

* الوسائل القانونية لتدخل الدولة في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار*

د. شنتوفي عبد الحميد

أستاذ متعاقد

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة بجاية، 06000 بجاية، الجزائر.

الملخص:

يمكن للدولة كشخص من اشخاص القانون العام تعديل أو فسخ عقود الاستثمار، مستعملة في ذلك مختلف الوسائل القانونية لذلك مثل ممارسة سلطاتها التشريعية، التنفيذية والادارية.

فشروط الاستقرار في عقود الاستثمار لا تمنع الدولة من ممارسة سيادتها بشرط تعويض المستثمر الأجنبي في حالة المساس بحقوقه المالية طبقاً لأحكام القانون الدولي. لقد استحدثت بعض الدول ومنها الجزائر إجراءات انفرادية جديدة تؤثر في مشاريع المستثمرين بطريقة غير مباشرة، فضلاً عن تكريس حق الشفاعة كألية لرقابة الاستثمارات الأجنبية في قانون ترقية الاستثمار رقم 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016.

الكلمات المفتاحية:

الدولة، السيادة، المستثمر الأجنبي، عقد الاستثمار، الشفاعة.

* تاريخ إرسال المقال 2017/10/22 ، تاريخ مراجعة المقال 2017/12/03 ، تاريخ قبول نشر المقال 2017/12/26.

Moyens juridiques de l'intervention de L'Etat dans la modification ou la résiliation des contrats d'investissements

Résumé :

L'Etat comme étant une personne public, peut modifier et résilier les contrats d'investissements par ses moyens juridiques tels que son pouvoir : législatif, exécutif et administratif.

Les clauses de stabilité ne retirent pas à L'Etat le droit d'exercer son pouvoir souverain, à condition, d'indemniser l'investisseur étranger conformément aux dispositions du droit international.

Certains pays comme l'Algérie ont mis en œuvre de nouvelles procédures administratives, législatives et le droit à la préemption comme outil de contrôle des investissements dans la loi d'investissement n° 09-16 du 03 Aout 2016, ces procédures représentent une menace, ainsi qu'une influence indirecte sur les projets d'investisseurs.

Mots clés :

L'Etat, souveraineté, investisseur étranger, contrat d'investissements, préemption.

The legal Means of the state's intervention for modifying or termination of investment contracts

Abstract:

Because of The state as a public person, its can adjust or terminate investments contracts by its judicial means as its power: legislative, executive and administrative.

Stability clause doesn't give state the right to run its supreme power, in condition to compensate foreign investor according to the rules of international law.

Therefore, Some countries like Algeria has set new policies: administrative, legislative and the right to pre-emptive right as a controlling tool of investments at the investment law n° 09-16 of 03rd, august 2016.

These policies which represent a threat, as well as indirect influence or investors projects.

Keywords:

State, sovereignty, foreign investor, investment contract, pre-emptive.

مقدمة

إنّ حاجة الدول إلى التنمية، أدت بها إلى إبرام عقود الاستثمار بين الدولة كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أو هيئات تابعة لها والمستثمر الأجنبي، الذي يحمل في طياته حقوق والتزامات متبادلة بينهما، كشرط الاستقرار التشريعي وعدم المساس بالعقد.

غير أنه قد تلجأ الدولة باعتبارها أحد أطراف العقد إلى تعديل هذا الأخير أو إلغائه على أساس أنها شخص سيادي يتمتع بمزايا خاصة، سواء في إطار القانون الداخلي أو الدولي، في

حين أن الطرف الثاني هو شخص أجنبي (طبيعي أو اعتباري) لا يتمتع بهذه المزايا على الرغم من قوته الاقتصادية والمالية.

مما لا شك فيه أن استخدام الدولة لامتيازاتها الاستثنائية والتشريعية، وذلك بتعديل التشريع المؤطر للاستثمار باعتباره الأداة التي تُعبر بها الدولة عن سياستها الاستثمارية، غير أن هذا التعديل قد لا يخدم مصالح المستثمر خاصة إذا كانت تشريعاتها يشوبها الغموض وعدم الاستقرار من جهة، ومن جهة أخرى إن تعديل أو إلغاء عقود الاستثمار أو المساس بمضمون الاتفاقية، تزيد من مخاوف المستثمر الأجنبي في تعامله مع الدول.

ولعل تضارب المصالح بين المستثمر الأجنبي والدولة، يعود أساساً إلى الضعف الاقتصادي لهذه الأخيرة، فإذا كان الأمر كذلك، فإن الطرف الأجنبي أيضاً طرف ضعيف من الناحية القانونية في مواجهة الدولة، وهذا ما أدى به إلى استعمال كل الوسائل لسلخ العقد المبرم من حظيرة القانون الوطني للدولة المتعاقدة، ومحاولة تدويله طبقاً لأحكام القانون الدولي العام أو المبادئ العابرة للدول.

إنّ التفاوت في المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف العلاقة التعاقدية - عقود الاستثمار - دفع ببعض الدول للاستجابة لرغبات المستثمرين الأجانب في تضمين عقود الاستثمار شروطاً خاصة بالثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وتجميده زمنياً، فضلاً عن منحهم مزايا و ضمانات إضافية.

وبالمقابل قامت الدول من منطلق سيادي ومنها الجزائر بحماية مصالحها، وذلك باتخاذ عدّة وسائل قانونية في شكل إجراءات تشريعية، تنفيذية وإدارية تؤثر بصورة تدريجية وبطريقة غير مباشرة في ملكية المستثمر، إضافة إلى تكريس إجراء الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات في منظومة الاستثمار الجزائري، مما يجعلها تُشبه إلى حدّ ما الأساليب التقليدية لأخذ ملكية المستثمر بالمفهوم الواسع والشامل، وهو ما يجعلنا في نفس الوقت نتساءل عن التدابير والإجراءات التي تتخذها الدولة كشخص سيادي (شخص من أشخاص القانون العام) في تعديل أو فسخ عقود الاستثمار؟ وهل حقيقة أصبح مبدأ السيادة عائقاً أمام الاستثمارات الأجنبية المباشرة؟

للإجابة على هذه الإشكالية، سنتعرض إلى الامتياز التشريعي كوسيلة لتعديل عقود الاستثمار أو فسخها (أولاً)، وبعد ذلك نقوم بإبراز مختلف الإجراءات التي تتخذها الدولة كالرقابة وتعديل أو إلغاء العقد بإرادتها المنفردة (ثانياً)، وفي الأخير نتطرق إلى الإجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدول للمساس بملكية المستثمر الأجنبي (ثالثاً).

أولاً- الامتياز التشريعي كأحد أساليب تدخل الدولة لتعديل أو فسخ عقود الاستثمار:

يمكن للدولة ذات "السيادة" المساس بمضمون عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر، وذلك بتعديله أو فسخه بصورة انفرادية، مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة تشريعية، تنفيذية وإدارية، ومن أهم الوسائل نجد ممارسة امتيازها التشريعي في ميدان الاستثمار (1) أو أثناء تنفيذ شروط العقد (2).

1- الامتياز التشريعي في عقد الاستثمار:

حتى ولو تضمنت عقود الاستثمار شروط الاستقرار وشرط عدم المساس به، فإنّ هذا القيد لا يمنع الدولة من ممارسة سلطتها التشريعية، من خلال تعديل منظومتها التشريعية التي قد تمس بطريقة أو بأخرى محتوى العقد، وذلك من أجل مساندة التطورات الراهنة من جهة، وتحقيق المصلحة العامة من جهة أخرى باعتبار تحقيقها يقع على عاتق الدولة. غير أن مثل هذه التعديلات القانونية الجديدة، قد تلحق بالمستثمر الأجنبي أضراراً، خاصة إذا مس التعديل مجالات حساسة كالتشريع الجبائي، الجمركي والنقدي¹.

2- الامتياز التشريعي أثناء تنفيذ شروط عقد الاستثمار:

يتم تنفيذ عقود الاستثمار في إطار النظام القانوني للدولة المضيفة، لذلك يعتبر بالنسبة للمستثمر الأجنبي ثبات واستقرار العقد، فهذا النظام القانوني ذات أهمية قصوى لحماية حقوقه²، غير أن الدولة قد تتصرف مستعملة في ذلك ما تتمتع به من سلطة

¹ WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilités insérées dans les accords de Développement économique, écrits de droit international, 1^{ère} éd, Paris, 2000.p 326.

² عيبوط محمد واعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتورا دولة في القانون الدولي، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2005 – 2006. ص 130.

تنفيذية وإدارية أثناء تنفيذ الاتفاق، ليست بصفتها طرفاً متعاقداً على قدم المساواة، وإنما باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام.

غير أن هذه الإجراءات الانفرادية المتخذة من الدولة، قد تُشكل خطراً على مصالح المستثمر الأجنبي، وهذا ما يجعله يبحث بكل الطرق إدراج شروط الاستقرار وشرط عدم المساس بالعقد، باعتبار العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة يدخل ضمن حظيرة القانون الخاص¹.

وعليه فالامتياز التشريعي للدولة قد يثير صعوبات، حيث إذا كان المستثمر يدافع من أجل حماية حقوقه التعاقدية والحفاظ عليها، فإن الدولة طرف في العقد، تتمسك وتستمر في ممارسة سلطاتها التشريعية، وكذا امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في إطار قانونها الداخلي في المجال التعاقدية، وهذا ما يؤدي إلى عدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين².

ثانياً- الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة لتعديل وفسخ عقود الاستثمار

إن للإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة طرف في تعديل وإنهاء عقد الاستثمار في ممارسة امتيازات السلطة العامة عن طريق مراقبة المشاريع الاستثمارية والإشراف عليها (1)، الحق في تعديل عقد الاستثمار ووضع نهاية له بإرادتها المنفردة (2).

1 - ممارسة السلطة العمومية أسلوب الرقابة:

إن الانفتاح على الاستثمار الأجنبي المباشر، لا يعني أن الدولة تطلق يد المستثمر الأجنبي بغير حدود، وإنما هذا التشجيع يجب أن يتم في الإطار الذي يُحقق ما استهدفته الدولة، وبالتالي للدولة الحق في ممارسة الرقابة³ أثناء مزاولة المستثمر للنشاط الاستثماري، والهدف من الرقابة هو التحقق من مدى وضعية تقدم المشروع والتدخل عند الضرورة لمنع ما من

¹ WEIL Prosper, op.cit. P.P 326 -327.

² Ibid, p 327.

³ يعرف الفقيه " فايول" وظيفة الرقابة على أنها "عملية الإشراف الدائم من قبل السلطة بغرض معرفة كيفية تنفيذ الأعمال والتأكد من أن عناصر الانتاج المتاحة مادية أو بشرية داخل المنظمة، وأنها تستخدم استخداماً فعالاً وفقاً للخطة المنتهجة".

شأنه إلحاق الأضرار بمصالحها الوطنية، لأن تشجيع الاستثمارات لا يكون على حساب أمن وسلامة أراضيها¹.

وتتعدد أساليب الرقابة من حيث شمولها ودقتها، كما أن حدود الرقابة تختلف من دولة إلى أخرى حسب ظروف كل منها.

ويمكن للدولة ممارسة الرقابة عن طريق تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في ملكية وإدارة المشاريع، وذلك من خلال الحفاظ على نسبة معينة بها للوطنيين في رأسمال كل مشروع أو في إدارته، حيث كرسته السلطات العمومية الجزائرية في قانون المالية التكميلي لسنة 2009² من خلال تجسيد آلية الشراكة لانجاز الاستثمارات الأجنبية³، وذلك بتطبيق مبدأ الأفضلية الوطنية ب51 بالمائة و49 للطرف الأجنبي، فضلاً عن اشتراطها خلق وحماية الأيدي العاملة في الداخل وتكوينها بهدف تخفيض نسبة البطالة.

وبالإضافة إلى الرقابة المترتبة عن قوانين الشركات وقوانين الضرائب عامة كالإطلاع على حسابات ودفاتر المستثمرين ومراجعتها بدقة، بغرض ضمان سلامة العمل واجتناب المضاربات السلبية والإفلاس من جهة، ومن جهة أخرى حصول الخزينة العمومية على ما تستحقه من ضرائب ورسوم⁴.

طبقاً للقواعد العامة فإن الطرف الخاص له الحرية المطلقة في الكيفية التي يُنفذ بها التزاماته، لكن هذا لا يعني أنه معفى من ممارسة الدولة للرقابة والإشراف عليه لضمان

¹ عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص70.

² أمر رقم 01-09، مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج ر عدد 44، صادر بتاريخ 26 جويلية 2009.

³ لمزيد من التفصيل بخصوص موضوع الشراكة انظر: شنتوفي عبد الحميد، الشراكة : آلية لتفعيل الاستثمار الأجنبي في الجزائر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، مجلد 13، عدد 01، 2016، ص- ص 511-526.

⁴ شحاتة إبراهيم، الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 24، السنة 24، 1968، ص.ص 153-156.

التنفيذ الجيد للعقد¹، فوسيلة الرقابة تُعدّ مظهرًا من مظاهر سيادة الدولة، لا سيما أن العقود التي تبرمها الدولة تهدف إلى تحقيق التنمية الاقتصادية باعتبار أن مثل هذه العقود تندرج ضمن القانون العام المرتبط بها أصلاً بالنظر إلى أهدافه وموضوعه².

2- حق الدولة في تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة:

إن أغلب النزاعات التي تثار بين الدول المضيفة لرؤوس الأموال والطرف الخاص سببه تمسك الدولة بضرورة تحقيق المرونة في النظام العقدي، حتى يتسنى لها مواكبة التحولات والتطورات الحاصلة، في حين أن الطرف الثاني يتمسك بثبات النصوص العقدية، لاعتقاده أن مثل هذه العقود المبرمة بينه وبين الدولة تندرج ضمن حظيرة القانون الخاص الذي يركز على الاتفاق الحر، وأن أطراف العلاقة العقدية تربطهم شروط عقدية غير قابلة للمساس بها، بحيث أن العلاقة قد أفرغت في قالب جامد (Static model) يحتوي على التزامات وحقوق، فأى تعديل يُعدّ إخلالاً بالقوة الملزمة للعقد³.

بينما الدولة كطرف في العقد ترى أن من حقها إحداث تغييرات فيه، خاصة أن معظم هذه العقود ذات آجال طويلة، فهي قابلة للتعديل لمواكبة التطورات الحاصلة، مما يستلزم إحداث تغييرات في بنود العقد وشروطه، الشيء الذي يؤدي بالدول إلى إدراج شروط المراجعة وإعادة التفاوض في محتوى العقد (clause de révision ou de renégociation)، وهو الشرط الذي يتعهد بمقتضاه الطرفين بتعديل العقد الذي يربطهما، في حالة حدوث تغييرات في الشروط الجوهرية التي التزما بموجبها وأدت إلى إحداث نوع من اللاتوازن أثناء تنفيذ العقد وتحمل أحدهما⁴.

¹ محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود "دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية"، رسالة دكتوراه في القانون، عين الشمس، يناير 2000، ص 110.

² سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 23 و 24.

³ عصام الدين القصبي، خصوصيات التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1993، ص 140.

⁴ رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة وتسوية المنازعات الخاصة بها، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، 2009، ص 176.

وإذا لم تتضمن هذه العقود على أي شرط من الشروط المتعلقة بثبات العقد أو بمراجعته وإعادة التفاوض، فهل يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها؟ ضمن هذا السياق، يرى اتجاه فقهي، بأنه يجوز للدولة تعديل العقد لإعادة التوازن الاقتصادي لها، نظراً لخصوصيات تلك العقود ذات الأجل الطويلة التي هي مثقلة بضمانات وإعفاءات وما صاحبها من ظروف إبرامها قبل الاستقلال، حيث تمت تحت ضغط ورغبة الطرف القوي أي "الشركات الكبرى" على الطرف الضعيف وهي "الدول النامية" لكونها حديثة الاستقلال واقتصادها منهاراً¹.

ونظراً لعدم التوازن الاقتصادي والفني بين أطراف العلاقة العقدية، فإن الدولة المضيفة لا تملك الإمكانيات التي تؤهله لإجراء مفاوضات عادلة طالما أنها تُقدم على التعاقد بدافع الحاجة الماسة إلى إبرامها مثل هذه العقود²، إذن ألا يقتضي إعادة النظر ومراجعة الدولة لعقودها ذات الأجل الطويلة؟

عليه فمن الواجب على الدولة الدفاع عن حقوقها لا سيما إذا كانت تلك العقود المبرمة متصلة اتصالاً وثيقاً بالتنمية الاقتصادية، باعتبار أن هذه المسألة ذات صلة بسيادة الدولة على ثرواتها، وهذا ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في مختلف القرارات الصادرة عنها، وبالتالي للدولة الحق في فسخ وإنهاء عقود الاستثمار، إذا ما أخلت الشركات الأجنبية بالتزاماتها التعاقدية المكتتبه.

ثالثاً- الإجراءات الانفرادية الحديثة التي تتخذها الدولة للمساس بملكية المستثمر:

تعدّ إجراءات أخذ الملكية بمعناه الشامل والواسع من تأميم، نزع الملكية والاستيلاء كلّها إجراءات تصدر من قبل السلطة العامة في حدود اختصاصها، فهي تُطبّق على الوطنيين أو الأجانب وذلك بالنسبة لأموالهم المستقرة في الإقليم الذي تمارس الدولة فيها

¹ ناصر عبد الله محمد حسن، التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، دراسة انتقادية للنظامين المصري والإماراتي في ضوء النظام النموذجي للأمم المتحدة، رسالة ماجستير في الحقوق، جامعة طنطا، 1995، ص 167.

² محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، 2007، ص 95.

سيادتها، كما أن هذه الإجراءات وإن كانت تتفق في تحقيق الهدف، فإنها تختلف فيما بينها في المفهوم الخاص بها، بشرط أن يتم أخذ رؤوس الأموال الأجنبية في حدود احترام أحكام القانون الدولي، كما تم تكريس حماية ملكية المستثمر الأجنبي في التعديل الدستوري لسنة 2016 بموجب المادة 22¹، التي تنص على أنه " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف"، وكذا في القانون رقم 09-16 المتعلق بترقية الاستثمار، لاسيما المادة 23².

توجد إلى جانب الصور السالبة لملكية المستثمر المشار إليها أعلاه، إجراءات أخرى تتخذها الدول أو الهيئات التابعة لها لحرمان المستثمر من أمواله بطريقة تدرجية(1)، وكذا إجراءات تقييدية للاستثمار اتخذته الدولة الجزائرية في قوانينها كالشفعة(2).

1- أخذ ملكية المستثمر الأجنبي تدريجيا:

تتخذ حكومات الدول إجراءات إدارية، سياسية وقضائية في منظومتها التشريعية لا يمكن وصفها بصفة نزع الملكية، إلا أنها تُحرّم المستثمر من سلطاته على مشاريعه الاستثمارية، أو تمس بحقوقه وتحوّل دون تحقيق مكاسبه المتوقعة من استثماره بطريقة غير مباشرة، وبصورة تدرجية رغم بقاءه مالكا للمشروع، فهذا الأسلوب تمارسه الدولة على ممتلكات الأشخاص من خلال مصادرتها للمشروع الاستثماري بطريقة تدرجية من خلال التعديل الذي يطرأ في التشريع الجبائي، النقدي والجمركي كالزيادة في الضرائب من فترة لأخرى، والتمييز في فرض الضرائب بين المستثمرين أو بين المستثمرين الأجانب أنفسهم من

¹ مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري، الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل ومتمم بموجب قانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، صادر في 14 أبريل 2002، معدّل بموجب قانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدّل بموجب قانون رقم 16-01 مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

² المادة 23 من القانون رقم 09-16 المؤرخ في 3 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 46 صادر في 3 أوت 2016.

جنسية دون أخرى، وكذا فرض زيادة اليد العاملة المحلية على المستثمر الأجنبي، وهذا من شأنه أن يُلجق أضراراً معتبرة به¹.

فضلاً عن قيامها أيضاً بالتمييز في الضرائب أو في تراخيص الاستيراد، ومنح رعاياها تراخيص استغلال في موقع مملوك للمستثمر أو تغييرها لأعضاء مجلس الإدارة، المدراء والإداريين في المشروع الاستثماري ومنع استقدام أو توظيف خبراء وفنيين أجانب واجباره على تشغيل العمال المحليين حتى ولو بقيت الملكية باسم المستثمر الأجنبي، بل وحتى وإن كانت مخالفة لأحكام القانون الدولي²، وغيرها من الإجراءات الحكومية التي لا يمكن حصرها والتي يُطلق عليها مصطلح "التأميمات الزاحفة" أو "أخذ رؤوس الأموال الأجنبية تدريجياً". وتُعد أيضاً من الأعمال المؤدية إلى حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه، بفرضها ببيع المشروع، كما هو الحال في قضية (Gower and copeland) ضد دولة فنزويلا عام 1885، أو حظره نقل أثاث مكاتب المشروع ومعداته³.

2- الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات:

إن الجزائر وفي إطار تطوير سياستها في مجال الاستثمار قد كرسّت إجراء تشريعياً جديداً ألا وهو حق الشفعة كآلية قانونية ورقابية لاستثمارات، ونظراً للأهمية التي يكتسبها هذا الإجراء، يتطلب منا توضيح مفهومه من خلال ما أفرزته المراجع العلمية (أ)، مع إبراز التكريس القانوني لحق الشفعة (ب)، ولنصل إلى تمييزها عن بعض الصور التقليدية لأخذ الملكية على غرار التأميم ونزع الملكية (ت).

¹ WEIL Prosper, Les Clauses de stabilisation ou d'intangibilités insérées dans les accords de Développement économique, Mélanges ROUSSEAU, A. Pedone, Paris, 1974, p. 326.

² حسين نورة، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، عدد 1، 2009، ص 72 و73.

³ خالد محمد جمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق المشروعة، الشروط)" مجلة الحقوق، الكويت، عدد 3، 1979، ص 83 و84.

أ- مفهوم حق الشفعة:

تشير أغلب القواميس الى أن الشفعة لغة هي ضم الشيء إلى مثله، أما اصطلاحاً هي حق استرجاع الشيء المشترك المبيع من المشتري الأجنبي، ولو جبراً مع المصاريف. بناء على ما سبق، يمكن تعريفها على أنها "رخصة تجيز في بيع العقار، والحلول محل المشتري في أحوال معينة، إذا توافرت الشروط المقررة قانوناً"¹. كما عرف البعض الآخر الشفعة، على أنها الأداة التي تسمح من خلالها للشخص الطبيعي أو المعنوي الحلول محل شخص آخر في بيع وتمليك العقار، وذلك حسب نوع الحلول².

ب- تكريس حق الشفعة للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية:

بما أن الشفعة إجراء قانوني يمس نشاط اقتصادي استثماري، فسنتناول ما أورده الفقه القانوني والاقتصادي من تعاريف مع بيان لتعريفه القانوني على مستوى التشريع المتعلق بالاستثمار، إذ من أهم التطورات التي أحدثها المشرع الجزائري في ميدان الاستثمار تكريس حق الشفعة للدولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية وذلك بموجب قانون المالية التكميلي 2009، لاسيما المادة 4 مكرر 3 التي تنص على أن³: " تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية الاقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب ويمارس حق الشفعة طبقاً لأحكام قانون التسجيل".

¹ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص 403.

² يقصد بالشفعة وفقاً للمدلول الجبائي الحق الدولة الثابت في استرجاع العقار أو الحق العيني العقاري من مشتريه، ولو جبراً عنه بنفس الثمن مع المصاريف إذا تبين لمفتش الضرائب المكلف بالمراقبة أن الثمن المصرح به أو المعبر عنه في العقد أو الإتفاق، لا يطابق القيمة التجارية الحقيقية في تاريخ التفويت، وأن أداء الواجبات التكميلية المفروضة بناء على تقرير الإدارة الضريبية لم يتسنى التواصل إليه بشكل ودي.

³ قانون رقم 09 – 01 مؤرخ في 22 جويلية 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر عدد 44، صادر في 26 جويلية 2009.

كما تنص المادتين 30 و31 من القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار على مايلي¹:

" بغض النظر عن أحكام المادة 29 أعلاه، تتمتع الدولة بحق الشفعة على كل التنازلات عن الأسهم أو الحصص الإجتماعية المنجزة من قبل أو لفائدة الأجانب".
نستنتج من خلال هذه المواد، إمكانية شفعة الحصص والأسهم المراد التنازل عنها، سواء التنازلات من طرف المساهمين الأجانب أو لفائدتهم، غير أن هذا الاجراء يترتب عنه تأثير غير ايجابي على حرية حركة رؤوس الأموال الأجنبية، وبالتالي تقييدها ومنع تداولها وفقا لإرادة وحرية تصرف المستثمرين في استثمارهم.

ت- تمييز إجراء الشفعة عن بعض الصور المماثلة لها:

يمكن أن نلتبس نقاط تشابه واختلاف عديدة بين الشفعة والإجراءات الأخرى التقليدية

- أوجه الشبه بين حق الشفعة وبعض الصور المماثلة:

يعد أخذ الملكية بصوره الثلاث (الشفعة، التأميم ونزع الملكية) مظهراً من مظاهر سيادة الدولة، فهي وسيلة من وسائل عملها لغرض تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على الاقتصاد الوطني، غير أن الفقه أقر على أن أخذ الملكية بالمعنى الواسع تُعد من أهم المعوقات التي تحول دون استقطاب الاستثمارات لاسيما الأجنبية منها، ولكن بالمقابل أن هذه الاجراءات تستند الى قانون يبرر اتخاذها قصد نقل الملكية من أحد الاشخاص الى الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها، غير أن الاشكال الذي يطرح هو حول كيفية التوفيق بين المصالح المالية الخاصة بالطرفين الدولة والمستثمر الأجنبي؟

¹ المادتان 29 و30 من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3 أوت 2016، مرجع سابق.

– أوجه الفرق بين حق الشفعة والتأميم ونزع الملكية:

- من حيث الدافع:

إن الدافع من ممارسة حق الشفعة من قبل الدولة ومؤسساتها العمومية هو استرجاع واسترداد المؤسسات والمشاريع الاستثمارية بهدف تقييد حركة انتقال رؤوس الأموال، خاصة العملة الصعبة للحفاظ على الاقتصاد الوطني، في حين أن الدافع من التأميم بالنسبة للدولة هو إحداث إصلاح اقتصادي، بينما في نزع الملكية يتمثل في تحقيق المنفعة العمومية لها¹.

- من حيث الموضوع:

إن إجراء نزع الملكية ينصب على حقوق الملكية العقارية بصفة أصلية، في حين كل من التأميم والشفعة ينصبان على الأموال بأنواعها سواء كانت عقارات أم منقولات.

- من حيث المحل:

ينصب محل نزع الملكية على ملكية شخص معين، في حين التأميم إجراء غير شخصي الغرض منه استغلال وسائل الانتاج محل التأميم للصالح العام، والشيء ذاته بالنسبة لحق الشفعة لكن بشرط أن يكون فقط في حالة التنازل عن الاسهم والحصص المملوكة له.

- من حيث التكييف القانوني:

يتم التأميم استناداً الى نص دستوري أو قانون خاص يجد أساسه في الدستور، كما هو الحال بالنسبة لحق الشفعة، في حين نزع الملكية للمنفعة العمومية يتم بموجب قرار اداري يصدر وفقاً لنص قانوني.

¹ عاطف ابراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، (د ب ن)، 1998، ص 21.

- من حيث الاجراءات وشروط تحققه :

يعود نقل الملكية عن طريق التأميم الى الجماعة الوطنية قصد إحداث إصلاح اقتصادي، أما نقل الملكية في النزاع يكون لسلطة إدارية لها اختصاص إقليمي وموضوعي في أن واحد.

يختلف إجراء الشفعة عن التأميم وعن نزاع الملكية للمنفعة العمومية والاستيلاء، كونه حق يُمنح للدولة وللمؤسسة العمومية الاقتصادية الأولوية في مجال الاستثمار، غير أن البعض يرى بإمكانية تصنيفه وإدخاله ضمن الأساليب الحديثة لنزع الملكية¹، بالتالي فهذا الإجراء مقيّد لجلب الاستثمارات .

ومن أهم التطبيقات العملية لحق الشفعة التي مارستها الدولة الجزائرية، بهدف استرجاع المؤسسات والمشاريع الاستثمارية من منطلق كونه مبدأ سيادياً يُطبّق في حالات اخلال الشريك الاجنبي بالالتزامات التعاقدية المكتتبه، نجد قضية شركة جيزي (OTA) من منطلق أولويتها في شراء أسهم الشركة²، وقضية المجمع الهندي (مركب الحجار للحديد والصلب)، التي عكفت الحكومة (وزارة الصناعة والمناجم) على مباشرة الاجراءات القانونية لاسترداد واسترجاع مركب الحجار كلية، أي استرجاع كل الأسهم التي يستحوذ عليها المجمع الهندي " أرسيلور ميपाल " بنسبة 49 بالمائة، من منطلق عدم التزام مجمع " أرسيلور ميपाल " ببنود الاتفاق المتعلقة بتطبيق برنامج الاستثمار، ملف التشغيل، وتطوير طاقة الإنتاج، بمعنى أن الشراكة مع المجمع الهندي لم تُحقّق الأهداف المقررة في الاتفاقية بعد مرور سنة من الشراكة وتجسيد مبدأ الافضلية الوطنية 51 بالمائة.

إذ بعد مرور هذه المدة تقلص الانتاج الذي كان يقدر ب 1.5 مليون طن من مختلف أنواع الحديد الى 200 ألف طن الى غاية أكتوبر 2014، بسبب النقص في المواد النصف المصنعة، مما أدى بالمجمع الهندي بعد موافقة السلطات الى استيراد مواد الحديد والصلب

¹ ZOUAIMIA Rachid, « Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'état dirigiste en Algérie », RASJEP, N° 02, 2011, p 20

² Ibid, pp 13-15.

نصف مصنعة، تنتجها مصانع أرسيلور ميغال في الدول الأوروبية على عكس ما تريده الحكومة في تحقيقه من وراء هذه الشراكة، فالاتفاق ينص على العمل لتحسين القدرة الانتاجية للمجمع لتغطية الطلب المحلي، وتقليص فاتورة الاستيراد من الاحتياجات الوطنية للحديد، المتزامنة خاصة مع إطلاق المشاريع الكبرى في مجال البناء، الاشغال العمومية والنقل لاسيما تلك المبرجمة في المخططات الخماسية 2014-2019 المقررة من طرف الحكومة.

خاتمة

يمكن للدولة كشخص سيادي تتمتع بامتيازات السلطة العامة تعديل أو فسخ عقود الاستثمار مُستعملة في ذلك بما تتمتع به من سلطات تشريعية، تنفيذية وإدارية، فضلاً عن ممارسة الرقابة والإشراف على المشاريع الاستثمارية، وبالتالي فمن حيث المبدأ فإن الدولة تحتفظ بممارسة سلطتها السيادية حفاظاً على المصلحة الوطنية.

كما يمكن للدولة أيضاً أخذ ملكية المستثمر الأجنبي بوصفها إجراءات نابعة من السيادة الوطنية كالتأميم، نزع الملكية والاستيلاء... غير أن هذه الاجراءات السيادية أصبحت عائقاً أمام المستثمرين الأجانب وأموالهم.

إنّ التطور الحاصل على مستوى العلاقات الاقتصادية الدولية و ظهور مفاهيم جديدة كالعولمة الاقتصادية، تعزيز حرية المبادرة وتكريس مبادئ اقتصاد السوق وترشيد أداء الحكم الراشد، أدى بالدول النامية إلى إدخال نوع من المرونة وعدم الافراط في استخدام السيادة كآلية لحرمان المستثمر من أمواله، خاصة عندما يبرم عقود الاستثمار مع الدولة.

غير أن بعض الدول اتخذت إجراءات انفرادية حديثة تمس بملكية المستثمر، ويطلق على هذا النوع من الاجراءات بمصطلح "التأميمات الزاحفة" التي تُؤثر بطريقة غير مباشرة وبصورة تدريجية في أموال المستثمر هذا من جهة، ومن جهة أخرى نجد بعض الدول كالجائر توجّهت إلى تكريس إجراءات انفرادي أخرى في تشريعاتها المؤطرة للاستثمار من خلال تقييد نسبة المشاركة الأجنبية في المشروع وإدارته "الشراكة"، وإجراء الشفعة كآلية رقابية للاستثمارات الأجنبية.

إلا أن هذه الاجراءات الانفرادية سواء التقليدية منها أو الحديثة تعتبر بمثابة إجراءات تقييدية للاستثمارات ورؤوس الأموال الأجنبية، بحيث يجعل من المستثمر يُغَيِّرُ الوجهة إلى بلد آخر يمتاز بمناخ أعمال ملائم.

وباعتبار عقود الاستثمار من الوسائل الفعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية للدول، فعلى هذه الأخيرة إدخال نوع من المرونة في معاملاتها مع المستثمرين، من خلال إحداث نوع من التوازن بين سيادة الدول ومصالحها الوطنية ومصالح المستثمرين الذي يتمسك بمبدأ أقدسية العقد وبشروط الثبات وتدويل عقود الاستثمار والتعويض العادل والمنصف كأساس لذلك.