



جامعة مولود معمري

تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية



الأساليب القانونية لتواجد الإستثمارات الأجنبية

أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم
تخصص القانون

إشراف :

- أ.د. زوايمية رشيد

إعداد :

- بن عنتر ليلي

لجنة المناقشة :

- أ. د. / كاشر عبد القادر، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو رئيسا
أ. د / زوايمية رشيد، أستاذ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية مقرا
أ. د / إقلولي محمد، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ممتحنا
أ. د / عيبوط محند وعلي، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو ممتحنا
أ. د / يوسف أمال، أستاذ، جامعة محمد بوقرة، بومرداس ممتحنا
د / أيت منصور كمال، أستاذ محاضر "أ" جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية ممتحنا

تاريخ المناقشة : 26 أكتوبر 2016

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وسلم تسليما كثيرا.
إن الشكر يوجب الحب والتعاون، ويعتبر أقوى الكلمات تأثيرا واعترافا بالفضل لأهله الفضلاء.
لذا أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ الفاضل البروفيسور "زوايمية رشيد"، الذي تكرم علي بتوجيهاته بكل
رحابة صدر وسعة بال وتواضع جم، وحسن خلق وإحترام فائق، فكان لي قدوة حسنة أتمثلها في حياتي
العلمية فله كل معاني التقدير والإحترام والشكر.
كما أتقدم بالشكر الخالص والتقدير الكبير لأعضاء لجنة مناقشة الرسالة الكرام.

ليلى

الإهداء:

إلى كل من:

أبي و أمي

زوجي و إبني

أخي و أخواتي

عائلي أحمائي ، أصدقائي و زملائي

لكم جميعا لفرحكم بفرحي

وسروركم بنجاحي.

ليلي

مقدمة

مقدمة:

يمكننا الحديث اليوم وبلا تردد عن إقتصاد عالمي جديد اتضحت معالمه الأساسية بخروجه عن شكل التنظيم (La dérégulation)، واستقلال متعامله الإقتصاديين وما يرافق هذه المظاهر من نتائج خطيرة تؤدي إلى عدم الإستقرار والأزمات الإقتصادية المالية الدولية التي تؤثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة على إقتصاد العالم ككل باعتباره اليوم قد أصبح قرية صغيرة مرتبطة بمختلف الأشكال. حيث تزداد اقتصاديات العالم إندماجا فيما بينها، وتتسع دائرة الإعتماد المتبادل في أنشطة الأعمال الدولية والمعلوماتية والتكنولوجيا، وكذا الإتصال الكثيف بين الإقتصاديات بصورة لم يشهد العالم لها مثيلا من قبل.

وتتضح صورة العولمة الإقتصادية في ظهور الشركات الكونية، وتزايد قوة وتأثير الشركات المتعددة الجنسيات، والإندماج المتبادل لإقتصاديات العالم المتقدم، الأمر الذي ينعكس على الأساليب التي تتواجد عليها هذه الإستثمارات الأجنبية ويجعل الإبتكارات في المجال القانوني تشهد هي الأخرى ثورة تجديدية عالية تنافس باقي الثورات العلمية والتكنولوجية¹.

إن البحث عن الأساليب القانونية التي تتواجد في ظلها الإستثمارات الأجنبية، بغض النظر عن الجدوى الإقتصادية والإجتماعية لهذه الأخيرة على إقتصاديات الدول النامية² لهو بحث عن طريقة تنظيم هذه الإستثمارات من أجل الوصول إما إلى تأكيد الأطروحات الأكثر جذرية، في أن العالم لا يخضع إجمالا لنظام و مراقبة، أو نفي هذه الأطروحات وتوضيح النظام الذي تخضع له هذه الإستثمارات الأجنبية، فكل أسلوب هو عبارة عن تنظيم يفرضه إما القانون أو المستثمر نفسه، وبصورة أدق الشركات الإستثمارية الساعية نحو فرض شروط على الدول لتحصيل أفضل الصفقات وأكبر الأرباح، فعدد من المؤلفين يؤكد أن التنظيم العام للأحداث للإقتصاد أخذ هوية خاصة تتناقض بوضوح مع الخصائص التي كانت له في الماضي، وكلمة تنظيم، أصبحت تدل على شيء مختلف عن القانون العام الإقتصادي التقليدي، فالتنظيم يمثل مجموعة من التعليقات التي تتخلى عن تدابير القيادة والمراقبة، كالأوامر والتوجيهات الموجهة إلى

1- سعد غالب ياسين، الإدارة الدولية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة العربية، عمان، الأردن سنة 2007، ص 20.

2- أبو قحف عبد السلام، نظريات التدويل وجدوي الإستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر 1989، ص 107.

الإستثمارات، وهو يرفض كل شكل من أشكال التخطيط، ويقوم بتدابير بسيطة لتصحيح السوق، لا تصل إلى مستوى التدخلات النافذة³.

ويختلف بذلك عن فكرة التدخل والسيطرة، وتأميم الشركات، وصناعة قراراتها عن طريق التنظيم التوجيهي الإقتصادي، المختلف عن القانون العام الإقتصادي الذي تجاوزه الزمن الآن⁴. الأمر الذي قد يجعل أساليب التنظيم تختلف هي الأخرى من دولة إلى أخرى.

لقد أدت التحولات الإجتماعية والإقتصادية والسياسية إلى تحولات قانونية تطلبت تدابير وميكانيزمات جديدة عامة، تضمن من خلالها الفتح الفعلي للأسواق وحماية هذه الأسواق من الممارسات التعسفية التي قد تضربها، وتحد من دخول متعاملين جدد إليها، وهو ما قد يعتمد عليه كأساس لتبرير الآليات الوقائية الرقابية التي قد تلجأ إليها الدول لحماية وتوجيه إستثماراتها.

وهكذا تبعت عمليات عدم التنظيم والفتح الواسع لمجال الإستثمار، تدخلات لبرامج وعمليات أخرى لإعادة التنظيم من جديد، بهدف الحصول في هذه المرة على أفضل نوعية للتنظيم العام دون أن يؤدي ذلك إلى تلاشيه، أو التخلي عنه نهائياً⁵ في محاولة من الدول التوفيق بين فكرة التنظيم وفكرة الحرية، الأمر الذي جعل العديد من التشريعات تتخبط في حالة اللإستقرار والتبدل الظرفي السريع للنصوص القانونية الموجهة لتنظيم النشاطات الإقتصادية عامة⁶، في بحثها عن تحقيق وتبني أسلوب التنظيم العام، والتخلي بالمقابل تدريجياً عن أسلوب التنظيم التوجيهي المقيد والمتدخل في هذه الإستثمارات الأجنبية، من خلال مواكبة جل التطورات الحاصلة في مجال تنظيم تواجد الإستثمارات الأجنبية، سواء، على مستوى الأسواق المحلية أو الدولية، الأمر الذي ألزمها ترك أساليب التنظيم التقليدية، والتوجه إلى صياغة النصوص القانونية بناء على الطلب "جاعلة من القانون محلاً للتجارة لا منظماً ومؤمراً لها.

3- ماركو دالبيرتي، القانون العام الإقتصادي، التنظيم الإقتصادي في حالة تبدل، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الأول، الجزائرية للكتاب، الجزائر 2006، ص 239.

4- ماركو دالبيرتي، مرجع أعلاه، ص 240.

5- ماركو دالبيرتي، نفس المرجع أعلاه، ص 239.

6- وهو حال المشرع الجزائري الذي يعرف تسارعا، في سن وتعديل وإلغاء النصوص القانونية كقانون المحروقات الذي تعدل في ظرف قياسي لأكثر من (05) مرات، كذلك قانون الإستثمار الذي عرف أكثر من (06) تعديلات متتالية، وأيضاً قانون الصفقات العمومية، الذي لم يعرف الإستقرار بعد، قانون الجمارك، والنصوص القانونية المتعلقة بالقيود في السجل التجاري مما يجعل القانون يتقلب كما تتقلب أسعار البورصة في الأسواق العالمية.

ورغم الكثير من القناعات ووجهات النظر التي تصر على ضرورة تدخل الدولة وتحكمها في الإستثمار الأجنبي وحتى الوطني، لتتمكن من السيطرة على مواردها الإقتصادية والحفاظ على سيادتها ومنع أي تعدي أو تبعية قد تتعرض لها، إلا أن هذا الأمر بقي بعيد المنال بالنسبة للدولة الجزائرية، التي تعجز في فرض سلطاتها رغم ما تكرسه من إجراءات الرقابة القبليّة والبعديّة، لتبقى السوق الجزائرية محل أطماع تنافسية للإستثمارات المنتجة التي تدرك كل الإدراك طبيعة السوق الإستهلاكي الذي تتوجه إليه.

إن عدم قدرة الدولة على التحكم في السوق هو نتاج طبيعي لفكرة حرية التجارة والصناعة وحدثة التجربة في هذا المجال الحر، كما أنه يعد نتاج طبيعي لحالة التبدل الجذري في التنظيم الإقتصادي والقانوني عامة، وتعارض فكرة الحرية مع فكرة الرقابة والتقييد.

وعليه فإن المشرع الجزائري يبقى دائما في حالة تخوف من النتائج التي قد تنجر عن الحرية المطلقة في المجال الإقتصادي، ما يجعله يميل دائما إلى فكرة الضبط في محاولة منه الحفاظ على الإستقرار، والمكاسب الوطنية، ما قد يترتب عنه في المقابل تضيق على هذه الإستثمارات، وفرض هيمنة بعضها على الأخر، بطريقة تمس بمبدأ الحرية المنصوص عليه دستوريا ومبدأ المساواة في المعاملة بين هذه الإستثمارات المنصوص عليه في قانون الإستثمار.

غير أن أسلوب التنظيم العام قد يظهره المشرع في أحيان قليلة، من خلال عدم تحديد وتقييد بعض المفاهيم المتعلقة بالإستثمار، وكذا مجال تطبيق قانون الإستثمار والذي من خلاله يمكن تحديد الوضعية القانونية لهذا الأخير بالنسبة للإستثمارات الأجنبية، ما يمنح الاعتقاد للوهلة الأولى بأن قانون الإستثمار قانون عام وشامل ويؤكد أيضا فكرة تبني جل التشريعات لأطروحة التنظيم العام الراجع سببه عند الدول النامية لعدم قدرتها على تأطير علاقات التجارة الدولية لأسباب تاريخية معروفة لا بسبب خياراتها السياسية التي تفضل فرض التنظيم المطلق على كل النشاطات دون استثناء. وعلى العكس من ذلك، فإن تدخلات قوانين المالية تسحب طابع الشمولية والعموم من قانون الإستثمار، وتضيقة من حيث الزمان من خلال المساس بمبدأ استقرار النصوص القانونية بالنسبة لمستثمر الأجنبي الذي يلزمه في كثير من الأحيان بجعل استثماراته تتوافق مع الإجراءات القانونية الجديدة، كما تضيقة من حيث طريقة ممارسة النشاط من خلال إدخال نشاطات معينة ضمن مجاله، أو تضيقة من حيث طريقة ممارسة النشاط بمجموعة من الإجراءات القبليّة اللازمة للإستثمار... إلى غيره من الطرق التي تؤكد تخلي المشرع عن فكرة التنظيم العام والعودة من

جديد إلى فكرة النظام الاقتصادي المقيد، الذي تعد الدولة ومؤسساتها العمومية الركيزة الأساسية له. فهل يعد مبرر حماية المصالح الاقتصادية العامة كاف للتخلي عن مبادئ النظام الرأسمالي القائمة على حرية العمل التجارة والصناعة؟ إن مجموع هذه التناقضات يجعل المستثمر يتواجد بطرق مختلفة فعليا، فيمكنه التمتع على مستوى محل الإستثمار كما يمكنه الإكتفاء بتمويل مشاريع الإستثمار بالتكنولوجيا ورأس المال اللازمين لعملية الإستثمار، فيتواجد بذلك المال المستثمرين دون تواجد المستثمر فعليا ليبقى مكتفيا بالرقابة وتحويل أرباح وعائدات الإستثمار وهو ما يعرف بشكل الإستثمار الأجنبي "غير المباشر"⁷.

كما يشكل التواجد الفعلي للمستثمر في مجال التصنيفات الاقتصادية وجه "الإستثمار المباشر"⁸ باعتباره أحد التصنيفات الأكثر شيوعا. والذي شهدت صورته تطورات ثابتة منذ أكثر من قرن من الزمن، والتي لازالت لغاية اليوم تعتبر أن الإستثمار المباشر يمكن أن يتجسد في وجه الإستثمار المشترك أو الإستثمار المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي⁹.

كما يعتمد تصنيف الإستثمارات الأجنبية عند الإقتصاديين على عدة أسس ومفاهيم تختلف من وجهة نظر مجال النشاط، ومن جهة القطاع الذي تتواجد به سواء كان قطاع خدماتي، صناعي أو تجاري من جهة ثانية. وعليه فإن هذا الأساس المعتمد في التصنيف يجعل أشكال التواجد متنوعة، كما أنه يعتبر أساس غير ثابت، يختلف باختلاف الزاوية

7- يقتصر الإستثمار غير المباشر على إنتقال الأموال النقدية دون المستثمر، فمقياس الإستثمار غير المباشر (استثمارات الحافظة) هو قصر لدور المستثمر على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة استثمارية معينة لتقوم بالإستثمار، دون أن يشارك هذا المستثمر في رقابة هذا الإستثمار أو تنظيم إدارة المشروع الإستثماري. صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الإستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2005، ص 46.

8- إن تضمن الإستثمار الأجنبي المباشر لأسس مختلفة، جعلت الفقه يختلف في تحديد مفهومه ومنها ما أورده الفقيه الإقتصادي "كليند لبرغر" الذي عرفه باعتباره إنتقال رأس المال يرافقه إشراف مستمر، أما الفقيه « Hugénier Bernard » فيرى أن الإستثمار الأجنبي المباشر هو الإستثمار المنجز من طرف مؤسسة مقيمة، أو غير مقيمة تحت رقابة أجنبية من خلال: إنشاء مؤسسة أو توسيع وحدة أو حركة تابعة لها أو المساهمة في مؤسسة جديدة أو قائمة والتي يكون من بين أهدافها إقامة روابط إقتصادية مستمرة مع المؤسسة، ويكون لها تأثير حقيقي على تسيير المؤسسة، أما منظمة التجارة العالمية، ومنظمة التعاون الإقتصادي فيعرفان الإستثمار الأجنبي المباشر بأنه أي نشاط استثماري مستقر في بلد معين "بلد المنشأ" والذي يتحصل أو يمتلك أصول في بلد آخر، وذلك قصدت تسيير هذه الإستثمارات. نوري منير، قلش عبد الله: دور الإستثمار الأجنبي المباشر في تعزيز تنافسية الإقتصاد الجزائري حسب مقتضيات إقتصاد المعرفة، الملتقى العلمي الدولي الثاني تحت عنوان: الإستثمار الأجنبي المباشر ومهارات الأداء الإقتصادي، حالة بعض الدول النامية، جامعة بومرداس، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، والعلوم التجارية، يومي 22 و23 أكتوبر 2007، ص 09، ص 10.

9- يجسد الإستثمار المشترك الوجه الأساسي للملكية المشروع والأعمال التي يشارك فيها طرفان أو أكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة، بحيث لا تقتصر المشاركة على الحصة من رأس المال، بل تمتد أيضا إلى الإدارة والخبرة وبراءات الإختراع والعلامات التجارية.

أما الإستثمار المملوك بالكامل للمستثمر الأجنبي فيتمثل في المشروعات المملوكة بالكامل لمستثمر واحد أجنبي، عن طريق إنشاء فروع للإنتاج أو أي نوع آخر من الأشكال التي يمارس من خلالها نشاطات الإنتاج والخدمات في الدولة المضيفة. أبو تحف عبد السلام، إقتصاديات الإدارة والإستثمار، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1993، ص 319.

التي ينظر منها لهذا الإستثمار¹⁰، وهو ما جعل الوكالة الفرنسية للإستثمارات الوطنية تتبنى العديد من التصنيفات، منها ما اعتمد على نوع النشاط، ومنها ما اعتمد على الأسلوب أو الشكل الذي يتواجد عليه الإستثمار، كما هناك من التصنيفات ما اعتمدت على وظيفة الإستثمار، أو الإعتماد على البلد الأصلي للإستثمار (منشأ الإستثمار) وأخيرا منها من اعتمدت على وجهة الإستثمار، أي البلد الذي سيستضيف الإستثمار¹¹.

والجدير بالذكر أن التصنيف الذي يعتمد على أسلوب التواجد هو التصنيف الذي يهدف إلى تحديد الإستثمارات الموجودة بصورة مستقرة، أي الإستثمارات المقيمة والشروط التي تساهم في تواجد وإطالة وامتداد هذه الإستثمارات المنشأة لمناصب الشغل، والناقلة للتكنولوجيا و رؤوس الأموال.

إن اختلاف المفاهيم القانونية مع نظيرتها الإقتصادية، لم يؤد إلى إختلاف تصنيفات الإستثمار، بل بالعكس تماما، حيث ساهمت التصنيفات الإقتصادية في تحديد الإستثمارات المتواجدة (المقيمة) والإستثمارات غير المتواجدة (غير المقيمة)، بطريقة تمكننا من تمييز الإستثمارات التي قام الأمر 03/01 بتوسيع مجالها والإهتمام بها أكثر من غيرها، رغم أنه لا يميز صراحة بين الإستثمارات المباشرة وغير المباشرة استنادا للتقسيم الإقتصادي الأكثر شيوعا.

وعليه فإن الرسالة تطرح فكرة التواجد أيضا، من خلال تحديد الأسس التي يعتمدها القانون في تفسير هذا المعيار الذي يستعمله المشرع الجزائري بصدد تحديد مجال تطبيق النصوص القانونية الآمرة في مجال الإستثمار، والتي قد تختلف مع قانون الإستثمار ذاته في المعيار المعتمد للفرقة بين الإستثمارات الوطنية والأجنبية وعليه فإن الإقامة ستقتضى من الدراسة وفقا للمفهوم الإقتصادي أشكال الإستثمار الأجنبي غير المقيم أي المرادف للإستثمار غير المباشر، غير أن الدراسة القانونية لإقامة الإستثمار الأجنبي قد تطرح شكل الإستثمار غير المقيم إذا تم الإعتماد على معيار الجنسية لتحديد صفة القائم بالإستثمار، ما يجعل هذا الأخير مختلف مع التصنيفات الإقتصادية للإستثمار.

إن محاولة تحديد الأسلوب المعتمد من قبل المشرع الجزائري في تنظيم تواجد الإستثمارات الأجنبية يجعلنا ننطلق من نص أمر 03/01 باعتباره النص المرجعي لتنظيم النشاط الإستثماري. غير أن ما رافق هذا النص من تعديلات

10- يعتبر الإقتصاديون تنوع الطرق الإستثمارية التي يتواجد من خلالها الإستثمار، بمثابة مداخل الإنتقال للأسواق العالمية الدولية، والتي تصنف إلى مداخل تقليدية معروفة، كالتصدير المباشر وغير المباشر، الترخيص الدولي والإمتياز الدولي، وأخرى مداخل خاصة مثل عقود الإدارة والمشاريع المشتركة أو استراتيجية الإمتلاك. سعد غالب ياسين، الإدارة الدولية، مرجع سابق، ص 36، ص 37.

11- Rapport 2007, sur les investissements étrangers en France, agence française pour les investissements internationaux (AFII), p 66-

بموجب قوانين المالية يقودنا إلى البحث عن المضمون القانوني لتنظيم تواجد الإستثمار الأجنبي بموجب هذه الأخيرة المعدلة والمتممة لقانون الإستثمار، والتي نحال إليها مجبرين لا مخيرين نظرا لإحتوائها على فكرة تراجع المشرع الجزائري عن أسلوب التعامل الذي حاول تكريسه في ظل مرحلة الإنفتاح الإقتصادي، ليعود من جديد لأفكار النظام الإشتراكي الذي لم تقطف ثماره لغاية اليوم.

وعليه، سنتمكن من معرفة حقيقية التنظيم القانوني لتواجد الإستثمارات الأجنبية وتحديد نوع هذا التنظيم، وهل حقيقة نكون قد خرجنا والعالم معا من فكرة قانون التنظيم الإقتصادي، إلى فكرة قانون عام التنظيم الإقتصادي الذي يبتعد عن أسلوب التدخلات النافذة للدولة، من خلال تحديد دورها وحصصه في المراقبة البعيدة للسوق.

ونظرا لإتساع موضوع البحث وتشعب المسائل القانونية التي يطرحها، فقد اعتمدت الدراسة على منهج أساسي متكامل مع مناهج أخرى، فالمنهج الوصفي قد فرض نفسه بسبب أسلوب الجرد والتعداد، المعتمد في جمع وحصص أشكال وطرق تواجد الإستثمار المنصوص عليها صراحة في أمر 03/01، وقوانين المالية وبعض النصوص الخاصة، بالإضافة للقانون التجاري. أما المنهج التحليلي فقد تم اعتماده من أجل التمكن من تفسير هذه الطرق ومقارنتها بغيرها، وبيان تناقض النصوص القانونية المنظمة لها، والمعاملة التمييزية اللادستورية التي تخضع لها، مع تقييم لكل شكل واستعراض أحواله والآراء الناقدة له والمتعلقة بالموضوع عرضا نقديا تفسيريا، مع بيان أحسنها أو النقص الوارد فيها.

إن الناظر لعنوان الرسالة بداية سيتبادر إلى ذهنه التقسيم الشكلي الإقتصادي لأساليب تواجد الإستثمار الأجنبي السالف ذكرها، غير أن تحليل مصطلح الأسلوب وتحديد المقصود به¹² من الناحية القانونية، سيحصره في المنهج القانوني المعتمد في تنظيم تواجد الإستثمارات الأجنبية. والذي يشمل على تحديد الأشكال، والطرق، الإجراءات التي يتواجد من خلالها الإستثمار الأجنبي والواردة ضمن قانون الإستثمار والقانون الخاص، الأمر الذي يلزمنا وكما ذهب إليه المشرع في قانون الاستثمار إلى استبعاد التقسيم الإقتصادي الشائع، كما يجعلنا نلتزم بمرجعية قانونية أساسية لتحديد

12- تعني كلمة أسلوب :منهج، نمط، أو أسلوب استتار، فهو المنهج المتبع في قبول الشركة أو رفضها لمشروع بمقارنته بالأوراق المالية لذات المخاطر، وتعني بالإنجليزية Stand-alone-principale. كما قد يأخذ الأسلوب القانوني فكرة الضبط الإداري المتمثل في ممارسات السلطة لتحقيق الصالح العام.انظر معجم المعاني Almaany.com.Inc. وعليه فإن الأسلوب يعتمد على عدة مضامين لتحديده وفهمه، فهو أوسع من الطريقة والاجراء والنمط والتنظيم، بل انه يشملها جميعا، وبالتالي فإن الأسلوب يأخذ فكرة المنهج المتضمن مجموعة العمليات المنظمة والتي من خلالها يمكن الوصول الى حقائق، وذلك بتبناها والتحقق منها، فهو مجموعة الاجراءات المعرفية التي يحاول من خلالها العلم التوصل للحقائق. سامية فرفار، دور الشراكة الأجنبية في تحقيق الرضا الوظيفي لدي المورد البشري في المؤسسة الجزائرية، مجلة معارف، كلية العلوم الاجتماعية و الانسانية، جامعة البويرة، السنة الثامنة، العدد 14، اكتوبر 2013.ص30.

الشكل القانوني الذي يمكن أن تتواجد من خلاله الإستثمارات الأجنبية المتراوحة بين قواعد القانون العام و قواعد القانون الخاص.

وبناء على ماسبق فإن محاولة مقارنة موضوع الرسالة بشكلها يجعلنا نبحث عن الأشكال والطرق القانونية التي تسمح للمستثمر الأجنبي بممارسة نشاطه الإستثماري بصورة متواجدة. متسائلين عن ما إذا كان تعدد الطرق والأشكال والإجراءات المنظمة للإستثمار الأجنبي في ظل أمر 03/01 المعدل والمتمم، يؤدي بالضرورة إلى تعدد الأساليب القانونية المعتمدة في إقرار تواجدها وكاف لتنظيم هذا التواجد؟ أم أنها طرق وأشكال واجراءات وتنظيم تؤدي إلى أسلوب واحد؟

لنصل إلى تقسيم الرسالة إلى بابين، يسلط الباب الأول منها الضوء على تحديد الأساليب المعتمدة في ظل أمر 03/01، على إختلافها وإختلاف طريقة فرضها الإجبارية أحيانا والإختيارية في أحيان أخرى. العامة في بعض الحالات والمحصورة في حالات أخرى، المهيمنة والمهيمن عليها بالنظر لأسلوب تعامل القانون معها (الباب الأول).

أما الباب الثاني فننتقل من خلاله إلى بحث مدى مواصلة فرض الأسلوب المعتمد من قبل أمر 03/01 في تنظيم تواجد الإستثمارات الأجنبية من خلال قوانين المالية المعدلة والمتممة وكذا القانون الخاص بإعتبار إلزامية خضوع تواجد الإستثمارات الأجنبية لأحد أشكاله في غياب تنظيم واضح لشكل الاستثمار المختلط (الباب الثاني).

البياب الأول

تواجد الإستثمارات الأجنبية في ظل أمر 03/01 بين
المتناقضات

الباب الأول

تواجد الإستثمارات الأجنبية في ظل أمر 03/01 بين المتناقضات

قبل بداية بحثنا هذا انطلقنا من معتقد تعدد الأساليب القانونية التي يمكن للاستثمارات الأجنبية أن تتواجد من خلالها، لكن البحث قادنا لتأكيد الأسلوب الوحيد للتواجد، المشروط بضرورة المرور على القطاع الوطني، بما يحمله من تكريس لتدخل الدولة في تنظيم النشاط الاقتصادي، من خلال مؤسساتها العمومية الأداة الفعالة التي تمارس من خلالها السيطرة والتدخل المباشر في عملية الاستثمار وعلى أسلوب تواجده. وهو ما عكس سياستها المتذبذبة في تنظيم أسلوب تواجد الاستثمارات الأجنبية، القائمة على عدم اقتناعها لغاية اليوم بأن سبب فشل النظام الاقتصادي المرتكز على ريع البترول، هو نتيجة حتمية لفشل المؤسسة العمومية في قيادة الاستثمارات الخاصة الوطنية منها والأجنبية للنهوض بالقطاعات الاقتصادية البديلة من جديد، كما عكس حصرها لأسلوب الاستثمار الأجنبي في نطاق الاستثمار العمومي.

وباعتبار أمر 03/01 المعدل المتمم النص المرجعي المنظم لتطوير الاستثمار في الجزائر، فقد أظهر هو الآخر هذه السياسة المتذبذبة من خلال عدم وضوح المعايير التي اعتمدها لتحديد أسلوب تواجد الاستثمارات الأجنبية، فبينما تضمن نص المادة الأولى منه تحديدا عاما لأساليب التواجد من خلال الاكتفاء بوضع مجموعة من المواصفات المتروحة بين التقييد الامتياز، والتي كلما توفرت تمكن المستثمر من التواجد وفقا لها، اختلف نص المادة الثانية في طريقة تحديد الاساليب التي تتواجد من خلالها الاستثمارات الاجنبية، حيث نص عليها صراحة وبصورة مباشرة على سبيل الحصر، مشكلة في مجملها عمليات الاصلاحات الاقتصادية التي قامت بها الدولة، ولا تزال تقوم بها من أجل انقاذ بقايا المؤسسات العمومية التي طالما دعمتها من أموال الخزينة. وهي النقطة التي قد يلتقي فيها نص المادة الاولى والثانية من خلال تكريسهما لمعاملة تمييزية وتوجيهية مقيدة لأساليب تواجد الاستثمارات الأجنبية.

من البديهي التساؤل عن حقيقة اعتبار عمليات الاصلاح الاقتصادي استثمارة؟ فأسلوب اعادة التأهيل واعادة الهيكلة والخصوصية، المساهمات العينية والنقدية كلها متعلقة بفلسفة اعادة بعث المؤسسة العمومية واستثمارات الدولة، والتي لا تجسد بأي حال من الاحوال فكرة الانتقال لأسلوب الاستثمار الخاص، بالإضافة إلى عمومية قانون الاستثمار، الذي يكتفي بذكر النشاط أو شكله دون اية تفاصيل تذكر، ما يحيلنا مرغمين إلى أحكام النصوص القانونية الخاصة لتفسير مضمون أمر 03/01 ومنه تفسير أسلوب التواجد الذي تضمنه. وهو السبب الرئيسي الثاني الذي أدى إلى

غموض وتذبذب طريقة تحديد أسلوب تواجد الاستثمارات الأجنبية (الفصل الأول) رغم تكريسه الصريح لسيطرة شكل اصلاح الاستثمارات العمومية على هذه الأساليب التي حاولت اشراك القطاع الخاص الأجنبي عن طريق عملية الخوصصة (الفصل الثاني). لذلك سنحاول البحث عن نصيب الاستثمارات الأجنبية في ظل سيطرة أشكال إصلاح الاستثمارات الوطنية في إطار أمر 03/01.

الفصل الأول

تذبذب طريقة تحديد أسلوب الاستثمار

الفصل الأول

تذبذب طريقة تحديد أسلوب الاستثمار

إن عدم قدرة الدولة على تحديد اهدافها من الاستثمار، فيما اذا كانت أهداف اقتصادية أم أهداف سيادية قد خلط أوراقها، وجعلها ترتبك في تحديد أسلوب تعاملها مع الاستثمارات الأجنبية، هل تقوم بتقييد تواجدها وتحصره في أشكال لا يمكنه ان يتواجد إلا في ظلها، أم تجعله عاما بحيث تترك له الخيار في تحديد طريقة التواجد؟

لقد ظهر تذبذب أسلوب معاملة الاستثمارات الاجنبية من خلال النصوص القانونية، لا سيما منها قانون الاستثمار الذي تراوح بين التقييد والمراقبة، وبين العموم والمشاركة، من خلال مجموعة من القواعد القانونية الضبطية في كثير من الأحيان، والتي تتسم بالمهنية والتخصص والواقعية، على حساب القواعد القانونية الأخرى، خاصة القوانين التي تتسم بالثقل من ناحية اجراءاتها وتنظيمها العام لأشكال التواجد، ما أدى إلى فتح المجال أمام القواعد القانونية الضبطية.

لا زال قانون الاستثمار يمتاز باستعماله للأسلوب العام وللطرق التقليدية للترقية بين المستثمرين الوطنيين والأجانب ما يوقعه في تصادم مع قواعد الضبط، التي تختلف معه في طريقة التفرقة و أساسها، كما أن قانون الاستثمار رغم تخليه عن فكرة التخصيص الصريح لنشاطات معينة للدولة أو أحد مؤسساتها، إلا انه لا يزال يمارس هذه الفكرة من خلال قواعد الضبط الرقابية ذات الأسس التشريعية، كما يتمسك بطابعه الجاذب للاستثمارات الأجنبية من خلال تكريسه لمجموعة من الامتيازات التي تمارس بطريقة انتقائية، مشروطة بضرورة انتاج السلع والخدمات، وهو الأسلوب الأول الذي اعتمده المشرع الاستثماري لتحديد تواجد الاستثمارات الأجنبية، المتضمن لمجموعة من التناقضات الصعب الجمع بينها في نص قانوني واحد(المبحث الأول).

كما اعتمد أمر 03/01 على الأسلوب الصريح المباشر في تحديد الطريقة التي يمكن للاستثمارات الأجنبية أن تتواجد من خلالها، وهي الطريقة التي يغلب عليها سيطرة الاستثمار العمومي و أوجه اصلاح الاقتصاد الوطني(المبحث الثاني) ما يجعل قانون الاستثمار يجمع بين طريقتين متناقضتين للوصول لأسلوب واحد في تنظيم الاستثمارات الأجنبية وتحديد تواجدها.

المبحث الأول

تحديد خصائص الاستثمار من أجل تحديد أسلوبه

كالعديد من تشريعات الدول العربية¹³ لم يعط المشرع الجزائي في البداية مفهوما للاستثمار كما انه اعتمد في تحديده أسلوبا غير مباشر نصت عليه المادة 01 من أمر 03/01، بحيث ربط خصائص هذا الاستثمار بمعايير يتحدد من خلالها أسلوبه، وشكله، متماشيا بذلك مع الرأي الذي يفضل عدم وضع تعداد حصري للمال المستثمر، و يكفي النص على تقييد استفادته من القانون بكونه محمولا من الخارج لأغراض الاستثمار التي يحددها أو بكونه قد استوفى الشروط التي وضعها القانون¹⁴.

ويرجع سبب تفضيل هذا المعيار لتحديد أسلوب الاستثمار، إلى كونه معيار موضوعي بحيث لا يقتصر على مال معين بذاته بل انه يطبق على كل الأموال المتوفرة فيها الشروط القانونية، فلا يطبق على مال دون الآخر .

واعتمادا على هذا الاسلوب الوارد في نص المادة الأولى، بدأ المشرع بمعيار الجنسية ليميز من خلاله بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية، متخليا عن التمييز الصريح بين الاستثمارات العامة والخاصة، مؤكدا في نفس الوقت على احتفاظ قانون الاستثمار بمعيار التمييز التقليدي لتحديد تواجد الاستثمارات الاجنبية.

أما الخاصية الثانية فهي انتاج السلع والخدمات باعتبارها حصيلة الاستثمار وثمرته، فكل نشاط ينتج سلعة أو خدمة فهو على حد تعبير نص المادة 01 يعد استثمارا. غير أن هذا الفرض غير مطلق بل ترد عليه استثناءات أدرجت بموجب قوانين المالية المعدلة لقانون الاستثمار، والتي أضافت نشاطات جديدة لمجال قانون الاستثمار. كما أن هناك نصوص قانونية خاصة، تستثني بعض القطاعات الخدماتية من مجال تطبيق قانون الاستثمار صراحة أيضا رغم توفر شرط انتاج السلع و الخدمات فيها.

أما المعيار الثالث الذي حدده النص فهو الامتيازات. فقد فرق النص بين الاستثمارات التي تستفيد من امتيازات و بين التي لا تستفيد منها، غير أن هذه الامتيازات قد ترتبط هي الأخرى بمجموعة من الشروط كالتصريح،

13- كالقانون المصري، المتعلق بضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 80 لسنة 1997 الذي يمثل آخر ما توصل اليه التطور التشريعي في مصر بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، حيث أن المشرع لم يتبنى في هذا القانون تعريفا محمدا للاستثمار أو للمال المستثمر، لكنه عدد أوجه ومجالات الاستثمار، صفوت أحمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الاجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص 23، كذلك فعل المشرع الكويتي في القانون رقم 08 لسنة 2001 بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الاجنبي في دولة الكويت. الذي فضل تحديد المقصود لرأس المال الاجنبي، والمستثمر الاجنبي، وصور ملكية المستثمر الاجنبي للمشروع، دون اعطاء تعريف للاستثمار. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق. العدد 03، السنة 27 مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت سبتمبر 2003. ص 272.

14- صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 27 .

والترخيص الذي تشترطه نص المادة 01 للاستفادة من بعض الامتيازات، في حين أنها تركت باقي الاجراءات التي قد تكون مشروطة للاستثمار دون ذكر كالاتحاد مثلا، فهل يرجع السبب في ذلك إلى أن الترخيص بالاستثمار هو الاجراء الذي يميز من خلاله بين الاستثمارات المكرسة للدولة أو لأحد مؤسساتها الاقتصادية أى الاستثمارات العامة، وبين الاستثمارات الخاصة؟! أم أنه تكريس صريح لدور الدولة المتدخلة¹⁵ في الاستثمار. ما يجسد صحة نظرية تراجع الدولة عن مبادئ النظام الرأسمالي من حرية اقتصادية وتجارية، ودور الادارة الرقابي، واستعادتها لدورها المتدخل؟ وبناء على ما سبق سندرس كل معيار غير مباشر استعمله المشرع لتحديد الأساليب التي اعتمدها قانون الاستثمار لاسيما من خلال نص المادة 01 من أمر 03/01 والتي تؤكد ميل الدولة لتشجيع الاستثمارات العمومية واعتبارها الأسلوب الأول الأساسي الذي تقوم عليه سياسة القطاع في الجزائر كشريك للمستثمر الأجنبي.

المطلب الأول

الاستثمارات الوطنية والأجنبية

الجنسية عموما هي رابطة قانونية وسياسة بين الفرد و الدولة، تنسب وترد كل فرد للدولة التي ينتمي اليها وتنشأ عنها حقوق وواجبات متقابلة¹⁶.

لقد تميز قانون الاستثمار ورغم كل التعديلات الواردة عليه باحتفاظه بمعيار الجنسية، و التمييز التقليدي بين شكل الاستثمار الأجنبي والوطني رغم أن تحديد مفهوم جنسية الاستثمار يشكل تحد قاهر في عصر العولمة¹⁷، الأمر الذي يجعل قانون الاستثمار يختلف عن نصوص قانونية أخرى تحلت عن التمييز بين المستثمر الوطني والأجنبي. وأصبحت تميز بين الاستثمار المقيم و الإستثمار غير المقيم.

15- بعد فشل التجربة الاشتراكية في تحقيق التنمية الاقتصادية ونظرا للتطورات في المجال الاقتصادي الدولي، واجه الاقتصاد الجزائري صعوبات بعد الازمة الاقتصادية لعام 1986 الناتجة عن الانخفاض الكبير في اسعار البترول، بحيث اصبحت الجزائر تعاني من انخفاض العائدات البترولية وتزايد النفقات العمومية وتفاقم اعباء خدمة الديون الخارجية، مما دفعها لتبني سياسة تنموية جديدة و فتح اسواقها للاستثمارات الأجنبية المباشرة ومنح الامتيازات والتسهيلات اللازمة لها باعتبارها شرطا أساسيا لتحقيق التنمية، وبذلك تغير دور الدولة من متدخلة في عملية الاستثمار الى دولة مراقبة للاستثمار. عيبوط محند وعلي، الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري، تيزي وزو. الجزائر سنة 2006. ص 02.

16- دريد محمد علي، الشركة متعددة الجنسيات، آلية التكوين وأساليب النشاط، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان سنة 2009 ص 139 .

17 - Définir la nationalité de l'investissement dans un monde globalisé est un défi majeur. Pascal Dupeyrat : Guide des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques; Ellipses édition; Paris 2011.P179.

ان الصفة الأجنبية للاستثمار لن تتغير، نظرا لإعتبارها مفهوم مرتبط بالسيادة الداخلية لكل دولة ومظهر معنوي يتمثل في العلاقة الروحية التي تربط كل دولة بمواطنيها، وهذه العلاقة تأطرها قواعد الجنسية التي تستقل كل دولة بتنظيمها، أى أنها تنظم الرابطة التي تجمع بينها وبين مواطنيها ليصبح الفرد بمقتضاها عضوا في شعبها وبالتالي منتما لها. وهكذا يمكن التمييز بين هؤلاء المواطنين سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية وبين الأجانب في الحقوق والواجبات¹⁸. وقد وصل ستوب فورد stop ford وسترينج strange عام 1991 إلى نتيجة ماثلة بملاحظة أن المؤسسات تنتمي نفسيا واجتماعيا لموطنها الأصلي¹⁹.

يعتبر السبب الرئيسي لإضفاء صفة الأجانب على بعض الاستثمارات نتيجة حتمية للمفارقة الموجودة بين البلد الذي أنشأت فيه هذه الأخيرة من جهة، والبلد الذي تتواجد في ظل قوانينه من جهة أخرى، ومن هنا تبدأ نقاط الاختلاف التي تؤدي إلى ظهور أنماط تنظيمية قد تتناقض وتتضارب فيما بينها، فيمكن أن ينشأ الاستثمار وفق أسلوب بلد الجنسية، ثم يحول الاستثمار إلى بلد جديد لا يتقبل أسلوب نشوء هذا الاستثمار في بلده الأصلي، وهو ما يجعل هذا الأمر حاجزا في وجه الاستثمار الاجنبي في البلد المضيف. فالقانون الذي تنشأ في ظله هذه الاستثمارات قد يختلف تماما من حيث اجراءاته، امتيازاته وقيوده عن القانون الذي يستضيف هذه الاستثمارات الاجنبية. وعليه فإن محاولة تحديد أوجه الاختلاف التي تنتج عن هذه المفارقة تجعلنا نسجل اختلاف أسباب ودوافع انشاء الاستثمار.

فكل الاستثمارات عند نشوءها تهدف إلى تحقيق أكبر ربح ممكن مع تجنب الخسارة على مستوى سوق بلد النشوء غير أن هذه الاهداف قد تتغير بتغير حجم الاستثمار والمخاطر المحيطة به²⁰، مما يجعل الاستثمار يوسع من اهدافه لتصبح توسعا على مستوى الأطر الاستثمارية لتحقيق تغطية أكبر عدد ممكن من الاسواق .

ومن بين أهم نقاط الاختلاف التي تطرح بين نشوء الاستثمار وإقامته نجد فكرة الربح والمنافسة، فالاستثمار ينشأ ويستقر في المكان الذي يكون فيه الربح كبيرا أو مضمونا، فالشركة التي تضمن ربحها لا تبالي بالمخاطر التي تتعرض لها

18- بتر ديكن، الشركات الكبرى المتعددة المواطن والدولة القومية، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية، عدد 151 مركز مطبوعات اليونسكو، مصر مارس 1997، ص 14.

19- بتر ديكن، مرجع أعلاه، ص 142 .

20- ان غياب الخطر يولد المنافسة، ذلك أن المنافس سينجذب إلى مجال الاستثمار الذي تقل فيه المخاطر، وهو ما يؤدي إلى منافسة شديدة تولد في حد ذاتها خطرا كبيرا يمس مباشرة بالربح، فهذا الاخير يصبح محل أطماع جميع المستثمرين في حالة عدم وجود خطر، لذا فان الخطر يشكل عند بعض المستثمرين والشركات العملاقة ضمان لربح صافي حقيقي دون منافسة، والتي تعد خطرا مباشرا على الربح. وهكذا فإن المنافسة تعد أول المخاطر التي يخشاها المستثمر عند وجوده،

Harold Demsetz ,l'économie de la firme sept commentaires critiques ,édition management ,paris 1998. P25.

انظر :

أثناء اقامتها وتواجدها، ولعل شركة التأمين تعد أبسط مثال على ذلك، فهي تضمن في حد ذاتها المخاطر وبالتالي فإنها تستطيع تحديد منحة عادلة تمنحها للشركات المؤمنة مقابل أي خطر، لذا فإن الخطر لا يمكن أن يكون عائقا مهما و مباشرة لتواجد الاستثمارات أمام ضمانها للربح²¹.

فعنصر الخطر من أحد المفارقات العجيبة بين نشوء الاستثمار وتواجده فغياب الخطر يولد منافسة شديدة تولد بدورها خطرا كبيرا يمس بالربح. فيصبح الربح في هذه الحالة محل أطماع جميع المستثمرين، الأمر الذي يدفع الاستثمار لترك بلد النشوء والانتقال للإقامة في بلد تقل فيه أخطار المنافسة، ونتيجة لذلك تختلف قوانين بلد النشوء عن قوانين بلد اقامة الاستثمار من حيث شكل الاستثمار وحقوق وامتيازات الاستثمار ومدى الخطر الذي قد ينتج ربحا مضمونا. وبناء على ما سبق لا يمكننا الجزم بأن بحث الاستثمار عن اقامة جديدة يرجع إلى رغبته في الابتعاد عن الخطر، وإنما هو الربح المضمون حتى ولو كان مصحوبا بالمخاطر.

ان الاستثمار يرغب دائما في الحصول على إقامة في أسواق جديدة، ولا يبحث عن جنسية جديدة. لذلك فإن قانون الاستثمار الجزائري، يختلف مع العديد من النصوص القانونية المنظمة لنشاطات منتجة، في استعماله لمعيار الجنسية²² في التفرقة بين المستثمر الوطني والأجنبي، على خلاف ما نجده مثلا في القانون التجاري الذي يعتمد على معيار مركز الادارة الرئيسي لتحديد المستثمر الوطني، وقيد في السجل التجاري²³ وقوانين أخرى اختارت معيار الإقامة²⁴ للتمييز بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، متخيلة عن معيار الجنسية الذي جاء غامضا في قانون الاستثمار.

21 -Harold Demsetz , op.cit,p25

22-ان المعيار المأخوذ به للتمييز بين الوطنيين والاجانب في العصر الحالي هو معيار الجنسية، وهو معيار حديث اذ ورد النص عليه لأول مرة في مجموعة نابليون سنة 1804، وكان لمقال (مانشيبي) سنة 1851 اكبر الاثر في تدعيم معيار الجنسية، حيث أكد أن من حق كل أمة أن تكون دولة، وأن كل دولة تصدر قوانينها للوطنيين فيها. وعلى هذا الاساس فإن كل دولة تحدد الشخص الاجنبي والوطني، فالأجنبية صفة سلبية تقابل صفة الوطنية فيكفي أن تتحدد هذه حتى يمكن أن تحدد تلك، بشار محمد الاسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة. منشورات الحلبي الحقوقية. الطبعة الاولى لبنان سنة 2006.ص 25.

23- تنص المادة 19 من امر 59/75 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم على "يلزم بالتسجيل في السجل التجاري: كل شخص طبيعي له صفة التاجر في نظر القانون الجزائري ويمارس أعماله التجارية داخل القطر الجزائري. كل شخص معنوي تاجر بالشكل، أو يكون موضوعه تجاريا، ومقره في الجزائر او كان له مكتب أو فرع أو أي مؤسسة كانت "

24-وليس المقصود هنا بالتفرقة في المعاملة وإنما في اعتماد معيار الجنسية لتحديد شكل الاستثمار في قانون الاستثمار الجزائري، في حين يستبعد هذا المعيار في نصوص قانونية أخرى، بحيث احتفظ المشرع بهذا المعيار منذ أول قانون استثمار جزائري قانون 277/63 الذي كان يكرس مرحلة الاقتصاد الموجه وتدخل الدولة في النشاط الاستثمائي.

لم يقدم قانون الاستثمار أي شرح أو تفصيل آخر لمعيار الجنسية، بل قام بمجرد ربط الجنسية بالمستثمر وأقر بالمعاملة العادلة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب بموجب نص المادة 14²⁵ من أمر 03/01 . الأمر الذي جعل معيار الجنسية أساسا للفرقة، منتجا بذلك شكلين أساسيين يتخذهما الاستثمار، اما استثمار وطني وإما استثمار أجنبي. وأمام عدم وضوح معيار الجنسية الذي يتبناه قانون الاستثمار وجب البحث عن تفسير وتوضيح للجنسية في نصوص أخرى. رغم اعتماد قانون الاستثمار على صفة الأجنبي في تحديد مجال تطبيقه، الا أنه يبقى بعيدا عن الوضوح فيما يتعلق بالطريقة أو الأساس المعتمد للتمييز بين الوطنيين والأجانب، فكيف نميز بين المستثمر الوطني والأجنبي بمعيار الجنسية غير الواضح في قانون الاستثمار، حتى يمكننا تطبيق وتحديد الشكل المنصوص عليه بموجب نص المادة 01 من أمر 03/01 ؟ الأمر الذي يحيل بإجبارية إلى معايير أخرى فقهية و قانونية معتمدة لتفسير الجنسية.

الفرع الأول

المعايير الفقهية المعتمدة لتحديد الجنسية

يعتبر ذو جنسية جزائرية الشخص المعنوي الذي يكون مقره الاجتماعي في الجزائر، وتكون طبقا للنصوص التشريعية الجزائرية²⁶، أما بالنسبة للأشخاص الطبيعية، فهناك معياران معتمدان لمنح الجنسية هما رابطة الدم jus sanguinis التي تنشأ عن طريق البنوة، ورابطة الاقليم أو الارض jus soli التي تركز أساسا على مكان الولادة و/أو الإقامة المستمرة .

غير أن قوانين الدول و الهيئات المالية²⁷ تختلف في المعيار الذي تتبناه لتفسير الجنسية، حيث أن هناك عدة معايير قد تم اللجوء إليها، فسرهما الفقه واعتمد عليها في منح الجنسية، فهل حقيقة اعتمد القانون على ما اعتمده الفقه لمنح الجنسية أم أن هذه المعايير تبقى مجالا فقهيا لا قانونيا.

25-أقر نص المادة 14 من أمر 03/01 المعدل والمتتم السالف الذكر مبدأ المساواة بين الاستثمارات الوطنية والاجنبية، مع مراعاة شرط الدولة الأكثر رعاية، المضمون بموجب الاتفاقيات التي تبرمها الجزائر مع الدولة الأصلية للاستثمار .

26 - sera considéré comme de nationalité algérienne la personne morale ayant son siège sociale en algérie est constitué conformément a législation de celle ci . Mehdi Haroun , Le régime des investissements en algérie a la lumière des conventions bilatérales franco-Algeriennes, litec, paris 2000, p179.

27- كصندوق النقد الدولي الذي يركز على جنسية راسمال المستثمر، اي أصل ومنشأ راس المال ليمنح الجنسية على اساس هذا المعيار selon la méthodologie définie dans la 5^{ème} édition du manuel de balance des paiements du FMI ,les ventilations géographiques correspondent aux pays de provenance immédiat des capitaux.si une entreprise américaine ,par exemple ,investit en France via une

أولاً: قصور معايير تحديد الجنسية:

لم تسلم المعايير الفقهية من الانتقادات الموجهة لها، لأنها لم تستطع ضبط الشخص الأجنبي الحقيقي، ما دفع ببعض التشريعات إلى البحث عن حلول أخرى تفسر بها الجنسية، وتميز بها بين الأشخاص الوطنيين والأجانب فمنهم من قام بالجمع بين أكثر من معيار²⁸، ومنهم من وجد أساساً آخر للتمييز بين الوطنيين والأجانب، بحيث يمنح الأجنبي موطناً أو إقامة بدل الجنسية. ويمكن حصر أهم المعايير المفسرة لمعيار الجنسية في خمسة معايير أساسية هي:

أ- معيار جنسية الأعضاء:

تحدد وفقاً لهذا المعيار جنسية الشخص المعنوي استناداً لجنسية الشخص الطبيعي، أي جنسية الأعضاء المكونين له، باعتبار أن المشروع هو المعبر عن إرادة أفرادها والمحقق لمصالحهم²⁹. غير أن لهذا المعيار مجموعة من المآخذ، حيث أنه ينكر الوجود القانوني المستقل للشخص المعنوي وهذا يخالف ما تتبناه جل تشريعات الدول التي تمنح الشخصية المعنوية للشخص الاعتباري.

ب- معيار مكان التأسيس:

إن قانون الدولة التي تتأسس³⁰ بها الشركة هو الذي يمنحها الشخصية المعنوية، والحقوق القانونية ويخرجها إلى حيز الوجود، وأن اكتسابها لجنسية الدولة التي تؤسس بها يعد بمثابة شهادة ولادة للشخص الطبيعي الذي يكتسب جنسية الدولة التي ولد على إقليمها³¹. ووفقاً لهذا المعيار فإن الشركة تكتسب جنسية الدولة التي تأسست بمقتضى قوانينها، بإعتبار أن قانون الدولة التي تأسست فيها الشركة هو الذي يمنحها الشخصية القانونية³².

filiale implantée dans un autre pays ;les statistique de stocks d'investissements directs ne feront figurer que ce dernier pays ;et non les États-Unis ,bénéficiaires ultimes de l'investissement . Pascal Dupeyrat ,op-cit.P182.

28- أخذ المشرع المصري بمعياران، الأول معيار التأسيس والثاني معيار مركز الإدارة الرئيسي، فالمشرع المصري لم يكتف بمنح الجنسية ان تؤسس الشركة في مصر بل اشترط ان يكون مركز ادارتها الرئيسي فيها، وهو ما تنص عليه المادة 41 من قانون التجارة المصري لسنة 1981. مؤيد احمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات (دراسة مقارنة)، دار الحامد، الطبعة الاولى، الاردن سنة 2008.ص 66. كذلك فعلت العديد من اتفاقيات الاستثمار، كالاتفاقية الثنائية بين مصر والبحرين لحماية وتشجيع الاستثمارات الموقعة سنة 1997، والتي تنص المادة 01 الفقرة 02 منها على "الشركات: تعني كل شخص معنوي قائم على اقليم أحد الطرفين المتعاقدين طبقاً لتشريعته ويكون مركزه الرئيسي في نفس الاقليم".

29- بشار محمد الاسعد، مرجع سابق 28 .

30- هذا المعيار تم الاعتراف به من قبل محكمة العدل الدولية في قضية angelo-iranian,oil case لسنة 1900. منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص 281.

31- مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، مرجع أعلاه. ص 64 .

32- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه. ص 30.

غير أن هذا المعيار لم يسلم من الانتقاد، على أساس أن الأخذ به من شأنه أن يجعل تحديد هذه الجنسية في يد الأفراد، بحيث يكون بإمكانهم اختيار مكان التأسيس الذي تحدد بمقتضاه الجنسية وفقاً لمصالحهم الخاصة، وهو أمر يمثل مساساً بحق الدولة في تحديد الأشخاص المنتمين لها سواء كانوا طبيعيين أم معنويين. و عليه فإن هذا المعيار يترك تحديد جنسية الشخص المعنوي لرغبة المؤسسين، في حين أنها مسألة ينبغي أن تترك في يد الدولة³³ لتعلقها بالسيادة.

ونشير هنا إلى أن الدولة من الممكن أن تتفادى هذه الانتقادات من خلال وضع قيود على جنسية الأشخاص المساهمين أو الشركاء الذين يحق لهم تأسيس أو الاشتراك في الشركات، ولا تعطي هذا الحق لأي شخص كان حتى تتمكن من تحديد الأشخاص المنتمين لها. وهو ما أخذ به المشرع العراقي مثلاً، بإشتراطه أن يكون مؤسس الشركة أو المساهم أو الشريك عراقي الجنسية، و لا يكون ممنوعاً لشخصه أو لصفته من عضوية الشركات بموجب قرار أو قانون، و أجاز للشخص العربي ذلك بشرط إقامته في إحدى الدول العربية بالنسبة لشركة المساهمة والمسؤولية المحدودة³⁴.

ج- معيار مركز الاستغلال؛

و يقصد به أن الشركة يجب أن تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد بها مركز نشاطها الرئيسي باعتبارها المكان الذي تتجمع فيه مصالحها الحقيقية. ويتميز هذا المعيار بأنه يعبر حقيقة عن ارتباط فعلي بين الشخص الاعتباري و الدولة التي يحمل جنسيتها، ومنه مكان استغلالها³⁵ لكن هذا المعيار لا يحل كل المشاكل التي قد تطرح، كما لو كان للشخص الاعتباري عدة مراكز استغلال بحيث يصعب تحديد الدولة التي يمكن اعتبار نشاط الشركة فيها رئيسياً.

د- معيار مركز الإدارة الرئيسي؛

و بموجب هذا المعيار فإن الشركة تتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي³⁶، والمقصود به المكان الذي توجد فيه أجهزة الشخص الاعتباري المختصة بإصدار القرارات المتعلقة به³⁷، كمجلس الإدارة

33- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق. ص 30

34- مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، مرجع سابق. ص 65.

35- هذا المعيار عمل به في الولايات المتحدة الأمريكية خلال الحرب العالمية الثانية. وذلك لإعطاء حماية للشركات التي تكون فيها 50% أو أكثر للمواطنين الأمريكيين. منصور فرج السعيد، مرجع سابق. ص 281.

36- هذا المعيار اعترفت به محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية Wimbledon case، كما تبنت هذا المعيار كل من الجزائر، فرنسا، مصر، لبنان، الأردن، الكويت. انظر فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 49، ومنصور فرج السعيد، مرجع أعلاه، ص 282.

والجمعية العمومية... الخ. و يجب أن يكون المركز الفعلي والحقيقي وليس المركز الصوري. لكن هذا المعيار لا يحقق الولاء الحقيقي للشركة، فرغم أنها قد تملك مركزا رئيسيا في الجزائر مثلا، فإن ولائها يكون لفرنسا في حالة كون جميع الشركاء من جنسية فرنسية مثلا .

هـ - معيار الرقابة :

هذا المعيار هو الذي تم من خلاله تدارك الانتقاد الموجه لمعيار مركز الادارة الرئيسي، ذلك أن الشركة التي تتمتع بجنسية الدولة، قد تكون مكونة من رأس مال أجنبي، أو أن أغلب مساهمها أجنب وتدار من قبل أجنب³⁸ لكنها تعتبر من جنسية وطنية وتتمتع بامتيازات هذه الاخيرة، وهو ما دفع إلى ظهور معيار الرقابة³⁹. والذي وفقا له فإن الشخص المعنوي يعتبر أجنبيا متى كان يخضع لرقابة أو سيطرة أجنبية سواء من حيث تمتع القائمين على الادارة بجنسية دولة أجنبية. حتى ولو كان مركز الادارة الرئيسي والفعلي على الاقليم الوطني. وهو ما ذهبت اليه منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في بحثها عن جنسية الشركة من خلال رقابتها⁴⁰.

ظهرت فكرة الرقابة إبان الحرب العالمية الأولى، لتمكين الدول من تبرير اجراءات الحراسة والرقابة على أموال الشركات التي يتبين خضوعها الفعلي لسيطرة أجنبية خاصة من قبل رعايا أحد تلك الدول. و لهذا السبب نجد أن القضاء الفرنسي ذهب إلى عدم السماح للشركات المكونة برأس مال أجنبي ان كان مقرها ومجلس ادارتها في فرنسا من الاستفادة من الحقوق والمزايا التي تمنحها فرنسا للشركات الوطنية⁴¹.

وعلى ضوء ما سبق، يمكن الجزم بأن التشريعات تختلف في تحديد معيار الاستثمار، بإعتباره وطنيا أو أجنبيا وفقا لاختلافها في المعيار المعتمد لتفسير الجنسية ومنحها. فهل وفق المشرع الجزائري في اختيار المعيار المناسب؟ و هل يمنح المشرع بموجبه الجنسية للمستثمرين!؟

37- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 31 .

38- فوزي محم سامي ، الشركات التجارية الأحكام العامة و الخاصة. دار الثقافة، الطبعة الخامسة، الاردن سنة 2010، ص 48 .

39- هذا المعيار قد تم تطبيقه من قبل محاكم بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية لتحديد الشركات ذات الصفة المعادية. منصور فرج السعيد، مرجع أعلاه، ص 283 .

40- L'OCDE aborde aussi la question de la nationalité en dernier ressort de l'investisseur. Il s'agit la d'un problème commun posé a l'ensemble des membres de l'organisation, a savoir comment déterminer la nationalité réelle de l'investisseur, c'est-a-dire savoir qui contrôle la société en dernier ressort. Pascal Dupeyrat ,op-cit.P184.

41- فوزي محمد سامي ، مرجع أعلاه. ص 49 .

ثانيا : معيار مركز الادارة الرئيسي لا يمنح الجنسية :

لقد اعتاد فقهاء القانون الجزائري⁴² على منح الجنسية للأشخاص الاعتبارية استنادا لمعيار مركز الادارة الرئيسي والفعلي. مرتكزين في ذلك على أحكام القانون المدني الذي جاءت نص المادة 10⁴³ منه صريحة في تحديد المعيار المختار من قبل المشرع لتطبيق القانون الجزائري، حيث نصت في الفقرة 02 منها على "أما الاشخاص الاعتبارية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها يسري على نظامها القانوني قانون الدولة التي يوجد فيها مقرها الاجتماعي الرئيسي والفعلي" ويتمتع الشخص المعنوي تبعا لذلك بجميع الحقوق التي يضمنها القانون الجزائري، ما عدا ما كان منها لصيقا بصفة الانسان⁴⁴، وهو ما يؤكد ايضا نص المادة 50 من القانون المدني، غير أن هذا النص ذكر مجموعة من الحقوق دون أن يذكر منها الجنسية فهل هذا يعني أن القانون المدني قد أغفل منح الجنسية للشخص الاعتباري سهوا منه، أم أن الحقوق الممنوحة بموجب المادة 50⁴⁵ جاءت على سبيل المثال لا للحصر، ويمكن استنادا لذلك اضافة حقوق أخرى منها الجنسية؟ أم أن القانون المدني يعتبر الجنسية من الحقوق للصيقة بصفة الانسان (الشخص الطبيعي) وليس للشخص المعنوي المتمتع بها، لذلك لا يمنحها له ولم يذكرها بموجب نص المادة؟

يتفق القانون التجاري في نصوصه مع القانون المدني الذي لا يمنح للشركة جنسية، بل انه يستعمل معيار التأسيس ومركز الادارة الرئيسي كرابط اسناد يعتمد عليه لتطبيق القانون الجزائري. فالمادة 547 من القانون التجاري، تمنح الشركة "موطنا" وليس جنسية، حيث تنص على "يكون موطن الشركة في مركز الشركة، تخضع الشركات التي تمارس نشاطها في الجزائر للتشريع الجزائري". ويؤكد القانون التجاري فكرة عدم منح الجنسية رغم وجود مركز رئيسي لها، بل يمنح للشركة الحق في الموطن وكذلك فعل نص المادة 50 من القانون المدني.

إن معيار مركز الادارة الرئيسي والفعلي ليس ضابط تمنح على أساسه الجنسية، بل هو ضابط يستند عليه لتطبيق القانون الجزائري و تحديد الموطن.

42- كالاستاذ عمور، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، سنة 2000. ص 181.

43- عدلت بالقانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، ج.ر.ع. 44. ص 18.

44- كحق احترام الحياة الخاصة، و الحقوق الشخصية العائلية، كالخطبة، والزواج، وحق اختيار طريقة الحياة، الحق في الشرف، الحق في الصورة... الخ،

فيلالي علي، نظرية الحق، مؤف للنشر، الجزائر 2011. ص 166.

45- تمثلت هذه الحقوق في ذمة مالية، أهلية، موطن، نائب يعبر عن ارادتها، حق التقاضي.

كما أن الجنسية وفقا للدستور الجزائري⁴⁶ لا تمنح إلا بموجب نص قانون، حيث نصت المادة 30 من الدستور على "شروط اكتساب الجنسية الجزائرية والاحتفاظ بها أو فقدانها أو اسقاطها، محددة بالقانون". وهو أيضا ما نصت عليه أحكام القانون المدني بموجب المادة 30 التي أكدت أن منح الجنسية يكون بموجب قانون خاص بها، فنصت على "ينظم الجنسية الجزائرية قانون الجنسية الخاص بها" حيث تم تبعا لذلك الإحالة إلى قانون 86/70⁴⁷ الذي أكد على أن القانون هو الذي يحدد شروط منح الجنسية. كما أن الجنسية قد تحدد بواسطة المعاهدات والاتفاقات الدولية.

لقد أكد نص المادة 09 مكرر⁴⁸ من قانون الجنسية على أن الجنسية تكتسب بعد توفر شروطها بموجب مرسوم، وحتى التجنس يكون بمرسوم رئاسي. غير أن كل هذه النصوص لم تمنح الجنسية للشخص المعنوي. كما أن تناول قانون الجنسية " للأجنبي " لم يشمل الشخص الاعتباري مكتفيا بمنح الجنسية للشخص الطبيعي. إن تمتع الشخص المعنوي بجنسية معينة ليس راجعا لمقره الرئيسي كما يدعيه الفقه، حتى ولو طبق عليه القانون الجزائري، بل أن جنسيته ترجع لإنتائه الحقيقي الروحي لأن الجنسية رابطة سياسية كما وسبق تعريفها. ويمنحها القانون بموجب مرسوم.

لقد منحت النصوص القانونية بما فيها القانون المدني والتجاري الشخص المعنوي الأجنبي موطنا، كما أكدت نفس النصوص بالإضافة إلى الدستور على أن منح الجنسية يكون بقانون⁴⁹، ومادام القانون لم يمنحها للشخص المعنوي فلا يمكن القول أن معيار المركز الاجتماعي الرئيسي يمنح الجنسية، بل يظل مجرد رأي فقهي محض قد يستند عليه لتطبيق القانون الوطني، وليس لمنح الجنسية في غياب النص. كما ان منح حق لم يمنحه القانون أمر غير دستوري. و عليه ما دامت هذه النصوص القانونية لا تمنح الجنسية، فالأولى البحث عن الضابط الحقيقي لتفسير الجنسية ومنه التفرقة بين الوطني والأجنبي.

46- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996. يتعلق بنص تعديل الدستور. المصادق عليه بإستفتاء 28 نوفمبر 1996. ج.ر.ع 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل سنة 2002. ج.ر.ع 25 مؤرخ في 14 أبريل 2002، المعدل بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008. ج.ر.ع 63 مؤرخ في 16 نوفمبر 2008 .

47- أمر 86/70 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية معدل و متمم. ج.ر.ع 105 مؤرخ في ديسمبر 1970 .

48- أضيفت بالأمر رقم 01/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ج.ر.ع 15 .

49- لم يتم تعريف جنسية الشركة في القانون الفرنسي بأى نص، كالا يمكن تحديدها إلا وفقا للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول وهو ماتؤكدته المادة 03 فقرة 01 من قانون الشركات الفرنسي لسنة 1966 المعدل. مؤيد أحمد محي الدين عبيدات ، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الثاني

تفسير الجنسية بالإقامة

أكد كل من القانون المدني والتجاري حق الشخص المعنوي في الوطن وليس في الجنسية، وهو ما تؤكد أيضا مجموعة من النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بالأجانب.

لقد عرف قانون 11/08⁵⁰ المتعلق بشروط دخول الأجانب واقامتهم بالجزائر الشخص الأجنبي، حيث نصت المادة 03 منه على "يعتبر أجنبيا كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية أو الذي لا يحمل أية جنسية" ونفس الملاحظة نسجلها على هذا النص. فهو يخص الافراد الاشخاص الطبيعية، وليس المجموعات المتمتعة بالشخصية القانونية، (الاشخاص المعنوية)، فهي تخرج عن تعريفه للأجنبي. كما انه يشترط مجموعة من الشروط تمنح من خلالها الإقامة للشخص الطبيعي، دونما اشارة للأشخاص الاعتبارية.

أما نظام 01/07⁵¹ المتعلق بالمعاملات الجارية مع الخارج فقد عاد إلى المبادئ الفقهية السالف ذكرها المحددة لنطاق تطبيق القانون الجزائري، والتي من خلالها منحت الجنسية، غير انه وفي المقابل استند عليها لتحديد ومنح الإقامة للاستثمارات الأجنبية، حيث نصت المادة 02 من هذا النظام على اعتبار الاشخاص مقيمين في الجزائر تبعا لمكان تواجد مركز ادارتهم أو نشاطهم الرئيسيين فنصت على " يعتبر بمفهوم هذا النظام أشخاص مقيمون في الجزائر الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الذين يتواجد المركز الرئيسي لنشاطهم الاقتصادي في الجزائر...". كما اعتبرت ان الاشخاص غير المقيمين هم الاشخاص الذين يتواجد المركز الرئيسي لنشاطهم الاقتصادي خارج الجزائر، الامر الذي يجعل هذا النص يعتمد على معيار المركز الرئيسي للنشاط لتحديد الإقامة والتمييز بين نوعين من الاستثمارات، مقيمة وغير مقيمة.

وعليه فإن القانون يمنح للمستثمر اقامة ويحددها بمعيار المركز أو معيار التأسيس، ولا يمنح لها جنسية. وهو ما ذهب اليه المشرع الفرنسي أيضا من خلال منح مفهوم للمستثمر الأجنبي يعتمد على معيار الإقامة بالإضافة إلى شروط أخرى. حيث نص في مرسوم رقم 196-2003 مؤرخ في 07 مارس 2003 المتضمن تنظيم العلاقات المالية مع الأجانب⁵² على اعتبار الشخص من جنسية أجنبية اذا كانت المؤسسة تنتمي لقانون أجنبي أو كان الشخص الطبيعي

50- قانون 11/08 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، تعلق بشروط دخول الاجانب الى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2008.

51- نظام 01/07 مؤرخ في 03 فبراير سنة 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.ع 31 مؤرخ في مايو سنة 2007. معدل ومتمم بموجب نظام رقم 06/11 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2011، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 15 فبراير سنة 2012.

52 - Décret n°2003-196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger, JORF du 09 mars 2003, p4140.

غير مقيم⁵³. وعليه فإن المعيار الحقيقي لتحديد جنسية الاستثمار ومنه تحديد الاستثمار الأجنبي يعتمد على حقيقة جنسية الأشخاص المكونين له، و التي تجسد ولا هم الحقيقي. فالأشخاص بالنسبة للقانون الفرنسي مثلا، سواء الطبيعية من جنسية أجنبية أو فرنسية غير مقيمة، أو مؤسسة قانون أجنبي تمارس أحد الصلاحيات أو السلطات الثلاثة التالية تعد أجنبية بالنسبة للقانون الفرنسي:

- 1- مراقبة مؤسسة تخضع للقانون الفرنسي بمفهوم المادة ل.233-3 من القانون التجاري.
- 2- تملك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، كل أو جزء من فرع نشاط مؤسسة فرنسية.
- 3- تملك 33,33% من راس مال أو حقوق التصويت في شركة من القانون الفرنسي⁵⁴.

وعليه فإن القانون الفرنسي يعتمد على ملكية حصص أو مراقبة شركة مقيمة لتحديد الجنسية، مؤكداً بذلك على الصفة الأجنبية للشركة غير المقيمة .

إن القواعد العامة الواردة في القانون المدني تمنح الشخص الأجنبي موطناً، وهو المقر القانوني للشخص، أي المكان الذي يعتد به قانوناً عند مخاطبة الشخص بشأن علاقاته القانونية مع الغير⁵⁵. أما القواعد الخاصة فتمنح للأجنبي إقامة دائمة أو مؤقتة⁵⁶ وكلاهما يعتمد على معيار مركز التأسيس أو الإدارة الرئيسي سواء لمنح الموطن أو الإقامة. فالقانون يقر صراحة بالموطن كحق من الحقوق الممنوحة للأجانب، كما يقر بالإقامة كحق لهم أيضاً .

53 -sur le plan juridique, le décret établit le critère de nationalité de l'investisseur comme suit :il s'agit d'une "entreprise de droit étranger ou une personne physique non résident ".Pascal Dupeyrat,op-cit.P183

54 -le fait pour une personne physique de nationalité étrangère ou pour une personne physique de nationalité française non résidente ou pour une entreprise de droit étranger de procéder à l'une des trois actions suivantes :

- acquérir le contrôle d'une entreprise de droit français au sens de l'article L.233-3 du code de commerce
 - acquérir directement ou indirectement tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise de droit français
 - franchir le seuil de 33,33% de détention directe ou indirecte du capital ou des droits de vote d'une entreprise de droit français
- Pascal Dupeyrat , ibid, P183

55- فيلاي علي، مرجع سابق، ص 260.

56- يجب تمييز الموطن وهو المكان الذي يقيم به الشخص بصفة دائمة عادية و مستمرة، عن ما يسمى بالإقامة وهو المكان الذي يوجد به الشخص بصفة عرضية فقط، لا على سبيل الاستقرار. فيلاي علي، مرجع أعلاه، ص 261.

أما الجنسية فلا يوجد ما يؤكد على أن القانون سبق وأن منحها للشخص المعنوي، على خلاف الشخص الطبيعي الذي منحه حق التجنس⁵⁷. وحتى التجنس فهو مرتبط بالإقامة استنادا لنص المادة 10 من قانون الجنسية. لم تعد الجنسية المعيار الأفضل للتمييز بين المستثمرين، وهذا راجع لكونها غير واضحة في النصوص القانونية، لاسيما منها قانون الاستثمار، بالإضافة إلى ربطها بالإقامة كشرط للحصول عليها بالنسبة للأشخاص الطبيعية، وبالنسبة للأشخاص المعنوية على حد سواء. وهو أمر منطقي لأن الشخص الوطني لا يحتاج للحصول على موطن أو إقامة، بينما الشخص الأجنبي غير المقيم يحتاج لأحدهما، إما موطن أو إقامة لمباشرة حياته القانونية.

ان منح الجنسية للمستثمر الأجنبي، ينتج عنه اعتبار جميع الاستثمارات وطنية، ويزول بذلك التمييز بينها وبين الأجنبية منها. غير أن هذا التمييز لا يزال واردا لغاية اليوم وهو ما يؤكد أيضا فكرة عدم منح الجنسية للاستثمارات الأجنبية، والتي تبقى كذلك رغم وجود المركز الاجتماعي الرئيسي لنشاطها الاقتصادي في الجزائر ولو تأسست في الجزائر. لذلك كان من الاجدر على المشرع الجزائري أن يتخلى عن معيار الجنسية لتحديد مجال تطبيقه ويعتمد في المقابل على معيار الإقامة كأحد الامتيازات التي تركز حقيقة معاملة متساوية، وتطمئن المستثمرين الأجانب الراغبين في الاستثمار على الاقليم الوطني وتحفظ بمفهوم الجنسية الخاص باعتبارها رابطة ولاء روحية بين افراد البلد الواحد.

المطلب الثاني

الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات

ينقسم الاقتصاديون في تحديد مفهوم الاستثمار المنتج، فهناك من يعتبر الاستثمار منتج اذا كان مجموع قيمة الخدمات والسلع المنتجة خلال الزمن أعلى من الكلفة المباشرة، وفي الحالة العكسية يسمى الاستثمار غير منتج، غير ان هذا المعيار يسمح بإعطاء صفة المنتج لأية عملية توظيف للنشاطات أو الأموال، ما جعل رأيا آخر يميز بين الاستثمار المنتج وغير المنتج على أساس طبيعة السلع التي يوجه الاستثمار للحصول عليها، أي اعتبر الحد الفاصل بين النوعين من الاستثمار هو الحد الفاصل بين السلع الانتاجية والسلع الاستهلاكية، غير انه من المعروف ان التمييز بين السلع الانتاجية والسلع الاستهلاكية لا يقوم على أساس طبيعة السلعة وإنما على الغرض المستهدف من استخدامها، فإذا

57- تنص المادة 10 من أمر 86/70 المتضمن قانون الجنسية المعدل و المتمم على "يمكن للأجنبي أن يقدم طلبا لاكتساب الجنسية الجزائرية أن يحصل عليها بشرط : أن يكون مقما في الجزائر منذ 07 سنوات على الاقل من تاريخ تقديم الطلب. وأن يكون مقما في الجزائر وقت التوقيع على المرسوم الذي يمنح التجنس..."

استخدمت لإشباع الحاجات مباشرة اعتبرت استهلاكية، أما إذا استعملت لإشباع الحاجات بطريقة غير مباشرة اعتبرت سلعة إنتاجية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، يعد استثمارا في نظره كل نشاط منتج للسلع والخدمات ايا كان نوعه و ايا كان شكله، وهو فحوى نص المادة 01 من امر 03/01. الامر الذي يؤكد شمولية قانون الاستثمار لجميع أوجه النشاط المنتج بما في ذلك النشاطات الفلاحية، وتربية المواشي والصناعة التقليدية والصيد البحري... الخ.

يظهر للقارئ للوهلة الأولى ان قانون الاستثمار بهذه الشمولية قد يتناقض ومفاهيم القانون التجاري الذي يستثني الفلاحة، والنشاطات الحرفية⁵⁸ من مجال تطبيقه، فهو يستبعد الزراعة من نطاق التجارة وبالتالي فلا تعد الاعمال التي يقوم بها المزارع تجارية كبيع المزارع لمحصول أرضه، الذي يعتبر عملا مدنيا، ونفس الحكم ينطبق على قروض الزراعة⁵⁹ كما لا تعتبر الصناعة عملا تجاريا إلا اذا اتخذت شكل المقاوله بما تتطلبه هذه الأخيرة من احترام للأعمال التجارية عن طريق التكرار في اطار مهني منظم⁶⁰.

غير ان قانون الاستثمار يعتمد على معيار واحد ليجعل هذه الانشطة تدخل ضمن نطاقه، فكل عمل يهدف لتحقيق الانتاج يدخل ضمن مجال قانون الاستثمار سواء كان يعتمد على المضاربة على عمل الغير أو على الطاقة الآلية أو الكهربائية أو الوسائل التجارية. ويعتمد قانون الاستثمار على النظرية العينية لتحديد نطاقه وشكله فهو قانون موضوعي أى قانون النشاط الاقتصادي، بحيث ان كل شخص يمارس عملا منتجا للسلع والخدمات سواء كان تاجرا أو صانعا أو مستثمرا أو غير ذلك فإنه يدخل في نطاق تطبيق قانون الاستثمار. و عليه فان قانون الاستثمار يبتعد عن التفرقة بين النشاطات المدنية والتجارية على خلاف القانون التجاري.

ويشمل مضمون نص المادة الأولى من قانون الاستثمار النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات دون ان يتم تحديد مفهوم السلعة والخدمة و لاحتى الشخص القائم بهما، تاركا المجال مفتوح لنصوص قانونية أخرى لتقوم بذلك ربما لاعتبارها أكثر تخصصا منه؟ كما انه من الجدير بالملاحظة أن قانون الاستثمار قد استثنى من مجاله نشاطات التوزيع والتي تعد من أهم النشاطات التجارية المرجحة، كتوزيع الوكلاء المعتمدين للسلع المستوردة. ورغم اعتبار هذا العمل من

58- مقارنة بقانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد تدارك هذا الفراغ وقام بتعديل مجال تطبيقه ليشمل النشاطات الفلاحية والصيد البحري والصناعة التقليدية والاستيراد، وذلك من خلال المادة 02 من قانون 06/10 المعدل لقانون 02/04 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ع 46 مؤرخ في 18 غشت سنة 2010 حيث نصت على "بغض النظر عن كل الأحكام الأخرى المخالفة، يطبق هذا القانون على نشاطات الانتاج بما فيها النشاطات الفلاحية و تربية المواشي، و على نشاطات التوزيع..."

59- عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر سنة 2000، ص 53.

60- عمار عمورة، مرجع اعلاه، ص 67.

النشاطات التجارية إلا أن أمر 03/01 لا يدخله ضمن أحكامه، وعليه يمكن القول بأنه ليس كل نشاط تجاري هو نشاط استثماري.

ويمكن تحديد مفهوم السلعة والخدمة في العديد من النصوص القانونية المكتملة لقانون الاستثمار، لكن السؤال الذي يبقى مطروحا يتعلق بمدى تطابق المفهوم الوارد في هذه النصوص الخاصة بالمفهوم الوارد في اطار قانون الاستثمار؟

الفرع الأول

المنتج

أخذت كلمة المنتج عدة تسميات، وحلت في مرتبة المستثمر في نص المادة 01 من أمر 03/01، فهناك من اعتبره عون اقتصادي وهناك من اعتبره مؤسسة، وهناك من اعتبره صانع وحرفي أو مستورد... الخ
لقد عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي 266/90⁶¹ تحت تسمية المحترف فنصت على " كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد و على العموم كل متدخل ضمن اطار مهنته في عملية عرض المنتج للاستهلاك " اما المادة 03 من قانون 02/04⁶² المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد عرفت المنتج تحت تسمية العون الاقتصادي بنصها " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من اجلها ".
لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا للمستثمر كمصطلح قانوني مستقل كما فعل مع بعض المصطلحات كالمنتج والعون الاقتصادي والموزع، واكتفي بتقديم تعريف المصطلحات التي قد تشملها كالعون الاقتصادي⁶³. وفي الوقت الذي استعمل فيه المشرع مصطلح العون الاقتصادي، فإن الكثير من النصوص القانونية ولا سيما قانون 02/04 المذكور

61- مرسوم تنفيذي 90 / 266 مؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990، يتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج.ر.ع 40 مؤرخ في 19 سبتمبر سنة 1990.

62- قانون 04 / 02 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 27 يونيو سنة 2004

63- لعل أول نص تضمن الإشارة إلى العون الاقتصادي هو أمر 06/95 المتعلق بالمنافسة، مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، ج.ر.ع 09 مع الإشارة إلى أن الباب الرابع والخامس والسادس من هذا القانون تم الغاؤها بموجب المادة 66 من قانون 02/04. وقد ورد هذا القانون تعريفا للعون الاقتصادي في نص المادة 03 التي جاء فيها " يقصد بالعون الاقتصادي في مفهوم هذا الامر كل شخص طبيعي او معنوي مهما تكن صفته، يمارس نشاطات او يقوم بأعمال منصوص عليها في المادة 02 أعلاه " والاعمال التي جاءت في المادة 02 تتمثل في نشاطات الانتاج والتوزيع والخدمات. بينما قانون الاستثمار أمر 03/01 لم يذكر نشاط التوزيع بل اكتفى بنشاطي الانتاج والخدمات.

أعلاه تفضل استخدام مصطلح المحترف أو المتدخل كما جاء أيضا في قانون 03/09⁶⁴ المتعلق بحماية المستهلك في الفقرة 08 من نص المادة 03 التي تعتبر "المتدخل" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية وضع المنتوجات للاستهلاك، غير أن هذا التعريف لا يشمل بتاتا فكرة انتاج السلعة والخدمة بقدر ما يشمل فكرة توزيعها أو استيرادها ونقلها، ففكرة العون الاقتصادي أقرب بكثير إلى تعريف المنتج والذي يدخل في نطاق قانون الاستثمار باعتباره صاحب نشاط انتاج السلع و الخدمات، ومنه فهو الاسلوب والشكل الثاني الذي يتخذه المستثمر استنادا لنص المادة 01 من أمر 03/01.

كما عرف قانون الرسم على رقم الأعمال⁶⁵ المنتج، حاصرا اياه بطريقة محددة في ثلاثة فقرات شملت كل من الاشخاص والشركات التي تقوم بالنشاط بصفته نشاطا رئيسيا أو ثانويا، حيث عرف نص المادة 04⁶⁶ المنتج من زاويتين، الأولى من حيث النشاطات التي يقوم بها، فهو حسبها من يقوم باستخراج أو صناعة المنتجات أو التعهد بالتصنيع أو التحويل أو العرض التجاري. كما يشمل أيضا نشاط التوضيب بما فيه من ترزيم أو تعليب، وكذا ارسال وايداع هذه المنتوجات.

اما الزاوية الثانية فقد نظر فيها للمنتج من جهة الشخص القائم بالنشاط، وشمل كل من الأشخاص الطبيعية، الشركات الرئيسة والثانوية، الصناع، المقاولين، ملاك المحلات الصناعية، والأشخاص وكذا الشركات التي تسند للغير العمليات المذكورة اعلاه. وقد عرف هذا النص المنتج باعتباره من الأشخاص الخاضعين للرسم على القيمة المضافة لذلك جاء شاملا لجميع اوجه النشاط، كما توسع في مفهوم المنتج حتى يوسع من مجال فرض الضريبة على رقم الاعمال. وينطلق كل نص قانوني في تعريفه للمنتج من الاهداف المرجوة منه من قبل المشرع، لذلك تظهر هذه الاختلافات في تحديد مفهوم المنتج بين من وسع من تعريفه والنشاطات التي يقوم بها وبين مقيد له بشكل ونشاط

64- قانون 03/09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 08 مارس سنة 2009.

65- قانون الرسوم على رقم الاعمال، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، نشرة 2010، ص 392.

66- تنص المادة 04 من الرسم على رقم الاعمال على " يقصد بلفظ المنتج:

1. الاشخاص أو الشركات الذين يقومون بصفة رئيسية او ثانوية باستخراج أو صناعة المنتوجات ويتعهدونها بالتصنيع او التحويل بصفتهم صناعا أو مقاولين في التصنيع قصد اعطائها شكلها النهائي أو العرض التجاري الذي تقدم فيه للمستهلك لكي يستعملها أو يستهلكها، وذلك سواء استلزمت عمليات التصنيع أو التحويل، استخدام مواد اخرى أم لا.
2. الاشخاص أو الشركات التي تحمل فعلا محل الصانع، في مصانعها أو حتى خارجها، بكل الاعمال المتعلقة بصنع المنتوجات أو توضيبها التجاري النهائي، مثل الترزيم والتعليب وارسال أو ايداع هذه المنتوجات، وذلك سواء ابيعت تحت علامة أو باسم من يقومون بهذه العمليات ام لا.

محدد. فهل يمكن اسقاط هذه التعاريف على ما يريده المشرع من نص المادة 01 من أمر 03/01 واعتبار المنتج عوناً اقتصادياً مستثمراً؟

وكغيره من النصوص التي عرفت المنتج ولم تقصره على إنتاج السلع والخدمات فقط، عرف قانون المنافسة أمر 03/03⁶⁷ بموجب المادة 03 التي حددت شكل الشخص الذي يقوم بممارسة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد بصورة دائمة وحصرته في المؤسسة، وعرفت بالمقابل المؤسسة بهذه النشاطات فنصت المادة 03 على ما يلي "المؤسسة كل شخص طبيعي أو معنوي أيا كانت طبيعته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد" وللذكر فإن نشاط الاستيراد أضيف بموجب التعديل الوارد سنة 2008⁶⁸ والذي وسع من مجال النشاطات التي تتدخل فيها المؤسسات. وهو بذلك يتجاوز قانون الاستثمار المحصور في إنتاج السلع والخدمات دون توزيعها، ما يجعل منه اضيق نص قانوني في تحديد مجاله واسلوب ممارسة نشاطاته. كما ان اسقاط هذه التعاريف عليه تجعله كمن يرتدي ثوبا أكبر منه، لأنها في مجملها توسع من مفهوم المنتج من خلال توسيع اشكاله والنشاطات التي يمكنه التدخل فيها أما قانون الاستثمار فهو عكس ذلك تماما.

الفرع الثاني

السلعة (المنتج)

ترك قانون الاستثمار فكرة السلعة أو المنتج لغيره من النصوص القانونية لتحديدها كما فعل مع المنتج، وقد تعددت هذه النصوص أيضا، منها المرسوم التنفيذي رقم 39/90⁶⁹ الذي عرفت المنتج بأنه " كل شيء منقول مادي يمكن ان يكون موضوع معاملات تجارية " هذا التعريف ضيق جدا بحيث لا يتسع ليشمل المنقولات المعنوية والتي تكون في غالب الأحيان موضوع عقد امتياز استثمائي. عرفه أيضا قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك بموجب

67- أمر 03/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2003، المعدل و المتمم بموجب قانون 12/08 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2008. معدل و متمم بموجب قانون رقم 05/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ع 46 مؤرخ في 18 غشت سنة 2010.

68- وهو قانون 12/08، كما أورد قانون 05/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 46 مؤرخ في 18 غشت سنة 2010. تعديلا على نص المادة 02 من أمر 03/03 ووسع من دائرة النشاطات المشمولة بالإنتاج فاعتبر النشاطات الفلاحية و تربية المواشى ضمن مجاله، أيضا الاستيراد الواسطة، الوكلاء، الصيد البحري والصناعة التقليدية و أخيرا الصفقات العمومية.

69- مرسوم تنفيذي 39/90 مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 315/01 المؤرخ في 16 أكتوبر سنة 2001، ج.ر.ع 61 مؤرخ في 21 أكتوبر 2001.

المادة 03 "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا " وهذا النص لا يفرق بين السلع والخدمات، فالمنتوج في نظره يشمل السلع والخدمات معا. وعرف نفس النص عملية الانتاج وحصص مجموعة النشاطات التي تتضمنها فالإنتاج هو "العمليات التي تتمثل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل والتركييب وتوضيب المنتج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول" فالنص يجمع بين العمليات المدنية والتجارية معا، ويعتبرها انتاجا، وهو ما قد يتفق ومضمون فكرة الانتاج الواردة في قانون الاستثمار، لأنه وخلافا للقانون التجاري لا يميز بين الأعمال المدنية والتجارية، كما انه لم يحدد ولم يعرف الانتاج بل ترك الباب مفتوحا على باقي النصوص القانونية الأخرى، لذلك فان الاخذ بالفكرة الموسعة أفضل وأقرب للمنطق من تضييقها.

لقد عرف القانون المدني بدوره المنتج واعتبره حسب نص المادة 140 مكرر فقرة 02 "كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي، وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية"⁷⁰. لقد أهمل هذا التعريف الانتاج الفكري كما انه اقصى العقارات من مجاله. بينما يعرف المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات السالف ذكره بموجب نص المادة 02 المنتج بنفس طريقة القانون المدني، بحيث يخرج الانتاج الفكري من نطاقه، وبنفس طريقة قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك الذي يجمع بين السلعة والخدمة في تعريف المنتج، فهو حسبها "كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي او خدمة" فهو يشمل كل المنقولات المادية التي يمكن ان تكون محلا للبيع والشراء او الايجار⁷¹. اما قانون 04/04 المتعلق بالتقييس⁷² فقد عرفت مادته الثانية المنتج واعتبرته "كل مادة او مادة بناء او مركب أو جهاز أو نظام أو اجراء أو وظيفة أو طريقة"

ان النصوص القانونية المختلفة والتي قدمت تعريفا للمنتوج، تأرجحت بين توسيع مفهومه وتضييقه بالنسبة للبعض الآخر، غير أن الأکید أن هذا المصطلح حسب مختلف التعاريف القانونية لا يشمل ولا يشير إلى العقار⁷³ بل يستبعده من فكرة المنتج، فهو لا يعتبره منتوجا حتى لو تمت اعادة تهيئته، ولعل قصر النصوص القانونية المنتج على

70- اضيفت بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، ج.ر.ع. 44.

71- بروال نعيمة، حقوق المستهلك والاجراءات الادارية والوقائية المتخذة لحمايته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سنة 2009. ص. 29.

72- قانون رقم 04/04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يتعلق بالتقييس، ج.ر.ع. 41 مؤرخ في 27 يونيو 2004.

73- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سنة 2001. ص. 74.

المنقولات فقط هو خضوع التعامل في العقار لأحكام خاصة به، غير أن هذا الفرض ليس بالمبرر الكافي، لأن تهيئة العقارات تشكل وجها للتعامل التجاري وانتاجا مربحا لبعض النشاطات، كتهيئة الحدائق العمومية والطرق، كما أن بعض النشاطات متعلقة بالعقار بحد ذاته كنشاط الاستغلال المنجمي والبحث المنجمي، واللذان يخصص لهما المشرع قانونا خاصا⁷⁴ وأخضعها لقانون الاستثمار، فنصت المادة 139 من قانون 05/14 المتضمن قانون المناجم على خضوع هذه النشاطات لقانون الاستثمار. وعليه يمكن القول بأن المنتج بالنسبة لقانون الاستثمار أشمل من التعاريف التي وردت في النصوص القانونية السالفة الذكر، خاصة وانها تستثنى من مجالها الانتاج الفكري، المعنوي في حين أن قانون الاستثمار يعتبر الإنتاج السينمائي ضمن مجاله بعدما اضافته بموجب المادة 48 من قانون المالية لسنة 2010⁷⁵ التي نصت على "دون المساس بالقوانين والانظمة السارية المفعول، تخضع لترتيبات الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، المعدل والمتمم، والمتعلق بتطوير الاستثمار، الاستثمارات المحققة من طرف الشركات التي تستهدف النشاطات الثقافية ولا سيما تلك المتعلقة بالسينما والكتاب"

الفرع الثالث

الخدمة

يأخذ الاستثمار شكل تقديم الخدمات، أي الأنشطة الاقتصادية غير المجسدة في صورة منتج مادي، وإنما تقدم في صورة خدمة، أو نشاط مفيد لمن يطلبه، مثل الخدمات المالية التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية، خدمات النقل البري والجوي والبحري، وخدمات شركات الاتصالات والخدمات السمعية البصرية وشركات السياحة وقطاع الانشاءات والتعمير ومكاتب الاستشارات الطبية والقانونية والهندسية والخبراء المستشارين الأجانب⁷⁶ بالإضافة إلى خدمات الشبكة الالكترونية والانترنت.

وتتعدد كذلك النصوص القانونية التي تطرقت لمفهوم الخدمة، منها المادة 02 من مرسوم تنفيذي 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقع الغش التي تنص على "الخدمة هي كل مجهود يقدم ما عدا تسليم المنتج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له" أما قانون حماية المستهلك 03/09 فقد عرف الخدمة في نص المادة 03 فقرة 17 التي

74- وهو قانون 05/14 مؤرخ في 24 فبراير سنة 2014، يتضمن قانون المناجم، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 30 مارس سنة 2014.

75- قانون 09/09 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج.ر.ع 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2009.

76- زوير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو سنة 2011. ص 54.

تنص على "الخدمة كل عمل مقدم غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا او مدعما للخدمة المقدمة" ويسجل على هذا النص استثناءه لنشاط تسليم الخدمة وعدم اعتبار هذا الأخير خدمة، أى انه يعتبر المجهود الذي يقدم لتسليم الخدمة خارجا عن مفهومها، غير أن بعض النصوص القانونية الأخرى تحدثت عن هذه النشاطات واعتبرتها من قبيل الخدمة، وأدخلت كل الأدعاءات ضمن الخدمة حتى ولو كانت ملحقة بعقد البيع، كما هو الحال بالنسبة لخدمة ما بعد البيع، وقد نص المشرع على هذا النوع من الخدمات في القرار الوزاري الصادر بتاريخ 10/05/1994 المتعلق بكيفية تطبيق المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات في مادته 07 التي تنص على "يلتزم المهنيون المتدخلون في عملية وضع المنتجات الخاضعة للضمان رهن الاستهلاك بإقامة وتنظيم خدمة ما بعد البيع المناسبة، تركز على الاخص على وسائل مادية مواتية وعلى تدخل عمال تقنيين مؤهلين وعلى توفير قطع غيار موجهة للمنتجات المعنية " وبذلك فإن خدمة ما بعد البيع تتجاوز التسليم في حد ذاته، إلى نشاطات أخرى تأخذ وصف الخدمة.

والجدير بالذكر فإن فكرة الخدمة في ظل قانون الاستثمار تتجاوز أيضا هذه المفاهيم الواردة بموجب النصوص القانونية، فهي مفهوم مطلق وواسع، بحيث تشمل كل النشاطات الخدمائية ما عدا ما استثني بنص قانوني صريح، فالأصل هو الاطلاق⁷⁷ في الخدمة المشمولة بأحكام قانون الاستثمار استنادا لنص المادة 01 منه التي تجعل أحكامه مطبقة على النشاطات المنتجة للخدمات دون تحديدها أو وصفها أو الاشتراط فيها والاستثناء هو التقييد. هذا التقييد الذي يجب ان يكون بموجب نص قانوني صريح، كما جاء بالمرسوم التنفيذي 08/07⁷⁸ الذي اورد قائمة السلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في قانون الاستثمار، ولقد أورد نص المادة 02 من مرسوم 08/07 تعريفا للسلع والخدمات التي تدخل مباشرة في اطار انجاز الاستثمار والمتمثلة فيما يلي:

77- اطلاق النص بموجب قانون الاستثمار فيما يتعلق بالخدمات المشمولة بأحكامه، ليس بنفس الفكرة المجسدة بموجب قوانين المالية المعدلة لأحكام امر 03/01، لا سيما قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وقانون المالية لسنة 2010 و 2012، حيث لنا عودة لهما بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الرسالة.

78- مرسوم تنفيذي 08/07 مؤرخ في 11 يناير سنة 2007، يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الامر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 14 يناير سنة 2007. المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 107/14 مؤرخ في 12 مارس سنة 2014، يتم المرسوم التنفيذي رقم 08/07 المؤرخ في 11 يناير سنة 2007، يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الامر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار. ج.ر.ع 15 مؤرخ في 19 مارس 2014. حيث شمل التعديل المادة 06، بإضافة سلع التجهيز وحدد مدة الاستفادة الى غاية 31 ديسمبر 2015 فيما تعلق بوحدة الانتاج المحددة.

1. كل الممتلكات المنقولة أو العقارية أو المادية وغير المادية أو المقتناة أو المستحدثة من أجل التكوين أو التطوير أو إعادة التنظيم أو إعادة تأهيل النشاطات الاقتصادية لإنتاج السلع والخدمات الموجهة للاستعمال المستديم بنفس الشكل.

2. كل الخدمات المرتبطة باقتناء السلع المذكورة في الفقرة "1" اعلاه.

وبهذا النص يكون قانون الاستثمار قد حسم الأمر فيما يتعلق بشموليته للعقار كسلعة ومنتوج، كما فصل في مسألة السلع والخدمات المعنوية التي اعتبرها ضمن مجاله. غير انه لم يوضح الأمر فيما يتعلق بنشاطات التوزيع التي لا يزال يحوم حولها اللبس فيما اذا كانت ضمن النشاطات التي تدخل في مجال قانون الاستثمار أم لا. لقد جاءت الفقرة الثانية من المادة 02 عامة بحيث قد تشمل نشاط التوزيع، فالتوزيع يمكن أن يكون نشاطا مرتبطا باقتناء السلع لتشمله الفقرة 02 اعلاه.

و الغريب في الأمر أن هذا النص يستثني مجموعة من السلع والخدمات والنشاطات من الاستفادة من مزايا قانون الاستثمار دون ان يوضح ووضعيتها اتجاه الالتزامات التي يفرضها قانون الاستثمار؟ فهل هذا يعني ان هذه الاستثمارات تستثنى من مجال تطبيق قانون الاستثمار سواء تعلق الأمر بالمزايا والالتزامات معا؟ أم أن هذه النشاطات لا تستفيد من مزايا قانون الاستثمار وتخضع في المقابل للالتزاماته؟ ان المنطق القانوني يقتضى أن تمنح الاستثمارات الاستفادة من مزاياه وتخضع للالتزاماته، أو بالعكس الصحيح، بحيث تستثنى من المزايا والالتزامات معا.

الفرع الرابع

السلع والخدمات المستثناة

لقد ميزت مواد المرسوم التنفيذي 08/07 المعدل والمتمم بين النشاطات المستثناة من المزايا من جهة ومن جهة ثانية بين السلع والخدمات المستثناة من هذه المزايا، وأرفق النص بقائمة للنشاطات وأخرى للسلع والخدمات المستثناة. كما منح القانون⁷⁹ للمستثمر الحق في طلب تعديلات إما بإضافة أجهزة و/أو خدمات جديدة أو بتبديل بعض

79- قرار مؤرخ في أول فبراير سنة 2009، يحدد كليات تعديل قوائم السلع والخدمات المستفيدة من المزايا الجبائية ويحدد مكونات الملف المتعلق به، ج.ر.ع 22 مؤرخ في 15 ابريل 2009.

الأجهزة والخدمات الواردة في القائمة الأصلية من خلال سماحه بإصدار قائمة تكميلية أو قائمة مصححة والقائمة المعدلة.

أولاً: النشاطات المستثناة من المزايا:

أستثنيت بعض النشاطات من مجال الاستفادة من مزايا قانون الاستثمار نصت عليها المادة 03 من مرسوم 08/07 وتتمثل فيما يلي:

1. النشاطات الواردة في الملحق الأول من مرسوم 08/07، وتضمنت هذه الاخيرة الصناعة التقليدية والحرف، تجارة الجملة، تجارة التجزئة، الاستيراد بكل أشكاله، وبعض الخدمات التي تعد في مجملها فردية صغيرة أو متوسطة الحجم كالمطاعم، والمقاهي، والصيدليات، وبائع النظارات، استديو التصوير، قاعات الحفلات والوكالات العقارية ومكاتب الصرف... الخ⁸⁰.

ولعل سبب اقصاء هذه النشاطات من الاستفادة من مزايا قانون الاستثمار هو توجيهها لأجهزة أخرى تكون أقرب و أسرع لمساعدتها كالوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، كما قد يكون السبب في ذلك هو أنها لا ترقى لتكون كشكل من أشكال الاستثمار بل أنها لا تعدوا أن تكون مجرد نشاط تجاري بسيط.

2. تم استثناء النشاطات التي تخضع للنظام الجبائي الجزائي.

3. النشاطات التي لا تخضع للقيود في السجل التجاري.

4. النشاطات المستثناة من تطبيق أمر 03/01 بموجب تشريعات خاصة كنشاطات الأسلحة والذخيرة الحربية المحددة بموجب أمر 06/97⁸¹ الذي يمنع بيع وصنع الأسلحة على كافة التراب الوطني.

5. و تستثنى ايضا النشاطات التي لا تستفيد من مزايا جبائية بموجب نص تشريعي.

ثانياً: السلع والخدمات المستثناة من المزايا:

اعتمد المشرع من خلال مرسوم 08/07⁸² على الشرط الواقف من أجل تحديد قائمة السلع والخدمات المستثناة من الامتيازات، بحيث ربطت المادة 09 منه، إمكانية الاستفادة من الامتيازات بشرط ان تكون عنصراً أساسياً

80- انظر الملحق الاول المتضمن قائمة النشاطات المستثناة من المزايا حسب جدول النشاطات الاقتصادية الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 14 يناير سنة 2007. ص 11، 12، 13.

81- أمر 06/97 مؤرخ في 21 يناير سنة 1997، يتعلق بالعتاد الحربي والأسلحة والذخيرة، ج.ر.ع 06 مؤرخ في 22 يناير سنة 1997. والذي تنص المادة 01 منه على "يحظر على كامل التراب الوطني، مع مراعاة الاحكام المقررة في هذا الامر صناعة العتاد الحربي والأسلحة والذخيرة كما هي محددة ومصنفة في المواد 2 و 3 و 4 ادناه، كما يحظر استيراد ذلك وتصديره، والمتاجرة به، واقتناؤه، وحيازته وحمله ونقله"

لممارسة النشاط، أي أن السلع والخدمات المدرجة في حسابات الاستثمارات للمخطط الوطني للمحاسبة تستثنى من الاستفادة من الامتيازات إلا إذا اعتبرت عنصرا أساسيا لممارسة النشاط.

كما تم استثناء سلع التجهيز المستعملة أو الاستثمارات القائمة. غير أن السلع والتجهيزات المستعملة في إطار تحويل النشاط من الخارج أو التي تم اقتناؤها في إطار عمليات الخوصصة لا تستثنى من مزايا قانون الاستثمار استنادا للفقرتين "أ" و"ب" من نص المادة 06 من مرسوم تنفيذي 08/07.

المطلب الثالث

الاستثمارات الإمتيافية

يمكن أن يأخذ الاستثمار شكل الاستثمارات الإمتيافية المنصوص عليها بموجب المادة 01 من أمر 03/01، غير أن فكرة شمولية قانون الاستثمارات للنشاطات المستفيدة من المزايا دون سواها، يثير مشكلة المعاملة المتساوية بين هذه الأخيرة ويتعارض مع نص المادة 14⁸³ من نفس الأمر التي تمنح معاملة متساوية بين جميع الاستثمارات الوطنية والأجنبية. وإذا كان النص يفرض معاملة متساوية بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية، فإن الامتيازات الممنوحة بموجب أمر 03/01 تكرر معاملة تمييزية بين الاستثمارات الوطنية، وحتى بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية من جنسية واحدة، كما فعل قانون المناجم⁸⁴ بموجب المادة 70 التي تمنح ترخيص ممارسة نشاط البحث والاستغلال لمؤسسة عمومية اقتصادية تملك الدولة رأس مالها حصرا.

كما تثير هذه الاستثمارات الإمتيافية فكرة غياب الشفافية لاختيار هذه النشاطات المشمولة بالامتيازات دون غيرها، وهو سبب راجع لغياب معايير واضحة لتحديد النشاطات المستفيدة من هذه الأخيرة.

وتعد الاستثمارات الإمتيافية أسلوبا مفروضا بقوة القانون في أنظمة محددة، وفي نفس الوقت قد تعد شكلا اختياريا يطلبه المستثمر إن أراد ذلك، غير أن هذه الامتيازات تجر معها التزامات إضافية للمستثمر، يترتب عن عدم

82- عدل أيضا بموجب مرسوم تنفيذي رقم 329/08 مؤرخ في 22 أكتوبر سنة 2008 يتم القائمة المعدة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08/07 مؤرخ في 11 يناير سنة 2007 الذي يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في أمر 03/01 مؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع. 61 مؤرخ في 02 نوفمبر سنة 2008. وأضاف هذا النص نشاطا واحدا وهو مصنع الطحين بحيث استثناء من قائمة النشاطات المستفيدة من المزايا.

83- تنص المادة 14 من أمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار علي " يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار...".

84- لنا عودة للحديث عن هذا النص في المطلب الرابع حول الترخيص.

الالتزام بها اجراءات عقابية صارمة مع سحب هذه الامتيازات، مما قد يجعل البعض من المستثمرين لا يفضلونها إلا اذا كانت تكلفة النشاط الاستثماري تغطيها هذه الامتيازات بنسبة كبيرة.

لقد أنشأ أمر 03/01 أساليب مختلفة لمنح هذه الامتيازات، فميز بين النظام العام، والنظام الاستثنائي بالإضافة الى الانظمة الخاصة، بما فيها تلك التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني.

إن منح الامتيازات لنشاطات معينة، وإقصاء أخرى منها، يطرح مشكل المعاملة التفضيلية غير المتساوية بينها، إلا اذا اعتبرنا أن النشاطات والمنتجات والخدمات المستثناة من هذه الامتيازات لا تشكل إستثماراً من منظور أمر 03/01 ولا تدخل بذلك في نطاق تطبيقه لا من حيث المزايا ولا من حيث الالتزامات وهو ما يقتضيه مبدأ المعاملة المتساوية. غير أن هذا التحليل المبني على طبيعة الاستثمارات المستثناة من الاستفادة من مزايا قانون الاستثمار يقودنا الى البحث عن المعايير المعتمدة في تحديدها؟.

حيث أن أول الأسس المعتمدة هو معيار الحجم لاعتماده كأساس لإقصاء أشكال معينة من الاستثمار كما فعل المرسوم التنفيذي 08/07 المعدل والمتمم، فتضمن الملحق الاول من المرسوم مجموعة من النشاطات الصغيرة الحجم كالمراقد كوجه مستثنى في حين أن الفنادق وهي الصورة المكبرة للمراقد غير مستثناة، ايضاً المخازن ما عدا الصناعية منها على حد ماورد في الملحق الاول، المطاعم ماعدا سلسلة كاملة لمطاعم مصنفة. أما المعيار الثاني فهو اجرائي كشرط ممارسة النشاطات، بحيث استثنيت من المزايا نشاطات انتاج السلع والخدمات التي لا تخضع للقيود في السجل التجاري وكذا التي تخضع لنظام فرض الضريبة الجزافية. كما تم النص على المعيار التشريعي الذي اقصيت بموجبه الاستثمارات التي تخرج عن امر 03/01 بموجب تشريعات خاصة، والاستثمارات التي لا يمكنها الاستفادة من مزايا جبائية بموجب نص تشريعي.

وبناء على ما سبق ينشأ لدينا نوعان من الاستثمارات، الاولى تستفيد من مزايا قانون الاستثمار وتدخل في مجال تطبيقه، اما الثانية فهي لا تستفيد من مزايا قانون الاستثمار ولا تدخل في مجال تطبيقه⁸⁵، واذا كان المشرع قد حدد النوع الثاني من الاستثمارات، فما هو النوع الأول؟ ما هي الاستثمارات التي تدخل في مجال تطبيقه؟ علماً أن نص المادة الأولى من قانون الاستثمار يعد شاملاً لجميع أوجه النشاطات المنتجة للسلع والخدمات. فهل يتبع المشرع نفس السياسة في تحديد الاستثمارات التي تدخل في مجال قانون الاستثمار، بحيث يدخل نشاطات معينة في مجال قانون

85- تنص المادة 04 من من مرسوم تنفيذي 08/07 الذي يحدد قائمة السلع والخدمات المستثناة على "تستثنى أيضاً من المزايا المذكورة في المادة الأولى أعلاه:النشاطات التي تخرج عن مجال تطبيق أمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، المعدل والمتمم والمذكور أعلاه بموجب تشريعات خاصة"

الاستثمار بموجب نص تشريعي خاص كما فعل بالاستثمارات التي تستثني من مجال قانون الاستثمار بموجب نص تشريعي خاص أيضاً؟

وقسم قانون الاستثمار الامتيازات الممنوحة وفقاً لثلاث أنماط رئيسية، تتراوح من خلالها هذه الامتيازات تفضيلاً من خلال المدة، اليد العاملة المنشأة، المواد الأولية الأساسية ذات المصدر الوطني، بالإضافة إلى المصالح والاجهزة المتدخلة سواء لمنح هذه الامتيازات أو لمراقبتها.

الفرع الأول

استثمارات الامتيازات العامة

تتمتع الاستثمارات في هذا النظام بالحد الأدنى المضمون⁸⁶ من المزايا، وهي تشكل الفئة الغالبة من الاستثمارات، كما ان اجراءاتها بسيطة بالنظر لغيرها، فهي تنشأ وفقاً لتصريح⁸⁷ بالاستثمار وتتم الاستفادة منها عند إنجاز الاستثمار وإستغلاله. وأدخلت هذه الامتيازات بموجب أمر 08/06⁸⁸، فأمر 03/01 لم يتضمن في صيغته الأصلية مزايا بعنوان مرحلة الاستغلال في إطار النظام العام، وإنما هي فكرة مكرسة بموجب تعديل 2006.

لقد سمح امر 03/01 بموجب المادة 09 منه لنصوص القانون العام منح امتيازات جبائية وشبه جبائية وجمركية اضافية للمزايا الممنوحة من قبله، الأمر الذي ضاعف من المزايا الممنوحة بموجب نصوص قانونية مختلفة كقانون الجمارك، قوانين المالية، قانون النقد والقرض، قوانين الضرائب، كل حسب مجاله.

كما انه لا يمكن للأشخاص الذين استفادوا من الامتيازات الجبائية في اطار مختلف اجهزة دعم التشغيل كالوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، والصندوق الوطني للتأمين علي البطالة، والوكالة الوطنية لتسيير القرض

86- عليوش قربوع كال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999. ص 24.

87- التصريح بالاستثمار هو إجراء اختياري شكلي يعبر من خلاله المستثمر عن نيته في إنجاز استثمار في نشاط اقتصادي لإنتاج السلع و الخدمات تدخل في اطار تطبيق الأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، وهو التعريف الوارد بموجب المادة 02 من قرار مؤرخ في 18 مارس سنة 2009، يحدد مكونات ملف التصريح بالاستثمار واجراء تقديمه، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 24 مايو سنة 2009. وهو نفس التعريف الوارد بموجب المادة 02 ايضا من مرسوم تنفيذي 98/08 مؤرخ في 24 مارس سنة 2008، يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، ج.ر.ع 16 مؤرخ في 26 مارس سنة 2008. ويقدم المستثمر التصريح اذا اراد الحصول على المزايا، وعندما لا يرغب في الحصول على هذه الاخيرة يكتسي التصريح بالاستثمار طابع وثيقة احصائية استنادا للمادة 04 من نفس القرار.

88- أمر رقم 08/06 مؤرخ في 15 جويلية سنة 2006 يعدل و يتمم الامر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 47 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2006.

المصغر، الاستفادة من امتيازات دعم الاستثمار في إطار الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار إلا بعد انتهاء فترة الاعفاءات التي منحت له في إطار أنظمة دعم تشغيل الشباب أو بعد أن يتخلى عنها.

لقد تخلى أمر 03/01 عن امتيازات مرحلة الانتاج التي عرفها في قانون الاستثمار السابق 12/93⁸⁹، واكتفي بمرحلتين، مرحلة الانجاز والاستغلال. وربط هذه المزايا بمجموعة من الشروط تتأكد من توفرها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مع تحديد مجال الاستثمار وموقعه ومناصب الشغل التي يستحدثها⁹⁰ والتكنولوجيا المزمع استعمالها، وكذا مخططات الاستثمار والتقويم المالي للمشروع ومدة انجازه⁹¹.

أولاً: مرحلة الانجاز؛

تتضمن الاعفاء من ثلاثة أنواع من الالتزامات، الأولى جمركية، بحيث يتم إعفاء السلع غير المستثناة والمستوردة والتي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار، أما الثانية فهي ضريبية تتمثل في الاعفاء من الرسم على القيمة المضافة للسلع والخدمات المقتناة محلياً والتي تدخل في انجاز الاستثمار، وأخيراً الاعفاء من حق نقل الملكية عن كل المقتنيات العقارية.

والجدير بالذكر أن المزايا الممنوحة في مرحلة الانجاز تشكل موضوع مقرر مستقل عن المزايا الملازمة لمرحلة الاستثمار⁹²، حتى أن طلب الاستفادة من مزايا مرحلة الاستثمار منفصل عن نفس الطلب لمرحلة الاستثمار.

ثانياً: مرحلة الاستثمار؛

يقصد بانطلاق النشاط دخول المستثمر في مرحلة الاستثمار الذي يتجسد بإنتاج سلع معدة للتسويق أو تقديم خدمات مفوترة بعد الاقتناء الجزئي أو الكلي للسلع أو الخدمات الضرورية لممارسة النشاط المصرح به، غير المستثناة

89- كما كان المرسوم التشريعي 12/93 يحدد مدة الاستفادة من مزايا النظام العام ب 03 سنوات، غير أن أمر 03/01 حصر هذه الامتيازات بمجموعة من الشروط كالدخول في الاستثمار، وتقديم طلب من المستثمر، وتوظيف يد عاملة وقيام المصالح الجبائية بإعداد تقرير يؤكد فعلاً الشروع في النشاط.

90- وهو ما نصت عليه المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 207/13 مؤرخ في 05 يونيو سنة 2013 يحدد شروط وكيفيات حساب ومنح مزايا الاستثمار للاستثمارات بعنوان النظام العام للاستثمار، ج.ر.ع 30 مؤرخ في 09 يونيو 2013.

91- نورالدين بوسهوه، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في القانونين الدولي والجزائري، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب، البلدة سنة 2004/2005. ص 156.

92- تنص المادة 28 من مرسوم تنفيذي 98/08 مؤرخ في 24 مارس سنة 2008، يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك، ج.ر.ع 16 مؤرخ في 26 مارس سنة 2008، علي "تشكل المزايا الملازمة لمرحلة الانجاز و تلك المتعلقة بمرحلة الاستثمار موضوع مقررين مستقلين"

من المزايا بمفهوم المرسوم التنفيذي 08/07، وهو التعريف الذي اوردته المادة 03 من مرسوم 207/13 الذي يحدد شروط وكيفيات حساب ومنح مزايا الاستغلال للاستثمارات.

وأدخلت هذه المرحلة بإقرار من أمر 08/06 المعدل والمتمم لأمر 03/01 الذي أورد تعديلا على المادة 09، كما يسجل على هذه الامتيازات ورودها وتعديلها بداية بموجب قوانين المالية⁹³ التي ربطتها بشروط ثم أحالت تطبيقها للتنظيم، وبعد ذلك صدر النص التنظيمي مرسوم 207/13 الذي كرسها بتخصص.و يمكن ان نختصر هذه الامتيازات فيما يلي:

1- لمدة 03 سنوات بالنسبة لاستثمارات المحدثة لمئة (100) منصب شغل عند انطلاق النشاط،وهذا مانصت

عليه المادة 49 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010⁹⁴ غير ان تعديل قانون المالية لسنة 2014⁹⁵ لنص هذه

المادة صاحبه شرط معاينة الشروع في النشاط الذي تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر.

2- الاعفاء لمد 05 سنوات بدل ثلاث سنوات من الضريبة على ارباح الشركات (IBS) ومن الرسم على

النشاط المهني (TAP). بحيث تمدد المدة بعد معاينة الشروع في النشاط من قبل المصالح الجبائية، وكذا توفير

أكثر من مئة منصب شغل عند انطلاق النشاط.

وقد شمل نص المادة 09 مكرر 01 استثناء الاستثمارات التي يتجاوز مبلغها 500 مليون دينار من

الاستفادة من مزايا النظام العام، إلا بموجب قرار صادر من قبل المجلس الوطني للاستثمار، غير ان نص المادة

09 مكرر⁹⁶ شمله تعديل بموجب المادة 37 من قانون المالية لسنة 2013⁹⁷ والمادة 59 من قانون المالية لسنة

2014، أما عن مضمون هذا التعديل فقد رفع من مبلغ قيمة الاستثمارات التي لا يمكنها الاستفادة من مزايا

النظام العام إلا بموجب قرار صادر من قبل المجلس الوطني للاستثمار الى مبلغ 1500.000.000 دج.

والجدير بالملاحظة أن استثمارات النظام العام تبدوا أكثر بساطة بموجب أمر 03/01، لكن بالنظر للتعديلات

التي أوردتها قوانين المالية، جعلتها ترتبط بتعقيدات وشروط شكلية إجرائية، الهدف منها إما اجبار المستثمرين على

93-قانون المالية التكميلي لسنة 2009، أمر 01/09 مؤرخ في يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ع 44 مؤرخة في 26 يوليو سنة 2009. الذي رفع من مدة الاعفاء من الضريبة على أرباح الشركات، والنشاط المهني الى 05 سنوات بعدما كانت مقررة لمدة 03 سنوات، وربطها بشروط.

94-أمر رقم 01/10 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ع 49 مؤرخة في 29 أوت 2010.

95- قانون رقم 08/13 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ع 68 مؤرخ في 31 ديسمبر 2013.

96- أضيفت المادة 09 مكرر لأمر 03/01 بموجب المادة 60 من أمر 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

97- قانون رقم 12/12 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ع 72 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013.

تشجيع الانتاج الوطني، باستعمال المواد الاولية من انتاج جزائري، او توظيف اليد العاملة الوطنية من خلال استحداث مناصب شغل.

الفرع الثاني

استثمارات النظام الاستثنائي

نصت المادة 10 من امر 03/01 على النظام الاستثنائي الممنوح للاستثمارات وقسمتها الى قسمين: الاول تضمن الاستثمارات التي تنجز في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة، والثاني تضمن الاستثمارات ذات الاهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني.

ويمنح النظام الاستثنائي مزايا عامة ومزايا خاصة⁹⁸ كما يمنح هذه المزايا وفقا لمرحلتى الانجاز والاستغلال. كما منح قانون الاستثمار للمستثمرين إمكانية زيادة الحوافز التي توفرها لهم الوكالة، ومنحهم حق التفاوض معها من أجل الحصول على مزايا تفاوضية إضافية، بالنسبة للاستثمارات التي تشكل أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني. ويقوم المجلس الوطني للاستثمار⁹⁹ بتحديد المناطق المذكورة في المادة 10 الفقرتين الاولى والثانية.

حيث أنه وفي الوقت الذي كانت فيه المادة 15 من المرسوم التشريعي 12/93 تقارن اهمية الاستثمارات التي هي ذات منفعة للاقتصاد الوطني مع ضخامة مشروع الاستثمار او نوعية التكنولوجيا المستعملة، فإن هذا ليس هو الحال بالنسبة للفقرة الثانية للمادة 10 من امر 03/01، والذي قام بتحديد هذه الاستثمارات بالاعتماد اساسا على خصائص تتمحور حول قانون البيئة، وضمان التنمية المستدامة¹⁰⁰، وهو ترجمة للأولويات المشرع في ضمان تنمية مستدامة.

98- المناطق المعنية بالمزايا الخاصة للنظام الاستثنائي، تتضمن ولايات الجنوب وهي أدرار، بسكرة، بشار، الوادي، غرداية، إلزي، الاغواط، ورقلة، تمنراست، تيندوف. أما ولايات الهضاب العليا المعنية بنظام المزايا الخاصة فهي: باتنة، الجلفة، البيض، خنشلة، المسيلة، النعامة، سعيدة، تبسة، تيارت. اما باقي المناطق فليست مشمولة على اطلاقها بهذه المزايا، فبعض البلديات دون غيرها هي التي تستفيد من نظام المزايا الخاصة. وعلى سبيل المثال ولاية برج بوعريج تمنح المزايا لبلدية الياشير، بليمور، البرج، العاش، العناصر، الحمادية، القصور، الربطة. اما ولاية البويرة فالبلديات المعنية هي: برج اريس، الدسيمية، ديرة الحكيمة، الحجر الزرقاء، المعمورة، مزدور، الريدان، سور الغزلان، تاقدت،. للمزيد من التفصيل حول البلديات المعنية بالنظام الاستثنائي الخاص، انظر موقع الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار www.andi.dz

99- تتمحور مهام المجلس الوطني للإستثمار في وضع استراتيجيات و سياسات الإستثمار، ويعرف المناطق الإستثمارية، كما يقرر حول الامتيازات و التحفيزات الاضافية، و يصادق على اتفاقيات الإستثمار.

100- لقراف سامية، الامتيازات المالية للإستثمار الاجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر سنة 2010/2011، ص 28.

ويكمن الفرق بين مزايا النظام العام والنظام الاستثنائي في محتوى ومدة الامتيازات الممنوحة بالإضافة الى الشروط التي يجب ان تتوفر عليها، كما ان كلا الشكلين المدرجين في هذه الفئة يحتويان على مرحلتين، مرحلة الانجاز ومرحلة الاستغلال.

أولاً: المناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من الدولة:

كان المرسوم التشريعي 12/93 المتعلق بالاستثمار يتضمن في نص المادة 20 تصنيفاً للمنطق الخاصة ويحيل الى النصوص التنظيمية من أجل تحديد هذه المناطق¹⁰¹. أما أمر 03/01 المعدل والمتمم فقد حددها في قسمين، واعتبرها مناطق تستدعي تدخل الدولة من اجل تنميتها كالمناطق الصحراوية او الجبلية الصعبة¹⁰². وتنجز بمساعدة صندوق دعم الاستثمارات الذي تتكفل الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بإدارته. وتنقسم الى مرحلتين:

أ/ مرحلة الانجاز:

تتراوح مدة الاستفادة من هذه الامتيازات مدة 03 سنوات وتمثل فيما يلي¹⁰³:

1. الاعفاء من حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تم في اطار الاستثمار.
2. تطبيق حق التسجيل بنسبة مخفضة قدرها اثنان في الألف فيما يخص العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.
3. تتكفل الدولة جزئياً أو كلياً بالمصاريف بعد تقيمها من الوكالة، فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية والضرورية لإنجاز الاستثمار.
4. الاعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات غير المستثناة من المزايا والتي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار، سواء كانت مستوردة او محلية.
5. الاعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة غير المستثناة من المزايا.

101- يندرج تصنيف المناطق الخاصة إلى مناطق يتطلب ترفيتها ومناطق التوسع الاقتصادي، ويتم تعيينها وضبط حدودها في اطار تطبيق القوانين والتنظيمات المعمول بها في مجال التهيئة العمرانية كما هي مبينة بدقة في القانون 03/87 المؤرخ في 27 يناير سنة 1987، وهو ما نصت عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 321/94 مؤرخ في 17 أكتوبر 1994 يتضمن تطبيق احكام المادة 24 من المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05 أكتوبر سنة 1993 والمتعلق بترقية الاستثمار. أنظر عليوش قريوع كال: مرجع سابق، ص 24.

102- لعماري وليد، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر سنة 2011، ص 62.

103- هذه المزايا المنصوص عليها في أمر 03/01 و المنشورة ايضا في الموقع الرسمي للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار (www.andi.dz). غير أن التعديلات التي أقرتها قوانين المالية تتضمن امتيازات اخرى، لنا عودة لها لاحقاً.

6. الاعفاء من حقوق التسجيل ومصارييف الاشهار ومبالغ الملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الملاك العقارية المبنية وغير المبنية¹⁰⁴.

ب/ مرحلة الاستغلال:

أما مرحلة الاستغلال فمدة الاستفادة هي 10 سنوات، وتتمحور حول الاعفاء من الضريبة على ارباح الشركات والنشاط المهني، والاعفاء من الرسم العقاري على اقتناءات الملكيات العقارية الى غير ذلك من المزايا الاضافية التي تساعد وتسهل العملية الاستثمارية.

ثانيا: الاستثمارات ذات الأهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني:

وتزيد أهمية هذه الاستثمارات اذا استعملت تكنولوجيا خاصة من شأنها ان تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية وتدخر الطاقة وتفضي الى تنمية مستدامة.

ويقوم المجلس الوطني للاستثمار بتحديد هذه المناطق، و نص المشرع على الامتيازات الخاصة به في المادة 12 من امر 03/01 التي عدلت من خلال مادتين، 12 مكرر و12 مكرر 01.

ان ما يميز هذا النوع من الامتيازات هو اعتبارها امتيازات "تفاوضية" بين الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وبين المستثمر بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار¹⁰⁵. ولقد فرق المشرع من خلال قرار مؤرخ في 09 مارس سنة 2014¹⁰⁶ بين الاستثمارات الخاضعة للنظام الاستثنائي بموجب اتفاقية استثمار، وبين الاستثمارات الخاضعة للنظام العام، حيث

104- يتم منح حق الامتياز للأراضي التابعة لأملاك الدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمار ذات طابع صناعي أو سياحي أو تجاري أو خدماتي، ويتم ذلك من خلال طريقتين، اما عن طريق المزاد العلني المفتوح أو التعهدات المختومة عندما يكون العقار واقعا في احد بلديات ولاية الجزائر، وعنابة و قسنطينة وهران. او عن طريق التراضي وعلى أساس اتاوة ايجارية سنوية تحددها أملاك الدولة في باقي ولايات الوطن، استنادا لنص المادة 05 من مرسوم تنفيذي 120/07 مؤرخ في 23 أبريل سنة 2007، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلها وسيورها. ج.ر.ع 27 مؤرخ في 25 أبريل سنة 2007. والملاحظ على هذا النص أنه زاد النشاط السياحي لأشكال الاستثمارات التي يمكن ان تكون محل استفادة من امتياز عقاري، خلافا للأمر 03/01 الذي حددها بالنشاط الصناعي و الخدماتي فقط، وكان من الاجدر بهذا النص اتباع ما جاء به أمر 03/01 لأن النشاط السياحي ما هو الا نشاط خدماتي، و حتى لا يفهم أن هناك نشاطات مقصاة من الاستفادة من مزايا الامتياز العقاري.

105- حيث يمنح المجلس الوطني رأى مطابق، اي رأى الزامي في تحديد شروط الاستفادة من المزايا، وفي تحديد قائمة السلع والخدمات المستثناة من هذه الأخيرة، وقد تطور دور المجلس الوطني في اطار التعديلات الاخيرة حيث اصبحت كل الامتيازات الخاصة بالاستثمارات وكل ما يتعلق به تقريبا خاضعا لقرار صادر عنه او بموافقته. لقراف سامية: مرجع سابق، ص 53 و 54. و يرجع منح المشرع لكل هذه الصلاحيات للمجلس بالنظر لتكوينه، فهو موضوع تحت رئاسة رئيس الحكومة، الامانة العامة للمجلس من مهام الوزير المكلف بترقية الاستثمار وهو يضم كاعضاء فيه مجموعة من الوزراء الذين لهم نشاط مربوط بالاستثمار، كالوزير المكلف بالمالية و وزير الصناعة، بالإضافة إلى عضوية الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

106- نص المادة 03 من قرار مؤرخ 09 مارس سنة 2014، يعدل و يتمم القرار المؤرخ في 17 فبراير سنة 2009 الذي يحدد إجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا و مكوناتها. ج.ر.ع 51 مؤرخ في 31 غشت سنة 2014.

ألزم الاستثمارات الاتفاقية في حالة رغبتها في تمديد مدة الاستثمارات بشرطين. الأول منهما متعلق بالمدة بحيث لا يجب ان تتعدى المدة المرغوب تمديدتها السنتين(02). اما الشرط الثاني فهو الموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار. وهي مقسمة لمرحلتين:

أ/ مرحلة الانجاز: لمدة 05 سنوات:

1. اعفاء و/او خلوص الحقوق والرسوم والضرائب وغيرها من الاقطاعات الاخرى ذات الطابع الجبائي المطبقة على الاقتناءات، سواء عن طريق الاستيراد او من السوق المحلية للسلع والخدمات الضرورية لإنجاز الاستثمار.
2. الاعفاء من حقوق التسجيل المتعلقة بنقل الملكية العقارية المخصصة للإنتاج، وكذا الاشهار القانوني الذي يجب ان يطبق عليها.
3. الاعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية والزيادات في راس المال.
4. الاعفاء من الرسم العقاري فيما يخص الملكيات العقارية المخصصة للإنتاج.
5. الاعفاء من حقوق التسجيل ومصاريف الاشهار العقاري.

ب/ مرحلة الاستغلال:

وهي نفس الاعفاءات والمزايا المذكورة في النظام العام، مع اختلاف في المدة فقط وهي 10 سنوات من تاريخ معاينة البدء في المشروع¹⁰⁷.

ان هذا النوع من الاستثمارات اجمالا مربوط بمجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية، والتي قد تؤثر على الاستثمار سلبا من خلال اطالة مدته مثلا، الامر الذي قد يتسبب في نفور وابتعاد المستثمرين عن هذه الامتيازات وتجعلهم يرغبون في الاستفادة من الاستثمار بشكل عادي وليس امتيازي.

وقد منح امر 03/01 هذه الامتيازات وفقا لتقسيم جغرافي للمناطق الاستثمارية، غير ان هذا الأمر قد تخلى عن مناطق كانت تعتبر رائدة من حيث الامتيازات الممنوحة لها وفيها. خلافا للمرسوم التشريعي 12/93 الذي كرسها، وهو ما يعرف بنظام المناطق الحرة بموجب المادة 34 منه، ما انتج ظاهرة انفراد النص الخاص¹⁰⁸ بإقرار شكل من أشكال الاستثمار "الاستثمار في المناطق الحرة"، الأمر الذي تسبب في عدم شموليتها بموجب قانون الاستثمار الذي لم ينص عليها

107- لعماري وليد، مرجع سابق، ص 64.

108- أمر 02/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو سنة 2003.

تاركا فراغا قانونيا كبيرا. غير أن المشرع الجزائري سرعان ما تدارك هذا الفراغ وبدأ بإلغاء هذا النوع من الاستثمار، من خلال قيامه بإلغاء جميع النصوص القانونية المؤطرة له فكانت البداية بإلغاء أول وآخر منطقة حرة أنشئت في الجزائر " منطقة بلارة"، وقد تم ذلك بموجب نص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي 01/05¹⁰⁹، وبعدها تم إلغاء أمر 02/03 المتعلق بالمناطق الحرة¹¹⁰ كليا. ما شكل تراجعاً صريحاً عن الامتيازات الممنوحة لهذا الشكل من الاستثمار، لكنه ومن الناحية القانونية إلغاء متوافق مع أمر 03/01.

ويرجع البعض سبب إلغاء هذا الشكل الإمتيازي من الاستثمارات إلى عدم الحاجة إليها، لأن الجزائر مقبلة على الانضمام للمنظمة العالمية للتجارة، وأنها وجدت شركاء جدد من خلال اتفاق الشراكة مع الاتحاد الأوروبي. غير أن البعض الآخر يعتقد ان سبب إلغاء هذه المناطق يكمن في عدم الاقبال الذي عرفته، خاصة بعد تجربة " بلارة"¹¹¹.

المطلب الرابع

الاستثمارات المرخصة

رغم أن المشرع الجزائري قد ألغى بموجب أمر 03/01 فكرة النشاطات المخصصة صراحة للدولة أو لأحد فروعها¹¹²، أي التمييز بين الاستثمارات الخاصة الوطنية والاجنبية وبين الاستثمارات العمومية، إلا أنه احتفظ بالنشاطات موضوع الترخيص بالاستثمار، ثم جعل هذا الترخيص في بعض النشاطات حكرا على مؤسسة عمومية او عمومية اقتصادية كما فعل في قطاع الاستثمارات المنجمية. مكرسا التمييز بين شكلين من الاستثمار هي الاستثمارات المرخصة وغير المرخصة وبين الاستثمارات الخاصة و الاستثمارات العمومية.

109- مرسوم تنفيذي رقم 01/05 مؤرخ في 03 يناير سنة 2005، يتضمن إلغاء المرسوم التنفيذي 106/97 المؤرخ في 05 أبريل سنة 1997 والمتضمن انشاء المنطقة الحرة لبلارة (جيجل)، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 09 يناير سنة 2005.

110- قانون رقم 10/06 مؤرخ في 24 يونيو سنة 2006، المتعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ع 42 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2006. يتضمن إلغاء الأمر رقم 03/02 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمناطق الحرة.

111- لقراف سامية، مرجع سابق، ص 31.

112- بحيث كانت المادة 01 من المرسوم التشريعي 12/93 تخصص بعض النشاطات صراحة للدولة او لأحد فروعها، وهي فكرة ثابتة في السياسة الاقتصادية الجزائرية، فقد عرف قانون الاستثمار لسنة 1966 في نص المادة 02 فقرة 01 نفس الفكرة، كذلك قانون النقد والقرض السابق 10/90 في نص المادة 183. الامر الذي جعل قانون الاستثمار محل انتقاد لعدم مساواته بين الاستثمارات الخاصة والعمامة. انظر عليوش قربوع كال، مرجع سابق، ص 20.

ويبدو ان المشرع الجزائري على غرار نظيره الكويتي¹¹³، قد أخذ بالاتجاه الوسط في تحديد المشروعات موضوع الترخيص. فلم يأخذ بالاتجاه المقيد الذي يفرض على المستثمر الاجنبي حظرا كليا في الاستثمار بعدد من المشروعات الاستثمارية، مما قد ينتج عنه ضرر بالتنمية الاقتصادية في الدولة، كما انه لم يأخذ بالاتجاه الموسع والذي يعمل على فتح الباب لتلك الاستثمارات في جميع المشروعات الاستثمارية ودون قيد مما يؤدي الى فقدان الدولة السيطرة على أوضاعها الاقتصادية¹¹⁴.

ويمكن القول ان هناك ثلاث هيئات أو سلطات تحوز اختصاص وضع القواعد العامة و/او التفصيلية المنظمة للحريات العامة، الفردية منها والجماعية، وهذا من حيث التأسيس لها وضبط قواعد ممارستها.

هذه الهيئات والسلطات هي: المؤسس الدستوري، كاعتماده مبدأ حرية التجارة والصناعة في دستور 1996. ثم المشرع الذي يضع المبادئ الأساسية والقواعد العامة، ويملك ايضا حق التنظيم الدقيق احيانا بوضع الأحكام التفصيلية. و اخيرا السلطة التنفيذية التنظيمية عند ممارستها لاختصاصها الدستوري التنفيذي والتنظيمي بواسطة القرارات الادارية التنظيمية والفردية، وبخاصة لدى ممارستها سلطة الضبط في المجال الاقتصادي¹¹⁵.

ويتم ضبط وتحديد مجال النشاط الذي يقيد¹¹⁶ بالترخيص باعتباره استثناء على مبدأ حرية الاستثمار من قبل احد هذه السلطات الثلاث، غير أن التجاذب بين دعاة الانتقاص من الحرية ودعاة تنظيمها، جعلت التشريعات تحاول وضع نظام وقائي بسيط كأصل، تمثل في نظام التصريح او الاخطار المسبق لممارسة الحرية، من خلال ابلاغ واعلام السلطة الادارية المكلفة بأعمال الضبط الاداري بالرغبة والنية الشخصية الفردية والجماعية في هذه الممارسة، فهو نظام اقرب الى الاباحة والى الحرية التي تعد الاساس. غير ان المشرع الجزائري من خلال امر 03/01 لم يتبنى هذا الاسلوب فقط، بل نص في القانون على نظام الترخيص، وهو نظام ينطوي بطبيعته على التقيد، حيث لا

113- حصر المشرع الكويتي الاستثمارات موضوع الترخيص في مشروعات التنمية المتفقة مع سياسة الدولة العامة و خطط التنمية الاقتصادية. منصور فرج السعيد، النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد الثالث، السنة السابعة و العشرون، جامعة الكويت، سبتمبر سنة 2003. ص 286.

114- منصور فرج السعيد، مرجع أعلاه، ص 287.

115- عزاوي عبد الرحمن ، الرخص الادارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق سنة 2007. ص 29.

116- ذهب بعض الاجتهادات الفقهية الخاصة في اتجاه ضرورة التمييز بين تنظيم الحرية والانتقاص منها، فالأول مقبول و أما الثاني فرفض. بينما لم يوافق اتجاه آخر على هذا الاسلوب في ضبط سلطة المشرع في تنظيم الحرية، لعدم امكانية التمييز بين الانتقاص من الحرية ومجرد التنظيم مركزا على درجة مساس التشريع بالحرية بمفهومها و بعدها الدستوري. عزاوي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 75.

ممارسة للنشاط او الحرية بدون اذن مسبق من الجهة الادارية الرقابية المؤهلة قانونا والمكلفة بتوجيه نشاطات الافراد وراقبتها. الامر الذي يجعلنا نتساءل عن طبيعة الاستثمارات المرخصة، هل هي استثمارات مقيدة ام مراقبة؟
ان الاجابة عن هذا التساؤل تكمن في مقارنة الاستثمارات المرخصة بنظيرتها الامتيازية السابق الحديث عنها في المطلب الثالث. فهذه الاخيرة تملك الخيار في طلب المزايا او القيام بالاستثمار من دونها، بينما الاستثمارات المرخصة لا تملك حرية الاختيار في الترخيص من عدمه في النشاطات التي تشترط الترخيص للاستثمار، فبمجرد رغبة العون الاقتصادي الاستثمار في احد النشاطات المقننة او المصنفة مثلا فانه يخضع اجباريا لنظام الترخيص.

ونظام الترخيص ليس بالفكرة الجديدة على مشرع تعود تدخل الدولة لتنظيم المجتمع عامة، والنشاطات الاستثمارية بصورة خاصة، فقد عرفت العديد من النصوص القانونية تكريسا لهذا الاجراء في النشاطات الانتاجية للسلع والخدمات، كالمرسوم الرئاسي رقم 198/90¹¹⁷ المتضمن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة، فحدد شكل المستثمر في المؤسسة المنتجة للمواد المتفجرة و/ أو حفظها، حيث اخضعها لرخصة مسبقة تسلم بمرسوم تنفيذي بناء على تقرير الوزير المكلف بالمناجم وبعد استشارة وزير الدفاع الوطني، مع اشتراط خضوع اقامة المؤسسة المنتجة واستغلالها لاعتماد يسلمه الوزير المكلف بالمناجم. ايضا كرس هذا النظام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 331/04¹¹⁸ المتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، الذي أحال إلى المادتين 32،33 من قانون 06/2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001¹¹⁹ فيما يتعلق بالجانب الضريبي وكذا الاحالة الى المرسومين التنفيذيين 396/01 و01/367¹²⁰ المتعلقان على التوالي بتنظيم نشاط صنع التبغ وتوزيعه، وحسب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 331/04 فإن نشاط صانع المواد التبغية لا يتم إلا برخصة تسلمها له سلطة ضبط سوق التبغ. كما نجد نظام الترخيص في قانون 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية¹²¹، حيث يمنح الترخيص

117- مرسوم رئاسي رقم 198/90 مؤرخ في 30 يونيو سنة 1990، يتضمن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 04 يوليو 1990.

118- مرسوم تنفيذي رقم 331/04 مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 2004، يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، ج.ر.ع 66 مؤرخ في 20 أكتوبر 2004.

119- قانون 06/2000 الصادر في 23 ديسمبر سنة 2000، المتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج.ر.ع 80 مؤرخ في 24 ديسمبر 2000.

120- مرسوم تنفيذي رقم 396/01 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 2001 والمتضمن تنظيم نشاطات صنع التبغ وتوزيعه. ايضا مرسوم تنفيذي رقم 397/01 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 2001 الذي يحدد شروط استيراد التبغ المصنع من قبل الاشخاص المعنويين الحائزين اعتمادا بصفة صانعي التبغ، ج.ر.ع 75 مؤرخ في 09 ديسمبر 2001.

121- قانون 03/2000 مؤرخ في 05 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد و المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 06 غشت 2000، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 24/06 مؤرخ في 26 ديسمبر 2006 يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ع 85 مؤرخ في 27 ديسمبر 2006، معدل و متمم بموجب القانون رقم 10/14 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ع 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2014.

استنادا لنص المادة 39 من القانون المذكور أعلاه من قبل سلطة الضبط. كما أقر قانون 03/11 المتعلق بالسينما¹²² بموجب المادة 11 منه بالرخصة التي يسلمها الوزير المكلف بالثقافة. أما في مجال الاستثمار فإن المجلس الوطني للاستثمار هو الجهة التي تمنح الترخيص¹²³.

غير أن تقييد الاستثمارات هي فكرة متنوعة الاشكال عند المشرع الجزائري، والذي في بعض النشاطات الاستثمارية لا يستعمل نظام الرقابة عن طريق الترخيص وإنما يستعمل نظام آخر وهو الاعتماد.

إن إخضاع ممارسة النشاط الاستثماري الصناعي لنظام الترخيص المسبق كشرط واقف في نظام الرقابة الوقائية أو السابقة على النشاط الفردي والجماعي هو نظام من صنع الحكومة وابتداعها بشكل مستقل عن أي نص سابق بدون احالة من المشرع. بل ان هذا الاخير لم يسبقها في بعض الاحيان لتنظيمه ماعدا في جانب قانون المالية مثلا كما فعل بنشاط التبغ على حد تعبير الدكتور عزاوي عبد الرحمن¹²⁴، إلا ان هذا الفرض غير وارد في مسألة تنظيم النشاطات التجارية والصناعية، فقد نظمها المشرع من خلال المادة 37 من الدستور والتي أحالت بدورها للقانون، فحرية التجارة والصناعة مضمونة وتتمارس في اطار القانون حسب فحوى نص المادة 37 من الدستور. وعليه فقد أسس المشرع مبادئ النشاطات التجارية والصناعية بداية، ثم أحالها على القانون لتنظيمها، ومنه إلى الحكومة لتطبق عملية التنظيم والرقابة التي فرضت بالقانون. وعليه فإن الاستثمارات المراقبة هي نوع وشكل مفروض بعدة صور وأكثرها الترخيص الذي نص عليه قانون الاستثمار صراحة، ما يجعلنا نتساءل عن الاجراءات الرقابية الاخرى، هل الاستثمارات التي لا يشملها الترخيص تخرج من دائرة قانون الاستثمار ومجال رقابته لأنه لم ينص عليها كالاستثمارات المعتمدة، أو المفوضة¹²⁵؟ هل اجراء الترخيص هو الشكل الوحيد المجسد لسياسة الدولة الرقابية الوقائية؟

يميل البعض إلى الاعتقاد بأن الترخيص الاداري مصطلح يتخذ صورا ومسميات مختلفة، كالاعتماد والرخصة والتأشيرة والاذن، فكلها وسيلة وأداة قانونية لتنظيم ومراقبة ممارسة الأشخاص لنشاطاتهم وحررياتهم حتى وان كانت أقل

122- قانون 03/11 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يتعلق بالسينما، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 28 فبراير 2011.

123 -Rachid Zouaimia ,le désordre normatif en matière d'investissements étrangers en algerie ,opcit,p05

124- عزاوي عبد الرحمن:مرجع سابق، ص 170.

125- " التفويض" هو من ضمن الاجراءات الجديدة التي تبناها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 92 من قانون 05/13 المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها مؤرخ في 23 يوليو سنة 2013، ج.ر.ع 39 مؤرخ في 31 يوليو سنة 2013، و بموجب هذا النص منح للوزير المكلف بالرياضة صلاحية منح تفويض للاتحادية الرياضية الوطنية المتخصصة من اجل ممارسة مهام الخدمة العمومية المحددة في نص المادة 39.

خطورة من الحظر بنوعيه أو درجتيه الكلي أو الجزئي. ويتمثل الحظر هنا في ممارسة النشاط أو الحرية المقصودة وتعليقها على شرط موافقة السلطة الادارية¹²⁶.

إن اعتبار الترخيص كغيره من الإجراءات الرقابية التي تمارسها الادارة لتقييد حرية المستثمر، فرض يستحق التوضيح للتمكن من معرفة طبيعته القانونية ومدى مطابقته مع الاجراءات المشابهة له، والتي تشكل فئة الاستثمارات المراقبة (L'investissement contrôlé).

الفرع الأول

الترخيص

يختلط مصطلح الترخيص مع الرخصة، غير أن الكثير من النصوص القانونية فرقت بينهما، مثل قانون 03/2000 المتعلق بالمواصلات السلكية واللاسلكية، الذي نص في القسم الاول على الرخصة، وفي القسم الثاني على نظام الترخيص، والقسم الرابع شمل النص على نظام الاعتماد.

ولا يمكن ان يكسب الترخيص شرعيته إلا اذا كان القانون ينص عليه، ويمنح لجهة معينة سلطة منحه، وهو نفس الحكم الذي ينص عليه القانون الكويتي حيث ان كل استثمار لمورد من موارد الثروة الطبيعية او مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بموجب قانون وزمن محدود. ويستند هذا الحكم الى ماجاءت به المادة 103 من الدستور الكويتي والتي تؤكد على أن "كل احتكار لا يمنح إلا بقانون وإلى زمن محدود"، وعليه فإن الجهة المختصة بمنح الترخيص للمستثمر تلتزم بأحكام الدستور¹²⁷.

ويتفق المشرع الجزائري مع نظيره الكويتي والسعودي في أن الترخيص يمنح بموجب نص قانوني، رغم ان نظام الترخيص يتعارض مع الجزء الاول من نص المادة 37 من الدستور التي تنص على حرية التجارة والصناعة، غير أن تكملة المادة تجعل هذا الترخيص أمر مشروع دستوريا، لأن الحرية تمارس في إطار القانون وهو الجزء الثاني من نص المادة 37.

ويختلف القانون الجزائري عن نظيره الكويتي والسعودي في تحديد المجالات التي يكون فيها الترخيص، فالقانون الجزائري لا يحدد مجالات الترخيص صراحة، وإنما يمكن ان نجد في مختلف القطاعات الانتاجية والخدماتية.

126- عزاوي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 02.

127- وهو نفس الحكم الذي سلكه نظام استثمار رأس المال الأجنبي في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/4 لسنة 1399 هـ. حيث تنص المادة 09 منه على أنه " لا تسري أحكام هذا النظام على المشروعات التي يستثمر فيها رأس المال الأجنبي في الحالة الآتية : اذا صرح لها بمزاولة نشاطها في المملكة بموجب أنظمة أو اتفاقيات خاصة". انظر منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص 288.

أولاً: الترخيص والرخصة:

تعددت التعاريف التي تناولت الترخيص، وانصبت مجملها حول اعتباره تصرف قانوني يمنح حق ممارسة النشاط المرخص به، وهو قرار يصدر عن سلطة معينة يحمل في طياته ضماناً للمرخص له وللغير بقانونية العمل المرخص به، حيث اورد الاستاذ عزاوي عبد الرحمن ستة تعريفات انصبت في مجملها على ان الترخيص وسيلة قانونية تمارس بواسطتها السلطة الادارية رقابتها السابقة وحتى اللاحقة على النشاط، فهو اجراء اداري له دور رقابي وقائي. ويختلف الترخيص عن الرخصة، فكلمة ترخيص مصدرية تعني فعل ترخيص كتصرف صادر من الجهة الادارية وشبه ادارية، و الرخصة كقرار وكستند اداري صادر من جهة ادارية.

والترخيص هو بطبيعته تصرف اداري يتم بالقرار الصادر بمنحه وهو تصرف مؤقت بحكم كونه لا يرتب حقا ثابتا نهائيا كحق الملكية بل يخول المرخص له مجرد مزية وقتية يرتبط حقه في التمتع بها وجودا او عدما بأوضاع وظروف وشروط وقيود، يترتب على تغييرها او انقاصها او الاخلال بها او مخالفتها جواز تعديل اوصاف هذه المزية او سقوط الحق فيها، كما تزول بسقوط الحق فيها بزوال مدتها او زوال سبب منحها، او تتطلب المصلحة العامة انهاءها، وهو بهذا يفترق عن القرار الاداري الذي يكتسب ولو خطأ حصانة تعصمه من السحب او الالغاء متى صار نهائيا بمضى وقت معلوم، و استقر به مركز قانوني فأصبح من غير الجائز المساس به¹²⁸.

وتفرق بعض النصوص القانونية بين الترخيص والرخصة، فقانون 03/2000 كما سبق ذكره، يربط الرخصة بضرورة احترام دفتر الشروط والخضوع للمناقصة¹²⁹ وهو فحوى نص المادة 32. وهو نفس الحكم الذي تنص عليه المادة 05 من مرسوم تنفيذي 331/04 المتعلق بنشاطات صنع التبغ، حيث تمنح رخصة ممارسة النشاط بعد اكتتاب المترشح لدفتر الشروط وفق النموذج المرفق، اما الترخيص فيمنح حسب قانون المواصلات السلكية واللاسلكية لكل شخص طبيعي او معنوي يلتزم باحترام الشروط التي تحددها سلطة الضبط، وهو ما تنص عليه صراحة المادة 39 من نفس القانون.

128- أحكام الترخيص والرخصة، الطعن رقم 1022 لسنة 2007، صفحة رقم 243 بتاريخ 1963/12/21، مكتب السعد للاستشارات القانونية و أعمال المحاماة و التحكيم التجاري الدولي. ص 243.

129- محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر - دراسة حالة أوراسكوم - بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، سنة 2010/2009، ص 108.

ويتفق كل من الترخيص والرخصة في كونهما غير متعلقان ولا صادران من جهة او سلطة واحدة بحيث يمكن اصدارها من قبل سلطات ادارية مركزية كالوزراء¹³⁰ المعنيين بمجال النشاط، أو السلطات الادارية المستقلة¹³¹، او من قبل رئيس الحكومة. وأخرى غير مركزية كالوالي ورئيس الدائرة ورئيس المجلس الشعبي البلدي¹³². ويصدر الترخيص بموجب نص قانوني في شكل مرسوم، او بعد ابرام اتفاقية كما ورد في نص المادة 63 من القانون العضوي 05/12 المتعلق بالإعلام¹³³، أو في شكل وثيقة ادارية تشكل قرار اداريا من قبل الوزير المكلف بالنشاط او الوالي.

أ/ " الترخيص " تقييد التقييد :

لم يترك المشرع الجزائري الاستثمارات المقيدة بموجب الترخيص تحت رحمة هذا الأخير بصورة مطلقة بحيث أورد قيودا على سلطة الادارة في منحه وفي سحبها حتى يضمن للمستثمرين الشفافية اللازمة لأسلوب الرقابة المتبع من قبله وتشمل هذه القيود الحتمية في الحصول على الترخيص في حالة توفر الشروط المنصوص عليها قانونا، فلا يمكن للإدارة رفض منح الترخيص للشخص المستثمر اذا ما استوفى جميع الشروط باعتبار نشاطه حقا دستوريا، والترخيص مجرد

130 - A titre d'exemple, on peut citer l'exercice de l'activité de capital investissement qui est soumis a une autorisation délivrée par le ministre chargé des finances dans un délai de soixante jours. Rachid Zouaimia, Le régime des investissements étrangers a l'épreuve de la résurgence de l'état dirigiste en Algérie, RASJEP, N°2, 2011, p.20.

131- لمزيد من التفصيل حول السلطات الادارية المستقلة أنظر: Rachid Zouaimia, Les autorités administratives indépendantes et la régulation : économique en algérie, édition homma, Alger 2005, p.17.

132- و من أمثلة النصوص القانونية التي تحيل منح الرخصة و الترخيص لجهات و سلطات ادارية مختلفة نذكر منها القرار الوزاري المؤرخ في 24 مايو سنة 1993 يحدد شروط فتح مخابر تحليل النوعية و اعتمادها ج.ر.ع 50 مؤرخ في 1993، حيث يمنح ترخيص فتح مخابر تحليل النوعية الوزير المكلف بالتنوعية قانون 03/11 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2001 يتعلق بالسينما ج.ر.ع 13 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2011 الذي ينص على أن الرخصة المسبقة يمنحها الوزير المكلف بالثقافة، أيضا المرسوم التنفيذي رقم 331/04 متعلق بتنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها ج.ر.ع 66 مؤرخ في 20 أكتوبر 2004 الذي يمنح اصدار الرخصة المؤقتة لسلطة ضبط سوق التبغ، أما القانون العضوي رقم 05/12 المتعلق بالإعلام فيعطي صلاحية منح الرخصة لطبع أي عنوان مملوك لشركة أجنبية لوزارة الاتصال، كما يخضع انشاء كل خدمة موضوعاتية للاتصال السمي البصري لترخيص يمنح بموجب مرسوم يعد ابرام اتفاقية بين سلطة ضبط السمي البصري و المستفيد، كما نجد أيضا قانون 10/01 لسنة 2001 المتضمن قانون المناجم يتم تسليم الرخصة بموجبه من قبل الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية تحت رقابة الوزير المكلف بالمناجم، كذلك مرسوم تنفيذي رقم 106/04 مؤرخ في 13 أبريل سنة 2004 يتضمن الموافقة على رخصة اقامة شبكة عمومية للاتصالات السلكية و اللاسلكية عبر الساتل ج.ر.ع 23 بحيث يمنح الرخصة بناء على اقتراح من وزير البريد و تكنولوجيايات الاعلام و الاتصال. أمر 04/10 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يعدل و يتم الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 غشت سنة 2003 و المتعلق بالنقد و القرض ج.ر.ع 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010 يمنحه مجلس النقد و القرض صلاحية منح الرخص لفتح البنوك و المؤسسات المالية. كما نجد أيضا قانون المنافسة أمر 03/03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بالمنافسة ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003 معدل و متمم منح صلاحية الترخيص لمجلس المنافسة، و/أو للحكومة تلقائيا، وأخيرا وليس آخرا قانون 10/03 مؤرخ في 14 يوليو 2003 يتعلق بالبيئة ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003. الذي يخضع المنشآت المصنفة بترخيص من الوزير المكلف بالبيئة و الوزير المعني بالنشاط عندما تكون هذه الرخصة منصوص عليها في التشريع المعمول به و من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يكون الامر متعلق بالمنشآت التي لا تتطلب اقامتها دراسة تأثير و لا موجز التأثير.

133- قانون عضوي رقم 05/12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالإعلام، ج.ر.ع 02 مؤرخ في 15 يناير 2012.

استثناء. أما القيد الثاني فيتعلق بعدد الشروط في حد ذاتها، فقد ألزم القانون السلطة المانحة للترخيص بآجال معينة لمنحه.

ومن ثم فإن أول مظاهر تقييد سلطة الإدارة متلقية طلبات التراخيص الإدارية هو إلزامها قانوناً بالتدخل وفحص طلبات الترخيص المرفوعة لديها، ثم البت فيها بكل ما لذلك من تبعات قانونية من حيث مسؤوليتها عما يترتب عن قراراتها السلبية¹³⁴. ومن أمثلة الشروط القانونية الواجب توفرها للحصول على الترخيص، ما نصت عليه المادة 21 من قانون 10/03¹³⁵ المتعلق بحماية البيئة، والتي تشترط تقديم دراسة التأثير أو موجز التأثير، وتحقيق عمومي، ودراسة تتعلق بالأخطار المحتملة للمشروع. وعليه فإن شروط الحصول على رخصة في مجال البيئة هي تقديم دراسة التأثير أولاً، ثم إجراء تحقيق عمومي يتضمن دراسة للأخطار التي قد تنجر عن المشروع، بالإضافة إلى احترام شروط وإجراءات القيد في السجل التجاري. كما أن هناك نشاطات أخرى تخضع لشروط خاصة بها كل حسب مجاله، كتلك التي يتم تحديدها عن طريق دفتر الشروط الذي يخضع له طالب الترخيص، كما هو الحال في قانون 03/2000 المتعلق بالمواصلات السلكية واللاسلكية¹³⁶، حيث تحدد المادة 32 منه مجموعة من الشروط المتعلقة على الخصوص بقواعد الانشاء و/أو الاستغلال.

أما فيما يخص القيد المفروض على الترخيص من حيث "مدته" فهو يخضع لرقابة الهيئة أو السلطة المكلفة بمنحه، والتي اختلفت هي الأخرى من نشاط لآخر، مراعية في اختلافها مدى خطورة هذه النشاطات. ففي مجال المواصلات السلكية واللاسلكية على سبيل المثال، وبموجب نص المادة 33 فقرة 05 فإن تبليغ المستفيد بقرار الموافقة

134- يملك المتضرر من الترخيص لحماية مصالحه و الحصول على التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء هذا الاجراء سلوك طريقين : اما طريق الدعوى المدنية، عن طريق رفع دعوى تعويض بمفهوم القواعد العامة للمسؤولية في القانون المدني(خطأ، ضرر، علاقة سببية) في حين يرى البعض بأنه يكفي اثبات الضرر الناتج فقط اذا لزم الأمر دون الاكتراث بإثبات الخطأ. كما يمكن ان يسلك طريق الدعوى الادارية، برفع دعوى الغاء ضد قرار الترخيص نفسه، اي ادخال السلطة الادارية طرفا في النزاع باعتبارها مصدره وكون العمل او النشاط المتسبب في الضرر مرخص به. و ان السلطة الادارية مكلفة قانونا بمراقبة ظروف ممارسته ومدى احترام المرخص له الشروط و الضوابط القانونية والتنظيمية التي تحكمه، فتقصرها في ذلك من دواعي تحريك مسؤوليتها. انظر عزايوي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 327. غير ان سلوك الطريق الاداري غير مجدى لإلغاء هذا الترخيص اذا كان صادرا بموجب مرسوم، فالقضاء لا يمكنه الغاء القانون، و يبقى سلوك الطريق الاداري مثلا في مجال القانون العضوي المتعلق بالإعلام، الذي تنص المادة 63 منه على " يخضع انشاء كل خدمة موضوعاتية للاتصال السمي البصري و التوزيع عبر خط الارسال الاذاعي المسموع او التلفزيوني، وكذا استخدام الترددات الاذاعية الكهربائية الى ترخيص يمنح بموجب مرسوم " وهكذا فإن المتضرر من اجراء الترخيص لا يمكنه سوى اثبات الضرر للحصول على تعويض حسب رأينا.

135- قانون 10/03 مؤرخ في 14 يوليو 2003 يتعلق بالبيئة ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003.

136- قانون رقم 03/2000 مؤرخ في 05 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 06 غشت 2000.

على الرخصة يكون في أجل أقصاه 03 أشهر ابتداء من تاريخ نشر المرسوم، أما في مجال النشاطات المتعلقة بصنع المواد التبغية فقد منحت سلطة ضبط سوق التبغ أجل 60 يوماً لمنح الرخصة المؤقتة لطالب ممارسة نشاط صانع المواد التبغية، وأجل 30 يوماً لتسليم الرخصة المؤقتة لموزعي المواد التبغية. أما فيما تعلق بالنشاطات المصنفة فقد تراوحت من شهر إلى 45 يوم إلى 90 يوم حسب درجة النشاط والجدير بالملاحظة أن قانون الاعلام 05/12 لم يحدد آجالاً لصدور الترخيص، على عكس ما فعل بالاعتماد، ولعل السبب في ذلك هو أن الترخيص لإنشاء الخدمات الموضوعاتية للاتصال السمعي البصري هو صدور الترخيص بموجب مرسوم .

ثانياً: الترخيص في النشاطات المصنفة والمقننة؛

لقد أنشأ المشرع هذا النوع من الاستثمارات بموجب نصوص خاصة، وشملها قانون الاستثمار أمر 03/01 بموجب المادة 01 منه باعتبارها نشاطات مقننة ومصنفة وهي من ضمن النشاطات التي تعد مجالا خصباً لنظام الترخيص¹³⁷. وتعتبر النشاطات المقننة والمصنفة ذات أهمية كبيرة بالنسبة للنشاط التجاري والاستثماري، و ذات خطورة كبيرة على هاذين المجالين وغيرها أيضاً، ما جعلهما مشمولان بنظام رقابة قبلية لتفادي الآثار السلبية التي قد تنجر عنهما. لقد شكلت المنشآت المصنفة أسلوباً جديداً للإستثمار، عرفتها المادة 18 من قانون 10/03 المتعلق بالبيئة فاعتبرتها "كل من المصانع والورشات والمشاغل ومقالع الحجارة والمناجم، وبصفة عامة المنشآت التي يستغلها او يملكها كل شخص طبيعي او معنوي، عمومي او خاص، والتي قد تسبب في أخطار على الصحة العمومية، و النظافة والأمن والفلاحة والانظمة البيئية والموارد الطبيعية والمواقع والمعالم والمناطق السياحية او قد تتسبب في المساس براحة الجوار".

إن أول ما يمكن ملاحظته على هذا النص انه يحصر هذه المؤسسات على الاستثمارات العامة والخاصة فقط، دون أن يذكر بصفة مستقلة الاستثمارات الاجنبية حيث ضمها للإستثمار الخاص، وهو يتخلى بموجب هذا النص عن التفرقة بين الوطني والاجنبي وذلك أقرب للصواب باعتبار أن كل مؤسسة أجنبية تنشأ في الجزائر ويكون مقرها

137- لقد حدد المشرع الكويتي الجهة التي لها صلاحية منح التراخيص اللازمة لممارسة الأنشطة وانشاء المشروعات الاقتصادية وهي وزير التجارة والصناعة بناء على توصية لجنة استثمار رأس المال الأجنبي وبعد موافقة الجهات المختصة، ويقصد بالجهات المختصة، الجهات ذات الشأن في النشاط الاستثماري المطلوب الترخيص به مثل وزارة التعليم العالي في مجال انشاء الجامعات الخاصة، ووزارة الصحة في مجال المستشفيات. وهو ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم بالقانون رقم 10 لسنة 1999 بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، وقد حددت المادة 03 أيضاً آجال الترخيص وهي 08 ثمانية اشهر من تاريخ تقديم الطلب، بحيث يجب البت في الطلب خلال اربعة اشهر من تقديمه، ويجوز تمديدتها لمدة مائة بقرار من وزير التجارة والصناعة. منصور فرج السعيد، مرجع سابق، ص 255.

الرئيسي فيها فهي تخضع للقانون الجزائري. وعليه فالإستثمار الأجنبي بموجب هذا النص يدخل ضمن فئة الاستثمارات الخاصة، كما قد يكون موضوع شراكة مع المستثمر الوطني.

و تخضع هذه الاستثمارات المتخذة شكل النشاطات المصنفة لرخصة تسامها ثلاث جهات حسب كل صنف من هذه النشاطات. فالصنف الأول يمنح له ترخيص من الوزير المكلف بالبيئة، الصنف الثاني المنشآت الخاضعة إلى ترخيص الوالى المختص اقليميا، أما الصنف الثالث فهي المنشآت الخاضعة إلى ترخيص من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص اقليميا¹³⁸.

وقد ربطت الرخصة الممنوحة في هذه النشاطات برخص أخرى تكون من أحد الشروط اللازمة لمنح الرخصة الأصلية، ومثال ذلك اذا اشترطت رخصة البناء لإنشاء المؤسسة فإن المستغل ملزم بأن يرسل طلب ترخيص في نفس الوقت مع طلب الحصول على هذه الرخصة، وهو ما تؤكد نص المادة 24 من مرسوم تنفيذي 339/98 المذكور اعلاه.

أما النشاطات المقننة فهي ايضا تدخل ضمن مجال قانون الاستثمار، وتشكل اسلوبا شائعا للاستثمار. وقد عرفت العديد من النصوص القانونية¹³⁹ هذه النشاطات، غير ان القانون المتعلق بتحديد معايير ضبط النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري¹⁴⁰ كان الاكثر دقة واجمالا لما جاءت به باقي النصوص القانونية من تعاريف، فنصت المادة 02 منه في تعريفها بأنها "كل نشاط او مهنة يخضعان للقيود في السجل التجاري ويستوجبان بطبيعتها ومحتواهما ومضمونها، وبالوسائل الموضوعية حيز التنفيذ، توفر شروط خاصة للسماح بممارسة كل منهما" وعليه فإن كل نشاط تجاري يخضع للقيود وطوره نصوص قانونية خاصة به ويتطلب ترخيصا او اعتمادا فهو نشاط مقنن.

138- كما تنص المادة 06 من مرسوم تنفيذي رقم 339/98 مؤرخ في 03 نوفمبر سنة 1993، يضبط التنظيم الذي يطبق على المنشآت المصنفة و يحدد قائمتها ج.ر.ع 82 مؤرخ في 04 نوفمبر 1998. على جميع الاجراءات و مكونات الملف الخاص بالترخيص.

139- منها نص المادة 243 من قانون العقوبات التي اعتبرتها ضمن الجرح في حالة المساس بهذه المهنة المنظمة قانونا، وكذلك نص المادة 32 من قانون 10/84 المتعلق بالخدمة المدنية، مؤرخ في 11 فبراير 1984. ج.ر.ع 07 المعدل و المتمم و اعتبرتها النشاطات التي تتطلب ممارستها تأهيل، و لزمته السلطات المكلفة بمنح الرخصة الخاصة بها بعد توفر شرط القيد في السجل التجاري، أو السجل الحرفي أو المهني. كما نص القانون 08/04 مؤرخ في 18 غشت سنة 2004، على النشاطات المقننة في القسم الثالث منه و اعتبرها نشاطات و من خاضعة لقواعد و تنظيمات خاصة بها، و ألزمتها بإجراء القيد في السجل التجاري و كذا الحصول على رخصة او اعتماد وهو ما نصت عليه على التوالي المادتين 24 و 25 من نفس القانون.

140- مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18 يناير سنة 1997، يتعلق بمعايير تحديد النشاطات و المهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري و تأطيرها، ج.ر.ع 05 ، مؤرخ في 19 يناير 1997.

أما عن تصنيف هذه النشاطات فتخضع لمدى ارتباطها بأحد المجالات الأساسية المذكورة في نص المادة 03 من مرسوم 40/97، منها النظام العام للممتلكات والأشخاص حماية الاقتصاد الوطني، احترام البيئة والمناطق المحمية. وتشتت المادة 07 من نفس القانون شرط الترخيص أو الاعتماد الذي تسلمه المصالح المختصة في الإدارة المعنية. ان النشاطات المقننة بالمفهوم السابق ذكره تعتبر مؤطرة من حيث تنظيمها وتسييرها برعاية طرفين قانونيين بالتناوب هما: المشرع والسلطة التنفيذية (التنظيمية)، وبالتالي لذلك بنوعين من الأدوات القانونية هما القانون (التشريع العادي) والتنظيم (القرار التنظيمي) règlement، وعليه يتضح لنا أن حق ممارستها يكون ابتداءً بقانون أما شروط ممارستها عملياً متروكاً للسلطة التنفيذية لأنها الأقرب والأكثر اتصالاً بالممارسين¹⁴¹، غير أن النصوص التنظيمية تضيق شروط والتزامات جديدة على الترخيص، إلى درجة توجي أحياناً بأنها تقوم بإعادة التنظيم، والسبب في ذلك أن المشرع يكثر من الإحالات إلى السلطة التنفيذية في كل النصوص القانونية تقريباً مما يجعل الأمر يصل إعادة تنظيم مستتر. وهو بذلك يتجاوز صلاحيات تنظيم الحريات العامة الاقتصادية وهي من بين المجالات المخصصة دستورياً للمشرع ممثلاً في البرلمان، فنص المادة 122 من الدستور تجعل تنظيم الحريات العامة من اختصاص المشرع، وبناءً عليه فإن السلطة التنفيذية التي تقوم بتقييد حرية عامة ضمنها الدستور كحرية الصناعة والتجارة تكون قد تجاوزت صلاحياتها وسحبت ما يمنحه نص أعلى منها درجة .

وترتبط بعض النصوص القانونية اجراء الترخيص بإجراء آخر قد يكون ناتجاً عند هذه الرخصة، وهو حال المادة 06 من مرسوم تنفيذي 331/04 المتعلق بنشاطات التبغ حيث أن احترام الشروط والحصول على الرخصة يؤدي إلى الحصول على اعتماد .

ورغم أن أمر 03/01 لم يحدد شكل الاستثمارات المعتمدة كأسلوب من أساليب الاستثمار إلا أن بعض النصوص القانونية تنص عليه متصلاً أو منفصلاً مع نظام الترخيص.

ويعتقد البعض أن المشرع الجزائري بموجب أمر 03/01 قد تخلى عن تخصيص نشاطات معينة حصراً للدولة أو أحد مؤسساتها، غير أن هذا القول يثير تناقض النصوص القانونية، فإذا رجعنا لقانون 05/14 المتضمن قانون المناجم فإنه يخضع استثمارات الاستغلال المنجمي لأحكام أمر 03/01 وكل النصوص التطبيقية له بموجب المادة 139 التي تنص على "تخضع استثمارات الاستغلال المنجمي، لاسيما تلك الموجهة لاستحداث أو توسيع القدرات أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة إلى الأحكام المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المتعلقين بترقية "الاستثمار" وبالمقابل فإن

141- عزاوي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 470.

نص المادة 70 من نفس القانون يمنح حق الحصول على الترخيص "حصريا" لمؤسسة عمومية أو عمومية اقتصادية وذلك في النشاطات الإستراتيجية للاقتصاد الوطني.¹⁴²

إن التناقض بين هذين النصين المنحصرين بين متخل عن النشاطات المخصصة للدولة أو لأحد مؤسساتها، وبين مانح لحق حصري للمؤسسات العمومية دون سواها لمنح الترخيص، يثير التساؤل عن حقيقة تراجع المشرع الجزائري عن ما يمنحه في قانون الاستثمار من امتيازات بموجب نصوص قانونية أخرى بعيدة عن الملاحظة المباشرة لمتتبع مسار قانون الاستثمار الجزائري، وهو ما يؤكد غياب الرؤية الواضحة الطويلة الأمد لمجال الاستثمار في الجزائر¹⁴³. وكذا التناقص بين مختلف السلطات التنظيمية للنشاط الاستثماري.

لقد عادت الدولة لتخصيص نشاطات اقتصادية لها أو لأحد مؤسساتها بطريقة واضحة من خلال اجراء الترخيص الذي تمنحه فقط وحصريا لأحد مؤسساتها، وبالمقابل تمنع المستثمر الأجنبي من الحصول على الترخيص مباشرة وذلك بموجب المادة 70 فقرة 02 التي تجبر المستثمر الأجنبي على ابرام عقد مع المؤسسة العمومية، أو العمومية الاقتصادية حيث تنص على "يمكن للمؤسسة العمومية الاقتصادية المذكورة أعلاه أو المؤسسة العمومية، قصد ممارسة هذه النشاطات المنجمية. ابرام عقد مع أي شخص معنوي يخضع للقانون الأجنبي أو أي شخص معنوي يخضع للقانون الجزائري طبقا لأحكام هذا القانون" وهو ما يؤكد فكرة اجبارية الاستثمار مع الشريك الوطني، وفكرة تخلي المشرع عن امتيازات الاستثمار الأجنبي من خلال عدم التمييز بينه وبين الوطني الخاص، فالتمييز ظاهر بين الاستثمارات العمومية من جهة وبين الاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية .

الفرع الثاني

الاعتماد

على خلاف نظام الترخيص الذي ورد صريحا بموجب أمر 03/01، فإن نظام الاعتماد يحال إليه في بعض المرات عن طريق النصوص التنظيمية لقانون الاستثمار، لا سيما المتعلقة منها بتنظيم الوكالة الوطنية للاستثمار، وفي احيان اخرى

142- تنص المادة 10 من قانون 05/14 المتضمن قانون المناجم على "تحدد عن طريق التنظيم قائمة المواقع المعدنية والمكامن والمواد المعدنية أو المتحجرة من نظام المناجم التي تعتبر استراتيجية للاقتصاد الوطني .

143 - Rachid Zouaimia , le cadre juridique des investissement en Algérie :les figures de la régression ,revue académique de la recherche juridique, quatrième année ,volume 08 N°02 ,université ABDERRAHMANE MIRA ,faculté de droit et des sciences politiques ,Bejaïa 2013,page 08 .*d'abord celle de l'absence de vision stratégique et a long terme de la politique des investissements*.

تم الاحالة اليه عن طريق النصوص المنظمة لبعض النشاطات الخاصة، كما هو الحال في مجال نشاطات المواصلات السلوكية واللاسلكية¹⁴⁴.

كما ربط اجراء الاعتماد في بعض الانشطة بالأسلوب الذي تمارس من خلاله هذه الأخيرة وكذا جنسية المستثمر، ففي مجال النشاطات الرياضية مثلا يخضع انشاء الجمعيات الرياضية التي تمارس أعمالها في شكل تجاري لإجراء الاعتماد اذا كانت أجنبية، حيث أن الجمعية الاجنبية مهما كان شكلها أو موضوعها ولها مقر بالخارج، وتم منحها مقرا على التراب الوطني ملزمة بالحصول على اعتماد من قبل وزير الداخلية بعد رأي وزير الشؤون الخارجية ووزير القطاع المعني في أجل اقصاه 90 يوما¹⁴⁵. كما جعل القانون العضوي 05/12 المتعلق بالإعلام الاعتماد كأثر للتصريح، فبعد ان اقرت المادة 11 منه حرية اصدار النشريات الدورية، عادت وطلبت من مسؤول النشريات ايداع تصريح مسبق لدي سلطة ضبط الصحافة المكتوبة والتي تمنح له الاعتماد بعد مرور 60 يوما، ويعد هذا الاعتماد بمثابة الموافقة على الصدور.

والجدير بالملاحظة أن هذا النص من النصوص القانونية النادرة التي تراعي مبدأ التدرج القانوني باعتباره قانونا عضويا، أي نصا تشريعيما ما يمنح له صلاحية تقييد مبدأ حرية الاستثمار الوارد بموجب أمر 03/01. خلافا للعديد من مجالات النشاط الاستثماري التي تم تقيدها بموجب نصوص تنظيمية كالاستثمار في المجال الرياضي أو الصيدلاني، بالرغم من أن الدستور قد منح اختصاص تنظيم هذه النشاطات للسلطة التشريعية، كما أن مبدأ حرية الاستثمار يعد مبدأ دستوريا استنادا لنص المادة 37 من هذا الاخير لذلك فانه لا يمكن تنظيم هذه الحرية أو تقيدها إلا بموجب قانون أي نص تشريعي¹⁴⁶.

وربط المشرع اجراء الاعتماد أيضا بشرط التأهيل والكفاءة اللازمة لممارسة النشاط، كما هو الحال في مجال الاستثمارات السياحية، بحيث يتم اعتماد مسير المؤسسة الفندقية وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي 132/2000¹⁴⁷، الذي ينص على تسليم قرار الاعتماد إلى كل مترشح يستوفي شروط الشهادات والكفاءة والخبرة المهنية في المجال السياحي، ويسلم قرار الاعتماد من قبل وزير السياحة في اجل اقصاه شهر من تاريخ ايداع الطلب.

144- تنص المادة 41 من قانون 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلكية على مايلي " يخضع للاعتماد المسبق كل

تجهيز مطرفي او منشأة لا سلكية كهربائية مخصص لأن يكون موصولاً بشبكة عمومية للمواصلات السلوكية و اللاسلكية..."

145- انظر المواد 59 و 61 و 62 من قانون 06/12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر.ع. 02، مؤرخ في 15 يناير 2012.

146- يوسفى محمد، مرجع سابق، ص 29.

147- مرسوم تنفيذي رقم 132/2000 مؤرخ في 11 جوان سنة 2000، يحدد كفايات اعتماد مسير مؤسسة فندقية و شروط ذلك، ج.ر.ع. 35 مؤرخ في 18 يونيو

سنة 2000.

ان الطريقة الجديدة التي ورد بها اجراء الاعتماد كقيد لبعض النشاطات الاستثمارية توحى بأنه اجراء استثنائي لا يخص قانون الاستثمار، بحيث ترك أمر 03/01 تنظيمه أو حتى النص عليه، لكن الأمر خلاف ذلك تماما، فإجراء الاعتماد يوازي في اللجوء اليه واستعماله باقي الاجراءات التقيدية الواردة في قانون الاستثمار لاسيما منها الرخص، مع اختلاف بسيط يكمن في عدم النص عليه في قانون الاستثمار بسبب قد نرجعه إلى رغبة المشرع الاستثماري الانقاص من القيود التي يتضمنها قانون الاستثمار الجزائري والتي قد تترك وتخشو المستثمرين الخواص الوطنيين منهم و الأجانب.

المبحث الثاني

التحديد المباشر لأسلوب الاستثمار

إنتقل المشرع في المادة 02 من أمر 03/01 إلى تحديد شكل الاستثمار بطريقة مباشرة، وحصره في مجموعة من العمليات والاصلاحات التي تؤكد تخلي الدولة ظاهريا عن احتكارها للنشاطات الاقتصادية وقبولها بالاستثمارات الخاصة الوطنية والاجنبية كشريك يعول عليه في بناء قاعدة استثمارية قوية .

ويرجع سبب تدخل الدولة لتنظيم القطاع الاقتصادي الاستثماري إلى الحالة المتأزمة التي وجدت فيها بعد الاستقلال مباشرة¹⁴⁸ والفراغ الاقتصادي الذي أحدثه فرار المعمرين من الجزائر كرد فعل سياسي لتخريب الاقتصاد الجزائري وبث العجز فيه على كل الأصعدة. ما أزم الدولة القيام بإجراءات التأميم كأول خطوة لإنقاذ الاقتصاد وبسط الدولة ملكيتها المباشرة على وسائل الانتاج الاجنبية¹⁴⁹، ومن أجل تحقيق استراتيجية تدخل الدولة وملكيتها لجميع وسائل الانتاج، استخدام التخطيط كأسلوب لإحداث التنمية مع التركيز على البرامج الاستثمارية، ويكون فيها

148- من ضعف امكانيات القطاع الاقتصادي، أكثر من مليون شخص عاطل عن العمل، و 26 مليون شخص لا مورد لهم، غياب الصناعات القاعدية والتكوين... الخ .

149- اتجهت التأميمات نحو أربعة قطاعات هي :

1. القطاع الزراعي : بتأميمات أكتوبر 1963 لأراضي المعمرين بموجب أمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية الصادر بتاريخ 08 نوفمبر 1971 ج.ر.ع 97 المؤرخ في 30 نوفمبر سنة 1971 ص. 1642 .
2. القطاع الصناعي : بتأميمات رؤوس الأموال الأجنبية في فروع المناجم بتاريخ 08 ماي 1966 وشبكة توزيع وتخزين ونقل المحروقات في أوت 1967 وماي 1968 والصناعات الميكانيكية والكهربائية و الأسمدة ومعدات البناء والصناعات الغذائية شهر ماي وجوان 1968 ثم تأميم المحروقات في 24 فيفري 1971.
3. القطاع المالي : بتأميم شركات التأمين والمصارف عامي 1966 و 1967 .
4. قطاع التجارة العالمية : باحتكار الدولة لجميع عملياتها ابتداء من 1969 أنظر : بن نعمان جمال ،تطور الاستثمار في الجزائر (الى غاية سنة 2000) رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في الاقتصاد والإحصاء التطبيقي، المعهد الوطني للتخطيط والاحصاء، الجزائر 2002/2003. ص 80 .

القطاع العام ومؤسسات الدولة هو الذي يقود عمليات الاستثمار لأنه هو القادر على تجنيد الامكانيات لتحقيق هذه الاستراتيجية أمام ضعف القطاع الخاص الامر الذي تمت ترجمته من خلال المخططات الاقتصادية الخمسة الأولى بشكل واضح¹⁵⁰. غير أن فشل المخططات الثلاثية والرباعية جعل الجزائر تتبنى من خلال المخطط الخماسي الاول استراتيجية جديدة، تتخلى من خلالها عن الاعتماد المطلق على القطاع العام. وذلك عن طريق اشراكها للأجانب والوطنيين الخواص، وهو ما ترجمته قوانين الاستثمار لسنة 1982¹⁵¹ و 1986¹⁵² و 1988¹⁵³.

كما بدأت سياسة الاصلاح الهيكلي بالظهور، والتي انشأت من خلالها المؤسسات المختلطة الاقتصاد التي تملك حق المشاركة في التسيير، وحق رفع أو خفض رأس مال المؤسسة، وبهذا تخلى المخطط الخماسي الاول عن استراتيجية المفتاح في اليد والمنتوج في اليد رغم بقاء مبدأ الأولوية للتصنيع ثابتا خلال المخططات السابقة، غير أن الوضع لم يبقى على حاله، بل استمر المخطط الخماسي الأول في تغيير السياسة الاقتصادية العامة، حيث يعتبر أول من أقر بسياسة إعادة التأهيل وإعادة هيكلة المؤسسة العمومية، كما وزع الإعتمادات المالية على كل القطاعات وليس على قطاع الصناعة فقط، الامر الذي عكسه المخطط الخماسي الثاني.

وتبعاً لذلك فإن قوانين الاستثمار ترجمت السياسة الاقتصادية الطامحة لإنشاء نشاطات جديدة أو توسيعها وكذا إعادة التأهيل والهيكلية، مع السماح للشركاء الخواص الوطنيين والاجانب بالمشاركة في هذه العملية ما أنتج عنه بالضرورة خصوصية للمؤسسات العمومية غير القادرة على الاستمرار. واعتبر أمر 03/01 هذه النشاطات هي أوجه وأساليب الاستثمار بطريقة مباشرة استنادا لنص المادة 02 منه، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هل هذه الاشكال المذكورة وردت على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

لقد جاء نص المادة 01 من أمر 03/01 مخالفا في صياغته لما كان واردا عليه في المرسوم التشريعي 12/93 الذي سمح للاستثمارات العمومية بأن تحتفظ بالنشاطات الاستراتيجية¹⁵⁴، غير أن هذا التوجه سرعان ما تم التخلي عنه لأنه

150- تعتبر سنة 1967 تاريخ بداية العمل بالمخططات بحيث أقر المخطط الثلاثي (1967-1969) ثم المخطط الرباعي الأول (1970-1973) وبعدها المخطط الرباعي الثاني (1974-1977) اما فترة 1978-1979 فقد بقيت دون تخطيط بهدف تكملة إنجاز البرامج الاستثمارية المتبقية من المخططات السابقة، ثم جاء المخطط الخماسي الاول (1980-1984) و بعده المخطط الخماسي الثاني (1985-1989).

151- قانون 11/82 مؤرخ في 21 غشت سنة 1982، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج.ر.ع 34 مؤرخ في 24 غشت سنة 1982.

152- قانون 13/86 مؤرخ في 19 غشت سنة 1986 يعدل و يتمم القانون 13/82 المؤرخ في 28 غشت سنة 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها، ج.ر.ع 35 مؤرخ في 27 غشت سنة 1986.

153- قانون رقم 25/88 مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988، يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1988.

154- يوسفى محمد ، مرجع سابق، ص 24.

يتناقض مع الاستراتيجية التي اعتمدها نص المادة 02 التي تحدد أسلوب الاستثمار بطريقة مباشرة، فالنص جاء أمرا ما ألزم عدم تناقضه مع نصوص أخرى، فلو ترك نص المادة 01 كما كان عليه في مرسوم 12/93 فإنه سيتناقض حتما مع نص المادة 02 التي حصرت أشكال الاستثمار. عليه جاء نص المادة 02 ليكمل الشروط الاجرائية الواجب توفرها في الاستثمار من خلال حصر أسلوبه.

المطلب الأول

استحداث نشاطات جديدة أو توسيعها

لم يكن أمر 03/01 واضحا فيما تعلق بهذا الشكل من الاستثمار ذلك أنه يشير إلى النشاطات الجديدة، وليس إلى الطرق الجديدة، فهذه الاخيرة قد تتحدد من خلال الموضوع وليس من خلال الشكل. فالنشاط يحدده موضوعه، أي أنه يشمل موضوع النشاطات غير المعروفة سابقا من خلال المشاريع الاستثمارية وهو ما قد يقصده من خلال النشاطات التكنولوجية البارزة مؤخرا، كالنشاطات الالكترونية، والمواصلات السلكية واللاسلكية والنشاطات السينمائية والفكرية .

فأوجه الاستثمار في هذه النشاطات لم يكن معروفا في السنوات الماضية لعدم ظهور هذه التكنولوجيات، غير أن تطورها ورغبتها في ايجاد أسواق جديدة جعلت المشرع الجزائري يدخلها ضمن مفهوم الاستثمار الذي يعتبر كل استحداث لنشاط جديد استثمارة. غير أن النشاطات الجديدة قد تأخذ ايضا مفهوما ماديا يتمثل في الشكل أو الطريقة التي تنجز بها هذه الاستثمارات والتي لم تكن معروفة قبلا، وهو ما ترجمته مثلا فكرة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة كوجه جديد لتدخل الاستثمار الوطني الخاص، وبناءا عليه فإن استحداث نشاطات جديدة قد يأخذ مفهوما موضوعيا كما قد يأخذ مفهوما شكليا.

الفرع الأول

استحداث نشاطات جديدة من حيث موضوعها

لقد كان المشرع الجزائري يفرق بين ثلاثة أنواع من النشاطات والمجالات التي تشملها، المجالات الاقتصادية الاستراتيجية، المجالات الاقتصادية ذات الأولوية، ثم المجالات الاقتصادية العادية، وهو ما كان يتماشى مع أساليب التسيير الاداري الاشتراكي¹⁵⁵ الذي ترجمته النصوص القانونية لتلك الفترة كقانون 25/88¹⁵⁶.

155- يوسفى محمد، مرجع سابق، ص 24 .

فبالنسبة للنشاطات الاقتصادية المعترف بأولويتها فهي تتضمن النشاطات الصناعية وتلك المتعلقة بالخدمات، ويتم تحديدها عن طريق المخطط الوطني المتوسط الأمد¹⁵⁷ و المخطط السنوي¹⁵⁸.

ويشمل التخطيط الطويل الأمد النشاطات المتعلقة بإنجاز الاستثمارات الاقتصادية المعتبرة استراتيجية بموجب القانون لاسيما منها المتعلقة بالنظام المصرفي والتأمينات والمناجم والمحروقات والصناعة القاعدية للحديد والصلب والنقل الجوي والسكك الحديدية والنقل البحري، وبصفة عامة كافة النشاطات المتعلقة بتسيير الأملاك الوطنية¹⁵⁹. وقد تدخل في ظل برامج خاصة، لفترة تمتد الى ما بعد الفترة المقررة في المخطط الوطني. أما النشاطات الاقتصادية العادية هي النشاطات التي تخرج عن اعتبارها أولوية أو استراتيجية .

ان الغاء المشرع الجزائي لاحتكار النشاطات وتخصيصها للمؤسسات العمومية أو للدولة رتب ضرورة توجيه الاستثمار الخاص نحو هذا القطاع من أجل استحداث نشاطات جديدة، في مواضيع اقتصادية كانت محتكرة قبلا. كالبنوك، المواصلات السلكية واللاسلكية، الاعلام، النشاطات الرياضية، السينما. وهكذا ارتبطت أنواع النشاطات المفتوحة للاستثمار بالمخططات الاقتصادية، وعلى سبيل المثال فإن النشاطات التي وجه لها الاستثمار في المخطط الخماسي الثاني (1985-1989) تمثلت في القطاع الفلاحي والري. بحيث بلغ نصيب قطاع الانتاج المادي (الصناعة والزراعة) نسبة 46% من مجموع استثمارات المخطط، وكان نصيب الزراعة منه أكثر من 31% وهي أعلى نسبة عرفها القطاع الزراعي منذ بداية الأخذ بأسلوب التخطيط¹⁶⁰.

إن توجه الدولة نحو توسيع المجال أمام القطاع الخاص سمح ببروز استثمارات جديدة ابتداء من سنة 2001 والتي أدت إلى النمو الايجابي لقطاعات الانتاج الصناعي التي كانت على وشك الانهيار¹⁶¹ مثل الميكانيك، الكيمياء

156- قانون 25/88 مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988، يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 13 يوليو 1988 .

157- يحدد المخطط الوطني المتوسط الأمد الذي يعد لفترة مرجعية تكون مبدئيا خماسية، أهداف الاشراف على الاقتصاد الوطني وسيره وأهداف التنمية الشاملة وقواعدها وأساليبها، كما يبين بدقة للفترة المقصودة الأولويات المقدره وتضامنها، وهو ما تنص عليه المادة 14 من قانون رقم 02/88 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988 يتعلق بالتخطيط، ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير سنة 1988، ويحدد المخطط الوطني المتوسط الأمد بموجب قانون ويرفق مشروع القانون بتقرير عام عن مساعي السياسة الاقتصادية .

158- حسب المادة 10 من قانون 02/88 المتعلق بالتخطيط فإن التخطيط السنوي يتجسد في المخطط السنوي، و يمثل أداة التعديلات الاجمالية للمخطط الوطني المتوسط الأمد، كما يمثل في اطار توجيه نشاط جميع المعاملين عبر عناصر ضبط الوتيرة الاقتصادية .

159- المادة 05 من قانون 25/88 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية .

160- بن نعمان جمال ، مرجع سابق، ص 94 .

161- باتت بعض الانشطة الاقتصادية مهددة بالزوال نظرا لنقص النشاطات المستحدثة فيها، كقطاع النسيج، و الصناعات الالكترونية والميكانيكية، و قطاع الخشب .

والصيدلة، الصناعات الغذائية التي عرفت استثمارات خاصة في مجال تحويل الحبوب والزيوت. غير أن الاستثمار المادي لم يعد الوجه الوحيد للنشاطات الاقتصادية، نظرا لبروز سلع ومنتجات جديدة غير ملموسة أي غير مادية تمثلها المنتجات المعرفية المرتبطة بالأفكار والبرامج والتصميمات ومنتجات الوسائط المتعددة وكذا المشتقات المالية والتكنولوجيا الحيوية والهندسة الوراثية والتي أصبحت تستقطب الاستثمارات بصورة كبيرة نظرا لاستخدامها تقنيات حديثة بالشكل الذي يتم من خلاله توسيع القدرة الإنتاجية وزيادة الانتاج¹⁶². وعليه فإن النشاطات الجديدة تكون من حيث موضوع النشاطات الاقتصادية الجديدة والحديثة الظهور لارتباطها بالتكنولوجيات الحديثة. او من حيث الدخول لمجالات النشاطات التي كانت محتكرة من قبل الدولة واستحداث نشاطات لم يكن مسموح بها بسبب احتكار الدولة لها.

الفرع الثاني

استحداث نشاطات جديدة من حيث شكلها

تميزت الاستثمارات المنشئة سابقا بكبر الحجم المالي والجغرافي والاقتصادي، غير أن إشراك القطاع الخاص الذي أصبح يعول عليه في مد يد العون للنهوض بالاقتصاد وتجنب عيوب التسيير الاشتراكي وعدم قدرة الدولة على تغطية عجز وخسائر القطاع العام ، أدى إلى بروز شكل جديد للاستثمار يجسد فكرة محدودية الامكانيات المادية والمعنوية للمستثمر الوطني الخاص وكذا تخوف المستثمر الأجنبي وحذره في الدخول إلى السوق الوطنية.

لقد ظهرت المؤسسات الصغيرة والمتوسطة لتغطية العجز الظاهر في المؤسسات العمومية الكبيرة الحجم وشكلت أسلوبا جديدا للاستثمار الخاص، مقلصة مخاطر الازمات الاقتصادية بسبب صغر حجمها وإمكانياتها مستحدثة نشاطات جديدة في كل المجالات الصناعية والإنتاجية .

منح المشرع الجزائري دور استحداث النشاطات الجديدة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة بإعتبارها بديل المؤسسات العمومية الكبيرة و الشريك الوطني الجديد للمستثمرين الأجانب، وهو ما يؤكد من خلال تعريفه لهذه الأخيرة التي ينطبق عليها نص المادة 01 من أمر 03/01 بإعتبارها مؤسسة إنتاج السلع أو الخدمات¹⁶³. حيث نصت

162- فايح حسن خلف، اقتصاد المعرفة، جدار للكتاب العلمي، الطبعة الأولى، الأردن سنة 2007. ص 244 ص 246.

163- لقد وردت العديد من التعاريف الخاصة بهذا الشكل من الاستثمار منها من اعتبرها المشروعات التي يدخلها حجمها دائرة المشروعات التي تحتاج للدعم والرعاية التابعة من عدم قدرتها الفنية أو المالية على توفير هذا الدعم من مواردها وقدراتها وإمكانياتها الذاتية. عبد القادر عوينات، عبد الرزاق حميدي. الملتقى الدولي لإستراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة. كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2012. ص. 02.

المادة 04 من قانون 18/01 على "تعرف المؤسسة الصغيرة والمتوسطة، مهما كانت طبيعتها القانونية بأنها مؤسسة إنتاج السلع و/او الخدمات:تشغل من 1 الى 250 شخصا،لا يتجاوز رقم اعمالها السنوي مليار(2) دينار او لا يتجاوز مجموع حصيلتها السنوية خمسمائة(500) مليون دينار،تستوفي معايير الاستقلالية"

و ما يزيد من خصوصية هذا الوجه الجديد ،أن قانون 18/01 المتضمن القانون التوجيهي لهذه المؤسسات¹⁶⁴ صدر مباشرة بعد أمر 03/01 لذلك فإن اهتمام المشرع بها جاء من خلال أمر 03/01 أولا ثم بموجب قانونها الخاص تدعيا لفكرة استحداث نشاطات جديدة. وعلى خلاف بعض الفقه الاقتصادي¹⁶⁵ الذي ركز على عدد العمال الذين تشغلهم، إلا أن الاعتبار القائم بالترقية على أساس حجم العمال خاطئ، فمثلا في المجال الصناعي مطبعة تشغل 10 عمال تعتبر كبيرة أما المصنع الذي يشغل 10 عمال فهو صغير ، الأمر الذي يفرض ضرورة التفرقة على أساس الانتاج الكبير والانتاج الصغير و ليس على أساس عدد العمال .

غير أن المشرع الجزائري لم يعتمد على معيار الانتاج فقط لتحديد المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، بل أضاف ثلاث معايير أخرى من خلال نص المادة 04 من قانون 18/01، فبالإضافة الى أنها مؤسسة منتجة للسلع والخدمات، فإنها تشغل من 01 الى 250 شخصا، ورقم أعمالها لا يتجاوز مليار (02) دينار ومجموع حصيلتها السنوية 500 مليون دينار، كما يجب أن تستوفي معايير الاستقلالية¹⁶⁶.

وفرق النص بين ثلاث أنواع من هذه المؤسسات، معتمدا على معيار عدد العمال ورقم الأعمال، فالمؤسسة المتوسطة تشغل ما بين 50 الى 250 عامل، رقم أعمالها ما بين مائتي مليون (200) وملياري دج، أما المؤسسة الصغيرة فتشغل من 10 الى 49 شخص، لا يتجاوز رقم أعمالها السنوي 200 مليون دينار، أما المؤسسة المصغرة فتشغل من عامل واحد(01) الى تسعة (09) عمال، ورقم أعمالها أقل من 20 مليون دينار .

أما شكلها القانوني فهو غير محدد فلها أن تأخذ أي شكل قانوني تراه مناسبا لها، فهي قد تشكل أيضا فروعا للمؤسسات الاقتصادية العمومية، أو مؤسسة عمومية اقتصادية صغيرة أو متوسطة¹⁶⁷. كما لها أن تتخذ شكل أي نوع

164- قانون 18/01 مؤرخ في 12 ديسمبر سنة 2001، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، ج.ر.ع 77 مؤرخ في 15 ديسمبر 2001 .

165- آيت عيسى عيسى ،المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر لآفاق وقبود، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، مجلة مخبر العولمة واقتصاديات شمال افريقيا، العدد السادس، جامعة حسيبية بن بوعلي بالشلف، الجزائر سنة 2009، ص 274.

166- المؤسسة المستقلة، كل مؤسسة لا يمتلك رأسها بمقدار 25% فما أكثر من قبل مؤسسة أو مجموعة مؤسسات أخرى لاينطبق عليها تعريف المؤسسات الصغيرة والمتوسطة .

167- المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العمومية تعرف كل سنة تناقضا وهذا بعد أن عرفت استقرار على مدى أربع سنوات انطلاقا من 2001، آيت عيسى عيسى ، مرجع سابق، ص 277.

من أشكال الشركات التجارية أو مؤسسات لجماعات محلية، أو تعاونيات، أو حتى أنها تستطيع إبرام عقود العمل في المنزل¹⁶⁸ المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي 474/97¹⁶⁹.

أما مجال نشاطاتها فهو مفتوح على مصرعيه، كما يعد إحقاق قطاع الصناعات التقليدية بالمؤسسات الصغيرة والمتوسطة سنة 2002 اعترافا من السلطات العمومية بالدور الاقتصادي الهام المنتظر منها لإنعاش القطاع باعتباره احدى الركائز الأساسية لتنمية قطاع السياحة .

ورغم أن المشرع الجزائري قد أفرد هذا الأسلوب الاستثماري بهيئات خاصة به¹⁷⁰، وبمتابعة نشاطه ومنحه امتيازات خاصة من خلال التعديلات الأخيرة، إلا أنه أدخله ضمن مجال قانون الاستثمار ومنحه متابعة هيئاته كوكالة الوطنية للاستثمار، وجميع مزاياه، في مرحلة الانجاز والاستغلال، وهكذا يمنح هذا الشكل حرية الاختيار بين متابعة مساره ضمن الهيئات الخاصة به، أو اللجوء للهيئات الخاصة بالاستثمار بصفة عامة .

وانطلاقا من كل هذه الضمانات المالية، الادارية والجبائية، فقد استطاعت بعض المؤسسات النجاح ما تطلب توسعتها، سواء من حيث الضمانات المقدمة لها أو مجال نشاطها أو رقم أعمالها .

168- يختلف عقد العمل في المنزل عن مفهوم الحرفي من حيث الصفة، اذ يتمتع الحرفي بصفة الأجير على خلاف العامل في المنزل الذي يتلقى أجره مقابل الجهد المبذول وتحسب هذه الأجرة على أساس مقاييس الأجر المعمول به في المهن المماثلة، عبد الرزاق حميدي، عبد القادر عوينات، مرجع سابق، ص 08.

169- مرسوم تنفيذي رقم 474/97 مؤرخ في 08 ديسمبر 1997، يحدد النظام الخاص بعلاقات العمل التي تعني العمال في المنزل، ج.ر.ع. 82 مؤرخ في 14 ديسمبر 1997 .

170- الهيئات الداعمة للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة تختلف من حيث طبيعتها القانونية، فخصصت لها الحكومة وزارة كاملة لها، هي وزارة الصناعات الصغيرة والمتوسطة سنة 1993. كما وفرت لها متابعة من قبل مشاتل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، وهي مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، و تتضمن ثلاث أجهزة، المحضنة وهي هيكل دعم في مجال الخدمات، ورشة الربط تضمن المعلومات الادارية، و أخيرا نزل المؤسسات هيكل دعم في مجال البحث. أما الجهاز الثالث فهو مركز التسهيل للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة، و هي مؤسسات عمومية ذات طابع اداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. أيضا هناك المجلس الوطني الاستشاري، وهو هيئة استشارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، أيضا هناك المجلس الوطني الاستشاري، وهو هيئة استشارية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي يقرب وجهات النظر بين الوزارة والمستثمرين العقار كما تتدخل الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، صندوق ضمان قروض المؤسسات الصغيرة والمتوسطة FGAR، صندوق ترقية التنافسية الصناعية لتأهيل المؤسسات الصغيرة، برنامج ميديا MEDA الى غيرها من الهيئات. لوكادير مالحة، دور البنوك في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو. مارس 2012، ص 34 الى 50 .

لا تزال السلطة السياسية تعول على هذه الاشكال للنهوض بالاقتصاد الوطني ما جعلها تشملها بمجموعة من اجراءات هيكلية تأهيلية للسماح لها بخوض غمار المنافسة مع الاستثمار الاجنبي أو مشاركته من جهة وقوة وإحتكار المؤسسات العمومية من جهة ثانية¹⁷¹.

وهكذا فإن تجسيد انشاء النشاطات الجديدة لم يأخذ فقط شكل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة بل أخذ ايضا شكل الشراكة مع المستثمر الأجنبي. غير أن هذا الشكل من الاستثمار لم يتم النص عليه بموجب قانون الاستثمار، بل بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009. بحيث أصبحت حرية الاستثمار المكرسة بموجب المادة 04 من أمر 03/01 تخص المستثمر الوطني دون الأجنبي¹⁷²، وأن انشاء الاستثمار أصبح يخضع لأشكال جديدة لم ترد حتى بموجب قانون الاستثمار.

وينشأ الاستثمار وفقا لأحكام القانون التجاري، متخذا أحد الاشكال الواردة فيه، إلا ما تم تقييده بموجب نص خاص، أي أن القانون قد يشترط الشكل الذي تنشأ من خلاله الشركة الاستثمارية، كما هو الحال مثلا في مجال البنوك التي تشترط أن تتخذ شكل شركة مساهمة. والجدير بالملاحظة فإن انشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية يخضع لنظام قانوني مختلف، فهو يشمل أحكام القانون التجاري، وأخرى أحكام القانون الاداري لذلك فإن مراحل انتاجها لا تشمل فقط أحكام إنشاء شركة المساهمة المنصوص عليها في المواد 592-609 من القانون التجاري، بل نجد أيضا الاجراء المتمثل في اصدار قرار الانشاء، الذي يعتبر قرارا اداريا، يجسد من خلال ذلك التصرف التنفيذي الفردي الصادر عن جهة ادارية مختصة لإنشاء آثار قانونية¹⁷³، وتمثل الأجهزة المختصة بإصدار قرار إنشاء المؤسسة من عدة هيئات أو سلطات، كما يمكن انشاءها بموجب اتفاقية دولية. واستنادا لنص المادة 14 من قانون 01/88 المتضمن القانون

171- وقد عرفت الجزائر انشاء العديد من الاستثمارات الجديدة، على غرار مصنع صناعة السيارات بوهران الذي تم بوجبه اتفاق الحكومة الجزائرية مع الصانع الفرنسي رونو RENAULT والقاضي بمنح امتيازات لمدة 03 سنوات، كما تم بوجبه منع أي صانع آخر من الدخول الى الجزائر، و مصنع الحديد والصلب الذي يتم انشاءه من قبل المستثمرين القطرين، وتقدر الطاقة الانتاجية الاولى لمصنع بلارة للحديد ب2,5 مليون طن في مرحلة أولى، على أن تبلغ الطاقة النهائية للمصنع في مرحلة ثانية 4,8 ملايين طن سنويا بعد 05 سنوات من تاريخ بداية الانتاج، و تبلغ جهة الشركة القطرية في المشروع 24,5% فيما سيمتلك المجمع الألماني "رين ميتال ستيل" نفس الحصة، اما مجمع سيدار العمومي فحصته المتبقية 51%. كما تم الاتفاق على انشاء مؤسسة مشتركة مع شركة الذهب الجزائرية لاستغلال مناجم الذهب بولاية تمنراست التي تم التخلي عنها من طرف شركة استرالية انسحبت مؤخرا. أنظر Algérie 1.com, le 07 Novembre 2014.aussi Revue de presse, andi(APS 08/11/2012).

172- عيبوط محند وعلي، حدود حرية الاستثمار في القانون الجزائري، مداخلة الملتقى الوطني حول "التشريع و واقع الاستثمار في الجزائر"، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بومرداس 19 و 20 نوفمبر 2012، ص 07.

173- قمار خديجة، مكانة المؤسسة العمومية الاقتصادية في اطار الاصلاح المؤسساتي مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة و المؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق سنة 2008/2009، ص 95.

التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية¹⁷⁴، فإن قرار الانشاء يصدر من قبل الحكومة بموجب مراسيم تنفيذية يصدرها رئيس الحكومة عندما يتعلق الأمر على الخصوص بتطوير أنشطة أولوية أو فروع جديدة ذات أهمية استراتيجية. كما كان قرار الانشاء يصدر من قبل الاجهزة التابعة لصناديق المساهمة المؤهلة قانونا لتأسيس مثل هذه الشركات أو الاكتتاب في رأس مالها قبل ان يتم في مرحلة لاحقة الغاء صناديق المساهمة .

كما قد تنشأ بموجب قرارات الجمعيات العامة الاستثنائية بالمؤسسات بما لها من اختصاص في أخذ مساهمات في مؤسسات عمومية اقتصادية أخرى، مع ملاحظة أنه في ظل الوضع القانوني الجديد للنشاط الخاص، حظي هذا الأخير بتوسع كبير وأصبح له وجود قانوني معترف به، يتساوى من حيث الحجم والكيف مع نشاطات المؤسسة العمومية الاقتصادية وبالتالي لا يمكن اعتباره نشاط مكمل لنشاطات القطاع العمومي .

المطلب الثاني

إعادة الهيكلة

لقد تميزت مرحلة التسيير الاشتراكي بضخامة المؤسسات العمومية وغياب التنظيم الهيكلي المناسب لتسييرها، حيث كانت الجزائر تعتمد على الصناعات المصنعة لتلبية حاجات القطاع الزراعي، كما عرفت مرحلة الثمانينات والتسعينات عجزا نقديا للخزينة بلغ 190 مليار دج سنة 1990 ناهيك عن ضعف ونقص التسيير البنكي، وعجز المؤسسات العمومية الذي كان يغطيه بنك الجزائر، كذلك التطور الكبير في الاجور، دون أن يقابله تطور في الانتاجية¹⁷⁵، وهو ما ادى الى ركود الجهاز الانتاجي والتراجع الكبير لنسبة النمو وتفاقم المديونية الخارجية .

لقد جسدت رغبة الدولة في تنظيم عمليات الانتاج والتوزيع، من خلال قيامها بالانتقال لاقتصاد السوق، واصلاح القطاع العمومي والمالي وتحسين التسيير و الانتاج من خلال اعادة هيكلة وتأهيل المؤسسات¹⁷⁶ .

أخضع المشرع الجزائري الاستثمار لأسلوب اعادة اعادة الهيكلة كوجه جديد ومحدد وموجه لرؤوس الاموال الاستثمارية، وجعله بموجب نص المادة 02 من أمر 03/01 استثمارا. فهل حقيقة تعد عملية اعادة الهيكلة استثمارا ام انها مشروع تنظيمي يخرج عن دائرة الانتاج ليشمل عملية اعادة تنظيم التسيير؟ هل ذكر المشرع الجزائري هذه العملية دون

174- قانون 01/88 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير 1988 .

175- في الوقت الذي عرفت فيه هذه الأخيرة انخفاضات، فإن الاجور عرفت ارتفاعا بنسبة 33% .قار خديجة، مرجع سابق، ص. 48 .

176- بوكيش لعل، المؤسسات العامة بالجزائر، ظروف تطورها، وطرق تنظيمها وإدارتها-دراسة تتبعية 1962-2003، مجلة الحقيقة، جامعة أدرار، العدد 06، ماي

أن يحدد طريقة تنظيمها، أم أن قانون الاستثمار هو قانون عام بالنسبة لباقي النصوص القانونية المنظمة للنشاطات الاقتصادية باعتباره ينص على المبدأ ويترك التفاصيل لغيره من النصوص الأخرى؟

ان من ضمن الخصائص المسلم بها لقانون الاستثمار هو طابعه العام غير المفصل، وغير الواضح سواء في تحديده لمجال تطبيقه أو مفهومه وكذا الأسلوب المفروض على المستثمرين لإعادة هيكلة المؤسسات المتدخلة في عملية الاستثمار. غير ان هذا الغموض قد يطرح مشاكل عديدة في تفسير محتوى النص من جهة، وفي تطبيق المتعاملين الاقتصاديين له من جهة ثانية، كما يجعل نص قانون الاستثمار غير مستقل عن باقي النصوص القانونية المنظمة للنشاطات الاقتصادية لا سيما فيما تعلق بعملية إعادة الهيكلة. فالحديث عن أسلوب إعادة الهيكلة، لا يدفعنا للرجوع إلى أمر 03/01 بقدر ما يدفعنا للرجوع إلى نصوص قانونية خاصة، ودون احالة من أمر 03/01 لتفسير هذه الأساليب وتطبيقها .

ربطت النصوص القانونية إعادة الهيكلة بهدف السعي نحو التلبية المتزايدة لاحتياجات الاقتصاد واحتياجات المواطنين وفي اطار انجاز أهداف المخطط الوطني للتنمية الاقتصادية والاجتماعية ووفقا لمبادئ وتوجيهات الميثاق الوطني واللوائح الصادرة عن المؤتمر الرابع والمؤتمر الاستثنائي لحزب جبهة التحرير الوطني¹⁷⁷. رغم أن لعملية إعادة الهيكلة أبعاد سياسية، إلا أنها ترجمت هذه الأبعاد من الناحية الاقتصادية.

واكتسبت التسوية الهيكلية الصبغة الرسمية، حيث عرفتها وزارة الهيكلة الصناعية على انها "مجموعة تدابير لإعادة تنظيم أدوات الانتاج بمعنى تحديثها ومضاعفة تنافسيتها والتفاوض الفعال لإدماجها ضمن التقسيم الدولي للعمل " كما عرفتها وزارة التجهيز والتهيئة العمرانية " باعتبارها مجموعة تدابير لإعادة تنظيم أدوات الانتاج وإعادة انتشارها وعصرنتها بغية الزيادة في فعاليتها ونجاعتها وقدرتها على المنافسة وادراجها ضمن التقسيم الدولي للعمل، كما أنها استراتيجية لإعادة النظر بصفة جذرية في تنظيم الجهاز الصناعي ومكانته وسيره ومسار إعادة انتشاره¹⁷⁸.

أما مفهوم إعادة الهيكلة من الناحية القانونية، فيسجل عليه غياب صريح وواضح في النصوص القانونية، فبالرغم من أن مرسوم 242/80¹⁷⁹ قد حدد أهدافها وأسلوبها إلا أنه لم يعرفها. كذلك فعل أمر 03/01، الذي اعتبرها استثمارا

177-المادتان 01 و02 من مرسوم رقم 242/80 مؤرخ في 04 أكتوبر سنة 1980، يتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، ج.ر.ع 41، مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1980 .

178- عجة الجيلالي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية، رسالة من اجل نيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر 2003/2004. ص 29.

179- مرسوم تنفيذي رقم 242/80 مؤرخ في 04 أكتوبر سنة 1980، يتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1980.

دون أن يحدد مفهومها¹⁸⁰، غير أن بعض النصوص الخاصة التي تنظم بعض النشاطات الاقتصادية، أوردت تعريفا لعملية إعادة الهيكلة، لكن بمفهوم متوافق مع مضمون النشاط المنظم من قبل هذه النصوص، وهو ما يجعل هذه التعاريف خاصة ومحصورة بمجال النشاط المحدد في النص فقط، كما فعل مثلا نص المادة 03 من قانون 04/11 الذي يحدد تنظيم أنشطة الترقية العقارية¹⁸¹، بحيث عرفت المطبة السابعة منها إعادة الهيكلة فنصت على "إعادة الهيكلة يمكن أن تكون شاملة أو جزئية، وتخص شبكات التهيئة، وكذا البنايات أو مجموعة البنايات، ويمكن أن تؤدي هذه العملية إلى الهدم الجزئي لتجزئات أو تغيير خصائص الحي من خلال تحويل النشاطات بكل أنواعها وإعادة تخصيص البنايات من أجل استعمال آخر" ومنه فإن عملية إعادة الهيكلة في هذه الحالة مرتبطة بالعقار وليس بالنشاط الاستثماري في حد ذاته.

الفرع الأول

أسس إعادة الهيكلة

تم عملية إعادة الهيكلة من خلال التركيز على مجموعة من المبادئ تدخل ضمن البرنامج العام للتعديل الهيكلي المطلوب تحقيقه من قبل المؤسسات المالية والنقدية الدولية، كصندوق النقد الدولي والبنك العالمي، حتى تتمكن الدول التي تعاني من اختلالات اقتصادية من الاستفادة من دعم هذه المؤسسات المالية العالمية من خلال الحصول على قروض أو تمويل جديد أو إعادة جدولة الديون، وينقسم حسب هذه الهيئات برنامج التعديل الهيكلي إلى مرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى تتعلق بإجراءات المدى القصير وتسمى بإجراءات الاستقرار الاقتصادي، أما الثانية فتتعلق بالمدى المتوسط والطويل وتسمى بالإجراءات الهيكلية¹⁸². وبعد أن طبقت الجزائر الإجراءات القصيرة

180- ربما يرجع سبب عدم إيراد مفهوم إعادة الهيكلة في قانون الاستثمار لاعتبارها مفهوما اقتصاديا واسعا و شاملا أكثر منه مفهوما قانونيا، رغم أننا نؤمن بأنه ليس من وظيفة المشرع إيراد تعاريف بين طيات النصوص القانونية، وذلك لأكثر من سبب منها : أن مهمة بيان التعريف موكلة للفقهاء لعمل الفقيه هو استخلاص النظريات و بيان المفاهيم و تأطير و تأصيل الظواهر القانونية. كما أن التعريفات قد تختلف باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى المفهوم المراد تعريفه، و الدليل على ذلك ما يقدمه القانون 04/11 الذي ينظم أنشطة الترقية العقارية من تعريف لإعادة الهيكلة التي ربطها بالعقار فقط، في حين أن مفهومها اوسع من ذلك بكثير نظرا لشموليتها على كل النشاطات الاقتصادية.

181- قانون 04/11 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج.ر.ع 14 مؤرخ في 06 مارس 2011 .

182- يجب الإشارة هنا إلى أن هناك تقسيم وظيفي بين صندوق النقد الدولي والبنك العالمي عند تطبيق برنامج التعديل الهيكلي، من خلال التعاون الذي سيضمن تماشي السياسات الاقتصادية المدعمة من طرف الصندوق مع برامج الاستثمار الموجهة لمعالجة الاختلالات التي هي غالبا ما تكون مصدر الصعوبات التي يعاني منها ميزان المدفوعات في حركة البلدان . بن نعمان جمال، مرجع سابق، ص 130.

المدى¹⁸³، انتقلت لتجسيد الاجراءات على المدىين المتوسط والطويل والتي اعتبرت اعادة الهيكلة من ضمنها، ويمكن أن نجل أسس عملية اعادة الهيكلة فيما يلي :

أولا : اعتماد مبدأ اللامركزية في التسيير :

لقد نص مرسوم تنفيذي رقم 242/80 على اعتماد عملية اعادة الهيكلة على اللامركزية وتوزيع السلطات، لتحقيق استقلالية الشخصية المعنوية للمؤسسة، بعد أن كانت هذه الاخيرة عبارة عن امتداد عضوي للمصالح المركزية للإدارة الوطنية، فنصت المادة 02 فقرة ب على "دعم اللامركزية وتوزيع السلطة في تسيير الانشطة الخاصة بإنتاج المواد وإسداء الخدمات بفضل تحديد مستويات الاضطلاع بالمؤسسات على اختلاف أنواعها ولاسيما على مستوى الانتاج " فبعدها كانت المؤسسات تخضع لنمط التسيير الذاتي (1962-1965) الذي كانت الهيمنة فيه للعمال على أجهزة المؤسسة¹⁸⁴ جاءت مرحلة المؤسسة العامة والتي عرفت بدورها وجهان لهذه الأخيرة، وهما المؤسسة العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والتي تشكل الوجه الاكثر شيوعا لتدخل الدولة في المجال الاقتصادي¹⁸⁵، وتلتها فكرة

183- تمثلت الاجراءات القصيرة المدى في :

- تقليص الانفاق العمومي والتكشف في الميزانية العامة .
 - تخفيض قيمة العملة الوطنية بغرض الحد من الواردات وتشجيع الصادرات للحصول على العملة الصعبة، الرفع من الضرائب غير المباشرة لتقليص الاستهلاك، وهي الاجراءات المنصوص عليها في اتفاقيات الجزائر مع FMI في 30 ماي 1989 واتفاق ثاني في 01 أبريل 1994 الى 31 مارس 1995 ثم اتفاق آخر للتعديل الهيكلية يبدأ من أبريل 1995 الى مارس 1998، رفعت لقوشة، الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الخوصصة في البلدان العربية مركز دراسات الوحدة العربية، المركز الوطني للدراسات في التحليل الخاصة بالتخطيط ، بحوث الندوة الفكرية التي ينظمها المركز الجزائري، الطبعة الثانية، بيروت، فبراير 2005، ص 360 ص 365.
 - 184- ان فكرة الاملاك الشاغرة بعد الاستقلال هي التي شكلت سندا قانونيا لأسلوب التسيير الذاتي رغم ما أثارته من جدل فقهي حول تكيفها القانوني، ورغم اعتبارها عملية انتقال الملكية الى المجموعة الوطنية المتمثلة في الدولة .و كانت المؤسسة المسيرة ذاتيا تقوم على مجموعة من الهيئات هي :
 1. الجمعية العامة للعمال : تتكون من مجموع عمال المؤسسة، تتمثل صلاحياتها في المصادقة على مخطط تنمية المؤسسة أو محل الاستئجار .
 2. المصادقة على قانون تنظيم العمل .المصادقة على حسابات نهاية السنة وانتخابات مجلس العمال .
 3. مجلس العمال : تنتخبه الجمعية العامة لمدة 03 سنوات، مع وجوب كون ثلثي الأعضاء من العمال، يقوم بإنتخاب لجنة التسيير، يقرر النظام الداخلي والقروض، توظيف العمال وطردهم، مراقبة لجنة التسيير، ونظمت هذه المرحلة بموجب مرسوم 95/63 مؤرخ في 1963/03/22 المتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات المسيرة ذاتيا ج.ر.ع 15 مؤرخ في مارس 1963 .
 4. لجنة التسيير : تنتخب من قبل مجلس العمال، وهي التي تتكفل بتسيير المؤسسة .فتقوم بضبط القواعد والترتيبات المتعلقة بالعمل داخل المؤسسة وتوزيع المسؤوليات، استخدام العمال، اعداد مخطط التنمية، الانتاج، توزيع وترويج المؤسسات والخدمات .
 5. المديرية: وهي الجهاز التنفيذي لقرارات المؤسسة، يتولى المراقبة المالية والتقنية، يوقع التعهدات، ينظر في حسابات آخر السنة .
- وعليه فإن محور التسيير الذاتي كان يتمثل في الجمعية العامة للعمال من حيث وظيفتها التداولية والانتخابية وتأثيرها على أجهزة التسيير الذاتي .بن واضح رشيد، المؤسسة في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار هومه، الجزائر سنة 2003، ص 61 .

الشركة الوطنية (1965-1971) غير أن عدم تحديد المسؤوليات داخل الشركة وكذا تكليفها بمسؤوليات خارجة عن نطاقها تسبب في فشل هذا النظام¹⁸⁶، لتدخل الجزائر في مرحلة جديدة وهي مرحلة التسيير الاشتراكي التي نظمها أمر رقم 71/74¹⁸⁷ والذي نص على تطبيق هذا النمط من التقييم على كافة المؤسسات الاشتراكية ذات النشاط الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، وتحتوي المؤسسة الاشتراكية على ثلاثة أنواع هي: المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاجتماعي، المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الثقافي، المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي. ان الانتقال الى شكل المؤسسة الاشتراكية يتلاءم مع المبادئ الكبرى لتوزيع السلطة واللامركزية¹⁸⁸ التي يشكل فيها مجلس العمال الابتكار الرئيسي لهذا التنظيم الجديد، القائم على منح العمال مشاركة واسعة في تسيير وإدارة المؤسسة غير أن عدم وضوح طبيعة العلاقة بين مختلف أجهزة المؤسسة خاصة بين مجلس العمال ومجلس المديرية، وسيطرة المدير العام على صلاحيات التسيير بصورة فعلية باعتباره يشغل في آن واحد منصبى المدير العام ورئيس المجلس، كما أن المؤسسة وفقا لهذا النمط كانت تعتمد على مبدأ المركزية نظرا لخضوعها لوصاية كاملة من قبل ادارات الدولة التابعة للقطاع الذي

186- تقوم على جهازين الاول هو مجلس الادارة : والذي اعتبرت اختصاصاته شكلية نظرية .أما الجهاز الثاني فهو المدير وهو الذي تستند اليه مهمة الادارة ويعين بموجب مرسوم .و كان المدير يتولى المؤسسة، فيرم صفتها، و يرفع قراراتها الى الجهات الوصائية، وكان في كل ذلك الوزير هو الذي يشارك المدير في عملية التسيير عن طريق مايسمى بالمجالس الاستشارية. بن واضح رشيد ، مرجع أعلاه .ص 63 .

186- تتكون أجهزة التسيير في هذا النظام من جهاز المدولة وهو لجنة التوجيه والرقابة، يمثل أعضائها العمال في مختلف قطاعات النشاط أما صلاحياتها فذات طبيعة استشارية، من خلال ابداء رأيها في النظام الداخلي، نظام المستخدمين، زيادة أو تخفيض رأس المال، برنامج الاستثمارات، القروض والعقارات الضرورية لنشاط الشركة أما الجهاز التنفيذي فتمثل في المدير العام DG يعين بموجب مرسوم، يتمتع بسلطات واسعة غير محددة لتمكينه من ادارة ومواجهة النشاط الاقتصادي لضمان سير الشركة . ويعتبر ميثاق الجزائر لسنة 1964 المصدر الاساسي لهذه المرحلة .غير أن فشل هذه المرحلة من خلال بقاء فكرة تدخل الدولة بقوة في التسيير، وهو ما برز من خلال تدخل الوزير الوصي عن طريق المجالس الاستشارية التي كان لها دور فعال في توجيه ومساعدة هذا الاخير .قار خديجة، مرجع سابق، ص 11 .

187- أمر رقم 74/71 مؤرخ في 26 نوفمبر 1971 يتعلق بالتسيير الاشتراكي ج.ر.ع 101 مؤرخ في نوفمبر 1971 .

188- تتمثل هيكل التسيير في هذا النمط من :

1. المدير : يعين بموجب مرسوم، يترأس مجلس الادارة وهو جهاز تنفيذي .
2. مجلس العمال : يتكون عن طريق الانتخاب بشروط .يتمتع بصلاحيات واسعة، حيث يمكن له الاطلاع على مجمل تسيير المؤسسة، كما له أن يدخل في تشكيلة مجلس الادارة ويشارك في ميادين التوظيف والتكوين ووضع النظام الداخلي .و المساهمة في تسيير وتنظيم الخدمات الاجتماعية والثقافية كما يراقب مدى تنفيذ مخطط المؤسسة، و يبت ويقرر في بعض المسائل الخاصة بتوزيع الارباح .مرسوم رقم 150/75 مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 1975 يتعلق بصلاحيات مجالس العمال في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ج.ر.ع 100 مؤرخ في 16 ديسمبر 1975 .
3. مجلس المديرية : يختلف عدد أعضائه من مؤسسة لأخرى يخضع للمرسوم رقم 149/75 مؤرخ في 21 نوفمبر 1975 المتعلق بمجلس مديريات المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ج.ر.ع 100 مؤرخ في 16 ديسمبر 1975، يوضع تحت رئاسة المدير العام يتكفل بعدة مهام منها تنظيم المؤسسة وتحديد المشروع الاولي لمخطط المؤسسة ويصادق عليه ويتولى متابعة تنفيذ، ويفحص ويصادق على حسابات المؤسسة.....الخ .
4. اللجان الدائمة : تحدث داخل المؤسسة وتنبثق سواء من مجلس العمال أو مناصفة بينه وبين مجلس المديرية تختص بتقديم آراء استشارية، وفقا للمادة 49 من أمر 74/71 . بوكيش لعل، مرجع سابق، ص 99 ص 101 .

هي مكلفة به¹⁸⁹. وعليه فإن نظام المؤسسة الاشتراكية قد وضع هياكل تنظيمية منتجة في الهياكل المركزية التقليدية¹⁹⁰. واحتفظت الدولة والادارة بالمهام الأساسية والاستراتيجية¹⁹¹ مما فرض المرور لمرحلة اعادة هيكلية، متخلية على مركزية اتخاذ القرار.

إن فشل مرحلة التسيير الاشتراكي أنتج مرحلة جديدة وهي مرحلة اعادة الهيكلية التي احتفظت بتدخل الدولة ووصايتها على المؤسسة، وذلك ما كرسه مرسوم 242/80، الذي أنشأت بموجبه أجهزة عديدة تتكفل بعملية اعادة الهيكلية، وهي اللجنة الوطنية لإعادة هيكلية المؤسسات، واللجان الوزارية التي تسمى باللجان الوزارية لإعادة هيكلية المؤسسات¹⁹². كما تشرف الحكومة على عمليات اعادة الهيكلية من خلال التقارير المرفوعة اليها من قبل اللجنة الوطنية وكذا من خلال تعيين اعضاء اللجنة الوطنية الذي يتم من قبل وزير التخطيط والتهيئة العمرانية .

ومع كثرة افرزات الأسلوب الاقتصادي المنتهج قبل مرحلة اعادة الهيكلية الذي أنتج هياكل اصلاح جديدة وصل الامر الى ظهور نمط لا مركزي جديد، يتمثل في المؤسسة العمومية الاقتصادية باعتبارها شخص معنوي من أشخاص القانون الخاص يتمتع بالاستقلالية، من خلال الاعتماد على الفصل بين المؤسسة والدولة استنادا لنص المادة 03 من قانون 01/88¹⁹³. كما تتمتع المؤسسة العمومية الاقتصادية بالأهلية القانونية الكاملة لمباشرة جميع التصرفات القانونية، فتشترط وتلتزم وتتعاقد بكيفية مستقلة. كما اعتمد قانون 01/88 على تحديد شكلين أساسيين للمؤسسة العمومية الاقتصادية وهما، شركة مساهمة أو شركات مسؤولية محدودة¹⁹⁴، كما ألغيت جميع الأحكام التنظيمية التي تمنح

189- تنص المادة 01 من أمر 76/75 مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 1975 يتضمن تحديد العلاقات الرئيسية بين المؤسسة الاشتراكية وسلطة الوصاية و الادارات الاخرى التابعة للدولة ج.ر.ع 100 مؤرخ في 16 ديسمبر 1975 على " تمارس سلطة الوصاية و الادارات الاخرى التابعة للدولة تجاه المؤسسة اختصاصات التوجيه والمراقبة وتضمن لها وسائل تحقيق الاهداف المخصصة لها وذلك ضمن اطار أحكام الباب السابع من الأمر رقم 74/71"
190- واضح رشيد ، مرجع سابق، ص 72 .

191- اصبحت الدولة من خلال سلطة الوصاية صاحبة الاشراف العام و الخاص على المؤسسات، حتى انها تصادق على الحسابات السنوية، و على مشروع القانون الاساسي للمستخدمين، و مشروع تنظيم المؤسسة، بالإضافة الى مشاريع نشاطات المؤسسة و مشاريع توزيع هذه النشاطات. الى غير ذلك من السلطات الكثيرة و العمليات المتعددة الممنوحة للسلطات العمومية و الدولة للتدخل في تسيير المؤسسات. للمزيد من التفصيل في هذه الصلاحيات يمكن الرجوع لأحكام المواد 10، 09، 12، 11 من امر 76/75 المتضمن تحديد العلاقات بين المؤسسة و السلطة الوصية و الدولة، مذكور سابقا.

192- المادة 06 من مرسوم 242/80 المتعلق بإعادة هيكلية المؤسسات، مذكور سابقا .

193- حيث نصت المادة 03 من قانون 01/88 على "تتمتع بالشخصية المعنوية التي تسرى عليها قواعد القانون التجاري، إلا اذا نص صراحة على أحكام قانونية خاصة"

194- تنص المادة 05 من أمر 01/88 على "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية، تملك الدولة و/أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة جميع الاسهم و/أو الحصص" .

المؤسسة الاشتراكية ذات الطبع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي¹⁹⁵. وهو فصل صريح بين ذمة الشريك أي (الدولة) والشركة أي (المؤسسة) المعتمد في القانون التجاري باعتباره نتيجة طبيعية للشخصية المعنوية¹⁹⁶، لتصل مرحلة اعادة الهيكلة إلى فصل الكيان الاقتصادي عن كيان الدولة، وأخضعت النشاط الاقتصادي تبعا لذلك للقانون التجاري مجسدة الفصل والاستقلالية واللامركزية في التسيير كمبادئ الاصلاح الهيكلي.

ثانيا: التوزيع الاقليمي للمؤسسات :

ان ضخامة حجم الشركات الوطنية، نتج عنه صعوبة التحكم في تسييرها، ومنه ظهرت فكرة اعادة الهيكلة العضوية المتمثلة في تجزئة المؤسسات الكبرى التي تعاني من صعوبة في التسيير، إلى وحدات ومؤسسات عمومية صغيرة الحجم يمكن التحكم في تسييرها¹⁹⁷.

ولقد تم انشاء وحدات جديدة، أو انشاء هياكل جديدة ضمن القطاع نفسه، أو نقلها إلى قطاعات اقتصادية أخرى، وتم على اثرها انشاء 450 مؤسسة من الحجم الصغير نتيجة لتقسيم المؤسسات الكبرى التي كان يتراوح عددها 70 مؤسسة.

جسدت عملية اعادة الهيكلة العضوية في فترة زمنية قصيرة، حيث أنه بين سنتي (1980-1982) وصل العدد إلى 450 مؤسسة وهو ما اعتبره البعض مغامرة¹⁹⁸ لم تأتي ثمارها لأنها تقوم على فكرة تأسيس سبب تدهور انتاج المؤسسات على حجمها الكبير، غير أن هذا الفرض غير صحيح، بحيث أن أضخم مؤسسات السوق العالمية هي شركات متعددة الجنسيات قد يزيد حجمها عن حجم بعض الدول في حد ذاتها¹⁹⁹.

195- مرسوم رقم 201/88 مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار للتجارة، ج.ر.ع. 42 مؤرخ في 19 أكتوبر 1988. غير أن هذا النص محدد في إطار الأحكام التنظيمية و ليس التشريعية التي بقي قانون 25/88 المتعلق بالاستثمارات الوطنية الخاصة بخالفها و يحدد مجال النشاطات المفتوحة في وجه الاستثمارات الخاصة.
Rachid Zouaimia, Les autorités de régulation indépendantes, face aux exigences de la gouvernance, Belkeise édition, Alger octobre 2013, P09.

196- من أجل أن تفصل الدولة بين ذمتها المالية وذمة الشركة أنشأت ما يعرف بصناديق المساهمة بموجب قانون 03/38 مؤرخ في 12/01/88، و التي تلعب دور الوسيط بين الدولة كإلحة لرؤوس الاموال المنقولة والمؤسسات العمومية الاقتصادية المستثمرة لهذه الاموال، وهي مؤسسات عمومية اقتصادية خاضعة للقانون التجاري.

197- قمار خديجة ، مرجع سابق. ص. 20 .

198- الطيب داودي، ماني عبد الحق ، تقييم اعادة هيكلة المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، فيفري سنة 2008. ص. 141 .

199- الطيب داودي، ماني عبد الحق ، مرجع سابق ص 136.

ولقد تم بموجب هذا المبدأ تحويل المديرية العامة من العاصمة لإعادة تركيزها في مناطق جغرافية قريبة لوحدات الإنتاج، وهذا لتدعيم اللامركزية. كما اعتمدت عملية إعادة الهيكلة على التنسيق بين مختلف هذه الوحدات، والوظائف داخل المؤسسة الواحدة وبين الوحدات الاقتصادية وبين المؤسسات الأخرى، وذلك على أساس ما كان منتظرا من عملية إعادة الهيكلة والتي من أهم أهدافها كان تقييم الشركات الجزائرية بحيث تكون الأهداف المسطرة لهذه المؤسسات غير متناقضة.

ثالثا: التخصص في الإنتاج:

بعد ما كانت بعض المؤسسات تنتج العديد من السلع في آن واحد ظهرت فكرة قيام المؤسسة بإنتاج منتجات متجانسة حسب طبيعة النشاط، وذلك بتقليص عدد منتجات المؤسسات ومنحها لمؤسسات جديدة انشأت لهذا الغرض، لتمتص بذلك جزء من اختصاصات المؤسسة، فاعتمدت مثلا عملية إعادة هيكلة قطاع النسيج على تخصيص كل فرع من فروع الشركة الوطنية للنسيج بنشاط معين تمارس فيه عملية صناعية خاصة ومتجانسة، فأنشئت أربعة مؤسسات هي: الشركة الوطنية للصناعات النسيجية (sonitex) والصوف (Elatex) والحريز (soitex) والنسيج الصناعي (Inditex)، وصناعة الملابس والبياض²⁰⁰ Ecotex.

وألزمت كل مؤسسة على التكفل بمهمة واحدة، اما الإنتاج أو الاستيراد أو التجارة أو الانجاز أو تقديم الخدمات²⁰¹. وهكذا أصبحت كل مؤسسة تمارس وظيفة اقتصادية مستقلة تسهل عملية تسيير المؤسسة.

رابعا: التطهير المالي للمؤسسة:

انطلق التطهير المالي مع بداية الإصلاحات الاقتصادية لسنة 1988 لتدعيم استقلالية المؤسسة العمومية، واستمر مع برنامج التعديل الهيكلي وخصوصة المؤسسة العمومية²⁰².

200- كذلك مس هذا التفرع المتخصص مجال الصناعات الميكانيكية، فتفرعت الشركة الوطنية للصناعات الميكانيكية سوناكوم (sonacom) الى عتاد فلاحي، وعتاد الأشغال العمومية وعتاد الآلات الصناعية. كذلك الأمر في مجال المحروقات، حيث تم انشاء العديد من الشركات لمساعدة سونطراك، منها المؤسسة الوطنية لتوزيع المنتجات البترولية NAFTAL، والمؤسسة الوطنية لتكرير المنتجات البترولية NEFTEC كذلك المؤسسة الوطنية للبلستيك و المطاط ENPC والمؤسسة الوطنية للأسمدة ASMIDA، والمؤسسة الوطنية لخدمات الآبار ENSP كذلك جزئت شركة SNS الى 14 مؤسسة، وشركة SONATRO الى 06 مؤسسات.

201- بحيث تفرعت عن الشركة الوطنية للصناعات النسيجية (sonitex) مؤسسة لتوزيع وتسويق النسيج وهي (distritex)، والتي جسدت من خلالها عملية الفصل بين الإنتاج والتوزيع، قار خديجة، مرجع سابق، ص 22.

202- بن نعمان جمال، مرجع سابق، ص 128.

وقد تضمن مجموعة من الاجراءات تهدف إلى اعطاء المؤسسة هيكل مالي متوازن، عن طريق اعادة تكوين رأسها الاجتماعي وبناء رأس مال العامل المناسب لتحضيرها لدخول اقتصاد السوق باعتمادها على مواردها الذاتية لتحقيق المردودية والاستمرار في وجودها .

ويرجع مبدأ التطهير المالي إلى تكون ضغوطات مالية على المؤسسات بسبب التدخلات المستمرة للدولة التي تقوم بتحديد الأسعار دون أن تراعي أسعار التكلفة الحقيقية للمنتوج، بالإضافة إلى ما تفرضه من ضرائب على المؤسسات باعتبارها الممول الأساسي للخزينة .

ان لجوء المؤسسات للقروض لتغطية عجزها زاد من حاجتها الماسة للتمويل بسبب عدم قدرتها على تسديد تلك القروض ما جعلها تقترض مرة ثانية لتسديدها، وهو الأمر الذي أدخلها في دائرة مغلقة من الديون .

وعليه فإن اعادة الهيكلة المالية هي مجموعة من الاجراءات التي تهدف إلى تحسين الهيكل المالي للمؤسسة العمومية، وذلك قصد تمكينها من التكيف مع وضعها الجديد²⁰³، كما يمكن تعريفها بأنها تطهير مالي من خلال مجموعة من الاجراءات التي ترمي إلى معالجة مديونية المؤسسات العمومية اتجاه البنوك والخزينة العامة، عن طريق مسح هذه الديون أو تجميد جزء منها²⁰⁴ وهو ما يجعل هذه العملية تنصب على اعادة هيكلة الديون من حيث مدتها وطريقة تسديدها وليس من حيث قيمتها .

وتمت مباشرة هذه العملية من خلال قيام الخزينة العمومية بشراء الديون التي تحوزها البنوك على المؤسسات العمومية²⁰⁵، كما تم تحويل وتعيين بنك الجزائر للتنمية الى مخصصات نهائية أو تجميدها في قيم منقولة طويلة أو متوسطة الأجل.

كما أقر قانون المالية لسنة 1970²⁰⁶ منع المؤسسات من القيام بالتمويل الذاتي، أي منعها من تمويل نفسها عن طريق استخدام السيولة²⁰⁷. وأكدت المادة 12 منه على أن الاعانات المالية للمؤسسات العمومية ذات الطابع

203- قمار خديجة ، مرجع سابق، ص 25.

204- بن نعمان جمال ، مرجع أعلاه، ص 128.

205- مرسوم تنفيذي رقم 74/91 مؤرخ في 16 مارس 1991 يحدد شروط شراء الخزينة ديون المؤسسات العمومية المستحقة للبنوك والمؤسسات المالية ج.ر.ع 12 مؤرخ في 20 مارس 1991، حيث أن المادة 04 منه نصت على أن مبلغ الديون موضوع الشراء و كفيات التنازل عنها يكون بموجب اتفاقية تبرم بين الخزينة والبنك والمؤسسة المالية المحيلة .

206- أمر رقم 107/69 مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1969 يتضمن قانون المالية لسنة 1970 ج.ر.ع 110 مؤرخ في 31 ديسمبر 1969.

207- حيث نصت المادة 16 من أمر 107/69 المذكور أعلاه على "يخضع كل تمويل من أصل خارجي على شكل قرض من كل نوع حتما الى رخصة مسبقة من طرف وزير الدولة المكلف بالمالية والتخطيط ."

الصناعي والتجاري تدفع دون شرط بواسطة دفعات تتم كل ثلاثة أشهر. أما الدفعتان الأخيرتان لا يمكن أن تؤديا إلا بعد المصادقة المشتركة على الميزانية وجدول المرتبات من قبل وزير الوصاية ووزير الدولة المكلف بالمالية والتخطيط²⁰⁸. وقد تم تدعيم تلك الاجراءات بإحداث صندوق خاص، أطلق عليه "صندوق تطهير المؤسسات العمومية"²⁰⁹. ورغم الظروف الصعبة التي طبق فيها التطهير المالي، بسبب ضخامة العجز المالي²¹⁰ الذي تشكو منه المؤسسات العمومية وقلة الامكانيات المالية للدولة بسبب انخفاض أسعار البترول واصلت الدولة توفير الأموال الضرورية لعملية التطهير المالي، رغم أن هذه العملية أصبحت فارغة من مضمونها بسبب مواصلة المؤسسات تحقيق العجز سنويا، مما أدى إلى إعادة النظر في عملية التطهير لتشمل مخطط شامل لتقييم المؤسسة العمومية الاقتصادية والمتمثل في برنامج التصحيح الداخلي الذي أوكل الى المؤسسات القابضة²¹¹ HOLDING من أجل تهيئتها للخصوصية²¹² ثم الشراكة.

الفرع الثاني

تقييم وتكييف إعادة الهيكلة

بعد هذا العرض لعملية إعادة الهيكلة يمكن تقديم تعريف لها باعتبارها عملية تنظيم العلاقات الداخلية والخارجية المتعلقة بالتسيير الإداري والمالي بين المتدخلين في عمليات النشاطات الاقتصادية (دولة - وصاية - مؤسسة وعمال) وبناء على ما سبق تبين أن عملية إعادة الهيكلة شملت مجموعة من الاجراءات الهادفة للإصلاح المؤسساتي، غير أن هذه الإصلاحات الهيكلية وحسب جل الأكاديمين المهتمين بهذه العملية يؤكدوا فشلها²¹³، لأنها لم تحقق

208- كما للوزير المكلف بالمالية سلطة تحديد مبلغ الديون التي يمكن شراؤها وشروط اصدار سندات والتزامات المساهمة وكذا منح ترخيص اللجوء للتمويل الخارجي. كما تم اخضاع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا الشركات الوطنية الى مخطط محاسبة نموذجي. الى غير ذلك من اجراءات التطهير والمساعدة المالية لاسيما المنصوص عليها بموجب المرسوم التنفيذي 174/91 السالف الذكر.

209- مرسوم تنفيذي رقم 75/91 مؤرخ في 16 مارس سنة 1991 يحدد كفيات سير حساب التخصيص الخاص رقم 063-302 الذي عنوانه " صندوق تطهير المؤسسات العمومية " ج.ر.ع 12 مؤرخ في 20 مارس 1991

210- حيث ارتفعت المبالغ التي خصصتها الدولة لتطهير هذه المؤسسات من 17 مليار دينار جزائري سنة 1992 الى 195,8 مليار دينار سنة 1997.

211- حيث تم تحويل جميع اموال الدولة التي كانت تحوزها صناديق المساهمة الى الشركة القابضة العمومية استنادا لنص المادة 27 من 25/95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995، و التي نصت على " تحول إلى الشركات القابضة العمومية، الأسهم و المساهمات و السندات و القيم المنقولة الأخرى التي تحوزها صناديق المساهمة لحساب الدولة، و الحقوق المرتبطة بذلك و كذا أصولها..... تحمل الشركات القابضة العمومية محل صناديق المساهمة في الحقوق و الواجبات...".

212- بن نعمان جمال ، مرجع سابق، ص 129.

213- بن نعمان جمال ، مرجع سابق، ص 129، الطيب داودي، ماني عبد الحق ،مرجع سابق، ص 140، قمار خديجة ،مرجع سابق، ص 26، واضح رشيد ، مرجع سابق ص 87.

الأهداف المرجوة، ولم تحل المشاكل التنظيمية نتيجة لعدم التحكم في تقنيات التسيير والتنظيم على مستوى وظائف المؤسسة، بحيث بقيت المؤسسة أداة في يد الدولة لتطبيق السياسات الاقتصادية في إطار ايدولوجي، لأنها لا تملك حق اتخاذ القرار وتوضع تحت الوصاية²¹⁴ غير أن التمعن في مرحلة اعادة الهيكلة يقودنا إلى القول عكس ذلك أي أن اعادة الهيكلة لم تكن مرحلة فاشلة على اطلاقها .

بداية لا يمكن الحكم على مرحلة لم تنتهي بعد، فعملية اعادة الهيكلة لم تتوقف لغاية اليوم، وهي تبعد اجراءات جديدة تظهر من خلالها، كمحاولة فتح باب مشاركة رأس المال الخاص و الأجنبي في المؤسسات، لذلك لا يمكن حسب نظرنا تقييم عمل لم ينتهي بعد²¹⁵ هذا من جهة، و من جهة ثانية فإن عملية اعادة الهيكلة سمحت للدولة بالحصول على خبرة في مجال التسيير، وأعطت فرصة لليد العاملة الوطنية حتى تصبح يد عاملة فنية وتقنية، تستطيع مستقبلا تجنب أخطاء قد سبق الوقوع فيها²¹⁶ .

لقد مكنت عملية اعادة الهيكلة الدولة من معرفة وتحديد دورها في تنظيم النشاط الاقتصادي، كما بدأت تحدد أشكال استثماراتها بصورة بعيدة عن الهيمنة على السوق الاستثمائي و متنازلة نوعا ما عن سلطاتها عند قيامها بالعمليات الاستثمارية، ما انتج فكرة استقلالية المؤسسات وخصصتها و فتحها في وجه الشراكة الأجنبية. غير أن هذه النتائج قد تطرح مشكل تكييف عملية اعادة الهيكلة، هل هي استثمار كما نصت عليه المادة 02 من أمر 03/01 ؟ واذا كانت كذلك ما نوع هذا الاستثمار؟

أولا: النتائج المحققة من خلال عملية اعادة الهيكلة:

رغم استمرار عملية الاصلاح الاقتصادي من خلال برنامج المخطط الخماسي 2010-2014 لدعم النمو الاقتصادي، فإن عمليات اعادة الهيكلة المنجزة في المرحلة السابقة قد حققت نتيجتين هامتين هما:

214- يمارس الوزير السلطة الوصائية le pouvoir de tutelle، وهي سلطة تمارس على الهيئات اللامركزية، تتمثل في اجراءات الرقابة على أجهزة وأعمال اللامركزية، و ينظم تركيب الوزارات المرسوم التنفيذي رقم 188/90 المؤرخ في 23 جوان 1990، الذي يحدد هياكل الادارة المركزية وأجهزتها في الوزارات ج.ر.ع 26 مؤرخ في جوان 1990 .

215- ان عملية اعادة الهيكلة لم تكتمل بعد ، حيث توقفت عند مرحلة تفكيك نشاط المؤسسة فقط، لأنها عملية تستوجب وضع خطط وبرامج على المدى الطويل لكل مؤسسة كعلاج لها و يتم ذلك بعد القيام بتحليل دقيق للأزمة التي كانت تتخبط فيها المؤسسة المعنية، هدى عيسى بن صالح ، ملاحظ هيكلة المؤسسة الشبكية، مجلة الباحث، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، العدد 03، ورقلة 2005، ص 09 .

216- ساهمت عملية اعادة الهيكلة في زيادة اجمالي الناتج الوطني الذي حقق زيادة تقدر 2,4% سنة 1981 و 4,3 سنة 1983، حيث بلغ عدد المؤسسات المهيكلية في سنة 1985 حوالي 610 مؤسسة ليصل العدد سنة 1986 الى 1270 مؤسسة. قمار خديجة، مرجع سابق، ص 27.

1. استقلالية المؤسسات العمومية الاقتصادية وتغيير المفاهيم :

حيث أخضعت لأحكام القانون التجاري من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات الوطنية 01/88، متخذة شكل شركات أموال (مساهمة أو مسؤولية محدودة) تملك شخصية معنوية واستقلال مالي. وأصبحت المؤسسة تقدر انتاجها وفقا للتكلفة الحقيقية للإنتاج بدلا من السعر المدعم والمحدد من قبل الدولة²¹⁷ والذي كان في غالب الأحيان لا يقدر التكلفة الحقيقية للإنتاج. كما أصبحت المؤسسة تملك الحق في التوظيف، وفقا لاحتياجاتها فقط، دون أن تضطر للاحتفاظ بعمال لا حاجة لها بهم. وأصبح المسيرين يخضعون للمسؤولية عن الأخطاء التي يرتكبونها أثناء تسييرهم للمؤسسة استنادا لنص المادة 578 والمادة 663 و المادة 673 من القانون التجاري .

كما تنوعت طرق انشائها، اذ يمكن أن تنشأ بناء على قرار من الحكومة، أو بناء على قرار كل جهاز مؤهل لذلك، أو بناء على قرارات مشتركة صادرة عن مؤسسات عمومية اقتصادية أخرى²¹⁸ بما لها من اختصاص في أخذ مساهمات في مؤسسات عمومية اقتصادية أخرى، مع ملاحظة أنه في ظل الوضع القانوني الجديد للنشاط الخاص الأجنبي، حظي هذا الأخير بتوسع كبير وأصبح له وجود فعلي معترف به ، يتساوى من حيث الحجم و الكيف مع نشاطات المؤسسة العمومية الاقتصادية و بالتالي لا يمكن اعتباره نشاط مكمل لنشاط القطاع العمومي.

2. توقف الدولة عن تحمل خسارة المؤسسات العمومية :

خرجت الدولة من الدائرة المفرغة التي تقوم من خلالها بسداد ديون مؤسساتها المفلسة في كل مرة، من خلال منح المؤسسة الشخصية المعنوية، ومنها الذمة المالية المستقلة²¹⁹، بحيث أصبحت المؤسسات كيان قانوني مستقل عن كيان الدولة التي لم تعد راغبة في ضمان عجزه، وهو الأمر الذي جعلها تضع ميكانيزمات تحد من ضمانها لرؤوس أموال المؤسسات، بحيث أخضعت المؤسسات التي تتكبد خسارة في رأس مالها الى نظام الافلاس الوارد في القانون

217- قانون 12/89 مؤرخ في 05 جويلية 1989 المتعلق بالاسعار ج.ر.ع. 29، مؤرخ في 19 يوليو 1989.

218- يخضع إنشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية لنظام قانوني مختلط، فهو يشمل أحكام القانون التجاري، و أحكام القانون الاداري، لذلك فإن مراحل انشائها لا تشمل فقط أحكام انشاء شركة المساهمة المنصوص عليها بموجب المواد 592-609 من القانون التجاري، بل يجب أيضا صدور قرار الانشاء الذي يعتبر قرارا اداريا، يتجسد من خلال التصرف التنفيذي الفردي الصادر عن جهة ادارية مختصة لإنشاء آثار قانونية، و تتمثل الأجهزة المختصة بإصدار قرار الإنشاء من عدة هيئات أو سلطات كما يمكن انشائها بموجب اتفاقية دولية، و استنادا لنص المادة 14 من قانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ، فإن قرار الإنشاء يصدر من قبل الحكومة بموجب مراسيم تنفيذية يصدرها رئيس الحكومة عندما يتعلق الأمر على الخصوص بتطوير أنشطة أولوية أو فروع جديدة ذات أهمية إستراتيجية، كما كان قرار الإنشاء يصدر من قبل الأجهزة التابعة لصناديق المساهمة قبل ان يتم إلغاء نظام صناديق المساهمة. كما قد تنشأ بموجب قرارات الجمعيات العامة الاستثنائية بالمؤسسات. قمار خديجة، مرجع سابق، ص 95.

219- تخلت الدولة عن تحمل أعباء وديون المؤسسة العمومية الاقتصادية ، و بالمقابل لا تتحمل هذه المؤسسات العمومية إلتزامات الدولة إستنادا لنص المادة 08 من قانون 01/88 يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية من مذکور سابقا.

التجاري²²⁰، بعد ما كانت المؤسسات الاشتراكية سابقا لا تخضع له بحكم نص المادة 05 من أمر 74/71. وهكذا فإن الدولة أقرت نظام الافلاس لحماية رؤوس أموالها المستثمرة في هذه المؤسسات، كما أنها احتفظت بحقها في التدخل لإنقاذ هذه الأخيرة عن طريق الخوصصة كحل ثاني لهذه المشكلة .

ان ادراك الدولة لوظيفتها في مجال الاستثمار يعد إنجازا مهما بالنسبة لعملية إعادة الهيكلة، حيث أن دورها من سلطة متدخلة²²¹ بدأ يتراجع، وأخذت تفسح المجال للرأس المال الخاص لمساعدتها على النهوض بالاقتصاد من جديد، غير أن هذا الانسحاب كان حذرا، جسد مخاوفها من عملية التحرير المطلق للتجارة والصناعة .

ثانيا: تكييف عملية إعادة الهيكلة:

اعتبر أمر 03/01 صراحة عملية إعادة الهيكلة استثمرا، مرت به أغلب المؤسسات الوطنية²²². غير أن ملكية الدولة لرأس مال هذه المؤسسات تجعلها مستثمرا يباشر أعماله من خلال هذه الأخيرة، وهو المركز القانوني الذي انقلب من خلال منح الاستقلالية لهذه المؤسسات، فأصبحت المؤسسة هي المستثمرة و في المقابل أصبحت الدولة مجرد شريك في هذه الأخيرة بالأغلبية، كما مكنت هذه العملية الاستثمارات الأجنبية من اقتسام الملكية من خلال امكانية تملكها لجزء من المؤسسة.

220- وهو ما نصت عليه المادة 217 من المرسوم التشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 1993/04/25، و التي نصت على أنه " تخضع الشركات ذات أموال عمومية كليا أو جزئيا لأحكام الباب المتعلق بالافلاس والتسوية القضائية " غير أن هذا الخوض مقيد بعدم تدخل السلطة، حسب الفقرة 03 من نص المادة 217، والتي يجوز لها اتخاذ تدابير تسديد مستحقات الدائنين، و يترتب عن هذه التدابير قفل الاجراء الجاري طبقا لأحكام المادة 357 من القانون التجاري .

221 - Rachid Zouaimia ,l'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie ,RA.S.J.E.P ,n°1,mars 1990 ,Alger .P 107.

222- يجسد المخبر المركزي للأشغال العمومية مثال حي عن تطور مراحل إعادة الهيكلة جميعها، بحيث أن انشاء مخبر متخصصة في مجال الاشغال العمومية كان منذ فترة الاستعمار. و قبل سنة 1962 كانت هذه المخبر مكونة من مقاطعتين جهويتين، واحدة متخصصة في الجسور والطرق، وأخرى عبارة عن مخبر تجريبي للبناء و الاشغال العمومية . وفي سنة 1963 تم دمج هذين المخبرين، ما أنتج المخبر الوطني للأشغال العمومية والبناء، و بعدها سنة 1968 من خلال قانون التأميم بدأت عملية التأميم التدريجي المتطور لتسيير و تأطير هذه المؤسسات لغاية 1983 أين قسمت عملية إعادة الهيكلة هذه المخبر الى أربعة مخبر جهوية، مخبر الأشغال العمومية المركزي ومخبر الشرق، الغرب والجنوب، رائد المخبر الوطني للأشغال العمومية .وبحلول سنة 1989، بناء على قانون استقلال المؤسسات العمومية الاقتصادية 01/88 أصبحت هذه المخبر في شكل مؤسسة عمومية اقتصادية في شكل شركة مساهمة، و أخيرا تحويل المخبر الوطني للأشغال العمومية سنة 1998 سمحت بإنشاء تجمع المخبر المركزي للأشغال العمومية مكون من شركة أم "LCTP" و ثلاثة شركات فروع، هي مخبر الشرق، والغرب والجنوب .

جسدت مرحلة اعادة الهيكلة تكريسا صريحا لاحتكار الدولة للتجارة الخارجية في تلك المرحلة²²³ واستحوادها على نشاطات اقتصادية خصصت لها صراحة بموجب القانون²²⁴، كما تبقى أسلوبا تمارس من خلاله الدولة استثماراتها بطريقة غير مباشرة، بحيث أصبحت المؤسسة العمومية هي المستثمرة في نظر القانون، وأداة ممارسة الدولة لاستثماراتها. لقد أدى هذا الوضع إلى بروز نظام قانوني جديد خاص بهذه الاستثمارات، فلا هي استثمارات عمومية بسبب اخضاعها لأحكام القانون التجاري من حيث نظامها القانوني وشخصيتها المعنوية، ولا هي استثمارات خاصة، نظرا للملكية رأسها، وسيطرة الدولة على أجهزتها الادارية التنظيمية، وكذا هياكل التسيير داخل الشركة، مما يجعل قراراتها في يد الدولة وهو الأمر الذي يخلط القواعد القانونية بين شكل الاستثمار العمومي والخاص مشكلا نظاما قانونيا مختلطا.

ان بناء نظام قانوني مناسب لتنظيم القطاع الاقتصادي المشترك مع الاستثمار الأجنبي في الجزائر يجب أن ينطلق من مبدأ رئيسي يتمثل في توحيد القواعد القانونية التي تنظم ادارة وتسيير هذا القطاع من جهة وتصرفاته من جهة أخرى في فرع قانوني مستقل بمبادئه وأساسه عن تلك المبادئ والأسس التي يرتكز عليها القانون الخاص والقانون العام في النظرية التقليدية التي عرفت هذا التقسيم الثنائي للقانون²²⁵.

ان اعتبار عملية اعادة الهيكلة استثمارا، يضيف مفهوما جديدا للاستثمار. الذي لم يعد يتمثل في النشاط المنتج للسلع والخدمات فقط، وانما اصبح أيضا يشمل عملية تنظيم وتوجيه ودعم النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذا عمليات اصلاح الأجهزة القائمة بتسييرها.

وعليه فإن عملية اعادة الهيكلة وفقا لنص المادة 02 من أمر 03/01 تكييف على أنها استثمار، يدرج ضمن فئة الاستثمارات العمومية أو استثمارات الدولة، يهدف إلى اعادة تنظيم وتمويل الانشطة الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات التابعة للدولة أو لأحد فروعها أو مؤسساتها العمومية الاقتصادية، ولا يزال هذا الأسلوب الاستثماري لغاية اليوم مدعم من قبل الدولة، من خلال تخصيصات مالية تندرج ضمن المخططات الخماسية، وهو ما ترجمه مثلا نص

223- مارست الدولة احتكارها للتجارة الخارجية بموجب قانون 29/88 مؤرخ في 19 يوليو سنة 1988 يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية ج.ر.ع 29 مؤرخ في 20 يوليو 1988 .

224- وهو ما كانت تنص عليه المادة 01 من قانون الاستثمار لسنة 1993 من خلال المرسوم التشريعي 12/93، والتي كانت تمنح للدولة أو لأحد فروعها تخصيصا صريحا لمجالات معينة من الاستثمار، ورغم أن أمر 03/01 قد ألغى هذا التخصيص صراحة، إلا أنه ترك عملية اعادة الهيكلة التي تختص بها الدولة فيما يخص استثماراتها العمومية .

المادة 70 من قانون 09/09 المتضمن قانون المالية لسنة 2010²²⁶، والتي منحت من خلالها الخزينة العمومية حساب تخصيص للاستثمارات العمومية لبرنامج دعم النمو الاقتصادي 2010/2014 . وعلى ضوء ما سبق فإن عملية إعادة الهيكلة تكيف على أنها مزج النظام الرأسمالي بالاشتراكي من الناحية الاقتصادية، ومزج القانون العام بالقانون الخاص من الناحية القانونية وتمهيد للمزج بين الاستثمار الأجنبي مع الشريك الوطني العمومي، الأمر الذي سبب وجود هذا النظام الواسطي غير المعروفة قواعده، ما أدى بالنتيجة إلى عدم استقرار النظام الاقتصادي ككل. وتذبذب النظام القانوني نتيجة لذلك.

المطلب الثالث

المساهمات النقدية والعينية

يشكل هذا الأسلوب مفهوماً آخر للاستثمار باعتباره يجسد شكل الاستثمار غير المباشر، الذي يقتصر دور المستثمر فيه على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة لتقوم بهذا الاستثمار دون أن يكون المستثمر موجوداً، أي أنه نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم إدارة المشروع الاستثماري²²⁷، والتي تتجسد صوره في معاملات سوق رأس المال، حيث يسبب عدم ازدهارها وتطورها في البلدان النامية عاقبة كبيرة لحرية تداول الأوراق المالية التي انتجت عدم ثقة المستثمرين في حكومات الدول النامية من حيث قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية وتحويل عائدات ملكية الأوراق المالية، ما رتب بالضرورة تغير صورة الاستثمارات غير المباشرة لصالح الاستثمارات المباشرة، وطغيان هذا النوع من الاستثمار على حساب الاستثمار غير المباشر.

ويعتبر أسلوب المساهمة المالية في إطار أمر 03/01 ضيقاً من جهة، وواسعاً من جهة أخرى. فهو يضيق حين يحصر مجال مساهمة الأموال في رأس المال أو شراء سندات الدين العام والخاص فقط، أي دون باقي القيم المنقولة الأخرى. أما اتساعه فكان من خلال عدم تحديده لشكل ووضع الشخص الذي يمكنه المساهمة²²⁸، هل هو الدولة أو أحد مؤسساتها، أم أنه كل شخص معنوي أو طبيعي وطني و/أو أجنبي؟

كما يلاحظ على الفقرة 02 من نص المادة 02 حصرها لنوع المساهمة في الحصص النقدية والعينية دون أن تشير إلى الحصص من "عمل" وهو ما يجعل الدولة تتناقض في تحديد احتياجاتها من الاستثمارات الأجنبية، فهي في الوقت

226- قانون 09/09 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010 ج.ر.ع 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2009 .

227- صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 47.

228- يوسف محمد، مرجع سابق، ص 27.

الذي تنشأ فيه حصولها على التكنولوجيا من هذه الأخيرة، فإنها تقوم باستثناء المساهمة بخصم من "عمل"، وهو العمل الفني الناقل للتكنولوجيا المرغوب فيها. كما أنها بذلك تحصر نوع المؤسسة التي يمكن المساهمة فيها، في شركات الاموال فقط دون شركات الاشخاص، ذلك أن الحصة الممكنة المساهمة بها في هذه الشركة يشترط فيها أن تكون حصة من مال، سواء أموال نقدية أو عينية .

ويعرف المال في الفقه القانوني على أنه كل ما له قيمة ويمكن حيازته والانتفاع به، وهو كل ما يتوفر فيه شروط ثلاثة، أن يكون له قيمة، وأن تكون حيازته ممكنة وأن يكون ما ينتفع به سواء كان مملوكا بالفعل أو كان قابلا للتملك²²⁹. كما عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السهري المال " بأنه الحق الذي يرد على الشيء المادي"²³⁰، ووفقا لهذا التعريف فالمال يشمل عامة كل الأعيان والمنافع، والحقوق التي تقدر بقيمة مادية، كالعقار والمنقول، وحقوق المؤلف وحقوق التاجر في الاسم، والعلامات التجارية²³¹.

غير أن هذا التعريف الذي يشمل جميع أنواع الاموال، لا يمكن اسقاطه على نوع المال المحدد في نص المادة 02 من أمر 03/01، لأنها حددت نوع الاموال الممكنة المساهمة بها في الاموال المنقولة والعقارية. وبناء على ذلك سنحاول معرفة المال المستثمر الممكن المساهمة به في رأس مال المؤسسة والاشخاص الذين يمكنهم المساهمة، كما سنحاول تقييم هذا التطور الحاصل في مساهمات الدولة من جهة والمساهمات الخاصة من جهة أخرى.

الفرع الأول

حصر أنواع الاموال الممكنة المساهمة بها

لم يفرق المشرع الجزائري بين أنواع رأس المال المستثمر بالنظر لشخص القائم بالاستثمار كما فعلت بعض التشريعات الأخرى²³². غير أن تحديد المشرع لطبيعة المال المستثمر كان مقصورا على المساهمات النقدية والعينية. ويعتبر هذا التقسيم أقدم وأهم تقسيم للأموال عامة، بحيث عرفه القانون الروماني، والقانون المدني الفرنسي والعراقي

229- أحمد طلال عبد الحميد، النظام القانوني لأموال الدولة الخاصة، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، الاردن 2011، ص 25.

230- عبد الرزاق أحمد السهري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 08، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الاموال و قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، منشأة المعارف، الاسكندرية مصر 2004، ص 11 .

231- أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق، ص 29 .

232- فرق المشرع المصري بين ثلاثة أنواع من رأس المال، بحسب صاحب المال المستثمر، فهناك رأس المال المصري و رأس المال العربي، وهناك رأس المال الأجنبي. حسام الدين كامل الاهواني، المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري (سبل تشجيع الاستثمار و ازالة ما يعترضه من عقبات)، ورقة عمل، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات و البحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع، أكتوبر 1992، ص 05 .

والمصري²³³ مع فرق بسيط في استعمال نص المادة 02 لمصطلح أكثر تضيقاً لنوع الاموال المنقولة الممكن المساهمة بها وهي النقود، كما استبدل أمر 03/01 بالمقارنة مع سابقه المرسوم التشريعي 12/93 عبارة حصص من رأس المال بعبارة حصص نقدية²³⁴.

أولاً: المساهمات النقدية:

وهي اما أن تكون نقدا يحول عن طريق البنوك للإسهام مباشرة في مشروع أو التوسع فيه، أو للاكتتاب في أوراق مالية، واما الأرباح النقدية إذا استخدمت في زيادة رأس المال أو إقامة مشروع جديد²³⁵.
غير أن عملية الاكتتاب لا تكون عن طريق التقديرات النقدية فقط، بل يمكن أن تتم عن طريق شراء الاسهم، وهو ما نجده في تكوين رأس مال الشركة بصفة عامة²³⁶. كما أن المساهمات المالية في تشكيل رأس المال تدخل ضمن بند الاصول، الذي يرد ضمن ميزانية المؤسسات، والواجب الكشف عنه خلال إعدادها ضمن الكشوف المالية وهو ما يؤكد نظام رقم 04/09 المتضمن مخطط الحسابات البنكية والقواعد المحاسبية المطبقة على البنوك²³⁷، و يورد نظام رقم 05/09 المتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية²³⁸ المساهمات في فروع المؤسسات المشتركة أو الكيانات المشاركة ضمن البند الحادي عشر من الاصول، بحيث يشمل هذا البند سندات المساهمة في الفروع والمؤسسات المشتركة أو الكيانات المشاركة غير المملوكة التي لم تتم حيازتها ضمن الغرض الوحيد المتمثل في التنازل عنها في مستقبل قريب²³⁹. ويواصل الملحق 01 بنظام 05/09 تحديد مفهوم هذه المساهمات، باعتبارها سندات يقدر أن امتلاكها لمدة طويلة يفيد نشاط المؤسسات الخاضعة وتمكنها من ممارسة نفوذ معين على المؤسسة التي أصدرت هذه السندات، أو تمكنها من ممارسة رقابة عليها. و عليه فإن المساهمة في المؤسسة عامة تتم بواسطة القيم المنقولة بما فيها القيم

233- أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق. ص 44 .

234- محمد يوسف، مرجع سابق. ص 27 .

235 - حسام الدين كامل الاهواني، مرجع سابق، ص 5 .

236- أنظر المادة 03 من مرسوم تنفيذي رقم 56/08 مؤرخ في 11 فيفري 2008 يتعلق بشروط ممارسة نشاط الرأسمال الاستثمائي. ج.ر.ع 09 مؤرخ في 24 فيفري 2008 .

237- نظام 04/09 مؤرخ في 23 يوليو 2009 يتضمن مخطط الحسابات البنكية و القواعد المحاسبية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ع 76 مؤرخ في 29 ديسمبر 2009 .

238- نظام 05/09 مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 2009، يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك و المؤسسات المالية ج.ر.ع 76 مؤرخ في 29 ديسمبر 2009 .

239- البند 11 من الملحق رقم 01 : نموذج الميزانية للنظام رقم 05/09 المذكور أعلاه .

النقدية، غير أن أمر 03/01 بموجب نص المادة 02 منه قد قيد المساهمة بالنقود، فهل هذا التقيد يفيد إمكانية تمثيل هذه النقود بقيم منقولة، أم أنها حصر دقيق لأسلوب المساهمة في النقود دون سواها من القيم الأخرى.

يتفق الفقه والقانون في تقسيم الأموال إلى منقولات وعقارات، والمنقولات تنقسم بدورها إلى منقولات مادية ومعنوية، وهو ما لم يأخذ به قانون الاستثمار الذي ضيق من مجال الأموال الممكنة المساهمة فيها في نوع واحد من أنواع المنقولات وهي النقود. وقد يلجأ البعض إلى الرد على هذه الملاحظة باعتبار أن الشركة تصدر أسهما نقدية، وهو ما قصده أمر 03/01 بالمساهمات في رأس المال بحصة نقدية، غير أن هذا الأمر يزيد من حصر مجال المساهمات، فهي لا تشمل جميع القيم المنقولة التي تصدرها شركة المساهمة والتي تمكنها من الدخول بصورة مباشرة أو غير مباشرة في حق مديونية عامة على أموال الشركة²⁴⁰ مثلاً فهي تستثني سندات الدين، في حين أن الدولة من خلال سياستها الداعمة للمؤسسات العمومية قامت بمسح الديون المتراكمة على عاتق هذه الأخيرة تجاه البنوك من خلال استبدالها بالديون بسندات في ذمة الخزينة العمومية²⁴¹ والتي طهرتها فيما بعد .

والأسهم النقدية هي الأسهم التي يحصل عليها المساهم لقاء الحصة النقدية التي قدمها لتكوين رأسمال الشركة²⁴². وهي القاعدة العامة في الأسهم التي تصدرها شركة المساهمة، كما حدد القانون التجاري ثلاثة حالات اعتبرها أسهم نقدية نصت عليها المادة 715 مكرر 41 هي :

1. الأسهم التي تم وفائها عن طريق المقاصة .
2. الأسهم التي تصدر بعد ضمها إلى رأس المال الاحتياطي²⁴³، أو الأرباح أو علاوة الإصدار²⁴⁴.

240- تعرف المادة 715 مكرر 30 من المرسوم التشريعي 08/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 المتضمن تعديل القانون التجاري القيم المنقولة بأنها " سندات قابلة للتداول تصدرها شركات المساهمة وتكون مسعرة في البورصة أو يمكن أن تسعر، وتمنح حقوقاً ماثلة حسب الصنف وتسمح بالدخول بصورة مباشرة أو غير مباشرة في حصة معينة من رأسمال الشركة المصدرة أو حق مديونية عام على أموالها " .

241- تم فتح حساب تخصيص رقم 302/036 بعنوان تطهير المؤسسات العمومية المنشأ بموجب قانون المالية لسنة 1991، و يمول هذا الصندوق من تخصيصات الميزانية العامة للدولة وموارد الاقتراض، و توجه هذه الأخيرة لتكوين رأسمال المؤسسات العمومية لتطهيرها المالي وشراء ديونها. و حدد سيره بموجب المرسوم التنفيذي 95/91 مؤرخ في 16 مارس 1991 .

242- فوزي محمد سامي، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، الطبعة الخامسة، الأردن سنة 2010، ص 291 .

243- رأس المال الاحتياطي هو اقتطاع سنوي لجزء من الأرباح الصافية باسم احتياطي اختياري، يمكن استعماله في زيادة رأسمال المؤسسة .

244- و تتم من خلال إصدار أسهم بقيمة أعلى من قيمتها الاسمية و يسمى الفرق بين القيمة الاسمية للسهم و القيمة التي صدر بها ب "علاوة الإصدار" وهي تفرض لتحقيق التوازن بين المساهمين القدامى والجديد، بهدف تعويض المساهمين القدامى عن اشتراك المساهمين الجدد في الاحتياطات و الأرباح غير الموزعة والتي تم تحقيقها قبل إصدار أسهم زيادة رأس المال. للزيادة من التفصيل أنظر أيت ملود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائي. رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري. تيزي وزو (ب.س.ن) .

3. الأسهم التي يتكون مبلغها في جزء منه نتيجة ضمه في الاحتياطات أو الفوائد أو علاوات الاصدار وفي جزء منه عن طريق الوفاء نقدا. ويجب الوفاء بها كاملة عند الاكتتاب على خلاف البقية التي يتم الوفاء بربعها فقط عند الاكتتاب حسب نص المادة 596 من القانون التجاري.

ثانيا: المساهمات العينية:

تدخل المساهمات العينية ضمن طائفة الاموال العقارية وهو التقسيم الأكثر انتشارا بحيث أخذت به كل من التشريعات المصرية، الاردنية، الفرنسية، العراقية²⁴⁵، وكذا المشرع الجزائري بموجب نص المادة 683 من القانون المدني²⁴⁶. وتشمل الاموال العينية الآلات والمعدات ووسائل النقل، والمواد الأولية والمستلزمات السلعية المستوردة من الخارج لأغراض الاستثمار²⁴⁷، بحيث تعد هذه الاموال من متطلبات المشروع سواء لانجازه أو لاستغلاله، لذلك يشترط في هذه الاموال العينية أن تكون لازمة لإنتاجه أو إنشائه أو تكوينه أو لازمة لإدارته أو صيانته²⁴⁸.

ولم يشترط نص المادة 02 من أمر 03/01 في المساهمات العينية أي شروط، سواء المتعلقة منها بمصدر هذه المساهمات هل هي مساهمات من رؤوس أموال محلية أم أنها مساهمات أجنبية، أو انها ذات طبيعة عينية. وتتجسد بصورة أقرب المساهمات العينية الاجنبية في شكل العقارات بالتخصيص، نظرا لإمكانية نقلها واستفادة المشروع الاستثماري منها، ونظرا للإجراءات التي يتم بها تقدير المساهمات العينية كحصة والتي تشكل ضمانا يمنح المستثمر امكانية المساهمة بهذه الحصة على اختلاف أنواعها .

لكن ما الذي يقصده المشرع من خلال نص المادة 02 بالمساهمات العينية ؟ هل هي الأسهم العينية الواردة في الفقرة الأخيرة من نص المادة 715 مكرر من القانون التجاري؟ أم أنها تحوي مفهوما اوسع من ذلك؟

تعتبر الأسهم العينية كل الحصص التي لم يتم الوفاء بها نقدا أو عن طريق علاوة الاصدار، والتي لا تدخل في تكوين رأس المال الاحتياطي وهي التي يحصل عليها المساهم لقاء تقديمه مالا غير النقود، ويتم تقدير الحصة العينية نقدا من طرف خبير مندوب للحصص العينية بقرار قضائي بناء على طلب أحد المؤسسين أو جميعهم استنادا لنص المادة

245- أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق، ص 44، ص 45 .

246- تنص المادة 683 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها نص المادة 82 من القانون المدني المصري على " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول. غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص " .

247- منصور فرج السعيد، مرجع سابق. ص 273 .

248- كما عرفت الحصص العينية على أنها مال منقول أو غير منقول له قيمة مادية يمكن تقديرها بالنقد. مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات. دار الحامد، الطبعة الاولى، الاردن سنة 2008، ص 284 .

601 من القانون التجاري، وتصادق الجمعية العامة التأسيسية على تقدير الحصص العينية، ولا يجوز لها تخفيض قيمتها إلا بإجماع المكتتبين، وعند عدم الموافقة عن تقدير الحصص العينية تعد الشركة غير مؤسسة .
 واشترط أمر 03/01 أن تكون الاسهم عبارة عن أسهم تدخل في تكوين رأس المال وعليه فلا يمكن اعتبار هذه المساهمات أسهم تمتع لأن المادة 02 من أمر 03/01 تنص على المساهمة في رأسمال مؤسسة. وأسهم رأس المال هي الاسهم التي يتكون من مجموع قيمها رأسمال الشركة والتي لا يتسلم صاحبها قيمتها من الشركة طالما أن هذه الشركة مستمرة في نشاطها، وإنما يكون له نصيب في موجوداتها عند تصفيتها وحصته في الأرباح التي تحققها الشركة²⁴⁹.
 والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري لم ينص على أسهم رأس المال في القانون التجاري الجزائري، بل اكتفى بتعريف نقيضتها وهي أسهم التمتع²⁵⁰.

ويشمل نموذج إعداد الميزانية للبنوك والمؤسسات المالية الواردة بموجب نظام 05/09 المذكور سابقا على البند 12 الذي يختلف عن البند 13،14 من نفس النظام وهو ما يمنحنا تقسيما آخر للأموال يختلف تماما عن ذلك الوارد في أمر 03/01، وهو التقسيم الذي يعرفه الفقه القانوني من خلال تقسيمه الاموال إلى عقارية ومنقولة²⁵¹، أو أموال مادية وأموال معنوية²⁵².

إن الاموال العقارية الواردة في كشوف الميزانية الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية تشمل الاملاك العقارية من أراضي وبنائات أو جزء من البنائات المملوكة من طرف المؤسسة الخاضعة لتقاضي بدل الايجار و/أو تثمين رأس المال أو المملوكة لغرض الايجار، وتكون هذه العقارات الموظفة في رأسمال الشركة غير مستغلة في انتاج سلعة أو تقديم خدمة، أو لأغراض ادارية، أو مجهزة من أجل البيع في إطار النشاط العادي، أو المملوكة. غير أن البند 13 المتضمن رأس المال يؤكد فكرة المقصود بالمساهمات الواردة في نص المادة 02 من أمر 03/01 باعتبارها "أسهم"، بحيث يشمل هذا البند من الميزانية على القيمة الاسمية للأسهم والأوراق المالية الاخرى التي تكون رأس المال الاجتماعي .

249- فوزي محمد سامي ، مرجع سابق .ص 294 .

250- تعرف المادة 715 مكرر 45 من القانون التجاري أسهم التمتع بأنها "الاسهم التي تم تعويض مبلغها الاسمي إلى المساهم عن طريق الاستهلاك المخصص إما من الفوائد أو الاحتياطات، ويمثل هذا الاستهلاك دفعا مسبقا للمساهم عن حصته في تصفية الشركة في المستقبل".

251- أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق .ص 43.

252- منصور فرج السعيد ، مرجع سابق .ص 273، ص 274 .

ثالثاً: حصر نوع المساهمات يقصي أموال أخرى من المساهمة؛

إن ما جاء به نص المادة 02 فقرة 02 بشأن تحديد نوع المساهمات التي تدخل في رأس المال والتي تعتبر استثماراً، كان على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال لأن النص ترك صيغة العموم وجاء خاصاً. وإذا رجعنا إلى هذه الأموال حسب ما ورد في نص المادة المشار إليها اعلاه نجد بأن مضمونها أقل وأضيق من التصورات القانونية الواقعية للأموال²⁵³، فالمنقولات لا تشمل النقود فقط، في حين ان نص المادة حصر المساهمات في النقود وليس في المنقولات .

كما أن هذا الحصر قد أقصى الأموال المعنوية من اعتبارها مساهمات في رأس المال، مثل براءات الاختراع، والعلامات التجارية، والتراخيص والأسماء التجارية المسجلة والتصميمات الهندسية والتكنولوجية والتي تعد من أهم الأموال ذات الفائدة بالنسبة لموضوع الاستثمارات التكنولوجية الجديدة، والتي من خلالها يمكن تحقيق هدف نقل التكنولوجيا، فنحن لسنا بحاجة لنقود للمساهمة خاصة من الأجانب، بل نحن في حاجة لبراءات اختراعاتهم وتكنولوجياتهم التي يمكن لهم المساهمة بها. وعليه كان من الأفضل ترك المجال مفتوحاً ليشمل جميع الأموال المنقولة، خاصة منها المنقولات المعنوية التي تمثل التكنولوجيا المرغوب الوصول إليها من خلال اشراك الاستثمارات الأجنبية وهي أفضل بكثير من النقود.

كما أن نص المادة 02 فقرة 02 من أمر 03/01 قد أقصت الخبرة الفنية ولم تشر إليها كعنصر في رأس المال، ذلك أن الخبرة الفنية تمثل التزاماً بعمل ذو قيمة وجودة عالية يقدم بطريقة متطورة ومستمرة، وهي تشكل فئة الحصص من عمل، أي أنها تكون محلاً للحقوق المالية، وهي بهذا تصلح بأن تكون حصة في رأسمال الشركة²⁵⁴، يتم تقديرها نقداً بنفس طريقة تقدير الحصص العينية .

فالاستثمار بموجب أمر 03/01 لا يتضمن إلا الأموال بينما الخبرات والتكنولوجيا وغيرها²⁵⁵ مقصاة من المساهمة في رأسمال المؤسسة وهو ما يعد تضييقاً غير مبرر من قبل المشرع الذي طالما حلم بتكنولوجيا الجيل، علماً بأن ما جاءت به المادة 02 في هذا الشأن لا يتفق مع ما وصلت إليه تشريعات الاستثمار المعاصرة، والتي خرجت عن طريقة

253- فرج محمد السعيد ، مرجع أعلاه ، ص 282.

254- منصور فرج السعيد ، مرجع سابق . ص 282 .

255- فهناك العديد من الحصص مقصاة من تكوين مساهمة في رأسمال مؤسسه، كالحصص الصناعية، وحصص الاعتبار التجاري التي يقوم من خلالها المساهم بتقديم اسمه وسمعته للشركة لما يتمتع به من شهرة وثقة في الوسط الاستثمائي . فهذه الحصص يمكن تقدير قيمتها بالنقود، رغم أن الفقه اختلف في قبولها من عدم ذلك ويرجع السبب في أنه لا يمكن التنفيذ عليها و بالتالي لا تشكل ضماناً عاملاً للدائنين.

يراد حصر للأموال المساهم بها الى التوسيع والذكر على سبيل المثال كما فعل المشرع السعودي من خلال المرسوم الملكي رقم (م/4) لسنة 1399 هـ الموافق ل 1978 م والتي حددت رأس المال بطريقة التعداد مع اضافة عبارة "وما مائل ذلك من القيم" أي أن النص جاء على سبيل المثال لا الحصر، لذلك كان على المشرع الجزائري أن يتفادى المشاكل التي قد تحدث من جراء تضيق هذا النص من خلال وضع صياغة عامة شاملة لجميع أنواع الاموال والأصول المادية وغير المادية التي يتم استثمارها على اقليم الدولة .

الفرع الثاني

عدم تحديد طبيعة الشخص المساهم

لقد عرف الفقه تقسيما آخر للأموال لم يأخذ به قانون الاستثمار أمر 03/01، ما أنتج عدم التمييز بين الاشخاص المساهمة، ورتب بالضرورة عدم التمييز بين الاموال الخاصة الوطنية منها والأجنبية وبين الاموال العامة التي تعود ملكيتها للدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة، سواء كانت اقليمية أو مرفقيه . وعلى خلاف ما كان واردا في المرسوم التشريعي 12/93 الذي حدد طبيعة الشخص الذي يمكنه المساهمة²⁵⁶ فإن نص المادة 02 من أمر 03/01 في فقرتها 02 تجاوزت هذا الأمر ولم تشر إليه فاتحة المجال أمام كل أنواع الاشخاص القانونية، الطبيعية والمعنوية، الوطنية والأجنبية للمساهمة في رأسمال المؤسسة.

أولاً: الاموال الخاصة الأجنبية :

تتضمن هذه الأخيرة المساهمات التي يقدمها الشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي. ولم يشترط المشرع بموجب أمر 03/01 نوع الاموال الأجنبية الممكن المساهمة بها، هل هي ناتجة عن اعادة استثمار أرباح رأس المال الأجنبي المستثمر ومكاسبه؟ أم أنها الاموال المجلوبة من الخارج لأغراض الاستثمار؟ وإذا كان نص المادة 31 من أمر 03/01 يجيب عن الجزء الثاني من الاشكال المطروح من خلال تأكيده على إمكانية استيراد العملات المساهم بها من الخارج بواسطة عملة صعبة حرة التحويل، فإن الشطر الأول من الاشكال لم يجب عنه أمر 03/01 ليم التتبع اليه بموجب نصوص تنظيمية²⁵⁷ للنشاطات المالية الصادرة عن بنك الجزائر باعتباره مؤسسة عمومية وطنية تملك الدولة رأس مالها

256- كانت نص المادة 02 فقرة 01 من مرسوم تشريعي 12/93 تنص على " أن الاستثمارات تنجز في شكل حصص من رأسمال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي ."

257- كنظام 03/05 المؤرخ في 06 يونيو سنة 2005 يتعلق بالاستثمارات الاجنبية ج.ر.ع 53 المؤرخ في 31 يوليو 2005. من خلال نص المادة 02 منه .

كاملاً²⁵⁸، وهو ما يؤكد سيطرة القطاع العمومي على أسلوب المساهمات الخاصة الوطنية منها والأجنبية. والذي أجاب عن الشرط الأول من الأشكال من خلال نظام 01/09 الذي مكن المستثمرين من إمكانية إعادة استثمار أرباحهم وتمويلها من حسابات محلية، كما تكافأ الحسابات الأجنبية بالعملة الصعبة عن المبالغ التي تعيد توظيفها لمدة ثلاثة أشهر أو أكثر، غير أن نص المادة 07 من النظام المذكور أعلاه لم يحدد نوع المكافأة .

ويسمح للأشخاص الطبيعيين، والأشخاص المعنويين من جنسية أجنبية المقيمين أو غير المقيمين من المساهمة في رأسمال مؤسسة بطريقة مشروطة، ومقيدة بقيود إجرائية على الخصوص. فإضافة إلى عدم تجاوز نسبة المشاركة الأجنبية 49 % فإن التوظيف البنكي لحسابات هؤلاء الأجانب من أحد الشروط الأساسية لتمكينهم من تحويل أموالهم المساهم بها، والتي يجب أن يقوم بها البنك الوسيط المعتمد²⁵⁹.

ويرخص لكل أجنبي مقيم في الجزائر أن يحوز على وسائل دفع من أوراق نقدية، وصكوك، وسندات تجارية، وخطابات الاعتماد بالعملة الأجنبية القابلة للتحويل. غير أن تداول هذه الوسائل وإيداعها يكون دائماً لدى الوسيط المعتمدين²⁶⁰. كما أن الحسابات بالعملة الصعبة المفتوحة في الجزائر لكل شخص أجنبي معنوي أو وطبيعي مقيم وغير مقيم يجب أن تكون في وضعية دائنة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون في رصيد مدين، وذلك من أجل ضمان السيولة المالية من العملة الأجنبية، ويمكن لصاحب الحساب القيام بالتحويل لانجاز مشاريع، والقيام بأي عملية تسديد تتم في الجزائر، كما يمكن لهم القيام بأي تحويل نحو الخارج من هذه الحسابات استناداً لنص المادة 06 من نظام 01/09 المتعلق بحسابات العملة الصعبة للأجانب²⁶¹.

ورغم أن هذا النص قد سمح بتحويل الاموال الموجودة في حسابات وطنية إلى الخارج إلا أن نظام 01/07 المتعلق بقواعد المعاملات مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المذكور سابقاً يمنع الأشخاص المقيمين من تكوين ثروتهم وأموالهم وعقاراتهم انطلاقاً من نشاطهم في الجزائر ما عدا إذا تحصلوا على ترخيص من بنك الجزائر بتحويل

258- المادة 09 من أمر 11/03 المتعلق بالتقيد والقرض المعدل و المتمم .

259- يمكن الحصول على صفة الوسيط المعتمد لكل بنك أو مؤسسة مالية مرخصة، بعد حصولها على إعتاد الذي يسلمه محافظ بنك الجزائر، والوسطاء المعتمدون ملزمون بضمان إنجاز جميع عملياتهم على قدم المساواة .

260- لمزيد من التفاصيل حول الوسيط المعتمد أنظر نظام 01/07 مؤرخ في 03 فبراير سنة 2007 ، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة .ج.ر.ع 31 مؤرخ في 13 مايو 2007، لا سيما المواد من 11 إلى 17 .

261- نظام رقم 01/09 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الأجانب الطبيعيين من جنسية أجنبية المقيمين وغير المقيمين و الأشخاص المعنويين غير المقيمين .ج.ر.ع 25 مؤرخ في 29 أبريل سنة 2009، كما تجد الملاحظة إلى أن هذا النظام ألغى نظام 02/91 المؤرخ في 20 فبراير 1991، والذي كان ينظم هذه الحسابات الأجنبية سابقاً .

رؤوس أموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكتملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر وهو الاستثناء الوارد بموجب نص المادة 126 من أمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض .

والجدير بالملاحظة التناقض الحاصل بين نص المادة 06 من نظام 01/09، ونص المادة 08 من نظام 01/07 فبينما تمنح الأولى الحق لأصحاب الحسابات بالقيام بأي تحويل نحو الخارج دون شروط، تمنع الثانية تكوين موجودات نقدية على الأشخاص المقيمين انطلاقاً من نشاطهم في الجزائر، وهو ما يطرح السؤال عن حقيقة جدوى الاستثمار الأجنبي إذا لم يحقق أرباحاً ويكون موجودات يمكن له أن يحولها؟

ويعد ضمان تحويل إيرادات رأس المال المستثمر المنجز عن طريق مساهمات خارجية من أهم الضمانات التي يكرسها بنك الجزائر من خلال انظمته تطبيقاً لأمر 03/01 لا سيما المادة 02 من نظام 03/05²⁶². وإذا كانت النصوص القانونية²⁶³ قد سمحت بالمساهمات عن طريق الحساب الجاري للشركاء، فإن هذه الحسابات تخضع لشروط أهمها عدم تحويل مساهمات الشركاء التي يساهمون بها لمدة أقصاها ثلاث سنوات، وبانقضاء هذا الاجل يجب تحويل هذه المساهمات إلى رأسمال الشركة. بالإضافة إلى كل هذه القيود فإن التحويلات التي تقوم بها البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة لهذا الغرض تخضع لمراقبة بعدية من طرف بنك الجزائر.

ثانياً: الاموال الخاصة الوطنية :

إن تواجد المستثمرين الأجانب عن طريق أسلوب المساهمة في رأسمال المؤسسة يفرض عليهم المشاركة الاجبارية للأموال الوطنية، أي أموال الخواص وأموال الدولة الخاصة .

لقد حدد نظام بنك الجزائر رقم 04/14²⁶⁴ أسلوب الاستثمار في الخارج من قبل المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري بطريقة دقيقة ومخالفة تماماً لما جاء في أمر 03/01، حيث أنه نص على أسلوب الاستثمار العمومي،

262- نظام رقم 03/05 مؤرخ في 06 يونيو سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الاجنبية .ج.ر.ع 53 مؤرخ في 31 يوليو 2005 . الذي اكدت المادة 02 منه على أن "تستفيد الاستثمارات المحددة في المادة 02 من أمر 03/01 والمذكورة أعلاه والتي أنجزت عن طريق مساهمات خارجية من ضمان تحويل إيرادات رأسمال المستثمر وصافي النواتج الحقيقية الناجمة عن التنازل أو التصفية وفقاً لأحكام المادة 31 من أمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 المذكور أعلاه"

263- مرسوم تنفيذي رقم 320/13 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013 يحدد كفاءات اللجوء إلى التمويل الضروري لانجاز استثمارات أجنبية مباشرة أو بالشراكة .ج.ر.ع 48 مؤرخ في 29 سبتمبر 2013 .

264- نظام رقم 04/ 14 مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2014، يحدد شروط تحويل رؤوس الاموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري .ج.ر.ع 63 مؤرخ في 22 أكتوبر 2014 .

وصب جميع أشكال الاستثمار فيه من إعادة تأهيل وهيكلية، وخصوصةالخ، في حين أن نظام 04/14 قصد بالاستثمار في الخارج إما انشاء شركة أو فرع، أو مساهمة في شركات موجودة أو فتح مكتب تمثيلي²⁶⁵.

وليس هذا موطن الخلاف الوحيد بين نص المادة 02 من أمر 03/01 والمادة 02 من نظام 04/14 بل أن نص المادة 02 من النظام أخضع جميع الأشخاص للقانون الجزائري سواء وطنيين أو أجانب لأساليب التواجد التي حددها، وهو الأمر الذي لا يمكن إسقاطه على الاستثمارات الاجنبية، بحيث أن هذا النص وجب أن يقتصر على الاموال الوطنية فقط دون الاجنبية التي يحولها المستثمر ويصبح بذلك غير خاضع للقانون الجزائري فيما يتعلق بها.

وعلى خلاف رؤوس الاموال الاجنبية التي تخضع لترخيص ورقابة بنك الجزائر²⁶⁶، فإن الاستثمارات الوطنية في الخارج تخضع فيما يتعلق بتحويل رؤوس الاموال المستثمرة إلى ترخيص من قبل مجلس النقد والقرض²⁶⁷. وتخضع رؤوس الاموال الوطنية الخاصة أيضا لقيود إجرائية تبدأ بضرورة الحصول على ترخيص، وأن تكون النشاطات المراد الاستثمار فيها مكملة للنشاط الاستثماري الموجود في الجزائر إلى غيرها من الشروط التي تقيد مغادرة رؤوس الاموال الوطنية²⁶⁸.

كما أن النظام لم يفرق بين الاموال الخاصة الوطنية المملوكة لأشخاص القانون الخاص، وبين أموال الدولة الخاصة، بحيث أن الاستثناء شمل فقط الادارات العمومية، أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري، وبالتالي فإن هذا النص يطبق على الاموال الخاصة المملوكة للأشخاص والدولة أو أحد مؤسساتها العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي.

ثالثا: أموال الدولة الخاصة :

ظهر التمييز بين الاموال الخاصة والعامه للدولة في ظل القانون الفرنسي القديم، فالأموال العامة هي كل ما تملكه الامة مخصصة إياها للاستعمال الجماعي، كالطرق العامة والشواطئ والبحار، أما الاموال الخاصة فهي التي يمكن أن تكون محل للاستثمار وتمثل في كل ما تملكه السلطة من أراضي، وعقارات وقصور وأراضي وضياع، والتي تمثل موردا

265- تنص المادة 02 من نظام 04/ 14 على "يقصد بالاستثمار في الخارج في مفهوم هذا النظام : إنشاء شركة أو فرع، أخذ مساهمة في شركات موجودة في شكل مساهمات نقدية أو عينية، فتح مكتب تمثيلي" .

266- المادة 06 من نظام 03/05 والمواد 06 و 12 و 23 من نظام 01/07 مذكوران سابقا .

267- المادة 03 من نظام 04/14 .

268- الامر الذي يعتبر انقاصا من مبدأ الملكية الخاصة للأشخاص .

هاما من واردات الدولة²⁶⁹. غير أن نقطة الالتقاء بين أموال الدولة العامة والخاصة أنها معا ملك للدولة، فهما تشتركان في مصدر وحدة الملكية، وتتميزان عن بعضهما حسب ما تخصص له هذه الاموال²⁷⁰.

فتخصيص المال للمنفعة العامة هو الذي يعطيه وصف المال العام سواء كان هذا التخصيص بطريق رسمي أو بصور قانون أو قرار أو مرسوم، أو كان هذا التخصيص فعليا، كرصد الدولة لمكان معين لركن السيارات التابعة لها، ولا تحتاج الدولة لإصدار قانون لذلك²⁷¹.

فواقعة التخصيص الفعلي واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات، وإذا كان الفقه قد اختلف في طبيعة حق الدولة على أموالها العامة²⁷²، فإنهم قد اتفقوا على أن حق الدولة على أموالها الخاصة هو حق ملكية²⁷³ ويرتب جميع سلطات المالك بالنسبة للدولة، من استعمال، استغلال، والتصرف، والتتبع.... الخ، أي أن الدولة تتمتع بمزايا حق الملكية كاملة فهي تملك استعمالها كساهمة في رأسمال مؤسسة عامة أو خاصة، غير أن هذا الغرض يخلق لنا نوعا من الخصوصية بالنسبة لهذا النوع من أنواع التصرف في أموال الدولة، فهي تساهم مساهمة نقدية لإنشاء شخص معنوي "شركة مساهمة"، والشركة تستقل بذمتها المالية عن الشريك فهي تخصص جزء من الذمة المالية للشريك ووضعها في الشركة، في حين نجد بأن المؤسسات العمومية ليست مستقلة بل هي موضوعة تحت سلطة الوصاية وتشكل امتداد لذمة الدولة وليس تخصيصا لها فهي حق ملكية من نوع خاص .

كما أن الدولة تقوم بتسيير أموالها المستثمرة بطريقة تؤكد سيطرتها باعتبارها الشريك المهيمن على الشخص المعنوي الشركة، رغم ما عرفته من تطور لأساليب تسيير هذه الاموال العمومية الخاصة. ويملك المشرع الجزائري وصفا عاما للأمالك العمومية، بحيث لم يفرق بين أموال الدولة العامة والخاصة، فيعتبر ملكا عموميا كل المنشآت الاساسية والمنشآت الكبرى، والوسائل والممتلكات العمومية العقارية منها والمنقولة والتي تستغل في الانشطة الادارية، الاقتصادية والاجتماعية، الثقافية والتربوية، الرياضية والدينية . وهو ما نصت عليه المادة 02 من أمر 24/95 المتعلق

269- أحمد طلال عبد الحميد ، مرجع سابق .ص 72.

270- اختلفت المعايير الفقهية التي تميز بين المال العام والمال الخاص، منها معيار قابلية الشيء للتملك، ومعيار تخصيص الشيء لمرفق عام (نظرية المرفق العام) ومعيار تخصيص المال للمنفعة العامة الذي أسسه الفقه الاداري. لمزيد من التفصيل أنظر: أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق، ص 74 .79

271- أحمد طلال عبد الحميد ، مرجع سابق، ص 78 .

272- من ضمن الفقهاء الذين اعتبروا حق الدولة على أموالها العامة حق إشراف وحفظ وصيانة، في حين اعترف البعض الآخر أن حق الدولة على أموالها هو حق ملكية .عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص 110 وما بعدها .

273- عرف القانون المدني في نص المادة 674 الملكية بأنها "حق التمتع والتصرف في الاشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والانظمة" .

بحماية الاملاك العمومية²⁷⁴، واعتبر الأمر أيضا أن هذه الاملاك العمومية تتجسد في شكل "مؤسسة"، وميز هذا الأخير بين المؤسسة ذات الطابع الخاص من خلال اخضاعها لحماية تتكفل بها من مواردها الخاصة، وبين المؤسسة العمومية ذات الطابع الاداري التي تكون نفقات حمايتها على عاتق ميزانيات الدولة والجماعات المحلية. وهي تفرقة غير مباشرة بين أموال الدولة الخاصة وبين أموالها العامة التي عرفها الفقه وبعض الانظمة القانونية الخاصة المختلفة²⁷⁵.

لقد أخضع المشرع الاموال العمومية لأنظمة قانونية مختلفة، ما جعلها خاضعة للقانون الخاص، كما قد تخضع لقواعد القانون العام، وهذا حسب النشاط الذي تمارسه هذه المؤسسة، غير أن المؤسسة العمومية تكون دائما أكثر تدعيا من أموال الدولة، التي تشرف على نشاطات المؤسسات الاقتصادية وذلك من خلال الوصاية عليها، أو تسيير أموالها أو الترخيص لها بممارسة النشاط، أو تأهيلها. خلافا للاستثمارات الأجنبية التي تخضع اموالها لرقابة سابقة ولاحقة قد تضيق من نطاقها وحجمها.

274- أمر 24/95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يتعلق بحماية الاملاك العمومية وأمن الأشخاص فيها. ج.ر.ع. 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995 .

275- مثل القانون المصري، و الفرنسي. أحمد طلال عبد الحميد، مرجع سابق، ص 66، ص 72 .

الفصل الثاني

الخصوصية كأسلوب لفتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي

الفصل الثاني

الخصوصية كأسلوب لفتح المجال امام الاستثمار الأجنبي

إعتبرت الجزائر أن الاصلاحات الهيكلية والتأهيلية التي قامت بها غير كافية للنهوض بالاقتصاد الوطني واناخذ القطاع العمومي من الفشل، فأوجدت استمرارية لمسار الاصلاحات من خلال ابتكار أسلوب آخر يؤكد تمسك الدولة بالاستثمارات العمومية كركيزة اساسية للاقتصاد الوطني، على خلاف ما يبدو منه هذا الأسلوب للوهلة الأولى، بحيث يظهر وكأن الدولة تريد التخلي عن الاستثمارات العمومية عن طريق خصوصتها.

ورافقت عملية الخصوصية أساليب أخرى تؤكد تمسك الدولة بمؤسساتها العمومية التي تشكل فكرة السيادة بالنسبة لها، كفكرة الشراكة الاجبارية مع الرأس مال الأجنبي كحل لنظرة الدولة لفشل الاستثمارات الوطنية. وكغيرها من الانظمة التي تبنتها الجزائر، فلخصوصية فكرة أجنبية طرحت للاستهلاك بعد فشل النظام الاشتراكي بصفة عامة.

إن تمسك أمر 03/01 بالنص على الخصوصية كأسلوب للاستثمار رغم كل التعديلات الواردة عليه، ورغم وجود نص قانوني صريح ينظم هذه العملية، للدليل واضح على رغبة الدولة في اصلاح القطاع العمومي، مع التخلي عن مكانته المحورية في قيادة الاقتصاد الوطني، من خلال السماح للاستثمارات الخاصة الوطنية والأجنبية بالمشاركة في عملية الاصلاحات وتكملة عملية الانتاج الوطني المنقوصة.

ان تتبع مسار عمليات الخصوصية التي قامت بها الدولة لغاية اليوم يثير مسألة التذبذب الكبير في تكريس خصوصية المؤسسة العمومية، و تذبذب أكبر في اشراك الرأس مال الوطني الخاص والأجنبي في هذه العملية، الامر الذي يطرح التساؤل عن حقيقة رغبة الدولة في التخلي عن تفرداها بالسيطرة على المؤسسة العمومية واسلوب الاستثمار العمومي، ومنها التنازل عن سيطرتها على السوق الاستثماري؟

تجسد عملية الخصوصية انسحابا للدولة من مجال النشاط الاقتصادي، وتغييرا لدورها المتدخل المسيطر على الاقتصاد الوطني إلى الدور التنظيمي الرقابي، معتمدة في ذلك على خلق استثمارات خاصة كبديل للاستثمارات العمومية، لكن السؤال المطروح عن حقيقة تحميل المؤسسة العمومية لنتائج فشل التنمية الاقتصادية، وهل الدولة مقتنعة بضرورة تحول دورها في مجال تنظيم النشاط الاقتصادي من خلال تبنيها لعملية الخصوصية؟ واذا كان الامر كذلك لماذا لم تتم عملية الخصوصية كما نصت عليها النصوص القانونية والتي تؤكد فشلها؟ هل كان من المفروض على الدولة ان تتخلى عن امتيازات السلطة العامة والمرفق العام اثناء استثماراتها التجارية والصناعية بدل تخليها عن المؤسسة الوطنية العمومية وتحميلها مسؤولية الفشل؟ واذا كانت الدولة غير مقتنعة بعملية الخصوصية فما الذي يجبرها

على تبني هذا الأسلوب؟ هل أن ضغط الهيئات الدولية قد يصل لدرجة فرض تطبيق الخصوصية ضد قناعة الدولة؟ ام اننا لا يجب ان نتسرع في الحكم لأن عملية الخصوصية مستمرة ولم تنتهي مادامت هناك مؤسسات عمومية لم يتم خصوصتها بعد؟ الامر الذي سنحاول توضيحه في (المبحث الأول) الذي يضبط مفاهيم الخصوصية الجزائرية التي تجسد فكرة الانتقال من القطاع العام الى الاستثمارات الخاصة.

كما تختلف فكرة الخصوصية من نظام قانوني لآخر، وتنوع أساليبها من نظام قانوني لآخر، الامر الذي يتجسد من خلال أمر 03/01 الذي تناول الخصوصية بنوعها، الكلية و الجزئية كأسلوبان استثماريان، غير أن تطبيقهما قد يشكك في رغبة الجزائر حقيقة في التخلي الكلي عن المؤسسة العمومية و إشراك المستثمر الأجنبي من خلال ما تضمنته بعض النصوص القانونية المقيدة، والتي أقصت أسلوب الخصوصية الكلية من مجال التطبيق، فالمؤسسة العمومية تشكل محور الانتاج الوطني والخدمة العمومية لذلك فان التخلي الكلي عنها يعد تخليا عن الانتاج والخدمات الوطنية، ما يتعارض مع توجه قانون الاستثمار المشجع للإنتاج والخدمات الوطنية.

إن إختلاف إجراءات الخصوصية الكلية والجزئية يقودنا الى ضرورة بحث الاطار التنظيمي لكل منهما لمعرفة أسباب التخلي عن الخصوصية الكلية، وتأكيد أطروحة أسلوب الاستثمار الوطني العمومي الذي يركز عليه في قيادة المسار الاقتصادي الوطني بدل الإستثمار الخاص الأجنبي، ومنه مواصلة الدولة في التدخل في الاقتصاد بدل الاكتفاء بتنظيمه أو رقابته، وهو ما سنتناوله في (المبحث الثاني) من هذا الفصل.

المبحث الاول

نقل ملكية الاستثمار من القطاع العام إلى القطاع الخاص

انطلقت دعوات ايدولوجية منادية بضرورة تقليص القطاع العام معتبرة الخصوصية البديل المناسب لهذا التغيير الذي يخص بلدان العالم الثالث²⁷⁶ وبإملاء مباشر من المؤسسات الاقتصادية الدولية، كصندوق النقد الدولي وبعض الوكالات الامريكية مثل وكالة التنمية الدولية²⁷⁷.

وعليه فإن الخصوصية مثلها مثل سياسة اعادة الهيكلة، عبارة عن برنامج مدعم من المؤسسات المالية الدولية، كفكرة مفروضة على الدول التي تبحث عن الحلول لتطوير مؤسساتها والخروج من الازمة الاقتصادية التي تسبب فيها النظام الاشتراكي القائم على الملكية الجماعية لوسائل الانتاج وتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي. فهل كان الأمر كذلك بالنسبة للجزائر، هل تتوافق مبادئ الدولة مع مبادئ الخصوصية أم أنها استهلكت الفكرة تلقائيا متماشية مع الضغوطات المفروضة عليها ومنطق الضعيف الذي يتبع القوى حتما؟ (المطلب الاول).

وإذا اعتبرنا محايدين وبدون فكرة مسبقة ان فشل المؤسسة العمومية الوطنية هو السبب في خيار الخصوصية، فهل كان توسيع مجالاتها دعما لتطبيقها، ومحاولة جديدة لإنجاحها، وتجسيدا لانسحاب للدولة من المجال الاقتصادي؟ وهل توافق أمر 04/01 مع امر 03/01 فيما يتعلق بفتح مجالات النشاط للخصوصية أم أن أحدهما ضيق من نطاق الآخر؟ (المطلب الثاني).

لم تكتفي الدولة من خلال اعادة تنظيم عملية الخصوصية بفتح مجالاتها فقط، بل كرست مجموعة من الضمانات والمزايا الجاذبة للمستثمرين والمؤكدة لسياسة الدولة الداعمة لهذا التوجه (المطلب الثالث) مع اشراك القطاع الخاص الأجنبي في عملية الخصوصية بمراعات مبادئ قانون الاستثمار كحل كفيل بإصلاح هذه الاخيرة؟ لكن هل منحت الجزائر المستثمرين الأجانب الحق في المشاركة وفقا لهذا الأسلوب بطريقة متساوية مع المستثمرين الوطنيين (المطلب الرابع) أم أن التخوف الذي يفرض منطق التقييد كان السائد في تبني أسلوب الخصوصية بمشاركة المستثمرين الأجانب؟

276- رفعت لقوشة، قراءة في استراتيجية حركة الخصخصة، مجلة مركز دراسات الوحدة العربية، الاصلاحات الاقتصادية و سياسات الخصوصية في البلدان العربية، بحوث الندوة الفكرية التي نظمها المركز الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط، الطبعة الثانية، بيروت فبراير 2005. ص 151.

277- رفعت لقوشة، مرجع اعلاه، ص 125.

المطلب الأول

نحو ضبط المفاهيم وتحديد الأسس

إن عملية الخصوصية ترتبط بتغيير أساليب اتخاذ القرار في المؤسسة، وذلك من خلال تحويلها من هيمنة رأى صاحب الملكية المطلقة الاحادية إلى آراء مختلفة تتوزع من خلالها الملكية²⁷⁸، وهكذا فإن الخصوصية تعتمد على وجود ثلاث عناصر تركيبية أساسية، أولها القطاع العام وثانيها القطاع الخاص الوطني والأجنبي وثالثها الدولة. وعليه وجب فك هذا التركيب من خلال توضيح اطراف هذه العلاقة الثلاثية وتحديد العلاقة بينها والتي يمكن أن تكون تكاملية، أى وجود القطاعات معا، وعدم هيمنة احدها على الآخر بحيث يكاد يتفق الاقتصاديون على اعتبارها أساس الاقتصاد الناجح ودون أن تقل أهمية الحاجة إلى القطاعين العام و الخاص معا²⁷⁹، كما لم يثبت لحد اليوم تحلى اي دولة عن القطاع العام بصورة مطلقة ونهائية، فالدولة ما دامت تملك أموالا خاصة بها، فإنها تتمتع بتبعات الملكية كاملة من حق التصرف فيها بطريقة قانونية تمكنها من زيادة تلك الاموال واستثمار ارباحها من خلال ضمان التسيير الجيد لها.

لكن تبني الجزائر لهذه العملية قد يفسره البعض على انه تحلى الدولة عن استثماراتها العمومية بما يعد مساسا بسيادتها الاقتصادية، نظرا لإعتبار الخصوصية فكرة مفروضة رغما عن ارادة الدولة (الفرع الاول).

ان طريقة تبني البلدان لفكرة الخصوصية راجعة لأسباب خاصة بكل دولة على حدى الامر الذي انتج إختلافا أيضا بينها فيما تعلق بأسسها وبأساليبها وأدى بالضرورة إلى إختلاف مفهومها، بحيث اعتبرها البعض انتقال الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص وطبقها على هذا الأساس، في حين رآها البعض الآخر على أنها خصوصية تسيير الملكية فقط. فهل أخذ المشرع الجزائري بالمفهوم الواسع الذي يكرس نقل الملكية والتسيير معا أم أنه اختار أحد الأسلوبين متبنيا بذلك المفهوم الضيق لعملية الخصوصية (الفرع الثاني) التي فرضت بطريقة ذكية دفاعا عن ايدولوجية رأس مالية متوسعة كانت السبابة في تبني وتطبيق الخصوصية²⁸⁰.

278- ميز قانون 30/90 مؤرخ في اول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الاملاك الوطنية، ج. ر. ع. 52 مؤرخ في 02 ديسمبر 1990. بين الاملاك الوطنية العمومية و الخاصة من خلال معيار قابلية المال للتملك الخاص، حيث تنص المادة 03 منه على " عملا بالمادة 12 من هذا القانون تمثل الاملاك الوطنية العمومية الأملاك المنصوص عليها في المادة الثانية السابقة التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها. اما الاملاك الوطنية الاخرى غير المصنفة ضمن الاملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية فتمثل الاملاك الوطنية الخاصة " وبذلك فان الاملاك الوطنية غير قابلة للتصرف و لا التقادم ولا الحجز .

279- ضياء مجيد الموسوي، الخصوصية و التصحيحات الهيكلية "آراء واتجاهات"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1995. ص 01.

280- تؤكد الدراسات ان فكرة تطبيق الخصخصة، ترتبط بالعلامة ابن خلدون عندما اشار الى نمط الانتاج الخاص في حديثه في مقدمته عن اهمية اشراك القطاع الخاص بالإنتاج و ذلك قبل اكثر من ستائة عام، ثم اشير الى القطاع الخاص في العصر الأموي، ثم نادى آدم سميث في كتابه الشهير " ثروة الأمم "

الفرع الأول

الخصوصية فكرة ايدولوجية موجهة للاستهلاك

لم تنتهي الحرب التي تشنها الايدولوجية الرأس مالية على القطاع العام الذي يجسد حسبها وجه تدخل الدولة في النظام الاقتصادي. وتقف الدول الصناعية صاحبة التجربة الأولى في الخصوصية وراء الدعوة المتصاعدة نحو تحويل قطاع الدولة إلى القطاع الخاص ضمن أطروحات ريغن²⁸¹. فهل حقيقة يكمن المشكل في القطاع العام؟ أي في طبيعة الملكية؟

ان الاجابة عن هذا التساؤل بسيطة، بحيث أن كفاءة الانتاج والنجاح الاقتصادي لا تتوقف على طبيعة الملكية عامة كانت أو خاصة، وانما هي مسألة متعلقة بجودة الادارة والتسيير، وهو ما يفسر وجود مؤسسات ناجحة وأخرى فاشلة في القطاعين العام والخاص²⁸².

ان بروز فكرة الخصوصية كحل لمسألة الضعف الاقتصادي الذي تعاني منه الدول المعتمدة على الاستثمارات العمومية بصفة عامة، مدعم من قبل الجهات المالية الدولية على رأسها البنك الدولي للإنشاء والتعمير وصندوق النقد الدولي اللذان وضعوا شرط تصفية المشروعات العامة لتمكين الدولة من الاستفادة من قروض البناء والتنمية، كما مارس الصندوق الضغوطات وفرض الشروط ضمن البرامج التصحيحية من خلال تقديم الموارد واعادة جدولة الديون الخارجية²⁸³.

ان السياسات الاقتصادية التي انتهجتها الجزائر كانت بدعم من صندوق النقد الدولي طيلة فترة الثمانينات²⁸⁴ والتي افرزت مجموعة من التحولات، مست المؤسسات العمومية غير المالية، متأثرة بغالبية دول العالم التي مارست عملية الخصوصية²⁸⁵. غير أن فشل سياسة القروض المدعمة التي مارسها الصندوق بسبب الضغط الذي سببته على

الذي نشره عام 1771 بضرورة اشراك القطاع الخاص والاعتماد على المبادرات الفردية من اجل تقسيم العمل وتحقيق الكفاءة الاقتصادية. حبش محمد حبش، الخصوصية و اثرها على حقوق العاملين بالقطاع العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان سنة 2011، ص 26.

281- ضياء مجيد الموسوي، مرجع سابق، ص 27.

282- ضياء مجيد الموسوي، مرجع اعلاه، ص 53.

283- حبش محمد حبش، مرجع سابق، ص 34.

284- ضياء مجيد الموسوي، مرجع اعلاه، ص 33.

285- في العصر الحديث بدأت عملية نقل الملكية العامة الى الخواص في جمهورية الشيلي عام 1973، ثم طبقت في عهد مارجريت تاشر في بريطانيا في فترة ما بين (1979-1982) رغم كثرة الاصوات المعارضة لها آن ذاك، وفي بداية الثمانينات شرع المثقفون المحافظون في أمريكا في محاكاة النموذج البريطاني، ثم جاء دور فرنسا الذي كان اليمين الفرنسي المرحب الاول بهذه العملية والتي كللت بصدور قانون 1986، كما وصلت عدوي الخصوصية اليابان التي اصدرت

المستوى السياسي والاجتماعي²⁸⁶ أدى إلى تزايد الاضطرابات والأزمات ما جعل الصندوق يغير من سياسته مع الإبقاء على الاهداف المرجوة منها، بحيث ابتكر طريقة استراتيجية جديدة ظهرت في مارس 1986 والتي تعتبر تسهيلا جديدا، سميت "بسياسة التكيف الهيكلي".

غير أن المحللين للأسباب الحقيقية التي جعلت الصندوق يقدم حزمة الانقاذ المالي لم تهدف في أساسها إلى انقاذ هذه الدول المُقَدِّمة على الافلاس بقدر ما كانت تهدف إلى انقاذ البنوك والمؤسسات المالية الدائنة لها من الافلاس في حالة عدم قدرة او توقف الدول عن سداد ديونها. وعموما فإن صندوق النقد الدولي يبرر لجوئه الى فرض الخصوصية نتيجة لقناعته بقدرة القانون الخاص على توفير ادارة كفاً وتنظيم محكم وشامل عن تلك المعمول بها في القطاع العام، من خلال استخدامه الكامل لجميع الموارد وسماحه بمشاركة جميع القدرات في تحسين الاوضاع الاقتصادية منها والاجتماعية²⁸⁷.

لقد بذلت الدول التي تبنت عملية الخصوصية مجهودات جبارة لتقليص دور الدولة في القطاعات الانتاجية والخدماتية محملة القطاع العام اسباب الازمات الاقتصادية، ومخلفة عجز الدولة في تحمل تبعات مسؤولياتها عن جميع القطاعات، لذلك فقد رأت اشراك القطاع الخاص في تحمل جزء من المسؤولية مع الاستفادة من بعض الأرباح من خلال الاعتراف بفشل ادارة²⁸⁸ الدولة لعمليات الاستثمار، بحيث ان الدول لم تتخلى عن الاستثمارات العمومية بل بحثت لها عن مخرج ومساعد قادر على النهوض بها من الازمة. لذلك فإن فكرة الخصوصية لم تنشأ كفكرة اقصائية بل نشأت كفكرة تكاملية، لعبت دور رجل المطافئ للأزمات المالية الاقتصادية العالمية، لتصبح فيما بعد مودة العصر التي تعطي بديل للإدارة العامة وتحكم الدولة في الاقتصاد من خلال اشراك القطاع الخاص، في مرحلة انتقالية متفاوتة من دولة لأخرى.

قانونا يقضى بخصخصة قطاع الاتصالات، وفي سنة 1987 تبنت استراليا الخصوصية، الى ان وصلت لروسيا سنة 1990. حبش محمد حبش، مرجع أعلاه، ص 28، ص 29 .

286- عرفت الخصوصية مجموعة من المشاكل التي اعترضت تطبيقها، لا سيما رفض المجتمع لها نظرا لما ستخلفه من بطالة تتولد عن التسريح وارتفاع الاسعار المعبرة عن التكلفة الحقيقية للإنتاج بالإضافة الى نقص ثقة الدولة في قدرة القطاع الخاص على تحمل اعباء قيادة التنمية الاقتصادية، مع نقص التمويل الذي يعتمد على المدخرات التي يمكن تحويلها لاستثمارات. عبوة سهام، الخصوصية الجزئية بنقل ملكية رأس المال المؤسسة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق و العلوم الادارية، الجزائر 2001، 2002، ص 36 ص 45.

287- بن حبيلس منى، الآليات الجديدة لخصوصية المؤسسات العمومية في ظل أمر 04/01 (دراسة تحليلية و مقارنة) كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2010/2011، ص 05.

288- وضع مساعد وزير الاسكان والتعمير السيد سافاس هافس في الولايات المتحدة الأمريكية في عهد حكومة ريغن كتابا عن الخصخصة، درس فيه هذه العملية باعتبارها وسيلة ادارة فعالة للخروج من الضغط الاجتماعي والاقتصادي. حبش محمد حبش، مرجع سابق، ص 27.

عرفت الجزائر الخصوصية عن طريق مراحل تدرجية تجنبت من خلالها الدولة شدة الرفض الذي ستقابل به هذه العملية نظرا للمخاطر المحيطة بها²⁸⁹. وبدأت اول بوادر ظهور الخصوصية من خلال منح المؤسسة العمومية الاقتصادية اطارا قانونيا جديدا عبر عنه قانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية في مرحلة اصلاح واعادة هيكلة هذه الاخيرة، فمنح استقلالية قانونية لهذه المؤسسة واخضعها لأحكام القانون التجاري من زاوية، ولقواعد السوق والمنافسة من زاوية ثانية، وهو اول مظهر من مظاهر التحول في قواعد تسيير وملكية رأسمال المؤسسة. ليكرس دستور 1989 بموجب المادة 17 الخصوصية من خلال اخراج رأسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية من دائرة الاملاك العمومية.

وبصدور قانون المالية التكميلي لسنة 1994²⁹⁰ الذي عدل قانون 01/88 تبنت الجزائر الخصوصية بصورة صريحة لأول مرة من خلال السماح بالمساهمات في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية من قبل اشخاص طبيعية او معنوية تابعة للقطاع العام او القطاع الخاص وهو ما تنص عليه الفقرة 03 من نص المادة 25 من القانون المذكور أعلاه والتي جاء فيها "...تم مساهمة شخصية طبيعية او معنوية، تابعة للقانون العام او الخاص، في رأسمال المؤسسة العمومية الاقتصادية حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في القانون التجاري وحسب النسب التي حددها القانون الاساسي للمؤسسة العمومية الاقتصادية...". وتطبيقا لنص المادتين 24 و 25 من قانون المالية التكميلي لسنة 1994 اصدر رئيس الحكومة منشور رقم 44 المؤرخ في 1994/12/31 المتعلق بكيفيات تطبيق المادتين 24 و 25 اعلاه معدلا المادة 20 من قانون 01/88 وقد اعطى هذا التعديل مفهوما اوسع للمؤسسة العمومية بالمقارنة مع المفهوم الوارد في قانون 01/88 وتعمق مع صدور المرسوم التنفيذي 415/94²⁹¹ المحدد لكيفيات تطبيق المادة 24 من قانون المالية التكميلي لسنة 1994 الذي ميز بين التنازل عن الاموال المنفصلة للمؤسسة ومنح القرار فيه للجمعية العامة، وبين التنازل عن الاصول المكونة للنشاط الاقتصادي ومنح القرار فيه لصندوق المساهمة الذي تتبعه المؤسسة. كما تبنى القانون رقم 07/89 المعدل والمتمم للقانون المدني الخصوصية من خلال عقد التسيير والذي يعتبر احد اشكال

289- يجتهد انصار الخصوصية لتأكيد عدم اعتبارها خيارا ايدولوجيا، ولكن حركة نتجت عن تفاقم معدلات النمو و تفاقم مشكل المديونية، متأثرين بالفقه المقارن الذي يرى ان الملكية العامة لا تحقق الرفاه الاقتصادي و من هنا ظهرت نظرية حق الملكية التي يتزعمها الباحثان آليشان و دمسازو اللذان يعتقدان بان المؤسسة العمومية محكوم عليها بالفشل و العجز بطبيعتها نظرا لانعدام الحوافز المادية و المعنوية لدى مسيرها عكس المؤسسة الخاصة. عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 58.

290- مرسوم تشريعي رقم 08/94 مؤرخ في 26 مايو سنة 1994، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر.ع 33 مؤرخ في 28 مايو 1994.

291- مرسوم تنفيذي رقم 415/94 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1994، يحدد كيفيات تطبيق المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 26 مايو سنة 1994 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر.ع 80 مؤرخ في 07 ديسمبر 1994.

الخصوصية بالمعنى المتعارف عليه في القانون المقارن²⁹² بالإضافة الى المرسوم التشريعي 08/93²⁹³ المتضمن تعديل القانون التجاري الذي اقرت نص المادة 686 منه الخصوصية، والذي أقر امكانية تأسيس شركات الأموال وبالخصوص المساهمة باللجوء الى الجمهور وفتح رأسها للاكتتاب العام.

وبعد هذا التمهيد عرفت الجزائر فتح رأسها المؤسسة العمومية الاقتصادية على القطاع الخاص بصورة صريحة من خلال أمر 22/95 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية²⁹⁴ الذي نظم هذه العملية في بداياتها. والذي أسسته السلطة على أحكام المواد 17 و 18 و 115 و 116 من دستور 1989 قصد منحه الشرعية القانونية ووضع ممثلي العمال أمام الامر الواقع، وكسب ود الطبقة السياسية المتحالفة مع السلطة آن ذاك على حد تعبير الاستاذ عجة الجيلالي²⁹⁵ من خلال الاعتماد على أرضية الوفاق الوطني لا سيما المواد 05 و 25 و 26، ومن اجل ذلك حمل هذا النص في طياته بقايا النظام الاشتراكي الذي الزم من خلاله المؤسسات المخصوصة تجنب التسريح لأسباب اقتصادية، وشرط رفع المردودية مع المحافظة على المؤسسة. ومنح الدولة السلطة الحصرية في الاشراف على تنفيذ عملية الخصوصية ما عمق تدخلها.

ان ما يؤكد تبني الجزائر للخصوصية باعتبارها فكرة ايديولوجية مفروضة من قبل المؤسسات المالية الدولية يرجع إلى سببين أساسيين، الأول هو الحذر الشديد في تأطير وتطبيق عملية الخصوصية الممولة من قبل ضغوطات خارجية لا ينكرها أحد. أما السبب الثاني فيرجع إلى الطريقة التي طبقت بها العملية، والتي سجلت تراجع الدولة عنها كلية من خلال تخليها عن الخصوصية الكلية. حيث يعتبر تراجع المشرع الجزائري عن الخصوصية الكلية المجسدة لفكرة الراديكالية الجذرية أساسا لتخلي الدولة عن عملية الخصوصية وتعويضها بالشراكة، لأن مفهوم الخصوصية يتنافى ووجود الدولة بسلطتها داخل المؤسسة ويفرغها من محتواها، وهذا ما لا تحققة عملية الخصوصية التي تمنح الدولة ملكية 51% من رأسها المؤسسة، وهو ما ذهب اليه رأى مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر بوجود المؤسسة العمومية اذا ملكت فيها الدولة نسبة 51% من رأسها الشركة على الأقل²⁹⁶ وحتى في بعض الحالات التي تحتفظ فيها الدولة بسلطة الرقابة في

292- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 63.

293- مرسوم تشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 ابريل سنة 1993، يعدل ويتمم الامر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 27 ابريل 1993.

294- أمر رقم 22/95 مؤرخ في 26 غشت سنة 1995 و المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 03 سبتمبر 1995.

295- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 65

296- عجة الجيلالي، مرجع أعلاه، ص 57.

المؤسسة العمومية ولو كانت مساهمتها أقل من مساهمات الخواص مجتمعة فإنها لا تعد مؤسسة خاصة بل تبقى عند رأى البعض مؤسسة عامة²⁹⁷.

غير أن مباشرة عملية الخصوصية من خلال هذه النصوص القانونية وغيرها من النصوص التنظيمية والتطبيقية لأمر 22/95 على كثرتها أظهر فراغات كبيرة وأساسية أدت بالمشرع الجزائري إلى الغاءه وكل ما لحقه من تنظيمات، وتعويضه بنص جديد، تضمن إعادة تنظيم عملية الخصوصية وأقر أسسها، كما عدل من مفاهيمها، وهو أمر 04/01 المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها²⁹⁸ فكيف غير هذا النص القانوني الجديد من مفاهيم الخصوصية؟

الفرع الثاني

تأرجح الخصوصية بين نقل الملكية وتسيير الملكية

صاحب صدور النص القانوني الجديد المنظم لعملية الخصوصية تغير مفهومها، الذي استمر في التغير من منظور النصوص القانونية التي تأرجحت بين تبني المفهوم الواسع الذي تعنى من خلاله الخصوصية ازالة الضبط وتقوية المنافسة مع تفكيك الاحتكارات²⁹⁹، قبل أن تنتقل إلى المفهوم الضيق لهذه العملية من خلال اعتبارها نقل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص سواء كانت بصورة جزئية أو كلية.

أولاً: خصوصية ملكية و/أو تسيير؛

ارتبطت الخصوصية بما تم قبلها من سياسات الاصلاح الهيكلي والتأهيلي للمؤسسات العمومية، واعتبرت مرحلة مكملة لها، حتى أن ورودها ضمن أمر 03/01 جاء ترتيباً بعد عملية إعادة التأهيل وإعادة الهيكلة. فهي الحل النهائي للمؤسسة العمومية الفاشلة التي لم تجدي العمليات الاستثمارية الأخرى في انقاذها نفعاً.

ان اعتبار عمليات الاصلاح الاقتصادي من الشروط الأساسية للوصول لمرحلة الخصوصية، الأمر الذي يعطى هذه الأخيرة مفهوماً واسعاً، و شاملاً لجميع مراحل اصلاح المؤسسة العمومية الاقتصادية. وما يؤكد هذا المفهوم طريقة تبني المشرع الجزائري لعملية الخصوصية، التي تجسدت من خلال نصوص قانونية غير صريحة وغير مباشرة بل تضمنت الخصوصية في طياتها وضمن مراحل عملية الاصلاحات الاقتصادية إلى غاية صدور أمر 22/95 الذي كرسها صراحة

297 - Hamidi Malika : quelque question autour de la notion de privatisation ; revue Idara ; n°01 ; Alger 2000 ; p157

298- أمر 04/01 مؤرخ في 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و خصوصيتها، ج.ر.ع 47 مؤرخ في 22 غشت سنة 2001. متم بموجب أمر 01/08 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2008، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 02 مارس سنة 2008.

299- مجلة الجليلي، مرجع سابق، ص 57.

بمفهومها الواسع من خلال نص المادة 01 منه³⁰⁰. واستنادا لهذا النص يشمل هذا المفهوم الواسع، خصوصية معاملة، وخصوصية ادارة وتسيير المؤسسة العمومية عن طريق التعاقد، فيتم عندئذ تحويل السلطة القانونية و/أو الاقتصادية إلى أشخاص خواص أو عموميين على شكل مدني أو تجاري³⁰¹.

إن الخصوصية وفقا لأمر 22/95 تأخذ أحد الشكلين:

- اما تحويل ملكية كل الأصول في المؤسسة العمومية أو جزء منها أو كل الأسهم أو جزء منه لصالح ملكية أشخاص خواص أو عموميين.

- واما تحويل تسيير مؤسسات عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خواص من خلال صيغ تعاقدية³⁰² وفقا لأحكام المرسوم التشريعي 08/93 المعدل والمتمم للقانون التجاري، وكذا أمر 25/95 لاسيما المادة 24 منه التي سمحت بالتنازل عن الذمة المالية للمؤسسة العمومية الاقتصادية.

لقد تبنت وزارة اعادة الهيكلة والاصلاح الاقتصادي سنة 1994 نفس المفهوم الواسع، من خلال تعريفها الخصوصية على أنها " كل عملية نقل جزئي أو كلي للملكية أو مراقبة التسيير من القطاع العام إلى القطاع الخاص، كما تعني كذلك وضع اطار قانوني وتنظيمي من اجل تطوير القطاع الخاص وقوانين السوق والقضاء على الاحتكار وحرية التجارة الخارجية"³⁰³. كما تبني صندوق النقد الدولي، والبنك العالمي المفهوم الواسع للخصوصية أيضا، والذان يعتبرانها " تنظيم للبيع أو التنازل بغرض تحويل الملكية، أو الادارة او التأجير لحسابات القطاع الخاص " كما انها تعني ايضا استقلالية المؤسسات وتحويل النظام القانوني لها من العام الى الخاص³⁰⁴. وهكذا عرفت الخصوصية في بداياتها مجالا أوسع لتطبيقها باعتبارها شاملة لجميع مظاهر الاصلاح الاقتصادي في الدولة، غير أن محاولة تطبيق هذا المفهوم على أرض الواقع صاحبه مشاكل كبيرة، وتخوفات أكبر من قبل الدولة التي رأت في التنازل الكلي عن المؤسسات العمومية مساسا بسيادتها، ورجوعا عن مكاسبها التي حققتها عن طريق التأميم، ما أدى بالبعض إلى القول بأن الخصوصية الكلية تقترب إلى اجراء ازالة التأميم، ولو انها لا تشمل المؤسسات المؤممة من قبل، ولكن أيضا المؤسسات الجديدة التي

300- تنص المادة الأولى من أمر 22/05 على ما يلي " تتجلى الخصوصية في نقل الملكية من القطاع العمومي الى القطاع الخاص، ويتم ذلك من خلال تحويل مجموع او جزء من الأصول المادية أو المعنوية أو الأسهم الاجتماعي للمؤسسات العمومية لصالح أشخاص ماديين أو معنويين خواص ".

301- حميدي حميد، خصوصية المؤسسات العمومية في القانون الجزائري، مجلة الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصوصية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت فبراير سنة 2005. ص 384.

302- قمار خديجة، مرجع سابق، ص 122.

303- بن حبيلس مني، مرجع سابق، ص 03.

304- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 56.

أنشأتها الدولة بنفسها³⁰⁵. وتأسيسا على ما سبق تتأكد فكرة الخصوصية باعتبارها عملية اصلاح اقتصادي يشمل المؤسسة العمومية الاقتصادية شريك المستثمر الأجنبي.

ثانيا : خصوصية ملكية دون خصوصية تسيير :

إن عمليات الخصوصية التي باشرتها الدولة في ظل النظام القانوني بقيادة أمر 22/95 لم تكن ناجحة بدرجة كفيلة بتحقيق أهداف السلطة والشعب معا، فالمفهوم الواسع للخصوصية الذي تبناه النص في تلك المرحلة حال دون قدرة الدولة على التحكم في ملكيتها للمؤسسة، كما جسد اعترافا صريحا منها بفسلها في عملية التسيير وادارة الاموال المراد خصوصتها³⁰⁶.

لقد تراجعت النصوص القانونية عن الخصوصية بمفهومها الواسع وما رتبته من عجز في تطبيقها من خلال الغاء أمر 22/95 وتعويضه بأمر 04/01 الذي عبر مضمونه عن سياسة الدولة التقييدية الرقابية في مجال الاستثمارات المخصوصة.

تبنى النص الجديد مفهوما مخالفا لما كان عليه النص السابق، بحيث ضيق من مفهوم الخصوصية وربطها بالملكية، التي يمكن أن يتم التنازل عنها سواء كانت أصولا مادية أو معنوية. كما اعترف النص بأسلوب الخصوصية الكلية والجزئية، حيث تضمن نص المادة 13 تعريفا للخصوصية جسد النظرة الجديدة لهذه العملية، والتي جاء فيها "يقصد بالخصوصية كل صفقة تتجسد في نقل الملكية الى اشخاص طبعين او معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية...".

لقد حمل هذا النص تكييفا جديدا للخصوصية من الناحية القانونية، فقد أصبحت الخصوصية صفقة عمومية³⁰⁷ وهو المفهوم الذي قد يتناسب مع عملية اعادة التأهيل الذي تشترطه على المؤسسة لتتمكن من للحصول على صفقة

305- عجة الجليلي، مرجع أعلاه، ص 58.

306- لم ينجح برنامج الخصوصية المستر بموجب أمر 22/95 و الذي انتج عدة مشاكل أدت الى حل 1000 مؤسسة و تسريح 400.000 عامل و خصوصية ثلاث مؤسسات فقط من مجموع المؤسسات المزمع خصوصتها عن طرق البورصة. زد على ذلك كثرة النصوص القانونية التي أطرت هذه العملية ما افقدها التركيز على الهدف منها. أيت منصور كال ، الاستتار في عملية خصوصية ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري. المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الرابعة، المجلد 08، العدد 02، الجزائر سنة 2013. ص 07.

307- الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد انجاز الأشغال و اقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة. وهو مضمون نص المادة 04 من مرسوم رئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. ج. ر. ع 58 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 معدل و متمم. غير ان الصفقة المتعلقة بالخصوصية لا تبرم وفق احكام هذا المرسوم و انما يتم تطبيقها وفق أمر 04/01 المتعلق بالخصوصية.

عمومية. كما يعد نص المادة 13 المذكور أعلاه تغييرا جذريا لمفهوم الخصوصية، لأنه أقر الغاء خصوصية التسيير، أي "عقد التسيير" وحصص مفهومها في التنازل الكلي أو الجزئي عن الملكية. وإن كان البعض³⁰⁸ يرى بأن المشرع الجزائري قد أصاب عندما قام بإلغاء عقد التسيير من نطاق تطبيق قانون الخصوصية، لأن اعتباره كشكل من أشكال الخصوصية غير مؤسس على قاعدة قانونية مادام انه اجراء لا يؤدي إلى نقل ملكية المؤسسة العمومية وانما ينتج خصوصية شكلية فقط. فإننا نرى خلاف ذلك، فبمجرد اعتبار الخصوصية صفقة فهذا يمنح عقد التسيير قاعدة قانونية يتأسس عليها من جهة، ومن جهة أخرى فالتسيير يجد له قاعدة قانونية ضمن أحكام القانون الخاص باعتبار أن المؤسسة ستتحول من نظام القانون العام إلى نظام القانون الخاص، في شكل من أشكال الشركات التجارية التي يسمح نظامها القانوني بمشاركة الجميع في عملية التسيير واتخاذ القرار، وعليه فإن مشاركة الخواص في التسيير تكون تلقائية من خلال التحول إلى نظام القانون الخاص وهو الأمر الذي يمكن أن يكون السبب في تخلي المشرع عن عقد التسيير لأن الملكية الخاصة تحيل إلى فكرة المشاركة في التسيير لجميع الشركاء. فضلا عن ذلك فإن حق الملكية يمنح للمالك مجموعة من الحقوق، كحق التصرف بالبيع أو الايجار أو الرهن، الأمر الذي يمنح عقد التسيير أساسا قانونيا يسمح بمشاركة الخواص خاصة اذا علمنا أن أحد الاسباب الاساسية لفشل المؤسسة العمومية يرجع إلى سوء تسييرها، بالإضافة إلى رفض الدولة التخلي الكلي عن المؤسسة العمومية ورغبتها في الاحتفاظ ولو بجزء منها، الأمر الذي يمكن ان تحققه من خلال التنازل عن التسيير وليس عن الملكية، ناهيك عن التطور المذهل الذي يعرفه علم التسيير الذي أصبح موضوع نشاط العديد من الشركات.

المطلب الثاني

فتح مجال الخصوصية لجميع أوجه النشاط

إن التنظيم الجديد لعملية الخصوصية شمله أيضا تعديل آخر متعلق بمجالات النشاط التي تدخل ضمن نطاق هذه العملية. والتي يظهر أن ورودها ضمن أمر 04/01 جاء دون تحديد لقوائمها، خلافا لما كان عليه الحال في أمر 22/95 والنصوص التنظيمية المتعلقة به، لا سيما منها المرسوم التنفيذي رقم 195/98³⁰⁹ الذي حدد القائمة الأولى لمجموع المؤسسات العمومية التي ستخضع لعملية الخصوصية.

308- عبوة سهام، تعتبر الاستاذة عبوة سهام ان المشرع الجزائري قد اصاب عندما ألغى عقد التسيير من اعتباره خصوصية، مرجع سابق، ص 15.

309- مرسوم تنفيذي رقم 195/98 مؤرخ في 07 جوان 1998، يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصوصية، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 10 جوان 1998.

تمثلت المؤسسات العمومية التي كانت مؤهلة للخصوصية في تلك المرحلة في تلك المؤسسات التي تمارس نشاطها ضمن القطاع التنافسي الذي تعين على الدولة التوقف عن دعمه، والذي تقرر أن تسند مجال الاستثمار فيه للمبادرة الخاصة³¹⁰. ورغم قيام النص بحصر هذه المؤسسات من خلال القائمة الملحقة بمرسوم 195/98 و التي تضمنت 89 مؤسسة، إلا أن مجال نشاط هذه الأخيرة وكذا القطاعات المعنية بعملية الخصوصية لم يتم حصرها أو حتى اعطاء معايير محددة تم الاستناد عليها في اختيارها. فشملت المرحلة الأولى قطاعات السياحة والتوزيع والتجارة، ومؤسسات الانجاز في قطاع البناء والأشغال العمومية والري، والنقل وخدمات قطاع الموانئ والمطارات والاستيراد. ولم تنتهي هذه العملية بالنسبة لمؤسسات المرحلة الأولى، حتى بادر البعض بتوقع المرحلة الثانية والمؤسسات التي ستشملها، والمتمثلة في الصناعات الغذائية الزراعية، النسيج والصناعات الكيماوية والكهربائية والتأمينات³¹¹، وشملت عملية الخصوصية بذلك كل النشاطات سواء منها الضرورية وغير الضرورية.

كما قام أمر 22/95 بربط عملية الخصوصية بالأهداف المرجوة منها، فوضع شرط متعلق بالمحافظة على المؤسسة العمومية واصلاحها والحفاظ على مناصب العمل التي تضمنها³¹²، مع منع التسريح لأسباب اقتصادية. هذا التدرج في عملية الخصوصية عكس تخوف الدولة منها، الأمر الذي جعلها تقيدها لتجنب المواقف والنتائج السلبية التي قد تؤدي لها. في محاولة لتفادي التسرع الذي وقعت فيه بعض الدول التي سبقت الجزائر في عملية الخصوصية والذي أدى إلى خصوصية مؤسسات عمومية اضطرت لاسترجاعها فيما بعد نظرا لحاجة الاقتصاد لها، وكانت تجربة بولندا المثال الذي ألهم المشرع آن ذاك لتفادي هذا التسرع³¹³.

متخليا عن الأسلوب الذي وردت به عملية تحديد المؤسسات المزمع خصوصتها، تناول أمر 04/01 المعدل والمتمم النشاطات التي تشملها عملية الخصوصية بصيغة العموم والاطلاق، حيث نصت المادة 15 منه على "المؤسسات القابلة للخصوصية هي المؤسسات العمومية الاقتصادية التابعة لمجموع قطاعات النشاط الاقتصادي" وبناء على هذا النص فإنه يمكن خصوصية أية مؤسسة عمومية في أي نشاط اقتصادي حتى ولو كان استراتيجيا. غير أن هذا الفرض لم يرد مطلقا بل تم تقييده بموجب نص المادة 06 التي أخرجت النشاطات الاستراتيجية من دائرة تطبيق أمر

310-علي مبروكي، تكييف عملية خصوصية المؤسسات العمومية مع متطلبات اقتصاد السوق والاهداف السياسية للدولة، مجلة الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصوصية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت فبراير سنة 2005. ص 395.

311- علي مبروكي، مرجع أعلاه، ص 396.

312- نص البند الرابع من امر 22/95 على "يجب الا تقرر عملية الخصوصية... الا اذا كانت الغاية منها اصلاح المؤسسة او تحديثها و/او الحفاظ على كل مناصب العمل المأجورة فيها او بعضها"

313- علي مبروكي، مرجع اعلاه، ص 397.

04/01، وأخضعها بالمقابل إلى النصوص التنظيمية والقوانين الأساسية لكل مؤسسة، أو حتى لنظام قانوني خاص بها يحدد لاحقاً عن طريق التنظيم، وهو ما يبقى المؤسسات ذات الطابع الاستراتيجي في دائرة السؤال، هل تم فتح رأس مال المؤسسات الاستراتيجية لعملية الخصوصية؟

يحتمل نص المادة 06 تفسيره بأنه انفتاح كامل على الخصوصية حتى بالنسبة للنشاطات الاستراتيجية³¹⁴ التي ظلت حكراً على الدولة، وهو ما يتوافق أيضاً مع أمر 03/01 الذي ألغى تخصيص بعض النشاطات الاقتصادية للدولة أو أحد مؤسساتها العمومية صراحة من خلال نص المادة 01 منه، الأمر الذي اعتبر من إيجابيات النص الجديد وتحفيزاً للاستثمارات الخاصة.

ويعود السبب الرئيسي لفتح القطاعات الاستراتيجية على الخصوصية، لما تكتسبه هذه القطاعات من أهمية بالنسبة للمستثمرين الخواص لا سيما منهم الأجانب الذين يملكون الامكانيات التكنولوجية اللازمة للاستثمار في هذه القطاعات. كما يعبر هذا التوجه الجديد المكرس للانفتاح على جميع النشاطات حتى الاستراتيجية منها رغبة الدولة في الانسحاب من السيطرة على النشاط الاقتصادي. فهل يمكن حقيقة تفسير هذا الاجراء من خلال مقارنته مع اجراءات أخرى بأنه تراجعاً من الدولة عن السيطرة وتوجيه النشاط الاستثماري والاقتصادي؟

الفرع الأول

تفسير الفقه لفتح مجالات النشاط للخصوصية

إذا أردنا معرفة رأى الفقه فيما يتعلق بإجراء فتح جميع مجالات النشاط الاقتصادي للخصوصية، وجب علينا المرور على رأى التيار الانجلوسكسوني ورأى التيار الفرنكفوني اللذان يختلفان في نظرتهم وتفسيرهما للإجراءات التي تعد انسحاباً للدولة من السيطرة على النشاط الاقتصادي من خلال تغير دورها في تنظيم العلاقات المختلفة في المجتمع، الاقتصادية والتجارية والإجتماعية عن طريق تغيير ميكانيزمات التسيير والتنظيم والرقابة وإزالة التنظيم³¹⁵

314- تم خصخصة بعض الشركات الوطنية الحساسة في القطاعات الاستراتيجية وفتح رأس مالها الاجتماعي، من أهمها شركة سونلغاز التي أصبحت مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، حيث نصت المادة 168 من قانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز على " يفتح رأس مال الفروع التابعة لسونلغاز ش.ذ.أ المكلفة بانتاج ونقل و توزيع الكهرباء وتلك المكلفة بنقل و توزيع الغاز، امام الشراكة او المساهمة الخاصة المختلفة او كليهما او للعمال، وتبقى سونلغاز ش.ذ.أ المساهم صاحب الاغلبية في رأس مال هذه الفروع. تحدد الدولة مستوى مساهمة العمال و المواطنين في رأس المال "

315- نبالي فطة، المفهوم الاقتصادي و القانوني لفكرة إزالة التنظيم، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد الأول، جامعة ملود معمرى، كلية الحقوق، تيزي وزو سنة 2007، ص 176.

أولاً: فتح مجالات النشاط يعد انسحاباً للدولة؛

يأخذ أصحاب هذا التيار ومن بينهم الفقيه Bizaguet بالمفهوم الواسع في تفسيره لفكرة تراجع تدخل الدولة وسيطرتها³¹⁶ على النشاط الاقتصادي، فيعتبر أي إجراء تتخذه هذه الأخيرة من أجل تشجيع مشاركة الخواص الوطنيين منهم والأجانب في الاستثمار شكل من اشكال انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي لذلك فإنهم يعتبرون تبني الدولة لعملية الخصوصية دليلاً قاطعاً على انسحابها³¹⁷.

ويعتمد هذا التيار على مظاهر شكلية لتحديد انسحابها، فعادة ما يهدد لخصوصية المؤسسات العمومية بتراجع الدولة عن الحياة الاقتصادية من خلال مجموعة من الاجراءات، كفتح الاسواق للمنافسة، وحرية الاسعار وفتح مجالات الخصوصية، والتراجع عن التأمين³¹⁸... الخ. حيث يتم الغاء كل ما يمس بحرية التبادل وحرية المتعاملين الاقتصاديين، بضم جميع أشكال تراجع الدولة عن دورها كمسير وطرف في السياسة الاقتصادية، هذا التراجع الذي يكون عن طريق حركة واسعة للاستجابة لضرورات التنمية الوطنية³¹⁹ و التخلص من الآليات التقليدية للتنظيم و تبني مقابلهآ آليات جديدة ماثلة لتلك الموجودة في البلدان الرأسمالية³²⁰.

ان هذا التيار يعتبر كل نقل للنشاط من القطاع العام إلى القطاع الخاص، سواء كان تراجعاً في التسيير أو في الشكل القانوني للمؤسسة أو في ملكيتها، شكلاً من اشكال تراجع الدولة عن التدخل في تنظيم الاقتصاد سواء تم تجسيده فعلاً أم لا، كما لا يمكن ضمان نجاح حقيقي للخصوصية من خلال الاصرار على انسحاب شامل للدولة من حقل الاقتصاد وإنما يجب تأمين هذا النجاح بالاعتماد على تصور برغماتي واقعي للخصوصية، يعتمد في بدايته على

316- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 18.

317- لقد بدأت الدولة بتجسيد عملية الانسحاب التدريجي من خلال عدة مظاهر واجراءات سبقت الخصوصية، تعلقت بعملية إعادة الهيكلة والتأهيل التي مست طريقة تنظيم النشاطات الاقتصادية عموماً، وعلى سبيل المثال تم الاستغناء عن نظام التخطيط الاشتراكي وتحويله الى نظام التخطيط الليبرالي من خلال تبني السلطة لقانون 02/88 المتعلق بالتخطيط، كما تبنت الدولة المفهوم الليبرالي لأدوات الضبط الاقتصادي من خلال استبدالها لنظام الحماية الجمركية بنظام التعريفات الجمركية، وكذا استبدال أنظمة الأسعار بنظام المنافسة، كما استبدل أسلوب الرقابة الداخلية او الوصاية بأسلوب الرقابة عن طريق السلطات الادارية المستقلة او الوكالات التجارية. عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 320 ص 339.

318- و هو ما جسده المشرع بالكثير من الاجراءات التي مست مجال التوجيه العقاري من خلال قانون 25/90 بو شريط حسناء، آليات تطهير الملكية العقارية الفلاحية في قانون التوجيه العقاري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، العدد 11 سبتمبر 2014، ص 396.

319- نبالي فطة، مرجع سابق، ص 178.

استراتيجية ترويجية تراعي فيها الظروف السياسية الاقتصادية والاجتماعية للدولة³²¹ سواء حقق اهدافه أم لا. وهو الرأي المناقض لأصحاب المفهوم الضيق لانسحاب الدولة من المجال الاقتصادي.

ثانياً: توضيح مفهوم انسحاب الدولة؛

ظهر أصحاب المفهوم الضيق لانسحاب الدولة من السيطرة واحتكار المجال الاقتصادي عامة، والاستثماري على الخصوص في فرنسا³²² حيث يرى هذا الجانب من الفقه أن الهدف من انسحاب الدولة يكمن في تغيير أسلوب و خصائص القوانين الموجودة، أو باصدار أخرى لتستجيب للوضع الجديد تكون بسيطة وقليلة وسهلة التطبيق³²³، ولا يري أصحاب هذا التيار أن انسحاب الدولة يكمن فقط من خلال تبنيها لسياسة الخصوصية بل في تجسيدها لهذه العملية فعليا، أي القيام بنقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص بصورة تامة، وذلك لن يتحقق إلا عن طريق خصوصية كاملة للمؤسسة العمومية، اذ يرى الفقيه قراف³²⁴ greffe أن تراجع الدولة عن التحكم في الاستثمار يمكن أن يتحقق عن طريق الخصوصية التي تتجسد في فتح مجال المنافسة كخطوة أولى، ثم الشروع في الخصوصية كخطوة ثانية. هذا المفهوم الضيق قد يجد له أساسا من الناحية القانونية، نظرا لعدم الشروع في الخطوة المتعلقة بتطبيق وتنفيذ عملية الخصوصية، فهل هذا هو رأى القانون؟

الفرع الثاني

الخصوصية من منظور القانون تعميق لأسلوب الاستثمار الموجه

لقد تعثر مسار الخصوصية في الجزائر منذ بدايات ظهوره ضمن مختلف النصوص القانونية، التي تعاقبت وتكاثرت لتنظيم العملية التي يفترض منها ظهور القطاع الخاص بقوة مع انسحاب القطاع العام والتخلي عنه تدريجيا. غير أن الطريقة القانونية التي فرضت بها الخصوصية من خلال لجوء السلطة إلى أسلوب التشريع بالأوامر لتفادي مشاركة الشركاء السياسيين والاجتماعيين، يؤكد ممارستها السيطرة وتوجيه النظام الاقتصادي بصورة مطلقة ان لم

321- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 62.

322 -Leila Abdeladim :Les privatisations d'entreprises publiques dans les pays du Maghreb, Maroc, Algérie, Tunisie, étude juridique, les éditions internationales , septembre 1998, P46.

323- نبالي فطة، مرجع أعلاه، ص 181.

324- بن حبيلس مني، مرجع سابق، ص 20.

نقل أحادية. ورغم الغاء أمر 22/95 لتجنب ما تضمنه من مظاهر تدخل الدولة فان أمر 04/01 لم يسلم هو الآخر من تجسيد دور الدولة المتدخلة، ويمكن نظر ذلك من خلال ما يلي:

1- احتفظت الدولة من خلال نص المادة 02 من أمر 22/95 باحتكارها للنشاطات الاستراتيجية صراحة وأقصتها من مجال عملية الخصوصية، مع ما حملته هذا النص من تناقض مع نصوص أخرى منظمة للنشاط الاقتصادي في تلك المرحلة، لاسيا قانون المنافسة أمر 06/95 الذي شمل مجاله كل المؤسسات التي تتدخل في المنافسة³²⁵. غير أن النص الجديد أمر 04/01 حاول تدارك هذا التقييد فقام من خلال نص المادة 15 بفتح مجالات الخصوصية من جديد، غير أنه وبموجب نص المادة 06 من نفس الأمر عاد ليقيد مجالات الخصوصية مرة أخرى، محتفظا للنشاطات الاستراتيجية بخصوصيتها من خلال اخضاعها لنظام قانوني خاص بها، وهو ما خلق تناقض بين النصين، و تراجعاً عن فتح مجالات الخصوصية أمام القطاعات الاستراتيجية، فقد جاء نص المادة 15 موسعا وشاملا في حين أن نص المادة 06 جاء مضيقا ومحددا، الامر الذي يؤكد بقاء هذه العملية في يد الدولة من حيث تنظيمها وتطبيقها، مع عدم وضوح صورتها عند هذه الاخيرة لحد اليوم. فعلى سبيل المثال قطاع المناجم الذي بادرت الدولة بخصوصته بصورة رسمية من خلال نص المادة 07 الفقرة 01 من قانون 10/01³²⁶ التي نصت على "تعتبر أنشطة البحث المنجمي وأنشطة استغلال المواد المعدنية، أعمالا تجارية ولا يجوز ممارستها إلا من قبل الاشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاضعة للقانون الخاص...". كما سمح نص المادة 03 من نفس القانون بمشاركة جميع المستثمرين في القطاع دون تمييز بينهم سواء في القوانين الأساسية أو من خلال الجنسية حيث نصت المادة على مايلي " يمكن كل متعامل ممارسة الأنشطة المنجمية، طبقا لأحكام هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه، وذلك دون تمييز في القانون الأساسي أو الجنسية ". ما اعطى انطبعا أوليا بتخلى الدولة عن التدخل في تنظيم الاقتصاد، غير أنه ما لبث أن أظهر الانسحاب الشكلي لا الفعلي للدولة، التي بقيت تسيطر على مجال الاستثمارات المنجمية وعلى المتدخلين فيه من خلال الرخص المنجمية التي لا يمكن ممارسة نشاطات البحث والاستغلال إلا من خلالها رغم اعتبارها أعمالا تجارية، وهو ما اكدته نص المادة 11 من قانون 05/14³²⁷

325- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 03.

326 - قانون 10/01 مؤرخ في 03 جويلية 2001 المتضمن لقانون المناجم، ج.ر.ع 35، مؤرخ في 04 جويلية 2001 .

327- قانون 05/14 مؤرخ في 24 فبراير سنة 2014، يتضمن قانون المناجم، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 30 مارس 2014، و الذي ألغى بموجب نص المادة 193 منه أحكام قانون 10/01 المذكور سابقا.

التي جاء فيها "تعتبر نشاطات البحث، و نشاطات استغلال المواد المعدنية او المتحجرة اعمالا تجارية. لا يمكن ممارسة هذه النشاطات إلا من خلال ترخيص منجمي كما هو مذكور في المادة 62 ادناه "كما تم الغاء مضمون نص المادتين 07 و 03 المذكورتان أعلاه. ما لا يترك مجالاً للشك بتراجع الدولة عن فتح المجال وانسحابها من التدخل والسيطرة على النشاطات المنجمية"³²⁸.

لقد اوجدت الدولة شكلاً آخر لفرض تدخلها في مجال الخصوصية، من خلال اعتمادها على الاجراءات المقيدة للاستثمار، التي تمنع ممارسة النشاط من دون الحصول عليها، و التي تؤكد تدخل الدولة بمختلف أجهزتها، فالترخيص المنجمي الذي تمنحه الوكالة المنجمية تحت رقابة الوزير المكلف بالمناجم لخير دليل على ذلك. كذلك الأمر في قطاع المحروقات الذي عرف تخلي الدولة عن احتكارها له، من خلال اعادة تكييف شركة سونطراك واعتبارها شركة ذات أسهم تمارس النشاطات الاقتصادية فقط، دون أن تمارس امتيازات السلطة العامة والمرفق العام التي استعادتها الدولة، حيث نصت المادة 02 من قانون 07/05 المتعلق بالمحروقات³²⁹ على " يؤدي انشاء هذا الاطار المؤسساتي إلى تطبيق مبدأ الحرية والقابلية للتكيف الذي يميز نشاط الدولة، ومنه يعيد لهذه الأخيرة احدى صلاحياتها التي كانت تمارسها سونطراك، شركة ذات أسهم، من قبل..."

ووفقاً لذلك فقد تم انشاء وكالتان وطنيتان للقيام بمهام الدولة في القطاع، ورغم اعتبارهما مستقلتان حسب نص المادة 12 من قانون 07/05، إلا أن النظر لطريقة تعيين اعضائهما، الذي يتم من قبل رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي الوزير المكلف بالمحروقات بموجب مرسوم رئاسي، وقيام وزير القطاع بالموافقة على ميزانية الوكالتان، وكذا بالنظر لصلاحياتهما المرتكزة أساساً على منح رخص التنقيب والبحث عن المحروقات، وتطبيق العقوبات وفرض الغرامات في حالة مخالفة القانون، و الموافقة على أي نشاط موضوع هذا القانون. لا يؤكد فكرة استقلاليتهما، بل على العكس تماماً حيث يؤكد تدخل الدولة المتجذر في القطاع، وعدم رغبتها الانسحاب منه، وكل ما في الأمر انها غيرت الوجه والطريقة التي تتدخل بها، فبعدما كانت تتدخل عن

328- نظراً لأهمية قطاع المناجم فان الدولة لم تتخلى عن دعمه مادياً، من خلال تقديم مساعدات مالية تجسدت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 100/99 مؤرخ في 25 افريل 1999 يحدد كيفية سير حساب التخصيص الخاص رقم 203-095 الذي عنوانه "الصندوق الخاص للمساهمة في البحث و تطوير الطبقات المنجمية. ج. ر. ع. 31 مؤرخ في 28 أبريل سنة 1999. والذي تقدم الدولة بموجبه اعانة في اطار البرنامج المتوسط المدى لهياكلها التي تنشط في هذا القطاع ضمن تبعات المرفق العمومي.

329- قانون 07/05 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، ج. ر. ع. 50 مؤرخ في 19 يوليو 2005، معدل و متمم.

طريق شركة سوناطراك اصبحت تتدخل عن طريق وكالتان تتمتعان بالاستقلالية الشكلية. هذا التدخل من قبل الدولة وسلطاتها الوصية و وكالاتها التجارية لا يشكل وجها لتراجع الدولة وانسحابها، بقدر ما يشكل تناقضها وتضاربها في تنظيم عملية الخصوصية³³⁰.

2- ان اخضاع تطبيق عملية الخصوصية لأحكام القانون العام وحده لدليل آخر على تكريس تدخل الدولة في النشاط الخاص، ومحاولتها التدخل في تنظيم احكامه، الأمر الذي يتناقض مع مضمون الخصوصية التي تؤدي إلى تحول المؤسسة العمومية إلى شركة وفقا لأحكام القانون الخاص، أمر 59/75 المتضمن القانون التجاري، أو لنظام أحكام الشركة المختلطة الاقتصاد على الأقل، خاصة و أن بعض أساليب الخصوصية ترتكز على قواعد القانون الخاص، المتمثلة في طرح الاسهم للاكتتاب باللجوء إلى آليات السوق المالية بالعرض في البورصة أو عرض علني للبيع بسعر محدد.

ففكرة الخصوصية تهدف إلى الانتقال من القانون العام كأساس لممارسة النشاطات الاستثمارية، إلى القانون الخاص كبديل يجسد مشاركة القطاع الخاص والخضوع لقواعد السوق والمنافسة. وهو ما لا نجد في نص المادة 14 من أمر 04/01 التي تنص على " تنجز عمليات الخصوصية طبقا لقواعد القانون العام ولأحكام هذا الأمر، مع احترام قواعد الشفافية والإشهار " وما يؤكد أيضا فكرة تنظيم الدولة لعملية الخصوصية والاستثمار فيها بموجب أحكام القانون العام، قيام قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بتحديد نسبة مشاركة الخواص مع مؤسسات الدولة بنسبة 49%، وهو النص الذي يتناقض مع قانون الخصوصية أمر 04/01 الذي لم يحدد نسبة مشاركة الخواص في العملية. وتبعاً لذلك فإن الدولة تتراجع عن انسحابها، وعن فكرة التخلي الكامل عن المؤسسة العمومية وتدخلها في النشاط الاقتصادي وسيطرتها عليه، الذي جسده من خلال الغاء القانون العام لأحكام الخصوصية الكلية ما رتب تراجع الدولة رسمياً عن الخصوصية الكلية³³¹.

330- لقد جسدت الدولة تخليها عن بعض النشاطات الأساسية من خلال فتحها في وجه المستثمرين الخواص، لكنها في نفس الوقت احتفظت بالاحتكارات وبالقيود الاجرائية المقيدة لممارسة هذه الانشطة، وهو ما حدث في مجال الكهرباء و توزيع الغاز، حيث منحت شركة سونلغاز حقا احتكاريا لتسيير شبكة نقل الكهرباء حسب نصوص المواد 29 و 30 و 31 و 169 من قانون رقم 01/02 مؤرخ في 05 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 06 فبراير سنة 2002. كما ان نفس النص ربط مشاركة المستثمرين الخواص في القطاع بالرخص و الامتيازات التي تمنحها الدولة بموجب مرسوم تنفيذي بناء على اقتراح من الوزير المكلف بالطاقة بعد اخذ اري لجنة الضبط، الامر الذي جسده تدخل الدولة في القطاع على مستوى جميع المراحل و بواسطة كل هياكلها و مؤسساتها.

- لقد جسد نص المادة 14 تناقضا آخر في تطبيق عملية الخصوصية، فهي لا تنجز فقط وفق أحكام القانون العام بل أن القانون الخاص اساس انجازها، والمنظم رفقة نصوص قانونية أخرى لأساليب ممارسة هذه العملية، ويعود السبب في هذا التناقض إلى تذبذب رأى الدولة في حقيقة رغبتها في الانسحاب والتخلي عن المؤسسة العمومية، لتبقي المتحكم الوحيد في تنظيم وتأطير عملية الخصوصية مجسدة فكرة الدولة المتدخلة.

3- الدليل القانوني الأخير الذي نسوقه في هذا المقام لإثبات ان الخصوصية عملية استثمار عمومي تقوم به الدولة وتجسد من خلاله تدخلها في تنظيم النشاطات الاستثمارية، بهدف دعم واصلاح القطاع العمومي وليس بهدف التخلي عنه او عن سلطاتها فيه، هو كثرة الاجهزة والهيكل السياسية والادارية المتدخلة في عملية الخصوصية، سواء ضمن النص القانوني السابق أمر 22/95 الذي كان الباب الثاني منه يشمل الهيئات والسلطات المكلفة بعملية الخصوصية، بما فيها الحكومة المتدخلة على كل المستويات لدرجة يمكن معها الجزم بأنها صاحبة القرار. وشمل النص بالإضافة الى الحكومة، هيئة مكلفة بالخصوصية³³²، مجلس الخصوصية، لجنة مراقبة عملية الخصوصية، والجدير بالذكر أن جميع هذه الأجهزة يتم تعيين أعضائها من قبل الحكومة أو أنها تتضمن ضمن تشكيلتها اعضاء من الحكومة.

أما أمر 04/01 فلم يخلوا من مظاهر التدخل الصريح للحكومة في عملية الخصوصية بصورة أكثر وضوحا من النص السابق، بحيث تعدلت الأجهزة المشرفة على عملية الخصوصية وأصبحت تضم مجلس مساهمات الدولة الموضوع تحت سلطة رئيس الحكومة، مجلس الوزراء تحت رئاسة رئيس الجمهورية، الوزير المكلف بالمساهمات، لجنة مراقبة عملية الخصوصية. لتجسد هذه الهياكل سيطرة الدولة على عملية الخصوصية سواء من حيث تفردا بتنظيمها أو في ملكية النسبة الأعلى من رأس مال المؤسسة المراد خصوصتها.

وإذا كنا لا نستطيع أن نغلب أحد الرأيين الفقهيين فيما يتعلق بمسألة انسحاب الدولة من تنظيم والتدخل في عملية الخصوصية، بسبب أن السلطة لا تزال لغاية اليوم غير مقتنعة بأن الخلل ناتج عن تدخلها وسيطرتها على الاقتصاد مستعملة في ذلك المؤسسة العمومية، ما ترجم تخوفها من مسألة التنازل عن هذه الأخيرة و هو ما يعني تنازلها

332- عينت الهيئة بموجب المرسوم التنفيذي 106/96 مؤرخ في 11 مارس 1996، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 18 مارس

عن وسيلة تحريك الاقتصاد والسيطرة عليه. ما يزيد من تأكيد السبب الذي جعل الجزائر تتبنى سياسة الخصوصية، والذي لا يمكن إرجاعه لخياراتها بل لسياسات مفروضة ومحتمة عليها.

المطلب الثالث

ضمانات لدعم عملية الخصوصية

برزت عملية دعم الاستثمار الخاص من خلال قانون الاستثمار الذي تبنى أسلوب الخصوصية ما يجعلها تستفيد من المزايا المنصوص عليها بموجب أمر 03/01 بالإضافة إلى مزايا وضمانات خاصة بها، حيث أكدت السياسة القانونية الخاصة بتنظيم هذه العملية ارادة الدولة في ذلك منذ بدء عملية الاصلاحات الاقتصادية التي مست القطاع العمومي والذي تقرر اصلاحه عن طريق مشاركته القطاع الخاص منذ صدور أول نص قانوني أقر الخصوصية صراحة. غير أن بقاء عملية الخصوصية داخل اطارها النظري جعل الدولة تتحرك من أجل اصلاح الاطار القانوني الذي ينظم هذه العملية في محاولة منه تفادي النقائص المطروحة في النص الاصيلي أمر 22/95 الذي بدأ تعديله بموجب أمر 12/97³³³ ليصل في مرحلة لاحقة إلى الغاءه. وقد أقر هذا التعديل مجموعة من الضمانات الاساسية لدعم نجاح عملية الخصوصية من أهمها:

1- اشراك العمال، و صغار المدخرين من المواطنين في توظيف اموالهم من خلال السماح لهم بشراء اسهم المؤسسات المعروضة للخصوصية.

2- ألغت المادة 02³³⁴ من أمر 12/97 شرط ضرورة عدم تغيير نشاط المؤسسة لمدة 05 سنوات للاستفادة من عملية الخصوصية، وبذلك سمحت للملاك الجدد تغيير نشاط المؤسسة بعد خوصصتها من خلال التفاوض.

3- تقسيط ثمن التنازل عن المؤسسة استنادا لنص المادة 09 من الأمر التي تمت المادة 34 من أمر 22/95 بشرط تعهد الملاك الجدد بتجديد وسائل الانتاج والاحتفاظ بمناصب الشغل.

ورغم ذلك لم تتمكن هذه الضمانات الجديدة من اخراج عملية الخصوصية من أدراجها نظرا لعدة اسباب اساسها تعدد النصوص القانونية التي تدخلت لتنظيمها والذي انتج بدوره تعدد الهياكل والأجهزة المتدخلة فيها.

333- أمر 12/97 مؤرخ في 19 مارس 1997 يعدل ويتمم الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 غشت سنة 1995 و المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية. ج.ر.ع 15 مؤرخ في 19 مارس 1997.

334- عدل نص المادة 02 من أمر 12/97 نص المادة 04 من أمر 22/95 والتي كانت تشترط الاحتفاظ بنشاط المؤسسة مدة خمس سنوات بنصها على ما يلي " ... وعلى أي حال من الأحوال، يجب أن يلتزم الممتلك أو الممتلكين بإبقاء المؤسسة في حالة نشاط لمدة خمس (5) سنوات كحد أدنى ". حيث تم التعديل بحذف هذه الفقرة من نص المادة 04.

فمن ناحية تعدد النصوص القانونية المؤطرة لعملية الخصوصية والتقارب الزمني بين صدورها مع استمرار صدور النصوص التطبيقية لها³³⁵ نجد أن أمر 22/95 وحده فقط يحيل إلى ستة مراسيم تنفيذية، الأول متعلق بالمجلس الوطني للخصوصية وهو مرسوم تنفيذي 104/96³³⁶، ثم المرسوم التنفيذي المتعلق بتسيير لجنة مراقبة عمليات الخصوصية 105/96³³⁷، وبعدها المرسوم المتعلق بهيئة الخصوصية³³⁸، ثم مرسوم تنفيذي 133/96³³⁹ و134/96³⁴⁰ على التوالي، يليهما مرسوم 195/98³⁴¹، كما أن صدور أمر 12/97 قد عطل سير هذه النصوص من جهة، ومن جهة ثانية أحال بدوره لنصوص تنظيمية جديدة هي مرسوم 329/97³⁴² ومرسوم 194/98³⁴³ ومرسوم 195/98³⁴⁴، والتي بموجبها عطل العمل بالنصوص التنظيمية السابقة الذكر وعليه أصبحت عملية الخصوصية تخضع لنصوص قانونية كثيرة سواء المتخصصة أو المحال إليها بطريقة غير مباشرة كالقانون المتعلق بتسيير رؤوس الموال التجارية التابعة للدولة أمر 25/95، والقانون المتعلق بإنشاء بورصة القيم المنقولة³⁴⁵، والقانون المتعلق بالمنافسة³⁴⁶ وحتى قوانين المالية، وهو ما عقد العملية رغم ما تضمنته من ضمانات وحوافز .

335- بن حبيلى منى، مرجع سابق، ص 68.

336- مرسوم تنفيذي رقم 104/96 المحدد لتنظيم و كفاءات تسيير مجلس الخصوصية المؤرخ في 11 مارس 1996، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 20 مارس 1996، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 20 مارس 1996.

337- مرسوم تنفيذي رقم 105/96 مؤرخ في 11 مارس 1996 المتضمن تحديد كفاءات تنظيم لجنة مراقبة عمليات الخصوصية و سيرها، وكذلك كفاءات تعيين اعضاءها و قانونهم الأساسي و النظام التعويضي المطبق عليهم، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 18 مارس 1996.

338- مرسوم تنفيذي رقم 106/96 مؤرخ في 11 مارس 1996 يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 20 مارس 1996.

339- مرسوم تنفيذي رقم 133/96 مؤرخ في 13 افريل سنة 1996، يحدد شروط ممارسة السهم النوعي و كفاءاتها، ج.ر.ع 23 مؤرخ في 14 ابريل 1996.

340- مرسوم تنفيذي رقم 134/96 مؤرخ في 13 افريل سنة 1996، يتعلق بشروط تملك الجمهور الاسهم و القيم المنقولة الاخرى في المؤسسات العمومية التي ستخصص و كفاءات ذلك، ج.ر.ع 23 مؤرخ في 14 ابريل 1996.

341- مرسوم تنفيذي رقم 195/98 يتضمن قائمة المؤسسات العمومية المعنية بالخصوصية، مذكور سابق.

342- مرسوم تنفيذي رقم 329/97 مؤرخ في 10 سبتمبر 1997، يحدد شروط منح امتيازات خاصة و الدفع بالتقسيط لصالح مقتني المؤسسات العمومية بالخصوصية، ج.ر.ع 60 مؤرخ في 10 سبتمبر 1997.

343- مرسوم تنفيذي رقم 194/98 مؤرخ في 07 يونيو 1998 يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 10 يونيو سنة 1998 .

344- مرسوم تنفيذي رقم 195/98 مؤرخ في 07 يونيو 1998، يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصوصية، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 10 يونيو سنة 1998 .

345- تم تعديل المرسوم التشريعي رقم 10/93 المتعلق ببورصة القيم المنقولة ليتأشى مع الأحكام الجديدة المتعلقة بالخصوصية وفتح رأس مال المؤسسة العمومية بموجب أمر 10/96 مؤرخ في 10 يناير سنة 1996 يعدل ويتم المرسوم التشريعي رقم 10/93 المؤرخ في 23 مايو سنة 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة، ج.ر.ع 03 مؤرخ في 14 يناير 1996 . و منح النص بورصة القيم المنقولة ثلاثة وظائف أساسية، تتمثل في الوظيفة القانونية، ووظيفة المراقبة و الرقابة، و أخيرا الوظيفة التأديبية و التحكيمية، بهدف حماية استثمارات اصحاب القيم المنقولة و السير الحسن لسوق البورصة. مجلة الجليلي، مرجع سابق، ص 71.

346- أمر رقم 06/95 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 09 مؤرخ في 22 فبراير سنة 1995 .

أما من ناحية تعدد وتنوع الأجهزة المتدخلة في عملية الخصوصية، فإنها كثيرة جدا سبق ذكرها³⁴⁷. والتي تنوعت أيضا بين أجهزة تتدخل بطريقة مباشرة وأجهزة تتدخل بطريقة غير مباشرة كمجلس المنافسة الذي يمنح مهلة ثلاثة أشهر للموافقة على عملية التنازل الكلي أو التنازل الجزئي أو أي عقد يتضمن تحويل الملكية³⁴⁸. كما أن قانون الخصوصية في مرحلته الأولى أحدث تداخلا وتعارضا مع النصوص القانونية المتعلقة بتسيير أملاك الدولة³⁴⁹، غير انه في نفس الوقت شكل وجها لعملة واحدة متمثلة في تسيير المؤسسة العمومية³⁵⁰، الأمر الذي أنتج بدوره تعدد الأجهزة المتدخلة في عملية الخصوصية مثل الشركات القابضة العمومية³⁵¹ التي تملك حق التنازل عن المؤسسات العمومية بموجب قرار صادر عن المجلس الوطني لمساهمات الدولة الموضوع تحت سلطة رئيس الحكومة.

لقد أفرغت هذه الفجوات والتدخلات التي أحدثتها النصوص القانونية المؤطرة لعملية الخصوصية هذه الأخيرة من قيمة الضمانات والمزايا التي كرستها، وصارت ضماناتها لا تغطي عيوبها. لكن في نفس الوقت شكلت هذه النصوص القانونية القاعدة الأولى التي جهزت لصدور النصوص القانونية السارية المفعول حاليا ومكنت من تجنب اخطاء التجربة الأولى، وكرست مزايا وضمانات افضل من سابقتها بدأتها بتوحيد الاطار القانوني الذي ينظم عملية تسيير رؤوس الاموال العمومية وعملية التنازل عن املاك المؤسسة العمومية .

347- لقد أقر تقرير البنك العالمي الى أن مسؤولية تنفيذ برنامج الخصوصية في الجزائر مجزأة ومقسمة الى عدة هيئات، مجلس الخصوصية، الهيئة المكلفة بالخصوصية و مجلس مساهمات الدولة، الشركات القابضة، وعليه يتعين أن يعهد بها لهيئة واحدة فقط، عبوة سهام، مرجع سابق ص 27 .

348- نصت المادة 11 من امر 06/95 على " كل مشروع تجميع او تجمع ناتج عن أي عقد مهما كان شكله يتضمن تحويل الملكية لكل او جزء من ممتلكات او حقوق او سندات عون اقتصادي آخر او ممارسة النفوذ الاكيد عليه و الذي من شأنه المساس بالمنافسة و تعزيز وضعيته المهيمنة على السوق خاصة، يجب ان يقدمه صاحبه الى مجلس المنافسة الذي يبت فيه في أجل ثلاثة اشهر"

349- تضمن امر 25/95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، المتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية التابعة للدولة تداخلا و شمولية لأحكام قانون الخصوصية، لأن عملية الخصوصية تتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية، حيث نصت المادة الاولى منه على " يحدد هذا الأمر القواعد الخاصة بتنظيم و تسيير و مراقبة الأموال العمومية التي تحوزها الدولة او اي شخص معنوي آخر تابع للقانون العام، في شكل أسهم او مساهمات او شهادات استثمار او اي قيم منقولة أخرى تمثل رأس مال الشركات التجارية، كما هي محددة في المادة 23 أدناه "

350- لقد تم الفصل بين خصوصية المؤسسة العمومية و بين تسيير الاملاك العمومية المنقولة للدولة من خلال نصان قانونيان منفصلان، غير ان هذان النصان متعلقان بشكل واحد من الاستثمار، ذلك ان تسيير الاموال التجارية التي تملكها الدولة هو تسيير للمؤسسات العمومية. بن حبيليس منى، مرجع سابق، ص 69.

351- حلت الشركات القابضة محل صناديق المساهمة متخذة شكل شركات مساهمة تحوز الدولة فيها رأسها كاملا و/او تشترك فيه الدولة مع اشخاص معنويون آخرون تابعون للقانون العام، تتولى مهمة تنفيذ السياسة الاقتصادية للحكومة وتسيير رؤوس الاموال التجارية التابعة للدولة و ادارتها.

الفرع الأول

توحيد الإطار القانوني لعملية الخصوصية

لقد جسد أمر 04/01 رأي السلطة الحاسم في مجال الخصوصية التي مارس بموجبها رئيس الجمهورية صلاحياته الدستورية في التشريع بموجب أوامر بين دورتي البرلمان مصدرا أمر 04/01 الذي صادق البرلمان عليه لاحقا بالإجماع³⁵²، وقد تم تعديله بموجب مرسوم رئاسي 01/08³⁵³.

ان حسم السلطة في النص المنظم لعملية الخصوصية، أخرج هذه الأخيرة من مشكل تداخل وتعدد النصوص القانونية المنظمة لها، والتي كان تنظيم القطاع الاقتصادي العمومي يقوم فيها على أساس الفصل بين تسيير المؤسسات العمومية أي رؤوس الأموال العمومية من جهة والخصوصية من جهة ثانية³⁵⁴.

لقد وحد أمر 04/01 هذه المسألة، متفاديا الازدواجية في التسيير وتناقض وتضارب الصلاحيات من خلال توحيد قانون تسيير الأموال التجارية المملوكة للدولة وقانون خصوصية المؤسسات العمومية وتسييرها ذلك أن فكرة تسيير المؤسسة العمومية قد تعني ضرورة خصوصتها³⁵⁵، حيث نصت المادة 42 من أمر 04/01 على الغاء الأمر رقم 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، وهو ما يعد توضيحا لصورة الخصوصية، وضمانا للمستثمرين الخواص الراغبين المشاركة فيها .

الفرع الثاني

منح مزايا أصلية وأخرى اضافية

ان تبني أمر 03/01 لعملية الخصوصية جعلها تستفيد من المزايا المنصوص عليها في هذا الأمر استنادا لنص المادة 03 التي تحيلنا لنص المادة 09 وما بعدها من قانون الاستثمار، والتي سبق الحديث عنها في الفصل الأول، غير أن خضوعها لنظام قانوني خاص بها منح المستثمرين فيها مزايا اضافية مشروطة لتحفيز المساهمين وإنجاح هذه العملية، حيث تؤكد المادة 17 من أمر 04/01 على هذه المزايا الاضافية بنصها على "يمكن أن تستفيد عمليات الخصوصية

352- بن حبيلس منى ، مرجع سابق ص 73 .

353- أمر رقم 01/08 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2008، يتم الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها ج.ر.ع 11 مؤرخ في 02 مارس 2008 .

354-TEBANI Amel : Privatisation des entreprises publiques économiques en Algérie, Belkeise éditions, Alger 2011,P135.

355- بن حبيلس منى ، مرجع سابق، ص 76 .

المذكورة في المادة 13 أعلاه من مزايا خاصة يمكن التفاوض عليها حالة بحالة، وذلك عندما يلتزم المشتري أو المشترون بإصلاح المؤسسة أو تحديثها و/أو الحفاظ على جميع مناصب الشغل فيها أو جزء منها والإبقاء على المؤسسة في حالة نشاط". حيث لم يكن هذا النص بالجديد مقارنة بأمر 22/95، بقدر ما هو تثبيت لمحتواه، غير أن وجه الاختلاف بينهما في منح هذه المزايا يكمن في مدى الزامية الاستفادة من هذه الأخيرة اذا توفرت شروطها، فنص أمر 22/95 جاء أمرا بحيث أن الاستفادة منها تكون بقوة القانون³⁵⁶، أي بمجرد توفر الشروط، في حين أن الاستفادة من هذه المزايا أمر جوازي في النص الجديد، بحيث يمكن الاستفادة منها كما قد لا تستفيد منها المؤسسة المتنازل لها رغم تحقق شروطها.

كما يلاحظ على هذه المزايا الخاصة أنها مزايا اتفاقية بحيث يتم التفاوض عليها حالة بحالة وهو ما يجعل السؤال مطروحا عن الهيئة التي يجب التفاوض معها للحصول على هذه المزايا الخاصة، لا سيما أن المادة 17 لم تشر إليها ولم تحل إلى أي نص تنظيمي لتفسيرها وتطبيقها، وهو ما قد يفسره البعض³⁵⁷ على أن المشرع ترك الأمر لتقدير الهيئة المكلفة بالخصوصية؟ غير أن قراءة نص المادة 19 من أمر 04/01 تزيد من تعقيد الأمر. فإذا افترضنا أن المزايا الخاصة تكون بموجب عقد التنازل ويتم التفاوض عليها بين المستثمر والهيئة المكلفة بالخصوصية، فكيف نفسر ما جاء به نص المادة 19 التي تخضع عملية نقل الملكية لدفتر شروط خاصة تكون جزءا لا يتجزء من عقد التنازل؟! الأمر الذي يؤكد أن شروط الدولة لقبول عملية التنازل اجبارية لا يمكن التفاوض عليها، في حين أن المزايا التي يريد أن يستفيد منها المستثمر تفاوضية .

وعلى خلاف ذلك كان أمر 22/95 ينظم عملية الاستفادة من هذه المزايا الخاصة، لا سيما أحكام المرسوم التنفيذي 329/97³⁵⁸ الذي يحدد شروط منح هذه الأخيرة، فقد وضحا بدقة وتفسير واضحين، ويمكن من خلال هذا النص استخلاص المزايا الخاصة التفاوضية لاسيما منها امكانية الدفع بالتقسيط لفترة لا تفوق 15 سنة، أو تخفيض سعر التنازل إلى حد أقصاه 25% أو تخفيض اضافي يقارب زيادة ب 15%.... الخ كما تضمنت المادة 19 امكانية تقيد المزايا الخاصة بشرط قانوني على خلاف الشروط الأخرى التي ترد بموجب دفتر الشروط، ويتمثل هذا القيد في امكانية احتفاظ الدولة بسهم نوعي بصورة مؤقتة، يمكنها من التدخل لأسباب ذات مصلحة وطنية. وقد نص مرسوم تنفيذي

356- آيت منصور كال ، مرجع سابق ،ص 11 .

357- آيت منصور كال ، مرجع أعلاه، ص 11.

358- مرسوم تنفيذي رقم 329/97، مذكور سابقا .

رقم 352/01³⁵⁹ على شروط ممارسة حقوق السهم النوعي. كما أن هذا السهم ينتج آثاره بمجرد وروده في دفتر الشروط، والقانون الأساسي للمؤسسة الجديدة المتولدة عن الخصوصية .

بالإضافة الى ذلك فان أمر 04/01 قد منح مزايا أخرى تخص فئة الأجراء الراغبين في الاحتفاظ بمؤسستهم دون سواهم من مزايا خاصة أوردتها أحكام المادتين 28 و29، واللذان منحتا الأجراء نسبة 10% من رأس مال المؤسسة مجانا، مع امكانية استفادتهم من حق الشفعة الذي يجب ممارسته في أجل شهر من تاريخ تبليغ عرض التنازل .

زيادة على ما سبق فان عمليات نقل الملكية وغيرها يمكن لها أن تستفيد من الاعفاء من كل الحقوق والرسوم في اطار أحكام قوانين المالية استنادا لنص المادة 34 من أمر 04/01، ولقد أوردت قوانين المالية مجموعة من التعديلات على المزايا الممنوحة في ظل أمر 03/01 كما منح مزايا اضافية في حالة الخصوصية من أمثلتها ما جاء في نص المادة 39 من أمر 01/10³⁶⁰ المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 والتي أعفت العقود التي تحرر لفائدة المؤسسة العمومية من رسوم مصلحة الأملاك الوطنية، كما منحت المادة 28 من نفس القانون حق تقسيط دفع الضريبة وتقسيمها مدة عقد الامتياز، وكذا الاعفاء من حقوق التسجيل الذي حدد معدله في عملية التقسيم بـ 3% واذا امتدت مدة الامتياز أكثر من 33 سنة يصبح تحديد معدل حق التسجيل بـ 4% .

والجدير بالملاحظة أنه رغم تعدد المزايا الخاصة المنصوص عليها بموجب أمر 04/01، وكذا المزايا الاضافية الواردة بموجب قانون الاستثمار وقوانين المالية، إلا أنها تبقى مزايا مقيدة بشروط مختلفة، بعضها لا يمكن التخلي عنه لأنه ملزم بقوة القانون، في حين أن البعض الآخر يمكن التفاوض عليه ومن ثم التخلي عنه .وقد تصل شروط الاستفادة من المزايا درجة مساواتها مع المزايا في حد ذاتها، وفي أحيان أخرى لا يمكن حتى التكهّن بها نظرا لوردها ضمن دفتر شروط يحدد بمراعاة كل مؤسسة على حدى .

ويمكن لنا أن نجمل شروط الاستفادة من المزايا في نوعين منها، الأولى متعلقة بالنشاط، وتهدف أساسا للمحافظة عليه تتمثل في :

1. المحافظة على المؤسسة من خلال ابقاءها في حالة نشاط .
2. الالتزام بإصلاح المؤسسة أو تحديثها .
3. المحافظة على جميع مناصب الشغل أو على جزء منها .

359- مرسوم تنفيذي رقم 352/01 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001 يحدد شروط ممارسة حقوق السهم النوعي وكيفيات ذلك ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001 .

360- أمر 01/10 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ج.ر.ع 49 مؤرخ في 29 غشت 2010 .

أما الثانية من هذه الشروط فتتعلق بالاجراءات ومنها :

1. الخضوع لدقتر الشروط الخاصة الممنوح من قبل السلطة المكلفة بالخصوصية .
 2. امكانية الاحتفاظ بالسهم النوعي للدولة والذي يمنحها حق عضوية مجلس الادارة أو مجلس المراقبة حسب أجهزة تسيير المؤسسة، وهو أمر غير تفاوضي .
 3. القيام بمفاوضات مع الهيئة المكلفة بالخصوصية من أجل الحصول على المزايا الخاصة .
 4. ابرام عقد التنازل الذي يحدد حقوق وواجبات كل من الطرفين .
- ان ربط هذه المزايا بمثل هذه الشروط يؤكد حذر الدولة الجزائرية في ممارسة عملية الخصوصية رغم اعتبارها قرارا حاسما لتكملة مسار الاصلاح الاقتصادي. كما يلاحظ أن هذه المزايا قد ترتفع اذا تعلق الأمر باسترجاع المؤسسة من قبل العمال، وهو ما يقودنا الى ملاحظة المعاملة التمييزية في معاملة المستثمرين الوطنيين الخواص، على حساب نظرائهم الأجانب الذين يفترض معاملتهم بالمساواة بينهم وبين الوطنيين .
- لقد ضمن أمر 04/01 للمستثمرين سببا آخر يدعوهم لمشاركة الدولة في انجاح هذه العملية، وهو امكانية اشراكهم فيها سواء كانوا مستثمرين صغار أو من كبار المدخرين حيث نوع النص القانوني في أساليب الخصوصية التي يتوقف نجاحها على مدى صحة اختيار الأسلوب الذي تتم به عملية التنازل مراعيًا طبيعة نشاط المؤسسة المراد خصوصتها وظروفها .
- تناولت المادة 26 من أمر 04/01 أساليب الخصوصية، وتركتها مفتوحة من خلال السماح بممارسة العملية بواسطة أي نمط يهدف لترقية مساهمة الجمهور على حد تعبير المطة الرابعة من نص المادة 26 بحيث يمكن تجزئة الأسهم أو الحصص الاجتماعية الى سندات ذات قيمة أقل حتى يتمكن الجمهور من المساهمة .
- كما يمكن ممارسة هذه العملية باللجوء للبورصة، أو عن طريق عرض علني للبيع بسعر محدد، مع امكانية تخصيص المشتري، أي بيع الأسهم لصالح مجموعة محددة من المستثمرين أو المؤسسات خاصة. كذلك يمكن الخصوصية عن طريق المناقصات، أو اجراء البيع بالتراضي بترخيص من قبل مجلس مساهمات الدولة .
- لقد اختلفت أساليب الخصوصية المنصوص عليها بموجب أمر 04/01 مقارنتها بما كانت عليه بموجب أمر 22/95، ذلك أن النص الجديد قد ألغى أسلوب التسيير كطريقة من طرق الخصوصية، والذي كان واردا بموجبها نص

المادة 30 من أمر 22/95 والذي كان يتم بإبرام عقود ايجار أو عقود تسيير مع متعاملين وطنيين أو أجنب عن طريق نظام المزايدات³⁶¹.

قد يتناقض تخلي النص عن أسلوب خصوصية التسيير مع ترك طريقة الخصوصية مفتوحة لأي نمط يؤدي الى زيادة مشاركة الجمهور في العملية، في حين أن النص قد يفسر على أنه ليس الغاء لخصوصية التسيير وانما تركها لاختيار الجمهور .

وبناء عليه يمكن مشاركة الجميع في عملية الخصوصية التي لم تقتصر على فئة معينة من المستثمرين وهو الأمر الذي قد يؤدي الى انجاح العملية، كما قد يرتب مخاطر بالنسبة لعملية فتح رأس مال المؤسسة للجمهور باعتبار أن أسهم الضمان تضل في يد الدولة ما يرتب مسؤوليتها الدائمة والأساسية .

المطلب الرابع

معاملة تفضيلية بين الخواص الوطنيين والأجانب

تضمن أمر 03/01 طرحا عاما لأسلوب الخصوصية، فلم يحدد الطريقة التي تتم بها بل تبناها كلية كانت أو جزئية، كما أنه لم يحدد الأشخاص الذين يمكنهم المشاركة فيها، هل هم المستثمرون الوطنيون أم الأجانب؟ ولم يورد أى تقييد صريح لها، كما لم يجعلها معلقة على شروط .

غير أن هذا الطرح العام الذي ورد في قانون الاستثمار، لم يكن مشابها لنظيره الوارد في قانون الخصوصية أمر 04/01 وهذا أمر بديهي لأن قانون الخصوصية جاء لينظم أحكامها ويفصل فيها باعتباره قانونا خاصا بها .

ولم يحدد أمر 04/01 الأشخاص المشاركين في عملية الخصوصية تحديدا دقيقا، فقد استعمل هو الآخر صيغة العموم بموجب نص المادة 13 التي عرفت الخصوصية باعتبارها صفقة تنازل إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص. ورغم عمومية هذا النص، الا أننا يمكن أن نتصور أن هذا النص يشمل المستثمرين الأجانب المقيمين نظرا لخضوعهم للقانون الجزائري جراء تكوينهم شخص معنوي وفقا لأحكامه، وإلى غاية سنة 2009 يمكن اعتبار هذا النص يتماشى ومنطق المساواة بين الوطنيين والأجانب إلا من زاوية واحدة فقط، تثير بعض بوادر التمييز في تنفيذ عملية الخصوصية والتي تتمثل في طريقة التنازل لعمال المؤسسة المزمع خصوصتها. لكن بعد صدور قانون المالية لسنة 2009 انقلب الأمر بطريقة تؤكد الاشارة الجزئي الحذر للأجانب، وتقييد أمر 04/01 من زاويتين، الأولى

361- عبوة سهام ، مرجع سابق ص 29 .

حددت نوع الخصوصية التي يتم تنفيذها مع الأجانب وحصرتها في الخصوصية الجزئية من جهة، وألغت فكرة المساواة بين الأشخاص المستثمرين الوطنيين والأجانب الخاضعين للقانون الخاص، وأصبحت الخصوصية تنفذ وفقاً لإجراءات خاصة يحددها القانون بالنظر إلى صيغة التنازل له .

الفرع الأول

التمييز بالنظر لصفة العمال الأجراء

تهدف هذه الطريقة إلى التنازل على المؤسسة من خلال تحويلها إلى مؤسسة خاصة يتم تملكها للعاملين بها، ما قد يجنب الدولة رفض العمال ويزيل التخوف من نفوسهم من برنامج الخصوصية، ويضمن مشاركة واسعة لرأس المال الخاص عن طريق اشراك أكبر عدد منهم³⁶². وقد تناول المشرع الجزائري أحكام التنازل عن المؤسسة العمومية لصالح الأجراء من خلال المادتين الثامنة والعشرون والتاسعة والعشرون من الفصل السادس من أمر 04/01، واللتين أحالتا فيما يتعلق بتطبيقهما للتنظيم، ما أدى إلى صدور المرسوم التنفيذي رقم 353/01³⁶³ الذي يحدد شروط وكيفيات ممارسة العمال لهذا الامتياز القانوني³⁶⁴.

و الأجير في مفهوم المادة 04 من هذا المرسوم " كل أجير في المؤسسة مسجل منذ سنة واحدة على الأقل في جدول أعداد المستخدمين عند تاريخ تبليغ عرض التنازل وذلك مهما تكن الطبيعة القانونية لعقده".

ان هذا النص لم يميز بين العمال الأجراء لا من حيث طبيعة عقدهم دائم أو مؤقت ولا من حيث جنسيتهم وطني أو أجنبي، غير أن الأغلبية الساحقة لعمال المؤسسة العمومية هم من العمال الوطنيين، وهو ما يجعل قرار شراء المؤسسة في سلطتهم دون الأجانب منهم. ولقد اعتمدت الكثير من الدول هذه التقنية لتنفيذ عملية الخصوصية، وكانت الولايات المتحدة الأمريكية السبابة في ذلك عام 1952 وعرفت باسم الإيسوب ESOP³⁶⁵.

لقد قيد المرسوم التنفيذي 353/01 من ملكية العامل الواحد في المؤسسة من خلال تقيده لحق التصويت في الشركة الجديدة، فلا يستطيع الأجير الواحد حسب نص المادة 08 فقرة أخيرة أن يحوز على 50% أو أكثر من حقوق التصويت في الشركة الجديدة، وهو ما قد يتنافى ونص المادة 28 من أمر 04/01 التي تحدد امكانية بيع المؤسسة

362- حبش محمد حبش، مرجع سابق، ص 67.

363- مرسوم تنفيذي رقم 353/01 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001، يحدد شروط استعادة الأجراء مؤسستهم العمومية الاقتصادية وكيفيات ذلك ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001 .

364- يلجأ العاملون من أجل المساهمة في الخصوصية للاقتراض ويتم سداد القرض من خلال أرباح الشركة أو من خلال بيع أسهمها في البورصة. حبش محمد حبش، مرجع اعلاه، ص 67 .

365- عبورة سهام، مرجع سابق ص 33 .

للعمال في اطار الخصوصية الكلية، أو الكاملة على حد تعبير نص المادة³⁶⁶ وعليه فإذا كانت المؤسسة العمومية ستخضع لخصوصية كاملة فإنه لا يجوز لعامل واحد أن يشترئها، أو يهيمن عليها من خلال تملك أعلى نسبة تصويت في الجمعيات العامة ما يؤدي إلى اعتبار رأيه في ادارة و إتخاذ قرارات المؤسسة هو السائد، الأمر الذي يفرض مشاركة جميع العمال في العملية.

ان المعاملة التمييزية التي خص بها أمر 04/01 العمال الأجراء الوطنيين، تمكنهم من شراء المؤسسة بالأولوية، حيث منحهم المادة 29 من الأمر حق الشفعة، الذي يجب أن يبادروا للتمكن من ممارسته بإعلام شركة تسيير مساهمات الدولة المنخرطة ضمنها المؤسسة العمومية الاقتصادية المعنية بعملية الخصوصية في أجل شهر واحد³⁶⁷ من تاريخ تبليغهم بقرار الخصوصية المتخذ من قبل مجلس مساهمات الدولة³⁶⁸.

ويمنح حق الشفعة العمال الأجراء حق شراء مؤسساتهم قبل أي مستثمر آخر، حتى وإن قدم عرضاً أحسن وضمانات أكبر، وهو ما يؤكد المعاملة التمييزية لهؤلاء على حساب غيرهم من المستثمرين، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل وصل النص القانوني³⁶⁹ الى حد منحهم مدة(20) عشرون سنة لتسديد باقي التنازل عن المؤسسة بعد دفع الحصة الأولية المخفضة بنسبة قد تصل الى 15% من مبلغ التنازل .

وإذا كان أمر 04/01 قد أقر هذا التمييز للعمال الأجراء، وأكد المرسوم التنفيذي 353/01 من خلال مجموعة من الاجراءات، فإن قانون الاستثمار أمر 03/01 لم يؤكد هذه المعاملة التمييزية، إلى غاية تعديله بموجب قوانين المالية التي تبنت نفس أحكام وإجراءات المرسوم التنفيذي 353/01، بحيث أقرت حق الشفعة، لكن هذه المرة ليس للعمال بل للدولة، كما تبنت فكرة تقييد ملكية المستثمرين الأجانب من خلال تحديد نسبة تملكهم في رأس مال المؤسسة، ما يحدد عدد أصواتهم في مجالس الادارة والجمعيات العامة مع اختلاف ظاهر وجوهري يكمن في أن العمال الأجراء يستفيدون من مجموع المزايا والامتيازات المنصوص عليها بموجب المرسوم التنفيذي³⁷⁰ ويستفيدون

366- لقد كان أمر 22/95 يسقف مساهمة العمال في ملكية الأسهم الاجتماعي للمؤسسة بنسبة 20%.

367- المادة 29 من أمر 04/01، و المادة 05 من مرسوم تنفيذي 353/01 .

368- بن حبيلس منى ، مرجع سابق، ص 164 .

369- المادتين 10 و 11 من مرسوم تنفيذي 353/01 السابق الذكر.

370- تتمثل هذه المزايا المذكورة بموجب المرسوم التنفيذي 353/01 فيما يلي :

1. ممارستهم لحق الشفعة.
2. تخفيض أقصاه 15% من مبلغ التنازل.
3. دفع مبلغ التنازل على أقساط، الأول يدفع بعد سنتين من عقد التنازل والثاني بعد 20 سنة.
4. تخفيض قدره 10% من مبلغ القسط الأول.

أيضا من مزايا أمر 04/01 وأمر 03/01 في حين أن المستثمرين الأجانب لا يستفيدون إلا من أحكام أمر 03/01 المعدل والمتمم .

ومن بين الأحكام التي يمكن أن يستفيد منها المستثمر الوطني خلافا لنظيره الأجنبي، امكانية شراء المستثمر الجزائري أسهم المؤسسة العمومية الاقتصادية، اذا تنص المادة 04 مكرر 02 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على أنه يمكن للمستثمر الوطني وبعد مرور 05 سنوات من عملية الخصوصية وبعد التحقق الفعلي من التزام المتنازل له بجميع الشروط يمكن أن يطلب هذا الأخير من مجلس مساهمات الدولة بيعه الأسهم المملوكة للمؤسسة العمومية الاقتصادية .

كما يعد السهم النوعي الوارد بموجب المادة 19 من أمر 04/01 تكريسا لمبدأ الرقابة اللاحقة على عمليات الخصوصية³⁷¹ خاصة بعد صدور النص التنظيمي³⁷² المتضمن تطبيق نص المادة 19 الذي أقر انشاء ميثاق المساهمين الذي يسمح للمستثمر الجزائري امكانية شراء الأسهم التي في حوزة المؤسسة العمومية الاقتصادية .وعليه يمكن أن تتحول الخصوصية الجزئية لمؤسسة عمومية اقتصادية الى خصوصية كلية بالنسبة للمستثمرين الوطنيين³⁷³، فهل هو الحال كذلك بالنسبة للمستثمرين الأجانب !؟

الفرع الثاني

تقييد مساهمة الأجانب في عملية الخصوصية

شجع أمر 04/01 جميع المستثمرين الكبار وصغار المدخرين على الإستثمار، وذلك من خلال فتح رأسمال المؤسسة العمومية لجميع الجمهور بطريقة متساوية، من خلال تجزئة الرأسمال الاجتماعي للمؤسسة إلى أسهم وسندات ذات قيمة منخفضة وبسيطة حتى يحصل على مساهمة واسعة من صغار المدخرين والأجراء وهو ما أكدته المادة 27 التي نصت على ما يلي " يمكن اجراء تجزئة الاسهم أو الحصص الاجتماعية إلى سندات ذات قيمة اسمية اقل، حتى يتمكن

5. دفع نسبة 6% فائدة ابتداءا من السنة السادسة .

371- آيت منصور كال ، مرجع سابق ص 16 .

372- مرسوم تنفيذي 352/01 مذكور سابقا .

373- رغم فتح بعض المؤسسات العمومية الاستراتيجية امام الخصوصية، و الاحتفاظ للعمال بحق المساهمة فيها إلا ان الدولة تصر على بقائها المالك الرئيسي لأعلى نسبة من رأس مال هذه المؤسسة، وهو حال شركة الكهرباء و توزيع الغاز "سونلغاز"، التي رغم فتح رأسمالها للمساهمة الخاصة، إلا انها احتفظت بملكيتها لأغلبية راس المال استنادا لنص المادة 165 فقرة 02 من قانون 01/02 التي نصت على " ... تبقى الدولة المساهم صاحب الاغلبية في سونلغاز ش.ذ.أ...".

الجمهور العريض من المساهمة، وذلك بغرض تفضيل تطور السوق المالية والسماح بمساهمة عريضة للاجراء والجمهور في الرأسمال الاجتماعي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المدرجة ضمن برنامج الخصوصية " حيث أن نص المادة لم يميز بين مساهمة الوطنين و الأجانب في هذه العملية، لكن استقراء أهداف النص الذي اراد من خلاله المشرع الحصول على الشرعية والموافقة الشعبية لعملية الخصوصية في شكل تحالف اجتماعي يفسر تقييده لمساهمة المستثمرين الأجانب في هذه العملية لاحقا، بكيفية أقصى من خلالها المدخرين الأجانب الصغار أو الأجراء من خلال النسبة و الطريقة المعتمدة لهم.

يعتبر أمر 04/01 النص القانوني الخاص بتنظيم عملية الخصوصية، الذي وجب الرجوع اليه من أجل معرفة تفاصيل هذا الأسلوب الاستثماري المذكور بموجب نص المادة 02 من أمر 03/01 و المنظم بموجب أمر 04/01 و الذي رغم اعتباره النص المنظم لتفاصيل عملية الخصوصية، إلا أنه لم يتضمن أي تحديد لنسبة مشاركة الرأسمال الوطني أو الأجنبي³⁷⁴، بل اكتفى بتفصيل اجراءاتها سواء كانت كلية أو جزئية. في حين قام أمر 03/01 بتحديد نسبة مشاركة الرأسمال الأجنبي رغم أنه ليس النص الخاص بتنظيم عملية الخصوصية، بل حتى أن ذكره لها كان عاما عموم نص قانون الاستثمار ككل، وهو الأمر الذي يثير التساؤل عن سبب ورود هذا التحديد بموجب تعديل قانون الاستثمار لماذا لم يرد التعديل على قانون الخصوصية؟!

يمكن أن يعود السبب في ذلك إلى أن تحديد نسبة مشاركة الرأسمال الأجنبي لا يتعلق فقط بعملية خصوصية المؤسسة العمومية الاقتصادية، بل يتعداها ليشمل جميع عمليات الاستثمار المذكورة بموجب نص المادة 02 من أمر 03/01، أي أن الشراكة الإجبارية أصبحت مبدأ عام وشامل لكل أساليب الاستثمار وليس لأسلوب الخصوصية وحده.

والجدير بالذكر فإن تحديد نسبة مشاركة الرأسمال الأجنبي في عملية الخصوصية ورد من خلال تعديل نص المادة 04 من قانون الاستثمار بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009. بحيث تنص المادة 04 مكرر 1 من أمر 03/01 على تطبيق أحكام المادة 04 مكرر في حالة فتح رأس مال المؤسسات العمومية الاقتصادية على المساهمة الأجنبية، وتتضمن هذه المادة في فقرتها الثانية قيدا متعلقا بنسبة مساهمة الرأسمال الأجنبي المحدد بـ49% على الأقل من الرأسمال

374- خلافا للقانون الفرنسي الذي وبموجب المادة 06 من قانون الخصوصية لسنة 1986 حدد حد أقصى لنسبة المشاركة، وقدرها ب 20%، آيت منصور كال مرجع سابق. ص. 14.

الاجتماعي كحد أقصى، وتبقى السلطة التقديرية للهيئة المكلفة بالخصوصية وفقا لأحكام أمر 04/01 لتحديد نسبة المساهمة الأجنبية مع عدم تجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه بموجب التعديل الوارد على قانون الاستثمار³⁷⁵.

لقد خرج قانون الاستثمار من خلال قيامه بتحديد نسبة مساهمة الأجانب في هذا الأسلوب الاستثماري عن مبادئ أمر 03/01 لاسيما نص المادة 14 منه الذي ينص على "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار..."، ويؤكد خروج قانون الاستثمار عن مبادئه من خلال تكريس معاملة تمييزية لصالح المستثمرين الوطنيين من خلال نص المادة 04 مكرر 02 المستحدثة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتي يمنح بموجبها للمستثمر الوطني امكانية تملك نسبة 66% من مساهمة في رأس مال المؤسسة العمومية الاقتصادية لتضيف له امكانية تكملة هذه النسبة إلى 100% لاحقا، بحيث مكن النص للمستثمر الوطني من شراء باقي أسهم المؤسسة بعد مرور 05 سنوات وبعد التحقق من استيفاء جميع الالتزامات المنصوص عليها في عقد التنازل استنادا لنص المادة 04 مكرر 02 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ومن أجل ذلك يقدم المساهم طلبه إلى مجلس مساهمات الدولة من أجل شراء باقي الأسهم التي في حوزة المؤسسات العمومية الاقتصادية، وهو ما لا يملكه المستثمر الأجنبي، بحيث لا يمكن لهذا الأخير أن يقوم بتملك جميع أسهم المؤسسة، أي نسبة 100%، لأن هذا التملك الكلي للاستثمار لم يعد من الأساليب المتاحة للمستثمرين الأجانب خاصة في عملية الخصوصية، وهو ما أنتج فكرة الرجوع إلى شكل المؤسسة المختلطة الاقتصاد التي كرسها قانون 13/82³⁷⁶ في تحديد أسلوب ممارسة الاستثمار الأجنبي ما يؤكد رفض الدولة التدخل المباشر لهذا الأخير ومشاركته بطريقة مراقبة كحل لحماية المؤسسة العمومية.

لقد تعمق المشرع الجزائري في توسيع فجوة التمييز بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب، حتى أنه أقر حق الشفعة للمؤسسات الوطنية، أو للدولة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب في المؤسسة المخصوصة استنادا لنص المادة 04 مكرر 03 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009. وهكذا فإن حق الشفعة يمارس فقط على حصص ومساهمات الأجانب دون الوطنيين .

إن قيام قانون الاستثمار باعتباره نصا عاما بالنسبة لأمر 04/01 بتقييد هذا الأخير باعتباره النص الخاص بتنظيم عملية الخصوصية، يخرجنا من دائرة القاعدة الفقهية المشهورة "الخاص يقيد العام"، حيث أن قانون الاستثمار قيد نص

375- تنص المادة 04 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على مايلي "لا يمكن انجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في اطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي..."

376- قانون 13/82 مؤرخ في 28 أوت 1982 يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها ج.ر.ع 35 مؤرخ في أوت 1982 .

أمر 04/01 فيما تعلق بتحديد نسبة مشاركة الأجانب في عملية الخصوصية من جهة، ما أدى به إلى الخروج عن مبادئه المتعلقة بالمعاملة المتساوية بين المستثمرين، سواء الوطنيين منهم والأجانب من جهة ثانية. وأصبح النص العام يقيد الخاص وفقا لهذه الأحكام .

المبحث الثاني

تنظيم أحادي لعملية الخصوصية

جسد أمر 04/01 محاولة القضاء على الفراغات القانونية التي عرفها أمر 25/95 من خلال تبسيط الاجراءات المتعلقة بتنفيذ عملية الخصوصية، مع توضيح وتوحيد الجهاز الهيكلي الذي سوف يتابع العملية مع خلق جهة مركزية في اتخاذ القرارات والتي أثبت وضع مجلس مساهمات الدولة على رأسها الطابع السياسي لعملية الخصوصية³⁷⁷، مما قد يؤثر في صيغة القرارات التي تتخذ من قبل هذا الأخير، والتي عوض أن تكون قرارات اقتصادية محضة، قد تصبح قرارات سياسية متأثرة بالتوجه السياسي للحكومة الأمر الذي سيأثر لا محالة على سير وتيرة الخصوصية، والتي قد تتعطل في حالة تغيير الإرادة السياسية بانتهاء عهدتها. في الوقت الذي يفرض ضرورة الاستقرار الاقتصادي من خلال فصل القرارات السياسية عن القرارات الاقتصادية بهدف تحقيق الاستقرار الاجتماعي، وهو الأمر الذي يجب ان يجسد من خلال الهياكل والأجهزة التي تقوم بتنفيذ عملية الخصوصية، والتي لا يجب أن تكون هيئات سياسية حتى لا تؤثر على استقرار العملية ومنه استقرار الاستثمار الأجنبي (المطلب الأول) بقدر ما تكون هيئات اقتصادية تنفذ عملية الخصوصية بصورة مستقلة (المطلب الثاني).

تعتبر عملية اعادة هيكلة المؤسسة العمومية الاقتصادية من متطلبات نجاح عملية الخصوصية، من خلال تسهيل تحويلها من القطاع العام إلى القطاع الخاص وفقا لأحكام وقواعد القانون التجاري، غير أن أحكام القانون العام فرضت تطبيقها على عملية الخصوصية ايضا، وهو ما يفرض فكرة النظام القانوني المختلط الذي يؤطر عملية الخصوصية، مشكلا طريقة قانونية جديدة في تطبيق هذه العملية التي لا تزال، رغم ما قدم لها من سياسات اعادة الهيكلة والتأهيل، تسيير بوتيرة بطيئة، مع ما يطرحه تقييم المؤسسة المراد خصوصتها وكذا معايير تحديد هذه الأخيرة من مشاكل قد تجسد احد العراقيل الفعلية والأساسية لعملية الخصوصية التي تمس بتواجد الإستثمار الأجنبي المساهم فيها (المطلب الثالث).

لقد غيرت النصوص القانونية المعدلة لقانون الاستثمار الأسلوب القانوني للخصوصية، بحيث حصرته في شكل الخصوصية الجزئية فقط، باعتبارها الشكل الأكثر مناسبة لمتطلبات السياسة الاقتصادية. ولعل السبب في ذلك يرجع الى الهدف الذي ترجوه الدولة من هذه العملية، نظرا لعدم رغبتها في التخلي عن استثماراتها العمومية من خلال بيع مؤسساتها الاقتصادية كلية للقطاع الخاص، بل ان ارادة الدولة تتوجه الى انقاذ هذه المؤسسات من خلال اقرار الخصوصية الجزئية التي تساعد المؤسسة للنهوض من جديد وفي نفس الوقت تحافظ على سيادة الدولة، لقد تم حصر

377- بن حبيلس منى ، مرجع سابق، ص 262.

فكرة الخصوصية الجزئية في نطاق الاستثمارات الخاصة الأجنبية فقط، دون الوطنية منها، والتي قد تستطيع الاستفادة من التنازل الكلي عن المؤسسة بعد مرور مدة زمنية محددة (المطلب الرابع).

ان محاولة تقييم النتائج المتوصل إليها ومطابقتها مع شروط نجاح هذه العملية في الفترة الراهنة سيكون سابقا لأوانه، باعتبار أن العملية لازالت مستمرة، كما أن تغير شكلها إلى الشراكة الاجبارية بملكية اغلبية رأس مال المؤسسات المستثمرة للدولة، قد يطرح فكرة العودة الى الحلول الاقتصادية التي كانت تطبقها الدولة في مرحلة سابقة والتي تم التخلي عنها سريعا، ما يؤكد ان السياسة الاقتصادية التي تنتهجها الدولة والتي ترجمتها النصوص القانونية لا تعدوا أن تكون إلا "سياسة التقدّم إلى الوراء"، فهل حصر الخصوصية في شكل الشراكة الاجبارية يعد بداية التراجع عنها وعن أسلوب مساهمة الاستثمارات الأجنبية؟ أم انه توسيع في أساليبها؟

المطلب الأول

هيئات سياسية لتنفيذ عملية استثمارية

ان تبني الدولة لمبدأ حرية الاستثمار وحرية المنافسة، من خلال تغيير طريقتها في تنظيم النشاط الاقتصادي سيرتب بالضرورة انسحابها منه مسaire لمتطلبات السوق العالمية ومنح المعاملات الاستثمارية شفافية وحرية اكبر، غير انه وعلى عكس ما كان متوقعا منها واصلت الدولة في توجيه الاستثمارات من خلال تكريسها لأسلوب الاستثمار العمومي قائد النشاطات الاستثمارية الخاصة والتي أصبحت غير قادرة على التواجد إلا في ظله.

عانت عملية الخصوصية في ظل أمر 22/95 وكذا أمر 25/95 من انتقادات شديدة أرجعت سبب تعطلها وفشلها إلى كثرة الهياكل والأجهزة المتدخلة لتنفيذها³⁷⁸، ما عمق وأكد دور الدولة المتدخلة في هذه العملية، ما دفع

378- خصص الباب الثاني من أمر 22/95 لتحديد السلطات المتدخلة في عملية الخصوصية و المتمثلة فيما يلي:

1. الهيئة المكلفة بالخصوصية: و التي تم انشاءها و تعيينها من قبل الحكومة بموجب المرسوم التنفيذي 106/96 مؤرخ في 11 مارس 1996، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، و التي تعد هيئة اصدار قرارات الخصوصية.
 2. مجلس الخصوصية: حددت كيفية تسييره و تنظيمه بموجب مرسوم تنفيذي 104/96 و يعد أهم سلطة في تنفيذ عملية الخصوصية.
 3. لجنة مراقبة عملية الخصوصية: و التي تم النص على تشكيلها و مهامها بموجب امر 22/95.
- تم النص على هذه الهياكل بصورة صريحة في نص امر 22/95، غير ان هناك جهازا رابعا لم يتم ذكره صراحة في النص، وهو الحكومة، التي تمت الاشارة اليها في مختلف النصوص القانونية، لا سيما نص المادة 05 و المادة 08 من امر 22/95.
- أما الاجهزة المكلفة بالخصوصية وفقا لأمر 25/95 فتمثلتا في سلطتين احدهما سياسية متمثلة في مجلس مساهمات الدولة، الذي حددت المادة 20 من نفس المر مامه، و الاخرى تقنية متمثلة في الشركات القابضة العمومية التي حلت محل صناديق المساهمة، و اعتبرت هيئة اقتراح تتدخل في عملية الخصوصية، غير ان هذه المؤسسة قد تم التخلي عنها لاحقا بصدور امر 04/01.

بالدولة إلى ضرورة إعادة النظر في تنظيم هذه العملية بموجب أمر 04/01 الذي قام بالتخفيف من تداخل صلاحيات مختلف الأجهزة المنبثقة عن النصوص القانونية السابقة، من خلال خطوة منطقية تمثلت في توحيد الإطار القانوني المنظم لاستثمارات المؤسسة العمومية، بحيث تم دمج أمر 22/95 المتعلق بالخصوصية، وأمر 25/95 المتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة في نص قانوني واحد باعتبارها وجهان لنفس العملة³⁷⁹، وأصبح بذلك أمر 04/01 يتضمن جميع الأجهزة التي كانت متفرقة بين النصين السابقين مثل مجلس مساهمات الدولة الذي أصبح مدرجا بموجب أمر 04/01 كهيئة من هيئات الخصوصية. بالإضافة الى ذلك فقد أضاف قانون الخصوصية الساري المفعول حاليا هيئات جديدة منحها صلاحيات التدخل في عملية الخصوصية والإشراف عليها، وهي مجلس الوزراء، ووزارة المساهمة، وشركات تسيير مساهمات الدولة التي حلت محل الشركات القابضة.

لقد تضمن أمر 04/01 مجموعة من الأجهزة التي تمتاز بالقرارات الحاسمة، والأساسية فيما يتعلق بعملية الخصوصية، غير أن هذه الأجهزة صاحبة القرارات الحاسمة تبقى سياسية بالنظر لطبيعتها، كما أن النص عليها كان بطريقة مباشرة رغم تولى النصوص التنظيمية لمهمة تفصيل مهامها وطرق انشاءها.

لم تسلم عملية الخصوصية من تدخل بعض الأجهزة التي لم ينص عليها أمر 04/01، والتي تتدخل بطريقة غير مباشرة، تفرضها طبيعة هذه الأجهزة ذات الدور الأساسي في مجال تنظيم الاستثمار، كالمجلس الوطني للاستثمار³⁸⁰، ولجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، وكذا مجلس المنافسة.

وبناء على ما سبق سوف نحاول تفصيل هذه الأجهزة من خلال بيان طبيعتها ودورها في عملية الخصوصية باعتبارها المستحوذة على قرارات الخصوصية والعقل المدبر لها، بداية بمجلس الوزراء (الفرع الأول) ثم ننتقل لمجلس مساهمات الدولة (الفرع الثاني) واخيرا وزارة المساهمات باعتبارها السلطة الوصية على عملية الخصوصية (الفرع الثالث).

لمزيد من التفاصيل حول الهياكل و الأجهزة المنظمة لعملية الخصوصية في هذه المرحلة، انظر: عبودة سيهام، مرجع سابق، ص 24 و ما بعدها.

379- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 76.

380- يتدخل المجلس الوطني للاستثمار في عملية الخصوصية لأنها تشكل حسب أمر 03/01 المعدل والمتمم استثمارة، وبما ان المجلس يملك صلاحية تحديد السياسة العامة للاستثمار فإنه يتدخل في عملية الخصوصية، بالإضافة الى ذلك فان المجلس و استنادا لنص المادتين 12 و 19 فإنه صاحب الصلاحية الحصرية فيما يتعلق بالموافقة و البت في كل ما يتعلق بالفصل في الاتفاقيات المبرمة بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار و بين المستثمر حتى و ان تعلقت بشراء مؤسسة عمومية اقتصادية مطروحة للخصوصية.

الفرع الأول

مجلس الوزراء

ارتبط تدخل الدولة في عملية الخصوصية بإحكامها أجهزة تشرف على العملية بقرارات ادارية قد تكون قابلة للطعن القضائي، نظرا للصفة الادارية التي تتميز بها هذه الاخيرة، ما أضفى على العملية نوع من الغموض المتعمد. يتأسس مجلس الوزراء رئيس الجمهورية ما يجعل عملية الخصوصية تتم تحت اشرافه ومعبرة عن سياسة الحكومة التي تصادق من خلال مجلسها على برنامج الخصوصية، وتوافق على التقرير السنوي لعملية الخصوصية الذي يعده وزير المساهمات، استنادا لنص المادة 20 التي وسعت من صلاحيات المجلس ومنحته سلطة الاشراف على استراتيجية الخصوصية .

ان ربط عملية الخصوصية بالسلطة التنفيذية المتمثلة في مجلس الوزراء قد يفرض منطق الخصوصية الحكومية التي تتجسد وفقا لبرامج سياسية خماسية، أي أنها تأتي مع الحكومة وتذهب بذهابها. كما تتغير كما ونوعا مع تغير السلطة التنفيذية، الأمر الذي يؤثر على استقرار هذه العملية ومنه على النظام الاقتصادي ككل .

الفرع الثاني

مجلس مساهمات الدولة

تناولت المواد من 08 إلى 12 من أمر 04/01 أحكام مجلس مساهمات الدولة³⁸¹، الذي وضع تحت سلطة رئيس الحكومة الذي يقوم أيضا برئاسته، وأحال نص المادة 08 فقرة 02 تسيير وتشكيل المجلس للتنظيم الذي تأكد بموجب المرسوم التنفيذي 253/01³⁸². وبعد صدوره تم الغاء مرسوم 404/95³⁸³ المتعلق بتشكيل المجلس الوطني لمساهمات الدولة³⁸⁴.

381 -le conseil de privatisation à été considéré comme étant l'organe central de la privatisation en Algérie car c'est à lui que sont confiées les tâches de mise en œuvre du programme de privatisation ,c'est aussi l'organe d'animation ,Fateh DEBLA :le système de gouvernement des entreprise ,nouvellement privatisées en Algérie : (Etude de quelques cas) ,mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de magister en sciences économiques option gestion des entreprise ,Université de BATNA ,faculté des sciences économiques et de gestions ,BATNA 2006/2007 .P33 .

382- مرسوم تنفيذي رقم 253/01 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2001، يتعلق بتشكيل مجلس مساهمات الدولة وسيوره ج.ر.ع 51 مؤرخ في 12 سبتمبر 2001 .
383- مرسوم تنفيذي رقم 404/95 مؤرخ في 02 ديسمبر سنة 1995، يتعلق بتشكيل المجلس الوطني لمساهمات الدولة وسيوره ج.ر.ع 75 مؤرخ في 06 ديسمبر 1995 (ملغى) .

384- بصدر أمر 04/01 تم استبدال المجلس الوطني لمساهمات الدولة بمجلس مساهمات الدولة، الذي تم توسيع صلاحياته بحيث أصبح يستأثر بالإضافة الى صلاحيات المجلس الوطني لمساهمات الدولة (الملغى بصلاحيات مجلس الخصوصية .بهلول سمية، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع

يتشكل مجلس مساهمات الدولة من عشرة وزراء بالإضافة الى الوزير المعني قطاعه بعملية الخصوصية وهو يشبه كثيرا في تشكيلته المجلس الوطني لمساهمات الدولة سابقا لكن بأعضاء أقل بحيث حذف منه كعضو وزير الاتصال والثقافة، وزير النقل والسياحة.....الخ، ويمكن لهؤلاء الوزراء الذين اقصوا من تشكيلة المجلس حضور اجتماعاته اذا كان جدول أعماله متعلق بأحد النشاطات المنتمية لهذه القطاعات .

كان المجلس الوطني لمساهمات الدولة سابقا يعمل لتحقيق أهدافه ومهامه بالتنسيق مع الشركات القابضة³⁸⁵ غير انه أصبح يعمل بالتنسيق مع شركات تسيير مساهمات الدولة بموجب لأحة يصدرها هذا الأخير تطبيقا لنص المادة 05 فقرة 04 من أمر 04/01 .

ويجمع المجلس من خلال صلاحياته بين مهمة تسيير مساهمات الدولة، ومهمة تحديد سياسات وبرامج الخصوصية أى صلاحية التخطيط .فهو الجهاز المخطط والمسير لعملية الخصوصية . ويقوم مجلس مساهمات الدولة بممارسة صلاحياته الواسعة النطاق باعتباره المالك الحقيقي للأموال التجارية للدولة³⁸⁶ ما منحه صلاحية حق الاطلاع على جميع ملفات التنازل وكذا التقارير السنوية المتعلقة بعمليات الخصوصية التي يعدها الوزير المكلف بالمساهمات .

ويقوم المجلس في اطار ممارسة صلاحياته بالترخيص لكل عملية تنازل عن مؤسسة عمومية اذا تم هذا التنازل وفقا لإجراء البيع بالتراضي استنادا لنص المادة 26 فقرة 03 من أمر 04/01 .

ويملك مجلس مساهمات الدولة سلطة الوصاية على المؤسسة العمومية الاقتصادية باعتباره المالك لرأس مال الدولة المستثمر في هذه الأخيرة، ويقوم تبعا لذلك بتعيين أعضاء الجمعية العامة لهذه المؤسسة طبقا لنص المادة 12 من أمر 04/01، كما يمثل الدولة لدى شركات تسيير مساهمات الدولة³⁸⁷ .

كما يتولى مجلس مساهمات الدولة الاشراف على المرحلة الانتقالية التي تلت الغاء أمر 22/25 بحيث قام بتوزيع الأسهم والسندات والقيم المنقولة التي تحوزها الدولة بشكل مباشر أو غير مباشر في المؤسسات العمومية الاقتصادية تمثيلا لرأس مالها استنادا لنص المادة 41 من أمر 04/01 ومن الجدير بالذكر أن هذه الهيئة السياسية التي تضم رئيس الحكومة ومجموعة من الوزراء، سبق وأن رأيناها تجتمع من أجل أخذ القرارات الاستراتيجية المتعلقة بعملية

الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماستر "2" في الحقوق، تخصص القانون الاداري، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012 بسكرة 2013.ص

385- تنص المادة 06 من مرسوم تنفيذي 404/95 على "علاوة على المهام المحددة في المادتين 04 و 05 أعلاه يخول المجلس كل وظائف التوجيه العام والرقابة على تداول المساهمات العمومية وبهذه الصفة يعد المجلس ويصادق بالتنسيق مع الشركات القابضة العمومية على ما يلي :"

386- بن حبيلس منى، مرجع سابق. ص. 84 .

الخصوصية، وذلك في مجلس الوزراء مع فارق بسيط، هو أن مجلس الوزراء يكون تحت رئاسة رئيس الجمهورية أما مجلس مساهمات الدولة تحت سلطة رئيس الحكومة، ما يعد تكرارا لقرارات قد سبق وأن اتخذتها هيئة من نفس التشكيلة ومن نفس الطبيعة السياسية .

وما دامت الهيئتان من نفس التشكيلة والطبيعة السياسية فان قراراتهما سوف تكون متطابقة ما يجعل كثرة الهيئات السياسية المتدخلة بدون جدوى ولا فاعلية تذكر.

الفرع الثالث

وزارة المساهمات "سلطة وصية على الخصوصية"

لقد استحوذت وزارة المساهمات على ادارة ملف تسيير المساهمات³⁸⁸، كما جسدت هذه الوزارة عودة الدولة لفكرة الوصاية³⁸⁹ بعدما كانت قد منحت المؤسسة العمومية الطبيعة التجارية ومنها الاستقلالية القانونية والمالية .
تمثل فكرة انشاء وزارة مكلفة بالمساهمات وتنسيق الاصلاحات احدى الأفكار التي جسدها رئيس الجمهورية تنفيذاً لبرنامجها الانتخابي³⁹⁰، غير أن تداخل صلاحيات هذه الوزارة مع صلاحيات غيرها وعدم وضوح نظامها القانوني نظرا لغياب النص المنظم لها منذ نشأتها سنة 1999 جعلها محل نزاع دائم، كما خلط أوراقها وعطل أداءها لمهامها.
وبحلول سنة 2000، عرفت هذه الوزارة صدور التنظيم القانوني المؤطر لصلاحياتها ونشاطها³⁹¹ كما رافقه صدور نص تنظيمي آخر تضمن تنظيم الادارة المركزية في الوزارة³⁹².

ان العودة إلى بداية تنظيم صلاحيات الوزارة تقودنا لتقسيم مهامها إلى ، صلاحيات استشارية و أخرى تنفيذية .
تعد هذه الوزارة مصدر دراسات عملية الخصوصية خاصة والإصلاحات الاقتصادية بصفة عامة، حيث يقترح الوزير المكلف بالمساهمات³⁹³ عناصر السياسة الوطنية في مجال مساهمات الدولة ويقوم بتنسيق الاصلاحات، بالإضافة إلى

388- عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 229 .

389- بن حيبلس منى ، مرجع سابق .ص 96 .

390- عجة الجيلالي ، مرجع أعلاه .ص 230 .

391- مرسوم تنفيذي 322/2000 مؤرخ في 2000/10/25 يتعلق بصلاحيات وزير المساهمة وتنسيق الاصلاحات ج.ر.ع 63 مؤرخ في 25 أكتوبر 2000 .

392- مرسوم تنفيذي 323/2000 مؤرخ في 25 أكتوبر سنة 2000 يتضمن تنظيم الادارة المركزية في وزارة المساهمة وتنسيق الاصلاحات ج.ر.ع 63 مؤرخ في 25 أكتوبر 2000 .

393- تنص المادة 02 من مرسوم تنفيذي 322/2000 على "يمارس وزير المساهمة وتنسيق الاصلاحات صلاحياته بالاتصال مع الدوائر الوزارية الأخرى في ميادين الشراكة والمساهمة والخصوصية وترقية الاستثمار، وتنسيق الاصلاحات وتنفيذها.....".

تحديد ميادين الشراكة والمساهمة و الاستثمار³⁹⁴. كما يسهر وزير المساهمات على تطبيق تعليمات الحكومة ويتخذ الاجراءات اللازمة لتنفيذها .

ان الرجوع لنص المادة 01 من مرسوم تنفيذي 322/2000 المحدد لصلاحيات وزير المساهمة، يمنحنا الانطباع بأن صلاحيات الوزير غير محددة ومفتوحة على السياسة الوطنية في مجال المساهمة وتنسيق الاصلاحات ككل، غير أن هذا الانطباع سرعان ما يزول بمجرد الوصول لنص المادة 03 وما بعدها من المرسوم، والتي حصرت صلاحيات الوزير في خمسة مهام أساسية، وقد عرفت هذه المهام وضوحا أكبر من خلال صدور المرسوم التنفيذي 49/03³⁹⁵ الذي ألغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 322/2000. كما تم تنظيم وزارة المساهمة وترقية الاستثمار بموجب المرسوم التنفيذي 50/03³⁹⁶ الذي عبر عن جهود الدولة لدعم سياسة الاصلاحات الهيكلية ومحاولتها توضيح صلاحيات الهياكل والأجهزة السياسية المتدخلة في عملية الخصوصية لتفادي تعارضها وتصادمها وكذا تجنب الفراغات التنظيمية التي عرفتھا النصوص السابقة وتمثل هذه المهام فيما يلي :

1. في مجال تنظيم الشراكة وتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة :

تتمثل صلاحياته في ثلاث مهام متعلقة في البداية بتحضير أشغال مجلس مساهمات الدولة، ويتابع مدى تنفيذ توصياته، ليقدم بعد ذلك تقرير لرئيس المجلس، فهو يتولى أمانة مجلس مساهمات الدولة يسهر على انجاز التقارير الدورية عن الوضعية الاقتصادية والمالية للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ويعرضها ويبلغها الى أعضاء مجلس مساهمات الدولة، رئيس الحكومة ومجلس الحكومة ومجلس الوزراء .

2. في مجال الخصوصية :

- وهي الصلاحيات المنصوص عليها بموجب المادة 04 من مرسوم تنفيذي 49/03 و هي³⁹⁷ :
- يقوم بعملية التنسيق بين مختلف النشاطات والأشغال المتعلقة بعملية الخصوصية .
- يعرض مشروع برنامج الخصوصية للحكومة للمصادقة عليه ويتابعه بعد المصادقة.

394-عجة الجليلي ، مرجع سابق ص 230، بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 86 .

395- مرسوم تنفيذي رقم 49/03 مؤرخ في أول فبراير سنة 2003 يحدد صلاحيات وزير المساهمة وترقية الاستثمار ج.ر.ع 07 مؤرخ في 02 فبراير 2003 .

396- مرسوم تنفيذي رقم 50/03 مؤرخ في أول فبراير سنة 2003 يتضمن تنظيم الادارة المركزية في وزارة المساهمة و ترقية الاستثمار، ج.ر.ع 07 مؤرخ في 02 فبراير سنة 2003 .

397- كان نص المادة 04 من المرسوم السابق 322/2000 هي الأخرى المتضمنة لصلاحيات الوزير، والتي رغم بقاءها بنفس الرقم الا أن مضمونها توسع أكثر بموجب المرسوم التنفيذي 49/03 .

- يقترح ويضع الاجراءات المناسبة لضمان شفافية تنفيذ عملية الخصوصية .

كما يقوم بدور الوسيط بين المستثمرين والمؤسسات العمومية حول سياسة الخصوصية وفرص مساهمتهم بالإضافة إلى أنه يلعب دورا كبيرا في تفادي الآثار الاجتماعية التي قد تنتج عن العملية من خلال اقتراح سبيل تفاديها وقد منحت المادة صلاحية واسعة للوزير فأصبح على حد تعبير الأستاذ عجة الجليلي³⁹⁸، المهندس الفعلي للإصلاحات الاقتصادية دون منازع . حيث يقوم بإعداد الاستراتيجية الشاملة والسياسات والبرامج المتعلقة بتسيير مساهمات الدولة، وفتح رأس مال المؤسسة وخصوصتها وإجراءات ذلك بالإضافة الى قيامه بالتنسيق بين كل القطاعات المتعلقة في اعادة الهيكلة، ويعمل على تحسين صورة القطاع العمومي³⁹⁹ ما يؤكد فرضية عدم رغبة الدولة في التخلي عن المؤسسة العمومية بل في تحسين أدائها وكسب ود المستهلكين من جديد .

كما منح المرسوم الجديد 49/03 صلاحية جديدة مكنت الوزير من التدخل في تنظيم السوق المالية لرؤوس الأموال وتطويرها (البورصة) وهو ما يجعله واسع الصلاحيات ان لم نقل أن صلاحياته مفتوحة وشاملة للخصوصية من الناحية الشكلية الاجرائية ومن الناحية الموضوعية .

3. في مجال الدعم والتأهيل التقني :

يوفر أشكال الدعم التقني والخبرة المهنية المطابقة للمعايير الدولية في مجال الخصوصية والشراكة والاستثمار كما يقترح الأطر المنهجية والعلمية التي تعتبر مرجعية لتنفيذ عملية الخصوصية تقنيا، بعد مصادقة المجلس الوطني لمساهمات الدولة عليها .

ويعمل على المساهمة في تطوير المؤسسات العملية المتخصصة في التسيير الاستراتيجي .

4. في مجال الاستثمار:

يحدد استنادا لنصوص المواد 10 و 11 و 12 و 13 من مرسوم تنفيذي 49/03 الأعمال التي من شأنها ترقية الامتيازات الاقتصادية لمختلف القطاعات والمناطق الوطنية الاستثمارية، كما يقترح الآليات التي تسمح بدعم عمليات ترقية الاستثمار ويسهر على تنفيذها، و يقترح الأسلوب المؤسسي الذي من شأنه تسهيل رصد الاستثمار، بالإضافة إلى

398- عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 240 .

399- تنص المادة 04 مطة 04 من مرسوم تنفيذي 49/03 على "...يقترح كل تدبير من شأنه تحسين صورة القطاع العمومي الاقتصادي وكذا اطار سير المؤسسات العمومية الاقتصادية "

ذلك فانه يحدد الاطار الملائم لمساعدة المستثمرين، ويشجع تنظيم لقاءات المسيرين الصناعيين ورجال الأعمال والمهنيين في مختلف فروع النشاط الإقتصادي... الخ.

5. في مجال تنسيق الاصلاحات:

يقترح على الحكومة استراتيجية لعملية الاصلاحات ويتابع تنفيذها بعد المصادقة عليها، كما يمارس صلاحيات استشارية من خلال اقتراح كل تدابير تكييف النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالاقتصاد وتسييره، بالإضافة الى اقتراح الاعمال الواجب القيام بها لتطوير آليات التنظيم الاقتصادي.

وبصدور أمر 04/01 تأكد دور الوزير من خلال المادتين 21 و 22، و اللتان غيرتا تسميته إلى الوزير المكلف بالمساهمات وترقية الاستثمار⁴⁰⁰ والذي أوكلت له استنادا للنصين المذكورين أعلاه مهمة ذات طابع استشاري، تتمثل في قيامه بإعداد البرامج المتعلقة بالخصوصية بالتشاور مع الوزراء المعنيين، وكذا الاجراءات والكيفيات والشروط المتعلقة بنقل الملكية من خلال اقتراح هذه الأخيرة إلى مجلس مساهمات الدولة الذي يبدي موافقته عليها.

كما أوكلت اليه صلاحيات ذات طابع تنفيذي، تتجسد من خلال قيامه بتنفيذ العمليات المدرجة ضمن برنامج الخصوصية الذي تم المصادقة عليه من قبل مجلس الوزراء، فيقوم بتحديد الشخص القائم بعملية تقييم المؤسسة التي سيتم التنازل عنها، كما يقوم بانتقاء العروض المناسبة، ويعد تقريرا مفصلا عن أحسن عرض، ويضمن سرية المعاملة والتقييم، ثم يقوم بإرسال الملف للجنة مراقبة عمليات الخصوصية، كما يعرض الملف على مجلس مساهمات الدولة.

غير ان المتبعين لتنفيذ هذه الصلاحيات من قبل الوزير، يرون عدم قيام الوزارة بها عامة من الناحية العملية، ما عدا ما تعلق منها بالمحافظة على السرية واحالة الملف إلى لجنة مراقبة عملية الخصوصية لتبدي رأيها فيه⁴⁰¹. وأن الصلاحيات الأخرى كلها تكفلت بها شركات تسيير مساهمات الدولة، وهو ما تم تأكيده من الناحية القانونية بعد صدور اللائحة رقم 04/04 المؤرخة في 20 جوان 2004 المتعلقة بتنشيط عمليات الخصوصية⁴⁰². ورغم محاولة حصر صلاحيات الوزارة عامة والوزير بصورة خاصة فان صلاحياتها بقيت واسعة جدا، تجاوزت حتى التدخل في عملية

400- مرسوم تنفيذي رقم 191/03 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2003، يتعلق بصلاحيات الوزير المنتدب لدي رئيس الحكومة، المكلف بالمساهمة و ترقية الاستثمار، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 14 سبتمبر 2003.

401- بن حبيلس منى ، مرجع سابق، ص 88.

402 - les SGP a leffet de prendre en charge les missions stipulées a l'article 21 et 22 (alinéas 1 ;2 et 3) de l'ordonnance du 20 aout 2001 en matière de mise en œuvre de la privatisation .Résolution n°04/2004 de 04/06/2004 relative a la dynamisation des opérations de partenariat-privatisation.

الخصوصية لتشمل صلاحيات خاصة بوزارات أخرى كوزارة الصناعة، وقطاعات أخرى كقطاع الاستثمار والمنافسة والشراكة. ما جعل مجموع الاصلاحات التي لحقت الوزارة سواء من حيث هيكلها أو من حيث مهامها تحاول تجنب هذه التداخلات والفراغات، وشمل هذا التعديل تعويض هذه الوزارة بإدارة مركزية منتدبة لدى رئيس الحكومة مكلفة بالمساهمات وترقية الاستثمار وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 292/03⁴⁰³ كما تم اعادة تنظيم وزارة المساهمة وترقية الاستثمار من جديد بموجب المرسوم التنفيذي 101/08⁴⁰⁴، والتي لم توضح علاقتها بالوزارة الوصية على المؤسسة العمومية المراد خصوصتها. كما تداخلت صلاحياتها مع صلاحيات مجلس مساهمات الدولة، الذي استحوذت على صلاحياته، فإذا كانت صلاحيات الوزارة برئاسة وزيرها تقوم بإعداد سياسات واستراتيجيات الخصوصية وتقوم بتحديد اجراءاتها وتنفيذها، كما تقوم بتقييم المؤسسات العمومية المراد خصوصتها، فأين يذهب مجلس مساهمات الدولة بنفس الصلاحيات التي يتشاركها مع الوزارة، أم أن الوزارة هي الدرجة الأولى لممارسة هذه الصلاحيات والتي بعد أن تقوم بها، تحيلها لمجلس مساهمات الدولة ليوافق عليها بعد تأكده من مطابقتها لمتطلبات الخصوصية والمصلحة الاقتصادية العامة ما يجعله كجهة رقابة على أعمال الوزارة.

يعتبر هذا الفرض صحيح الى حد بعيد، خاصة بعد أن أقر القانون⁴⁰⁵ إعتبار الوزارة "أمانة" مجلس مساهمات الدولة، وهو ما يؤكد تقسيم المهام بينهما، فهي تتولى مسالة التحضير والتنفيذ، وهو يمثل العقل المدبر والمخطط والمنظم للعملية وهي المهام المجسدة للعلاقة المنطقية بين الامانة والرئاسة(الوزارة - المجلس).

ورغم ذلك فإن الأمانة تتمتع بصلاحيات أوسع، قد تفوق صلاحيات الرئاسة، كما قد تتطابق معها في أحيان أخرى، وهو ما يؤثر على اتمام عملية الخصوصية بطريقة واضحة ووشافة، كما قد يخلط اوراقها باختلاف آراء اجهزتها السياسية. كما ان صلاحيات الوزارة واعتبارها تابعة لمجلس مساهمات الدولة يثير مشكل سلطة الوصاية والرقابة التي يمارسها المجلس عليها. كما يجعل العملية تحت رحمة سلطات وصائية متعددة وليست واحدة.

فالمؤسسة العمومية الاقتصادية تخضع لوصاية وزارة القطاع التابعة اليه من حيث النشاط، وفي نفس الوقت فهي تحت سلطة مجلس مساهمات الدولة، وتخضع لوصاية وزارة المساهمة وترقية الاستثمار من جهة أخرى، وهو ما قد يتعارض مع ما اريد تحقيقه من عملية الخصوصية في حد ذاتها وهو اخراجها من التبعية ووصاية الدولة عليها من

403- مرسوم تنفيذي رقم 292/03 مؤرخ في 10 سبتمبر 2003، يتعلق بتنظيم الادارة المركزية للوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة، المكلف بالمساهمة وترقية الاستثمار، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 14 سبتمبر 2003.

404- مرسوم تنفيذي رقم 101/08 مؤرخ في 25 مارس 2008 ينظم الإدارة المركزية لوزارة الصناعة وترقية الاستثمار، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.

405- تنص الفقرة الثانية من نص المادة 10 من امر 04/01 على " يتولى الوزير المكلف بالمساهمات أمانة المجلس"

خلال منحها استقلالية وحرية اكبر في ممارسة الانشطة التجارية والصناعية. لتجد نفسها بدل وصاية هيئة واحدة، امام وصاية ثلاث هيئات، الوزارة المعنية بالقطاع، ووزارة الصناعة وترقية الاستثمار، ومجلس مساهمات الدولة، الأمر الذي يطرح التساؤل عن حقيقة الهدف من عملية الخصوصية كوسيلة تحول من نمط القطاع العام كأسلوب للاستثمار الى نمط القطاع الخاص كأساس لممارسة حرية التجارة والصناعة؟

ان كثرة تدخل الهيئات السياسية في عملية الخصوصية يبعدها عن تحقيق اهدافها المرجوة، خاصة فيما يتعلق بالحد من سلطة الدولة في تسيير النشاط الاقتصادي وهيمنة مؤسساتها العمومية عليه. ما يمس بمبادئ المنافسة وينفر المستثمرين الاجانب من سوق يخضع لعقود الازعان التي تجعل منه طرفا ضعيفا رغم امتلاكه لتكنولوجيا طامحة تشكل احد اهم اهداف السلطة. كما ان كثرة الجهات السياسية المتدخلة يبرز التخوف الشديد للدولة من التخلي عن استثماراتها العمومية للخواص خاصة الاجانب منهم، غير ان الاستثمارات التجارية في اغلب الاحوال تفرض عنصر المخاطرة لتحقيق النجاح وهو العنصر الغائب لدي السلطة سواء مارست الاستثمار عن طريق مؤسساتها العمومية او عن طريق عقود الاستثمار. ما يظهر جليا من كثرة الأجهزة السياسية المشرفة على عملية الخصوصية مع تكرار نفس الصلاحيات تقريبا جميعها. و الجدير بالذكر قبل الانتقال لعنصر الهيئات التنفيذية المتدخلة في عملية الخصوصية ان المرسوم التنفيذي رقم 100/08⁴⁰⁶ اعاد تسمية وزارة المساهمات بوزارة الصناعة وترقية الاستثمار وتم اعادة تنظيم مهام وزيرها بصورة اكدت صلاحياته المباشرة على المؤسسة العمومية الاقتصادية.

المطلب الثاني

هيئات استشارية غير مستقلة لرقابة عملية الخصوصية

رغم تمتع وزارة الصناعة وترقية الاستثمار بصلاحيات تنفيذية واسعة جدا في مجال عملية الخصوصية وقيامها تبعا لذلك بمباشرة جميع اجراءاتها، إلا ان اتمام عملية التنفيذ لا يمكنها ان تتواصل إلا من خلال المرور على هيئات تضمن احترام القانون والمبادئ الأساسية لهذه العملية، كما انها تشكل ضرورة حتمية واجبارية اقترتها السلطة العامة كأداة فاعلة في تسيير اموالها العمومية ورقابتها.

غير أن مسألة الرقابة تطرح من زاوية الجهة المنفذة لعملية الخصوصية والمتمثلة في السلطة التنفيذية التي أقرت كل الهياكل المتدخلة في العملية دون اي رقابة من السلطة التشريعية، أو أي جهة بعيدة عن السلطة التنفيذية أو

406- مرسوم تنفيذي رقم 100/08 مؤرخ في 25 مارس سنة 2008، يحدد صلاحيات وزير الصناعة وترقية الاستثمارات، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.

محايدة. والغريب في الأمر أن عملية الخصوصية بعد التخطيط لها وانتهاء عملية تنفيذها تعرض على السلطة التشريعية؟ استنادا لنص المادة 25 من أمر 04/01 التي ألزمت الوزير المكلف بالمساهمات يقوم بإعداد تقرير سنوي عن عمليات الخصوصية ويعرضها على مجلس مساهمات الدولة وعلى الحكومة بمجلس وزراءها، ويكون هذا التقرير في الأخير محل عرض أمام الهيئة التشريعية الأمر الذي يثير الاستغراب في الدور المنوط بالهيئة التشريعية في هذه المرحلة والشئ المنتظر من امر واقع قد عرض عليها بعد سنة كاملة من تنفيذ عملية الخصوصية، والاستغراب يكون اشد في حالة رفض السلطة التشريعية للتقرير؟ هل سيعيد ذلك الحال الى ما كانت عليه؟ هل سيوقف ذلك مسار عملية الخصوصية؟ لذا فإن أمر 04/01 قد أفرغ هذه الرقابة من محتواها وجعلها شكلية محضة من خلال جعلها بعدية ودون اثر يذكر.

وتقريبا بنفس الطريقة تعامل أمر 04/01 مع أجهزة الرقابة التي أقر تدخلها في العملية، بحيث أفرغها من قيمتها وجعلها مجرد آراء عابرة، وكأنه يريد أن يقول بأن قرار السلطة التنفيذية بالخصوصية غير قابل لرأي معارض ذوا قوة تنفيذية مقابلة، وبالتالي لا تخضع السلطة لرقابة فعلية على تنفيذ مسار الخصوصية وبالمقابل تخضع المؤسسة العمومية الاقتصادية لرقابة مالية⁴⁰⁷، أي ان السلطة تتخوف من قيام المسيرين بتبديد الاموال العمومية، ولا تتخوف في المقابل من اتخاذها لقرارات خاطئة بخصوصية مؤسسة ما، مع ما يكتسبه قرارها الخاطئ من خطر جذري مدمر للاقتصاد الوطني بالمقارنة مع نتيجة الخطأ الذي قد يقوم به المسير في المؤسسة العمومية، اذن من الأولى فيهما بالرقابة؟

إن اقرار أمر 04/01 لأجهزة تنفيذ عملية الخصوصية جاء ضمن مجال الأجهزة السياسية بطريقة تجعلها تابعة لها وغير قادرة على اتخاذ قرارات مخالفة، وتتجسد هذه الاجهزة في لجنة مراقبة عملية الخصوصية (CCOP)(الفرع الأول) وشركات تسيير مساهمات الدولة (SGP) والتي تتناولها في (الفرع الثاني).

407- اقرت نص المادة 07 مكرر من أمر 01/08 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2008، يتمم الامر رقم 04/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 و المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها وخصصتها، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 02 مارس 2008. اخضاع المؤسسات العمومية الاقتصادية لرقابة داخلية و خارجية لتدقيق تسييرها من قبل المفتشية العامة للمالية بنفس طريقة الرقابة المالية التي تخضع لها الادارات العمومية، و يرسل تقرير الرقابة لمجلس مساهمات الدولة.

الفرع الأول

لجنة مراقبة عمليات الخصوصية

تعد المادة 30 من أمر 04/01 النص المرجعي لتكوين هذه الهيئة المكلفة برقابة عملية الخصوصية، تدعى في صلب النص "اللجنة" غير أن هذه اللجنة لا تعد الوحيدة المنصوص عليها في أمر 04/01، والمناطق لها مهمة متابعة عمليات الخصوصية حيث سبقتها المادة 23 من نفس الأمر في اقرار لجنة مهمتها متابعة عمليات الخصوصية، فهل يمكن القول بأن اللجنة المنصوص عليها بموجب المادة 23 والمكلفة بمتابعة عمليات الخصوصية هي نفس اللجنة المذكورة بموجب المادة 30 والمكلفة أيضا بمتابعة ومراقبة عملية الخصوصية ؟

ان العودة المتفحصية لنص المادتين يقودنا للفرقة بين اللجنتين، حيث أن اللجنة المذكورة بموجب نص المادة 23 مكلفة بمتابعة العملية، ويقوم بتشكيلها مجلس مساهمات الدولة بموجب لأحة، بينما اللجنة المنصوص عليها بموجب المادة 30 مكلفة بمراقبة عملية الخصوصية ويشكلها ويحدد صلاحياتها التنظيم، وعلى هذا الأساس تعد اللجنة الوحيدة المكلفة بمتابعة ومراقبة وتنفيذ عملية الخصوصية، غير أن هذا الأمر لا ينفى تداخل صلاحيات اللجنتين خاصة وأن صلاحيات اللجنة المنصوص عليها بموجب المادة 23 غير محددة صراحة من حيث الزمان ومن حيث الموضوع .

يعتبر المرسوم التنفيذي 354/01⁴⁰⁸ النص التنظيمي للجنة مراقبة عمليات الخصوصية الذي صدر تطبيقا لأحكام المادة 30 من أمر 04/01. وحددت المادة 02 من نفس المرسوم مقر اللجنة بمدينة الجزائر، كما حددت نفس المادة الطبيعة القانونية لها والتي جعلتها صراحة تابعة للسلطة التنفيذية، وتمارس دور المستشار لهذه الأخيرة في مجال الخصوصية تنتظر احالة الملفات عليها لتبادر بممارسة صلاحياتها في رقابة المطابقة⁴⁰⁹

أولا: صلاحيات استشارية للجنة مراقبة :

اذا انطلقنا من فكرة اعتبار الرقابة عمل ينصب على تفتيش وتخويف أو تهديد بقوة السلطة والجزاءات الرسمية ما من شأنه التأثير على سلوك الأفراد، باستثارة حوافزهم الذاتية واقناعهم بالمعايير والأهداف التي يطلب منهم تحقيقها من خلال خطوات موضوعة ومدروسة مسبقا لهذا الغرض⁴¹⁰، فان مهمة اللجنة الرقابية لا ترقى لهذا المفهوم اطلاقا، بل أن الأمر يتجاوز كل هذا من خلال تناقض نص تشريعي يمنح صلاحية الرقابة لهذه اللجنة وهو نص المادة 30 من

408- مرسوم تنفيذي رقم 354/01 مؤرخ في 10 نوفمبر 2001 يحدد تشكيلة لجنة مراقبة عمليات الخصوصية وصلاحياتها وكيفية تنظيمها، ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001، معدل ومتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 187/06 مؤرخ في 13 ماي 2006، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 31 ماي 2006 .

409 - TEBANI Amel : op.cit, P142

410- عبيدات مؤيد محي الدين أحمد، مرجع سابق صفحة 36 .

أمر 04/01 مع نص تنظيمي يسحب من اللجنة الصلاحية الرقابية ليمنحها الصلاحية الاستشارية، حيث أن مهمة الرقابة تمنح لصاحبها حق التدخل كلما وجد هناك خرق لمجال صلاحياته المحددة، وهو ما يسمح للجنة المراقبة بالتدخل كلما وقع مساس بقواعد الشفافية، الصدق والانصاف خلال مسار عمليات الخصوصية .

غير أن لجنة مراقبة عمليات الخصوصية لا يمكنها ممارسة هذه الصلاحية إلا اذا تم احالة ملفات خصوصية مؤسسة ما أمامها⁴¹¹، من قبل الوزير المكلف بالمساهمات، وعليه فان هذه الصلاحية وان اعتبرناها "رقابة" مقرونة بشرط احالة الملفات عليها، ما يثير اشكالية عدم احالة ملف خصوصية مؤسسة معينة عليها فهل تملك هذه الأخيرة الحق في رقابته أم أنه سيفلت من رقابتها؟ الأمر الذي يجعل صلاحيات اللجنة استشاري أكثر منها رقابية وعليه كان من الأجدر تسميتها "اللجنة الإستشارية" لأنها ليست اطلاقاً لجنة رقابية رغم أن نص الأمر يمنحها هذه الصفة .

كما أن كل من نص المادة 30 من أمر 04/01 ومرسوم تنفيذي 354/01 لم يحدد طبيعة هذه الرقابة، فيما اذا كانت سابقة أو لاحقة، غير أن تحديد المدة التي يجب أن ترد فيها اللجنة على الملف المحال اليها وربطه بعملية التنازل تمكننا من استنتاج أن رأي اللجنة الوطنية يكون قبل اتمام عملية التنازل استناداً لنص المادة 09 من مرسوم تنفيذي 354/01 التي تنص على "تبلغ اللجنة رأيها حول سير عملية الخصوصية الى رئيس الحكومة خلال أجل لا يتعدى شهراً واحداً من تاريخ استلام ملف التنازل"⁴¹². وعليه فإنها رقابة سابقة، وهو ما أكدته بعد ذلك تعديل مرسوم 354/01⁴¹³.

ان ما يؤكد الصلاحيات الاستشارية للجنة مراقبة عمليات الخصوصية أيضاً، سكوت نص القانون والمرسوم عن حالة ما اذا اكتشفت اللجنة في الملفات المعروضة عليها خرقاً لقواعد الشفافية والانصاف المكلفة بمراقبتها؟! ما مصير مداوات اللجنة الصادرة برفض عملية التنازل في هذه الحالة⁴¹⁴؟ زد على ذلك صمت المشرع في حالة فوات أجل 15 يوم المحددة لرد اللجنة في تفسير رأيها، هل يعد صمتها رفضاً أم قبولاً لعملية التنازل؟

يمكننا اضافة طريقة ممارسة اللجنة صلاحياتها كأحد الأسانيد المؤكدة على دورها الاستشاري، حيث أنها تستطيع الاطلاع إلا على الوثائق المتعلقة بالملف المحال اليها، ولا يمكن أن يمتد اطلاعها إلى أكثر من ذلك حسب نص المادة 06 فقرة 02 من مرسوم 354/01، كما أنها لا تصدر قرارات رغم تمتعها بالاستقلال الاداري و المالي، بل لا يمكنها سوى اعداد تقرير وإبداء رأيها فيما يخص ما يحال اليها من ملفات .

411- TEBANI Amel : op.cit, P142

412- بعد التعديل أصبحت 15 يوماً .

413- عدلت نص المادة 03 بنصها على "تعد اللجنة تقريراً وتبدي رأيها في احترام قواعد الشفافية والصدق والانصاف خلال سير عمليات الخصوصية "

414- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 100 .

ثانيا : لجنة مراقبة تابعة للسلطة التنفيذية :

تظهر عملية تأطير تشكيل اللجنة تبعيتها للسلطة التنفيذية، حيث كانت بداية هذه التبعية من خلال نص المادة 02 من مرسوم 354/01 التي وضعت اللجنة تحت سلطة رئيس الحكومة، ليتم تعديل هذا النص ووضع اللجنة لدى الوزير المكلف بالمساهمات، بصفته أمين مجلس مساهمات الدولة، وهو ما سيتناقض مع نص المادة 22 مطة 04 من أمر 04/01، حيث تلزم الوزير المكلف بالمساهمات بإرسال ملف التنازل الى اللجنة، في حين أنها تابعة له وموضوعه تحت وصايته، مما يجعل عملية الارسال تتحول الى مجرد احالة .

كما تتولى السلطة التنفيذية تعيينهم حيث يتم ذلك بموجب مرسوم تنفيذي وعليه فان التعيين يكون وفقا لما تتطلبه هذه الأخيرة من سياسة تنفيذية لبرامجها. ويتم انهاء مهامهم بنفس الطريقة ما يؤكد تبعية تشكيلة اللجنة للسلطة التنفيذية .

وتتكون اللجنة استنادا لنص المادة 04 من تشكيلة تمزج بين مختلف السلطات، في محاولة من هذه الأخيرة اشراك جميع مؤسسات الدولة وسلطاتها في هذه العملية كطريقة للحصول وحشد موافقتها وبالتالي منحها الشرعية لعملية الخصوصية، بحيث يمثل قاض متخصص في مجال قانون الاعمال وزير العادل في اللجنة، و ممثل لوزير المالية مختار من قبل المفتشية العامة للمالية، بالإضافة الى ممثل عن الخزينة العمومية، اما الشعب فقد اختيرت النقابة لتمثيله، بحيث حصل الاتحاد العام للعمل الجزائريين على منصب في هذه اللجنة باعتباره النقابة الأكثر تمثيلا.

ان تبعية اعضاء اللجنة للسلطة التنفيذية يظهر جليا من خلال قيام هذه الخيرة بدفع رواتبهم والتعويضات التي يتلقونها نظير المهام الاستشارية التي يقومون بها، غير ان المبالغ المحددة لرئيس اللجنة والاعضاء هي مبالغ ضئيلة جدا بالنظر للعمل العالمي والفني والتقني الذي يقومون به، والذي قد يتطلب بحث وتحقيق واطلاع واسع قبل اعداد الملف وتقديم الاستشارة حوله. حيث لا يمكن ان يتعدى اقصى مبلغ يتقاضاه الرئيس خمسة وعشرون الف دينار(25000 دج)، وهذا ما قد يدل على عدم الاهتمام بدور اللجنة واستشاراتها فعليا. فلو كان الأمر من الأهمية الكبيرة، و رأي اللجنة الزامي ورقابتها فعلية لكانت السلطة منحت تعويضات قيمة لأعضاء اللجنة.

تخضع اللجنة في عملها للدولة بصورة صريحة فهي التي تقوم بتوفير الوسائل المادية والمالية التي تحتاجها هذه الأخيرة، حيث تنص المادة 10 من مرسوم تنفيذي 354/01 السالف الذكر على " للجنة وسائل مادية ومالية تتلاءم مع مهماتها وتحمل الدولة أعباء هذه الوسائل ".

ان تتمتع اللجنة بالاستقلالية المالية من المتناقضات الواردة من قبل المشرع، ففي حين تنص المادة 02 من المرسوم المذكور أعلاه على هذه الاستقلالية، فان تعيين أعضاء اللجنة ووضعها تحت وصاية وزير المساهمات، وتحديد تعويضات أعضائها، و خضوع ميزانيتها لقواعد التسيير المطبقة على ميزانية الدولة فان منح اللجنة ملكية الوسائل المالية والمادية التي تمارس من خلالها صلاحياتها تؤكد عكس ذلك تماما.

لقد قيدت الدولة مهام أعضاء اللجنة، كما قيدت مدة عضويتهم بثلاث سنوات وفرضت عليهم الالتزام بالسر المهني، كما حضرت عليهم وطيلة مدة عهدهم أن يقوموا بممارسة مهمة في مجلس ادارة أو مجلس مراقبة في اي مؤسسة عمومية اقتصادية مدرجة ضمن برنامج الخصوصية، ولا أن يتشكوا بصفة مباشرة او غير مباشرة لشراء اسهم او حصص او اصول في هذه المؤسسات حتى بعد مرور ثلاثة سنوات كاملة من انتهاء عهدهم.

الفرع الثاني

شركات تسيير مساهمات الدولة

تعتبر هذه الشركات مؤسسات عمومية اقتصادية مكلفة بتسيير مساهمات الدولة في المؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كل رأس مالها الاجتماعي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁴¹⁵، ولقد أنشأت هذه الشركات على أنقاض الشركات القابضة العمومية التي تم حلها بموجب نص المادة 40 من أمر 04/01 وعوضت شركات تسيير المساهمات الشركات القابضة ابتداء من سبتمبر 2001 حيث كان يتراوح عدد هذه الأخيرة ثمانية و عشرون شركة⁴¹⁶

حيث قدمت وزارة المساهمات تعريفا لشركات تسيير المساهمات و اعتبرتها عبارة عن مجتمعات صناعية⁴¹⁷، في حين أن شركات مساهمات الدولة التي تنشأ في شكل "شركة مساهمة" تخضع لمزيج من النصوص القانونية منها أحكام أمر 04/01 والمرسوم التنفيذي 01/283⁴¹⁸، بالإضافة إلى أحكام القانون التجاري بإعتبارها تتخذ شكل شركة مساهمة، وكذا لوائح مجلس مساهمات الدولة، و أحكام القوانين الأساسية المؤسسة لشركات تسيير مساهمات

415- بهلول سمية، مرجع سابق، ص 87.

416- عبورة سهام، مرجع سابق، ص 103 .

417- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 103 .

418- مرسوم تنفيذي رقم 283/01 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة ادارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها ج.ر.ع 55

مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2001

الدولة⁴¹⁹، وهو ما يجعلها شركة مساهمة ذات طابع خاص بالمقارنة مع شركة المساهمة الواردة بموجب الفصل الثالث من القانون التجاري ابتداء من نص المادة 592 وما يليها.

تتجسد مظاهر اختلاف شركات تسيير المساهمات مع شركة المساهمة في نقاط كثيرة بدايتها بالتأسيس، حيث ان شركات تسيير المساهمات تنشأ بموجب لائحة⁴²⁰ صادرة من قبل مجلس مساهمات الدولة، وتأخذ هذه اللائحة شكل القرار وهو ما يترجم خضوعها للطابع العام الذي قد يبرر خضوعها للقانون العام.

كما تختلف شركات تسيير المساهمات عن شركة المساهمة في القانون التجاري، من ناحية اعتبار الأولى مراقبة للثانية، حيث تعتبر شركات تسيير المساهمات جهازا رقابيا على المؤسسات العمومية الاقتصادية المنخرطة ضمن حافظتها. من خلال تفويض لبعض من صلاحياتها لهذه الأخيرة بصفتها مالكة لراس مالها. ومن ذلك فإنها تجسد حدا لتطبيق القانون التجاري على هذه الأخيرة، وتؤكد تدخل السلطة التنفيذية الدائم.

ان امكانية اخضاع المؤسسة العمومية الاقتصادية لشكل شركة تسيير المساهمات معلق على شرط امتلاك الدولة لكل راس مالها، و صدور قرار يقضى بإخضاعها لشكل شركة تسيير المساهمات، كما ان اجهزة ادارتها المتمثلة في الجمعية العامة ومجلس مديرين ومحافظ الحسابات منظمة قانونا بطريقة تؤدي الى بطلان⁴²¹ هذه الشركة لمخالفة القانون المتمثل في مرسوم تنفيذي رقم 283/01، والذي يلزم على الجمعية العامة لهذه الشركات ان تتضمن ممثلين مفوضين قانونا من مجلس مساهمات الدولة.

تفرض السلطة التنفيذية وصايتها على المؤسسات العمومية الاقتصادية، من خلال قيامها بتعيين اعضاء مجلس المديرين والذي يكون بعد موافقة رئيس الحكومة على ترشيحه بعد اخذ رأي مجلس مساهمات الدولة. كما تمارس هذه الكيانات الصلاحيات الخاصة بالجمعية العامة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وفقا للحدود المقررة في عقد التفويض او اللوائح الصادرة من قبل مجلس مساهمات الدولة.

لا يمكن تصور تطبيق أحكام القانون التجاري على هذه الشركات، إلا من خلال منحها حرية ممارسة العمل التجاري وتعاملها مع الغير باعتبارها تاجرة او مستثمرة دون تمتعها بامتيازات وسلطات خاصة تؤكد تبعيتها للمرفق

419- وزارة الأشغال العمومية: شركة تسيير مساهمات الدولة اشغال عمومية "سينترا" sitp، 2004.

420- تعرف اللائحة بأنها آلية التشريع الفرعي بعد القانون والدستور، وتقع على درجة ادنى منهما، فلا يجوز ان تخالف القانون ولا الدستور، فهي تصدر عن جهات تنفيذية او ادارية في شكل مرسوم او قرار، وتخضع لرقابة السلطة القضائية التي يمكن لها الحكم ببطلانها.

421- ان خضوع هذه الشركات للقانون التجاري يلزمها بأحكام البطلان الواردة فيه ايضا، و البطلان في الشركات التجارية لا يحصل إلا بنص صريح في القانون، او القانون الذي يسري على بطلان العقود استنادا لنص المادة 733 من القانون التجاري.

العام. و بذلك تقوم السلطة بوضع الخصوصية حيز التنفيذ ضمن الأشكال التجارية الملائمة، إما من خلال القيام بمحصر صلاحيات المؤسسة في ممارستها للنشاطات الاستثمارية والتصديق عليها برقابة وصائية، داخلية وخارجية زيادة على ما تقره أحكام القانون التجاري، يتعارض ومبادئ هذا القانون المبني على الثقة والائتمان واستقلالية الشخص المعنوي الذي ينشأ في شكل شركة عن الشركاء المكونين له تبعا لمبدأ جواز تجزئة الذمة المالية للشريك⁴²² المطبق في القانون التجاري نظرا لخصوصية معاملاته ما دامت هذه الشركات تخضع له في شكلها.

تتلخص مهمة شركات تسيير مساهمات الدولة في تسيير وتحضير المؤسسات العمومية للخصوصية الجزئية أو الكلية عبر آليات تمكنها من فتح رأس مالها، وقد تم انشاء هيئة مديرة متكونة من 84 عضوا (03 اعضاء من كل شركة تسيير للمساهمة)⁴²³.

و اذا كانت شركات تسيير مساهمات الدولة قد قامت على أنقاض الشركات القابضة فان الشركات القابضة بدورها قامت على أنقاض صناديق المساهمة وهو ما قد يفسر عدم استقرار السلطة في الأسلوب الذي تتبعه لتسيير أموال الاستثمارات العمومية ما أثر سلبا على استقرار مؤسساتها العمومية الاقتصادية، ويجري حاليا التفكير في التخلي عن هذه الشركات⁴²⁴ كأسلوب لتسيير أموال الدولة التجارية نظرا لعدم فعاليته في تحقيق الاستقلالية الحقيقية للمؤسسة العمومية الاقتصادية ما انعكس سلبا على نشاطها وجعلها تحاول ابتكار أساليب جديدة لتحقيق نجاحها .

ان طريقة تسيير المؤسسات العمومية الاقتصادية في ظل أمر 04/01 شبيه بطريقة تسيير صناديق المساهمة التي عرفت مع اصلاحات 1988، ومن الناحية العملية كان من المفروض أن تمارس شركات تسيير المساهمات صلاحياتها بناء على عقود التسيير لحساب الدولة بصورة مستقلة بدون أي محاباة أو بيروقراطية طالما أن روح نص أمر 04/01 تتمثل في تبسيط عملية الخصوصية تماشيا مع متطلبات المصلحة الاقتصادية، غير أن الحقيقة عكس ذلك تماما. فإذا كان النظام السابق في تسيير المساهمات عن طريق الشركات القابضة التي تتمتع بحرية في التسيير فان هذه الشركات

422- وهو ما يخالف احكام القانون المدني التي تنص على مبدأ وحدة الذمة بموجب المادة 188 منه، و التي جاء فيها " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه"

423- عبوة سهام، مرجع سابق، ص 28.

424- حيث يمكن لهذه الشركات أن تتحول الى تجمعات، كما أعلن عنه رئيس تسيير مساهمات الدولة للأشغال العمومية سينترا التي ستتحول الى مجتمعات، نتيجة لقرار الحكومة القاضي بالغاء كل شركات تسيير مساهمات الدولة وتحويلها الى تجمعات اقتصادية وصناعية. وفيما يتعلق بكيفية تنفيذ هذه الاستراتيجية أشار السيد بوشارب وزير القطاع الى أن انشاء المجتمعات سيكون عن طريق عمليات الاندماج والامتصاص الى جانب تعديل مسميات شركات تسيير المساهمات الى المجتمعات الصناعية التي تم بالفعل تحويلها على غرار المجمع الصناعي لاسمنت الجزائر (جيكا). نقلا عن الاذاعة الجزائرية بتاريخ 11 جانفي 2015 الساعة 10:56.

بالرغم من اعتبارها مسيرة لأموال الدولة التجارية فإنها تفتقد لسلطة اتخاذ أي قرار باعتبار أن كل تصرفاتها خاضعة لموافقة ومراقبة مجلس مساهمات الدولة وتتصرف كمثله عنه أمام المستثمرين الوطنيين والأجانب، فبالرغم من تسميتها بالشركة إلا أنها في الحقيقة عبارة عن مكتب يتم على مستواه جمع وتحليل كل المعطيات المتعلقة بعملية الخصوصية واحالتها على المجلس⁴²⁵.

المطلب الثالث

تقييم المؤسسة المخصوصة

ان عملية تقييم المؤسسة الاقتصادية المراد خصوصتها تشكل دليلا آخر على استحواذ السلطة التنفيذية على مجال النشاط الاقتصادي، مما أدى إلى كثرة الهيئات المتدخلة في عملية التقييم دون ضبطها بأجال معينة لإكمال العملية، ما أثر على هذه الأخيرة وجعل اجراءاتها تتسم بالثقل.

غير ان تدخل الدولة لم يتوقف عند هذا الأمر، بل استمر من خلال من خلال تنظيمها لوجهة الثمن الذي يدفعه المالك الجديد للمؤسسة المتولدة عن الخصوصية، هذا التدخل الذي كرس بموجب قوانين المالية، ما يزيد من تعميق فكرة سيطرة الدولة من خلال استعمالها لقانون المالية لتنظيم عملية الخصوصية باعتبارها اسلوب من اساليب الاستثمار التي من المفروض ان تتعامل من خلالها مع أشخاص القانون الخاص.

ففي الوقت الذي كان فيه منتظرا من الدولة اعادة استثمار أموال المؤسسات العمومية المخصوصة، قررت هذه الأخيرة ان تجعل منها مجالا للنفقات العامة، او تمويلا لباقي المؤسسات العمومية لإعادة هيكلتها وانقاذها من الافلاس. وعليه فان المستثمر المالك الجديد هو المستفيد من عملية الخصوصية، غير ان هذه الاستفادة مقرونة بالسعر الذي ستم به عملية التنازل للمؤسسة محل الصفقة، فهل ضمنّت إجراءات التقييم تحديد القيمة الحقيقية للمؤسسة؟ أم أن المستثمر الجديد يخضع لإبرام عقد اذعان⁴²⁶ تمارس الدولة من خلاله مجموعة الشروط التي تؤكد هيمنة مؤسساتها العمومية بداية من تحديد قيمتها؟

425- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 245.

426- عقد الإذعان (contrat d'adhesion) هو العقد الذي ينفرد احد المتعاقدين فيه بوضع شروط لا يمكن للمتعاقد الآخر ان يناقشها أو يعترض عليها كلها او جزئها، نظرا لموقعه الضعيف في العلاقة التعاقدية استنادا لنص المادة 70 من القانون المدني التي نصت على " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "

الفرع الأول

الهيئة المكلفة بالتقييم

كان مجلس الخصوصية قبل ان يتم حله بموجب أمر 04/01، الهيئة المكلفة بعملية تقييم المؤسسة العمومية التي تقرر خصوصتها استنادا لنص المادة 13 من أمر 22/95، لتسند هذه المهمة في ظل امر 04/01 استنادا لنص المادة 22 فقرة 01 الى مكاتب خبرة متخصصة باعتبارها صاحبة الاختصاص الحصري في ذلك بعد تعيينها من قبل الوزير المكلف بالمساهمات .

أما من الناحية الفعلية فقد او كلت هذه المهمة فقد أسندت مهمة التقييم الى شركات تسيير مساهمات الدولة، عملا بأحكام المادة 05 مطة 07 من مرسوم تنفيذي 283/01 السالف الذكر، وكذا اللائحة الصادرة تحت رقم 2004/04 بتاريخ 20/06/2004.

والجدير بالملاحظة الاشارة للغموض الذي يكتنف نص المادة 22 من أمر 04/01، التي تمنح لوزير المساهمات صلاحية تعيين الطرف القائم بعملية التقييم، حيث يستطيع هذا الأخير تكليف أى هيئة او شخص بتقدير قيمة المؤسسة أو الأصول التي يعتزم التنازل عنها، دون ان يقوم النص لا بتحديد شكلها ولا طبيعتها ولا اختصاصاتها ولا المدة اللازمة لقيامه بالتعيين.

غير أن نص المادة 22 سمح لوزير المساهمات بالاستعانة بالخبرة الوطنية او الدولية للمشاركة في عملية التقييم، لكن السؤال المطروح في هذا المقام وبقوة ناتجة عن فرض الشراكة الاجبارية على المستثمرين الأجانب، هو هل يمكن للوزير الاستعانة بالمكاتب الأجنبية بدون الاستعانة بنظيراتها الوطنية؟ ام انه ملزم بإشراكهما في العملية معا؟ ان غموض النص في هذه المسألة ايضا يفتح المجال أمام الاستثمارات الأجنبية للتواجد والمشاركة في عملية الخصوصية، ويجعلها شريكا هاما في تنفيذها نظرا لما تملكه من من قدرات تكنولوجية كبيرة تمكنها من الفوز بصفقات التقييم التي تعرضها شركات تسيير مساهمات الدولة.

إن التطورات التي عرفتها عملية الخصوصية من خلال اعادة تنظيمها مست عملية التقييم، كما مست بدورها عملية اختيار المؤسسة المراد خصوصتها، فبعدها كانت العملية من اختصاص مجلس الخصوصية اصبحت تتم بطريقة تدرجية تنطلق من شركات تسيير مساهمات الدولة، الى الوزير، الذي يحيلها للجنة المراقبة إلى مجلس مساهمات الدولة الذي يقوم بدوره برفع تقرير للحكومة والتي تقوم باتخاذ قرار الخصوصية⁴²⁷. بينما كانت عملية اتخاذ قرار تحديد المؤسسات

427- مرسوم تنفيذي رقم 194/98 مؤرخ في 07 يونيو سنة 1998، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية، ج.ر.ع. 41 مؤرخ في 09 يونيو 1998.

المراد خصوصتها في أول تجربة للجزائر تعتمد على تحديد قائمة اسمية للمؤسسات العمومية التي ستخضع للخصوصية بموجب مرسوم تنفيذي⁴²⁸ وهي الطريقة التي تم التخلي عنها، ليصبح اختيار المؤسسة المخصوصة يتم عن طريق لأحة صادرة من قبل مجلس مساهمات الدولة بعد التقرير الذي يعرضه عليه وزير المساهمة وفقا لما تمت الاشارة اليه سابقا. كما يحتكر مجلس مساهمات الدولة تحديد السعر النهائي لعملية المخصوصة، بعد أن يكون مجموع الخبراء قد قدموا اقتراحاتهم، ليقوم بعدها المجلس بمطابقة السعر الوارد بتقارير الخبرة والقيمة الحقيقية للمؤسسة وما تم تسجيله من ملاحظات لجنة المراقبة.و يعلن عن سعر التنازل النهائي.

الفرع الثاني

طرق التقييم

لم يقيم المشرع الجزائري بتحديد مناهج التقييم وطرقه على خلاف بعض التشريعات⁴²⁹، بل قام بتركه مفتوحا وعاما، وذلك مراعاة منه للفروقات الموجودة بين المؤسسات المراد خصوصتها من جهة، و الوقت الذي تتم فيه عملية التقييم من جهة ثانية، والذي قد يتغير بتغير معطيات السوق وقيمتها.

لقد نصت المادة 18 من أمر 04/01 على عدم تحديد طرق التقييم، حيث جاء فيها " يجب ان تكون عناصر الاصول والسندات المعروضة للخصوصية قبل اي عملية خصوصية، موضوع تقييم من قبل خبراء يقوم على مناهج متفق عليها عموما". غير ان هذا النص قد حدد في المقابل العناصر التي يتم تقييمها، و قام بخصرها في الأصول والسندات، المر الذي يجعل من مجال عملية التقييم ضيقا، كما يقصى عدة طرق معتمدة في التقييم لا سيما منها التي تركز على تقييم المؤسسة بناءا على نشاطها داخل السوق، والذي يتضمن حساب قيمة العمال داخل المؤسسة باعتبارهم يد عاملة فنية لا يمكن لأي مؤسسة الحصول على مثلها. بما يجعل الجزائر تتمسك بمنطلق خاطئ في تقدير قيمة المؤسسة عن طريق تقييم ملكيتها المادية وفق لمعطيات حسابية نظرية، بعيدة عن واقع سوق المؤسسة، خاصة في

428- مرسوم تنفيذي رقم 195/98 مؤرخ في 07 يونيو سنة 1998، يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصوصية، ج.ر.ع. 41 مؤرخ في 09 يونيو 1998.

429- يتبين من التشريعات المختلفة المقارنة، أن هناك مجموعة من البلدان حددت الطرق المختلفة التي ينبغي على الخبراء المكلفين بتقييم المؤسسة المخصوصة إتباعها، فنجد المشرع المغربي الذي حدد معايير التقييم من خلال الفقرة الثانية من نص المادة 01 من مرسوم رقم 402/90/02 المؤرخ في 16/10/1990، النشرة الرسمية المغربية رقم 4068 مؤرخة في 17 أكتوبر 1990. و التي تقترب في صياغتها من صياغة نص المادة 14 من أمر 22/95. في حين بعدما كان المشرع التونسي يعتمد على طريقة تحديد طرق التقييم بموجب المادة 06 من قانون 47/87 عاد ليتراجع عن هذه الطريقة سنة 1989 و ذلك بموجب المادة 28 من قانون 09/89 المؤرخ في 01/02/1989 المتعلق بالمساهمات والمؤسسات العمومية الاقتصادية و التي اقر فيها ضرورة تقييم السندات و الاصول قبل عرضها على المخصوصة. بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص. 128.

حالة عدم احتكام المؤسسات العمومية على ميزانية حقيقية، وغياب الوثائق الحسابية لدى بعض المؤسسات ما يصعب حصر واثبات أرباحها وخسائرهما الفعلية .

اختلفت المعايير الفقهية المعتمدة في عملية تقييم المؤسسة، غير انها لا تختلف من حيث استنادها على احد الطريقتين الاساسيتين، الاولى تركز على تقييم المؤسسة بناء على صافي راس المال المستثمر، بينما تعتمد الطريقة الثانية على تقدير ربحية المؤسسة⁴³⁰.

أولاً: تقييم المؤسسة بالاعتماد على قيمة أصولها :

يعتد هذه المنهج بدوره على عدة معايير مختلفة، زادت من اختلاف الفقه حول طرق تحديدها، فمنهم من يقسمها الى ثلاثة طرق، طريقة التكلفة التاريخية، وطريقة التكلفة التاريخية المعدلة، وطريقة القيمة السوقية⁴³¹، أما البعض الآخر من الفقه فيقسمها الى معيار صافي الاصل المصحح، ومعيار صافي ما تحققه المؤسسة العمومية الاقتصادية من ارباح، ومعيار صافي التدفقات بحسب قيمتها الحالية⁴³².

ويعتبر معيار صافي التدفقات بحسب قيمتها الحالية (Cash-Flow actualisé)⁴³³ من أفضل المعايير المعتمد في تقييم المؤسسة العمومية، فلا يعتبر المؤسسة موضوع التقييم مجرد وحدة عقارية وصناعية وانما تعتبر وحدة اقتصادية نشيطة تعرض فرصا لتحقيق الربح، وهو بذلك يراعي نشاط المؤسسة بعد خوصصتها في المستقبل، ما يدفع المتنازل له بالاهتمام أكثر بمرودية المؤسسة بدل اهتمامه بالنقل الاقتصادي لممتلكاتها، وهو ما قد يؤثر ايجابا في سعر التنازل ويؤدي الى رفعه، ويمكن الدولة من تحقيق نتائج هامة في بعث الحياة من جديد في المؤسسة العمومية الاقتصادية والمحافظة على تنافسيتها في السوق خاصة مع رغبة السلطة في تكريس هيمنة الاستثمارات العمومية وتدعيم قوتها.

غير أن طرق التقييم المختلفة تعاني من مشكل تعقيد العمليات الحسابية التي تعتمد غالبا على دراسات افتراضية للسوق وحساب تطوراتها المستقبلية، ما يجعلها مبنية على افتراضات واستنتاجات غير موضوعية قد لا تتحقق. كما أن هذه الصعوبة قد تخلق مشكل آخر يتعلق بمدة العملية، والتي قد تكون طويلة في حالة تشعب المؤسسة وكثرة حساباتها ومعطياتها.

430- عبورة سيهام، مرجع سابق، ص 63.

431- عبورة سيهام، المرجع أعلاه، ص 63، ص 66.

432- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 129، ص 133.

433- تتحدد قيمة المؤسسة العمومية الاقتصادية وفقا لهذا المعيار من القيمة المصححة لتدفقات صندوقها الخاص، وتتشكل تدفقات الصندوق الخاص من مجموعة العناصر المتكونة من سوق، عمال، انتاج، تكنولوجيا التي تتداخل فيما بينها من اجل خلق الثروات. بن حبيلس منى، مرجع أعلاه، ص 130.

ثانيا : تقييم المؤسسة بالنظر إلى السعر العادل لأصولها :

يمكن تسجيل نفس الملاحظة التي سجلت على المنهج الأول، نظرا لاختلاف الفقه في تحديد المعايير التي يعتمد عليها هذا الأخير في تقييم المؤسسة، ومنها سعر التكلفة، وسعر التصفية، واعتماد المقارنة في البورصة. ان تطبيق معايير تقييم المؤسسة يجب ان يتماشى واهداف المشرع من هذه العملية، المتمثلة في انقاضها من الافلاس والزوال، وعليه فان اختيار معيار التقييم يرتبط بالمصلحة العامة، كما يرتبط من ناحية اخرى بوضعية المؤسسة ومجال نشاطها، وعليه فان مؤسسات القطاعات الاستراتيجية ستكون محل تقييم لمواردها الطبيعية الضخمة التي تستثمر فيها. كما يجب مراعاة وضعية المؤسسة من حيث مدى نشاطها، هل هي بحالة نشاط جيد ام انها تعاني من حالة عجز، كما يساعد ايضا معرفة محيط المؤسسة ومواردها البشرية في تقييمها موضوعيا.

وتخضع عملية التقييم ايضا لمراعاة شكل الخصوصية المرغوب اخضاع المؤسسة له، لأن اختيار طريقة التقييم يستوجب ملائمتها مع اسلوب الخصوصية الذي ستخضع له هذه الأخيرة وهو ما يطرح فكرة اقضاء اساليب التقييم المتلائمة مع الخصوصية الكلية نظرا لقيام المشرع الجزائي في حصر طرق هذه الأخيرة في الخصوصية الجزئية⁴³⁴. وبناءا على تحديد المشرع لشكل الخصوصية، فهو يفرض بصورة غير مباشرة طريقة التقييم التي تراعي قدرة المؤسسة على تحقيق الربحية، أو المردودية المنتظر تحقيقها من نشاط هذه الأخيرة، انطلاقا من الفرق الحسابي بين اصول المؤسسة وديونها، وهو ما قد يجعلها محل منافسة من قبل المستثمرين الراغبين في الاستثمار من خلالها معتمدين على آفاقها المستقبلية.

وعلى خلاف أمر 04/01 كان أمر 22/95 أكثر وضوحا في تحديد نقاط تقييم المؤسسة، وهو ما جعل العملية تتسم بمنهج أكثر وضوحا من خلال حصر المادة 14 من الأمر للشروط الواجب توفرها عند تقييم المؤسسة ومنها ما يلي :

1- القيمة التجارية لأصول المؤسسة.

2- الفوائد المحققة من طرف المؤسسة.

3- القيمة الاقتصادية المعتبرة للمؤسسة وفروعها.

4- موقع المؤسسة في السوق.

5- آفاق المؤسسة المستقبلية.

6- سعرها في البورصة اذا كانت عضوا فيها.

الفرع الثالث

تحديد ثمن التنازل ومصيره

ان الاختيار الجيد لمعيار التقييم يسمح بإيجاد القيمة الحقيقية العادلة للمؤسسة العمومية، وتعد عملية تحديد السعر الذي ستم به عملية التنازل المرحلة اللاحقة لمرحلة التقييم، ونتيجة حتمية لها، ومع ذلك فإنه في كثير من الأحيان يختلف سعر التنازل عن القيمة الناتجة عن عملية التقييم، وسبب ذلك يرجع الى اجتماع عدة عوامل في تحديد سعر التنازل النهائي، ما يضيف على هذه المرحلة حساسية كبيرة⁴³⁵ بين تضارب مصالح الدولة من جهة والمستثمر الراغب في الشراء من جهة ثانية.

أولاً: تحديد سعر التنازل:

يجب على الهيئة المكلفة بتحديد سعر التنازل⁴³⁶ الموازنة بين جانبين، يتم مراعاة الجانب الأول من خلال تحديد سعر منخفض للسهم أو القيم المنقولة الأخرى بحيث يحقق استجابة قوية لشراء الأسهم المعروضة للبيع عن طريق الاكتتاب حتى يتجنب فشل العملية⁴³⁷، في نفس الوقت يجب أن يراعى الجانب الثاني تحديد سعر مرتفع، بما يتناسب مع مصالح المؤسسة في الاستمرار والحصول على أقصى الإيرادات الممكنة حتى لا تعتبر عملية التنازل تبديداً للمال العام للدولة. ما يضع الهيئة المحددة لسعر التنازل بين المطرقة و السندان.

إن النتائج التي يرتبها تحديد سعر التنازل خطيرة جداً على حياة المؤسسة وآفاقها المستقبلية وعلى المصالح الاقتصادية للدولة، ما يثير مخاوف كثيرة أثناء القيام بتحديد السعر، فلو قام مجلس مساهمات الدولة مثلاً بالمصادقة على سعر منخفض لأحد المؤسسات، لتسبب ذلك في انتقادات شديدة جراء اعتبار العملية بيع الملك العام بأرخص الاثمان و شكل خسارة للطرف الوطني و رتب مسؤولية قانونية اجتماعية بالنسبة لمؤسسات الدولة القائمة بالعملية، الأمر الذي يشكل في المقابل صفقة مربحة للمستثمرين الأجانب الذين استفادوا من التنازل.

435 - Leila Abdeladim : op-cit ;p 167.

436- لا بد من التفرقة بين السعر الابتدائي الذي تعرض به المؤسسة العمومية للخصوصية، وبين السعر النهائي الذي ستباع به هذه الأخيرة، والذي يكون ناتجاً عن المفاوضات التي تقوم بها شركات تسيير مساهمات الدولة باعتبارها ممثلة للدولة في عملية التنازل و بين المتعهد الذي قبل عرضه، بعد مصادقة مجلس المساهمات عليه.

437- ان عدم تحقيق هذه الموازنة خاصة اذا تم تحديد سعر مرتفع بالمقارنة مع و ضعيفة المؤسسات العمومية محل التنازل، قد يؤدي الى فشلها من خلال تقليص فرص ايجاد مستثمرين يرغبون في شراءها، وهو ما حدث فعلاً سنة 1998 عندما تم عرض احدي عشرة فندق للبيع بتاريخ 22 نوفمبر 1998، لتفشل العملية، التي اعيد برمجتها بتاريخ 17 فيفري 1999 حسب احصائيات وزارة الصناعة و ترقية الاستثمار .

أما إذا تم تحديد سعر مرتفع جدا فان عملية الخصخصة تؤدي إلى اقضاء المستثمرين المتوسطي الحجم وحتى الصغار منهم، لتقتصر العملية على المؤسسات الاستثمارية الضخمة، وبهذه الطريقة فإن المستثمرين الوطنيين وباعتبار أغليتهم الساحقة من شكيلة الاستثمارات الصغيرة والمتوسطة سيقصون من المشاركة في المساهمة في هذه العملية، كما قد يؤدي ذلك إلى ثورة اجتماعية مدعومة من قبل التيار الرفض لعملية الخصخصة ككل، ما قد يتسبب بفسلها على اطلاقها.

ان تضارب المصالح السياسية والاقتصادية والمالية بين اطراف عملية الخصخصة صعب من عملية الموازنة بين مختلف هذه المصالح، لذا فإن معظم تجارب الخصخصة في العالم تؤكد تغليب أحد المصلحتين على الأخرى⁴³⁸ وتعطي الأولوية في الغالب لمصالح الدولة باعتبارها مالكة للمؤسسة، غير أن كل دولة تختلف حسب مصالحها عن دول أخرى في تحديد هذه المصالح و ترتيب أولويتها، ففي فرنسا مثلا فان السعر المحدد للتنازل يعكس السعر الحقيقي الصحيح والعاذل، كما أن اعتماد هذه الطريقة لا يمكن مخالفتها لأنها دستورية وتتم بموجب قانون⁴³⁹، حيث جاء في الدستور الفرنسي حضر بيع اصول وأسهم المؤسسات العمومية التي تدخل في ذمة الدولة بأسعار تقل عن القيمة الحقيقية لهذه المؤسسات⁴⁴⁰ ما يجنب فرنسا اما كانية تعرضها لبيع مؤسساتها العمومية بسعر يقل عن قيمتها الحقيقية، وهو ما يجنبها أيضا أى خطأ من قبل السلطة التنفيذية فيما يتعلق بتحديد أولوياتها واستراتيجيتها الاقتصادية .

438 -Leila Abdeladim :op-cit ;p171p172.

439 - Dans certains cas ,la privatisation ne pouvait tout fois se concevoir que moyennant l'adoption d'un dispositif normatif de rang législatif, soit parce qu'une règle constitutionnelle le requérait ainsi en va-t-il de l'article 34 de la constitution qui précise « **La loi fixe les règles concernant...les nationalisations d'entreprises et lest transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur prive** ». NICOLAS Thirion : Existe-t-il des limites juridiques a la privatisation des entreprises publiques !, Revue internationale de droit économique, édité par De boeck Supérieur (t.XVI, 4) avril 2002, p12.

440- De même se fondant sur le principe d'égalité le conseil constitutionnel dans sa décision des 25_26 JUIN 1986 dispose que « la constitution s'oppose a ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés des personnes poursuivant des fins d'interet prive pour des prix inferieurs a leur valeurs > cependant M de BELLESCIZE precise que : « les limites de la categorie de service public constitutionnel demeurent incertaines A ce jour le label de service public constitutionnel n'a j'amaís été décerné ; il a simplement etedenie>.De BELLESCIZE Ramu grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (a propos de l'arret du conseil d'etat section 27 septembre ; bayrou et autres et de la decision du conseil constitutionnel n° 2006_543 dc du 30 novembre ; loi relative au secteur de l'energie)RFDA 2006 p 1163.

بينما الجزائر لا نجد لها تولى هذا الأمر الأهمية الكبيرة و اللازمة التي تجعلها تنص عليه في الدستور، حيث اكتفى المشرع الجزائري بجعل حماية الاملاك الوطنية واجبا على كل مواطن⁴⁴¹ مع ضمان احترامه للملكية الغير الخاصة، وبذلك فانه لم يتضمن الطريقة التي يمارس من خلالها المواطنون والمؤسسات حماية الملكية العامة، خاصة فيما تعلق بالتنازل عن المؤسسات العمومية، ما يجعل هذه العملية تفلت من الرقابة الدستورية، كما قد يعرض المؤسسة المتنازل عنها لغبن أثناء ابرام عملية تحديد ثمن التنازل، وهو ما قد يحرك جمهور الشعب لحماية هذه الأخيرة على حد تعبير الدستور باعتبارها مملوك للمجموعة الوطنية التي يقع عليهم التزام حمايتها. غير أن تدخلهم يبقى منوط بمدى وعيهم من جهة، ومدى معرفتهم بتفاصيل العملية وسعرها، وهو ما لم تنظمه النصوص القانونية بطريقة كافية وشفافة تضمن اعلام الجمهور بتفاصيل العملية ونشرها الواسع للجمهور، مهملة دوره الرقابي على مثل هذه التصرفات التي تبرمها السلطة التنفيذية وحدها.

و عليه و من خلال تحليل مراحل الخصوصية تبين أن عملية التقييم تتم بين أروقة السلطة التنفيذية، التي يفرض عليها القانون نشر بعض المعلومات المتعلقة بالخصوصية بطريقة عامة⁴⁴² لا تسمح لعموم الجمهور بمتابعة العملية، كما انه لم ينص على تنظيمها بموجب قانون، والقانون يخضع لعرضه على السلطة التشريعية قبل اصداره، ومنه يضمن مراقبة الجمهور لعملية الخصوصية عن طريق ممثليه، كما فعل نظيره الفرنسي. الأمر الذي يجعل العملية تتم بطريقة غامضة وضبابية خاصة مع الدور الاستشاري الذي تلعبه لجنة مراقبة عملية الخصوصية.

ثانياً: مصير سعر التنازل؛

لقد أقر أمر 04/01 خضوع عملية الخصوصية للقانون العام، وهو ما جعل قانون المالية النص المنظم لعملية توجيه الأموال الناتجة عن التنازل على المؤسسات العمومية، حيث نص قانون المالية لسنة 1996⁴⁴³ على انشاء حساب تخصيص خاص يتضمن الإيرادات الناتجة عن الخصوصية، والذي تم تنظيمه لاحقا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 177/96⁴⁴⁴ والذي تضمن تحديدا لأوجه استعمالات الأموال الناتجة عن الخصوصية، وحدد قانون المالية لسنة

441- تنص المادة 66 من الدستور الجزائري على " يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة، ومصالح المجموعة الوطنية و يحمي ملكية الغير"

442- لم يلزم أمر 04/01 القيام بعمليات النشر و الاشهار لجميع مراحل عملية الخصوصية و اقتصر فرضه للإشهار على المرحلة الأخيرة المتمثلة في نقل الملكية، حيث اقرت المادة 31 ذلك بنصها على " تكون كل عملية نقل للملكية موضوع شكليات الاشهار، و عند الاقتضاء للتعديلات الاساية المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما "

443- أمر 27/95 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج.ر.ع 82 مؤرخ في 31 ديسمبر 1995.

444- مرسوم تنفيذي رقم 177/96 مؤرخ في 20 ماي 1996، يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/083 الذي عنوانه الموارد الناجمة عن الخصوصية، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 22 مايو 1996.

1997 النفقات التي يغطيها حساب التخصيص المتضمن الموارد الناجمة عن الخصوصية، حيث نصت المادة 194 منه على " يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقم 302/083 عنوانه الموارد الناجمة عن الخصوصية، يقييد في هذا الحساب ما يأتي :

- الإيرادات الناجمة عن الخصوصية في باب النفقات.

- تسديد الديون العمومية الداخلية والخارجية.

- تمويل تعويضات التسريح.

- تمويل اعادة الهيكلة المالية للمؤسسات العمومية الاقتصادية المقرر خوصصتها، وكذلك تسديد كل ديون

المؤسسات العمومية او جزء منها..." ولقد أحالت هذه المادة للتنظيم لتحديد طرق تطبيقها عند

الاقتضاء، كما اعتبر مرسوم 177/96 وزير المالية الأمر بالصرف الوحيد من هذا الحساب، غير ان مقارنة هذا

المرسوم بقانون المالية يؤكد تطابقهما في مجال تحديد نفقات هذا الحساب.

لقد احتفظ قانون المالية في ظل أمر 04/01 بمركزه القانوني الأساسي باعتباره القانون الذي يملك الصلاحية

الحصرية في تنظيم عملية صرف الأموال الناجمة عن الخصوصية⁴⁴⁵ والذي منح بدوره صلاحية تحديد المداخل

والمصاريف المتعلقة بحساب التخصيص المتعلق بحساب التخصيص رقم 302/083 لوزير المالية الذي يصدر قرارات

تنظم هذه المسألة، وهو ما تم تأكيده بموجب القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 08 اكتوبر 2002⁴⁴⁶.

والجدير بالذكر أن عملية الخصوصية يمكن تمويلها من حساب خاص أنشئ لهذا الغرض وذلك في حالة عدم

كفاية موارد المؤسسة واصولها في تغطية هذه العملية وهو صندوق "الشراكة" الذي تقرر تخصيصه بموجب مرسوم

تنفيذي رقم 174/02⁴⁴⁷ لتمويل التكاليف المرافقة لعمليات الخصوصية، ومنح استنادا لهذا المرسوم الوزير المكلف

بالمساهمة صلاحية الأمر بالصرف من هذا الحساب. ما يثير الاستغراب حول وضع حساب الخصوصية لدى وزير المالية

وحساب الشراكة لدى وزير المساهمات، في حين أنهما عمليتان استثماريتان تخضعان لوصاية الوزارة المختصة وهي وزارة

المساهمات، كما أن حساب الشراكة قد يمول عملية الخصوصية كما يمولها حساب الخصوصية ما يجعلها عملية مكلفة للدولة

بحيث لم يكفي حساب واحد لتمويلها بل أصبحت تمول من حسابات متعددة.

445- تنص المادة 32 من أمر 04/01 على " يوضح توزيع و شروط استعمال الإيرادات المتأتية من عمليات الخصوصية في أحكام قوانين المالية"

446- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 137.

447- مرسوم تنفيذي رقم 174/02 مؤرخ في 20 مايو 2002، يحدد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/106 الذي عنوانه صندوق

الشراكة. ج.ر.ع 37 مؤرخ في 26 مايو 2002.

أما عن كيفية دفع ثمن التنازل فقد أقر أمر 04/01 الحق للعمال الأجراء في تقسيط الثمن، أما باقي الأشخاص المتنازل لهم فلم يستفيدوا من هذا الامتياز بموجب الأمر المذكور أعلاه، ليقوا خاضعين لرحمة مجلس مساهمات الدولة الذي يدرس امكانية منحهم هذا الامتياز من عدمه، عن طرق مفاوضات تجري بينه وبين المتنازل له استنادا لنص المادة 17 من أمر 04/01.

وعليه فان تقييم المؤسسة وتحديد سعرها يكون من اختصاص السلطة التنفيذية التي تظهر مرة أخرى سيطرتها على عملية الخصوصية، وتهر بها من مختلف أنواع الرقابة، أو المشاركة في العملية، ما عدا في حالة قيام مكاتب الخبرة الوطنية أو الأجنبية بعملية تقييم المؤسسة المزمع خصوصتها، وهي وإن بادرت بها تكون دائما بناء على اختيار الدولة لها وفق معايير لم ينص عليها أمر 04/01، الذي تخلى عن التحديد الدقيق لمختلف المواعيد والطرق المستعملة في التقييم، ما يزيد من توسيع مجال السلطة في تنظيم هذه العملية ويكرس هيمنة الاستثمارات العمومية حتى في محاولة الخروج من سلطة هذه الأخيرة عن طريق عملية بخصوصتها.

المطلب الرابع

تكريس الخصوصية الجزئية رفض التخلي عن الاستثمارات العمومية

إن الانطلاق من فكرة أن التنازل الكلي للدولة عن المؤسسة العمومية قد يشكل خطرا على مصير الدولة في حد ذاتها، لما للسلطة الاقتصادية من قوة تمكنها من التحكم في السلطة السياسية، أدى إلى نتيجة حتمية تؤكد ضرورة اقضاء شكل الخصوصية الكلية لصالح المستثمرين الأجانب من أشكال الخصوصية الممكنة التطبيق.

تبنى المشرع الجزائري هذه المخاوف، وترجمها من خلال النصوص القانونية، التي اقترت حماية المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهو ما يؤدي إلى تغيير مفهوم الخصوصية من اعتبارها عملية نقل للملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص⁴⁴⁸، إلى اعتبارها مشاركة للملكية بين القطاع العام والقطاع الخاص، بطريقة تمارس من خلالها السلطة رقابتها على المؤسسة الأجنبية المالكة لحصة في المؤسسة المخصوصة⁴⁴⁹.

448 -Nicolas Thirion : op.cit ,P01.

449 -TEBANI Amel : op.cit,P134.

وهو المفهوم الذي يترجم الهدف الذي تجوه الدولة من عملية الخصوصية⁴⁵⁰ من خلال احتفاظها بملكية المؤسسة مع تدعيم القطاع الخاص كشريك في المؤسسة العمومية الاقتصادية، وهو ما يثير اشكالات كثيرة، حيث اذا كانت الدولة تريد دعم القطاع العام والنهوض بالقطاع الخاص كهدف واحد، ألا يمكنها تحقيق ذلك من دون خصوصية؟ وهل عملية الخصوصية المفروضة في شكل شراكة تولد قطاعا عاما وخصوصا يتنافسان داخل السوق، أم أنها ستخلق منافس ثالث في شكل استثمار مشترك يهيمن على السوق بجمعه لمزايا ومعارف الاستثمار العام والخاص و الأجنبي معا؟

و كمحاولة للجابة عن الاشكال المطروح يمكن القول بأن للدولة باعتبارها ممثلة للقطاع العام لا يمكن أن تشكل و تدعم قطاعا خاصا قويا مستقلا عن القطاع العام، وذلك من خلال ترك مختلف القطاعات (عام، خاص، أجنبي) تعمل معا⁴⁵¹ مع ضمان منح القطاع الخاص مزايا واعفاءات لا يحصل عليها القطاعان الآخران إلى حد تحقيق التوازن بينها ومنع التضخم في القطاع الخاص جراء هذه المزايا الاضافية، غير أن تطبيق هذه الفكرة قد يتعارض ومبدأ المساواة بين المستثمرين العموميين والخواص الأجانب منهم خاصة.

لقد عانت الجزائر ولا تزال تعاني من هيمنة القطاع العام، ما أنتج تضخما وفشلا لمؤسساتها الاقتصادية والتجارية التي طالما استفادت من مزايا خاصة ومعاملة خاصة ودعم مالي ضخم لإنقاذها من الزوال⁴⁵².

كرست قوانين المالية فكرة الخصوصية الجزئية، من خلال تعديلها لقانون الاستثمار، وهو ما قد يؤكد أيضا فكرة سيطرة الاستثمارات العمومية من خلال قوانين المالية والتي ان فرضت خصوصية جزئية فإنها لم تحدد طرقها.

450- وهو نفس الهدف و المفهوم الذي تبناه المشرع السوري من خلال تخليه عن المفهوم التقليدي للخصوصية، أي اللجوء إلى بيع القطاع العام إلى القطاع الخاص. صاموئيل عبود، قطاع خاص من دون خصخصة، بحوث الندوة الفكرية لمركز دراسات الوحدة العربية، مجلة الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصوصية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت فبراير سنة 2005. ص 463.

451- صاموئيل عبود، مرجع اعلاه، ص 463.

452- تعددت اوجه دعم الدولة لمؤسساتها العمومية، ومنها ما اورده قانون المالية التكميلي لسنة 2009، أمر 01/09 الذي نصت المادة 98 منه على "تكفل الدولة بمحصول المؤسسات العمومية الاقتصادية المحلة التي لم يتم التنازل على أي أصل من أصولها لفائدة شركات الاجراء، كما يمكن ان تستفيد من هذا التكفل فروع المؤسسات المحلة التي تملك فيها المؤسسات العمومية الاقتصادية كل رأسها عندما لا تسمح الوضعية المالية لهذه الفروع او فروع المؤسسات العمومية الاقتصادية المالكة بتسوية ديونها".

الفرع الأول

مفارقة تشريعية "العام يقيد الخاص"

ألزم قانون المالية التكميلي لسنة 2009 الاستثمارات الأجنبية و الوطنية الخاصة، بشروط مقيدة لتجسيد استثماراتها من خلال فرضه عليها "شراكة" تمثل فيها المؤسسة الوطنية المقيمة سواء كانت خاصة أو مؤسسة عمومية اقتصادية نسبة 51% على الأقل من رأس المال الاجتماعي⁴⁵³، وهذا من خلال تعديل نص المادة 04 مكرر 01 من امر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار، والذي أورد الخصوصية في نص المادة 02 منه محمدا شكلها في الخصوصية الكلية أو الجزئية، وهو بذلك كان يتوافق مع أمر 04/01 الذي ومن خلال نص المادة 26 منه نص على امكانية الخصوصية الكلية أو الجزئية، غير أن تعديل قانون المالية لقانون الاستثمار أدى إلى عدم توافق النصين، حيث أصبح قانون الاستثمار يقيد أمر 04/01 .

ان تصنيف هذه النصوص القانونية بالنسبة لعملية الخصوصية، يؤدي إلى اعتبار أمر 04/01 النص المرجعي الخاص، المنظم لعملية الخصوصية، أما قانون الاستثمار ومقارنته مع أمر 04/01 فهو نص عام بالنسبة لهذه العملية، كذلك هو حال قانون المالية الذي قام بحصر طرقها. غير أن المشرع قد قام بتعديل أحكام أمر 03/01 وفرض من خلال هذا التعديل شكل الخصوصية الجزئية كشكل من أشكال الاستثمار، في حين انه ترك النص الخاص أمر 04/01 دون تعديل لأشكال الخصوصية وطرقها الواردة فيه، ولم يقيدتها كما فعل بموجب قانون الاستثمار.

وبذلك تبقى الخصوصية وفقا لأمر 04/01 تتم بصورة كلية عن طريق اجراء البيع بالتراضي بعد ترخيص من قبل مجلس مساهمات الدولة، أو بصورة جزئية عن طريق تجزئة الأسهم أو الزيادة في رأس المال، انطلاقا من أن قانون المالية قيد أشكال الخصوصية الواردة في أمر 03/01 فقط. وأن القول بغير ذلك يقودنا إلى الاستنتاج بأن قانون المالية قيد قانون الاستثمار أمر 03/01 وقانون الاستثمار قيد أحكام قانون الخصوصية أمر 04/01، غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام يتعلق بمدى امكانية تقييد قانون الاستثمار الذي هو من نفس درجة قانون الخصوصية لأحكام هذا الأخير رغم اختلافهما من حيث الموضوع؟

453- تنص المادة 04 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على " ...لا يمكن المجاز الاستثمارات الأجنبية إلا في اطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الاقل من راس المال الاجتماعي ...". أما نص المادة 04 مكرر 01 فقرة 02 من نفس القانون فقد نصت على " ... كما تطبق هذه الاحكام في حالة فتح راسمال المؤسسات العمومية الاقتصادية على المساهمة الاجنبية...".

وعليه كان من الأفضل لقانون المالية وما دام يسمح له بتعديل جميع النصوص القانونية الأخرى، أن يقوم بتعديل أمر 04/01 لتفادي تناقضه مع أحكام أمر 03/01 الذي أورد تقييدا لنص خاص بعملية الخصوصية، في حين انه نص عام بالنسبة لها، ما انتج قيام القانون العام ونص عام بتقييد نص خاص واصبح العام يقيد الخاص.

غير أن اعتبار قيام نص المادة 04 مكرر 01 من قانون الاستثمار بتقييد أحكام نص المادة 26 من أمر 04/01 أي قيامها بتعديلها منطبق غير سليم، نظرا لتعارض النصين موضوعيا⁴⁵⁴، ومساواتهما تدرجيا. لذلك فان الحل الوحيد الذي يمكن تصوره قانونيا يتمثل في اعتبار أحكام المادة 04 مكرر و04 مكرر 01 المعدلتان لأمر 03/01 بمثابة الغاء ضمنى⁴⁵⁵ لنص المادة 26 من أمر 04/01، وبناءا على ذلك يتم اقصاء جميع أشكال التنازل الكلى عن المؤسسة العمومية الاقتصادية المنصوص عليها بموجب المادة 26 من أمر 04/01 لا سيما منها البيع الكلى بسعر محدد في البورصة، او اجراء البيع بالتراضي... أو أى نمط يؤدي إلى التنازل الكلى عن ملكية المؤسسة أو أى طريقة يمكن من خلالها نقل ملكية المؤسسة العمومية نقلا كاملا.

الفرع الثاني

طرق الخصوصية الجزئية

تم عملية الخصوصية عن طريق نقل ملكية رأس مال المؤسسة العمومية وفق طرق محددة قانونا حيث جاء مضمون المادة 13 من أمر 04/01 يحدد طرق نقل ملكية رأس مال المؤسسة جزئيا وذلك من خلال:

- الاكتتاب للزيادة في رأس مال المؤسسة العمومية.
- التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية جزئيا.

كما شكلت بعض أنواع عقود نقل الملكية اطارا للخصوصية الجزئية، كعقد الشراكة الذي يضمن الحصول على خبرات أجنبية وتكنولوجيا مدعمة للإنتاج الوطنى بنوعية ومواصفات دولية.

454- مراحل عملية التشريع يمكن أن يشوبها إما عيب شكلى أو موضوعى. ومن العيوب الشكلية الأساسية عدم مراعاة مجال الاختصاص والجراءات التي يجب اتباعها لسن التشريع. أما فيما يتعلق بعدم مراعاة الإجراءات المحددة من قبل الدستور فيمكن ذكر أهمها في اصدار قانون أو أن تتم الموافقة على اجراء معين خلافا لما هو محدد في الدستور. سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الاول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1989. ص 165.

455- تنص المادة 02 من القانون المدنى المعدل والمتمم على الالغاء الضمنى، والذي يتحقق اذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم.

أولاً: التنازل الجزئي عن طريق البورصة:

تلعب البورصة دوراً مزدوجاً في عملية الخصوصية، فهي قد تستعمل لبيع أسهم المؤسسة المراد خصوصتها من خلال فتح رأس مالها لمشاركة الجمهور، أو من خلال الزيادة في رأس مالها بإصدار أسهم جديدة⁴⁵⁶، لا سيما إذا صادف موضوع الشركة نجاحاً اتسع به حجم نشاطها، ويمكن أن تتم الزيادة بأحد الطرق الثلاثة التالية:

1. تحويل حصص التأسيس والسندات إلى أسهم تلجأ إليها الشركة عندما تكون مدينة للغير لقرض تم عن طريق الاكتتاب في سندات أصدرتها، وفي هذه الحالة يصبح حامل السند مساهماً في الشركة عوضاً عن دينه⁴⁵⁷.

2. تحويل الاحتياطي القانوني أو الاحتياطي الحر أو الاتفاقية إلى أسهم توزع على المساهمين كل حسب نصيبه⁴⁵⁸.

3. زيادة رأس المال عن طريق إصدار أسهم جديدة استناداً لنص المادة 687 من القانون التجاري.

غير أن دور البورصة في الجزائر منذ انشائها اقتصر على تسيير المؤسسات العمومية دون تمكين القطاع الخاص من ولوجها، بسبب ما فرضته من شروط تعجيزية على الاستثمارات الخاصة، خاصة الوطنية منها التي تعرف بمحدودية قدراتها، الأمر الذي أثر سلباً على حجم تداولاتها في البورصة. حيث كانت أول مؤسسة جزائرية دخلت البورصة في الجزائر مركب رياض سطيف، من خلال فتح رأس ماله للجمهور من أجل رفعه سنة 1998⁴⁵⁹.

تلعب البورصة دوراً هاماً من خلال مساهمتها في مساعدة المؤسسة في الحصول على رأس المال اللازم لتمويل مشاريعها وترويج منتجاتها وتوسيع مجال السوق الذي تنشط فيه، وفي المقابل فإنها تطرح مخاطر تقلبات سوق رأس المال، بحيث تعتبر المضاربة أهم خطر يهدد المتعاملين ويخيفهم من خوض مجال المغامرة، غير أن المؤسسة العمومية غير قادرة على تفادي هذا الخيار الذي يعتبر حتمية في حالة اختيارها ضمن المؤسسات الخاضعة للخصوصية من قبل مجلس مساهمات الدولة وفقاً للأئحة، اعتماداً على ما اقترته الجمعية العامة للمؤسسة العمومية. وتلتزم المؤسسة باحترام

456 - TEBANI Amel : op.cit, P144.

457- عبورة سيهام، مرجع سابق، ص 80.

458- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، شركات الأموال، دار الجامعية الجديدة للنشر، مصر 1998، ص 325.

459- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 143.

شروط تسعير اسهمها في البورصة وفقا لما حدده القانون⁴⁶⁰، والتي قد تجبرها على تغيير شكلها القانوني⁴⁶¹ لتمكين المستثمرين الأجانب من شراء بعض أسهمها.

ثانيا: التنازل الجزئي عن طريق المناقصة؛

تضمن نص المادة 26 من أمر 04/01 الاشارة إلى المناقصة⁴⁶² كأسلوب للخصوصية، وهي ممكنة التطبيق لعدم تعارضها مع مبدأ الشراكة الاجبارية المفروض بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

و لا يعني اللجوء للمناقصة ضرورة التنازل الكلي عن المؤسسة، بل يمكن أن يكون جزئيا بواسطة المناقصة المفتوحة أو المحدودة، الوطنية أو الدولية حسب رغبة الجهة المنظمة.

ويخضع تنظيم المناقصة لقانون الصفقات العمومية⁴⁶³ بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكون هذه الأخيرة مكلفة بإنجاز عملية ممولة كليا او جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة، والذي ربطت المادة 22 منه ابرام الصفقة بشرط تحقيق اهداف المصلحة المتعاقدة سواء من قبل المستثمر الأجنبي أو الوطني. غير انه يمكن لمجلس مساهمات الدولة والوزير الوصي كل فيما يخصه، أن يخالف أحكام المرسوم الرئاسي 23/12⁴⁶⁴ المعدل والمتمم لقانون الصفقات العمومية وذلك بشرط توفر حالة الضرورة القصوى استنادا لنص المادة 02 الفقرة الاخيرة من المرسوم الرئاسي المذكور اعلاه.

كما جاء قانون الصفقات العمومية متماشيا مع التوجه الاقتصادي الجديد الرامي إلى تشجيع المؤسسات الوطنية وحمايتها من آثار المنافسة، من خلال فرضه على المتعاملين الأجانب وجوب احترام شرط الزامية الاستثمار في اطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري يحوز أغلبية راس مالها جزائريون مقيمون، حيث نصت المادة 24 من مرسوم رئاسي 11 / 98⁴⁶⁵ المعدل والمتمم لقانون الصفقات العمومية على "يجب ان تنص دفاتر شروط المناقصات

460- قانون 04/03 مؤرخ في 17 فبراير 2003، يعدل و يتم المرسوم التشريعي رقم 10/93 مؤرخ في 23 مايو 1993 و المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 19 فبراير 2003.

461 - www.sgbv.dz

462- تعرف المناقصة بموجب نص المادة 21 من قانون الصفقات العمومية على أنها إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم احسن عرض.

463- مرسوم رئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 اكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 58 مؤرخ في 07 اكتوبر 2010، المعدل و المتمم .

464- مرسوم رئاسي رقم 23/12 مؤرخ في 18 يناير سنة 2012، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 اكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 26 يناير 2012.

465- مرسوم رئاسي رقم 98/11 مؤرخ في أول مارس سنة 2011، يعدل و يتم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 اكتوبر سنة 2010 و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 14 مؤرخ في 06 مارس 2011.

الدولية في اطار السياسات العمومية للتنمية التي تحددها الحكومة بالنسبة للمتعهدين الجانب على الالتزام بالاستثمار عندما يتعلق الأمر بمشاريع خاضعة لإلزامية الاستثمار حسب الشروط المبينة ادناه:

- يجب ان يكون الالتزام بالاستثمار المذكور في الفقرة السابقة بالنسبة لمؤسسات الأجنبية التي تتعهد وحدها او في اطار تجمع، في اطار شراكة، في نفس ميدان النشاط موضوع الصفقة، مع مؤسسة واحدة او عدة مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري يجوز الأغلبية في راس مالها الاجتماعي جزائريون مقيمون..."

ويظهر من خلال نص المادة 24 شكل الأشخاص القانونية التي يمكنها ابرام صفقة مع المستثمر الوطني المتعاقد، وحصرتها في شكل فردي أو في شكل تجمع مؤسسات، سواء بالتضامن او بالشراكة والتي يكون فيها الشريكان مسؤولان في حدود التزاماتهما وحصص كل منهما، ويكون التجمع بالشراكة محققا عندما يلتزم كل عضو من اعضاء التجمع بتنفيذ الخدمة أو الخدمات التي تمنح له في اطار الصفقة، واستنادا على ما سبق فان اخضاع المؤسسة لصفقة البحث عن شريك أمر الزامي لحصولها على المناقصات وتمكينها من الترشح للحصول عليها وفقا للفقرتين 06 و08 من المرسوم الرئاسي 98/11 التي نصت على ضرورة أن يتضمن ملف المناقصة قائمة غير محددة للمؤسسات التي يمكنها أن تجسد عملية شراكة مع المتعهد الأجنبي، ويجب ان يتضمن عرض المتعهد الأجنبي تحت طائلة رفض عرضه، التزامه حسب رزامة زمنية ومنهجية بتلبية شرط الشراكة. كما يمكن أن يبلغ المتعهد الأجنبي اسم الشريك الجزائري أو الشركاء الجزائريين بعد تبليغه بالصفقة.

وبهذا فان النصوص القانونية المنظمة لمجال الصفقات تتكيف مع متطلبات الخصوصية الجديدة المتمثلة في الشراكة.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري خلافا لما كان عليه في ظل أمر 22/95 يفصل إجراءات المناقصة⁴⁶⁶ بموجب نصوص المواد 27 و28 و29 من الأمر ، حيث اكتفى بالإشارة إلى المناقصة عبر نص المادة 26 من أمر 04/01، ومن أجل توضيح الفراغ الناتج عن غياب تنظيم اجراءاتها من خلال أمر 04/01 أصدر مجلس مساهمات الدولة مجموعة

466 -L'ordonnance 95/22 a fixé les regles relatives a l'appel d'offres dans ses articles 27,28 et 29 il est fait obligation a l'institution chargee de la privatisation de publier un avis au bulletin des annonces legales ainsi que dans au moins deux quotidiens a diffusion regionale ,nationale et /ou internationale .cet avis doit contenir les informations essentielles concernant l'entreprise et les actions ou actifs a ceder .en complement de l'avis ,les soumissionnaires interesses peuvent egalement prendre connaissance d'une note d'information sur la situation economique et financiere de l'entreprise ou de l'actif a ceder et du cahier des charges. TEBANI Amel : op.cit, P152 .

من اللوائح لتفسير وتفصيل هذه العملية، لا سيما منها اللائحة رقم 2004/09 المؤرخة في 02 أوت 2004 والتي تقرر الاجراءات اللازمة للمناقصة⁴⁶⁷ من خلال منح شركات تسيير مساهمات الدولة صلاحية تلقي العروض بناء على الاعلان عن المناقصة بالنسبة للمؤسسات العمومية الاقتصادية غير الممولة جزئياً أو كلياً بمساهمات مؤقتة أو نهائية من الدولة، أما صفقات المؤسسات الممولة من الدولة فان الوزير المعني بالقطاع هو الذي يقوم بتحديد المشاريع وطبيعة الاستثمار بموجب مقرر استنادا لنص المادة 24 فقرتين 04 و 05 من المرسوم الرئاسي 98/11 المذكور أعلاه، ويتم ذلك وفقا لدقتر شروط، والذي يعتبر حسب نص المادة 19 من أمر 04/01 الوثيقة الأساسية والمرجعية لكل عملية خصوصية، بحيث يحتوي على مجموعة هامة من المعلومات سواء المتعلقة منها بالمؤسسة أو بإجراءات تنفيذ عملية التنازل الجزئي أو الضمانات المطلوبة⁴⁶⁸ والشروط اللازمة للعملية، لتتعلق بعد ذلك مرحلة المفاوضات مع المتعهد المقبول عرضه والذي يتم اعلامه بالنتيجة النهائية لعملية المفاوضات في أجل اقصاه 15 يوما من تاريخ صدور لائحة قبول عرضه.

ثالثا: التنازل الجزئي عن طريق التراضي :

إكتفت المادة 26 من أمر 04/01 بالنص على التراضي كإجراء للتنازل، ولكن دون القيام بتعريفه أو تحديد مجاله وإجراءاته وشروطه كما كان الحال عليه بموجب أمر 22/95، لذا قانون الصفقات العمومية هو النص المرجعي لتحديد هذه الطريقة في إبرام الصفقات، حيث عرفته المادة 27 من المرسوم الرئاسي 98/11 بأنه "إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية لمنافسة، ويمكن ان يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط او شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة... " كما اعتبر قانون الصفقات العمومية اجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود، بحيث لا يتم اللجوء اليها إلا في حالات حددتها نص المادة 43 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه المعدل والمتمم لقانون الصفقات العمومية.

أما التراضي كشكل من أشكال عملية الخصوصية فإنه بقي غير واضح فيما تعلق بأحكامه، ما عدا في اشتراط اعتماده كأسلوب للتنازل يتطلب موافقة مسبقة من قبل مجلس مساهمات الدولة بناء على تقرير يرفعه وزير المساهمات، إلى غاية صدور اللائحة رقم 04/04 المؤرخة في 20 جوان 2004 التي أكدت على الطابع الاستثنائي للتراضي

467- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 153.

468- استنادا لنص المادة 24 من مرسوم رئاسي 98/11 المتضمن تعديل قانون الصفقات العمومية فان دقتر الشروط يجب أن يتضمن تحديد الضمانات المالية للصفقة.

لكن دون أن يتم ذكر الحالات التي يمكن أن يتم اللجوء فيها لهذا الاجراء.وعليه فإن هذه الطريقة المستعملة لاتمام عملية الخصوصية تمس بحد ذاتها بقواعد الشفافية والاشهار المنصوص عليهما في نص المادة 14 من أمر 04/01، كما أن هذه الطريقة تكرس احتكار الدولة في اختيار المتعهدين، دون السماح للرقابة التشريعية ولا الشعبية في اداء دورها تجاه المتعهد المقبول تبعا لذلك، وهي بذلك تخفي امكانية تبديد المال العام، كما قد تكون غطاءا للتنازل عن مؤسسات الدولة بأثمان بخسة لا تتناسب وقيمة المؤسسة الحقيقية⁴⁶⁹، خاصة و أن لجوء المؤسسة لمثل هذا الاجراء يعفيها من شرط الشراكة الاجبارية الملزمة به وفقا لنص المادة 24 من قانون الصفقات العمومية، وهو فحوى المادة 03 من مرسوم رئاسي 98/11 التي نصت على "لا تخضع الصفقات المبرمة وفق اجراءات التراضي البسيط لأحكام المادة 24 من هذا المرسوم..."

رابعا: الشراكة كوجه للخصوصية الجزئية:

أصبحت كل الطرق المنصوص عليها بموجب نص المادة 26 من أمر 04/01 تصب داخل هدف ايجاد شريك جديد للمؤسسة المراد التنازل عنها جزئيا، نظرا لقيام القانون بتحديد الحد الأقصى لنسبة مشاركة المستثمر الأجنبي ب 49%، سواء من خلال اكتسابه للأسهم المعروضة للبيع أو من خلال الاكتتاب للزيادة في رأس مال المؤسسة العمومية باعتبار أن الشراكة⁴⁷⁰ أصبحت الوسيلة الوحيدة لتواجد الاستثمارات الأجنبية عموما والخصوصية خصوصا إلا انها لم تكن طريقة مستحدثة بموجب أمر 04/01، بل كانت طريقة معروفة ايضا حتى قبل صدور أمر 22/95. وكانت الشركات القابضة السبابة في السعي للبحث عن علاقات الشراكة والقيام بالترويج لهذه العملية التي حققت نتائج ايجابية⁴⁷¹ وهو السبب الذي قد يكون وراء قيام المشرع بحصرها على الاستثمارات الاجنبية نظرا لنجاحها ووضوحها الذي انتج ابرام اتفاقيات شراكة لإنشاء شركات مختلطة. و ان كان أمر 04/01 لم يعتمد أسلوب النص على

469- بن حبيلس منى، مرجع سابق، ص 162.

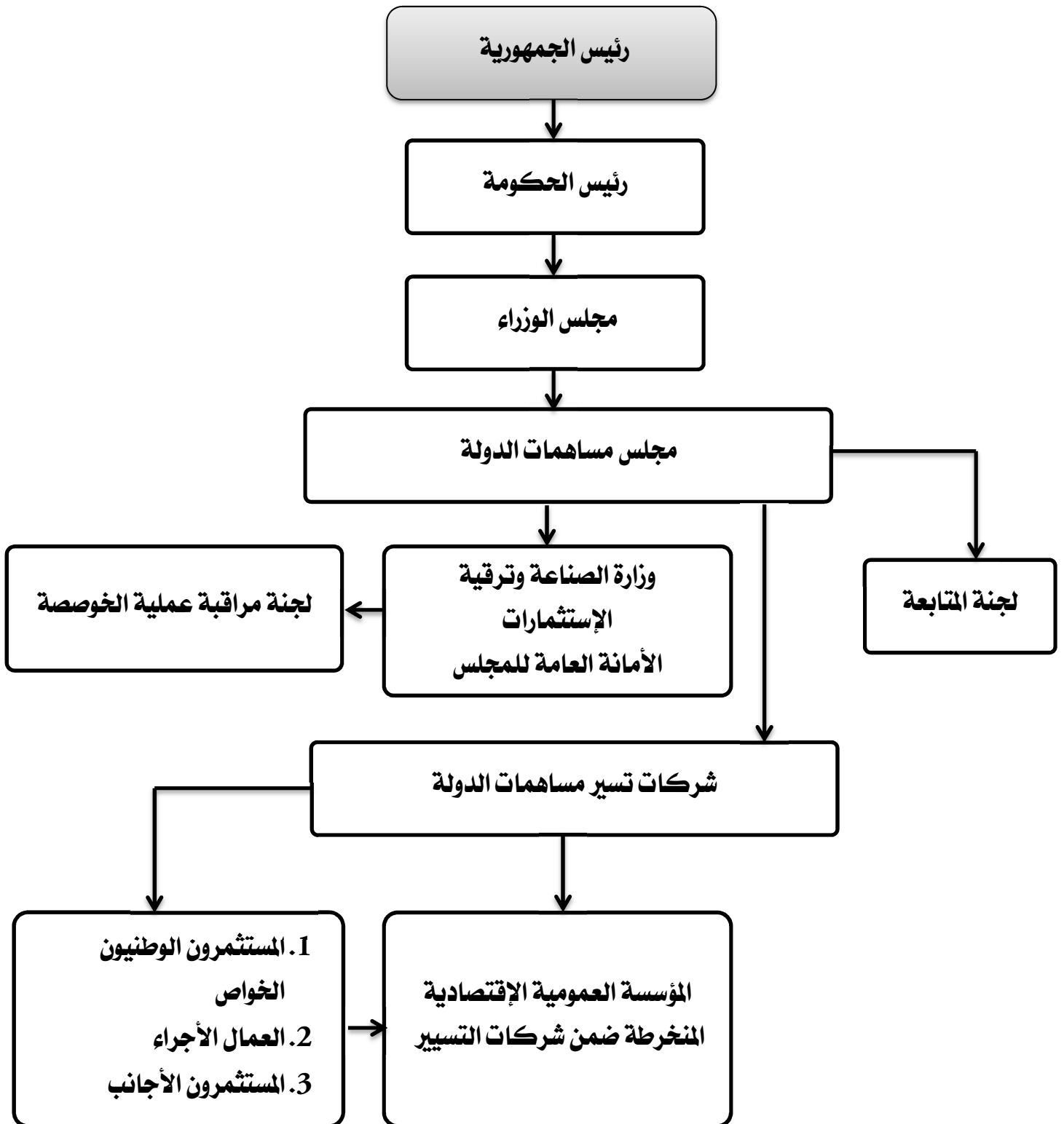
470- يمكن تعريف الشراكة باعتبارها نموذج من علاقات التقارب و التعاون بين المؤسسات الاقتصادية في شكل عقد قانوني يعبر فيه الشركاء عن توحيد الجهود و الطاقات لخدمة اهداف مشتركة، تعجز الاطراف عن تحقيقها مستقلة، أو لا تحققها بالشكل المخطط له على الأقل، ويولد عقد الشراكة التزامات وحقوق متبادلة حيث يحتفظ كل طرف باستقلاله الاستراتيجي فيما عدا عقد الشراكة. بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، الشراكة الاجنبية ودورها في نقل التكنولوجيا مع الاشارة الى قطاع المحروقات بالجزائر، الملتقي الدولي العلمي الثاني تحت عنوان "الاستثمار الاجنبي المباشر ومهارات الاداء الاقتصادي - حالة بعض الدول النامية - كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس، 22 و 23 اكتوبر 2007. ص 02.

471- تم بموجب الشراكة تنفيذ استثمارات تتراوح أجماعها بين 150 و 200 دولار، ثم دخلت احدى الشركات الجديدة مرحلة الانتاج تدريجيا في نهاية عام 1999، وقد تم بيع نسبة 15% من شركة التغليف المعدني لشركة المانية، كما ابرمت عدة اتفاقيات شراكة في عديد القطاعات الاقتصادية الانتاجية، كالمناجم و النسيج و الجلود و الصناعات الميكانيكية. قمار خديجة، مرجع سابق، ص 129.

الشراكة بصراحة، ولم يلزم الاستثمارات الأجنبية الراغبة في المشاركة في عملية الخصوصية بتحقيق شرط الشراكة الاجبارية كما فعل قانون الاستثمار ، فإن أسلوبه كان معبرا على الأكثر من ذلك، حيث ترك الباب مفتوحا لكل طريقة أو شكل أو نمط تراه الدولة مناسبة لتنفيذ عملية الخصوصية التي تتوافق و وضعية مؤسساتها، وهو ما نصت عليه المادة 04 من نص المادة 26 التي جاء فيها "...و إما بواسطة أى نمط آخر للخصوصية يهدف إلى ترقية مساهمة الجمهور..."

و بناء على ذلك فإن الشراكة بالنسبة للاستثمارات الأجنبية مقيدة النسبة، أما بالنسبة للخواص الوطنيين فهي غير ذلك، بل أن الدولة شجعت جمهور الخواص الوطنيين وسمحت بتجزئة الحصص الاجتماعية للمؤسسة في شكل سندات ذات قيمة اسمية منخفضة ليتمكن الجمهور العريض من المساهمة بصورة كبيرة ومتوسعة فيها. ولا تعد هذه الطرق المذكورة السبيل الوحيد لإتمام اجراءات الخصوصية بل هناك أشكال أخرى كثيرة ومتعددة نظرا لعموم النص وعدم حصره لها، غير أنها تبقى مشروطة بمشاركة بين المستثمرين الوطنيين والأجانب المقيمين.

شكل الهيئات المتدخلة في عملية الخصوصية



المرجع : بن حيبلس منى

الباب الثاني

أساليب التواجد بين تقييد القانون العام و تنظيم القانون
الخاص

الباب الثاني

أساليب التواجد بين تقييد القانون العام وتنظيم القانون الخاص

لا يعتبر عدم استقرار النظام الاقتصادي الوطني إلا صورة حتمية لعدم وضوح الاطار القانوني المنظم لعملية تواجد الاستثمارات الأجنبية الشريك الأساسي للاستثمارات الوطنية، حيث أنه إذا كان أمر 03/01 قد حدد عمليات الاصلاحات العمومية واعتبرها كأسلوب يمكن أن تتواجد من خلاله الاستثمارات الأجنبية، فان نظرية اعتبار الاستثمار في الجزائر استثمار عمومي تؤكدها قوانين المالية التي كرست بدورها قيودا جديدة على أساليب تواجد الاستثمارات الأجنبية، مع احتفاظها بتكريس هيمنة وسيطرة الاستثمار الوطني واعتباره كأساس للسماح لها بالتواجد. غير أنه لا يخفى علينا أن الدولة قد منحت في نفس الوقت حيزا للقانون الخاص لينظم عملية تواجد الاستثمار، بدأ من خلال اخضاع المؤسسة العمومية للقانون التجاري ومنحها حرية ولو نسبية في ممارسة نشاطاتها الاقتصادية والاستثمارية .

وعليه فإن الاستثمار الأجنبي يتواجد وفقا لتنظيم أحكام القانون العام، المتمثل أساسا في قوانين المالية التي قامت بتعديل وتمتة قانون الاستثمار بطريقة دورية متتالية فاقت العشرية من الزمن، ما أثار التساؤل عن السبب الحقيقي الذي ترك السلطة تلجأ لقانون المالية لتعديل قانون الاستثمار، هل من أجل تخلصها من الرقابة أم من أجل تفادي تأكيد فكرة عدم استقرار النشاطات الاستثمارية من خلال عدم استقرار النص القانوني المنظم لها؟ كما يتواجد الاستثمار الأجنبي وفقا لأحكام القانون التجاري المنظم لشكل الاستثمار من خلال احالة أحكام القانون العام على أحكام القانون الخاص بطريقة مقيدة للقانون الخاص كتحديد شكل الشركة وحصره في شركة المساهمة دون سواها من أشكال الشركات الأخرى، ما يثير مسألة قدرة تنسيق النظامين القانونيين لعملية تنظيم تواجد الاستثمار .

وتختلف المبادئ التي تتميز بها قواعد القانون العام المبنية على أسلوب التنظيم القانوني الأمر من قبل السلطة غير القابل في مجمله للمعارضة، عن أسلوب التنظيم الذي يعتمده القانون الخاص، المرتكز على شكل التعاقد لتنظيم أشكال تواجد الاستثمارات الأجنبية، الأمر الذي يبرز ضرورة إيجاد نظام قانوني يمزج بين الصنفين المختلفين المتدخلين لتنظيم وتأطير أسلوب تواجد الاستثمار. فهل تمكن المشرع الجزائري من المزج بين فكرة النظام وفكرة العقد اللتان تقومون على أسلوبين مختلفين، فبينما يقوم القانون العام على أسلوب التقييد والضبط فان القانون الخاص يؤكد حرية الأطراف وإرادتهم في التواجد؟! .

وإذا كانت الأساليب التي ينص عليها القانون العام محددة ومحصورة كأسلوب الشراكة الاجبارية مثلا، فهل هذا يعني أن ما ورد من أحكام مخالفة لها في القانون الخاص لا يمكن تطبيقها على المستثمرين الأجانب لتكريس تواجدهم من خلالها ! إلى أي مدى يمكن السماح للمستثمرين التعاقد في اطار القانون الخاص، أم أن القانون الخاص يعد في حد ذاته نظاما قانونيا يقيد فكرة العقد ويفرض أسلوبا حصريا لممارسة النشاط الاستثماري ؟ ان الوصول في ختام هذا الباب إلى نتيجة حتمية عدم امكانية تواجد الاستثمار الأجنبي إلا في اطار فكرة النظام القانوني أو فكرة العقد المنظم راجع إلى تدخل القانون صراحة لفرض وتحديد وحصر أسلوب تواجد الاستثمارات الأجنبية بما يقضي حرية المستثمرين الأجانب في اختيار أسلوب استثمارهم على اطلاقها.

وبناء على ما سبق سنقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين يتناول الأول منهما بالبحث عن أساليب التواجد التي تنص عليها قوانين المالية باعتبارها شكل القانون العام الذي تستعمله الدولة كأداة لفرض تدخلها في النصوص التشريعية المنظمة للنشاطات الاقتصادية، لا سيما أحكام أمر 03/01 لتؤكد تجسيد فكرة النظام القانوني القائم على فرض سيطرة السلطة التنفيذية على تحديد الأسلوب الذي تتواجد في ظله الاستثمارات الأجنبية (الفصل الأول) أما الفصل الثاني فقد خصص لدراسة أساليب التواجد المنصوص عليها في القانون الخاص باعتباره القانون المحال اليه لتنظيم أشكال الاستثمار صراحة من قبل القانون العام رغم تعارض أسسهما. كما سنحاول الوصول للحل القانوني الذي جسده الاختلاط بين هذين النظامين القانونيين في شكل مشترك فرض عودته بقوة من جديد (الفصل الثاني) .

الفصل الأول:

قانون المالية أداة السلطة التنفيذية لفرض أسلوب
الاستثمار

الفصل الأول

قانون المالية أداة السلطة التنفيذية لفرض أسلوب الاستثمار

إن تدخل الدولة في مجال ضبط النشاط الاقتصادي لم يكن ثابتا، بل متغيرا بداية من الأزمة العالمية لسنة 1929 التي أبرزت دور الدولة المتدخلة⁴⁷² إلى ظهور مفهوم الدولة الضابطة الذي يركز أساسا على كفاءات ووسائل ومؤسسات هذا التدخل، حيث لم يتم الانقاص من التنظيمات الاقتصادية أو من الرقابة العمومية⁴⁷³ بل تم إعدادها من جديد بشكل مختلف و أوكلت لهيئات جديدة .

كما تغير وجه النظام الاقتصادي من اقتصاد اشتراكي مبني على الامكانيات المالية المحضة للدولة ، والتي من خلالها تجسد سياسات التخطيط ، إلى اقتصاد تشاركي مفتوح على القطاع الخاص، دون أن يكون سببه ارادة حقيقية فعلية للنظام السياسي بتغيير واقعي تطبيقي للنظام الاقتصادي، وهو ما أدى إلى اختلاط النظام القانوني، بين تدخل القانون العام الذي يجسد التدخل الصريح للدولة ممثلة بسلطتها التنفيذية التي تعدت حتى على صلاحيات السلطة التشريعية في مجال قوانين المالية السنوية والتكميلية التي تصدرها في فترة فراغ بين دورات السلطة التشريعية، وبين القانون الخاص الذي فرضته متطلبات الحرية الاقتصادية التجارية كبداً دستوري تقوم عليه قواعد الصناعة والتجارة، غير أن الدولة في المقابل لم تحدد الروابط الفعلية بين القانون العام والقانون الخاص، ففي حين تخضع الاستثمارات الأجنبية من حيث تواجدها للقانون الخاص سواء في عقد شركة أو شراكة ، فإن القانون العام هو الذي حدد وحصر أساليب هذا التواجد ؟ فهل انقلبت القاعدة الفقهية الشهيرة "الخاص يقيد العام" وأصبحت "العام يقيد الخاص"؟

لقد شكلت قوانين المالية الوسيلة المثلى والمناسبة لتأطير وتحقيق أسلوب الاستثمارات التشاركية وممارسة الرقابة على الاستثمارات الخاصة الأجنبية بالخصوص، الأمر الذي يثير التساؤل عن حدود الدولة في التدخل لفرض أسلوب التواجد من خلال قوانين المالية ؟ وإذا كانت الدولة تفرض أسلوب تواجد الاستثمارات بموجب قوانين المالية وتتدخل من خلالها لممارسة الرقابة فما هي حدود القيود الرقابية التي فرضت على الاستثمارات الأجنبية بموجب قوانين المالية وهل يخضع بدوره لرقابة كافية تضمن شرعية تنظيمه لتواجد الاستثمار الأجنبي(المبحث الأول).

472 -NICINSKI(s) : droit public des affaires Droit public ,extenso édition ,Paris 2009 . "L'économie devient un bien collectif géré par les gouvernements".

473- دحماني عبد الكريم ، تمويل نفقات الاستثمار العمومي للدولة،دراسة حالة برامج دعم النمو الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011، 2012، ص 1 .

لقد أصبحت الشراكة الشكل القانوني الذي تسلكه الدولة عند رغبتها في ممارسة الرقابة على الإستثمارات الأجنبية، غير أن هذا الأسلوب قد يتعارض مع مبادئ الليبرالية التي تفرض حدود كلاسيكية لقانون المالية، خاصة مع تعدد الاشكال القانونية التي يطرحها أسوب الشراكة الاجبارية، التي قد تتم في شكل "شراكة عقدية" و التي أصبحت الطريق الاجباري للاستثمارات الأجنبية من أجل الحصول على فرص التواجد(المبحث الثاني).

المبحث الأول

فرض أسلوب الإستثمار قرار أحادي للسلطة التنفيذية

جسدت عدة مظاهر تكريس الدولة للاستثمارات الوطنية كشريك تركز عليه الاستثمارات الأجنبية للتواجد بطريقة تؤكد استمرار تدخلها في تنظيم النشاط الاستثماري، حيث يعد تعديل قانون الإستثمار بموجب قوانين المالية من أهم مظاهر تدخلها ، تنفيذًا لبرنامجها الاقتصادي.

يمتاز قانون المالية بمجموعة من الخصائص جعلته يركز على قانون قاعدي منحه صلاحية تعديل كل النصوص القانونية، هذا التعديل الذي قد يتجاوز من خلاله الجانب المالي لهذه النصوص إلى جوانب موضوعية تمس بلب النص في مظهره وفحواه، وتؤكد مجموع هذه الخصائص الطبيعة القانونية الخاصة لقانون المالية باعتباره أداة في يد الحكومة تفرض من خلاله سلطة الرقابة على الإستثمار عامة، غير أن تعديل قانون المالية للقوانين الأخرى بما فيها أمر 03/01 يتوقف عند مجموعة من الحدود التي تنظم مجال تدخله في باقي النصوص القانونية، وهو ما يثير التشابك بين فكرة تدخل الدولة لتحديد أسلوب الإستثمار من خلال قانون عام يمنحها صلاحية الرقابة وبين رقابة هذا القانون العام في حد ذاته أثناء استعماله كأداة في يد الحكومة لتنفيذ سياستها الرقابية .

و عليه فإن قانون المالية كان الأداة القانونية التي رجعت بها السلطة إلى فكرة التصديق على الاستثمارات الأجنبية من خلال التصديق على حقها في اختيار الشكل القانوني الذي تتخذه لممارسة استثمارها و التواجد من خلاله ، ما يؤكد من جديد فكرة التواجد في ظل القرارات السياسية وليس القرارات الاقتصادية (المطلب الأول).
لقد كرست مجموعة التعديلات التي أوردتها قوانين المالية على أمر 03/01 في مجملها فكرة سيطرة الإستثمارات الوطنية، ودعمها على حساب نظيرتها الأجنبية ، رغم ما تحاول أن تقدمه من مزايا، بقيت مرتبطة بقواعد غير شفافة سواء في منحها أو في طريقة الإستفادة منها، في حين أن استمرار أي سياسة متعلقة بالإستثمار مرهون بمدى شفافتها وإلتزامها بقواعد الحكم الراشد⁴⁷⁴ في معاملة الإستثمارات الأجنبية من خلال تعزيز تشريعاتها المؤطرة لقانون الإستثمار لمجموع هذه القواعد، والتخلي في المقابل عن القواعد المقيدة للإستثمارات الأجنبية بطريقة غير شفافة، والتي أنتجت معاملة تفضيلية لصالح منافستها الوطنية.

474- Zouaimia Rachid : Le cadre juridique des investissements en Algérie : Les figures de la régression..., op.cit, p05.

أوردت قوانين المالية للسنة وقوانين المالية التكميلية مجموعة من التعديلات الكثيرة والمتعاقبة⁴⁷⁵ على أمر 03/01، تناولت جميع أشكال الإستثمار وطرقه الواردة بموجب المادتين الأولى والثانية من أمر 03/01، غير أنها كرست حسب الأستاذ زوايمية تدخل الدولة المقيد للإستثمار، وشكلت جرعة قوية من المبادئ المؤكدة على عدم الإستقرار التشريعي في مجال الإستثمار، ومنه اللأمن القانوني لهذا الأخير⁴⁷⁶.

إن إستعمال الدولة لقانون المالية كأداة لفرض تعديلاتها على قانون الإستثمار يرجع لعدة أسباب، من أهمها محاولتها تفادي الإنتقادات التي قد تتعرض لها جراء عدم استقرار قانون الإستثمار سواء من حيث موضوعه أو شكله. بالإضافة إلى الطبيعة الخاصة لقانون المالية التي تتمكن السلطة من خلاله الإفلات من الرقابة القانونية على مشروعيتها أعمالها⁴⁷⁷ والتي قد تحمل في طياتها مجموعة من التناقضات المخالفة لمبادئ القانونية الأساسية كبداً التدرج القانوني⁴⁷⁸ وقاعدة توازي الأشكال⁴⁷⁹، ليصبح هذا الأخير الأداة التي تستعملها السلطة للتدخل في مجال الإستثمار، ولإعادة النظر في التشريعات السارية المفعول بتعديلها أو إلغائها، وهو ما يخلط أسلوب الإستثمار، الأمر الذي يستوجب التوضيح لمعرفة النطاق الموضوعي لهذه التعديلات ما دمننا سنتطرق للوسيلة المستعملة في فرضها. هل عدلت هذه التعديلات من أسلوب التعامل التقليدي مع الإستثمارات الأجنبية أم أنها عمقته؟! هل منحت الإستثمارات الأجنبية حرية إختيار طريقة تواجدها أم أنها بقيت حبيسة السلطة المتدخلة في إقرارها ورقابتها؟!

475- كانت بداية أهم التعديلات الواردة على أمر 03/01 بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 أمر 01/09، ثم قانون رقم 09/09 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2009، ج.ر.ع 44 مؤرخ في 26 يوليو 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010، ج.ر.ع 7، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2009، وبعدها أمر 01/10 مؤرخ في 26 أوت 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ع 49، مؤرخ في 29 أوت 2010، ثم قانون رقم 16/11 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ع 72، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2001، ثم قانون 12/12 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ع 72 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013 ثم قانون رقم 08/13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ع 68 مؤرخ في 31 ديسمبر 2013، وأخيراً قانون 10/14 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ع 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2014.

476- Zouaimia Rachid, Le cadre juridique des investissements en Algérie ... , op.cit , p 06.

477- إن جدوى وفاعلية هذا النوع من الرقابة السياسية يظهر قبل إنتهاء السنة المالية، ذلك تحسباً للتغيرات التي قد تحدث في الحكومة، مما قد يفقدها فعاليتها، ويجعلها مجرد رقابة شكلية خاصة من خلال عدم منح السلطة التشريعية الوقت الكافي والخبرة اللازمة والتخصص العلمي لمناقشة هذا القانون، زيوش رحمة، مرجع سابق، ص 203.

478- يقتضي مبدأ تدرج النصوص القانونية احترام سمو الدستور، ثم الإتفاقيات المصادق عليها، ثم القوانين العضوية، ثم القوانين العادية وبعدها النصوص التنظيمية.

479- عملاً بقاعدة توازي الأشكال فإنه ما تقرر بموجب قانون المالية لا يمكن تعديله أو تكلمته إلا بموجب قانون المالية للسنة، أو قانون المالية التكميلي، استناداً لنص المادة 04 من قانون 17/84، المتعلق بقوانين المالية.

كل هذه النقاط القانونية سنحاول الإجابة عنها من خلال المطالب الأربعة التي يتضمنها هذا المبحث، والتي تؤكد فرض سيطرة الدولة من خلال التضييق على ملكية الإستثمار وطريقة تواجده ، والإجراءات المعتمدة لقبول الإستثمارات الأجنبية التي زادت كثرةً وتشعباً (المطلب الثاني) مع ضمان منح مزايا مشروطة دائماً بإستعمال المنتوجات الوطنية وتوظيف اليد العاملة الوطنية (المطلب الثالث) ليصل قانون المالية لحد التضييق و التحديد لمجال تطبيق أمر 03/01 بنشاطات ينص عليها القانون وليس بشرط إنتاجها للسلع والخدمات (المطلب الرابع).

المطلب الأول

سيطرة السلطة التنفيذية على تحضير قانون المالية

يتميز تحضير قانون المالية بطابع خاص يغلب عليه الجانب الإداري كما يترجم التوجه السياسي لإنفاق المال العام واستراتيجيات الدولة الاقتصادية باعتباره خطة مستقبلية لنشاط الحكومة كما يتميز أيضا من خلال المراحل التي تمر بها عملية تحضيره والتي تركز على خاصيتين أساسيتين، الأولى تتمثل في أن المبادرة به حق محصور على السلطة التنفيذية، أما الثانية فهي تشابك إجراءاته وطول المدة التي يستغرقها تحضيره والتي قد تصل إلى حد سنة كاملة⁴⁸⁰.

الفرع الأول

احتكار السلطة التنفيذية لحق المبادرة بمشروع قانون المالية

لقد منح الدستور السلطة التنفيذية صلاحية المبادرة بالتشريع المالي⁴⁸¹، حيث لا يمكن أن تتم المبادرة بقانون المالية السنوي إلا في شكل مشروع، فلا يجوز دستوريا أن يكون في شكل اقتراح من مجموعة من النواب⁴⁸² استنادا لنص المادة 120 فقرة 08 من الدستور التي سمحت لرئيس الجمهورية بإصدار مشروع الحكومة المتضمن قانون المالية بموجب أمر⁴⁸³، وعليه فإن قانون المالية للسنة يكون في شكل مشروع قانون تبادر به الحكومة فهو عبارة عن مشروعها الذي يصادق عليه البرلمان في مدة أقصاها 75 يوما من تاريخ ايداعه. وعدم المصادقة عليه في المدة المذكورة يمنح لرئيس الجمهورية صلاحية اصداره دون مصادقة السلطة التشريعية .

480-أمالوا نبيل، خصوصية قانون المالية والقانون العضوي في النظام القانوني الجزائري، مذكرة من أجل نبيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2006، ص 99 .

481- ولعل السبب في ذلك يرجع لكونها المسؤولة عن تنفيذ القوانين والتنظيات، ومن ثم فهي أدري بما تحتاجه من تشريعات تمكنها من تنفيذ برامجها الإستراتيجية. زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، سنة 2011، ص 135 .

482- أمالوا نبيل، مرجع أعلاه، ص 96.

483- نصت المادة 120 فقرة 08 على "و... في حالة عدم المصادقة عليه في الأجل المحدد سابقا يصدر رئيس الجمهورية مشروع الحكومة بأمر".

لقد قيد الدستور صلاحية السلطة التشريعية في المجال المالي، ليس فقط من خلال منعها من اقتراح مشروع قانون المالية، بل أيضا من خلال منع أي اقتراح لقانون أو لتعديل يمكن له أن يؤدي أو يهدف إلى التخفيض والمساس بالموارد العمومية، وهو ما نصت عليه المادة 121 من الدستور التي جعلت الاقتراح البرلماني في المجال المالي شبه مستحيل، ومربوط بشروط⁴⁸⁴ تضمن سلامة موارد الدولة وتحافظ عليها.

ويعود حصر حق المبادرة بقانون المالية على السلطة التنفيذية دون سواها لعدة أسباب تجسد في مجملها اعتبار قانون المالية وسيلة الحكومة المستعملة في تنظيم ورقابة النشاطات الاقتصادية، وتكريس عمليات اصلاح الاستثمارات العمومية، لذلك فإن قانون المالية يمثل برنامج الحكومة وسياستها الفعلية التي تباشرها السلطة التنفيذية عن طريق ميزانية الدولة وأموالها العمومية⁴⁸⁵. كما يعد قانون المالية من النصوص التي تمتاز بطابع خاص أيضا من حيث اصدارها، حيث يمكن أن يصدر في شكل قانون كما يمكن أن يصدر في شكل أمر⁴⁸⁶.

أولا: اصدار قانون المالية دون مصادقة من قبل السلطة التشريعية:

لا يملك رئيس الجمهورية حق اصدار قانون المالية بموجب أمر إلا اذا توفرت مجموعة من الشروط تبرر ضرورة لجوءه لهذه الطريقة الاستثنائية لإصدار هذا النص⁴⁸⁷، ذلك أن الأصل في اصدار قانون المالية السنوي يكون من خلال مصادقة السلطة التشريعية عليه.

484- نصت المادة 121 على "لا يقبل اقتراح أي قانون مضمونه أو نتيجته تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية، الا اذا كان بتدابير تستهدف الزيادة في ايرادات الدولة، أو توفير مبالغ مالية في فصل آخر من النفقات العمومية تساوي على الأقل المبالغ المقترح انفاقها". على خلاف دستور 1963 الذي لم يكن يضع شروطا تقيد صلاحية السلطة التشريعية في مباشرة الاختصاص المالي كما لم يكن الاقتراح البرلماني في المجال المالي مشروط بعدم تخفيض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية. زيوش رحمة، مرجع سابق، ص 137.

485- يمكن أن نجمل أسباب اختصاص السلطة التنفيذية بالتشريع في المجال المالي فيما يلي :

1. تتولى السلطة التنفيذية تسيير الأموال العامة والمرافق العامة، وهو ما يمكنها من معرفة قيمة النفقات اللازمة لتجسيد برنامجها، والإيرادات المتوقع تحصيلها، ما يجعلها قادرة على وضع الاجراءات والقيود والامتيازات اللازمة لتنفيذ برامجها والمحافظة على مصالحها .
2. تجنب تداخل صلاحيات السلطات، حيث أن اقتراح المشروع من اختصاص السلطة التنفيذية، ومناقشة المشروع والرقابة عليه يكون من اختصاص السلطة التشريعية. حيث تقتضي القاعدة انه من يتولى تنفيذ البرامج المسطرة في قانون المالية، يجب أن يتولى ايضا اعدادها حتى يكون مسؤولا عنها. أمالو نبيل، مرجع سابق، ص 98.

486- تنص المادة 44 من القانون العضوي 02/99 المؤرخ في 08 مارس 1999، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 09 مارس 1999 على "...في حالة عدم المصادقة لأي سبب كان خلال الجلسات المحدد يصدر رئيس الجمهورية مشروع قانون المالية الذي قدمته الحكومة بأمر له قوة القانون"

⁴⁸⁷ - وعليه فان اصدار قانون المالية في شكل أمر يكون بتوفر الشروط المنصوص عليها بموجب المادة 124 من الدستور والمتمثلة فيما يلي:

- 1- شغور المجلس الشعبي الوطني او بين دورتي البرلمان (دورة الربيع ودورة الخريف).
- 2- عرض الأوامر التي اتخذها رئيس الجمهورية على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له.

غير أن منح هذه الصلاحية لرئيس الجمهورية قد يفتح المجال أمام السلطة التنفيذية لتمرير سياسات استثمارية غير مراقبة ويوسع من صلاحياتها التدخلية في المجال الاستثمائي، مستغلة حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان، رغم أن رئيس الجمهورية ملزم بعرض الأوامر على البرلمان في أول دورة ينعقد فيها. وعليه يمكن تبرير اصدار قانون المالية في شكل أمر لكونه نتيجة حتمية لغياب السلطة التشريعية بين دورتي البرلمان. وهو ما جسده فعلياً الحياة التشريعية، بحيث أن الأغلبية الساحقة إن لم نقل كل قوانين المالية التكميلية صدرت في شكل أوامر⁴⁸⁸.

يتحول "الأمر" الذي يصدر ضمنه قانون المالية من حق إلى التزام، من خلال المصطلحات القانونية التي استعملتها المادة 124⁴⁸⁹ من الدستور، ولا يخضع للرقابة، كما لا يتم عرضه على البرلمان في أول دورة له، وهذا ناتج عن صدور هذا القانون أثناء انعقاد البرلمان في دورته، وتأخر هذا الأخير في المصادقة عليه في المدة القانونية المحددة ب 75 يوماً من تاريخ عرضه عليه، ما يكسبه حصانة تمنع الغاءه، خلافاً للأوامر الأخرى التي يتخذها رئيس الجمهورية استناداً لنص المادة 124 من الدستور، والتي تعد لاغية إذا لم يوافق عليها البرلمان بعد عرضها عليه في أول دورة له.

ان اصدار قانون المالية بموجب أمر يعد حالة استثنائية تلجأ إليها السلطة لتتدارك من خلالها ما قد يحصل من أزمات مالية تهدد المؤسسات الوطنية ومشروع الحكومة. غير ان السؤال الذي يطرح نفسه يتعلق بالسبب الحقيقي الذي يجعل الدولة تلجأ لهذا الأسلوب في اصدارها لقانون المالية، وتضمنه تعديلات متعلقة بقانون الاستثمار تفرض من خلالها مبادئ جديدة على مضمون أمر 03/01؟ علماً أن المشرع منح السلطة طريقة أخرى تستطيع من خلالها تفادي اصدار قوانين مالية تكميلية بموجب أمر أو قوانين مالية سنوية في شكل أمر أيضاً. وهي الطريقة التي نصت عليها المادة 69 من قانون 17/84⁴⁹⁰ المعدل والمتمم والتي سمحت بمواصلة العمل وفقاً لأحكام قانون المالية السابق في حالة عدم مصادقة البرلمان على قانون المالية للسنة، كما سمحت بالعمل بالاعتمادات المخصصة للاستثمار وفقاً للقانون

3- اتخاذ الأوامر يكون في مجلس الوزراء.

⁴⁸⁸- تضمنت أهم المبادئ والتعديلات التي مست قانون الاستثمار في جوهره كقانون المالية التكميلي لسنة 2009 الذي جسده أول مظهر من مظاهر تعديل قانون الاستثمار نظراً لما اقره من تعديلات جوهرية حساسة، والذي تلتته قوانين مالية تكميلية متعاقبة صدرت كلها بموجب اوامر كأم 01/10 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، وامر 03/12 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2012 ما يؤكد تدخل السلطة التنفيذية في مجال الاستثمار صراحة .

⁴⁸⁹- نصت على عبارة تجعل " الأمر " حقا بقولها "الرئيس الجمهورية... بينما استعمل نص المادة 120 في فقرته الثامنة عبارة تفيد الالتزام والأمر، فهو ملزم بإصدار قانون المالية في شكل أمر حيث نصت على "يصدر رئيس الجمهورية... ويكتسي هذا الأمر قوة كبيرة جدا، تجعله يتجاوز السلطة التشريعية.

490- قانون 17/84 مؤرخ في 07 يوليو سنة 1984 يتعلق بقوانين المالية ج.ر.ع 28 مؤرخ في 10 يوليو 1984 معدل ومتمم بالقانون رقم 05/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 ج.ر.ع 2 مؤرخ في 1988 المعدل والمتمم بالقانون رقم 24/89 مؤرخ في 31 ديسمبر 1989، ج.ر.ع 01 لسنة 1990 .

السابق⁴⁹¹. غير أن السلطة التنفيذية تجنبت هذه الرخصة وفضلت بالمقابل اصدار قانون المالية بموجب أمر ما يؤكد رغبتها في تضمين أحكام جديدة بواسطة هذا الاستثناء على قوانين المالية التي تفلت من رقابة السلطة التشريعية لتفرض توجهها الأحادي في اقرار النظام الاقتصادي وأسلوب معاملة الإستثمارات الأجنبية .

ثانياً: اعداد قانون المالية يكون على مستوى السلطة التنفيذية

إذا كان قانون المالية يشكل في اقتراحه وجهة نظر السلطة التنفيذية، فإن اعداده يشكل تدخل هذه الأخيرة لدرجة أن السلطة التشريعية لا يمكن لها سوى مناقشته لتتمكن من معرفة الأعباء المالية للدولة ومبلغها وتطبيقاتها . يخضع قانون المالية لإجراءات عادية، تحكم مسألة مشاريع القوانين بصفة عامة استناداً لنص المادة 119 من دستور 1996، غير أن تدخل السلطة التنفيذية في اعداد هذا النص تظهر من خلال عرض مشروع قانون المالية أمام مجلس الوزراء الذي يرأسه بطبيعة الحال رئيس الجمهورية ما يمكن هذا الأخير من بسط رقابته عليه ويؤكد في نفس الوقت هيمنة السلطة التنفيذية على مرحلة إعداد هذا المشروع في مقابل تقاعس البرلمان في إدراك صلاحياته في هذا المجال رغم تحويل المؤسس الدستوري له ذلك⁴⁹².

لقد قيدت السلطة التشريعية أيضاً فيما يتعلق بمدة التصويت على قوانين المالية، وهي من ضمن الأحكام الخاصة المشروطة في قانون المالية دون غيره من نصوص القانون الأخرى، بحيث منحها المؤسس الدستوري (75) يوماً كحد أقصى مقسم بين غرفتي البرلمان، حيث منحت الغرفة الأولى 47 يوماً من تاريخ إيداع مشروع قانون المالية من طرف رئيس الحكومة لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني استناداً لنص المادة 120 فقرة 07 من الدستور أما الغرفة الثانية فتملك 20 يوماً كحد أقصى للمصادقة على النص استناداً لنص المادة 44 من القانون العضوي 99/02⁴⁹³ أما اللجنة المتساوية الأعضاء المنعقدة للنظر في حالة الخلاف الذي قد ينشأ بين الغرفتين فلها (08) أيام المتبقية من المدة كما نصت المادة 44 من القانون المذكور أعلاه. كل هذا مع مراعاة مدة (10) أيام التي يتولى فيها رئيس مجلس الأمة بدوره عملية إرسال النص النهائي المصادق عليه إلى رئيس الجمهورية.

491- تنص المادة 69 من قانون 17/84 على مايلي "في حالة ما اذا كان تاريخ المصادقة على قانون المالية للسنة المعنية لا يسمح بتطبيق أحكامه عند تاريخ أول يناير من السنة المالية المعتبرة. يواصل مؤقتاً تنفيذ إيرادات ونفقات الميزانية العامة للدولة".

492- بوسالم دنيا، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في ظل دستور 1996، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عنابة، سنة 2006/2007، ص 136.

493- قانون عضوي رقم 99/02 مذكور سابقاً.

لقد أثار هذا التضييق الممارس على السلطة التشريعية لمراقبة هذا النص ومصادقتها عليه تعليق رجال القانون الذين رأوا فيها صعوبة كبيرة نظرا للجانب التقني لقانون المالية من جهة، واتساع مجالاته لجميع فروع القانون من جهة أخرى⁴⁹⁴. في حين اعتبره البعض الآخر عبارة عن استغلال الحكومة للضغط الزمني المفروض دستوريا على السلطة التشريعية عند مناقشتها قانون المالية لتمرير بعض الإجراءات والمشاريع الحساسة من أجل إفادتها بنفس الإجراءات الإستعجالية للتصويت عليها⁴⁹⁵، وتفاذي مناقشتها بطريقة معمقة وفعالية.

تواصل الحكومة استغلالها للتضييق الممارس على السلطة التشريعية لتمرير قانون المالية، وهذا من خلال النصاب الخاص في التصويت على نص المشروع بحيث أن النصاب المطلوب أمام المجلس الشعبي الوطني هو الأغلبية التي لم يجعلها المشرع مطلقة، بل بسيطة، حيث تحكم عملية التصويت على قانون المالية مجموعة الأحكام المشتركة مع باقي النصوص القانونية العادية المقترحة بصفة عامة، كما يحكم عملية التصويت عليه أحكام خاصة به تجعل منه قانونا متميزا عن غيره من النصوص الأخرى.

وهو ما يخدم الحكومة بطبيعة الحال في قدرتها على تمرير مشروع القانون بما يحمله من إجراءات سلطوية متدخلة في كثير من الأحيان، كما يحتل وزير المالية باعتباره ممثل للسلطة التنفيذية مهمة حيوية، وخاصة بالمقارنة بغيره من الوزراء، وهي خاصة تضاف إلى خصوصية تحضير مشروع قانون المالية⁴⁹⁶ والمصادقة عليه، وهذا نظرا للمهام ذات الطبيعة المزدوجة لوزير المالية خلال هذه المرحلة، فهو وزير يقوم بإعداد ميزانية وزارة (وزير منفق) لكنه في المقابل الوزير الوحيد القابض الذي يرجع له الدور الأساسي في إقناع الوزراء الآخرين بميزانياتهم، ويقوم بذلك بتقدير نفقات الوزارات الأخرى، وهو ما يجعله يتمتع بنفوذ مبرر بسلطة مالية⁴⁹⁷.

494- بوسالم دنيا، مرجع سابق، ص 144.

495- بشير يلس شاوش، التطبيقات العملية لقوانين المالية وإنعكاساتها على الصلاحيات البرلمانية، مجلة الفكر البرلماني، العدد 03، جوان 2003، ص 35.

496- أمالوا نبيل، مرجع سابق، ص 105.

الفرع الثاني

حصر المجالات الممكن تعديلها بموجب قوانين المالية:

يملك قانون المالية دون سواه من النصوص القانونية حق إحتكار التشريع في الجانب المالي من جهة وقدرته على إضفاء تعديلات على كل النصوص القانونية في كل قطاعات النشاط، سواء كانت من نفس موضوعه أم تختلف معه من حيث موضوعها، ويستمد قانون المالية هذه السلطة والقوة من القانون القاعدي المتعلق بقوانين المالية قانون 17/84 من خلال نص المادة 13 و 37 منه الذي يفترض فيه أن يكون قانونا عضويا، يعلوا قانون المالية في مرتبته ويستمد قوته القانونية من قوة الدستور ذاته، الذي نصت المادة 123 منه على التشريع بقانون عضوي في القانون المتعلق بقوانين المالية⁴⁹⁸.

ويعود سبب وجوب صدور قانون المالية القاعدي في شكل قانون عضوي إلى أهمية إخضاع هذا النص الأساسي في المجال المالي إلى رقابة أشد من التي تخضع لها القوانين العادية نظرا لما يحتويه من سلطات هامة يستمد منها قانون المالية شرعيته لقيامه بتعديلات تمس كل النصوص القانونية في كل مجالات النشاطات الأخرى.

بحيث يخضع القانون العضوي للمصادقة عليه من قبل الأغلبية المطلقة للنواب، وأغلبية ثلث أرباع (4/3) أعضاء مجلس الأمة، بالإضافة إلى أنه يخضع لمراقبة قبلية (مسبقة) من قبل المجلس الدستوري⁴⁹⁹، خلافا للقوانين العادية، كما أنها تخضع لرقابة جوازية متسعة النطاق حسب نص المادة 165 من الدستور، فهي لا تخضع لرقابة المطابقة التي تعتبر شاملة وإلزامية وسابقة، بل تخضع لرقابة سابقة أو لاحقة⁵⁰⁰.

498- نصت المادة 123 من الدستور على " إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية: ... القانون المتعلق بقوانين المالية ".

499- يستبعد المعيار العضوي في التمييز بين القانون العادي والقانون العضوي باعتبار أن كلاهما صادر من قبل السلطة التشريعية أي نفس الهيئة طبقا للمادتين 122 و 123 من الدستور. وعليه فإن المعيار المادي (الموضوعي) هو أساس التمييز القائم على تحديد مضمون كل من القانون العضوي والتشريع العادي، بمعنى أن كل ما يتصل بتنظيم السلطات العامة في الدولة يقوم على أساس أداة تشريعية قانونية دستورية عضوية، في حين أن كل ما ليس له اتصال بصرف السلطة، ينظمه المعيار الشكلي (عضوي) بما يتضمنه من إجراءات. ويعتبر المعيار الموضوعي (مادي) بما يستوعبه من سلطات ومضمون وأهداف هو الكفيل بتحقيق تميز فعلي بين القانون العضوي العادي. انظر لأكثر تفصيل غزلان سليمة، فكرة القانون العضوي في دستور 1996، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001، ص 47.

500- غزلان سليمة، مرجع أعلاه، ص 46.

إن ورود القانون المتعلق بقوانين المالية ضمن نص المادة 123⁵⁰¹ من الدستور يمنح القارئ الإعتقاد للوهلة الأولى بأن هذا النص يعتبر قانونا عضويا، غير أن القانون المتعلق بقوانين المالية 17/84 قد صدر بطريقة عادية، أي بنفس الطريقة التي تصدر بها القوانين العادية، فلم يخضع فيها لشروط إصدار القوانين العضوية السابق ذكرها. كما أن القانون القاعدي 17/84 صدر قبل أن تعرف الجزائر فكرة القوانين العضوية، كما تم تعديله وفقا لقوانين مالية عادية⁵⁰² سواء بالزيادة أو بالنقصان كما وضع الأستاذ بشير يلس شاوش بالتفصيل⁵⁰³. ويرر الدستور من خلال أحكامه الإنتقالية أسباب عدم إصدار هذا النص في شكل قانون عضوي بغياب المؤسسات الموكلة لها إصدار ورقابة هذا النوع الجديد من النصوص التي أقرها دستور⁵⁰⁴ 1996، ورغم زوال هذا الشرط منذ أكثر من عشرة سنوات، لم يتم فيها المبادرة من قبل السلطة التشريعية بإصدار قانون عضوي متعلق بقوانين المالية. تاركا المجال في تنظيم ذلك لقانون صدر في فترة الأحادية الحزبية⁵⁰⁵، والنظام الإشتراكي الذي يختلف في أهدافه ووسائله وأسلوبه عن النظام الرأسمالي الذي تنتهجه الدولة الجزائرية في هذه المرحلة. فكيف لنص اشتراكي تأطير نظام رأس مالي؟!

إن مبادرة البرلمان بإصدار هذا القانون العضوي سيمكنه حتما من تدعيم وتقوية رقابته على أعمال الحكومة في الجانب المالي. فقانون المالية يمكنه أن يورد تعديلات مالية على النصوص القانونية الأخرى لمختلف مجالات النشاط حيث تنص المادة 13 من قانون 17/84 على احتواء قانون المالية على مجالات، الجبائي، البترولي، الإستثماري، الأملاك الوطنية الإعفاء الجبائي... إلخ كما يملك حق النص على الأحكام المتعلقة بالميزانية العامة لكل القطاعات ويحدد كيفية توزيعها وهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون 17/84. غير أن قانون 17/84 لم يحدد صراحة الجوانب الممكنة لقانون المالية التدخل فيها في النصوص القانونية الأخرى، هل هي جوانب مالية شكلية أم أنها تعديلات يمكن لها المساس حتى بموضوع النص؟. لقد أجاب القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية الفرنسي عن هذه النقطة، وحصرت مجال التعديلات التي يمكن لقوانين المالية إيرادها على النصوص القانونية الأخرى وهو ما نصت عليه المادة 01 من

501- تنص المادة 123 من الدستور على: "... إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية... القانون المتعلق بقوانين المالية..."

502- تم تعديله مثلا سنة 88 بموجب قانون 05/88، سنة 1994 بموجب المرسوم التشريعي رقم 18/93، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 1993 يتضمن قانون المالية لسنة 1994. ج.ر.ع 88 مؤرخ في 30 ديسمبر 1993.

503- بشير يلس شاوش، مرجع سابق ص 37.

504- حيث نصت المادة 180 من الدستور على "ريثما يتم تنصيب المؤسسات المنصوص عليها في هذا الدستور: يستمر سريان مفعول القوانين التي تتعلق بالمواضيع التي تخضع لمجال القوانين العضوية، إلى أن تعدل وتستبدل وفق الاجراءات المنصوص عليها في الدستور..."

505- بوسالم دنيا، مرجع سابق، ص 137.

القانون العضوي رقم 2001/692 المؤرخ في 01 أوت سنة 2001⁵⁰⁶، التي سمحت لقوانين المالية إيراد تعديلات تمس بطبيعة ومقدار وقيمة وتوجيه موارد ومبادلات الدولة. بالإضافة إلى التعديلات التي تحقيق التوازن في ميزانية الدولة وماليتها، بحيث تهدف إلى تحقيق التوازن الاقتصادي وأهداف البرامج التي تسطرها⁵⁰⁷. وهو ما يجعل مفهوم التعديلات الواردة في قوانين المالية متعلقة بالجانب المالي لمختلف الموارد والميزانيات لكل الوزارات والدولة عامة. وهو ما يتوافق وفكرة « *Les cavaliers budgétaires* » التي تعرف بظاهرة التعدي على مجالات القوانين الأخرى في مجالات ليست لها علاقة بالجانب المالي⁵⁰⁸.

ان اعتبار قانون المالية السنوي قانونا عاديا طبقا لنص المادة 04 من قانون 17/84 يلزمه بإيجاد قانون يتأسس عليه لفرض تعديلات على النصوص الأخرى. ليضمن احترام مبدأ التدرج بين النصوص القانونية، غير أن صدور قانون 17/84 باعتباره القانون المؤطر لقوانين المالية في شكل قانون عادي⁵⁰⁹ أيضا، جعله يتمتع بنفس القوة القانونية والمرتبة التدريجية لقوانين المالية السنوية، ما لا يجعله يشكل إطارا إلزاميا بالنسبة للقوانين الأخرى و يمنحه صلاحية تعديلها. فالإجراءات الرقابية التي يخضع لها القانون العضوي عند إصداره هي التي كان من المفروض أن تضفي على قانون 17/84 مركزا متميزا وساميا⁵¹⁰. و متدرجا بين هذه النصوص والنصوص العادية وهو ما يجعل أمر 17/84 مخالفا لأحكام الدستور خاصة بعد زوال الشرط الواقف المنصوص عليه بموجب المادة 180 من الدستور.

506- Loi organique n° 2001/692 du 1er Aout 2001, relative aux lois de finances, JORFN°177 du 02 Aout 2001.

507- تنص المادة 01 من القانون العضوي 2001/692 المتعلق بقوانين المالية الفرنسي على:

« Dans les conditions et sous les réserves prévues par la présente loi organique, les lois de finances déterminent, un exercice, la nature, le moment et l'affectation des ressources et des charges de l'état ainsi que l'équilibre du budgétaire et financier qui en résulte – elles tiennent compte d'un équilibre économique défini, ainsi que des objectifs et des résultats des programmes qu'elles déterminent ».

508- « Un cavalier budgétaire est une disposition dont la personne dans une loi de finances est proscrite par l'article 34 alinéa 19 de la constitution et l'article 1er de la loi organique relative aux lois de finances, Raphael Déchaux, l'évaluation de la jurisprudence constitutionnelle en matière de « cavaliers » entre 1996 et 2006, Institut Louis Favoreu (CNRSUMR 6201), Université Paul Cézanne (Aix Marseille III).

509- يعتبر البعض أن قانون 17/84 اكتسب الصفة العضوية بأثر رجعي كحالة منهم لحل هذه المعضلة القانونية كالأستاذ "أحمد محيو. أمالو نبيل، مرجع أعلاه، ص 75.

510- أمالو نبيل، مرجع سابق، ص 76.

لا يمكن لأحكام قانون 17/84 أن تشكل مرجعا قانونيا لأحكام قانون المالية للسنة، حيث أصبحت العلاقة بينهما متساوية، تمكنت من خلالها قوانين مالية عادية إضافة لتعديلات على القانون القاعدي 17/84 تحدد محتواه وتتحكم فيه⁵¹¹ وهو ما يمس بمبدأ تدرج القوانين إذا اعتبرنا أن قانون 17/84 قانون عضوي ما يجعل أحكام قوانين المالية للسنة فاقدة للمرجعية ومعرضة للإلغاء لمخالفتها لنص الدستور، أما اعتبار قانون 17/84 غير عضوي يؤدي به إلى مخالفة الدستور، الذي يفرض صدور هذا الأخير في شكل عضوي ما يعرضه للإلغاء لعدم الدستورية⁵¹²، ومنه إلغاء قوانين المالية التي تصبح بدون مرجعية قانونية تسمح لها بإضفاء تعديلات على قوانين أخرى تختلف معها في شكلها وموضوعها، وفقا للقاعدة الفقهية التي تؤكد أن ما بني على باطل فهو باطل.

أولا: تجاوز التعديلات حدود المجالات المالية؛

تظهر العلاقة المتعدية التدرجية بين القانون العضوي المتعلق بقوانين المالية، وقوانين المالية من خلال قيام هذا الأخير بتحديد مجال قوانين المالية من خلال المواد 01 و02 و03 و04 و05، و67 من قانون 17/84. والتي حصرتها في الجانب المالي فقط، حيث لا يحتوي قانون المالية السنوي إلا على الأحكام المرتبطة بعمليات تحصيل الموارد وتحديد النفقات التي تضمن سير المصالح العمومية في حدود التوازنات المالية على حد تعبير الأستاذ يلس شاوش⁵¹³، وعليه قام القانون المتعلق بقوانين المالية بتحديد مجالات التشريع التي تتضمنها مختلف قوانين المالية (سنوية - تكميلية والمعدلة لقانون ضبط الميزانية)⁵¹⁴. غير أن قوانين المالية السنوية والتكميلية لم تحترم مجال تخصصها⁵¹⁵، بحيث لم تعد تعرف حدودا لمجالاتها لا من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع.

511- يلس بشير شاوش، مرجع سابق، ص 30.

512- إن كل قانون لا سيما العضوي منه، يجب ألا يتخطى أحكامه الحدود الدستورية حتى لا يتعارض مع روح الدستور ذاته. رأي رقم 02 مؤرخ في 06 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الإنتخابات للدستور، ج.ر.ع 12 مؤرخ في 06 مارس 1997.

513- يلس شاوش بشير، مرجع سابق، ص 31.

514- لقد أضفى نص المادة 02 من قانون 17/84 صفة قانون المالية على قانون المالية للسنة، وقوانين المالية التكميلية والمعدلة وقانون ضبط الميزانية.

515 - لقد أصبحت السلطة التنفيذية تستعمل قوانين المالية للتمكن من إدراج نصوص قانونية، وتشريعات بكاملها ضمن أحكام قانون المالية، كقانون الضرائب المباشرة والرسوم الماثلة، حيث تضمنت المادة 38 من قانون المالية لسنة 1991، أحكام هذا القانون بكامله، وتضمنت الأحكام الواردة بموجب هذه المادة 408 مادة شملت كل أنواع الضرائب المباشرة والرسوم الماثلة. وهو حال قانون الإجراءات الجبائية أيضا الذي ورد بموجب قانون المالية لسنة 2002 بنص المادة 40، كما تجاوز قانون المالية حدود صلاحياته من خلال قيامه بإلغاء تشريعات قائمة، أو تعديلها، بالإضافة إلى النص على أحكام جديدة لا علاقة لها إطلاقا بالجانب المالي للنص المشمول بالتعديل والتميم بموجب قانون المالية. ولم تقتصر تعديلاته على نظيراته من القوانين العامة بل أنه لم يفرق أصلا بين القانون الخاص والعام في تعديله للقانون، ما يثير مشكل إعادة تكييف أحكام القانون الخاص التي وردت بموجب قانون المالية باعتباره قانونا عاما، فعلى سبيل المثال عدل قانون المالية أحكام القانون التجاري في الكثير من المرات فقد عدل أحكام الشيك من خلال قانون المالية لسنة 1988 في مادته 165 التي

إن تدخل قانون المالية لتعديل كل النصوص القانونية العادية قد يأخذ شرعيته من نصوص المواد 13، 15 و37 و41 من قانون 17/84، بحيث تمنح هذه المواد لقانون المالية دون سواه الحق في تعديل نصوص قانونية أخرى، كما جاء مثلا بموجب نص المادة 13⁵¹⁶ التي تمنح قانون المالية دون سواه النص على أحكام مختلف أنواع الضرائب وطرق تحصيلها، أما المادة 37 فقد منحت قانون المالية سلطة توزيع الإعتمادات المفتوحة بين القطاعات المختلفة لتمويل الإستثمارات. أما حسابات التخصيص وفي جميع الحالات لا يمكن أن تكون إلا بموجب قانون المالية، بالإضافة إلى عدم إمكانية فتح الحسابات الخاصة للخزينة سواء كانت حسابات تجارية أو حسابات التسوية مع الحكومات الأجنبية إلا بموجب قانون المالية حسب نص المادة 48 من قانون 17/84، وعلى هذا المنوال تستمر باقي المواد المذكورة أعلاه بمنح قانون المالية دون سواه الحق في تعديل نصوص قانونية أخرى، غير أن هذه الصلاحيات لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتجاوز الجانب المالي، أي تعديلات ذات طبيعة مالية.

غير أن قانون المالية لم يحترم هذا المجال في التعديلات التي أوردتها على مختلف القوانين بما فيها قانون الإستثمار من خلال تعديل إجراءاته، وصلاحيات هيكله كالمجلس الوطني للإستثمار والوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار... إلخ من التدخلات التي تجاوزت الجانب المالي لهذا القانون ليشمل تعديله موضوع نص أمر 03/01.

ويرجع الأستاذ يلس شاوش أسباب هذه الظاهرة إلى حرص الحكومة على إفادة بعض المواضيع بالإجراءات المستعجلة التي يمتاز بها إصدار قانون المالية في عرضه للمناقشة والتصويت، والتي تكون في مدة أقصاها 75 يوما من تاريخ إيداعه، استنادا لنص المادة 120 من الدستور، وعليه فإن الحكومة تستغل الضغط المفروض زمنيا على البرلمان لمناقشة قانون المالية لتمير بعض المشاريع الحساسة، خاصة وأن عدم مصادقة البرلمان عليه في المدة المحددة دستوريا يعطي لرئيس الجمهورية حق إصداره بموجب أمر ولا يخضع بذلك لأية رقابة. ما يجعله الوسيلة القانونية المثلى التي تمارس من خلالها الحكومة سلطتها في توجيه النشاطات الاقتصادية، والاستثمارات الأجنبية.

عدلت أحكام المادة 517 من القانون التجاري، رغم أن الشيك لا يدخل في باب نفقات وموارد الدولة ويخرج بذلك عن المجالات التي حددها القانون المتعلق بقوانين المالية لقانون المالية السنوي. كما أن قانون المالية مارس صلاحية إلغاء النصوص القانونية، حيث قام قانون المالية لسنة 2001 بموجب نص المادة 40 منه بإلغاء قانون بكامله وهو القانون رقم 01/81 المتضمن التنازل على الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني والمهني والتجاري التابعة للدولة والجماعات المحلية. كما تضمن قانون المالية أحكاما جديدة لا علاقة لها بالمجال المالي، كقانون المالية لسنة 1995 الذي نص على رد المحلات التجارية للعروض السينمائية التي أمتت. يلس شاوش بشير، مرجع سابق، ص 32.

516- تنص المادة 13 من قانون 17/84 على مايلي " فضلا عن القوانين المتخذة في المجال الجبائي أو في مجال الأملاك الوطنية والمجال البترولي يمكن لقوانين المالية دون سواها النص على الأحكام المتعلقة بوعاء، ونسب وكيفيات تحصيل مختلف أنواع الضرائب وكذا الإعفاء الجبائي.

ثانياً: إفلات قانون المالية من الرقابة يجرر السلطة التنفيذية

من المفارقات التي يطرحها قانون المالية من حيث تجاوز أحكامه المعدلة والمتمة للنصوص القانونية الأخرى للمجال المالي لهذه الأخيرة، تطرح مشكل الرقابة المفروضة عليه، فإذا اعتبرنا أن قانون المالية الأداة التي تمارس بها السلطة التدخل في مجال الإستثمار فما هو السبب الذي جعلها تختار هذا النص لفرض سيطرتها وتقييدها للاستثمارات الأجنبية؟!

يمكن أن يرجع السبب في ذلك إلى رغبتها في تفادي انتقادات عدم استقرار قانون الإستثمار، كما يمكن أن يرجع إلى الحرية التي يمنحها لها هذا الأخير، من خلال سرعة اجراءاته وإفلاته من الرقابة التشريعية والدستورية، ما يمكنها من فرض الأساليب التي توافق سياساتها الحكومية حتى وإن كانت تعاني من رفض شعبي لها. فهاهي الرقابة التي تخضع لها قوانين المالية؟! وهل هي كافية لضمان احترام مبادئ القانون من جهة وحرية ممارسة الإستثمار من جهة ثانية؟!

1. الرقابة الدستورية على قوانين المالية:

إن النتائج المترتبة عن رأي المجلس الدستوري القاضي بعدم دستورية أي نص تشريعي، تؤدي إلى فقدان هذا النص لشريعته ومنه لأثره القانوني، استناداً لنص المادة 169 من الدستور⁵¹⁷، وعليه يجب على السلطة التنفيذية عدم إصدار أعمال مخالفة للدستور وإلا تعرضت للإلغاء، وهي من سمات الدساتير الجامدة كخاصية لحماية أحكامها⁵¹⁸.

ويخطر المجلس الدستوري ليتمكن من ممارسة الرقابة على النصوص التشريعية من قبل ثلاث جهات حددتها المادة 166 من الدستور، وهي رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني، أو رئيس مجلس الأمة خلافا للإخطار في مجال القوانين العضوية المقصور على رئيس الجمهورية، ما يجعل فرضية الإخطار المتعلقة بعدم دستورية قوانين المالية أكثر اتساعاً، ورغم ذلك لم تقم أي من الجهات الثلاث المذكورة أعلاه بإخطار المجلس الدستوري بذلك.

كما أن رقابة نصوص قوانين المالية تكون أكثر اتساعاً من خلال عدم حصرها في الرقابة السابقة كحالة القانون العضوي، بل يمكن عرض النصوص قبل الشروع في تطبيقها على المجلس الدستوري، لبيت فيها برأيه قبل أن تصبح

⁵¹⁷ - تنص المادة 169 على "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصاً تشريعياً أو تنظيمياً غير دستوري، يفقد هذا النص أثره ابتداءً من يوم قرار المجلس" ما يؤكد أن النصوص التشريعية بما فيها قوانين المالية بمختلف أنواعها تخضع لرقابة تطابقها مع الدستور. تبعا لمبدأ سمو الدستور الذي يفرض احترام قواعده وإلا عدت مجرد نصائح يمكن بمتى اليسر أن تتحني جانبا .

518- بكرا إدريس، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الإستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص 110.

واجبة التنفيذ، أو بقرار في حالة كانت منفذة كما أن قراراته أو آرائه تعتبر ملزمة لكافة السلطات العمومية والقضائية والإدارية، وغير خاضعة لأي طعن ويوقف إخطار المجلس الدستوري عملية إصدار النص بحيث أن نص المادة 126 من الدستور ألزم رئيس الجمهورية بإصدار القانون خلال 30 يوم ابتداء من تاريخ تسليمه اياه، غير أنه إذا قامت واحدة من السلطات الكلفة بالإخطار والمنصوص عليها في المادة 166 من الدستور بإخطار المجلس الدستوري، أوقف أجل 30 يوما حتى يتم الفصل من قبل المجلس وفقا لأحكام المادة 167 من الدستور.

كما أن رقابة المجلس ذات مجال واسع أيضا من زاوية النصوص القانونية الخاضعة للرقابة، والتي تشمل التشريع وفقا للمجالات المحددة بموجب المادة 122 من الدستور، وعليه فإنه لا يمكن للسلطة التشريعية المساس بمجال يعود الإختصاص فيه للسلطة التنظيمية، كما نجدها في قانون المالية مثلا الذي أورد اجراءات حق الشفعة والذي هو من إختصاص التنظيم بموجب قانون المالية لسنة 2010⁵¹⁹، بموجب نص تشريعي وهو قانون المالية لسنة 2014، وهو ما يشكل خرقا صريحا لأحكام المادة 122 من الدستور بتجاوز التشريع لحدود إختصاصه وتدخله في إختصاص السلطة التنظيمية، غير أن هذا المثال لا يعد الوحيد المحسد للخروقات التي يتضمنها قانون المالية، والتي أفلتت من رقابة الدستورية لعدم الإخطار بها من أي جهة من الجهات المخولة لها ذلك، وهو ما يطرح حقيقة إمكانية مناقشة السلطة التشريعية لقانون المالية باعتبارها تفتقر للكفاءات المالية والإقتصادية من جهة، وضيق المدة التي يناقش فيها مجلس الأمة مشروع قانون المالية، الذي قد يحتوي على 235 مادة مثل ما هو الأمر بالنسبة لقانون المالية لسنة 2002 وفي ظرف 20 يوما فقط⁵²⁰. وهكذا أفلت قانون المالية رغم ما يحتويه من خروقات دستورية من الرقابة على مشروعيته.

2. إفلات قوانين المالية من الرقابة البرلمانية؛

أفلتت الحكومة من الرقابة المالية بإفلات قانون المالية من الرقابة بعدة طرق، سواء من خلال إصداره بموجب أمر من قبل رئيس الجمهورية، أو من خلال عدم خضوعه للرقابة الدستورية لعدم الإخطار بعدم دستوريته لتضاف لذلك إمكانية قيام الحكومة بتعديل الإعتمادات المصادق عليها. حيث أن التوزيع المفصل داخل كل دائرة وزارية أو قطاع يتم عن طريق مراسيم تنفيذية ليقصر دور البرلمان على توزيع كلي لنفقات التسيير، وتوزيع كلي لنفقات التجهيز

519- أحالت نص المادة 46 من قانون المالية لسنة 2010 أمر تفصل اجراءات حق الشفعة للتنظيم حيث جاء فيها "... تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم..."، كذلك المادة 62 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتي جاء فيها أيضا "... ويمارس حق الشفعة طبقا لأحكام قانون التسجيل، تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة عند الحاجة عن طريق التنظيم..."

520- يلس شاوش بشير، مرجع سابق، ص 35.

حسب القطاعات⁵²¹ حيث أن التوزيع المفصل تقوم به السلطة التنفيذية عن طريق مراسيم تنفيذية استنادا لنصوص المواد 32، 33 و36 قانون 17/84 المتعلق بقوانين المالية، ما يمكنها من تعديل التوزيع المقرر بموجب قانون المالية، ما يمنح المراسيم التنفيذية في هذه الحالة قوة قانون المالية، ويمنح السلطة التنفيذية صلاحيات أوسع من التي يمنحها لها قانون المالية، لذلك يمكن التساؤل عن جدوى الرقابة البرلمانية على قوانين المالية!؟

ولا يتوقف الأمر عند هذا الإنفلات، بل يتعداه إلى عدم قيام الحكومة بالمبادرة بإعداد مشروع قانون ضبط الميزانية وهي الوثيقة التي يثبت بمقتضاها قيام السلطة التنفيذية بتطبيق أحكام قانون المالية وعند الإقتضاء قوانين المالية التكميلية أو المعدلة الخاصة بكل سنة مالية حسب نص المادة 05 من قانون 17/84، باعتبارها صاحبة الحق الحصري والوحيدة القادرة على المبادرة بوضع هذا المشروع. ورغم ما يحتويه قانون ضبط الميزانية من تجسيد للرقابة البرلمانية على عمل الحكومة والذي تختتم به الدورة المالية، فإن الحكومة تمتنع عن اقتراحه، ما يعنى السلطة التشريعية من معاينة نتائج العمليات المتخذة من أجل تنفيذ الميزانية ووضع حساب نتائج حيث لم تقدم الحكومة الجزائرية منذ دورة 1978 إلا أربعة مشاريع قوانين ضبط الميزانية (1978-1979-1980-1981) ومنذ سنة 1982 حسب الأستاذ يلس شاوش لم تعرض الحكومة أي مشروع متعلق بقانون ضبط الميزانية على البرلمان.

إن اختيار السلطة لقانون المالية لفرض أشكال تواجد الإستثمار، يخفي وراءه رغبة هذه الأخيرة في الإفلات من الرقابة المفروضة عليه وبالتعدي عليها والسيطرة على أسلوب تواجد الاستثمار، ما يجعل الجزائر خاضعة في قراراتها الإقتصادية المجسدة للمصلحة العليا للبلاد لوحدة الرأي المعبر عن قرارات السلطة التنفيذية التي تتحمل وحدها آثار قراراتها ذات التداعيات الخطيرة.

المطلب الثاني

تقييد ملكية الإستثمار والاستحواذ على دور النصوص التنظيمية

يمكن للإستثمارات الأجنبية التواجد بشرط مشاركة الملكية بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، والتي تتجسد من خلال إنشاء إستثمار وفقا لوعاء عقاري تخصصه الدولة لهذا الإستثمار، أو من خلال مساهمة نقدية في مؤسسة وطنية عامة خاصة و/أو إبرام عقد أو إنشاء مؤسسة مختلطة. غير أن ملكية المستثمر الأجنبي تم تقييدها صراحة

521- يلس شاوش بشير، مرجع أعلاه، ص 36.

بموجب قوانين المالية (الفرع الأول)، كما أن هذه الأخيرة استحوذت على صلاحيات النصوص التنظيمية مخالفة للمبائ القانونية الأساسية (الفرع الثاني) مما يزيد من تأكيد عدم مشروعية هذه التعديلات.

الفرع الأول

تقييد ملكية الإستثمار يقيده من تواجده

جاء تكريس أسلوب الشراكة لتواجد الإستثمارات الأجنبية كنتيجة حتمية لمرحلة الإرتياح المالي، وإرتفاع إحتياطي الصرف بالعملة الصعبة الذي عرفته الجزائر جراء إرتفاع أسعار البترول، وكذا الأزمات التي صاحبت بعض الإستثمارات في هذه المرحلة، كالمشكل الذي طرحته شركة الإتصالات أوراسكوم تيلكوم "جيزي"، ما جعل الحكومة تقرر تقييد تواجد الإستثمارات الأجنبية بتقييد ملكيتها، رغم أن هذا التقييد لم يشمل قانون الإستثمار مباشرة، بل ألحق به. حيث بدأت فكرة إشراك رأس المال الوطني بصورة إجبارية في نشاطات الإستيراد للمواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة للإستهلاك، وكانت نسبة المشاركة في هذه المرحلة الأولى بالنسبة تقدر بـ 30% لأشخاص جزائريين أو لمؤسسات عمومية وطنية، وفقا لما جاء في نص المادة 02 من مرسوم تنفيذي 181/09⁵²²، حيث احتفظ قانون المالية لسنة 2010 بنفس النسبة، إلا أن قانون المالية لسنة 2014 وبموجب المادة 56 منه قد رفع من نسبة المساهمة الوطنية المقيمة في أنشطة الإستيراد بغرض إعادة بيع الواردات على حالتها إلى 50% بدل 30% التي كانت سابقا، وبذلك تم توحيد نسبة المشاركة في جميع الأنشطة الإستثمارية غير أن هذا التعديل يسجل عليه مجموعة من الخروقات الواضحة، وهي قيام قانون المالية بالنص صراحة على نشاطات المساهمة في الإستيراد معدلا نصا تطبيقيا متمثلا في مرسوم تنفيذي، ما يجعله يستحوذ على صلاحيات التنظيم وليس التشريع رغم أنه نص تشريعي مستند على قانون عضوي. بالإضافة إلى ذلك تأكيد عدم شمول نشاط الإستيراد بأحكام قانون الإستثمار وأنه نشاط يخرج عن مجال تطبيق أمر 03/01 نظر لأن احكامه جاءت منفصلة عن أمر 03/01، فلو كان نشاط الإستيراد يدخل ضمن احكام قانون الإستثمار لكان كافيا على قانون المالية رفع نسبة المشاركة في قانون الإستثمار إلى 51% ليتم تطبيقها على نشاط الإستيراد، ذلك أن نسبة المشاركة المقدر بـ 51% جاءت بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والتي فرض تطبيقها على أمر 03/01

522- مرسوم تنفيذي رقم 181/09، مؤرخ في 12 مايو سنة 2009، يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون الأجانب ج.ر.ع، 30 مؤرخ في 20 مايو سنة 2009.

في حين أستثنى نشاط الإستيراد الذي بقيت فيه النسبة ثابتة ب 30%⁵²³. غير أن التعديل الوارد بموجب قانون المالية لسنة 2014 خص نشاطات الإستيراد برفع النسبة المتعلقة بها بطريقة خاصة دون الإكتفاء بشمولية النسبة لها من خلال النسبة المطبقة بموجب تعديل قانون الإستثمار⁵²⁴.

إن هذا التخصيص في تطبيق قاعدة الشراكة على نشاطات الإستيراد وتميزها عن قاعدة الشراكة المدرجة في قانون الإستثمار، يقودنا للتساؤل عن نطاق تطبيق أمر 03/01 والتعديلات الواردة عليه بموجب قوانين المالية لاسيما إذا حدث وأن قامت العديد من النصوص القانونية الخاصة بقطاعات نشاطات معينة بإعادة النص على قاعدة الشراكة ضمن القوانين المؤطرة لتلك النشاطات ما يوحي بأن قاعدة الشراكة المدرجة في أمر 03/01 لا تطبق على كل نشاط منتج للسلع والخدمات؟! بما فيها الإستيراد، التصدير، البنوك، الصفقات، حيث أعاد قانون النقد والقرض⁵²⁵ على سبيل المثال النص على قاعدة الشراكة الإجبارية بموجب نص المادة 83 التي جاء فيها أن إنشاء أي بنك أو مؤسسة مالية يكون وفقا لقاعدة الشراكة بالأغلبية الوطنية (51%، 49%). كذلك أعاد قانون الصفقات العمومية النص على هذه القاعدة بموجب المادة 24 من المرسوم الرئاسي 98/11⁵²⁶ التي اعتبرت مجرد إعادة صياغة لمحتوى أحكام المادة 55 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010 . والجدير بالملاحظة أن تعديل نص المادة 24 من قانون الصفقات العمومية فرض شرطا اجرائيا يرافق عملية الشراكة، وهو الإلتزام بالإستثمار عندما يتعلق الأمر بالمشاريع المحددة في قائمة من قبل

523- نصت المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بموجب تعديلها لنص المادة 04 مكرر فقرة 02 من أمر 03/01 على "بغض النظر عن أحكام الفقرة السابقة لا يمكن أن تمارس أنشطة الإستيراد بغرض إعادة بيع الواردات على حالها من طرف الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الأجانب إلا في إطار شراكة تساوي فيها المساهمة الوطنية المقيمة 30% على الأقل من رأس المال الإجتماعي"

524- حيث جاء بموجب المادة 56 منه التي عدلت المادة 04 مكرر من أمر 03/01 على "... بغض النظر عن أحكام الفقرة السابقة لا يمكن أن تمارس أنشطة الإستيراد بغرض إعادة بيع الواردات على حالها... إلا في إطار شراكة تساوي فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الإجتماعي".

525- أمر رقم 04/10 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ع 50 مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2010.

526- مرسوم رئاسي رقم 98/11 مؤرخ في أول مارس 2011 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 4 مؤرخ في 06 مارس 2011، والمتتم بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 مؤرخ في 13 يناير سنة 2013، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير 2013. حيث نصت المادة 55 على "يجب أن تنص دفاتر شروط الإعلانات عن المناقصات الدولية، بالنسبة للمتعهدين الأجانب على إلزامية الإستثمار في نفس ميدان النشاط في إطار شراكة مع مؤسسة خاضعة للقانون الجزائري، يحوز الأغلبية في رأسها لإجتماعي جزائريون مقيمون..."

سلطة المؤسسة الوطنية السيادية للدولة، أو الوزير المعني بالنشاط. ويعتبر الإلتزام بالإستثمار إجراء إلزامي لقبول العرض ويقع على المتعاملين الأجانب فقط، وتستثنى منه المؤسسات الأجنبية المقيمة، أي الكائن مقرها في الجزائر⁵²⁷.
لقد أصبحت قاعدة الشراكة الإجبارية من القيود المفروضة على تواجد الإستثمارات الأجنبية بقوة القانون، وأصبح بذلك لزاما على الموثق الذي يقوم بإعداد عقود تتضمن تأسيس شركات فيها مساهمة أجنبية أو إحالة أسهم أو حصص اجتماعية في مثل هذه الشركات التقييد بالمبدأ تحت طائلة بطلان العقد⁵²⁸.

إن تقييد ملكية الإستثمار من خلال فرض الشراكة الإجبارية ليس المظهر الوحيد الذي يؤكد أسلوب تدخل الدولة لفرض إستثماراتها الوطنية، ويعمق من هشاشة قانون الإستثمار وعدم استقراره.

إن تواجد الإستثمار الأجنبي يحتاج إلى توفير وعاء عقاري يستوعب مشروعه، حيث يعتبر العقار من أحد أهم العراقيل التي تواجه إنشاء الإستثمار الخاص وتطوره في الجزائر⁵²⁹، رغم محاولة الدولة تنظيمه من خلال العديد من النصوص القانونية⁵³⁰ التي زادت من تدخل الأجهزة المانحة لحق الإمتياز على العقار من أجل إنجاز عمليات استثمارية، كما ربطته بشروط كثيرة عرفت عدم استقرارها وتغيرها المتواصل كما و نوعا .

فبعد أن كان أمر 11/06 يمنح حق الإمتياز لمدة (20) سنة قابلة للتجديد، فإن الأمر الجديد 04/08 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁵³¹ وبموجب المادة 04 منه حدد مدة الإمتياز بـ (33) سنة قابلة للتجديد مرتين لتصل إلى (99) سنة، وهو الحد القانوني الأقصى لحياة أي شركة استنادا لنص المادة 546 من القانون التجاري ، ما يقصي الشركات التي تصل إلى الحد

527- أكروم ميريام، الإستثمار الأجنبي والصفقات العمومية، ملتقى دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام، جامعة المدية، كلية الحقوق، أكتوبر 2010، ص 07.

528- بن فرحات محمد، القواعد القانونية التي تحكم الإستثمار الأجنبي في الجزائر، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي حول: المنظومة القانونية التي تحكم الإستثمار الأجنبي في الجزائر، من تنظيم الغرفة الجهوية لمؤقتي ناحية الوسط، تنسيقيات مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 20 فيفري 2014، ص 05.

529- Rachid Zouaimia, op.cit, p 08.

530- كانت البداية بموجب أمر رقم 11/06 مؤرخ في 30 غشت سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ج.ر.ع. 53 مؤرخ في 30 غشت سنة 2006 (ملغى). والذي تلتته مجموعة من النصوص التطبيقية تضمنتها الجريدة الرسمية عدد 27 مؤرخ في 25 أبريل سنة 2007 وهي على التوالي مرسوم تنفيذي رقم 119/07 مؤرخ في 23 أبريل سنة 2007 يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الإستثمار وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها وبعده المرسوم التنفيذي رقم 121/07 مؤرخ في 30 غشت سنة 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، وأخيرا مرسوم تنفيذي رقم 122/07 مؤرخ في 23 أبريل 2007 يحدد شروط وكيفيات تسيير الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية والأصول المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية.

531- ج.ر.ع. 49 مؤرخ في 03 سبتمبر 2008.

الاقصى المسموح به قانونا من الإستفادة من حق الإمتياز الذي يزول بزوال الشخص المعنوي المستفيد منه، وهو ربط منطقي إلى حد كبير ، عكس ما كان عليه الأمر السابق الذي يحددها بمدة لا تجد لها تفسيرا قانونيا. وعليه فإن تقييد الإستثمار من حيث تواجده أصبح يخضع لتقييد استفادته من حقوق الإمتياز على العقار بمدة زمنية أقصاها 99 سنة وهي المدة القصوى لحياة الشركة ومنها حياة الإستثمار.

كما أفرزت التعديلات الجديدة تعدد الهيئات المتدخلة في منح ترخيص الإمتياز، وذلك وفقا للمنطقة التي يقع فيها العقار محل الإمتياز، حيث يمنحه الوزير المكلف بترقية الإستثمار بناء على اقتراح من الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري في حالة الأراضي الواقعة في المناطق الصناعية، كما يمكن منح الإمتياز بالتراضي بناء على ترخيص من مجلس الوزراء وبناء على اقتراح المجلس الوطني للإستثمار، أما الوزير المكلف بالسياحة فيمنح الإمتياز عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة للعقار السياحي، أو بقرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم عندما تكون القطعة تابعة لمحيط مدينة جديدة وبعد اقتراح الهيئة المكلفة بتسييرها، وأخيرا قد يمنح الإمتياز بقرار من الوالي المختص إقليميا وباقتراح من لجنة يحددها النص التنظيمي. وهذا إذا منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني⁵³².

غير أن هذه الأحكام عرفت تعديلات مستها بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الذي ألغى إجراء المزاد العلني كطريقة إجبارية للتمكن من الإستفادة من رخصة الإمتياز، وأخضعها بالمقابل لدفتر شروط يبرم عن طريق التراضي استنادا لنص المادة 15 منه التي عدلت أحكام المادة 03 من أمر 04/08.

كما شمل التعديل الوارد بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 نص المادة 05 من أمر 04/08 وعدل الهيئات التي يمكنها منح الترخيص بالإمتياز وحصرها في شخص الوالي بعد استشارة أحد هذه الهيئات إذا كانت القطعة تابعة له:

(1) لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الإستثمارات وضبط العقار.

(2) بناء على اقتراح من الهيئة لمكلفة بالتسيير المدنية الجديدة.

(3) بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة.

(4) وبعد موافقة الوزير المعني بالقطاع.

كما ألغى قانون المالية التكميلي لسنة 2011 أحكام المادتين 06 و 07 من أمر 04/08.

532- يمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للدولة بناء على الخضوع لمزاد علني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي لفائدة المؤسسات العمومية والهيئات العمومية، وكذا الأشخاص الطبيعية والمعنوية الخاضعة للقانون الخاص استنادا لنص المادة 03 من أمر 04/08 الذي يحدد شروط منح الإمتياز المذكور سابقا.

لقد كانت هذه الأحكام محل تعديل أيضا بموجب قانون المالية لسنة 2013⁵³³ الذي نص على أن موافقة الوزير لا تكون إلا إذا كانت الاراضي واقعة داخل حدود المدينة الجديدة⁵³⁴ إستنادا لنص المادة 34 من قانون المالية لسنة 2013 التي عدلت المادة 05 من امر 08/04.

إن رخصة الإمتياز لا تمنح حق تملك العقار محل الإمتياز حتى ولو مارس المستثمر استثماره لمدة 99 سنة كاملة، ويكتفي القانون بمنح المستثمر ملكية البناءات المنجزة من المستثمر على الأرض الممنوحة له بموجب الإمتياز، كما حل النص مشكل هذه الملكية بعد إنقضاء الإستثمار حيث يمكن للمستثمر التنازل عن حق الإمتياز، غير أن ممارسة المستثمر لهذا الحق لا يمكن قبل مرور 05 سنوات من الإستفادة من هذا الإمتياز، كما لا يمكنه أن يتنازل عن حق الإمتياز قبل إتمام المشروع وتشغيله عندما يكون حق الإمتياز ممنوحا على قطعة أرض جرداء استنادا لنص المادة 15 من دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الإمتياز المرفق بالمرسوم التنفيذي 153/09⁵³⁵، والملاحظ أن هذا النص لم يفرق بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب.

لقد قيد قانون المالية ملكية الإستثمار رغم أن أمر 03/01 لم ينص على هذا التقييد بل بالعكس تماما، فإن قانون الإستثمار جاء واسع المجال و واسع الأشكال التي يتم الإستثمار من خلالها، ففي حين نص أمر 03/01 على إمكانية ملكية المستثمر الأجنبي لكامل المؤسسة المراد خوصصتها عن طريق الخوصصة الكلية، قيد قانون المالية التكميلي لسنة 2009 نسبة المساهمة الأجنبية في الخوصصة بنسبة 49%، ومنع الاستثمار الأجنبي من الحصول على ملكية العقار و الملكية الكاملة لمشروعه الاستثماري.

وبناء على ما سبق فإن قانون المالية أصبح يضيف ويقيد ملكية الإستثمارات الأجنبية من خلال تعديله لأمر 03/01 ، ومختلف النصوص التطبيقية لقطاع الإستثمار في الجزائر، وهو إن شكل في الأصل خرقا وتجاوزا قانونيا صريحا فإنه يؤكد رغبة الدولة في فرض هيمنة الإستثمارات الوطنية العامة، والخاصة وإقصاء ملكية المستثمرين الأجانب .

533- قانون رقم 12/12 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ع 72 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2012.

534 - Zouaimia Rachid, Le cadre juridique des investissements en Algérie ..., Op. Cit, P 10 .

535- مرسوم تنفيذي رقم 153/09 مؤرخ في 02 مايو سنة 2009، يحدد شروط وكيفية منح الإمتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 06 مايو 2009.

الفرع الثاني

استحواد قانون المالية على صلاحيات النصوص التنظيمية لأمر 03/01

إذا كان قطاع الإستثمار في الجزائر يعاني من بيروقراطية إدارية خطيرة، ناتجة عن تدخل الهيئات الإدارية الكثيرة في تسيير ملف الإستثمار بموجب أمر 03/01، فإن قانون المالية رغم اعتباره نصا تشريعيًا إلا أنه قد مارس صلاحية تنظيم الهيئات المتدخلة في مجال الإستثمار وحدد وظائفها، كما تضمنت أحكامه إضافات جديدة على اجراءات الإستثمار، مما زاد الأمر تعقيدا وضبابية كفيلا في بتفسير المستثمرين الأجانب.

أولا: تعديل النصوص التنظيمية المتعلقة بأجهزة الإستثمار

تضمنت أحكام قانون المالية منح صلاحيات جديدة لأجهزة الإستثمار، وحذف صلاحيات كانت تتمتع بها هذه الأخيرة، ما يؤكد عدم استقرار وظائف الهيئات المؤطرة للنشاط الإستثماري، وتداخل وظائفها بطريقة تجعل منها عرضة للإلغاء تارة والتعديل تارة أخرى. غير أن الملاحظة العامة على هذه التعديلات الواردة على أجهزة الإستثمار تؤكد بأنها تعمق من تدخل الدولة في النشاط الإستثماري من خلال توسيع صلاحيات هذه الأجهزة، والسماح أيضا لأجهزة جديدة بالتدخل في مجال الإستثمار.

إن المجلس الوطني للإستثمار⁵³⁶ يعد من أهم الهيئات التي تم توسيع صلاحياتها بموجب قوانين المالية، رغم أن أمر 03/01 من خلال نص المادة 18 نص على أن تحديد صلاحيات المجلس وسيه وتنظيمه يكون عن طريق التنظيم حيث أن النصوص التنظيمية للمجلس الوطني للإستثمار عرفت بدورها تعديلات كثيرة⁵³⁷ قبل أن يستحوذ قانون المالية على إضفاء التعديلات المتعلقة بتسيير وتنظيم وصلاحيات المجلس والموكلة أصلا للتنظيم، في محاولة من السلطة التهرب من ما قد يوجه إليها من انتقادات متعلقة بعدم استقرار أجهزة الإستثمار ومنها عدم استقرار اجراءاته.

536- أقر أمر 03/01، المتعلق بتطوير الإستثمار استحداث المجلس الوطني للإستثمار ووضع تحت رئاسة رئيس الحكومة.

537- بعد أن قام أمر رقم 08/06 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2006، ج.ر.ع، 47 مؤرخ في 19 جويلية 2006، بتعديل أحكام أمر 03/01 في جانبها المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للإستثمار من خلال إلغاء نص المادتين (19) و (20) اللتان كانتا تتضمنان صلاحيات المجلس وتشكيله، فاتحة بذلك المجال أمام النص التنظيمي ليتولى صلاحياته، صدر مرسوم تنفيذي رقم 281/01 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتعلق بتشكيل المجلس الوطني للإستثمار وتنظيمه وسيه، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2001، عدل هذا المرسوم، بمرسوم رئاسي رقم 185/06 مؤرخ في 31 ماي سنة 2006، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 31 ماي سنة 2006. الذي تم قيا بعد إلغاء أحكام المرسوم التنفيذي 281/01 بموجب نص المادة 08 من مرسوم تنفيذي رقم 355/06 مؤرخ في 09 أكتوبر سنة 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للإستثمار وتشكيلته وتنظيمه، وسيه ج.ر.ع 64 مؤرخ في 11 أكتوبر 2006، وهو المرسوم الذي يؤطر لحد الساعة صلاحيات المجلس، ومع كل هذا زادت قوانين المالية من حجم التعديلات الواردة على هذا الجهاز.

منح قانون المالية التكميلي لسنة 2009 للمجلس الوطني للإستثمار صلاحيات يمكن وصفها بالواسعة وغير المستقرة منها :

(1) منحه صلاحية الدراسة المسبقة لكل مشاريع الإستثمارات الأجنبية التي تمارسها بطريقة مباشرة أو غير مباشرة استنادا لنص المادة 58 من قانون المالية التكميلي سنة 2009، إلا أن قانون المالية لسنة 2014، عاد وسحب هذه الصلاحية من المجلس، ولم يعد يخضع كل مشروع استثمار أجنبي للدراسة المسبقة من المجلس الوطني للإستثمار استنادا لنص المادة 56 من قانون المالية لسنة 2014.

(2) يملك المجلس بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2009 صلاحية الموافقة على منح إمتيازات وإعفاءات أو تخفيضات للحقوق والرسوم والضرائب لمدة لا تتجاوز (05) سنوات، غير أن قوانين المالية اللاحقة رغم إحتفاظها للمجلس بهذه الصلاحية كقانون المالية لسنة 2013 بموجب المادة (39)، إلا أنها أضافت صلاحيات جديدة.

(3) منح صلاحية المجلس الوطني للإستثمار متعلقة بإصدار قرار منح الإستفادة من مزايا النظام العام للإستثمارات التي يتجاوز مبلغها 500 مليون دينار⁵³⁸، غير أن قوانين المالية اللاحقة، كقانون المالية لسنة 2013 رفعت من المبلغ الذي يمكن بناء عليه للمجلس إصدار قرار الإستفادة إلى 1.500.000.000 دج⁵³⁹.

(4) يملك المجلس الوطني للإستثمار بناء على قانون المالية التكميلي لسنة 2009 صلاحية إعفاء المستثمر من إلزامية إعادة الإستثمار بموجب قرار صادر عنه⁵⁴⁰. وهي الصلاحية التي احتفظ له بها قانون المالية لسنة 2013 استنادا لنص المادة 40 منه.

أضاف كل من قانون المالية لسنة 2014 وقانون المالية لسنة 2015 صلاحيات جديدة للمجلس، منها قيامه بتحديد المساهمة في تحويل المهارات وإنتاج السلع بمعدل إندماج يفوق 40% وكذا كفاءات منح الإمتيازات الجبائية وشبه الجبائية عن طريق قرار صادر عنه استنادا لنص المادة (55). كما منح قانون المالية للمجلس الوطني للإستثمار صلاحية تحديد قائمة القطاعات الإستراتيجية استنادا لنص المادة (58).

538- استنادا لنص المادة (60) من قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

539- استنادا لنص المادة (39) من قانون المالية لسنة 2013.

540- المادة (57) من قانون المالية لتكميلي لسنة 2009.

أما قانون المالية لسنة 2015، فقد أضاف للمجلس الوطني للإستثمار صلاحية تحديد الأنشطة الصناعية المرتبطة بالصناعات المذكورة بموجب نص المادة 75 حتى تتمكن من الإستفادة من المزايا، ومنها قيامه بتحديد النشاطات المرتبطة بصناعة الحديد، الطائرات، السفن، الخشب، الصناعة الغذائية... إلخ.

وبناء على ماسبق فإن قانون المالية يكون قد استحوذ على صلاحيات النصوص التنظيمية بجدارة، فلو افترضنا أن هذا الصلاحيات المتعلقة بالمجلس الوطني للإستثمار قد وردت بموجب النص التنظيمي، فما هو عدد التعديلات التي سترد على المرسوم التنفيذي 355/06 المنظم لصلاحيات المجلس وتشكيلته؟! وإذا كنا قد تناولنا التعديلات المتعلقة بالمجلس الوطني للإستثمار فإن الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار (ANDI) هي الأخرى لم تسلم من تعديلات قوانين المالية⁵⁴¹. وأيضا لجنة الطعن⁵⁴² الأمر الذي يؤكد عدم استقرار هذه الأجهزة التي تبحث لها عن مكان ضمن تفوق السلطة السياسية في تسيير ملف الإستثمار.

لم تكن قوانين المالية من توسيع صلاحيات هيئات الإستثمار، بل زادت من تدخل هيئات أخرى، كمجلس مساهمات الدولة الذي أصبح الهيئة الإستشارية التي تلجأ لها السلطة لمنح شهادة التخلي عن ممارسة حق الشفعة، استنادا لقانون المالية التكميلي لسنة 2010، كما كرس نفس القانون تدخل الوزير المكلف بالإستثمار في مجال تجاوز المعاملة المقدر المحدد، حيث يقوم بتحديد الخبرة التي يمكن اللجوء لها، كما يحدد نموذج شهادة التخلي.

أما الحكومة الجزائرية فتدخل عند القيام بعملية التنازل عن أسهم الشركات الأجنبية الخاضعة للقانون الجزائري والتي استفادت من مزايا، حيث أزم القانون وجوب استشارة الحكومة قبل القيام بأي عملية تنازل مسبقا. أما قانون المالية لسنة 2012 فقد كرس تدخل "مجلس الوزراء" الذي يمنح الإستثمارات التي استفادت من "إمياز عقاري" من حق الإستفادة من مزايا أخرى منصوص عليها بموجب المادة (09) من قانون الإستثمار المعدلة بموجب المادة (66) من قانون المالية لسنة 2012.

541- أورد قانون المالية التكميلي لسنة 2009، تعديلات متعلقة بصلاحيات الوكالة، بحيث منحها صلاحية تفعيل معالجة طلبات منح المزايا، كما منحها

صلاحية تحصيل إتاوة مقابل تكاليف دراسة الملفات استنادا لنص المادة 59.

542- لم تسلم لجنة الطعن من تدخل قانون المالية في صلاحياتها، ومنها ما نص عليه قانون المالية التكميلي لسنة 2009، حيث حدد آجال الطعن، وآثار القرار الموقف وحيثه.

ثانياً: تعديل إجراءات الإستثمار

لم يتوقف قانون المالية عند حد توسيع صلاحيات الهيئات المتدخلة في الإستثمار، بل تعدها لقييد الإستثمار من خلال مجموعة من الإجراءات الجديدة، كان من المنتظر أن تقوم بتفصيلها النصوص التنظيمية، غير أن قانون المالية استحوذ على صلاحيات هذه النصوص التنظيمية في هذا المجال أيضاً.

كما أن هذه التعديلات التي ألزمت بها المستثمرين تتناقض مع المبادئ الأساسية الواردة بموجب أمر 03/01، ومنها مبدأ استقرار الأحكام التي تطبق على الإستثمار رغم ما قد يمسها من مراجعات وإلغاءات، والذي يعتبر تعطيل مؤقت معتمد كحق تمنحه الدولة ككيان ذي سيادة في ممارسة إختصاصاتها التشريعية والتنظيمية وحتى الدستورية في بعض الأحيان⁵⁴³.

ويتعلق المبدأ باستقرار تشريعات الإستثمار بالنسبة للمستثمر الأجنبي، إلا إذا اختار هذا الأخير تطبيق القانون الجديد استناداً لنص المادة 15 من أمر 03/01، وهو حق مكتسب في الخضوع للتشريع الساري المفعول عند إنجاز مشروعة⁵⁴⁴.

لقد نص قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على إلزام الإستثمارات الأجنبية بتقديم ميزان فائض بالعملة الصعبة لفائدة الجزائر خلال مدة قيام المشروع، وهو التعديل الوارد على أمر 03/01 من خلال إضافة المادة 04 مكرر 01 بموجب المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، كما رفع قانون المالية من الإجراءات التقيدية للإستفادة من المزايا، وهي طريقة ذكية للتراجع عن مبدأ الإستقرار التشريعي، بحيث أن المستثمر الأجنبي قد يلجأ إلى قبول تطبيق القانون الجديد نظراً للمزايا والضمانات التي قد يحملها، وبالمقابل يخضع للشروط والإجراءات التي يقررها في نفس الوقت⁵⁴⁵ ومنها القيد الإجراءيين الجديدين المرافقين للإستفادة من مزايا النظام العام، يتمثل الأول منهما في ضرورة تقديم المستثمر لتعهد كتابي باحترام الشروط، أما الثاني فهو ضرورة إعطاء الأولوية للمنتوجات والخدمات ذات المصدر الجزائري استناداً لنص المادة 60 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 التي تعدل أحكام المادة 09 من أمر

543- يوسف محمد، مرجع سابق، ص 30.

544- نصت المادة 15 من أمر 03/01 على "لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرى تطرى في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"، واعتبر الأستاذ عيبوط مبدأ الاستقرار التشريعي حقاً مكتسباً. عيبوط محمد وعلي، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014، ص 84.

545- يمكن للمستثمر الأجنبي قبول القوانين الجديدة وإلتزامه بها إذا كانت تحمل إمتيازات إضافية. عيبوط محمد وعلي، مرجع أعلاه، ص 84.

03/01 بنصها على "يخضع منح مزايا النظام العام لتعهد كتابي من المستفيد بإعطاء الأفضلية لمنتجات والخدمات ذات مصدر جزائري...".

كما مست هذه القيود الشكلية إلزام الشركة المستثمرة بإجراءات القيد في السجل التجاري من خلال تعديل قيدها وإعادة توزيع رأس مالها حسب ملكية المستثمر الوطني وملكية المستثمر الأجنبي، كما أضاف قانون المالية التكميلي لسنة 2010 إلزام الشركات الأجنبية وكل شخص معنوي أجنبي مالك لأسهم في شركات متواجدة ومقيمة في الجزائر أن يبلغوا مركز السجل التجاري لمحل إقامة الشخص المعنوي بقائمة مساهمهم من أجل المصادقة عليها وفقا لنص المادة 04 مكرر و05 مكرر من قانون المالية التكميلي لسنة 2010.

كما فرض قانون المالية إجراءات أخرى متعلقة بنشاطات معينة على سبيل الخصوص منها اشتراط الممارسة الشخصية لنشاط الإستيراد⁵⁴⁶، كما اشترط على وكلاء استيراد السيارات من تاريخ نشر قانون المالية لسنة 2014 في الجريدة الرسمية إنشاء نشاط صناعي أو شبه صناعي أو أي أنشطة أخرى لها علاقة مباشرة بقطاع صناعة السيارات في أجل أقصاه (03) سنوات⁵⁴⁷، كما ألزم قانون المالية التكميلي لسنة 2010 السماسرة الأجانب للسماح لهم بالمشاركة في فروع شركات التأمين الوطنية أو الأجنبية المعتمدة الحصول على رخصة ممارسة النشاط⁵⁴⁸.

تعد إجراءات التنازل عن ملكية الإستثمار من بين أهم النقاط التي مستها قوانين المالية بالتعديل، حيث احتفظت الدولة الجزائرية لنفسها وللمؤسسات العمومية بحق شراء حصص الشركات الأجنبية المراد التنازل عنها من قبل المستثمر الأجنبي، وهو ما اعتبره الأستاذ زوايمية إجراء في شكل "مصادرة مقنعة"⁵⁴⁹، غير أن الأمر أبعد من ذلك لأن المشرع لم يتخلى عن المصادرة بل أبقاها مكرسة بموجب المادة 16 من أمره 03/01 وأضاف إليها إجراء جديدا

546- استنادا لنص المادة 66 من أمر رقم 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، التي نصت على "لا يمكن أن يتم إنجاز عمليات الإستيراد عن طريق الوكالة ويشترط لإتمام الإجراءات البنكية المتصلة بنشاط الإستيراد والرقابة على الحدود مطابقة المنتجات المستوردة حضور صاحب مستخرج السجل التجاري أو مسير الشركة".

547- حيث نصت المادة 52 فقرة 03 من قانون 08/13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 على "يستوجب على وكلاء السيارات، ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، بإنشاء نشاط صناعي و/أو شبه صناعي أو أي أنشطة أخرى لها علاقة مباشرة بقطاع صناعة السيارات، في أجل أقصاه (03) سنوات، ويترتب عن عدم الشروع في الإنتاج عند إنقضاء هذا الأجل سحب الإعتماد".

548- استنادا لنص المادة 50 من أمر رقم 01/10 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، التي عدلت أحكام أمر 07/95 المتعلق بالتأمينات.

549- « Le droit de préemption peut être assimilé à une mesure de dépossession et de disposition législative précitées peuvent être classées dans la catégorie des expropriations déguisées ». Zouaïmia Rachid, Le cadre juridique des investissements ..., op.cit, p 16.

بموجب قوانين المالية وهو حق الشفعة⁵⁵⁰ وبدل الإكتفاء بإجراء واحد أصبح هناك إجراءات لتأدية وظيفة واحدة الأمر الذي شكل وجها من أوجه ممارسة الدولة لأسلوب التدخل وعودة صورتها التي حاولت التخلي عنها منذ مرحلة الاقتصاد الموجه من خلال تبنيها لمبادئ النظام الليبرالي.

لقد أورد قانون المالية التكميلي لسنة 2009، إجراء جديدا يمس بملكية الأجانب لرأس المال المستثمر من خلال نص المادة 62 التي نصت على تعديل المادة 04 مكرر 03 المتممة لأمر 03/01، وجاء فيها "تتمتع الدولة وكذا المؤسسات العمومية والإقتصادية بحق الشفعة على كل التنازلات عن حصص المساهمين الأجانب أو لفائدة المساهمين الأجانب... تحدد كيفية تطبيق هذه المادة عند الحاجة عن طريق التنظيم". كما أحالت المادة 04 مكرر 03 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 كيفية تطبيق حق الشفعة للتنظيم، كذلك فعل قانون المالية لسنة 2010 بموجب المادة 46 المعدلة للمادة 04 مكرر3.

لقد استحوذ قانون 08/13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 على صلاحيات النص التنظيمي المتعلق بحق الشفعة، والذي لم يصدر لغاية اليوم، حيث تم توضيح مجموعة من النقاط الإجرائية المتعلقة بممارسة حق الشفعة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010⁵⁵¹.

حيث تكفلت قوانين المالية بوضع اجراءات حق الشفعة، وتحديد مجاله الذي لا يشمل فقط المؤسسات التي استفادت من مزايا، وإنما يشمل جميع المؤسسات الأجنبية، هذا من جهة أما من جهة الأشخاص الذين يملكون حق ممارسة اجراءات الشفعة فقد حددهم النص في المؤسسات العمومية الاقتصادية والدولة، ما يكرس هيمنة الدولة واستثماراتها العمومية في شكل مؤسسات على الإستثمارات الأجنبية الموجودة، أو المتنازل عنها.

كما أن قانون المالية لسنة 2014 قد عدل من إجراءات الشفعة الواردة في قانون المالية التكميلي لسنة 2010، والتي قام من خلالها برفع آجال رد المصلحة المختصة إلى (03 أشهر) بعدما كانت محددة بشهر واحد، ما أطال من عملية التنازل عن ملكية أسهم المؤسسة الأجنبية زيادة عما كانت عليه، وبمقارنتها مع الطرق التجارية في التنازل التي

550- يختلف حق الشفعة المنصوص عليه في القانون المدني ابتداء من نص المادة 794 وما يليها عن حق الشفعة الذي ورد بموجب قوانين المالية المعدلة لأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار من عدة نقاط منها أن حق الشفعة في القانون المدني ينصب على العقار، بينما حق الشفعة في قانون الإستثمار فينصب على ملكية حصص المساهمين الأجانب، كما أن الشفعة في القانون المدني لا ترد إلا على عقد بيع، بينما في قانون الإستثمار فإن حق الشفعة يرد على عقد تنازل أو تحويل. كما حصر قانون الإستثمار ممارسة هذا الحق في الدولة أو أحد مؤسساتها العمومية، بينما يمارس حق الشفعة في القواعد العامة من قبل كل ذي مصلحة سواء كانوا أشخاص القانون الخاص أو العام.

551- أحال قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تطبيق إجراءات الشفعة للنصوص التنظيمية، غير أن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 قد قام بتفصيل اجراءات الشفعة وتحديد أجالها التي كانت أيضا محل تعديل من قبل قانون المالية لسنة 2014.

تكون أسرع وأبسط، وهو ما يزيد من ثقل إجراءات التحويل التي قد تصل إلى أشهر إن لم نقل إلى سنوات⁵⁵². خاصة إذا أضفنا إمكانية لجوء الأطراف للتحكيم في حالة عدم الإتفاق على مبلغ التنازل، ما يعرض المؤسسة خلال هذه المدة إلى مخاطر كثيرة قد تؤدي إلى إنخفاض أسعارها في البورصة، أو قيمتها المالية نتيجة إنخفاض إئتمائها⁵⁵³.

ورغم أن حق الشفعة لم يكن جديدا على النظام القانوني الجزائري، حيث عرفته العديد من النصوص القانونية⁵⁵⁴ قبل أن يعرفه قانون الإستثمار، فإن هذا الأخير تفرد بالنص على اجراءاته التي كرس تدخّل الدولة بطريقة تجعله يميل إلى اعتباره عقد إذعان، أكثر من اعتباره عملية تنازل تقوم على مبدأ التراضي.

إن تكريس حق الشفعة للمعاملة التمييزية بين الإستثمارات الوطنية والإستثمارات الأجنبية، ليس الميزة الوحيدة التي يمتاز بها هذا الإجراء، وإنما تكريسه للمعاملة التمييزية بين الإستثمارات الوطنية العامة التي تملك حق ممارسته هذا الإجراء وبين الإستثمارات الوطنية الخاصة التي أقيمت من إمكانية ممارسته أو الإشتراك فيه، كما أنه يطبق على الإستثمارات الأجنبية حتى وإن لم تختار تطبيقه. وبناء على قوانين المالية المعدلة والمتمة لقانون الإستثمار فإن إجراءات الشفعة التي كان من المفروض أن تفصل بموجب نص تنظيمي تتمثل فيما يلي:

1) الحصول على شهادة التخلي المسلمة من قبل الوزارة المكلفة بالإستثمار بعد استشارة مجلس مساهمات

الدولة⁵⁵⁵.

552- Zouaimia Rachid, Le cadre juridique des investissements en Algérie..., op.cit, p 16.

553- Zouaimia Rachid, Le cadre juridique des investissements en Algérie..., ibid, p 16.

554- تطرقت العديد من النصوص القانونية الخاصة لهذا الإجراء منها قانون التوجيه العقاري رقم 90/25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.ع 49 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، حيث نصت المادة 52 منه على إجراء الشفعة واعتبرته وجه من أوجه تدخل الدولة والجماعات المحلية في حالة عدم قيام المستثمر باستثمار أرض فلاحية حيث جاء فيها " وفي هذا الإطار يمكن الهيئة العمومية المؤهلة أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 من أمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1995 المذكورة أعلاه"، والمتضمن القانون المدني. كذلك نص على حق الشفعة المرسوم التشريعي 03/93 مؤرخ في الأول مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.ع 14 مؤرخ في 03 مارس 1993، الذي منحت مادته 23 الشاغل للأمكنة حق الشفعة على شراءها في حالة رغبة مالك البناية بيعها.

بالإضافة إلى هذه النصوص تضمن أمر 76/105 مؤرخ في 12/09/1976، يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم النص على إجراء الشفعة، وهو النص القانوني الذي أحال إليه قانون المالية التكميلي لسنة 2009 لتحديد كيفية ممارسة حق الشفعة قبل أن يتم التخلي عن هذه الإحالة بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010 الذي فصل في اجراءات الشفعة، ومنح الوزير المكلف بالإستثمار إصدار قرار لتوضيح النقاط المتعلقة بالخبرة، ونموذج شهادة التخلي، أو إلى النص التنظيمي في المسائل العالقة الأخرى.

555- يستثني من إلزامية الحصول على شهادة التخلي عن حق الشفعة، إحالة أسهم الضمان التي يمتلكها أعضاء مجلس الإدارة في شركة المساهمة المنصوص عليها بموجب نص المادة 619 من القانون التجاري، شريطة أن لا تتجاوز قيمة هذه الأسهم 01% من رأس مال الشركة، وتخصص أسهم الضمان بأكملها لضمان جميع أعمال التسيير في الشركة بما فيها أعمال التسيير التي يقوم بها أعضاء مجلس الإدارة، وهي أسهم غير قابلة للتصرف فيها.

- (2) يقدم الموثق المكلف بتحرير عقد التنازل طلب التنازل مرفقا بملف كامل بخصوص المتنازل له، وكذا الوثائق التي تبين تسديد الشركة المعنية لجميع الضرائب والإشتراكات الإجتماعية⁵⁵⁶.
- (3) ارفاق تقويم الخبرة الذي يحدد سعر التنازل وشروطه بطلب الموثق، استنادا للفقرة الرابعة من نص المادة 04 مكرر 03 المعدلة بموجب المادة 57 من قانون المالية لسنة 2014.
- (4) تسلم شهادة التخلي للموثق في مدة أقصاها 03 أشهر ابتداء من تاريخ إيداع الطلب وقد كانت هذه المدة محددة بشهر واحد، بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010.
- (5) يعتبر سكوت الإدارة لمدة 03 أشهر عن الرد على طلب الموثق بمثابة التخلي عن ممارسة حق الشفعة. و من الملاحظ أن سكوت الإدارة كان يحدد بمدة شهر واحد فقط بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2010.
- (6) عند تسليم شهادة التخلي تحتفظ الدولة لمدة سنة (01) واحدة بحق ممارسة الشفعة كما هو منصوص عليه في قانون التسجيل وذلك في حالة تدني السعر. و يحدد الوزير المكلف بالإستثمار طرق اللجوء للخبرة، ونموذج شهادة التخلي، غير أن هذه الإجراءات تبقى غير شفافة، وغامضة، خاصة فيما تعلق بالخبرة سواء طريقتها والهيئات التي تقو بها، كما لم توضح حالة تناقض الخبرتين المعدة من قبل الدولة أو المقدمة من قبل المستثمر.

المطلب الثالث

إمتميازات مشروطة وأجال موسعة بموجب قانون المالية

وسعت قوانين المالية من الإتميازات الممنوحة للمستثمرين، غير أنها في المقابل قيدت من هذه المزايا بطريقتين، حيث ألزمت المستفيد من هذه المزايا الإلتزام بمجموعة من الشروط المرافقة لها، كما وسعت من صلاحيات الإدارة في التدخل لمنح هذه الاخيرة ووسعت أيضا من آجال قيامها بالإجراءات اللازمة لذلك، وهو ما يدعم ويعمق البيروقراطية الإدارية التي أرادت السلطة التخلي عنها عن طريق التخفيف من تدخل الإدارة، ولا مركزية قراراتها بموجب أمر 03/01.

ويعتبر هذا الوجه الوحيد المشروعة التعديلات فيه بموجب قوانين المالية، لتعلقه بالجانب المالي لقانون الإستثمار، فتوسيع المزايا المالية والجبائية يمكن تبرير تعديلها بقوانين المالية نظرا لأن أحكامها مالية إلى حد بعيد جدا، هذا إذا كنا مقتنعين بجواز تعديل قانون المالية لقانون الإستثمار رغم ما يشوب هذا الأخير من خروقات قانونية.

556- بن فرحات محمد، مرجع سابق، ص 05.

الفرع الأول

توسيع المزايا مقابل الإذعان للشروط

لقد كرس أمر 03/01 احترام تخصص هيئات الإستثمار، عن طريق احترام توزيع الصلاحيات حسب طبيعة الهيئة، بحيث منح المجلس الوطني للإستثمار صلاحيات سياسية ذات طابع استراتيجي تماشى وطبيعة تشكيلته وتبعيته للسلطة التنفيذية⁵⁵⁷ في تحديد النظرة العامة لقطاع الإستثمار، وفي المقابل أقر أجهزة مكلفة بالصلاحيات التقنية والإدريية وهي الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار⁵⁵⁸ التي منحها صلاحية إستقبال المستثمرين المقيمين وغير المقيمين وإعلامهم ومساعدتهم، ومنح المزايا المرتبطة بالإستثمار، ومتابعة احترام المستثمرين لإلتزاماتهم خلال مدة الإعفاء.

غير أن التعديلات الجديدة الواردة بموجب قوانين المالية، قد خرقت الفصل المدرج بموجب أمر 03/01 بين صلاحيات الأجهزة السياسية، وصلاحيات الأجهزة التنظيمية الإدارية فيما تعلق بمنح المزايا، حيث أسندت بعض صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار والمتعلقة بمنح المزايا إلى المجلس الوطني للإستثمار الذي أصبح متداخل الصلاحيات بين المتعلقة منها بتحديد الإطار العام والإستراتيجي ومنح المزايا ومتابعتها⁵⁵⁹ وهو ما جسده المادة 09 مكرر 01 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 التي منحت المجلس الوطني للإستثمار صلاحية منح الإستفادة من مزايا النظام العام للإستثمارات التي يتجاوز مبلغها 500 مليون دينار جزائري، ورغم قيام قانون المالية لسنة 2013 وسنة 2014 بتعديل أحكام نص المادة 09 مكرر 01 إلا انهما احتفظا بضرورة منح هذه المزايا من قبل المجلس الوطني للإستثمار بموجب قرار صادر عنه، بعدما كان أمر 03/01 يمنح للوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار هذه الصلاحية، وعليه فإن الدولة تكرر تدخلها من خلال استحواذ هيئاتها ذات الطابع التخطيطي للسياسة العامة على صلاحيات الهيئات التنفيذية، ما جعل قرار الإستثمار ذو طابع سياسي يتغير بتغير الكتلة السياسية المسيطرة وهو مظهر من مظاهر الخلط بين القرارات السياسية والقرارات التقنية المعطلة لمهام أجهزة الإستثمار في الدول النامية⁵⁶⁰.

557- تنص المادة 18 من أمر 03/01 على "ينشأ لدى الوزير المكلف بترقية الإستثمارات، مجلس وطني للإستثمار يدعى في صلب النص "المجلس" ويوضع تحت سلطة ورئاسة رئيس الحكومة..."

558- الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، مقرها في الجزائر، ولها هياكل لامركزية على مستوى المحلي، تتمتع بصلاحيات عديدة حددتها نص المادة 21 من أمر 03/01 ومن أهمها منح المزايا المرتبطة بالإستثمار.

559- Rachid Zouaimia, Le cadre juridique des investissements en Algérie ..., op.cit, p 18.

560-La confusion entre les décisions politiques et techniques est la source de multitudes de dysfonctionnements dans les pays en voie de développement, Rachid Zouaimia, Le cadre juridique des investissements en Algérie..., ibid, p 18.

تعتبر المزايا في إطار قوانين المالية مفتوحة المجال من خلال مناقشتها والتفاوض عليها لزيادتها بموافقة المجلس الوطني للإستثمار حيث يمكن لهذا الأخير منح مزايا إضافية استنادا لنص المادة 61⁵⁶¹ من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدلة للمادة 12 مكرر 01 من أمر 03/01، كما منحت نفس المادة للمجلس الوطني للإستثمار سلطة الموافقة لفترة لا تتجاوز (05) سنوات على الإعفاءات والتخفيضات من الحقوق أو الضرائب أو الرسوم التي تثقل أسعار السلع المنتجة عن طريق الإستثمارات الصناعية الناشئة.

إن الرفع من مدة الإستفادة من المزايا عرف مسارا تصاعديا موسعا لمدة الإستفادة فنجد أن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 رفع مزايا النظام العام في مرحلة الإستغلال إلى (05) سنوات بعدما كانت محصورة بموجب أمر 03/01 في (03) سنوات، بينما أبقى جميع التعديلات على مدة الإستفادة المقدرة بـ (10) سنوات في مزايا النظام الإستثنائي.

كما عرف نظام منح المزايا توسعا من حيث نوع النشاط المستفيد من هذه الأخيرة، حيث أصبح يشمل جميع الإستثمارات المصرح بها لدى الوكالة منذ يوليو سنة 2009، وأصبحت المزايا تشمل أيضا عمليات التنازل عن الأصول العقارية الممنوحة لإنجاز الإستثمار، وأيضا الإستثمارات التي استفادت من الإمتياز العقاري الممنوح لإنجاز الإستثمار، وأيضا الإستثمارات التي استفادت من الإمتياز وكذا عمليات التنازل عن الأصول العقارية الممنوحة .

إن مقارنة الإمتيازات الممنوحة في ظل قوانين المالية بالإجراءات المصاحبة لها يؤكد طغيان الإجراءات التقييدية المفروضة على الإستثمارات الأجنبية التي تريد الإستفادة من المزايا بحيث لا يكاد يخلو أي إمتياز من مصاحبه لشرط إجرائي للتمكن من الإستفادة منه، والتي نذكر منها مايلي:

(1) إنشاء 100 منصب شغل عند إنطلاق النشاط: وهو الشرط اللازم لرفع مدة الإستفادة إلى 05 سنوات. كما

أن هذا الشرط لا يطبق على جميع الإستثمارات بحيث لا يطبق هذا الشرط على الإستثمارات المتواجدة في

المناطق المستفيدة من الصندوق الخاص للجنوب والهضاب العليا⁵⁶². كما ان هذا الشرط لا يطبق أيضا على

561- نصت المادة 61 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 على تعديل أحكام المادة 12 مكرر 1 كإيلي: "... يمكن أن يقرر المجلس الوطني للإستثمار منح مزايا إضافية طبقا للتشريع المعمول به. دون المساس بقواعد المنافسة، يؤهل المجلس الوطني للإستثمار قانونا، للموافقة لفترة تتجاوز (05) سنوات على الإعفاءات أو التخفيضات في الحقوق أو الضرائب أو الرسوم بما فيها الرسم على القيمة المضافة التي تثقل أسعار السلع المنتجة عن طريق الإستثمار الذي يدخل في إطار المنتجات الصناعية الناشئة...".

562- كما يتعين على المستثمر للإستفادة من مزايا أمر 03/01 الإحتفاظ بعدد مناصب الشغل على الأقل طوال مدة الإعفاء الممنوحة استنادا لنص المادة 10 من مرسوم تنفيذي 207/13 مؤرخ في 05 يونيو 2013، يحدد شروط وكيفيات حساب ومنح مزايا الإستغلال للإستثمارات بعنوان النظام العام

الإستثمارات في القطاعات الإستراتيجية التي يحددها المجلس الوطني للإستثمار حيث تستفيد من الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات، والرسم على النشاط المهني دون أن توفر 100 منصب شغل.

(2) إصدار قرار من قبل المجلس الوطني للإستثمار: وهو ما جاء به في البداية قانون المالية التكميلي لسنة 2009، حيث ربط الإستفادة من مزايا النظام العام بصور قرار من المجلس الوطني للإستثمار بالنسبة للإستثمارات التي يتجاوز مبلغها 500 مليون دينار، غير أن قانون المالية لسنة 2014 قد رفع من هذا المبلغ، بحيث أصبح قرار المجلس الوطني للإستثمار "شرط" بالنسبة للإستثمارات التي تساوي قيمتها أو تفوق مبلغ 1.500.000.000 دج.

(3) عدم الإستفادة من إمتيازات جبائية إلا في إطار جهاز واحد لدعم التشغيل: حيث ألزم قانون المالية لسنة 2014 المستثمرين الإلتزام بشرط الإستفادة من جهاز واحد من أجهزة دعم التشغيل، بما فيها الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، حيث لا يمكن للمستثمرين الذين استفادوا من الإمتيازات الجبائية في إطار مختلف أجهزة دعم التشغيل والمتمثلة في الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب، أو الصندوق الوطني للتأمين على البطالة، أو الوكالة الوطنية للقرض المصغر أو الإستفادة من جهاز دعم الإستثمار في إطار الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار. وبناء على نص المادة 62 الفقرة الأخيرة من قانون المالية لسنة 2014 فإن استفادة المستثمرين من إمتيازات الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار يقصمهم من الإستفادة من إمتيازات غيرها.

(4) إعطاء الأولوية للمنتجات والخدمات ذات الأصل الجزائري: كرس هذه الشرط الذي يتم وفق لتعهد كتابي صادر من قبل المستثمر بموجب المادة 60 من قانون المالية التميلي لسنة 2009، حيث يتعهد المستثمر بإستعمال المنتوجات الوطنية الجزائرية في استثماره، كما حصرت الإستفادة من الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فقط في الإقتناءات ذات الأصل الجزائري، غير أن هذا الشرط يسقط في حالة قيام المستثمر بإثبات عدم وجود منتج محلي وطني مماثل للمنتج المطلوب في الإستثمار.

(5) شرط نقل التكنولوجيا والتحكم فيها: إن الإستثمارات التي تساهم في نقل التكنولوجيا، وتحويل المهارات التقنية نحو الجزائر تستفيد دون غيرها من الإستثمارات الأخرى من مزايا خاصة، نظرا لتوفرها على هذا الشرط، حيث تقوم الخزينة العمومية بالتكفل بالفوائد البنكية لإستثمارات مؤسسات القطاع الصناعي

للإستثمار، ج.ر.ع 30 مؤرخ في 09 يونيو 2013. كما يجب وفقا لنفس المرسوم أن تكون اليد العاملة المستعملة وطنية، وأن يكون العمال منخرطين في الضمان الإجتماعي.

الموجهة لنقل التكنولوجيا أو إقتناءها أو التحكم فيها استنادا لنص المادة 77 من قانون المالية لسنة 2015، كما أن قانون المالية لسنة 2014 أقر بشرط تحويل المهارات نحو الجزائر للإستفادة من المزايا التي يقرها المجلس الوطني للإستثمار.

(6) معاينة المصالح الجبائية للشروع في النشاط: ألزم قانون المالية لسنة 2014 المستثمر بتقديم طلب إلى المصالح الجبائية من أجل معاينة الشروع في النشاط حتى يتمكن من الإستفادة من مزايا مرحلة الإستغلال وهو الشرط الذي احتفظ به قانون المالية لسنة 2015.

(7) شرط الإنتماء لأحد الفروع الصناعية المحددة قانونا: لقد حدد نص المادة 75 من قانون المالية لسنة 2015 مجموعة من النشاطات الصناعية ومنح الفروع التي تدخل في ظل أحد هذه النشاطات مزايا خاصة بها، والتي لا تستفيد منها الإستثمارات الأخرى، والمتمثلة في الإعفاء الكلي من الضريبة على أرباح الشركات أو الضريبة على الدخل الإجمالي والرسم على القيمة المضافة لمدة (05 سنوات)، بالإضافة إلى منح تخفيض قدره (03%) من نسبة الفائدة المطبقة على القروض البنكية. وحدد النص المذكور أعلاه 13 قطاعا صناعيا معنيا بهذه المزايا ومنح المجلس الوطني للإستثمار صلاحية تحديد فروع النشاطات التي تنتمي لهذه القطاعات الصناعية⁵⁶³.

(8) شرط عدم الإخلال بقواعد المنافسة: أقرت كل التعديلات الواردة على أمر 03-01 شرط عدم الإخلال بقواعد المنافسة من أجل التمكن من الإستفادة من تخفيضات يقرها المجلس الوطني للإستثمار لمدة لا تتجاوز (03) سنوات، وهو الشرط الذي يثير الكثير من اللبس خصوصا إذا تمت مقارنته بالشروط المتعلقة بتوفير مناصب الشغل (ل 100 منصب شغل) واستعمال المنتوجات من أصل جزائري.

إن منح هذه الزايات مشروط بعدم تمييز الإستثمارات بشروط تجعلها أكثر قوة وهيمنة على نظيراتها، وهو ما يمنح المجلس الوطني للإستثمار صلاحية مراقبة السوق والمنافسة فيها قبل أن يقوم بمنح المزايا. ما يوسع من صلاحيته ويفتح مجالها.

563- تتمثل هذه القطاعات الصناعية في صناعة الحديد والتعدين، اللدائن الهيدروليكية، الكهربائية والكهرومنزلية، الكيمياء الصناعية، الميكانيك وقطاع السيارات، النشاطات الصيدلانية، صناعة الطائرات، بناء السفن وإصلاحها، التكنولوجيا المتقدمة، صناعة الأغذية النسيج والألبسة والجلود والمواد المشتقة، الجلود والمواد المشتقة، الخشب وصناعة الأثاث.

بالإضافة إلى هذه الشروط، هناك شروط أخرى متعلقة بضرورة احترام توزيع رأس مال الشركة وفقا لقاعدة الشراكة، وإعادة القيد في السجل التجاري، وتبليغ مركزه الرئيسي بقائمة المساهمين في الشركة... إلخ إلى غيرها⁵⁶⁴ من القيود التي تجعل إذعان المستثمر الأجنبي لها الوسيلة الوحيدة لحصوله على مزايا قانون الإستثمار.

رغم تنوع المزايا الممنوحة بموجب قوانين المالية، إلا أنها تبقى مكرسة لتوسيع تدخل هيئات وسلطات الدولة المختلفة في مجال الإستثمار المركزية منها واللامركزية، كما وسعت وخلطت بين صلاحيات الهيئات السياسية والتقنية، وكبرت مساسا بمبادئ المنافسة نظرا لعدم شمولية المزايا لكل أنواع الإستثمارات بل كانت تمارس ولازمت بطريقة إنتقائية لصالح المؤسسة الوطنية والإنتاج الوطني واليد العاملة الوطنية.

كما كبرت هذه المزايا الإنتقائية المشروطة تركز القرارات المتعلقة بالإستثمار لدى الهيئات السياسية لعملية الإستثمار والقريبة من السلطة التنفيذية التي تعد في الأصل شكلا لا مركزيا لها، مما يطرح مسألة الطعن في قرارات منح المزايا، أو حتى سحبها من قبل هيئة موضوعة تحت رئاسة الوزير المكلف بترقية الإستثمار ضد قرارات صادرة من قبل المجلس الوطني للإستثمار الموضوع تحت رئاسة الحكومة والمتشكل من وزراء السلطة التنفيذية⁵⁶⁵، الأمر الذي يعيد للواجهة من جديد مشكل رقابة قرارات السلطة التنفيذية في مجال النشاطات الإستثمارية خاصة والإقتصادية على العموم "من يراقب من" هل يمكن أن يراقب الوزير المكلف بالإستثمار قرارات رئيس الحكومة الصادرة من خلال المجلس الوطني للإستثمار؟!

الفرع الثاني

فتح الآجال القانونية الملزمة لمنح المزايا

لم تتوقف قوانين المالية عند حد إلزام المستثمرين الأجانب بشروط الإستفادة من المزايا، ولا عند حد توسيع دائرة الهيئات الإدارية المتدخلة في عملية منح مزايا، بل وصلت إلى درجة فتح المجال أمام هيئات الإستثمار دون قيد زمني يلزمها بالرد على طلب منح المزايا المقدمة من قبل المستثمر.

لقد نص الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار على إلزام الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار باحترام الآجال القانونية المغلقة للرد على طلب الإستفادة من المزايا حيث نصت المادة 07 منه على وجوب رد الوكالة في مدة إثنان وسبعون (72) ساعة من تاريخ إيداع طلب الإستفادة المتعلق بالمزايا الخاصة بالإنجاز، أما الرد على طلب المزايا المتعلق

564- من بين هذه الشروط أيضا أن يقوم المستثمر بالتصريح وتسديد إشتراكاته لدى هيئة الضمان الإجتماعي التابع لها إقليميا طبقا لقانون 14/83 يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الإجتماعي مؤرخ في 02 يوليو سنة 1983، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 05 يوليو 1983.

565- Rachid Zouaimia, Le cadre juridique des investissements en Algérie ..., op.cit, p 20 .

بمرحلة الإستغلال فيجب أن يتم خلال عشرة (10) أيام من تاريخ إيداع الطلب⁵⁶⁶. كما أن آجال تعديل مقرر منح المزايا يجب أن يتم اعداده في مدة لا تتجاوز 10 أيام، استنادا لنص المادة 21 من قرار 17 فبراير 2009⁵⁶⁷.

غير أن التعديل الذي لحق بالمادة 07 من أمر 03/01 بموجب قانون المالية شكل تراجعاً صريحاً عن تحديد آجال تسليم المقرر المتعلق بالمزايا الخاصة بالإنتاج أو بالإستغلال حيث أصبحت الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار ملزمة بتفعيل معالجة طلبات المزايا دون إلزامها بالآجال التي تم حذفها بموجب المادة 59 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، لتصبح الوكالة صاحبة السلطة التقديرية في الرد على طلبات المزايا، وهو ما يشكل تراجعاً كبيراً عن الضمانات الإجرائية المكرسة بموجب الأمر 03/01، وحتى بموجب المرسوم التشريعي 12/93 الذي كان ينص بموجب المادة 09 منه على تقيد إجراءات الوكالة فيما يتعلق بمنح المزايا بأجل 60 يوماً من تاريخ إيداع الملف القانوني⁵⁶⁸.

كما ظهر فتح آجال تدخل الإدارة في مجال الإستثمار من خلال توسيع المتعلقة منها بالظعن، حيث أن الظعن المتعلقة بالقرارات الراضية لمنح المزايا أو التي يرى فيها المستثمر أنه غبن فيها يكون في أجل (15) يوم التي تلي تاريخ إخطارها، وتفصل اللجنة في أجل شهر واحد استناداً لنص المادة 07 مكرر من أمر 03/01، وهو النص الذي تم تعديله في حالة صمت الإدارة أو الهيئة المعنية فإن أجل (15) يوم لا يمكن أن يقل عن شهرين (02) ابتداءً من تاريخ الإخطار وهو ما نصت عليه المادة 59 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 المعدلة للمادة 07 مكرر 01 من أمر 03/01 التي نصت على "يجب أن يمارس هذا الظعن خلال خمسة عشر (15) يوماً التي تلي تاريخ التبليغ بالقرار محل الإحتجاج، وفي حالة صمت الإدارة أو الهيئة المعنية فإن هذا الأجل لا يمكن أن يقل عن شهرين (02) ابتداءً من تاريخ الإخطار..."

إن فتح آجال النظر في ملفات الإستثمار أمام الهيئات المكلفة بذلك، يجعل عملية الإستثمار تمتاز بالثقل والبطء البيروقراطي أحياناً كثيرة، كما يشكل تراجعاً عن للإمتيازات التي كانت مكرسة بموجب الأمر 03/01، الأمر الذي يعمق من تدخل السلطة في النشاط الإستثماري القائم على مبدأ الحرية التي يقيدتها القانون وليس الحرية التي تقيدها الإرادة.

566- يخضع إيداع منح المزايا لإجراءات محددة بموجب مرسوم تنفيذي 98/08 المذكور سابقاً، وكذا للقرارين الوزاريين المؤرخين على التوالي في 18 مارس 2009، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 24 مارس مايو 2009، وقرار 09 مارس 2014، ج.ر.ع 51 مؤرخ في 31 غشت 2014.

567- قرار مؤرخ في 17 فبراير 2009، يحدد اجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا، ج.ر.ع 25 مؤرخ في 29 أبريل 2009.

568- Rachid Zouaimia, Le cadre juridique des investissements en Algérie..., op.cit, p 21.

المطلب الرابع

تضييق قانون المالية لنطاق تطبيق أمر 03/01

إن شمولية قانون الإستثمار ناتجة عن عدم قيامه بتحديد عدة مفاهيم مرتبطة بمجال تطبيقه، فلم يرقم النص لا بتعريف الإستثمار، ولا أشخاص قانون الإستثمار، ولا حتى المال المستثمر⁵⁶⁹. كما تظهر شمولية قانون الإستثمار في عدم تحديده أو حصره لمضمون النشاط المشمول بأحكامه، حيث أنه يتضمن جميع النشاطات المنتجة للسلع والخدمات. ورغم عدم تحديد أمر 03/01 لموضوع النشاطات، إلا أنه في المقابل حدد أشكال هذه الإستثمارات وحصرها كما سبق بيانه في نص المادة 02 من أمر 03/01، وعليه فإن إطلاق النص فيما يتعلق بتحديد النشاطات المشمولة به، يبعث على الإعتقاد بأن أحكامه تشمل كل النشاطات الإقتصادية بشرط واحد متمثل في اعتبارها نشاطات منتجة للسلع و/أو الخدمات، في حين أن هذا المبدأ ورد عليه استثناء قانوني، جسده مرسوم تنفيذي 08/07 الذي حدد قائمة للسلع والخدمات المستثناة من مجاله، دون أن يقوم في المقابل بتحديد صريح لقائمة النشاطات التي تدخل في مجاله. كما أن التعديلات التي أوردتها قوانين المالية على أمر 03/01، تجعل المشرع يتراجع عن مبدأ شمولية قانون الإستثمار فيما تعلق بالنشاطات التي يشملها، ويتبنى نفس الطريقة في تحديد النشاطات التي تدخل ضمن مجال تطبيقه، حيث تؤكد مجمل هذه التعديلات تحديد نطاق قانون الإستثمار من حيث النشاط، ما يؤدي إلى التشكيك في اعتبار كل نشاط منتج للسلع والخدمات يدخل ضمن مجال تطبيق قانون الإستثمار. وعليه ما دمنا قد تعرفنا على النشاطات المستثناة من نطاق أمر 03/01 المنصوص عليها قانونا، وجب علينا أيضا التعرف على النشاطات المشمولة بأحكام أمر

569- تختلف النصوص الإتفاقية عن أمر 03/01 في تحديد نطاق تطبيقها، فهي تسعى دائما لحصر مجالها من حيث موضوع الإستثمار، وتستند في ذلك على العديد من الطرق، فمنها من يميل إلى إلى تحديد مفهوم الإستثمار عن طريق تحديد شكله، من طريق القيام بتعداد حصري لمكونات الإستثمار وعناصره على سبيل المثال لا الحصر، ويحتمل استنادا على ذلك قياس الأنشطة لتحديد ما إذا كانت تدخل في نطاق الإتفاقية أم لا، وهي الطريقة التي اعتمدت في الإتفاقية المبرمة بين الجزائر وجمهورية موزنبيق، التي أقرت المادة الأولى من مرسوم رئاسي رقم 201/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن تصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة جمهورية موزنبيق حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات موقع في الجزائر في 12 ديسمبر سنة 1998، ج.ر.ع 40 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2001، على ذكر بعض الأنواع من الحقوق واعتبرتها استثمارات على سبيل الذكر لا الحصر، وهو أيضا ما نصت عليه المادة الأولى من مرسوم رئاسي رقم 204/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية كوريا حول ترقية وحماية الإستثمارات الموقع في الجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999، ج.ر.ع 40 مؤرخ في 25 يوليو 2001، التي اعتمدت نفس المفهوم والطريقة في تحديد نطاقها. كما تضمن المرسوم الرئاسي رقم 205/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن تصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليونانية حول التشجيع والحماية المتبادلين للإستثمارات الموقع بالجزائر في 20 فبراير سنة 2000، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 29 يوليو سنة 2001. نفس الطريقة أيضا في الإتفاق بين الجزائر وجنوب إفريقيا المجسدة بمرسوم رئاسي رقم 206/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 24 سبتمبر سنة 2000، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 29 يوليو سنة 2001.

03/01 والمنصوص عليها قانونا أيضا، لنسجل من خلال ذلك أن مجال الإستثمار بدأ يضيق بموجب القانون، سواء من حيث استثناءات النشاطات من مجاله أو إضافة نشاطات ضمن مجاله. وهو ما يقودنا إلى التساؤل عن سبب إضافة نشاطات معينة لمجال تطبيق أمر 03/01 بموجب قوانين صريحة، وهل هذا يعني أن النشاطات التي لم تنص على شموليتها بأحكام قانون الإستثمار تخرج عن نطاق تطبيقه؟!

يمكن استنتاج السبب الأول الذي جعل المشرع يضيف هذه النشاطات لمجال تطبيق أمر 03/01 بموجب نصوص قانونية صريحة بالرجوع لأحكام نص المادة 78 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، وهو توفرها على شرط التأهيل حيث نصت المادة 78 على "دون المساس بالقوانين والتنظيمات المعمول بها تؤهل⁵⁷⁰ للإستفادة من نظام رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم، الإستثمارات التي تنجزها

570- لقد تجسد اهتمام المشرع الجزائري بالتأهيل منذ الاستقلال عبر نصوص قانونية متعاقبة، بدأت بقرار 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ثم تلى هذا النص نصوص أخرى تتعلق بالتأهيل منها مرسوم 81/67 مؤرخ في 11 ماي 1967 يحدد الشروط التي يمكن بمقتضاها لمقاولات الأشغال العمومية والبناء إبرام صفقات مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء ج. ر. ع 41 مؤرخ في 19 ماي 1967. الذي ألغى لاحقا بموجب مرسوم 135/83 مؤرخ في 19 فيفري 1983 يوجب على المؤسسات الوطنية العامة والخاصة التي تعمل في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين ج.ر.ع 08 مؤرخ في 22 فبراير 1983. واصل اهتمام المشرع الجزائري بالتأهيل من خلال قانون الصفقات العمومية، لاسيا المرسوم الرئاسي 250/02 الذي ألغى بموجب المادة 179 من مرسوم رئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر.ع 58 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 معدل ومتمم. الذي أكد على أنه لا يمكن منح صفقة لمؤسسة ما اذا لم تكن مؤهلة للقيام بها بنجاح حيث بقيت هذه المبادئ مكرسة في النص الجديد مرسوم 236/10 بموجب المادة 35 منه التي جاء فيها "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها أيضا قادرة على تنفيذها، كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة". كما نظم التأهيل بعض النصوص الخاصة، كالمرسوم التنفيذي رقم 289/93 الذي كان يلزم المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية في مجال البناء والأشغال العمومية والري بأن تكون مؤهلة لذلك، قبل أن يقوم المشرع بإلغائه، فالتحجج لتأهيل المؤسسات في قطاعات النشاط خارج مجال الأشغال العمومية والري، من خلال اخضاعها لشرط التأهيل، فقام تبعا لذلك بإلغاء مرسوم تنفيذي رقم 289/93 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1993، الذي يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين ج.ر.ع 79 مؤرخ في 01 ديسمبر 1993. وحل محله مرسوم تنفيذي رقم 139/14 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014 مرسوم تنفيذي رقم 139/14 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014 يوجب على المؤسسات وتجمعات المؤسسات ومجموعات المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين ج.ر.ع 26 مؤرخ في 07 مايو 2014. كما تضمن أيضا قانون 04/11 المنظم للنشاط الترقية العقارية فكرة إعادة التأهيل. لقد ربطت جل النصوص القانونية المنظمة لعملية التأهيل، هذه العملية بمجال الصفقات العمومية المبرمة مع الدولة والولايات والبلديات والإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية، وهو ما يقودنا الى ابراز أهمية التأهيل باعتباره عملية يتم تخصيصها غالبا لدي التعامل مع المرافق العامة لتحقيق الإستثمارات العمومية التي تهدف الى خدمة المصالح العامة في غالب الاحيان، الأمر الذي يؤدي الى نتائج خطيرة اذا ما أصاب عمليات التنفيذ عيب أو انحراف.

غير أن المؤسسات الأجنبية غير ملزمة بالحصول على شهادة التأهيل الوطنية، بل يتعين عليها تقديم وثائق مطابقة لشهادة التأهيل والتصنيف المهنيين تساهم اياها السلطات الرسمية للبلد الذي يوجد فيه مقرها وفقا لما نصت عليه المادة 04 فقرة 03 من مرسوم تنفيذي 139/14، هذا اذا كانت الشركة أو المؤسسة الأجنبية غير مقيمة بينما اذا كانت شركة مقيمة فإن التأهيل يكون بنفس الطريقة التي تخضع لها الشركات الوطنية، المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 139/14.

الشركات التي يتعلق نشاطها بالرياضة وكذا الإستثمارات المرتبطة بالنشاطات السياحية والفندقية المصنفة"، وهو ما يفيد بأن هذه النشاطات لم تكن مؤهلة سابقا للإستفادة من أحكام أمر 03/01 .

لم تتوقف قوانين المالية عند حد إضافة النشاطات الرياضية والسياحية، بل واصلت تحديد النشاطات التي تدخل ضمن نطاق تطبيق أمر 03/01، ومنها ما نص عليه أيضا قانون المالية لسنة 2012 بموجب المادة 49 التي جاء فيها "تستفيد إقتناءات التجهيزات التي تنجزها المقرضون الإيجاريون في إطار عقد البيع الإيجاري المالي المبرم المقاول المستفيد، من الإمتيازات المنصوص عليها في الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم بأحكام الأمر رقم 08/06 المؤرخ في 15 يوليو سنة 2006..."، وأضاف قانون المالية لسنة 2010 نشاطين آخرين لمجال تطبيق أمر 03/01، وذلك بموجب المادة 48 التي نصت على "دون المساس بالقوانين والأنظمة السارية المفعول، تخضع لترتيبات الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001، المعدل والمتمم، والمتعلق بتطوير الإستثمار الإستثمارات من طرف الشركات التي تستهدف النشاطات الثقافية ولاسيما تلك المتعلقة بالسينما والكتاب".

يمكن الرجوع لجميع أوجه النشاطات المضافة بموجب قوانين المالية، للتأكيد بأنها كانت نشاطات خاضعة للتخصيص بموجب "القانون" للدولة أو أحد مؤسساتها العمومية، وبمجرد فتح مجالها للإستثمارات الخاصة وإلغاء احتكار الدولة لها أصبح من الممكن للنحواس الإستثمار من خلالها. وهو ما أهلها للإستفادة من أحكام قانون الإستثمار. غير أن هذا الفرض و ان كان صحيحا، فهو قد يعني أن استثمارات الدولة كانت مقصاة من الإستفادة من أمر 03/01! و هو الأمر غير المقبول منطقيا لأن نص المادة 02 من أمر 03/01 ينص على أشكال الإستثمارات العمومية كشكل مشمول صراحة بأحكامه، وعليه وجب الرجوع لبعض هذه النشاطات المضافة بموجب قوانين المالية بطريقة خاصة، للبحث عن سبب إدخالها بالخصوص ضمن أحكام أمر 03/01.

الفرع الأول

النشاطات الرياضية

عرفت النشاطات الرياضية، اهتماما كبيرا باعتبارها من الأدوات الرئيسية التي توظفها الحكومات والحركات السياسية لتحقيق التكامل الوطني، سواء في المراحل الأولى لعملية بناء الدولة، أو في حالة الأزمات السياسية الكبرى التي تهدد هذا تكاملها الإجتماعي، و اعتبرت النشاطات الرياضية من أهم القطاعات التي تستفيد من دعم

الدولة واستثماراتها العمومية من خلال توفير كل الوسائل الضرورية لممارسة هذه النشاطات، كما تشجع كل التدابير التحفيزية المتعلقة بالنشاطات الرياضية⁵⁷¹.

وفي المقابل تخضع النشاطات الرياضية إلى التعبئة الجذرية للدولة، سواء فيما تعلق بتحديد السياسة الوطنية للرياضة، حيث تتولى ضبطها وتنفيذها ومتابعتها ومراقبتها⁵⁷²، وتمارس الدولة رقابتها عن طريق بعض الإجراءات التي تفرضها لتمكين الناشطين في هذا المجال من ممارسة بعض مهام الخدمة العمومية، ومنها اجراء التفويض⁵⁷³ والإعتد، ورأي المطابقة كما هو الحال عليه بالنسبة للنادي الرياضي الهاوي حسب المادة 76. كما تراقب مسار الإعانات والمزايا التي تقدمها للإتحاديات الرياضية استنادا لنص المادة 99 من قانون 05/13 التي نصت على "لا يخضع استعمال الإعانات والمساعدات والمساهمات الممنوحة من الدولة والجماعات المحلية المراقبة طبقا للتشريع والتنظيم الساري المفعول"، وهو ما يمكن أن يسجل من خلال قوانين المالية التي ألزمت أشكال النشاط الرياضي القيام ببعض الإجراءات الرقابية، ومنها ما نصت عليه أحكام المادة 57 من قانون المالية التكميلي لسنة 2010⁵⁷⁴، بالإضافة إلى النصوص القانونية الخاصة التي تركز اجراءات رقابية بكل شكل من أشكال الشركات التجارية التي يكون موضوع نشاطها رياضيا⁵⁷⁵.

571- استنادا لنص المادتين 07 و80 و98 من قانون رقم 05/13 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2013 يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها، ج.ر.ع 39 مؤرخ في 31 يوليو 2013. كما مكنت الشركات الرياضية من الإستفادة من مزايا أمر 03/01 من خلال قانون المالية الذي يمنح مزايا خارجة وإضافية عن ما يمنحه أمر 03/01 ومنها على سبيل المثال ما تضمنه أحكام قانون المالية لسنة 2015 بموجب المادة 80 منه والتي أعفت الأندية المحترفة المشكلة في شكل شركة من الضريبة على الدخل الإجمالي أو الضريبة على أرباح الشركات وكذا حقوق التسجيل إلى غاية سنة 2020، والنواتج وفوائض القيم لعملية التنازل عن الأسهم والحصص الإجتماعية لهذه الأندية المحترفة.

كما أعفت المادة 52 من قانون المالية التكميلي لسنة 2012 المعدات والتجهيزات الرياضية المنتجة في الجزائر والمقتناة من طرف الإتحاديات الرياضية الوطنية من الرسم على القيمة المضافة واستفادات النشاطات الرياضية من حساب تخصيص خاص رقم 302/135 عنوانه "صندوق دعم عمومي للأندية المحترفة لكرة القدم".

572- المادة 05 والمادة 07 من قانون 05/13 يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية المذكور سابقا.

573- التفويض هو القرار الذي يمكن أن يفرض بموجبه الوزير المكلف بالرياضة الإتحادية الوطنية المتخصصة لممارسة مهمة أو عدة مهام للخدمة العمومية، ويرفق التفويض من أجل تنفيذه بالوسائل المالية والبشرية والمادية، كما يمكن سحبه في حالة ثبوت وجود إختلالات ونقائص تضر بتطوير الإختصاصات الرياضية استنادا لنص المادتين 94 و95 من قانون 05/13 مذكور أعلاه.

574- حيث نصت المادة 57 على "يتعين على اللجنة الوطنية الأولمبية والإتحادات الرياضية الوطنية والفرق الرياضية المستفيدة من الإعانات العمومية التصريح بالموارد المستلمة بعنوان التمويل الرياضي والهبات والوصايا وكذا الإشهار ونشر حساباتها السنوية وتقرير محافظي الحسابات وذلك خلال الأشهر الثلاثة (03) من مصادقة هيئة المداولة القانونية على الحسابات ... زيادة على ذلك العمل على إرفاق حساباتها السنوية بحساب التوظيف السنوي للإعانات المسلمة ولاسيما تخصيص الإعانة تبعا لصف النفقات...".

575- منها على سبيل المثال القرار المؤرخ في أول يوليو 2010، يحدد نموذج دفتر الأعباء الواجب إكتتابه من طرف الشركات والنادي الرياضية المحترفة ج.ر.ع. 44 مؤرخ في 21 يوليو 2010 الذي اعتبر الإكتتاب في دفتر الأعباء شرطا للمشاركة في التظاهرات الرياضية.

من الجدير بالملاحظة أن المعاملة التمييزية لصالح الإتحاديات الرياضية الوطنية مقابل الاستثمارات الأجنبية مكرسة بموجب قانون التربية البدنية والرياضية 05/13 الذي منح لهذه الأخيرة⁵⁷⁶ دون سواها حق الإستفادة من إعانات ومساعدات ومساهمات الدولة والجماعات المحلية، كما منحها دون سواها إمكانية إنجازها بالمساهمة المالية للدولة والجماعات المحلية وحسب شروط تفضيلية على حد تعبير نص المادة 100 من قانون 05/13، لكل عملية خاصة بالمنشآت و/أو التجهيزات.

أما عن نصيب الإستثمارات الأجنبية من النشاطات الرياضية، فهو لا يمكن أن يكون إلا عن طريق المساهمة أو الشراكة الرياضية التجارية استنادا لنص المادة 84 من قانون 05/13 التي نصت على "... قبول الإكتتابات الجديدة الصادرة عن الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين ذو الجنسية الجزائرية أو الأجنبية بغرض الزيادة في موارد هذه الشركات وضمان استمراريتها" وهو ما قد يقصي الإستثمارات الأجنبية من المساهمة في الجمعيات الرياضية التي تنشأ وفقا لأحكام قانون الجمعيات رقم 06/12⁵⁷⁷ ويحصرها في النادي الرياضي المحترف الذي يتخذ أحد أشكال الشركات المنصوص عليها بموجب المادة 78 وهي مؤسسة الشخص الواحد *EURL*. وشركة المسؤولية المحددة *SARL* أو مساهمة *SPA*.

وبناء على ما سبق فإن النشاطات الرياضية تستفيد من إعانات خاصة تقدمها الدولة والجماعات المحلية استنادا لقانون 05/13، بالإضافة إلى المزايا التي يقدمها قانون الإستثمار، كما أن تواجد الإستثمارات الأجنبية في هذا المجال يخضع لإجبارية الشراكة من جهة، والمعاملة التمييزية لصالح المؤسسات الوطنية الناشطة في هذا المجال من جهة أخرى، كما نجد أن هذا المجال لا يختلف عن غيره من المجالات الأخرى التي فرض عليها سلطة الوصاية، والتبعية للوزير المشرف على القطاع "الرياضة" الذي حصر القانون أساس تعامله مع الهيئات الرياضية في الإعتماد على احترام القانون الرياضي والأنظمة الرياضية الدولية لاسيما الميثاق الأولمبي ومبادئ الحكم الراشد.

576- أي كل الإتحاديات الرياضية الوطنية المتخصصة، والمفوضة، وكذا الإتحاديات الرياضية الوطنية المعترف لها بالمنفعة العمومية والصالح العام، والتي يتم تحديد قائمتها من طرف الوزير المكلف بالرياضة استنادا لنص المادة 97 من قانون 05/13.

577- قانون 06/12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر.ع. 02، مؤرخ في 15 يناير سنة 2012.

الفرع الثاني

النشاطات السياحية والفندقية

عرف القطاع السياحي والفندقي نقلة نوعية نظرا لما حمله من قدرة على المساهمة في الحصول على موارد مالية خارجة عن قطاع المحروقات، حيث أخضع لشروط القيد في السجل التجاري واعتبر بذلك من النشاطات المقننة⁵⁷⁸. وتتضمن النشاطات السياحية مجموعة من المهن مثل الفندقية، الإطعام، وكالات الأسفار، الصناعات التقليدية والحرفية، وعرفت مجمل هذه النشاطات خاصة الفندقية منها تطورات تشريعية لافتة، حيث صنف الفنادق إلى 06 أصناف وفقا لمرسوم تنفيذي رقم 46/2000⁵⁷⁹ كما حددت جميع أماكن الإيواء السياحية وربطتها بشرط الحصول على رخصة لممارسة هذه النشاطات.

وبالموازاة مع ذلك عرفت وكالات السياحة والسفر أحكاما جديدة تتوافق مع السياسة العامة المتعلقة بدعم القطاع السياحي، حيث كرست المساواة بين القطاعين العمومي والخاص في القيام بالإستثمارات السياحية من خلال إزالة الإطار التمييزي الذي كان موجودا في إطار القانون 05/90⁵⁸⁰ والمتمثل في عدم خضوع الجماعات والهيئات العمومية والشركات المختلطة لرخصة الإعتماد، كما تم إلغاء شرط الجنسية حتى يسمح بممارسة النشاط، مما يسمح بفتح المجال أمام المستثمرين الأجانب، كما تم النص على تأهيل الأشخاص الراغبين في الإستثمار ضمن هذا النشاط باشتراط مؤهلات خاصة لمنح الرخصة، وأنشأ النص الجديد صنف وحيد لرخصة استغلال هذا النشاط عوضا عن التصنيف السابق المكون من نوعين "أ" و"ب". كما نص القانون الجديد الذي حل محل القانون رقم 05/90 بأعوان جدد مؤهلين قانونا للقيام بمراقبة النشاط السياحي ومن أهمها اللجنة الوطنية المكلفة باعتماد وكالات السياحة والأسفار التي تتولى

578- مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18 يناير 1997 المتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيد في السجل التجاري ج.ر.ع 05 مؤرخ في 19 يناير 1997 المعدل والمتمم.

579- مرسوم تنفيذي رقم 46/2000 مؤرخ في أول مارس سنة 2000، يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيم وسيرها وكذا كفاءات استغلالها ج.ر.ع 10 مؤرخ في 05 مارس 2000 معدل ومتمم.

580- يخضع إنشاء وكالات السياحة والأسفار إلى المرسوم التنفيذي رقم 48/2000 مؤرخ في أول مارس سنة 2000. يحدد شروط وكفاءات إنشاء وكالات السياحة والأسفار واستغلالها ج.ر.ع 10 مؤرخ في 05 مارس 2000 معدل ومتمم الذي يعتبر النص التنظيمي للقانون رقم 06/99، مؤرخ في 04 أبريل سنة 1999، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار ج.ر.ع 24 مؤرخ في 07 أبريل 1999. المعدل والمتمم الذي ألغت المادة 47 منه أحكام القانون 05/90 المؤرخ في 19 فبراير والمتعلق بوكالات السياحة والأسفار.

النظر في الملفات التي يحيلها إليها الوزير المكلف بالسياحة لإبداء رأيها فيها⁵⁸¹. حيث جاءت هذه التغييرات كنتيجة حتمية لتأهيل النشاطات السياحية الإستثمارية للدخول مجال المنافسة، وتغطية السوق بخدمات ذات جودة⁵⁸²، خلافا لما كانت تطرحه النصوص القانونية السابقة من عراقيل وتضييق على الإستثمارات الأجنبية.

كما استفادت النشاطات السياحية والفندقية من مزايا أمر 03/01، ومزايا إضافية بموجب قوانين المالية التي نذكر منها مثلا ما تضمنته أحكام المادتين 80 و 81 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009، حيث منحت الأعمال المتعلقة بعصرنة المؤسسات السياحية والفندقية المقرر إنجازها في إطار "مخطط جودة السياحة" من تخفيض نسبة 03% و 4,50% من معدل الفائدة المطبقة على القروض البنكية كما أعفت عملية إقتضاء التجهيزات والتأثيثات غير المنتجة محليا حسب المواصفات الفندقية التي تدخل في إطار عمليات العصرنة والتأهيل في إطار نفس المخطط من المعدل المنخفض للحقوق الجمركية. كما منحت عمليات التنازل عن الأراضي لإنجاز مشاريع سياحية في مناطق الهضاب العليا والجنوب من تخفيض نسبة 50% و 80% .

لا تختلف الأحكام المتعلقة بدعم هذا النشاط عن الأحكام التي سبق عرضها في مزعم الحديث عن النشاطات الرياضية، حيث تم فتح المجال أمام المستثمرين الأجانب، ومنح امتيازات إضافية خاصة لهذا النشاط، وفي المقابل القيام برقابته عن طريق الرخصة، وهيئات مكلفة بإعتماد النشاط مع شراكته مع المستثمر الوطني.

الفرع الثالث

النشاطات السينمائية والكتاب

يعتبر النشاط السينمائي من النشاطات التي عانت من التبعية الكبيرة للدولة ومؤسساتها المشرفة على هذا القطاع⁵⁸³، مما أدى إلى ركود الإنتاج السينمائي وعدم قدرته على المنافسة، وهي الأسباب التي دفعت بالدولة إلى إعادة

581- مرسوم تنفيذي رقم 47/2000 مؤرخ في أول مارس سنة 2000، يحدد تنظيم اللجنة الوطنية لإعتماد وكالات السياحة والأسفار وسيرها، ج.ر.ع 10 مؤرخ في 05 مارس 2000، معدل ومتمم.

582- محضر الجلسة العلنية الثالثة المنعقدة بتاريخ 07 مارس 1999، الغرفة الثانية، مجلس الأمة، برئاسة السيد تونسي بوساحية، نائب رئيس مجلس الأمة.
583- حيث تم إنشاء أول هيئة للإنتاج السينمائي بعد الإستقلال من طرف وزارة الشباب والرياضة سنة 1962 والمتمثلة في "المركز السمعي البصري"، وصدر أمر 52/67 مؤرخ في 17 مارس سنة 1967 المتضمن تنظيم فن السينما وضاعتها، والذي لم يتم إلغائه إلا سنة 2011، أي بعد مرور أكثر من أربعة عقود من الزمن. والذي بموجبه تم إعادة هيكلية السينما الجزائرية من خلال إنشاء مؤسسات جديدة متمثلة في مركز التوزيع السينمائي، ومركز السينما الجزائرية للإضطلاع بالأدوار الإدارية، ومارست الدولة احتكارها للقطاع بواسطة الهيئة القومية لصناعة وتجارة السينما، الذي تم حله لاحقا سنة 1984، وتم توزيع المهام التي كانت موكلة له على هيئتين منفصلتين هما المؤسسة القومية للإنتاج السينمائي، والمؤسسة القومية للتوزيع ودور العرض، وتم التخلي في هذه المرحلة عن سياسة الإحتكار وأصبح من الممكن أن يقوم السينمائيون بإنشاء شركات إنتاج خاصة بهم: www.m-culture.gov.dz

النظر في التحفيزات المقدمة للمستثمرين في هذا المجال بعد أن قامت بفتحه أمام المستثمرين الخواص⁵⁸⁴، وغيرت طبيعته القانونية من خلال اعتباره نشاطا صناعيا وتجاريا استنادا لنص المادة الأولى من قانون 03/11 المتعلق بالسينما⁵⁸⁵.

كما أن النشاطات السينمائية تخضع في ممارستها لرخصة يسلمها الوزير المكلف بالثقافة إذا تعلق النشاط بأشخاص القانون الخاص استنادا لنص المادة 11 من قانون 03/11⁵⁸⁶، كما تخضع ممارسة النشاطات السينمائية المتمثلة في الإنتاج التنفيذي للأفلام الأجنبية، إلى شرط آخر، متمثل في ضرورة اللجوء إلى متعاونين جزائريين ينشطون في مجال السينما بالجزائر.

وكغيره من المجالات المدعمة من قبل الدولة تستفيد النشاطات التي تدخل ضمن مجاله من تحفيزات مالية عمومية مخصصة حصريا للشركات الخاضعة للقانون الجزائري بعد موافقة لجنة قراءة تتشكل من مهنيين وخبراء⁵⁸⁷. وتكون الإعانات المالية المباشرة التي تمنحها الدولة إلى الإنتاج السينمائي إما من خلال حساب التخصيص رقم 302/014⁵⁸⁸ أو من خلال إعانات الهيئات العمومية. وتستفيد أيضا من مزايا أمر 03/01، بالإضافة لحوافز ومزايا إضافية وردت بموجب قوانين المالية والموجهة على سبيل الخصوص للنشاطات السينمائية، ومنها ما أقرته المادة 54 من قانون المالية لسنة 2014 والتي رخصت للخزينة بالتكفل بالفوائد خلال فترة الدفع وتخفيض الفائدة بنسبة 100% على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية، في إطار ترميم قاعات السينما وتجهيزها.

وبناء على ما سبق فإن طريقة تدخل قوانين المالية لفرض تمييز لقطاعات معينة مدعمة من قبل الدولة والمدرجة ضمن نطاق قانون الإستثمار متقاربة، إلى درجة تكاد تكون معها الإجراءات متطابقة، والتي تتلخص في منحها مزايا بموجب قوانينها الخاصة، ثم دعم من قبل الدولة ما يمنحها مزايا إضافية، زائد مزايا أمر 03/01 وبالمقابل رقابة هذه الأخيرة عن طريق وصاية الوزارة المعنية بالقطاع، وإجراءات الرخص والإعتمادات و الشراكة الاجبارية.

584- استنادا لنص المادتين 11 و35 من قانون 03/11 المتعلق بالسينما فإن الأشخاص الخواص يمكنهم ممارسة جميع النشاطات السينمائية بما فيها إنشاء مؤسسات التكوين السينمائي.

585- قانون 03/11 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يتعلق بالسينما، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2011.

586- نص المادة 11 على "تخضع ممارسة الأنشطة السينمائية من طرف الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص إلى رخصة يسلمها الوزير المكلف بالثقافة".

587- مرسوم تنفيذي رقم 91/12 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2012، يحدد كفاءات منح الإعانة العمومية للسينما وكفاءات إنشاء لجنة القراءة وإعانة السينما وتشكيلتها وتنظيمها وسيرها وتجديدها، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 04 مارس 2012.

588- مرسوم تنفيذي رقم 90/12 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2012 الذي يحدد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/014 الذي عنوانه "صندوق تنمية الفن السينمائي وتقنياته وصناعاته"، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 04 مارس 2012.

أما عن نشاطات الكتاب، فقد أدرجها قانون المالية ضمن أحكام قانون الإستثمار قبل أن يصدر النص الذي ينظم عملية تسويق الكتاب في الجزائر، و الذي صادقت عليه الغرفة الأولى للبرلمان بتاريخ 10 أفريل 2015 بالأغلبية ليصدر نص القانون رقم 13/15⁵⁸⁹ ، حيث اعتبر الأنشطة المتعلقة بالكتاب أنشطة صناعية و تجارية، وسمح للمستثمرين الأجانب ممارسة الأنشطة الخاصة بالكتاب بشرط الإقامة وفقا لنص المادة 06، وبشرط التصريح فيما تعلق بأنشطة النشر، وشرط الموافقة بالنسبة للجهات الأجنبية من الكتب وفقا لنص المادة 12. كما فتحت المادة 15 منه المجال أمام الخواص فيما تعلق بالكتاب المدرسي وأخضعته إلى رخصة، كما أخضع تسويق الكتاب عن طريق تنظيم التظاهرات لترخيص مسبق تمنحه الوزارة المكلفة بالثقافة، كما اعتبر نص المادة 18 عملية نشر الكتاب من أنشطة الانتاج. كما سمح القانون للأشخاص المعنوية من الخواص فتح مكاتب للمطالعة العمومية وتحقيق أرباح تجارية منها.

لم تكن قوانين المالية النصوص القانونية الوحيدة التي نصت على اضافة نشاطات محددة لمجال تطبيق أمر 03/01، حيث أن قانون المناجم 05/14⁵⁹⁰ تضمن ادخال استثمارات الاستغلال المنجمي لمجال تطبيق أحكام أمر 03/01 بموجب المادة 139 منه، والتي نصت على "تخضع استثمارات الاستغلال المنجمي لا سيما تلك الموجهة لاستحداث أو توسيع القدرات أو اعادة التأهيل أو اعادة الهيكلة إلى الأحكام المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المتعلقين بترقية الاستثمار" وهو ما يؤكد أن نشاطات البحث لا تدخل ضمن نطاق أمر 03/01 حيث يشمل هذا الأخير نشاطات الاستغلال فقط، وبالتالي لا يمكنها الاستفادة من المزايا التي يمنحها للإستثمارات.

589- قانون رقم 13/15 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بأنشطة وسوق الكتاب، ج. ر.ع. 39 مؤرخ في 19 يوليو 2015.

590- قانون 05/14 مؤرخ في 24 فبراير سنة 2014، يتضمن قانون المناجم، مذكور سابقا.

المبحث الثاني

آلية الشراكة العقدية لتواجد الاستثمارات الأجنبية

لم تتردد السلطة التنفيذية في الرجوع بقانون الإستثمار إلى مبادئ النظام الاشتراكي الذي كانت الجزائر تطبقه في المرحلة التي تلت الاستقلال مباشرة، حيث أصبحت الاستثمارات التي يبادر بها أجنب سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين تنجز بالشراكة مع واحد أو عدة شركاء وطنيين مقيمين من القطاع العام أو الخاص، كما أن تمويل هذه الاستثمارات ينبغي أن يتم باللجوء إلى التمويل المحلي في حالة تأسيس الرأسمال الاجتماعي⁵⁹¹.

وعموما فإن السياسات العمومية للتصرف في المرافق العمومية في العالم باعتبارها شريك للمستثمر الأجنبي مرت تاريخيا بثلاثة مراحل، بداية من التصرف المباشر ثم إلى مرحلة ثانية تميزت بالتخلي لفائدة الخواص، و بعدها تأكد ظهور نمط جديد هو "الشراكة" بين القطاعين العام و الخاص⁵⁹² الذي يسمح من خلال هذه الشراكة للقطاع الخاص بإنجاز مشاريع و اسداء خدمات في مجال البنية الأساسية و المشاريع الكبرى التي جرت العادة أن يستثمر فيها القطاع العمومي بصفة أحادية باعتبارها احدى الوسائل الأساسية التي يمكن أن تساهم في تمويل المرافق العمومية و المشاريع الكبرى في مجال البنية الأساسية ، كما أنها تمثل احدى و سائل التثمين الاقتصادي للملك العمومي⁵⁹³.

و رغم أن قانون المالية فرض شكل الشراكة مع المتعاملين الأجانب إلا أنه في المقابل لم يقيم بتحديد شكل قانوني معين يمكن لهذه الأخيرة أن تتم من خلاله ، و اكتفي بشرط ملكية الأغلبية للمستثمر الوطني، الأمر الذي أدى إلى وجود أنواع كثيرة من أشكال الشراكة تختلف باختلاف أدوار كل من القطاع العام و القطاع الخاص بما فيه المستثمر الأجنبي من جهة و شكل العقد و النشاط الاقتصادي الذي تستهدفه من جهة أخرى (المطلب الأول).

إن تقييد شكل تواجد الاستثمار الأجنبي بموجب عقد الشراكة جاء كنتيجة لتقييد حاجة الدولة الجزائرية من هذه الاستثمارات ، و التي لا تملكها الاستثمارات الوطنية العامة و الخاصة، الأمر الذي استدعى ضرورة إشراك المستثمر الأجنبي المالك الحصري للتكنولوجيا التي تطمح لها الدول النامية من خلال مشاركة الأجانب.

591- الاجراءات المتعلقة بالمشاريع المبادر بها من طرف أجنب ، ص 01 www.andi.dz

592- عفيف الهنداوي، الشراكة بين القطاع العام و القطاع الخاص، المدرسة الوطنية للإدارة، معهد تنمية قدرات كبار الموظفين، الوزارة الأولى ، الدورة الرابعة، تونس نوفمبر 2010 جويلية 2011، ص 07.

593- عفيف الهنداوي، مرجع سابق، ص 07.

و رغم تنوع أشكال عقود الشراكة و كثرتها، إلا أنها تتميز بسمات أساسية تجعلها تتفرد عن غيرها من العقود الأخرى رغم إعتبارها جزءا منها⁵⁹⁴ وتخضع لنفس المنظومة القانونية (المطلب الثاني).

كما تمنح للأطراف المتعاقدة القدرة على الموازنة بين المصالح المتضاربة من خلال الضمانات التي يمكن لكل طرف تحقيقها من خلال تطبيق قانونه الوطني، و طرق الرقابة التي يخضع لها الأطراف بموجب عقد الشراكة التي قد تحقق الممارسة الشفافة للاستثمار، بإعتباره الأداة الفعالة المعول عليها لتحقيق التوازن بين ملكية التكنولوجيا و ملكية المشروع الاستثماري (المطلب الثالث).

المطلب الأول

فرض أسلوب الشراكة دون تحديدها

يختلف الفقه⁵⁹⁵ في تحديد أنواع الشراكة باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى هذه الأخيرة، فقد تأخذ الشراكة المبرمة بين المستثمر الأجنبي و الدولة شكل العقد الإداري، كما تأخذ الشراكة الوطنية الأجنبية شكل العقد التجاري أو الصناعي، غير أن جانبا آخر من الفقه يعتمد على تقسيم عقود الشراكة تبعا لموضوعها، حيث تكاد تجمع الآراء على تصنيفها إلى عقود البترول، وعقود الاستثمار⁵⁹⁶ و عقود التعاون الصناعي و عقود الانشاءات الدولية. بحيث تلتقي بعض التصنيفات في إقرار نفس الأشكال ، في حين تتفرد تصنيفات أخرى ببعض الأشكال (الفرع الأول).

594- لقد أدي الخلط بين مفهوم عقود الدولة و عقود الاستثمار نظرا لعدم وجود عقد مسمى يمكن أن يطلق عليه "عقد الدولة للاستثمار"، إلى التداخل في المفاهيم بالرغم من كون عقود الاستثمار تمثل الموضوع الأصيل لعقود الدولة ، إلا أن عقود الدولة لا تقتصر على الاستثمار فقط، فقد تتعاقد الدولة مع شخص طبيعي محامي أو صحفي أو خبير في مجال معين، وهو ما لا ينطبق عليه وصف عقود الاستثمار، ففكرة عقود الاستثمار فكرة وصفية تنطبق على مجموعة من العقود التي تتوافر فيها خصائص معينة. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 11.

595- إدينارين سميرة، عقد الشراكة الدولي، بحث لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر سنة 2000، 2001، ص 17.

596- تأخذ الشراكة شكل عقد الاستثمار، الذي يعرف بأنه "العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص خاص أجنبي يلتزم بنقل قيم اقتصادية لإستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد" و قد عرفته لجنة إتحاد القانون الدولي الحادية و الخمسون بأنه " تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير إنتظام مباشر". عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر سنة 2010/2011، ص 45. كذلك تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بهذه العقود، ففي تحكيم Sapphire ضد شركة النفط الوطنية الإيرانية عرف عقد الاستثمار بأنه "عقد بين شركة وطنية تأخذ شكل المشروع العام و شركة تجارية أجنبية خاضعة للقانون المدني الأجنبي، و محل هذا العقد لا ينصب على العمليات التجارية ، إذ أنه يمنح الشركة الأجنبية حق إستغلال الموارد الطبيعية لمدة طويلة، ويلزمها بإقامة استثمارات ضخمة، و منشآت لها طابع الدوام". بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 13.

كما تختلف الدول في تحديد حاجتها من الشراكة، فبينما تحتاج دول لرؤوس الأموال الأجنبية التي تجلبها هذه الأخيرة، فإن دول أخرى تطمح للحصول على تكنولوجيا الجيل التي عرفت تنافسا بعد الحرب العالمية الثانية أدخلت العالم في ثورة جديدة في مجال العلم و التكنولوجيا، الأمر الذي أدى إلى تقسيم العالم إلى دول تمتلك التكنولوجيا و دول أخرى تكتفي بجمع ما يقدم لها من فضلات التكنولوجيا، حتى و إن كانت غير ملائمة لبنيتها الإجتماعية و الاقتصادية و البشرية، حيث عجزت عن رسم سياسة عقلانية واضحة تبين ما يجب و ما يمكن الحصول عليه من علم و تكنولوجيا من الخارج⁵⁹⁷، كأحد أهم الأسباب لقبول تواجد الاستثمارات الأجنبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تنوع أشكال الشراكة

رغم حصر المشرع الجزائري لتواجد الاستثمار الأجنبي في نمط قانوني واحد، إلا أن الفرصة لا تزال سانحة و مفتوحة أمام هذا الأخير لإختيار شكل إستثماره، نظرا لتنوع أشكال الشراكة و تعددها. غير أن هذا التعدد و التنوع قد يطرح مشاكل قانونية تؤدي إلى المعاملة غير المتساوية بين الاستثمارات الوطنية و الأجنبية ، التي تملك حضورا زيادة إمتيازاتها عن طريق التفاوض ، خاصة إذا اختارت الأسلوب التعاقدية لشكل إستثمارها⁵⁹⁸، كما تملك حق اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدها، ناهيك عن إمكانية ادراج شروط حمائية إضافية داخل العقد، ما يجعل الشراكة العقدية إمتيازية بالمقارنة مع الشراكة التي تتم داخل نظام قانوني محدد في شكل الشركة التي ينظمها القانون الخاص الوطني.

إن اختلاف أشكال الشراكة أدى إلى اختلاف الفقه في تحديدها كما سبق الذكر، حيث أن البعض من هذا الفقه يقسمها إلى شراكة في مجال البترول و شراكة في مجال التعاون الصناعي، و شراكة في مجال الأشغال العامة⁵⁹⁹، في

597- زهبة فندي، برودي نعيمة، هل ستعمل الاستثمارات الأجنبية المباشرة على تقليص الفجوة التكنولوجية بين الدول المتقدمة و الدول النامية، الملتقى العلمي الدولي الثاني "الاستثمار الأجنبي المباشر و مهارات الأداء الاقتصادي، حالة بعض الدول النامية، جامعة بومرداس، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير و العلوم التجارية، بومرداس يومي 22 و 23 أكتوبر 2007، ص 06.

598- تتشابه الصيغة التعاقدية لمشروع الدولي المشترك إلى حد كبير مع ما عرف في القضاء الأمريكي "بالمشروع المشترك" وهو عبارة عن ارتباط خاص بين شخصين أو أكثر للاشتراك في السعي من أجل الربح في مشروع معين دون وجود مشاركة حقيقية، وكان المقصود من فكرة "المشروع المشترك" خلق صيغة جديدة مرنة تسمح للشركات بالتجمع في إطار تعاقدية لتنفيذ مشروع معين دون أن تقوم فيما بينها شركة. مصطفى بسم عصام الدين، مرجع سابق، ص 115.

599- وهو التقسيم الذي أخذ به الاستاذ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 47، كما تبني الاستاذ عدلي محمد عبد الكريم نفس التقسيم، في رسالته: النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان 2010/2011، ص 35، ص 48.

حين يقسمها البعض الآخر إلى شراكة عقدية و شراكة شراكوية تنشأ عن طريق مؤسسة مشتركة⁶⁰⁰، أما البعض الآخر فيقسمها إلى شراكة مع الدولة أو أحد مؤسساتها التي تأخذ شكل العقود الادارية⁶⁰¹ أو شراكة مع المستثمر الوطني الخاص التي تأخذ شكل الشراكة المؤسساتية، إلى غيرها من الأشكال التي تأخذ شكل الشراكة العقدية⁶⁰²، والتي تتفاوت بالنظر لحجم المصالح التي يحققها كل طرف من هذه الشراكة و طبيعة الطرف الأجنبي المتعاقد.

أولاً: الشراكة من منظور الشكل القانوني:

تأخذ الشراكة وفقاً لهذا التصنيف شكل العقد، غير أن هذا العقد قد يختلف حسب النتائج المترتبة عنه، و منه يتم التمييز بين عقود الشراكة التي تؤدي إلى خلق شخص معنوي مشترك، و المساهة بالشراكة الشراكوية، والتي تختلف أشكالها من ممارسة قانونية إلى أخرى، ففي الممارسة القانونية الأمريكية تعتبر الشراكة الشراكوية شكل قانوني خاص يتمثل في شكل شركة تضامن، بينما تعرف الشراكة الشراكوية في الممارسة القانونية الانجليزية بـ Partnerships⁶⁰³، بينما عرفت في الجزائر بفكرة الشركة المختلطة الاقتصاد التي ظهرت في مرحلة الثمانينات⁶⁰⁴.

أما النوع الثاني من عقود الشراكة ، فهو الذي لا يؤدي إلى إنشاء كيان قانوني و شخص معنوي جديد، و تعرف بالشراكة العقدية المحضة، المؤطرة في شكل المشروع المشترك الذي جسد فكرة استرجاع البلدان المتخلفة لعملية التحكم في النشاط الاقتصادي الأجنبي الذي يتم على اقليمها لتأكيد رغبتها الملحة في وضع انتاج مستقل.

و تتميز الشراكة الشراكوية عن الشراكة العقدية المحضة رغم أن فكرة العقد تظهر في كليهما، في أن العقد وحده يكفي لتنظيم العلاقات القانونية بين المتعاملين في الشراكة العقدية ، بينما يخضع تنظيم الشركة المشتركة و العلاقات القانونية بين أطرافها إلى كل من عقد الشراكة الذي يعتبر عقد أساس (Contrat de base)، و القواعد القانونية الخاصة بنوع الشركة المختار من قبل الأطراف⁶⁰⁵ و الذي يخضع لتنظيم قواعد القانون التجاري.

600- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 27.

601- إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت BOT في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان 2011، ص 20.

602- يقسم بعض الفقه صور الصيغ التعاقدية لمشروع الدولي المشترك إلى ثلاثة أقسام من الاتفاقات التي ينجم عنها مشروعات مشتركة وهي: إتفاقات المعونة الفنية، و الإتفاقات بين مقاولي الأعمال، واتفاقات الخدمات. مصطفى بسم عصام الدين، مرجع سابق، ص 120.

603- ادينارين سميرة، مرجع أعلاه، ص 17.

604- قانون 13/82 مؤرخ في 28 أوت 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد و سيرها، ج.ر.ع. 35، مؤرخ في أوت 1982.

605- ادينارين سميرة، مرجع أعلاه، ص 27.

ثانيا: الشراكة من منظور دور الشريك العمومي والمستثمر الأجنبي:

وفي هذا الاطار يقوم الشريك الخاص الأجنبي ببناء مرفق من المرافق العمومية حسب المواصفات المتفق عليها و تقديم الخدمة لفترة من الزمن بموجب عقد مع الجهة الحكومية المعنية⁶⁰⁶.

تمثل عقود "البوت"⁶⁰⁷ صورة جديدة و مستحدثة من العقود الادارية ، التي تستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته الى الدولة او اداراتها العامة او مؤسساتها العامة بعد انقضاء المدة المتفق عليها.

و رغم اختلاف و تعدد التعاريف القانونية المتعلقة بعقد البوت، إلا أن أغلبها تنصب في اعتباره نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يطلق عليه تسمية (شركة المشروع) بموجب اتفاق بينهما يسمى " اتفاق الترخيص"، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم و بناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، و يرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع و تشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع و يمنحها هامش ربح طول مدة الترخيص.

و يتميز عقد البوت كشكل من أشكال الشراكة بين القطاع العام و الخاص الوطني و الأجنبي عن غيره من أشكال الاستثمارات الأخرى، كما يتفرع بدوره إلى عدة أنواع تشكل في مجملها عملة لوجه واحد⁶⁰⁸.

606- عفيف الهنداوي، مرجع سابق، ص 16.

607- اصطلاح "البوت" اختصار لكلمات انجليزية ثلاثة، البناء، التشغيل، نقل الملكية (Build; Operate; Transfer) ويقابلها بالفرنسية (Construire ;Exploiter ;Transférer). إلباس ناصيف،العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص 81.

608- يمكن تمييز عقد البوت عن أشكال أخرى يمكن للاستثمارات الأجنبية أن تتواجد من خلالها و منها :

أ/ التمييز بين عقد البوت و عقد الأشغال العامة:

يتشابه العقدان في اعتبارهما عقدان ينجزان لفائدة الحكومة او الجهة الادارية ، مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه مسبقا، اي ان العقدان يحتويان على طرف يتمتع بامتيازات المرفق العام و السلطة العامة، أما عن أوجه الإختلاف بينهما فتكمن في أن عقد الأشغال العامة ينتهي فيه دور المستثمر الأجنبي بإنشاء المشروع و تسليمه الى الجهة الوطنية التي تديره بطريقتها، بينما في عقد البوت يملك المستثمر الأجنبي المشروع و يديره ، ويتقاضى أجره مباشرة من الجمهور الى أن تنتهي مدة الإلتزام، وحينئذ ينقل ملكية المشروع الى الدولة.

ب/ التمييز بين عقد البوت و الخصخصة:

ثالثا: الشراكة من منظور قطاعات النشاط الاقتصادية:

تصنف الشراكة حسب معيار قطاعات النشاط إلى عدة أصناف، منها الشراكة التجارية و الشراكة الصناعية الشراكة التقنية و الشراكة المالية بالإضافة إلى الشراكة الخدمائية⁶¹⁷. ورغم تنوع أشكال الشراكة من منظور قطاعات النشاط الاقتصادي، إلا أنها تبقى البديل المطروح لحل مشكل علاقة الشمال بالجنوب و تضارب مصالحهما.

كما أن كل قطاع من قطاعات النشاط تمتاز بأشكال خاصة بها تتوافق مع مجال النشاط و تراعي خصوصيته، كما تتشارك من خلالها مع المستثمر الأجنبي بقاعدة الملكية الغالبة لصالح الشريك الوطني.

يتشابه عقد البوت مع الخوصصة في أن كلاهما يتناول أموالا عامة تملكها الدولة، بالإضافة إلى أن كلاهما لا يمنحان ملكية للمستثمر الأجنبي على المشروع الذي تم إنجازها من قبل هذا الأخير. كما يتشابهان أيضا في أن الدولة في عقد البوت تستعيد ملكيتها للمشروع، و كذلك تستعيد الدولة أسهم الشريك الأجنبي في المؤسسة المخصصة إذا أراد التنازل عنها، و يخضع تبعا لذلك لحق الشفعة الذي تسترجع من خلاله الدولة بالأولوية ملكية أسهمها في المؤسسة العمومية. أما الاختلاف فيظهر من خلال محل عقد البوت المنصب على تسيير مرفق عام لمدة محددة، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط و قواعد تتصل بإنشائه و تشغيله، فضلا عن الحق في الرقابة و الاشراف إلى غاية نهاية مدة الامتياز. أما عقد الخوصصة فينقل ملكية المشروع المملوك للدولة جزئيا إلى المستثمر الأجنبي، بحيث يصبح هذا الأخير مساهما في رأسها و شريكا في إدارة الشركة بنسبة ما يملكه من أسهم و التي لا يمكن أن تتجاوز بأي حال من الأحوال نسبة 49%. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 130.

ج/ التمييز بين عقد البوت وعقد المفتاح في اليد:

يتشابه العقدان في أن كل من المتعهد في عقد المفتاح في اليد و شركة المشروع في عقد البوت، يتعهدان بإنجاز مشروع متكامل جاهز للإستعمال مقابل أجر، كما أن كلا العاقدين يضمنان سلسلة متشابكة من العلاقات التعاقدية، فهي صورة من صور عقود الأشغال الدولية التي تتسم بمجموعة من العلاقات المرتبطة و المتشابكة بين جهة افدارة مانحة الإلتزام و شركة المشروع و المقاولين من الباطن و الموردين، و جهات التمويل و شركات الضمان المحلية و الأجنبية وما ينشأ عن كل هذه العلاقات من عقود مختلفة، كما يتشابهان أيضا في مسؤولية المتعهد عن تنفيذ أعمال المشروع، و نقل التكنولوجيا.

وقد يتم عقد البوت في شكل عقد المفتاح في اليد وعندئذ تترتب المسؤولية كاملة على المقاول عن المشروع منذ بدايته إلى نهايته، فالغاية من إتمام عقد البوت على شكل عقد المفتاح في اليد هي تفادي العيوب و المخاطر التي قد تقع على الجهة الادارية المانحة، ونقل عبئ تحمل هذه العيوب و المخاطر إلى الملتزم بها في جميع مراحل العقد، أما أوجه الاختلاف فتكمن في أن عقد البوت يمنح شركة المشروع إستغلال هذا المشروع لمدة معينة، بينما عقد المفتاح في اليد يظل فيه المشروع ملكا لصاحبه. بالإضافة إلى أن عقد البوت غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة جهة ادارية، تابعة للدولة أو أحد مؤسساتها العمومية، بينما عقد المفتاح في اليد غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع من جهات القطاع الخاص، كما أن الغالب في عقود البوت ان المشروع موضوع الإلتزام مرفق من المرافق العامة، أما عقد المفتاح في اليد فغالبا ما يدور مشروع الإلتزام فيه في نطاق العمال الصناعية التي تعود للقطاع الخاص او يمكن ان تكون مرفقا عاما. كما ينتهي عقد المفتاح في اليد بإكمال المشروع و تسليمه جاهزا للاستعمال إلى المستثمر، بينما عقد البوت يكون العقد فيه لمدة طويلة طول حياة الشركة صاحبة المشروع والتي قد تصل إلى 99 سنة. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 132 ص 133.

د/ التمييز بين عقد البوت و العقد المركب:

يتشابه عقد البوت مع العقد المركب في كونها يتضمنان مجموعة من العقود المتداخلة أهمها، عقد التشغيل و عقد الادارة، و عقد نقل الملكية، ومع ذلك فان هناك فرق بينهما يكمن في ترابط مختلف العقود المنطوية تحت شكل عقد البوت بطريقة لا يمكن فصل احداها عن الآخر، وإلا أدى انفصالها إلى انتفاء المقصود من عقد الامتياز، بينما العقود المركبة يمكن فصل واحدها عن الآخر بدون ان تنتفي فكرة العقد فيها.

وينقسم عقد البوت إلى عدة اشكال تصب كلها في هدف واحد وان اختلفت الظروف المحيطة بالمشروع، سواء كانت متعلقة بالمشروع ذاته او بسياسة الدولة، ذلك ان جميع هذه العقود تشترك في هدف يتمثل في السماح للقطاع الخاص بتولى مهام تمويل و استثمار أملاك الدولة ذات الطبيعة الاقتصادية، و نجمل أنواع عقد البوت في خمسة أساسية هي: البناء و التمليك و التشغيل، البناء و الايجار ونقل الملكية، التصميم البناء، التشغيل، الايجار و التجديد و التشغيل ونقل الملكية، و اخيرا التصميم البناء و الصيانة. عفيف الهنادوي، مرجع سابق، ص 18، 222.

617- أو شن ليلي، الشراكة الأجنبية و المؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية، تيزي وزو، فيفري 2011، ص 31.

1/ الشراكة التجارية:

تكتسي الشراكة التجارية طابعا خاصا، حيث انها تركز على تقوية و تعزيز مكانة المؤسسة في السوق التجارية من خلال استعمال العلامات التجارية او ضمان تسويق المنتجات⁶¹⁸، وتأخذ بدورها ثلاثة أشكال تتمثل فيما يلي:

أ/ عقود التعاون:

يخص هذا النوع من العقود المؤسسات التي ترغب في اقتحام أسواق جديدة، حيث تمثل هذه الأخيرة وساطة تجارية بين المؤسسة المنتجة و الزبون عن طريق تدخل الطرف المسوق لهذه السلطة كما يشكل استغلال مشترك لما يقدمه الأطراف من مال و مهارات و تكنولوجيا في نشاط اقتصادي معين، وغالبا ما يكون العقد طويل المدة بين إثنين او أكثر من المشروعات المنتجة من دول مختلفة بغرض التعاون في انتاج معين⁶¹⁹.

ب/ عقود التمويين:

حيث تتضمن عملية تمركز المشتريات بين مجموع مؤسسات ما يمنحها قدرة كبيرة على التفاوض، و تلجأ بعض المؤسسات الى شراء بعض المنتجات من مؤسسة أو شركة أخرى عن طريق الترخيص.

غير أن هذه العقود تفتقر لخصائص عقد الشراكة، فالبنسبة لعقد الترخيص فإنه يضع المرخص له في وضعية تبعية للمرخص، الأمر الذي يتنافى مع خاصية المساواة بين أطراف العقد التي تتصف بها عقود الشراكة، بحيث ان الشروط الواردة في عقد الترخيص التي يفرضها المرخص سواء لحماية سمعته و علامته او لحماية منتوجاته من المنافسة داخليا و خارجيا تحول طبيعة العلاقة في هذا العقد من علاقة تعاونية إلى علاقة تبعية⁶²⁰. ومن هذه الشروط مثلا إلزام المرخص له بإنتاج كمية محددة من المنتج المرخص به، أو إلزام المرخص له بتقديم تقارير دورية مفصلة للمرخص.

إن غياب خصائص عقد الشراكة في الكثير من العقود يجعلها تخرج عن طائفة عقود الشراكة التي تمتاز بخاصيتين أساسيتين، الأولى تقنية تتعلق بالهدف المرجوا من عقد الشراكة ، و المتمثل في إتمام مهام محددة تتعلق بوظائف مختلفة، أما الثانية فهي خاصية نفسية تفرض المساواة القانونية بين أطراف عقد الشراكة و عدم خضوع أحدهما للآخر، بحيث يشكلان تحالف لمصالح المشتركة⁶²¹، ومن هذه العقود نجد مثلا عقود المقاوله من الباطن و عقود

618- أوشن ليلي، مرجع سابق، ص 34.

619- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 18.

620 - إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 51.

621- إدينارين سميرة، مرجع أعلاه، ص 48.

التوزيع، وكذا الترخيص، و نقل التكنولوجيا التي لا توجد فيها مساواة بل يترتب عنها علاقات تبعية، فكل من الموزع و المتنازل له، يخضعان لتبعية المصنع أو المتنازل، وهي تبعية غالبا ما تكون ضيقة جدا أو اجبارية، بحيث يفرض كل من المتنازل أو المصنع مجموعة من الشروط و الالتزامات على المتنازل له أو الموزع⁶²².

ج / عقود التوزيع:

تربط هذه العقود بين المورد و المستورد، بحيث يقوم المستورد بتوفير المواد الأولية خلال مدة العقد كما يقدم له المساعدات الفنية في مجال التسويق كالإعلان عن المنتجات و تقديم خدمات الصيانة و توفير قطع الغيار، في حين يقوم الطرف الثاني بتوزيع و بيع منتجات الشركة المنتجة في الأسواق المحلية أو الأجنبية عن طريق عدة صيغ قانونية كترخيص التسويق، حيث يقرر العقد للموزع بصفة أساسية الحق في إستعمال إسم المرخص، كما يستخدم وسائل التسويق الفنية بإتباع تعليمات المرخص و تحت إشرافه⁶²³، و يعد هذا العقد أسلوب غير مباشر للاستثمار و غزو الأسواق الأجنبية⁶²⁴.

2/ الشراكة الصناعية:

يحقق نظام المشاركة الصناعية نقلا للتكنولوجيا و المعرفة الادارية الحديثة بصورة أكثر فعالية مقارنة بالمشروعات المملوكة بالكامل للأجانب و هذا نظرا لأن المصالح المحلية و الوطنية تكون ممثلة بصورة واضحة و مؤثرة في المشروع المشترك⁶²⁵.

و تعتبر عقود التعاون الصناعي من أهم أشكال الشراكة الصناعية الحديثة نسبيا⁶²⁶، و التي برزت من خلال ضرورة إقامة ما يعرف بالتعاون الفني إنطلاقا من ضخامة التكاليف المخصصة للمشاريع الصناعية من جهة، و ما تتطلبه من تكنولوجيا عالية من جهة ثانية، وفي هذا الاطار تلجأ بعض الشركات العالمية إلى التقارب و إنشاء مجموعات

622- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 50.

623- عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر 2007، ص 206.

624- أوثن ليلى، مرجع سابق، ص 32.

625- عبد القادر بوعزة، بن مسعود محمد، الشراكة الأجنبية ودورها في نقل التكنولوجيا مع الإشارة الى قطاع المحروقات بالجزائر، الملتقى الدولي العلمي الثاني تحت عنوان "الاستثمار الأجنبي المباشر ومهارات الاداء الاقتصادي (حالة بعض الدول النامية) كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس، 22 و 23 أكتوبر 2007، ص 04.

626- يرجع ظهور عقود التعاون الصناعي إلى أوائل الستينات من القرن العشرين، وذلك إبان التطور و التحول التكنولوجي الهائل الذي شهده العالم. بشار محمد الاسعد، مرجع سابق، ص 56.

متخصصة في المشاريع التكنولوجية و الصناعية المتطورة⁶²⁷، ثم الانفصال فيما بعد و اللجوء إلى المنافسة الفعلية حول المنتج النهائي المعد و المطروح في الأسواق النهائية.

و يعرف البعض التعاون الصناعي بأنه " صورة خاصة للتعاون الاقتصادي الدولي، تتعاون فيها مشروعات مستقلة من دول مختلفة بهدف إنتاج منتج معين بمزيد من الفاعلية في إستخدام الظروف التكنولوجية ، بزيادة التخصص و التعاون في إنتاج و البحث و التطوير من أجل تحقيق الآثار الإقتصادية المستهدفة"⁶²⁸. و تترجم الشراكة الصناعية من خلال صور متعددة من عقود التعاون الصناعي أهمها:

أ/ عقود التصنيع و التركيب:

يعد هذا العقد من أهم مظاهر الشراكة التي لجأت إليها الجزائر مؤخرا، من خلال تصنيعها و تركيبها لسيارات ذات علامات تجارية مختلفة على رأسها الفرنسية، حيث يتم من خلال هذه الشراكة قيام المؤسسة الوطنية بتصنيع و إنتاج منتجات المؤسسة الأجنبية⁶²⁹، مع توفير نسبة من تحكم الطرف الأجنبي في إدارة المشروع مع مساهمته في توظيف اليد العاملة الوطنية و تكوينها، ومنح التكنولوجيا اللازمة للقيام بعملية التصنيع و التركيب. و من أمثلة هذا النوع من الشراكة الاستراتيجية ما جمع بين شركتي (تكلا) لإنتاج البرامج و شركة (بيكتل) أهم شركات الهندسة الانشائية لتطوير برنامج (Xsteel) الذي يعتبر اليوم من أهم برامج التصميم الإلكتروني في منطقتي الهند و إيران و الإمارات العربية المتحدة⁶³⁰، كما نجد أيضا الشراكة بين شركة جنيرال موتور و مجموعة دايو الكورية لصناعة المعدات التقنية⁶³¹.

ب/ عقود المفتاح في اليد:

يقصد بعقد تسليم المفتاح، العقد الذي يلتزم بمقتضاه الطرف الأجنبي بإعداد التصميمات و توريد كافة الموارد الخام و المعدات و الأجهزة اللازمة لعملية التشييد، كما يقوم الطرف الأجنبي ببناء المنشأة الصناعية و تسليمها للدولة المتعاقدة جاهزة للتشغيل⁶³²، و يمكن للشريك الأجنبي القيام بكل البناءات أو جزء منها، و تجهيز مركب صناعي ثم

627- عبد القادر بوعزة ، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 04.

628- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 56.

629- مخلوف أحمد، زرقون محمد، بلعور سليمان، "إدارة الآثار المالية لإستراتيجية الشراكة، حالي مجتمعين صناعيين بالجزائر (صيدال و إسبات)"، بحوث وأوراق عمل مؤتمر الشراكة و التنمية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، جامعة اليرموك، اربد، الأردن يوليو 2008. ص 227.

630- عبد القادر بوعزة ، بن مسعود محمد، مرجع أعلاه، ص 05.

631- أوثن ليلى، مرجع سابق، ص 35.

632- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 59.

تسليمه إلى الدولة المضيفة أو الشريك الوطني و هو في حالة تشغيل، كما يتحمل الشريك الأجنبي المسؤولية المترتبة عن عدم إحترام المواصفات العقدية المتفق عليها، ويكون ذلك مقابل ثمن جزائي يتم تحديده في العقد مسبقاً⁶³³.

و لقد اتخذت عقود تسليم المفتاح صوراً متعددة ، حيث نجد عقد تسليم المتاح الجزئي أو البسيط، كما نجد عقد تسليم المفتاح الثقيل أو تسليم المفتاح الشامل، و تحتل هذه العقود مكاناً متميزاً في مجال التصنيع، حيث تعتبر قالب القانوني السائد لنقل التكنولوجيا و تنفيذ خطط التنمية في الدول النامية⁶³⁴.

ج / عقود الإنتاج في اليد:

إعتمدت الجزائر على هذا النوع من العقود لتحقيق نسيجها الصناعي خاصة في سنوات السبعينات من خلال سياسة المخططات الإقتصادية، وتعتبر هذه العقود توسيع لخدمات المورد التي ترافقها ضمانات إضافية من كلا الطرفين، من تكوين العمال، و المساعدة في تسيير المصنع، و تمكين العمالة المحلية من الدراية الفنية تمكّنها من تشغيل و استعمال التكنولوجيا المركبة ، لذلك فان هذا العقد يعتبر إمتداد لعقد المفتاح في اليد⁶³⁵.

د / عقود البترول:

يتطلب استغلال طاقة البترول الدخول في عقود متعددة بين الدولة صاحبة الثروة الطبيعية أو إحدى هيئاتها أو شركاتها من ناحية و بين طرف يقوم بالتنقيب والبحث والتحويل من جهة ثانية. و مما لا شك فيه أن تحقيق التوازن العادل بين مصالح الطرفين المتعاقدين ليس بالأمر السهل، الأمر الذي جعل هذه العقود تعرف تطورات كثيرة، هدفها تحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة، حيث تم التحول من العقود التقليدية كعقد الامتياز البترولي ، إلى صور عقدية جديدة كعقود المشاركة و عقود المقاول، كما تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه يصنف عقود البترول كوجه مستقل بذاته عن باقي أوجه عقود الشراكة⁶³⁶، و يتضمن عدة أشكال ، كعقود الامتياز في مجال البترول⁶³⁷ ، و عقود المشاركة⁶³⁸، و عقود المقاول البترولية⁶³⁹.

633- معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية و الادارية، الجزائر 1998، ص 85 ص 86.

634- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 59.

635- أوثن ليلى، مرجع سابق، ص 38.

636- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 49، ص 50.

637- تعتبر الشكل التقليدي لعمليات الاستثمار في هذا القطاع، و التي كانت المحاولة الأولى التي خرجت بها الدول المتخلفة من السيطرة التي فرضتها الشركات الأجنبية على المشروع الاستثماري المتواجد على أقاليم الدول المتخلفة، و إعتادت من خلالها على فرض شروط تضمن لها حقوق غير مؤلوفة مكنتها من التسيير الفردي للمشروع على كل المستويات ، و سيطرت على الأرباح المحققة، بالإضافة الى سيطرتها على منافذ التسويق و التسعير و التوزيع و التحويل

13/ الشراكة الخدمائية:

تعد هذه الشراكة إحدى الأشكال التي عرفتها الجزائر في مرحلة التسعينات نظرا لتطور النشاطات الخدمائية بدرجة كبيرة، وظهرت في شكل عقود التسيير التي تستطيع من خلالها المؤسسة الأجنبية تسيير المؤسسة المحلية أو المختلطة للاقتصاد، مقابل مبلغ من المال ما يضمن على عقد التسيير طابع الوكالة التجارية ذات المصلحة المشتركة⁶⁴⁷،

كما كانت عقود الامتياز تنص على إعفاء المشروعات الأجنبية من جميع أنواع الضرائب و تكتفي بتحديد رسم ضئيل للدولة المضيفة، ووفرت مساحات و مناطق ضخمة للإمتياز، كما كانت تسم بطول مدتها غير العادي، وملكية المستثمر الأجنبي للمواد المستخرجة، ناهيك عن عدم جدية ووضوح نظام التخلي عن مناطق الامتياز بعد انتهاء العقد او مناطق الامتياز غير المستغلة. وبعد ما عانته الدول المنتجة للنفط مع المستثمرين الأجانب، بدأت هذه الأخيرة تعي قيمة ثرواتها الطبيعية النفطية، وما للنفط من تأثير على مسار اقتصاديات التنمية العامة، فظهرت مرحلة جديدة اعتمدت على قاعدة المناصفة في الارباح بين الحكومات و الإستثمارات الأجنبية، والتكامل بين طرفي العقد في المدة، و الرقابة على الشركة و الأسعار، كما ضمنت حق الحكومة في المشاركة في رأس المال و عضوية مجلس الادارة، و استخدام اليد العاملة و الوطنية وضمان تكوينها ، الأمر الذي أدى الى تغير شكل عقود الامتياز الى شكل عقود المشاركة، ويمكن تعريف عقود الامتياز بأنها " التصرف الذي تمنح الدولة بمقتضاه الشركة الأجنبية الحق المطلق في البحث و التنقيب عن الموارد البترولية الكائنة فوق إقليمها أو في جزء منه أو إستغلال هذه الموارد و التصرف فيها خلال فترة زمنية مقابل حصول هذه الدولة على حصص مالية معينة"، و يعتبر عقد الامتياز من أشهر العقود الادارية المساءة، و يمكن تعريفها أيضا على هذا الأساس بأنها " عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه و على مسؤوليته، إدارة مرفق عام إقتصادي و إستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الصابطة لسير المرافق العامة ، فضلا عن الشروط التي تضمنها عقد الامتياز" أما عن التعريف القضائي لعقد الامتياز فقد ورد في قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 09 مارس 2004، في القضية رقم 11950 فهرس رقم 11952 المنشور في مجلة مجلس الدولة ، العدد 05 لسنة 2004، ص 57، و الذي جاء في حيثياته أن "عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل بالإستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل إستثنائي و بهدف محدد و متواصل مقابل دفع أتاوة ، لكنه مؤقت و قابل للرجوع فيه". عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 37. أيضا بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 50 ص 52.

638- يقصد بعقود المشاركة البترولية قيام الدولة المالكة للنفط بالإشتراك بجزء من رأس مال الشركة التي تقوم بإستثمار البترول، فتصبح هذه الدولة مساهمة في هذه الشركة سواء في الارباح أما الخسائر في حالة عدم اكتشاف البترول فتقع على الشريك الأجنبي فقط دون أي إلتزام للدولة بهذه الخسائر ، وتتحمل الإستثمارات الأجنبية المشاركة مسؤولية الكشف عن البترول و تمويل هذه الأبحاث، وتتخذ عقود المشاركة إحدى الصور الثلاثة التالية:

1- إبرام عقد بين الدولة المنتجة بذاتها و الشركة الأجنبية على أن يتم تأسيس شركة مساهمة بين الدولة أو إحدى مؤسساتها.

2- إبرام عقد مشاركة بين إحدى الشركات الوطنية التابعة للدولة و الشركة الأجنبية.

3- إبرام عقد شراكة بين الدولة و أحد مؤسساتها الوطنية أو المستثمرين الوطنيين، مع المستثمرين الأجانب.

ورغم ما حققته عقود الشراكة من قدرة سيطرة الدول المنتجة على مواردها الطبيعية و الاستغلال العادل لها، لم تقف هذه الأخيرة عند حد فرض المشاركة الاجبارية مع المستثمر الأجنبي في إستغلال ثراواتها النفطية، بل عرفت تطورات في حاجاتها من هذه الشراكة ، ترتب عنها ظهور صيغ تعاقدية جديدة عرفت بشكل عقد المقابلة البترولية. بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 52 ص 53.

639- تتميز هذه العقود بقصر مدتها بالمقارنة مع عقود الامتياز، حيث لا يتعدى دور المستثمر الأجنبي دور المقاول، بحيث يكتفي بإنجاز المشروع على حسابه الخاص و يتحمل وحده المخاطر الناتجة عن المشروع، و ينتهي دوره بإنهاء مدة العقد أو العثور على النفط الخام، و يستعيد بذلك الأموال التي صرفها ، كما يستفيد من جزء من الأرباح بطريقة مباشرة او عن طريق منح الحق في شراء نسبة من المادة المكتشفة بأسعار خاصة، أو في تسويق الزيت المملوك لشركة النفط مقابل عمولة خاصة. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 41.

647- أو شن ليلى، مرجع سابق، ص 42.

الأمر الذي كرسه المشرع الجزائري في مجال الاستثمار السياحي في نشاطات الفنادق بموجب قانون 01/89⁶⁴⁸، غير أن فكرة عقود التسيير لم تلقى النجاح المرجوا منها، خاصة بعد إلغاء أمر 22/95 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية.

غير أن عقد التسيير لم يكن الشكل الوحيد المعروف في مجال الخدمات، بل عرف هذا النوع صوراً متنوعة مثل عقد الوكيل التجاري، والوكيل بالعمولة والممثل التجاري، بالإضافة إلى عقود الخدمات الإلكترونية الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الأنترنت و كيفية الاستفادة منها، أى تلك التى تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها، مثل عقود الصيانة، وعقد الدخول للشبكة، وعقد إنشاء موقع، وعقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني، وعقد الإشتراك في بنوك المعلومات وبث مضمون معين من الأنترنت⁶⁴⁹.

4/ الشراكة التكنولوجية:

وهي الشراكة التى تعتمد على تبادل التكنولوجيا و المعارف و الخبرات، وتعرف بدورها أشكال كثيرة منها:

أ/ الشراكة في مجال البحث و التطوير:

وتشمل البحوث التطويرية على ثلاثة أنواع من المشروعات، البحوث الرئيسية، و البحوث الأساسية، بالإضافة إلى البحوث التطبيقية⁶⁵⁰، كما تشمل الشراكة في هذا المجال أعمال البحث و التطوير التى تنفق عليها الحكومات أموال طائلة.

ويظهر الإهتمام بهذه الشراكة من خلال المشاركة في ميزانيات البحوث، و تبادل الخبرات و التعاون على تخفيف المخاطر، كما يبرز هذا النوع من الشراكة بدرجة كبيرة في قطاعات الأدوية، البحث و التطوير في الجامعات و مراكز الأبحاث و الشركات التكنولوجية، و مجال إنتاج الأسلحة و السلع الإستراتيجية، و ميدان الإعلام الآلي و تكنولوجيا المعلومات، بالإضافة إلى الشراكة في مجال تمويل بحوث تطوير المنتجات البترولية و البتروكيمياوية.

وتتخذ الشراكة في هذه المجالات أشكال متنوعة من العقود التى عرفت في مجال البحث و التنقيب عن المحروقات مع العلم أن الشراكة في هذا القطاع كانت السبابة في تقييد ملكية المستثمرين الأجانب و شرط الحصول على ترخيص

648- قانون 01/89 مؤرخ في 07 فيفري 1989 يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 06 مؤرخ في 1989.

649- محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص 22.

650- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 05.

وتحديد إلتزامات الأطراف في عقد الشراكة مسبقاً⁶⁵¹، و بالمقابل تلتزم المؤسسة المرخص لها بتمكين هذه الأخيرة من إستغلال تلك الحقوق بنفس الدرجة كما لو كانت هي التي تستخدمها⁶⁵².

ب/ عقود المساعدة الفنية:

يقصد بعقود المساعدة الفنية الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه مورد التكنولوجيا بالإضافة إلى نقل المعرفة الفنية بتقديم المساعدة الإيجابية و الخدمات الضرورية ، وذلك للأخذ بيد المتلقي لها حتى يبدأ السير في الطريق السليم المرجو من عقد نقل التكنولوجيا⁶⁵³.

حيث يسمح إتفاق نقل المعرفة الفنية بمنح مالك المعرفة الطرف المتعاقد معه حق من الحقوق التي يحوزها على بعض الأشكال و الأساليب السرية و لمدة معينة مقابل مبلغ مالي⁶⁵⁴. كما تعتبر عقود نقل التكنولوجيا أهم صور نقل المعرفة و التي سنتناولها بالتفصيل في الفرع اللاحق.

5/ الشراكة المالية:

تظهر الشراكة المالية من خلال مساهمة شركة ما في رأسمال شركة أخرى أو أكثر، و مثالها ماقامت به شركة "FORD" التي حازت على حصة 25% من حصص شركة "MAZDA"، كما تساهم شركة (M.G) بنسبة 39% من أسهم شركة "ISUZU" و 50% من أسهم شركة "DAEWOOMOTORS" الكورية⁶⁵⁵.

و اذا كان قانون الاستثمار الجزائري قد فضل هذا النوع من الشراكة ، فإن السبب يكمن في رغبته في تحصيل ميزات هذا النوع من الشراكة، حيث يسمح بضمان مصالح الشريك الوطني من خلال تأمين قطع الغيار و التكنولوجيا اللازمة ، كما يمنحها الحق في توجيه إدارة و سياسات الشركة التي تمت المساهمة في رأسمالها، الأمر الذي يخدم مصالح الشركة المستثمرة. كما يسمح هذا النوع من الشراكة بالمساواة بين الشريك الوطني و الأجنبي فيما يتعلق مبدأ اقتسام الأرباح و الخسائر، فوجود الربح يقتضي تقسيمه بين الطرفين و كذلك الأمر فيما يتعلق بالخسارة، خلافا لما

651- كرس قانون 14/86 مؤرخ في 19 أوت 1986، يتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و إستغلالها و نقلها بالأنابيب، ج.ر.ع 35 مؤرخ في 27 أوت 1986 شكل الشراكة الاجبارية مع شركة سونطراك، ورغم إلغاءه بموجب قانون 07/05 المتعلق بالمحروقات فإن هذا النص الجديد يحتفظ بالشراكة الاجبارية مع المؤسسة الوطنية سونطراك بنسبة 51%. بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 13.

652- أوشن ليلى، مرجع سابق، ص 40.

653- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 58.

654- أوشن ليلى، مرجع أعلاه، ص 40.

655- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع أعلاه، ص 05.

كان عليه الحال في الشراكة المنجزة في شكل شركة مختلطة الاقتصاد، بحيث يكون الطرف الأجنبي شريكا بموجب عقد مساعدة تقنية يتلقى مقابله من الشركة المختلطة سواء نجاح او فشل المشروع، وهو ما يجعله شريكا موردا يحقق أرباحا حتى و لو لم تحقق الشركة المختلطة أي ربح كونه في كل الأحوال يملك حق الحصول على مقابل خدماته⁶⁵⁶.

الفرع الثاني

نقل التكنولوجيا أساس أسلوب الشراكة

من بين التسهيلات التي مست الاجراءات المتعلقة بإقامة المشاريع المبادر بها من طرف المستثمرين الأجانب، إمكانية الحصول على الشريك المناسب من خلال قاعدة بيانات أعدتها الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار سميت "ببورصة الشراكة"، و التي تتضمن جميع عروض مشاريع الاستثمار التي يتم إختيار المتعامل و المشروع الاستثماري من خلالها⁶⁵⁷، وحددت معايير اختيار المتعامل وفقا لما يملكه من تكنولوجيا قادرة على تحقيق المشروع والتي لا يوفرها غيره من المستثمرين الوطنيين، حيث ان عدم القدرة على تحقيق الاكتفاء الذاتي من قبل المستثمرين الوطنيين هو السبب الرئيسي الذي يسمح للمستثمرين الأجانب بالتواجد.

وتعتبر التكنولوجيا مجموعة الأساليب والوسائل المستحدثة في عمليات الانتاج ، أو مجموعة الاختراعات ومجموعة الأسرار الصناعية المطبقة في الصناعة ، أو هي التطبيق العملي للاكتشافات العلمية و الاختراعات المختلفة التي يتمخض عنها البحث العلمي⁶⁵⁸.

وتتميز عملية نقل التكنولوجيا بمداهها الطويل، فهي ليست هدفا مرحليا ينتهي بإنهاء إستيراد الأجهزة و الأساليب الحديثة، وإنما هي عملية مستمرة لتطوير القدرات الوطنية و تشجيعها على الابداع و الاستجابة لحاجات المجتمع و الاقتصاد الوطني، حيث أن عملية نقل التكنولوجيا تكون فعالة عندما تتمكن الدول المضيفة من تنفيذ التكنولوجيا المستوردة كمرحلة أولى، والقدرة على إنتاجها في مرحلة ثانية، ثم الوصول إلى مرحلة التنفيذ بإستقلالية تامة عن مورد

656- ادينارين سميرة، مرجع سابق، ص 33.

657- تتواجد هذه البورصة على مستوى نظام الاعلام للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، و المتعاملين الراغبين التسجيل في قاعدة المعطيات يمكنهم تقديم وصف عن مشروعهم وما ينتظرونه من الشراكة على موقع الوكالة الالكتروني www.andi.dz.

658- وردت عدة تعاريف للتكنولوجيا تؤكد في مجملها بأن هذه الأخيرة عبارة عن العلم او الفن المستخدم في إنتاج و توزيع السلع و الخدمات، كما تعرف على أنها ما يمكن الإنسان من نقل فكرة علمية إلى منتج مفيد، و يقصد بالمنتج هنا معناه الواسع الذي يشمل السلع و المواد و العمليات و الخدمات. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 57، برودي نعيمة، فندي زبيبة، مرجع سابق، ص 06.

التكنولوجيا⁶⁵⁹. و بالتالي لا يمكن الحديث عن نقل التكنولوجيا في حالة نقل الآلات والمعدات والتجهيزات فقط دون نقل المعارف الفنية والأسرار الصناعية المتعلقة بعمليات الانتاج، وهذا ما لا يوجد من الناحية العملية كون أغلب المنتجين يلجؤون إلى أساليب الحماية بغية السيطرة على تكنولوجياتهم و ضمان مركزهم التنافسي، وكذا ضمان التبعية الدائمة لربائهم.

تظهر أهمية نقل التكنولوجيا من خلال الدور البارز الذي تلعبه في مسار التنمية الاقتصادية، ففي دراسة عملية جرت في الولايات المتحدة الأمريكية لدراسة عوامل زيادة الانتاج و تطوير النوعية للمنتج، تبين أن الزيادة في الانتاج و الحصول على النوعية الافضل يرجع الفضل فيه و بنسبة تتراوح بين 80% و 90% إلى التطور التكنولوجي، في حين أن الزيادة في الانتاج نتيجة الزيادة في رأس المال المستثمر لم تزد عن 20% فقط. كما أثبتت الاحصائيات العالمية أن عامل التقدم المعرفي يعد عاملا أساسيا في زيادة الدخل الوطني⁶⁶⁰.

أولاً: أساليب النقل التكنولوجي:

يتم نقل التكنولوجيا بعدة أساليب تختلف بالنظر لمحل نقل التكنولوجيا أو بالنظر لأطراف عقد نقل التكنولوجيا، و غالبا ما يمكن أن نميز بين نقل التكنولوجيا على مستويين:

1. على المستوى الوطني: وذلك بتحويل خلاصات البحوث العلمية المبتكرة التي تقوم بها الجامعات و المعاهد و مراكز البحث إلى منتجات و خدمات و طرق إنتاج و يطلق على هذا النوع من النقل التكنولوجي بالنقل "الرأسي" و الذي يعرف بأنه تطوير الفكرة و المعرفة الجديدة إلى واقع ملموس ضمن قطاع إقتصادي واحد⁶⁶¹.

2. على المستوى الدولي: يتم النقل الدولي للتكنولوجيا من خلال التمييز بين أطراف النقل، حيث أن النقل يكون تبادليا بين الدول المتقدمة صناعيا، وهي في الغالب تكون مبنية على أسس متوازنة و متكافئة، حيث تهدف إلى تطوير نوعية الانتاج أو الزيادة في كميته و ذلك بالإعتماد على ما وصلت إليه بعض فروع التكنولوجيا في كل بلد.

أما النقل بإتجاه واحد (إستيراد و تصدير) فيتم بين الدول المتقدمة صناعيا المالكة للتكنولوجيا و الدول النامية المستقبلية و المستهلكة لهذه الأخيرة وهي عملية بإتجاه واحد تكون في الغالب مشروطة بشروط تفرضها الدول المالكة

659- برودي نعيمة، فندي زبيبة، مرجع سابق، ص 07.

660- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 09.

661- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع أعلاه، ص 09.

وفقا لأسعار تحددها، و يطلق على هذا النوع من النقل التكنولوجي بالنقل "الأقفي" و الذي يعرف بأنه إنتقال أو حركة التكنولوجيا من قطاع إقتصادي إلى آخر⁶⁶².

كما يمكن التمييز بين نمطين مختلفين لنقل التكنولوجيا من حيث طبيعة المشروع، بحيث يكون النقل داخليا يتم داخل المشروع التابع للشركة الأصلية، أي من الشركة الأم إلى شركاتها الوليدة، أو فيما بين الشركات الوليدة حيث تبقى التكنولوجيا حبيسة المجال الخاص للمشروع رغم إنتقالها و تواجهها خارج الحدود الجغرافية. أما النقل الخارجي فهو الذي تنتقل فيه التكنولوجيا إلى مشروع آخر مستقل في دولة أخرى خارج حدود ملكيته.

ثانيا: عقد نقل التكنولوجيا:

أعتبرت عقود نقل التكنولوجيا القالب القانوني الأكثر شيوعا و تخصصا فيما يتعلق بتحويل المعارف و نقلها بين الدول، حيث إجتهدت التشريعات⁶⁶³ في تحديد مفهوم هذا العقد معتبرة إياه "إتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لإستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة ، أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات"، و لا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص بإستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا، أو كان مرتبطا به⁶⁶⁴. فمحاولة تحديد الطبيعة القانونية لعقود نقل التكنولوجيا تؤكد أنها لا تعدوا أن تكون مجموعة من عقود متباينة تنظم حقوق و أداءات أطراف العلاقة العقدية، ولكل منهما طبيعته القانونية الخاصة به، غير أن الجامع بين هذه العقود رغم تنوعها هم محلها الوارد على نقل العلم و المعرفة التكنولوجية، فهي عقود أساسها معنوي⁶⁶⁵.

غير أن نقل التكنولوجيا لم يكن الخيار الوحيد المتاح أمام الدول المضيفة لإحداث شراكة و تعاون مع الإستثمارات الأجنبية، نظرا لما يحمله هذا النقل من مخاطر لظالمات جسدت مخاوف هذه الدول من نقل تكنولوجيا فرضت عليه قيود

662- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 10.

663- كالتشريع المصري الذي أورد بموجب نص المادة 37 من قانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999 تعريفا لعقد نقل التكنولوجيا لأول مرة. عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 197.

664- عمر سعد الله، مرجع أعلاه، ص 197.

665- عمر سعد الله، مرجع أعلاه، ص 199.

متزايدة خاصة على المعلومات التقنية و النشر العلمي و ضيق الوقت المتاح بين الاكتشاف العلمي و الاستغلال الاقتصادي، و التبعية التكنولوجية الناتجة عن ربط نقل التكنولوجيا بشروط خارجة عن العقد، ناهيك عن البطالة الواسعة في صفوف اليد العاملة الوطنية بإعتبارها غير مؤهلة وفقا لمتطلبات الشريك الأجنبي، لذلك فإن محاولات المشرع الجزائري لم تتوقف للحد من الآثار السلبية لهذا النقل التكنولوجي، الذي أصبح الهدف الأساسي الأول المنتظر تحقيقه من خلال الشراكة مع الأجانب، والذي فرضته الجزائر في مرحلة جديدة لم تعد فيها بحاجة لرؤوس الأموال الأجنبية.

إن محاولة تحديد الاطار الزمني للشراكة يؤدي بنا إلى إستنتاج يؤكد بأن الجزائر لم تفرض أسلوب الشراكة عندما كانت تعاني من أزمات مالية وبحاجة لرؤوس الأموال، حيث إعتمدت في تلك المرحلة على أسلوب تحفيزي موسع لإستقطاب الأجانب بما يملكونه من رؤوس أموال و تكنولوجيا، ومنه لم تفرض عليهم أسلوب التواجد الاجباري في شكل "شراكة" كأحد التحفيزات المشجعة لهم. أما في المرحلة التالية و الحالية والتي لم تعد الجزائر فيها بحاجة لرؤوس الأموال الأجنبية فقد عادت من جديد لفرض قيد المشاركة و قيود أخرى تؤكد تغير حاجاتها و مصالحها مع الإستثمارات الأجنبية، نظرا لإرتكازها على رؤوس الأموال التي أصبحت تملكها الدولة بسبب التحسن الذي عرفته أسعار البترول ما أنعش الخزينة العمومية و قدرتها على التمويل و المشاركة المالية في لإستثمارات، و أصبحت الجزائر لا تحتاج للأجانب إلا لتحقيق ملكية خاصة بها من التكنولوجيا التي يمتلكونها.

لذلك فإن بحث الدولة عن تقييد تواجد الإستثمارات الأجنبية هو بحث عن حماية لمصالحها عن طريق تنظيم جديد و عن ملكية من نوع جديد تحقق من خلالها الاستقلالية الكاملة بما فيها المالية و التكنولوجية. وهي المصالح التي يقابلها بحث المستثمرين الأجانب عن حماية ملكية تكنولوجياتهم التي يصعب عليهم التخلي عنها ببساطة، لذلك فإن أصل المصالح المتضاربة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب هو صراع بين الملكية المادية و الملكية المعنوية، ما يدفعنا إلى التأكيد على ضرورة صناعة التكنولوجيا وعدم الإكتفاء بإستيرادها⁶⁶.

666- مخلوف أحمد، زرقون محمد، بلعور سليمان، مرجع سابق، ص 231.

المطلب الثاني

تمييز عقد الشراكة

إن أشكال تواجد الاستثمار الأجنبي متعددة و متنوعة لدرجة يمكن معها الخلط بين أشكال التواجد في إطار الشراكة⁶⁶⁷ و أشكال التواجد الأخرى التي يكون فيها المستثمر الأجنبي المالك الوحيد للمشروع الاستثماري ملكية كاملة و ينفذه بطريقة منفردة.

غير أن لعقد الشراكة سمات و خصائص تجعله ينفرد عن غيره من عقود الاستثمار الأخرى، ومهما تعددت عقود الشراكة و تنوع محلها فإنها تلتقي في مجموعة من خصائص أساسية تميزها عن غيرها من العقود (الفرع الأول).

و رغم أن عقد الشراكة متميز بسماته عن غيره من عقود الاستثمار الأخرى، فإن اشتراكه مع هذه الأخيرة في بعض الخصائص راجع إلى كون عقد الشراكة جزء من منظومة قانونية تختص بتنظيم عقود الاستثمار عموماً و عقود الدولة على الخصوص، الأمر الذي يجعل عقد الشراكة يعاني من التنازع القائم حول تحديد طبيعته القانونية ومنه القانون الواجب التطبيق عليه، و الذي عرف تجاذباً بين إرادة المستثمر الأجنبي الذي يسعى لتدويل العقد هروباً من تطبيق القانون الوطني للطرف الشريك مواطن الدولة المضيفة أو الدولة بمحذاتها عليه، وبين إرادة الشريك الوطني الذي يسعى دائماً لتطبيق قانونه الوطني لحماية لمصالحه مع الطرف الأجنبي المتفوق عليه في أغلب الأحيان (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص عقد الشراكة

يمزج عقد الشراكة بين مجموعة من الخصائص المادية و الخصائص المعنوية، بطريقة تؤدي إلى ظهور سمات خاصة به تجعله يدخل مجموعة من العقود ضمن مجاله، في حين تخرج عقود أخرى من دائرة اعتبارها من عقود الشراكة.

و يحصر الاقتصاديون⁶⁶⁸ خصائص عقد الشراكة في ميزات أساسية تتركز على أطراف العقد، مما يؤدي إلى ثنائية أو تعدد مراكز إتخاذ القرار، و المفاوضات المستمرة بين الأطراف، وكذا التضارب المستمر بين مصالح الأطراف الذي

⁶⁶⁷ -تعددت في السنوات الأخيرة أنماط العلاقات الاستثمارية التي إصطلح على تسميتها بالمشروعات الدولية المشتركة، ورغم تعدد وتنوع هذه الصيغ و الأنماط، إلا أنه يمكن تقسيمها حسب طبيعة مساهمة الأطراف إلى صيغتين رئيسيتين هي: المشروعات الدولية المشتركة في رأس المال، والصيغة التعاقدية لمشروع الدولي المشترك. مصطفى بسم عصام الدين، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1984، ص63.

يؤدي إلى إعتبار عقد الشراكة عقدا غير مستقر، حيث أن عدم إستقرار أشكال التقارب و التعاون بين الأطراف المشتركة و تعرضها لعدم الاستقرار مثبت من خلال العديد من الدراسات الاحصائية ، منها دراسة (H.Rhorrigan) والتي أثبتت بعد دراسة 880 حالة شراكة أن 40% منها فقط تتجاوز مدتها أربعة سنوات وأقل من 15% فقط تستمر لأكثر من عشرة سنوات، كذلك أكدت دراسة (J.Bleek) من خلال إثباتها بأن أكثر من 50% من المشروعات تختفي بعد أقل من خمسة سنوات، وأن ثلاثة أرباع الاختفاءات تعني حصول أحد الأطراف على المشروع المشترك⁶⁶⁹.

غير أن عقد الشراكة من الناحية القانونية لا يعدوا ان يكون عقدا من العقود غير المسماة، المركبة ن ذات الأهداف المتضاربة، و المشتركة بين مجموعة من الأطراف في آن واحد، والذي يهدف إلى تحقيق مبدأ المساواة بين أطراف العلاقة بطريقة تطويرية هيكلية لعقد يجمع بين أداءات متعددة ذات هدف واحد،وعليه سنفصل هذه الخصائص التي تعتمد عليها عقود الشراكة لبحث مدى قدرتها على الجمع بين خاصية الاستقلالية و خاصية المشاركة في آن واحد، وبين وحدة المصالح المشتركة ، وتضارب مصالح كل طرف من الأطراف المتعاقدة الساعية إلى حماية استثماراتها مع ضمان تحقيق أكبر ربح ممكن، الأمر الذي يؤدي إلى زوال هذه العقود و عدم نجاعتها في تحقيق التوازن .

أولاً: خاصية التركيب:

إن ما يميز عقد الشراكة عن غيره من العقود الأخرى مجموع العلاقات المتناقضة التي يجمعها فهو من العقود المركبة⁶⁷⁰ على أساس أنها تجمع بين أدوار متعددة منفذة من قبل متعاملين متعددين بطريقة مترابطة، مجسدين خاصية التعارض و التكامل،و التي اذا كان الهدف منها واحدا فإنه لا يعنى بالضرورة وحدة المصالح بين الأطراف المتعاقدة، ومن خلال ذلك يظهر الطابع الخاص لعقد الشراكة و الجديد الذي جاء به بالنسبة للنظرية التقليدية للعقد، فالأطراف تحقق أهداف متعارضة و مشتركة في نفس الوقت⁶⁷¹.

668- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 04.

669- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع أعلاه، ص 04.

670- العقود المركبة هي العقود المتعددة التي تجتمع في عقد على سبيل الاشتراط أو الاجتماع بحيث تعتبر جميع الآثار المترتبة عليها بمثابة آثار العقد الواحد. حيث يتبين من خلال التعريف أنه لا بد من ارتباط بين هذه العقود و إلا لم تكن مركبة بل تكون من نوع العقود المجتمعة مجرد اجتماع بدون ترابط، وبناء على هذا فلا يدخل ضمنها العقود المتداخلة، ولا العقود المتكررة، ولا مسائل الشروط في العقد ونحوها. وقد يسميه البعض بالعقود المختلطة (Contract mixed)، ولكن يظهر أنه أعم من العقود المركبة، فعقد الضيافة مثلاً عقد مكون من إيجار ووديعة وبيع الطعام والشراب، وقد لا يصدق عليه أنه عقد مركب لعدم الارتباط بين كل منها فلا يلزم من العقد شراء الطعام ولا الشراب، كما لا تلزم الوديعة عندهم. العقود المركبة، موقع الأستاذ الدكتور عبد الله بن مبارك آل سيف، شبكة English Alukah ، تاريخ الإضافة 30 ديسمبر 2012، ص 01.

671- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 71.

و عليه فإن الشراكة ليست نقيضا للتعارض أو الاختلاف، حيث أنها تمزج بين المصالح المتناقضة دون أن تؤدي إلى إزالتها، و إنما تبحث عن طريقة لتجاوز التعارض الموجود بين المصالح الخاصة بكل طرف من خلال خلق شروط تسمح بتجاوزه يتم تحديدها عن طرق التفاوض .

إن الطابع المركب لعقد الشراكة أكدته منظمة التجارة و التنمية الإقتصادية (CNUCED) وذلك من خلال تعريفها لعقد الشراكة على أنه " مجموعة العلاقات الإقتصادية التي تذهب إلى أبعد من عمليات البيع و الشراء البسيطة، ليشمل مجموع العمليات الصناعية و الخدماتية المتكاملة و المتضامنة، وكذلك خدمات دعم تمويلية و المساعدات التقنية"⁶⁷² وهو ما يترجم المصالح المتعارضة و المتكاملة في نفس الوقت.

كما تظهر خاصية التركيب من خلال مجموعة العقود التقنية المرتبطة مع عقد الشراكة تلازميا، حيث يعتبر الالتزام الرئيسي هو الالتزام بالشراكة، و بنشوء الإلتزام الرئيسي الذي نجده عادة في إتفاقية الشراكة ، تكون الإلتزامات أو الأداءات غير محددة أو عامة كالإلتزام بالتعاون، والالتزام بالتفاوض ،ولكنها ستحدد بموجب عقود لاحقة تخضع لأحكامها الخاصة ولأحكام الإتفاقية العامة، حيث تستمد هذه العقود وجودها وخطوطها العريضة من عقد الشراكة الأساسي⁶⁷³.

1 / المصالح المتضاربة:

إن سعي الأطراف المشاركة المستمر نحو المحافظة على أهدافها و مصالحها الخاصة، والتي قد يختلف ترتيبها من مشروع لآخر، تجعل المشروع الاستثمائي عرضة لتضارب المصالح و الأهداف التي يسعى كل طرف لتحقيقها و التي غالبا ما تكون خفية، خاصة تلك المتعلقة بالتخطيط الاستراتيجي و المشاريع الحساسة.

حيث أنه وفي عقود الشراكة التي يكون أحد أطرافها موردا لمشروع المشترك مثلا، يحدث صراع حتمي بين مصالحه وأهدافه الساعية لرفع هامش فائدته، و أهداف ومصالح المستورد الذي يسعى إلى خفض تكلفة الشراء و التحكم فيها، و لتصور مثلا عدة أطراف تمارس هذه الطريقة مع مشروع مشترك يجمعها، فإن هذا الأخير سيتحول إلى

672- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 72.

673- إدينارين سميرة، مرجع أعلاه، ص 161.

كارثة مالية⁶⁷⁴، ويظهر تضارب المصالح في بداية مرحلة المفاوضات التي يسعى فيها الاطراف للحصول على أكبر الضمانات حتى وان كانت على حساب الطرف الآخر، الأمر الذي يعد السبب الرئيسي لإطالة هذه مرحلة.

إن عدم تحقيق أشكال العقود الأخرى لمصالح الدول النامية جعلها تتخلى عن إبرام عقود المفتاح و المنتج في اليد بداية التسعينات، نظرا لأن صراع المصالح في هذه العقود إنتهى بها إلى خدمة مصالح المستثمرين الأجانب أكثر من تحقيق مصالح الدول النامية الطامحة إلى التنمية، حيث لم تسمح هذه العقود للدول النامية بملكية أداة الانتاج ولا التحكم التكنولوجي بطريقة مستقلة تماما عن المستثمرين الأجانب ، الذين يهيمنون على ملكية التكنولوجيا، ما أدى إلى بحث الدول النامية و إبتكارها آلية قانونية جديدة متمثلة في عقود الشراكة كبديل تطمح من خلاله إلى الخروج من التبعية، وتحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة.

و تهدف الدول المصنعة من خلال إستراتيجيتها إلى ضمان تواجد منتظم في كل أسواق العالم، وإيجاد أسواق دائمة وجديدة، وتوسعة الأسواق القائمة فعلا لتصريف بضائعها في أسواق يعرف عنها أنها صعبة و تحكمها قوانين كثيرة، مما يجعل أهداف الشريك الأجنبي مع دول الجنوب أهداف تجارية محضنة⁶⁷⁵. أما بالنسبة للجزائر و نظيراتها من الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي فالهدف من إبرام عقود الشراكة هو الحصول على التكنولوجيا بداية من خلال القدرة على التحكم فيها، ثم الانتقال بها إلى مرحلة القدرة على إنتاجها و الانقاص من اللجوء إلى المساعدة التقنية للاستثمارات الأجنبية، ومنها تحقيق الاستقلالية الاقتصادية⁶⁷⁶ و التنمية التي طالما حامت بها. و عليه فإن عقد الشراكة يجمع بين المصالح المتضاربة عن طريق محاولة تغليب المصلحة المشتركة، و ذلك بالإنقاص من حقوق كل طرف.

2/ المصالح المشتركة:

رغم تميز عقد الشراكة بوجود مصالح متضاربة وخاصة بكل طرف متعاقد، إلا أن المصلحة المشتركة هي الغالبة على هذا العقد و التي يتوقف عليها نجاحه، حيث يحدث التكامل بين مصالح الطرف الوطني الرامية إلى تحقيق التنمية ، وبين مصالح الطرف الأجنبي الرامية إلى إيجاد أسواق توسعية صناعية و تجارية جديدة، فالأطراف في عقد

674- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 06.

675- أنور بدر منيف العنزي، مرجع سابق، ص 89.

676- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 76.

الشراكة لا يتلقون أرباحا منها في شكل مقابل مالي كهدف يحققونه من خلال الشراكة، بل أن نجاح الشراكة بحد ذاتها هو الهدف المشترك الذي يريد كل طرف أن يحققه و يحصل عليه.

ومنه فإن عقد الشراكة يمتاز بطابع المرونة التي تسمح بأن تكون المصالح المتبادلة محل مراجعة خلال مرحلة تنفيذ العقد، كأن يقوم الأطراف بالإتفاق على مصالح متبادلة جديدة في حالة ظهور أرباح غير متوقعة مثلا، أو في حالة نشوء نزاع بين المتعاملين قد يهدد زوال تبادل المصالح ومنه زوال عقد الشراكة. و تبعا لذلك يمكن تقسيم عقود الشراكة من حيث وحدة المصالح التي تضمنها إلى: عقود شراكة يكون لأطرافها مشروع مشترك فعلا. و عقود شراكة يهدف أطرافها إلى الانقاص من حجم إختلاف مصالحها نظرا لعدم التساوي من حيث التقدم التكنولوجي⁶⁷⁷.

و تجدر الملاحظة إلى أن العقود المبرمة بين الدول النامية و الدول المصنعة هي عقود قريبة إلى عقود المساعدة الفنية أكثر منها إلى عقود الشراكة، نظرا للتأخر التكنولوجي الكبير الذي تعاني منه هذه الدول مما يجعلها دائما في حاجة إلى مساعدة تقنية. و بالتالي فإن عقد الشراكة كان ولا يزال يحتوى على طرفان لا يخرجان عن كونهما موردا و مستوردا، بينما كان من المفروض أن يمتاز عقد الشراكة بإهتمام الأطراف بتنفيذ العقد و تحقيق مصالحهما المشتركة بطريقة متساوية بدل أن يكون هناك مورد و مستورد يفرغان عقد الشراكة من محتواه و خصوصيته.

ثانيا: خاصية المساواة بين الأطراف:

تعتبر خاصية المساواة بين أطراف العقد أهم خاصية تميز عقد الشراكة نظرا لإحتوائه على أحكام تسمح بالمشاركة في إتخاذ القرار او الاعتراض عليه، وتجنب الأطراف الحساسيات و النوايا الخفية التي قد تترتب عن عدم المساواة الحقيقية.

غير أن قيام المشرع الجزائري بتحديد نسبة حقوق و مساهمة الشريك الأجنبي بما لا يتجاوز نسبة 49% ، قد يفسر على أنه تكريس قانوني صريح لمبدأ عدم المساواة بين أطراف العقد، فهل يمكن قبول هذا التفسير و إعتبار تحديد نسبة المستثمر الأجنبي مساس بمبدأ المساواة كخاصية أساسية لعقد الشراكة؟

إن النظر إلى السبب الحقيقي الذي جعل المشرع الجزائري يقيد ملكية المستثمر الأجنبي لم يكن إلا بدافع الحفاظ على هذا المبدأ، ورغبته في تحقيق المساواة بين المستثمر الأجنبي الذي يتفوق بما يملكه من قدرات تكنولوجية وتقنية

677- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 81.

عالية على المستثمر الوطني الشريك، ما فرض ضرورة مقابله بتفوق الطرف الوطني بملكية رأس المال أو الحصص في العقد، الأمر الذي يحقق المساواة بالتفوق في المشروع لكل طرف، واحد بالتكنولوجيا و لآخر بملكية رأس المال.

و يعتبر مبدأ المساواة روح الشراكة و الخاصية المعنوية التي يتميز بها، والتي تتجسد عن طريق ثنائية أو تعدد مراكز اتخاذ القرار، دون العودة إلى المركزية الخائفة مع إستعمال طريقة المفاوضات التي تجعل منه عقدا مرنا سهل التكيف مع معطيات البيئة المحيطة دون أن تؤدي إلى تعطيل تنفيذ العقد⁶⁷⁸.

و تتراوح خاصية المساواة بين إعتبارها مساواة كاملة تخدم الطرف ذو المركز الاقتصادي الضعيف، وبين المساواة الناقصة التي تكون حصص الأطراف فيها غير متساوية ، غير أن المستثمر الأجنبي المالك للتكنولوجيا وصاحب المركز الاقتصادي القوي لا يفضل عقود الشراكة بطريقة المساواة الكاملة، ولا يقبل بالتساوي مع طرف أضعف منه يشاركه في إتخاذ القرار أو يضغط لتمرير قرار غير صائب، أو قد يعترض على قرار الطرف الأجنبي و يوقف تنفيذه. فقاعدة الاجماع التي يقوم عليها مبدأ المساواة سوف تجعل المستثمر الأجنبي يخضع لحق إعتراض هذا الطرف الضعيف، الأمر الذي ترفضه الاستثمارات الاجنبية خاصة إذا كانت المخاطر التي تتحملها أكبر من المخاطر التي يتحملها الطرف الضعيف، حيث أن المخاطر في الدول المضيفة كبيرة و متنوعة ، و لا تقابلها ضمانات و أرباح متكافئة. زد على ذلك أن المستثمر الأجنبي لا يثق في الأوضاع السياسية غير المستقرة مما يجعله دائما يبحث عن تخفيف إلتزاماته و جعل مسؤوليته لا تعدوا أن تكون ببذل عناية⁶⁷⁹، و ترك النتيجة للممارسات الواقعية. وعليه فإن الشراكة العقدية المحضة كأسلوب يتواجد من خلاله المستثمر الأجنبي لا تحقق بالضرورة و لا تعتبر وسيلة نقل التحكم الصناعي كونها لا تجسد بصفة مأموسة وحدة المصالح الضرورية و المساواة الضرورية لهذا النقل، ما يجعل منها ذات فعالية هشة لأنها لا تتوقف على وحدة مصالح قوية⁶⁸⁰.

و يقترب عقد الشراكة من فكرة الشركة نظرا لما يخلقه من علاقات حميمية بين الأطراف تزداد كلما تقدموا في تنفيذ العقد، والتي تتشابه مع ركن نية الاشتراك المتعارف عليه في الشركة بدل فكرة العقد الكلاسيكي بمفهومه التقليدي، غير

678- بوعزة عبد القادر، بن مسعود محمد، مرجع سابق، ص 03.

679- يكون إلتزام المتعامل في عقد الشراكة إلتزاما بتحقيق نتيجة عندما يكون ملزما بتقديم حصة مالية للتشارك وهو ما يمنح الدولة المضيفة القدرة كشريك أن تلزم المستثمر الأجنبي بضرورة تحقيق نتيجة نظرا لأنه يضمنها بحصته المالية في الشركة. إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 181.

680- إدينارين سميرة، مرجع أعلاه، ص 181.

أنه في المقابل يحتفظ بخصوصيته و طبيعته العقدية مبتعدا عن الطابع الهيكلي المعروف في الشركة، لذلك فضل الممارسون الدوليون إستعمال مصطلح " المتحالفون " أو " المتعاملون " عوض المتعاقدون⁶⁸¹.

الفرع الثاني

صراع الأنظمة القانونية

يتخذ الاستثمار طبيعة العقد الخاص إذا دخلت فيه الدولة كشريك بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص في عقد الإستثمار، حيث يكون أطراف العقد كلاهما من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فغن شروط العقد و تكوينه تكون محكومة بقواعد القانون الخاص، وعلى هذا الأساس يتمتع الأطراف بحرية واسعة في إختيار القانون الذي يحكم العقد، ما يعني أن العقد سيكون هو قانون أطراف الاستثمار، كما أن رغبة الدولة كشريك في العقد من تحقيق مصلحة خاصة يجعل العقد يأخذ الطبيعة الخاصة، ومثال ذلك تعاقد الدولة مع المستثمر لتوريد أجهزة كهربائية تأخذ الدولة فيما بعد على عاتقها بيعها في الأسواق المحلية، وهنا لا يحتاج المستثمر الأجنبي ل ضمانات كثيرة نظرا لوجوده في مركز متساوي مع الدولة⁶⁸².

كما يمكن أن يتخذ الاستثمار طبيعة العقود العامة ، حين تحتفظ الدولة بسيادتها كونها شخص من أشخاص القانون الدولي، فيأخذ الاستثمار طبيعة العقود الادارية ، لذلك فإن عقد الاستثمار سيكون محكوم بقواعد القانون العام الداخلي وقواعد القانون الدولي، وهنا يحتاج المستثمر الأجنبي ل ضمانات كثيرة من الدولة المضيفة للاستثمار ، لأن شروط عقد الاستثمار مقيدة في حدود ما تسمح به القوانين الداخلية للدولة، فنقل الاختصاص التشريعي ، والاختصاص القضائي خارج محيط النظام القانوني للدولة المضيفة للاستثمار يكون في المسائل المدنية و التجارية و بعض المسائل المتعلقة بالعمل ، في حين لا يمكن للمستثمر الاتفاق على نقل الاختصاص في مجال المسائل الضريبية و الجمركية، والجزائية والاجرائية، وكل ما يتعلق بالقواعد الآمرة، لأن هذه القواعد هي قواعد أمن مدني وهي قواعد ذات تطبيق فوري و مباشر⁶⁸³.

681- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 181.

682- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 17.

683- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 26.

لم ينظم المشرع الجزائري عقد الإستثمار عموما وعقد الشراكة بصورة خاصة بموجب نص قانوني يحدد طبيعته و أحكامه، فاتحا المجال لمبدأ حرية التعاقد لتحديد الاطار القانوني الذي يخضع له العقد، غير أن تضارب المصالح بين الشريك الأجنبي و الشريك الوطني أدى إلى تنازع الأنظمة القانونية التي ترغب في تأطير العقد نتيجة لسعي كل طرف إلى فرض القانون الذي يخدم مصالحه ، وعليه فإن المستثمر الأجنبي يسعى دوما الى التخلص من تطبيق قانون البلد المضيف نظرا لقناعاته بعدم جدوى هذا القانون في حكم مسار إقتصادي قانوني ضخم كعقد الشراكة، غير أنه وفي المقابل لا يمكن طرح مثل هذا الإشكال في حالة الشراكة الشراكية ، لأن إنشاء شركة على إقليم الدولة المضيفة يخضعها أوتوماتيكيا لقانون هذه الدولة.

إن إعمال مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، أظهر آثار ايجابية تمثلت في العمل الدائم والمستمر على تطوير و تدعيم قونين البلدان المضيفة، التي تسعى لتحفيز الاستثمارات الأجنبية على التواجد ضمن إقليمها الجغرافي و القانوني معا ، من خلال تبني قواعد تؤكد أستقراره و حماية الاستثمارات الأجنبية الشريكة.

أما الآثار السلبية التي نتجت عن إعمال قاعدة حرية الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، تمثلت في قدرة الاستثمارات الأجنبية من التهرب من تطبيق القانون الوطني للبلد المضيف، وقدرتها على فرض إختيار قانون آخر غيره، يخدم مصالحها على حساب مصالح الشريك الوطني، ما عمق من حدة الصراعات القانونية بين الطرف الأجنبي الذي يأمل التواجد في ظل نظام تشريعي يتسم بالاستقرار و الثبات، وبين المستثمر الوطني الراغب في تطبيق قانونه الحمائي الوطني. وعليه فإن عدم إختيار القانون الواجب التطبيق قد يعقد حسم المنازعات ويؤدي إلى إمكانية نشوء نزاع جديد حول ماهية عقد الشراكة في حد ذاته ، لذلك تملك الأطراف المتعاقدة حق الاختيار بين ثلاثة أنظمة قانونية بطريقة صريحة هي :

أولا: إختيار التواجد في ظل القانون الوطني:

يعتبر القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار قانون الارادة الواجب التطبيق على عقود الاستثمار عامة و عقود الشراكة على الخصوص. و تشير الغالبية العظمى من عقود الاستثمار صراحة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على هذه العقود، حيث يكثر أن يدرج فيها بند إختيار القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار⁶⁸⁴.

684- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 120.

لقد كان تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة أحد الحلول التقليدية التي تجد أساسها في العديد من الحجج، يؤكد الفقه⁶⁸⁵ من خلالها أن القانون الوطني للدولة المضيفة هو القانون الطبيعي واجب التطبيق مبررين ذلك بفكرة السيادة التي تقتضي عدم خضوع الدولة لقانون آخر غير قانونها الوطني، في حين أسس البعض منهم تطبيق هذا القانون استنادا على نصوص القوانين الوطنية أو استنادا على المعاهدات الدولية⁶⁸⁶ أو استنادا إلى القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية⁶⁸⁷.

تظهر الطبيعة القانونية الخاصة لعقود الاستثمار كشكل قانوني يتواجد من خلاله الاستثمار الأجنبي من خلال كون الإدارة طرفا في العقد ، فالدولة يمكن ان تتدخل في العقد بطريقة مباشرة وذلك بإبرامها للعقد كطرف شريك فيه، كما قد تتدخل بطريقة غير مباشرة بممارسة بعض إجراءاتها على هذا العقد. كما أن العقد المبرم يتصل مباشرة بمرفق عام و الذي تتصل به الدولة مباشرة عن طرق الرقابة و المراجعة و الحق في التأميم و لا سيما عندما تكون هذه العقود متعلقة بإستغلال المصادر الطبيعية، زيادة على ذلك فإن عقود الاستثمار بما فيها عقود الشراكة تحتوي على العديد من الشروط الإستثنائية مثل المزايا التي تقرها للمستثمر الأجنبي، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة مشروع الاستثماري، ناهيك عن شرط الثبات التشريعي و شرط القانون الواجب التطبيق.

فالتبيعة الخاصة لهذه العقود لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص و إنما تستمد هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة⁶⁸⁸. كما يرى بعض الفقه أن تطبيق القانون الوطني على عقود الاستثمار الأجنبي و إن اتسمت بطبيعة خاصة بسبب ارتباطها بخطط التنمية في الدولة المضيفة، يرجع إلى كون الدولة احد أطرافها الأمر الذي يخضعها إلى المبادئ العامة لتنازع القوانين الواردة في القانون الدولي الخاص ،

685- مثل الاستاذ بشار محمد الأسعد و الاستاذ عدلي محمد عبد الكريم اللذان نتفق معهما في الاعتقاد بأن القانون الوطني للدولة المضيفة يعتبر القانون الطبيعي الواجب التطبيق على عقود الاستثمار.

686- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 272.

687- ظهر مبدأ السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية لأول مرة أوائل الخمسينات من القرن العشرين ، حيث كان القرار رقم 1803 الصادر في 1962/12/14 بداية لتطبيق قانون الدولة المضيفة ، ثم تلتها مجموعة أخرى من القرارات منها قرار الجمعية العامة رقم 3171 الصادر بتاريخ 1973/12/17 الذي أقر حق الدولة في التأميم لأنه تعبير عن سيادتها ، كما أصدرت الجمعية العامة بتاريخ 05/01/1974 القرار رقم 3201 المتعلق بالنظام الدولي الجديد و الذي أكد على مبدأ السيادة التامة لكل دولة على مواردها الطبيعية، ثم أصدرت الجمعية العامة بتاريخ 1984 /12/12 قرارها رقم 3281 و الذي أقرت فيه ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول والذي نص في المادة الثانية منه حق الدول في ممارسة السلطة و التنظيم على الاستثمار الأجنبي ضمن اختصاصها الوطني ، غير أن رفض الدول المتقدمة لتطبيق هذه القرارات و الاستدلال عليها لتطبيق القانون الوطني للدولة جرد هذه الأخيرة من قيمتها القانونية، و اعتبارها مجرد قرارات اعلانية. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 219، ص 224.

688- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه ، ص 212.

بحيث لا تخرج عن كونها عقودا دولية تدخل في إطار القانون الدولي الخاص المعاصر ومنه فإن أعمال قواعد التنازع تحيلنا إلى تطبيق القانون الوطني⁶⁸⁹.

و عليه فهما اختلفت الأسس المعتمدة لتأسيس ضرورة إخضاع عقود الاستثمار والشراكة للقانون الوطني للدولة المضيفة يبقى الهدف منها واحدا، وهو إخضاع تواجد الاستثمار الأجنبي لقانون بلد الإقامة، حيث تعتبر الإقامة أساس إخضاع المستثمرين الأجانب للقانون الوطني الذي ترفضه الاستثمارات الأجنبية وتسعى في الكثير من المرات إلى التخلص من تطبيقه عليها.

ثانيا: اختيار تطبيق قواعد القانون الدولي العام:

تختلف الحجج التي يسوقها دعاة تطبيق أحكام القانون الدولي العام على عقود الاستثمار، والمرتكزة أساسا على عدم ملائمة قواعد القانون الوطني للمعاملات الدولية، وعدم تماشيه مع التطورات اللاحقة في مجال تنظيم بعض العمليات الفنية الحديثة المتعلقة بنقل التكنولوجيا، بالإضافة إلى النقص الكبير في قواعد القانون الوطني الذي يستلزم تكملته بقواعد القانون الدولي⁶⁹⁰ خاصة في حالة تعارض أحكام القانون الوطني مع المبادئ العامة للقانون الدولي، وتطبيقا لفكرة النظام العام الدولي سمحت بعض أحكام التحكيم باستبعاد تطبيق القانون الوطني⁶⁹¹، فهل يعتبر إختيار الأطراف لتطبيق أحكام القانون الدولي مشروعا؟

إنقسم الفقه للإجابة على هذا التساؤل إلى من يرى أن أحكام القانون الدولي ليست مناسبة لحكم العقد المبرم بين الدولة و المستثمر الأجنبي، حيث أن القانون الدولي يختص بتنظيم العلاقة بين الدول وغيرها من الأشخاص الدولية، وعليه فإن الشركات متعددة الجنسيات كشكل من أشكال الاستثمار الأجنبي ليست شخص من أشخاص القانون الدولي و بالتالي لا تخضع لحكامه، وكذلك هو الحال بالنسبة للفرد الشخص الطبيعي الذي ينكطب على نفسه الحكم.

غير أن رأيا آخر يؤكد على مبدأ سلطان الإرادة يمنح للأطراف الحق في إخضاع عقدهم لأي نظام قانوني يرونه مناسباً، واحترام هذا المبدأ يقتضي السماح بإخضاع هذه العقود لأحكام القانون الدولي بشرط إختيارها من قبل الأطراف، وتصبح بذلك بندا من بنود العقد(شرط تعاقدية) حيث يؤكد فقهاء القانون الدولي العان على أن جميع

689- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 251.

690- عدلى محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 318.

691- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 126.

المسائل تصلح لأن تكون محلاً لتنظيم و أعمال قواعد القانون الدولي العام⁶⁹²، فمسؤولية الدولة عن أعمالها يمكن أن يحكمها القانون الدولي. كما يمكن أن تحكمها قواعد تنازع القوانين أو قانونها الداخلي أو قانون وطني أو أجنبي، و من جانب آخر فإن مسؤولية الشركة أو الفرد المستثمر يمكن أن يحكمها القانون الوطني أو قانون أجنبي أو قواعد تنازع القوانين أو القانون الدولي العام⁶⁹³.

غير أن الرأي الغالب يميل إلى تأكيد إمكانية اختيار تطبيق أحكام القانون الدولي على عقدهم ما دام أنه لا يخالف النظام العام للدولة المتعاقدة، حيث يتم اختيار تطبيق هذا القانون صراحة أو تطبيق أحد مصادره ما لا يثير أي مشكل أثناء تنفيذ العقد، وقد يكون الاختيار ضمناً يمكن استنباطه من بعض الاشارات الضمنية كورود شرط تحكيم في العقد⁶⁹⁴ كذلك ورود شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد تعتبر قرينة على إتجاه الأطراف إلى تدويل العقد⁶⁹⁵.

إن مجمل الصراعات التي يتواجد في ظلها الاستثمار الأجنبي تنحصر في مدى إمكانية ضمان كل طرف متعاقد معه لمصلحه و أهدافه عن طريق محاولته لفرض نظام قانوني مناسب، الأمر الذي دفع ببعض الطرح إلى حد القول بوجود عقد بدون قانون، وأن مجمل الانظمة القانونية لا تستطيع تنظيم الاستثمار الأجنبي الذي يتطلب إيجاد ميكانيزمات خاصة به تخرج عن نطاق تطبيق قانون أطرافه بإعتباره عقد تنمية لا مثيل له في التشريعات الموجودة⁶⁹⁶.

ثالثاً: إختيار تطبيق قانون التجارة الدولية:

قد يختار الأطراف استناداً لمبدأ سلطان الارادة إخضاع عقدهم لقواعد التجارة الدولية، والتي لا توصف لا بكونها قواعد داخلية و لا بقواعد دولية، ولكنها مجموعة من القواعد الضابطة للمعاملات الدولية، والمعروفة بإسم (Lex Mercatoria)، فهي "مجموعة القواعد عبر الدولية المستقلة عن الأنظمة القانونية الداخلية وعن نظام القانون الدولي

692- عدلى محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص320.

693- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص133.

694- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص152.

695- يذهب بعض الفقه إلى القول بأن ورود شروط الثبات التشريعي لا يمكن اعتبارها قرينة على اتجاه نية الطرفان لتطبيق أحكام القانون الدولي بقدر اعتبارها قرينة تحيل مباشرة الى القانون الوطني للدولة المضيفة الطرف في العقد و هو الرأي الأقرب إلى الصواب خاصة إذا كانت تشريعات الدول الداخلية المنظمة للاستثمار تنص عليه كأحد أهم الضمانات الممنوحة للمستثمرين الأجانب. بشار محمد الأسعد مرجع سابق، ص142.

696- إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص152.

العام، والتي تجد مصدرها في الاعراف التجارية الدولية و المبادئ العامة التي يستقر عليها قضاء التحكيم التجاري الدولي، وتقدم تنظيماً قانونياً وحلولاً ذاتية لمعاملات التجارة الدولية⁶⁹⁷.

وسجل الفقه أيضاً اختلافه فيما يتعلق بحق الأطراف في اختيار قانون التجارة الدولية ليحكم عقدهم، بين المناهضين لتطبيق هذه القواعد حتى وإن اتفق عليها الأطراف، منكرين حتى الطبيعة الملزمة للاتفاق المتضمن تطبيق قواعد التجارة الدولية، نظراً لخصوصية عقود الاستثمار التي لا تتلائم و تطبيق المبادئ العامة للتجارة الدولية.

أما المؤيدين لهذا الرأي فهم يقرون بجواز اختيار الأطراف لهذه القواعد استناداً على مبدأ سلطان الإرادة، حيث إن الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار و عقد الشراكة لا تتعارض مع تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية لأنه تدويل جزئي للعقد، وأن قواعد العدل و الانصاف هي أصل القانون عامة و ليس فقط قواعد قانون التجارة الدولية⁶⁹⁸.

وإذا كانت الكثير من التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية⁶⁹⁹ قد أقرت بما يسمح بتطبيق قواعد قانون التجارة الدولية، فإن وجوب احترام مجموعة من الشروط للتمكن من اسقاط هذه الاحكام على العقد أمر ضروري، حيث يجب مراعاة شرط قيام اختيار الأطراف لتطبيق هذه القواعد صراحة والبحث عن ارادتهم الضمنية لتدويله، بالإضافة الى مراعاة شرط خصوصية عقود الاستثمار نظراً لإعتبارها عقود تنمية مرتبطة بخطط الدول النامية الاقتصادية، أما الشرط الثالث فيتمثل في ضرورة الاقرار بجواز إستكمال النقص في هذه القواعد باللجوء إلى القواعد الأكثر ارتباطاً بموضوع العقد، والتي غالباً ما تكون قواعد قانون الدولة الطرف في العقد⁷⁰⁰.

إن رغبة الدول النامية الكامنة وراء إصرارها على تطبيق قانونها الوطني على الإستثمارات الأجنبية المتواجدة على إقليمها، تتجسد في قدرتها على تنفيذ مشاريعها التنموية من جهة ، و حماية سيادتها و كل ممتلكاتها من جهة ثانية ، دون أن تمس بصالح وأرباح الطرف الأجنبي الشريك الأساسي لتحقيق تنميتها، لذلك فهي تسعى جاهدة لتطوير مبادراتها الداخلية النازمة للنشاط الاستثماري بما يسمح لها بضمان تنمية بدون خسائر، أو خسائر قليلة

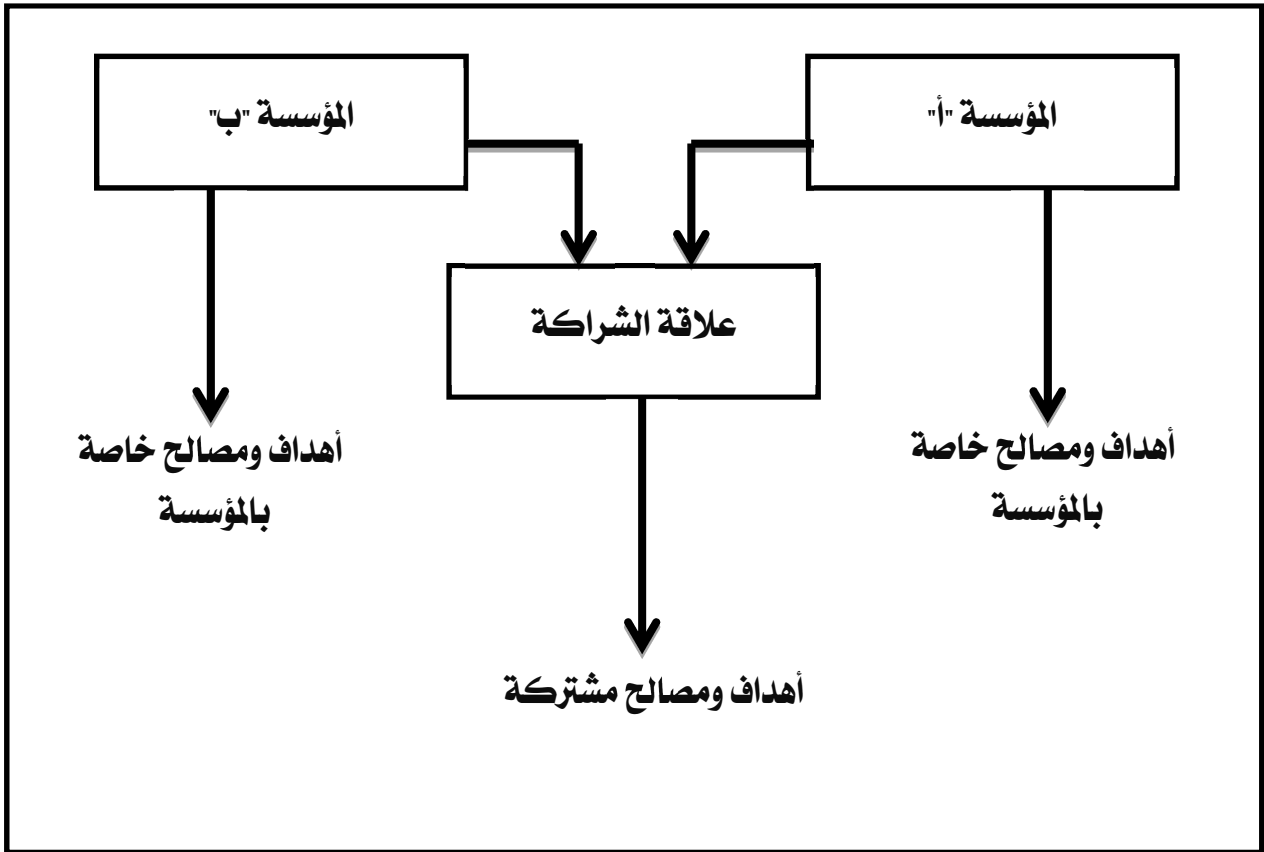
697- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ، ص 146، ص 147.

698- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 152.

699- نجد مثلاً التشريع المصري من خلال قانون التحكيم رقم 28 لعام 1994 يمنح الأطراف إمكانية اختيار قواعد قانون التجارة الدولية، كما نجد أيضاً المشرع الفرنسي يقر بذلك من خلال نص المادة 1496 من قانون المرافعات المدنية. أما النصوص الاتفاقية فتعد اتفاقية واشنطن لعام 1965 المثال الجيد عن اقرار إمكانية تطبيق قواعد التجارة الدولية. بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 153.

700- بشار محمد الأسعد، مرجع أعلاه، ص 159.

بالنظر لنسبة التنمية المحققة. و عليه فإن أسلوب الشراكة العقدية الذي أقره القانون الوطني سيطبق على المستثمر الأجنبي ما يمنح لهذا الأخير صلاحيات محدودة في نطاق المشروع الاستثماري، غير أن العقد و القانون قد يوسعان من هذه الصلاحيات عن طريق ضمانات يتواجد فيها المستثمر الأجنبي بدرجة إمتيازية تفوق درجة الشريك الوطني الخاص، الأمر الذي يدفعنا لبحث هذه الضمانات المدرجة عقديا و المؤكدة قانونا.



المرجع : علاقة الشراكة، بوعزة عبد القادر - بن مسعود محمد

المطلب الثالث

ضمانات قانونية بموجب الشراكة العقدية

إن مخاوف المستثمر الأجنبي من التواجد للاستثمار من خلال إبرام عقد شراكة ، نابع من القيود الواردة عليه سواء من حيث مكان وجود الاستثمار الذي تعود ملكيته للدولة المضيفة، أو القانون الواجب التطبيق عليه و الذي يكون القانون الوطني للدولة المضيفة أيضا، و أطراف العقد الذي تكون فيه الدولة المضيفة بما تملكه من سيادة و شخصية دولية طرفا فيه، الأمر الذي يمس بخصوصية المساواة في العقد، ويضطر المستثمر الأجنبي لفرض شروط عقدية ، وممارسة النفوذ للوصول لتعديلات قانونية يضمن من خلالها مصالحه ، و عدم المساس بإستقرار مشروعه الإستثماري.

وعليه فإن الدولة المضيفة تطبق قانونها الوطني رغم ما يملكه الأطراف من حرية في إختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم، وهو الموقف الصريح للقانون الجزائري (الفرع الأول) مع سعيها الدائم لإيجاد ميكانيزمات تزيل بها أو تخفف من حدة مخاوف المستثمر الأجنبي الشريك الفعال لتحقيق التنمية، الذي قد يشترط على الطرف الوطني شروطا كثيرة تعرف بالشروط التقيدية كشرط التحكيم ، و شرط الثبات التشريعي، وكذا شرط القانون الواجب التطبيق⁷⁰¹ التي قد تقلب الموازين و تحول مخاوف المستثمر الأجنبي إلى سيطرة فعلية وقانونية له على المشروع الإستثماري و على شكل عقد الشراكة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خضوع عقد الشراكة للقانون الجزائري

إعتمد المشرع الجزائري على مبدأ سلطان الارادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وفقا لقواعد الاسناد المعتمدة في القانون الداخلي، غير أنه تردد قبل قيامه بتعديل القانون المدني و قانون الاجراءات المدنية الجديد في أولوية مبدأ سلطان الارادة في إختيار قانون العقد، حيث أن قراءة نص المادة 18 من القانون المدني قبل تعديلها⁷⁰² تؤكد إعتقاد النص على قاعدتي إسناد، الأساسية منها تتمثل في قاعدة مكان إبرام العقد أما القاعدة الإختيارية تتمثل في قاعدة سلطان الإرادة، وعليه كانت قاعدة مكان إبرام العقد هي الواجبة التطبيق.

701- أنور بدر منيف العززي، مرجع سابق، ص 89.

702- قبل تعديل نص المادة 18 من القانون المدني جاء نصها كما يلي " يسري على الإلتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر، غير أن العقود المتعلقة بالعقار يسري عليها قانون موقعه"

غير أنه و بعد تعديل النص سنة 2005 بموجب قانون 010/05⁷⁰³ ، احتفظ بنفس القواعد مع إعادة ترتيبها، حيث نصت المادة 18 بعد تعديلها على " يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" و لم يكن القانون المدني الوحيد الذي تم النص من خلاله على إتجاه المشرع الجزائري إلى الأخذ بقاعدة سلطان الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث أن الفصل في النزاعات الناشئة عن تطبيق هذا العقد تخضع هي الأخرى لقاعدة سلطان الارادة و القانون المختار من قبل الأطراف لحلها، ووفقا لذلك حل نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد⁷⁰⁴ محل نص المادة 458 مكرر 14 من المرسوم التشريعي 09/93 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الملغى⁷⁰⁵، فنصت المادة 1050 على " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الإختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة"

وعليه فقد أقر المشرع الجزائري صراحة إعتبار قاعدة الإسناد الأساسية هي قاعدة " قانون الارادة"، وكل القواعد الأخرى الواردة بموجب نص المادة 18 تعتبر قواعد إسناد ثانوية، قاطعا بذلك الخلاف القائم حول ترتيب قواعد الإسناد المعتمدة في القانون الجزائري⁷⁰⁶.

703- قانون 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل و يتمم أمر 58/75 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 44 مؤرخ في 26 جوان 2005.

704- قانون 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ع 21، مؤرخ في 23 أبريل 2008.

705- مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1993.

706- لقد أثار نص المادة 18 قبل تعديله صراعا فقهيا متجاذبا بين من يعتبر قاعدة "سلطان الإرادة" هي القاعدة الأساسية في الإسناد و بين من يعتبرها قاعدة ثانوية وقاعدة مكان إبرام العقد هي الأساسية، و عليه فقد ذهب الأستاذان إسعاد محند و على بن شنب إلى اعتبار أن الإسناد الأساسي هو قانون سلطان الإرادة و الإسناد الثانوي هو قانون مكان إبرام العقد، حيث يرتكزان على أن قاعدة إسناد قانون الإرادة هي السائدة في التعامل الدولي، في حين يرى الأستاذ G.Peyrard أن قاعدة الإسناد الأساسية هي قاعدة مكان إبرام العقد و القاعدة الثانوية هي قاعدة سلطان الإرادة. و القاضي الوطني مجبر على تطبيق النص دون منحه أي إمكانية لتفسيره نظرا لوضوح صياغة النص. عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 225، ص 226.

إن حق الإختيار ليس حقا مطلقا، بل يخضع لمجموعة من القواعد التي تنظمه و تمنع الإرادة من التماهي و خلق مشاكل قانونية تؤدي إلى تعطيل تنفيذ العقد. لذلك فإن الأطراف ملزمة بإعمال قاعدة سلطان الإرادة في وقت إبرام العقد الأصلي، بموجب شرط يدرج ضمن بنود العقد الأصلي أو بموجب إتفاق مستقل عنه ، لاحق لمرحلة إبرام العقد الأصلي، فالإتفاق على إختيار قانون العقد هو إتفاق مستقل عن العقد الأصلي، ومن ثم ليس هناك ما يجبر الأطراف إتمام الإختيار عند إبرام العقد الأصلي، غير أن هذا القول لا ينفي الإختلاف الفقهي القائم بين أنصار ضرورة إختيار القانون الواجب التطبيق أثناء إبرام العقد الأصلي، وبين من لا يرى ضرورة لذلك⁷⁰⁷ .

كما يجوز للأطراف تعديل إختيارهم متى اتضح لهم أن القانون الذي إختاروه أولا لا يتفق و إقتصاديات العقد أو الطبيعة الخاصة لحل العقد أو مكان تنفيذه، أو اذا تفاجئ الأطراف أن القانون المختار يتضمن أحكاما مختلفة لا تتفق والتطور الذي لحق القانون المراد تطبيقه⁷⁰⁸ .

و يملك الأطراف إستنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة أيضا ،حق إختيار أكثر من قانون لحكم عقدهم، حيث يمكنهم إختيار قانون معين لتكوين العقد، وآخر لتنفيذه، غير أن هذا الرأي أيضا كان محل خلاف فقهي، يرفض من قبل الرأي المؤيد لجواز تجزئة العقد، و يذهب إلى القول بإنصراف إرادة المشرع إلى الأخذ بفكرة و حدة العقد⁷⁰⁹ و وحدة القانون الواجب التطبيق عليه وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني التي منحت الأطراف حق الاختيار كقاعدة أساسية و عند عدم القدرة على تحقيق شروطها أجازت تطبيق قواعد أخرى كالجنسية المشتركة للأطراف.

حيث يشترط المشرع الجزائري من خلال نص المادة 18 من القانون المدني ضرورة توفر شرط أساسي لتطبيق قانون الإرادة، و المتمثل في وجود صلة حقيقية بين القانون المختار و المتعاقدين، أو بينه و بين العقد حتى يتم القول بتطبيقه

707- على الصعيد الدولي أيدت الاتجاه القائل بإمكانية إختيار القانون وقت إبرام العقد أو بعده إتفاقية فينا المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع ، التي تم التفاوض بشأنها في مقر الأمم المتحدة ، ومن ثم التوقيع عليها بتاريخ 11 أبريل 1980، وذلك بغرض وضع إطار قانوني موحد و ملائم لحاجات و متطلبات عقود التجارة الدولية عوض عن القوانين الوطنية، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 01 جانفي 1988 النص الكامل للإتفاقية: United Nations convention on contracts for the international sale of goods ,United Nations Publication ,NEW YORK 2010.

708- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع اعلاه، ص228.

709- يؤسس دعاة وحدة العقد وعدم جواز تجزئته رأيهم على عدة أسانيد أهمها:

1. أن ضرورة المحافظة على الرابطة العقدية تقتضي إخضاع العقد لنظام قانوني واحد.
2. تجنب العقد إحتالات البطلان التي تتزايد و تختلف من نظام قانوني لآخر.
3. أن قاعدة الإسناد في العقود الدولية تقر للأطراف الحق في إختيار "قانون" و ليس قوانين.

على العقد. الأمر الذي يجعلنا نتساءل بداهة عن مصير العقود التي يختار فيها الأطراف قانونا ليس له صلة بالمتعاقدين و لا بالعقد، هل يعتبر هذا الإختيار باطلا؟

لقد أجب نص المادة 18 من القانون المدني على هذا الإشكال، بنصه على إمكانية تطبيق قانون الوطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو باقي قوعد الاسناد الثانوية الواردة في نص المادة 18، اذا لم يكن من الممكن إيجاد الصلة الحقيقية للقانون المختار بالمتعاقدين او بالعقد.

و خلافا لذلك ذهب رأي فقهي إلى تأكيد ضرورة إحترام قانون الإرادة، وعدم جدوى ربطه بشرط الصلة بالعقد أو بالنزاع الذي يطرحه هذا الأخير، وهو ما يمنح المتعاقدين إمكانية إختيار قانون أكثر ملائمة لحكم العقد حسب ما يراه الأطراف، كقانون دولة ثالثة لا علاقة له بالدولة المتعاقدة و لا بالمستثمر الأجنبي على نحو يضمن وضع كل منهما على قدم المساواة سواء من جهة المزايا أو الإلتزامات و كذا المخاطر، وهو ما تفضله على الخصوص المشروعات الأمريكية و الأوروبية في معرض عقودها⁷¹⁰.

و يشترط القانون الوطني شرطا آخر لتطبيق قانون إرادة طرفي العقد إذا كان من غير القانون الوطني، وهو شرط عدم مخالفة القانون المختار للنظام العام و الآداب العامة، حيث يجد هذا الشرط أساسه بموجب نص المادة 24 من القانون المدني التي تنص على " لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام و الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الإختصاص بواسطة الغش نحو القانون.

يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام والآداب العامة". وعليه فإن النظام العام والآداب العامة يشكلان قيда على حرية الأطراف وعلى إرادتهم لدرجة أنه يستبعدا و يضع محلها القانون الوطني.

و بناء على ماسبق يكون المشرع الجزائري ، وبموجب التعديلات التي أوردتها على النظام القانوني قد طور من آليات تطبيقه بما يسمح له بحكم تواجد الإستثمارات الأجنبية وفقا للقانون الوطني الذي يستند على قاعدة سلطان الإرادة لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، وكحافز من الحوافز التي يشجع من خلالها الاستثمارات الأجنبية لإختيار القانون الوطني لحكم عقدهم، متماديا في ذلك إلى درجة تبنيه للقواعد الشرطية المتعارف عليها في العقود الدولية بموجب أحكام قانونه الداخلي، سواء قانون الإستثمار أو النصوص القانونية التي تكمله.

710- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 239.

حيث أن المشرع الجزائري لم ينظر لتلك الشروط التي إعتادت الاستثمارات الأجنبية النص عليها في العقد لتحذ من تطبيق قانون الإرادة و تفرغه من محتواه، وتتهرب من تطبيقه بنظرة سلبية، بل تبناها لتعزيز منظومته الداخلية إقتناعا منه بأن التنمية لا تتم إلا من خلال الاستثمارات الأجنبية التي تبحث عن ضمانات كافية لتحقيق و حماية تواجدها.

الفرع الثاني

شروط عقدية تتحول إلى ضمانات قانونية

حاولت ولا تزال تحاول الإستثمارات الأجنبية التهرب من إخضاع العقد لأحكام القوانين الوطنية، و فصل العقد عن القانون الوطني عن طريق شروط تحول عقد الشراكة لعقد طليق⁷¹¹. الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى تعزيز منظومته القانونية بما يضمن للإستثمارات الأجنبية تحقيق المساواة و الاستقرار، وذلك من خلال قيامه بتحويل الشروط التعاقدية التي درجت للإستثمارات الأجنبية على فرضها كبنود ترد ضمن العقد، إلى قواعد قانونية ترد ضمن التشريعات الداخلية.

حيث أصبح قانون الاستثمار ينص على هذه الشروط ضمن أحكامه و يمنحها كضمان للمستثمرين الأجانب الذين يستفيدون منها حتى و إن لم يوردها كشروط في العقد. الأمر الذي جعل هذه الشروط تتصف بصفتين متناقضتين، فهي تشكل من زاوية قيد من قيود تطبيق القانون الوطني أو أحد معوقات تطبيقه، وفي نفس الوقت و من زاوية أخرى تعتبر حافزا من الحوافز القانونية التي يكرسها القانون الوطني دعما منه و ترغيبا للأطراف الأجنبية لقيامها بإختيار القانون الوطني كقانون واجب التطبيق على العقد المشترك.

أولا: شرط الثبات التشريعي ضمان قانوني:

يعتبر شرط الثبات التشريعي من الشروط التي عدت مساسا بسلطة الدولة المضيفة في تعديل تشريعاتها الداخلية، حيث يتم التجميد الزمني لقانون العقد بإدراج شرط أو بند فيه ينص صراحة على أن قانون الإرادة لا يسري على العقد المبرم إلا بحالته التي كان عليها وقت إبرام العقد، مع إستبعاد كل التعديلات التي يمكن أن تطرأ عليه في المستقبل، كما يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه الشرط الذي يمنع الدولة من تعديل القانون الذي يحكم العقد لمصلحتها

711- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 198.

ما يغير الوضع القانوني، بمعنى القانون الواجب التطبيق على العقد سيؤثر على النصوص التي تكفل العدالة العقدية بين الطرفين، وهو من أكثر الشروط ذيوعا في العقود المبرمة مع أحد الأشخاص الأجنبية⁷¹²، و يصنف إلى صنفين، النوع الأول يتضمن الشروط التعاقدية أو الاتفاقية⁷¹³، ويتضمن النوع الثاني شروط الثبات التشريعي التشريعية التي تتجسد في النصوص القانونية التي ترد في صلب تشريعات الدولة التي ستدخل طرفا في العقد أو في إتفاق دولي مع شخص أجنبي، بمقتضاها تتعهد الدولة في مواجهة هذا الأخير بالأ تعدل أو تلغي قانونها واجب التطبيق على العقد أو الاتفاق⁷¹⁴.

لقد أثارت شروط الثبات التشريعي جدلا فقهيا حادا حول مشروعيتها، ومدى مساسها بحرية الأطراف، وسيادة الدولة والقانون الذي تخضع له، وانقسمت الآراء الفقهية تبعا لذلك إلى ثلاثة إتجاهات:

الاتجاه الأول: شرط الثبات التشريعي تجسيد لإرادة الأطراف:

يرى بعض الفقه أن الشروط الثبات التشريعي ماهي غلا تعبير عن إرادة الأطراف وأثر لها ، ومن ثم يترتب على هذه الإرادة حرمان الدولة من سلطاتها التشريعية في إجراء أي تعديل يمس بقانون العقد دون موافقة من قبل الأطراف المتعاقدة، غير أن وجود الدولة كطرف في العقد يجعل فرضها لتعديلات على القانون الذي يخضع له العقد بمثابة تعديل من جانب واحد، الأمر الذي يؤثر على مبدأ المساواة بين أطرافه.

فعدم المساس بقانون العقد يستمد صحته من إرادة الأطراف و الدولة التي كانت أحد أطرافه، فهي بوجودها كطرف تجعل العقد مستقلا و ثابتا عن أي نظام قانوني آخر، الأمر الذي يجعل شرط الثبات التشريعي يتشابه مع مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي⁷¹⁵.

712- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 144.

713- الشروط التعاقدية أو الاتفاقية للثبات التشريعي هي تلك التي ترد ضمن بنود أو شروط العقد الدولذاته و تنص صراحة على القانون الذي يسري على العقد، عند المنازعة، هو القانون بأحكامه و قواعده، النافذة فقط وقت الإبرام، مع إستبعاد أي تعديل لاحق يطرأ عليها. سلامة أحمد عبد الكريم، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار و التجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العدد الخامس، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، سنة 1989، ص 126.

714- سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع أعلاه، ص 128.

715- بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 171.

بينما يرى بعض رجال القانون في معرض تبريرهم لوجود مثل هذه الشروط في العقد، بأن أي إلغاء أو تعديل إنفرادي للعقد يشكل حسبهم عملا غير مشروع دوليا، لأن هذه العقود يحكمها القانون الدولي، وليس القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، وأن أي خرق لهذه الشروط يرتب المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة، لذا فإن الكثير من الإتفاقيات الثنائية لتشجيع الإستثمارات وحمايتها تؤكد صحة شروط الثبات المكرسة في هذه العقود، وتمثل اعترافا و تجسيدا للممارسة الإتفاقية في القانون الإتفاقي، وبالتالي فإن صحتها تدخل ضمن القواعد العرفية للقانون الدولي للعقود⁷¹⁶.

غير أن هذا الإتجاه يؤدي إلى ترك العقد يسبح في مجاله، مكتفيا بالتنظيم الذاتي و الكفاية الذاتية له. غير أنه لا يمكن للأطراف و لا لهيئة التحكيم الإستناد إلى قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" لتحرير العقد من الخضوع لأي قانون، كما أن قياس شرط الثبات على قاعدة إستقلالية شرط التحكيم بغية إثبات صحته قياس يفتقد للإثبات ، حيث لا تظهر أية ذاتية لهذا الشرط مقارنة بغيره من الشروط نظرا لإختلاف نطاقهما الموضوعي، إذ تهدف قاعدة إستقلالية إتفاق التحكيم إلى التمييز بين تصرفات الدولة كسلطة عامة أو كطرف متعاقد على نحو يمنعها من إتخاذ إجراءات سيادية تؤثر على صفتها كجهة متعاقدة ، خلافا لشرط الثبات التشريعي الذي يؤدي إلى المساس بسيادة الدولة⁷¹⁷.

بالإضافة إلى ذلك فإن القول بتدويل العقد بموجب شروط الثبات التشريعي قول يتنافى و الواقع العلمي الذي تندر فيه حالات تدويل العقد، كما أن إخضاع العقد للنظام القانوني الدولي لا يمكنه من تجريد الدولة من الإمتيازات التي تتمتع بها و منحها للطرف الأجنبي، لذلك فإن شروط الثبات لن تعلق بالعقد إلى مرتبة أعلى من القانون الحاكم له بأي حال من الأحوال⁷¹⁸.

الإتجاه الثاني: شرط الثبات التشريعي لا يمس بسيادة الدولة و العقد:

يمنح هذا الإتجاه الحق للدولة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة إذا كان هذا الأخير يتعلق بالمصلحة العامة ، وتمنح مقابل ذلك التعديل إذا مس بمصالح المستثمر الأجنبي تعويضا عادلا و منصفاً. حيث اعتبر التأميم من الحقوق السيادية التي تملكها الدولة على مصادرها الطبيعية، و بالتالي يعد إسترجاعا مشروعاً للملكيتها، وتقييد سلطة الدولة في

716- إقاولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري، العدد 01، تيزي وزو جانفي 2006، ص 108، ص 109.

717- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 152.

718- بشار محمد الأسعد ، مرجع سابق، ص 172.

تعديل تشريعاتها الداخلية يعد مساسا بسيادتها، و شخصيتها القانونية الدولية، غير أن شرط الثبات التشريعي لا يمنع الدولة من تعديل نصوصها القانونية ، فهو بعيد عن ذلك، حيث ينحصر نطاقه في إطار العقد فقط .

غير أن الانتقاد الموجه لهذا الرأي يكمن في أن شرط الثبات التشريعي يؤدي إلى خرق مبدأ المساواة بين أطراف العقد، فالدولة تتفوق بسلطاتها على الطرف الأجنبي المتعاقد معها، حيث يجوز لها تعديل العقد بطريقة غير مباشرة تكمن في تعديل القانون الذي يخضع له هذا الأخير، ويحول العقد على نوع من انواع عقود التبعية و الإذعان⁷¹⁹.

الإتجاه الثالث: شرط الثبات التشريعي يوازن بين حرية الدولة و حرية الأطراف:

حاول هذا الإتجاه التوفيق⁷²⁰ بين فكرتي الحرية التعاقدية من جهة وحرية الدولة في تعديل تشريعاتها، وعليه يؤسس وجهة نظره على أن صحة شروط الثبات التشريعي تقوم وفقا للنظام القانوني الذي يتخذه العقد إطارا يستمد منه صحته و شرعيته، سواء كان قانونا وطنيا أو دوليا.

حيث أن وجود شرط الثبات التشريعي ضمن نظام قانوني وطني ، يجعله رهينة المتغيرات التشريعية الوطنية، وبالتالي فإذا كان العقد يتمركز في النظام الوطني و يستمد منه قوته، وهو القانون الواجب التطبيق عليه، ففي هذه الحالة تعد شروط الثبات التشريعي خاضعة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة ، و تسري عليه التعديلات بأثر فوري⁷²¹، أما إذا كان وجود شرط الثبات التشريعي ضمن نظام القانون الدولي وكان هو الواجب التطبيق فإنه لا مجال للشك بصحة شروط الثبات، وبذلك يصبح القانون الدولي هو المحدد للقوة الملزمة لشروط الثبات التشريعي و نطاق الإلتزامات و الآثار، ويصبح بذلك شرطا ملزما لا يجوز للدولة مخالفتها أو تعديلها بإصدار تشريعات جديدة و إلا قامت مسؤوليتها. و الحجة المعتمدة في ذلك تكمن في أن إرادة الأطراف قادرة على عكس قرينة التطبيق الفوري للقوانين الجديدة فهي قرينة بسيطة ، ومنه تصبح شروط الثبات صحيحة و نافذة⁷²².

لا يمكن إنكار الأهمية التي يلعبها تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت التعاقد، المتجسدة في إستقرار الروابط العقدية ، و طمئنة الأطراف الأجنبية المتعاقدة ، ويؤكد إستقرار الإستثمار و ضمان

719- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 153 .

720- سلامة أحمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 142.

721- إقولي محمد، مرجع سابق، ص 119 .

722- إقولي محمد، مرجع سابق، ص 119 .

المساواة بين أطرافه. و عليه و نظرا لهذه الأهمية فقد خرج عن مجرد إعتبره مجرد ممارسة تعاقدية، إلى إعتبره مبدأ من المبادئ التي تقوم عليها التشريعات الداخلية للدول المضيفة التي تريد التأكيد على المساواة و الإستقرار المضمون للإستثمار الأجنبي.

حيث جسد النظام القانوني الجزائري هذا الشرط من خلال إتفاقيات الاستثمار، كالإتفاقية المبرمة بين الجزائر و شركة الاتصالات أوراسكوم تيليكوم⁷²³، التي نصت على منع الدولة الجزائرية من إتخاذ أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق و الإمتيازات المقررة بموجب هذه الإتفاقية، و إن كان حق الشفعة الذي مارسته الدولة الجزائرية بعد ذلك على شركة جيزي يعد خرقا صريحا لهذا المبدأ.

كما جسدت النصوص القانونية مبدأ الثبات التشريعي، فكان أمر 03/01 صريحا في النص عليه بموجب المادة 15⁷²⁴ منه، غير أن نصوص قانونية أخرى قد سبقته في مرحلة متقدمة من مراحل النصوص القانونية المنظمة لقطاع الاستثمار في الجزائر في تبني هذا المبدأ، منها قانون الإستثمارات لسنة 1966 الذي نص على هذا المبدأ بموجب المادة 29، وكذلك فعل المرسوم التشريعي 12/93 بموجب المادة 39 منه.

وعليه لم يعد المستثمر الأجنبي بحاجة لإدراج هذا الشرط في العقد، حيث أصبح من المبادئ القانونية المعتمدة في إطار قانون الاستثمار، و يكفي المستثمر الأجنبي إختياره للقانون الوطني ليحكم عقده ليتمكن من الاستفادة من هذا المبدأ الامتيازي. ولم تبقي بذلك أهمية كبيرة لشرط الثبات التشريعي خاصة وأنه لم يحقق الهدف المرجوا منه وهو عدم المساس بالعقد، حيث يرى الأستاذ أحمد محيو أن شروط الثبات التشريعي لم تعد تؤثر في العقود المدرجة فيها، ولعل السبب يعود إلى بعثها الشك وعدم الثقة بين أطراف العقد، كما تؤدي إلى الإعتقاد بأن الدولة تلجأ إلى تعديل تشريعاتها بما يتفق مع مصالحها ولو كان ذلك على حساب مصلحة الطرف الأجنبي، وكل هذا من شأنه أن يعكر الجو الملائم لإجراء التحكيم⁷²⁵.

723- مرسوم تنفيذي رقم 416/01 مؤرخ في 20 ديسمبر 2001، ج. ر. ع. 80، مؤرخ في 26 ديسمبر 2001.

724- تنص المادة 15 من أمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار على "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في

إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"

725- إقولي محمد، مرجع أعلاه، ص 117.

كما أن إدراج مثل هذا الشرط كبند في عقود الشركات الوطنية الخاضعة للقانون الخاص يجعلها غير مشروعة، لأن ممارسة حق التشريع ليس من إختصاصها، حيث لا يمكن التوفيق بين هذه الشروط و سيادة الدولة و سمو القانون، فالمؤسسة الجزائرية بما تضمنه من شركاء أجنبى ليست مؤهلة لتجميد القانون الوطني. و بالتالى فإنه ليس سليما أن تقوم المؤسسات الجزائرية بغتفاق مع الشركات الأجنبية بتثبيت القانون الجزائري الواجب التطبيق وقت توقيع العقد، ذلك أن الدولة هي وحدها من تملك سلطة سن القوانين، وتملك كذلك سلطة تثبيتها تطبيقا لقاعدة توازي الأشكال والتي تؤكد على أن من يسن القانون هو من يملك حق تعديله أو إلغائه أو تجميده، لذلك فإن إدراج مثل هذا الشرط بموجب القانون الوطني سيؤدي إلى الحث على إختياره قانونا للعقد ، ومنه الاستفادة من الحوافز التي يقدمها بما فيها تجميد التشريع، ويعني المسسة الوطنية من خرقها للمبادئ القانونية عن طريق ممارسة سلطة ليست من اختصاصها.

ثانيا: شرط التحكيم ضمان قانوني:

يصطدم شرط التحكيم⁷²⁶ مع مبدأ سيادة الدولة نظرا لأن قضائها الوطني يشكل مظهرا من مظاهر سيادتها، و الاتفاق على الخضوع لقضاء آخر يعد مساس بهذه السيادة.

غير أن الدولة بما تملكه من سلطة يمكنها أن تعترف لبعض الأفراد والهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في بعض الخصوصيات التي تدخل في الولاية المقررة للقضاء الوطني⁷²⁷ كضمان تمنحه للإستثمارات الأجنبية، التي وفي مزعم تبريراتها لضرورة اللجوء إلى التحكيم تستند على رغبتها في تجنب عدم قدرة القضاء الوطني للفصل في المنازعة لقلّة خبرته، وكذا تخوفها من عدم قدرته على إلزام الموضوعية و الحياد لإعتباره تابعا للدولة المتعاقدة.

غير أن نظام التحكيم من وجهة نظر مخالفة قد يعد تجسيدا للنية المبيتة للإستثمارات الأجنبية للتهرب من مسؤولياتها الناتجة عن تنفيذ العقد و الإلتزام به، حيث أن نظام التحكيم يعتبر عملية مركبة ومعقدة ، تعقد الأنظمة القانونية التي يخضع لها، من اتفاقيات دولية ، وقوانين داخلية للدول المضيفة.

726- إن اتفاق طرفا عقد الإستثمار باللجوء إلى التحكيم يكون إما في شكل شرط التحكيم وهو المقصود بالنزاعات المستقبلية، أو مشاركة التحكيم و التي يقصد بها النزاعات القائمة، ويعرف شرط التحكيم بأنه الاتفاق المنصوص عليه في عقد الإستثمار، يتم الإتفاق بموجبه بين طرفي العقد على إحالة النزاعات التي من المحتمل قيامها على التحكيم وهذا قبل نشوء النزاع. مقدار ربيعة، معاملة الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، (ب.س، ن). ص 60.

727- عدلي محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 171.

ف نجد أن القانون الذي يحكم الإعتراف و تنفيذ إتفاق التحكيم، قد يختلف عن القانون الذي يحكم و ينظم إجراءات التحكيم ذاتها و القانون أو مجمل القواعد التي تطبق على موضوع النزاع، وكذا القانون الذي يحكم الإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم⁷²⁸.

ونظرا لما يفرضه نظام التحكيم من مخاوف الدول المضيفة، فقد عرفت الجزائر منه مواقف متناقضة و متذبذبة، تراوحت بين الأخذ به و إستبعاده ثم الأخذ به من جديد، كما نسجل على موقف المشرع الجزائري من التحكيم إختلافه في الأخذ به تبعا لقطاعات النشاط الاقتصادي، فنجد موقفه من هذا الإجراء في مجال المحروقات يختلف عن موقفه منه في مجال الإستثمارات المباشرة⁷²⁹.

وبعد الأشواط التي مر عليها التشريع الوطني في التعامل مع التحكيم التجاري الدولي، وصل اليوم إلى إقراره كمبدأ مستقر في القانون الداخلي، لا سيما من خلال قانون الاجراءات المدنية و الإدارية⁷³⁰ 09/08، وكذا أمر 03/01 المتعلق بتطوير الإستثمار، حيث أصبح لكل شخص الحق في اللجوء إلى التحكيم مع بعض القيود المتعلقة بالنظام العام والأهلية بالنسبة للأشخاص الطبيعية، وحصره في مجال الصفقات العمومية و العلاقات الإقتصادية الدولية بالنسبة للأشخاص المعنوية.

غير أن نص المادة 17 من أمر 03/01 التي أقرت التحكيم أثارت النقاش فيما يتعلق بمدى إعتباره إجراء أصليا أم إستثنائيا، حيث نصت على "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو

728- قادري عبد العزيز، مرجع سابق، ص 222.

729- بالنسبة لقطاع المحروقات كرس المستثمر الفرنسي مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق إتفاقيات إيفيان، وأصبحت المنازعات الخاصة بالمحروقات تخضع للتحكيم الدولي، وبقي الوضع كذلك إلى غاية صدور أمر 24/71 مؤرخ في 12 أفريل 1971 الذي أقر عدم اللجوء إلى التحكيم، وصدور قانون 21/91 مؤرخ في 04 ديسمبر 1991 المعدل و المتمم لقانون 14/86 المتعلق بأنشطة التقيب و البحث عن المحروقات، تقرر العود إلى نظام التحكيم. أما في مجال الإستثمار فقد كرس قانون الإستثمار 277/63 إجراء التحكيم، في حين فسر سكوت أمر 284/66 المتضمن قانون الإستثمار عن ذكر الإختصاص القضائي بأنه إحالة حتمية للمحاكم الجزائرية، و بصدور قاون الشركات المختلطة الاقتصاد 13/82 تم التأكيد على التحكيم الإلزامي في حالة النزاع مع هذه الشركات، و بصدور المرسوم التشريعي 12/93 و أمر 03/01 إستقر موقف المشرع الجزائري على إقرار التحكيم حيث سبقت هذين النصين حركات تشريعية تمهيدا لإقرار التحكيم، حيث أنضمت الجزائر إلى إتفاقية مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10 جوان سنة 1988 الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها و ذلك بموجب قانون رقم 18/88 مؤرخ في 12 جويلية 1988 يتضمن الانضمام إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 13 جويلية 1988. وكذا صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل و المتمم لقانون الاجراءات المدنية و الادارية.

730- قانون 09/08 مؤرخ في 23 فيفري 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، مذكور سابقا.

بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية ضده، للجهات القضائية المختصة، إلا في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالتحكيم و المصالحة أو في حالة وجود إتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى إتفاق بناء على تحكيم خاص "

واستنادا على هذا النص فإن التحكيم لم يعترف به قانون الإستثمار إلا إذا كان شرطا اتفاقيا، فالأصل و المبدأ العام هو اللجوء إلى إختصاص المحاكم الوطنية، ثم إستثناء يؤول الإختصاص إلى الهيئة التحكيمية، حيث أن اللجوء للتحكيم يكون في حالة وجود إتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، فوجود الشرط التحكيمي في الإتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف أساس لقيام إختصاص التحكيم⁷³¹. غير أن الواقع الدولي يؤكد أن اللجوء للتحكيم بالنسبة للمستثمر الأجنبي يعد أكبر ضمان لحقوقه، وأن التأكيد على صفة الإستثناء للتحكيم تنقلب في حالة وجود إتفاقية تسموا على القانون و تتضمن شرط التحكيم.

وعليه فإن مقارنة شرط الثبات التشريعي بشرط التحكيم يقودنا إلى تأكيد إختلاف المشرع في تكريسهما، حيث أنه يكفي إختيار القانون الوطني ليحكم العقد للاستفادة من شرط الثبات التشريعي المنصوص عليه بموجب المادة 15 من أمر 03/01، بينما لا يكفي ذلك بالنسبة لشرط التحكيم الذي يجب أن يكون مدرجا بموجب إتفاقية أو يرد كبند في عقد الشراكة ليتمكن المستثمر الأجنبي من الاستفادة منه.

ثالثا: شرط المعاملة الوطنية ضمان قانوني:

واصل أمر 03/01 تبني المبادئ الاتفاقية التشارطية ضمن أحكامه، حيث ضمن للإستثمارات الأجنبية نفس الحماية التي تحضي بها نظيراتها من الإستثمارات الوطنية و تعامللا لا يختلف عن معاملتها كأصل عام، حيث يقرر القانون الدولي تقييد حرية المشرع في تنظيم مركز الأجانب وعدم تركها حرية مطلقة⁷³².

إن إعمال مبدأ المعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي و إن كان تحفيزا لإستقطاب الإستثمارات الأجنبية، تحت شرط المقاييس الدولية في المعاملة التي لا يجدر أن تنزل تحت طائلة المسؤولية عن الحد الأدنى في معاملة الأجانب⁷³³، تعتبر

731- مقدار ربيعة، مرجع سابق، ص 59.

732- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الإستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية سنة 2008، ص 50.

733- لقد تغير المفهوم التقليدي للحد الأدنى لمعاملة الأجانب نظرا لتطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، نتيجة للضمانات و المزايا و الحقوق التي تنص عليها تشريعات الاستتار و كذلك الإتفاقيات الثنائية، حيث أن مجموع هذه الحقوق و المزايا يفوق الحقوق المقررة للوطنيين أو لرؤوس الأموال المحلية، مما يجعل

تنازلا منحتة الدولة المضيفة لرعايا الدول الأجنبية ليس إلا من باب ضمان تمتع رعاياها بدورهم بالمعاملة نفسها على الإقليم الأجنبي، هذه المعاملة التي تضمن دون شك الحماية أيضا⁷³⁴.

وكرس المرسوم التشريعي 12/93 هذا المبدأ بموجب نص المادة 38، التي حل محلها فيما بعد نص المادة 14 من أمر 03/01 التي أقرت بمبدأ المعاملة الوطنية مع إستثناءات ترد عليه في حالة وجود إتفاقيات بين الجزائر و الدولة الأصلية للمستثمر.

و يتجاوز مبدأ المعاملة الوطنية المكرس من قبل الدول المضيفة ومنها الجزائر مجرد ضمان المساواة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب، بل يتواصل إلى ضمان و متابعة تطبيقه من طرف السلطات العمومية المختصة بذلك، حيث تولت الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار أعمال المتابعة المتعلقة بالتأكد من مدى إحترام تنفيذ القواعد والإلتزامات المتبادلة المبرمة مع المستثمرين⁷³⁵. غير أن هذا المبدأ لم يستطع تحقيق المساواة المطلقة بين الاستثمارات الأجنبية المتواجدة و الاستثمارات الوطنية، نظرا لعدم قدرته على تحديد مضمون الحماية القانونية المراد كفالتها للأجانب، والتي تتصف بعدم الإستقرار في القانون الوطني، فهي تزيد وتنقص و تتغير بتغير الظروف الاقتصادية التي تغير الأنظمة القانونية.

ونظرا لعدم كفاية هذا المبدأ لضمان حقوق الإستثمارات الأجنبية، فقد تلتها مبادئ أخرى عرفتها الإتفاقيات الدولية منذ عدة قرون خلت، غير أنها لم تعرف التعميم إلا خلال القرن 18 عشر، و أصبحت لا تخلوا أي إتفاقية دولية من شرط الدولة الأكثر عناية⁷³⁶.

و منه يفرض مبدأ الدولة الأولى بالرعاية نفسه إستنادا إلى الإتفاقية التي تجمع الأطراف، ويقضي هذا المبدأ بأن تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضاه بموجب الإتفاقية المعنية، بأن تعطي رعايا الدولة المستفيدة أكبر قدر من المزايا التي تمنحها

الأجنبي أفضل من الوطني، وعليه فلا يمكن القول بمعاملة المستثمر الأجنبي وفق لمبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب الذي تجاوزه الزمن. عمر هاشم محمد صدقة، مرجع سابق، ص 52.

734- نواره حسين، الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر، رسالة مقدمة من أجل نيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو 16 ماي 2013. ص 170.

735- وهي الصلاحيات التي منحها نص المادة 30 من مرسوم تنفيذي رقم 319/94 مؤرخ في 17 أكتوبر 1994، يتضمن صلاحيات و تنظيم و سير وكالة ترقية الإستثمارات و دعمها و متابعتها، مرجع سابق.

736- حسين نواره، مرجع سابق، ص 177.

الأولي للغير، أي بمعنى أن يحظى رعايا الدولة المستفيدة بالحماية التي قررتها الدولة إلى رعايا دولة أجنبية أخرى أكثر رعاية ولا تعتبر هذه الأخيرة طرفا في الاتفاقية⁷³⁷، فهو المبدأ الذي تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضاه في إطار الاتفاقية المبرمة ما بين الدولتين، بأن تعطي رعايا الدولة الطرف في الإتفاقية أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الأولى لدول الغير، حيث يترتب على الأخذ بالمبدأ وتطبيقه تشابه مواطني الدولة المستفيدة مع مواطني الدولة الملتزمة، وقد يؤدي ذلك إلى سمو مركزهم على المستثمرين الوطنيين⁷³⁸.

أما من حيث مجال تطبيق شرط الدولة الأكثر رعاية فالأمر يمتد إلى كل عناصر الإستثمار الأجنبي سواء ما تعلق منها بتسوية المنازعات، بالضمانات، التسهيلات، والإمتيازات بكل أشكالها، وحتى كل الضمانات التي تمس بكيان الإستثمار الأجنبي سواء الجوانب المعنوية منه أو المادية كالتأميم و نزع الملكية⁷³⁹.

وإذا قارنا مبدأ المعاملة الوطنية بشرط الدولة الأكثر رعاية، فنجد بأن الأول يعد ضمان ممنوح لجميع المستثمرين الأجانب، بينما يبقى شرط الدولة الأكثر رعاية مقصورا على وروده بموجب إتفاقية تجمعها بالدولة الجزائرية، وهو أمر منطقي نظرا لما يحمله شرط الدولة الأكثر رعاية من مزايا إضافية، خلافا لمبدأ المعاملة الوطنية الذي يعد ضمانا للحد الأدنى من المعاملة.

رغم الجهود التي يبذلها المشرع الجزائري لتحفيز المستثمرين الأجانب على التواجد من خلال إخراج الضمانات التعاقدية من إطارها العقدي و منحها إطارا قانونيا، فإن النسبية في التعامل مع هذه الضمانات تبقى قائمة و مرتبطة بمدى تخوف المشرع الجزائري منها، وهو ما يبقى التواجد العقدي أكثر ضمانا للمستثمرين الأجانب الذين يمكنهم التفاوض لزيادة مزاياهم، و التشارط لحفظ حقوقهم.

737- مقدار ربيعة، مرجع سابق، ص 52، ص 53.

738- حسين نواره، مرجع سابق، ص 177.

739- حسين نواره، مرجع أعلاه، ص 178.

الفصل الثاني:

تقييد أشكال تدخل القانون الخاص

الفصل الثاني

تقييد أشكال تدخل القانون الخاص

يأخذ الإستثمار الأجنبي عند نشوئه العديد من الأشكال القانونية⁷⁴⁰، التي يقر بها قانون بلد النشوء، والتي تتطور بطريقة تجعله لا يستوعبها ولا يستطيع تنظيمها نظرا لتجاوزها لحدود إقليميته، وينتج عنها كيانات قانونية تفوق حتى قدرات بعض الدول الاقتصادية في بعض الأحيان ما يجعل بلد الإقامة يحتاط من المخاطر التي قد تجررها هذه الأشكال. كما تتولد عنها أشكال قانونية يعترف بها قانون بلد الإقامة، غير أنها تبقى استثمارات تابعة للنشاط الأصلي ما يفرض مزاحمتها لقانون بلد الإقامة، الذي حاول تنظيم هذه الأشكال وفقا لما يتناسب وإحتياجاته الاقتصادية، مراعيًا في ذلك شكل العلاقة الموجودة بين الإستثمار المقيم والإستثمار الأصلي، وكذا مدى تأثر السوق المحلي بهذا الإستثمار الذي تتم مراقبته لضمان حماية المصالح الاقتصادية الوطنية.

تولى القانون التجاري في البداية عملية تنظيم أشكال النشاطات التجارية والصناعية قبل أن تعرف الأشكال الجديدة⁷⁴¹ طريقها إلى الإستثمار. ورغم محاولة قواعد قانون الإستثمار إرساء طرق جديدة لهذا الأخير، إلا أنها وجدت نفسها تدور في دائرة القانون التجاري وتختار أحد الأشكال المنصوص عليها ضمنه لتفرضها على الإستثمار، خاصة الأجنبي منه، نظرا لتنوعها الذي يسمح بتواجد الإستثمار سواء في شكل تمثيلي أو تنفيذي، غير أن تنظيم القانون التجاري لهذه الأشكال عرف بدوره تدخلات رقابية من جهة، و نقائص كفيلة للسماح بحصول تجاوزات على السوق، وعلى الرقابة المفروضة من قبل الدولة من خلال هذه الأشكال من جهة أخرى، وهو ما يقودنا للبحث عن مدى إسياع القانون التجاري للإستثمارات الأجنبية وتنظيم تواجدها بإعتباره القانون الذي يتم اللجوء إليه، والإحالة عليه لفرض شكل من أشكاله على الإستثمارات (المبحث الأول).

740- يأخذ الإستثمار الأجنبي عند نشوئه شكل بسيط، ثم يتطور إلى أشكال ذات حجم كبير، كالكارتل أو الترس، أو مجموعة الشركات، أو مجموعة المصالح الاقتصادية المسموح بها، غير أن هذه الأشكال قد تمارس معاملات تضيق من خلالها على السوق، وتستحوذ عليه لدرجة السيطرة على جميع منافذه والمتعاملين فيه، ما يفرض على الدول رقابة هذه الإستثمارات لضمان حرية التجارة وحماية المستهلكين. حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 61.

741- يكون المستثمر الأجنبي في الأشكال التقليدية هو المسير للشركة بفضل حيازته كامل أو أغلب أموالها، أما في الأشكال الحديثة فيكون المستثمر المحلي هو صاحب الأغلبية، وهو المسير في الشركة، وعليه فإن التمييز بين الإستثمار الأجنبي التقليدي والحديث يركز على توزيع الأسهم الإجمالي، وعموما فإن ما يجمع بين الأشكال الجديد للإستثمار هو عامل تقديم الشركة الأجنبية للأموال العينية أو غير عينية لمشروع إستثمار أو لشركة في البلد المستقبل مع بقاء أغلب أو كامل الأسهم الإجمالي للمشروع أو الشركة في يد المصالح المحلية. قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر، 2006، ص 34.

لقد عرفت الإصلاحات الهيكلية والتأهيلية التي مست المؤسسة العمومية الجزائرية إحالة إلى أحكام القانون التجاري، ومنح هذه المؤسسات شخصية معنوية كفيلة بأن تحقق حريتها أثناء مباشرتها لأعمالها الإستثمارية، غير أن الإحالة على أحكام القانون التجاري، من قبل مختلف النصوص القانونية المنظمة لقطاع الإستثمار في أحد النشاطات الإقتصادية، حددت الشكل التجاري الواجب إتباعه لقبول الإستثمار، والذي حصر في أغلب الأحيان في شكل شركات الأموال، وبالخصوص شركة المساهمة، ما فرض أسلوب الشراكة عن طريق آلية شركة المساهمة، نظرا لأن إجراءات الرقابة في هذا النوع من الشركات يسمح بتدخل الدولة بطريقة كفيلة بحماية مصالحها الإقتصادية؟!

إن إقرار قانون المالية لفكرة الشراكة الإلزامية، أحالنا أيضا إلى أحكام القانون التجاري، الذي يسمح بإتخاذ أشكال كثيرة تتجسد من خلالها فكرة تقييد الإستثمار بطريقة جماعية، وهي نفس الإحالة التي نجدها أيضا في بعض النصوص القانونية منها ما تعلق مثلا بالصفقات العمومية، غير أن الإطار العام لمختلف الأشكال المفروضة تركز فكرة الإستثمارات المختلطة، أو المشتركة، مع الإقصاء المطلق لفكرة تواجد الإستثمار الأجنبي بطريقة إنفرادية، ما يعني من جهة أن أحكام القانون التجاري أصبحت معطلة تجاه الإستثمارات الأجنبية، ولا يمكن أن يستفيد منها إلا المستثمرين الوطنيين الذين لهم الحق في إختيار شكل شركات إستثمارهم بينما يفرض على الأجانب منهم شكل محدد للإستثمار في نطاقه، و يكرس من جهة ثانية تجاوزا جديدا لمبدأ المعاملة المتساوية، الذي أصبح فيه مبدأ اللامساواة الأسلوب الغالب في تنظيم تواجد الإستثمارات الأجنبية، و دليلا على تبدل النظام الاقتصادي المعتمد في الجزائر كمنهج متبع لتنظيم تواجد هذه الأخيرة (المبحث الثاني).

المبحث الأول

تنوع أشكال التواجد الواردة ضمن أحكام القانون الخاص

تتسع أحكام القانون التجاري لتنظيم أشكال تواجد الإستثمارات الأجنبية، غير أن منح الشخصية المعنوية لهذه الأخيرة يرتبط بشرط وجودها على الإقليم الوطني، هذه الشخصية المعنوية التي تستطيع من خلالها مباشرة جميع التصرفات القانونية.

غير أن إكتساب الشخصية المعنوية، ليس الشكل الوحيد الذي يمكن أن تتواجد في ظل هذه الإستثمارات، بحيث يمكن أن تتواجد دون منحها الشخصية المعنوية، لتكتفي بدور تمثيل الإستثمار الأصلي التابعة له. كما يتضمن القانون التجاري تنظيم أشكال الإستثمار الناتجة عن تجمع أو شراكة بين وحدات إستثمارية صغيرة، والتي تتحول عن طريق الإندماج أو الانفصال إلى أشكال قانونية جديدة.

إن تنوع الأشكال القانونية التي يستوعبها القانون التجاري، تثير تساؤل حتمي عن السبب الحقيقي الذي جعل المشرع يبتعد عن القانون التجاري، ويمنح مهمة تنظيم تواجد الإستثمار لنصوص قانونية أخرى، هل أن هذه الأشكال غير كافية لتنظيم الإستثمارات الأجنبية؟! هل هذه الأشكال مخصصة فقط للإستثمارات الوطنية؟! إن العودة لأحكام القانون التجاري تطرح مسائل قانونية متناقضة، تبدأ من إعتبار الإستثمار المتواجد على الإقليم الجزائري يخضع للقانون الجزائري ومنه المساواة أمام القانون لجميع الأشخاص الذين يمارسون نشاطهم في الجزائر. غير أن شروط ممارسة النشاط في الجزائر أصبح غير كافي وحده لتطبيق القانون الجزائري⁷⁴²، وإنما هناك شروط كثيرة يجب أن تتوفر لذلك، الأمر الذي أدى إلى إقصاء بعض الإستثمارات من الإستفادة من مزايا القانون الجزائري ومنها قانون الإستثمار والتي ترتبط أساسا بالإقامة و/أو الجنسية.

لم تسلم الأشكال الكثيرة المنصوص عليها في القانون الخاص، من تدخل السلطة لتقيدها أو تعديلها بموجب أحكام قانون المالية، والذي يكرس مجموعة من الإجراءات التي تفرض على المستثمرين التقييد بالشكل القانوني الذي يمارسون من خلاله الإستثمار، كما بقيت أحكام القانون التجاري في كثير من الأحيان عرضه لتدخل نصوص قانونية

742- SARSAR Imen et BETTAIBI Mahmoud Anis : L'investissement international au Maghreb : Unité ou pluralité, actes du colloque organisé à Tunis ou va le droit de l'investissement, les 03 et 04 mars 2006, 5 ans la direction de Ferhat Harchani, Editions. A. PEDONE, Paris, 2006, P 156.

أخرى سواء لإلغاء أحكامه، أو تعديلها. ما أدى إلى كثرة الأطر القانونية المنظمة لشكل واحد من أشكال الإستثمار، وهو ما نلاحظه من خلال دراستنا للتجمعات على سبيل المثال.

المطلب الأول

الشركة القابضة والتابعة مجال الإستثمارات الخاصة

لقد تضمن القانون التجاري تنظيم شكل الإستثمار الذي يأخذ شكل الشركة القابضة التي إعتبرها وفقا لأحكامه عبارة عن شركة "مراقبة" حيث نصت المادة 731 من أمر 27/96⁷⁴³ في فقرتها 05 على "تسمى الشركة التي تراقب شركة أو عدة شركات وفقا للفقرات السابقة قصد تطبيق هذا القسم "الشركة القابضة".

غير أن القانون التجاري لم يكن الوحيد الذي نظم أحكام الشركة القابضة، بل سبقه إلى ذلك أمر 25/95⁷⁴⁴ الذي إختلف مع القانون التجاري في تنظيم أحكام هذا الشكل من الشركات، حيث أن القانون التجاري نظم الشركة القابضة التابعة للقانون الخاص، والتي يكون الشركاء فيها خواص، بينما نظم أمر 02/95 الشركة القابضة التي تعد أحد أشخاصها المؤسسة العمومية، واعتبرت في حد ذاتها مؤسسة عمومية.

لقد اعتمد القانون التجاري على فكرة الرقابة لتحديد مفهوم الشركة القابضة⁷⁴⁵ و الذي لا تزال أحكامه المتعلقة بها سارية المفعول لغاية اليوم، بينما تم إلغاء أحكام أمر 02/95.

حيث ظهرت فكرة الرقابة المجسدة في نص المادة 731 من خلال ملكية رأس المال، أو ملكية الأصوات. كما لم ينظم القانون التجاري أحكام الشركة القابضة بتفاصيل خصوصية بل اعتبرها نوع خاص من أنواع شركة المساهمة⁷⁴⁶

743 - أمر 27/96 مؤرخ في 09 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 77 في 11 ديسمبر 1996.

744 - أمر 25/95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995.

745- Elle peut se définir comme une société dont le capital est composé de titres d'une ou plusieurs autres sociétés sur lesquelles elle exerce un pouvoir, est donc possible le contrôle d'une société filiale sans en avoir la majorité du capital, MAGGY Pariente : les groupes de sociétés, Imprimerie, Flock, Paris, 1993, P 80.

746- تعترف الكثير من النصوص القانونية بأشكال كثيرة لشركة المساهمة منها شركات الإستثمار المشترك، الشركة المعفاة والشركة القابضة، وهو ما تضمنه القانون الأردني لسنة 1998 حيث تتميز هذه الأشكال بغاياتها والأعمال التي تقوم بها ومدى سيطرتها على الشركات الأخرى. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 561.

والتي يعود تاريخها إلى فترة الإحتكارات الإقتصادية التي حاربها القانون⁷⁴⁷، ما أدى إلى ظهور الشركات القابضة لتركيز السيطرة وتوحيد سياستها الإقتصادية التي تضمن مصالحها.

إن تبني الدولة لشكل الشركة القابضة من أجل تسيير أموالها العمومية واستثماراتها جسد فكرة تخليها عن إمتيازات السلطة العامة والمرفق العام نسبيا، وتحولها إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، غير أن هذا الشكل من الإستثمار تم التخلي عنه من قبل الدولة التي وجدت في شركات تسيير مساهمات الدولة الأسلوب الأفضل لمنحها سلطة تسيير أموالها العمومية، فهل كان تخلي السلطة عن شكل الشركة القابضة يعتمد على عدم قدرة هذا الشكل على تحقيق الأرباح المرجوة والتسيير الفعال لأموال الدولة؟! أم أنه شكل يحد من تدخل السلطة في تسيير الإستثمار، ويجعلها كغيرها من الشركات الإستثمارية الأجنبية المتواجدة على مستوى السوق؟ هل الحل البديل الذي إختارته الدولة أفضل من الحل السابق، أم أنها تسيير نحو العودة إلى الوراء، أي إلى طرق قانونية سبق وأن تخلت عنها في الماضي مثل الشركة المختلطة الإقتصاد؟

إن عدم إلغاء القسم الثاني من الفصل الرابع من القانون التجاري يؤكد إمكانية ممارسة النشاطات الإستثمارية عن طريق الشركات القابضة الخاصة، ذلك أن المؤسسات العمومية لا يمكنها أن تتخذ هذا الشكل القانوني لممارسة النشاط نظرا لقيام أمر 04/01 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية بإلغاء أحكام أمر 25/95 السالف الذكر. وعليه تم حصر هذا النوع من الإستثمارات بالنسبة للإستثمارات الخاصة الوطنية منها و الأجنبية دون الإستثمارات العمومية. إن محاولة الإجابة عن جدوى الشركة القابضة العمومية في تسيير أموال الدولة يقودنا إلى مقارنتها بالشركة القابضة الخاصة من جهة، وتحديد العلاقات القانونية التي تربطها بالشركات التابعة لها، لنتمكن من الوصول إلى سبب تخلي المشرع عنها بالنسبة للإستثمارات العمومية، وتركها بالنسبة للإستثمارات الخاصة ما يبرز مبدأ عدم المساواة في المعاملة من جديد.

الفرع الأول

خصائص الشركة القابضة العمومية والخاصة؛

تتفق الشركة القابضة العمومية و الخاصة في نقاط كثيرة، كما تختلفان أيضا في بعض النقاط نذكر منها على

التوالي:

747- صدر أول نص قانوني بهذا الخصوص سنة 1914 وهو قانون كلايتون Clay Ton act ثم قانون روبنسون Robinson Pittnan وبعدها سنة 1980 قانون شرمان لمنع الإحتكارات Sherman antitrust act. حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 16.

أولاً: أوجه التشابه بين الشركتين

- 1) إن الشركة القابضة عبارة عن شركة مساهمة، ولا يجوز أن تكون نوع آخر من الشركات.
- 2) إن الشركة القابضة تنشأ وفقاً لعقد موثق مقيد مسجل ومشهر وفقاً لأحكام القانون التجاري المطبقة على كل أنواع الشركات الأخرى.
- 3) كما تشترك كل من الشركتين في الأجهزة العادية المشروطة لتسيير لشركة المساهمة من مجلس إدارة، مجلس مديرين مجلس مراقبة.
- 4) كل من الشركتين تضم مجموعة من الشركات التابعة لها.
- 5) تهدف إلى الإستثمار وإدارة أموال الشركات التابعة لها، من أسهم وسندات وأوراق مالية.

ثانياً: أوجه الاختلاف بين الشركتين

- إذا كانت نقاط التشابه بين الشركتين، القابضة العمومية، والقابضة الخاصة، قليلة فإن أوجه الاختلاف بينهما واسعة جداً، نظراً لاختلاف مصادرها من جهة ومجال كل واحدة منها من جهة ثانية.
- 1) حيث أن أموال الشركات القابضة العمومية هي أموال الدولة التي تحوزها أو أي شخص معنوي آخر تابع للقانون العام في المؤسسة العمومية الاقتصادية، حيث تحول الشركة القابضة العمومية جميع خصائص حق الملكية على الأسهم والمساهمات والقيم المنقولة الأخرى التي تحول إليها أو تكتتب باسم الدولة. بينما ترجع ملكية أموال الشركة القابضة إلى مجموع الشركاء الخواص، والتي يملكونها ملكية خاصة.
 - 2) حيث أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي الشركات التي يتم مراقبتها من قبل الشركة القابضة العمومية، أو الشركات التي تمتلك فيها الشركات القابضة مساهمات شركات تجارية تخضع للقانون العام، كما أن فروع هذه الشركات تخضع لنفس الأحكام، وعليه فإن الشركات التي تراقبها الشركة القابضة العمومية هي أشخاص القانون العام، عكس ما يكون عليه الحال في أحكام القانون التجاري، بحيث أن الشركات المراقبة هي أشخاص القانون الخاص وتخضع لأحكامه.
 - 3) تتحدد علاقة المراقبة التي تمارسها الشركات القابضة وفقاً لأحكام القانون التجاري بملكية الأصوات في الجمعيات العامة التابعة للشركة القابضة، حيث أن التحكم في حقوق التصويت هي التي تمكنها من الهيمنة،

والسيطرة على قرارات الجمعيات العامة هو ما يمنحها صفة الشركة القابضة أو المراقبة⁷⁴⁸، بينما نجد أن معيار تحديد الشركة القابضة العمومية، متعلق بملكية رأس المال⁷⁴⁹ وليس بحقوق التصويت المملوكة في الجمعية العامة، بإعتبار أن الشركة القابضة العمومية لا تحتاج إلى السيطرة على أصوات الجمعية العامة، لأن هذه الأخيرة تتكون من ممثلين يفوضهم المجلس الوطني لمساهمات الدولة، الذي أنشأته المادة 17 من أمر 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التابعة للدولة، حيث وضع تحت سلطة رئيس الحكومة⁷⁵⁰. وبالتالي فإنها تسيطر على الجمعية العامة وعلى قراراتها عن طريق الممثلين المعيّنين من قبل مجلس مساهمات الدولة.

(4) إن من بين الأحكام التي يمكن وصفها بالتحفيزية والمنصوص عليها في القانون التجاري بالنسبة للشركات الخاصة، هو إمكانية ملكية هذه الأخيرة لأكثر من نصف أسماؤها من قبل شركة يوجد مقرها خارج الجزائر أي شركة أجنبية، بشرط إجرائي بسيط يتمثل في ذكر هذه المساهمة التي تتجاوز أكثر من نصف رأس المال في التقرير الذي يقدم للشركاء والمتعلق بالعمليات التي تم إجرائها خلال السنة المالية وعند الإقتضاء في تقرير محافظي الحسابات استنادا لنص المادة 732 مكرر 01 من القانون التجاري التي تنص على "عند ما تأخذ شركة، خلال سنة مالية مساهمة في شركة يوجد مركزها بالجزائر، أو تحصلت على أكثر من نصف رأس مال هذه الشركة، يذكر في التقرير الذي يقدم للشركاء والمتعلق بالعمليات التي تم إجراؤها خلال السنة المالية، وعند الإقتضاء في تقرير محافظي الحسابات..."

غير أننا لم نجد، ولا يمكن أن نجد مثل هذا النص بالنسبة للشركات القابضة العمومية نظرا لحصرها في نطاق القانون العام، بحيث أنها تتضمن فقط مؤسسات عمومية إقتصادية، تشكل مجموع الشركات المراقبة من قبل هذه الأخيرة.

إن هذه القاعدة الواردة بموجب نص المادة 732 مكرر 01 من القانون التجاري لا يمكن تصور تطبيقها حتى فيما يتعلق بالشركات القابضة الخاضعة للقانون التجاري والتي لا تزال سارية المفعول لغاية اليوم، نظرا لقيام قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بمنع المساهمة في شركة يوجد مركزها في الجزائر، أي شركة خاضعة للقانون

748- وهذا استنادا لنص المادة 731 من أمر 27/96 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 1996 يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري ج.ر.ع 77 مؤرخ في 11 ديسمبر 1996.

749- حيث تتولى الشركة القابضة استنادا لنص المادة 05 من أمر 25/95 تسيير وإدارة أموال الدولة، والمنظمة في شكل شركات مساهمة تحوز الدولة فيها رأس مالها كاملا و/أو تشترك فيه الدولة وأشخاص معنويون آخرون تابعون للقانون العام.

750 - أنظر المواد: 17، 18، 19، 20، 21، 22 من أمر 25/95، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة المذكورة سابقا.

الجزائري، بنسبة تفوق 49% حيث يجب أن تمثل المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الأقل من رأس المال الإجمالي، الأمر الذي يدفعنا حقيقة إلى التساؤل عن مصير هذه المادة؟! أم أن إعتبار إلغاؤها من قبل قانون المالية أمرا محتملا رغم الخروقات التي يطرحها هذا الإلغاء للمبادئ القانونية الخاصة من قبل نص قانوني عام و التي تم مناقشتها سابقا .

(5) حصر أمر 25/95 شكل شركات المؤسسات العمومية التي تشكل الشركات التابعة للشركة القابضة في شكل شركات الأموال دون غيرها من الأشكال الأخرى للشركات استنادا لنص المادة 25 من أمر 25/95، في حين أن القانون التجاري لم ينص على شكل معين للشركات التابعة للشركة القابضة، حيث ترك المجال مفتوحا. إن قيام المشرع بإلغاء أمر 25/95 أدى إلى اخراج الإستثمارات الخاصة العمومية من دائرة الإستفادة من أحكام الشركات القابضة، بينما منح القانون التجاري للإستثمارات الخاصة إمكانية ممارسة النشاط وفقا لأحكام الشركة القابضة المنصوص عليها ضمن القسم الثاني من الفصل الرابع لأمر 59/75 المتضمن القانون التجاري، غير أن ما ورد ضمن هذا النص يبقى محل نظر لعدة أسباب، من أهمها عدم وضوح أحكامه بالمقارنة مع ما نظمه أمر 25/95 بالنسبة للشركة القابضة العمومية، كما أن النص مقصور على المستثمرين الخواص الوطنيين دون الأجانب الذين لا يمكنهم بأي حال من الأحوال السيطرة على أصوات الجمعية العامة بالأغلبية البسيطة إستنادا لقانون المالية. كما أن فكرة الشركة القابضة تطرح نتائج هامة فيما يتعلق بالآثار القانونية الناتجة عنها، خاصة في تحديد الطبيعة القانونية للشركات التي تراقبها ومدى إعتبارها تابعة لها. وبناء على ما سبق فإن أحكام القانون التجاري أوسع فيما يتعلق بهذا الشكل، حيث أن الإستثمارات الوطنية الخاصة يمكنها أن تشكل شكل الشركة القابضة، التي قد تكون من ضمن الشركات التابعة لها، شركة أجنبية يوجد مركزها الرئيسي في الجزائر وتشكل بذلك وجها من أوجه الشراكة بين الوطنيين الخواص والأجانب حيث تؤدي إلى خلق كيان قانوني مزدوج التبعية. في حين أن الإستثمارات العمومية لا يمكنها الإستفادة من هذا الشكل في تنفيذ إستراتيجياتها ذات العلاقة الخاضعة للقانون العام والمتعلقة بملكية رأس المال وليس بالسيطرة على أغلبية الأصوات⁷⁵¹.

751- إن الشركاء في شركة المساهمة يمكنهم تحديد نوع الأسهم التي يستفيدون منها، حيث أن الجمعية العامة التأسيسية يمكنها أن تمنح امتيازات معينة متعلقة بالأسهم العادية (أسهم رأس المال)، من خلال تقسيمها إلى فئتين، الفئة الأولى تتمتع بحق تصويت يفوق عدد الأسهم التي بحوزتها، في حين تستفيد الفئة الثانية من امتياز الأولوية في الاكتتاب لأسهم أو سندات استحقاق جديدة، وعليه فإن خضوع الشركة القابضة لهذه الأحكام الواردة

الفرع الثاني

إنقاذ الشركات الوطنية من التبعية للشركة الأجنبية؛

إن الشركة التابعة ترتبط إرتباطا وثيقا بفكرة الشراكة التي عاد المشرع الجزائري لتكريسها خلال السنوات الأخيرة بكل قوة وفي مختلف القطاعات⁷⁵²، حيث تعتبر الشركة التابعة المتمتعة بالشخصية المعنوية الأسلوب الحديث الذي يمارس من خلاله المستثمر سياسته التطورية وتنوع نشاطاته⁷⁵³.

غير أن محاولة تعريف الشركة التابعة تعريفا قانونيا يجعلنا ملزمين بالإحاطة بوضعية رقابة شركة لشركة أخرى⁷⁵⁴ الأمر الذي يفقدها خاصية التمتع بالحرية الكاملة في ممارسة نشاطها المقيد من قبل الشركة الأم⁷⁵⁵.

ويختلف الفقه في تسمية الشركة التابعة⁷⁵⁶، كما يختلف في تعريفها إلا أن معيار تحديدها من قبل المشرع هو معيار حسابي محض⁷⁵⁷، حيث أن المساهمة التي تقل نسبتها عن 10% تعد فيها الشركة بمثابة شركة عادية، في حين أن المساهمة التي تتراوح من 10% إلى 50% تعتبر فيها الشركة بمثابة شركة مساهمة، في حين يجب أن تملك الشركة أكثر من 50% من رأسمال أخرى حتى تعد الثانية تابعة للأولى استنادا لنص المادة 729 من القانون التجاري، حيث لم يكن المشرع الجزائري الوحيد الذي اعتمد على المعيار الشكلي لتحديد مفهوم الشركة التابعة فعلى مثله اعتمد المشرع

بموجب المادة 715 مكرر 44 يجعل الأصوات المعبر عنها لا ترتبط بملكية الأسهم حيث أنه يمكن امتلاك عدد الأصوات يفوق ملكية الأسهم، ورأس المال في الشركة.

752- عرفت الكثير من النصوص القانونية تكريسا صريحا لمبدأ الشراكة الأجنبية التي يكون فيها للمستثمر الوطني أغلبية رأس المال منها على سبيل المثال المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المذكور سابقا كذلك نص المادة 83 من أمر رقم 04/10 مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالتقيد والقرض ج.ر.ع. 50 مؤرخ في 01 سبتمبر 2010، بالإضافة إلى نص المادة 19 من أمر رقم 01/09 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009.

753- MAGGY Pariente : Les groupes de sociétés, aspect juridiques, social, comptables et fiscal, Imprimerie Floch, Paris, 1993, p 42.

754- Une définition juridique de la filiale, de déterminer toutes les situations ou se manifeste le contrôle d'une société par une autre », MAGGY Pariente :ibid, p 43.

755-SAIDANI C, ZHAN Su: L'évaluation du rôle des filiales de multinationales occidentales plantées dans un pays en développement: examen des facteurs déterminants, Revue algérienne de management, publication semestrielle de l'institut maternel de la productivité et du développement industriel, INPED, 5ème semestre N° 01, Janvier, Juin, Alger, 2007, P 46.

756- حيث يعتبرها البعض شركة وليدة، في حين يعتبرها البعض الآخر شركة تابعة أو متفرعة، حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 61، وإلياس ناصيف، موسوعات الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ب.د.ن، لبنان، 2008، ص 60.

757- MAGGY Pariente : ibid, p 43.

أما البعض الآخر فيعتبرها وحدة مستقلة تتطور في محيطها متخذة أي شكل من أشكال المؤسسات المستقلة عن الشركة الأم

« Les auteurs présentant la filiale comme une unité distincte qui se développe dans son environnement à l'image de n'importe quelle entreprise autonome », C. Saidani, Zhan Su : op.cit, P 46.

الأردني والأسترالي والداينماركي، والفرنسي⁷⁵⁸، من خلال إعتبار حيازة الشركة الأم لأغلبية رأس المال الذي يعطيها حق التصويت والمشاركة والسيطرة على قرارات الشركة التابعة لها. وإذا كان المشرع قد حدد الحد الأدنى للملكية الشركة الذي يجب أن يفوق 50%، فإنه لم يقيم بتحديد الحد الأقصى الذي يمكن للشركة المتبوعة تملكه من رأس مال الشركة التابعة، وهو ما قد يشكل خطرا كبيرا على المنافسة من خلال إمكانية ملكية رأس مال الشركة التابعة بنسبة 100% من قبل الشركة المتبوعة.

ومن خلال كل ما سبق يمكن أن نحدد خصائص الشركة التابعة التي تتمتع بإستقلالية عن الشركة المتبوعة وفي نفس الوقت تعتبر شركة تابعة للشركة الأم في البلد الأصلي، والشركة الأم في البلد المضيف، وهو السبب الحقيقي الذي يجعل هذه التشريعات متخوفة من الإستثمارات الأجنبية، ما أزمها فرض طريقة الشركة التابعة المشتركة مع المستثمرين الوطنيين العموميين أو الخواص والمستثمرين الأجانب.

أولاً: الجمع بين الإستقلالية والتبعية

إن وجود فكرة الشركة التابعة كموضوع يطرح مجموعة من التناقضات، قديم⁷⁵⁹ قدم التجارة. وهو من ضمن أشكال الإستثمار الموجود على مستوى كل الدول، نظرا لما يلعبه من دور كبير في إيجاد أسواق إضافية أو بديلة تساهم في تحديد استراتيجيات الشركات المتعددة المواطن في مجال النسق التنظيمي والملاح الجغرافية لوظائف مراحل الإنتاج وفي استمرار قرارات العمل بنظام المركزية واللامركزية في آن واحد، أو لإكتساب القوة، أو لتجميع أو تشتيت بعض أو كل وظائف الشركة⁷⁶⁰، وبذلك تشكل الشركة التابعة أحد أهم هيئات اللامركزية في نشاط الشركة المستثمرة ما يمنحها خاصية أساسية، تكتسبها نتيجة لنشوءها ضمن الحدود الجغرافية والحدود القانونية للبلد المضيف الذي يعتبرها شركة أجنبية مقيمة، ويخضعها بذلك لقانونه. وتطبيقا لهذا المبدأ، قام القانون الجزائري بالإعتراف للشركة التابعة بالشخصية القانونية المستقلة التي تكتسبها من تاريخ قيدها في السجل التجاري⁷⁶¹، ما يمنحها تبعا لذلك مجموعة من الحقوق تتطابق مع كل الشركات الأخرى من نفس الشكل و وفقا لأحكام القانون الخاص⁷⁶².

758 - حسن محمد هند، مرجع سابق، ص 64، و MAGGY Pariente, op.cit, P44

759- MAGGY Pariente : ibid, p 42.

760 - بيترديكن، الشركات الكبرى المتعددة المواطن والدولة القومية، المجلة الدولية للعلوم الإجتماعية، الطبعة العربية، تصدر عن مركز المطبوعات اليونسكو، العدد 151 مصر، مارس 1997، ص 146.

761- انظر المادتين 548 و 549 من القانون التجاري.

762- انظر المادتين 21 و 10 من قانون 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم أمر 58/75، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع. 44.

غير أن مسألة إستقلالية الشركة التابعة لم تكن بهذا الوضوح من جانب الآراء الفقهية والقضائية، التي إنقسمت بين من يرى بأن سيطرة الشركة الأم على الشركة التابعة وسيلة لقيام نفي وحدة قانونية بينهما، لأن الإعتراف بالشخصية القانونية المعنوية المستقلة مرده الرغبة في الفصل بين شخصية الشركة وأشخاص المساهمين فيها⁷⁶³ حتى ولو كان المساهم يمتلك أغلبية أسهم الشركة بشكل يتيح له السيطرة عليها، حيث أن علاقة السيطرة والرقابة والتوجيه التي تمارسها الشركة الأم⁷⁶⁴ على الشركة التابعة بوصفها مساهما فيها ليست كافية لإنكار الإستقلالية القانونية لها. غير أن دعاة نظرية التبعية يرون بأن الشخصية القانونية للشركة التابعة ستار يخفي سيطرة الشركة الأم، ويؤدي في كثير من الأحيان إلى المساس بالعناصر المكونة للشخصية المعنوية للشركة التابعة⁷⁶⁵. وعليه قام القضاء بتبني هذا الإتجاه، من خلال عدم الإعتداد بالشخصية المعنوية للشركة التابعة وتحميل الشركة الأم مسؤولية ديون شركاتها التابعة، مؤسسين قضائهم على أساس اعتبار الشركة الأم مديرا للشركة الوليدة، على أساس المسؤولية التصهيرية أو دعوى تكملة الديون⁷⁶⁶ وذلك بتوفر شروط أساسها:

(1) قيام الشركة الأم بإدارة الشركة التابعة.

(2) خطأ الشركة الأم أو تعسفها في إدارة الشركة التابعة.

غير أن تطبيق مجمل هذه الأسس يقف عند غموض بعض المفاهيم التي يتجاوز تنظيمها حدود القانون الوطني، ومنها " صفة المدير" التي تتمتع بها الشركة الأم بالنسبة للشركات الوليدة، حيث تعتبر ملكية رأس المال أساس تحديد إعتبار الشركة الأم مديرا لشركاتها التابعة، فتملك هذه الأخيرة لمعظم رأس مال الشركة التابعة ابتداء من نسبة 51% عند تأسيسها يجعلها تملك صفة المدير في الشركة التابعة، وتعد هذه الطريقة أبسط الطرق التي تحقق التبعية بين الشركات، من خلال تمكين الشركة الأم من حيازة أكثرية الأصوات في الجمعية العامة للشركة التابعة. كما قد تبلغ نسبة إسهام الشركة الأم في رأس مال الشركة الوليدة بنسبة 51% بعد التأسيس عن طريق شراءها لأسهم هذه

763- دريد محمود علي، الشركة المتعددة الجنسية، آلية التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2009، ص 156.

764- يربط معظم الفقهاء بين تعريف الشركة الأم وتعريف الشركة القابضة في القوانين الوطنية على أساس أن الشركة القابضة تقوم مقام الشركة الأم في السيطرة على الشركات الوليدة، إلا أنه يظل الفارق بينهما في أن الشركة القابضة تقوم بالسيطرة على مجموعة شركات تابعة لها تقع داخل إطار وطني واحد في حين تسيطر الشركة الأم وتهيمن على مجموعة شركات تقع كل منها في دولة مختلفة. انظر شريف مجد غنام، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر سنة 2006، ص 342.

765- دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 150.

766- شريف مجد غنام، مرجع سابق، ص 399 وما بعدها.

الأخيرة⁷⁶⁷. كما يمكن أن تتجسد صفة المدير في الشركة التابعة من قبل الشركة الأم عن طريق أسلوب تعاقدى متمثل في إبرام عقد تنازل، وهي من إحدى الصور التي عرفت الإنتشار في الآونة الأخيرة، ومن أمثلتها عقود الخبرة وعقود الإمتياز وعقود التمويل التي تبرمها المؤسسات المالية مع المشروعات التجارية والصناعية.

لقد أخذت الكثير من الدول بنظرية الإستقلال الشكلي للشركة التابعة، ما أدى إلى إقرارها بمسؤولية الشركة الأم، ومنها القضاء الفرنسي، والقضاء الإنجليزي، والقضاء المصري⁷⁶⁸. أما الفقه فقد إبتدع مجموعة من النظريات لتأهيل وتفسير علاقة التبعية الموجودة فعليا بين الشركة الأم، والشركة التابعة⁷⁶⁹.

ولم يكن الفقه بأحسن حالا من القضاء في محاولة تفسير هذه الخاصية ذات الطبيعة المزدوجة، غير أن الرجوع للقانون الجزائري يقودنا إلى تسجيل تكييف الشركة التابعة كشخص من أشخاص القانون الخاص استنادا للمادة 729 من القانون التجاري ومنحها الشخصية المعنوية والإستقلالية تبعا لذلك، غير أن القانون العام فرض قبول

767- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص 365.

768- من بين تطبيقات نظرية التبعية في القضاء الفرنسي ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قضية فريهوف

Raphael Cantin : L'arrêt Frue Hauf et l'évolution de droit des sociétés, R.S, Paris, 1968, p 363-p 376.

أما القضاء الإنجليزي فلم يتردد في ترجيح فكرة الوحدة الإقتصادية التي تربط بين الشركات المنتمية لمجموعة واحدة في قضية LTD Bronse Investissements، وكذلك اعتمد القضاء الأمريكي هذه الفكرة. لمزيد من التفصيل حول مضمون هذه الأحكام، أنظر حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت، (ب.س.ن)، ص 212 ص 221، وأيضا دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 151 ص 152.

769 - النظرية السورية: حيث أنه واستنادا لهذه النظرية، فإن العقد لا يعبر عن المركز الحقيقي للمتعاقدين فهي إتفاق على إخفاء الحقيقة تحت ستار قانوني مشروع، تعتبر الشركة التابعة شركة سورية أنشأت لممارسة نفس النشاط، أو تكملة نشاط الشركة الأم،، ما يؤدي إلى إمتزاج مطلق بينهما تسيطر فيه الشركة الأم بإعتبارها الطرف الأقوى على الشركات التابعة.

- **نظرية الشركة الفعلية:** يرى أنصار هذا الرأي بأن الإمتزاج بين الشركة الأم والشركة الفعلية ينتج كيان قانوني فعلي، يعرف بالشركة الفعلية، وهي المتفق على تعريفها بأنها الشركة التي تباشر نشاطها مع الغير بطريقة فعلية، ثم حكم بطلانها لتعلق أحد أركانها والتي تنتج أثرها من تاريخ إنشائها إلى تاريخ الحكم ببطلانها، غير أن هذا التفسير لا يمكن حسب رأينا تطبيقه على العلاقة بين الشركة التابعة التي تنشأ صحيحة غير منقوصة أو باطللة الأركان وفقا لقانون الباد المضيف، والشركة الأم التي تنشأ أيضا صحيحة وفقا لقانون بلدها الأصلي وعليه ففكرة البطلان غير واردة في هذا الغرض.
- **نظرية ذمة التخصيص:** ومحتوى النظرية يعتمد على خصوصية القانون التجاري الذي يسمح بتخصيص جزء من الذمة المالية لتحقيق مشروع معين، وهذا التخصيص يقتضي حمايته الإقرار لهذه الأموال بالشخصية المعنوية ولتمكين هذا الشخص المعنوي من التصرف بكل حرية وعليه فإن الذمة المالية المستقلة هي أساس الإستقلال وكل مساس بالذمة المالية يعد مساس بالشخصية المعنوية والإستقلال الممنوح للشركة التابعة.
- **نظرية التعسف في استغلال الشخصية المعنوية:** أما هذه النظرية فتعتمد على إساءة استخدام الشخصية المعنوية 769 للشركة التابعة من خلال حصرها في تنفيذ غرض الشركة الأم بصورة مطلقة، والقيام بإرادتها بطريقة كاملة لا يسمح من خلالها للشركة التابعة بالقيام بأي تصرف، وهو ما يجب محاربه عن طريق تجاهل الشخصية المعنوية للشركة التابعة، وملاحقة الشركاء الحقيقيين المتمركزين عى مستوى الشركة الأم وتقدير مسؤوليتهم. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ج2، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر 1993، ص 93. ودريد محمود علي، مرجع سابق، ص 115.

شكل معين من أشكال الشركات التابعة، بحيث يمنع من خلاله أن يكون المستثمر الوطني شريكا تابعا للمستثمر الأجنبي المقيم، مجسدا ذلك من خلال فكرة الشركة التابعة المشتركة.

ثانياً: تبني شكل الشركة التابعة المشتركة

والمقصود بهذا النوع من الشركات، أن يتكون رأسمال الشركة التابعة من مساهمة رأس المال الأجنبي ورأس مال الشريك الوطني من الدولة المضيفة، سواء كان المساهم الوطني شخص طبيعي أو شخص معنوي عام أو خاص.

ويرجع سبب فرض هذا النوع من الإستثمار على الإستثمارات الأجنبية، إلى عدم ثقة الدولة في الرأس مال الأجنبي، وتخوفها من فرضه للتبعية الإقتصادية ومنه السياسية، فتسعى من خلال فرض مساهمتها الإلزامية في الشركة التابعة الأجنبية لفرض قدر من الرقابة يحول دون تحقق مخاوفها⁷⁷⁰. وهو الشرط الواجب توفره وفقاً للقانون الجزائري للسماح لرأس المال الأجنبي بالإستثمار على إقليمها، الأمر الذي يجعل القانون الجزائري لا يختلف بذلك عن مجموع قوانين الدول المضيفة النامية، خاصة العربية منها⁷⁷¹.

وإذا كانت مجموع هذه الدول تقر بفكرة المساهمة الوطنية في الشركة التابعة فإن الإختلاف بينها يتجسد في نقطتين أساسيتين:

الأولى تتعلق بمدى إطلاق هذا الشرط، حيث أن بعض الدول تسمح بوجود منشآت مشتركة، كما تسمح للمستثمر الأجنبي بالتملك الكامل لمشروعه الإستثماري مثل السعودية، الأردن واليمن وليبيا، بينما تتبنى الجزائر هذا الشرط بصورة مطلقة تمنع من خلاله المستثمر الأجنبي التواجد وفقاً للملكيته الكاملة لمشروعه الإستثماري.

أما النقطة الثانية، والتي لا تقل أهمية عن الأولى، تتمثل في النسبة المحددة للإشتراك في الشركة التابعة والتي تعود ملكيتها للإستثمارات الوطنية، حيث تشترط بعض الدول أن لا تقل نسبة المساهمة الوطنية عن 51% من رأس مال الشركة التابعة، وهو حال المشرع الجزائري وفقاً للقانون التجاري وقوانين المالية، والمشرع الليبي بموجب المادة 04 الفقرة 01 من القانون رقم 65 لسنة 1970 المتضمن أحكام الشركات التجارية، ويكرس المشرع القطري هذا الإتجاه

770 - دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 89.

771- بداية المشرع السعودي من خلال ما نصت عليه المادة 05 من نظام الإستثمار الأجنبي لسنة 2000، والقانون الأردني رقم 16 لسنة 1995 المتعلق بتشجيع الإستثمار، والقانون اليمني رقم 29 لسنة 1997، والقانون الليبي رقم 05 لسنة 1997 المعدل بموجب القانون رقم 07 لسنة 2003. دريد محمود علي، مرجع أعلاه، ص 88.

بمقتضى قانون إستثمار رأس المال الأجنبي رقم 13 لسنة 2000⁷⁷² الذي نصت المادة 02 منه على "مع مراعاة أحكام البند (03) من هذه المادة، يجوز للمستثمرين الأجانب الإستثمار في جميع قطاعات الإقتصاد الوطني بشرط أن يكون لهم شريك أو شركاء قطريون لا تقل مساهمتهم عن 51% من رأس المال، وأن تكون قد أسست على وجه صحيح وفقا لأحكام القانون، ومع ذلك بقرار من الوزير يمكن السماح للمستثمرين الأجانب بتجاوز نسبة مساهمتهم من 49% وحتى 100% من رأس مال المشروع في مجالات الزراعة والصناعة والصحة والتعليم والسياحة وتنمية واستغلال الموارد الطبيعية أو الطاقة أو التعدين...". كما أن بلدان أخرى تنص على أن لا تقل نسبة المساهمة الوطنية في رأس مال الشركة الوليدة عن نسبة 60% كالهند⁷⁷³.

غير أن الشركات الأجنبية ترفض في بعض الأحيان أسلوب الشركات الوليدة التابعة على أساس رغبتها في المحافظة على جودة ونوعية منتجاتها في الأسواق العالمية، مثل شركة I.B.M للحسابات الإلكترونية، وشركة سولفاي للمنتجات الكيماوية، التي تصر على الملكية الكاملة لشركاتها الوليدة في الدول المضيفة⁷⁷⁴. حيث تبقى سلبيات الإستثمار المشترك المتمثلة في تأثير التغيرات السياسية في وجود الشركة التابعة واستمرارها من أهم مخاوف الشريك الأجنبي الأصلي، رغم ما لهذا الأخير من مزايا تقلل من المخاطر غير التجارية⁷⁷⁵ التي قد يتعرض لها الإستثمار الأجنبي، ويمكنها من الإستفادة من مزايا واسعة خاصة إذا كانت الشركة التابعة تضم كشريك مهيمن الدولة أو أحد مؤسساتها العمومية.

إن مجموع الدول النامية تحاول فرض رقابتها من خلال الشركة التابعة المشتركة، غير أن دولا أخرى تسعى للذهاب إلى أبعد من ذلك من خلال تحويل هذه الشركة التابعة المشتركة إلى شركة مملوكة بالكامل لمستثمرين وطنيين عن طريق بيع الشريك الأجنبي حصته في رأس مالها للشركاء المحليين وذلك خلال مدة زمنية محددة بما يعرف بإنهاء الدولة المضيفة للإستثمار الأجنبي، الذي يعد من أحد أهم التوصيات التي أوصت بها لجنة الخبراء التابعة

772- قانون رقم (13) لسنة 2000 ينظم إستثمار رأس المال غير القطري في النشاط الإقتصادي مؤرخ في 16 أكتوبر 2000، جريدة رسمية نسخة 07 مؤرخ في 25 نوفمبر 2000.

773- دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 91.

774- دريد محمود علي، مرجع أعلاه، ص 88.

775- تشمل المخاطر غير التجارية المخاطر السياسية الناتجة عن سوء تسيير المصالح العمومية للدولة المضيفة ومنها عدم الإستقرار السياسي، والحروب الأهلية والدولية، والإضطرابات المدنية، والعقوبات الدولية، كما تشمل الإجراءات الإنفرادية التي تتخذها الدولة في إطار ممارسة سيادتها، ومنها التأميم ونزع الملكية والمصادرة، وخطر عدم التمكن من تحويل عادات الإستثمار أو تحويل العملة. وخطر فسخ العقد، وخطر عدم الوفاء والإحتكار، والمعاملة التمييزية... إلخ. انظر عيبوط محند وعلي، مرجع سابق، ص 172 ص 186.

للأمم المتحدة لبحث أثر الشركات الأجنبية على العلاقات الدولية، بحث رأت وجوب التركيز من قبل الدول الآخذة في النمو على طريقة الإستثمارات المشتركة، مع العمل على تقليل النصيب الأجنبي في تلك المشروعات بمضي الوقت⁷⁷⁶.

إن تكريس هذا النوع من الإستثمار بالنسبة للأجانب فقط، يعيدنا من جديد إلى فكرة المعاملة التمييزية كأسلوب معمول به عموماً بالنسبة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر كما يكرس في نفس الوقت رغبة المشرع في جعل الإستثمارات الأجنبية في مركز غير متساوي على الأقل مع الإستثمارات الوطنية العامة والخاصة، لترك لهذه الأخيرة فرصة رقابة الإستثمارات الأجنبية، من خلال هيمنته على ملكية رأس مال الشركة التابعة ومنع الإستثمارات الأجنبية من التواجد من خلال إنشاء شركة تابعة مستقلة قانوناً عن الشركة الوطنية.

المطلب الثاني

تواجد الإستثمارات الأجنبية عن طريق أشكال تمثيلية

أقر المشرع التجاري والمدني مجموعة من الأشكال التي يمكن للمستثمر استعمالها لتحقيق إستثماراته. والتي تشترك في خاصية أساسية، متمثلة في عدم تمتعها بالشخصية المعنوية، أو وجودها لممارسة عملية تمثيل الإستثمار الأجنبي، بحيث يظل إرتباطها بالإستثمار الأصلي أساسياً، ولا تتمتع إلا بإستقلالية شكلية وفي حدود ضيقة جداً. غير أن هذه الأشكال تختلف عن بعضها البعض، إختلافاً يدل على إتساع مجال الأشكال الواردة بموجب القانون الخاص، ويمنح في المقابل للمستثمر الأجنبي خاصية الإختيار بين مختلف هذه الأشكال بما يتوافق وأهدافه الإقتصادية عامة وقدراته المالية على وجه الخصوص.

لقد عرفت هذه الأشكال إنتشاراً على مستوى في مختلف النشاطات الإستثمارية في السوق الجزائرية، غير أن هذا الإنتشار لم يكن بنفس الطريقة وعلى نفس المستوى في قطاعات الإستثمار المختلفة، فنجد مثلاً بأن البنوك تستعمل شكل "الفروع" بصورة كبيرة جداً، بينما النشاطات المتعلقة بالتسويق فتستعمل الوكالات بصورة واسعة الإنتشار خاصة في مجال تسويق السيارات بمختلف علامات الشركات الأصلية، أما الإستثمارات التي تمنح حقوق

776- دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 91.

إمّياز استغلال براءات الإختراع أو العلامات التجارية فنجدها تفضل مراقبة السوق بطريقة بعيدة فتأخذ شكل مكاتب التمثيل أو الربط.

وإذا كان القانون التجاري والمدني قد تضمننا النص على مختلف هذه الأشكال، فإن تأطيرها لها يبقى مشوب بنقص كبير سواء من حيث تحديد المفاهيم أو من حيث التنظيم، الأمر الذي استدعى تدخل مجموعة من النصوص القانونية المنظمة لمختلف أوجه النشاط في مختلف القطاعات، كقانون النقد والقرض الذي نظم فكرة الفروع بطريقة أوضح مما هي عليه في القانون الخاص وكذا قوانين المالية التي تدخلت في كثير من الأحيان لتحديد إجراءات الوكالات التجارية وضبطت شروطها. وعليه فإن إشباع الأشكال الواردة في القانون التجاري التي يتواجد من خلالها المستثمر لتمثيل الإستثمار الأجنبي الأصلي تطرح مشكل تنظيم هذه الأشكال سواء تعلق الأمر بالفروع (فرع أول) أو الوكالات (الفرع الثاني) أو مكاتب الربط (الفرع الثالث) وتدخل القانون العام لضبط إجراءاتها.

الفرع الأول:

فروع الشركات Les succursales

على خلاف الكثير من النصوص القانونية الأخرى، لم يتناول القانون التجاري الجزائري فروع الشركات إلا بطريقة عابرة تضمنت ذكرها دون القيام بعملية تنظيمها، رغم إعتبارها من الأشكال القديمة المتعارف عليها كأسلوب لممارسة النشاطات التجارية والإقتصادية.

إن فروع الشركات عبارة عن إمتداد إقليمي وقانوني للشركة الأصلية، غير أن هذا الإمتداد لا يمنحها الإستقلالية القانونية، لأنها لا تعد مركز المصالح الرئيسية للشركة⁷⁷⁷. ويعد الفرع جزء من الشركة الأصلية، يخضع

777- أقر قانون 453/03 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 2003، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 41/97 مؤرخ في 18 يناير سنة 1997 والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، المعدل والمتمم ج.ر.ع 75 مؤرخ في ديسمبر 2003 بفروع الشركات ونظمها من خلال جعلها ملزمة بالقيد في السجل التجاري استنادا لنص المادة 02 فقرة 02 من قانون 453/03. كما نصت المادة 13 مكرر من نفس القانون على الملف المطلوب لقيد الفروع والذي تعتبر الرخصة من ضمن الوثائق الأساسية في حالة ممارسة نشاط مقنن، كما يعتبر قانون النقد والقرض من أهم النصوص القانونية التي تفردت بتنظيم فروع الشركات استنادا لنص المادة 85 من أمر 11/03 مؤرخ في أوت 2003 ج.ر.ع 52، ونص المادة 100 من أمر رقم 04/10 مؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 11/03 مؤرخ في 26 أوت 2003 ج.ر.ع 50. كما وردت فروع الشركات أيضا في الملحق رقم 01 من نظام رقم 05/09 مؤرخ في 18 أكتوبر 2009 يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ج.ر.ع 76 مؤرخ في أكتوبر 2009. حيث تناول البند الحادي عشر (11) منه المساهمات المالية في الفروع. و أكد القرار المؤرخ في 20 فبراير سنة 2008، يحدد كفاءات فتح فروع لشركات تأمين أجنبية، ج.ر.ع 17، مؤرخ في 30 مارس سنة 2008، على الشروط الإجرائية اللازمة للشركة الأم لفتح فروعها بالجزائر. كما تناولت قوانين المالية بالنص على الفروع كقانون المالية لسنة 2009 الذي تناولت المادة 06 منه

لإدارتها، ويندمج مورده بمواردها وليس للفرع جنسية مستقلة عن جنسية الشركة ذاتها لأنه إشتقاق منها⁷⁷⁸. وهو ما يؤكد فكرة منح المشرع الجزائري لفروع الشركات الأجنبية إقامة ولا يمنحها الجنسية الجزائرية، بل تبقى بجنسية الشركة الأصلية التي تتبعها .

وإذا بحثنا عن تعريف قانوني للشركة الفرع، يمكننا إيراد التعريف الذي تبناه إتفاق الشراكة المبرم بين الجزائر والمجموعة الأوروبية، من خلال نص المادة 36/د التي اعتبرت "فرع لشركة: منشأة لا تمتلك الشخصية القانونية التي يكون لها طابع الدوام مثل امتداد الشركة الأم ويكون لها تسييرها الخاص، وهي مجهزة ماديا للتفاوض في أعمال مع آخرين، حيث أنهم ليسوا ملزمين بالتعامل مباشرة معها، علما أنه يمكن عند الضرورة وجود إتصال قانوني بالشركة الأم التي يتواجد مقرها بالخارج. كما يمكنهم أن يقوموا بصفقات تجارية بمكان المنشأة التي تشكل الإمتداد"⁷⁷⁹. غير أن القانون التجاري الجزائري لم يفصل في الطبيعة القانونية لفروع الشركات، لكنه إرتكز على مبدأ وحدة الذمة المالية لبعض الأشكال كالمقاولة مثلا ، والتي تقوم على أساس مبدأ وحدة الذمة المالية لتمييزها، أي عدم الفصل بين ذمة المقاول وذمة المقاولة، من جهة، وقيام القانون التجاري بذكر كل نوع من هذه الأنواع منفصلا عن الآخر، حيث حدد أشكال تنظيم العلاقات التجارية في حالة إجتماعها أو إفرادها، فنص على الشركة، والشركة التابعة، الشركة المساهمة والقابضة، والمقاولة، ومكاتب الأعمال، والوكالات والفروع، والتجمعات... إلخ، من جهة أخرى.

إن غياب التنظيم المفصل سواء لمفاهيم الفروع أو لإجراءات تأسيسها، يجعل القانون غير قادر على التحكم الأمثل في هذا الشكل المعتمد من قبل الإستثمار كطريقة شائعة لتواجده، وعليه وجب تحديد خصائص فروع الشركات الأجنبية وسبب إنتشارها في نشاطات دون الأخرى.

أولا: خصوصية فروع الشركات

إن فكرة الفرع كوحدة من وحدات الشركة الأم يجعله تابعا لها معنويا، باعتبار أن هذا الفرع يملك حق القيام بإدارة نفسه، ويملك مقرا خاصا به، بعيدا ومستقلا عن الشركة الأم، غير أنه في المقابل لا يملك شخصية معنوية، ولا

الأرباح المحولة من الشركات الأجنبية غير المقيمة إلى شركاتها الفرعية المقيمة، كما نجد قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الذي منحت المادة 76 منه السلطة لمجلس مساهمات الدولة لتكليف الصندوق الوطني للإستثمار بإنشاء فروع الشركات.

778- « C'est un prolongement de l'entreprise qui lui permet de traiter des affaires dans un endroit différent d'un siège principale ». M.

CABRILLAC : Unité et pluralité de la nation de succursale, mélanges, Dalloz, Paris, 1961, p119.

779- مرسوم رئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الإتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا بتاريخ 22 أبريل 2002، ج.ر.ع. 31 مؤرخ في 30 أبريل 2005.

جنسية البلد المضيف الأمر الذي يجعله يضم مجموعة من المتناقضات، أضفت صعوبة على تحديد طبيعته القانونية وخصائصه التي يمكن أن يتشاركها مع فروع المؤسسات الوطنية العامة والخاصة وهي:

- (1) تلزم فروع الشركات سواء الوطنية منها والأجنبية بالقيد في السجل التجاري.
- (2) لا تكتسب الشخصية المعنوية نظرا لإعتبارها قيدا ثانوي تابع للمؤسسة الرئيسية استنادا لنص المادة 09 من مرسوم 453/03 المتعلق بشروط القيد في السجل التجاري المعدل والمتمم.
- (3) الشركة الفرع هي عبارة عن مركز أعمال، بحيث أنها تمتلك جميع الصلاحيات والسلطات لممارسة نشاطها الإستثماري وتوفير ما يطلبه منها مركز الإدارة الفعلي من جهة، والمتعاملين معها من جهة ثانية، فهي تستطيع أن تقوم بتوظيف الأشخاص والعمال الذين ترغب بهم⁷⁸⁰، وتملك الحرية للدخول في علاقات مع الموردين لتزويدها بما يلزم نشاطها. كما يمكنها أن تتعامل مع البنوك للحصول على ما يلزمها من قروض لتمويل نشاطها⁷⁸¹.

(4) غير أن الخصائص الخاصة لفروع الشركات الأجنبية هي التي تميزها عن فروع المؤسسات الوطنية، سواء من حيث إجراءات تواجدها⁷⁸² أو من حيث طبيعة علاقتها مع الشركة الأم ومنها:

- (1) تبعيتها إلى شركتين أصليتين إثنين في آن واحد، حيث أن الشركة الفرع الأجنبية تكون تابعة لشركتها الأصلية وتلجأ إليها سواء من أجل استشارتها أو من حيث الحصول منها على القرارات الإدارية الأساسية، وهو ما يمنح هذه الفروع استقلالية محصورة في سلطة الإدارة. وهي إستقلالية تمتاز بالطابع النسبي بحيث تبقى الشركة الأم صاحبة سلطة التقاضي أمام المحاكم دون تمكن الشركة الفرع من ذلك.
- غير أن فروع الشركات الأجنبية في الجزائر أصبحت خاضعة لقاعدة الشراكة الإجبارية مع المستثمر الوطني، مما يجعلها في مركز الشركة الفرع بالنسبة للشركة الوطنية إذا أرادت ممارسة نشاطاتها عن طريق فروع الشركات.

780- Ali Kassem : Filiale et succursale, moyens d'expansion d'une entreprise, revue des sociétés, p 44.

781- Ali Kassem, Ibid, p 44.

782- حيث نجد بأن فروع شركات التأمين الأجنبية تخضع لإجراءات كثيرة منها الترخيص المسبق من قبل الوزير المكلف بالمالية، وفقا لقرار مؤرخ في 20 فبراير سنة 2008، يحدد كيفيات فتح فروع لشركات تأمين أجنبية، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.

(2) بالنسبة لفروع الشركات العمومية فإن مجلس مساهمات الدولة هو الذي يرخص بإنشائها استنادا لنص المادة 76 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009. أما فيما يتعلق بالنشاطات المصرفية فإن مجلس النقد والقرض⁷⁸³ يمكن أن يرخص بفتح فروع في الجزائر، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل⁷⁸⁴.

(3) تختلف الإجراءات المعتمدة لقيود فروع الشركات الأجنبية لدى المركز الوطني للسجل التجاري باختلاف الوثائق المطلوب إدراجها في الملف، ومنها على الخصوص نسخة من السجل التجاري للشركة الأم مترجمة إلى اللغة الوطنية، ونسخة من القانون الأساسي للشركة الأم، استنادا لنص المادة 13 مكرر من مرسوم تنفيذي 453/03 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 41/97 المتعلق بشروط القيد.

بالإضافة إلى ذلك فإن النسخة الوثائقية من مستخرج السجل التجاري المسلمة من قبل المركز للفروع والممثلات التجارية تكون باللون البرتقالي استنادا لنص المادة 03 فقرة 04 من القرار المحدد لنموذج ومميزات مستخرج السجل التجاري⁷⁸⁵.

(4) يتعين على الفرع التابع لمؤسسة مالية أجنبية أن يحصل على اعتماد بالإضافة إلى الترخيص، حيث يمنح الإيعاد بمقرر من قبل محافظ بنك الجزائر أما الترخيص فيمنحه مجلس النقد والقرض، وشرط الحصول على الإيعاد شرط مقصور على فروع الشركات الأجنبية دون الوطنية منها استنادا لنص المادة 08 من نظام 02/06⁷⁸⁶ التي جاء فيها "يتعين على البنك أو المؤسسة المالية أو الفرع التابع لبنك أو مؤسسة مالية أجنبية، الذي تحصل على الترخيص المنصوص عليه في المادة 05 أعلاه، أن يلتزم من محافظ بنك الجزائر بالإيعاد المذكور في المادة 92 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق لـ 26 غشت سنة 2003 والمذكور أعلاه...".

783- استنادا لنص المادة 85 من أمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، مذكور سابقا.

784- مبدأ المعاملة بالمثل مبدأ قانوني يصطلح عليه أيضا بشرط المعاملة الوطنية، ويعني منح المنتجات والخدمات الأجنبية معاملة لا تقل عن تلك الممنوحة للمنتجات والخدمات الوطنية المماثلة وحتى للموزعين للسلعة في بعض الأحيان إذا نصت على ذلك صراحة الإتفاقية

« Formellement, la clause impose à chaque mémoire l'obligation d'accorder » aux services et fournisseurs de services de tout autre membre ... un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres services similaires et à ses propres fournisseurs de services similaires » (Articles XVII-1°. Dominique Carreau, Patrick Juillard : op.cit, p 362.

785- قرار مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 2006، يحدد نموذج ومميزات مستخرج السجل التجاري. وزارة التجارة، المركز الوطني للسجل التجاري، النصوص القانونية المتعلقة بالسجل التجاري و الاعلانات القانونية (إستيفاء إلى آخر 2011)، ص 137.

786- نظام رقم 02/06 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2006، يحدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية ج.ر.ع 77 مؤخ في 02 ديسمبر 2006.

ثانياً: غموض فكرة فروع الشركات

إنّقل المشرع الجزائري من خلال قانون النقد والقرض من فكرة فروع الشركات المتمتعة بالشخصية المعنوية، والتي منحها بذلك صلاحية القيام بنفس العمليات المصرفية التي تمارسها البنوك والمؤسسات المالية الوطنية مع شرط ضرورة احترامها للحد الأدنى لرأس المال المتوافق مع نظيرتها الوطنية أيضاً، ومنحها بالمقابل حق إستعمال الإسم التجاري العائد للشركة الأم⁷⁸⁷. إلى فكرة الحد من صلاحية فروع الشركات من خلال فرض شراكتها الإجبارية مع المؤسسات الوطنية أو السماح لها بالمساهمة في هذه الأخيرة مع إستراط المعاملة بالمثل.

غير أن فكرة الشركات لم تجد لها تفسيراً من ناحية النصوص القانونية التي حاولت الفصل بين ولائها للشركة الأم، وبين تبعيتها للشركة الوطنية، ما جعل الفقه يحاول التدخل لتفسير الطبيعة القانونية لفروع الشركات، ومنها تحديد المعاملة اللازمة لهذه الأخيرة، وإنقسم الفقه تبعاً لذلك بين من يعتبرها قاعدة تجارية تعود ملكيتها للشركة الأم، وبين من اعتبارها مقولة تجارية تنفذ مشروع محدد تنتهي بإنتهائه.

1. فروع الشركات قاعدة تجارية:

إن تبرير وجود الشركة الفرع وتمتعها بطبيعة خاصة من خلال إستقلاليتها النسبية جعلت بعض الفقه⁷⁸⁸ يؤكد اعتبارها قاعدة تجارية، نظراً لأن هذه الفروع تملك جميع خصائص القاعدة التجارية المذكورة بموجب نص المادة 78 من القانون التجاري الإلزامية منها وغير الإلزامية.

فالفرع يملك مقر محدد وموجود، كما يملك وسائل ومعدات وآلات وبضائع تمكنه من ممارسة نشاطه، كما أن عنصر العملاء والشهرة بإعتبارهما العنصران الإلزاميان لتكوين القاعدة التجارية متوفران، بل الأكثر من ذلك فإن فرع الشركة وجد من أجل إيجاد وربط الشركة بعملاء وزبائن جدد يكونون أوفياء ودائمين للشركة وبنوعية منتوجها، فن غير المعقول أن يسافر المواطن بعيداً من أجل إقتناء منتج بسيط. كما أن الشركة الأم ترغب في الحصول على زبائن وعملاء جديد وتوسيع قاعدتها التجارية.

كما أن فرع الشركة يملك عملاء وزبائن خاصون ومميزون حتى عن زبائن فروع نفس الشركة في بلد آخر لذلك فإن وجود الشهرة والعملاء هما السببان الرئيسيان اللذان يمنحان الفرع الإستقلالية القانونية لمباشرة

787- مجلة الجيلالي، الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، مجر العولة وإقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 04، جامعة حسينية بن بوعلي، الجزائر، جوان 2006، ص 308.

علاقتها القانونية والتجارية. غير أن بعض الفقه⁷⁸⁹ يفسر وجود الشركة الفرع وإستقلاليتها بنوعية منشأتها وخدماتها وليس بزبائنها، غير أن هذا الرأي لا يتعارض مع إعتبار الفرع قاعدة تجارية، فالقاعدة التجارية تتكون من عنصران، أحدهما متعلق بالتاجر وإمميّازاته الشخصية وصفاتها الذاتية، وهو ما يتيح عنه عنصر العملاء، أما العنصر الثاني فهي الشهرة التجارية التي تكون نتيجة موقع القاعدة التجارية ومنشأتها وينتج عن ذلك زبائن عرضين .

غير أن مجموع الإنتقادات التي وجهت لهذا الرأي، ومنها عدم وضوح فكرة القاعدة التجارية في القانون الجزائري، الذي لم يفصل لغاية اليوم بين فكرة المحل التجاري والقاعدة التجارية بأحكام واضحة وخاصة لكل واحد منهما، أدى إلى ظهور رأى آخر يعتبر فروع الشركات مقاولة تجارية.

2. فروع الشركات مقاولة تجارية:

إن بعض خصائص فروع الشركات جعلت بعض الفقه يعتبرها بمثابة مقاولة بمفهومها المحصور في تكرار العمل عن طريق تنظيم مادي مسبق⁷⁹⁰، وهي ليست شخصا من الأشخاص المعنوية. غير أن إختلاف خصائص المقاولة⁷⁹¹ يجعلها تختلف عن فروع الشركات، فهي لا تلزم بالقيود في السجل التجاري بل المقاول هو الذي يلزم بالقيود، كما أن فروع الشركات يمكن لها أن تستغل أموال ليست ملكا لها، بل ملك الشركة الأم، في حين أن المقاولة تستغل أموال المقاول كاملة وتضمن ذمته المالية نشاط المقاولة بصورة مطلقة، كما أن الفرع قد يكتفي بالعملاء والشهرة ليتمكن من الوجود، بينما المقاولة لا يمكنها الإستغناء عن أحد عناصرها المادية خاصة السلع والبضائع للقول بوجودها.

إن الخلط الواضح بين المقاولة والفرع يتسبب بالكثير من المشاكل القانونية، خاصة فيما تعلق بإستقلالية فروع الشركات النسبية، والتي تظل في جميع الأحوال حتى وإن كانت مجبرة على مشاركة المستثمرين الوطنيين، معلنة الولاء لشركتها الأم، التي تلعب دورا مهما في قراراتها، في حين ترتبط المقاولة بشخص المقاول إلى درجة الإلتصاق المفضي إلى وحدة الذمة المالية.

789 - فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول: المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر توزيع ابن خلدون، الجزائر، 1998، ص 13 ص 15.

790 - عمار عمورة، مرجع سابق، ص 40.

791 - ولد راجح صافية، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2006/2007، ص 19 وما بعدها.

الفرع الثاني:

إتساع الوكالة في القانون الخاص وتقييدها في القانون العام

إن إنتشار الوكالات التجارية بشكل ملحوظ وفي مختلف أنماط النشاط الإقتصادي يعود لإعتبارها من ضمن الأشكال المفضلة لدى المستثمرين لإنجاز استثماراتهم ولربط العلاقة بين مختلف منشآتهم الإستثمارية الأصلية منها والفرعية.

غير أن الوكالات تعاني كغيرها من أشكال الإستثمار الأخرى مجموعة من المشاكل الأساسية على رأسها غياب المظلة القانونية المنظمة لها، والتي يعتبر القانون الخاص أساسا لها، غير أن تدخل القانون العام في هذا الشكل من الإستثمارات جعله يضيق من مجال إنتشارها، فهل يعود السبب في ذلك إلى عدم كفاية أنظمتها الرقابية الحمائية، أم لتعلقها بنشاطات ذات طابع تسويقي محظ؟!

يطرح القانون التجاري الجزائري في تعريفه للوكالة التجارية، فكرتين أساسيتين فكرة العقد من جهة، وفكرة النيابة من جهة ثانية⁷⁹²، ما جعله يقر بوجود نوعين من الوكالة، الوكالة بالعمولة، كعمل تجاري بحسب الموضوع استنادا لنص المادة 02 من القانون التجاري، وقصد بها الوكلاء التجاريين، أو التمثيل التجاري (الوكالة غير النيابة). والوكالة التجارية التعاقدية المنصوص عليها بموجب المادة 03 من القانون التجاري (الوكالة التجارية النيابة). وبهذا يكون القانون الجزائري من الأنظمة القانونية التي تميز بين أنواع الوكالة⁷⁹³.

غير أن القانون التجاري لم يكن الوحيد في تنظيمه لشكل الوكالة، بل تدخلت مجموعة من النصوص القانونية التي قيدت أحكام القانون الخاص، والمستثمر في اعتماده على هذا الشكل لتحقيق استثماره، وأقصت شكل الوكالة

792 - يتفق كل من القانون المصري والجزائري في تميزه بين عقد الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة، وهو ما ذهب إليه قانون التجارة المصري لسنة 1983، وكذلك نظام المحكمة التجارية السعودي الصادر سنة 1931، الذي عاجل من الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة، وقانون التجارة الجزائري لسنة 1975. سحر رشيد حميد النعيمي، الإتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، رسالة ماجستير مقدمة في كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، تخصص القانون الخاص، الأردن 2002، ص 49 ص 50.

793 - بالإضافة إلى نوع الوكالتين المعترف بهما في القانون التجاري، ميز القانون المدني بين الوكالة المدنية والتجارية، ما جعل الفقه يفسر أوجه التفرقة بين الوكالة المدنية والتجارية استنادا على عدة معايير، حيث يرى البعض أن معيار التفرقة هو طبيعة العمل المكلف به الوكيل فإذا كان العمل تجاريا والوكيل محترفا كان العقد وكالة تجارية سواء تعاقد الوكيل باسمه أو باسم موكله، غير أن البعض الآخر يرى بأن معيار التفرقة بين الوكالة المدنية والتجارية هو محل الوكالة. فإذا كان محلها تجاري كبيع بضاعة أو سلعة أو صكوك فهي وكالة تجارية أما إذا كان محل بيع مواد فلاحية فهي وكالة مدنية، أما الفقه الفرنسي فهو يعتمد على معيار طريقة التعاقد، فإذا تعاقد الوكيل باسمه وحساب موكله كانت وكالة تجارية، أما إذا تعاقد باسم موكله كانت الوكالة مدنية، وهو المعيار الشائع عند غالبية الفقه. لمزيد من التفصيل أنظر: أحمد زكي عويس، أحكام الوكالة بالعمولة، مجلة روح القوانين، العدد الثاني عشر، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مطبعة جامعة طنطا، مصر يناير 1993، ص 13 ص 14.

بالعمولة كعمل تجاري منفرد بحسب الموضوع، وأبقت على الوكالة التجارية النيابية التعاقدية الملزمة بإتخاذ اجراء القيد في السجل التجاري.

ازدادت اهمية الوكلاء المعتمدين نظرا لرغبة الدولة في ادماجهم ضمن نطاق الاستثمار، وتأسيسا على ذلك فإن الغاية من اقامة نظام الوكلاء المعتمدين لم تعنى جلبهم من أجل تصفية المخزون السلعي في السوق الوطنية دون ان يقوموا بانتاج فائض قيمة أو تحويل تكنولوجيا، و إنما كان الهدف من هذا التنظيم إدخال المنافسة و التنافسية في الاقتصاد الوطنى و تعزيز مكانة المؤسسة الوطنية الخاصة و دورها في النهوض به وتفعيل نشاطات التسويق⁷⁹⁴.

إن تتبع النصوص القانونية المنظمة لشكل الوكالة التجارية يقودنا إلى القول بتكييف المشرع الجزائري لها باعتبارها عقد "الإمتياز" الواجب إبرامه من قبل متعاملين إقتصاديين يتخذون شكل شركة تجارية، حيث عرفت المادة 02 من مرسوم تنفيذي 390/07⁷⁹⁵ نشاط الوكيل بأنه "كل نشاط يقوم على استيراد وبيع السيارات الجديدة على أساس عقد إمتياز يربط الوكيل بالموكل"⁷⁹⁶ كما حصر نص المادة 03 من نفس المرسوم نشاط الإستيراد على الشركات التجارية.

وألزمت الوكيل قبل التسجيل في السجل التجاري، بالحصول على إعتامد⁷⁹⁷ من قبل الوزارة المكلفة بالصناعة استنادا لنص المادة 07 من مرسوم 390/07، بالإضافة إلى مجموعة من الشروط الواجب توفرها في المستخدمين لدى

794- عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 282.

795 - مرسوم تنفيذي رقم 390/07 مؤرخ في 12 ديسمبر سنة 2007، يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة ج.ر.ع 78 مؤرخ في 12 ديسمبر 2007، معدل و متمم.

796- يعتمد الفقه على عدة معايير لتعريف الوكلاء المعتمدين، حيث أن المعيار العضوي يربط مفهوم الوكيل المعتمد بمفهوم علامة الصنع، ذلك أن هناك علاقة بين المنتج و صانعه، وفي هذا الشأن تكتسي العلاقة أحد الطابعين القانونيين، إما التسويق المباشر من منتج المواد و الخدمات التي ينتجها، و إما التنازل عن هذا النشاط لفائدة الغير بمقتضى عقد وكالة يمنح له حق حصري على توزيع منتجات الصانع الأصلي المرتبطة بعلامة الصنع، بحيث يصبح الوكيل المعتمد في هذه الحالة مجرد وسيط تجاري بين المنتج و المستهلك النهائي. أما اعتماد المعيار الوظيفي لتحديد مفهوم الوكيل المعتمد فيتعلق بطبيعة النشاط الموكل للوكلاء المعتمدين، حيث نصت المادة 41 فقرة 02 من قانون المالية التكميلي لسنة 1990، تشترط ان يتم تحديد قائمة النشاطات التي يمارسها الوكلاء والتي تصدرها الجهة المختصة بموجب نص تنظيمي، وتطبيقا لذلك صدر منشور رقم 63 مؤرخ في 20 أوت 1990، الذي حدد قائمة هذه السلع في ملحق تابع له، ومع صدور نظام 04/90 و دخوله حيز التنفيذ تحرر الوكلاء المعتمدون من نظام العمل بالقائمة. عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 283.

797- نجد شرط الحصول على الاعتماد مفروض أيضا على وكلاء التأمين بإعتبارهم أشخاص طبيعية تمثل شركة أو عدة شركات للتأمين بمقتضى عقد تعيين يبين اعتماده لهذه الصفة، كما يشترط فيهم أن يكونوا من جنسية جزائرية، بالإضافة لمجموعة من الشروط اللازمة لاعتمادهم نص عليها مرسوم تنفيذي رقم 340/95 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يحدد شروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد و الأهلية المهنية و سحبه منهم، ومكافآتهم، و مراقبتهم، ج.ر.ع 65 مؤرخ في 31 أكتوبر 1995.

هذه الوكالات شرط الحصول على مؤهلات خاصة⁷⁹⁸. غير أن هذه الشروط لم تكن الوحيدة المفروضة على وكلاء بيع السيارات حيث تعمق قانون المالية في ضبط هذا النشاط بحيث ألزم الشخص الراغب في ممارسة نشاط وكيل السيارات أن يكون مقياً بالجزائر دون سواه حيث نصت على ذلك المادة 51 من قانون 08/13 المتضمن قانون المالية لسنة 2014⁷⁹⁹ وبذلك تم إقصاء الأجانب من ممارسة نشاط وكلاء السيارات صراحة.

كما أكد قانون المالية لسنة 2014 من خلال نص المادة 52 منه على إقصاء شكل الوكالة النيابية من خلال منع وكلاء السيارات من استيراد السيارات لحساب وكلاء آخرين.

زد على ذلك فقد قيد قانون المالية ممارسة نشاط الوكالة بإنشاء نشاط صناعي و/أو شبه صناعي أو أي نشاطات أخرى لها علاقة مباشرة بقطاع صناعة السيارات في أجل أقصاه (03 سنوات) من صدور القانون، وإلا ترتب عنه سحب الإعتماد الممنوح.

غير أن قانون المالية لسنة 2014 لم يكن الوحيد المقرر لشروط تقييد نشاط الوكالة بل سبقه في ذلك قانون المالية التكميلي لسنة 2009، الذي منعت المادة 66 منه إنجاز عمليات الإستيراد عن طريق الوكالة، حيث يجب أن تقوم بها شركة تجارية فقط، والتي تمنح للوكلاء عقد إمتياز⁸⁰⁰ بعد ذلك، وعليه فإن صفة الوكالة يمنحها القانون في مجال الإستيراد للمستثمرين الوطنيين دون الأجانب ما يشكل قصراً لهذا الشكل في مجال النشاط المتعلق باستيراد السيارات على المستثمرين الوطنيين ما يمنحهم معاملة تفضيلية مقارنة مع نظيراتهم من الإستثمارات الأجنبية.

798- قرار مؤرخ في 20 أبريل سنة 2008، يحدد الكفاءات المكتسبة للمستخدمين لدى الوكلاء ج.ر.ع 49 مؤرخ في 03 سبتمبر 2008. كما أن الشروط التأهيلية والكفاءة المهنية مطلوبة أيضاً لممارسة نشاط وكالات التأمين استناداً لنص المادة 16 من مرسوم تنفيذي 340/95 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يحدد شروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد و الأهلية المهنية و سحبه منهم، ومكافآتهم و مراقبتهم، مذكور أعلاه.

799- قانون رقم 08/13 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014 ج.ر.ع 68 مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2013.

800- يطلق البعض على هذا النوع من الإتفاقيات اتفاقية الوكالة، بحيث يمكن للوكيل القيام بأعمال المنتج الأصيل حتى ولو كان ذلك الوكيل غير موظف عند المنتج الأصيل حتى إن كان لدى الوكيل منتجات أو خدمات أخرى تعود لمنتجين آخرين، وإن ما يفعله أو يقوله أو يعرضه الوكيل على طرف ثالث يكون ملزماً للمنتج وأنه موظف لدى المنتج الأصيل. مصطفى سلمان حبيب، الإستثمار في الترخيص الإمتيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن سنة 2008، ص 17.

الفرع الثالث

مكاتب التمثيل (الربط)

إن غياب التنظيم الواضح لهذه الأشكال التي يتواجد من خلالها المستثمرين الأجانب والمستعملة من قبل العديد منهم، والتي تسمح للإستثمار المحدود بضمان تواجد مباشر لمؤسسته على الإقليم الوطني وتحقيق أهداف محددة تتمثل على الخصوص في:

(1) المراقبة المباشر للمنتوج أو النشاط من قبل الشركة الأم.

(2) إمكانية توظيف تجار بمرتببات تتوافق و السوق الوطنية، من أجل تمثيل وتطوير ومتابعة العلاقة بطريقة مباشرة مع زبائن وعملاء المؤسسة⁸⁰¹.

في حين لا تتمتع مكاتب الربط بالشخصية المعنوية رغم إلزامها بالقيود في السجل التجاري استنادا لنص المادة 04 من مرسوم 453/03، بالإضافة إلى ذلك فإن تمويل مكاتب الربط يكون عن طريق العملة الصعبة، لأنه لا يقوم بتحصيل أى مدخول مقابل تواجده، لذلك فهو لا يتعامل بالعملة الوطنية أصلا⁸⁰². كما أن مكتب الربط لا يمكنه إطلاقا إبرام أى عقد باسمه⁸⁰³.

و يعرف الفقه هذه المكاتب على أنها مجرد بعثات تمثيلية تقوم برعاية مصالح المؤسسة الأم دون أن تكون لديها الشخصية المعنوية ولا الاستقلال المالي، كما أن بعض الكتاب يميز في هذا الاطار بين مكاتب الربط و مكاتب التمثيل، بحيث أن مكاتب الربط ليس لديها القوة القانونية لتوقيع العمليات، في حين أن مكاتب التمثيل قد تمارس هذه العمليات اذا تحصلت على الضوء الاخضر من قبل الشركة الام⁸⁰⁴، غير أن التشريع الجزائري يشترط على هذه الأخيرة استصدار ترخيص من قبل الجهة الوصية أو المشرفة على القطاع ، كجلس النقد و القرض الذي تجب موافقته لإجراء مثل هذه العمليات من طرف مكتب التمثيل⁸⁰⁵.

801 - دليل اجراءات التجارة الخارجية الجزائرية، ألكس، وزارة التجارة، الجزائر، ص 29.

802- Le financement du bureau de liaison se fait exclusivement en devises puisque le bureau de liaison ne fait aucun recette locale et n'exerce aucune activité lucrative le bureau et ses agents ne peuvent conclure aucun contrat en leur nom propre. Guide pratique des procédures du commerce extérieur algérien ALGEX, ministère de commerce, P 28.

803-Guide pratique des procédures du commerce extérieur algérien ALGEX, ibid, P 29.

804- مجلة الجليلي، مرجع سابق، ص 373.

805- مجلة الجليلي، مرجع أعلاه، ص 374.

ولتتمكن الشركة الأجنبية من فتح مكتب تمثيل وجب عليها تقديم طلب إلى وزارة التجارة وملئ إستمارة فتح مكتب ربط بالجزائر، مرفقة بملف موجه إلى المديرية العامة لضبط النشاطات وتنظيمها ويحتوي على⁸⁰⁶:

- (1) شهادة إثبات فتح حساب CEDAC لدى بنك أولي.
 - (2) شهادة إثبات مبلغ ضمان قدره (20.000) عشرون ألف دولار أمريكي لدى بنك أولي .
 - (3) وصل خاص بتسديد لدى قابض الضرائب المختص لحق التسجيل مبلغ قدره (100.000) مئة ألف دينار جزائري طبقاً لأحكام نص المادة 16 من قانون المالية 01/10 لسنة 2010⁸⁰⁷.
 - (4) نسخة من العقد التأسيسي للشركة الأم.
 - (5) قرار تعيين مدير مكتب الربط وسيرته الذاتية.
 - (6) كل وثيقة تثبت وجود محل يأوي مكتب ربط في الجزائر.
- ورغم الأهمية البالغة لهذا النوع من الإستثمار الذي تتمكن من خلاله الشركة الأجنبية من التواجد، إلا أنه يبقى غير منظم بطريقة كافية لمراقبة معلومات السوق الجزائرية التي تعد السلعة الأساسية التي تسعى من ورائها هذه الأشكال التمثيلية.

المطلب الثالث

حصر فكرة التجمع ورقابتها المزدوجة

نظم القانون التجاري أشكال جماعية مختلفة لممارسة النشاط التجاري الناتجة تارة جراء إندماج شركات تجارية مع بعضها البعض، أو الناتجة عن تكوين كيان قانوني واحد يضم عدة شركاء تارة أخرى.

غير أن القانون التجاري لم يعتبر جميع الأشكال الجماعية بما فيها الشركات المراقبة (القابضة) أو الشركات المساهمة، أو الشركة المشتركة بمثابة تجمع، حيث حصر هذا الأخير بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من الأشكال الجماعية. ليس هذا فحسب بل أن التجمع المذكور ضمن الفصل الخامس من القانون التجاري يختلف أيضا مع تجمع المنفعة الإقتصادية (التركيز) الوارد بموجب أمر 03/03 المتعلق بالمنافسة⁸⁰⁸ وهو ما أثر على باقي النصوص

806 - دليل إجراءات التجارة الخارجية، مرجع سابق، ص 29 ص 30.

807 - أمر رقم 01/10 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ج.ر.ع 49 مؤرخ في 29 غشت 2010.

808 - أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 12/08 مؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 02 يوليو 2008، معدل ومتمم بموجب قانون 05/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ع 46 مؤرخ في 18 غشت 2010.

القانونية الأخرى التي نصت على النوعين معا، كقانون الصفقات العمومية الذي حدد الشكل الجماعي الذي يمكن أن يتخذه المستثمر الأجنبي لتمكنه من الحصول على الصفقة، حيث جاء بموجب نص المادة 59 من مرسوم رئاسي رقم 236/10⁸⁰⁹ أن شكل الإستثمار الذي يمكن أن تمنح له الصفقة يجب أن يكون في شكل تجمع بالتضامن، أو تجمع بالشراكة فنصت المادة 59 على "... يجب أن يتدخل المتعهدون في إطار تجمع المؤسسات في شكل تجمع بالتضامن أو بالشراكة... ويكون التجمع بالتضامن عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة، ويكون التجمع بالشراكة عندما يلتزم كل عضو من أعضاء التجمع بتنفيذ الصفقة كاملة...". وبناء على ذلك فإن قانون الصفقات يعتمد على إقرار شكل التجمع الوارد ضمن أحكام القانون التجاري الوارد في الفصل الخامس، كما يتضمن أحكام التجميع الوارد في قانون المنافسة، وعليه وجب أولا التفرقة بين مختلف أشكال التجميعات، ثم تحديد نوع الرقابة التي تخضع لها لمعرفة النقص الوارد بموجب القانون الخاص الذي تمت تكمته من خلال رقابة سلطات الدولة المستقلة.

الفرع الأول

تجمع المنفعة الاقتصادية وتجمع الشركات

إن التجمعات الواردة بموجب القانون التجاري تأخذ شكل التضامن من خلال مجموعة الخصائص التي حددها النص، لاسيما المادة 796 وما بعدها من القانون التجاري، وعليه فإن خصائص هذا التجمع تجعله ضيقا لدرجة عدم إمكانية تكوينه إلا من قبل أشخاص معنوية، ما يقصي بداهة الأشخاص الطبيعية، كما أن حصصه غير قابلة للتمثيل في سندات متداولة، كما يمكن تأسيسه بدون رأس مال أي أن كل شخص معنوي شريك فيه يحتفظ بحصته ورأس ماله دون أن يقدمه للتجمع، وعموما يمكن أن نجمل خصائص تجمع الشركات (التجمع بالتضامن) فيما يلي:

- (1) الشركاء فيه أشخاص معنوية.
- (2) يجب أن يكون محدد المدة.
- (3) يمكن أن يؤسس بدون رأس مال.

809- مرسوم رئاسي رقم 23/12 مؤرخ في 18 يناير سنة 2012 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن الصفقات العمومية، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 26 يناير 2012، معدل و متمم.

- (4) ليس هدفه تحقيق، ولا يحقق بالضرورة فوائد يتم إقتسامها.
 - (5) حصصه غير قابلة للتداول.
 - (6) يتمتع بالشخصية المعنوية، والأهلية القانونية.
 - (7) الأصل فيه مسؤولية تضامنية مطلقة، غير أنه يمكن الإتفاق على خلاف ذلك.
 - (8) يمكن إدارته من قبل شخص طبيعي أو معنوي، واحد أو أكثر.
 - (9) مسؤولية القائمين بالإدارة كاملة في حدود موضوع التجمع، ولا يمكن الإحتجاج بتحديد سلطات القائم بالإدارة تجاه الغير.
 - (10) يجوز للتجمع إصدار سندات إستحقاق.
 - (11) يمكن أن يتشكل التجمع من أي نوع من أنواع الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري.
 - (12) يمكن أن ينشأ جراء تحويل أي شركة أو جمعية.
- يعتبر التجمع شخص قانوني ذو طبيعة متميزة، يجمع في خصائصه خصائص الشركة، كما يتشابه مع الجمعيات، فهو إستنادا لنص المادة 797⁸¹⁰ من القانون التجاري "عقد" يؤكد مبدأ حرية أعضاءه على الإتفاق المجسد للعقد التأسيسي.
- ورغم أن التجمع يمكن أن يؤسس بدون رأس مال، إلا أنه يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم أعضائه، وبإمكانه إكتساب أموال خاصة به جديدة، وله أيضا إمكانية التصرف فيها، كما لا يحقق أهداف لحسابه الخاص بل لحساب الأشخاص الممولين له.
- ويختلف التجمع عن الشركة من خلال عدة نقاط، أهمها أن التجمع حدد مضمونه القانون، بحيث يجب أن يهدف لتسهيل النشاط الإقتصادي لأعضائه أو تطويره وتحسين نتائج هذا النشاط وتنميته. بينما الشركة تختلف موضوعاتها باختلاف النشاط الذي تباشره وأساسه هدف تحقيق أرباح مادية إستنادا لنص المادة 416 من القانون المدني. كما يختلفان من حيث إمكانية إنشاء التجمع دون رأس مال في حين أن زوال رأس مال الشركة يؤدي إلى زوالها.

810- وهي المادة التي تقابلها المادة 08 من أمر 23 سبتمبر 1967، شويطر إيمان رتيبة، النظام القانوني للتجمعات ذات المنفعة الإقتصادية في القانونين الجزائري والفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، الجزائر، 2005، ص 17.

والجدير بالذكر أن نص المادة 799 مكرر 04 من القانون التجاري قد سمحت بتحول الجمعية إلى تجمع، غير أن الإختلاف الشائع بين هدف الجمعية غير الإقتصادي الموجه عموما للنشاطات الخيرية، الرياضية، و الثقافية، وهدف التجمع الإقتصادي بين أعضائه والذي لا يستطيع الخروج عنه، يبقيه بعيدا عن مفهوم الجمعية التي تستقل بموضوعها عن غيرها من أوجه النشاطات الأخرى⁸¹¹.

كما أن التجمع ذو المنفعة الإقتصادية، يثير أيضا مسألة تشابهه مع الأشكال الجماعية الأخرى، المعروفة بشكل تجمع الشركات (*Le groupe des sociétés*) و الذي يعتبر تكتل لمجموعة من الشركات (فروع تابعة أو مساهمة)⁸¹²، حيث تحتفظ هذه الشركات داخل تجميع الشركات بوجودها القانوني ولا تدوب شخصيتها داخل التجمع، وهي تتكون وفقا للحالات المنصوص عليها ابتداء من نص المادة 729 إلى 732 مكرر 4 من القانون التجاري.

ويعتبر الهدف الإقتصادي المحظ للتجمع الإقتصادي نقطة الخلاف الأساسية بينه وبين تجمع المؤسسات الذي تكون أهدافه متنوعة تجارية إقتصادية أو مالية. كما أن نسبة إستقلالية الأشكال المنطوية تحت تجمع الشركات تجعلها تابعة لها في قراراتها، وأحيانا أخرى حتى في إدارتها كما هو الحال بالنسبة للشركة القابضة، الأمر الذي يميزها عن الأشخاص المعنوية المنطوية تحت شكل تجمع المنفعة الإقتصادية التي تبقى متمتعة بإستقلالية كاملة في نشاطها وشخصياتها القانونية، رغم تمتع تجمع المنفعة الإقتصادية بالشخصية المعنوية والأهلية القانونية.

وعلى ذكر الشخصية المعنوية فإن تجمع الشركات (*Le groupe des sociétés*) لا يتمتع بهذه الأخيرة، على خلاف نظيره الذي يتمتع بها من تاريخ قيده في السجل التجاري، وهو ما يمكنه من ممارسة جميع الصلاحيات المخولة للأشخاص المعنوية، من إمكانية التقاضي، وتمثيل المجموعة من خلال التصرف بإسمها، والتعاقد لمصالحها المشتركة.

وعليه فإن المشرع التجاري لا يعترف بفكرة التجمع إلا للأشكال المتمتعة تبعا بالشخصية المعنوية، أما الأشكال الأخرى، فيعتبرها، مجرد مساهمة، أو مراقبة أى أن منحها تكييفا قانونيا يختلف عن مفهوم التجمع، ولعل أن مرد ذلك يعود لفكرة التضامن المنصوص عليها في أحكام التجمع، خلافا للأشكال الأخرى التي تأخذ فكرة المساهمات المالية وكيفية الرقابة عليها. غير أن هذا القول لا يجد له مبررا إذا علمنا بأن تجمع المنفعة الإقتصادية يمكن أن ينشأ من جميع أنواع الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري، سواء كانت شركات أموال أو شركات أشخاص وهو ما جعل قانون الصفقات ينص على التجمع بالتضامن، والذي تكون مسؤولية أعضائه وفقا لما ورد في الباب الخامس

811- شويطر إيمان رتيبة، مرجع سابق، ص 32.

812- شويطر إيمان رتيبة، مرجع أعلاه، ص 30.

من القانون التجاري (من نص المادة 796 إلى نص المادة 799 مكرر 4) وفي نفس الوقت ينص على التجمع بالمساهمة الذي تحتفي فيه مظاهر المسؤولية التضامنية المطلقة⁸¹³، وتظهر فيه المسؤولية المحدودة والإستقلالية بين الأعضاء المكونين له، والذي قد يأخذ الشكل المنصوص عليه في القسم الثاني من القانون التجاري من المادة 729 إلى 732 مكرر 04.

الفرع الثاني

إستيعاب قانون المنافسة لأشكال أوسع للتجمع

إن حصر القانون التجاري لأحكامه في فكرة التجمع ذو المنفعة الإقتصادية، لم يعف هذه الأخيرة من الخضوع لقانون المنافسة، وتكيفه لها بإعتبارها شكل من أشكال ممارسة الإستثمار بطريقة جماعية، ونظرا لشمولية أمر 03/03 المتعلق بالمنافسة لكل الأشكال الجماعية بما فيها التجمع بالتضامن، والتجمع بالشراكة، أو المؤسسة المشتركة، المساهمة والمراقبة و التي أطلق عليها النص تسمية "التجميعات" بدل التجمع المحصور في فكرة واحدة حسب القانون التجاري، وهي التجمع بالتضامن.

ويعرف التجميع بأنه "ظاهرة إقتصادية تتم بنمو حجم المؤسسات من جهة وبإنخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة ثانية"⁸¹⁴ واستنادا لنص المادة 15 من قانون المنافسة⁸¹⁵ المعدل والمتمم فإن التجميع يعتبر أحد الصور التالية:

- (1) إندماج مؤسستان مستقلتان.
- (2) مراقبة المؤسسة من قبل أشخاص طبيعيين أو معنويين وذلك من خلال: أخذ أسهم في رأس المال، شراء عناصره من أصول المؤسسة، أو من خلال إبرام عقد.
- (3) إنشاء مؤسسة مشتركة تؤدي جميع وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة.

813- إن المسؤولية التضامنية في التجمع تبدأ بالتعويض من أموال التجمع وتنتقل في حالة عدم الكفاية لأموال الفرد، حسن مجد هند، مرجع سابق، ص 53.

814- جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتور في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2012، ص 187.

815- أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003، معدل و متمم.

حيث يتسع مفهوم التركيز أو التجميع ليشمل كل العمليات التي من شأنها أن تؤدي إلى زيادة حجم وحدات إقتصادية معينة، على حساب وحدات إقتصادية أخرى، وأيضا تلك التي تهدف إلى تحقيق التكامل الإقتصادي⁸¹⁶ وتسهيل النشاط الإقتصادي لأعضاء التجميع وتطويره وتحسين نتائجه، وهو ما يتوافق وأهداف التجمع الوارد ضمن أحكام القانون التجاري⁸¹⁷، ما يدفعنا للقول بأن المشرع اعتمد على معيارين أساسيين لتحديد مفهوم التجميع⁸¹⁸، الأول يتعلق بالطريقة المعتمدة في التجميع، والثاني على هدف وغاية التجميع الذي يعد أساسا لإعتبره ضمن الأعمال المسموح بها قانونا، حيث يمكن أن يؤدي هدفه إلى حظره وعدم الترخيص به لإعتبره عملا مخالفا للقانون لقيامه على الرغبة في السيطرة والإحتكار.

ويتضمن التجميع عدة أنواع منها التجميع الأفقي الذي تستحوذ فيه شركة من نفس المستوى على شركة أخرى، أما التجميع الرأسي فيكون بين مؤسسات متكاملة في جميع مراحل الإنتاج المختلفة، أما التجميع التكتلي فهو ناتج عن إندماج شركتين تعملان في خطوط تجارية مختلفة⁸¹⁹ أما طرق التجميع فقد حصرها نص المادة 15 وتمثل فيما يلي:

1. التجميع عن طريق الإندماج:

نص القانون التجاري على الإندماج في القسم الرابع منه استنادا لنص المادة 744 من القانون التجاري، غير أنه لم يقيم بتعريفه، وكذلك فعل قانون المنافسة في إعتبره شكلا من أشكال التجميع، مكتفيا بالنص عليه بموجب المادة 15 دون تحديد مفهومه.

ويعرف الفقه الإندماج بأنه "فناء شركة أو أكثر في شركة أخرى أو فناء شركتين أو أكثر، وقيام شركة جديدة تنتقل إليها ذم الشركات التي فنيت⁸²⁰. وعليه فإن الإندماج عبارة عن عقد بين شركتين أو أكثر من أجل

816- جلال مسعد، مرجع سابق، ص 189.

817- غير أن قانون المنافسة يسمح بالتجميع الناتج عن إستحواذ الأشخاص الطبيعية عن أسهم المؤسسة أو الإندماج فيها، في حين يقصر القانون التجاري التجمع على الأشخاص المعنوية.

818- جلال مسعد، مرجع أعلاه، ص 188.

819- جلال مسعد، مرجع أعلاه، ص 193، ص 189.

820- دريد محمود علي، المرجع السابق، ص 116 و Paul Le CANNU : Droit des sociétés, 2ème édition Montchrestien, Paris, 2005, p 933.

« Le terme fusion suppose la réunion d'au moins deux sociétés soit que l'une absorbe l'autre se confonde pour constituer une société

unique ».

القيام بتعديل نظامهما معا⁸²¹ غير أن هذا الرأي يضيق من مفهوم الإندماج الذي لا يمكن حصره في العقد فقط، لأنه يشمل الشخصية المعنوية ورأس المال وحصص المساهمين، وسير هياكل المؤسسة، كما أن العقد قد يأخذ مفهوم غير حقيقي مصطنع⁸²².

ويتم الإندماج وفقا لأحكام القانون التجاري بموجب عقد استنادا لنص المادة 748 من القانون التجاري والذي يقوم مجلس الإدارة بتجسيده سواء لكل واحدة من الشركات المساهمة في الإندماج أو بالنسبة للشركة المقرر إدماجها وفقا لبيانات شركة مدججة، وجزء من المبادلات المراقبة، ومبررات إقتصادية لتحقيقه، ويمكن التمييز بين ثلاثة صور هي:

أ- الإندماج بطريق الضم:

ويؤدي هذا النوع من الإندماج إلى زوال الشخصية المعنوية لأحد الشركتين لتنتقل أصولها إلى الشركة الثانية التي تظل محتفظة بشخصيتها المعنوية، وقد يتخذ هذا الشكل كحل لإنقاذ الشركة المفلسة بضم الشركة القوية للشركة الضعيفة، وتنقل إليها كل موجوداتها مقابل عدد من الأسهم تقدم للمساهمين في الشركة المدججة التي تزول شخصيتها المعنوية⁸²³.

ب- الإندماج بطريق الإنقسام:

تعتبر عملية الإندماج بطريق الإنقسام، عملية إندماج بطريقة عكسية « *fusion à l'envers* »⁸²⁴، فهو إندماج إذا نظرنا إليه من زاوية الشركة الجديدة التي تتلقى جزء من الذمة المالية للشركة المقسمة، أما من زاوية الشركة الأصلية المقسمة فهو يؤدي إلى إنقسامها لكيانات جديدة عن طريق تقديمها مساهمات لتأسيس هذه الشركات الجديدة. ويعتبر

821- Paul le CANNU : op-cit, p 934.

822- La fusion est d'abord une opération concernant la personnalité juridique, le capital et les parts ou actions, et elle ne se résume pas à un contrat, elle combine et contrat et fonctionnement institutionnel des sociétés en cause, et elle n'est pas limitée à une conception rigide de l'entreprise, si l'on accepte de voir dans la fusion et la session des opérations de même nature, il est clair que la conception contractuelle est artificielle (la session résulte d'une décision unilatérale de la société qui se scinde lorsqu'elle transfère le patrimoine à des sociétés nouvelles), il en va de même mors d'une absorption d'une filiale entièrement contrôlée par la société absorbante. Paul Le CANNU , ibid,P 934

823- جلال مسعد، مرجع سابق، ص 195.

824- Paul Le CANNU: ibid, P 955.

إجراء الإنقسام خاضعا لنفس شكليات الإندماج بما فيها كتابته لدى الموثق ونشره في إحدى الصحف المعتمدة لتلقي الإعلانات القانونية⁸²⁵.

ج- الإندماج بطريق المزج:

يؤدي هذا النوع من الإندماج لزوال الشخصية القانونية لكل الشركات المندمجة وإنشاء كيان جديد يتمتع بشخصية معنوية، حيث تنتقل كل أصول وخصوم الشركات المنحلة إلى الشراكة الجديدة. وقد تضمن القانون التجاري هذه الحالة من خلال نص المادة 744 التي نصت على: "... كما لها أخيرا أن تقدم رأس مالها لشركات جديدة بطريقة الإنفصال".

إن الإندماج الذي يمكن أن يلعب دورا رئيسيا في الدفع بالنشاط نحو التنوع والأمان هو الإندماج الدولي، الذي يتم بين شركتين مختلفتي الجنسية، من خلال إدماج شركة أجنبية في شركة وطنية، أو تندمج شركة أجنبية مع شركة وطنية لتكوين شركة جديدة وطنية، وهو الأسلوب الذي تشجعه الدول المضيفة لأنه يكفل لها مشاركة رأس مال الوطني مع الأجنبي. غير أن هذا الشكل يواجه مشكل أساسي يتمثل في عدم وجود قواعد دولية موحدة تحكم عملية الإندماج الدولي وتباين التشريعات الوطنية المتعلقة بالإدماج، ما أدى إلى محاولة معاهدة روما لسنة 1957 المنشئة للسوق الأوروبية المشتركة تشجيع الإندماج الدولي لأعضائها المنتمين للسوق الأوروبية المشتركة⁸²⁶.

2. التجميع عن طريق ممارسة النفوذ:

وهي الحالة الثانية التي نص عليها قانون المنافسة، بحيث إعتبر عملية المراقبة المباشرة، وغير المباشرة الناتجة بطريقة تعاقدية أم لا، والممارسة بصورة فردية أو جماعية. والتي تؤدي إلى ممارسة نفوذ أكيد ودائم على نشاط مؤسسة أخرى، وهي الحالات التي لا تجد تطابقا لها في التجمع المنصوص عليه في القانون التجاري، في حين يمكن أن يتم إدراجها ضمن القسم الثاني المتعلق بالشركات التابعة والمساهمات والشركات المراقبة.

إن ممارسة نفوذ دائم وأكيد على حقوق الملكية أو حقوق الإنتفاع، أو عقود المؤسسة، أو أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها يدخل ضمن عملية التجميع التي حددتها نص المادة 16 من قانون المنافسة في تفسيرها لعملية المراقبة الممارسة على هذه التجميعات، وعلى حد تفسير بعض الأساتذة فإن الحالات المذكورة لتفسير

825- كما يجب أن تقرر كل شركة أحكام الإندماج في قوانينها الأساسية وفق الشروط الشكلية اللازمة من كتابة وقيد وشهر وفقا لنص المادة 745 من القانون التجاري.

826- دريد محمود علي، مرجع سابق، ص 117.

عملية الرقابة المذكورة على سبيل المثال لا الحصر⁸²⁷، والتي يمكن القياس عليها لتحديد أي عملية نفوذ تمارسها شركة على أخرى وتراقبها من خلالها.

ويشترط في النفوذ أن يكون دائماً وأكيد، وأن يكون عن طريق وسائل مادية أو معنوية لاسيما منها إكتساب حقوق الملكية، كما هو الحال في الشركات القابضة السابق الإشارة إليها، وحتى حقوق الإنتفاع. ويمكن أن يمارس النفوذ والمراقبة بطريقة فردية أو جماعية، كما يمكنه أن يكون عقدياً أو غير عقدي⁸²⁸.

3. المؤسسة المشتركة كطريقة للتجميع:

نصت المادة 15 من قانون المنافسة على هذه الطريقة، حيث جاء فيها "... أنشئت مؤسسة مشتركة تؤدي بصفة دائمة وظائف مؤسسة إقتصادية مستقلة".

لقد أثار مسألة تحديد مفهوم المؤسسة المشتركة مشاكل عديدة أدت إلى ظهور عدة لوائح ومنشورات صادرة عن المجموعة الأوروبية للفرقة بين المؤسسة المشتركة محل التركيز أو التجميع، وغيرها من المؤسسات الأخرى، غير أن هذه المعايير المعتمدة للتمييز تم هجرها نظراً لتعقدها وصعوبة تطبيقها⁸²⁹. ومنها معيار المؤسسة الكاملة الممارسة، والذي يجب أن تكون المؤسسة المشتركة وفقاً له مراقبة من قبل وحدتين متميزتين على الأقل. أما المعيار الثاني فيعتمد على تحديد المؤسسة المشتركة بالنسبة لمجال الممارسة التنافسية، حيث يجب على هذه المؤسسة أن يكون لها إتصال مباشر مع السوق بطريقة متوافقة لما يفعله منافسوها، حيث بمقتضى هذا الطرح تنطبق فكرة "الفرع" على الشكل الذي تنشئه المؤسسة من أجل ممارسة أعمال البحث والتطوير إذا كان تابعاً للشركة الأم⁸³⁰.

إن المشرع الجزائري لم يضع شروط مقيدة لمفهوم المؤسسة المشتركة، حيث ربطها بالمهمة المناطة بها والمتمثلة في تادية وظيفة مؤسسة مستقلة أي التبعية من حيث النشاط، ما يرتب تبعية الفرع للشركة الأم وإعتبارها تجميعاً، كما يرتب أيضاً وجود الفرع في بلد مضيف خضوعه للرقابة من قبل مؤسستين مستقلتين، الشركة الأم على مستوى البلد المضيف والشركة الأم على مستوى البلد الأصلي، ما يعني أن المشرع الجزائري لا يميز بين المؤسسة المشتركة التعاونية والمؤسسة المشتركة التجميعية⁸³¹ لأن هدفهما واحد.

827- جلال مسعد، مرجع سابق، ص 203، وكذا اللائحة الأوروبية لسنة 2004 المدرجة في موقع www.autoriteconurrence.fr.

828- لمزيد من التفاصيل حول شروط و وسائل ممارسة المراقبة، انظر جلال مسعد، مرجع أعلاه، ص 203 ص 207.

829- جلال مسعد، مرجع أعلاه، ص 200.

830- جلال مسعد، مرجع أعلاه، ص 201.

831- جلال مسعد، مرجع أعلاه، ص 200.

إن محاولة مقارنة هذا الشكل الوارد ضمن قانون المنافسة مع فكرة التجمع الواردة في القانون التجاري يقودنا إلى تسجيل تضيق القانون التجاري لفكرة التجمع، ليحل قانون المنافسة هذا التضيق ويقوم بإستيعاب جميع أشكال التجميعات سواء المتعلقة بتجميعات ذات المنفعة الإقتصادية أو الشركات القابضة (المراقبة) أو شركات المساهمة.

وبالمقابل أيضا نجد أن إستيعاب قانون المنافسة لجميع أشكال التركيز الإقتصادي (التجميعات) يؤدي إلى إخضاعها لنظام رقابة مزدوجة، بخضوعه لأحكام القانون الخاص (القانون التجاري) كما يخضع أيضا لأحكام قانون المنافسة ورقابة مجلس المنافسة، حيث تعتبر رقابة هذا الأخير ذات أبعاد أعمق، وتفاصيل أدق من خلال تكريسها لحق الدولة وسلطاتها الإدارية في التدخل في النشاطات الإقتصادية، لكن مع اختلاف بسيط هذه المرة، تمثل في محاولتها الظهور بوجه المراقب بعدما كانت في مرات سابقة تظهر بوجه المسير أو الممول.

الفرع الثالث

خضوع التجمع لرقابة مزدوجة

إن خضوع التجمع وأشكال التركيز الأخرى لأحكام القانون التجاري تفرض عليها بالضرورة الخضوع لأحكام إجرائية أساسية تستطيع من خلالها الشركات المدجة رقابة بعضها البعض من جهة، ومن جهة ثانية تمكن من رقابة أرباحها وحساباتها بطريقة تقنية ومن بين أهم الإجراءات الرقابية التي يلزم بها القانون التجاري أشكال التجميع:

- (1) إلزامية كتابة عقد التجمع، بحيث لا يحتج بها تجاه الغير إلا من تاريخ شهرها.
- (2) تعيين إجباري لمحافظي حسابات لمراقبة حسابات الشركات المجتمعة.
- (3) يبقى تسجيل كل عضو في السجل التجاري قائماً، ولا يحذف تسجيله بتسجيل عقد التجمع.
- (4) المسؤولية التضامنية الشخصية والمطلقة لأعضاء التجمع، ما يجعل كل منهم حريص على مواصلة التجمع الذي يؤدي إفلاسه إلى إفلاس الشركاء تبعاً للمسؤولية التضامنية بينهم.
- (5) عدم إمكانية تداول أسهمه.

في حين أن أحكام الأشكال الأخرى مثل الشركة المراقبة أو المساهمة تضمن الرقابة من خلال ملكية الشركة لـ 40% أو أكثر أو أقل من رأس مال الشركة الأخرى، لتراقب الشركة الأم الشركة التابعة أو الشركة الفرع من خلالها⁸³².

غير أن إمتداد فكرة الضرر، التي قد تتجاوز حتى الشركاء في أحد هذه الأشكال لتلحق بالسوق، أو بالمصالح الإقتصادية للدولة، جعلت المشرع يدخلها ضمن أحكام الرقابة الخاصة، التي تمارسها هيئات مستقلة إدارية في مختلف مجالات النشاط الإقتصادي.

كما تم إقرار هذه الرقابة عن طريق إجراء الترخيص الذي تمنحه السلطات الإدارية المستقلة لمنع التجميع من الهيمنة على السوق، والسيطرة الفعلية الكلية أو الجزئية عليه، وهي مراقبة قبلية لتفادي وقوع مثل هذا الضرر الذي قد تكون عواقبه تبعية دولة لدولة أخرى⁸³³.

و أزم قانون المنافسة المعدل والمتمم بموجب المادة 17 منه عرض كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة على مجلس المنافسة كإجراء إلزامي واجب قبل القيام بعملية التجميع. و كل مخالفة لهذا النص تعرض صاحبها لعقوبة نصت عليها المادة 61 من أمر 03/03، وحصرتها في غرامة مالية تصل إلى 7% من رقم الأعمال. دون أن تشير إلى مصير التجميع الناتج عن مخالفة القانون.

و يملك مجلس المنافسة سلطة مطلقة في تقدير هذا التعويض، غير أن إضافة نص المادة 62 مكرر 01 بموجب قانون 12/08 المعدل والمتمم لأمر 03/03⁸³⁴ قيدت سلطاته في هذا التقدير عن طريق تحديد المعايير التي يجب على مجلس المنافسة الإعتماد عليها لتحديد الغرامة لاسيما منها المتعلقة بخطورة الممارسة المرتكبة، الضرر الذي لحق بالإقتصاد، والفوائد المجمعة من قبل مرتكبي المخالفة ومدى تعاون المؤسسات في تحقيق هذه المخالفة، وأخيرا أهمية وضعية المؤسسة في السوق.

832- يعتبر قانون 12/89 مؤرخ في 05 يوليو، يتعلق بالأسعار، ج.ر.ع. 29 مؤرخ في 19 يوليو 1989، أول نص تضمن مراقبة التجميعات، استنادا لنص المادة 31 منه التي ألزمت التجميعات التي ترمي إلى التحكم في السوق أو في جزء فعلي منه بالحصول على ترخيص، وهو نفس المنهج المتبع في ظل أمر 06/95 مؤرخ في 25 يناير 1995، يتعلق بالمنافسة، حيث لم يعتبر التجميع من الممارسات المنافية للمنافسة إلا إذا تجاوز حدا معيناً، وأخضعه للرقابة من أجل منعه من تجاوز حدود صلاحياته المشروعة. وهو ما ذهب إليه أيضا قانون المنافسة الأخير أمر 03/03 المعدل و المتمم.

833- لم تكن الجزائر البلد الوحيد الذي يخضع التجميعات لرقابة قبلية، حيث كان التشريع الألماني، الأوروبي، والأمريكي سباقا في ذلك. أنظر لمزيد من التفاصيل حول هذه التشريعات جلال مسعد، مرجع سابق، ص 210 ص 212.

834- قانون 12/08 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يعدل ويتمم أمر 03/03. مذكور سابقا.

إن حصر الترخيص بعملية التجميع الإقتصادية كسلطة ممنوحة لمجلس المنافسة بإعتباره، الوجه القانوني المدافع عن النظام العام الإقتصادي والمتدخل بصفته سلطة ضبط ومراقبة السوق⁸³⁵، لا يتوافق مع نفس الصلاحية التي منحها القانون لسلطات ضبط أخرى في مجالات النشاط المختلفة، كالجنة الإشراف على التأمينات الجزائرية، التي تملك إستنادا لنص المادة 228 من قانون 04/06 المتعلق بالتأمينات⁸³⁶ صلاحية الموافقة المسبقة على كل عملية مساهمة في شركة التأمين و/أو إعادة التأمين، كما منحت نفس الصلاحية للجنة ضبط الكهرباء والغاز بموجب نص المادة 115 من قانون 01/02 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات⁸³⁷.

ولم يكن الأمر متوقفا عند تعدد أشكال السلطات الإدارية التي تمنح الترخيص بالتجميع، بل تعدها لسلطات أخرى تكرس تدخل الدولة الصريح والمباشر في تنظيم هذا الشكل، حيث منحت المادة 21 من قانون المنافسة الحق للحكومة في منح ترخيص تلقائي نظرا لدواعي المصلحة العامة حيث نصت على "يمكن أن ترخص الحكومة تلقائيا، إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناء على طلب من الأطراف المعنية بالتجميع الذي كان محل رفض من مجلس المنافسة، وذلك بناء على تقرير الوزير المكلف بالتجارة و الوزير الذي يتبعه القطاع المعني بالتجميع"، وهو ما يمنح السلطة التنفيذية من جديد حق التدخل وتقييد النشاط الإستثماري بحجة رقابته. وهو ما يمنحها أيضا رقابة على القانون في حد ذاته، لأنه صاحب الإختصاص التشريعي المحدد لصلاحيات التنظيم التي ترجع للسلطة التنفيذية⁸³⁸. ومادامت الحكومة تتدخل لتجاوز صلاحية القانون فهي الجهة التي تراقب تطبيقه، حيث أن رقابة تطبيق القانون تكون من صلاحية السلطة القضائية وليس السلطة التنفيذية، وعليه فإن تدخل الحكومة تلقائيا لمنح ترخيص رفض منحه من قبل سلطة الضبط، والإكتفاء برأي وزير التجارة يجعلها تستحوذ على صلاحيات السلطات الثلاث، ما يؤكد مرة أخرى نوع الرقابة والتنظيم الذي يخضع له وجود الإستثمار الأجنبي في الجزائر.

ليس هذا وحسب، بل أن الطبيعة القانونية لمجلس المنافسة، التي لم تتخلى عن جعله تابعا للسلطة التنفيذية، وفرض الوصاية عليه، سواء عندما كان تحت سلطة رئيس الحكومة، أو بعدما أصبح تحت وصاية وزير التجارة، أو

835- ZOUAIMIA Rachid : Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Revue Idara V° 13, N° 02, Alger, 2003, p 07.

836- قانون رقم 04/06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 12 مارس 2006.

837- قانون 01/02 مؤرخ في 05 فبراير 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 06 فبراير 2002، معدل و متمم.

838- ينظم عملية التجميع المرسوم التنفيذي رقم 219/05 مؤرخ في 22 يونيو 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 22 يونيو 2005.

من خلال ممارسة لصلاحيه الضبط، الذي ينحصر مفهومه في كل إجراء أيا كانت طبيعته صادر من أية هيئة عمومية يهدف بالخصوص إلى تدعيم وضمان توازن القوى وحرية المنافسة، ورفع القيود التي تعرقل الدخول للسوق، وكذا السماح بالتوزيع الإقتصادي الأمثل لموارد السوق⁸³⁹. وصلاحيه التحقيق، والصلاحيه الإستشارية وصلاحيه فرض العقوبة، تجعل منه سلطة تتمتع بإمتيازات السلطات العمومية والمرافق العامة في أداء مهامه، ما يطرح حقيقة فكرة حياده في إتخاذ قراراته بالنسبة للإستثمارات الأجنبية مقارنة مع نظيراتها الخاصة بالخصوص العمومية منها، ومدى إتساع نطاق تدخل الدولة في تنظيم الإستثمارات الأجنبية بواسطة المؤسسات العمومية من الصنف الجديد المتمتع بطبيعة خاصة ومتميزة⁸⁴⁰، جراء تشكيلتها والوظيفة المناطة بها.

المطلب الرابع

عقد المقاوله

لا يمكننا إنكار تواجد الإستثمار الأجنبي لمدة زمنية محددة، تبدأ ببداية المشروع وتنتهي بإنتهائه، وهو ما تم تنظيمه من قبل القانون التجاري مجسدا في فكرة المقاوله، غير أن أن تعامل القانون التجاري مع مصطلح المقاوله لم يكن واضحا ولا كافيا لفهم هذا الكيان القانوني، الذي تعتمد الإستثمارات الأجنبية كشكل لتواجدها. يطرح مصطلح المقاوله العديد من المفارقات القانونية، التي جعلت المصطلح يستعمل للدلالة على غير معناه القانوني الدقيق والحقيقي، بسبب الخطأ في ترجمة المصطلح إلى اللغة العربية بكلمة مؤسسة (*Entreprise*) بدل مصطلح المشروع (*Projet*) من جهة، ومن جهة ثانية إلى إختلاف المفاهيم بين القانون المدني، والتجاري، وكذا قانون الصفقات العمومية⁸⁴¹ كأحد أهم النصوص القانونية المنظمة لعقود المقاولات.

ويتصف عقد المقاوله عموما بصفة المرونة بسبب تطبيقه لمبدأ " كل طرف يؤدي عملا أو يقوم بتقديم خدمة للطرف الثاني مقابل مكافأة أو أجر يعد عقد مقاوله"⁸⁴². كما أن مفهومها يختلف بإختلاف الزاوية التي ينظر إليها منها بحيث تكتسي طابع المؤسسة من وجهة نظر الإقتصاديين، في حين تأخذ طابع العقد في القانون الخاص وقانون

839- كان مجلس المنافسة في ظل أمر 06/95 مؤسسة تتمتع بالإستقلال المالي والإداري، موضوعة تحت سلطة رئاسة الحكومة، أما بعد صدور أمر 03/03 وتعديله بموجب قانون 12/08 أصبح مجلس المنافسة سلطة إدارية مستقلة، تتمتع باستقلال مالي، وشخصية قانونية، موضوعة تحت سلطة وزير التجارة.

840- ZOUAIMIA Rachid : Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Edition Houma, Alger, 2005, p 27.

841- مرسوم رئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، معدل ومتمم، مذكور سابقا.

842- مالك سعدية، عقد المقاوله الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو،

(ب.س.ن)، ص 23.

الصفقات العمومية، الذي منحت الدولة بموجبه إمكانية التعاقد وفقا لأحكام القانون المدني كأصل عام⁸⁴³. ما جعل هذا التداخل في نطاق القانونين (عام وخاص) ينعكس إيجابا على فكرة العقد ومنها عقود الأشغال العمومية أو عقد إيجار الأعمال، فأثرى قواعدها ووسع من نطاقها، فأصبحت منظمة بنظام قانوني متميز، تأخذ من خلاله بأحكام قواعد القانون المدني فيما تعلق بنشئها وإلتزامات أطرافها وحقوقهم، وتقتبس من قواعد القانون العام و الدولي في بعض من نقاط تطبيقها، وحتى في بعض الجزاءات في حالة الإخلال بها⁸⁴⁴.

ويعتمد الفقه في تحديد مفهوم المقاولة على حصرها في القيام بالأشغال المادية، حيث أن المقاول مكلف بالقيام بأشغال مادية أو فكرية، فإذا تولى القيام بأعمال قانونية وبصورة رئيسة فإنه يتصف بصفة الوكيل⁸⁴⁵. وعلى إختلاف النصوص القانونية في تعريف المقاولة، إلا أنها تتفق في مجملها على اعتبارها "عقد" يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر⁸⁴⁶. غير أن الكثير من الفقه يتجه إلى ربط عقد المقاولة بمجال نشاط البحث والتنقيب عن المحروقات نظرا للإرتباط التاريخي لعقد المقاولة بشركات البترول العالمية⁸⁴⁷ فيعرفه بعضهم بأنه "العقد الذي بواسطته تخول شركة وطنية لدولة منتجة للبترول مشروع أجنبي "عام أو خاص" القيام بالأعمال اللازمة للبحث عن حقول البترول واسغلالها. وذلك لحساب الشركة الوطنية مع بقاء الملكية التامة للدولة، وأن يتم تنفيذ العمل خلال فترة محددة ولقاء أجر محدد أو بمقابل حصة في الإنتاج، وبإنهاء تنفيذ العمل بحصول الشركة المقاول على أجر تنتهي صلتها بالمشروع"⁸⁴⁸ حيث تظل الشركة الأجنبية مجرد

843- حيث تنص أحكام القانون المدني على الأشخاص المعنوية وتمنحها مجموعة من الحقوق منها الحق في التعاقد.

844- حابي فتيحة، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم)، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، في 13 جويلية 2013، ص 08 ص 09.

845- سحر رشيد حميد النعيمي، الإتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، رسالة ماجستير، مقدمة في كلية الدراسات القانونية في جامعة عمان العربية للدراسات العليا، تخصص القانون الخاص، الأردن، 2002، ص 40.

846- وهو التعريف الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب نص المادة 549 من القانون المدني، وهو أيضا نفس التعريف الذي تأخذ به جل تشريعات الدول العربية كالقانون الأردني في نص المادة 708، والقانون المصري في نص المادة 242، والقانون السوري، والعراقي. عصام أحمد سليمان الكري، عقد المقاولة الأردني، وأثر تعديلات فيديك 99 على المشاريع الإنشائية في الأردن، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الإدارة الهندسية، كلية الهندسة، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2006، ص 62.

847- لمزيد من التفاصيل عن التطور الذي حصل في مجال المقاولات أنظر: فهد بجاش الحميري، النظام القانوني لعقود الإستثمار النفطي في اليمن، رسالة مقدمة لإستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، آيار 2006، ص 87 ص 89.

848- فهد بجاش الحميري، مرجع أعلاه، ص 86.

مقاول يقدم خدمات فنية، أو خدمات مالية متعلقة بعمليات البحث دون أن يكون للمستثمر الأجنبي أي ملكية على الأرض وما في باطنها⁸⁴⁹.

لم يعد القانون الداخلي كافياً لتنظيم "عقد المقاولة" نظراً لشمول العقد على طرف أجنبي خاص أو عام، وكذا خصوصية الطرف الوطني المتعاقد، بالإضافة إلى الأهداف الاقتصادية للعقد التي تمنحه خصوصية عن عقد المقاولة المعروف في القانون الداخلي⁸⁵⁰، وعليه وجب تحديد الطرف الأجنبي في المقاولة لتكييفها ثم تحديد التنظيم والرقابة التي يخضع لها هذا الطرف في مجال المقاولات.

الفرع الأول

تذبذب مكانة الشريك الوطني المتعاقد

إن الإنطلاق من مفهوم العقد لتحديد مجال تطبيق القانون العام أو القانون الخاص يؤدي بنا للوصول إلى طريق مسدود، نظراً لتوافق مفهوم "العقد" بالنسبة للمقاولة المنصوص عليها في القانون المدني لإعتبارها "عقداً"، ومفهوم المقاولة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية لإعتبارها "عقداً" أيضاً.

غير أن القول بتطابق العقدين أمر غير مقبول قانوناً، حيث أن العقد الإداري المنصوص عليه بموجب قانون الصفقات العمومية يضم طرفاً مميزاً لتمييز سلطاته التعاقدية، فهو العقد الذي يتم بين الإدارة وأحد الشركات (مقاول) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية ولتحقيق منفعة عامة مقابل

849- فهد مجاش الحميري، مرجع سابق، ص 88.

850- يثير تبني المشرع التجاري لفكرة المقاولة، تطابقها مع فكرة المؤسسة بإعتبارها تكرر العمل عن طريق تنظيم مادي مسبق، و الذي يمكن أن يأخذ شكل مؤسسة الشخص الوحيد ذات المسؤولية المحددة، بالإضافة إلى أن القانون المدني يعرف المقاولة بإعتبارها عقد، غير أن هذا الفرض يخرج كل النشاطات غير التعاقدية من مجال المقاولة، وهو ما يجعلنا نؤكد بأن المقاولة وفقاً للقانون التجاري تأخذ فكرة المشروع إنطلاقاً من مجموعة من الملاحظات تتمثل فيما يلي:

- (1) لم يعرف القانون المدني وفقاً لنص المادة 549 باللغة الفرنسية المقاولة، بل يعرف عقد المقاولة « le contrat d'entreprise » ما يؤكد على أن المقاولة نشاط يتم في شكل عقد، و غير أنه لا يمكن الجزم بأن كل عقد يعد مقاولة.
- (2) تأخذ المقاولة فكرة المشروع، نظراً لتعلقها بشروط أساسية متمثلة في التكرار، التنظيم، قصد تحقيق الربح، حيث تخرج من دائرة العمل التجاري المنفرد وهو الرأي المعتمد من قبل الفقيه إسكارا، عمار عمورة، مرجع سابق، ص 40.
- (3) إن الصفة التجارية للمقاولة لا تستمد من العمل في حد ذاته، بل من شكل التنظيم الذي تخضع له، ومنه يمكن إعتبارها عقد إداري، كما يمكن إعتبارها عمل تجاري أو عقد تجاري.
- (4) المقاولة لا تكتسب صفة التاجر، بل أن المقاول هو الذي يكتسب هذه الصفة عن طريق إمتنانه للعمل التجاري وقيده في السجل التجاري، وعليه فإذا إنتهت أعمال المقاولة تزول هذه الأخيرة، غير أن صفة التاجر تبقى، ويمكنه إبرام عقد آخر لإنجاز أشغال إلى إعتبارها مشروع أو صفقة على حد تعبير قانون الصفقات العمومية.

ثمن، بحيث يختلف عن عقد المقاولة المدنية في جوانبه الإدارية، من تعاقد عن طريق المناقصات العامة، وإمكانية توقيع الجزاء دون حكم، وفرض التنفيذ الجبري على الماقل⁸⁵¹، واستعمال أموال الدولة. فعقد الأشغال العمومية كوجه من أوجه الصفقات العمومية هو عقد المقاولة المعروف في القانون المدني، ماعدا في تعلق موضوعه بمرفق عام تحقيقا لمصلحة عامة⁸⁵². وهو ما أكدته المشرع الجزائري من خلال تعريف الصفقة العمومية الوارد بموجب نص المادة 04 من المرسوم الرئاسي 236/10 المعدل و المتمم⁸⁵³. وعليه فإن العقد الإداري يحتفظ بخصوصيته مقارنة بالعقد التجاري.

إن خصوصية الصفقة، تتحدد من خلال قيام القانون بالنص على أطراف العقد على سبيل الحصر، خلافا لقواعد القانون التجاري التي تفتح المجال أمام جميع الأشخاص لإبرام هذا العقد.

كما يمكن قانون الصفقات العمومية، المستثمر الأجنبي من إبرام هذا النوع من العقود، شريطة أن يكون منظويا تحت شكل استثمار وطني مسموح له بإبرام هذا النوع من الصفقات (العقود) الذي يبرم مع أشخاص القانون الخاص إستنادا لنص المادة 08 من مرسوم رئاسي 236/10 المعدل والمتمم. ويخضع المستثمر الأجنبي ليتمكن من إبرام صفقاته الدولية، في شكل مناقصات إلى شرط إجبارية "الشراكة" استنادا لنص المادة 24 من مرسوم رئاسي 03/13 المذكور سابقا. وعليه فإن تواجد المستثمر الأجنبي مرهون على الدوام بالشريك الوطني.

غير أن فكرة إستيعاب قانون الصفقات العمومية لجميع النشطاء الفاعلين في المجال الإقتصادي، يطرح مشكل تكييف هذه الصفقة إذا تضمنت شخص من أشخاص القانون الخاص الخاضعين قانونا لأحكام القانون التجاري على الخصوص.

أظهر المشرع الجزائري تذبذب في إخضاع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لمجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، نظرا للإختلاف النظام الإقتصادي الذي كان سائدا في كل مرحلة من مراحل تطور هذا الأخير، حيث أعتبرت المؤسسة ذات الطابع الصناعي والتجاري في أول الأمر غير معنية، أو معنية نظرا لإعتبارها

851- محمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على عقد العمل، عقد المقاولة، دار النهضة العربية، القاهرة 1964، ص 325.

852- حابي فتيحة، مرجع سابق، ص 12.

853- مرسوم رئاسي رقم 03/13 مؤرخ في 13 يناير سنة 2013، يعدل ويتم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير 2013.

مؤسسة إشتراكية على العموم⁸⁵⁴، إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي 250/02 الملغى في مرحلة لاحقة⁸⁵⁵، والذي كرس إخضاع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لأحكام الصفقات العمومية. وأكد هذا المبدأ القانون الساري المفعول حاليا مرسوم رئاسي 236/10 المعدل والمتمم، والذي ربط خضوعها لأحكام هذا الأخير بشرطين أساسيين:

(1) أن تنجز هذه الصفقة كليا أو جزئيا بمساهمة دائمة أو مؤقتة من الدولة.

(2) أن تكون المشاريع المنجزة مشاريع إستراتيجية عمومية، لفائدة المصلحة العامة، وليس لفائدة المؤسسة الخاصة. فالمؤسسة العامة سواء كانت إدارية أو إقتصادية، فهي أداة الدولة القانونية لتنفيذ البرامج الإقتصادية، ومنحها صلاحية إبرام الصفقات العمومية ذات تكاليف مالية باهضة يؤكد مكانتها في الإقتصاد الوطني ووظيفتها الأساسية في ترقيته.

غير أن إخضاع المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية، يثير مسألة وجود شخصين متعاقدين من نظامين قانونيين مختلفين، شخص من أشخاص القانون العام، وشخص من أشخاص القانون الخاص، الأمر الذي يصعب من عملية تكيف العقد من جهة، وشرعية إخضاعه للقانون العام، ومنه للقضاء الإداري تبعا لذلك من جهة ثانية.

فلو سلمنا حسب الأستاذ بعلي محمد الصغير⁸⁵⁶، بأن الإختصاص سيعود للقاضي العادي إنطلاقا من أن المنازعة لا نجد فيها أحد الأشخاص المذكورين بموجب نص المادة 02 من مرسوم رئاسي 236/10 المعدل والمتمم، فإن وجود شخص يخضع صراحة لأحكام القانون التجاري يضعف الموقف الراض لإخضاع الصفقة العمومية لأحكام القواعد الخاصة، أي القانون الخاص، وعليه واستنادا للمعيار العضوي فإن وجود مؤسسة تخضع للقانون التجاري يخضع الصفقة للقانون الخاص. كما أن لإشكال يثور أيضا في حالة منح الإختصاص للقاضي الإداري على أساس أن الصفقة "عقد إداري" يجب أن ينظر فيها القضاء الإداري، غير أن هذا الحل من شأنه المساس بالمعيار العضوي المعتمد في توزيع قواعد الإختصاص بين جهات القضاء العادي والإداري، وهو بذلك أمر غير مقبول لأنه معيار متعلق بالنظام العام ومكرس قانونا بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي أشارت

854- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 43.

855- مرسوم رئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ع 52 مؤرخ في 28 يوليو 2002 (ملغى).

856- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 53.

لإختصاص القضاء الإداري في منازعات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري⁸⁵⁷ دون سواها من المؤسسات، أي ذات الطابع الصناعي والتجاري. واستنادا إلى ذلك ذهب الفقه الراجح في القانون الإداري⁸⁵⁸ إلى ضرورة العودة لمرحلة الستينات، أين كان المشرع الجزائري يقصي المؤسسة العمومية من الخضوع لقانون الصفقات العمومية، ويخضع كل مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لأحكام القانون التجاري، وهو ما ذهب إليه المشرع التونسي أيضا طبقا لقانون 38 لسنة 1999⁸⁵⁹.

وهو ما ذهب إليه أيضا مجلس الدولة في قرار صدر بتاريخ 05 نوفمبر 2002 في الملف رقم 00/38/89 الذي تقييد فيه حرفيا بنصوص القانون، وأقر مبدأ عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لقانون الصفقات العمومية وعدم إختصاص القاضي الإداري للبت في النزاع القائم بخصوص إبرام مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري لصفقة عمومية⁸⁶⁰. وهو الرأي الذي نذهب إليه أيضا، نظرا لأن الصفقة التي تبرمها الدولة أو أحد مؤسساتها العمومية، والتي تهدف من خلالها إلى إنجاز مشاريع ذات طابع صناعي وتجاري يجب أن تنزل فيها إلى مستوى المستثمر والتاجر وتصبح مستثمرة وتاجرة مثله تماما، وتتخلى عن إمتيازات السلطة والمرفق العام. ويصبح خضوعها والمستثمر لسلطة القانون وحده، لا سلطة الإدارة، حيث يجب الوصول في هذه المرحلة إلى الفصل بين القانون كمنظم للنشاط، والإدارة كمطبقة للقانون، ولا نتوقف عند الإعتقاد بأن الإدارة هي القانون. فحتى لو كانت الدولة أو أحد مؤسساتها العمومية طرفا في عقد صفقة ذات طابع صناعي وتجاري، فهذا لا يؤدي إلى تكيف الصفقة استنادا لها، وهو ما لا يمنحها الحق في الإحتفاظ بسلطاتها وإمتيازاتها العامة مادامت تريد ممارسة الإستثمار لا رقابته. حيث يجب أن تتخلى عن سلطاتها مقابل خضوعها للقانون، ويصبح بذلك تطبيق أحكام القانون التجاري على الصفقة مقبولا ومنطقيا، كما يكرس مبدأ مساواة الجميع أمام القانون، ويحترم موضوع النشاط، ويكرس المعيار العضوي كبداً من النظام العام.

وبناء على ذلك يجب على القانون التوقف عن منح صلاحيات مفتوحة للإدارة بإعتبارها طرفا متعاقدا، ويجعلها تكون في نفس مرتبة باقي الأطراف، وإلا تم تكييف العقد بإعتباره من عقود "الإذعان"، بحيث وجب على القانون تحديد صلاحيات الإدارة بما يحقق التوازن بين أطراف العقد، ومنع تدخلها في النشاطات الإستثمارية

857- حابي فتيحة، مرجع سابق، ص 36.

858- حابي فتيحة، مرجع أعلاه، ص 36.

859- عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 06.

860- عمار بوضياف، مرجع أعلاه، ص 07.

لتعطيلها، والمساس بقواعد التعاقد والشفافية النزاهة والمساواة أمام القانون، وهو الأمر الذي لا يكرسه قانون الصفقات العمومية في إخضاع المستثمر الأجنبي له ، والمؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري كشريك أساسي لهذا الأخير. ويمكن أن نامس من خلاله أيضا مظاهر خطيرة لتدخل الإدارة و التي تمس بأركان عقد الصفقة، ومن أهمها شرط كتابة الصفقة الوارد كركن من أركانها، في حين أن الإستثناء وارد على هذا الركن من خلال فرض تدخل الإدارة ممثلة بالوالي أو وزير القطاع لمنح الترخيص لمباشرة النشاط قبل إتمام إجراءات الكتابة و تجاوزها كركن في العقد، وذلك في حالة وجود خطر على الإستثمار أو على المصلحة المتعاقدة. حيث يمنح الوزير أو الوالي رخصة بذلك ويرسل نسخة عنها لوزير المالية.

ويؤكد المشرع بذلك توسيع صلاحيات الدولة و تدخلها في مجال إبرام الصفقات من خلال سلطاتها الوصية، لدرجة تمكينها من الإخلال بأركان العقد، وسحب صفة المصلحة المتعاقدة من الهيئة التي نص عليها القانون ومنحها في المقابل للإدارة، وهو ما يجعل العملية معقدة بتعقيد الأجهزة المتدخلة فيها.

فلو إفترضنا أن المصلحة المتعاقدة هي أحد الهيئات المنصوص عليها حصرا بموجب نص المادة 02 من مرسوم رئاسي 236/10، وهي التي تملك صلاحية التعاقد قانونا، فكيف يمكن أن تنزع منها هذه الصلاحية وتمنح بالمقابل للوالي، أو الوزير؟! أليست هي الأقرب والأعلم بحال الإستثمار ومصلحتها كطرف في العقد؟! علما أن الترخيص يمنح بناء على طلبها، وبتقرير يرفع من قبلها لتفسير حالة الضرورة والمصلحة. وعليه كان من الأفضل عدم المساس بصلاحيات الأطراف المتعاقدة وإكتفاء الإدارة بالرقابة البعدية لتكريس إحترام قواعد الشفافية، السرعة، الإئتمان دعائم الاستثمار التجاري والصناعي والعقد كأساس للإلتزام.

الفرع الثاني:

تكريس إمتيازات خاصة للمستثمر الوطني:

لم تكن صلاحية السماح بمباشرة إنجاز الصفقة قبل كتابتها الممنوحة للإدارة الإمتياز الوحيد لهذه الأخيرة، على حساب الإستثمار الأجنبي بل أن قانون الصفقات العمومية يمنح المستثمر الوطني مجموعة من الإمتيازات التي تؤكد مركزه الخاص مقارنة بنظيره المستثمر الأجنبي ومن أهمها ذكرا لا حصرا:

1) منح هامش الأفضلية بنسبة 25% للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأس مالها جزائريون مقيمون، وكذا المنتجات الجزائرية، إستنادا لنص المادة 23 من مرسوم رئاسي 236/10 متعلق

- بالصفقات العمومية معدل ومتمم، وهو الإمتياز نفسه الذي يقرره أمر 03/01 بالنسبة للمنتجات الوطنية تشجيعا لها ما يؤكد نفس الأسلوب المتبع من قبل السلطة.
- (2) إمكانية منح مؤسسة عمومية وطنية حصريا حق القيام بالخدمة العمومية، ويتدخل الوزير المكلف بالمالية ووزير القطاع المعني لتحديد المؤسسة المعنية بهذا الإجراء.
- (3) إمكانية تخصيص بعض حصريا للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة.
- (4) إعفاء الحرفيون والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة الخاضعة للقانون الجزائري من دفع كفالة حسن تنفيذ الصفقة، عندما يتدخلون في عمليات عمومية لترميم ممتلكات ثقافية.
- (5) تحوز المصلحة المتعاقدة سلطة رقابة واسعة بمقارنة بامتعقد الأجنبي وتعتبر هذه الرقابة حق مقرر لها ، وإن لم يمنحها القانون أو العقد هذه السلطة. كما يقع باطلا كل إعفاء لمتعامل المتعاقد من الرقابة لتعلقها بالنظام العام، مما لا يجيز للإدارة التنازل عنها أو حضر إستعمالها، وهو ما يبرز الفرق الواسع بين العقد الإداري والعقد المدني والذي لا يمكنه ان يخول سلطة للمتعاقد، إلا إذا تم النص عليها في العقد أو أقرها له القانون صراحة. كما أن الصفقات العمومية تخضع أيضا لرقابة خارجية، من هيئات مالية متخصصة كمحافظ الحسابات، ومجلس المحاسبة، والمفتشية العامة للمالية، غير أن قانون الصفقات العمومية لم يفصل في طرق ممارسة هذه الرقابة رغم نصه عليها⁸⁶¹. ما يمنح المصلحة المتعاقدة مركزا ممتازا في الصفقة مقارنة بالمستثمر الأجنبي الذي قد يكون أيضا محل عقوبات مالية أو سحب الصفقة منه من قبل هذه الأخيرة. وهي مظاهر تسلط الإدارة على الإستثمارات خاصة الأجنبية منها، والتي لا تجد تبريرا لها، ما دامت أنها هي كستثمر لا تخضع لها، فالمبدأ يقتضى المساواة في الحقوق والواجبات معا.

861- حابي فتيحة، مرجع سابق، ص 35.

المبحث الثاني:

التواجد في ظل النظام الاقتصادي المختلط

إن محاولة المشرع المتكررة لإيجاد نظام قانوني يحقق التوازن بين المصالح العامة التي تجسدها الدولة ومؤسساتها العمومية والمصالح الخاصة التي تجسدها الإستثمارات الخاصة الأجنبية منها، جعله يتبنى وينتقل من أنظمة قانونية إلى أخرى دون إنتظار تحقق نتائج أي نظام قانوني، ما يجعل الحكم على أي منها بالفشل أو النجاح في الكثير من المرات حكما سابقا لأوانه.

غير أن ميل المشرع الجزائري لحماية الأموال الوطنية والإستثمار من خلالها، كان العنصر الطاغي في تكريسه للشكل القانوني المعتمد للإستثمار، وفرض إقصاء الأشكال التي تعتمد على مبادئ التضامن بالكامل نظرا لحصرها لعملية الإستثمار في أشخاص محددين يمكن المخاطرة معهم بضمان كلي للذمة المالية، وهو ما جسده المشرع الجزائري في جل النصوص القانونية المكرسة لأحكام القانون العام والخاص على حد سواء، من خلال تحديد شكل الإستثمار وحصره في شركات الأموال عموما، وشركة المساهمة على الخصوص تفاديا لما قد ينجر عن الأشكال الأخرى من مسؤولية تضامنية مطلقة (المطلب الأول).

و نظرا لما تلعبه شركة المساهمة من دور هام في فرض تطبيق القانون الوطني على الاستثمارات الأجنبية وتسهيل تطبيق أسلوب الشراكة المنظمة، وتكريس عملية الرقابة البعدية الداخلية على تواجد الاستثمارات الأجنبية، يدفعنا للتساؤل عن مدى ايجابية هذا الحصر الذي فرضه المشرع في شكل شركات الأموال عموما و شركة المساهمة بصورة خاصة، هل يمكن اعتبار هذه الأخيرة أسلوب اضافي لممارسة التضييق على تواجد الاستثمار الأجنبي و رقابته داخليا؟ أم أنها تمنح حرية أكبر لهذا الأخير بالمقارنة مع الشراكة التي فرضت سابقا و حصر شكلها في الشركة المختلطة الاقتصاد (المطلب الثاني).

لم تكن هذه الخطوة إلا بداية العودة لنظام قانوني سابق تم التخلي عنه، كنتيجة للتخلي عن النظام الإقتصادي الذي كان يكرسه، فذهاب الإشتراكية إقتضى معها ذهاب آليات تطبيقها كنظام إقتصادي تنتهجه الدولة، غير أنه وبعد مرور أكثر من عقدين من الزمن لا زالت الجزائر تتمسك بالنظام الرأس مالي، لكنها تمزجه في نفس الوقت بآليات تطبيق النظام الإشتراكي، طبعاً بمبرر حماية المصالح العامة والعليا للبلاد. فهل يعتبر النظام الإقتصادي المختلط، نظام إقتصادي وسطي بين الإشتراكية والرأسمالية تتواجد في ظل الاستثمارات الأجنبية (المطلب الثالث) وتطمح و تحاول الجزائر الوصول اليه لتحقيق متطلبات الموازنة بين الملكية العامة والملكية الخاصة من خلال تطبيق

آلية الشركة ، وهل سيصمد الأسلوب الجديد القديم (الشراكة) في وجه التحديات الكبيرة الرامية إلى تكريس توزيع عادل للثروات ومعاملة الإستثمارات الأجنبية بأسلوب متساوي مع نظيرتها الوطنية، أم أن الضغط الذي ترك الدولة تتخلى عن هذا التوجه في الماضي سيتركها تتخلى عنه اليوم؟!

المطلب الأول

اقرار شكل شركات المساهمة تمهيد للعودة

بعد أن يتم فحص الإعبارات الهامة المؤثرة في إختيار مكان تأسيس الشركة المشتركة ، و يتخذ الشركاء قرارا تأسيسها طبقا للنظام القانوني للدولة المراد تنفيذ المشروع و التواجد من خلاله على إقليمها، يواجه المستثمر مشكل يتعلق باختيار الشكل القانوني للشركة من بين الأشكال المسموح بها طبقا للتشريعات السارية المفعول في البلد المضيف حيث يكون أمام الشركاء عادة عدة خيارات تتيحها الدول للاستثمارات. و رغم تعدد الأشكال القانونية التي قد تكون متاحة أمام المستثمرين ، إلا أن الممارسة العملية قد أوضحت أن شكل الشركة المساهمة يعد أنسب الأشكال للمشروعات الانتاجية الكبيرة الحجم⁸⁶² ، نظرا لما تتميز به هذه الأخيرة من مرونة، و ملائمتها لوجود إدارة مركزية فعالة، على الرغم من تفتت ملكية أسهمها، بالإضافة إلى ما يحضى به هذا النوع من الشركات من إهتمام تشريعي بالقواعد التفصيلية المتعلقة بها مثل حصص الشركاء ، وأسهم أصحاب الأقلية، وقسمة رأس المال وحقوق وواجبات المديرين، مع إستقرار هذه القواعد في الممارسات العملية وأحكام القضاء ، ما يجعل الشريك الأجنبي عالما سلفا بما يمكن توقعه من حقوق وواجبات⁸⁶³.

تقريبا لم تخلوا النصوص القانونية الوطنية المؤطرة لمختلف قطاعات النشاطات الاقتصادية من تحديد الشكل القانوني الذي يمكن للمستثمر من خلاله ممارسة نشاطه الاستثمائي، رغم أن أمر 03/01 لم يلزم الاستثمار الأجنبي باتخاذ شكل معين من الاشكال القانونية المتعارف عليها في القانون التجاري، وهو دليل آخر يؤكد مبدأ عموم وشمولية قانون الاستثمار مقارنة بغيره من النصوص القانونية المنظمة لمختلف قطاعات النشاط الاقتصادي.

862- بسم مصطفى عصام الدين، مرجع سابق، ص 105.

863- رغم ما تضمنه شركات المساهمة من امتيازات ، قد يبتعد الشريك الأجنبي عن اختيارها كشكل تمارس من خلاله استثماراتها، وذلك في حالة وجود قيود كثيرة في التشريعات المحلية على هذا النوع من الشركات بصفة خاصة، مثل تحديد حد أدنى مرتفع للمشاركات المحلية، والنص على ضرورة إشراك العمال في مجلس الإدارة و توزيع جزء من الأرباح عليهم، مع الخضوع للرقابة الحكومية من جانب جهات ادارية متعددة مع ما يستتبع ذلك بالضرورة من الاطلاع على أسرار الشركة. بسم مصطفى عصام الدين، مرجع أعلاه، ص 108.

وقد كان قانون النقد والقرض من النصوص القانونية السبابة لتحديد الشكل القانوني الذي يجب أن تكون عليه البنوك التي تريد الاستثمار في الجزائر، حيث ألزمتها باتخاذ شكل شركة المساهمة استنادا لنص المادة 83 من أمر 11/03 يتعلق بالنقد والقرض معدل ومتمم⁸⁶⁴، غير أن لشركة المساهمة المعتمدة في مجال البنوك خصوصية تميزها عن شركة المساهمة المعروفة في القواعد العامة، من خلال تملك الدولة لسهم نوعي في رأسمال البنوك والمؤسسات المالية، يمنحها حق التمثيل في أجهزة الشركة دون أن تملك حق التصويت⁸⁶⁵ فيها، وهو ما يذكروا بالسهم النوعي الذي تملكه الدولة في رأسمال مؤسسة عمومية اقتصادية مخصصة، ويخولها حق التدخل بموجبه لأسباب ذات مصلحة وطنية⁸⁶⁶، ما يوضح ممارسة الدولة لأسلوب الرقابة الداخلية للاستثمار عن طريق المشاركة في أجهزة الشركة كعضو ملاحظ.

تعد المؤسسة العمومية الاقتصادية من الأشكال القانونية التي ألزمتها القانون باتخاذ شكل شركة مساهمة، استنادا لنص المادة 05 من قانون 01/88، غير أن هذا المبدأ لا يطبق على جميع أنواع المؤسسات العمومية⁸⁶⁷، حيث يستثنى الشكل الخاص المتمثل في المؤسسات العمومية الاقتصادية المكلفة بتسيير مساهمات الدولة وفقا لأحكام المرسوم التنفيذي 283/01 الذي يتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها⁸⁶⁸. و يعود سبب استثناء شركة تسيير المساهمات من تطبيق هذا الشرط الشكلي إلى كون رأس مالها مملوك بالكامل للدولة أو إلى شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام، واعتبار كل الشركات المنطوية تحتها شركات تعود ملكيتها للدولة أو أحد مؤسساتها.

864- أمر 11/03 مؤرخ في 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، معدل و متمم، مذكور سابقا.

865- المادة 83 من أمر 04/10 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يعدل و يتمم الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 غشت سنة 2003 و المتعلق بالنقد و القرض، ج.ر.ع 50 مؤرخ في اول سبتمبر سنة 2010.

866- المادة 02 من مرسوم تنفيذي رقم 352/01، مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001، يحدد شروط ممارسة حقوق السهم النوعي و كفيات ذلك، ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001.

867- فالقواعد العامة في انشاء المؤسسات العمومية الاقتصادية خضوع تنظيمها و سيرها للأحكام العامة التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال استنادا لنص المادة 05 فقرة 01 من أمر 04/01 المتعلق بالخصوصية، غير ان نفس الأمر أقر مجموعة من الاستثناءات تتعلق بأجهزة تسييرها، كشمول مجلس ادارتها او مجلس المراقبة حسب الحالة على مقعدين لصالح العمال الاجراء، وهو ما سبقت مناقشته في الفصل المتعلق بالخصوصية. كما تنشأ المؤسسة العمومية الاقتصادية التي يكتسي نشاطها طابعا استراتيجيا بموجب قرار اداري يتكفل بإصداره مجلس مساهمات الدولة.

868- مرسوم تنفيذي رقم 283/01 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 26 سبتمبر 2001.

يمتاز قطاع المحروقات بخصوصية شكل شركة المساهمة الوطنية المسيطرة على جميع نشاطاته أيضا، حيث ألزم القانون⁸⁶⁹ المستثمرين الأجانب بالشراكة مع الشركة الوطنية "سوناطراك" أو أحد فروعها بملكية نسبة 51% لهذه الأخيرة، ومنحها حق الشفعة استنادا لنص المادة 31 من قانون 07/05 المتعلق بالمحروقات. كما ضمن القانون لشركة الأسهم سوناطراك حق الخيار في المشاركة في الاستغلال يصل إلى 30% عندما لا تكون طرفا متعاقدًا، و اعتبرها صاحبة حق امتياز النقل بواسطة الأنابيب، وكذا صاحبة الحق الحصري في اكتساب الأراضي عن طريق التنازل أو نزع الملكية دون سواها من الشركات الأجنبية و الوطنية العاملة في القطاع، بالإضافة إلى الزامية تضمن عقود البحث و الإستغلال وجوبا بندا يسمح بمشاركة المؤسسة الوطنية سوناطراك شركة ذات أسهم و حدد نسبة المشاركة بنسبة 51% وفقا لنص المادة 32 من قانون 01/13 المعدل و المتمم لقانون 07/05.

غير أن شركة "سوناطراك" كشركة أسهم كانت تمتاز عن غيرها من شركات الأسهم المعروفة في قواعد القانون التجاري من خلال جمعها بين الوظيفة التجارية الاستثنائية و الوظيفة الرقابية التي تمارسها عادة السلطة العامة و ليس الشركة التجارية، الأمر الذي أثر على نشاطها و قدراتها التنافسية في هذا المجال، ما أدى إلى بحث السلطة عن دورها في القطاع من جديد عن طريق آلية أخرى غير شركة الأسهم، و ألزمتها بإسترجاع دورها الرقابي من خلال الفصل بين الوظيفة التجارية لشركة الأسهم و وظيفة الرقابية و تمثيل الدولة اللتان كانت تمارسهما هذه الشركة في آن واحد، و تم اعفائها من مهمة السلطة العامة التي استعادتها الدولة من جديد.

حيث عادت الدولة لممارسة الرقابة المزدوجة في القطاع عن طريق آليتين، شركة الأسهم "سوناطراك" من جهة و عن طريق سلطات الضبط الممثلة للسلطة العامة في القطاع من جهة ثانية، ومنحت تبعا لذلك للوكالتين الوطنيتين لثمين موارد المحروقات و لمراقبة النشاطات و ضبطها الصلاحيات الرقابية التي كانت تمارسها شركة الأسهم، و التي هي في الأصل من اختصاص السلطة العامة، ومنها على سبيل المثال منح الوكالة الوطنية لثمين موارد المحروقات ملكية "السند المنجمي" و اعتبارها صاحبة السلطة في منح رخص التنقيب، كما استرجعت الدولة من خلال سلطتي الضبط جميع صلاحياتها الرقابية من منح التراخيص، و إعلان المناقصات و منح الامتياز، و مراقبة تطبيق و مطابقة القواعد المنصوص عليها بصفتها طرفا متعاقدًا، و مراقبة الواردات من العملة الصعبة القابلة للتحويل إلى غير ذلك من المهام⁸⁷⁰ التي تؤكد الوجه الجديد لتدخل الدولة الساعية للفصل بين السلطة و الاقتصاد عن طريق الرقابة الضبطية. حيث

869- قانون 07/05 مؤرخ في 28 أبريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ع 50 مؤرخ في 19 يوليو 2005، معدل و متمم بقانون رقم 01/13 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2013، يعدل و يتمم القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أبريل سنة 2005 و المتعلق بالمحروقات، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 24 فبراير 2013.
870- وهي الصلاحيات التي نصت عليها المواد 14 و 31 و 77 و 48 و 100 و 101 من قانون رقم 07/05 المذكور أعلاه.

أثبتت شركة المساهمة قدرتها على التكيف مع مختلف أنماط التنظيم و التعديلات القانونية التي تضيق أحيانا على تواجد الاستثمار الأجنبي و توسع في أحيان أخرى من قدرته على التواجد.

لم يكن المستثمر العمومي الوحيد الملزم بإتخاذ شكل الشركة التجارية في قطاع النشاط الصناعي والتجاري كتمهيد لممارسة شراكته مع المستثمر الأجنبي أو الوطني الخاص، حيث فرض على المستثمرين الوطنيين الخواص في قطاعات النشاط المختلفة شكل شركات الأموال أيضا، و هو حال القطاع الرياضي الذي ألزم قانونه النادي الرياضي بإتخاذ شكل من أشكال شركات الأموال⁸⁷² بما فيها شركة المساهمة.

كما نجد أيضا نشاطات صناعة التبغ⁸⁷³، و التي ألزمتها قانون المالية التكميلي لسنة 2009 بموجب المادة 19 منه أن تتخذ شكل شركة مساهمة لتحصل على الاعتماد اللازم لممارسة نشاطها، حيث نصت المادة 19 المعدلة لأحكام المادة 298 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على " ... لا يمكن أن يعتمد بصفة صانعي التبغ إلا الأشخاص المعنويون الذين لهم شكل شركات أسهم..."، وهو حال المستثمرين في قطاع توزيع الكهرباء والغاز أيضا، و الذي تتخذ فيه شركة سونلغاز شكل شركة ذات أسهم، تفتح رأس مال فروعها للشراكة الخاصة وشراكة العمال استنادا لنص المادتين 168 و 172 من قانون 01/02 المتعلق بالكهرباء والغاز⁸⁷⁴. كما حدد نص المادة 21 من مرسوم تنفيذي 139/14⁸⁷⁵ اشكال المؤسسات التي تخضع لعملية التأهيل كشكل من اشكال الاستثمار في ثلاثة أنواع مؤسسات، أو تجمع مؤسسات أو مجموعة مؤسسات والتي تأخذ شكلا من الاشكال المنظمة بموجب أحكام القانون الخاص.

كما مس هذا الشرط مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، حيث ألزم صاحب رخصة الاستغلال بإتخاذ شكل شركة مساهمة، استنادا لنص المادة 41/41. 1 من مرسوم تنفيذي رقم 405/13 المتضمن الموافقة على رخصة اقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث، و توفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة اتصالات الجزائر للهاتف النقال⁸⁷⁶ التي نصت على " يجب على صاحب الرخصة أن يتشكل في صيغة شركة ذات أسهم خاضعة للقانون الجزائري، وأن يظل على تلك الصورة، ولا يمكن صاحب الرخصة أن يكون متعاملا أو شركة تحت الجبر القضائي او التصفية القضائية أو اية وضعية قضائية مشابهة...".

872- استنادا لنص المادة 78 من قانون 05/13 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2013، يتعلق بتنظيم الانشطة البدنية و الرياضية، مذكور سابقا.

873 -Zouaimia rachid : Le régime des investissements étrangers a l'Etat dirigiste en Algérie... , op .cit , P09.

874- قانون 01/02 مؤرخ في 05 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء و توزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 06 فبراير 2002.

875- مرسوم تنفيذي 139/14 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014، يوجب على المؤسسات و تجمع المؤسسات و مجموعات المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات لشهادة التأهيل، مذكور سابقا.

876- ج.ر.ع 60، مؤرخ في 02 ديسمبر 2013.

إن فرض شكل قانوني معين على الاستثمار قد يفسر على أنه من القيود التي يسلطها المشرع الجزائري للحد من تواجد استثماراتهم، وهو بذلك يمس بمبدأ حرية الاستثمار، غير أن البحث عن سبب لجوء المشرع لفرض هذا الشكل واقضاء أشكال أخرى يقودنا إلى القول بعكس ذلك تماما، فأصل لجوء المشرع لأحكام القانون الخاص يرجع إلى رغبته في منح المؤسسة حرية في ممارسة نشاطاتها الاستثمارية، لأن اختيار شكل شركة مفتوحة للمساهمة العامة لجمهور المستثمرين الوطنيين والأجانب يمنح هؤلاء حرية اختيار نوع وحجم استثماراتهم، كما تحدد مسؤولياتهم بحدود الحصة التي يساهمون بها في الشركة، ما يعد توسيعا لحيثهم في الاستثمار مقابل تقليص مسؤولياتهم الناتجة عنه.

كما أن اختيار شكل شركة المساهمة لفرضه على بعض الاستثمارات، يجد له مبررا من خلال الرقابة الداخلية التي يمارسها مجموع المساهمين على بعضهم البعض، وعلى الأجهزة المكلفة بالإدارة باعتبارها آلية تسمح بضمان استقرار مصالح الاطراف المستثمرة. ولو أن الدولة اهتمت بتعزيز وتنظيم مثل هذه الرقابة الداخلية لكانت في غنى عن إجراءات الرقابة الخارجية التي كثرت وتنوعت لدرجة تجذرهما في النظام القانوني الجزائري .

و نظرا لتدخل المشرع في تنظيم أحكامها أعتبرت من قبيل العقود المنظمة من حيث تكييفها القانوني ما يجعلها تجمع بين فكرة النظام والعقد معا، وعليه فإن الشركاء فيها لا يخضعون لمبدأ حرية التعاقد المطلق، بل يخضعون لمبدأ حرية التعاقد المنظم، وهو الأمر الذي قد يحل مشكلة وجود طرف ذي سلطة في عقد الشركة، حيث يتساوي هذا الأخير مع الأطراف الأخرى من خلال خضوعهم جميعا لأحكام العقد المنظم بموجب القانون، ما يمكن من المزج بين النظام الاقتصادي الحر والنظام الاقتصادي الموجه، من خلال اخضاع كل الأشخاص المستثمرة لعقد تنظمه السلطة التشريعية في أركانه الأساسية وآثاره الاقتصادية المهمة لتترك في المقابل التفاصيل الأخرى لحرية الطرفين المتعاقدين. فهل يعتبر العقد المنظم الحل الكفيل بمزج النظامين القانونيين، و تجسيدا للنظام الاقتصادي المختلط؟ وهل اقضاء شكل شركة التضامن مثلا رغم اعتبارها شكل من اشكال العقود، يبطل فكرة اعتماد المشرع الجزائري على شكل العقود المنظمة كأساس لتواجد الاستثمار الأجنبي من جهة والحل الأمثل لتطبيق فكرة الدولة المستثمرة من جهة ثانية؟

و اذا كنا سنؤجل الاجابة عن الشطر الأول من الاشكال المطروح للمطلب الثاني من البحث، فان اقضاء شركة التضامن من مجال الأشكال المفروضة على الاستثمار، لا تبطل فكرة الاعتماد على " العقد المنظم " وانما تزيد من تأكيد خصوصية هذا العقد.

فإذا نظرنا إلى خصوصية عقد شركة التضامن، نجد ميل إلى إعطاء حرية أكبر للأطراف المتعاقدة⁸⁷⁷، سواء في إنشاء العقد أو في ابطاله، وبالمقابل يؤكد على مسؤوليتهم المطلقة الناتجة عن هذا العقد، ورغم أن عقد شركة التضامن من العقود المنظمة بقواعد القانون التجاري، إلا أن تنظيمها لم يكن بدرجة تنظيم شركة المساهمة (13 مادة لتنظيم شركة التضامن، مقابل 89 مادة لتنظيم شركة المساهمة)⁸⁷⁸، كما أن شركة التضامن تتميز بخصوصية بطلانها الذي يتقرر بمجرد اختلال أحد أركانها، بينما بطلان شركة المساهمة لا يتقرر إلا إذا شاب العيب كافة الشركاء استنادا لنص المادة 733 من القانون التجاري⁸⁷⁹.

إن الدولة تمارس من خلال أحكام القانون الخاص رقابتها على الشركات التجارية، وهو من أحد الأسباب الأساسية التي جعلته يلزم الاستثمار باتخاذ أحد أشكالها ومنه الخضوع لرقابتها، حيث أن مظاهر الرقابة السابقة كثيرة ومتنوعة، أهمها الرقابة على رأسمال الشركة وحصص المساهمين فيها، فتحديد المشرع الجزائري للحد الأدنى لرسمال الشركة من أحد مظاهر الرقابة التي فرضها على شركات المساهمة ابتداء من القانون التجاري⁸⁸⁰ وانتقالا إلى نصوص قانونية أخرى كثيرة، نذكر منها على سبيل المثال تحديد قانون المالية التكميلي لسنة 2005⁸⁸¹ بموجب المادة 13 منه الحد الأدنى من رأسمال الشركات التي تمارس نشاط استيراد البضائع وتصديرها ب 20 مليون دينار.

بالإضافة إلى ذلك تمنح شركة المساهمة الدولة إمكانية الرقابة السابقة على التأسيس من خلال إلزامية قيدها في السجل التجاري، وعنوانها ومقرها الذي يجب أن يكون في الجزائر، كما تخضعها لرقابة محافظوا الحسابات⁸⁸²، ناهيك عن الرقابة على إدارة الشركة⁸⁸³ من خلال فرض ملكية أغلبية رأسمالها للمستثمرين الوطنيين الخواص، الأمر الذي كان

877- سلامي ساعد، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، الجزائر 2011/2012، ص 51 ص 61.

878- نظم القانون التجاري أحكام شركة التضامن بداية من نص المادة 551 الى نص المادة 561، بينما نظم أحكام شركة المساهمة ابتداء من نص المادة 685.

879- تنص المادة 733 من القانون التجاري على "...و فيما يتعلق بالشركات ذات المسؤولية المحدودة او الشركات المساهمة، فإن البطلان لا يحصل من عيب في القبول و لا من فقد الأهلية ما لم يشمل هذا الفقد كافة الشركاء المؤسسين، كما ان هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 426 من القانون المدني..."

880- استنادا لنص المادة 594 من القانون التجاري، التي تحدد راس مال الشركة بخمسة (5) ملايين دينار في الاكتتاب العام، و مليون دينار(1) اذا ما لجأت الى الاكتتاب بدون اللجوء العلني للاذخار.

881- أمر 05/05 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2005، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2005، ج.ر.ع 52 مؤرخ في 26 يوليو 2005.

882- ألزم نص المادة 61 من قانون 12/07 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008، ج.ر.ع 82 مؤرخ في 31 ديسمبر 2007، الشركات التي تمارس نشاط إستيراد المواد الأولية و المنتجات و البضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها بتعيين محافظ حسابات و الخضوع لرقابته.

883- مؤيد أحمد محي الدين عبيدات، مرجع سابق، ص 346 و ما بعدها .

تطبيقه سهلا على شركات الأموال التي يجوز تقسيم حصصها إلى سندات قابلة للتداول، عكس شركات الأشخاص التي لا يتم تداول أسهمها وحصصها. وعليه فإن لجوء المشرع الجزائري إلى شكل العقود المنظمة، لجعله قالب القانوني لممارسة الشراكة الاجبارية المفروضة على المستثمرين الأجانب، يجسد فكرة الرقابة المفروضة عليهم، كما قد يؤدي إلى ضبط تواجد الدولة كطرف في العقد وتحقيق التوازن فيه، ما قد يسمح بتكيف النظام الاقتصادي الجزائري باعتباره اقتصادا مختلطا. فهل هي حقيقة النظام الاقتصادي الجزائري؟ هل استطاع الوصول إلى ميكانزمات عمل الاقتصاد المختلط ما يجعلنا نسقط خصائص هذا النظام عليه، ونقر بأن الاستثمار الأجنبي يتواجد في ظله؟

غير أن فرض شكل شركة المساهمة لم يكن القيد الوحيد الوارد على شكل الاستثمار، بل تعدى الأمر ذلك إلى حد تحديد الحد الأدنى المطلوب في رأس مال الشركة، مخالفا بذلك رأس مال شكل شركة المساهمة المنصوص عليها في أحكام القانون التجاري، الذي حدد الحد الأدنى لرأس مال هذه الأخيرة و المقدر حسب نص المادة 594 بخمسة ملايين دينار جزائري في حالة اللجوء العلي للادخار و مليون دينار في الحالة المخالفة، لنعود من جديد إلى فكرة قيام قانون المالية بتعديل أحكام نصوص قانونية تختلف معه من حيث الموضوع.

و كان قانون المالية التكميلي لسنة 2005⁸⁸⁴ السباق لتحديد الحد الأدنى لرأس مال الشركات التي تمارس نشاط إستيراد المواد الأولية و المنتوجات و البضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها، حيث ألزم نص المادة 13 منه هذه الشركات أن تراعي شرط عدم انخفاض رأس مالها تحت مبلغ عشرون (20) مليون دينار جزائري محمرا كليا. كما منح نفس النص مدة خمسة (05) أشهر للسماح لمتعاملين الاقتصاديين للإمتثال لأحكام هذا النص، بالإضافة إلى نصوص قانونية أخرى، كقانون التأمين مثلا الذي يحدد الحد الأدنى للرأس مال أو أموال التأسيس المطلوبة لإنشاء شركات التأمين و/أو إعادة التأمين حسب طبيعة فروع التأمين التي طلب من أجلها الاعتماد، بالإضافة إلى أن الشركات الأجنبية تلزم بأن تقدم وديعة ضمان تساوي على الأقل الحد الأدنى للرأس مال المطلوب⁸⁸⁵. كما مارس المشرع الجزائري الرقابة عن طريق رأس مال المشروع الاستثماري، في مجال الصفقات العمومية التي منح من خلال قانونها حقوق وواجبات متفاوتة بالنظر لمبلغ العقد، ومنها على سبيل المثال اقضاء العقود المتعلقة بخدمات الأشغال و اللوازم التي يساوي مبلغها ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) من ابرام صفقة، و كذلك الحال بالنسبة لخدمات الدراسات و

884- أمر رقم 05/05 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2005، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2005، ج.ر.ع 52، مؤرخ في 26 يوليو سنة 2005.

885- نص المادة 35 من قانون رقم 04/06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يعدل و يتمم الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25 يناير سنة 1995، و المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 12 مارس 2006.

الخدمات التي يساوي مبلغها أربع ملايين دينار (4.000.000 دج) استنادا لنص المادة 06 من مرسوم رئاسي رقم 23/12 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁸⁸⁶.
أما التحديد المتعلق بنسبة المساهمة في رأس مال الشركة فكان أيضا من ضمن القيود الرقابية الواردة على شركات المساهمة، ففي مجال التأمين مثلا فقد قيد المشرع الجزائري نسبة المساهمة في رأس مال شركة التأمين بحدها الأقصى، ولم يسمح لأي بنك أو مؤسسة مالية بأن تزيد نسبة مساهمتها عن (15%) من رأس مال شركة التأمين حيث نصت المادة الثانية من قرار مؤرخ في 20 فبراير سنة 2008⁸⁸⁷ على " تحدد النسبة القصوى لمساهمة بنك أو مؤسسة مالية في رأسمال شركة تأمين و/أو إعادة تأمين بخمسة عشرة بالمائة (15%) من رأسمال شركة التأمين و/أو إعادة التأمين".

المطلب الثاني

الشراكة الشركوية لدعم الرقابة الداخلية

إن وصول المشرع الجزائري لإقرار الشراكة كأساس لتواجد الإستثمار الأجنبي سيربطنا مباشرة بالنقطة التي إنطلقنا منها في بداية البحث وهي مرحلة إعادة الهيكلة التي حاول من خلالها المشرع اصلاح آثار مراحل سابقة مر عليها الإستثمار الجزائري في سنوات الثمانينات، و التي عرفت بمرحلة الإقتصاد الموجه، الأمر الذي يجعلنا والمشرع الجزائري ندور معا ضمن حلقة مفرغة، تؤكد تراجع هذا الأخير عن سياسة الإنفتاح الإقتصادي التي أراد أن ينتهجها وعودته من جديد لسياسته الرقابية المتدخلة.

غير أن عودته لفكرة الشراكة لم تكن مصحوبة بعودة الشكل القانوني الذي كانت تمارس من خلاله هذه الأخيرة في المراحل السابقة، ساجبا بذلك من المستثمرين الأجانب آلية التفاوض لإنشاء عقد الشركة، بحيث أصبح القانون الوطني أساسا لتنظيم هذه الأخيرة.

تؤدي الشراكة الشركوية باعتبارها شكل من أشكال المشروع المشترك إلى انشاء شركة تساهم فيها الدولة و/أو المستثمر الوطني مع المستثمر الأجنبي، وتتمتع هذه الأخيرة بالشخصية المعنوية المستقلة عن اطرافها إلى حد بعيد و

886- كما أستثنت المشاريع المتضمنة طلبات الخدمات التي تقل مجموع مبالغها خلال نفس السنة المالية عن خمسمئة ألف دينا (5.00.000 دج) من الاستشارة الوجوبية بين 03 متعهدين مؤهلين، لإنتقاء أحسن عرض، وفقا لما نصت عليه أحكام المادة 06 فقرتين 02 و 16 من مرسوم رئاسي رقم 23/12 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 26 يناير سنة 2012.

887- قرار مؤرخ في 20 فبراير سنة 2008، يحدد النسبة القصوى لمساهمة بنك أو مؤسسة مالية في رأسمال شركة تأمين و/أو إعادة تأمين، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس سنة 2008.

ليس بمطلق، وهو غالبا ما يشكل نسق عقدي مؤسسي ووظيفي يضم مجموعة من العقود التي تشكل معا كلا عضويا مترابطا⁸⁸⁸.

و لم تكن فكرة الشراكة الشراكية بالجديدة على المشرع الجزائري الذي عرفها كأسلوب دافع من خلاله عن سيادته الترابية، و الذي سرعان ما تخلى عنه في محاولة لإستقطاب الإستثمارات الأجنبية من خلال منحها حرية أكبر في إختيار الشكل القانوني لإستثمارها سواء بملكيتها كاملا أو مشتركا، متماشيا بذلك مع مبادئ الحرية التي فرضها تغير نظامه الاقتصادي.

و رغم احتفاظ جل التشريعات التي إعتاد المشرع الجزائري التأثير بها بشكل الشركة المختلطة الاقتصاد⁸⁸⁹ كآلية لإشراك الرأسمال الأجنبي اعترافا منها بخصوصيته، ألغى المشرع الجزائري هذا الشكل القانوني. فهل كان الغاء ناتج عن رغبة المشرع في إلغاء فكرة التمييز بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب ومنحهم فرصة التواجد على قدم المساواة؟ هل أن عدم فرض شكل الشركة المختلطة الاقتصاد على المستثمرين الأجانب يعني حرمتهم في إختيار الشكل القانوني الذي يخضعون له، الأمر الذي يمنحهم حرية أكبر في التواجد؟

إن الغاء المشرع الجزائري لشكل الشركة المختلطة الاقتصاد، رتب ضرورة ايجاد شكل قانوني جديد كافي لتغطية و تنظيم تواجد الاستثمار الأجنبي، و تبعا لذلك تم اخضاع تواجد هذا الأخير لأحكام القانون التجاري، و أحكام الشركات التجارية على وجه الخصوص باعتبارها تنشئ كيان قانوني مركزه الرئيسي في الجزائر و يخضع تبعا لذلك للقانون الوطني، و نظرا لما توفره من آليات رقابة داخلية كافية بمراقبة بعدية على نشاط المستثمر الأجنبي الشريك في الشركة الوطنية المستثمرة، و على أجهزة الشركة التي تسمح للاستثمارات الوطنية الخاصة بالمشاركة في عملية الرقابة من خلال سيطرتها بالأغلبية على أجهزة الشركة، كما يجدر بنا البحث عن تأثير ملكية المساهم الوطني لنسبة 51% من رأسمال الشركة التي يتواجد من خلالها الشريك الأجنبي على قرارات الشركة التجارية المشتركة و أجهزتها؟

888- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 18.

Dès 1926, les décrets lois Poincaré du 05 novembre 1926 et dy 28 décembre 1926 rendaient possible⁸⁸⁹ l'existence de sociétés d'économies mixte (SEM) avant que la loi N= 83/597 du juillet 1983, relatives aux sociétés d'économie mixte, vienne renforcer leur statut en posant le principe d'un capital majoritairement public, qui a été modifiée par la loi N= 2002/1 du 02 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, Romain Mainnevret, Les sociétés d'économie mixte a l'operation unique : l'apparition en droit francais des contrats de partenariat institutionnalisés BJCL sur la revue generale de droit ;n 09 septembre 2014 , p 08.

الفرع الأول

العودة للشراكة بدون العودة للشركة المختلطة الاقتصاد

كانت عقود الامتياز التقليدية التي أبرمتها الجزائر بعد الاستقلال مباشرة، تشكل شكلا من اشكال عدم التوازن والاذعان التي منحت المستثمرين الأجانب استغلال الموارد الطبيعية لدول العالم الثالث⁸⁹⁰، ومع تغير الظروف وحلول معادلات وقوى اقتصادية سياسية وعسكرية جديدة، تم إعادة النظر في هذا الشكل القانوني و استبداله بالشركة المختلطة التي كانت نتاج طبيعي لتحول المؤسسات التي كانت أجنبية 100% إلى شركات مشتركة بواسطة التأميم يملك فيها الطرف النامي أغلبية رأس المال، الأمر الذي يمنحه مركزا قويا في اجهزة إدارة و تسيير المؤسسة⁸⁹¹.

وترجع فكرة الشركة المختلطة الإقتصاد في القانون الجزائري إلى مرحلة التأميم⁸⁹² والتي تلتها مجموعة من النصوص القانونية التي تلزم المستثمر الأجنبي بإجبارية الشراكة مع المستثمر الوطني من خلال إنشاء شركة مختلطة الإقتصاد وهو ما ما نجده مثلا في نص المادة الأولى من أمر 22/71 المحدد لإطار ممارسة الشركات الأجنبية أعمال البحث عن الوقود السائل⁸⁹³ والتي نصت على "لا يمكن لأي شخص طبيعي أو معنوي أجنبي يرغب في ممارسة نشاطات في ميدان البحث عن الوقود السائل وإستغلاله في الجزائر إلا بالإشتراك مع الشركة الوطنية سونطراك"، كما إشتراط نفس الأمر ملكية شركة سونطراك لنسبة 51% من رأس مال الشركة المختلطة الإقتصاد وهو ما يؤكد بوضوح إرادة الجزائر في فرض الرقابة على إستغلال ثرواتها الطبيعية⁸⁹⁴ في تلك المرحلة.

890- فرضت هذه العقود مجموعة من الشروط التعسفية ضد الدول الأقل نموا، بحيث قامت الشركات الأجنبية بالتسيير الفردي للمشروع على كل المستويات، والسيطرة على الارباح و الانتاج و التسويق و التوزيع، و التسعير. كما نصت جميع عقود الامتياز على اعفاء مشروعاتها من جميع الضرائب المباشرة و غير المباشرة و تكتفي فقط بتحديد رسم ضئيل للدولة المضيفة. إدينارين سميرة، مرجع سابق، ص 26.

891- إدينارين سميرة، مرجع أعلاه، ص 27.

892- أمر 08/71 مؤرخ في 24 فبراير سنة 1971، يتضمن تأمين جميع أنواع الاموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد العائدة للشركات أو الشركات التابعة لها أو المؤسسات التي تحمل العنوان التجاري أو الاحرف الأولى أو تسمية شركة إستغلال الوقود لحاسي الرمل (سهر) ومجموع الفوائد المنجمية التي تحوزها جميع الشركات في إمتيازات شمال أين أمناس وتين فوي الجنوبي وألرار والغرني والنزلة الشرقية وبريدس والطوال وغورد وغورد الشوف وغورد أدرا والفوائد المنجمية المتعلقة بالغاز المستخرج من حقول قاسي الطويل وغورد نوس والنزلة الشرقية وزرزاتين وتيفنتورين، ج. ر. ع. 17 مؤرخ في 25 فبراير 1971.

893- أمر رقم 22/71 مؤرخ في أبريل سنة 1971 يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل وإستغلاله، ج. ر. ع. 30 مؤرخ في 13 أبريل 1971.

894- Nour-Eddine TERKI : Les sociétés étrangères en Algérie, thèse pour le doctorat d'état en droit, tome 02, institut des sciences juridiques, politiques et administrative, université d'Alger, 1975, p 245.

والجدير بالملاحظة أن أمر 22/71 حدد أشكال المشاركة التي يمكن للمستثمر الأجنبي أن يتخذها مع المؤسسة العمومية سوناطراك، وألزمه بأن يؤسس شركة وفقا للقانون الجزائري يكون مركزها الرئيسي بالجزائر⁸⁹⁵ وسمح بأن تأخذ المشاركة بين الأجانب وسوناطراك شكل شركة تجارية أو صبغة شركة المساهمة وفقا لنص المادة 03 من الأمر، أو أن تتم عن طريق شركة مدنية، وهو ما رفض الفقه قبوله بسبب إعتبار نشاط إستغلال المحروقات نشاطا تجاريا، ومنه يجب إخضاع الشركات الأجنبية للأشكال المنصوص عليها في القانون التجاري⁸⁹⁶.

كما حددت المادة 04 من أمر 22/71 أجهزة الشركة المختلطة الإقتصاد في مجلس مؤلف من أطراف الشركة بأغلبية للشركة الوطنية "سونطراك". كما أن عقد الشركة لم يأخذ روحه من فكرة التعاقد التي تجعل الأطراف يلتزمون بنفس الحقوق والواجبات ويقتسمون الأرباح والخسائر، بل كان عقد الشركة المختلطة يلزم المؤسسات الأجنبية بالتزامات أكثر من التي تلتزم بها سوناطراك، ومنها توفير يد عاملة مؤهلة، وعدم إلزام سوناطراك بأي إلزام إلا إذا عثر المستثمر الأجنبي على نتائج إيجابية من خلال بحثه⁸⁹⁷. غير أن مجال هذا النص بقي متعلق فقط بنشاط إستغلال المحروقات دون سواه من مجالات النشاط الاقتصادي نظرا لخصوصية هذا القطاع وما يجسده من أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني ككل، إلا أن فكرة الشراكة الاجبارية بالأغلبية للمستثمر الوطني عرفت تعميما على مستوى جميع قطاعات النشاط الاقتصادي في مرحلة لاحقة عرفت بمرحلة الاقتصاد الموجه.

أولا: قانون 13/82 تضمن القيود الواردة بموجب قوانين المالية:

مع بداية الثمانينات عرفت الجزائر نصا صريحا متعلقا بالشركة المختلطة الإقتصاد تمثل في أمر 13/82⁸⁹⁸ الذي تم تعديله لاحقا بموجب قانون 13/86، ثم تم في مرحلة لاحقة إلغاءه بموجب نص المادة 49 من مرسوم تشريعي رقم 12/93⁸⁹⁹.

إن المتصفح لنص قانون 13/82 سيصاب "بالدهشة"، جراء إحتواء هذا النص على جميع الإجراءات والقيود الرقابية، التي أقرتها قوانين المالية المعدلة والمتممة لقانون الإستثمار أمر 03/01، و كأن قوانين المالية أعادت صياغة هذا

895- قانون 13/82 مؤرخ في 28 غشت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصاد، مذكور سابقا.

896- قانون 13/86 مؤرخ في 19 غشت سنة 1986 يعدل ويتمم القانون رقم 13/82 المؤرخ في 28 غشت سنة 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصاد وسيرها، مذكور سابقا.

897- TERKI Nour-Eddine : op-cit, p 252.

898- قانون 13/82 مؤرخ في 28 غشت سنة 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الإقتصاد وسيرها، مذكور سابقا.

899- مرسوم تشريعي 12/93 يتعلق بترقية الإستثمار، مذكور سابقا.

النص من جديد، فأعدت فكرة إجبارية الشراكة⁹⁰⁰، وحق الشفعة⁹⁰¹، إتخاذ شكل شركة مساهمة⁹⁰²،... إلخ، مع تسجيل فارق بسيط يتعلق بتنظيم قانون 13/82 للشركة المختلطة الإقتصاد بالتفصيل لجميع الأحكام المتعلقة بها، في حين أن قانون الإستثمار المعدل والمتمم نص على إجبارية الشراكة دون تحديد شكلها أو الإطار القانوني الذي يمكن أن تمارس من خلاله هذه الشراكة، وهو ما يجعل تراجع المشرع الجزائي عن فكرة السماح للإستثمار الأجنبي بالتواجد دون رقابة يعد بحد ذاته سوء تنظيم لهذه الرقابة، المتجسد من خلال غياب الإطار القانوني الواضح لممارستها. وعليه وجب طرح التساؤل عن حقيقة فشل المؤسسة المختلطة الإقتصاد في تحقيق تنمية الإقتصاد الوطني؟ أم أنها لم تلقي الوقت اللازم لإثبات نتائجها و لا محاولة تعديلها لتتكيف مع مرونة النظام الرأسمالي؟

يرجع السبب الرئيسي لإلغاء المشرع للقانون المنظم لشكل الشركة المختلطة الإقتصاد إلى توجهه نحو النظام الرأسمالي، بدل النظام الإشتراكي الذي يعتمد على المؤسسة الإشتراكية، ويمكن تحديد أسباب التخلي عن هذا الشكل القانوني في نقاط أساسية نذكر منها:

1. لقد تبين أن إمتلاك الأغلبية في رأسمال الشركة لا يمنع من هروب رؤوس الأموال الأجنبية، ولا يحقق نقل التحكم التكنولوجي، ولا رقابة تسيير المؤسسة⁹⁰³.
2. إعتبار الشركة ذات الإقتصاد المختلط من حيث تسييرها بمثابة متعامل عمومي وخضوعها بالتالي إلى التنظيم الخاص بهذا الأخير.
3. تحديد نسبة المشاركة والملكية بالنسبة للأجانب، ما يؤدي إلى تحديد رؤوس الأموال الأجنبية الوافدة و منه تحديد حجم الإستثمارات المتواجدة.
4. إستحالة قيام الشركة المختلطة الإقتصاد بالمشاركة مع القطاع الخاص الوطني، ما أدى إلى إقصاء هذا الأخير من المشاركة في عملية التنمية الوطنية، واستمرار ضعفه بما لا يحقق تنافسيته مع الإستثمار الأجنبي .
5. غياب آلية التحكيم التجاري الدولي في تلك المرحلة ما عمق من مخاوف الإستثمار الأجنبي وعدم ثقته في كفاءة مؤسسات العدالة الجزائرية و تحيزها.

900- المادة 01 من قانون 13/82 .

901- المادة 43 من قانون 13/82 .

902- المادتين 03 و 20 من قانون 13/82 .

903- إن تملك الطرف الوطني عموما لأغلبية رأس مال المشروع المشترك، لا يعني أبدا سيطرته على المشروع، ذلك أن الشركات متعددة الجنسيات تعمل على السيطرة على هذا المشروع تحت طائلة عدم الإستثمار، بحجة أن الحصة التكنولوجية تتمتع بالسرية و بالتالي ينبغي أن تبقى الإدارة و السيطرة لديها من أجل المحافظة على سرية المعارف الفنية محل الحصة التكنولوجية. أنور بدر منيف العنزي، مرجع سابق، ص 88.

غير أن إلغاء المشرع الجزائري للشركة المختلطة الإقتصاد في نظرنا لم يكن وجيها، لأنها لا تتعارض وفكرة النظام الرأسمالي الذي يمكن المستثمر من ملكية حصته في الشركة ملكية كاملة ويكون بذلك متمتع بملكته الفردية وفقا لهذا النظام، بالإضافة لذلك فإن جميع الآليات القانونية الرقابية التي عرفتها تلك المرحلة قد عاد إليها المشرع الجزائري الآن، وعليه كان من الأفضل للمشرع الجزائري عدم إلغاء أحكام الشركات المختلطة الإقتصاد، والقيام في المقابل بتعديلها، وحذف فكرة المؤسسات الإشتراكية الواردة في أمر 13/82، وتعويضها بفكرة المستثمر الخاص، و/ أو الدولة أو أحد مؤسساتها وكذا السماح لها بمشاركة المستثمر الأجنبي، خاصة ونحن نلاحظ أن فكرة الشركة المختلطة الإقتصاد تندعم في نصوص قانونية لبلدان مجاورة، إعتاد المشرع الجزائري التأثر بها، على غرار المشرع الفرنسي الذي أخذ يتوسع في تطبيق إطار الشركة المختلطة الإقتصاد ويعممها على مستوى جميع النشاطات الإنشائية، ويسمح أيضا بتكوينها مع الجماعات المحلية التي تريد إنشاء مرافق عمومية، وهو ما أقره القانون الفرنسي رقم 2014/744⁹⁰⁴ الذي سمح بإنشاء شركات مختلطة الإقتصاد ذات النشاط الواحد، أو الهدف الواحد. وعليه سنوضح أحكام الشركات المختلطة الإقتصاد التي يمكن أن تكون شكل من أشكال الشراكة. رغم أن النص القانوني المتعلق بها قد تم إلغاؤه، الأمر الذي قد يفسره البعض على أن الشراكة التي قصدتها المشرع لا تتم إلا في شكل مساهمة في رأس مال شركة أي مساهمة مالية، وهو تفسير غير مقبول إستنادا للفقرة 04 من نص المادة 58 من قانون المالية التكميلي لسنة 2009 التي عدلت أحكام المادة 04 من أمر 03/01 والتي تؤكد على إمكانية ممارسة الشراكة عن طريق " مشروع " " إستثمار " مباشر " أو إستثمار " بالشراكة " ما يعني أن الشراكة يمكن أن تتم من خلال المساهمة المالية أو من خلال الشركة، رغم الإختلاف الكبير بينهما والذي بالإضافة إلى غياب الشخصية المعنوية وسلطة أجهزة الإدارة في شكل الشراكة بالمساهمة⁹⁰⁵، فإن هذه الأخيرة تشكل وجه الإستثمار غير المباشر الذي يمكن من خلاله للمستثمر التواجد برأس المال فقط، والمساهمة في تمويل الإستثمار دون الإقامة في البلد المضيف، بينما يعتبر شكل الشركة التجارية وجه الإستثمار المباشر بإمتياز. في حين يرى الأستاذ زوايمية بأن عدم عودة المشرع إلى إقرار تنظيم الشركة المختلطة الإقتصاد رغم عودة جميع القيود التي عرفت في

904- Loi N° 2014/744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, JORF N= 0151 du 02 juillet 2014, texte N° 3, p 10397.

905- « Ce qui est paradoxal dans cette association en participation, ce n'est pas tant l'absence de personne lié locale puisque c'est sa caractéristique traditionnelle mais le fait qu'elle apparaisse au public à travers l'institution d'organes de direction. TERKI Nour-Eddine, op-cit, p 257.

تلك المرحلة يعبر عن نيته في إخضاع الشركة المستثمرة لأحكام القانون التجاري خلافا لما ورد في نصوص النظام الاشتراكي من أحكام خاصة بالشركة المختلطة الاقتصاد.

ثانيا: خصوصية عقد الشركة المختلطة الاقتصاد

تستمد الشركة المختلطة الاقتصاد خصوصيتها من ازدواج أطراف العلاقة المشكلين لها، وتجاوزها لأحكام القانون التجاري فيما يتعلق بإنشائها بإرادة منفردة للدولة رغم وجود شركاء آخرين إلى جانبها، وكأن الأمر يتعلق بميلاد بسيط لأي مؤسسة عمومية⁹⁰⁶. وتعتبر الشركات المختلطة "شركة أسهم" يرمز لها برمز « SEM » (ش.م.إ) وهي شكل من أشكال شركات الأموال، تخضع للقانون التجاري في بعض جوانبها وتدخل ضمن فئة العقود التجارية المنظمة⁹⁰⁷، وهي بذلك ترتبط بأحكام القانون التجاري المنظم لشركات الأموال، وتخضع للعقد فيما يتعلق بباقي أحكامها، غير أن تنظيمها سبق وتم إلغاؤه كما ذكرنا وفقا لما ذكر آنفا .

لقد وصلت درجة التنظيم القانوني العقدي للشركة المختلطة الاقتصاد إلى حد تحديد حقوق الطرف الأجنبي في أجهزة التسيير بالزيادة والنقصان في رأس المال، وتخصيص الإنتاج، ما يخرجها من دائرة التعاقد وفقا للقواعد العامة ويؤكد إذعانها للسلطة المالكة بالأغلبية لرأس مالها⁹⁰⁸ في إبرام العقد. كما تخرج الشركة المختلطة الاقتصاد عن القواعد العامة، من خلال إلزامية اعتمادها حتى تتمكن من ممارسة نشاطها، بناء على قرار وزاري مشترك بين كل من وزير المالية، ووزير التخطيط والتهيئة العمرانية والوزير الوصي على المؤسسة الإشتراكية المساهمة إستنادا لنص المادة 10 و12 من قانون 13/82. وبذلك لم يكن المشرع يكتفي برقابة الشركة المختلطة الاقتصاد من خلال تملك الأغلبية من رأس مالها من قبل مؤسسة عمومية بل فرض عليها رقابة شكلية إجرائية وصائية من خلال إلزامية اعتمادها بحيث لا يجوز للشركاء تعديل البرتوكول الذي تم إجماعه بعد ذلك⁹⁰⁹.

906- TERKI Nour-Eddine : op-cit, p 261. P 262.

907- تخضع الشركة المختلطة الاقتصاد في إنشائها لبروتوكول إتفاق يحدد مجال عملها و وفقا لقانون 13/86 المعدل والمتمم لقانون 13/82 ويعتبر البروتوكول قانونها الأساسي.

908- من ضمن الإجراءات المستثناة من تطبيقها على الشركات المختلطة الاقتصاد والملزومة بها باقي شركات المساهمة في القانون الجزائري عدم خضوعها للحد الأدنى المطلوب في الشركاء لتكوين شركة المساهمة وهو 07 شركاء على الأقل.

909- ويعتبر القرار الوزاري المشترك القاضي بالإعتماد بمثابة ترخيص للمؤسسة أو المؤسسات الإشتراكية المساهمة، بدفع حصتها في رأس مال الشركة إستنادا لنص المادة 23 فقرة 02 من قانون 13/82.

من ضمن أهم خصوصيات الشركة المختلطة الإقتصاد وفقا لأحكام قانون 13/82 إعتبرها فرع من فروع المؤسسة العمومية الإشتراكية صراحة، بحيث تحتفظ بهذا الشكل المؤسسة الإشتراكية بسلطة رقابتها وتوجيه نشاطها وفقا لما تؤكده نص المادة 13 من القانون 13/82.

كما تظهر آلية الرقابة المفروضة على الشركة المختلطة الإقتصاد من خلال تعيين أعضاء الجمعية العامة التأسيسية والعادية الذي يكون وفقا للبروتوكول المعتمد، وهو أيضا خروج صريح عن أحكام القانون التجاري، الذي تتكون الجمعية العامة في ظلّه من مجموع الشركاء دون تعيينهم. بالإضافة إلى أن مدير الشركة المختلطة يكون ممثل من قبل المؤسسة الإشتراكية، كما يقوم المدير العام بإقتراح رئيس مجلس الإدارة.

كما تلزم الشركة المختلطة بالإستخلاف التدريجي وفقا لبرنامج مسطر مسبقا للمستخدمين الأجانب بمستخدمين جزائريين، وأخيرا يتمتع الطرف الجزائري في هذه الشركة بحق الشفعة و/أو الموافقة عند تنازل أو بيع الطرف الأجنبي لأسهمه في الشركة⁹¹⁰. بالإضافة إمكانية تأميم الشركة لدواعي المصلحة العامة وفقا لنص المادة 25.

وعليه يمكن استنتاج أن أشكال الرقابة السابقة واللاحقة الداخلية والخارجية المفروضة على الطرف الأجنبي للسماح له بالإستثمار وفقا للنظام الإشتراكي هي سبب إلغاء القانون المتعلق بالشركات المختلطة الإقتصاد، في حين أن عودة المشرع الجزائري في هذه المرحلة لتبني جميع أشكال الرقابة الموجودة في مثل هذه الشركات من خلال قوانين المالية لا يترك مبررا له في عدم تنظيم هذا الشكل القانوني من أشكال الشراكة من جديد، و الذي رغم عيوبه فإنه يمزج بين فكرة القانون و العقد وبين اجراءات الحماية و التحفيز بين إختلاط المستثمر الوطني و الأجنبي.

حيث دخل المشرع الجزائري بذلك مرحلة جديدة، تراجع من خلالها عن مبادئ الإقتصاد الحر وكرس إجراءات الرقابة دون أن يكرس آلية ممارستها التي كانت في السابق. أي أعاد المضمون وترك الشكل، وتأسيسا على ذلك يمكن التساؤل عن النظام الذي يمكن تطبيقه على المشاركة المختلطة في غياب نص قانوني واضح ينظم الوجه الجديد للإستثمار المختلط، وهل تعتبر أحكام الشركات التجارية كافية لتنظيم هذا التواجد؟ وإذا كانت كافية لماذا عاد المشرع الجزائري من خلال قوانين المالية إلى فرض إجراءات تقييدية سابقة؟

910- وبعد تعديل المادة 45 من قانون 13/82 بموجب المادة 19 من قانون 13/86 فإن الطرف الأجنبي أصبح ملزم بإشعار الطرف الجزائري بالإنسحاب قبل (12) شهر من تاريخ إنتهاء المدة التعاقدية.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، إحتفظ المشرع الفرنسي بالقانون المتعلق بالشركات المختلطة الإقتصاد ولم يتم بإلغاء أحكامها، بل طورها من خلال التعديلات⁹¹¹ التي عرفها مضمون فكرة الشركة المختلطة الإقتصاد التي أصبحت عبارة عن عقود شراكة منظمة.

الفرع الثاني

الرقابة الداخلية عن طريق نظام الشركة التجارية

استبدل عقد الشركات المختلطة الإقتصاد بنظام الشركات التجارية، ما أدى إلى الانقاص من العلاقة العقدية وتأثيرها على الشركة الاستثمارية التي أصبح يوطرها القانون بدل العقد، والتي من خلالها يتمكن الشركاء من رقابة بعضهم البعض، ورقابة الذمة المالية للمشروع الاستثماري استنادا لأحكام الرقابة الداخلية⁹¹² في الشركات التجارية. فهل تسمح قاعدة الملكية بالأغلبية لصالح المستثمرين الوطنيين بتحقيق التوازن و الترابط في الشركة من خلال تنوع و توزيع مراكز اتخاذ القرار فيها⁹¹³؟ أم أن ملكية الأسهم لا يؤثر في قرارات الشركة و الرقابة من خلالها على قرارات الاستثمار الأجنبي؟

يمنح نظام الشركة التجارية للمستثمر الأجنبي باعتباره شريكا فيها مجموعة من الحقوق على مستوى أجهزة إدارة الشركة و التي تعتبر الجمعية العامة⁹¹⁴ فيها الجهاز القاعدي الذي يتم التصويت فيه على أهم القرارات المالية و الاستراتيجية للشركة.

911- Dès 1926, les décrets lois Poincaré du 05 novembre 1926 et du 28 décembre 1926 rendaient possible l'existence de sociétés d'économies mixte (SEM) avant que la loi N= 83/597 du juillet 1983, relatives aux sociétés d'économie mixte, vienne renforcer leur statut en posant le principe d'un capital majoritairement public, qui a été modifiée par la loi N= 2002/1 du 02 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, Romain Mainnevret, op-cit, p 08.

912- يقصد بالرقابة الداخلية في هذا البحث تلك الرقابة التي تفرض على الشركة نفسها للحفاظ على ممتلكاتها و رفع كفاءتها الإنتاجية من داخل الشركة، وذلك من خلال شرط مساهمة رؤوس الاموال الوطنية جنبا إلى جنب مع رأس المال الأجنبي في تكوين الشركة المشتركة، أو من خلال مشاركة مواطني الدولة المضيفة في ادارة الشركة.

913- ZOUAIMIA Rachid : Les autorités de régulation...,op.cit ,P12.

914- تتمثل حقوق الشريك الأجنبي في الجمعية العامة للشركة في حقه في حضور إجتماعات هذه الأخيرة، أو توكيل شخص يمثله في الجمعية، كما يملك حق المشاركة في التصويت على قرارات الجمعية، ويملك حق انتخابه ضمن جهاز مجلس إدارتها، كما يملك حق الاطلاع على الوثائق اللازمة مثل جداول الجردن و الميزانية، و حساب الأرباح و الخسائر، وتقارير محافظوا الحسابات. وهي نفس الحقوق التي يمنحها القانون للشريك الوطني استنادا لنصوص المواد 677،678،680 من القانون التجاري.

غير أن لسيادة الجمعية العامة بعدا نظريا في واقع الأمر، و ذلك لأسباب عديدة أهمها إمكانية توجيه أعضاء مجلس الإدارة لشؤون الشركة الخاصة لما يتوافر لديهم من معلومات يمكن تسخيرها لتوجيه الجمعية العامة في إتخاذ قراراتها، يضاف إلى ذلك ضعف المشاركة الفعلية في اجتماعات الجمعية العامة، لعدم توفر الدراية و الخبرة اللازمة للمشاركة الفعالة في المناقشات من جهة، و الاهتمام الكبير من المساهمين بالمضاربة على قيم و أسهم الشركة دون الاهتمام الفعلي بمشروع الشركة⁹¹⁵.

كما يطرح العدد الكبير للمساهمين في الشركة مشكل إمكانية حضورهم جميعا في اجتماعاتها، لذلك نجد بأن نظام الشركة كثيرا ما يحدد عدد أدنى من الأسهم للحضور حتى تعتبر مداولات هذه الأخيرة صحيحة ، إلا أن الأمر لا يحول دون مشاركة صغار المدخرين و المساهمين الذين يمكنهم تأليف النصاب المطلوب بإجتاعهم و التصويت بالأسهم المجتمعة.

أولا: ملكية الحصص أساس إتخاذ قرارات الشركة:

اشترط المشرع أن لا تقل حصة الجزئيين في رأسمال الشركة عن 51%، و رأس المال يقسم إلى أسهم اسمية متساوية القيمة، و ترجع الحكمة في تساوي قيمة الأسهم إلى تحديد الأغلبية في الجمعية العامة التي تسيطر على قرارات الشركة، حيث تختص هذه الأخيرة حسب نوعها⁹¹⁶ بإتخاذ أهم قرارات الشركة، و تمارس الرقابة على ادارتها من خلال منحها صلاحية إنتخاب أعضاء مجلس الإدارة و عزلهم.

يكون لكل مساهم يثبت له الحضور في الجمعية حق التصويت فيها، و يتعلق هذا الحق بالنظام العام⁹¹⁷ و لا يمكن حرمان المساهم من هذا الحق. كما يكون لكل مكتتب عدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التي اكتتب بها أو الأسهم الإسمية المدفوعة بالكامل و التي يملكها أو يمثلها بلا تحديد كقاعدة عامة، غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات تتمثل في:

915- هاني دويدار، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية و الصناعية، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت، لبنان، 2008. ص 744.

916- تنقسم الجمعية العامة في نظام الشركة إلى: الجمعية التأسيسية و هي التي تتعقد خلال فترة تأسيس الشركة تختص بتثبيت الاكتتاب في راس المال و تبدي رأبها في المصادقة على القانون الاساسي، و تعيين القائمين بالادارة الأولين او اعضاء مجلس المراقبة و تعين واحد او أكثر من مندوبي الحسابات. كما نجد ايضا الجمعية العامة العادية وهي التي تتعقد مرة على الأقل في السنة، و تختص بتوجيه الشركة و إتخاذ القرارات اللازمة لتحقيق نجاحها، كما تصادق على ميزانية الشركة و حساب الأرباح و توزيعها على المساهمين، تنتخب اعضاء مجلس الإدارة و تعزلهم و توقع الجزاءات عليهم و تصادق على الأعمال الصادرة عنهم و تحدد مكافآتهم استنادا لنص المادتين 611 و 613 من القانون التجاري. و أخيرا الجمعية العامة غير العادية التي تملك حصريا صلاحية تعديل القانون الأساسي وفقا لنص المادة 674 من القانون التجاري.

917- هاني دويدار، مرجع سابق، ص 752.

1. عدم تجاوز عدد الاصوات نسبة 5% من العدد الاجمالي للأسهم.
2. يمكن تحديد عدد الأصوات المقرر حيازتها لكل مساهم في القانون الأساسي للشركة، بشرط أن يشمل التحديد جميع الأسهم أي كانت فنتها وفقا لما نصت عليه المادة 685 من القانون التجاري التي جاء فيها " يجوز ان يحدد القانون الأساسي عدد الأصوات التي يحوزها كل مساهم في الجمعيات بشرط أن يفرض هذا التحديد على جميع الأسهم دون تمييز فئة عن أخرى".

وتختلف نسبة التصويت المطلوبة باختلاف أهمية القرارات المتخذة، حيث تشترط الجمعية العامة العادية التصويت بالأغلبية البسيطة⁹¹⁸، ولا يصح تداولها في الدعوى الأولى إلا اذا حاز عدد المساهمين الحاضرين أو الممثلين على الأقل لربع الأسهم استنادا لأحكام المادة 675 من القانون التجاري. في حين نجد بأن النصاب المطلوب للتصويت على تعديل القانون الأساسي للشركة يتطلب حضور عدد المساهمين اللذين يمثلون النصف على الأقل من أسهم الشركة في الدعوة الأولى، وعلى ربع الأسهم في الدعوة الثانية.

و يتم التصويت فيها بأغلبية ثلثي الأصوات المعبر عنها وفقا لنص المادة 674 من القانون التجاري، و عليه فإن الجمعية العامة هي صاحبة السيادة القانونية في الشركة ، أما مجلس الادارة فهو صاحب السلطة الفعلية فيها⁹¹⁹.

ثانيا: ملكية الحصص أساس لإدارة ورقابة الشركة:

ترتبط الإدارة في المشروع الرأسمالي بالملكية، بمعنى أن ملاك المشروع يتولون إدارته أو تعيين أجهزة إدارته⁹²⁰، و تبعا لذلك فإن مجلس الادارة يتنازعه إتجاهان، أولهما يقوم على أساس المبدأ الرأسمالي التقليدي وهو تمثيل رأس المال وحده في مجلس الادارة، و الآخر هو المبدأ الاشتراكي الحديث ، ويقوم على تمثيل العاملين في مجلس الادارة ، ووفقا لذلك تستعمل الدول هذا الأخير للسيطرة على شركاتها الوطنية مع شرط أن تكون أغلبية أعضاء مجلس الادارة من الوطنيين⁹²¹.

918- تشترط بعض التشريعات التصويت في الجمعيات العامة الأغلبية المطلقة، كالتشريع اللبناني الذي يعتبر ايضا أن الامتناع عن التصويت بمثابة رفض للقرار. هاني دويدار، مرجع سابق، ص 753.

919- إبراهيم سيد أحمد، العقود و الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى ، الإسكندرية، مصر 1999، ص 189.

920- هاني دويدار، مرجع سابق، ص 757.

921- ذهب المشرع المصري إلى فرض مثل هذه الشروط للسيطرة على ادارة شركاته الوطنية، حيث جعل حق الانتخاب مقرر لجميع العاملين في الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام و شركات المساهمة الخاصة و في الجمعيات و المؤسسات الخاصة ، التي يصدر بتحديدتها قرار من وزير القوى العاملة ، و يصدر القانون رقم 159 لسنة 1981 فقد جعل هذا القانون للعاملين في الشركة نصيب في ادارتها، كما ألزم المشرع المصري أن تكون أغلبية أعضاء مجلس الادارة من المصريين. إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص 183.

يختص مجلس ادارة الشركة بتنفيذ قرارات الجمعية العامة للمساهمين ، و له أيضا القيام بجميع الاعمال اللازمة لسير مشروع الشركة، و يشترط لصحة قرارات هذا الأخير أن يحضر الاجتماع أو أن يمثل فيه نصف الأعضاء على الأقل، و تصدر قرارات المجلس بأغلبية أصوات الحاضرين و الممثلين، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه رئيس المجلس، مالم ينص القانون الأساسي على أغلبية أكثر.

و تبعا لذلك فإن انتخاب الجمعية العامة العادية أو التأسيسية هو الذي يحدد قرارات مجلس الادارة ، حيث أن وجود أغلبية و طنية في الجمعية العامة يؤدي أو توما تيكيا إلى وجود أغلبية و طنية في مجلس الادارة و التي تسيطر على قراراته اذا فاقت نصف الأعضاء.

تراقب أجهزة الشركة بعضها البعض فيما يعرف بالرقابة الداخلية ، حيث يراقب مجموع المساهمون في الشركة أعضاء مجلس ادارتها باعتبارهم المكونين للجمعية العامة فيها ، و التي تملك في المقابل صلاحية تعيين أعضاء الادارة، كما يلزم القانون مجلس الادارة أو مجلس المديرين⁹²² بتقديم تقريره، و جدول حسابات النتائج و الوثائق التلخيصية و الحصيلة لتصادق عليه الجمعية العامة.ناهيك عن الوظيفة الرقابية الخاصة التي يتمتع بها مجلس المراقبة على جميع نشاطات الشركة، و الذي يعتبر جهة الترخيص لكل أعمال التصرف، كالتنازل عن العقارات و التنازل عن المشاركة⁹²³ و تأسيس الأمانات و كذا الكفالات و الضمانات الاحتياطية ، وحتى جميع أنواع العقود التي تبرمها الشركة يمكن أن تخضع لترخيص مجلس المراقبة اذا ورد هذا الشرط في القانون الأساسي للشركة. كما يلزم القانون التجاري مجلس المديرين بتقديم تقريره لمجلس المراقبة كل ثلاثة أشهر و عند نهاية كل سنة مالية و يقدم مجلس المراقبة بدوره ملاحظاته على تقرير مجلس المديرين و على حسابات السنة المالية الى الجمعية العامة.

أما الجمعية العامة فهي أيضا صاحبة صلاحية تعيين أعضاء مجلس المراقبة، كما لها أن تمنحهم مبلغا ثابتا كأجر مقابل نشاطهم.

922- تتم ادارة شركة المساهمة اما بواسطة مجلس ادارة ، أو بواسطة مجلس مديرين و مجلس مراقبة، على أن يتم النص على الطريقة الثانية في القانون الأساسي للشركة و فقا للفقرة الثانية من نص المادة 642 من القانون التجاري.

923- تظهر المعاملة التمييزية بين الاستثمارات الوطنية و الأجنبية من خلال خضوع المساهم الوطني لترخيص من قبل مجلس مراقبة الشركة ليتمكن من التنازل عن المشاركة و فقا لنص المادة 654 فقرة 02 من القانون التجاري، بينما يخضع المستثمر الأجنبي بالإضافة لترخيص مجلس المراقبة في الشركة ، إلى موافقة الدولة الجزائرية عن هذا التنازل و عدم ممارستها حق الشفعة على الحصة المتنازل عنها.

وترد مجموعة من القيود القانونية على عضوية مجلس الإدارة ، منها أن يملك أعضاءها عدد من الأسهم يمثل على الأقل 20% من رأسمال الشركة⁹²⁴، في حين اذا اختارت الشركة نمط الإدارة عن طريق مجلس المديرين، فإن أعضاء مجلس المراقبة هم المزمون بحياسة أسهم الضمان الخاصة بتسييرهم و المقدرة بنفس النسبة.

كما منع القانون التجاري بموجب المادة 612 الأشخاص الطبيعيين الانتماء في نفس الوقت إلى أكثر من خمسة (05) مجالس ادارة لشركات مساهمة يوجد مقرها بالجزائر، دون أن يلزم الشخص المعنوي بهذا الشرط.

كما لا يجوز تعيين عضو مجلس ادارة من أحد الأجراء العاملين في الشركة إلا اذا كان عقده سابقا بسنة واحدة على الأقل لتعيينه، و لا يجوز لعضو مجلس الادارة ان يقبل عقد عمل مع الشركة بعد تعيينه بها.

كما لا يجوز أيضا تحت طائلة البطلان إبرام أي اتفاقية بين الشركة و أحد القائمين بإدارتها سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلا بعد استئذان الجمعية العامة و تقديم تقرير مندوب الحسابات. و للتذكير فإن هذه القواعد الرقابية هي قواعد آمرة لا يجوز للشركاء في الشركة الاتفاق على مخالفتها. و تضيف بعض التشريعات قيود أخرى لعضوية مجلس الإدارة، مثل شرط أن يكون أعضاء مجلس الادارة من جنسية وطنية هم ملاك الأغلبية، وهو الشرط الذي نجده مثلا في القانون اللبناني⁹²⁵ و المصري⁹²⁶.

ثالثا: الرقابة الداخلية المتخصصة:

لم تترك الدولة ممارسة النشاط الاستثماري في شكل شركة تجارية دون أن تتركس رقابتها الخاصة داخل هذا الكيان القانوني حتى و ان كان ملكا لمستثمرين خواص أجنب أو وطنيين.

فكما أن للجمعية العامة للمساهمين حق الرقابة على أعمال مجلس الادارة فإن القانون أوجب أن يكون لها مراقب حسابات أو أكثر⁹²⁷، و هو شكل من أشكال الرقابة الداخلية التي يكرسها نظام الشركة⁹²⁸. حيث يصعب على

924- تخصص هذه الأسهم بكاملها لضمان جميع أعمال التسيير، بما فيها الأعمال الخاصة بأحد القائمين بالادارة، وهي غير قابلة للتصرف فيها استنادا لنص المادة 619 من القانون التجاري، غير ان قوانين المالية استثنيت التخلي عن أسهم الضمان من إلزامية تحصيل شهادة التخلي عن حق الشفعة شريطة أن لا تتجاوز هذه الأسهم 01% من رأسمال الشركة.

925- هاني دويدار، مرجع سابق، ص 742.

926- لقد أوجب المشرع المصري أن تكون أغلبية أعضاء مجلس الادارة من المصريين، وإذا ما انخفضت تلك الأغلبية وجب إستكمال هذه النسبة خلال ثلاثة أشهر على الأكثر على ان تقوم الجمعية العامة للشركة بالتصديق على ذلك في أول اجتماع لها. إبراهيم سيد أحمد، مرجع سابق، ص 182.

927- نظمت مهنة محافظ الحسابات لأول مرة سنة 1991، غير أن سنة 2010 كانت سنة صدور النص القانوني الساري المفعول حاليا، المتمثل في قانون رقم 01/10 يتعلق بمهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب، مؤرخ في 29 يونيو 2010، ج.ر.ع 42 مؤرخ في 11 يوليو 2010.

928- إبراهيم سيد أحمد، مرجع أعلاه، ص 183.

المساهمين متابعة أعمال الشركة مع كبر عددهم خاصة في الشركات المفتوحة للإكتتاب العام، و على وجه الخصوص مراقبة حسابات الشركة سيما أنها تتطلب خبرة و دراية يفتقدها العديد من المساهمين⁹²⁹.

تستمر الجمعية العامة في رقابة أعمال باقي الأجهزة من خلال قيامها بتعيين مندوبي الحسابات، الذين تعين الأولين منهم الجمعية التأسيسية استنادا لنص المادة 600 من القانون التجاري، ثم تتولى بعد ذلك الجمعية العامة العادية تعيينهم بناء على ما جاء بموجب نص المادة 715 مكرر 04 من القانون التجاري التي نصت على " تعين الجمعية العامة العادية للمساهمين مندوبا للحسابات أو أكثر لمدة ثلاث سنوات تختارهم من بين المهنيين المسجلين على جدول المصنف الوطني..."، غير أنه إذا لم يتم تعيين مندوبي الحسابات من قبل الجمعية العامة، أو في حالة وجود مانع أو رفض واحد أو أكثر من مندوبي الحسابات المعينين ذلك التعيين، يتم اللجوء إلى تعيينهم أو استبدالهم بموجب أمر من رئيس المحكمة التابعة لمقر الشركة بناء على طلب مجلس الإدارة أو مجلي المديرين أو بطلب من كل شخص معني، أو بواسطة السلطة المكلفة بتنظيم عمليات البورصة و مراقبتها.

ومنع القانون أن يكون مندوب الحسابات من الأقرباء و الأسهمار إلى الدرجة الرابعة، بما في ذلك القائمين بالإدارة، وأعضاء مجلس المديرين و مجلس المراقبة للشركات التي تملك العشر (10/1) من رأسمال الشركة، أو إذا كانت هذه الشركة نفسها تملك عشر (10/1) رأسمال هذه الشركات.

كما أن المساهمين الذين يملكون عشر (10/1) من رأسمال الشركة يملكون طلب رفض تعيين مندوب أو مندوبي الحسابات الذين عينتهم الجمعية العامة، و تنتهي مهامهم بإنهاء مدة تعيينهم، فضلا عن امكانية انهاء مهامهم في حالة حدوث خطأ أو مانع بناء على طلب مجلس الإدارة أو مجلس المديرين، او المساهمين الذين يملكون عشر (10/1) رأسمال الشركة.

و تظهر أهمية هذا النوع من الرقابة التي يمارسها مندوبي الحسابات على الشركة من خلال ما تضمنه من شفافية لجميع المساهمين الذين يشاركون في تعيين مندوبي الحسابات عن طريق الجمعية العامة.

في حين يعاب عليها أنها رقابة وطنية أيضا، حيث لا يسمح بتعيين مندوبي حسابات أجنبي، كما لا يسمح للشركاء الأجانب بذلك، حيث حصر التعيين ضمن قائمة تحددها السلطة سلفا، بالإضافة إلى تحديد صلاحياتهم و حصرها في ما نصت عليه أحكام القانون التجاري ، رغم أن هذا الأخير قد وسع من الصلاحيات الموكلة لهم، و تتمثل مهامهم المشروطة بعدم التدخل في أعمال التسيير، في التحقيق في الدفاتر المالية للشركة، وفي مراقبة إنتظام حسابات

929- هاني دويدار، مرجع سابق، ص 887.

الشركة وصحتها، كما يقومون بالتدقيق في صحة المعلومات المقدمة في تقرير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين حسب الحالة، وفي صحة الوثائق المرسلّة إلى المساهمين حول الوضعية المالية للشركة و حساباتها، و تبعا لذلك يمكنهم استدعاء الجمعية العامة للانعقاد، بالإضافة إلى قيامهم بوظائف عديدة⁹³⁰، يقومون في ختامها بعرض المخالفات و الأخطاء التي يقومون بمعاينتها أثناء ممارستهم لمهامهم على الجمعية العامة ويكونون مسؤولين مدنيا في حالة عدم قيامهم بذلك.

كما تجدر الإشارة إلى استعمال الدولة لمندوبي الحسابات داخل الشركة يمكنها من رقابة هذه الأخيرة داخليا، حيث أزم القانون مندوبي الحسابات بإعلام و كيل الجمهورية بالأفعال الجنحية التي اطلعوا عليها أثناء ممارستهم للرقابة استنادا لنص المادة 715 مكرر 13 من القانون التجاري، و عليه يمكن اعتبار مندوب الحسابات ممثل الدولة داخل الشركة، و الحارس على مشروعيتها نشاطاتها سواء فيما بين الشركاء أو فيما بين الشركة و الغير.

الفرع الثالث

عدم فاعلية أسلوب الرقابة الشراكوية

رغم ما تضمنه أسلوب الرقابة المفروضة من خلال نظام الشركة التجارية من آليات لحماية الاستثمارات الوطنية في مواجهة سيطرة و قوة الاستثمارات الأجنبية، فإن فاعلية هذا الأسلوب من أساليب الرقابة تبقى محدودة نظرا لعدة أسباب متعلقة تارة بطبيعة الاستثمار و تارة أخرى بالمستثمر.

إن مشاركة الدولة المضيفة في رأسمال الشركة الأجنبية المفروض على الأجانب بقوة القانون يجعل المشرع الجزائري يخرق مبادئ قانون الاستثمار المرتكزة على المساواة في المعاملة بين الاستثمار، فبينما يملك المستثمر الوطني الحرية في اختيار شكل تواجد و يملك مشروع ملكية كاملة، يفرض على المستثمر الأجنبي شكل الاستثمار المشترك. كما ان مشاركة المستثمر الوطني في رأسمال الشركة المتواجدة في البلد المضيف، و لو بأغلبية رأس المال لا يفضي في الواقع إلى رقابة فعالة على نشاط الشريك الأجنبي، حيث أن هذا الأخير يمكنه الاستعانة بالكثير من الطرق و الوسائل للتخلص من هذه الرقابة و فرض هيمنته على المشروع الاستثماري، كما لو كان هذا المشروع يعتمد في ممارسة نشاطه على استيراد الآلات و المعدات من الخارج و عدم توفر مثل هذه السلع على مستوى السوق الوطني و بإنتاج وطني يفرض سيطرة الشركة الأجنبية التي تملكها. أو كانت هذه الاستثمارات تعتمد على الخبرة الفنية و التكنولوجيا التي توردها لها

930- حددت كل من المواد 715 مكرر 04 و 715 مكرر 10، 715 مكرر 11 و 715 مكرر 12 و مكرر 13 من القانون التجاري صلاحيات مندوبي الحسابات في الشركة، و هي كثيرة و واسعة لدرجة يمكن معها القول بأن كل الأعمال و الوظائف التي لا تمس بصلاحيات التسيير تدخل ضمن مهام و صلاحيات مندوبي الحسابات.

الشركات الأجنبية، و المستثمرين الأجانب المالكين الحصريين لهذه التكنولوجيا، بحيث يتعذر على الشركة الوطنية ممارسة نشاطها في حالة إمتناع المستثمرين الأجانب عن توريد الآلات و المعدات و الخبرة التكنولوجية لها، وهو ما يلزم الشركة الوطنية بقبول و كذا الالتزام بكافة الشروط و القرارات المفروضة من قبل الشركة الأجنبية، للتمكن من الحصول على متطلبات إنجاز المشروع الوطني، ناهيك عن فكرة الولاء الحقيقي للشريك الأجنبي الذي يبقى محافظا على مصالحه الخاصة و مصالح الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته.

بالإضافة إلى ذلك فإن حاجة المشروع الوطني المنجز بالشراكة مع الأجانب لرؤوس أموال و طنية ضخمة، و قاعدة إستثمارية تتوفر فيها على الأقل الحاجات الأساسية لبداية و إنطلاق أي مشروع إستثماري كشبكات الطرق، و الهاتف و الماء... إلخ، قد لا تكون متوفرة على مستوى تواجد الاستثمار، خاصة اذا كانت الدولة المضيفة هي بحد ذاتها لا تملك رأس المال و بحاجة أساسا إليه لبناء تجهيزات قاعدية، فيصبح من العيب إستثمار رأس المال الوطني مع رأس المال الأجنبي كشرط يتوقف عليه السماح للمستثمرين الاجانب بالتواجد للاستثمار في البلد المضيف⁹³¹. حيث أن الأزمة التي مرت بها الجزائر في مرحلة سابقة جعلتها تتخلى عن هذا الشرط بعدما كان أساس للاستثمار المنجز في شكل شركة مختلطة الإقتصاد، ثم عادت إليه بمجرد أن امتلكت رؤوس الأموال اللازمة لتمويل إنجاز الاستثمار، الأمر الذي جعلها تغير سياستها الاستثمارية بتغير حجم أموالها، التي تتغير بدورها بتغير سعر برميل البترول في السوق، ما يؤكد تبعيتها المطلقة لهذا الأخير في تحديد سياستها الاستثمارية التي تميزت بعدم الاستقرار كنتاج طبيعي لعدم استقرار مواردها، فهل ستعرف الجزائر بمجرد استنفاد أموالها تراجعها عن قاعدة الشراكة الاجبارية كما تراجعت عنها سابقا بسبب الأزمة المالية التي مرت بها؟

إعتمدت بعض الدول على طرق أخرى لتدعيم فكرة الرقابة الداخلية على الشخص المعنوي الذي يتواجد في ظله الاستثمار الأجنبي، فقامت بإضافة شرط آخر يقيد هذا الأخير، و المتمثل في ضرورة كون أعضاء مجلس الإدارة من جنسية وطنية. حيث أن عدم إستتراط هذا الشرط قد يؤدي إلى سيطرة الشركاء الأجانب على إدارة الشركة رغم ملكية أغلب الحصص للمساهمين الوطنيين الذين يملكون حق انتخاب أعضاء مجلس الادارة.

لم يشترط المشرع الجزائري مثل هذا الشرط في تكوين مجلس إدارة الشركات الوطنية المتضمنة شركاء أجنب، رغم فرضه لأسلوب الرقابة عن طريق المشاركة بأغلبية وطنية لا تقل عن 51%، وهو ما يجعل هذا الشرط الأخير مفرغا من محتواه و لا يؤدي إلى نتائج المرجوة، بسبب أن المساهمة الوطنية قد تتوزع بين عدد كبير من المساهمين الوطنيين،

931- دريد محمود على، مرجع سابق، ص235.

الذين لا يهتمهم سوى الحصول على ربح سنوي و متابعة أسعار أسهمهم في سوق الأوراق المالية دون أن يعيروا أي إهتمام لمشاركتهم في حضور إجتماعات الجمعية العامة و المشاركة في تعيين اعضاء مجلس إدارتها بالتصويت على القرار، كما أن درجة فاعلية و نشاط كل شريك تعد عاملا هاما في تحديد السيطرة الفعلية على المشروع، فغالبا ما يكون مالكي الانصبه الرأسمالية الوطنيين مجرد محصلين للأرباح، أو يكون نشاطهم محصورا في التمثيل في إجتماعات مجلس الإدارة، تاركين الإدارة الفعلية للمشروع في أيدي الشركاء الأجانب الذين قدرات كبيرة للسيطرة على المشروع الاستثمائي، كقدرتهم مثلا على التوسط لدى الهيئات و المؤسسات المالية الدولية للحصول على قروض و تسهيلات إجرائية، ما يمنحهم أثرا كبيرا في السيطرة على المشروع المشترك⁹³².

إن تملك الطرف الوطني عموما لأغلبية رأس مال المشروع المشترك، لا يعني أبدا سيطرته على المشروع، ذلك أن المستثمرين الأجانب يعملون للسيطرة على المشروع بحجة الحصة التكنولوجية التي تتمتع بعنصر "السرية"، و بالتالي ينبغي أن تبقى الإدارة و السيطرة لدي الأجانب مالكي التكنولوجيا، من أجل المحافظة على سرية المعارف الفنية محل الحصة التكنولوجية⁹³³، حيث تحرص الاستثمارات الأجنبية بشدة على إبقاء التكنولوجيا كجزء من عملية الاستثمار داخل المحيط الجغرافي و التكنولوجي للمشروعات التي تملكها، وعدم خروجها إلى المحيط الانتاجي في الدولة المضيفة حتى تبقى هذه الدولة رهينة التبعية و التخلف و الحاجة إلى استيراد هذه التكنولوجيا بتكلفة ضخمة⁹³⁴.

كما أن تقييد ملكية المستثمر الأجنبي قد تدفعه إلى عقد إتفاقات مع مستثمرين محليين ليحوزوا لحسابهم النسبة المئوية من حصص رأس المال، التي لو أضيفت للنسبة المئوية من الحصص المصرح بها للشريك الأجنبي لكونت أغلبية رأس المال للمشروع المشترك، و عادة ما تضل هذه الإتفاقات سرية لا تعلم بها الحكومات المضيفة⁹³⁵.

و لعل السبب الرئيسي لفشل سياسات الرقابة الكثيرة التي تفرضها الدول المضيفة على الاستثمارات الأجنبية يرجع إلى البعد الاستعماري الذي عانت منه هذه الأخيرة، و التي لا تزال تتخوف منه معتبرة الاستثمار الأجنبي شكل من

932 - مصطفى بسم عصام الدين، مرجع سابق، ص 155.

933- أنور بدر منيف العنزي، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي المباشر " دراسة في قانون الإستثمار الكويتي رقم (8) لسنة 2001"، رسالة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن سنة 2012، ص 89.

934- أنور بدر منيف العنزي، مرجع أعلاه، ص 90.

935- مصطفى بسم عصام الدين، مرجع سابق، ص 69.

أشكال الاحتلال الإقتصادي⁹³⁶ ما أدى إلى تصادم مصالحها و حاجاتها مع مبادئها و سيادتها، و ترك صراعا دائما بين الرقابة و الحرية، الأمر الذي أثر على تواجد الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثالث

النظام الاقتصادي المختلط حل لتحقيق التوازن

إذا كان النظام الاقتصادي عامة عبارة عن الأطر المنهجية والفكرية والتنظيمية لتحديد الأسس والقضايا المتعلقة بالإنتاج والتوزيع والاستهلاك فإن النظام الاقتصادي المختلط هو نظام يجمع بين سمات عدة أنظمة⁹³⁷، كالأنظمة المقيدة والأنظمة المفتوحة، والأنظمة المتدخلة والأنظمة المراقبة. و شكل النظام الاقتصادي المختلط يمكن ان نصف به جل الأنظمة الاقتصادية السائدة في العالم اليوم، فلا يوجد نظام رأسمالي⁹³⁸ يحمل صفاته وخصائصه النقية 100%، كما لا يوجد نظام اقتصادي اشتراكي⁹³⁹ نقي، يجسد سماته بنسبة 100% أيضا⁹⁴⁰.

يقدم النظام الاقتصادي المختلط، مثال النظام الذي يمنح حرية اقتصادية ممزوجة بتخطيط اقتصادي، في محاولة لإيجاد التوازن بين الملكية الخاصة والملكية العامة، غير أن هذا التوازن كهدف مرجو من النظام الاقتصادي

936- يرى معارضو الاستثمارات الأجنبية المباشرة أن مساوئها تتمثل فيما يلي:

من الناحية التاريخية ارتبط الاستثمار الأجنبي المباشر باستغلال شعوب الدول النامية و مواردها و استنزاف ثرواتها الطبيعية و استغلال الأيدي العاملة الرخيصة فيها و تشغيلها في ظروف غير إنسانية. كما أنه من الناحية الاقتصادية فإن الاعفاءات الضريبية المهمة تؤدي على المدى الطويل إلى تضيق نطاق الوعاء الضريبي في البلد المضيف مما يعرض ميزان المدفوعات و توازن الميزانية الوطنية للخطر، زد على ذلك فإن إعادة رأس المال و الأرباح الى البلد المصدر لرأس المال يؤدي إلى خروج النقد الأجنبي بكميات كبيرة بدل إعادة استثمارها من جديد في مشاريع أخرى في الدولة المضيفة، كما أن التكنولوجيا الأجنبية تصدر مشاكل بيئية كبيرة، ناتجة عن انتهاك الموارد الطبيعية و زيادة معدلات التلوث و الفساد في المياه و التربة و الهواء، و الزحف على الأراضي الصالحة للزراعة و الغابات. بالإضافة إلى إمكانية تدخل الاستثمارات الأجنبية في الحياة السياسية للبلد المضيف بهدف خدمة مصالحها. أنور بدر منيف العززي، مرجع سابق، ص 22، ص 23.

937- جواد كاظم حميد، طبيعة النظام الاقتصادي المختلط و اتجاهاته "الصين نموذجا"، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة، كلية الادارة و الاقتصاد، قسم الاقتصاد، العدد السادس و الثلاثون، المجلد التاسع، تموز 2014. ص 124.

938- يمكن ان نجمل أهم خصائص النظام الرأسمالي فيما يلي:

يمثل المنتج على مستوي المؤسسة صاحب السلطة في القرار الانتاجي، فهو الذي يقرر مستوى الاستثمار، و حجم الاستخدام بما يملكه منقوة على تحريك عناصر الانتاج التي تركز على الملكية الفردية. كما يهدف الى تحقيق أقصى ربح ممكن دون مراعاة للأوضاع الاجتماعية، كما ان السوق هي أساس تحديد الأسعار بطريقة بعيدة عن المركزية في التوجيه، و بافتراض سيادة المستهلك تقود توجيه الموارد نحو انتاج السلع و الخدمات. بالإضافة الى انه يكرس سيادة القطاع الخاص و يعمق دوره في الحياة الاقتصادية، و يفتح المجال امام حرية المنافسة في تنظيم قواعد السوق سواء في الملكية الخاصة، او العمل، او الانتاج و الاستهلاك. عدنان مناتي صالح، سيادة نظام السوق في البلد النامي، تحدي لتنمية الاقتصادية، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد السابع و الثلاثون، العراق 2013. ص 67 ص 70.

939- أما عن خصائص النظام الاشتراكي، فهي الملكية العامة للشعب بكافة طبقاته، و اعتماده نظام التخطيط كصلاحية تمارسها الأجهزة المركزية، التي تتولى ايضا توفير وسائل الانتاج للجميع من خلال دراسة عامة و شاملة للسوق. عدنان مناتي صالح، مرجع أعلاه، ص 70.

940- جواد كاظم حميد، مرجع سابق، ص 124.

المختلط يختلف باختلاف درجة تبني النظام بكامل مقوماته، فهو قد يحقق التوازن من خلال اعطاء نسبة أكبر لدور الملكية الخاصة في تنظيم النشاط الاقتصادي وادارته، وفي أحيان أخرى يعطي وزن أكبر للملكية العامة والتخطيط في تنظيم النشاط الاقتصادي وادارته، وهذا الميل يكون راجع إلى الظروف العامة للدولة ودرجة النمو في الاقتصاد، والمشاكل التي يتخبط فيها .

إن أى نظام اقتصادي يسعى لتحقيق أهدافه، لا بد أن يقوم على مجموعة من العناصر المادية والمعنوية التي يصعب فصلها عن أفكاره الاعتقادية والفلسفية الايديولوجية التي تقوم عليها توجهاته التنظيمية، حيث يقول في ذلك رئيس قسم الاقتصاد السابق بجامعة هارفرد، آرثر سميث (Arthur smith) " أن أية نظرية ومنهج اقتصادي لا يمكن أن تكون مبرأة من لمسات ايديولوجية. وأن وضع حد فاصل بين التحليل وبين معطياته كسياسة أمر صعب من الإلتزام به"⁹⁴¹، وهو ما كان سببا لظهور الأنظمة الاقتصادية المعروفة حاليا ومعاملتها للاستثمارات الاجنبية بطريقة متفاوتة. حيث أنه تحت شعار "دع ما لله لله و ما لقيصر لقيصر" يتأسس المذهب الرأس مالي على مبدأ الحرية المطلقة، أما المذهب الإشتراكي فأساسه الفلسفي المساواة بين الطبقات الإجتماعية. ما أدى إلى محاربتة للملكية الفردية⁹⁴²، ومنه فإن النظام الناجح هو الذي يحسن المزج بين هذين النظامين، وهو ما يجسده الفكر الوسطي الذي يعتمد على أساس مبدأ الملكية المزدوجة⁹⁴³ (عامة وخاصة)، ما يجعله نظاما متوازنا، نظرا لمزجه بين أشكال الملكية بطريقة وسطية لا إفراط فيها ولا تفريط، ليشكل وجه النظام الإقتصادي المختلط الذي رجعت إليه الدول ذات النظام الرأسمالي كالولايات المتحدة الأمريكية، ودول غرب أوروبا بعد الأزمة المالية لعام 2008، حيث عمدت إلى تبني بعض الأسس المرتبطة بالنظام الإشتراكي في الأصل، والتي منها تأميم بعض البنوك والمؤسسات المالية، وزيادة دور الدول في تنظيم الحياة الإقتصادية في محاولة للخروج من الأزمة⁹⁴⁴، ما جعل أنظمتها تمزج بين النظامين الإقتصاديين وتسير نحو النظام الإقتصادي المختلط، وبصفة عامة لم يعد الاقتصاد المختلط قاصرا على الدول الآخذة في النمو فقط، وإنما تطبقه أيضا كثير من الدول الصناعية المتقدمة باعتباره ضروريا للتنمية⁹⁴⁵

941- عبد الحفيظ بن ساسي، ضوابط الاستثمار في الاقتصاد الاسلامي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الاسلامي، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الاسلامية، باتنة 2007/2008. ص 57.

942- عبد الحفيظ بن ساسي، مرجع أعلاه، ص 57.

943- جود كاظم حميد، مرجع سابق، ص 128.

944- جواد كاظم حميد، مرجع أعلاه، ص 126.

945- مصطفى بسم عصام الدين، مرجع سابق، ص 30.

وعليه سنحاول تكيف النظام الإقتصادي الجزائري الذي يبدو في ظاهره وأساسه الدستورية نظاما رأسماليا بإعتماده على مبدأ حرية التجارة والصناعة كأساس يتواجد في ظله الإستثمار الأجنبي، في حين يدل مجرد التعمق في تنظيمه للنشاطات الإقتصادية خاصة المتعلقة منها بملكية الأجانب، ومدى السماح لهم بالتواجد للإستثمار، على إعتبره نظاما مختلطا غير متوازن من خلال إعطائه حيزا أكبر للملكية العامة والسلطة العامة في تنظيم النشاط الإستثماري وإدارته.

الفرع الاول

إسقاط خصائص النظام الإقتصادي المختلط على تواجده الإستثمار

إنطلاقا من مفهوم النظام الإقتصادي المختلط الذي يجمع بين نظامين مختلفين، إقتصاد السوق والإقتصاد المخطط، مع تدخل الدولة من جهة ومنح درجة من الحرية الإقتصادية من جهة أخرى، سنحاول إسقاط خصائصه على قطاع الإستثمار في الجزائر لتكيف النظام القانوني الذي يتواجد في ظله الإستثمار الأجنبي، لمحاولة تفسير الأسلوب الذي يعامل به هذا الأخير.

أولا: المزج بين الملكية العامة والملكية الخاصة:

تعتبر عملية التعايش بين الملكية العامة والخاصة من أهم سمات النظام الإقتصادي المختلط، هذه الخاصية تنبع من أهمية وجود الدولة ومشروعاتها العامة التي تحافظ من خلالها على سيادتها من جهة، وتمول بها الطبقات المتوسطة والفقيرة من جهة ثانية⁹⁴⁶، إلى جانب وجود ملكية خاصة لمشروعات خاصة تتكفل بإنجاز نشاطات محددة، ما يؤدي إلى تقسيم الوظائف بين القطاعين العام والخاص فيما يتعلق بتوزيع النشاطات، فيختص القطاع العام بالقطاعات الإستراتيجية التي تمس بالمصلحة العامة والوطنية كالصناعات الثقيلة والعسكرية والنفط والكهرباء، في حين يضم القطاع الخاص الصناعات الإستهلاكية، والتجارية، مع إمكانية تقديم الدولة لتسهيلات، مزايا ودعم للقطاع الخاص تشجيعا له⁹⁴⁷.

946- حيث لم تعرف فرنسا النظام الإقتصادي المختلط إلا بعد الحرب العالميتين، كضرورة ملحة من أجل الإستجابة لمتطلبات إنجاز السكنات الإجتماعية، من خلال قانون بوان كاري « Loi Poin caré » المؤرخ في 26 نوفمبر 1926.

Gay DIMEO : Sociétés d'économie mixte locales, et partenariats public privé, (France-Europe), UMR ADES, Paris, mars 2010, p 08.

947- جمال بن نعمان، مرجع سابق، ص 81.

وهو ما يتطابق مع خصائص الإقتصاد الوطني تماما، حيث إحتفظت الدولة بإحتكارها للقطاعات الإستراتيجية ولم تسمح للخواص بمباشرتها إلا في إطار شراكة مع مؤسساتها الوطنية، كما قدمت تسهيلات للمستثمرين الخواص الوطنيين منهم والأجانب، غير أنها لا تزال تحتفظ بسلطاتها التي تمارس من خلالها التمييز بين الإستثمارات الوطنية والأجنبية من خلال السماح للإستثمارات الجزائرية الخاصة بالإستثمار في مجال الفلاحة مثلا على نقيض الإستثمارات الأجنبية التي أقيمت من هذا المجال، وهو ما تؤكد نص المادة 04 من قانون رقم 03/10 المتعلق بإستغلال الأراضي الفلاحية⁹⁴⁸، التي إشتربت الجنسية الجزائرية للإستفادة من إمتياز إستغلال الأراضي الفلاحية بنصها على "الإمتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الإمتياز" حق إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة..."

وتظهر فكرة التعايش بين القطاع العام والخاص جلية من خلال الطابع المزدوج الممنوح للمؤسسة العمومية التي تخضع في إنشائها لقواعد القانون الخاص وتتعامل مع الدولة وفقا لأحكام القانون العام. غير أن تغليب استحواذ القطاع العام على مجمل المشاريع الاستثمارية الضخمة نظرا لما يملكه من تمويل كافي جعل منه المستثمر المفضل والإمتيازي بالمقارنة مع الإستثمار الخاص خاصة الأجنبي منه، و الذي رغم ما يملكه من تكنولوجيا يحتاجها نظيره الوطني لم يحظى بمكانة متساوية مع هذا الأخير نظرا لمخاوف التبعية المرتبطة باستثماره الأمر الذي فرض ضرورة المزج بين المليكة العامة و الخاصة.

ثانيا: الإعتماد على طريقة التخطيط؛

تتشارك في إطار النظام الإقتصادي المختلط، طريقة إقتصاد السوق الحر، وطريقة التوجيه الحكومي، أي إستعمال الدولة لأسلوب التخطيط الذي يلزم به الإستثمارات العمومية والخاصة لتحقيق أهداف التنمية المرجوة من قبل السلطة واضعة المشروع الإقتصادي. غير أن خاصية التخطيط في النظام المختلط تمتاز بمرونة تمكن من خلالها قواعد السوق من التدخل لتنظيم النشاط الإقتصادي كأساس يسترشد به مثلا في تحديد سياسة الإنتاج والتسعير، وعليه فإن النظام الإقتصادي المختلط يمتاز بدرجة من الحرية الإقتصادية الممزوجة بتخطيط إقتصادي توجيهي.

948- قانون 03/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يحدد شروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج.ر.ع. 46 مؤرخ في

لقد تبدل النظام الإقتصادي الذي كان يعتمد على مبدأ التخطيط التوجيهي الذي إختارته الجزائر تلبية لحاجات تطبيق النظام الإشتراكي المنتهج من قبلها والذي تعتبر سنة 1969 تاريخ بداية العمل بأسلوب التخطيط⁹⁴⁹ الذي كرس حقيقة الاقتصاد الموجه و تدخل الدولة في تلك المرحلة سواء بالنظر لطبيعة المخططات القانونية أو أهدافها الاقتصادية.

أ/ فشل سياسة المخططات في تحقيق التنمية:

تمتاز عملية التخطيط كأسلوب تعتمد الدولة لتحديد توجهاتها التنموية باعتبارها عملية قانونية تتم عن طريق نصوص قانونية ذات طبيعة " هجينة"⁹⁵⁰ لأنها تصدر من السلطة التشريعية، بينما تحضيرها وإعدادها من اختصاص السلطة التنفيذية.

ويعتمد الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للمخطط على ثلاثة معايير أساسية، الأول منها معيار عضوي يأسس تكييفه للمخطط بالنظر إلى الجهة المسؤولة عن اصداره، وهي كما سبق الذكر السلطة التشريعية، أما المعيار الشكلي فيتبع المخطط من خلال طريقة اعداده، و المعيار الثالث فهو معيار موضوعي، والذي يعتبر ان المخطط يضع الخطوط العريضة لعمل الدولة، وهو بذلك يتشابه مع المواثيق، غير انه في نفس الوقت يختلف عنها، من زاوية اتساع مجالاتها التي تحدد التوجهات الايديولوجية، السياسية، الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بينما المخططات فموضوعها محصور في ثلاثة محاور أساسية تتمثل في الاقتصاد، الاجتماع، والثقافة. كذلك يمتاز المخطط بتفوقه عن غيره من التشريعات العادية، نظرا للطابع الالزامي لأحكامه على جميع القطاعات والسلطات، ولأهمية المواضيع والمجالات التي يمسها⁹⁵¹.

ان العمل بنظام التخطيط المركزي خلق شرخا وازدواجية في طبيعة قانون المالية الذي يعتمد على مبدأ الوحدة المحسد من خلال وحدة الجهة المصدرة للنص، غير أن اقرار اعداد المخططات من قبل السلطة التنفيذية، واسناد تنفيذه للجنة تابعة للسلطة التنفيذية ايضا والمتمثلة في مديرية التخطيط، جرد السلطة التشريعية من قوتها وجعل منها مجرد هيئة للمصادقة على النص، الأمر الذي خلط أوراقها ومنح طبيعة قانونية خاصة للمخططات⁹⁵².

949- جمال بن نعمان، مرجع سابق، ص 81.

950- دحماني عبد الكريم، مرجع سابق، ص 38.

951- دحماني عبد الكريم، مرجع أعلاه، ص 40.

952- عرفت الجزائر صدور أربعة نصوص قانونية تتضمن أربعة مخططات، اثنان منها تضم مخططات رباعية، وهي أمر 10/70 المؤرخ في 20 جانفي 1970، خاص بالمخطط الرباعي 1970-1973، ج.ر.ع 07 مؤرخ في 20 يناير سنة 1970. و أمر 68/74 مؤرخ في 24 جوان 1974 يتضمن المخطط الرباعي

و جاءت فكرة التخلي عن المخططات كنتيجة لقرارات سياسية ناتجة عن تحول النظام الاقتصادي للدولة، الذي بدء يظهر تدريجيا من خلال التقليل من مدة المخططات باعطاء الأولوية للمخططات السنوية، وقرار الطابع المؤقت لجهاز التخطيط الخاص، مع ربطه بضرورة وجود تعديلات جوهرية للمحيط الاقتصادي تستدعي العمل به⁹⁵³، وكذا التخلي عن المخططات الخاصة بالمؤسسات العمومية الاقتصادية واخراجها من مجال التخطيط طبقا لأحكام المادة 28 من أمر 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الاموال التجارية التابعة للدولة.

ونظرا لفشله في تحقيق التوازن والتنمية، أصبحت الجزائر تعمل بمبدأ البرامج الاقتصادية حيث قررت الحكومة تطبيق برنامج تكميلي لدعم الإنعاش الاقتصادي منذ 2005 إلى غاية 2009⁹⁵⁴. و التي لا يزال يتواصل العمل بها لغاية اليوم.

ب/ اعتماد سياسة البرامج كبديل للمخططات:

تعتبر سياسة التخطيط عن طريق البرامج أكثر مرونة من سياسة التخطيط التوجيهي، نظرا لعدم إرتباط خطة عمل الوحدة الاقتصادية التي أصبحت تتمتع باستقلالية عن الخطة العامة للدولة، عكس النظام الاقتصادي المخطط الذي ترتبط فيه خطة الوحدة الاقتصادية بالخطة العامة للدولة. و بذلك فإن العمل بسياسة البرامج تحترم عن طريق ليونتها حرية جميع الفاعلين في السوق، سواء كانوا عموميين أو خواص وطنيين و أجنب. ان رغبة الدولة في الحصول على المرونة والسرعة لتمويل المشاريع الاستثمارية أدى إلى البحث عن ميكانيزمات جديدة تسرع من عملية التمويل، حيث أقر قانون المالية لسنة 2000 العمل بسياسة البرامج المربوطة بالرخص⁹⁵⁵ كبديل لسياسة المخططات.

تكرس سياسة العمل بالبرامج فكرة الانفاق الحكومي من أجل الانعاش الاقتصادي ودعم النمو، ومنه تكريس دور الدولة المتدخلة في تنظيم الاستثمارات عموما، والتي يعتبر برنامج دعم الانعاش الاقتصادي (PSRE)⁹⁵⁶ والبرنامج

الثاني، ج.ر.ع 52 مؤرخ في 28 يونيو 1974. اما المخططان الحماسيان فقد تضمنهما كل من قانون 11/80 مؤرخ في 13 ديسمبر 1980 يتضمن المخطط الحماسي 1980-1984، ج.ر.ع 51 مؤرخ في 16 ديسمبر سنة 1980. و قانون 22/84 مؤرخ في 24 ديسمبر 1984، ج.ر.ع 72 مؤرخ في 31 ديسمبر 1984. 953- استنادا لقانون 25/89 مؤرخ في 31 ديسمبر 1989، يعدل و يتمم القانون رقم 02/88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتعلق بالتخطيط، ج.ر.ع 01 مؤرخ في 03 يناير 1990.

954- زرمان كريم، التنمية المستدامة في الجزائر خلال برنامج الإنعاش الاقتصادي 2001/2009، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، العدد السابع، بسكرة، جوان 2010، ص 200 ص 205. 955- تنص المادة 06 من قانون 21/90 مؤرخ في 15 اوت 1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية في فقرتها الثانية على أن " رخص البرامج هي الحد الأعلى للنفقات التي يمكن استعمالها في تنفيذ الاستثمارات المخططة، وتبقى صالحة دون تحديد لمدتها إلى أن يتم الغاؤها".

التكميلي لدعم النمو الاقتصادي (PCSC)⁹⁵⁷ الممولان من جراء البحوث المالية التي عرفتها الجزائر، بهدف تحقيق السلم الاجتماعي اساس بداية تطبيق سياسة العمل بالبرامج.

ويصعب تحديد مفهوم البرنامج في المنظومة القانونية الجزائرية، خاصة وأن البرنامج لم يتم تأطيره بنص قانوني تشريعي خاص به، كما كان متبعاً في العمل بالمخططات التي نظمت بنص تشريعي خاص متمثل في قانون 02/88 المتعلق بالتخطيط⁹⁵⁸، رغم محاولة بعض النصوص التنظيمية اعطاء تعريف له كالمرسوم التنفيذي رقم 227/98 مؤرخ في 19 يوليو 1998 يتعلق بنفقات الدولة للتجهيز، الذي تنص مادته 04 على " يقصد بالبرنامج، مجموع المشاريع او النشاطات المحددة والتي تصب في نفس الهدف" غير ان هذا النص لم يوضح الطبيعة القانونية للبرنامج والشروط اللازمة لاعداده وتحديد اهدافه، كما أن تحديد الطبيعة القانونية له غائبة في النصوص الأخرى نظراً لغياب النص المرجعي للبرنامج ما يثير الغموض في ما تعلق بهذا الشكل الجديد المنظم للنشاط الاستثماري ومنه عدم شفافية تنظيم هذا الأخير⁹⁵⁹. الأمر الذي يجعل البرنامج صنف جديد من اصناف المخططات التي تتطور بتطور دور الدولة في تنظيم النشاط الاقتصادي، وكذا النظام الاقتصادي الذي تنتهجه هذه الأخيرة.

ثالثاً: حصر دور السلطة في المراقبة:

إن دور الحكومة في النظام الإقتصادي المختلط يكون أساساً منصباً على مراقبة سير وظائف الإقتصاد من أجل ضمان سلامة سيرها بشكل يحقق المصلحة العامة⁹⁶⁰.

وتمارس الدولة سياستها الرقابية عن طريق مجموعة من الآليات الرقابية، سواء السابقة منها كإعتمادها على التراخيص كشرط أساسي لممارسة النشاط الاستثماري وكذا إجراء الإعتقاد.

كما تراقب الدولة السوق عن طريق منعها كل الممارسات التعسفية المهيمنة الضارة به خاصة وبالإقتصاد الوطني عموماً، وتتدخل هيئاتها لرقابة صرف الأموال العمومية للتأكد من عقلانية صرفها وعدم تبذير المال العام، فأقرت رقابة مجلس المحاسبة ومحافظوا الحسابات ووزارة المالية، بالإضافة إلى كل ذلك فقد استطاعت الدولة تبني

956- تم اقراره بموجب المادة 230 من قانون 21/01 مؤرخ في 22 ديسمبر 2001، يتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ر.ع 79 مؤرخ في 23 ديسمبر 2001. التي نصت على مايلي " يفتح في كتابات الخزينة حساب تخصيص خاص رقم 108-302 عنوانه حساب تسيير عمليات الاستثمار العمومي المسجلة بعنوان برنامج دعم الانعاش"

957- أستحدث هذا البرنامج بموجب المادة 27 من قانون 05/05 مؤرخ في 25 جويلية 2005، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2005. مذكور سابقاً.

958- قانون 02/88 يتعلق بالتخطيط، معدل و متمم، مذكور سابقاً.

959- Zouaimia Rachid : Le cadre juridique..., op .cit , P22

960- جواد كاظم حميد، مرجع سابق، ص 130.

أجهزة وهيكل إدارية مستقلة تكلف برقابة مجال إقتصادي معين، وهي السلطات التي عرفت منها الجزائر الكثير وفي مختلف القطاعات، كقطاع الإتصالات، والبنوك، والمنافسة، والمحروقات.

لقد حاولت الجزائر تبني العديد من الأسس القانونية التي تؤكد من خلالها تغير دورها وتحوله إلى مجرد رقابة بعدية على النشاطات الاستثمارية، ومن أهم مظاهرها على سبيل المثال نظام الأسعار الحرة الذي أصبح المبدأ الأساسي و القاعدة العامة الذي تكتفي من خلالها المؤسسات المعنية بتقديم تصريح مبسط للسعر لدي السلطة المختصة بذلك⁹⁶¹، في حين أصبحت الأسعار المقننة الاستثناء الذي يرد على هذه القاعدة.

غير أن القول بحصر دور الدولة في النظام الجزائري في مجال رقابة الإقتصاد دون التدخل فيه، يكون بعيد عن حقيقة النصوص القانونية التي تؤكد تراجع الدولة عن الاكتفاء بسياسة الرقابة، وعودتها من جديد إلى فكرة الدولة المتدخلة نظرا لإعتمادها على سياسة تمويل الإستثمارات خاصة العمومية منها، و هو الأمر الذي يجعلها في مركز المستثمر. ما رتب صعوبة فصلها بين شخصيتها كستثمر وشخصيتها كمراقب للسوق في آن واحد.

لم يتوقف الأمر عند حد فرض الإجراءات الرقابية، بل تعداه ليشمل الرقابة التمييزية التي تفرق فيها الدولة بين الإستثمارات الوطنية والأجنبية بصورة أكثر تركيزا.

فتعرض الإستثمارات الأجنبية لتدخل الدولة في أبسط صوره تمثل في منعها من التواجد في شكل يسمح لها بالملكية الكاملة لمشروع الإستثماري، وأجبرها على شراكة قصرية مع القطاع الوطني الخاص والعام، في حين يمكن للاستثمارات الوطنية ان تملك المشروع ملكية كاملة.

رابعا: المصلحة العامة هدف النظام المختلط:

إن توظيف الدولة لأموالها يرجع إلى رغبتها في تنمية عائداتها لتحقيق الإنفاق العام، المدعم للطبقات البسيطة في المجتمع من خلال توفير إعانات غير مباشرة في مجال الصحة والتعليم مثلا، كما أن ملكية الدولة للثروة يكون في غالب الحالات عن طريق إستغلال مواردها الباطنية، وهي بذلك ملكية عامة للمجموعة الوطنية⁹⁶². وتشكل المصلحة

961- ارتبط مبدأ حرية الاسعار بإجراءات رقابية و ضبطية أهمها:

1. خضوع شكل التصريح المبسط لنموذج اداري تعده السلطة المختصة و تلزم به كافة المنتجين.
2. إلتزام العارض بتبرير عناصر السعر عند الانتاج، و التي تتكون من شروط الانتاج و التكلفة، و الضرائب و الرسوم و هامش الربح.
3. إلتزام العارض بإحترام قانون الاسعار و إلتعرض للعقوبات القانونية الواردة في هذا الأخير. عجة الجليلي، مرجع سابق، ص 327.

962- استنادا لنص المادة 17 من الدستور التي تحدد مجال الملكية العامة بنصها على: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية. وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقاطع والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه، والغابات. كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وأملاك أخرى محددة في القانون".

العامة بهذا الوصف فكرة التنازل الطوعي لأفراد المجتمع عن حرياتهم المطلقة في الطبيعة لصالح المجتمع مقابل حصولهم على غاية يحققها المجموع والتي لا يمكن للفرد أن يحققها وحده، لكن في نفس الوقت لا يمكن لذلك المجتمع أن ينقص من الحقوق الطبيعية والأساسية التي يتمتع بها الأفراد.

وترتبط فكرة المصلحة العامة، بالمرفق العام الذي يوضع من أجل تحقيقها من الناحية العضوية، باعتبارها من مهام الأشخاص المعنوية العامة للدولة، إلا أن ذلك لا يمنع مشاركة القانون الخاص و أشخاصه في القيام بتحقيق هذه المصلحة العامة.

غير أن حصر النصوص القانونية لفكرة المصلحة العامة في نشاطات معينة لأشخاص معينين، ومنحهم مقابل ذلك حق القيام ببعض الإستثمارات على وجه الحصر يكرس تميزاً بين هذه الأخيرة في معاملتها، وأحسن مثال يمكن تقديمه عن حصر نشاطات المصلحة العامة، والخدمة العامة على المستثمرين الوطنيين دون الأجانب منهم، ما ورد في قانون 05/13 المتعلق بالأنشطة البدنية والرياضية السابق ذكره⁹⁶³. والذي يمنح الإتحادية الرياضية الوطنية تفويض الخدمة العمومية أو الصالح العام، حيث تمارس بموجبها صلاحيات محددة بموجب المادتين 91 و 92 من نفس القانون. ويترتب عن سحب تفويض الخدمة العامة، أو الصالح العام إيقاف الإعانات العمومية لهيكل التنظيم المعني، كما صنف القانون العضوي 05/12⁹⁶⁴ المتعلق بالإعلام النشاط السمي البصري باعتباره خدمة عمومية، وقصر ممارسة النشاط السمي البصري تبعاً لإعتباره خدمة عمومية على الهيئات العمومية، ومؤسسات وأجهزة القطاع العمومي، أو المؤسسات أو الشركات التي تخضع للقانون الجزائي على حد تعبير نص المادة 61 من القانون العضوي 05/12.

وعليه فإذا كان النظام المختلط يبرر تدخل الدولة بهدف تحقيق المصلحة العامة، وهو الأمر الذي يبرر بدوره إستعمال هذه الأخيرة لإمتيازات المرفق العام، وتخصيص نشاطات معينة للإستثمارات الوطنية باعتبارها آلية تنفيذ فكرة الصالح العام. فإنه قد رتب عدم توازن في تطبيق قواعد النظام الإقتصادي المختلط، حيث تميل فيه كفة القطاع العام المستثمر على حساب القطاع الخاص الأجنبي.

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، يكمن في مدى إمكانية تحقيق المصلحة العامة والخدمة العامة من قبل الإستثمارات الوطنية العامة والخاصة فقط؟! ألا يمكن إعتبار المستثمر الأجنبي أهم من هذه الأخيرة في تحقيق الصالح العام؟! ولعل الإجابة عن هذا الإشكال بالإيجاب كانت السبب في السماح لهذا الأخير بالتواجد

963- ج. ر. ع. 39 مؤرخ في 31 يوليو سنة 2013.

964- قانون عضوي رقم 05/12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالإعلام، مذكور سابقاً.

ومشاركة الإستثمارات العمومية والوطنية في إنجاز مشاريع إستثمارية، وربطها في المقابل بضرورة تبرير تواجدها بملكيتها لتكنولوجيا، وقدرات لا تملكها المؤسسات الوطنية⁹⁶⁵.

إن إعتاد النظام المختلط على مبدأ تحقيق المصلحة العامة، يفرض على النشاطات الإستثمارية إحترام مصالح العمال الوطنيين، وتوفير مناصب الشغل اللازمة لليد العاملة الوطنية، وهو ما نجده مطبقا في جميع النصوص القانونية المنظمة لقطاع الإستثمار سواء أمر 03/01 أو قوانين المالية المعدلة والمتممة له، وأصبح شرط توظيف اليد العاملة أساس الإستفادة من مزايا.

وعليه فإن ميزة النظام الناجح هي قدرته على تحقيق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من خلال المشاركة، سيادة القانون، الشفافية، توافق الآراء، الإنصاف، الفاعلية، الكفاءة، المساءلة والرؤية الإستراتيجية وهو ما أقره برنامج الأمم المتحدة الإنمائي لسنة 1997، المحدد لمبادئ الحاكمية العامة الجيدة، غير أن المبادئ الأكثر شيوعا واستخداما هي المشاركة، الشفافية والمساءلة⁹⁶⁶، التي تضمن مرونة الهياكل الحكومية في المشاركة على مستوى حاكمية الحكومة، والتي يجب أن تحدث بشكل متوازن وعادل بين مكونات الحاكمية الثلاثة، الحكومة، القطاع الخاص، القطاع العام⁹⁶⁷.

حيث تجدد الإستثمارات الأجنبية في الجزائر نفسها خاضعة لنظام إقتصادي قانوني مختلط، غير متوازن من خلال إعطائه لنسبة أكبر ودور أعمق للملكية العامة في تنظيم النشاط الإقتصادي وإدارته. وفي حقيقة الأمر أنه لا يوجد معيار لضبط نسبة كل من القطاعين العام والخاص في النظام الإقتصادي المختلط⁹⁶⁸، لكن على العموم يشكل هذا الأخير وجه الموازنة أو محاولة الموازنة بين القطاعين، غير أن هذا النظام لا يخلو من سلبيات تواجه تحقيقه من جهة و تواجه الإستثمارات الأجنبية المتوجدة في ظلّه من جهة أخرى نجملها تاليا.

965- فهمي خليفة صالح الفهداوي، أثير أنور شريف، الإدارة العامة المعاصرة من منظور الحاكمية العامة الجيدة: دراسة معرفية ومقاربة تأصيلية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإقتصادية والإدارية، العدد الثاني، الرمادي سنة 2008، ص 14.

966- تشترط العديد من النصوص القانونية على المستثمرين الأجانب، تبرير تواجدهم بالقدرات التي يملكونها، ومنها ما تضمنته المادة 32 من قانون 03/2000 مؤرخ في 05 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 06 غشت 2000، أيضا ما ورد في نص المادة 05 من مرسوم تنفيذي 405/13 المتعلق برخصة شركة إتصالات الجزائر المذكور سابقا، وأيضا ما تضمنته المادة 74 من قانون 05/14 المتضمن قانون المناجم.

967- فهمي خليفة صالح الفهداوي، أثير أنور شريف، مرجع سابق، ص 18.

968- جواد كاظم حميد، مرجع سابق، ص 125.

الفرع الثاني

سلبيات الإستثمار في إطار النظام المختلط وإيجابياته

من البديهيات المسلم بها أن كل نظام يحمل في طياته إلى جانب إيجابياته مجموعة من السلبيات، أما عن إيجابياته فهي كثيرة، أهمها محاولته المزج بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة بطريقة متوازنة تمكن من إشباع حاجات أطراف العلاقة الإستثمارية. وذلك بتقسيم مزاولة النشاط الإقتصادي بين الجهات الخاصة العاملة في حدود الإستطاعة مع تقديم الدعم الكافي للجهات الخاصة لزيادة الوزن النسبي لها في الهيكل الإقتصادي.

كما يمكن هذا النظام من ضمان النوعية والجودة اللازمتان في السلع والخدمات المقدمة للجمهور، وذلك عن طريق الرقابة التي تفرضها السلطة على القطاعات الإنتاجية والخدماتية، بالإضافة إلى تجنب الوقوع في الأزمات المالية من خلال السماح بالمشاركة في رؤوس الأموال، التي تتضامن في تحقيق هدف واحد، كما أن دعم القطاع الخاص من قبل السلطة العامة والسماح له بالمشاركة، يؤدي إلى الإستقرار الإجتماعي، أساس إستقرار الدولة ككل.

إن النظام الإقتصادي المختلط يضمن نموا منتظما بالنسبة للبلدان المتقدمة، ونموا مرتفعا بالنسبة للبلدان النامية، من خلال الدور الذي تؤديه الدولة عبر المشروعات العامة، إذا أن الجهات الخاصة التي تؤدي دورا متميزا في هذا النظام لا تستهدف النمو الإقتصادي بشكل أساسي وإنما يتم تحقيق النمو عن طريق النشاطات الخاصة بشكل عرضي في الغالب، أي أنه يتحقق من خلال توسيعها للنشاطات الخاصة التي تستهدف من ورائها تحقيق الربح بأقصى حد ممكن كهدف أساسي ويتحقق معها النمو الإقتصادي كهدف ثانوي عرضي، وحتى إعادة إستثمار أرباحها يكون بهدف الحصول على أرباح لتوسيع النشاطات، وليس هدفا لنشاطاتها لتحقيق النمو الذي يحقق تطور الإقتصاد وتقدم المجتمع⁹⁶⁹. كما أن النظام المختلط يكرس إحتراما للملكية الخاصة واعترافا بدورها في المساهمة في عملية الإستثمار تحقيقا للمصلحة العامة.

غير أن إستعمال السلطة لفكرة المصلحة العامة في النظام الإقتصادي المختلط يجعلها تكون دائما في مركز سلطوي مهيمن على النشاط الإستثماري ما يتعارض مع قواعد القانون الخاص التي تفرض المساواة أمام القانون في الحقوق والواجبات، ومنه تحقيق مشروعية الأرباح المستحقة من قبل كل طرف متعامل داخل السوق بمشاركة الوطنيين والأجانب بطريقة متساوية وتشاركية في آن واحد. حيث أن هذا المنهج المعتمد قد يسمح بتواجد

969- جواد كاظم حميد، مرجع سابق، ص 132.

الإستثمارات الأجنبية، إلا أنه يؤكد تواجدها في ظل الإستثمار الوطني العام ومنه الخضوع للقانون العام كأصل، واستثناء يخضع لقواعد القانون الخاص ما يؤدي بطريقة بديهية للتمييز في المعاملة.

إن أهم مشكل يواجه المشرع الجزائري في تطبيق النظام المختلط، يتمثل في إقراره لفكرة الشراكة الإجبارية على مستوى جميع أشكال التواجد أي على مستوى العقود (الصفقات) وعلى مستوى الشركات، في حين لم يوضح آلية هذه الشراكة بتفاصيل كافية تمنع أي تأويل خاطئ أو سلبي لمفهوم الشراكة مع المستثمر الأجنبي.

كما أن هذا الأسلوب يؤدي إلى توجيه الإستثمارات الخاصة بما قد لا يتلاءم وحاجات الإقتصاد الوطني، وسبب ذلك يرجع إلى أن الإستثمارات الخاصة تسعى لتحقيق ربح مضمون، وليس إلى تحقق المصلحة العامة، كما أن إمكانياتها لا تسمح لها بالإستثمار في قطاعات النشاط الكبيرة الحجم والتي قد يتأخر تحقيق أرباحها مما يؤدي إلى نفور هذه الإستثمارات الساعية وراء الربح السريع منها، ولهذا نجد بأن القطاع الخاص في البلدان النامية يوجه الأموال للإستثمار في المجالات الأقل مخاطرة والأكثر ربحا، كالمضاربة في السلع، والأراضي والعقارات⁹⁷⁰ وهو ما لا يخدم المصلحة العامة بقدر ما يحقق المصالح الخاصة .

وعموما فإن النظام المختلط يتطلب آلية قانونية لتجسيده، فهل كفل المشرع الجزائري الذي بدأ يميل إلى تطبيق النظام المختلط كشكل من أشكال تواجد الإستثمارات الأجنبية بإعتبارها إستثمارا خاصا الهيكل اللازم لتطبيق النظام القانوني المختلط؟ أم أن شكل الشركة التجارية كافي لتنظيم تواجد المستثمر الأجنبي المشترك الذي لا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال في مرتبة نظيره الوطني الذي يملك حق إختيار شكله القانوني بينما منع المستثمر الأجنبي من ذلك؟!

970- جواد كاظم حميد، مرجع سابق، ص 133.

خاتمة

الخاتمة:

تملك الدولة الجزائرية اليوم خيارين ، إما أن تفتح إقتصادياتها تجاه الإستثمارات الأجنبية وتخضع لشروط هذه الأخيرة من أجل توفير مناخ مناسب لها حتى تتواجد في الجزائر، وهو الأمر الذي قد يؤثر على استثماراتها الوطنية الضعيفة بالمقارنة مع نظيراتها الأجنبية ويستنفد ثرواتها الطبيعية دون تحقيق إستفادة وطنية كافية منها. وإما رفض الإستثمارات الأجنبية وكل ما تمليه من شروط و ضمانات لتعزيز تواجدها وممارستها للإستثمار، مقابل تقديم مساعداتها للمؤسسة العمومية و المؤسسة الوطنية الخاصة للنهوض بالإقتصاد الوطني و توفير احتياجات الدولة وهو ما قد يفوق قدرات المؤسسة الوطنية التي تتخبط في إفلاس واقعي تغطيه الدولة عن طريق الدعم المالي المستمر والكبير الممنوح لهذه الأخيرة.

لذلك فإن عدم وضوح قرار الدولة تجاه هذه الإستثمارات، أدى إلى عدم وضوح الأسلوب المتبع من قبلها مع هذه الأخيرة، والذي يتراوح بين الإنفتاح والإنغلاق، وبين المزايا الجاذبة والقيود المنفرة و بين الحرية و التقييد، وبين تطبيق القانون العام وتنظيم القانون الخاص لتواجد هذه الإستثمارات الأجنبية، في محاولة منها إيجاد الموقع الوسط بين المتناقضين دائماً.

إن الدولة بما تملكه من سلطة وقوة وشخصية قانونية لم تستطع إختيار المنهج المناسب لها بطريقة صريحة وواضحة ومحددة، نظرا لما يمارس عليها من ضغوطات خارجية من قبل المؤسسات الإقتصادية والمالية والتجارية الدولية والتي استطاعت أن تتدخل لتحديد خيارات السلطة في كثير من المرات، خاصة فيما يتعلق بفرض سياسات الإصلاحات الهيكلية والتأهيلية التي يشارك فيها المستثمر الأجنبي.

لقد ترجمت النصوص القانونية هذا التذبذب، من خلال تعدد الطرق والأشكال والتنظيم المطبق على الإستثمارات الأجنبية، رغم أن الهدف منها كان واحدا، بحيث ينصب على فرض سيطرة الدولة على النشاط الإقتصادي، وفرض هيمنة مؤسساتها العمومية عليه، ما يدل على ميل السلطة لفرض ممارسة ومراقبة النشاط الإستثماري بهدف الحفاظ على المصلحة العامة و تحقيق التنمية.

وإذا كان أمر ممارستها للإستثمار لا يثير أي مانع قانوني، فإن استعمالها لإمتيازات المرفق العام والسلطة العامة في الإستثمار هو الذي يتعارض مع مبادئ النشاطات الإقتصادية، التجارية، الإستثمارية بصورة عامة، حيث يكرس مبدأ عدم المساواة بين الإستثمارات الوطنية منها والأجنبية، ما يلزم على الدولة اذن الفصل بين شخصيتها القانونية وشخصية مشروعها الإستثماري لتكريس احترام المبادئ القانونية المتعلقة بحرية التجارة والصناعة. ورغم أنها حاولت

ذلك من خلال تطبيق أحكام وقواعد القانون التجاري على مؤسساتها العمومية، ما يمنحها الشخصية القانونية، والذمة المالية المستقلة ويجررها في ممارسة نشاطها الإستثماري، فإن سيطرة الدولة وتحكمها تبقى قائمة على أسهم المؤسسة بنسبة تؤكد هيمنتها على هذه القرارات، وتكرس تحكمها فيها من خلال القانون العام الذي فرض شكل المساهمة الوطنية بنسبة 51% من رأس المال.

ان النجاح النسبي للدولة في تحقيق نمو ايجابي على مستوى الاقتصاد الوطني، كالتقليل من نسبة التضخم و التخفيض من نسبة الفائدة و التقليل من العجز، و تحقيق مستوى مقبول من احتياطات الصرف ليس مؤشرا كافي للقول بانتهاء عهد الازمة الاقتصادية ، بل يكفي اعتباره عامل تنظيمي للاعلان عن أسلوب جديد لتسيير الاقتصاد، أطلقت عليه السلطة الحاكمة أسلوب الانعاش الاقتصادي، وزودته بآليات شكلية ذات طابع نصي تخلت من خلالها سلطة الانعاش الاقتصادي عن أغلب قوانين التعديل الهيكلي، و استبدلتها بقوانين جديدة تنسجم حسب اعتقادها مع المرحلة الجديدة التي يمر بها الاقتصاد الوطني المتسمة بالإنفتاح على الحركة التجارية الدولية نتيجة لظاهرة العولمة، و كذا اعتماد أسلوب اصلاح المؤسسات الوطنية عن طريق خصوصتها، وتبنى مبادئ الحكم الراشد قصد مواكبة التطور التنظمي الحاصل عالميا⁹⁷¹. حيث حاولت تجسيد هذا الأسلوب من خلال اعادة تأطير ظاهرة المؤسسة العمومية الاقتصادية ، التي انفردت السلطة التنفيذية السياسية بتسيير ملفها، كما اعتبرت الخصوصية قرارا لا رجعة فيه رغم النقص القانوني الواضح فيما يتعلق بطرق تقويم المؤسسات المراد خصوصتها. لكنها سرعان ما تراجعت عن مبادئ الخصوصية الكلية الشاملة، و كذا السماح للأجانب بالتواجد في اطار قانوني ناتج عن خياراتهم التي قد تظهر في رغبتهم في الملكية الكاملة للمشروع الاستثماري ، وفرضت عليهم في المقابل الملكية الجزئية بالمشاركة.

من المفارقات الخطيرة التي وصلت إليها الدراسة، قيام السلطة باستغلال قواعد القانون العام بإيقام قانون المالية لفرض تعديلات جذرية على قانون الإستثمار، تتجاوز الجانب المالي لهذا النص، حيث تحد من نطاق تطبيق أمر 03/01 وتضييق من مجاله المتسم بطابع الشمولية والعموم، متجاوزة بذلك حدود إختصاصاتها الدستورية. وكل المبادئ القانونية المتعارف عليها من مبدأ تدرج النصوص القانونية إلى قاعدة توازي الأشكال.

حيث أن قوانين المالية المعدلة والمتمة لقانون الإستثمار، فرضت تدخل السلطة التنفيذية بموجب نصوص قانونية، هي في الأصل من إختصاص السلطة التشريعية من جهة، كما تضمنت الإستيلاء أيضا على الصلاحيات التنظيمية للنصوص القانونية، التي تملك شرعية تحديد وتأطير بعض إجراءات الإستثمار بصورة خاصة، كما فعل مع

971- مجلة الجيلاي، مرجع سابق، ص 413.

إجراء "الشفعة"، ناهيك عن التدخل في تحديد صلاحيات وأجهزة الإستثمار المؤطرة بنصوص قانونية خاصة بها، زد على ذلك قيام قانون المالية على قانون قاعدي (17/84) الذي يفترض أنه صدر في شكل قانون عضوي، غير أن ذلك لم يحدث، ما يجعل كل التعديلات التي تمس أمر 03/01 بموجب قوانين المالية غير دستورية من جهة، ومن جهة ثانية، يجعل قوانين المالية المعدلة والمتممة لقانون الإستثمارات تفلت من جميع أشكال الرقابة السابقة واللاحقة للنصوص القانونية التي يمنحها القانون للسلطة التشريعية، ما يؤكد أن القرارات والمبادئ المكرسة بموجب هذه التعديلات هي أحادية المنشأ، وضعتها سلطة واحدة هي السلطة التنفيذية، أي الجهة المكلفة بتطبيق وتنفيذ القانون، دون مشاركة باقي السلطات الأخرى رغم ما تلعبه القرارات الإستراتيجية الإستراتيجية من أهمية بالغة، تقتضي مشاركة الجميع في اتخاذها خاصة السلطة التشريعية، للتمكن فيما بعد من تحمل تبعاتها جماعيا أيضا.

إن إختيار السلطة لقانون المالية لفرض تعديلات على قانون الإستثمار لم يكن إعتباطيا بل كان مدروسا بحكمة بالغة، ذلك أن حتى مجرد الإخطار بعدم دستورية النصوص القانونية المعدلة لقانون الإستثمار لعدم استنادها على قانون عضوي من جهة وتجاوزها الجانب المالي في التعديل من جهة ثانية، منح للسلطة التنفيذية وبطريقة قد تجعل نص القانون غير خاضع لأية رقابة أصلا. مما يقضي أيضا السلطة التشريعية في رقابته، وعليه فإن السلطة التنفيذية تمارس فرضها لأسلوب الإستثمار إعتادا على قانون المالية، الأداة القانونية الفعالة والكفيلة بالسماح لها بفرض سياساتها الحكومية، ما يجعل قانون الإستثمار يتغير بتغير الحكومة، ويتقلب بتقلب القرارات السياسية. ما يجعل الاستتار الأجنبي يتواجد في ظل القرارات السياسية المتقلبة التي تؤثر حتما على استقرار استثماره و تجعله في تخوف دائم.

أصبحت السلطة التنفيذية تجسد فكرة تدخل الدولة المتجذر في الحياة الإقتصادية من خلال استحوادها على صلاحيات النصوص القانونية، فبعد أن كان المرسوم التشريعي 12/93 قبل إلغاءه يكرس تخصيص صريح لنشاطات خاصة للدولة أو أحد مؤسساتها العمومية بموجب نصوص قانونية محددة وواضحة بوضوح المجالات ذات الطابع السيادي، أصبحت الإدارة بموجب أمر 03/01 وقوانين المالية المعدلة والمتممة هي التي تمارس صلاحية التخصيص، عن طريق إجراءات إدارية تمكنها من السماح لإستثمارات معينة بالتواجد، وإقصاء إستثمارات أخرى كإجراء الترخيص. الأمر الذي يعتبر أخطر مما كان عليه سابقا أثناء قيام القانون بتنظيم العلاقة بين الإدارة والإستثمار لتحويل العلاقة في المرحلة الحالية، وأصبح الآن القانون هو محل التنظيم من قبل الإدارة التي تمتلك ميكانيزمات تنظيم علاقة القانون بالإستثمار.

ان فرض أسلوب الشراكة كشكل أساسي ووحيد لتواجد الاستثمارات الأجنبية بالطريقة التي جاء بها قانون المالية، ترك هذا الشكل القانوني دون تنظيم مناسب و كافي، كما تركه محل العديد من التأويلات فيما يتعلق بنوع الشراكة المقصودة، فيما إذا كانت شراكة مالية فقط و تجسد بذلك شكل الاستثمار غير المباشر ، أم قصد بها الشراكة بكل أنواعها، و التي تحتوي على أشكال الاستثمار المباشر و غير المباشر. ناهيك عن الصراع الذي خلقه بين نظام العقد و نظام الشركة، أي بين الشراكة العقدية و الشراكة الشركوية ، حيث تبقى الامتيازات التي يتواجد في ظلها المستثمر إذا أختار شكل الشراكة العقدية أوسع و أضمن من نظيره الذي يختار الشراكة الشركوية.

وعليه فإن تنظيم الإستثمارات الأجنبية لم يعد يتعلق فقط بأمر 03/01، وإنما بمجموع النصوص القانونية التكميلية و التطبيقية له، والتي قد تختلف، إن لم نقل تتناقض معه في الكثير من النقاط الأساسية، وعلى سبيل ما جاء في الرسالة استمرار أمر 03/01 في التفرقة بين الإستثمار الوطني و الأجنبي على أساس معيار الجنسية، في حين أن جل النصوص القانونية الأخرى بما فيها قانون المالية، تركز معيار الإقامة للتفرقة بين هذه الإستثمارات. الأمر الذي يؤكد شمولية المعايير المعتمدة من قبل قانون الإستثمار في محاولة منه لتغطية جميع أشكال التواجد الأجنبية المقيمة، وعمومية قانون الإستثمار الذي أصبحت قواعده غير كافية لتنظيم النشاط الإستثماري في ما استدعى تدخل نصوص قانونية أخرى لتكاملته وتغطية عجزه، لتجعل منه أكثر النصوص القانونية تعديلا وإحالة على التنظيم. وعليه فإن فكرة عدم استقرار قانون الإستثمار تتأكد كنتيجة لعدم استقرار خيارات السلطة بحيث أن الإستثمار لم يعد يعتبر قرارا إقتصادي، بل أصبح قرار سياسي في يد السلطة التنفيذية، وهي نتيجة حتمية طبيعية لغياب الرؤية الطويلة الأمد فيما يتعلق بالإستثمار في الجزائر وعدم وضوح مفاهيمه.

رغم تعدد الأشكال القانونية التي تبناها أمر 03/01، فإن الطريقتين المعتمدين في تكريسها ضمن نص الأمر، تشير التناقض الحاصل في هذا النص بحد ذاته، ففي حين يسمح نص المادة 01 من أمر 03/01 بإيراد جميع الأشكال ضمن نطاق تطبيق قانون الإستثمار لمجرد إنتاجها لسلعة أو تقديمها لخدمة، فإن نص المادة 02 منه يقصي جميع الأشكال الخارجة عن إحدى الطرق المحصورة فيه، والمتمثلة في استحداث نشاطات جديدة، أو توسيعها، إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة المساهمات النقدية والعينية، والخصوصة الكلية أو الجزئية.

كما أن إضافة بعض النشاطات على سبيل الذكر الخاص لنطاق تطبيق أمر 03/01 دون سواها من النشاطات الإقتصادية الأخرى، كالنشاطات الرياضية والسينائية، يجعل فرضية عدم شمولية قانون الإستثمار لجميع أوجه النشاط المنتج للسلع والخدمات مؤكدا أيضا. لنصل اليوم لإمكانية القول بأن أمر 03/01 يشمل النشاطات المنتجة للسلع

والخدمات المتمتعة بالإميازات والمرخص لها بالإستثمار المتخذة أحد الأشكال المنصوص عليها حصرا بموجب نص المادة 02 من أمر 03/01، بالإضافة إلى النشاطات التي يشملها الأمر بموجب قوانين المالية التي أضافتها، أو كل النشاطات التي يتم إضافتها بموجب نصوص قانونية خاصة، رغم أن كل الإضافات الواردة بموجب قوانين المالية مفرغة من محتواها من حيث الموضوع، لأن كل النشاطات المضافة تتوفر على الشروط المنصوص عليها بموجب المادتين 01 و02 من أمر 03/01، أي أنها استثمارات مرخصة، أو إمتيازية، ومنتجة للسلع والخدمات... إلخ.

لم تكن الهيئات الإدارية المقحمة في العملية الإستثمارية بعيدة عن المشاركة في تطبيق سياسة السلطة التنفيذية، المعقدة لدور هذه الهيئات، غير أن مسار قانون الإستثمار لا يؤكد فقط تعميق تدخلها، بل يؤكد كثرتها، تنوعها وعدم استقرارها. وأبسط مثال على ذلك عدم استقرار السلطة في تحديد طبيعة الجهة التي تقوم بتسيير الإستثمارات العمومية الشريك الأساسي الإجباري مع المستثمر الأجنبي، فبعد أن كرس النظام الإشتراكي فكرة صناديق المساهمة تخلى النظام الرأس مالي عنها وعوضها بالشركات القابضة التي تم التخلي عنها هي الأخرى كصاحبة الإختصاص في تسيير الأموال العمومية، وتستبدل بشكل جديد تجسد في شركات تسيير مساهمات الدولة، التي قريبا جدا قد تعوض بالشركات المشتركة، ما يعيدنا إلى مبادئ عرفت في ظل أنظمة قانونية سابقة تم التخلي عنها لتعلقها بالنظام الإشتراكي المكرس لدور الدولة المتدخلة في عملية الإستثمار، فهل الجزائر تسيير اليوم نحو سياسة التقدم إلى الوراء؟!

إن محاولة تعداد الهيئات السياسة الإدارية المتدخلة في عملية الإستثمار يؤدي بنا إلى وضع قائمة طويلة، تطيل معها عملية إنشاء الإستثمار والساح له بالتواجد المنتج. ليتأكد معها أسلوب الرقابة المفروضة سياسيا قبلها وبعديا على الإستثمارات الأجنبية والوطنية الخاصة، مع فصل الدولة بين الرقابة التجارية و الرقابة عن طريق السلطات الضبطية التي أنشأتها لتعمل على تنظيم التعامل مع المستثمر الأجنبي كشرك أساسي و منافس قوي، و تمنح من خلالها للشركة الوطنية مساحة أوسع و تفرغ كامل لممارسة النشاط الاستثمائي بدل الوظيفة المزدوجة التي كانت تقوم بها من قبل.

وفي الأخير يمكن القول بأن الأسلوب الوسطي الذي تطمح إليه الجزائر لتنظيم تواجد الإستثمارات الأجنبية لا يزال يميل إلى كفة التقييد، وفرض تدخل الدولة وسيطرتها، من خلال آليتين أساسيتين هما الشريك العمومي وقانون المالية، حيث يضمن قانون المالية هيمنة الإستثمارات الوطنية من خلال تحديده الحصري لشكل تواجد الإستثمارات الأجنبية في إطار شراكة وطنية أجنبية إجبارية.

وعليه فإذا كان العالم قد خرج من فكرة التنظيم التوجيهي للقانون العام الإقتصادي، فإن الجزائر لا تزال متمسكة به رغم ما يفرض عليها من ضغوطات وتحديات لفرض النظام الإقتصادي الدولي الجديد القائم على قانون عام التنظيم الإقتصادي.

- الحمد لله رب العالمين -

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

I. الكتب:

1. السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على عقد العمل، عقد المقاوله، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1964.
2. السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثامن ،حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال وقانون حماية حقوق الملكية الفكرية، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، سنة 2004.
3. أبو قحف عبد السلام ، نظريات التدويل وجدوى الإستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، سنة 1989.
4. أبو قحف عبد السلام ، إقتصاديات الإدارة والإستثمار، الدار الجامعية،الإسكندرية، مصر سنة 1993.
5. القليوبي سميحة ، الشركات التجارية، ج2، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، سنة 1993.
6. الموسوي ضياء مجيد ، الخوصصة والتصحيحات الهيكلية "آراء واتجاهات"،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر سنة 1995.
7. أحمد سيد إبراهيم ،العقود و الشركات التجارية فقها و قضاء،دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، سنة 1999.
8. الاسعد محمد بشار ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ، سنة 2006.
9. بوشعير سعيد ، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1989.
10. بكر إدريس ، تطور المؤسسات الدستورية في الجزائر منذ الإستقلال من خلال الوثائق والنصوص الرسمية، القسم الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1994.
11. بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2007.
12. حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات، المؤسسة العربية للدراسات و النشر ، بيروت ، (ب.س.ن).
13. حسن خلف فايمح ، اقتصاد المعرفة، جدار للكتاب العلمي، الطبعة الأولى، عمان، الاردن سنة 2007.
14. حسن محمد هند، النظام القانوني للشركات متعددة الجنسيات، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2009.
15. حبش محمد حبش ، الخوصصة واثرها على حقوق العاملين بالقطاع العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ، سنة 2011.

16. دويدار هاني ، القانون التجاري، التنظيم القانوني للتجارة، الملكية التجارية والصناعية، الشركات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، سنة 2008.
17. دريد محمود علي، الشركة المتعددة الجنسية، آلية التكوين وأساليب النشاط، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت ، سنة 2009.
18. سعد غالب ياسين، الإدارة الدولية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الطبعة العربية، عمان، سنة 2007.
19. سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، الطبعة الاولى، دار هومة ، الجزائر سنة 2007.
20. شبيح اسماعيل عبد العزيز ، تحليل النظام الدستوري لجمهورية مصر العربية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، سنة 1978.
21. صفوت أحمد عبد الحفيظ ، دور الإستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2005.
22. عليوش قريوع كال ، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1999.
23. عمورة عمار، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر سنة 2000.
24. عبيدات مؤيد أحمد محي الدين، الرقابة الحكومية على تأسيس الشركات (دراسة مقارنة)، دار الحامد، الطبعة الاولى، عمان ، سنة 2008.
25. عزاوي عبد الرحمان ، ضوابط توزيع الاختصاص بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر سنة 2009 .
26. عيبوط محند وعلي ، الإستثمارات الأجنبية في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر سنة 2014.
27. فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري والحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، عناصره، طبيعته القانونية والعمليات الواردة عليه، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر سنة 1998.
28. فوزي محمد سامي ، الشركات التجارية، الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة، الطبعة الخامسة، عمان ، سنة 2010 .
29. فيلاي علي ، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر سنة 2011 .
30. قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، دار هومة، الطبعة الثانية، الجزائر سنة 2006.
31. مصطفى بسيم عصام الدين، الجوانب القانونية لمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 1984.

32. مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، شركات الأشخاص- شركات الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1998.
33. محمد غنام شريف، الإفلاس الدولي لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006.
34. مصطفى سلمان حبيب، الإستثمار في الترخيص الإمتيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 2008.
35. محمد حسن منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2009.
36. ناصيف إلياس، موسوعات الشركات التجارية، الأحكام العامة للشركة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 1994.
37. ناصيف إلياس، العقود الدولية، عقد البوت BOT في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، سنة 2011.

II. الرسائل و المذكرات الجامعية

أ. رسائل الدكتوراه

1. آيت مولود فاتح، حماية الادخار المستثمر في القيم المنقولة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 01 جويلية 2012.
2. بوسهوه نورالدين، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في القانونين الدولي والجزائري، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، جامعة سعد دحلب، كلية الحقوق، البليدة سنة 2004/2005.
3. جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، الجزائر 2012.
4. حسين نواره، الحماية القانونية للملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو سنة 2013.
5. زيوش رحمة، الميزانية العامة للدولة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011.
6. عجة الجليلي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية، رسالة من اجل نيل درجة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر سنة 2003/2004.
7. عزاوي عبد الرحمن، الرخص الادارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزائر سنة 2007.

8. عدلي محمد عبد الكريم ، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تلمسان سنة 2010/2011.
9. معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية (في عقود المفتاح و الإنتاج في اليد)، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، معهد العلوم القانونية و الادارية، الجزائر سنة 1998.
10. ولد راجح صفية ، المركز القانوني للمقاولة الخاصة في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، سنة 2006/2007.

ب. مذكرات الماجستير

1. إدينارين سميرة ، عقد الشراكة الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2000/2001.
2. أمالوا نبيل ، خصوصية قانون المالية والقانون العضوي في النظام القانوني الجزائري، مذكرة من اجل نيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، سنة 2006.
3. الحميري فهد بجاش ، النظام القانوني لعقود الإستثمار النفطي في اليمن، رسالة مقدمة لإستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، آيار 2006.
4. أوثن ليلي ، الشراكة الأجنبية و المؤسسات الاقتصادية الجزائرية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو 22 فيفري 2011.
5. أرزقي زوبيير ، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو سنة 2011.
6. العنزي منيف أنور بدر ، النظام القانوني للإستثمارجنبي المباشر" دراسة في قانون الإستثمار الكويتي رقم(8) لسنة 2001"، رسالة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن سنة 2012.
7. بن نعمان جمال ، تطور الإستثمار في الجزائر (الى غاية سنة 2000) رسالة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في الاقتصاد والإحصاء التطبيقي. المعهد الوطني للتخطيط والاحصاء، الجزائر 2002/2003.

8. بوسالم دنيا ، الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة في ظل دستور 1996 مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في فرع قانون إداري ومؤسسات دستورية، جامعة باجي مختار، كلية الحقوق، قسم القانون العام، عنابة، سنة 2007/2006.
9. بن ساسي عبد الحفيظ ، ضوابط الاستثمار في الاقتصاد الاسلامي، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الاسلامي، جامعة باتنة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، 2008/2007 .
10. بروال نعيمة ،حقوق المستهلك والاجراءات الادارية والوقائية المتخذة لحمايته،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق،فرع قانون الاعمال،جامعة الجزائر،كلية الحقوق سنة 2009.
11. بن حبيلس منى ، الآليات الجديدة لخصوصية المؤسسات العمومية في ظل أمر 04/01 (دراسة تحليلية ومقارنة) جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، سنة 2011/2010.
12. جرعود الياقوت ،عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير،فرع العقود والمسؤولية،جامعة الجزائر،كلية الحقوق سنة 2001.
13. حمام عزيز ، عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع القانون العام، تخصص تحولات الدولة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، (ب.ت.ن).
14. حميد النعيمي رشيد سحر ، الإتجاهات المختلفة في تنظيم الوكالة التجارية، رسالة ماجستير مقدمة في كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، تخصص القانون الخاص، الأردن 2002.
15. حابي فتيحة ، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية (في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المعدل والمتمم)، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو 13 جويلية 2013.
16. دحماني عبد الكريم ، تمويل نفقات الاستثمار العمومي للدولة،دراسة حالة برامج دعم النمو الاقتصادي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2011، 2012.
17. سلامي ساعد ، الآثار المترتبة على الشخصية المعنوية للشركة التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر 2012/2011.
18. شويطر إيمان رتيبة ، النظام القانوني للتجمعات ذات المنفعة الإقتصادية في القانونين الجزائري والفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، الجزائر، 2005.

19. عبورة سيهام ، الخوصصة الجزئية بنقل ملكية رأسمال المؤسسة العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الاعمال، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم الادارية، الجزائر 2001، 2002.
20. عصام أحمد سليمان الكركي ، عقد المقاولة الأردني، وأثر تعديلات فيديك 99 على المشاريع الإنشائية في الأردن، رسالة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الإدارة الهندسية، كلية الهندسة، جامعة مؤتة، الأردن، سنة 2006.
21. غزلان سليمة ، فكرة القانون العضوي في دستور 1996، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، سنة 2001.
22. قمار خديجة ، مكانة المؤسسة العمومية الاقتصادية في اطار الاصلاح المؤسساتي مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع الدولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق سنة 2008/2009.
23. لعماري وليد ، الحوافز والحوافز القانونية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، الجزائر سنة 2011.
24. لقراف سامية ، الامتيازات المالية للاستثمار الاجنبي المباشر في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الاعمال، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر سنة 2010/2011.
25. لوكاير مالحه ، دور البنوك في تمويل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو . مارس 2012.
26. مالك سعدية ، عقد المقاولة الدولي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، (ب.س.ن).
27. مقداد ربيعة ، معاملة الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو، (ب.س.ن).
28. محمد سارة، الاستثمار الأجنبي في الجزائر -دراسة حالة أوراسكوم - بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة متنوري قسنطينة، سنة 2009/2010.

III. المقالات :

1. الأهواني كامل حسام الدين ، (المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري ، سبل تشجيع الاستثمار وازالة ما يعترضه من عقبات) ، ورقة عمل، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الرابع، أكتوبر 1992، ص ص 02-36.

2. إقلولي محمد، (شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري، العدد 01، تيزي وزو، الجزائر سنة 2006. ص ص 94-123.
3. الطيب داودي ، ماني عبد الحق، (تقييم اعادة هيكلة المؤسسة الاقتصادية العمومية الجزائرية)، مجلة المفكر، العدد الثالث، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، فيفري سنة 2008، ص ص 134-154 .
4. الفهداوي خليفة صالح فهمي ، أثير أنور شريف، (الإدارة العامة المعاصرة من منظور الحاكمية العامة الجيدة: دراسة معرفية ومقاربة تأصيلية)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإقتصادية والإدارية، العدد الثاني، الرمادي سنة 2008، ص ص 145-175 .
5. آيت عيسى عيسى ، (المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في الجزائر لآفاق وقيود، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا)، مجلة مخبر العولمة واقتصاديات شمال افريقيا، العدد السادس، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر سنة 2009، ص ص 271-288 .
6. أكروم ميريام ، (الإستثمار الأجنبي والصفقات العمومية)، ملتقى "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"، جامعة المدينة، كلية الحقوق، أكتوبر 2010، ص ص 01-11 .
7. آيت منصور كمال،(الاستثمار في عملية خصصة ملكية المؤسسات العمومية الاقتصادية في القانون الجزائري)،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني،جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية،السنة الرابعة، المجلد 08،العدد 02، الجزائر سنة 2013، ص ص 07-24 .
8. بيتر ديكن،(الشركات الكبرى المتعددة المواطن والدولة القومية، المجلة الدولية للعلوم الإجتماعية)، الطبعة العربية، تصدر عن مركز المطبوعات اليونسكو، العدد 151 مصر، مارس 1997، ص ص 135-157 .
9. بوكيش لعلی،(المؤسسات العامة بالجزائر، ظروف تطورها، و طرق تنظيمها وإدارتها- دراسة تتبعية1962-2003) مجلة الحقيقة،جامعة أدرار،العدد06،ماي 2005، ص ص 87-124 .
10. بلعوج بلعيد ، (معوقات الاستثمار في الجزائر)، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة وإقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 04 جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر جوان 2006، ص ص 71-92 .
11. بوعزة عبد القادر ، بن مسعود محمد، (الشراكة الأجنبية ودورها في نقل التكنولوجيا مع الاشارة الى قطاع المحروقات بالجزائر)،الملتقى الدولي العلمي الثاني تحت عنوان" الاستثمار الاجنبي المباشر ومهارات الاداء الاقتصادي "حالة بعض الدول النامية" كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس، 22 و 23 اكتوبر 2007، ص ص 01-26 .

12. بوسطلة شهرزاد ، مدور جميلة، (مبدأ الرقابة على دستورية القوانين وتطبيقاته في التشريع الجزائري)، مجلة الإجتهد القضائي، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد الرابع، بسكرة، بتاريخ مارس 2008، ص ص 344-363.
13. بن فرحات محمد ، (القواعد القانونية التي تحكم الإستثمار الأجنبي في الجزائر)، مداخلة مقدمة في اليوم الدراسي حول: المنظومة القانونية التي تحكم الإستثمار الأجنبي في الجزائر، من تنظيم الغرفة الجهوية لموثقي ناحية الوسط، تنسيقيات مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 20 فيفري 2014، ص ص 01-10.
14. بو شريط حسناء، (آليات تطهير الملكية العقارية الفلاحية في قانون التوجيه العقاري)، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 11 سبتمبر 2014، ص ص 395-409.
15. جواد كاظم حميد، (طبيعة النظام الاقتصادي المختلط واتجاهاته -الصين نموذجاً-)، مجلة العلوم الاقتصادية، جامعة البصرة، كلية الادارة والاقتصاد، قسم الاقتصاد، العدد السادس والثلاثون، المجلد التاسع، تموز 2014، ص ص 122-153.
16. حميدي حميد، (خصوصية المؤسسات العمومية في القانون الجزائري)، مجلة الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصوصية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت فبراير سنة 2005، ص ص 369-385.
17. حميدي عبد الرزاق ، عبد القادر عوينات، (دور المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الحد من أزمة البطالة) الملتقى الدولي لإستراتيجية الحكومة في القضاء على البطالة وتحقيق التنمية المستدامة، كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2012، ص ص 01-15.
18. زرمان كريم ، (التنمية المستدامة في الجزائر خلال برنامج الإنعاش الإقتصادي 2001/2009)، مجلة أبحاث إقتصادية وإدارية، جامعة محمد خيضر، كلية العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، العدد السابع، بسكرة، جوان 2010، ص ص 190-223.
19. سلامة أحمد عبد الكريم، (شرط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار و التجارة الدولية)، مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية العدد الخامس، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، سنة 1989، ص ص 118-168.
20. شريط الأمين، (حق التعديل في النظام البرلماني الجزائري -دراسة مقارنة-)، مجلة الفكر البرلماني العدد 10 أكتوبر 2005، ص ص 60-85.
21. صاموئيل عبود، (قطاع خاص من دون خصخصة)، بحوث الندوة الفكرية لمركز دراسات الوحدة العربية، مجلة الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصوصية في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت فبراير سنة 2005، ص ص 433-464.

22. عبید إبراهيم محمد رضا، (تأسيس المشروعات المشتركة في ظل قوانين الإستثمار المصرية)، مجلة الدراسات القانونية، العدد الخامس، جامعة أسيوط كلية الحقوق، مطبعة السعادة يونيو 1989، ص ص 227-380.
23. عويس أحمد زكي ، (أحكام الوكالة بالعمولة)، مجلة روح القوانين، العدد الثاني عشر، كلية لحقوق، جامعة طنطا، مطبعة جامعة طنطا، مصر يناير 1996 ص ص 05-129.
24. عوابدي عمار ، (فكرة القانون العضوي وتطبيقاتها في القانون الناظم للبرلمان والعلاقات الوظيفية بينه وبين الحكومة)، مجلة الفكر البرلماني، العدد 02 سنة 2003، ص ص 47-74.
25. عيسى بن صالح هدى ، (ملائح هيكل المؤسسة الشبكية)، مجلة الباحث، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، العدد 03، ورقة 2005، ص ص 07-19.
26. عجة الجيلالي ، (الإصلاحات المصرفية في القانون الجزائري في إطار التسيير الصارم لشؤون النقد والمال)، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة وإقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 04 جامعة حسيبة بن بوعلي، الجزائر جوان 2006، ص ص 299-338.
27. عيوط محند وعلي ، (الاستثمارات الأجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، الجزائر سنة 2006، ص ص 63-93.
28. عيوط محند وعلي ، (حدود حرية الاستثمار في القانون الجزائري)، مداخلة الملتقى الوطني حول التشريع و واقع الاستثمار في الجزائر، جامعة محمد بوقرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بومرداس 19 و 20 نوفمبر 2012، ص ص 01-13 .
29. فندي نزيهة، برودي نعيمة، (هل ستعمل الاستثمارات الأجنبية المباشرة على تقليص الفجوة التكنولوجية بين الدول المتقدمة و الدول النامية)، الملتقى العلمي الدولي الثاني "الاستثمار الأجنبي المباشر و مهارات الأداء الاقتصادي، حالة بعض الدول النامية"، جامعة بومرداس، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير و العلوم التجارية، بومرداس يومي 22 و 23 أكتوبر 2007، ص ص 01-14.
30. فرفار سامية، (دور الشراكة الأجنبية في تحقيق الرضا الوظيفي لدي المورد البشري في المؤسسة الجزائرية)، مجلة معارف، كلية العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة البويرة ، السنة الثامنة ، العدد 14، أكتوبر 2013، ص ص 25-36.
31. لقوشة رفعت ، (قراءة في استراتيجية حركة الخصخصة)، مجلة مركز دراسات الوحدة العربية، الإصلاحات الاقتصادية وسياسات الخصخصة في البلدان العربية، بحوث الندوة الفكرية التي نظمها المركز الوطني للدراسات والتحليل الخاصة بالتخطيط، الطبعة الثانية، بيروت فبراير 2005، ص ص 151-181.

32. منصور فرج السعيد، (النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد)، مجلة الحقوق، العدد 03، السنة 27 مجلس النشر العلمي. جامعة الكويت سبتمبر 2003، ص ص 255-355.
33. مبروكي علي، (تكييف عملية حوصصة المؤسسات العمومية مع متطلبات اقتصاد السوق والاهداف السياسية للدولة)، مجلة الاصلاحات الاقتصادية وسياسات الحوصصة في البلدان العربية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الثانية، بيروت فبراير سنة 2005، ص ص 395-432.
34. ماركو دالبيرتي، (القانون العام الإقتصادي، التنظيم الإقتصادي في حالة تبدل)، مجلة القانون العام وعلم السياسة، العدد الأول، الجزائرية للكتاب، الجزائر، 2006، ص ص 235-247.
35. مخلوف أحمد، زرقون محمد، بلعور سليمان، (إدارة الآثار المالية لإستراتيجية الشراكة، حالي مجتمعين صناعيين بالجزائر(صيدال و إسبات))، بحوث وأوراق عمل مؤتمر الشراكة و التنمية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، جامعة اليرموك، اربد، الأردن يوليو 2008. ص ص 215-273.
36. مناتي صالح عدنان، (سيادة نظام السوق في البلد النامي، تحدي لتنمية الاقتصادية)، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد السابع والثلاثون، العراق 2013، ص ص 63-76.
37. نوري منير، قلش عبد الله، (دور الإستثمار الأجنبي المباشر في تعزيز تنافسية الإقتصاد الجزائري حسب مقتضيات إقتصاد المعرفة)، الملتقى العالمي الدولي الثاني تحت عنوان: الإستثمار الأجنبي المباشر ومهارات الأداء الإقتصادي، حالة بعض الدول النامية، جامعة بومرداس، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير، والعلوم التجارية، يومي 22 و 23 أكتوبر 2007، ص ص 01-20.
38. نبالي فطة، (المفهوم الإقتصادي و القانوني لفكرة إزالة التنظيم)، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، العدد 1، جامعة ملود معمري، كلية الحقوق، تيزي وزو سنة 2007، ص ص 162-198.
39. يوسف محمد، (مضمون أحكام الأمر رقم 03/01 المتعلق بتطور الاستثمار المؤرخ في 20 اوت 2001 ومدى قدرته على تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية)، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة (إدارة)، المجلد 12، العدد 23، الجزائر 2002، ص ص 21-52.
40. يلس شاوش بشير، (التطبيقات العملية لقوانين المالية وإنعكاساتها على الصلاحيات البرلمانية)، مجلة الفكر البرلماني، العدد 03، جوان 2003، ص ص 29-40.

IV. النصوص القانونية

أ- الدستور:

1. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 438/96 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بنص تعديل الدستور، المصادق عليه بإستفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ع 76 مؤرخ في 08 ديسمبر 1996، المعدل بموجب القانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل سنة 2002. ج.ر.ع 25 مؤرخ في 14 أبريل 2002، المعدل بموجب القانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 ج.ر.ع 63 مؤرخ في 16 نوفمبر 2008 .

ب-الاتفاقيات :

1. قانون رقم 18/88 مؤرخ في 12 جويلية 1988 يتضمن الانضمام إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 جوان 1958 و الخاصة بإعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 13 جويلية 1988.
2. مرسوم رئاسي رقم 201/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الشعبية وحكومة جمهورية موزنبيق حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات ، الجزائر في 12 ديسمبر سنة 1998، ج.ر.ع 40 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2001.
3. مرسوم رئاسي رقم 204/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية كوريا حول ترقية وحماية الإستثمارات الموقع في الجزائر في 12 أكتوبر سنة 1999، ج.ر.ع 40 مؤرخ في 25 يوليو 2001.
4. مرسوم رئاسي رقم 205/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية اليونانية حول التشجيع والحماية المتبادلين للإستثمارات الموقع بالجزائر في 20 فبراير سنة 2000، ج.ع.ر 41 مؤرخ في 29 يوليو سنة 2001.
5. مرسوم رئاسي رقم 206/01 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2001، يتضمن التصديق على الإتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية جنوب إفريقيا حول الترقية والحماية المتبادلة للإستثمارات الموقع بالجزائر في 24 سبتمبر سنة 2000، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 29 يوليو سنة 2001.
6. مرسوم رئاسي رقم 159/05 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن التصديق على الإتفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من جهة، والمجموعة الأوروبية والدول

الأعضاء فيها من جهة أخرى، الموقع بفالونسيا بتاريخ 22 أبريل 2002، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 30 أبريل 2005.

ج- النصوص التشريعية:

• القوانين العضوية:

1. قانون عضوي 02/99 مؤرخ في 08 مارس سنة 1999، يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة ج.ر.ع 15 مؤرخ في 09 مارس 1999.
2. قانون عضوي رقم 05/12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالإعلام، ج.ر.ع 02 مؤرخ في 15 يناير 2012.

• القوانين:

1. قانون 277/63 مؤرخ في 26 جويلية 1963، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر.ع 53 مؤرخ في 02 أوت 1963.
2. قانون رقم 01/81 مؤرخ في 07 فبراير سنة 1981، يتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة، ج.ر.ع 06، مؤرخ في 10 فبراير 1981.
3. قانون رقم 11/82 مؤرخ في 21 غشت سنة 1982، يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج.ر.ع 34 مؤرخ في 24 غشت سنة 1982.
4. قانون رقم 13/82 مؤرخ في 28 أوت 1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيورها ج.ر.ع 35 مؤرخ في 31 غشت 1982.
5. قانون رقم 14/83 مؤرخ في 02 يوليو سنة 1983، يتعلق بالتزامات المكلفين في مجال الضمان الإجتماعي، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 05 يوليو 1983 معدل و متمم.
6. قانون رقم 10/84 مؤرخ في 11 فبراير 1984، يتعلق بالخدمة المدنية، ج.ر.ع 07 مؤرخ في 14 فبراير سنة 1984 المعدل و المتمم.
7. قانون رقم 17/84 مؤرخ في 07 يوليو سنة 1984، يتعلق بقوانين المالية ج.ر.ع 28 مؤرخ في 10 يوليو 1984 معدل و متمم بالقانون رقم 05/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 ج.ر.ع 2 مؤرخ في 1988 المعدل و المتمم بالقانون رقم 24/89 مؤرخ في 31 ديسمبر 1989، ج.ر.ع 01 لسنة 1990 .
8. قانون رقم 13/86 مؤرخ في 19 غشت سنة 1986، يعدل ويتمم القانون 13/82 المؤرخ في 28 غشت سنة 1982 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيورها، ج.ر.ع 35 مؤرخ في 27 غشت سنة 1986.

9. قانون رقم 03/87 مؤرخ في 27 يناير سنة 1987، يتعلق بالتهيئة العمرانية ج.ر.ع 5 مؤرخ في 28 يناير 1987.
10. قانون رقم 01/88 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير 1988 .
11. قانون رقم 02/88 مؤرخ في 12 يناير سنة 1988، يتعلق بالتخطيط، ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير سنة 1988.
12. قانون رقم 25/88 مؤرخ في 12 يوليو سنة 1988، يتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، ج.ر.ع 28 مؤرخ في 13 يوليو سنة 1988.
13. قانون رقم 04/88 مؤرخ في 12 يناير 1988، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير 1988.
14. قانون رقم 03/88 مؤرخ في 12 يناير 1988، يتعلق بصناديق المساهمة ج.ر.ع 2 مؤرخ في 13 يناير 1988.
15. قانون رقم 29/88 مؤرخ في 19 يوليو سنة 1988، يتعلق بممارسة احتكار الدولة للتجارة الخارجية ج.ر.ع 29 مؤرخ في 20 يوليو 1988 .
16. قانون رقم 12/89 مؤرخ في 05 يوليو، يتعلق بالأسعار، ج.ر.ع 29 مؤرخ في 19 يوليو 1989.
17. قانون رقم 25/90 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.ع 49 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990.
18. قانون رقم 30/90 مؤرخ في اول ديسمبر سنة 1990، يتضمن قانون الاملاك الوطنية، ج.ر.ع 52 مؤرخ في 02 ديسمبر 1990.
19. قانون رقم 36/90 مؤرخ في 31 ديسمبر 1990، يتضمن قانون المالية لسنة 1991، ج.ر.ع 57 مؤرخ في 31 ديسمبر 1990.
20. قانون رقم 18/93 مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 1993، يتضمن قانون المالية لسنة 1994. ج.ر.ع 88 مؤرخ في 30 ديسمبر 1993.
21. قانون رقم 06/99، مؤرخ في 04 أبريل سنة 1999، يحدد القواعد التي تحكم نشاط وكالة السياحة والأسفار ج.ر.ع 24 مؤرخ في 07 أبريل 1999. معدل و متمم.
22. قانون رقم 03/2000 مؤرخ في 05 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المطبقة على البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 06 غشت 2000. معدل ومتمم بموجب القانون رقم 24/06 مؤرخ في 26 ديسمبر 2006 يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ع 85 مؤرخ في 27 ديسمبر 2006، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 10/14 مؤرخ في 30 ديسمبر 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ع 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2014.

23. قانون رقم 06/2000 مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2000، يتضمن قانون المالية لسنة 2001، ج.ر.ع 80، مؤرخ في 24 ديسمبر سنة 2000.
24. قانون رقم 10/01 مؤرخ في 03 جويلية 2001، يتضمن قانون المناجم، ج.ر.ع 35، مؤرخ في 04 جويلية 2001 (ملغى).
25. قانون رقم 18/01 مؤرخ في 12 ديسمبر سنة 2001، يتضمن القانون التوجيهي لترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة، ج.ر.ع 77 مؤرخ في 15 ديسمبر 2001 .
26. قانون رقم 21/01 مؤرخ في 22 ديسمبر سنة 2001، يتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ر.ع 79، مؤرخ في 23 ديسمبر سنة 2001.
27. قانون رقم 01/02 مؤرخ في 05 فبراير سنة 2002، يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 06 فبراير 2002.
28. قانون رقم 04/03 مؤرخ في 17 فبراير 2003، يعدل ويتمم المرسوم التشريعي رقم 10/93 مؤرخ في 23 مايو 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة المعدل والمتمم، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 19 فبراير 2003.
29. قانون رقم 10/03 مؤرخ في 14 يوليو 2003 يتعلق بالبيئة ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003.
30. قانون رقم 02/04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 27 يونيو سنة 2004، معدل ومتمم.
31. قانون رقم 04/04 مؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، يتعلق بالتقييس، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 27 يونيو 2004.
32. قانون رقم 08/04 مؤرخ في 14 غشت سنة 2004، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج.ر.ع 52، مؤرخ في 18 غشت 2004، معدل ومتمم.
33. قانون رقم 07/05 مؤرخ في 28 ابريل سنة 2005، يتعلق بالمحروقات، ج.ر.ع 50 مؤرخ في 19 يوليو 2005. معدل و متمم.
34. قانون رقم 04/06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 07/95 مؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 12 مارس 2006.
35. قانون رقم 10/06 مؤرخ في 24 يونيو سنة 2006، يتضمن الغاء الامر رقم 03/02 المؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمناطق الحرة، ج.ر.ع 42 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2006.
36. قانون رقم 10/05 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم أمر 58/75 المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 44، مؤرخ في 26 جوان 2005 ثم المعدل بموجب قانون رقم 05/07 مؤرخ في 31 ماي 2007، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 13 ماي 2007.

37. قانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ع 21، مؤرخ في 23 أبريل 2008.
38. قانون رقم 11/08 مؤرخ في 25 يونيو سنة 2008، يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 02 يوليو سنة 2008.
39. قانون رقم 03/09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 08 مارس سنة 2009.
40. قانون رقم 09/09 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2009، يتضمن قانون المالية لسنة 2010 ج.ر.ع 78 مؤرخ في 31 ديسمبر 2009 .
41. قانون رقم 01/10 مؤرخ في 29 يونيو 2010، يتعلق بمهن الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد، ج.ر.ع 42 مؤرخ في 11 يوليو 2010 معدل و متمم.
42. قانون رقم 03/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، يحدد شروط و كيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج.ر.ع 46 مؤرخ في 18 غشت 2010.
43. قانون رقم 03/11 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يتعلق بالسينما، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 28 فبراير 2011.
44. قانون رقم 04/11 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج.ر.ع 14 مؤرخ في 06 مارس 2011.
45. قانون رقم 16 / 11 مؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2012، ج.ر.ع 72، مؤرخ في 29 ديسمبر سنة 2011.
46. قانون رقم 06/12 مؤرخ في 12 يناير سنة 2012، يتعلق بالجمعيات، ج.ر.ع 02، مؤرخ في 15 يناير 2012.
47. قانون رقم 12/12 مؤرخ في 26 ديسمبر سنة 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، ج.ر.ع 72 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2012.
48. قانون رقم 01/13 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2013، يعدل و يتمم القانون رقم 07/05 المؤرخ في 28 أبريل سنة 2005 و المتعلق بالمحروقات، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 24 فبراير 2013.
49. قانون رقم 05/13 مؤرخ في 23 يوليو سنة 2013 يتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها ، ج.ر.ع 39 مؤرخ في 31 يوليو سنة 2013.
50. قانون رقم 08/13 مؤرخ في 30 ديسمبر 2013، يتضمن قانون المالية لسنة 2014، ج.ر.ع 68، مؤرخ في 31 ديسمبر 2013.

51. قانون رقم 05/14 مؤرخ في 24 فبراير سنة 2014، يتضمن قانون المناجم، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 30 مارس سنة 2014.
52. قانون رقم 10/14 مؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014، يتضمن قانون المالية لسنة 2015، ج.ر.ع 78، مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 2014.
53. قانون رقم 13/15 مؤرخ في 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بأنشطة وسوق الكتاب، ج.ر.ع 39 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2015.

• الأوامر:

1. أمر رقم 284/66 مؤرخ في 15 سبتمبر 1966، يتضمن قانون الاستثمارات، ج.ر.ع 80، مؤرخ في 17 سبتمبر 1966.
2. أمر رقم 52/67 مؤرخ في 17 مارس سنة 1967، يتضمن تنظيم فن السينما وصناعتها، ج.ر.ع 26 مؤرخ في 28 مارس 1967. (ملغى).
3. أمر رقم 107/69 مؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1969، يتضمن قانون المالية لسنة 1970 ج.ر.ع 110 مؤرخ في 31 ديسمبر 1969.
4. أمر رقم 86/70 مؤرخ في 15 ديسمبر سنة 1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ع 105 مؤرخ في ديسمبر 1970. معدل و متمم.
5. أمر رقم 74/71 مؤرخ في 26/11/1971، يتعلق بالتسيير الاشتراكي ج.ر.ع 101 مؤرخ في نوفمبر 1971. (ملغى).
6. أمر رقم 08/71 مؤرخ في 24 فبراير سنة 1971، يتضمن تأميم جميع أنواع الاموال والحصص والأسهم والحقوق والفوائد العائدة للشركات أو الشركات التابعة لها أو المؤسسات التي تحمل العنوان التجاري أو الاحرف الأولى أو تسمية شركة إستغلال الوقود لحاسي الرمل (سهر) ومجموع الفوائد المنجمية التي تحوزها جميع الشركات في إمتيازات شمال أين أمناس وتين فوي الجنوبي وألرار وألرار الغربي والنزلة الشرقية وبريدس والطوال وغورد وغورد الشوف وغورد أدرا والفوائد المنجمية المتعلقة بالغاز المستخرج من حقول قاسي الطويل وغورد نوس والنزلة الشرقية وزرذاتين وتيقنتورين، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 25 فبراير 1971.
7. أمر رقم 73/71 مؤرخ في 08 نوفمبر 1971، يتعلق بالثورة الزراعية ج.ر.ع 97 مؤرخ في 30 نوفمبر سنة 1971.
8. أمر رقم 22/71 مؤرخ في أبريل سنة 1971، يتضمن تحديد الإطار الذي تمارس فيه الشركات الأجنبية نشاطها في ميدان البحث عن الوقود السائل وإستغلاله، ج.ر.ع 30 مؤرخ في 13 أبريل 1971.
9. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ع 78 مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

10. أمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 101 مؤرخ في 19 ديسمبر 1975، معدل ومتمم.
11. أمر رقم 105/76 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل، ج.ر.ع 81 مؤرخ 18 ديسمبر 1977 في معدل ومتمم.
12. أمر رقم 06/95 مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتعلق بالمنافسة ج.ر.ع 09 مؤرخ في 22 فبراير سنة 1995.
13. أمر رقم 22/95 مؤرخ في 26 غشت سنة 1995 والمتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 03 سبتمبر 1995.
14. أمر رقم 24/95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يتعلق بحماية الاملاك العمومية وأمن الاشخاص فيها ج.ر.ع 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995 .
15. أمر رقم 25/ 95 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، يتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 27 سبتمبر 1995.
16. أمر رقم 27/95 مؤرخ في 30 ديسمبر 1995، يتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج.ر.ع 82 مؤرخ في 31 ديسمبر 1995.
17. أمر رقم 27/96 مؤرخ في 09 ديسمبر 1996، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 77 مؤرخ في 11 ديسمبر 1996.
18. أمر رقم 06/97 مؤرخ في 21 يناير سنة 1997، يتعلق بالعتاد الحربي والاسلحة والذخيرة، ج.ر.ع 06 مؤرخ في 22 يناير سنة 1997.
19. أمر رقم 12/97 مؤرخ في 19 مارس 1997 يعدل ويتمم الأمر رقم 22/95 المؤرخ في 26 غشت سنة 1995 والمتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية ج.ر.ع 15 مؤرخ في 19 مارس 1997.
20. أمر رقم 03/01 مؤرخ في 20 أوت سنة 2001، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 47 مؤرخ في 22 أوت 2001 معدل ومتمم.
21. أمر رقم 04/01 مؤرخ في 20 غشت سنة 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصومتها، ج.ر.ع 47 مؤرخ في 22 غشت سنة 2001، متمم بموجب أمر 01/08 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2008، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 02 مارس سنة 2008.
22. أمر رقم 03/03 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 20 يوليو 2003، معدل ومتمم بموجب قانون رقم 12/08 مؤرخ في 25 يونيو 2008 يعدل ويتمم الأمر رقم 03/03 المؤرخ

- في 19 يوليو سنة 2003 والمتعلق بالمنافسة، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 02 يوليو 2008، معدل ومتمم بموجب قانون 05/10 مؤرخ في 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ع 46 مؤرخ في 18 غشت 2010.
23. أمر رقم 01/05 مؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 والمتضمن قانون الجنسية الجزائرية، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 27 فبراير 2005.
24. أمر رقم 05/05 مؤرخ في 25 يوليو سنة 2005، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2005، ج.ر.ع 52 مؤرخ في 26 يوليو 2005.
25. أمر رقم 08/06 مؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت سنة 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 47 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2006.
26. أمر رقم 11/06 مؤرخ في 30 غشت سنة 2006، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ج.ر.ع 53 مؤرخ في 30 غشت سنة 2006.
27. أمر رقم 01/08 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2008، يتمم الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج.ر.ع 11 مؤرخ في 02 مارس 2008.
28. أمر رقم 01/09 مؤرخ في 22 يوليو سنة 2009، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر.ع 44 مؤرخة في 26 يوليو سنة 2009.
29. أمر رقم 01/10 مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، ج.ر.ع 49 مؤرخ في 29 غشت 2010.
30. أمر رقم 04/10 مؤرخ في 26 أوت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26 أوت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ع 50 مؤرخ في 01 سبتمبر سنة 2010.
31. أمر رقم 03/12 مؤرخ في 13 فبراير سنة 2012، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2012، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 15 فبراير 2012.

● المراسيم التشريعية:

1. مرسوم تشريعي رقم 12/93 مؤرخ في 05 أكتوبر 1993، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ع 64، مؤرخ في أكتوبر 1993. (ملغى).

2. مرسوم تشريعي رقم 08/93 مؤرخ في 25 ابريل سنة 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 27 أبريل 1993.
3. مرسوم تشريعي رقم 03/93 مؤرخ في الأول مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري ج.ر.ع 14 مؤرخ في 03 مارس 1993.
4. مرسوم تشريعي رقم 08/94 مؤرخ في 26 مايو سنة 1994، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر.ع 33 مؤرخ في 28 مايو 1994.

د- النصوص التنظيمية

• المراسيم الرئاسية:

1. مرسوم رئاسي رقم 198/90 مؤرخ في 30 يونيو سنة 1990، يتضمن التنظيم الذي يطبق على المواد المتفجرة، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 04 يوليو 1990.
2. مرسوم رئاسي رقم 250/02 مؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 52 مؤرخ في 28 يوليو 2002 .
3. مرسوم رئاسي رقم 185/06 مؤرخ في 31 مايو سنة 2006، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 281/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001 والمتعلق بتشكيلة المجلس الوطني للاستثمار وتنظيمه وسيره ج.ر.ع 36 مؤرخ في 31 مايو سنة 2006.
4. مرسوم رئاسي رقم 187/06 مؤرخ في 31 مايو 2006، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 354/01 المؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001، الذي يحدد تشكيلة لجنة مراقبة عمليات الخوصصة وصلاحياتها وكيفية تنظيمها وسيرها، ج.ر.ع 36 مؤرخ في 31 مايو 2006.
5. مرسوم رئاسي رقم 102/08 مؤرخ في 26 مارس سنة 2008، يحدد القانون الاساسي النموذجي للمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.
6. مرسوم رئاسي رقم 132/09 مؤرخ في 27 أبريل سنة 2009، يتضمن تحويل مؤسسة الانجازات الصناعية بسريانة إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري تابعة للقطاع الاقتصادي للجيش الوطني الشعبي، ج.ر.ع 26 مؤرخ في 03 مايو 2009.
7. مرسوم رئاسي رقم 98/11 مؤرخ في أول مارس 2011، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 4 مؤرخ في 06 مارس 2011، والمتتم

بالمرسوم الرئاسي رقم 03/13 مؤرخ في 13 يناير سنة 2013، يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج.ر.ع 02 مؤرخ في 13 يناير 2013.

• المراسيم التنفيذية

1. مرسوم رقم 95/63 مؤرخ في 22 مارس 1963 ، يتعلق بتنظيم وتسيير المؤسسات المسيرة ذاتيا، ج.ر.ع 15 مؤرخ في مارس 1963 .
2. مرسوم رقم 81/67 مؤرخ في 11 ماي 1967، يحدد الشروط التي يمكن بمقتضاها لمقاولات الاشغال العمومية والبناء ابرام صفقات مع مصالح وزارة الأشغال العمومية والبناء ج. ر . ع 41 مؤرخ في 19 ماي 1967.
3. مرسوم رقم 150/75 مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 1975 ،يتعلق بصلاحيات مجالس العمال في المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ج.ر.ع 100 مؤرخ في 16 ديسمبر 1975 .
4. مرسوم رقم 149/75 مؤرخ في 21 نوفمبر 1975، يتعلق بمجلس مديريات المؤسسة الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي ج.ر.ع 100 مؤرخ في 16 ديسمبر 1975 .
5. مرسوم رقم 135/83 مؤرخ في 19 فيفري 1983 ،يوجب على المؤسسات الوطنية العامة والخاصة التي تعمل في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنيين ج.ر.ع 08 مؤرخ في 22 فبراير 1983 .
6. مرسوم تنفيذي رقم 242/80 مؤرخ في 04 أكتوبر سنة 1980، يتعلق بإعادة هيكلة المؤسسات، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 07 أكتوبر سنة 1980 .
7. مرسوم رقم 201/88 مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 1988 يتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول المؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط إقتصادي أو احتكار للتجارة، ج.ر.ع 42 مؤرخ في 19 أكتوبر 1988 .
8. مرسوم تنفيذي رقم 188/90 مؤرخ في 23 جوان 1990، يحدد هياكل الادارة المركزية وأجهزتها في الوزارات ج.ر.ع 26 مؤرخ في جوان 1990 .
9. مرسوم تنفيذي 90 / 266 مؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990،يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات ،ج.ر.ع 40 مؤرخ في 19 سبتمبر سنة 1990 .
10. مرسوم تنفيذي رقم 75/91 مؤرخ في 16 مارس سنة 1991، يحدد كيفيات سير حساب التخصيص الخاص رقم 063-302 الذي عنوانه " صندوق تطهير المؤسسات العمومية " ج.ر.ع 12 مؤرخ في 20 مارس 1991 .

11. مرسوم تنفيذي رقم 39/90 مؤرخ في 30 جانفي 1990، يتعلق برقابة الجودة وقع الغش، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 315/01 المؤرخ في 16 اكتوبر سنة 2001 ج.ر.ع 61 مؤرخ في 21 أكتوبر 2001.
12. مرسوم تنفيذي رقم 74/91 مؤرخ في 16 مارس 1991، يحدد شروط شراء الخزينة ديون المؤسسات العمومية المستحقة للبنوك والمؤسسات المالية ج.ر.ع 12 مؤرخ في 20 مارس 1991.
13. مرسوم تنفيذي رقم 414/92 مؤرخ في 14 نوفمبر سنة 1992، يتعلق بالرقابة السابقة للنفقات التي يلتزم بها ج.ر.ع 82 مؤرخ في 15 نوفمبر 1992، معدل ومتمم.
14. مرسوم تنفيذي رقم 289/93 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1993، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن تكون لها شهادة التخصص والتصنيف المهنيين ج.ر.ع 79 مؤرخ في 01 ديسمبر 1993 .
15. مرسوم تنفيذي رقم 321/94 مؤرخ في 17 اكتوبر 1994، يتضمن تطبيق احكام المادة 24 من المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 05 اكتوبر سنة 1993 والمتعلق بترقية الاستثمار، ويحدد شروط تعيين المناطق الخاصة وضبط حدودها ج.ر.ع 67 مؤرخ في 19 أكتوبر 1994.
16. مرسوم تنفيذي رقم 415/94 مؤرخ في 28 نوفمبر سنة 1994، يحدد كفيات تطبيق المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 26 مايو سنة 1994 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994، ج.ر.ع 80 مؤرخ في 07 ديسمبر 1994.
17. مرسوم تنفيذي رقم 340/95 مؤرخ في 30 أكتوبر 1995، يحدد شروط منح وسطاء التأمين، الاعتماد و الأهلية المهنية و سحبه منهم، ومكافآتهم و مراقبتهم، ج.ر.ع 65 مؤرخ في 31 أكتوبر 1995.
18. مرسوم تنفيذي رقم 404/95 مؤرخ في 02 ديسمبر سنة 1995، يتعلق بتشكيلة المجلس الوطني لمساهمات الدولة وسيره ج.ر.ع 75 مؤرخ في 06 ديسمبر 1995.
19. مرسوم تنفيذي رقم 106/96 مؤرخ في 11 مارس 1996، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخصوصية ج.ر.ع 18 مؤرخ في 20 مارس 1996.
20. مرسوم تنفيذي رقم 133/96 مؤرخ في 13 افريل سنة 1996، يحدد شروط ممارسة السهم النوعي وكيفياتها، ج.ر.ع 23 مؤرخ في 14 أبريل 1996.

21. مرسوم تنفيذي رقم 134/96 مؤرخ في 13 افريل سنة 1996، يتعلق بشروط تملك الجمهور الاسهم والقيم المنقولة الاخرى في المؤسسات العمومية التي ستخصص وكيفيات ذلك، ج.ر.ع 23 مؤرخ في 14 أبريل 1996.
22. مرسوم تنفيذي رقم 104/96 مؤرخ في 11 مارس 1996، يحدد تنظيم وكيفيات تسيير مجلس الخوصصة، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 20 مارس 1996. ج.ر.ع 18 مؤرخ في 20 مارس 1996.
23. مرسوم تنفيذي رقم 105/96 مؤرخ في 11 مارس 1996، يتضمن تحديد كيفيات تنظيم لجنة مراقبة عمليات الخوصصة وسيرها، وكذلك كيفيات تعيين أعضائها وقانونهم الأساسي والنظام التعويضي المطبق عليهم، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 18 مارس 1996.
24. مرسوم تنفيذي رقم 106/96 مؤرخ في 11 مارس 1996، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخوصصة، ج.ر.ع 18 مؤرخ في 18 مارس 1996.
25. مرسوم تنفيذي رقم 177/96 مؤرخ في 20 ماي 1996، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/083 الذي عنوانه الموارد الناجمة عن الخوصصة، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 22 مايو 1996.
26. مرسوم تنفيذي رقم 40/97 مؤرخ في 18 يناير سنة 1997، يتعلق بمعايير تحديد النشاطات والمهن المقننة الخاضعة للقيود في السجل التجاري وتأطيرها، ج.ر.ع 05 مؤرخ في 19 يناير 1997 معدل و متمم (ملغى).
27. مرسوم تنفيذي رقم 329/97 مؤرخ في 10 سبتمبر 1997، يحدد شروط منح امتيازات خاصة والدفع بالتقسيت لصالح مقتني المؤسسات العمومية الخوصصة، ج.ر.ع 60 مؤرخ في 10 سبتمبر 1997.
28. مرسوم تنفيذي رقم 474/97 مؤرخ في 08 ديسمبر 1997، يحدد النظام الخاص بعلاقات العمل التي تعني العمال في المنزل، ج.ر.ع 82 مؤرخ في 14 ديسمبر 1997.
29. مرسوم تنفيذي رقم 194/98 مؤرخ في 07 يونيو سنة 1998، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخوصصة، ج.ر.ع 41 مؤرخ في 09 يونيو 1998.
30. مرسوم تنفيذي رقم 194/98 مؤرخ في 07 يونيو 1998، يتضمن تعيين الهيئة المكلفة بالخوصصة ج.ر.ع 41 مؤرخ في 10 يونيو سنة 1998.
31. مرسوم تنفيذي رقم 195/98 مؤرخ في 07 يونيو 1998، يحدد قائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخوصصة ج.ر.ع 41 مؤرخ في 10 يونيو سنة 1998.

32. مرسوم تنفيذي رقم 339/98 مؤرخ في 03 نوفمبر سنة 1993، يضبط التنظيم الذي يطبق على المنشآت المصنفة ويحدد قائمتها ج.ر.ع 82 مؤرخ في 04 نوفمبر 1998.
33. مرسوم تنفيذي رقم 100/99 مؤرخ في 25 أبريل 1999، يحدد كفايات سير حساب التخصيص الخاص رقم 203-095 الذي عنوانه "الصندوق الخاص للمساهمة في البحث وتطوير الطبقات المنجمية ج.ر.ع 31 مؤرخ في 28 أبريل سنة 1999.
34. مرسوم تنفيذي رقم 46/2000 مؤرخ في أول مارس سنة 2000، يعرف المؤسسات الفندقية ويحدد تنظيم وسيرها وكذا كفايات استغلالها ج.ر.ع 10 مؤرخ في 05 مارس 2000 معدل ومتمم.
35. مرسوم تنفيذي رقم 47/2000 مؤرخ في أول مارس سنة 2000، يحدد تنظيم اللجنة الوطنية لإعتماد وكالات السياحة والأسفار وسيرها، ج.ر.ع 10 مؤرخ في 05 مارس 2000 معدل ومتمم.
36. مرسوم تنفيذي رقم 48/2000 مؤرخ في أول مارس سنة 2000، يحدد شروط وكفايات إنشاء وكالات السياحة والأسفار واستغلالها ج.ر.ع 10 مؤرخ في 05 مارس 2000 معدل ومتمم.
37. مرسوم تنفيذي رقم 132/2000 مؤرخ في 11 جوان سنة 2000، يحدد كفايات اعتماد مسير مؤسسة فندقية وشروط ذلك، ج.ر.ع 35 مؤرخ في 18 يونيو سنة 2000.
38. مرسوم تنفيذي رقم 322/2000 مؤرخ في 25/10/2000، يتعلق بصلاحيات وزير المساهمة وتنسيق الاصلاحات ج.ر.ع 63 مؤرخ في 25 أكتوبر 2000 .
39. مرسوم تنفيذي رقم 323/2000 مؤرخ في 25 أكتوبر سنة 2000، يتضمن تنظيم الادارة المركزية في وزارة المساهمة وتنسيق الاصلاحات ج.ر.ع 63 مؤرخ في 25 أكتوبر 2000 .
40. مرسوم تنفيذي رقم 281/01 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتعلق بتشكيلة المجلس الوطني للإستثمار وتنظيمه وسيره، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2001.
41. مرسوم تنفيذي رقم 283/01 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة ادارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 26 سبتمبر 2001.
42. مرسوم تنفيذي رقم 253/01 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2001، يتعلق بتشكيلة مجلس مساهمات الدولة وسيره ج.ر.ع 51 مؤرخ في 12 سبتمبر 2001 .

43. مرسوم تنفيذي رقم 283/01 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة ادارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها .ج.ر.ع 55 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2001 .
44. مرسوم تنفيذي رقم 352/01 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001، يحدد شروط ممارسة حقوق السهم النوعي وكيفيات ذلك .ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001 .
45. مرسوم تنفيذي رقم 353/01 مؤرخ في 10 نوفمبر سنة 2001، يحدد شروط استعادة الأجراء مؤسستهم العمومية الاقتصادية وكيفيات ذلك .ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001 .
46. مرسوم تنفيذي رقم 354/01 مؤرخ في 10 نوفمبر 2001، يحدد تشكيلة لجنة مراقبة عمليات الخوصصة وصلاحياتها وكيفيات تنظيمها، .ج.ر.ع 67 مؤرخ في 11 نوفمبر 2001، معدل ومتمم بموجب مرسوم رئاسي رقم 187/06 مؤرخ في 13 ماي 2006 .ج.ر.ع 36 مؤرخ في 31 ماي 2006 .
47. مرسوم تنفيذي رقم 396/01 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 2001، يتضمن تنظيم نشاطات صنع التبغ وتوزيعه، .ج.ر.ع 75 مؤرخ في 09 ديسمبر 2001.
48. مرسوم تنفيذي رقم 397/01 مؤرخ في 09 ديسمبر سنة 2001 ، يحدد شروط استيراد التبغ المصنع من قبل الاشخاص المعنويين الحائزين اعتمادا بصفة صانعي التبغ، .ج.ر.ع 75 مؤرخ في 09 ديسمبر 2001.
49. مرسوم تنفيذي رقم 174/02 مؤرخ في 20 مايو 2002، يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/106 الذي عنوانه صندوق الشراكة .ج.ر.ع 37 مؤرخ في 26 مايو 2002.
50. مرسوم تنفيذي رقم 49/03 مؤرخ في أول فبراير سنة 2003، يحدد صلاحيات وزير المساهمة وترقية الاستثمار .ج.ر.ع 07 مؤرخ في 02 فبراير 2003 .
51. مرسوم تنفيذي رقم 50/03 مؤرخ في أول فبراير سنة 2003 ، يتضمن تنظيم الادارة المركزية في وزارة المساهمة وترقية الاستثمار، .ج.ر.ع 07 مؤرخ في 02 فبراير سنة 2003.
52. مرسوم تنفيذي رقم 453/03 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 2003، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 41/97 مؤرخ في 18 يناير سنة 1997 والمتعلق بشروط القيد في السجل التجاري، المعدل والمتمم .ج.ر.ع 75 مؤرخ في 07 ديسمبر 2003 .

53. مرسوم تنفيذي رقم 106/04 مؤرخ في 13 أبريل سنة 2004، يتضمن الموافقة على رخصة إقامة شبكة عمومية للاتصالات السلكية واللاسلكية عبر الساتل من نوع v.sat واستغلالها وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور ج.ر.ع 23 مؤرخ في 14 أبريل 2004 .
54. مرسوم تنفيذي رقم 191/03 مؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2003، يتعلق بصلاحيات الوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة، المكلف بالمساهمة وترقية الاستثمار، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 14 سبتمبر 2003.
55. مرسوم تنفيذي رقم 292/03 مؤرخ في 10 سبتمبر 2003، يتعلق بتنظيم الإدارة المركزية للوزير المنتدب لدى رئيس الحكومة، المكلف بالمساهمة وترقية الاستثمار، ج.ر.ع 55 مؤرخ في 14 سبتمبر 2003.
56. مرسوم تنفيذي رقم 331/04 مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 2004، يتضمن تنظيم نشاطات صنع المواد التبغية واستيرادها وتوزيعها، ج.ر.ع 66 مؤرخ في 20 أكتوبر 2004.
57. مرسوم تنفيذي رقم 01/05 مؤرخ في 03 يناير سنة 2005، يتضمن الغاء المرسوم التنفيذي 106/97 المؤرخ في 05 أبريل سنة 1997 والمتضمن انشاء المنطقة الحرة لبلارة (جيغل)، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 09 يناير سنة 2005.
58. مرسوم تنفيذي رقم 219/05 مؤرخ في 22 يونيو 2005، يتعلق بالترخيص لعمليات التجميع، ج.ر.ع 43 مؤرخ في 22 يونيو 2005.
59. مرسوم تنفيذي رقم 355/06 مؤرخ في 09 أكتوبر سنة 2006، يتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للإستثمار وتشكيلته وتنظيمه، وسيره ج.ر.ع 64 مؤرخ في 11 أكتوبر 2006.
60. مرسوم تنفيذي رقم 08/07 مؤرخ في 11 يناير سنة 2007، يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 04 مؤرخ في 14 يناير سنة 2007. المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 107/14 مؤرخ في 12 مارس سنة 2014، يتم المرسوم التنفيذي رقم 08/07 المؤرخ في 11 يناير سنة 2007، يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر.ع 15 مؤرخ في 19 مارس 2014.
61. مرسوم تنفيذي رقم 120/07 مؤرخ في 23 أبريل سنة 2007، يتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلها وسيرها، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 25 أبريل سنة 2007.

62. مرسوم تنفيذي رقم 390/07 مؤرخ في 12 ديسمبر سنة 2007، يحدد شروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة ج.ر.ع 78 مؤرخ في 12 ديسمبر 2007، معدل و متمم.
63. مرسوم تنفيذي رقم 119/07 مؤرخ في 23 أبريل سنة 2007، يتضمن انشاء الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري ويحدد قانونها الأساسي، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 25 ابريل 2007.
64. مرسوم تنفيذي رقم 121/07 مؤرخ في 30 غشت سنة 2006 ، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 25 ابريل 2007.
65. مرسوم تنفيذي رقم 122/07 مؤرخ في 23 أبريل 2007، يحدد شروط وكيفيات تسيير الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية والأصول المتوفرة على مستوى المناطق الصناعية ج.ر.ع 27 مؤرخ في 25 ابريل 2007.
66. مرسوم تنفيذي رقم 56/08 مؤرخ في 11 فيفري 2008 ،يتعلق بشروط ممارسة نشاط الرأسمال الاستثماري ،ج.ر.ع 09 مؤرخ في 24 فيفري 2008 .
67. مرسوم تنفيذي رقم 98/08 مؤرخ في 24 مارس سنة 2008،يتعلق بشكل التصريح بالاستثمار وطلب ومقرر منح المزايا وكيفيات ذلك،ج.ر.ع 16 مؤرخ في 26 مارس سنة 2008.
68. مرسوم تنفيذي رقم 100/08 مؤرخ في 25 مارس سنة 2008، يحدد صلاحيات وزير الصناعة وترقية الاستثمارات، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.
69. مرسوم تنفيذي رقم 101/08 مؤرخ في 25 مارس 2008، ينظم الإدارة المركزية لوزارة الصناعة وترقية الاستثمار، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.
70. مرسوم تنفيذي رقم 329/08 مؤرخ في 22 أكتوبر سنة 2008 ، يتم القائمة المعدة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08/07 مؤرخ في 11 يناير سنة 2007 الذي يحدد قائمة النشاطات والسلع والخدمات المستثناة من المزايا المحددة في أمر 03/01 مؤرخ في 20 غشت سنة 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار،ج.ر.ع 61 مؤرخ في 02 نوفمبر 2008.

71. مرسوم تنفيذي رقم 153/09 مؤرخ في 02 مايو سنة 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة وغير المستقلة المحلة والأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الإقتصادية وتسييرها، ج.ر.ع 27 مؤرخ في 06 مايو 2009.
72. مرسوم تنفيذي رقم 181/09، مؤرخ في 12 مايو سنة 2009، يحدد شروط ممارسة أنشطة استيراد المواد الأولية والمنتجات والبضائع الموجهة لإعادة البيع على حالتها من طرف الشركات التجارية التي يكون فيها الشركاء أو المساهمون الأجانب ج.ر.ع، 30 مؤرخ في 20 مايو سنة 2009.
73. مرسوم تنفيذي رقم 90/12 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2012 يحدد كيفيات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 302/014 الذي عنوانه "صندوق تنمية الفن السينمائي وتقنياته وصناعته"، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 04 مارس 2012.
74. مرسوم تنفيذي رقم 91/12 مؤرخ في 28 فبراير سنة 2012، يحدد كيفيات منح الإعانة العمومية للسينما وكيفيات إنشاء لجنة القراءة وإعانة السينما وتشكيلتها وتنظيمها وسيرها وتجديدها، ج.ر.ع 13 مؤرخ في 04 مارس 2012.
75. مرسوم تنفيذي رقم 207/13 مؤرخ في 05 يونيو سنة 2013 يحدد شروط وكيفيات حساب ومنح مزايا الاستغلال للاستثمارات بعنوان النظام العام للاستثمار، ج.ر.ع 30 مؤرخ في 09 يونيو 2013.
76. مرسوم تنفيذي رقم 320/13 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 2013 يحدد كيفيات اللجوء إلى التمويل الضروري لانجاز استثمارات أجنبية مباشرة أو بالشراكة ج.ر.ع 48 مؤرخ في 29 سبتمبر 2013 .
77. مرسوم تنفيذي رقم 405/13 المؤرخ في 02 ديسمبر سنة 2013 يتضمن الموافقة على رخصة اقامة واستغلال شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية من الجيل الثالث وتوفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة "اتصالات الجزائر للهاتف النقال" ج.ر.ع 60 مؤرخ في 02 ديسمبر سنة 2013 .
78. مرسوم تنفيذي رقم 139/14 مؤرخ في 20 أبريل سنة 2014 يوجب على المؤسسات وتجمعات المؤسسات ومجموعات المؤسسات التي تعمل في اطار انجاز الصفقات العمومية لبعض قطاعات النشاطات أن تكون لها شهادة التأهيل والتصنيف المهنيين ج.ر.ع 26 مؤرخ في 07 مايو 2014 .
79. مرسوم تنفيذي رقم 234/15 مؤرخ في 29 غشت سنة 2015، يحدد شروط و كيفيات ممارسة الأنشطة و المهن المنظمة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري، ج.ر.ع 48 مؤرخ في 09 سبتمبر 2015.

• القرارات :

1. قرار مؤرخ في 24 مايو سنة 1993 يحدد شروط فتح مخبر تحليل النوعية واعتمادها ج.ر.ع 50 مؤرخ في 1993.
2. قرار مؤرخ في 21 نوفمبر سنة 2006، يحدد نموذج ومميزات مستخرج السجل التجاري، ج.ر.ع 23 مؤرخ في 11 أبريل 2007.
3. قرار مؤرخ في 20 أبريل سنة 2008، يحدد الكفاءات المكتسبة للمستخدمين لدى الوكلاء ج.ر.ع 49 مؤرخ في 03 سبتمبر 2008.
4. قرار مؤرخ في 20 فبراير سنة 2008، يحدد كفاءات فتح فروع لشركات تأمين أجنبية، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس 2008.
5. قرار مؤرخ في 20 فبراير سنة 2008، يحدد النسبة القصوى لمساهمة بنك أو مؤسسة مالية في رأسمال شركة تأمين و/أو إعادة تأمين، ج.ر.ع 17 مؤرخ في 30 مارس سنة 2008.
6. قرار مؤرخ في 17 فبراير 2009، يحدد اجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا، ج.ر.ع 25 مؤرخ في 29 أبريل 2009.
7. قرار مؤرخ في أول فبراير سنة 2009، يحدد كفاءات تعديل قوائم السلع والخدمات المستفيدة من المزايا الجبائية ويحدد مكونات الملف المتعلق به، ج.ر.ع 22 مؤرخ في 15 أبريل 2009.
8. قرار مؤرخ في 18 مارس سنة 2009، يحدد مكونات ملف التصريح بالاستثمار واجراء تقديمه، ج.ر.ع 31 مؤرخ في 24 مايو سنة 2009.
9. قرار مؤرخ في 27 مايو 2009، يتضمن تعديل وتحيين مدونة النشاطات الاقتصادية الخاضعة للقيود في السجل التجاري، ج.ر.ع 42 مؤرخ في 19 جويلية 2009.
10. قرار مؤرخ في أول يوليو 2010، يحدد نموذج دفتر الأعباء الواجب إكتابه من طرف الشركات والنوادي الرياضية المحترفة ج.ر.ع 44 مؤرخ في 21 يوليو 2010.
11. قرار مؤرخ في 09 مارس سنة 2014، يعدل ويتمم القرار المؤرخ في 17 فبراير سنة 2009 ، يحدد إجراءات معالجة ملفات تعديل مقررات منح المزايا ومكوناتها ج.ر.ع 51 مؤرخ في 31 غشت سنة 2014 .

• الأنظمة

1. نظام 02/91 المؤرخ في 20 فبراير 1991 يحدد شروط فتح حسابات بالعملة الصعبة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين ذوي الجنسية الأجنبية المقيمين أو غير المقيمين وتشغيل هذه الحسابات، ج.ر.ع 40 مؤرخ في 28 غشت 1991.

2. نظام رقم 03/05 مؤرخ في 06 يونيو سنة 2005، يتعلق بالاستثمارات الأجنبية .ج.ر.ع 53 مؤرخ في 31 يوليو 2005 .
3. نظام رقم 02/06 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2006، يحدد شروط تأسيس بنك أو مؤسسة مالية وشروط إقامة فرع بنك ومؤسسة مالية أجنبية ج.ر.ع 77 مؤرخ في 02 ديسمبر 2006 .
4. نظام 01/07 مؤرخ في 03 فبراير سنة 2007، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج.ر.ع 31 مؤرخ في مايو سنة 2007، معدل ومتمم بموجب نظام رقم 06/11 مؤرخ في 19 أكتوبر سنة 2011، ج.ر.ع 08 مؤرخ في 15 فبراير سنة 2012 .
5. نظام 01/07 مؤرخ في 03 فبراير سنة 2007 ، يتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة .ج.ر.ع 31 مؤرخ في 13 مايو 2007 .
6. نظام رقم 01/09 مؤرخ في 17 فبراير سنة 2009 ، يتعلق بحسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الأجانب الطبيعيين من جنسية أجنبية المقيمين وغير المقيمين والأشخاص المعنويين غير المقيمين .ج.ر.ع 25 مؤرخ في 29 أبريل سنة 2009 .
7. نظام 04/09 مؤرخ في 23 يوليو 2009 يتضمن مخطط الحسابات البنكية والقواعد المحاسبية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية، ج.ر.ع 76 مؤرخ في 29 ديسمبر 2009 .
8. نظام 05/09 مؤرخ في 18 أكتوبر سنة 2009، يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك و المؤسسات المالية ج.ر.ع 76 مؤرخ في 29 ديسمبر 2009 .
9. نظام رقم 05/09 مؤرخ في 18 أكتوبر 2009 يتضمن إعداد الكشوف المالية للبنوك والمؤسسات المالية ج.ر.ع 76 مؤرخ في أكتوبر 2009 .
10. نظام رقم 04/14 مؤرخ في 29 سبتمبر سنة 2014، يحدد شروط تحويل رؤوس الأموال إلى الخارج بعنوان الاستثمار في الخارج من طرف المتعاملين الاقتصاديين الخاضعين للقانون الجزائري .ج.ر.ع 63 مؤرخ في 22 أكتوبر 2014 .

V. الفقه الدستوري

1. رأي رقم 02 مؤرخ في 06 مارس سنة 1997، يتعلق بمراقبة مطابقة الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر.ع 12 مؤرخ في 06 مارس 1997 .

VI. الوثائق

1. دليل اجراءات التجارة الخارجية الجزائرية، ألجاكس، وزارة التجارة، الجزائر.

2. أحكام الترخيص والرخصة : الطعن رقم 1022 لسنة 2007، صفحة رقم 243 بتاريخ 21/12/1963، مكتب السعد للاستشارات القانونية وأعمال المحاماة والتحكيم التجاري الدولي.
3. وزارة الأشغال العمومية: شركة تسيير مساهمات الدولة اشغال عمومية "سينترا" sitp، 2004.
4. قانون الرسوم على رقم الاعمال، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، نشرة 2010، ص 392.
5. محضر الجلسة العلنية الثالثة المنعقدة بتاريخ 07 مارس 1999، الغرفة الثانية، مجلس الأمة، برئاسة السيد تونسي بوساحية، نائب رئيس مجلس الأمة.
6. قانون رقم (13) لسنة 2000 ينظم إستثمار رأس المال غير القطري في النشاط الإقتصادي مؤرخ في 16 أكتوبر 2000، جريدة رسمية نسخة 07 مؤرخ في 25 نوفمبر 2000.
7. وزارة التجارة، المركز الوطني للسجل التجاري، النصوص القانونية المتعلقة بالسجل التجاري و الاعلانات القانونية (إستيفاء إلى آخر 2011).

ثانيا: باللغة الفرنسية

I. Ouvrages

1. ABDELADIM Leila ,Les privatisations d'entreprises publiques dans les pays du Maghreb , Maroc-Algérie -Tunisie ,étude juridique, les éditions internationales , septembre 1998 .
2. CABRILLAC Michel , Unité et pluralité de la nation de succursale, mélanges, Dalloz, Paris, 1961.
3. CANTIN Raphael , L'arrêt Frue Hauf et l'évolution de droit des sociétés, R.S, Paris, 1968.
4. CARREAU Dominique, JULLIARD Patrick , Droit international économique ,4^{eme} édition, Editions Delta, L.G.D.J ,Paris 1998 .
5. DEMSETZ Harold , l'économie de la firme sept commentaires critiques , Edition management ,paris 1998.
6. DE BELLESCIZ Ramu, Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel (a propos de l'arrêt du conseil d'état, section 27 septembre ; bayrou et autres et de la décision du conseil constitutionnel n° 2006_543 dc du 30 novembre ; loi relative au secteur de l'énergie)RFDA 2006 .
7. DIMEO Gay , Sociétés d'économie mixte locales, et partenariats public privé, (France-Europe), UMR ADES, Paris, mars 2010.
8. DUPEYRAT Pascal , GUIDE des investissements étrangers dans les secteurs stratégiques, Ellipses édition, Paris 2011.
9. HAROUN Mehdi , Le régime des investissements en algérie a la lumière des conventions bilatérales franco- Algeriennes, litec, Paris 2000.
10. LE CANNU Paul, Droit des sociétés, 2ème édition Montchrestien, Paris, 2005.
11. PARIENTE Maggy , les groupes de sociétés, Imprimerie, Flock, Paris, 1993.
12. TEBANI Amel , Privatisation des entreprises publiques économiques en algérie, Belkeise édition, Alger 2011.
13. ZOUAIMIA Rachid, Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Edition Houma, Alger, 2005.

14. ZOUAIMIA Rachid ,Les autorités de régulation indépendantes ,face aux exigences de la gouvernance,Belkeise édition,Alger octobre 2013.

II. Thèses et mémoires

1. DEBLA Fateh , le système de gouvernement des entreprise ,nouvellement privatisées en Algérie : (Etude de quelques cas) ,mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de magister en sciences économiques option gestion des entreprise ,Université de BATNA ,faculté des sciences économiques et de gestions ,BATNA 2006/2007 .
2. TERKI Nour-Eddine , Les sociétés étrangères en Algérie, thèse pour le doctorat d'état en droit, tome 02, institut des sciences juridiques, politiques et administrative, université d'Alger, 1975.

III. Articles

1. BETTAIBI Mahmoud Anis et SARSAR Imen , L'investissement international au Maghreb : Unité ou pluralité, actes du colloque organisé à Tunis ou va le droit de l'investissement, les 03 et 04 mars 2006, 5 ans la direction de Ferhat Harchani, Editions. A. PEDONE, Paris, 2006.PP150-176.
2. HAMIDI Malika , quelque question autour de la notion de privatisation, revue Idara , N°01 ,Alger 2000. PP 157-164.
3. KASSEM Ali , Filiale et succursale, moyens d'expansion d'une entreprise, revue de droit des sociétés,Paris 1980,PP 02-52.
4. MAINNEVRET Romain, Les sociétés d'economie mixte a l'operation unique : l'apparition en droit francais des contrats de partenariat institutionnalisés BJCL sur la revue generale du droit, N° 09 septembre 2014 .PP 05-21.
5. SAIDANI C, ZHAN Su, L'évolution du rôle des filiales de multinationales occidentales implantées dans un pays en développement:examen des facteurs déterminants, Revue algérienne de management, publication semestrielle de l'institut maternel de la productivité et

- du développement industriel, INPED, 5ème semestre N° 01, Janvier, Juin, Alger, 2007.PP 45-65
6. THIRION Nicolas , Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ! , Revue internationale de droit économique, Edition De boeck Supérieur (t.XVI,4) avril 2002.PP 627-654.
 7. ZOUAIMIA Rachid , l'ambivalence de l'entreprise publique en Algérie, RASJEP, v° XXVIII,N°1,mars 1990 ,OPU ,Alger .PP 99-112.
 8. ZOUAIMIA Rachid , Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique, Revue Idara V° 13, N° 02, Alger, 2003.PP 23-68.
 9. ZOUAIMIA Rachid , Le désordre normatif en matière d'investissements étrangers en Algérie, colloque université de Bejaia 2008 .PP 01-23
 10. ZOUAIMIA Rachid , Le régime des investissements étrangers à l'épreuve de la résurgence de l'état dirigiste en Algérie , RASJEP,N°2,2011.PP 05-38.
 - 11.ZOUAIMIA Rachid , Le cadre juridique des investissements en Algérie : Les figures de la régression, revue académique de la recherche juridique, 04ème année, volume 08, N°02, faculté de droit et des sciences politique, Université de Bejaïa, 2013.PP 05-22.

IV. Textes juridique :

1. Loi organique N° 2001/692 du 1er Aout 2001, relative aux lois de finances, J.O.R.F N°177 du 02 Aout 2001.
2. Loi N° 2014/744 du 1er juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique, JORF N° 0151 du 02 juillet 2014.
3. Décret N°2003/196 du 7 mars 2003 réglementant les relations financières avec l'étranger; J.O.R.F du 09 mars 2003.
4. Résolution N°04/2004 de 04/06/2004 relative a la dynamisation des opérations de partenariat-privatisation.

V. Documents

1. Rapport 2007, sur les investissements étrangers en France, agence française pour les investissements internationaux (AFII).
2. Guide pratique des procédures du commerce extérieur algérien ALGEX, ministère de commerce, page 29.
3. LTPO et LTPE , LTPS magazine travaux plus :ministre de la communication édité par .SNC .ABA .compagne ; bimestriel n°1 novembre décembre 2014.

VI. Sites d'internet

1. w.w.w.Almaany.com.Inc
2. www.andi.dz
3. Algérie 1.com
4. www.autoritéconcurrence.fr
5. www.m-culture-gov.dz
6. www.sgbv.dz
7. www.weka.fr
8. موقع الأستاذ الدكتور عبد الله بن مبارك آل سيف English Alukah

الفهرس

فهرس

شكر وتقدير

إهداء

04..... مقدمة:

الباب الأول

12 تواجد الإستثمارات الأجنبية في ظل أمر 03/01 بين المتناقضات

الفصل الأول

15 تذبذب طريقة تحديد اسلوب الاستثمار

17المبحث الاول: تحديد خصائص الاستثمار من أجل تحديد أسلوبه

18المطلب الأول: الاستثمارات الوطنية و الأجنبية

21.....الفرع الأول: المعايير الفقهية المعتمدة لتحديد الجنسية

22.....أولاً: قصور معايير تحديد الجنسية:

25.....ثانياً: معيار مركز الادارة الرئيسي لا يمنح الجنسية :

27.....الفرع الثاني: تفسير الجنسية بالإقامة

29المطلب الثاني : الاستثمارات المنتجة للسلع والخدمات

31.....الفرع الاول : المنتج

33.....الفرع الثاني: السلعة(المنتوج)

35.....الفرع الثالث: الخدمة

37.....الفرع الرابع: السلع والخدمات المستثناة

38.....أولاً: النشاطات المستثناة من المزايا:

38.....ثانياً:السلع والخدمات المستثناة من المزايا:

39المطلب الثالث: الاستثمارات الإمتيازية

41.....الفرع الأول: إستثمارات الامتيازات العامة

42.....أولاً:مرحلة الانجاز:

42.....ثانياً: مرحلة الاستغلال:

44.....الفرع الثاني: استثمارات النظام الاستثنائي

45.....أولاً: المناطق التي تستدعي تنميتها مساهمة خاصة من الدولة:

46.....ثانياً:الاستثمارات ذات الأهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني:

48المطلب الرابع: الاستثمارات المرخصة

52	الفرع الأول: الترخيص
53	أولا: الترخيص و الرخصة
56	ثانيا: الترخيص في النشاطات المصنفة و المقننة:
59	الفرع الثاني: الاعتماد
61	المبحث الثاني: التحديد المباشر لأسلوب الاستثمار
63	المطلب الأول: استحداث نشاطات جديدة أو توسيعها
63	الفرع الأول: استحداث نشاطات جديدة من حيث موضوعها
65	الفرع الثاني: استحداث نشاطات جديدة من حيث شكلها
69	المطلب الثاني: إعادة الهيكلة
71	الفرع الأول: أسس إعادة الهيكلة
72	أولا : اعتماد مبدأ اللامركزية في التسيير :
75	ثانيا: التوزيع الاقليمي للمؤسسات :
76	ثالثا: التخصص في الانتاج:
76	رابعا: التطهير المالي للمؤسسة:
78	الفرع الثاني : تقييم وتكييف إعادة الهيكلة
79	أولا: النتائج المحققة من خلال عملية إعادة الهيكلة:
81	ثانيا: تكييف عملية إعادة الهيكلة:
83	المطلب الثالث: المساهمات النقدية والعينية
84	الفرع الأول: حصر أنواع الاموال الممكن المساهمة بها
85	أولا: المساهمات النقدية:
87	ثانيا: المساهمات العينية:
89	ثالثا: حصر نوع المساهمات يقصي أموال أخرى من المساهمة
90	الفرع الثاني: عدم تحديد طبيعة الشخص المساهم
90	أولا: الاموال الخاصة الأجنبية
92	ثانيا: الاموال الخاصة الوطنية
93	ثالثا: أموال الدولة الخاصة

الفصل الثاني

97	الخصوصية كأسلوب لفتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي
99	المبحث الاول: نقل ملكية الاستثمار من القطاع العام إلى القطاع الخاص
100	المطلب الأول: نحو ضبط المفاهيم وتحديد الأسس
101	الفرع الأول: الخصوصية فكرة اديولوجية موجهة للاستهلاك

104.....	الفرع الثاني: تأرجح الخوصصة بين نقل الملكية وتسيير الملكية
105.....	أولا:خوصصة ملكية و/أو تسيير.....
107.....	ثانيا:خوصصة ملكية دون خوصصة تسيير.....
108.....	المطلب الثاني:فتح مجال الخوصصة لجميع أوجه النشاط
110.....	الفرع الأول: تفسير الفقه لفتح مجالات النشاط للخوصصة.....
111.....	أولا:فتح مجالات النشاط يعد انسحابا للدولة.....
112.....	ثانيا:تضييق مفهوم انسحاب الدولة.....
112.....	الفرع الثاني: الخوصصة من منظور القانون تعميق لأسلوب الاستثمار الموجه.....
117.....	المطلب الثالث: ضمانات لدعم عملية الخوصصة
120.....	الفرع الأول: توحيد الإطار القانوني لعملية الخوصصة.....
120.....	الفرع الثاني: منح مزايا أصلية وأخرى اضافية.....
124.....	المطلب الرابع: معاملة تفضيلية بين الخواص الوطنيين والأجانب
125.....	الفرع الأول: التمييز بالنظر لصفة العمال الأجراء.....
127.....	الفرع الثاني: تقيد مساهمة الأجانب في عملية الخوصصة.....
131.....	المبحث الثاني: تنظيم أحادي لعملية الخوصصة
132.....	المطلب الأول: هيئات سياسية لتنفيذ عملية استثمارية
134.....	الفرع الأول: مجلس الوزراء.....
134.....	الفرع الثاني: مجلس مساهمات الدولة.....
136.....	الفرع الثالث: وزارة المساهمات "سلطة وصية على الخوصصة".....
141.....	المطلب الثاني: هيئات استشارية غير مستقلة لرقابة عملية الخوصصة
143.....	الفرع الأول: لجنة مراقبة عمليات الخوصصة.....
143.....	أولا:صلاحيات استشارية للجنة مراقبة.....
145.....	ثانيا:لجنة مراقبة تابعة للسلطة التنفيذية.....
146.....	الفرع الثاني: شركات تسيير مساهمات الدولة.....
149.....	المطلب الثالث: تقييم المؤسسة الخوصصة
150.....	الفرع الأول الهيئة المكلفة بالتقييم.....
151.....	الفرع الثاني طرق التقييم.....
152.....	أولا:تقييم المؤسسة بالاعتماد على قيمة أصولها:.....
153.....	ثانيا : تقييم المؤسسة بالنظر الى السعر العادل لأصولها:.....
154.....	الفرع الثالث: تحديد ثمن التنازل ومصيره.....
154.....	أولا: تحديد سعر التنازل.....
156.....	ثانيا: مصير سعر التنازل.....
158.....	المطلب الرابع: تكريس الخوصصة الجزئية رفض التخلي عن الاستثمارات العمومية

- 160..... الفرع الأول: مفارقة تشريعية "العام يقيد الخاص"
- 161..... الفرع الثاني: طرق الخصومة الجزئية
- 162..... أولا:التنازل الجزئي عن طريق البورصة:
- 163..... ثانيا:التنازل الجزئي عن طريق المناقصة:
- 165..... ثالثا:التنازل الجزئي عن طريق التراضي :
- 166..... رابعا: الشراكة كوجه للخصومة الجزئية:

الباب الثاني

- 170 أساليب التواجد بين تقييد القانون العام وتنظيم القانون الخاص

الفصل الأول

- 173 قانون المالية أداة السلطة التنفيذية لفرض أسلوب الاستثمار

- 175المبحث الأول: فرض أسلوب الاستثمار قرار أحادي للسلطة التنفيذية
- 177المطلب الأول سيطرة السلطة التنفيذية على تحضير قانون المالية
- 177..... الفرع الأول: احتكار السلطة التنفيذية لحق المبادرة بمشروع قانون المالية
- 178..... أولا: اصدار قانون المالية دون مصادقة من قبل السلطة التشريعية.
- 180..... ثانيا:اعداد قانون المالية يكون على مستوى السلطة التنفيذية.
- 182..... الفرع الثاني: حصر المجالات الممكن تعديلها بموجب قوانين المالية
- 185..... أولا:تجاوز التعديلات حدود المجالات المالية:
- 187..... ثانيا:إفلات قانون المالية من الرقابة يحرر السلطة التنفيذية
- 189المطلب الثاني: تقييد ملكية الإستثمار والاستحواذ على دور النصوص التنظيمية
- 190..... الفرع الأول: تقييد ملكية الاستثمار يقيد من تواجده
- 195..... الفرع الثاني: استحواذ قانون المالية على دور النصوص التنظيمية لأمر 03/01
- 195..... أولا:تعديل النصوص التنظيمية المتعلقة بأجهزة الإستثمار
- 198..... ثانيا: تعديل اجراءات الإستثمار
- 202المطلب الثالث: إمتيازات مشروطة وأجال موسعة بموجب قانون المالية
- 203..... الفرع الأول: توسيع المزايا مقابل الإذعان للشروط
- 207..... الفرع الثاني: فتح الآجال القانونية الملزمة لمنح المزايا
- 209المطلب الرابع: تضييق قانون المالية لنطاق تطبيق أمر 03/01
- 211..... الفرع الأول: النشاطات الرياضية
- 214..... الفرع الثاني: النشاطات السياحية والفندقية

215	الفرع الثالث: النشاطات السينمائية والكتاب
218	المبحث الثاني: آلية الشراكة العقدية لتواجد الاستثمارات الأجنبية
219	المطلب الأول: فرض أسلوب الشراكة دون تحديدها
220	الفرع الأول: تنوع أشكال الشراكة
221	أولا: الشراكة من منظور الشكل القانوني:
222	ثانيا: الشراكة من منظور دور الشريك العمومي و المستثمر الأجنبي:
223	ثالثا: الشراكة من منظور قطاعات النشاط الاقتصادية:
231	الفرع الثاني: نقل التكنولوجيا أساس أسلوب الشراكة
232	أولا: أساليب النقل التكنولوجي
233	ثانيا: عقد نقل التكنولوجيا
235	المطلب الثاني: تميز عقد الشراكة
235	الفرع الأول: خصائص عقد الشراكة
236	أولا: خاصية التركيب
239	ثانيا: خاصية المساواة بين الأطراف
241	الفرع الثاني: صراع الأنظمة القانونية
242	أولا: إختيار التواجد في ظل القانون الوطني
244	ثانيا: إختيار تطبيق قواعد القانون الدولي العام
245	ثالثا: إختيار تطبيق قانون التجارة الدولية
248	المطلب الثالث: ضمانات قانونية بموجب الشراكة العقدية
248	الفرع الأول: خضوع عقد الشراكة للقانون الجزائري
252	الفرع الثاني: شروط عقدية تتحول إلى ضمانات قانونية
252	أولا: شرط الثبات التشريعي ضمان قانوني
257	ثانيا: شرط التحكيم ضمان قانوني
259	ثالثا: شرط المعاملة الوطنية ضمان قانوني

الفصل الثاني

263	تقييد أشكال تدخل القانون الخاص
265	المبحث الأول: تنوع أشكال التواجد الواردة ضمن أحكام القانون الخاص
266	المطلب الأول: الشركة القابضة والتابعة مجال الإستثمارات الخاصة
267	الفرع الأول: خصائص الشركة القابضة العمومية و الخاصة
268	أولا: أوجه التشابه بين الشركتين
268	ثانيا: أوجه الإختلاف بين الشركتين

- 271..... الفرع الثاني: إنقاذ الشركات الوطنية من التبعية للشركة الأجنبية
- 272..... أولا: الجمع بين الإستقلالية والتبعية
- 275..... ثانيا: تبني شكل الشركة التابعة المشتركة
- 277 **المطلب الثاني: تواجد الإستثمارات الأجنبية عن طريق أشكال تمثيلية**
- 278..... الفرع الأول: فروع الشركات Les succursales
- 279..... أولا: خصوصية فروع الشركات
- 282..... ثانيا: غموض فكرة فروع الشركات
- 284..... الفرع الثاني: إتساع الوكالة في القانون الخاص وتقييدها في القانون العام
- 287..... الفرع الثالث: مكاتب التمثيل (الربط)
- 288 **المطلب الثالث: حصر فكرة التجمع ورقابتها المزدوجة**
- 289..... الفرع الأول: تجمع المنفعة الإقتصادية وتجمع الشركات
- 292..... الفرع الثاني: إستيعاب قانون المنافسة لأشكال أوسع للتجمع
- 297..... الفرع الثالث: خضوع التجمع لرقابة مزدوجة
- 300 **المطلب الرابع: عقد المقاوله**
- 302..... الفرع الأول: تذبذب مكانة الشريك الوطني المتعاقد
- 306..... الفرع الثاني: تكريس إمتيازات خاصة للمستثمر الوطني
- 308 **المبحث الثاني: التواجد في ظل النظام الاقتصادي المختلط**
- 309 **المطلب الأول: اقرار شكل شركات المساهمة تمهيد للعودة**
- 316 **المطلب الثاني: الشراكة الشراكوية لدعم الرقابة الداخلية**
- 318..... الفرع الأول: العودة للشراكة بدون العودة للشركة المختلطة الاقتصاد
- 319..... أولا: قانون 13/82 تضمن القيود الواردة بموجب قوانين المالية:
- 322..... ثانيا: خصوصية عقد الشركة المختلطة الإقتصاد
- 324..... الفرع الثاني: الرقابة الداخلية عن طريق نظام الشركة التجارية
- 325..... أولا: ملكية الحصص أساس إتخاذ قرارات الشركة:
- 326..... ثانيا: ملكية الحصص أساس لإدارة و رقابة الشركة:
- 328..... ثالثا: الرقابة الداخلية المتخصصة
- 330..... الفرع الثالث: عدم فاعلية أسلوب الرقابة الشراكوية
- 333 **المطلب الثالث: النظام الاقتصادي المختلط حل لتحقيق التوازن**
- 335..... الفرع الاول : إسقاط خصائص النظام الإقتصادي المختلط على تواجد الإستثمار
- 335..... أولا:المزج بين الملكية العامة و الملكية الخاصة:

336	ثانيا:الإعتماد على طريقة التخطيط.....
339	ثالثا:حصر دور السلطة في المراقبة.....
340	رابعا:المصلحة العامة هدف النظام المختلط.....
343	الفرع الثاني:سلبيات الإستثمار في إطار النظام المختلط وإيجابياته
345	الخاتمة
353	المراجع

ملخص:

إن رغبة الدولة في تحقيق نمو إيجابي على مستوى الاقتصاد الوطني و الخروج به من التبعية لمحروقات، جعلها تقر بوجود الاستثمار الأجنبي كشريك أساسي لتحقيق أهداف التنمية، وتعلن عن أسلوب تنظيمي جديد لتسيير الاقتصاد تضعه و تطبقه السلطة التنفيذية بواسطة قوانين المالية، ما جسد مرحلة جديدة تعتمد على أسلوب الإنعاش الاقتصادي ، المدعم بميكانيزمات شكلية ، تخلت من خلالها السلطة عن جل النصوص القانونية المتعلقة بمراحل سابقة عرفت بالتعديل الهيكلي، و عوضتها بنصوص قانونية جديدة شكلت نظاما قانونيا و اقتصاديا مختلطا ينسجم حسب اعتقادها مع المرحلة الجديدة التي تتم بمشاركة القطاع الوطني العام و الخاص و القطاع الأجنبي بهدف تحقيق التنمية.

يظل الوجود الخاص للمستثمر الأجنبي مجسدا في المنظومة القانونية الجزائرية، و متسا بعدم المساواة في المعاملة بينه و بين الاستثمار الوطني، و خاضعا بنسبية للمبادئ المطبقة بموجب قانون الاستثمار، ما رتب منطقيا تذبذبا في أسلوب إقرار تواجد المتراوح بين الحرية و التقييد ، و بين انسحاب الدولة و تدخلها و بين تنظيم القانون الخاص و تقييد القانون العام .

RESUME :

Dans la perspective de la mutation de l'économie nationale dans le sens d'une rupture avec la dépendance à l'égard des hydrocarbures, l'Etat algérien se voit tenu d'accepter l'existence de l'investissement étranger comme partenaire essentiel pour réaliser les objectifs du développement comme il décline un nouveau modèle réglementaire pour la gestion de l'économie nationale mis en place par le pouvoir exécutif à l'aide des lois de finances, ce qui préfigure une nouvelle étape où le modèle de développement économique est soutenu par des mécanismes de nature formelle sous forme de textes juridiques, ce qui rompt avec l'ancienne période des réformes structurelles. Ces dernières laissent place à de nouveaux textes qui fondent un nouveau régime juridique économique mixte qui répond aux exigences de la nouvelle étape d'association du secteur public, du secteur privé et de l'investisseur étranger dans le cadre de la poursuite des objectifs de développement.

L'existence spécifique de l'investissement étranger reste marquée dans l'ordre juridique algérien par l'inégalité entre l'investisseur étranger et national de sorte qu'il ne bénéficie des principes consacrés par la loi relative à l'investissement, ce qui ne manque pas de rejaillir sur son statut dont l'existence oscille entre la liberté et les restrictions, entre retrait de l'Etat et interventionnisme, entre l'ordre juridique du droit privé et les contraintes du droit public.