جامعـــــة عمار ثليجي بالأغــواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الموضوع :

الضمانات الإدارية في قانون الاستثمار الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في حقوق تخصص قانون أعمال

إعداد الطالب: تحت إشراف :

-بارو محمد – د. بلكعيبات مراد

الدكتور.....دمانة محمد .....رئيسا

الدكتور.....بلكعيبات مراد.....مشرفا و مقررا

الأستاذ.....بوديسة مصطفى.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية :2017/2016

اهدي هذا العمل ،الى حبيبي وقرة عيني ،معلم البشرية رسول الله صلى الله عليه وسلم و إلى التي قال فيها الرسول عليه السلام إن الجنة تحت أقدام الأمهات ،اليكي يا من لو كان السجود لغير الله لسجدت اليك لقاء أمي الغالية الحبيبة رحمها الله وادعوا الله أن يتغمد روح والدى الطاهرين ويدخلهما في فسيح جناته ونسأله الرحمة والسلوان

إلى إخوتي الأعزاء والى الذين زرعوا الفرحة ورسم الابتسامة

و إلى كل الأصدقاء

بارو محمد

شكــر وعرفان

اللهم لك الحمد كله ، ولك الشكر كله .
فلك الحمد والشكر حتى ترضى ولك الحمد والشكر إذا رضيت ، ولك الحمد والشكر بعــد الرضى .
من باب قوله صلى الله عليه وسلم : " من لا يشكر الناس لا يشكر الله "
نتقدم بجزيل الشكر والامتنان للدكتور دمانة محمد والاستاذ مصــطفى بوديســة و للأســتاذ المشرف بلكعيبات مراد على ما بذله من مجهودات و الذي كان نعم الموجه ونعــم المحفــز في تبسيط الصعوبات التي وجهناها ، وإلى كل الأساتذة و من ساعدني في الاستجواب و إنجــاح هذا العمل ، والى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل ولو بالكلمة الطيبة ، اللهم لك الحمــد والشكر والصلاة والسلام على الحبيب المصطفى صلى الله عليه وسلم .
إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما .

إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما.

بارو محمد

مقدمة

سعت الجزائر منذ الاستقلال إلى إنعاش الاقتصاد الوطني وتحريك عجلة الاقتصاد الراكدة منذ سنوات الثمانينات على غرار مختلف التشريعات بإصدار ترسانة من القوانين الهادفة ، والتي ترمي إلى توفير مناخ ملائم لجلب الاستثمارات خاصة الأجنبية منها بغرض تحقيق الاكتفاء الذاتي وتصدير فائض المنتوجات إلى الخارج من جهة ، بالإضافة إلى خلق مناصب شغل لرعايا الدولة و في الأخير الوصول إلى تنمية شاملة و دائمة من جهة ثانية.

يعد الاستثمار حاجة ملحة للاقتصاديات النامية والمتقدمة فاذا كانت حاجة الاقتصاديات النامية لراس المال والخبرة الفنية تقابلها حاجة الاقتصاديات المتقدمة إلى أسواق تستثمر فيها رؤوس الاموال الفائضة لديها غير ان اشباع هذه الحاجة لا يمكن ان يتحقق من دون ايجاد بيئة ملائمة للاستثمار المذكور، بحيث يمارس النشاط عن الخشية والتردد، ويقتضي توفير هذه البيئة ابتداء بتحديد المعوقات التي يمكن ان تؤدي الى تحجيم الاستثمار وانكماشه ،بهدف ازالتها والتخفيف من حدتها ،ثم البحث في الضمانات القانونية والاقتصادية اللازمة لتفعيل الاستثمار

وتحاول هذه الدراسة تحقيق الهدف المتقدم ،من خلال تحليل الضمانات اللازمة لانسياب راس المال الخارجي الى الدولة المضيفة ،والمبدئ الكفيلة بتوفير الأمان القانوني للاستثمار الوافد ، بحيث تستند على عوامل التوازن بين المصالح التجارية المتعارضة ،بموضوعية وحيادية من دون المساس بالحقوق المشروعة للأطراف المتعاقدة ،الدول المستقطبة لراس المال الاجنبي و المستثمر

فرأس مال المستثمر جبان لا يمكنه المغامرة في مناخ يسوده عدم الاستقرار من ناحية القوانين أو من ناحية الأمن، البيروقراطية، الفساد أو الاعتداء.

و لنجاح عملية الاستثمار فإن المستمرة الأجنبي يسعى إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من المنافع و الضامنات لكون الاستثمار مرتبط بالحق في الملكية و المعاملة العادلة بين المستثمرين الوطنيين و الأجانب و تحويل رؤوس الأموال التي تجنيها و غيرها من الحقوق التي تعد مكانيزمات لضمان ونجاح عملية الاستثمار، حيث يتطلب الأمر هنا التوفيق بين هذه المصالح بتجديد الضمانات اللازم توافرها مسبقا و النص عليها في القوانين الداخلية للدولة المضيفة لتجنب العراقيل التي قد تقيد حسن سير عملية الاستثمار و انعكاساتها وهذا راجع لمتطلبات الاستثمار الفنية و المالية.

وللإحاطة بجميع ابعاد الموضوع ،فقد تم الرجوع الى الدستور والعديد من القوانين المتعلقة بالاستثمار، و الاتفاقيات الدولية والقوانين الغربية كي يمكن وصف الضمانات اللازمة لتحقيق التوازن المطلوب بين الحقوق والتزامات اطراف العلاقة بعيدا عن التجاوز أو الاستغلال لهذا الطرف أو ذلك .

وبناء على متقدم فقد تم تقسيم هذه الدراسة بحسب منهج وصفي وتحليلي في آن واحد الى فصلين ، الفصل الأول يتضمن توصيفا للضمانات المتمثلة في مبدأ عدم استخدام وسائل القانون العام التي يمكن ان تحول دون انسياب رؤوس الاموال واستثمارها ، وتتمثل تلك المبادئ عموما في ميلي:

التقيد القانوني لنزع الملكية التي تعد من اهم المعوقات التي يمكن ان تعرقل تدفق الاستثمار الأجنبي الى الدولة ، ذلك انه يؤدي في الواقع الى حرمان المستثمر حرمانا كليا من استثمار امواله بطريق مباشر او غير مباشر ،ويتم نزع الملكية باستخدام ادوات و وسائل قانونية مختلفة كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة و الاستلاء.

اما الفصل الثاني تحليل مبدأ عدم مراجعة التحفيزات السابقة المتمثلة في التحفيزات المتعلقة بإدارة الضرائب والتي تقدم اعفاءات للمستثمر خلال الانجاز والاستغلال والتخفيف من العبء الضريبي الذي يفرض على الاستثمار الوافد على الرغم من تنوع قوانين الاستثمار وما تنطوي عليه من ضمانات وحوافز من دولة الى اخرى وكذلك بالنسبة للقواعد القانونية الضريبية ،اذ ان مقدار الضريبة وقواعد فرضها وجبايتها يمكن ان يكون عاملا من عوامل تحجيم الاستثمار وانكماشه ،كما في حالة الازدواج الضريبي ،والتميز في فرض الضريبة ، والمبالغة في الاجراءات و الاعباء الضريبة والجمركية.

وبما ان حاجة المستثمر الى العقار يمكن الاشارة الى منح الامتياز العقار الصناعي في الجزائر، و الضمانات التي تكفل تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة.

ان اهتمامنا يجب ان ينصب على تحليل تلك الضمانات من حيث اشكالها ومضمونها والآثار القانونية المترتبة عليها لمعرفة مدى فاعليتها في جذب وتشجيع الاستثمار ،لاسيما وان تطبيق هذه الضمانات يمكن ان يثير الكثير من الاشكاليات القانونية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة ،مما يقتضي دراستها ومحاولة تأصيلها ووضع الحلول الملائمة لها ،فضلا عن ذلك فان هذه الضمانات تطرح في الواقع كثيرا من التساؤلات سواء من حيث اشكالها او مصادرها او الآثار الناجمة عنها.

فماهي أهم الضمانات الت يمكن ان يقررها قانون الاستثمار في الجزائر؟

الفصل الأول:

مبدأ عدم استخدام وسائل القانون العام

أصبح المستثمر الأجنبي متخوف من استخدام وسائل القانون العام ومن بينها التأميم ونزع الملكية وعدم المساواة والإنصاف بين المستثمرين والمراعاة إلى الدولة الأولى بالرعاية.

فلا يمكن للمستثمر أن يغامر برأس ماله في جو من لا أمن ولا استقرار من الجانب الإداري خاصة أن المستثمر الأجنبي يخشى المساس بالملكية بجميع الطرق التي تؤدي الى حرمانه من حقوقه

ولهذا أكدت الدولة على كفالة المستثمرين إداريا ،و تعرف الإدارة أيضا بأنها عملية التخطيط لاتخاذ القرارات الصحيحة والمستثمرة، المراقبة والتحكم بمصادر المؤسسات للوصول إلى الأهداف المرجوة للمؤسسة. وذلك من خلال توجيه وتوظيف وتطوير المصادر البشرية والمالية والمواد الخام والمصادر الفكرية والمعنوية.

سنعرض في المبحث الأول حظر التأميم ونزع الملكية و الإجراءات الأخرى الهادفة إلى الحرمان من الملكية، المطلب الاول قواعد التأميم ونزع الملكية، المطلب الثاني التأميم ونزع الملكية في القانون الجزائري ،وفي المطلب الثالث التأميم ونزع الملكية في القانون الاتفاقي وفي المبحث الثاني مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة والمبحث الثالث مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية ومبدأ المعاملة بالمثل او التبادل.

المبحث الأول : حظر مبدأ التأميم ونزع الملكية

إذا كان الحق في التأميم ونزع الملكية من بين المسائل المتفق عليها الفقهاء والقضاء فإن ممارسة هذا الحق يخضع لمجموعة من الشروط والقواعد القانونية.

إن مجمل الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم تعترف بوجود مبادئ في القانون الدولي تنظم التأميم ونزع الملكية خارج الإطار الاتفاقي و بهذا الإطار سنتعرض الى دراسة الموضوع في المطلب الأول قواعد التأميم ونزع الملكية و المطلب الثاني التأميم ونزع الملكية في الجزائر، المطلب الثالث: التأميم ونزع الملكية في الاتفاقيات.

المطلب الأول: قواعد التأميم ونزع الملكية

أبعاد ومحتوى الحق في التأميم ونزع الملكية الفرع الأول و شروط ممارسة هذا الحق الفرع الثاني.

الفرع الأول: أبعاد الحق في التأميم ونزع الملكية

من أجل فهم محتوى هذا الحق يتعين عرض مفهومه وتمييزه عن ما يشبهه من أساليب الحرمان من الملكية ثم الاعتراف بهذا الحق في القضاء و الفقه و أخيرا الأساس القانوني للحق في التأميم ونزع الملكية.

أولا: مفهوم التأميم ونزع الملكية

1- تعريف التأميم ونزع الملكية:

بصفة عامة فإن التأميم ونزع الملكية عبارة عن تصرفات من السلطة العامة يترتب عنها نقل الملكية من القطاع الخاص إلى القطاع العام لكن يختلفان من حيث المحتوى والغاية منها و إن كان البعض يجمع بينهما أحيانا تحت عبارة الحرمان من الحق في الملكية[1].

أ- تعريف التأميم:

يعد التأميم من النظم القانونية الحديثة نسبيا، إذ ترجع أولى تطبيقاته إلى عام 1917 عندما تعرض مبدأ الملكية الفردية للانهيار وفقدت هذه الملكية طابعها في كل من المكسيك و روسيا، لتصبح حق ذو وظيفة اجتماعية أي أن الملكية وسيلة يضعها المجتمع في يد الفرد لتحقيق

[1] محمد عبيوط ، الاستثمارات الاجنبية في الجزائر ،د ط ،دار هومه ،الجزائر ،2013،ص 262،264

الصالح العام وصار التأميم بالنسبة للدولة النامية هو التخلص من التبعية الاقتصادية ولترسيخ استقلالها السياسي و الاقتصادي[1].

العناصر الأساسية التي يقوم عليها التأميم:

1- عبارة عن عملية تحويل الملكية الخاصة إلى الملكية العامة.

2- تقوم لها السلطات العمومية بموجب نص تشريعي لميادين ذات أهمية وطنية.

3- يترتب عنها دفع التعويض.

4- الهدف تحقيق المصلحة العامة[2]

إذا كانت البلدان الغربية تولي اهتماما خاصا لشروط التأميم و الأثار المترتبة عنه و المتمثلة في ضرورة دفع تعويض فوري و ملائم وفعال ، فإن البلدان النامية تعتبره مظهرا من مظاهر الاستقلال الاقتصادي و السياسي و عنصرا أساسيا للسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية و النشاطات الاقتصادية.

ب- تعريف الملكية:

لا يوجد تعريف محدد لنزع الملكية في القانون الدولي، وبصفة عامة فإنه يظم ثلاث عناصر أساسية هي:

1- إجراء تتخذه أجهزة الدولة،

2- يتم بموجبه نقل أو تحويل حق الملكية،

3- شروط التعويض الوارد في القانون الدولي

يعتبر التعويض عنصر أساسي لأن نزع الملكية بدون تعويض يعتبر " مصادرة " و يعتبر قرار نزع الملكية من بين الإجراءات السياسية التي تتخذها السلطة العامة ، بحيث لا يمس بمبدأ الملكية الفردية ولا يمنع من ممارسة الحق في الملكية[3].

من أجل توفير حماية لازمة للاستثمارات الأجنبية تبنتها منظمة (OCDE) في مشروع الاتفاقيات المتعددة الأطراف حول الاستثمارات الأجنبية مفهوما موسعا يشمل كل أساليب المساس بهذا الحق إن هذا التعريف يشمل إلى جانب الأساليب التقليدية لنزع الملكية ما يسمى بالأشكال الجديدة لنزع الملكية.

---

[1] دريد محمود السامرائي ،الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، الطبعة الأولى ،بيروت ، 2006،ص 112.

[2] محمد عيبوط ، مرجع سابق ص 266

[3] بريك الطاهر ، الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي في الجزائر ،أطروحة دكتورة ،جامعة بسكرة ،2012،ص 49

2- خصائص التأميم و نزع الملكية:

أ- **خصائص التأميم:** تقوم الدولة بإجراء التأميم استنادا إلى سيادتها الإقليمية ويعتبر حقا غير قابل للتنازل ويندرج ضمن السلطات التقديرية للدولة.

1- حق غير قابل للتنازل:

يعتبر حق الدولة في تأميم الأموال الأجنبية معترف به في القانون الدولي باعتباره وسيلة لممارسة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية ،هذا الحق الذي دافعت عنه البلدان النامية يعد حصولها على استقلالها غير قابل للتنازل لأنه مرتبط بسيادة الدولة و اختصاصها المانع في تنظيم كل ميادين النشاط الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي بما في ذلك الحق في الملكية لكن هذا الحق غير قابل للتنازل في استغلال الثروات و الموارد الطبيعية وما يترتب عنه حق في تأميم املاك الأجانب.[1]

2- السلطة التقديرية:

تمارس الدولة سلطة تقديرية في مجال التأميم هذه السلطة تخضع لأحكام القانون الداخلي و ممارستها غير محددة بأية شروط بحيث يمكن أن تكون شاملة لكل الأملاك الأجنبية كما يمكن أن تخص مجموعة من الأملاك بصفة كاملة أو جزئية حسب أهداف الدولة الاقتصادية و استراتيجيتها في التنمية وهذا التميز مشروع طالما لا توجد سوء نية لدى الدولة في الإضرار في فئة معينة من الأجانب[2].

خلاف للنظرية التقليدية التي تحاول وضع حدود لسلطات الدولة في هذا المجال أو تلك التي تعتبر التأميم مخالف لأحكام ومبادئ القانون الدولي أصبحت كل الدول تعترف بسلطة الدولة في تأميم الأملاك الأجنبية من حيث المبدأ و إن كانت الخلافات مازالت قائمة حول تقدير التعويض و أساليب دفعه اي الأثار السالبة المترتبة عن إجراءات التأميم .

[1] محمد عيبوط ، مرجع سابق ص 268
[2] محمود السامرائي ، مرجع سابق ص113

ب- خصائص نزع الملكية:

1. الطابع الاستثنائي لنزع الملكية :

إن معظم الدول تعترف بالحق في الملكية بغض النظر عن نظامها السياسي و الاقتصادي و تؤكد مختلف قوانينها الأساسية[1] لذلك إذا كان للإدارة الحق في نزع الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية من أجل تحقيق المنفعة العمومية ، يجب أن يتم بصفة استثنائية وفي إطار الشروط المحددة قانونا في هذا المجال بحيث أن بعض التشريعات تلزم الإدارة بالتفاوض مع الملاك المعنين من أجل الحصول على الأموال الضرورية بالوسائل الرضائية[2]

2. ارتباط نزع الملكية بامتيازات السلطة العامة:

إن الحق في نزع الملكية مرتبط بامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مختلف المجالات ، مما يسمح لها بوضع حدود للملكية الخاصة و تحويلها إلى ملكية عامة كلما اقتضت المصلحة العمومية [3] لذلك لكن المشروع وضع حدودا لسلطات الإدارة العامة في هذا المجال تتمثل في وجود شروط قانونية تلتزم الإدارة باحترامها عند قيامها بمثل هذه الإجراءات وذلك حماية للأفراد من تصرفات الإدارة غير مشروعة وإساءتها في استغلال السلطة[4]

ثانيا: التمييز بين التأميم و نزع الملكية

1- أوجه الاختلاف:

أ- من حيث الإجراءات:

يعتبر قرار التأميم من الأعمال السيادية التي تخضع للرقابة القضائية أما قرار نزع الملكية فإنه قرارا إداريا تصدره السلطات الإدارية طبقا للشروط المحددة قانونا و بالتالي فإنه يخضع للرقابة القضائية.

---

[1] المادة20 دستور 1996 المعدل بموجب القانون 19/08المؤرخ في 2008/11/15والقانون 01/16الؤرخ في2016/03/06

[2] المرسوم 2002/08 يحدد كيفية تطبيق أحكام ق 91/ 11 المتعلق بنزع الملكية، ج ر ع39مؤ في2002/07/13

[3] القانون 30/90المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، ج ر عدد 52،المؤرخ في 1990/12/02المعدل والمتمم بالقنون14/08 ج ر ع 44المؤ في 2008/07/20

[4] أحمد رحماني ، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، مجلة إدارة القيم 1994/02 ص ص8 ، 9

ب- من حيث الموضوع: يتم التأميم عادة على المشاريع ذات أهمية وطنية من أجل تحقيق الأهداف الاقتصادية و الاجتماعية للدولة في حين يخص نزع الملكية أملاك خاصة منفردة استدعت الضرورة و المصلحة العمومية لنزعها.

ج- **من حيث الغاية و الهدف:**

يندرج التأميم في إطار السياسة العليا للدولة و الهدف منه تغيير البنيان الاقتصادي و الاجتماعي لصالح الأمة جمعاء.

أما نزع الملكية فيهدف إلى تحقيق مصلحة عمومية على مستوى محلي.

د- **من حيث الأثار المترتبة:**

تلتزم الإدارة بالتعويض عند نزع الملكية باعتباره جزءا من العملية القانونية أما التأميم فلا يؤدي إلى التعويض إلا في حدود ظروف معينة في غالب الأحيان بين الحكومتين بموجب اتفاق حول التعويض الشامل و الجزافي[1].

2- أوجه التشابه:

- الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تميز بين نزع الملكية و التأميم و المصادرة و تؤكد خضوعها لنفس القواعد القانونية حسب التوصية رقم 1803 التي تشير في فقرتها الرابعة إلى التأميم و نزع الملكية و المصادرة دون تمييز بينهما أو بين القواعد المطبقة عليها.
- هيئات التحكيم الدولية تشير إلى التأميم و لكنها لا تميز بينه وبين نزع الملكية.
- ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية ينزع الملكية أو تحويل ملكية الأجانب مقابل التعويض.
- الفقهاء: بعض الفقهاء رفضوا التمييز بين التأميم و نزع الملكية نظرا للوحدة الطبيعية القانونية للتصرف و حجتهم في ذلك ، أنه في الحالتين يتعلق الأمر بتحويل الحقوق الملكية من قبل الدولة[2].

[1] الأمين شريط . معايير التميز بين التأميم و مزع الملكية ، حق السيادة الدائمة على الشروط الطبيعية ص ص 186، 187

[2] محمد عيبوط ، مرجع سابق ص 274

ثالثا: الإجراءات الأخرى الهادفة إلى الحرمان من الملكية

المصادرة: Confiscation

هو إجراء تتخذه الدولة عن طريق سلطة عامة و تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال و الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون مقابل

وقد تكون إدارية في شكل إجراء وقائي تفتضيه اعتبارات الأمن و السلامة و الصحة العمومية أو جنائية في شكل عقوبة مكملة لعقوبة أصلية إن عنصر التعويض هو الذي يميزها عن نزع الملكية و التأميم بحيث أنها عبارة عن عقوبة الهدف منها معاقبة الإنسان المخطئ اقتصاديا نتيجة الأخطاء المرتكبة المستوية إليه.

رابعا- **أثر المصادرة على المستثمر الأجنبي:**

نصت المادة 21 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الاستثمار على أنه **"**يتلقى الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الاجانب معاملة منصفة و عادلة فيما يخص الحقوق و الواجبات المرتبطة باستثماراتهم **"**[1]من أهم الأخطاء السياسية التي تؤثر بشكل كبير على المستثمر الأجنبي هو مصادرة أموال و ممتلكات المشاريع الاستثمارية وهذا ما ينتج عنه قيام الدولة بالاستحواذ على ملكية المستثمرين الأجانب لأغراض خاصة، أو تقوم بتوزيعها على المستثمرين المحليين على القطاع الخاص.

1- خسارة الدولة المستقطبة المتمثلة في مصادرة المشروع الاستثماري.
2- عدم تفكير المستثمر في البحث عن الاستثمار في هذا البلد مع توقف المشروع و المخططات التي تم وضعها في السياسة الاقتصادية.
3- تراجع المستثمر الأجنبي و تقلص معدل تدفق المستثمرين و الاستثمارات في الدولة صاحبة قرار المصادرة.

[1] محند عيبوط ، مرجع سابق ، ص ص 275،276

خامسا- أنواع المصادرة:

-المصادرة التعويضية:

تكون من قبل التعويض المدني ، حيث يؤول المال المصادرة إلى الخزينة العامة للدولة أو المجني عليه ومن ثم يخضع لأحكام التعويض من حيث ضرورة أن يكون هناك من أضر به قبل المتسبب في الفعل الضار كجرائم التهريب الجمركي و التهريب الضريبي.

1- المصادرة من حيث النطاق:

تقسم هذه المصادرة إلى مصادرة خاصة ومصادرة عامة

أ- المصادرة العامة:

هي عقوبة تنصب على تجريد المحكوم عليه من جميع ما يملك أو من نسبة معينة من ماله وهي من حيث القسوة تعد أشد العقوبات كما أنها تحرم المحكوم عليه من وسائل العيش وقد يمتد أثرها إلى عواقب اجتماعية وخيمة على المحكوم عليه و أسرته.

ب- المصادرة الخاصة:

وهي المصادرة التي تتناول مال معين مملوك لشخص الخاضع للحكم بها ولا تتناول جميع ما يملك و تتناول المصادرة الخاصة المال وفقا للحكم به.

وقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات م 15 مكرر 1 " لا يمكن أن تكون قيمة الشيء المصادر أكثر أو يتجاوز مما يستحقه "

و الأشياء التي يمكن أن تصادر على أساس المادة 15 مكرر 1 وما بعدها:

- الأشياء المستعملة في ارتكاب الجريمة،
- الأشياء التي تحصلت من الجريمة،
- الأشياء التي من شأنها أن تستعمل في الجريمة[1].

[1] المادة 15 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري،01/14،ج رع 7المؤرخ في2014/02/04

2- المصادرة من حيث طبيعتها:

أ- المصادرة عقوبة تكميلية :

تعتبر العقوبة التكميلية بحكم القاضي إذا حكم بجريمة تبلغ درجة معينة من الجسامة و مفاده ذلك أن المصادرة بحسب الأصل عقوبة تكميلية لا يحكم لها إلا ضد من ارتكب جريمة تبعا لعقوبة أصلية وهي ترد على أشياء يجوز قانونا تداولها و يمكن حيازتها.

ب- المصادرة عقوبة احترازية:

التدابير الاحترازية هي إجراء وقائي يتخذ مستقلا عن العقوبة لحماية المجتمع من الجرائم التي ترتكب فيه وهي أنواع:

- التدابير الاحترازية السالبة للحرية – المنع من الاستثمار
- التدابير الاحترازية السالبة للحقوق – سحب امتيازات الاستثمار
- التدابير الاحترازية المادية – غلق المحل ، وقف الشخص المعني – المصادرة[1]

3- المصادرة من حيث الاجراءات:

تقسيم المصادرة على مصادرة إدارية و مصادرة جنائية

أ- المصادرة الإدارية:

تعتبر في بعض الأحيان إجراء احترازي و في بعض الأحيان إجراء عقابي فإن المصادرة الإدارية بهذا المفهوم هي إجراء وقائي تقتضيه اعتبارات الأمن العام و السلامة و الصحة ، أي ما يقتضي النظام العام و الآداب العامة ، كقيام السلطة الإدارية بمصادرة الأغذية الفاسدة أو منتوج فاسد معين قام المستثمر بإنتاجه أو النفايات التي يخلفها هذا المشروع الاستثماري، تؤدي إلى الإضرار بالصحة العامة لتلك المنطقة التي يقام فيها المشروع.

[1] محند عيبوط. مرجع سابق ص 276

4- المصادرة الجنائية:

بما أن المصادرة الإدارية عقوبة وقائية فإن المصادرة الجنائية هي عقوبة تبعية لو تعود إلى تعريف المصادرة فهي: إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة و تستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص و ذلك دون أداء تعويض.

من خلال التعريف نجد أن المصادرة الجنائية هي التي تمتاز بهذه الخصائص حيث قد تصدر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم الجنائية المنصوص عليها في القانون كجرائم تبييض الأموال....[1]

سادسا- الاستلاء: Réquisition

يعتبر إجراء مؤقتا تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة و تتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة و ذلك مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها ، لذلك يعتبر الاستلاء إجراء مؤقت يشمل الأموال العقارية و المنقولة ، بخلاف نزع الملكية الذي ينصب عادة على الأموال العقارية و ذلك بصفة نهائية وهذا ما جاء في المادة 679 من القانون المدني الجزائري

ا-أثر الاستلاء على ملكية المستثمر الأجنبي:

إجراء الاستلاء يكون بموجب قرار صادر من السلطة الإدارية المختصة طبقا لأحكام القانون المنصوص عليه فيها.

وجاء في المادة 680 من القانون المدني الجزائري على أنه" يتم الاستلاء بصفة فردية أو جماعية ويكون كتابيا ،يوقع الأمر من طرف الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانونا....."

يتم الاستلاء على العقارات و أحيانا يقود وقع الاستلاء على المنقول و ما ينتج كأثر لهذا الإجراء هو ضمان التعويض على ما لحق المستثمر من ضرر لأنه خلال فترة الاستلاء قد يتنازل عن المشروع إذا لحقت به أضرار وخيمة و أضعفت كاهله المادي و المعنوي فيتحول هذا الاستلاء إلى نزع ملكية فيصبح من مؤقت إلى دائم في حالتين:

[1] هشام محمد احمد خالد، عقد ضمان الاستثمار والقانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات ،رسالة دكتوره، جامعة الاسكندرية، مصر ، ص 126

1- الخسارة الكبيرة للمستثمر جراء المال المستولى عليه لمدة طويلة.

2- عدم القدرة على إتمام المشروع بسبب المال غير المؤهل لمواصلة المشروع الاستثماري.

رابعا: أساس الشرعية الدولية للتأميم

إذا كان من حق الدولة تأميم ونزع ملكية مواطنيها استنادا إلى سيادتها و امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها في مختلف المجالات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية ، وذلك بغض النظر عن نظامها السياسي و الاقتصادي ، فإن الأمر يختلف عندما يتعلق بأملاك الأجانب نظرا لاختلاف المصالح و الأهداف بين الدول المصدرة و المستوردة للأموال.

- تكريس حق التأميم في التوصية رقم 626 (د.07) المؤرخة في 1952/12/21 تحت عنوان الحق في التأميم يعني الحق في استغلال الثروات و الموارد الطبيعية بكل حرية و تأسيس على اعتبارات المصلحة العمومية والأمن و المصالح الوطنية.
- أما التوصية رقم (1803 د. 27) المؤرخة في 1962/12/24 الخاصة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ، سمحت بالتوفيق بين المصالح المتناقضة بين الدول المصدرة و الدول المستوردة لرؤوس الأموال و ذلك بالتأكيد على شرط المنفعة العامة والحق في التعويض طبقا لقواعد القانون الدولي.
- ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية لعام 1974 أكد على حق الدولة السيادي في التأميم ولكنه تخلى عن شرط المنفعة العمومية و عدم التميز.[1]

الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق في التأميم و نزع الملكية

يتفق الفقه و القضاء على مجموعة من الشروط هي:

(1)عدم التمييز ، (2) المصلحة العمومية ، (3) شرعية الاجراءات ، (4) عدم مخالفة التزام خاص ،أما التعويض فيعتبر من بين الأثار المترتبة عن التأميم و نزع الملكية.

[1]الاتفاقية بشان المؤسسة لضمان الاستثمار 1971،عبد الفتاح مراد، موسوعة الاستثمار،ط2،دار الكتب والوثائق المصري،1993،ص69الى87

أولا :شرط عدم التمييز

يتمثل شرط عدم التمييز أحد المبادئ الأساسية للقانون الدولي في مجال التأميم المترتبة عن تطبيق الحد الأدنى في مجال معاملة الاستثمارات الأجنبية ، لكن تجسيد هذا الشرط من الناحية العملية ليس بالأمر السهل نظرا للاختلاف بين التمييز و الاختلاف في المعاملة.

ثانيا: شرط المصلحة العامة

يعتبر شرط المصلحة العمومية قاعدة من قواعد القانون الدولي العام أكدت عليه معظم الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية الاستثمارات الاجنبية ، و تحددها الدولة وذلك في إطار سيادتها الاقليمية و سلطتها التقديرية في مجال تنظيم النشاطات الاقتصادية مع أخذ بعين الاعتبار النوايا الحقيقية للدولة.

ثالثا : احترام مبدأ الشرعية

لتجسيد مبدأ الشرعية يجب أن تكون الإجراءات المتخذة مطابقة للأحكام القانونية العامة سارية المفعول في الدولة المضيفة هذا الشرط يعتبر إجراء شكلي الهدف منه هو تمكين المستثمر من القيام بإجراءات الطعن الداخلية للدفاع عن مصالحه ، لكنه محدد طبقا لقواعد القانون الداخلي ، فمن الصعب احترامه في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية.

رابعا: عدم مخالفة الالتزام الخاص

هذا الالتزام ناتج عن تصرف انفرادي للدولة المضيفة سواء بحكم وارد في قانون الاستثمار أو اعلان رسمي للسلطات العليا في الدولة ، لذلك تنص بعض النصوص القانونية و الأحكام الاتفاقية على أن اجراء نزع الملكية أو التأميم يجب " ألا يكون مخالفا لالتزام خاص "

عندما يتعلق الأمر بالتزامات دول في مواجهة مستثمر أجنبي يقتضي الطابع الإلزامي تشبيه العقود بالاتفاقيات الدولية ، و أي تعديل انفرادي للعقد يترتب عنه مسؤولية دولية استنادا إلى نظرية تدويل العقود.

فمن أجل إضفاء هذا الشرط الفعالية الضرورية على المستوى الدولي تحاول بعض الدول إدراج شرط الالتزام الخاص ضمن أحكام الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الأجنبية[1].

[1] المادة (10) و المادة (11) من الاتفاقيات الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدولة العربية لعام 1980 ص35الى60دار الكتب والوثائق المصرية،1993.

الاتفاقيات الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدولة العربية لعام 1980:

المادة:10

1- يستحق المستثمر العربي تعويضا عما يصيبه من ضرر نتيجة قيام دولة طرف او احدى سلطاتها العامة او المحلية او مؤسساتها بما يلي:

ا- المساس باي من الحقوق والضمانات المقررة للمستثمر العربي في هذه الاتفاقية او في اي قرار صادر بموجبها من جهة مختصة.

ب - الاخلال باي من الالتزامات والتعهدات الدولية المفروضة على عاتق الدولة الطرف والناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر العربي او عدم القيام بما يلزم لتنفيذها سواء كان ذلك ناشئا عن عمد او اهمال.

ج- الامتناع عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ ذي صلة مباشرة بالاستثمار.

د- التسبب باي وجه اخر بالفعل او بالامتناع في احداث ضرر للمستثمر العربي بمخالفة الاحكام القانونية النافذة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار.

2-تكون قيمة التعويض مساوية لما لحق المستثمر العربي من ضرر تبعا لنوع الضرر ومقداره.

المادة:11

1-يكون التعويض نقديا اذا تعذر اعادة الاستثمار الى حالة قبل وقوع الضرر.

2-يشترط في تقدير التعويض النقدي ان يجري خلال ستة اشهر من يوم وقوع الضرر وان يدفع خلال سنة من تاريخ الاتفاق على مقدار التعويض او اكتساب التقدير صفته القطعية والا استحق المستثمر فوائد تأخيريه على المبلغ غيرا لمدفوع اعتبارا من اليوم التالي لانقضاء هذه المدة وفقا لا سعار الفائدة المصرفية السائدة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار[1].

[1] نص المادة5/ف2 من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية :"يجب ان ترفق تدابير نزع الملكية اذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي " ج ر العدد الاول،1994/01/02 ص4الى10

المطلب الثاني: التأميم ونزع الملكية في القانون الجزائري

بعد الاستقلال اعتمدت الجزائر على التأميم كوسيلة لاسترجاع الثروات الطبيعية و تحقيق سيادتها الاقتصادية تماشيا مع الاختيارات السياسية والاقتصادية للدولة، لذلك كان القطاع العام هو المسيطر على النشاطات الاقتصادية أما دور القطاع الخاص الوطني و الاجنبي فكان محددا وبالتالي لم تستفد الملكية الخاصة من الحماية القانونية اللازمة .

أما بعد صدور دستور 1989 فأصبح حق الملكية مكرما في القوانين الاساسية للدولة باعتباره حقا من حقوق المواطن نتيجة لذلك فان شروط واجراءات نزع الملكية اصبحت مطابقة للشروط القانونية المعمول بها في بعض البلدان المتقدمة وكذا أحكام القانون الدولة في هذا المجال .

ومن أجل خلق الجو المناسب للاستثمار الصادر بعد الشروع في الاصلاحات الاقتصادية بحيث اكتفى بالإشارة الى شروط واجراءات نزع الملكية وذلك مع التوجيهات الجديدة للجزائر في المجال الاقتصادي و المبنية اساسا على انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي وفسح المجال للقطاع الخاص الوطني والاجنبي في ضل مرحلة الخوصصة التي شرعت فيها الجزائر منذ عام 1995

أولا القوانين الداخلية وثانيا الاتفاقات الدولية التي كرست القواعد المنظمة لتأميم ونزع الملكية لكن مهما كانت الحماية فان المستثمر الاجنبي يهتم بمدى مطابقتها شروط وقواعد القانون الدولي

-التأميم ونزع الملكية في القانون الداخلي

أولا : المبادئ الدستورية الخاصة بالتأميم ونزع الملكية

لم يحدد الدستور الجزائري عام 1996اي شرط لممارسة الحق في التأميم بحيث اكتفى بتحديد معنى الملكية العمومية كملك للمجموعة الوطنية وبين محتواها

اذا كانت المادة 17 من الدستور تؤكد نية المشرع في احتكار بعض النشاطات الاقتصادية ، لا توجد أنه قاعدة خاصة بممارسة الدولة لحقها في التأميم المعترف به في القانون الدولي [1]

تناول المشرع الجزائري مسألة نزع الملكية من الدستور الا في المادة 20و التي تنص على ما يلي :"

[1] المادة 17 من الدستور 1996،المعدل بالقانون19/08،ح ر ع 63بتاريخ2008/11/16المعدلة بالمادة 18من القانون01/16،ج رع 14المؤ 2016/03/06

لا يتم نزع الملكية الا في اطار القانون ويترتب عنه تعويض قبلي وعادل ومنصف "[1]

ثانيا: القواعد التشريعية :

لا يتضمن القانون رقم 09/16 المعدل و المتمم الخاص بتطوير الاستثمار أية اشارة الى اجراءات التأميم بحيث اكتفى بالإشارة الى ما يسمى " المصادرة الادارية " في المادة 23 التي تنص على ما يلي : ألا يمكن أن تمون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة ادارية الا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ويترتب عن المصادرة تعويض عادل ومنصف [2]

حدد المشرع الجزائري الشروط الواجب الالتزام بها وهي :

1/ التصريح بالمنفعة العمومية

2/ تحديد الاملاك والحقوق المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق المعنين

3/ تقرير عن تقييم الاملاك و الحقوق المطلوب نزعها

4/ قرار اداري بقابلية التنازل عن الاملاك و الحقوق المطلوب نزعها

ان التشريع الجزائري في مجال التأميم ونزع الملكية يكرس المبادئ العامة للقانون الدولي في هذا المجال و المتمثلة في شرط المصلحة العمومية واحترام مبدأ الشرعية الى جانب شرط عدم التمييز ،و اذا كانت بعض المسائل لها صلة بحماية الملكية الخاصة بالأجانب غير واضحة في الدستور والنصوص التشريعية و التنظيمية فإن القواعد الواردة في الاتفاقيات الخاصة بحماية الاستثمار تتضمن كل التفاصيل وكل الشروط الضرورية لحماية ملكية المستثمرين الأجانب .

المطلب الثاني : التأميم ونزع الملكية في القانون الاتفاقي

اذا كانت الاتفاقيات الدولية بصفة عامة تكتفي بالتأكيد على بعض المبادئ العامة من اجل تحقيق نوع من الاجماع بين الدول فان الاتفاقيات الثنائية هي أكثر دقة ووضوحا .

[1] المادة 22 من الدستور 01/16،ج ر ع14،بتاريخ2016/03/06

[2] القانون 09/16 المتعلق بتطوير الاستثمار ،المادة 23،ج ر ع46،المؤ في 2016/08/03

اولا : المبادئ العامة الواردة في الاتفاقيات الدولية المتعددة الاطراف

هذه الاتفاقيات لا تتضمن اية تفاصيل حول شروط اجراءات التأميم ونزع الملكية وغيرها من الاجراءات الهادفة الى الحرمان من الملكية الخاصة من اجل اقناع معظم الدول للانضمام اليها وحتى اتفاقية سيول المتضمنة الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات لا تتضمن اية تفاصيل حول حماية الحق في الملكية بحيث اكتفت بالنص على امكانية تغطية اخطاء نزع الملكية بما فيها الاجراءات غير المباشرة خاصة منها تلك التي تهدف الى حرمان المستثمر من حقه في الملكية تشمل الاتفاقية التصرفات الايجابية و السلبية سواء التشريعية او الادارية و التي يترتب عنها حرمان المستثمر من حقه في الملكية او الامتيازات المترتبة عن استثماره ويستثنى منها الاجراءات العامة غير التمييزية و التي تتخذها الدولة لتنظيم النشاطات الاقتصادية داخل اقليمها –اتفاقية الجزائر وفرنسا تشير الى: تدابير نزع الملكية أو التأميم او اية تدابير اخرى يترتب عليهانزع الملكية م5ف1،الاتفاقية المبرمة مع البرتغال تنص على: تنتزع ،تتؤمم أوتخضع لأي اجراء لهنفس الآثار م4ف1،مع اسبانيا تنص م5ف1التاميم ونزع الملكية او اية تدابير ذات خصائص واثار مشابهة [1].

ثانيا : الشروط الواردة في الاتفاقيات الثنائية

وسع واضعي هذه الاتفاقيات من مجال تطبيقها من حيث الموضوع لتشمل كل اشكال الاستثمار .كما أخذ بعين الاعتبار الاثار المترتبة عن نزع الملكية و المتمثلة في ضرورة دفع تعويض مناسب وفعلي يتم تحديده على اساس القيمة الحقيقية للاستثمارات المعنية او القيمة السوقية للاستثمار.

الشروط :– شرط عدم التمييز.– شرط المصلحة العمومية بالإضافة الى الحق في التعويض .

– شرط ضرورة احترام الشرعية في الاجراءات .– شرط الا يخالف التزام خاص .

بصفة عامة فان الشروط الواردة في هذه الاتفاقيات الثنائية مطابقة لقواعد ومبادئ القانون الدولي في هذا المجال وتعتبر الاشارة الى القانون الدولي العام في هذه الاتفاقيات ذات أهمية بالغة بالنسبة للمستثمر الاجنبي .

[1] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ،بشأن التشجيع والحماية التبادلين في ما يخص الاستثمارات الموقعة بالجزائر في 1993/1302،ج رع الاول الصادرة في 1995/01/02ص4الى10و الزائرية الاسبانية الموقعة في مدريد بشان الحماية المتبادلة للاستثمارات ،ج رع 23يوم 1995/12/26ص5الى9

المبحث الثاني : مبدأ المعاملة المنصفة و العادلة

نتناول في هذا المبحث تكريس المعاملة المنصفة و العادلة ذلك بالتطرق الى مضمونه وموقف المشرع الجزائري و الاساس القانوني لهذا المبدأ في المطلب الثاني و أخيرا الهدف منه في المطلب الثالث

المطلب الأول : مفهوم المبدأ

تلزم المعاملة العادلة والمنصفة الدولة المضيفة بضمان نمط من المعاملة مطابق لقواعد القانون الدولي العرفي و المقتضيات العدالة والانصاف مهما كانت المعاملة التي تمنحها الدولة لمواطنيها او لمواطني دول أخرى ،وتختلف الصيغ المستعملة للتعبير عن هذا المفهوم من اتفاقية الى اخرى فستعمل عبارة معاملة نزيهة ومنصفة او معاملة العادلة المنصفة F.E.T/FAIR AND EQUITABLE TREATMENTالتي تستعملها أغلبية الاتفاقيات الثنائية العربية [1].

وتطرح هذه القاعدة جمل من التساؤلات المعقدة بشان قانون الاستثمار ومن الصعب دراسة المعنى الدقيق لهذا المفهوم و لا يسمى ان عبارتي "عادلة" و"منصفة " لا تقودنا اليا الى مرجعية واضحة من الاجراءات القانونية في مواقف معينة.فكأنهما نمطان مختلفان ومستقلان ولكن في الحقيقة تمثل عبارة عادل ومنصف عنصرين لنمط واحد مماثل وهما مصطلحات متشابهان فيصعب التعرف على تدابير عادل ولكنه غير منصف و العكس صحيح .

وطبقا لمفهوم مبدأ المعاملة المنصفة و العادلة فهناك حدود له سواء الحد الادنى او الحد الاقصى او المتوسط فهذه المعايير التي يأخذ بها النزاع بين الدولة المضيفة و المستثمر الاجنبي مع توافر المبادئ الاخرى لكل من المعاملة الوطنية و الدولة الاولى بالرعاية لتوفير حماية أوسع.

كما ان هذا المبدأ أصبح سائدا في أغلبية الاتفاقيات الحديثة المتعلقة بالاستثمار الا ان محاولة تحديد هذا المفهوم تحديدا دقيقا يظل عملية صعبة في غياب المعنى الدقيق يتم فيه محتوى القاعدة طابعا عاما وبالتالي أتبع لهيئة التحكم نفوذا فيما يخص الحد الادنى .

[1] اتفاقية بين الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في القاهرة بتاريخ1997/03/29،ج ر ع 76 الصادرة في 1998/10/11 ص6الى10

1-التزام الحذر و الحماية.

2- غياب العدالة والتعسف.

3- الشفافية.

4-حسن النية.

ففي حالة انتهاك اي نمط من هذا الحد يعتبر انتهاك لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة .

الفرع الاول: مضمون مبدأ المعاملة المنصفة والعادلة

عموما يراد بهذا المبدأ عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين و الاجانب وذلك من حيث الحقوق و الواجبات [1]وبعد عدم التمييز بين المستثمرين الوطني والاجنبي أحد الضمانات التي اعتمدها المشرع الجزائري منذ صدور اولى قانون خاص بالاستثمار وذلك بإقراره بالمساواة امام القانون بين المستثمرين سواء من حيث الامتيازات التي يتمتعون بها لاسيما فيما يتعلق بالأحكام الجبائية [2].

الفرع الثاني :موقف المشرع من المعاملة المنصفة و العادلة

وهو نفس المبدأ الذي اقره المشرع في القانون 1966 حيث اعترف للمستثمرين بالمساواة اما القانون وهو ما ينفي اي معاملة تفضيلية للاستثمار الخاص الوطني وبالتالي استبعاد كل اشكال التمييز في المعاملة .وهذا ما أكده قانون النقد و القرض 1990 الذي تخلى فيه المشرع عن هذا التمييز في المعاملة من حيث نسبة المشاركة برأسمال الشركة المختلفة بما لا يتجاوز49% وذلك باستبدال معيار الجنسية بمعيار الاقامة (للأجنبي)للاستفادة من نفس نسبة المتبادلة وهو المنهج الذي استقر عليه المشرع الجزائر بموجب القانون 03/01 المادة 14 ثم بنفس الوتيرة الامر 08/06 الذي لم يمس هذه المادة ثم القانون 09/16 المادة 21 الذي تنص على ما يلي :"مع مراعات احكام الاتفاقيات الثنائية و

[1] عبيوط محند وعلى الاستثمارات الاجنبية في ضوء سياسة الانفتاح الاقتصادي في الجزائر ص 17

[2] المادة 5 من القانون 277/63 المتضمن قانون الاستثمار، مؤ 1963/07/26،ج ر ع 53 مؤ في 1963/08/02 والمادة 10من القانون 284/66 المتضمن قانون الاستثمار،1966/09/15،ج ر ع 80الصدرة بتاريخ1966/09/17 والقانون 13/86 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصادية ج رعدد36 المدل بالقانون 13/86،ج رع 35مؤ في1986/08/27.

الجهوية و المتعددة الاطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية يتلقي الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الاجانب معاملة منصفة وعادلة فيما يخص الحقوق والواجبات المرتبط و باستثمار باستثماراتهم "

المطلب الثاني: الاساس القانوني لمبدأ المعاملة المنصفة والعادلة و التعويض

نستعرض فهذا المطلب تكريس هذا1 المبدأ في كل من نزع الملكية والمنصف حسب الدستور ،والقانون الداخلي، والاتفاقيات

الفرع الاول :أساس المعاملة المنصفة والعادلة في القانون والاتفاقيات

أولا:في القانون الداخلي

ورد في المادة 37 من الدستور 1996 ان حرية الصناعة و التجارة مضمونة وتمارس في اطار القانون المعدلة بالمادة 43 من الدستور 01/16 وفي المادة 32 منه تنص على ان كل المواطنين سواسية امام القانون وعليه قد كرس المشرع مبدأ المساواة في القانون الاسمى للدولة بما يفيد احترام هذا المبدأ خدمة للمصلحة العامة وتكريسه في الحقل الاقتصادي للامة بين المستثمرين الوطنيين و الاجانب وجعلهم على قدم المساواة .

ثانيا: اساس المبدأ في الاتفاقيات

وفق المادتين 3و4 من الاتفاقية المبرمة ما بين الجزائر و مصر سنة1998 [1]ومع حكومة مالي 2002 وفي المادة 3 مع اتحاد البينلوكس وكذلك نجد اساس هذا المبدأ من خلال الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وسويسرا في نفس المادة 04 أضافة الى ذلك فان هذه الاتفاقيات تعزز التعاون الاقتصادي بين الدول من اجل تحقيق الازدهار الاقتصادي و التنمية الوطنية الذي تسعى مختلف السياسات الاقتصادية للدول الوصول اليها عن طريق جلب الاستثمارات الخارجية.

الفرع الثاني: التعويض المنصف

ان تحديد التعويض المنصف يقتضي الاخذ بعين الاعتبار حقوق المستثمر الذي انتزعت ملكيته وما لديه من ديون في مواجهة الدولة المضيفة اي حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين ،عند تحديد مقدار

[1] اتفاقية الجزائر ومصر حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، مرجع سابق ص من 6الى.10

التعويض المستحق ، من حق الدولة الاخذ بعين الاعتبار الديون الضريبية التي يتجاوز مقدارها احيانا مبلغ التعويض وبعض الدول ذهبت الى ابعد من ذلك ،فأخذت بعين الاعتبار الفوائد المبالغ فيها التي تحصلت عليها الشركة الاجنبية

اولا: التعويض العادل والمنصف في القانون الداخلي

وردة في الدستور خاصية التعويض القبلي والمسبق وقد سبق الاشارة اليها عند تأميم مصالح الشركات الفرنسية في الجزائر، بحيث اكدت السلطات العمومية على التزامها بدفع تعويض مسبق ومنصف مقابل اجراء التأميم والمقصود بمسبق دفع التعويض قبل نزع الملكية[1].

كرس المشرع من الامر 03/01المعدل والمتمم بالمادة 23من القانون 09/16المتعلق بتطوير الاستثمار التي تنص على "يترتب عن الاستلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".

ونلاحظ ان الشرع استغنى عن خاصية التعويض القبلي والمسبق وهذ نظرا للخلافات التي ثارت بين البلدان النامية والبلدان المصنعة المصدرة، هي التي جعلت المشرع يكتفي بخاصية العدل والانصاف في القانون الخاص بتطوير الاستثمار [2].

ثانيا :التعويض المناسب والفعلي في القانون الاتفاقي

بخلاف الدستور والقوانين الداخلية فان الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات الاجنبية وترقيتها تجسد خاصية التعويض المناسب والفعال قبل اجراء التأميم و نزع الملكية .[3]

اذا كانت المصلحة العمومية تقتضي ذلك ،فان ما يهم المستثمر الاجنبي هو الحصول على تعويض نقدي في حالة استحالة العودة الى وضعيته الاصلية بالإضافة الى امكانية التحويل لمبلغ التعويض الى الخارج باعتبارها من الضمانات الاساسية للمستثمر بالنظر الى خصائص التعويض الواردة في الدستور الجزائري نستطيع القول بأن المشرع الجزائري قد ذهب الى أبعد من مبادئ القانون الدولي في هذا المجال اذا وضعنا جانبا الخلافات حول خاصية التعويض المسبق

المطلب الثالث : الهدف من مبدأ التعويض المعاملة العادلة والمنصفة

نستعرض في هذا المطلب الغاية من التعويض العادل والمنصف الفرع الاول والهدف من المعاملة العادلة والمنصفة الفرع الثاني

[1] المادة 20من الستور1996المعدل بالقانون 19/08،ج ر ع 63المؤ في 2008/11/16
[2] لمادة 8 من الامر 284/66 المتضمن قانون الاستثمار، ج ر ع 80 الصادرة بتاريخ 1966/09/17
[3] من بين هذه الاتفاقيات الثنائية نذكر: الاتفاقية الجزائر: مع فرنسام5/ف2،مع قطرم5/ف2

الفرع الاول: الهدف من التعويض

بصفة عامة فان التعويض يغطي الضرر المادي، لكن يمكن في حالات استثنائية التعويض عن الضرر المعنوي ،مع الاخذ بعين الاعتبار كافة العناصر المرتبطة بالأموال التي تم نزع ملكيتها وذلك عند اجراءات نقل الملكية ،وبالإضافة الى التعويض الرئيسي الذي يغطي الاضرار بصاحب الاملاك محل نزع الملكية وما فاته من كسب يتضمن التشريع الجزائري في مجال نزع الملكية بعض التعويضات التبعية مثل تعويض الرحيل وحرمان الانتفاع والنقص في قيمة الاملاك المتبقية نتيجة نزع ملكية جزئية.

اساليب التعويض: تتنوع اشكال دفع التعويض وهذ حسب الاتفاقيات الثنائية

ا)-دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل

ب)-دفع التعويض عينا

ج)-تقنية الحلول، تدخل الدولة التي ينتمي اليها المستثمر[1]

الفرع الثاني: الهدف من المعاملة العادلة والمنصفة

ان هذا المبدأ وسيلة مهمة لتحديد الضمانات القانونية التي يحظى بها الاستثمار الاجنبي في الدول المستقطبة للاستثمار فقد تنص عليه قوانينها الوطنية ويعرف عندئذ بالتبادل التشريعي ،وعموما فان عدم كفاية قواعد الحماية الواردة في القانون الداخلي للدول النامية جعل الدول المتقدمة تتمسك بالمعاملة المنصفة و العادلة من اجل التكريس الفعلي للحماية وهذا ما يسمح بتوفير الشروط الكفيلة و المناخ الملائم لجلب الاستثمارات لكونه ايضا احد الركائز المهمة التي يقوم عليها الاستثمار لان من شان المبدأ توفير حصانة وضمان معاملة احسن من تلك المعمول بها في القانون الدولي ويهدف هذا المبدأ كذلك الى تمكين المستثمر الاجنبي من الاستفادة من كل الامتيازات المنصوص عليها في قانون الاستثمار

[1] المادة6لاتفاقيات المبرمة بين الجزائر وسويسرا، حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة ببيرن في2004/11/30،ج ر ع 45 المؤ في 2005/06/29،ص15الى 19

المبحث الثالث : مبدأ الدولة الاولى بالرعاية و المعاملة الوطنيةوالعاملة بالمثل

بالنظر الى عمومية مضمون مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة فضلا عن اختلاف حكمه باختلاف ظروف الدولة التي تعتمده و بالتالي فانه بحاجة الى نصوص اخرى نضبط مضمونة وتحدد بشكل دقيق الحقوق و المزايا التي يتمتع بها الاستثمار الاجنبي ولعل اهم المعايير التي تلجأ اليها الدول في هذ الصدد مايلي :

المطلب الاول: المعاملة الوطنية

يقصد بالمعاملة الوطنية للاستثمار الاجنبي عموما تمنح هذا النمط من الاستثمار الحقوق و الضمانات و المزايا ذاتها التي يتمتع بها الاستثمار الوطني في الدول المستقطبة للاستثمار بالشروط عينها والامثل ان يتم تقرير هذا المبدأ في التشريع الداخلي للدولة ويذهب الراي الراجح في الفقه الى ان مبدأ المعاملة الوطنية للاستثمار الاجنبي الذي يرد في الاتفاقيات الدولية لا يقتصر اثره على الضمانات والمزايا المقررة للاستثمار الوطني بمقتضى القوانين الداخلية للدولة وقت ابرام الاتفاقية بل انه يشمل كذلك الضمانات والمزايا التي تقررها النصوص اللاحقة على ابرام الاتفاقية والتي قد تعدل من احكام تلك القوانين يبد ان بعضا من احكام القضاء المقارن تذهب الى تقييد اثارها هذا المبدأ بحيث لا يشمل الضمانات والحقوق الجديدة التي تقررها التشريعات الوطنية اللاحقة لإبرام الاتفاق الدولي اذا ما تبين ان المشرع الداخلي قصد قصر التمتع بتلك الحقوق على الوطنيين فقط ويبرر هذا الاتجاه في الواقع على اساس ان تلك الضمانات والحقوق الجديدة لم تكن من بين الحقوق التي تصورتها الدول المتعاقدة حينما نصت على شرط المساواة الاجانب بالوطنيين [1] .

اما اذا ادى التطور التشريعي اللاحق لإبرام الاتفاق الدولي الى الانتقاص من الضمانات و المزايا المقررة للاستثمار الوطني ، فان ذلك يؤدي بالضرورة الى الانتقاص من الحماية القانونية المقررة للاستثمار الاجنبي ايضا وفقا لمبدأ تشبيه الاجانب بالوطنيين ، والعلة في ذلك تكمن في ان هذا المبدأ يقضي بمعاملة الاموال الأجنبية بنفس معاملة الاموال الوطنية ،ولما كانت القوانين الداخلية قد انقضت من الضمانات المقررة لأموال الوطنيين فان النتيجة المترتبة على ذلك هي ضرورة الانتقاص كذلك من الضمانات المقررة لأموال غير الوطنيين اخذا بمبدأ تشبيه معاملتهم بمعاملة الوطنيين المدرج في

[1] هشام على صادق الحماية الدولية للمال الاجنبي نع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الاموال العربية في الدول العربية ص 209

الاتفاق الدولي مالم ينص هذا الاتفاق على غير ذلك ومن ثم فان مبدأ المعاملة الوطنية للاستثمار الاجنبي لا يقدم الحماية القانونية الكافية لهذا النمط من الاستثمار ، اذا ان تلك الحماية تظل في الواقع غير محددة المضمون فضلا عن قابليتها للزيادة او النقصان بحسب ارادة المشرع الوطني في الدولة المستقطبة للاستثمار [1] .

المطلب الثاني :مبدا الدولة الاولى بالرعاية

يقصد بهذا المعيار عموما ان تتعهد الدولة المستقطبة للاستثمار بمقتضى اتفاقية دولية تبرم بينها وبين دولة مصدرة بمعاملة الاستثمارات التابعة لهذه الدولة افضل معاملة تلقاها الاستثمارات الاجنبية فيها ، اي تمكين المستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المستفيدة من هذا الشرط من الحصول على جميع الضمانات و المزايا التي قررتها او تقررها الدولة المستقطبة للاستثمارات الاجنبية اخرى .

وتجري الدول المختلفة في الواقع ومنذ أمد بعيد على ادراج هذا الشرط في معاهدات الاقامة و الاتفاقات الخاصة بالمسائل المالية و الجمركية وبصفة عامة في الاتفاقات الدولية التي تنعقد في ما بينهما لتنمية العلاقات الاقتصادية و التجارية ومنها اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية ، ويلاحظ على هذا المعيار القانوني انه لا يحدد بشكل مباشر الضمانات و المزايا التي تقدمها الدولة المستقطبة للاستثمار الرأس المال الوافد اليها والتابع للدولة المستفيدة منه ، وانما يكتفي بتقرير معاملة قانونية معيارها افضل معاملة يتمتع بها الاستثمار غير الوطني في تلك الدولة ولهذا فانه يشمل الضمانات القانونية التي منحتها الدولة المستقطبة للاستثمار او تلك التي ستمنحها في المستقبل لأية استثمارات اجنبية وافدة اليها مالم تنص الاتفاقية الدولية التي تتضمنه بحيث يقتصر على بعض تلك الحقوق و الضمانات دون بعضها البعض الاخر كأن يستفيد من نطاق اعماله الضمانات التي تقررها الدولة للاستثمارات الوافدة اليها من دول ترتبط معها بروابط ذات طبيعة خاصة ، كالدول العربية مثلا و الدول الاعضاء في الاتحاد الاوروبي وأيا كان فان مبدأ الدولة الاولى بالرعاية لا يحقق المساواة في المعاملة بين استثمارات الدول المتعاقدة ، و العلة في ذلك هي ان مدى الاستفادة من هذا المبدأ انما يرتبط في الواقع بأفضل معاملة تلقاها الاستثمارات الاجنبية في الدولة ، وهي معاملة تختلف في مضمونها ونطاقها من دولة الى اخرى ، فضلا عن ذلك فان هذا المبدأ لا يمنح الاستثمارات المستفيدة

[1] دريد السامرائي ، مرجع نفسه ، ص213

منه قدرا معلوما من الضمانات ، وانما يتكفل لها مجرد الحق في مطالبة الدولة الملتزمة به بمنحها ضمانات مماثلة لتلك التي تتمتع بها الاستثمارات الوافدة من دولة اجنبية اخرى [1].

وعليه فان تمتع الاستثمارات المستفيدة من مبدا الدولة الاولى بالرعاية بالضمانات و المزايا القانونية انما يرتبط من حيث وجوده ونطاقه يتمتع الاستثمارات الاجنبية الاخرى به ، وبالتالي فان تعديل الضمانات القانونية التي تتمتع بها هذه الاستثمارات الاخيرة او الغائها وقد استقر القضاء الدولي على هذا الاتجاه في احكامه المختلفة حيث يقرر ان "الدولة المستفيدة من شرط الدولة الاولى بالرعاية لا يحق لها الاستثمار في المطالبة بالحقوق و المزايا اذا كانت الدولة الاجنبية الاخرى لم تعد تتمتع بهذه الحقوق و المزايا لأي سبب من الاسباب ".

يضاف الى ذلك ان اسراف الدولة في الارتباط بمبدأ الدولة الاولى بالرعاية قد يجعلها تتردد كثيرا في عقد اتفاقيات دولية تقرر فيها حقوق او مزايا للاستثمارات الوافدة اليها من دولة معينة خشية ان يترتب على هذا المسلك وفق المبادئ القانونية السائدة ، تمتع جميع الاستثمارات الاجنبية الاخرى تلك الحقوق و المزايا فشرط الدولة الاولى بالرعاية من شانه ان يشل يد الدولة عن منح اية مزايا وضماناتها القانونية التي ترغب في منحها الى استثمارات وافدة اليها من دولة اخرى اذ ان ذلك سيضطرها الى منح الضمانات ذاتها الى الاستثمارات الاجنبية الاخرى المستفيدة من الشرط على الرغم من ان هذه الاخيرة لم تكن مقصودة اساسا بتلك الضمانات.

المطلب الثالث : مبدأ المعاملة بالمثل او التبادل

مقتضى هذا المعيار ان تعامل الدولة المستثمرة لأجنبي بالمعاملة ذاتها التي يلقاها رعاياها في اقليم الدولة التي ينتمي اليها هذا المستثمر بجنسية ويعد هذا المعيار في الواقع وسيلة مهمة وشاسعة لتحديد الضمانات القانونية التي يحظى بها الاستثمار الاجنبي في الدولة المستقطب للاستثمار فقد تنص عليه الدولة في قوانينها الوطنية ويعرف عندئذ بالتبادل التشريعي وقد تكتفي الدولة بالتبادل الواقعي بحيث تمنح المستثمر الاجنبي الحقوق والمزايا نفسها التي يجري العمل على منحها لمواطنيها في الدول الاجنبية ولو لم يكن ذلك بمقتضى نص صريح يبدا ان الغالب ان يجري الاتفاق على المبدأ بين دولتين او اكثر بموجب اتفاقية دولية تبرم بينهما وهو ما يسمى بالتبادل الاتفاقي او الدبلوماسي الذي تقوم عليه بدراسته وأيا كان الشكل القانوني الذي يرد فيه مبدأ المعاملة بالمثل فانه قد يتخذ من حيث المضمون

[1] هشام صادق ، مرجع نفسه ، ص ص224.225

صيغا متعددة ينبغي علينا بحثها للوقوف على مدى فاعليتها في حماية الاستثمار غير الوطني وضمانه ولعل اهم تلك الصيغ في الواقع هي ما يلي :

1- التبادل الحق بالحق DROIT POUR DROIT:

مؤدي هذا المبدأ ان تقوم الدولة بمنح المستثمر الاجنبي الضمانات و المزايا ذاتها التي تمنحها دولة اخرى تعويضات مماثلة للمستثمرين من الدولة الاولى وتقوم هذه الصيغة من الصيغ التبادل على فكرة التطابق او التماثل .

2- التبادل على اساس التعادل:

مقتضى هذه الصيغة من صيغ المعاملة بالمثل ان نتعهد الدولة بمنح المستثمر الاجنبي مزايا معينة في اقليمها نظيرا للحصول مواطنيها وشركتها في الدولة الاجنبية على مجموعة من المزايا ترى انها تعادل في الاهمية المزايا التي قررت منحها للمستثمرين الاجانب وان كانت لا تطابقها .

3- التبادل على اساس المعاملة الوطنية :

يقصد بهذا المبدأ عموما ان تقرر الدولة الاستثمار الوافد اليها معاملة الاستثمار الوطني نفسها بشرط ان تلقى استثماراتها فيتلك الدولة الاجنبية المعاملة القانونية ذاتها وتتسم هذه الصيغة من صيغ المعاملة بالمثل بالسهولة و اليسر يبد انها لا تؤدي الى تحقيق توازن حقيقي بين الدولتين المتعاقدة في نسبة الضمانات القانونية التي تقررها فقد تكون احدى الدولتين سخية في منح الضمانات القانونية التي تقررها فقد تكون احدى الدولتين سخية في منح الضمانات و المزايا لاستثماراتها الوطنية بينما تكون الاخرى مقترة في ذلك ويقضى ذلك في النتيجة الى عدم التعادل بين حقوق الدولة والتزاماتها وبالتالي فان هذه الصورة لا تحقق التعادل بين الدول المتعاقدة الا اذا كانت تلك الدول تتضارب في نظمها القانونية من حيث الضمانات و المزايا التي تخولها للاستثمارات الوطنية [1].

[1] دريد السامرائي ، مرجع نفسه ،ص 218

نستخلص مما سبق ان الدول المضيفة الى الاعتراف بهذه الضمانات وتكريسها في قوانينها الوطنية باعتبارها مبادئ اساسية لجذب رؤوس اموال المستثمرين من خلال ضمان المساواة والشفافية سواء في عملية طلب عن طريق التسجيل على مستوى الوكالة او المعاملة في حال نزع الملكية او التعويض وهذ ما كرسه المشرع الجزائري في مجال حماية الحق في الملكية حسب المبادئ العامة في هذا المجال والاحكام المعمول بها في هذا المجال في القوانين الداخلية ،وتتضمن الاتفاقيات الثنائية كل التفاصيل الضرورية لحماية الحق في الملكية مما يشكل ضمانة اساسية للمستثمر الاجنبي .

الفصل الثاني

مبدأ الضمانات بعدم مراجعة التحفيزات السابقة

يمنح التشريع الجزائري الحالي للمشاريع الاستثمارية اعفاءات ضريبية وجمركية هامة يهدف تكريس الحرية الاقتصادية وتدعيم الاتجاه الليبرالي للنشاط الاقتصادي لان التخفيف من الاعباء الضريبة من شانه ان يشجع الادخار و الانتشار و بالتالي زيادة الانتاج و تحقيق زيادة في النمو الاقتصادي و لقد تم تحقيق التنمية الاقتصادية .

وكذا منح الدولة للمستثمر ضمانات بعدم رجعية القوانين بأثر رجعي ومنح الامتيازات العقارية خاصة العقار الصناعي و التزام المستثمر بتسديد الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة قانونا

ولهذا سنعرض في هذا التحليل المبحث الاول التحفيزات المتعلقة بإدارة الضرائب، المبحث الثاني التحفيزات المتعلقة بإدارة الجمارك و في المبحث الثالث التحفيزات المتعلقة بالعفاء عن طريق منح الامتياز مع الاشارة الى عدم رجعية القوانين باثر رجعي في حالة صدور قوانين مستقبلا الا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة في اطار القانون فيما يخص سواء من جانب المزايا و التحفيزات او الامتيازات الممنوحة للمستثمر في الجزائر

المبحث الاول : التحفيزات المتعلقة بإدارة الضرائب

زيادة على الحوافز الضريبية المنصوص عليها في القانون العام تستفيد الاستثمارات المنجزة في اطار الامر 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 و المعدل و المتمم و القانون 09/16 المتعلقين بتطوير الاستثمار من عدة مزايا تتمثل في تطبيق النسبة المنخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص التجهيزات المستوردة و التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار و الاعضاء التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار و الاعفاء من دفع الرسوم لنقل الملكية كم تستفيد من مزايا خاصة الاستثمارات المنجزة في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة وتلك لها اهمية خاصة من الدولة وتلك التي لها أهمية خاصة للاقتصاد الوطني الى جانب بعض الاعفاءات بعد معاينة انطلاق والاستغلال [1]

غير ان التعديلات الواردة في القانون المالية التكميلي لسنة 2009 المؤرخ في 22 جويلية 2009 تتضمن بعض الشروط للاستفادة من مزايا النظام و العام بحيث اصبحت تخضع لتعهد كتابي من المستفيد بإعطاء الافضلية للمنتوجات و الخدمات ذات مصدر جزائري اما الاعفاء من الرسم على القيمة المضافة فاصبح يقتصر على الإقتناءات ذات مصدر جزائري الا في حالة التأكد من عدم وجود منتوج محلي مماثل بينما يشترط الحصول على قرار من المجلس الوطني للاستثمار للاستفادة من مزايا النظام العام عندما يتجاوز مبلغ الاستثمار 500 مليار دينار او يساويه كما اصبح المجلس الوطني للاستثمار مؤهلا قانون للموافقة على الاعفاءات او التخفيضات في الحقوق او الضرائب او الرسوم لفترة لا تتجاوز خمس سنوات اذا كانت تثقل اسعار السلع المنتجة في اطار النشاطات الصناعية [2].

المطلب الاول : التحفيف من العبء الضريبي

ينتهج هذا الاسلوب الاتجاه التشجيعي و الذي بمقتضاه يتم منح المستثمر الاجنبي ضمانات ومزايا تفوق تلك الممنوحة للمستثمر الوطني ويتم ذلك باتباع احدى الطريقتين .

1- التحفيف من التزامات المستثمر الاجنبي وذلك كاستثنائه من بعض القيود النقدية المطبقة في الدولة مثل الاعباء الضريبية .

[1] القانون 09/61 ، المتعلق بتطوير الاستثمار

[2] المادة 14 منح المزايا للاستثمارات التي تساوي او تفوق 500 مليار دينار جزائري، من نفس القانون

2- استبعاد تطبيق القانون الداخلي على المستثمر الاجنبي وذلك بان تحدد الدولة منطقة جغرافية توقف فيها تطبيق تشريعاتها مثل المناطق الحرة [1].

- تجنب الازدواج الضريبي :

يمثل الاستثمار الاجنبي عموما سببا لتدخل المجال الضريبي لأكثر من دولة وتبعا لذلك يترتب و بالضرورة الازدواج الضريبي يقدر اختلاف معايير تحديد الوعاء الضريبي في الدول ذات العلاقة بالاستثمار . سواء تلك التي يتبعها المستثمر لجنسيته او يقيم بها او التي يجري الاستثمار فيها وكما كان هذا الازدواج بشكل قيدا مهما على حرية انتقال رؤوس الاموال تجنبه على الرغم من كونه عملا مشروعا من وجهة النظر القانونية لذلك فان تجنب الازدواج الضريبي يستند على اساس من العدالة وتعليل ذلك هو ان تعرض المكلف (الممول) لدفع الضريبة اكثر من مرة عم المال الواحد يعد تجاوز واضحا لفكرة وقواعد العدالة القانونية الضريبية [2].

من هذا المنطق أصبح تجنب الازدواج الضريبي موضوعا لاهتمام الاتفاقيات الدولية وقرارات هيئة الامم المتحدة فضلا عن اهتمام المشرع الوطني سواء في الدول المصدرة او الدول المستقطبة له وبما ان الازدواج الضريبي يؤثر بصورة او بأخرى في استقطاب الاستثمار الاجنبي فإننا نبحث عن دور الادارة في تجنب الازدواج الضريبي وهذا حسب التشريعات .

اولا : الازدواج الضريبي الداخلي

قد يكون الازدواج الضريبي مقصودا بذاته من المشرع الوطني ومه ذلك فان كان اجراء قانوني بديل يمكن ان يحقق ذات الاهداف فينبغي عندئذ تجنب الازدواج الضريبي واعتماد لإجراء القانوني البديل .

واذا كان الازدواج الضريبي غير مقصود فان تجنبه يختلف بحسب ما اذا كان ناشئا عن وجود سلطتين ماليتين مستقلتين في الدولة اوعن وجود سلطة واحدة فيها .

اما الازدواج الناشئ عن وجود سلطتين ماليتين فانه يحدث عادة في الدولة الاتحادية وذلك عندما تقرض السلطة المركزية وادارة الولايات ضرائب متماثلة او متشابهة على الوفاء نفسه وفي هذه الحالة يمكن تجنب الازدواج بان ينص التشريع على الاختصاص الحالي لكل من هذه السلطات بحيث تختص كل منها بفرض

[1] Gilbert tixier guy gest droit fisid international presse universitaire paris 1985
[2] دريد السامرائي ، مرجع نفسه ، ص 140

مختلف الضرائب على ان تترك ضريبة معينة تختص بها ادارة الولايات وان يتم كذلك تقسيم حصيلة يعني الضرائب التي ترفضها السلطة المركزية كالضريبة على الارباح التجارية بينها وبين ادارة الولايات فيكون لكل منها نسبة معينة حصيلة تلك الضرائب [1] .

اما الازدواج الناشئ عن السلطة واحدة في الدولة فانه يمكن تجنبه بنص تشريعي خاص وقد يلجأ التشريع في سبيل تجنبه الى احدى الطرق التالية :

- نص على استنزال مقدار الايراد الذي خضع للضريبة الاولى من الايراد الكلي الذي يخضع للضريبة الثانية
- ان يتم خصم مبلغ الضريبة الاولى الذي دفعه المكلف (الممول) من مبلغ الضريبة الثاني الذي يخضع له بيد ان هذه القاعدة لا تؤدي الى تلاقي في الازدواج الضريبي الا بشكل جزائي وذلك في حالة اختلاف سعر الضريبة الاولى عن الثانية مثلا .

ثانيا : تجنب الازدواج الضريبي الدولي

الواقع من الامر انه يمكن تلاقي اثار الازدواج الضريبي الدولي عموما اذا ما سعت الدولة الى تضمين تشريعها بنص يقضي بعدم فرض الضريبة على الاستثمار نفسه الذي سبق وان فرضت عليه الضريبة ذاتها من قبل دولة اخرى لضرائب الدولة المستقطبة باعتبارها نصدر الدخل وحيث ان الازدواج الضريبي الدولي ينجم عن قيام الدولة المصدرة بفرض الضريبة مرة اخرى على عوائد الاستثمار رغم سبق فرضها من قبل الدولة المستقطبة له فان المشرع الوطني في الدولة المصدرة يمكن ان يؤدي دورا حقيقيا في تجنب هذا الازدواج و التحقيق من اثاره وذلك من خلال السياسة الضريبية التي يتبعها في مواجهة الاموال الوطنية المستثمرة في الخارج و يلاحظ في هذا الشأن ان تشريعات معظم هذه الدول تتضمن تسهيلات عدة تهدف في حقيقتها الى :

- تخفيف العبء الضريبي عن مواطنيها الذين يزاولون نشاط استثماري في الدول الاخرى
- اعطاء الارباح المحولة من فرع تابع لشركة وطنية يمارس نشاطا تجاريا في دولة اخرى من الضريبة بشكل كلي او جزئي او خصم مبلغ الضريبة المدفوعة في الخارج من حصيلة الضريبة الوطنية او عدم ادخال تلك الارباح في الوعاء الضريبي اذا اعيد استثمارها في الدول النامية [2].

[1] دريد السامرائي نفس المرجع ص 168.169
[2] دريد السامرائي مرجع نفسه، ص 170

المطلب الثاني : انظمة الاعفاء الضريبي الممنوحة من الدولة

تعتمد الدول المصدرة طرقا متعددة للحد من اثار الازدواج الضريبي السلبية ومن اهماها ما يلي :

الفرع الاول : الاعفاء الكامل من الضريبة الوطنية

تمنح الدولة اعفاء ضريبي كاملا لإيرادات راس المال أيا كان الشكل القانوني لاستثماره في الخارج وعليه فان المستثمر التابع لهذه الدولة سوف يستفيد من ضمان عدم فرض ضرائب في دولته على عوائده المحققة في الدول الاخرى ،ويلاحظ ان النظام يؤدي الى تجنب الازدواج الضريبي ،كما انه يحقق اهداف الدول النامية في اجتذاب راس المال الاجنبي اليها خاصة اذا ما قررت له اعفاءات وحوافز ضريبية حيث يتم الاتفاق بين الدول على اعفاء الدخول التي يحققها مواطنوها من انشطتهم في الدول الاخرى من الضريبة بشرط المعاملة بالمثل [1].

ومع ان هذا يقضي على حالة الازدواج الضريبي الدولي الا انه لا في انتقادات لما تحمله من تضحية في الموارد وتعارض مع مبدأ تصاعدية الضريبة التي تزداد اسعارها بازدياد مقدار الدخل على جميع الدخول التي يحصل عليها الممول من مصادر وطنية واجنبية الا ان ذلك يمكن تسويته بإحدى الطرق التالية :

- اعتبار الدخل الناتج من مصادر اجنبية المكونة للشريحة العليا للدخل العام و الدخل الناتج من المصادر الوطنية بمنزلة الشرائح الدنيا
- تطبيق سعر متوسط على الدخل الناتج عن مصادر وطنية ويحدد هذا السعر اعتمادا على سعر المتوسط الذي يمكن تطبيقه على مجموع الدخل الذي حققه الممول بما فيها ذات المصدر الاجنبي واختيار احدى هذه الطرق في تحديد سعر الضريبة ،تحدده سياسة منهجية الدولة في تشجيع او الحد من الاستثمارات الوطنية في الخارج حيث تحد الطريقة الاولى من تلك الاستثمارات وتشجع الطريقة الثانية ذلك بينما الثالثة فتمثل حدا وسطا بين الاتجاهين ويمكن القول ان هذه الطريقة تخدم المستثمر بأحادية الضريبة وتفيد الدول النامية المستقطبة للاستثمار في اجتذاب رؤوس الاموال وبالتالي تحقق اهدافها الاقتصادية من ذلك لا سيما اذا زاد على توفير ضمانات وحوافز ضريبية اخرى و العبء الوحيد في طريقة الاعفاء التام من الضريبة الوطنية

[1] نقدي عبد المجيد ،المدخل الى الاقتصاديات الكلية، طبعة 2 ،الجزائر، 2005 ،ص173

هو اعراض المستثمر عن اعادة استثمار عوائده في الدولة المستقطبة طالما ان تلك العوائد تخضع للضريبة عند تحويلها الى دولته الاصلية [1].

الفرع الثاني : تأجيل الضريبة الوطنية

يمكن اللجوء الى هذا النظام عند قيام شركة تتمتع بجنسية دول مصدرة لرأس المال لإنشاء فروع او شركات تابعة لها في الخارج ففي مثل هذه الحالة لا تستحق الضريبة الوطنية على ارباح الفرع عند تحويلها الى الشركة الام ،واذا كان من شان هذا النظام ان يدفع المستثمر الى اعادة استثمار عوائده في الدول النامية غير انه لا يمكن تقديم مساهمة حقيقية في تلاقي اثار الازدواج الضريبي ،وهو اقل فاعلية من نظام الاعفاء الكامل من النظرة الموضوعية وان كان مفيدا من الناحية الزمنية لتحقيق عن كاهل المستثمر الاجنبي لهذا يقال ان هذا النظام هو نظام قائم على الازدواج مع التوسعة الزمنية على المستثمر وحيث تمنحه ارباحه وعوائده فالمستثمر الاجنبي ان يستفيد الا من مساحة زمنية تمنحه امكانية اعادة استثمار عوائده في الدول النامية ولا يعفى من فرض عليه ضريبة دولته التي ينتمي اليها حتى حول هذه الارباح الى الشركة الام [2].

الفرع الثالث : اعتماد نظام الضريبة الاجنبية من وعاء الضريبة الوطنية

يفترض هذا النظام من حيث الامل ان العوائد التي حققها المستثمر في الخارج قد خضعت للضريبة في الدولة المستقبلة للاستثمار فيتم تنزيلها من تلك الايرادات عند حساب وعاء الضريبة .وما يلاحظ على هذا النظام انه لا يعطي اثر نافعا في القضاء على الازدواج الضريبي ومن ثم التحفيف من العبء الضريبي على المستثمر الاجنبي الا في حالة وحيدة تكون نادرة او تكاد ان تكون نادرة ،وهذا حالة اتحاد الوعاء الضريبي للدولة المستقطبة و الدولة المصدرة ،ويكفي الاشارة على عدم الشجاعة المطلقة لهذا النظامان الدخل الصافي يضل خاضعا للضريبة الوطنية كخضوعه للضريبة الاجنبية من بعد خصمها [3].

[1] نفدي عبدالمجيد ،مرجع سابق ،ص 174
[2] دريد محمود السامرائي مرجع سابق ص 171
[3] جدي حبيب الرحمان دور السياسة الضريبية في اجتذاب رؤوس الاموال الاجنبية في الدول الاخذة في النمو أطروحة دكتورة جامعة القاهرة 192 ص168

الفرع الرابع : خصم الضريبة الاجنبية من قيمة الضريبة الوطنية

يفترض هذا النظام ان العوائد التي حققها المستثمر في الخارج قد خضعت للضريبة في الدولة المستقطبة للاستثمار، فيتم تنزيلها من تلك الايرادات عند حساب وعاء الضريبة الوطنية ،غير ان هذا النظام لا يترتب اثر ملموسا في التحقيق من العبء الضريبي الا اذا اتخذ الوعاء الضريبي لدولتي المستثمر وموطن الاستثمار [1].

ويقوم الاتفاق بين الدولتين على خصم الضريبة الاجنبية من الضريبة المحلية التي تستحق على إيراداته التي حققها في الخارج وتقدم مثال ذلك:

الاستثمارات اليابانية التي ازداد حجمها في الدول و التي تربطها مع اليابان اتفاقات تجنب الازدواج الضريبي ،حيث سمح اليابان شركتها بالمطالبة بخصم ضريبي لاستثماراتها في الدول النامية ومما يدفع القول بشجاعة هذا النظام ،هوانه زيادة على تحفيف من حدة الازدواج الضريبي من حيث انخفاض قيمة الضريبة الوطنية بسبب خصم قيمة الضريبة الوطنية وذلك في الحالتين:

اولهما : حالة تساوي قيمة الضريبة الاجنبية مع قيمة الضريبة الوطنية.

ثانيا : حالة علو قيمة الضريبة الاجنبية على قيمة الضريبة الوطنية[2].

الفرع الخامس : نظام تخفيض الضريبة الوطنية

لا تقدم الدولة اعفاء ضريبي كاملا لإيرادات الاموال المستثمرة في الخارج وانما تنظم معاملة ضريبة منخفضة بالمقارنة بالإيرادات المحلية المماثلة ويتمثل ذلك في صورة سعر للضريبة يقل عن السعر الذي يطبق على الايرادات المحلية ذلك ان لمستثمر المحلي وان مثل هذا المستثمر الاجنبي في نشاطاته الا انه لا يتحمل ازدواجا ضريبي على ايراداته بمثل ما تعامل به غيره وبعبارة اخرى فان سعر الضريبة المفروضة على ايراد المستثمر الذي يقيم مشاريعه الاستثمارية في الخارج يكون اقل من السعر الذي يطبق على الايرادات المحلية وقد عملت بهذا كثير من الدول كبلجيكا وايطاليا وفرنسا و البرتغال غير ان النظام لا يؤدي الى تجنب الازدواج الضريبي او لتخفيف من اثاره ،حيث يتم الاتفاق على نفس

[1] دريد السامرائي مرجع سابق ص172

[2] السيد عبد المولى ،المعاملة التفضيلية الاستثمار الاجنبي في القوانين البلاد العربية معهد البحوث و الدراسية ،1997 ص424.

اسعار الضرائب على رعايا الدول الاخرى بحيث تستطيع الدولة التي يوجد فيها موطن المكلف ان تفرض ضريبة تكميلية بنسبة منخفضة السعر بحيث تحقق لنفسها موارد مالية من الايرادات التي يحققها مواطنها في الخارج.

المطلب الثالث : إزالة العوائق الضريبة

لقد منح المشرع الجزائري للاستثمارات الأجنبية مجموعة جوهرية من الضمانات فهل على ضمان حرية استثمار اهتم بإزالة كل العراقيل الإدارية و فتح كل القطاعات الاقتصادية أمام المستثمرين ، وقد راعى في ذلك عدم التمييز بينهم سواء كانوا وطنيين أو أجانب ، فعمل على منح المستثمرين الأجانب كل الامتيازات و التسهيلات الممنوحة للمستثمرين الوطنين سعيا منه لاستقطابهم و توسيع تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى الجزائر، كما اقر ضرورة ترقية فعالية النظام الضريبي الجزائري لتمكينهم من تنفيذ مشاريعهم الاستثمارية على أرضية قانونية .

الفرع الاول : حظر التمييز في المعاملة الضريبية وفق الدستور03/16

أي يجب على الدولة أن تقوم بتشجيع الاستثمار الخاصة على الانسياب داخل أقاليمها و يتم ذلك من خلال توفير الضمانات الكافية على قبول الأجانب لاستثماراتهم في الدولة النامية من حيث أنها لم تتعرض إلى معاملة يكون من شأنها حدوث تميز ضريبي ،و إنما سوف تتحمل أعباء مماثلة تماما لأعباء رأس المال الوطني ،و يمكن للدولة النامية عدم التمييز في المعاملة الضريبية من خلال العمل على المستوى الفردي ويتم هذا من خلال قيام الدولة النامية ،بإصلاح نظامها الضريبي المالي بشكل يؤدي إلى حدوث انسياب لرؤوس الأموال وتعرضه إلى عوائق بأي وسيلة أخرى لا يكون من شأنها وقف عملية انسياب الأموال الأجنبية إلى الداخل لتخفيض قيمة عملها بدلا من فرض الضرائب على الاستثمار الأجنبي[1]العمل على المستوى الجماعي من خلال النص في شروط عقود الاستثمارات و في الاتفاقيات الدولية على عدم حدوث أي نوع من أنواع التمييز [2]

[1] السامرائي ,، مرجع سابق ص 173
[2] محند عيبوط ,، مرجع السابق ص174

الفرع الثاني : حظر التميز في المعاملة الضريبية و فق القانون 09/16 و لمبدأ التمييز و جهان :

الوجه الأول : و بمقتضاه يتمتع المستثمر الأجنبي بنفس الحقوق و يخضع لنفس الالتزامات المستثمر الوطني و هو ما يعرف بالمعاملة الوطنية للمستثمر الأجنبي ،المادة 14 الأمر 03/01 و المادة 21 من القانون 09/16 [1] .

الوجه الثاني : المعاملة العادلة و المنصفة لجميع الأشخاص مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع دولهم الأصلية [2].

و يعد عدم التمييز بين المستثمرين الوطني و الأجنبي أحد الضمانات التي اعتمدها المشرع الجزائري منذ صدور أول قانون خاص بالاستثمار و ذلك بإقراره المساواة أمام القانون بين كل المستثمرين ، سواء من حيث التزاماتهم او من حيث الامتيازات التي يتمتعون بها لاسيما فيما يتعلق بالأحكام الجبائية .

الفرع الرابع : حظر التمييز وفق الدستور 03/16

و في الدستور 10/16 المادة 32 تنص " ان كل المواطنين سواسية أما القانون " و عليه قد كرسى المشرع الجزائر قاعدة المساواة في القانون الاسمى للدولة ألا و هو الدستور بما يفيد ضرورة تجسيد المبدأ ميدانيا من خلال خدمة المصلحة العامة و قد تم تجسيد المبدأ ميدانيا من خلال الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر و الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الأجانب نظرا لكون الاتفاقية اسمى من التشريع الداخلي على حد تعبير المادة 43 "طريقة كانت بإجراءات غير مبررة أو تمييزية" .

هذا المبدأ بعد تعهد من قبل الدولة الجزائرية بعدم المساس بالامتيازات الممنوحة حيث جاء في المادة 38 الرسوم12/93 على النحو التالي " يخص الأشخاص الطبيعيين و المعنويون الأجانب بنفس المعاملة التي يخص الأشخاص الطبيعيين و المعنويون الجزائريين من حيث الحقوق و الالتزامات فيما يتصل بالاستثمار ."

[1] المادة 14 من الأمر 03/01 م م و القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار
[2] المادة 21 من القانون 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار

فبهذه المادة قامت السلطات الجزائرية بنزع عائق كبير أمام المستثمرين الأجانب حيث جعلتهم في نفس الدرجة مع المستثمرين المحليين و عدم التمييز بين المستثمرين و الاستثمارات و من ثم الحرص على الاتفاقيات المبرمة .

المبحث الثاني : الضمانات المتعلقة بإدارة الجمارك

تتميز إدارة الجمارك بوظيفتها في مرحلة انجاز المشروع الاستثماري حيث يكون المستثمر بحاجة إليها لاستكمال الإجراءات الجمركية التي تضمنها التشريع الجمركي، و لقد أدخلت الجزائر تعديلات مختلفة على أنظمتها الإدارية و التشريعية ،و أوكلت التعامل مع المستثمرين إلى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وإعادة النظر في أنظمتها الجمركية و من أهمها النظام الجبائي من حيث التعديلات المستمرة لمعدلات الضرائب ضمن قانون المالية [1] .

نستعرض التحفيزات الجمركية في المطلب الأول ثم الإجراءات الجمركية حسب قانون المالية في المطلب الثاني و أخيرا الحماية الجمركية المطلب الثالث .

المطلب الأول : التحفيزات الجبائية في ظل الأنظمة الاقتصادية

تشمل التحفيزات الجبائية مجموعة من الإجراءات أهمها :

الفرع الاول :التحفيزات الجبائية وفق قانون الجمارك 10/98

أولا : القبول المؤقت

و يقصد به النظام الجمركي الذي يسمح بأن تقبل في الإقليم الجمركي البضائع المستوردة لغرض معين و المعدة لإعادة التصدير خلال مدة معينة مع وقف الحقوق والرسوم و دون تطبيق تدابير الحظر ذات الطابع الاقتصادي ، حيث مدة مكوث البضائع تحت نظام القبول المؤقت حسب المدة الضرورية للقيام بالعمليات التي استوردت من أجلها[2].

ثانيا: إعادة التمويل بالإعفاء

[1] دريد السامرائي مرجع سابق ص 40

[2] القانون 07/97 المؤرخ في 79/07/21 المعدل والمتمم بموجب القانون10/98 المؤرخ في 98/08/22 المتضمن قانون الجمارك ،الجريد الرسمية العدد 61

يسمح هذا الأخير بإمكانية الاستيراد مع الإعفاء الكلي أو الجزئي من الحقوق والرسوم لبضائع يتم تحويلها إلي منتوج معدة للتصدير للمتعاملين الاقتصادين باختلاف طبيعتهم خواص أو عموميين.

ثالثا: نظام التحسين عند التصدير.

التصدير المؤقت يسمح بموجب هذا النظام للمؤسسات بتصدير مؤقت لبضائع موجودة في إطار الإقليم الجمركي قصد تحويلها أو إصلاحها أو تصنيعها بالخارج أو عرضها في المعارض.

الفرع الثاني :التحفيزات الجبائية وفق القانون 04/17

كرس المشرع بموجب المادة 31 من القانون04/17 المتضمن قانون الجمارك والتي اضافت انظمة جمركية اخرى وهي:

1-نقل البضائع على طول الساحل

2-النقل من مركبة الى مركبة اخرى

3-استرداد الرسوم الجمركية

4-التصدير المؤقت

5-تصدير البضائع للاستهلاك المحلي

المطلب الثاني :الإجراءات الجمركية

من أهم هذه الإجراءات القيام بجمركة البضائع المستوردة أو التي أعيد استرداها , حيث تكون هذه الأخيرة موضوع تصريح مفصل .

-الفرع الأول : الإجراءات القانونية

أولا : تحرير التصريح وفق الشروط التي حددتها المواد من 75 إلي 78 و المواد من 82 الى 89 وفق قانون الجمارك الجزائري[1].والمواد من 2 إلي 7 من مقرر المدير العام للجمارك رقم 12 المؤرخ في 03 فبراير 1999 المتعلق بشكل التصريح والبيانات التي يجب أن يتضمنها وكذا الوثائق الملحقة به (3)

[1] القانون رقم 07/79 المعدل والمتمم بالقانون 10/98ا لمتضمن قانون الجمارك ،نفس المرجع

[1].*اكتساب التصريح بالطريق الالكتروني طبقا لنص المادة 91مكرر1 من القانون 04/17 المتضمن قانون الجمارك الجديد"[3]يمكن ان تكتب الصريحات ....في هذا القانون بالطريق الالكتروني"ف1"استبدال التصريح برمز تعريفي الكتروني" ف2

ثانيا: فحص البائع المصرح بها للتأكد من مدى مطابقتها مع ما ورد في التصريحات المفصلة التي ادلى بها المصرح سواء كان مالكها أو الوكيل المعتمد لدي الجمارك وذلك حسب ما نصت عليه المواد من 92 إلي 98 من قانون الجمارك[2]

ثالثا : الحصول علي رخصة رفع البضائع من طرف قابض الجمارك عند ثبوت عدم استحقاق الحقوق والرسوم الجمركية بموجب قرار منح المزايا المسلم من طرف الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، وعليه تكون إدارة الجمارك من بين الإدارات التي يمكنها التأثير سلبا أو إيجابا علي سير العملية الاستثمارية لذا فهي ممثلة علي مستوي الشباك الوحيد غير المركزي للوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار ويسهر ممثلها علي خدمة المستثمر في حدود اختصاصاته، وفي هذا نصت المادة 25 الفقرة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المتضمن صلاحيات الوكالة و تنظيمها وسيرها " يكلف ممثل الجمارك بمساعدة المستثمر في إتمام الشكليات التي تشترطها الإدارة الجمركية بمناسبة مشروعه أو تنفيذ قرار منح المزايا" [3].بناءا على هذا يتولى ممثل إدارة الجمارك جملة من المهام

الفرع الثاني : مهام ممثل إدارة الجمارك

تتمثل مهام ممثل إدارة الجمارك فيما يلي :

- مساعدة المستثمر على استبقاء الشكليات اللازمة على مستوى مكاتب الجمارك المختصة والحصول على التراخيص و الموافقات التي تشترطها الإدارة الجمركية من أجل إنجاز المشروع.
- تقديم المعلومات التي يمكن إن يطلبها المستثمر كتلك المتعلقة بالتجارة الخارجية و التعريفات الجمركية و الرسوم التنظيمية المتعلقة بالاستيراد و التصدير.

[1] مقرر المدير العام للجمارك رقم12 المؤرخ في 1999/02/03
2 المادة 91مكرر1 ف1 وف2 ،من القانون 04/17 المتضمن قانون الجمارك، ج ر ع 11،يتاريخ 2017/04/16
[3] المواد من 82 إلى 98 من قانون الجمارك المعدل والمتمم رقم 07/79

- التنسيق مع المصالح الخارجية لإدارة الجمارك قصد استكمال الخطوات الضرورية لضمان الاستفادة من الإعفاءات الجمركية المقررة بموجب قانون الاستثمار و قوانين المالية المختلفة [1].
- مساهمة ممثل إدارة الجمارك في حل أي مشكل يواجه المستثمر مع الإدارة الجمركية , ذلك أن المستثمر قد يعاني من بعض المشاكل مع هذه الإدارة ،تختلف حدتها تبعا لما يتميز به النظام الجمركي السائد في البلد من مرونة و لما تتمتع به إدارة الجمارك من وسائل وإمكانيات بشرية [2]. **المطلب الثالث : الحماية الجمركية**

يقصد بالحماية الجمركية عموما قيام الدولة بفرض ضريبة جمركية مرتفعة نسبيا على السلع و البضائع المستوردة المماثلة للمنتجات المحلية او منع استيرادها ،وبعبارة اخرى فان الحماية الجمركية تتضمن في الواقع قيام الدولة باستخدام الضريبة الجمركية كوسيلة لرفع ضريبة السلع المستوردة لكي تستطيع السلع المحلية حتى ولو كانت منتجة من قبل مستثمر اجنبي يزاول نشأته في الدولة من منافسة السلع المستوردة في السوق الوطنية ولذا تأخذ تشريعات معظم الدول النامية بنظام الحماية الجمركية يهدف تخفيف العبء عن الصناعات المحلية من اجل تشجيع راس مال الاجنبي للاستثمار في الدولة المستفيدة من تلك الحماية التي توفرها تلك الدولة للسلع المنتجة محليا ولهذا كان لبد من مراعاة الاعتبارات التالية :

الفرع الاول : الحماية الجمركية من السلع و الخدمات المستوردة [3]

أولا : اضفاء الحماية الجمركية على الصناعات المحلية تهدف الدولة من هذه الحماية الجمركية اساس هو زيادة انتاجها وتنويع صادراتها وانسجام ومتطلبات الدولة، و التي تكون قادرة في الوقت ذاته على منافسة الصناعات الخارجية .

ثانيا : الحماية الجمركية يجب ان تكون مؤقتة بحيث تحدد الدولة مدة الحماية الجمركية حتى يتمكن المنتج المستثمر من تطوير انتاجه وكذلك لكي لا تصبح عرضة للاحتكار ويصبح في حالة ركود لعدم المنافسة .

[1] قانون الاستثمار 09/16
[2] القانون رقم 18/15 المتضمن لقانون المالية 2016
[3] الدكتور دريد محمود السامرائي مرجع سابق ص 179

الفرع الثاني : مراعاة مستلزمات الانتاج المحلي

يجب ان تزيد الدولة الرسوم الجمركية على استيراد السلع الجاهزة و المنافسة للإنتاج المحلي او تمنع وتقيد استيرادها على ان يراعى ما يلي :

- كفاية الانتاج المحلي لحاجة السوق .
- مصلحة المستهلك في مواصفات هذه السلع وبالذات من حيث الجودة والسعر .
- الا تزيد مدة هذه الحماية لأي سلعة عن ثلاثة سنوات .
- الا يترتب على الحماية خلق اي صورة الاحتكار او السيطرة على السلع المحمية[1].

فهذه المستلزمات اذا توفرت في سوق الدولة ،فعلى المستثمر مراعاة العقلنة في الانتاج حسب العرض و الطلب ،وعلى الدولة المساهمة في خلق جو الحماية الداخلية وذلك على حظر المنافسة غير الشرعية ،مثل السوق الموازية وتوفير الامكانيات من اجل التصدير و السير الحسن لجلب واستقطاب الاستثمارات.مثال :ما جاء في قانون المالية التكميلي2016 بالنسبة للمستثمر في العجلات المطاطية فقد ادرج او استحدث ضريبة على العجلات المطاطية المستوردة الخفيفة ب 5 دج للعجلة اما الوزن الثقيل 10دج للعجلة [2] .

الفرع الثالث : التحفيزات الجبائية في مجال الاستثمار

زيادة على التحفيزات الجبائية والشبه جبائية والجمركية المنصوص عليه في القانون العام تستفيد الاستثمارات المعنية بالمزايا المحددة في المادة 2من القنون09/16

اولا : مرحلة الانجاز يجب أن تنجز الاستثمارات المذكورة في المادة الاولى والثانية حيث يبدأ آجل الانجاز من تاريخ التسجيل يتجسد تسليم التسجيل على الفور ليتمكن المستثمر من الحصول على المزايا التي له الحق فيها امام كل الادارات والهيئات المعنية ويمكن تمديد هذه المدة طبقا للكيفيات المحددة عن طريق التنظيم.

1- الاعفاء من الحقوق الجمركية التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

2- الاعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات المستوردة او المقتنيات المحلية التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

[1] دريد محمود السامرائي مرجع سابق ص 180
[2] قانون المالية التكميلي 2017

3- الاعفاء من دفع حق الملكية والرسم على الاشهار العقاري ومبالغ الاملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز .

4- تخفيض بنسبة 90بالمائة من مبلغ الاتاوة الايجارية السنوية المحددة من قبل مصالح املاك الدولة .

5- الاعفاء لمدة 10سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في اطار الاستثمار .

6- الاعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية لشركات والزيادات في راس المال .[1]

ثانيا :مرحلة الاستغلال

بعد معاينة المشروع في مرحلة الاستغلال بناء على محضر تعده المصالح الجبائية بطلب من المستثمر لمدة 03سنوات من المزايا الاتية :

1-الاعفاء من الضريبة على ارباح الشركات .

2-الاعفاء من الرسم على النشاط المهني .

3-تخفيض بنسبة 50بالمائة من مبلغ الاتاوة الايجارية السنوية المحددة من قبل مصالح املاك الدولة.[1]

ا) -المزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز و/او المنشئة لمناصب الشغل

لا تلغي المزايا المحددة في المادتين 12 و13 التحفيزات الجبائية والمالية الخاصة ،المنشاة بموجب التشريع المعمول به، لفائدة النشاطات السياحية والنشاطات الصناعية والنشاطات الفلاحية كما لا يؤدي وجود عدة مزايا من الطبيعة ،سواء تلك المنشاة بموجب التشريع المعمول به او تلك المنصوص عليها في القانون 09/61و في هذه الحالة يستفيد المستثمر من التحفيز الافضل.

كما ترفع مدة مزايا الاستغلال الممنوحة لفائدة الاستثمارات المنجزة خارج المناطق الذكورة في المادة 13 من 03سنوات الى05سنوات عندما تنشئ اكثر من 100منصب شغل دائم خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الاستثمار الى غاية السنة الاولى من مرحلة الاستغلال على الاكثر.

ب) -المزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الاهمية الخاصة للاقتصاد الوطني

تستفيد من المزايا الاستثنائية الاستثمارات التي تمثل اهمية خاصة للاقتصاد الوطني ،والمعدة على اساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة ،وتبرم هذه الاتفاقية بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار

تتضمن المزايا الاستثنائية :

-تمديد مدة مزايا الاستغلال الى10 سنوات

[1] لمادة 20 القانون 09/16 مرجع سابق

-منح تخفيض او اعفاء طبقا للتشريع المعمول به للحقوق الجمركية والجبائية والرسوم

يؤهل المجلس الوطني للاستثمار لمنح اعفاءات او تخفيضات للحقوق او الضرائب او الرسوم على القيمة المضافة[1]

المبحث_الثالث : الضمانات المتعلقة بمنح عقد الامتياز على العقار

ترسخ لدى الحكومة الجزائرية ان مبدأ تحقيق التنمية الاقتصادية مرهون بمدى التعاون القطاع الخاص الوطني والقطاع الخاص الاجنبي، لذلك جاءت الاصلاحات الاقتصادية بالتوازي مع توفير اطار تشريعي يسمح بجذب وتشجيع المستثمر الاجنبي.

سنحاول تقديم قراءة قانونية تحليلية للنصوص القانونية الخاصة بتطبيق اسلوب منح الامتياز عن طريق ابرام عقد اداري ذو خصوصية ذاتية تشكل الالية القانونية الخاصة بتنفيذ المشروع الاستثماري الاجنبي في المجال الصناعي، في ظل حرص الدولة على تهيئة المناخ الاستثماري لجذب المستثمر الاجنبي.

المطلب الأول: المفهوم القانوني لعقد الامتياز العقار الصناعي

تعريف عقد الامتياز: يعتبر عقد الامتياز الصناعي من اهم العقود الادارية المسماة التي تكفل المشرع الجزائري بتحديد اسسه القانونية من تعريف و تنظيم احكامه، وهو عقد يتميز بالجمع في الآخذ بأساليب القانون العام و بالإضافة الى احكام القانون الخاص.

الفرع الاول :خصائص عقد الامتياز

1- ان الامتياز يمنح لشخص طبيعي او معنوي يستوى في ذلك ان يكون خاضعا للقانون العام او الخاص ، يسمى بالمستفيد او المستغل.

2- يمنح الامتياز لمدة زمنية محددة.

3- يرتب منح حق الامتياز حق الانتفاع، اي يخول للشخص المعين، الانتفاع بالعقار محل الاستثمار.

4-عقد الامتياز يرتب حقا عينيا.

أ/ يمنح الامتياز على اساس دفتر شروط يحدد حقوق وواجبات السلطة المانحة لحق الامتياز وصاحب الامتياز.

ب/يترتب على منح الامتياز دفع إتاوة إيجاريه سنوية.

ان الخصائص المبينة اعلاه، تقودنا الى القول ان عقد الامتياز الصناعي الذي يمنح لشخص طبيعي او معنوي خاضع للقانون الخاص او القانون العام من طرف الدولة لغرض انتفاع بعقار مقابل دفع اتاوة سنوية، هو عقد ذو طبيعة قانونية ذات مرونة تناسب موضوع تجسيد الاستثمار و تفتح المجال امام مشاركة القطاع الخاص الاجنبي الى جانب القطاع الصناعي الوطني في تحقيق التنمية الاقتصادية الوطنية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الصناعي:

إن طبيعة عقد الامتياز الصناعي تتعايش مع نظام اقتصاد السوق في اطار احترام المستثمر للقوانين المعمول بها و لدفتر الشروط.

يصدر منح الامتياز في شكل قرار صادر عن الوالي، حيث يسمح هذا القرار لإدارة املاك الدولة من اجل تحرير عقد الامتياز، حيث نصت المادة 10 من الامر رقم 08-04 على انه" يكرس الامتياز المذكور في المادة 4 اعلاه بعقد اداري تعده إدارة املاك الدولة مرفقا لدفتر اعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز"[1].

فعقد الامتياز اعتبره القانون عقد شكلي، وهذا ما نصت عليه المادة 19 من الدفتر النموذجي لمنح الامتياز عن طريق التراضي على انه :" يتم اعداد العقد الاداري المتضمن منح الامتياز على القطعة الارضية لفائدة المستفيد من طرف مدير املاك الدولة لولاية .... قرار تفويض وزير المالية .... بتاريخ....".

زيادة على الصيغة الادارية لعقد الامتياز الصناعي التي اوجب المشرع افراغ التصرف القانوني، فإنه بالرجوع لمضمون عقد الامتياز نلاحظ انه يجمع بين تطبيق اساليب القانون العام واساليب القانون الخاص.

المطلب الثاني:عقد الامتياز الصناعي اساس تشجيع الاستثمار الاجنبي الصناعي

[1] بلكعيبات مراد ، دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، العدد السابع، سنة 2012، ص 232.

تدعيم الاستثمار قد ظهر بصفة واضحة في القطاع الصناعي من حيث العديد من المؤسسات الاستثمارية الوطنية والاجنبية المتواجدة في السوق الوطنية، وقد تجلى ذلك في الاوعية

الفرع الأول: ضمانات قوانين الاستثمار:

ان لاستقرار القانون الذي يحكم الاستثمار اهمية كبيرة في جذب المستثمر الاجنبي، لان المستثمر يولي اهمية بالغة للنظام القانوني الذي يحكم استثماره وما اذا كان يتماشى مع مصالحه وبالتالي فإن اتجاهه للاستثمار في بلد ما متوقف على النظام القانوني الذي يحكم الاستثمار في ذلك الوقت ومدى استقراره[1].

لذلك فالأوامر والمراسيم التنفيذية– المشار اليها سابقا– والمؤسسة للنظام القانوني لعقد الامتياز الصناعي الموجه لإنجاز مشاريع استثمارية مضمونة بمبدأ عدم تغيير نظام احكام القانون المعمول به او مبدأ استقرار التشريع عند ابرام عقد الامتياز الصناعي.

ان المقصود بهذا المبدأ هو تعهد الدولة بعدم تغيير الاطار التشريعي الذي يحكم الاستثمارات والذي يتم في ظله ابرام العقود او اتفاقيات استثمار، لان التغيرات الفجائية في التشريع الخاص بالاستثمار غالبا ما تحدث مخاوف لدى المستثمرين وتضيع عليهم فرص تحقيق الربح[2].

ففي دولة القانون تغيير القانون يجب ان يكون بطريقة واضحة ومتوقعة وشفافة، فالسياسة العقلانية هي التي تعمل على الابقاء على المتعاملين المتواجدين في الجزائر من خلال تسهيل الامور عليهم،

فالمستثمرون يأتون لبلد معين ويتعرفون على القانون المتواجد ويعدون مشاريعهم على اساسه، فإذ غير بين ليلة وضحاها من خلال جعله اكثر تعقيدا واقل اجتذاب فهذا يشكل خطر، ويمس الحماية التي يكرسها مبدأ الاستقرار القانوني[3].

لذلك يعتبر استقرار التشريع تعهدا من طرف الدولة المضيفة بتثبيت النظام القانوني الذي يحكم المشروع الاستثماري الاجنبي، وهذا التعهد يقتضي ان لا يلحق هذا الاخير اي تعديل تشريعي لاحق يمكن ان يرد

---

[1] لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الاجنبي في الجزائر، مدكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، سنة 2011، ص 18

[2] وصاف سعيدي و قويدري محمد، واقع مناخ الاستثمار في الجزائربين الحوافز والعوائق، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير ،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة فرحات عباس سطيف، الجزائر،العدد8 ،سنة2008،ص 8.

[3] والع سمية، الجوانب القانونية لمفهوم مناخ الاعمال في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق بن عكنون جامعة الجزائر1، سنة 2011،ص 117.

على النصوص القانونية المنظمة للاستثمار الاجنبي في الدولة المضيفة. ويكتسب هذا المبدأ قوته القانونية من الاداة التي يصدر بموجبها عقد الاستثمار الذي يجمع بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي.

اذا تمت الموافقة على هذا العقد بموجب قانون يصدر عن الدولة المضيفة المعنية اي ان هذه الاخيرة تتعهد بناء على سلطتها العامة بعدم تطبيق التعديلات اللاحقة التي قد تطرأ على قوانينها الداخلية على المستثمر الاجنبي وذلك بقصد تشجيعه على الاستثمار فيها[1].

تجسيدا لهذا المبدأ نصت المادة 22 من القانون 09/16 المتعلق بتطوير الاستثمار على ما يلي: "لا تطبق المراجعات او الالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في هذا الامر إلا اذا طلب المستثمر ذلك صراحة....".

فالمبدأ المكرس في هذه المادة هو عدم تطبيق التعديلات او القوانين الجديدة المتعلقة بالاستثمار على الاستثمارات المنجزة في ظل القانون الحالي، اي يبقي القانون الذي انشأت في اطاره هو الساري المفعول وبالتالي لا يسري الامر رقم 16-09[2] المعدل للامر 01-03 على الاستثمارات المنجزة في اطار هذا الاخير وهذا هو الاصل[3].

وكاستثناءا اذا الغى او عدل المشرع نصا قانونيا يكون المستثمر الاجنبي قد استفاد منه، واتى بنص قانوني جديد يرى فيه هذا المستثمر انه اصلح له ولا يمس مركزه المالي بصورة سلبية، فهنا يجوز للمستثمر الاجنبي ان يستفيد من احكام النص الجديد إذا رغب في ذلك صراحة وذلك بتقديم طلبه الى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار طبقا لما جاء به القنون 09/16. وبناء على المادة 22 السابقة الذكر، فإن اي مراجعة او إلغاء يمكن اجراؤهما في المستقبل لا تطبق على الاستثمارات المنجزة الا إذا طلب المستثمر الاجنبي ذلك صراحة، إذ ان التسهيلات التشريعية التي تكون في صالح المستثمر الاجنبي يمكن ان تمتد اليه إذا طالب بها، وتبعا لما تضمنته هذه المادة يمكن الحديث عن استقرار ايجابي في القانون بحيث تكون فقط التدابير القانونية المستقبلية التي في صالح المستثمر الاجنبي قابلة للتطبيق عليه. يترسخ مبدأ استقرار وثبات احكام التشريع المعمول به، بضمان ملكية العقار الصناعي وضمان المساواة بين المستثمر الاجنبي والوطني.

---

[1] سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الاقتصادي ،كلية الحقوق ، جامعة وهران ، الجزائر، سنة 2012،ص99 و100.

[2] القانون 09/16المؤخ في 03أوت 2016المتعلق بترقية الإستثمار والأمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 47 المؤرخة في 19 جويلية 2006

[3] لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الاجنبي في الجزائر، المرجع السابق،ص19.

تعد ملكية الاستثمار شيئا مقدسا عند المستثمر ويوليه اهمية كبيرة عند اتخاذه لقرار الاستثمار بحيث ان اتجاهه للاستثمار في بلد معين قد يتوقف على مدى الضمانات والحماية التي يقدمها هذا البلد للملكية وان اي اخلال بها قد يجعله يعرض عن الاستثمار مهما توافرت فيه فرص تحقيق الربح.

وهو نفس المعنى الذي نصت عليه المادة 21من القانون03/16 بقولها:" يعامل الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الاجانب بمثل ما يعامل به الاشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق و الواجبات ذات الصلة بالاستثمار".

وتضمن هذه المادة للمستثمر الاجنبي تشبيهه بالمستثمر الوطني عند ممارسة نشاطه ، تحت شكل المساواة امام القانون وامام التنظيمات المحلية(القرارات الادارية) مثلا عليه ان يخضع لتحمل نفس الاعباء المالية، وان يخضع لنفس الاجراءات الادارية عند اعتماد استثماره او منحه الامتيازات، كما له نفس الوسائل القانونية التي يحوزها الوطني عند الطعن في القرارات الادارية التي تمس استثماره، ويستفيد من نقس الحماية المقررة للوطنيين ولأموالهم كما انه يستفيد من المساواة امام القضاء الوطني[1].

وهذا ما اكدت عليه المادة الاولى من القانون 03/16 على ذلك بشكل اكثر وضوحا واكثر تفصيلا:" يحدد هذا النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والاجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات وكذا الاستثمارات التي تنجز في ظل منح الامتياز/ او الرخصة".

اي ان نفس النظام القانوني يطبق على الاستثمارات الوطنية والاجنبية وليس هناك نظام خاص بكل استثمار على حد وهذا هو محور عدم تمييز بين المستثمر الاجنبي والوطني[2].

إلا ان هذا النظام القانوني للاستثمار الساري التطبيق عرف سن احكام قانونية تمس مباشرة بمبدأ استقرار التشريع ، حيث ان قانون الاستثمار في حد ذاته عرف عدة تعديلات من اهمها:

القانون03/16المؤرخ في 03أوت 2016و الامر رقم 06-08 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المعدل والمتمم للامر01-03 ، و المرسوم التنفيذي رقم 06-356 المؤرخ في 09 اكتوبر 2006 يتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها الذي الغى هذا المرسوم احكام المرسوم التنفيذي رقم 01-282 المؤرخ في 24 سبتمبر2001 المتضمن نفس الموضوع، الى جانب التعديلات التي قامت بها قوانين المالية .

[1] كمال سمية، النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة ابوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر،سنة2003،ص 72.

[2] لعماري وليد، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الاجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 17.

وعلى ذلك فإن عدم شفافية التشريعات ووضوحها يقلل تحفيز المستثمرين نحو اتخاذ قرارات الاستثمار، فعدم التأكد من استمرار السياسات، و توقع العدول عن القوانين المطبقة يمثل عاملا جوهريا في اعاقة التوسع الاستثماري، كما ان عدم الاستقرار التشريعي يجعل المستثمرين يترددون في اختيار ما بين القيام باستثمارات جديدة او الاتجاه نحو المشروعات ذات العائد الكبير والسريع.

الفرع الثاني: تنظيم وتحفيز قوانين المالية:

ساهمت قوانين المالية في الفترة الانتقالية التي سبقت اصدارا الأوامر و المراسيم التطبيقية لقوانين الاستثمار، في تنظيم وانشاء بعض احكام عقد الامتياز كبيان كيفية منح الامتياز، مدة عقد الامتياز، عملية التنازل على العقار الصناعي...الخ.

صدر قانون المالية لسنة1998 متضمنا تعديلا جديدا للمادة 117من المرسوم التشريعي رقم93-18 المتضمن قانون المالية لسنة1994ومفاده منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية بصيغتين:

-القاعدة العامة الامتياز يمنح بالمزاد العلني لفائدة هيئات عمومية او معترف بمنفعتها العمومية او الى الجمعيات التي تتسم بالطابع السياسي والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي او اشخاص طبيعيين او اعتباريين خاضعين للقانون الخاص.

- وبصفة استثنائية يمنح الامتياز بالتراضي لفائدة المستثمرين الذين استفادوا من المزايا المحددة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما[1].

وحددت المادة الرابعة والخمسون من قانون المالية 2006[2] المدة الدنيا للامتياز بي عشرون سنة(20) قابلة لتجديد، حيث يستفيد صاحب الامتياز من الحصول على رخصة بناء طبقا لتشريع المعمول به، واذا التزام صاحب الامتياز بإنجاز مشروعه الاستثماري يمكنه حسب المادة الرابعة والخمسون الفقرة الثالثة من نفس قانون المالية طلب تحويل حق الامتياز الى تنازل بمعنى استجماع عناصر الملكية بعد ان كان مخول له حق الانتفاع دون ملكية الرقبة[3].

[1] خوادجية حنان سميحة ، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر، المرجع السابق، ص 238.

[2] القانون رقم 05-16 المؤرخ في 31 ديسمبر 2005 المتضمن قانون المالية لسنة 2006 جريدة رسمية عدد 85المؤرخة في 31 ديسمبر 2005

[3] خوادجية حنان سميحة ،النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر ،المرجع السابق، ص 239.

و الجدير بالذكر ان قوانين المالية استمرت في المشاركة في عملية تنظيم عقد الامتياز الصناعي حتى بعد اصدار النصوص القانونية الخاصة به–الامررقم08-04 المعدل والمتمم للامر06-11- و يمكننا ذكر ابرز مظاهر التغيير تعديل لكيفية منح الامتياز، احداث تعديل جوهري للإطار القانوني لإنجاز الاستثمار، تعديل لبعض الجوانب المالية لعقد الامتياز.

فبعد ان كان الامتياز يمنح عن طريق المزاد العلني او التراضي بموجب المادة الثالثة من الامر رقم 08-04 جاءت المادة الخامسة عشر من قانون المالية التكميلي لسنة 2011 معدلة له بقولها: "تعدل احكام المادة 3 وتحرر كما يلي: يمنح الامتياز على اساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة المتوفرة، لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية او الاشخاص الطبعيين او المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية، ومع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها[1]".

و هذا التغير لم يكن له مبرر قانوني بل كان له مبرر سياسي، فعلى اثر انطلاق الحركات الاحتجاجية التي شهدتها الجزائر في الاسبوع الاول من جانفي 2011، صادق مجلس الوزراء برئاسة عبد العزيز بوتفليقة بتاريخ 22 فيفري 2011 على جملة من التدابير اقترحتها الحكومة لشراء نوع من الامن الاجتماعي من بينها تدابير تخص العقار الموجه للاستثمار الصناعي تتمثل في: تكريس الامتياز بالتراضي كصيغة وحيدة للحصول على العقار العمومي الموجه للاستثمار، يستفرد الوالي بترخيصه[2]،ان منح الامتياز بطريقة التراضي، يفتح الباب واسعا امام الفساد و البيروقراطية الادارية التي تنفر المستثمر و تعيقه عن القيام بمشروعه الاستثماري.

إذ يظهر تأثير الفساد على الاستثمار الاجنبي والمحلي بصورة سلبية باعتباره تكاليف اضافية يدفعها المستثمر مقابل قيام الموظف بالخدمة القانونية المكلف بها والاسراع فيها وبالتالي امتصاص جزء من ارباح المستثمر[3].

---

[1] القانون 11-11 المؤرخ في 18 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 جريدة رسمية عدد40 المؤرخة في 20 جويلية 2011.

[2] خوادجية حنان سميحة ،النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر ،المرجع السابق، ص 133.
تنص المادة الخامسة الفقرة الأولى من قانون المالية لسنة 2011 و2013 على التوالي: " يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الولي:"بناء على اقتراح لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والاصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المنحلة والاصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا الاراضي التابعة للمناطق الصناعية ومناطق النشاطات".

[3] لعماري وليد،، الحوافز و الحواجز القانونية للاستثمار الاجنبي في الجزائر، المرجع السابق، ص 98.

كما ان قانون المالية التكميلي لسنة 2009 تضمن تعديلا جوهريا على الاطار القانوني لإنجاز الاستثمارات المباشرة حيث نصت المادة 58 من الامر 01-09 المؤرخ في 22 جويلية 2009 على انه :"لا يمكن انجاز الاستثمارات الاجنبية الا في اطار شراكة تمثل فيها المساهمة الوطنية المقيمة نسبة 51% على الاقل من راس المال الاجتماعي ويقصد بالمساهمة الوطنية جمع عدة شركاء"

بمعنى ان للمستثمر الجزائري الحق في الحصول على 51% على الاقل في اي مشروع مع شريك الاجنبي، وهذا التعديل كان له مبرر اقتصادي على اساس انه جاء كرد فعل من الدولة الجزائرية بعد جملة من التسهيلات التي اتخذتها لصالح الاستثمارات الاجنبية نتيجة عدم وصولها الى النتائج التي كانت تترقبها في نسبة تدفق الاستثمارات وبعد التراجع الكبير الذي عرفه قطاع الانتاج الوطني وما انجر عنه من ارتفاع في نسبة البطالة[1]، الا ان ذلك يعتبر اخلال بمبدأ المساواة بين المستثمر الاجنبي والمستثمر الوطني الذي قبلت به الجزائر باعتبار ان الاستثمار الاجنبي يساهم في التنمية الاقتصادية.

ومؤخرا عدل قانون المالية لسنة 2015 المادة 9 من الامر رقم 08-04 التي كانت تنص على انه "يمنح حق الامتياز بالتراضي لمدة ثلاث وثلاثون (33) سنة قابلة لتجديد مرتين اقصاها تسع وتسعون (99) سنة مقابل اتاوة إيجاريه سنوية تحددها مصالح املاك الدولة تمثل 1/20 من القيمة التجارية للقطعة الارضية او الاصل العقاري محل الامتياز يتم تحيينها كل 11 سنة"، فاصبح محتوها الجديد كما يلي: "تعدل احكام المادة 9 من الامر رقم 08-04 المؤرخ في اول سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 11-11 المؤرخ في 18 جويلية سنة2011 والمتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 وتحرر كما يلي:

المادة 9: تحدد مصالح املاك الدولة المختصة اقليميا، الاتاوة الإيجارية التي تمثل 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الارضية محل منح الامتياز.

كما يستفيد من هذه التدابير، بدون استرداد مبالغ الاتاوى الايجارية السنوية التي قامت مصالح املاك الدولة بتحصيلها سابقا، حقوق الامتياز الممنوحة لصالح مشاريع الاستثمار في اطار الامر رقم08-04 المؤرخ في اول سبتمبر 2008 وذلك قبل صدور هذا القانون."

فالمشرع بتعديله المادة 9 والرفع من الاتاوة الايجارية السنوية التي كانت تمثل20/1 فأصبحت تمثل 33/1 من القيمة التجارية للقطعة الارضية لم يحترم مدة 11سنة المحددة في نفس المادة عند اجراء اي تغيير، الا

[1]سالم ليلي، الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي، المرجع السابق ص90و91.

انه حاول احترام ضمان حق المستثمر بعدم تطبيق القانون باثر رجعي بالنسبة لمبالغ الاتاوى الايجارية السنوية المحصلة قبل صدور قانون المالية لسنة 2015.

ان هذه التعديلات لقوانين المالية التي اجريت على نصوص قانونية المطبقة (الامر 08-04، وقانون الاستثمار 01-03) ادخلت اجراءات جذرية لم تتضمنها النصوص التشريعية السالفة الذكر و الموجهة خصيصا للاستثمار بل تضمنتها قوانين المالية، مما يخل بمبدأ الاستقرار التشريعي الذي يعتبر ركيزة جلب وتحفيز المستثمر الاجنبي.

و يحاول المشرع الجزائري تقديم حوافز وتسهيلات اجرائية جديدة للاستثمارات الاجنبية والوطنية عند ابرام العقد تخفيفا لكل ذلك ،اذ نصت المادة 60 من قانون المالية الصادر مؤخرا في سنة2015 على ما يلي:" تعفى العقود الادارية التي تعدها مصالح املاك الدولة والمتضمنة منح الامتياز على الاملاك العقارية المبنية غير مبنية في اطار الامر رقم 08-04 المؤرخ في 1سبتمبر 2008 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة لدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم من حقوق التسجيل ورسم الشهر العقاري ومبالغ الاملاك الوطنية مع مراعاة التصريح بالاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار"[1].

تخضع الإتاوة الايجارية السنوية التي تحددها مصالح أملاك الدولة لتخفيض يطبق كما يأتي :

_ 90 % خلال فترة إنجاز الاستثمار التي يمكن أن تمتد من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات .

_ 50 % خلال فترة الاستغلال التي يمكن أن تمتد من سنة واحدة إلى ثلاث سنوات .

_ الدينار الرمزي للمتر المربع م خلال فترة 10 سنوات و ترتفع بعد هذه المدة إلى 50 % من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في الولايات التي استعملت لتنفيذ برنامجي الجنوب و الهضاب العليا

_الدينار الرمزي للمتر المربع م خلال فترة خمس عشرة 15 سنة و ترتفع بعد هذه المدة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع المقامة في ولايات الجنوب الكبير ."

ثانيا : أجر مصلحة الأملاك الوطنية : يتم تحصيلها كالآتي : (الإتاوة السنوية × 11) × 4,5 %

ثالثا : حقوق التسجيل

[1] القانون رقم 14- 10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 31 ديسمبر 2015.

تحدد نسبة حقوق التسجيل ب2% من مبلغ الثمن لمدة (33) سنة ، عملا بمذكرة المديرية العامة للأملاك الدولة في الفقرة 06 على أنه : " إما فيما يتعلق بحقوق التسجيل ، فانه يجب على مصالحكم حسابها على أساس نسبة تقدر ب 2% من المبلغ الإجمالي المتراكم لكل فترة منح الامتياز أي 33 سنة وهذا لكون أن المديرية العامة للضرائب لم تقبل طلب تقسيم الدفع لهذه الحقوق "بمعنى (الإتاوة السنوية × 33) × 2 %

رابعا : رسم الشهر العقاري

تحدد نسبة الرسم على الشهر العقاري ب 0,5 % من الثمن لمدة (11) سنة ، عملا بمذكرة المديرية العامة للأملاك الوطنية بعنوان التكاليف الناجمة عن إعداد عقد الامتياز حيث نصت الفقرة 04 منها على أنه : " لهذا وفيما يخص الرسم على الشهر العقاري ، ينبغي أولا التوضيح انه يجب تطبيق نسبة 0,5 % تطبيقا للمادة 353 الفقرة الثانية من قانون التسجيل وهذا تطابقا مع ماهو معمول به بشأن الإيجارات و ليس 1 % كما هو مطبق بشان العمليات المتضمنة تحويل الحقوق العينية العقارية ."

و الفقرتين 05 و 06 من المذكرة على أنه : " من جهة أخرى و تطبيقا لأحكام الأمر رقم 08_04 المؤرخ في الفاتح سبتمبر 2008 ، فان الامتياز بمنح الامتياز يمنح لمدة 33 سنة مقابل دفع إتاوة سنوية تحين كل 11 سنة ." (الإتاوة السنوية × 33) × 0,5 % ، 33 تعني 33 سنة .

و بغض النظر عن كل الأحكام المخالفة يمكن أن تقسم حقوق التسجيل و كذا الرسم على الإشهار العقاري المستحق بمناسبة إعداد عقود الامتياز على ممتلكات الدولة في إطار التشريع المعمول به و تدفع سنويا بناء على طلب المكلف بالضريبة و على مدى عقد الامتياز ."

خامسا: ثمن النسخة التنفيذية عند الاقتضاء .

يتم دفع ثمنها في حالة وجود منازعة أمام القضاء الإداري الذي يصدر حكمه ، و النسخة التنفيذية هي وثيقة ممهورة بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء .

المطلب الثالث : نهاية عقد الامتياز

ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية بانتهاء مدته شانه شان سائر العقود الإدارية وقد ينتهي نهاية مبتسرة قبل حلول الأجل المحدد له، وبذلك نتطرق إلى طرق نهايته في المطلب الأول ونتائج ذلك في المطلب الثاني ، ونتعرف من خلال المطلب الأخير على مصير الأملاك المكونة للمرفق العام بعد نهاية الامتياز.

الفرع الأول: طرق نهـــــاية الامتيـــــاز

باعتبار عقد الامتياز من العقود الإدارية المحددة المدة، فصاحب الامتياز يستمر في تسيير واستغلال المرفق العمومي طيلة المدة المتفق عليها في العقد، وبانتهائها ينقضي العقد، وهو ما يسمى بالنهاية الطبيعية لعقد الامتياز، ولكن لأسباب معينة ينتهي عقد الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها بين الأطراف المتعاقدة، وهو ما يعرف بالنهاية المسبقة لعقد الامتياز.

أولا : النـــهاية الطبيعـــية لعـــقـــد الامـــتيـــاز

وتتمثل في طريقة واحدة ومنطقية وهي نهاية المدة المحددة في العقد، حيث أن الامتياز عقد غير مؤبد فهو بأي حال من الأحوال لا يعتبر تنازل من الإدارة عن المرفق العام، وبنهاية المدة المتفق عليها بين الملتزم ومانح الامتياز تتوقف وتنتهي جميع التزامات وحقوق الطرفين فلا يمكن لهما تمديد مدة الامتياز التي اتفقا عليها لكن يمكن لهما تجديد العقد.

وبعد التجديد يحافظ العقد على نوعه فيبقى عقد امتياز ، لكن في حالة عدم تجديده فان الإدارة إذا أرادت أن يبقى المرفق مسيرا من قبل الخواص فإنها ستلجأ حتما إلى طريقة أخرى وهي التأجير، ذلك أن المنشآت اللازمة لتأجير المرفق موجودة، وهذا ما أكدته التعليمة**842/3** بقولها

(" وعلى هذا الأساس فقد يحدث أن تكون منشآت المرفق العام الضرورية لاستغلاله قائمة أثناء إبرام العقد والتي تكون قد أقيمت من طرف ملتزم سابق لم يجدد عقد امتيازه أو فسخه، أو إنها أقيمت من طرف الجماعات المحلية نفسها وفي هذا الإطار فان استغلال المرفق العام لا يكون محل امتياز وإنما محل تأجير")

ثانيا : النهـــاية المسبقة لعقد الامتـــياز

قد ينتهي عقد الامتياز–كما هو الشأن بالنسبة إلى سائر العقود الإدارية – قبل المدة المحددة لنفاذه ولكن عقد الامتياز ينفرد دون سائر العقود الإدارية ، بخاصيتين أساسيتين تقوم عليهما الأحكام المنظمة لهذا الموضوع وهما:

- صلة العقد الوثيقة بالمرفق العام ، والتي تزيد من فرص نهاية العقد قبل ميعاده المحدد.
- جسامة المبالغ التي يستلزمها إعداد المرفق التي تستوجب حماية الملتزم.

وترجع هذه النهاية المسبقة لأسباب متعددة ومختلفة، منها ما يعود لإرادة الإدارة المنفردة كحالة استردادها للمرفق، أو إسقاطها للالتزام ، ومنها ما يعود لإرادة الملتزم، أو لأسباب أخرى متعددة يترتب عنها فسخ عقد الامتياز.

1: إسقاط الامتياز(la déchéance)

هو فسخ العقد من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة كعقوبة للملتزم نتيجة إخلاله الجسيم بشروط وأحكام عقد الامتياز[1]

يؤدي صدور القرار بإسقاط الامتياز –كعقوبة لإخلال الملتزم بالتزاماته إخلالا جسيما– ، وقبل انقضاء مدة العقد. لذا يعد إسقاط الامتياز قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد عقوبة تفرض على صاحب الامتياز لارتكابه خطا جسيم في تسيير المرفق العمومي، ويختلف بذلك عن فسخ العقد الذي لا يستلزم إخلال صاحب الامتياز بالتزاماته التعاقدية ، ولخطورة إجراء إسقاط الامتياز فغالبا ما يتم النص عليه في بنود العقد ، ولكن عدم النص عليه صراحة لا يعني أن الإدارة مانحة الامتياز لا تمتلك سلطة إيقاعه[2] .

ونظرا لقسوة عقوبة إسقاط الامتياز ، وجسامة الآثار المترتبة عليها ، فيشترط الفقهاء توافر بعض الشروط لإعطائه طابع المشروعية، والتي تتمثل فيما يلي:

_ يجب إثبات أن صاحب الامتياز قد ارتكب أفعالا ايجابية أو سلبية تشكل خطا جسيما يضر بالسير العادي للمرفق العمومي، كعجزه عن تسيير المرفق العمومي وأدائه للخدمات المطلوبة

أو عدم وفائه بالتزاماته المالية اتجاه الإدارة مانحة الامتياز ،حيث نصت المادة 30 الفقرة 01 من دفتر **الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة** " يتحمل صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا ..."

–اعذار وإخطار الملتزم بالأخطاء المنسوبة إليه، والطلب منه إزالة الأسباب التي أدت بالإدارة إلى التفكير في إسقاط الامتياز، وإعطائه فرصة لتدارك الوضع واستئناف تسيير المرفق العمومي ، وهذا ما نصت عليه على سبيل المثال الماد 32 من المرسوم التنفيذي رقم **57/08** المؤرخ في 13 فبراير سنة 2008 المحدد لشروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري " عندما يتوقف صاحب امتياز خدمات النقل البحري عن استغلال الامتياز كليا أو جزئيا لأي سبب من الأسباب يتعين على الوزير المكلف بالبحرية التجارية أعذاره باستئناف الاستغلال في اجل مدته ثلاثة (3) أشهر..".

في حالة عدم استجابة الملتزم لأعذار الإدارة مانحة الامتياز، واستمراره في الإخلال بتسيير المرفق العمومي فيصبح من حق الإدارة إسقاط الامتياز دون تعويض للملتزم، الذي تسبب بخطئه في ذلك.

[1] –مصطفى أبو زيد فهمي: القانون الإداري _ذاتية القانون الإداري (الإدارة العامة في معناها العضوي_الإدارة العامة في معناها الوظيفي) ، الدار الجامعية مصر ، طبعة 1993 ، ص 357

[2] – علي الخطار: المرجع السابق ، ص 72.

صاحب الامتياز قضائيا إذا ثبت سوء نيته أو تعمده في الإخلال بالتزاماته التعاقدية. وهذا ما نصت عليه المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم**41/94** المؤرخ في 29 يناير سنة 1994، المتضمن كيفية استغلال مياه الحمامات المعدنية: " يقرر الوالي عند انقضاء المهلة المحددة أعلاه وعند عدم امتثال صاحب الامتياز للأعذار . وقف عملية المؤسسة مؤقتا إلى حين تنفيذ الشروط المفروضة ، وهذا دون الإخلال بالمتابعات القضائية المنصوص عليها في التشريع المعمول به[1].

وهو عبارة عن إنهاء الإدارة لعقد الامتياز قبل نهايته الطبيعية دون خطا من جانب الملتزم ، ولكن مقابل تعويضه تعويضا عادلا .

2 : استرداد المرفق

والاسترداد هنا عبارة عن فسخ لعقد الامتياز بالإرادة المنفردة للإدارة دون إخلال من صاحب الامتياز ، ولكن لدواعي تحقيق المصلحة العامة و الحفاظ عليها.

والاسترداد قد يكون منصوص عليه في العقد وقد يكون بموجب الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة ، كما يمكن للإدارة مانحة الامتياز ، استرداد الامتياز بإرادتها المنفردة ودون رضى صاحب الامتياز متى اقتضت ضرورات المرفق العمومي ذلك.

3 : فسخ الامتياز

ينتهي عقد الامتياز نهاية استثنائية قبل انقضاء مدة العقد بسبب فسخ العقد ، نظرا لتوافر إحدى حالات الفسخ المنصوص عليها في دفتر الشروط فإذا كان الفسخ يضع نهاية مسبقة للعقد ، فلا يقتضي دوما كقاعدة عامة ارتكاب الملتزم لخطا جسيم ، لذا لا يعتبر فسخ العقدعقوبة تفرض على الملتزم لإخلاله بالالتزامات المفروضة عليه[1] ويتحقق فسخ عقد الامتياز في الحالات التالية:

أ-الفسخ الاتفاقي:

وهو الذي يتم باتفاق الطرفين قبل نهاية المدة الطبيعية للامتياز وهو يتم عن تراضي كامل بين الإدارة والملتزم ، وبمقتضاه يتولى الطرفان تقدير التعويض الذي يناله الملتزم وكيفية دفعه، و تلجا الإدارة عادة إلى هذه الطريقة إذا قدرت صعوبة الالتجاء إلى طريق الاسترداد

ب-الفسخ بحكم القانون:

من أوضح الأمثلة لهذه الطريق حالة القوة القاهرة وحالة وفاة الملتزم.

---

[1] – سليمان محمد الطماوي : المرجع السابق ، ص 765.

ج-الفسخ القضائي :

1-الفسخ القضائي بطلب من الملتزم: ويحدث في حالتين:

حالة إخلال الإدارة مانحة الامتياز بالتزاماتها التعاقدية، مثل عدم تحقيقها للمزايا التي التزمت بها تجاه الملتزم، وهذا تطبيقا للقاعدة العامة للعقود التي تسمح لأحد الطرفين المتعاقدين بطلب فسخ العقد وإنهاء الرابطة القانونية بينهما في حالة إخلال الطرف الأخر بالتزاماته[1]

_وفي حالة حدوث اضطرار للملتزم بسبب استعمال الإدارة مانحة الامتياز بحقها في التعديل وقد نصت التعليمة**842/94.3** الصفحة (07) على ذلك إذ جاء فيها :

" غير انه إذا أصاب الملتزم ضررا بسبب هذه التعديلات كإخلال التوازن المالي للعقد ، يجوز له أن يطلب التعويض أو الفسخ".[2]

فإذا تحقق إحدى الحالتين تمكن الملتزم من طلب فسخ عقد الامتياز من الجهة القضائية المختصة التي تقدر حجم الأضرار اللاحقة بالملتزم وتقرر التعويض المناسب[3].

2-الفسخ القضائي بطلب من الإدارة مانحة الامتياز:

حيث يترتب على كل تقصير من الملتزم بالالتزامات التي تضمنها دفتر الشروط فسخ عقد الامتياز، بمبادرة من الإدارة ، وذلك بعد أن تستوفي كل الإجراءات القانونية المتمثلة أساسا في توجيه الاعذار لصاحب الامتياز، وإخطاره بالمخالفات المنسوبة اليه والطلب منه إزالة الأسباب والمسببات المؤدية لفسخ الامتياز.

ولا يخول هذا النوع من الفسخ القضائي للامتياز اى حق في التعويض للملتزم عن الأضرار أو الخسائر التي تكبدها نتيجة هذا الفسخ[4].

---

[1] – عصام حوادق : المرجع السابق ، ص 102.

[2] التعليمة رقم **842/94.3** ، مرجع سابق ، ص 07.

[3] منال صابري : المرجع السابق ، ص 102.

[4] منال صابري : المرجع السابق ، ص 102. 103.

الفرع الثاني: تسوية المنازعات في مجال الاستثمار في الجزائر

أولا : القضاء

القانون الإداري هو قانون موضوعي يتضمن عدة نظريات ، أما تطبيقها عمليا فيرجع إلى قانون الإجراءات المدنية وهذا ما نصت عليه نصت المادة 02 من القانون العضوي رقم 98 _02 على أنه " تخضع الإجراءات المطبقة أمام المحاكم الإدارية لأحكام قانون الإجراءات المدنية .

أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ."لكن القاضي يقف عند مسائل الاختصاص و الصفة كثيرا قبل الخوض في الموضوع أمام الأطراف ، و تسمى بالشكلية .

المعيار العضوي

اعتبر المشرع الجزائري أن عقد الامتياز هو عقد إداري بموجب الفقرة الثانية من المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 09 – 152 على انه " يكرس الامتياز الممنوح ... ، بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر شروط معد ، طبقا للنماذج الملحقة بهذا المرسوم و يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود و شروط منح الامتياز ."

و عليه فقد نصت المادة 800 من القانون رقم 08_09 على انه " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها ." نستنتج من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري صعب عليه تحديد تعريفا دقيقا للمنازعة الإدارية ، لهذا كرس المعيار العضوي السائد عند تحديد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية ، فهذه الجهة مختصة بالفصل في أول درجة ، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها عملا بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد التي تتطابق مع مضمون الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون العضوي المتعلق بالمحاكم الإدارية على أنه " تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية ."([1])

[1]ناصر لباد ، الأساس في القانون الإداري، ص 202

- ✓ عرض النزاع أمام القضاء الوطني
- ✓ القضاء الدولي ويتمثل في محكمة العدل الدولية
- ✓ محكمة الاستثمار الدولية[1]

ثانيا :التحكيم

إن أهـــم ما يميز التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي عن المفهوم التقليدي للتحكيم التجاري الدولي يتمثل في أن الاختصاص والسند الأساسي لهذا النوع من التحكيم ينـــشأ عن معاهدات الاستثمار المختلفة سواء الثنائية أو الجماعية([2])

[1] دريد السامرائي ،مرجع سابق،ص54

[2] عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، ص527

نظرا للتعديلات الجديدة لكل من قانون الاستثمار 09/16 وقانون المالية الذي يرتبط به كل من قانون الضرائب وقانون الجمارك في حالة التعديل ولهذ جاء قانون الجمارك بتحفيزات جبائية سواء عن طريق الانظمة الجمركية الاقتصادية او عن طرق الاستثمار

- المرسوم التنفيذي رقم 101/17،يحدد كيفيات تطبيق المادة 15 من القانون 09/16، ج ر ع 16،المؤرخ في2017/03/05.
- المرسوم التنفيذي رقم 102/17،يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات ونتائج وشكل الشهادة المتعلقة بها ،ج ر ع16 النؤرخ في 2017/03/05.
- المرسوم التنفيذي رقم104/17، يتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزام والواجبات المكتسبة ،ج ر ع 16،بتاريخ 2017/05/05.
- المرسوم التنفيذي رقم105/17،يحددكيفيات تطبيقات المزايا الاضافية للاسغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لاكثر من 100منصب شغل.

الـــخاتـــمـــــــــــــــة :

يبدو لنا واضحا في ختام هذه الدراسة لتوجيه الجديد للجزائر نحو التفتح على الاقتصاد الحر وتحرير التجارة الخارجية حيث سعت الحكومة الى تغيير المنظومة القانونية وفق المتطلبات المواكبة لنظام العالمي السائد وينصح ذلك من خلال المبادئ و الضمانات التي اكفلتها الدولة الى جانب المستثمر سواء المالية او القضائية او الادارية ابتداء من قانون النقد و القرض 10/90 الى غاية القانون 09/16 و المتعلق بتطوير الاستثمار بحيث اهتم المشرع من خلال قوانين الاستثمار المتعاقبة بتشجيع الاستثمار في الجزائر لجلب اكبر قدر ممكن من رؤوس الاموال الاجنبية ونقل التكنلوجي وبالتالي الدفع بعجلة النمو وترقية الاقتصاد الوطني بالإضافة الى ابرام الاتفاقيات سواء الثنائية او متعددة الاطراف وهذا من اجل تقديم الضمانات الكافية و الحوافز المناسبة لتسهيل ودعم المستثمر

وتأكد الحكومة الجزائرية على الضمانات التالية :

- حظر نزع الملكية و التأميم ،حظر المصادرة ،حظر الاستلاء .
- حظر الازدواج الضريبي ،التخفيف من العبء الضريبي
- توفير الوعاء العقاري
- عدم سريان القانون بأثر رجعي

تسوية المنازعات بين الدولة و المستثمر الاجنبي ونشير انه بالرغم من وجود بعض السلبيات و النقائص الا ان الجزائر تزخر بمزايا وثروات باطنية وموقع جغرافي ممتاز فانه من شأن الضمانات و المحفزات التشريعية و التنظيمية المتوفرة حاليا اعطاء نفس جديد للاقتصاد العالمي من بوابة اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الاوروبي وانشاء منطقة التبادل الحر وكذا رغبتها في الانضمام الى المنظمة العالمية للتجارة لمصلحة الاقتصاد الوطني وتحقيق تنمية شاملة وكخلاصة يوجد علاقة بين الادارة و الاقتصاد و الرابط هو القانون فهو اداة في يد الحكومة من اجل تطبيق السياسة الاقتصادية وبتطوير قانون الاستثمار وقانون المالية اصبح حاليا كأداة لجلب واستقطاب وتحفيز وتشريع المستثمر خاصة المستثمر الاجنبي

وبالتالي لا يتوقف اقدام المستثمر على حجم الامتيازات او الاعفاءات و الضمانات الممنوحة له انما يرجع بالدرجة الاولى الى مدى توفير المناخ الاستثمار الملائم الذي لا تمثل الامتيازات الا عنصر وحيدا من العناصر المتعددة

- توفير وزيادة مختلف الادارة المتعلقة بالاستثمار في الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار
- تسهيل الاجراءات الادارية للحصول على العقار
- الحد الكلي و الرقابة من الاجراءات الادارية التعسفية
- انشاء ادارة صارمة لمحاربة السوق الموازية
- انشاء هيئة لتكوين المرشدين في اطار السياحة
- توزيع وتوسيع الاستثمار في المناطق الجنوبية سواء الاستثمار الصناعي او الاستثمار السياحي
- انشاء البنية التحتية المتمثلة في المواصلات ما بين الشمال والجنوب السكك الحديدية (نقل البضائع ونقل الاشخاص وانشاء المطارات)
- انشاء وتوفير المستلزمات من مرافق واحتياجات بالنسبة لمجال السياحة

قـــــائـــمـــة

المـــــــــــراجـــع

اولا : النصوص التشريعية

- الدستور 1996 المعدل والمتمم ج ر 76 بتاريخ 1996/12/08،الدستور الجزائري لسنة 2016 المؤرخ في 2016/03/06المواد : المادة 18، المادة 19، المادة 20 ، المادة 25، المادة 32،المادة 43، المادة 136، المادة 138، المادة 140 ، المادة 144 .
- اللاتفاقية لتشجيع وضمان الاستثمار بين الدول دول اتحاد المغرب العربي ،1990،ج ر ع6 ،المؤ في 1991/02/06 ص203الى207.
- الاتفاق بين الجزائر و فرنسا بشان التشجيع والحماية المتبادلين في ما يخص الاستثمار،الموقعة في الجزائر في 1993/02/13 ،ج ر العدد الاول ،بتاريخ 1994/01/02 ص04الى10 .
- الاتفاق بين الجزائري و مصر حول تشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات ،الموقع عليه في القاهرة بتاريخ 1997/03/29 ج رع76 بتاريخ1998/10/11 ص6الى9.
- الاتفاقية بشان المؤسسة العربية لضمانالاستثمار لعام 1971،اظر عبد الفتاح مراد، موسعة الاستثمار الطبعة 2،دار الكتب والثائق المصرية،1993 ص69الى87.
- القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار ، ج ر ع 46 ،المؤرخ في 2016/08/03 .
- القانون المدني رقم 05/07،ج ر 31،بتاريخ 2007/05/13.
- القانون رقم 30/90 المتعلق بقانون الاملاك الوطنية المعدل و المتمم بالقانون 14/08 المؤرخ ج ر ع 44 في 2008/07/20.
- القانون 07/97 المؤرخ في 79/07/21 المعدل والمتمم بموجب القانون10/98 المتضمن قانون الجمارك ،الجريد ةالرسمية العدد 61، المؤرخ في 98/08/22.
- القانون 04/17 المتضمن قانون الجمارك ،ج ر ع11 ،المؤ في 2017/04/16
- الامر01/09 ،المتضمن قانون المالية التكميلي 2009ج ع44 مؤ في 2009/06/26 .
- الامر 01/10 ، المتضمن قانون المالية التكميلي 2010 ج ر ع 49، مؤ في 2010/09/29.
- الامر 16/11 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2012ج ر ع 72 المؤ في 2012/12/29
- الامر رقم 18/15 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015المؤرخ في 2015/12/30

ثانيا : النصوص التنظيمية

- المرسوم التنفيذي رقم 186/93 مؤرخ في 1993/07/17 يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية ،العدد 51 مؤرخ في 1993/08/01 المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 202/08 المؤرخ في 07/07/ج ر العدد 39 المؤرخ 13 /2008/07.
- المرسوم التنفيذي رقم 101/17،يحدد كيفيات تطبيق المادة 15 من القانون 09/16، ج ر ع 16،المؤرخ في2017/03/05.
- المرسوم التنفيذي رقم 102/17،يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات ونتائج وشكل الشهادة المتعلقة بها ،ج ر ع16 النؤرخ في 2017/03/05.
- المرسوم التنفيذي رقم104/17، يتعلق بمتابعة الاستثمارات والعقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزام والواجبات المكتسبة ،ج ر ع 16،بتاريخ 2017/05/05.
- المرسوم التنفيذي رقم105/17،يحددكيفيات تطبيقات المزايا الاضافية للاسغلال الممنوحة للاستثمارات المنشئة لاكثر من 100منصب شغل.
- المرسوم التنفيذي رقم 355/06 مؤرخ 2006/10/09 المتعلق بصلاحيات المجلس الوطني للاستثمار ج ر العدد64 مؤ 2006/10/11
- مرسوم تنفيذي 121/07 مؤ 23 /2007/04 بموجب دفتر الشروط المطبق على منح الامتياز الجريدة الرسمية ع 27 مؤ 2007/04/25
- مرسوم تتنفيذي 322/94 مؤ 1994/10/17 المتعلق بمنح الامتياز الاملاك الوطنية للأراضي الواقعة في المناطق الخاصة في اطار ترقية الاستثمار ج ر عدد 67
- مرسوم تنفيذي 152/09 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الاراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة للاختيار المشاريع الاستثمارية ع2007/27
- مرسوم تنفيذي 09 /153 مؤ 2009/07/20 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الاصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المتنقلة المنحلة ع 2009/27

المقرارات:

- مقرر المدير العام للجمارك رقم 12 المؤرخ في 1999/02/03

ثالثا : الكتب

1- أحمد محيو، محاضرات المؤسسات الادارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 3، 1979

2- أحمد عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الاول ، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة 2009

3- ابراهيم الشنهاوي ،عقد الامتياز الموقف العام BOT، دراسة مقارنة القاهرة ،2003

4- السيد عبد المولي ، المعاملة التفضيلية للاستثمار الاجنبي في قوانين البلاد العربية ، معهد البحوث و الدراسات العربية 1978

5- عجة الجيلالي الكامل في الجزائر للاستثمار ، دار الخلدونية ،بدون طبعة، الجزائر 2006

6- عيوط محند وعلي ، الاستثمارات الاجنبية في القانون الجزائري ، دار هومة ، د ط ،الجزائر 2012

7- عليوش قريوع كمال ، قانون الاستثمارات في الجزائر ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر 1999

8- عبى خطار الشنطاوي ، الوجيز في القانون الاداري ، دار وائل للنشر ، طبعة 1، الاردن 2003

9- عبد السلام ذيب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية ،ط2، الجزائر 2012

10- بوجرادة مخلوف ، العقار الصناعي ، دار هومة ، الطبعة 03، الجزائر 2009

11- دريد محمود السامرائي ، الاستثمار الاجنبي المعوقات و الضمانات القانونية ، الطبعة 1 ، بيروت 2006

12- عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، الطبعة 1،دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية

13- سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الاداري ، دار الفكر العربي ،مصر،1988

14- سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ،دراسة مقارنة ،ط5،مصر 1991

15- حجري فؤاد ، العقار الأملاك العمومية و الاملاك الخاصة للدولة ،المطبوعات الجامعية

16- قدي عبد المجيد ، المنحل الى الاقتصاديات الكلية ، ط2، الجزائر ،2005

17- هشام على صدق ،الحماية الدولية للمال الاجنبي ،الدار الجامعية ،بيروت،1981

18-

رابعا : الرسائل و المذكرات الجامعية

1- الدكتور بلكعيبات مراد ، منح الامتياز الاستثمار الصناعي في التشريع الجزائري ،مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق ،جامعة بسكرة 2011
2- جدي حبيب الرحمان ، دور السياسة الضريبية في اجتذاب رؤوس الاموال الاجنبية ،أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة 1982
3- غريب الداودي ، دور الاصلاحات الجبائية في تنويع الاستثمارات في الجزائر خلال الفترة 1966 الى 2012 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ،كلية العلوم الاقتصادية ،سنة 2015
4- مصطفى بن النوي ،دور المؤسسات الصغير و المتوسطة في دعم الاستثمار ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية العلوم الاقتصادية ،2005

خامسا :المجلات

1-نتائج اجتماع مجلس وزاري المشترك، جريدة الشروق اليومية الوطنية عدد 4809 المؤرخة في 27 جويلية 2015.

المراجع باللغة الفرنسية:

Gilbert tixier guy gest droit fisid intentenational presse inversitaire paris 1985-1

الفهرس

المقدمة.....أ

الفصل الأول: مبدأ الضمانات بعدم استخدام وسائل القانون العام....4

المبحث الأول: حظر مبدأ التأميم و نزع الملكية.....5

المطلب الأول: قواعد التأميم ونزع الملكية.....5

الفرع الأول: أبعاد الحق في تأميم و نزع الملكية.....5

أولا: مفهوم التأميم و نزع الملكية.....6

1-تعريف التاميم ونزع الملكية.....5

أ-تعريف التأميم.....5

ب-تعريف نزع الملكية.....6

2-خصائص التأميم و نزع الملكية.....7

ا-خائص التأميم.....7

ب-خصائص نزع الملكية.....8

ثانيا: التمييز بين التأميم و نزع الملكية.....8

1- أوجه الاختلاف.....8

أ- من حيث الإجراءات.....9

ب- من حيث الموضوع.....9

ج- من حيث الغاية و الهدف 9

د- من حيث الأثار المترتبة.....9

2- أوجه التشابه 9

ثالثا: الإجراءات الأخرى الهادفة إلى الحرمان من الملكية.....10
أ- الإجراءات المباشرة.....10
المصادرة « confiscation ».....10
ب- أثر المصادرة على المستثمر الأجنبي.....10
ج- أنواع المصادرة.....11
1- المصادرة من حيث النطاق 11
أ- المصادرة العامة.....11
ب- المصادرة الخاصة.....11
2- المصادرة من حيث طبيعتها.....12
أ- المصادرة عقوبة تكميلية.....12
ب- المصادرة عقوبة احترازية.....12
3- المصادرة من حيث الإجراءات 12
أ- المصادرة الإدارية.....12
ب- المصادرة الجنائية.....13
سادسا:الإستلاء.....13
ا- أثر الاستلاء على ملكية المستثمر الأجنبي.....13
ب- مشروعية قرار الاستلاء.....14
رابعا : أساس الشرعية الدولية للتأميم.....14
الفرع الثاني: شروط ممارسة الحق في التأميم و نزع الملكية.....14
أولا: شروط عدم التمييز.....15

ثانيا: شرط المصلحة العامة.....15

ثالثا :احترام مبدأ الشرعية.....15

رابعا: عدم مخالفة التزام خاص..... 15

المطلب الثاني: التأميم و نزع الملكية في القانون الجزائري.....17

الفرع الأول: التأميم ونزع الملكية في القانون الداخلي.....17

أولا: المبادئ الدستورية.....17

ثانيا: القواعد القانونية الخاصة بالتأميم ونزع الملكية.....17

الفرع الثاني: التأميم ونزع الملكية في القانون الاتفاقي.....18

اولا : المبادئ العامة الواردة في الاتفاقيات الدولية المتعددة الاطراف.....18

ثانيا: الشروط الواردة في الاتفاقيات الثنائية.....19

المبحث الثاني: مبدأ المعاملة المنصفة و العادلة.....20

المطلب الأول: تعريف المعاملة المنصفة و العادلة.....20

الفرع الاول.....21

الفرع الثاني :موقف المشرع من المعاملة المنصفة و العادلة.....21

المطلب الثاني: الأساس القانوني لمبدأ المعاملة المنصفة و العادلة و التعويض22

الفرع الاول :أساس المعاملة المنصفة والعادلة في القانون والاتفاقيات 22

الفرع الثاني: أساس التعويض المنصف.....22

المطلب الثالث: الهدف من مبدأ المعاملة المنصفة و العادلة..... 22

الفرع الاول: الهدف من التعويض..... 22

الفرع الثاني: الهدف من المعاملة العادلة والمنصفة.....24

المبحث الثالث: مبدأ الدولة الأولي بالرعاية و المعاملة الوطنية والمعاملة بالمثل. 25

المطلب الأول: المعاملة الوطنية..... 25

المطلب الثاني: مبدأ الدولة الأولى بالرعاية..... 26

المطلب الثالث: مبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل 27

1- التبادل: تبادل الحق بالحق.....28

2- التبادل على أساس التعامل.....28

3–التبادل على أساس المعاملة الوطنية.....28

الفصل الثاني : ضمان عدم مراجعة التحفيزات السابقة.....28

المبحث الاول :التحفيزات المتعلقة بإدارة الضرائب.....28

المطلب الاول : التخفيف من العبء الضريبي.....29

اولا : تجنب الازدواج الضريبي الداخلي.....30

ثانيا : تجنب الازدواج الضريبي الدولي.....31

المطلب الثاني : أنظمة الاعفاء الضريبي الممنوحة من الدولة..... 31

الفرع الاول : الاعفاء الكامل من الضريبة الوطنية.....31

الفرع الثاني : تأجيل الضريبة الوطنية.....32

الفرع الثالث : اعتماد نظام الضريبة الاجنبية من وعاء الضريبة الوطنية.....32

الفرع الرابع : خصم الضريبة الاجنبية من قيمة الضريبة الوطنية 33

الفرع الخامس : نظام تخفيض الضريبة الوطنية.....34

المطلب الثالث : إزالة العوائق الضريبة.....34

الفرع الاول : عدم التمييز في المعاملة الضريبية.....35

الفرع الثاني : خطر التميز في المعاملة الضريبية و فق الدستور 03/16..... 35

الفرع الرابع : حظر التمييز وفق الالقانون 09/16.....35

المبحث الثاني : الضمانات المتعلقة بإدارة الجمارك.....37

المطلب الأول : التحفيزات الجمركية في ظل الانظمة الاقتصادية.....37

الفرع الاول :التحفيزات الجبائية وفق قانون الجمارك 10/98.....37

أولا : القبول المؤقت.....37

-ثانيا: إعادة التمويل بالإعفاء.....37

-ثالثا: نظام التحسين عند التصدير.....37

الفرع الثاني :التحفيزات الجبائية وفق القانون 04/17.....38

المطلب الثاني :الإجراءات الجمركية 38

-الفرع الأول : الإجراءات القانونية.....38

أولا : تحرير التصريح.....38

ثانيا : فحص البضائع.....38

ثالثا: الحصول على رخصة رفع البضائع.....39

الفرع الثاني : مهام ممثل إدارة الجمارك.....39

المطلب الثالث : الحماية الجمركية.....40

1- الفرع الاول : الحماية الجمركية من السلع و الخدمات المستوردة.....40

أولا: اصفاء الحماية الجمركية على الصناعات المحلية.....40

ثانيا: الحماية الجمركية يجب ان تكون مؤقتة 40

الفرع الثاني : مراعاة مستلزمات الانتاج المحلي.....40

الفرع الثالث : التحفيزات الجبائية في مجال الاستثمار.....41

اولا: مرحلة الانجاز.....41

ثانيا:مرحلة الاستغلال.....42

المبحث الثالث : الضمانات المتعلقة بمنح عقد الامتياز على العقار.....43

المطلب الأول: المفهوم القانوني لعقد الامتياز العقار الصناعي.....43

الفرع الاول :خصائص عقد الامتياز.....43

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الامتياز الصناعي.....44

المطلب الثاني: عقد الامتياز الصناعي اساس تشجيع الاستثمار الاجنبي الصناعي44

الفرع الأول: ضمانات قوانين الاستثمار.....44

الفرع الثاني: تنظيم وتحفيز قوانين المالية.....48

المطلب الـــثالـــث : نـــهايـــة عـــقـــد الامـــتيـــاز 52

الفرع الأول: طرق نهـــــاية الامتيـــــاز 52

أولا : النـــهاية الطبيعـــية لعـــقـــد الامـــتيـــاز 52

ثانيا : النهـــاية المسبقة لعقد الامتـــياز 53

1-إسقاط الامتياز(la déchéance) 53

2-استرداد المرفق 55

3 -فسخ الامتياز 55

أ-الفسخ الاتفاقي: 55

ب-الفسخ بحكم القانون: 55

ج-الفسخ القضائي 56

1-الفسخ القضائي بطلب من الملتزم: 56

2-الفسخ القضائي بطلب من الإدارة مانحة الامتياز: 56

الفرع الثاني: تسوية المنازعات في مجال الاستثمار في الجزائر.....57

أولا : القضاء.....57

ثانيا :التحكيم.....58

الخاتمة :.....60

قائمة المراجع :.....63

1