

دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية

في منازعات الاستثمار

ورقة مقدمة إلى المؤتمر الرابع لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية

الدوحة

من 24 إلى 26 سبتمبر 2013 ميلادي

-

إعداد

أ. فرج أحمد معروف

المستشار بالحكمة العليا الليبية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يعتبر الاستثمار - خاصة الأجنبي - منه دعامة أساسية للتنمية سواء في قطاع الإنتاج أم الخدمات لما يسهم به من إضافة للطاقة الإنتاجية وزيادة الثروات ومكافحة البطالة ، كما أنه يوفر السلع والخدمات ويشجع الصادرات ويجلب النقد الأجنبي ويساهم في حل بعض المشاكل مثل أزمة السكن ، لذا أصبحت معظم الدول تتسابق إلى جذب الاستثمارات الأجنبية لما ينتج عن ذلك من آثار إيجابية مؤثرة في القدرة الاقتصادية للدولة بما يتم تزويدها به من مقومات لبناء اقتصاد متطور يسهم فيه المستثمر الأجنبي برأس المال والخبرات الفنية والإدارية والتكنولوجية الحديثة ، الأمر الذي يهيء للدولة الانفتاح على الاقتصاد العالمي وتنمية صادراتها بما ينعكس إيجاباً على تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي لمواطنيها ، كما أن الاستثمار يحقق لدولة المستثمر عوائد ومزايا اقتصادية من خلال بناء علاقات اقتصادية مفتوحة على الدول الأخرى وجلب الربح والأموال .

دور القضاء الوطني في تنمية الاستثمار :

إن الاستثمار الأجنبي على وجه الخصوص بحاجة إلى مناخ صحي يساعد على نموه وطمأنة المستثمر على مستقبل أمواله واستثماراته ولا يتأتى ذلك إلا في ظل نظام قانوني متطور يحرسه قضاء نزيه مستقل وعلى درجة عالية من المهنية والحرفية ، يضمن حماية المستثمر من أي مخاطر قد يتعرض لها خارج إقليم دولته وبمعزل عن نظامها القانوني ، ومن ثم فإن الضمانة القضائية هي من أهم الضمانات التي ينشدها المستثمرون - خاصة الأجانب - لأن ارتباطات عقود الاستثمار قد تنشأ عنها منازعات ترجع إلى اختلاف وتباين المصالح بين أطرافها ، خاصة إذا تغيرت النتائج المرجوة من المشروع أو إذا ما أقدمت الدولة المضيفة للاستثمار على إجراءات أحادية تمس بمصالح المستثمر ، لأن عقود الاستثمار عادة ما تكون طويلة الأجل ويطرأ خلال مدتها تغيرات في الظروف المحيطة بالعقد سواء كانت تلك التغيرات سياسية أم اقتصادية ، بما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ، لذا كانت متطلبات الضمانة القضائية على رأس الأولويات لبناء استثمار فاعل يسهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، وقد أصبح لزاماً على الدولة المضيفة للاستثمار أن تعي ذلك وتسعى إلى بناء الجوانب القانونية والقضائية لتسوية منازعات الاستثمار مثلما تعتني بالمطارات والموانئ وتهيئ الوسائل المادية للمشاريع الاستثمارية ، وعليها أن تدرك أن المستثمر الأجنبي على وعي كامل بضعف مركزه القانوني لأنه يعلم عدم استطاعته الوقوف أمام الدولة إذا كانت تهيمن على قضائها ، وبالتالي فإن زوال عنصر الثقة في هذا القضاء وعدم الاطمئنان مسبقاً إلى نتائج أحكامه يفقد المستثمر الأجنبي عنصر الأمن القضائي الذي يعول عليه في حل منازعاته مع الدولة المضيفة .

ما يتطلبه في القاضي الوطني الذي يناط به النظر في منازعات الاستثمار :

تحرص الدولة الحديثة على سيادتها ومن أهم مظاهر تلك السيادة الوطنية ألا تكون مدعى عليها أمام قضاء أو هيئة أجنبية وأن تخضع في منازعاتها مع الغير إلى قضائها الوطني صاحب الاختصاص الأصيل وبذلك تحرص جميع الدول على إخضاع كل ما يتواجد على إقليمها من أموال منقولة أو غير منقولة وأشخاص وطنيين أو أجانب إلى محاكمها وقوانينها حتى لو تعلق ذلك بعقود الاستثمارات الأجنبية ، ومن ثم

فإن من شأن تطوير النظام القضائي الوطني بما يتلاءم ومتطلبات الاستثمار الأجنبي أن يحقق أهداف الدولة ويساعد على الحد من التعدي على سيادتها.

وحتى تتحقق الموازنة بين المحافظة على سيادة الدولة وخضوعها لقضائها الوطني وطمأنة المستثمر الأجنبي وجذبه إلى ميادين العمل والبناء داخلها يتعين عليها الاهتمام ببناء قضائها ، ومن أهم لبنات هذا البناء إيجاد القاضي المتخصص سيما في مجال المنازعات التجارية بحيث يكون القضاء التجاري متخصصاً وعلى درجة من التطور والمهنية ، منفتحا على المحيط الخارجي ، ملماً بالتجارب القضائية وعلى دراية بقوانين التجارة والاستثمار في الدول الأخرى ، إذ لا يكفي مجرد إلمام القاضي بقانونه الداخلي حتى يكون قادراً على إيجاد الحلول المناسبة لما يعرض عليه من منازعات في مجال الاستثمار ، وبالتالي يكون فاعلاً في خلق مناخ يسوده الاطمئنان والثقة بما يحقق الاستقرار الاقتصادي ويسهم في الدفع بعملية التنمية وتشجيع الاستثمار ، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان ضمن أهدافه ضمانات أمن المستثمرين - سواء كانوا وطنيين أم أجانب - وصون حقوقهم ، وعلى الدولة أن تدرك أنه لا استثمار ما لم تكن هناك ضمانات قضائية واضحة من خلال وجود قاض عادل يتمتع بالاستقلالية والكفاءة متخصصاً وملماً بالوسائل العلمية في مجال الاتصالات الحديثة بما يمكنه من الاطلاع على نصوص القانون الأجنبي وأحكام القضاء المقارن وما تجود به الاجتهادات الفقهية وما تتناوله الاتفاقيات الدولية ، حتى يكون هناك اجتهاد متطور يتلاءم مع تطور أساليب ونظم الحياة الاقتصادية الحديثة الأمر الذي يساعد على إيجاد حلول عملية وواقعية للمنازعة ، بدلاً من الوقوف عند حرفية النصوص التي عادة ما تكون نصوصاً عتيقة سنت في عقود غابرة وقت أن كانت المعاملات تتسم بالبداية والبساطة ولم يتدخل المشرع لتحديثها ، الأمر الذي يجعلها غير كافية لطمأنة وحماية المستثمر الأجنبي فيشترط في عقود الاستثمار فض المنازعات عن طريق التحكيم الدولي بما يزرع الثقة في القضاء الوطني وينقص من هيبة الدولة .

وحتى يتفادى القضاء الوطني كل ذلك ويتخلص مما علق به من سلبيات وتحسن صورته أمام المستثمر الأجنبي يتعين إعتناء حزمة من الإجراءات التشريعية والتنظيمية لعل أهمها :

1. سن القوانين التي تطمئن المستثمرين والأجانب منهم بشكل خاص .
2. العمل على تحقيق مبدأ استقلال القضاء واقعاً لا شعاراً .
3. العمل على إيجاد نظام القاضي المتخصص خاصة في القضاء التجاري من خلال إنشاء محاكم متخصصة - ولو محكمة في العاصمة - إذ أن مجرد التخصص من خلال الدوائر لا تتحقق من خلاله كفاءة القاضي التجاري .
4. سرعة البت والفصل في المنازعات المتعلقة بالاستثمار ، وتقصير مواعيد إجراءات التقاضي والأخذ بالوسائل الحديثة في الإعلان .
5. العمل على رفع كفاءة القاضي التجاري ، سواء في الجانب القانوني أو التقني ذي العلاقة بالمعاملات التجارية والأنشطة الاقتصادية والاتصالات والاعتمادات المستندية وكيفية إنسياب السلع والخدمات بين الدول ودعاوى النقل الجوي والبحري وأعمال المصارف وخطابات الضمان وشركات التأمين ... الخ .
6. إعطاء القاضي التجاري الصلاحيات الكفيلة باتخاذ التدابير الاحترازية لحماية الأموال والحقوق .

7. تسريع الفصل في أي إجراء احترازي قد يتخذ بشأن تجميد أي أموال أو ممتلكات ، ووضع الضمانات الكافية للحيلولة دون الحجز أو التوقف عليها لمدة قد تضر بمصالح الطرف الآخر .

8. تسهيل إجراءات تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية ذات الصلة بعمليات الاستثمار وتقصير مواعيد وإجراءات الطعن .

9. إستحداث دوائر متخصصة ضمن دوائر محكمة النقض لنظر الطعون المرفوعة على مختلف المنازعات التجارية والاقتصادية وتلك المتعلقة بالاتفاقيات الدولية ذات الصلة ودعاوى الشركات والمصارف والتأمين ، حتى يكون لمحاكم النقض دور في توحيد المبادئ والاجتهاد القضائي وإيجاد الحلول القضائية التي تسهم في استقرار المعاملات وإعطاء الثقة في الجهاز القضائي .

هذه بعض المقترحات من خلال وجهة نظر متواضعة رأينا أنها قد تسهم في خلق القاضي الوطني المتمتع بالثقة والكفاءة اللازمتين لطمأنة المستثمر الأجنبي عند إقدامه على أي عملية استثمار تحت قضاء وسيادة الدولة الوطنية دون أن يشترط جرّها الى نظام قضائي يتعارض وسيادتها وهيبته كدولة .

أسباب عزوف المستثمر الأجنبي عن اللجوء الى القضاء الوطني :

الملاحظ أن أغلب عقود الاستثمار التي يكون أحد أطرافها أجنبياً يشترط فيها غلّ يد القضاء الوطني عن النظر فيما ينشأ عنها من منازعات ، ويصرُّ المستثمر الأجنبي دائماً على وضع شرط التحكيم التجاري الدولي لفض المنازعات ، وعادة ما تجد الدولة المضيفة للاستثمار نفسها مرغمة بقبول هذا الشرط رغم ما يمثله من انتقاص لسيادتها الوطنية ، حتى تتمكن من جذب المستثمرين الأجانب ودفع عجلة التنمية الاقتصادية إلى الأمام .

والحقيقة أن للمستثمر الأجنبي عذره في الغالب لعدم تسليمه بالقضاء الوطني للدول النامية لما يراه فيه من سلبيات تثير مخاوفه وتشعره بعدم الاطمئنان على مستقبل مشروعه ومنها :

1- تعقيدات بعض الأنظمة القانونية والإجراءات الداخلية ، والتوسع في فكرة النظام العام على حساب مصلحة وحقوق الطرف الآخر .

2- تميز التحكيم بالسرعة في حل المنازعات وضمن الخبرة القضائية الكافية والحفاظ على سرية الدعاوى والمعاملات التي يتطلبها النشاط الاقتصادي .

3- تغلّل الطرف الأجنبي بأن إجراءات التقاضي في الدولة المضيفة للاستثمار غير مألوفة لديه .

4- تخوف الطرف الأجنبي من تأثر القاضي الوطني بمصالح دولته وعدم إلتزامه بالحيادة في الحكم .

5- الخوف من بطء إجراءات التقاضي أمام القضاء الوطني وتعدد طرق الطعن .

6- التشكيك في قدرة المحاكم الوطنية للدول النامية من البت في المنازعات ذات الصلة بالأمر التقني والاقتصادية المعقدة الناشئة عن عقود الاستثمار .

7- التحكيم التجاري الدولي يوفر الضمانات الكافية للمستثمر الأجنبي خاصة عند مخاصمته للدولة ذاتها ، إذا كان الاتفاق مبرماً معها أو مع إحدى مؤسساتها العامة .

تلك إذاً أهم حجج ومبررات الطرف الأجنبي لعدم رضائه بالقضاء الوطني وإصراره على شرط التحكيم التجاري الدولي وإرغام الدولة إلى التنازل عن جزء من سيادتها والخضوع لأحكام صادرة من خارج إقليمها الوطني .

وحتى تتمكن الدول النامية من بناء قضائها على أسس موضوعية سليمة في هيئة قضاء متخصص قائم على دعائمي الكفاءة والعدل في ظل نظام قانوني يضمن حياد القاضي واستقلاله يبقى للمستثمر الأجنبي العذر الكافي في اختيار التحكيم الدولي ، بما يصاحب ذلك من سلبيات ومخاطر على الدولة المضيفة للاستثمار ...

القانون الليبي وضمانات المستثمرين :

عرفت ليبيا نظام الاستثمار الأجنبي مبكراً ، وكان ذلك في مجال النفط ، إذ صدر قانون البترول رقم 5 لسنة 1955 ميلادية وكانت نصوصه تصبُّ في مصلحة المستثمر الأجنبي نظراً للظروف التاريخية والاقتصادية التي صدر فيها وهيمنة الشركات الأجنبية التي شاركت في اعاده ، فحرم الدولة الليبية من امتيازات الإدارة التي تخولها سلطة تعديل العقد أو إخضاع المنازعات الناشئة عنه إلى القضاء الإداري ، وُصِّفَ فيه على استبعاد اختصاص القضاء الوطني ، وكان شرط التحكيم من أولى الضمانات التي يشترطها المستثمر الأجنبي الذي كان من الأنسب له أن تتم الإحالة على مؤسسة تحكيم غربية .

وفي بداية السبعينيات من القرن الماضي ولما شهدت البلاد من حركة عمرانية واقتصادية نشطة بدأت الدولة تحذُّ من اشتراطات التحكيم الدولي فصدر القانون رقم 76 لسنة 1970 ميلادية الذي حظر في مادته الأولى اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها حيث نصت على أنه " يقع باطلاً كل شرط في العقود التي تبرمها الوزارات والمصالح والمؤسسات العامة ، يتضمن فض المنازعات الناشئة عن العقد بطريق التحكيم أو باختصاص جهة قضائية أخرى غير القضاء الليبي . وعلى الجهات التي تبنت في العطاءات أن تستبعد أي عطاء مقترن بهذا الشرط ما لم يتنازل عنه مقدم العطاء . " ولكن ما هي الا أشهر قليلة حتى صدر القانون رقم 1 لسنة 1971 معدلاً للقانون رقم 76 سالف الذكر وأجاز اللجوء إلى التحكيم بعد موافقة مجلس الوزراء ، وجعلت لائحة العقود الإدارية الصادرة سنة 1980 التحكيم على سبيل الاستثناء ، وهو ذات ما ورد باللائحة رقم 813 لسنة 1983 مع النص على أن يكفل للجانب الليبي نفس الفرص فيما يتعلق باختيار المحكمين وسلطاتهم ، ثم أصدر المشرع القانون رقم 5 لسنة 1997 بشأن تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وأستحدث من خلاله هيئة تشجيع الاستثمار وأعاد بموجب مادته الرابعة والعشرين للقضاء الوطني اختصاصه في نظر منازعات الاستثمار ، إذ نصت على أنه : " يعرض أي نزاع ينشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة إما بفعل المستثمر أو نتيجة لإجراءات اتخذتها ضده على المحاكم المختصة في ليبيا ، إلا إذا كانت هناك اتفاقية ثنائية بين ليبيا والدولة التي ينتمي إليها المستثمر أو اتفاقيات متعددة الأطراف تكون ليبيا والدولة التي ينتمي إليها المستثمر طرفين فيها ، تتضمن نصوصاً متعلقة بالصلح أو التحكيم أو اتفاق خاص بين المستثمر والدولة ينص على شرط التحكيم " .

ورغم وجود هذه النصوص التي أعادت للقضاء الوطني الاختصاص بنظر منازعات الاستثمار ولو جزئياً إلا أن حرص المستثمر الأجنبي على ادراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد أبقى تلك النصوص حبراً

على ورق ، وكبدت الكثير من دعاوى التحكيم الجانب الليبي تكاليف باهضة خاصة في المشاريع الكبرى ، أما عقود المقاولات الصغرى التي كانت من نصيب شركات أجنبية صغيرة لا تحضى بشهرة عالمية فقد كانت تخضع منازعاتها للقضاء الوطني – قضاء دولة العقد – وقد تعاطى معها القضاء الليبي من خلال دوائر القضاء التجاري بمهنية وأصدر فيها أحكاماً أنصفت الطرفين ، ومنها شركات تركية وإيطالية ويونانية ولم تجحف المحاكم الليبية على مختلف درجاتها في حق المستثمر الأجنبي الذي كان يعامل على قدم المساواة مع إدارات وأجهزة الدولة المتعاقدة ، بعكس التحكيم الدولي الذي أجحف في حق الدولة الليبية من خلال اصداره أحكاماً جائرة ضدها ، متجاهلاً الكثير من المعطيات والظروف الاقتصادية في البلاد ...

اعداد / فرج أحمد معروف

المستشار بالمحكمة العليا الليبية