أمام قضاء الدولة من مد القاضي لاختصاصه على جميع المسائل المرتبطة بالمنازعة المعروضة عليه وضمها للفصل فيها نظرا للارتباط وعدم القابلية للتجزئة. فهذا المبدأ المقرر في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة والذي تفرضه اعتبارات حسن أداء العدالة من جهة، وتفادي تضارب الأحكام في المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا، ويطبقه القاضي الوطني تلقائيا، لا محل لإعماله بشأن التحكيم حيث يتمتع كل طرف في المنازعة بالحرية في تعيين محكمه، ويتقيد هذا الأخير بحدود ونطاق شرط التحكيم ولا يمكنه أن يخرج عنه وإلا تعرض حكمه للبطلان (الفصلان 36-327/3 و 49-327/3 من ق.م.م.م.).

ففكرة ضم الطلبات المرتبطة أمام قضاء التحكيم مرفوضة كأصل عام، إلا إذا ظهر من الظروف المحيطة بالمنازعة، ومن شروط التحكيم المدرجة في العقود المرتبطة والتي تهدف إلى تحقيق هدف واحد أن الإرادة المشتركة للأطراف، سواء كانت صريحة أو ضمنية طالما كانت مؤكدة، تقبل مثل ذلك الضم⁽³⁶²⁾.

المبحث الثاني

حدود سلطة المحكم في قبول تعديل نطاق موضوع

خصومة التحكيم

الأصل أن يتحدد نطاق السلطات الموضوعية للمحكم باتفاق الخصوم، وهذا يقيد كلا من المحكم والخصوم احتراماً للطابع الاتفاقي الذي نشأت في ظله خصومة التحكيم. ويتحدد نطاق الخصومة أمام المحكم بالطلبات الأصلية التي ترد في اتفاق التحكيم أو في وثيقة تحديد مهمة المحكم، "المطلب الأول"، كما يتحدد

³⁶² - GALLIARD (E.): « L'arbitrage multipartis et la consolidation des procédures arbitrales connexes ». Rapport à l'international law association, versoirs Report 1993, p. 478 et suiv.

أيضا بما يقدم فيها من طلبات إضافية أو مقابلة وفقا لضوابط وشروط معينة تتلاءم مع خصوصية عمل المحكم وتحتفظ لخصومة التحكيم بطابعها المتميز "المطلب الثاني".

المطلب الأول

التزام المحكم بالعقد الأساسي

وبالعنصر الموضوعي للنزاع

الأصل هو ثبات النزاع بعناصره الثلاثة: الأطراف (العنصر الشخصي)، الموضوع (العنصر الموضوعي)، والسبب (العنصر القانوني). ذلك أن ولاية المحكم كأصل تنحصر في نطاق الخصومة كما حددتها طلبات الأطراف في وثيقة التحكيم، وهو الأمر الذي يفرض على المحكم الالتزام بموضوع الدعوى كما حدده الخصوم في نطاقه الأول "الفقرة الثانية"، وبموضوع النزاع المحدد في العقد الأساسي "الفقرة الأولى".

الفقرة الأولى

التزام المحكم بموضوع العقد الأساسي

من النتائج المهمة لمبدأ حياد المحكم في خصومة التحكيم، هي التزامه بموضوع العقد الأساسي المبرم بين طرفي التحكيم، وذلك عند الفصل في النزاع. وهذا الالتزام نصت عليه المعاهدات الدولية للتحكيم، وأنظمة مراكز التحكيم المؤسسي والتشريعات الوطنية. حيث نصت المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في فقرتها الرابعة على أنه: "في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة". وقد وردت هذه الفقرة بعد التفرقة التي وردت في الفقرات السابقة عليها من نفس المادة بين التحكيم المقيد (بالقانون) والتحكيم المطلق (بالإنصاف)، مما يدل على أن عبارة "في جميع الأحوال" الواردة في الفقرة الرابعة المشار إليها تدل على ضرورة مراعاة هيئة التحكيم لشروط العقد، سواء أكان الأمر يتعلق بالتحكيم بالقانون أو التحكيم بالإنصاف. ذلك أنه إذا كان هذا

النوع الأخير يقوم على أسس فكرة تفويض المحكم من قبل الأطراف للفصل في النزاع المثار بينهما وفق قواعد العدل والإنصاف⁽³⁶³⁾، فإن ذلك لا يعني إطلاق سلطة المحكم وتحرره من القيود العقدية. فالأصل أن العقد هو شريعة المتعاقدين ويجب أن يظل محتفظاً بهذه القدسية حتى في ظل التحكيم المطلق بالإنصاف.

كما نص على ذلك نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس في المادة 2/17 بقولها إنه: "في كل الأحوال تأخذ محكمة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد والممارسات التجارية ذات الصلة". ويقصد بعبارة "في كل الأحوال" نفس المقصود منها في المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي. كما نصت المادة 3/33 من نظام تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 4/13 من نظام المصالحة والتحكيم لمركز التحكيم في غرفة التجارة والصناعة في بيروت على نفس المعنى.

وقد استقر هذا المبدأ في قضاء التحكيم منذ وقت بعيد حتى في التحكيم المطلق⁽³⁶⁴⁾. وقد أوضح قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بأنه يجب على المحكم مراعاة المبدأ الأساسي في الصفة القدسية في العقود⁽³⁶⁵⁾.

وقد رددت التشريعات الوطنية هذا الحكم، ومنها التشريع المغربي، حيث نص في الفقرة الثانية من الفصل 18-327 من ق.م.م على أنه: "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"، وكذا التشريع التونسي حيث نص الفصل 73 من مجلة التحكيم في فقرته الرابعة على أنه: "وفي جميع الأحوال تبت هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد مع الأخذ بعين الاعتبار العرف التجاري المنطبق على المعاملة". والملاحظ أن التشريع التونسي ساير على مستوى الصياغة ما أقرته المادة

³⁶³ - علي حامد الفتيت: "العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن"، بحث مقدم في المؤتمر الإسلامي الثاني للشريعة والقانون تحت موضوع: "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون"، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان، 2000، ص 317 وما بعدها.

³⁶⁴ - FOUCHARD (Ph.): « *L'arbitrage commercial international* », Dalloz, 1965, p.440.

³⁶⁵ - Arrêt n° 1516, 12 Fev. 1974, Rev. arb. 1974, p.510.

4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بخلاف المشرع المغربي الذي أورد عبارة في جميع الأحوال المنصوص عليها في الفصل 18-2/327 المذكور قبل استعراض أحكام تفويض المحكم للفصل في النزاع وفق قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون. فهل يعني ذلك أنه استثنى هذا النوع الأخير من التحكيم من الأحكام السابقة التي تقيد سلطة المحكم بضرورة مراعاة شروط العقد موضوع النزاع والأعراف التجارية والعادات وما جرى عليه التعامل بين الطرفين؟

الحقيقة أننا لا نعتقد ذلك، باعتبار أن الاتفاق على التحكيم هو الذي يحدد موضوع النزاع ويشكل قيوداً على سلطة المحكم سواء في التحكيم المقيد بالقانون أو في التحكيم المطلق، وأن الأمر الذي سقط فيه المشرع يتعلق فقط بخلل في الصياغة.

وأسس التزام المحكم بالعقد الأساسي يجد سنده في المبدأ الشائع أن العقد شريعة المتعاقدين. لكن، إلى أي حد يمكن أن يلتزم المحكم بهذا المبدأ؟

إذا كان من البديهي أن شروط العقد هي أول ما يلجأ إليه المحكم عند الفصل في النزاع، إلا أنه يصطدم في هذا الصدد بقيد النظام العام. فإذا خالفت شروط العقد القواعد الموضوعية المتعلقة بالنظام العام الدولي أو الداخلي حسب الأحوال، فإنه يتعين على المحكم استبعاد هذه الشروط وتطبيق القواعد الموضوعية. وتجدر الإشارة إلى أن النطاق التعاقدى لعلاقة الطرفين لا يتحدد فقط بما ورد في وثيقة التحكيم من شروط. فكثيراً ما يسبق إبرام العقد مرحلة مفاوضات، وخاصة في العقود المهمة، حيث تتخللها تبادل وثائق ومراسلات يمكن اعتبارها جزءاً من العقد أو على الأقل وسيلة لتفسير ما غمض فيه. كما يدخل في هذا النطاق كذلك الوثائق المتبادلة بين الطرفين بعد إبرام العقد. مثل ما يسمى بخطابات التأكيد. فقد تتضمن

وجهة نظر المرسل في تفسير بعض بنود العقد⁽³⁶⁶⁾. ومما لاشك فيه وجوب التزام هيئة التحكيم بضوابط التفسير، سواء الضوابط القانونية أو المنطقية⁽³⁶⁷⁾.

ويجري العمل في كثير من الأحيان على أن يتفق الأطراف على المسائل الجوهرية تاركين التفاصيل دون تحديد، وعندئذ تتدخل الأعراف والعادات التجارية وما جرى عليه التعامل بين الطرفين لتكملة هذا الاتفاق. وهذا ما أشارت إليه نصوص المعاهدات الدولية في التحكيم، وأنظمة مراكز التحكيم المؤسسي، وكذلك التشريعات الوطنية كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

الفقرة الثانية

التزام المحكم بالعنصر الموضوعي للنزاع

إن التزام هيئة التحكيم بالعنصر الموضوعي للنزاع أمر في غاية الأهمية، نظراً إلى أن الاتفاق على التحكيم يعني حرمان القضاء - وهو صاحب الولاية الأصلية - من نظر النزاع، فهو يقرر وضعاً استثنائياً يجب تعيين أبعاده على وجه الدقة. ولذلك إذا خرج المحكم عن الحدود الموضوعية للنزاع، و فصل في أمر لم يطلبه الخصوم كان حكمه باطلاً. وفي هذا المعنى نص الفصل 36-327 من ق.م.م على أنه: "رغم كل شرط مخالف، تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان... 3- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها، أو بتت في مسائل لم يشملها التحكيم، أو تجاوزت حدود هذا الاتفاق...". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه الفصل 49-327 من نفس القانون بشأن التحكيم الدولي، حيث قرر بأن حكم التحكيم الصادر بالمملكة في مادة التحكيم الدولي يكون قابلاً للطعن بالبطلان إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها.

³⁶⁶ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص 538.

³⁶⁷ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص 539.

ولذلك أوجبت التشريعات المختلفة ضرورة تعيين حدود النزاع في عقد التحكيم بدقة. وهكذا نص المشرع المغربي في الفصل 315 من ق.م.م على أنه: "يجب أن يتضمن عقد التحكيم تحت طائلة البطلان: 1- تحديد موضوع النزاع". وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1445 من ق.م.م بقوله: "يجب أن تحدد مشاركة التحكيم موضوع النزاع تحت طائلة اعتبارها باطلة". وكذا الفصل 17 من مجلة التحكيم التونسية الذي نص على أنه: "يجب تعيين موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم بين أسماء المحكمين صراحة أو دلالة وإلا كان الاتفاق باطلا".

كما أجمعت التشريعات الدولية والوطنية على أن فصل المحكم فيما لم يطلبه الخصوم يعتبر سببا للطعن في حكمه بالبطلان. من ذلك ما نصت عليه المادة 3/24 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي من أنه: "لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا قدم الطرف طالب الإلغاء دليلا يثبت: 3...- أن قرار التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده أو لا يشمل اتفاق العرض على التحكيم، أو أنه يشتمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق"، وكذا القوانين التي حددت حدوده، كالقانون المغربي (الفصلان 26-327 و 49-327 من ق.م.م) والقانون الفرنسي (المادتان 1492 و 1510 من ق.م.م) والقانون التونسي (الفصلان 42 و 78 من مجلة التحكيم).

المطلب الثاني

سلطة المحكم في تعديل النطاق الموضوعي

لخصومة التحكيم

سبق القول أن ولاية المحكم تنحصر في نطاق الخصومة حسبما حددتها طلبات الأطراف في وثيقة التحكيم. غير أن التساؤل يثور عما إذا كان يقصد بهذا النطاق: النطاق الأولي أو النطاق النهائي. ذلك أن الأصل أن يبقى نطاق الخصومة منذ بدايتها حتى نهايتها دون تعديل إعمالا لمبدأ ثبات النزاع. غير أننا نبادر إلى القول بأن هذا الأصل يبقى نظريا خالصا، بحيث يتراجع أمام الواقع العملي الذي يفرض ضرورة

تعديل النطاق الأولي للخصومة تارة بالتضييق، وهذا نادر. وتارة بالاتساع وهذا شائع⁽³⁶⁸⁾. وهو الأمر الذي يفرض على المحكم مجموعة من الضوابط "الفقرة الأولى".

ومعلوم أن الوسيلة الفنية لتعديل نطاق الخصومة هي الطلبات العارضة، وهو الأمر الذي يقتضي البحث في مدى اتساع ولاية المحكم لتكون له ولاية تكميلية للنظر في الطلبات الإضافية والطلبات المقابلة "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

ضوابط تعديل النطاق الموضوعي الأولي لخصومة التحكيم

إن مبدأ حياد هيئة التحكيم وما يقتضيه من الالتزام بعناصر النزاع، وخاصة العنصر الموضوعي لا يعني جمود أو ثبات هذا العنصر عند بدايته كما حدده الأطراف، بل يجوز لهم تعديله في أية مرحلة من مراحل الخصومة. ويجب على هيئة التحكيم أن تفسح لهم المجال لذلك، وذلك إعمالاً لحقوق الدفاع، على ألا يكون ذلك على حساب قيمة الوقت في خصومة التحكيم، وهي قيمة غالية يستمد التحكيم شرعيته من الحفاظ عليها.

ولذلك نصت المادة 2/23 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: " ما لم يتفق الطرفان على شيء آخر، يجوز لكل منهما أن يبدل طلبه أو دفاعه أو أن يضيف إليهما خلال سير الإجراءات، إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه". وتأخر وقت تقديم طلب التعديل يعني في لغة قانون المسطرة المدنية قفل باب المرافعة. إلا أن هذا لا يعني التلازم الحتمي بين الأمرين. فقد ترى هيئة التحكيم ذلك قبل قفل باب المرافعة، وقد ترى إمكان ذلك بعد قفل باب المرافعة. ولهذا نصت المادة 26 من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري⁽³⁶⁹⁾ على أنه: " يجوز للهيئة إما تلقائياً أو بناء على طلب أحد طرفي النزاع أن

³⁶⁸ - NORMAND (J.) : « *Le juge et le litige* ». Thèse, Lille, 1961, p.50 et suiv.

³⁶⁹ - اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي أقرها مجلس وزراء العدل العرب (والتي تعتبر المملكة المغربية عضواً في هذه الاتفاقية) في دورته الخامسة بقرار رقم 80/د 5 بتاريخ 14/4/1987.

تقرر في أي وقت بعد قفل باب المرافعة وقبل النطق بالقرار فتح باب المرافعة من جديد لأسباب وجيهة".

والأسباب الوجيهة هنا هي مناط إعادة فتح باب المرافعة، وهي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، على أن تأخذ أقصى درجات الحيطة والحذر عند إعادة فتح باب المرافعة لقطع الطريق على هواة الكيد والمطل، خاصة أن الخصم بعد قفل باب المرافعة قد يستشعر ضعف موقفه في الدعوى فلا تهمه السرعة في إصدار الحكم فيها، بقدر ما يهمله إعاقة هيئة التحكيم في إصدار قرارها.

ومن الضمانات الأساسية في هذا الشأن هو أنه عندما أجازت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي للمدعى عليه أن يقدم طلبات عارضة اشترطت أن تكون ناشئة عن نفس العقد أو أن يتمسك بحق ناشئ عن نفس العقد بقصد الدفع بالمقاصة (المادة 3/19). وعندما أجازت للطرفين تعديل طلباتهما وأوجه دفاعهما أو استكمالها، قيدت ذلك بقيدين وردا في المادة 20 من هذه القواعد هما: الأول: أنها أعطت لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في قبول تعديل الطلبات وأوجه الدفاع أو استكمالها، فلها أن تقرر قبول ذلك، أو ترى أنه من غير المناسب إجازة التعديل لتأخر وقت تقديمه أو لما قد ينشأ عنه من ضرر للطرف الآخر، أو لأية ظروف أخرى، وذلك احتراماً لقيمة الوقت في الدعوى من ناحية، وعدم الإضرار بالطرف الآخر من ناحية ثانية، واحتراماً لمبدأ النزاهة المسطرية من ناحية ثالثة، حيث قد لا يكون من الملائم قبول هذا التعديل لمفاجأته للخصم الآخر وعدم تمكنه من إعداد الدفاع في الوقت المناسب.

القيد الثاني: هو أنه لا يجوز إدخال تعديلات على طلب يكون من شأنها إخراج هذا الطلب بعد تعديله عن نطاق شرط التحكيم، أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم، وذلك احتراماً لفكرة مبدأ التوقع للأطراف وكذا هيئة التحكيم على حد سواء.

والملاحظ أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اكتفى بالنص على الشق الأول من القيد الأول بالنص في المادة 2/23 على أنه: "ما لم يتفق الطرفان على شيء آخر، يجوز لكل منهما أن يبدل طلبه أو دفاعه أو أن يضيف إليهما خلال سير

الإجراءات إلا إذا رأت هيئة التحكيم أن من غير المناسب إجازة مثل هذا التعديل لتأخر وقت تقديمه".

أما بالنسبة لنظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فقد كان له موقف آخر، حيث ميز بين المرحلة السابقة على توقيع أو اعتماد وثيقة التحكيم والمرحلة اللاحقة.

المرحلة الأولى: نصت عليها المادة 6/4 بقولها إنه: "إذا قدم طرف من الأطراف طلب تحكيم مرتبط بعلاقة قانونية تشكل موضوع تحكيم بين نفس الأطراف خاضع لهذا النظام، فإنه يجوز للهيئة بناء على طلب أحد الأطراف أن تقرر ضم الطلب أو الطلبات المقدمة لتتظر فيها مع التحكيم القائم، شرط ألا يكون قد تم بعد التوقيع على وثيقة المهمة أو قد اعتمدها الهيئة، فلا يمكن ضم الطلبات إلى التحكيم القائم إلا طبقاً للشروط المنصوص عليها في المادة 19".

المرحلة الثانية: وهي التي تأتي بعد توقيع أو اعتماد وثيقة المهمة حيث نصت المادة 19 من نفس النظام على أنه: "لا يجوز للأطراف بعد التوقيع على وثيقة المهمة أو اعتمادها من طرف الهيئة أن يتقدموا بأي مطالب أو ادعاءات مقابلة جديدة خارج نطاق وثيقة المهمة، إلا إذا أجازت محكمة التحكيم ذلك آخذة بعين الاعتبار طبيعة هذه الطلبات أو الادعاءات المقابلة الجديدة، والمرحلة التي بلغتها إجراءات التحكيم أو أية ظروف أخرى ذات صلة".

وبخصوص موقف المشرع المغربي من هذه المسألة، فالأصل أن الطلبات العارضة جائزة في خصومة التحكيم سواء كانت طلبات إضافية من قبل المدعي، أو طلبات مقابلة من قبل المدعى عليه، غير أن مناه ذلك وقيد الأسس هو أن تكون تلك الطلبات مرتبطة بموضوع النزاع، وألا يكون من شأنها تعطيل الفصل في النزاع. ولذلك نصت الفقرة الثانية من الفصل 14-327 من ق.م.م المغربي على أنه: "يجب على المدعى عليه أن يرسل خلال الموعد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي ولكل واحد من المحكمين مذكرة جوابية مكتوبة بدفاعه، رداً

على ما جاء بمذكرة الدعوى، وله أن يضمن هذه المذكرة طلبات عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشيء عنه بقصد الدفع بالمقاصة".

ويستفاد من هذا الفصل أن جواز تقديم الطلبات المقابلة من طرف المدعى عليه مرهون بأن تكون متصلة بموضوع النزاع من ناحية، وأن تقدم في مذكرة الدفاع من ناحية أخرى. فإذا قدمت بعد ذلك في أي مرحلة من الإجراءات، فإن ذلك يكون مرهونا بسلطة هيئة التحكيم وما تقدره من مبررات مقبولة.

ولئن كان الفصل 14-327 من ق.م.م المغربي لم يشر إلى إمكانية تقديم طلبات إضافية من طرف المدعي، إلا أن هذا يبقى جائزا بموجب الفقرة الخامسة من نفس الفصل التي أجازت: " 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".

والواقع أن المشرع المغربي إذ أجاز تقديم طلبات عارضة في خصومة التحكيم، فإنه لم يترك ذلك بلا ضوابط، بل أوجب أن تكون تلك الطلبات متصلة بموضوع النزاع، وهذا الاتصال يعتبر أعلى درجات الارتباط الذي لا يقبل التجزئة، وتقدير ذلك يرجع إلى سلطة المحكم التقديرية.

وهكذا يتضح بأن الأصل في المرحلة الأولى المرتبطة بما يعرف ببيان الدعوى هو قبول الطلبات العارضة، بشرط أن تكون مرتبطة بالعلاقة القانونية الأساسية محل التحكيم. أما في المرحلة الثانية والمتمثلة في سير إجراءات التحكيم، فالأصل هو عدم قبول هذه الطلبات إلا إذا كانت طبيعتها والمرحلة التي وصلت إليها خصومة التحكيم تسمح بقبولها على سبيل الاستثناء حسب تقدير هيئة التحكيم.

الفقرة الثانية

سلطة المحكم في قبول الطلبات الإضافية والمقابلة

يتمتع المحكم بسلطة تقديرية في قبول تعديل نطاق الخصومة. هذه السلطة التقديرية تستند إلى جانبين: جانب شخصي: يتحدد تبعا لقدرة المحكم على حسم

النزاع وضمنان أتعابه. وجانب موضوعي: يتعلق بسرعة حسم النزاع والمرحلة التي وصلت إليها الإجراءات المسطرية، ومدى جوهرية التعديل الذي يطراً على الخطة المسطرية، هذا بالإضافة إلى قابلية الطلب الإضافي أو المقابل للتحكيم فيه قانوناً.

أولاً: سلطة المحكم في قبول الطلبات الإضافية

يقصد بالطلب الإضافي ما يقدمه المدعي في مرحلة لاحقة على تقديم الطلب الأصلي. والأصل أن نطاق الخصومة يتحدد بالطلب الأصلي والذي قد يتمثل في طلب واحد أو عدة طلبات مرتبطة، ويتقيد بعناصر الدعوى ومنها سبب الخصومة ومحلها.

غير أن هذه القاعدة ترتبط بالعلة من وجودها، فالهدف من حظر تقديم طلبات إضافية هو عدم مفاجأة الخصم أو تعقيد الإجراءات و تعطيلها، أي أنها مقرررة حماية للخصوم. ومن تم يمكن للأطراف الاتفاق على تعديل نطاق الخصومة، ويتولى المحكم في هذه الحالة تحرير ملحق لوثيقة المهمة تجنباً لإبطال الحكم لتجاوز نطاق موضوع الخصومة. ويظل المحكم ملتزماً باحترام نطاق الخصومة⁽³⁷⁰⁾، فلا يملك تغيير موضوع الطلب الأصلي أو سببه، أي الأسس القانوني للدعوى، أو الخروج عن الوقائع الثابتة لديه، أو موضوع اتفاق التحكيم كلية، أو قبول ادعاء غير جائز التحكيم فيه.

وتنص الفقرة الخامسة من الفصل 14-327 من ق.م.م على أنه: "لكل من طرفي التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات التحكيم". وعلى هذا فإنه يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه في خصومة التحكيم تعديل طلباته أو الإضافة إليها. وهذا التعديل قد يكون لازماً، إذ قد يتبين للمدعي أنه في حاجة إلى تعديل طلبه الأصلي أو إضافة طلبات أخرى وذلك على ضوء المستجدات الجديدة التي قدمت من قبل الطرف الآخر.

والواقع أن تعديل الطلب أو الإضافة إليه لا يثير أية مشكلة إذا قدم في مرحلة تبادل المذكرات بين الطرفين. أما إذا قدم بعد هذه المرحلة أو أثناء المرافعة الشفوية، فإن المسألة تدق لأنه يقتضي من هيئة التحكيم تأجيل الجلسة لإتاحة

³⁷⁰ - محمد نور عبد الهادي شحاته: "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، طبعة 1993، ص 380.

الفرصة للطرف الآخر للرد على هذا التعديل وتقديم أوجه الدفاع بشأنه. ولهذا فإن نص الفصل 14-327 منق.م.م المغربي وإن كان قد أجاز للطرفين تعديل طلباتهما أو الإضافة إليها خلال إجراءات التحكيم وفي أية مرحلة منها، فإنه قيد ذلك بسلطة هيئة التحكيم التي لها أن تقبل ذلك أو ترفض التعديل منعا من تعطيل الفصل في النزاع. لهذا فإنه إذا كان طلب التعديل قد قدم في مرحلة متأخرة من التحكيم، كان للهيئة التحكيمية التصريح بعدم قبول التعديل.

ثانياً: سلطة المحكم في قبول الطلبات المقابلة

يهدف الطلب المقابل إلى رد دعوى المدعي، ليتجاوز بذلك كونه دفعا أو وسيلة دفاع، إلى إلزام المدعي بأداء معين. وغالبا ما يثير المدعي عليه ادعاءات مقابلة، كأن يطلب إجراء المقاصة أو المطالبة بالتزام مقابل أو بالتعويض. ولاشك أن هذا الطلب يرتبط إلى حد كبير بحق الدفاع، كما أنه يعين المحكم على فهم ظروف النزاع، ويحقق اقتصادا في الوقت والنفقات، لأنه يغني عن رفع دعوى جديدة، إلا أنه يؤدي أيضا إلى اتساع نطاق الخصومة وإطالة أمد النزاع. لذلك اشترط المشرع المغربي إسوة بباقي التشريعات إثارته في بداية الدعوى منعا للتسويق والمماطلة. وهكذا نصت الفقرة الثانية من الفصل 14-327 من ق.م.م على أنه: "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".

ويتعين أن يتحد سبب الطلب المقابل والسبب الأصلي للدعوى، وفي هذه الحالة لا يملك المحكم أي سلطة تقديرية في عدم قبول الطلب المقابل. بمعنى أنه يبقى ملزما بالتحقيق فيه، إلا أن ذلك لا يحول دون رفضه لاحقا إذا قدرت هيئة التحكيم أنه يخرج عن نطاق اتفاق التحكيم والكل تحت رقابة محكمة البطلان.

أما إذا تم تقديم الطلب المقابل من طرف المدعي عليه استنادا إلى مقتضيات الفقرة الخامسة من الفصل 14-327 من ق.م.م أي أثناء سير الإجراءات، فإن المحكم

يمارس سلطة تقديرية موضوعية في قبول هذا الطلب المقابل، مستعينا في ذلك بنفس المعايير التي يخضع لها قبول الطلبات العارضة من قابلية الطلب للتحكيم فيه، وعدم خروجه عن نطاق اتفاق التحكيم على النحو الذي حدده الخصوم، والمرحلة التي وصلت إليها إجراءات التحكيم ، و عند قبول المحكم للطلب المقابل ، فإنه يلتزم باحترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة. ولا تختلف سلطة المحكم إزاء الطلب العارض سواء في التحكيم بالقانون أو التحكيم بالإنصاف.

والاتجاه الذي كرسه المشرع المغربي يتماشى مع التوجهات المعاصرة المتفقة مع ما تقتضيه خصومة التحكيم من تحديد مرن لولاية المحكم في قبول اتساع نطاق الخصومة، وعدم التقيد بالنطاق الأولي لها، استنادا إلى أسس أربعة تتدرج تحت عموم ضمانات التقاضي الأساسية وهي:

- **الأسس الأول:** هو مبدأ الاقتصاد الإجرائي، والذي يعني ترشيد الوقت والجهد والنفقات في الخصومة، و هو ما يقتضي تجميع كافة المسائل الفرعية في يد واحدة بدلا من تشتيتها بين أكثر من جهة ،أو محكمة ،أو محكم.

- **الأسس الثاني:** وهو مبدأ حسن التقدير القضائي، وهو يتفرع عن مبدأ عام هو حسن سير العدالة. ذلك أن عمل المحكم من هذه الزاوية واحد. وهذا العمل التقديري يقتضي أن يكون لدى المحكم الخلفية الشاملة لكل وقائع النزاع، حتى يحسن التقدير، فليس من حسن سير العدالة تشتيت الوقائع بين أكثر من جهة أو محكمة أو محكم.

- **الأسس الثالث:** مبدأ فاعلية الأحكام، بمنع تعارضها حتى يمكن تنفيذها، وإلا تحولت العملية التحكيمية أو القضائية ككل إلى مأساة حقيقية، حيث يكون بيد كل منهما حكما متعارضا مع الآخر، فلا يستطيع أي منهما تنفيذه.

- **الأسس الرابع:** مبدأ احترام حقوق الدفاع، ذلك أنه من مقتضيات هذا الاحترام أن يمكن الخصم من إبداء ما يراه مناسبا للدفاع عن حقه أو تأييد ادعائه بمقتضى مسائل فرعية، يفصل فيها نفس القاضي الذي ينظر الدعوى الأصلية.

وعليه، فإن المشكلة لم تعد في تقرير مبدأ اتساع ولاية المحكم باتساع نطاق الخصومة، ولكن أصبحت المشكلة في وضع الضوابط الكافية لتحديد ما يعتبر من

الطلبات العارضة متصلا بموضوع النزاع على حد تعبير المشرع المغربي في الفصل 14-
2/327 من ق.م.م، أو مرتبطا برابطة كافية على حد تعبير المشرع الفرنسي في المادة 4
من ق.م.م المحال عليها بمقتضى المادة 1464 و1506 من نفس القانون، لأن عدم كفاية
هذه الضوابط سوف يفتح الباب على مصراعيه لدعوى بطلان حكم التحكيم بسبب
تجاوز المحكم لحدود ولايته⁽³⁷¹⁾.

³⁷¹ - **ROBERT (J.)** : « *L'arbitrage, droit interne et droit international privé* » avec la collaboration
de **B. MOREAU**, Dalloz, 6^{eme} éd, 1993, p.135.

الفصل الثاني

سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق وفي تعديل التزامات الأطراف

لابد لكل اتفاق في أية علاقة تعاقدية من قانون يحكمه ويبين شروطه وحدوده، فلا يتصور وجود أي اتفاق أو عقد له قوة إلزام ذاتية، إذ لابد أن يرتبط الاتفاق أو العقد بنظام قانوني معين يمنحه قوة الإلزام ويرتب له آثاره. وعقد التحكيم هو إحدى الصور العقدية التي تحكمها هذه القاعدة⁽³⁷²⁾.

وجوهر التحكيم التجاري وهدفه الرئيسي يتلخص في مسائل ثلاث هي: أولاً: البحث عن مجموعة القواعد القانونية المناسبة للفصل في النزاع حول عقد التحكيم ذاته. ثانياً: تحديد الإجراءات المناسبة الواجب اتباعها لممارسة التحكيم. وأخيراً: حل النزاع الموضوعي دون ارتباط بقانون وطني معين.

وتجدر الإشارة إلى أن إرادة الأطراف في التحكيم تلعب دوراً رئيسياً مهماً في اختيار القانون الواجب التطبيق. غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، بل تجد حدودها في القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام. والملاحظ عملاً، أنه غالباً ما يؤثر الخصوم ترك أمر تحديد القانون الواجب التطبيق للمحكم وفقاً لمعايير موضوعية لسد الفراغ القانوني الذي خلفه الأطراف بعدم اختيارهم للقانون الواجب التطبيق، "الفرع الأول".

وإلى جانب سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق والتي يستمدّها كأصل من إرادة الأطراف، فإن المحكم يملك في بعض الأحيان سلطة تعديل التزامات الأطراف. وهي مسألة تتعلق بجوهر مهمة المحكم وتدور حولها أهم

³⁷² - أحمد السمدان؛ "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس - يونيو 1993، ص 173.

السلطات التي يمارسها من مرحلة سماع ادعاءات الخصوم إلى مرحلة انتهاء الإجراءات أمامه وإصدار الحكم، بما يترتب عن ذلك من تعديل لمراكزهم القانونية، وذلك في إطار القانون الواجب التطبيق وأحكام العقد. وتتضاعف أهمية سلطات المحكم في هذه المرحلة عندما يدور موضوع النزاع حول شروط العقد، أو عند وجود ظروف طارئة تستوجب تعديله أو مراجعة أحكامه، "الفرع الثاني".

الفرع الأول

نطاق سلطة المحكم إزاء القانون المطبق

على موضوع النزاع

لابد من الإشارة في البداية إلى أن المقصود بالقانون الواجب التطبيق ليس هو القانون الوطني لدولة معينة، بحيث يجب أن نربط التحكيم بهذا القانون الوطني أو ذاك. كما ليس المقصود به ما اصطلح على تسميته بالقانون الدولي الخاص الذي يخرج عن نطاق القوانين الوطنية، بل نقصد به مجموعة القواعد القانونية التي يصل المحكم إلى أنها المناسبة للتطبيق على النزاع سواء أكان مصدرها قانونا وطنيا معيناً، أم كانت مشكلة من مجموعة قوانين وطنية، أم أنها قواعد متعارف عليها في محيط التجارة الدولية بعيداً عن القوانين الوطنية للدول⁽³⁷³⁾.

وإذا كنا قد تطرقنا في الباب الأول إلى بيان الحدود التي قد تصلها أو تقف عندها سلطات المحكم المسطرية، مستعلمين سلطان الإرادة كضابط أو معيار في رسم تلك الحدود، فإن الأمر لا يختلف كثيراً بالنسبة لرصد الحدود التي يمكن أن تصلها سلطات المحكم إزاء القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. إلا أنه مع ذلك يجب التسليم بأن سلطة المحكم تتوسع أكثر في هذا الفرض الأخير مقارنة مع سلطاته بشأن تحديد وإعمال إجراءات التحكيم المسطرية. ولعل السبب يرجع إلى كون القانون الذي يحكم موضوع النزاع يعتبر قانون غاية، يجسد حقوق والتزامات الطرفين ويعين حدودها وأوصافها، بخلاف القانون الذي يحكم الإجراءات المسطرية والذي يعتبر فقط قانون وسيلة يتم بها الوصول إلى الثاني. غير أن ما يجب الإقرار به هو أن مبدأ سلطان الإرادة يبقى في سائر الأحوال معياراً صادقاً في رسم حدود سلطة المحكم في هذا الإطار.

³⁷³ - أحمد السمدان: "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 174.

والواقع أن ما يواجهه المحكم وهو يضطلع بمهمة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يتلخص أساساً في مسألة البحث عن القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع من خلال البحث عن إرادة أطراف النزاع في هذا الشأن سواء الصريحة أو الضمنية، أو من خلال تطبيقه لقواعد القانون الدولي الخاص في حالة غياب اتفاق الأطراف، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المحكم كثيراً ما يواجه بعض الحالات التي يتعين عليه الفصل في النزاع وفقاً لقواعد وأعراف التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة أو المشتركة المعمول بها في المجتمع الدولي باعتبارها قانوناً طليقاً لا يرتبط بأي من القوانين ذات الصلة المفترضة بموضوع النزاع⁽³⁷⁴⁾.

وبناء على ما تقدم، فإن الأمر يقتضي تحديد سلطة المحكم إزاء القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك في صورتين: الأولى: تتعلق بحدود سلطة المحكم مع وجود اتفاق الأطراف "المبحث الأول". أما الحالة الثانية: فتتعلق بحدود سلطات المحكم في غياب اتفاق الأطراف، أي في غياب استعمال مبدأ سلطان الإرادة، بحيث تتوسع سلطاته في هاته الحالة "المبحث الثاني".

³⁷⁴ - محمد حسين بشايرة: "حكم التحكيم المرسل: مفهومه وتنفيذه، دراسة لفكرة إلغاء دعوى البطلان أو الحد من آثارها ضد أحكام التحكيم"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3 السنة 31، شتبر 2007، ص 242 وما يليها.

المبحث الأول

تقييد سلطة المحكم إزاء القانون المطبق على موضوع النزاعي ضوء اتفاق الأطراف

إن الثابت من خلال مطالعة أنظمة التحكيم الوطنية⁽³⁷⁵⁾ أو الدولية⁽³⁷⁶⁾، هو أن سلطة المحكم تتقيد بما يختاره أطراف التحكيم من قانون مطبق على موضوع النزاع. فالمحكم يبقى مبدئياً محدود السلطة في هذا الإطار مع وجود قانون موضوعي متفق عليه من قبل الأطراف، مما يعني أن هذا القيد أو هذه القاعدة تبقى عامة ويلزم مراعاتها من طرف المحكم تحت طائلة قيام مفترض البطلان.

ويقصد باتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق وحدة إرادتهم على نحو يؤكد اختيارهم لقانون معين ليحكم العقد الخاص بهم. والمراد هنا هو الاختيار الصريح⁽³⁷⁷⁾. أما الإرادة الضمنية فإنها تحتاج من المحكم البحث عن تلك الإرادة والكشف عنها، ويعد هذا في حقيقة الأمر - كما سنرى لاحقاً - حالة من حالات تخلف اتفاق الأطراف.

³⁷⁵ - الفصل 18-327 من ق.م.م المغربي المتعلق بالتحكيم الداخلي والذي يقابله الفصلان 44-327 و45-327 من نفس القانون المتعلق بالتحكيم الدولي. وقد أعطى المشرع المغربي نفس الحكم فيما يتعلق باختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، دون تمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. وهو نفس المسلك الذي نهجه المشرع التونسي عندما وحد الأحكام بمقتضى الفصل 14 من مجلة التحكيم بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي. وكذا المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 1478 من ق.م.م بشأن التحكيم الداخلي والمادتين 1511 و1512 من نفس القانون والمطابقتين للفصلين 44-327 و45-327 من ق.م.م المغربي، مع بعض التفصيل فيما يتعلق بالتحكيم الدولي. وهو الأمر الذي حدا بنا إلى عدم التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لاتحاد النسق الغالب بينهما في هذا الإطار.

³⁷⁶ - المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي أوضح بشكل مفصل و شامل القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع.

³⁷⁷ - عمرو محمد إبراهيم خليفة: "سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع"، دار النهضة العربية، طبعة 1990، ص 127 وما بعدها.

ويلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، وذلك استنادا إلى أن اختيار المحكم ذاته يعتمد على رضا الخصوم به، وعلى أسس هذا الرضا يتم تحديد السلطة التي يتمتع بها المحكم⁽³⁷⁸⁾.

فالمحكم لا يملك سوى أن يحترم هذا الاختيار⁽³⁷⁹⁾، ومن ثم لا يملك تقدير الأسس الذي بمقتضاه تم هذا الاختيار للقانون الواجب التطبيق من قبل الأطراف⁽³⁸⁰⁾، "المطلب الأول". غير أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة في حقيقته قاعدة عامة، فإن التساؤل الذي يطرح هو: هل لهذه الإرادة حدود معينة؟ وما هو دور المحكم في هذا الصدد؟

الحقيقة أن المحكم يبقى في الأخير هو المسؤول عن حسن تسوية النزاع، مما يعني أن خيارات الأطراف لا تكون في سائر الأحوال مطلقة أو محجمة لسلطة المحكم، بل يتعين عليه التدخل في بعض الحالات من أجل تصحيح الأوضاع "المطلب الثاني".

المطلب الأول

حرية الأطراف في اختيار القواعد المطبقة

على موضوع النزاع

يتأسس التحكيم على إرادة الأطراف، فطبيعته الرضائية النابعة من إرادتهم انعكست على حقهم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة. فالأصل الاتفاقي للتحكيم يعطي للأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون أو القواعد التي يطبقها المحكم على المنازعات المعروضة عليه دون توافر رابطة بين هذا القانون وبين العقد محل النزاع. ونميز في هذا الإطار بين تطبيق هيئة التحكيم للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف على موضوع النزاع، "الفقرة

³⁷⁸ - أحمد قسمت الجداوي وأبو العلا علي أبو العلا: "المحكم، دراسة تحليلية لإعداد المحكم"، دار أبو المجد القاهرة، طبعة 2002، ص 69.

³⁷⁹ - أشرف عبد العليم الرفاعي: "النظام العام و التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية 1998، ص 294.

³⁸⁰ - SALPIUS (E.): « Arbitration in Eastern Europe », international arbitration journal, Issue2, 2006, p.72.

الأولى"، وبين فصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون عندما يفوض لها طرفا التحكيم ذلك، "الفقرة الثانية".

أعطت التشريعات المعاصرة للأطراف حرية اختيار القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث نصت الفقرة الأولى من الفصل 18-327 من ق.م.م المغربي على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان". كما نص الفصل 44-327 من نفس القانون على أنه: "تحدد في اتفاق التحكيم بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على هيئة التحكيم تطبيقها على جوهر النزاع". وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في المادتين 1478 و1511 من ق.م.م، وأنظمة التحكيم الدولية⁽³⁸¹⁾، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم⁽³⁸²⁾. كما أكده أيضا القضاء⁽³⁸³⁾، وذلك بإعطاء أطراف التحكيم الحرية الكاملة في تحديد القانون الموضوعي الواجب التطبيق على موضوع النزاع، طالما لا ينطوي ذلك على مسلسل بالقواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام في الدولة أو الدول المعنية، أو أن يكون هذا الاختيار مشوبا بالغش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع.

وهكذا يتضح من المادة 3/13 من نظام التحكيم لغرفة التجارة بباريس، والمادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 1/7 من اتفاقية جنيف أنها

³⁸¹ - تنص المادة 3/13 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس على أنه: "لطرفين كل الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع". المادة 1/33 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي و المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

³⁸² - تنص المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1966 على أنه يكون للطرفين حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع، والمادة 1/42 من اتفاقية واشنطن لعام 1966 بشأن تسوية منازعات الاستثمار، والمادة 1/7 من اتفاقية جنيف لعام 1961 والتي تم النص فيها على مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يطبقه المحكم على موضوع النزاع.

³⁸³ - Cass .Civ. 30 sept. 1981, Rev. arb. 1981, p.431.

- Sentence C.C.I n° 2119, J.D.I. 1979. p.997.

- Sentence C.C.I n°863, D.M.F. 1993, p.668.

أجازت للأطراف الاتفاق على اختيار القانون الذي يطبقه المحكم الدولي على موضوع النزاع. بينما أجاز الفصلان 18-327 و44-327 من ق.م.م والمادتان 1478 و1511 من ق.م.م ف للأطراف اختيار قواعد القانون التي يجب على المحكم تطبيقها على هذا الموضوع. لهذا يثار التساؤل عما إذا كان هناك فرق بين تقييد المحكم بالقانون الذي اختاره الطرفان، وتقييده بقواعد القانون التي قد يقع عليها اختيارهما؟.

الحقيقة أنه يوجد فرق بين الاصطلاحين، إذ بينما تكون حرية الطرفين مقيدة وفقا للاصطلاح الأول باختيار قانون وطني محدد يتقيد المحكم بدوره بالحكم على مقتضاه، فإن الطرفين وبالتبعية يتحرران من هذا القيد وفقا للاصطلاح الثاني. ذلك أنه في الاصطلاح الأخير يجوز للطرفين اختيار قواعد القانون التي يلزم المحكم بتطبيقها على موضوع النزاع ولو لم يكن منصوص عليها في قانون محدد، كالقواعد المستمدة من المبادئ العامة للقانون أو الأعراف أو العادات التجارية، والتي تشكل مجموعة مانعة من القواعد المعيارية التي يعتمد عليها في حل النزاع⁽³⁸⁴⁾.

والواقع أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يخرج عن فرضين، الأول: وهو اختيار الأطراف لقانون وطني للفصل في النزاع. والثاني: اختيارهم لقواعد قانونية دولية.

أولا: اختيار الأطراف لقوانين وطنية

كما سبق البيان، فإن حرية الأطراف في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع تكاد تكون مطلقة. إلا أن السؤال المطروح هو: هل يعد اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة أم أنه مجرد تعبير عن مفهومهم المتعلق بتركيز علاقتهم القانونية في إطار قانوني معين؟.

الحقيقة أنه إذا سلمنا بأن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يعد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن المحكم لا يستطيع أن يخضع ذلك الاختيار لرقابته

³⁸⁴ - GOLDMAN (B.) : « *Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé* », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol 1.1963 p. 347 et suiv.

من حيث مدى مشروعيته وملاءمته للفصل في النزاع، ويتعين عليه احترامه على أنه جزء من التعاقد. أما إذا أخذنا بالمفهوم الثاني، وهو أن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يعتبر مجرد تعبير عن مفهوم المتعاقدين بالنسبة لتركيز علاقتهم القانونية في إطار قانوني معين، فإن المحكم سيقوم باستخلاص النتيجة القانونية بعد الفحص والمراجعة ليقرر ما هو القانون الواجب التطبيق للفصل في النزاع⁽³⁸⁵⁾.

ويمكننا القول بأن النتائج المترتبة عن الأخذ بأحد المفهومين مختلفة. فإذا استندنا إلى المفهوم الأول، وهو أن اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يعد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فإنه سوف يتعذر البحث عما إذا كانت العلاقة العقدية يشوبها ابتداء سبب من أسباب البطلان، وذلك لأن المحكم سوف يطبق القانون المختار استناداً لمبدأ سلطان الإرادة دون فحص أو مراجعة، وأيضا مادامت القواعد القانونية أصبحت أحد الشروط التعاقدية، فإن كلا المتعاقدين يستطيع أن يستبعد أية تعديلات قد تطرأ مستقبلاً على النظام القانوني الوطني المختار، باعتبار أن إرادة الأطراف انصرفت إلى النظام القائم حين التعاقد. وهو ما يعبر عنه بفكرة تثبيت العلاقة العقدية على نحو ما هو قائم وقت التعاقد، أو ما يعرف بفكرة الثبات التشريعي.

أما إذا كان اختيار المتعاقدين للقانون الواجب التطبيق يعد مجرد تعبير عن مفهوم المتعاقدين بالنسبة لتركيز علاقتهم القانونية في إطار قانوني معين، يتعاقدون بمناسبة لفصل في العلاقة القانونية، فإن المحكم سوف يبحث عما إذا كانت العلاقة القانونية يشوبها سبب من أسباب البطلان ويتحقق من صحة العلاقة وفقاً للقانون الذي تم تركيز العلاقة القانونية في إطاره. وهكذا إذا حدث تعديل في النظام القانوني الذي اختاره الطرفان، فإن هذا التعديل سوف يمتد إلى العقد بشكل مباشر، ولا يمكن لأطراف العلاقة العقدية استبعاد هذا التعديل⁽³⁸⁶⁾.

³⁸⁵ - سامية راشد: "دور التحكيم في تدويل العقود"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1990، ص 12.

³⁸⁶ - SWANSON (P.) : « Arbitration clauses, What Law Governs and who decides ? » International Arbitration Journal, Issue 2- 2008, p.35.

ورغم وجاهة هذا الرأي الأخير، إلا أنه لا يمكننا التسليم به في مجال التحكيم، وخاصة في مجال عقود التجارة الدولية. فمبدأ سلطان الإرادة يعد بمثابة الركيزة الأساسية في مجال التحكيم، بالإضافة إلى تحقيقه للمصالح المشروعة التي يرمي إليها الأطراف . فقضاء التحكيم يميل إلى إدماج القانون المختار في العقد، والمحكم يستمد سلطاته في الأصل من إرادة المتعاقدين، وبالتالي يجب عليه احترام إرادتهم وعدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة⁽³⁸⁷⁾.

والجدير بالذكر أنه على الرغم من الاحترام الشديد لاتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق، إلا أن هذا لا يمنع من مراعاة بعض الضوابط، بحيث يجب ألا يكون اختيار الأطراف مخالفا للنظام العام، أو يشوبه غش نحو القانون، مما يؤدي إلى استبعاد ذلك القانون.

وعلى العموم، يترتب عن اعتماد مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج فيما يخص مدى حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق. فهم ليسوا فقط أحرارا في اختيار أي قانون وطني ولو لم تكن له صلة بالعلاقة محل النزاع، أو عدة قوانين وطنية يختص كل واحد منها بحكم جانب معين من النزاع، بل بإمكانهم أيضا تجميد القانون المختار في الزمان.

أ . اختيار قانون وطني محايد

لقد كان التوجه الغالب في مجال القانون الدولي الخاص أن حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مقيدة بقيد أساسي، مؤداه أن القانون المختار يجب أن تكون له علاقة موضوعية بجوهر النزاع⁽³⁸⁸⁾، وإلا اعتبر اختيار قانون آخر من قبيل التحايل على القانون. إذ أنه يرمي إلى إخراج العقد أو

³⁸⁷ - محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي"، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2000، ص 348.

³⁸⁸ - FOUCHARD (Ph.), GOLDMAN (B.) et GAILLARD (E.): « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit. p.804.

المعاملة عن إطاره القانوني الطبيعي والخروج به عن محيطه القانوني الأصلي، وهو ما تأباه النظريات المتصفة بالموضوعية⁽³⁸⁹⁾.

غير أن هذا التوجه وقع التخلي عنه تدريجيا، فأصبحت قوانين التحكيم المعاصرة⁽³⁹⁰⁾، ومعها الفقه⁽³⁹¹⁾، يقرون بأنه للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، ولو لم يكن بينه وبين العقد أية صلة، وذلك تحقيقا لمبدأ سلطان الإرادة.

ويرى البعض⁽³⁹²⁾ أن اعتماد الأطراف لقانون محايد ليحكم العقد الدولي والنزاعات الناشئة عنه، كثيرا ما يفسر باعتبارات سياسية أكثر منها قانونية، وأحيانا يقوم هؤلاء بالتمييز بين الأنظمة القانونية المعروفة، فيختارون تبعا لذلك نظاما معيناً يحقق التقارب بين قوانين كل واحد منهم.

ومهما كانت الاعتبارات السابقة، فإن اختيار قانون ليست له علاقة موضوعية بالنزاع في ظل التشريع المغربي، أي طبقا للفصلين 18-327 و 44-327 من ق.م.م، يظل اختيارا صحيحا، وإن كنا نرى أن القيد الحقيقي الذي يرد على حرية الأطراف عند اختيار القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع يتمثل في حسن النية. وعليه، فإنه لا يجوز الاتفاق على اختيار قانون دولة ما بهدف الهروب من القواعد الآمرة في القانون الأكثر ملاءمة لحكم النزاع.

ويلحظ أن الاجتهاد التحكيمي يقر بحق الأطراف المطلق في اختيار أي قانون وطني لتنظيم الرابطة العقدية وما ينشأ عنها من نزاع، دون اشتراط أن تكون هناك

³⁸⁹ - أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، مرجع سابق، ص 588.

³⁹⁰ - الفصلان 18-327 و 44-327 من ق.م.م المغربي والمادتان 1478 و 1511 من ق.م.م الفرنسي وكذا المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

³⁹¹ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2001، ص 125 وما بعدها.

³⁹² - عبد المنعم كيوه: "اختيار الأطراف للقانون المنطبق على أصل النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة القضاء والتشريع التونسي، العدد 4، 2001، ص 64.

صلة بين القانون المختار والعقد. وفي هذا الإطار قضت هيئة التحكيم في إطار تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس بتطبيق القانون الفرنسي الذي اختاره المتعاقدون لحكم علاقتهم التعاقدية، رغم اتصال النزاع بجل عناصره بسويسرا، وقد بررت هيئة التحكيم في حكمها هذه النتيجة التي انتهت إليها، بتقييدها بإرادة الأطراف ورغبتهم، رغم علم الهيئة بما يتضمنه تطبيق القانون الفرنسي في هذا الفرض من مخالفة للمبادئ العامة في القانون الدولي الخاص والتي تستلزم وجود صلة بين القانون المختار والرابطة العقدية⁽³⁹³⁾.

ب اختيار مجموعة من القوانين

إن إقرار حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع التحكيم، يدعونا إلى التساؤل حول حق الأطراف في اختيار قانون أو أكثر ليحكم العقد محل النزاع، أو ما يعرف بفكرة تجزئة العقد الدولي⁽³⁹⁴⁾.

يذهب جانب من الفقه إلى أنه يجب الحفاظ على وحدة العقد وإخضاعه إلى قانون واحد. ويستند هذا الرأي إلى أن تجزئة العقد سوف تقطع أوصال العلاقة التعاقدية، ويخل بالتوازن العقدي والاستقرار اللازم للعلاقة التعاقدية، فضلا عن تعارضه مع روح القانون الذي قرر للمتعاقدين حق اختيار قانون العقد، وليس حق اختيار قوانين العقد⁽³⁹⁵⁾.

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن تجزئة العقد تفرض ذاتها سواء قبلنا أم رفضنا. فهناك استحالة لتفادي توزيع العملية التعاقدية بين أكثر من قانون. ذلك أن أطراف النزاع في الواقع العملي، حينما يلجأون إلى تجزئة العقد، فهي رغبة منهم في تفادي انفراد النظام القانوني الوطني بحسم النزاع، بما يفرضه من قواعد أمره واجبة

³⁹³ - Affaire n° 1581, 1971, JDI 1974, p.887.

³⁹⁴ - أحمد عبد الكريم سلامة: "قانون العقد الدولي"، دار النهضة العربية الطبعة الثانية 2008، ص 192 وما بعدها.

³⁹⁵ - أحمد عبد الكريم سلامة: "نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، طبعة 1989، ص 175.

التطبيق، حيث يرى إمكانية تجزئة العقد الدولي قياسا على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق. ويضيف هذا الاتجاه أنه ليس بلازم على الأطراف عند اختيارهم لقانون معين ليحكم موضوع النزاع أن يكون اختيارهم منصبا على أحكام القانون المختار جميعها، بل إنه يمكن أن ينصب على البعض دون الآخر⁽³⁹⁶⁾.

ونحن نميل من جانبنا إلى الاتجاه القائل بإمكانية تجزئة قانون العقد، وذلك تمشيا مع الاتجاه الحديث من الفقه، مما يسمح بقدر من المرونة في العلاقات التعاقدية، ويسهل على المتعاقدين في مجال التجارة الدولية اختيار الأحكام القانونية التي تتماشى مع مصالحهم المشروعة، كل هذا في إطار عدم مخالفة النظام العام أو أن يشوب الاختيار غش نحو القانون، حيث يتدخل المحكم في هذه الحالة لاستبعاد القانون المختار.

ويبدو أن المشرع المغربي قد اعتنق مثل هذا النظر، ذلك أن الفصل 44-327 من ق.م.م ينص على أنه: "تحدد في اتفاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على هيئة التحكيم تطبيقها على جوهر النزاع". ومثل هذه الصياغة تسمح بإمكانية اختيار الأطراف لقواعد قانونية، ينتمي بعضها إلى قانون دولة معينة، وبعضها الآخر إلى دولة أخرى، وهو ما يؤدي في النهاية إلى تجزئة العقد وإخضاعه لأكثر من قانون واحد.

ج- اختيار الأطراف تجميد القانون المطبق في الزمان

تحقق شروط تجميد القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع في الزمان أو ما يعرف بالثبات التشريعي الرغبة المشتركة للأطراف في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية⁽³⁹⁷⁾. إذ يفترض فيهم حين أقدموا على إبرام العقد أنهم قد علموا وقبلوا بأحكام التشريعات النافذة في الدولة التي يراد تطبيق قانونها، بحيث استقر لديهم تصور معين لالتزاماتهم ومصالحهم التي لا يقبلون أي تغيير فيها.

³⁹⁶ - حسين الماحي: "التحكيم النظامي في التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة 2009، ص 185.

³⁹⁷ - **DERAINS (Y.)**: "Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage international", Travaux comité Fr. D.I.P. 1984-1985, p.81.

وقد استند الفقه⁽³⁹⁸⁾ في تبرير اشتراط الأطراف تثبيت القانون الوطني المختار على عدة اعتبارات : أولها: إن الأطراف حينما اختاروا صراحة بما لهم من حرية خولها إياهم مبدأ سلطان الإرادة، تطبيق قانون وطني معين، انصرفت نواياهم إلى القانون الساري وقت التعاقد دون ما يطرأ عليه من تعديل. وبعبارة أخرى، فإن إرادتهم إنما اتجهت إلى القواعد القانونية المختارة على ما هي عليه وقت الاختيار لملاءمتها للتطبيق دون غيرها. ثانيهما : إن القانون الذي يختاره الأطراف يندمج ضمن المشاركة العقدية، وفقا لمذهب إطلاق حرية المتعاقدين، ومن تم يفقد القانون وصفه كتعبير عن إرادة المشرع الذي أصدره، إذ قد صار جزءا من العقد وحكما من أحكامه، سواء أدرجت نصوصه بالعقد ذاته أو أشير إليها بنص من نصوصه. وأخيرا، فإن الصفة الدولية للعقد، ولاسيما العقود التي تبرمها الدولة، تقتضي تغليب إرادة المتعاقدين على إرادة غيرهم ولو كان هو المشرع الوطني.

والملاحظ أن شروط الثبات التشريعي التي يتم بمقتضاها تجميد القانون المطبق في الزمان غالبا ما توجد في العقود التي تبرمها دولة وأحد الأشخاص الأجنبية والمعروفة بعقود الاستثمار أو التنمية الاقتصادية. وهذه الشروط تكون تعاقدية، أي يتم التنصيص عليها في صلب العقد⁽³⁹⁹⁾. ويرجع الحرص على إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود الدولة على هذا النحو، إلى قدرة هذه الأخيرة على تغيير قانونها الواجب التطبيق عادة أثناء سريان العقد، مما قد يخل بالتوازن والأمان الذي ينشده الطرف الآخر في العلاقة العقدية.

ويغلب أن يقترن شرط الثبات التشريعي بشرط مكمل يطلق عليه شرط عدم المسلس أو الاستقرار. وبموجب هذا الشرط ينزع من الدولة إمكانية تعديل الالتزامات

³⁹⁸-WEIL (P.): « *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique* », Mélanges Ch. Rousseau, Paris 1986, p. 301 et suiv.

- GOLDMAN (B.): « *Les contrats entre états et entreprise étrangère* », Economica , 1985, p. 5.

³⁹⁹- مثلا تضمن عقد مبرم سنة 1978 بين الدولة التونسية وإحدى شركات البترول ما يلي: " ... يتم تطبيق القانون التونسي الساري عند توقيع هذا العقد، ويلتزم المحكمون بالارتكاز على قواعد الإنصاف والقانون التونسي المطبق بتاريخ هذا العقد". أورده عبد الكريم سلامة: "نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 94.

التعاقدية بإرادتها المنفردة، لتتوفر بذلك للمستثمر الأجنبي حماية ضد المخاطر التشريعية والإدارية⁽⁴⁰⁰⁾.

وتختلف صياغة شرط التثبيت من عقد إلى آخر، فقد يكون عاما يغطي مجموعة من التشريعات كما قد يقتصر على بعض صور التعاقد فحسب، وقد تختلف تبعا لما إذا قررت الدولة عدم تطبيق كل قانون جديد على العلاقة، أم التزمت بعدم تشديد التزامات المتعاقد الأجنبي فقط.

ويرى البعض أن شروط الثبات التشريعي، لا تتعارض مع مبدأ سيادة الدولة وقدرتها على سن التشريع⁽⁴⁰¹⁾، غير أن ذلك يجب ألا يؤدي إلى سريان تشريعاتها التي تصدر بعد إبرام العقد في شأن العلاقات التعاقدية التي نشأت بينها وبين المستثمر قبل صدور التعديلات التشريعية⁽⁴⁰²⁾.

وهكذا فقد أضحى راسخا جواز تجميد قانون العقد في الزمان، بحيث لا تسري تعديلاته الجديدة، ويظل العقد خاضعا للقواعد القائمة فقط وقت تكوينه. وقد أكد معهد القانون الدولي بدوره على هذه القاعدة في المادة الثالثة من التوصيات التي أصدرها سنة 1979 بأثينا بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة، حيث نصت على أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق على تثبيت أو تحديد أحكام القانون الداخلي الذي أسندوا إليه علاقتهم لتكون قواعده الواجبة التطبيق، هي تلك النافذة وقت إبرام العقد"⁽⁴⁰³⁾.

والملاحظ أن استخدام شروط التثبيت في عقود التنمية أثار العديد من المشكلات التي عرضت على القضاء ومحاكم التحكيم. وعلى خلاف ما اتجه إليه القضاء الوطني من عدم إقرار شرط التثبيت على سند لكون تطبيق قانون تم إلغاؤه أو

⁴⁰⁰ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 118 وما بعدها.

⁴⁰¹ - FOUCHARD (Ph.), GOLDMAN (B.) et GAILLARD (E.): « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit. p. 807.

⁴⁰² - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 119.

⁴⁰³ - منشور في دورية المعهد: Ann, I.D.I, Session d'Athènes 1979.

تعديله هو تطبيق لقانون لم يعد له وجود⁽⁴⁰⁴⁾، نجد قضاء التحكيم في اتجاهه لتدويل العقود تدويلا مطلقا يقر للأطراف بالحق في اشتراط مثل هذا الشرط، بدءا من تحكيم سفير لعام 1963⁽⁴⁰⁵⁾ بمناسبة النزاع بين دولة إيران وإحدى الشركات البترولية و الذي جاء فيه بأن : " الشركة الأجنبية تقدم للدولة الإيرانية مساعدة مالية وافية. وهذا يتضمن بالنسبة لها استثمارات ومسؤوليات ومخاطر واسعة. لذلك يبدو من الطبيعي أن تحمى ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تعدل من اقتصاديات العقد، وأن يكفل لها بعض الأمان القانوني. وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإيراني الذي يكون من سلطة الدولة الإيرانية أن تعدله ". وهو ما تؤكد بعد ذلك في تحكيم أرامكو⁽⁴⁰⁶⁾ وليامكو بتاريخ 12 أبريل 1977⁽⁴⁰⁷⁾، وأجيب بتاريخ 20 أكتوبر 1979⁽⁴⁰⁸⁾، على أسس أن شرط التثبيت ناتج عن الإرادة المشتركة، وأنه لا يرتب أثرا على السيادة التشريعية للدولة التي تظل لها كاملة تجاه الغير من المواطنين والأجانب ممن لم تلتزم تجاههم بتلك الالتزامات.

ثانيا: اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية

استخدمت الكثير من التشريعات لفظ القواعد القانونية عندما نصت على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. فقد نص الفصل 44-327 من ق.م.م المغربي على أنه: "تحدد في اتفاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها على جوهر النزاع". وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي عندما نص في المادة 1511 من ق.م.م على أنه: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الأطراف".

⁴⁰⁴ - Cass. Belge, 24 Fév. 1938, affaire ville d'Anvers, Rev. crit. Dr. Int. Pr. 1938, p.661, note **P. wingny**.

⁴⁰⁵-sentence saphire,15 mars 1963; saphire international petroleum / national iranianoil; international law reports. VOL. 35 ;1967;136- 192.

⁴⁰⁶ - Sentence Aramco, International law Reports, 1963, p. 117.

⁴⁰⁷ - Sentence Liamco, 12 Avr 1977, Revarb. 1980, p.147 et suiv.

⁴⁰⁸ - Sentence C.I.R.D.I, 20 oct. 1979, Agys S.P.A.C/ Gouvernement de la République du Gongo, Rev, crit. Dr.int. pz. 1982, p .92-109, note **H. Batiffol**.

ويشير لفظ القواعد القانونية إلى القواعد الوطنية والقواعد الدولية على حد سواء، ومن ثم يكون من الجائز اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية للتجارة الدولية لتحكم النزاع المحكم فيه.

ويقصد بالقواعد ذات الطابع الدولي، تلك القواعد التي تتجسد في الاتفاقيات الدولية والعقود النموذجية، والمبادئ العامة والأعراف التجارية أو ما يعرف بقانون التجار "Lex Mercatoria" بالإضافة إلى المبادئ العامة في قانون التحكيم والقانون الدولي العام.

وعليه، فإن المتأمل اليوم في واقع العقود الدولية يلاحظ أن لجوء المتعاملين في التجارة الدولية لقانون التجار الدولي ليحكم النزاعات الناشئة عنها، أصبح واقعا ممارسا⁽⁴⁰⁹⁾. ذلك أن الحرية المعترف بها للأطراف في تحديد قواعد القانون الواجب تطبيقها على موضوع النزاع، يخول لهم إدراج بنود تعاقدية تقضي بتطبيق قانون التجارة الدولية بصفة أصلية ومنفردة أو بتطبيقه إلى جانب قانون وطني.

ويرى البعض أن الإحالة الصريحة من قبل الأطراف إلى المبادئ العامة والأعراف المطبقة في ميدان التجارة الدولية، ليست أمرا نادرا في العقود الدولية، وفي هذه الحالة، فإن المحكمين يطبقون المبادئ العامة والأعراف التجارية الدولية باعتبارها قانون العقد وليس باعتبارها مكملة لأحكام العقد ذاته⁽⁴¹⁰⁾.

وإذا كان تحديد الاختيار الصريح للأطراف لقانون وطني لا يثير أي إشكال يذكر، فإن اختيارهم لقواعد دولية أو ما يطلق عليه بقانون التجار، والذي يقصد به مجموعة القواعد التي تسري على العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص و الجارية بين أطراف من دولتين أو أكثر⁽⁴¹¹⁾، قد يثير بعض اللبس نظرا لتعدد مصادره ومكوناته، باعتباره نظاما قانونيا جديدا ومستقلا عن النظم القانونية الوطنية، وعن

⁴⁰⁹ - GOLDMAN (B.) : « *La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international* », Rev. arb. 1981, p.497.

⁴¹⁰ - DERAIS (Y.) : « *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales* », Rev. arb. 1973, p.124-125.

⁴¹¹ - محسن شفيق: "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 7.

قواعد القانون الدولي العام، وتتوسع مصادر قانون التجار ما بين الأعراف والعادات الدولية والمبادئ القانونية المشتركة بين الدول، بالإضافة إلى قواعد العدالة وقضاء التحكيم الذي يسهم في خلق واستقرار قواعده.

والملاحظ أن الفقه قد اختلف حول إمكانية اللجوء لقانون التجار، وامتد الخلاف حول طبيعة مهمة المحكم في ظل أحكامه. فذهب جانب من الفقه إلى أنه يصعب إضفاء الصفة القانونية على ما يسمى بقانون التجار. فهو مصدر قد يستأنس به المحكم بجانب القانون الذي اختاره الأطراف، وأن لفظ القانون ينصرف إلى القوانين الوطنية فقط، وبالتالي فإن المحكم عند اختيار الأطراف لقانون التجار لا يكون محكما بالقانون، وإنما يكون أقرب إلى المحكم بالعدالة. فقانون التجار قواعده ليست كافية لتكوين نظام قانوني. ووفقا لهذا الاتجاه، فإن اختيار الأطراف لقانون التجار يعد تحكيما بالعدالة وليس تحكيما بالقانون⁽⁴¹²⁾.

وعلى خلاف ذلك، يرى جانب آخر من الفقه أن قانون التجار له الصفة القانونية باعتباره نظاما قانونيا، بمعزل عن النظم الوطنية، وأن الاعتراف بهذه الحقيقة بات أمرا واقعا لا مفر منه، وبالتالي، فالاستناد إليه يعد استنادا إلى قاعدة قانونية. ومن ثم، فإننا نكون بصدد تحكيم بالقانون⁽⁴¹³⁾. ولهذا يمكن القول بأن التحكيم وفقا لقانون التجارة الدولية يعد تطلعا إلى شكل جديد للتحكيم بالقانون.

وهكذا يتعين، لكي يطبق المحكم الأعراف والعادات المهنية والتجارية ذات الطابع الدولي، أن يشير الأطراف إلى تطبيقها على جوهر النزاع صراحة. فهذه القواعد لا تفرض نفسها على المحكم، وإنما تستمد قوتها وصفتها في التطبيق من إرادة الأطراف.

وتجدر الملاحظة إلى أن اختيار الأطراف للقواعد الموضوعية التي اتفقوا عليها، أو اختيارهم لقانون دولة معينة، أو لنظام دولي معين، ليطبق على موضوع النزاع، يلزم هيئة التحكيم بتطبيق هذا القانون المختار. ذلك أن هذا الاختيار يكون مطلقا من

⁴¹² - محمد محسوب: "نظرية قانون التجارة الدولية بين الوهم والحقيقة"، بدون ناشر، الطبعة الأولى 2003، ص 297.

⁴¹³ - جمال محمود الكردي: "القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم"، دار النهضة العربية الطبعة الثانية 2003، ص 243.

حيث أثره، ويظهر هذا الأثر واضحا من حيث التزام هيئة التحكيم بتطبيق قواعد ونصوص القانون المختار في كل جوانبه الموضوعية الأمرة منها والمكملة.

وترتبا عن ذلك، تطبق هيئة التحكيم القانون المتفق عليه كمسئمة، بمعنى أن دور هيئة التحكيم يقتصر على تطبيق نصوص هذا القانون وقواعده كما هي، فالقواعد التي تطبقها الهيئة تعد أجنبية عنها، وحقيقتها تفرض عليها كواقعة مثلها مثل وقائع النزاع التي يقتصر دورها على تحقيقها كما هي. ومع اعتماد أسس التزام هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون المتفق على تطبيقه، وهو إرادة الأطراف وحدهم دون إرادة المشرع، باعتبار أن نصوص القانون المتفق على تطبيقه تندمج في هذا الاتفاق وتصبح لها طبيعة اتفاقية مثل بنود الاتفاق نفسه، فإن هذا الالتزام لا يمنع هيئة التحكيم من أن تبحث من تلقاء نفسها عن الأسس القانوني الذي ستبني عليه حكمها أيا كان الأسس الذي أثاره الأطراف. بل تستطيع أن تستبعد أي نص أو أسس قانوني استند إليه الأطراف إذا كان خاطئا. كما تملك هيئة التحكيم أيضا تكييف الوقائع دون التقيد بالتكييف الذي أصبغه عليها الخصوم⁽⁴¹⁴⁾.

الفقرة الثانية

سلطة المحكم المفوض من قبل الأطراف بالفصل في موضوع النزاع

على مقتضى قواعد الإنصاف

إن الصبغة التحررية التي تطفئ على التحكيم التجاري تسمح للأطراف أن يتحرروا من القانون مطلقا وأن يختاروا أعمال قواعد الإنصاف لحل الخصومة الناشئة بينهم. وقد نص على هذه الإمكانية الفصل 18-327 من ق.م.م المغربي المتعلق بالتحكيم الداخلي الذي جاء فيه: "... إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويض هيئة التحكيم صفة وسطاء بالتراضي، تفصل الهيئة في هذه الحالة في الموضوع بناء

⁴¹⁴ - علي بركات: "خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن"، دار النهضة العربية طبعة 1996، ص432.

على قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بالقانون"⁽⁴¹⁵⁾. كما نص الفصل 45-327 من نفس القانون المتعلق بالتحكيم الدولي على أنه: "لا تفصل الهيئة التحكيمية بصفقتها وسيطا بالتراضي إلا إذا اتفق الأطراف على إسناد هذه المهمة لها"⁽⁴¹⁶⁾.

وقد سمحت معظم القوانين الوطنية⁽⁴¹⁷⁾ والاتفاقيات الدولية⁽⁴¹⁸⁾ المتعلقة بالتحكيم عامة وبالتحكيم التجاري الدولي خاصة للأطراف أن يتفقوا على استبعاد القانون وتطبيق قواعد الإنصاف، ذلك أن التحكيم طبقا لهذه الآلية يتيح للمحكم التحرر من كل القواعد القانونية وتبني قواعد تتسم بالإنصاف، في إطار ما يسمى بالفصل وفق الإنصاف.

والحقيقة أن مسألة تعريف الإنصاف ليس أمرا سهلا. فهناك العديد من الدراسات التي خصصت للموضوع دون الوصول إلى إعطاء تعريف مرض بشكل

⁴¹⁵ - الملاحظ أن آلية التحكيم على مقتضى قواعد الإنصاف لم تنظم بشكل واضح في معظم التشريعات التي نصت عليها، وكان هناك اختلاف في التسمية التي أعطيت لها. فهناك من اعتبرها تفويضا بالصلح (الفصل 14 من مجلة التحكيم التونسي رغم أنها عادت في المادة 3/73 المتعلقة بالتحكيم الدولي وأعطت لهذه الآلية اسمها الصحيح، وهو التحكيم طبق قواعد العدل والإنصاف). في حين اعتبره البعض وساطة بالتراضي (الفصل 18-327 و 45-327 من ق.م.م المغربي)، بخلاف التشريعات الأجنبية التي كانت واضحة في التسمية المعطاة لهذه الآلية (المادة 1478 و 1512 من ق.م.م الفرنسي).

⁴¹⁶ - وهو الأمر المخالف الذي جاءت به مدونة الشغل المغربية عندما ميزت بخصوص التحكيم في نزاعات الشغل الجماعية بين الحالة التي يرد فيها التصييص على حكم الحالة في النصوص التشريعية، أو التنظيمية، أو التعاقدية من عدمه، الحالة حيث نصت في المادة 572 على أنه: "بيت الحكم، اعتمادا على قواعد القانون، في نزاعات الشغل الجماعية المتعلقة بتفسير أو تنفيذ الأحكام التشريعية، أو التنظيمية، أو التعاقدية. بيت الحكم، تبعا لقواعد الإنصاف، في باقي نزاعات الشغل الجماعية، التي لم ترد بشأنها أحكام تشريعية، أو تنظيمية، أو تعاقدية".

⁴¹⁷ - تنص المادة 1478 من ق.م.م الفرنسي على أنه: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية إلا إذا منحها الأطراف مهمة النظر في الدعوى وفقا لقواعد العدل والإنصاف". كما نصت المادة 1512 من نفس القانون على أنه: "تفصل الهيئة التحكيمية وفقا لقواعد العدل والإنصاف، إذا أولاها الأطراف هذه المهمة"، كما نصت المادة 3/73 من مجلة التحكيم التونسي على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبق قواعد العدل والإنصاف إذا أباح لها الأطراف ذلك صراحة".

⁴¹⁸ - المادة 2/7 من اتفاقية جنيف لسنة 1961، والمادة 3/42 من اتفاقية واشنطن، و المادة 3/17 من نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، و المادة 2/33 من قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وكذا المادة 3/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

كاف⁽⁴¹⁹⁾. فالإنصاف ليس مفهوما جامدا، بل إنه مفهوم وظيفي (notion fonctionnelle)، وبالتالي مفهوم مرن (souple) يلجأ إليه المحكم لأجل الوصول إلى حل مطابق لروح العدالة في الحالة التي يؤدي فيها تطبيق القانون بشكل منطقي بحث إلى حل قلس قد يكون قريبا من الجور⁽⁴²⁰⁾.

ويعرف جانب من الفقه التحكيم بالإنصاف بأنه سلطة يتمتع بها المحكمون، تعطي لهم الحق في عدم الالتزام بتطبيق القواعد القانونية. وهذه السلطة تسمح لهم بإغفال واستبعاد القواعد القانونية بقدر ما يتطلب شعورهم بالعدالة⁽⁴²¹⁾. ويعرفه البعض بأنه نوع من التحكيم يختار فيه الأطراف تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقتهم التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم وفقا لمبادئ العدالة ودون التقيد بقواعد القانون⁽⁴²²⁾.

ويفضل البعض الآخر تعريف التحكيم بالعدالة بطريقة سلبية، أي أنه السلطة التي تمنح للمحكم من قبل الأطراف، بحيث يسمح له باستبعاد نصوص القانون الواجب التطبيق لصالح العدالة والإنصاف. فالمحكم بالعدالة هو المحكم الذي يفصل في النزاع دون أن يلتزم بتطبيق أحكام قانون معين على هذا النزاع، فله أن يرجع إلى قواعد العدالة والإنصاف ويطرح جانبا نصوص القانون الواجب التطبيق على العقد⁽⁴²³⁾.

وعموما، يمكن القول بأن هذا النوع من طرق الفصل في الخلاف ينبني على القناعة الشخصية للمحكم. بمعنى أن المحكم يعتمد ضميره وإحساسه ومفهومه الشخصي للعدالة⁽⁴²⁴⁾، حيث يقوم بعمل إنشائي مبتدع لا يخضع فيه إلا لما

⁴¹⁹ - JESTAZ (Ph.) : « *Equité- Al biges de l'équité en droit privé* », Rep. Civil Dalloz, L.G.D.J 2000.

⁴²⁰ - فايز الحاج شاهين: " تعليق على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية بيروت الغرفة الثالثة بتاريخ 2007/10/16"، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 374.

⁴²¹ - نرمين محمد محمود صبح: "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية"، بدون دار نشر، طبعة 2002، ص 180.

⁴²² - أحمد عبد الكريم سلامة: "نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 236.

⁴²³ - شريف محمد غنام: " أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مساهمة في تحديد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض"، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص 449، 450.

⁴²⁴ - أستاذنا محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، مرجع سابق، ص 364.

يرضيضميره ويرتاح إليه وجدانه⁽⁴²⁵⁾، وذلك في سبيل إيجاد حل يلائم النزاع المعروض ويرضي الأطراف. غير أن صلاحية المحكم في هذا الإطار ليست مطلقة، بل مقيدة بعدة قيود من أهمها إرادة الأطراف، كما أنها سلطات محدودة.

أولاً: تقييد صلاحية المحكم للفصل في جوهر النزاع وفقاً لقواعد الإنصاف

يتمتع المحكم في إطار سلطة الفصل وفقاً لقواعد الإنصاف، بصلاحيات تخول له إمكانية التملص من القانون والاستناد إلى قواعد القانون، انطلاقاً من منظوره الشخصي لمفهوم الإنصاف. إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة، بل ترد عليها مجموعة من القيود، وأهم قيد هو ضرورة اتجاه إرادة الأطراف إلى منحه هذه السلطة، باعتبار أن سلطة المحكم بالإنصاف تتأسس على إرادة الأطراف.

وقد اشترط البعض ضرورة أن تكون هذه الإرادة صريحة⁽⁴²⁶⁾، فلا بد من وجود اتفاق صريح بين الأطراف، فلا تكفي الإرادة الضمنية. وقد اشترط المشرع المغربي وجود اتفاق صريح بين الأطراف، حيث نص الفصل 18-327 من ق.م.م على أنه: " ... إذا 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". ورغم عدم نص المشرع المغربي في الفصل 45-327 من نفس القانون على ضرورة وجود الإرادة الصريحة، فإن الأمر في اعتقادنا يستشف من صياغة الفصل. وهو نفس المقتضى الذي نص عليه المشرع التونسي في المادة 3/73 من مجلة التحكيم التي جاء فيها: "يجوز لهيئة التحكيم البت في النزاع طبق قواعد العدل و الإنصاف إذا أباح لها الأطراف ذلك صراحة".

و نصت أيضاً قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/33 على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع

⁴²⁵ - محمد سليم العوا: "القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم"، مجلة التحكيم العربي (يصدرها الاتحاد العربي للتحكيم الدولي) العدد 15، شتبر 2007، ص 71.

⁴²⁶ - أستاذنا محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، مرجع سابق، ص 366.

وفقا لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بأحكام القانون، إلا إذا أجازها الطرفان في ذلك صراحة".

وهكذا يتضح لنا مدى الحرص سواء في التشريعات الوطنية أو أنظمة التحكيم الدولي على ضرورة وجود اتفاق صريح على هذا النوع من التحكيم، وذلك نظرا للسلطات الخطيرة التي يتمتع بها المحكم على مقتضى قواعد الإنصاف.

وإذا تلمص المحكم من إرادة الأطراف وطبق قواعد الإنصاف خلافا لما حدده اتفاق التحكيم، فإن هذا يعد منه بمثابة إخلال بالتوازن العقدي⁽⁴²⁷⁾، كما أنه يعتبر موجبا من موجبات البطلان، لأنه يكون قد بت دون التقيد بالمهمة المسندة إليه (الفصلان 26-327 و 49-327 من ق.م.م).

وقد ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر أن غياب الإرادة الصريحة للأطراف، يلزم المحكم بالرجوع إلى الأصل وتطبيق القانون⁽⁴²⁸⁾. وهناك من اعتبر أنه حتى ولو لم يتفق الأطراف على القانون الواجب التطبيق ولم يعطوا للمحكم صلاحية الفصل وفقا لقواعد الإنصاف، فإنه لا يمكن للمحكم أن يفصل تبعا لهذه الآلية في حالة غياب الإرادة الصريحة للأطراف⁽⁴²⁹⁾. وهو نفس الاتجاه الذي أكدته محكمة الاستئناف بباريس في قرارها الصادر بتاريخ 1997/12/11 الذي جاء فيه: "إن عدم تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق، وعدم الإشارة إلى الإنصاف لا يخول المحكم صلاحية الفصل وفق هذه الآلية"⁽⁴³⁰⁾.

والملاحظ أن الأنظمة القانونية لم تكتف بمجرد الإرادة الصريحة لتقييد سلطة المحكم في أعمال قواعد الإنصاف كأسس لحل النزاع، بل نصت على قيد

⁴²⁷-LOQUIN (E.) : « *L'amiable composition en droit comparé et international, introduction à l'étude de non droit dans l'arbitrage commercial* », Librairies techniques, Paris 1980, p.169.

⁴²⁸ - عبد المجيد منير: "قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1995، ص237.

⁴²⁹ - Juris- Classeur, 1991, p.19, droit international Fasc. 586.9.1.

⁴³⁰ - Paris 19 déc. 1997, Rev. arb. 1999, n°1, p.124.

آخر يتمثل في ضرورة تأسيس هذه الإرادة على نظام قانوني معين، أي أن يكون القانون الواجب التطبيق يسمح بالفصل وفقا للإنصاف.

وعليه، فلكي يعتد باتفاق الأطراف، يجب أن يكون هذا الاتفاق داخل إطار قانوني يسمح به، ولا ينبغي أن ينسلخ عن كل القوانين. فإرادة الأطراف بمفردها غير كافية لإضفاء الشرعية والقابلية على الفصل وفقا للإنصاف، فلا بد من أن توافق هذه الإرادة مقتضيات القانون الذي تستند إليه وتتأسس عليه⁽⁴³¹⁾.

فقد جاء في المادة 2/33 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أنه: "لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لمبادئ العدل والإنصاف أو كمحكم غير مقيد بالقانون إلا إذا أجازها الطرفان في ذلك صراحة وكان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم يجيز هذا النمط من التحكيم". وهكذا يتضح بأن هذه القواعد إضافة إلى اتفاقيات أخرى⁽⁴³²⁾ تستلزم صراحة ضرورة أن تستند إرادة الأطراف إلى نظام قانوني يسمح بإعمال آلية الفصل وفقا لقواعد الإنصاف، واعتبرت هذا الشرط ضروريا وقيدا على صلاحية المحكم للجوء إلى هذه الوسيلة.

وإذا كان موقف الأنظمة الدولية للتحكيم السابقة صريحا، حيث اشترطت ضرورة تأسيس إرادة الأطراف على نظام قانوني معين، فإن الأمر خلاف ذلك بالنسبة لبعض التشريعات الوطنية، وخاصة منها التشريع المغربي والفرنسي والتونسي، حيث لم يرد نص صريح بهذا الشرط. وقد ذهب البعض إلى أنه متى اتفق الأطراف على استبعاد القانون وتطبيق قواعد الإنصاف، فإن العقد يصبح طليقا ومتحررا من قيود القانون، وخاضعا فقط لسلطان الإرادة⁽⁴³³⁾. بمعنى أن الأطراف يتخطون كل إمكانية لربط

⁴³¹ - خديجة بسكر: "فصل المحكم وفقا لقواعد الإنصاف في منازعات التجارة الدولية"، بحث لاستكمال نيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، أكادال، تحت إشراف وتأطير ذ/ محمد الوكيل، السنة الجامعية 2010-2011، ص 38.

⁴³² - تنص المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم لسنة 1961 على أنه: "يفصل المحكمون وفقا للإنصاف ... إذا كان القانون الواجب التطبيق يسمح بهذه الوسيلة".

⁴³³ - عبد المجيد منير: "قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 238.

العقد بنظام قانوني معين، وبذلك يستطيعون استبعاد أي تشريع محدد ليحكم العقد⁽⁴³⁴⁾.

ونعتقد أنه رغم سكوت هذه التشريعات، فإن هذا السكوت يفسر بشكل لا يتنافى مع موقف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم. فاتفق الأطراف لا يكفي لمنح المحكم صلاحية الفصل وفقا لقواعد الإنصاف، بل لابد من وجود إطار قانوني لهذا الاتفاق، أي لابد من تأسيس هذه الإرادة على نظام قانوني معين يسمح باللجوء إلى هذه الوسيلة. فالأطراف مقيدون بهذا الشرط ولا يمكنهم التملص منه اعتمادا على مبدأ سلطان الإرادة، لأن العقد لا يمكن أن ينشأ من فراغ بل لابد من قانون ينظمه، وأن إرادة الأطراف حتى وإن توفرت تبقى خاضعة للقانون. وعليه، فإن أسس سلطة المحكم هو القانون الذي ينبغي أن يسمح له بإعمال هذه الوسيلة، وما إرادة الأطراف إلا شرط مكمل ينبغي أن تتوافر إلى جانب القانون حتى يمكن إسناد هذه المهمة للمحكم، ووجود أحد الشرطين لا يغني عن الآخر.

ثانياً: حدود سلطة المحكم للفصل في جوهر النزاع وفقا لقواعد الإنصاف

إن مهام المحكم في إطار الفصل وفقا لقواعد الإنصاف محددة، فلا يمكن أن تخرج عن ثلاث فرضيات: فإما أن يستبعد القواعد القانونية بصفة كلية، ويعمل قناعته الشخصية ويعطي حلا منصفا للنزاع، انطلاقا من منظوره الشخصي للإنصاف. أو أن يطبق أحكام القانون، إذا ظهر له أن قواعده تتسم بالإنصاف المطلوب منه مراعاته، شرط التعليل بأن القانون يتوافق في الحالة التي فصل فيها مع مبادئ الإنصاف. وأخيرا أن يستند إلى أحكام العقد المبرم بين الطرفين، أي يطبق القواعد التي اتفق عليها الأطراف صراحة في إطار العقد المبرم بينهم، فالمحكم تبعا لذلك حر في الاستناد إلى القواعد القانونية أو استبعادها شرط مراعاة الإنصاف.

ولقد أثير نقاش حول سلطة المحكم بالإنصاف في اعتماد القواعد القانونية. ففي قضية، رد المحكم بالإنصاف الدعوى التي ترمي إلى إبطال التفرغ عن أسهم في

⁴³⁴ - أبو زيد رضوان: "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر العربي، طبعة 1981، ص 74.

شركة استنادا إلى أحكام القانون المستمدة من مرور الزمن ومن قوة الشيء المقضي به، دون أن يعلل قراره بأن هذه الأحكام كانت مطابقة لمبادئ الإنصاف. وعلى إثر ذلك تقدم الفريق الخاسر بطلب إبطال القرار التحكيمي أمام محكمة (Aix-en Province) التي ردت طلب الإبطال على اعتبار أن: "المحكم بالإنصاف يحق له أن يتخلى عن القواعد القانونية، لكنه ليس ملزما بأن يتخلى عنها"⁽⁴³⁵⁾. غير أن محكمة النقض الفرنسية لم تسائر محكمة الاستئناف المذكورة التي أعطت لسلطة المحكم بالإنصاف عند تطبيقه لمبادئ الإنصاف الطابع الاختياري، وذلك عندما قضت بأن المحكم بالإنصاف يخرج عن حدود مهمته عندما يطبق أحكام القانون دون أن يبين مطابقة هذه الأحكام لمبادئ الإنصاف⁽⁴³⁶⁾.

وهكذا تكون محكمة النقض الفرنسية قد كرست في قرارها المذكور الصادر بتاريخ 2001/2/15 قاعدة مفادها أنه يترتب على عائق المحكم بالإنصاف أن يشرح في قراره كيف أن أحكام القانون التي طبقها كانت متوافقة مع مبادئ الإنصاف، بمعنى ضرورة تعليل المحكم لمطابقة أحكام القانون التي اعتمدها مع مبادئ الإنصاف.

وعليه، نخلص إلى أن تولي المحكم لمهمة الفصل وفقا لقواعد الإنصاف، لا يجعله مجبرا على عدم الاستناد إلى القانون والتغاضي عنه. فللمحكم بالإنصاف أن يعمل القانون دون أن يشكل ذلك إخلالا منه بالمهمة المنوطة به. والشرط الواجب مراعاته في هذا الشأن هو ضرورة تعليقه مدى مطابقة الحل المعطى لقواعد الإنصاف، بمعنى على المحكم أن يبين مكانم الإنصاف في الحل الذي توصل إليه استنادا على القواعد القانونية. فلا يكفي مجرد القول بأن القاعدة القانونية المطبقة منصفة، بل لابد من تعليل مطابقتها للإنصاف.

وإضافة إلى سلطة استناد المحكم بالإنصاف إلى القواعد القانونية، فإنه يملك صلاحية أعمال قناعته الشخصية واستبعاد القانون متى تبين له أن هذا الاستبعاد

⁴³⁵ - Aix – en Province 28 avr. 1998 J.C.P édition générale, 2002 II -10038, p.449.

⁴³⁶-Cass. 2^{ème} ch. civ 15 Fév. 2001, J.C.P, éd. G. 2002 II 10038, p.449.

يقتضيه مبدأ الإنصاف. غير أنه مراعاة لخطورة النتائج التي قد يسفر عنها إطلاق صلاحية المحكم في أعمال قناعته الشخصية، فإنه ينبغي إلزامه بتعليل قراراته التحكيمية حتى يبين الأسس الذي بنى عليه قناعته الشخصية⁽⁴³⁷⁾.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإنه قد يتفق الأطراف على الاستناد إلى فصل النزاع الذي سيثار أو الذي أثير بينهم وفقا لقواعد الإنصاف، ويتم تضمين الاتفاق تلك القواعد التي يرغبون في تطبيقها على النزاع. ففي هذه الحالة تقتصر مهمة المحكم بالإنصاف على تطبيق القواعد المضمنة بالعقد المبرم بين الأطراف، باعتبار أن هذه القواعد تمثل قواعد الإنصاف المتفق عليها من قبل الأطراف.

لكن تجدر الإشارة إلى أن الحكم المتقدم لا يجب أن يؤخذ على إطلاقه، باعتبار أن المحكم بالإنصاف حتى ولو حدد له الأطراف القواعد التي ينبغي عليه تطبيقها على جوهر النزاع، فإنه مع ذلك يبقى ملزما بتعليل مدى اتسام الحلول المستتبطة من هذه القواعد بالإنصاف وذلك حتى ولو كانت مجرد تطبيق للبنود التعاقدية. ومخالفة هذا الالتزام يشكل خرقا من قبل المحكم للمهمة المسندة إليه. وفي هذا المعنى قضت محكمة استئناف Grenoble⁽⁴³⁸⁾ بأن المحكم يعتبر خارقا للمهمة المناطة به متى لم يتحقق من مطابقة الحلول المعطاة لمبادئ الإنصاف، سواء كانت هذه الحلول مستنتجة من القانون أو من العقد، وبذلك فإن المحكم لم يحترم سلطة الفصل وفق قواعد الإنصاف الممنوحة له، كونه لم يبين مدى ملاءمة الحلول المعطاة والمستنتجة من العلاقة التعاقدية للإنصاف.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول عن حق بأن كل محكم بالقانون يعتبر مفوضا في التحكيم بالإنصاف، ولو في صورة مستترة، وكل محكم بالإنصاف يعتبر

⁴³⁷ - فرغم أن المشرع المغربي نص على ضرورة تعليل الحكم التحكيمي، إلا أنه أورد على ذلك استثناءات، حيث نصت الفقرة الثانية من الفصل 23-327 على أنه: "يجب أن يكون الحكم التحكيمي معللا، ما لم يتم اتفاق الأطراف على خلاف ذلك في اتفاق التحكيم، أو كان القانون الواجب التطبيق على مسطرة التحكيم لا يشترط تعليل الحكم". وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع التونسي في الفصل 2/75 من مجلة التحكيم، وذلك بخلاف ما هو عليه الأمر بالنسبة للتشريع الفرنسي والذي نص في المادة 1482 من ق.م.م على ضرورة أن يكون القرار التحكيمي معللا دون أن يورد على ذلك أية استثناءات.

⁴³⁸ - Grenoble 15 déc. 1999, Rev. arb. 2001, n°1, p.137 et suiv.

مفوضا في التحكيم بالقانون ، وهو يمارس مهمته عن طريق مزج القانون بالعدالة⁽⁴³⁹⁾. ومن تم يتعين على المحكم في هذه الحالة عندما يطبق مبادئ العدالة والإنصاف أن يصدر اجتهاده بناء على اعتبارات موضوعية، وليس بناء على تفكير ذاتي خاص، باعتبار أن عمومية وعدم تحديد مبادئ الإنصاف، يمكن أن تضع أطراف التحكيم في خطر الابتعاد عن توقعاتهم وحرمانهم من الأمن القانوني.

المطلب الثاني

رقابة المحكم على حرية الأطراف في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على جوهر النزاع

رغم اتساع نطاق إرادة الأطراف في اختيار القواعد الواجبة التطبيق على جوهر النزاع، فإنه بات من المؤكد أن هناك حدودا لهذه الإرادة ولتطبيق المحكم للقواعد المختارة من قبل الأطراف.

ويقصد بالقواعد المختارة في هذا الصدد القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد القانونية سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وطنية أم دولية⁽⁴⁴⁰⁾، كما يشمل أيضا قواعد العدل والإنصاف.

وفي حقيقة الأمر، فإن المحكم بالقانون يملك سلطة رقابة على القانون واجب التطبيق في حالات معينة حددها الفقه في ضرورة احترام القواعد ذات التطبيق الضروري (قواعد البوليس)، واحترام مقتضيات النظام العام مراعاة للتوقعات المشروعة للأطراف ولقابلية المقرر التحكيمي للتنفيذ، "الفقرة الأولى". كما يملك المحكم استبعاد القانون الواجب التطبيق في حالة وجود غش نحو القانون، أو عدم وجود نص قانوني يصلح للتطبيق على موضوع النزاع، "الفقرة الثانية". وتجدر الإشارة إلى أن المحكم بالإنصاف يشترك مع المحكم بالقانون في الحالة المتعلقة باحترام قواعد النظام العام فقط دون باقي الحالات السابقة.

⁴³⁹ - BREDIN (J.-D.) : « *L'amiable composition et le contrat* », Rev. arb. 1984, p.271.

⁴⁴⁰ - ماهر محمد صالح عبد الفتاح: " اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، 2004، ص 67.

التنظيم السياسي والاجتماعي للدولة⁽⁴⁴⁴⁾. في حين عرفها البعض بأنها القواعد القانونية التي تطبق دون حاجة إلى أعمال قواعد الإسناد⁽⁴⁴⁵⁾.

ويبدو من هذين التعريفين أن للقواعد ذات التطبيق الضروري وظيفتين: الأولى: انطلاقاً من هدفها، إذ تعتبر من قواعد التنظيم التي تستهدف حماية النظم السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة. والثانية: كونها تفرض استبعاد القوانين الأجنبية دون حاجة إلى أعمال قواعد الإسناد.

ويتسم أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أمام المحكمين بطابع خاص يرجع بصفة أساسية إلى سببين رئيسيين: الأول يتمثل في أن المحكمين ليس لهم قانون اختصاص داخلي وفقاً للرأي السائد في قضاء التحكيم الدولي المعاصر، ويترتب عن ذلك أن تصبح كافة القواعد ذات التطبيق الضروري لدى المحكمين في حكم القواعد الأجنبية وتعامل على هذا الأسس. بينما يتمثل السبب الثاني الذي يؤدي إلى خصوصية أعمال قواعد البوليس أمام المحكمين في الطابع الاتفاقي. فالمحكم يستمد سلطاته من إرادة الأطراف، وبالتالي فهو لا يملك، كمبدأ عام، الخروج عن هذه الإرادة أو الإخلال بتوقعاتها المشروعة⁽⁴⁴⁶⁾.

ونميز في هذا الإطار بين القواعد ذات التطبيق الضروري المنتمية إلى قانون العقد "la Lexcontractus"، لأنه بتطبيقها لا يخل المحكم بتوقعات الأطراف، وبين قوانين البوليس الأجنبية عن قانون العقد.

أ. تطبيق المحكم لقواعد البوليس المنتمية إلى قانون العقد

إن تطبيق المحكم للقواعد ذات التطبيق الضروري للقانون الذي اختاره الأطراف لا يثير أي إشكال خاص، إذ يتعين عليه أعمال كافة القواعد المنتمية إلى قانون العقد، بما فيها القواعد ذات التطبيق المباشر الذي تعد قواعد البوليس ذات

⁴⁴⁴-RADICATI DI PROZOLO (L.-G.): « Arbitrage commercial international et loi de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », RCADI 2005; p. 389.

⁴⁴⁵ - أحمد قسمت الجداوي: "نظرية القوانين ذات التطبيق الضروري ومنهجية تنازع القوانين"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (مصر)، السنة 23-1981 ص من 1 إلى 10.

⁴⁴⁶ - POMMIER (J.-Ch.): « La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit (le rôle de l'arbitre) », J.C.P.I 1992, p.40.

التطبيق الضروري جزءاً منها⁽⁴⁴⁷⁾. وكنتيجة لذلك فإنه عندما يحدد الأطراف القانون الواجب التطبيق على عقدهم، ينبغي على المحكم تطبيق قواعد البوليس لهذا القانون، لأن ذلك لا يشكل مفاجأة للمتعاقدين ولا يخل بتوقعاتهم المشروعة⁽⁴⁴⁸⁾.

ومن بين الإشكاليات التي تثار في هذا الصدد، تلك المتعلقة بالتعارض أو التنازع بين الشروط التعاقدية وقواعد البوليس المنتمية لقانون العقد.

ويظهر من خلال مطالعة بعض أحكام التحكيم أن المحكمين أدركوا بأن أعمال قواعد البوليس الأمرة في قانون العقد، قد يؤدي إلى إبطال الشروط العقدية المخالفة، ولهذا فإنهم لم يترددوا في إبطال الشرط الذي حدد سعر الفائدة بما يزيد عن الحد المقرر في قاعدة البوليس التي تنتمي إلى قانون العقد. ففي حكم تحكيم صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، اتفقت شركة برازيلية مع شركة ألمانية على شرط يتضمن دفع فائدة تأخير قدرها 40%، وعندما ثار النزاع بين الطرفين، اعترضت الشركة البرازيلية على قيمة الفائدة، وعندما عرض الأمر على هيئة التحكيم المشكلة وفقاً لنظام الغرفة المذكورة، رفضت إعطاء أثر لهذا الاتفاق التعاقدية، معللة قرارها بأن قيمة الفائدة لا يمكن أن تزيد عن الحد الأقصى المنصوص عليه في الأحكام الإلزامية (القواعد ذات التطبيق الضروري) للقانون البرازيلي باعتباره القانون الواجب التطبيق⁽⁴⁴⁹⁾.

وبالمقابل فإن الاستجابة للتوقعات المشروعة للأطراف، دفعت المحكمين إلى استبعاد قواعد البوليس المنتمية إلى القانون الواجب التطبيق على العقد. ففي قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس، رفضت هيئة التحكيم تطبيق قواعد البوليس التي يتضمنها القانون الواجب التطبيق على العقد، والتي صدرت بموجب تعديل تشريعي لاحق على إبرامه، بحجة أن الالتزامات والحقوق الناتجة عن العقد تبقى محكومة

⁴⁴⁷ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 758.

⁴⁴⁸ - **DERAINS (Y.)** : « *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage commercial international* », Rev. arb. 1986, p.331.

⁴⁴⁹ - Sentence rendue dans l'affaire n° 2826 en 1978, J.D.I 1979, p. 935.

بالقانون الذي كان مختصا عند إبرامه، وبالتالي لا تطبق إلا إذا كانت متوقعة من قبل الأطراف⁽⁴⁵⁰⁾.

غير أن ما يؤخذ على هذا القرار هو اعتبار نصوص القانون المختار بمثابة شروط عقدية ثابتة في الزمن، بمعنى عدم جواز الاعتداد بالتشريعات اللاحقة حتى لا تتم مفاجأة الأطراف، وهذا أمر مخالف لمفهوم وطبيعة قواعد البوليس التي يتعين تطبيقها انطلاقا من طبيعتها الآمرة، و دون الاعتداد بإرادة المتعاقدين. ذلك أن عدم احترام المحكم لقواعد البوليس في مكان التنفيذ بحجة مخالفتها للتوقعات المشروعة للأطراف، يجعل القضاء في هذا المكان يرفض لا محالة تطبيق المقرر التحكيمي لمخالفته للنظام العام بمفهوم القواعد ذات التطبيق الضروري.

وعليه، فإن فعالية القرار التحكيمي تستدعي أحيانا تجاوز توقعات الأطراف، خاصة وأن هذه الأخيرة تنطوي في نهاية المطاف على إصدار قرار تحكيمي يتمتع بفعالية التنفيذ، بمعنى أنه يتوقع الأطراف دائما من المحكمين إصدار قرار متمتع بقوة النفاذ، وهذا يدفع إلى القول بضرورة وجوب تعامل المحكمين مع التوقعات المشروعة للأطراف بحذر. ذلك أنه لا يجب الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه، بل يتعين احترام قواعد النظام العام وجعل الأولوية لها في التطبيق⁽⁴⁵¹⁾.

ب. تطبيق المحكم لقواعد البوليس الأجنبية عن قانون العقد

سبق الذكر بأن المحكمين لا يملكون قانون اختصاص داخلي يسهرون على حراسته. وعلى هذا النحو، تفقد التفرقة بين القواعد ذات التطبيق المباشر المنتمية لقانون العقد والقواعد الأجنبية ذات التطبيق الضروري أهميتها أمام المحكمين. إذ

⁴⁵⁰ - Sentence rendue dans l'affaire n° 3093 en 1979, J.D.I, 1980, p. 651. note Y. DERAÏNS.

⁴⁵¹ - SERAGLINI (ch.) : « *Lois de police et justice arbitrale internationale* », Dalloz 2001, p.248 et suiv.

تعد كافة قواعد البوليس أمام قضاء التحكيم بمثابة قواعد أجنبية، وهو ما يضي على أعمالها صعوبات متعددة في غالبية الأحوال⁽⁴⁵²⁾.

وفي سبيل أعمال القواعد ذات التطبيق الضروري أو قواعد البوليس الأجنبية عن قانون العقد، فإنه يتعين على المحكم أن يتأكد من إمكانية انطباق القاعدة الأجنبية على المسألة المطروحة، وضرورة أن تكون هناك صلة عقلانية بين مضمون القاعدة وأهدافها وبين نطاق تطبيقها⁽⁴⁵³⁾. بمعنى أن يتأكد المحكم من أن هناك صلة يراها وثيقة بين الوضع المتنازع عليه والقانون الداخلي للدولة المنبثق عنها قانون البوليس، كما لو كان هذا القانون منتميا لدولة تنفيذ العقد، أو كانت إحدى الدول طرفا في العقد وثمة قاعدة بوليس منتمية لها تستدعي تطبيقها⁽⁴⁵⁴⁾.

وللمحكم في هذه الحالات، أن يتأكد من مشروعية المصلحة التي تقتضي أعمال قاعدة البوليس، وهو ما يستلزم وفقا لما قرره اتفاقية روما بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية، أن يضع في اعتباره طبيعة قاعدة البوليس المطروحة وموضوعها، والنتائج المترتبة عن تطبيقها أو عدم تطبيقها⁽⁴⁵⁵⁾. ويظهر الواقع العملي أن المحكمين عمدوا إلى اللجوء في تقديرهم لهذه المشروعية إلى المفاهيم السائدة في القانون المختار وإلى النظام العام عبر الدولي.

فيما يخص اللجوء إلى مفاهيم القانون المختار، فإن بعض القرارات التحكيمية ذهب في اتجاه اعتبار القانون الواجب التطبيق على العقد بمثابة قانون اختصاص لهيئة التحكيم، تتحدد في ضوءه مشروعية المصلحة المحمية من عدمها. ففي القرار

⁴⁵² - **POMMIER (J.-Ch.)** : « *La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit (le rôle de l'arbitre)* », op. cit, p.40.

⁴⁵³ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 662-663.

⁴⁵⁴ - **MAYER (P.)** : « *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence* », R.C.A.D.I 1989, n°56, p.328.

⁴⁵⁵ - هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 759.

التحكيمي الصادر عن جمعية تجار الحبوب في أمستردام، عمد المحكمون إلى الإشارة إلى مصالح هولندا الاقتصادية لرفض تطبيق القانون النمساوي⁽⁴⁵⁶⁾.

غير أن هذا المسلك الذي سلكه المحكمون في هذه القضية من اعتبار القانون المختار كقانون اختصاص لهيئة التحكيم يبقى أمرا منتقدا، كونه يجعلهم حراسا لمصالح الدولة التي تم اختيار قانونها كقانون واجب التطبيق، وهذا يخالف طبيعة التحكيم الدولي الذي يفترض استقلاليته عن الأنظمة القانونية الداخلية⁽⁴⁵⁷⁾، مما حدا بقرارات تحكيمية أخرى إلى تبني آلية مغايرة إلى حد ما، وذلك في تقديرها لمشروعية المصلحة المحمية من خلال المطابقة بين أهداف قواعد البوليس وأحكام النظام العام في القانون المختار⁽⁴⁵⁸⁾.

أما فيما يخص اللجوء إلى مفاهيم النظام العام عبر الدولي، فالفقه الحديث يجمع على وجوب تقييد المحكم بتلك الضوابط والمفاهيم لتقدير مشروعية تطبيق قوانين البوليس الأجنبية⁽⁴⁵⁹⁾.

وهكذا يكون بالإمكان استبعاد تطبيق قواعد البوليس، إذا كانت المصلحة المحمية من قبله غير مشروعة بنظر النظام العام عبر الدولي، كما هو الحال بالنسبة لقواعد البوليس التي تحظر التعامل مع بعض الأشخاص على أسس العرق والدين⁽⁴⁶⁰⁾. والعكس صحيح أيضا. بمعنى أن مشروعية المصلحة المحمية بقواعد البوليس في ضوء قواعد النظام العام عبر الدولي، من شأنها أن تعزز تطبيق هذا القانون⁽⁴⁶¹⁾.

⁴⁵⁶ - Sentence rendue sous l'égide de l'Association de commerce des grains d'Amsterdam de 1982 citée par **Y. DERAÏNS**: « *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige...* » op. cit, p.375.

⁴⁵⁷ - **DERAÏNS (Y.)** : « *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige ...* », op. cit, p.404.

⁴⁵⁸ - Sentence rendue dans l'affaire n°6294 en 1991 ;p.1050.

⁴⁵⁹ - **FOUCHARD (Ph.), GOLDMAN (B.) et GAILLARD (E.)** : « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op.cit, p. 866 et 867.

⁴⁶⁰ - Sentence rendue dans l'affaire n° 1762 en 1973, JDI 1975, p. 923 note **Y. DERAÏNS**.

⁴⁶¹ - Affaire Hilmarton en 1988, Rev. arb. 1993, p. 327.

وتجدر الإشارة إلى أن التطابق المطلق ليس مطلوباً بين قواعد النظام العام عبر الدولي وقواعد البوليس الأجنبية بشأن المصلحة المشروعة، حتى يكون بالإمكان تطبيق هذه الأخيرة، لأن من شأن القول بذلك أن يجعل قواعد البوليس الأجنبية غير ذات فائدة، باعتبار أن تطبيق النظام العام عبر الدولي يكفي لوحده لتحقيق الأهداف التي تتوخاها قواعد البوليس في هذا الإطار، لذلك يمكن القول بأنه يكفي أن تكون المصلحة المشروعة غير مخالفة لأحكام النظام العام عبر الدولي ولا يشترط أن تكون مطابقة له.

ثانياً: عدم مخالفة القانون الواجب التطبيق المختار لمقتضيات النظام العام

تعد فكرة النظام العام من الأفكار الأساسية في علم القانون بصفة عامة. ففي القانون الداخلي بفروعه المختلفة يقترن استعمال مصطلح النظام العام بالحدوث عن القواعد القانونية الآمرة التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها. فالنظام العام يعد قيوداً على حرية الأفراد ويتلازم مع بعض القواعد القانونية كي يتحقق الهدف منها. وجوهره حماية المبادئ والأسس العليا الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها المجتمع⁽⁴⁶²⁾.

أما في مجال تنازع القوانين، فإن فكرة النظام العام ترمي إلى إدراك نفس الهدف، ولكن بطريقة مغايرة. فالنظام العام في القانون الداخلي، يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، فهو جزء منها وحام لها. أما في مجال تنازع القوانين فهو مدافع عنها. ويتم الاعتراض به على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تتنافى مع المبادئ والقيم لمجتمع الدولة⁽⁴⁶³⁾.

ومن هنا جاءت التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي. فالنظام العام الداخلي يشكل قيوداً على حرية الأطراف وقيوداً على إرادتهم، وبالتالي يستبعد ما متى كانت مخالفة له. في حين أن للنظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية دوراً

⁴⁶² - فؤاد رياض: "الوسيط في القانون الدولي الخاص"، الجزء الثاني، مصر، طبعة 1992، ص 136.

⁴⁶³ - أحمد عبد الكريم سلامة: "قانون العلاقات الخاصة الدولية"، مكتبة العالمية، المنصورة، طبعة 1985، ص

مغايرا، حيث يعتبر أداة لاستبعاد القانون الأجنبي في بعض الأحيان، و بتعبير آخر في نطاق العلاقات القانونية الداخلية، يستهدف النظام العام عدم خروج أطرافها عن القواعد والأحكام القانونية الأخرى. وفي نطاق العلاقات الخاصة الدولية يستهدف النظام العام استبعاد القانون الأجنبي الذي تشير قواعد الإسناد بتطبيقه.

ويترتب عن مجمل ما تقدم نتيجة هامة، هي أن نطاق النظام العام في إطار العلاقات الخاصة الدولية يضيق عنه في إطار العلاقات القانونية الداخلية⁽⁴⁶⁴⁾.

ويرى جانب من الفقه أن المحكم يلتزم بالنظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي. ذلك أن حرية المتعاقدين في اختيار القانون واجب التطبيق على جوهر النزاع مطلقة لا قيد عليها إلا فكرة النظام العام الدولي. ومن تم فإن المحكم في حالة اختيار الأطراف لقانون يخالف النظام العام الدولي، فإنه يتعين عليه استبعاده، أما في حالة اختيار الأطراف لقانون يخالف النظام العام الداخلي، فإن المحكم لا يمكن له استبعاده⁽⁴⁶⁵⁾. ويضيف البعض من أنصار هذا الاتجاه إلى أن المحكم في التحكيم التجاري الدولي لا يلتزم إلا بمراعاة النظام العام الدولي بمعناه الحقيقي، وهو النظام العام عبر الدول. فمراعاة النظام العام الداخلي هو أمر يرجع إلى مبدأ الملاءمة المتروك للمحكم، لضمان الاعتراف والتنفيذ لمقررها التحكيمي دون عائق من القوانين الداخلية⁽⁴⁶⁶⁾.

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تسمية النظام العام الدولي معيبة، إذ لا يمكن القول بوجود نظام عام دولي بالمعنى الصحيح. فالنظام العام دائما وطني، لأنه يتحدد وفقا لمعايير مستمدة من المجتمع الداخلي وتعكس الأفكار الأساسية لمجتمع

⁴⁶⁴ - إياد محمود بردان: "التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004، ص 392.

⁴⁶⁵ - محسن شفيق: "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 217.

⁴⁶⁶ - نادر محمد إبراهيم: "مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي"، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000، ص 62.

الدولة⁽⁴⁶⁷⁾. لذلك فإنه ليس من المقبول افتعال تفرقة مصطنعة بين النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي في ميدان المعاملات التجارية. فالنظام العام يصعب دائماً بصيغة وطنية لا يمكن تجاهلها تحت ستار فكرة غامضة تلتبس فيها الدول المتقدمة السبيل لإهدار مصالح الدول النامية، استناداً إلى عدم تعلق نصوصها الوطنية الأمر بالإنظام العام الدولي الذي يعلو على النظام العام الداخلي، ولن يتسنى القول بوجود نظام عام دولي حقيقي إلا عندما تتلاشى الفجوة التي تفصل بين دول العالم المتقدم والدول النامية⁽⁴⁶⁸⁾. وبذلك يصعب التسليم في الوقت الحالي بما يسميه فقهاء التجارة الدولية بالنظام العام الدولي، وذلك لصعوبة تحديد المصلحة التي يحميها هذا النظام العام، فهل هي مصلحة الدول بالمعنى الحقيقي أم لا؟ ومصلحة أي الدول؟ هل مصلحة الدول المتقدمة أم الدول الأخرى السائرة في طريق النمو؟ ومع ذلك لا يرفض أنصار هذا الاتجاه فكرة النظام العام الدولي في حال تم تنظيمها باتفاقية دولية تحدد فيها القواعد التي تدخل في هذا النظام، والجزاء المترتب عن مخالفتها⁽⁴⁶⁹⁾.

والحقيقة أنه يصعب القول بأن أيًا من الاتجاهين صحيح في مجمله أو خاطئ في مجمله. فالنظام العام الدولي مصطلح تواترت أحكام التحكيم على استخدامه منذ مدة طويلة⁽⁴⁷⁰⁾، بل كان ذريعة في كثير من الأحيان لاستبعاد قانون الإرادة من التطبيق على العقد الدولي⁽⁴⁷¹⁾، بالإضافة إلى السعي الحثيث من هيئات التحكيم لوضع قواعد عامة وسوابق تحكيمية في هذا الصدد في محاولة للخروج من هذه الأحكام بقواعد وأسس للنظام العام الدولي⁽⁴⁷²⁾. لذلك قرر البعض أنه بالرغم من

⁴⁶⁷ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم و حدود سلطاته"، مرجع سابق، ص 294.

⁴⁶⁸ - مختار أحمد بريري: "التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، دار النهضة العربية، طبعة 1995، ص 137.

⁴⁶⁹ - RACINE (J.-B.): « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* », LGDJ 1999, p. 353 et suiv.

⁴⁷⁰ - محمد وليد هاشم المصري: "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع السنة 27 ديسمبر 2003، ص 148 وما بعدها.

⁴⁷¹ - LOQUIN (E.): « *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international* » JDI 1983, p. 293 et suiv.

⁴⁷² - RACINE (J.- B.): « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public* », op. cit. p.271.

الاعتراف باختلاف وظيفة كل من فكرة النظام العام الداخلي والدولي، فإن وحدة المضمون الذي تدور حوله فكرة النظام العام، يجعل من الملائم عدم التفرقة بينهما واللجوء إلى فكرة النظام العام فحسب⁽⁴⁷³⁾ وهو الاتجاه الذي تبنته محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء في معرض بيانها لمفهوم النظام العام بقولها: " أنه من المتفق عليه دولياً أن النظام العام الدولي والوطني يتضمن المبادئ الأساسية المتعلقة بالعدالة والأخلاق الحميدة التي تسعى الدولة إلى حمايتها والقواعد والأحكام التي تهدف خدمة المصالح السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية للدول والمتمتعارفين عليها تحت اسم القوانين التوجيهية أو الأمانة مطلقاً "loi de police" والالتزامات الدولية التي يجب على الدولة احترامها تجاه الدول الأخرى والمنظمات الدولية، وكمثال لهذه المبادئ الأساسية المرتبطة بالنظام العام الدولي والوطني، القواعد العليا المشتركة بين الأمم، كالقواعد التي تحرم الرشوة للموظف العام والاستيلاء على المال غصباً، وتلك المتعلقة بحقوق الإنسان وبتنفيذ الالتزامات بحسن نية والوفاء بالعقود، وكمثال لبعض القوانين التوجيهية أو الأمانة مطلقاً، تلك المتعلقة بحماية المنافسة الاقتصادية وبحماية المستهلك وبالقانون الجنائي وبالقانون المتعلق بصعوبات المقاول (خاصة منها قاعدة وقف المتابعات الفردية)، وبالأحكام القطعية الثابتة في الشريعة الإسلامية (مثل أحكام الإرث)"⁽⁴⁷⁴⁾.

يقع على المحكم التزام بمراعاة النظام العام في دولة قانون الإرادة أم دولة التنفيذ أم دولة مقر التحكيم؟

يمكن القول بأن أي مقرر تحكيم يصبو إلى النفاذ. ولهذا يرى جانب من الفقه عن حق أنه يمكن استبعاد بعض أحكام القانون الواجب التطبيق لتعارضها مع قواعد النظام العام في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم أو الدولة التي يجري تنفيذ الحكم على إقليمها⁽⁴⁷⁵⁾. لذلك يجب على المحكم أن يراعي قواعد النظام العام في

⁴⁷³ - **MAYER (P.)** : « *La sentence contraire à l'ordre public au fond* », Rev. arb 1994, p. 615 et suiv.

⁴⁷⁴ - القرار عدد 220 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2015/01/15 في الملف رقم 2013/8224/2669 غير منشور.

⁴⁷⁵ - أبو زيد رضوان: "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 118.

الدولة التي سيتم فيها تنفيذ مقرره، حيث إنه من المستقر عليه أن للدولة سلطة منع تنفيذ مقررات التحكيم التي تصطدم بالأسس الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يقوم عليها كيان الدولة، أي المتعارضة مع النظام العام لها، والتي تبرر رفض الاعتراف وتنفيذ الأحكام التي تتضمن إخلالا بها⁽⁴⁷⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يتعين على المحكم في هذا الإطار أخذ مجموعة من الضوابط بعين الاعتبار عند مراعاته لمقتضيات النظام العام بخصوص قانون الإرادة، أهمها:

- عدم التوسع في فكرة النظام العام لاعتبارات العدالة وحاجة المعاملات الدولية، أي أن أعمال هذه الفكرة يكون بوصفه ضرورة تقدر بقدرها. بحيث ينبغي عدم الإسراف في استعمال آثارها إلا بالقدر الذي يمنع المسلس بالقواعد الأساسية المتعلقة بالنظام العام في قانون مكان التنفيذ. فإذا كان القانون المختار من قبل الأطراف ينطوي في جزء منه على مخالفة للنظام العام، فعلى المحكم أن يستبعد فقط الجزء المتعلق بهذه المخالفة، إذا أمكن فصله عن باقي الأجزاء الأخرى.

- يجب أن يكون معلوما أن كل ما يعد من النظام العام الداخلي لا يكون بالضرورة كذلك على نطاق القوانين الأجنبية. وكون القاعدة آمرة لا يعني أنها بالضرورة من القواعد الأساسية للنظام العام، ومن ثم يجب أن يتضح وجود تنافر صارخ بين القانون المختار ومقتضيات النظام العام في بلد التنفيذ. فلا يكفي مجرد وجود اختلاف أو تباين بين القواعد المطبقة من ناحية، وبين قواعد القانون التنفيذ ولو كانت من القواعد الآمرة من الناحية الأخرى.

- قد يكون إنشاء الحق في بلد التنفيذ مخالفا لمقتضيات النظام العام فيه. ومع ذلك لو نشأ هذا الحق في الخارج وأريد التمسك به في بلد التنفيذ لما عد نفاذه متعارضا مع هذه المقتضيات. ذلك أن مخالفة القانون الأجنبي المطبق على أسس النزاع التحكيمي للنظام العام في مرحلة نشأة الحق أو المركز القانوني، قد لا يمنع في ذاته من الاحتجاج بالمقرر التحكيمي والتمسك بآثاره وتنفيذه. وعلّة ذلك أن

⁴⁷⁶ - مختار أحمد بريري: "التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 136.

الإجراءات أو المقتضيات الضابطة لنشأة الحق أو المركز القانوني التي تتعارض مع النظام العام تمت وتحققت في الخارج طبقا لقواعد القانون الأجنبي المخالفة للنظام العام لقانون محل التنفيذ، ومن تم فإن النظام العام في هذا المحل الأخير لن تتأذى، لذلك يكون أثر النظام العام الوطني في محل تنفيذ مقرر التحكيم الأجنبي مخففا في الكثير من الحالات⁽⁴⁷⁷⁾.

وعلى ضوء هذه الضوابط قررت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء ما يلي : " لكن حيث إن مفهوم النظام العام الذي وجب على قاضي الصيغة التنفيذية مراقبة مدى خرق تنفيذ أو الاعتراف بالحكم التحكيمي له، لا علاقة له بما طبقه المحكمون على النزاع من قوانين أو قواعد وما اعتمده من تفسير أو تأويل لهذه القوانين والقواعد، إذ أن هذا المفهوم مرتبط بالمبادئ الأساسية سواء الإجرائية أو الموضوعية السائدة في النظام القانوني لمحكمة التذييل أو الاعتراف ، وليس بالمبادئ الأساسية في بلد القانون الذي اختاره الأطراف للتطبيق على النزاع، أو لبلد تنفيذ العقد، أو لبلد مقر التحكيم." وفي معرض رد نفس المحكمة على ما اعتمده الأمر القضائي القاضي برفض طلب التذييل بالصيغة التنفيذية في شقه المتعلق بخرق النظام العام المغربي، قررت بأنه: " وحيث إن الأمر المستأنف ، بالإضافة إلى كونه لم يبين مقتضى النظام العام الذي من شأن الاعتراف بالحكم التحكيمي القاضي بتمديد شرط التحكيم لشركة إينا هولدينغ أو تذييله بالصيغة التنفيذية خرقه، فإنه بخوضه في تعليل الحكم التحكيمي المستند إلى مقتضيات القانون السويسري ليخلص بأن هذا القانون لا يتضمن أي مقتضى صريح يخص تمديد اتفاق التحكيم للغير، وباعتماده على القانون السويسري المطبق على النزاع للقول بوجود خرق للنظام العام المغربي، دون أن يبين العلاقة بين القانون المذكور والنظام العام المغربي، يكون

477 - اسماعيل الزيايدي: " حكم التحكيم وحججه وقوته التنفيذية"، مجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت)، العدد 13 يناير 2012، السنة الرابعة، ص 145-146.

قد جانب إطار مهامه المحددة بمقتضى الفصل 46-327 من ق م م ولم يجعل لقضائه أساسا قانونيا سليما"⁽⁴⁷⁸⁾.

والملاحظ أن الاعتراف بوجود النظام العام الدولي لم يرد النص على وجوب التقيد به حينما تم الاعتراف للأطراف بحرية تحديد القواعد الواجبة التطبيق على جوهر النزاع. (الفصل 44-327 من ق.م.م، المادة 1511 من ق.م.م.ف، والفصل 73 من مجلة التحكيم التونسية). غير أن ذلك لا يعني أن هذه التشريعات لا تعطي للمحكم الدولي إمكانية استبعاد مقتضيات القانون المختار من قبل الأطراف حينما تتعارض مع النظام العام الدولي، خصوصا وأنه تمت الإشارة في معرض الاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية إلى ضرورة عدم مخالفتها للنظام العام الوطني أو الدولي (الفصل 46-327 من ق.م.م)، وللنظام العام الدولي (المادة 81 من مجلة التحكيم التونسية). وكذلك الأمر بمفهوم القانون الدولي الخاص (المادة 81 من مجلة التحكيم التونسية). وكذلك الأمر في معرض الإشارة إلى طرق الطعن بالنسبة لأحكام التحكيم (الفصل 49-327 من ق.م.م، والمادة 1520 من ق.م.م.ف والفصل 78 من مجلة التحكيم التونسية) حيث تم التمييز على وجوب عدم تعارضها مع مقتضيات النظام العام الدولي. وأضاف المشرع المغربي في كل تلك النصوص فكرة عدم تعارضها أيضا مع مقتضيات النظام العام الداخلي.

هذا ويقوم النظام العام الدولي بوظيفتين: الأولى: سلبية، حيث يقوم المحكم باستبعاد القانون الواجب التطبيق المختار من قبل الأطراف، متى كان مخالفا للمبادئ الأساسية التي تشكل جزءا من النظام العام. والثانية: إيجابية، تتمثل في قيام المحكم بتقرير بطلان العقود أو البنود المخالفة للنظام العام، ثم تطبيق قواعده بعد استبعاد القانون الواجب التطبيق لمخالفته لأحكامه. أي أن النظام العام الدولي يقوم هنا بوظيفة إيجابية بصورة لاحقة، إن لم يكن في ذات وقت استخدام وظيفته السلبية. وعليه، فإنه عندما يعمد المحكم إلى تطبيق قواعد النظام العام الدولي مباشرة على

⁴⁷⁸ - القرار عدد 220 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2015/01/15 في الملف رقم 2013/8224/2669 غير منشور.

النزاع المعروض أمامه، فإن الوظيفة الرئيسية لهذا النوع من النظام العام تكمن في إبطال العقد موضوع النزاع أو أحد بنوده التي تمثل خرقاً له⁽⁴⁷⁹⁾.

ويبدو أن التطبيقات العملية تظهر وجود قواعد نظام عام دولي تستهدف الحفاظ على مصالح أسمى من مصالح المتعاملين في ميدان التجارة الدولية.

ففي قضية خاضعة لتحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس، اعتبر المحكمون أن العقد المبرم بين شركتين بريطانية وفرنسية، والذي تتعهد فيه الشركة البريطانية بتقديم المعلومات والمساعدة لأجل حصول الشركة الأخرى على صفقة أشغال في دولة إفريقية لقاء عمولة محددة في العقد تشكل رشوة لكون الشركة البريطانية ستدفع قسماً منها لمسؤولين محليين في الدولة الإفريقية، وانتهوا إلى اعتبار أن التزام الشركة البريطانية بدفع الرشوة للمسؤولين المحليين هو سبب التزام الشركة الفرنسية، وبالتالي بطلان العقد، مؤكداً على أن هذا المحل لا يتطابق فقط مع النظام العام الداخلي الفرنسي، بل يستتج أيضاً من مفهوم النظام العام الدولي المعترف به من قبل غالبية الدول⁽⁴⁸⁰⁾.

أما القرار التحكيمي الذي أورد صراحة مصطلح النظام العام الدولي فهو القرار الصادر في قضية "Hilmarton" بتاريخ 1988/08/19 عن غرفة التجارة الدولية بباريس. وملخص هذه القضية هو أن الشركة الفرنسية OTV التي كانت ترغب في المشاركة في ظل أفضل الشروط في مناقصة دعت إليها السلطات الجزائرية من أجل دراسة وتنفيذ مجموعة من المشاريع بغرض تدعيم مدينة الجزائر في عام 1980 مع شركة Hilmarton والتي تعهدت بمهمة تقديم الاستشارات الاقتصادية والضرائبية والتنسيق في النطاق الإداري مع الساهرين على تنفيذ المشروع، وذلك مقابل مبلغ حدد في 4% من القيمة الإجمالية للصفقة. وبعد حصول نزاع بين الطرفين، استخلص المحكم من التصريحات والأقوال التي أدلت أمامه أن شركة Hilmarton مارست

⁴⁷⁹ - **LALIVE (P.)**: « *Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international* », Rev. arb.1986, p.365.

⁴⁸⁰ - Sentence CCI, Affaire n°3913 en 1981, extrait dans la note de **Y. DERAÏNS** sous la sentence CCI rendue dans l'affaire n°2730 en 1982 JDI, 1984, p 920-921.

نشاطا قريبا من نشاط الاستخبارات التجارية والتي تتسم بطابع سري وشبيه بالتجسس الاقتصادي، وخلص المحكم إلى أن العقد المبرم بين الطرفين يخالف القانون الجزائري الصادر في 11 فبراير 1978، والذي يحارب استغلال النفوذ، وهو هدف يتفق فيه القانون الجزائري مع غالبية القوانين الأوروبية، وبذلك فإن العقد محل المنازعة يخالف النظام العام العابر للدول، ويخالف الآداب العامة وفقا للقانون السويسري الذي يحكم العقد⁽⁴⁸¹⁾.

الفقرة الثانية

سلطة المحكم في استبعاد قانون الإرادة

الأصل في التحكيم أن يلتزم المحكم بتطبيق القانون الذي يختاره الأطراف، فالمحكم شأنه في ذلك شأن القاضي، يصدر حكمه في النزاع على ضوء قواعد القانون. ويقصد بالقانون في هذا الصدد القانون بمعناه الواسع الذي يشمل جميع القواعد القانونية سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وطنية أم دولية. والسؤال المطروح هو هل يملك المحكم بالقانون استبعاد قانون الإرادة، إذا وجد أن هذا القانون لا يحقق مصالحهم أو يؤدي إلى إخلال بالتوازن المالي للعقد؟ الحقيقة أن المحكم بالقانون يملك استبعاد قانون الإرادة في حالتين:

أولا: استبعاد القانون المختار لوجود غش نحو القانون

يرى جانب من الفقه أنه يجوز للمحكم استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف لوجود غش نحو القانون. ومؤدى هذا أن لكلا الطرفين رغبة في الإفلات من أحكام القانون الذي يفترض خضوع العقد لأحكامه⁽⁴⁸²⁾.

ويعرف الغش نحو القانون بأنه الاستخدام الإرادي لقاعدة التنازع بهدف التهرب من الأحكام الآمرة للقانون واجب التطبيق⁽⁴⁸³⁾، مما يعني استبعاد القانون الذي اختاره

⁴⁸¹ - Sentence CCI, affaire n° 5622 en 1988, Rev.arb.1993, p. 327 et suiv, voir aussi HEUZE(V.) : « La morale, l'arbitre et le juge », Rev. arb.1993, p.179 et suiv.

⁴⁸² - عمرو محمد إبراهيم خليفة: "سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع،" دار النهضة العربية، طبعة 1990، ص 120.

⁴⁸³ - عصام الدين القصبي: "القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي"، مطبعة جامعة المنصورة، طبعة 2007، ص 267.

الأطراف إذا ثبت وجود غش نحو القانون، أي رغبتهم في الالتفاف على الأحكام الآمرة المقصود بها حماية المصلحة العامة في الدول التي كان ينبغي تطبيق قانونها وفقا للمجرى العادي الذي تقتضيه ظروف وملابسات النزاع، أو استبعاد قانون دولة المستهلك في عقود الاستهلاك الدولية والذي يوفر حماية أكثر للطرف الضعيف في العلاقة العقدية⁽⁴⁸⁴⁾.

إلا أن إثبات الغش نحو القانون يحتاج إلى البحث في النوايا والبواعث، وهي مسألة صعبة الإثبات لكونها من المسائل النفسية التي لا يمكن الكشف عنها بسهولة. فمقتضى حسن النية أن يستخدم الفرد الرخصة القانونية لما خصصت من أجله، وليس بهدف التهرب من الأحكام القانونية الآمرة في نظام معين. وهذا ما جعل البعض يرى أنه إذا ثبت أمام المحكم أن القانون المختار الهدف منه التحايل والتهرب من نظام قانوني معين، فإن للمحكم أن يدير ظهره لهذا الاختيار، أي يستبعد ذلك القانون، ويطبق القانون الذي يراه صحيحا⁽⁴⁸⁵⁾.

ويكشف الواقع العملي عن حقيقة مؤداها أن إثبات الغش نحو القانون في مجال التحكيم يكاد يكون مستحيلا، وذلك لأن للأطراف الحرية في اختيار أي قانون ليطبق على جوهر النزاع، حتى ولو لم يكن ثمة صلة بين النزاع والقانون المختار.

ثانياً: استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بسبب عدم ملاءمته للتطبيق على النزاع

يضيف بعض الفقه هذا القيد حيث يمكن للمحكم استبعاد القانون واجب التطبيق في حالة عدم وجود نص قانوني ملائم يصلح للتطبيق على النزاع⁽⁴⁸⁶⁾. ويمكن تصور هذا الفرض في مجال التجارة الدولية حيث تتميز التجارة بالسرعة والتطور. ففي

⁴⁸⁴ - مختار أحمد بريري: "التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية"، مرجع سابق، ص 139.

⁴⁸⁵ - عمرو محمد إبراهيم خليفة: "سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع"، مرجع سابق، ص 124.

⁴⁸⁶ - **BATIFFOL (H.)** : « La loi appropriée au contrat », *Etudes offertes à Berthold Goldman in* : « le droit des relations économiques internationales », Litec droit, p.1 et suiv.

بعض الأحيان قد لا تواكب القوانين التطور المستمر في التجارة، بل تعجز أيضا المعاهدات والاتفاقيات الدولية عن مواكبة هذا التطور الهائل.

ومن تم فقد يواجه المحكم مشكلة خلو القانون كلية من نص يفصل في النزاع المحكم فيه، كما أنه لا يجد سابقة تحكيمية تمده بحل النزاع، فيجوز له هنا استبعاد هذا القانون بعد إشعاره الأطراف بالقانون الذي ينوي إعماله، وذلك احتراماً للتوقعات المشروعة للأطراف، وللأمن القانوني، مع إتاحة الفرصة لهم في اختيار قانون آخر.

أما إذا كان القانون المختار به خلو جزئي، أي توجد بعض النصوص صالحة للتطبيق على بعض المسائل التي يثيرها النزاع، والمسائل الأخرى لا توجد لها حلول في هذا القانون، فإن المحكم سوف يطبق النصوص الصالحة للتطبيق، أما المسائل التي لا يستوعبها القانون، فإنه سوف يبحث عن حل لها بعد أن ينبه الأطراف لذلك ضمناً لاحترام حقوق الدفاع.

ومن خلال مطالعة بعض التطبيقات العملية، يتضح أن استبعاد المحكم للقانون المختار من قبل الأطراف مرجعه عدم ملاءمة هذا القانون لحكم العلاقة القانونية المثارة أمامه. وقد كانت المناسبة سانحة أمام القضاء الفرنسي ممثلاً في محكمة النقض التي أيدت القرار الاستثنائي الذي طبق القانون الفرنسي بعدما استبعد القانون السعودي لأنه غير ملائم لاقتصاديات العقد⁽⁴⁸⁷⁾. وهو نفس المبدأ الذي كرسته محكمة استئناف باريس فيما بعد⁽⁴⁸⁸⁾.

والواقع أنه من الصعوبة بمكان قبول تمتع المحكمين بهذه الحرية التي تذهب إلى حد استبعاد القانون أو القواعد المختارة من قبل الأطراف. وبناء عليها يتم استبعاد

⁴⁸⁷ - Cass -1^{ère} ch.civ 22 oct.1974, Clunet 1975, p.317, note **FOUCHARD (Ph.)**, Rev Crit. Dr. Int.Pr .1976, p.91.

⁴⁸⁸ - Paris 22 sept 1980, stéBangchan .C. Sté SpieBatignolle, clunet 1981, p. 585, note **Ph.KAHN**.

الاختيار الذي يعد من وجهة نظر هؤلاء الأطراف الحل الأمثل للفصل في المنازعات القائمة بينهم من أجل استبداله بحل أكثر ملاءمة من وجهة نظر المحكم⁽⁴⁸⁹⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كان من غير المقبول تأييد الحكم في حالة استبعاد القانون المختار من قبل الأطراف بمقولة أنه ليس القانون الأصح لحكم المنازعة، فإنه مع ذلك يجب تأييد الحكم في حالة استبعاده لهذه القواعد إذا كانت تتعارض مع النظام العام الدولي المشترك بين الدول أو النظام العام العابر للدول⁽⁴⁹⁰⁾.

المبحث الثاني **حدود سلطة المحكم في تحديد القانون المطبق على جوهر** **النزاعي غياب اتفاق الأطراف**

عرضنا في المبحث السابق للقانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع على ضوء اتفاق الأطراف، وبيننا سلطة المحكم في ظل هذا الاتفاق، ومدى إمكانية استبعاده للقانون المختار من قبل الطرفين. لكن في حالة خلو اتفاق التحكيم من النص صراحة على القانون الواجب التطبيق، هل يقع على عاتق المحكم التزام بالكشف عن الإرادة الضمنية لأطراف النزاع لتطبيق قانون ما؟ وما هي المؤشرات التي قد يستعين بها المحكم لتحديد تلك الإرادة؟ ثم ما هي القواعد التي يطبقها المحكم على موضوع النزاع في حالة عجزه عن الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف؟ وما هي الضوابط التي تقيد سلطته في هذا المجال؟

كل هذه الأسئلة سنتولى الإجابة عنها من خلال الوقوف عند دور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف، "المطلب الأول"، ثم تحديد القواعد القانونية الواجب تطبيقها من طرف المحكم على جوهر النزاع في غياب اتفاق الأطراف وكذا الضوابط التي يلتزم بها، "المطلب الثاني".

⁴⁸⁹ - حفيظة السيد الحداد: "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2007، ص 453.

⁴⁹⁰ - LALIVE (P.) : « *L'ordre public transnational ou réellement international* », op. cit. p.399 et suiv.

المطلب الأول

دور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف

قد لا يتفق الأطراف على تعيين القانون الواجب التطبيق بنص صريح في اتفاق التحكيم، ويتم الاكتفاء بتحديد القضاء المختص بالفصل فيما قد ينشأ بينهم من منازعات، ومن ثم يقع على عاتق المحكم عبء البحث عن إرادتهم الضمنية مستشفا إياها من شروط العقد والظروف التي أحاطت بتكوينه.

إلا أن استخلاص الإرادة الضمنية لأطراف العقد على نحو صحيح يستلزم من المحكم تجنب الخلط بين إرادته وإرادة المتعاقدين، خاصة وأنه قد يصعب على المحكم الجزم بأن المتعاقدين أرادوا تطبيق قانون معين بذاته ولو طبق ما جرى عليه العرف في تجارة معينة من أنواع التجارة الدولية، أو استدل على ما انتهى إليه بوقائع ودلائل مستمدة من تلك العلاقة. ذلك أنه في استخلاصه للإرادة الضمنية قد يتجاهل الكثير من الظروف المحيطة بالمتعاقدين، مثل تجاهل أهداف ووجهات نظر الأطراف وما قد يحيط بهم من ضغوط سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية عند التعاقد، فضلا عن تجاهل نوايا المتعاملين والتي قد تختلف بلاشك باختلاف الخلفية القانونية والنظام القانوني الذي ينتمون إليه، وغير ذلك من العوامل التي تؤثر على مسلك المتعاقدين ولا يمكن حصرها⁽⁴⁹¹⁾.

ومع ذلك فقد حاول القضاء والتحكيم تطوير نظرية الاختيار الضمني بوضع فروض مستمدة من الواقع المحيط بالعقود⁽⁴⁹²⁾، ويمكن حصرها في ثلاث فئات:

- الأولى: وهي الأكثر شيوعا، حيث يطبق المحكم القانون الذي يظهر من خلال التحليل الموضوعي لبنود العقد والظروف المحيطة به، باعتباره القانون الذي أراده الأطراف وتوقعوا تطبيقه على العلاقة. كأن يتم الاعتراف بإمكان إبرام العقد أو المكان المتفق على تنفيذ الالتزامات فيه، أو بجنسية أو موطن أو على الأقل محل إقامة الأطراف المتعاقدين، أو الاعتراف بإمكان إنتاج المعدات محل التعاقد.

⁴⁹¹ - ROBERT (J.) : « *L'arbitrage : droit interne, droit international privé* », op, cit. p.353.

⁴⁹² - BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.) : « *Traité de droit international privé* », 7^{ème} éd T. II; L.G.D.J, Paris; 1983, p. 583 et suiv.

- **الثانية:** يعتد فيها باستخدام الأطراف لمصطلحات أو شروط أو لغة يقتضيها قانون محدد كقرائن على رغبة الأطراف في تطبيق ذلك القانون، كما لو استخدمت مصطلحات القانون الفرنسي واللغة الفرنسية.

- **الثالثة:** وهي المستمدة من تضمين العقد شرطا ينص على تطبيق مبدأ حسن النية في التنفيذ.

والحقيقة أن مثل تلك الظروف قد لا تتضمن أية دلالة على إرادة الأطراف لتحديد قانون معين يكون واجب التطبيق على جوهر النزاع، ومع ذلك فإن من القرائن ما قد يستمد من اختيار اللجوء إلى التحكيم في دولة معينة، "الفقرة الأولى"، أو من تضمين العقد شروطا للتثبيت التشريعي وعدم المسلس بالالتزامات العقدية "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

دلالة اشتراط التحكيم بالعقد على الاختيار الضمني

لقانون دولة المقر

استتبب البعض⁽⁴⁹³⁾ من إدراج شرط التحكيم بالعقد، وجود نية ضمنية لدى المتعاقدين لتطبيق قانون الدولة التي يقع فيها مقر هيئة التحكيم، استنادا إلى أن اتفاق الأطراف صراحة على تفويض الاختصاص لهيئة التحكيم في دولة معينة يعبر عن إدراكهم لواقع أن هذا القضاء سوف يسعى إلى تطبيق القانون الساري في إقليمه باعتباره القانون الإقليمي أو قانون القاضي عملا بقاعدة أن من يختار القاضي يختار قانونه في نفس الوقت. وهو ما يعبر عنه بأن الاختصاص القضائي يجذب الاختصاص التشريعي⁽⁴⁹⁴⁾. ومن تم يكون اشتراط التحكيم حاملا لقرينة على رغبة الأطراف في اختيار القانون الوطني للمحكم.

وقد وجد لهذا الاستدلال صدى في العديد من أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم غرفة التجارة الدولية بباريس وسويسرا، ومن ذلك مثلا الحكم بين متعاقدين

⁴⁹³ - **BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.)** : « *Traité de droit international privé* », op. cit., p.240.

⁴⁹⁴ - **FOUCHARD (Ph.)** : « *L'arbitrage commercial international* », op. cit. p. 360 et suiv.

من النمسا ويوغسلافيا بتطبيق المحكم السويسري للقانون السويسري رغم عدم وجود أية صلة بينه وبين العقد⁽⁴⁹⁵⁾.

غير أن ما يلاحظ على هذا الاتجاه القائل بأن اختيار المحكم أو هيئة التحكيم يتضمن في طياته اختيارا للقانون الواجب التطبيق، هو ضعف أسانيد وعدم منطقية نتائجه في معظم الأحوال:

- ذلك أن اختيار التقاضي أمام مؤسسة تحكيم في دولة معينة، يغلب أن يكون للثقة في هذا القضاء بصرف النظر عن مكان وجوده، كما أن اختيار التقاضي أمام محكم أو هيئة تحكيم، إنما يتم للثقة في الصفات المهنية والشخصية للمحكم أو للمحكمين ولا علاقة له بقانون الدولة التي ينتمي إليها المحكم أو المحكمون.

- إن التحكيم يتم في بعض الحالات بناء على عقد تحكيم مستقل ولاحق على العقد، بينما يفترض أن تتوافر النية الضمنية لاختيار القانون الواجب التطبيق وقت إنشاء العقد الأصلي.

- إن التحكيم في العقود التي تبرمها الدولة لا يمكن أن يفسر بقبول خضوع الشركات والهيئات المتعاقدة لقانون دولة أجنبية، بل على العكس من ذلك، فإن النية الضمنية للأطراف يرجح أن تكون قد توجهت نحو تطبيق القانون الوطني للدولة.

- إن المتعاقدين قد لا يتفقون على إخضاع كل المنازعات الناشئة بينهم للتحكيم من طرف هيئة واحدة، بل قد تحال بعض المنازعات إلى هيئة تحكيم معينة بالنظر لطبيعة النزاع وما يتطلبه من خبرة فنية في مجال معين، بينما يحال بعضها الآخر بالنظر لطبيعته أيضا إلى هيئة تحكيم أخرى، ومن ثم لا يمكن أن ينسب إلى الأطراف نية ضمنية تتجه إلى اختيار قانون محدد بذاته يوافق توقعاتهم.

والواقع أنه بالنظر للانتقادات الموجهة إلى قاعدة الاستدلال من تضمين العقد شرط التحكيم إلى اتجاه إرادة المتعاقدين نحو تطبيق قانون مقر التحكيم، تكون قد فقدت الكثير من حجيتها، ولم تعد تظهر إلا نادرا في أحكام التحكيم، إلا إذا

⁴⁹⁵ - Sentence C.C.I Rendue le 13 déc.1961, JDI, 1965 n° 1145.

كانت مدعمة بوجود عناصر أخرى تؤيد وصول المحكم إلى ذلك الاستنتاج⁽⁴⁹⁶⁾. ومن تم فلا مانع من استخلاص أن نية الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى تطبيق قانون مكان انعقاد التحكيم وذلك من خلال تقدير كل حالة على حدة دون أن يشكل ذلك قاعدة ثابتة.

الفقرة الثانية

دلالة اشتراط التحكيم وشروط التثبيت التشريعي على الاختيار الضمني لتدويل العقد

في خلط واضح بين الإرادة الضمنية لأطراف التعاقد والإرادة المفترضة ذهبت بعض أحكام التحكيم إلى تفسير اشتراط اللجوء إلى التحكيم على أنه بمثابة تعبير ضمني عن الرغبة في استبعاد القانون الوطني للأطراف لصالح تدويل العقد⁽⁴⁹⁷⁾.

إلا أن هذا الاتجاه لاقى انتقاداً شديداً من جانب بعض الفقه الذي يرى عدم إمكانية استخلاص أية نتيجة تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على العقد من مجرد وجود شرط التحكيم ضمن العقد الأصلي⁽⁴⁹⁸⁾، على النحو الذي نصت عليه المادة 42 من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى التي جعلت الأصل في حالة عدم وجود اتفاق صريح على القواعد القانونية الواجبة التطبيق هو تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أي القانون الوطني بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين في الدولة المذكورة.

⁴⁹⁶ - أحمد عبد الكريم سلامة: "نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية"، مرجع سابق، ص 195.

⁴⁹⁷ - JOLIVET (E.): « *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI, la détermination de droit applicable au fond du litige* », cah. arb. vol. V, éd. Pedone, 2011, p.515.

⁴⁹⁸ - BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.): « *traité de droit international privé* », op.cit, p.213.

وامتدادا للخلط بين إرادة المتعاقدين و بين إرادة المحكم، استند المحكمون في قضيتي "Saphire" و "Texaco" إلى وجود شرط الثبات وعدم المسلس للاستدلال على أن الإرادة الضمنية لأطراف العقد اتجهت إلى إخضاعه للقانون الدولي، وهو الاتجاه الذي تجنب المحكمون الوقوع فيه في نزاع "Aramco" حين رأوا أن غياب الإرادة الصريحة للأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق لا يعني أن ينصب المحكم نفسه مكان الأطراف للبحث عما كانوا يريدون، بل عليه أن يبحث في ذلك مستخدما المعايير الموضوعية لإسناد العقد إلى قانون معين⁽⁴⁹⁹⁾.

ونخلص مما تقدم إلى أن الأصل هو الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، وإن كان هذا لا يمنع المحكم من البحث عن القانون الذي يحكم موضوع العقد من خلال الظروف المحيطة بكل علاقة على حدة في حالة غياب التعبير الصريح عن الإرادة. وإن كنا من جانبنا نؤكد على أهمية قيام أطراف العلاقة العقدية بممارسة حرية الإرادة الممنوحة لهم واختيار القانون الواجب التطبيق اختيارا صريحا يلزم المحكم، وذلك منعا للخلط بين إرادة الأطراف وإرادة من يفصل في النزاع⁽⁵⁰⁰⁾، وتجنبنا للقصور الذي يشوب العقد بالنظر إلى تخلف اليقين القانوني لدى أطرافه، فضلا عن ضرورة معرفة هذا القانون عند تكوين العقد وقبل وقوع أي خلاف لتعيين الالتزامات المتبادلة وبيان مدى صحتها ومشروعيتها⁽⁵⁰¹⁾، على أن يلتزم الأطراف عند اختيارهم لهذا القانون بمراعاة وجود صلة كافية بينه وبين العلاقة موضوعه حتى تكون له فاعلية في حل النزاع وتحقيق توازن العقد.

⁴⁹⁹ - **BATIFFOL (H.)**: « *La sentence Aramco et le droit international privé* », Rev. Crit. Dr. Inter. Privé, 1964, vol.53.p. 647 et suiv.

⁵⁰⁰ - **POMMIER (J.-ch.)** : « *La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit : le rôle de l'arbitre* », JDI 1992, p. 5 et suiv.

⁵⁰¹ - **DERAINS (Y.)** : « *Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international* », Bulletin CCI. Vol. 6. n°01. Mai 1995, p. 10 et suiv.

المطلب الثاني

دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب قانون الإرادة

سبق القول بأن المحكم يلتزم بتطبيق ما اتفق عليه الأطراف، احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع. ولاشك أن غياب مثل هذا الاختيار يفتح المجال للمحكم لتفعيل سلطاته واختيار القانون المطبق على جوهر النزاع.

والمشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة، كان واعياً بهذه المسألة، حيث نص في الفقرة الثانية من الفصل 18-327 من ق.م.م المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "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". كما أكد على نفس القاعدة في الفصل 44-327 من ق.م.م المتعلق بالتحكيم الدولي، حيث نص على أنه: "في حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقاً للقواعد التي تراها ملائمة. وفي جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة".

وهكذا يتضح بأن المشرع المغربي ميز في حالة غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع بين التحكيم الداخلي، حيث أعطى لهيئة التحكيم سلطة تطبيق القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، "الفقرة الأولى" وبين التحكيم الدولي، حيث منح لهيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع طبقاً للقواعد التي تراها ملائمة "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

التزام المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأكثر اتصالا بالنزاع في التحكيم الداخلي

يذهب البعض إلى إعطاء السلطة للمحكم في أن يطبق القواعد الموضوعية للقانون الذي يرى أنه الأكثر اتصالا بالنزاع، دون اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين. وعلى ذلك أجمعت غالبية الأنظمة الوطنية في مجال التحكيم الداخلي، حيث منحت المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمامه دون التزام بقواعد التنازع. ومن تلك التشريعات القانون الفرنسي⁽⁵⁰²⁾ والقانون التونسي⁽⁵⁰³⁾.

وقد أخذ المشرع المغربي بهذا الاتجاه بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 18-327 من ق.م.م والتي بموجبها أعطى للمحكم الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بما له من سلطة تقديرية في ذلك، مع مراعاة أنه أحال على القواعد الموضوعية، وليس قواعد تنازع القوانين، مما يعني رفضه لفكرة تطبيق المحكم لقواعد تنازع القوانين.

وهذا على خلاف الأمر في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁽⁵⁰⁴⁾، وكذا قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية سابقا⁽⁵⁰⁵⁾، حيث المحكم ملزم باللجوء إلى قواعد التنازع التي يراها ملائمة.

⁵⁰² - تنص المادة 1478 من ق.م.م.ف على أنه: "تفصل الهيئة التحكيمية في النزاع وفقا للقواعد القانونية".

⁵⁰³ - ينص الفصل 14 من مجلة التحكيم التونسية على أنه: "يجب على المحكمين أن يطبقوا القانون موضوعا".

⁵⁰⁴ - تنص المادة 2/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه: "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".

⁵⁰⁵ - كانت المادة 3/13 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية الساري اعتبارا من أول يناير سنة 1988 تأخذ بقواعد الإسناد عندما نصت على أنه: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف، طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها المحكم ملائمة في هذا الخصوص". وبعد التعديل الذي طال القواعد المذكورة سنة 1998، أوضحت ديباجة هذا الأخير بأن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، الذي يدخل حيز التنفيذ يوم الأول يناير من سنة 1998، هو = أول تعديل مهم يطرأ على النظام فيما يزيد عن 20 عاما، وهو ثمرة سلسلة استشارات مكثفة على الصعيد

ويمكن القول بأن نص الفصل 18-327 من ق.م.م المتقدم يتسم بقدر من المرونة. فقد يرى المحكم أن القانون الأكثر اتصالا بالنزاع هو قانون مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو قانون بلد المصدر، أو المستورد، أو قانون البلد الذي يجري فيه التحكيم، أو الذي يوجد فيه فرع الشركة المرتبطة بالعقد المتضمن لشرط التحكيم⁽⁵⁰⁶⁾.

وجدير بالذكر كما سبقت الإشارة إلى ذلك أن المشرع المغربي أعطى الحرية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حتى ولو لم تكن هناك صلة بين العقد محل النزاع والقانون المختار. أما بالنسبة لهيئة التحكيم، فإنها تلتزم باختيار القانون الأكثر اتصالا بموضوع النزاع. وإذا كان الأمر يخضع لتقدير هيئة التحكيم، إلا أنه من الممكن إثبات انحرافها في هذا الاختيار، كما لو اختارت قانونا ليس له صلة بالنزاع أو فضلت قانونا على قانون آخر، رغم أن القانون غير المفضل هو الأكثر اتصالا بالنزاع، وذلك بالرغم من عدم وجود نص في قانون المسطرة المدنية المغربي يواجه حالة انحراف أو تعسف المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، حيث حدد الفصل 36-327 من ق.م.م حالات البطلان على سبيل الحصر، ولم يكن من بينها تلك الحالة. لذلك فإنه من الملائم أن ينص المشرع المغربي على حالة التعسف أو الانحراف في استخدام السلطة من قبل المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق بوصفها حالة من حالات البطلان بغية عدم الإضرار بمصالح الأطراف أو عدم الإخلال بتوقعاتهم المشروعة.

كما يجب التأكيد أيضا على ضرورة مراعاة المحكم شروط العقد موضوع النزاع والأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات التجارية وما جرى عليه التعامل بين الطرفين فيما يتعلق بالتحكيم بالقانون. لذلك يثار التساؤل عما إذا كان المحكم بالإنصاف يبقى هو الآخر ملزما بالقواعد المذكورة أم لا؟

العالمي، وكان هدف التعديلات التي أدخلت هو تخفيض التأخير وسد الثغرات، = أخذنا بعين الاعتبار تطور ممارسة التحكيم. وبذلك تم التراجع بمقتضى هذه القواعد عن المبدأ المقرر في المادة 3/13 المذكورة، وتم الأخذ بالمنهج المباشر في تحديد القانون الواجب التطبيق عندما نصت المادة 17 على أنه: "... فإن لم يتفقوا على ذلك طبقت محكمة التحكيم القانون الذي تراه ملائما".

⁵⁰⁶ - محمود سمير الشرقاوي: "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، ضمن أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، بدون دار نشر، وبدون سنة نشر، ص 459.

يتضح من صياغة الفصل 18-327 من ق.م.م أنه لم يقيد المحكم بالإنصاف بمراعاة شروط العقد موضوع النزاع والأعراف والعادات التجارية، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين، باعتبار أن المقتضيات المنظمة لسلطات المحكم بالإنصاف وردت بعد الفقرة المذكورة. غير أننا نرى أنه من الأنسب أن ينص المشرع المغربي على أن يلتزم المحكم في جميع الأحوال بمراعاة شروط العقد موضوع النزاع والأعراف والعادات التجارية وما جرى عليه التعامل بين الطرفين سواء تعلق الأمر بالتحكيم بالقانون أو التحكيم بالإنصاف، وذلك إسوة بما جاء في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

الفقرة الثانية

حدود سلطة المحكم عند الفصل في النزاع طبقا للقواعد التي يراها ملائمة في التحكيم الدولي

الملاحظ أن المشرع المغربي طبقا لمقتضيات الفصل 44-327 من ق.م.م لم يفرض على المحكم أي قيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع في التحكيم الدولي، بل منح له سلطة اختيار أي قاعدة يراها مناسبة وملائمة، وذلك على خلاف الأمر في التحكيم الداخلي، حيث عمد المشرع المغربي إلى توجيه المحكم في اختياره للقانون الواجب التطبيق.

ورغم هذا فإنه يقع على عاتق المحكم في التحكيم الدولي ضرورة الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات العقد الرابط بين الطرفين والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة.

أولا: سلطة المحكم الدولي في الاختيار بين المنهج المباشر وقواعد الإسناد

يتمتع المحكم الدولي في ظل القانون المغربي بسلطة تقديرية واسعة، فقد يختار اللجوء إلى المنهج المباشر أو إلى منهج قواعد تنازع القوانين لتحديد القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع حال تخلف إرادة الأطراف عن هذا الاختيار.

أ . سلطة المحكم الدولي في تطبيق قواعد الإسناد

لاشك أن المحكم على خلاف القاضي الوطني، يتمتع بقدر من الحرية أو السلطة التقديرية في معرض بحثه عن القانون الذي يجب أن يحكم موضوع النزاع، من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين.

وقد أكد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على تلك الحرية التي يتمتع بها المحكم الدولي، عندما نص في المادة 2/28 على أنه: "إذا لم يعين الطرفان أية قواعد، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق".

ومن الطبيعي أن مثل هذه الحرية أو السلطة التقديرية التي يتمتع بها المحكم الدولي في شأن تعيين القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع، تضعه أمام الكثير من الخيارات النظرية بين النظم القانونية المختلفة، والتي يتعين أن يختار من بينها قواعد التنازع الأكثر ملاءمة لطبيعة النزاع المعروض على التحكيم⁽⁵⁰⁷⁾. وهنا تظهر لنا الخاصية التي يتميز بها القانون المغربي ونظيره الفرنسي والتونسي، بحيث لا يفرض على المحكم اتباع قواعد التنازع ولا يمنعه من ذلك، فالأمر موكول لمطلق حرية المحكم.

غير أنه إذا قرر المحكم الدولي اللجوء إلى قواعد الإسناد، فإن الواقع العملي يكشف عن طريقتين⁽⁵⁰⁸⁾ يتم بهما تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

الأولى وتتمثل في التطبيق الجمعي لأنظمة تنازع القوانين المرتبطة بالنزاع. ووفقا لهذه الطريقة، يقوم المحكم الدولي بفحص قواعد تنازع القوانين في مختلف الأنظمة القانونية الوطنية التي لها صلة بالنزاع المعروض عليه، حتى إذا أجمعت على قانون وطني معين قام بتطبيقه⁽⁵⁰⁹⁾. ويستطيع المحكم بهذه الطريقة تخطي صعوبة تغليب

⁵⁰⁷ - أبو زيد رضوان: "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 153.

⁵⁰⁸ - **LALIVE (P.)** : « *Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse* », Rev.arb.1976, p.155 et suiv.

⁵⁰⁹ - **DERAINS (Y.)** : « *L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige* ». Rev.arb.1972, p.99 et suiv.

أحد هذه القوانين على البعض الآخر وإعمال قواعدها المشتركة طالما أنها تؤدي إلى نفس النتيجة بالنسبة لتعيين القانون الذي يحكم موضوع النزاع⁽⁵¹⁰⁾. ويرى البعض بأن هذه الطريقة توضح أهمية احترام الحلول المتوقعة، فإذا كانت قواعد التنازع بجميع القوانين التي ترتبط أولها صلة بموضوع النزاع تحدد نفس القانون، فإن الأطراف لن يعترفوا أو يشتكوا بدعوى أن توقعاتهم لم تحترم بتطبيق هذا القانون. فأسس هذا الإجراء أصلاً يتجلى في احترام توقعات الأطراف⁽⁵¹¹⁾.

بينما تتجلى الطريقة الثانية في اللجوء إلى المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص. وتتأسس هذه الطريقة في إطار بحث المحكم عن القانون الواجب التطبيق على النزاع، ليس إلى قواعد التنازع النافذة في دولة معينة، وإنما إلى قاعدة تنازع تحظى بقبول واسع من قبل الجماعة الدولية. بمعنى آخر تطبيق المبادئ العامة المشتركة أو المقبولة بشكل عام في أنظمة القانون الدولي الخاص⁽⁵¹²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن للمحكم تجاوز الطريقتين المذكورتين والالتجاء إلى اختيار قاعدة التنازع التي يعتبرها أكثر إقناعاً⁽⁵¹³⁾. ويتحدد هذا المنهج في اختيار المحكم الدولي لقاعدة التنازع التي يراها أفضل ومداولة بشكل واسع في الاجتهاد التحكيمي. فالأمر لا يتعلق بمراعاة التقارب الموجود بين بعض أنظمة تنازع القوانين التي لها ارتباط أولاً بموضوع النزاع، بقدر ما يتحدد في استنباط واستخراج قاعدة التنازع التي يراها المحكم أحسن. غير أن حرية المحكم في هذه الحالة يجب أن تكون حرية وظيفية⁽⁵¹⁴⁾. فلا يستعملها حسب أهوائه⁽⁵¹⁵⁾.

⁵¹⁰ - أبو زيد رضوان: "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، مرجع سابق، ص 165.

⁵¹¹ - FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.): « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit. p.885.

⁵¹² - GAILLARD (E.): « *Trente ans de lex Mercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit* », Rapport au XIIe congrès de l'ICCA Vienne, 3-6 nov. 1994, JDI 1995, p.14.

⁵¹³ - FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.): « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit. p.885.

⁵¹⁴ - FOUCHARD (Ph.), GAILLARD (E.) et GOLDMAN (B.): « *Traité de l'arbitrage commercial international* », op. cit. P.889".

⁵¹⁵ - عبد الله درميش: "التحكيم الدولي في المواد التجارية" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1983، 1984، ص 340.

بل يلزم أن يتقيد بظروف الحال ليختار القانون الأنسب والأكثر ملاءمة وارتباطاً بموضوع النزاع. ذلك أن حرية المحكم في هذا الاختيار ليست على درجة حرية الخصوم في اختيار القانون واجب التطبيق، وإنما مقيدة باختيار قاعدة تنازع تتلاءم مع النزاع المحكم فيه⁽⁵¹⁶⁾.

ب. تطبيق المحكم الدولي للمنهج المباشر

تتفق غالبية الأنظمة الوطنية في مجال التحكيم الدولي على منح المحكم سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروف عليه، وذلك دون إلزامه بالمرور بنظام تنازع معين للوصول عن طريقه إلى هذا القانون.

فعلى غرار التشريع المغربي (الفصل 44-327 من ق.م.م) تضمنت العديد من التشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم (المادة 1511 من ق.م.م.ف والفصل 73 من مجلة التحكيم التونسية) النص على إعطاء المحكم الدولي السلطة المباشرة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع حال عدم اتفاق الأطراف، وذلك دون إلزامه باللجوء إلى قاعدة تنازع معينة، بل ولم تفرض هذه التشريعات أية قيود على المحكم في ذلك سوى أن تكون القواعد المختارة ملائمة.

هذا ويظهر من خلال مطالعة قضاء التحكيم الدولي، قيام المحكم في العديد من القضايا بتحليل عناصر العقد الموضوعية والقانونية في مرحلة أولى، ثم يطبق في مرحلة ثانية القانون الأكثر صلة به عن غيره من القوانين الأخرى، والذي يمثل من وجهة نظره القانون الأنسب.

فالمحكم لا يهتم بل ويصرح أحيانا بأنه ليس من الضروري الاستناد إلى قاعدة تنازع قوانين معينة، وإنما يقرر مباشرة إخضاع العلاقة لقانون هذه الدولة أو تلك، أخذا بعين الاعتبار طبيعة العقد والظروف المحيطة به⁽⁵¹⁷⁾. ومن الأحكام التي اتبعت هذه الطريقة، نذكر الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية، حيث قررت هيئة التحكيم

⁵¹⁶ - محسن شفيق: "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع"، مرجع سابق، ص 258.

⁵¹⁷ - محمود سمير الشرقاوي: "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 16، 2000، ص 8 وما بعدها.

التي اتخذت مقرا للتحكيم لها في مدينة "بال السويسرية"، تطبيق القانون البلجيكي، وذلك بعد أن ذكرت بأنه ليس من الضروري البحث عن قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة الاتباع لتعيين القانون الواجب التطبيق، وإنما يكفي إثبات أن كل عناصر العقد، مقرر كل من البائع والمشتري ومكان تنفيذه، فضلا عن مكان إبرامه تقع في بلجيكا⁽⁵¹⁸⁾.

ورغم أن المنهج المباشر قد لاقى تأييدا واسعا، إلا أن هناك من يتخوف عن حق من تطبيق المحكم لهذه الطريقة في اختياره للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إذ سيؤدي ذلك إلى أن يتبنى كل محكم تصنيفا خاصا به للقوانين، بحيث يضع في قمتها قانونا معيناً، قد يكون له ميل خاص إليه لأسباب موضوعية وتتعلق في الغالب بالانتماء الحضاري والثقافي والديني والإيديولوجي، أو حتى لأسباب ذاتية كأن يكون مثلا قد استدعي من قبل سلطات بلد ما للمساهمة في إعداد قانون معين، فيعتبره الأفضل⁽⁵¹⁹⁾.

ويرى البعض الآخر أن هذا المنهج يفسح المجال أمام الحلول غير المتوقعة ويخل بالأمان القانوني للأطراف. فالمرجح أن يؤدي تطبيق منطق هذا المنهج في مجال التحكيم الدولي إلى تطبيق قوانين غريبة واستبعاد قوانين دول "العالم الثالث"، على غرار ما قام به المحكمون في قضايا "أرامكو" و "شيخ أبو ظبي" وغيرها، حينما استبعدوا قوانين دول عربية بدعوى أنها قوانين "غير كاملة أو ناقصة"، أو لأنها ليست من قوانين الأمم المتحدة⁽⁵²⁰⁾.

وقد تنبه بعض المحكمين إلى أهمية عنصر الأمن القانوني، واعتبروه من أهم المعطيات التي على المحكم أن يراعيها عند البحث عن القانون الأنسب. فقد جاء في قرار صادر عن غرفة التجارة الدولية بأن: "القانون الأنسب هو القانون الذي يستجيب

⁵¹⁸ - Sentence rendue en 1983, CCI affaire n° 3880, JDI 1983, p.897-898. Obs.Y. DERAINS.

⁵¹⁹ - أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، مجمع الأطرش نشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس طبعة 2006، ص 609.

⁵²⁰ - MEZGHANI (A.) : « Observations sur les différents ordres juridiques applicables aux contrats internationaux ». Revue Tunisienne de droit 1985, p.302 et suiv.

أكثر من سواه إلى احتياجات مجتمع التجار الدولي والذي لا يتصادم مع التوقعات المشروعة للأطراف، ويعطي نتائج متطابقة ويقدم حلا معقولا للنزاع"⁽⁵²¹⁾.

ثانياً: سلطة المحكم الدولي في أعمال القواعد الموضوعية للتجارة الدولية

شهد القرن العشرون ملامح منهج جديد في القانون الدولي الخاص، فحواه الاستعاضة عن إسناد حكم المعاملات الدولية للنظم القانونية الوطنية من خلال ضوابط مستمدة من عناصرها، بإخضاع هذه المعاملات مباشرة لنظام خاص بها تشكل معطيته الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة المسلم بها بين الدول⁽⁵²²⁾.

والملاحظ أن المشرع المغربي كغيره من التشريعات المقارنة⁽⁵²³⁾، والاتفاقيات الدولية⁽⁵²⁴⁾، وأنظمة التحكيم⁽⁵²⁵⁾، كان واعياً بأهمية مسايرة التطورات الدولية في هذا الميدان، وبأن هناك قواعد ومبادئ وعادات مستمدة من الأوساط التجارية الدولية، والتي تتجدد باستمرار لحكم العلاقات بين المتعاملين فيها. فنص في الفقرة الثانية من الفصل 44-327 من ق.م.م على أنه: "في جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة".

بالإضافة إلى ذلك، فقد منح المشرع المغربي الحرية المطلقة للمحكم الدولي في اختيار قواعد التجارة الدولية كقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك من خلال الصياغة التي استعملها في الفصل 44-327 من ق.م.م حينما قرر أنه: "وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقاً

⁵²¹ - Sentence CCI n° 8385, rendue en 1995, JDI, 1997, p.1061.

⁵²² - حسن المصري: "التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، طبعة 2006، ص 433 وما يليها.

⁵²³ - المادة 1511 من ق.م.م.ف، والفصل 73 من مجلة التحكيم التونسية.

⁵²⁴ - المادة 7 من اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي.

⁵²⁵ - المادة 2/17 من نظام غرفة التجارة الدولية، والمادة 33 من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

للقواعد التي تراها ملائمة". وهو ما يجعلنا نستنتج بأن المحكم في ظل التشريع المغربي له الحرية في النفاذ إلى مصادر مختلفة لتحديد القانون المطبق على جوهر النزاع. فله تطبيق قانون وطني بخياراته المتعددة، كما له أن يختار قواعد التجارة الدولية، خاصة فيما يخص المسائل الفنية التي تثور في إطار تجارة أو مهنة معينة والتي تناولتها هذه العادات والأعراف بالتنظيم، لكنه يظل دائما مقيدا باختيار الأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة التي تتلاءم مع مقتضيات العقد. وهو نفس المقتضى الذي أكدت عليه المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي نصت على أنه: "في جميع الأحوال تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة".

الفرع الثاني

حدود سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف

تتعلق سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف بجوهر مهمة المحكم، وتدور حولها أهم السلطات التي يمارسها في مرحلة إصدار الحكم بعد سماع ادعاءات الخصوم وانتهاء الإجراءات أمامه. إذ يتصدى المحكم في هذه المرحلة لتحديد حقوق والتزامات الخصوم، بما يترتب عن ذلك من تعديل لمراكزهم القانونية وذلك في إطار القانون ومقتضيات العقد الرابط بين الخصوم. وتتضاعف سلطات المحكم في هذه المرحلة عندما يدور موضوع النزاع حول شروط العقد أو عند وجود ظروف طارئة تستوجب تعديله أو مراجعة أحكامه.

ويشكل تعديل الالتزامات التعاقدية وإعادة التفاوض بشأنها جزءا كبيرا من المنازعات التي تعرض أمام هيئات التحكيم، خاصة في العقود الطويلة الأجل، والتي قد يطرأ على تنفيذها عقبات وظروف خاصة تستوجب تعديل العقد، للوصول إلى تنفيذ الالتزامات التعاقدية بطريقة تحقق التوازن المالي للعقد. وهذه الظروف والعقبات قد يتم التغلب عليها رضائيا إذا ما تم تعديل العقد أو أعيد التفاوض بشأنها لصالح الطرفين معا.

أما إذا اختلف الأطراف واختل توازن العقد، فهنا يصبح تدخل المحكم أمرا لازما لحسم النزاع. ويثار التساؤل عن الأسس الذي يمكن أن ترتكن إليه سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف، وهل يملك هذه السلطة فعلا؟، ثم ما هو نطاق هذه السلطة إن وجدت؟. للإجابة عن هذه الأسئلة، يلزم التطرق لأسس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف، "المبحث الأول". ثم الوقوف عند نطاق سلطة المحكم في تعديل هذه الالتزامات "المبحث الثاني".

المبحث الأول أساس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف

لم تتصد غالبية الأنظمة القانونية لسلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف، وقد كان من شأن ذلك خلق نوع من التباين في مواقف المحكمين. فبينما أنكرت بعض هيئات التحكيم سلطتها في إجراء هذه التعديلات⁽⁵²⁶⁾، أقرت أحكام أخرى إمكانية ذلك وفقا لكل حالة على حدة⁽⁵²⁷⁾.

وإزاء هذا الفراغ التشريعي، فإنه يمكن أن نقرر على ضوء أحكام القضاء ومقررات التحكيم بأن المحكم وعلى خلاف القاضي⁽⁵²⁸⁾، لا يملك فرض أي تغيير أو تعديل على العقد لغياب التنظيم التشريعي لهذه السلطة، ولكن هذا لا ينفي إمكانية تضمين الأطراف لشرط تعاقدى يسمح بمراجعة العقد، أو إعادة التفاوض بشأنه مع تحديد الظروف التي تستوجب إجراء هذا التعديل إذا حدثت متغيرات معينة⁽⁵²⁹⁾، "المطلب الأول"، ثم ما هو الحال إذا لم يتفق الأطراف على إدراج مثل هذا الشرط في العقد والذي من شأنه مواجهة المتغيرات التي قد تمس بالالتزامات العقدية "المطلب الثاني".

⁵²⁶ - Sentence CCI n° 3938 rendue en 1982, JDI 1984, P.929, et aussi sentence CCI n° 9771, Y.C.A.2004, p.46. et suiv.

وقد أوضحت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في القضية رقم 3938 المذكورة لسنة 1982 أن المحكم لا يستطيع تعديل التزامات الأطراف لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بتوقعاتهم، وتجاوز لحدود مهمته، مما يعرض قراره للبطلان.

⁵²⁷ - Paris 13 Janv.1971, Rev.arb. 1973, p.68, note FOUCHARD (Ph.).

حيث أقرت محكمة استئناف باريس في قرارها المذكور باختصاص هيئة التحكيم بإعادة النظر في العقد وتعديله إذا ما ثارت صعوبات جسيمة من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

⁵²⁸ - قضت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر بتاريخ 1962/05/10 بأن: "تدخل القاضي إلى رد الالتزام إلى الحد المعقول رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة. وتقدير ذلك منوط بالاعتبارات الموضوعية بالنسبة للصفقة ذاتها. ولما كان الحكم المطعون فيه قد دلل على انتفاء ذلك الشرط من ظروف الصفقة وملابساتها وكان ما قرره في هذا الشأن سائغا مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع وكافيا لحمل قضائه، فإنه لا جدوى من تعيب الحكم فيما قرره من جواز النزول عن الحق في التمسك بالظروف الطارئة، لأن ما أورده الحكم في هذا الصدد يستقيم الحكم بدون". (الطعن رقم 359 الصادر بتاريخ 1962/05/10، مجموعة المكاتب الفني لمحكمة النقض، السنة 26 قضائية، الجزء 13، ص 629).

⁵²⁹ - عصام الدين القصبى: "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار"، مقال مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان "التحكيم التجاري الدولي، طبعة 2008، ص 197 وما بعدها.

المطلب الأول

أساس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف على ضوء الشروط العقدية

يقصد بسلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف على ضوء الشروط العقدية، تلك الشروط التي يدرجها الأطراف في العقد، وتمنح المحكم مكنة النظر أو التعديل في الالتزامات المتبادلة بين أطراف العقد.

ويحتل مبدأ سلطان الإرادة مكانا مهما في العقد التجاري الدولي، ذلك أن الطرفين يتمتعان بدون شك بكامل الحرية في الاتفاق على مجموعة من الشروط التي تحقق مصالحهما وتضمن تنفيذ التزاماتهما المتبادلة بصورة صحيحة في إطار مبدأ حسن النية. ويتفق هذا مع القاعدة القانونية التي تجيز أن يتضمن العقد أي شرط يرتضيه المتعاقدان إذا لم يكن مخالفا للنظام العام، "الفقرة الأولى"، مع التأكيد على أن سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف تتوقف على شرط قبول الأطراف، "الفقرة الثانية".

الفقرة الأولى

ماهية الشروط العقدية الهادفة إلى تحقيق التوازن العقدي

يقع على عاتق طرفي العقد تحديد مضمون الشرط المراد إدراجه في العقد عند تحريره وذلك قصد معرفة آثار تطبيقه. كما قد يلجأ الطرفان إلى الأخذ بنموذج شرط عقدي درج عليه العرف التجاري. إلا أنه في جميع الأحوال يجب أن يحقق مثل هذا الشرط قدرا من التوازن العقدي اللازم لمصالحهما وحماية لحقوقهما، وذلك عند حدوث ظروف طارئة قد تعيق تنفيذ التزاماتهما.

أولا: شرط ضمان حسن التنفيذ

تواتر أطراف العقود الدولية على إدراج شرط ضمان حسن التنفيذ في عقودهم سواء كانت عقود بيع أم عقود خدمات أم عقود توريد. ويهدف هذا الشرط إلى تغطية المخاطر المحتملة التي تواجه تنفيذ الالتزامات العقدية. كما يكون الغرض منه تحديد ومعرفة مقدار التعويض الذي سيحصل عليه الطرف الذي تضرر من جراء عدم التنفيذ.

و يستطيع المحكم الارتكاز على هذا الشرط لإعادة التوازن للعقد، وذلك في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على قانون معين ينص على مثل هذا الشرط حتى ولو لم يتم إدراجه في العقد من قبل الأطراف. كما يستطيع المحكم إعمال مقتضيات هذا الشرط إذا كان الأطراف قد اتفقوا على اللجوء إلى الأعراف الدولية.

ونظرا لأهمية التصييص على شرط حسن تنفيذ العقد، وتكرار العمل به في العرف التجاري الدولي، فقد أتيحت الفرصة للقضاء قصد تعريفه وخاصة في العقود المصرفية. وهكذا فقد عرفته محكمة استئناف بروكسيل بأنه: "الالتزام الذي يتعهد به المصرف باعتباره الضامن عند عدم تنفيذ الساحب (البائع) لما فرضه عليه العقد الرابط بينه وبين المستفيد (المشتري)، وذلك في حدود مبلغ معين، أو كما نص عليه الضمان الذي قبله الضامن لتأمين تنفيذ العقد"⁽⁵³⁰⁾.

وما يؤخذ على هذا الشرط هو أنه من جهة، مقيد ومحدد بمقدار معين مسبقا، وذلك حتى في الحالة التي يكون فيها التوازن المالي للعقد قد تم الإخلال به بصورة تفوق بكثير ما تم التصييص عليه في الشرط. ومن جهة أخرى، فإن هذا الشرط يتوقف أثره عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا طبقا لقاعدة الإعفاء من المسؤولية.

ثانيا: الشرط الجزائي

وهو الشرط الذي يقضي بأنه على المدين بالتنفيذ دفع مبلغ معين للدائن عند عدم تنفيذ إحدى الالتزامات العقدية. ولهذا تم اعتبار حالة عدم التنفيذ من قبل المدين لالتزاماته العقدية سببا لوجود الشرط الجزائي.

وقد عرف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي في المادة 1126 من القانون المدني والتي تنص على أن: "الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ". ولم يضع المشرع المغربي تعريفا للشرط الجزائي، ولكنه نص في الفقرة الثانية من الفصل 264 من ظ.ل.ع على

⁵³⁰ - Cour d'appel de Bruxelles, 18 Déc.1981, Revue de Banque 1982, p. 118.

أنه: "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالالتزام الأصلي كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه".

ولقد وضع العرف التجاري الدولي مفهوماً للشرط الجزائي⁽⁵³¹⁾ لا يختلف في مضمونه وآثاره عما قرره المشرع المغربي في الفصل 264 المذكور. ولاشك أن هناك أسباباً عدة تدفع المتعاقدين للتصيص على الشرط الجزائي في العقود المحلية أو الدولية⁽⁵³²⁾ ومنها:

- محاولة طرفي العقد ترتيب حدود آثار عدم تنفيذ الالتزامات العقدية. ذلك أن الشرط الجزائي قد يهدف إلى تخفيف مسؤولية المدين العقدية، من خلال الاتفاق مسبقاً بين الطرفين حول مقدار التعويض والفوائد لتغطية الأضرار والخسائر التي يتعرض لها الدائن.

- كون الشرط الجزائي نوعاً من العقوبة المالية التي تهدد المدين، فإنه يدفعه إلى الحرص على احترام تنفيذ التزاماته.

- إن تحديد قيمة مالية محددة يؤدي إلى تقليص سلطة المحكم في تقدير مبلغ التعويض والفوائد والأضرار الناتجة عن إخلال المدين بالتزاماته.

- إن الاتفاق العقدي للطرفين على وضع مبلغ يتم تحديده مسبقاً عند إبرام العقد، سيحل محل ما قد تقرره قواعد القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع، مما يضمن للأطراف توقع حجم التعويض مسبقاً.

ثالثاً: شرط إعادة التفاوض

درج أطراف العقود الدولية على وضع شرط إعادة التفاوض في عقودهم، خاصة إذا كان تنفيذها يستلزم مدة طويلة من الزمن. ولا خلاف في أن إدراج مثل هذا الشرط داخل العقد ذاته أو في عقد لاحق من شأنه منح المحكم سلطة تعديل التزامات الأطراف.

ويرى البعض أن مثل هذا الشرط لا يقتصر دوره على حماية طرف دون آخر، بل يحقق كذلك ميزة للدولة (في ظل عقود الاستثمار) في تغيير تشريعاتها واتخاذ ما

⁵³¹ - Les règles uniformes de la C.C.I de Paris pour les garanties contractuelles.

⁵³² - FONTAINE (M.) : « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », D.P.C.I. 1982, Tome 1, 1° 3, p.405.

تراه مناسباً من إجراءات لحماية مصالحها ثم العودة مرة أخرى لطاولة المفاوضات في ظل هذه الإجراءات والقواعد الجديدة التي اتخذتها أثناء تنفيذ العقد، ولكن يبقى هذا الشرط بمثابة تدبير حمائي للطرف الآخر (وهو المستثمر) في مواجهة الدولة⁽⁵³³⁾. وذلك على الرغم من أن هذا الشرط قد يؤثر على استقرار العقد، كما قد يجعل هيئة التحكيم ذاتها ترفض الاختصاص لعدم وجود منازعة محددة، بالإضافة إلى أن الوسائل التي يقدمها المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد وفق الشرط العقدي قد لا يكون ملائماً لتحقيق هذا التوازن بصورة صحيحة، وفي النهاية قد ينتهي الأمر بقيام هيئة التحكيم بإعادة التوازن العقدي بطريقة قد لا تتفق مع توقعات الأطراف⁽⁵³⁴⁾.

ورغم ذلك فإنه من الصعب أن نجد عقداً دولياً طويلاً المدة، دون أن يدرج الأطراف فيه شرط إعادة التفاوض، وذلك فيما إذا تطورت الظروف المصاحبة للعقد إلى درجة ينقلب معها التوازن العقدي الذي ارتكن إليه الأطراف عند إبرامه.

ويعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة حقيقية للبحث عن العدالة عند تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، في محاولة لتحقيق توازن مالي لاحق على إبرام العقد، بينما التفاوض في مرحلة إبرام العقد يعد بمثابة ترجمة قانونية تعبر عن توازن مالي سابق.

ويلاحظ أن الالتزام بالتفاوض في مرحلة التنفيذ يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما التفاوض في مرحلة الانعقاد يدخل في دائرة القانون، حيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية بما يحققه من عدالة.

رابعاً: شرط القوة القاهرة

جرى العمل على إدراج شرط القوة القاهرة في عقود الاستثمار. ويتم تحديد المقصود بالقوة القاهرة من خلال الإحالة إلى نظام قانوني معين، وغالباً ما يكون هو القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته. ويوفر شرط القوة القاهرة لطرفي العقد إمكانية تعليق التنفيذ خلال الفترة التي يبدو فيها هذا التنفيذ مستحيلًا بصفة مؤقتة.

⁵³³ - عصام الدين القسبي: "التحكيم التجاري الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار"، مرجع سابق، ص 201.

⁵³⁴ - عصام الدين القسبي: "التحكيم التجاري الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار"، مرجع سابق، ص 205.

ومعلوم أن تحقيق التوازن المالي للعقد وعدم الإخلال به يلقي على عاتق المحكم مهمة أولية هي الفصل في تحقق شرط القوة القاهرة، والنتائج المترتبة عن ثبوته. وهي مهمة فنية في المقام الأول. فالمحكم عليه أن يثبت من وجود القوة القاهرة التي تحول دون تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد قبل التدخل لإحلال التوازن المالي للعقد.

ويدخل تحديد أثر القوة القاهرة على استمرارية العقد ضمن الاختصاص الأصيل لهيئة التحكيم، حيث تختص هيئة التحكيم بإعادة ضبط الالتزامات المتبادلة في العقد وإعادة التوازن إليه مرة أخرى. باعتبار أن الحفاظ على استمرارية العقد يبقى الهدف الأساسي في العلاقات التجارية الدولية. وهذا الباعث يفرض على الأطراف العمل على بذل الجهد لإيقاف ما من شأنه الحيلولة دون تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، ويستوجب هذا قدرا من التعاون بين الأطراف.

تلك هي أهم الشروط التي يمكن أن يدرجها أطراف العقد الدولي لمواجهة مشكلة الإخلال بالتوازن المالي للعقد. ولا يقف الأمر عند حد إدراج الأطراف لهذه الشروط، بل يجوز لهم منح المحكم سلطة تعديل العقد بشرط صريح في اتفاق التحكيم، وبموجب هذا الشرط يكون للمحكم الحق في إعادة التوازن المالي للعقد.

الفقرة الثانية

قبول الأطراف كشرط لمنح المحكم سلطة تعديل الالتزامات

من الضوابط التي تحكم ممارسة المحكم لسلطة تعديل العقد، أنه لا يملك التصدي لهذا التعديل من تلقاء نفسه وإلا كان متجاوزا لحدود مهمته على نحو يعرض مقرره للبطلان، فضلا عن إخلاله بتوقعات الأطراف. فالمحكم يتلقى تفويضا محددا من الأطراف بمقتضى اتفاق التحكيم، وما لم يتلق المحكم صراحة سلطة تعديل العقد، فلا يمكنه ذلك⁽⁵³⁵⁾.

⁵³⁵ - عصام الدين القسبي: "خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار"، دار النهضة العربية، طبعة 1993، ص151.

فمنح المحكم سلطة خلق التزامات جديدة في عناصرها ونطاقها لا تثبت له كجزء متمم لولايته بنظر النزاع. وفي غياب التنظيم القانوني، فإنه لا سبيل لمنح المحكم هذه السلطة إلا باتفاق الخصوم⁽⁵³⁶⁾، ما لم يتضمن القانون الواجب التطبيق نصوصا تتعلق بسلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف لإعادة التوازن العقدي، فيطبقها على ضوء ما يقضي به هذا القانون باعتباره قانون الإرادة.

وفي هذا المعنى أوردت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بأن، "الفيصل في تكييف طبيعة العقد يتأتى من نصوص العقد و ما اشتمله من أحكام وما حمله لكل من الطرفين من التزامات. فالإدارة لا تبرم العقود ولا تنفذ ما تنفذه تحقيقا لمصلحة ذاتية لها بوصفها طرفا متعاقدا، ومن ثم فهي لا تملك القدرة على إثبات ما حاق بها ذاتيا- بوصفها شخصا قانونيا وطرفا في عقد- من أضرار ولا تقدير حجم تلك الأضرار.

ومن ثم لا يتصور أن يكون تشريع الحق في فرض الغرامة في العقود الإدارية، مما يؤدي إلى إخلال جسيم بالتوازن المالي للعقود، ولذلك وجب أن يوضع حد معقول لحجم الغرامات التي يمكن فرضها، وبما لا يخل بالصالح المشترك الذي جمع بين المتعاقدين وعبرت عنه إرادتهما المشتركة في العقد المعني"⁽⁵³⁷⁾.

كما اعتبرت إحدى هيئات التحكيم في إطار غرفة التجارة الدولية بأنه لا يشترط الموافقة الصريحة للأطراف من أجل تعديل التزاماتهما، بل تكفي الإرادة الضمنية. وانتهت إلى أن هذه الإرادة الضمنية تتوافر إذا ما تحقق المحكم على نحو لا لبس فيه من أن الشروط على النحو الذي أصبحت عليه مخالفة للنوايا الحقيقية للأطراف⁽⁵³⁸⁾. ويرى البعض بأنه يتعين تقييد المحكم في ممارسته لهذه السلطة رغم تغير الظروف الاقتصادية بثبوت تعسف المتعاقد الآخر، والذي لا يحدث إلا إذا كان التغير في الظروف الطارئة من الجساما على نحو لا يطيقه المتعاقد الآخر⁽⁵³⁹⁾.

⁵³⁶ - Sentence C.C.I rendue en 1982, affaire n° 3938, op. cit., p.929.

⁵³⁷ - قرار صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية رقم 394 لسنة 2004 بتاريخ 2005/9/28 منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 584 وما بعدها.

⁵³⁸ - Sentence C.C.I affaire n° 3267 rendue en 1980, J.D.I, 1980, p.96.

⁵³⁹ - محمود الكيلاني، "جزاء الإخلال في تنفيذ عقود التكنولوجيا"، دار النهضة العربية، طبعة 1988، ص 382.

في حين يرى البعض الآخر⁽⁵⁴⁰⁾ بأنه يجب من أجل تدخل المحكم لتطبيق شرط التوازن العقدي، أن يكون الحدث الطارئ المسبب للمشقة واختلال التوازن العقدي خارجا عن إرادة الأطراف، بحيث لا يمكنهم السيطرة عليه، ومن ثم لا يعقل أن يطلب منهم توقعه ووضعه في الحسبان عند إبرام العقد. كما يجب أن يكون التغيير الطارئ قويا وجوهريا بحيث يقلب موازين العقد عما كانت عليه وقت إبرامه، وأن يؤدي التغيير في تلك الظروف إلى نتائج غير عادلة، وكذا عدم إمكان دفع الضرر. وإذا سلمنا بسلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف في ظل الظروف الطارئة على النحو السابق، فإنه يثار التساؤل حول سلطته في إجراء هذا التعديل عندما لا يصل الأمر إلى ذلك الحد، وإنما يقتصر الأمر على مجرد عدم ملاءمة العقد للظروف المستجدة، أو عندما تصبح شروط العقد غير ملائمة لأحد الأطراف أو تثقل كاهله بصعوبات غير عادلة لأسباب خارجة عن العقد ولم يتسبب فيها أي من الأطراف؟. لقد أتاحت الفرصة أمام القضاء للإجابة على هذه التساؤلات، حيث أنكرت محكمة استئناف باريس على المحكم سلطة التصدي مباشرة لتعديل العقد في ظل الظروف التي لا تتوافر فيها الجسامة التي تخل باقتصاديات العقد، وذلك عندما أقرت ما ذهب إليه إحدى هيئات التحكيم من إحالة الأطراف إلى مراقب لإعادة التفاوض تحت إشرافه والعودة إليها مرة أخرى، مؤكدة أنه في حالة فشل المفاوضات، فإن المحكم لا يملك فرض أية حلول تنطوي على تعديل في اقتصاديات العقد⁽⁵⁴¹⁾.

⁵⁴⁰ - **OPPETIT (B.)** : « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances* », J.D.I. 1974, p.802.

⁵⁴¹ - Paris, 28 sep. 1976, Rev. arb 1977, p. 41.

المطلب الثاني

أساس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف في غياب الشروط العقدية

ذهب جانب من الفقه إلى أن المنازعات المتعلقة بتعديل العقد تعد منازعات غير قانونية، لأنها لا تقوم على اعتبارات قانونية. ويكمن أساسها في الإخلال بالتوازن المالي للعقد الدولي، ومن ثم يتم تسويتها استناداً إلى مبادئ العدالة وحسن النية⁽⁵⁴²⁾. وهذا يقتضي تخويل المحكم في هذه الحالة سلطات خاصة تمكنه من الوصول إلى حكم دون اتباع قواعد قانونية معينة، بشرط أن تتجه نية الأطراف على نحو مؤكد إلى تخويل المحكم سلطة ممارسة هذا الدور غير التقليدي⁽⁵⁴³⁾.

وقد نص الفصل 18-327 من ق.م.م المتعلق بالتحكيم الداخلي على أنه: "إذا 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". وهو نفس المبدأ الذي كرسه الفصل 45-327 من نفس القانون فيما يتعلق بالتحكيم الدولي.

ووفقاً لهذا الفصل يمكن للمحكم أن يفصل على أسس قواعد الإنصاف، إلا أنه يشترط اتفاق الأطراف صراحة على ذلك. ويرى البعض أن سلطة تعديل العقد لا تثبت للمحكم بالإنصاف تلقائياً بمجرد منحه سلطة التحكيم على مقتضى قواعد الإنصاف، فهذه السلطة لا تندرج في مفهوم التحكيم بالإنصاف في ذاته ما لم يتفق الأطراف على منح المحكم هذه السلطة صراحة⁽⁵⁴⁴⁾.

ورغم ذلك فإننا نرى بأنه يجوز لهيئة التحكيم تعديل أثر القوة القاهرة على المسؤولية أو توزيع مخاطرها على الطرفين من أجل إعادة التوازن المالي للعقد، إذا ما رأت في ذلك تحقيقاً للعدالة، كما أن لها أن تقضي بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه.

⁵⁴²- FONTAINE (M.) : « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », op.cit., p.488.

⁵⁴³ - عصام الدين القسبي: "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار"، مرجع سابق، ص152.

⁵⁴⁴ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق، ص 301.

ويأتي هذا متفقاً مع ما أقرته محكمة استئناف باريس من كون أنه من المسلم به في الفقه والاجتهاد الحديثين أن المحكم المطلق له أن يختار بين اثنين: إما أن يطبق قواعد القانون أو العقد على أن يبين في تعليقه مدى توافق هذه القواعد مع مبادئ الإنصاف. وهذا ما أخذ به اجتهاد هذه المحكمة في مناسبات عديدة. وإما أن يعتمد مبادئ الإنصاف متجاوزاً ما ورد بالعقد من بنود لا تبدو له عادلة أو منصفة، فيعدل المسار الذي رسمه الفرقاء لعلاقاتهم التعاقدية كي يأتي حله للنزاع متسماً بمسحة من الإنصاف. فيكون بذلك قد قام بتليين ما ورد في العقد من بنود جامدة وقاسية لا تخدم بالنتيجة روح العقد ومصصلحة الفرقاء المتنازعين⁽⁵⁴⁵⁾.

كما ذهب البعض إلى أن تجاوز المحكم لما ورد في العقد من بنود لا تبدو له منصفة يجد تبريره في أن النصوص التعاقدية طالما لا تتعلق بالنظام العام، فهي ذات طابع مكمل، مما يعطي للمحكم المطلق مجالاً لتعديلها وتلطيفها⁽⁵⁴⁶⁾.

كما أوضحت محكمة استئناف باريس في قرار لها بأنه من طبيعة التحكيم المطلق الذي توافق عليه المتنازعون أن يكون باستطاعة المحكمين إضفاء الطابع المنصف على الحل الذي يقررونه للنزاع المطروح عليهم، ولو تعارض الحل أحياناً مع ما ورد في العقد من نصوص. فيكون من واجبهم، وهم محكمون مطلقون أن يستتيروا في سبيل ذلك بمبادئ الإنصاف، حتى لو اضطروا إلى تجاوز واستبعاد ما تضمنه العقد من بنود لا تتسم بالعدالة، مهما تنوعت هذه البنود أو تعددت، فالمهم بالنسبة للمحكمين، وهذا أمر أساسي، أن يتصدوا للمسألة المطروحة عليهم وتحديد ما إذا كانت مبادئ الإنصاف تبرر لجوءهم إلى تلطيف البنود التعاقدية لتأتي منسجمة مع حلول منصفة لا يمكن أن تضر بمصلحة أي من الفرقاء المتنازعين، فلا يمكنهم بالتالي أن يتصلوا من هذه المهمة بحجة عدم تمكنهم من مخالفة بنود العقد الصريحة⁽⁵⁴⁷⁾.

⁵⁴⁵ - Paris, 1^{ère} ch. 6 mai 1988, Rev.arb. 1989, p.83, note **LOQUIN (E.)**.

⁵⁴⁶ - **LOQUIN (E.)** : « *Pouvoirs et devoirs des amiables compositeurs* », Rev.arb.1985, p.199 et suiv.

⁵⁴⁷ - Paris, 1^{ère} ch. 12 Mars 1985, Rev.arb. n°2, p.300.

كذلك فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي لمحكمة النقض أصبح يميل بشكل واضح إلى تكريس سلطة المحكم المطلق في التدخل في العقد وتعديل بعض بنوده لمصلحة تطبيق مبادئ الإنصاف، وهذا يدخل مباشرة في صلب مهمته⁽⁵⁴⁸⁾.

كما أن محكمة الاستئناف المدنية في بيروت سايرت ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الإطار عندما قررت ما يلي: "وحيث إن المحكمة تعتبر أن مبادرة المحكم المطلق إلى تطبيق مبادئ الإنصاف لا يعني هدماً لفكرة العقد الملزمة للفرقاء، إذ أن هؤلاء بتضمينهم العقد بنداً تحكيمياً مطلقاً، وهو بند أساسي غير منفصل عن العقد، يعني قبولهم المسبق بمفاعيل هذا البند من حيث إعطاء المحكم إمكانية تطبيق مبادئ الإنصاف ولو اقتضى الأمر لذلك تعديل أو تلطيف أو حتى الخروج عن بعض البنود التعاقدية، طالما لا تتعلق هذه البنود بالنظام العام، فلا يمكنهم بالتالي أن يستبعدوا مبادئ الإنصاف بحجة تعارضها مع بنود العقد، مهما كانت هذه البنود"⁽⁵⁴⁹⁾.

ولكن هذا لا ينفي وجود اتجاه يرى أنه لا يمكن للمحكم أن يتصدى لإعادة التوازن المالي للعقد أو تعديل التزامات الأطراف على أسس أن المحكم مفوض بالحكم على مقتضى قواعد الإنصاف. فهذه المكنة لا يخولها له التفويض بالإنصاف، ومن تم عليه أن يلتزم باحترام شروط العقد. وقد قضت إحدى الهيئات التحكيمية صراحة بأن سلطة التفويض على مقتضى قواعد الإنصاف في ذاتها لا تخولها إمكانية تعديل العقد، ومن تم تلتزم باحترام شروط العقد، إلا أنه بالنظر لما تبين لها من وجود شرط صارم في العقد من شأن أعماله تحقق إخلالاً جسيماً بالتوازن العقدي، فقد خلصت إلى منح الطرف المتضرر تعويضاً جزئياً عن الخسارة التي لحقت به نتيجة لهذا الشرط الصارم. وعند الطعن في هذا الحكم أقرت محكمة استئناف باريس صحته⁽⁵⁵⁰⁾، مؤكدة على نفي تقرير اختصاص هيئة التحكيم المذكورة بإعادة النظر في الشروط العقدية وذلك في غياب اتفاق صريح من الأطراف على هذا.

⁵⁴⁸ - Cass. Civ.2^{ème} ch. 18 oct, 2001, Rev, arb. 2002, p. 199.

⁵⁴⁹ - قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت بتاريخ 2007/10/16، الغرفة المدنية الثالثة، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع أكتوبر 2009، ص 364 وما بعدها.

⁵⁵⁰ - Paris, 12 Juill 1974, Rev.arb.1975, p.196.

إلا أن محكمة النقض الفرنسية ألغت القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس المذكور استنادا إلى وجود تناقض في التعليل، وذلك لصعوبة التوفيق بين إنكار سلطة المحكم المفوض بالإنصاف في تعديل العقد لعدم وجود اتفاق بين الأطراف، وبين منحه تعويضا للطرف المتضرر من أحد الشروط العقدية⁽⁵⁵¹⁾. وهكذا يمكن أن نقرر على ضوء ما سبق بأنه لا سبيل في غياب التنظيم التشريعي لسلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف، إلا منحه هذه السلطة من خلال اتفاق الأطراف على ذلك، سواء أكان هذا الاتفاق سابقا على نشوء النزاع، أو كان أثناء سير خصومة التحكيم، يستوي في ذلك التحكيم بالقانون أو التحكيم بالإنصاف. وعليه فليس للمحكم في كلا النمطين سلطة التصدي لتعديل العقد من تلقاء نفسه، أو بناء على رغبة أحد الأطراف فقط، وإنما يلزم موافقة كلا الطرفين، مع التأكيد على أنه حتى في غيبة مثل هذه السلطة والقواعد المنظمة لها، وكذلك في غيبة اتفاق الأطراف، فإن هذا لا يمنع دون أخذ المحكم في اعتباره طبيعة الخلل الذي أصاب العقد عند إصداره لمقرره ، ويحاول من خلاله أن يعيد للعقد التوازن المالي ويعوض المضرور من جراء هذا الخلل حسب كل حالة على حدة.

المبحث الثاني

نطاق سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف

سبق البيان بأن أسس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف ينبع إما من اتفاق الخصوم على منحه هذه السلطة صراحة من خلال نصوص العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق، أو من خلال استناده إلى سلطة تعديل التزامات الأطراف المخولة له بموجب القانون الواجب التطبيق على موضوع خصومة التحكيم. إلا أنه في غيبة قواعد قانونية تنظم هذه السلطة، وتمنح المحكم سلطة تعديل التزامات الأطراف، فإنه ليس أمام المحكم سوى الالتزام بحرفية اتفاق الخصوم.

⁵⁵¹ - Cass. Civ.16 Juin 1976, Rev. arb. 1977, p.67.

ويرى البعض⁽⁵⁵²⁾ أن سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف تجد أساسا لها في نص المادة 3/39 من قانون التحكيم المصري المقابل لنص المادة 18-327 من ق.م.م المغربي الذي ينص على أنه على هيئة التحكيم: "في جميع الأحوال أن تراعى شروط العقد موضوع النزاع وتأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية والعادات وما جرى عليه التعامل بين الطرفين"⁽⁵⁵³⁾ وكذا المادة 1511 من ق.م.م.ف والفصل 73 من مجلة التحكيم التونسية.

وعليه، فإن الحديث عن نطاق سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف تستوجب التطرق أولا لسلطته في تفسير العقد، "المطلب الأول". قبل الانتقال إلى بحث مدى امتداد سلطته في التفسير إلى حد تعديل أو تلطيف الالتزامات التعاقدية، "المطلب الثاني".

المطلب الأول

سلطة المحكم في تفسير العقد

يغلب في الواقع العملي أن تواجه المحكم مشكلة في تفسير بعض نصوص العقد. وقد يترتب عن ذلك عدم وضوح الالتزامات المتبادلة بين الأطراف. ومن ثم فإنه يقع على عاتق المحكم مهمة تفسير هذه البنود استنادا إلى عبارات العقد وملابساته بغية الوصول إلى نية الأطراف. وفي هذا المعنى قضت محكمة استئناف باريس بعدم مشروعية تفسير هيئة التحكيم لعقد على نحو لا يمكن تفسيره به في إطار إرادة الأطراف وملابسات العقد، واعتبرت هذا من قبيل انتهاك للنظام العام⁽⁵⁵⁴⁾. كما أن القضاء المغربي بدوره نص على تقييد سلطة المحكم في التفسير. وفي هذا المعنى جاء في الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء بأن: "الاتفاق على التحكيم هو مدخل ومنطلق عملية التحكيم، لذلك يتعين التقييد بحرفية شرط التحكيم وعدم التوسع في تفسيره، ومن ثم يبقى المقرر التحكيمي الذي فصل في

⁵⁵² - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: "دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق، ص 306.

⁵⁵³ - والذي تقابله الفقرة الثانية من الفصل 44-327 من ق.م.م.م فيما يتعلق بالتحكيم الدولي والذي ينص على أنه: "في جميع الأحوال، تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يربط بين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة".

⁵⁵⁴ - Paris, 18 Juin 1974, Rev. arb. 1975, p. 179, note ROBERT (J.).

مسائل لم يتم الاتفاق بشأنها في شرط التحكيم مشوب بعيب متعلق بالنظام العام⁽⁵⁵⁵⁾. وهو نفس المبدأ الذي قرره محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بقولها بأن: " شرط التحكيم يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً مع التزام التقيد بما ورد فيه وعدم تأويله بما لا يتطابق معه، انطلاقاً من أن التحكيم هو استثناء من القاعدة العامة التي توجب اللجوء إلى القضاء وأن الاستثناء دائماً وكقاعدة عامة لا يجوز التوسع فيه، وبالتالي فلا مجال لتطبيق الفصل 469 من ق ل ع المتمسك به من طرف المستأنف عليها، لأنه يتعارض مع هذه المبادئ والتي تعتبر من أسس نظام التحكيم"⁽⁵⁵⁶⁾⁽⁵⁵⁷⁾. وهو القرار الذي أيده المجلس الأعلى⁽⁵⁵⁸⁾.

والأصل أن تتحدد آثار العقد وفقاً لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وقد تكون عبارات الاتفاق واضحة في دلالتها، وتكون هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيكون الاتفاق ملزماً للمتعاقدين بما أفصحت عنه عباراته.

فالمحكم كقاعدة عامة يستمد سلطاته من العقد الذي تم الاتفاق عليه ، و على الأطراف أن يحرصوا على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم محلاً لصياغة دقيقة، وأن تكون تلك الصياغة بالشكل الذي يتلاءم مع حماية كافة حقوقهم، حتى يؤدي التحكيم دوره في حل المنازعات. وفي هذا المعنى قضت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بأن: " شرط التحكيم يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً مع التزام التقيد بما ورد فيه، وعدم تأويله بما لا يتطابق معه من معان. فالمحكم يستمد سلطاته من العقد الذي تم فيه الاتفاق على التحكيم. ذلك أن الشرط التحكيمي موضوع النزاع يؤكد

⁵⁵⁵ - الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 543 بتاريخ 05/02/2008، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 9 يناير 2011 العدد السابع، ص 569.

⁵⁵⁶ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2006/1489 بتاريخ 31/03/2006 في الملف رقم 4/2005/3890 منشور بمجلة التحكيم العدد 7 يوليوز 2010 السنة الثانية، ص 495 وما بعدها .

⁵⁵⁷ - ينص الفصل 469 من ظ ل ع على أنه: " عندما تذكر في العقد حالة لتطبيق الالتزام، فينبغي ألا يفهم من ذلك أنه قصد تحديد مجاله بها، دون غيرها من بقية الحالات التي لم تذكر".

⁵⁵⁸ - قرار عدد 362 صادر عن الغرفة التجارية القسم الأول بالمجلس الأعلى بتاريخ 26 مارس 2008 في الملف رقم 2006/2/3/697، منشور بمجلة التحكيم العدد الخامس يناير 2010 السنة الثانية، ص 487 وما بعدها.

أن صلاحية المحكم محددة في البت في النزاعات المتعلقة بتنفيذ وتأويل العقد، ومن تم فإن ذلك لا يشمل فسخ العقد أو بطلانه أو التعويض ، وأن تجاوز المحكم لما تم الاتفاق عليه يبقى مخالفا للنظام العام ويؤدي إلى البطلان"⁽⁵⁵⁹⁾،

كما كانت المناسبة سانحة أمام نفس المحكمة للتأكيد على أنه: " لا خلاف في أن المحكم من صميم اختصاصه تفسير بنود العقد وتطبيقه مع ملحقاته ، وأن الذي يخرج عن اختصاصه تجاوز ذلك إلى الحكم بما ينشأ عن فسخ العقد دون التتصيص على ذلك صراحة في العقد"⁽⁵⁶⁰⁾.

وعليه فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تنظر في المنازعات إلا ما وقع الاتفاق عليه صراحة أو انصرفت إليه إرادة الطرفين بكيفية جلية وواضحة، بمعنى أن تكون نابعة من اتفاق التحكيم ولا تخرج عنه ومرتبطة به برابطة قوية ولا تنشئ واقعة أو وقائع جديدة، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية بقولها: " إن مهمة التحكيم المنصوص عليها في عقد التحكيم محددة ومقيدة بموضوع النزاع كما حدده الأطراف"⁽⁵⁶¹⁾.

ويرى البعض⁽⁵⁶²⁾ أن أثر القاعدة التي قررتها محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء وأيدها في ذلك المجلس الأعلى، وخيم على مؤسسة التحكيم، لأنها ستحول دون تطبيق المقتضيات القانونية المتعلقة بتفسير العقود في ميدان التحكيم، والحال أنه مجال اتفاقي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة بالدرجة الأولى وأن الاتفاقات لا تكون دائما صريحة تدل بوضوح على نية أطرافها.

غير أن هذا القول يحمل في طياته بعض المغالاة ، ذلك أن السلطة المخولة لهيئة التحكيم تبقى سلطة محدودة بنزاع معين، وتقتصر على ما أراد الطرفان إخراجه من

⁵⁵⁹ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2010/642 بتاريخ 2010/02/09 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 14 أبريل 2012 السنة الرابعة ، ص 463 وما بعدها.

⁵⁶⁰ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2008/3289 بتاريخ 2008/06/24 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 16 أكتوبر 2012 السنة الرابعة، ص 604 وما بعدها.

⁵⁶¹ - Cass. 1^{ere}. Ch. Civ. 06 mars 1997. N. 1 , p. 69.

⁵⁶² - جهاد أكرام: " تقييد القضاء المغربي لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم"، تعليق منشور بمجلة التحكيم العدد السابع، يوليوز 2010 السنة الثانية ، ص 501 - 502.

اختصاص القضاء الرسمي، الذي يبقى المرجع العادي للتقاضي والملاذ الأخير للأطراف فيما لم يتضمنه اتفاق التحكيم. وفي هذا يؤكد البعض عن حق بأن: " الأمر يتطلب حدسا خاصا وحسا استثنائيا يخولان المحكم سبر أغوار إرادة الطرفين ومقاصدهما، أو كما يقال العبرة بالمعاني وليس بالمباني. و من هنا وجب التأكيد على أن هيئة التحكيم من حقها أن تفسر اتفاق الأطراف كما هو الشأن في القواعد العامة لتأويل الاتفاقات . وخوفا من المبالغة نقول :أولا حتى لا تفرغ الاتفاق على التحكيم من مضمونه، وثانيا حتى لا يقع التناول على صلاحيات القضاء الرسمي، ونكون بذلك كمن يقدم مثالا غير مضيء للتحكيم"⁽⁵⁶³⁾.

وتجدر الإشارة الى أن عبارات الاتفاق قد تكون غامضة لا تفصح عن معنى محدد واضح بعينه، وقد تكون هذه العبارات واضحة في جملتها في الدلالة على معنى محدد، ولكن قد يكون في بعضها أو في ظروف التعاقد بصفة عامة ما يشير إلى عدم مطابقة هذا المعنى للإرادة المشتركة للمتعاقدين، ، أو إلى أن المتعاقدين قد قصدا بها معنى غير معناها الظاهر ، وهذا يتطلب من المحكم التصدي لتفسير هذه الشروط مستهديا في ذلك بعبارات العقد وفقا لما اتجهت إليه نية الأطراف ، و ذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها ، بحثا عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي تتحدد بها معالم التحكيم المتفق عليه⁽⁵⁶⁴⁾.

والتفسير يخضع لمجموعة من الضوابط المنطقية، بعضها يتعلق بتحديد معاني الألفاظ ومداهما، وبعضها يتعلق بحسم التعارض بين دلالة معينة وبين ما يعارضها من دلالات أخرى مستفادة من الاتفاق في جملته. كما يخضع لمجموعة من الضوابط القانونية التي تتعلق بالبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين فيما وراء عبارات الاتفاق⁽⁵⁶⁵⁾.

⁵⁶³ - عبد الله درميش: " خروج المحكم عن اتفاق التحكيم"، تعليق منشور بمجلة التحكيم العدد الخامس يناير 2010 السنة الثانية، ص 497.

⁵⁶⁴ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص538-539.

⁵⁶⁵ - مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية"، مرجع سابق، ص539.

وعموما فإن سلطة المحكم تنقيد كالقاضي تماما بالألا تمتد من خلال التفسير إلى تعديل التزامات الأطراف العقدية بحذف أو إضافة بعض الشروط، وإلا كان تحريفا للعقد ومسحا لأحكامه على نحو يبطل الحكم.

ولعل في هذا ما يبرر وجوب فرض رقابة موضوعية على المحكم للتحقق من التزامه بحدود التفسير وضوابطه. فالتفسير لا يكون مقبولا ما لم تدعمه كافة وثائق الدعوى وطبيعة الاتفاق ذاته.

أما تعديل العقد فيقصد به إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط جديدة أو حذف شروط أخرى لم تعد ملائمة. وقد تأتي نصوص اتفاق التحكيم على درجة من الاتساع وبصفة خاصة في إطار التحكيم بالإنصاف لتعطي المحكم سلطات مطلقة، فيستوحي الحل من اعتبارات اقتصادية وقانونية ومن اعتبارات الملائمة⁽⁵⁶⁶⁾.

ويقدم لنا قضاء التحكيم الدولي العديد من شروط التحكيم الغامضة والتي أمكن توضيح غموضها عن طريق تفسير عباراتها. من ذلك قضية متعلقة بعقد بين أطراف من جنسية ألمانية كان يتضمن شرطا للتحكيم يقضي بأنه: "في حالة عدم الاتفاق الودي، تحسم جميع المنازعات المحتملة، وفقا لقواعد التحكيم والتوفيق للغرفة التجارية الدولية في زوريخ"⁽⁵⁶⁷⁾. وعندما نشب الخلاف بين الأطراف طلب أحدهم من غرفة التجارة في زوريخ اتخاذ ما يلزم للسير في إجراءات التحكيم، ولكن الغرفة تبينت أنها غير مقصودة بالشرط لأنها ليست دولية، وقدرت أن المقصود هو غرفة التجارة الدولية التي مركزها في باريس والتي لها في سويسرا لجنة وطنية تابعة لها، فأحالت ملف القضية إليها. وقد قدرت محكمة التحكيم المحال عليها النزاع أن المقصود في الشرط المذكور هو أن يكون مكان التحكيم في مدينة زوريخ وأن المؤسسة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية. وعلى هذا الأسس باشر المحكم الوحيد النظر في اختصاصه وفي صحة اتفاق التحكيم وفقا للقانون السويسري قانون مكان التحكيم.

⁵⁶⁶ - هدى محمد مجدي عبد الرحمن: " دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، مرجع سابق، ص 307.

⁵⁶⁷ - Sur ce point, voir l'affaire n° 4472.1984, J.D.I n°4, p.946, note SIGVARD (J.). Cass.1^{er}, 4 déc. 1990, Rev. arb. 1991, p.81, obs. FOUCHARD (Ph.).

وفي قضية مماثلة لم يحدد فيها الأطراف في شرط التحكيم بشكل دقيق المؤسسة التي ستقوم بالإشراف على التحكيم⁽⁵⁶⁸⁾، مكتفين بالنص على أن جميع الخلافات الناتجة عن هذا العقد يصار إلى حسمها بالتحكيم نهائياً وفقاً لقواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية الكائنة في جنيف. وقد ذهبت هيئة التحكيم في تفسيرها لهذا الشرط إلى أن المقصود بذلك هو أن الخلاف يتم حسمه بالتحكيم في مكان يتسم بالحياد، وأن عبارة (الكائنة بجنيف)، لا تعني مكان أو مقر المؤسسة المراد منها الإشراف على التحكيم، وإنما تعني مكان التحكيم، بمعنى أن النص يهدف إلى أن يتم التحكيم في جنيف وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية.

وتجدر الإشارة إلى أن المقرر التحكيمي الذي يفسر بنود العقد لا يعتبر خارجاً عن مبدأ الاختصاص، ولا يعد مخالفاً للنظام العام. فقد قضى المجلس الأعلى في قرار له صادر بغرفتين بأنه: "حيث ثبت صحة ما نعاه الطالبان على القرار. ذلك أن محكمة الاستئناف المطعون في قرارها اعتبرت في حيثيات قرارها أن ما ذهب إليه المقرر التحكيمي خارج عن الاختصاص الموكول للمحكّمين، وفيه مسلسل بالنظام العام، ونتيجة لذلك اعتبرت قرار التحكيم باطلاً، في حين أن تفسير المحكّمين لبنود الاتفاق ليس فيه أي خروج عن الاختصاص الموكول لهم، وعليه فإن محكمة الاستئناف لما اعتبرت المقرر التحكيمي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية مخالفاً للنظام العام لمجرد تفسيره لبنود العقد، تكون بذلك قد خرقت القانون وعرضت بالتالي قرارها للنقض"⁽⁵⁶⁹⁾.

ويملك المحكّم، كالقاضي الوطني، سلطات واسعة بالنسبة لتطبيق وتفسير القواعد التي يطلب منه إعمالها على جوهر الخلاف المطروح على أنظاره، ليس فقط بتفسير القانون أو إكمالها، بل كذلك عن طريق مخالفته إذا اقتضت دواعي العدالة والإنصاف منه ذلك. فقد أجازت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية للمحكّم البت

⁵⁶⁸ - Voir l'affaire n° 4023, 1984, J.D.I, n° 4, P.950, note **SIGVARD (J.)**.

⁵⁶⁹ - قرار صادر عن المجلس الأعلى بغرفتين: الغرفة التجارية القسم الأول والغرفة المدنية القسم الرابع، بتاريخ 2006/03/08 تحت رقم 2006/274، منشور بمجلة التحكيم العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 540 وما بعدها.

في الخلاف على مقتضى قواعد الإنصاف إذا حصل على موافقة الأطراف، وهذا يخوله إمكانيات خاصة لتسوية المنازعة حسب اقتناعه الشخصي، ودون إسناد العلاقة القانونية محل الخلاف مسبقاً لنظام قانوني معين⁽⁵⁷⁰⁾.

ولا يشترط لقيام المحكم بتفسير العقد موافقة الخصوم على ذلك، فالتفسير يعتبر مسألة تمهيدية واجبة الحسم تدخل في إطار مهمته في الفصل في النزاع، إلا أنه يتعين ألا تمتد سلطته في التفسير إلى إعادة النظر في الشروط العقدية، ويلتزم المحكم عند تفسير العقد بالبحث عن الإرادة الحقيقية لأطرافه، وليس البحث عن إرادة وهمية يصنعها بتخمينه وحده. لذلك يثار التساؤل حول مدى جواز تعديل المحكم للالتزامات العقدية، أم أن دوره مقتصر فقط على التفسير. بمعنى ما هي حدود سلطة المحكم في التفسير؟

يقصد بتعديل الالتزامات العقدية إدخال بعض التغييرات بإضافة شروط جديدة، أو حذف شروط أخرى لم تعد ملائمة، وهذا التغيير قد يكون جزئياً أو كلياً. ويرى البعض بأن التعديل باستبعاد شرط في العقد يختلف عن إعادة النظر فيه. ويتمثل الفارق في أن إعادة النظر في العقد تمتد آثارها إلى المستقبل، في حين أن استبعاد شرط من العقد تبدو آثاره بالنسبة للحقوق المكتسبة من قبل⁽⁵⁷¹⁾.

ويمكننا القول بأن بنود اتفاق التحكيم قد تأتي مرنة، خاصة في التحكيم على مقتضى قواعد الإنصاف، وهو ما من شأنه منح المحكم سلطات واسعة في تعديل الالتزامات التعاقدية، مراعيًا الاعتبارات الاقتصادية والقانونية ومحققًا للعدالة، مع التأكيد على أن سلطة المحكم في تعديل الالتزامات التعاقدية يبقى دائماً مقترناً بإرادة الأطراف، ما لم يمنحه القانون الواجب التطبيق هذه السلطة.

⁵⁷⁰ - أستاذنا محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، مرجع سابق، ص 335.

⁵⁷¹ - محمد نور عبد الهادي شحاته: "النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية، للمحكّمين، نطاقها ومضمونها"، مرجع سابق، ص 442.

ينص الفصل 231 من ظل.ع على أن: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

ويكشف هذا الفصل عن تمتع القاضي بسلطة تكملة العقد، وسندا قانونيا لتدخل القاضي في مضمون العقد ليكمل إرادة المتعاقدين في تحديد الالتزامات التي يربتها العقد بين طرفيه⁽⁵⁷²⁾. فهل يجوز للمحكم قياسا على سلطة القاضي أن يعدل التزامات الأطراف من خلال إعادة النظر في التزاماتهم مراعاة للتوازن العقدي؟

إن إعادة التوازن المالي من خلال تعديل بنود وشروط العقد أمر يختلف تماما عن استكمال المحكم للفراغ العقدي، أي ملء الثغرات التي يعجز الأطراف عن الاتفاق عليها أو يتم تجاوزها من قبلهم تجنباً للاختلاف بشأنها، أو لا يتم الانتباه إليها. فالأصل أنه يحظر على المحكم ذلك ما لم يكن اتفاق الأطراف قد منحه هذه السلطة أو كان القانون الواجب التطبيق يجيز ذلك.

إلا أننا نرى رغم ذلك بأنه يجوز للمحكم استكمال ما يراه مناسبا لملء الثغرات التي يعجز الأطراف عن الاتفاق عليها تجنباً للاختلاف بشأنها خاصة لو كان من شأن ذلك المساعدة في حسم النزاع. إلا أنه يتعين على المحكم ملء الفراغات العقدية في ضوء مجموعة من الضوابط هي: مبدأ حسن النية، وكذا القانون الذي يمنحه هذه السلطة أو يحظر عليه ممارسة هذه السلطة، وفي ضوء العرف السائد وطبيعة العقد الدولي وكذا مقتضيات الإنصاف.

المطلب الثاني

سلطة المحكم في الحفاظ على التوازن المالي للعقد

تفرض اعتبارات العدالة وحسن النية على المحكم أن يراعي في مقرره تحقيق العدالة وجبر الأضرار نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية بين الأطراف. ومن تم تكون له امكانية تعويض المضرور وتلطيف الالتزامات.

⁵⁷² - أستاذنا أحمد ادريوش: "مناهج القانون المدني المعمق"، تقديم أستاذنا آمال جلال، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 2012، "سلطة القاضي في تكملة العقد" ص 165.

ففي ظل نصوص وقواعد قانونية لا تخول المحكم سلطة تعديل أو تغيير الالتزامات العقدية، فإنه لا يكون أمام المحكم إلا الحكم بجبر الأضرار من خلال التعويض. و الغالب أن يمتد تنفيذ طائفة من العقود المتعلقة بالتنمية الاقتصادية لفترة زمنية طويلة نسبياً، وربما تتغير فيها الظروف المحيطة بالمتعاقدين، فيختل توازن التزاماتهما التي تدور حول محور التعاون بينهما، لذلك كان من اللازم في حالة عدم توافق الأطراف على أسلوب معين لإعادة التفاوض بشأن تلك المستجدات، أن تمنح للمحكم سلطة محددة تسمح له بمراجعة شروط العقد وتعديل التزامات طرفيه حتى يعود إليها توازنها لتلائم الظروف التي تغيرت، دون زعزعة استقرارها واليقين في نطاقها⁽⁵⁷³⁾ بما يضيف على الالتزامات التعاقدية المرونة اللازمة لاستمرار سريان العقد من خلال التوفيق بين مصالح أطرافه.

والحقيقة أنه يمكن تحديد نطاق ما قد يتغير من الظروف المحيطة بعقود التعاون الاقتصادي أو الصناعي في مجموعتين: الأولى: تتصل بأطراف التعاقد والنظام الداخلي في دولهم. الثانية: عوامل خارجية تتصل بالظروف والوقائع التي تخرج عن إرادة الأطراف.

ويمكن تحديد الضوابط التي تحكم ممارسة المحكم لسلطة تلطيف الالتزامات التعاقدية بما يحقق نوعاً من التوازن المالي للعقد فيما يلي:

الضابط الأول: يتمثل في ضرورة خروج الحدث عن الإرادة. ذلك أنه يجب لتطبيق شرط إعادة التوازن العقدي، أن يكون الحدث الطارئ المسبب للمشقة والاختلال المالي للعقد خارجاً عن إرادة الأطراف، بحيث لا يمكنهم السيطرة عليه. ومن ثم لا يعقل أن يطلب منهم توقعه ووضعه في الحسبان عند إبرام العقد⁽⁵⁷⁴⁾. وفي هذا المعنى قضت هيئة التحكيم في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أنه: "لقد

⁵⁷³- **DEINS (M.-Ph.)**: « *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle* », Bruxelles, Bruylant, 1986, p.15 et suiv.

⁵⁷⁴- حتى لا يختلط مفهوم عدم التوقع المقصود هنا بمفهوم عدم التوقع في حالة القوة القاهرة، نقرر أن وصف عدم التوقع هو وصف لسبب المشقة الطارئة التي تنفلت من إمكانية السيطرة عليها ببذل الجهد المعقول من جانب الطرف المتضرر.

تأكدت الهيئة من وقوع ظروف طارئة تخرج عن إرادة المحاكم ضدها، لذلك يجب مراعاة هذه الظروف عند ترتيب آثار العقد. ومنها التعويض بما لا يخل بالتوازن المالي للعقد، بحيث تتوزع آثار هذه الظروف بين طرفي العقد، ولا يتحملها طرف دون آخر. وهذا ما استقر عليه القضاء والفقهاء الإفتاء في مجال العقود الإدارية. وبالتالي يحق للمحكمة تعويضها عما أصابها من أضرار متمثلة في الربح الذي كانت ستحققه من جراء تنفيذ الشحنات السبع دون غيرها. ويتمثل هذا الربح في الفرق بين تكلفة الشحنة والسعر الذي كانت ستباع به"⁽⁵⁷⁵⁾.

والأصل في مجال نظرية الظروف الطارئة⁽⁵⁷⁶⁾، أن ينشأ الالتزام المترتب عن العقد والذي يتعين على المدين تنفيذه. إلا أنه بوجود هذه الظروف تجعل تنفيذ الالتزام المتفق عليه مرهقا له. وفي هذا الإطار حددت محكمة النقض المصرية المجال الذي يجري فيه المحكم أثر الظروف الطارئة بقولها: "إن نظرية الظروف الطارئة ترد على الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه، أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ، فإنه ينقضي بالوفاء ويمتنع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة، لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ"⁽⁵⁷⁷⁾. وبذلك يكون الأصل في نظرية الظروف الطارئة، أنها تستهدف الأخذ بيد المتضرر من حصول الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد ويمهد له الطريق للاستمرار في هذا التنفيذ. وفي هذا المعنى ألزمت هيئة التحكيم

⁵⁷⁵ - المقرر الصادر في القضية التحكيمية رقم 2007/552 بتاريخ 25 يناير 2009، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت) العدد 13، السنة الرابعة يناير 2012، ص 467 وما بعدها.

⁵⁷⁶ - تختلف فكرتا الظرف الطارئ والقوة القاهرة فيما يتعلق بشروط تحقق موجباتهما وأيضا فيما يتعلق بأثرهما. فمن المقرر قانونا أن الحدث الطارئ والقوة القاهرة وإن كانا يشتركان في عنصر المفاجأة وفي أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ومن ثم لا مجال لتدخل المحكم في هذا الإطار. أما الحدث الطارئ، فيجعل التنفيذ مرهقا فحسب، ومن ثم تبقى الإمكانية متاحة أمام المحكم من أجل رده إلى الحد المعقول، فتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعه الحادث (المقرر الصادر في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي. في القضية التحكيمية رقم 2001/224، جلسة 2001/11/14، منشور بمجلة التحكيم العربي العدد الخامس سبتمبر 2002 ص 192 وما بعدها) .

⁵⁷⁷ - الطعن رقم 39/502 قضائية لجلسة 1975/06/09، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة 26، ص 1163.

المشكلة في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي الإدارة نتيجة تغير أسعار الصرف بمشاركة المتعاقد معها في تحمل أثر الظروف الطارئة ضمانا لتنفيذ العقد الإداري⁽⁵⁷⁸⁾.

الضابط الثاني يتمثل في أن يكون التغير جوهريا. فالأصل أن العقد شريعة المتعاقدين، فإن وجد تغيير طارئ يستلزم إعادة النظر في التزامات الأطراف، وجب أن يكون هذا التغيير قويا وجوهريا، بحيث يقلب موازين العقد عما كانت عليه وقت إبرامه، وأن يستتبع نتائج تختلف عن تلك التي استهدفها العقد اختلافا كبيرا، وبالتالي فلا اعتبار للتغير الطفيف أو غير المؤثر أو الذي يرتب آثارا متوقعة ويمكن تحملها.

الضابط الثالث هو أن يؤدي التغير في الظروف إلى نتائج غير عادلة. فلما كان تغير الظروف من وقت لآخر أمرا طبيعيا، فإنه لا يكون للإرهاق الناشئ عن هذا التغير مبرر كاف لإعادة التوازن إلى التزامات المتعاقدين، إلا إذا كانت العدالة وقواعد الإنصاف تقضي ألا يتحمل أحد الأطراف المشقة و يواجه الصعوبات بمفرده.

الضابط الرابع يتمثل في عدم إمكان دفع الضرر. فقد يخطئ المتعاقد في وضع التصميم الملائم للمنتج الذي سوف يعرض في السوق المحلي بما يترتب عنه عدم تسويقه، أو يخطئ في تقدير وقت التنفيذ، بحيث يتبين أن احتياجات السوق قد تغيرت، أو أن التقنيات لم تعد ملائمة. مما يؤدي في جميع الحالات إلى إخلال بالتوازن العقدي أو تعثر التنفيذ. إلا أن هذا لا يكفي في كل الأحوال لتفعيل شرط المشقة العقدية، إذ أن الحالات التي تقبل تدخل المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد، تقتصر على الحالات التي يكون فيها السبب المحقق للعسر خارجا عن إرادة الطرف المتضرر، بحيث لا يمكن حماية نفسه منه، والمعيار في ذلك هو معيار المتعاقد الفطن⁽⁵⁷⁹⁾.

⁵⁷⁸ - القضية التحكيمية رقم 2006/484 جلسة 2007/2/8، مجلة التحكيم العربي العدد 10 شتبر 2007، ص345، والقضية التحكيمية رقم 2007/537 جلسة 2007/9/21، مجلة التحكيم العربي العدد 11، يونيو 2008، ص 228.

⁵⁷⁹ - **OPPETIT (B.)** : « *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de concurrence* », Rev. Sc. morales et pol.1995, p.241.

ويمكن في الأخير أن نضيف ضابطاً آخر بدأ يتبلور على مستوى فقه القانون الدولي العام، وقضاء التحكيم الدولي، وهو مبدأ الالتزام بالتخفيف أو الحد من الأضرار، ومفاده أنه لا يجوز للطرف المتضرر أن يعرض عن الأضرار التي كان من الممكن ومن المعقول تجنبها. وفي هذا المعنى قضت هيئة التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بأنه: "على الرغم من أن الالتزام بالتخفيف من الأضرار لم يذكر صراحة في معاهدة الاستثمار الثنائية، غير أن هذا الالتزام يمكن أن يعتبر جزءاً من المبادئ العامة للقانون والتي تعتبر بدورها جزءاً من قواعد القانون الدولي التي تطبق على النزاع وفقاً للمادة 42 من اتفاقية المركز. كما أن الالتزام بالتخفيف من الأضرار منصوص عليه أيضاً في نص المادة 221 من القانون المدني المصري المطبق على النازلة"⁽⁵⁸⁰⁾. وبهذا تكون هيئة التحكيم قد طبقت الالتزام بالتخفيف من المخاطر بوصفه شريعة عامة ليكمل القواعد والمعايير الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية والتي تشكل قواعد خاصة. ويعتبر هذا الحكم بمثابة أول حكم صادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ينتصر لمتطلبات التنمية في الدول النامية، خلافاً لما درجت عليه قرارات المركز⁽⁵⁸¹⁾.

وفيما يتعلق بنطاق مبدأ الالتزام بتخفيف الأضرار بوصفه مبدأ عاماً، فإنه ينطبق على طلبات التعويض الناشئة سواء عن المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية. أما فيما يخص مضمونه، فإنه ينطوي بصفة أساسية على وجوب قيام المضرور باتخاذ خطوات إيجابية يكون من شأنها الحيلولة دون تفاقم الضرر بسبب مسؤولية المدعى عليه. فالقانون الدولي لا يعطي الطرف المضرور ما يمكن تسميته "بالحق في السكون"، أي أن يترك خسارته تتفاقم، ثم يطلب التعويض عن كل من الضرر الأصلي (الذي سببه المسؤول) والضرر المتفاقم (الذي سببه هو بعدم حسن تصرفه).

⁵⁸⁰ - Middle East Cement Shipping and Hand Ping CO.SA.varab Republic of Egypt, ICSID, arb. /99/6,12 April 2002.

⁵⁸¹ - انظر في انتقاد أفكار المحكمين الذين يعينون في إطار هذا المركز أستاذنا محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، مرجع سابق، ص 2 وما بعدها.

وبدراسة أحكام الالتزام بتقليل الأضرار في القضاء التجاري الدولي يتبين أن الطرف المضرور ملتزم بالوفاء بهذا الالتزام وفقا لمعيار "الرجل العادي" أو في حدود "المعقول وما تقتضيه الحكمة". وعليه يتعين على المستثمر الأجنبي أن يبذل جهدا معقولا لتقليل أو للحيلولة دون تفاقم ما أصابه من خسارة. وتشير السوابق القضائية إلى عدم الاكتفاء في تطبيق هذا المعيار، ببذل جهد متواضع، فلا يكفي الطرف المتضرر بالتزامه بتقليل الضرر بمجرد عدم قيامه بـ"خطأ" في مفهوم قواعد المسؤولية، وإنما يتعين عليه القيام بخطوات إيجابية كان لیتخذها الشخص المعتمد أو المتبصر، لو كان في وضع المستثمر الأجنبي⁽⁵⁸²⁾. وغني عن البيان أن نوع الخطوات المتطلبة للوفاء بهذا الالتزام يتوقف بصفة أساسية على وقائع الدعوى وطبيعة الاستثمار ونوع الضرر وكذلك درجة تفاقم الضرر.

ويقع عبء إثبات إخلال المستثمر الأجنبي بالتزامه بتقليل الضرر على الدولة المدعى عليها. وعلى الرغم من كون حكم التحكيم المتقدم الصادر في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضية شركة الشرق الأوسط للإسمنت ضد جمهورية مصر العربية، يشكل تقدما واضحا في تكوين قواعد الدفع في التحكيم التي يجوز للدولة إثارتها للحد من التعويض المستحق أو حتى استبعاد المسؤولية، فإنه لا يزال النظام القانوني لالتزام المستثمر الأجنبي بالحد من تفاقم الضرر غير مكتمل ويتعين توضيحه. وهو دور يقع على عاتق قضاء الاستثمار الدولي، في إطار التكوين التدريجي لالتزام عام على المستثمر الأجنبي أو الوطني قصد الحفاظ على استثماره وإنهائه بشكل معقول أو وفقا لعناية الرجل المعتمد.

نخلص مما تقدم إلى أن القانون وإن أجاز للمحكم أن يواجه الظروف الطارئة بتدابير ترد الالتزام إلى الحد المعقول، إلا أن سلطته مقيدة في ذلك بمجال عمل الظروف الطارئة كما حدده القانون. وتستمد هذه الحدود ليس فقط من نصوص القانون ومما تواترت عليه أحكام القضاء والتحكيم، ولكن أيضا من استهداف القانون التخفيف على المدين الذي يراد به حثه على مواصلة تنفيذ التزامه في مقابل

⁵⁸² - NOUREL (Y.): « Les mesures équivalentes à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux », Rev. gén. dr. int. Public 2002-1, p.80 et suiv.

تعويضه عن الخسارة التي يمكن أن تلحق به سواء جرى تعويضه قبل تمام التنفيذ أو بعده ، طالما أن الظروف الطارئة وقعت أثناء التنفيذ. ورغم تنوع تدابير مواجهة الظروف الطارئة، إلا أنها لا يجوز أن تصل إلى إعفاء المدين من التزامه بتمامه، وإلا كان في ذلك تحميل الدائن وحده عبء الظرف الطارئ.

ومع تقريرنا بسلطة المحكم في الحكم بالتعويض على ضوء الضوابط أعلاه، إلا أن هذه السلطة بدأت تثير في الآونة الأخيرة الكثير من الجدل، خاصة في الحالات التي يحكم فيها المحكم بتعويض مجحف يتجاوز قيمة الضرر بشكل فادح. فقد أصدرت المحكمة التجارية العليا بروسيا سنة 2011 حكماً قضت فيه بأن قاضي التنفيذ يحق له التثبت من مدى احترام المحكم لمبدأ التناسب الذي هو من قواعد النظام العام، بحيث يجوز له أن يرفض منح الصيغة التنفيذية إذا كان حكم التحكيم قاضياً بتعويض مجحف يتجاوز قيمة الضرر بشكل فادح⁽⁵⁸³⁾. وقد سبق هذا الحكم القرار الصادر عن المحكمة الفدرالية السويسرية في قضية اللاعب الروماني أدريان موتو ضد نادي تشلسي الانجليزي، حيث قضى ضد اللاعب المذكور بتعويض يتجاوز 17 مليون يورو⁽⁵⁸⁴⁾.

فهذان القراران أعادا فتح نقاش اعتقد الجميع أنه قد طوي منذ زمن بعيد واتفقت عليه أغلب الآراء، وهو المتعلق بمدى جواز نفاذ القاضي الى أصل النزاع ومراقبة اجتهاد المحكم في شأنه. فبعد موجة فكرية أولى تمثل هدفها الأساسي في الحد من تدخل القضاء في التحكيم والإقرار لهذا القضاء بالاستقلالية في الاجتهاد وفي تسيير النزاع التحكيمي، بدأ عالم التحكيم يقرع ناقوس الخطر بعد أن اتضح أن الإفراط في

⁵⁸³- Supreme Commercial (Arbitrazh) Court of Russian Federation , case no. A05 – 10560/2010.

مشار إليه عند أحمد الورفلي: " الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 16 السنة الرابعة أكتوبر 2012 ، ص 203.

⁵⁸⁴- Tribunal Fédéral Suisse, Affaire n^o. 4 A. 458- 2009, 10 juin 2010, Rev.arb.2010, p.514 et suiv..

مشار إليه عند أحمد الورفلي: " الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 16 السنة الرابعة أكتوبر 2012 ، ص 205.

الاستقلالية يمكن أن يهدد مستقبل التحكيم نفسه، إذا أحس المتعاملون بأن غياب الرقابة على اجتهاد المحكم يمكن أن يصبح مدخلا للعشوائية والاعتباط⁽⁵⁸⁵⁾.

وقد كانت المناسبة أمام محكمة الاستئناف بتونس بأن تقرر: " بأن ما جاء في الفقرة 4 من الفصل 42 من مجلة التحكيم التونسية ، إنما هو من قبيل تخويل المحكمة المتعهدة بطلب الإبطال سلطة إعادة النظر في الأصل وتسليط رقابتها على اجتهاد المحكم في شأنه"⁽⁵⁸⁶⁾، كما جاء في قرار آخر صادر عن نفس المحكمة بأن: " هيئة التحكيم مطالبة بتعليل قرارها ولو كانت هيئة تحكيم بالإنصاف، وذلك لتحقيق عدة غايات منها:مراقبة المحكمة مدى احترام هيئة التحكيم لقواعد النظام العام، ولمراقبة المحكمة وفي نطاق ضيق واستثنائي جدا، مدى احترام هيئة التحكيم لقواعد العدل والإنصاف"⁽⁵⁸⁷⁾.

ومن خلال القراءة المتمعنة للقرار 40 المذكور يتضح أن الرقابة تجري في نطاق ضيق واستثنائي جدا، وأنه من المحقق أن المقصود بهذه العبارة هو أنه لا يقع إبطال قرار هيئة التحكيم بالإنصاف إلا إذا كان خارقا لمبادئ العدل والإنصاف بشكل صارخ ومفضوح، بحيث يثير ردة فعل فورية مستنكرة لاجتهاد هيئة التحكيم، فيعطي كل من يطلع عليه إحساسا فوريا بوجود ظلم فادح وواضح ،خارق للنظام العام. إذ أن حرية الاجتهاد المتروكة للمحكم لا يمكن أن تفتح أمامه الأبواب ليحكم وفق أهوائه تحت غطاء صلاحياته كمحكم بالإنصاف. فكما أن البطلان الواضح لاتفاقية التحكيم يخرج النزاع عن نظر هيئة التحكيم ويفتح المجال أمام تعهد القضاء بالنزاع، وكأن اتفاقية التحكيم منعدمة الوجود أصلا، فإن الظلم الواضح

⁵⁸⁵ - **OUERFELLI (A.)** : " *la théorie des excès et l'excès des théories (Réflexions sur des questions de droit de l'arbitrage*"; rev. de la jurisprudence et de la législation; février 2006; p. 9.

⁵⁸⁶ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2000/02/15 مشار إليه في مجلة التحكيم العالمية العدد 16 أكتوبر 2012 السنة الرابعة، ص 207.

⁵⁸⁷ - قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 40 بتاريخ 1999/05/04 منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 13 السنة 2000 ، ص 65.

يشكل خرقاً للنظام العام من شأنه فتح الباب أمام إبطال القرار التحكيمي وإلغاءه من الوجود⁽⁵⁸⁸⁾.

ويتضح من ذلك أن رقابة القاضي على اجتهاد المحكم ومدى احترامه لقواعد الإنصاف، لا يكون إلا في حدود ضيقة جداً، لا يتجاهل فيها مبدأ غياب الرقابة على الأصل ولا تطال إلا حالة الحكم التحكيمي الذي يكون من الحيف بحيث يصدم كل من يطلع عليه، دون حاجة إلى التدقيق والبحث المعمق في أسانيد القانونية أو الواقعية. فهو يقتصر على حالات الظلم الصارخ الذي لا تخطئه العين.

ويمكن تأسيس هذا التحليل على أمرين: الأول: منع الاعتباط والعشوائية L'arbitraire باعتبارهما يتنافيان مع الحق الطبيعي في محاكمة عادلة. فالظلم هو صنو العشوائية وغياب كل منطوق في القضاء أو إدارة شؤون الناس. الثاني: منع المصادرة والسطو على الملكية مهما كان الغطاء القانوني الذي يلتحف به القرار أو العمل المفضي بصفة موضوعية إلى المصادرة ولو لم يظهر من ناحية الشكل بمظهر المصادرة أو الانتزاع، وهو الأمر الذي استند إليه اللاعب الروماني المذكور أدريان موتو عندما طعن في الحكم الصادر في حقه أمام محكمة التحكيم الرياضي بلوزان، معتبراً أن الحكم قضى في حقه بتعويض مجحف يعادل المصادرة وانتزاع الملكية و مستنداً في ذلك إلى مبدأ حماية الملكية المقرر بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان سنة 1950، والذي يترتب عنه منع المصادرة العشوائية لأموال الناس، باعتبار أن الملكية تعتبر في نظر الطاعن من "القيم التي ينبغي على كل الأنظمة القانونية احترامها"⁽⁵⁸⁹⁾. وعلى الرغم من أن المحكمة رفضت هذا الطعن، فإن الرفض لم يكن لسبب مبدئي يتعلق بخروج المسألة عن رقابة قاضي الإبطال، بل بسبب عدم توفر صبغة المصادرة في التعويض المقضي به، وذلك بناء على أن هيئة التحكيم احتسبت مبلغ التعويض انطلاقاً من المبلغ الذي انتقل به اللاعب من نادي فيورنتينا الإيطالي إلى نادي

⁵⁸⁸ - **OUERFELLI (A.):** " *Chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage*"; Bulletin de l'Association Suisse de L'Arbitrage 2000; p. 258.

⁵⁸⁹ - أحمد الورفلي: " الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 16 السنة الرابعة أكتوبر 2012، ص 208.

تشلسي، ثم طرحت منه ما يعادل المدة التي قضاها في اللعب لفائدة ناديه الجديد والتي لم تتجاوز التسعة أشهر، في حين أن العقد الذي أبرمه يمتد إلى خمس سنوات، قبل أن تسلط عليه عقابا تأديبيا صارما من أجل ثبوت تناوله مخدر الكوكايين المبرر لفسخ العقد.

والسؤال الذي يفرض نفسه في هذا المقام هو أنه على فرض اعتبار أن القاضي يجوز له أن يبطل حكما تحكيميا أو أن يرفض منحه الصيغة التنفيذية بسبب قضاؤه بتعويض مجحف بناء على خرق النظام العام، فهل ينبغي أن يقتصر القاضي في حكمه على التصريح ببطلان مقرر التحكيم، أم يتعداه إلى وضع خطوط توجيهية فيما يتعلق بتحديد قيمة الضرر الحقيقي أو المعقول، على أن يقع تطبيق هذه المعايير التوجيهية من قبل المحكم بعد إرجاع القضية إليه، أو في صورة عرض النزاع عليه مجددا، أم أنه ينبغي عليه (أو يجوز له) أن يصحح المبالغ المحكوم بها وينزل بها إلى الحد المعقول، دون إرغام الأطراف إلى العودة الى التحكيم من جديد؟.

من الصعب التسليم بجواز قيام قاضي الرقابة بنفسه بإعادة تقدير التعويض، فالأصل أنه يقتصر على إبطال مقرر التحكيم أو عدم إبطاله دون التصدي للفصل في أصل النزاع وذلك حتى في الحالة التي يتم فيها خرق النظام العام. لكن هل بمقدوره أن يعتبر تطبيقا لأحكام الإبطال الجزئي المنصوص عليه في المادة 36 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الحكم باطلا في ما يتجاوز التعويض العادل أو المعقول، وبالتالي منحه الصيغة التنفيذية أو رفض طلب إبطاله بالنسبة لما قضى به في حدود التعويض المعقول؟.

الحقيقة أنه لا يمكن كذلك التسليم بإمكانية قيام قاضي الدولة بتعديل المبالغ المحكوم بها عبر منح الصيغة التنفيذية أو إبطال مقرر التحكيم جزئيا. فالمقصود بالإبطال الجزئي هو إبطال أحد فروع مقرر التحكيم، في حين أن قرار التعديل يطل نفس الفرع من مقرر التحكيم في مسألة غير قابلة للجزئة. فالرأي السليم في نظرنا أن يقضى عند الاقتضاء ببطلان مقرر التحكيم فيما قضى به من تعويض مجحف بناء على مخالفة النظام العام، على أن يعاد النظر في النزاع من جديد من قبل هيئة تحكيمية أخرى، أو من قبل القضاء المختص حسب اتفاق الخصوم. كما لا يصح أن

يقرر القاضي إرجاع مقرر التحكيم إلى المحكم لتصحيحه طبقاً لأحكام الفصل 28-
327 من ق م م م، لأن الأمر لا يتعلق بمجرد خلل شكلي يمكن تداركه، بل إن الأمر
يتعلق بإعادة النظر في أصل الخصومة.

خاتمة

لقد انتهت بنا هذه الدراسة إلى تأكيد ما يلي:

إن المحكم يتمتع بوضع قانوني متميز يملك بمقتضاه سلطة حسم النزاع بين أطراف اختاروه كقاض لهم في إطار نظام قضائي الطبيعة، مع ملاحظة أن تقرير الطبيعة القضائية للتحكيم لا تعني اندماجه في القضاء أو فقدانه لذاتيته الخاصة في مواجهته. فالتحكيم ليس هو القضاء، وإنما هو جزء من النظام القضائي يسير موازيا لقضاء الدولة ومعاوناً له في حسم المنازعات، طالبا مساعدته فيما يعجز عنه .

وما يجب التأكيد عليه هو أن خصومة التحكيم قوامها المحكم، وبقدر كمال المحكم تكون سلامة التحكيم، وما لم يكن المحكم كفاءاً، فلا قيمة للتحكيم، فالمحكم قاض وإن اختاره الأطراف، إذ يستمد سلطاته من إرادة الخصوم وأيضاً من إرادة القانون الذي أجاز له ممارسة مهمة القضاء ومنحه سلطة إصدار الحكم، ويشترط فيه ما يشترط في القاضي من خبرة وكفاءة، فضلاً عن الاستقلال والحياد من وقت اختياره حتى صدور المقرر.

وكقاعدة يتعين أن تتوافر في المحكم المؤهلات والقدرات الشخصية التي تمكنه من أداء مهمة حسم النزاع بأسرع وقت وأقل تكلفة ممكنة. فمما لا شك فيه أن قدرات المحكم ومؤهلاته الشخصية تنعكس حتماً على أسلوبه في حسم النزاع وعلى تناوله للمسائل التي يثيرها، هذا بالإضافة إلى المؤهلات الموضوعية التي تقنع الأطراف بقدرة المحكم على الإحاطة بحدود مهمته وجوهرها، وأن يكون لديه من الوقت ما يكفي لضمان الاهتمام المطلوب بالنزاع مما يضاعف من احتمالات صحة الحكم الصادر. كما يتعين الأخذ بعين الاعتبار عند اختيار المحكم مدى درايته بالتقاليد القانونية والثقافية بما يساعده على تفهم وقائع النزاع وحسن تكييفها.

ومن الضمانات التي يتمتع بها أطراف خصومة التحكيم مكنة اختيار قاضيهم وذلك على خلاف قضاء الدولة، فيسعى كل طرف إلى اختيار المحكم الذي تتوافر فيه المقتضيات التي تبعث في نفسه الطمأنينة والثقة في أنه سيبدل قضاى جهده مسلحا بالتزامه بالاستقلال والحياد. ومن تم تعد حرية اختيار المحكم من أهم الضمانات التي تدفع الأطراف إلى قبول اللجوء إلى التحكيم.

كما أن ضبط سلطة المحكم في التحكيم التجاري، تبقى من آليات رصد مظاهر التأثير والتأثر بين ثلاثة حدود أساسية، أولهما: سلطان الإرادة، وثانيهما: إرادة المشرع ، وثالثهما: حرية المحكم في تنظيم وإدارة خصومة التحكيم و الفصل في جوهر النزاع.

وعلى هذا الأسس، فإذا كانت جل القوانين وأنظمة التحكيم التي تطرقنا إليها في هذه الأطروحة ، قد أعطت الأولوية لسلطان الإرادة، فإنه مع ذلك تركت للمحكم هامشا كبيرا من الحرية لتمكينه من الفصل في النزاع المعروض عليه.

والملاحظ أن المحكم يتمتع في إطار خصومة التحكيم بسلطات واسعة تهدف في مجملها إلى تدعيم مركزه القانوني وإمداده بالقوة اللازمة لفرض إرادته على أطراف الخصومة ومنحه المرونة الكافية لتمكينه من تسيير وإدارة إجراءات الخصومة بسرعة وفاعلية. فرغم افتقار المحكم لسلطة الإيجاب التي يتمتع بها القاضي، فإن السلطات التي يتمتع بها تكاد تتجاوزها في عدة جوانب. فالمحكم لا يتقيد بنصوص قانونية تحدد إطارا جامدا لسلطاته وتحد من حرته في إدارة الخصومة على نحو ما يحدث في القضاء، وما يملكه من سلطات واسعة تجبر الخصوم على الانصياع إلى أوامره والاستجابة لتوجيهاته. كما أن ثقة الخصوم فيه تدعوهم إلى تسليمه إجراءات الخصومة في أغلب الحالات ليوجهها بالشكل الذي يراه ملائما لخصوصية النزاعالمطروح عليه.

ومما لاشك فيه أن هذه الحرية الواسعة ليست مطلقة بلا قيود، ولا يجب أن تكون، وإلا أصبح المحكم متسلطا وكان التحكيم عبثا لا طائل منه. فالمحكم يتصدى للفصل في حقوق والتزامات الأطراف، وهو ما يفرض عليه عدة التزامات،

ويقتضي توافر الضمانات الكافية التي تكفل صحة قراره وسلامة مسلكه. وقد سعى المشرع المغربي إلى تقرير بعض الضمانات الهامة حرصا منه على تحقيق التوازن بين سلطات المحكم والتزاماته في مواجهة الخصوم، وأجاز لأطراف الخصومة التنازل عن بعض هذه الضمانات عندما يقدرون ملاءمة وجدوى ذلك. كما حرص على تقرير عدة التزامات يتيقدها المحكم، تاركا المجال واسعا أمام حرية وإرادة الأطراف في اشتراط المزيد من الضمانات أو تقييد المحكم بالتزامات أشد، وذلك إيمانا من المشرع بأن أطراف الخصومة هم الأقدر على تحديد معالم الخصومة، في جوانبها المختلفة.

كما أن المشرع المغربي حرص عند تنظيمه لخصومة التحكيم على تفادي إجراءات الخصومة العادية التي تتسم بالإطالة والتعقيد على نحو يضر بعدالة الدعوى، وذلك باتباع إجراءات تتسم بالمرونة وتهدف إلى الحد من الأشكال المسطرية ومحاولة الإفلات من شبح البطلان. فتيسير إجراءات حسم المنازعات مطلوب للوصول إلى العدالة، غير أن هذه المرونة تجد حدودها عند الإبقاء على الهدف الذي يتوخاه المشرع وهو الوصول إلى العدالة، وهو ما لا يتحقق إذا ترك الأمر لمحض تقدير المحكم أو مطلق إرادة الخصوم.

فمنح المحكم سلطة اختيار الإجراءات أو المشاركة في اختيارها وبصفة خاصة قبل بدء الإجراءات لا ينفي أن الطابع القضائي للإجراءات يظل هو الأصل. وهذا الاختلاف بين التحكيم والقضاء فيما يتعلق بهذه المساهمة الإيجابية للمحكم تهدف إلى التخفيف من الشكليات والتعقيد لسببين: الأول: هو تطلب السرعة، والثاني: إن المتعاملين لديهم من الوعي ما يغني عن فرض إجراءات محددة أو إسباغ الحماية من خلال وجوب اتباع إجراءات معينة، وإنما تكفي الحماية الموضوعية التي تضمن احترام الحقوق والمصالح المشروعة لأطراف التحكيم. والمحكم لا يملك التصدي لتحديد إجراءات خصومة التحكيم من تلقاء نفسه، وإنما يلزم إفصاح الأطراف عن رغبتهم في تخويل المحكم هذه السلطة وتحديد نطاق ضوابط ممارستها. فالأطراف هم أصحاب الحق الأصيل في وضع التنظيم الإجرائي الملائم، ولا تثبت للمحكم سلطة المبادرة باختيار أي إجراء إلا بتفويضه في اختياره.

وخصومة التحكيم قوامها اتفاق الأطراف، والأصل أن يتحدد نطاقها موضوعاً وأشخاصاً تبعاً لإرادتهم التي قبلت عرض النزاع على المحكم اختياراً. ومن ثم يمتنع على المحكم إجراء تعديل في نطاق الخصومة احتراماً لهذا الجانب الإرادي، وطلباً لسرعة حسم النزاع وتجنباً لتعقد إجراءاته. غير أنه قد يطرأ أثناء سير الإجراءات ما يستوجب تعديل طلبات الخصوم، كما قد تواجه المحكم وقائع تثير طلبات جديدة لم يشملها اتفاق الخصوم ولزم حسمها لارتباطها بالنزاع الأصلي. غير أن ذلك مشروط بمراعاة المحكم للضوابط القانونية، وذلك إبقاء على القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم واحتراماً لنطاق الخصومة على النحو الذي حدده الخصوم.

وإذا كان الاتجاه بالنسبة للتشريعات الوطنية نحو منح المحكم سلطة مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق، يقدم حلاً يسيراً في ظاهره ويعبر عن الجانب الإرادي لبيان خصومة التحكيم، إلا أنه يضيء على مهمة المحكم الكثير من الغموض ويجعل عملية التحكيم بعيدة عن التوقع، لأنه إذا ما تتبعنا خطوات المحكم نحو تحديد القانون الواجب التطبيق وجدناها في الواقع العملي متضاربة، لا تتركن إلى أسس موضوعية أو دعائم قانونية تقدم حلولاً متناسقة تشكل في مجموعها كياناً من السوابق المستقرة التي تعبر عن نظام مستقل يغني عن النظام القانوني الوطني وآليات إعماله. فما لا ينكره أحد أن قرارات المحكمين جاءت في العديد من المناسبات متعارضة، ولا تتفق فيما بينها، في الوقت الذي ينادي فيه البعض بضرورة النظر إلى السوابق التحكيمية كمصدر من المصادر القانونية البديلة للنظام القانوني الوطني بشكل يلائم مقتضيات إعمال نظام التحكيم وخصوصيته.

والملاحظ أن المشرع المغربي وتمشياً مع الاتجاهات الحديثة، أعطى الأولوية لإرادة أطراف خصومة التحكيم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وإجراءاته، غير أن هذا الدور الإيجابي للخصوم ليس مطلقاً، ولا يجب أن يكون كذلك، فهذه الإرادة تستمد وجودها من النظام القانوني الذي اعترف بها وحدد نطاقها، ويأتي في مقدمة هذه الضوابط التي تقيد حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ضرورة وجود رابطة بين القانون والعقد الذي نشأ النزاع في ظله.

فحرية الإرادة تجد حدودها في القواعد الأساسية والجوهرية التي تحدد ملامح النظام القانوني في الدولة وبصفة عامة القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام.

وبخصوص سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف، فإنها تعتبر مسألة هامة تتعلق بجوهر مهمة المحكم وتدور حولها أهم السلطات التي يمارسها في مرحلة إصدار الحكم بعد سماع ادعاءات الخصوم وانتهاء الإجراءات أمامه. إذ يتصدى المحكم في هذه المرحلة لتحديد حقوق والتزامات الخصوم بما يترتب عن ذلك من تعديل لمراكزهم القانونية، وذلك في إطار القانون الواجب التطبيق وأحكام اتفاق التحكيم.

وتتضاعف أهمية سلطات المحكم في هذه المرحلة عندما يدور موضوع النزاع حول شروط العقد أو عند وجود ظروف طارئة تستوجب تعديله أو مراجعة أحكامه.

فتعديل الالتزامات التعاقدية للأطراف أو إعادة التفاوض بشأنها، يمثل جانبا هاما من المنازعات التي تعرض على المحكم، وبصفة خاصة، في المنازعات المتعلقة بالعقود الطويلة الأجل وما يطرأ أثناء تنفيذها من عقبات، أو ظروف تستوجب تعديلا للعقد للوصول إلى شروط ملائمة للتغيرات المستجدة. فهذه العقبات قد يتم التغلب عليها بإعادة تفاوض الأطراف بشأنها وحسمها رضائيا إذا كان تعديل العقد أو إعادة التفاوض لصالح الطرفين معا. أما عندما تكون التعديلات لصالح أحد الطرفين واختلفا حول ضرورة مراجعة شروط العقد فيكون تدخل المحكم ضروريا لحسم النزاع.

وتجدر الإشارة إلى أن الواقع العملي يشهد بما آلت إليه مهمة التحكيم، لافتقارها للقيود والضوابط القانونية التي تهتم بممارستها. فبعد أن كان التحكيم مهمة الأمراء والملوك يتشرفون به ويضيفونه إلى رفعة مكانتهم ولا يتقاضون عنه أجرا، أصبح اليوم مهنة تدر الكثير من الأموال، لذلك ينبغي أن نضع في الاعتبار أن هناك العديد من الأسباب التي تؤثر على فاعلية التحكيم وعلى تحقيق الأهداف المرجوة منه. ومن هذه الأسباب ما يرجع إلى أطراف التحكيم أنفسهم، ومنها ما يرجع إلى السياسة

التشريعية التي تبناها المشرع، والاتجاهات القضائية السائدة. الأمر الذي يتعين معه مواجهة هذه السلبيات، ليظهر التحكيم في صورة تعكس أهميته وذلك عن طريق:

- تحديد المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم ومعايير اختياره بدقة، ووضع تنظيم تفصيلي دقيق لسلطات المحكم ونطاقها وآثارها، وكذا علاقته بالمحكّمين وبيان حقوقه عليهم وواجباته اتجاههم.

- عدم تبني فكرة الحرية المطلقة للخصوم أو التعويل على حسن نية الأطراف في تسيير إجراءات التحكيم. ومراعاة التوفيق بين السرعة والعدالة، فلا تكون السرعة على حساب إهدار الضمانات القضائية الكاملة.

- إن تحديد القانون الواجب التطبيق سواء في جانبه المسطري أو الموضوعي على العلاقات التعاقدية المبرمة بين الأطراف، يبقى أمرا مهما يتعين على أطراف العقد عدم إغفاله، لأن من شأن غياب مثل هذا الاتفاق الصريح أن يثير الكثير من الغموض واللبس أثناء قيام المحكم بمهمته لحسم النزاع.

- إنه يقع على عاتق المشرع المغربي أن يتتبعه إلى ضرورة تنظيم سلطات المحكم في شأن إمكانية تعديل وتفسير وإكمال النقص في الشروط العقدية بنصوص قانونية صريحة، لأهمية هذا الأمر في ظل عقود التجارة الدولية.

وفي الختام، لا يسعنا إلا أن نؤكد على أن المشرع المغربي لم يكن موفقا إلى حد كبير في وضع قانون للتحكيم يستجيب لضرورات العصر سواء على مستوى الصياغة، أو على مستوى المضمون، و ما يتطلبه من توفير المناخ الملائم للاستثمار، وترسيخ دعائم الأمن القانوني في ميدان الأعمال، اللذين يعتبران من أبرز الخيارات الاستراتيجية المرتبطة بالتنمية، خاصة مع اتساع العلاقات الدولية وعولمة الاقتصاد، وسرعة تحرك رؤوس الأموال، والتي نأمل صادقين أن يتجاوزها في مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية الذي يعكف المشرع على فصلهما عن قانون المسطرة المدنية مع تحيينهما وإدخال بعض التعديلات اللازمة عليهما⁽⁵⁹⁰⁾.

590 - انظر مشروع قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي المنشور في دفاتر محكمة النقض: " التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 السنة 2016، ص 359 وما يليها.

ببليوغرافيا⁽⁵⁹¹⁾

القسم الأول الوثائق الرسمية

الفقرة الأولى الوثائق الرسمية ذات الطابع التشريعي

أولاً: النصوص التشريعية الوطنية

- ظهير 9 رمضان 1331 الموافق ل 12 أغسطس 1913 المعتبر بمثابة قانون الالتزامات و العقود كما وقع تغييره و تميمه .
- ظهير شريف بمثابة قانون رقم 447.74.1 ب بتاريخ 1974/9/28، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2303 مكرر بتاريخ 1974/9/30 كما وقع تعديله و تميمه بالظهير الشريف رقم 1.93.206 بتاريخ 1993/9/10، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4420 و تاريخ 1993/9/15 .
- القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ و تعويض الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية الصادر الأمر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 2007/11/30، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 و تاريخ 2007/12/6 .
- ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر بتاريخ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 03.70 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 و تاريخ 2004/2/5
- ظهير شريف رقم 1.11.178 صادر في 22 نوفمبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 و تاريخ 2011/11/24

⁵⁹¹ - استفدنا في إعداد وتصنيف هذه الببليوغرافيا، وكذا التوثيق عموماً من توجيهات الأستاذ المشرف الدكتور أحمد ادريوش خلال حصص التأطير، وهي المضمنة في الجزء الأول من كتابه: " كراسة التدريب على توثيق المعلومات القانونية قصد إعداد الأطروحة"، الطبعة الأولى 2012 - 2013 منشورات سلسلة المعرفة القانونية، من تقديم الأستاذ الدكتور محمد العلمي المشيشي.

ثانياً: النصوص التشريعية الأجنبية

أ - النصوص التشريعية الفرنسية

- قانون المسطرة المدنية الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ 20 يناير 1978 كما وقع تحيينه في 02 غشت 2013 (Legi France.gouv.fr.)
- القانون المدني الفرنسي الصادر بتاريخ 21 مارس 1804 كما وقع تحيينه سنة 2013 موقع (Legi France.gouv.fr.).
- مرسوم رقم 2011 - 48 صادر بتاريخ 13 يناير 2011 حول تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم.

ب - النصوص التشريعية التونسية

- قانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أبريل 1993 يتعلق بإصدار مجلة التحكيم، منشور بالرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 مايو 1993، ص 580 وما بعدها.

ج - النصوص التشريعية المصرية

- القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني ، منشور بالوقائع المصرية العدد 108 مكرر (أ) الصادر في 1948/7/29 كما وقع تعديله و تتميمه بالقوانين اللاحقة .
- القانون رقم 13 لسنة 1968 بإصدار قانون المرافعات المدنية و التجارية ، منشور بالجريدة الرسمية العدد 19 الصادر في 9 مايو 1968 ، كما وقع تعديله و تتميمه بالقوانين اللاحقة .
- قانون رقم 25 لسنة 1968 بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية منشور بالجريدة الرسمية العدد 22 الصادر في 30 مايو 1968 كما وقع تعديله و تتميمه بالقوانين اللاحقة .
- قانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، منشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1994 كما وقع تعديله و تتميمه بالقوانين اللاحقة .

- قانون رقم 1 لسنة 2000 بإصدار قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، منشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 29 يناير 2000، كما وقع تعديله و تتميمه بالقوانين اللاحقة .

ثالثاً: القواعد الخاصة بأنظمة التحكيم الدولية

- بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر بمقتضى وثيقة الأمم المتحدة عدد 40/17/أ، المعتمدة من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 21 يونيو 1985 والذي تم تعديله سنة 2006 والذي يمثل قانوناً نموذجياً مقترحاً على الدول التي ترغب في تحيين قوانينها المتعلقة بالتحكيم أو تلك التي ترغب في تعديلها حتى تستجيب لمتطلبات التحكيم التجاري الدولي والذي تم تعديل الفقرة الرابعة من المادة الأولى منه سنة 2013 والمنشور ب: www.uncitral.org.version Mai : Site web .
www.uncitral.org.version Mai .2014

- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قرار 31 رقم 98/31 الصادر في 15/12/1976 ويتعلق بتسوية المنازعات الناتجة عن العلاقات التجارية الدولية، وبصفة خاصة عن طريق الإحالة على قواعد التحكيم المتعلقة بعقود التجارة الدولية والذي تم تعديله سنة 2010 حيث أدخلت عليه مجموعة من التتقيحات، والمنشور ب:

- Site web : www.uncitral.org.version Mai 2011.

- قواعد التحكيم الخاصة بمحكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس CCI سنة 1923، ووضعت قواعد تنظم التحكيم الخاضع لإشرافها، وجرت تعديلات في هذه القواعد آخرها وأكثرها شمولاً تلك التي صدرت في أول يناير 1998، وقد بقيت هذه القواعد سارية مع إضافة في 1/10/1999 تتعلق بتصحيح وتفسير أحكام التحكيم، حتى صدرت قواعد جديدة ليتم العمل بها ابتداءً من أول يناير 2012، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت)، العدد الرابع عشر (نيسان) أبريل 2012 السنة الرابعة، باب الوثائق، ص 727.

- قواعد تحكيم مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، السارية اعتباراً من مارس 2011، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت)، العدد العاشر (نيسان) أبريل 2011 السنة الثالثة، باب الوثائق، ص 890.

- إتفاقية نيويورك لسنة 1958 الصادرة بتاريخ 09/06/1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجانب، المصادق عليها من طرف المغرب بمقتضى الظهير الشريف رقم 266.59.1 المؤرخ في 19/02/1960.
- إتفاقية في شأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمعروفة باتفاقية "ICSID واشنطن" المؤرخة في 18/03/1965 والتي أصبحت سارية ابتداء من 14/10/1966، والتي أنشأت بموجبها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة ، والتي انضمت إليها المملكة بمقتضى المرسوم الملكي رقم 564.65.2 المؤرخ في 31/10/1966.
- إتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري التي أقرها مجلس وزراء العدل العرب (والتي تعتبر المملكة المغربية عضوا في هذه الاتفاقية) في دورته الخامسة بقرار رقم 80/د 5 بتاريخ 14/4/1987.

الفقرة الثانية

الوثائق الرسمية ذات الطابع القضائي

أولا: في المغرب

- 1 - **القرارات الصادرة عن محكمة النقض:**
- قرار محكمة النقض عدد 294 الصادر بتاريخ 18/02/2010 ملف تجاري عدد 2008/1/3/955، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبوعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016 ص 102.
- قرار محكمة النقض عدد 1/252 الصادر بغرفتين بتاريخ 19/05/2015 في الملف التجاري عدد 2013/1/3/34، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبوعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016 ، ص 111 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 129 بتاريخ 09/11/2010 في الملف عدد 2009/3/3/896 ، غير منشور.

- قرار صادر عن محكمة النقض الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 986 بتاريخ 2012/11/08 في الملف التجاري رقم 2012/1/3/220، منشور بدفاتر محكمة النقض : " التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 ص 275 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة النقض الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 294 بتاريخ 2013/12/18 في الملف التجاري رقم 2012/1/3/842، منشور بدفاتر محكمة النقض : " التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 ص 290 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة النقض الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 1/513 بتاريخ 2014/10/30 في الملف التجاري عدد 2014/1/3/209، منشور بدفاتر محكمة النقض العدد 25 ، ص 270 وما يليها.
- قرار محكمة النقض عدد 149 الصادر بتاريخ 2014/03/13 في الملف التجاري عدد 2012/1/3/1342، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016، ص 129 وما بعدها.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 1379 بتاريخ 2009/09/30 في الملف التجاري عدد 2009/1/3/238، غير منشور.
- قرار صادر عن محكمة النقض الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 1/198 بتاريخ 2014/04/03 ، منشور بدفاتر محكمة النقض: "التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 ص 255 وما بعدها.
- قرار صادر عن المجلس الأعلى بغرفتين الغرفة التجارية القسم الأول والغرفة المدنية القسم الرابع، بتاريخ 2006/03/08 تحت رقم 2006/274، منشور بمجلة التحكيم العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 540 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة النقض الغرفة التجارية القسم الأول تحت عدد 311 بتاريخ 2013/01/03 منشور في الملف التجاري رقم 2011/1/3/1500، منشور بدفاتر محكمة النقض : " التحكيم والوساطة الاتفاقية"، العدد 25 ص 199 وما بعدها.
- قرار عدد 362 صادر عن الغرفة التجارية القسم الأول بالمجلس الأعلى بتاريخ 26 مارس 2008 في الملف رقم 2006/2/3/697، منشور بمجلة التحكيم العدد الخامس يناير 2010 السنة الثانية، ص 487 وما بعدها.

2- القرارات الصادرة عن محاكم الموضوع:

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 339/ استعجالي بتاريخ 2013/11/11 أورده عمر أزوكار في : " التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015 ، ص 248.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بمراكش تحت عدد 1973 بتاريخ 2012/11/08، أورده عمر أزوكار في: "التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015 ص 248.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2012/4157 بتاريخ 2012/09/18 في الملف عدد 2011/14/422، أورده عمر أزوكار في: "التحكيم التجاري الداخلي والدولي بالمغرب، قراءة في التشريع والقضاء"، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015 ص 246-247.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2014/4049 الصادر بتاريخ 2014/07/22 في الملف رقم 4/13/2115، منشور بالمجلة المغربية للتحكيم العربي والدولي، المطبعة والوراقة الوطنية مراكش، العدد الثاني 2016، ص 171 وما بعدها.

- الأمر الصادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء تحت عدد 543 بتاريخ 2008/02/05، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 9 يناير 2011 العدد السابع، ص 569.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2006/1489 بتاريخ 2006/03/31 في الملف رقم 4/2005/3890 منشور بمجلة التحكيم العدد 7 يوليو 2010 السنة الثانية، ص 495 وما بعدها.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2010/642 بتاريخ 2010/02/09 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 14 ابريل 2012 السنة الرابعة ، ص 463 وما بعدها.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء تحت رقم 2008/3289 بتاريخ 2008/06/24 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 16 أكتوبر 2012 السنة الرابعة، ص 604 وما بعدها.

- القرار عدد 220 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 2015/01/15 في الملف رقم 2013/8224/2669 غير منشور.

ثانياً، في القضاء العربي

1- قضايا تحكيمية:

- المقرر التحكيمي الصادر في دعوى التحكيم رقم 757 لسنة 2011 عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2012/4/7.

- المقرر التحكيمي رقم 2009/631 الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2010/5/5، منشور بمجلة التحكيم العربي العدد 15 ص 225.

- المقرر التحكيمي رقم 147 لسنة 1999 الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بتاريخ 2000/07/03، منشور بمجلة التحكيم العربي، العدد الثالث، ص 209 وما بعدها.

- المقرر الصادر عن الهيئة التحكيمية تحت إشراف المركز اللبناني للتحكيم (غرفة التجارة والصناعة والزراعة في بيروت وجبل لبنان)، في التحكيم رقم 75/ م بتاريخ 2010/7/29 منشور بمجلة التحكيم اللبنانية العدد 17 السنة الخامسة، يناير 2013، ص 855.

- مقرر تحكيمي جزئي في القضية رقم 9288 بتاريخ مارس 1998، مكان التحكيم، جنيف بسويسرا، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد الثالث، يونيو 2009، ص 815 وما بعدها.

- مقرر صادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية رقم 394 لسنة 2004 بتاريخ 2005/9/28 منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 584 وما بعدها.

- المقرر الصادر في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم 2007/552 بتاريخ 25 يناير 2009، منشور بمجلة

التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت) العدد 13، السنة الرابعة يناير 2012، ص 467 وما بعدها.

- المقرر الصادر في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم 2001/224، جلسة 2001/11/14، منشور بمجلة التحكيم العربي العدد الخامس شتبر 2002 ص 192 وما بعدها).

- المقرر الصادر في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم 2006/484 جلسة 2007/2/8، مجلة التحكيم العربي العدد 10 شتبر 2007، ص 345.

- المقرر الصادر في إطار مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القضية التحكيمية رقم 2007/537 جلسة 2007/9/21، مجلة التحكيم العربي العدد 11، يونيو 2008، ص 228.

- المقرر التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي في القضية رقم 2001/234، منشور بمجلة التحكيم العربي العدد 5 ص 189 وما بعدها.

2- القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية:

- نقض مصري بجلسة 1971/1/20 السنة 21 ق. مشار إليه لدى سامية راشد: "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة"، مرجع سابق، ص 89.

- نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1985/03/31، مجموعة أحكام النقض، السنة 36 ص 536.

- نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1976/03/14، مجموعة أحكام النقض السنة 30، ص 786.

- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة المدنية في الطعن رقم 4729 و4730 لسنة 72 ق، جلسة 2004/06/22، منشور بمجلة التحكيم (مجلة فصلية) العدد الثامن السنة الثانية أكتوبر 2010، ص 431 وما بعدها.

- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 2010/03/10 الدائرة التجارية، تحت رقم 64/3161، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت) العدد العاشر السنة الثالثة أبريل 2011، ص 516 وما بعدها.

- نقض مدني صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1975/1/27 المكتب الفني السنة 16، ص 257 والقرار الصادر بتاريخ 1978/5/16، المكتب الفني، السنة 29، ص 1261.

- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة التجارية، الطعان رقم 4729 ورقم 4730 لسنة 72 ق بتاريخ 2004/06/22 منشور بمجلة التحكيم العدد الثامن، السنة الثانية أكتوبر 2010 ص 431 وما بعدها.

- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 1962/05/10 الطعن رقم 359 الصادر بتاريخ 1962/05/10، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة 26 قضائية، الجزء 13، ص 629.

- قرار صادر عن محكمة النقض المصرية الطعن رقم 39/502 قضائية لجلسة 1975/06/09، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية، السنة 26، ص 1163.

3- القرارات الصادرة عن محاكم الموضوع التونسية والمصرية واللبنانية:

- الحكم الصادر عن الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت تحت رقم 47/48 بتاريخ 2012/11/7، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت) يناير 2013، العدد السابع عشر، السنة الخامسة، ص 604 وما بعدها.

- قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، جلسة 2011/03/09 الدعوى رقم 70 لسنة 123 ق، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 14، أبريل 2012، ص 389 وما بعدها.

- قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، دائرة 7 تجاري- جلسة 2001/03/12، في الدعوى رقم 41 لسنة 117 ق. تحكيم، مجلة التحكيم العالمية، (مجلة فصلية- بيروت) العدد 18، أبريل 2013، السنة الخامسة، ص 97.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس في القضية رقم 12677 بتاريخ 2011/11/08، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 14 السنة الرابعة، أبريل 2012، ص 187 وما بعدها.

- حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس في القضية عدد 23796 بتاريخ 2009/03/28، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية- بيروت) العدد الثالث عشر- يناير 2013 السنة الرابعة، ص 179 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة دائرة 63 تجاري بتاريخ 2002/08/05 في الدعوى رقم 83/ 118 ق.
- قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت المدنية تحت رقم 2010/1004 بتاريخ 2010/7/21 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 12 أكتوبر 2011 ص 572.
- قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت المدنية بتاريخ 2008/2/25 تحت عدد 2008/192 منشور بمجلة التحكيم العدد الأول، ص 97.
- قرار الصادر عن محكمة استئناف تونس بتاريخ 2009/11/17، مشار إليه عند أحمد الورفلي بمجلة التحكيم العربي العدد 14 السنة 2010، ص 180.
- قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة، الدائرة 7 تجاري بتاريخ 2013/02/05 في دعاوى رقم 35، 41، 44 و45 لسنة 129 قضائية، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 18 السنة الخامسة أبريل 2013، ص 628 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة استئناف القاهرة بتاريخ 2002/4/9، الدائرة 7 التجارية، الطعان رقم 1294 و2037 لسنة 117 ق، منشور بالمجلة الفصلية للتحكيم، المجلد الثاني، العدد 6، 2010، ص 564 وما بعدها.
- قرار صادر عن رئيس الغرفة الابتدائية الأولى بيروت تحت رقم 86/30 صادر بتاريخ 2011/06/20، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 13 السنة الرابعة، يناير 2012.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2005/02/01 قضية عدد 17000، منشور بمجلة التحكيم العدد السادس، أبريل 2010، السنة الثانية ص 310 وما يليها.
- قرار صادر عن رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت تحت رقم 86/30 بتاريخ 2011/06/20، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية- بيروت) العدد الثالث عشر، يناير 2012، السنة الرابعة، ص 279 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف في بيروت الغرفة الثالثة تحت رقم 192 الصادر بتاريخ 2008/02/05، منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت) العدد 18 السنة الخامسة أبريل 2013، ص 770-771.

- قرار صادر عن محكمة الاستئناف في بيروت الغرفة الأولى بتاريخ 2011/05/23 منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية- بيروت) العدد 17 السنة الخامسة يناير 2013، ص 855.
- قرار صادر عن محكمة استئناف بيروت بتاريخ 2007/10/16، الغرفة المدنية الثالثة، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع أكتوبر 2009، ص 364 وما بعدها.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2000/02/15 مشار إليه في مجلة التحكيم العالمية العدد 16 أكتوبر 2012 السنة الرابعة، ص 207.
- قرار صادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 40 بتاريخ 1999/05/04 منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 13 السنة 2000 ، ص 65.

ثالثاً: في الدول الغربية

1-AFFAIRES ARBITRALES:

- affaire WESTLAND.1985, J.D.I, p .232.
- affaire S.P.P / S.P.P.M.E. 1985, J.D.I, p .130
- affaire Suis oil corporation; Rev. arb.1989, p. 309, obs. **Ch. JARROSSON**.
- affaire n° 1516, CCI. 12 Fèv. 1974, Rev. arb. 1974, p.510.
- Sentence C.C.I n° 2119, J.D.I. 1979. p.997.
- Sentence C.C.I n°863, D.M.F. 1993, p.668.
- Affaire n° 1581, CCI. 1971, JDI 1974, p.887.
- sentence saphire,15 mars 1963; saphire international petroleum / national iranianoil; international law reports. VOL. 35; 1967;136- 192.
- Sentence Aramco, International law Reports, 1963, p. 117.
- Sentence Liamco, 12 Avr. 1977, Revarb. 1980, p.147 et suiv.
- Sentence C.I.R.D.I, 20 oct. 1979, Agys S.P.A.C/ Gouvernement de la République du Gongo, Rev, crit. Dr.int. pr. 1982, p .92-109, note **H. Batiffol**.
- Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 2826 en 1978, J.D.I 1979, p. 935.
- Sentence CCI rendue dans l'affaire n° 3093 en 1979, J.D.I, 1980, p .651. note **Y. DERAINS**.
- Sentence rendue sous l'égide de l'Association de commerce des grains d'Amsterdam de 1982 citée par **Y. DERAINS**: « *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige...* » op. cit, p.375.
- Sentence rendue dans l'affaire n°6294 en 1991 ;p.1050.

- Sentence rendue dans l'affaire n° 1762 en 1973, JDI 1975, p. 923 note **Y. DERAINS**.
- Affaire Hilmarton en 1988, Rev. arb. 1993, p. 327.
- Sentence CCI, Affaire n°3913 en 1981, extrait dans la note de **Y. DERAINS** sous la Sentence CCI rendue dans l'affaire n°2730 en 1982, JDI 1984, p 920-921.
- Sentence CCI, affaire n° 5622 en 1988, Rev.arb.1993, p. 327 et suiv.
- Sentence C.C.I Rendue le 13 déc.1961, JDI, 1965 n° 1145.
- Sentence rendue en 1983, CCI affaire n° 3880, JDI 1983, p.897-898. Obs.**Y. DERAINS**.
- Sentence CCI n° 8385, rendue en 1995, JDI, 1997, p.1061.
- Sentence CCI n° 3938 rendue en 1982, JDI 1984, p.929.
- Sentence CCI n° 9771, Y.C.A.2004, p.46. et suiv.
- Sentence C.C.I affaire n° 3267 rendue en 1980, J.D.I, 1980, p.96.
- affaire n° 4472.1984, J.D.I n°4, p.946, note **SIGVARD (J.)**.
- l'affaire n° 4023, 1984, J.D.I, n° 4, p.950, note **SIGVARD (J.)**.
- Sentence Middle East Cement Shipping and Hand Ping CO.SA.v Arab Republic of Egypt, ICSID, arb. /99/6,12 April 2002.

2- COUR DE CASSATION:

- Tribunal Fédéral Suisse, Affaire n°. 4 A. 458- 2009, 10 juin 2010, Rev.arb.2010, p.514 et suiv..
- Cass. Belge, 24 Fév. 1938, affaire ville d'Anvers, Rev. crit. Dr. Int. Pr. 1938, p.661, note **P. wingny**.
- Cass. Civ. 2^e, 11 juill, 2002, Bull civ. II, n° 161, JCP . G.2003, 1, 105 ; spéc.n°8, obs. **J.ORTSCHEIDT**.
- Cass. Civ 2^e, 14 déc. 1992, Rev. arb. 1995, p.441.
- Cass. Civ 1^{er}, 5 mars 2008, JCP G.2008, I.164, n°5, obs **J.ORTSCHEIDT**.
- Cass. Civ. 1^{ère} 30 mars 2004, D.2004, p.3183, obs. **Th. CLAY**, J.C.P.G. 2004, I, 179, N°8, obs, **J.ORTSCHEIDT**, Rev. arb . 2005, p. 977.
- Cass. Com. 22 Fév. 1948, cité par **MOTULSKY (H.)** : "*Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage* " , Dolloz; T.2, 1974n p. 242.
- Cass.com.11 déc.1979 Bull. civ. IV.p.263. -
- Cass. Civ. 22 Janv. 1980, Gaz. Pal. 1980-1-p.235.
- Cass. Civ. 1^{er}, 29 juin 2011, Rev. arb. , 2011, p.959, note **V. CHANTEBOUT**, JCPG 2011. I, 1432, N°7 obs. **J. ORTSCHEIDT**.
- Cass. civ 1^{ère}. 8 juill .2009, D.2009, p. 2959, obs **Th. CLAY**, cah. arb .2010, p.863, note, **L.-C. DELANOY**.
- Cass. civ .06 Janv. 1987, RTDC. 1988, p.126 et suiv.
- Cass.civ.02 Mai .1990, Rev.arb.1990, p.285.
- Cass, 1^{er} ch. Civ. 25 Juin 1991, Rev. arb. 1991, p.453, note. **P.MAYER**.
- Cass.1^{er}.ch.civ.05 Janv.1999, Rev. arb. 2000.

- Cass. 1^{er}.ch Civ.20 Déc. 2001, Rev. arb. 2002, P.379 et suiv.
- Cass.1^{er}.Ch.Civ 25 Mai 2002. Rev. arb. 2003, p.397. note. **D. COHEN.**
- Cass. 2^{ème} ch. civ.05 janv. 1999, Bulletin civil 1999, n°1 p. 1.
- Cass-1^{ère} ch. Civ. 08 Fév. 2000, Légifrance n° de pourvoi 95, 14330.
- Cass.1^{ère} ch. Civ. 06 Fév. 2001, JCP 2001, II.10567 note **C. LEGROS.**
- Cass.1^{ère} Ch. Civ. 17 Mars 2010, Légifrance n° de pourvoi 98-20776.
- Cass. 1^{ère}, ch. com. 25 nov. 2008, Légifrance n° de pourvoi 68-21665.
- Cass. 1^{er}, Ch. Civ 08 Mars 1988, Rev. arb. 1989, p.481, note **Ch. JARROSSON.**
- Cass .Civ. 30 sept .1981, Rev. arb. 1981, p.431.
- Cass. 2^{ème} ch. Civ. 15 Fév. 2001, J.C.P, éd. G. 2002 II 10038, p.449.
- Cass -1^{ère}ch.civ 22 oct.1974, Clunet 1975, p.317, note **FOUCHARD (Ph.)**, Rev Crit. Dr. Int.Pr .1976, p.91.
- Cass. Civ.2^{ème}ch. 18 oct, 2001, Rev, arb. 2002, p. 199.
- Cass. Civ.16 Juin 1976, Rev. arb. 1977, p.67.
- Cass. 1^{ère}. Ch. Civ. 06 mars 1997. N. 1 , p. 69.
- cass.1^{ère}, 4 déc. 1990, Rev. arb. 1991, p.81, obs. **FOUCHARD (Ph.)**.

3 –TRIBUNAUX DE GRANDES INSTANCES:

- Cour d’appel de Bruxelles, 18 Déc.1981, Revue de Banque 1982, p. 118.
- Cour de justice du canton de Genève, 3 nov.1987.
- Paris 7 Fév 2002. Rev. arb.2005 N° 4, p . 1056.
- Paris 7 Févr. 1991, Rev. arb 1992, p .634, obs, **J.PELLERIN**
- Paris 7 nov. 1996, Rev. arb.1997, p.240.
- Paris, 29 mars 1991, Rev. arb 1991, p.478.
- Paris, 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, p. 645 note **ch. JARROSSON.**
- Paris 25 juin 1993, Rev. arb. 1993, p. 255, note **HASCHER (D.)**.
- Paris, 28 Fév 1964, Rev. arb. 1964, p.490.
- Paris, 2 avr 2003, Rev. arb. 2005, p 115, note **BOUCOBZA (x.)**.
- Paris, 7 oct. 2004, Rev. arb. 2004, p 982, D. 2005, p.306, obs. **Clay (Th.)**.
- Paris, 26 avr. 1985, Rev. arb. 1985, p.311, note **E. MESGER.**
- Paris, 16 janv.2003, JDI 2004 ; p. 161; NOTE. **C. KESSEDJIAN.**
- Paris, 10 Janv. .2008 ; Rev.arb.2008, p.161.
- Paris, 21 avr.2005, JCPG 2005, I, 179, n° 5, obs. **Ch. SERAGLINI.**
- Paris 13 nov.1992, Rev. arb. 1993, p. 632.
- Paris 12 Juill. 1984 JDI 1985, p. 130.
- Paris 16 juin 1989, Rev .arb, p.310 et suiv, note **Ch. JARROSSON.**
- Paris 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, note **P. MAYER.**
- Paris 7 déc.1994 Rev. arb.1996, p.1245, note **Ch. JARROSSON.**
- Paris 21 oct. 1983, Rev. arb .1984, p.98, note **A. CHAPELLE.**
- Paris 30 nov.1988, Rev.arb. 1989, p.691.

- Paris 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p 675, note **P. MAYER**.
- Paris 19 Déc. 2008. Ref. comp. C. Axa –R G n° 07/04604.
- Paris 19 déc. 1986, Rev. arb. 1987, p.363-364.
- Versailles chambres réunies, 7 Mars 1990, Rev. arb. 1991, p.326, note **E. LOQUIN**.
- Paris 18 Mars 1983, Rev. arb. 1983, p.491, note **J. ROBERT**.
- Paris 19 déc. 1997, Rev. arb. 1999, n°1, p.124.
- Aix – en Province 28 avr. 1998 J.C.P édition générale, 2002 II -10038, p.449.
- Grenoble 15 déc. 1999, Rev. arb. 2001, n°1, p.137 et suiv.
- Paris 22 sept 1980, stéBangchan .C. Sté SpieBatignolle, clunet 1981, p. 585, note **Ph.KAHN**.
- Paris 13 Janv.1971, Rev. arb. 1973, p.68, note **FOUCHARD (Ph.)**.
- Paris, 28 sep. 1976, Rev. arb. 1977, p .41.
- Paris, 1^{ère} ch. 6 mai 1988, Rev. arb. 1989, p.83, note **LOQUIN (E.)**.
- Paris, 1^{ère} ch. 12 Mars 1985, Rev. arb. n°2, p.300.
- Paris, 12 Juill 1974, Rev.arb.1975, p.196.
- - Paris, 18 Juin 1974, Rev. arb. 1975, p. 179, note **ROBERT (J.)**.

القسم الثاني أهم المراجع الفقهية

الفقرة الأولى المراجع باللغة العربية

أولاً: المراجع المتخصصة

- أحمد ادريوش: "مناهج القانون المدني المعمق"، تقديم أستاذنا آمال جلال، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الطبعة الأولى، 2012، "سلطة القاضي في تكملة العقد".
- أحمد أبو الوفا: "التحكيم الاختياري والإجباري"، منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة الخامسة، 1988.
- أحمد أبو الوفا: "التحكيم بالقضاء وبالصلح"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2007.
- أحمد أبو الوفا: "عقد التحكيم وإجراءاته"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 2007.
- أحمد السيد صاوي: "الوجيز في التحكيم"، دار النهضة العربية، طبعة 2010.

- أحمد هندي: "سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير"، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 1997.
- أحمد منجي: "اختصام الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية"، دار الفكر العربي 1988 .
- أحمد السيد صاوي: "التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية"، دار النهضة العربية، طبعة 2002.
- أحمد محمد حشيش: "طبيعة المهمة التحكيمية"، دار النهضة العربية، القاهرة طبعة 2000.
- أحمد عبد الكريم سلامة: "نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، طبعة 1989.
- أحمد عبد الكريم سلامة: "قانون العقد الدولي"، دار النهضة العربية الطبعة الثانية 2008.
- أحمد صدقي محمود: "المدعى عليه وظاهرة البطء في التقاضي"، دار النهضة العربية، طبعة 1994.
- أحمد الورفلي: "التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن"، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس طبعة 2006.
- إبراهيم أحمد إبراهيم: "التحكيم الدولي الخاص"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 2001.
- إبراهيم نجيب سعد: "قاعدة لا تحكيم دون سماع الخصوم أو ضرورة احترام الحرية والمساواة والتقابل في الدفاع"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1981.
- إياد محمود بردان: "التحكيم والنظام العام، دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004.
- أشرف عبد العليم الرفاعي: "النظام العام و التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية"، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية 1998.
- أشرف عبد العليم الرفاعي: "القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية"، دار الفكر الجامعي طبعة 2003.

- أسامة الشناوي: "المحاكم الخاصة في مصر"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1990.
- أبو زيد رضوان: "الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي"، دار الفكر العربي، طبعة 1981.
- السيد تمام: "مبدأ المواجهة وخصومة التحكيم"، دار النهضة العربية، طبعة 2000 .
- حفيظة السيد الحداد: "الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم"، دار الفكر الجامعي، طبعة 2001.
- حفيظة السيد الحداد: "العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية التابعة لدولة أخرى"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 2003 .
- حفيظة السيد الحداد: "الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي"، منشورات الحلبي بيروت - لبنان ، طبعة 2007.
- حسن المصري: " التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، طبعة 2006.
- حسام الأهواني و علي حامد الغتيت: " دروس في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، طبعة 1992.
- حسين الماحي: "التحكيم النظامي في التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة 2009.
- حسام الدين ناصف: " التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية ". دار النهضة العربية ، طبعة 2005.
- خديجة بسكر: "فصل المحكم وفقا لقواعد الإنصاف في منازعات التجارة الدولية"، بحث لاستكمال نيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، نوقشت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، أكادال، تحت إشراف وتأطير ذ/ محمد الوكيل، السنة الجامعية 2010-2011.
- خليل عمر غصن: "سلطة المحكم الأمرية في التحكيم الداخلي"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005.
- جمال محمود الكردي: "القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم"، مطبعة دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2005.

- سلامة فارس عرب: "وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1999 .
- سامية راشد: "التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة ومدى خضوعه للقانون المصري"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1986.
- سامية راشد: "دور التحكيم في تدويل العقود"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1990.
- طلعت دويدار: "ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2009.
- شريف محمد غنام: "أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مساهمة في تحديد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض"، دار النهضة العربية، طبعة 2000.
- طلعت دويدار: "تأجيل الدعوى، محاولة لضبط قواعد التأجيل بين قيمة الوقت في الدعوى والحق في الدفاع"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2005.
- عبد الحميد الشواربي: "البطلان المدني، الإجرائي والموضوعي"، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة 1991.
- علي بركات: "خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1996.
- عصام الدين القسبي: "خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1993.
- عيد محمد القصاص: "حكم التحكيم"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.
- عبد الرحمن علالي: "قانون الإرادة في التحكيم" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2006-2007.
- عزمي عبد الفتاح: "قانون التحكيم الكويتي"، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، طبعة 1990.
- عزمي عبد الفتاح: "واجب القاضي في احترام مبدأ المواجهة باعتباره أهم تطبيق لمبدأ الدفاع"، دار النهضة العربية، طبعة 1992-1993.

- عاشور مبروك: "النظام الإجرائي لخصومة التحكيم، دراسة تحليلية وفقا لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1996.
- علي الشحاد الحديدي: "دور الخبير الفني في الخصومة"، دار النهضة العربية، طبعة 1993.
- عبد المجيد منير: "قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1995.
- عمرو محمد ابراهيم خليفة: "سلطة المحكم في اختيار القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع"، دار النهضة العربية، طبعة 1990.
- عصام الدين القسبي: "القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الثاني، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي"، مطبعة جامعة المنصورة، طبعة 2007.
- عبد اللهدرميش: "التحكيم الدولي في المواد التجارية" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا، جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، السنة الجامعية 1983، 1984.
- فتحي والي: "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق"، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى 2007.
- محمود جمال الدين زكي: "الخبرة في المواد المدنية والتجارية"، مطبعة جامعة القاهرة طبعة 1990.
- محمود محمد ياقوت: "حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي"، منشأة المعارف الإسكندرية، طبعة 2000.
- محمود الكيلاني: "جزاء الإخلال في تنفيذ عقود التكنولوجيا"، دار النهضة العربية، طبعة 1988.
- محمود السيد عمر التحيوي: "الشروط السلبية العامة لوجود الحق في الدعوى القضائية، دراسة تطبيقية مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2010.
- محمود مختار بريري: "التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1998.
- محمد الوكيل: "تحكيم البنك الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين دولة وشخص خاص أجنبي"، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الرباط، السنة 1982.

- محمد نور عبد الهادي شحاته: "الرقابة على أعمال المحكمين"، دار النهضة العربية، طبعة 1993.
- محمد محسوب: "نظرية قانون التجارة الدولية بين الوهم والحقيقة"، بدون ناشر، الطبعة الأولى 2003.
- محيي الدين إسماعيل علم الدين: "منصة التحكيم التجاري الدولي"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1986، ج 1.
- محسن شفيق: "التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
- محسن شفيق: "اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع"، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- معتز عفيفي: "نظام الطعن على حكم التحكيم، دراسة متعمقة في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء وتشريعات ولوائح هيئات التحكيم المقارنة"، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2012.
- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال: "التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة"، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت- لبنان، الطبعة الأولى 1998.
- ماهر محمد صالح عبد الفتاح: "اتفاق التحكيم في منازعات التجارة الدولية"، دار النهضة العربية، 2004.
- ناريمان عبد القادر: "اتفاق التحكيم"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1996.
- نبيل اسماعيل عمر: "التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية"، دار الجامعة الجديدة، بدون سنة طبع .
- نرمين محمد محمود صبح: "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية"، بدون دار نشر، طبعة 2002.
- نبيلة رسلان: "العلاقات القانونية الثلاثية في القانون المدني المصري"، دار النهضة العربية، طبعة 1987.
- نادر محمد إبراهيم: "مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي"، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000.

- هشام علي صادق: "القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية ومقارنة للاتجاهات الحديثة في التشريعات الداخلية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2001.
- هشام علي صادق: "مشكلة خلو اتفاق التحكيم من تعيين أسماء المحكمين"، دار النهضة العربية، طبعة 1987 .
- هدى محمد مجدي عبد الرحمن: " دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته"، دار النهضة العربية القاهرة، طبعة 1997.
- يعقوب صرخوه: " أحكام المحكمين وتنفيذها"، الطبعة الأولى، الكويت 1986.
- صلاح عبد الصادق: " نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، طبعة 1976 .

ثانياً: المقالات

- أحمد كويسي: " نطاق أثر شرط التحكيم من حيث الأشخاص"، مقال مقدم ضمن الندوة العلمية حول موضوع: الطرق البديلة لتسوية المنازعات، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 2 السنة 2004 ص 151 وما بعدها.
- أحمد القشيري: "التحكيم في عقود الدولة ذات العنصر الأجنبي"، نادي مجلس الدولة، مجموعة محاضرات الموسم الثقافي 1981، المجلد الأول ص 99.
- أحمد السمدان: "القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة عشرة، العدد الأول والثاني، مارس- يونيو 1993، ص 173.
- أحمد قسمت الجداوي: "نظرية القوانين ذات التطبيق الضروي ومنهجية تنازع القوانين"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (مصر)، السنة 23-1981 ص من 1 إلى 10.
- أحمد الورفلي: "الحكم التحكيمي القاضي بتعويض مجحف ومراقبة النظام العام"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 16 السنة الرابعة اكتوبر 2012 ، ص 208.

- أبو زيد رضوان: "الضوابط العامة للتحكيم التجاري الدولي، القسم الثاني، دولية التحكيم التجاري"، مجلة الحقوق والشريعة، تصدرها كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت، العدد الثاني، السنة 1978، ص 43.
- إسماعيل إبراهيم الزيايدي: "حكم التحكيم وحجيته، وقوته التنفيذية"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت)، العدد الثالث عشر يناير 2012، السنة الرابعة، ص 144.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: "قواعد وإجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية"، مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة السابعة عشرة، مارس، يوليو 1993، العدد الأول والثاني ص 77 وما بعدها.
- إسماعيل الزيايدي: "حكم التحكيم وحجيته وقوته التنفيذية"، مجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية، بيروت)، العدد 13 يناير 2012، السنة الرابعة، ص 145-146.
- حسين مصطفى فتحي: "التحكيم وفقا للشريعة الإسلامية"، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، مايو 1999، ص 95 و96.
- جهاد أكرام: "تقييد القضاء المغربي لمبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم"، تعليق منشور بمجلة التحكيم العدد السابع، يوليو 2010 السنة الثانية، ص 501 - 502.
- شاهر مجاهد الصالحي: "لغة التحكيم"، مجلة التحكيم (بيروت) ملحق العدد الثامن، أكتوبر 2010، مقال مقدم لمؤتمر تعديل قواعد تحكيم اليونسترال في بيروت من 15 إلى 17 أبريل 2010.
- شعيب المذكوري، "الاتفاق على التحكيم في قانون المسطرة المدنية"، مقال منشور في مجلة المحاكم المغربية العدد 76 ص 42.
- سيد أحمد محمود أحمد: "سلطة المحكم في إصدار الأحكام الوقتية والأوامر في القانون المقارن والكويتي والمصري"، مقال منشور بمجلة الحقوق (مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت). العدد 3 السنة 25 شتبر 2001، من ص 71 إلى 169.
- عصام الدين القصيبي: "التحكيم الدولي والحفاظ على التوازن الاقتصادي لعقود الاستثمار"، مقال مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر لكلية الحقوق، جامعة

- الإمارات العربية المتحدة، تحت عنوان "التحكيم التجاري الدولي، طبعة 2008، ص 197 وما بعدها.
- عبد الله درميش: " خروج المحكم عن اتفاق التحكيم"، تعليق منشور بمجلة التحكيم العدد الخامس يناير 2010 السنة الثانية، ص 497.
- عبد الحميد الأحديب: "التحكيم في الشرع الإسلامي"، بحث مقدم للمؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون حول موضوع: "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون"، منشورات معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية في لبنان ، طبعة 2000 ص 146 وما بعدها.
- عبد الحميد الأحديب: "اتجاهات تعديل قواعد اليونسترال في ضوء متطلبات الممارسين" مقال منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد 10، ص 20.
- عبد الحميد الأحديب: "مبادئ المحاكمة التحكيمية"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي العدد 9، ص 31.
- علي حامد الغتيت: "العدالة والإنصاف في التحكيم بين الشريعة والقانون المقارن"، بحث مقدم في المؤتمر الإسلامي الثاني للشرعية والقانون تحت موضوع: "التحكيم المطلق في ضوء الشريعة والقانون"، معهد طرابلس الجامعي للدراسات الإسلامية، لبنان، 2000، ص 317 وما بعدها.
- عبد المنعم كيوه: "اختيار الأطراف للقانون المنطبق على أصل النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، مجلة القضاء والتشريع التونسي، العدد 4، 2001، ص 64.
- غالب محمصاني: " أثر امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه"، مقال منشور بالمجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 47 السنة 2008، ص 16 وما بعدها.
- فتحي إسماعيل والي: "مقدمة حول التحكيم"، ورقة مقدمة لمؤتمر مركز تجارة وصناعة أبو ظبي للتوفيق والتحكيم التجاري المنعقد في الفترة من 19 إلى 21 أبريل 1999 بأبوظبي، الإمارات العربية المتحدة.
- فتحي والي: "هل قانون المرافعات هو الشريعة العامة لإجراءات التحكيم"، مجلة التحكيم العالمية (مجلة فصلية - بيروت)، العدد 18، أبريل 2013، السنة الخامسة، ص 97.

- فايز الحاج شاهين: "تعليق على القرار الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية ببيروت الغرفة الثالثة بتاريخ 2007/10/16"، منشور بمجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 374.
- محمد عبد النبوي: "الصلح دور إنساني واجتماعي جديد للنيابة العامة. مجلة الطرق البديلة لتسوية المنازعات"، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية العدد 2-2004).
- محمد حسين بشايرة: "حكم التحكيم المرسل: مفهومه وتنفيذه، دراسة لفكرة إلغاء دعوى البطلان أو الحد من آثارها ضد أحكام التحكيم"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3 السنة 31، شتبر 2007، ص 242 وما يليها.
- محمد سليم العوا: "القانون الواجب التطبيق في منازعات التحكيم"، مجلة التحكيم العربي (يصدرها الاتحاد العربي للتحكيم الدولي) العدد 15، شتبر 2007، ص 71.
- محمد وليد هاشم المصري: "محاولة لرسم معالم النظام العام الدولي العربي بمفهوم القانون الدولي الخاص"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع السنة 27 ديسمبر 2003، ص 148 وما بعدها.
- محمود سمير الشرقاوي: "التعليق على الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية الدائرة، التجارية في الطعن رقم 4729 و4730 لسنة 72 ق بتاريخ 2004/06/22"، منشور بمجلة التحكيم، العدد الثامن السنة الثانية، أكتوبر 2010، ص 442.
- محمود سمير الشرقاوي: "القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في التحكيم التجاري الدولي"، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 16، 2000، ص 8 وما بعدها.
- وجدي راغب فهمي: "هل التحكيم نوع من القضاء؟ دراسة انتقادية لنظرية الطبيعة القضائية للتحكيم"، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت 1993 السنة 17 العددان الأول والثاني ص 171.

الفقرة الثانية

المراجع باللغة الإنجليزية

- **HARRIS (C.)** : « *Abuse of the Administration Process Delaying Tactics and Disruptions* »9 (2) journal of international Arbitration, June 1992.
- **SALPIUS (E.)** : « *Arbitration in Eastern Europe* », international arbitration journal, Issue2, 2006.
- **SCHNEIDER (M.E.)** : « *The revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, some observations on the process and the results* ». cah.arb.2011.
- **SWANSON (P.)** : « *Arbitration clauses, What Law Governs and who decides?* » International Arbitration Journal, Issue 2- 2008.
- **WERNER (J.)**: "Remuneration of arbitrator's by the international chamber of commerce "J.of. inter. arb. Vol. 9, 1992.

الفقرة الثالثة

المراجع باللغة الفرنسية

1- OUVRAGES SPECIAUX ET THESES:

- **BATIFFOL (H.)** et **LAGARDE (P.)** : « *Traité de droit international privé* », 7^{ème} éd T. II; L.G.D.J, Paris; 1983.
- **Clay (Th.)** : " *L'arbitre* ", Dalloz, nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 2. 2001.
- **David (R.)** : "L'arbitrage dans le commerce international". Economica, 1982.
- **DE BOISSESON (M.)** : « *Le droit Français de l'arbitrage interne et international* », GLN Joly, 2^{ème} éd. 1990.
- **DERAINS (Y.)** : « *Les nouveaux principes de procédure : confidentialité, célérité, loyauté* », in le nouveau droit français de l'arbitrage, l'extenso éd. 2011.
- **FOUCHARD (Ph.)** : « *L'arbitrage commercial international* » Dalloz, 1965.
- **FOUCHARD (Ph.)** : " *L'arbitrage commercial international* ", Dalloz, coll. Bibliothèque de droit international privé, vol 2, 1995.
- **FOUCHARD (Ph.)** : " *Les rapports entre l'arbitre et les parties et l'institution arbitrale*, Ecrits, droit de l'arbitrage, droit du commerce international" , CFA,2007.
- **FOUCHARD (Ph.)**; **GAILLARD (E.)** et **GOLDMAN (B.)** : « *Traité de l'arbitrage commercial international* », Litec, 1996.
- **FOUSTOUCOS (A.C.)** : " *L'arbitrage interne et international en droit privé hellénique*", Litec, 1976.

- **GOLDMAN (B.)** : « *Les conflits des lois dans l'arbitrage international de droit privé* », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, vol 1.1963.
- **GOLDMAN (B.)** : « *Les contrats entre états et entreprises étrangères* », *Économica* , 1985.
- GUINCHARD (S.) BANDARAC (M.), LAGARDE (x.), Douchy (M.)** : " *Droit processuel, droit commun du procès*", Dalloz, 2001, 1^e éd.
- **HERON (J.) et LE BARS (Th.)** : « *Droit judiciaire privé* ». Montchrestien, 4^e éd, 2010.
- **JARROSSON (Ch.)** : " *La notion d'arbitrage*". L.G.D.J, 1987 n° 785.
- **KAUFFMANN- KOHLER (G.)** : " *Qui contrôle l'arbitrage ? Autonomie des parties, pouvoirs des arbitres et principe d'efficacité*", Litec, 2004.
- **LOQUIN (E.)** : « *L'amicable composition en droit comparé et international, introduction à l'étude de non droit dans l'arbitrage commercial* », Librairies techniques, Paris 1980.
- **MOTULSKY (H.)** : " *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, le respect des droits de la défense en procédure civile*" T.2, Dalloz, 1961.
- **NORMAND (J.)** : « *Le juge et le litige* ». Thèse, Lille, 1961.
- **OPPETIT (B.)** : « *Théorie de l'arbitrage* », PUF. 1989.
- **POUDRET (J.- F.) ; BESSON (S.)** : « *droit comparé del'arbitrage international* », Bruylant, 2002, n°554.
- **RACINE (J.-B.)** : « *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*», LGDJ 1999.
- **ROBERT (J.)** : " *L'arbitrage: droit interne droit international privé*", Paris, Dalloz, 6^eéd 1996.
- **SERAGLINI (ch.)** : « *Lois de police et justice arbitrale internationale* », Dalloz 2001.
- **SERAGLINI (CH.) et ORTSCHIEDT (J.)** : « *Droit de l'arbitrage interne et international* », ed. Alpha ;2013.

2-ARTICLES :

- **BATIFFOL (H.)** : « *La loi appropriée au contrat* », *Etudes offertes à Berthold Goldman in : « le droit des relations économiques internationales* », Litec droit, p.1 et suiv.
- **BATIFFOL (H.)**: « *La sentence Aramco et le droit international privé* », *Rev. Crit. Dr. Inter. Privé*, 1964, vol.53.p. 647 et suiv.
- **BENSAAUDE (D.)** : « *Les moyens relevés d'office par l'arbitre en arbitrage international* » *cah. Arb. vol. III. Gaz. pal.* 2006, p.45.
- **BREDIN (J.-D.)** : « *L'amicable composition et le contrat* », *Rev. arb.* 1984, p.271.

- **CADIET (L.)** : « *Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès* », in Etude offertes à J. Normand, justice et droit fondamentaux, Litec 2003, p.71, spéc, n°18, p.89.
- **CARLEVARIS (A.)** : " *Les pouvoirs des arbitres en matière de mesures conservatoires et provisoires et l'arbitrage international à la lumière du droit italien* " cah. Arb. vol. I; Gaz. Pal. Ed.2002.p.140.
- **CHAINAIS (C.)** : « *L'arbitre, le droit et la contradiction : l'office du juge arbitral à la recherche de son point d'équilibre* », Rev. arb 2010, p.3.
- **CHAPELLE (A.)** : " *L'arbitrage et les tiers : le droit des personnes morales (groupes des sociétés, l'interventions d'Etats)* », in l'arbitrage et les tiers, journée du comité français de l'arbitrage, Rev. arb. 1988, P.475.
- **CORNU (G.)**: « *les modes alternatifs de règlement des conflits* », Rapport de synthèse, R.I.D.C. n°2, Avril- Juin 1997, p. 313 et suiv.
- **CORNU (G.)** : « *Les principes directeurs du procès civil par eux- mêmes (Fragments d'un état des questions)* »,in Etudes offertes à P. Pellet, Litec, 1991, p.83 et suiv.
- **DELANOY (L.- Ch.)** : « *La cour de cassation et le principe de collégialité en droit français de l'arbitrage* » ; cah. arb. 2010, p.863.
- **DELEBECQUE (Ph.)** : « *La transmission de la clause compromissoire* » « Rev. arb. 1991, p.23 et suiv.
- **DERAINS (Y.)** : « *La pratique de l'administration de la preuve dans l'arbitrage commercial international* » Rev. arb. 2004, p. 781.
- **DERAINS (Y.)** : " *Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage international* », Travaux comité Fr. D.I.P. 1984-1985, p.81.
- **DERAINS (Y.)** : « *Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales,* » Rev. arb. 1973, p .124-125.
- **DERAINS (Y.)** : « *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage commercial international* », Rev. arb. 1986, p.331.
- **DERAINS (Y.)** : « *Le choix du droit applicable au contrat et l'arbitrage international* », Bulletin CCI. Vol. 6. n°01. Mai 1995, p. 10 et suiv.
- **DERAINS (Y.)** : « *L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige* ». Rev.arb.1972, p.99 et suiv.
- **DIMOLISTA (A.)** : " *L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut* », cah. Arb . vol. V. Pedone, 2011, p.68.
- **DONOVAN (P.F.)** : " *Le pouvoir des arbitres de rendre des ordonnances de procédure, notamment des mesures conservatoires, et leur force obligatoire à l'égard des parties*", Bull. CCI 1999, vol .10/1; p.59.
- **DUPEREY (P.)** : « *Le délibéré à l'épreuve du principe de la collégialité* », Rev. arb. 2009, p.360.

- **FONTAINE (M.)** : « *Les clauses pénales dans les contrats internationaux* », D.P.C.I. 1982, Tome 1, 1^o 3, p.405.
- **FOUCHARD(Ph.)** : "*le statut de l'arbitrage dans la jurisprudence française*". Rev. arb.1996, p. 325.
- **FOUCHARD (Ph.)** : « *La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine* », Rev, arb.1997, p.329 et suiv.
- **FOUSTOUCOS (A.)** : « *l'arbitrage interne et international en droit Hellenique*», Litec, 1976, n^o2,6/ **PAPADATON (D.)** : "*l'arbitrage bysantin*", Rev. arb. 2000, p . 349.
- **GAILLARD (E.)** : « *L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origines* », J.D.I 1998, p. 646 et suiv.
- **GAILLARD (E.)** : « *Note sous cass.1^{er} ch. Civ .10 juin 1997* », J.D.I 1997, p.1033 et 1034.
- **GAILLARD (E.)** : « *Le principe de compétence- compétence* », note sous cass. 2^e.civ, 10 mai 1995, Rev. arb, 1995. 617.
- **GAILLARD (E.)** : « *arbitrage commercial international convention d'arbitrage, Autonomie et principe de validité. Droit applicable* » J.C. Dr. Inter. Fasc. 586.1991.
- **GAILLARD (E.)** : « *Trente ans de lexMercatoria pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit* », Rapport au XII^e congrès de l'ICCA Vienne, 3-6 nov. 1994, JDI 1995, 5.p.14.
- **GOLDMAN (B.)** : « *La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international* », Rev. arb. 1981, p.497.
- **GUINCHARD (S.)** : « *L'arbitrage et le respect du principe du contradictoire,* » Rev. arb. 1997, p.185.
- **HASCHER (D.)** : « *Arbitrage du commerce international* » Rép. Internat. Dalloz spéc n^o119.
- **HASCHER (D.)** : « *Principes et pratiques de procédure dans l'arbitrage international* », Rec. Cour La Haye, 1999, p.126 et suiv.
- **HEUZE(V.)** : « *La morale, l'arbitre et le juge* », Rev. arb.1993, p.179 et suiv.
- **JARROSSON(Ch.)** : "*Variations autour de la notion d'arbitrage, chronique de jurisprudence française*", Rev.arb.2005, n 4, p.1049, spéc.1052.
- **JARROSSON (Ch.)** : "*La fixation du solde de prix de vente, question de fait et non dedroit*", obs. Paris 7 Fév. 2002; Spéc.1057. Rev. arb. 2005 N^o 4.
- **JESTAZ (Ph.)** : « *Equité- Al biges de l'équitien en droit privé* », Rep. Civil Dalloz, L.G.D.J 2000.
- **JOLIVET (E.)** : « *Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI, la détermination de droit applicable au fond du litige* », cah. arb. vol .V, éd. Pedone,2011, p.515.

- **KESSEDJIAN (C.)** : « *Principe de la contradiction et arbitrage* », Rev. arb 1997, p.381.
- **KLEIMAN (E.) et SALEH (S.)** : « *Célérité et Loyauté en droit français de l'arbitrage international : quelques pouvoirs et quelques responsabilités pour les arbitres et les parties* » cah. arb.2012, p.99.
- **LALIVE (P.)** : « *Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international* », Rev. arb.1986, p.365.
- **LALIVE (P.)** : « *Les règles de conflits de lois appliquées au fond du litige par l'arbitre international siégeant en Suisse* », Rev.arb.1976, p.155 et suiv.
- **Le BOULANGER (Ph.)** : « *Principe de collégialité et délibéré arbitral* », in mélanges en l'honneur de **F. Knoepfler, Helbingand Lichtenhahn**, Genève, 2005, p.262.
- **Le BOULANGER (Ph.)** : « *Groupes d'Etats et arbitrage* », Rev.arb.1989, p.415.
- **LOQUIN (E.)** : « *Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international* » JDI 1983, p. 293 et suiv.
- **LOQUIN (E.)** : « *Pouvoirs et devoirs des amiables compositeurs* », Rev.arb.1985, p.199 et suiv.
- **MAGDELAIN(A.)** : « *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome* ». Rev. Inter. dr. antiq. 1980. 205, spéc. p . 281.
- **MAYER(P.)** : « *Le pouvoir des arbitres de régler la procédure, une analyse comparative des systèmes de civil law et commonlaw* », Rev. arb . 1995, p .163.
- **MAYER (P.)** : « *Imperium de l'arbitre et mesures provisoires* », in Etudes de procédure et l'arbitrage, Melanges Jean- François Poudret, Faculté de droit Lausanne, 1999, p.437.
- **MAYER (P.)** : « *L'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence* », R.C.A.D.I 1989, n°56, p.328.
- **MAYER (P.)** : « *La sentence contraire à l'ordre public au fond* », Rev. arb 1994, p. 615 et suiv.
- **MEZGHANI (A.)** : « *Observations sur les différents ordres juridiques applicables aux contrats internationaux* ». Revue Tunisienne de droit 1985, p.302 et suiv.
- **MOREAU(B.)** : « *L'arbitrage en droit interne* », Rev. pr. civ. Dalloz, Avril 2004, p .3 n°1.
- **NOUREL (Y.)** : « *Les mesures équivalent à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux* », Rev. gén. dr. int. Public 2002-1, p.80 et suiv.
- **OPPETIT (B.)** : « *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances* », J.D.I. 1974, p.802.
- **OPPETIT (B.)** : « *La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de concurrence* », Rev. Sc. morales et pol.1995, p.241.

- **OUERFELLI (A.)** : " *la théorie des excès et l'excès des théories. Réflexions sur des questions de droit de l'arbitrage*"; rev. de la jurisprudence et de la législation; février 2006; p. 9.
- **OUERFELLI (A.)**: " *Chronique de jurisprudence tunisienne en matière d'arbitrage*"; Bulletin de l'Association Suisse de L'Arbitrage 2000; p. 258.
- **PEDROT (R.)** : « *L'instance prend-elle sa naissance dans l'assignation ou simplement à compter de la mise en rôle* ». Rev. Trim. dr. civ 1984, p. 559.
- **PEDROT (R.)** : « *L'administration de la preuve en matière d'arbitrage* » Rev. arb. 1974, p. 159.

- **PINSOLLE (Ph.) et KREINDLER (R.H.)** : « *Les limites du rôle de la volonté des parties dans la conduite de l'instance arbitrale* » Rev. arb. 2003, p. 41 et suiv.
- **POMMIER (J.-Ch.)** : « *La résolution du conflit des lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit (le rôle de l'arbitre)* », J.C.P.I 1992, p.40
- **RACINE(J.-B.)** : « *L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ?* », Petites affiches 28 mai 2001, n°10517, p18.
- **RADICATI DI PROZOLO (L.-G.)** : « *Arbitrage commercial international et loi de police: considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*», RCADI 2005; p. 389.
- **REINER (A.)** : « *Les mesures provisoires et conservatoires et l'arbitrage international, notamment l'arbitrage CCI* » JDI 1998 ; p. 853.
- **RUBELLIN- DEVICHI (J.)** « *L'arbitrage et les tiers, le droit de l'arbitrage, les solutions juridictionnelles* », Rev. arb. 1988, p.515 et suiv.
- **SERAGLINI (Ch.)** : « *Le transfert de la clause compromissoire dans les chaînes de contrats après l'arrêt " Peavey "* » G. P. 2001, p.31.
- **WEIL (P.)** : « *Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique* », Mélanges **Ch. Rousseau**, Paris 1986, p. 301 et suiv.

الفهرس

- 1.....مقدمة
- 2.....أولاً: التنظيم التشريعي للتحكيم
- 3.....ثانياً: ضرورة التحكيم
- 5.....ثالثاً: أسباب اللجوء إلى التحكيم
- 7.....رابعاً: تعريف التحكيم
- 11.....خامساً: تحديد الموضوع
- 13.....سادساً: إشكالية الموضوع
- 16.....سابعاً: منهجية تناول الموضوع وتقسيمه

الباب الأول

نطاق السلطات المسطرية للمحكمة

- 18.....في خصومة التحكيم

الفصل الأول

نطاق سلطات المحكمة أثناء وضع التنظيم المسطري

- 20.....لخصومة التحكيم
الفرع الأول: مظاهر سلطات المحكمة عند اختيار القواعد الإجرائية المطبقة
- 22.....على مسطرة التحكيم
المبحث الأول: حدود حرية المحكمة في اختيار القواعد الإجرائية
- 23.....لمسطرة التحكيم
المطلب الأول: استقلال المحكمة كأصل بضبط إجراءات مسطرة التحكيم الداخلي
- 23.....

- المطلب الثاني: الطابع الاحتياطي لسلطة المحكم في تحديد القواعد
المسطرية الواجب اتباعها في التحكيم الدولي26
- الفقرة الأولى: الأصل خضوع إجراءات التحكيم الدولي لمبدأ
سلطان الإرادة.....27
- الفقرة الثانية: تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق على خصومة
التحكيم الدولي في غياب اتفاق الأطراف29
- المبحث الثاني: مضمون سلطة المحكم في اختيار عناصر التنظيم**
المسطري لخصومة التحكيم35
- المطلب الأول: حدود سلطة المحكم في اختيار مكان إجراء التحكيم**
و لغته35
- الفقرة الأولى: حدود حرية المحكم في اختيار مكان إجراء التحكيم...26
الفقرة الثانية: السلطة الاحتياطية للمحكم في اختيار لغة إجراءات
التحكيم.....39
- المطلب الثاني: نطاق سلطة المحكم في تحديد آجال التحكيم**
و كلفته.....41
- الفقرة الأولى: التزام المحكم بإصدار المقرر التحكيمي خلال مهلة
التحكيم.....42
- الفقرة الثانية: حدود سلطة المحكم في تحديد أتعابه.....44
- الفرع الثاني: القيود الواردة على سلطة المحكم في تحديد إجراءات مسطرة
التحكيم47**
- المبحث الأول: مضمون التزامات المحكم عند تحديده للإجراءات المسطرية**
الواجبة التطبيق في نظام التحكيم الوطني.....48
- المطلب الأول: تقييد المحكم بالأحكام المسطرية العامة و بالمبادئ**
الأساسية في التقاضي.....48
- الفقرة الأولى: تقييد المحكم بالأحكام المسطرية العامة في القانون
المسطري الواجب التطبيق49
- الفقرة الثانية: تقييد المحكم بالمبادئ الأساسية في التقاضي.....52

- المطلب الثاني:** التزام المحكم باتفاق الأطراف و بملاءمة الإجراءات
 58..... لطبيعة النزاع
 58..... الفقرة الأولى: تقييد المحكم باتفاق الأطراف
 الفقرة الثانية: التزام المحكم باختيار الإجراءات المسطرية الملائمة
 59..... لطبيعة النزاع
المبحث الثاني: ماهية التزامات المحكم عند تحديده للإجراءات المسطرية
 61..... الواجبة التطبيق على مستوى أنظمة التحكيم الدولي
المطلب الأول: تكريس المبادئ الأساسية لخصومة في النظام الدولي
 61..... للتحكيم
 المطلب الثاني : عدم الاعتراف بالمقرر التحكيمي الدولي أو عدم تنفيذه
 65..... عند إخلاله بالمبادئ الأساسية لخصومة التحكيم

الفصل الثاني

حدود سلطات المحكم أثناء أعمال إجراءات

- 68..... **المسطرة في خصومة التحكيم**
 الفرع الأول: ماهية سلطات المحكم عند تسييره لإجراءات مسطرة
 69..... التحكيم
 المبحث الأول: مظاهر سلطات المحكم عند افتتاح إجراءات مسطرة
 70..... التحكيم
المطلب الأول: تحديد بداية مهمة المحكم كأثر لفكرة أهمية
 70..... الزمن في خصومة التحكيم
 الفقرة الأولى: بداية مهمة المحكم في خصومة التحكيم الداخلي.....70
 الفقرة الثانية: بداية مهمة المحكم في خصومة التحكيم الدولي.....72
المطلب الثاني: مضمون مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.....74
 الفقرة الأولى: مضمون مبدأ اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه
 74..... في التحكيم الداخلي
 الفقرة الثانية: مضمون اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه في
 76..... التحكيم الدولي

- المبحث الثاني: مظاهر سلطات المحكم عند تتابع إجراءات مسطرة التحكيم.....80
- المطلب الأول: نطاق سلطات المحكم بعد انعقاد خصومة التحكيم
- 80..... و السير فيها.....
- الفقرة الأولى: دور المحكم في تدبير الإجراءات بعد تقديم طلب التحكيم
- 81 و تبليغه للخصم في التحكيم الداخلي.....
- الفقرة الثانية: دور المحكم في تدبير الإجراءات بعد تقديم طلب التحكيم
- 83..... و تبليغه للخصم في التحكيم الدولي.....
- المطلب الثاني: صلاحيات المحكم في مرحلة تقديم بيان الدعوى
- 85 و عرض أوجه الدفاع.....
- الفقرة الأولى: صلاحيات المحكم عند تقديم بيان الدعوى و عرض
- 85..... أوجه الدفاع في التحكيم الداخلي.....
- الفقرة الثانية: طبيعة صلاحيات المحكم عند تقديم بيان الدعوى و عرض
- 89..... أوجه الدفاع في التحكيم الدولي.....
- الفرع الثاني: مظاهر سلطات المحكم عند تحقيق الدعوى في خصومة
- التحكيم.....95
- المبحث الأول: سلطة المحكم في تنظيم و اتخاذ إجراءات التحقيق و تقدير
- 96..... أدلة الإثبات.....
- المطلب الأول: حدود سلطة المحكم في اختيار القانون الذي يحكم
- 97..... إجراءات الإثبات.....
- الفقرة الأولى: حرية الأطراف كأصل في اختيار القانون المطبق على
- 97..... إجراءات الإثبات.....
- الفقرة الثانية: سلطة المحكم الاحتياطية في اختيار القانون المطبق
- 100..... على إجراءات الإثبات.....
- المطلب الثاني: سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات التحقيق و تقدير أدلة
- الإثبات.....103
- 104..... الفقرة الأولى: سلطة المحكم في اتخاذ إجراءات التحقيق.....

أولاً: سلطة المحكم في الأمر تلقائياً باتخاذ إجراءات

104.....التحقيق

ثانياً: سلطة المحكم في رفض طلب اتخاذ إجراء من إجراءات

110.....التحقيق

111.....ثالثاً: سلطة المحكم في العدول عما أمر به من إجراءات التحقيق

112.....رابعاً: سلطة المحكم في اتخاذ الإجراءات الوقتية و التحفظية

115.....الفقرة الثانية: سلطة المحكم في تقدير أدلة الإثبات

116.....أولاً: الدور الرقابي للمحكم تجاه أدلة الإثبات القانونية

117.....ثانياً: سلطة المحكم في تقدير أدلة الإثبات الأخرى

118.....المبحث الثاني: القيود الواردة على سلطة المحكم عند تحقيق الخصومة

118.....المطلب الأول: التزام المحكم بمبدأ الحياد المرتبط بإجراءات التحقيق

الفقرة الأولى: التزام المحكم بمبدأ الحياد كقيد على سلطته في اتخاذ

119.....إجراءات التحقيق

120.....الفقرة الثانية: النتائج المترتبة عن مبدأ حياد المحكم

121.....أولاً: التزام المحكم بعدم الحكم بعلمه الشخصي

122.....ثانياً: تقيد المحكم بسبب و موضوع النزاع المعروف عليه

123.....ثالثاً: التزام المحكم باحترام حقوق الدفاع

125.....المطلب الثاني: التزام هيئة التحكيم بمبدأ التحقيق الجماعي

125.....الفقرة الأولى: التقيد بمبدأ التحقيق الجماعي من طرف هيئة التحكيم

126.....الفقرة الثانية: الاستثناء المقرر على مبدأ التحقيق الجماعي

الباب الثاني حدود السلطات الموضوعية للمحكمة

129..... في خصومة التحكيم

الفصل الأول

- 131..... حدود سلطة المحكمة في تعديل نطاق خصومة التحكيم
الفرع الأول: سلطة المحكمة في تعديل نطاق خصومة التحكيم من حيث
الأطراف..... 133
المبحث الأول: سلطة المحكمة في تحديد نطاق أثر اتفاق التحكيم
من حيث الأطراف 135
المطلب الأول: نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم بشأن العقود المبرمة
من قبل الدولة أو أحد مؤسساتها 137
الفقرة الأولى: مدى سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه المؤسسات
التابعة للدولة في مواجهة الدولة..... 137
الفقرة الثانية: مدى سريان اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة في
مواجهة المؤسسات التابعة لها..... 140
المطلب الثاني: نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم في العقود المبرمة
بين مجموعة الشركات و الغير و كذا بموجب الحوالة..... 142
الفقرة الأولى: نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم في العقود المبرمة
بين مجموعة الشركات و الغير..... 142
الفقرة الثانية: نطاق انتقال اتفاق التحكيم تبعا لانتقال الحق
بموجب الحوالة..... 149
المبحث الثاني: حدود سلطة المحكمة في قبول تعديل أطراف
خصومة التحكيم..... 154
المطلب الأول: حدود سلطة المحكمة في قبول التدخل الإرادي
في خصومة التحكيم..... 155

المطلب الثاني: حدود سلطة المحكم في قبول مخاصمة الغير	
158.....	في خصومة التحكيم
الفرع الثاني: سلطة المحكم في تعديل نطاق خصومة التحكيم	
161.....	من حيث الموضوع
المبحث الأول: سلطة المحكم في تحديد نطاق أثر اتفاق التحكيم	
162.....	من حيث الموضوع
163.....	المطلب الأول: التزام أطراف اتفاق التحكيم بتحديد موضوع التحكيم
	الفقرة الأولى: ضرورة تحديد العلاقة القانونية القائمة بين الطرفين
163.....	موضوع التحكيم
165.....	الفقرة الثانية: وجوب تحديد النزاع المتفق بشأنه على التحكيم
	المطلب الثاني: سلطة المحكم في تمديد نطاق أثر اتفاق التحكيم
168.....	من حيث الموضوع
	الفقرة الأولى: نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود المتعددة
169.....	الأطراف
	أولاً: نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود المنصبة على نفس
169.....	المحل
	ثانياً: نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود التي تساهم في تحقيق
173.....	هدف اقتصادي واحد
	الفقرة الثانية: نطاق تطبيق شرط التحكيم في العقود المتتابعة المبرمة
180.....	بين ذات الأطراف
المبحث الثاني: حدود سلطة المحكم في قبول تعديل نطاق موضوع خصومة	
182.....	التحكيم
المطلب الأول: التزام المحكم بالعقد الأساسي و بالعنصر الموضوعي	
183.....	للنزاع
183.....	الفقرة الأولى: التزام المحكم بالعقد الأساسي
186.....	الفقرة الثانية: التزام المحكم بالعنصر الموضوعي للنزاع
	المطلب الثاني: سلطة المحكم في تعديل النطاق الموضوعي الأولي لخصومة

- 187.....التحكيم
- 188 الفقرة الأولى: ضوابط تعديل النطاق الموضوعي الأولي لخصومة التحكيم
- 191 الفقرة الثانية : سلطة المحكم في قبول الطلبات الإضافية و المقابلة.....

الفصل الثاني

سلطة المحكم في اختيار القانون الواجب

- 196.....التطبيق وفي تعديل التزامات الأطراف
- 198 الفرع الأول: نطاق سلطة المحكم إزاء القانون المطبق على موضوع النزاع....
- المبحث الأول: تقييد سلطة المحكم إزاء القانون المطبق على موضوع النزاع
- 200..... في ضوء اتفاق الأطراف
- المطلب الأول: حرية الأطراف في اختيار القواعد المطبقة على موضوع
- 201.....النزاع
- الفقرة الأولى: سلطة المحكم للفصل في موضوع النزاع على مقتضى
- 202.....القواعد القانونية التي اختارها الأطراف
- الفقرة الثانية: سلطة المحكم المفوض من قبل الأطراف بالفصل في
- 214.....موضوع النزاع على مقتضى قواعد الإنصاف
- المطلب الثاني: رقابة المحكم على حرية الأطراف في اختيار القواعد
- 223.....الواجبة التطبيق على جوهر النزاع
- الفقرة الأولى : سلطة المحكم في أعمال قواعد النظام العام كقيد
- 224.....على قانون الإرادة
- 238.....الفقرة الثانية: سلطة المحكم في استبعاد قانون الإرادة
- المبحث الثاني: حدود سلطة المحكم في تحديد القانون المطبق على جوهر
- 241.....النزاع في غياب اتفاق الأطراف
- 242.....المطلب الأول: دور المحكم في الكشف عن الإرادة الضمنية للأطراف
- الفقرة الأولى: دلالة اشتراط التحكيم بالعقد على الاختيار الضمني
- 243.....لقانون دولة المقر
- الفقرة الثانية: دلالة اشتراط التحكيم و شروط التثبيت التشريعي على

- 245.....الاختيار الضمني لتدويل العقد
- المطلب الثاني: دور المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق في غياب
- 247.....قانون الإرادة
- الفقرة الأولى: التزام المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية للقانون
- 248.....الأكثر اتصالا بالنزاع في التحكيم الداخلي
- الفقرة الثانية: حدود سلطة المحكم عند الفصل في النزاع طبقا للقواعد
- 250.....التي يراها ملائمة في التحكيم الدولي
- 257.....الفرع الثاني: حدود سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف
- 258.....المبحث الأول: أسس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف
- المطلب الأول: أسس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف
- 259.....على ضوء الشروط العقدية
- الفقرة الأولى: ماهية الشروط العقدية الهادفة إلى تحقيق التوازن
- 259.....العقدي
- الفقرة الثانية: قبول الأطراف كشرط لمنح المحكم سلطة تعديل
- 263.....الالتزامات
- المطلب الثاني: أسس سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف
- 266.....في غياب الشروط العقدية
- 269.....المبحث الثاني: نطاق سلطة المحكم في تعديل التزامات الأطراف
- 270.....المطلب الأول: سلطة المحكم في تفسير العقد
- 277.....المطلب الثاني: سلطة المحكم في الحفاظ على التوازن المالي للعقد
- 288.....خاتمة
- 294.....لائحة المراجع والمصادر

