مجلة شهرية، محكمة متعددة التخصصات

تعنى بنشر الدراسات والأبحاث في مجالات العلوم

القانونية، الإنسانية، الاجتماعية، والاقتصادية

المدير المسؤول ورئيس التحرير: انس المستقل

مجلة المقالات الدولية

INTERNATIONAL ARTICLES JOURNAL

العدد التاسع مزدوج The ninth double issue

يناير و فبراير 2026 January and February

الرقم المعياري الدولي : e-ISSN : 3085 - 5039

رقم الصحافة : Press number : 1/2025

9

مجلة المقالات الدولية

العدد تاسع مزدوج، يناير و فبراير 2026

e-ISSN : 3085 - 5039

مجلة المقالات الدولية

INTERNATIONAL ARTICLES JOURNAL

كلمة العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

يسعد مجلة المقالات الدولية أن تضع بين أيدي القراء والباحثين العدد التاسع (المزدوج: يناير-فبراير)، وذلك في إطار رسالتها الهادفة إلى دعم البحث العلمي الرصين وتعزيز ثقافة النشر الأكاديمي الموثوق.

ونذكر بفخر بفهرسة المجلة ضمن معامل التأثير العربي (AIF) بما يمثله من اعتراف رسمي ومعيار أكاديمي معتبر، كما نعتز باستمرار إدراجها ضمن International Scientific Indexing (ISI) بما يعكس ثقة المجتمع العلمي في جودة ما ننشره ويسهم في توسيع انتشار بحوثنا وتعزيز أثرها العلمي.

وإذ نقدم هذا العدد بما يزخر به من بحوث ودراساتٍ متنوعة، نؤكد التزامنا الدائم بـتحكيم علمي صارم، وأخلاقيات بحثية راسخة، ومعايير ثابتة للجودة والشفافية.

وقد اخترنا إصدار هذا العدد بصيغة مزدوجة (يناير-فبراير) لإتاحة وقت كاف لاستكمال التحكيم والمراجعات التحريرية بدقة أعلى، وتجميع المواد العلمية المقبولة في إصدار أكثر اتساقا وتوازنا، بما يضمن جودة أفضل وانتظاما أوضح في النشر. والله ولي التوفيق

رئيس التحرير

e-ISSN : 3085 - 5039

مجلة المقالات الدولية

INTERNATIONAL ARTICLES JOURNAL

IAJ

مجلة علمية، شهرية، محكمة متعددة التخصصات، تعنى بنشر الدراسات والأبحاث في مجالات العلوم الإنسانية، الاجتماعية، والاقتصادية.

الرقم المعياري الدولي: ISSN : 3085 - 5039 رقم الصحافة : Press number: 2025 / 1 العدد 9، مزدوج يناير و فبراير 2026

اللجان العلمية

أنس المستقل

المدير المسؤول ورئيس التحرير

الهيئة الإستشارية

د. يونس وحالو

نائب العميد المكلف بالبحث العلمي والتعاون الجامعي كلية العلوم القانونية والسياسية جامعة ابن طفيل بالقنيطرة

د. المختار الطبطبي

نائب العميد المكلف بالشؤون البيداغوجية كلية العلوم القانونية واالقتصادية والاجتماعية بعين السبع جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

د. رشيد المدور

أستاذ جامعي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء عضو المجلس الدستوري سابقا مدير مجلة دفاتر برلمانية

د. سعيد خمري

أستاذ جامعي جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء مدير مختبر القانون العام وحقوق الإنسان

د. كمال هشومي

أستاذ جامعي جامعة محمد الخامس بالرباط المنسق البيداغوجي لماستر الدراسات السياسية والمؤسساتية المعمقة

د. مهند العيساوي

مستشار رئيس مجلس النواب العراقي لشؤون الصياغة التشريعية أستاذ القانون العام الدولي في الجامعة العراقية

د. المهدي منشيد

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية واالقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

Riccardo Pelizzo

نائب العميد المكلف بالشؤون الأكاديمية بجامعة نزاربايف بكازاخستان

دة. وفاء الفيلالي

أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سويسي جامعة محمد الخامس بالرباط

دة. صليحة بوعكاكة

أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

لجنة التقرير والتحكيم

د. طه لحميداني

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سويسي محمد الخامس بالرباط

د. عبد الحق بلفقيه

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

د. بدر بوخلوف

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة مولاي إسماعيل بمكناس المدير التنفيذي للمركز الوطني للدراسات القانونية والحقوقية

دة. حكيمة مؤدن

أستاذة جامعية كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء مديرة مجلة إصدارات

د. احمد ميساوي

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

د. إبراهيم رضا

أستاذ جامعي كلية الآداب والعلوم الإنسانية جامعة القاضي عياض بمراكش

د. زكرياء أقنوش

أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات الرشيدية

د. أحمد أعراب

أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور

د. إبراهيم أيت وركان

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة شعيب الدكالي بالجديدة

د. محمد ملاح

أستاذ جامعي كلية العلوم بالكلية المتعددة التخصصات بالناضور

د. عبد الحي الغربة

أستاذ جامعي كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية المحمدية جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء

محتويات العدد

إصدار العقوبات لدى هيئات التقنين ومبدأ فصل السلط أنس الزوين	3-15
حكامة شركة المساهمة ومكافحة تضارب المصالح عبد الكريم ازريكم و بدر اسريفي	16-38
من سيادة النص إلى سيادة القرار: جدلية الدولة والتراب في المغرب : مقاربة سوسيوسياسية للدورات الاستثنائية بجماعة أكادير يوسف دعي و حميد أوفقير	39-65
الفاعلون في تقييم السياسات العمومية الصحية حميد كلة	66-88
التدبير المندمج للساحل الأطلنطي الجنوبي، تطورخط الساحل وسبل المحافظة عليه" إقليم العيون انموذجا" محمد أهل عبد القادر و محمد كارا	89-102
استشراف المستقبل في التصور الإسلامي:من منطق الغيب إلى فقه المآلات عظمي أكرم	103-135
تجسيد النموذج الاقتصادي المغربي في التوجيهات الملكية الحديثة عبد الله قرير	136-150
مأزق الوساطة الدولية في الحروب المعاصرة: تعدد الوسطاء وتضارب الأجندات و أثره على فرص التسوية سليمان بولعيد	151-166
حوارحول اللغة بين نورالدين عيوش وعبد الله العروى: تواصل أم تأثير رجاء مسو و هدار مصطفى	167-177
التحقيق الرقمي و أثره في مكافحة الجرائم الإلكترونية محمد المهدي الميموني	178-214

تعيين المسير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بشريك وحيد بين التجربة العمانية والمغربية سالم بن سعيد بن خميس الهاشمي	215-228
العلاقة التكاملية بين المجلس الأعلى للحسابات والسلطة التشريعية في منظومة الرقابة المالية هاجر خالص	229-242
دور التحكيم فى تسوية منازعات عقود الاستثمار: الرهانات والتحديات حنان لكحال	243-262
إشكالية العقل في فلسفة الدين: العقل المجرد والنقد التداولي محمد امشيش	263-279
علاقة المؤسسة الملكية بالحكومة على ضوء دستور 2011 المهدي الزوات	280-316
الثـورة الرقميـة وتأثيـرها على مهنة المحامـاة ربيعـة الزعـداني	317-329
المرض بين المعطى الطبيعى والهشاشة السوسيو-اقتصادية: دراسة ميدانية لدور المجتمع المدنى فى التكفل بالمتعايشين مع السيدا بفاس سعيد البدري	330-358
La souveraineté numérique à l'ère des technologies de l'information Achraf BOUMLIK	359-374

International Articles Journal
مجلة المقالات الدولية
A peer-reviewed, multidisciplinary journal
مجلة محكمة، متعددة التخصصات
Issue 9, January and February 2026
العدد 9، مزدوج يناير و فبراير 2026

دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار: الرهانات والتحديات

The role of arbitration in settling investment contract disputes: stakes and challenges

حنان لكحال
باحثة بسلك الدكتوراه
جامعة ابن زهر، أكادير

Hanane LAKHAL
PhD Researcher
Ibn Zohr University, Agadir

المستخلص:

تتناول هذه الدراسة دور التحكيم في تسوية منازعات عقود الاستثمار من خلال تحليل أسسه القانونية ووظائفه العملية وحدوده، مع التركيز على السياق المغربي. تنطلق من إشكالية مدى فعالية التحكيم في تحقيق توازن بين حماية الاستثمار واحترام سيادة الدولة، وتعتمد منهجا تحليليا استقرائيا يستند إلى النصوص التشريعية والاتفاقيات الدولية والاجتهادات ذات الصلة. وتخلص إلى أن التحكيم يوفر مزايا الخبرة والسرعة والمرونة والحياد، ويعزز الأمن القانوني والتعاقدي، خاصة في العقود طويلة الأمد، غير أن فعاليته تظل رهينة بضبط بنود التحكيم، وتأهيل المتدخلين، وتحسين تنفيذ الأحكام، وتطوير الإطار المؤسسي والتشريعي الوطني بما يصون المصلحة العامة، ويحد من مخاطر التعويضات المفرطة وتنازع الاختصاص القضائي.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم ، عقود الاستثمار ، تسوية المنازعات.

Abstract :

This study examines the role of arbitration in settling investment contract disputes by analyzing its legal foundations, functions, and limits, with particular focus on Morocco. It addresses the extent to which arbitration can balance investment protection and state sovereignty, using an analytical and inductive approach based on legislation, international conventions, and relevant doctrine. The study finds that arbitration offers expertise, flexibility, speed, neutrality, and greater contractual security, especially in long-term investment projects. However, its effectiveness depends on precise drafting of arbitration clauses, qualified public negotiators, stronger enforcement mechanisms, and institutional and legislative reforms that preserve public interest and regulatory authority.

Keywords :

arbitration, investment contract, settling disputes.

مقدمة :

يعد القضاء صاحب الاختصاص الاصيل في حسم المنازعات وحماية الحقوق واستقرار المراكز القانونية، غير ان تطور التجارة الدولية وتوسع الاستثمارات العابرة للحدود وتعدد صيغ التعاقد والتمويل، ابرز حدود الاعتماد الحصري على القضاء الوطني في منازعات ذات طابع دولي وتقني، فبرزت اليات بديلة لا تلغي اختصاصه العام بل تكمله، وفي مقدمتها التحكيم الاستثماري.

وقد تعزز هذا المسار بظهور اطار دولي منظم، خاصة اتفاقية نيويورك لسنة 1958 واتفاقية واشنطن لسنة 1965، بما يتيح للاطراف اختيار قواعد الاجراء والقانون الواجب التطبيق وانتقاء محكمين ذوي خبرة، مع قابلية اوسع لتنفيذ الاحكام التحكيمية عبر الانظمة القانونية المختلفة.

وتتجلى أهمية التحكيم الاستثماري بالدرجة الأولى في عقود الاستثمار بوصفها عقودا زمنية ممتدة ترتبط بمشاريع استراتيجية، ما يجعلها معرضة لتغير القوانين الجبائية والاستراتيجيات القطاعية وتقلبات الاسعار واسواق التمويل، وما قد يفضي اليه ذلك من اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ونشوء نزاعات حول تنفيذ الالتزامات او تعديلها او انهائها، كما ان عدم تماثل المركز القانوني بين الدولة بما لها من امتيازات السلطة العامة، والمستثمر الاجنبي بما له من مصالح تعاقدية، يفرض آلية مرنة ومحايدة يمكنها تحقيق توازن عملي بين حماية المصلحة العامة وضمان استقرار الاستثمار.

ومن هذا المنطلق تندرج هذه الدراسة في تحليل موقع التحكيم الاستثماري ضمن ادوات تسوية منازعات الاستثمار، وبيان اسسه ووظائفه وحدوده، مع ابراز انعكاساته في السياق المغربي الذي يسعى الى تعزيز جاذبية الاستثمار وتطوير وسائل التسوية الاتفاقية بما يدعم الأمن القانوني والنجاعة التعاقدية.

أهمية الدراسة : تكمن أهمية الدراسة في المكانة والإهتمام المتزايد للتحكيم على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة فهو من بين الوسائل التي حضيت بمكانة بارزة في الفكر الاقتصادي والقانوني على مستوى الدولي،وهذه التحولات قد انعكست على الأوراش الإصلاحات التشريعية[1] في النظام القانوني المغربي الذي شهد مؤخرا مجموعة من الانتاجات التشريعية التي همت بالأساس النهوض بالاستثمار واللجوء إلى الفصل الودي في المنازعات المتعلقة به،

إشكالية الدراسة: وانطلاقا من ذلك، تتمحور الاشكالية حول تحديد مدى فعالية التحكيم كآلية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، وامكان اعتباره ضمن الضمانات القانونية التي تتيح تسوية متوازنة بين متطلبات حماية الاستثمار ومقتضيات سيادة الدولة؟

1 عمر مشهر حديثة الجازي، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، نشر هذا البحث في مجلة نقابة المحامين العددان التاسع والعاشر، 2002، ص:01 .

فرضية الدراسة: تقوم على ان اللجوء الى التحكيم الاستثماري في منازعات عقود الاستثمار يساهم في تعزيز فعالية تسوية هذه المنازعات، عبر تحقيق توازن بين خصوصيات العلاقات التعاقدية ذات البعد الدولي ومتطلبات الحفاظ على امتيازات السلطة العامة، بما يدعم الامن القانوني للاستثمار دون المساس بالاختصاص القضائي الوطني في حدوده المقررة، ودون الانتقاص من جوهر مبدأ السيادة.

المنهج المعتمد : يعتمد هذا العمل منهجا تحليليا استقرائيا، يستند الى قراءة النصوص التشريعية والاتفاقية المنظمة للتحكيم في منازعات الاستثمار، واستحضار الاتجاهات الفقهية والقضائية ذات الصلة، في اطار مقاربة نسقية تروم ابراز علاقات الترابط والتداخل بين التحكيم والاستثمار وسيادة الدولة،

خطة البحث: وتقتضي هذه المعالجة تقسيم المقال الى ثلاثة محاور رئيسية:

- **المحور الأول: الإطار القانوني العام للتحكيم في العقود المتعلقة بالاستثمار؛**
- **المحور الثاني: دور نظام التحكيم في تسوية المنازعات المرتبطة بعقود الاستثمار؛**
- **المحور الثالث: التحكيم الاستثماري في المغرب بين الاستمرارية وخيارات الإصلاح؛**

المحور الأول :
الإطار القانوني العام للتحكيم في العقود المتعلقة بالاستثمار

يستند تنظيم التحكيم في عقود الاستثمار الى إطار قانوني مركب، تتقاطع داخله المرجعيات الدولية مع المقتضيات الوطنية، فمن جهة، اسهمت الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الاطراف في تكريس التحكيم كآلية مفضلة لحسم منازعات الاستثمار، من خلال ادراج شروط التحكيم في العديد من اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات2، ومن جهة اخرى، عمل المشرع المغربي على تطوير منظومته الداخلية بإقرار قواعد خاصة بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، قصد ملاءمة التشريع الوطني مع متطلبات جذب الاستثمار وتوفير ضمانات قانونية للمستثمرين.

اولا: دور الاتفاقيات الدولية في ترسيخ التحكيم في عقود الاستثمار؛

وقد تجسدت مكانة التحكيم في مجال الاستثمار من خلال بناء شبكة واسعة من الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الاطراف التي انخرط فيها المجتمع الدولي لتنظيم حماية الاستثمارات وتسوية منازعاتها، وانضم المغرب الى عدد مهم من هذه الاتفاقيات، مما جعله طرفا فاعلا في منظومة قانونية عابرة للحدود تؤطر اللجوء الى التحكيم وتحدد شروطه العامة، كما اسهمت هذه المنظومة الاتفاقية في توحيد جزء من القواعد الاجرائية والموضوعية عبر الاحالة المتزايدة على قواعد مراكز التحكيم وهيئاتها.

ويحتل اتفاق واشنطن لسنة 1965 المتعلق بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني دول اخرى مكانة محورية في هذا البناء الاتفاقي[3]، اذ انبثق عنه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي خصص للنظر في النزاعات بين المستثمرين الاجانب والدول المضيفة، واشترط في مادته 25 تحقق صفة الاستثمار لاختصاص هيئات التحكيم التابعة له، وهو ما ادى الى اضفاء طابع مؤسساتي على التحكيم الاستثماري، ومع ان هذه الاتفاقية لا تقدم تعريفا موحدا لمفهوم الاستثمار، فإن انضمام عدد كبير من الدول اليها يعكس رغبتها في طمأنة المستثمرين الاجانب وتوفير اطار تحكيمي دولي محايد للنزاعات التي قد تنشأ معهم.

كما انخراط المغرب في هذه المنظومة لم يكن استثناء، اذ صادق على اتفاقية واشنطن سنة 1996، وابرز في العديد من اتفاقياته الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار قبولا صريحا بإحالة المنازعات بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة على التحكيم الدولي، مع منح المستثمر حق الاختيار بين القضاء الوطني وهيئات التحكيم الدولية حسب الشروط المحددة في كل اتفاقية، كما تضمنت غالبية هذه الاتفاقيات التزاما مسبقا من جانب الدولة بالتنفيذ الاختياري للأحكام التحكيمية وبالامتناع عن التذرع بالحصانة القضائية لتحلل من هذه الالتزامات، وهو ما ادى عمليا الى نقل العلاقة بين المستثمر الاجنبي والدولة من

2 -مراد بوتشيش، التحكيم التجاري والعولمة الاقتصادية من خلال نزاعات الاستثمار، أطروحة لنيل الدكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وجدة، 2013/2014، ص:02 .

3 لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2008، ص 11.

مستوى العلاقة الداخلية الخاضعة حصرا للقانون الوطني الى علاقة ذات بعد دولي تخضع بدرجة متزايدة لقواعد القانون الدولي للاستثمار.

وفي مقابل الضمانات الممنوحة للمستثمرين[4]، رتبت هذه الاتفاقيات التزامات واضحة على عاتق الدول المستقبلة للاستثمار، من حيث توفير الحماية العادلة والمنصفة للمستثمر، وعدم التمييز، وحماية الملكية من نزعها دون تعويض عادل، وجعلت الاخلال بهذه الالتزامات سببا مباشرا في قيام مسؤولية الدولة وترتيب التعويضات المناسبة عن طريق التحكيم الدولي، الامر الذي رسخ واقعيا دور الاتفاقيات الدولية في فرض التحكيم كآلية سائدة لتسوية نزاعات الاستثمار، رغم ما يثار اليوم من دعوات الى مراجعة بعض هذه الاتفاقيات بدعوى عدم توازنها وميلها لكفة المستثمر على حساب سلطة الدولة في تنظيم سياساتها العمومية.

ثانيا: قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية؛

انتقل تنظيم التحكيم في التشريع المغربي من ادماجه ضمن قانون المسطرة المدنية، ثم تطويره في مرحلة اولى بمقتضى القانون رقم 08.05، الى تبني مدونة مستقلة بموجب القانون رقم 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، المنشور بتاريخ 13 يونيو 2022، وهو القانون الجاري به العمل حاليا، الذي يعكس ارادة المشرع في اعادة بناء منظومة التحكيم على اسس جديدة، تأخذ بعين الاعتبار من جهة حاجات جذب الاستثمار وتحديث وسائل تسوية المنازعات، ومن جهة اخرى اعتبارات حماية امتيازات السلطة العامة وعدم التفريط في رقابة القضاء الوطني على مجالات تدخلها الأساسية.

ومن خلال المادة 16 من القانون 95.17 يتبين ان المشرع اقام تمييزا جوهريا بين نوعين من منازعات اشخاص القانون العام: فمن جهة اولى، قرر عدم جواز ان تكون محل تحكيم النزاعات المتعلقة بالتصرفات الاحادية للدولة او الجماعات الترابية او غيرها من الهيئات المتمتعة بامتيازات السلطة العمومية، بما يعني ان كل ما يصدر عن هذه الجهات في إطار سلطة الامر والنهي والضبط والانفراد بإنشاء اثار قانونية في مواجهة الافراد يبقى خاضعا حصرا لرقابة القضاء الوطني، باعتباره قاضي المشروعية وضامن احترام مبدأ سيادة القانون.

ومن جهة ثانية، استثنى المشرع النزاعات المالية الناتجة عن هذه التصرفات، ففتح امامها باب عقد التحكيم مع استبعاد ما يتعلق بتطبيق القوانين الجبائية، وهو استثناء يكشف عن رغبة في تطويق الجانب المالي للنزاع وتحويله من واجهة صراع حول شرعية القرار الاداري الى واجهة تسوية حول التعويض وآثاره، دون المساس باختصاص القاضي الاداري في مراقبة صحة القرار ذاته.

ويستفاد من هذا البناء ان المشرع اختار، في مجال التصرفات الأحادية، الإبقاء على التحكيم في مرتبة آلية استثنائية ومحدودة، في حين جعله في مجال العقود التي تبرمها الدولة والجماعات الترابية آلية

4 علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، دكتوراه، القاهرة، 1998، ص 2.

اقرب الى القاعدة[5]، ويكشف هذا الاختيار عن منطق تشريعي يسعى الى التوفيق بين مقتضيات المشروعية الادارية من جهة، ومتطلبات النجاعة التعاقدية ذات البعد الدولي من جهة اخرى، حيث اجاز في الفقرة الثانية من المادة نفسها ان تكون النزاعات المتعلقة بهذه العقود محل اتفاق تحكيم، مع اشتراط التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة المنصوص عليها في النصوص التشريعية او التنظيمية الجاري بها العمل[6]، فالمشرع لم يتعامل مع التحكيم كخيار مطلق، بل قيده بطبيعة العمل القانوني محل النزاع، ويترتب عن ذلك ان معيار قابلية النزاع للتحكيم لا يرتبط بصفة الطرف فقط، بل بطبيعة الوظيفة القانونية التي يمارسها هذا الطرف داخل العلاقة محل النزاع، وهو تقييد يعكس حساسية تدخل الاشخاص العامة حين تمارس امتيازات السلطة العامة، وبذلك ربط المشرع مشروعية لجوء الادارة الى التحكيم في العقود، وفي مقدمتها العقود الاستثمارية، بازدواجية واضحة: رقابة مسبقة تحفظ التوازن المالي والقانوني للعقد من جهة، وحرية اعطاء الاختصاص لهيئات تحكيمية مختارة من جهة أخرى، كما ان تأكيد النص على ان عدم احترام مسطرة المراقبة لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم، كما ان ربط اللجوء الى التحكيم بمسطرة المراقبة يوحي بان المشرع يستهدف ضمان توازن تعاقدي وقائي، لا مجرد ضبط شكلي لاجراءات ابرام العقد، ويفيد ان المشرع ينظر الى هذا الاتفاق كآلية مستقلة نسبيا عن مسار ابرام العقد، بما يحمي ثقة المتعاقد الاجنبي في استقرار الشرط التحكيمي حتى في حالة وقوع اختلالات شكلية في مسطرة المراقبة الداخلية.

وتعزيزا لهذا التوجه، جاءت المادة 17 لتقرر جواز ابرام المقاولات العمومية الخاضعة لقانون الشركات التجارية، وبعض المؤسسات والمنشآت العامة، لاتفاقات تحكيم، وهو اختيار ينقل هذه الكيانات من منطق الشخص العام المحصن ضد التحكيم الى منطق الفاعل الاقتصادي الذي يتحرك في سوق تنافسية ويحتاج الى ادوات مرنة وسريعة لتسوية المنازعات، خصوصا في العقود ذات الطبيعة الاستثمارية, ويترتب على ذلك ان المشرع يعترف، بشكل غير صريح، بخصوصية هذه الفئة من اشخاص القانون العام التي تمارس نشاطا اقتصاديا اقرب الى نشاط الخواص، ويرى ان اخضاعها حصرا لقواعد التقاضي التقليدي قد يضعف جاذبيتها كشريك موثوق للمستثمرين داخل وخارج التراب الوطني.

5 ان المشرع من خلال القانون 95/17 اعاد رسم خريطة اللجوء الى التحكيم بالنسبة لاشخاص القانون العام، فاستبعد من نطاقه النزاعات المتصلة بتصرفات السلطة الأحادية (ترخيص، سحب، غرامة، اغلاق...)، في مقابل توسيع امكان اعتماده في العقود التي تبرمها الدولة والجماعات الترابية والمقاولات والمؤسسات العمومية، ولاسيما تلك التي تشكل اطارا قانونيا لعقود الاستثمار، الامر الذي يعكس توجها تشريعيا نحو جعل التحكيم آلية سائدة في المنازعات الاستثمارية، مع الابقاء على القضاء الوطني حام لمشروعية اعمال السلطة العامة.

6 هشام ما يضيع، "التحكيم في منازعات الاستثمار"، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص تخصص ماستر الوسائل البديلة لفض المنازعات، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية فاس، 2017/2018، ص:02

المحور الثاني:
دور نظام التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار

أولا: العوامل الاساسية للتحكيم كآلية لاستقرار الاستثمارات الدولية؛

تقوم العلاقة بين التحكيم والاستثمار[7] على ارتباط عضوي واضح، ذلك ان ثقة المستثمر في الآلية المعتمدة لتسوية المنازعات تشكل شرطا حاسما في قرار توجيه رؤوس الأموال نحو دولة معينة، فكلما تكرست لدى المستثمر صورة نظام تحكيم فعال وذي مصداقية في الدولة المضيفة، ازدادت قابلية هذه الدولة لاستقبال الاستثمارات، وكلما سادت الشكوك الى نجاعة هذه الآلية او حيادها، تراجع اقبال المستثمرين عليها.

وتستند هذه العلاقة الى الفلسفة القانونية التي يقوم عليها التحكيم[8]، وفي مقدمتها مبدأ سلطان الارادة، الذي يسمح للأطراف بتحديد قواعد الاختصاص والاجراء والقانون الواجب التطبيق على منازعاتهم، بما يضفي على هذه الآلية بعدا تعاقديا يطمئن المستثمر، ويحد في المقابل من التخوف من هيمنة القضاء الوطني وحده على النزاع.

وقد أصبحت عقود الاستثمار اليوم ركيزة اساسية تعتمد عليها الدول في تحقيق اهداف التنمية الاقتصادية، بالنظر الى ما تتيحه من تعبئة لرؤوس الاموال، ونقل للتكنولوجيا، وتفعيل للشراكات مع الشركات متعددة الجنسيات[9]، في سياق يتسم بتسارع وتيرة التجارة الدولية واتساع نطاق الفاعلين الاقتصاديين عبر الحدود، وفي هذا السياق برز التحكيم كضمانة لحماية الاستثمار الاجنبي، وكخيار تلجأ اليه الدول، وخاصة النامية منها، من اجل تحسين جاذبيتها وتأكيد التزامها باحترام تعهداتها التعاقدية تجاه المستثمرين، ويمكن اجمال العوامل الاساسية التي تجعل من التحكيم آلية مفضلة لاستقرار الاستثمارات الدولية في العناصر التالية:

1.الاختصاص والخبرة الفنية؛

إن طبيعة منازعات الاستثمار، بما تنطوي عليه من تعقيد قانوني ومالي وتقني، تجعل البت فيها يتطلب جهات تتوفر على خبرة متخصصة في مجالات معينة، وعلى دراية بالأعراف والعادات التجارية الدولية، وفي حين قد يكون القاضي الوطني متمكنا من القواعد القانونية الداخلية، الا انه قد لا يتوفر

7 غسان علي علي ، " الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها " رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين الشمس 2004 ، ص 14.

8 جورج دلوم، "المركز الدولي للتحكيم في النزاعات المتعلقة بالاستثمارات"، مجلة القانون الدولي، 1982، عدد 4، ص 801.

9 حسني المصري "التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر - طبعة 2006 ص 215.

دائما على الاحتكاك الكافي بالمعاملات الاستثمارية العابرة للحدود، او بالمواصفات التقنية الدقيقة للمشاريع موضوع النزاع[10]، في المقابل يسمح التحكيم للأطراف باختيار محكمين ذوي تكوين قانوني واقتصادي وتقني يتناسب مع طبيعة المشروع، او باللجوء الى مؤسسات تحكيمية تضع رهن اشرافهم هيئات متخصصة، وهو ما يفضي الى عدالة متخصصة، قادرة على استيعاب تعقيدات المشروع وتقدير المخاطر المرتبطة به.

2.سرعة الاجراءات وبساطة المساطر؛

يتعارض بطء المساطر وتعقدها، الذي يطبع غالبا القضاء الرسمي، مع طبيعة عقود الاستثمار التي تتصل برؤوس اموال موظفة والتزامات مالية ضخمة لفترات زمنية طويلة، فكل تأخير في الحسم في النزاع ينعكس مباشرة على استمرارية المشروع وربحيته، بل قد يؤدي الى تعطيله او انسحاب المستثمر، لذلك يفضل اطراف عقود الاستثمار اللجوء الى التحكيم لما يوفره من امكانية تحديد آجال معقولة للبت في النزاع، واجراءات مبسطة، ومرونة في تنظيم الجلسات وادارة وسائل الاثبات، فضلا عن ان قوانين التحكيم والانظمة الداخلية لمؤسساته تحرص على ضبط آجال اقصى لإصدار الاحكام، بما يحول دون امتداد النزاع على نحو يهدد الجدوى الاقتصادية للاستثمار[11].

3.السرية وحماية المعطيات الاقتصادية والتقنية؛

من اهم المزايا التي تجذب المحتكمين في عقود الاستثمار الدولية طابع السرية الذي يميز النزاع التحكيمي، مقارنة بمبدأ العلنية الذي يحكم التقاضي امام المحاكم، فعقود الاستثمار كثيرا ما تتضمن معطيات استراتيجية، وبيانات تكنولوجية او تجارية او مالية حساسة، يحرص الاطراف على عدم كشفها للمنافسين او للرأي العام، ويتيح التحكيم عقد جلسات غير علنية، وعدم نشر الأحكام الا بموافقة الأطراف، الامر الذي يسمح بحماية اسرار المشروع والمعطيات المرتبطة به، خصوصا في مجالات نقل التكنولوجيا والمعرفة التقنية والفنية، بما يعزز ثقة المستثمر في ان لجوءه الى التحكيم لن يترتب عليه المساس بمصالحه التنافسية.

4.حياد وعدالة واستقلال هيئة التحكيم؛

يتسم التحكيم، في نظر المستثمر الاجنبي، بقدر اعلى من الحياد مقارنة بالقضاء الوطني للدولة المضيفة، ذلك ان هذه الاخيرة تمارس، في الوقت نفسه، سلطة التشريع والتنفيذ والقضاء داخل اقليمها، مما قد يغذي تخوف المستثمر من تأثر القضاء بالاعتبارات السياسية او الاقتصادية عندما تكون الدولة طرفا في النزاع في المقابل، يتيح التحكيم للأطراف اختيار المحكمين، وتحديد القانون الواجب التطبيق، وتأطير النزاع داخل مؤسسة تحكيمية مستقلة، وهو ما يعزز الشعور بالثقة في استقلال الهيئة وقدرتها على

11 ياسين الكيوي : منازعات الاستثمار بين سلطات المحكم وضمانات المحتكم ،أطروحة الدكتوراه في القانون الخاص بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية ابن زهر اكادير- سنة 2020-2021

تحقيق عدالة موضوعية، كما ان نشاط المحكم لا يظل محكوما فقط بحرفية النص، بل يمتد الى مراعاة التوازن العقدي والاقتصادي بين الاطراف، وهو ما يكتسي اهمية خاصة في عقود الاستثمار طويلة الامد [12]

5. تمسك المستثمر الاجنبي بشرط التحكيم وتحقيق التوازن التعاقدي؛

نظرا لعدم تكافؤ المراكز القانونية والاقتصادية بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، يحرص هذا الاخير على ادراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار، ويعتبره في كثير من الأحيان شرطا جوهريا قد يتوقف عليه ابرام العقد من عدمه، فقبول الدولة بإدراج هذا الشرط يعني، عمليا، قبولها بأن تعامل تعاملا تعاقديا لا تعاملا سلطويا خالصا[13]، ويحد من امكانية استغلال مركزها كدولة ذات سيادة وسيلة للنيل من حقوق المستثمر عبر القضاء الوطني او تبني تغييرات مفاجئة في القواعد القانونية المنظمة للعقد، ومن ثم يصبح التحكيم وسيلة لإعادة التوازن الى العلاقة العقدية، وتحديد حدود ممارسة الدولة لامتيازاتها السيادية داخل اطار قانوني متفق عليه سلفا،

ثانيا: ملاءمة التحكيم لمنازعات الاستثمار الناتجة عن القوة القاهرة؛

تعد القوة القاهرة من أهم الاسباب التي قد تؤدي الى نشوء منازعات في عقود الاستثمار، وقد عرفها المشرع المغربي في الفصل 269 من قانون الالتزامات والعقود باعتبارها امرا لا يستطيع الانسان توقعه ولا دفعه، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وتمتاز المنازعات الناشئة عن القوة القاهرة في مجال الاستثمار بغلبة الطابع التقني والاقتصادي عليها، سواء تعلق الأمر بتحديد مدى توفر شروط القوة القاهرة، او ببيان مقدار الضرر الناتج عنها، او بكيفية إعادة التوازن الاقتصادي للعقد بعد تحققها، وهو ما يجعل عرضها على القضاء العادي، في كثير من الأحيان، غير كاف لاستيعاب جميع تعقيداتها،

في هذا السياق يبرز التحكيم كآلية ملائمة لفض منازعات الاستثمار الناتجة عن القوة القاهرة، لاعتبارات متعددة، من بينها:

1. الملاءمة التقنية-الفنية وإعادة التوازن الاقتصادي للعقد؛

يسمح التحكيم بتشكيل هيئات تضم خبراء ومختصين يمتلكون خبرات قانونية واقتصادية وتقنية قادرة على فهم طبيعة قطاع الاستثمار المعني، وتقييم آثار القوة القاهرة على المشروع، وتقدير الخسائر والأضرار، وصياغة حلول تراعي استمرارية العقد ما أمكن ذلك، مع حماية المصالح المشروعة لكل طرف، وفي عقود الاستثمار طويلة الأمد، حيث يتوقع ان تطرأ تغيرات اقتصادية وسياسية غير متوقعة، يصبح دور التحكيم محوريا في جبر الخلل الذي قد يلحق بالعقد نتيجة اختلال توازنه الاقتصادي، عبر اقتراح صيغ لتعديل بعض شروطه او إعادة التفاوض بشأنها، بما يحقق توازنا جديدا اكثر ملاءمة للظروف المستجدة،

12 طيب قبايلي، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو 2012، ص 13.

13 إبراهيم شحاتة : " دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية " المجلة المحمدية للقانون الدولي ، 1980، ع41،ص 8.

2. اختيار القانون الواجب التطبيق وضمان الأمن القانوني؛

عندما ينتمي أطراف عقد الاستثمار الى أنظمة قانونية مختلفة، يثير عرض النزاع على القضاء الوطني للدولة المضيفة اشكالا يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، اذ يميل هذا القضاء، منطقيا، الى تطبيق قانونه الوطني، وهو ما قد لا يرتاح اليه المستثمر الأجنبي، في المقابل، يتيح التحكيم للأطراف حرية الاتفاق على القانون الواجب التطبيق، او احالة النزاع على قواعد القانون الدولي او مبادئ التجارة الدولية، بما يمنح المستثمر قدرا من الامن القانوني، ويجعله على بينة مسبقة من النظام القانوني الذي سيحكم العقد ومنازعاته المحتملة، خاصة في الحالات التي تثار فيها القوة القاهرة او الظروف الاستثنائية[14]،

ثالثا: تحقيق الامن الاقتصادي وضمان التعويض العادل؛

يرتبط الأمن الاقتصادي للمستثمر بوجود آليات فعالة للحصول على تعويض عادل في حالة تعرض استثماره لأضرار نتيجة أفعال الدولة أو حوادث استثنائية، ففي حالات نزع الملكية، او تغيير القواعد التنظيمية، او وقوع حوادث قاهرة تلحق اضرارا جسيمة بالمشروع، يشكل التحكيم اطارا ملائما لتقدير التعويض في ضوء الخسائر الفعلية ومقتضيات استمرار المشروع، بعيدا عن الضغوط التي قد تمارسها اعتبارات المصلحة العامة كما تراها الدولة، كما ان مرونة المحكم في تطبيق القواعد القانونية وتكييفها مع خصوصيات العقد الاستثماري تمكنه من الوصول الى حلول تراعي استمرارية العلاقة التعاقدية كلما امكن ذلك، بدل الاقتصار على انهائها واعادة الاطراف الى ما قبل التعاقد،

رابعا: خصوصية منازعات القوة القاهرة والحاجة الى خبرة متخصصة؛

تتسم منازعات القوة القاهرة في عقود الاستثمار غالبا بطابع تقني دقيق، سواء تعلق الامر بمطابقة التنفيذ للمواصفات الفنية والتقنية المتفق عليها، او بتحديد العلاقة السببية بين الحادث القهري والضرر اللاحق بالمشروع[15]، او بتقدير مبلغ التعويض المناسب، وهو ما يستلزم تضمين هيئات التحكيم عناصر ذات خبرة في المجال المعني بالاستثمار، قادرة على التمييز بين ما يدخل في دائرة المخاطر العادية للمشروع، وما يمكن اعتباره قوة قاهرة تبرر اعادة النظر في الالتزامات، كما ان طول المدة الفاصلة بين وقوع الحادث القهري والفصل في النزاع يستدعي عناية خاصة في تجميع المعطيات والادلة وتقدير الآثار المتراكمة للحادث، وهي مهام يمكن للتحكيم، بما يتيحه من مرونة في الاجراءات والاستعانة بالخبراء، ان يؤديها بكفاءة اكبر،

خامسا: التحكيم ودوره في معالجة حالات تغير ظروف عقد الاستثمار؛

1.ماهية تغير الظروف في عقود الاستثمار واشكالاتها؛

14 جمد أبو العينين " التحكيم في منازعات الاستثمار " مواجهة التحديات والظروف المتغيرة الحالية ، مجلة التحكيم العربي العدد 7 يوليوز 2021.

15 منى محمود مصطفى " الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار " دار النهضة العربية، طبعة 1، سنة 1990 ص 50.

يقصد بتغير الظروف، في نطاق عقود الاستثمار، تلك الحوادث الاستثنائية التي لم تكن يمكن توقعها وقت ابرام العقد، والتي يترتب عليها اختلال جوهري في التوازن الاقتصادي للالتزامات المتبادلة بين الدولة المضيفة والمستثمر، من غير ان تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة، وتتخذ هذه الحوادث صورا متعددة، من قبيل الاضطرابات السياسية الكبرى، او الحروب، او الازمات المالية الحادة[16]، او الارتفاع غير العادي في اسعار المواد الاولية واجور اليد العاملة وتكاليف النقل والتأمين، او التقلبات العميقة في الاسواق العالمية، او حتى النزاعات الخطيرة بين الشركاء داخل المشروع الاستثماري بما ينعكس على سيره العادي،

وتتميز هذه الظروف بعدة خصائص أساسية: فهي أولا حوادث عامة لا ترتبط بظروف شخصية لاحد الأطراف، بل تمس البيئة الاقتصادية او السياسية او المالية التي يتحرك فيها المشروع الاستثماري، وهي ثانيا غير متوقعة بحسب المعيار الموضوعي للمقاول الحريص، بحيث لو كانت في حكم المتوقع لما جاز التمسك بها، وهي ثالثا لا يمكن دفعها او تفادي آثارها بوسائل معقولة، ورابعا تؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا على احد الاطراف الى حد يهدده بخسارة فادحة او التوازن الاقتصادي للعقد، ومن ثم يتعين على هيئة التحكيم، وهي بصدد تقدير قيام ظرف طارئ من عدمه، ان تنظر الى اوضاع المشروع الاستثماري في مجموعها، لا الى وضعية المدين الفردية، حتى لا يتحول مفهوم الارهاق الى ذريعة للتملص من الالتزامات التعاقدية[17]،

وتطرح هذه الاوضاع اشكالا دقيقا في عقود الاستثمار بحكم طبيعتها طويلة الامد وارتباطها بمصالح اقتصادية واجتماعية واسعة، اذ ان الاقتصار على الفسخ كحل تلقائي عند تغير الظروف من شأنه ان يهدر الاموال المستثمرة ويعطل المرفق او النشاط الذي يقوم عليه المشروع، لذلك يتعين البحث في دور التحكيم كآلية قادرة على التدخل في لحظة اختلال التوازن العقدي لتصحيحه بدل الاكتفاء بوضع حد نهائي للعلاقة التعاقدية.

2. سلطة هيئة التحكيم في اعادة التوازن الاقتصادي للعقد؛

ينطلق دور هيئة التحكيم في مواجهة تغير الظروف من فكرة مفادها ان المقصود بالإخلال ليس استحالة تنفيذ الالتزام، بل ظهور اعباء مالية او التزامات استثنائية على أحد الاطراف تؤدي الى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد وتعذر الاستمرار في تنفيذه بالشروط ذاتها التي ابرم عليها، دون بلوغ مستوى الاستحالة المطلقة، وعلى هذا الاساس لا يقتصر دور الهيئة على التثبت من توافر عناصر الظرف الطارئ، بل يمتد الى فحص امكانية اعادة التوازن العقدي بوسائل قانونية مناسبة، كإعادة تنظيم التزامات الطرفين او تعديل المقابل المالي او آجال التنفيذ، بما يراعي المعطيات الإقتصادية للمشروع الاستثماري ومراكز الاطراف في الخصومة التحكيمية،

وفي هذا الإطار، تتدرج سلطة هيئة التحكيم بين عدة خيارات، بحسب جسامة الاختلال وآثاره: فقد ترى الهيئة، في الحالات التي يكون فيها التغيير في الظروف محدودا نسبيا، ان الحل الأنسب هو الإبقاء على العقد مع تعديل بعض بنوده المالية او الزمنية، كتعديل الأسعار او تمديد آجال التنفيذ او إعادة توزيع

16 مراد محمود المواجدة: التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2010، ص 21..

17 Dominique Carrcau, Patrick Juillard, Droit international économique, Paris, LGDJ, 1998.

المخاطر بين الطرفين، بما يسمح باستعادة التوازن دون التضحية باستمرارية المشروع، وفي حالات اخرى، قد تخلص الى ان الارهاق بلغ حدا لا يمكن معه مطالبة المدين بتنفيذ التزاماته بذات الكيفية المتفق عليها، فتتجه الى اعادة التفاوض حول العقد في ضوء المعطيات الجديدة، وتضطلع بدور محوري في هندسة حل توافقي يراعي مصلحة الدولة والمستثمر في آن واحد،

غير ان سلطة التحكيم ليست مطلقة، اذ يظل الفسخ احد الحلول الممكنة عندما يتبين للهيئة، بعد استنفاد وسائل التعديل واعادة التوازن، ان الظروف الجديدة جعلت تنفيذ العقد او تعديله بما يحفظ جوهره امرا غير واقعي او غير منصف لأحد الطرفين، وعندها يكون الفسخ الحل الأخيرة للحفاظ على الحد الأدنى من التوازن الاقتصادي للعقد، مع ترتيب الآثار المالية المناسبة من تعويضات وتسوية للمراكز القانونية،

ومن جهة اخرى، يتعين على هيئة التحكيم ان تراعي، وهي تمارس سلطتها في مواجهة تغير الظروف، الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار التي تتصل في الغالب باستغلال موارد طبيعية او مرافق اقتصادية استراتيجية، وما يترتب على تعطيلها من آثر على فئات واسعة من المستفيدين، الأمر الذي يجعل حماية التوازن الإقتصادي للعقد لا تنحصر في حماية مصلحة المستثمر[18] وحده او مصلحة الدولة وحدها، بل تمتد الى حماية استمرارية الخدمة او النشاط الذي يقوم عليه المشروع، وهنا تتجلى خصوصية التحكيم في هذا المجال، اذ لا يقتصر دوره على تطبيق حرفية القواعد القانونية، بل يتجه الى ابتكار حلول تراعي المعادلة الثلاثية بين حقوق المستثمر، ومقتضيات المصلحة العامة، وضرورات استقرار العلاقة التعاقدية في افق زمني ممتد،

وتتصل هذه الوظيفة، في كثير من الحالات، بوجود شروط تعاقدية خاصة يلجأ اليها الاطراف، وعلى رأسها شرط الثبات التشريعي وعدم المساس، التي تهدف الى تقييد آثار بعض تدخلات الدولة اللاحقة في المنظومة القانونية المنظمة للعقد[19]، وعندما تقدم الدولة على اتخاذ تدابير تشريعية او تنظيمية من شأنها المساس بالمزايا الجوهرية التي بني عليها عقد الاستثمار[20].

18 Medic L. Hachem ،Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de la Convention B.I.R.D, Revue tunisienne de droit, 1992, pp.121-136.

19 محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود - دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية -- نشر دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2000، ص 478.

20 عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الاجنبية، نفس المرجع (يمكن توظيفه في مواضع الحماية الموضوعية والإجرائية للمستثمر).

المحور الثالث:
التحكيم الاستثماري بالمغرب بين الإستمرارية والإصلاح

لم يحظ التحكيم في منازعات الاستثمار، لعقود متتالية، بمكانة مركزية في التنظيم القانوني ولا في الممارسة العملية، اذ كان يستبعد كلما كانت الدولة او اشخاص القانون العام طرفا في الخصومة، تغليبا لاعتبارات السيادة القضائية والنظام العام، غير ان تنامي الحاجة الى تعبئة الرساميل الخاصة لتمويل مشاريع البنيات التحتية والقطاعات الانتاجية، دفع المشرع الى اعتماد إصلاحات تشريعية واتفاقية اتاحت، في نطاق مضبوط، لجوء اشخاص القانون العام الى التحكيم كآلية لتأمين مناخ الاعمال وتعزيز الامن القانوني للعلاقات الاستثمارية، وفي هذا الاطار يروم هذا المبحث تناول التحكيم الاستثماري من زاوية العلوم الادارية، من خلال ابراز اهم الاشكالات العملية المرتبطة بالتنفيذ والحصانة لوجودة الشرط التحكيمي، واستشراف مداخل اصلاح منسجمة مع خصوصيات التجربة المغربية.

اولا. صعوبات تنفيذ الاحكام التحكيمية في منازعات الاستثمار؛

يثير تطبيق نظام التحكيم في منازعات الاستثمار، على مستوى الواقع العملي، مجموعة من الاشكالات التي تمس جوهر وظيفته كآلية بديلة لتسوية النزاعات، وتنعكس مباشرة على درجة الثقة فيه من جانب الدولة والمستثمر معا، فالتحكيم لا يقاس فقط بنصوصه المنظمة ولا بصياغة اتفاقاته، بل يقاس كذلك بمدى قابليته للتنفيذ، وبالطريقة التي يوازن بها بين مصالح الدولة المضيفة والاستثمار الخاص، وبمستوى الاحترافية في التفاوض على العقود وصياغة بنود التحكيم وتدبير مراحل النزاع.

ثانيا: مخاطر تحول التحكيم الى عبء على الدولة المضيفة للاستثمار؛

على مستوى آخر، يظل خطر تحول التحكيم من ضمانة لحماية التوازن الاقتصادي للعقد الى عبء مالي وقانوني على الدولة من بين التحديات المركزية في التجربة المعاصرة، فالدول في طريق النمو، ومن بينها المغرب، تعتمد بدرجات متفاوتة على الاستثمار الخاص، الوطني والاجنبي، لتمويل البنية التحتية والقطاعات الإنتاجية، غير ان السعي الى تحسين الجاذبية الاستثمارية قد يقترن، في غياب تقييم دقيق للمخاطر القانونية، بقبول التزامات تعاقدية وتحكيمية تتجاوز الحدود المعقولة، خاصة فيما يتعلق بشروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالامتيازات والاعفاءات الممنوحة للمستثمر[21]، وفي غياب آليات صريحة لمعادلة هذه الالتزامات مع متغيرات السياسة التشريعية والمالية للدولة، يمكن لبعض المنازعات التحكيمية ان تفضي الى تعويضات مالية مرتفعة، او الى وضع قيود عملية على قدرة الدولة في مراجعة

21 عبد القادر ناريمان، اتفاق التحكيم، وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، الطبعة الأولى 1996، دار النهضة العربية، ص:21.

سياساتها العمومية في مجالات حساسة[22]، بما يجعل التحكيم عاملا من عوامل الضغط المالي والتنظيمي بدل ان يكون اداة لضبط المخاطر وتقاسم الاعباء.

ثالثا: اختلالات الممارسة التعاقدية والتحكيمية؛

تظهر التجربة المقارنة، كما تعكسه عدد من القضايا المعروضة على مراكز التحكيم الدولية والاقليمية، ان جزءا مهما من صعوبات التحكيم الاستثماري يرجع الى اختلالات على مستوى التفاوض على عقود الاستثمار وصياغة بنود التحكيم وتدبير مساطر النزاع، فصياغة عدد من العقود والاتفاقيات لا تحسم بدقة في مسائل ذات اهمية جوهرية، من قبيل تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وعلى اتفاق التحكيم، واختيار مقر التحكيم والجهة المؤسسية المحتضنة له، وضبط سلطات الهيئة التحكيمية في تفسير العقد وتكييفه وربطها بقواعد النظام العام في الدولة المضيفة، كما يتم، في حالات كثيرة، تجاهل ادراج بنود واضحة لمعالجة تغير الظروف الاقتصادية والقانونية المؤثرة في التوازن الاقتصادي للعقد، مما يدفع الأطراف، عند حدوث تحولات جوهرية، الى اللجوء مباشرة الى الفسخ او المطالبة بالتعويض الكامل، بدل المرور عبر آليات إعادة التوازن او مراجعة بعض الشروط التعاقدية.

رابعا: خصوصية الاشكالات في التجربة المغربية؛

في السياق المغربي، تبرز هذه التحديات في صورة خاصة تتقاطع فيها اعتبارات القانون الداخلي مع التزامات المملكة بموجب الاتفاقيات الدولية للاستثمار، فمن جهة اولى، ما زال تطبيق قواعد التحكيم الاستثماري يتأثر بتعدد النصوص المنظمة وتداخلها، بين مقتضيات قانون الالتزامات والعقود[23]، وقانون المسطرة المدنية فيما يخص الابطال والتذييل بالصيغة التنفيذية، والنصوص الخاصة بالعقود الادارية والاستثمار[24]، مع محدودية الاجتهاد القضائي المنشور في هذا المجال، وهو ما ينعكس على توقعات الاطراف ويضعف وضوح القواعد المطبقة، ومن جهة ثانية، تطرح مسألة توزيع الاختصاص بين القضاء التجاري والقضاء الاداري في بعض المنازعات المرتبطة بعقود الاستثمار التي تكون فيها اشخاص القانون العام طرفا، مما قد يخلق ترددا في تحديد الجهة القضائية المختصة بمراقبة الاحكام التحكيمية وتنفيذها.

كما يواجه المغرب، على غرار العديد من الدول النامية، تحديات تتعلق بمستوى تأهيل الأطر المكلفة بالتفاوض على عقود الاستثمار وصياغة البنود المتعلقة بالتحكيم، سواء على مستوى الادارات القطاعية او المؤسسات العمومية او الجماعات الترابية، وهو ما قد يؤدي الى قبول صيغ نمطية غير ملائمة للسياق

22 وفاء محمدين : التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات ، دار الجامعة الجديدة ، بدون ذكر المطبعة سنة 2001 ، ص 26.

.

23 منى محمود مصطفى " الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار " دار النهضة العربية ، طبعة 1 ، سنة 1990 ص 50.

24 يحيى بن علي العنبوري، التحكيم في منازعات العقود الادارية واثره على مبدأ سيادة الدولة ونظريات القانون الاداري، دكتوراه، ابن زهر اكادير، 2021-2022.

الوطني[25]، او الى غموض في تحديد القانون الواجب التطبيق ومقر التحكيم وحدود سلطة الهيئة التحكيمية، يضاف الى ذلك محدودية اللجوء الى مراكز تحكيم وطنية متخصصة في منازعات الاستثمار، وضعف توثيق ونشر بعض الممارسات التحكيمية، الأمر الذي يحد من امكان بناء اجتهاد مؤسساتي مستقر يعزز الأمن القانوني في هذا المجال.

فالصعوبات التي يبرزها الواقع، سواء على مستوى تنفيذ الاحكام التحكيمية، او على مستوى الموازنة بين حماية الدولة وحماية المستثمر، او على مستوى الممارسة التعاقدية والمؤسساتية، تفسر استمرار التحفظ العملي ازاء التحكيم الاستثماري لدى جزء من الفاعلين العموميين، كما تجعل ورش اصلاح منظومة التحكيم في المغرب مرتبطا، بالضرورة، بمعالجة هذه الاختلالات في اطار رؤية شاملة لتدبير منازعات الاستثمار، والى هذه الغاية، يظل مطلوبا الجمع بين تحسين دقة الصياغة التعاقدية، وتطوير كفاءة الاطر المكلفة بالتفاوض، وترشيد رقابة القضاء الوطني على الاحكام التحكيمية، بما يحقق توازنا عمليا بين متطلبات الامن القانوني وحماية المصلحة العامة.

خامسا: آفاق الاصلاح وتعزيز ملاءمة التحكيم الاستثماري:

إن تجاوز التحديات المشار اليها يقتضي مسارا اصلاحيا متدرجا يراعي خصوصيات التحكيم الاستثماري، خاصة في الدول النامية ومن بينها المغرب، وينطلق من ضبط القواعد العامة قبل الانتقال الى آليات الممارسة والتطبيق، فعلى مستوى التأطير التشريعي، يظل من الضروري تدقيق المقتضيات المنظمة للتحكيم عندما تكون الدولة أو اشخاص القانون العام طرفا في عقد الاستثمار، عبر تحديد الشروط الموضوعية والإجرائية لقابلية المنازعات الاستثمارية للتحكيم، وضبط نطاق الالتزامات التي يمكن التعهد بها تعاقديا، ولا سيما شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالضمانات، بما يحفظ للمشرع مجال التدخل في السياسات العامة دون تعسف، مع التنصيص، في المقابل، على آليات تعويض متوازنة عند حدوث تعديل تشريعي يترتب عنه مساس جوهري بالتوازن الاقتصادي للعقد.

اما على مستوى ادارة منازعات الاستثمار من قبل الدولة، فإن حسن التدبير يقتضي وجود سياسة عمومية واضحة في هذا المجال، ويتطلب ذلك تقوية دور الجهة المكلفة بالدفاع عن مصالح الدولة في النزاعات الدولية، مثل الوكالة القضائية ونظيراتها، وتمكينها من التتبع الاستباقي للعقود ذات المخاطر العالية، بما يسمح برصد شروط التحكيم قبل ابرامها وتقييم آثارها المحتملة، كما يستحسن اعتماد مقاربة متدرجة لتسوية النزاع، تبدأ بالتفاوض المباشر، ثم المصالحة او الوساطة، ولا يتم تفعيل مسطرة التحكيم الا اذا تعذرت هذه الوسائل، او بالتوازي معها عند الاقتضاء كلما كان ذلك ممكنا وموافقا لمصالح الدولة

[25] Ilham Hamdai, La convention d'arbitrage dans les contrats commerciaux internationaux, Thèse de doctorat, Université Mohammed V-Agdal.

والمستثمر، ويستتبع ذلك وضع مسطرة داخلية للتأشير على بنود التحكيم ذات الأثر المالي او التنظيمي المهم، وربط قبولها برأي تقني وقانوني مسبق يراعي موازنة المخاطر والمنافع.

وعلى مستوى المؤسسات ومراكز التحكيم، يبرز دور المرافق التحكيمية الوطنية والاقليمية في تخفيف التبعية للمؤسسات الأجنبية وتعزيز قدرة المنظومة القانونية الوطنية على استيعاب منازعات الاستثمار، وعليه، فإن دعم المراكز الوطنية القائمة وتطوير انظمتها الداخلية بما يواكب معايير الشفافية والاستقلال والكفاءة[26] يعد خطوة اساسية في هذا الاتجاه، كما يستدعي الأمر تشجيع ادراج شرط التحكيم المؤسسي امام هذه المراكز في عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة والهيئات العامة كلما كان ذلك ملائما، والانفتاح على التعاون مع المراكز العربية والاقليمية المتخصصة في منازعات الاستثمار في اطار شبكات مهنية وقانونية تمكن من تبادل الخبرات وتوحيد بعض الضوابط الاجرائية، بما يساهم في بناء رصيد تحكيمي مرجعي في هذا المجال.

اخيرا، على مستوى التكوين ونشر الثقافة القانونية، لا يمكن ترسيخ تحكيم استثماري متزن دون الاهتمام بالعنصر البشري المؤطر له، ولهذا الغرض، يقتضي الامر ادماج موضوع التحكيم الاستثماري ضمن برامج تكوين طلبة القانون والاقتصاد والعلوم السياسية، مع تخصيص وحدات او مسارات تتناول قواعده وممارساته القضائية والعملية[27]، كما يتعين تنظيم دورات للتكوين المستمر لفائدة القضاة والمحامين والاطر الادارية المكلفة بالتعاقد والاستثمار، قصد رفع قدراتهم على قراءة عقود الاستثمار وصياغة بنود التحكيم وتقييم آثارها القانونية والمالية، ويسهم نشر ثقافة قانونية متوازنة توضح حدود ووظيفة التحكيم في الحيلولة دون النظر اليه كتهديد لسيادة الدولة من جهة، او كضمانة مطلقة للمستثمر من جهة اخرى، وترسيخه كآلية تعاقدية لتدبير المخاطر في إطار قانوني منضبط يوفق بين متطلبات الامن القانوني واعتبارات المصلحة العامة.

26 محمد احمد عبد المنعم، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الادارية، دار النهضة العربية، 2002، ص 160-161.

27 حمد سعيد يحيى، دور القضاء في معاونة التحكيم والرقابة عليه، دراسة مقارنة، كلية إدارة الاعمال جدة، (مقال إلكتروني).

خاتمة:

تأسيسا على ما انتهت اليه هذه الدراسة، يتبين ان التحكيم في منازعات عقود الاستثمار لم يعد مجرد تقنية اجرائية اختيارية، بل أضحى آلية تنظيمية اساسية ضمن منظومة تهيئة مناخ الاستثمار وضمان الامن القانوني للعلاقات التعاقدية ذات البعد الدولي، فهو يقوم على توازن دقيق بين حماية مصالح المستثمر من جهة وصون امتيازات السلطة العامة والمصلحة العامة من جهة اخرى، مما يجعل التحكيم تجسيدا عمليا للرهان المزدوج الذي يقوم عليه موضوع المقال، رهان تشجيع الاستثمار، وتحدي ضبط اثاره القانونية والمالية على الدولة المضيفة

وقد بينت الدراسة ان تطور المنظومة القانونية الدولية والداخلية، وخاصة شبكة الاتفاقيات الدولية والقانون 95.17 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، قد اسهم في تكريس هذا الدور المزدوج، من خلال توسيع مجالات اللجوء الى التحكيم في العقود ذات الطابع المالي والاستثماري، مع الابقاء على مجالات تمارس فيها الدولة سلطاتها الانفرادية تحت رقابة القضاء الوطني، غير ان فعالية هذه المنظومة ما تزال مقيدة بصعوبات تنفيذ الاحكام التحكيمية، ومخاطر تضخم التعويضات في غياب ضبط دقيق لشروط الاستقرار التشريعي والسياسات الاقتصادية، اضافة الى اختلالات الممارسة التعاقدية وضعف تأهيل الفاعلين المكلفين بالتفاوض والصياغة

وانطلاقا من ذلك، يقتضي الرهان المطروح اليوم بناء نموذج متوازن للتحكيم الاستثماري يجعله امتدادا وظيفيا للمنظومة القضائية لا بديلا عنها، وذلك عبر مزيد من تدقيق شروط قبول الدولة واشخاص القانون العام للتحكيم، وضبط نطاق بنود الاستقرار التشريعي والضمانات الممنوحة للمستثمر، وتقوية رقابة القضاء في حدود احترام النظام العام دون الانزلاق الى مراجعة موضوعية لأسس الحكم، مع العمل، في السياق المغربي، على مراكمة اجتهاد قضائي ومؤسساتي في منازعات الاستثمار، وتطوير كفاءة الاطر المتدخلة في التفاوض وصياغة العقود، وتعزيز دور مراكز التحكيم الوطنية والجهوية، حتى يتحول التحكيم الى اداة لترشيد تدبير علاقات الاستثمار في توازن مستمر بين جاذبية الاستثمار وحماية المصلحة العامة وسيادة الدولة داخل مجالها الترابي.

لائحة المراجع:

أولًا: المراجع العربية

الكتب

- أبو العينين، ج. (2021، يوليوز). التحكيم في منازعات الاستثمار: مواجهة التحديات والظروف المتغيرة الحالية. مجلة التحكيم العربي، (7).

- بكر، محمد عبد العزيز علي. (2000). فكرة العقد الإداري عبر الحدود: دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية. دار النهضة العربية.

- المصري، حسني. (2006). التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة. دار الكتب القانونية.

- المواجدة، مراد محمود. (2010). التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي (ط. 1). دار الثقافة للنشر والتوزيع.

- مصطفى، منى محمود. (1990). الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار (ط. 1). دار النهضة العربية.

- محمدين، وفاء. (2001). التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار [العنوان يحتاج تدقيقًا]. دار الجامعة الجديدة.

- ناريمان، عبد القادر. (1996). اتفاق التحكيم وفقًا لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 (ط. 1). دار النهضة العربية.

- كوجان، لما أحمد. (2008). التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي. منشورات زين الحقوقية.

الأطروحات والرسائل الجامعية

- بوتشيش، مراد. (2014). التحكيم التجاري والعولمة الاقتصادية من خلال نزاعات الاستثمار (أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة).

- قبايلي، طيب. (2012). التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن (رسالة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو).

- الكيوي، ياسين. (2021). منازعات الاستثمار بين سلطات المحكم وضمانات المحتكم (أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير).

- العنبوري، يحيى بن علي. (2022). التحكيم في منازعات العقود الإدارية وأثره على مبدأ سيادة الدولة ونظريات القانون الإداري (أطروحة دكتوراه، جامعة ابن زهر، أكادير).

- علي، غسان علي. (2004). الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس).

- ما يضيع، هشام. (2018). التحكيم في منازعات الاستثمار (رسالة ماستر، ماستر الوسائل البديلة لفض المنازعات، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس).

- ملحم، علي حسين. (1998). دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية (أطروحة دكتوراه). القاهرة.

المقالات والدوريات

- الجازي، عمر مشهر حديثة. (2002). التحكيم في منازعات عقود الاستثمار. مجلة نقابة المحامين، (9–10).

- (الصفحات توضع داخل المتن عند الاقتباس، ويمكن إضافتها هنا إذا كانت المعلومة كاملة)

- دلوم، جورج. (1982). المركز الدولي للتحكيم في النزاعات المتعلقة بالاستثمارات. مجلة القانون الدولي، (4)، 801.

- شحاتة، إبراهيم. (1980). دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية. المجلة المحمدية للقانون الدولي، (41)، 8.

ثانيًا: المراجع الأجنبية

- Carreau, D., & Juillard, P. (1998). Droit international économique. LGDJ.

- Hachem, M. L. (1992). Le droit applicable au contrat d'investissement selon l'article 42 de la Convention B.I.R.D. Revue tunisienne de droit, 121–136.

- Hamdai, I. (n.d.). La convention d'arbitrage dans les contrats commerciaux internationaux (Thèse de doctorat, Université Mohammed V-Agdal).