ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الاجنبي في الجزائر

The exercise of the right of preemption in the law restricting the freedom of foreign investment in Algeria

د/ نوارة حسين

كلية الحقوق والعلوم السياسية-جامعة تيزي وزو

nouarahocine@yahoo.fr

تاريخ الارسال: 2019/09/24 تاريخ القبول: 2019/11/04 تاريخ النشر: 2019/11/19

الملخص:

الاصل أنه تقضي أنظمة الاستثمار الاجنبي بامتناع الدولة المضيفة للاستثمارات الاجنبية وكل سلطاتهاعن اللجوء الى إجراءات مباشرة أو غير مباشرة، تؤثر على الوضعية المالية والاقتصادية أو على ملكية المستثمر الأجنبي باعتباره مالكًا للمشروع، تقديسا للملكية الخاصة، وتمنع كلّ إجراءيهدف إلى تقييد حرية المستثمر الأجنبي في التصرف في أملاكه وأمواله، ومن أهم هذه الإجراءات ممارسة الدولة لحق الشفعة. لذا انّ امتناع الدولة الجزائرية عن مباشرة اجراء الشفعة يجد أساسه القانوني في الدستور الذي يكرّس مبدأ حرية الاستثمار ، وفي قوانين الاستثمار وكل الاتفاقيات الدولية التي ابرمتها وذات علاقة بالاستثمار الاجنبي، والتي على أساسها تعتبر الشفعة تدبيرا مماثلاً لنزع الملكية وبالتالي من الاجراءات غير المشروعة، غير أنه وباعتبار الدولة صاحبة سيادة ولدوافع المصلحة الاقتصادية العامة وبمبررات سياسية نصت على الحق في ممارسة الشفعة في مواجهة الاستثمارات الاجنبية على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، كحالة خاصة. وأمام التناقض بين تكريس حق المستثمر الاجنبي في الاستثمار والتصرف في استثماره وعوائده وبين حق الدولة في ممارسة حق الشفعة نتطرق في هذه الدراسة لمدى اعتبار ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الاجنبي في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: الشفعة; ملكية المستثمر الاجنبي; تدبير مماثل; نزع الملكية.

Abstract:

The foreign liberal investment regulations require that the host country for foreign investments and all its administrative, political or even judicial authorities refrain from resorting to legislative or administrative measures, affect the financial and economic situation or the ownership of the foreign investor as owner Of the project, a sanctification of private property, and prohibits all measures aimed at restricting the freedom of foreign investors to dispose of their property and funds. The most important of these procedures is the exercise of the right of preemption

The failure of the Algerian state to initiate a pre-emptive action finds its legal basis in the Constitution, which enshrines the principle of freedom of investment, investment laws and all international agreements it has concluded with the countries that export investment and are related to foreign investment in Algeria, on the basis of which pre-emption is considered a similar measure of expropriation. Illegal

However, as a sovereign state and for reasons of general economic interest and political excuses, the right to pre-empt foreign investments to all concessions on foreign shareholders' shares or to foreign shareholders is a special case. In light of the contradiction between the foreign investor's right to invest and to act freely in his investment and returns, and between the right of the state to exercise the right of preemption, we discuss in detail in this study the extent to which the exercise of the right of preemption is restricted to the freedom of foreign investment in Algeria

Keywords: Right of Preemption, Foreign Investor, Right of Ownership

مقدمة:

لم تعد المخاطر التقليدية المهدّدة لحق الملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي مخاطر حقيقية في العالم المعاصر الذي شهد تحولاً جذريًا في الفلسفة السياسية الاقتصادية، بسبب ظهور أنماط جديدة وعديدة من الإجراءات الماسة بالملكية بطريقة غير مباشرة، تحد من حقّ المستثمر الأجنبي في استغلال ملكية استثماره ولو بصفة مؤقتة، وخاصّة تلك التي تنشأ من تدخل الدولة في النشاط الاستثماري. لذا يعتبر التدخل الحكومي أحد ابرز محددات البيئة الأجنبية، التي تضطر مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر التعامل معها تعاملاً خاصًا، للحدّ من تأثيرها في توجيهها بعيدًا عن تحقيق أهدافها، خاصّة عندما تكون إجراءات التدخل تمس بحقوق المستثمر الأجنبي بطريقة غير مباشرة، أو على مدى معين من الزمن.

فالدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، تهدف من خلال فتح أسواقها المحلية أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعظيم مكاسبها وإيراداتها الاقتصادية، لذلك تحرص حكوماتها على تنظيم وتوجيه سلوك مؤسّسات الاستثمار الأجنبي بمراقبة نشاطها، لتضمن بذلك مشاركتها في المكاسب والفوائد.

غير أنّ عملية رقابة الدولة المفرطة والمتعسفة على نشاطات المستثمر الأجنبي في تنظيم وتوجيه نشاط وسلوك مؤسسات الاستثمار يشمل على نوعين أساسيين من الإجراءات، الأوّل يضم مجموع الأدوات المستخدمة في التأثير على البيئة الاقتصادية الكلية، انطلاقًا من التأثير على بعض العناصر الأساسية كالضرائب والرسوم والجمارك ومعدل الصرف... والثاني يضم مجموع الآليات المؤثرة على البيئة الاقتصادية الخاصّة بمؤسسة الاستثمار الأجنبي، انطلاقًا من اعتماد أسلوب التدخل في إنهاء نشاطها أو في أدائها له بطريقة سيئة، بسنّ القوانين وإصدار التشريعات الخاصّة بتنظيم الملكية وتوجيه وتوزيع الثروة وتخصيص الموارد. [1]

وقد يكون التدخل مرتبطًا ببيئة الاستثمار من خلال إلزام مؤسّسات الاستثمار الأجنبية العاملة في أسواقها قبول مشاركين محليين في إطار أحد أشكال الشراكة القائمة لزيادة مساهمة رأس المال الوطني في الصناعات، وبالتالي الحصول على بعض الأسهم في ملكية المشروع الاستثماري، وهي طريقة غير مباشرة لأخذ ملكية المال الأجنبي، إن لم يكن بصفة كلية فهو بصفة جزئية.

لقد ظهرت صور جديدة متنوعة وذات عدّة أبعاد، تكون في شكل إجراءات تشريعية أو إدارية، تتخذها الدولة أو إحدى سلطاتها الإدارية أو السياسية أو حتّى القضائية [2]بصفة مباشرة أو غير مباشرة، تؤثر بصفة دائمة أو مؤقتة على الوضعية المالية والاقتصادية للمستثمر الأجنبي رغم بقائه مالكًا للمشروع، وهي تشمل

---

[1] – كمال مرداوي، "مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر والتدخل الحكومي"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد17، 2002، ص 55.

[2]-SEROUSSI (R), PLANTIN (J), L'exportation, 7ème édition, Dalloz, Paris, 1966, p. 186.

كلّ الإجراءات التي تهدف إلى فرض القيود التي تحد من قدرة المستثمر الأجنبي في التصرف في أملاكه وأمواله، أو حتّى في تقييد حريته في استغلال مشروعه مؤقتًا أو نهائيًا [1]، أي تقييد حريته في التصرف في أسهم الشركة وحصصها، ومن أهم هذه الإجراءات ممارسة الدولة لحق الشفعة.

من خلال هذه الدراسة نتساءل عن: المقصود بحق الشفعة الذي تمارسه الدولة في مواجهة الاستثمارات الاجنبية وما مدى اعتباره قيد على حرية الاستثمار في الجزائر؟.

من أجل التطرق لموضوع ممارسة حق الشفعة قيد على حرية الاستثمار الاجنبي في الجزائر تناولنا الدراسة باتباع منهجاً قانونياً مبنياً على التحليل والنقد للنصوص القانونية الجزائرية ذات العلاقة بالاستثمار الاجنبي، على ضوء بعض الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

للإجابة على الاشكالية المطروحة تناولنا مفهوم حق الشفعة في (المبحث الاول) ثم تطرقنا بالدراسة والتحليل لحق الشفعة بين التكريس وعدم المشروعية لنوضح مدى اعتبارها قيداً على حرية الاستثمار في (المبحث الثاني).

المبحث الاول: مفهوم حق الشفعة

تعتبر الطبيعة القانونية للمخاطر التي تواجهها الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، نقطة ضعف نظام الحماية القانونية المكرسة للملكية، فلو كانت احتمالات تعرضها للإجراءات القانونية التي تمس بالمشروع الاستثماري بصفة كلية أو جزئية في إطار ما يسمى بالمخاطر السياسية المألوفة والمعهودة في كلّ القوانين كالتأميم ونزع الملكية الخاصّة والمصادرة... لكان الأمر هيّنًا ومتوقعًا من المستثمر الأجنبي ودولته معًا، لكن الأمر يصبح معقدًا لتخوفه من التعرض للأنواع الأخرى من الإجراءات التي تمس بالملكية، والتي تكيّف على أنها غير مباشرة أو ذات طابع سياسي غير تجاري وأقل خطورة من الأولى، وتحقق النتائج والآثار نفسها على الملكية سواء بالحدّ من استغلالها أو الحرمان منها.

انّ ممارسة حق الشفعة يدخل ضمن فئة التدابير التي تتعرض لها الاستثمارات الاجنبية والتي تكيّف بأنها من التدابير المماثلة الخطيرة بالنسبة للمستثمر الاجنبي، تمارسها الدولة في مرحلة تصفية الاستثمار الاجنبي، نتطرق لمفهومها بتعريفها في(المطلب الاول) ثم بتحديد تكييفها القانوني في (المطلب الثاني) .

المطلب الاول: تعريف حق الشفعة

يعتبر حق الشفعة اجراء ذوا طابع مدني امتدت تطبيقاته إلى بعض المجالات الاخرى مثل مجال الاستثمار الاجنبي، نتطرق لتحديد تعريفه حسب القواعد العامة في (الفرع الاول) ثم حسب قانون الاستثمار في (الفرع الثاني).

[1] - EL-GAMAL Hosni, L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés contre les risques non commerciaux – (Pays arabes) – thèse de doctorat, Fac. de Droit et des Sciences Economiques, Université de Paris I, 1970, p312.

الفرع الاول: تعريف حق الشفعة في القواعد العامة

عرف المشرع الجزائري حق الشفعة في القواعد العامة في المادة 794 من القانون المدني في القسم الخامس من الفصل الثاني المتعلق بطرق اكتساب الملكية على أنها: "الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها ..." [1].

فالشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية، يستعملها طالب الشفعة لتملّك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، ولا يمكن تطبيقهاحسب المادة إلا في بيع العقار. [2]وفي تحديد المقصود من الشفعة اختلف الفقهاء، منهم من يعتبر الشفعة حقا شخصيا، معنى ذلك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية لحماية حق عيني و إنما يباشر دعوى شخصيةلحماية حق شخصي لصيق به، وهو حقه في أن يصير مشتريا بالأفضلية، وهذا الحق لا يورث ولا تجوز حوالته، كما لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه، وهناك من اعتبر الشفعة طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية، أي رخصة استثنائية تؤدي إلى تقييد حرية التصرفوالتعاقد بحيث ليست حقا عينيا أو شخصيا إذ لا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا عينياً، فالشفعة من الحقوق الترخيصية أو المنشئة، تؤدي إلى تمليك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري. [3]

وفي هذا الصدد يرى الأستاذ أنور طلبة، أن الشفعة رخصة أي خيار للشفيع لا تجوز إلا في العقار، فله أن يأخذ بها أو أن يتركها، ومتى ثبت الحق فيها، تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بموجب حكم صادر من القضاء يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة[4].

---

[1] – أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).

[2] – وردت الشفعة في عدة قوانين متعلقة بالعقارات مثل القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، إذ منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية، في المادة 24. وأكدها في المادة 62 من قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 التي تنص على مايلي: " تمارس الهيئة العمومية المكلفة بالتنظيم العقاري حق الشفعة ... "بل وأعطىفيلمادة 71 من القانون 25/90 للدولة والجماعات المحلية الأسبقية في ممارسة حق الشفعة وأنزلهما المرتبة الأولى قبل أصحاب الحقوق الذين نص عليهم القانون المدني في المادة 795لتفادي إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية، طالما أنها تقوم بإنجاز مشروع في إطار المصلحة العامة وتمارس امتيازات السلطة العامة. و في أمر 105/76 مؤرخ في 1976/12/09 والمتضمن قانون التسجيل في المادة 118 نصّ:"تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أوالمحلات التجارية ...".

[3] – عيشور علي، الشفعة بين الشريع الاسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج في اطار المعهد الوطني للقضاء، 2004، ص12.

[4] –أنور طلبة ، الوسيط في القانون المدني ، جزء الثالث، القاهرة، 1992، ص 178 .

غير أن الأستاذ السنهوري يرى بأن الشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، بل هي ليست بحق أصلا، و إنما هي سبب لكسب الحق، فالشفيع يكسب بالشفعة ملكية عقار أو حقاً عينياً على عقار لأن الفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب كسبه، فالشفعة باعتبارها سبباً لكسب الحقوق العينية، فهي واقعة مركبة اقترن فيها الشيوع أو الصلة المادية القائمة بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه واقعة مادية، وببيع العقار المشفوع فيه وهي بالنسبة للشفيع واقعة مادية أخرى، وبإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة، وهذا تصرف قانوني صادر من جانب واحد. فهذه الوقائع المتسلسلة والمركبة، الغلبة فيها للواقعة المادية لا للتصرف القانوني، ومن ثم يمكن إدخال الشفعة في نطاق الواقعة المادية[1]، فأمكن القول أن هناك مراكز قانونية إذا تهيأت أسبابها لشخص، استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة بعد إعلان رغبته في ممارسة الشفعة، حيث يكون للشفيع رخصة في أن يتملك العقار المشفوع فيه، فالشفعة هي رخصة، وتتولد هاته الرخصة في التملك بقيام المركز القانوني، حيث تخول هاته الرخصة للشفيع الحق في أن يتملك العقار المشفوع فيه بإرادته متى تهيأت أسبابه بإجتماع وقائع مادية معينة، فلا يكون للشفيع حق الملك بل الحق في تملك هذا العقار، ثم يتحول حقه في أن يتملك العقار المشفوع فيه إلى حقه في ملكية هذا العقار وذلك عن طريق حلوله محل المشتريوبإتباع إجراءات دقيقة حددها القانون .

وعليه وبترجيح رأي الأستاذ السنهوري، الشفعة ليست حقا عينيا ولا شخصيا، وإنما هي واقعة مادية مركبة وسبب من أسباب كسب الملكية، كما أنها تعد مصدرا للحق. وهذا الرأي حذا حذوه المشرع الجزائري، وهو ما يبرر ممارسة السلطات الجزائرية لرخصة الشفعة في مواجهة المستثمر الاجنبي بقيام المركز القانوني للدولة صاحبة السيادة وتعمل على تحقيق المصلحة العامة.

الفرع الثاني: تعريف حق الشفعة في قانون الاستثمار

يعتبر مصطلح الشفعة مفهوم غريب وغير معروف في المجال الاقتصادي والأعمال، إلاّ أنّ المشرع الجزائري اقتبسه وأسقطه على قانون الاستثمار، فكرس حق الشفعة للدولة ولمؤسساتها العمومية على الاستثمارات الأجنبية التي يتم التنازل عنها في الجزائر، فمبررات فرض حق الشفعة في القانون المدني هو خلق آلية من آليات اكتساب الملكية في العقارات والحفاظ عليها من التجزئة من جهة، امتد تكريسه إلى قانون الإجراءات الجبائية بهدف محاربة التهرب الضريبي ولوضع حد لتهرب المتعاقدان من التصريح بالقيمة الحقيقية للمبيع قصد تملصهم من دفع الرسوم العالية، لكن تكريسه في قانون الاستثمار كان لأسباب أخرى جمعت بين السياسية والاقتصادية.[2]

---

[1] –د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة 1968،ص 474 .

[2]–د. أوباية مليكة، الأبعاد القانونية لممارسة حق الشفعة على الاستثمار الأجنبي، مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي حول: معيقات الاستثمار الاجنبي في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، يوم2017/12/07، ص3 .

وعليه في اطار نظام الاستثمار الاجنبي مسألة الشفعة تواجه نوع من الخصوصية، فحتى إن كانت الأصول الثابتة شرعا وقانونا تقضي أن الأصل في العقود هو الرضائية، وأن كل تصرفات المستثمر الاجنبي تخضع لمبدأ الحرية والارادة الحرة، تبقى الشفعة في النظام العام للاستثمار الاجنبي خروجا عن القاعدة العامة، وبذلك فهي إستثناء لما فيها من تقييد لحرية التعاقد ولحرية التصرف في الملكية، فبسبب ممارسة حق الشفعة يجد المستثمر الاجنبي نفسه مجبرا على التخلي عن ملكية جزء أو كل استثماره، مع العلم أنه قرر بيعها أي أنه في مرحلة تصفية الاستثمار، لتحل محله الدولة المضيفة أو أحد مؤسساتها في الملكية للإدارة والتسيير، بل وكذلك ممارسة حق الشفعة هدفه عموما إزالة الضرر عن الشريك حتى لا يدخل عليه من لا يعرف شركته ولا معاملته، وازالة الضرر في نظام الاستثمار الاجنبي هو استبعاد الشركات الاجنبية التي لا يوثق في كفاءتها أو يفترض فيها احتمال الاساءة بالاقتصاد الوطني. [1]

والاصل أن تصرف الدولة يجد مبرراته القوية من جهة أولى في أن الدولة تتفادى بممارسة حقها في الشفعة الاثار السلبية التي يمكن أن تنجر عن التنازل عن الاسهم لفائدة الاجانب، فتصفية الاستثمار تسبب الخروج المفرط لرؤوس الاموال المستثمرة وعوائدها من الجزائر الى الخارج [2]، ومن جهة ثانية في أن المستثمر الاجنبي البائع قد استفاد من معاملة تمييزية وتحفيزات جبائية وجمركية ومالية مغرية سهّلت عليه اجراءات انشاء الاستثمار الاجنبي بمعنى حضي بمعاملة ممتازة في مرحلة انجاز مشروع الاستثمار الاجنبي، وذلك لاعتباراتخاصة تتعلق بمنح تحفيزات لاستقطاب الاستثمار الاجنبي، فتستفيد الدولة المضيفة بالمقابل في الاخير بمركز الشفيع بقوة القانون لأنها ذات أولوية، بل ولا يتمسك المستثمر الاجنبي في مواجهتها بأنها في وضعية تنازل عن ممارسة حق الشفعة إلا بعد تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة. حيث تحرّر من الموثق المكلّف بتحرير عقد التنازل ويسلم من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات الدولة، في أجل أقصاه 3 أشهر من إيداع الطلب لديه ويعتبر عدم الرد على الطلب في هذه الآجال بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة [3]، لكن رغم تقديم هذه الشهادة تحتفظ الدولة بالحق في ممارسة الشفعة لأجل سنة واحدة من تقديمها في حالة تدني السعر.

---

[1] – وهو الضرر الذي دفعته الجزائر عنها بممارسة حق الشفعة عندما سعت شركة اوراسكوم للبناء بشراء مصنعين للإسمنت في 2007 بولاية المسيلة بمبرر الرغبة في الاستثمار في مجال الاسمنت لتقوم بعد ذلك بإعادة بيعها لمؤسسة لافارج الفرنسية بثمن أعلى بكثير من ثمن الشراء، انظر: قطاش خيرة، النظام القانوني للشفعة في مجال الاستثمار الاجنبي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص7.

[2] – حساييني لامية، "حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتجاه المستثمر الاجنبي"، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد6، العدد 2، 1015، ص8.

[3] – انظر: المادة 57 من القانون رقم 13-08، مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، متضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، لسنة 2017.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لحق الشفعة في مواجهة المستثمر الاجنبي

وردت عدّة محاولات لتكييف وتحديد طبيعة اجراء حق الشفعة نتناوله فيما يلي:

الفرع الاول: حق الشفعة تدبير مماثل:

يعتبر اجراء الشفعة من الإجراءات أو التدابير المماثلة، باعتباره من الإجراءات الحكومية المقنَّعة الإدارية منها أو التشريعية التي تتخذها الدولة، بهدف حرمان أو منع المستثمر الأجنبي من ممارسة حقوقه على ملكية استثماره أو حتّى الانتفاع به بالتصرف فيه بحرية.

فالدولة التي تريد الاستيلاء على الملكية أو نزعها بطريقة غير مباشرة، هي الدولة الليبرالية التي كرّست نظامًا تشريعيًا تحفيزيًا وتشجيعيًا، لأجل استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، لتخفي نواياها في نزع الملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبي بالطرق المعهودة وتعويضها بالإجراءات التي تؤدي في الأخير إلى نفس النتيجة، أي حرمان المالك من أملاكه، لذا يسميها البعض بالمقنّعة أو الزاحفة أو التدريجية، لأنها إجراءات تحول دون قدرة المستثمر الأجنبي في الصمود أمام تلك الإجراءات بطريقة غير مباشرة، وبالتالي تخلّيه أو تنازله عن مشروعه بمقابل تعويض، بحيث تعتبر الإجراءات المماثلة بهذه الصورة إجراءات من نوع آخر أقل خطورة من نزع الملكية والتأميم باعتبارها غير مباشرة وتدريجية التي أصلا أصبحت نادرة في رحاب الدولة المعاصرة من جهة وبسبب اعتبار الاستثمارات ألية لاستقطاب العملة الصعبة في عز الازمات الاقتصادية العالمية.

الفرع الثاني: حق الشفعة نزعٌ للملكية

بحكم اعتبار حق الشفعة من أكثر القيود والعراقيل التي يصطدم بها المستثمر الاجنبي في الدولة الجزائري[1] بعد امتناعها عن اتخاذ قرارات نزع الملكية لأنها من الاجراءات التي صرّحت في خطاباتها السياسية بالامتناع عنها ضمن السياسة العامة التحفيزية للاستثمار الاجنبي، أصبحت تمارس حق الشفعة وقد أخذ مساراً لا يعدوا أن يكون فيه إلاّ نزعا للملكية، وإن كانت الفترة التي تتدخل فيه يجد مبرره أنّ المستثمر اتخذ قرار التصفية.

فعندماعرّفت منظمة "**OCDE**" الإجراءات المماثلة لنزع الملكية التي تمس بالملكية الخاصّة بالمستثمر الأجنبيفي مشروع الاتفاق المتعدد الأطراف حول الاستثمارات الأجنبية، قدّمتمفهومًاموسعًالكلالأساليبالتي تمس الملكية، التقليدية منها والجديدة غير المألوفةوكيّفتهاعلى أنها نزعاً للملكية "**expropriation**".

وذلك في التعريف التالي:

---

[1] – بوريحان مراد، مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص139.

"Toutes les mesures adoptées par l'Etat directs ou indirects qui ont pour effet de déposséder l'investisseur de son investissement devaient être **considérées comme une expropriation.**

Entrent notamment dans cette catégorie de mesures les confiscations, saisies, interventions, prises temporaires, modalité d'utilisation et de liquidation de l'investissement, interférence, administration par l'état même si elle n'affecte pas directement le titre de propriété de l'investissement et les ventes forcées**."[(1)]**

وعليه من خلال هذا التعريف الذي قُدم للإجراءات المماثلة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي، تعتبر كلّ الإجراءات التي تؤدي إلى إجبار المستثمر على بيع المشروع الاستثماري أو التنازل عنه أو عن بعض الأسهم للوطنيين أو للإدارة أو الاحتفاظ بالسهم النوعي أو ممارسة حق الشفعة**نزعاً**للملكية باعتباره تدبيرا مماثلا غير مشروعا ويستحق التعويض حسب أنظمة الاستثمار الاجنبي.

المبحث الثاني: حق الشفعة بين التكريس وعدم المشروعية

كرسّ المشرع الجزائري الحق في ممارسة اجراء الشفعة في مواجهة الاستثمارات الاجنبية في كل من قانون الاستثمار وقوانين المالية، على أساس أنّ تطبيق حق الشفعة سيعود بآثار إيجابية بالنسبة للدولة، لا سيما أنه سيسمح لها بمراقبة المشاريع الأجنبية، والتأكد من عدم انحرافها عن سياستها الاستثمارية، وحماية الاقتصاد الوطني من خلال المحافظة على المشاريع القائمة، بما يترتب عنه من حفاظ على مناصب الشغل وعلى المنتوجات والخدمات التي تقدمها، وما سينتج عن ذلك من رفع لقيمة الصادرات وللدخل الوطني. كما سيترتب عن العملية تعزيز مكانة المؤسسات العمومية الاقتصادية بإدماجها في مشاريع قائمة وإقحامها في شراكات مع مستثمرين أجانب.

غير أنه في المقابل تمكنت الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية خلال عملية تنظيم الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة المضيفة للاستثمارات في الإطار الاتفاقي تجسيدًا لإمكانياتها وسلطتها التفاوضية، من إرساء حماية معتبرة للملكية العقارية للمستثمر الأجنبي من كلّ الإجراءات التي يمكن أن تتعدى عليها مؤقتًا أو دائمًا تشريعيًا أو قضائيًا أو إداريًا، مقارنةً بالحماية التي حظيت بها في إطار التشريعات الوطنيةوالتي تبقى مهدّدة بسبب عدم الاستقرار التشريعي، وذلك بموجب الاتفاقيات الثنائية والجماعية لما تلعبه من دور هام وفعّال في تسهيل عملية تنفيذ الالتزامات التعاقدية ما بين الدول تحت طائلة قيام مسؤوليتها الدولية، وقد كان لهذه الاتفاقيات الدولية صدى في شموليتها، لأنها لم تترك أي مجال دون تغطيته خصوصًا عند نصّها على إلزامية ضمان حماية تامة وأمن كاملين للاستثمار الاجنبي، فنصت على كلّ الإجراءات المماثلة المحتملة الوقوع[(2)]بدرجات متفاوتة، حيث بعضها تكتفي بتعريف الإجراءات المماثلة وذكر بعض أنواعها، بينما الأخرى تمتد إلى تكييفها وتكييف حق الشفعة كإجراءً مماثلاً قابلاً للحماية وتضفي عليها عدم

[1] -CF. documents OCDE, "Vers les règles unilatérales sur la protection des investissements" rapport du group "C", p. 148..

[2] -HORCHANI Ferhat, L'investissement inter-Arab Centre d'études de recherches et de publications, CERP, Tunis, 1992, p. 236.

المشروعية لأنها في الاخير قيد على حرية الاستثمار. وللتفصيل نتطرق لتكريس الدولة لحق الشفعة في القوانين الوطنية ثم لمدى عدم مشروعيته كإجراء في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر.

المطلب الاول: تكريس الدولة لحق الشفعة في القوانين الوطنية

إنّ لجوء الدولة للإجراءات المماثلة لنزع الملكية بالمفهوم السابق لا سيما اجراء الشفعة يبقى حق من حقوق الدولة ويدخل ضمن سيادتها على اقليمها، لكن الامتناع عن تقريرها بصريح العبارة في النصوص القانونية يجد مبرّره الوحيد في عدم خلق التناقض ما بين تكريس كلّ الآليات المعتمدة لحماية ملكية المستثمر الاجنبي، وخلق مناخ كامل تشجيعي للاستثمارات الأجنبية وبين محاولتها – بطرق معينة مباشرة – استرجاع بعض أو كلّ الأموال التابعة للمستثمر الأجنبي، في حالة الضرورة، أي عند تصفية الاستثمار والتنازل عنه للأجنبي، خاصّة إذا كانت كلّ النصوص القانونية التي لها علاقة مباشرة بنظام الاستثمارات لم تُشِر بتاتًا إلى منع الدولة من مثل هذه الإجراءات التي تمارسها وفقا للقانون، وفي حالات محصورة قد تسبب ضررا للاقتصاد الوطني، مع العلم أنّ الجزائر لا تمارس حق الشفعة إلا عند مبادرة المستثمر الاجنبي لبيع جزء أو كل الاسهم فتتدخل لمنع شرائها من أجانب طالما لها الاولوية.

كما أنّه وحتى في حالة عدم تنظيم هذه الإجراءات في قوانين الاستثمار فلا يتم حرمان الدولة من حقها أو منعها من اللجوء للإجراءات التي تراها مناسبة وحتّى ضرورية لتنظيم شؤونها الاقتصادية، حيث لا يوجد أي قاعدة في القانون الدولي أو ألاتفاقي تحرم أو ترمي إلى الحدّ من حرية الدولة في استرجاع أملاكها ولو بنزع الملكية، لكن كل ما في الأمر أنّ القانون الدولي يتصدى للإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة عند فرضها لبعض الاجراءات بطريقة تمييزية وغير مشروعة ودون تعويض.

الفرع الاول: تكريس حق الشفعة في قوانين الاستثمار

سنّ المشرع نظام الشفعة كآلية للحفاظ على الاستثمارات التي انجزت بالجزائر بعد الاستفادة من تسهيلات جبائية وضريبية قياسية ليجعل الدولة صاحبة الاولوية في أيّ عملية تنازل تتم من وإلى المساهمين الاجانب في اطار عمليات البيع، حيث نصّ فيالأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الملغى في المادة 4 مكرر 3 على أنه: "تتمتع الدولة وكذا مؤسساتها العمومية والاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الاجانب أو لفائدة المساهمين الاجانب على أساس الخبرة...تحتفظ الدولة لمدة سنة واحدة(1) بحق ممارسة حق الشفعة كما هو منصوص عليه بموجب قانون التسجيل، وذلك في حالة تدني السعر".[1]وتأكد ذلك الحق في المادة 30 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار[2]من خلالتكريس حق الدولة في ممارسة الشفعة على الاستثمارات الأجنبية المنجزة في الجزائر فمنحتها الفرصة للتموقع كشريك يحظى بالأولوية بالنسبة للتنازلات عن أسهم أو حصص اجتماعية التي تتم من أو لفائدة

[1] – أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، لسنة 2001، (ملغى).

[2] – قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، لسنة 2016.

الأجانب[1]، بالنص على أنه: "...تمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب. تحدد كيفيات ممارسة حق الشفعة عن طريق التنظيم". كما اضافت المادة 4/31 من القانون نفسه ما يلي" ... تمارس الدولة حق الشفعة على نسبة من رأس المال الموافق لرأسمال محل التنازل في الخارج، دون تجاوز الحصة التي يحوزها المتنازل في الرأسمال الاجتماعي لشركة خاصة للقانون الجزائري".

وقد حققت هذه الآلية نتائج ايجابية من خلال استرجاع المجلس الوطني للاستثمار لنسب معتبرة من أسهم شركات الاستثمار الاجنبي في الجزائر، ومنها نسبة 51بالمئة من أسهم شركة اوراسكوم تيليكوم التي بيعت لمجموعة فيمبلكوم الروسية النرويجية في 2010 بسبب ممارسة الدولة لحق الشفعة[2].

الفرع الثاني: تكريس حق الشفعة في قوانين المالية

إن تنظيم وتدخل وتوجيه سلوك مؤسّسات الاستثمار الأجنبي بمراقبة نشاطها من الدولة المضيفة لضمان مشاركتها في المكاسب والفوائد يدخل في صميم صلاحياتها،لكن التدخل المفرط والمتعسف على نشاطات المستثمر الأجنبي في تنظيم وتوجيه نشاط وسلوك مؤسسات الاستثمار– هي التي تشكل عائقا حقيقيا– من خلال التأثير على البيئة الاقتصادية الكلية أو من خلال إلزام مؤسّسات الاستثمار الأجنبية العاملة في أسواقها قبول مشاركين محليين في إطار أحد أشكال الشراكة القائمة لزيادة مساهمة رأس المال الوطني في الصناعات (كفرض تطبيق قاعدة 51/49)، أو الحصول على بعض الأسهم في ملكية المشروع الاستثماري، أو من خلال ممارسة حقها في الشفعة لأنها طريقة غير مباشرة لأخذ ملكية المال الأجنبي، إن لم يكن بصفة كلية فهو بصفة جزئية...فهذه الإجراءات تعتبر من معوقات الاستثمار الأجنبي بل وقيداً على حرية الاستثمار الأجنبي بصفة عامة في الجزائر، يمكن تكييفها على أنها تدابير مماثلة، وان كانت في الاصل من الاجراءات الداخلة في صميم سيادة الدولة التي تحولت الى اجراءات غير مشروعة بعد دسترة مبدأ حرية الاستثمار. فمنذ صدور قانون المالية لسنة 2009 أدرج المشرع الجزائري إجراءات جديدة رقابية وتقييدية لحركة رؤوس الأموال الأجنبية، سعى من خلالها إلى تشديد رقابة الدولة على كل التنازلات الكلية أو الجزئية عن أسهم الشركات الأجنبية بالجزائر، وقد كان أساس صدور هذا القانون هو استياء الحكومة الجزائرية من بيع الشركات الأجنبية للأسهم لفائدة الأجانب أو بيع استثمارات أنجزت بعد الاستفادة من تسهيلات جبائية وضريبية قياسية في مدة قصيرة، بحيث قررت الحكومة من خلاله اللجوء إلى سلسلة من

---

[1]- في ظل غياب الإشارة بشكل صريح إلى آليات تطبيق القواعد المعمول بها في التنازل والمنصوص عليها في قانون الإجراءات الجبائية وإلى حين صدور التنظيم الخاص بالاستثمارات الاجنبية ، تبقى القواعد والإجراءات التي يمارس وفقها هذا الحق غامضة، أوباية مليكة ، مرجع سابق، ص8.

[2]– قطاش خيرة، المرجع السابق، ص 8.

القرارات الإستباقية لمنع المستثمرين الأجانب من بيع استثماراتهم للأجانب بممارسة حقها في الشفعة[1]وفي شراء الأسهم والحصص المتنازل عنها في الخارج أو ممارسة حقها في السهم النوعي.

حيث نصت المادة 4 مكرر3 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على أنه :"تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب"[2]. ورغم ما واجهه هذا الحق من صعوبات من حيث التطبيق إلا أنه تم تبنيه في قانون النقد والقرض عند تعديله بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010 من خلال أحكام المادة 06 من الأمر رقم 10-04 [3] المعدلة بموجب المادة 94 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرضكما يلي: "تملك الدولة الحق في الشفعة على كل تنازل عن أسهم أو سندات مماثلة لكل بنك أو مؤسسة مالية، كما يعتبر كل تنازل عن أسهم أو سندات مشابهة، لم يتم على مستوى التراب الوطني وطبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، لاغيا وعديم الأثر"[4].

وكرس المشرع الجزائري حق الدولة والمؤسسات العمومية في إعادة شراء الأسهم والحصص المتنازل عنها في الخارج بموجب المادة47 من الأمر رقم10-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 كما يلي:" تخضع عمليات التنازل التام أو الجزئي إلى الخارج عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية لشركات تملك أسهما أو حصصا اجتماعية في شركات خاضعة للقانون الجزائري استفادت من مزايا أو تسهيلات عند إنشاءها، إلى استشارة الحكومة الجزائرية مسبقا. تحتفظ الدولة أو المؤسسات العمومية بحق إعادة شراء الأسهم أو الحصص الاجتماعية للشركة المعنية عن طريق التنازل المباشر أو غير المباشر".[5]وبالتاليانّ ممارسة حق الشفعة في صورتها المباشرة أو من خلال احتفاظ الدولة أو المؤسسات العمومية بحق إعادة شراء الأسهم أو الحصص الاجتماعية لمؤسسات الاستثمار الاجنبي التي تريد التنازل التام أو الجزئي عنها

---

[1]- بسبب ذلك رفع رئيس مجموعة أوراسكوم تلكوم دعوى ضد الجزائر للمطالبة بتعويضات عن الخسائر التي تكبدتها شركة جيزى للاتصالات نتيجة تصحيح ضريبةفرضته سلطات الضرائب الجزائرية بقيمة960 مليون دولار، عن سنوات النشاط الممتدة بين 2004 و2009. ومارست الحكومة الجزائرية حق الشفعة، و بالفعل اشترت الجزائر نسبة 51 % من الأسهم بقيمة 206 مليار دولار وأصبحت بذلك شريكا مع المتعامل الروسي النرويجي، أنظر الرابط:

[2]- قانون رقم 01/09 مؤرخ في 22جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، مؤرخة في 26جويلية 2009.

[3]- الأمر رقم 10-04 مؤرخ في 2010/08/26،يعدل قانون النقد والقرض ، ج ر عدد 50، مؤرخة 2010/09/01.

[4]- الأمر رقم 03-11مؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالنقد والقرض معدل و متمم، ج ر عدد 52، مؤرخة 2003/08/27.

[5]- قانون رقم 01/10 مؤرخ في 26أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49، مؤرخة في29أوت 2010 .

إلى الخارج كصورة غير مباشرة للشفعة تم كيّفه على أنهتدبيراً مماثلاً لنزع الملكية لأنها تقييد لحق الملكية وتقييد للحق في التصرف فيها أو للتنازل عن جزء منها، لأنه يؤثر بطريقة مباشرة على ممارسة المستثمر الأجنبي للامتيازات المرتبطة بحق الملكية تمارسها الدولة بطريقة غير مباشرة.

المطلب الثاني: عدم مشروعية اجراء الشفعة في القوانين الاتفاقية

نظم المشرع الجزائري الاستثمار الاجنبي في الجزائر بموجب القوانين الاتفاقية، فنجد كل الاتفاقيات تنص على التدابير المماثلة باعتبارها غير مشروعة وتقرّر عنها مسؤولية والتزام الدولة بالتعويض، من بينها اجراء الشفعة، لأنه اجراء يتم بقرار يدخل في صميم سيادة الدولة، لا يمكن منعه لكن يجب التعويض عنهوذلكحسب ما ورد في الاتفاقيات الثنائية والجماعية.

الفرع الاول: عدم مشروعية حق الشفعة في الاتفاقيات الثنائية

نصت كلّ الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول التي لها رعايا مستثمرين أجانب على أقاليمها على الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، وبما أنّ ممارسة حق الشفعة إجراء من بين هذه الاجراءات فيمتد اليها ما تم تقريره في الاتفاقيات الدولية من منع، ومن بين الاتفاقيات الثنائية نذكر على سبيل المثال الاتفاق المبرم بين الجزائر والنيجر الذي نصّ في المادة 4 على الإجراءات المماثلة، وسمّاها بالتدابير الأخرى التي يترتب عليها تجريد المستثمر من أملاكه جاء فيها: "لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية أو التأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها تجريد، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين للطرف المتعاقد الآخر من الاستثمارات التي يمتلكونها على إقليمه" [1].

أمّا الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا فقد نصّ في المادة 2/4 منه على أنّه: « لا يمكنُ أيًا من الدولتين المتعاقدتين القيامُ بتدابير نزع الملكية، التأميم، الحجز، أو أي إجراء آخر يترتب عليه نزع أو منع من الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة... »[2].

سمّتها أيضا المادة 1/4 من الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا بالإجراءات المشابهة للتأميم ونزع الملكية، كما يلي: «لا يمكن أن تخضع استثمارات مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين المنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلى إجراء تأميم أو نزع الملكية أو أي إجراء آخر مشابه مشار إليه مثل نزع الملكية...

---

[1]–مرسوم رئاسي رقم 2000–247 مؤرخ في 22 أوت 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة جمهورية النيجر ، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات الموقع في الجزائر يوم 16 مارس 1998، ج ر عدد 52، مؤرخة 23 أوت 2000.

[2]– مرسوم رئاسي رقم 91–346 مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج ر عدد 76 مؤرخة في 6 أكتوبر 1991.

»[1]، ومن خلال هذه النصوص الواردة على سبيل المثال، انّ الاتفاقيات الدولية الثنائية نصّت بصريح العبارة وبكل وضوح ودون استثناء على الإجراءات المماثلة لنزع الملكية، باعتبارها إجراءات لها الآثار والنتائج نفسها أي حرمان المالك من أملاكه بطريقة غير مباشرة، لذا يعتبر الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى مؤسّساتها ويحرم المستثمر الاجنبي من احد حقوق الملكية كحق التصرف بحرية يكون قابلاً للحماية ولو كان مؤقتًا، وقابلا للتعويض لأن أحكام نزع الملكية منطبقة عليه، وهو ما ينطبق من حكم على اجراء الشفعة.

الفرع الثاني: عدم مشروعية اجراء الشفعة في الاتفاقيات الجماعية

نصّت الاتفاقيات الجماعية ذات العلاقة بالاستثمار الاجنبي دون استثناء على الإجراءات التي تمس بالمستثمر الأجنبي في كلّ جوانب استثماره، وتصدت لكلّ المخاطر غير التجارية بكلّ آليات الحماية خاصّة بجبر الضرر، وذلك بضمان حقه في التعويض العادل والمنصف والحال، حيث وردت فكرة حماية الملكية من الإجراءات المماثلة لنزع الملكية أو التأميم بصفة واضحة، خاصّة في الاتفاقيات المتخصصة في تقديم الضمان بموجب عقود الضمان، والتي حاولت إزالة اللبس على مصطلح المماثلة أو المشابهة لنزع الملكية، لمنع التأويل فيها من جهة، ولجعل طائفة الإجراءات المماثلة القابلة للضمان محصورة، من جهة ثانية، ولكي لا تكون مسألة السلطة التقديرية في متناول الجميع.

ومن بين هذه الاتفاقيات، نذكر الاتفاقية المنشئة للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات التي نصّت على منع الإجراءات المماثلة وتغطيتها في نصّ المادة 19 كما يلي: "يجوز للمؤسسة أن تغطي... الاستثمارات الصالحة للتأمين ضد الخسارة المترتبة على...نزع الملكية والإجراءات المماثلة" [2]، حيث نصت على بعض هذه الإجراءات التي كيّفتها بالمماثلة على سبيل المثال في المادة 2/19/أ وب ، من بينها : اتخاذ السلطات المختصة لإجراء تشريعي أو إداري أو حتّى عدم اتخاذه له بشكل يترتب عنه حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته لاستثماره أو من السيطرة عليه، وهنا تندرج اجراءات الشفعة، ونصت الاتفاقية الدولية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على أحكامًا مشابهة للسابقة في مجال حماية المستثمر من الإجراءات المماثلة، إذ نصّت في المادة 2/11 منها على أنه: "...يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضدّ الخسارة المترتبة على...التأميم والإجراءات المماثلة"، وأضافت في الفقرة 3 منها على أنه: "يجوز للوكالة ضمان الاستثمارات الصالحة للضمان ضد الخسائر المترتبة على واحد أو أكثر من أنواع المخاطر التالية...اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو إغفالها عن اتخاذ

---

[1]– مرسوم رئاسي رقم 94–328 مؤرخ في 22 أكتوبر 1994، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر يوم 28 جوان 1994، ج ر عدد 69 مؤرخة في 26 أكتوبر 1994.

[2]– مرسوم رئاسي رقم 96–144 مؤرخ في 23 أفريل 1996، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج ر عدد 26، المؤرخة في 1996/4/24.

إجراء إداري، مما يترتب عليه حرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو منافع جوهرية لاستثماره..."[1]. وتكون بذلك المسألة شبه واضحة عندما نصت على إلزامية امتناع الدولة عن اتخاذ الإجراءات التي تُنتج آثارًا سلبية على حقّ المستثمر الأجنبي في استغلال ملكيته بمنعه من حرية التصرف بشكل يؤثر سلبًا على التوازن المالي والاقتصادي لاستثماره، لا سيما اجراء الشفعة الذي يحرمه من اختيار أفضل مشتري.

والاصل أنّ المقصود بما سبق، هو اعتبار كلّ إجراء يحول دون إمكانية المستثمر الأجنبي من استغلال حقوقه الجوهرية المرتبطة بالاستثمار، إجراءات قابلة للضمان والتعويض، سواء إجراءات تقليدية لنزع الملكية أو مماثلة لها، والأمثلة الواردة في النصوص وردت على سبيل المثال، حيث إنّ الإجراءات التي تتخذها الدولة والتي من شأنها حرمان المالك من أملاكه بالمفهوم السابق كثيرة ومتنوعة، ويكون بذلك المجال مفتوحًا لتدخل الهيئات القضائية والتحكيمية بسلطتها التقديرية عند النظر في النزاعات القائمة على أحد الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة والتي تحرم المستثمر الأجنبي من عنصر معين من حقوقه الجوهرية في استثماره وتكييفها لتحديد طبيعتها، وقد قدم مجلس إدارة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار لمصطلح الحقوق الجوهرية للمستثمر توضيحا سنة 1976[2]، عندما حاول ازالة اللبس والفهم الخطأ للمصطلح تفادياً توسيع مجال التكييف والتأويل، بحصر هذه الإجراءات وادخال ضمنها كلّ الإجراءات التي تؤدي إلى حرمان المستثمر من الاستعمال أو الاستغلال لكل أو لجزء أساسي من استثماره كممارسة حق الشفعة .

وقد تم تأسيس تكييف الشفعة ضمن الاجراءات التي تمس حق المستثمر على جزء أو كل استثماره ضمن التدابير القابلة للضمان بالنظر الى الضرر الذي يلحق بالمستثمر الاجنبي الذي يُمنع في حالة عرض بعض الاسهم للبيع من تلقى العروض التنافسية لاختيار أحسن الاسعار من جهة أولى، ولأن إجراءات البيع والتنازل طويلة يكتنفها الكثير من التماطل خاصة في عمليات نقل الملكية وعوائد البيع، وهذا كله قيد على حرية الاستثمار الاجنبي.

الخاتمة:

من خلال كل ما سبق، حتى وإن كان حق الشفعة إجراء دخيل على المجال الاقتصادي والأعمالإلاّ أنّه وجد تطبيقا له في قانون الاستثمار الذيكرّس من خلاله المشرع الجزائري حقاً للدولة في مرحلة تصفية الاستثمار الاجنبي، أو في حالة التنازل عن الأسهم أو الحصص الاجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة

---

[1]– مرسوم رئاسي رقم 95–345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر. عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05 .

[2]– عصام الدين مصطفى بسيم: "نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"، دراسة تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأوّل، السنة الرابعة، الكويت، 1980،ص 154 .

الأجانب بالنسبة للتنازلات التي تتم في الجزائر، وتمارس حق الشفعة على نسبة من رأس المال الموافق لرأسمال محل التنازل في الخارج، وذلك دون تجاوز الحصة التي يحوزها المتنازل في الرأسمال الاجتماعي لشركة خاصة للقانون الجزائري.

حيث يواجه حق الشفعةفي اطار نظام الاستثمار الاجنبي نوع من الخصوصية، فرغم أنه من التدابير التي تدخل ضمن سيادة الدولةإلا أنه من التدابير المماثلة غير المشروعة لما فيه من تقييد لحرية التعاقد ولحرية التصرف في الملكية، فبسبب ممارسة حق الشفعة يجد المستثمر الاجنبي نفسه مجبرا على التخلي عن ملكية جزء أو كل استثماره في مرحلة تصفيته أو بيعه للاستثمار لفائدة الدولة المضيفة أو أحد مؤسساتها بحكم مركزها القانوني، وإن كان الهدف من ممارسة حق الشفعة عموما إزالة الضرر عن الدولة التي منحت تسهيلات قياسية لإنجاز الاستثمار ومواجهة المستثمرين الاجانب الذين لا يلتزمون بقواعد الشراكة النزيهة، من خلال استبعاد الشركات الاجنبية التي يمكن التنازل لفائدتها والتي لا يوثق في كفاءتها أو يفترض فيها احتمال الاساءة أو الاضرار بالاقتصاد الوطني.

لقد كرسّ المشرع الجزائري الحق في ممارسة اجراء الشفعة في مواجهة الاستثمارات الاجنبية في كل من قانون الاستثمار وقوانين المالية كآلية لحماية الاقتصاد الوطني، على أساس أنّ تطبيق حق الشفعة سيعود بآثار إيجابية بالنسبة للدولة بتعزيز مكانة المؤسسات العمومية الاقتصادية بإدماجها في مشاريع قائمة وإقحامها في شراكات مع مستثمرين أجانب، غير أنها بالنسبة للمستثمر الاجنبي ماهي إلا قيد من القيود التي تمارسها الدول المضيفة.

وأمام تناقض المصالح لأطراف عقد الاستثمار الاجنبي، ومن أجل اضفاء نوع من المشروعية الدولية على ممارسة الدولة لحق الشفعة حسب النتائج المتوصّل اليها أعلاه نقدم الاقتراحات التالية:

- على المشرع الجزائري الالتزام بتعديل قوانين الاستثمار بما لا يتناقض ودستورية مبدأ حرية الاستثمار.
- على المشرع الجزائري الامتناع عن تعديل قوانين الاستثمار بقوانين المالية وقوانين المالية التكميلية.
- يجب تسهيل إجراءات نقل الملكية وتقصير مدّتها مع عدم الافراط في مركزية إتخاذ القرار.
- يجب تكريس اجراء الشفعة كمجرد تنازل تجاري عادي للحفاظ على حقوق المستثمر الاجنبي.
- تفادي اعتبار اجراء الشفعة كإجراء اجباري لكي لا يأخذ وصف نزع الملكية.
- جعل مدّة اتخاذ قرار ممارسة حق الشفعة أقّل من ما هو مقرّر لاسيما بالنسبة لحالات تدني السعر المنصوص عليه في قانون التسجيل والمقرّرة لسنة كاملة، لانّ ذلك هو الذي جعل من

الاجراء قيد على حرية الاستثمار وحرية التصرف فيه وتصفيته، بسبب التماطل المفرط في عمليات البيع وتحويل الملكية والعوائد.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا/ المصادر

• النصوص القانونية:

1. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975 (معدل ومتمم).

2. أمر رقم 01-03 مؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر عدد 47، لسنة 2001، معدل ومتمم (ملغى).

3. الأمر رقم 03-11مؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالنقد والقرض معدل و متمم، ج ر عدد 52، مؤرخة 2003/08/27 ثم بالأمر رقم 10-04 مؤرخ في 2010/08/26، ج ر عدد 50، مؤرخة 2010/09/01.

4. قانون رقم 01/09 مؤرخ في 22جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، مؤرخة في 26جويلية 2009 .

5. قانون رقم 01/10 مؤرخ في 26أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج ر عدد 49، مؤرخة في29أوت 2010.

6. القانون رقم 13-08، مؤرخ في 30 ديسمبر2013، متضمن قانون المالية لسنة 2014، ج ر عدد 68، لسنة 2017 .

7. قانون رقم 16-09 مؤرخ في 03 أوت 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46، لسنة 2016.

• الاتفاقيات الدولية:

1. مرسوم رئاسي رقم 91-346 مؤرخ في 5 أكتوبر 1991، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة الجمهورية الإيطالية، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 ماي 1991، ج ر عدد 76 مؤرخة في 6 أكتوبر 1991.

2. مرسوم رئاسي رقم 94-328 مؤرخ في 22 أكتوبر 1994، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبية وحكومة رومانيا، الموقع بالجزائر يوم 28 جوان 1994، ج ر عدد 69 مؤرخة في 26 أكتوبر 1994.

3. مرسوم رئاسي رقم 95-345 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995 يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج.ر. عدد 66، الصادرة بتاريخ 1995/11/05.

4. مرسوم رئاسي رقم 96-144 مؤرخ في 23 أفريل 1996، يتضمن مصادقة الجزائر على الاتفاقية المتضمنة إنشاء المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات وائتمان الصادرات، ج ر عدد 26، المؤرخة في 1996/4/24.

5. مرسوم رئاسي رقم 2000-247 مؤرخ في 22 أوت 2000، يتضمن التصديق على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطيّة الشعبيّة، وحكومة جمهورية النيجر، المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات الموقع في الجزائر يوم 16 مارس 1998، ج ر عدد 52.

ثانيا/ المراجع

• الكتب:

1. أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، جزء الثالث، د.د.ن، القاهرة، 1992.

2. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة 1968.

• المقالات والمداخلات:

1. حساييني لامية، "حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري: آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتجاه المستثمر الاجنبي"، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، المجلد6، العدد 2، 1015.

2. كمال مرداوي، "مؤسسات الاستثمار الأجنبي المباشر والتدخل الحكومي"، مجلة العلوم الإنسانية، عدد17، 2002

3. عصام الدين مصطفى بسيم: "نماذج عقود الضمان المطبقة في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار"دراسة تحليلية مقارنة لبعض نصوصها، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأوّل، الكويت، 1980.

• المذكرات:

1. بوريحان مراد، مكانة مبدأ حرية الاستثمار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير، تخصص الهيئات العمومية والحوكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.

2. قطاش خيرة، النظام القانوني للشفعة في مجال الاستثمار الاجنبي، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.

3. عيشور علي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج في إطار المعهد الوطني للقضاء، 2004.

• المداخلات:

- د. أوباية مليكة، الأبعاد القانونية لممارسة حق الشفعة على الاستثمار الأجنبي، مداخلة ملقاة في اليوم الدراسي حول: معيقات الاستثمار الاجنبي في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، منعقد يوم2017/12/07.

• المراجع بالفرنسية:

1. HORCHANI Ferhat, L'investissement inter-ArabCentred'études de recherches et de publications, Edition CERP, Tunis, 1992.

2. SEROUSSI (R), PLANTIN (J), L'exportation, 7ème édition, Dalloz, Paris, 1966, p. 186.

3. EL-GAMAL Hosni, L'assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés contre les risques non commerciaux (Pays arabes) , thèse de doctorat, Fac. de Droit et des Sciences Economiques, Université de Paris I, 1970.