مجلة الحقوق والحريات

العدد الثالث
ديسمبر 2016

منازعـــــات الاستثمـــــــار

الدكتور عبد القادر دراجي

أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الحاج لخضر (باتنة 1) – الجزائر

الملتقى الدولي السادس عشر حول: "الضمانات القانونية للاستثمار في الدول المغاربية"

المنعقد يومي 23/22 فيفري 2016

من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة

ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع

قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

أولا – حل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات:

نصت اتفاقيات على أن تسوى النزاعات التي تنشأ بين الطرفين المعنيين بالتراضي، فإذا لم يسوى النزاع في مدة ستة أشهر ابتداء من تاريخ رفع أحد الطرفين النزاع، يمكن لأحد الطرفين أن يرفع النزاع أمام هيئة قضائية مختصة أو أمام التحكيم.

1- حل النزاعات عن طريق هيئة قضائية أو هيئة تحكيمية:

نصت أغلبية الاتفاقيات على إمكانية اللجوء إلى هيئة قضائية مختصة ولكن قضت كلها بإمكانية إخضاع النزاع إلى التحكيم.

أ- اختصاص الهيئة القضائية التابعة للدولة التي ينجز الاستثمار في إقليمها:

رغم تخوف المستثمرون الأجانب من المحاكم الوطنية التابعة للدولة المستثمرة فإن أغلبية الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأوروبية نصت على إمكانية خضوع الاستثمار للمحاكم الوطنية، قد يدل على أن هذا التخوف غير مؤسس، وقد يفسر ذلك بأن النزاعات التي ستخضع إلى الهيئة القضائية الوطنية هي النزاعات التي لا تكون لها أهمية كبيرة بالنسبة للمستثمر الأجنبي، وقد يمكن اللجوء إلى المحاكم الوطنية، لأن ذلك يبقى مجرد إمكانية لأن هناك اختيار بين الهيئة القضائية والهيئة التحكمية.

ب- اللجوء إلى هيئة تحكمية:

نصت كل الاتفاقيات على إمكانية اللجوء إلى هيئة تحكيمية ويستوي أن يكون هذا التحكيم مؤسساتي أو خاص.

I- التحكيم المؤسساتي:

لقد اختلفت وتنوعت الهيئات التحكمية التي يمكن اللجوء إليها.

أ- المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات: C.I.R.D.I

نصت كل الاتفاقيات على اللجوء إلى هذا المركز وذلك قبل أن تصبح الجزائر طرفا في اتفاقية واشنطن المعتمدة في 1965/03/18 والمؤسسة له بعد أن أصبحت الجزائر طرف في الاتفاقية يمكن للأطراف المتعاقدة أن تلجأ إلى المركز عندما تلجأ الأطراف المتنازعة إلى التحكيم المؤسساتي فإنها تخضع إلى نظامه من حيث الإجراءات ومن حيث القانون الواجب التطبيق على الموضوع، إلا إذ اتفقت الأطراف المتنازعة أو نصت الاتفاقيات على غير ذلك أما عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الخاص فالأطراف المتنازعة هي التي تحدد كل ما يتعلق بالتحكيم إلا إذا لجأت إلى نظام تحكيمي فيما يتعلق بالإجراءات مثلا.

II- التحكيم الخاص:

التحكيم الخاص هو الذي ينشأ من أجل الفصل في نزاع معين وينتهي بالفصل في هذا الأخير.

نصت كل الاتفاقيات على إمكانية اللجوء إلى التحكيم الخاص.

2- القانون الواجب التطبيق:

عندما تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى المحاكم الوطنية المختصة فيطبق القاضي الوطني القانون الداخلي.

عندما يطرح النزاع أمام التحكيم المؤسساتي، فنظام التحكيم الذي اختاره الأطراف هو الذي يطبق إلا إذا ذهبت هذه الأخيرة إلى ما يخالف ذلك يخضع المحكم إلى إرادة الأطراف من حيث القانون الواجب التطبيق على الموضوع وعلى الإجراءات.

عندما تلجأ الأطراف إلى محكمة تحكيمية من أجل الفصل في النزاع من دون الرجوع إلى نظام تحكيمي فتحدد القانون الواجب التطبيق أو ترك ذلك للمحكمين.

ثانيا - حل النزاعات المطروحة بين الدول المتعاقدة:

يمكن أن تنص الاتفاقيات على الحل الشامل للخلافات أو أن تحدد نوع النزاع وقد حددت الاتفاقيات أن حل النزاعات يتعلق بتطبيقها أو تفسيرها والسؤال الذي يطرح هو لماذا لجأت الجزائر إلى التحكيم ولم تلجأ إلى محكمة العدل الدولية بشأن التطبيق أو تفسير هذه الاتفاقيات.

هل لأن التحكيم يحترم أكثر سيادة الدولة، أم لأنها لا تثق في محكمة العدل الدولية.

إن الجزائر قد رفضت التحكيم الدولي لمدة طويلة وذلك تخوفاً من أن أغلبية المحكمين ينتمون إلى الدول الغربية.

إذ نصت كل الاتفاقيات أن تحل النزاعات بالطرق الدبلوماسية وهذا وفقا لنص المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة التي نصت في الفقرة 1 على أنه «يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ الأمن والسلم الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدأ بطريق المفاوضات والتحقيق- والوساطة- والتوفيق- والتحكيم والتسوية القضائية» أو يلجؤا إلى الوكالات والتنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها.

إن المفاوضات الدبلوماسية هي وسيلة من وسائل حل المنازعات غير القضائية قبل أن تلجأ الأطراف المتنازعة إلى الحلول القضائية وجب عليها محاولة الوصول إلى الحل بالطرق الدبلوماسية.

إذا تعذر الوصول إلى الحل بهذه الطرق بعد مدة 6 أشهر يمكن لإحدى الدول إشعار الطرف الآخر بينتها اللجوء إلى التحكيم.

إن التحكيم الدولي هو وسيلة من الوسائل السلمية لحل المنازعات يأتي بعد فشل محاولة الحل بالطرق الدبلوماسية.

ونصت كل الاتفاقيات على إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي وحددت تشكيلة محكمة التحكيم حيث جاء فيها «كل طرف يعين حكما يعين الحكمان ثالثا ليترأس محكمة التحكيم، في حالة عدم التوصل إلى تشكيل المحكمة التحكيمية يمكن لأي طرف أن يستدعي الأمين العام للأمم المتحدة أو رئيس محكمة العدل الدولية.

إذا كان الأمين العام للأمم المتحدة أو رئيس محكمة العدل الدولية من جنسية أحد الأطراف أو تعذر عليه القيام بذلك يطلب من الأمين العام المساعد الأكثر أقدمية أو نائب رئيس محكمة العدل الدولية القيام بذلك.

فما هو القانون الواجب التطبيق؟ - لم تنص كل الاتفاقيات على تحديد القانون الواجب التطبيق، ويرى الأستاذ إسعاد أنه ليس هناك داع لتعيين القانون الواجب التطبيق بحيث يرجع المحكم إلى القانون الدولي العام طبقاً لأحكام المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

وفي غياب تعيين القانون الواجب التطبيق يرجع إلى القانون الدولي الوضعي في غياب حل اتفاقي أو قاعدة عرفية يلجأ المحكم إلى المبادئ العامة للقانون الدولي.

ثالثا - منازعات الاستثمار في دول المغرب العربي:

1- المادة 09: من المرسوم التشريعي رقم 93-12 بتاريخ 1993/10/05 يتعلق بترقية الاستثمار «للوكالة أجل أقصاه 60 يوماً ابتداء من تاريخ الإيداع النظامي للتصريح وطلب الاستفادة من امتيازات وفق الشروط المنصوص عليها الواردة في المادة 4 لتبليغ المستمر بعد التقويم قرار منح امتيازات أو رفضها».

وفي حالة الاحتجاج على قرار الوكالة يمكن للمستثمر أن يرفع طعنا أمام السلطة الوصية على الوكالة المنصوص عليها في المادة 7 التي منح لها أجلاً للرد أقصاه 15 يوماً ويكون القرار غير قابل للطعن القضائي.

أ- المادة 33: من المرسوم التنفيذي رقم 94-319 بتاريخ 1994/10/17 يتضمن صلاحيات وتنظيم سير وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها «يقدم الطعن المنصوص عليه في المادة 9 من المرسوم 93-12 أمام رئيس الحكومة -وترفق عريضة الطعن بمقرر الوكالة موضوع الطعن».

ب- المادة 34: يرفع الطعن في حالة رفض المزايا المطلوبة أو منح فترة إعفاء أقل من الفترة المطلوبة أو منح نظام تشجيعي غير الذي طلب أو عدم الرد في الآجال القانونية المحددة بـ60 يوماً.

ج- المادة 35: إذا أكد مقرر رئيس الحكومة وجاهة الطعن ينفذ وفي الحالة العكسية يعتبر قرار الوكالة نهائيا وغير قابل للطعن القضائي.

2- مرسوم رئاسي: يتضمن المصادقة على الاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي الموقعة في الجزائر بتاريخ 1990 المرسوم رقم 90-420 بتاريخ 1990/12/22.

أ- المادة 19: « تقبل الأطراف المتعاقدة عرض كل نزاع له صبغة قانونية تنشأ بين أحدهم ومستثمر أحد الأطراف الأخرى بخصوص استثمار مقام في بلاده على الهيئة القضائية لدول اتحاد المغرب العربي أو محكمة الاستثمار العربية طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية أو هيئات التوفيق والتحكيم الدولية المتخصصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادق عليها من قبل الأطراف المتعاقدة.

ب- المادة 20: يقع بقدر الإمكان تسوية النزاعات الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بالطرق الودية.

– وإذا تعذر يتم أمام الهيئة القضائية لدول الاتحاد أو على هيئة التحكيم.

– وإذا لم يتم القيام بالتعيينات خلال 30 يوماً وفي صورة انعدام أي اتفاق يمكن لأي طرف دعوة رئيس الهيئة القضائية لدول الاتحاد بالتعيين.

رابعا - نماذج للاتفاقيات المبرمة مع الجزائر فيما يتعلق بالاستثمار مع دول أخرى:

1- المادة 09: من الموسوم الرئاسي رقم 91-345 بتاريخ 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي- الكسمبورغي المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر بتاريخ 1991.

- كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمر يكون موضوع إشعار كتابي من طرف الجهة التي تقوم بالمبادرة الأولى.

- يسوى هذا الخلاف بالتراضي.

يحال النزاع على التحكيم بناء على طلب أحد الطرفين لتحكيم المركز الدولي لتسوية النزاعات الاتفاقية الخاصة بتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المعروضة للتوقيع بواشنطن سنة 1965.

ولهذا الغرض يعطي كل طرف الموافقة المسبقة على أن يحال كل خلاف لهذا التحكيم وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين.

- تعتبر الأحكام التحكمية نهائية وملزمة.

2- المادة 08: من المرسوم الرئاسي رقم 91-346 بتاريخ 1991/10/05 يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجزائر وايطاليا حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر 1991.

«كل خلاف متعلق بالاستثمارات بين إحدى الدولتين المتعاقدتين ومستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى يسوى بالطرق الودية إذا كان العكس في مدة 6 أشهر من تاريخ رفع الطلب الكتابي بهذا الصدد.

أ- الهيئة القضائية المختصة في الدولة المتعاقدة التي تم الاستثمار في إقليمها.

ب- المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات قصد تطبيق إجراءات التوفيق أو التحكيم المشار إليها في اتفاقية واشنطن 1965.

ج- محكمة تحكيمية أنشأت لهذا الغرض طبقا لأحكام المادة 09 من هذا الاتفاق وهي أن تسوى النزاعات بالطرق الدبلوماسية.

يسوى الخلاف من طرف المحكمة التحكيمية عن طريق القانون الوطني للدولة المتعاقدة والتي يوجد الاستثمار على إقليمها بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين إلى جانب مبادئ القانون الدولي.