

التحكيم في منازعات عقود المقاولات العمومية وحدود التحول في ضوء مستجدات قانون التحكيم المغربي الجديد رقم 95.17

Arbitration in public contracting contract disputes and the limits of transformation in
the new Moroccan Arbitration Law No. 95.17

الدكتور محمد علالي

دكتور في القانون الاقتصادي

أستاذ باحث بالمركز الجهوي لمهن التربية والتكوين لجهة سوس ماسة/أكادير

allalicrmef@gmail.com

الملخص:

ينظر عادة إلى التحكيم، باعتباره واحدا من أبرز الضمانات القوية، المؤسسة لمناخ أعمال يتمتع بالجاذبية اللازمة لاستمالة الرأسمال الخاص، وذلك نظير ما يتيح من إمكانيات لبناء الثقة لدى المستثمرين، اعتمادا على توفير شروط التعاقد المبني على إرادة الأطراف، وتقرير إنفاذ ما يقررونه ضمن نطاق ما يسمح به القانون في حال وقوع النزاع. وإذا كان التحكيم في المجال التجاري، يستند في أصله وبشكل مطلق، إلى إرادة الأطراف، وذلك حال تعلق الأمر بتعاقد بين أشخاص القانون الخاص، فإن المسألة ظلت دوما - حال كون أحد الأطراف شخصا عاما - محاطا بجملة من المقتضيات التي تحد من سلطان إرادة الأطراف، حيث يظهر ذلك على الخصوص في إقرار مسطرة خاصة على مستوى نفاذ الحكم التحكيمي، وأيضا على مستوى وضع اشتراطات نوعية تتعلق بشكليات الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، وكذا إبرام الاتفاق الناتج عنه. غير أن هذه التقييدات، ظلت دوما تظهر في حكم النشاط المخالف لطبيعة وفكرة التحكيم، وهو ما جعلها - ضمن التشريعات المقارنة دون استثناء - موضوع إعادة نظر مستمر، وذلك في اتجاه الانسجام مع حقيقة وجوهر التحكيم كنظام لفض المنازعات. وهنا لا يخرج التأطير التشريعي للموضوع على المستوى الوطني، عن هذا النسق من المرونة والسعي المستمر لإعادة النظر، وهو ما نحاول ضمن هذه الدراسة الوقوف عنده وتقييم درجته، من خلال تعرف جملة التحولات التي طرأت على هذا المستوى، انطلاقا من رصد مقارن، بين القانون الملغى رقم 08.05 لسنة 2007، والقانون الجديد رقم 95.17 لسنة 2022، وذلك بالتركيز خصوصا على نوع من أنواع التعاقد الذي تحضر فيه الأشخاص العامة، وهو عقود المقاولات العمومية. **الكلمات المفتاحية:** التحكيم - التحكيم في عقود المقاولات العمومية - القطاع الخاص - الحصانة القضائية - النظام العام - الأمن القانوني.

Abstract :

Arbitration is often viewed as one of the most powerful guarantees, establishing a business climate with the attractiveness necessary to attract private capital, due to the possibilities it provides to build confidence among investors, based on providing the terms of the contract based on the will of the parties, and deciding to enforce what they decide within the scope of what the law allows in the event of a dispute.

If arbitration in the commercial field is based, in its origin and absolutely, on the will of the parties, when it comes to a contract between persons of private law, then the issue has always remained - when one of the parties is a public person - surrounded by a set of requirements that limit the authority of the will of the parties, as this appears in particular in the approval of a special procedure at the level of the enforcement of the arbitral award Also at the

level of setting qualitative requirements related to the formalities of the agreement to resort to arbitration, as well as concluding the resulting agreement.

However, these restrictions have always appeared in the discordant ruling that contradicts the nature and idea of arbitration, which has made it - within comparative legislation without exception - the subject of continuous reconsideration, in the direction of harmony with the reality and essence of arbitration as a dispute resolution system. Here, the legislative framework for the issue at the national level does not deviate from this system of flexibility and the continuous effort to reconsider, which is what we are trying within this study to stand on and evaluate its degree, by identifying the set of transformations that have occurred at this level, based on a comparative monitoring, between the repealed Law No. 08.05 of 2007, and the new Law No. 95.17 of 2022, by focusing in particular on a type of contract in which public persons are present It is general contracting contracts.

Keywords : arbitration - arbitration in public contracting contracts - private sector - judicial immunity - public order - legal security.

مقدمة:

لقد ظلت الدولة ولفترات زمنية طويلة سابقة على فترة الخمسينيات من القرن الماضي، ملتزمة بتكريس توجه اقتصادي بأبعاد اجتماعية وسياسية، قائم على السهر على تلبية حاجيات الأفراد والمجتمع في مجالات مخصوصة، مرتبطة جميعها بهدف خاص ومقصود لذاته، وهو الرغبة في تحقيق الاستقرار خصوصا في مستوييه السياسي والاجتماعي، من خلال ضمان توفير حاجيات المواطنين، كوجه من أوجه الالتزامات الأصيلة لهذه الدولة اتجاه مواطنيها.

ولئن كانت الدولة في إطار السعي إلى تحقيق هذا الهدف الأسى - ضمن إطار التدخل في المجال الاقتصادي بمعناه الضيق والمحدود - قد صبت جهودها، وكرست طاقاتها في سبيل ضمان حاجيات تقليدية/روتينية، مرتبطة ببعض الخدمات، ذات النفع العام، فإن مخلفات وتحولات ما بعد الحرب العالمية الثانية، ممثلة في الحاجة إلى إقلاع اقتصادي يمكن من تجاوز الآثار المدمرة لتلك الحرب وسابقتها، فضلا عن بروز تنافس اقتصادي وسياسي بين القوى العظمى، التي استفادت من الثورة الصناعية، قد أدت كلها، إلى إعادة صياغة مفهوم التنمية الاقتصادية، وبالتالي إعادة بناء آلياتها، وطرق مباشرتها، إن على المستوى القانوني، أو على المستويين التقني والفني.

من هنا، وتحت تأثير/ضغط هذه المتغيرات الهيكلية، فقد بدأ الفكر الاقتصادي، في إرساء معالم نموذج اقتصادي، قادر على استيعاب تحولات المرحلة الجديدة، وتوفير الإطار الناجع لاحتواء رهاناتها، والدفع بعجلة التنمية، من خلال إعادة النظر في فلسفة التدخل التي تتبناها الدولة كفاعل اقتصادي، بما يمكنها من تحقيق نوع من التكيف بين متطلبات الإنجاز الذي تلزم به على المستوى الاقتصادي، وكذا الاضطلاع بأدوارها في قيادة قاطرة التنمية على الصعيد الوطني.

هذا، وقد كان من بين أهم ما أفرزه هذا التحول الاستراتيجي، دعم حضور آلية/ميكانيزم اقتصادي جديد، هو المؤسسة الاقتصادية العمومية تحت مسمى "المقاولة العمومية"³⁸¹⁰، ضمن إطار أشمل هو المرفق العام الاقتصادي، والتي نظر إليها،

3810 - يتوفر المغرب، بحسب الإحصائيات الصادرة عن وزارة الاقتصاد والمالية، على إثنين وأربعين (42) مقاولة عمومية ذات مساهمة مباشرة من الخزينة، منها المجمع الشريف للفوسفاط، ومجموعة الهيئة العمران، والشركة الوطنية للطرق السيارة بالمغرب، وريد المغرب، والقرض الفلاحي للمغرب والوكالة المغربية للطاقة الشمسية، والشركة المغربية للهندسة السياحية، وشركة الخطوط الجوية الملكية المغربية. كما أن المساهمة العمومية في هذه المقاولات تتميز بالأغلبية في 33 مقالة، أي 79 % من مجموع المقاولات العمومية. وتتوفر بعض المؤسسات والمقاولات العمومية على شركات تابعة لها أو مساهمات وعددها 436 وحدة منها 195 تملك فيها الدولة الأغلبية (مساهمة عمومية مباشرة وغير مباشرة تفوق 50%).

https://www.finances.gov.ma/ArMa/pages/suivi_portefeuille.aspx

عن موقع وزارة الاقتصاد والمالية:

باعتبارها أداة الدولة لمباشرة الاستثمار، وتدبير المشاريع الاستراتيجية، في القطاعات المختلفة، حيث تم إنشاء عدة مؤسسات اقتصادية تابعة للدولة، هدفها تسريع وتيرة التنمية الاقتصادية والسوسيو اقتصادية، عن طريق مباشرة الاستثمار في قطاعات إما لطابعها المهيكل والاستراتيجي، أو لعدم وجود من يقوم بأدوارها من القطاع الخاص، وذلك للحفاظ على دينامية الإنجاز، وسيرورة التطور³⁸¹¹، واستدامة الخدمة العمومية.

لكن وإن كان الرهان معقودا على هذا الإطار الجديد في الرفع من وتيرة الاستثمار، بما ينعكس إيجابا على التنمية عموما، فإن الأمر بقي، وسبق كذا، مرتبنا على مستوى تحقيقه الناجع بمتغيرات أخرى، أهمها الفاعل الاقتصادي الخاص، الذي أصبح لا غنى عنه في سياق الحياة الاقتصادية المعاصرة، بما فيها تلك المرتبطة بالسياسات التي تتبناها الدولة على الصعيد الاقتصادي. فالدولة وإن كان لها السبق والأولوية في قيادة، وبرمجة المشاريع الاقتصادية المختلفة ذات البعد الاستراتيجي، إلا أن مسألة التنفيذ غالبا ما تبقى مرهونة بالقطاع الخاص، الذي أصبح متحكما في متطلبات الانجاز من يد عاملة مؤهلة، وإمكانات مالية لازمة، فضلا عن التكنولوجيا المطلوبة، والقدرة على مسيرة التحولات المستجدة، وتشبيك العلاقات مع الفاعلين الدوليين، تيسيرا لعملية نقل الخبرة والتحصدي لإكراهات التمويل والإنجاز على الأرض.

وقد كان من نتائج هذا الواقع الجديد أن شهدت موازين القوة تغيرا لصالح الفاعل الاقتصادي الخاص، الذي أصبح مقتنعا بحقه في تغيير القواعد القانونية، التي تؤسس لعلاقته مع الفاعل المعنوي العام، من خلال تكريس توجه جديد، قوامه الارتكاز في بناء تلك العلاقة على المبدأ التفاوضي، الذي يحتفظ فيه الجميع بنفس القدرة على التفاوض، والدفاع عن المصالح الخاصة، واستثمار نقاط القوة التي يملكها واقعا أو حكما.

وهنا نسجل اتجاها مطردا على مستوى اعتبار مسألة فض النزاعات، واحدة من المسائل التي ما فتئ الطرف الخاص في عملية العقد، يركز عليها في إطار تأسيس علاقته مع الطرف العام في العقد. فكان التنصيص على الوسائل البديلة لحل النزاعات، خصوصا التحكيم³⁸¹² والوساطة، غاية من الغايات التي يسهر المتعاقد الخاص على بلوغها في إطار صياغة العقود المحددة للحقوق، وللالزامات والتحملات المتبادلة بين طرفي العلاقة التعاقدية.

بل إن الدول، ومنها المغرب، قد أصبحت تبادر، في إطار سياسة تشجيع الاستثمار ودعوة المستثمرين الخواص إلى الانخراط في المخططات الاقتصادية الاستراتيجية، التي تضعها الدولة وأجهزتها المختلفة، إلى تضمين الإطارات القانونية العامة الخاصة بهذا الموضوع، ما يتصل بآليات فض النزاعات الممكن نشوبها بمناسبة تنفيذ تلك العقود، أو بمناسبة تأويل بنودها.

³⁸¹¹ - تلعب المؤسسات والمقاولات العمومية دورا مركزيا في تنزيل السياسات العمومية. ففي العديد من القطاعات الاقتصادية تم تحويل المخططات التنموية لهذه الأجهزة، إلى استراتيجيات قطاعية، وذلك بفضل الوسائل الهامة المتوفرة لدى المؤسسات الكبرى، وبفضل ما طورته من خبرة، وما تتميز به من انفتاح على المستوى الدولي 418. ومنذ سنة 2000، أصبحت المقاولات العمومية فاعلة في جل قطاعات النشاط الاقتصادي، كما بادرت إلى إنجاز العديد من المشاريع الهيكلية. فالاستراتيجيات القطاعية التي اعتمدها الدولة، وتتحملها المؤسسات العمومية بشكل مكثف، أصبحت عمليا تغطي كل القطاعات الاقتصادية الرئيسية: الطاقة، والبنية التحتية، والفلاحة، والصيد البحري، والصناعة، وإنعاش الصادرات، واللوجستيك، والتكوين المهني إلخ. وقد أسفر هذا الدور المتنامي للمؤسسات والمقاولات العمومية، عن إحداث دينامية عززت مساهمة هذه الأجهزة في خلق الثروات، حيث أصبحت المستثمر العمومي الأول، متقدمة بذلك، بشكل واضح، على كل من الدولة والجماعات الترابية. وقد استطاعت الاستثمارات المنجزة من لدن المقاولات العمومية، أن توفر لبلادنا بنيات تحتية جيدة، مما جعلها محركا هاما للنمو الاقتصادي، وعاملا محددًا في الإقلاع الذي عرفه عدد كبير من فروع الأنشطة الاقتصادية.

التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2015، ص 416.

³⁸¹² - جاء في المادة الأولى من القانون 95.17 لسنة 2022، أن المقصود بالتحكيم، هو "عرض نزاع على هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع، بناء على اتفاق تحكيم". وبشكل هذا التعريف، استدراكا لخطأ في تدقيق مفهوم التحكيم، اعترى التعريف السابق الذي تضمنه الفصل 306 من القانون 08.05 لسنة 2007، والذي جاء فيه، أنه: "يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم". وهو ما يمكن أن يفهم منه، أن "التحكيم"، يتحدد في تعريفه بتحقيق الغاية التي هي حل النزاع، مما ينقل دلالاته من نطاق إرادة الأطراف، إلى إطار عمل المحكم أو الهيئة التحكيمية، لكن ليس في مطلقه، وإنما حال تحقق الغاية منه، وهي حل النزاع. وهذا أمر غير سليم كما هو واضح، من خلال هذه الإشارة، ذلك أن مجرد عرض الأطراف للنزاع على الهيئة، يعتبر لجوءا إلى التحكيم، بغض النظر عن مآل العملية التحكيمية. وأن حل النزاع يفضي إلى مفهوم "الحكم التحكيمي" كنتيجة، وليس "التحكيم" كممارسة.

غير أن ما يبقى مؤكدا أيضا، أن مجرد التنصيص على هذه الوسائل البديلة لحل النزاعات، ليس مما يحقق الكفاية النوعية والنجاعة المطلوبة، بل إن الأمر يفترض تحقق الحدود المعقولة من الفاعلية القانونية في بعدها الإجرائي والموضوعي، حتى تقوم هذه الوسائل بأدوارها في تحقيق الأمن القانوني والقضائي، الذي تنشده الأطراف المتعاقدة، خصوصا المتعاقد الخاص، وبالتالي توفير مقومات البيئة الاستثمارية الجاذبة في جانبها القانوني.

وهذه رهانات تبدو أكثر إلحاحا، في ظل انفتاح المجال القانوني على فروع قانونية، تسعى إلى عوامة القاعدة القانونية، بما يمكن من تجاوز، إكراهات التشريع الوطني وأساسه التي ينبني عليها، نحو تشريع يوحد - إلى حد بعيد - أسس التعاقد بين أطراف العلاقة التعاقدية، وهنا يبرز القانون الدولي للاستثمار³⁸¹³.

ولأن غايتنا تتأسس على تناول التجربة الوطنية في هذا الباب، استنادا إلى منهج مقارنة يمكن من قياس مدى تطورها، ورصد جوانب تميزها واختلافها، في علاقتها بغيرها من التجارب المشابهة، فإن استقراء تجربة المشرع المغربي في هذا الموضوع، تكشف - ومن منظور مبدئي - أن هناك نوعا من الريادة التشريعية بخصوص موضوع التحكيم عموما، والتحكيم في المادة الإدارية، بما فيها منازعات عقود المقاولات العمومية على وجه الخصوص. كما يكشف نفس المنظور، في الآن ذاته، عن ازدواجية³⁸¹⁴ في التعامل مع موضوع التحكيم في أكثر من مستوى، وخصوصا التحكيم في عقود المقاولات العمومية كعقود إدارية، هذا بالرغم من التجديد الذي مس النظام القانوني للتحكيم في المغرب³⁸¹⁵. مما يطرح أسئلة حول دوافع هذه الازدواجية، وأيضا حول مسألة أكثر عمقا، تتصل بدرجة الوعي بهذه الآلية نفسها، في رفع منسوب الثقة لدى المستثمرين الخواص؛ الوطنيين والدوليين، وفي توفير شروط النجاعة القضائية، لضمان حل النزاعات الناشئة عن عقود الاستثمار، ذات الطبيعة الوطنية ونظيرتها الدولية.

من هنا نتحدد إشكالية بحثنا في طرح السؤال حول ثبات مبررات التحفظ المعروفة تقليديا في الاعتراف للتحكيم بدوره الفاعل في منازعات عقود المقاولات العمومية، خصوصا في ضوء مقتضيات القانون الجديد للتحكيم والوساطة الاتفاقية لسنة 2022، مقارنة بنظيره المنسوخ لسنة 2007. هذا بالإضافة إلى رصد مظاهر تلك الازدواجية المشار إليها سلفا، وقياس درجة ثبات قوتها ورسوخها، في علاقة بنفس منطق المقارنة السالف الذكر، وكذا التساؤل عن مبرراتها التي تضمن لها الاستمرارية في خلفية المشرع، ومدى جدية أسبابها، فضلا عن محاولة الكشف عن مدى انسجام وثبات مقتضياتها وأساسها، داخل النسق العام الذي يحكم، وينظم العملية التحكيمية برمتها استنادا، إلى ما ينص عليه القانون 95.17، المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، وكذا بعض القوانين الخاصة ذات الصلة³⁸¹⁶.

3813 - يتحدد القانون الدولي للاستثمار (DII)، باعتباره النظام القانوني الذي يحكم الاستثمارات المنجزة من طرف شخص طبيعي أو معنوي ينتمي لدولة ما، داخل المجال الجغرافي لدولة أخرى.

3814 - حيث إن من نماذج التمثيل العملي لمنطق الازدواجية المشار إليه أعلاه، ما يتعلق بنطاق التحكيم في هذا النوع من المنازعات، وبمستوى ونوعية التدخل القضائي في موضوع التحكيم في المادة الإدارية - بما تشمله من منازعات المقاولات العمومية - بين التحكيم الداخلي ونظيره الدولي، استنادا إلى ما نص عليه الفصلان 26-327، و46-327، من القانون 08.05، المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 دجنبر 2007، ص 3894.

3815 - القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.22.3 بتاريخ 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022). ج.ر عدد 7099، بتاريخ 13 ذي القعدة 1443 (13 يونيو 2022)، ص 3579. والذي نسخ أحكام الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية (القانون 08.05، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007. ج.ر عدد 5584 بتاريخ 06 دجنبر 2007، ص 3894).

3816 - خصوصا:

أ- تلك المتعلقة بالمجال الضريبي وأولها المادة 244 من المدونة العامة للضرائب، بعنوان تمثيل مديرية الضرائب والتحكيم، والتي جاء فيها: "بصرف النظر عن جميع المقتضيات المخالفة - تتمثل مديرية الضرائب بكيفية صحيحة أمام القضاء، مطالبة كانت أو مطلوبا ضدها، بمدير الضرائب أو الشخص الذي يعينه لهذا الغرض والذي يمكنه، إن اقتضى الحال، توكيل محام؛ - لا يمكن للمنازعات المتعلقة بتطبيق القانون الجبائي أن تكون موضوع تحكيم".

ب- أو تلك المتعلقة بالاستثمار، ونخص بالذكر المادة 36 من القانون الإطار رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار، التي جاء فيها: "يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أنه سيتم إجراء تسوية ودية لأي خلاف يتعلق بالاستثمار، قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر، وذلك قبل إقامة أي دعوى قضائية أو اللجوء إلى التحكيم".

وعلى سبيل تذكير تناولنا للإشكالية المذكورة، مبنيا على محورين رئيسيين هما:

- أولا: أسس الطبيعة الخلافية لاتفاق التحكيم في عقود المقاولات العمومية.
 - ثانيا: التدبير الإجرائي للطبيعة الخلافية للتحكيم في إطار منازعات المقاولات العمومية في التشريع الوطني.
- المبحث الأول: أسس الطبيعة الخلافية لاتفاق التحكيم في عقود المقاولات العمومية.

عديدة هي آليات التطوير والقيادة في المجال الاقتصادي، والتي أصبحت الدول، تعتمد عليها وتعول عليها لترجمة تصوراتها الخاصة، ووضع خططها، القطاعية والاستراتيجية على السواء موضع تنفيذ، بهدف الرفع من القيمة التنافسية والاستغالية لمواردها الاقتصادية، وكذا لتنويع سلة الإنتاج الوطنية ذات القيمة المضافة لاقتصاداتها. غير أن الدولة ومختلف بنيتها، وآلياتها، وأجهزتها المؤسساتية، بما فيه المقاولات العمومية، تبقيان في هذا السياق، أهم هذه الآليات، خصوصا بالنسبة للدول المصنفة كدول عالم ثالث.

ذلك أنه - وتحت ضغط إكراهات الواقع بمختلف تجلياته السياسية، الاقتصادية، المالية، التكنولوجية والبشرية، فضلا عن مخلفات الفترات الاستعمارية من التاريخ الوطني لهاته الدول - فإن المؤسسة والمقاولات العمومية، تبقى الرافعة الأساسية، والهيكل المؤسسي المعول عليه، قصد قيادة قاطرة التنمية الاقتصادية الوطنية، التي تبقى بدورها مرتبنة في ديناميتها عامة، لاستغلال الموارد الطبيعية التي تتوفر عليها البلاد³⁸¹⁷.

لكن بالنظر لغياب إمكانيات الاستغلال الذاتي للموارد، وبالنظر أيضا لمستلزمات الاستغلال نفسه، الذي يفترض التوفر على بنيات تحتية ملائمة، وقدرات مالية وتكنولوجية، وأيضا عناصر بشرية مؤهلة، وهي العناصر التي تفتقر إليها الدول صاحبة تلك الموارد، فإن كثيرا من تلك الدول، وجدت نفسها مضطرة لإعلان استعدادها للاستعانة بقدرات القطاع الخاص، الذي يبقى في معظم الحالات خارجيا، في شكل شركات وطنية أجنبية، أو شركات متعددة الجنسية، التي تقرر استعدادها للانخراط في عمليات الاستثمار المؤطرة بعقود المقاولات العمومية، بضرورة توفر شروط وضمانات قانونية وقضائية، يأتي التحكيم على رأسها.

ظهر شريف رقم 1.22.76، صادر في 14 من جمادى الأولى 1444 (9 ديسمبر 2022) بتنفيذ القانون - الإطار رقم 03.22 بمثابة ميثاق الاستثمار. ج.ر عدد 7151 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1444 (12 ديسمبر 2022)، ص 7900.

وعلاوة على هذه النقطة، فإننا نسجل أن المشرع، وفيما يشبه إعادة الاعتبار لخصوصية التحكيم، من حيث كونه اختيارا لهيئة البت والقانون المطبق، قد خفف من الضوابط المقيدة للجوء إلى التحكيم، وذلك في علاقة بالقانون الإطار المنسوخ رقم 95.18 بمثابة ميثاق الاستثمار، من خلال مادته السابعة عشرة، والتي كانت تشترط اللجوء إلى التحكيم وفقا لمقتضيات القانون المذكور، وأهمها أن يكون ذلك في إطار، وضمن حدود، ما صادق عليه المغرب من الاتفاقيات ذات الصلة. فقد جاء في المادة المشار إليها ما يلي:

"يمكن للمنشآت التي يكتسي برنامج استثمارها أهمية كبرى بالنظر إلى مبلغه، أو عدد مناصب الشغل القارة التي سيحدثها، أو المنطقة التي سينجز فيها، أو التكنولوجيا التي سيحولها، أو مدى مساهمته في المحافظة على البيئة، أن تبرم مع الدولة عقودا خاصة تخول لها، إضافة إلى الامتيازات المنصوص عليها في هذا القانون، والنصوص المطبقة له، الإعفاء الجزئي من النفقات الآتي ذكرها:

- نفقات اقتناء الأرض اللازمة لإنجاز الاستثمار؛
- نفقات البنيات الأساسية الخارجية؛
- مصاريف التكوين المهني.

يمكن أن تتضمن العقود المشار إليها أعلاه، بنودا تقضي بفض كل نزاع قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي بخصوص الاستثمار، وفقا للاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب في ميدان التحكيم الدولي".

ظهر شريف رقم 1.95.213 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995) بتنفيذ القانون الإطار رقم 95.18 بمثابة ميثاق للاستثمار. ج.ر عدد 4335 بتاريخ 6 رجب 1416 (29 نوفمبر 1995)، ص 3030.

³⁸¹⁷ حيث يبقى قطاع استخراج وتسويق الموارد الطبيعية أهم نشاط اقتصادي في الدول المصنفة دول العالم الثالث، فقد ورد في ديباجة النظام الأساسي للمركز الإفريقي لتنمية الموارد المعدنية، المعتمد في إطار الدورة السادسة والعشرون للمؤتمر المنعقدة في 31 يناير 2016 بأديس أبابا بإثيوبيا: "إن الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي تأخذ في الحسبان أهمية المعادن والموارد الطبيعية، لاسيما في مجال الإسهام في النمو الشامل والتنمية المستدامة، من خلال توفير فرص العمل وخاصة للشباب والنساء، وتوليد الثروة والقضاء على الفقر مما يقود إلى التحول الهيكلي الاجتماعي والاقتصادي للاقتصاديات الإفريقية".

غير أن الدولة ومؤسساتها ومقاولاتها العمومية، كثيرا ما تبدي تحفظا على مسألة إدراج شرط التحكيم في عقودها الاستثمارية، التي تجمعها مع القطاع الخاص، وهي إن أدرجته وقبلت بتضمين العقد شرط تحكيم، فإن ذلك إنما يكون وفق قواعد، وضمن حدود لا ترقى بالتحكيم في هاته العقود، إلى مستوى نظيره في عقود القانون الخاص.

هذا الواقع يجعل من شرط التحكيم مثار خلاف بين طرفين؛ فهو بالنسبة للمستثمر الخاص شرط واقف، وأساس لازم، لتحقيق قبوله الدخول في علاقة تعاقدية مع الشخص العام، استنادا إلى المميزات التي يضمنها لصالحه (مطلب ثان)، وهو في نفس لأن - استنادا لوجهة نظر الشخص العام - مثار تحفظ، بالنظر لخصوصيات العقد الإداري وما يتميز به على المستويين القضائي والتشريعي وفق ما تكرر فقها وقضاء (مطلب أول).

المطلب الأول: اتفاق التحكيم في عقود المقاولات العمومية انتهاك لخصوصيات العقد الإداري.

غالبا ما يستند الرأي والاتجاه الذي يمنع التحكيم في العقد الإداري، وبالتالي في المقاولات العمومية، إلى اعتبارات تتوزع بين ما هو حمائي، ممثلا في النظام العام (الفقرة الثانية)، وما هو سيادي تحت مسمى الحصانة القضائية للدولة (الفقرة الأولى).

الفقرة الأولى: الحصانة القضائية للدولة:

من المعلوم أن التحكيم، ما هو في النهاية إلا نوع من القضاء الخاص، والذي سمح المشرع - وتحت ضغط العوامل المختلفة، ويهدف تحقيق المزايا المعلومة 3818 - للأشخاص والمؤسسات باللجوء إليه لوضع حد للنزاعات الناشئة بينهم، بفعل المعاملات التي تربطهم.

لذلك فإنه يبقى في النهاية، سلبا للاختصاص القضائي، كاختصاص حصري للسلطة القضائية، باعتبارها واحدة من بين السلطات الثلاث الضامنة للمفهوم الديمقراطي، وللديمقراطية في معناها الشامل، كممارسة في الحكم.

وإذا كان من المستساغ قبول اللجوء إلى التحكيم، لفض النزاعات الناشئة بين الأطراف المختلفة، سواء كانت هذه الأطراف أفرادا، أو جماعات، أو مؤسسات، ضمن نطاق اختصاص القانون الخاص، فإن الأمر غير ذلك من وجهة نظر الكثيرين، عندما يتعلق الأمر بقضية تدخل فيها الدولة، أو إحدى هيئاتها العامة طرفا. فكيف يكون ذلك، والدولة إلى عهد قريب، لم تكن لتقبل حتى بمقاضاتها أمام السلطة القضائية نفسها، والتي تشكل واحدة من أسس قيامها، فما بالك بقبولها التقاضي أمام هيئة قضائية خاصة قد تكون أجنبية 3819، تسمى الهيئة التحكيمية، وتعتمد قانونا غير وطني، مما يعد من وجهة نظر كلاسيكية، انتهاكا للحصانة القضائية.

فالحصانة القضائية للدولة (L'IMMUNITÉ DE JURIDICTION)، جزء أساسي وأصيل من سيادتها المعترف لها بها في إطار القانون الدولي العام، ومفادها أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية، في مواجهة قضاء الدولة الأجنبية، تأسيسا على فكرة أصل في مفهوم الدولة هي السيادة والاستقلال، والتي يترتب عنها مبدأ المساواة بين الدول، وعلى ذلك لا يجوز لأي دولة، أن تخاصم دولة أجنبية أمام قضائها الوطني، لأن كل دولة في علاقاتها المتبادلة، مع الدول الأخرى، تحرص على ألا تخضع لغير سلطان القضاء فيها 3820.

وتجد فكرة الحصانة القضائية للدولة سندها بشكل غير مباشر، وبالإضافة إلى ما سبق، في مفهوم المرفق العام، الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه وصيانته، وضمان قيامه بمهمته، وبالتالي تكفل لها التشريعات المختلفة الوطنية والدولية، كل ما ييسر لها

3818 - أهم تلك المزايا، هي السرعة في البت في النزاع، وتكريس الطابع الرضائي والاعتراف بسلطة الإرادة في التأسيس لمجموعة من عناصره ومقوماته، والحفاظ على سرية المعاملات والمستندات الرائجة بخصوص النزاع، وتحرير التخصيص الذي يتميز به المحكم، وتجنب تعقيد وطول الإجراءات، وهذه كلها مزايا لا يضمنها القضاء الرسمي للأطراف.

3819 - حيث يتعمق هذا الإشكال أكثر، عندما يتعلق الأمر بقضية من قضايا التجارة الدولية، والتي تكون فيها الدولة حال تضمين العقد شرط التحكيم، أمام سيناريو الخضوع لسلطة هيئة تحكيمية قد تكون أجنبية، أو سلطة مركز تحكيمي دولي، وهي التي كانت تأبى الخضوع لأي هيئة قضائية غير وطنية، كون ذلك مما ينتهك سيادتها وحصانها القضائية.

3820 - علي معي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات وأحكام محاكم التحكيم - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الطبعة 2008، ص 219.

القيام بمهمتها اتجاهه، ومنها فكرة "الحصانة القضائية"، والتي تجعله محميا من كل تدخل خارجي عن نطاق الدولة التي ينتهي إليها.

فعملية تنفيذ المرفق العام، تدخل في المجمل ضمن الأعمال الأساسية؛ أي السيادة للدولة، لأن الأعمال التي لا تدخل ضمن الوظائف السيادية، أي أعمال التسيير، تتجرد فيها الدولة من حصانتها.

وقياسا على القضاء الوطني في علاقته بالنزاع الدولي، فقد اعتبر التحكيم كذلك من طرف كثيرين، بمثابة قضاء أجنبي، وكذلك، وهذا بالأحرى أجدد بالاعتبار، المراكز الدولية للتحكيم، التي هي بمثابة منظمات أجنبية، مما يمنع معه عليهما، نظر نوع من النزاعات، وهي النزاعات الخاضعة للقانون العام³⁸²¹.

لكن إذا سلمنا بأن الحصانة القضائية أمر مكتسب للدولة، في الحالة التي تباشر فيها القيام بأحد أعمال السيادة، أفلا تملك هذه الدولة حق التنازل عن هذه الحصانة بموجب بند أو اتفاق مستقل، يترجم رغبتها في العدول عنها إراديا (Renonciation)؟ بمعنى آخر ألا يمكن اعتبار قبول الدولة لاتفاق التحكيم، وعرض النزاع على الهيئة التحكيمية، الوطنية أو الأجنبية، أو مركز من المراكز التحكيمية الوطنية أو الدولية، بمثابة تنازل صريح عن التمسك بهذه الحصانة في مواجهة الطرف المتعاقد الخاص؟ جوابا على هذا السؤال، وكشأن كل القضايا الخلافية، فقد انقسم الفقه إلا اتجاهين، أولهما يفتي بعدم إمكانية التعويل على اتفاق التحكيم، للتدليل والاحتجاج بتنازل الدولة عن حصانتها القضائية³⁸²². غير أن الاتجاه الغالب، هو الذي يعتبر أن وجود بند اتفاق التحكيم، أو اتفاق التحكيم، أو مشاركة التحكيم، أمر يعبر تعبيرا صريحا عن عدول الدولة عن حصانتها القضائية، ورغبتها في الخضوع، وعلى قدم المساواة مع المتعاقد الخاص، للتحكيم ومستنتجات للحكم التحكيمي والإجراءات التحكيمية المصاحبة والمقررة، شكلية كانت أو موضوعية³⁸²³.

3821 - ينظر في ذلك:

A. Mezghani : « Souveraineté de l'Etat et participation de l'arbitrage », Rev. Arb. 1985, p 568.

3822 - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية 2007، بيروت، ص 276 وما بعدها.

3823 - عبر عن هذا الرأي مجموعة من الفقهاء في القانون الإداري، ومنهم الفقهاء القانونيين Goldman و Fouchard، اللذين قالوا:

« L'acceptation par l'Etat d'une clause compromissoire, implique manifestement et nécessairement renonciation à l'immunité de juridiction, en tout cas dans le cadre de l'instance arbitrale ».

، بقوله: VEDEL وهو نفس ما عبر عنه الفقيه

« La souscription d'une clause compromissoire ou d'un compromis implique une renonciation a l'immunité de juridiction. En réalité c'est par une confusion due dans l'argumentation juridique on mêle le problème de la capacité de compromettre et le problème de l'immunité de juridiction qui ont une nature et un fondement différents ? Mais cette confusion s'explique si l'on considère que l'immunité de juridiction pouvant faire valablement l'objet d'une renonciation de la part de l'Etat. La souscription d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage supprime nécessairement le problème de l'immunité de juridiction ». Georges VEDEL, Le problème de l'arbitrage entre gouvernement ou personnes de droit public et personnes de droit privé, REV, ARB. 1961. P 127.

وإلى نفس الفكرة انتصر المحكم Mahamassni، في حكمه الصادر في 12 أبريل 1977، في قضية Liamco ضد الحكومة الليبية، إذ مما جاء فيه: "الدولة يمكنها دائما أن تتنازل عن حقوقها السيادية بتوقيعها على اتفاق التحكيم وتظل ملتزمة به".

وهذا ما انتهى إليه مجلس الدولة الفرنسي، فيما يشبه تحولاً جذرياً عن توجه مناقض سابق³⁸²⁴، وذلك عندما صرح من خلال أحد أحكامه، قائلاً، إنه: "بمجرد أن تكون الدولة قد وقعت البند التحكيمي، فإنما تكون قد قبلت بالخضوع لقضاء المحكمين، وهي بالتالي تكون، قد وافقت على أن يعطى قرارهم الصيغة التنفيذية"³⁸²⁵.

وهو نفس ما أكدته اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى (B.I.R.D)، بأن نصت المادة 54 منها، على أنه: "على الدول الأعضاء في الاتفاقية، أن تعترف بحجية التحكيم الصادرة عن هذا المركز، وتضمن على أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية الناشئة عن هذه الأحكام".

وقد كان لمحكمة التمييز الفرنسية كثير من الأحكام، التي انتصرت فيها لفكرة أن قبول الدولة بإدراج شرط التحكيم في أحد العقود التي أبرمتها، يعد بمثابة تصريحها بقبول الخضوع لقضاء المحكمين، وفق التنصيص الوارد في البند، أو العقد، أو الاتفاق، أو المشاركة الخاصة بهذا الموضوع.

على أنه تبقى الإشارة ضرورية إلى مسألة مهمة، وهي أن تنازل الدولة عن حصانتها القضائية بتوقيعها على اتفاق التحكيم، لا يفهم منه بالمرّة تنازلها عن تلك الحصانة أمام القضاء الأجنبي، الذي يمكن أن ينظر في النزاعات الناتجة عن اتفاق التحكيم ذاك، إذ من المفروض ليحقق التنازل أن يكون ذلك بموجب نص صريح، لا أن يفهم من الاتفاق أو التنازل السابق المتعلق والمتصل باتفاق التحكيم. فالفكرة الأساسية تبقى هي أن التنازل المستند إلى اتفاق التحكيم، لا يمكن بالمرّة أن يتم تمديده، ليدخل ضمن نطاق اختصاصات القضاء الوطني الأجنبي، والذي تبقى الدولة متمتعة أمامه، بكافة مقومات الحصانة القضائية.

فالدوافع التي يتأسس عليها التقرير، بجواز القول بانتفاء المبرر لتمسك الدولة بحصانتها القضائية، أمام الهيئة التحكيمية، تنتفي في مثل هذه الحالات، بحيث إن القضاء الأجنبي، يبقى في النهاية، ممثلاً للدولة التي ينتهي إليها، ووجهها من أوجه سيادتها، وكل تطاول منه على القضايا التي تدخل فيها دولة أخرى طرفاً، دون موافقة صريحة منها، يعتبر مسا صريحاً بسيادتها، واستقلالية قرارها، وبالإحترام الواجب لها.

الفقرة الثانية: النظام العام: ماهيته وتحليلاته:

يمثل النظام العام واحداً من ركائز الأنظمة القانونية، على اختلاف تصنيفاتها، وآليات اشتغالها. وهو مفهوم بدأ ملازماً للأمن العام، وظل مرتبطاً به، كونه يعكس ذلك الهاجس لدى المجتمعات المختلفة في صيانة مكتسباتها، وتقاليدها، بناءً على قواعد قانونية واضحة، تحدد الجائز والمحرم من المعاملات، في الميادين التجارية، والمدنية، والجنائية، وأيضاً الإدارية³⁸²⁶. فكيف يتحدد مضمونه في هذا السياق؟

3824 - كان القضاء الفرنسي، متشدداً غاية التشدد، في الاعتراف بأن موافقة الدولة، وتوقيعها على عقد استثماري، يتضمن شرطاً تحكيمياً، يمثل تنازلاً صريحاً منها عن حصانتها القضائية، بل إنه قد ميز بين الحصانة القضائية، والحصانة التنفيذية، على أساس أنه حتى ولو تنازلت الدولة، بموجب عقد صريح مستقل عن العقد المنظم للاتفاق، أو تضمن فيه، عن حصانتها القضائية، فإن ذلك لا يعني بالمطلق، تنازلها عن حصانتها التنفيذية، وهو ما يشكل حسب اعتقادنا، نوعاً من التخبط، والتحايل، بهدف تكريس هيمنة السلطة العامة، إذ ما فائدة الاعتراف بالحكم التحكيمي، دون الالتزام بتنفيذه !!!!!.

Tribunal de grande instance de paris 8 juillet 1970 ? Rev. ARB. 1982, p 138.

3825 - C.Cassat. 8 novembre 1986.Etat Français C/Société européenne d'études et d'entreprise (S.E.E.E) et autres. REV.ARB. 1987.P 149.

3826 - عرفه الدكتوران مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، بقولهما: "يقصد بالنظام العام في دولة ما، مجموعة الأصول والقيم العليا، التي تشكل كيانها المعنوي، وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها، وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية. وهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها على مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرة تحكم هذه العلاقة. والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها، هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً، من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقرها للبعض منهم قبل البعض الآخر، من ناحية أخرى".

مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، الجزء الأول، وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، الطبعة الأولى 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان، ص 153.

أولاً: النظام العام، مفهومه، ونطاقه:

لقد دأبت الأنظمة القانونية، على الحديث عن النظام العام، بمفهومه الوطني، والذي يعني مجموع القواعد القانونية اللازمة احترامها، إلى جانب أنواع المعاملات الممكنة قانوناً، وبمفهوم المخالفة، تلك المحرمة كذلك. غير أن تطور المعاملات الدولية، وتجاوز تلك المعاملات للحدود الجغرافية، فضلاً عن العولمة التجارية، والتي تطورت إلى عولمة اقتصادية، قد جعل التشريعات، الوطنية والدولية، تنحو شيئاً فشيئاً، نحو الحديث عن النظام العام الدولي³⁸²⁷، الذي أصبح بدوره معتبراً، وذا حظوة لدى تلك الدول وأجهزتها القضائية، خصوصاً في الحالات التي تقوم فيها الدولة بالتوقيع على المعاهدات الدولية، أو الإقليمية، أو الثنائية، والتي يكون غالباً من بين بنودها، ما يعطي للنظام العام الدولي، الأولوية على النظام العام الوطني، وذلك في سعي من الدول المختلفة، نحو توحيد المنطلقات التشريعية، خصوصاً في المجالات الاقتصادية، بما يمكن من خلق بيئة تجارية تنافسية، ومنسجمة من الناحية القانونية، كل ذلك حتى لا يفاجأ المستثمرون بقواعد قانونية تهدد استثماراتهم³⁸²⁸.

فكرة النظام العام في القانون الاقتصادي³⁸²⁹، قد بدأت نسبية الأثر والامتداد إلى حد كبير، غير أنها ومنذ فترة، أصبحت تنحو نحو الكونية. وهو الأمر الذي يجد تبريره في انفتاح الدول، وبروز الشركات المتعددة الجنسيات، والتي أصبحت لها القوة في فرض القاعدة القانونية، فضلاً عن حاجة الدول إلى الانخراط في البيئة الاقتصادية الكونية، والتي لا تنفك تحد من مجال ونطاق الخصوصية، خصوصاً في المجال الاقتصادي، بما يشمل من أنشطة تجارية وصناعية.

وفكرة النظام العام، بمفهومها الموضوعي والإجرائي، تطبق في مجال التحكيم، وقد اعتبرت التشريعات المختلفة، من بين أسباب البطلان، والذي تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها، طالما رفعت إليها دعوى البطلان، حتى وإن كان المدعي فيها، لا يستند إلى هذا

كما حاول الاجتهاد القضائي التصدي لهذا المفهوم بالتعريف، فجاء مثلاً في قرار لمحكمة الاستئناف ببيروت أن النظام العام هو: "مجموعة القواعد القانونية التي ترمي إلى تحقيق مصلحة عامة قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى ومقومات وجوده، وهي تعلق على مصلحة الأفراد الذين يجب عليهم مراعاتها، باعتبار أن المصالح الفردية لا يجوز أن تتقدم أمام المصلحة العامة".

محكمة استئناف بيروت، الغرفة 9، قرار رقم 267، بتاريخ 15/03/1995، المجلة اللبنانية للتحكيم، عدد 28، ص 47.

³⁸²⁷ - اختلفت التسميات التي أطلقت على مفهوم النظام العام، خاصة في مجال التجارة الدولية، وهو ما عبر عنه بعض الفقه بقوله: "ومهما تعددت التسميات فإن الشيء الأكيد هو أن هذا النوع من النظام العام، يشكل الجانب الأخرى في القواعد القانونية عبر الدولية، الذي لا يجوز للعاملين في ميدان التجارة الدولية مخالفة أحكامها، إن من حيث اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على علاقاتهم، أو من حيث موضوعها".

عبد السلام الإدريسي، النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2006-2007، ص 31.

³⁸²⁸ - يتساوى في هذا السعي، التكتلات الدولية والقارية، ومن أمثلة ذلك على الصعيد الإفريقي إنشاء منظمة OHADA:

« C'est pour remédier à cette situation – et également faire progresser l'unité africaine en vue de l'instauration, à terme, d'une « communauté économique africaine », que quatorze puis seize Etats africains, essentiellement de l'Afrique de l'ouest et de l'Afrique centrale, se sont unis le 17 octobre 1993 au sein du traité de Port-Louis (île Maurice) pour créer l'OHADA (organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires). Clairement inscrit dans le préambule du traité, l'objectif assigné à l'OHADA par ses fondateurs est « d'établir un courant de confiance en faveur des économies de leur pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ». ce qui suppose la mise en place dans leurs Etats d'un droit des affaires harmonisé, simple, moderne et adapté afin de faciliter l'activité des entreprises. C'est donc dans cet esprit que huit actes uniformes ont rapidement vu le jour, ceux-ci visant en réalité non pas à harmoniser mais à uniformiser le droit des seize Etats parties. Demeurait toutefois la question de l'effectivité de ce droit de sa mise en œuvre ».

Mathias Audit, contrats publics et arbitrage international, Droit Administratif, Bruylant 2011, P 2.

³⁸²⁹ - القانون الاقتصادي، هو وليد نظرة أكثر معاصرة لجانب من الفقه، يعتبر أنه أصبح من المستحيل دراسة القانون التجاري، دون الاهتمام بالحقائق التي يثيرها علم الاقتصاد. لأن هناك جوانب أساسية توجد في مجالي القانون التجاري، وعلم الاقتصاد: مثل الشركات، التركيز الاقتصادي، المنافسة، الائتمان، الأوراق التجارية، التأمينين وصعوبات المقاولات.... وهو ما يعني أن الأمر يتعلق إذن بقانون اقتصادي، تتواجد فيه بعض مسائل القانون التجاري التقليدي، ومواد اقتصادية مجاورة والقانون الاقتصادي، يكشف اتجاه الدول، بفعل العولمة، إلى توحيد تشريعاتها مدفوعة بتأثير حاسم للاعتبارات الاقتصادية أو التجارية كالفضاء الاقتصادي الأوروبي، ومنظمة (OHADA).

عبد المجيد غميحة، تطور القانون التجاري والعدالة التجارية بالمغرب، قراءة في مؤلف "القانون التجاري الأساسي في المغرب"، "Droit Commercial Fondamental au Maroc"، المعهد العالي للقضاء بالرباط، 02 فبراير 2007.

السبب لإبطال الحكم التحكيمي³⁸³⁰. فقد قضت محكمة الاستئناف بالقاهرة، بأن مخالفة الحكم المطعون فيه للنظام العام، على هذا النحو، يستوجب القضاء ببطلانه برمته، حتى وإن لم يدفع أحد الخصوم بذلك، ودون ما حاجة لبحث أوجه البطلان الأخرى محل الدعوى³⁸³¹.

ولابد من الإشارة في إطار تناول مفهوم النظام العام، إلى أن المشرع سواء الوطني، أو المقارن، لم يعط تعريفا محددا للنظام العام، وإنما عمد إلى توضيح بعض المجالات التي لا تدخل في دائرة التعامل. وبالتالي فكل مخالفة لها، تعتبر مسا للنظام العام، وانتهكا لقواعده. وبالتالي فمناط تمييز النظام العام فيما سكت عنه المشرع، إنما يقع على عاتق القاضي الوطني، والذي يعود إليه أمر اكتشاف ما يعد مخالفا للنظام العام في الدولة، استنادا إلى الأسس الاجتماعية، والسياسية، والاقتصادية، والخلقية في الدولة التي ينتمي إليها، في حالة تعلق الأمر بنظام عام وطني، أو بأمثلة تلك الأسس على المستوى الدولي، إذا كان الأمر يتعلق بنظام عام دولي، ويقضي بناء عليه ببطلان الحكم التحكيمي. ومنه فإن القاضي يكون هنا ملزما بتبرير حكمه في حالة إصدار حكم ببطلان الحكم التحكيمي، لمخالفته النظام العام، سواء كان وطنيا أو دوليا³⁸³².

ثانيا: النظام العام في القوانين التحكيمية وفي القواعد العامة:

بالنظر لاتساع مجال مفهوم النظام العام، واتساع نطاقه، وتوزعه بين الوطنية والكونية، وبالنظر لتنوع التشريع الذي ينظمه، بين التشريع الوطني والاتفاقيات الدولية، هذا فضلا عما يقرره الاجتهاد القضائي بخصوصه، ما دام مفهوم النظام العام غير محدد المجال على سبيل الحصر، فمن الطبيعي أن تتعدد النصوص والقوانين؛ الموضوعية والإجرائية، التي تنظمه وترسم حدوده، وهو ما سيقود في المحصلة، إلى تعدد التأويلات بخصوصه، وإلى أن تختلف ضيقا واتساعا، تبعا للنص أو الاجتهاد منطلق التأويل. وعليه فسنعمل على رصد بعض من هذه النصوص، سواء منها الواردة في الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم، أو بعض التشريعات المقارنة ذات الصلة.

أ- بالنسبة للاتفاقيات الدولية:

جاء في المادة الخامسة من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها، الصادرة في يونيو 1958، عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)³⁸³³، مايلي:

"المادة الخامسة:

(1) لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه، بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:

3830 - عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية/القاهرة، بدون سنة طبع، ص 98-99.

3831 - حكم الدائرة 91 تجاري، في 29/1/2006، في الدعوى رقم 34 لسنة 222 تحكيم. حكم أشار إليه عبد التواب مبارك، المرجع السابق، ص 99.

3832 - وقد أكد الاجتهاد القضائي دور القاضي في هذا الجانب، ومما نشر إليه في هذا الصدد، القرار الصادر عن محكمة الاستئناف ببريس، بتاريخ 14 يونيو 2001، والذي جاء فيه³⁸³²:

« L'ordre public international, au sens de l'article 1502-5 du nouveau code de procédure civile, s'entend de la conception française de l'ordre public international. C'est-à-dire à l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance même dans des situations à caractère international ».

3833 - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال)، هي هيئة فرعية، تابعة للجمعية العامة، وهي تؤدي دورا هاما في تحسين الإطار القانوني للتجارة الدولية من خلال إعداد نصوص تشريعية دولية، كي تستخدمها الدول في تحديث قانون التجارة الدولية، ونصوص غير تشريعية كي تستخدمها الأطراف التجارية في التفاوض على المعاملات. أما النصوص التشريعية فتتناول البيع الدولي للبضائع، وتسوية النزاعات التجارية الدولية، بما في ذلك كل من التحكيم والتوفيق والتجارة الالكترونية، والإعسار، بما في ذلك الإعسار عبر الحدود، والنقل الدولي للبضائع، والمدفوعات الدولية، والإشتراء وتطوير مشاريع البنية التحتية والمصالح الضمانية. وأما النصوص غير التشريعية، فتشمل قواعد تتعلق بالاضطلاع بإجراءات التحكيم، والتوفيق، ومذكرات بشأن تنظيم الإجراءات التحكيمية، والاضطلاع بها، ودليلين قانونيين بشأن عقود المنشآت الصناعية والتجارة المكافئة. وقد انضمت إلى اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية ثلاث عشرة دولة عربية هي: البحرين، مصر، سوريا، تونس، الجزائر، المغرب، الأردن، لبنان، السعودية، الكويت، عمان، قطر، الإمارات العربية المتحدة.

(أ) أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا، بمقتضى القانون المنطبق عليهما، في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور، غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق، أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار؛ أو:

(ب) أن الطرف الذي يحتج ضده بالقرار الذي لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته؛ أو:

(ت) أن القرار يتناول خلافا لم تتوقعه، أو لم تتضمنه شروط الإحالة إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارات بشأن مسائل تتجاوز نطاق الإحالة إلى التحكيم، على أن يراعى في الحالات التي يمكن فيها فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم عن المسائل التي لا تخضع له، أنه يجوز الاعتراف بجزء القرار الذي يتضمن قرارات تتعلق بمسائل تخضع للتحكيم، وتنفيذ هذا الجزء؛ أو:

(ث) أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لتفاق الطرفين، أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم؛ أو:

(ج) أن القرار لم يصبح بعد ملزما للطرفين، أو أنه نقض أو أوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه بموجب قانون هذا البلد.

(2) يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم، ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه:

(أ) أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد؛ أو:

(ب) أن الاعتراف بالقرار، أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد".

كما ورد في المادة 11 وهي بعنوان "تجاوز القواعد الإلزامية والنظام العام"، من الرسالة التي وجهها المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، بتاريخ 10 نيسان/أبريل 2015، إلى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 3834، والتي أقرتها في 13 آذار/مارس 2015، بمناسبة انعقاد دورتها الثامنة والأربعين في فيينا، بتاريخ 29 حزيران/يونيو 2015، ما يلي:

- 1- لا تمنع هذه المبادئ المحاكم من تطبيق أحكام قوانين دولها الإلزامية، ذات الأسبقية الواجبة التطبيق، بصرف النظر عن القانون الذي تختاره الأطراف؛
- 2- يحدد قانون دولة المحكمة، متى يجوز للمحاكم أن تطبق، أو تأخذ في الاعتبار الأحكام الإلزامية، ذات الأسبقية الواردة في قانون آخر، ومتى يجب عليها ذلك؛
- 3- لا يجوز للمحاكم أن تستبعد تطبيق أي حكم من أحكام القانون الذي تختاره الأطراف، إلا إذا تعارضت نتيجة ذلك التطبيق، تعارضا واضحا مع المفاهيم الأساسية للنظام العام لدولة المحكمة؛
- 4- يحدد قانون دولة المحكمة، متى يجوز للمحاكم أن تطبق، أو تأخذ في الاعتبار النظام العام للدولة التي يجب تطبيق قانونها، في حالة عدم اختيار قانون ما، ومتى يجب عليها ذلك؛

3834 - كان الهدف من الرسالة، هو طلب المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص، من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أن تنظر في تأييد مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية، والمسماة "مبادئ لاهاي".

ومن المعلوم أن الهدف من وراء "مبادئ لاهاي"، هو تعزيز استقلالية الأطراف، في المعاملات التجارية الدولية، وضمان تطبيق القانون الذي تختاره تلك الأطراف على أوسع نطاق ممكن في إطار حدود واضحة. وهذا الهدف هو مكمل لصكوك الأونسيترال القائمة، والتي تستند بدورها إلى مبدأ استقلالية الأطراف في المعاملات الدولية، مثل اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980)، وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1958)، مع تعديلاته المعتمدة في عام 2006. عن مذكرة الأمانة العامة للأمم المتحدة، التي صدرت بها مذكرة المكتب الدائم لمؤتمر لاهاي، المعنونة بـ "مبادئ اختيار القانون المنطبق على العقود التجارية الدولية".

5- لا تمنع هذه المبادئ هيئة التحكيم، من تطبيق أو مراعاة النظام العام، أو من تطبيق أو مراعاة الأحكام الإلزامية، ذات الأسبقية في أي قانون غير ذلك القانون الذي تختاره الأطراف، إذا كانت هيئة التحكيم ملزمة بتطبيقه، أو يحق لها ذلك". فكل من النص الأول، الذي هو بمثابة إطار عام/أو شريعة عامة على المستوى الدولي فيما يخص تنفيذ الأحكام التحكيمية، وكذلك النص الثاني، الذي هو نص خاص أكثر تفصيلا - والذي حاول في ضوء المستجدات التشريعية، والتعاملات الاقتصادية الدولية، أن يكيّف التشريعات الدولية، التي تترجمها الاتفاقيات الصادرة عن الهيئات الأممية، ومنها لجنة اليونسيتال - كلاهما يجمع على مسألة الحرية الممنوحة للدولة وللهيئة التحكيمية، في تقدير مفهوم النظام العام، كما أنهما يؤكدان على أسبقية وأولوية القوانين الوطنية الأمر فيهما تقرر، وتحدده بخصوص مفهوم النظام العام، وبذلك فالفقهاء الرسمي له كامل الصلاحية في تقدير ما يدخل في النظام العام، وما لا يدخل فيه، وهو الأمر الذي له انعكاس واضح ومباشر على مستوى القرارات التحكيمية، وبالأخص منها، تلك التي تكون الدولة كشخص معنوي عام، طرفا فيها، ومنها بطبيعة الحال عقود المقاولات العمومية، وهو الأمر الذي يستدعي ضرورة تدقيق مفهوم النظام العام، تحقيقا لمفهوم الأمن القانوني.

على مستوى التشريعات الوطنية³⁸³⁵:

أجمعت جل التشريعات الوطنية المقارنة، على تضمين قوانينها الوطنية، قواعد ونصوص قانونية آمرة، تحدد مجالات التعامل المختلفة في الفروع القانونية المتنوعة، وهي بذلك ترسم معالم مفهوم النظام العام الوطني، استنادا إلى الجائز والممنوع من التعاملات، بموجب القانون.

وبخصوص التحكيم فبالنظر لكونه، سلبا لاختصاص القضاء الرسمي، العادي والمتخصص في مجال تنظيم التعاملات، وتطبيق القانون، فقد كان من الطبيعي، أن يشمل المشرع بمقتضيات قانونية تحدد علاقته بالنظام العام³⁸³⁶. في هذا الصدد نجد أن المشرع المقارن، عمل على تحديد مفهوم النظام العام في علاقته بالتحكيم، والمجالات التي يجوز فيها هذا الأخير، بتنصيبه على أن الاتفاق على التحكيم، يجوز وبشكل حصري، فيما يجوز فيه الصلح، دون إمكانية تجاوز هذا القياس. طبقا لذلك فقد نص المشرع الأردني، في المادة التاسعة (9) من قانون التحكيم، المنظم للتحكيم في الأردن على ما يلي: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"³⁸³⁷. وجاء في المادة (54) من نفس القانون، أنه:

"أ- تنظر المحكمة المختصة في طلب التنفيذ تدقيقا وتأمرا بتنفيذه ال إذا تبين لها:

3835 - تناولنا لمفهوم النظام العام يقتصر هنا على جانبه الموضوعي، أي القواعد الموضوعية التي تتعلق بالمفهوم، وإلا فإن هناك قواعد إجرائية بخصوص التحكيم تتصل اتصالا وثيقا بمفهوم النظام العام، تضمنتها نصوص التحكيم، في القوانين الوطنية المختلفة، والتي نذكر منها:

- اشتراط أن يكون عدد المحكمين وترا: المادة 20 من قانون التحكيم المغربي رقم 95.17، والفصل 15 من قانون التحكيم المصري، والفصل 1451 من قانون التحكيم الفرنسي.
- اشتراط الكتابة في الحكم التحكيمي، والتعليل في الحكم التحكيمي الذي يكون أحد طرفيه شخصا معنويا عاما: المادة 51 من قانون التحكيم المغربي رقم 95.17، والفصل 43 من قانون التحكيم المصري.
- عدم قبول الحكم التحكيمي لأي طعن عادي، وكذا للطعن بالنقض كطعن غير عادي، حيث يبقى الطعن عن طريق الغير تعرض الغير الخارج عن الخصومة، والطعن بإعادة النظر، مع قبول طعن استثنائي هو الطعن بالبطلان، وذلك في حالات محددة: المواد 58 و59 و60 و61 من القانون 95.17 المغربي.
- عدم جواز صدور الحكم التحكيمي من لا أهلية له: المادة 11 من القانون المغربي رقم 95.17، والفصل (1/16) من قانون التحكيم المصري والفصل 1450 من قانون التحكيم الفرنسي.

- ضرورة تضمين شرط التحكيم كتابة (المادة 7 من قانون التحكيم المغربي، والفصل 1443 من قانون التحكيم الفرنسي).
- ضرورة تحديد موضوع النزاع بالنسبة لعقد التحكيم (المادة 5 من قانون التحكيم المغربي)، أما تعيين المحكمين، أو التنصيب على طريقة تعيينهم، والذي كان منصوبا عليه ضمن مقتضيات الفصل 315 من القانون المنسوخ رقم 08.05 لسنة 2007، فإنه لم يعد شرطا ملزما بموجب المادة المذكورة سلفا:
- احترام حقوق الدفاع: المادة 10 من القانون 95.17 المغربي، والفصل 26 من قانون التحكيم المصري والفصل 1510 من قانون التحكيم الفرنسي.

3836 - ونذكر هنا، أن القواعد القانونية المعنية، لا تفيد بالمرّة الدلالة الحصرية على مفهوم وخصوصا نطاق النظام العام في العمل التحكيمي، وإنما هي مجرد أمثلة، يبقى معها المجال واسعا أمام القضاء الوطني، للتوسع في مفهوم النظام العام، وفق ما يراه مناسبا، استنادا إلى الاعتبارات الأخلاقية، والسياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، شريطة التعليل.

3837 - قانون التحكيم بالملكة الأردنية الهاشمية رقم (31) لسنة 2001، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (4496)، والصادر في 16 تموز 2001، صفحة 2825-2837، 2001/6/16.

- 1- إن هذا الحكم يتضمن ما يخالف النظام العام في المملكة، وإذا أمكن تجزئة الحكم في ما يتضمنه من مخالفة للنظام العام جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي.
- 2- انه لم يتم تبليغه للمحكوم عليه تبليغا صحيحا.
- ب- لا يجوز الطعن في قرار المحكمة الصادر بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم أما الحكم الصادر برفض التنفيذ فيجوز الطعن فيه أمام محكمة التمييز خلال ثلاثين يوما من اليوم التالي للتبليغ، ويترتب على تصديق القرار الصادر برفض الأمر بالتنفيذ سقوط اتفاق التحكيم".
- وعلى نفس المبدأ أكد المشرع المصري، في المادة الحادية عشرة من القانون التحكيمي المصري، التي جاء فيها: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح" 3838.
- وكذلك المشرع التونسي، فإنه قرر بموجب الفصل السابع (7) من القانون عدد 42 لسنة 1993، المؤرخ في 26 أبريل 1993، والمتعلق بإصدار مجلة التحكيم، والمنشور في الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 4 ماي 1993، أنه: "لا يجوز التحكيم: أولا: في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ثانيا: في النزاعات المتعلقة بالجنسية، ثالثا: في النزاعات المتعلقة بالحالة الشخصية باستثناء الخلافات المالية الناشئة عنها، رابعا: في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، خامسا: 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".
- أما المشرع المغربي، فندرج أنه لم يشر إلى العلاقة بين نطاق كل من الصلح والتحكيم بشكل مباشر، بحيث لا نجد نصا صريحا، يقضي بجواز التحكيم فيما يجوز فيه الصلح، غير أنه وبالرغم من ذلك، فالنصوص التي تحدد المجالات والمعاملات التي يجوز فيه التحكيم، توحى باتباع المشرع المغربي لنفس النهج، الذي ذهب فيه التشريع المقارن.
- وهكذا فقد جاءت الإحالة إلى قانون الالتزامات والعقود، بما فيها نطاق الصلح المنظم بموجب الفصول من 1098، إلى 1116، وذلك في المادة الرابعة العشرة (14) من القانون رقم 95.17 لسنة 2022، والتي جاء فيها: "يجوز لجميع الأشخاص من ذوي الأهلية الكاملة سواء كانوا ذاتيين أو اعتباريين أن يبرموا اتفاق تحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن الحقوق التي يملكون حق التصرف فيها، ضمن الحدود، ووفق الإجراءات والمساطر المنصوص عليها في هذا القانون، مع التقيد بمقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، كما وقع تغييره وتتميمه ولا سيما الفصل 62 منه".
- وجاء كذلك في المادة 15 بعده من نفس القانون، أنه: "لا يجوز أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية الخارجة عن دائرة التعامل".
- وجاء في المادة 16، أنه: "لا يجوز أن تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات الترابية أو غيرها من الهيئات المتمتعة بامتيازات السلطة العمومية.
- غير أن النزاعات المالية الناتجة عنها، يمكن أن تكون محل عقد تحكيم، ما عدا المتعلقة بتطبيق قانون جبائي.

3838 - قانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997، بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية للقانون رقم 27 لسنة 1994.

يمكن أن تكون النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة أو الجماعات الترابية محل اتفاق تحكيم مع التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمرافقة المنصوص عليها في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل فيما يخص العقود المعنية.

لا يؤثر عدم التقيد بالمقتضيات الخاصة المشار إليها في الفقرة السابقة، بأي شكل من الأشكال على صحة اتفاق التحكيم". أما المادة 17 فأشارت إلى أنه: "يجوز للمقاولات العمومية الخاضعة لقانون الشركات التجارية وللمؤسسات العمومية، والمنشآت العامة، أن تبرم اتفاقات تحكيم".

وما يلاحظ، هو أن ما أشارت إليه الفصول أعلاه، بخصوص التحكيم، هو نفسه، ما ألزم به المشرع من خلال قانون الالتزامات والعقود، المتصالحين، وكذلك ما خص به نطاق الصلح. فقد ورد في الفصل 1100، من هذا القانون: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى الخارجة عن دائرة التعامل ولكن يسوغ الصلح على المنافع المالية التي تترتب على مسألة تتعلق بالحالة الشخصية أو على المنافع التي تنشأ من الجريمة".

وورد في الفصل 1101: "لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم. غير أنه يسوغ الصلح على الأموال أو الأشياء، ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة إلى الطرفين".

أما الفصل 1102، فأشار إلى أنه: "لا يجوز الصلح على حق النفقة، وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحققت فعلا".

وبخصوص المقارنة بين التشريعات الوطنية المختلفة، في تحديد لها للنظام العام، وتفضيلها لأحد نوعيه - النظام العام الوطني والنظام العام الدولي - على الآخر في الاعتبار القضائي، فيما يتعلق بالتعديل بالصيغة التنفيذية، فإننا نسجل اتجاه الدول في ذلك اتجاهين اثنين: أحدها يعطي الأسبقية للنظام العام الوطني، كما هو حال التشريع الوطني المصري 3839، والثاني يقدم النظام العام الدولي على غيره، كما هو حال التشريعين الوطنيين، الفرنسي 3840 والتونسي 3841.

3839 - نصت المادة 53 من قانون التحكيم المصري، على أنه:

"1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية:

(1).....

2- وتقضي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم، إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية".

ونصت المادة 58 من نفس القانون، على أنه: "لا يقبل تنفيذ حكم إذا لم يكن ميعاد رفع دعوى بطلان الحكم قد انقضى.

2 - لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لهذا القانون إلا بعد التحقيق مما يأتي:

(أ) أنه لا يتعارض مع حكم سبق صدوره من المحاكم المصرية في موضوع النزاع.

(ب) أنه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية.

(ج) أنه قد تم إعلانه للمحكوم عليه إعلاناً صحيحاً.

3 - ولا يجوز التظلم من الأمر الصادر بتنفيذ حكم التحكيم أما الأمر الصادر برفض التنفيذ فيجوز التظلم منه إلى المحكمة المختصة وفقاً لحكم المادة (9) من هذا القانون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره.

3840 - جاء في المادة 1514 من قانون المسطرة المدنية الفرنسي:

« Art. 1514. – Les sentences arbitrales sont reconnues ou exécutées en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance ou cette exécution n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international ».

Chapitre III : La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international.

Décret no 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage « La reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales rendues à l'étranger ou en matière d'arbitrage international ».

3841 - حيث نصت المادة (81) من قانون التحكيم التونسي: على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه، بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه، إلا في الحالتين التاليتين:

أولاً - بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده، إذا قدم هذا الطرف إلى محكمة الاستئناف بتونس المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ دليلاً يثبت أحد الأمور التالية:

أ - أن طرفاً في اتفاقية التحكيم المشار إليها بالفصل 52 من هذه المجلة لا يتوفر فيه شرط من شروط الأهلية، أو أن هذه الاتفاقية غير صحيحة في نظر القانون الذي أخضعها له الأطراف، أو أنها - عند عدم الإشارة إلى مثل هذا القانون - غير صحيحة في نظر قواعد القانون الدولي الخاص.

وبخصوص التشريع الوطني، فالحديث عن النظام العام كمصطلح قانوني، جاء في الفصول التي تعنى بتنظيم التحكيم الوطني والدولي على حد سواء، كما يستشف ذلك من خلال المادتين 62 و80 على التوالي. وما يلاحظ، أنه وعلى سبيل المقارنة بين القانون الجديد رقم 95.17، ونظيره الملغى رقم 08.05، لسنة 2007، من خلال الفصول من 39-327 إلى 54-327، فيما يخص التحكيم الدولي، أن المشرع المغربي قد أعاد النظر في ترتيبه للنظامين العامين الوطني والدولي، على الأقل من الناحية الشكلية، لأنه لا شيء يفيد بوجود ترتيب بينهما موضوعيا. فمما نسجله أن المشرع قد بدأ بالأول فالثاني بعده. وهو ما من شأنه حسم الجدل الذي كان سي طرح في ضوء مقتضيات القانون السابق، والذي كان النظامان يردان فيه وفق ترتيبين مختلفين، مما جعله ترتيبا لا يسعف في تحديد موقف المشرع المغربي من مسألة الأولوية بين النظامين العام الوطني والدولي. ففي الفصل 46-327 الملغى، والذي توافقه المادة 77 من القانون الجديد رقم 95.17، جاء المشرع المغربي مقدما للنظام العام الوطني، على نظيره الدولي، حيث نص على أنه: "يعترف بالأحكام التحكيمية الدولية في المملكة إذا أثبت وجودها من يتمسك بها، ولم يكن هذا الاعتراف مخالفا للنظام العام الوطني أو الدولي".

يخول الاعتراف والصيغة التنفيذية لهذه الأحكام في المغرب وفق نفس الشروط لرئيس المحكمة التجارية التي صدرت في دائرتها ورئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج".

غير أنه في الفصل 49-327 الملغى بدوره، والذي يتوافق مع المادة 80 من القانون الجديد، فقد نص المشرع على ما يلي: "لا يمكن الطعن بالاستئناف في الأمر القاضي بتحويل الاعتراف أو الصيغة التنفيذية إلا في الحالات الآتية:

- 1- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون اتفاق تحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم؛
- 2- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية؛
- 3- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها؛
- 4- إذا لم تحترم حقوق الدفاع؛
- 5- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني".

فالظاهر أن المشرع المغربي، وانطلاقا مما يفهم من النصين أعلاه، كان يظهر وهو لم يحسم موقفه من المسألة المتعلقة، بأي النظامين أولى بالتقدير من طرف القضاء الوطني، وذلك على الخصوص في حالة مباشرته لعملية تذييل الحكم التحكيمي الدولي بالصيغة التنفيذية. وهو تردد يستنتج أنه تم حسمه من خلال ما يفهم من الترتيب المعتمد ضمن المادتين 77 و80، وكذا انطلاقا مما يفيد به حرف الجر (أو) من الناحية الدلالية وهو هنا معنى الترتيب، والذي يجعل الأولوية للنظام العام الوطني، ثم بعده يأتي نظيره الدولي، بطبيعة الحال مع مراعاة مقتضيات تصدير الدستور المغربي لسنة 2011، والذي ورد فيه التنصيص على: ".....جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملائمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة"³⁸⁴².

ب - أن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع إعلامه على الوجه الصحيح بتعيين المحكم، أو بإجراءات التحكيم، أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

ج - أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمل الشرط التحكيمي، أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي. على أنه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلق بالمسائل المعروضة على التحكيم عن نصه المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم، فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الاعتراف به وتنفيذه.

د - أن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع إتباعه في إجراءات التحكيم كان مخالفا لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع اعتماده أو لقواعد أحكام هذا الباب المتعلقة بتشكيل هيئة تحكيم.

هـ - أن حكم التحكيم قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الصادر فيه ذلك الحكم أو أنه وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون ذلك البلد.

ثانيا - إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص.

3842 - الدستور المغربي ل 2011/7/29، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 27 من شعبان 1432، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3600.

وكذا المادة 71 من القانون 95.17، والتي جاء فيها، أنه: "تطبق مقتضيات هذا الباب على التحكيم الدولي دون الإخلال بما ورد في الاتفاقيات الدولية المصادق عليها من لدن المملكة المغربية والمنشورة بالجريدة الرسمية". ونعتقد كخلاصة، أن النظام العام الدولي، تكون له الأولوية في حالة تعلق الأمر بحكم تحكيمي دولي، متعلق بالتجارة والمعاملات ذات الطبيعة الدولية، وذلك عندما يكون المغرب، مصادقا على اتفاقية دولية تنظم الموضوع، وفيما عدا ذلك، فالأهمية والأولوية والاعتبار تعطى للنظام العام الوطني، أثناء تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، من طرف القضاء المخول بذلك، بحسب الحالات **3843**.

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم في عقود المقاولات العمومية ضمانه لتحقيق التوازن والاستقرار التعاقدية.

في مقابل ما تدفع به الأشخاص المعنوية العامة وأجهزة السلطة العامة، والمؤسسات العمومية المشرفة على المرافق العامة من دفعات تهدف إلى منع سلطات المحكمين، أو على الأقل الحد من نطاق تدخلها، في منازعات عقود القانون العام، فإن الطرف الآخر في هذه العقود الذي تمثله أشخاص القانون الخاص، ما فتئ يؤكد على لزوم إدراج اتفاق التحكيم في هذه العقود، وهو في ذلك يؤسس طرحه المناقض، على إيجابيات وضمانات تضمن التحكيم في هذه العقود.

الفقرة الأولى: ضمان الأمنين القانوني والقضائي:

يبني الشريك الخاص عادة تصوره على أساس منطق العقد، فيما أن التحكيم هو عقد، والعقد استنادا إلى التعريفين الفقهي والقانوني، هو اتفاق والتزام، صادر عن شخص أو أكثر، اتجاه شخص أو عدة أشخاص، لإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن القيام به، فإنه بذلك عبارة عن التزامات متبادلة بين طرفين أو أكثر، استنادا إلى المبدأ العام "العقد شريعة المتعاقدين"، واستنادا كذلك إلى مبدأ أساس آخر، وهو مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد، والذي بموجبه، يتمتع كل شخص مستوف للشروط المطلوبة قانونا، بالحق في إبرام عقود، يترتب عنها اكتساب حقوق، أو التحمل بالتزامات، استنادا إلى منطق تفاوضي كأصل **3844**. فمبدأ سلطان الإرادة، يعتبر أبرز مظاهر النظرية التقليدية في التعاقد، والذي كان نتيجة سيروية تاريخية، احتفلت بالإنسان وحرية، وقدرته على الفعل دون رقابة، فضلا عن التزامه بمخرجات العملية التفاوضية المتضمنة في العقد.

من هنا يصبح من غير المقبول أن يحاول أي طرف الخروج عما تم الاتفاق حوله، بمحاولة التنصل من التزاماته الشخصية، أو تغيير طبيعتها، أو نوعيتها، أو حدودها، فضلا عن التصرف في التزامات الطرف الآخر أو تعديل حقوقه أو التزاماته أيضا. حيث يبقى ذلك ممكنا فقط، في إطار قواعد القانون الإداري، بتجليها العقدي **3845**، والقانون والنظامي **3846**، وذلك انطلاقا مما يعترف به

3843 - ميز المشرع في هذا الإطار بين الحالات المختلفة للتذيل بالصيغة التنفيذية كما يلي:

1- بالنسبة للتحكيم الداخلي:

- المادة 67: "لا يكون الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ إلا بعد منحه الصيغة التنفيذية، بأمر من رئيس المحكمة المختصة، الصادر الحكم في دائرتها، على وجه الاستعجال بعد استدعاء الأطراف.

إذا كان النزاع معروضا على محكمة الاستئناف المختصة، واتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم، وجب إيداع الحكم التحكيمي بكتابة ضبط المحكمة الابتدائية المختصة.

يصدر الأمر بمنح الصيغة التنفيذية عن رئيس المحكمة المختصة التي تم إيداع الحكم التحكيمي بكتابتها على وجه الاستعجال، بعد استدعاء الأطراف.

- المادة 68: "يرجع اختصاص النظر في تذييل الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية، عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه، إلى رئيس المحكمة الابتدائية الإدارية التي سينفذ الحكم التحكيمي في دائرتها، أو إلى رئيس المحكمة الابتدائية الإدارية بالرباط، عندما يكون تنفيذ الحكم التحكيمي يشمل مجموع التراب الوطني".

2- بالنسبة للتحكيم الدولي:

- المادة 77: "يمنح الاعتراف والتذيل بالصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية في المغرب، ما لم تكن مخالفة للنظام العام الوطني أو الدولي، من قبل رئيس المحكمة الابتدائية التجارية التي صدرت في دائرتها، أو رئيس المحكمة الابتدائية التجارية التابع لها مكان التنفيذ، إذا كان مقر التحكيم بالخارج، وذلك بعد استدعاء الأطراف".

3844 - حيث تستثنى من هذا الأصل عقود الإذعان.

3845 - العقد الإداري.

3846 - ليس العقد الإداري هو الإطار الوحيد الذي يسمح للسلطة العامة، وكل من يتمتع بامتيازاتها واختصاصاتها عموما، بأن يستفرد بحق التعديل، أو الفسخ، في إطار علاقتها بالغير، وإنما يمكن أن يتم ذلك من خلال علاقة ذات طابع قانوني ونظامي، وهو ما يستفاد مثلا من خلال منطوق الفصل الثالث من قانون الوظيفة العمومية المغربي، الذي جاء فيه، أن "الموظف في حالة قانونية ونظامية إزاء الإدارة".

ظهير شريف رقم 1.58.008 بتاريخ 4 شعبان 1377 (24 فبراير 1958) بشأن النظام الأساسي العام للوظيفة العمومية. ج.ر. عدد 2372 بتاريخ 21 رمضان 1377 (11 أبريل 1958).

في هذا الإطار للدولة أو إحدى هيئاتها وأجهزتها ومن يتمتع بامتيازات واختصاصات السلطة العامة، من الحقوق الاستثنائية، إضافة إلى حقوق وامتيازات أخرى، من قبيل حق التعديل والإلغاء والرقابة وتوقيع الجزاء.

على هذا الأساس يصبح التحكيم بالنسبة للشريك الخاص، وطنيا أو دوليا، آلية حامية على مستوى ضمان التزام الدولة وأجهزتها التمثيلية باعتبارهم أطراف العقد، بما يوقعون عليه في إطار بنود العقد، خصوصا وأن شرط التحكيم، يحيل النزاع في غالب الحالات إلى هيئات تحكيمية ذات طبيعة دولية، أو على الأقل أجنبية.

وما يقال عن الجانب القانوني، يرد أيضا منسجبا على مستوى القضاء الرسمي، ذلك أنه من الناحية القضائية، فإن سيادة الاعتقاد بكون الأجهزة القضائية خصوصا في الدول النامية، ليست لها الدرجة الكافية من الاستقلال في مواجهة السلطة السياسية، وأيضا ثبوت غياب توفر هذه الدول على محاكم في مستوى من الفعالية والتخصص في قضايا الاستثمار، كلها عوامل تدفع إلى تكريس التوجه نحو التحكيم³⁸⁴⁷.

الفقرة الثانية: ضمان التوازن العقدي والمالي:

يقصد بالتوازن المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت نشوء العقد، قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة ماليا، وتنتج الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد³⁸⁴⁸.

ويعتبر التوازن المالي الذي يأتي كجزء من مفهوم التوازن الاقتصادي كإطار أعم، من العناصر الهامة في عقود المقاولات العمومية، غير أنه يحدث أن يتأثر بفعل متغيرات، أساسها القوة القاهرة، أو الظروف الطارئة، أو فعل الأمير، وهي متغيرات تستدعي ضرورة إعادة الأطراف للعملية التفاوض بشأن العقد، حيث يلعب اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، دورا حاسما في إعادة التوازن للعقد، استنادا إلى تضمين بنود العقد، في إطار اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع المحتمل، ما يمكن المحكم من تطبيق قواعد قانونية، تسمح بإمكانية إيجاد نوع من التوازن بخصوص تقاسم المخاطر، أو الخسائر المترتبة على القوة القاهرة أو الظرف الطارئ، وهو الأمر الذي لا تسمح به القوانين الوطنية في كثير من الحالات³⁸⁴⁹، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فهو يسمح بتحقيق التوازن العقدي، انطلاقا مما يميز العمل التحكيمي ممثلا في قيامه على خبرة متخصصين فنيين³⁸⁵⁰، قادرين على تقدير التعويض العيني، وتوزيع الخسائر بين الأطراف بالتساوي بما يحقق عدالة العقد.

بل إن التشريع ذي الصلة بالتحكيم، ومنه القانون المغربي رقم 95.17، قد سمح سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي كما التحكيم الدولي، بأن يخرج التحكيم عن إطاره العادي، من حيث هو قضاء خاص، يحتكم إلى القواعد القانونية؛ الشكلية والموضوعية المتفق عليها، أو التي يختار المحكم/المحكمون إخضاع النزاع لها في حالة وجود اتفاق، (يخرج عن إطاره) إلى إطار ما يسمى بـ "التحكيم عن طريق الوساطة/أو بالوساطة"³⁸⁵¹، والذي تتجرد فيه الهيئة التحكيمية من التزام مقرر بموجب القانون، يقضي

وهو نفس ما أشارت إليه المادة الأولى «L'Article L1» من قانون الوظيفة العمومية الفرنسي.

«...Ceux-ci sont, Vis-à-Vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire ».

3847 - عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، سلسلة الأعمال الجامعية لمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، مطبعة الأمنية/الرباط، 2015، ص 12.

3848 - رشا علي الدين: سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر في الفترة الممتدة من 1 إلى غاية 6 أبريل 2009، بقاعة السهري، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص 17.

3849 - مثال ذلك القانون المغربي الذي نص الفصل 268 من قانون الالتزامات والعقود فيه، على أنه: "لا محل لأي تعويض، إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة، أو الحادث الفجائي أو قتل الدائن".

3850 - "كما أن المنازعات التي تدور حول حالة القوة القاهرة يغلب عليها الطابع العيني، ومن ثم فإن الفصل فيها يحتاج إلى آلية خاصة يتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراسة العلمية الكافية، وهي أمور لا يستطيع رجل القضاء العادي ادعاءها".

عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 188.

3851 - المادة 46 من القانون 95.17 المغربي للتحكيم لسنة 2022، وذلك بالنسبة للتحكيم الداخلي، والمادة 76 بالنسبة للتحكيم الدولي، من نفس القانون.

بالت وفق القانون المختار، أو القانون الأقرب للنزاع، أو وفق ما يفهم من منطوق العقد، مما اتجهت إليه إرادة الأطراف، في حالة عدم حصول الاتفاق 3852.

الفقرة الثالثة: ضمان الاستقرار التشريعي:

يجد الحديث عن هذا النوع من الضمانات مبرره وجديته، في كون عقود الاستثمار التي تكون فيها الدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة طرفا، غالبا ما تشمل فترات زمنية طويلة، مردها إلى طبيعة الإنشاءات والمشاريع التي تكون موضوعا لها، والتي تكون ذات طبيعة استراتيجية، وهو ما يجعلها مرهونة بكيان الدولة المضيفة نفسها استنادا إلى خططها التنموية، الشيء الذي يعرضها، في حالة تغير شروط النشأة، كما في حالة تغير الأنظمة السياسية، أو أنظمة الحكم ككل، وما يصاحبها من إعادة النظر في الخطط التنموية والأولويات الاقتصادية، إلى طرح إمكانية إعادة النظر في مواضع هذه العقود، وتغيير مقتضيات بنوده، استنادا إلى ما تتمتع به الدولة المضيفة للاستثمار من امتيازات، وسلطات سيادية.

لكل هذا يبرز دور التحكيم، وخصوصا التحكيم الدولي، دورا جوهريا في مسألة الحفاظ على طبيعة الالتزامات المتبادلة، وضمان استمرار إنتاج بنود العقد، لمخرجاتها القانونية.

المبحث الثاني: التدبير الإجرائي للطبيعة الخلافية للتحكيم في إطار منازعات المقاولات العمومية في ضوء مستجدات قانون التحكيم الجديد.

يعتبر المغرب من الدول التي بادرت، ومنذ وقت مبكر، إلى تضمين مقتضيات قانونها الوطني، ما يتعلق بالتحكيم، ودوره في حل أغلب النزاعات. وهو بذلك يبرهن عن وعي متطور بأهمية هاته الآلية في إغناء الوظيفة القضائية، بكيفية تجمع بين القضاء الرسمي ونظيره الاتفاقي، لتكريس مبادئ العدالة وتوفير ظروف وآليات بلوغها بشكل فعال 3853.

لكن وإن كان هذا الوعي بأهمية التحكيم في فض النزاعات وإنهاء الخصومات يبدو راسخا في ذهنية، وفلسفة المشرع المغربي منذ سنوات الاستقلال الأولى، إلا أنه ظل محكوما بازدواجية التعامل مع التحكيم، من منطلق إباحته في إطار القانون الخاص، مع منعه عن كل ما يتعلق بقضايا القانون العام. وهي الازدواجية التي بقيت ملازمة له، حتى بعد انخراطه في مناخ الاقتصاد المعولم،

3852 - المادة 45 من القانون 95.17 بالنسبة للتحكيم الداخلي، والمادة 76 من نفس القانون بالنسبة للتحكيم الدولي.

3853 - إذ يعود أول تنظيم قانوني للتحكيم بالمغرب إلى مقتضيات ظهير المسطرة المدنية الصادر في 12 غشت 1913، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 46، والذي بدأ العمل به يوم الأربعاء 15 أكتوبر 1913، وذلك بموجب الباب 15 من القسم السابع منه. والذي كان يضم (23) فصلا. حيث خصصت للتحكيم الفصول من 527 إلى 543، كما تضمن قانون المسطرة المدنية الصادر في 28 شتنبر 1974 بدوره فصولا تتعلق بالتحكيم، هي الفصول من 306 إلى 327. والذي بقي ساريا إلى حين صدور القانون 08-05 المتعلق بالوساطة الاتفاقية والتحكيم سنة 2007، وهو القانون المغير، والمتمم للباب الثامن، من القسم الخامس، من قانون المسطرة المدنية، والذي يضم (92) فصلا (من الفصل 306 إلى الفصل 70-327)، بدل 22 فصلا قبل التعديل. غير أنه وبالرغم من هذه الإضافة النوعية (من خلال إدماج التحكيم الدولي والوساطة الاتفاقية)، والكمية (من خلال رفع عدد الفصول من 22 فصلا إلى 92 فصلا)، فإن الوضع العام لم يكن يعرف اكتفاء، على مستوى قدرة التنظيم المخصص للتحكيم عموما، والتحكيم الخارجي على وجه الخصوص، على الاستجابة لمتطلبات السوقين الاقتصاديتين الوطنية والدولية، من حيث التنظيم القانوني في موضوع التحكيم. مما دفع بالمشرع إلى تخصيص هذا الموضوع بقانون مستقل عن قانون المسطرة المدنية هو القانون 95.17، والذي صدر سنة 2022، متضمنا 105 مادة.

واستجابته لمتطلبات الحياة الاقتصادية المعاصرة، ولالتزامات المغرب الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والتجارية كما تجسدها الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية، سواء على المستوى القانوني التشريعي 3854 أو القضائي 3855. وأيضا المؤسساتي 3856. كذلك، فإن مما لا تخطئه عين الباحث، أن المشرع المغربي وهو بصدد، تنظيم مقتضيات التحكيم، وفق مستجدات القانون الجديد رقم 95.17، قد تخلص نسبيا مما كان قد طبع القانون الملغى رقم 08.05، لسنة 2007، والذي لم يستطع من خلاله إخفاء، نوع من عدم الاستقرار في التصور التشريعي، وعد ثبات في الرؤية القانونية، التي تؤطر هذا الموضوع، فهو كان قد وجد نفسه، شأن جميع الدول النامية، في حاجة إلى رافعة إضافية أصبحت لها الكلمة الفصل في إرساء البنيات التحتية، فضلا عن دورها في تحريك العجلة الاقتصادية، وتشغيل اليد العاملة، ونقل التكنولوجيا، وهي الجهة التي لا تنفك تؤكد على الشرط التحكيمي في العقود التي تبرمها مع الدولة التي تبدي حاجاتها للتعاقد، وبين ما تفرضه شروط ومتطلبات الحماية الواجب توفيرها للمال العام، والمرفق العمومي، والمصلحة العامة، عبر تكريس مبادئ النظام العام، وشروط السيادة، والحصانة القضائية للدولة.

لذلك كان من الطبيعي أمام، صعوبة التوفيق بين هذه المتطلبات، وحسم الموقف، لصالح اتجاه معين في التنظيم التشريعي، أن ينعكس هذا الواقع المتأرجح بين غايتين لطرفين مختلفين، على مستوى التنظيم القانوني الذي يهم موضوع التحكيم، قبل أن يلاحظ نوع من الاتجاه نحو الانسجام مع ما تمليه سياقات عصر العولمة والاندماج الاقتصادي، من ضرورة معيرة القاعدة القانونية الاقتصادية الوطنية مع نظيرتها الكونية، وتوفير أكثر قدر من الضمانات التشريعية والمؤسسية، تحقيقا للأمن القانوني والقضائي، والحد من إمكانات التعسف ضد الفاعل الاقتصادي الخاص 3857.

المطلب الأول: مظاهر التحول بالنظر إلى المقتضيات القانونية الشكلية للاتفاق التحكيمي:

كان المشرع المغربي، قد عمل في إطار تنظيم قضاء التحكيم، على إحاطة الاتفاق التحكيمي الوارد على عقود المقاولات العمومية، بأحكام ومقتضيات قانونية، تتوزع بين ما يشترك فيه مع باقي الاتفاقات التحكيمية المحكومة بقواعد القانون الخاص، وبين المقتضيات الخاصة التي تميزه عن غيره من تلك الاتفاقات، غير أن القانون الجديد، وفي إطار السعي نحو تقريب نظام التحكيم المغربي، مع ما يتطلبه تطوير شروط الجاذبية الاقتصادية، قد عمل على إعادة تنظيم الشروط التي تحكم تنظيم التحكيم في عقود

3854 - القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.96.83 بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، المنشور ب الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.

- القانون الإطار رقم 18.95 بمثابة ميثاق للاستثمارات الصادر عن مجلس النواب في 7 جمادى الأولى 1416 (3 أكتوبر 1995)، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 95.1.213 صادر في 14 من جمادى الآخرة 1416 (8 نوفمبر 1995)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4335 - 6 رجب 1416 (29 نونبر 1995).

- القانون رقم 08.05 الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428 (30 نوفمبر 2007)، حيث حلت أحكام الفصول من 306 إلى 327-70 أعلاه، محل أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس (الفصول من 306 إلى 327) من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974). الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.

3855 - القانون رقم 41.90 المحدث بموجبه محاكم إدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.91.225 الصادر في 22 من ربيع الأول 1414 (10 سبتمبر 1993)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4227 بتاريخ 18 جمادى الأولى 1414 (3 نوفمبر 1993)، ص 2168.

- القانون رقم 80.03 المحدث بموجبه محاكم استئناف إدارية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.06.07 الصادر في 15 من محرم 1427 (14 فبراير 2006)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5398 بتاريخ 24 محرم 1427 (23 فبراير 2006)، ص 490.

- قانون رقم 53.95 يقضي بإحداث محاكم تجارية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.97.65 صادر في 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482 بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997)، ص 1141.

3856 - إحداث صندوق الحسن الثاني للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.02.02 الصادر في 15 من ذي القعدة 1422 (29 يناير 2002)، القاضي بتنفيذ القانون رقم 36.01.

3857 - بطبيعة الحال دون الانسياق الأعلى وراء بريق هذه الإكراهات، وصديقة هذه الدوافع، ونبل ومشروعية الغايات المرتبطة بها، نظرا لما يسجل أيضا من انتهاكات للحقوق العامة، وتطاول على الأموال العمومية واستباحتها من خلال آلية التحكيم، والتي أثبتت الوقائع استغلالها مطية لضرب حقوق الدول النامية واستباحة مقدرات شعوبها، وهذا موضوع لا يسعنا الخوض فيه في هذا المقام.

المقاولات العمومية، بشكل يحتفظ ببعض مقتضيات السارية سابقا (الفقرة الأولى)، مع إعادة تجديد منظوره لقواعد أخرى، تحقيقا للغاية المذكورة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المقتضيات القانونية العامة المحتفظ بها:

من أبرز ما يشار إليه هنا، ما يلي:

✓ اشتراط الكتابة: والكتابة هنا تأخذ معنى مختلفا، غير الذي تعرفه في باقي العقود القانونية، يتجلى ذلك في كونها وردت في إطار الاتفاق التحكيمي بخصوص عقود المقاولات العمومية، باعتبارها شرط انعقاد لا شرط إثبات. وهو ما يخالف التوجه العام الذي أرسته قواعد قانون الالتزام والعقود باعتبارها الشريعة العامة، بموجب الفصل 401 من هذا القانون 3858.

✓ استمرار اقتصار موضوعه على النزاعات المالية غير تلك المتعلقة بتطبيق قانون جبائي (الفصل 310 من ق.م.م الملغى/ المادة 16 من القانون رقم 95.17 الجديد)؛

✓ استمرار اشتراط التعليل، وذلك بموجب المادة 51 من قانون التحكيم الجديد، مما يشكل استمرارا على نفس النهج الذي كانت قد قررته مقتضيات الفصل 327-23 من ق.م.م الملغى؛

الفقرة الثانية: المقتضيات القانونية الخاصة ضمن نطاق مستحداث القانون الجديد:

بين التحكيم المنصب على عقود القانون الخاص، وبين نظيره الوارد على عقود القانون العم/القانون الإداري، والتي منها بطبيعة الحال عقود المقاولات العمومية، يسجل الباحث، نوعا من الخصوصية التي تتفرد بها عقود القانون العام، وهو أمر طبيعي، بالنظر لم هذه العقود من خصوصيات، تجعلها منصبة على ما يتصل بالمرفق العمومي، والأموال العامة، وهي كلها بالطبع مما يندرج ضمن إطار مفهوم المصلحة العامة الجدير بالحماية.

وعليه يمكن استعراض أهم جوانب التمايز التي انفرد بها التحكيم الوارد على عقود المقاولات العمومية كما تضمنها القانون رقم 95.17 مقارنة بما كان ضمن القانون 08.05 الملغى، كما يلي:

✓ تعزيز الطابع الاتفاقي للتحكيم: حيث تم تجاوز مسألة إخضاع اتفاقات التحكيم التي تبرمها المقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية للشروط والإجراءات المحددة من لدن مجالس إدارتها أو رقابتها أو أجهزة تسييرها كما كان ينص على ذلك الفصل 311 من ق.م.م، وذلك بموجب ما تضمنته المادة 17 من القانون رقم 95.17. وهو ما يفهم منه تكريس للطابع الاتفاقي للاتفاق التحكيمي، الذي يكون نتاج عملية تفاوض حرة وإرادية، تكون غير مشروطة، وغير مسبقة بتقييدات سابقة؛

✓ العدول عن اشتراط تذييل الحكم التحكيمي الصادر في مواجهة أشخاص القانون العام، ومنهم المقاولات العمومية، بالصيغة التنفيذية من طرف محكمة الاختصاص، وذلك كشرط واقف حتى يكون نافذا في مواجهة الأطراف، طبقا لما كان مقررا سابقا من خلال مقتضيات الفصل 327-26 من ق.م.م الملغى.

فبموجب القانون 95.17 الجديد لسنة 2022، فإن الحكم التحكيمي يكتسب حجية الشيء المقضي به بمجرد صدوره، وهو بذلك يكون "نافذا" في مواجهة أطرافه بمجرد صدوره. ويبقى أن تنفيذه جبريا، يحتاج إلى تذييل بالصيغة التنفيذية وفق مسطرة الاستعجال 3859. جاء في المادة 51 من القانون رقم 95.17، ما يلي: "تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون، حجية الشيء المقضي به، بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه، وتكون واجبة النفاذ مع مراعاة أحكام هذا القانون. تطبق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام القضائية على الأحكام التي لا يطلب تذييلها بالصيغة التنفيذية".

3858 - "لا يلزم، لإثبات الالتزامات، أي شكل خاص، إلا في الأحوال التي يقرر القانون فيها شكلا معينا.

إذا قرر القانون شكلا معينا، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه، إلا في الأحوال التي يستثنى القانون.

إذا قرر القانون أن يكون العقد مكتوبا اعتبر نفس الشكل مطلوبا في كل التعديلات التي يراد إدخالها على هذا العقد".

ومنه، فإن طلب التذليل بالصيغة التنفيذية، المنصوص عليه بموجب مقتضيات المواد 67 و68 و69 من نفس القانون، إنما يهم حالة "التنفيذ". حيث يستجاب للطلب وجوبا بعد انقضاء أجل الطعن، ما لم يكن الحكم التحكيمي صادرا خلافا لقاعدة من قواعد النظام العام. مع العلم أن أي رفض لمنح هذه الصيغة من طرف جهة الاختصاص، يجب أن يكون معللا، وذلك تحقيق للغاية من العملية التحكيمية ككل.

✓ الملاحظ أيضا ضمن نفس مسار رصد مستجدات القانون الجديد، ضمن نطاق المعالجة الذي يعيننا، أن المشرع المغربي، فضلا عن تخصيصه التحكيم الوارد على عقود القانون الإداري، ومنها عقود المقاومات العمومية، بما يميزه عن عقود القانون الخاص، أنه كان قد عمل ضمن نطاق القانون الملغى رقم 08.05 لسنة 2007، على التمييز كذلك، حتى داخل هذا الصنف من العقود، بين تلك التي تخضع للتحكيم الداخلي، وبين تلك التي تتضمن شرطا تحكيميا، يحيل إلى ارتضاء أطرافها اللجوء إلى التحكيم الدولي، وهذه الملاحظة تبدو جلية، انطلاقا من مقارنة نفس الوضعيات القانونية الممكنة، استنادا إلى ما ينظم كلا منها، بخصوص نوعي التحكيم.

من هنا، وعلى سبيل المثال، يمكن أن نسجل ضمن حدود ذلك القانون، أن المشرع المغربي قد انتهج نهجا، ميزته التسهيل، بخصوص بعض لوازم/أركان الاتفاق التحكيمي، في حالة كونه تحكيميا دوليا، دليل ذلك ما يمكن أن نستشفه من مقارنه الفصلين 315 و317 (الفقرة الثانية)، والفصل 327-41. ففي الوقت الذي اعتبر فيه المشرع، أن تعيين الهيئة التحكيمية، يعتبر ركنا من أركان الاتفاق التحكيمي الوارد في صيغة شرط، نجد أن نفس المشرع، كان قد تعامل مع نفس الأمر، بمنطق الجواز الذي يرجع الحسم فيه للأطراف، متى تعلق الأمر باتفاق تحكيمي، يسند أمر النظر في موضوعه للتحكيم الدولي، وبالتالي فقد كان المشرع يسقط ما يخص تعيين الهيئة، أو التنصيص على طريقة تعيينها، من حزمة الأركان، التي يوجب تخلفها البطلان.

غير أنه وفي نطاق القانون الجديد رقم 95.17، فإن هذه المسألة أصبحت متجاوزة، انطلاقا مما تنص عليه المادة الخامسة، والتي اعتبرت أن تأثر عقد التحكيم بما يخص عملية تعيين الهيئة التحكيمية، لا يثبت إلا في الحالة التي يتم فيها تعيين الهيئة التحكيمية، ويحدث أن يرفض أحد المحكمين المعينين القيام بالمهمة المسندة إليه، أو يحدث أن يتعذر عليه القيام بمهمته، مع بقاء رغبة الأطراف منتجة لآثارها، من حيث إن حصول الاتفاق على تعديل التعيين وتغييره، يسمح للأطراف بالاستمرار في العملية 3860. وبالتالي، فإن عدم تعيين المحكم، أو الهيئة التحكيمية، لا يعتبر موجبا للبطلان 3861.

المطلب الثاني: مظاهر الخصوصية بالنظر إلى الرقابة القضائية الواردة على الحكم التحكيمي.

منذ أن تم الاعتراف للتحكيم، في إطار الأنظمة التشريعية الحديثة 3862، بدوره في فض المنازعات، وهو يعتمد - على الأقل على مستوى التنفيذ وليس النفاذ الذي يكون ثابتا بمجرد صدور الحكم التحكيمي - في تفعيل أحكامه وترجمتها على أرض الواقع، على تدخل القضاء الرسمي، حيث يرتبط التحكيم في تحقيقه الفعلي، وإنتاج آثاره القانونية على تدخل الدولة، من خلال سلطتها القضائية، التي تتدخل إما لضمان الاعتراف بالأحكام التحكيمية 3863 أو لتنفيذها 3864.

3860 - يمكن، ومن خلال هذه النقطة، ملاحظة أن المشرع المغربي، وبموجب القانون الجديد، قد اتجه إلى ترسيخ سلطة إرادة الأطراف، ومنطق الحرية في بناء الاتفاقات. ذلك أنه في الوقت الذي طان المشرع يمنع الأطراف، من إعادة تعديل اتفاقاتهم بخصوص تعيين الهيئة التحكيمية، حال رفض المحكم المعين، أو وجود ما يعترض قيامه بمهامه (الفصل 315 الملغى)، فإنه سمح من خلال المادة الخامسة من القانون الجديد، بإعادة التعيين، حال اتفاق الأطراف على ذلك.

3861 - مما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع التنظيمي، وتنفيذا لمقتضيات المادة 12 من القانون 95.17، قد أصدر المرسوم رقم 2.23.1119، بتاريخ 5 ذي القعدة 1445 (14 ماي 2024) في شأن تحديد كفاءات مسك قائمة المحكمين وشروط التسجيل فيها والتشطيب منها. ج.ر عدد 7302 بتاريخ 14 ذو القعدة 1445 (23 ماي 2024)، ص 2978.

3862 - نتحدث هنا ضمن نطاق التشريعات الحديثة، وإلا فإن التحكيم كان يعتبر أصلا في فض النزاعات، حتى قبل ظهور القضاء كوظيفة ثم فيما بعد كسلطة في سياق هيكل الدولة الحديثة.

3863 - مسطرة الاعتراف، تخص الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار التحكيم الدولي.

3864 - مسطرة التنفيذ تخص الأحكام التحكيمية الصادرة في إطار التحكيم الداخلي، والتحكيم الدولي على السواء، لكن مع اختلاف مفاده أن التنفيذ بالنسبة للأولى لا يكون لازما إلا في حالة تعذر الالتزام الطوعي بمقتضيات الحكم التحكيمي. أما بالنسبة للثانية، فهو ملازم لمسطرة الاعتراف، وفقا لما تفيد به المادة 77 من القانون 95.17.

وفي التشريع المغربي، فإنه كان يختلف - من حيث المبدأ - الاعتماد على قوة تدخل القضاء الرسمي في مجال التحكيم بين كونه تحكيما منصبا على مواضع القانون الخاص، وبين كونه منصبا على تحكيم وارد على العقد الإداري، حيث يبقى الاختلاف منصبا على الغاية من التدخل، لا على مشروعية تحققه.

على هذا الأساس كان ينصب تدخل القضاء في التحكيم في مجال القانون الخاص، على مسألة التنفيذ الجبري، حيث يتدخل القاضي، بناء على طلب من له المصلحة، لتحويل الحكم التحكيمي، صيغة تنفيذية، لإجبار الطرف الذي صدر ضده الحكم التحكيمي وامتنع عن التنفيذ الطوعي الرضائي³⁸⁶⁵، على التنفيذ.

غير أن الأمر يختلف في الحالة التي يكون فيها الاتفاق التحكيمي والحكم التحكيمي الذي يتأسس عليه، منصبا على عقد من العقود التي يكون أحد الأشخاص العامة طرفا فيها، إذ لا يكون للحكم التحكيمي، أي وجود أو حجية، ما لم يذيل بالصيغة التنفيذية، من المحكمة ذات الاختصاص³⁸⁶⁶.

غير أنه وكما سبقت الإشارة إلى ذلك، فإن الوضع أصبح مختلفا بموجب القانون الجديد، والذي جعل النفاذ ثابتا لجميع أنواع الأحكام التحكيمية الداخلية، وكيفما كانت طبيعة العقود المنظمة للعلاقات بين أطرافها، أو طبيعة هؤلاء الأطراف. ويبقى التنفيذ هو الذي يحتاج إلى تذييل بالصيغة التنفيذية.

والاختصاص بهذا الخصوص، هو اختصاص نوعي، ومحلي في آن، فأما من حيث كونه اختصاصا نوعيا، فيظهر في كون المحكمة المختصة بتذيل الحكم التحكيمي الصادر عن الهيئة التحكيمية، ضمن نطاق التحكيم الداخلي، إنما ينعقد حصرا للمحكمة الإدارية، متى تعلق الأمر بنزاع يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيه.

وأما فيما يتعلق بكونه اختصاصا محليا، فيبدو من خلال كون المشرع المغربي قد ميز - استنادا إلى معيار مجال تطبيق الحكم التحكيمي - بين نوعين من الأحكام التحكيمية، التي تذييل من طرف المحاكم الإدارية بالصيغة التنفيذية؛ إذ في الحالة التي يتعلق فيها الأمر بحكم تحكيمي ينتظر تنفيذه في دائرة محكمة إدارية معينة، فإن الاختصاص يعود إلى هذه الأخيرة، أما إذا تعلق الأمر بحكم تحكيمي يشمل مجال تنفيذه كل التراب الوطني، فإن الاختصاص بتذييله بالصيغة التنفيذية، إنما ينعقد حصرا للمحكمة الإدارية بالرباط.

لكن وإن كان هذا هو التصور الذي بنى عليه المشرع المغربي، تنظيمه للتحكيم في المادة الإدارية، ذات النطاق الوطني، استنادا إلى مفهوم التحكيم الداخلي، وهو التصور والأساس، الذي يبدو جليا أنه يتأسس على معيارين، أولهما طبيعة العقد، والآخر مجال التطبيق. فإن تصور نفس المشرع قد أخذ منحأ آخر، وانبني على معايير أخرى، في موضوع التحكيم الدولي. إذ لم يعد الأمر مؤسسا على طبيعة العقد، بقدر ما أصبح قائما على طبيعة أطرافه، ونوعية التحكيم، الذي هو هنا تحكيم دولي³⁸⁶⁷.

³⁸⁶⁵- هذا ما يستفاد من منطوق الفصل 26-32: "يكتسب الحكم التحكيمي بمجرد صدوره حجية الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه...."، وكذا الفصل 31-32: "لا ينفذ الحكم التحكيمي جبريا إلا بمقتضى أمر بتحويل الصيغة التنفيذية يصدره رئيس المحكمة الصادر الحكم في دائرتها. يودع أصل الحكم التحكيمي مصحوبا بنسخة من اتفاق التحكيم مع ترجمتها إلى اللغة العربية لدى كتابة ضبط المحكمة من لدن أحد المحكمين أو الطرف الأكثر استعجالا داخل أجل سبعة أيام كاملة التالية لتاريخ صدوره. إذا تعلق التحكيم باستئناف حكم، وجب إيداع الحكم التحكيمي لدى كتابة ضبط محكمة الاستئناف وفقا لمقتضيات الفقرة السابقة. ويصدر الأمر بتحويل الصيغة التنفيذية عن الرئيس الأول لهذه المحكمة".

³⁸⁶⁶- الفصل 26-32: "غير أن الحكم التحكيمي لا يكتسب حجية الشيء المقضي به، عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون العام طرفا فيه، إلا بناء على أمر بتحويل صيغة التنفيذ. وفي هذه الحالة، يطلب تحويل صيغة التنفيذ من قبل الطرف الأكثر استعجالا أمام القاضي المختص تطبيقا للفصل 31 أعلاه حسب المسطرة المنصوص عليها في الفصل 31-32 بعده وبالأثر المشار إليها في الفصل 32-32 وما يليه. تطبق القواعد المتعلقة بالتنفيذ المعجل للأحكام على الأحكام التحكيمية التي لا يطالب في شأنها بصيغة التنفيذ".

³⁸⁶⁷- عمد المشرع المغربي إلى تحديد المقصود بالتحكيم الدولي في إطار القانون رقم 95.17، وذلك بالقول: "يعتبر دوليا، حسب مدلول هذا الباب، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج". وكما يلاحظ، فهو تعريف غير من كثير من مقتضيات الفصل 40-32 من نفس القانون 08.05 الملغى، الذي جاء فيه: "يعتبر دوليا حسب مدلول هذا الفرع، التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، والذي يكون لأحد أطرافه على الأقل، موطن أو مقر بالخارج. يعتبر التحكيم دوليا إذا: 1- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت إبرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة؛

وهكذا نجد المشرع يطالعنا من خلال الباب الثالث، تحت عنوان "التحكيم الدولي"، ومن خلال المادة 77، بمقتضى قانوني يحسم الاختصاص النوعي في التحكيم الدولي للقضاء المتخصص أيضا، ولكن هذه المرة ممثلا في القضاء التجاري. إذ مما جاء في هذا الفصل، قول المشرع: "يمنح الاعتراف والتذييل بالصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية الدولية في المغرب، ما لم تكن مخالفة للنظام العام الوطني أو الدولي، من قبل رئيس المحكمة الابتدائية التجارية التي صدرت في دائرتها أو رئيس المحكمة الابتدائية التجارية التابع لها مكان التنفيذ إذا كان مقر التحكيم بالخارج، وذلك بعد استدعاء الأطراف".

وعليه يبدو أن المشرع المغربي، قد احتفظ بنفس ما قرره ضمن القانون الملغى، عندما استمر في حسم مسألة الولاية والاختصاص القضائي، في الحالة التي يتعلق فيها النزاع بقضية تتعلق بالتجارة الدولية، لصالح القضاء التجاري، بغض النظر عن طبيعة العقد والمراكز القانونية لأطرافه. وهو ما يطرح السؤال حول دوافع هذا التوجه، خصوصا وأن المشرع قد ساوى فيه بين النزاعات المحكومة بقانون خاص، وتلك التي يكون أحد طرفيها شخصا معنويا عاما، ومنه منازعات عقود المقاولات العمومية؟ فهل يعني ذلك انتصارا للأكثر تمرسا بالقضايا التجارية؟ أم هو تنازل تفرضه طبيعة أطراف المعاملات الدولية؟

كذلك تطرح أسئلة عديدة استنادا إلى ما سبقت الإشارة إليه، بخصوص أسانيد التحفظ على التحكيم في عقود القانون العام، ممثلة في تكريس مبادئ الحصانة القضائية للدولة، وأيضا متطلبات النظام العام، فهل يعني حصر المشرع لاختصاص تذييل الحكم التحكيمي الدولي في مجال اختصاص القضاء التجاري، أن المشرع المغربي يصدر عن تصور نسقي مدروس، أكثر اتساعا وأكثر تسامحا، بخصوص تصريح المقتضيات القانونية المتعلقة بتلك الأسانيد، أم أن الوضع يحيل إلى توجه يجد المشرع نفسه مدفوعا إليه دفعا؟

إضافة إلى ذلك، ودائما في سياق استعراض جوانب الخصوصية التي ميز بها المشرع المغربي، الاتفاق التحكيمي ذي الطابع الدولي، والذي يمكن أن يكون موضوعه عقد المقاولات العمومية، نذكر ما يخص طرق الطعن في الحكم التحكيمي، وبالضبط في شكله المتمثل في الطعن بالبطلان، على مستوى التحكيم الوطني على وجه الخصوص.

فإذا كان الأصل أن الحكم التحكيمي في إطار القانون الملغى لسنة 2007، وضمن نطاق التحكيم الوطني، لا يقبل أي طعن، إلا في الحدود التي حددتها الفصول 327-34، 327-35، و327-36، وإذا كان الطعن بالبطلان، متى أنتج آثاره القانونية استنادا إلى قرار محكمة الاستئناف، بأن ترتب عنه إبطال الحكم التحكيمي، مع ما يستتبع ذلك من تدخل الجهة القضائية نفسها للتصدي لجوهر النزاع والبت في موضوعه، ما لم يكن البطلان لغياب الاتفاق التحكيمي أو بطلانه (الفصل 327-37). فإن الأمر في إطار القانون الجديد، يسمح لمحكمة الاستئناف بالتصدي للنزاع، لكن بعد تحصيل موافقة الأطراف. وهو ما يعني أن إرادة الطرف الخاص، منتجة لآثارها الكاملة. أما بخصوص التحكيم الدولي، فإن خصوصيته المقررة سلفا بموجب الفصل 327-54 الملغى/المادة 85 من القانون الجديد 3868، قد بقيت محتفظة بنفس مقتضياتها، والتي قوامها غل المشرع ليد قضاء الاستئناف، عن التدخل في موضوع النزاع، حتى لو تم الحكم بإبطال الحكم التحكيمي الدولي، وهو ما يستشف منه، تكريس المشرع المغربي، لأهلية قضاء التحكيم، واختصاصه حصريا في البت في هذه نزاعات تتعلق بهكذا نوع من التحكيم.

- 2- أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف:
 - (أ) مكان التحكيم عندما يكون منصوبا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الاتفاق؛
 - (ب) كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة؛
 - 3- أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد.
- لأجل تطبيق مقتضيات الفقرة 2 من هذا الفصل، يطبق ما يلي:
- (أ) إذا كان لأحد الأطراف أكثر من مؤسسة، فإن المؤسسة الواجب اعتمادها هي المؤسسة التي تربطها صلة وثيقة باتفاق التحكيم أكثر من غيرها؛
 - (ب) إذا لم تكن لأحد الأطراف أية مؤسسة قام مقامها محل سكناه الاعتيادية".

3868 - نلاحظ، أن المشرع قد وقع في خطأ مادي على مستوى الإحالة ضمن القانون الجديد. ذلك أنه أحال من خلال المادة 85 على المادة 64، والحال أنه يقصد المادة 63. لأن الأخيرة هي التي تتحدث عن التصدي من قبل محكمة الاستئناف، وليس المادة 64، التي موضوعها التنفيذ. ثم إن الموضوع له صلة بالحكم بالبطلان وآثاره بين حق المحكمة في التصدي مباشرة، أو بعد موافقة الأطراف، وليس برفض دعوى البطلان أو بعدم قبولها، والذي لا يمكن أن يترتب عليه طرح السؤال حول الحق في التصدي من عدمه.

خاتمة:

- ختاما، تبقى أهم الخلاصات التي تشرح عن استعراض جوانب موضوع خصوصيات التحكيم في عقود المقاولات العمومية انطلاقا من مقتضيات القانون الجديد، ما يلي:
- أن المشرع قد اعترف للتحكيم بخصوصيته المميزة كإطار قانوني شكلي وموضوعي، وهو ما يظهر من خلال عمله على إخراجها من نطاق قانون المسطرة المدنية، وتخصيصه بإطار قانوني خاص ومستقل؛
 - أن المشرع قد كرس بشكل أكبر مما كان عليه الأمر سابقا، مبدأ السرعة في العملية التحكيمية، وذلك من خلال جعله مجموعة من الأوامر غير قابلة للطعن مباشرة بعد البت فيها، سواء من قبل الهيئة التحكيمية، أو من قبل رئيس المحكمة بعد الطعن في قرار هذه الأخيرة؛
 - أن المشرع قد جعل الحكم التحكيمي حائزا لقوة الشيء المقضي به بخصوص النزاع الذي تم الفصل فيه، بغض النظر عن طبيعة أطراف النزاع ومراكزهم القانونية؛
 - أن المشرع جعل البت في طلب التنفيذ، بعد العجز عن ترتيب الآثار بموجب قوة النفاذ، يتم على وجه الاستعجال؛
 - أن المشرع انتصر لاعتبارات الإرادة الحرة، والطابع الاتفاقي للتحكيم، من خلال عدة تجليات، كانت غير حاضرة ضمن مقتضيات القانون الملغى رقم 08.05 لسنة 2007، ونخص بالذكر هنا تجاوز ما كان ينص عليه القانون الملغى، من أن التحكيم في عقود المقاولات العمومية، يخضع للشروط المسبقة، المحددة من قبل مجالس الإدارة، وخضوعها أيضا لمداوالات خاصة يجريها مجلس إدارة المقاولات المعنية؛
 - أن المشرع المغربي حاول جاهدا إيجاد التوليفة المناسبة، بين متطلبات الحماية التي تستوجبها الأموال العامة، وبين متطلبات إنجاز المرفق العمومي وضمان ديمومة واستمرارية الخدمة العمومية، مستحضرا في ذلك السعي، التوفيق بين متطلبات السوق الدولية وشروط اقتصاد العولمة، بما فيها تلك الواردة على القاعدة القانونية، والتي يأتي على رأسها موضوع التحكيم، كشرط يطالب به المستثمر الوطني والأجنبي على السواء؛
 - أن المشرع المغربي، ومن باب التقييم الذي يمكن أن نجريه على مستوى سعيه لتحقيق غاية حفظ مستوى مقبول من التوازن بين متطلبات الفاعلين المختلفين في موضوع التحكيم في عقود المقاولات العمومية، قد عمل من خلال القانون الجديد، وبالمقارنة مع سابقه، على تكريس سياسة الانخراط الإيجابي، في مسلسل إرساء نظام تحكيمي متكامل، يحتفظ لقضاء التحكيم بطابعه المنتج مبدئيا، خصوصا بالنسبة للتحكيم الداخلي، وذلك من خلال تجاوز اشتراط شرط التذييل بالصيغة التنفيذية لاكتساب الحكم التحكيمي الصادر في المنازعات التي يكون أحد أشخاص القانون العام طرفا فيها، حجية الشيء المقضي به؛
 - أن المشرع المغربي قد انتصر، في موضوع التحكيم الدولي، لمنطق التخصص على حساب مقتضيات الاختصاص النوعي كما هي معروفة تقليديا، وذلك بأن أخرج من دائرة الرقابة القضائية الإدارية، إلى دائرة الرقابة القضائية التجارية.

لائحة المراجعباللغة العربية:

- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية 2007.
- مصطفى محمد الجمال، وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، قانون التحكيم التجاري المصري رقم 27 لسنة 1994 في ضوء القانون المقارن وقانون التجارة الدولية مع الإشارة إلى قوانين التحكيم العربية، الجزء الأول، وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي، اتفاق التحكيم، خصومة التحكيم، الطبعة الأولى 1998، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت/لبنان.
- عبد المجيد غميحة، تطور القانون التجاري والعدالة التجارية بالمغرب، قراءة في مؤلف "القانون التجاري الأساسي في المغرب"، "Droit Commercial Fondamental au Maroc"، المعهد العالي للقضاء بالرباط، 02 فبراير 2007.
- عبد السلام الإدريسي، النظام العام في التحكيم التجاري الدولي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق سلا، السنة الجامعية 2006-2007.
- عبد التواب مبارك، بطلان حكم التحكيم في القانون المصري، دار النهضة العربية/القاهرة، بدون سنة طبع.
- عبد الخالق الدحماني، ضمان التوازن المالي لعقود الاستثمار في إطار التحكيم الدولي، سلسلة الأعمال الجامعية لمجلة الأبحاث والدراسات القانونية، مطبعة الأمنية/الرباط، 2015.
- علي محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات وأحكام محاكم التحكيم - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة، الطبعة 2008.
- رشا علي الدين: سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد "دراسة في ظل الأزمة المالية الراهنة"، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر في الفترة الممتدة من 1 إلى غاية 6 أبريل 2009، بقاعة السهري، كلية الحقوق، جامعة المنصورة.
- التقرير السنوي للمجلس الأعلى للحسابات برسم سنة 2015.

باللغة الفرنسية:

- A. Mezghani : « Souveraineté de l'Etat et participation de l'arbitrage », Rev. Arb. 198
- Georges VEDEL, Le problème de l'arbitrage entre gouvernement ou personnes de droit public et personnes de droit privé, REV, ARB. 1961.
- Mathias Audit, contrats publics et arbitrage international, Droit Administratif, Bruylant 2011

التشريعات والقوانين:

- الدستور المغربي ل 2011/7/29، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.91، الصادر في 27 من شعبان 1432، والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر الصادرة بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص 3600.
- القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذه ظهير الشريف رقم 1.96.83 بتاريخ 15 من ربيع الأول 1417 (فاتح أغسطس 1996)، المنشور ب الجريدة الرسمية عدد 4418 الصادرة بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996) ص 2187.
- ظهير الشريف رقم 1.22.76، صادر في 14 من جمادى الأولى 1444 (9 ديسمبر 2022) بتنفيذ القانون - الإطار رقم 03.22 بمثابة ميثاق للاستثمار. ج.ر عدد 7151 بتاريخ 17 جمادى الأولى 1444 (12 ديسمبر 2022)، ص 7900.

- القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.22.3 بتاريخ 23 من شوال 1443 (24 ماي 2022). ج.ر عدد 7099، بتاريخ 13 ذي القعدة 1443 (13 يونيو 2022)، ص 3579. والذي نسخ أحكام الباب الثامن من القسم الخامس من قانون المسطرة المدنية (القانون 08.05، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.07.169 بتاريخ 30 نونبر 2007. ج.ر عدد 5584 بتاريخ 06 دجنبر 2007، ص 3894).
- القانون رقم 08.05 (الملغى) الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.07.169 بتاريخ 19 من ذي الحجة 1428 (30 نوفمبر 2007)، حيث حلت أحكام الفصول من 306 إلى 327-70 أعلاه، محل أحكام الباب الثامن بالقسم الخامس (الفصول من 306 إلى 327) من قانون المسطرة المدنية المصادق عليه بالظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 1.74.447 بتاريخ 11 من رمضان 1394 (28 سبتمبر 1974). الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 (6 ديسمبر 2007)، ص 3894.
- قانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997، بتعديل بعض أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية للقانون رقم 127 لسنة 1994.
- قانون التحكيم بالمملكة الأردنية الهاشمية رقم (31) لسنة 2001، المنشور بالجريدة الرسمية رقم (4496)، والصادر في 16 تموز 2001، صفحة 2825-2837، 2001/6/16.