

The Moroccan Dispute Resolution Review



Revue Marocaine de Résolution des Différends

THE MOROCCAN DISPUTE
RESOLUTION
REVIEW

REVUE
MAROCAINE DE RÉOLUTION
DES DIFFÉRENDS

Numéro Spécial | Special issue

2019

CONTENU

Avant-propos iv

Amin Hajji & Othmane Saadani

An overview on Moroccan arbitration law.....01

Amin Hajji

Les risques juridiques systémiques en matière d'investissements
privés internationaux au Maroc.....21

Amin Hajji & Othmane Saadani

L'application des règles d'ordre public en droit marocain.....32

Amin Hajji

Traduction non officielle en anglais de la loi n°08-05 relative à
l'arbitrage et à la médiation conventionnelle52

Amin Hajji & Nadia El Baroudi-Kostrikis

L'arbitrage des différends relatifs aux contrats pétroliers dans le
droit des pays du Maghreb arabe en comparaison avec le droit des
pays membres du Conseil de Coopération du Golfe (*en arabe*)
.....(*pagination arabe*).....01

Youssef Hanane & Salem Ben Said Ben Salman Errouhani

Les effets du recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale à la lumière du droit marocain et comparé (*en arabe*)(*pagination arabe*).....51

Youssef Hanane

Extension de la clause compromissoire à la lumière du droit et de la jurisprudence (*en arabe*)..... (*pagination arabe*).....58

Saad Babiti

Lecture du projet de loi n°95-17 relatif à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle (*en arabe*)..... (*pagination arabe*).....78

Amin Hajji & Youssef Hanane

Commentaire d'arrêt : « Le contrôle exercé par la Cour d'appel sur les sentences arbitrales à travers le recours en annulation » (*en arabe*).....(*pagination arabe*).....92

Amin Hajji & Youssef Hanane

AVANT-PROPOS

La publication semestrielle d'une revue spécialisée dans les Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (M.A.R.C.) fait partie des activités majeures de Mizan qui se fixe comme objectif de contribuer à l'émergence d'une doctrine arbitrale marocaine selon des standards internationaux.

Ce numéro spécial intervient dans un contexte où la législation nationale (projet de réforme du droit de l'arbitrage et de la médiation au Maroc) mais aussi internationale (convention de Singapour sur la médiation) en matière de M.A.R.C. sont en pleine émulation.

L'objectif de ce premier numéro, mais aussi des prochains, est de permettre à des auteurs marocains mais aussi étrangers de contribuer aux débats juridiques internationaux en la matière avec une attention particulière au droit marocain applicable en la matière.

Nous exprimons nos sincères remerciements aux auteurs qui ont contribué à la publication de ce numéro spécial. Nous donnons ainsi rendez-vous à nos lecteurs en juin 2020 pour la publication officielle du premier numéro de la Revue Marocaine de Règlement des Différends (RMRD).

Amin Hajji et Othmane Saadani

Mizan – Casablanca

Décembre 2019

Résumé : « Aperçu du droit marocain de l'arbitrage »

La loi marocaine sur l'arbitrage devrait prochainement être incluse dans un code spécialement dédié. Cette codification devrait être naturellement corroborée par la modernisation de la procédure d'arbitrage avec la consolidation des principes fondamentaux liés à cette technique alternative de règlement des différends. Le projet de loi semble être en deçà des espoirs qui lui étaient attribués et de ce fait l'analyse de certaines dispositions de la loi sur l'arbitrage en vigueur restent d'actualité puisque les principes demeurent inchangés et qu'à minima les litiges soumis à l'arbitrage avant le nouveau code resteraient soumis à la loi du 06 décembre 2007.

Abstract: « An overview on Moroccan arbitration law »

The Moroccan arbitration law should soon be included in a dedicated code. Naturally, this codification should be supported by the modernization of arbitral proceedings with the consolidation of the fundamental principles related to this alternative dispute resolution technique. The draft law seems to fall short of its expectations and as a result, the analysis of some provisions of the arbitration law in force remains effective because the principles remain unchanged and at minima disputes submitted arbitration before the new code would still be governed by the December 06, 2007, law.

ملخص: «إطالة على قانون التحكيم المغربي»

لئن كان على مستوى القانون المغربي سوف يتم في القريب اعتماد قانون جديد يتعلق بالتحكيم في شكل مدونة مستقلة عن قانون المسطرة المدنية فإنه رغم بعض المستجدات التي أتى بها والمبادئ الأساسية التي عمل على تكريسها يبدو أن هذا المشروع لا يرقى الى مستوى الآمال المرجو منه وفي نفس الوقت ستظل بعض احكام قانون التحكيم المعمول به حاليا سارية وخاضعة لقانون 08.05 الصادر بتاريخ 6 دجنبر 2007.

AN OVERVIEW ON MOROCCAN ARBITRATION LAW

Amin Hajji

Professor of law

Attorney at law

Founding member of Mizan Arbitration



Morocco will know in the near future a new arbitration code, as the draft law is currently under discussion by the Moroccan parliament and government. This new law will probably replace the former arbitration law dated December 6th, 2007. The main purpose of this new law aims at encouraging international investment, with a more efficient international arbitral legal framework.

Comprising more than 80 articles together, the upcoming arbitration law has not drastically changed its predecessor as it confirmed the inter partes enforcement proceeding which existed since the 2007 law, giving extensive recourse to dilatory proceedings for defendant parties. However, today arbitration agreement or arbitral award acknowledged and read through electronic messages are considered a valid notification.

Additionally, the definition of international arbitration has been confirmed as involving international trade interests, where at least one of the parties has its domicile or headquarters abroad. Furthermore, the application dropped by the Moroccan State in order to become a member of the African ECOWAS organisation should enlighten Moroccan judicials and legal professionals about the need to familiarise themselves with OHADA laws and

regulations, especially the arbitral ones applicable to 17 African States with whom Morocco has extensive commercial and investment projects.

Unless otherwise provided, the reference to “Articles” relates to articles 306 to 327-54 of the Moroccan civil procedure code of 1974 (“CPC”) as modified by law n° 08-05 of December 6th, 2007, referenced as (“the Law”) which contains the domestic and international arbitration legal provisions.

Arbitration clause

Article 307 CPC provides that an arbitration agreement is an agreement by which the parties commit to use arbitration in order to solve an arising or future dispute related to a defined legal relationship regardless of its contractual or non-contractual nature. The Law provides for two main set of arbitration and distinguishes domestic arbitration from international arbitration.

Moreover, the Law provides that an arbitration shall be in the form of an arbitration clause or an arbitration agreement. Article 316 CPC specifies that the arbitration clause is a contract provision in which the parties decides ante litem that their dispute will be resolved by arbitration, and Article 314 CPC defines the arbitration agreement as the parties’ decision to submit their dispute to an arbitral tribunal.

Accordingly, the minimum essential content of an arbitration agreement will differ depending on the nature of the arbitration agreement, whether domestic or international.

With respect to domestic arbitration, the Law provides for a minimum content depending on whether it is an arbitration clause or an arbitration agreement. The arbitration clause must, under penalty of nullity, either nominate the arbitrator(s) or at least

provide for the modalities of their designation. Alternately, Article 315 CPC provides that under penalty of nullity, the arbitration agreement should: (i) determine the subject matter of the dispute; (ii) designate the arbitral tribunal or provide for the terms of its designation; and (iii) determine the litigation scope of the dispute.

Besides, the arbitration clause must unequivocally be in a written form in the main agreement or in a document to which it refers. The same conditions are necessary for the arbitration agreement, which must be in writing, either by authentic instrument or private deed or by minutes drawn up before the arbitral tribunal selected (Article 313 CPC). If this condition is not satisfied, the arbitration clause or the agreement is void.

The Law governing international arbitration in Morocco, particularly Article 327.41 CPC provides that “the arbitration agreement may, directly or by reference to arbitration rules, appoint the arbitrator or arbitrators or set down the terms of their appointment as well as those of their replacements”. This Article implicitly provides that in international arbitration, agreements should be in written form. Moreover, Morocco is party to the 1958 New York Convention, which provides in Article II that contracting states should recognise “an agreement in writing, under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration (...)”. Therefore, in order for an international arbitration agreement to be recognised in Morocco, the agreement must be in written form.

Arbitration proceeding

Besides governing both domestic and international arbitration, the Law sets the procedural rules applicable as to the domestic and international arbitration in Morocco.

Firstly, domestic arbitration may be ad hoc or institutional. In the case of an institutional arbitration, the procedural rules are those selected by the institution who will settle the dispute. In the context of an ad hoc arbitration, the Law provides that the procedural rules may be determined by the parties or by the arbitral tribunal. However, should the parties fail to determine the rules of procedure, the elected arbitral tribunal will have to elect these rules in conformity with the Law regarding such rules of procedure (Article 319 CPC).

Secondly, in international arbitration proceedings, the arbitral tribunal is free to decide in which procedural rules it deems necessary. Indeed, Article 327-42 CPC provides that “The arbitration agreement may, directly or by reference to rules of arbitration, determine the procedure to be followed in the arbitration proceedings. It may also submit it to the procedural law that it decides on. If the arbitration agreement does not specify, the arbitral tribunal shall regulate the procedure as necessary, either directly or by reference to a law or rules of arbitration.” Accordingly, the parties are free to decide the procedural rules but are limited to three options. They may submit their arbitration proceedings to the rules of procedure of a specific arbitration institution or of a specific law, or they can agree a procedure of their own if it complies with the principles and provisions of Moroccan public policy.

The New York Convention clearly provides in Article V.1 (d) that in the absence of any contractual provisions fixing the rules of procedure of the arbitral proceedings, the law of the seat of the arbitration should apply. Thus, the arbitral tribunal is bound by the procedural rules set in the country of the seat of arbitration. In fact, the tribunal should comply with these rules in order to avoid any subsequent dispute concerning the recognition or enforcement of the arbitral award.

The Law explicitly provides, in respect to both domestic and international arbitration, whether ad hoc or institutional, in its article 327-36 CPC that notwithstanding any stipulation to the contrary, arbitral awards may be subject to an annulment appeal if the parties and/or the arbitral tribunal do not comply with certain mandatory provisions set forth in the Law. These mandatory provisions are listed in Article 327-36 CPC and pertain to: (i) the validity of the arbitration agreement; (ii) the arbitration proceedings, specifically the time limit, the procedural rules, the applicable law and respect of the rights of defence; (iv) the valid constitution of the arbitral tribunal and its defined scope of mission; (v) the award, which should indicate the names of the arbitrators and the date of the award; and (vi) the respect of public order – which is indeed a complex and undefined concept of law.

The seat of arbitration is left to parties' choice, however its determination is not without effect. In fact, the seat of arbitration assess the legal framework of the arbitration's proceedings. The parties must pay particular attention to the choice of the seat of arbitration, since it can have significant implications for the conduct of the arbitration and the enforcement of the final award. The seat of arbitration will set the applicable law to the procedure and the competent courts that may intervene during the arbitration and after the award is rendered. Moreover, the seat of

arbitration also plays an essential role in the execution of the award.

The Law and particularly Article 327-14 paragraph 7 CPC provides that, unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal shall hold hearings to allow the parties to explain the purpose of the arbitral proceedings and to present their evidence. The hearings before the arbitral tribunal are done after swearing-in, and the parties may be represented or assisted by any person of their choice. The Law permits the arbitral tribunal to be limited to the production of briefs and written documents.

According to The Law, the arbitral tribunal can organise the arbitral proceedings, provided that the procedure complies with certain fundamental procedural principles – specifically, the fundamental principles of respect for the rights of defence, and the inter partes principle. In order to comply with these principles, the arbitral tribunal should summon each party to the litigation, and each party should receive all the elements produced during the proceedings from the arbitral tribunal. In fact, Article 327-36 paragraph 5 CPC provides that arbitral awards may be subject to annulment proceedings "(...) When one of the parties was not able to defend himself because it was not properly informed of the appointment of an arbitrator, arbitration proceedings or for any other reason relating to the duty of respect for the rights of defence (...)”.

Accordingly, the claimant is required under Article 327-14 CPC, to produce to the arbitral tribunal a written submission. The claim must contain, among other details: the name and address of the respondent; a summary of facts concerning the arbitral proceeding; and the points, which are in disagreement, and which are the origin of the dispute. The claimant must attach to its

request for arbitration all supporting documents and evidence intended to be used during the arbitration.

After submitting its arguments, Claimant will wait for the Respondent's arguments in defence. This answer should be in written form and made with all supporting documents and evidence it intends to use before the timeframe agreed between the parties or imposed by the arbitral tribunal.

The parties may determine a deadline for the arbitration proceeding and thus compel arbitrators to draft their award within a specified period. However, the Law generally limits to six months the timeframe of the award, unless the parties agreed otherwise.

Pursuant to Article 327-14 paragraph 9 CPC, the failure of a party to attend any hearings session or to submit the required documents will not affect the arbitral proceedings. The arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and render its award on the dispute.

According to Article 327-17 CPC explicitly provides that the arbitral tribunal is not competent to rule on issues concerning claims of forgery regarding a document submitted in arbitration. As such, the arbitral tribunal can continue its examination of the case if it considers that the outcome of the forgery proceedings is not obstructing the arbitration proceedings. Otherwise, it would have to suspend the proceedings until a final judicial judgment in the forgery case is rendered.

As to the burden of proof and evidence before courts, Moroccan courts have an inquisitorial procedure which means that the court is actively involved in investigating the facts of the case and it can ex officio or at the request of one or both parties, order different

investigative measures such as independent expertise, site visit, authentication of handwriting or any other investigative measures before ruling on the merits. In addition, the arbitral tribunal may investigate the dispute by hearing witnesses, involving experts or by requesting documents from a party who holds a piece of evidence (Article 327-11 CPC).

The arbitral tribunal/Arbitrators

Status and quality required for arbitrators are left to the parties' intention. However, Article 327-2 CPC specifies that, in any case and under penalty of nullity of the arbitration, the number of arbitrators designated by the parties should odd. Furthermore, Article 327-2 CPC provides that in the case the parties to arbitration failed to agree on the number of arbitrators, the number shall be three.

Only natural persons who benefit from their full capacity to exercise their civil rights may fulfil the mission of an arbitrator according to the Law. These individuals who wish to act as arbitrators should have their full civil rights and their ability to perform commercial acts should not be subject to any final convictions.

The Law provides that the arbitral tribunal may be constituted of a sole arbitrator or of a panel of arbitrators (Article 312 CPC). It also provides that the arbitration may be ad hoc or institutional (Article 319 CPC). In ad hoc arbitrations, the parties appoint the arbitral tribunal, whereas in institutional arbitration arbitrators are appointed by the arbitration institution in accordance with the parties' wishes.

Article 327-4 CPC provides that if the parties or the arbitrators fail to reach an agreement in order to appoint the additional

arbitrator(s), the president of the jurisdiction will proceed to the designation of the arbitrator(s) pursuant to an order, with no possible judicial recourse.

The arbitral tribunal is constituted as soon as all the arbitrators have confirmed their mission (Article 327-6 CPC). By accepting their mission, the arbitrator(s) must start the proceedings and conduct it until the end. Furthermore, an arbitrator cannot resign from his position as an arbitrator in the arbitral tribunal and thus his mission, unless he or she has legitimate reasons (Article 327-6 CPC).

In international arbitration, the Law provides that the arbitration agreement may choose the arbitrators directly or by reference to institutional rules of arbitration or provide the criteria of their designations and replacements (Article 327-41 CPC). However, if the parties face difficulties in the constitution of the arbitral tribunal, the Law provides that: (i) if the arbitration takes place in Morocco, the most diligent party may seize the president of the jurisdiction; or (ii) if the arbitration takes place abroad and the parties agree on the application of the Moroccan civil procedure law to their arbitration, the most diligent party may seize the President of the Commercial court of Rabat (Article 327-41 paragraph 2 CPC). The law permits the parties to agree in their arbitration agreement to find a solution for resolving this kind of difficulty without involving any national judge.

In addition, there are no specific provisions concerning the resignation of arbitrators in the Moroccan international law of arbitration. However, pursuant to the Law, in the event the parties choose to apply Moroccan procedural law and, provided they have not agreed otherwise, the provisions regarding the resignation of

arbitrators that apply to domestic arbitration will be applicable to their international arbitration proceeding (Article 327-43 CPC).

By accepting their mission, the arbitrators de jure enter into an agreement with the parties. The arbitrators must be independent and impartial, available and diligent and, last but not least, arbitrators should preserve the confidentiality of the proceedings. Indeed, the arbitrators must be independent from each party meaning that, in order to avoid any issues related to a conflict of interest, arbitrators should not have any personal or professional relationship with any of the arbitrators or the parties whether a relation of subordination, joint business interests or a family's relations. Also, they have to be impartial in their decision-making, and not foster a party against another in their approach to the arbitration case. In the event an arbitrator is aware of any circumstances which might give rise to justifiable doubts as to his independence or impartiality, he must reveal them spontaneously and in writing to the parties at the time he accepts his mission (Article 327-6 CPC).

By accepting their mission, the arbitrators must respect their obligations of resolving a dispute until the litigation case comes to a solution (Article 327-6 CP). Moreover, the Law provides that information received by arbitrators during the exercise of their function, is covered by the rules of professional secrecy (Article 326 CPC).

Finally, as the arbitration agreement is considered as an agreement between the parties and their arbitrator(s), Arbitrators have the right to be paid for their arbitration services and to be reimbursed for their expenses. In fact, this right is a contractual right that directly originally come from the arbitration agreement. In an ad hoc arbitration, the arbitral tribunal and the parties are free to

decide the amount and the modalities of payment of the fees. In a context of an institutional arbitration, the institutional rules defines the modalities of payment of the arbitrators and to the institution itself.

The Law allows each party to challenge an arbitrator before the start of the arbitration proceedings or even during the course of the arbitration proceedings. This possibility to exclude an arbitrator is left to parties when the impartiality of an arbitrator is questioned.

The arbitrator's mission can be terminated by its revocation from the parties, i.e. an arbitrator does not fulfil or stops fulfilling its mission, causing an undue delay to the arbitration proceedings. In such case, the Law provides that any of the parties can request from the president of the competent jurisdiction to revoke an arbitrator from the arbitral tribunal by issuing an order that cannot be subject to any recourse (Article 325 CPC). Accordingly, the effect of the exclusion is clearly specified by the Law when the court decided to remove the arbitrator; in the case of a challenge of procedure, the Law provides that when a request for removal is submitted to the competent court, the arbitration procedure is suspended until there is a ruling on the request, unless the arbitrator accepts to resign (Article 327-8 CPC). Pursuant to the Law, when the mission of an arbitrator is terminated for any reason whatsoever, he or she will be replaced by a substitute arbitrator who will be appointed under the same rules that led to the appointment of the arbitrator being replaced (Article 325 CPC).

Finally, arbitrators may potentially engage their civil or criminal responsibility by accepting their missions due to of breaches of

the obligations incumbent upon them in connection with the execution of their arbitration mission.

Interim relief

Pursuant to Article 327-15 CPC, the arbitral tribunal may, at the request of either party take interim measures. In fact, this article provides that “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may order, at the request of one of the parties, any provisional or conservatory measure it deems necessary within the limits of its mission. If the party against whom the award was rendered did not execute it, the party in whose favour the decision was rendered may seize the President of the court having jurisdiction to issue an enforcement order.”

Hence, as long as these measures are within the scope of the arbitral tribunal’s mission and to the extent that the parties do not provide otherwise in their arbitration agreement, the arbitral tribunal can take any interim measures it deems necessary. Thus, the arbitral tribunal lacks power to take provisional measures *ex officio*.

In the event where the targeted party obstructs to the order, the other party is entitled to file a claim before the local judicial court that has jurisdiction in order to obtain an enforcement order.

Alternatively, no exclusivity is assigned to the arbitral tribunal concerning interim measures. The judicial Court can also intervene in the process of interim measures, either by delivering an order for interim measures before the beginning of the arbitration proceedings or to enforce an order during the arbitration proceedings (Article 327-1 CPC).

The Law does not contain provisions concerning the kind of interim measures that may be ordered in arbitration proceedings.

Therefore, the type of interim measures that may be granted are provided in the general provisions of the CPC. The interim measures that may be ordered by the national judge, as well as the arbitral tribunal, are provisional attachments of assets.

Award from arbitral tribunals

A final award is the decision of the arbitral tribunal which rules on the merits of the case submitted to it. The issue of the final award by the arbitral tribunal ends the arbitrators' mission over the dispute.(Article 327-28 CPC).

There are no specific rules pertaining to partial awards or to interim awards in the Law. However, the arbitral tribunal can issue interim awards, which order interim measures (Article 327-15 CPC).

Consent awards are settlement agreements recorded by arbitral tribunals as awards. The purpose of this consent award is to put an end to the arbitration procedure and issues an award. The award rendered produces the same effect as any other arbitral award pronounced on the merits of the case (Article 327-19 CPC).

Articles 327-23 CPC, 327-24 CPC and 327-25 CPC provide for the content of an award under the Law. However, according to Article 327-36 CPC, only failure to comply with certain of these provisions can entail nullity of the award. In fact, the only available grounds for annulment applicable to awards made in Moroccan domestic arbitration only, are situations where arbitrators must give reasons to the grounds of the award. However, the same Article provides for two exceptions. Firstly, when the parties agree that the award is rendered *exaequo et bono* and, secondly when the procedural law – necessarily a foreign law at this point – that

applies to the arbitration proceeding does not require the motivation of the award.

The arbitral award is made after deliberation and should result from a decision of the majority of arbitrators in case the arbitral tribunal is constituted by a panel of arbitrators. Article 327-22 CPC specifically provides that the arbitral award shall be made by majority vote. This also applies to awards made in international arbitration as long as the arbitration proceeding is subject to Moroccan law of procedure and the parties have not agreed otherwise.

Noting that the award must be executed by each arbitrator. In the event of a refusal from an arbitrator to sign the award, the other arbitrators should mention it in the award and indicate the reasons of his/their refusal. As long as the majority of the arbitrators have signed the award, it has the same effect as if it had been signed by each of the arbitrators (Article 327-25).

After the arbitrator have executed the award, the latter must be notified to the parties. The provisions of the Moroccan domestic law of arbitration requires the arbitral tribunal to deliver to each of the parties a copy of the arbitration award, within seven days from its issuance. The arbitral tribunal has to respect the confidentiality of the proceedings and cannot publish the entire arbitral award or any part of it without authorisation of the parties to the arbitration proceeding (Article 327-27 CPC).

However, the Law does not address the issue of dissenting opinions.

Once an award is rendered, the dispute resolved by the arbitral tribunal become *res judicata*, which means that the decision rendered is final, and the same case cannot be reopened either

before national courts or before arbitral tribunals.(Article 327-26 CPC). The award is binding upon the parties unless it has been declared null or void.

The arbitral tribunal is allowed to correct or interpret the final award in some case as provided in the Law. However, in the event the arbitral tribunal cannot be reconvened, such power shall be vested to the president of the jurisdiction within which jurisdiction the arbitral award was made. The president of the jurisdiction must rule within 30 days by order which cannot be subject to any means of recourse (Article 327-29 CPC).

Furthermore, any of the parties can request the tribunal/arbitrators to correct material errors made in the final award. In fact, the arbitral tribunal can, within 30 days from rendering the award, correct, ex officio errors made to the final award(Article 327-28 CPC).

Furthermore, the arbitral tribunal may under some conditions, deliver an additional award, as provided in Article 327-28 CPC. In fact, the Law provides that the arbitral tribunal can, at the request of either party, and within 30 days of the notification of the final award, make an additional award relating to a claim on which it was failed to rule, unless otherwise agreed by the parties. The request is notified to the other party, who will have a period of 15 days to submit, if need be, its conclusions. The arbitral tribunal shall pronounce its complementary sentence within 60 days from the date of its referral (Article 327-28 CPC).

Finally, the Law does not contain any specific provision pertaining to the costs of the arbitration. It only provides that, in the context of an ad hoc arbitration, the arbitral award shall fix the fees of the arbitrators, arbitration expenditures and the modalities of their repartition between the parties. If the parties and the arbitrators

do not agree on fixing the arbitrators' fees, such fees are fixed by independent decision of the arbitral tribunal (Article 327-24 CPC). However, this decision is subject to appeal before the President of the competent jurisdiction of which the decision is definitive and not subject to appeal. In the context of an institutional arbitration, the cost of the arbitration is calculated according to the schedule of costs attached to the sets of rules of the concerned arbitration institution.

Challenge of the arbitration award

Moroccan arbitration law provides that the arbitral award cannot be subject to an appeal (Article 327-34 CPC). However, arbitral awards can be subject to other proceedings such as revision (Article 327-34 CPC) or third-party opposition (Article 327-35 CPC). Furthermore, an award may also be subject to a set aside on the basis of any of the grounds provided in the CPC (Article 327-36 paras 1 to 7, Article 327-49 CPC and Article 327-51 CPC).

Article 327-36 CPC provides a limitative list of grounds that may be used as the basis for a set aside of a domestic arbitral award (seven different grounds provided in the CPC). Some of the grounds are precise and therefore leave little ground for interpretation by the Courts. However, other grounds are more general and are the basis of important legal battle before Moroccan Courts. For example, Article 327-36 paragraph 5 CPC provides that the respect of rights of defence of any of the parties to an arbitral proceeding is a fundamental principle and its violation could be interpreted as a breach of Moroccan public policy.

According to the provisions of Article 327-51 CPC, “an award rendered in Morocco in respect an international arbitration may be subject to an annulment appeal in the cases provided for in

article 327-49”. The annulment appeal should be filed before a competent Moroccan court “within fifteen days of notification of the award declared enforceable”.

Article 327-51 CPC provides that an arbitral award can be subject to an annulment if any of the conditions set forth in Article 327-49 CPC is fulfilled as “in the event (i) the arbitral tribunal has ruled without an arbitration agreement or on an invalid agreement or after expiry of the arbitration period, (ii) the arbitral tribunal was irregularly constituted or the sole arbitrator irregularly appointed, (iii) the arbitral tribunal ruled without complying with the mission entrusted to it, (iv) the rights of the defence were not respected and (v) the recognition or the enforcement is contrary to international or national public order policy”.

It is important to note that the Court of appeal assessing the annulment request may decide to set aside the arbitral award *ex officio* when it is contrary to the Moroccan public order or if it establishes that the subject of the dispute concerns a matter that may not be submitted to arbitration.

The annulment proceeding (and its appeal) suspends the ability for the petitioner to enforce the award.

Revision and third party(ies) opposition proceedings are an extraordinary procedure. The legal grounds for such procedures are provided in Articles 327-34 and 327-35 CPC and are organised under Articles 402 seq. and Article 303 seq CPC. The grounds for revisions could be for example fraud which occurred during the arbitration proceedings.

The third party opposition proceeding could be started by any party that was not involved in the arbitration proceeding provided that that party could suffer harm from the award gives.

Enforcement of the arbitration award

Article 327-31 CPC of the Law provides that “The award is subject to enforcement only by virtue of an exequatur order of the President of the jurisdiction in whose jurisdiction the award has been rendered”. The proceedings before the competent lower court jurisdiction and appellate court for obtaining an enforcement order are conducted *inter partes*.

The enforcement request is to be filed by the most diligent party with the relevant jurisdiction, in application with Article 327-31 paragraph 2 CPC which provides that “(...) the original of the award, accompanied by a copy of the arbitration agreement, with a translation, if applicable, in Arabic, is deposited by one of the arbitrators or by either party at the Registry of the jurisdiction within seven days of its pronouncement”. The order granting the enforcement of the arbitral award cannot be challenged (Article 327-32 CPC). However, the order refusing the enforcement must be reasoned and can be appealed within 15 days from its notification (Article 327-33 CPC).

Concerning the application for recognition and enforcement of foreign arbitral awards rendered abroad, could be done before a Moroccan jurisdiction. However, such a recognition and enforcement are applicable if they are not manifestly contrary to the Moroccan national or international public policy (Article 327-46 CPC).

The recognition of a foreign award means that the award is given the same effect in Morocco as in its country of origin and will then carry the effect of *res judicata*. The enforcement of a foreign award means that its terms are enforced by an exequatur and by judicial coercive and or interim measures, if necessary.

The enforcement procedure of an international arbitral award is also conducted *inter partes*, which may lead to the same lengthy proceedings as for domestic arbitration.

Moreover, and as Morocco has been party to the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards since 1959, the recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Morocco are governed by both Article 327-46 CPC and the New York Convention.

With respect to investment arbitration, Morocco has been since 1967 party to the Washington Convention, which Convention provides that the contracting states must recognise as binding awards rendered pursuant to the ICSID Convention for the benefit of an investor of a contracting State, and enforce the pecuniary obligations imposed by that award as if it were a final judgment of a court in that state.

Additionally, Morocco has entered into multiple bilateral investment treaties with various countries, which mostly refer to ICSID arbitration.

Résumé : « Les risques juridiques systémiques en matière d'investissements privés internationaux au Maroc »

De grands projets d'infrastructures et d'équipements réalisés au Maroc sont effectués par des investisseurs internationaux ressortissants de pays avec lesquels l'Etat marocain a conclu notamment des accords bilatéraux de protection et d'encouragement des investissements. De ce fait et à défaut de faire bénéficier l'investisseur étranger de la protection nécessaire et suffisante pour sécuriser sa contribution, l'investisseur étranger n'hésite pas à faire valoir ses droits à indemnisation auprès des instances arbitrales internationales concernées sur le fondement de la responsabilité conventionnelle de l'Etat marocain tirée de ses engagements internationaux.

Abstract: « The legal systemic risks in international private investment in Morocco »

The major infrastructure and equipment projects in Morocco are carried out by international investors coming from countries with whom Morocco has signed several bilateral agreements for the protection and encouragement of investments. By failing to provide the foreign investor with the necessary and sufficient protection to secure his contribution, the foreign investor does not hesitate to assert his rights to compensation before the appropriate international arbitration institutions, based on the conventional liability of Morocco derived from its international commitments.

ملخص: “المخاطر القانونية في الاستثمار الدولي الخاص في المغرب”

في إطار قيام المستثمرين الأجانب اللذين ينتمون لدول أبرمت معها الدولة المغربية اتفاقيات ثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار بإنجاز مشاريع البنية التحتية، فإنه في الحالة التي لا يتم فيها توفير الحماية الكافية لهم لن يترددوا في تحريك مساطر التحكيم الدولية أمام مؤسسات التحكيم الدولية ضد الدولة المغربية للقول بمسؤوليتها عن عدم احترامها التزاماتها الدولية.

LES RISQUES JURIDIQUES SYSTEMIQUES EN MATIERE D'INVESTISSEMENTS PRIVES INTERNATIONAUX AU MAROC

Amin Hajji

Professeur de droit

Avocat au barreau de Casablanca

Membre fondateur de Mizan Arbitration



Othmane Saadani

Avocat au barreau de New York

Membre fondateur de Mizan Arbitration



La longue histoire des investissements privés internationaux au Maroc a connu depuis le milieu des années quatre-vingt-dix de remarquables évolutions qualitatives. Ces dernières ont été, sans doute, induites par la profonde refonte de l'ensemble du droit des affaires au Maroc¹ qui fait, d'ailleurs, l'objet d'un « toilettage » réguliers tous les dix ans environ et ce, principalement dans le but de codifier la jurisprudence constante.

Tout investisseur privé cherche naturellement à assurer la pérennité et la rentabilité de son projet sur ses appréciations financières, économiques, commerciales et juridiques en particulier. La sécurité juridique recherchée par l'investisseur est un élément clé pour la prise de décision de l'investissement. La question essentielle liée à l'anticipation de situations litigieuses

¹ Pour simplifier, il est tentant de dire que le droit des affaires marocain actuel conflue dans ses grands principes avec celui son voisin européen avec lequel un accord d'association avancée est entré en vigueur le 1^{er} mars 2000.

diverses pouvant remettre en cause un investissement est, en premier lieu, liée au modèle contractuel choisi pour engager ledit investissement, et en second lieu au cadre juridique national et international applicable au secteur dans lequel l'investissement sera réalisé.

Le sujet est naturellement très vaste et riche tant dans ses aspects théoriques que pratiques. La série d'articles proposés vise à illustrer de manière non exhaustive mais précise, certaines situations réelles d'investissements internationaux réalisés ces dernières années au Maroc qui ont été confrontées à des actes positifs et/ou passifs de l'Etat marocain ou ses démembrements de nature à mettre en jeu la responsabilité de l'Etat marocain.

La question est d'une importance cruciale notamment en raison de son actualité. En effet, l'Etat marocain est aujourd'hui impliqué devant l'institution d'arbitrage de la Banque Mondiale, le Centre International de Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI) dans quatre litiges internationaux initiés par le Suédois Corral¹, l'américain Carlyle², l'Allemand Sholz³ et l'Italien Pizzarotti⁴. L'ensemble des prétentions financières de ces sociétés de droit privé équivaldrait, d'après les informations disponibles publiquement, au moins à 2 milliards de dollars américains, soit l'équivalent de 20 milliards de dirhams environ (soit plus que le budget annuel du Ministère de la santé qui était de 16,3 milliards de dirhams en 2019). Ce risque financier qu'encourt l'Etat marocain pose des questions sérieuses

¹ Corral Morocco Holdings AB v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/18/7).

² The Carlyle Group L.P. and others v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/18/29).

³ Scholz Holding GmbH v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/19/2).

⁴ Impresa Pizzarotti & C. S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/19/14).

concernant la politique d'anticipation de ces situations litigieuses et la gestion des investisseurs privés dans sa globalité.

Le dénominateur commun à ces réclamations pendantes devant le CIRDI est que le droit marocain des traités¹ est la source utilisée pour attirer l'Etat marocain devant ces tribunaux privés. En effet, l'Etat marocain est partie à des accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements de personnes privées émanant des pays signataires (appelés communément des TBI). La violation de ces TBI par les Etats peut donner lieu à des réclamations devant les juridictions compétentes (généralement des tribunaux arbitraux internationaux).

Les juridictions généralement compétentes pour statuer sur les litiges en rapport avec ces accords telles que prévues par les TBI signés et ratifiés par le Maroc sont le CIRDI ou des tribunaux constitués sous les auspices de la Commission des Nations Unies pour le Droit du commerce International (CNUDCI), Ces tribunaux ont pour but de régler d'une manière définitive et sans possibilité de recours tout litige qui pourrait naître à l'occasion de la mise en œuvre de ces investissements privés étrangers.

Aussi, des litiges peuvent également survenir en raison de l'intervention des personnes publiques de droit marocain, tels que les collectivités publiques ou les établissements publics, dans les phases de négociation et de conclusion des conventions

¹ Les traités internationaux valablement conclus par le Royaume du Maroc priment sur le droit interne (préambule de la Constitution du Maroc du 21 juillet 2001) et bien entendu, le Maroc est partie depuis le 26 septembre 1972 à la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 février 1969 qui précise et affirme en son article 26 le fameux principe de droit international public « *Pacta Sunt Servanda* » suivi de sa définition en langue française ; » Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ».

d'investissements avec des investisseurs étrangers en utilisant des instruments juridiques légalement structurés. Il en est ainsi des contrats, de gestion déléguée de service public, de partenariat public-privé (PPP), des contrats pétroliers ou des marchés publics. Le choix d'instruments contractuels sophistiqués et non structurés (contrats innommés) tel que les montages *built operate transfer (BOT)*, peut faire naître des litiges entre l'Etat et les investisseurs étrangers selon certaines conditions. A titre d'exemple, l'Etat marocain a vu sa responsabilité internationale engagée en raison de la violation de certains droits contractuels et extracontractuels dont bénéficie un investisseur étranger. L'atteinte des droits de cet investisseur a été commise sans que les gardiens des intérêts de l'Etat marocain n'aient mesuré les risques encourus ainsi que les conséquences financières très lourdes qui peuvent conduire, *in fine*, à un déficit budgétaire aggravé.

De ce fait, la question essentielle à considérer est de déterminer les conditions juridiques selon lesquelles la responsabilité de l'Etat marocain peut être mise en jeu à l'aune des risques financiers très élevés qui ne sont pas ou très peu anticipés. Ces risques, qualifiés de risques systémiques en considération de la multiplication de ce type de litiges, semblent constituer les prémisses à d'autres contentieux de même nature pouvant conduire à la faillite de l'Etat marocain. Cette incapacité de faire face à ses dettes externes déjà très élevées, aggravées par des sentences arbitrales internationales exécutoires portant sur des sommes colossales payables en devises, met l'Etat marocain dans une situation très délicate que l'histoire a déjà connu sous d'autres cieux.

Ce scénario ne relève malheureusement pas de la fiction juridique. En effet, certains pays notamment d'Amérique latine ont connu des épisodes d'inflation de leurs litiges arbitraux impliquant les Etats. Cette situation a conduit ces Etats vers une conjoncture

dommageable à leurs économies respectives dans la mesure où ils se trouvaient dans une situation de défaut de paiement. En témoigne la série de contentieux suivant la dévaluation du peso argentins qui a donné lieu à des myriades d'arbitrages internationaux initiés par des investisseurs internationaux sur le fondement principal de l'expropriation de leurs investissements. Aussi, plus récemment d'autres pays européens notamment l'Espagne, a fait face à un nombre important d'arbitrages initiés sur le fondement de la modification brutale de leur réglementation concernant les énergies renouvelables autrefois très généreuse en subventions publiques.

Le fondement de ces recours se base souvent sur la transgression de certaines garanties accordées aux investisseurs prévues par le droit international des investissements, méconnues des juristes privatistes et encore moins des économistes ou des financiers en charge de veiller aux équilibres budgétaires de l'Etat. A titre d'exemple voici certaines garanties qui sont protégées par les TBI:

- le droit de ne pas être exproprié directement ou indirectement sans recevoir une indemnisation appropriée
- le droit de recevoir un traitement juste et équitable;
- le droit de ne pas faire l'objet de mesures injustifiées ou discriminatoires ;
- le droit de recevoir un traitement au moins aussi favorable que les nationaux de l'Etat d'accueil ou des investisseurs d'un Etat tiers ;
- le droit de recevoir une protection pleine et entière;

- le droit de voir respecter les engagements que l'Etat d'accueil a pris au sujet de l'investissement.

Le défaut de considération et de respect de ces concepts de droit par les décideurs étatiques, ouvre la porte à un contentieux international qui est à double tranchant qui pourrait conduire à la mise à l'index de l'Etat marocain considéré au niveau de la communauté internationale comme en défaut de ses exigences de protection des investisseurs étrangers avec en plus le réel danger d'exécution forcée des sentences rendues par des juridictions établies dans le cadre de conventions internationales auxquelles le Maroc est partie qui ne sont généralement susceptibles d'aucun recours légal ou juridictionnel. A ce titre, l'Etat marocain semble avoir trouvé une réponse plus que contestable dans le projet de lois de finances 2020 qui consacre l'insaisissabilité des biens de l'Etat conduisant à des difficultés liées à l'exécution des sentences arbitrales qui pourraient être rendues contre le Maroc. La question de la validité d'une telle mesure aussi stratégique sur le plan du droit qui a été simplement introduite dans le projet de la loi de finance de 2020 est de nature à engager à elle seule la responsabilité internationale de l'Etat marocain. Cette question fera l'objet d'un prochain article à paraître.

Par ailleurs, il est navrant de constater que la série de litiges relatifs aux investissements privés internationaux réalisés au Maroc dans de grands projets n'a pas suffisamment alerté les responsables marocains sur la nécessité d'intervenir en amont sur le risque majeur de la mise en jeu de ces principes de droit international dans le cas de litiges arbitraux internationaux mettant en cause l'Etat marocain et ses finances mais aussi sur la prise de décision réfléchie et protectrice de ses intérêts qui semble être généralement traitée dans l'urgence sans un véritable travail

approfondi d'analyse pour essayer de contrer par des moyens juridiques efficaces les menaces nées de tels contentieux.

Chaque article de cette série évoquera un risque systémique découlant de la violation potentielle de l'Etat marocain des garanties prévues par les instruments juridiques internationaux évoquées plus haut.

PROBLÉMATIQUE DU RÉGIME JURIDIQUE MAROCAIN REGISSANT LA PRODUCTION D'ÉNERGIE RENOUVELABLE : UN EXEMPLE DE FRUSTRATION DES ATTENTES LÉGITIMES DES INVESTISSEURS ÉTRANGER

La protection contre la frustration des attentes légitimes des investisseurs est garantie par le droit international des investissements. Cette notion n'est définie ni par les traités ni par la plupart des autres instruments juridiques, mais elle découle de l'interprétation extensive du concept de traitement juste et équitable par la jurisprudence arbitrale. Il s'agit d'une obligation à la charge de l'Etat d'accueil de ne pas frustrer les attentes légitimes que ce dernier pourrait créer dans l'esprit de l'investisseur.

A défaut de considérations techniques difficiles à soulever dans cette étude, ce droit reconnu à un investisseur privé de ne pas s'estimer frustré des attentes légitimes concernant son investissement requiert d'une part, l'engagement de l'Etat par lequel est née cette attente légitime et d'autre part, la frustration de l'attente de l'investisseur étranger par des actes de d'immixtion ou d'omissions de l'Etat d'accueil de l'investissement.

Un potentiel exemple de frustration des attentes légitimes des investisseurs étrangers au Maroc se rapporte au régime juridique marocain régissant la production d'énergie renouvelable, marqué notamment par l'imbroglie juridique autour de l'absence de certains textes réglementaires qui devaient être publiés en application de la loi 13-09 du 11 février 2010 relative aux énergies renouvelables modifiée et complétée par la Loi 58-15 du 12 janvier 2016. En effet, cette insuffisance de dispositif légal et réglementaire a conduit de nombreux développeurs de projets à quitter le Maroc dont notamment, le récent départ de l'énergéticien espagnol Endesa, filiale du groupe italien ENEL.

Cette situation est d'autant plus malheureuse que lors des phases d'annonce et après la publication de la loi 13-09, de multiples communications des responsables marocains chargés de ce secteur ont bien entendu fait référence à l'arsenal juridique de premier plan qui a été mis en place pour attirer des investisseurs majeurs dans le domaine de l'énergie qui requiert des investissements très importants sur le long terme. Certains développeurs avaient dès le début des années 2010 commencé à installer des bases de développement de projets en énergie renouvelable et d'autres aurait même fait des démarches avancées avec tous les acteurs marocains concernés afin de mener à bien leurs projets.

A titre d'exemple, l'Article 7 de la Loi 13-09 prévoit que les projets de production d'énergie électrique à partir de sources d'énergie éolienne ou solaire d'une puissance cumulée maximale de 2 mégawatts ou plus doivent être réalisés dans des zones définies par l'administration. Cette disposition qui semble logique à première vue va à l'encontre des intérêts des investisseurs étrangers de ce secteur puisque d'une part, cela limite le périmètre des investisseurs du secteur des énergies renouvelables au

périmètre défini par l'administration et d'autre part, les projets énergétiques de moins de 2 mégawatts sont difficilement rentables.

Par ailleurs, l'article 14 du décret n° 2-10-578 du 11 avril 2011 adopté en application de la loi 13-09 précise que ces zones sont fixées par l'autorité gouvernementale chargée de l'énergie, sur proposition de l'Agence nationale pour l'efficacité énergétique (ADEREE), des autorités locales concernées et de l'Office national de l'électricité et de l'eau (ONEE). Dans ce contexte, l'arrêté n° 2657-11 du 19 septembre 2011 du ministère de l'Énergie a défini les zones destinées à accueillir les installations de production d'énergie électrique à partir de sources éoliennes. Cependant, à ce jour, aucun arrêté similaire n'a été pris pour les installations de production d'énergie à partir de sources solaires. Par conséquent et dans l'attente de l'arrêté du ministère chargé de l'énergie définissant les zones dédiées aux installations de production d'énergie électrique à partir de sources solaires, aucun projet solaire de plus de 2 mégawatts n'a vu le jour au Maroc.

Cette situation créée par l'Etat marocain par omission née de l'inaction pendant près d'une décennie de publier un arrêté ministériel est de nature à engager la responsabilité internationale du Maroc sur le fondement de TBI et d'autres instruments internationaux sur lesquelles les investisseurs potentiellement lésés pourraient se baser pour former des réclamations contre l'Etat notamment sur le fondement de la frustration de leurs attentes légitimes.

Résumé : « L'application des règles d'ordre public en droit marocain »

La notion d'ordre public interne et international en droit justement interne est à contours variables et source d'épineux problèmes juridiques de tentatives de délimitation ou de maîtrise par la communauté des juristes qui ont à traiter de ce sujet tant en qualité de conseils juridiques, de juges étatiques ou d'arbitres. Il en ressort que les arbitres en contentieux qui ont le privilège de bénéficier d'une plus grande marge de manœuvre pour rendre leurs sentences selon des motifs les plus pertinents qu'ils peuvent considérer, sont appelés à témoigner à cette notion de droit précitée la plus grande prudence au risque de voir leurs efforts de traitement des contentieux qui leurs sont soumis anéantis et leurs sentences annulées par les juridictions étatiques.

Abstract: « The application of public policy rules in Moroccan law »

The concept of internal and international public policy in domestic law has variable contours and it is a source of thorny legal issues. These issues related to attempts to delimit or to master this concept by the community of practitioners having to deal with this matter as legal counsels, judges or arbitrators. It appears that arbitrators who owe the privilege of having more flexibility to deliver their awards on the most relevant grounds that they can consider, should exercise to this legal concept the greatest caution in order to avoid the risk of the annihilation of their efforts and the annulment of their awards by state courts.

ملخص: "تطبيق قواعد النظام العام في القانون المغربي"

مفهوم النظام العام الداخلي والخارجي في القانون المحلي هو مفهوم ذو ملامح متغيرة ومصدر لمشاكل شائكة متعلقة بمحاولة رسم حدوده وضبطه من لدن الأخصائيين الذين يتعين عليهم العمل بهذا المفهوم بصفتهم مستشارين قانونيين وقضاة ومحكمين فلهذا يجب على المحكمين، أن يولوا لهذا المفهوم أكبر قدر من الاهتمام والحذر، تحت طائلة إبطال جهودهم وإلغاء أحكامهم التحكيمية من لدن القضاء.

L'APPLICATION DES REGLES D'ORDRE PUBLIC EN DROIT MAROCAIN

Amin Hajji

Professeur de droit

Avocat au barreau de Casablanca

Membre fondateur de Mizan Arbitration



La question de l'appréciation et de l'application par les tribunaux marocains des règles relatives à l'ordre public national ou international est incontestablement pour les juristes une réelle source d'intérêts théorique et pratique dans la mesure où elle se pose naturellement lors des phases de formation, d'exécution et surtout en cas de cessation contentieuse de contrats commerciaux ou financiers internationaux impliquant une partie marocaine avec une ou plusieurs contreparties étrangères. Cet attrait est aussi marqué par certaines inquiétudes légitimes des juristes impliqués dans ce type d'opérations qui sont liées aux sérieuses difficultés qu'ils rencontrent pour appréhender d'une manière précise les contours et le contenu de ces mêmes règles dites d'ordre public qui se complexifient d'autant plus qu'elles se conjuguent avec une notion juridique voisine d'origine doctrinale française qui est référencée sous la dénomination de lois de police¹.

¹ Pierre MAYER, **Lois de police**, Répertoire de droit international, Dalloz 2016. L'auteur précise que *Les lois de police sont les règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays et que à propos de la définition des lois de police ... que la méthode des lois de police constituait un procédé de désignation de la loi applicable, reposant sur la considération des objectifs poursuivis par la loi de police, alors que l'exception d'ordre public tend à l'éviction de la loi étrangère normalement applicable, en raison du contenu de celle-ci.* Christophe SERAGLINI, **Lois de police et justice arbitrale internationale**, Dalloz, 2001. L'auteur indique que *la méthode des lois de police est*

Cette hypothèse de recherche liée à l'ordre public interne ou international trouve tout son intérêt dans le remarquable terrain d'observation qui est le droit de l'arbitrage au Maroc.¹ Ce domaine du droit judiciaire éclaire substantiellement ce sujet à travers l'épreuve de la mise en vigueur des procédures applicables en cette matière ainsi que par le biais de l'appréciation par les arbitres ou les juges de certains faits juridiques liés au contentieux objet de l'arbitrage conduisant à des solutions jurisprudentielles innovantes parfois suivies de discussions doctrinales qui méritent l'attention .

De ce fait, le risque juridique lié à l'omniprésence asymptotique de ces règles² est latent et très élevé puisque cette redoutable arme

irréductible au mécanisme de l'ordre public, qui doit être cantonné à sa fonction d'éviction. p. 4. Plus simplement, une loi de police est applicable de plein droit sans et particulièrement avant la consultation des règles de droit international privé en cas notamment de défaut de désignation d'une loi applicable à un contentieux international alors que l'examen des règles d'ordre public intervient après l'appréciation par le juge de la règle de conflit applicable qui conduirait à écarter l'application d'une loi étrangère contractuelle qui heurterait des principes d'ordre public interne. L'ordre public tout autant que les lois de police limitent donc la liberté contractuelle.

¹ Le code de procédure civile marocain du 28 septembre 1974 a connu par une loi n° 08-05 du 30 septembre 2007 d'importantes modifications sur le chapitre de l'arbitrage qui a pour la première fois énoncée des dispositions relatives à l'arbitrage international et à la médiation conventionnelle.

² Il est commun de constater que lors des phases de préparation ou de négociation de contrats internationaux, la ou les parties étrangères concernées par ces contrats requièrent à juste titre des conseils juridiques établis dans les juridictions de ou des contreparties la production d'avis juridiques concernant d'abord la légalité des actes contractuels au regard du droit applicable dans le pays de ou des contreparties, et par conséquent de vérifier si les engagements contractuels ne viendraient pas heurter des dispositions d'ordre public, des lois de police ou des règles impératives., Il est ensuite fréquemment demandé de vérifier la validité des engagements contractuels de ou des contreparties, de s'assurer de l'opposabilité de ces mêmes engagements vis à vis des tiers avec enfin mais sans limitation, de vérifier le caractère exécutoire des engagements de ces contreparties. Il est important de préciser sur ce sujet que la rédaction d'un avis juridique avec la signature d'un conseil juridique engage la responsabilité civile contractuelle et professionnelle de son rédacteur s'il s'avère par la suite que ledit avis a conduit à une mauvaise appréciation des risques juridiques liés aux demandes de conseil soulevées par les requérants de telles prestations. A titre d'exemple, un cabinet d'avocats anglo-saxon de renom a dû indemniser – heureusement via ses assureurs - à hauteur de dizaines de millions de dollars américains un de ses clients pour lequel il avait produit une opinion juridique défectueuse sur la base de

à double tranchant peut en bout de course anéantir de longs et pénibles efforts entrepris en particulier par l'institution arbitrale lors de l'instruction d'un contentieux pour parvenir à rendre une sentence qui pourrait en bout de course subir de graves déconvenues dans la phase post arbitrales. Dès lors, le juge judiciaire qui serait saisi par une partie soumettant des moyens en demande ou en défense relatifs à la violation ou la méconnaissance par le tribunal arbitral de règles impératives réputées d'ordre public de son droit interne. Par ailleurs, le juge judiciaire a la possibilité dans certaines situations de soulever ex-officio l'application de règles dites d'ordre public et ou de lois de police¹.

La responsabilité pour le moins morale² de l'arbitre ou du collègue arbitral statuant en droit et ayant manqué de perspicacité ou d'anticipation dans la prise en compte de potentiels risques de mise en jeu de règles dites d'ordre public serait engagée, puisque la remise en cause par voie judiciaire de l'ensemble de la construction de la décision arbitrale y compris de ses motifs par un seul instrument lié à l'ordre public conduiraient à

laquelle ce client avait validé sa décision d'investir pour un grand projet qui a conduit par la suite à un véritable sinistre financier causé justement par une appréciation fautive par le conseil juridique de certains risques juridiques majeurs liés à cette opération.

¹ L'article 327-36 alinéa 10 du code de procédure civile marocain dispose que « *la cour d'appel qui examine le recours en annulation prononce d'office l'annulation de la sentence arbitrale lorsqu'elle est contraire à l'ordre public du Royaume du Maroc ou si elle constate que l'objet du litige concerne une question qui ne peut être soumise à l'arbitrage* ».

² Mohamed Dyaa TOUMLILT et Ahmed Alaa TOUMLILT, **Le droit de l'arbitrage au Maroc**, les éditions maghrébines, 2014. Les auteurs précisent que l'arbitre, *pourrait engager sa responsabilité contractuelle s'il méconnaissait les droits de la défense ou contrevenait à une disposition légale de nature impérative, provoquant ainsi l'annulation de la sentence arbitrale*. Ils citent par ailleurs l'avis de Thomas CLAY qui indique que l'arbitre peut engager sa responsabilité, *en cas d'erreur dans le contenu de sa sentence, que celle-ci soit ou non annulable. C'est notamment le cas si l'arbitre est responsable d'une dénaturation, d'une contradiction de motifs ou d'une erreur de droit*.

l'impossibilité d'exécution d'une sentence arbitrale dotée normalement de l'autorité de la chose jugée¹.

L'ORDRE PUBLIC : UN CONTENU VARIABLE ET CONTINGENT. La référence explicite aux effets négatifs de la violation de dispositions d'ordre public est mentionnée notamment dans les articles du code de procédure civile marocain relatifs à l'arbitrage interne et international ainsi qu'aux décisions de justice rendues par des juridictions étrangères², tels que le recours en annulation qui ne peut être ouvert notamment si « la sentence arbitrale est rendue en violation d'une règle d'ordre public »³, la reconnaissance au Maroc de sentences arbitrales

¹ L'article 327-26 du code de procédure civile du 2 septembre 1974 tel que modifié par la loi n° 08-05 relative à l'arbitrage du 30 septembre 2007 précise que « Dès qu'elle est rendue, la sentence arbitrale a la force de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche ».

² L'article 430 du code de procédure civile dispose que « -- Les décisions de justice rendues par les juridictions étrangères ne sont exécutoires au Maroc qu'après avoir été revêtues de l'exequatur par le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence du défendeur, Le tribunal saisi doit s'assurer de la régularité de l'acte et de la compétence de la juridiction étrangère de laquelle il émane. Il vérifie également si aucune stipulation de cette décision ne porte atteinte à l'ordre public marocain. ». Il est à noter que le recours en annulation contre une sentence arbitrale ne s'applique pas pour les jugements étrangers qui peuvent faire l'objet de contestation devant les juridictions judiciaires par les voies de recours ordinaire comme l'appel ou par les voies de recours extraordinaires comme la rétractation ou la tierce opposition, sans oublier le pourvoi en cassation notamment en cas de violation par la cour d'appel d'une règle de droit.

³ L'article 327-36 indique que « Nonobstant toute stipulation contraire, les sentences arbitrales peuvent faire l'objet d'un recours en annulation dans les formes ordinaires devant la cour d'appel dans le ressort de laquelle elles ont été rendues. Ce recours est recevable dès le prononcé de la sentence ; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans les quinze jours de la notification de la sentence revêtue de l'exequatur. Il n'est ouvert que dans les cas suivants : 1. S'il a été statué en l'absence de convention d'arbitrage, sur convention nulle ou après expiration du délai d'arbitrage ; 2. Si le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé, l'arbitre unique irrégulièrement désigné ou la convention des parties non respectée ; 3. Si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée, a statué sur des questions n'entrant pas dans le cadre de l'arbitrage ou a méconnu les limites de la convention. Cependant, s'il est possible de distinguer les parties de la sentence concernant les questions soumises à l'arbitrage de celles qui ne lui sont pas soumises, l'annulation ne porte que

étrangères ne pourrait avoir lieu « si cette reconnaissance n'est pas contraire à l'ordre public national ou international »¹, l'appel de l'ordonnance qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que si « la reconnaissance ou l'exécution sont contraires à l'ordre public international ou national »² et l'exéquatur de décisions de justice rendues par les juridictions étrangères n'est possible que en particulier aucune stipulation de cette décision ne porte atteinte à l'ordre public marocain³.

*sur ces dernières ; 4. Lorsque les dispositions des articles 327-23 alinéa 2, 327-24 en ce qui concerne les noms des arbitres et la date de la sentence et 327-25 n'ont pas été observées ; 5. Lorsque l'une des parties n'a pas été en mesure d'assurer sa défense du fait qu'elle n'a pas été valablement informée de la désignation d'un arbitre, des procédures d'arbitrage ou pour toute autre raison relative au devoir du respect des droits de la défense ; 6. Si la sentence arbitrale est **rendue en violation d'une règle d'ordre public**. 7. Dans le cas de non-respect des formalités de procédure convenues entre les parties ou de non application d'une loi devant être appliquée d'un commun accord entre elles à l'objet du litige. La cour d'appel qui examine le recours en annulation prononce d'office l'annulation de la sentence arbitrale lorsqu'elle est **contraire à l'ordre public** du Royaume du Maroc ou si elle constate que l'objet du litige concerne une question qui ne peut être soumise à l'arbitrage ».*

¹ **L'article 327-46 relate que** « Les sentences arbitrales internationales sont reconnues au Maroc si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas **contraire à l'ordre public national ou international** ».

² **L'article 327-49 dispose que** « L'appel de l'ordonnance qui accorde la reconnaissance ou l'exécution n'est ouvert que dans les cas suivants : 1. le tribunal arbitral a statué sans convention d'arbitrage ou sur convention nulle ou après expiration du délai d'arbitrage ; 2. le tribunal arbitral a été irrégulièrement composé ou l'arbitre unique irrégulièrement désigné ; 3. le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée ; 4. lorsque les droits de la défense n'ont pas été respectés ; 5. la reconnaissance ou l'exécution sont **contraires à l'ordre public international ou national**. »

³ **L'article 430 spécifie que** « Les décisions de justice rendues par les juridictions étrangères ne sont exécutoires au Maroc qu'après avoir été revêtues de l'exéquatur par le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence du défendeur ou, à défaut, du lieu où l'exécution doit être effectuée. Le tribunal saisi doit s'assurer de la régularité de l'acte et de la compétence de la juridiction étrangère de laquelle il émane. Il vérifie également si aucune stipulation de cette décision **ne porte atteinte à l'ordre public marocain** ».

De ce fait, le contrôle du juge judiciaire marocain sur les sentences arbitrales internationales en particulier est très étendu et certainement complexe puisqu'il est fait référence à l'ordre public interne ou international. Quel est donc le contenu à donner à cette notion d'ordre public national et international et quel est le mode de conduite et la logique entrepris par les juges en fonction de l'évolution de certains principes sur lesquels ils ont construit des précédents avec une jurisprudence en cours de formation sur ce sujet ?

Du point de vue du droit interne marocain et en particulier lorsque la loi marocaine est explicitement la loi de référence choisie par les parties à un contrat international ou en cas de défaut d'élection de loi applicable par les parties, qu'elle soit reconnue comme telle par le juge arbitral chargé de déterminer la loi applicable au litige qui lui est soumis par l'application des règles de droit international privé national¹ ou des règles de la *lex mercatoria*² lorsque celles-ci

¹ Le droit international privé marocain avec la question essentielle des conflits de lois est régi par le **Dahir sur la condition civile des français et des étrangers dans le protectorat français du Maroc du 12 août 1913** (actuellement dénommé *Dahir sur la Condition Civile des étrangers*) qui précise en son article 13 alinéa 2 que « *si la détermination de la loi applicable, dans le silence des parties, ne ressort ni de la nature de leur contrat, ni de leur condition relative, ni de la situation des biens, le juge aura égard à la loi de leur domicile commun ; à défaut de domicile commun, à leur loi nationale commune, et, si elles n'ont ni domicile dans le même pays, ni nationalité commune, à la loi du lieu du contrat* ». Il est à noter que le même article 13 alinéa 1 affirme le principe de l'autonomie de la volonté en disposant que « *Les conditions de fond et les effets des contrats sont déterminés par la loi à laquelle les parties ont eu l'intention expresse ou tacite de se référer* ».

² Jacques BEGUIN, Michel MENJUCQ, et autres auteurs, **Droit du commerce international**, LITEC, 2005, définissent la *Lex Mercatoria* en reprenant la définition de Berthold Goldman comme étant « *des règles transnationales que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour résoudre leurs litiges, constatent et, par là même précisent, voire élaborent à leur intention* ». P. 53. Une définition non moins intéressante de la *Lex Mercatoria* a été reprise dans l'ouvrage de Jean Marc MOUSSERON, Jacques RAYNARD et autres, **Droit du commerce international – Droit international de l'entreprise** -, Litec, 2000, qui elle-même reprend une

sont applicables au cas d'espèce, il devient nécessaire de prendre la mesure de nombreux textes de lois de droits commun ou spéciaux qui rapportent d'une manière explicite aux règles d'ordre public à strictement observer sous peine de nullité relative, absolue ou de plein droit d'obligations contractuelles.

L'ORDRE PUBLIC AFFIRME EN DROIT COMMUN.

En substance, l'article 2 du code des obligations et contrats du 12 août 1913 réfère aux conditions fondamentales et bien connues pour la formation d'obligations contractuelles que sont la capacité, le libre contentement, l'objet certain et réel et la cause licite¹. Ainsi toute violation des conditions précitées et telles que détaillées dans les articles 3 à 65 suivants du code des obligations et contrats serait sanctionnée notamment par la nullité de toute ou partie des engagements contractuels.

A titre d'exemples et sans prétendre à aucune exhaustivité, de nombreux articles du Dahir formant code des obligations et contrats disposent de règles impératives conduisant à la nullité de plein droit d'obligations générales dans certaines conditions², d'obligations ayant pour cause un pari³, de nullité de plein droit de

définition de Philippe FOUCHARD qui y voit « un ensemble de règles applicables aux relations commerciales internationales qui ne trouvent pas leur source ni leur autorité dans le droit des Etats mais qui ont été élaborées par et au sein de la communauté internationale des commerçants, sous forme d'usages et de principes généraux dégagés notamment par les sentences arbitrales »

¹ **Article 2** : Les éléments nécessaires pour la validité des obligations qui dérivent d'une déclaration de volonté sont : 1° la capacité de s'obliger, 2° une déclaration valable de volonté portant sur les éléments essentiels de l'obligation, 3° un objet certain pouvant former objet d'obligation et 4° une **cause licite** de s'obliger.

² **Article 306** : L'obligation nulle de plein droit ne peut produire aucun effet, sauf la répétition de ce qui a été payé indûment en exécution de cette obligation. L'obligation est **nulle de plein droit** 1° Lorsqu'elle manque d'une des conditions substantielles de sa formation ; 2° Lorsque la loi en a édicté la nullité dans un cas déterminé. **Article 310** : La confirmation ou ratification d'une obligation **nulle de plein droit n'a aucun effet**.

³ **Article 1092** : Toute obligation ayant pour cause une dette de jeu ou un pari est **nulle de plein droit**. A titre d'exemple, les nombreux contrats de couvertures de variations de

toute société ayant un objet contraire à l'ordre public¹, de droits et obligations de plein droit² et réciproques de l'acheteur et du vendeur dans un contrat de vente de marchandises³, d'obligation

cours sur des produits de base qui sont conclus par des contreparties marocaines avec des parties étrangères dans le cadre de contrats de produits dérivés ou lors de montages financiers réalisés le biais de dérivés de crédit sont soumis à des réglementations internationales regroupées sous le générique *ISDA : International Swap Dealers Association*, sont susceptibles d'être frappés de nullité conformément aux dispositions de l'article 1092 du Code des obligations et contrats puisque leurs négociations et structurations sont établies dans un marché international des produits dérivés hautement spéculatif. Les circulaires de la banque centrale (*Bank al Maghrib*) et de l'Office des Changes qui ont été émises au cours des années 1997, 2004 et 2007 afin d'autoriser sous certaines conditions certaines personnes à s'engager dans ce type de transaction dénommées selon le langage financier anglo-saxon courant *swap options, hedging, forward option*, etc. n'ont pas réduit le risque juridique de nullité de ces opérations, puisqu'un texte de loi ne peut être modifié ou adapté que par son équivalent et non pas par une circulaire administrative qui est par nature de source réglementaire. Par ailleurs, la récente loi marocaine relative au Marché à Terme d'Instruments Financiers du 15 octobre 2015 a pris soin de limiter les opérations qui pourraient être réalisées sur ce marché. Elles doivent avoir pour sous-jacents des transactions commerciales et financières réelles afin d'éviter les transactions purement spéculatives, qui subiraient la sanction de l'article 1092 précité.

¹ **Article 985** : « Toute société doit avoir un but licite. Est nulle de plein droit toute société ayant un but contraire aux bonnes mœurs à la loi ou à l'ordre public ».

² Christian ATIAS, **De plein droit**, Recueil Dalloz 2013, p. 2183. L'auteur définit l'expression - De plein droit - en indiquant *qu'elle emporte principalement la suppression de l'exigence d'une décision judiciaire exécutoire*. Il précise notamment que *lorsque l'effet de la règle joue de plein droit, le pouvoir du juge de rendre une décision exécutoire (Imperium) est évincé : une décision exécutoire n'est pas requise pour que l'effet de droit se produise*.

³ **Article 491** : « L'acheteur acquiert de plein droit la propriété de la chose vendue, dès que le contrat est parfait par le consentement des parties ». **Article 532** : « La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : a- Le premier est la jouissance et la possession paisible de la chose vendue (garantie pour cause d'éviction) ; b- Le second, les défauts de cette chose (garantie pour les vices rédhibitoires). La garantie est due de plein droit, quand même elle n'aurait pas été stipulée. La bonne foi du vendeur ne l'exonère pas de cette obligation ». Une récente évocation de l'application de l'article 491 du code des obligations et des contrats sur les droits d'un créancier chirographaire étranger d'une grande entreprise marocaine en situation financière difficile a été engagée lors d'une action entreprise par ce même créancier qui a tenté de faire valoir son droit de propriété sur des produits qui avaient été achetés prépayés à l'entreprise débitrice, et de ce fait, procéder à la saisie revendication sur ces produits encore entre les mains du débiteur, conformément aux dispositions de l'article 500 et suivants du code de procédure civile marocain. Il était par ailleurs convenu par le contrat d'achat des produits qui était soumis au droit anglais et aux juridictions anglaises que le transfert de propriété des produits s'effectuerait lors de la mise à bord de ces mêmes produits sur

de garantie du locateur d'ouvrage en faveur du prestataire salarié ou libéral¹ ou de conditions liées à la résolution du contrat par un créancier d'une obligation constatant un manquement de son débiteur².

L'ORDRE PUBLIC ETENDU AUX DROITS SPECIAUX.

Par ailleurs, de nombreux textes de lois spéciaux en droit marocain renvoient à la dimension juridique de l'ordre public pour la

les navires qui devaient procéder ultérieurement à l'opération de transport. Il n'en demeurait pas moins que face au sérieux risque de prise en possession des produits concernés au bénéfice d'un autre créancier de cette même entreprise ayant obtenu un nantissement sur ces identiques produits alors que l'entreprise marocaine s'était engagée contractuellement envers son créancier étranger de ne pas accorder de nantissement sur ces produits à des tiers selon une clause dénommée *Negative pledge covenant*, ce dernier avait entrepris son action de prise de possession des produits qu'il avait acheté et payé à l'avance sur le fondement de l'article 491 précité qui prévaut sur toute autre condition de transfert de propriété décalé soumise au droit anglais. Par ailleurs, l'application du principe fondamental de la bonne foi en matière contractuelle tel qu'il est affirmé à l'article 231 du code des obligations et contrats devait faire aboutir la demande de prise en possession des produits par le créancier étranger. Pour l'histoire, cette action n'a pu être entamée en raison de prudence extrême du créancier étranger vis-à-vis d'un processus judiciaire délicat qui a conduit *in fine* à la liquidation judiciaire de l'entreprise marocaine.

¹ **Article 737** : « Le locateur d'ouvrage ou de services répond, non seulement de son fait, mais de sa négligence, de son imprudence et de son impéritie. **Toute convention contraire est sans effet** ».

² **Article 259** : « Lorsque le débiteur est en demeure, le créancier a le droit de contraindre le débiteur à accomplir l'obligation, si l'exécution en est possible ; à défaut, il peut demander la résolution du contrat, ainsi que des dommages-intérêts dans les deux cas. Lorsque l'exécution n'est plus possible qu'en partie, le créancier peut demander, soit l'exécution du contrat pour la partie qui est encore possible, soit la résolution du contrat, avec dommages-intérêts dans les deux cas- - La résolution du contrat n'a pas lieu **de plein droit**, mais doit être prononcée en justice. **Article 260** : Si les parties sont convenues que le contrat sera résolu dans le cas où l'une d'elles n'accomplirait pas ses engagements, la résolution du contrat s'opère **de plein droit** par le seul fait de l'inexécution ».

protection du consommateur¹, du commerçant² et du salarié¹ notamment.

¹ La loi du 18 février 2011 édictant des mesures de protection du consommateur dispose en un certain nombre de ses articles la mention que « *les dispositions du présent titre/chapitre sont d'ordre public* » comme l'indique (i) l'article 20 qui se rapporte à la protection du consommateur contre les clauses abusives (articles 15 à 19) avec en particulier l'article 19 qui spécifie que : « *Sont nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur. Le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans la clause abusive précitée* », (ii) l'article 44 qui vise les contrats conclus à distance (articles 24 à 43), (iii) l'article 52 qui vise le démarchage tel que précisé aux articles 45 à 51 et l'article 151 qui inclut les articles 74 à 150 concernant, l'endettement du consommateur selon divers types de crédits ainsi que les conditions de cautionnement et avec soulagement l'interdiction faite aux établissements de crédit d'exiger des emprunteurs la souscription d'effets de commerce afin de «-garantir ! - le financement, conformément à l'article 150 de la loi sur la protection du consommateur qui dispose que « *Sans préjudice des dispositions de l'article 164 de la loi n° 15-95 formant code de commerce sont nuls les lettres de change et billets à ordre souscrits ou avalisés par l'emprunteur à l'occasion des opérations de crédit régies par le présent titre* ».

² A titre d'exemple et concernant le contrat de gérance libre, l'article 152 du code de commerce du 1^{er} août 1996 dispose que « *Nonobstant toute clause contraire, tout contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls est régi par les dispositions ci-après. - -- -Lorsque le contrat de gérance libre est de nature à porter préjudice aux créanciers du bailleur du fonds, le tribunal du ressort peut déclarer exigibles les créances antérieures ayant pour cause l'exploitation dudit fonds. La demande tendant à déclarer l'exigibilité desdites créances doit à peine de forclusion, être introduite dans le délai de trois mois à compter de la date prévue au deuxième alinéa de l'article 153 ci-dessous* ». De plus, l'Article 158 du même code affirme que : *Tout contrat de gérance libre consenti par le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce ne remplissant pas les conditions prévues aux articles ci-dessus, est nul. Toutefois, les contractants ne peuvent invoquer cette nullité à l'égard des tiers* ». En ce qui concerne les droits de l'agent commerçant qui exerce son activité au Maroc, l'indemnisation compensatrice en fin de contrat est obligatoire sauf faute grave notamment lui est due et il ne peut être soumis à des conditions de non concurrence qui ne pourrait dépasser deux années. A ce titre, l'article 402 du code de commerce dispose « *qu'en cas de rupture du contrat, l'agent commercial a, nonobstant toute clause contraire, droit à une indemnité compensatrice du préjudice qu'il subit par l'effet de cette rupture. Il doit notifier au mandant qu'il entend faire valoir ses droits à cette indemnité dans le délai d'un an à compter de la rupture du contrat* », et l'article 403 suivant du code de commerce expose que « *le contrat peut imposer à l'agent commercial une obligation de non concurrence après la cessation du contrat. Cette clause doit concerner le secteur géographique ou le groupe de personnes déterminé ainsi que le type de biens ou de services pour lesquels il exerce la représentation en vertu du contrat. Elle n'est valable, nonobstant toute clause contraire, que pour une durée maximale de deux ans après la cessation du contrat* ». L'article 404 précise que

Sur les quelques exemples de textes de lois contenant des dispositions clairement établies sur la portée impérative de certaines règles et que l'on peut à première vue les regrouper sous le bouclier de l'ordre public² et peut être même de placer certaines

« nonobstant toute clause contraire, les dispositions du présent titre s'appliquent à tout contrat d'agence commerciale conclu avec un agent établi sur le territoire du Royaume ». Bien entendu, ce droit à indemnité en faveur de l'agent commercial établi au Maroc s'applique certainement dans le cas de contrat d'agence commerciale internationale, ce que le commettant ou fournisseur étranger devrait prendre en compte dans l'appréciation des coûts financiers qu'il aurait à supporter en cas de résiliation sans faute du contrat qui le lierait avec l'agent commercial établi au Maroc. Il reste que ces coûts financiers en terme de quantum d'indemnisation sont aléatoires en raison de l'absence de règles précises et aussi pour défaut de jurisprudence constante. Pour ce qui est de la complexe question relative aux mesures de prévention et de traitement difficiles de l'entreprise qui est traitée dans le livre V du code de commerce (articles 545 à 736), il est entendu que l'appui judiciaire nécessaire et obligatoire pour mener à bien les mesures précitées ne peut laisser la place à une quelconque possibilité de soumettre tout le processus à d'autres règles ou juridictions étrangères. A titre d'exemple, l'article 573 du code de commerce énonce que « Le syndic a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant de l'entreprise. Le contrat est résilié de plein droit après mise en demeure adressée au syndic et restée plus d'un mois sans réponse - - Si le syndic n'use pas de la faculté de poursuivre le contrat, l'inexécution peut donner lieu à des dommages-intérêts dont le montant sera déclaré au passif. L'autre partie peut néanmoins différer la restitution des sommes versées en excédent par l'entreprise en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages - intérêts. Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ».

¹ Dans le même sens que pour la situation des difficultés de l'entreprise, le législateur marocain a entrepris par l'élaboration du nouveau code du travail du 11 septembre 2003 à organiser les relations entre l'employeur et le salarié établis au Maroc selon un principe d'ordre public applicable à l'ensemble du texte comme déterminé dans la préface du code que « les dispositions de la présente loi lui sont applicables, sur l'ensemble du territoire national -..... - et que les droits contenus dans ce texte sont considérés comme un minimum de droits auquel on ne peut renoncer ».

² Mohamed Jalal ESSAID, *Introduction à l'étude du droit*, 5^{ème} édition, 2013 – 2014. L'auteur a fait la distinction entre les lois impératives ou d'ordre public, qui s'imposent de façon absolue à Tous. Les particuliers comme les tribunaux ne peuvent écarter une règle impérative. A propos des lois impératives, il est plus souvent référé à des règles d'ordre public. C'est pourquoi elles s'opposent de façon absolue. Pp. 47 – 48 ; Paul DECROUX, *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*, LGDJ, Paris 1952, L'auteur a précisé qu'il n'y aurait pas au Maroc, en dehors des cas où jouerait cet ordre public absolu, à contenu très limité, de règles

d'entre elles dans la catégorie des lois de police¹, même si cette notion n'est pas encore adoptée par la doctrine marocaine, sauf et pour la première fois dans un récent litige commercial tranché par une sentence arbitrale étrangère ayant obtenu l'exéquatur devant les tribunaux marocains conduisant à l'extension de la clause compromissoire à l'entité mère de la partie marocaine ayant succombé à l'issu de la procédure arbitrale².

impératives locales susceptibles de faire échec à l'autonomie de la volonté. p. 49. ; Omar AZZIMAN, Le Contrat, Volume I, Editions Le Fenec, 1995. L'auteur indique de la nécessité de la conformité du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs. pp. 168 – 169. M. AZZIMAN définit l'ordre public traditionnel comme l'ensemble de règles considérées comme supérieures parce qu'elles visent à assurer la protection des principes fondamentaux sur lesquels repose l'organisation de la société. Cet ordre public traditionnel qui est essentiellement judiciaire – en ce sens qu'il est plus l'œuvre du juge que du législateur - regroupe l'ordre public politique, familial, de respect de la personne humaine, moral et religieux. Par contre, l'ordre public moderne est l'œuvre du législateur qui régleme pour un ordre public social et d'une manière impérative les contrats qui se prêtent aux abus et à l'exploitation des contractants faibles comme le sont les consommateurs et les salariés. L'ordre public économique et social fait partie intégrante de cet ordre économique moderne. L'auteur termine son analyse sur l'ordre public en le qualifiant d'interventionniste, d'agressif, de diversifié, de contingent et porteur de changement. Il conclut en commentant que l'ordre public ne constitue pas une notion homogène susceptible d'une définition précise. L'imprécision et la mobilité et la complexité de l'ordre public sont inhérentes à sa nature et nécessaires à sa mission.

¹ Cf. supra note 1. Il est à noter qu'à aucune occasion le texte des lois de droit marocain rédigés en langue arabe qui fait foi et en langue française ne font référence à la notion de lois de police. Il serait judicieux pour qu'à l'avenir, la distinction soit faite entre les règles d'ordre public et les lois de police internes et internationales et les lois de police afin de cantonner et spécifier les dispositions d'ordre public susceptibles d'évincer les règles d'ordre public et les lois de police internes et internationales de source étrangère.

² Arrêt de la cour d'appel de commerce de Casablanca n° 220 en date du 15 janvier 2015 sous référence 2669/8224/2013. Sur les motifs de cet arrêt, la cour a répondu à « la question de savoir si la solution matérielle considérée par le tribunal arbitral venait à heurter les dispositions de l'ordre public ou non ? La cour a notamment répondu qu'attendu ce qui est internationalement accepté que l'ordre public international et interne comprend les principes essentiels liés à la justice, aux comportements moraux exemplaires que les Etats veillent à protéger et aux règles et principes qui ont pour objet de servir les besoins politiques, sociaux et économiques des Etats et qui sont connus sous le nom de règles d'orientation ou impératives absolues - Lois de police - et les engagements internationaux que l'Etat doit respecter à l'égard des autres Etats et organisations internationales ». (Traduction libre de la langue originale de l'arrêt

L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL – L'IMPROBABLE DEFINITION. En ce qui concerne l'ordre public international marocain¹, il demeure le parent pauvre de la doctrine marocaine moderne qui ne s'y est intéressée sauf une bien ancienne de Paul DECROUX² et ce sont les tribunaux marocains qui s'y sont timidement aventuré pour essayer de donner de la substance à ce concept³. Par contre et à l'étranger, l'ordre public international a reçu ses lettres de noblesse grâce d'une part à une doctrine prolixe mais toutefois imprécise et d'autre part à une jurisprudence créative en raison des prérogatives qui sont reconnues aux juges de dire le droit lorsqu'il est notoire et clair mais qui en cas défaut de règles précises, entreprennent l'interprétation de ces règles imparfaites pour leur donner un contenu viable et delà rendre leurs décisions.⁴

en arabe. Il est à noter que la référence au concept Loi de police a été inclus en français dans le corps du texte en langue arabe dudit arrêt)

¹ Cf. *supra* page 2, dernier paragraphe.

² Paul DECROUX, *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en Droit Conventionnel Marocain*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence – Paris 1952. L'auteur définit l'ordre public international ou *l'ordre public absolu celui qui fait échec aux dispositions d'une loi étrangère*. La lecture des développements consacrés à l'obtention d'une définition précise de l'ordre public international ne permet de trouver celle-ci autrement qu'à travers des situations juridiques qui soulevaient à l'époque des conflits entre l'application d'une loi étrangère avec celles en vigueur au Maroc.

³Cf. *infra* l'analyse de la récente jurisprudence marocaine relative à l'arbitrage international qui a quelque peu mis en relief la notion d'ordre public international.

⁴ *Mathias FORTEAU, L'ordre public « transnational » ou « réellement international » face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public, Journal du droit international (Clunet) n° 1, janvier 2011.* L'auteur définit *l'ordre public international (au sens où l'entend et l'utilise le droit international privé) paraît relever par essence de ce domaine réservé, tant par son contenu que par sa fonction, qui sont étroitement corrélés l'un à l'autre. Synthétiquement défini, l'ordre public dit « international » ne constitue pas autre chose en effet que l'ensemble des valeurs que le for considère à ce point fondamentales pour ce qui le concerne qu'il estime indispensable de les opposer comme obstacle à l'application de la loi étrangère dans son ordre ; Paul LAGARDE, **Ordre public**, Répertoire de droit international, mars 2009 : *En droit international privé, une loi étrangère est contraire à l'ordre public quand elle heurte des principes jugés essentiels**

L'ORDRE PUBLIC A L'EPREUVE DE LA JURISPRUDENCE MAROCAINE. L'application par le juge d'une disposition légale précise comme celle qui est relative aux règles d'ordre public qui peuvent lui être soumises particulièrement lors d'un contentieux d'arbitrage interne ou international semble être à priori relativement aisée dans la mesure où il n'aurait qu'à vérifier les références légales de la transaction objet du litige qui contiendraient les formulations indicatrices de l'existence de règles impératives pour rendre une décision valablement motivée en droit. Il pourrait aussi référer aux jurisprudences antérieures qui auraient éclairé selon les cas d'espèce la notion d'ordre public qui leur serait liée. Il en va autrement dans la réalité puisque le juge doit nécessairement faire œuvre de d'exégèse face à l'absence de dispositions légales suffisamment claires sur cette notion multiforme de l'ordre public¹.

D'une manière concrète, le juge judiciaire qui est sollicité soit pour l'exequatur d'une sentence arbitrale interne ou internationale, soit pour son annulation ou dans cadre d'un recours en rétractation²

*du droit du for. la Cour de cassation a énoncé que la définition de l'ordre public international dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France ; Jean HAUSER et Jean jacques LEMOULAND, **Ordre public et bonnes mœurs**, Répertoire de droit civil, avril 2015. Les auteurs notent que l'expression elle-même d'ordre public international n'est pas très heureuse et elle a seulement pour but de marquer la distinction avec l'ordre public interne. La notion d'ordre public international est beaucoup plus étroite que celle qui est utilisée en droit interne, même si le rétrécissement, dans certaines matières, de l'ordre public interne peut conduire à des rapprochements.*

¹ Mohamed Jalal ESSAID, **Introduction à l'étude du droit**, *op. cit.* a affirmé que les juges marocains, s'il n'existe aucune disposition légale ou réglementaire, font volontiers appel, comme leurs homologues français, aux principes généraux du droit.

² La rétractation est une voie de recours extraordinaire prévue en droit de procédure civile marocain à l'article 402 qui dispose notamment "que la demande en rétractation est possible notamment si dans une même décision, il y a des dispositions contraires" (§ 5 de l'article 402), ce qui pourrait se rapprocher au défaut, contradiction ou absence de motivation tel que prévu à l'article 327-23, alinéa 2 du même code qui requiert la

est dans l'obligation d'exercer son contrôle pour s'assurer que les arbitres ont respecté l'application au contentieux des règles d'ordre public marocain pour rendre leur décision et éventuellement les règles impératives étrangères qui pourraient dans certaines circonstances limitées être prise en compte par le juge marocain¹. La plupart des décisions judiciaires rendues par les tribunaux marocains dans les litiges résolus par voie d'arbitrage interne ou international ne se sont guère aventurées dans des explications sémantiques des notions d'ordre public ou de lois de police pour ne se restreindre qu'aux conditions bien connues et clairement précisées dans les textes comme précisées à l'article 327-36 du code de procédure civile et à l'article 327-23 du code

motivation de la sentence. Un défaut ou une absence de motivation d'une sentence arbitrale pourrait donc conduire à la mise en jeu des voies de recours précitées avec l'argument qu'un tel défaut pourrait être assimilé à la violation d'une règle d'ordre public comme précisé à l'article 327-36, § 6. Il n'en demeure pas moins que le contrôle du juge de l'exéquat ou des voies de recours ordinaires ou extraordinaires reste limité à l'existence et à l'apparence de motivation suffisante de la part du tribunal arbitral dans les limites des conditions posées dans les règles de procédures liées à ces mêmes actions judiciaires.

¹ Cf. *supra* note 24. Cette très médiatisée affaire contentieuse a opposé une société de droit suisse et une société filiale d'un groupe industriel marocain constitué sous la forme d'une holding. La société étrangère a introduit un appel contre un arrêt d'exéquat partiel d'une sentence arbitrale rendue en Suisse. La décision du juge de première instance commerciale marocain n'autorisait pas l'extension de l'exéquat de la sentence arbitrale à la société mère/groupe industriel marocain de la société en contentieux, sur le fondement de l'article 327-46 du code de procédure civile qui dispose que la reconnaissance ne doit pas être contraire à l'ordre public national ou international. Le juge de première juridiction a considéré que la demande d'extension de l'exéquat à la société mère contrevenait avec les dispositions de l'ordre public marocain, et de ce fait, elle ne pouvait prospérer. Le motif était par ailleurs basé sur les dispositions du droit suisse qui ne prévoit aucunement l'extension de la clause compromissoire à un tiers. A son niveau, la cour d'appel de commerce a motivé sa décision d'inflirmer l'arrêt initial principalement sur la référence à *des principes d'ordre public international qui sont eux-mêmes liés aux principes fondamentaux relatifs à la justice, aux comportements éthiques que l'Etat veille à faire respecter, aux règles qui ont pour objet de servir les intérêts politiques, sociaux et économiques des Etats, etc.* - *et que les personnes non signataires de la clause d'arbitrage mais ayant toutefois joué un rôle déterminant dans la conclusion, l'exécution et dans la résiliation du contrat sont considérées comme de véritables parties* (Traduction libre de la langue arabe vers la langue française)..

précité qui indique en son alinéa 2 que « la sentence doit être motivée, sauf si les parties en ont décidé autrement dans la convention d'arbitrage ou que la loi devant être appliquée à la procédure d'arbitrage n'exige pas la motivation de la sentence ».¹ . De ce fait et avec l'état de la jurisprudence marocaine actuelle, il n'est pas encore utile de procéder comme il est traditionnellement requis dans les recherches académiques à l'analyse systématique des décisions de justice de référence en la matière. La raison est que dans la plupart des décisions judiciaires en appel ou en cassation qui ont pu être rendues en la matière en particulier depuis la publication de la nouvelle loi sur l'arbitrage de 2007, les tribunaux ont rarement fait preuve d'avancer dans des définitions précises de la notion d'ordre public et ils se sont contentés à chaque occasion par syllogisme de revenir vers les textes en vigueur qui reflètent sans ambiguïté les conditions nécessaires pour que la contestation d'une sentence arbitrale ou d'une ordonnance ou arrêt d'exéquatur puisse prospérer, ce qui relève incontestablement de règles impératives et donc d'ordre public².

¹ Article 327-23, aliéna 2 du code de procédure civile marocain.

² Il est toutefois à noter quelques arrêts de référence de cours d'appel marocaines ou de la cour de cassation dont les motifs de refus d'exéquatur ou de validation de recours en annulation de sentence arbitrales internes ou internationales comme par exemple (i) l'arrêt de la cour suprême n° 1818 du 9 décembre 2010 sous la référence 168-3-1-2009 qui avait motivé sa décision de l'irrecevabilité du pourvoi à l'encontre l'arrêt d'appel ayant considéré que rien dans la sentence arbitrale ne contrevient à l'ordre public sachant qu'il ne s'agit dans le cas d'espèce que d'intérêts privés qui ne portent pas atteinte à des dispositions d'ordre public sur lesquelles les arbitres ne peuvent statuer ; (ii) l'arrêt de la cour suprême n° 896-3-3-2009 du 28 janvier 2010 a rejeté le pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de commerce au motif que la clause compromissoire n'évoquait que des différends relatifs à l'interprétation et à l'exécution du contrat, sans aller jusqu'à sa résolution ou à l'octroi d'indemnités. La cour d'appel a compétence pour vérifier si la sentence n'est pas entachée de nullité ou n'est pas contraire à l'ordre public, sans pour autant aller jusqu'à statuer sur le fond tranché par les arbitres, il n'en demeure pas moins que la vérification de la non violation par ces arbitres des dispositions de la clause compromissoire fait partie de l'essence même du pouvoir de ladite cour, dans la mesure où le cas précité constitue l'une des causes de demande de nullité, à savoir, si le tribunal arbitral a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée, a statué sur des questions n'entrant pas dans le cadre de

L'essentiel est donc orienté sur la compréhension de la notion d'ordre public afin de mieux mesurer la distance qui reste à entreprendre par le juge afin de statuer sur une question de ce type et qui est au demeurant très liée à chaque situation contentieuse avec ses propres spécificités

D'une manière générale, ce même juge qui ne dispose pas de la faculté de procéder à la révision au fond d'un litige soumis à l'arbitrage devrait en tous cas s'assurer que la sentence arbitrale n'a pas été établie en contravention avec l'ordre public interne et international lorsque le droit applicable au contentieux se rapportait à un droit étranger¹.

l'arbitrage ou a méconnu les limites de la convention ; (iii) la cour d'appel de commerce de Casablanca dans son arrêt n° 1083 du 21 juin 1989 a rappelé que le tribunal statuant sur l'exequatur d'une sentence arbitrale doit prendre en considération l'ordre public international et non uniquement l'ordre public interne (national) marocain. L'appelante (l'entité marocaine de droit public) a avancé que la sentence arbitrale a violé l'ordre public interne dans la mesure où elle est une personne morale de droit public ne disposant pas de fonds propres mais que ses fonds (biens) sont de la propriété de l'Etat et que les actes qu'elle conclut pour la poursuite de son activité administrative sont soumis au droit public. En réponse à cet argument, la Cour d'Appel a affirmé que l'Appelante s'occupe selon le Dahir du 07 septembre 1963 de l'importation, le stockage et la commercialisation du sucre et du thé et est, par conséquent, soumise dans ses relations commerciales au droit privé et non au droit public ; (iv) un arrêt de la cour suprême n° 60 du 19 janvier 2001 a rejeté la demande d'une partie qui a soulevé des moyens multiples fondés sur des violations répétées de dispositions d'ordre public par la cour d'appel ayant confirmé la décision d'exequatur d'une sentence arbitrale étrangère, étant précisé que toute demande basée sur une violation d'ordre public doit être démontrée, à défaut elle serait rejetée ; (v) un arrêt de la cour suprême n° 274 du 8 mars 2006 sous la référence 292-3-2-03 a renvoyé vers une autre juridiction d'appel pour statuer sur une affaire par laquelle un arrêt avait infirmé une décision d'exequatur d'une sentence arbitrale interne sur la base de la violation par le tribunal d'une règle d'ordre public qui consistait à interpréter à tort les clauses contractuelles .

¹ Mohamed Dyaa TOUMLILT et Ahmed Alaa TOUMLILT, **Le droit de l'arbitrage au Maroc**, *op. cit.* Les auteurs ont énoncé que dans le champ de contrôle exercé par le juge de l'exequatur, il ne faut pas déduire que la sentence arbitrale ne doit pas trancher un litige dont l'objet est soumis à une réglementation de portée impérative qui touche à l'ordre public ; autrement, on exclurait du domaine de l'arbitrage tous les différends dont la solution suppose une interprétation ou une application d'une règle d'ordre public. La simple existence d'un lien avec l'ordre public ne dessaisit pas l'arbitre ; la

POUR LA CONSECRATION D'UN ORDRE PUBLIC PREVISIBLE ET EFFICIENT. Le défaut de précision quelque peu naturel de la notion d'ordre public ouvre la voie à toutes les interprétations parfois saugrenues de la part de parties ayant succombé lors de procédures arbitrales pour qu'elles tenter de manière dilatoire d'opposer toutes les voies de recours judiciaires contre les sentences rendues¹. C'est à ce niveau que le rôle des juges devrait être plus constructif afin de réduire dans le sens le plus élevé mais aussi le plus juste du concept d'ordre public sur lequel de telles procédures sont généralement construites, et delà redonner notamment au droit des procédures arbitrales et judiciaires et en particulier au juge qui a aussi un rôle créateur de la règle juridique toute la vigueur et l'efficacité qu'ils méritent pour une meilleure justice à rendre justement aux justiciables !

sentence n'est susceptible d'annulation à cet égard que si la solution consacrée par le tribunal arbitral viole l'ordre public, ou si la nature même de l'objet de l'objet du litige s'oppose à ce que celui-ci soit tranché par voie d'arbitrage. p 491.

¹ Thomas CLAY, **Code de l'arbitrage commenté**, Lexis Nexis, Edition 2015, *En cas d'abus de recours en annulation, est justifiée une condamnation à des dommages et intérêts, cet abus pouvant résulter d'un manquement au devoir procédural de loyauté et de bonne foi des parties à l'arbitrage.* p. 136. Ce type de sanctions devrait être établi lors de la prochaine réforme du droit de l'arbitrage au Maroc sous la possible forme d'un code spécifique et que notamment toutes les voies de recours que pourrait décider d'entreprendre une partie à un contentieux soient mûrement réfléchies et mesurées afin d'éviter de subir les sanctions pécuniaires substantielles qui pourraient lui être appliquées par les juridictions concernées pour abus de procédures.

Traduction non officielle en langue anglaise de la loi n°08-05 du 30 Novembre 2007 relative à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle

Unofficial English translation of Law n ° 08-05 of November 30, 2007 on arbitration and conventional mediation

ترجمة غير رسمية الى الإنجليزية للقانون رقم 05-08 المؤرخ في 30
نوفمبر 2007 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

Official bulletin n°5584 of Thursday, December 6, 2007
Dahir n°1-07-169 1428 of 19 Kaada (30 November 2007)
promulgating the law n°08-05 repealing and replacing the
Chapter VIII of Title V of the Procedure civil Code.

(Free translation by Amin Hajji and Nadia El Baroudi-Kostrikis)

CHAPTER VIII: ARBITRATION AND CONTRACTUAL MEDIATION

Section I: Domestic Arbitration

Subsection I: Definitions and general rules

Article 306

Arbitration is a form of dispute resolution. The parties agree to refer the dispute to an arbitral tribunal and to be bound by the decision in accordance with an arbitration agreement. .

Article 307

The arbitration agreement sets out the commitment of the parties to resort to arbitration to decide a dispute which exists or could arise within a defined legal relationship, regardless of its contractual or non-contractual nature.

The arbitration agreement can take the form of a submission agreement or of an arbitration clause.

Article 308

In compliance with the provisions of the *Dahir* (Royal Decree) of 1331 9 Ramadan (12 August 1913) namely the Obligations and Contracts Code, as amended and supplemented, and in particular

Article 62, any individual of sound mind or a legal entity/corporation, can enter into an arbitration agreement as regards the rights over which they have an unrestricted power of disposition, within the limits forms and procedures set out in this present chapter.

Disputes subject to the jurisdiction of Commercial Courts may be subject to an arbitration agreement under article 5 of law N° 53-95 establishing commercial Courts.

Article 309

Subject to the provisions of Article 308 above, the arbitration agreement cannot concern the resolution of disputes regarding the status and capacity of persons or personal rights which are not subject to commerce.

Article 310

Disputes relating to unilateral acts of the State, local authorities or other bodies vested with public authority may not be subject to arbitration.

Nevertheless, pecuniary issues which could arise, can be subject to a submission agreement excepting those issues relating to the enforcement of tax legislation.

Notwithstanding the provisions of the second paragraph of Article 317 below, disputes relating to contracts entered into by the State or local authorities can be subject to an arbitration agreement in compliance with provisions relating to supervision or guardianship under the laws or regulations in force concerning the acts in question.

The competence to rule on the request for enforcement of the arbitral award rendered within the framework of the present article belongs to the administrative court within whose jurisdiction the award will be executed or to the Administrative

Tribunal of Rabat, when the arbitral award concerns the whole national territory.

Article 311

State-owned companies subject to the law of commercial corporations may conclude arbitration agreements within the terms and conditions determined by their board of directors or supervisory board or their managing body.

Notwithstanding the provisions of the second paragraph of Article 317 below, state institutions may enter into submission agreements within the terms and conditions determined by their board of directors. The agreements including arbitration clauses are subject to a special resolution of the board of directors.

Article 312

In this chapter,

- 1 - the "arbitral tribunal" means a sole arbitrator or a panel of arbitrators;
- 2 - the "arbitration rules" means any text that defines a specific procedure to be followed in arbitration;
- 3 - the "president of the jurisdiction" means the President of the commercial court, unless otherwise specified.

Article 313

The arbitration agreement shall always be set out in writing, either by notarial or private deed, or in minutes drawn up before the arbitral tribunal selected.

The arbitration agreement is deemed set out in writing when it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex communications, telegrams or any other means of telecommunication considered as an agreement and which attests to the existence of such an agreement, or again in an exchange of submissions of statements of claim or of defense, in which the

existence of such an agreement is alleged by one party and not denied by the other .

All reference in a written contract to the provisions of a master agreement, of an international agreement or any other document containing an arbitration clause is deemed to be an arbitration agreement made in writing, when the reference clearly states that the said clause forms an integral part of the contract.

Article 314

The submission agreement is an agreement in which the parties to a dispute which already exists submit it to an arbitral tribunal.

They can enter into such an agreement even during proceedings already brought before a court.

When it has been agreed to seek arbitration during the examination of the dispute before a court, the court shall decide to submit the parties to arbitration. This ruling is deemed to be a written arbitration agreement.

Article 315

The submission agreement could be considered invalid unless it:

- 1 – determines the subject of the dispute;
- 2 – appoints the arbitral tribunal or sets out the terms for its appointment. The submission agreement lapses when an appointed arbitrator does not accept the mission entrusted to him/her.

Article 316

The arbitration clause is an agreement in which the parties to a contract agree to submit to arbitration the disputes which may arise in relation to this said contract.

Article 317

In order to avoid the possibility of invalidation:

- the arbitration clause must be set out in writing, without ambiguity, in the main agreement or in a document to which the agreement refers;
- the arbitration clause must, either appoint the arbitrator(s), or set out the terms for their appointment.

Article 318

The arbitration clause is deemed to be an agreement independent of the other clauses of the contract. Invalidation, termination or breach of the agreement has no effect on the arbitration clause included in the said contract when it is itself valid.

Article 319

Arbitration may be ad hoc or institutional.

In case of ad hoc arbitration, the arbitral tribunal will determine the procedure to be followed, unless the parties agree otherwise or choose a specific arbitration procedure.

When the arbitration is brought before an arbitration institution, the said institution will organize and ensure its smooth functioning in accordance with its rules.

In any event, the rules on the rights of defense will be respected.

Article 320

The mission of arbitrator can only be entrusted to an individual of sound mind and body and who has not been the subject of a final conviction for acts contrary to honor, probity or morality or has been prohibited from practicing a commercial activity or deprived of one of his/her civil rights.

If the agreement appoints a legal entity/organization, the latter has only the power to organize and to ensure the smooth functioning of the arbitration.

Article 321

Individuals who usually or by profession, exercise arbitrator assignments, either individually or within a legal entity/organization, one of whose activities is arbitration, must declare their activity to the Chief Prosecutor at the Court of Appeal in the jurisdiction where they reside or where the registered head office of the legal entity/organization is located.

After examination of their situation, the Chief Prosecutor issues a receipt of the declaration and registers the persons concerned on a list of arbitrators for the Court of Appeal in question.

Article 322

An arbitrator may not be challenged by either party to the arbitration, except for a cause occurring or discovered after his/her appointment.

Article 323

An arbitrator may be challenged when:

- 1 – he/she has been convicted and sentenced for one of the acts listed in Article 320 above;
- 2 - he/she or their spouse or relatives in the ascending or descending line, have a direct or indirect personal interest in the dispute;
- 3 - there is kinship or alliance between the arbitrator or his/her spouse and one of the parties to the degree of first cousin;
- 4 - there are ongoing legal proceedings or legal proceedings terminated for less than two years between one of the parties and the arbitrator or his/her spouse or relatives in the ascending or descending line.;

- 5 – he/she is creditor or debtor of one of the parties;
- 6 - he/she previously pleaded, had a role of representation or testified as a witness in the dispute;
- 7 - he/she has had to act as legal representative of one of the parties;
- 8 - there is a relationship of subordination between the arbitrator or his/her spouse or relatives in the ascending or descending line and one of the parties or their spouse or relatives in the ascending or descending line.
- 9 - there is a well-known friendship or a notorious feud between the arbitrator and one of the parties.

When an arbitrator is challenged, the request is submitted in writing to the president of the competent jurisdiction, specifying the grounds for the challenge, within eight days from the date the initiator of the challenge became aware of the constitution of the arbitral tribunal or circumstances justifying the challenge. When the arbitrator, object of the challenge, does not withdraw voluntarily after the challenge the chairman of the jurisdiction rules on the said challenge within ten days by a decision not subject to any form of appeal. The challenge request shall not be declared admissible if it emanates from a person who has already submitted a challenge request concerning the same arbitrator, in the same arbitration proceedings and for the same reason. When an arbitrator has been rejected, the arbitration proceedings in which he was involved are deemed void, including its award.

Article 324

Subject to the provisions of Article 320 above, an arbitrator can be removed only with the unanimous consent of the parties. Such revocation shall terminate the assignment of the arbitrator as soon as it has been notified to him.

Article 325

When the mission of an arbitrator has been terminated for any reason, a substitute arbitrator is appointed under the same rules that led to the appointment of the arbitrator who has been replaced.

When an arbitrator is prevented from carrying out his/her assignment, or when he/she does not commence the said assignment or ceases to exercise it causing an undue delay in the arbitration proceedings, and in addition he/she does not withdraw or the parties agree to a revocation, the president of the competent jurisdiction may, upon request of either party, terminate the assignment of the said arbitrator, by a decision not subject to any form of appeal.

Article 326

Arbitrators are bound by professional secrecy under the terms provided in criminal law.

Article 327

When a dispute submitted to an arbitral tribunal according to an arbitration agreement, is brought before a court, the latter must, if the defendant so requests before ruling on the merits, declare inadmissibility until exhaustion of the arbitration procedure or cancellation of the arbitration agreement.

If the arbitral tribunal has not been appointed, the court, at the request of the defendant, should also declare inadmissibility, unless the arbitration agreement is obviously invalid.

The defendant must make a request before the court rules on the merits. The court may not, in both cases, declare inadmissibility.

When an action referred to in paragraph one and two here above is brought to court, the arbitration proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made pending the court ruling.

Article 327-1

The arbitration agreement does not prevent the parties, either prior to initiating arbitration proceedings or during them, from referring to the juge de *référé* (urgent applications court) for the purpose of taking any provisional or interim measures in accordance with provisions under this law. The parties may withdraw these measures in the same way.

Subsection II: The arbitral tribunal - The constitution of the arbitral tribunal.

Article 327-2

The arbitral tribunal is composed of a sole arbitrator or several arbitrators. The parties are free to set the terms for the appointment and number of the arbitrators, either in the arbitration agreement, or by reference to arbitration rules of the chosen institution.

Failing agreement of the parties on the number of arbitrators, it is fixed at three.

When there are several arbitrators, their number must be an odd number otherwise the arbitration is invalid.

Article 327-3

If it happens that the arbitrator or arbitrators appointed by the arbitration agreement do not fulfill the legal requirements pertaining to their function, or for any other cause obstructing the composition of the arbitral tribunal, the appointment of arbitrators is taken by a common parties, agreement or in accordance with Article 327-4 below.

Article 327-4

When the parties appoint an even numbers of arbitrators, the arbitral tribunal is complemented by an arbitrator, who has been selected, either in accordance with the wishes of the parties, or in

the absence of such wishes , by the appointed arbitrators, or failing agreement between them, by the president of the jurisdiction by virtue of an order without possibility of appeal.

In case of institutional arbitration, the appointment procedure and the number of arbitrators composing the arbitral tribunal shall be determined by the chosen arbitral institution.

Article 327-5

If the arbitral tribunal has not been designated in advance and that the terms and selection date of arbitrators have not been fixed or agreed by the parties, the following procedures are followed:

1 - When the arbitral tribunal is composed of a sole arbitrator, he/she is appointed by the president of the competent court at the request of one of the parties;

2 - When the arbitral tribunal is composed of three arbitrators, each party appoints one. The two arbitrators appointed shall then agree to designate the third.

When one of the parties does not appoint their arbitrator within fifteen days upon receipt of a request to that effect coming from the other party or when the two appointed arbitrators do not agree on the appointment of the third arbitrator within fifteen days after the appointment of the second arbitrator , the president of the competent court shall appoint the third arbitrator at the request of one of the parties. The chair of the arbitral tribunal is assured by the arbitrator chosen by the first two arbitrators or designated by the president of the jurisdiction;

3 - The procedures referred to in 2° above of this article are to be followed when the arbitral tribunal is composed of more than three arbitrators;

4 - The president of the competent jurisdiction must ensure that the arbitrator which he/she appoints fulfills the conditions required by the present law and those conditions agreed by the

parties. He/she takes their decision after meeting the parties. His/her decision is not subject to any appeal procedure.

The same will apply whenever the constitution of the arbitral tribunal faces a difficulty either because of one of the parties or in the implementation of the measures for appointing an arbitrator.

Article 327-6

The constitution of the arbitral tribunal is complete only if the arbitrators appointed accept the mission entrusted to them.

The arbitrator who has accepted his/her mission must, in writing, declare, upon acceptance, any circumstances likely to give rise to doubts regarding his/her impartiality and independence.

The proof of the acceptance of the mission is established in writing, by the signing of the agreement or by the execution of an action which indicates the beginning of the mission.

Any arbitrator must continue his/her mission to completion; he/she cannot withdraw, on pain of damages, without legitimate cause after their acceptance and, if it is the case he/she must give notice stating the reasons for their withdrawal.

Article 327-7

The arbitrator who might possibly be the subject of a challenge must inform the parties. In this case, he/she cannot accept the mission without the consent of the parties.

Article 327-8

When a challenge or the removal of an arbitrator is requested, the arbitration procedure is suspended until there is a ruling on this request, unless the arbitrator concerned agrees to withdraw.

Difficulties relating to the challenge or removal of arbitrators are brought before the president of the jurisdiction who decides by means of an order which is not subject to any appeal and respecting the principle of adversarial procedure.

Procedures and incidents

Article 327-9

Prior to any substantive consideration, it is the responsibility of the arbitral tribunal to rule , *ex officio* , or at the request of one of the parties, on the validity and the limits of its competences or on the validity of the arbitration agreement, and by an order that is only subject to appeal under the same conditions as the award on the merits and at the same time.

Before any decision, the arbitral tribunal may refer the matter to the Chief Prosecutor at the Court of Appeal with territorial jurisdiction over the location of the arbitration so that he might disclose information the tribunal deems necessary taking into account the provisions of Article 308 above. The Chief Prosecutor is required to respond to the request within fifteen days of its referral; otherwise, the arbitral tribunal reviews the case as it is.

Article 327-10

The arbitral tribunal shall determine the conditions of the arbitration proceedings it deems appropriate, subject to the provisions of this present law, without the obligation to follow the rules established for the jurisdictions, unless the parties have otherwise agreed in the arbitration agreement.

The parties may agree on the place of arbitration within or outside the Kingdom of Morocco. In the absence of an agreement to this effect, the arbitral tribunal shall designate a suitable place for the arbitration taking into account the circumstances of the proceeding and the domiciles of the parties, without preventing the arbitral tribunal from meeting at any place it considers appropriate to undertake arbitration measures, such as the hearing of the parties to the dispute, witnesses or experts, the consultation of documents , the inspection of goods or property, or the holding of discussions between its members or other.

The parties to the arbitration procedure receive fair and equal treatment. Each party has full and equal opportunity to explain their claims, their legal arguments and to exercise their right of defense.

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitration procedure commences the day the composition of the arbitral tribunal has been completed.

Article 327-11

The investigations of the arbitral tribunal include the hearing of witnesses, the involvement of a committee of experts, and other means of enquiry.

If a party holds an item of evidence, the arbitral tribunal may ask the party in question to produce it.

The tribunal may also proceed to the hearing of any person whose testimony it considers useful.

Article 327-12

The hearings before the arbitral tribunal are preceded by the taking of an oath.

The parties may be represented or assisted by any person of their choice.

Article 327-13

The arbitration shall be conducted in Arabic unless otherwise agreed by the parties or when the arbitral tribunal decides to choose one or other languages. The said agreement or decision is applicable to the language of the data, written submissions, documents and oral arguments as well as any decision or award of the arbitral tribunal, unless otherwise agreed by the parties or ruled by the arbitral tribunal.

The arbitral tribunal may decide to attach the translation into the language used in the arbitration of all or part of the written documents produced during the proceedings. If there are many languages, the translations may be limited to only a few of these languages.

Article 327-14

Within the period agreed between the parties or granted by the arbitral tribunal, the claimant must submit, to the defendant and to each of the arbitrators a written statement concerning his/her claim including name, address, the name and address of the defendant, an explanation of the facts concerning the proceedings, the matters in dispute, his/her demands and any other facts to be mentioned in the written statement in accordance with the parties' agreement. He/she must attach to the said written statement all documents and supporting evidence he/she intends to use.

The defendant must submit to the claimant and to each of the arbitrators a written statement in response to the initial claim including his/her means of defense, within the period agreed between the parties or granted by the arbitral tribunal. This written statement may mention incidental claims regarding the subject matter of the dispute or the defendant can exercise a right by which he/she can submit a claim for compensation. The defendant can attach to the said written statement all documents of evidence or refutation he/she intends to use.

The arbitral tribunal may, when it deems necessary, request the parties to submit the original papers or documents on which they are based.

Copies of written statements, papers or other documents submitted before the arbitral tribunal by one of the parties shall be communicated to the other party. The same applies to the

expert reports or any other evidence, both parties being allowed a period of time to send their answers and observations.

Each party to the arbitration may amend or complete his/her claims or means of defense during the arbitration proceedings, unless the arbitral tribunal refuses in order to avoid having to rule a second time on the dispute.

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal holds hearings to enable the parties to explain orally the subject matter of the case and to submit their evidence, or the procedure may be limited to the production of written statements and written documents.

The parties to the arbitration shall be notified of the dates of the hearings and meetings that the arbitral tribunal decides to hold at least five days before the date fixed for this purpose.

All meetings held by the arbitral tribunal are subject to the taking of minutes of which a copy is delivered to each of the parties.

Unless otherwise agreed by the parties, the failure to produce the claim instituting proceedings by the claimant within the time limit laid down, without valid reason, results in termination of the arbitration procedure by decision of the arbitral tribunal.

If the defendant fails to submit his/her written statement in response within the time laid down, the arbitral tribunal shall continue the arbitration procedure without this being considered as acknowledgement by the defendant of the merits of the claim filed by the claimant.

In case a party fails to attend one of the hearings, or fails to submit the required documents, the arbitral tribunal may continue the

arbitral proceedings and render an award on the dispute in the light of the evidence it already has.

Article 327-15

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may order, on the request of one of the parties, any provisional or interim measure it deems necessary within the limits of its mission.

If the party against whom the award was rendered did not execute the said order, the party in whose favor the decision was rendered may apply to the President of the court having jurisdiction for an enforcement order.

Article 327-16

If there are several arbitrators, they must participate together in all investigative tasks and all operations as well as the drafting of all the minutes, unless the parties have authorized one of the arbitrators to carry out a specific act.

By law, the presiding arbitrator is empowered to decide procedural matters, unless objections by the parties or of the other arbitrators are raised at the moment the claim is submitted.

Article 327-17

If during the arbitration proceedings, the arbitral tribunal is conducted to rule on a matter that falls outside its jurisdiction or if a complaint has been filed concerning forgery in a document that was provided to it and that criminal proceedings were initiated in this regard, it can continue its examination of the case if it considers that ruling on the matter, on the forgery or on the forgery allegation is irrelevant as regards the deciding the dispute. Otherwise, it halts the proceedings until

a final judgment in the case is rendered. As a result, the period of time allotted to decide the arbitral award is suspended.

Article 327-18

The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the rules of law agreed by the parties.

If the parties do not agree on the rules of law to be applied in the dispute, the arbitral tribunal shall apply the objective rules of law it considers most relevant to the dispute.

In all cases, the arbitral tribunal must take into consideration the clauses of the contract which are the subject of the dispute, commercial usages and customs and what is usual behavior between the parties. If the parties expressly agree to entrust the arbitral tribunal with the mission to decide as *amiable compositeur*. The tribunal is not required, in this case, to comply with the rules of law and shall rule on the subject matter of the dispute in accordance with the rules of justice and equity.

Article 327-19

If the parties agree to settle the dispute during arbitral proceedings, the tribunal terminates the arbitration procedure.

At the request of the parties the arbitral tribunal declares the end of the proceedings with an award rendered with the agreement of the parties.

This award has the same effect as any other arbitral award pronounced on the merits of the case.

The arbitral tribunal orders the termination of the procedure when it is clear, in their opinion, that the continuation of the arbitral proceedings has become, for any other reason, unnecessary or impossible.

Article 327-20

If the arbitration agreement does not set a deadline at which time the arbitral tribunal should have rendered its award, the mission of the arbitrators ends six months from the date that the last arbitrator to be appointed accepted his mission.

The contractual or legal period may be extended for the same period either by agreement of the parties, or by the president of the jurisdiction at the request of one of the parties or the arbitral tribunal.

If the arbitral award is not rendered within the period referred to in the paragraph above, any party to the arbitration may ask the President of the competent jurisdiction to terminate the arbitration proceedings by order. Each of the parties may then refer to the initial competent court to hear the case.

Article 327-21

After completion of the investigation procedure and when it considers that the case is ready, the arbitral tribunal shall determine the date on which the matter will be the subject of deliberation and the date when the award will be rendered.

After this date, no new claims can be made and no new evidence can be introduced. No new observations can be put forward and no new document produced, except at the request of the arbitral tribunal.

Subsection III - The Arbitral award

Article 327-22

The arbitral award is rendered, after deliberation by the arbitral tribunal, by a majority of votes. All arbitrators must pronounce in favor of or against the draft award subject to the provisions of paragraph 2 of Article 327-16.

The deliberations of the arbitrators are secret.

Article 327-23

The arbitral award must be in writing. It must correspond to the arbitration agreement and contain a concise presentation of the facts, claims of the parties and their respective arguments, documents, indication of contentious issues resolved by the award as well as a formal document ruling on these issues.

The reasons for the award must be set out, unless the parties have decided otherwise in the arbitration agreement or the law to be applied to the arbitration does not require the reasons for the award.

The award relating to a dispute in which a party is a legal entity/corporation must always be reasoned.

Article 327-24

The award contains the information:

- 1 - the name, nationality, occupation or capacity and address of the arbitrators who rendered it;
- 2 - the date;
- 3 - the place where it was rendered;
- 4 - family names, first names or corporate names of the parties and their home or registered office. If need be, the names of lawyers or any person who represented or assisted the parties.

The arbitration award shall determine the fees of the arbitrators, arbitration expenditure and the conditions of their allocation between the parties. If the parties and the arbitrators do not agree on the amount of the arbitrators' fees, such fees will be determined by independent decision of the arbitral tribunal. This decision is

subject to appeal before the President of the competent jurisdiction whose decision is definitive and not subject to appeal.

Article 327-25

The award is signed by each of the arbitrators. And in the case of several arbitrators, if the minority refuses to sign, the other arbitrators record the fact indicating the reasons for the refusal to sign and the award has the same effect as if it had been signed by each of the arbitrators.

Article 327-26

Once it is rendered, the arbitral award has the effect of *res judicata* relating to the dispute it has decided on.

However, when there is a dispute in which a legal entity governed by public law is one of the parties, the arbitral award acquires the force of *res judicata* only by virtue of an enforcement order. In this case, an *exequatur* is requested by either party before the judge having jurisdiction pursuant to Section 310 above according to the procedure provided for in Article 327-31 below and with the effects provided for in Articles 327- 32 and following.

The rules on interim enforcement of judgments are applicable to arbitral awards for which an *exequatur* is not required.

Article 327-27

The arbitral tribunal shall deliver to each of the parties a copy of the arbitration award, within seven days from its rendering.

The publication of the arbitral award or extracts thereof may be made only with authorization of the parties to arbitration.

Article 327-28

The award divests the arbitral tribunal of the dispute it has decided on.

However:

1 - Within thirty days after the pronouncement of the arbitral award, the arbitral tribunal may ex officio correct any clerical mistakes, computational or written or any errors of similar nature contained in the award;

2 - Within thirty days following notification of the arbitral award, the arbitral tribunal, at the request of one of the parties and without reopening the procedure, may:

- a) correct any clerical mistake, computational or written or any errors of similar nature contained in the award;
- b) interpret a specific part of the award;
- c) make an additional award relating to a claim on which it has failed to rule, unless otherwise agreed by the parties.

The claim is notified to the other party who will have a period of fifteen days to submit, if need be, his submissions.

The arbitral tribunal shall pronounce within thirty days from the date of its referral if it is an amending or interpretive award and within sixty days if it is a complementary award.

Article 327-29

If the arbitral tribunal cannot be reassembled again, the power to correct, or interpret the arbitral award belongs to the president of the jurisdiction within whose jurisdiction the arbitral award has been rendered within thirty days by order not subject to appeal.

Article 327-30

The request to correct or interpret the award suspends the execution and the time limits applicable to the notice for amending or interpreting the award.

The award rendered is regarded as an integral part of the initial award. The provisions of Article 327-23 above shall apply.

Article 327-31

The award is subject to enforcement only by virtue of an exequatur order of the President of the jurisdiction in whose jurisdiction the award has been rendered.

To this effect, the original of the award, accompanied by a copy of the arbitration agreement, with a translation, if applicable, in Arabic, is deposited by one of the arbitrators or by either party at the Registry of the jurisdiction within seven days of its pronouncement.

If a submission agreement has been signed on appeal of a judgment, an arbitral award is filed at the court of appeal in accordance with the preceding paragraph and the enforcement order is made by the first President of this jurisdiction.

Article 327-32

The exequatur is affixed to the original arbitral award.

The order granting enforcement is not subject to appeal.

However, the annulment appeal provided for in Article 327-36 below automatically allows, within the limits of referral to the Court of Appeal, appeal against the order for enforcement or immediate removal of the President of the jurisdiction in case he has not yet issued his order.

Article 327-33

The order refusing enforcement must be reasoned.

It is subject to appeal, in usual form, within fifteen days from its notification. In this case, the court of appeal is informed, at the request of the parties, of the legal arguments that they could have

employed against the arbitral award by way of an annulment appeal.

The court of appeal rules on this appeal according to an emergency procedure.

Article 327-34

The arbitral award cannot be subject to any recourse except those provided for in Articles 327-35 and 327-36 below.

An arbitral award may be subject to a request for retraction in accordance with the provisions of Article 402 below and, before any jurisdiction that would have examined the case if there had been no arbitration agreement.

Article 327-35

Arbitration awards, even those with an enforcement order, are not enforceable against third parties that may, however, initiate third party proceedings in the conditions provided by Articles 303 to 305 above 108 before the jurisdiction which would have examined the case if there had been no arbitration agreement.

Article 327-36

Notwithstanding any stipulation to the contrary, arbitral awards may be subject of an annulment appeal in the usual form before the court of appeal in the jurisdiction where the award has been rendered.

This appeal is admissible as soon as the award is rendered; it ceases to be so if it has not been exercised within fifteen days of the notification of the award bearing the exequatur.

It is available only in the following cases:

1. If it has been decided in the absence of an arbitration agreement, the agreement is invalid or if the arbitration time limit has expired;
2. If the arbitral tribunal was irregularly constituted, the sole arbitrator irregularly appointed or the parties' agreement not respected;
3. If the arbitral tribunal has ruled, without complying with the mission that had been conferred, on issues not falling within the scope of the arbitration or disregarded the limits of the arbitral agreement . However, if it is possible to distinguish the parts of the award concerning matters submitted to arbitration from those parts not submitted to it, the cancellation concerns only the latter;
4. When the provisions of Articles 327-23, paragraph 2, 327-24 regarding the names of the arbitrators and the date of the award and 327-25 have not been observed;
5. When one of the parties was not able to defend himself/herself because he/she was not properly informed of the appointment of an arbitrator, arbitration proceedings or for any other reason relating to the duty of respect for the rights of defense;
6. If the arbitral award is rendered in violation of a rule of public order.
7. In the case of non-compliance with procedural requirements agreed between the parties or non-application of a law to be applied by common agreement between the parties in dispute.

The court of appeal examining the annulment appeal decides *ex officio* the cancellation of the arbitral award when it is contrary to the public order policy of the Kingdom of Morocco or if it

establishes that the subject of the dispute concerns a matter which may not be submitted to arbitration.

The court of appeal rules under an emergency procedure.

The time period for exercising the annulment appeal suspends the execution of the arbitral award.

The appeal exercised within the period is also suspended.

Article 327-37

When the court of appeal sets aside the arbitral award, it rules on the merits within the scope of the mission of the arbitral tribunal, unless the cancellation has been pronounced because there has been no arbitration agreement or that agreement is invalid.

Article 327-38

When the court of appeal pronounces the inadmissibility of an annulment appeal, it must order the execution of the arbitral award. Its ruling is final.

The rulings of the court of appeal in arbitration may be subject to a final appeal in the Moroccan Supreme Court in the usual form .

Section II: International Arbitration

Article 327-39

This Section applies to international arbitration without prejudice to the provisions of international agreements ratified by the Kingdom of Morocco and published in the "Official Bulletin".

Article 327-40

Is international within the meaning of this section the arbitration which involves the interests of international commerce, and in

which one of the parties at least has its domicile or headquarters abroad.

An arbitration is international if:

- 1) The parties to the arbitration agreement have, at the conclusion of the said agreement, their establishments in different States; or
- 2) One of the following places is located outside the State in which the parties have their establishments:
 - a) The place of arbitration, if it is stipulated in the arbitration agreement or determined pursuant to that agreement;
 - b) any place where is to be performed a substantial part of the obligations of the commercial relationship or the place with which the subject of the dispute has the closest connection; or
- 3) The parties have expressly agreed that the subject of the arbitration agreement has links with more than one country.

In applying the provisions of paragraph 2 of this Article:

- a) if a party has more than one establishment, the establishment to take in consideration shall be that which has the closest relationship to the arbitration agreement;
- b) if a party has no professional establishment, his usual place of residence will be taken into consideration.

Article 327-41

The arbitration agreement may, directly or by reference to arbitration rules, appoint the arbitrator or arbitrators or set down the terms of their appointment as well as those of their replacements.

If the constitution of the arbitral tribunal is facing a difficulty, unless there is a clause to the contrary, either party may:

1. In case the arbitration takes place in Morocco, refer to the president of the jurisdiction that will later declare the award enforceable;

2. If the arbitration takes place abroad and if the parties agree to the enforcement of the Moroccan law of civil procedure, refer to the Chairman of the Commercial Tribunal of Rabat.

Article 327-42

The arbitration agreement may, directly or by reference to rules of arbitration, determine the procedure to be followed in the arbitration proceedings.

It may also submit it to the procedural law that it decides on.

If the arbitration agreement does not specify, the arbitral tribunal shall regulate the procedure as necessary, either directly or by reference to a law or rules of arbitration.

Article 327-43

When the arbitration is subject to Moroccan civil procedure law, the provisions of subsections II and III of Section I of this chapter apply only failing special agreement and subject to Articles 327-41 and 327-42 above.

Article 327-44

The arbitration agreement shall freely determine the rules of law which the arbitral tribunal shall apply to the merits of the dispute. Failing a choice by the parties of the applicable law, the arbitral tribunal shall settle the dispute in accordance with those it considers appropriate.

In all cases, the arbitral tribunal respects the provisions of the contract binding the parties as well as the procedures of good commercial practices.

Article 327-45

The arbitral tribunal shall rule as "amiable compositeur" only if the parties' agreement has vested it with this mission.

Article 327-46

International arbitral awards are recognized in Morocco if their existence is established by a party who desires to enforce them and if recognition of this procedure is not contrary to national or international public order policy.

Under the same conditions, the said awards are recognized and declared enforceable in Morocco by the president of the commercial jurisdiction within whose jurisdiction they have been rendered, or by the president of the commercial jurisdiction in the location of performance if the place of the arbitration is located abroad.

Article 327-47

The existence of an arbitral award is established by the production of the original document accompanied by the arbitration agreement or copies of those documents creating the conditions required for their authenticity.

If these documents are not written in the Arabic language, a certified translation by a certified translator in the jurisdictions must be produced.

Article 327-48

The order refusing recognition or enforcement is subject to appeal.

Article 327-49

An appeal against the order granting the recognition or the enforcement is available only in the following cases:

1. the arbitral tribunal has ruled without an arbitration agreement or on an invalid agreement or after expiry of the arbitration period;
2. the arbitral tribunal was irregularly constituted or the sole arbitrator irregularly appointed;
3. the arbitral tribunal ruled without complying with the mission entrusted to it;
4. when the rights of the defense were not respected;
5. the recognition or the enforcement is contrary to international or national public order policy.

Article 327-50

The appeal under Articles 327-48 and 327-49 above is brought before the court of appeal having territorial jurisdiction in respect of the headquarters of the jurisdiction to which the president of the jurisdiction is attached. It is made within fifteen days from the notification of the order.

The court rules according to an emergency procedure.

Article 327-51

The award rendered in Morocco in matters of international arbitration may be subject to an annulment appeal in the cases provided for in Article 327-49 above.

The order granting the enforcement of the award is not subject to any appeal. However, the annulment appeal allows automatically,

within the limits of referral to the court, appeal against the order of the President of the jurisdiction or removal of this president.

Article 327-52

An annulment appeal under Article 327-51 above is brought before the court of appeal in whose jurisdiction the award was rendered. This request is admissible from the moment the award is announced; it ceases to be if not exercised within fifteen days of notification of the award declared enforceable.

Article 327-53

The deadline to exercise the appeals provided for in Articles 327-48, 327-49 and 327-51 above suspends the enforcement of the arbitral award.

The appeal exercised within the period is also suspensive unless the arbitral award is subject to provisional enforcement. In this case, the authority which examines the appeal may suspend enforcement if it deems it justified.

Article 327-54

The provisions of Article 327-37 above do not apply to the annulment appeal.

Articles en langue arabe

المجلة المغربية للوسائل البديلة لحل المنازعات

عدد خاص

2019

الفهرس

التحكيم في منازعات عقود البترول بأنظمة دول المغرب العربي
مُقارنةً بأنظمة دول مجلس التعاون لدول الخليج
العربي.....01

يوسف حنان & سالم بن سعيد بن سليمان الرواحي

أثار الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي على ضوء القانون
المغربي والمقارن.....51

يوسف حنان

امتداد شرط التحكيم على ضوء القانون والاجتهاد
القضائي.....58

سعد بهتي

قراءة في مشروع القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم
والوساطة الاتفاقية.....78

أمين حجي & يوسف حنان

تعليق على قرار محكمة النقض "رقابة محكمة الاستئناف على
الأحكام التحكيمية من خلال الطعن
بالبطلان".....92

أمين حجي & يوسف حنان

إطاللة على قانون التحكيم المغربي (باللغة الإنجليزية)
(ترقيم الصفحات الفرنسي)01

أمين حجي

المخاطر القانونية في الاستثمار الدولي الخاص في المغرب
(باللغة الفرنسية) (ترقيم الصفحات الفرنسي)21

أمين حجي & عثمان السعداني

تطبيق قواعد النظام العام في القانون المغربي (باللغة الفرنسية)
..... (ترقيم الصفحات الفرنسي)32

أمين حجي

ترجمة غير رسمية الى الإنجليزية للقانون رقم 05-08 المؤرخ
في 30 نوفمبر 2007 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية
(ترقيم الصفحات الفرنسي)52

أمين حجي & نادية البارودي كوستركس

ملخص: التحكيم في منازعات عقود البترول بأنظمة دول المغرب العربي مقارنة بأنظمة دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي

إن دول المغرب العربي، ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية مثلها مثل باقي دول العالم اهتمت بالتحكيم من خلالها قوانينها الداخلية إلا أن الاختلاف بين طرفي عقد البترول، سواء من حيث الطبيعة القانونية (الدولة - الشركات المستثمرة) أو المراكز القانونية، أو حتى من حيث القوة و الضعف يجعل العديد من الإشكالات القانونية تطفو على السطح ويجب مناقشتها، مثل اشكالية دفع الدولة بالحصانة، وأهلية الدولة والمؤسسات العامة في اللجوء إلى التحكيم، والقانون الواجب التطبيق، والطبيعة القانونية لعقود البترول، ولجوء الدولة إلى التأميم وهو ما يجعلنا نقوم بمعالجة هذه الدراسة من خلال الاشكالية المحورية التالية: هل يمكن التوفيق من خلال التحكيم في هذا النوع من المنازعات بين مصالح دول المغرب العربي ودول الخليج باعتبار أغلبها دول منتجة للنفط والثروات الطبيعية من جهة ومصالح المستثمر الأجنبي من جهة أخرى؟

Abstract: « Arbitration disputes arising out of oil contracts according to the law of the Arab Maghreb's countries compared to the law of the Gulf Cooperation Council's ("GCC") countries »

Like the rest of the world, the Arab Maghreb countries and GCC are interested in the arbitration mechanism and had passed arbitration legislations.

However, the differences between the parties to oil contracts, whether in terms of parties' legal nature (Sovereign states or investment companies), or their legal status, or even in terms of strength and weakness of the parties in the oil contracts, make many legal problems appear and must be discussed. For example, the issue of state's immunity, state's consent to arbitration, the applicable law and the legal nature of oil contracts, and the possibility for states to resort to nationalizations. Such legal issues

lead us to approach the subject by taking an interest in the following question:

In this type of disputes, can arbitration be a mean to reconcile, on one hand the interests of the Arab Maghreb countries and the Gulf countries, main producers of oil and natural resources, with the interests of foreign investors on the other hand?

Résumé : « L'arbitrage des différends relatifs aux contrats pétroliers dans le droit des pays du Maghreb arabe en comparaison avec le droit des pays membres du Conseil de Coopération du Golfe (CCG) »

Tout comme les pays du reste du monde, les pays du Maghreb Arabe ainsi que les pays membres du CCG se sont intéressés à l'arbitrage en adoptant des lois régissant son fonctionnement. Il est à noter que ce corpus juridique diffère selon les parties aux contrats pétroliers (Etats, fonds d'investissement par exemple), que ce soit en fonction de la nature juridique des parties et de leurs statuts juridiques ou encore de l'équilibre des parties au contrat.

Ces considérations laissent entrevoir plusieurs problématiques juridiques qui doivent être traitées, tel que la problématique de l'immunité de l'Etat, la possibilité pour l'Etat et les établissements publics de recourir à l'arbitrage, la loi applicable, la nature juridique des contrats pétroliers, et la possibilité pour l'Etat de recourir à des nationalisations. Ce sont ces difficultés qui nous poussent à aborder le sujet en s'intéressant à la problématique suivante :

Dans ce genre de litiges, l'arbitrage peut-il être un moyen pour concilier, d'une part les intérêts des pays du Maghreb Arabe et des pays du CCG, majeurs producteurs de pétrole et ressources naturelles, avec les intérêts des investisseurs étrangers d'autre part ?

التحكيم في منازعات عقود البترول بأنظمة دول المغرب العربي مقارنة بأنظمة دول مجلس التعاون لدول الخليج العربي



يوسف حنان

دكتور في قانون الأعمال
محام بهيئة الدار البيضاء
عضو ناشط بميزان
المملكة المغربية



سالم بن سعيد بن سليمان الرواحي

دكتور في قانون الأعمال
سلطنة عمان

تحث الإشراف العلمي للدكتور رياض فخري

مدير مختبر البحث قانون الأعمال جامعة الحسن الأول سطات
استاد التعليم العالي

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على خير خلق الله سيدنا
محمد وعلى آله وصحبه أجمعين:

لقد حظيت عقود الطاقة باهتمام كبير منذ الثورة الصناعية
التي عرفها العالم خصوصاً عقود البترول، باعتبار هذا الأخير
مادة أولية على درجة كبيرة من الأهمية، إلا أن هذا النوع من
العقود إن كانت تحكمه النظرية العامة للعقد بدايةً، فله من
الخصوصيات ما يجعله يتجاوز هذه القواعد الكلاسيكية، سواء
من حيث التكوين، أو المضمون، أو أثناء التنفيذ، وعلى
الخصوص فيما يتعلق بجانب المنازعات، هذه الأخيرة التي يُشكل

التحكيم الوسيلة المثلى لفضها، والحديث عن عقود البترول(1) بصفة خاصة يضعنا في حقل التحكيم التجاري الدولي، الذي يُعتبر من أهم وسائل تسوية المنازعات .

ذلك أنه إذا كنا في إطار التحكيم الداخلي نتحدث عنه باعتباره وسيلة بديلة أو موازية إذا أخذنا بعين الاعتبار التطور التاريخي (2)الذي مر به التحكيم، فإنه وفي إطار التجارة الدولية فالتحكيم- هو الأصل والمبدأ في تسوية المنازعات.

إن دول المغرب العربي، ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية مثلها مثل باقي الدول قد اهتمت وسأيرت الاهتمام الدولي بالتحكيم، نظراً لكونه الوسيلة المثلى لفض وتسوية المنازعات، وذلك حتى تبتث الطمأنينة للمستثمر الأجنبي، فنظمت تلك الدول التحكيم، حيث أصدرت قوانين وأنظمة تُنظم التحكيم بشكل عام استناداً لقواعد التحكيم الواردة في القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة الأونستيرال (Uncitral) حيث نجد في كل من دول المغرب العربي كالمملكة المغربية (3) وتونس وموريتانيا وليبيا والجزائر، ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية كالمملكة العربية

1 - جاء في الفصل 2 من القانون المغربي رقم: 90-21 المتعلق بالبحث عن حقول الهيدرو كاربورات واستغلالها، الصادر في فاتح أبريل 1992 إنه: " يراد في هذا القانون ب: الهيدروكاربورات: الهيدرو كاربورات الطبيعية السائلة أو الغازية أو الصلبة باستثناء الصخور النفطية، وتشمل النفط الخام والغاز الطبيعي على حد سواء ... " ظهير شريف رقم: 118911 صادر في 27 رمضان 1412 موافق لفاتح أبريل 1992.

2 - إن المقارنة بين القضاء والتحكيم تقودنا إلى القول بأن التحكيم هو قضاء أصيل، وظهر قبل القضاء فقد كان شيخ القبيلة هو من يقوم بالتحكيم والظعن في قراره، و عدم الامتثال له يعتبر تمرداً عن عادات وتقاليد القبيلة، وأن الرسول صل الله عليه وسلم قام بالتحكيم فيما يعرف بنزاع الحجر الأسود بين قبائل قريش قبل الإسلام، ثم جاء الإسلام ليزكي هذه الوسيلة الراقية لفض المنازعات والتي تعبر عن ثقافة النزاع في الشريعة الإسلامية بقوله تعالى في سورة النساء الآية (65): " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليماً"، وقوله تعالى بالآية (35) من سورة النساء: " وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها " .

3 - القانون المغربي رقم: 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، حيث أن كل من دول المغرب العربي كما سنرى تتوفر على قوانين خاصة بالتحكيم أقرتها تشريعاتها من أجل مساندة التطور الحاصل على الساحة القانونية ومن أجل تشجيع الاستثمار.

السعودية(1)، وسلطنة عُمان(2)، ومملكة البحرين(3)، ودولة قطر(4)، ودولة الإمارات العربية المتحدة(5)، نجد أنها أصدرت قوانين مستقلة للتحكيم، والبعض الآخر أدرج التحكيم ضمن قوانين المرافعات المدنية والتجارية كدولة الكويت(6).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الاختلاف بين طرفي عقد البترول، سواءً من حيث الطبيعة أو المراكز القانونية، أو حتى من حيث القوة أو الضعف، يجعل اللجوء إلى التحكيم ضرورة ملحة أمام تراجع الدولة عن دورها الكلاسيكي، ذلك أن الدولة أو المؤسسات العامة التابعة لها لم يعد دورها كما كان في الماضي مُنحصرًا في تحقيق الأمن والاستقرار -أي ما يدخل في مفهوم الدولة الحارسة- بل تجاوز ذلك إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهو ما يُفسر إقدامها في العديد من المجالات إلى التعاقد مع الخواص، مثلها مثل باقي أشخاص القانون الخاص، وأمام ازدياد حاجتها إلى الثروات الطبيعية والحاجة كذلك إلى

- 1 - نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم: (م/34) بتاريخ 1433/5/24هـ، وقد انضمت المملكة العربية السعودية إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958م، بالمرسوم الملكي رقم (م/11) بتاريخ 1414/7/17هـ.
- 2 - قانون التحكيم في المُنازعات المدنية والتجاري بسلطنة عُمان رقم: 47 لسنة 1997م الصادر في 22 صفر 1418هـ الموافق 28 يونيو 1997م، وقد انضمت السلطنة إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958م، وذلك بالمرسوم السلطاني رقم: 1998/36م.
- 3 - قانون التحكيم التجاري الدولي بمملكة البحرين الصادر بالمرسوم بقانون رقم: 9 لسنة 1994م الصادر في 16/8/1994م، ثم صدر قانون التحكيم في مملكة البحرين، الصادر بالقانون رقم: (9) لسنة 2015م، الصادر في 18 رمضان 1436هـ الموافق 5 يوليو 2015م، وقد انضمت مملكة البحرين إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958م، وذلك بمرسوم بقانون 4 لسنة 1988م مع التحفظ.
- 4 - قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية بدولة قطر رقم: 2 لسنة 2017م، الصادر في الديوان الأميري بتاريخ 19/5/1438هـ الموافق 2017/2/16م.
- 5 - القانون رقم (6) لسنة 2018م بإصدار قانون التحكيم بدولة الإمارات المُتحدة، الصادر في 17 شعبان 1439هـ الموافق 3 مايو 2018م.
- 6 - مرسوم بقانون رقم: (38) لسنة 1980م، الصادر في 20 رجب 1400هـ، الموافق 4 يونيو 1980م، بشأن إصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية بدولة الكويت، الباب الثاني عشر المتعلق بالتحكيم، المواد من (173-188)، وقد انضمت دولة الكويت إلى اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لعام 1958م، وذلك بمرسوم بقانون رقم 10 لسنة 1978م

خبرات الشركات المتخصصة في مجال الطاقة (1)، كل ذلك شجع العديد من الدول للأقدام على التعاقد مع الشركات الأجنبية الاستثمارية للبحث والتنقيب عن الثروات الطبيعية (2).

إلا إنه وفي إطار المنازعات الناتجة عن هذا النوع من العقود، وأمام صعوبة اللجوء إلى قضاء الدولة، فإننا دائماً ما نجد هذه العقود تتضمن ما يُسمى "بشرط مُنتصف الليل" أي "شروط أو مُشارط التحكيم"، والذي يأخذ بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعات (3)، وذلك بناءً على عدة اعتبارات أهمها السرعة والسرية، وانعدام ثقة الشركات الأجنبية في القضاء الوطني للدول المنتجة للنفط، كذلك فإن الفصل في هذا النوع من المنازعات يحتاج إلى مؤهلات علمية وفنية يفترق إليها القاضي الوطني، وبالتالي نجدها تتوفر في المحكم، فالتحكيم يكن بمثابة تأمين للشركات الأجنبية المتعاقدة مع الدولة في مواجهة بعض الأفعال التي قد تقدم عليها الدولة كما سنرى، باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام ولها من الوسائل والصلاحيات والسلطات ما يجعل المستثمر الأجنبي في مركز ضعف أمامها.

لذلك وعلى ضوء ما سبق، فإن هذا الموضوع يطرح عدة إشكالات نظراً لحساسيته وقيمه الاقتصادية والقانونية، وهو ما يجعلنا نقوم بمعالجته من خلال الاشكالية المحورية التالية: هل

- 1 - الملاحظ في الأونة الأخيرة أن المعاملات التي تكون الدولة أو أحد مرافقها طرفاً فيها تنصب في شكل بعض الأنواع الجديدة من العقود بحيث أصبحنا نتحدث عن الصفقات العمومية وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وعقود B.O.T و M.O.O.T و B.O.O و B.L.T و D.B.F.O.
- 2 - يطلق على عقود النفط تسميات عديدة فقد أطلق عليها بعض الفقهاء اصطلاح الاتفاقيات البترولية أو الاتفاقيات النفطية، أو اتفاقيات التنمية الاقتصادية، أو الاتفاقيات الشبه الدولية: أنظر: أحمد عشوش، "النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية"، دار النهضة العربية، 1985، ص 20.
- 3 - في هذا الصدد جاء في الرسالة الملكية الموجهة الى الوزير الأول آنذاك حول موضوع التدبير المتمركز للاستثمار بتاريخ 9 يناير 2002 " ينبغي مواصلة الجهود لتحديث إدارة العدل ومراجعة مساطر التنسية التوافقية لما قد ينشأ من منازعات بين التجار وذلك لتمكينهم من اللجوء أكثر ما يمكن الى التحكيم": أنظر: أحمد عشوش، "النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985، ص 20.

يمكن التوفيق من خلال التحكيم في هذا النوع من المنازعات بين مصالح دول المغرب العربي ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية باعتبار أغلبها دول مُنتجة للنفط وللثروات الطبيعية من جهة ومصالح المستثمر الأجنبي من جهة أخرى؟

من أجل ذلك ارتأينا تناول هذا الموضوع بالتحليل والمناقشة مُعتمدين في ذلك لمعالجة الإشكالية أعلاه، على المنهج التحليلي والمقارن، وكذا المقاربة التأصيلية من خلال التطرق لمواقف الآراء الفقهية، والاتفاقيات الدولية، وبعض الاجتهادات القضائية والتحكيمية، وكذا موقف القوانين المقارنة من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: الإطار العام للتحكيم في منازعات عقود البترول.
المبحث الثاني: الصعوبات القانونية للتحكيم في عقود البترول.

المبحث الأول: الإطار العام للتحكيم في منازعات عقود البترول

مما لا شك فيه أن العقود المبرمة فيما بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى تُثير العديد من الإشكالات القانونية الناجمة من التفاوت وعدم التساوي بين المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف هذه العقود، وذلك نظراً لكونها تُبرم بين طرفين غير مُتكافئين⁽¹⁾، حيث أنها تُبرم بين الدولة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، والقانون العام الداخلي، وما تتمتع به من خصائص سيادية استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها والذي يُعتبر من أشخاص القانون الخاص.

1- حفيظة السيد الحداد، "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب: تحديد ما هيئها والنظام القانوني الحاكم لها"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط2، 2007م، ص8.

فالعقد البترول بشكل عام وبالنظر إلى أطرافه، يتأرجح بين أكثر من تكييف قانوني، فلو تم النظر إليه بشكل عام باعتباره عقداً تبرمه الدولة، فإنه يثار التساؤل عندئذ حول مدى إمكانية إخضاع ذلك العقد لنظرية العقد الإداري، حيث إنه يعترف للدولة بسطات استثنائية في مواجهة المستثمر قد لا يكون لها مثيل في عقود القانون الخاص، وبالتالي يترتب على اعتبار ذلك العقد عقداً إدارياً انطباق أحكام القانون العام عليه، وخضوع مُنازعاته لاختصاص القضاء الإداري (1)، أما إذا ما تم اعتبار العقد الاستثماري عقداً يُبرم مع شخص أجنبي تابع لدولة أخرى، فإن هذا العقد يقع عندئذ بين كُُل من القانون الخاص والقانون العام، والقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، وبالتالي فإن تحديد النظام القانوني الذي يخضع له ذلك العقد الاستثماري مسألة شائكة لا يمكن حسمها على نحو قاطع (2).

وإذا كانت عقود البترول من عقود الاستثمار بشكل عام، فإنها تُعتبر من العقود الحديثة نسبياً، وذلك نظراً لارتباطها بتطور النظام الاقتصادي وبرزوز أهمية الطاقة (3) والبترول على وجه الخصوص، كمحدد ومعيار تُقاس به قوة أية دولة، سواءً من الناحية الاقتصادية أو السياسية أو العسكرية، لذلك كان من الضروري التفكير في الشكل القانوني لهذا النوع من التعاقدات، نظراً لأنه من جهة يجمع بين طرفان غير مُتكافئين، وعلى عدة مستويات وهما الدولة والطرف المستثمر، أي أننا أمام شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص، ومن جهة ثانية فإنه يجب الأخذ بعين الاعتبار أن أغلب الدول التي قد تم اكتشاف البترول بها كانت مستعمرة آنذاك (4)، ناهيك على أن الشركات الأجنبية المستثمرة كانت دائماً تنتمي لهذه

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، "نظرية القانون"، الكويت، 1996م، ص70-71.

2- حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 8-9.

3 - على الرغم من تعدد مصادر الطاقة التي برزت في القرن الماضي كالطاقة الشمسية والطاقة النووية والهيدروجين المستخلص من الماء وطاقة الرياح فالنفت يبقى أهم مصدر من هذه المصادر.

4 - كدول شرق آسيا وشمال إفريقيا ودول أمريكا اللاتينية.

الدول المستعمرة وذلك لاستغلال ثرواتها الطبيعية حتى بعد الاستقلال، لذلك وجب تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود وذلك في (مطلب أول)، و أنواع العقود البترولية في (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقود البترولية وأنواعها

بالرغم من أن هذا النوع من التعاقدات له طابع خاص وحساس، فإن ذلك لم يمنع من البحث في الطبيعة القانونية لهذه العقود من أجل تحديد انتمائها القانوني، حيث ساد نقاش لمدة طويلة بين المهتمين بهذا النوع من المعاملات حول الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود، فهناك من اعتبرها عقود إدارية، على عكس من يذهب إلى الطبيعة المدنية، وهناك من اعتبرها عقود ذات طابع تجاري دولي؟ ثم إننا نتساءل بدورنا عن مدى إمكانية الجمع بين الصفة الإدارية في العقد والصفة الدولية؟

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للعقود البترولية

من المعلوم أن العقد الإداري يختلف عن العقد العادي أو المدني بوجه خاص، سواء من حيث الأطراف أو المضمون أو الآثار، حيث إنه لا يمكن القول بأن كل عقد تكون الإدارة طرفاً فيه - بصفتها شخص من أشخاص القانون العام- هو عقد إداري، ذلك لأنه في العديد من الحالات نجد الإدارة تقوم بالعديد من التصرفات القانونية في إطار تدبير أموالها الخاصة مثلها مثل أشخاص القانون الخاص، وليس باعتبارها سلطة عامة.

فالعقود التي تكون الدولة طرفاً فيها مع أحد الأشخاص الأجنبية أثار جدلاً فقهيّاً كبيراً حول النظام القانوني الذي تخضع له مثل تلك العقود، حيث أنها كما أسلفنا تقع بين كلاً من القانون الخاص والقانون العام، والقانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، ونظراً لكون الدولة أحد المتعاقدين في تلك

العقود بوصفها سلطة عامة، فإن تلك العقود تكون مُقتربة من أسلوب العقد الإداري، وبناءً عليه فإننا سوف نُسلط الضوء على شروط العقد الإداري للتحقق من مدى إمكانية تبني كل شرط على حده لعقود الاستثمارات بشكل عام، والأثر القانوني المترتب على ذلك.

أن يكون أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام:

إن من أهم شروط العقد الإداري أن تكون الدولة أو أحد أجهزتها الإدارية العامة طرفاً في العقد المبرم بينها والمستثمر، وبالتالي فإنه إذا لم تكن الدولة طرفاً في العقد فإنه لا يمكن إخضاع ذلك العقد للقانون العام، نظراً لكون القانون العام إنما وجد ليخدم أنشطة الدولة وأجهزتها الإدارية لا نشاط الأشخاص الخاصة الذي يتولاه بطبيعة الحال القانون الخاص، إلا إنه لا يمكن اعتبار العقد إدارياً بمجرد أن تكون الدولة طرفاً فيه، بل يجب عليها عند إبرامها للعقد أن تعمل بوصفها "سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها الأفراد"⁽¹⁾، وذلك من خلال ممارستها لأساليب السلطة العامة، فإذا ما حسرت جهة الإدارة عنها عباءة السلطة العامة عند التعاقد، فإن العقد يخضع في هذه الحالة للقانون الخاص⁽²⁾.

وبالتالي فإن مسألة تضمين العقد الإداري جهة الإدارة كطرف بالعقد، هو مسألة بديهية، لأن ذلك يُعتبر من صميم وظيفتها التنفيذية سواءً على المستوى المركزي أو اللامركزي، وكيفما كان موضوع ذلك العقد سواءً أكان عقد خدمة، أم عقد تقديم نفع عام، طالما أن القانون قد خول للإدارة صلاحية إبرام مثل تلك

1- عزيزة الشريف"، القانون الإداري 2- النشاط الإداري (الضبط الإداري-المرفق العام) ، مؤسسة دار الكتب، الكويت، 2000م، ص96.

2- عزيزة الشريف"، مرجع سابق، ص98.

العقود، وبالتالي خول لها الشخصية المعنوية لذلك (1)، فالدولة ومن أجل وضع خططها للتنمية الاقتصادية والتكنولوجية موضعاً للتنفيذ، فهي تتبع أحد المسلكين: الأول هو أنها تتخذ التدابير وتتبع الأساليب المناسبة لضمان توجيه هذه المبادرة بشكل يتفق وسياساتها(2)، أو أنها تتدخل بنفسها للتعاقد في بعض القطاعات مثل عقود الطاقة، أو عقود البترول، أو عقود المشروعات الكبرى، لذلك فالذي يظهر أن مفهوم الدولة في هذا الإطار هو متغير، ذلك أن تحديد هذا المفهوم لا تعزیه أية صعوبة عندما يتعلق الأمر بتحديد هذا المفهوم، وذلك باعتبار الدولة كشخص من أشخاص القانون العام، بقدر ما تظهر في تحديد الأجهزة التي تتصرف في العلاقات الاقتصادية الدولية، فالسائد لكل دولة أن تحدد الجهات التي تمثلها وتتعقد اتفاقاتها وتكسبها الحقوق وتحملها الالتزامات في إطار النظام القانوني الدولي(3)، فالدولة لها العديد من المؤسسات الأخرى التي تتبعها بصورة أو بأخرى من صور التبعية الإدارية أو الاقتصادية أو الرقابية العامة والمشروعات العامة والشبه العامة semi publics ، لنخلص إلى أنه في هذا الإطار هناك مفهومين للدولة: الأول ضيق باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام، والثاني واسع يلحق بالدولة تقسيماتها السياسية والإدارية ووحداتها الاقتصادية، وهذا المفهوم الأخير هو الراجح، حيث أن نص المادة (25) من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لحل منازعات الناشئة عن الاستثمار لسنة 1965م، نصت على إنه: "يختص المركز بنظر المنازعات القانونية الناشئة بين الدولة المتعاقدة أو الهيئة العامة أو جهاز تابع للدولة تقوم الدولة بتحديد أمام المركز".

1 - وهناك من يُعرف العقد الإداري بأنه: "العقد المبرم بواسطة أحد أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص".

2 - G jehll : le commerc inetrnatinal de technologie, approche juridique, ed , - 2 L.T ,paris 1985 p 28.

PH le bolanger ; les contrats entre Etats et Entreprise étrangers, Economica- 3 paris 1985 Pi page 718

أن يكون العقد مُتعلق بمرفق عام:

إن القضاء الإداري نجده قد ذهب إلى وضع شرط آخر لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، وهو شرط يتعلق بطبيعة العقد ذاته، فطلب أن يتعلق موضوع العقد بمرفق عام بحيث يُبرم العقد لخدمته، أي أن يُحقق المنفعة العامة، وذلك نظراً لكون النظام القانوني المميز للعقود الإدارية يمنح الدولة سلطات استثنائية في مواجهة المستثمر، فإن مرد ذلك يكمن في تمكين الدولة من كفالة سير مرافقها العامة بانتظام وإطراد، بحيث إذا انقطعت صلة العقد الإداري الذي تبرمه الدولة بالمرفق العام فإنه ينتفي عنه وصف العقد الإداري(1).

وبالتالي فإن الفقه تطلب أن يتصل موضوع العقد الذي تبرمه الدولة بمرفق عام، إلا أنه لم يتم تحديد أي نوع من أنواع المرافق العامة تحديداً فيما لو اتصل بها العقد اعتبر عندئذ عقداً إدارياً، فالمرافق الاقتصادية تخضع لنظام مزدوج، وبالتالي فإن اتصال العقد الذي تبرمه هذه المرافق العامة بنشاطها الاقتصادي لا يجعل منه عقداً إدارياً، بل يظل عقداً خاصاً تحكمه المعايير الاقتصادية والتجارية البحتة التي تهدف إلى الربح المادي أكثر من تحقيق المصلحة العامة التي تحكم عقود المرافق العامة الإدارية.

أن يتضمن العقد شروط استثنائية:

إن هذا الشرط يُعد من أهم شروط العقد الإداري، لكونه يُعتبر الفيصل في تكييف عقود الدولة، فالعقد الإداري لا بد من صدوره من سلطة عامة تستعمل أساليب القانون العام، لتحقيق نفع عام، وتضمن العقد شروطاً تخرج به عن المألوف في عقود القانون الخاص، فالشروط الاستثنائية أو الشروط غير المألوفة هي شروط تُرجح كفة المصلحة العامة التي تضطلع بها الدولة

1- محمد فواد عبدالباسط، "القانون الإداري"، الإسكندرية، دار الفكر، ص473.

عن المصلحة الفردية (1)، وبالتالي فإن تضمين جهة الإدارة العقد المبرم فيما بينها والمستثمر لأحد هذه الشروط يُعد قرينةً على استخدام الدولة لأساليب السُلطة العامة، واتجاه إرادة المتعاقدين إلى تصنيفه من العقود الإدارية، ومن أمثلة تلك الشروط الاستثنائية التي تُعبر عن مظاهر السُلطة العامة في أثناء تنفيذ العقد "سُلطة جهة الإدارة في فسخ أو تعديل العقد بالإرادة المنفردة، أو سُلطة جهة الإدارة في الأشراف على تنفيذ العقد، أو سُلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاءات كالغرامات بالإرادة المنفردة، أو سُلطة جهة الإدارة في فرض الضرائب والرسوم"، فإذا تضمن عقد من عقود القانون الخاص مثل تلك الشروط فإن ذلك العقد يُعد عقداً باطلاً لأنه يُعبر عن مظاهر السُلطة العامة (2).

ومن بين الشروط الاستثنائية التي تفرض على جهة الإدارة، نجد مثلاً شرط الثبات التشريعي، هذا الشرط الذي تختص به عقود الدولة التي تبرمها مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، ذلك أن المستثمر وتفادياً لكل التعديلات التي قد تقدم عليها الدولة في تشريعها الخاص الذي يكون سارياً على العلاقة المنظمة للطرفين -الدولة والمستثمر- كالزيادة في الأعباء الضريبية، أو قانون الشغل، أو قانون يُعقد مساطر الحصول على القروض البنكية، لأجل ذلك يتم إدراج شرط الثبات التشريعي من أجل عدم المساس بالعقد رغم تغير التشريع الذي أبرم في ظله.

بل وحتى القضاء المقارن في إحدى المناسبات التي عُرضت عليه في مجال التحكيم بالعقود الإدارية ذات الارتباط بالتحكيم اعتمد هذا المعيار، بحيث جاء في إحدى الاجتهادات القضائية الكويتية على إنه: " وعلى ما جرى به قضاء هذه الهيئة أن يكون العقد الذي أبرمته الجهة الإدارية بوصفها تلك، قد تعلق بتسيير مرفق... أو تنظيمه أو استغلاله وأظهرت فيه الإدارة الأخذ

1- أحمد عثمان عياد، "مظاهر السُلطة العامة في العقود الإدارية"، القاهرة، دار النهضة العربية، 1973م، ص5.

2- عزيزة الشريف، "مرجع سابق، ص 138.

بأسلوب القانون العام وأحكامه لاقتضاء... طرقها بطرق التنفيذ المباشر أو ضمنته شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.."(1).

كما إنه جاء في قرار صادر عن محكمة الاستئناف بدولة الكويت على إنه: "يتبين من العقد سند الدعوى أن المطعون ضدها قد أخذت فيه بأسلوب القانون العام سواء فيما يتعلق بإجراءات التعاقد أو الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص التي ضمنها بنوده من غرامات توقيعها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى اللجوء للقضاء لطلب توقيعها أو حق تكليف المتعاقد معها بعمل ما تراه لازماً لإتمام الأشغال، أو احتجاز نسبة من مستحقاته، كمحجوز ضمان لا يُرد للمتعاقد إلا بعد انتهاء التعاقد، وهي شروط تؤكد الصفة الإدارية لهذا العقد"(2).

لذلك فهذه أهم الشروط التي يمكن أن تتوفر في العقد لكي يتم اعتباره ذي طبيعة إدارية، لكن إذا كنا قد أشرنا سلفاً أن العقد البترولي هو في الغالب يتضمن إلى جانب الإدارة مُستثمر أجنبي تكون في الغالب الأعم شركات عملاقة تشتغل في التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية فإن هذا يحينا إلى مسألة أخرى حول ما هي أنواع العقود البترولية.

الفقرة الثانية: أنواع العقود البترولية

إن الحديث عن أنواع العقود البترولية يستدعي استحضار التطور الذي عرفته هذه العقود، حيث أنها كانت تأخذ في البداية

1- هيئة التحكيم القضائي، طلب التحكيم رقم 4 - صادر بتاريخ 1998/03/23 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 10 - 2011 الصفحة 412.
2 - قرار لمحكمة الاستئناف التحكيم القضائي (تجاري) رقم 368 صادر في 1999/12/19 منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 1 يناير 2009 الصفحة 443، مع الإشارة إلى أن هذا القرار صدر بمناسبة طعن في حكم تحكيمي عرض على القضاء وتم إبطاله بسبب عدم امكانية اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية في القانون الكويتي.

شكل عقود الامتياز، تم عقود المشاركة في التقيب والأرباح، ثم عقود الحفر والتشغيل لحساب الدولة.

أولاً: عقود الامتياز:

إن مفهوم الامتياز استعمل قديماً، بحيث كان يطلق على الهدايا والخدمات التي كانت تقدم من طرف رئيس الدولة إلى بعض الفئات، ثم بعد ذلك ساد عنصر الخدمة أو المنفعة، ثم أصبحنا نتحدث عن العقد والصفقة التي يجري إبرامها بحرية تامة مع استمرار استعمال تسمية الامتياز (1).

وبصفة عامة فمفهوم الامتياز ينقسم إلى قسمين أساسيين، فالنوع الأول هو ما يطلق عليه الامتيازات الدبلوماسية، وغالباً ما تجرى بين الحكومات، أما النوع الثاني فيطلق عليها الامتيازات الاقتصادية، وهي التي ظهرت في مطلع القرن العشرين، حيث أن الدولة تكون فيها طرف إلى جانب المستثمر، وتتصب على المشاريع الكبرى مثل الموانئ و الطرق والماء والكهرباء والمعادن والطاقة والتورول، وقد أعطيت له عدة تعاريف نذكر منها بأنه: "عقد تمنحه الدولة باعتبارها صاحبة السيادة لشخص ما، من أجل إمكانية استثمار مرفق عام أو مؤسسة لها صفة النفع العام" (2).

إلا إنه ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للامتياز نفسه، فمنهم من ينادي بالطبيعة العقدية، ومنهم من يرى بأنه عبارة عن تعاقد لمصلحة الغير، ليتم القول بالطبيعة المختلطة أو المزدوجة أخيراً ك رأي راجح في نظرنا؟

1 - للتوسع يراجع: غسان رباح، العقد التجاري الدولي - العقود النفطية-، مطبعة دار الفكر اللبناني، 1988، الصفحة: 147 وما يليها.

2 - أورده غسان رباح، مرجع سابق، الصفحة 149.

فالنظرية المزدوجة لم يتم التوصل إليها بسهولة إلا بعد نقاش طويل ومستفيض، حيث اعتبر جانب من الفقه خلال فترة معينة بأن هذه العلاقة هي عقد من عقود القانون المدني، ويخضع له تفسير ذلك بناءً على كون عقد الامتياز يتضمن تفويض من السلطة العامة لصاحب الامتياز الطرف المستثمر، بأشغال الملك العام، والقيام باستخلاص العائدات من المستفيدين من تلك الخدمة، مما يجعل ذلك عبارة عن تعاقد لمصلحة الغير، حيث أن الدولة باعتبارها صاحبة الامتياز فوضت لشخص من أشخاص القانون الخاص سلطة أو صلاحية لا تتوفر عادةً لأشخاص القانون الخاص، وذلك للقيام بما يتطلبه الصالح العام أو المرفق العام، حيث إن الأخذ بذلك -أي بفكرة العقد- ستكون مانعاً يحول دون تدخل الإدارة (الدولة) في تعديل شروط العقد، وهو الشيء الذي يمكن اعتباره يتعارض وفكرة المصلحة العامة، لأنه قد يحدث من الظروف ما يجعل تدخل الإدارة من أجل تعديل شروط منح الامتياز أو شروط العقد فيه مصلحة عامة .

لذلك سرعان ما تم انتقاد هذا التوجه لأن عقد الامتياز له خصائص النظام أو ما يمكن تسميته بقانون المرفق، بحيث أنه يتعلق بتنظيم وتشغيل المرفق وإقامة قواعده، حيث إنه لا يمكن أن يتفق والطبيعة العقدية، لذلك تم التوصل أخيراً إلى الاستنتاج القائل بالطبيعة المزدوجة لهذا العقد، فهو من جهة عبارة عن تنظيم يطغى فيه الجانب المالي، ومن جهة أخرى طريقة لإدارة مرفق عام، وهذا الأخير له احتياجات تتغير بحسب تغير الظروف (1).

لكن أمام الانتقادات التي وجهت لنظام الامتياز وما نتج عنه من شروط مجحفة في حق الدولة المنتجة، وكأنها أُمليت من جانب واحد وصيغت بنودها بالشكل الذي يرضى فقط طرف

1 - للتوسع: عبد الباري أحمد، "النظام القانوني للعقود البترولية"، الطبعة الأولى، ص 13.

واحد هو الشركات المستثمرة (1). ظهرت بعض الأشكال التعاقدية الجديدة كعقود المشاركة في التنقيب والأرباح، وعقود المقاول، وعقود الحفر والتنقيب لحساب الدولة.

ثانياً: عقود المشاركة في التنقيب والأرباح:

أمام العيوب التي أظهرتها عقود الامتياز، فقد ظهر نظام المشاركة، الذي يُعتبر عبارة عن اتفاقيات تُبرم بين الدولة المنتجة للنفط وشركات البترول الأجنبية، حيث تقوم بموجبها شركات البترول الأجنبية باستثمارات مكثفة من أجل التنقيب والاكتشاف والاستخراج والإنتاج ثم التصدير (2).

وهذا العقد يُعتبر نوع من أنواع عقود الاستثمار المتوازنة، يُبرم بين الدول النامية والشركات المستثمرة، محاولاً تجنب العيوب التي كانت في ظل نظام الامتياز، حيث كانت الدول الاستعمارية تسخر الشركات الاستثمارية عن طريق نظام الامتياز (3).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن عقود المشاركة هذه تأخذ عدة صور فهي إما أن:

تكون عن طريق تكوين شركة لها شخصية معنوية مُستقلة عن كل من الدولة والشركة الاستثمارية، ويوكل لهذه الشركة إنتاج وتسويق البترول، ويقوم الطرفين باقتسام الربح الصافي الذي تحققه هذه الشركة، وذلك حسب مساهمة كل طرف في رأس المال (4).

-
- 1 - للتوسع أنظر: هاني محمد كامل المنابلي، "اتفاق التحكيم وعقود الاستثمار البترولية"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، الصفحة 117.
 - 2 - هاني محمد كامل، مرجع سابق، ص 103.
 - 3 - يعتبر قانون البترول الإيراني الصادر في 1957 أول تشريع يبنى عقود المشاركة بين الدول الشرق الأوسط.
 - 4 - هاني محمد، مرجع سابق الصفحة 107.

يقوم هذا النوع على أن كُلاً من الطرفين تكون له حصة غير مفرزة في منطقة البحث والبتروال المنتج دون القيام بتأسيس شركة، فالشركة المستثمرة تتولى القيام بجميع العمليات.

تأسس شركة لها شخصية مُستقلة عن الطرفين لا تهدف إلى الربح وإنما تقوم فقط بجميع عمليات التنقيب والإنتاج مُقابل مبلغ مالي مُعين تدفعه الدولة، وتقوم هذه الشركة بتسليم البتروال المنتج إلى كل من الدولة والشركة المستثمرة (1).

يشار في هذا الصدد إلى أن هذا النوع من العقود -أي عقود المشاركة- له العديد من المميزات منها، أن الدولة لا تتحمل مصاريف البحث والتنقيب خصوصاً في حالة الفشل بالبحث والتنقيب، أما في حالة النجاح في العثور على الحقل البتروالي أو البتروالي، فإن الشركة المستثمرة تقوم باسترداد ذلك من قيمة الإنتاج وفقاً لنسب مئوية يتم خصمها من قيمة الإنتاج حسب الاتفاق.

بالإضافة إلى الاستفادة من التكنولوجيا الأجنبية، بحيث نجد الدول صاحبة الثروات الطبيعية ليس لها الإمكانيات والوسائل الحديثة التي تمتلكها الشركات الأجنبية المتخصصة في هذا المجال.

زد على ذلك مراقبة الدول البتروالية لعملية سير المشروع، وحصولها على قائمة المعلومات عكس نظام الامتياز، حيث كان ما يسمى بالاستعمار البتروالي، ذلك أن الدولة كانت قد لا تعرف حتى حجم الحقول البتروالية التي قد تم اكتشافها.

1 - في هذا الصدد أبرمت عدة دول عربية عقود من هذا النوع نذكر منها عقد الرابط بين حكومة العربية السعودية مع شركة البتروال اليابانية في 1957 على أن تساهم الحكومة السعودية بنسبة 10 في المئة من رأس المال دون أن يتم إنشاء كيان جديد...

ثم أخيراً التغلب على مشكلة رأس المال، فغالباً ما كانت الدول النامية، وخصوصاً الدول العربية تجد صعوبة في رأس المال، وذلك من أجل القيام بعمليات البحث والاستخراج، مما كان يجعلها تلجأ دائماً إلى الاقتراض، وبالتالي إثقال كاهلها بالفوائد، لكن مع عقود المشاركة أصبح كل من الطرفين -أي الدولة والشركة المنقبة- يتحمل نصف رأس المال، بالإضافة إلى المدة الزمنية القصيرة لهذا النوع من العقود مقارنة بعقود الامتياز، وكذلك الاستفادة من البنية التحتية.

ثالثاً: عقود الحفر والتشغيل لحساب الدولة (أو الخدمات البترولية):

يُعتبر هذا النوع من العقود الحديثة في مجال التعاقدات البترولية، ذلك أنه إذا كان البحث والتنقيب وإنتاج وتكرير البترول يحتاج إلى عدة مراحل، وإمكانيات مهمة وتجهيزات متطورة، وبالتالي فإن الدول البترولية قد اعتمدت هذا النوع الذي يقوم على توزيع مشاق مراحل إنتاج البترول، بحيث نجد أن الدولة صاحبة هذه الثروات تتعاقد في كل مرحلة مع شركة معينة، مثل وجود شركة متخصصة في الصيانة وتشغيل المعدات، وشركة متخصصة في الخدمات الجوية وأخرى في النقل البحري وأخرى في تطوير الإنتاج... إلخ ويتميز هذا النوع من العقود بالعديد من الخصائص ذلك أنه يقوم على فكرة ملكية الدولة لثرواتها، والشركات المستثمرة تنتهي مهمتها بمجرد انتهاء المرحلة المكلفة بها خلال فترة التنقيب عن البترول

بحيث نجد في هذا النوع من التعاقد أن الدولة صاحبة البترول توكل مسألة الإنتاج إلى شركة لديها رأسمال كافٍ وخبرة، إلا أن الدولة تحتفظ بملكية البترول وكذلك تكون لها سلطة التصرف فيه، مثل توجيه البيع إلى أي دولة تُريد (1).

1 - هاني محمد كامل فضل المنابيل، ص 139.

كما أنه من بين ما يُميز هذا النوع من العقود أن الدولة صاحبة البترول تتحمل كافة مخاطر البحث والمصاريف، بحيث قد تفشل أو تنجح في ذلك، والدافع وراء ذلك تفادي المصاريف الباهظة التي تطلبها الشركات المتخصصة في هذا المجال. إلا أن هذا النوع من التعاقد إذا كان يحقق مزايا للدولة صاحبة الثروات الطبيعية، فإنه بالمقابل إن العائد المالي للشركات المستثمرة في مجال البترول هو مُنخفض، ذلك أن هناك من يرى أن ذلك ينعكس سلباً على هذه الشركات التي تحتاج إلى إمكانيات مالية من أجل تطوير البحث في هذا المجال (1).

المطلب الثاني: أهلية طرفي العقود البترولية في اللجوء إلى التحكيم

لكي يقوم اتفاق (2) التحكيم في عقود البترول صحيحاً، فإنه يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط، منها ما هو عائداً لأطراف التحكيم، كالأهلية لإبرام اتفاق التحكيم -شروط أو مشاركة التحكيم- في العقد البترولي، ومنها ما هو يتعلق بموضوع اتفاق التحكيم ذاته، أي المجالات التي تكون الدولة طرفاً فيها ويجوز الاتفاق بشأنها على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، لذلك فإن أهم الصعوبات التي قد تواجه التحكيم في عقود الاستثمار بشكل عام هي أهلية الدولة والشركات المستثمرة لأن تكون طرفاً في التحكيم.

الفقرة الأولى: أهلية الدولة في اللجوء إلى التحكيم في العقود البترولية

1 - هاني محمد كامل، م س، ص 141.
2 - تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن اتفاق التحكيم قد يكون شرط تحكيم أو عقد تحكيم حسب الفقرة 2 من الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية المغربي التي نصت على أنه: " يكتسي اتفاق التحكيم شكل عقد تحكيم أو شرط تحكيم".

إن شروط التحكيم الواردة في عقود البترول تخضع مبدئياً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني، ومن جانب آخر فهي تخضع كذلك للشروط التي وضعتها القوانين الداخلية الوطنية الخاصة بالتحكيم، خصوصاً فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، لكن وعلى الرغم من ذلك تطرح العديد من الإشكالات في هذا الصدد، سببها الرئيسي يكمن في وجود الدولة كطرف في هذا النوع من العقود- في العملية التحكيمية، لذلك فأول ما يُثار في هذا الصدد هو أهلية الدولة في اتفاق التحكيم.

حيث نتجت تغيرات مهمة حول مسألة أهلية الدولة في اللجوء إلى إدراج اتفاق التحكيم في عقود البترول، وارتبط ذلك بمدى صحة أن تكون الدولة أصلاً كطرف في العملية التحكيمية.

فبالرجوع إلى العديد من التشريعات الداخلية الوطنية للدول والتي نظمت التحكيم، فإننا نجد أنها تختلف فيما بينها من حيث تناول أهلية الدولة لإدراج اتفاق التحكيم -شروط أو مشاركة التحكيم- في العقود التي تكون طرفاً فيها، كما أنه ساد نقاش في فترة مُعينة حول مسألة منع ولوج الدولة إلى التحكيم وهل هذا المنع المتحدث عنه يتعلق بجميع أنواع التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه؟ أم أنه يمكن أن نستثني منه التحكيم التجاري الدولي؟

أولاً: النظام القانوني لأهلية الدولة لإبرام اتفاق التحكيم:

لقد كانت بعض الاتجاهات تذهب في هذا الصدد إلى المنع المطلق على الدولة لإدراج اتفاق التحكيم في العقود التي تكون هي أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفاً فيه، فعلى سبيل المثال لا الحصر، فإن التشريع اللبناني كان يمنع على الدولة وأشخاص القانون العام بشكل صريح اللجوء إلى التحكيم، إلى حين صدور القانون رقم (440) بتاريخ 2002/07/23 الذي أجاز للدولة ولأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم أيضاً كانت طبيعة العقد موضوع النزاع، حيث ألغى ذلك القانون المادة

(762) من قانون أصول المحاكمات اللبناني (1)، كذلك الشأن بالنسبة للتشريع الفرنسي الذي كان سابقاً يمنع الدولة من اللجوء إلى التحكيم، وذلك من خلال نص المادة (73) من قانون المسطرة المدنية، الذي كان يقضي بعدم أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة إلى اللجوء إلى التحكيم، وذلك نظراً لكون ذلك يدخل في منازعات مجلس الدولة، وأن ذلك مُتعلق بالنظام العام، ولا يجوز معه نزع الاختصاص لفائدة التحكيم.

إلا إنه في مرحلة ثانية نجد أن أغلب التشريعات أجازت للدولة أن تدرج اتفاق التحكيم في العقود التي تكون هي أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرف فيه، لكن الاختلاف كان من حيث الشروط التي قيدت تعاطي الدولة للتحكيم، كالحصول مثلاً على إذن أو ترخيص من بعض الجهات.

لذلك فإننا سنقوم بتناول هذه النقطة موضوع النقاش في دول المغرب العربي ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، وذلك النحو التالي:

إن التشريعات في دول المغرب العربي قد أجازت للدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم، فالمشرع المغربي كان قبل القانون رقم: 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية والذي عدل وتمم قانون المسطرة المدنية، كان يمنع الدولة من اللجوء إلى التحكيم من خلال الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية القديم الذي كان ينص على أنه: "لا يجوز التحكيم في قضايا النظام العام وخاصة النزاعات المتعلقة بعقود وأموال خاضعة لنظام حكمه القانون العام"، وبعد التعديل أجاز المشرع المغربي ذلك من خلال الفصل 310 من قانون المسطرة

1 - غالب غنام، "الدولة بين الخضوع للتحكيم والتحرر منه"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 13 يناير 2012 الصفحة 18

المدنية المغربي(1) الذي جاء فيه على أنه: "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية، غير إن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي، بالرغم من أحكام الفقرة الثانية من الفصل (317) أدناه، يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات المحلية محل اتفاق تحكيم في دائرة التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليهما في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية".

أما بالنسبة للمشرع التونسي فإنه قد تناول ذلك من خلال القانون رقم: 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 أبريل 1993 المتعلق بمجلة التحكيم المنشور بالرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993، حيث جاء في الفقرة الخامسة من الفصل رقم: 7 منه على إنه: "لا يجوز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية اقتصادية كانت أو تجارية أو مالية وينظمها الباب الثالث من هذه المجلة".

كذلك بالنسبة للمشرع الموريتاني فقد تبني نفس توجه المشرع التونسي من خلال قانون التحكيم رقم: 6 لعام 2000م المتعلق بمدونة التحكيم، حيث جاء في الفقرة الخامسة من المادة 8 منه على إنه: " لا يجوز التحكيم: ... في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية إلا إذا كانت هذه النزاعات ناتجة عن علاقات دولية ذات طابع اقتصادي أو تجاري أو مالي المنظمة بالفصل 3 منه من هذه المدونة".

1 - الباب الثامن (التحكيم والوساطة الاتفاقية) من قانون المسطرة المدنية بمثابة قانون رقم: 1.74.447 بتاريخ 11 رمضان 1394هـ الموافق 28 شتنبر 1974م، المنشور بالجريدة الرسمية عدد (2303) مكرر بتاريخ 30 شتنبر 1974م، ص 271.

أما المشرع الليبي فإنه لم ينص على ذلك، حيث إنه نص بالفصل رقم: 740 من قانون الإجراءات المدنية والتجارية المتعلق بالمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، حيث يتضح أنه لم يشر إلى مدى جواز التحكيم في النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها واكتفى بالقول بأنه لا يجوز التحكيم في الأمور المتعلقة بالنظام العام والعمال والأمراض المهنية والتأمين الاجتماعي والأحوال الشخصية....

فالتساؤل الذي يطرح نفسه بشأن موقف المشرع الليبي في هذا الصدد هو هل يمكن القول بأن الأمور المتعلقة بالنظام العام تشمل النزاعات التي تكون الدولة طرفاً فيها؟

أما في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، فإننا نجد بأن المشرع الخليجي بشكل عام قد أفرد في القوانين المتعلقة بالتحكيم نصوصاً مستقلة تنظم مسألة اتفاق التحكيم - شرط أو مشاركة التحكيم- وذلك من حيث الموضوعات التي يجوز الاتفاق عليها، والتعريف باتفاق التحكيم وصوره، وأركانه وشروط صحته، وأثاره. إلا إن دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية نجدها قد انقسمت إلى كتلتان مختلفتان من حيث التشريعات المنظمة للتحكيم، حيث أستقلت كلاً من المملكة العربية السعودية وسلطنة عُمان ومملكة البحرين ودولة قطر ودولة الإمارات العربية المتحدة في إصدار قوانين مستقلة تنظم التحكيم بشكل عام، وذلك وفقاً لقواعد التحكيم الواردة في القانون النموذجي الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة الأونسيترال (Uncitral)، بينما ظلت دولة الكويت تُطبق قواعد التحكيم الواردة في قانونها المتعلق بالمرافعات المدنية والتجارية

(1)، فالمشروع السعودي (2) والقطري (3) هما من بين قوانين وأنظمة التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية اللذان قد اشترطا موافقة رئيس مجلس الوزراء قبل إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الجهات الحكومية بالمملكة العربية السعودية ودولة قطر.

1 - فقانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية بسلطنة عُمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (47) لسنة 1997م بتاريخ 22 صفر 1418 هـ الموافق 28 يونيو 1997م، فقد نصت المادة الأولى من ذلك القانون على أنه: "...تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة هذه العلاقة التي يدور حولها النزاع... الخ"، أما المشروع السعودي فقد نص بالمادة (2/10) من نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) بتاريخ 1433/5/25 هـ، على أنه " لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يُجيز ذلك"، وكذلك الحال بالنسبة للمشروع القطري حيث نص بالمادة (2/2) من القانون رقم: 2 لسنة 2017م بشأن إصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر في الديوان الأميري بتاريخ 1438/5/19 هـ الموافق 2017/2/16م على أنه: " يكون الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموافقة رئيس مجلس الوزراء أو من يفوضه". أما المشروع الإماراتي فقد صدر القانون رقم (6) لسنة 2018م بشأن إصدار قانون التحكيم بدولة الإمارات المتحدة، الصادر في 17 شعبان 1439 هـ الموافق 3 مايو 2018م. حيث نصت المادة (2) من القانون على أنه: "تسري أحكام هذا القانون على: 1- كل تحكيم يجري في الدولة ما لم يتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام قانون تحكيم آخر شريطة عدم تعارضه مع النظام العام والآداب العامة للدولة. 2- كل تحكيم تجاري دولي يجري في الخارج ويتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون. 3- كل تحكيم ناشئ عن نزاع بشأن علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية تُنظمها القوانين النافذة في الدولة، إلا ما استثني فيها بنص خاص".

أما في التشريع الكويتي فتوجد ثلاثة أنواع من التحكيم في القانون الكويتي الأول هو التحكيم "الاتقائي" الذي ينظمه قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980 في الباب "الثاني عشر" بالمواد من 173 إلى 188 (وأحكام المحكمين فيه لا تقبل الطعن عليها بالاستئناف، إلا إذا اتفق المحكّمون على خلاف ذلك. ويجوز إقامة دعوى ببطلان حكم التحكيم بالشروط وفي المواعيد المحددة بالمادتين 186 و187 مرافعات)، والثاني هو التحكيم "القضائي" الذي ينظمه قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية رقم 11 لسنة 1995 (وأحكام المحكمين فيه لا تقبل الطعن عليها إلا بالتمييز، وفقاً للحالات المحددة والشروط وفي المواعيد المحددة بالمادتين 10 و11 من ذلك القانون. ولا يجوز إقامة دعوى ببطلان أحكامها في جميع الأحوال)، والثالث وفقاً للنظام الخاص بالتحكيم بمعاملات سوق المال الذي أصدره مجلس المفوضين الذي ينظمه قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية رقم 7 لسنة 2010 بالمادة 148، ولائحته التنفيذية.

2 - حيث نصت المادة (2/10) من نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) بتاريخ 1433/5/24 هـ على أنه: " لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك.

3 - كما نصت المادة (2/2) من قانون التحكيم رقم (2) لسنة 2017م بشأن إصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية بدولة قطر الصادر في الديوان الأميري بتاريخ 1438/5/19 هـ الموافق 2017/2/16م، على أنه: " يكون الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية بموافقة رئيس مجلس الوزراء، أو من يفوضه".

ثانياً: معالجة قوانين الاستثمار الأجنبي للتحكيم:

نظراً لكون أن عقد البترول وإن كان له طابع خاص فإنه يعتبر من عقود الاستثمار فإننا ارتأينا معالجة قوانين الاستثمار الأجنبي للتحكيم في كل من دول المغرب العربي، ودول مجلس التعاون لدول الخليج العربية؛ وذلك على النحو التالي:

فالمشرع المغربي ومنذ سنة 1995م نص وبشكل واضح على جواز اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار، حيث نصت المادة (17) من القانون الإطاري رقم: 95-18 المعتبر بمثابة ميثاق الاستثمار الصادر بتاريخ 8 نونبر 1995م على إنه: " يمكن أن تتضمن العقود بنوداً تقضي بفض كل نزاع قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي بخصوص الاستثمار وفقاً للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في ميدان التحكيم الدولي".

كما إنه جاء في المادة (33) من القانون رقم: 90-21 المتعلق بالبحث عن حقول الهيدرو كاربورات واستغلالها على إنه: " يمكن أن تنص الاتفاقيات النفطية على اللجوء الى التحكيم إذا كان أحد الأطراف شخصاً معنوياً أجنبياً وفي هذه الحالة تحدد الاتفاقيات قواعد إجرائية تتفق والممارسات الدولية الخاصة بالتحكيم في النزاعات النفطية".

لذلك فمن خلال القانون أعلاه يظهر بأن المشرع المغربي من جهة قد تنازل عن التمسك بالسيادة والحصانة في مواجهة العملية التحكيمية، والتي ستنم مناقشتها فيما بعد، وذلك في حدود الجزء الخاص بالاستثمار، حيث أن فترة صدور هذا النص صادفت أزمة اقتصادية وضغوطات المؤسسات المالية الدولية التي تفرض سياستها على الدول النامية ومن جهة أخرى فإن هذا النص قد تبنى المبدأ القاضي بتطبيق الاتفاقيات الدولية التي

صادق عليها المغرب بالأولوية على القانون الوطني قبل دستور 2011.

أما المشرع الليبي فقد نص في المادة: 24 المتعلق بالمنازعات من القانون رقم: 9 لسنة 2010م المتعلق بتثجيع الاستثمار على إنه : " يُعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده الدولة على المحاكم المختصة في الدولة، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين الدولة، والدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون الدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفاً فيها تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة، ينص على شرط التحكيم".

وحيث يتضح أن المشرع الليبي فيما يخص منازعات الاستثمار والتي تُعتبر منازعات عقود البترول منها، قد أسند كقاعدة عامة الاختصاص للبت في هذا النوع من المنازعات للقضاء الرسمي، وإنه يمكن اللجوء في ذلك إلى التحكيم إذا كانت هنالك اتفاقية بين الدولتين أو اتفاق خاص.

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الموريتاني بخصوص التحكيم في منازعات الاستثمار، فقد نص في المادة 30 من القانون رقم 52 لسنة 2012م المعتبر بمثابة مدونة الاستثمار على إن: " النزاعات الناجمة عن تأويل أو تطبيق هذه المدونة يتم تسويتها بالتراضي، أو عند استحالة التفاهم بين الأطراف المعنية عبر التحكيم أو تبعاً لاختيار المستثمر، أمام المحاكم الموريتانية المختصة، طبقاً لقوانين ونظم الجمهورية الموريتانية الإسلامية، فضلاً عن ذلك فإن النزاعات بين المستثمرين الأجانب أو المقاولات المملوكة من قبل الأجانب الموجودة في الجمهورية الإسلامية الموريتانية وبين سلطات الجمهورية الإسلامية الموريتانية والمتعلقة بهذه المدونة يمكن أن تسوى بالتراضي أو التحكيم وذلك: إما باتفاق الطرفين وإما بالرجوع إلى المعاهدات

والاتفاقيات المتعلقة بحماية الاستثمار المبرمة بين الجمهورية الإسلامية الموريتانية والدولة التي ينحدر منها المستثمر، وإما باللجوء إلى تحكيم الغرفة الدولية للوساطة والتحكيم الخاصة بموريتانيا، أو المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات الذي أنشئ بمقتضى "اتفاقية تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى" والتي صادقت عليها موريتانيا بتاريخ 18 مارس 1965م.

أما اتفاقية واشنطن لسنة 1965م المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار، فإنها تتطلب بعض الشروط الخاصة من أجل أن تتمكن الدولة من تحريك مسطرة التحكيم أمام مركز واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار، والمنشأ بموجب هذه الاتفاقية، ومن بين هذه الشروط ما نصت عليه المادة (25) من هذه الاتفاقية بحيث يجب أن تكون الدولة من الدول الموقعة على الاتفاقية (1).

أما فيما يخص التشريع التونسي فالقانون عدد 71 لسنة 2016م المتعلق بقانون الاستثمار فقد نص في الفصل رقم: 23 منه على إنه: "يسوى كل نزاع يطرأ بين الدولة التونسية والمستثمر بمناسبة تأويل أو تطبيق أحكام هذا القانون وفق إجراءات المصالحة إلا إذا تخطى أحد الأطراف كتابياً، وللأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات والقواعد التي تحكم المصالحة"، حيث يتضح إنه بالنسبة للمشرع التونسي من خلال هذا القانون نص على أن المنازعات يتم تسويتها عن طريق المصالحة وأن التحكيم لا يتم اللجوء إليه إلا بعد تعذر التسوية عن طريق المصالحة (2).

1 - تجدر الإشارة في هذا الصدد أن هذه الاتفاقية صادقت عليها المملكة المغربية سنة 1966.
2 - تنبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أنه بالنسبة للمشرع المغربي فإنه يميز بين الصلح والمصالحة والوساطة بحيث أنه بالرجوع إلى القانون 08.05 يتضح أنه يعالج إلى جانب التحكيم الوساطة الاتفاقية، حيث جاء في الفصل رقم: 327-55 من قانون المسطرة المدنية والذي قد تم تعديله وتتميمه بموجب القانون رقم: 08.05 حيث نص على إنه: "يجوز للأطراف لأجل تجنب أو تسوية نزاع الاتفاق على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام صلح ينهي النزاع" بحيث يتضح أن الصلح هو نتيجة للوساطة الاتفاقية علماً أن الوساطة القضائية لها مقومات أخرى وأنه

أما دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية فإنها قامت هي أيضاً بسن تشريعات تتعلق بالمستثمر الأجنبي، وذلك بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية، ونجد تلك التشريعات قد نظمت التحكيم، وذلك بأن اجازت الاتفاق على إحالة أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة للاستثمار إلى هيئة تحكيم سواء أكانت محلية أم دولية (1).

ففي المملكة العربية السعودية صدر المرسوم الملكي بشأن نظام الاستثمار الأجنبي في المملكة العربية السعودية (2)، حيث نصت المادة (13) من ذلك النظام على إنه: "مع عدم الإخلال بأي اتفاقيات تكون المملكة العربية السعودية طرفاً فيها:

تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين الحكومة والمستثمر الأجنبي فيما له علاقة باستثماراته المرخص لها بموجب هذا النظام ودياً قدر الإمكان، فإذا تعذر ذلك يُحيل الخلاف حسب الأنظمة.

تتم تسوية الخلافات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي وشركائه السعوديين فيما له علاقة باستثماراته المرخص بموجب هذا النظام ودياً قدر الإمكان فإذا تعذر ذلك يحل الخلاف حسب الأنظمة.

بخصوص المصالحة فقد تبنتها مدونة الشغل المغربية بحيث تعتبر وسيلة من وسائل فض منازعات الشغل الجماعية.

1 - لقد صادقت دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الست على اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار لعام 1965م حسب أقدمية التصديق (الكويت بتاريخ 1979/03/04، السعودية بتاريخ 1980/06/07، الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 1982/01/22، سلطنة عمان بتاريخ 1995/08/23، البحرين بتاريخ 1996/03/15، ثم قطر بتاريخ 2011/01/20)، ومن بين الدول العربية الأخرى التي صادقت على تلك الاتفاقية: الجزائر، جمهورية مصر العربية، المغرب، السودان، تونس، الأردن، سوريا، لبنان، جمهورية اليمن، أنظر: www.icsid.worldbank.org

2- المرسوم الملكي رقم: م/1 بتاريخ 1421/1/5 هـ ، 2000م، بشأن الاستثمار الأجنبي بالمملكة العربية السعودية.

فمن خلال نص تلك المادة يتضح بأن المشرع السعودي نظم التحكيم في حالة نشوء نزاع بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة للاستثمار، أو فيما بين المستثمر الأجنبي والمستثمر السعودي، بأن يتم حل الخلاف بالطريق الودي، وفي حالة تعذر الوصول إلى الحل الودي، فإنه يمكن حل الخلاف حسب الأنظمة، أي حسب بنود العقد المبرم بينهما فيما إذا تضمن اتفاق التحكيم - شرط أو مشاركة التحكيم- أو إلى أي وسيلة لحل النزاعات.

كما إن نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية قد نظم الاتفاق على التحكيم (1)، حيث جاءت نص المادة (10) من نظام التحكيم السعودي على إنه:

لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا من يملك التصرف في حقوقه سواءً أكان شخصاً طبيعياً أو من يمثله-أم شخصاً اعتبارياً.

لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يُجيز ذلك.

وبناءً على ما تقدم، يتضح بأن المشرع في المملكة العربية السعودية أشرت موافقة رئيس مجلس الوزراء قبل إدراج شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الحكومة أو من يمثله من الأشخاص الاعتبارية العامة.

أما في سلطنة عُمان فقد نظم المشرع استثمار رأس المال الأجنبي، وذلك من خلال إصدار قانون خاص بذلك (2)، حيث جاءت نص المادة (14) من ذات القانون على إنه: "يجوز الاتفاق على إحالة أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير إلى هيئة تحكيم محلية أو دولية"، فمن خلال نص

1- نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/34) بتاريخ 1433/5/24هـ.
2- المرسوم السلطاني رقم: 102 لسنة 1994م بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي بسلطنة عُمان، الصادر في 11 جمادى الأولى 1415هـ الموافق 16 من أكتوبر 1994م.

تلك المادة فإن المشرع العماني قد أجاز صراحةً اللجوء إلى اتفاق التحكيم -شرط أو مشاركة التحكيم- وإحالة أي نزاع قد ينشأ بين المستثمر الأجنبي والغير سواء أكان الغير دولة أو إحدى مؤسساتها الاعتبارية العامة، أو حتى الأفراد، وإحالاته إلى هيئة تحكيم محلية أو دولية، وذلك استناداً إلى اتفاق التحكيم المبرم وفقاً للعقد.

كذلك فإن المشرع الكويتي قد نظم التحكيم في حالة الاستثمار الأجنبي، فقد صدر في عام 2013م قانون بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت (1)، حيث نصت المادة (26) على إنه: "تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أيضاً كان. ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم".

أما في دولة قطر فقد صدرت قانون لتنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي (2)، حيث نصت المادة (11) على إنه: "يجوز الاتفاق على حل أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والغير بواسطة هيئة تحكيم محلية أو دولية".

الفقرة الثانية: أهلية الشركات المستثمرة في تحكيم العقود البترولية

لعل من أهم الاستثمارات التي غالباً ما تتعدى حدود الدول جُغرافياً، تلك العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص القانون الخاص، كالشركات الاستثمارية الكبرى، التي تُكون الشركة الواحدة منها من خلال اندماج عدة شركات، بحيث تُشكل رأس مال عملاق يُستخدم في الاستثمار، كالشركات البترولية الأجنبية.

1- القانون رقم: 116 لسنة 2013م بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت.
2- القانون رقم: 13 لسنة 2000م بشأن تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي في النشاط الاقتصادي بدولة قطر.

حيث إن أغلب الشركات في هذا الصدد ما نجدها تتخذ لنفسها شكل شركة مساهمة، وهذا النوع من الشركات يمثلها قانونا رئيس مجلس الإدارة (1)، وبالتالي هو من له صلاحية إبرام العقود، أما غيره فهو يحتاج لوكالة خاصة مكتوبة من أجل القيام بذلك، إلا أننا نجد أن هذه الشركات تكون متعددة الجنسيات، وتتعامل في إطار التجارة الدولية مما يطرح معه العديد من التساؤلات منها على سبيل المثال لا الحصر:

ما هو القانون الذي سيخضع له اتفاق التحكيم الذي تكون فيه هذه الشركات الاستثمارية، من حيث صحته وكل شروطه؟ وبالتالي يصبح النقاش يصب في إطار القانون الدولي الخاص مما يجعل العملية التحكيمية ككل مُهددة، وذلك تطبيقاً للمبدأ القائل بأنه إذا استحال عرض النزاع على التحكيم فإن شرط التحكيم يزول.

ثم أنه يطرح في هذا الصدد تساؤل آخر مفاده: هل يمكن القول بأن أهلية اللجوء إلى القضاء هي نفسها أهلية اللجوء إلى التحكيم؟

إن الأهلية المطلوبة في التحكيم هي أهلية القيام بتصرف قانوني، وتخضع للقواعد العامة المقررة في قانون الالتزامات والعقود، أما أهلية اللجوء إلى القضاء فهي أهلية إجرائية تخضع لقانون المسطرة المدنية، وإن الجزاءات المقررة في القوانين الإجرائية تختلف عن تلك المسطرة في قوانين الموضوع، ولو أن القانون الإجرائي هو من يبيث الروح في القاعدة الموضوعية وينقلها من الجمود إلى الحركة.

1 - جاء في الفقرة الأولى من المادة 102 من قانون شركات المساهمة المغربي ما يلي: تخول لمجلس الإدارة الجماعية أوسع السلط للتصرف باسم الشركة في جميع الظروف، ويزاولها في حدود غرض الشركة مع مراعاة السلطة المخولة صراحة بمقتضى القانون لمجلس الرقابة وجمعيات المساهمين. القانون 17-95 الجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 4 جمادى الآخرة 1417 (17 أكتوبر 1996) ص 2320.

المبحث الثاني: الصعوبات القانونية للتحكيم في عقود البترول

إن من أهم الصعوبات القانونية التي تواجه العملية التحكيمية في عقود البترول، والتي تكون الدولة دائماً طرفاً فيها، تتجلى في مرحلة ما قبل بدء إجراءات التحكيم وهي البحث عن القانون الواجب التطبيق، وفي مرحلة ثانية بعد البدء في مسطرة التحكيم.

فيثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق أمام المحكم، وذلك عندما يدفع أحد الطرفين أمام المحكم بعدم الاختصاص، استناداً إلى عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بطلان اتفاق التحكيم، أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح أمامه، ففي هذا الفرض يتعين على المحكم البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم للفصل في مدى صحة الدفع المثار أمامه من عدمه.

وتقتضي الدراسة تبيين الصعوبات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق في تحكيم العقود البترولية (كمطلب أول)، ومن ثم نتحدث عن الصعوبات الخاصة بسيادة الدولة في تحكيم العقود البترولية (كمطلب ثاني).

المطلب الأول: الصعوبات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق في تحكيم العقود البترولية

يُثير اتفاق التحكيم المتعلق بعقود البترول تنازع القوانين شأنه في ذلك شأن أي اتفاق تحكيم يتعلق بأي عقد من العقود الاستثمارية ذات الطابع الدولي، وبالتالي يتعين البحث عن القانون واجب التطبيق على هذا الاتفاق.

إن مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، نجدها قد تثور أمام القاضي الوطني أو أمام المحكم، فإذا أثرت

تلك المسألة أمام القاضي الوطني فإنه لا يجد أية صعوبات في معرفة وتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وذلك بحكم أن قواعد القانون الدولي الخاص في دولته هي التي تتولى تحديد هذا القانون، أما إذا ما تم عرض النزاع على المحكم ودفح الطرفين أمام المحكم بعدم اختصاصه، وذلك استناداً إلى عدم وجود اتفاق تحكيم، أو بطلان اتفاق التحكيم، أو عدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المطروح أمامه، فإن الإشكال يزداد تعقيداً في هذه الحالة، لأن المحكم ليس له قواعد اسناد يستعين بها في تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، لأنه عكس القاضي لا يملك تلك القواعد التي يملكها القاضي (1).

لذلك ومن أجل التطرق لهذه الإشكالية، فإنه يجب معالجة ذلك من خلال التعرف على موقف الفقهاء وبعض الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطني التي قيلت في هذا الشأن.

الفقرة الأولى: القانون الواجب التطبيق من خلال المذاهب الفقهية

إن الفقه قد اختلف بشأن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، حيث انقسم في هذا الصدد إلى اتجاهين أساسيين: الاتجاه الأول يدعو إلى تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، بينما الاتجاه الثاني يدعو إلى الأخذ بقانون الإرادة المستقلة (2).

أولاً: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون دولة مقر التحكيم:

إن هذا الاتجاه يستمد أساسه من الطبيعة المختلطة للتحكيم، أي الطبيعة الاتفاقية (التعاقدية) والطبيعة القضائية في آن واحد،

1 - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 236.
2 - خالد إبراهيم التلاحمة، "القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم التجاري الدولي، جبهة للنشر والتوزيع، 2006، ص 17.

وبناءً على ذلك الاتجاه فإن قانون دولة مقر التحكيم هو الذي يجب أن يُطبق ويحكم التحكيم بشكل عام، بما في ذلك اتفاق التحكيم(1)، لكن وعلى الرغم من ذلك فهذا الاتجاه تلقى العديد من الانتقادات خصوصاً من جانب أنصار الاتجاه القائل بتطبيق قانون الإرادة.

ثانياً: الاتجاه القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة:

يذهب هذا الاتجاه إلى القول بأن التحكيم في عقود البترول يجب أن يخضع لقانون الإرادة المستقلة، مُفضلاً إياه عن قانون الدولة مقر التحكيم، وذلك بحكم الطبيعة التعاقدية للتحكيم وأن لم يكن مُسلباً بها، فهي راجحة وغالبة في هذه المرحلة مرحلة اتفاق التحكيم- على الطبيعة القضائية، فالتحكيم في هذا الإطار كيفما كانت صورته سواءً أكان اتفاق مُستقل أو شرط تحكيم مُدرج في عقد، فهو يبقى عقد ويجب أن يعامل مثله مثل باقي العقود الأخرى، ومن ثم فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة هي التي تنطبق على اتفاق التحكيم، واستناداً لمبدأ سلطان الإرادة فإن القانون الذي يُطبق على اتفاق التحكيم هو القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم، أي قانون الإرادة المستقلة (2).

لكن هذا الاتجاه يجد بعض الصعوبات في حالة عدم وجود الاختيار الصريح من قبل الأطراف، مما يطرح معه تساؤل عن القانون الذي يجب على المحكم اللجوء إليه. فهل يلجأ إلى قانون الدولة مقر التحكيم، أم إلى القانون المختار من قبل الأطراف ليُطبق على موضوع النزاع؟ وبعبارة أخرى هل هنالك ارتباط

1 - وقد تأثر بهذه النظرية مجمع القانون الدولي في التوصية التي أصدرها بمناسبة انعقاده بأستردام في عام 1957م، حيث نصت المادة الخامسة من هذه التوصية على أن صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم، انظر: سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 237.

2 - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 239.

بين القانون المطبق على موضوع النزاع والقانون المطبق على شرط التحكيم؟

بالنسبة لفرضية إخضاع التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم:

في هذه الحالة قد يكتفي الطرفان فقط بتحديد مقر التحكيم في دولة معينة دون الإفصاح الصريح عن القانون الواجب التطبيق على التحكيم، لذلك حسب أنصار قانون الإرادة المستقلة، فإنه يستخلص من ذلك إن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو اختيار قانون هذه الدولة أي قانون دولة مقر التحكيم، حتى يُطبق على اتفاق التحكيم، خاصةً عندما يكون مقر التحكيم مركزاً دائماً للتحكيم، لكونه يُعد سناً إضافياً لتطبيق قانون بلد هذا المركز التحكيمي (1).

بالنسبة لفرضية إخضاع التحكيم لقانون العقد موضوع النزاع:

فيما يخص فرضية إخضاع اتفاق التحكيم للقانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع، فإنه وحسب الاتجاه المنتصر لقانون الإرادة المستقلة، واستناداً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فإن ذلك يعني إن اتفاق التحكيم يمكن أن يكون له إسناد مُستقل، وبالتالي فإنه يمكن للأطراف اختيار قانون ليحكم اتفاق التحكيم يختلف عن الذي يحكم العقد، وفي حالة سكوت الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإن المحكمون في المقابل غير مُلزمين بتطبيق القانون المختار من قبل الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع على اتفاق التحكيم، لكن وعلى الرغم من ذلك فإن اختيار الأطراف لقانون معين لكي يطبق على العقد، فإنه يُعتبر دلالة قوية على اتجاه إرادتهم إلى

1 - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 241.

اختيار هذا القانون من أجل أن يُطبق كذلك على اتفاق التحكيم (1).

الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق من خلال الاتفاقيات الدولية

أولاً: اتفاقية نيويورك 1958 (2):

حسب مقتضيات نص المادة (5) من هذه الاتفاقية، فإنه لا يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، إلا إذا قدم الخصم المتمسك ضده بالحكم الدليل على أن "اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع الأطراف للاتفاق له، أو عند عدم النص على ذلك، وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم".

يُستنتج من هذا النص أن الاتفاقية أخذت بقانون الإرادة المستقلة، ومن ثم يتعين الرجوع أولاً إلى القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اتفاق التحكيم، بمعنى أنها قد ذهبت في الاتجاه الثاني لخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة، وفي حالة غياب الإرادة الصريحة من قبل الأطراف، فقد ألزمت الاتفاقية الأخذ بقانون الدولة التي قد صدر فيها حكم التحكيم، أي أنه في حالة غياب تحديد الصريح من قبل الأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فإنه يوجد قانون مُختص احتياطي وهو القانون الذي قد صدر فيه حكم التحكيم (3).

إلا إنه وعلى الرغم من الطول التي قدمتها هذه الاتفاقية إلا أنها تبقى مُقتصرة فقط على الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، بمعنى أنه في الحالة التي يعرض فيها الحكم التحكيمي أمام

1 - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1997، ص 64.

2 - المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية منشورة بالموقع التالي <http://www.uncitral.org> تم الولوج إليه في 01 أكتوبر 2014 على الساعة 22:00.

3 - سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 243.

القاضي الوطني بمناسبة الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه. أي في مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي ليس إلا، ومن ثم يتعين عليه الرجوع إلى قانون هذه الدولة، علماً بأن هذه القاعدة التي قررتها المادة أعلاه قاعدة إسناد لا قاعدة موضوع ولم تقدم في نظرنا حلاً نهائياً للإشكال المطروح.

ثانياً: اتفاقية جنيف 1961 (1):

نصت المادة (2/6) من هذه الاتفاقية على إنه: "تفصل محاكم الدول المتعاقدة في وجود أو صحة وجود اتفاق التحكيم فيما يتعلق بأهلية الأطراف وفقاً للقانون الواجب التطبيق عليهم، وفي المسائل الأخرى:

وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، وفقاً لقانون البلد الذي يجب أن يصدر فيه حكم التحكيم. 3- وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، وكان من غير الممكن معرفة البلد المحتمل أن يصدر فيه حكم التحكيم في اللحظة التي يكون فيها الأمر معروضاً على المحكمة القضائية، تفصل المحكمة وفقاً للقانون الذي تعينه قواعد التنازع في دولتها".

كما جاءت نص المادة (1/9) على جواز رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه إذا كان اتفاق التحكيم "غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضع له الأطراف اتفاق التحكيم، أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم، في حالة عدم اتفاق الأطراف".

فمن خلال هذين النصين يتضح أن هذه الاتفاقية أخذت بنفس الحلول التي سبق وأن أخذت بها اتفاقية نيويورك 1958م، حيث

1 - الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي وقعت في 1961م، ودخلت حيز التطبيق في 1965م، منشورة بالموقع التالي <http://www.drmmahran.com> تم الولوج في 1 أكتوبر 2014 على الساعة 23:30.

أنها قد تبنت قانون الإرادة المستقلة ليطبق على اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم توافر الإرادة الصريحة تبنت الاتفاقية مسألة خضوع اتفاق التحكيم لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم.

وقد تناولت هذه الاتفاقية إشكالية القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم أمام القاضي الوطني وقبل صدور حكم التحكيم، حيث ميزت الاتفاقية بين حالتين: ففي الحالة الأولى: إذا كان من الممكن توقع البلد الذي سوف يصدر فيه حكم التحكيم، فإن قانون هذا البلد هو الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والحالة الثانية: في حالة إذا لم يكن من الممكن توقع البلد المحتمل لصدور حكم التحكيم فيه، فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون الذي تعينه قواعد التنازع في المحكمة المعروض عليها النزاع، أي قواعد تنازع القوانين في قانون دولة القاضي.

ونشير في هذا الصدد أنه يمكن أن يدخل في مفهوم قانون الإرادة المستقلة حتى قواعد الشريعة الإسلامية كما جاء في إحدى الأحكام التحكيمية على إنه: "في النظام الانكلوساكسوني يمكن إخضاع الاتفاق لقانون ليس هو قانون الدولة بل يمكن أن يكون أي نظام قانوني محدد بشكل كافٍ وبما أن الأطراف قد أرادوا الشريعة الإسلامية قانوناً يحكم اتفقاتهم فيكون هو النظام المطبق على العقد" (1).

ثالثاً: موقف القوانين الوطنية:

إن بعض التشريعات الوطنية المنظمة للتحكيم نجدها قد تعرضت لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، كالقانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص (2) الذي نص بالمادة (2/178) على إنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً من

1 - حكم تحكيمي منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 3 - يوليو 2009 الصفحة 248.
2 - القانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص، الصادر ي 18 ديسمبر 1987م، كما أخذ بذات النص القانون الجزائري للتحكيم الصادر في 23 أبريل 1993م، استناداً لنص المادة (1/458) مكرر.

حيث الموضوع إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف، أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع (وخصوصاً القانون الذي يحكم العقد الأصلي)، أو القانون السويسري".

حيث إنه من الملاحظ على النص السابق، بأنه يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها أحد القوانين الثلاثة:

القانون المختار من قبل الأطراف.

القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وخصوصاً العقد الأصلي، سواء أكان هذا القانون مختاراً من قبل الأطراف أو من قبل المحكمين.

القانون السويسري باعتباره قانون الدولة التي يجري التحكيم على إقليمها.

أما المشرع الأسباني فقد جاء بنص مُغير للنص الوارد بقانون التحكيم السويسري والجزائري، حيث نصت المادة (61) على إنه: "يحكم صحة اتفاق التحكيم وأثاره القانون المختار صراحةً بواسطة الأطراف بشرط أن توجد صلة بينه وبين العقد الأصلي، أو موضوع النزاع. وفي حالة تخلف الاختيار الصريح من قبل الأطراف، يُطبق القانون الذي يحكم العقد الأصلي الناشئ عن النزاع. وفي حالة عدم وجود هذا القانون، يُطبق قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم. وإذا لم يكن من الممكن تحديد هذا القانون يُطبق قانون محل إبرام اتفاق التحكيم"، فكما هو واضح من النص فالمشرع الإسباني قد حدد بأنه يكفي لصحة اتفاق التحكيم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية التي يتطلبها أحد القوانين الأربعة التالية:

1. القانون المختار من قبل الأطراف، بشرط وجود صلة بين القانون المختار من قبلهم ليحكم اتفاق التحكيم والعقد موضوع النزاع.

2. القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع إذا كان هذا القانون مُحدداً.

3. قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم.

4. قانون الدولة محل إبرام اتفاق التحكيم.

أما فيما يتعلق بقوانين التحكيم بالدول العربية بشكل عام، وقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية بشكل خاص، فإنه من المأخذ التي تؤخذ على المشرع العربي بشكل عام، بأنه لم يُضمن تلك القوانين أي نص يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، بالرغم أن هذه المسألة قد تثار طبقاً لتلك القوانين أمام هيئة التحكيم أو حتى أمام القاضي الوطني، وذلك عندما يدفع أحد الأطراف بعدم اختصاصها استناداً إلى عدم وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه، أو سقوطه (1)، أو حتى أمام القاضي الوطني بمناسبة الطعن في الحكم التحكيمي بالبطلان (2).

من خلال ما تقدم، يتضح لنا بأن الفقه، والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، وبعض قوانين التحكيم الوطنية، قد عالجت مسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بالعقود

1 - حيث نصت معظم قوانين التحكيم العربية على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعد اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، كقانون التحكيم المصري والعماني استناداً لنص المادة (1/22)، والمادة (1/20) من النظام السعودي.

2 - كما نصت معظم قوانين التحكيم العربية على حالات قبول دعوى بطلان حكم التحكيم، والتي نصت على أنه "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: أ. إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال أو سقط بانتهاج مُدته"، كقانون التحكيم المصري والعماني استناداً لنص المادة (1/53)، والمادة (1/50) من نظام التحكيم السعودي.

البتروولية بشكل خاص، وعقود الاستثمار بشكل عام، وهو إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون الإرادة المستقلة، وفي حالة تخلف قانون الإرادة فإنه يؤخذ بقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، أو قانون مقر التحكيم، أو قانون الدولة التي أبرم فيها اتفاق التحكيم.

المطلب الثاني: الصعوبات القانونية الخاصة بسيادة الدولة في عقود البترول

إن التفاوت القانوني والاقتصادي في مراكز الأطراف المتعاقدة، دفع الدول المتعاقدة إلى تأمين وتسكين العقد بموجب القانون الوطني للدولة المتعاقدة، كما دفع الشركات الأجنبية الاستثمارية إلى تدويل العقد، الأمر الذي أدى إلى تضمين العقود المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة للاستثمار لشروط ذاتية كشرط الثبات التشريعي، وبالتالي غل يد الدولة عن المساس بالعقد وتجميده لفترة زمنية خلال فترة سريان العقد.

إن أهم الإشكالات التي تواجه العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها بصفة عامة، وخاصةً تلك التي قد تتضمن اتفاق التحكيم في عقود البترول هي مسألة السيادة، ذلك أن الدولة عندما تريد عرقلة العملية التحكيمية فإنها تستعمل السيادة والحصانة القضائية، سواءً أكان ذلك في مواجهة القضاء، أو حتى في مواجه تنفيذ الأحكام؟

الفقرة الأولى: الدفع بالحصانة ضد التحكيم

إن اتفاق التحكيم يُرتب أثرين هامين، حيث يتمثل الأول: في الأثر الإيجابي المتمثل في منح المحكمين الاختصاص بالفصل في النزاع موضوع اتفاق التحكيم، بينما يتمثل الأثر الثاني في: الأثر السلبي المتمثل في سلب اختصاص المحاكم القضائية من نظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم، فعلى ضوء تلك الآثار، فإن

التساؤل الذي يطرح نفسه في هذا المجال، هل اتفاق التحكيم يتعارض مع ما تتمتع به الدولة ومؤسساتها الاعتبارية العامة من حصانة قضائية وتنفيذية؟ وهل يجوز لها أن تتمسك بتلك الحصانة أمام المحاكم الوطنية أو أمام هيئات التحكيم؟

وبناءً عليه، فإننا سوف نوضح مدى أثر اتفاق التحكيم على حصانة الدولة القضائية، وكذلك أثره على حصانة الدولة التنفيذية.

أولاً: الدفع بالحصانة القضائية:

يُعد الدفع بالحصانة القضائية من المبادئ المستقرة في القانون الدولي، وهو مبدأ المساواة القانونية بين الدول أعضاء الجماعة الدولية، فقيام إحدى الدول أو أحد الأشخاص التابعين لها بمقاضاة الدول الأخرى، سواءً أكان ذلك أمام محاكمها الوطنية، أم أمام هيئات التحكيم، فإن ذلك كان يُعد إخلالاً بمبدأ المساواة بين الدول.

فتمسك الدولة بحصانتها وسيادتها (1) من أجل عرقلة العملية التحكيمية، أو من أجل التخلص من اتفاقها على الخضوع للتحكيم الذي قبلته صراحةً في عقد أو اتفاق التحكيم، فإنه يستمد أساسه من مبادئ القانون الدولي العام، ذلك أن هذا الأخير في هذه الحالة يلقي بضلاله على حسن سير العملية التحكيمية.

وفي هذا الصدد جاء قرار لمحكمة النقض الفرنسية، وذلك في إطار ملف عُرض عليها من أجل تذييل حكم تحكيمي بالصيغة التنفيذية، بشأن نزاع يتعلق بفسخ عقد توزيع حصري للمشروبات

1 - يمكن تعريف السيادة بأنها: تمتع الدولة بالاستقلال الخارجي في مواجهة الدول الأخرى، مع امتلاكها في الداخل إدارة الحكم، وإصدار القوانين واللوائح وتنفيذها وقدرتها على منع الدول الأخرى من التدخل في شؤونها الداخلية، وإلا اعتبرت دولة ناقصة السيادة تعريف منشور بالموقع الإلكتروني التالي / <http://www.f44g.com> ثم الولوج إليه في 14-05-2014 على الساعة 23:30.

في أوروبا يتضمن شرط إحالة الاختصاص لمحاكم ولاية جورجيا بالولايات المتحدة الأمريكية، حيث أكدت في حكمها على إنه: "... إذ أن موضوعه يقتصر فقط على معاقبة خرق التزام تعاقدي مُقرر سابقاً، لا يكون مُخالفاً للنظام العام الدولي، وحيث أن الحكم مبرر قانوناً، وبالتالي يقتضي رد الطعن"(1).

في هذا الصدد يتجه أغلب الفقه(2) للقول بأن الدولة عند إقدامها لقبول اتفاق التحكيم كالعقد البترولي، أو عقود الطاقة كعقد من عقود الاستثمار، فإن الدولة تكون بذلك قد تنازلت وبشكل ضمني عن حصانتها القضائية في حدود الموضوع الذي انصب عليه اتفاق التحكيم، وذلك بناءً على عدة أسس أهمها هو أن التحكيم نزاع من نوع خاص عن القضاء، ولا ينتمي إلى سلطة أي دولة، وأن المحكم عندما يصدر حكمه فهو لا يصدره باسم أي دولة بل هو فقط يُنفذ المهمة التي عُهد إليه بها من طرفي العقد أي المستثمر الأجنبي والدولة، مما يعني معه أن ذلك ليس فيه مساس بحصانة الدولة في مواجهة القضاء وسيادتها التي تملكها.

إلا إنه يجب التمييز بين حالتين لتحديد مدى تمتع الدول الأجنبية بالحصانة القضائية من عدمه، فمن جهة أولى الحالة التي تقوم فيها الدولة بتصرف ما بصفتها شخص من أشخاص القانون الدولي العام، وبين بعض التصرفات العادية التي تقوم بها بصفتها شخص من أشخاص القانون الخاص، بحيث أن الدولة لا تتمتع بالحصانة القضائية عند ممارستها لنشاط خاص إذا اتسم هذا النشاط بالطابع التجاري، فالدولة عند توقيعها على اتفاق التحكيم -شرط أو مشاركة التحكيم- فإنه يُشكل ذلك دلالة ملموسة على تنازلها عن الحصانة القضائية(3).

1 - قرار لمحكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، قضية رقم 16.549-08، بتاريخ 14 أكتوبر 2009، منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد السابع، تموز (يوليو) 2010م، السنة الثانية، ص 631.

2 - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 278.

3 - حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 278.

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس في أحد أحكامها وهي بصدد البت في نزاع يتعلق بأحد عقود استغلال حقول نفط الجمهورية الليبية، إذ قضت فيه بأن الدفع بالحصانة القضائية للدولة لا يتفق مع نظام التحكيم الذي يقوم على أساس تسوية النزاع بشكل رضائي من خلال اتفاق مسبق بين أطراف القانون الخاص بشكل في حد ذاته تنازلاً عن حصانتها القضائية (1).

زد على ذلك إن إدراج اتفاق التحكيم -شروط أو مشاركة التحكيم- في العقد الذي تكون الدولة طرفاً فيه يكون في كثير من الأحيان دافعاً أساسياً إلى إقدام الشركات المستثمرة على التعاقد، إذ أنه لولا اتفاق التحكيم لما تعاقدت، ثم أن تمسك الدولة بحصانتها القضائية وسيادتها فيه خرقاً سافراً لمبدأ تراضي الطرفين وتنفيذ العقود بحسن النية وللتحكيم ككل لأنه يقوم على الإرادة.

ثانياً: الدفع بالحصانة ضد التنفيذ:

كما هو معلوم بأن الحصانة القضائية تهدف إلى الحيلولة دون مثول الدولة أمام القضاء الوطني لدولة أخرى، لما في ذلك من انتهاك لاستقلال الدولة وسيادتها، أما الحصانة التنفيذية فإنها

1 - " Le tribunal considère que l'argument tiré par l'État de son immunité n'est pas pertinent dans le cas d'un règlement des différends par arbitrage fondé sur l'acceptation préalable par les parties de toute décision résultant du procès arbitral dès qu'un état accepte une obligation de cet ordre à l'égard d'une partie privée une telle acceptation constitue en soi une renonciation à l'immunité »

حكم تحكيمي أوردهته سهام السويدي: التحكيم في حل منازعات نقل التكنولوجيا رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة شعبة القانون الخاص وحدة التكوين والبحث أنظمة التحكيم كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بسلا جامعة محمد الخامس السنة الجامعية 2007/2008 الصفحة 157.

تهدف إلى الحيولة دون اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ضد الدولة، لما ينطوي عليه من تهديد لاستقرار الحياة الدولية (1).

فالدولة إذا لم تُعرقل العملية التحكيمية قبل صدور الحكم التحكيمي، ولم تتمسك بالحصانة أو السيادة أثناء نظر النزاع، فإن ذلك قد يحدث في مرحلة تنفيذ الحكم التحكيمي، فهل يمكن اعتبار قبول الدولة باللجوء إلى التحكيم تنازلاً ضمناً عن حصانتها ضد التنفيذ الحكم التحكيمي؟

في هذا الصدد ذهب البعض من الفقه (2) إلى القول بأنه يجب اقتراح بأن الدولة بمجرد قبول اتفاق التحكيم فإن ذلك يكون بمثابة تنازلها عن الدفع بحصانتها ضد التنفيذ، لأن القول بغير ذلك سيفرغ العملية التحكيمية ككل من فحواها وهذا الاتجاه تؤيده بدورنا لأنه ما الفائدة من اللجوء إلى التحكيم إذا كانت الدولة ستحجج بسيادتها في مرحلة الحكم التحكيمي.

إلا أن هناك من (3) يذهب إلى القول بأن اتفاق التحكيم بذاته لا يُفيد في الدلالة على تنازل الدولة عن حقها في التمسك بالحصانة في مواجهة إجراءات التنفيذ بمعنى أن ذلك يجب أن يكون صراحةً.

وهذا الطرح تؤيده نص المادة (55) من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي أشارت إلى أن الدولة لا تتنازل عن حصانتها ضد التنفيذ عندما تختار الانضمام إلى عقد يتضمن شرط التحكيم، لكن يجوز إدراجه صراحةً بأن تتنازل عن حصانتها السيادية فيما يخص أموالها فيما يتعلق بالتنفيذ الجبري للحكم التحكيمي.

-
- 1 - حفيظة السيد الحداد، "الموجز في القانون القضائي الخاص الدولي"، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي بدون تاريخ نشر، ص174-175.
 - 2 - محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص478.
 - 3 - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص283.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإنه يثار تساؤل آخر في نفس هذا الصدد مفاده هل يجوز للدولة المساس بالعقد بحكم سيادتها؟ وما هي ضمانات الطرف الآخر؟ وما مصير ما يسمى بشرط الثبات التشريعي إن وجد؟ وهل تملك الدولة حق تأمين نشاط استغلال البترول محل العقد؟

لذلك نشير إلى أن الدولة عندما تقدم على الانضمام إلى عقود البترول؟ فإن ذلك يكون من مُنطلق أن الدولة لها صفتان: فهي من جانب تحمل صفة المتعاقد الملتزم والملتزم بتنفيذ جميع بنود العقد، ثم من جهة ثانية فهي تبقى دولة ذات سيادة لها اختصاصات تُمارسها طبقاً لهذه الصفة فهي كدولة تُشرع القوانين وتتخذ القرارات، لكن الذي قد يحدث هو أن الدولة عندما تقوم بوظيفة من بين وظائفها باعتبارها دولة كذلك المشار إليها أعلاه، فإن ذلك قد يكون مُتناقضاً مع العقد الذي أبرمته كأن تقوم الدولة باستحداث نصوص قانونية أو تشريع ضرائب جديدة أو القيام بزيادة الحد الأدنى للأجور...

والأكثر من ذلك فإن الدول اعتادت أن تدرج في العقود التي قد تبرمها مع المستثمر نص مفاده أن التزامها بمقتضى هذا العقد لا يمكن أن يحد من اختصاصاتها وحقوقها باعتبارها دولة وصاحبة سيادة، لكن في المقابل فإن الطرف الآخر أي الشركة المستثمرة غالباً ما تتضرر عندما تقوم الدولة بسن تشريع قوانين أو إضافة بعض الأعباء أو الشروط...؟ مما يجعل الاعتبارات التي بنت عليها تلك الشركة مصالحها في الإقدام على التعاقد مع الدولة أصبحت في خبر كان.

إلا إنه وفي المقابل هناك بعض الشروط يتم إدراجها في عقود البترول لصالح الطرف المستثمر، مثل شرط الثبات التشريعي الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد، وشرط عدم المساس بالعقد الذي تلتزم الدولة من خلاله بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون رضا الطرف الآخر،

مُستخدمة في ذلك الوسائل المتوفرة لها كسلطة عامة، رغم الخلاف المطروح حول مدى صحة إدراج هذه الشروط، والآثار التي يمكن أن تترتب عليها.

الفقرة الثانية: لجوء الدولة الى التأميم

لقد شكل انتشار بعض مبادئ الفكر الاشتراكي في العصر الحديث سبباً في اهتزاز تلك القداسة التي كانت للملكية الفردية وطابعها المطلق الذي ساد فترة من الزمن بظهور بعض الوسائل القانونية التي تؤدي إلى هيمنة الدولة على وسائل الإنتاج المختلفة، كتأميم(1) المشروعات الكبرى المملوكة للخوادم لتصبح ملكاً للجماعة الوطنية (2).

ففي العديد من المناسبات أقدمت بعض الدول مانحة الامتياز إلى ما يسمى بالتأميم، وقد شكل ذلك إشكالية أثارت العديد من النقاشات القانونية حول مشروعية اللجوء إلى التأميم؟

فالأساس القانوني الذي يقوم عليه التأميم هو مبدأ سيادة الدولة على ثرواتها، وهذه السيادة كما يرى جانب من الفقه (3) أنها نوعان: سيادة خارجية تتمظهر في عدم الخضوع لأي دولة أخرى، وسيادة داخلية وهي سلطتها على إقليمها، ومن بين مظاهر هذه السلطة إقدامها على إنهاء عقود البترول أو الامتياز عن طريق التأميم.

1 - ويمكن تعريف التأميم بأنه: "نقل ملكية قطاع معين إلى ملكية الدولة أي تحويله إلى القطاع العام"، وهي مرحلة تمر بها الدولة المستقلة عادة في إطار عملية نقل الملكية وإرساء قواعد السيادة بحيث تقوم الدولة بإرجاع ملكية ما يراد تأميمه إلى نفسها.

2 - هشام على صادق، "الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الاموال العربية في الدول الغربية" الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون ذكر سنة الطبع، ص 20.

3 - محمد كامل ليلة، "النظم السياسية"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1972، ص 30.

وفي هذا الصدد فإن من بين الأحكام التحكيمية التي ناقشت مسألة التأميم، تلك المتعلقة بالنزاع الذي ثار بين الشركة البريطانية للنفط والدولة الليبية، وذلك بعدما قامت هذه الأخيرة باللجوء إلى التأميم بموجب قانون صدر عنها، يقضي بتأميم النشاط الذي كان موضوع العقد الرابطة بين الطرفين، بحيث يتم نقل ملكية نشاط الامتياز إلى شركة الخليج العربي للاستكشاف، ونص القانون على أن يتم تعويض الشركة البريطانية للنفط بالمبلغ الذي تقدره اللجنة، وبعد لجوء الشركة المؤممة إلى التحكيم وفقاً لبنود عقد الامتياز، حيث أسست دعواها على مخالفة التأميم لنصوص العقد، وغياب دافع المصلحة العامة، وأن ذلك كان بدوافع سياسية وانتقامية، وطالبت بالتصريح بعدم شرعية التأميم، والاستمرار في تنفيذ عقد الامتياز، وتوصلت الهيئة التحكيمية إلى أن التأميم يُعتبر خرقاً للعقد يستوجب التعويض الكامل، جبراً للضرر ورفض بقية الطلبات، مؤسسة قضائها على كون التأميم ينطوي على مخالفة الالتزامات التي يفرضها العقد فهو يُعتبر خرقاً له، وبالتالي مسؤولية الدولة الليبية وطبقاً لمبدأ السيادة (1).

ويستفاد من ذلك تكريس مشروعية التأميم مادام أن الحكم التحكيمي لم يستجب لطلب المدعية بالاستمرار في تنفيذ العقد، وبالتالي أن السلطة العامة هي الأساس القانوني للتأميم، والمصلحة العامة هي شرط لمشروعيته.

1 - أورده عثمان السعيد المحيشي، "دراسة قانونية حول التحكيم في عقود الامتياز النفطية"، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد 10 - 2011 الصفحة 127.

الختام

وختاماً فصفوة القول أنه إذا كان للتحكيم دور مهم في مجال تسوية المنازعات ذات الطبيعة الخاصة الدولية، فموضوع هذه المنازعات لقضاء التحكيم أثار خلافاً بين من يُدافع عن مصالح الشركات المستثمرة تذرماً بمبدأ حرية المبادرة الفردية، وبين من يُدافع عن المصالح والثروات الطبيعية للدول النامية، تحت غطاء النظام العام الدولي والسيادة، لأجل ذلك ظهرت بعض التشريعات الخاصة كتلك المتعلقة بالاستثمار، إلا إنه ونظراً للإشكالات التي قد يُثيرها التحكيم في عقود البترول، والتفاوت الواضح بين أطرافه، وأمام الفراغ التشريعي الذي يلاحظ على مستوى العديد من التشريعات، تبقى الوسيلة الأنجع لحل النزاعات الناجمة عن هذا الصنف من العقود هي اللجوء إلى التحكيم، ذلك أنه ينهل من القواعد القانونية التي تلائم الطبيعة الخاصة لمعاملات التجارة الدولية، ذلك أن المحكم كما قال أحدهم يرى العدالة بينما القاضي مكبل بالتشريع.

ملخص: "آثار الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي على ضوء القانون المغربي والمقارن"

إذا كان الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي يرتب العديد من الآثار سواء قبل صدور قرار محكمة البطلان أم بعده، وإذا كانت أغلب التشريعات قد اعتمدت في نظامها الإجرائي لدعوى البطلان قوانينها العامة الإجرائية المعمول بها أمام المحاكم القضائية للطعن في الأحكام الصادرة عن هذه الأخيرة، فإن هذه الآثار المترتبة عن الطعن بالبطلان والتي تجد مصدرها في القواعد الإجرائية العامة وفي خصوصيات مبادئ التحكيم، لاتخدم وتتناسب مع خصوصيات التحكيم المبني على السرعة والإرادة بشكل عام ومع الحكم التحكيمي بشكل خاص من خلال تحقيق فاعليته والعمل على تنفيذه وجعله عنوانا للحقيقة، انسجاما مع المبدأ القار في التحكيم الذي مفاده أن الحكم التحكيمي لا يقبل أي طعن، لذلك فقد الأوان للقول أنه يجب التفكير في وضع نظام إجرائي مسطري خاص بالطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية لأن النظام الاجرائي للقوانين المسطرية المعتمدة من المشرع المغربي والتشريعات المقارنة وضعت لتطبق على الأحكام القضائية وليس الأحكام التحكيمية.

Résumé : « Les effets du recours en annulation à l'encontre de la sentence arbitrale à la lumière du droit marocain et comparé »

En découlent du recours en annulation à l'encontre des sentences arbitrales plusieurs effets qui ne sont pas en adéquation avec le particularisme de l'arbitrage qui de son côté cherche à instaurer une certaine efficacité et à satisfaire la justice avec rapidité et efficacité.

Par conséquent, il serait temps d'envisager des règles de recours en annulation propres aux sentences arbitrales, du moment que celles prévues par la législation nationale et étrangère ont été conçues pour être appliquées aux décisions judiciaires et non pas arbitrales.

Abstract: « The effects of the action for cancellation of an arbitral award in Moroccan and comparative law»

As a result of the action for annulment of arbitral decisions, several effects which are not in keeping with the peculiarity of arbitration, which on its side seeks to establish a certain efficiency and to satisfy justice quickly and efficacy.

Therefore, it is time to consider the rules of recourse for annulment specific to arbitral awards, as long as those provided for by national and foreign law have been designed to be applied to judicial decisions and not arbitral decisions.

آثار الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي على ضوء القانون المغربي والمقارن



يوسف حنان

دكتور في قانون الأعمال
محام بهيئة الدار البيضاء
عضو ناشط بميزان

من الثابت أن رأس المال هو جبان بطبعه، بحيث إنه يفرض شروطا عنيدة وقاسية تصل إلى حد المطالبة بأن يكون الاستقرار السياسي تاما، وأن تكون الشفافية والفعالية والسرعة في الإنجاز وأن تسهل القوانين والتشريعات مأموريتها، لذلك فإن أغلب الدول أصبحت تعتمد وبشكل أساسي لجلب وتشجيع الاستثمار وتحسين مناخ الأعمال على الترسانة القانونية، والمغرب شأنه شأن هذه الدول فإنه لتحقيق ذلك قد عمل في السنوات الأخيرة على تغيير أغلب القوانين المتعلقة بمجال مال المال والأعمال.

وبما أنه من بين أهم المجالات القانونية التي لها تأثير في هذا الصدد هو مجال تسوية المنازعات نظرا لما له من أهمية، وبالنظر إلى ما يوليه كل مستثمر سواء كان أجنبيا أو مغربيا للمنازعات، فإن المشرع المغربي انصب اهتمامه كذلك على وضع الإطار القانوني لوسائل تسوية المنازعات، والتي يعتبر التحكيم على رأسها.

ويعتبر الطعن بالبطلان من المستجدات التي أتى بها القانون 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة والاتفاقية، بحيث إن النصوص المنظمة للتحكيم في قانون المسطرة المدنية في ظل ظهور 1974 قبل تعديله بموجب القانون رقم 08.05، لم تكن تنص على إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي.

هذا وإذا كانت أغلب الدراسات التي تناولت الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي قد تناولته بصفة عامة ومن خلال الأسباب التي تبنتها أغلب القوانين لممارسة الطعن بالبطلان، فإن موضوع **"الأثار المترتبة عن ممارسة الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي"** لم يحظى بأي دراسة مستقلة خصوصاً في جانبه المسطري الاجرائي على الرغم من الإشكالات التي يطرحها والتي تقوم بإثارة انتباه جميع المهتمين بالتحكيم سواء على المستوى الأكاديمي أو على المستوى المهني، هذه الإشكالات إن لم تتم مناقشتها ومحاولة التصدي لها فسيكون لها انعكاس كبير على مصلحة التحكيم بصفة عامة من أجل الحيلولة دون الدخول في أروقة المحاكم الرسمية وطول إجراءاتها خصوصاً وأن الواقع العملي للطعن بالبطلان بصفة عامة أفرز عدة عراقيل، إن لم يتم التغلب عليها أو تقديم حلول بديلة، فإننا سوف نجعل من الطعن بالبطلان من خلال الأثار التي يربتها، وسيلة لإخافة الأطراف من اللجوء إلى التحكيم، وخاصة في مجال الاستثمار؛

فبمجرد ممارسة أحد طرفي الحكم التحكيمي الطعن بالبطلان تنشأ العديد الأثار سواء في هذه المرحلة أو في مرحلة ما بعد صدور الحكم أو القرار عن محكمة البطلان، وذلك بدءاً من شكليات رفع دعوى البطلان، مروراً بإيقاف التنفيذ، ثم تحديد طبيعة محكمة البطلان ورقابتها وسلطاتها على النزاع إلى غاية صدور حكم البطلان الذي قد يكون في صالح العملية التحكيمية من خلال رد دعوى البطلان، بالتصريح بعدم قبول الطلب أو رفضه أو بقبول الطعن بالبطلان، والتصريح ببطلان الحكم التحكيمي حينما يتبين لها توافر سبب من أسباب أو موجبات الطعن بالبطلان، وبالتالي يسط رقابتها على أصل النزاع والبت فيه، وكل ذلك من خلال الجمع بين القواعد الإجرائية العامة التي تحرك دعوى البطلان وبين خصوصيات هذا الطعن الذي ينفرد به الحكم التحكيمي دون سواه.

فالطعن بالبطلان يشكل أهم مظهر من مظاهر الرقابة القضائية على أعمال المحكمين بل أخطرهما، بحيث إن القضاء في إطار الطعن بالبطلان هو يراقب الحكم التحكيمي، وأن المرور بالمراحل الإجرائية للطعن بالبطلان وبجميع مناحيها تنتج عنها العديد من الآثار والعديد من الإشكالات القانونية التي تهدد المبادئ التي يقوم عليها التحكيم وفلسفة التحكيم والأهداف التي يرمي اليها الحكم التحكيمي إلى تحقيقها، وهدف الأطراف من اللجوء إلى التحكيم، بحيث إن هناك العديد من الفراغات على مستوى النصوص القانونية تخلق العديد من الإشكالات القانونية والتي قمنا بدراستها جميعاً، كما أن الطعن بالبطلان على مستوى التشريع يفتقد إلى نظام إجرائي متكامل مستقل عن القواعد الإجرائية العامة.

فدراسة آثار الطعن بالبطلان هي من جهة ترتبط بأهمية دراسة التحكيم، على اعتبار أن التحكيم صار يلعب الدور الرئيسي في حل المنازعات المتصلة بالعلاقات الاقتصادية الوطنية وذات العنصر الأجنبي، وأضحى التحكيم التجاري الدولي بمثابة القضاء التجاري المفضل.

لكن إذا كان التحكيم هو مؤسسة قانونية قائمة الذات، يحتكم بموجبها فرقاء النزاع من أجل حل نزاعاتهم الناشئة عن اتفاق معقود فيما بينهما، فإن اللجوء إلى التحكيم لا يكفي لإبقاء النزاعات بمنأى عن القضاء الرسمي، وأن الطعن بالبطلان يمثل أبرز تجليات ذلك، بحيث إن مصير أي حكم تحكيمي صدر معيباً، أو يلحقه أحد أسباب الطعن بالبطلان، أو صدر بناء على عقد لا يتمتع موقعه لا بالصفة ولا بالأهلية اللازمين، أو كان صدر بعد فوات المهلة المعينة لصدوره، فإن مصيره الطعن بالبطلان أمام القضاء من هذا المنطلق، يتضح أن تدخل القضاء لا بد منه في العملية التحكيمية ككل، وبصفة خاصة في المرحلة بعد صدور الحكم التحكيمي عن طريق الطعن بالبطلان.

ذلك أنه إذا كان التحكيم يعتبر اتفاقي النشأة قضائي الأثر، فإننا نعتبر أن الطعن بالبطلان من خلال الأثار المترتبة عنه هو "بمثابة الزواج غير السعيد بين التحكيم والقضاء"، خصوصا إذا انصرفت آثار الطعن بالبطلان في اتجاه التصريح ببطلان الحكم التحكيمي أو جعله معطلا ودون فعالية، وبالتالي معاملته بنفس منطق الحكم القضائي والخصومة القضائية.

وإذا كان الطعن بالبطلان هو من جهة يعتبر ضمانا من الضمانات التي تخول للقضاء السهر على حسن سير تطبيق القواعد الأساسية التي تفرضها التشريعات والنظم القانونية في مجال التحكيم، فهو كذلك يشكل تهديدا للحكم التحكيمي، بحيث إنه كلما توفر سبب من الأسباب الموجبة للطعن بالبطلان فإن مصير الحكم التحكيمي سيكون مآله البطلان.

و إذا كان كذلك الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي يرتب العديد من الأثار سواء قبل صدور قرار محكمة البطلان أم بعده، وإذا كانت أغلب التشريعات قد اعتمدت في نظامها الإجرائي لدعوى البطلان قوانينها العامة الإجرائية المعمول بها أمام المحاكم القضائية للطعن في الأحكام الصادرة عن هذه الأخيرة، فإن الإشكال الذي يطرح بشكل عام هو أن هذه الأثار المترتبة عن الطعن بالبطلان والتي تجد مصدرها في القواعد الإجرائية العامة وفي خصوصيات مبادئ التحكيم، لاتخدم وتتناسب مع خصوصيات التحكيم المبني على السرعة والإرادة بشكل عام ومع الحكم التحكيمي بشكل خاص من خلال تحقيق فاعليته والعمل على تنفيذه وجعله عنوانا للحقيقة، انسجاما مع المبدأ القار في التحكيم الذي مفاده أن الحكم التحكيمي لا يقبل أي طعن، لذلك فقد الأوان للقول أنه يجب التفكير في وضع نظام إجرائي مسطري خاص بالطعن بالبطلان في الأحكام التحكيمية لأن النظام الاجرائي للقوانين المسطرية المعتمدة من المشرع المغربي والتشريعات المقارنة وضعت لتطبق على الأحكام القضائية وليس الأحكام التحكيمية.

ونطلاقاً من ذلك اتضحت الأهمية العلمية والعملية التي يكتسبها هذا الموضوع وذلك من خلال الإشكالات التي يثيرها والتي حاولنا التأميل لها والكشف عنها انطلاقاً من القواعد الإجرائية العامة التي تحكم الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الخصومة التحكيمية بصفة عامة سواء في مرحلتها الاتفاقية أو القضائية، وما يميزها عن الخصومة القضائية من سرعة في الفصل في النزاع والسرية ومبدأ سلطان الإرادة أو الحرية التي يتمتع بها الأطراف من حيث اختيارهم لقضاتهم والقانون المطبق وبعض الإجراءات.

كل ذلك دفع بنا إلى محاولة دراسة الإشكالية العامة للدراسة والإشكاليات المنفرعة عنها على ضوء التشريع المغربي وبعض التشريعات المقارنة وعلى ضوء العمل والاجتهاد القضائيين سواء المغربي أم المقارن وكذلك النصوص والاتفاقيات الدولية.

بحيث اتضح أن هذا الموضوع قد كشف عن العديد من الإشكالات الناتجة عن آثار الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي، وفي نفس الوقت أبان عن القصور إن لم أقل العجز الذي يعانيه النظام الإجرائي للطعن بالبطلان في شموليته وفي بعض تفاصيله من خلال عدم القدرة على مسايرة وملئمة خصوصيات التحكيم وفلسفته على اعتبار أن اعتماد المشرع المغربي على النظام الاجرائي الوارد في قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 لممارسة دعوى البطلان هو سبب هذا العجز وكأننا نضع سيارة بهيكل حديث الطراز لكن بمحرك يعود إلى السبعينيات، مادام أن الثابت أن القاعدة القانونية الاجرائية المسطرية هي التي تبت الروح في القاعدة القانونية الموضوعية، وتنقلها من الجمود إلى الحركة لذلك وجب إعادة النظر في النظام الاجرائي لدعوى البطلان والحد من التبعية للقوانين الاجرائية العامة والتي نلاحظها في أغلب القوانين المقارنة وليس فقط في التشريع المغربي.

ملخص: "امتداد شرط التحكيم على ضوء القانون والاجتهاد القضائي"

تناول امتداد شرط التحكيم حيننا مباشرة وضمنا إلى موضوع مشابه له، ألا وهو الانتقال. إذ للوهلة الأولى يبدو وكأننا أمام نفس المفهوم لكن في واقع الأمر نحن أمام مفهومين أو ظاهرتين كما يحلو لبعض الفقه تسميتهما، وهذا الاختلاف يجد أساسه في القانونين الإجرائي والموضوعي وكذا في قانون الالتزامات، هذا الأخير الذي يبين بجلاء أن هناك اختلافا كبيرا بين الامتداد والانتقال.

Abstract: « The extension of the arbitration clause in the light of the law and jurisprudence»

When we discuss the extension of the arbitration clause, it directly brings a similar topic to one's mind: the transmission of the arbitration clause. At first glance, these two concepts seem to have the same meaning, however, in reality, these two concepts, or two trends as some scholars like to call it, are different from one another. In, fact, the differences between these concepts are based on procedural and substantive laws, and on contract law. The latter clearly highlights the difference between the extension and the transfer of the arbitration clause.

Résumé : « L’extension de la clause compromissoire à la lumière du droit et de la jurisprudence »

L'étude de l'extension de la clause compromissoire nous mène directement à un sujet connexe : celui de la transmission de la clause d'arbitrage. De prime abord, il semblerait que nous sommes face à une seule et même compréhension, mais la réalité est tout autre. En effet, ces deux notions ou deux tendances, comme une partie de la doctrine aime le laisser entendre, sont différentes. Cette différence se fonde notamment sur le droit procédural et matériel mais aussi sur le droit des obligations. Ce dernier permet de tracer une ligne distincte entre les notions d'extension et de transmission de la clause compromissoire.

امتداد شرط التحكيم على ضوء القانون والاجتهاد القضائي



سعد بهتي

دكتور في قانون الأعمال
استاذ باحث بجامعة ابن زهر

جاءت فكرة امتداد شرط التحكيم نتاجا لاجتهادات فقهية وقضائية، أفرزتها متطلبات التجارة الدولية. لذلك قد يقع الخلط بين هذا المبدأ وغيره من المبادئ كانتقال شرط التحكيم فريما يبدوا لأول وهلة أنه لا يوجد فرق حقيقي بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله، نظرا لارتباط المفهومين بالغير، الأمر الذي قد يخلق نوعا من اللبس في ذهن الباحثين في هذا المجال. كما قد يتبادر إلى الأذهان أننا أمام نفس الإشكال إلا أن هذا الاعتقاد يزول متى تعمنا أكثر في دراسة هذه المسألة، خصوصا أمام تشعب العلاقات الاقتصادية وارتباط بعضها ببعض.

فعلى الصعيد النظري، تبدوا العلاقة بين المفهومين (الانتقال والامتداد) غريبة(1)، فهي عبارة عن تصادم سلبي وهذا التصادم يدخل في إطار عام وهو التحكيم والغير.

لكن بالتمعن الجيد في المفهومين، يتأكد أن هناك أوجها للاختلاف بالرغم من وجود أوجه أخرى للتشابه، وتمثل الإرادة، باعتبارها المحرك الأساسي الذي ينبني عليه نظام التحكيم أبرز وجه للاختلاف بين المفهومين.

سنحاول من خلال هذا البحث الوقوف على أهمية التمييز بين المفهومين وذلك في بحثين، نتناول في الأول أوجه التشابه والاختلاف بين الامتداد والانتقال على أن نتناول في مبحث ثان موقف مختلف الأنظمة القانونية والتحكيمية من امتداد شرط التحكيم

1.- B. Oppetit, l'arbitrage et les tiers: présentation générale, rev.arb, 1988, P: 434

المبحث الأول: أوجه التقارب والتباعد بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله

إن تناول امتداد شرط التحكيم يحيلنا مباشرة وضمنا إلى موضوع مشابه له، ألا وهو الانتقال. إذ للوهلة الأولى يبدو وكأننا أمام نفس المفهوم لكن في واقع الأمر نحن أمام مفهومين أو ظاهرتين كما يخلو لبعض الفقه تسميتهما (1)، وهذا الاختلاف يجد أساسه في القانونين الإجرائي والموضوعي وكذا في قانون الالتزامات، هذا الأخير الذي يبين بجلاء أن هناك اختلافا كبيرا بين الامتداد والانتقال.

لذلك سنحاول من خلال هذا المبحث الوقوف على أوجه التشابه والاختلاف بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله (المطلب الأول) على أن نتطرق في مطلب ثان للإرادة كميّار للتمييز بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله، باعتبارها الأساس الذي اعتمده القضاء في تمييزه بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله.

المطلب الأول: أوجه التشابه والاختلاف بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله.

فبالنسبة لامتداد شرط التحكيم، نكون أمام البحث عن إمكانية إضافة شخص لم يقع على شرط التحكيم ليكون ملزما به مع الشخص الذي وقع عليه بداية، لارتباطه بطريقة أو أخرى بالعقد محل التعاقد. أما موضوع الانتقال فهو يناقش إمكانية حلول شخص آخر يلتزم بشرط التحكيم محل الشخص الذي التزم به بداية (2).

Eric LOQUIN, différences, et convergences dans le régime de la - 1 transmission, et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises Gazettes du Palais 122°année n° 156 à 157. Juin 2002

وهو ما عبر عنه الفقيه Cohen في معرض حديثه عن امتداد شرط التحكيم بقوله :
" (...), l'extension de la clause compromissoire comme un phénomène mécanique fondé sur une subordination intellectuelle entre différents accords"

D. Cohen, Arbitrage et groupes de contrats, Rev, Arb n° 2 1997. P : 489.
2 - وهو ما توصل إليه الفقهاء في الندوة التي نظمت في فرنسا حول التحكيم والغير حيث جاء في اختتام هذه الندوة ما يلي:

أي أننا نكون بصدد انتقال للشرط التحكيمي متى تعلق الأمر بالنقاط التالية:

- حوالة العقد؛
- حوالة الحق؛
- الخلف العام؛
- الإشتراط لمصلحة الغير؛
- التزام الكفيل؛
- الدعوى المباشرة.

ونكون أمام امتداد للشرط التحكيمي متى تعلق الأمر بإقحام شخص في المسطرة التحكيمية، لم يوقع على العقد ولكن تربطه علاقة معينة إما بأطراف العقد كحالة مجموعة الشركات، حيث يمتد الشرط من الشركة الأم إلى الشركة الفرع أو العكس وبالتالي تمتد آثار الشرط التحكيمي الموقع من شركة إلى أخرى هي جزء من المجموعة.

أو حالة مجموعة العقود، حيث يمتد الشرط إلى شخص هو عضو في مجموعة العقود بالرغم من كونه ليس طرفاً في العقد المتضمن الشرط التحكيمي.

هذا التخبط في تحديد المفهومين، لم يكن فقط على مستوى الفقه بل حتى القضاة. إذ نجد أن بعض القرارات عالجت مسألة الانتقال والامتداد بنفس الطريقة، ومن ذلك الحكم الصادر عن المحكمة المدنية الفرنسية (1) المعروف بـ *Peavy* ومما جاء

le phénomène de transmission de la clause compromissoire implique des "ayants causes, c'est-à-dire des sujets de droit qui reçoivent des droits déjà nés, et qui leur sont transmis en l'état. L'extension de la convention d'arbitrage met en cause. ce que B. Oppetit appelle, Des « contractants médias ». C'est-à-dire des personnes qui se trouvent liées d'une manière ou d'une autre à l'opération contractuelle qui entre dans le champ d'application de la convention d'arbitrage.

Arb. 1958, 553. V-l'arbitrage et les tiers, conclusion, Rev
Arrêt *Peavy* du 6 février 2001, la 1ère chambre civile - 1

Dans une chaîne homogène de contrats translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transforme avec l'action contractuelle, sauf de l'ignorance raisonnable de l'existence de cette clause

فيه: "في مجموعة العقود المتجانسة لنقل البضائع، ينتقل الشرط التحكيمي الدولي مع الحقوق التعاقدية إلا في حالة إقامة الدليل المنطقي للجهل بوجود الشرط".

في حين نجد قرارات تميز بين المفهومين، ومن بينها نذكر القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية (1) والذي جاء فيه: " أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة وفعالية تسمح بامتداد تطبيقه على أطراف لها علاقة مباشرة في تنفيذ العقد، شريطة وجود ما يؤكد علمهم بهذا الشرط من قبيل وضعيتهم التعاقدية وأنشطتهم وعلاقتهم المعتادة مع الأطراف الموقعين على الشرط بداية".

وعلى عكس القرارين السابقين، نجد قرارات أخرى ترى أن هناك اختلافا قطعيا بين نظام امتداد شرط التحكيم وانتقاله. ففي القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس (2) أكدت المحكمة: " أن شرط التحكيم الدولي يفرض على جميع الأطراف الذين لهم علاقة بحقوق أحد المتعاقدين".

من خلال ما سبق، يمكننا القول أنه متى كنا أمام حوالة للحق أو للدين نكون أمام انتقال للشرط التحكيمي. في حين يثار الامتداد في حالة تعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية وإدخال طرف في

-Bull. I. n° 22, P 15.

1- Arrêt 5 Mars 1991. Chambre commerciale de cours de cassation « la clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité. Et une efficacité propres d'en étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter, dès lors qu'il est établi que leur situation contractuelle, Leurs activités. Et les relations habituelles existant entre les parties font présumer qu'elles ont accepté la clause connaissent l'existence et la portée. Bien compromissoire dont elles qu'elles n'aient pas été signataires du contrat qui la stipulait » R.T.D.com. 1992. P : 596. Obs. loquin, Rev. Arb. n 1 1992 ; p : 95. Note Cohen

2- Arrêt.8 février 2000. Cour de cassation « La clause d'arbitrage international s'impose à toute Partie venant aux droits de l'un des contractants » Rev. Arb. N°1. 2000. P: 280. Note. P.Y. GAUTHIER.

النزاع التحكيمي لارتباطه بالعقد المتضمن شرط التحكيم وبصفة أساسية عندما نكون أمام مجموعة الشركات ومجموعة العقود.

إذ لا يجب الخلط بين امتداد شرط التحكيم "Extension" وانتقاله إلى الغير "Transmission". فالامتداد يعني انضمام شخص إلى الطرف الذي يقع على عاتقه الالتزام أصلاً. أما الانتقال، فإنه يعني استبدال شخص بمن هو ملتزم به بصفة أصلية.

وبصرف النظر عما إذا كانت المسألة المثارة تتعلق بانتقال شرط التحكيم أو بامتداده، فإن أحد الفقهاء قد ذهب إلى أن الإشكالية في هذا الموضوع هي: "...معرفة ما إذا كان المتعاقد الذي لم يرض مباشرة بشرط التحكيم الوارد في عقد آخر يمكنه التمسك بالشرط" (1).

وإن كان المحدد الأساسي لإقامة التفرقة بين المفهومين يتمثل أساساً في الإرادة فإن الأمر يتطلب منا دراسة دور الإرادة في كلا المفهومين، وهو ما سنحاول توضيحه بالتفصيل في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: الإرادة كميّار للتمييز بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله:

إن التحكيم هو عدالة تسير وتتحرك بشكل جيد جداً، لهذا فالناس لا يسمعون عنها إلا قليلاً، هي عدالة مرضية، كونها سريعة وسرية، ومتكيفة مع عالم الأعمال وأعرافه يخصص لها المحكمون كل الوقت اللازم ولها فائدة لأطراف النزاع في أنه بإمكانهم اختيار قضاتهم (2). فالتحكيم أساسه إرادة الأطراف، ولعل هذه الإرادة هي الأساس الذي اعتمده القضاء في تمييزه بين امتداد شرط التحكيم وانتقاله.

1 - REV. ARB N°2. 1997. "Arbitrage et groupe de contrats" D. COHEN, - P. P: 471 et s spéc P: 474.

2 - من مداخلة توماس كلاي: أمام البرلمان الفرنسي في الحكم التحكيمي الصادر في نزاع الوزير الفرنسي برنار تافي، مجلة التحكيم، ع. الأول، يناير 2009. ص: 15.

سنقف على دور الإرادة في كلا المفهومين والبحث عن مدى اعتبارها أساسا للقول باختلاف المفهومين أو تشابههما من خلال الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى: دور الإرادة في انتقال شرط التحكيم؛
الفقرة الثانية: دور الإرادة في امتداد شرط التحكيم.

الفقرة الأولى: دور الإرادة في انتقال شرط التحكيم.

اختلف القضاء حول الأساس القانوني لانتقال شرط التحكيم، بين قائل أن إرادة الأطراف المباشرة أو غير المباشرة هي المحدد الرئيسي لانتقال شرط التحكيم، وآخر يرى أن الانتقال ليس إلا أثرا تلقائيا لانتقال الحقوق (1).

إن فقه القضاء - كما سبق القول - لا يعترف بانتقال شرط التحكيم إلا في حالة وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف، ففي قرار صادر عن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية (2)، قررت المحكمة: عدم انتقال شرط التحكيم إلى المدعي عليه ما لم يوافق على هذا الانتقال مسبقا.

وهو الأمر الذي تم تأكيده في الحكم الصادر في قضية Aquaboulevard حيث ذهبت محكمة الاستئناف (3) إلى

Eric Loquin, op cit, P 9. - 1

Arrêt Fraser 6 novembre 1990, 1ère chambre. Civ cass: *la clause - 2*
compromissoire n'était opposable à la demanderesse (sous
acquéreur.) faute de transmission contractuelle

Et a décidé que : *le vendeur initial actionné en garantie par le sous -*
acquéreur ne pouvait lui opposer la clause compromissoire contenu
 dans le contrat initial conclu avec le vendeur intermédiaire
Rev. Arb ; n°1 ; 1991 ; P: 73.

Arrêt Aquaboulevard. 22 mars 1995 cour d'appel, Paris. -3
« la société qui s'était bornée à acquérir des marchandises sans intervenir dans l'exécution de la convention. Contenant la clause compromissoire, était demeurée étrangère à l'exécution de la convention comportant la clause d'arbitrage dont elle n'avait pas en connaissance et qu'elle n'avait jamais ratifiée, ne pouvait se voir opposer. La clause d'arbitrage qu'elle contenait »

RTD. Com. 1995 ; P : 247. obs. Loquin.

أن: "الشركة التي انحصر دورها في نقل البضاعة دون أن تتدخل في تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم، لا تعتبر طرفا في تنفيذ هذه الاتفاقية خصوصا أنها لا تعلم بوجود الشرط ولم تصادق عليه، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم تجاهها".

يتضح لنا جليا من خلال القرارين السابقين وغيرهما من القرارات (1)، أنه لانتقال شرط التحكيم، يجب توفر شرط جوهري يتمثل في علم الأطراف بهذا الشرط والتعبير عن إرادتهم الضمنية أو الصريحة والتي تمثل الموافقة على هذا الشرط.

وكما أسلفنا الذكر فإن انتقال شرط التحكيم يجد مجاله الخصب في حوالة الحق أو الدين، ويشترط القضاء كذلك لانتقال شرط التحكيم من المحيل إلى المحال إليه ضرورة موافقة هذا الأخير (2) في حين يرى جانب آخر من القضاء، أن هذا الانتقال يكون بصفة

1 - من هذه القرارات نجد :

Arrêt Peavy company 6 février 2001 rendu par la 1ère chambre civile de la n° 3 2001 ; P : 765. Note cohen. cour de cassation. Rev. Arb, ومما جاء في هذا القرار: "أن في سلسلة العقود المتجانسة لنقل البضائع شرط التحكيم الدولي ينتقل بانتقال الحقوق التعاقدية شريطة إقامة الدليل المنطقي على وجود هذا الشرط".

"Dans une chaine homogène de contrat translatifs de marchandises, la clause d'arbitrage international se transmet avec l'action contractuelle. Sauf preuve de l'ignorance raisonnable de l'existence de la clause."

2- أنظر في ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس 26 ماي 1992. حيث أكدت المحكمة ضرورة موافقة المحال إليه لانتقال شرط التحكيم وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها :

la cession par une entreprise à une autre des droits que la première tenait du contrat conclu avec une tierce partie avec stipulation d'une subrogation dans toutes les actions nées des droits cédés, donc ; du contrat, et l'engagement de la cessionnaire de poursuivre à ses risques toutes procédures jugées utiles, comportait nécessairement le transfert du bénéfice de la clause compromissoire, expressément mentionnée dans l'acte de cession en même temps qu'était précisé le caractère litigieux du droit cédé.

Rev. Arb ; n2 ; 1993. P: 624 note .note: L.A. nes

في نفس الاتجاه أنظر :

-la cour de cassation, arrêts du 26 Juin 2001, et du 20 Décembre 2001, Gaz.

Pal. 2002/1 SGC. American bureau of Shipping et SGC. Quelle le Trident.

تلقائية دون ما حاجة إلى موافقة المحال إليه (1).

ونرى أن مسألة انتقال شرط التحكيم إلى الغير بصفة تلقائية يتعارض والمبادئ المنصوص عليها في القانون المدني (2) والمتمثلة في أن العقد شريعة المتعاقدين (3)، وأن الالتزامات لا

1- أنظر في ذلك القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس 28 يناير 1988 والذي جاء فيه: "حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد تنتقل إلى المحال له"

"la cession de contrat ou de créance impliquait nécessairement la transmission par le cédant au cessionnaire du bénéfice de la clause compromissoire laquelle était indissociable de l'économie du contrat initiale"

Rev. Arb n°2. 1988; P: 565.

وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الألمانية flimunst المنتجة للأفلام تعاقدت في 1958/02/08 مع الشركة الفرنسية les films modernes لإنتاج فيلم مشترك بعنوان machen in uniform وتضمن العقد توزيع واستثمار الفيلم في العالم، بنسبة 70% للشركة الألمانية و 30% للشركة الفرنسية. وتضمن العقد المذكور شرطا ورد في البند 14 منه مفاده أن جميع الخلافات التي يمكن أن تثار عن تفسير العقد أو تنفيذه يعرض على هيئة التحكيم، فضلا عن أن =العقد تضمن كيفية تشكيل هيئة التحكيم، تم تصفية الشركة الفرنسية في 1972/02/11، تنازلت الشركة المذكورة في 1974/01/24 عن جميع حقوقها إلى شركة E.D.I.F وهي شركة لتوزيع الأفلام أيضا ومن تلك الحقوق ستة عشر فلما من بينها الفيلم المذكور أعلاه، وعلى أثر بيع هذه الشركة الأخيرة حقوق استغلال الفيلم المشار إليه، ثار بينها وبين الشركة الألمانية نزاع فطلبت شركة E.D.I.F اتخاذ الإجراءات الخاصة بالتحكيم مستندة إلى الاتفاق الذي تم في 1958/12/28 بين الشركة الألمانية والشركة التي تم تصفيتها. =

اعترضت الشركة الألمانية، على ذلك ودفعت بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود اتفاق التحكيم بينها وبين E.D.I.F وأن هذه الأخيرة لا تتمتع بأي حق على الفيلم، رغم ذلك تم تشكيل هيئة التحكيم، واعتبرت الهيئة في قرارها الصادر بتاريخ 1986/03/07 أن شركة E.D.I.F خلف للشركة الفرنسية، مما يثبت حقها على الفيلم المذكور، وكذلك حقها في التمسك بشرط التحكيم. طعننت الشركة الألمانية في الحكم أمام محكمة استئناف باريس طالبة إبطاله، قضت المحكمة برفض الطعن في 1986/07/03، تأسيسا على أن: "حوالة من الشركة الفرنسية إلى شركة E.D.I.F تتضمن انتقال جميع الحقوق ومن بينها حق اللجوء إلى التحكيم الذي ورد في الاتفاق مع الشركة الألمانية مؤكدة أن مثل هذا الشرط لا ينفصل عن اقتصاديات العقد".

2- وهو ما أكده الفقه الفرنسي ممثلا في الفقيه Fouchard و Goldman و Gaillard حيث يرون أنه: "لا يمكن القول بانتقال شرط التحكيم بصفة نهائية بل لابد من وجود ظروف تؤكد أن المحال له وافق بطريقة غير مباشرة على هذا الشرط". وهو ما عبروا عنه في قولهم:

"S'il résulte des circonstances que le cessionnaire a accepté au moins implicitement d'être lié par la clause"

للاستزادة يراجع:

« Traité de l'arbitrage commercial :Fauchard, Gaillard et Goldman international » ; Litec ; 1997 ; P: 441.

3- الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود.

تلتزم إلا من كان طرفا في العقد حيث إنها لا تضر الغير ولا تنفعه إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا (1).

مما يجعلنا نطرح التساؤل حول ما إذا كانت موافقة الطرف الذي سينتقل إليه الشرط التحكيمي ضرورية للقول بفعالية انتقال الشرط إليه؟

نرى أن الطابع التعاقدى لاتفاق التحكيم يفرض الإجابة إيجابا، لأنه لا يمكن أن يفرض التحكيم على طرف لم يرضه كوسيلة لحل النزاع، مما يجعلنا نؤكد على ضرورة الموافقة ولو ضمنا على العقد للقول بانتقاله. خصوصا أنه في حالة الحوالة مثلا، لا يمكننا أن ن فصل الشرط التحكيمي عن العقد الذي يحتويه، فبانتقال العقد ينتقل الشرط.

ويرى جانب من الفقه (2)، أن الشرط التحكيمي يمكن أن ينتقل تلقائيا مستنديين في ذلك على مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي حيث إن انتقال الشرط لا يمثل عائقا بالنسبة للأثر النسبي للعقود (3).

ونرى أن هذا التحليل بعيد عن المعنى الحقيقي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم فالأمر هنا يتعلق بما هو إجرائي، وليس بما هو موضوعي، فموضوع اتفاق التحكيم هو القانون الإجرائي وليس القانون الموضوعي، رغم ارتباطه بهذا الأخير، فهذه البنية تبين أن اتفاق التحكيم يستقل عن العقد محل النزاع، ويبقى قائما حتى في حالة فسخ أو إلغاء هذا العقد، وتبعاً لذلك فإن شرط التحكيم ينتقل باعتباره تابعا للقانون الإجرائي.

1- الفصل 228 من قانون الالتزامات والعقود.

2 - DELEBECQUE : « la transmission de la clause compromissoire ». Rev. Arb ; n°1, 1991, P :19.

3 - وهو ما عبر عنه الفقيه DELEBECQUE بقوله :

"la transmission de la clause compromissoire ne reste pas bloquée par l'effet relatif des conventions"

الفقرة الثانية : دور الإرادة في امتداد شرط التحكيم.

اختلف فقهاء القضاء حول دور الإرادة في امتداد شرط التحكيم، بين قائل بإمكانية امتداد الشرط إلى أطراف لم توقع عليه، أو إلى عقود لم تتضمنه، رغم غياب إرادة الطرف الممتد إليه الشرط، وقائل بعدم إمكانية هذا الامتداد في غياب إرادة صريحة.

وسنحاول في هذه الفقرة الحديث فقط عن دور الإرادة في الامتداد دون أن نستفيض في ذلك -لأن هذه النقطة ستكون محور نقاش في العديد من محطات هذا البحث.

ففي قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية (1)، قضت المحكمة بأن: "تطبيق شرط التحكيم لا يمكن تمديده إلى علاقة تعاقدية غير ناتجة عن الاتفاق محل النظر".

ويرى جانب من الفقه (2)، أن امتداد شرط التحكيم يفترض توجه إرادة جميع الأطراف التي لها علاقة بالامتداد، سواء أكانوا أطرافاً أصليين في الشرط أم أطرافاً جددًا. وقد أسس الفقه هذا الامتداد على مجموعة من النظريات بحسب الظروف المرتبطة بكل نازلة، حيث يتم استخلاص موافقة الطرف الممتد إليه الشرط التحكيمي مما يمكن القول معه أن إرادة الأطراف الصريحة أو الضمنية أمر أساسي لامتداد شرط التحكيم.

المبحث الثاني: موقف مختلف الأنظمة القانونية والتحكيمية من امتداد شرط التحكيم.

يعرف امتداد شرط التحكيم عادة على أنه تطبيق لهذا الشرط على غير الموقعين عليه، غير أن الفقيهان بوسون (BESSON)

p: 232. ;1 Cass 1er Civ. 1er Juillet 1992. Bull Civ 1; n° - 1
ومما جاء فيه:

"L'application d'une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligation qui ne résultent pas de la convention où elle a été stipulée".

BESSON, "Droit comparé de Jean-François POUDRET, Sebastien -2
l'arbitrage international", op. cite ; p :218

وبودري (POUDRET)، يشككان في هذا التعريف (1)، حيث اعتبر أن امتداد شرط التحكيم لا يعني تطبيقه على غير الموقعين عليه، بقدر ما يهيم معرفة هل هذا الغير في الحقيقة هو طرف في شرط التحكيم أم لا. وبالتالي من يمكن له التذرع بالاتفاق في مواجهته. بالإضافة إلى أن التمييز بين الموقعين وغير الموقعين على شرط التحكيم لم تعد له قيمة، باعتبار أن أغلبية الأنظمة القانونية لم تعد تلزم الأطراف بالتوقيع على شرط التحكيم بل تقتصر على الكتابة فقط (2).

إن مسألة امتداد شرط التحكيم لم يتطرق لها المشرع في الأنظمة القانونية، بل كانت نتاجا لاجتهادات فقهية وقضائية، لذلك سنتطرق لمواقف الأنظمة القانونية المقارنة من إمكانية امتداد شرط التحكيم لغير الموقعين عليه، في القانون الفرنسي (المطلب الأول) والسويسري والانجليزي والأمريكي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الفقه والاجتهاد القضائي الفرنسيين من امتداد شرط التحكيم.

يعتبر فقه التحكيم الفرنسي من أهم المدارس دفاعا على إمكانية امتداد شرط التحكيم. هذا الموقف يندرج في إطار الرؤية القانونية في فرنسا لصحة شرط التحكيم والتي لا تركز على شروط شكلية معينة بل على قواعد مادية حسب النظام العام الدولي، ونجد أن هذه القواعد لم تتطرق بشكل صريح لامتداد شرط التحكيم (3).

1- J-F. POUDRET et S. BESSON " Droit comparé de l'arbitrage international " : P , LGDJ, 2002; 250.
2 - وهو توجه المشرع المغربي أيضا، فالقانون السابق كان يلزم الأطراف بكتابة شرط التحكيم بخط اليد والتوقيع عليه بصفة مستقلة عن العقد، وقد تجاوز القانون 05-08 هذه الشكلية.
3 - J-F. POUDRET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, - 226.: op cit; P

ومن أهم الفقهاء المدافعين على إمكانية امتداد شرط التحكيم نجد "إيف دورن" (Yves DERAÏNS) (1)، وشارل جاروسون (Charle JARROSSON) (2).

فقطور نظرية امتداد شرط التحكيم راجع بالأساس لاجتهادات المحكمين وعلى الخصوص غرفة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (CCI)، خصوصاً في مجموعة الشركات (3)، حيث يعتبر المحكمون الانتماء إلى مجموعة الشركات في هذه الحالة قرينة لقبول شرط التحكيم من قبل الطرف غير الموقع عليه. غير أنه لا يمكن القول أن مجرد الانتماء فقط إلى مجموعة الشركات كاف للقول بإمكانية امتداد شرط التحكيم (4).

فقد ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى تعميم امتداد شرط التحكيم إلى كل الأطراف الذين لهم دور في تنفيذ العقد المتضمن لهذا الشرط، على أن تكون لهم دراية وعلم بوجود شرط التحكيم

-
- 1 - Y. DERAÏNS : « L'extension de la clause d'arbitrage aux non signataires - la doctrine des groupes de sociétés », ASA Spécial Séries n°8, 1994, P. 241-243 ; P. DERAÏNS et S. SCHAF, « Clauses .Y - 241-243 : P. d'arbitrages et groupes de sociétés », Travaux du comité Français de droit international privé 1984-1985, Paris 1987; P. 105-122.
 - 2 - Ch. JARROSSON, « Conventions d'arbitrage et groupe de sociétés », ASA Spécial Séries, n°8, 1994; P. P. 209-228.
 - 3 - يقصد بها نظام قانوني يضم عددا من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الاقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية ويشترط خضوعها لسياسة اقتصادية واحدة تتبع من سلطه مشتركة لها سلطه اتخاذ القرار لكل المجموعة ومثال = ذلك الشركات التي تنظمها قواعد واحدة وتتبع مجموعة واحدة مثل العلاقة بين الشركة الأم وشركاتها الوليدة أو من خلال علاقة تعاقدية تتم بالاتفاق بينهما، وفي العقد نجد مجموعة شركات تهدف لتنفيذ مشروع واحد أو أكثر من المشروعات الصناعية الكبرى.
 - 4 - J-F. POUURET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international, 226.:op cit, p

ونطاقه، وإن لم يوقعوا عليه (1)، وهو ما أطلق عليه الفقه "قرينة قبول شرط التحكيم" (2).

وتعتبر قضية Dow Chemical / Isover saint gobin الأساس التاريخي لامتداد شرط التحكيم في فرنسا وأول تطبيق لنظرية امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات (3). إذ يعتبر الحكم التحكيمي الصادر في هذه القضية السبب في لفت الأنظار بشكل جدي إلى موضوع امتداد شرط التحكيم في مجموعات الشركات (4) ومن أشهر الأحكام التي صدرت في فرنسا وقضت بمد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات إلى الشركات

1- Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, éd Litec, 1999, n°440 et 505

- J-F POUURET : « L'extension de la clause d'arbitrage : approche française et suisse », JDI 1995, p 900-901

- Ch. JARROSSON : « Conventions d'arbitrage et groupe de sociétés », op 216-217.:cit, p

- A. RYMALOVA : « L'extension de la convention d'arbitrage dans le - 2 cadre des groupes de sociétés: Les divergences entre les approches française et allemande», disponible sur le lien suivant

[http://blogs.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99extension-de-la-convention-d%E2%80%99arbitrage-dans-le-cadre-des-groupes-de-divergenc soci%C3%A9t%C3%A9s-les-5201](http://blogs.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99extension-de-la-convention-d%E2%80%99arbitrage-dans-le-cadre-des-groupes-de-divergenc-soci%C3%A9t%C3%A9s-les-5201)

- J-F. POUURET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage - 229 et s.:international, op cit, P. P

3 - للمزيد من المعلومات حول القضية Dow Chemical c/ Isover-Saint-Gobain يراجع: Sentence intérimaire rendue dans l'affaire N° 4131 en 1982, J.D.I, 1983. PP: 899 et s Obs Y.D.

- J-P. CORREA DELCASSO : « La clause d'arbitrage et son extension à des parties non signataires en arbitrage interne et international », publié 7-12 dans la Gazette du Palais, n°359/362, 2013, P. P :

- Jean Paul Correa Delcasso, - l'extension de la convention d'arbitrage aux parties non signataires : analyse de la doctrine de la cour internationale d'arbitrage de la CCI au regard de la jurisprudence française et espagnole'' ; civil procédure Review ; V.2 ; n.2 ; 3-27 ; may-aug ; 2011 ; P. P: 6 et s

4 - Sigvard Jarvin, La validité de la clause arbitrale vis-à-vis de tiers non signataires de la clause examen de la doctrine de groupe de sociétés dans l'arbitrage CCI, RDAI, 1995, P: 6.

التي لم توقع عليه ماديا (1)، وقد قضى هذا الحكم بمد شرط التحكيم لشركة لم توقع عليه لاشتراكهم في تنفيذ العقد وإبرامه وفسخه.

المطلب الثاني: موقف القانون السويسري والانجليزي من امتداد شرط التحكيم.

إذا كان الفقه والقضاء الفرنسيين من مؤيدي نظرية امتداد شرط التحكيم، فإن موقف الفقه والقضاء السويسري، يختلف جذريا عن موقف الاجتهاد الفرنسي، حيث إن القانون السويسري لا يسمح من قريب أو بعيد بامتداد شرط التحكيم (2).

ويعتبر القانون السويسري أكثر تحفظا من نظيره الفرنسي فيما يتعلق بامتداد شرط التحكيم (3). فالفقرة الأولى من المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري تشترط لصحة شرط التحكيم أن تظهر إرادة الأطراف في وثيقة أو عدة وثائق، بمعنى لا يمكن الاكتفاء بوثيقة غير مكتوبة، رغم أن بعض الفقه (4) يرى أن الفقرة الثانية من نفس المادة تسمح بتجاوز هذا الشرط. ورغم ذلك فالوقوف على صحة شرط التحكيم ومدى إمكانية امتداده لغير الموقعين عليه يتم بناء على تنازع القوانين، وذلك طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري.

فالقانون السويسري القديم الذي يصطلح عليه "نظام الكونكوردا (Concorda)" يتطلب التوقيع على شرط التحكيم (المادة 6)

1 - الحكم الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس بتاريخ 22 سبتمبر 1985 في النزاع الناشئ بين شركة "اي سوفر جوبان" ومجموعة شركات شيمكال فرنسا وآخرين- societe isover saint- gobain dow chemical France et autres.

- Le droit suisse n'est ainsi ; et de loin ; pas favorable a une extension de la 2 clause arbitrale.

- J-F POUURET : L'extension de la clause d'arbitrage : approches française ., JDI 1995; P. P: 900-901"et suisse

- J-F POUURET : L'extension de la clause d'arbitrage : approches -3 .903-914:., op cit, p"française et suisse

- J-F. POUURET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage - international, op cit, p233.

Ibid. -4

كشروط لصحته. وهو نفس توجه المشرع الألماني عندما نص على ضرورة كتابة شرط التحكيم (1).

ويزمى الاجتهاد القضائي السويسري بين الشخصية القانونية المستقلة للشركة والوحدة الاقتصادية لمجموعة الشركات (l'arrêt Cartier de 1979) (2)، أو غياب التوقيع على شرط التحكيم الذي تتطلبه المادة 6 من الكونكورد (l'arrêt Libye) (3)، فالشخصية الاقتصادية لا يمكنها أن تعوض غياب اتفاق التحكيم (4).

كما يرفض المحكمون السويسريون في الغالب امتداد شرط التحكيم لاعتبارات شكلية خصوصا فيما يتعلق بالتوقيع على شرط التحكيم، فمن أجل امتداد شرط التحكيم يجب إثبات أن الأطراف قد تم تمثيلها خلال التوقيع على شرط التحكيم، ولا يكفي الانتماء إلى مجموعة الشركات لتحقيق الامتداد (5).

ويبدو أن القضاء السويسري قد تراجع عن موقفه الرفض لامتداد شرط التحكيم ففي القرار الصادر عن المحكمة الفدرالية السويسرية بتاريخ 5 دجنبر 2008، (6) ذهبت المحكمة إلى

1 - راجع بهذا الخصوص المادة 1031 من قانون المسطرة المدنية الألماني ZPO؛ للمزيد من المعلومات حول عدم إمكانية امتداد شرط التحكيم في القانون الألماني يراجع:

A. RYMALOVA : « L'extension de la convention d'arbitrage dans le cadre des groupes de sociétés: Les divergences entre les approches française et allemande », disponible sur le lien suivant :

<http://blogs.u-paris10.fr/content/1%E2%80%99extension-de-laconvention%E2%80%99arbitrage-dans-le-cadre-des-groupes-desoci%C3%A9t%C3%A9s-les-divergenc>

Arrêt cité par J-F. POUURET et S. BESSON, op cit, P: 234.-2

Cité par : L'extension de la clause d'arbitrage : approches française et-suisse , op. cit. P : 908.

J-F. POUURET et S. BESSON, Droit comparé de l'arbitrage international,- 4 op cit, p234.

Ibid, - 5

le Tribunal fédéral suisse ; T (0/2) 4A-376/2008 ; décision 5 déc-6 ; 1er cour de droit civil. 2008

أنه: "ينبغي تمديد شرط التحكيم إلى الغير (الأطراف الثالثة) ولو لم تكن طرفا في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين، لكنها شاركت في المفاوضات وفي تنفيذ العقد وكانت مرتبطة بالمدعى عليه بعقد لاحق." (1).

وعلى غرار القانون السويسري، يحترم القانون الإنجليزي الطبيعية الاتفاقية للتحكيم وبالتالي فإن الاجتهاد الإنجليزي يبدو متشددا كثيرا في قبول امتداد شرط التحكيم إلى غير أطرافه الموقعة عليه(2)، فوجود مجموعة شركات لا يمكن أن يؤدي إلى وجود قرينة على امتداد شرط التحكيم (3)، وهو ما أكدته محكمة الاستئناف الإنجليزية في القرار Adams /Cape Industries plc (4).

فيما استقر رأي الفقه والقضاء الأمريكي على أن الالتزام بالخضوع للتحكيم، لا يقتصر على الشخص الذي وقع بنفسه على اتفاق التحكيم فحسب، بل إن الغير الذي لم يوقع على هذا الاتفاق، يمكنه أن يجبر أيضا من الطرفين الموقعين على تنفيذ التزامها بالجوء إلى التحكيم.

Voir : Sébastien BESSON : « Extension de la convention d'arbitrage et élargissement de la procédure arbitrale à des tiers selon la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse » ; Cahiers de l'arbitrage, 01 juillet 2010 n° 3, P. 833.

la clause arbitrale devait être étendue à des tiers, qui n'étaient pas parties au -1 contrat entre les parties initiales à l'arbitrage mais qui avaient participé à la négociation et à l'exécution de ce contrat et qui étaient liés à la défenderesse par un contrat connexe.

Droit comparé de l'arbitrage " J-F. POUURET et S. BESSON, - 2 .7, op cit; P : 23"international

3- هذا مع العلم أن القانون الإنجليزي يحتفظ بوسائل عديدة من شأنها التوصل إلى رفع غطاء الشركات، والتضرع باتفاق التحكيم بوجه غير الموقع عليه ومنها رفع الحجاب الاجتماعي للشركة (piercing the corporate veil) ونظرية Alter ego التي تجيز بمعاملة شخص، حقيقي أو معنوي، باعتبارها المتعاقد الحقيقي أو المالك الفعلي للأموال عندما يكون ذلك ضروريا لتلافي الغش والاحتيال.

Ibidem, P: 238.-4

كما يمكن من ناحية أخرى لأي من الطرفين إلزام الغير بالخضوع للتحكيم، إذا كان هذا الغير قد اشترك في تنفيذ العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم (1).

ونرى أنه بالرغم من الاختلاف الواضح بين جميع هذه التشريعات، فإن مسألة امتداد شرط التحكيم ستصبح لا محالة، قاعدة ومبدأ من المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء التحكيمي كمبدأ "استقلال شرط التحكيم"، و "اختصاص-الاختصاص"، وغيرها من المبادئ الأساسية في التحكيم.

Anthony M. DiLeo's; article: the enforceability of arbitration agreements -1
the journal of American "published in .by and against non- signatories
P: 67. 2003;، Issue1،volume 2،arbitration

ملخص: قراءة في مشروع القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

يتضح أن مشروع القانون الحالي لئن كان قد جاء ببعض المستجدات الأساسية فإنه لم يتصدى لجميع الإشكالات التي تعرفها الساحة القضائية مما ينبغي العمل على تحيينه من أجل أن يصدر وفق صيغة متطورة وحديثة ووفق ما استقر عليه العمل القضائي.

Abstract: Remarks on the law project 95-17 concerning arbitration and mediation

Although the current arbitration draft law has brought some necessary innovations, it has not solved all the problems encountered by the judicial environment. Thus, it would be necessary to update the draft law in order to publish a modern and developed version taking into account case law.

Résumé : Lecture du projet de loi n°95-17 relatif à l'arbitrage et à la médiation conventionnelle

Bien que le projet de loi actuel ait apporté certaines innovations nécessaires, il n'a cependant pas réglé toutes les problématiques rencontrées par le milieu judiciaire. Ainsi, il serait nécessaire de mettre à jour ce projet aux fins d'être publié dans une version plus moderne, plus développée et en prenant en compte les décisions jurisprudentielles.

قراءة في مشروع القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية



أمين حجي

دكتور في قانون الأعمال
محام بهيئة الدار البيضاء
عضو مؤسس لميزان



يوسف حنان

دكتور في قانون الأعمال
محام بهيئة الدار البيضاء
عضو ناشط بميزان

بعد مرور 13 سنة على دخول القانون 08.05 حيز التطبيق تتم حالياً مناقشة مشروع القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي يتضح أنه يتجه إلى أن يكون مستقل عن قانون المسطرة المدنية والذي يتضح كذلك أنه تضمن العديد من المستجدات مقارنة بالقانون الحالي، لكن وعلى الرغم من ذلك فإنه لم يتصدى لكافة الاشكاليات المطروحة على الساحة القانونية والقضائية، مما جعلنا نقوم بهذه القراءة لتسليط الضوء على كل ذلك:

أولاً: على مستوى النزاعات التي تقبل التسوية عن طريق التحكيم:

من خلال القانون المطبق حالياً رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية يلاحظ أن موقفه بخصوص النزاعات التي

1 - القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية الذي نسخ و عوض مقتضيات الباب الثامن من قانون المسطرة المدنية بموجب الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007 الصفحة 3894.

تقبل التسوية عن طريق التحكيم يبقى غامضاً، بحيث أنه لن يكون قد كرس من خلال الفصل¹ 308 من ق م م قاعدة أن كل الحقوق التي يمكن التصرف فيها يمكن أن تكون محل اتفاق التحكيم وكذلك من خلال الفصل 309 من ق م م الذي منع بصفة صريحة عدم جواز إبرام اتفاقات التحكيم في النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم والحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة فإنه في الفقرة الأخيرة من الفصل 308 أخص النزاعات المنصوص عليها بالمادة² من القانون رقم 53.95 المتعلق بالمحاكم التجارية دون غيرها من النزاعات الأخرى كما أن هذه المادة أحالت على التحكيم بالنسبة للنزاعات التي تتضمنها والتي تدخل ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية؛

كما أن الفصل 327.18 من قانون المسطرة المدنية الساري حالياً نص على أن الهيئة التحكيمية يجب عليها دائماً الأخذ بعين الاعتبار الاعراف والعادات التجارية.³

1 - جاء في الفصل 308 من قانون المسطرة المدنية أنه " يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا طبيعيين أو معنويين أن يبرموا اتفاق تحكيم في الحقوق التي يملكون حرية التصرف فيها ضمن الحدود ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا الباب وذلك مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود كما وقع تغييره وتتميمه ولاسيما الفصل 62 منه. يمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات الداخلة في اختصاص المحاكم التجارية عملاً بالمادة 5 من القانون 53.95 القاضي بإحداث محاكم تجارية"

2 - تنص المادة 5 من القانون المحدث للمحاكم التجارية على أنه " تختص المحاكم التجارية بالنظر في :

- 1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية؛
 - 2- الدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية؛
 - 3- الدعاوى المتعلقة بالأوراق التجارية؛
 - 4- النزاعات الناشئة بين شركاء في شركة تجارية
 - 5- النزاعات المتعلقة بالأصول التجارية؛
- وتستثنى من اختصاص المحاكم التجارية قضايا حوادث السير.
- يمكن الاتفاق بين التاجر وغير التاجر على اسناد الاختصاص للمحكمة التجارية فيما قد ينشأ بينهما من نزاع بسبب عمل من أعمال التاجر.
- يجوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاعات المبينة أعلاه على مسطرة التحكيم والوساطة وفق أحكام الفصول من 306 إلى 327.70 من قانون المسطرة المدنية"
- 3 - تتعين الإشارة في هذا الصدد إلى أن العادات ولأعراف التجارية يبرز دورها بشكل كبير في مجال التحكيم الدولي بحيث تعتبر من أهم مصادر قواعد التحكيم والمعروفة ب LEX MERCATORIA.

كما أن الفصل 312 حدد المقصود برئيس المحكمة برئاسة المحكمة التجارية ما لم يرد خلاف ذلك وورد خلاف ذلك هو رئيس المحكمة الإدارية على النحو المنصوص عليه في هذا القانون؛

وأنه بالتمعن في كل هذه المقترضات سيوضح أن هناك ارتباك على مستوى والنزاعات القابلة للتحكيم بحيث سيوضح وكأن المقصود أن النزاعات التجارية مرتبطة بالتحكيم أكثر من غيرها، في حين أن النزاعات التي تعرض اليوم على التحكيم ليست فقط تجارية بل منها ما هو مدني واجتماعي وتجاري وعقاري بل وإداري كذلك.¹

إلا أنه بالنسبة للمشروع الحالي رقم 17.95 فقد حاول تفادي هذا الارتباك المسجل على القانون الحالي من حيث تناوله للنزاعات التي تقبل التحكيم بحيث لم ينص على النزاعات التجارية ونص في المادة 2 منه على أن "اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل كل أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ عن علاقة تعاقدية معينة أو غير تعاقدية"

وحسنا فعل المشروع الحالي عندما استعمل عبارات عامة وواسعة الدلالة بخصوص النزاعات التي تقبل التسوية عن طريق التحكيم؛

كما قامت المادة 1 من المشروع بإعطاء عدة تعاريف منها تحديد المقصود برئيس المحكمة والمقصود بالمحكمة المختصة وهذه المفاهيم غير محددة بشكل دقيق في القانون الحالي الذي

1 - الثابت على مستوى العديد من الأحكام التحكيمية والقرارات القضائية الصادرة في مادة التحكيم أن نزاعات ذات طبيعة إدارية واجتماعية ومدنية عرضت على المحاكم المغربية بجميع أنواعها.

حدد فقط المقصود برئيس المحكمة بأنه رئيس المحكمة التجارية لكن المشروع الحالي تفادى ذلك بحيث عرف المحكمة المختصة ب" المحكمة ذات الولاية للفصل في النزاع لو لم يكن محل اتفاق تحكيم بين أطرافه" وعرف رئيس المحكمة ب" رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة الإدارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء القضائي الإداري بالمحكمة الابتدائية، أو رئيس المحكمة التجارية أو رئيس القسم المتخصص في القضاء التجاري بالمحكمة الابتدائية أو من ينوب عنهم".

كما نص بشكل واضح على النزاعات التي لا يمكن ان تكون موضوع تحكيم في المادة 13 والتي يقابلها الفصل 309 من ق م م التي جاء فيها " لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية الخارجة عن دائرة التعامل".

أما بخصوص النزاعات ذات الصبغة الإدارية التي تناولها القانون رقم 08.05 من خلال الفصولين 310 و311 فإن المشروع رقم 17.95 كرس نفس المقترحات من خلال المادتين 14 و15 باستثناء أن المشروع جاء بمسجد عندما نص على أنه استثناء لا يشترط في العقود العقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات الترابية أن يتم تعيين أو طريقة تعيين الهيئة التحكيمية في اتفاق التحكيم الوارد بها؛

وإن كان مشروع قانون المالية لسنة 2020 من خلال المادة 9 منه التي نصت على إجراءات خاصة تحد من فعالية تنفيذ الأحكام تجاه الدولة والمؤسسات التابعة لها يشكل تراجعاً خطيراً في هذا الصدد ويذهب عكس اتجاه تشجيع الاستثمار خصوصاً في مجالات البنية التحتية التي تكون الدولة طرفاً فيها.¹

1 - جاء في نص المادة 9 من مشروع قانون المالية لسنة 2020 أنه " يتعين على الدائنين الحاملين لسندات أو أحكام قضائية تنفيذية نهائية ضد الدولة أو الجماعات الترابية ألا يطالبوا بالأداء إلا أمام مصالح الأمر بالصرف للإدارة العمومية أو الجماعات الترابية المعنية .

علما أن صياغة هذه المقترضيات التي يعتمدها القانون الحالي والمشروع كذلك للتمييز بين التصرفات الأحادية التي لا يمكن أن تكون محل تحكيم والنزاعات المالية والنزاعات الجبائية يجب أن يعاد فيها النظر، بحيث كان على المشرع عوض تخصيص هذه النصوص الطويلة الاكتفاء بالقول أن النزاعات الإدارية التي تدخل ضمن قضاء الإلغاء لا تقبل التحكيم والنزاعات الإدارية التي تدخل ضمن القضاء الشامل تقبل التحكيم؛

علما أن المشروع لم يأخذ بعين الاعتبار في النزاعات ذات الطابع الإداري كل من ميثاق الاستثمار والمدونة العامة للضرائب بحيث أن المنازعات الضريبية في حاجة ماسة لتشجيع الإدارة والملزم من أجل اللجوء إلى التحكيم كآلية لتسويتها نظرا لما في ذلك من إضفاء مزيدا من الشفافية في علاقة الإدارة بالملزمين أو الخواص.

وإن كانت بعد النصوص الخاصة المتعلقة بالمجال الإداري تنص بصفة صريحة على اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد المؤسسات التابعة طرفا فيها مثل القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة الذي جاء في الفصل 9 منه "يمكن أن ينص عقد التدبير المفوض على اللجوء إلى مسطرة التحكيم إما وفق التشريع الجاري به العمل أو بموجب اتفاقية دولية ثنائية أو متعددة الأطراف مطبقة على العقد المعني وذلك في حالة وقوع نزاع بين الطرفين المتعاقدين.

وفي حالة صدور قرار قضائي قابل للتنفيذ يدين الدولة أو جماعة ترابية بأداء مبلغ معين بتعين الأمر بصرفه داخل أجل أقصاه تسعون يوما ابتداء من تاريخ الإصدار بالتنفيذ في حدود الاعتمادات المالية المفتوحة بالميزانية لهذا الغرض وفق مبادئ وقواعد الحاسبة العمومية وإلا يتم الأداء تلقائيا من طرف المحاسب العمومي داخل الأجل المنصوص عليها بالأنظمة الجاري بها العمل في حالة تقاعس الأمر بالصرف عن الأداء بمجرد انصرام الأجل المشار إليه أعلاه"

1 - القانون رقم 54.05 المتعلق بالتدبير المفوض للمرافق العامة الصادر بتاريخ 14 فبراير 2006 المنفذ بواسطة الظهير الشريف 1.06.15 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5404 بتاريخ 16 مارس 2006 الصفحة 744.

وكذلك القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، والذي جاء في المادة 27 منه ما يلي "ينص عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل حل النزاعات على اللجوء إلى مساطر الصلح والوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية.

يمكن لعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن ينص على مسطرة الصلح قبل اللجوء إلى مساطر الوساطة الاتفاقية أو التحكيم أو المساطر القضائية.

يتعين أن يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص الوسيط المختص أو هيئة التحكيم ذات الاختصاص في حالة اللجوء إلى مسطرة الوساطة الاتفاقية أو التحكيم" لحل النزاعات بين المفوض إليه والمرتفقين ينص عقد التدبير المفوض على ضرورة اللجوء إلى مسطرة الصلح أولاً قبل اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء"

ثانياً: على مستوى الأشخاص الذين يزاولون مهام التحكيم:

الثابت من خلال الفصل 321 من ق م م أنه ينص على أن الأشخاص الذين يقومون بشكل اعتيادي أو في إطار المهنة بمهام المحكم أن يصرحوا بذلك لدى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ويتم تقييد المعنيين بالأمر في لائحة تمسك لدى محكمة

1 - القانون رقم 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصادر بتاريخ 24 ديسمبر 2014 المنفذ بواسطة الظهير الشريف 1.14.192 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015 الصفحة 456.

الاستئناف، إلا أن هذا الفصل كان محل انتقاد نظراً لأن جهاز النيابة العامة بعيد شينا ما عن التحكيم، مما جعل وزير العدل يصدر دورية حول هذا الفصل مفادها أن اللائحة التي تكون في محكمة الاستئناف هي على سبيل الاستئناس ليس إلا؛

وأن المشروع من خلال المادة 11 حذف هذا الاجراء الشكلي ونص على أنه "يجب على الأشخاص الذاتيين الذين يقومون بمهام المحكم إما بصورة منفردة أو ضمن شخص اعتباري أن يكونوا مسجلين ضمن قائمة المحكمين تحدد شروط التقييد فيها بنص تنظيمي"

بحيث يتضح أن المشروع الحالي تبنى طريقة مختلفة عن القانون الحالي بخصوص المحكمين الذين يزاولون مهام التحكيم وربط ذلك بصور نص تنظيمي.

لذلك نرى أن ربط الأشخاص الذين يزاولون مهام التحكيم بصور نص تنظيمي يتعارض مع مبدأ الإرادة في التحكيم، لأن الأطراف لهم الحرية التامة في تحديد واختيار المحكمين المناسبين للبت في النزاع القائم بينهم وهذا يتماشى مع طبيعة التحكيم الذي يبقى مهمة وليس مهنة أو وظيفة.

ثالثاً : على مستوى طلب الهيئة التحكيمية لمعلومات أو مستندات في حوزة الغير:

من خلال الفصل 327.9 من قانون المسطرة الفقرة الثانية فإنه في الحالة التي تكون الهيئة التحكيمية في حاجة لبعض المعلومات للبت في النزاع المعروض عليها يمكنها الاستعانة بالوكيل بالعام من أجل موافاتها بالمعلومات التي تراها مفيدة، هذا المقتضى القانوني في النص الحالي خالفته المادة 35 من المشروع التي

1 - دورية وزير العدل الصادر بتاريخ 10 يناير 2009 تحت عدد 12 س.ح.ج حول كيفية تطبيق مقتضيات الفصل 321 من القانون رقم 05.08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية.

نصت على ما يلي "إذا كانت بيد أحد الأطراف أو الأغيار وسيلة إثبات جاز للهيئة التحكيمية أن تطلب منه الإدلاء بها.

وفي حالة الامتناع تعرض الأمر على رئيس المحكمة المختصة من أجل استصدار أمر في إطار مسطرة تواجيهية يلزم الطرف المعني بتسليم المستندات والوثائق المطلوبة لهيئة التحكيم تحت طائلة غرامة تهديدية "

ليتضح أن المشروع جاء بنقطة جد ايجابية عندما خول للمحكمين طلب المعلومات من الغير مباشرة دون المرور عبر الوكيل العام، وفي حالة الرفض فإن الهيئة التحكيمية تلجأ مباشرة إلى القضاء للحصول على أمر قضائي يلزم الغير بتسليمها هذه المعلومات أو المستندات تحت غرامة تهديدية.

وهذا الموقف إيجابي مادام أن النيابة العامة تبقى بعيدة عن التحكيم وأهدافه، لكن ما نص عليه مشروع القانون الحالي موضوع الدراسة من إمكانية اللجوء إلى رئيس المحكمة في إطار مسطرة تواجيهية للحصول على أمر يلزم الغير بالإدلاء بالمستندات يحمل في طياته إشكالية أخرى وهي طول إجراءات التقاضي التي تعرفها المسطرة التواجيهية، هذا فضلا على ان الغرامة التهديدية يجب أن تكون مرتفعة لتحقيق الردع وعدم تعطيل مساطر التحكيم.

رابعا : مدى إمكانية نشر الحكم التحكيمي:

يثير موضوع امكانية نشر الحكم التحكيمي نقاشا كبيرا بحيث أن المشرع المغربي من خلال الفصل 327.27 من م م م من القانون الحالي الفقرة 2 نص على أنه لا يمكن نشر الحكم التحكيمي أو جزء منه إلا بموافقة الطرفين، إلا أن المادة 54 من المشروع أجازت نشر الحكم التحكيمي في ثلاث حالات وهي:

- 1 موافقة الطرفين.
- 2 رفع دعوى البطلان.
- 3 طلب تنفيذ الحكم التحكيمي.

ليتضح أن جواز نشر الحكم التحكيمي حسب المشروع الحالي لم يعد محصوراً في حالة واحدة وهي موافقة الطرفين بل انضافت حالتين وهما رفع دعوى البطلان، وطلب التذليل بالصيغة التنفيذية، وهذه مسألة تنسجم مع المنطق القانوني السليم مادام أن المبدأ أمام القضاء هو العلنية وأن ممارسة مسطرة الطعن بالبطلان والتذليل بالصيغة التنفيذية يرفع عن الحكم التحكيمي طابع السرية؛

بالإضافة إلى أن ذلك سيضع حداً للجدل القائم حالياً بين إمكانية نشر الأحكام والقرارات القضائية الصادرة في إطار الطعن بالبطلان والصيغة التنفيذية، وعدم إمكانية نشر الأحكام التحكيمية وإن كان في الغالب تتم الإشارة إلى جميع المعطيات مادام أن المبدأ في المقررات القضائية هو العلنية.

تم أن إمكانية نشر الأحكام التحكيمية سيكون بمثابة وسيلة لتشجيع الأطراف على تنفيذ الأحكام التحكيمية قبل ممارسة التذليل بالصيغة التنفيذية بحيث هناك أطراف تتخوف من إطلاع الأعيان على هذه الأحكام التحكيمية؛

لكن يبق السؤال المطروح للنقاش ألا يعتبر نشر الحكم التحكيمي في هاتين الحالتين يتعارض مع أهم مبادئ التحكيم التي هي السرية؟

خامساً: على مستوى المسطرة التوجيهية في تذييل الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية:

على مستوى القانون الحالي هناك إشكال يؤثر بشكل سلبي على مساطر التذييل بالصيغة التنفيذية بحيث أن الفصل¹ 327.31 من قانون المسطرة المدنية لئن كان قد خول لرئيس المحكمة إصدار أمر بالصيغة التنفيذية، فإنه لم يحدد هل يتم ذلك في إطار مسطرة توجيهية أم في إطار الأوامر المبنية على طلب، وهذا خلق ارتباك على مستوى عمل المحاكم بحيث أنه على مستوى محاكم الدار البيضاء، فإن المحكمة الاجتماعية استقرت على أن رئيس المحكمة يبت في طلب التذييل في إطار الأوامر المبنية على طلب أي في مسطرة غير توجيهية والمحكمة التجارية استقرت على أن رئيس المحكمة يبت في إطار مسطرة توجيهية.

إلا أن هذا الإشكال عمل مشروع القانون الحالي على تفاديه وحسنا فعل عندما نص في المادة 65 من المشروع بشكل صريح على المسطرة التوجيهية للبت في طلب التذييل بالصيغة التنفيذية. لكن وعلى الرغم من ذلك فإن الإشكال الذي يبقى مطروحا هو طول إجراءات التقاضي الخاصة بالمسطرة التوجيهية والتي تعطل فاعلية الحكم التحكيمي، وأنه كان على المشرع وكما نص على ذلك القانون البرازيلي أن ينص على إمكانية الحكم بغرامات جد مرتفعة على كل من ثبت في حقه ممارسة مساطر تهدف دون جدوى إلى الحد من فاعلية الحكم التحكيمي وتعطلي تنفيذه.

1 - جاء في الفصل 327.31 من قانون المسطرة المدنية ما يلي " لا ينفذ الحكم التحكيمي جبراً إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدره رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرتها. يتدع أصل الحكم التحكيمي مصحوباً بنسخة من اتفاق التحكيم مع ترجمتها إلى اللغة العربية لدى كتابة ضبط المحكمة من لدن أحد المحكمين أو الطرف الأكثر استعجالاً داخل أجل سبعة أيام كاملة التالية لتاريخ صدوره. إذا تعلق التحكيم باستئناف حكم وجب إيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط محكمة الاستئناف وفقاً لمقتضيات الفقرة السابقة. ويصدر الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية عن الرئيس الأول لهذه المحكمة"

سادسا : على مستوى بدء سريان أجل الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي

الوضع الحالي في القانون 08.05 من خلال الفصل 327.36 من ق م م أن أجل الطعن بالبطلان محدد في 15 يوما وبيتدأ في السريان من تاريخ تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية، إلا أن هذا النص والرغم من أن القاعدة التي كرسها في حماية للأطراف وحفظا لحقوقهم عندما اشترط المشرع أن يكون الحكم التحكيمي الذي يرتب سريان أجل الطعن بالبطلان مذيلا بالصيغة التنفيذية، إلا أن الإشكال الذي يطرح أمام القضاء التجاري الذي يأخذ بالمسطرة التوجيهية في تذييل الأحكام التحكيمية بالصيغة التنفيذية، أنه يتم الاكتفاء بتبليغ الأمر القاضي بتذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية وهذا لا يرتب سريان أجل الطعن بالبطلان، لأنه ينبغي تذييل الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية وهو ما جعل المشروع الحالي من خلال المادة 60 منه ينص على أن أجل الطعن بالبطلان يبتدئ من تاريخ التبليغ دون اشتراط تبليغ الحكم التحكيمي المذيل بالصيغة التنفيذية. وأن هذا الإجراء يتناسب مع مبدأ السرعة في التحكيم.

سابعا: على مستوى الإجراءات الانتقالية:

بعد 13 سنة من دخول القانون 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية حيز التطبيق فإن الثابت أنه على مستوى العمل القضائي المغربي أن هناك إشكالا يورق كل من له اهتمام بالتحكيم وهو المتعلق بالقانون الواجب التطبيق من حيث الزمن، والسبب في ذلك هو المادة 2 من القانون 08.05 الذي نسخ وعوض مقتضيات القانونية التي كانت تنظم التحكيم في ظهير 1974 على اعتبار أن هذا الأخير لم يكن ينظم الطعن

بالبطلان¹ وإن كان ينص على الطعن بالاستئناف في مسطرة الصيغة التنفيذية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فالمادة 2 من القانون رقم 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الانتقائية نصت على أن مقتضيات القانون القديم المنسوخة تظل بصورة انتقالية مطبقة على اتفاقات التحكيم المبرمة قبل دخول القانون الجديد حيز التنفيذ وعلى الدعاوى المعلقة أمام المحاكم أو الهيئات التحكيمية؛

لذلك فالإشكال الذي طرح في هذا الصدد ولازال مطروحا حتى الآن هو حول مدى إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الذي صدر في ظل المقتضيات الجديدة لكن الشرط التحكيمي تم التوقيع عليه في ظل المقتضيات المنسوخة بحيث أن هذا الإشكال كان سببا في اختلاف وتضارب القرارات القضائية الصادرة عن القضاء المغربي بين من يقول بتطبيق القانون القديم على هذه الحالات وبين من يتمسك بتطبيق القانون الجديد؛

هذا وتتعين الإشارة بداية أن دعوى البطلان هي سبب هذا الجدل حول المادة الثانية من القانون رقم 08.05 بحيث أن طرفي الحكم التحكيمي دائما ما يكون أحدهما قد صدر الحكم في صالحه، وبالتالي هو لا يريد أن يكون هذا الحكم التحكيمي قابلا للطعن بالبطلان، مما يدفعه إلى تبني الرأي القائل بتطبيق القانون القديم الذي لم يكن يعرف دعوى البطلان، وفي المقابل هناك الطرف الآخر المطلوب في التحكيم أو الطرف الذي لم يكن الحكم التحكيمي في صالحه والذي يتمسك بضرورة تطبيق القانون الجديد الذي يخول له ممارسة الطعن بالبطلان.

لكن وبالعودة إلى مشروع القانون الحالي يتضح أنه زاد الأمر تعقيدا ذلك أن مقتضيات المادة 103 منه نصت على أنه تبقى

1- تنبغي الإشارة أن ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالمسطرة المدنية والذي نسخ بموجب ظهير 1974 كان ينص على إمكانية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي.

بصورة انتقالية مقتضيات الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية ومقتضيات القانون 08.05 الذي عدل وتمم مقتضيات الفصول من 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية مطبقة على:

اتفاقيات التحكيم المبرمة في ظل قانون المسطرة المدنية أو في ظل قانون 08.05 حسب الأحوال قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ؛

القانون المسطري الذي كان سائدا أثناء إبرام اتفاقيات التحكيم؛
الدعاوى التحكيمية الجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المعلقة أمام المحاكم في التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستنفاد جميع طرق الطعن"

وأنه يتضح من خلال هذا النص أننا لا زلنا أما الإشكال أعلاه بل أنه في المستقبل إذا ما تمت المصادقة على هذا المشروع بهذه الصيغة سنكون وبشكل مثير للجدل أمام نزاع لأربعة قوانين ذلك القانون لسنة 1913 وظهير قانون المسطرة المدنية لسنة 1974 والقانون 08.05 والقانون رقم 17.95 في حالة ما إذا تمت المصادقة عليه وفق هذه الصيغة.

لذلك ومن خلال كل ما سبق يتضح أن مشروع القانون الحالي لئن كان قد جاء ببعض المستجدات الأساسية فإنه لم يتصدى لجميع الإشكالات التي تعرفها الساحة القضائية مما ينبغي العمل على تحيينه من أجل أن يصدر وفق صيغة متطورة وحديثة ووفق ما استقر عليه العمل القضائي.

كما نسجل على مشروع هذا القانون أنه لئن كان تبنى التبليغ الإلكتروني فإنه لم يتضمن نصوص تتعلق بإمكانية سير مسطرة التحكيم بطريقة الكترونية من قبيل انعقاد الجلسات بشكل الكتروني والمرافعة النهائية بطريقة الكترونية وبطريقة تكون

محمية وغير مختزقة ومسجلة ومعترف بها قانونيا عن طريق التشفير كما نص على ذلك في القانون رقم 53.05 المتعلق بتبادل المعطيات القانونية بشكل الكتروني.

وفي الأخير نشير إلى أنه وبخصوص الوساطة إلى أن المشروع الحالي ولكي يكون متطورا يجب عليه الاعتماد على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالوساطة ل 7 غشت 2019 المعروفة باسم اتفاقية "سنغافورة للوساطة الاتفاقية" والتي تتعلق بالوساطة كآلية لتسوية المنازعات الدولية في تبني العديد من المبادئ التي جاءت بها والنص على ذلك في الوساطة الداخلية مادام أن هذه الاتفاقية في حالة ما إذا وقع عليها المغرب وصادق عليها وتم نشرها في الجريدة الرسمية فإنها ستكون مطبقة على النزاعات الدولية وبالتالي تشكل دفعة جيدة لتشجيع جميع الأطراف ومن جميع الفئات في اللجوء إلى الوساطة.

ملخص التعليق على قرار محكمة النقض: "رقابة محكمة الاستئناف على الأحكام التحكيمية من خلال الطعن بالبطلان"

ان طبيعة الرقابة التي تمارسها محكمة الاستئناف بصدد نظرها للطعن بالبطلان هي رقابة خارجية ومحدودة، وأن التشريعات التي جعلت الطعن بالبطلان السبيل الوحيد لبيسط هذه الرقابة تكون موفقة في ذلك أكثر من غيرها التي أجازت الطعن بالاستئناف إلى جانب الطعن بالبطلان، على اعتبار أن دعوى بطلان حكم التحكيم هي أسلوب جامع لما يمكن أن تنطوي عليه أسباب الطعن على حكم التحكيم، باعتبارها الأسلوب المناسب لطبيعة التحكيم وآلياته.

Remarks on the law project 95-17 concerning arbitration and mediation : «The Court of Appeal's control on arbitral awards through the annulment action »

The nature of the Court of Appeal's control ruling on the action for annulment is external and limited. Legislations, which provides for annulment action as the sole mean of control by the State court, are more in line with the principles of arbitration than those which allowed, alongside the action for annulment, the appeal against arbitral decisions.

Résumé du commentaire d'arrêt : « Le contrôle exercé par la Cour d'appel sur les sentences arbitrales à travers le recours en annulation »

Le contrôle exercé par la Cour d'appel statuant sur le recours en annulation est un contrôle externe et limité. Les législations ayant prévu le recours en annulation comme seul moyen permettant d'exercer un contrôle par le juge étatique, s'avèrent plus en adéquation avec les principes de l'arbitrage que celles ayant permis, au côté du recours en annulation, la voie d'appel contre les décisions arbitrales.

التعليق على قرار محكمة النقض¹

رقابة محكمة الاستئناف على الأحكام التحكيمية من خلال الطعن بالبطلان

أمين حجي

دكتور في قانون الأعمال

محام بهيئة الدار البيضاء

عضو مؤسس لميزان



يوسف حنان

دكتور في قانون الأعمال

محام بهيئة الدار البيضاء

عضو ناشط بميزان



أولاً: نص القرار

المملكة المغربية

الحمد لله وحده

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بتاريخ: 16 يونيو 2016

إن الغرفة التجارية القسم الأول بمحكمة النقض في جلستها العلنية
اصدرت القرار الآتي نصه:

¹ - قرار صادر عن محكمة النقض المغربية تحت عدد 1/250 في الملف رقم 2015/1/795 بتاريخ 2016/06/16 غير منشور.

بين: شركة "-----"، شركة مساهمة في شخص رئيس
واعضاء مجلسها الإداري، الكائن مقرها الاجتماعي بالرقم 18
سوق الحاج ساحة بئر أنزران، العيون.

النائب عنها الأستاذ ---- المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول
للترافع أمام محكمة النقض.

الطالبة

وبين: شركة ----، شركة ذات مسؤولية محدودة، في شخص
ممثلها القانوني، الكائن مقرها الاجتماعي بطريق بني يخلف،
المحمدية.

النائب عنها الأستاذ ---- المحامي بهيئة الدار البيضاء والمقبول
للترافع أمام محكمة النقض.

المطلوبة

بناء على طلب النقض المقدم بتاريخ 2015/05/20 من طرف
الطالبة المذكورة حوله بواسطة نائبها الأستاذ ---- والرامي إلى
نقض القرار عدد 1231 الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية
بالدار البيضاء بتاريخ 2015/03/04 في الملف التجاري
عدد: 2014/8230/3341.

وبناء على المذكرة الجوابية المودعة بكتابة الضبط بتاريخ
2016/02/22، التي تقدمت بها المطلوبة بواسطة نائبها الأستاذ
---- والرامية إلى التصريح برفض الطلب.

وبناء على الأوراق الأخرى المدلى بها في الملف.

وبناء على قانون المسطرة المدنية المؤرخ في 28 شتنبر
1974.

و بناء على الأمر بالتخلي و الإبلاغ الصادر في
2016/03/24.

و بناء على الإعلام بتعيين القضية في الجلسة العلنية المنعقدة
بتاريخ 2016/04/14، تم تأخيرها لجلسة 2016/06/16،

و بناء على المناداة على الطرفين و من ينوب عنهما و عدم
حضورهم.

و بعد تلاوة التقرير من طرف المستشار المقرر السيد عبد الإلاه
حنين.

و الاستماع إلى ملاحظات المحامي العام السيد رشيد بناني.

و بعد المداولة طبقا للقانون.

حيث يستفاد من أوراق الملف والقرار المطعون فيه، أن
الطالبة تقدمت لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ
2014/06/03 ، بمقال للطعن بالبطلان في المقرر التحكيمي
الصادر في النزاع القائم بينها وبين المطلوبة ، عرضت فيه أنها
كانت ترتبط مع هذه الأخيرة بعقد مؤرخ في 2009/01/30 ،
كلفتها بمقتضاه بصيانة معداتها المتواجدة بمحطات توزيع الوقود
الحاملة لعلامتها ، حددت مدته في سنة واحدة قابلة للتجديد التلقائي
لنفس المدة ، مع إمكانية إنهائه من قبل أي واحدة منهما ، شريطة
توجيه إشعار للطرف الآخر بعدم الرغبة في التجديد قبل شهر من
انتهاء مدة العقد ، غير أنها لما استندت لهذا المقتضى الاتفاقي ،
ووجهت للمدعى عليها اشعارا بذلك فوجئت بتقديم هذه الأخيرة
طلباً لرئيس المحكمة من أجل تعيين محكم ، تحت ذريعة أن
العارضة لم تتمكن من تعيين محكمها ، فتقدمت هذه الأخيرة
بجوابها الذي أثار في فيه أن البند التحكيمي المستند إليه لا يسوغ
اللجوء إليه إلا عند وجود نزاع ناشئ عن تنفيذ العقد أو تفسيره ،

وليس عند انتهاء العقد بانتهاه مدته، غير أنه صدر أمر انتهى بتعيين الأستاذ --- محكما، و بعد تشكيل الهيئة التحكيمية من كل من --- و --- و ---، أنجزت وثيقة التحكيم، وعرض النزاع على الهيئة التحكيمية، التي أصدرت حكما أولي بتاريخ 2014/02/19 باختصاصها للبت في الطلبات المقدمة لها، و صحة اتفاق التحكيم، ثم أصدرت بتاريخ 2014/06/09 حكما في الموضوع قضى بمعاينة فسخ العقد بصورة تعسفية من طرف المدعية، والحكم عليها بأدائها لفائدة شركة --- تعويضا عن الإضرار قدره 3.932.863,50 درهما، وتعويضا عن الاستثمارات غير المستخدمة قدره 1.500.000,00 درهم، مع الفوائد القانونية من تاريخ الحكم، وأدائها لها أيضا مبلغ 3000,00 درهم عن مصاريف عملية التحكيم. وهو الحكم التحكيمي المطعون فيه بالبطلان، لتجاوز الهيئة التحكيمية حدود مهمتها بسبب بتها في مسائل غير مشمولة بالشرط التحكيمي، اعتبارا لأن البند 17 من العقد الرابطة بين الطرفين يحصر المنازعات التي تدخل في اختصاص المحكمين فقط في منازعاتهما الناشئة عن تنفيذ العقد أو تأويله، ولا يتجاوزها لتلك المتعلقة بفسخ العقد، والتعويض المستحق عن ذلك، ولذلك فإن طلبات المدعى عليها الرامية إلى معاينة الفسخ التعسفي للعقد والتعويض عنه وعن أجل الإضرار والاستثمارات غير المستخدمة تبقى خارج اختصاص المحكمين. ثم لأن الفقرة الأخيرة من ذات البند علقت على اللجوء إلى التحكيم على شرط تمكن كل واحد من أطراف العقد من تعيين محكمه داخل الأجل المحدد في العقد، وإلا فإن الاختصاص للبت في كل ما هو متعلق بتفسير العقد أو تنفيذه يظل منعقدا للمحكمة التجارية، وبالتالي فإن عدم تعيين المدعية لمحكمها يجعل قضاء الدولة الرسمي هو صاحب الاختصاص. وأيضا لأن الحكم التحكيمي حمل المدعية أتعاب المحكمين، خارقا بذلك البند 19 من اتفاق التحكيم، الناص على "أن الطرف صاحب المبادرة هو الذي يؤدي تلك الأتعاب عند وضع مقاله الافتتاحي". وكذلك لأن تشكيل الهيئة التحكيمية تم

بصفة غير قانونية ومخالفة لاتفاق الأطراف، لأن البند 17 المتحدث عنه يسند صراحة مهمة تعيين المحكمين للأطراف وحدهما ولم يعط هذه الصلاحية لغيرهما، ولأن الأمر الاستعجالي المعين لمحكم طالبة البطلان اكتفى بالإشارة للقب المحكم ، دون أن يشير إلى أن الأمر يتعلق فعلا بالاستاذ --- الذي باشر المهمة، علما أن هناك عدة أشخاص بهيئة المحامين بالدار البيضاء يحملون نفس اللقب، يمارس اثنان منهم التحكيم، و هو ما يجعل الحكم التحكيمي صادرا عن هيئة غير مشكلة بصفة قانونية . هذا علاوة على عدم تقييد الهيئة التحكيمية بالقانون المتفق على تطبيقه على النزاع، لكون الطرفين اتفقا على تطبيق القانون المغربي، بينما الهيئة التحكيمية عللت مقررها بمقتضيات القانون الفرنسي، فجعلت حكمها مخالفا للنظام العام نتيجة قضائه بتعويض الاستثمارات غير المستخدمة، الذي لا سند له في القانون المغربي، وقضائه بتعويضات مختلفة على نفس الضرر. ملتزمة التصريح ببطلان الحكمين التحكيمين، الأول الصادر بتاريخ 2014/02/19، والثاني بتاريخ 2014/06/09، مع ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية. وبعد جواب المطعون ضدها، وتمام الإجراءات، قضت محكمة الاستئناف التجارية برفض الطلب، والأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي موضوع الطعن بالبطلان. وهو القرار المطعون فيه من لدن شركة ---- المغرب بوسيلتين.

في شأن الفرع الأول للوسيلة الأولى.

حيث تنعى الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت "بتجاوز الهيئة التحكيمية لحدود مهمتها حينما بتت في مسائل غير مشمولة بالشرط التحكيمي، الوارد بالبند 17 من العقد"، غير أن المحكمة اعتبرت "أن الفقرة الأولى من البند 17 من العقد أعطت للمحكمين أمر البت في كل نزاع ينشأ عن العقد دون تخصيص"، مستندة للبند الثامن من اتفاقية التحكيم الناص على "أن الطرفين اتفقا على أن ينصب موضوع التحكيم على طلباتهما الأصلية والإضافية

والمقابلة عند الاقتضاء"، ومستندة كذلك إلى "استمرار الطالبة في إجراءات التحكيم، وعدم تقديمها لأي اعتراض على طلبات المطلوبة" لتستخلص من ذلك "عدم حصر صلاحية المحكمين في البيت في النزاعات المتعلقة بتنفيذ العقد أو تأويله" والحال أنه مادام التحكيم يشكل استثناء من قاعدة اللجوء لقضاء الدولة الرسمي فإن الشرط التحكيمي يتعين إعطاؤه تفسيراً ضيقاً، وفي هذا السياق فإن ما ورد في البند الثامن من وثيقة التحكيم من "أن موضوع التحكيم ينصب على طلبات الطرفين الأصلية والإضافية والمقابلة على ضوء التحكيم" والبند 17 من "أنه في حالة قيام نزاع بمناسبة تنفيذ أو تأويل العقد يلزم الطرفان بحله عن طريق التحكيم" يفيد انصراف إرادة الطرفين إلى حصر النزاعات المتفق على عرضها على التحكيم فقط في تلك الناشئة بمناسبة تنفيذ العقد أو تأويله والتي تجاوزها إلى البيت في النزاعات المتعلقة بفسخ العقد و التعويض عنه، وبذلك يكون معه القرار المطعون فيه بتفسيره لبند العقد السالفي الذكر على النحو الذي أورده قد خالف إرادة الطرفين و قواعد تفسير العقود الواردة في الفصول من 461 إلى 473 من ق ل ع، مما ينبغي نقضه.

لكن حيث إن المحكمة مصدره القرار المطعون فيه لما ثبت لها من الفقرة الأولى من البند 17 من العقد الوارد به الشرط التحكيمي، أنها تضمنت التزام الطرفين بفض جميع نزاعاتهما الناشئة عن العقد عن طريق المحكمين كوسطاء بالتراضي، دون أن تستثني هذه الفقرة النزاعات المتعلقة بفسخ العقد وإنهائه، وثبت لها أيضاً من البند الثامن من اتفاق التحكيم الذي رسم حدود صلاحية هيئة التحكيم "اتفاق الطرفين على أن ينصب موضوع التحكيم على طلباتهما الأصلية والإضافية والمقابلة عند الاقتضاء على ضوء شرط التحكيم" دون أن يحصر ذلك في نزاعاتهما المتعلقة بتنفيذ العقد أو تأويله اعتبرت أن الشرط التحكيمي يشمل جميع نزاعاتهما التي قد تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد دون استثناء لتلك المرتبطة بفسخ أو إنهائه، مزكية

موقفها باستمرار الطالبة في إجراءات التحكيم وعدم تقديمها أي اعتراض أمام المحكمين على سلوك المسطرة التحكيمية، مستبعدة (المحكمة) وعن صواب- التفسير الذي حاولت إعطاءه الطالبة للفقرة الأخيرة من البند 17 السالف الذكر، بعدما أبرزت أنها لا تستثني النزاعات المتعلقة بإنهاء العقد من موضوع الشرط التحكيمي، وإنما تعطي الاختصاص القضاء الرسمي للبت في كل ما يتعلق بتنفيذ وتفسير العقد في حالة عدم تمكن الطرفين من تعيين محكمهم داخل الأجل المحدد لذلك أو عند عدم إصدار المحكمين للحكم التحكيمي داخل الأجل المضروب لهم، فتكون بذلك قد راعت في تفسيرها لعبارة "جميع النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد"، عمومية الصياغة التي استعملها الطرفان في تحديد النزاعات موضوع الشرط التحكيمي، وأعطت لها المدلول الحقيقي المتناسب مع ما اتجهت إليه إرادة الطرفين من إخضاع جميع نزاعاتهما المنبثقة عن تنفيذ العقد دون استثناء التحكيم، مرتبة في مفهومها على ذلك أن نزاعهما حول فسخ العقد ما هو إلا نتيجة طبيعية قد تنشأ عن تنفيذه. فجاء بذلك قرارها معللا بما يكفي، ومرتكزا على أساس قانوني، و الفرع من الوسيلة على غير أساس .

في شأن الفرعين الثاني والثالث من الوسيلة الأولى والفرع الثاني الوسيلة الثانية.

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق الفصل 71 من الدستور، وعدم الارتكاز على أساس، وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت "بعدم تقييد الهيئة التحكيمية بالقانون الذي اتفق الطرفان على تطبيقه على النزاع"، غير أن المحكمة ردت ذلك " بأنه بعد مراجعة الحكم التحكيمي، تبين أنه استند في مناقشته وتحليله الطلبات الأطراف إلى القانون المغربي ومبادئه العامة، وأن ما أورده في صفحته 23 من ذكر للقضاء المقارن و خاصة قضاء التحكيم في فرنسا، فهو مجرد استشهاد لما استقر عليه عمل القضاء الرسمي وقضاء التحكيم في هذا البلد بخصوص التعويض

عن الإخطار، وأن محكمة الاستئناف التجارية التي تنتظر في طلب بطلان الحكم التحكيمي لا تراقب الحل القانوني الذي قضى به المحكم إلا إذا تبين أن الهيئة التحكيمية استبعدت صراحة وعن قصد القانون المعين من الطرفين، واعتمدت نظاما قانونيا مختلفا عن القانون المتفق عليه، آنذاك تكون خرجت عن حدود المهمة المعينة لها، وطالبة الإبطال لم تبين القواعد القانونية المغربية التي تم استبعادها أو مخالفتها، فضلا على أن الطرفين منها المحكمين بمقتضى شرط التحكيم الوارد بالبند 17 من العقد صفة وسيط بالتراضي، وهو يمنحهم صلاحية الفصل في النزاع، بناء على قواعد العدالة والإنصاف دون التقيّد بنصوص قانونية يعينها...، وهو تليل لم ترد به أي إشارة إلى مقتضيات القانون المغربي التي استند إليها المقرر التحكيمي، وجاء مخالف للواقع لكون المقرر التحكيمي المطعون فيه بالبطلان استند في قضائه على الطالبة إلى مقتضيات القانون الفرنسي، و يتجلى ذلك مما أورده من "أنه وفي غياب النص القانوني في التشريع المغربي، فإن هيئة التحكيم تستحضر القانون والقضاء المقارنين، وبصفة خاصة قضاء التحكيم في فرنسا، الذي دأب على تطبيق قاعدة التعويض عن الإخطار، إذا توفرت شروطه، وثبتت عناصره، و منها على الخصوص ثبات واستمرار العلاقة التعاقدية والتجارية بين الطرفين، "وأنه باستقراء العمل القضائي الفرنسي فإن هذا الأخير يحدد بكامل سلطته التقديرية المدة المناسبة لإخطار أحد طرفي العقد لإنهاء العلاقة التجارية التعاقدية"، وأكثر من ذلك فإن الأسس التي اعتمدها الحكم التحكيمي في تليلاته منصوص عليها في مدونة التجارة الفرنسية في مادتها 5-1-6-442L.

كما أن وجه مخالفة القرار الاستئنافي للواقع يكمن أيضا في ما ذهب إليه من "أن الطالبة لم تبين القواعد القانونية المغربية التي تم استبعادها أو مخالفتها"، بالرغم من أن الطالبة بينت في مقال طعنها بأن المقرر التحكيمي خرق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، المستمدة من الفصل 230 من ق ل ع، لما لم يراع كون إنهاء الطالبة للعقد وإشعارها المطلوبة بعدم رغبتها في تجديده كان

مؤسسا على البند 11 من العقد، الذي يخول لكل منهما تلك الصلاحية.

كذلك أورد القرار " أن الطرفين منحا المحكمين بمقتضى شرط التحكيم الوارد بالبند 17 من العقد صفة وسيط بالتراضي، و هي صفة تمنحهم صلاحية الفصل في النزاع بناء على قواعد العدالة والإنصاف و دون التقييد بنصوص بعينها"، وهو تعلييل فيه تجاوز للبند العاشر من وثيقة التحكيم الناص صراحة على " أن القانون الواجب التطبيق سواء من حيث الشكل أو الموضوع هو القانون المغربي"، و ليس قواعد العدالة و الإنصاف.

كما أثارَت الطالبة مخالفة المقرر التحكيمي للنظام العام بسبب اعتماده قانونا أجنبيا في نزاع قائم بين شركتين مغربيين، غير أن المحكمة ردت ذلك "بأن الهيئة التحكيمية طبقا القانون المغربي في جميع نقاط بحثها، واستندت إلى الصلاحيات الممنوحة للمحكمين كوسطاء بالتراضي، ولم تستند إلى نص أجنبي..."، والحال أن الفصل 327-36 صريح في التنصيص على "أن محكمة الاستئناف التي تنتظر في الطعن بالبطلان تحكم من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام، أو إذا تضمن موضوع النزاع بعض المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها"، وهو موقف ساير فيه القرار المطعون فيه المقرر التحكيمي، فيما انتهى إليه من الحكم بتعويضات في نزاع متعلق بعقد تجاري عن مدة الإخطار والاستثمارات غير المستخدمة، رغم عدم النص عليها في القانون المغربي، وفي ذلك تطاول على اختصاصات البرلمان في مجال التشريع، يشكل مخالفة للنظام العام، مما يناسب التصريح بنقضه.

لكن حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ثبت لها من الحكم التحكيمي أن الهيئة التحكيمية مصدرته طبقت على النزاع نصوص القانون المغربي سواء فيما تعلق بجانب المسطري، الذي التزمت فيه بكل القواعد الإجرائية التي تكفل حقوق دفاع

الطرفين، أو جانبه الموضوعي - المتعلق بمناقشة أحقية الطالبة في فسخ العقد، ومدى استحقاق المطلوبة للتعويض عما لحق بها من ضرر بسبب ذلك-، الذي استندت في مناقشته لقواعد عدم التعسف في استعمال الحق المقررة في القانون المغربي بمقتضى الفصل 94 من ق ل ع الناص على أنه "لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله. غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يجر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه، وقواعد العدل والإنصاف المستمدة من المقاصد السليمة للنصوص القانونية، فاعتبرت أن الهيئة التحكيمية أعملت أحكام القانون المتفق عليه من قبل الطرفين، وردت السبب الذي اعتمده الطالبة للقول بعدم تطبيق الهيئة التحكيمية للقانون المغربي المتفق عليه، معتمدة في ذلك التعليل المنتقد المنوه عنه سلفاً، ومن ثم لم يخرق القرار أي مقتضى، وجاء معللاً بما يكفي، ومرتكزاً على أساس قانوني سليم، والفرعان من الوسيلة الأولى والفرع من الوسيلة الثانية على غير أساس.

في شأن الفرع الرابع للوسيلة الأولى.

حيث تتعى الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس، وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت ضمن مقال طعنها بقاعدة "عدم جواز التعويض على ضرر واحد مرتين"، غير أن القرار المطعون فيه رد ذلك بما مفاده "أن الأمر يتعلق بدفع منصب على موضوع النزاع لا تختص به محكمة الاستئناف التي تنتظر في الطعن ببطلان المقرر التحكيمي، لكون صلاحيتها تبقى محصورة في حدود السبب المنصوص عليها في الفصل 327-36 من قانون المسطرة المدنية،" والحال أن خرق القاعدة المذكورة لا يدخل في جوهر النزاع وموضوعه، وإنما يعد وجهاً من وجوه عدم التقيد بالقانون المتفق على تطبيقه، ولذلك جاء

القرار غير مرتكز على أساس ومنعدهم التعليل، مما يتعين معه التصريح نقضه.

لكن حيث إن محكمة الاستئناف المعروضة عليها دعوى الطعن بالبطلان تنحصر سلطتها في البحث في جدية أسباب البطلان التي يعتمدها طالب البطلان من عدمها، المحددة حصريا بمقتضى الفصل 327-36 من ق م م، دون أن تتعداها للنظر في موضوع النزاع أو مراقبة سلامة الحل الذي اتخذته الهيئة التحكيمية بشأنه، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما تبنت لها أن ما ارتكزت عليه الطالبة من قضاء الهيئة التحكيمية للمطلوبة بتعويضات مختلفة على ضرر واحد، يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بموضوع النزاع التي تدخل ضمن صلاحيات الهيئة التحكيمية التي تبنت فيه، ولا يندرج ضمن أسباب البطلان الواردة بالفصل 327-36 المذكور، ردت الدفع المذكورة معتمدة في ذلك التعليل الذي أورده الفرع، فتكون بذلك قد راعت مجمل ما ذكر، مستبعدة ضمنا ما تمسكت به الطالبة من أن بت المحكمة التحكيمية على النحو المذكور يعد وجها من وجوه عدم التقيد بالقانون المتفق على تطبيقه، وبذلك جاء قرارها معللا بما فيه الكفاية، ومرتكزا على أساس قانوني سليم، والفرع من الوسيلة على غير أساس.

في شأن الفرع الخامس للوسيلة الأولى.

حيث أن تنعى الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس قانوني، وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت "بأن عدم تمكنها من تعيين محكما، يعطل الشرط التحكيمي، ويبقى الاختصاص لقضاء الدولة الرسمي"، غير أن المحكمة ردت ذلك "بأن الثابت من وثائق الملف أن المطلوبة طلبت اللجوء إلى التحكيم بعدما تعذر حل خلافاتها مع طالبة الإبطال، وأرسلت كتابها المؤرخ في 2013/05/20 إلى هذه الأخيرة تخبرها فيه بتعيين الأستاذ ---- محكما من طرفها، وتطلب منها في نفس الوقت تعيين محكم

عنها، غير أنها لم تبادر إلى تعيين محكم، فلجأت المطلوبة إلى رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء، الذي أصدر أمرا بتاريخ 2013/11/17 عين بمقتضاها الأستاذ عبد --- محكما عن طالبة البطلان، واجتمع المحكمان المعينان بتاريخ 2014/01/21، واتفقا على تعيين الأستاذ --- محكما ثالثا رئيسا لهيئة التحكيم، وقد وافق على المهمة، وبذلك فإن تشكيل هيئة التحكيم جاء موافقا لاتفاق التحكيم، ولمقتضيات الفصل 327-4 وما يليه من قانون المسطرة"، منتهية إلى "أن هيئة المحكمين تختص في جميع المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين"، والحال أن الفقرة الأخيرة من البند 17 من العقد عقلت اللجوء إلى التحكيم بتمكن كل واحدة من طرفي العقد من تعيين محكما، وإلا ظل النزاع من اختصاص القضاء الرسمي ولكل ما ذكر، جاء القرار منعدم التعليل، مما ينبغي معه التصريح بنقضه.

لكن حيث إنه بمقتضى الفقرة الثانية من الفصل 327-5 من ق م م فإنه "إذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال 15 يوما التالية لتسلمه طالبا بذلك من الطرف الآخر، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال 15 يوما التالية لتاريخ تعيين آخرها، تولى رئيس المحكمة المختصة تعيينه بناء على طلب أي من الطرفين، وتكون رئاسة هيئة التحكيم للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي عينه رئيس المحكمة". والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي لما ثبت لها أن محكم الطالبة تم تعيينه من طرف رئيس المحكمة التجارية المختصة، بناء على طلب تقدمت به المطلوبة، بعد إشعار الطاعنة، وانصرام أجل 15 يوما المقرر قانونا لذلك، ردت ما اعتمده الطالبة من أن عدم تعيينها لمحكما يجعل الاختصاص للقضاء الرسمي للدولة، مبرزة أن تشكيل هيئة التحكيم تم بكيفية قانونية، فتكون بذلك قد استبعدت ضمنا كل ما أثارته الطالبة في هذا الخصوص من دفوع، معتبرة - وعن صواب- أن امتناع أحد الطرفين عن تعيين محكمة لا يترتب عنه سلب الاختصاص من

المحكمين لفائدة قضاء الدولة الرسمي - خلاف ما ذهب إليه الفرع من الوسيلة-، وإنما يتيح للطرف الآخر اللجوء لرئيس المحكمة لتعيين محكم غريمه وفق المسطرة السالفة الذكر، فجاء بذلك قرارها معللا بما يكفي، ومركزا على أساس قانوني سليم، والفرع من الوسيلة على غير أساس.

في شأن الفرع السادس للوسيلة الأولى.

حيث تتعى الطاعنة على القرار عدم ارتكازه على أساس قانوني، وانعدام التعليل، بدعوى أنه رد ما تمسكت به من "كون الحكم التحكيمي جاء خارقا لوثيقة التحكيم لما قضى على الطالبة بأداء أتعاب المحكمين"، بما مفاده "أن ما ورد بالفقرة الثانية من البند 19 من اتفاقية التحكيم من إلزام المطلوبة في البطلان بمصروفات وأتعاب التحكيم هو مجرد اتفاق مبدئي، باعتبار أن هذه الأخيرة هي من بادر إلى تفعيل شرط التحكيم وتقديم المقال الأول، ولا يحول ذلك دون تصرف الهيئة التحكيمية فيما بعد، وبما يظهر لها حسب الأحوال من إلزام طرف دون الآخر بالمصروفات والأتعاب المحددة، وبالتالي فإن الحكم التحكيمي حينما ألزم طالبة البطلان بتلك المصاريف لم يخرق اتفاق التحكيم بقدر ما طبق القانون الذي ينص على جعل المصاريف على خاسر الدعوى"، والحال أن التحكيم باعتباره طريقا استثنائيا لفض المنازعات، فإن ميدانه يبقى محصورا فيما انصرفت إليه إرادة طرفي العقد، وفق ما هو وارد بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، المسجد لإرادتهما التي كانت صريحة بمقتضى البند 19 السالفة الذكر، الناص على "أن المصاريف المذكورة تؤدي من طرف طالبة تفعيل الشرط التحكيمي"، مما يعرض القرار للنقض.

لكن حيث اعتبرت المحكمة "أن اتفاق الطرفين بمقتضى البند 19 من اتفاقية التحكيمية على (أن أداء أتعاب المحكمين والقيمة المضافة والمصاريف من الطرف صاحب المبادرة عند وضع

المقال)، لا يحول دون تصرف الهيئة التحكيمية فيما بعد، وبما يظهر لها حسب الأحوال من إلزام طرف دون الآخر بالمصروفات والأتعاب المحددة..."، وهو تعليق سليم، أسسته على تفسير صائب للمقتضى الاتفاقي المذكور، الذي يجعل من أداء طالب تفعيل الشرط التحكيمي لأتعاب ومصاريف التحكيم بكيفية مسبقة مجرد شرط أولي للشروع في مباشرة المسطرة التحكيمية، وليس التزاما يتحمله تلك الأتعاب والمصاريف بصفة نهائية، إذ يبقى أمر الحسم في ذلك من بين المهام الموكلة للمحكمين على ضوء نتيجة حكمهم، وبذلك جاء القرار معللا بما يكفي، ومركزا على أساس قانوني، والفرع من الوسيلة على غير أساس.

في شأن الفرع السابع للوسيلة الأولى.

حيث تنعى الطاعنة على القرار انعدام الساس القانوني، وانعدام التعليل، بدعوى أنه لم يجب على دفعها المستمد من المحكم المطلوبة بالفوائد القانونية بالرغم من قضائه لها بعدة تعويضات لا سند لها، مما يتعين نقضه.

لكن حيث إن المحكمة لا تكون ملزمة باتباع الأطراف في كل مناحي أقوالهم، إلا ما كان منتجا في النزاع، وهي لما ثبت لها أن ما تمسكت به الطالبة من قضاء الهيئة التحكيمية لفائدة المطلوبة من فوائد رغم قضائه لها بتعويضات مختلفة، إنما هو في حقيقة الأمر منازعة متعلقة بموضوع النزاع، المعهود به للهيئة التحكيمية، ولا يندرج ضمن أسباب الطعن بالبطلان المحددة بكيفية حصرية بمقتضى الفصل 327-36 من ق ل ع، اعتبرت بكيفية ضمنية المنازعة المذكورة من قبيل الدفع غير المنتجة، وأعرضت عن مناقشتها، متقيدة في ذلك بالمبدأ السالف الذكر، فجاء قرارها معللا بما يكفي ومركزا على أساس، والفرع من الوسيلة على غير أساس.

في شأن الفرع الأول من الوسيلة الثانية.

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق 230 من ق ل ع، بدعوى أنه ساير المقرر التحكيمي في إضفائه الصيغة التعسفية على فسخ العقد، والحال أن حقها في وضع حد للعقد الرابط بينها وبين المطلوبة وعدم تجديده، كان استنادا للبند 11 من ذات العقد، الذي يخول لكل واحدة منها ممارسة ذلك الحق، شريطة إشعار الطرف الآخر بذلك شهرا واحدا قبل انتهاء العقد، وبالتالي فإنها باحترامها لشروط ذلك البند، وتوجيهها الرسالة التي أعربت فيها للمطلوبة عن عدم رغبتها في تجديد العقد وتوصل هذه الأخيرة بها بتاريخ 2012/12/26، أي قبل انقضاء مدة العقد في 2013/02/01، تكون قد تقيدت ببند العقد الذي هو شريعة المتعاقدين ولم ترتكب أي خطأ عقدي أو تقصيري يبرر مسانلتها تجاه المطلوبة، وهكذا فإنه بعدم مراعاة القرار المطعون فيه لما ذكر جاء خارقا للفصل 230 من ق ل ع، مما يتعين معه التصريح بنقضه.

لكن حيث إنه كان البحث في الطابع التعسفي لفسخ العقد الذي أقدمت عليه طالبة ومناقشة مدى أحقية المطلوبة في التعويض عما أصابها من ضرر جراء ذلك، يعد من قبيل المنازعات المرتبطة بأساس النزاع التي يعود أمر البت فيها للهيئة التحكيمية، ولا علاقة له بأسباب الطعن بالبطان المحددة حصرا بمقتضى الفصل 327-36، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه كانت على صواب لما ردت ما تمسكت به طالبة "من خرق الهيئة التحكيمية لأحكام الفصل 230 من ق ل ع بسبب إضفائه الطابع التعسفي على فسخها للعقد" بأنه يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بموضوع النزاع التي ليس لها حق النظر فيها أو مراقبة ما انتهت إليه بشأنها الهيئة التحكيمية"، فجاء بذلك قرارها غير خارق لي مقتضى، والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب الطالبة المصاريف.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط.

الرئيس المستشار المقرر كاتبة الضبط

ثانيا : النقطة القانونية موضوع التعليق: رقابة محكمة الاستئناف على الأحكام التحكيمية من خلال الطعن بالبطلان

من خلال الاطلاع على جميع معطيات القرار أعلاه سيتضح أن موضوع النزاع يتعلق بعقد صيانة معدات محطات توزيع الوقود وأن أحد الطرفين أبدى رغبته في إنهاء العقد، وأن العقد يتضمن شرط التحكيم، وأنه بعد سلوك مسطرة التحكيم صدر الحكم التحكيمي عن الهيئة التحكيمية المكونة من ثلاثة محكمين الذي قضى بأن الفسخ تم بشكل تعسفي من قبل أحد الطرفين، وأن ذلك يستدعي الحكم للطرف الآخر بالتعويض عن مجموعة من الأضرار؛

وأنه لئن كان هذا القرار قد ناقش ثلاثة نقاط أساسية وهي تشكيل الهيئة التحكيمية ومفهوم شرط التحكيم وطبيعة الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان على الحكم التحكيمي من حيث موضوع النزاع، فإننا سنناقش فقط هذه النقطة الأخيرة والتي خلص فيها القرار موضوع التعليق إلى ما يلي "حيث تنعى الطاعنة على القرار عدم الارتكاز على أساس، وانعدام التعليل، بدعوى أنها تمسكت ضمن مقال طعنها بقاعدة "عدم جواز التعويض على ضرر واحد مرتين"، غير أن القرار المطعون فيه رد ذلك بما مفاده "أن الأمر يتعلق بدفع منصب على موضوع النزاع لا تختص به محكمة الاستئناف التي تنتظر في الطعن ببطلان المقرر التحكيمي، لكون صلاحيتها تبقى محصورة في حدود الأسباب المنصوص عليها في الفصل 327-36 من قانون المسطرة المدنية،" والحال أن خرق القاعدة المذكورة لا يدخل في جوهر النزاع وموضوعه، وإنما يعد وجها من وجوه عدم التقيد بالقانون

المتفق على تطبيقه، ولذلك جاء القرار غير مرتكز على أساس ومنعدم التعليل، مما يتعين معه التصريح نقضه.

لكن حيث إن محكمة الاستئناف المعروضة عليها دعوى الطعن بالبطلان تتحصر سلطتها في البحث في جدية أسباب البطلان التي يعتمدها طالب البطلان من عدمها، المحددة حصريا بمقتضى الفصل 327-36 من ق م م، دون أن تتعداها للنظر في موضوع النزاع أو مراقبة سلامة الحل الذي اتخذته الهيئة التحكيمية بشأنه، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما تبنت لها أن ما ارتكزت عليه الطالبة من قضاء الهيئة التحكيمية للمطالبة بتعويضات مختلفة على ضرر واحد، يعد من قبيل الدفوع المتعلقة بموضوع النزاع التي تدخل ضمن صلاحيات الهيئة التحكيمية التي بتت فيه، ولا يندرج ضمن أسباب البطلان الواردة بالفصل 327-36 المذكور، ردت الدفع المذكورة معتمدة في ذلك التعليل الذي أورده الفرع، فتكون بذلك قد راعت مجمل ما ذكر، مستبعدة ضمنا ما تمسكت به الطالبة من أن بت المحكمة التحكيمية على النحو المذكور يعد وجها من وجوه عدم التقيد بالقانون المتفق على تطبيقه، وبذلك جاء قرارها معللا بما فيه الكفاية، ومرتكزا على أساس قانوني سليم، والفرع من الوسيلة على غير أساس."

يتضح من خلال جواب محكمة النقض أعلاه على إحدى وسائل الطعن بالنقض أنها سايرت محكمة الاستئناف التجارية بالمدار البيضاء في توجيهها المعلن عنه من خلال القرار موضوع الطعن بالنقض، لما صرحت بكون أن أسباب الطعن بالبطلان منصوص عليها بشكل حصري، وأن محكمة البطلان لا ينبغي لها أن تتطرق لموضوع النزاع أو مراقبة سلامة الحل الذي اتخذته الهيئة التحكيمية بشأنه؛

لذلك فموقفنا من القرار موضوع التعليق سنتناوله من خلال نقطتين أساسيتين وهما الطابع الحصري لأسباب الطعن بالنقض

وطبيعة الرقابة وحدودها التي تمارسها محكمة البطلان على الأحكام التحكيمية؛

ثالثاً: موقفنا من النقطة القانونية موضوع التعليق.

من المبادئ القانونية القارة في مجال الطعن في الأحكام القضائية بصفة عامة أن العيوب التي تشكل سبباً يجعل هذه الأحكام محل طعن هي نوعان فهناك ما يمكن تسميته العيب في الإجراء، وهنالك العيب في التقدير، بحيث إن المحكمة عندما تمارس الرقابة من خلال نظرها للطعن فإنها تمارس ذلك من خلال مراقبة وجود هاذين العيبين من عدم وجودهما.

والعيب في الإجراء منطلقه أن الحكم يعتبر عمل قانوني ويخضع لمقتضيات معينة ويجب أن تسبقه أعمال مسطرية إجرائية، ويلزم أن تتم صحيحة لكي ينتج الحكم آثاره القانونية، وأمام عدم احترام ذلك يكون بذلك قد شابته عيب في الإجراء قد يؤدي به إلى البطلان.

أما العيب في التقدير فمنطلقه أن الحكم وفضلاً عن وجوب صدوره كعمل قانوني وفقاً لمقتضيات معينة، فإنه يجب أن يطبق إرادة القانون في النزاع المعروض، فإذا اخطأ في هذا فإنه رغم صحته كعمل قانوني من الناحية الإجرائية فإنه يكون معيباً بمخالفة القانون كالحالة التي يعتبر فيها الحكم قاعدة قانونية معينة موجودة وهي لا وجود لها أو يعتبر قاعدة غير موجودة وهي موجودة أو إذا اعتبر القاعدة القانونية المجردة منطبقة على رابطة معينة أو مركز معين لا يخضع لها.¹

وبذلك فإنه إذا شاب الحكم عيب في الإجراء فإن هذا العيب يمكن أن يؤدي إلى بطلانه أما إذا كان الحكم كعمل قانوني غير معيب

1 - فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الأولى 2007 ص 567.

ولكن به عيب في التقدير، فإنه يكون صحيحا ولكنه غير عادل إذ ينسب إلى المشرع إرادة ليست له.

لكن وعلى الرغم من اختلاف بطلان الحكم القضائي عن بطلان الحكم التحكيمي فدعوى البطلان تتميز بأنها تتوجه إلى الحكم كعمل قانوني بصرف النظر عما يتضمنه الحكم من خطأ في التقدير.¹

ولذلك فإنه بالرجوع إلى حالات البطلان التي تقرها جل التشريعات بالنسبة للحكم التحكيمي، فإنه يتضح بصفة عامة أن العيوب التي يجوز التمسك بها يجب أن تكون أخطاء في الإجراء أي عيوباً إجرائية بحيث تعتبر هذه الأخيرة وحدها هي التي تؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي أما الخطأ في التقدير بمعنى مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تأويله فإنه مهما كانت جسامته لا يؤدي إلى بطلان الحكم وبالتالي لا يجيز رفع دعوى ببطلانه.²

لذلك فالتساؤل الذي يطرح في هذا الصدد لكي نتناول هذه النقطة موضوع التعليق هو ما هي طبيعة الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان وهي تنظر الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي؟ وما هي حدود هذه الرقابة؟ وهل أسباب الطعن بالبطلان حصرية أم

1 - أحمد خليفة شرقاوي أحمد، التنظيم القانوني لبطلان حكم التحكيم، ورقة عمل تم التقدم بها بمناسبة المؤتمر العلمي السنوي الثاني المنعقد بكلية الحقوق جامعة طنطا بتاريخ 30 أبريل 2015 منشور بالموقع الإلكتروني www.Tanta.edu.eg الصفحة 15

2 - من الأحكام القضائية التي قامت بالربط بين العيب في التقدير والعيب في الإجراء وبين الطعن بالبطلان قرار صادر عن محكمة التمييز بدبي- الإمارات جاء فيه: " وعلى ما هو مقرر في قضاء هذه المحكمة -أن دعوى بطلان حكم المحكم إنما توجه إلى بطلان المحكم بوصفه عملاً قانونياً وتنصب على خطأ في الإجراءات دون الخطأ في التقدير وأن العيوب التي يجوز لمدعي البطلان التمسك بها قد أوردتها المادة المشار إليها علو وجه الحصر بحيث لا يقاس عليها وهي تتعلق بما بالاتفاق على التحكيم أو بخصوصية التحكيم وكل منازعة يثيرها احد طرفي التحكيم طعناً في الحكم الصادر من المحكم وتكون غير متعلقة بالحالات السابقة أو تكون متعلقة بتقدير المحكم للنزاع تكون غير مقبولة" طعن رقم 351 لسنة 2005 قرار بتاريخ 1 يوليوز 2006 منشور بمجلة التحكيم العدد الثالث 2009 الصفحة 298.

أن طالب البطلان يحق له التمسك أمام محكمة البطلان بجميع الوسائل التي سبق له إثارتها أمام الهيئة التحكيمية؟

على مستوى حصرية أسباب الطعن بالبطلان:

القرار موضوع التعليق من أجل أن يخلص للقول برفض الوسائل التي سبق للشركة طالبة الطعن بالنقض أن تمسكت بها برر ذلك بكون أن محكمة الاستئناف (محكمة البطلان) المعروضة عليها دعوى الطعن بالبطلان تتحصر سلطاتها في البحث في جديّة أسباب البطلان التي يعتمدها طالب البطلان من عدمها، المحددة حصريا بمقتضى الفصل 327-36 من قانون المسطرة المدنية، دون أن تتعدها؛

وأنه بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 327. 36 من قانون المسطرة المدنية نجده حدد أسباب الطعن بالبطلان، على سبيل الحصر وهذا يستفاد صراحة من الفقرة الثالثة من هذا الفصل والتي ورد فيها " لا يكون الطعن بالبطلان ممكنا إلا في الحالات الآتية..." بحيث أن هذه الصياغة تفيد أن من غير هذه الأسباب المعدة في هذا الفصل لا يمكن اعتماد أي سبب آخر أمام محكمة الاستئناف المختصة في النظر بالطعن بالبطلان من أجل بطلان الحكم التحكيمي.

لذلك فإننا نخلص إلى أن هذا التوجه القضائي الذي استقرت عليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، ومحكمة النقض من خلال القرار موضوع التعليق ينسجم تماما مع فلسفة التحكيم بصفة عامة، وفيه حماية لفعالية الأحكام التحكيمية الصادرة بالمغرب، لأن محكمة البطلان لا تعتبر درجة قضائية أو استئنافية، ولا ينبغي أن تتم معاملة الحكم التحكيمي بنفس منطق الأحكام القضائية، رغم اشكالية ارتباط دعوى بطلان الأحكام التحكيمية بالنظام الاجرائي لقانون المسطرة المدنية الذي يعتبر نظام خاص بالأحكام القضائية، لذلك نقول أنه وجب التفكير في

وضع نظام إجرائي خاص يتعلق بالطعن في الأحكام التحكيمية وإن كان مشروع القانون رقم 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية لم يحل هذه الإشكالية.

على مستوى طبيعة الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان وحدودها؟

خلص القرار موضوع التعليق إلى أن محكمة الاستئناف وهي تنتظر في الطعن بالبطلان، فإن سلطاتها لا تمتد للنظر في موضوع النزاع أو مراقبة سلامة الحل الذي اتخذته الهيئة التحكيمية ، وهذا في حقيقة الأمر ينسجم مع روح نص القانون 08.05 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية ، وإن كان هذا الأخير لم ينص صراحة على طبيعة الرقابة أو حدودها ، بحيث اكتفى بتعداد أسباب الطعن بالبطلان إلا أن الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان تعتبر رقابة خارجية ، وأن موضوع النزاع لا تمتد إليه رقابتهما إلا في الحالة التي تصرح ببطلان الحكم التحكيمي بعدما تخلص إلى جدية أحد أسباب الطعن المتمسك بها طالب البطلان وذلك طبقاً للفصل 327-37 من قانون المسطرة المدنية الذي جاء فيه ما يلي "إذا أبطلت محكمة الاستئناف الحكم التحكيمي ثبت في جوهر النزاع في إطار المهمة المسندة إلى الهيئة التحكيمية ما لم يصدر حكم بالإبطال لغياب اتفاق التحكيم أو بطلانه"

وهذه الطبيعة الخاصة لهذا النوع من الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان تستمد أساسها من اعتبار أن التحكيم من قبيل العدالة الخاصة، بحيث إنه لا يتلاءم بسهولة مع طرق الطعن الرامية إلى إعادة النظر بالنزاع المنتهي نتيجة صدور الحكم التحكيمي، وبالتالي إحلال حكم القاضي محل حكم المحكم، فرقابة محكمة البطلان عند نظر دعوى البطلان تقتصر رقابتهما على المشروعية أو الصحة بمعنى أنها تنصب فقط على رقابة الطريق التي تم بها اتخاذ المحكم قراره ، وليس عما تم تقريره أو الفصل

فيه، مع الأخذ بعين الاعتبار التحفظ المتمثل في أن لا يتعارض ما فصل فيه الحكم مع النظام العام.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن طرق الطعن في الأحكام هي الوسائل التي حددها القانون لحماية المحكوم عليه من خطأ القاضي، قابلية الحكم القضائي للطعن فيه بالطرق التي حددها القانون توفيقاً من ناحية أولى بين الحجية التي تقتضي احترام الحكم تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ناحية أخرى مصلحة الفرد الخاصة في حصوله على ما يراه حقاً له، ولذلك يتم اللجوء للطعن من أجل طلب تصحيح ما اعترى الحكم الصادر ضد الفرد من أخطاء، وهذا لن يتم إلا من خلال الأسس والمعايير والشروط التي تم وضعها تشريعياً من خلال طرق الطعن ضمن الأجال المحددة.

لذلك فطبيعة الرقابة التي تمارسها محكمة الاستئناف عند نظر دعوى البطلان هي بمثابة التوفيق بين الطبيعة الخاصة للتحكيم وما تقتضيه من سرعة الفصل في النزاع واستقرار الحقوق، وبين ضرورة إصلاح أخطاء حكم التحكيم، دون التدخل في سلطة المحكم من حيث تقديره لوقائع النزاع، وتطبيق القانون عليها، على اعتبار أن أطراف الخصومة التحكيمية هم من يختارون قضاتهم، وهذا يعبر عن المكانة التي يحظى بها عنصر الإرادة في مجال التحكيم، بحيث إن الأطراف لا يختارون المحكمين فقط، بل يختارون القانون الذي يحكمهم، والقانون الذي يحكم موضوع النزاع، ولغة التحكيم، ومكانه، بل وقابلية الحكم

للطعن فيه من عدمه،¹ إلى غير ذلك من التفاصيل التي يجوز الاتفاق عليها.²

كما أن تدخل أغلب التشريعات بهذه المعايير التي تحكم رقابة محكمة البطلان يهدف أساسا لكي لا تكون دعوى البطلان، وسيلة لإضاعة الوقت والمماطلة والتهرب من حجية الحكم التحكيمي، لذلك فحكمة الاستئناف عندما تتدخل باعتبارها محكمة بطلان يجب عليها استحضار هذه المبادئ وعليها الانسلاخ عن الإجراءات الشكلية التي يتم تطبيقها أمامها عند النظر في الطعون الموجهة للأحكام القضائية.

أما بخصوص حدود الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان فتتبعين الإشارة بداية إلى أنه إذا أردنا معرفة الحد الفاصل بين المسائل التي يجب على محكمة البطلان أن تفصل فيها، وتلك التي لا يجوز لها الفصل فيها، فلا بد من ربط ذلك الموضوع بالمنظور من قبل القاضي وهو طلب بطلان حكم التحكيم، بحيث إذا أخذنا بعين الاعتبار أن هذا الطلب لا يستجاب له إلا إذا تحقق سبب من أسباب البطلان التي حددها المشرع، بات من المنطقي القول بأن محكمة البطلان تتقيد بأن تتحقق من وجود أو عدم وجود سبب أو أكثر من هذه الأسباب وفي سبيل الوصول إلى هذا الهدف.

1 - المشرع المغربي شأنه في ذلك كشأن بعض التشريعات الأخرى كرس مبدأ عدم جواز الاتفاق على عدم قابلية الحكم التحكيمي للطعن بالبطلان بحيث أن الحكم التحكيمي يكون قابلا للطعن بالبطلان ولم تم الاتفاق على خلاف ذلك بحيث جاء في الفقرة الأولى من الفصل 327.36 من قانون المسطرة المدنية أنه " رغم كل شرط مخالف تكون الأحكام التحكيمية قابلة للطعن بالبطلان ... " إلا أن المشرع الفرنسي وعل ضوء تعديل 2011 تبني توجها مغايرا بحيث سمح بالاتفاق على عدم قابلية الحكم التحكيمي للطعن بالبطلان في حالة إذا كان قابلا للطعن بالاستئناف بحيث جاء في الفصل 1489 من قانون المسطرة المدنية أن " الحكم التحكيمي لا يقبل الاستئناف ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك . ونص في 1491 على أنه " يكون الحكم التحكيمي دوما قابلا للطعن بالبطلان ما لم يكن الطعن عن طريق الاستئناف متاحا وفقا لاتفاق الأطراف " إلا أن المشرع الفرنسي بخصوص التحكيم الدولي نص في الفصل 1518 على أن الحكم التحكيمي الصادر بفرنسا يقبل فقط الطعن بالبطلان.

2 - محمد رشيد الميقاتي، تنفيذ أحكام المحكمين الوطنية، دراسة مقارنة، مطبعة المعرفة الطبعة الأولى 1996، ص: 283 وما يليها.

بحيث إن محكمة البطلان إن كان لها الحق في رقابة أي إجراء من إجراءات التحكيم، فإنها في نفس الوقت لا تملك الصلاحية في رقابة أي إجراء من إجراءات التحكيم، إذا كان هذا الإجراء غير متعلق بسبب من أسباب بطلان حكم التحكيم.¹

وتطبيقاً لذلك تعتبر محكمة البطلان خارجة عن حدود صلاحياتها² إذا تعرضت للحكم التحكيمي أو تصدت له من ناحية الموضوع، كأن تعتبر تفسير المحكم للقانون تفسيراً غير صحيح، أو أن تعتبر تفسيره للبيانات المقدمة إليه تفسيراً خطأ، إذ أن التأكد من وجود أو عدم وجود أي سبب من أسباب البطلان، لا يستدعي البحث في موضوع النزاع بحيث يتضح مبدئياً أن جميعها تدور حول مسائل قانونية بحتة لا يرتبط التحقق من وجودها بموضوع النزاع، وذلك باستثناء سبب واحد هو خروج المحكم عن حدود اتفاق التحكيم حيث يستدعي تقصي هذا السبب البحث في موضوع النزاع لمعرفة ما إذا كان المحكم قد خرج عن حدود الاتفاق أم لا، ولكن في الحدود اللازمة لذلك ودون تجاوزها، مع الإشارة إلى أن ذلك ممكن فقط إلى غاية أن المحكمة لم تصرح ببطلان الحكم التحكيمي بحيث إنها بعد ذلك تتطرق إلى موضوع النزاع في حدود المهمة التي كانت مسندة للهيئة التحكيمية.

1 - مراد محمود يوسف الشنيكات، فسخ قرار التحكيم الأجنبي كأحد أوجه الرقابة القضائية للقضاء الوطني، مقال منشور بمجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية العدد الثامن لسنة 2014 الصفحة 231.

2 - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف ببيروت " وأنه لا مجال لطالب الإبطال أن يلزم المحكم بالأخذ بأسباب محددة ذلك أنه يعود له وحده أن يستند إلى الأسباب دون سواها إذا كان من شأن تلك الأسباب تكوين قناعته، علماً أنه لا يعود لهذه المحكمة في معرض الطعن الراهن الرامي إلى إبطال القرار التحكيمي البحث في الأسباب المتعلقة بأساس النزاع الذي كان معروضاً على المحكم، ذلك أن الطعن بطريق الإبطال يجيز لهذه المحكمة إجراء رقابتها على القرار التحكيمي سنداً لأحكام المادة 800 م م م للتثبت من مدى توافر شروطها" قرار عدد 2011/313 الصادر بتاريخ 3 مارس 2011 منشور بمجلة التحكيم العالمية عدد 10 نيسان لسنة 2011 السنة الثالثة الصفحة 448.

وختاماً فصفوة القول أننا نخلص إلى ان طبيعة الرقابة التي تمارسها محكمة البطلان بصدد نظرها للطعن بالبطلان هي أنها رقابة خارجية ومحدودة وأن التشريعات التي جعلت الطعن بالبطلان السبيل الوحيد لبسط هذه الرقابة تكون موفقة في ذلك أكثر من غيرها كذلك التشريعات التي أجازت الطعن بالاستئناف إلى جانب الطعن بالبطلان، على اعتبار أن دعوى بطلان حكم التحكيم هي أسلوب جامع لما يمكن أن تنطوي عليه أسباب الطعن على حكم التحكيم، باعتبارها الأسلوب المناسب لطبيعة التحكيم وآلياته.

مقالات باللغتين الإنجليزية والفرنسية