التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في ظل القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار

الاسم واللقب: لزهر خشايمية

المؤهل العلمي: دكتوراه علوم

التخصص: قانون دولي وعلاقات دولية

الوظيفة: أستاذ محاضر ب

المؤسسة: جامعة 08 ماي 1945- قالمة

الهاتف: 06.61.25.73.74

البريد الالكتروني: khechaimia_laz@yahoo.fr

محور المداخلة: المحور الثاني

المحور الثاني : عنوان المداخلة

التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود الاستثمار الأجنبي في ظل القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار

الملخص:

يعتبر اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار لتسوية المنازعات الناجمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي أمر غير مستحب من وجهة نظر المستثمر الأجنبي ولا يقابل بالرضا التام من جانبه فغالبا ما ينظر المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة بعين الريبة والشك في خبرة هذا القضاء، وانعدام ثقته في عدالة ونزاهة المحاكم الوطنية للدولة المضيفة.

ومن اجل ذلك فان المستثمر الأجنبي يحرص على تضمين عقد الاستثمار نصوصا تمكنه من اللجوء الى التحكيم وتضمن له حماية لا تتوفر في ظل القضاء والقانون الوطنيين.

الكلمات المفتاحية: الاستثمار، التحكيم ، منازعات عقود الاستثمار

Resumé;

Le recours à la juridiction nationale du pays hôte pour l'investissement destiné à régler les différends entre l'Etat et l'investisseur étranger n'est pas souhaitable du point de vue de l'investisseur étranger et ne satisfait pas pleinement sa demande. L'investisseur étranger considère souvent que la juridiction nationale du pays d'accueil se méfie de l'expérience de ce pouvoir judiciaire et de son manque de confiance dans l'équité et l'impartialité des tribunaux nationaux du pays d'accueil.

Pour cette raison, l'investisseur étranger tient à inclure dans le contrat d'investissement des dispositions qui lui permettent de recourir à l'arbitrage et de lui garantir une protection qui n'est pas disponible en droit national et en droit.

Mots-clés: Investissement, Arbitrage, Contrats de contrats d'investissement

مقدمة

يعتبر الالتجاء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار لتسوية المنازعات الناجمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي أمر غير مستحب من وجهة نظر المستثمر الأجنبي ولا يقابل بالرضا التام من جانبه فغالبا ما ينظر المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة بعين الريبة والشك في خبرة هذا القضاء، وانعدام ثقته في عدالة ونزاهة المحاكم الوطنية للدولة المضيفة.

ومن اجل ذلك فان المستثمر الأجنبي يحرص على تضمين عقد الاستثمار نصوصا تمكنه من اللجوء الى التحكيم وتضمن له حماية لا تتوفر في ظل القضاء والقانون الوطنيين وهذا ما القانون رقم 16- 09 المتعلق بترقية الاستثمار إذ نص في المادة 24 على انه : يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الاطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

من هذا المنطلق يمكن صياغة الإشكالية على النحو التالي: ما هي الحماية التي يوفرها التحكيم كآلية في تسوية منازعات عقود الاستثمار، وهل يعد من الضمانات القضائية الممنوحة للمستثمر الاجنبي في ظل القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار؟

وعليه سنتطرق في هذه الورقة البحثة إلى لجوء المستثمر لقضاء الدولة المضيفة، ثم لجوئه للتحكيم

أولا: لجوء المستثمر لقضاء الدولة المستضيفة (القضاء الوطني)

نظرا للأهمية التي يوليها المشرع الجزائري لجذب الاستثمارات الأجنبية وتنمية اقتصاد الدولة والحفاظ على سيادتها فقد أعطى للمستثمر الأجنبي ضمانات تكفل له حقوقه عند قيامه بعملية الاستثمار ومن بين تلك الضمانات حق اللجوء إلى قضاء الدولة

وقد نصت المادة 24 من قانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على أنه:" يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية المختصة إقليميا.....".

وعليه فاللجوء للقضاء الوطني للدولة هو الخيار الأول للمستثمر الذي لحقه ضرر نتيجة الإجراءات التي قامت بها الدولة والتي اتخذت ضده[1]، ويقصد بالجهات المختصة إقليميا هي المحاكم الجزائرية [2].

فالمشرع الجزائري بنصه على لجوء المستثمر الأجنبي للقضاء الوطني أكد على اختصاص القضاء الوطني للفصل في منازعات الاستثمار المقامة بين المستثمر والدولة الجزائرية. ولم يكتف بذلك بل بالرجوع لقانون الاجراءات المدنية والادارية ، نجده نص في المادة 24 منه على أن ولاية القضاء تشمل الالتزامات التي وقعت خارج التراب الجزائري متى كان أحد أطرافها جزائريا وهذا يدل على تمسك الدولة الجزائرية بالسيادة الوطنية[3].

ورغم نص القانون على اللجوء للقضاء الوطني إلا أن المستثمر الأجنبي يبقى يساوره الشك في حيدة هذا القضاء إضافة لجهله بقوانينه المطبقة، و التخوف من عدم حياد القاضي واحتمال تأثره بالسلطة العامة والتزامه بتطبيق قوانين بلده التي قد تكون موضوع شكوى من المستثمر[4]، كذلك الخشية من عدم حماية حقوقه ومصالحه بقوانين الدولة التي قد لا ترقى لمستوى الحماية المطلوبة، وبطء إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني[5]. وأيا كانت الأسباب وهي كثيرة لدفع المستثمر للابتعاد والتهرب من قضاء الدولة المستضيفة، كما قد يتعرض المستثمر الأجنبي لقرارات مفاجئة وتعسفية والتي يمكن أن تصدرها الدولة بما لها من سيادة.

وعليه فإن محاكم الدولة المستضيفة للاستثمار لا تلقى قبولا ولا رضا التام من جانب المستثمر الأجنبي[6].

ثانيا: دواعي اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار

يلعب التحكيم دورا مهما في حسم المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الى درجة ان البعض يعتبره أمرا حتميا، وقد سمح القانون الجزائري للمستثمر الاجنبي اللجوء الى التحكيم متى نصت الاتفاقات على ذلك حيث نصت المادة 24 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على انه : يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر أو يكون بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الاطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص.

ويرجع تفضيل الاطراف اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم الى عدة اسباب أهمها:

- **رغبة المستثمرين الأجانب في التحرر من قيود القضاء الوطني للدولة المضيفة:**

ايا كانت المزايا التي تتمتع بها السلطات القضائية في الدولة المعنية بالاستثمار فان الأمر يعتبر من وجهة نظر المستثمر الأجنبي قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار. ودرءا لخطر انحياز القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار لابد من سلب الاختصاص من القضاء الوطني ومنحه لجهة محايدة المتمثلة في قضاء التحكيم(7).

السرعة في الاجراءات:

يتميز التحكيم بسرعة وبساطة الاجراءات اللازمة للفصل في النزاع في اقل وقت، فالمرونة في اجراءات التحكيم تؤدي الى توفير الكثير من الوقت وذلك مقابل البطء الشديد لإجراءات التقاضي امام النظم القضائية التقليدية المقيدة ببعض النصوص القانونية المعوقة للفصل السريع في النزاع وهذا ما يحتاجه الفصل في منازعات عقود الاستثمار، حيث تكون هناك استثمارات ومبالغ نقدية كبيرة ومجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثمة تكون هناك خسارة محققة نتيجة تعطل تلك المبالغ التي

تنتظر حتى الفصل في النزاع بشأنها؛ فالأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء للتحكيم لما يقدمه من عدالة سريعة السرية.

واذا كانت العلنية تعد من الضمانات الجوهرية التي يتميز بها القضاء العادي فان الأمر عكس ذلك في مجال التجارة الدولية والاستثمار، حيث تعتبر أمرا بالغ الأهمية، فالأسرار المهنية او الاقتصادية يترتب على علنيتها الاضرار بمركز اطراف عقود الاستثمار.

كما ان هذه السرية قد تؤدي الى التخفيف من حجم النزاع وقد تؤدي للتسوية الودية ومن ثم استمرار العلاقة بين الاطراف المتنازعة(8).

- **التحكيم قضاء متخصص:**

ان الفصل في المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الاجنبية يحتاج الى المعرفة والخبرة القانونية والفنية المتخصصة الازمة لتسوية منازعات الاستثمار، لذا فإن أطراف النزاع يفضلون أسلوب التحكيم لأنه بخلاف القضاء يمكن من الاستعانة بخبراء على مستوى عال من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في النزاع المسند اليهم، بذلك فان التحكيم اقرب الى تحقيق العدالة لان المحكم المتخصص اقدر على استيعاب تفاصيل النزاع وتعقيداته من القاضي الذي ينظر كل انواع المنازعات دون ان يكون متخصصا في مجال النزاع[9]. وعليه فالفصل في المنازعات الاستثمارية يحتاج الى مؤهلات علمية وفنية خاصة نظرا لتعلقها بمسائل فنية بحتة فبدلا من عرضها على سلطة قضائية مختصة تحيلها الى خبراء مختصين لإبداء الرأي الفني للفصل في النزاع يكون من الملائم عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات[10].

- **يعد التحكيم ضمانة قضائية إجرائية لتشجيع الاستثمار:**

ان الدولة المضيفة للاستثمار قد ترى انه ليس من الاوفق تقديم منازعات الاستثمار الى قضائها الوطني لأن صدور الحكم لصالحها في مثل هذه المنازعات قد يؤدي إلى خوف المستثمرين الأجانب من قضائها وعدم إقدام المستثمرين الاجانب على هذه الدولة للاستثمار.

ثالثا: محكمة الاستثمار العربية كنموذج

للمستثمر الأجنبي اللجوء للقضاء الدولي لحسم النزاع الناشئ بينه وبين الدولة المستضيفة ، فيلجأ لمحكمة الاستثمار العربية كوسيلة للتحكيم باعتبارها متخصصة في منازعات الاستثمار، والتي أنشأت بموجب المادة 28 من اتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية ودخلت حيز النفاذ 1994 و بدأت ممارسة مهامها بشكل فعلي في 2003/01/01[11].

ووفقا للمادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة، فهي تضم خمسة قضاة يتم اختيارهم بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية من بين قائمة تضم مرشحي الدول الأطراف ممن تؤهلهم

صفاتهم الخلقية والعلمية لتولي المناصب القضائية الرفيعة [12]. ويعين المجلس من أعضاء المحكمة رئيسا لها، وتكون مدة العضوية ثلاث سنوات قابلة للتجديد ، ويتمتع الأعضاء بالحصانة الدبلوماسية ويقع مقر المحكمة في المقر الدائم لجامعة الدول العربية، وتتمتع المحكمة بأولوية الاختصاص في حالة تنازعها مع قضاء إحدى الدول المتعاقدة[13]، وللمحكمة اختصاصات تتمثل في اختصاص قضائي وآخر استشاري.

فالاختصاص القضائي ينقسم إلى: اختصاص الموضوعي، حيث تنظر المنازعات المتعلقة بضمان الاستثمارات العربية، كما تفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من منازعات متعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، كما تختص بالفصل في منازعات التي تحال إليها من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي طبقا للمادة 13من اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية.

أما من حيث **الاختصاص الشخصي**، فتختص المحكمة بالنظر في منازعات الاستثمار القائمة بين:

ـ أية دولة طرف ودولة طرف أخرى، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات العامة التابعة للأطراف الأخرى، أو بين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف

ـ و بين أحد طرفي الاستثمار في المنازعات المتعلقة بالاتفاقية العربية الموحدة أو الناتجة عنها وبين المستثمرين العرب

ـ أو بين الأشخاص المذكورين في الفقرتين أعلاه ،وبين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار طبقا للاتفاقية [14].

أما **الاختصاص الاستشاري**، فهو أمر جوازي، كونه يمد العون والمساعدة في تقديم الرأي والحلول للمسائل القانونية. ويتم تقديمه كتابة، أي بطلب كتابي ويكون بناءا على طلب دولة طرف أو من الأمين العام لجامعة الدول العربية، مع إحالته للمفوض لإبداء رأيه الذي لا يعد إلزاميا وغير حاسم في المسألة المطروحة [15].

والحكم الصادر عن المحكمة يتميز بأثره النسبي، إذ أنه لا يكون له قوة الإلزام إلا بالنسبة لأطرافه وفي خصوص ما فصل فيه من نزاع[16]. وأحكام المحكمة نهائية غير قابلة للطعن، ولا يقبل إلا تصحيح الأخطاء المادية البحتة ، سواء كانت كتابية أو حسابية كما تنظر في تفسير حكم يكتنفه الغموض [17].

والحكم الصادر عن المحكمة له قوة النفاذ في الدول الأطراف، وينفذ مباشرة كما لو كان صادرا من المحاكم الوطنية [18]، وللمحكمة أن تقبل طلب التماس إعادة النظر في الحكم في ثلاث حالات وهي:

ـ إذا تضمن الحكم تجاوزا خطير لقاعدة أساسي في الاتفاقية أو إجراءات التقاضي.

ـ إذا ظهرت واقعة ذات تأثير حاسم في الحكم، كان يجهلها أثناء صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الطالب الالتماس .

ـ إذا وقع غش أو تدليس أو تزوير كان من شأنه التأثير في الحكم [19] .

وحددت آجال تقديم طلب الالتماس بستة أشهر في الحالة الأولى ابتداء من تاريخ صدور الحكم وميعاد ستة أشهر من تاريخ كشف الواقعة وقبل انقضاء خمس سنوات على صدور الحكم وللمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم محل الالتماس ،إلى حين الفصل في موضوع الدعوى متى أعلنت المحكمة قبول الالتماس [20]

الخاتمة

ان التحكيم يعتبر بحق الوسيلة الأكثر فعالية لتسوية منازعات عقود الاستثمار فالمستثمر الأجنبي أصبح يتعاقد ويصب جل هدفه نحو التقاضي وفقا لقضاء التحكيم، أي أنه يراهن على نشأة النزاع وربحية التحكيم. وعليه يجب على الأطراف التريث عند ابرام عقود الاستثمار ودراستها بما يتلاءم والتزامات كافة الأطراف مع وجوب النص ما امكن ذلك عند تسوية الخلافات التي تنشأ بين الأطراف على إحالة الخلافات الى هيئة تحكيم تتفق عليها الاطراف، والعمل على تأهيل وتدريب الكوادر القانونية في مجالات التحكيم وقانون الاستثمار.

الهوامش:

[1]- رفيقة قصوري: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2010-2011، ص 212

[2]- محمد سارة: الاستثمار الأجنبي في الجزائر- دراسة حالة أوراسكوم ،رسالة الماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009-2010، ص29.

[3]- ميلود سلامي: "الضمانات القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة01، الجزائر، العدد السادس، جوان2015، ص75.

4- عبد الرحمان المصباحي: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، الدوحة، قطر، المنعقد من 24 إلى26سبتمبر 2013، ص2.

[5]- منصف الكشو: دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية ،المنعقد بالدوحة من 24إلى 26سبتمبر2013،قطر،ص21.

[6]- بشار محمد الأسعد: الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009،ص ص21و22.

7- د. حفظة السيد الحداد: العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ص217.

8- د. حسن النمر: الاستثمارات الاجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية، دار الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ص ص 350- 351.

9- د. حسن النمر: المرجع السابق: ص 351.

10- د. سراج حسين أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص12.

1[1]- رفيقة قصوري: مرجع سابق، ص221

12- معاوية عثمان الحداد: القواعد القانونية المنظمة لجذب الاستثمار الأجنبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015، ص 259.

1[3]- عجة الجيلالي: الكامل في القانون الجزائري للاستثمار ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر ،2006 ، ص632.

1[4]- ماهر جميل أبو خوات: حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص ص 82،83.

1[5]- رفيقة قصوري: مرجع سابق ، ص 223

1[6]- ماهر جميل أبو خوات : مرجع سابق، ص85

1[7]- صلاح الدين بوجلال: "طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر - محكمة الاستثمار العربية نموذجا "، مجلة التواصل، العدد42، جامعة باجي مختار، عنابة، جوان2015، ص42.

18- ماهر جميل أبو خوات : مرجع سابق، ص86

19- صلاح الدين بوجلال : مرجع سابق ،ص 42

20- رفيقة قصوري: مرجع سابق، ص225