منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم

إعداد:

أ. العابد العمروني الميلودي

مقدمة:

يحظى موضوع الاستثمار باهتمام كبير من لدن الباحثين والدارسين، نظرا لأهميته البالغة في إحداث التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول المضيفة له والربح المالي والاقتصادي للمستثمر، لذلك فإن الدول تسعى إلى تشجيع وجلب الاستثمارات من خلال منح مجموعة من الضمانات القانونية والاقتصادية لتوفير الاستقرار الاقتصادي والقانوني والاجتماعي للمستثمر، وتحقيق التوازن بين جميع الأطراف المشاركة في الاستثمار.

ولقد تزايدت أهمية الاستثمارات خلال السنوات الأخيرة نتيجة لمساهمتها في التنمية الاقتصادية من خلال تأثيرها في ميزان المدفوعات والإنتاج وخلق فرص للشغل، فيما تساهم التنمية الاقتصادية بدورها في تطوير البناء والهيكل الاقتصادي والثقافي والاجتماعي للدول[1].

كما أن الاستثمارات الأجنبية لها دور كبير في نقل التكنولوجيا المتطورة للدول المضيفة للاستثمار باعتبارها مجموعة من الوسائل والأساليب المتطورة المستخدمة في عملية الإنتاج والتي تهدف إلى "استخدام المعرفة العلمية في تطوير قوى الإنتاج"[2]، بالإضافة إلى أنها تساهم في سد حاجيات الدول المضيفة من المعرفة الفنية والمهارات الإدارية والتسويقية[3] والزيادة في حجم الصادرات والتقليل من الواردات وتوسيع نطاقات السوق الوطنية وتخفيض عجز الميزان التجاري.

وفي ظل هذه الآثار الإيجابية للاستثمار، تسعى غالبية الدول إلى سن مجموعة من القوانين ووضع مجموعة من التدابير السياسية والاقتصادية والاجتماعية من أجل تحسين مناخ الأعمال والاستثمار، وتأتي على رأس هذه التدابير تلك المتعلقة بآليات فض منازعات الاستثمار، فعقود الاستثمار كغيرها من العقود الزمنية التي غالبا ما تكون مدتها طويلة، يمكن أن تطرأ خلال تنفيذها مجموعة من التغيرات نتيجة تغير الظروف المحيطة بالعقد الاستثماري، مما ينتج عنه خلل في توازن العقد، الشيء الذي قد يؤدي إلى إلغائه أو تنفيذه بشكل يرهق ويلحق الضرر بالطرف الآخر[4].

والمنازعات[5] التي تنشأ بين طرفي عقد استثمار تكون نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو للالتزامات المنصوص عليها في العقد أو إنهائه بشكل تعسفي أو اتخاذ أي إجراء انفرادي أو بسبب القوة القاهرة، مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف الآخر نتيجة لتلك الانتهاكات والإجراءات"[6]، ولقد عرف بعض الفقه منازعات الاستثمار بكونها "ظاهرة طبيعية نتيجة ازدياد الاستثمارات وتكاثرها، بين أشخاص نظام قانوني، وينشأ بسببها اختلاف وتعارض في المصالح والأهداف، وعدم الاتفاق على مسألة معينة فيما بينهم، وبذلك يؤدي إلى منازعات يطلق عليها بمنازعات الاستثمار"[7].

1-د. السيد أحمد عبد الخالق، الاقتصاد الدولي والسياسات الاقتصادية الدولية، من دون دار النشر، 1999، ص:259

2-ذ. طه خالد إسماعيل، النظام القانوني لعقود الاستثمار وآليات فض منازعاتها، -دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية – بيروت لبنان،2019، ص:46

3-نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة يأخذ أشكالا متعددة منها عقود الاستثمار الأجنبي المباشر التي تستغل براءات الاختراع أو معارف فنية في مسلسل التصنيع والإنتاج، أو نقل التكنولوجيا بواسطة التواصل واللقاء بخبراء أجانب والتدريب بالممارسة وتبادل الخبرات. ولا تكتفي نقل التكنولوجيا بتحويل الخبرات والآلات إلى الدولة المضيفة بل يجب أن تضمن إشراك هذه الأخيرة في هذه المهارات من خلال استفادة العمال من البرامج التدريبية والتطبيقية.

4-ذ. رواء يونس مجمود النجار، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، - دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2021، ص:299.

5- المنازعة لغة من فعل نازع منازعة ويقال نازعه أي جاذبه في الخصومة، والتنازع بمعنى التخاصم، وتنازع القوم أي تخاصموا.

وقد جاء في قوله تعالى في سورة الأعراف الآية 43 "ونزعنا ما في صدورهم من غل" وأيضا في سورة النساء الآية 59" يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا"، فمن خلال هذه الآيات التي جاءت على سبيل الذكر نستنتج أن المنازعة هي "اختلاف يحصل بين الطرفين أو اطراف معينة ويأمر بحلها من خلال الكتاب والسنة " للمزيد أنظر: ذ. محمد سعيد اللحام، المعجم اللغوي لألفاظ القرآن الكريم وفق نزول الكلمة، دار الكلمة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2001، ص:398 وما يليها.

6- ذ. طه أحمد علي، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص:10.

7-ذة245

في حين ذهب فريق آخر من الفقه إلى تعريفها بأنها "المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والحكومة نتيجة حدوث مشاكل قانونية يتضرر على إثرها المستثمر مما يولد نزاع استثماري يتم بعده اللجوء إلى جهة معينة لتسويتها، وتحدث نتيجة تكفل الدولة المضيفة للاستثمارات بضمانات توفرها للمستثمر الأجنبي من أجل تشجيع الاستثمار على أراضيها وتخل بإحدى هذه الضمانات أو الحوافز أو الإعفاءات"[1]، وقد حاول هذا الجانب من الفقه تعريف منازعات الاستثمار الأجنبي إلا أنه جعل السبب من وراء منازعات الاستثمار إخلال الدولة بتعهداتها، في حين نرى بأن أسباب منازعات الاستثمار يمكن أن تكون أيضا نتيجة إخلال المستثمر الأجنبي بالتزاماته الناتجة عن عقد الاستثمار كإنجاز المشروع في المدة المتفق عليها والتعهد بالتنفيذ الشخصي للعقد والتنفيذ بحسن نية إلى غير ذلك من الالتزامات التي تختلف باختلاف عقود الاستثمار[2].

والمشرع المغربي على غرار المشرع المصري والعراقي لم يعرف منازعات الاستثمار بشكل خاص في القوانين المتعلقة بالاستثمار، وإنما تطرق إليها بشكل غير مباشر من خلال الإشارة إلى وسائل تسويتها.

حيث نصت المادة 37 من قانون الإطار 22-03 بمثابة ميثاق الاستثمار في الباب السادس الخاص بتسوية الخلافات "يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أنه سيتم إجراء تسوية ودية لأي خلاف يتعلق بالاستثمار قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر، (بما في ذلك المستثمر الأجنبي)، وذلك قبل إقامة أية دعوى قضائية أو اللجوء إلى التحكيم." كما تضيف المادة 38 من نفس القانون أنه " دون الإخلال بأحكام المادة 37، يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أن أي خلاف يتعلق بالاستثمار قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي ستتم تسويته طبقا للتشريع الجاري به العمل أو للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية في مجال التحكيم الدولي".

ونظرا لنمو المعاملات التجارية خلال تسعينات القرن العشرين والقرن الحالي بفضل ازدهار الاستثمار الأجنبي وانتشاره بشكل كبير على المستوى الدولي، برزت مطالب الدول المصدرة للاستثمارات باعتماد آلية التحكيم الدولي لحل منازعات الاستثمار كآلية بديلة للقضاء الوطني، حيث تأسست هذه المطالب على خصوصية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، التي تفرض تجاوز القيود التي تحكم النظم القانونية لمختلف الدول، والتي تتمثل أساسا في بطء إجراءات التقاضي ومبدأ السيادة الذي ينتج عنه الانحياز إلى الطرف الوطني، هذا بالإضافة إلى جهل المستثمر الأجنبي بالقوانين الداخلية للدولة محل الاستثمار من جهة، وعدم ثقته في استقلال قضائها الوطني أمام أجهزتها الإدارية من جهة أخرى[3].

إلا أنه ومع ذلك، فإن القضاء يلعب دورا هاما في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وذلك من منطلق تحقيق العدالة المرجوة من خلال التوفيق بين الأهداف العامة التي ترنو إليها الدولة المضيفة والمصالح والأهداف التي يطمح لها المستثمر.

إذن، كيف عمل المشرع على تنظيم فض النزاعات الاستثمارية على مستوى القضاء والتحكيم من أجل تمكين أطراف العلاقة الاستثمارية من الحل العادل لنزاعاتهم؟

للإحاطة بالإشكالية أعلاه، سنعالج هذا الموضوع من خلال المبحثين الآتيين:

1-ذة. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص:132.
2-ذ. زياد فيصل حبيب، المزايا والضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي في قانون الاستثمار العراقي، دراسة مقارنة مع التشريعات العربية، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة، 2012، ص:245.
3-هشام البخفاوي، الوسائل التقليدية والمستحدثة لحل النزاعات التجارية، مجلة صوت القانون، العدد الثامن، 2017، ص:490.

المبحث الأول: دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار

المبحث الثاني: دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار

المبحث الأول: دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار

يعتبر القضاء من أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، وأحد الركائز الأساسية لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع، لذلك قامت الدولة منذ نشأتها باحتكار السلطة القضائية كأحد مظاهر سيادتها، واعتبرت نفسها الجهة الوحيدة التي تكفل الحماية القضائية والقانونية للأشخاص المتواجدين على إقليمها، لذلك تم سن مجموعة من النصوص القانونية التي تنص على إخضاع جميع المنازعات الخاصة بالأشخاص الوطنيين أو الأجانب المتواجدين على إقليمها إلى قضائها وقوانينها الداخلية[1]، وهو الشيء الذي ينطبق كذلك على منازعات الاستثمار من حيث المبدأ، والتي تدخل هي الأخرى في اختصاص القضاء الوطني.

ومن ثم، فإن طبيعة منازعات الاستثمار التي تتميز بخصوصية مستمدة من وجود الدولة كطرف فيها، وكذا ارتباطها بالمصالح الحيوية لكل من الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، اقتضت معالجة هذه المنازعات من خلال القضاء الذي يمكن أن يحقق التوازن بين مصالح أطرافها، وعلى الرغم من أن منازعات الاستثمار ترتبط بأكثر من تخصص قضائي، إلا أن الطبيعة التجارية للاستثمار جعلت القضاء التجاري معنيا أكثر من غيره بحل منازعات الاستثمار، كما أن وجود الدولة صاحبة السيادة كطرف في العلاقة الاستثمارية جعل القضاء الإداري معنيا كذلك بفض هذه المنازعات.

وعلى ضوء ذلك، سوف نتطرق في هذا المبحث إلى دور القضاء التجاري في تسوية منازعات الاستثمار (المطلب الأول)، على أن نعرض بعد ذلك لدور القضاء الإداري في هذا الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الاول: دور المحاكم التجارية في فض منازعات الاستثمار

نصت اتفاقية "الكات"، التي تمخض عنها ميلاد المنظمة العالمية للتجارة، في ديباجتها على ضرورة تحديث جميع الدول النامية لترسانتها التشريعية خاصة في مجال المال والأعمال[2]، وبما أن المغرب قد صادق على هذه الاتفاقية فقد قام بتحديث ترسانته التشريعية، ومن أبرز تلك التحديثات ما يتعلق بخلق محاكم تجارية[3] متخصصة تستهدف عصرنة قطاع الأعمال والمعاملات التجارية والاقتصادية وتطوير أساليب دور القضاء في حل النزاعات والخلافات المرتبطة بالأعمال التجارية، وذلك في إطار تعزيز ثقة المستثمرين الأجانب بالقضاء الوطني من خلال إقرار مبدأ التخصص القضائي[4].

وتجدر الإشارة إلى أن اختصاص المحاكم التجارية هو اختصاص نوعي وحصري يتميز عن اختصاص المحاكم العادية ذات الاختصاص العام، حيث أن المشرع منح للقضاء التجاري دورا جديدا للتدخل في مجال الأعمال

1-خديجة غرداين، السيادة في القانون الدولي المعاصر، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد الثاني، يونيو 2018، ص:395.

2-قام المشرع المغربي بمجموعة من الإصلاحات التشريعية التي همت بتحسين مناخ الأعمال والاستثمار خصوصا في القوانين المتعلقة بالمقاولات حيث نهج سياسة الخوصصة في مجموعة من المجالات من خلال قانون 39-89، كما اهتم بالإطار المحاسباتي وفق المعايير العالمية من خلال القانون 88-9 كما تم تغييره وتحديثه، واهتم بالأسواق المالية من خلال سنه لمجموعة من القوانين التي تم من خلالها إحداث وتنظيم بورصة الدار البيضاء، والقانون المتعلق بتنظيم سوق الرساميل من خلال إنشاء الهيئة المغربية لسوق الرساميل بموجب ظهير 21-13-1 بتنفيذ القانون 43-12الذي من بين مهماتها: السهر على المساواة في التعامل مع المكتتبين والشفافية ونزاهة سوق الرساميل وإخبار المستثمرين..

3- بموجب الظهر الشريف رقم 65-97-1 الصادر بتنفيذ القانون 95-53 بتاريخ 12فبراير1997 القاضي بإحداث المحاكم التجارية، كما تم تغييره.

4-ولعل ما يعكس هذه الرغبة التشريعية في المضي قدما بالمنظومة القضائية صوب القضاء المتخصص هو اعتبار هذا الأخير مبدأ أساسيا من مبادئ التنظيم القضائي المغربي، وهذا ما كرسه المشرع في قانون التنظيم القضائي الجديد 38.15 الذي نص في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة 11 على أنه: "يعتمد التنظيم القضائي أيضا مبدأ القضاء المتخصص، لاسيما بالنسبة للمحاكم والأقسام المتخصصة. يراعى تخصص القضاة عند تعيينهم في المحاكم والأقسام المتخصصة.".

والاستثمار من خلال مساطر معالجة صعوبات المقاولة (الفقرة الأولى)، كما أنه يساهم في تدبير منازعات الاستثمار التي قد تنشأ في باقي المجالات التجارية المرتبطة بالاستثمار (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: تدخل القضاء التجاري في مساطر معالجة صعوبات المقاولة

لقد جاء الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلق بمساطر صعوبات المقاولة المعدل والمتمم بموجب القانون 73.17 بدور جديد للقضاء التجاري مغاير تماما لطبيعة دوره الكلاسيكي المتمثل في فض النزاعات بين الأطراف عن طريق تطبيق النصوص القانونية، فالأدوات والوسائل القانونية الجديدة المتمثلة في الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة وكذا معالجتها لاحقا، جعلت القضاء التجاري ينتقل ليلعب دورا اقتصاديا فرض عليه الخوض في المسائل ذات الطبيعة الاقتصادية والمالية والاجتماعية للمقاولة لتقويم وضعيتها واتخاذ الحل الذي يتناسب مع حدة الصعوبات التي تعترضها[1].

فمادامت المقاولة قائمة ولها قابلية للاستمرار[2]، فإن كل دواليبها تكون قابلة لأن تعمل بصفة عادية كقيام الائتمان وتوصل الزبناء ببضائعهم، واستيفاء الدائنين لحقوقهم ووجود مناصب شغل قائمة، لكن إذا اعترضت المقاولة صعوبات من شأنها أن تخل بهذا النشاط فإن الأمر يقتضي تدخل القضاء التجاري لاحتواء تلك الصعوبات، وتتحدد طبيعة تدخل القضاء التجاري في مساطر صعوبات المقاولة بحسب ما إذا كانت المقاولة متوقفة عن الدفع أو أنها ليست كذلك.

فإذا كانت المقاولة غير متوقفة عن دفع ديونها وتعترضها صعوبات مالية أو اجتماعية يبرز دور رئيس المحكمة التجارية من خلال مسطرة الوقاية الخارجية، باعتباره الجهاز الذي يقوم بالإشراف والمراقبة على سير هذه المسطرة، وذلك عن طريق الاستعانة بمسطرة الوكيل الخاص أو اللجوء إلى مسطرة المصالحة من أجل التوصل إلى صيغة توافقية لتجاوز الصعوبات التي تعترض المقاولة، فرئيس المحكمة التجارية هو الذي يعين الوكيل الخاص أو المصالح ويحدد مهامهما ومدة هذه المهام، ويمكنه المصادقة على اتفاق المصالحة الذي قد يتم التوصل إليه بين رئيس المقاولة والدائنين[3].

وإذا كانت الصعوبات أكثر حدة دون أن تصل بالمقاولة إلى درجة التوقف عن الدفع يظهر دور القضاء الجماعي بالمحكمة التجارية الذي يتدخل لتصويب وضعية الشركة عن طريق مسطرة الإنقاذ، فبعد توصل المحكمة بطلب رئيس المقاولة القاضي بفتح مسطرة الإنقاذ تتولى البت في هذا الطلب استنادا إلى سلطتها التقديرية، وإذا استجابت لذلك تصدر حكما بفتح المسطرة وتعين الأجهزة التي ستتولى تسيير المسطرة (القاضي المنتدب، السنديك)، وعند نهاية فترة إعداد الحل الموالية لصدور الحكم المذكور تقوم بحصر مخطط الاستمرارية وتراقب مدى التزام المقاولة بما تضمنه هذا المخطط من التزامات، ويمكن لها فسخه وفتح مساطر المعالجة إذا تبين لها أن المقاولة موضوع مسطرة الإنقاذ قد توقفت عن الدفع[4].

1- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض المقاولة ومساطر معالجتها، الجزء الأول، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، الطبعة الأولى، 1998، ص:96.

2 -Jeantin Michel, Droit commercial, instruments de paiement, Entreprises en difficulté. Dalloz 1995,4ème édit. Paris, p:346.

3-المختار البقالي، التدخل القضائي في سير عمل الشركات التجارية: قراءة في القانون المغربي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الأول، كلية العلوم القانونية والسياسية، سطات، السنة الجامعية 2015-2016، ص390.

4-عمر بدير، الأجهزة المتدخلة في مسطرة الإنقاذ، مجلة منازعات الأعمال، عدد 37، دجنبر 2018، ص:146 وما بعدها.

أما إذا وصلت الصعوبات بالمقاولة إلى حد التوقف عن الدفع، فإن القضاء الجماعي يمكنه إخضاع المقاولة لمسطرة التسوية القضائية إذا لم تكن مختلة بشكل لا رجعة فيه سواء من خلال مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت، أما إذا كانت وضعية المقاولة مختلة بشكل لا رجعة فلا مناص من إخضاعها لمسطرة التصفية القضائية.

وتثبت للقضاء الجماعي بالمحكمة التجارية مجموعة من السلطات في مساطر المعالجة، ومن أهمها وضع اليد تلقائيا على مسطرة صعوبات المقاولة وفتحها، حيث يعتبر ذلك من المسائل الجديدة التي أحدثت تغييرا في النظام القانوني المغربي استثناء من القاعدة القائلة بأن القاضي ملزم بالبت في الطلبات التي يعرضها عليه الخصوم[1].

وإذا كان الدائنون يرون بأن الحكم القاضي بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة ليس في محله، أمكن لهم الطعن ضد المقررات الصادرة بشأن فتح مسطرة الإنقاذ والتسوية أو التصفية القضائية، إذا كان الدائن هو من تقدم بطلب فتح المسطرة[2]، ويمكنهم الطعن أيضا في المقررات الصادرة بشأن حصر مخططات الإنقاذ أو الاستمرارية، والمقررات الصادرة بشأن تغيير أهداف ووسائل مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية، وكذا المقررات الصادرة بشأن فسخ مخطط الإنقاذ أو الاستمرارية أو التفويت، وأخيرا المقرارت الصادرة عن القاضي المنتدب التي يأذن بموجبها بالبيع بالمزايدة الودية أو بالتراضي[3]. وتندرج هذه الطعون ضمن الضمانات التي يخولها المشرع المغربي للدائنين من أجل حماية حقوقهم المالية.

وقد صدرت في هذا الإطار عدة أحكام تتعلق بفتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة وتم الطعن فيها من طرف الدائنين[4]، كما صدرت عدة أحكام بالتصفية القضائية في مواجهة المقاولات، وطعن فيها البنك ملتمسا فتح مسطرة التسوية القضائية بدلا من التصفية القضائية، نظرا لقابلية المقاولة للتقويم وأنه مستعد لإعطاء تسهيلات قصد تجاوز صعوباتها، فاعتبرت المحكمة الطعن واستجابت لطلب البنك[5].

وفي مجال حماية حقوق المستثمرين الدائنين للمقاولات الموجودة في حالة صعوبة، وحتى لا يقع تلاعب بالأموال المرفوع عنها الحجز نظرا لاعتبار الحكم بالتسوية أو التصفية يوقف ويمنع كل إجراء للتنفيذ عن ديون نشأت قبل الحكم المذكور طبقا للمادة 686 من مدونة التجارة، صدرت عدة اجتهادات من محكمة النقض لرفع النزاع بهذا الخصوص، ومن ضمنها صدور القرار عدد 1309 عن غرفتين بمحكمة النقض بتاريخ 21/12/2005 في الملف عدد 1279/04 قضى بنقض قرار استئنافي برفع الحجز بعلة أن الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية لا يرتب عن الحجز التحفظي سوى وضع يد القضاء على المنقولات والعقارات التي انصب عليها ومنع المدين من التصرف فيها تصرفا يضر بدائنيه، وإنه وإن كانت نصوص المسطرة المدنية تتحدث عن الحجز التحفظي في القسم المخصص لطرق التنفيذ، فإن المادة 653 (686 حسب القانون 73.17 القاضي بنسخ وتعويض الكتاب الخامس من مدونة التجارة فيما يخص مساطر صعوبات المقاولة) والتي تمنع وتوقف كل إجراء للتنفيذ بعد الحكم بفتح المسطرة للحصول على الديون الناشئة قبله، لا يعد إجراء تنفيذيا من قبل البيع أو الحجز التنفيذي المؤدي للبيع حتى يدخل في

1- عبد الرحيم السلماني، افتتاح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة من طرف المحكمة التجارية تلقائيا ومدى نجاعتها، مجلة القصر، العدد الثالث، 2002، ص:68.

2- وهذا الحق مخول أيضا للنيابة العامة من أجل الطعن في المقررات القضائية الصادرة بشأن فتح مسطرة الإنقاذ والتصفية والتسوية القضائية إذا كان الدائن هو من تقدم بطلب فتحها. انظر الفقرة الأولى من المادة 672 من مدونة التجارة.

3- انظر المادة 672 من مدونة التجارة.

4 - محمد قرطوم، سلطة المحكمة لخلق توازن بين حقوق المدين والدائن بمناسبة فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة، مجلة المحاكم التجارية، ع2، 2006، ص:65.

5 - كمثال على ذلك نجد القرار الصادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء بتاريخ 22/10/2001 في الملف رقم 2047/2000/11 وكذا قرار صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 05/03/2004 في الملفين المضمومين عدد 2309/2003/11 و3155/2003/11، منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد الثاني، 2006، ص:66.

عداد الإجراءات التي يمنعه أو يوقف الحكم بفتح المسطرة، وإنما هو إجراء تحفظي لا تأثير له على سير المسطرة الجماعية وعلى المحجوز عليه، بل فيه حفظ الحقوق الدائنين التي انتقلت للأموال المرفوع عنها الحجز.[1]

وفي مجال تقدير القضاء لمفهوم التوقف عن الدفع، نجد أن المحكمة عند بتها في القضايا المعروضة عليها بخصوص مساطر التسوية القضائية، يتعين عليها أن تحدد المعايير التي تستند عليها للتصريح بأن هناك توقفا عن الدفع، وذلك حسب كل قضية وكل حالة على حدة، ونجد من ضمن هذه المعايير أن يكون هناك دين أو ديون ثابتة أو حالة ومستحقة الأداء ومطالب بها، وأن المقاولة أصبحت عاجزة عن سداد هذه الديون [2]، كما نجد معيار وجود خلل في الموازنة المالية للمقاولة وفقدانها الائتمان التجاري الذي كانت تتوفر عليه[3].

ويعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع طبقا للمادة 713 من مدونة التجارة. وفي جميع الأحوال لا يجب أن يتجاوز ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة، وإذا لم يعين الحكم هذا التاريخ تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم[4]، كما تعتبر الصفة التجارية مناط افتتاح مساطر صعوبات المقاولة، وهو ما أكده القضاء التجاري المغربي في عدة أحكام.

ومن ثم، يتضح أن التعامل مع التوقف عن الدفع يتسم بنوع من الحذر تفاديا للإكثار من اتخاذها ذريعة للتهرب من أداء الديون وإضاعة حقوق الأفراد.

وبخصوص القاضي المنتدب في قضايا صعوبات المقاولة، نجد أنه يأخذ من اختصاص قضاء الموضوع عندما يقوم بمسطرة تحقيق الديون باعتباره الساهر على المصالح المتواجدة فإنه يتدخل لحماية أموال المقاولة عن طريق إجراءات تحفظية وتدابير وقتية واستعجالية، وهو نفس الاتجاه الذي سلكته محكمة الاستئناف التجارية بفاس عندما أيدت أمرا صادرا عن القاضي المنتدب والقاضي بوقف أشغال الهدم والبناء للأصل التجاري لشركة خاضعة لمسطرة التصفية القضائية حماية لأصولها من التبديد.[5]

ونشير إلى أن هدف المشرع من فتح مساطر المعالجة هو محاولة إنقاذ المقاولة وبالتالي حماية مصالح المستثمرين، فهي ليست بالدرجة الأولى وسيلة للحصول على الديون وتنفيذ الأحكام التي تبقى طرق تنفيذها منصوصا عليها في غير الكتاب الخامس من مدونة التجارة المتعلق بصعوبات المقاولة.[6]

إن معالجة صعوبات المقاولة رهينة بإصلاح الجهاز القضائي الذي أصبح يتحمل مسؤولية كبيرة في هذه المساطر، ومن ثم فإن القاضي التجاري يجب أن يكون لديه تكوين ومعرفة شاملة بالمقاولة وما يحيط بها، خاصة أن القانون التجاري الذي ينتمي إلى فئة قانون الأعمال يحتم السرعة والدقة وبالتالي تصحيح اختلالات المقاولات بغية إضفاء الشفافية على الميدان التجاري وترسيخ الثقة لدى المستثمر.

---

1 - ذ. عبد الرحمن المصباحي، مواكبة الغرفة التجارية لميدان الاستثمار، قضايا الاستثمار والتحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى الندوة الجهوية الرابعة احتفاء بالذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية، الرباط، 18-19 أبريل 2007، ص:211.

2 - وهو ما جاء في قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، صادر بتاريخ 10/11/2000 في الملف رقم 1270/2000/11 حيث إن التوقف عن الدفع كشرط موضوعي لتبرير فتح مساطر المعالجة يتعين أن يكون هناك دين ثابت وحال الأداء ومطالب به وكون المقاولة أصبحت عاجزة عن سداد الديون...

3 - قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء صادر بتاريخ 2002/03/08 في الملف 11/2002/243، منشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد الأول، 2004، ص:45.

4 - حكم المحكمة التجارية بطنجة رقم 635 بتاريخ 2005/07/21 ملف رقم 2004/10/09. وحكم المحكمة التجارية بطنجة رقم 16 بتاريخ 30 نونبر 2006، منشورين بمجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، عدد 2015/08، ص:45.

5 - قرار عدد 81 صادر بتاريخ 21/12/2005 ملف عدد 78/2005. أشار إليه عبد القادر أقلعي دريوش، مركز القاضي المنتدب وأهميته في مساطر معالجة صعوبات المقاولة من خلال قضاء المجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثامنة، مرجع سابق، ص:462.

6 -وهو ما نص عليه قرار محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء رقم 2667/2001 بتاريخ 21/12/2001. ملف عدد 2204/2001/11. انظر ذ. امحمد الفروجي، التوقف عن الدفع كشرط لفتح مساطر معالجة صعوبات المقاولة، سلسلة دراسات قانونية معمقة، العدد الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص:160.

الفقرة الثانية: مظاهر حماية القاضي التجاري لباقي المجالات التجارية المرتبطة بالاستثمار

في ظل ما أصبح يعرفه عالمنا المعاصر من تحرير للاقتصاد والانفتاح على الأسواق الخارجية، أصبح القضاء التجاري مطالبا بمواكبة المستجدات في المجال التشريعي والتجارب القضائية، قصد تطوير مداركه بشكل يصبح معه قادرا على إيجاد الحلول لكل ما استجد عليه من منازعات، وبالتالي إعطاء ضمانات قضائية تعزز مناخ الثقة لتشجيع توظيف الرساميل في المشاريع الاستثمارية، ويبرز ميدان تدخل القاضي التجاري، إلى جانب اختصاصه في ميدان صعوبات المقاولة في مجموعة من المجالات التجارية التي تدعم إطار الأعمال، سواء تعلق الأمر باجتهاداته في إطار مقتضيات مدونة التجارة أو خارج نصوص هذه المدونة.

ففيما يتعلق باجتهادات القاضي التجاري في إطار مقتضيات مدونة التجارة، يمكن أن نعطي مثالا بخصوص التسجيل في السجل التجاري وطابعه الشخصي، حيث قضت المحكمة التجارية بالرباط [1]أنه طبقا للفصل 78 من مدونة التجارة المتعلق بمنازعات التقييدات في السجل التجاري، فإن الطلب الرامي إلى أمر مصلحة السجل التجاري بتسجيل الإراثة في السجل التجاري رقم 19335 يتنافى ومقتضيات الفصل 39 من مدونة التجارة الذي يعطي للتسجيل طابعا شخصيا، وكذا الفصل 38 من نفس المدونة الذي قيد هذا التسجيل بالإدلاء بمجموعة من الوثائق والبيانات وكذا المادة 53 من مدونة التجارة التي لم تعط الحق في التسجيل في حالة الوفاة لدائن أحد الورثة الغير مسجلة، كما يظهر دور القضاء بشكل كبير في الأوامر القاضية بالشطب التلقائي على التقييدات المضمنة في السجل التجاري والمنصوص عليها بمقتضى القانون كحالة الوفاة أو المنع من مزاولة النشاط التجاري ويختص رئيس المحكمة بإصدار أوامر الشطب التلقائي.[2]

أما بخصوص التطبيق القضائي لمقتضيات الأصل التجاري، نجد أن القضاء التجاري قد كرس في هذا الإطار توجها يقضي بأنه لا يمكن أن ينشأ أصل تجاري بداخل أصل تجاري ولابد من وجود عنصر الزبناء في قيام الأصل التجاري حسب الفصل 80 من مدونة التجارة[3].

وفي مجال الشركات التجارية يلعب القضاء التجاري دورا مهما في تشجيع الاستثمار، وذلك من خلال بته في المنازعات التي من الممكن أن تحدث داخل هذه الشركات، ابتداء بالمنازعات التي قد تنشب بين الشركاء والمؤسسين عند تأسيس الشركة، مرورا بالمنازعات التي تحدث بين الشركاء في حياة الشركة التجارية والتي قد ترتبط بحقوق الشركاء في الإعلام والمشاركة والأرباح وغير ذلك، وانتهاء بالبت فيما يمكن أن ينجم من خلافات عند تصفية الشركة وتوزيع أصولها على الشركاء، ففي كل ذلك يساهم القضاء الجماعي بالمحاكم التجارية وكذا رؤساء هذه المحاكم في إيجاد حلول ملائمة لمختلف تلك المنازعات سواء من خلال البت في الموضوع أو البت استعجاليا[4].

وإلى جانب ذلك، يمكن أن يساهم القضاء التجاري في تشجيع الاستثمار عن طريق بته في المنازعات المرتبطة بحقوق الملكية التجارية والصناعية التي تعد وثيقة الصلة بالمشاريع الاستثمارية، فانطلاقا من القانون رقم 17.97 فإن القضاء التجاري يجسد آلية حمائية للملكية الصناعية والتجارية بما يوفره من حصانة لهذه الملكية، من خلال بته في المنازعات المرتبطة بتسجيل العلامات التجارية والنماذج الصناعية وتزييفها وتقليدها...، وتكتسي هذه الحماية

1 -حكم صادر بتاريخ 08/06/1998 تحت عدد 174 في الملف عدد 165/98، منشور بمجلة الإشعاع عدد 26، ص 298 وما بعدها.

2 - وقد صدر في هذا الإطار عن رئيس المحكمة التجارية بمراكش أمر ولائي جاء فيه: يراقب كاتب الضبط بجانب رئيس المحكمة والقاضي المعين من طرفه الشكليات الواجب اتباعها في شأن التقييدات التي تباشر فيه ويثبت له هذه الصفة الحق في رفع أي منازعة إلى السيد رئيس المحكمة للتشطيب في السجل التجاري على تسجيل شركة مساهموها أطباء، وبهذا الوصف يمنع عليهم قانونهم المهني رقم 94-10 ممارسة الأعمال التجارية وإنشاء شركات تجارية وتأذن المحكمة بالتشطيب تبعا لذلك أمر عدد 297 بتاريخ 23/07/1998، انظر الحسن البوعيسي، كرونولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة التجارية، ط1، 2003 م 119

3 -وهذا ما ذهبت إليه المحكمة التجارية بمراكش في حكمها الصادر بتاريخ 11/12/2002، عدد 201 في المكلف عدد .623/01 منشور 349 بمجلة المحامي ع42 ص 124

4 - سارة بلقاسمي وداوود منصور، دور القاضي في حل نزاعات الشركات التجارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 3، ص 651.

صبغة مدنية تتمثل في تعويض المتضررين من انتهاك حقوق ملكيتهم التجارية والصناعية، وكذلك تكتسي صبغة جنائية تتجلى في المتابعات المحتملة التي يمكن أن يتعرض لها من قامت مسؤوليته المدنية عن الجرائم المرتبطة بانتهاك هذه الحقوق[1].

ولا تفوتنا الإشارة كذلك ونحن نتحدث عن تشجيع الاستثمار إلى المجال البنكي، الذي يمكن أن يشكل هو الآخر فرصة ملائمة للقضاء التجاري لحماية الائتمان والثقة التي تقوم عليها المشاريع الاستثمارية انطلاقا من الصلاحيات المخولة له على مستوى مدونة التجارة وكذلك على مستوى القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتبرة في حكمها، فمن خلال نظره في المنازعات البنكية المرتبطة بالعمليات والعقود البنكية من إقراض ورهن وتحويل وكفالة وفوائد... يستطيع القضاء التجاري حماية النظام العام المالي وتوفير السيولة المالية التي يحتاجها المستثمر مع ضمان جميع حقوقه في إطار تعامله مع مؤسسات الائتمان.

المطلب الثاني: دور القضاء الإداري في تسوية منازعات الاستثمار

الأصل أن القضاء التجاري هو المعني بالدرجة الأولى بفض منازعات الاستثمار، إلا أن دور القضاء الإداري لا يقل أهمية في هذا المجال، وذلك ما يتمظهر من خلال:

- الطعون بإلغاء القرارات الإدارية بسبب التجاوز في استعمال السلطة التي تؤثر على المراكز القانونية للمستثمرين.

- النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

- النزاعات المتعلقة بالضرائب.

- النزاعات المتعلقة بتحصيل الديون المستحقة للخزينة العامة.

- دعاوي التعويض عن الأضرار التي تسبب فيها أعمال ونشاطات أشخاص القانون العام[2].

هذا وقد لوحظ في السابق أن القضايا التي كانت تعرض على القضاء الإداري قبل إحداث المحاكم الإدارية المتخصصة[3] كانت تنتهي بعدم القبول، نظرا لعدم إلمام المتقاضين الذين يلجؤون إلى القضاء للحصول على حق ما أو لحمايته بالمسطرة المتبعة، وخاصة إذا كانت هذه الفئة من المتقاضين من المستثمرين (خصوصا الأجانب منهم)[4].

ومن القضايا ذات الصلة بالاستثمار التي يتولى القضاء الإداري أمر البت فيها، المنازعات المرتبطة بالعقود غير عقود الصفقات العمومية (الفقرة الأولى)، وكذلك المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المنازعات المرتبطة بالعقود غير عقود الصفقات العمومية

يمكن أن تكون مجموعة من العقود الإدارية محلا للمنازعة بين الدولة والمستثمر من قبيل عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، عقود التدبير المفوض، عقود "البوت" وغيرها...، حيث يقوم القضاء الإداري بمناسبة نظره في هذه

1- فؤاد معلال، الملكية الصناعية والتجارية: دراسة في القانون المغربي والاتفاقيات الدولية، مطبعة الأمنية، الرباط، الطبعة الأولى، 2009، ص 4.
2 الطعون بالإلغاء في قرارات الإعلان عن السمسرة أو المناقصة، وغالبا ما تقدم هذه الطعون من طرف المستثمر مستغل العقار موضوع الإعلان:
-المنازعات المتعلقة بعقود التسيير الحر
-المنازعات المتعلقة باتفاقيات المبرمة بين الدولة وبعض المستثمرين المغاربة والأجانب.
- النزاعات المتعلقة باستخلاص واجبات الكراء والزيادة في هذه الواجبات.
3 تم إحداث المحاكم الإدارية الابتدائية بموجب القانون 41.90 الصادر في 10 شتنبر 1993، كما تم إحداث محاكم الاستئناف الإدارية بموجب القانون 80.03 الصادر في 14 فبراير 2006.
4-ذ. محمد لمزوغي، القضاء الإداري ومجال تدخله في حماية الاستثمار، مجلة المناظرة، العدد التاسع، يونيو 2004، ص:11.

المنازعات بالتأكد من مدى احترام الطرفين لبنود الاتفاق وتطبيق القانون بشأنها تطبيقا سليما، آخذا في اعتباره هاجس الموازنة بين حقوق المستثمر وحقوق الدولة.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق، أن المنازعات المعروضة على القضاء الإداري بهذا الخصوص، غالبا ما ترفع من طرف المستثمرين المغاربة، لكون الاتفاقيات التي تبرم مع الأجانب في إطار الاستثمار غالبا ما تنص على أن النزاعات التي قد تحصل تسوى بواسطة الطرق الدبلوماسية ثم اللجان المختلطة وأخيرا عن طريق التحكيم [1]، و من جهة أخرى، فإن أغلب المستثمرين الأجانب يتخذون شكل شركات غالبا ما تكون متعددة الجنسيات، تتميز بكونها منظمة تنظيما دقيقا و لها إمكانيات بشرية ومادية [2] تمكنها من الوفاء بالتزاماتها على الوجه المطلوب.

حيث يرى بعض الفقه، أن المستثمرين الأجانب لا يجدون أي مشاكل مع الإدارة المغربية المتعاقدة معهم، بحيث إن المستثمرين الذين يتعاقدون مع الإدارات العمومية إما في إطار صفقة عمومية أو في إطار اتفاقية الشراكة بين القطاعين العام والخاص، يتوفرون على مجموعة من الضمانات التشريعية والعقدية التي تكفل لهم تنفيذ العقد الاستثماري في أحسن الظروف و كذا وفاء الإدارة المغربية بجميع التزاماتها، وفي هذا الصدد نصت المادة من 12 القانون رقم [3] 86.12 المتعلق بعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص كما تم تغييره وتتميمه بالقانون 56.18[4] على أنه" حيث يحدد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص حقوق الأطراف المتعاقدة".

الفقرة الثانية: المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية

تعتبر الصفقات العمومية من أهم العقود الإدارية، حيث تعتبر وسيلة تمكن الدولة والإدارات العمومية من تنفيذ مشاريعها، ونظرا للانتقادات والشائعات التي كانت توجه إلى كيفية إبرام هذه الصفقات وخاصة مع المستثمرين المنافسين، فقد حرصت الدولة على إجراء إصلاحات مهمة في ميدان تنظيم القواعد المتعلقة بالصفقات العمومية[5]. والجدير بالذكر، أنه يجب على كل من المستثمر والإدارة المتعاقدة احترام هذه المبادئ وكل المقتضيات القانونية التي جاء بها هذا المرسوم، وعدم الإخلال بالالتزامات العقدية والقواعد القانونية التي قد تدفع المستثمر صاحب الصفقة إلى التخلي عن إتمام المشرع أو طلب إبطال عقد الصفقة العمومية من خلال اللجوء إلى القضاء الإداري المختص.

وتعتبر هذه الحماية ضمانة قضائية للمستثمرين، حيث إن وجود رقابة للقضاء الإداري على سلطات الإدارة المتعاقدة في مجال الصفقات العمومية هو آلية حمائية ودافع للمتعاقدين للإقبال على التعاقد مع الإدارة دون خوف من ضياع حقوقهم بسبب تعسف الإدارة في استعمال سلطاتها[6]، وتتجلى مظاهر هذه الحماية من خلال لجوء المستثمر إلى رفع دعوى بطلان العقد والمطالبة بالمبالغ المالية المستحقة، أو من خلال اللجوء إلى القضاء الاستعجالي الإداري المتمثل في رئيس المحكمة الإدارية في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية أو في حالة القوة القاهرة.

فعلى سبيل المثال، أكدت المحكمة الإدارية بالرباط في حكمها الصادر سنة 2018 على أحقية المستثمر لفوائد التأخير المترتبة عن تأخر الإدارة في دفع مستحقات المستثمر بعد إنهاء الأشغال، حيث قضت بكون "ثبوت تأخر صاحب

1-فقضاء التحكيم الدولي هيمن على كل المساطر المتعلقة بعالم التجارة والصناعة، راجع: ذ. إدريس بوزيان، دور القضاء في التنمية الشاملة، مجلة المحاماة، العدد 38 دجنبر 1995، أشغال المناظرة الوطنية حول العدالة بالمغرب واقع ومعالجة ص:57.

2 -ذ. عبد السلام لزرق، محاضرات في الاقتصاد الدولي، طبعة الأولى، 2003، مطبعة أنفو برانت، فاس، ص:98 وما يليها.

3- الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.14.192 بتاريخ 24 ديسمبر 2014، ج. ر. عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015.

4- الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.20.04 بتاريخ 6مارس2020، ج. ر. عدد 6866 بتاريخ 19 مارس 2020.

5- وذلك من خلال إصدار المرسوم عدد 2.22.431 بتاريخ 8 مارس2023 الصادر ب ج. ر. عدد7176 بتاريخ 9 مارس 2023.

6- عمر خالدي، الحماية القضائية للمتعامل المتعاقد بمناسبة تنفيذ الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد الخامس، العدد الثالث، ص:793.

المشروع في أداء مستحقات (الشركة) المدعية بخصوص الكشف الحسابي المالي رقم 3 والأخير يجعل طلب فوائد التأخير عنها مبني على أساس سليم ويتعين الاستجابة له في حدود المبلغ الذي حدده الخبير في 113.790.75"[1].

وفي نفس السياق، حرصت المحكمة الإدارية بأكادير على التأكيد على أحقية المستثمر في التعويض عن الحرمان من الربح في حالة ثبوت خرق الإدارة للنصوص التشريعية والتنظيمية للصفقات العمومية، حيث جاء في حكم لها ما يلي "...وبعد الأخذ بعين الاعتبار حرمان المدعية من الربح الذي كان من الممكن أن تحققه من الصفقة التي تم إقصاؤها منها، قررت المحكمة، أنه على المجلس البلدي المذكور أعلاه أداء مبالغ مالي قدره 250000 درهم للمدعية"[2] .

إن الحماية القضائية في مجال الصفقات العمومية لا تقتصر على المستثمرين الوطنيين، بل تشمل أيضا الأجانب منهم في إطار المعاملة المتساوية بينهم، ومن الأمثلة على ذلك ما يتعلق بحماية المستثمرين من الفسخ التعسفي للعقد من قبل الإدارة، حيث قضت المحكمة الإدارية في القضية [3]التي تتلخص وقائعها في كون "إبرام عقد بين الشركة العقارية للتجهيز بالرباط والمكتب الوطني للبريد لتزويد هذا الأخير ب 77.000 جهاز تليفوني، وبعد الاتفاق قامت الشركة المعنية بالتعاقد مع إحدى الشركات بهونكونغ من أجل تزويدها بالأجهزة المذكورة وفق المواصفات المتفق عليها، غير أن المدير العام للمكتب الوطني للبريد قام بفسخ العقد استنادا الى كون الشركة قد عجزت عن تقديم نموذج داخل أجل 10 أيام المحددة في الإنذار الموجه إليها من طرفه غير أن المدعية نفت ذلك و أكدت أنها وضعت النموذج المذكور داخل الأجل المحدد، و دفعت بالانحراف في استعمال السلطة لكون المكتب أبرم مباشرة بعد قرار الفسخ، نفس الصفقة مع شركة فرنسية." وقد ثبت للمحكمة صحة هذا الدفع بعد أن أمرت بإجراء خبرة تقنية بواسطة خبير مختص، وعلى ضوء ذلك قضت المحكمة على شركة اتصالات المغرب التي حلت محل المكتب الوطني للبريد بأداء تعويض قدره 5.149.360.08 درهم عما فاتها من ربح من الصفقة ومبلغ 30.000.000.0 درهم كتعويض عن الأضرار الناتجة عن فسخ عقد الامتياز الانفرادي.

وبالتالي، فإن القضاء الإداري المغربي يحرص على توفير الضمانات التي تحمي حقوق المستثمرين المتعاقدين سواء كانوا مغاربة أو أجانب، وهذه الضمانات القضائية لا تقتصر على القضاء الشامل بل تتعداه إلى القضاء الاستعجالي، وذلك عندما يتطلب الأمر تدخل قاضي المستعجلات الإداري[4] من أجل اتخاذ كل إجراء وقتي لا يحتمل التأخير، كحالة إثبات الأوضاع المادية التي يخشى زوالها في عقود الأشغال العامة، أو طلب إجراء الخبرة في حالة القوة القاهرة من أجل التمسك بها في المطالبة بالتعويض، ومن ثم فإنه إذا كانت الحماية القضائية المكفولة من طرف القضاء الجماعي الإداري تتسم بطول إجراءاتها وتعقدها فإن الحماية القضائية التي يوفرها القضاء الاستعجالي تتميز على عكس ذلك بالسرعة ومرونة إجراءاتها[5].

وإذا كان اختصاص قاضي المستعجلات مقرون بقيام شرطين لازمين يتمثلان بحسب المادتين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية في توافر حالة الاستعجال وعدم المساس بجوهر النزاع، فإن القضاء الشامل يمتد ليشمل إضافة إلى الفصل في النزاع موضوع عقد الصفقة كل الطلبات المستعجلة المتعلقة بالنزاع[6].

1-حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط عدد 2597 بتاريخ 18 يونيو 2018.
2-أورده، ذ. محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، مجلة المعيار، العدد 39، يونيو2008، ص:32.
3 -القضية عدد 65-96 الحكم عدد 327 بتاريخ 18/03/02، أشار إليه محمد المزرعي، مرجع سابق، ص:16.
4-حيث يعتمد قاضي المستعجلات الإداري على القواعد العامة للاستعجال المنصوص عليها في الفصلين 149 و152 من قانون المسطرة المدنية والتي تحيل عليهما المادة 7 من قانون المحاكم الإدارية.
5-حسينة غواس، دور القاضي الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 28، نونبر 2021، ص:142.
6- للإطلاع على المزيد في منازعات القضاء الشامل انظر: ذ. مليكة الصروخ، الصفقات العمومية في المغرب- الأشغال، التوريدات، الخدمات- مكتبة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الثانية، 2012، ص:459.

لكن رغم الضمانات القضائية التي يمنحها القضاء التجاري أو الإداري من أجل حماية حقوق المستثمرين، فإن هذا القضاء لا يخلو من بعض المعيقات، كطول المساطر الإجرائية وعدم السرعة في البت في النزاع وكذلك عدم تساوي المراكز القانونية لأطراف النزاع، مما قد يدفع العديد من المستثمرين خاصة الأجانب منهم إلى اللجوء للتحكيم، خصوصا عندما تكون الدولة أو أحد مؤسساتها طرفا في هذا النزاع.

المبحث الثاني: دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار

لقد قام المشرع المغربي بمجموعة من التعديلات والتحيينات في النصوص التشريعية المتعلقة بالوسائل البديلة لفض المنازعات، وذلك بهدف إنشاء عدالة موازية للعدالة النظامية، خاصة التحكيم الذي يتم اللجوء إليه لفض منازعات الاستثمار، فالطبيعة الخاصة التي تميز هذا النوع من المنازعات تشجع الأطراف إلى اللجوء إلى هذه الوسيلة بدلا عن القضاء الوطني.

حيث نجد اختلافا في المراكز القانونية للأطراف المتنازعة من جهة وارتباط المنازعات بالعنصر الأجنبي، فالدولة كطرف في منازعات الاستثمار الأجنبي تتميز بالسيادة أمام المستثمر الأجنبي، الذي مهما بلغت قوته المالية فإنه يفتقد للسيادة، كذلك عندما يكون المستثمر أجنبيا فإن النزاع يثير مجموعة من الإشكالات المرتبطة بتنازع القوانين، فأمام هذا الوضع برزت أهمية اللجوء إلى التحكيم، وإن كان التحكيم يتميز بصفته القضائية فهذا لا يحول دون الاعتراف بطبيعته الرضائية[1] وهوما جعل المستثمرين الأجانب يحرصون على ضرورة إدراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار باعتباره وسيلة فعالة ومحايدة.

ومن أجل تحقيق نظام فعال لتسوية منازعات الاستثمار من خلال التحكيم كألية من آليات تحسين مناخ الاستثمار عملت اتفاقية واشنطن الموقع عليها في 18مارس1965 على وضع إطار مؤسساتي يتم من خلاله فض هذا النوع من المنازعات من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

من خلال هذا المبحث سوف نتطرق لخصوصية التحكيم كآلية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي (المطلب الأول) وكذا لدور المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار في تسوية منازعات الاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصية التحكيم في فض منازعات الاستثمار

تجلى خصوصية التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار من خلال مجموعة من المميزات التي يتميز بها مقارنة بقضاء الدولة، فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأطراف، في حين أن القضاء يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، لكن ونظرا لطبيعة منازعات الاستثمار التي تكون الدولة المضيفة طرف فيها فالتساؤل الذي يطرح هو مدى إمكانية إبرام الدولة للاتفاق التحكيم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مميزات التحكيم وشروطه.

سنعرض من خلال هذه الفقرة لمميزات التحكيم(أولا)، وأهم شروطه (ثانيا).

1-لقد أثارت مسألة الطبيعة القانونية للتحكيم الجدل بين الفقهاء فهناك من ذهب إلى كون التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، وهناك من اعتبره ذو صفة قضائية وأخيرا اتجه بعض الفقه لاعتبار التحكيم يتميز بطبيعة مختلطة.

أولا: مميزات التحكيم

يتمتع التحكيم بالعديد من المزايا التي جعلته كوسيلة لحل المنازعات في قطاع الاستثمار الأجنبي وتتجلى فيما يلي:

1 - مرونة التحكيم بما يتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمارات التي تمتاز بانها عقود ذات قيمة مالية عالية، ويحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية طويلة وعلى مراحل مختلفة الأمر الذي يتطلب وجود آلية لتسوية المنازعات الناشئة عنها فهذه الآلية هي التحكيم الذي يقوم على أساس مبدأ سلطان الارادة والمتمثل في اختيار المحكمين وفي تحديد مكان التحكيم ولغته واختيار القانون الواجب التطبيق[1].

2 - عنصر السرعة في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، حيث تتسم هذه العقود بوجود جداول زمنية دقيقة لتنفيذها، فهذا يتطلب سرعة البت في النزاع في حال ظهوره، ومما يزيد من سرعة التحكيم أنه قد يتم بطريقة إلكترونية دون الحاجة إلى الاتصال المادي بين أطراف النزاع[2].

3- السرية حيث يضمن التحكيم السرية لأطراف النزاع في عقود الاستثمار الأجنبي، إذ أن عقود الاستثمار الأجنبي تحتوي في الاغلب على معلومات في غاية الأهمية وتحتوي على أسرار علمية وتكنولوجية تتصل بالسمعة التجارية للمستثمر، لذلك يقع على عاتق الهيئة التحكيمية الالتزام بواجب حفظ السر المهني تحت طائلة إثارة مسؤوليتها القانونية، على خلاف القضاء العادي الذي تصدر فيه الأحكام علنية[3].

4- عدم خضوع المستثمر الأجنبي في عقود الاستثمار لقضاء الدولة التي يستثمر بها.

5- تجنب المشاكل المتعلقة بتنازع القوانين، فالتحكيم يفسح المجال للأطراف في تعين القواعد الاجرائية والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق، كما أنه كلما تحرر المحكم من القيود والإجراءات المغرقة في التعقيد والشكليات، إلا كان بإمكانه الوصول إلى حلول توفيقية تحظى برضا الأطراف[4].

7- توفر الخبرة والمهارات اللازمة في المحكم أو هيئة التحكيم المكلفة بفض المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار مما يؤدي إلى جودة الأحكام التحكيمية.

وقد أصبح بذلك للتحكيم دور كبير في جلب الاستثمارات الأجنبية، وتشجيع المستثمرين الأجانب على نقل أموالهم إلى دول أخرى للاستثمار، وبالتالي فهو وسيلة للتخفيف من حدة الأزمات الاقتصادية خصوصا في الدول النامية، لذلك تلجأ الدول الجاذبة للاستثمار إلى التحكيم كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمارات على أراضيها وهو الأمر الذي دفع كثير من الدول أن تدرج في صلب قوانينها المشجعة للاستثمار نصوصاً تشريعية صريحة تفيد قبول التحكيم كوسيلة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار.

وبما أن الدول تلجأ لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها، سعيا منها لتحسين مستواها الاقتصادي وتنمية مواردها فإنه من الممكن ان تنشأ خلافات أو منازعات تتعلق بتلك الاستثمارات نظرا لكون عقود الاستثمار تبرم بين طرفين ينتمي كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، فالدولة من جهتها تنتمي للقانون العام والمستثمر الأجنبي بدوره ينتمي للقانون الخاص إضافة الى اختلاف قانون الدولة المضيفة عن قانون دولة المستثمر الأجنبي، كما قد يختل

1-ذة. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلب الحقوقية 2010، ص:12.
2- رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس فلسطين، السنة الجامعية 2008-2009، ص:15.
3- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، طبعة 2000، ص:20.
4- رياض فخري، الوسائل البديلة لفض المنازعات: رية أخرى لإصلاح المنظومة القضائية، المجلة المغربية للوساطة والتحكيم، عدد 6، شتنبر 2012، ص:13.

التوازن العقدي نتيجة لتدخل الدولة كسلطة عامة من خلال إصدار مجموعة من التشريعات الجديدة أو القرارات الإدارية التي تجعل من المستثمر طرفا ضعيفا معرضا لضياع حقوقه من منظوره الشخصي.

ثانيا: شروط التحكيم

اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار يتمثل في شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم.

1- **شرط التحكيم**: هو ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي والمتفق عليه بين الأطراف قبل نشوء النزاع للجوء إلى التحكيم. فهذا الاتفاق يندرج ضمن العقد الأساسي في شكل بند يذكر فيه صراحة أنه في حالة نشوء نزاع بينهم يعرض على التحكيم.
2- **مشارطة التحكيم:** وهو الاتفاق الذي يبرمه الأطراف منفصلا ومستقلا عن العقد الأصلي.

ونخلص الى أن اتفاق التحكيم يمكن ان يعرف بانه: " اتفاق مكتوب بين شخصين او أكثر على سحب اختصاص القضاء في نظر المنازعات التي تحدد صراحة في اتفاق التحكيم ومنح هذا الاختصاص لشخص أو جهة (هيئة) للفصل في هذا النزاع تسمى هيئة تحكيم"[1].

الفقرة الثانية: إمكانية إبرام الدولة للتحكيم

لقد اختلفت التوجهات والآراء بخصوص إمكانية اللجوء إلى التحكيم في تسوية والمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها بما في ذلك المنازعات الاستثمارية، حيث يمكن الوقوف في هذا الصدد على موقف بعض التشريعات المقارنة (أولا)، وكذا موقف بعض المنظمات الدولية (ثانيا)، على أن نختم بموقف المشرع المغربي (ثالثا).

أولا: موقف التشريع المقارن

إن إمكانية اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار التي تكون الدولة أحد أطرافها عرف تطورا تشريعيا في اتجاه إيجابي، حيث نجد التشريع الفرنسي تطور من الرفض المطلق إلى إمكانية اللجوء إليه إذا وجد نص تشريعي ينص على ذلك[2]، حيث سمح القانون الفرنسي الصادر في 17 أبريل 1906 لأشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم كآلية لفض النزاعات التي قد تنشأ بين أفراد من القانون الخاص، وأورد على ذلك مجموعة من الشروط، من بينها أن يسمح باللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع عبر عقد التحكيم وليس شرط التحكيم، كما اشترط ضرورة موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية[3].

ثم توالت بعد ذلك القوانين التي أجازت ذلك، كقانون 18 أبريل 1946 المتعلق بـتأميم شركة الغاز والكهرباء، حيث جعل التحكيم إجباريا في المنازعات المتعلقة بالتأميم وقانون 2 يوليو 1990 الذي رخص لهيئة البريد والاتصالات الفرنسية في المادة 28 منه اللجوء إلى التحكيم[4].

وقد نظم المشرع الفرنسي التحكيم التجاري الدولي بنصوص خاصة تسمح للدولة بأن تكون طرفا في هذا النوع من التحكيم، واعترف بأهلية الدولة والأشخاص المعنوية العامة أو التابعة للدولة في الاتفاق على التحكيم في العلاقات التي يكون أحد أطرافها أجنبيا، كما استقر القضاء الفرنسي على إمكانية لجوء الدولة أو أحد هيئاتها للتحكيم عندما

1-التحكيم في منازعات عقود الاستثمار وفقا للقانون الأردني وبعض الاتفاقيات المصادق عليها من قبل المملكة الأردنية الهاشمية، منشور بالموقع التالي http://www.lawjo.net/vb/attachment.php?attachmentid=1585&d=1293817875، تم الاطلاع عليه بتاريخ 13 غشت 2023.
2- Dominique Foussard, L’arbitrage en droit administratif, rev, Ar, 1990, p : 3.
3-جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة 2000، القاهرة، ص:120.
4- فطومة بودلال، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجيلالي اليابس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2016/2015، ص:123.

يتوافر شرطان: الأول موضوعي مرتبط بالعقد الذي يجب أن يكون ذا طابع دولي مثل عقود الاستثمار الأجنبي، والشرط الثاني يتجسد في أن يكون القانون المنظم للعقد مقرا بصحة هذا التحكيم.

أما بالنسبة للمشرع المصري، فقد نص صراحة في القانون رقم 9 لسنة 1997 على إمكانية اللجوء للتحكيم في المنازعات الإدارية بشرطين: أولهما إذن الوزير المختص أو من ينوب عنه، وثانيهما أخذ رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع متى زادت قيمة العقد الإداري عن 5 آلاف جنيه.

ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية وأعمال الهيئات الدولية

اعترفت العديد من الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف بأهلية الدولة في إبرام اتفاق التحكيم ومنها:

-الاتفاقية الأوروبية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لسنة1961: خصوصا في مادتها الثانية التي أقرت بأهلية الدول أو المؤسسات التابعة لها بإبرام اتفاق التحكيم، إلا إذا أعلنت الدولة الطرف في الاتفاقية صراحة على عدم جواز التحكيم أو تقييده نطاق تطبيقه على بعض أنواع النزاعات المنصوص عليها صراحة.

- اتفاقية واشنطن الخاصة بفض منازعات الاستثمار الأجنبي بين الدول لسنة 1965: وذلك بموجب المادة 25 منها.

-الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري: حيث نصت في مادتها الثانية على إمكانية حل النزاعات التجارية التي تنشأ بين أشخاص طبيعيين ومعنويين، أيا كانت جنسيتهم ويربطهم تعامل تجاري مع إحدى الدول العربية أو أحد أشخاصها، عن طريق اللجوء إلى التحكيم.

كذلك هو الحال بالنسبة لمجمع القانون الدولي الذي اعترف بأهلية الدولة والمؤسسات التابعة لإبرام اتفاق التحكيم.

ثالثا: موقف التشريع المغربي

أ-على مستوى القانون 17.95 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية

خولت المادة 16 من القانون 95-17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية للدولة أو الجماعات الترابية أو أية هيئة تتمتع بالسلطة العامة إمكانية إبرام اتفاق التحكيم فيما يخص النزاعات المالية الناتجة عن التصرفات الأحادية لها التي هي في الأصل من العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام، حيث تتجسد فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة (مثل عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص...)، ما عدا تلك النزاعات المتعلقة بتطبيق القانون الجبائي.

كما أجازت المادة 17 من نفس القانون للمقاولات العامة الخاضعة لقانون الشركات التجارية وللمؤسسات العمومية والمنشآت العامة أن تبرم اتفاقات التحكيم.

ب-على مستوى قانون الإطار 22-03 بمثابة ميثاق الاستثمار

أكد هذا القانون في المادة 37 من الباب السادس منه المتعلق بتسوية الخلافات أنه "يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أنه سيتم إجراء تسوية ودية لأي خلاف يتعلق بالاستثمار قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر، (بما في ذلك المستثمر الأجنبي)، وذلك قبل إقامة أية دعوى قضائية أو اللجوء إلى **التحكيم**."، كما تضيف المادة 38 من القانون المذكور أنه "دون الإخلال بأحكام المادة 37، يمكن أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار بنودا تنص على أن أي خلاف يتعلق بالاستثمار قد ينشأ بين الدولة المغربية والمستثمر الأجنبي ستتم تسويته طبقا للتشريع الجاري به العمل أو للاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها المملكة المغربية في مجال التحكيم الدولي.".

المطلب الثاني:

تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الاجنبي عبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

سعى البنك الدولي للتنمية والإعمار إلى ابرام "اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى" وذلك في 18 مارس لسنة 1965، ودخلت هذه الاتفاقية حيز التنفيذ سنة 1966، وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي يشار إليه اختصارا بـ(ICSID) كوسيلة دولية تختص بالفصل في المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار[1].

وتعد اتفاقية واشنطن ذات صيغة عالمية لأنها مفتوحة أمام كافة الدول للانضمام إليها، كما تتميز بكونها تمنح للأفراد والشركات الحق في مقاضاة الدول مباشرة لحل الخلافات الناتجة عن الاستثمارات، مما يسمح بتحقيق التوازن بين مصالح المستثمرين الأجانب ومصالح الدولة المضيفة لهم[2].

ويتمثل الهدف الأساسي من اتفاقية المركز الدولي في النهوض بالتنمية الاقتصادية وتسهيل الاستثمار الدولي الخاص من خلال توفير مناخ ملائم للاستثمار "[3]، كما تهدف أيضا إلى تحقيق نوع من الثقة بين بلدان العالم الثالث وعلاقاتها مع الدول الصناعية في مجال الاستثمارات الدولية[4].

ومن أهم الأحكام التي تناولتها الاتفاقية ما يتعلق بشروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الفقرة الأولى) والقانون الواجب التطبيق على النزاع (الفقرة الثانية) بالإضافة إلى تنفيذ حكم التحكيم (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: شروط خضوع النزاع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

نصت المادة 25 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على ما يلي "يمتد اختصاص المركز الى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات، بين دولة من الدول المتعاقدة وبين أحد مواطني دولة أخرى متعاقدة، ويوافق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز. وعندما يعطي الطرفان موافقتهما لا يجوز لأحدهما أن يسحب موافقته بإرادته المنفردة ".

وقد أوضحت هذه المادة شروط الخضوع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بشأن الاشخاص أطراف المنازعة التي تعرض للتحكيم امام المركز، والتي تتجلى في:[5]

أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة أو أحد الهيئات التابعة لها التي تعينها للمركز، وأن يكون الطرف الآخر مواطنا أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة متمتعين بجنسيتها، سواء كان المتعاقد معه شخصا طبيعيا أو اعتباريا.

كما اعتبرت هذه المادة رضا أطراف النزاع شرطا من شروط الخضوع لاختصاص المركز، واشترطت ان يكون الرضا مكتوبا وبالتالي يعتبر رضا الأطراف باللجوء للتحكيم أمام المركز هو الأساس لاختصاصه، وأنه عندما يقبل الطرفان بهذا اللجوء للمركز لا يمكن لأي أحد منهما الرجوع عنه.

كما اشترطت المادة في النزاع أن يكون قانونيا وناشئا مباشرة عن أحد الاستثمارات الأجنبية، وهو ما يعني أن المركز الدولي لا ينظر في النزاعات ذات الطبيعة السياسية أو التجارية، غير أنه في ظل غياب تفسير واضح

1 -اتفاقية البنك الدولي للتنمية والإعمار المعقودة في 18 مارس لسنة 1965 والتي دخلت حيز التنفيذ سنة 1966.
2-عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دون رقم طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون تاريخ نشر ص:173.
3-عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص:176.
4-ربيعة ناصيري، اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة القانون والأعمال، العدد 48، شتنبر 2019، ص:159.
5-لما احمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الاجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، 2008، ص:22.

لمصطلح المنازعات القانونية الوارد في المادة 25 من الاتفاقية، لذلك يرى أحد الفقه[1] أن المنازعة القانونية تحيل على تلك المنازعة المتعلقة بحق أو التزام قانوني مثل تطبيق ما ينص عليه اتفاق الاستثمار أو تفسير أحد بنوده أو حتى نزاع ناشئ عن معاهدة استثمار ثنائية بين الدولة المضيفة للاستثمار ودولة المستثمر الأجنبي.

الفقرة الثانية: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فهو قانون إرادة كل من المتعاقدين، وفي حال غياب الاتفاق فإن أحكام الاتفاقية هي التي تكون واجبة التطبيق على الإجراءات، حسب ما نصت عليه المادة 44 من الاتفاقية.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فهو القانون الاتفاقي للأطراف، فإن لم يتفق الأطراف على قانون محدد تطبق الهيئة التحكيمية قانون الدولة المضيفة للاستثمار وما ينطبق من قواعد القانون الدولي، وبذلك فقد أخذت الاتفاقية بشكل عام بمبدأ سلطان الارادة إذ أن الخضوع أساسا لتحكيم المركز أساسه إرادي[2].

وفي هذا الصدد تنص المادة 42 من الاتفاقية على: " تحكم المحكمة في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع (بما في ذلك قواعد تنازع القوانين الخاصة بها)، وما ينطبق من قواعد القانون الدولي".

الفقرة الثالثة: تنفيذ حكم التحكيم

نصت المادة 54 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965 على أنه " يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية، باعتباره حكما ملزما، وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم، على نحو ما يتبع بالنسبة للأحكام الصادرة عن محاكم هذه الدولة...".

ومن ثم، فإن الدول الأعضاء في الاتفاقية ينبغي أن تضمن تنفيذ الأحكام الصادرة عن المركز كما تضمن تنفيذ الأحكام الوطنية الصادرة عن محاكمها، بحيث ينبغي إخضاع التنفيذ للقواعد القانونية المعمول بها في الدولة المتعاقدة، وهو نفس الشيء الذي تؤكده المادة 56 من نفس الاتفاقية التي جاء فيها أنه "لا يجوز تفسير مقتضيات المادة 54 على أنها تشكل استثناء على القواعد القانونية السارية في أراضي الدولة المتعاقدة فيما يتعلق بحصانة التنفيذ للدولة المذكورة أو لأي دولة أجنبية.".

ويبقى هذا التوجه الذي سلكته الاتفاقية غير ملائم بالنسبة للمستثمر ولا يخدم وضعيته، حيث إن تطبيق قواعد التنفيذ الوطنية في هذا الإطار قد لا يوفر الضمانات الكافية للمستثمر ضد الدولة المتعاقدة لتنفيذ الحكم، خاصة إذا كان النظام القانوني للتنفيذ لديها لا يعترف بالتنفيذ الجبري ضد الدولة والأشخاص العامة ويخرج أموال الدولة من دائرة الحجز، ففي هذه الحالة قد يصبح الحكم عديم الفائدة ما لم يخضع تنفيذه لقواعد تنفيذ خاصة ومتميزة يضمنها التشريع الوطني[3].

1-مصلح أحمد الطراونة وفاطمة الزهراء محمودي، التحكيم في منازعات الاستثمار الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2013، ص495.
2- حسام أبو حمادة، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، الجامعة الأردنية، 2011، ص:17.
3-محمد محمود ولد عبد الله المختار، آليات التسوية في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، مجلة الفقه والقانون، العدد 29، مارس 2015، ص:37.

خاتمة

إن الاستثمارات الأجنبية تثير مجموعة من الإشكالات المرتبطة بطبيعة عقود الاستثمار الأجنبية ذاتها، حيث تتميز هذه الأخيرة بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تجعل المنازعات في هذا النوع من العقود تختلف عن باقي المنازعات التجارية، فإذا كان الخلاف بين أطراف أي عقد أمرا طبيعيا نظرا لكون التعامل والاحتكاك في أي مجتمع وفي أي مجال يمكن أن ينتج عنه تضارب في المصالح ونزاعات، فإن خصوصيات عقد الاستثمار الأجنبي تكمن في اختلاف المراكز القانونية بين الأطراف المتنازعة من جهة وطبيعة رؤوس الأموال الأجنبية، التي يترتب عنها كون أحد الطرفين شخصا أجنبيا يسعى دائما إلى إيجاد وسيلة قانونية محايدة ومستقلة عن الدولة المضيفة من أجل فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينه وبين هذه الدولة.

كما أن منازعات الاستثمار الأجنبي، وخلافا لباقي المنازعات التي يكون اللجوء فيها إلى القضاء أو محاكم الدولة هو الأصل، فإن تلك المنازعات تتم تسويتها عبر الوسائل البديلة عن القضاء، فالواقع العملي أكد على أن معظم هذه المنازعات يتم حلها في الغالب عن طريق اللجوء إلى التحكيم، وخاصة عن طريق التحكيم الدولي.