

خصوصيات مساطر الطرق البديلة في فض منازعات الاستثمار

يوسف الزوجال

باحث بصف الدكتوراة بكلية الحقوق بطنجة
و مستشار بمركز الدراسات الأسرية بطنجة

المقدمة :

أضحت الوساطة و التحكيم كطرق بديلة تحتل مكانة بارزة ضمن الأنظمة القضائية المعاصرة باعتبارها و سائل مساعدة أو " مكتملة للقضاء الرسمي لفض المنازعات و زرع روح الاطمئنان في نفس المستثمر و إحاطة رأسماله بالحماية الأزمة بالاستناد إلى سلطان إرادة الأطراف للفصل في الخصومات التي تدخل أصلا في الولاية القضائية للدولة "2 إذ برز توظيف مصطلح الطرق البديلة في معظم التوجهات التشريعية الحديثة الوطنية و الدولية لما لها من محاسن و ايجابيات تتعكس على الاستثمار الأجنبي بما يخدم مصالح الأطراف المتعاقدة ولم يخرج المشرع المغربي عن هذه القاعدة العامة مع العلم انه من بين التشريعات السباقة إلى التوقيع على الاتفاقية الدولية المتعلقة بالتحكيم و الوساطة كاتفاقية واشنطن و نيويورك و مما يزيد من أهمية الطرق البديلة كونها انبثقت بالنسبة للنموذج المغربي في سياق محض تزامن مع انخراط الدولة في سياسة الانفتاح الاقتصادي و التبادل الحر التي تعتمد على تحرير التجارة الدولية منذ المصادقة على اتفاقية الكات المؤسسة لمنظومة اقتصاد السوق أو اقتصاد العولمة و بالتالي كان من اللازم على بلادنا التماشي مع مثل هذه التطورات التي يشهدها المحيط الخارجي من خلال العمل على تبني ترسانة قانونية جديدة ترمي إلى تحقيق قدر من السرعة و المرونة وهو الأمر الذي تأتى سنة 1974 بحيث تم إصدار قانون المسطرة المدنية الجديد الذي اشتمل في ثناياه على قسم خاص بالتحكيم غير انه مع توالي السنوات أبان التطبيق العملي لهذا القانون مجموعة من الثغرات مما جعله يتعرض لعدة انتقادات من بينها الاكتفاء بتنظيم قواعد التحكيم الداخلي و إغفال التحكيم الدولي إذ شكل ذلك في حد ذاته تناقضا صارخا مع مضمون الاتفاقيات المصادق عليها من طرف المغرب سابقا في هذا المجال وعليه و استجابة لهذه المتطلبات الملحة و بعد إعادة النظر في عدة قوانين تهم المجال التجاري (مدونة التجارة قانون الشركات الخ) قام المشرع الوطني بتحديث قانون المسطرة المدنية عبر إلغاء القسم المتعلق بمسطرة التحكيم و تعويضه بأخر و هو المتمثل في القانون 05.08 (3)، ففي ظل هذا

- 1- هذه مداخلة في ندوة تحت عنوان الآليات البديلة لفض المنازعات و دورها في جلب الاستثمارات الأجنبية الوساطة و التحكيم نموذجا نظمها ماستر قانون المدني و الأعمال بكلية الحقوق بطنجة يوم 12 ماي 2012 بالقصر البلدي بطنجة .
- 2 - محمد بوشيبة صياغة شرط التحكيم في عقود الاستثمار بين القواعد التقليدية و القواعد الحديثة الندوة الجهوية الرابعة لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء 71 تحت عنوان قضايا الاستثمار و التحكيم من خلال اجتهادات المجلس الأعلى يوم 18 و 19 ابريل 2007 .
- 3 - ظهير شريف رقم 169 . 07 . 1 صادر في 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 08.05 القاضي بنسخ و تعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية منشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 صفحة 3894 وما بعدها للتوسع انظر

الأخير نجد تعدد المظاهر التطبيقية لمسطرة الطرق البديلة في جل الميادين من الناحية الواقعية في بلادنا كقضايا الشركات البنوك¹ و قضايا الأسرة و الاستهلاك² و الاستثمار الخ.

و نظرا لتشعب مجال تطبيقها فقد ارتأينا الاقتصار فقط على أهم جانب منها أي المتعلق بالتجارة و الأعمال و بالضبط في الشق المرتبط بحماية الاستثمار لذلك يمكن القول بان الباحث يجد نفسه مضطرا للتساؤل حول مدى خصوصية التحكيم و الوساطة كآليات نموذجية لفض النزاعات أثبتت فعاليتها على المستوى الواقعي و العملي و لمعالجة هذه الإشكالية سأقسم هذا الموضوع الى محورين:

المحور الأول الخصوصية الإجرائية للطرق البديلة كآليات لفض النزاعات و جلب الاستثمار الأجنبي

المحور الثاني الخصوصية الموضوعية للطرق البديلة كآليات لفض النزاعات و جلب الاستثمار الأجنبي.

المحور الأول: الخصوصية الإجرائية للطرق البديلة كآليات لفض النزاعات و جلب الاستثمار الأجنبي

التنظيم التشريعي ببلادنا المتعلق بإدماج الوسائل البديلة لفض النزاعات في إطار قانون المسطرة المدنية ووفق التعديلات الأخيرة التي تمت من خلال إصدار قانون رقم 08.05 ينم عن وجود خصوصية إجرائية تتمتع بها هاته الوسائل الهادفة إلى إيجاد بديل للمساطر القضائية العادية المعمول بها و التي غالبا ما يحاول المفاوض تجنبها عند الإقدام على عملية الاستثمار لذلك يمكن إجمال هذه الخصائص الإجرائية في النقاط التالية تنوع الأحكام القانونية الخاصة بكل صنف من الطرق البديلة المنظمة بمقتضى التشريع و المقصود بالطرق البديلة في هذا الباب³ ، التحكيم⁴ ،

يوسف الزوجال التحكيم في القانون المغربي بين الماضي و الحاضر و المستقبل مقال منشور بمجلة الملف العدد 18 في اكتوبر 2011 صفحة 79 وما بعدها.

1 - انظر الميثاق البنكي المتعلق باحداث تجهيزات الوساطة البنكية MEDIATION BANCAIRE

2- مقال منشور بالموقع الالكتروني www.sahafat-alyawm.net عبد الحق الحطاب خصائص الطرق البديلة في فض نزاعات الاستهلاك

3 - لا يوجد تعريف موحد و شامل لمفهوم الطرق البديلة على مستوى المختصين في الفكر القانوني فالفقيه جاروسون يعتبر ان الطرق البديلة هي وسائل بديلة عن الوسائل التقليدية القضائية التي تضطلع بها مؤسسات الدولة .

CH.Jarosson les modes alternatifs de règlement des conflit presentation générale Revue de droit international comparé 1997 P 325 .

اما على مستوى الفقه المغربي فهناك عدة محاولات للإحاطة بمعنى هذا المصطلح اذ ذهب احدثهم الى انها مجموعة من الأدوات القانونية لحسم النزاعات بشكل متميز عما تقتضيه المساطر القضائية التقليدية انظر الكلمة الافتتاحية التي القاها وزير العدل السابق محمد بوزويغ في اشغال ندوة علمية تحت عنوان

الطرق البديلة لتسوية المنازعات نظمها شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس بشراكة مع وزارة العدل و هيئة

المحاميين بفاس يومي الرابع و الخامس من ابريل 2003

منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية و القضائية مطبعة فضالة المحمدية ط 1 ع 2 السنة 2004

4 - عبد الله درميش "اهتمام المغرب بالتحكيم، إلى أي حد؟" مقال منشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 73، ص. 10.

الصلح 1، التوفيق و الوساطة 2 ، مما يتيح للشخص الراغب في حماية مصالحه وحقوقه الاستثمارية مجالا واسعا لاختيار الصنف الذي يتلاءم مع وضعيته الاقتصادية وهذا يعني من جهة أولى أن الوسائل البديلة لفض النزاعات تتميز باستقلاليتهما إزاء الطرق القضائية العادية ثم كونها تتسم باستقلاليتهما بالنظر إلى الاختلاف الواضح بين بعضها البعض من جهة ثانية رغم الارتباط الوثيق بينها إمكانية الجمع بين الطرق البديلة جملة واحدة بالنسبة للأطراف المتعاقدة الأمر الذي يشكل في حد ذاته الإرادة التشريعية في جعلها أداة فريدة في سبيل تحقيق مبدأ التدرج عند تطبيقها بناء على مضمون وعبارات العقد التجاري عموما و عقود الاستثمار على وجه التحديد إذ يمكن تفسير هذا المبدأ بالالتزام الأولي الملقى على الأطراف بحسم النزاع القائم أو المحتمل خارج المساطر القضائية العادية المعروفة من خلال البدء بمسطرة التوفيق ثم مرورا بمسطرة الوساطة وفي حالة استنفاد هذه المسطرة الأخيرة أو عند بطلان اتفاق الوساطة يحق للأطراف طبقا للاتفاق المبرم في إطار عقد الاستثمار الاتجاه سويا إلى مسطرة الصلح التي قد تتوج اتفاق صلح الوساطة.

أما في الحالة المعاكسة أي فشل مسطرة الوساطة يمكن إعمال مسطرة التحكيم التي يشرف عليها مؤسسة تحكيمية³ و الخاضعة لمراقبة قضائية فورية و هو الموقف الذي أكده المشرع في الفصل 327-46 المغربي من قانون المسطرة المدنية بحيث نص على انه "يجب على المحكمة المحال إليها نزاع في مسألة أبرم الأطراف في شأنها اتفاق الوساطة أن تصرح بعدم القبول إلى حين استنفاد مسطرة الوساطة أو بطلان اتفاق الوساطة وهذا دليل واضح الفعلية من الناحية الإجرائية للطرق البديلة التي يمنحها المشرع المغربي للشخص الراغب في إقامة مشاريع استثمارية داخل التراب الوطني مما يؤدي بالتالي إلى القول بأنها تحقق هدفا مزدوجا بالنسبة للدولة و المستثمر على حد سواء إن لجوء الدولة المضيفة للمشاريع الاستثمارية باتفاق مع المفاوض الأجنبي إلى الطرق البديلة لفض النزاعات القائمة أو المحتملة مستقبلا يعد بمثابة مسطرة غير قضائية نظرا لطابعها الاستثنائي بالمقارنة مع قواعد المسطرة العادية المطبقة على مستوى المحاكم و هو الشيء المستفاد من إدراجها من طرف المشرع المغربي في باب فريد ضمن قانون المسطرة المدنية و المعنون بالمساطر الخاصة بالإضافة إلى ذلك تتجسد أهمية اللجوء إلى مثل هذه الوسائل البديلة في فعاليتها بالمقارنة مع نظيرتها القضائية مما يجعلها مفضلة كثيرا بالنسبة للمفاوض المستثمر لما لها من

عبد الرحيم بحار "المساطر البديلة لتسوية المنازعات التجارية التحكيم التجاري نموذجًا" مقال منشور بمجلة القصر العدد 14 ماي 2006 ص 53.

وكذلك يوسف الزوجال التحكيم في القانون المغربي بين الماضي والحاضر والمستقبل م س ص 79

1 - انظر اشغال الندوة الجهوية الحادي عشر تحت عنوان الصلح و التحكيم و الوسائل البديلة لحل النزاعات من خلال اجتهادات المجلس الاعلى مطبعة الامنية الرباط 2007

2 - حول ذلك انظر محمد سلام الوساطة و التوفيق كآليات بديلة لتسوية نزاعات الاستثمار مقال منشور بمجلة الملف العدد 5 في يناير 2005

3 - كمرآك الوساطة و التحكيم كالمركز الدولي للوساطة و التحكيم الدولي Centre international de médiation et d'arbitrage بمدينة الرباط طبقا لمضمون برنامج الوكالة الامريكية للتعاون لسنة 2007 اما على المستوى الوطني فهناك مجموعة من المراكز توزعت في بعض المدن كالرباط و طنجة

إيجابيات وفوائد تعود عليه و على الدولة المستقطبة له بمنافع عامة و خاصة جمة لكل منهما وتتجلى ايجابيات الوسائل البديلة لفض المنازعات¹ في عقود الاستثمار في مايلي :

العامل الزمني

إذ كما معلوم يلعب عامل الوقت دورا رئيسيا في العلاقات التعاقدية ذات الطابع التجاري كما هو الشأن بالنسبة لعقود الاستثمار لما له من تأثير على مدى استمراريتها و بالتالي استقرارها بين الأطراف الملتزمة لذلك تركز الوسائل البديلة على هذا العامل لأنها لا تتطلب زمنا طويلا لفض النزاع بالنظر إلى المساطر العادية الجاري بها العمل من قبل السلطة القضائية التي تتميز بتعقيداتها و إجراءاتها الإدارية وهكذا فان تطبيق الطرق البديلة يسمح إلى حد كبير بتوفير جزء لا يستهان به من المرونة مما يجعلها من أهم الميكانيزمات المسخرة في يد الأطراف و التي تسهل عملية فض النزاع بشكل يتماشى مع رغباتهم وتيسيرا للمحافظة على علاقتهم.

العامل الاقتصادي

إذا كان صحيحا إن الالتجاء إلى مسطرة الطرق البديلة لا يعتبر إلى حد الساعة في المنظومة التشريعية بالمغرب مجانيا فإنها من بين الأمور التي تنقل كاهل الأطراف على الأقل فبمجرد إجراء مقارنة بسيطة بتبين منذ الوهلة الأولى الفرق الشاسع بين هذه المسطرة و بين المساطر العادية الأخرى التي لا يمكن في ظلها البدء في النظر في جوهر النزاع إلا بعد استيفاء جميع الرسوم القضائية إضافة إلى أتعاب هيئة الدفاع (المحامي) و مصاريف ... الخبرة و التبليغ إذن فإعمال الطرق البديلة يساعد الدولة المضيئة و المقاول و المستثمر على تفادي تحمل أداء مبالغ باهضة و بالتالي تؤدي إلى التقليل من النفقات و خفض تكلفة النزاع

ومن بين مظاهر المرونة الإجرائية التي تتميز بها مسطرة الطرق البديلة لفض نزاعات عقود الاستثمار ما هو متاح بالنسبة للأطراف بحضورهم الشخصي خصوصا فيما يتعلق بإمكانية تطبيق مبدأ سرية المفاوضات² وجلسات الصلح أو التحكيم أو الوساطة مثلا مما يجعل المسؤولية ملقاة على الشخص المكلف بانجاز العملية برمتها في الجانب المرتبط بالالتزام بالسرية المهني و بالحرص الشديد على مبدأ الحياد عند مناقشة الحجج أو بمناسبة البث النهائي في النزاع.

المحور الثاني: الخصوصية الموضوعية للطرق البديلة كآليات لفض النزاعات و جلب الاستثمار الأجنبي

بالإضافة إلى الخصوصية الإجرائية التي تتميز بها الوسائل البديلة لفض النزاعات بصفة عامة باعتبارها آلية فعالة لحل المشاكل التي تعترض عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة و المقاول

1 - حول فوائد الطرق البديلة انظر عبد الحق الحطاب م س بنفس الموضوع .

2 - Lagard droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges Revue d'arbitrage 2001 P

الأجنبي على وجه التحديد أضفى المشرع المغربي على هذه الأخيرة ميزة فريدة تتمثل في خصوصيتها الموضوعية التي يمكن حصر مظاهرها بإيجاز في النقاط الآتية :

إن المشرع المغربي أتاح لطرفي عقد الاستثمار الحق الكامل و المطلق في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاتفاق المبرم بينهما و ذلك في احترام تام لمبدأ الحرية التعاقدية تتويجا لسلطان إرادتهم¹ و هو نفس التوجه الذي كرسه بعض الاتفاقيات الدولية² كاتفاقية المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول 1965 و اشنطن لعام بقولها " إن هيئة التحكيم تنظر في النزاع طبقا لـ 1/4 و رعايا الدول الأخرى في المادة لقواعد القانون الذي حدده الطرفان وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك فإنها تطبق قانون الدولة المتعاقدة " ويستفاد مما تقدم إن أعمال مسطرة الطرق البديلة لفض منازعات عقود الاستثمار في بلادنا كما هو الحال في جميع دول المعمور يمنح الأولوية للقانون الذي اختاره الأطراف بناء على الاتفاق الموقع بينهم سواء كان في صيغة صريحة أو ضمنية أي منصوصا عليه داخل بنود العقد نفسه أو مصاعا في إطار اتفاق مستقل كالبنود المانح للاختصاص و المسمى باللغة الفرنسية Clause أو attributive de compétence و compromissoir و بعبارة أخرى فالشخص أو الطرف الثالث المكلف بفض النزاع بين الدول المستقبلية و بين المستثمر الأجنبي ملزم طبقا للقانون باحترام إرادة هؤلاء سواء كان في إطار التحكيم أو الوساطة

غير انه عند وجود الدولة المستقبلية أو احد أشخاصها الاعتبارية العامة كطرف في منازعات عقود الاستثمار غالبا الحل لصالحها نظرا لتفوقها القانوني و الاقتصادي بالمقارنة مع المستثمر الأجنبي الراغب في انجاز مشاريعه الخاصة الذي يكون في وضعية ضعف³ إذ تعتمد هذه الأخيرة على إخضاع الاتفاقات التي تكون طرفا فيها إلى قانونها الداخلي لذلك فالوسائل البديلة باختلاف أنواعها تساعد المستثمر على حماية مصالحه من خلال تجنب تطبيق قانون الدولة المضيفة و بالتالي الحفاظ على الضمانات التشريعية الممنوحة له من قبل هذه الدولة نفسها⁴ إذن للمستثمر الأجنبي في إطار الوسائل البديلة الحق في الاختيار بين قانون الدولة و بين أي قانون أجنبي آخر يراه مناسبا حتى تسري قواعده لفض النزاعات المتعلقة بالعقد إن المشرع المغربي من خلال تنظيمه في

1 - عقد الاستثمار هو عقد رضائي يبني على إرادة الأطراف المتعاقدة تسري عليه القواعد العامة المعروفة بالإيجاب و القبول و تطبق عليه نظرية عيوب الإرادة حول سلطان الإرادة راجع اسنادتنا جميلة العماري : "نظرية العقد"، مطبعة سليكي إخوان طنجة، الطبعة الأولى، 2004، ص : 19 وما بعدها.
محمد الشليح : "سلطان الإرادة في ضوء ق.ل.ع المغربي"، ر.د.د.ع في القانون الخاص كلية الحقوق اكدال، الرباط، 1983.

2 - ومثال ذلك ايضا الاتفاقية الأوروبية لعام 1961 المادة 1/7 ، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمارات بين الدول المضيفة

للاستثمارات العربية و بين مواطني الدول العربية الأخرى لعام 1980 المادة 19
3 - تتجلى وضعية الضعف لدى المستثمر في التبعية القانونية للدولة المضيفة له وفي التبعية الاقتصادية ايضا حول مفهوم الضعف وتجلياته في القانون المغربي انظر بصفة عامة.

يوسف الزوجال حماية الطرف الضعيف في عقد التأمين مقال منشور بمجلة رحاب المحاكم ع 10 سنة 2011 ص 43

El hattab abdelhaq la protection de la partie faible dans la relation contractuelle en droit marocain
article publie dans la Revue de doctrine et de droit consultable sur www.majalah.new.ma

4 - حول هذه الضمانات راجع أعمال ندوة الاجتهاد القضائي في المادة التجارية و الضمانات القانونية للاستثمار منشورة بدفاتر المجلس الأعلى ع 2 سنة 2002 . منشورة

قانون المسطرة المدنية و قانون الالتزامات و العقود او عبر انخراطه في المصادقة على الاتفاقيات الدولية أو العربية المتعلقة بتطبيق الوسائل البديلة في فض منازعات عقود الاستثمار كانت تابعة من هاجس حماية الاستثمارات الواقعة على نفوده الترابي وذلك في سبيل تفادي الوقوع في عدة اشكاليات عويصة .

من جهة اولى تعتبر الوسائل البديلة عنصرا فعالا لتحقيق الثبات التشريعي في عقود الاستثمار فالتغييرات الطارئة على تشريع الدولة المضيفة تؤثر سلبا على استقرار المشاريع التي يروم القيام بها المقاول الأجنبي مما يزيد من تخوفات هذا الأخير وعدم الاطمئنان على مصالحه لذلك فهو يفضل طرق التسوية الودية كحل مريح يضمن له على الأقل عدم المساس بالعقد أو تعديله بصفة انفرادية من طرف الدولة المضيفة بناء على الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية التي تمر منها الشيء الذي يشكل تحفيزا للدولة و للمستثمر معا على الاستمرار في العلاقة التعاقدية الرابطة بينهما ومن جهة ثانية تعود الوسائل البديلة سواء بالنسبة للدولة المستقطبة أو بالنسبة للمقاول المستثمر بالنفع الكبير إذ تدرج ضمن الأدوات الإجرائية البسيطة التي تمنح لكلا الطرفين الاستفادة الاقتصادية من بعضهما في إطار مقاربة براغماتية محضة فالدولة المستقطبة تكون في حاجة دائمة للمستثمر من اجل تحقيق نسبة نمو اقتصادي مستديم خصوصا إذا كانت تعاني من أزمت مالية أو اجتماعية لذلك تلتجأ إلى تسوية منازعات عقود الاستثمار بطرق حبية وودية للإبقاء على تلك المشاريع التجارية على أراضيها أما المقاول المستثمر فهو المستفيد الأكبر من تطبيق القواعد الخاصة بالوسائل البديلة في حالة حدوث نزاع مع الدولة المستضيفة لمشاريعه لأنها أهم عنصر يبقى على حقوقه الاقتصادية بشكل ثابت في ظل تمتعه بالتحفيزات المدرجة في قانون الاستثمار الداخلي للدولة المضيفة.

خاتمة :

رغم أنها فتية و حديثة نسبيا أثبتت تجربة الوسائل البديلة لفض النزاعات في عقود الاستثمار ببلادنا نجاحا باهرا بدليل الانتشار السريع الذي بدأت تعرفه في الآونة الأخيرة خصوصا في ما يتعلق بالأنشطة الاقتصادية و التجارية كنموذج فعال يتيح تحقيق التوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي وبين متطلبات خطط التنمية للدولة المستقبلية لذلك بات من الضروري تأطير هذه الوسائل تأطيرا تشريعييا بشكل يوسع من مجالها حتى تتماشى مع بعض أنواع العقود الاستثمارية العصرية المعروفة على الصعيد الدولي كعقود التجارة الالكترونية مثلا و التي أصبح محتما على المشرع المغربي واجب إحاطتها بالتنظيم.