مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

الدور الإيجابي للقاضي في مجال التحكيم في ضوء التجربة المغربية

الدكتور/ رياض فخري

الدكتور/ سعد بهتي

الأستاذة/ حنان الطور

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

العدد ٤ - السنة ٤٩

جمادى الآخرة ١٤٤٧ هـ - ديسمبر ٢٠٢٥م

???

الدور الإيجابي للقاضي في مجال التحكيم في ضوء التجربة المغربية

الدكتور/ رياض فخري*
الدكتور/ سعد بهتي**
الأستاذة/ حنان الطور**

ملخص

الأهداف: يهدف هذا البحث إلى تحليل الإطار القانوني المنظم لعلاقة مؤسسة القضاء بالتحكيم في التشريع المغربي، وذلك من خلال دراسة النصوص القانونية المؤطرة للتحكيم، واستجلاء الدور الذي يضطلع به القضاء في مختلف مراحل العملية التحكيمية. ويبرز من خلال هذا التحليل أن المشرع المغربي قد أولى للقضاء مكانة بارزة داخل منظومة التحكيم، تجاوزت المنظور التقليدي الذي يحصر دور القضاء في الرقابة اللاحقة على الأحكام التحكيمية لتتسع إلى دور إيجابي، يحسن من فعالية إجراءات التحكيم ويواكب مختلف مراحله المسطرية. **المنهج:** اعتمد البحث على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي الوصفي لعدد من النصوص التشريعية الوطنية ذات الصلة بنظام التحكيم، بالإضافة إلى إبراز توجهات القضاء في تفسير وتطبيق قواعد التحكيم ومدى انسجامها مع المعايير الدولية والتوجهات الحديثة في هذا المجال. **النتائج:** تكمن أهم نتائج البحث في اعتبار العلاقة بين التحكيم وقضاء الدولة علاقة تكامل وتجانس، وليست علاقة تعارض وتنافس، فكل منهما يمثل جزءاً من منظومة واحدة ألا وهي منظومة العدالة.

* مدير مختبر البحث قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول سطات المغرب.
الإيميل: riyad.fakhri@uhp.ac.ma

** أستاذ القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أيت ملول، جامعة ابن زهر المغرب.
الإيميل: s.bahhitti@uiz.ac.ma

** طالبة باحثة بسلك الدكتوراه كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر المغرب.
الإيميل: ettorhanane@gmail.com

- تسلّم البحث في: ٢٠٢٤/١/٨، أجيز للنشر في: ٢٠٢٤/٦/٣٠.

حقوق الطبع والنشر محفوظة - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

للاستشهاد بهذا البحث انظر ص٢١٥

خاتمة: اختتم البحث بدعوة المشرع المغربي إلى رسم حدود تدخل القاضي في العملية التحكيمية بشكل دقيق، بما يكفل تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات التجارية الوطنية والدولية. فترك مجال واسع للسلطة التقديرية للقاضي قد يمس باستقلال التحكيم، ويضعف جاذبيته كآلية فعالة ومرنة في فض المنازعات.

الكلمات المفتاحية: التحكيم الداخلي؛ التحكيم الدولي؛ القاضي الوطني؛ القابلية للتحكيم؛ الاتفاقيات الدولية.

المقدمة

إذا كان المبدأ العام هو أن ولاية القضاء في الدولة تمتد لتشمل جميع المنازعات وجميع الأشخاص الذين يوجدون فوق إقليمها، سواء أكانوا مواطنين أم أجانب تأسيساً على مبدأ سيادة الدولة، فإن من استثناءات ذلك التحكيم الذي تخوله القوانين واتفاقيات الاستثمار اختصاص البت في النزاعات، وخاصة تلك المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، حيث يغدو الآلية المحورية في هذا الخصوص.[١]

ويعتبر التحكيم من أكثر وسائل فض المنازعات تناسباً مع طبيعة المعاملات التجارية المحلية والدولية، لما يوفره من مقومات السرعة والمرونة والسرية والتخصص والتحرر من بعض القواعد القانونية سواء منها ما هو إجرائي أو موضوعي، ما لم تكن متصلة بالنظام العام في دولة مقر التحكيم أو البلد المزمع تنفيذ الحكم التحكيمي فيه.

وعلى الرغم من كل المزايا التي يمنحها التحكيم للأطراف، فإن هذه الحرية تبقى غير مطلقة؛ لما للقاضي الوطني من سلطة ومساحة للتدخل في مختلف أطوار العملية التحكيمية من أجل التأكد من مدى التزام المُحكّم بالشكليات والإجراءات المحددة قانوناً في حكمه. أضف إلى ذلك، أن عملية التحكيم ذاتها قد تواجه العديد من العقبات والصعوبات التي تعود إلى تعنت أحد أطراف النزاع، ورفضه الاستمرار في العملية التحكيمية، أو لوجود عقبات تعود إلى طبيعة نظام التحكيم نفسه، فهنا يجد القاضي الوطني نفسه في كثير من الحالات مدعواً للتدخل في عملية التحكيم.[٢]

(١) محمد بن هلال، مركز التحكيم التجاري في التشريع المغربي، مقال منشور على منصة المنهل الإلكترونية (أطلع عليه ٢ ماي ٢٠٢٤).

(٢) الشرمان مصعب يحيى صالح، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري: دراسة مقارنة (رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٢٠/٢٠٢١) ٢.

وبالتالي فإن وجود التحكيم وترسخه في عالمنا اليوم لا يمكن أن يؤدي بأي حال من الأحوال إلى إلغاء القضاء الرسمي تماماً، أو إلى غلق المحاكم وتسريح القضاة، فافتقاد المحكم لسلطة الإجبار يلزمه بالارتكاز على القاضي لمنح الفعالية المطلقة للحكم التحكيمي، وقبله للعديد من الإجراءات التي يحتاج فيها التحكيم والمحكم إلى القاضي والقضاء. كما أن كل التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم في مشرق الأرض ومغربها احتفظت للقضاء بأدوار أساسية تقديرية محددة في مجال التحكيم، وهو نفس ما فعلته جل الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية ذات الطبيعة الكونية، حيث تحتفظ هي أيضاً للقضاء بمكانة متميزة في مجال التحكيم ليس أقلها مراقبة صحة العملية التحكيمية في مختلف جوانبها قبل منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية.

وعلى الرغم من رغبة التشريعات في الاحتفاظ للقضاء بمجال تدخل خاص في بعض أنواع المنازعات التي يحذر على التحكيم النظر فيها، إلا أن نطاق قابلية النزاعات للتحكيم يعرف نمواً مهماً سواء جراء تطور القوانين الوطنية في هذا الجانب، أو جراء تطور فهم وتفهم القضاء للدور المساعد للتحكيم في فض الكثير من المنازعات حتى في المجالات المحظورة عليه.

ويتمظهر هذا التطور من خلال تبني الاجتهاد القضائي للعديد من القواعد والمبادئ في مجال التحكيم حتى في غياب نصوص تشريعية، إضافة إلى تقبله للقواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية، وتلك الناتجة عن الممارسة في محيط التحكيم وخصوصاً منه المتعلق بمنازعات عقود التجارة الدولية.

تأسيساً على ما سبق، تطرح هذه الدراسة إشكالية تتمحور حول حدود سلطة القاضي في مجال التحكيم والمكانة التي حجزها التشريع والاتفاقيات والقوانين الدولية لهذه المؤسسة خلال مختلف أطوار العملية التحكيمية.

خطة البحث:

- المطلب الأول: الإطار القانوني والاتفاقي الدولي لعلاقة القضاء بالتحكيم.
- المطلب الثاني: القابلية للتحكيم والحدود الفاصلة في الاختصاص الموضوعي بين القضاء والتحكيم.

المطلب الأول
الإطار القانوني والاتفاقي الدولي لعلاقة القضاء بالتحكيم

ذهبت الاتجاهات التشريعية الحديثة إلى منح القضاء دوراً إيجابياً مزدوجاً يسهم في تحقيق فاعلية التحكيم، وذلك من خلال إفساحها المجال لتدخل قضاء الدولة لمساعدة التحكيم منذ ميلاد الاتفاق على التحكيم، وحتى صدور الحكم التحكيمي. ومن نماذج مجالات تدخل القضاء لمساعدة التحكيم، إجازة الالتجاء إلى قضاء الدولة لحل المشاكل المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية، وكذا لحل المشاكل المتعلقة بامتناع المحكم عن العمل أو رده أو عزله أو تغييره، إجازة الالتجاء إلى قضاء الدولة لمد مهلة التحكيم، وغيرها من الأدوار المهمة التي تسهم في تسريع وتجويد سير مسطرة التحكيم.[٣]

وعليه، فإن اتفاق الأطراف على التحكيم عن طريق شرط التحكيم قبل النزاع أو مشارطة تحكيمية بعد نشوب النزاع، لا يغنيهم عن اللجوء إلى القضاء خصوصاً إن تعلق الأمر بتحكيم حر؛ لذلك تطرق المشرع المغربي بشكل مفصل لأوجه تدخل القاضي في العملية التحكيمية بالتنصيص على مجموعة من الاختصاصات بموجب مواد القانون ١٧,٩٥ المتعلقة بالتحكيم والوساطة الاتفاقية[٤].

الفقرة الأولى: الأساس التشريعي لعلاقة القضاء بالتحكيم وموقف الاجتهاد القضائي من هذه العلاقة.

نظم المشرع المغربي التحكيم من خلال مقتضيات القانون ١٧,٩٥ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي دخل حيز التنفيذ في اليوم الموالي لصدوره بالجريدة الرسمية (١٤ يونيو٢٠٢٢)، وألغى بذلك أحكام الباب الثامن من القسم الخامس من القانون ٠٥,٠٨ الذي كان مضمناً في قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية).

ينظم هذا القانون الجديد التحكيم والوساطة الاتفاقية[٥] في ثلاثة أقسام، خصص

(٣) أمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم (منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة) ٢٤٦-٢٤٧.

(٤) ظهير شريف ١,٢٢,٣٤ صادر في ٢٣ شوال ١٤٤٣ (٢٤ ماي ٢٠٢٢) بتنفيذ القانون ١٧,٩٥ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الجريدة الرسمية عدد ٧٠٩٩ (١٣ يونيو ٢٠٢٢) ٣٥٧٩.

(٥) استلهم هذا القانون من القانون النموذجي لليونسترال والقانون الفرنسي، وكذا من التصميم العام لمجلة التحكيم التونسية.

منها القسم الأول للتحكيم من خلال باب يتعلق بالأحكام العامة للتحكيم (المواد من ١ إلى ١٩)، ثم باب للتحكيم الداخلي (المواد من ٢٠ إلى ٧٠)، وآخر للتحكيم الدولي المواد من (٧١ إلى ٨٥) مع الأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات التي صادقت عليها المملكة المغربية.

والجدير بالذكر، أن هذا القانون قد جاء بعدد من المستجدات والتعديلات تهم الجانب الشكلي والإجرائي والموضوعي للتحكيم بشقيه الداخلي والدولي، وما يهمنا في هذا الصدد تلك المتعلقة بدور القاضي قبل انطلاق العملية التحكيمية، وما يتعلق بدوره أيضاً في أثناء الإجراءات المسطرية، وكذا بعد صدور الحكم التحكيمي.

إن العملية التحكيمية لا تتم في منأى عن تدخل القاضي الوطني، الذي إما أن يساهم في فعالية التحكيم وإما أن يكون عائقاً لهذه الفعالية. وبالتالي لا ينبغي أن يفهم من لجوء الأطراف إلى المحكمة بأنها وصاية من جانبها على قضاء التحكيم، بل هي صمام أمان وتعاون ومساندة لتصحيح مسار العملية التحكيمية؛ كي تؤدي الهيئة التحكيمية الدور المنوط بها.

غير أن الواقع العملي يبين أن الأطراف، بحسن أو سوء نية، قد يلجؤون إلى القضاء رغم اتفاقهم على التحكيم. في هذه الحالة ينبلج الدور الذي يمكن للقاضي أن يلعبه في تفعيل اتفاق التحكيم وإحالة الأطراف على المحكم لفض منازعاتهم، لكن التساؤل الذي يراودنا في هذا الجانب مرتبط بالآليات القانونية التي تسمح للقاضي بلعب هذا الدور دون أن يكون في حالة إنكار للعدالة؟ الجواب يكمن في مكنة قانونية أقل ما يمكن القول عنها أنها آلية مركزية في التحكيم أو حجره الأساس، وهو مبدأ الاختصاص بالاختصاص. [٦] فغالب المطالبات القضائية رغم وجود اتفاق التحكيم أو

(٦) يمكن تعريف مبدأ اختصاص/ اختصاص بأنه ذلك المبدأ الذي يعترف للمحكم في النزاع باختصاصه أثناء الدعوى التحكيمية بأن يفصل في اختصاصه.
- سامي بديع منصور، مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال دور القضاء في تفعيل التحكيم في القانون اللبناني، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ع ٥٦ (٢٠١٠) ٨ وما بعدها.
والجدير بالذكر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ظهر أول ما ظهر في ألمانيا، على إثر حكم محكمة النقض الألمانية سنة ١٩٥٥ بجواز قيام الأطراف بالاتفاق على اختصاص الهيئة التحكيمية بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها. ويذكر أن أصل لفظ مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعود إلى أحد الألفاظ الألمانية المستخدمة من قبل الفقه الألماني والمعروفة ب – Kompetenz Kompetenz. للاطلاع أكثر حول الأصل التاريخي لهذا المبدأ والتطور الذي عرفه، يراجع: =

الإجراءات التحكيمية تهدف إلى المماطلة والتهرب من التحكيم،[٧] إلا أن هذا المبدأ يقف سداً منيعاً في وجه المماطلين. [٨]

وقد كرس المشرع المغربي لهذا المبدأ بأثريه الإيجابي[٩] (المادة ٣٢ من القانون ١٧,٩٥) والسلبي (المادة ١٨ من القانون ١٧,٩٥). حيث إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص السلبي يغل يد القضاء عن النظر في النزاع الذي يكون الأطراف فيه قد سبق ومنحوا الاختصاص للهيئة التحكيمية إن كانت قد شكلت تشكيلاً صحيحاً، حيث لا يمكن للقاضي النظر في النزاع مع وجود اتفاق تحكيم. وفي حالة عدم تشكلها فعلى أحد الأطراف الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الدخول في جوهر النزاع. في هذه الحالة يجب على القاضي إحالة النزاع إلى المحكمين ما لم يكن اتفاق التحكيم باطلاً بطلاناً ظاهراً. وعليه فالطرفان يعربان باتفاقهما عن رغبتهما في عدم منح الاختصاص للمحاكم الوطنية،

= – أنور علي أحمد لطفي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم (دار النهضة العربية، ط ١، دون سنة) ٤٦ وما بعدها.

– فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩) ٨٣ وما بعدها.

(٧) وفي حالة نشوء نزاع في الاختصاص بين القضاة والمحكمين، يجب ألا يؤثر هذا الظرف على مبدأ "الاختصاص بالاختصاص". فإذا كان المحكم قادراً على فحص اختصاصه الخاص لتجنب التأخير والانقطاع في سير العملية التحكيمية، فإن القاضي بدوره ملزم بفحص سبب عدم اختصاصه المحتمل.

J.C Fernández Rozas, Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial-international (Brill, Leiden/Boston, 2008) 97.

(٨) يونس الأزرق الحسوني، دور القاضي في تفعيل اتفاق التحكيم’ المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، ع ١٠ (٢٠٢٠).

(٩) –يقصد بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أن طرفي الخصومة يلتزمان بعرض النزاعات القانونية القائمة أو المحتملة المتفق بخصوصها على التحكيم، على هيئة التحكيم للفصل في موضوع الخصومة وإصدار قرار تحكيمي يكون ملزماً لهما، بخلاف عرض الخصومة على قضاء الدولة. للاستزادة حول الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم يراجع:

- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم (دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٣).
- أيمن عصام داوود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية (دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠٠٤).
- حسن النيداني الأنصاري، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم (دار الجامعة الجديدة، ط ١، ٢٠١١).
- التحيوي محمد السيد عمر، مفهوم الأثر السلبي لاتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشارطة (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣) ١٣١–١٣٢.

حيث يترتب على ذلك عدم اللجوء إلى هذه الأخيرة كجهة أولى لفض نزاع تم الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم. وبالتي فالأمر لا يمكن اعتباره تنافساً حول الاختصاص بين المحكم والقاضي، بل هو تحديد لهذا الاختصاص بموجب اتفاق التحكيم. (١٠)

وقد أعمل هذا المبدأ من قبل القضاء غير ما مرة (حيث قضت محكمة الاستئناف التجارية بفاس في قرار لها بأن: "...وجود مثل هذا الشرط يعطي للطرف المدعى عليه –المستأنف عليها–في الدعوى أمام الجهاز القضائي الرسمي حق الدفع بوجوده والتمسك به، فالاتفاق على مثل هذا الشرط يسحب من المحكمة سلطة البت في النزاع عملاً بمقتضيات الفصل ٢٣٠ من قانون الالتزامات والعقود مادام أن الطرف المستأنف عند إبرامه العقد المذكور قد قبل الشرط المذكور ويتعين تطبيقه، والمحكمة التجارية لما قضت بعدم قبول الدعوى على اعتبار أن المستأنف لم يسلك مسطرة التحكيم أولاً، واعتبرت الدعوى سابقة لأوانها بكون الحكم المستأنف قد صادف الصواب ويتعين التصريح بتأييده...").(١١)

وفي السياق نفسه، أصدرت محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء(١٢) قراراً جاء في حيثياته: "... وحيث جاء في أسباب استئناف الطاعنة لئن كان الفصل ٣١٧ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) رتب جزاء البطلان، دون تحديد لطبيعته ومداه، فإن الفصل ٣٢٧-٥ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) نص على الإجراءات الواجب اتباعها في حالة عدم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقاً، وكيفية وتاريخ اختيار المحكمين في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، وهو ما يعتبر تراجعاً عن البطلان المنصوص عليه في الفصل ٣١٧، وأن المستأنف عليها لم تثبت سلوكها الإجراءات المنصوص عليها في الفصل ٣٢٧-٥ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) إذ لو سلكتها لتم تعيين الهيئة التحكيمية وفق تلك الإجراءات، وستكون هذه الأخيرة هي المختصة للقول بمدى صحة صراحة شرط التحكيم من عدمه عملاً بمبدأ الاختصاص بالاختصاص. وأنه تأكيداً على هذا المبدأ جاء

(١٠) M El Hafi, 'L'arbitre et le Juge Etatique: Quel Collaboration?' Revue des affaires juridiques et juridictionnelles Ed 1 (février 2016) 157.

(١١) قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم ٨٧ بتاريخ ١٧ يناير ٢٠١٢، ملف عدد ٢٠١١/٨٦، منشور بموقع وزارة العدل المغربية <justice.gov.ma> (اطلع عليه ١١ مارس ٢٠٢٣).

(١٢) قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم ٢٠١٤/١٢٨٤ بتاريخ ١١ مارس ٢٠١٤، أورده رياض فخري وآخرون، الاتجاهات القضائية المغربية في المادة التحكيمية (طبعة ٢٠٢٢) ٤٢.

في الفقرة الأولى من الفصل ٣٢٧-٩ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) أنه (على الهيئة التحكيمية قبل النظر في الموضوع أن تبحث إما تلقائياً أو بطلب من أحد الأطراف في صحة أو حدود اختصاصها أو في صحة اتفاق التحكيم، وذلك بأمر غير قابل للطعن، وفق شروط النظر في الموضوع نفسها، وفي الوقت نفسه، وأن الحكم المطعون فيه لم يراع ذلك؛ لذا يرجى إلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي التصريح برفض الطلب....".

وعلاقة بمراقبة القضاء لصحة اتفاق التحكيم، يتنافس اتجاهان فقهيان بين قبل إحالة الأطراف على التحكيم، أو التصريح بعدم قبول الدعوى، أو عدم الاختصاص حسب الطبيعة القانونية للدفع بوجود هذا الاتفاق. الاتجاه الأول، يدعم الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، بمعنى أنه يطالب القاضي بالإحالة على التحكيم دون إمكانية مراقبة صحة الاتفاق، وذلك للوقوف في وجه الأطراف المماطلة، مع العلم أن القاضي يمكنه مراقبة صحة اتفاق التحكيم بعد نهاية الإجراءات التحكيمية وصدور الحكم التحكيمي بمناسبة الطعن فيه أو تذييله بالصيغة التنفيذية. أما الاتجاه الثاني، فيدعم الاقتصاد في المساطر، فإذا كان اتفاق التحكيم غير صحيح أو كان باطلاً ليس هناك حاجة إلى انتظار صدور الحكم التحكيمي إذا كان قاضي الطعن أو التذييل سيصل للنتيجة نفسها، وبالتالي فالسليم أن يتم افتحاص صحة اتفاق التحكيم في بداية الإجراءات لتجنب ضياع الوقت وإهدار المال.[١٣]

ومن جهة أخرى، فقد حرص المشرع على منح القاضي باعتباره قاضي الارتكاز[١٤] مجموعة من الصلاحيات لمساعدة الهيئة التحكيمية والأطراف على الرفع من فعالية العملية التحكيمية. وتختلف هذه الصلاحيات بحسب كل مرحلة من مراحل

(١٣) Y Lazrak Hassouni, Le juge étatique et l'arbitrage en droit marocain et comparé (Thèse de doctorat, Université Hassan 1er, Settat, 2016) 28.

(١٤) وهو مفهوم استخدمه المشرع الفرنسي للدلالة على قاضي الدولة الذي يرجع إليه لحل كل المشاكل التي تعترض العملية التحكيمية في حالة عدم اتفاق الأطراف أو في حالة وجود تدليس أو تحايل من طرف أحدهم. فيظهر دوره خلال كل أطوار العملية التحكيمية بدءاً من تعيين أعضاء هيئة التحكيم أو إجبارهم على تنفيذ الإجراءات التحفظية حين تتخذها الهيئة التحكيمية وتقديم الأدلة وإجبار الشهود على المثول أمام الهيئة التحكيمية وتقديم الوثائق وتمديد أجل التحكيم، ثم في الأخير وضع الصيغة التنفيذية. للاستزادة حول مفهوم قاضي الارتكاز راجع:

- E Loquin, L'arbitrage du commerce international (Ed Alpha, 2015) 164–165.

التحكيم، فعلى مستوى تعيين الهيئة التحكيمية أوجد إمكانية الاستعانة برئيس المحكمة لاستكمال تشكيل هذه الأخيرة في حالة لم يكن هناك اتفاق مسبق بين الأطراف (المادة ٢٢). كما يتم اللجوء إلى رئيس المحكمة إذا لم يتم تعيين الهيئة التحكيمية مسبقاً وفق ما جاءت به المادة ٢٣ من القانون ٩٥,١٧ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية. وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة جاءت بمستجد جدير بالاهتمام (الفقرة الثالثة منها)، يتعلق الأمر بالحالة التي يتعدد فيها الأطراف داخل أحد فريقي التحكيم (الطالب أو المطلوب في التحكيم)، ولا يتوفق أحدهما في تعيين المحكم، فالمشرع أعطى في هذه الحالة صلاحية الفصل في الموضوع لرئيس المحكمة. دون أن ننسى الدور الرقابي الذي يتمتع به القاضي خلال العملية التحكيمية والمتمثل في عزل المحكم الذي لم يباشر مهمته أو انقطع أو تأخر عن أدائها وتعيين محكم آخر لتعويضه (المادة٢٧).

بالإضافة إلى المهام السالفة الذكر نجد للقاضي أدواراً متعددة على طول سير إجراءات التحكيم وحتى بعد صدور الحكم التحكيمي، يمكن إجمالها فيما يلي:

- إمكانية الاستعانة بالقضاء الاستعجالي بالنسبة للتدابير الوقتية والتحفظية[١٥]؛ (المادة ٤٢)؛
- إمكانية الاستعانة برئيس المحكمة لتمديد مدة التحكيم (المادة ٤٨)؛[١٦]

(١٥) عادة ما تكون هذه التدابير تمهيدية تسبق الفصل التحكيمي، وتهدف في الوقت ذاته إلى المحافظة على حقوق الطرفين أو أحدهما خلال مدة العملية التحكيمية، أو لمنع تفاقم النزاع بينهما، أو للإبقاء على الحالة الراهنة، أو لضمان حسن تنفيذ الحكم النهائي لينتهي الفصل في النزاع بأتم وجه يحقق عدالة للطرفين. والعلة الدافعة لهذه الحماية هي مسابقة الزمن كي لا يفوت صاحب الحق حقه فيما يحميه الإجراء أو التدبير الوقتي أو التحفظي أو الاحترازي أو الحكم الوقتي. للاطلاع أكثر حول هذا الموضوع راجع:

- البوصافي أحمد بن سليمان بن محمد، سعد بهتي، التدابير الوقتية والتحفظية في الأعمال التحكيمية، مجلة المهن القانونية والقضائية، سلسلة قانون الأعمال والممارسة القضائية، العدد ٥ و٦ (٢٠١٩) ٧٣–٧٤.

(١٦) Les dispositions de nature supplétive de Art 327-20 du CPC (Art 48 de la loi 97.15) supposent que la durée de l'arbitrage n'est pas d'ordre public, constat confirmé par de multiples décisions judiciaires, du moment que le législateur a reconnu aux parties la faculté de convenir d'un délai autre que celui fixé par la loi.

-Y Lazrak Hassouni, Le juge étatique et l'arbitrage en droit marocain et comparé (Thèse de doctorat, Université Hassan 1er, Settat, 2016) 375.

- إمكانية الاستعانة بالقضاء لتصحيح الحكم التحكيمي الذي تسرب له خطأ مادي أو تفسيره إذا تعذر اجتماع الهيئة التحكيمية من جديد (المواد ٥٥ و٥٦)؛
- قلص المشرع من إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي من خلال مقتضيات المادة ٥٨ من القانون ٩٥,١٧، وحصرها في إمكانية تقديم الطلب بإعادة النظر[١٧] طبقاً للشروط المحددة في قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية)، أو التعرض على الحكم التحكيمي تعرض الغير الخارج عن الخصومة؛
- حصر أسباب بطلان الحكم التحكيمي فيما هو شكلي فقط[١٨]؛
- خول المشرع للقاضي من خلال القانون ٩٥,١٧ إمكانية البت في جوهر النزاع في حدود المهمة المسندة إلى الهيئة التحكيمية، إذا ما قضت ببطلان الحكم التحكيمي،[١٩] وذلك مع مراعاة اتفاق الأطراف (المادة ٦٣)، وقد تبنى القضاء هذا التوجه من خلال عدد من القرارات القضائية، فعلى سبيل المثال قضت محكمة

(١٧) تنص المادة ٥٩ من القانون ٩٥,١٧ على أنه: "يمكن أن يكون الحكم التحكيمي موضوع إعادة النظر، طبقاً للشروط المحددة في قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية)، أمام محاكم الاستئناف المختصة، كما لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم".

(١٨) حددت المادة ٦٢ حالات الطعن في الحكم التحكيمي في ٧ حالات: إذا صدر الحكم التحكيمي في غياب اتفاق التحكيم، أو إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً، أو إذا صدر الحكم بعد انتهاء أجل التحكيم؛ إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية أو مخالفة لاتفاق الطرفين؛ إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها، أو بتت في مسائل لا يشملها التحكيم، أو تجاوزت حدود هذا الاتفاق، أو التصريح بعدم اختصاصها رغم أنها مختصة، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها؛ إذا لم تحترم مقتضيات المواد ٥٠ و ٥١ و ٥٢ أعلاه؛ إذا تعذر على أي من أطراف التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم تبليغه تبليغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو إلى أي سبب آخر يتعلق بواجب احترام حقوق الدفاع؛ إذا صدر الحكم التحكيمي مخالفاً لقواعد النظام العام؛ في حالة عدم التقيد بالإجراءات المسطرية التي اتفق الأطراف على تطبيقها، أو استبعاد تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع.

(١٩) لعل غاية المشرع من وراء إعمال هذا المقتضى الذي لربما يضرب في جوهر التحكيم (الذي يرتكز على اختصاص الهيئة التحكيمية وحدها بالنظر في جوهر النزاع، واللجوء إلى القضاء بخصوص ما هو شكلي فقط)، هو من جهة اختصار الوقت على الأطراف للوصول إلى حل نهائي لنزاعهما، والحيلولة دون ضرورة اللجوء إلى التحكيم من جديد في الموضوع نفسه، أو إلى محاكم الدرجة الأولى ذات الاختصاص الأصلي، وما يستتبع ذلك من مساطر وطرق للطعن. ومن جهة أخرى ردع الخصم الذي يرغب في اللجوء إلى الطعن بالبطلان بهدف المماطلة.

الاستئناف التجارية بفاس:"...حيث جاء في قرار لذلك وجب التصريح ببطلان المقرر التحكيمي موضوع الطعن لكون تعيين المحكم تم بصفة غير قانونية... وحيث يتعين استناداً للفقرة الأخيرة من الفصل ٣٦,٣٢٧ (المادة ٦٣ من القانون ٩٥,١٧ بعد التعديل) من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) أن تتصدى المحكمة في حالة التصريح ببطلان المقرر التحكيمي للبت في النزاع ضمن الإطار نفسه الذي كان معروضاً به على التحكيم..."[٢٠] .غير أن هذه المكنة قد تم منحها فقط لمحكمة الاستئناف التي حكمت ببطلان الحكم التحكيمي في إطار التحكيم الداخلي دون الدولي.[٢١]

ويتجلى موقف القضاء من المكانة التي خصصها المشرع للقاضي في تحقيق فعالية العملية التحكيمية، من خلال الحد من التوسع في مفهوم النظام العام، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض عدد ٢٧٤ الصادر بغرفتين بتاريخ ٠٨ مارس ١٩٦٠ في الملف التجاري عدد ٠٣/٢٩٢: "تفسير العقد من طرف المحكمين ليس فيه خروج عن اختصاصهم وليس فيه مساس بالنظام العام"؛ وجاء في قرار آخر لمحكمة النقض عدد ١٥ الصادر بتاريخ ٠١ يناير ٢٠٠٧ في الملف عدد ٠٣/١٠١٥: "التعويضات المستحقة عن الطرد ليست من النظام العام، وبالتالي يمكن الاتفاق على التحكيم بشأنها لأنها لا تهم المصلحة العامة".

كما يشمل هذا الحد من التوسع النظام العام الدولي كذلك، حيث جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء[٢٢] ما يلي: " لكن حيث إن مفهوم النظام العام الذي أوجب على قاضي الصيغة التنفيذية مراقبة مدى عدم خرق تنفيذ (أو الاعتراف ب) الحكم التحكيمي لا علاقة له بما طبقه المحكمون على النزاع من قوانين أو قواعد ... إذ إن 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.

(٢٠) قرار محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم ٤٦٩ بتاريخ ١٣ مارس ٢٠١٢، ملف عدد ٢٠١١/٥٠٤، منشور بموقع وزارة العدل المغربية <justice.gov.ma> (اطلع عليه ١١ مارس ٢٠٢٣).

(٢١) نصت المادة ٨٥ على أنه: "خلافاً لمقتضيات المادة ٦٤ أعلاه، لا يمكن لمحكمة الاستئناف التجارية المختصة أن تبت في جوهر النزاع في حالة إذا ما قضت بإبطال الحكم التحكيمي الدولي".

(٢٢) قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم ٢٢٠ بتاريخ ١٥ يناير ٢٠١٥، ملف عدد ٢٠١٣/٨٢٢٤/٢٦٦٩.

وحيث إن المتفق عليه دولياً أن النظام العام الدولي والوطني يتضمن: المبادئ الأساسية المتعلقة بالعدالة والأخلاق الحميدة التي تسعى الدولة إلى حمايتها والقواعد والأحكام التي تهدف إلى خدمة المصالح السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية للدول والمتعارف عليها تحت اسم القوانين التوجيهية أو الآمرة مطلقاً (Lois de police) والالتزامات الدولية التي يجب على الدولة احترامها تجاه الدول الأخرى أو المنظمات الدولية (تراجع في هذا الشأن التوصيات عدد ٢/٢٠٠٢ لرابطة القانون الدولي بخصوص الطعن المبني على مفهوم النظام العام كسبب لرفض الاعتراف أو تذييل المقررات التحكيمية، المنبثقة- أي التوصيات- عن المؤتمر السبعين لرابطة القانون الدولي المنعقد بنيو دلهي، الهند من ٢ إلى ٦ أبريل ٢٠٠٢)".

الفقرة الثانية: الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية كأساس لعلاقة القضاء بالتحكيم من خلال الاجتهاد القضائي.

أثمرت استجابة المغرب لمتطلبات عالم التجارة الدولية عن إبرامه لمجموعة من الاتفاقيات الدولية التي تعنى بمجال التحكيم، سواء على المستوى العالمي الدولي أو على المستوى العربي، هذا بالإضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار، نذكر منها:

- اتفاقية نيويورك[٢٣] لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية؛[٢٤] (صادق المغرب على هذه الاتفاقية بتاريخ ١٩ يناير ١٩٦٠).
- اتفاقية واشنطن الموقعة بتاريخ ١٨ مارس ١٩٦٥ المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا دولة أخرى والتي أنشئ بمقتضاها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)[٢٥]؛ صادق المغرب على هذه الاتفاقية بتاريخ ٣١ أكتوبر ١٩٦٦.[٢٦]

(٢٣) Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention, 1958).

(٢٤) ظهير شريف رقم ١,٥٩,٢٦٦ بتاريخ ٢١ شعبان ١٣٧٩ (١٩ فبراير ١٩٦٠) الجريدة الرسمية عدد ٢٤٧٣، ٦٣٧.

(٢٥) The International Center for Settlement of Investment Disputes.

(٢٦) مرسوم ملكي رقم ٥٦٤,٦٥ بتاريخ ١٦ رجب ١٣٨٦ (٣١ أكتوبر ١٩٦٦) الجريدة الرسمية عدد ٢٨٢٠ (١٦ نونبر ١٩٦٦) ١٢٨٨.

- اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لسنة ١٩٨٣؛[٢٧] (صادقت المملكة المغربية على هذه الاتفاقية بتاريخ ٣٠ مارس ١٩٨٧).
- معاهدة الكويت الموقعة بتاريخ ٢٧ ماي ١٩٧١ والمنشأة للمنظمة العربية لضمان الاستثمار؛ (انضم إليها المغرب في ١٥ نونبر ١٩٧٥).
- اتفاقية عمان الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ١٩٨٠. (وقع عليها المغرب خلال الدورة الخامسة لمجلس وزراء العدل العرب المنعقد بعمان بتاريخ ٢٨ نونبر ١٩٨٧.)

لقد حرص الدستور المغربي من خلال تصديره على جعل الاتفاقيات الدولية تسمو فور نشرها على التشريعات الوطنية، ومنحها الأولوية في التطبيق وتلاه في ذلك القانون ٩٥,١٧ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية وذلك بصريح المادة ٧١، بل يلاحظ أن هذا القانون في مجمله مستوحى من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. (CNUDCI)[٢٨]

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل دخول القانون ٠٨,٠٥ حيز التنفيذ الذي تم نسخه بمقتضى القانون ٩٥,١٧ الحالي، وفي ظل غياب تنظيم تشريعي وطني لمنازعات الاستثمار الدولي بواسطة التحكيم أو الوساطة في تلك الفترة، اعتبر الفقه والاجتهاد القضائي اتفاقية نيويورك للاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية الإطار القانوني لاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية. (المجلس الأعلى المغربي بمثابة محكمة النقض، الغرفة الإدارية بتاريخ ٣ غشت ١٩٧٩ القرار رقم ١٦٢ والغرفة التجارية بالمجلس نفسه بتاريخ ١٩ يناير ٢٠٠٠ القرار رقم ٦٠ الملف التجاري رقم ٩٨/٧٠٩ ومحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ ٢٨ يونيو ٢٠٠٨ الملف عدد ٣٨٧٥).

(٢٧) وقعت الاتفاقية بتاريخ ٦ أبريل ١٩٨٣ من قبل جميع الدول الأعضاء عدا كل من (جمهورية مصر العربية – جمهورية القمر الاتحادية الإسلامية). دخلت الاتفاقية حيز النفاذ ابتداء من تاريخ ٣٠ أكتوبر ١٩٨٥.

(٢٨) La Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a été créée par l'Assemblée générale des Nations unies pour promouvoir l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international.

حيث جاء في القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية[٢٩] أنه: "وحيث يستخلص جواب المستأنف عليها في أن الطعن يخص مقرراً تحكيمياً أجنبياً، وهو بذلك يخضع لاتفاقية نيويورك التي صادق عليها المغرب والتي تسمو من حيث التطبيق على القانون الداخلي، وأنه حسب الاتفاقية فإن الاختصاص يكون لمحكمة البلد الذي صدر عنه المقرر التحكيمي موضوع الطعن.

... وحيث إن القانون الواجب التطبيق على النازلة هو الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي صادق عليها المغرب، وكذلك فرنسا البلد الذي صدر فيه المقرر، وإنه تبعاً لذلك فلا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل ٣٠٦ وما يليه من قانون الإجراءات المدنية لكونه يخص مقررات التحكيم الوطنية أو مقررات التحكيم الصادرة عن دول غير منضمة للاتفاقية المذكورة)".

كما ينص الأمر الاستعجالي الصادر عن المحكمة التجارية بالدار البيضاء[٣٠] على أنه: "وحيث وتأسيساً على ذلك، فإن الإطار القانوني للطلب هو اتفاقية نيويورك المؤرخة في ٠٩ يونيو ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها المصادق عليها من طرف المملكة المغربية بالظهير الشريف رقم ٢٦٦-٥٩-١ المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٢٤٧٣ بتاريخ ٢٠ رمضان ١٣٧٩ الموافق ل ١٨ مارس ١٩٦٠، وكذا قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) وفق ما هو منصوص عليه في بابه الثامن المتعلق بالتحكيم قبل نسخه بمقتضى القانون رقم ٠٥-٠٨ علماً، بأن الاتفاقيات الدولية هي بمثابة قوانين تسمو على القوانين الداخلية نفسها، وليس هناك ما هو أدل على ذلك مما سبق للمجلس الأعلى سابقاً – محكمة النقض- أن قضى به حينما منح للأحكام التي أتت بها المعاهدة الدولية قوة تفوق القانون الداخلي، حيث جاء في القرار الصادر عنه بتاريخ ١٣/٨/١٩٧٩ والذي اعتبر أن القانون الدولي الخاص يقضي بتطبيق مقتضيات الاتفاقيات الدولية عند تعارضها مع مقتضيات القانون الداخلي، أن المقرر التحكيمي المؤسس عليه شرط التحكيم، ورغم مخالفته مقتضيات الفصل ٥٢٩ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) القديم لا يعتبر باطلاً حينما قام بتطبيق الفصل ٢ من المعاهدة المذكورة (قرار مشار إليه في مجلة

(٢٩) قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم ٢٠١١/٣٤٧٩ بتاريخ ٦ شتنبر ٢٠١١، ملف عدد ٢٠١٠/٩٠٣/١٤.

(٣٠) أمر رقم ٣٢٣ بتاريخ ٦ مارس ٢٠١٣، ملف عدد ٢٠١٢/٣/١٢٥٦.

قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الندوة الجهوية الرابعة التي أقيمت احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى الصفحة ٢٢٥). حيث عملاً بمنصوص الفصل ٣ من اتفاقية نيويورك التي جاء فيها "تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بقوة أي مقرر تحكيمي وتسمح بتنفيذه وفق قواعد الإجراءات المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر".

وقد أضفت محكمة النقض المغربية على الأحكام التي أتت بها معاهدة نيويورك ١٩٥٨ قوة تفوق قوة القانون الداخلي، إذ جاء في قرار للمحكمة المذكورة أن "... قواعد القانون الدولي الخاص الداخلي تقضي بتطبيق مقتضيات الاتفاقيات الدولية عند تعارضها مع مقتضيات القانون الداخلي"[٣١]. فهذا القرار يؤكد أن القضاء المغربي استلهم المبادئ الكبرى لاتفاقية نيويورك،[٣٢] بل وروحها المنصبة على مسألة التنفيذ التي تعتبر أساس التطبيق السليم لفلسفة التحكيم التجاري الدولي، عبر التنصيص على أن الحكم التحكيمي المؤسس على شرط التحكيم، ورغم مخالفته لمقتضيات الفصل ٥٢٩ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) (القديم) لا يعتبر باطلاً حينما قام بتطبيق الفصل الثاني من المعاهدة المذكورة.

من جهة أخرى قضت محكمة النقض في أحد قراراتها[٣٣] على أن: "الفصل الثالث من اتفاقية الاعتراف بالمقررات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الصادر عن

(٣١) قرار المجلس الأعلى عدد ١٦٢ الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٨/٣، أورده:
- المصباحي عبد الرحمان، التحكيم من خلال العمل القضائي للمجلس الأعلى، ندوة العمل القضائي والتحكيم التجاري، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد ٧ (٢٠٠٥) ١٣٤ وما بعدها.

(٣٢) وفي قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف التجارية والذي جاء فيه: "وحيث يستخلص جواب المستأنف عليها في أن الطعن يخص مقرراً تحكيمياً أجنبياً وهو بذلك يخضع لاتفاقية نيويورك التي صادق عليها المغرب والتي تسمو من حيث التطبيق على القانون الداخلي، وأنه حسب الاتفاقية فإن الاختصاص يكون لمحكمة البلد الذي صدر عنه المقرر التحكيمي موضوع الطعن.... وحيث إن القانون الواجب التطبيق على النازلة هو الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي صادق عليها المغرب وكذلك فرنسا البلد الذي صدر فيه المقرر، وإنه تبعاً لذلك فلا مجال لتطبيق مقتضيات الفصل ٣٠٦ وما يليه من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) لكونه يخص مقررات التحكيم الوطنية أو مقررات التحكيم الصادرة عن دول غير منضمة للاتفاقية المذكورة)".
- قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم ٢٠١١/٣٤٧٩ بتاريخ ٦ شتنبر ٢٠١١، ملف عدد ٢٠١٠/٩٠٣/١٤.

(٣٣) القرار رقم ٦٠ بتاريخ ١٩ يناير ٢٠٠٠، ملف تجاري ٩٨/٧٠٩، منشور في مجلة قضاء المجلس الأعلى عدد ٥٦، ٤٢٥ وما بعدها.

الأمم المتحدة بتاريخ ١٩٥٨/٦/٩ المصادق عليها من المغرب بمقتضى ظهير ١٩٦٠/٢/١٩ يجعل تنفيذ المقرر التحكيمي الأجنبي، عن طريق قواعد الإجراءات المتبعة في التراب المستدل فيه بالمقرر، دون أن تفرض شروطاً مشددة غير مفروضة، للاعتراف بالمقررات التحكيمية الوطنية أو بتنفيذها، مما يدل على أن الاختصاص مسند بمقتضى الاتفاقية التي تحيل على مقتضيات إجراءات التنفيذ في باب التحكيم للقانون الوطني موضوع الفصل ٣٢٠ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) فلا مبرر للاستدلال بمقتضيات الفصلين ١٨ و٤٣٠ من القانون نفسه الذي يهم الأحكام القضائية، وأنه بالإضافة إلى أن طريقة رفع طلب الاعتراف والتنفيذ للمقرر التحكيمي الأجنبي منظمة بمقتضى الفصل الرابع من الاتفاقية الذي لا يجعل أجلاً للإيداع، فإن أجل الفصل ٣٢٠ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) يهم التحكيم الداخلي ولا يترتب عن عدم مراعاته أي أثر على الأمر بالتنفيذ، وبذلك لم يخرق القرار المطعون فيه أي مقتضى والوسيلة على غير أساس".

وفي الإطار نفسه، اعتبرت المحكمة التجارية بالدار البيضاء[٣٤] في حكم لها بأن "تذييل أحكام التحكيم الأجنبية لا تخضع فيما يخص الوثائق الواجب تقديمها للفصل ٣٢٢ من قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية)، وإنما لاتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والمصادق عليها من طرف المغرب".

كل هذه الأحكام والقرارات القضائية،[٣٥] تؤكد أن القضاء المغربي، تعاطى مع الشروط الشكلية اللازمة لطلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي كما هي متضمنة باتفاقية نيويورك [٣٦]مما يعكس السهولة التي يبتغيها القضاء في سبيل تفعيل حكم التحكيم وعدم تعطيل تنفيذه.

---

(٣٤) أمر المحكمة التجارية بالدار البيضاء بتاريخ ٣ غشت ٢٠٠٠، ملف عدد ٢٠٠٠/٠٤/١٣٢٢٣، منشور في مجلة المنتدى عدد ٢، ١٩٤.

(٣٥) انظر في هذا الخصوص:

- أمر رئيس المحكمة التجارية بالرباط بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠٠٦، رقم ١٣٢٠، ملف عدد ٢٠٠٦/١/١٣٤٩ (غير منشور). الذي قضى بتذييل الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم الدولية لدى غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ ٢٠٠٥/١٢/١٩ بالصيغة التنفيذية بعد إدلاء الطالبة بالوثائق المذكورة باتفاقية نيويورك.

(36) - Boudarhin A, L'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc (EDS Al Madariss, Casablanca, 1999) 10.

وتبعاً لذلك، فإن القانون ٩٥,١٧ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية جاء ملائماً في مجمله لمقتضيات اتفاقية نيويورك، حيث نجد على سبيل المثال الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية تنص على أنه:"...ويجوز لها أيضاً أن تعلن أنها لن تطبق الاتفاقية إلا بالنسبة للخلافات الناشئة عن علاقات قانونية، تعاقدية أو غير تعاقدية، وتعتبر علاقات تجارية بموجب القانون الوطني للدولة التي تصدر هذا الإعلان." هذا ما يتوافق ومقتضيات المادة ٢ من القانون ٩٥,١٧.[٣٧]

كما أن المادة ٨٠ من القانون نفسه تحدد الشروط نفسها المنصوص عليها في المادة الخامسة لاتفاقية نيويورك من أجل الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، فيما يتعلق بطلب وضع الصيغة التنفيذية على أحكام التحكيم الدولي الصادرة في المغرب، حيث قرر المشرع المغربي ضرورة تقديمه أمام القضاء الذي صدر في دائرته الحكم التحكيمي (المادة ٧٧)، وبذلك يكون قد كرس ما سبق للمجلس الأعلى أن قرره في اجتهاده القضائي (بتاريخ ١٧ يوليو ٢٠٠٢ في الملف التجاري رقم ٤١٨/٣/١/٩٩ القرار رقم ١٠٣٠.

وجدير بالذكر أن القانون الدولي الخاص المغربي يتناسب هو الآخر مع ما تنص عليه مقتضيات اتفاقية نيويورك (قرار المحكمة التجارية بالرباط رقم ٣٢٣ في الملف عدد ٢٠١٢/٣/١٢٥٦ بتاريخ ٦ مارس ٢٠١٣) وكذا (قرار المحكمة التجارية بالبيضاء رقم ٣٩٢١ في الملف عدد ٢٠١١/١/٢٤٢٦ بتاريخ ٢٨ دجنبر ٢٠١٢).

ونحن بصدد العبور مما هو كائن إلى ما ينبغي أن يكون عليه دور قضاء الدولة لتحقيق فاعلية التحكيم،[٣٨] من خلال تبيان الأساس الذي تنبني عليه علاقة التحكيم بالقضاء سواء من المنظور التشريعي أو الاتفاقي، والذي أظهر المكانة المهمة والمحورية لقضاء الدولة خلال مختلف مراحل العملية التحكيمية. نعرج للحديث عن إشكالية تعتبر محطة نقاش ومثار جدل واسعين ألا وهي قابلية النزاع للتحكيم والحدود الفاصلة في الاختصاص الموضوعي بين قضاء الدولة والتحكيم.

(٣٧) تنص المادة ٢ من القانون ٩٥,١٧ على أن: "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية، تعاقدية أو غير تعاقدية...".

(٣٨) الفزايري أمال أحمد، دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم (منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة) ٢٧٨.

المطلب الثاني
القابلية للتحكيم والحدود الفاصلة في الاختصاص الموضوعي بين القضاء والتحكيم

إذا كانت الدولة قد اعترفت للأفراد بمكنة الالتجاء الاختياري إلى التحكيم أي إلى قضاء التحكيم (الخاص)، بدل قضاء الدولة (العام) لحل منازعاتهم، فإنه يشترط في حالة الالتجاء إلى التحكيم أن تكون المنازعة محل التحكيم من بين المنازعات التي أجاز المشرع التحكيم بشأنها.[٣٩] وتعد مواضيع القابلية الموضوعية للتحكيم أو عدمها من المسائل المهمة التي شغلت ولا تزال بال المهتمين بالتحكيم، سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي، وذلك بهدف التشجيع على سلوكه كأداة لا تخلو من حسنات لحل المنازعات، وللتوفيق بين المواقف في هذا الخصوص، والوصول من ثم إلى حلول من شأنها السماح للتحكيم بأن يقوم بدوره بصورة تقلل من حجم تدخل المحاكم الوطنية لإبطال اتفاقات التحكيم، وذلك بحجة أن موضوع المنازعة المعروضة على التحكيم يعد من المواضيع التي لا يجوز حلها بواسطة التحكيم لأسباب تتعلق بالنظام العام.[٤٠]

وقد عرف مجال التحكيم تطوراً مهماً خلال السنوات الأخيرة، ولعل من أهم أسباب هذا التطور انفتاح القضاء وتقبله للدور المحوري الذي يلعبه التحكيم في فض المنازعات خصوصا ذات الطابع الدولي منها. بيد أنه لا زال موضوع قابلية النزاع للتحكيم من عدمه يثير جدلاً واسعاً، حيث إن الصعوبة لا تكمن في تحديد مدلول القضايا القابلة للتحكيم بقدر ما تكمن في تحديد الوضعيات والعلاقات والنزاعات القابلة للتحكيم عملياً، والحدود والضوابط التي يضعها القانون لتحديد نطاق ما يصطلح عليه بالتحكيمية أو القابلية للتحكيم[٤١] (L'arbitrabilité)[٤٢].

---

(٣٩) ذات المرجع، ٧٣.

(٤٠) الضرضوي رشيد، التحكيم ومساطر صعوبة المقاولة (رسالة ماستر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، ٢٠١٢/٢٠١٣) ١١.

(٤١) L'arbitrabilité est pour un litige donné, la possibilité de recourir à l'arbitrage, c'est en d'autres termes, « la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres ». Pour plus de détails sur la notion et les critères de l'arbitrabilité veuillez consulter : Bernheim-Van de Casteele L (Préface T Clay), Les principes fondamentaux de l'arbitrage (Bruylant, 2012) 161–162.

(٤٢) م الحبيب محمد، القضاء والتحكيم: أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية؟ (المطبعة والوراقة الوطنية، ط ١، ٢٠١٦) ٢٠٨.

الفقرة الأولى: امتداد التحكيم إلى مجالات كانت حكراً على القضاء.

بعد أن كان قانون المسطرة المدنية (قانون الإجراءات المدنية) لسنة ١٩٧٤ يحظر اللجوء إلى التحكيم في عدد من النزاعات، كتلك المتعلقة بعقود أو أموال خاضعة لنظام يحكمه القانون العام، بادر المشرع المغربي أسوة بالتشريعات الحديثة في التحكيم إلى مواكبة الضغط الدولي ومتطلبات الشركات المتعددة الجنسيات إلى إدخال عدد من التعديلات، خاصة تلك التي تهتم بالسماح للدولة والجماعات والهيئات العامة وتفرعاتها باللجوء إلى التحكيم في كل ما يتعلق بالنزاعات المالية لهذه الأخيرة، مع استثناء النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات الترابية أو غيرها من الهيئات المتمتعة بامتيازات السلطة العمومية أو تلك المتعلقة بتطبيق قانون جبائي(المادة ١٦من القانون ٩٥,١٧). كما أن الفقرة الثانية من المادة نفسها نصت على قابلية النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات الترابية للتحكيم، شريطة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة المنصوص عليها في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري العمل بها فيما يخص العقود المعنية.[٤٣]

بل واعتبر المشرع أن عدم تقيد تلك الجهات بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة لا يؤدي حتماً إلى بطلان شرط التحكيم حتى لا يتحمل المتعاقد مع الدولة مسؤولية خطأ ارتكبته هي.

كما أن المشرع المغربي قد أجاز للمقاولات العمومية الخاضعة لقانون الشركات التجارية وللمؤسسات العمومية والمنشآت العامة[٤٤] أن تبرم اتفاقات تحكيم (المادة ١٧ من القانون٩٥,١٧)، ويلاحظ أن هذه المادة عرفت تعديلاً فيما يخص خضوع اتفاقات التحكيم التي تبرمها هذه المقاولات والمؤسسات للإجراءات والشروط المحددة من لدن مجالس الإدارة أو الرقابة أو أجهزة التسيير، ولعل غاية المشرع من حذف هذه المقتضيات من القانون٩٥,١٧ هي تخفيف القيود والإجراءات التي يمكن أن تمس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ضماناً للسرعة والفعالية.

(٤٣) تجدر الإشارة إلى أن عدداً من القوانين المقارنة تعرف تضارباً فيما يخص إدراج العقود الإدارية ضمن مساطر التحكيم من عدمه، وذلك لما يطرحه هذا الأمر من إشكالات تتعلق بأهلية الدولة للتحكيم ومبدأ سيادتها باعتبارها تتمتع بحصانة تحول دون مقاضاتها أمام هيئات غير القضاء الوطني.

(٤٤) نظراً لكون غالبية هذه المؤسسات والمقاولات تشغل مجالات حساسة وحيوية، وبالتالي فإنه لضمان السرية والخصوصية يفضل اللجوء إلى التحكيم من أجل فض النزاعات التي تكون طرفاً فيها.

إن الظاهر من مقتضيات القانون ٩٥,١٧ أن المشرع لم يقر بشكل صريح بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، خلافاً لبعض التشريعات المقارنة التي كانت أكثر وضوحاً في هذا الصدد،[٤٥] إلا أنه بالرجوع للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب من أجل تسوية منازعات الاستثمار بين الدول وأشخاص القانون الخاص، فيمكن أن نعتبر ذلك قبولاً ضمنياً بتسوية هذه المنازعات عن طريق التحكيم،[٤٦] وهذا ما نستشفه كذلك من خلال إجازته للتحكيم الدولي في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، وذلك بواسطة مجموعة من النصوص الخاصة:

- الفصل ٣٩[٤٧] من ظهير ٢١ يوليو ١٩٥٨[٤٨] المتعلق بالتنقيب عن المحروقات واستغلالها والذي ينص على أن العقود المبرمة بين الدولة من جهة والشركات النفطية الأجنبية من جهة أخرى يمكنها أن تتضمن شروطاً تحكيمية.
- المادة ٣٨[٤٩] من القانون الإطار رقم ٠٣,٢٢ بمثابة ميثاق للاستثمارات.[٥٠]

(٤٥) نذكر المادة الأولى من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التي تنص على أنه:" مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

(٤٦) بنته فريد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة المنبر القانوني، ع ١٥ (٢٠١٨) ١٧٨.

(٤٧) ينص الفصل ٣٩ على ما يلي: "إن الاتفاقات المبرمة عملًا بظهيرنا الشريف هذا والنصوص المشار إليها في الفصل الأول بين الدولة من جهة والشخصيات المعنوية من جهة أخرى لإثبات حقوق هذه الشخصيات والتزاماتها باعتبار كونها محصلة على رخص معدنية تتعلق بالمواد الوقودية الهيدروكربونية يمكن أن ينص في هذه الاتفاقات على الالتجاء إلى التحكيم...".

(٤٨) ظهير شريف رقم ١,٥٨,٢٢٧ بمثابة قانون للتنقيب عن مناجم المواد الوقودية الهيدروكربونية واستغلالها، الجريدة الرسمية عدد ٢٣٨٩ (٨ غشت ١٩٥٨) ١٨١١.

(٤٩) تنص المادة ٣٨ من القانون الإطار ٢٢,٠٣ على أنه: "... يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنوداً تنص على أن أي خلاف يتعلق بالاستثمار قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي ستتم تسويته طبقاً للتشريع الجاري العمل به أو الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية في مجال التحكيم الدولي".

(٥٠) ظهير شريف رقم ١,٢٢,٧٦ صادر في ١٤ جمادى الأولى ١٤٤٤ (٩ ديسمبر ٢٠٢٢) بتنفيذ القانون الإطار رقم ٢٢,٠٣ بمثابة ميثاق الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد ٧١٥١ (١٢ ديسمبر ٢٠٢٢) ٧٩٠٠.

هذا فضلاً عن مجموعة من المنازعات التي كان المغرب طرفاً فيها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار [٥١](ICSID):

- قضية هوليداي ان HOLIDAY INN؛
- قضية ساليني؛
- كونسورسيوم RFCC.

كما أن الاجتهاد القضائي أقر ضمنياً بقابلية العقود الإدارية الدولية للتحكيم، حيث منحت المحكمة الإدارية الصيغة التنفيذية لحكم تحكيمي، في نزاع كانت الدولة المغربية أحد أطرافه (قضية ساليني: قرار محكمة النقض رقم ٢٤١ بتاريخ ٧ مارس ٢٠١٣ في الملف الإداري ٢٠١٣/١/٤/١٨٢؛ حكم المحكمة الإدارية بالرباط رقم ٨٩٧ بتاريخ ١١ مارس ٢٠١٤ في الملف رقم ٢٠١٣/١٣/١١٣).

ومن جهة أخرى، نطرح التساؤل حول الموقف الذي تبناه المشرع المغربي تجاه نوع آخر من المنازعات كتلك التي تهم نزاعات العمل الفردية، هل أقر صراحة إمكانية الفصل فيها بمقتضى اتفاق تحكيم، أم أنه بالنظر لطابعها الخاص وارتباطها بقواعد النظام العام الاجتماعي لم يسمح بهذه المكنة؟

صدرت مدونة الشغل بالمغرب سنة ٢٠٠٣ [٥٢] متضمنة ما اعتبره المشرع آنذاك الحد الأدنى من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها العامل وما دونها يعد تعسفاً لا يجب أن يقبل به القضاء لأنها تتعلق بالنظام العام. ومن بين ما تضمنته هذه المدونة إمكانية تسوية نزاعات العمل الجماعية عن طريق إجراءات تحكيم خاصة نصت عليها هذه المدونة (المادة ٥٥٠ من مدونة العمل) ولا يجوز الخروج عنها لأنها من النظام العام. وما يلاحظ أنه على الرغم من إجماع الفقهاء على انتماء قواعد قانون العمل إلى فئة قواعد النظام العام لم يمنع من تطور اتجاه فقهي آخر معارض لفكرة عدم إمكانية خضوع نزاعات العمل للتحكيم، وسندهم في ذلك بأنه على الرغم من الصبغة الحمائية

(٥١) المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (International Centre for Settlement of Investment Disputes) هي مؤسسة تابعة للبنك الدولي. تأسست عام ١٩٦٦م وهي تسعى إلى تسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار بين المستثمرين الأجانب والبلدان المستضيفة.

(٥٢) ظهير شريف رقم ١,٠٣,١٩٤ صادر في ١٤ رجب ١٤٢٤ (١١ سبتمبر ٢٠٠٣) بتنفيذ القانون رقم ٦٥,٩٩ المتعلق بمدونة الشغل، الجريدة الرسمية عدد ٥١٦٧ (٨ ديسمبر ٢٠٠٣) ٣٩٦٣.

التي تكتسي هذا القانون فإنه لا يوجد في إخضاع علاقات الشغل للتحكيم ما يمس النظام العام.[٥٣]

وبناءً على ذلك، فإن المشرع المغربي أفرد لنزاعات العمل الفردية إجراءات خاصة، من خلال مجموعة القواعد التي نص على اتباعها قبل اللجوء إلى القضاء، كإجراء محاولات الصلح من قبل مفتش الشغل، [٥٤]هذه الإمكانية للصلح فتحت الباب أمام أصحاب الأعمال للجوء إلى التحكيم لتسوية هذه النزاعات، لكنه تحكيم وفق قواعد قانون التحكيم العادية، ليطرح السؤال في ذلك عن الأساس القانوني للتحكيم في منازعات العمل الفردية؟

ولعلنا نجد بعض عناصر الإجابة عن هذا السؤال في النقاط التالية:

- سكوت قانون التحكيم عن استثناء نزاعات العمل من الخضوع له كما فعل مع المنازعات الضريبية؛
- الصلح التمهيدي كأساس لتسوية منازعات العمل الفردية أجازه قانون الشغل في المادة ٤١؛
- أجاز قانون العمل في المادة ٥٣٢ لمفتش الشغل القيام بمحاولة الصلح لتسوية نزاعات العمل الفردية؛
- هذا الصلح هو المدخل لجواز التحكيم في منازعات العمل الفردية؛ لأنه بحسب قانون التحكيم كل ما يجوز فيه الصلح يجوز فيه التحكيم؛
- على الرغم من أن المادة ٢٠ من قانون الإجراءات المدنية تنص صراحة على اختصاص المحاكم الابتدائية بالنظر في منازعات العمل الفردية إلا أنها لا تجعل هذا الاختصاص حصرياً لها دون غيرها.
- تأييد الاجتهاد القضائي لهذا التوجه من خلال قرار المجلس الأعلى (في الملف التجاري عدد ٧ المؤرخ في ١٦ يناير ٢٠٢٢ عدد ٩٩,١٢٤٣) بكون شرط التحكيم

(٥٣) محمد الحبيب، مرجع سابق، ٢١٤.

(٥٤) تنص المادة ٥٣٢ من مدونة العمل على أنه: «تناط بالأعوان المكلفين بتفتيش الشغل المهام التالية: ...٤ إجراء محاولات التصالح في مجال نزاعات الشغل الفردية. يحرر في شأن هذه المحاولات محضر يمضيه طرفا النزاع، ويوقعه بالعطف العون المكلف بتفتيش الشغل. وتكون لهذا المحضر قوة الإبراء في حدود المبالغ المبينة فيه".

يمكن أن يرد في العقود المدنية والتجارية، كما يمكن أن يضمن في العقد الأصلي أو في عقد مستقل.

الفقرة الثانية: وقوف التحكيم عاجزاً أمام منازعات لا زالت تعد موضوعات من النظام العام

يتبين لنا من خلال استقراء التطور الذي عرفه نظام التحكيم بالمغرب، خاصة فيما يتعلق بإمكانية فض بعض أنواع النزاعات عن طريق الوسائل البديلة، وفتح مجالات أوسع للتحكيم بعد أن كانت إلى عهد قريب محصورة في اختصاص القضاء، أن هناك أصنافاً أخرى من المنازعات لازالت تستعصي أمام قضاء التحكيم؛ نظراً لارتباطها بالنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، وبالتالي لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بشأنها، ونخص بالذكر في هذا الصدد:

المنازعات المتعلقة بمساطر صعوبات المقاولة[٥٥] (النظام العام الاقتصادي):

لعل أكثر القواعد اتصالاً بالنظام العام الاقتصادي[٥٦] هي تلك المنظمة لمساطر

(٥٥) يقابله قانون الإفلاس الكويتي وهو قانون يضم مجموعة من المواد القانونية المتعلقة بالأعمال التجارية في حال عدم تمكن التاجر المدين أو الشركة من سداد التزاماتها المالية، وذلك عبر إعلان الإفلاس واتباع إجراءات محددة لإنهاء مشكلة التعثر المالي، وحصول الدائنين على مستحقاتهم المالية دون وضع التاجر في أزمة مالية وتعرضه للضغوط.

(٥٦) يتعامل النظام العام الاقتصادي مع "التنظيم" المباشر لتبادل الثروة والخدمات حيث هناك نوعان من النظام العام الاقتصادي نظام التوجيه والحماية. يهدف النظام العام للتوجيه إلى حماية المصلحة العامة بشكل عام، ويحاول إشباع تصرفات الأفراد بتوجه سياسي، أو اجتماعي أو اقتصادي محدد، ولذلك فإنه يضمن إنشاء سياسة الاقتصاد الموجه. يكون النص التشريعي متعلقاً بالنظام العام المباشر عندما تتجاوز القاعدة المتوخاة المصلحة الفردية الوحيدة وتركز أكثر على المصلحة الجماعية، وفي هذه الحالة لا يسمح أي من طرفي العقد بالتنازل عن تطبيقه؛ لأن المصلحة التي يسعى إليها المشرع هي تلك الخاصة بالمجتمع ككل، وهذا هو السبب في أن أي انتهاك لهذا النص يقابله البطلان المطلق. على سبيل المثال، يقوم المشرع بسن قواعد تهدف إلى حماية المنافسة الحرة، وكذلك القيود التي ترد على الأسعار والأجور من أجل مواجهة التضخم. وعلى النقيض من النظام العام للتوجيه فإن العنصر الذي يهدف القانون إلى حمايته يمكن أن يتخلى عن المنفعة التي يضمنها له، ويتم التعرف على هذا النوع من النظام العام من خلال قراءة النص التشريعي الذي يهدف إلى حماية المصالح الخاصة، وبشكل عام تلك الخاصة بالطرف الأكثر حرماناً في توازن القوى بين الأطراف المتعاقدة. للاستزادة حول مفهوم النظام العام الاقتصادي راجع:

Karim V, L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation (1999) 40(2) Les Cahiers de droit 403–435.

صعوبات المقاولة؛ ذلك أن أغلب- إن لم نقل- جل القواعد المنظمة لهذه المساطر تتسم بطابع النظام العام، نظراً لشدة ارتباطها بالنشاط الاقتصادي الذي ترجو من خلاله تحقيق الصالح العام. ومن هنا الأهمية الكبرى التي توليها التشريعات الوطنية في مختلف الدول لمسألة تنظيم المقاولات، سواء من حيث صلاحيات أجهزتها، أو من حيث الأعمال التي تقوم بها بقواعد آمرة[٥٧]. وبناء عليه نتساءل إلى أي حد يمكن أن يتسع مفهوم التحكيم ليشمل النزاعات المتعلقة بمساطر صعوبة المقاولة؟ وهل يختلف موقف المشرع في هذا الصدد قبل فتح المساطر أو بعدها؟

يعتبر مبدأ توقف المتابعات الفردية، ومبدأ إلزامية التصريح بالديون من مبادئ النظام العام الوطني والدولي، نظراً للطابع الخاص لهذه الإجراءات والمصالح المتصارعة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة في الحفاظ على المقاولة، وعليه يجب أن نفرق بين قابلية نظام مسطرة صعوبة المقاولة للتحكيم، وبين قابلية بعض أوجه المسطرة للتحكيم، فالدعوى التحكيمية الجارية قبل فتح المسطرة يصرح بوجودها أمام القاضي المنتدب الذي يصرح بوجود دعوى جارية أمام الهيئة التحكيمية.

وقد سبق للقضاء أن تبنى هذا الموقف: قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم ٣٧٠٠ بتاريخ ١٩ يونيو ٢٠٠٣ في الملف رقم ١١/٢٠٠٨/٥٧٢١. كما أنه لا يوجد ما يمنع أن يقوم أعضاء المسطرة بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم خصوصاً بالنسبة للعقود اللاحقة لفتح المسطرة (المادة ٥٧٨ من مدونة التجارة).

أما الموقف الفقهي فقد عرف تأرجحاً بين ضرورة استبعاد المنازعات المتعلقة بمساطر صعوبة المقاولة عن دائرة التحكيم وانفراد القضاء الوطني بالنظر فيها، وبين من يدعو إلى توسيع النطاق الموضوعي لمسطرة التحكيم لتشمل بعض أنواع المنازعات المشكلة لموضوع اختصاص المحاكم التجارية مثل مساطر صعوبة المقاولات.[٥٨]

بالإضافة إلى النزاعات المتعلقة ببطلان وحل الشركات فقد جعلها المشرع هي الأخرى خارج اختصاص التحكيم، نظراً للدور الجوهري الذي تلعبه في العملية التجارية والصناعية؛ ذلك أن من شأن الحكم بحلها أن يؤثر سلباً على عدد من القطاعات

(٥٧) رشيد الضرضوي، ٣٠.

(٥٨) رياض فخري، التحكيم ومساطر صعوبة المقاولة أية علاقة، مجلة محاكم المغربية عدد ١١٧ (٢٠٠٨) ١٧.

الحيوية، كما يؤدي إلى تقليص الإنتاج وتسريح العمال والإضرار بمصالح الأغيار، ولما يترتب على ذلك من عواقب خطيرة فإنه يستحسن ترك النظر فيها للقضاء الرسمي، وضبطها عن طريق القوانين الجاري العمل بها لا على المراضاة التي يمكن أن يقع الاتفاق عليها.[٥٩]

وقد عزز القضاء الوطني والدولي هذا التوجه من خلال عدد من الاتجاهات القاضية ببطلان الحكم التحكيمي الصادر بحل الشركة واعتباره باطلاً نظراً لمخالفته للنظام العام (حكم المحكمة التجارية بطنجة في الملف عدد ١٠٤/ ٢٠٠٠ بتاريخ ٢٤ ماي ٢٠٠٠).

كما عرض أمام القضاء الفرنسي قرار تحكيمي[٦٠] كان قد صدر في دعوى (R.JUILLARS) والذي اعتبر باطلاً لمخالفته لقاعدة متعلقة بالنظام العام، وهي القاعدة التي تخول للجمعية العامة غير العادية في شركة المساهمة سلطة حل الشركة أو إدماجها، حيث قرر القرار التحكيمي هذه السلطة لثلاثة مساهمين يمثلون الأغلبية، فاستخدموها خارج نطاق الجمعية العامة غير العادية للشركة.[٦١]

المنازعات الضريبية (النظام العام السياسي).

إذا كانت المنازعات الضريبية تحيل، في عمومها، على تلك المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها والمتعلقة بربط الضريبة أو تحصيلها، وفقاً لما تقرره القوانين والأنظمة الضريبية الجاري العمل بها، فإن طرق الفصل فيها تتوزع ما بين الطريق الإداري الذي تكون فيه الإدارة الضريبية هي الفاعل الرئيسي؛ بغية التوصل إلى حل للخلاف القائم بينها وبين الخاضعين. وعند استحالة ذلك تحال المنازعة الضريبية إلى الطريق القضائي الذي وكل فيه المشرع المغربي الأمر للقضاء الإداري.[٦٢]

وقد أثارت فكرة إمكانية إعمال التحكيم كنوع من الوسائل البديلة لفض

(٥٩) شكري السباعي أحمد، التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربي، ج ١ (مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط ١، ٢٠٠١) ٢٣٨.

(٦٠) قرار أورده: المصري حسني، التحكيم التجاري الدولي (دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦) ٥٠٢.

(٦١) رشيد الضرضوي، ٢٩ .

(٦٢) كريم لحرش، 'الوسائل البديلة لحل المنازعات الضريبية بالمغرب: التحكيم والصلح الضريبي نموذجاً' مجلة ابن خلدون للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع ٢ (٢٠٢١) ٨٧.

المنازعات في المجال الضريبي جدلاً واسعاً بين معارض، يتوافق مع النهج الذي سلكه المشرع نظراً لارتباط هذا المجال بالنظام العام السياسي وإلى كونه يهم النظام العام، ويخضع إلى القوانين ذات التطبيق الضروري لما لها من مساس بسيادة الدولة وبمصالحها الحيوية ومواردها المالية، أما التحكيم فإنه ينبني على سلطان الإرادة المستمد من الاختيار الحر للأطراف للجوء إلى التحكيم لحل نزاعاتهم(٦٣).

وبين مرحب بهذه الفكرة على اعتبار أنها تطور حديث في القانون الضريبي، إلا أن المشرع المغربي قد حسم هذا النقاش من خلال مقتضيات المادة ٢٤٤ من المدونة العامة للضرائب(٦٤) كما أن المادة ١٦٤ من القانون المتعلق بجبايات الجماعات الترابية، أكدت هي الأخرى على أنه لا يمكن للمنازعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون أن تكون موضوع تحكيم.

كما أن مقتضيات المادة ١٦ من القانون ٩٥,١٧ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية جاءت متكاملة ومنسجمة مع توجه المشرع في هذا الصدد:"...غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم، ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي". وهو التوجه نفسه الذي سار عليه المشرع الفرنسي(٦٥) والذي اعتبر بأن القواعد الجبائية ترتبط أشد ارتباط بالمصالح العامة العليا، وبالتالي منازعاتها لا يجب أن تترك بين أيدي المحكمين. غير أن هذا التوجه قد يطرح عدداً من الإشكالات من قبيل، الحل الذي يمكن إعماله في الحالة التي يكون فيها المحكم بصدد النظر في نزاع من طبيعة تجارية أو مدنية بين طرفين من الخواص، ويطرح بشكل عرضي مشكل من طبيعة ضريبية؟ فهل يجب أن تمتنع الهيئة التحكيمية عن نظر النزاع ما دام حله يتوقف على تطبيق قاعدة جبائية؟ فمن الممكن أن يتفق الأطراف على أن يتحمل أحدهما كل الضرائب الناجمة عن العملية أو جزءاً منها، ففي هذه الحالة يفترض أنه

(٦٣) بنموسى حسن، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الداخلي (رسالة ماستر، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، ٢٠١٠/٢٠١١) ٣٣.

(٦٤) حيث نصت في الفقرة الثانية منها على أنه:"...لا يمكن للنزاعات المتعلقة بتطبيق القانون الجبائي أن تكون موضوع تحكيم".

(٦٥) Art 2060 du C.C Français énonce : « …On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

ليس هناك أي مانع من خضوع النزاع للتحكيم، فهذا الاتفاق لا يمس في شيء مصالح الإدارة الضريبية، بل ولا يغير بالنسبة لها من هو الخاضع للضريبة، غير أن المشكل يثور في حالة النزاع حول مبلغ الضريبة، فهل يجب على المحكم أن ينظر هذا النزاع، أم يجب عليه أن يوقف الإجراءات إلى حين صدور قرار القاضي المختص؟[٦٦]

إن فكرة قابلية التحكيم في مختلف النزاعات مسألة نسبية وغير محددة، على اعتبار أن ذلك يختلف من نظام قانوني لآخر، ومن فترة زمنية لأخرى تبعاً لتغير الظروف السياسية والاقتصادية للدول، فما يعد قابلاً للتحكيم في دولة ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، حيث تتعدد مواقف مختلف التشريعات في النظر للتحكيم بحسب خلفياتها القانونية، والمعايير التي تتبناها في قابلية فض مختلف النزاعات بطريق غير طريق القضاء صاحب الاختصاص الأصلي والأصيل[٦٧].

بيد أن هذه الفكرة قد تكون موضع شك بحسب خصوصية بعض القضايا التي قد تتأرجح فيها مسألة قبول التحكيم بين الإمكانية والرفض. فلا يكفي وجود نزاع في علاقة قانونية محددة للقول بتوافر ركن المحل في اتفاق التحكيم، بل لا بد أن يكون النزاع قابلاً للتسوية عن طريق التحكيم، أي أن يكون متعلقاً بالحقوق التي يملك الأشخاص التصرف فيها، والتي لا ترتبط بأي صلة بالنظام العام.[٦٨]

وهو ما يطبق على بعض أنواع المنازعات التي لم يحسم فيها المشرع بنص صريح تاركاً تضارباً فقهياً حول قابلية اللجوء فيها إلى التحكيم أو غيره من الوسائل البديلة لفض المنازعات من عدمه. ولعل أكثر الأمثلة تطبيقاً لهذا الاختلاف المنازعات المتعلقة بالعقار، حيث بالنظر للأهمية البارزة التي يضطلع بها والحماية التي أولتها له مختلف التشريعات حفاظاً على الأمن العقاري واستقرار المعاملات التي تتعلق بالملكية العقارية، ذهب البعض إلى عدم جواز التحكيم في هذه المنازعات، على اعتبار أنه ما دام من المحتم أمام ثبات هذه العقارات واستقرارها إخضاع التصرفات القانونية التي

(٦٦) رياض فخري، المنازعات الضريبية والنطاق الموضوعي لخصومة التحكيم، مجلة الحقوق سلسلة المعارف القانونية والاقتصادية ٤٨ (٢٠١٧) ٢١–٢٢.

(٦٧) طوير عالي، التحكيم في المنازعات العقارية، سلسلة إصدارات مجلة القانون والأعمال، التحكيم دراسات وتوجهات، الإصدار الأول (مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠١٧) ٣٣٨.

(٦٨) رياض فخري، مفهوم النظام العام في حكم التحكيم وأثره على الصيغة التنفيذية، مجلة المناهج القانونية، العدد المزدوج ٩–١٠ (٢٠٠٦) ٣٠.

من شأنها إنشاء الحقوق العينية الواردة عليها أو نقلها أو زوالها أو الاحتجاج بها على الغير لإجراءات شهر معينة، بحيث لا يتم ذلك إلا بإتمام هذه الإجراءات، على اعتبار أن قواعد الشهر والتقييد كلها من صميم النظام العام، فلا يجوز بالتالي مخالفتها، وكل اتفاق يخالف ذلك يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً[٦٩].

هذا ما أكدته محكمة استئناف القاهرة في أحد قراراتها التي جاء فيه:» ...وحيث إن الثابت من الأوراق أن المنازعة موضوع الدعوى غير قابلة للتحكيم، لسبب يتصل بالنظام العام، فموضوعها يتعلق بانتقال ملكية عقارية، الأمر الذي تطلب المشرع معه ضرورة رفعها أمام القضاء بدعوى تشهير صحيفتها طبقاً لقانون الشهر العقاري، فالمشرع وضع قيوداً على انتقال الملكية العقارية تتعلق بالنظام العام، بحيث لا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها. ولأن النزاع موضوع الحكم المطعون فيه يخرج عن حدود الولاية الممنوحة لقانون التحكيم، فإنه لا يكون لمشارطة التحكيم، ولا للحكم الصادر بناء عليها، حرمة، ويعدان معدومين لا حجة أو أثر لهما في نظر القانون[٧٠]".

أما الاتجاه المؤيد لإمكانية إعمال التحكيم في تسوية المنازعات العقارية فيستند إلى القاعدة الفقهية المعروفة التي تجيز التحكيم في كل مسألة يجوز فيها الصلح، فطالما أنه يجوز لطرفي أية علاقة عقدية أو غير عقدية اللجوء إلى التحكيم،[٧١] فيبقى المعيار هنا لتحديد نطاق اختصاص التحكيم هو معيار الصلح، بحيث يكون النزاع قابلاً للصلح إذا لم يكن متعلقاً بقاعدة آمرة متعلقة بالنظام العام، وعليه فإن جواز الاتفاق على التحكيم في مسألة معينة يتوقف على جواز الصلح بشأنها لعدم تعلقها بالنظام العام من الناحية الموضوعية.

كما أن هناك مسائل لا تتعلق في ذاتها بالنظام العام من الناحية الموضوعية، ومن ثم يجوز فيها الصلح، ولكنها تتعلق بالنظام العام من الناحية الإجرائية، وذلك فيما يخص الإجراءات الواجب اتباعها في رفع الدعاوى المتعلقة بها بحيث يكون رفع

(٦٩) العوا مريم محمد، مدى جواز التحكيم في العقود العقارية، مجلة التحكيم، ع ٥ (يناير ٢٠١٠) السنة الثانية، ٣.

(٧٠) قرار محكمة الاستئناف بالقاهرة – الدائرة السابعة التجارية – الدعوى رقم ٣٩ لسنة ١٢٧ قضائية، منشور في مجلة التحكيم العالمية، العدد ١٢ (أكتوبر ٢٠١١) السنة الثالثة، ٦٨٤–٦٨٥، أورده عالي طوير، مرجع سابق، ٣٣٩.

(٧١) انظر المادة ٢ من القانون ٩٥,١٧ المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

دعوى تحكيمية بشأنها فيه مخالفة لقاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام، أما من حيث نطاق اختصاص التحكيم في المنازعات العقارية فهو يختص فقط في المنازعات التي ليس لها ارتباط بقواعد قانونية آمرة، أو لا تتعلق بالنظام العام سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية. ومن أمثلة ذلك منازعات عقود الكراء، وكذا المنازعات الناشئة عن المسؤولية التقصيرية كالأضرار التي يتسبب فيها العقار.

ولعل ما زاد من أحقية مؤيدي التحكيم في المنازعات العقارية، عدم ورود هذه المنازعات ضمن دائرة القضايا المحظورة باسم القانون المنظم للتحكيم، على اعتبار الخصوصية التي تتمتع بها، والتي فرضت تحصينها من فض منازعاتها عن طريق التحكيم، وبسط ولاية القضاء العام عليها، كالمنازعات الضريبية أو الإدارية. كما يمكن القول بأن القضاء المغربي قد أقر ضمنياً بإمكانية التحكيم في المادة العقارية من خلال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء[٧٢] حيث اعتبر أن: "... الحجز التحفظي المضروب على العقار موضوع النزاع، والذي قضى الحكم التحكيمي المرجح برفعه إنما وقع بتاريخ ٢٠٠٧/٠٢/٢ أي بعد إبرام الوعد بالبيع بحيث لم يكن بإمكان الطرفين تضمين شرط التحكيم الحجز التحفظي، ثم إن شرط التحكيم المضمن بالوعد بالبيع ينص على النزاعات والخلافات التي قد تنشأ عن تأويل أو تنفيذ العقد التي سيتم عرضها على محكمين اثنين، والحجز التحفظي المقيد على الحقوق المشاعة للمستأنف يدخل في إطار تنفيذ العقد، ولا يمكن بالتالي أن يتأتى هذا التنفيذ والحجز التحفظي عالق بالرسم العقاري، مما يجعل الحكم المرجح بت في حدود الطلب ولم يتجاوزه"[٧٣].

ومن خلال ما سبق، نخلص إلى كون جواز التحكيم في بعض المنازعات العقارية (التي لا تشمل ما له علاقة بالنظام العام) خاصة في العقود الدولية أصبح ضرورة اقتصادية لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية المباشرة من جهة، وتخفيف العبء على القضاء الوطني من جهة أخرى خاصة بالنظر لما يوفره من سرعة وسرية تراعي طبيعة هذه المنازعات.

وفي إطار حديثنا عن النزاعات التي لم يحسم فيها المشرع بنص صريح والتي

(٧٢) قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم ٣٣٩ بتاريخ ١١ نوفمبر ٢٠١٣، ملف عدد ٢٠١٣/٣٣٩.
(٧٣) عالي طوير، مرجع سابق، ٣٣٩.

قد يغيب فيها عنصر التوازن الاقتصادي، أو التي تكتسي طابعاً حمائياً نظراً لارتباطها بأسس السلم الاجتماعي، نجد النزاعات المتعلقة بعقود الاستهلاك[٧٤] ومدى قابلية إدراج شرط التحكيم عندما يكون لدينا عقد يربط مهنياً له من المعرفة التقنية ما يضعه في موقف قوة أمام مستهلك ضعيف.

يجب الإشارة في البداية إلى أن المشرع المغربي في إطار تحديث ترسانته التشريعية قد بادر إلى سن قوانين جديدة تهدف إلى تجويد حياة الفرد والمجتمع، ومن بينها القانون ٣١,٠٨ المتعلق بتدابير لحماية المستهلك،[٧٥] هذا القانون الذي جاء ليخلق نوعاً من التوازن بين المورد والمستهلك، وليحمي مصالح الطرف المتضرر أو الضعيف في هذه العلاقة. وكأي علاقة اقتصادية تطرح فرضية نشوب النزاعات، ويطرح معها التساؤل حول كيفية فض هذه النزاعات دون هضم لحقوق المستهلك أو تضرر لمصالح المورد باعتباره مساهماً في إنعاش الاقتصاد الوطني.

---

(٧٤) تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يعط تعريفاً محدداً لمفهوم عقد الاستهلاك واكتفى بتحديد أطرافه وتعريف كل منهما من خلال المادة الثانية من القانون ٣١,٠٨ حيث تنص هذه الأخيرة على:
"يحدد هذا القانون العلاقات بين المستهلك والمورد.
يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي؛
يقصد بالمورد كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري... ".
ويعتبر موقف المشرع المغربي موافقاً لعدد من التشريعات المقارنة كالمشرع الفرنسي والمصري والجزائري، والتي لم تضع تعريفاً لعقود الاستهلاك بل إنها لم تشر إليها إطلاقاً، وذلك يرجع إلى كون تحديد مفهومها قد يحد من مدى الحماية التي ابتغتها تلك التشريعات للمستهلك. لكن هذا التوجه لم يمنع مختلف الدراسات الفقهية من محاولة وضع إطار يمكن من خلاله دراسة الرابطة القانونية التي تجمع المستهلك بالمهني ووضعها كأساس لمضمون الحماية التي قررها المشرع للمستهلك، في هذا الصدد قام البعض بتعريف عقد الاستهلاك على أنه: "العقد الذي يبرم بين المهني والمستهلك بشأن سلع أو خدمات يقدمها الأول للثاني بغرض إشباع حاجياته الشخصية أو العائلية" راجع طرح البحور علي، عقود المستهلكين الدولية ما بين التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ٢٠٠٧، ص ١١ ، بينما عرفه البعض الآخر على أنه "العقد الذي يكون موضوعه توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات لفرد هو المستهلك، وذلك من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني". راجع في هذا الصدد:
- أبو فروة محمود محمد، عقود الاستهلاك بين النظرية والواقع، ضمن: فاتن حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١) ١٠.

(٧٥) ظهير شريف رقم ١,١١,٠٣ بتاريخ ١٤ ربيع الأول ١٤٣٢ (١٨ فبراير ٢٠١١) بتنفيذ القانون رقم ٣١,٠٨ القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية عدد ٥٩٣٢ (٧ أبريل ٢٠١١) ١٠٧٢.

باستقرائنا لمقتضيات القانون السالف الذكر، نجد أن المشرع حدد قائمة من الشروط التعسفية في المادة ١٨ من القانون ٣١,٠٨. ومن بينها أن كل مقتضى يهم إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعاوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد، طبقاً للقانون المعمول به.

ولكون وجود اتفاق تحكيم بين طرفي علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية يعطي الاختصاص الحصري للنظر في موضوع النزاع للهيئة التحكيمية ويغل يد القضاء عن ذلك، فإن شرط التحكيم يعتبر شرطاً تعسفياً إذا ما احتكمنا لنص هذه المادة. وذلك على الرغم من كون شرط التحكيم يقوم على أساس اتفاقي إلا أن المستهلك قد يخضع للشروط المقترحة من طرف المهني كونه في حاجة إلى امتلاك المنتج موضوع العقد أو الاستفادة من الخدمة، وبالتالي يترك المجال للمهني من أجل اختيار المحكمين والقانون الواجب التطبيق والإجراءات المتبعة خلال مسطرة التحكيم داخل عقد يطغى عليه خاصية الإذعان أكثر من الرضائية. وهو ما يطرح جملة من التساؤلات حول مدى احترام مبدأ الحياد، ومدى توفر الحماية القانونية الكفيلة بحفظ حقوق المستهلك، مدى إمكانية تحمل المستهلك لمصاريف التحكيم...وغيرها من الضمانات التي يمكن أن يوفرها القضاء الوطني.

وإذا ما نظرنا للموضوع من زاوية أخرى، نجد أن المشرع لم يدرج المنازعات المتعلقة بعقود الاستهلاك ضمن المنازعات التي حظر على التحكيم النظر فيها، كما هو الحال بالنسبة للنزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم، أو الحقوق الشخصية الخارجة عن دائرة التعامل، وكذا التصرفات الأحادية للدولة، وتلك المتعلقة بتطبيق قانون جبائي. [٧٦]وبالتالي يبقى التساؤل مطروحاً حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من المنازعات، وعن دور القضاء الإيجابي في تحقيق التوازن والحماية الضرورية لمختلف المتداخلين في هذا المجال؟

(٧٦) – المواد ١٥ و١٦ من القانون ٩٥,١٧.

خاتمة

إن اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم قصد فض منازعاتهم يمثل حرصهم على تجنب القضاء الرسمي، لكن هذه الدراسة تبين في الحقيقة أن العملية التحكيمية لا تجري أطورها بعيداً عن تدخل القضاء. هذا التدخل يجب أن يكون محدوداً واستثنائياً، فاللجوء إلى القضاء الرسمي يجب أن ينحصر فيما من شأنه المساهمة في فعالية العملية التحكيمية.

كما أن التوسع في قابلية المنازعات للتحكيم من شأنه مساعدة القضاء الرسمي في الموازنة بين الكم الهائل من ملفات النزاعات مقابل الإمكانيات المحدودة، وإلزام البت في آجال قانونية معقولة (مبدأ دستوري). هذا المطلب يكون أكثر حدة بالنسبة لمنازعات التجارة الدولية، التي تتطلب مقاربة مغايرة للنظرة التنازعية للقانون الدولي الخاص (تنازع القوانين، تنازع المحاكم).

تهدف هذه الدراسة إلى استجلاء دور القضاء الوطني في تجاوز رؤيته للتحكيم كمنافس، إذ لا يمكن اعتبار التحكيم بديلاً أو منافساً للقضاء. ومن ثم يجب على القضاء أن يضطلع بدور إيجابي في تحفيز الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، خصوصاً عند تفعيل اتفاق التحكيم بشكل تلقائي دون انتظار الدفع من أحد الأطراف.

ونخلص في الأخير بعدد من الاستنتاجات والتوصيات تتمثل فيما يلي:

بادر المشرع المغربي من خلال إصداره للقانون الجديد المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية (القانون ٩٥,١٧) إلى تعزيز دور مؤسسة القضاء خلال مختلف أطوار العملية التحكيمية، وذلك من خلال عدد من المستجدات كالتي تهم تحديد مؤسسة قاضي الارتكاز بشكل لا لبس فيه، حيث تنص المادة الأولى من هذا القانون على أن رئيس المحكمة المختصة بالنظر في الصعوبات المرتبطة بإجراءات التحكيم هو رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة الابتدائية الإدارية، أو رئيس المحكمة الابتدائية التجارية، أو من ينوب عنه. كما نلاحظ أن هذا القانون قد رسم حدود تدخل القضاء في العملية التحكيمية، وجعلها تتمحور في الجانب الشكلي أو الإجرائي تعزيزاً لمبدأ استقلال التحكيم، مع استثناء يخص إمكانية البت في جوهر النزاع في حدود المهمة المسندة إلى الهيئة التحكيمية، إذا ما قضت ببطلان الحكم التحكيمي الداخلي دون الدولي.

كما نجد بأن التوجه الذي سار عليه المشرع المغربي وعدد من التشريعات الوطنية الأخرى، يجعل من نظام التحكيم نظاماً موازياً للقضاء، ولا يمكن استمراره بمعزل عنه؛ لأن الدور الذي يلعبه القاضي الوطني في أثناء سير إجراءات التحكيم هو دور متمم لفاعلية التحكيم، كما أن اتخاذ مثل هذه الإجراءات تحتاج إلى سلطة إجبار، وهذه السلطة يملكها القاضي الوطني وحده، وذلك احتراماً لمبدأ سيادة القانون والدولة، وحفاظاً على الأصل الاتفاقي للتحكيم، بالإضافة إلى دور القاضي في سد العقبات ومواجهة العراقيل التي قد تصادف الخصومة التحكيمية والرقابة الشكلية على حكم التحكيم.

وبالتالي، فإن تدخل القاضي في العملية التحكيمية محدد بشكل دقيق، بما يكفل تحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات التجارية الوطنية والدولية. فترك مجال واسع للسلطة التقديرية للقاضي قد يمس باستقلال التحكيم، ويضعف جاذبيته كآلية فعالة ومرنة لفض المنازعات. فالعلاقة بين التحكيم وقضاء الدولة، هي علاقة تكامل وتجانس، وليست علاقة تعارض وتنافس، فكل منهما يمثل جزءاً من منظومة واحدة، كما يشكلان روحين لجسد واحد وهو جسد العدالة.

غير أنه، وعلى الرغم من المجهودات المبذولة من أجل وضع إطار قانوني شامل ومتكامل يستجيب لمتطلبات مختلف المتدخلين في العملية التحكيمية، لازالت بعض المقتضيات تحتاج إلى إعادة النظر فيها تماشياً مع ما يمكن إجماله فيما يلي:

- توفير التكوين المناسب لقاضي الارتكاز أو تعيين قاض متخصص على مستوى المحاكم المتخصصة تولى له مهمة التدخل في القضايا والإجراءات التحكيمية.
- على مستوى تدخل القاضي في تشكيل الهيئة التحكيمية، كان حرياً بالمشرع من خلال المادتين ٢٢و ٢٣ من قانون التحكيم المغربي تحديد مدة معينة تلزم القاضي الوطني المختص في تعيين المحكمين بإصدار قراره باختيار المحكم ضمن هذه المدة؛ وذلك لضمان السرعة في البدء بإجراءات التحكيم وعدم المماطلة. والأمر نفسه بخصوص بت القاضي في الصعوبات المتعلقة بتشكيل الهيئة التحكيمية.
- رفع اللبس عن قابلية التحكيم من عدمها بنصوص قانونية صريحة في بعض أنواع المنازعات كمنازعات العمل الفردية والنزاعات العقارية.

- توسيع نطاق تطبيق مسطرة التحكيم لتشمل بعض المنازعات المشكلة لموضوع اختصاص المحاكم التجارية مثل مساطر صعوبة المقاولات.
- يستحسن لو أن المشرع نص على قواعد خاصة تنظم التحكيم في منازعات الاستهلاك بشكل لا لبس فيه.

المراجع

الكتب:

- أمال أحمد الفزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فعالية التحكيم (منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة).
- أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم (دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١٣).
- أيمن عصام داوود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية (دار الفكر الجامعي، ط ١، ٢٠٠٤).
- الأنصاري حسن النيداني، الأثر السلبي لاتفاق التحكيم (دار الجامعة الجديدة، ط ١، ٢٠١١).
- التحيوي محمد السيد عمر، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق التحكيم شرطاً كان أم مشارطة (دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣).
- أحمد شكري السباعي، التحكيم التجاري في النظام القانوني المغربي، ج ١ (مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، ط ١، ٢٠٠١).
- أنور علي أحمد لطفي، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم (دار النهضة العربية، ط ١، دون سنة).
- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦).
- محمد الحبيب، القضاء والتحكيم: أية صيغة بديلة للنهوض بالوظيفة القضائية؟ دراسة مقارنة (المطبعة والوراقة الوطنية، ط ١، ٢٠١٦).
- طرح البحور علي، عقود المستهلكين الدولية ما بين التحكيم والقضاء الوطني (دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧).

- فاتن حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك (منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١).

الرسائل والأطروحات:

- حسن بنموسى، الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الداخلي (رسالة ماستر، جامعة مولاي إسماعيل، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مكناس، ٢٠١٠/٢٠١١).
- رشيد الضرضوي، التحكيم ومساطر صعوبة المقاولة (رسالة ماستر، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سطات، ٢٠١٢/٢٠١٣).
- فاطمة صلاح رياض، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم (أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٩).
- مصعب يحيى صالح، دور القاضي الوطني في التحكيم التجاري: دراسة مقارنة (رسالة ماستر، كلية القانون، جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٢٠/٢٠٢١).

المقالات:

- بنته فريد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة المنبر القانوني، ع ١٥ (٢٠١٨).
- رياض فخري، "التحكيم ومساطر صعوبة المقاولة أية علاقة"، مجلة محاكم المغربية، ع ١١٧ (٢٠٠٨).
- رياض فخري، "المنازعات الضريبية والنطاق الموضوعي لخصومة التحكيم، مجلة الحقوق، سلسلة المعارف القانونية والاقتصادية ٤٨ (٢٠١٧).
- رياض فخري، "مفهوم النظام العام في حكم التحكيم وأثره على الصيغة التنفيذية"، مجلة المناهج القانونية، العدد المزدوج ٩-١٠ (٢٠٠٦).
- كريم لحرش، "الوسائل البديلة لحل المنازعات الضريبية بالمغرب: التحكيم والصلح الضريبي نموذجاً"، مجلة ابن خلدون للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ع ٢ (٢٠٢١).

- سامي بديع منصور، "مبدأ الاختصاص بالاختصاص من خلال دور القضاء في تفعيل التحكيم في القانون اللبناني". المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، ع ٥٦ (٢٠١٠).
- عالي طوير، "التحكيم في المنازعات العقارية" سلسلة إصدارات مجلة القانون والأعمال، التحكيم دراسات وتوجهات، الإصدار الأول (دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ٢٠١٧).
- مريم محمد العوا، "مدى جواز التحكيم في العقود العقارية" مجلة التحكيم، ع ٥ (يناير ٢٠١٠) السنة الثانية.
- محمد بن هلال، "مركز التحكيم التجاري في التشريع المغربي" (منشور على منصة المنهل الإلكترونية).
- يونس الأزرق الحسوني، "دور القاضي في تفعيل اتفاق التحكيم" المجلة المغربية للدراسات والاستشارات القانونية، ع ١٠ (٢٠٢٠).

المراجع باللغات الأجنبية:

Ouvrages

- Abdellah Boudarhin, *L'arbitrage commercial interne et international au regard du Maroc* (EDS Al Madariss, Casablanca, 1ère éd, 2012).
- E Loquin, *L'arbitrage du commerce international* (Ed Alpha, 2015).
- JC Fernández Rozas, *Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international* (Brill, Leiden/Boston, 2008).
- Karim V, 'L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation' (1999) 40(2) *Les Cahiers de droit* 403– 435.
- Laure Bernheim-Van de Casteele (Préface T Clay), *Les principes fondamentaux de l'arbitrage* (Bruylant, 2012).

Thèses et Mémoires

- Youness Lazrak Hassouni, *Le juge étatique et l'arbitrage en droit marocain et comparé* (Thèse de doctorat, Université Hassan 1er, Settat, 2016).

Articles

- M El Hafi, "L'arbitre et le Juge Etatique: Quel Collaboration?" *Revue des affaires juridiques et juridictionnelles* Ed 1 (février 2016).
- Youness Lazrak Hassouni, "Le juge d'appui marocain" *Revue internationale du droit des affaires* 1ère éd (2017).

The Positive Role of the Judiciary in Arbitration: Insights from the Moroccan Experience

Dr. Riyad Fakhri *
Dr. Saad Bahhitti**
Hanana Ettor***

Abstract:

Objectives: This study aims to analyze the legal framework regulating the relationship between the judiciary and arbitration in Moroccan legislation, through a review of the legal texts governing arbitration and an examination of the role played by the judiciary at various stages of the arbitration process. The analysis reveals that the Moroccan legislator has granted the judiciary a prominent position within the arbitration system, going beyond the traditional view that confines the judge's role to post-award supervision, to embrace a positive role that enhances the effectiveness of arbitration procedures and accompanies the different procedural stages. **Methodology:** The study relied on the inductive method and the descriptive-analytical method to examine a number of national legislative texts related to the arbitration system. It also highlighted judicial trends in interpreting and applying arbitration rules, as well as their alignment with international standards and contemporary developments in the field. **Results:** One the main result of this research is that the relationship between arbitration and state judiciary should be understood as one of complementarity and harmony, rather than conflict or competition, with both representing integral components of a single system-namely, the system of justice. **Conclusion:** The study concludes by calling on the Moroccan legislator to precisely define the limits of judicial inter-

* Director of research laboratory in business law at Hassan the 1st University, Setat, Morocco.
Email : riyad.fakhri@uhp.ac.ma.

** Professor of Private Law, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences - Ait Melloul, Ibn Zohr University, Morocco. Email: s.bahhitti@uiz.ac.ma.

*** Phd Researcher, Faculty of Legal, Economic and Social Sciences - Agadir, Ibn Zohr University, Morocco, Email: ettorhanane@gmail.com.

- Submitted: 8/1/2024, Accepted: 30/60/2024.

All Rights Reserved-Academic Publication Council-Kuwait University.

To Cite P. 215

vention in the arbitration process, in order to ensure legal certainty and the stability of domestic and international commercial transactions. Granting judges excessively broad discretionary powers may undermine arbitration's independence and weaken its attractiveness as an effective and flexible mechanism for dispute resolution.

Keywords: international arbitration, national arbitration, National judiciary, Arbitrability.

د. رياض فخري، أستاذ القانون الخاص ومدير مختبر البحث قانون الأعمال، بكلية العلوم القانونية والسياسية، جامعة الحسن الأول سطات المغرب- حاصل على شهادة الدكتوراه، تخصص القانون التجاري جامعة عين شمس، القاهرة، جمهورية مصر العربية. محكم ووسيط، ولديه عدد من المؤلفات في القانون الخاص.

البريد الإلكتروني: riyad.fakhri@uhp.ac.ma

د. سعد بهتي، أستاذ محاضر مؤهل ومنسق ماستر الأنظمة الإجرائية ومساطر التنفيذ بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، أيت ملول، جامعة ابن زهر المغرب- حاصل على الدكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، باحث في مجال التحكيم الدولي ولديه عدد من المؤلفات في القانون الخاص.

البريد الإلكتروني: s.bahhitti@uiz.ac.ma

أ. حنان الطور، طالبة باحثة بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادير، جامعة ابن زهر المغرب، حاصلة على ماجستير في قانون العقود والعقار والتوثيق بالجامعة نفسها، حاصلة على ماجستير في التسويق وعلوم الإدارة من الجامعة الدولية لأكادير المغرب، وباحثة في مجال التحكيم الدولي.

البريد الإلكتروني: ettorhanane@gmail.com

للاستشهاد:

فخري، رياض. بهتي، سعد. الطور، حنان. (٢٠٢٥). الدور الإيجابي للقاضي في مجال التحكيم على ضوء التجربة المغربية. *مجلة الحقوق، جامعة الكويت*، ٤٩(٤)، ١٧٥-٢١٥.

To Cite:

FAKHRI, Riyad. BAHHITTI, Saad. ETTOR, Hanana. (2025). The Positive Role of the Judiciary in Arbitration: Insights from the Moroccan Experience. *Journal of Law, Kuwait University, 49*(4), 175-215.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

The Positive Role of the Judiciary in Arbitration: Insights from the Moroccan Experience

Dr. Riyad Fakhri
Dr. Saad Bahhitti
Hanana Ettor

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

P-ISSN: 1029 - 6069

E-ISSN: 2960 - 2742

No. 4 - Vol. 49

Jamada II 1447 - December 2025