Royaume du Maroc

Ministère de l'Economie et des Finances

Agence Judiciaire du Royaume

المملكة المغربية

وزارة الاقتصاد والمالية

الوكالة القضائية للمملكة

دورة تكوينية في موضوع:

التحكيم الوطني و الدولي في عقود الصفقات العمومية و تحكيم الاستثمار

لفائدة موظفي وزارة الداخلية

من تأطير:

د. زكرياء الغزاوي

رئيس مصلحة المنازعات التجارية

الوكالة القضائية للمملكة

Tel: 0673995476

Email: zlaghzaoui@ajr.finances.gov.ma

19 **شتنبر** 2019

أولا:

التحكيم الوطني و الدولي
في عقود الصفقات العمومية
(قراءة في قانون المسطرة المدنية)

- الأصل أن تسوية المنازعات يتم أمام قضاء الدولة، الذي يعتبر مظهرا من مظاهر سيادتها، و لا يمارس إلا بواسطة السلطة القضائية التابعة لهذه الدولة و المحددة في الدستور.

- لكن الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد أو لهيئات غير قضائية، بسلطة الفصل في بعض المنازعات في نطاق معين و متى توافرت شروط ذلك، من خلال الوسائل البديلة لحل المنازعات، مثل الصلح و الوساطة و التحكيم...

تعريف التحكيم و أنواعه

- **التحكيم منظم في قانون المسطرة المدنية من الفصل** 306 **إلى** 327-54 **آخر تعديل كان سنة** 2007.

- **التحكيم لغة**: التحكيم مصدر للفعل حكّم بتشديد الكاف، و كما جاء في لسان العرب لابن منظور «يقال حكّمت فلانا في مالي تحكيما، أي فوضت إليه الحكم فيه، استحكم فلان في مال فلان إذا جاز فيه حكمه»

- **التحكيم في التشريع المغربي**: اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير ذلك، على أن يتم الفصل في النزاع الحال أو المستقبل الناشئ عن هذه العلاقة بواسطة شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم كمحكّمين والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق التحكيم. (الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية)

- **التحكيم الخاص**: Arbitrage ad-hoc

التحكيم الذي تتكفل فيه الهيئة التحكيمية بتنظيمه مع تحديد المسطرة الواجب اتباعها إلا في حالة اتفاق الأطراف على خلاف ذلك.

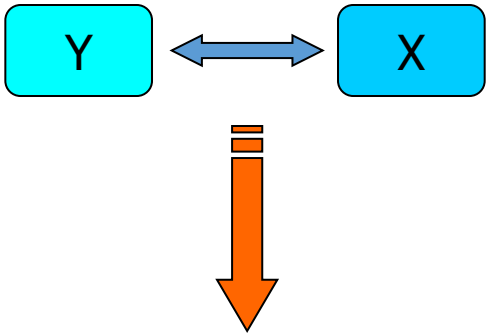
- **التحكيم المؤسساتي**: Arbitrage institutionnel

مؤسسة التحكيم تتولى تنظيمه و ضمان حسن سيره طبقا لنظامها.

(الفصل 319 ق.م.م)

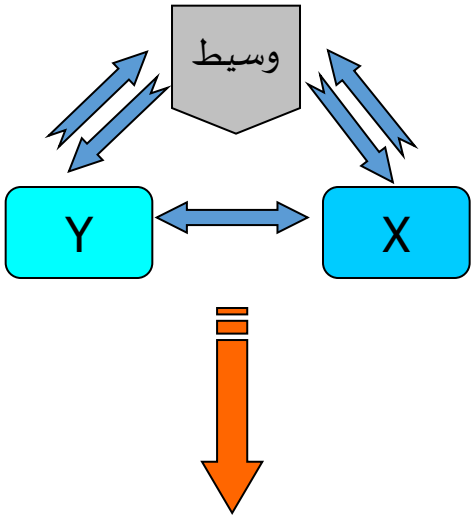
تمييز التحكيم عن بعض الآليات البديلة لتسوية المنازعات

التفاوض



الحل

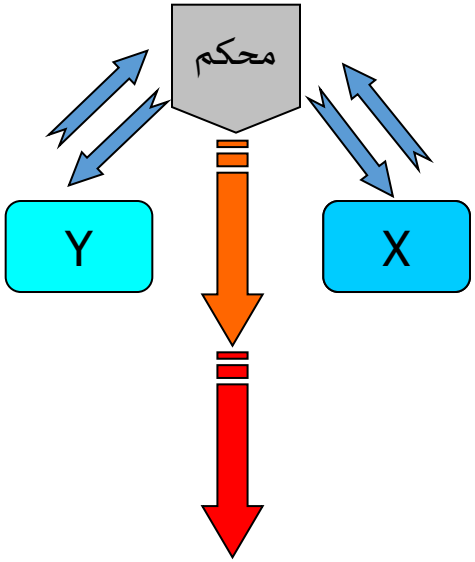
الوساطة



الحل

الحل

التحكيم



مميزات قانون التحكيم المغربي

الحرية

الأطراف:
* في اختيار التحكيم كآلية لتسوية النزاع
* في اختيار المحكم
* في اختيار القانون الواجب التطبيق على المسطرة
* في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
* في منح هيئة التحكيم صفة وسطاء بالتراضي
* في اختيار القاضي المساعد

المساواة

* بين **الأطـــراف** : - في جميع مراحل مسطرة التحكيم كاحترام مبدأ التواجهية و مبدأ احترام حقوق الدفاع
- مبدأ المساواة قاعدة من قواعد النظام العام
- من المبادئ الأساسية في التحكيم

* بين **القاضي و المحكم**: - لا يمكن للقاضي النظر في موضوع النزاع بعد صدور الحكم التحكيمي.
- يمكن للمحكم أن يصدر التدابير و الإجراءات الوقتية و التحفظية
- المحكم ملزم كما هو الحال بالنسبة للقاضي بالحياد و الاستقلالية و احترام سرية التحكيم

الفعالية

اتفاق التحكيم: مرونة في شكل اتفاق التحكيم إذ يمكن اثبات وجوده حتى بتبادل المذكرات التي يدعي فيها أحد الأطراف بوجوده
تشكيل هيئة التحكيم: يمكن اللجوء إلى القضاء المختص لتجاوز جميع الصعوبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم
المسطرة التحكيمية: تتمثل في مجموعة من الالتزامات سواء بالنسبة للمحكم أو الأطراف: الالتزام بالسرعة الالتزام بالسرية ...
الحكم التحكيمي: التنفيذ الفوري – عدم إمكانية الطعن ضد الحكم التحكيمي باستثناء الطعن بالبطلان

مميزات التحكيم

السرعة:

يتميز قضاء التحكيم عن القضاء العادي بالقدرة على الفصل في النزاع المعروض عليه في وقت أقل، فعامل الوقت عامل جوهري في اختيار التحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة.
المشرع المغربي حدد مدة الفصل في النزاع في 6 أشهر ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

السرية

على خلاف قضاء الدولة الذي تعد علانية الجلسات أخد خصائصه، تعد السرية ميزة خاصة ينفرد بها التحكيم عن قضاء الدولة، فالمتعاملون في ميدان التجارة خاصة الدولية يرغبون في عدم معرفة المنازعات الناشئة بينهم و أسبابها و دوافعها لما قد تؤدي إلى المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

الاختصاص

يتسم قضاء التحكيم بالتخصص، و هذا من شأنه أن يحقق عدالة تتماشى و رغبة الأطراف.

المرونة:

المحكم على خلاف القاضي لا يتقيد بالقواعد الشكلية و المسطرية التي لا يمكن للأخير التحلل عنها في إدارته للخصومة.

مشروعية لجوء الدولة أو أحد مؤسساتها إلى آلية التحكيم

التحكيم الداخلي:

على خلاف الأمر بالنسبة للقانون القديم، سمح المشرع المغربي في سنة 2007:

1- للدولة و الجماعات المحلية أو غيرها من الهيئات المتمتعة باختصاصات السلطة العمومية إمكانية اللجوء إلى التحكيم

2- المشرع المغربي حدد مجال المنازعات القابلة للتحكيم التي تكون الدولة أو الجماعات المحلية طرفا فيها، فيما يلي (الفصل 310 ق.م.م):

- النزاعات المالية الناتجة عن التصرفات الأحادية للدولة أو الجماعات المحلية
- باستثناء النزاعات المالية الناتجة عن تطبيق القانون الجبائي.
- النزاعات المتعلقة بالعقود التي تبرمها الدولة و الجماعات المحلية (مع التقيد بالمقتضيات الخاصة بالمراقبة أو الوصاية المنصوص عليها في النصوص التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل).

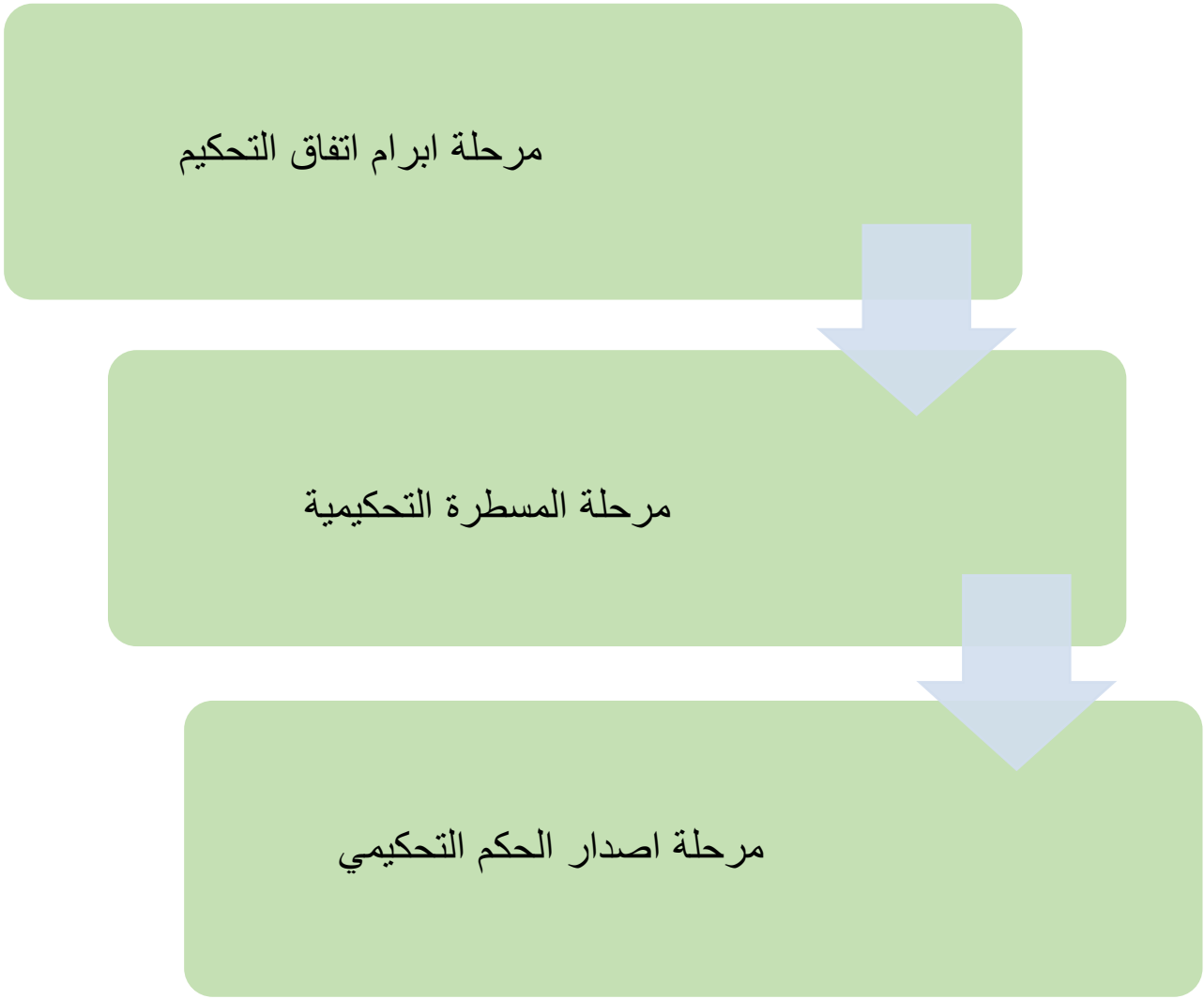
التحكيم الدولي:

على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم في العقود الادارية الداخلية لم ينص المشرع صراحة على إمكانية تسوية المنازعات الناتجة عن العقود الادارية الدولية عن طريق التحكيم في قانون المسطرة المدنية.

- غير أن هناك بعض المقتضيات القانونية و الاتفاقية تسمح للدولة باللجوء إلى التحكيم الدولي، مثل:

- ✓ الفصل 39 من ظهير 21 يوليوز 1958 المتعلق بالتنقيب عن المحروقات و استغلالها
- ✓ الفصل 39 من ظهير 17 يناير 1983 حول الاستثمارات الصناعية
- ✓ المادة 17 من القانون الاطار رقم 18-95 بمثابة ميثاق للاستثمارات
- ✓ الاتفاقيات الثنائية الدولية المتعلقة بتشجيع و حماية الاستثمار التي تنص على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناتجة عن عقود الاستثمار
- ✓ الاتفاقيات الجماعية الدولية، مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1956 المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية و اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المؤسسة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن (CIRDI)

مراحل العملية التحكيمية



دولية التحكيم

◁ يكون التحكيم دوليا إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية و الذي يكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج.

◁ يعتبر التحكيم دوليا إذا:

1- كان لأطراف اتفاق التحكيم وقت ابرام هذا الاتفاق مؤسسات بدول مختلفة

2- أو كان أحد الأمكنة التالي بيانها واقعا خارج الدولة الموجودة بها مؤسسات الأطراف.

أ- مكان التحكيم عندما يكون منصوصا عليه في اتفاق التحكيم أو معينا بمقتضى هذا الاتفاق

ب- كل مكان يجب أن ينفذ فيه جزء مهم من الالتزامات المترتبة على العلاقة التجارية أو المكان الذي تربطه أكثر بموضوع النزاع صلة وثيقة

3- أو كان الأطراف متفقين صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم يهم أكثر من بلد واحد (الفصل 40-327 من قانون المسطرة المدنية)

تعريف اتفاق التحكيم و صوره

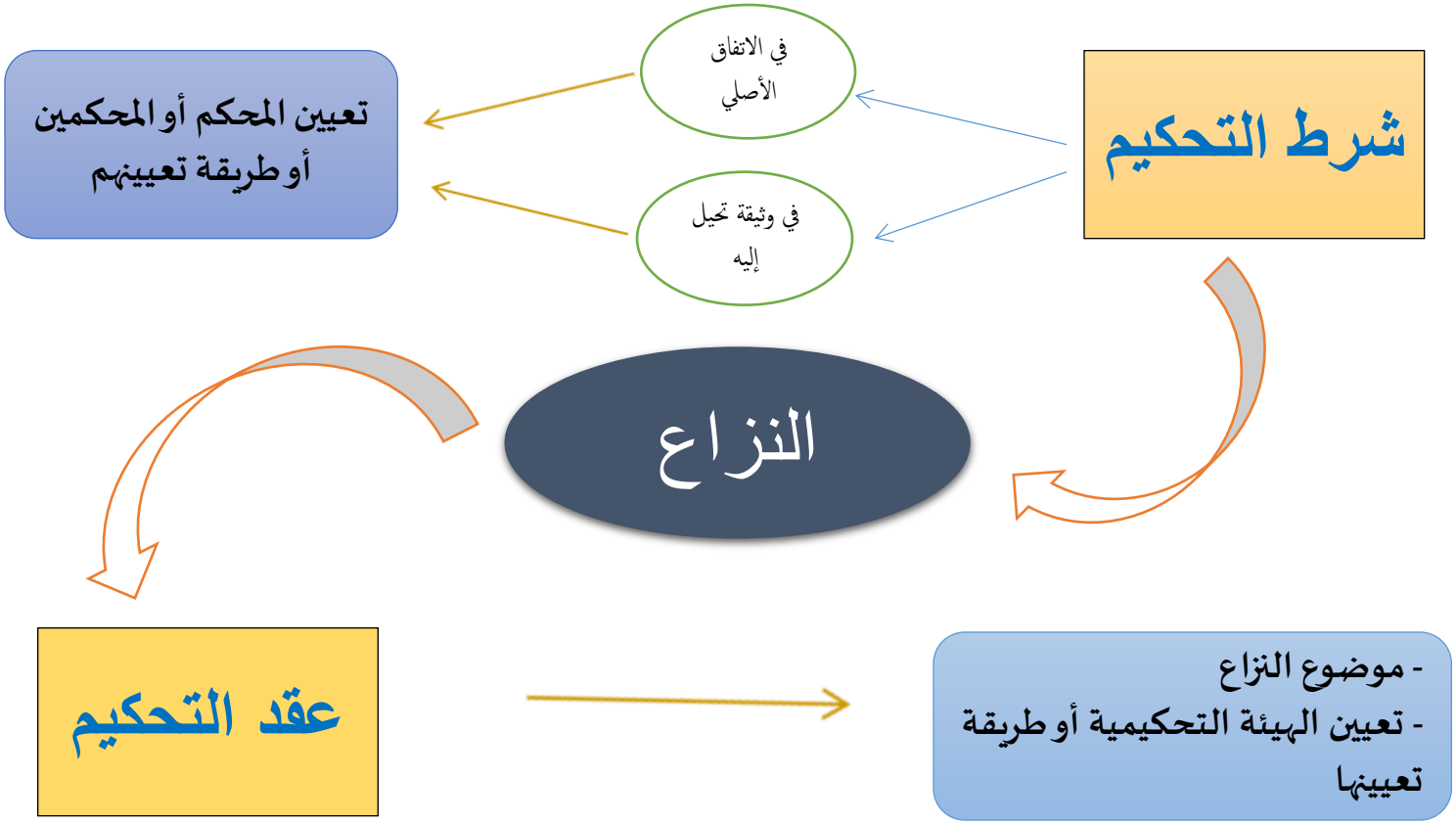
- **اتفاق التحكيم** (contrat d'arbitrage): التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة، تعاقدية أو غير تعاقدية (الفصل 307 من قانون المسطرة المدنية).

- **صور اتفاق التحكيم**: اتفاق التحكيم إما يرد على شكل شرط التحكيم أو عقد التحكيم.

1. **شرط التحكيم** (clause compromissoire): هو الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف عقد بأن يعرضوا على التحكيم النزاعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي (الفصل 316 من ق.م.م).

2. **عقد التحكيم** (compromis): الاتفاق الذي يلتزم فيه أطراف نزاع نشأ بينهم بعرض هذا النزاع على هيئة تحكيمية (الفصل 314 من ق.م.م).

صور اتفاق التحكيم



شرط التحكيم
La clause compromissoire

1- الشروط الواجب توافرها في الشرط التحكيمي

2- خصائص شرط التحكيم

3- نموذج شرط التحكيم

الشروط الواجب توافرها في شرط التحكيم تحت طائلة البطلان:

- يرد كتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة تحيل عليه
- التنصيص على تعيين المحكم أو طريقة تعيينه

خصائص و علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي:

- استقلالية شرط التحكيم عن باقي شروط العقد الأخرى
- بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه لا يرتب نفس الأثر على شرط التحكيم

نموذج شرط التحكيم:

‹‹في حالة نشوء نزاع حول صحة أو تنفيذ هذا العقد أو تفسيره أو يكون نتيجة له سيتم تسويته عن طريق اللجوء إلى التحكيم وفقا للقانون المغربي (وفي حالة التحكيم المؤسساتي) وفقا لنظام مركز التحكيم.....

سيتم حل النزاع بواسطة محكم وحيد هو السيد..... (وفي حالة اختيار أكثر من محكم) سيتم حل النزاع بواسطة هيئة تحكيم مؤلفة من ثلاثة محكمين يعين كل طرف محكمه، اللذان يقومان بتعيين المحكم الثالث كرئيس.

وفى حال تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو تخلف المحكمين عن تعيين المحكم الثالث داخل أجل .... أيام، فإن هذا المحكم سيتم تعيينه بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة››

ستتم إجراءات و مسطرة التحكيم باللغة ,,,,,,

يخضع موضوع النزاع إلى القانون المغربي أو,,,

عقد التحكيم

Le compromis

1- الشروط الواجب توافرها في عقد التحكيم

2- نموذج عقد التحكيم

◁ الشروط الواجب توافرها فى عقد التحكيم تحت طائلة البطلان:

- تحديد موضوع النزاع
- تعيين الهيئة التحكيمية أو طريقة تعيينها

نموذج عقد التحكيم

يتفق كل من ..... (الطرف الأول) و ..... (الطرف الثاني) على ما يلي:

(عرض موجز لوقائع و حيثيات النزاع، و بشكل مفصل و دقيق موضوع النزاع إذا لم يتفق الأطراف على وقائع موحدة يمكن لكل واحد منهما عرض الوقائع من منظوره الخاص)

المادة الأولى: يتفق الأطراف بمقتضى عقد التحكيم على تسوية هذا النزاع عن طريق التحكيم وفقا لقانون المسطرة المدنية (و في حالة التحكيم المؤسساتي) وفقا لنظام مركز التحكيم .....

المادة الثانية: تقوم هيئة التحكيم بتسوية النزاع ..... (تحديد النقاط موضوع النزاع و مهام هيئة التحكيم)

المادة الثالثة: تتم تسوية النزاع بواسطة المحكم الوحيد السيد .....

في حالة تعدد المحكمين يجب ان يكون العدد وتريا و في هذه الحالة تكون الصياغة على الشكل التالي

يحدد الأطراف محكمه وفق الشكل التالي

بالنسبة للطرف الأول السيد ..... محكم

بالنسبة للطرف الثاني السيد ..... محكم

يقوم المحكمين بتعيين المحكم الثالث كرئيس

في حالة تخلف أحد الأطراف عن تعيين محكمه أو لم يحدد المحكمين المعينين المحكم الرئيس داخل أجل ..... أيام، فإنه سيتم تعيين المحكم الرئيس وفقا لقانون المسطرة المدنية (في حالة التحكيم المؤسساتي) وفقا لنظام مركز التحكيم، بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة.

ملاحظة: هذا النموذج يتضمن الشروط الأساسية الواجب توافرها في عقد التحكيم إذ يمكن للأطراف إضافة شروط أخرى للعقد

الآثار المترتبة عن اتفاق التحكيم

◁**الأثر السلبي لاتفاق التحكيم**:

منع المحاكم الوطنية من النظر في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم و نقل هذا الاختصاص إلى قضاء التحكيم، بحيث يصبح هذا الأخير هو صاحب الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم.

◁**الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم**:

نقل اختصاص النظر في موضوع المنازعة من القضاء العادي صاحب الاختصاص الأصيل إلى قضاء التحكيم

تدبير المخاطر الناتجة عن تحرير اتفاق التحكيم

- تفترض الوقاية من مخاطر التحكيم خاصة في مرحلة ما قبل قيام النزاع، تحديد الأطراف بشكل مسبق لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية، من خلال تحرير شروط تحكيم تتلاءم و تتناسب و طبيعة النزاع المحتمل، تفاديا لتحول شروط التحكيم من شروط قانونية إلى شروط تحكُمية و لهذا السبب يتعين اتخاذ الاحتياطات اللازمة لحماية مصالح الدولة أثناء إثارة النزاع المحتمل حول العقد المبرم مع الشركات الأجنبية.

- من بين هذه الاحتياطات أو الاجراءات الحرص على تفادي الغموض و التعقيدات أثناء إبرام هذه العقود و تفادي الشرط ‹‹العليل›› (Pathologique)، إذ أنه في ظل وجود هذه الشروط يكون على القاضي البحث عن إرادة و نوايا الأطراف المشتركة بهدف ضمان و تحقيق فعالية اتفاق التحكيم، غير أنه في بعض الأحيان يشكل التفسير الذي يمنحه القاضي لهذه الشروط بدوره خطرا لا يتماشى و رغبة الأطراف من إبرام شرط التحكيم.

◁على الأطراف بداية وقبل تحرير شرط التحكيم الاستعانة بذوي الاختصاص والخبرة في مجال التحكيم و التحكيم الدولي على الخصوص،

◁اتخاذ مجموعة من التدابير عند تحرير شرط التحكيم، إذ بالإضافة إلى احترام الشروط المنصوص عليها قانونا، يتعين القيام بالإجراءات التالية:

أ- يجب أن يكون شرط التحكيم خاليا من أي غموض او إبهام، مثلا يجب تعيين بشكل دقيق المحكم أو مركز التحكيم الذي سيعرض أمامه النزاع، مع عدم إغفال طرق تعيين المحكم سواء بطريقة مباشرة او بالإحالة على نظام مركز التحكيم؛

ب- تحديد عدد المحكمين، و يجب أن يكون العدد وتريا؛

ج- تفاديا للتصرفات التسويفية لأي من الطرفين يتعين:

- تحديد المدة الزمنية التي يتعين فيها على الأطراف اختيار محكميها أو المحكم أو المحكم الرئيس الذي يتم اختياره من قبل المحكمين؛
- تحديد المدة الزمنية التي يتعين فيها على هيئة التحكيم إصدار حكمها؛

د- يتعين اختيار القانون المغربي (قانون المسطرة المدنية) كقانون واجب التطبيق على مسطرة التحكيم، و إن كان التحكيم دوليا؛

ه- يجب على الأطراف اختيار اللغة التي يتقنونها كلغة لإجراءات التحكيم؛

و- تحديد بصفة دقيقة النزاعات القابلة للتحكيم؛

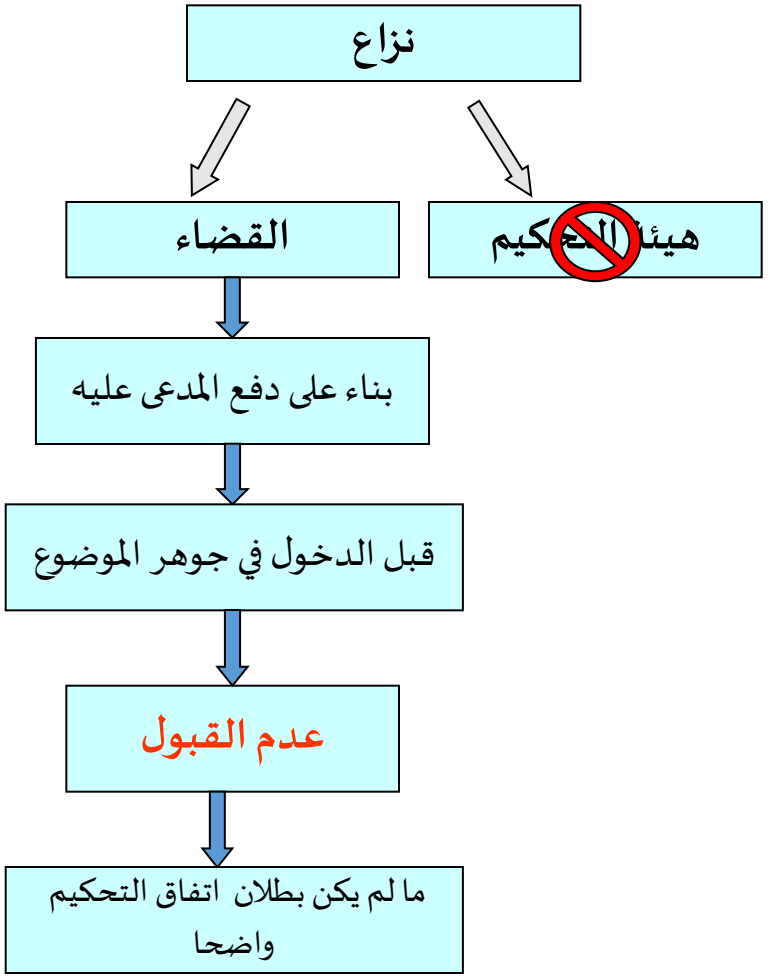
ي- في حالة التحكيم المؤسساتي اختيار مركز تحكيم وطني ذا تجربة في الميدان، أما في حالة التحكيم الحر يتعين اختيار محكم مشهود له بالتجربة و الاختصاص في موضوع النزاع؛

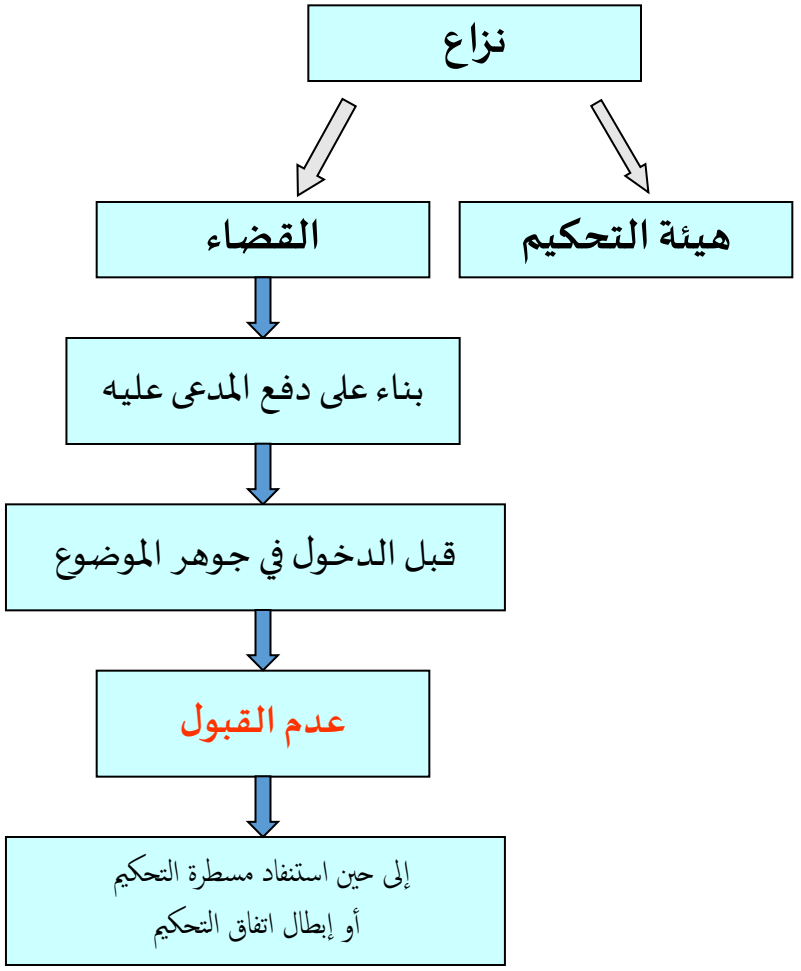
مجمل القول يتعين اتخاذ مجموعة من الاحتياطات عند تحرير شرط التحكيم من قبل:

- تفادي نسخ (copier) شرط تحكيم خاص بعقد آخر، إذ أن كل عقد له خصوصياته ومميزاته و يخلق وضعية قانونية جديدة.
- بالنسبة للتحكيم المؤسساتي يتعين تفحص ما إذا كان الشرط المعتمد لدى المركز المقترح صحيح ويتلاءم مع طبيعة النزاع.
- ليس بالضرورة أن يكون شرط التحكيم طويلا و يتضمن تفصيلات، لا جدوى منها، لكي يكون ذا فعالية، إذ أبانت التجارب أنه متى كان شرط التحكيم مفصلا، يكون سببا لقيام مجموعة من المشاكل.
- يجب أن يتسم شرط التحكيم بالبساطة (Simplicité) والدقة(Précision)،أي بساطة المصطلحات ودقة العناصر المستعملة في النص (من قبل تحديد الهدف من الشرط و الاختيار بين التحكيم الحر أو التحكيم المؤسساتي و عدد المحكمين و مكان و لغة التحكيم...).

الدفع باتفاق التحكيم:

الدفع باتفاق التحكيم





الشروط الواجب توافرها في المحكَم

- بداية لا يعتبر المحكم محامي الطرف الذي عينه؛
- المحكم يقوم بمهمة محددة، تنتهي بصدور الحكم التحكيمي؛
- **الشروط الواجب توفرها في المحكم**
  - أن يكون شخصا ذاتيا، لا يمكن لمركز التحكيم أن يباشر مهام التحكيم؛
  - كامل الأهلية لم يسبق أن صدر عليه حكم نهائي بالإدانة من أجل ارتكابه أفعال تخل بالشرف أو صفات الاستقامة أو الآدب العامة أو بالحرمان من أهلية ممارسة التجارة أو حق من الحقوق المدنية.
  - الحياد L'impartialité مفهوم شخصي، يقصد به عدم الميل الشخصي،
  - الاستقلالية L'indépendance مفهوم موضوعي و يقصد به عدم التبعية لأحد اطراف النزاع؛
- توافق مهمة المحكَم مع ممارسة بعض المهن و الوظائف (الموظف العمومي و رجال القضاء)؛
- أن يكون المحكَم مسجلا في قائمة المحكمين الممسوكة لدى الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف؛
- موافقة المحكَم على المهمة المنوطة له (الفصل 6-327 من ق.م.م)؛
- يجب أن يكون عدد المحكمين وتريا و إلا كان التحكيم باطلا.
- الالتزام بكتمان السر المهني طبقا لما هو منصوص عليه في القانون الجنائي (الفصل 326).

التزامات و مسؤولية المحكَم

- **التزامات المحكم**:
  - الالتزام بالإفصاح (327-6 من قانون المسطرة المدنية)
  - الالتزام بالحياد و الاستقلال
- **مسؤولية المحكم**:
  - غياب نص قانوني ينظم مسؤولية المحكم عن الأحكام التي يصدرها
  - المسؤولية العقدية
  - المسؤولية الجنائية للمحكم في حالة عدم كتمان السر المهني طبقا لما هو منصوص عليه في القانون الجنائي

مبدأ الاختصاص – الاختصاص
principe du compétence - compétence

◁ تعريف مبدأ الاختصاص ـ الاختصاص: (المحكم قاضي اختصاصه)

سلطة المحكم في الفصل في المنازعات التي تثور بشأن اختصاصه، بما في ذلك المنازعات المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع

تنفيذ الحكم التحكيمي أحد أطرافه الدولة أو الجماعات المحلية

الجهة القضائية المختصة:

1- التحكيم الداخلي:

المحكمة الادارية التي سيتم تنفيذ الحكم التحكيمي في دائرتها

المحكمة الادارية بالرباط عندما يشمل تنفيذ الحكم التحكيمي مجموع التراب الوطني الفصل 310 من ق.م.م)

2- التحكيم الدولي:

إذا كان التحكيم ساريا في المغرب: رئيس المحكمة التجارية الصادر في دائرتها الحكم التحكيمي

إذا كان التحكيم ساريا في الخارج: رئيس المحكمة التجارية التابع لها مكان تنفيذ الحكم التحكيمي (الفصل 46-327 من ق.م.م).

الوثائق المطلوب الادلاء بها:

أصل الحكم التحكيمي و نسخة من اتفاق التحكيم

إذا كانت الوثيقتان غير محررتين باللغة العربية يتعين الادلاء بترجمة لهما مشهودا بصحتها من لدن مترجم مقبول لدى المحاكم

أجل ايداع الطلب:

7 أيام من تاريخ صدور الحكم التحكيمي

موقف المحكمة من طلب منح الصيغة التنفيذية في التحكيم الدولي

أولا: في حالة قبول الطلب:

- قابل للطعن فيه بالاستئناف في الحالات التالية: (الفصل 49-327 ق.م.م).

1- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون اتفاق التحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم؛

2- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية؛

3- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها؛

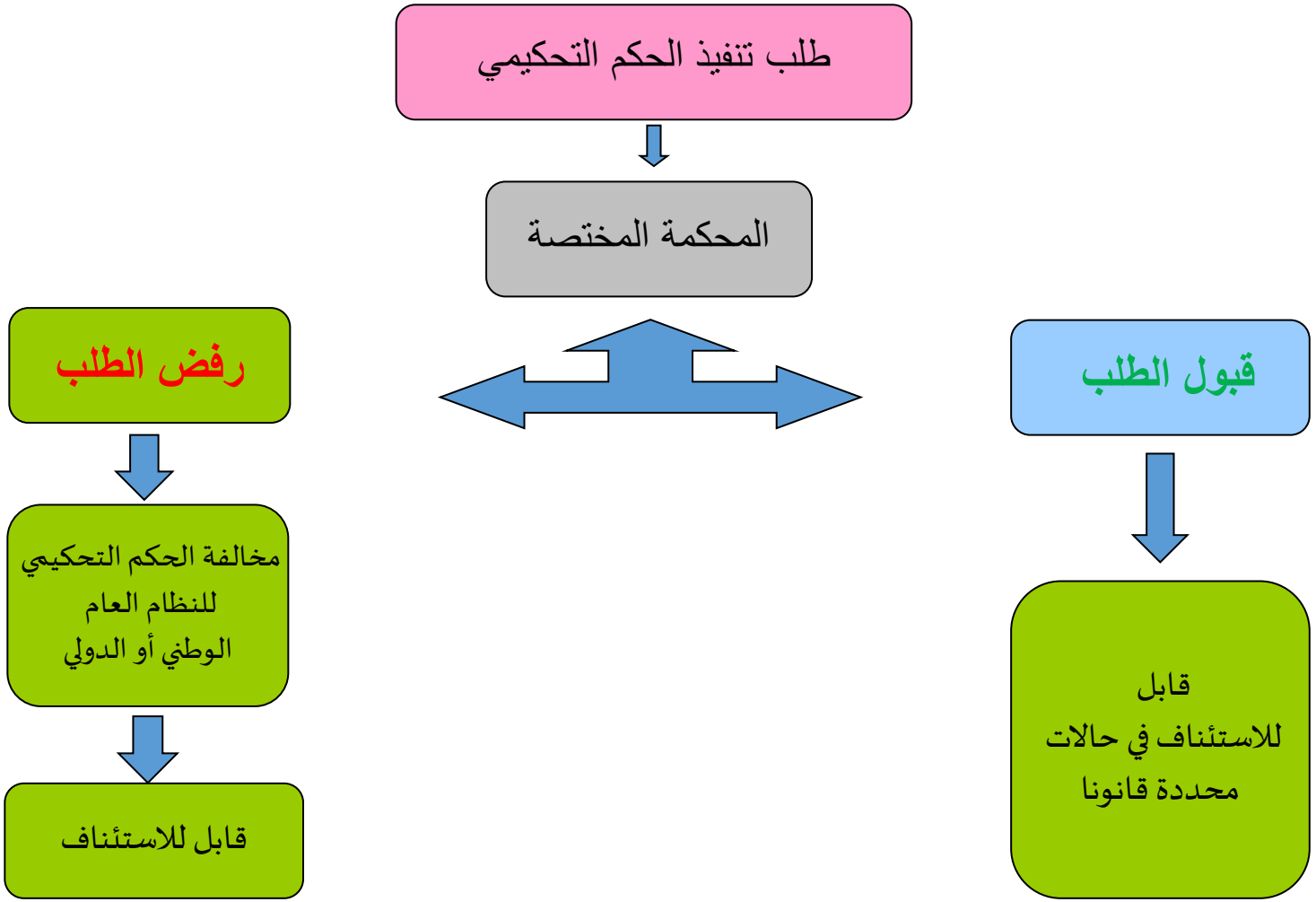
4- إذا لم تحترم حقوق الدفاع؛

5- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني.

ثانيا: في حالة رفض الطلب:

- قابل للطعن بالاستئناف.

موقف المحكمة من طلب تنفيذ الحكم التحكيمي



الدور المساعد للقاضي الوطني

- يتدخل القاضي في مسطرة التحكيم من أجل تذليل جميع الصعوبات التي قد تعترض سريانها، خاصة في الحالات التالية:
  - تعيين الهيئة التحكيمية في حالة تعذر على أحد الأطراف أو المحكمين ذلك الفصل 327-5 ق.م.م)؛
  - إصدار الأوامر الوقتية و التحفظية (الفصل 327-1 ق.م.م)
  - تمديد آجال التحكيم

الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الدولي

- **الحكم التحكيمي القابل للطعن بالبطلان**: الحكم التحكيمي الدولي الصادر في المغرب.
- **المحكمة المختصة**: محكمة الاستئناف الصادر في دائرتها الحكم التحكيمي (الفصل 52-327 ق.م.م)
- **أجل الطعن بالبطلان**: بمجرد صدور الحكم التحكيمي و لا يمكن أن يتجاوز أجل الطعن 15 يوما على تبليغ الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ
- أجل ممارسة الطعن بالبطلان يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي (الفصل 53-327 ق.م.م).
- في حالة ابطال الحكم التحكيمي، المحكمة لا تبت في موضوع النزاع
- **أسباب الطعن بالبطلان**: (الفصل 51-327 من ق.م.م)

1- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون اتفاق التحكيم أو استنادا إلى اتفاق باطل أو بعد انتهاء أجل التحكيم؛

2- إذا تم تشكيل الهيئة التحكيمية أو تعيين المحكم المنفرد بصفة غير قانونية؛

3- إذا بتت الهيئة التحكيمية دون التقيد بالمهمة المسندة إليها؛

4- إذا لم تحترم حقوق الدفاع؛

5- إذا كان الاعتراف أو التنفيذ مخالفا للنظام العام الدولي أو الوطني.

الدور الرقابي للقاضي

◁ بالإضافة إلى الدور المساعد للقاضي في التحكيم يمارس هذا الأخير رقابة على الحكم التحكيمي.

◁ يهدف القاضي من هذه الرقابة التأكد من أن مسطرة التحكيم احترمت النظام العام الوطني أو الدولي، فالقاضي يتأكد مما إذا كانت هيئة التحكيم هي المختصة للبت في النزاع، كما يتأكد مما إذا كانت مسطرة التحكيم قانونية، و كذا مما إذا كانت هيئة التحكيم قد احترمت المبادئ العامة، المسطرية والإجرائية.

◁ المشرع المغربي استثنى تدخل القاضي في الحكم التحكيمي خارج الحالات المنصوص عليها في القانون، ويهدف من وراء ذلك التخفيف و التقليص من الدور الرقابي للقاضي الوطني، و يتمثل ذلك من خلال:

1- التقليص من رقابة شرعية و قانونية التحكيم: يمنع على قضاة الدولة النظر في صحة اتفاق التحكيم (الفصل 327 من ق.م.م)، غير أن هذه الرقابة لا تختفي نهائيا، ولكن يتم تأجيلها إلى مرحلة ما بعد صدور الحكم التحكيمي بمناسبة ممارسة الأطراف للطعون ضد هذا الأخير.

2- التقليص من طرق الطعن ضد الحكم التحكيمي.

الطعن ضد الحكم التحكيمي الداخلي

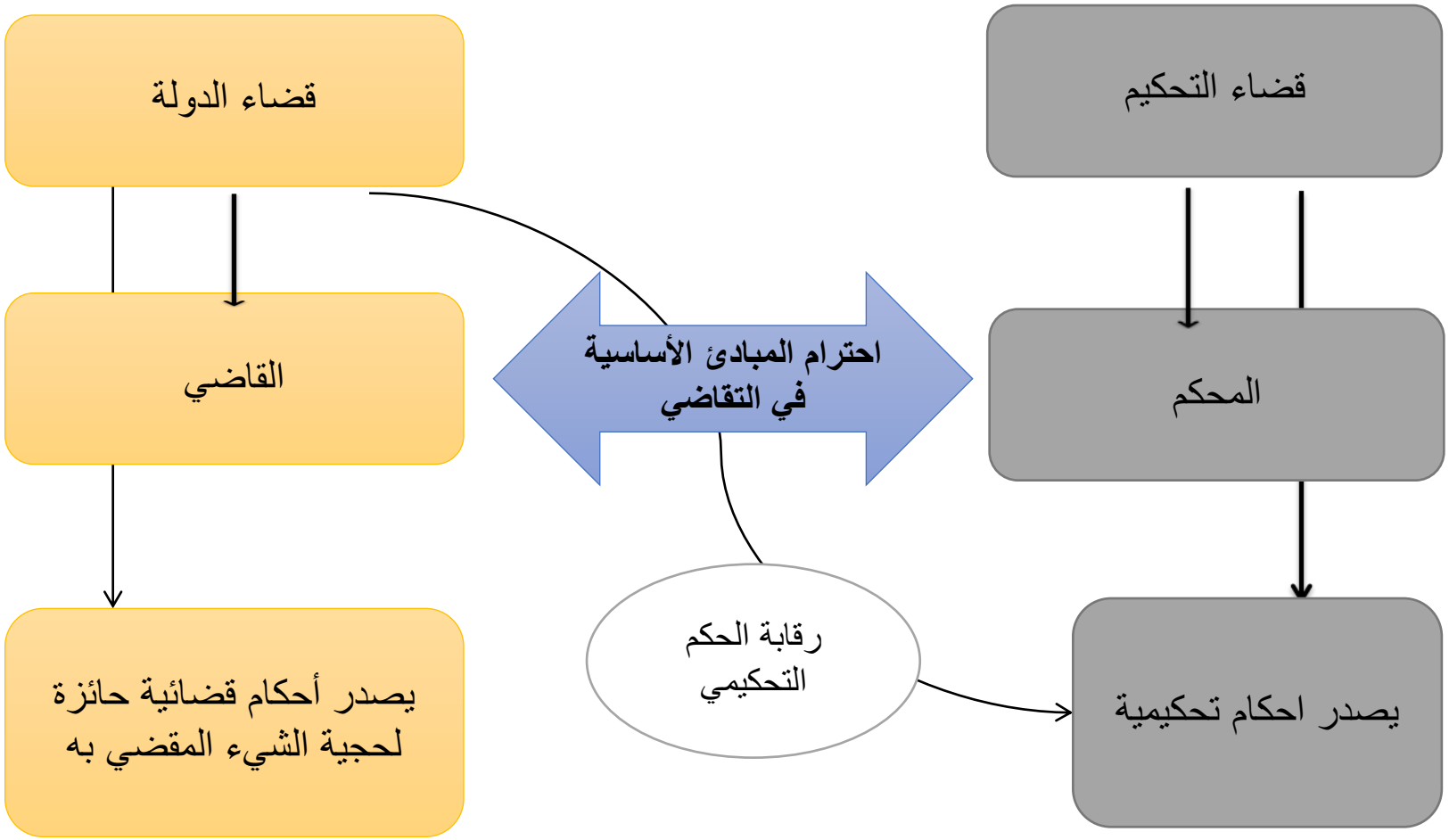
◁ الحكم التحكيمي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن

◁ باستثناء الطعن بإعادة النظر و تعرض الغير الخارج عن الخصومة

◁ رغم كل شرط مخالف يمكن الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيم وفق نفس الأسباب الموجبة لاستئناف الأمر القاضي برفض منح الصيغة التنفيذية

- المحكمة المختصة هي محكمة الاستئناف التي صدر في دائرتها الحكم التحكيمي
- يمكن للمحكمة أن تقضي بإبطال الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها في حالة مخالفته للنظام العام الوطني او إذا تم التحكيم فيما لا يجوز
- أجل ممارسة الطعن بالبطلان يوقف تنفيذ الحكم التحكيمي
- إذا أبطلت المحكمة الحكم التحكيمي تبت المحكمة في جوهر النزاع في إطار النزاع المهمة المسندة إلى الهيئة التحكيمية، ما لم يكن سبب الابطال غياب اتفاق التحكيم أو بطلانه

علاقة قضاء الدولة بقضاء التحكيم



ثانيا:

تحكيم الاستثمار

(قراءة في اتفاقية واشنطن لسنة 1965
و الأحكام التحكيمية الصادرة عن CIRDI)

تطور علاقة الدولة بتحكيم الاستثمار

علاقة الدولة بالتحكيم الدولي

◁الدور الذي أضحت تلعبه الدولة منذ تسعينيات القرن الماضي نهج سياسة انفتاح أسواقها الوطنية على الأسواق الدولية،

◁التزام يقع على عاتق الدول من أجل المحافظة على استقرارها السياسي و الاجتماعي، و ذلك من أجل ضمان الحق في التنمية الاقتصادية؛

◁الوسائل المستعملة لتحقيق هذا المبتغى: جلب الرأس المال الأجنبي،

◁ أدى تزايد اهتمام الدولة بالتجارة الدولية و الاستثمارات الأجنبية إلى عدم التوازن بين جلب هذه الاستثمارات و بعض المفاهيم التقليدية الكلاسيكية في القانون الدولي العام، كمفهوم "الدولة"؛

◁هذا الاختلال كرسته الوضعية الامتيازية للدول في علاقتها مع المتعاقد الأجنبي، والمتمثلة في اعتبارها قاضيا ومشرعا و خصما في ذات الوقت؛

◁**نتيجة هذا الاختلال**: الدولة في مواجهة تحديين اثنين:

- ◁ **الأول**: ضرورة تحقيق التنمية الاقتصادية،
- ◁ **الثاني**: المحافظة على حصانتها في التقاضي.

- الوسائل القمينة بتفادي هذا الاختلال:

  - تقييد السلطتين القضائية والتشريعية للبلد المستقبل للاستثمار
  - الحد من حصانة التقاضي،

- من مظاهر الحد من حصانة التقاضي:

◁ تضمين العقود الدولية، مجموعة من الشروط غير المألوفة، من جملتها شرط التحكيم، الذي بمقتضاه تتنازل الدولة عن حصانتها في التقاضي، إذ من غير المستساغ اعتبار الدولة قاضيا و خصما في نفس الوقت؛

◁ انخراط الدول في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمار التي تتضمن بدورها شرط التحكيم؛ و بالتالي عدم إخضاع المنازعات الناتجة عن الاستثمار إلى محاكمها الوطنية.

بذلك يكون التحكيم قد ساهم بشكل كبير في تراجع مفهوم ‹‹حصانة التقاضي››.

- واكب الموقف الايجابي للدول من الاستثمارات الأجنبية تطورات على عدة مستويات:

  - المستوى الأول: المفاهيم القانونية في القانون الدولي العام، كمفهوم ''الدولة'' و''الاستثمار'';
  - المستوى الثاني: ''تدويل'' العقود التي تكون الدولة طرفا فيها و ظهور ''عقود الدولة'';
  - المستوى الثالث: ظهور اتفاقيات دولية ترمي إلى تشجيع و حماية الاستثمار، التي تتضمن شرط التحكيم

الدولة
المحافظة على الاستقرار السياسي و الاجتماعي
فتح السوق الوطنية على رأس المال الأجنبي
تحقيق التنمية الاقتصادية
التنازل عن حصانة التقاضي
قبول تسوية النزاع أمام محاكم دولية خاصة: محاكم التحكيم

تحديد مفهوم الاستثمار و المستثمر

- يستمد مركز CIRDI اختصاصه النوعي من اتفاقية واشنطن اسنة 1965، عندما يكون النزاع المعروض أمامه مرتبطا بالاستثمار (المادة 25 من اتفاقية واشنطن)؛
- هذه الاتفاقية و إن كانت تحدد الإجراءات و الآليات المعتمدة في مسطرة التحكيم فإنها لم تحدد مفهوم ‹‹الاستثمار›› و ‹‹المستثمر››؛
- عدم تحديد مفهوم ''المستثمر'' و ''الاستثمار'' بشكل دقيق، يمكن أن يشكل مدخلا لشرائح متعددة من الأشخاص، الطبيعية أو المعنوية، لمتابعة الدولة المستضيفة للاستثمار أمام محكمة التحكيم.

مفهوم الاستثمار

بالرجوع إلى الأحكام التحكيمية الصادرة عن CIRDI يتبين أنها تعتمد معيارين لتحديد مفهوم الاستثمار، الأول شخصي أو اتفاقي (Critère subjectif) و الثاني موضوعي أو مستقل(critère objectif).

- **المعيار الأول**: تحديد وجود الاستثمار يتوقف على ما تضمنه الاتفاق المبرم بين الأطراف، و بمقتضى هذا الاتفاق يعتبر الأطراف أن العملية موضوع النزاع تشكل استثمارا.
- **المعيار الثاني**، يقوم على أساس البحث في مضمون وموضوع العملية الاقتصادية و ذلك من خلال التأكد من توفر مجموعة من العناصر و الشروط الموضوعية التي تفيد "الاستثمار"، و هو المعيار الذي تبناه متصرفو البنك الدولي (Les administrateurs de la Banque Mondiale) في التقرير الصادر عنهم، و ذلك في الفقرة 27 منه، كما أخذت بهذا المعيار محاكم التحكيم التابعة لمركز CIRDI في مجموعة من الأحكام التحكيمية الصادرة عنه، التي من بينها الحكمين التحكميين الصادرين في الاختصاص بتاريخ 16 يوليو 2001في قضية الدولة المغربية ضد كل من شركة "ساليني" شركة RFCC بتاريخ 16 يوليوز 2001؛

حسب المعيار الأخير، يتحدد مفهوم "الاستثمار" باجتماع أربعة عناصر موضوعية، المتمثلة فيما يلي:

1. حصص المستثمر (Les apports de l'investisseur)؛
2. مدة تنفيذ الاستثمار (Une certaine durée d'exécution)؛
3. المساهمة في مخاطر العملية(Participation aux risques de l'opération) ؛
4. المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار (La contribution au développement économique de l'Etat d'accueil de l'investissement).

◁ صدرت مؤخرا أحكام تحكيمية عن المركز المذكور اشترطت في الاستثمار حتى يمكن أن يتمتع بحماية الدولة المستقبلة له، أن يكون مشروعا و قانونيا، و ذلك من خلال توفر الشرطين التاليين (الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 15 أبريل 2009 في قضية شركة Phoenix Action ضد جمهورية التشيك و الحكم الصادر في الاختصاص بتاريخ 18 يونيو 2015 في قضية شركة Saba Fakes ضد تركيا):

I. احترام عمليات الاستثمار للقانون و التشريعات الداخلية للبلد المضيف؛

II. مباشرة الاستثمار بحسن نية.

◁ يتبين مما سبق أن شرط مشروعية و قانونية الاستثمار يعتبر شرطا أساسيا، و إذا كان لا يعتبر معيارا لقيام ووجود "الاستثمار"، فإنه يعتبر شرطا لمنح هذا الأخير حماية الدولة المستقبلة له، و من ثم فإن شرط الشرعية يحد من نطاق موافقة الدولة على اللجوء إلى التحكيم المنصوص عليه في شرط التحكيم المضمن في اتفاقية الاستثمار.

مفهوم المستثمر

تفاديا للمخاطر المرتبطة بهذه التعاريف، نقترح الاجراءات التالية.

أ- بالنسبة للمستثمر الشخص الطبيعي:

الاقتصار على معيار ''الجنسية'' كمعيار رئيسي لتعريف المستثمر، دون الاستناد إلى معيار ''الاقامة''،

الاعتماد المعيارين من شأنه أن يؤدي إلى توسيع مجال الأشخاص الذين ستشملهم اتفاقية الاستثمار، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى إزدواجية الحماية (Double protection)، ما دام أن ''المقيم'' غالبا ما يتوفر على الحماية التي تمنحها له الاتفاقيات الموقعة من قبل الدولة التي يتوفر على جنسيتها.

ب- بالنسبة للمستثمر الشخص المعنوي:

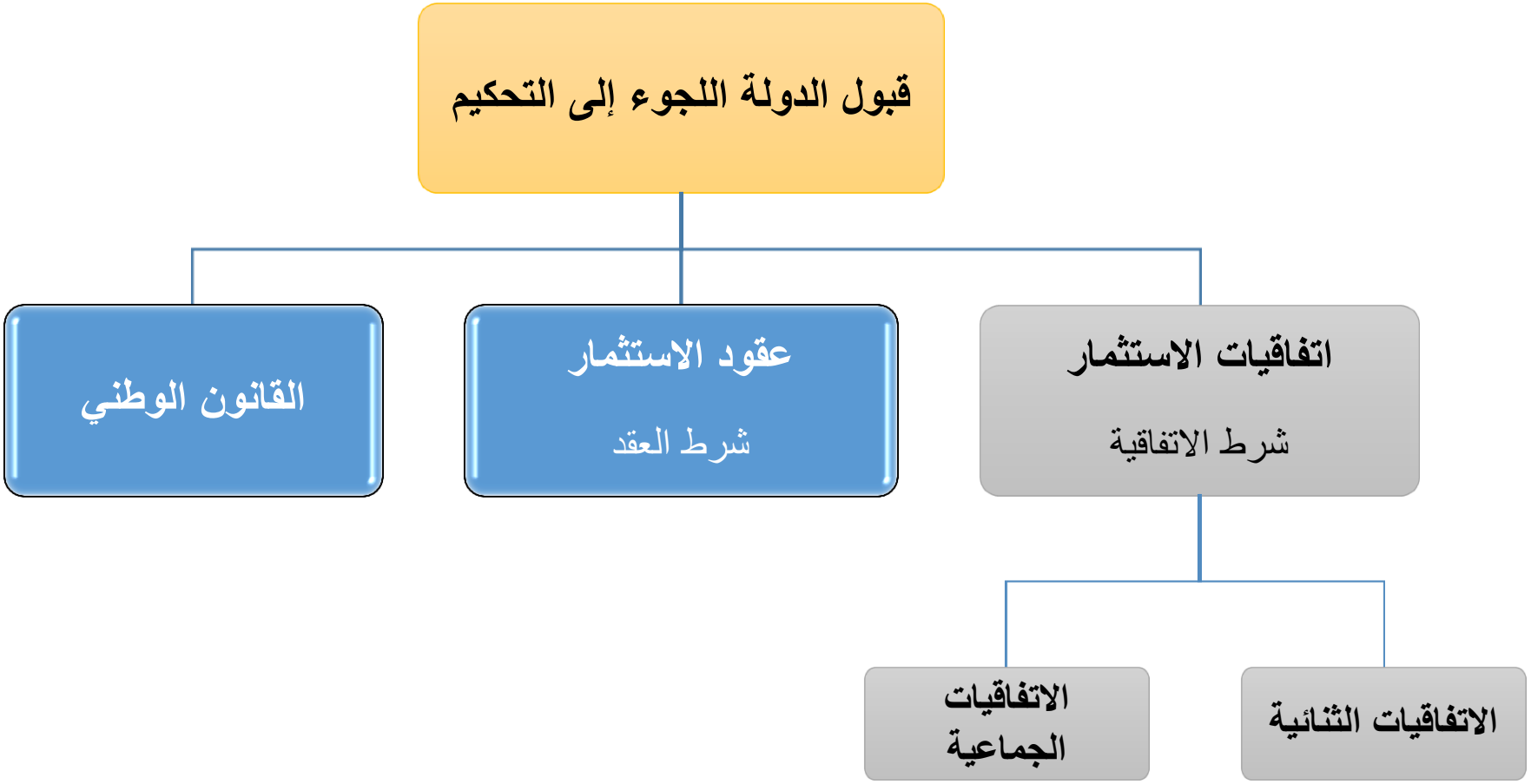
1. استبعاد معيار ''الاندماج'' من أجل تحديد فئة المستثمرين المستفيدين، لأن من شأن ذلك أن يوسع من مجال تطبيق الاتفاقية، و بالتالي احتمال كثرة المنازعات التحكيمية، طالما أن بعض الشركات، على الرغم من أنها تحمل جنسية دولة غير طرف في الاتفاقية، يمكنها الاستفادة من هذه الاتفاقية واكتسابها صفة ''المستثمر'' بشرط أن تكون منمدمجة في ''مجموعة الشركات'' التي تحمل جنسية الدولة الطرف،

كما أن من شأن اعتماد معيار ''الاندماج'' في تحديد مفهوم ''المجموعات'' أن يدفع مستثمر إلى تقديم دعوى في مواجهة الدولة المستضيفة للاستثمار، التي يحمل جنسيتها، و ذلك في حالة تأسيسه أو اندماجه في مجموعة شركات تحمل جنسية الدولة الطرف الأخرى.

2. أمام بخصوص ''المساهمين'' في الشركات (Les actionnaires)، فعلى خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم العادي الذي يقوم على أساس اتفاق التحكيم، فإن القضاء التحكيمي يجيز للمساهمين في الشركة المستثمرة اللجوء إلى مسطرة التحكيم، و الاستفادة، بالتالي، من الاتفاقية و هو ما يطلق عليه ب (Perte par réflexion)، و هو الأمر الذي قد ينعكس على المسائل المرتبطة بترشيد الوسائل (Economie de moyens) و يؤدي إلى إصدار أحكام تحكيمية متعارضة بالاضافة إلى إمكانية منح تعويض مزدوج مبني على نفس الأسباب.

إن هذه الوضعية قد تؤدي إلى فرضية لجوء المساهم في الشركة المستفيدة من الاستثمار، حتى و إن كان يملك سهما واحدا، إلى التحكيم، و ذلك في نفس الوقت الذي تلجأ فيه هذه الشركة إلى متابعة الدولة المستضيفة أمام هيئة تحكيم أخرى.

أشكال قبول الدولة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الاقتصادية الدولية

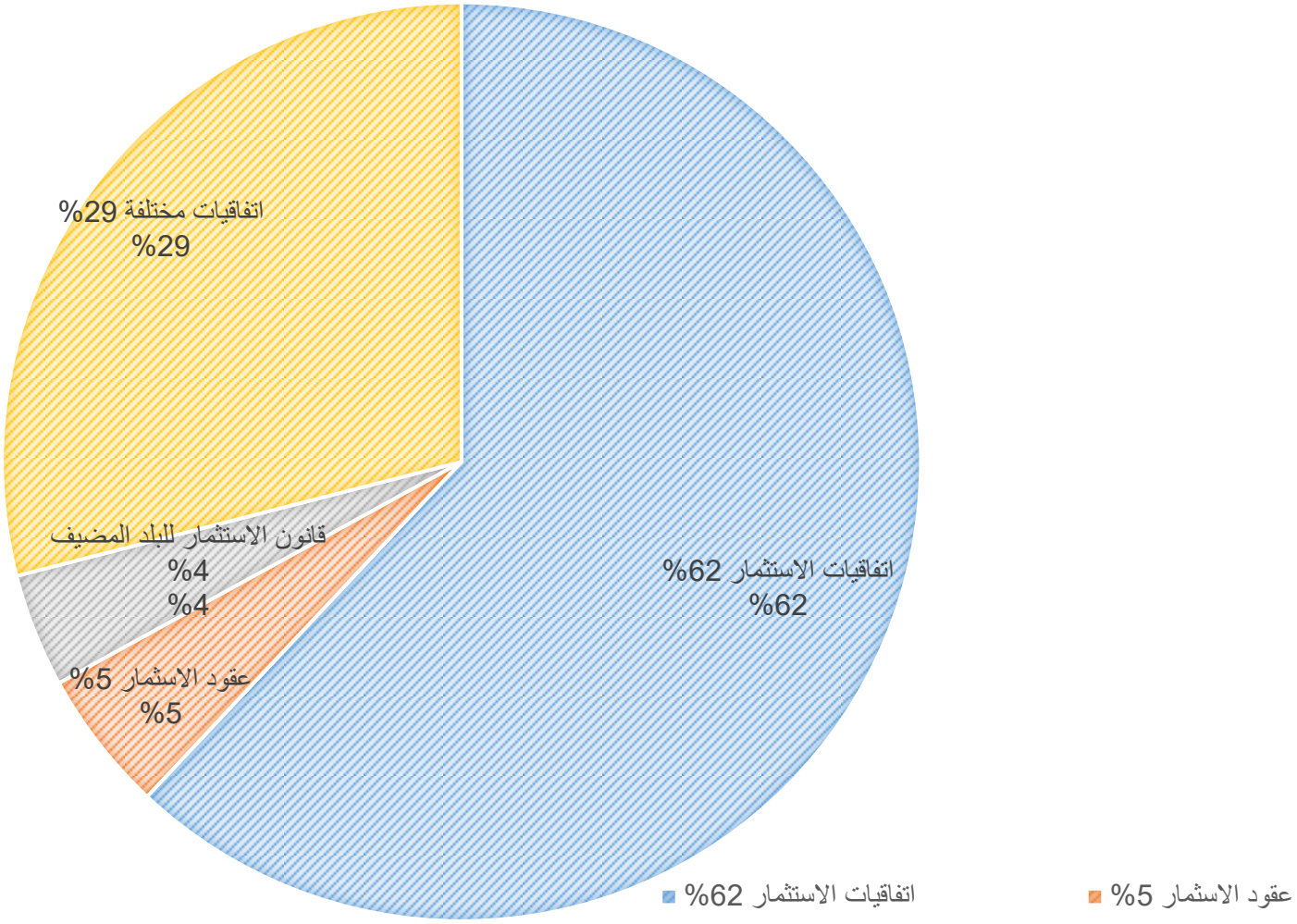


مقارنة بين التحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار و التحكيم المبني على العقد

	التحكيم المبني على اتفاقية الاستثمار	التحكيم المبني على العقد
أساس المطالبة	اتفاقية الاستثمار	العقد
طبيعة المسؤولية	المسؤولية الدولية	المسؤولية العقدية
المدعي	المستثمر	-الدولة -المستثمر
المدعى عليه	الدولة	-الدولة -المستثمر
الالتزامات	على عاتق الدولة	متبادلة
الحقوق	لفائدة المستثمر	متبادلة
الطلبات المقابلة	رفضها	قبولها

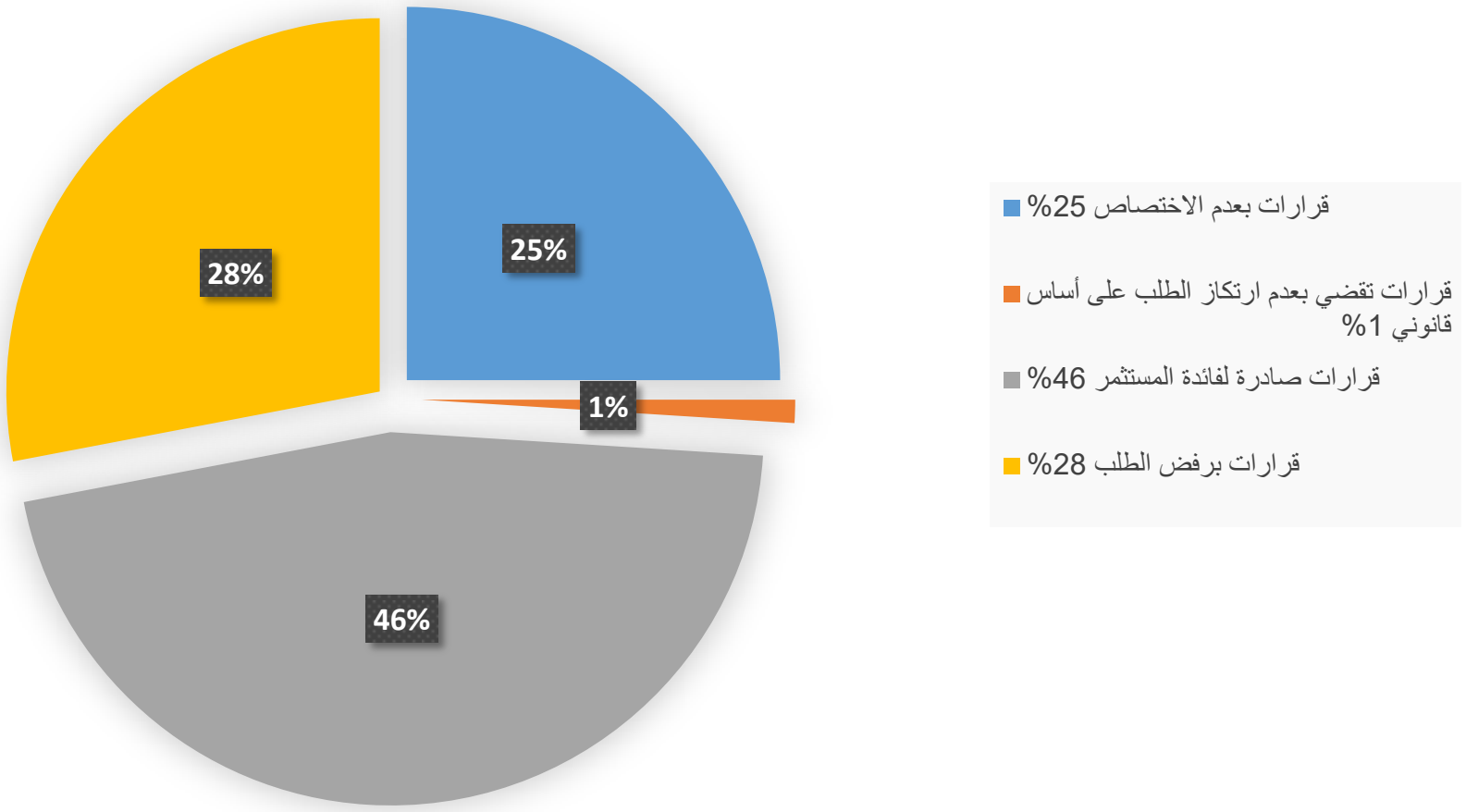
احصائيات حول أساس لجوء المستثمر الاجنبي إلى تحكيم CIRDI

(المصدر الموقع الرسمي للمركز)



موقف هيئات التحكيم من الدعاوى المقدمة في مواجهة الدولة

(المصدر الموقع الرسمي ل CIRDI)



أسباب صدور أحكام تحكيمية ضد الدولة في منازعات الاستثمار

يتبين من خلال الاطلاع على مجموعة من الأحكام التحكيمية الصادرة في التحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار و التجارب التحكيمية التي مرت منها بعض الدول من بينها المغرب، أن أسباب صدور في مواجهة الدولة تعود إلى الوضعية القانونية للدولة في هذا النوع من التحكيم، بكونها **الطرف الضعيف**، وذلك للأسباب التالية:

أولا: غياب علاقة قانونية بين الدولة و المستثمر الأجنبي

ثانيا: حماية "مطلقة" للمستثمر الأجنبي

ثالثا: تحكيم الاستثمار "شيك على بياض" لفائدة المستثمر الأجنبي

رابعا: احتكار المستثمر تفعيل شرط التحكيم دون الدولة

خامسا: تحكيم الاستثمار وسيلة بيد المستثمر للمساومة

سادسا: عدم قبول الطلبات المقابلة المقدمة من قبل الدولة

سابعا: تعدد المستفيدين من شرط التحكيم بخصوص نفس النزاع

أولا: غياب علاقة قانونية بين الدولة و المستثمر الأجنبي

- مبعث النزاع في التحكيم المبني على اتفاقيات الاستثمار ليس العلاقة الرابطة بين الدولة والمستثمر الأجنبي، و إنما التصرف الصادر عن الدولة المضيفة؛

- أساس تقييم التصرف: التزام الدولة المستقبلة للاستثمار اتجاه الدولة الطرف الآخر المضمن في نص اتفاقية الاستثمار، و ليس اتجاه المستثمر الأجنبي؛

- محور هذا النوع من التحكيم يدور حول أحد طرفيه دون الآخر، ألا و هو الدولة.

ثانيا: حماية "مطلقة" للمستثمر الأجنبي:

- تتضمن غالبية الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية و تشجيع الاستثمار، مجموعة من الشروط تتضمن التزامات على عاتق الدولة في مقابل حقوق لفائدة المستثمر الأجنبي؛

- من بين هذه الالتزامات:
  - المعاملة العادلة و المنصفة؛
  - شرط الدولة الأكثر رعاية؛
  - ضمان حماية المستثمر و أمنه؛
  - عدم التمييز؛
  - عدم النزْع المباشر أو غير المباشر للملكية؛

- منح المستثمر ''حماية مطلقة''، في مقابل التزامات ''محتشمة'' و ''نادرة" للمستثمر الأجنبي إن لم نقل في غياب تام لأية التزامات.

ثالثا: تحكيم الاستثمار "شيك على بياض" لفائدة المستثمر الأجنبي

- تتضمن اتفاقيات الاستثمار "عرضا عاما و مفتوحا" من قبل الدولة لفائدة المستثمر الأجنبي، بموجبه يمكن لهذا الأخير اللجوء إلى التحكيم؛

- الدولة تتعاقد مع أشخاص غير معلومين و معروفين لديها، كأنها توقع "شيك على بياض" لشخص مجهول الهوية، و ذلك على خلاف الأمر بالنسبة للتحكيم العادي الذي يكون فيه الأطراف معلومين و معروفين أثناء إبرام شرط التحكيم

رابعا: احتكار المستثمر تفعيل شرط التحكيم دون الدولة:

- تمنح اتفاقيات الاستثمار للمستثمر الأجنبي امتياز و احتكار اللجوء إلى مسطرة التحكيم، دون الدولة المستقبلة؛

- يترتب عن ذلك، أن للمستثمر وحده الحق في:
  - اللجوء إلى هذه الآلية؛
  - اختيار الوقت الذي يراه مناسبا؛
  - اختيار نظام التحكيم الملائم.

- و بالتالي فإنه في تحكيم الاستثمار لا يوجد إلا مدع واحد وهو المستثمر ومدعى عليه واحد و هو الدولة، على خلاف الأمر في التحكيم العادي، إذ أن لكل من طرفيه إمكانية اللجوء إليه، فلهما صفة الطالب و المطلوب.

خامسا: تحكيم الاستثمار وسيلة بيد المستثمر للمساومة:

- في بعض الأحيان يتعسف المستثمر عند اللجوء إلى التحكيم، و ذلك من أجل إما:
  - مساومة الدولة المضيفة للاستثمار و الضغط عليها من أجل الحصول على بعض الامتيازات؛
  - دفع الدولة إلى إبرام صلح مع المستثمر؛
  - إيقاف مسطرة جنائية جارية في مواجهة المستثمر.

سادسا: عدم قبول الطلبات المقابلة المقدمة من قبل الدولة:

- غالبية محاكم التحكيم لا تقبل الطلبات المقابلة المقدمة من قبل الدول في تحكيم الاستثمار الأحادي، ما دامت الاتفاقيات الدولية للاستثمار لا تتضمن أي التزامات عل عاتق المستثمر، و ذلك على خلاف الأمر في التحكيم المبني على شرط التحكيم المضمن في العقد.

سابعا: تعدد المستفيدين من شرط التحكيم بخصوص نفس النزاع:

- المستثمر يمكنه الاستفادة من اتفاقيتين اثنتين، الأولى باعتباره يحمل جنسية البلد الطرف الآخر و من جهة ثانية باعتباره مقيما في بلد آخر؛

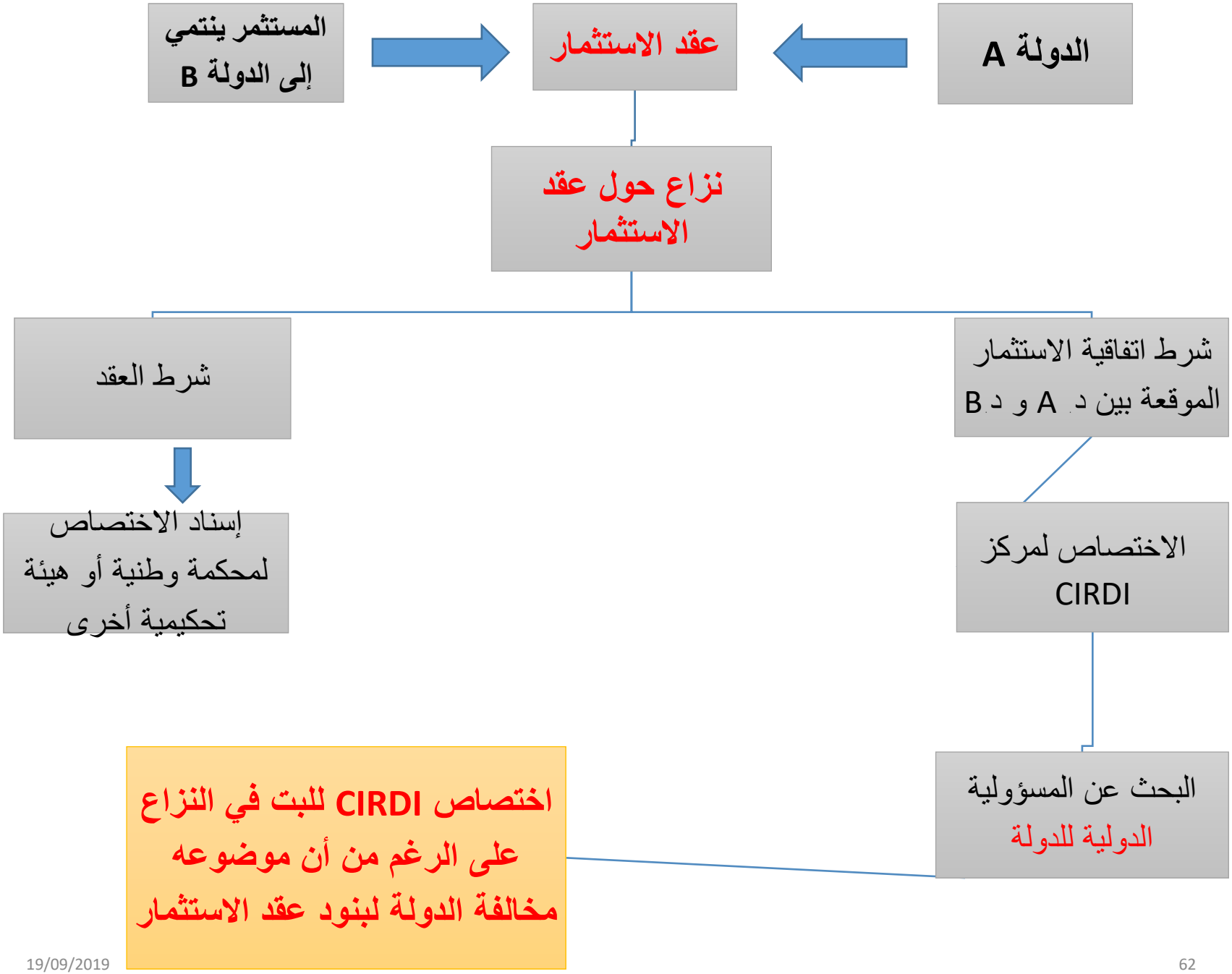
- استفادة شركة تحمل جنسية دولة غير طرف في الاتفاقية، من اتفاقية الاستثمار واكتسابها صفة ''المستثمر'' بشرط أن تكون مندمجة في ''مجموعة الشركات'' التي تحمل جنسية الدولة الطرف؛

- من شأن اعتماد معيار ''الاندماج'' في تحديد مفهوم ''المجموعات'' أن يدفع مستثمر إلى تقديم دعوى في مواجهة الدولة المستضيفة للاستثمار، التي يحمل جنسيتها، و ذلك في حالة تأسيسه أو اندماجه في مجموعة شركات تحمل جنسية الدولة الطرف الأخرى؛

- إمكانية لجوء المساهمين في الشركة المستثمرة إلى مسطرة التحكيم

- **يترتب عن ذلك مجموعة من الآثار على الدولة، من جملتها:**

  - انعكاس ذلك على مالية الدولة؛
  - عدم ترشيد الوسائل و الإمكانيات؛
  - صدور أحكام تحكيمية متعارضة و متناقضة؛
  - منح تعويض مزدوج مبني على نفس الأسباب.


الدولة A
عقد الاستثمار
المستثمر ينتمي إلى الدولة B
نزاع حول عقد الاستثمار
شرط اتفاقية الاستثمار الموقعة بين د A و د B
الاختصاص لمركز CIRDI
البحث عن المسؤولية الدولية للدولة
شرط العقد
إسناد الاختصاص لمحكمة وطنية أو هيئة تحكيمية أخرى
اختصاص CIRDI للبت في النزاع على الرغم من أن موضوعه مخالفة الدولة لبنود عقد الاستثمار

- إعادة النظر في اتفاقيات الاستثمار بما يتماشى و الدور الجديد الذي أصبحت تلعبه الدولة المغربية في مجال الاستثمار، إذ تحولت من دولة باحثة عن الاستثمار إلى دولة مستثمرة؛

- عدم تضمين اتفاقية الاستثمار مقتضى تمنح بمقتضاه الدولة الطرف ''عرضا عاما و مفتوحا'' للتحكيم لفائدة المستثمر،

- الارتقاء بمؤسسات و مراكز التحكيم و ضمان استقلاليتها و عدم تبعيتها للدولة الأمر الذي قد يساعد المغرب على احتلال مكانة مرموقة في مجال التحكيم الدولي.