جامعـــــــــــــة 8 مـــــاي 1945 قالمـــــــــة.

كليـــــــــــــة الحقـــــوق

محاضرات موجهة لطلبة السنة أولى ماستر أعمال

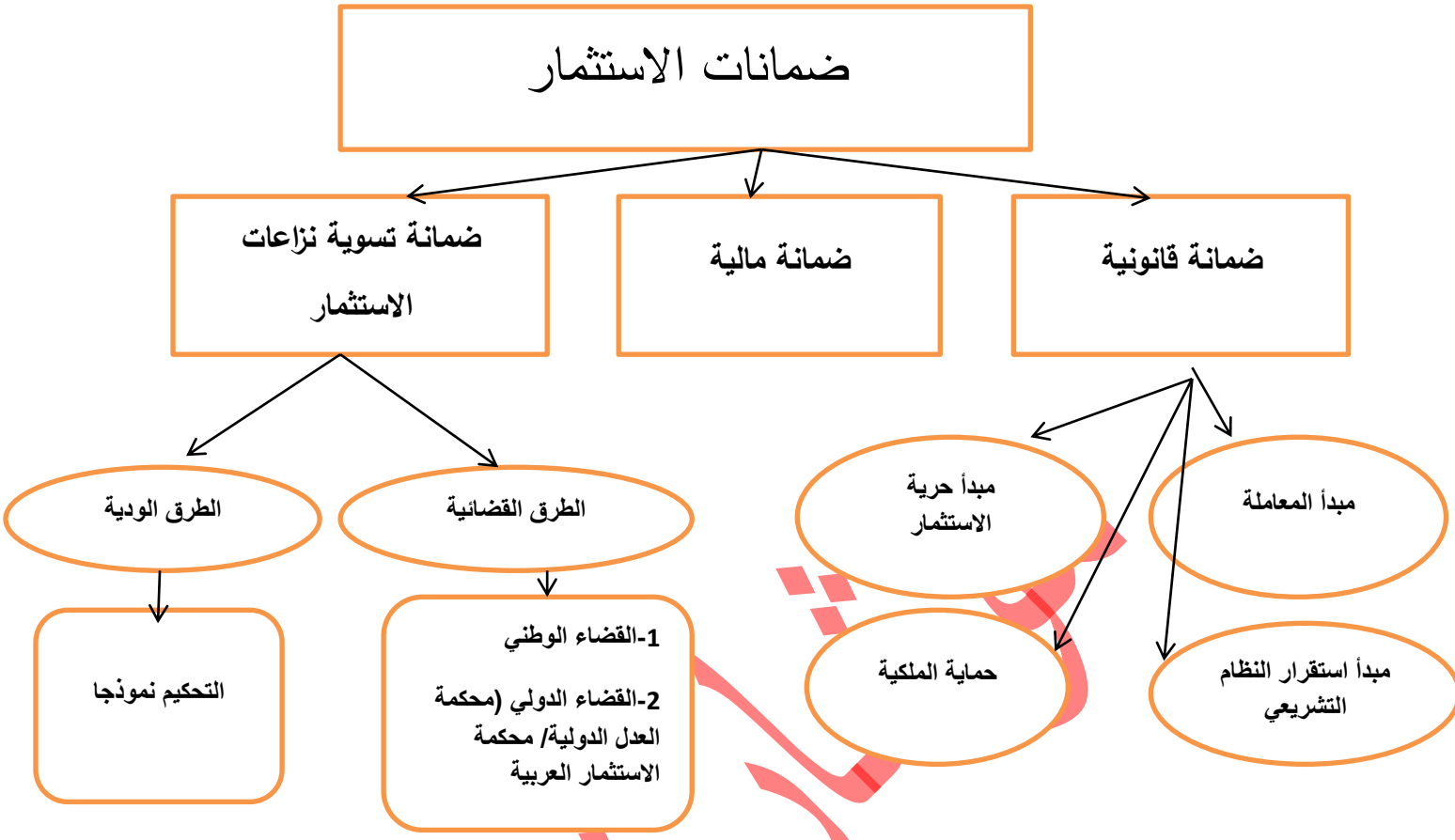
مادة: نظـــــام الإستثمـــار

(المحور الثاني: ضمانات الاستثمار)

من إعداد أستاذة المادة: موشارة حنان

موشارة حنان

السنة الجامعية 2023-2024


ضمانات الاستثمار
ضمانة تسوية نزاعات الاستثمار
ضمانة مالية
ضمانة قانونية
الطرق الودية
الطرق القضائية
مبدأ حرية الاستثمار
مبدأ المعاملة
التحكيم نموذجا
1-القضاء الوطني
2-القضاء الدولي (محكمة العدل الدولية/ محكمة الاستثمار العربية
حماية الملكية
مبدأ استقرار النظام التشريعي

مذكرة ماستر

الضمانة القانونية

مبدأ المعاملة.

تبنى المشرع الجزائري في إطار **قانون الاستثمار 22-18** مبدأ الشفافية والمساواة حيث نصت **المادة 3 فقرة 2** منه على: " الشفافية والمساواة في التعامل مع الاستثمارات".

مبدأ حرية الإستثمار

ويعتبر مبدأ حرية الإستثمار مبدأ دستوري لا يجوز المساس به حيث نصت المادة 61 من دستور 2020.

إن مبدأ حرية التجارة والإستثمار ليس مطلقا وإنما هو حرية منظمة بهدف حماية النظام العام، وقد أكدت **المادة 3 فقرة 1 من قانون الإستثمار 22-18** على ذلك بنصها: "كل شخص طبيعي أو معنوي، وطنيا كان أو أجنبيا، مقيم أو غير مقيم، يرغب في الاستثمار، هو حر في اختيار استثماره وذلك في ظل احترام التشريع والتنظيم المعمول بهما"

إستقرار النظام التشريعي.

إستقرار النظام التشريعي هو تعهد صريح من الدولة بأن أي تعديل يطرأ في المستقبل على القانون لن ينتج آثاره على الطرف المتعاقد.

حيث نصت **المادة 13 من قانون 22-18 المتعلق بالاستثمار** على: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلا، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

موستارة خان

كما نصت **المادة 38 من نفس القانون** على إحتفاظ المستثمر بكافة الحقوق والمزايا التي إستفاد منها في ظل القوانين السابقة لصدور قانون 22-18 حيث نصت على: "يحتفظ المستثمر بالحقوق المكتسبة بطريقة قانونية بموجب التشريعات السابقة لهذا القانون.

دون الاخلال بأحكام المادة 32 (الفقرة 3) أعلاه، تبقى الاستثمارات المستفيدة من المزايا المنصوص عليها في القوانين المتعلقة بتطوير وترقية الاستثمار السابقة لهذا القانون وكذا مجموع النصوص اللاحقة به، خاضعة للقوانين التي تم التسجيل أو التصريح في ظلها إلى غاية إنقضاء مدة هذه المزايا".

حماية الملكية

أ-تكريسها

إعترف المشرع الجزائري بحق الدولة في نزع الملكية وقد أكد المشرع ذلك في **دستور 2020**[1] حيث تنص **المادة 60 فقرة 1 و 2** منه على:

"**الملكية الخاصة مضمونة.**

لا تنزع الملكية إلا في إطار القانون، وبتعويض عادل ومنصف".

بالنسبة لقانون **22-18 المتعلق بالإستثمار** فقد نص المشرع صراحة على حق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمستثمرين وهو ما نصت عليه **المادة 10** بقولها:" لا يمكن أن يكون الإستثمار المنجز محل تسخير من طرف الادارة إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون. ويترتب على التسبر **تعويض عادل ومنصف طبقا للتشريع المعمول به**".

[1] **مرسوم رئاسي رقم 20-442** المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 **المتعلق باصدار التعديل الدستوري** المصادق عليه في إستفتاء 1 نوفمبر 2020، جريدة رسمية عدد 82 بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

علما أن المشرع من خلال هذه المواد إشترط أن يكون التعويض عادلا ومنصفا دون أن يشير إلى خاصية القبلية التي تبناها سابقا في إطار **دستور 1989**

ب-صور نزع الملكية.

1-التأميم.

هو "عملية تحويل للملكية الخاصة إلى ملكية عامة تقوم بها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي في ميادين ذات أهمية وطنية مقابل تعويض بهذف تحقيق المصلحة العمومية"[2]

2-نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة

هو "تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعي الصالح العام بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة"[3].

علما أنه يجب أن يترتب عنه دفع تعويض.

3-المصادرة.

وتكون إدارية أو جنائية فهي عقوبة وبالتالي لا يترتب عنها دفع تعويض.

4-الإستيلاء

"الإستيلاء إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة وتتحصل بمقتضاه على حق الإنتفاع ببعض الاموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها"[4].

---

[2] **عيبوط محند وعلي**، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 266.

[3] **هشام خالد**، عقد ضمان الإستثمار-القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشانه-، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 172.

[4] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 278.

الضمانة المالية

يعتبر الحق في تحويل رأس المال المستورد من أهم الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي من قبل الدولة المستضيفة للإستثمار لجذب رؤوس الأموال الأجنبية[5]، إلا أن هذا الحق يخضع لجملة من الضوابط بهدف الرقابة على الصرف وحركة رؤوس الأموال.

يشترط للإستفادة من ضمانة تحويل رأس المال المستثمر أن يكون الإستثمار قد أنجز من مساهمات خارجية أي أن يكون رأس المال المستثمر تم بواسطة عملة صعبة قابلة للتحويل يتأكد بنك الجزائر من إستيرادها طبقا للقانون. أما الإستثمارات المختلطة فتستفيد أيضا من ضمانة التحويل المبالغ المساوية للمساهمة الأجنبية فقط أي رأس المال والأرباح ونتائج التصفية وقيمة التنازل

وقد حدد المشرع الجزائري الأموال القابلة للتحويل وتتمثل في[6]:

- **رأس المال المستثمر المستورد:** سواء كان نقدا أو عينا، ويتم التحويل حسب سعر الصرف الرسمي المعمول به يوم إجراء التحويل.
- **فوائد الإستثمار:** أي الأرباح المترتبة عن رأس المال المستورد.
- **المداخيل الناتجة عن التنازل أو التصفية.**
- **التعويض الناتج عن نزع الملكية:**

لم يحدد المشرع الجزائري البلد الذي سيتم إليه تحويل الأموال ضمن قانون الإستثمار 22-18 تاركا ذلك للإتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول الأجنبية

[5] **عيبوط محند وعلي**، المرجع السابق، ص 361.

[6] المادة 8 من **قانون 22-18 المتعلق بالاستثمار**، سبق ذكره.

ضمانة تسوية نزاعات الاستثمار

أولا: محكمة الإستثمار العربية

الإختصاص القضائي للمحكمة ترد عليه قيود من حيث موضوع النزاع المعروض على المحكمة أو من حيث الأطراف، مع العلم أنه لا يشترط في إختصاص المحكمة إستنفاذ الوسائل القضائية الداخلية. غير أنه متى لجأ المستثمر إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار إمتنع عليه اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية، على أنه إذا رفع النزاع أمام هاتين الجهتين القضائيتين في نفس الوقت كان قرار محكمة الاستثمار العربية هو الحاسم[7]:

-**من حيث موضوع النزاع:** تختص المحكمة بالفصل:

-المنازعات التي تتعلق على وجه الخصوص بتطبيق أحكام الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية[8].

-المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي يتفق أطرافها على اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة ولو كان هناك إتفاق سابق على عرض هذه النزاعات على التحكيم أو القضاء الدولي[9].

-**من حيث أطراف النزاع:** حيث يشترط:

-أن يكون النزاع قائما بين دولة عربية ودولة أخرى، أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة عربية.

-أن يكون النزاع بين كل ما ذكر من أطراف وأي من المستثمرين العرب.

---

[7] المادة 32 من الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية.
منشورة على موقع جامعة الدول العربية: http://www.leagueofarabstates.net

[8] المادة 29 من الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية

[9] المادة 30 من الإتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية

-أن يكون النزاع قائما بين الأطراف المذكورة أعلاه وبين الجهات التي توفر ضمانات الاستثمار وفقا للاتفاقية.

أي أنه يخرج من إختصاص المحكمة[10]:

-المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول العربية.

-المنازعات بين المستثمرين العرب والدول الأجنبية.

ينتهي عمل المحكمة بإصدار أحكام لا تعامل معاملة الأحكام الأجنبية وما يتبعها من إجراءات تنفيذ، بل تأخذ مرتبة الأحكام الوطنية فتصبح نافذة في كل الدول العربية الأطراف.

تكون الأحكام الصادرة قابلة للتنفيذ فور صدورها لحيازتها قوة الشيء المقضي فيه كونها غير قابلة للطعن. إلا أنه إستثناء على هذا المبدأ قررت شروط محددة على سبيل الحصر يجوز بموجبها قبول إلتماس إعادة النظر

ثانيا: التحكيم[11]

أنواع التحكيم.

1-شرط التحكيم ومشارطة التحكيم:

أ-شرط التحكيم.

وبه يتفق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير عقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم. وقد يرد الشرط في نفس العقد الأصلي مصدر النزاع ، أو في إتفاق لاحق.

---

[10] راجع نماذج أحكام صادرة عن محكمة الإستثمار العربية متعلق باختصاصها. منشورة على موقع جامعة الدول العربية: http://www.leagueofarabstates.net

[11] **لم يتم التوسع في الطرق البديلة لحل نزاعات الإستثمار على أساس أنه توجد مادة في برنامج السنة الثانية ماستر أعمال تتعلق بتسوية نزاعات الإستثمار**

فالذي يميزه هو كون المنازعات التي ينصب عليها التحكيم منازعات محتملة وغير محددة فهى لم تنشأ بعد[12].

ب-مشارطة التحكيم.

وهو الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم. ويتميز بأنه يتم بعد نشأة النزاع ولهذا فإنه يتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم[13]. علما أن المشرع الجزائري أطلق عليه مصطلح إتفاق التحكيم

2-التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي.

أ-التحكيم الداخلي.

هو التحكيم الذي يتم طبقاً لاحكام القانون الوطني لاطراف النزاع وداخل دولتهم. فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الاجراءات والقواعد التي تطبق على عملية التحكيم.

ب-التحكيم الدولي.

والمقصود به التحكيم في مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتي تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم ناشئ عن علاقة تجارية دولية أو مصالح خارجية أي خارج الدول التي ينتمون إليها. ولقد وجد التحكيم الدولي مجاله الخصيب خصوصاً مع تنامي العلاقات التجارية بين الدول وإزدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.

[12] نصت عليه المواد 1007 إلى 1010 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري,

[13] نصت عليه المادة 1011 إلى 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري,

3-التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي.

أ-التحكيم الحر.

لا يخضع التحكيم الحر إلى قواعد خاصة منظمة له بصورة مؤسساتية، وإنما تتم العملية التحكيمية بالإستناد لما إتفق عليه الطرفان من قواعد إجرائية أو التي حددها القانون الواجب التطبيق[14].

ب-التحكيم المؤسساتي.

نظرا لأهمية التحكيم وتزايد إنتشاره، فقد قامت مؤسسات بوضع قواعد خاصة للتحكيم. فإذا تمت إحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى هذه المؤسسات فيلتزم بها الاطراف حتى لو لم يطلعوا عليها مسبقا. ودور مؤسسة التحكيم في العملية التحكيمية هو دور تنظيمي وإشرافي حسب ما هو منصوص عليه في قواعدها مقابل رسوم وأتعاب محددة مسبقا يدفعها الطرفات للمؤسسة[15].

ومن أمثلة مؤسسات التحكيم، غرفة التجارة الدولية ICC، المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ICSID، محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مركز تحكيم تونس،.....

---

[14] **حمزة أحمد حداد**، تحكيم في القوانين العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 2007، ص 123.

رفيقة قصوري، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة كتوراه، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2010-2011، ص 242.

[15] **حمزة أحمد حداد**، المرجع السابق، ص 116.

رفيقة قصوري، المرجع السابق، ص 245.