المحور الرابع : ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري

يعرف الضمان بانه " **قواعد منظمة على شكل قوانين تضمن حقوق للمستثمر وتتعهد الدولة بتنفيذ التزاماتها اتجاهه** "، هذا وتنقسم الضمانات الاستثمار من حيث طبيعتها الى شكلين ،وهي ضمانات موضوعية وأخرى اجرائية .

اولا - الضمانات الموضوعية : هي تلك الحقوق التي تتعهد بها الدولة المضيفة للاستثمار بتقديمها للمستثمر الاجنبي في حالة قدومه للاستثمار فيها وحمايتها ، وهذه الحقوق سواء تضمنتها تشريعاتها الداخلية التي تصدرها او ضمن احكام اتفاقيات دولية التي تكون طرفا فيها وصادقت عليها، لذلك سوف يتم تقسيم هذه الضمانات الى ضمانات اتفاقية وأخرى قانونية .

1- الضمانات الاتفاقية : في سبيل تشجيع الاستثمار الاجنبي عملت معظم الدول على وضع الحد الادنى للحماية اللمنوحة للمستثمر الاجنبي وذلك من خلال منحه ضمانات بموجب اتفاقيات دولية ويكون ذلك بموجب اتفاقية ثنائية او معاهدات دولية ،لذلك سوف نتطرق الى المعاهدات والاتفاقيات الثنائيى التي وقعتها الجزائر في هذا الشأن .

ا- الانضمام إلى المركز الدولي للفصل في المنازعات المتعلقة بالاستثمارات: أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بمقتضى اتفاقية واشنطن في إطار الجهود التي قام بها البنك الدولي للإنشاء و التعمير، وكان الغرض من إنشائه هو توفير وسائل الصلح والتحكيم في الخلافات الناجمة عن الاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى.

ولقد وافقت الجزائر على اتفاقية واشنطن المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بموجب الأمر 95-04المؤرخ في 21-01-1995 وصادقت عليه بموجب المرسوم الرئاسي 95-346 المؤرخ في 30-10-1995 ويلزم المركز اطراف النزاع بتطبيق القواعد الاجرائية للتحكيم التي تضمنتها اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية، وقد كرست الجزائر ذلك في قوانينها لاسيما الأمر01-03 المعدل و المتمم بالأمر06-08 المتعلق بتطوير الاستثمار الذي منح ضمانا قضائيا يتمثل في إمكانية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بموجب قواعد التحكيم التجاري الدولي.

ب- المصادقة عل اتفاقية انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار(AMGI) : أنشئت هذه الوكالة تحت رعاية البنك الدولي للإنشاء والتعمير بموجب اتفاقية سيول المبرمة في 11 أكتوبر 1985، و لرغبة من الجزائر في تشجيع الاستثمار الاجنبي وحرصا منها لضمان الاستثمارات المنجزة على أراضيها، فقد وافقت عليها بموجب الأمر 95-05المؤرخ في 21 جانفي 1995 ثم صادقت عليها في 30 أكتوبر 1995 بموجب المرسوم الرئاسي 95-345، وقد أنشئت هذه الوكالة من أجل أن تتحمل التوابع المالية الناجمة عن الخطر غير التجاري اللاحق بالمستثمر الاجنبي في الدولة العضو، عن طريق إبرام عقود تأمينات وإعادة التأمين مع الدول الأعضاء فيه.

ج - الاتفاقيات الاقليمية : من أهم الاتفاقيات الاقليمية التي انضمت إليها الجزائر وهي المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وهي مؤسسة أنشئت في 01 أفريل 1972 بالكويت بعد أن صادقت عليها خمس دول عربية، لها الشخصية القانونية والاستقلال الإداري والمالي على دول الأعضاء، كما نصت الاتفاقية المنشئة لها على تمتعها بكافة الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها في كافة الدول العربية المتعاقدة ، وقد انضمت الجزائر إلى هذه المؤسسة بموجب الأمر72-16 المؤرخ في 07 جوان 1972 لتشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية إلى الجزائر ومن الجزائر نحو بقية الدول العربية، وهذا لتمويل جهودها الإنمائية ودعم علاقتها الاقتصادية في إطار التعاون الفعال مع الدول العربية، وتهدف هذه المؤسسة الى :

- توفير الضمان للمستثمر العربي عن طريق تعويضه تعويضا مناسبا في حالة الخسائر المادية الناجمة عن المخاطر غير التجارية .

-تشجيع انتقال رؤوس الاموال العربية بين الدول العربية وذلك بتحديد الفرص الاستثمارية والبحث عنها والتعريف بها فهي تقوم بدور الوسيط في مجال الاستثمار بين الدول العربية .

2- الضمانات القانونية : جاء قانون الاستثمار 16-09 بعد ضمانات قانونية نصت عليها المواد (21،22،23،24،25)

ا- ضمان المساواة في المعاملة : من الضمانات القانونية التي تشكل حافزا للمستثمر الاجنبي هو المساواة في المعاملة بينه وبين المستثمر الوطني،فالقانون الجديد للاستثمار نص في مادته 21 على أن المستثمرون الاجانب سواء كانوا أشخاص طبيعيون أو معنويون فإنهم يتلقون معاملة عادلة ومنصفة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبطة باستثماراتهم مع مراعاة احكام الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الاطراف من قبل الدولة الجزائرية،

غير ان تتبع الدولة في اطار سياستها الاستثمارية وتنظيم ملكية واستغلال مواردها وثرواتها الطبيعية سياسة تميزية في معاملة المستثمرين من شانها ان تعيق تدفق الاستثمارات اليها ، هذ التميز قد يكون من خلال عدم المساواة في فرض القيود او في منح الامتيازات والتسهيلات بين المشاريع الاستثمارية او بين المستثمرين ، سواء كان هذا التميز حاصلا مابين المستثمرين الاجانب من جهة المحليين من جهة ثانية او يكون بين المستثمرين الاجانب فيما بينهم

ب- شرط الثبات التشريعي:

ان هذا التثبيت والتجميد للتشريع يعتبر ضمانا مهما من شأنه أن يكون عنصرا فعالا في تحفيز المستثمرين الاجانب على الاستثمار في ظل قانون ثابت ومستقر، يتيح للمستثمر ارضية معروفة مسبقا لأن التغيرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمار غالبا ما تضيع على المستثمرين فرص تحقيق الربح إلا اذا كانت هذه التغيرات في صالح المستثمر الاجنبي ورضي بها، لذا يتوجب على المشرع الجزائري أخذ هذا الامر بمحمل الجد وأن يعمل على استقرار تشريعاته في ميدان الاستثمار حتى يتسنى له

الوصول إلى مناخ استثماري من شأنه استقطاب الاستثمارات الاجنبية المباشرة المرجوة لتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة.

1- تعريف الثبات التشريعي : يعرف شرط الثبات التشريعي على أنه " تثبيت النظام القانوني الساري بالدولة عند لحظة معينة بما يكفل للمستثمر أن يرتب تعاقداته عند ذلك التوقيت تجنبا لإحداث الدولة تعديلات تشريعية أو تغيير أنظمة الحكم بالدولة المضيفة "، بمعنى أن الدولة تتعهد بمنح المستثمر الاجنبي المزايا الممنوحة في نصوص العقد مع التعهد باستمرارها حتى في حالة تعديلها لهذا القانون.

2- صور الثبات التشريعي : قد يتخذ شرط الثبات التشريعي عدة صور على النحو الذي يحقق الغاية المرجوة منه وذلك على النحو التالي :

ا-**الصورة الاولى:شرط الثبات الهادف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد**. ويتحقق هذا الشرط بالنص في العقد المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي المتعاقد على أن قانون الدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق على العقد على النحو الذي سيكون عليه هذا القانون وقت إبرام العقد أو في وقت تنفيذه.

ب- **الصورة الثانية:شرط الثبات وعدم سريان التعديلات الجديدة على القانون الواجب التطبيق على العقد**. طبقا لهذه الشروط تتعهد الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي بتحصين العقد ضد أية تغيرات تشريعية أو لائحية تطرأ في المستقبل والنص على عدم سريانها في العلاقات التعاقدية الناشئة بينهما، وبذلك يكون المستثمر الأجنبي بمنأى عن أي تعديل تشريعي لاحق يمكن أن يرد على القواعد القانونية المنظمة للاستثمار.

3- موقف المشرع الجزائري من شرط الثبات التشريعي. مهما يكن من أمر إدراج الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وما يترتب على هذا من نتائج خاصة على الدول المضيفة للاستثمار، فإن العمل بهذا المبدأ صار منتشرا في كثير من تشريعات الدول المضيفة للاستثمار وخاصة الدول النامية، بل صار إجراء لابد منه إذا أرادت هذه الدول جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، ذلك أن المستثمر الأجنبي يفضل النظام القانوني الذي لا يطرأ عليه تغيير عميق حتى يتمكن من وضع إستراتيجية كاملة لاستثماراته، كما أن تطور العلاقات الاقتصادية الدولية أصبح يفرض هذا النوع من الإجراءات بين الدول.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الاستثمار16-09 في المادة 22 وهي نفسها المادة 15 من الامر 01-03"لا تسري الاثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا على الاستثمارات المنجزة في اطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، كما نصت المادة 35 من القانون16-09 على انه"يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة فيما يخص المزايا والحقوق الاخرى التي استفاد منها بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون والتي انشئت تدابير لتشجيع الاستثمار".

وهذا التثبيت والتجميد للتشريع يعتبر ضمانا مهما من شأنه أن يكون عنصرا فعالا في تحفيز المستثمرين الاجانب على الاستثمار في ظل قانون ثابت ومستقر، يتيح للمستثمر ارضية معروفة مسبقا لأن التغيرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمار غالبا ما تضيع على المستثمرين فرص تحقيق الربح إلا اذا كانت هذه التغيرات في صالح المستثمر الاجنبي ورضي بها.

ج-ضمان عدم الاستيلاء : ان الدولة ذات سيادة حرة في الاستيلاء على الاموال الواقعة على اقليمها للمصلحة العامة باعتبارها صفة من صفات السيادة التي تتمتع بها كل دولة على الاموال الموجودة داخل اقليمها بشرط ود الواردة على هذا الحق وذلك من خلال :

-الالتزام بمبدأ المساواة وعدم التميز في الاستيلاء

-ان يكون الاستيلاء لتحقيق المنفعة العامة

-ان يكون هناك مقابل عادل ومنصف لهذا ا استيلاء.

ويقصد بالاستيلاء هو **" قيام الدولة بتجريد الاشخاص من حقوقهم على الاشياء بمقتضى سلطاتها العامة عن طريق نزع الملكية او التأميم او المصادرة ..."**، لذلك نجد المشرع الجزائري في **المادة 23** من قانون ا استثمار 16-09 نص على انه **" زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن ان تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ، يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف "** ، كما ان دستور 2016 نص في المادة 22 على انه **" لا يتم نزع الملكية الا في اطار القانون ويترتب عنه تعويض عادل ومنصف "**. ان القصد من التعويض هو تغطية الضرر ،لتمكين المستثمر من شراء مشروع مماثل او العقار الذي انتزع منه .

1- ضمان عدم نزع الملكية : يعرف نزع الملكية بانه "الاجراء الذي تتخذه الدولة او احد هيئاتها العامة لنزع ملكية اموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض يمنح لمالكيتها " ويعد هذا الاجراء محظورا لدى اغلب دول العالم وخاصة القوانين الاستثمارية وهذا لما يسبب من اثر سلبي على تشجيع ا استثمار لذلك لا تقوم به الدولة الا في حاجتها الى تحقيق مصلحة عامة وفق الشوط التالية وهي:

- ان يكون الهدف من الاجراء تحقيق مصلحة عامة

- ان يكون بقرار اداري صادر من السلطة المختصة

- يجب ان تقوم الدولة بتعويض مالكها تعويضا عادلا .

ان نزع الملكية اسلوب قانوني يمكن للإدارة بصفة استثنائية وفي وقت مستعجل من الحصول على ملكية العقار او اموال،وذلك حتى لا تتعطل غايتها الاساسية في ضمان سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة،وذلك بسبب عد امتلاكها لهذه الاماكن اللازمة او ان الافراد رفضوا برضاهم منح ممتلكاتهم او انهم طالبوا بتعويضات كبيرة تفوق قيمتها الحقيقية .

2- ضمان عدم التأميم : يعرف التأميم بأنه **" اجراء يتم بموجبه نقل وسائل الانتاج من الملكية الخاصة الى الملكية العامة "** ويكون ذلك بواسطة قرار يصدر عن السلطة العامة في الدولة بغرض استغلالها للمصلحة العامة ، والتأميم هو عكس الخوصصة التي يقصد بها نقل وسائل الانتاج من الملكية العمة الى الملكية الخاصة ، فالدولة قد تلجأ الى التأميم في حالة تغير توجهها الاقتصادي او رغبتها في السيطرة على قطاعات استراتجية كانت تحت ادارة الاجانب ، والمشرع الجزائري قد استبعد امكانية التأميم نهائيا ، كما تجسد هذا الاعتراف من خلال نص المادة 23 من قانون الاستثمار 16-09

3- ضمان عدم المصادرة : تعرف المصادرة **بأنها " اجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل او بعض الاموال والحقوق المالية المملوكة لأحد الاشخاص دون مقابل "** ، والمصادرة نوعان ادارية وقضائية

ا- المصادرة الادارية : يكون عن طريق السلطة التنفيذية وهي اجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الامن والصحة والسلامة العامة ، وهي تحدث في الغالب في اعقاب الثورات الاجتماعية والتغيرات السياسية .

ب- المصادرة القضائية : فهي عقوبة توقع في مواجهة شخص او عدة اشخاص معينين وبمقتضاها تستولي الدولة على كل او بعض الاموال المملوكة لهؤلاء الاشخاص دون اداء أي تعويض ويكون ذلك بموجب حكم قضائي.

4- ضمان تحويل الارباح :

اذا من حق المستثمر الاجنبي تحويل الارباح التي حققها مشروعه الاستثماري وهذا الحق مكفول له في جل تشريعات الاستثمار،وأن النص قانونيا على منحه هذا الحق يلعب دورا حاسما في جلب المستثمرين الاجانب،فما الفائدة التي يجنيها المستثمر الاجنبي إذا كان محروما من الاستفادة من فوائد المبالغ المالية التي قدمها في تأسيس المشروع او تحويل ارباحه وعائدات استثماراته أو حتى ناتج التنازل عن مشروعه الاستثماري او تصفيته،غير أن الجديد الذي حمله القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار هو أنه بعدما كانت هذه الحق ضمن الاحكام المختلفة صارت في الضمانات التي يتمتع بها المستثمر الاجنبي ،اضافة إلى قبول المشرع الجزائري لإعادة الاستثمار في الرأسمال والفوائد وأرباح الاسهم المصرح بها من طرف المستثمر الاجنبي كحصص خارجية وتستفيد من ضمان التحويل، وقبول الحصص العينية التي مصدرها خارجيا وتقيمها لتصبح قابلة للتحويل وهذا طبقا الى القواعد والإجراءات التي تحكم انشاء الشركات،وهذا ما نصت عليه المادة 25 من هذا القانون بقولها "**تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه ،الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي ،ومدونة بعملة حرة التحويل يسعرها بنك الجزائر بانتظام ،ويتم التنازل عنها لصالحه والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب تكلفة المشروع،ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم،كما**

تقبل كحصص خارجية ،إعادة الاستثمار في الرأسمال والفوائد وأرباح الاسهم المصرح بقابليتها للتحويل طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما "

الضمانات الاجرائية للاستثمار في التشريع الجزائر

عمل المشرع الجزائري على توفير سبل الحماية اللازمة كضمان للمستثمرين الأجانب تعبيرا منه وإثباتا عن جديته في تشجيع الاستثمارات الأجنبية المساهمة في ضمانها على إقليمه، وهذه الوسائل القانونية المتاحة للتسوية منازعات الاستثمار تتمثل في القضاء الدولي والوطني بالإضافة الى الوسيلة المهمة والتي يفضلها المستثمر الاجنبي والمتمثلة في التحكيم التجاري الدولي .

اولا - القضاء كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار : يعد القضاء بنوعيه الوطني والدولي من الوسائل المهمة في تسوية منازعات الاستثمار خاصة وان الدولة المضيفة للاستثمار تفضله كآلية لتسوية المنازعات التي تثور بينها وبين المستثمر الاجنبي.

1 - القضاء الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار : إن المشرع الجزائري برغم إقراره لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبية إلى القضاء الوطني كخيار في المركز الأول، إلا أنه جعل لهذا الخيار استثناءات تكون سارية النفاذ في حالة وجود الدولة طرفا في اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف ، فيمكن اللجوء إلى القضاء الدولي أو التحكيم لتسوية هذا النزاع، وتتولى بعض الهيئات جملة من الصلاحيات في مجال فض المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وقد تكون الهيئة ذات اختصاص عام مثل محكمة العدل الدولية أو ذات اختصاص اقليمي كمحكمة الاستثمار العربية.

ا - محكمة العدل الدولية : أنشئت محكمة العدل الدولية بإنشاء الأمم المتحدة عام 1945، وقد نصت المادة 92 من الميثاق المنشئ لها على أن **"محكمة العدل الدولية هي الاداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة "** وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق، وتعد المحكمة أكبر هيئة قضائية تتولى تسوية المنازعات طبقا لقواعد القانون الدولي يتواجد مقرها في لاهاي في هولندا.

وقد نصت المادة (34) من النظام الأساسي للمحكمة الفقرة الأولى **" إن الدول وحدها هي التي يحق لها التقاضي أمام المحكمة "** ، هذا لا يمنع أن ترفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية تطالب بحق لأحد رعاياها كنتيجة لحق الحماية الدبلوماسية المقرر رعايته متى توفرت الشروط المطلوبة وقد أقرت محكمة العدل الدولية هذا الحق بالإشارة إليه في قولها أنه " **يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي ، أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى ، أو يكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على ترضية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية** "

فالمستثمر كشخص طبيعي او معنوي لا يمكنه عرض النزاع امام هذه المحكمة بصفته وانما يكون ذلك تحت رعاية دولته (قد ترفض دولته هذا الامر نتيجة علاقات ودية بينها وبين هذه الدولة)، وهذا

ما يجعل هذا الجهاز غير مجدي بالنسبة للمستثمر الاجنبي لحسم النزعات التي تثور بينه وبين الدولة المضيفة له .

ب - محكمة الاستثمار العربية : جاءت محكمة الاستثمار العربية كهيئة قضائية مختصة في فصل النزاعات الاستثمارية التي قد تحدث بين أعضاء جامعة الدول العربية . وقد انشأت محكمة الاستثمار العربية بموجب المادة 28 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية و مهمتها الاساسية حسم المنازعات الاستثمارية ، وقد تم المصادقة عليها بمؤتمر القمة الحادي عشر (11) الذي عقد بمدينة (الأردن) خلال الفترة من 25-27 نوفمبر 1980 ، ووقعت الاتفاقية بتاريخ 27-11-1980 بمدينة عمان الأردن ، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ لإنشاء محكمة الاستثمار العربية ابتداء من تاريخ 09-09-1981 والتي نظمت اليها 21 دولية ، وعلى الرغم من إطلاق إشارة البدء في عمل محكمة الاستثمار العربية منذ التاريخ المذكور إلا أنها لم تخرج إلى حيز الوجود الفعلي إلا عام 1994 وقد انظمت إليها الجزائر في 27 فيفري 1996 .

وما يؤخذ على الأحكام التنظيمية لمحكمة الاستثمار العربية هي أنها اكتفت بالفصل في النزاعات التي يكون أطرافها من الدول العربية المنظم للاتفاقية المنشئة لها .إن هذا الامر يقلل من اختصاصها كمحكمة دولية كان من المفروض توسيع نطاق اختصاصها ليشمل المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين الأجانب والدول العربية أو تلك التي تنشأ بين المستثمرين العرب والدول الأجنبية.

2 - القضاء الوطني كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار:

من خلال نص **المادة 24** من قانون الاستثمار 16-09 فقد نصت على انه **" يخضع كل خلاف بين المستثمر الاجنبي والدولة تسبب فيه المستثمر الاجنبي او بسبب اجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه للجهات القضائية الجزائرية المختصة اقليميا ، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية او متعددة الاطراف ابرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم "**

ان هذه المادة تمنح الاختصاص إلى القضاء الوطني بالدرجة الأولى وهو بذلك يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي التي تنص عليها المادة 41 من القانون 08-09 بقولها **" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي ، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر ، أمام الجهات القضائية الجزائرية ، لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري، كما يجوز أيضا أن يكلف بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين "** .

ثانيا - موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني : إن اللجوء إلى القضاء الوطني في مجال الاستثمارات الأجنبية المباشرة قد يعترضه العديد من المآخذ، لاسيما من جانب المستثمر الأجنبي ومنها :

1- الشك في حياد القضاء الوطني حيال دعاوى تكون دولته طرفا فيها في مواجهة المستثمر الأجنبي.

2- أن المستثمر الأجنبي يتعذر دائما بجهله وعدم درايته وعلمه بالقوانين وإجراءات التقاضي في الدولة المضيفة.

3- بطء الاجراءات القضائية وذلك نتيجة لتراكم القضايا المعروضة على القاضي، بالإضافة إلى تعدد درجات التقاضي وهو ما لا يتناسب مع طبيعة منازعات الاستثمار التي تقتضي السرعة في فصل النزاع.

4- افتقار محاكم الدولة المضيفة إلى الخبرة اللازمة لحسم منازعات الاستثمار، التي تحتاج عادة إلى خبراء ذوي مؤهلات عالية في هذا المجال خاصة في الدول النامية.

ثالثا : التحكيم التجاري الدولي كضمان إجرائي لتشجيع الاستثمار

1 - تعريف التحكيم : المقصود بالتحكيم في منازعات الاستثمار هو ايجاد وسيلة معتمدة لحل المنازعات بين الخصوم والذي ازدادت اهميتها في مجال التجارة الدولية والاستثمارات العلاقات الاقتصادية وتشكابتها ، حيث وجد اطراف النزاع في المجال الاقتصادي مقصدهم بوصفه قضاء متخصص يقوم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بسبب العقود الدولية .

ا- **التحكيم في اللغة :** هو التفويض في الحكم ،فيقال استحكم اي صار محكما .

ب- **التحكيم في القران الكريم :** قال تعال " وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها "

ج- **التحكميم في السنة النبوية :** جعل الرسول صلى الله عليه وسلم سعد ابن معاذ حكما على النزاع الذي جرى بينه وبين بنو قريضة في حادثة غزوة الاحزاب ووافق اليهود على قبول سعد محكما وقد جاء حكمه موافقا لحكم القران .

د- **تعريف التحكيم اصطلاحا :** يعرف التحكيم بأنه **" الطريقة الذي تختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد، عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء "** .

2- **انواع التحكيم** :هناك نوعين من التحكيم(هما التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي وقد يكون وطنيا او دوليا :

ا- **التحكيم الحر (الخاص) :** هذا النوع الاول تتفق فيه الاطراف المتنازعة على تشكيل المحكمين وتحدد القواعد الاجرائية للتحكيم، ويكون خاص بتلك القضية وتفضله الدول لأنه يخلوا من تحيز او من ارتباط المركز بدولة المقر وهذا النوع يراعى فيه مصالح الطرف الضعيف .

ب- **التحكيم المؤسساتي :** يكون هذا النوع ممن خلال هيئات ومنظمات دولية مثل مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم ومركز لندن لتحطيم ، وللإشارة ان لوائح هذه المراكز والهيئات واجبة التطبيق بمجرد اختيار الاطراف لها .وتكون القواعد الاجرائية موضوعة من طرف تلك المؤسسة او الهيئة الدولية .

ج- التحكيم الوطني : يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره ويعين له محكمين وطنين يصدرون حكم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني ، وهذا النوع من التحكيم لا يثير أي اشكال في التنفيذ.

د- التحكيم الدولي : هناك نوعين من التحكيم الدولي العام والخاص ،فالدولي العام يكون بين الدول فيما يخص خلافات اقتصادية ، ام الدولي الخاص ،فانه يفصل في المنازعات التجارية المشتملة على عنصر اجنبي يهدف الى حل المنازعات المالية ذات الطابع الدولي .

3- صور التحكيم : هذا وقد تتخذ وسيلة التحكيم صورة الشرط او الاتفاق ،

ا- شرط التحكيم: يكون اللجؤ الى التحكيم بند من بنود العقد ويكون قبل حدوث النزاع ولا يتضمن التفاصيل الخاصة بالعملية التحكمية.

ب - اتفاق التحكيم : يمكن ان يكون الاتفاق سابق على نشؤ النزاع وقد يكون لاحق ويتضمن حالة تفصيلية للعملية التحكمية .

4- التحكيم في التشريع الجزائري :

عرف المشرع الجزائري التحكيم في القانون 08-09 في مادته 1039 التي تنص على ما يلي : **" يعد التحكيم دوليا ، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل "**. يتضح من خلال التعريف أن المشرع الجزائري اشترط حتى نكون امام التحكيم التجاري الدولي شرطين هما:

1- أن يكون دوليا.

2- أن يكون متعلقا بنزاع حول مصالح ذات طابع اقتصادي.

5 - شروط صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي : وضعت التشريعات والاتفاقيات الدولية شروطا شكلية وأخرى موضوعية يترتب على تخلفها بطلان الاتفاق، غير أنها لم تتفق كلها حول مفهوم هذه الشروط ، منها من وسع في مفهومها ومنها من ضيق هذا المفهوم إلى أدنى حد.

ا- الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي : حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا لابد من توفر شرط الكتابة وقد أوجب المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة شرط التحكيم، وهذا ما نصت عليه في المادة 1008 من القانون 08-09 في قولها" **يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها ".**

ب- الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي: وضع المشرع الجزائري ثلاثة شروط موضوعية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي حتى تكون اتفاقية التحكيم صحيحة هي:

ا - القانون الذي اختاره الأطراف

ب- القانون الذي ينظم موضوع النزاع

ج - القانون الذي يراه المحكم مناسبا.

بالإضافة إلى الشروط العامة وهي: التراضي وأهلية أطراف اتفاق التحكيم والمحل والسبب التي تعتبر أركان العقد.

6- الاعتراف بالقرارات التحكيمية وتنفيذها وطرق الطعن فيها :

يعتبر الاعتراف بهذه القرارات وطرق الطعن فيها أهم مرحلة من الناحية العملية لأنها تؤكد فعالية نظام التحكيم المعمول به في الدولة، وقد وضع المشرع شروط للاعتراف بالقرارات التحكمية الدولية في الجزائر وهي:

1- يجب إثبات القرار التحكيمي وذلك بتقديم النسخة الأصلية للقرار مرفقة باتفاقية التحكيم .

2- يقوم المحكم أو أحد الأطراف بإيداعها لدى الجهة القضائية المختصة، وهو رئيس المحكمة التي تم صدور القرار في دائرة اختصاصها أو رئيس المحكمة محل التنفيذ إذ انعقدت هيئة التحكيم في الخارج.

3 - يجب أن لا يكون القرار مخالف للنظام العام الدولي

7- مبررات اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار : يفضل الأطراف في عقود الاستثمار اللجوء إلى التحكيم في حسم منازعاتهم ويرجع ذلك إلى عدة أسباب اهمها :

ا- التحكيم قضاء متخصص : فهو يكفل المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الاستثمار، التي يتطلب فض منازعاتها معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، ذلك أن وجود قضاء متخصص سيحقق العدالة بين أطراف النزاع .

ب- السرعة في الإجراءات : فإجراءات التحكيم مرنة تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت

ج- حرية الأطراف في التحكيم : يمكن الأطراف من حرية اختيار نوع التحكيم فلهم أن يختاروا إما أن يكون التحكيم خاصا أو تحكيما مؤسسيا .

د- سرية التحكيم : إن اختيار الأطراف للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات مبعثه ما يتميز به من سرية، فجلسات التحكيم غير علنية وعدم نشر الأحكام تعتبر من المميزات الهامة للتحكيم ، لأنه يحافظ على المراكز المالية أو الاقتصادية لأطراف التحكيم .