مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم التجاري رقم 08.05 المعروض على البرلمان
مع الاتفاقيات الدولية ومبادئ التحكيم التجاري الدولي

بقلم ذ يونس العياشي
باحث بكلية الحقوق الرباط أكدال
رئيس مصلحة بوزارة العدل

تمهيد :

يعتبر التحكيم إحدى بدائل[1] حل المنازعات عموماً[2] والتجارية على وجه الخصوص ، والتحكيم التجاري قد يكون داخلياً وقد يكون دولياً .

والتحكيم في المغرب كغيره من الدول العربية الإسلامية له جذور تاريخية تمتد لما قبل الإسلام ولا أدل على ذلك في أن حرب الداحس والغبراء التي امتدت 40 سنة قد تم الفصل فيها بواسطة التحكيم[3] .

وبمجيء الإسلام ظل التحكيم متأصلاً في ثقافة الأمة الإسلامية مستمداً مشروعيته من الكتاب[4] والسنة [5] ومن إجماع الصحابة[6] عليه بعد وفاة الرسول ص .

وبذلك يمكن الرد على من يعتبر أن التحكيم هو من اكتشاف الأنظمة القانونية الغربية كحل لعدم ثقتها في قضاء الدول النامية حيث تفشي ظاهرة الرشوة والمحسوبية والبيروقراطية ...

والتحكيم كبديل للقضاء الرسمي نظمه المشرع المغربي ضمن أحكام قانون المسطرة المدنية لسنة 1913 واحتفظت به المسطرة المدنية لسنة 1974 لكنه اهتم فقط بالتحكيم الداخلي دون الدولي ، وبالتحكيم الفردي دون المؤسساتي .

---

[1]- يوجد إلى جانب التحكيم وسائل أخرى بديلة عن القضاء كالتوفيق والوساطة والمصالحة .

[2]- ذلك أن التحكيم غير قاصر على المنازعات التجارية وحدها بل قد يمتد للفصل في المنازعات المدنية ومنازعات الشغل ومنازعات الأسرة ...

[3]- عبد الحميد الأحدب – موسوعة التحكيم في البلاد العربية .- الجزء الأول – دار المعاريف 1998 - ص 21 .

[4]- يقول الله تعالى في سورة النساء الآية 35 :" وإن خفتم شقاقاً بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، أن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما . " صدق الله العظيم .

[5]- في السنة النبوية الشريفة ما روي عن أبي شريح أنه قال : يا رسول الله إن قومي إن اختلفوا في شيء فحكمت بينهم فرضي علي الفريقان ، فقال الرسول ص ما أحسن هذا .
وروي عن الرسول ص أنه قال : من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فعليه لعنة الله .
وقد سبق للرسول الكريم أن فض النزاع حول الحجر الأسود بالكعبة الشريفة بواسطة التحكيم .

[6]- اهتم الخلفاء الراشدون بالتحكيم بعد وفاة الرسول الكريم فهذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه يحتكم مع رجل من عامة الناس يدعى بن كعب واتفق الطرفان على حل النزاع بواسطة أحد الحكام ، وحين دعاهم الحكم للدخول إلى بيته قدم للخليفة وسادة ليرتاح عليها ، فرضها الخليفة قائلاً : " هذا أول تصرف منك يفتقر إلى الإنصاف ."

ويعاني التشريع المغربي كغيره من تشريعات الدول العربية من معضلة التحيين ، سد التغرات ، والملائمة مع القوانين والإتفاقيات الدولية وذلك بهدف توحيد الأسس القانونية المعتمدة لفض النزاعات ذات البعد الدولي .

ومعنى هذا أن العولمة الإقتصادية المنشودة لن تتحقق إلا عبر عولمة الفكر القانوني أولاً. وتعمل بعض المنظمات الدولية في هذا الإتجاه كلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي **UNICITRAL**، المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص**UNIDROIT** وذلك من خلال إصدار العديد من الإتفاقيات الهادفة إلى توحيد القوانين عبر العالم .

وقد اهتمت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي بالتحكيم التجاري الدولي من خلال إشرافها على العديد من الإتفاقيات ومن خلال إصدارها للقانون النموذجي للتحكيم ودعوتها للدول المنتمية لمنظمة الأمم المتحدة لضرورة ملائمة تشريعاتها مع المبادئ العامة المقررة في الموضوع ، وذلك لتسهيل تدفق السلع والخدمات عبر الحدود ولإعطاء دفعة للإستثمار الأجنبي بالدول النامية .

وبالنظر إلى أن التشريع المغربي كان يفتقر لقواعد تهتم بالتحكيم التجاري الدولي ؛

وبالنظر إلى أن قواعد التحكيم الداخلي بدورها أصبحت متجاوزة لعدم تنصيصها مثلاً على التحكيم المؤسساتي ؛

وحيث أن المغرب لا يمكن أن يبقى معزولاً عن محيطه الدولي ، بل يجب عليه الإنخراط والمساهمة في عوامة الفكر القانوني كخطوة للمساهمة في عولمة الإقتصاد ، **فإن المغرب ليس له خيار من ضرورة ملائمة مشروع قانون التحكيم المعروض حالياً على البرلمان مع الإتفاقيات الدولية في الموضوع ومع المبادئ العامة المقررة للتحكيم التجاري عموماً والدولي على وجه الخصوص.** كل ذلك من أجل تحفيز الإستثمار الأجنبي الكفيل بالمساهمة في تحقيق التنمية الإقتصادية والإجتماعية المنشودة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي وبهدف تحقيق هذا الهدف عمد مؤخراً إلى إدخال تعديلات على ترسانته القانونية شملت بالأساس القوانين المرتبطة بعالم الأعمال كمدونة التجارة لسنة 1996 ، قانون الشركات ، مدونة الشغل ، مدونة التأمينات ، قانون مؤسسات الإئتمان ...

وسنحاول في هذا الموضوع مقاربة مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم المعروض على البرلمان مع الإتفاقيات الدولية سيما التي صادق عليها المغرب [7] ؛ وكذا مع القانون النموذجي

---

[7]- لقد صادق المغرب على لتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي تهتم بالإعتراف وبتفنيد القرارات التحكيمية الأجنبية .
وقد انضم المغرب لهذه الإتفاقية في 12 فبراير 1959 .
الإتفاقية الثانية التي صادق عليها المغرب تتعلق باتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 .

للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على اعتبار أن هذا القانون قد نهلت من مقتضياته معظم مؤسسات التحكيم الدولية كغرفة التجارة الدولية ببارس ، علماً أن المصادقة على الإتفاقيات الدولية والإنضمام إليها تجعلها مرجحة عن التشريع الداخلي . **فماهي مظاهر ملائمة مشروع قانون التحكيم المغربي مع الإتفاقيات التي صادق عليها المغرب ومع المبادئ المقررة في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ؟ ذلك ما سوف نجيب عليه وفق المنهج التالي :**

المبحث الأول : مدى ملائمة مشروع قانون التحكيم المعروض على البرلمان مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 وكذا للاتفاقية الخاصة بمنازعات الإستثمار لسنة 1965 .

تضم اتفاقية نيويورك بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية 11 مادة ، وانضمت إليها 123 دولة منها المغرب . أما اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965 فتضم75 مادة .

وحيث أن المغرب قد انضم إلى هاتين الإتفاقيتين ، فإنه ملزم بملائمة تشريعه الوطني معهما وذلك لكونهما أصبحتا ملزمتان بمجرد التصديق عليهما والإنضمام إليهما وأن قواعدهما تصبح مرجحة على قواعد التشريع الوطني في حالة التعارض .

أما القواعد الواردة في القانون النموذجي التي سنتناولها لاحقاً في مبحث مستقل والصادرة بدورها عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فليس لها طابع إلزامي ولكن هي على سبيل الإستئناس ليس إلا .

المطلب 1 : مظاهر ملائمة مشروع التحكيم مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 .

معلوم أن اتفاقية نيويورك قد اهتمت فقط بمسألة الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ولكن تضمنت مع ذلك بعض القواعد العامة في التحكيم الدولي .

وأحكام التحكيم الأجنبية لا يمكن الإعتراف بها أو تنفيذها شأنها شأن أحكام القضاء الأجنبي إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من قبل رئيس المحكمة لمكان التنفيذ .

وقد حاولنا إجراء مقابلة بين نصوص مشروع قانون التحكيم التجاري المغربي مع النصوص الواردة في اتفاقية نيويورك فرصدنا ما يلي :

1* تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى على ما يلي :" يقصد بأحكام المحكمين ليس فقط الأحكام الصادرة عن محكمين معينين للفصل في حالات محددة بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف ".

وهذا ينسجم مع التوجه الذي ذهب إليه مشروع قانون التحكيم من خلال **الفصل 319** والتي تقر بوجود تحكيم خاص وآخر مؤسساتي خلافاً لما هو عليه في القانون الحالي والوارد

في قانون المسطرة المدنية الذي لا ينص على التحكيم المؤسساتي بحيث كان التحكيم لا يمارس إلا في إطار التحكيم الخاص بمفهومه الضيق ؛ علماً أن المغرب رغم ذلك قد أحدث عدة مؤسسات ومراكز للتحكيم المؤسساتي كمركز الرباط للتوفيق والتحكيم . وهذا أول مظهر من مظاهر ملائمة المشروع مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 .

وتنص **الفقرة الثالثة من نفس المادة :**" للدولة المنظمة لاتفاقية نيويورك التصريح بأنها ستقتصر في تطبيق الإتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية وغير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني .

وهذا ينسجم كذلك مع ما ورد **في الفصل 307** من مشروع قانون التحكيم حول موضوع التحكيم والذي يخص بدوره كل نزاع ينشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية .

2* <u>تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية</u> : " تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية ...." .

وتضيف **الفقرة الثانية من نفس المادة :** " يقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات"

لقد تناول مشروع قانون التحكيم التجاري مسألة الكتابة والتي تميزت في القانون الحالي وتحديداً المواد 307و 309 من قانون المسطرة المدنية بنوع من المغالاة على حد قول الدكتور **عبد المجيد اغميجة** [8].

وقد حاول مشروع قانون التحكيم التجاري ملائمة مقتضياته مع ما ورد بهذا الخصوص في اتفاقية نيويورك . وهكذا أوجب المشروع تحديد اتفاق التحكيم كتابة ، سواء بعقد رسمي أو عرفي أو محضر ينجز أمام الهيئة التحكيمية .

وهكذا نص مشروع قانون التحكيم في **الفصل 313** على ما يلي : " ...يجب أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة إما بعقد رسمي أو عرفي وإما بمحضر يحرر أمام الهيئة التحكيمية المختارة .

ويعتبر اتفاق التحكيم مبرماً كتابة إذا ورد في وثيقة موقعة من قبل الأطراف أو في رسائل متبادلة أو اتصال بالتلكس أو برقيات أو أية وسيلة أخرى من وسائل الإتصال تثبت وجوده أو حتى تبادل مذكرات الطلب أو الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين بوجود اتفاق تحكيم دون

---

[8]- عبد المجيد اغميجة – قراءة في مشروع مدونة التحكيم – منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية العدد 2 - سنة 2004 . هذا المقال تناول بحث مشروع المدونة وليس مشروع القانون الحالي المعروض على البرلمان والذي أدخلت عليه بعض التعديلات منها مثلاً السماح للقضاة الرسميين بالقيام بالتحكيم التجاري مما سيجعل القاضي حسب اعتقادنا في حالة التنافي اللهم إذا كان المشرع يقصد بعد تقديم استقالتهم أو إحالتهم على التقاعد .

أن ينازعه الطرف الآخر في ذلك هذا من جهة ، ومن جهة ثانية فإن تقنية وضع تعريفات بالمشروع يتماشى مع التوجه الحديث الذي أخذت به معظم التقنينات وهو ما حدى بواضع المشروع إلى تعريف بعض المؤسسات القانونية على غرار ما قامت به اتفاقية نيويورك كتعريفها " الإتفاق المكتوب " .

وهكذا عرف مشروع قانون التحكيم بدوره " اتفاق التحكيم " من خلال **الفصل 307** بكون اتفاق التحكيم يكون إما في شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم .

وتنص **الفقرة الثالثة من نفس المادة :** " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل لا أثر له أو غير قابل للتطبيق ."

هذه المقتضيات تنسجم مع ما ورد في **الفصل 327/1** : " عندما يعرض نزاع معلق أمام هيئة تحكيمية عملاً باتفاق التحكيم على نظر إحدى المحاكم ، وجب على هذه الأخيرة بطلب من أحد الأطراف أن تدفع الطلب بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة التحكيم أو إبطال اتفاق التحكيم .

إذا كان النزاع لم يعرض بعد على الهيئة التحكيمية وجب كذلك على المحكمة بطلب من أحد الأطراف أن تدفعه بعدم القبول ما لم يكن بطلان اتفاق التحكيم واضحاً .

لا يجوز للمحكمة في كلتا الحالتين أن تقرر تلقائياً دفع الطلب بعدم القبول ."

3* <u>تناولت المادة 4 من اتفاقية نيويورك</u> الوثائق الواجب إرفاقها مع طلب الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية بحيث يجب إرفاق الطلب ب :

- أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.
- أصل الإتفاق المنصوص عليه في المادة 2 أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

وعلى طالب الإعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الإتفاق غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة ، ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي .

هذه المقتضيات الواردة في المادة 4 **تنسجم مع الفصل 327/44 من مشروع مدونة التحكيم** التي جاء فيها : " يثبت وجود الحكم التحكيمي بالإدلاء بأصله مرفقاً باتفاق التحكيم أو نسخ من هاتين الوثيقتين تتوفر فيهما شروط الصحة المذكورة .

إذا كانت الوثيقتان المذكورتان غير محررتين باللغة العربية ، وجب الإدلاء بترجمة لهما مشهود بصحتهما من لدن مترجم مقبول لدى المحاكم .

4* تنص **المادة 5 من اتفاقية نيويورك** على ما يلي : " لايجوز رفض الإعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب فيها الإعتراف أو التنفيذ الدليل :

1- أن أطراف الإتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية ، أو أن الإتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

2- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر تقديم دفاعه .

3- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشارطة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به ، ومع ذلك يجوز تنفيذ الجزء المتفق عليه إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق عليه .

4 – أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق .

5 –أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته السلطة أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم .

يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الإعتراف و التنفيذ إذا تبين :

- أن قانون ذلك البلد لا يجوز تسوية النزاع عن طريق التحكيم .
- أن الإعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام في هذا البلد ."

تثير هذه المادة عدة نقط متشابهة مع ما ورد في مشروع قانون التحكيم ونمثل لذلك بما يلي :

* أن طلب عدم الإعتراف بالحكم التحكيمي أو منحه الصيغة التنفيذية يجب أن يكون مبرراً .

* أن الإتفاق على التحكيم يقتضي أن يكون طرفاه غير قاصرين أو عديمي الأهلية ؛ لأن التحكيم هو عقد ، والعقد كغيره من مصادر الإلتزام تستلزم توافر الأهلية القانونية في المقدم عليه وإلا تدخل النائب القانوني .

بمعنى أن كلا طرفي التحكيم يجب أن يكون أهلاً للتصرف في محل التحكيم وإلا كان التحكيم باطلاً إذا كان الطرف عديم الأهلية و قابلاً للإبطال متى كان الطرف ناقص الأهلية ؛ ولا يمكن القبول بهذا الإتفاق إلا بتدخل النائب الشرعي .

وهكذا فانعدام الأهلية يكون سبباً لبطلان التحكيم ، نفس الشيء بالنسبة لعدم احترام حقوق الدفاع . فهي تخول البطلان في التحكيم الداخلي والطعن بالإستئناف في الأمر القاضي بمنح الصيغة التنفيذية في التحكيم الدولي .

* لا يجوز الإعتراف أو منح الصيغة التنفيذية لحكم مخالف للنظام العام الوطني والدولي وفي هذا الإطار **تنص 327/45** من مشروع قانون التحكيم على ما يلي :

" يكون الأمر الذي يرفض الإعتراف بالحكم التحكيمي أو يرفض تخويل الصيغة التنفيذية قابلاً للطعن بالإستئناف ".

ويضيف **الفصل 327/46** : " لا يمكن الطعن بالإستئناف في الأمر القاضي بتخويل الإعتراف أو الصيغة التنفيذية إلا في الحالات التالية :

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

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

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

4- إذا لم تحترم حقوق الدفاع ؛

5- إذا كان الإعتراف أو النفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي أو الوطني .

كانت هذه بعض مظاهر ملائمة مشروع قانون التحكيم المعروض على البرلمان مع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 فماذا عن ملائمة المشروع مع اتفاقية تسوية منازعات الإستتمار لسنة 1965 ؟ هذا ما سنجيب عليه في المطلب الموالي من هذا المبحث .

المطلب2: مدى ملائمة اتفاقية تسوية منازعات الإستتمار لسنة 1965 مع مشروع قانون التحكيم المغربي .

سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فقرات رئيسية :

الفقرة1 : مفهوم التحكيم الدولي بين مشروع قانون التحكيم واتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الإستتمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى .

يجب الإشارة في البداية إلى المقتضى الوارد في مطلع الفصل 327/36 من مشروع التحكيم والذي جاء فيه " تطبق مقتضيات هذا الفرع على التحكيم الدولي دون الإخلال بما ورد في الإتفاقيات الدولية المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة المغربية ."

تعني أن المقتضيات الواردة في هذه الإتفاقية وكذا اتفاقية نيويورك ستظلان ملزمتان رغم صدور مشروع قانون التحكيم إلى حيز الوجود في حالة وجود مقتضيات تتعارض معه وهذا من شأنه أن يؤثر على وحدة الإتجاه ويؤدي إلى تعدد المصادر المنظمة لموضوع واحد .

وبخصوص مفهوم التحكيم التجاري الدولي فلم تتطرق له هذه الإتفاقية على خلاف ما فعل مشروع قانون التحكيم .

وقد اكتفت اتفاقية البنك الدولي للإنشاء والتعمير بتوضيح المقصود بمنازعات الإستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بحيث يمتد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الإستتمارات بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة .

كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة المقصود بعبارة " مواطن إحدى الدول الأخرى المتعاقدة " .

يتبين مما سبق أن الإتفاقية تختص أساساً بتنظيم مجال من مجالات التحكيم الدولي وهو ذلك الذي يتعلق بمنازعات الإستتمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى أما مشروع قانون التحكيم فقد نظم التحكيم الدولي بشكل عام .

الفقرة 2 : القانون الواجب التطبيق على النزاع بين مشروع القانون والإتفاقية.

للأطراف كما نص مشروع قانون التحكيم حرية تحديد القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها على جوهر النزاع . وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة ، فإن الهيئة التحكيمية تفصل في النزاع طبقاً للقواعد التي تراها ملائمة .

أما المادة 42 من الإتفاقية فتتفق مع المشروع في جزء وتختلف معها في آخر ذلك أن المادة المذكورة نصت على أن المحكمة تحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان ، إلا أنها تختلف مع المشروع في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق بحيث تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها . أي أن كلا الإتفاقيتين يأخذان في مرحلة أولى بقانون الإرادة .

الفقرة 3 الإعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية بين مشروع القانون والإتفاقية .

يتطلب الفصل 327/43 من المشروع للإعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة شرطين أساسين هما :

- إذا أتبث من يتمسك بها وجودها .
- ولم يكن هذا الإعتراف مخالف للنظام العام الوطني والدولي .

لا مثيل لهذا الفصل في الإتفاقية .

كما نص المشروع على أن الأمر الذي يرفض الإعتراف بالحكم التحكيمي أو يرفض تخويل الصيغة التنفيذية يكون قابلاً للإستئناف ، أما الطعن بالإستئناف في الأمر القاضي بتخويل الصيغة التنفيذية فلا يجوز إلا في الحالات التي ذكرها الفصل 327/48 .

وبالمقابل اعتبرت الإتفاقية أن الحكم لا يكون قابل للإستئناف أو لأي طعن آخر ماعدا إعادة النظر .

الخلاصة : الملاحظ أن مشروع قانون التحكيم لم يأت فيما أوضحناه منسجماً إلا في حدود ضيقة مع اتفاقية 1965، والسبب في ذلك حسب اعتقادنا أن موضوع هذه الإتفاقية جاء خاصاً جداً ، أما مشروع قانون التحكيم فجاءت قواعده عامة ، تم أنه لا غرابة في أن تكون أحكام الإتفاقية ملزمة رغم صدور مشروع قانون التحكيم طبقاً لأحكام الفصل 327/36 سيما إذا كان مصدر هذه الإتفاقية مؤسسة من حجم البنك الدولي الذي يفرض شروطه بلا هوادة على الدول المتعاملة معه سيما النامية منها والتي تحتاج إلى قروض لتحقيق مشاريعها الإنمائية .

المبحث الثاني : مدى ملائمة مشروع مدونة التحكيم مع القانون النموذجي للتحكيم التجاري لليونسترال "لجنة الأمم المتجدة للقانون التجاري الدولي"

لقد تم حصرهذا القانون في التحكيم التجاري الدولي فقط ، لدى سنقارنه مع الفرع II من مشروع قانون التحكيم المغربي والخاص بالتحكيم التجاري الدولي وذلك حسب المنهجية الآتية :

المطلب1: مفهوم التحكيم التجاري الدولي بين القانون النموذجي للتحكيم و مشروع قانون التحكيم .

لقد عرفت الفقرة 3 من المادة 1 من القانون النموذجي التحكيم التجاري الدولي، بينما عرفه مشروع قانون التحكيم من خلال الفصل 37-327.

ويكون التحكيم دوليا وفق القانون النموذجي لليونسترال في الأحوال التالية:

(أ) – إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم ، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين . أو

(ب)– إذا كان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة التي يقع مقر عمل الطرفين :

1/ مكان التحكيم إذا كان محددا في اتفاق التحكيم أو طبقا له.

2/ أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقات التجارية أو المكان الذي يكون بموضوع النزاع أوتق الصلة به.

(ج) إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

وتضيف المادة 4 من نفس القانون:

(أ) – إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل، فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم.

(ب) – إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد.

أما مشروع قانون التحكيم المغربي. فقد اعتبر أن التحكيم يكون دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

يعتبر التحكيم دوليا كذلك إذا:

(1) – كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدولة مختلفة.

(2) – أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف .

أ – مكان التحكيم عندما يكون منصوصاً عليه في اتفاق التحكيم أو معنيا بمقتضى هذا الاتفاق،

ب– كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية: "أو " المكان الذي تربطه بموضوع النزاع صلة وثيقة.

(3) أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد .

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

(أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فان المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم.

(ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية.

الملاحظة أن المشرع المغربي من خلال مشروع قانون التحكيم قد أخذ فيما يخص مفهوم التحكيم الدولي بما أقره القانون النموذجي للتحكيم اليونسترال مع تغييرات بسيطة في الصياغة فقط.

إلا أن ما يميز مشروع قانون التحكيم هو تأثره بالتشريع الفرنسي من خلال اعتبار أن التحكيم يكون دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

أي أنه أخذ عن المشرع الفرنسي اعتماد المعيار الاقتصادي في القول بدولية التحكيم إلى جانب المعيار الجغرافي (القانوني) والمتعلق بأن يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

وهكذا حاول مشروع قانون التحكيم فيما يخص دولية التحكيم الحفاظ على ارتباطه التاريخي مع التشريع الفرنسي ، وفي الوقت ذاته أخذ بما نص عليه القانون النموذجي لليونسترال على اعتبار أن معظم قوانين وأنظمة التحكيم الدولي تنهل من هذا المرجع بهدف توحيد الفكر القانوني أي عولمته تسهيلاً لتدفق السلع و الخدمات عبر الحدودة .

وفي اعتقادنا أنه لم يكن هناك داع لحشر هذا المعيار لأن المعايير الأخرى تحققه بطريقة غير مباشرة.

أي أن المعيار القانوني يكفي لتحديد دولية التحكيم والعقد الدولي بصفة عامة .

وليس مفهوم التحكيم الدولي ما أخذه مشروع قانون التحكيم على القانون النموذجي لليونسترال في التحكيم التجاري الدولي ، بل هناك مجموعة من المفاهيم الأخرى كالمقصود بالتحكيم والذي يقصد به في القانون النمودجي كل تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا. وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه مشروع قانون التحكيم من خلال إقراره بالتحكيم الخاص والتحكيم المؤسساتي من خلال الفصل 313؛ نفس الشيء بالنسبة لهيئة التحكيم فهي تعني محكما فردا أو فريقا من المحكمين .

والجدير بالذكر أن قانون التحكيم الحالي الوارد بالمسطرة المدنية ليس فيه ما يشير إلى التحكيم المؤسساتي رغم وجود مؤسسات للتحكيم المؤسساتي مثل المركز الدولي للتوفيق والتحكيم بالرباط.

وقد عرفت المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن اليونسترال المقصود باتفاق التحكيم وشكله، حيث اعتبرت أن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون في صورة شرط في العقد أو في صورة اتفاق مستقل.

وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه مشروع قانون التحكيم حيث اعتبر أن اتفاق التحكيم يكون إما في شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم وذلك من خلال الفصل 307 من المشروع.

وبعد تعريف اتفاق التحكيم انتقلت المادة 7 من القانون النموذجي لبيان مجال تطبيق التحكيم بحيث أكدت أن التحكيم مجاله هو الفصل في المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بين طرفيه بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية؛ وهو نفس التصور الذي ذهب إليه الفصل 307 من مشروع قانون التحكيم الذي جاء فيه "اتفاق التحكيم يلزم الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع ينشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية".

أما الفقرة 2 من نفس المادة فقد تصت على أن الشكل الذي يجب أن يـأتي فيـه اتفـاق التحكيم وهو أن يكون هذا الاتفاق مكتوبا، وأن الاتفاق المكتوب بشأن التحكيم يمكن الاستدلال عليه بمختلف الوسائل كوثيقة موقعة من الطرفين، تبادل الرسائل، تلكسات، برقيات...

نفس الاتجاه ذهب إليه مشروع قانون التحكيم من خلال الفصل 313 منه حيث أكد: " يعتبر اتفاق التحكيم مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الأطراف أو فـي المراسـلات والبرقيـات التلغرافية أو بالتلكس أو بأية وسيلة أخرى من وسائل الاتصال التي تتبث وجوده.

هذه أهم مظاهر ملائمة مشروع قانون التحكيم مع القانون النموذجي للتحكيم الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتحديدا على مستوى المفاهيم القانونية.

المطلب2: القانون الواجب التطبيق على النزاع بين القانون النموذجي للتحكيم ومشروع قانون التحكيم المغربي

تعتبر هذه النقطة من أهم النقط التي يجب بحثها في إطار هذه المقارنة، فبـالرجوع إلـى المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم الصادر عن اليونسترال نجده ينص :

1- تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القـانون التـي يختارهـا الطرفـان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولـة مـا أو نظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضـوعي لتلك الدولة وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفـق الطرفـان صراحة على خلاف ذلك.

2- إذا لم يعين الطرفان أية قواعد وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الـذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى الهيئة أنها واجبة التطبيق .

3- لا يجوز لهيئة التحكيم الفصل في النزاع على أساس ودي إلا إذا أجـاز لهـا الطرفان ذلك صراحة .

4- في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لشروط العقد وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشـاط التجـاري المطبقـة علـى المعاملة .

بالرجوع إلى الفصل 41-327 من مشروع قانون التحكـيم نجـده يـنص علـى نفـس المقتضيات .

وهكذا جاء في الفصل المذكور فيما يخص القانون المطبق على النزاع" تحدد فـي اتفـاق التحكيم، بكل حرية، القواعد القانونية التي يتعين على الهيئة التحكيمية تطبيقها علـى جـوهر النزاع، وفي حالة عدم اختيار الأطراف للقواعد المذكورة فإن الهيئة التحكيميـة تفصـل فـي النزاع طبقا للقواعد التي تراها ملائمة.

في جميع الأحوال تأخذ الهيئة التحكيمية بعين الاعتبار مقتضيات العقد الذي يـــربط بـــين الأطراف والأعراف والعادات السائدة في ميدان التجارة."

ومعنى هذا أن مشروع قانون التحكيم أخذ بقانون الإرادة فيما يخص القانون الواجب التطبيق على النزاع، وما قيل على قانون الموضوع يصدق على القانون الإجرائي والتـــي تختـــاره إرادة الأطراف بكل حرية .

ويمكن أن يختار أطراف النزاع قانون موضوعي لدولة يطبق على النزاع وآخر مسطري لا ينتمي إلى نفس الدولة أو الهيئة التحكيمية كما هو الحال في الاتفاق على تطبيـــق القـــانون الفرنسي على موضوع النزاع وقواعد المسطرة المدنية المغربية على إجراءاتها المســـطرية والعكس صحيح .

المطلب 3 : الاعتراف وتنفيذ المقررات التحكيمية بين القانون النموذجي للتحكيم . ومشروع مدونة التحكيم .

تنص الفقرة 2 من المادة 35 من القانون النموذجي على ما يلي : " على الطـــرف الـــذي يستند لقرار تحكيم أن يقدم طلباً لتنفيذه ، وذلك بتقديم القرار الأصلي الموثق حسب الأصـــول أو صورة منه مصدقة حسب الأحوال ، واتفاق التحكيم الأصلي المشار إليه في المـــادة 7 أو صورة له مصدقة حسب الأصول .

وإذا كان قرار التحكيم غير صادر بلغة رسمية لهذه الدولة وجب على ذلك الطرف تقـــديم ترجمة له إلى هذه اللغة مصدقة حسب الأحوال ."

هذه المقتضيات تنسجم مع ما ورد في الفصل 327/44 من مشروع التحكيم والتي جـــاء فيها : " يثبت وجود الحكم التحكيمي بالإدلاء بأصله مرفقاً باتفاق التحكيم أو نسخ من هـــاتين الوثيقتين تتوفر فبها شروط الصحة المطلوبة . وإذا كانت الوثيقتان المذكورتان غير محررتين باللغة العربية ، وجب الإدلاء بترجمة لهما مشهوداً بصحتها من لدن متـــرجم مقبـــول لـــدى المحاكم " .

أما المادة 36 من القانون النموذجي فقد تناولت أسباب رفض الإعتراف أو تنفيذ المقـــرر التحكيمي بحيث لا يجوز ذلك إلا :

1/ بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده إذا قدم هذا القرار الطرف إلى المحكمة المختصة المقدم لها طلب الإعتراف أو التنفيذ دليلاً يثبت :

- أن أحد طرفا اتفاق التحكيم مصاب بأحد عوارض الأهلية وأن هذا الإتفاق هو غير صحيح بموجب القانون الذي خضع له الطرفان .
- أن الطرف المطلوب في التنفيذ لم يبلغ على نحو صحيح بتعيين المحكم أو

بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب أو لآخر أن يعرض قضيته ؛ أو

- أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمله اتفاق التحكيم ، أو أنه يشمل قرارات خارجة عن نطاق هذا الإتفاق ما لم يتم فصل الجزء الخارج عن نطاق التحكيم في هذه الحالة يجوز طلب تنفيذه بشكل مستقل .
- أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لإتفاق الطرفين أو أنه في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق ، مخالف لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم أو
- أن قرار التحكيم لم يصبح بعد ملزماً للطرفين أو أنه قد ألغته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الذي صدر فيه ذلك القرار أو بموجب قانونه ؛ أو

2/ إذا قررت المحكمة :

- أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقاً لقانون هذه الدولة ؛ أو
- أن الإعتراف بقرار التحكيم أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة
- إذا قدم طلب بإلغاء قرار التحكيم أو بإيقافه إلى المحكمة ، جاز للمحكمة المقدم إليها الطلب أن تؤجل قرارها إذا رأت ذلك مناسباً ويجوز لها أيضاً بناء على طلب الطرف طالب الإعتراف أن تأمر الطرف الآخر بتقديم الضمان المناسب

وبالرجوع إلى مقتضيات المادة 327/46 من مشروع قانون التحكيم نجدها نصت على مقتضيات قريبة لما ورد في القانون النموذجي بحيث يمكن الطعن في الحكم القاضي بمنح الصيغة التنفيذية في الأحوال الثالية :

- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون اتفاق التحكيم أو استناداً إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم ؛
- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية ؛
- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها ؛
- إذا لم تحترم حقوق الدفاع ؛
- إذا كان الإعتراف أو التنفيذ مخالفاً للنظام العام الدولي والوطني .

هذه اهم الأسباب التي يمكن للمطلوب في تنفيد المقرر التحكيمي الدولي الإحتجاج بها عند الطعن بالإستيناف في الأمر القاضي بتخويل الصيغة التنفيدية ؛ وهي نفس الأسباب التي على المحكمة الإعتماد عليها لتعليل رفض منح الصيغة التنفيذية للمقرر التحكيمي الدولي استناداً لأحكام الفصل 327/45 من مشروع قانون التحكيم .

خاتمة :

نخلص في ختام هذه المقاربة أن مشروع قانون التحكيم قد تأثر باتفاقية نيويورك لسنة 1958 وبالقانون النموذجي للتحكيم الصادران عن اليونسترال . أما اتفاقية تسوية منازعات الإستتمار وإن صادق عليها المغرب فلم يتأثر بها إلا في حدود جد ضيقة .

والمغرب من خلال عرضه مشروع قانون التحكيم على البرلمان يكون قد خطى خطوة مهمة في اتجاه دعم الإستثمار ولا سيما الأجنبي والذي كان ولازال القضاء الرسمي في الدولة إحدى معوقاته الأساسية إلى جانب تعقيد المساطر الإدارية و...

ونتمنى صادقين أن يرى مشروع قانون التحكيم المغربي النور في القريب العاجل على اعتبار أنه في مراحله الأخيرة قبل عرضه على الجناب الشريف للمصادقة علية ونشره بالجريدة الرسمية كإجراء شكلي جوهري لنفاذ القوانين والإحتجاج بها على الغير .

انتهى