مجلة
القانون، المجتمع والسلطة

مدير المخبر

الدكتور: فاصلة عبداللطيف

مدير المجلة

الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير

الدكتور: نصر الدين بوسماحة

ردمك :ISSN 2253 - 0266

رقم 6 / 2017

بإسم الله الرحمن الرحيم

الإفتتاحية

مجلة القانون، المجتمع والسلطة هي مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر القانون، المجتمع والسلطة بكلية الحقوق، جامعة السانية وهران، والتي أصبحت تسمى رسميا جامعة وهران 2 محمد بن أحمد ابتداء من السنة الجامعية 2014-2015. المخبر المعتمد بموجب القرار الوزاري رقم 66المؤرخ في 30ماي 2010.

تنشر المجلة البحوث العلمية في المجالات القانونية والسياسية، وتأمل في هذا الإطار أن تكون منارة جديدة في حقل الدراسات بفضل مساهمات الأساتذة والباحثين من مختلف الجامعات والمؤسسات ومراكز البحث.

بعد تخصيص العدد الأول من المجلة لموضوع الحكم الراشد ثم العدد الثاني لموضوع العدالة الانتقالية، ارتأت هيئة المجلة أن تفتح المجال أكثر إبتداء من العدد الثالث لنشر دراسات متنوعة ما بين العلوم القانونية والعلوم السياسية. نتيجة لذلك ورد في هذا العدد السادس دراسات تندرج ضمن مختلف تخصصات الحقوق والعلوم السياسية، إلى جانب أشغال اليوم الدراسي الدولي حول موضوع "المؤسسات في القضاء الدستوري" المنظم من قبل المخبر يوم 05 ماي 2016.

مجلة: القانون، المجتمع والسلطة

مدير المخبر
الدكتور: فاصلة عبداللطيف

مدير المجلة
الدكتور: محمد بوسلطان

مدير التحرير
الدكتور: نصر الدين بوسماحة

اللجنة العلمية

أمانة تحرير المجلة
أ.قاسي فوزية

أد. محمد بوسلطان	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**
أد. عزور كردون	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة منتوري قسنطينة**
أد. عمر صادوق	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة مولود معمري**
أد. لمين شريط	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة الأمير عبدالقادر قسنطينة**
أد. تراري ثاني مصطفى	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**
أد. شربال عبد القادر	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة سعد دحلب البليدة**
د. نصر الدين بوسماحة	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**
أد. فاصلة عبد اللطيف	**أستاذ التعليم العالي**	**جامعة وهران 2 محمد بن أحمد**

أمانة تحرير المجلة
أ.قاسي فوزية

مجلة سنوية محكمة، تصدر عن مخبر
القانون، المجتمع والسلطة
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد

محتويات العدد

1. **التحديات الأمنية والاستراتيجيات الجديدة في غرب المتوسط**

الدكتور مصطفى صايج، جامعة الجزائر3..... 11

2. **جزاءات مجلس الأمن ضد الكيانات من غير الدول: من الجزاءات الدولية الشاملة إلى الجزاءات الدولية المستهدفة الذكية**

الدكتور خالد حساني، جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية..... 35

3. **الإتفاق كعنصر للعقد في النظام القانوني الإنكليزي**

الدكتور حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، جامعة بغداد-العراق..... 53

4. **الحياد الإيجابي كأحد ثوابت السياسة الخارجية الجزائرية**

الدكتور فلاح مبارك ردان، جامعة الأنبار- العراق 79

5. **التعددية السياسية وعلاقتها بالتعددية الحزبية**

الدكتور هادي شعبان ربيع، جامعة الأنبار- العراق..... 101

6. **تسييس المحكمة الجنائية الدولية في ظل النظام العالمي الجديد**

الأستاذ داود كمال، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد..... 121

7. **ممارسة حق الشفعة على الإستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري**

الأستاذ بوالقرارة زايد، جامعة 20 أوت 1955- سكيكدة..... 137

8. **أسس إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري**

الأستاذ صالح زمال بن علي، جامعة العربي التبسي.....157

9. **عقود التعمير: قراءة في أحكام المرسوم التنفيذي 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها**

الأستاذة قاسي نجاة، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد..... 171

أشغال اليوم الدراسي الدولي حول:

"المؤسسات في القضاء الدستوري"

يوم 05 ماي 2016

1. **دور المحاكم الدستورية الإفريقية في حماية النظام الدستوري**

الأستاذ الدكتور كايس شريف، جامعة – مولود معمري تيزي وزو 191

2. **القضاء الدستوري والقضاء العادي: علاقة مبهمة في خدمة دولة القانون**

الدكتور بوسماحة نصر الدين، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد 197

3. **توسيع إخطار المجلس الدستوري على ضوء تعديلات 2016**

الأستاذ الدكتور خلفان كريم، جامعة مولود معمري تيزي وزو 203

4. **Les péripéties de la vertu et de la raison constitutionnelle en temps de crise économique**
Professeur Yiannis Z. Drossos, Université Nationale et Capodistriènne d'Athènes, Grèce ….....209

5. **Ombudsman comme juge constitutionnel**
Dr.Patricia Jonason, Université de Södertörn (Suède)... 213

6. **Quelques réflexions sur la fonction consultative du conseil constitutionnel algérien**
Dr. Sam Lyes, Chef de département au centre d'études et de recherches en droit constitutionnel.....223

ممارسة حق الشفعة على الإستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري

أ.بوالقرارة زايد
أستاذ مساعد قسم " أ"
جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة

ملخص:

لقد برزت الإستثمارات الأجنبية في الآونة الأخيرة كأحد أهم أوجه التعامل في العلاقات الدولية، خاصة وأن هذه الأخيرة تبدأ بإبرام عقد بين الدولة المضيفة والمستثمرين الأجانب، لكن يمكن للدولة المضيفة أن تمارس بعض حقوقها في مواجهة هؤلاء المستثمرين ومن بينها ممارسة حقها في الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدتهم، وذلك من أجل سيطرة المستثمرين الوطنيين على كل المؤسسات والشركات الموجودة في الجزائر وعدم انتقالالأموال المستثمرة إلى الخارج، فحق الشفعة عرف في القانون الخاص ليسقطه المشرع في مجال الإستثمار، خاصة وأنه نظام استثنائي يرد كقيد على حرية التصرف، لدى لابد من معرفة كيفية ممارسة حق الشفعة ومبررات ممارسة هذا الحق في التشريع الجزائري.

مقدمة:

لقد ظهر قانون الشفعة إثر إستحداثه من خلال المادة 62 من قانون المالية لسنة 2009[1]، ثم عدل على التوالي بالمواد 46 من قانون المالية التكميلي 2010[2] والمادة 57 من قانون المالية لسنة 2014[3]، فالشفعة نظام استثنائي باعتبارها ترد كقيد على حرية التصرف، فهي تعتبر كإحدى طرق كسب الملكية العقارية، نظَمها المشرع الجزائري من خلال أحكام المواد 794 إلى غاية 807 من القانون المدني تحت فصل طرق إكتساب الملكية العقارية، ليتم العمل بها في مجال الإستثمار الأجنبي. فتم تقنينها بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بعد التصرف الذي قامت به شركة أوراسكوم للبناء المصرية سنة 2007، بإعتبارها قامت ببيع مصنعين للأسمنت بولاية المسيلة على أساس أنها تود الإستثمار في هذا المجال، لتقوم بعد ذلك ببيعه لشركة لافارج الفرنسية بثمن أعلى بكثير من ثمن الشراء ومن دون علم السلطات الجزائرية أو إحترام النصوص والإجراءات القانونية، مما جعل الدولة الجزائرية تتحرك لحماية الاقتصاد الوطني خاصة وأنها أصبحت تبحث عن صيغة قانونية تجعلها صاحبة الأولوية في عملية التنازل تتم من أو إلى مساهمين أجانب، مما جعل الشفعة كآلية للحفاظ على الإستثمارات الأجنبية التي أقيمت في الجزائر هدفها الرئيسي عدم تهريب الأموال المستثمرة إلى الخارج، لذلك تبنت الدولة الجزائرية موقفا حذرا اتجاه المستثمرين الأجانب من خلال قانون المالية لسنة 2009، حيث يهدف المشرع من خلاله إلى إزالة الضرر في مجال الإستثمار الأجنبي من خلال إبعاد الشركات الأجنبية ممن لا يثق في كفاءتها ويشمل حتى الشركات الوطنية، كما يهدف للحفاظ على الإستثمارات التي أقيمت في الجزائر وإستفادت من تسهيلا جبائية وضريبة قياسية وهذا ما تجسد على أرض الواقع من خلال شراء الصندوق الوطني للإستثمار بشرائه 51% من

1 تنص المادة 62 من قانون المالية 01-09، مؤرخ في 29 رجب عام 1430 الموافق ل 22 يوليو سنة 2009 يتضمن قانون المالية لسنة 2009 "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية بحق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب".

2 تنص المادة 46 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010، مؤرخ في رمضان عام 1431 الموافق 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 "تعدل وتتمم أحكام المدة 04 مكرر 03 من الأمر 01-03 المتعلق بترقية الإستثمار وتحرر كما يأتي "تتوفر الدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية بحق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب. يخضع كل تنازل، تحت طائلة البطلان إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالاستثمار بعد إستشارة مجلس مساهمات الدولة".

3 تنص المادة 57 من قانون 13 -08، مؤرخ في 27 صفر عام 1435 الموافق 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 "تعدل وتتمم أحكام المادة 04 مكرر 03 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم كما يأتي "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية بحق الشفعة ...بدون تغيير على أساس الخبرة".

أسهم شركة أوراسكوم تيليكوم من مجموعة فيمبلكوم الروسية النرويجية، لذلك أصبحت الشفعة وسيلة تستخدمها الدولة لاكتساب الملكية العقارية بعدما أصبحت مصبوغة بشرعية قانونية رغم أنها استثناء عن أصل عام، لكن السؤال الذي يطرح نفسه يكمن في الإشكالية التالية: ما مدى تكريس المشرع الجزائري لحق الشفعة وما مدى تأثيرها على الاستثمار الأجنبي الخاص؟.

وللإجابة عن هذه الإشكالية سوف نسلط الضوء على هذا المقال من خلال تقسيمه إلى ثلاث فروع، حيث نتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم الشفعة، أما الفرع الثاني نتطرق فيه لأحكام الشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي، أما الفرع الثالث فنسلط عليه الضوء من خلال دراسة آثار الأخذ بالشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي.

الفرع الأول

مفهوم الشفعة

تعرف الشُفعة بعدة معاني سواء من الناحية اللغوية أو الاصطلاحية أو التشريعية وقد ظهرت منذ القدم حتى قبل مجيء الإسلام، حيث ظهرت في القانون الروماني[1]. كما ظهرت في القانون الفرنسي بصيغة حق الإسترداد وظهرت في القانون الاسباني والألماني، وكانت معروفة عند العرب قبل الإسلام فقد جاء أن الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أو حائط أتاه الجار والشريك والصاحب ليشفع له فيما باع فيشفعه ويجعله أولى به ممن بعد منه ليتصل بملكه ويدفع عنه الضرر، وسوف نسلط الضوء على هذا المصطلح من خلال ما يلي:

أولا: تعريف الشُفعة لغة: الشُفعة بضم الشين وإسكان الفاء تعني بعدة معاني في اللغة فهي تعني الضم، أي ضم الشئ بإضافته لمثله، وسميت شفعة لأن الشَفيع يضمُ ما يمتلكه بهذا الحق إلى نصيبه أو ملكه، كما أنها مشتقة من الزيادة فهي أن تشفع فيما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أو تزيده أي أنه كان وترا واحدا وضم إليه ما زاده وشفع به. كما عرفت عند لسان العرب الشفعة من الأعداد ما كان زوجا تقول كان وترا فشفعته بآخر.

ثانيا: تعريف الشفعة إصطلاحا: أما إصطلاحا تعني إستحقاق الشريك إنتزاع حصة شريك ممَن إنتقلت بعوض بما ملك به لدفع الضرر، وذلك حسب ما عرف عند

1 سليمان يوسف محمد الشيحان، مسقطات الشفعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة – رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آلت بيت الأردن، 2002، ص 14.

الشافعية فهي حق تملَك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض وهي مشروعة بالسنة والإجماع منها حديث جابر – رضي الله عنه قوله "قضى رسول الله – صلى الله عليه والسلم – بالشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"[1]. كما عرفت بأنها تملك البقعة جبرا على المشتري بما عليه وذلك حسب جمهور الحنفية كما تنقسم الشفعة إلى ثلاث أركان وهي: الشفيع وهو الذي له حق الشفعة – المشفوع عليه وهو والآخذ منه والذي انتقل إليه ملك نصيب الشريك القديم – المشفوع فيه وهو الشيء الذي يريد الشفيع بـــأن يتملكـــه بالشفعة.

ثالثا: التعريف التشريعي للشفعة: لم يعرف القانون الجزائري حق الشفعة لكنه كرسها من خلال القانون المدني، وهذا حسب ما نصت عليه المادة 794 من القانون المدني وذلك بنصها" الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، لذلك ومن خلال هذه المادة نستنتج أن الشفعة هي عبارة عن قدرة أو سلطة تخول للشفيع الحلـــول محل المشتري إذا ما أظهر إرادته في ذلك ضمن بيع العقار، أي أن موضوعها محصور في بيع العقار مما يعني أن المنقول لا شفعة فيه. وهذا ما كرسه أيضا القانون المدني المصري من خلال المادة 935 [2]، حيث يكون الحلول في كافة حقوق المشتري وإلتزاماته الناشئة عن عقد البيع والنتائج المترتبة عنه. ولقد تم إسقاط الشفعة في مجال الإستثمار من خلال قوانين المالية المتعاقبة بدءا بالقانـــون 01-09 يتضمن قانون المالية لسنة 2009 إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 2014. حيث نجد المادة 62 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تنص على أنه يتمم الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم بالمواد ...04 مكرر 03، هذه الأخيرة تنص "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب، يمارس حق الشفعة طبقا لأحكام قانون التسجيل". بالإضافة إلى نص المادة 46 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 التي نصت "تتوفر الدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية بحق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب. يخضع كل تنازل تحت طائلة البطلان إلى تقديم شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة المسلمة من طرف المصالح المختصة التابعة للوزير المكلف بالإستثمار بعد إستشارة مجلس مساهمات الدولة".

---

1 أنظر كتاب رواه البخاري وأحمد.

2 حيث تنص المادة 935 من القانون المدني المصري "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

كما نجد أيضا صدور القانون رقم 87 /19 المؤرخ في 1987/12/08 المتضمن كيفية إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، إذ منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة في مجال المستثمرات الفلاحية وذلك واضح من خلال المادة 24[1] منه، بالإضافة إلى صدور قانون التوجيه العقاري 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 والذي منح الدولة ممارسة حق الشفعة بموجب المادة 52 المنصبة على العقارات الفلاحية والمادة 71 المتعلقة بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء[2].
كما نصت المادة 38 مكرر 03 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه "تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار، أو الاستفادة من الوعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، والذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كاف"، كما نجد المشرع الجزائري كرس حق الشفعة من خلال المادة 94 من قانون النقد والقرض 10-04 بنصها "....تملك الدولة الحق في الشفعة على كل تنازل عن أسهم أو سندات مماثلة لكل بنك أو مؤسسة مالية[3]، بالإضافة على احتفاظ المشرع الجزائري بحق الشفعة من خلال قانون الاستثمار الجديد لسنة 2016. لذلك ومن خلال كل هذه المواد القانونية نجد أن المشرع لم يعرف حق الشفعة للدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية إلا أنه كرسها ونص عليها وإعتبرها حق للدولة أو حتى للمؤسسات العمومية يمكن اللجوء إليها تحقيقا لحاجات ذات مصلحة عمومية، حيث تظهر إلى حيز الوجود إلا عند قيام المستثمر الأجنبي التنازل عن حصته أو يتم التنازل لفائدته لدى تصبح الدولة والمؤسسات العمومية لها حق الشفعة على الحصص

---

1 أنظر المادة 24 من قانون رقم 78 –19 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1408 الموافق لـــ 1978/12/08 والمتعلق بكيفية ضبط إستغلال الأراضي التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم.

2 تنص المادة 52 من قانون التوجيه العقاري 90-25 المؤرخ في 1990/11/18، ج ر عدد 55، مؤرخة في 19 ديسمبر 1990 الصفحة 1743 والمتضمن التوجيه العقاري "وضع الأرض حيز الإستثمار أو التأجير المشار إليه في المادة 51 أعلاه مخصص للحالات التي يكون فيها المالك لأسباب قاهرة عاجزا عجزا مؤقتا على إستغلال الأراضي المقصودة ويمكن أن يطرأ هذا الإجراء بمجرد تبليغ الإنذار وفي جميع الحالات الأخرى يعمد الإجراء للبيع، وفي هذا الإطار يمكن للهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من الأمر رقم 75-58.
أما المادة 71 من نفس القانون فتنص "ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغيـــة تـــوفير الحاجـــات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية، وتطبيق حق الشفعة المذكور يمارس من طرف مصالح وهيئات عمومية معينة تحدد عن طريق التنظيم".

3 أنظر المادة 94 من قانون النقد والقرض 10-04، مؤرخ في 16 رمضان عام 1431، الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، المتعلق بالنقد والقرض.

المتنازل عليها بالحلول محل مشتري هذه الحصص وتملكها خوفا من تهريب رؤوس الأموال إلى مستثمرين آخرين لا ترغب الدولة الجزائرية منحهم رخصة إنجاز المشروع داخل إقليمها.

الفرع الثاني

أحكام الشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي

للشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي عدة أحكام، خاصة وأن الأمر المتعلق بتطوير الإستثمار في الجزائر كرس هذا المبدأ كما أن حكمة المشرع من إقرار الشفعة تكمن في دفع الأضرار المحتملة للدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية، لدى كانت الشفعة مصدرا لكثير من الأحكام في القوانين التي مرت بها المنظومة التشريعية في الجزائر، وبما أن الإستثمار يعتبر عصب الإقتصاد الوطني كما لا يخلو من المخاطر التي تأثر على الإقتصاد الوطني فإن حمايته تشريعياً أصبح أمر لابد منه، حيث أصبحت الدولة تراعي في كل قانون تسنه مصالحها الإقتصادية والإجتماعية والمالية ومن أجل ذلك تعمل على تشجيع المستثمرين الأجانب، دون إهمال بعض حقوقها حماية للإقتصاد الوطني ومن بينها حقها في الشفعة على المستثمرات الأجنبية، لدى سوف نسلط الضوء عليها أكثر من خلال تبيان أحكامها فيما يلي:

أولا: المقارنة بين الأخذ بالشفعة في مجال الإستثمارات الأجنبية وبعض الأنظمة المشابهة:

إن ممارسة حق الشفعة يمكن أن يكون من طرف الدولة باعتبارها صاحبة السيادة على الثروات الطبيعية الموجودة داخل إقليمها، كما يمكن أن تكون من طرف المؤسسات العمومية الإقتصادية وذلك واضح من خلال المادة 57 من قانون 13-08 يتضمن قانون المالية لسنة 2014، حيث تنص هذه المادة "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة"، بالإضافة على نص المادة 46 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 بنصها "تتوفر الدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية بحق الشفعة عن كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب"[1]. فمن خلال هذه المواد نجد أنه يمكن مقارنة ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة على الإستثمارات الأجنبية بالتأميم ونزع الملكية بإعتبار أنهما يتشبهان من حيث الأحكام كما أنها تمارس من طرف سلطة صاحبة السيادة.

1 راجع نص المادة 57 من قانون 13-08 المتضمن قانون المالية لسنة 2014، وكذا نص المادة 46 من قانون المالية لسنة 2010، مرجع سابق.

1- المقارنة بين ممارسة حق الشفعة في مجال الإستثمارات الأجنبية ومفهوم نزع الملكية:

تعتبر نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة امتيازا ممنوحا للإدارة لحرمان مالك العقار من ملكه جبرا من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض، وهو إعتداء صارخ وصريح على الملكية الخاصة للمستثمرين الأجانب السبب الذي يجعله إستثناء، يجد أساسه في تحقيق المنفعة العامة، كما انه مكرس تشريعيا من خلال نصوص قانونية[1]، لدى يعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه "تمليك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقا لدواعيالصالح العام بموجب قرار إداري يصدرعن الجهةالمختصة". *كما عرفته محكمة النقض المصرية أنها* " حرمان مالك العقار من ملكه جبرا عنه للمنفعة العامة مقابل تعويض عما ناله من ضرر بسبب هذا الحرمان". فنزع الملكية إجراء يهدف إلى تمليك الدولة بموجب قرار إداري لدواعي الصالح العام أي لإنشاء المرافق العامة كالمدارس والمستشفيات والطرق، فيمنع عليها القانون اللجوء لمثل هذه الإجراءات بهدف المضاربة أو لمنع إنجاز مشروع معين أو إتمامه من طرف المستثمر الأجنبي[2]، وهو يرد على العقارات المادية فقط، مما يجعل العقارات الحكمية كالحقوق العينية التبعية مثل حقوق الارتفاق غير قابلة لأن تكون موضوع نزع الملكية بهذا المفهوم[3].

لذلك فنزع الملكية يتمثل في تحويل الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي إلى ملكية عامة تتولى الدولة المضيفة تسييرها وإدارتها، وذلك بمقتضى قرار إداري تصدره الإدارة المختصة، ويعتبر هذا القرار من أعمال السيادة التي تمارسها الدولة في حدود إختصاصها الإقليمي[4]. لذلك فهو إجراء يرد على العقارات دون المنقولات عكس ما هو عليه الحال في نظام الشفعة، نص عليه المشرع الدستوري من خلال المادة 22 من الدستور الجزائري[5]، تعتبر هذه الطريقة جبرية عكس ممارسة حق الشفعة على الإستثمارات الأجنبية هذه الأخيرة تتم

---

1 أنظر القانون 91 -11، المؤرخ في 27 أفريل سنة 1991، المؤرخ في 12 شوال عام 1411، الموافق 27 أفريل سنة 1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة. المعدل والمتمم . – كذلك راجع مرسوم تنفيذي رقم 08-202 مؤرخ في 04 رجب عام 1429 الموافق 07 يوليو سنة 2008، يتمم المرسوم التنفيذي 93-186 المؤرخ في 07 صفر عام 1414، الموافق 27 يوليو سنة 1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91 -11.

2 كروغلي مقداد، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المجلة القضائية الصادرة عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني ، الجزائر، 1998، ص 34.

3 سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، 1993، ص ص 88 ،89 .

4 حرزي لوناس دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الإستثمار، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 75.

5 تنص المادة 22 من الدستور الجزائري "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".

بتنازل إرادي من المالك، كما أنها تتم على الأموال العقارية والمنقولة عكس نزع الملكية للمنفعة العامة التي تتم على العقارات فقط، وهذا هو أوجه الخلاف بينهما.

2- المقارنة بين ممارسة حق الشفعة في مجال الإستثمارات الأجنبية ومفهوم التأميم:

يعرف التأميم بأنه عمل من أعمال السيادة تنقل به الدولة المضيفة الملكية الخاصة إلى الملكية العامة وذلك بمقتضى نص تشريعي[1]، وللمصلحة العامة بغرض إستغلالها والسيطرة عليها ولتوجيهها نحو أهداف معينة[2] وذلك في إطار ممارستها لسيادتها الإقليمية، كما يعرف بأنه الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل مؤسسة خاصة استثمارية تابعة لشخص طبيعي إلى مؤسسة عامة تابعة للدولة المضيفة ومن أهم الإستثمارات الأجنبية التي صادفت تطبيقا واسعا لنظام التأميم تأتي الصناعة البترولية في المقدمة[3]. كما أن التأميم يعتبر من أخطر الإجراءات السياسية التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية في أقاليم الدول المضيفة لها، فالتأميم إجراء قانوني تقوم به الدولة بغرض فرض سيطرتهـــا على المشروعات الخاصة وطنية كانت أم أجنبية تجسيدا للصالح العام والمنفعة العامة الوطنية مقابل تعويض عادل تقدمه إلى أصحاب المشروعات المؤممة يتم تحديد هذا التعويض عن طريق الخبراء وذلك طبقا لنص المادة 05 الفقرة الثانية من القانون رقم 82-13 المعدل والمتمم بالقانون رقم 86-13، حيث نصت على "حق الشريك الأجنبي بالتعويض في حالة التأميم"[4].

أما من حيث ممارسة حق الشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي فهي تعني حلول الدولة محل المشتري في تملك الحصص المتنازل عنها متى كان أحد طرفي التنازل أجنبيا[5]، وذلك من أجل المحافظة على الأموال والاستثمارات الموجودة على إقليمها حماية للاقتصاد

1 تنص المادة 08 من المرسوم رقم 66-284، مؤرخ في 15 سبتمبر 1966 يتضمن قانون الاستثمارات الجريدة الرسمية عدد 80، الصادر بتاريخ 17 سبتمبر 1966 "لا يمكن اللجوء إلى التأميم إلا بناء على نص تشريعي"، وكذلك نص المادة 678 من القانون المدني "لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بناءا على نص قانوني غير أن شروط وإجراءات نـــزع الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون".

2 فتحي عبد الصبور – الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال – عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1967، ص22 .

3 Abdelkader Bessedik, Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman , Thèse pour le doctorat en droit , l'Université Paris-Est Créteil, 2013, p 58 .

4 راجع في ذلك نص المادة 05 من قانون رقم 86-13، مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1406، الموافق 19 غشت ســـنة 1986، يعدل ويتمم القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28 غشت سنة 1982 المتعلق بتأسيس الشـــركات المختلطـــة الاقتصاد وتسييرها.

5 قطاش خيرة، النظام القانوني للشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص إدارة الأعمال، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 40.

الوطني، فمن خلال التطرق للتأميم وحق الشفعة في مجال الاستثمارات الأجنبية نجد أن كلاهما يهدفان للحصول على ملكية المشاريع الإقتصادية، خاصة وأنها تشمل عقارات ومنقولات لأغراض المصلحة العامة، كما أنهما يتمان بمقابل رغم أن هذا المقابل يختلف من حيث التسمية في التأميم يسمى تعويضا نظرا لأنه حق للمستثمر صاحب المشروع وليس التزاما يقع على عاتق الدولة المضيفة، وذلك طبقا لنص المادة 677 من القانون المدني بنصها "مبلغ التعويض لا يجب أن يشكل بأي حال من الأحوال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة"، وفي إطار الشفعة على الإستثمار الأجنبي يسمى ثمنا، وذلك طبقا لنص المادة 363 من القانون المدني بنصها "إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشئ المبيع".

أما من حيث أوجه الاختلاف فتكمن أن التأميم لا يتم إلا بموجب قانون صادر من السلطة التشريعية أي بموجب نص تشريعي، بينما الشفعة في مجال الاستثمار الأجنبي فتمارس عن طريق السلطة التنفيذية الممثلة في وزير المالية بناءا على نص قانوني، وذلك واضح من خلال نص المادة 52 من القانون المدني الجزائري بنصها "يمثل وزير المالية الدولة في حالة المشاركة المباشرة في العلاقات التابعة للقانون المدني، وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة المطبقة على المؤسسات ذات الطابع الإداري"[1]. بالإضافة على أن الإختلاف يكمن في أن عملية التأميم تعتبر صورة من صور نزع الملكية، في حين أن ممارسة حق الشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي تكون عندما يتنازل هذا الأخير عن حصصه بإرادته المنفردة ودون ضغط من طرف الدولة المضيفة.

ثانيا: شروط الأخذ بالشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي:

إن ممارسة الدولة المضيفة والمؤسسات العمومية الإقتصادية لحق الشفعة لا يتم إلا بتوفر مجموعة من الشروط، حيث أنه وبالرجوع للأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار نجده ينص على هذه الشروط من خلال المادة 04 منه هذه الأخيرة أكدت أنه لإنجاز أي مشروع إستثماري لابد من مراعاة التشريع والتنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة، بالإضافة إلى خضوع الإستثمارات للتصريح والدراسة المسبقة، كما أن شروط الأخذ بالشفعة لابد أن تتوفر سواء في المال المشفوع فيه أو في الشفيع أو تتعلق بالتصرف المجيز للشفعة.

1 راجع نص المادة 52 من القانون 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانـــون المدني، ج ر عدد 44، المؤرخة في 26 يونيو 2005.

1- الشروط المتعلقة بالمال المشفوع فيه:

لقد نصت المادة 794 من القانون المدني على أن الشفعة يكون موضوعها منحصر في بيع العقار وذلك بنصها "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار"[1]، وذلك عكس الأخذ بالشفعة في مجال الاستثمار إذ لا يثبت فقط في العقار وإنما يمكن أن يثبت حتى على حصص المساهمين متى تنازلوا عنها المستثمرين الأجانب أو لفائدتهم، حيث يمكن أن تكون الحصص المقدمة من طرف المستثمرين الأجانب عبارة عن مبلغ نقدي أو عبارة عن عقارات كالأراضي أو مصانع أو منقولات كالآلات اللازمة لإنجاز المشروع أو المعدات اللازمة لذلك، كما يمكن أن تكون منقولات معنوية كالعلامات التجارية أو براءة الاختراع مثل أن يخترع خبراء سيارات معينة لمصنع أقيم بالجزائر من طرف مستثمر أجنبي ففي حالة ممارسة الدولة الجزائرية لحقَها في الشفعة على هذا المصنع تنتقل براءة الإختراع الخاصة بمنتجاته إلا الحصص المقدمة على سبيل الإنتفاع فلا تشملها الشفعة[2]، مما يجعل من الشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي تشمل العقار والمنقول في آن واحد فهي تشبه حق الإسترداد[3]. كما أنها عبارة عن إستثناء على إستثناء باعتبار أن الشفعة ترد كقيد على حرية التصرف كما أنها ترد على العقار والمنقول في آن واحد.

2- الشروط المتعلقة بالشفيع:

بالرجوع إلى نص المادة 62 من قانون المالية لسنة 2009 وكذا المادة 46 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 والمادة 57 من قانون المالية لسنة 2014 نجد أن الشفيع يمكن أن يكون دولة أو مؤسسة عمومية اقتصادية،فالدولة عبارة عن شخص اعتباري يخضع لأحكام القانون العام إلا أنه اعترف لها المشرع بحق الشفعة حماية للمصلحة الوطنية والاقتصاد الوطني بالأخص، حيث تعرف الدولة بأنها "شكل مؤسساتي للسلطة العليا التي عن طريق احتكارها الشرعي للقوة تكوَن النظام الاجتماعي عن طريق القانون، كما تمارس سلطة الدولة داخل حدودها الجغرافية على الشعب فهي عبارة عن مؤسسة تعرف

---

1 أنظر في ذلك نص المادة 794 من القانون 05-10، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

2 أنظر المادة 424 من القانون 05-10، مرجع نفسه "إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك هي ديون له في ذمة الغير فلا ينقض التزامه للشركة إلا إذا استوفيت هذه الديون، ومع ذلك يبقى الشريك مسؤولا عن تعويض الضرر إذا لم توفي الديون عند حلول أجلها".

3 Kamal Lagtati, les succursales en droit international et européen, thèse pour le doctorat en droit privé, université d'auvergne – Clermont-Ferrand I E.D. des sciences économiques, juridiques et de gestion, 2011, p 120.

بمجموعة من التنظيمات السياسية والإدارية ممثلة بالحكومة والرئيس، البرلمان والإدارات، يمثل الدولة مسئولين الذين عليهم العمل بشفافية حتى نكون أمام دولة القانون". لذلك نجد أن الدولة تتمثل في مجال إقليمي وجغرافي يتحرك في إطاره جهاز مؤسسي يمثل سلطة هذه الدولة الذي يعمل في إطار القانون حتى تتحقق مشروعيتها. ومن أجل ذلك كرس لها المشرع الحق في الأخذ بالشفعة في مجال الاستثمار رغم عدم ذكرها ضمن الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 795 من القانون المدني[1].

أما المؤسسة العمومية الاقتصادية التي أعطاها المشرع الحق في ممارسة الشفعة فيختلف تعريفها من تعريف فقهي أو تشريعي. فمن حيث التعريف الفقهي نجد الأستاذ بعلي قد عرفها بأنها – "مشروع أو تنظيم يتمتع بالشخصية المعنوية ويتولى القيام بنشاط اقتصادي،صناعي أو تجاري مستعملا في ذلك قواعد القانون الخاص (القانون التجاري)، كما أنه هناك من عرفها بأنها" شركة تجارية ذات رأسمال عمومي مملوك للدولة[2] أو أن المؤسسة العمومية الاقتصادية عبارة عن مركب من العلاقات المختلفة السياسية الاقتصادية والاجتماعية ذات الكيان المنفصل عن الدولة.[3] كما نجد الأستاذ حسين بن يسعد يعرف المؤسسة العمومية الإقتصادية على أنها "شخص معنوي خاضع للقانون الخاص، مزود من طرف الدولة برأسمال اجتماعي وبإستقلالية مالية ومسير بقواعد القانون التجاري". فمن خلال تعريف هذا الفقيه نجد أنه يعتقد أن المؤسسة العمومية الإقتصادية المستقلة لها عناصر موضوعية تميزها عن المؤسسة الإشتراكية وهذه العناصر تتمثل في – التأسيس الحر لتنظيمها – التحديد الحر لمنتجاتها – الإختيار الحر لقنواتها التوزيعية أي القدرة على الجمع بين الإنتاج والتوزيع .

أما من حيث التعريف التشريعي فقد ورد تعريفها من خلال المادة 05 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية على أنها "شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة و/أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الأسهم أو الحصص" كما ورد تعريفها من خلال المادة 04 من القانون 88-01 المتعلق

1 تنص المادة 795 من القانون 05-10، مرجع سابق "يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية: – لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة – للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي – لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

2 عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الإقتصادية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2004، ص 19.

3 عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الإقتصادية من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006، ص 179.

بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية[1]، فمن خلال هذا القانون يمكن تعريف هذه المؤسسة على أنها ذلك الشخص المعنوي العام، ذو الطابع الإقتصادي غير المرفق العمومي والجمعيات والتعاونيات والتجمعات[2]، أو أنها ذات القالب القانوني المتميز عن أشخاص القانون العام، كما جاء في القانون التوجيهي من خلال المادة 03 منه: "تشكل المؤسسة العمومية الإقتصادية، في إطار التنمية الوسيلة المفضلة لإنتاج المواد والخدمات وتراكم رأس المال، وتعمل هذه المؤسسة في خدمة الأمة والتنمية وفق الدور والمهام المنوطة بها، وتتمتع بالشخصية المعنوية التي تسري عليها قواعد القانون التجاري إلا إذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة[3]". فما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع إعتمد معيارين وهما المعيار العضوي وذلك بإبراز مبدأ الفصل بين المؤسسة والدولة، حيث أن المؤسسة شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص منفصل عن ذمة الدولة تتمتع بالشخصية المعنوية، ومن جهة أخرى نجده يعتمد على المعيار المادي من خلال حصره نشاط المؤسسة في إنتاج المواد والخدمات وتراكم رأسمال، والتي تعد كغرض أساسي لإنشاء هذه المؤسسة.

أما المؤسسات العمومية الاقتصادية المعنية بحق الشفعة فهي مؤسسات عمومية تابعة للوزارة تسمى بالمؤسسات الوطنية تكون أحجامها عموما كبيرة تسير مركزيا من طرف الوزارة التي أنشتها اعتمادا على مسؤول تعينه للقيان بذلك، على أن يقدم تقارير دورية للجهة الوصية على نشاطها[4].

3- شروط تتعلق بالتصرف المجيز للشفعة:

حتى يطبق حق الشفعة من طرف الدولة أو المؤسسات العمومية الإقتصادية لابد من توافر شروط معينة، حيث يكون هناك تصرف من طرف المستثمر الأجنبي، الذي لابد أن يكون تنازلا عن حقه في ملكية الحصص، ويكون هذا التنازل عن طريق عقد بيع، لذلك

---

1 حيث تنص المادة 04 من القانونرقم 88-01 المؤرخفي 22 جماديالأول لعام 1408 الموافق 12 يناير سنة 1988 المتضمن القانون التوجيه يللمؤسسات الإقتصادية العمومية، الجريدة الرسمية العدد 02، سنة 1988 "تتميز المؤسسة العمومية الإقتصادية في مفهوم هذا القانون عن الهيئات العمومية بصفتها أشخاصا معنوية خاضعة للقانون العام مكلفة بتسيير الخدمات العمومية".

2 أنظر المادة 49 من القانون 01/88، مرجع نفسه. والتي تنص "تعد أجهزة الضمان الإجتماعي هيئات عمومية ذات تسيير خاص تحكمها القوانين المطبقة في هذا المجال".

3 أنظر في ذلك ما نصت عليه المادة 03 من القانون رقم 88-01، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، مرجع نفسه.

4 قطاش خيرة، المرجع السابق، ص 32.

لابد أن تكون هناك شروط يمكن إستخلاصها من مضمون لمادة 04 مكرر 03 والمتمثلة في وجود خبرة وتدني في السعر، بالإضافة على أن يكون هناك تصرفا يمثل عقد بيع بين الدولة أو المؤسسات العمومية من جانب والمستثمر الأجنبي من جانب آخر، ولقد كرست قوانين الدول المقارنة حق الشفعة على الإستثمار الخاص الأجنبي مثل القانون الفرنسي[1]، بالإضافة إلى المشرع المصري وذلك طبقا للقانون المدني. وسوف نسلط الضوء على الشروط المتعلقة بالتصرف المجيز للشفعة من خلال مايلي:

أ- تحديد السعر على أساس خبرة مسبقة:

لقد نص المشرع الجزائري على أنه يحدد سعر التنازل الذي يتم من طرف المستثمر الأجنبي عن حصته على أساس خبرة وذلك واضح من خلال نص المادة 04 مكرر 03 من قانون الإستثمار 01-03 بنصها "يحدد السعر، في حالة ممارسة حق الشفعة، على أساس الخبرة"[2]. إذ على أساس نتائج هذه الخبرة نستنتج هل هناك حق للدولة وكذا المؤسسات العمومية الإقتصادية في ممارستها للشفعة من عدمه، ففي حالة كون نتيجة هذه الخبرة إيجابية يلزم على الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية التخلي عن ممارسة حق الشفعة، حيث يسلَم إلى الموثق المكلف بعقد التنازل شهادة التخلي في أجل أقصاه ثلاث أشهر ابتداءا من تاريخ إيداع الطلب طبقا لنص المادة 04 مكرر 03 من قانون الإستثمار 01-03، وفي حالة تسليم الشهادة تحتفظ الدولة لمدة سنة واحدة بحق ممارسة حق الشفعة كما هو منصوص عليه في قانون التسجيل وذلك في حالة تدني السعر، كما يمكن أن يكون التخلي ضمنيا من طرف الدولة والمؤسسة العمومية الإقتصادية وذلك في حالة سكوتها عن الرد لمدة ثلاثة أشهر، إلاّ في حالة تعدي مبلغ المعاملة المقدار المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالإستثمار، وعندما يتعلق موضوع هذه المعاملة بالأسهم والحصص الإجتماعية لشركة تمارس أحد الأنشطة المحددة في نفس القرار. أي أنه في حالة عدم الرد في هذه الحالات الأخيرة لا يعد ذلك تنازلا عن ممارسة حق الشفعة. كما يمكن أن تكون نتائج الخبرة سلبية مما يسمح ذلك للدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية من ممارسة حق الشفعة في هذه الحالة.

---

1 Sophie stankiewicz Murphy, l'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté, thèse en vue de l'obtention de doctorat de droit, université de Strasbourg, 2011, p 238.

2 أنظر المادة 04 مكرر03 من الأمر 01-03، مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422، الموافق لـــ 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، جريدة رسمية رقم 47، المؤرخة في 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 06-08، وكذا الأمر رقم 09-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، والأمر رقم 10-01 المتضمن قانون المالية لسنة 2010 ...والقانون 13-08 المتضمن قانون المالية لسنة 2014.

ب– أن يكون التصرف بيعا:

لقد نص المشرع الجزائري على عقد البيع في القانون المدني، وذلك طبقا لنصوص المواد 54 والمادة 55 و 351 من القانون المدني[1]، فمن خلال هذه النصوص نستنتج أن عقد البيع عبارة عن عقد ينقل الملكية من البائع إلى المشتري في مقابل مبلغ نقدي يدفعه المشتري للبائع، حيث أن هذا العقد يعتبر محلا للشفعة، حيث تنتقل ملكية الحصص عند البيع عن طريق الشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي من البائع (المستثمر الأجنبي) إلى المشتري الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية. في مقابل مبلغ نقدي تدفعه هذه الأخيرة.

ج– وجود سعر أدنى:

إن تدني سعر موضوع حق الشفعة يكون من الأسباب التي تؤدي إلى تنازل الدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية عن ممارستها لهذا الحق، حيث أعطى المشرع للجهة المختصة عند ممارستها لهذا الحق مهلة سنة إبتداء من تسجيل عقد البيع المشفوع فيه، وفي حالة ممارستها لهذا الحق يكون ذلك من دون إعادة التقييم، حيث يتم الحلول مباشرة بالثمن الذي تم به التنازل[2].

الفرع الثالث

آثار الأخذ بالشفعة في مجال الإستثمار الأجنبي

إن ممارسة حق الشفعة على الإستثمار الأجنبي من طرف الجهة المختصة يمكن أن يؤدي إلى تحقق عدة آثار إيجابية خاصة على الدولة المضيفة للإستثمار، كما يمكن أن تكون هناك آثار سلبية، لدى سوف نقوم بشرح هذه الآثار من خلال النقاط التالية:

أولا: حق الشفعة بين الشرعية وتحقيق المصلحة الوطنية للدولة المضيفة

إن مبدأ ممارسة الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية لحق الشفعة جاء مكرسا تشريعيا هدفه تحقيق المصلحة الوطنية للدولة المضيفة صاحبة السيادة ويكمن ذلك من خلال ما يلي:

1- **ضمان السلامة للإقتصاد الوطني:** نظرا للتحولات الإقتصادية التي عرفتها الدولة الجزائرية نتيجة إنخفاض أسعار النفط خاصة ببداية الثمانينات صدر بعد ذلك الأمر

---

1 تنص المادة 54 من القانون 05-10، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص إتجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شئ ما". كما تنص المادة 55 من القانون المدني "يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الإلتزام بعضهما البعض". أما المادة 351 من القانون المدني تنص "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

2 قطاش خيرة، مرجع سابق، ص 39.

03-01 المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم، هذا الأمر جاء مكرسا لمبدأي حرية الإستثمار وعدم التفرقة بين المستثمر الوطني والأجنبي، والمستثمرات العمومية والخاصة وبين الأشخاص الطبيعية والمعنوية إذ يخضعون لنفس المعاملة على أن تكون معاملة عادلة ومنصفة، وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 14 من هذا الأمر[1]، لذلك عمدت الدولة إلى الترخيص للمستثمرين الأجانب إمكانية تنازلهم عن المشروع المستثمر فيه لفائدة شخص آخر دون تقييد أو تحديد لجنسية المستثمر المتنازل وذلك واضح من خلال نص المادة 30 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، حيث تنص هذه المادة "يمكن أن تكون الاستثمارات التي تستفيد من المزايا المنصوص عليها في هذا الأمر موضوع نقل للملكية أو تنازل، يلتزم المالك الجديد لدى الوكالة بالوفاء بكل الإلتزامات التي تعهد بها المستثمر الأول، والتي سمحت بمنح تلك المزايا وإلا ألغيت تلك المزايا[2] ".

لكن رغبة الدولة الجزائرية في الحفاظ على سلامة الإقتصاد الوطني من خلال تعميق الإصلاحات الاقتصادية وتحسين فعاليتها من خلال منع المضاربة بالمشاريع الإستثمارية بين المستثمرين الأجانب، خاصة وأن هؤلاء المستثمرين لا يهمهم تنمية وتطوير الاقتصاد المحلي للدولة المضيفة بقدر ما يهمهم تحقيق أكبر عائد إستثماري، وفي مقابل ذلك نجد أن الدولة المضيفة تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الإقتصاد الوطني وممتلكات الشعب. حيث تقوم الدولة بحماية الإقتصاد الوطني من خلال إنتهاجها لعدة سياسات تشريعية وتدابير تهدف إلى إحداث نظام إقتصادي متغير بتغير الظروف السياسية التي عرفتها البلاد، فبعد الإستقلال مباشرة عمدت الدولة العمل بالتشريعات الفرنسية ما عدا ما يتعارض مع السيادة الوطنية طبقا للقانون 1962/12/31، إلا أن الدولة ومنذ سنة 1965 اتخذت مجموعة من التدابير من خلال إتخاذها للنظام الإشتراكي والتخلي عن القوانين الفرنسية وتحقيق إستقلالية نوعية لمؤسسات الدولة عن الخارج[3]، وقد كان ذلك من خلال إحتكار الدولة لجميع الأنشطة الإقتصادية بتأميم جميع المشروعات الإقتصادية وعدم السماح للمستثمر الوطني والأجنبيالخاص المساهمة في عملية التنمية، وجعلها مبنية على التخطيط المركزي

1 حيث تنص المادة 14 من الأمر 01-03 مؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422، الموافق 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، معدل ومتمم، "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالإستثمار، ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الإتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية".

2 أنظر نص المادة 30 من الأمر 01-03 المتعلق بتطوير الإستثمار، مرجع نفسه.

3 عبد الله بلوناس، الإقتصاد الجزائري الإنتقال من الخطة إلى السوق ومدى انجاز الأهداف السياسية الإقتصادية، أطروحة دكتوراه في العلوم الإقتصادية، جامعة الجزائر، 2005، ص 22.

ومبدأ تدخل الدولة في الإستثمارات الإنتاجية، وذلك واضح من خلال قرار مجلس الثورة سنة 1966.

إلا أن ظهور أزمة البترول أدى ذلك لإنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي، حيث شرعت الجزائر في مجموعة من الإصلاحات الإقتصادية بدأت بالمصادقة على مجموعة من القوانين تم إصدارها بتاريخ 1988/01/12[1]، حيث تم بموجب هذه القوانين منح للمؤسسة العمومية الإقتصادية نوع من الإستقلالية، مما أدى لصدور قوانين محفزة للإستثمار الخاص منها الأمر 95-22 المتعلق بخوصصة المؤسسات العمومية الإقتصادية، وكذلك الأمر 01-04 المتعلق بالخوصصة. مما أدى لظهور بوادر إنسحاب الدولة من الحقل الإقتصادي تجسَد من خلال إنتقال المؤسسات العمومية للمستثمرين الخواص، خاصة وأن الإستثمار الأجنبي بحسب الأمم المتحدة خلال الستينات (العشرية الأولى للتنمية) يعتبر كعامل مهيمن لضمان تنوع الإنتاج وتطوير القطاعات المنتجة في اقتصاديات الدول النامية[2]، وكل ذلك أدى إلى محاولة تحقيق التوازن الإقتصادي بتدخل الدولة بتفعيل هذه السياسة مع الحفاظ على سلامة الإقتصاد الوطني، مما أدى بالمشرع إلى التدخل من خلال سن قانون الشفعة في مجال الإستثمار من أجل إعطاء دور فعال للدولة في مجال الإستثمار الأجنبي.

كما أن تدخل الدولة عن طريق ممارسة حقها في الشفعة لم يكن محصورا في مجال الإستثمار فحسب وإنما يمكن أن تمارس لصالح الدولة على العقارات المملوكة للأجانب ولو لم تدخل في إطار الإستثمار وقد تجسد ذلك بصدور المرسوم التنفيذي رقم 83-344 المتضمن حرية المعاملات[3]، لكن تقوم الدولة بهذا التصرف في حالة قيام المستثمرين الأجانب التصرف في هذا العقار للأفراد، كما أن تدخل الدولة لشراء العقار والحلول محل

1 أنظر في ذلك القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، وكذا القانون رقم 88-02 المتعلق بالتخطيط، القانون 88-03 المتعلق بصناديق المساهمة، القانون 88-04 المعدل والمتمم للقانون التجاري، القانون 88-05 المعدل والمتمم للقانون المتعلق بقوانين المالية، القانون 88-06 المعدل والمتمم للقانون المتعلق بالنقد والقرض.

2 علة عمر، حماية الإستثمار الأجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي "دراسة مقارنة"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2008، ص 67.

3 حيث تنص المادة الأولى من المرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20 يناير سنة 1964 المتعلق بحرية المعاملات كالآتي "تعد كل عمليات التي تتم بين الأحياء يقوم بها أشخاص طبيعيون أو معنويون من جنسية أجنبية والتي هدفها إنشاء أو إنهاء أو اكتساب أو تحويل حقوق عينية عقارية أو حقوق الملكية أو الإرتفاق والإستغلال والتنازل عن الحصص والرهون العقارية والرهون الحيازية العقارية والحكر وكذا عقود الإيجار التي تفوق تسعة سنوات والتنازلات والتقديمات والإيجار التسييري للمحلات التجارية حرة مع مراعاة ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة والجماعات المحلية أو هيئة عمومية طبقا للتشريع المعمول به".

المشتري يكون إجباريا في ظل هذا المرسوم، عكس ما هو عليه حاليا إذ أن ممارسة حق الشفعة يعد إختيارا للدولة ويمارس في مدة زمنية معينة وإلا اعتبر تنازلا من الدولة في ممارسة هذا الحق.

2 - تحقيق أهداف السياسات الإستثمارية:

إن حق الشفعة الممارسة من طرف الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية يهدف لتحقيق السياسة الإستثمارية والمحافظة عليها، حيث يرتبط تحقيق السياسة الإستثمارية في الدولة بقوانين نوعية تعالج موضوعات هامة تتصل بالإستثمار وتؤثر فيه مباشرة، ومنها قوانين الملكية العقارية وتنظيم إستغلال العقار هذا الأخير الذي يتحكم إلى حد بعيد في تحقيق وتجسيد هذه السياسة[1]، حيث تعرف السياسة الإستثمار على أنها مجموعة من التدابير والخطط والإجراءات التي تقوم بها الحكومة في إطار تحقيق التنمية الإقتصادية من خلال زيادة الطاقات الإنتاجية، وتحقيق أعلى معدل نمو اقتصادي خلال فترة زمنية معينة[2]، فهي تهدف لتحقيق الربح خاصة وأن هذا الأخير عنصر أساسي خاصة للإستثمار الأجنبي، كما تهدف السياسة الإستثمارية إلى المحافظة على الإستثمارات القائمة وحمايتها، وتطوير القدرات الإنتاجية للوطن نظرا لتطور حاجات المجتمع من السلع والخدمات، بالإضافة إلى خلق مناصب شغل وتخفيض البطالة، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة الثانية من الأمر 01-03 التي جاءت "بقصد بالإستثمارات في مفهوم هذا الأمر" اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج، أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة، المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية، إستعادة النشاطات في إطار خوصصة كلية أو جزئية ". فبالرجوع إلى هذا النص القانوني نستنتج معنى السياسات الإستثمارية. كما تهدف السياسة الإستثمارية إلى توفير البنى القاعدية الضرورية لرفاهية أفراد المجتمع من جميع المرافق. مما يجعل من ممارسة حق الشفعة كمرآة عاكسة لتحقيق السياسة الاستثمارية للدولة المضيفة.

1 حجاري محمد، إشكاليات العقار الصناعي والفلاحي وتأثيرها على الإستثمار بالجزائر، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، العدد 16، بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ص 316 .

2 عبد القادر بابا، سياسة الإستثمارات في الجزائر وتحديات التنمية في ظل التطورات العالمية الراهنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإقتصادية، فرع التخطيط، جامعة الجزائر، قسم العلوم الإقتصادية، 2004، ص 40.

3 - تعزيز دور القطاع العام وتحقيق السيادة الوطنية على ثروات الدولة:

يكمن تعزيز دور القطاع العام من خلال تدخله في تسيير أمور السياسة الإستثمارية، خاصة وأن القطاع العام عبارة عن ظاهرة إقتصادية وإجتماعية ولدت مع ولادة الدولة وتستمر بإستمرارها، وهو يطلق على الحكومة، كما يتكون من الجهاز الإداري للدولة والإدارة المحلية والهيئات الخدمية، كما يطلق عليه قطاع الأعمال العام الذي يمثل الشركات القابضة والتابعة للأحكام السارية. حيث يهدف القطاع العام إلى السيطرة وتحقيق علاقة جيدة بين الحكومة والمحكومين، لذلك نجد أن ممارسة الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية لحق الشفعة بإنتقال ممتلكات المستثمرين الأجانب إليها يؤدي إلى تعزيز دور القطاع العام في تسيير الإقتصاد الوطني، خاصة وأن المستثمر الأجنبي لا يهمه تحقيق السياسة الإستثمارية بقدر ما يهمه تحقيق الربح الأمر الذي يجعل تدخل الدولة عن طريق أجهزتها وسلطاتها لتملك المشاريع المراد إنتقالها عن طريق الشفعة أمر أكثر من ضروري، مما يؤدي ذلك إلى تحقيق السيادة الوطنية على ثروات الدولة.

ثانيا: سلبيات الأخذ بحق الشفعة على الاستثمار الخاص الأجنبي:

يعتبر الأخذ بالشفعة من طرف الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية في مجال الإستثمار الأجنبي الخاص كقيد على الإستثمار في عمليات الخوصصة، خاصة وأن السلطة المختصة بعد ممارستها لهذا الحق تكون تابعة للقطاع العام، إذ نظم المشرع الجزائري هذا القيد بموجب نصوص تشريعية من خلال المادة 24 من قانون 78-19 المتعلق بكيفية ضبط إستغلال الأراضي التابعة للأملاك الوطنية إذ منح هذا القانون الحق في ممارسة الشفعة في مجال المستثمرات الفلاحية[1]، كما قيد المشرع الجزائري الإستثمار الأجنبي بحق الشفعة طبقا لما جاءت به المادة 04 مكرر 03 من الأمر 01-03 المعدلة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بنصها "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب، أو لفائدة المساهمين الأجانب"، بالإضافة إلى تكريس حق الشفعة بموجب القوانين السابق ذكرها، لدى يعتبر هذا القيد بمثابة عائق على المستثمرين الأجانب بعدما تم إصباغه بصيغة تشريعية فتجعلهم يترددون في نقل رؤوس أموالهم للدول التي تأخذ بهذا المبدأ، حيث تعتبر نظام إستثنائي يرد كقيد على حرية التصرف رغم أن ممارسته يعتبر ضرورة ملحة تتمثل في المحافظة على الثروات الوطنية وعدم تهريبها للخارج.

---

1 أنظر المادة 24 من قانون رقم 78–19 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1408 الموافق لـــ 1978/12/08 والمتعلق بكيفية ضبط استغلال الأراضي التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم.

الخاتمـــة

من خلال دراستنا لموضوع ممارسة حق الشفعة على الإستثمار الخاص الأجنبي في القانون الجزائري نجد حقيقة أن هذا المبدأ قد كرس في القانون الجزائري من خلال صدور عدة نصوص تشريعية تنص على ذلك منها قوانين المالية المتعاقبة، فهذا الحق تمارسه الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية من أجل المحافظة على الإقتصاد الوطني مما أدى لتكريسه تشريعيا، كما أن هذا النظام يشبه نوعا ما الحق في التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة، إلا أنه يختلف عن نزع الملكية بإعتبار أن هذا الإجراء الأخير يمارس جبرا على المستثمر الأجنبي بخلاف الشفعة التي تمارس بصفة إختيارية من طرف المستثمر الأجنبي في حالة تنازله عن حصصه في الشركة محل الإستثمار أي تمارس حق الشفعة بعدما يرغب المستثمر الأجنبي التنازل عن حصصه لمستثمر أجنبي آخر مما يجعل الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية تمارس حق الشفعة عن هذه التنازلات بصفة ذات أولوية، إلا أنه يشبه نوعا ما نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم بإعتبار أن ملكية المستثمر الأجنبي تنتقل من القطاع الخاص للقطاع العام أي الدولة والمؤسسات العمومية الإقتصادية. بالإضافة إلى أن هذا الإجراء جاء بعد التصرفات التي قامت بها بعض الشركات الأجنبية، مثل التصرف الذي قامت به شركة أوراسكوم للبناء المصرية سنة 2007 بإعتبارها قامت ببيع مصنعين للإسمنت بولاية المسيلة على أساس أنها تود الإستثمار في هذا المجال، لتقوم بعد ذلك ببيعه لشركة لافارج الفرنسية بثمن أعلى بكثير من ثمن الشراء ومن دون علم السلطات الجزائرية أو احترام النصوص والإجراءات القانونية. نظَمها المشرع الجزائري من خلال أحكام المواد 794 إلى غاية 807 من القانون المدني تحت فصل طرق اكتساب الملكية العقارية، ليتم العمل بها في مجال الإستثمار الأجنبي فتم تقنينها بموجب عدة قوانين وخاصة من خلال قانون المالية التكميلي لسنة 2009. وبناءا على ما تقدم من نتائج سوف نقوم بعرض مجموعة من التوصيات وذلك وفق السياق التالي:

- إعادة النظر في صياغة النصوص القانونية المتعلقة بالشفعة خاصة وأنها لم تتطرق للمستثمر الوطني، حيث لم تستثني هذا الأخير من حقه في إنتقال المال المشفوع فيه، خاصة وأن ذلك لا يمس بمصلحـــة الإقتصاد الوطني.
- التحقق أكثر من طرف الهيئات المختصة من التصرفات التي يقوم بها بعض المستثمرين الأجانـــب خاصة فيما يتعلق ببيعهم للمستثمرات عن طريق التنازل لمستثمرين آخرين ودون علـــم السلطـــات الجزائرية، لأن ذلك يمس بالإقتصاد الوطني، خاصة بتهريب الأموال المستثمرة للخارج.

- محاولة إصباغ هذا المبدأ بشرعية دولية من خلال التطرق إليـــه مـــن طرف الـــدول المضيفـــة في الإتفاقيات الدولية وأن لا يكون ذلك مجرد حبر على ورق في تشريعاتها الداخلية.
- محاولة المشرع التوفيق بين مصلحة الدولة الجزائرية في حماية إقتصادها الوطني ومصلحة المستثمرين الأجانب في حماية أموالهم المستثمرة، وذلك من خلال إعادة صياغة نصوص قانونية تكرس ذلك.