

2.1. تعريف الاستثمار الأجنبي

يعد الإستثمار من أكثر الموضوعات التي نالت قسطا كبيرا من اهتمام فقه القانون الدولي بفرعيه الخاص والعام، وباتت المكتبات القانونية تزخر بمؤلفات فقهية مطولة نالت هذا الموضوع، خاصة بعد ان أصبح قانون الإستثمار هو قانون العمليات المالية ذات الصبغة العالمية.

ذلك أن الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية و أخرى قانونية، لذلك كان لزاما علينا الوقوف على مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين وعند القانونيين، كما يتعين في الوقت ذاته فحص الاتفاقيات الجماعية و الثنائية التي أبرمت في حقل الاستثمار للوصول إلى تعريف أو تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي، وصولا للقانون الجزائري، وذلك ماسنتناوله في المباحث الثلاثة التالية:

1.2.1. المفاهيم المختلفة للإستثمار الأجنبي

2.2.1. تعريف الإستثمار الأجنبي في القانون الدولي

3.2.1. تعريف الإستثمار الأجنبي في القانون الجزائري

1.2.1. المفاهيم المختلفة للإستثمار الأجنبي

إن الفقه لم يتفق على تعريف قانوني واحد للاستثمار، و جاءت معظم التعريفات التي قيلت في هذا الصدد أقرب للتعريف الاقتصادي منها للتعريف القانوني الجامع، والسبب في ذلك هو تشابك الجوانب الاقتصادية والسياسية والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف [21] ص 10. وإن كان الفقهاء يلتقون جميعا عند مفهوم معين للاستثمار الأجنبي وهو: "انتقال لرؤوس الأموال أو لرؤوس الأموال و الخبرات الفنية و الإدارية عبر الحدود من أجل تحقيق مصلحة للمستثمر التي تتمثل في تحقيق أكبر ربح ممكن، ومصلحة القطر المضيف التي تتمثل في إحداث إضافة اقتصادية تضاف إلى الثروة القومية لهذا البلد" [1] ص 15.

وقد بذلت عدة محاولات لتعريف اصطلاح "الاستثمار الأجنبي" لكنها باءت بالفشل كلها و السبب في ذلك هو أن الإستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية و أخرى قانونية لذلك كان لزاما علينا الوقوف على مفهوم الاستثمار عند الاقتصاديين وعند القانونيين كما يتعين في الوقت ذاته فحص الاتفاقيات الجماعية و الثنائية التي أبرمت في حقل الاستثمار للوصول إلى

تعريف أو تحديد مفهوم الاستثمار الأجنبي، وصولاً للقانون الجزائري، وذلك ماسنتاوله في المطالبين التاليين:

1.1.2.1 . التعريف الإقتصادي للاستثمار الأجنبي

2.1.2.1 . التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

1.1.2.1 . التعريف الإقتصادي للاستثمار الأجنبي

الاستثمار في اللغة يعني طلب للحصول على الثمرة، وثمره الشيء ما تولد عنه أو نفعه المقصود منه، وثمر الرجل ماله أي أحسن القيام عليه و نماء.

الاستثمار في اللغة مشتق من الثمر أي حمل الشجر و الولد، ثمرة القلب و الثمر نوع من أنواع المال و ثمر ماله أي نماء [22] ص ++ .

وكلمة استثمار من المصطلحات الاقتصادية العالمية INVESTMENT / INVESTISSEMENT ومعناها في علم الاقتصاد لا يخرج عن معناها اللغوي، لأنه يقصد بها زيادة أو إضافة جديدة في ثروة المجتمع مثل إقامة المصانع والمباني و المزارع و الطرق و غيرها من المشروعات التي تزيد أو تكثر من الرصيد الاقتصادي للمجتمع، لذلك تعددت التعاريف الاقتصادية .

عرفه الدكتور حازم جمعة بأنه "عملية إنماء الذمة المالية لبلد ما، وذلك من وجهة النظر الدينامكية، فهو عبارة عن العمليات التي تهدف إلى خلق رأس المال بمعنى أنها عملية إيجاد مشروعات اقتصادية دائمة تعمل على توفير احتياجات مختلفة و تحقيق أرباح مالية، أي التركيز على الهدف منه دون الوقوف عنده من حيث عناصره أو أشكاله أو دوامه" [21] ص 11 أو هو انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و بقصد تحقيق ربح نقدي متميز .

كما عرفه الدكتور محسن شفيق بأنه "توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبي أو خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية" [23] ص 238.

وعرفه البعض الآخر بأنه "كل إضافة إلى الأصول المفضية إلى توسيع الطاقات الإنتاجية في المجتمع و المحافظة عليها و تجديدها".

و لما كان الاستثمار عند الاقتصاديين يرتبط بالإدخار في علاقة تمويلية و بالاستهلاك

بصورة مباشرة، وبالإدخال كفاً للاستهلاك بصورة غير مباشرة، في علاقة إنتاجية في المجتمع الاقتصادي الحديث، على ضوء ذلك تم تعريفه كما يلي:

"هو استخدام المدخرات في تكوين الاستثمارات أو الطاقات الإنتاجية اللازمة لعمليات إنتاج السلع و الخدمات و المحافظة على الطاقات الإنتاجية القائمة أو تجديدها" [24] ص 38. أو هو " إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع بقصد زيادة الناتج في الفترات التالية ".

كما يختلف المفهوم الاقتصادي للاستثمار حسب مفهوم الجهة القائمة على الاستثمار [1] ص 20 فهو:

1.1.1.2.1 . عند البنوك التجارية التقليدية

يعني شراء أوراق مالية كاحتياطي وقائي ثانوي للسيولة أو لمتطلبات تشغيل الأموال المتاحة في أصول سهلة التحويل نسبياً إلى نقدية، وهذه الأوراق قد تكون حكومية أو مضمونة من الحكومة أو أسهم شركات ناجحة.

2.1.1.2.1 . من وجهة نظر الشركات الصناعية والتجارية الزراعية وشركات

الخدمات

هو توظيف الأموال في أصول خالية من المخاطرة أو بمخاطرة محسوبة، أي بالمحافظة على الأصل أو الاستقرار في الدخل و لو كان دخلاً متواضعاً و يترتب على ذلك بطبيعة الحال عدم زيادة كبيرة في قيمة الأصل في نهاية المدة.

أما إذا عبر الاستثمار حدود الدولة التابع لها فهو ذلك الاستثمار الأجنبي فهو الذي يجري خارج النظام النقدي و المالي والاقتصادي والقانوني للدولة المستثمرة.

وهكذا يتبين كيف عز على الاقتصاديين الإجماع على تعريف محدود للاستثمار وإن كانوا جميعاً يتفقون حول مفهوم واسع له يحدد الهدف منه بمعنى أنه " توظيف للنقد لأي أجل في أي أصل أو ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها، للمحافظة على المال أو تتميته سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية " [1] ص 20.

2.1.2.1 . التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي

تعددت كذلك التعريفات دون الاتفاق على تعريف واضح محدد له [1] ص 22، [9] ص 12 ومنها:

- 1 / كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكها بلد من البلدان.
- 2 / وعرفه الفقيه الفرنسي الشهير FOUCHARD كما يلي: [21] ص 11 ، الأموال المنقولة و غير المنقولة التي تهدف إلى إنشاء أو التوسع في مشروع قائم.
- 3/ توجيه جانب من أموال المشروع أو خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية.
- 4/ انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة و بقصد تحقيق ربح نقدي متميز .
- 5-/ تقديم الأموال المادية والمعنوية والأداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلية للمساهمة المباشرة وغير المباشرة في مشروع قائم.
- 6-/ انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر الأجنبي و بما يكفل زيادة الإنتاج و التنمية في الدولة المضيفة.
- 7-/ وعرفته اللجنة المنبثقة عن مؤتمر اتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين المنعقد بمدينة طوكيو بأنه: "تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر (المصدر) نحو البلد المضيف (المستفيد) بغير تنظيم مباشر".
- و هكذا تباينت تعريفات الفقه للاستثمار الأجنبي دون أن يفلح إحداها في أن يكون تعريفا جامعاً مانعاً يعول عليه كإطار عام لظاهرة الاستثمار، و سبب ذلك كله هو أن الاستثمار ليس بالواقعة الاقتصادية أو القانونية المحددة بل إنه يمثل في الواقع مفهوماً متغيراً متطوراً بتغير و تطور الظروف والأوضاع الاقتصادية على المستوى الدولي.

la définition juridique n'est qu'une transcription de la définition économique.

هو مفهوم عام قد يضيق و قد يتسع حسب ظروف البلد السياسية و الاقتصادية، فالدولة التي تسعى إلى جلب الاستثمارات الأجنبية تتبنى مفهوماً واسعاً للاستثمار حتى يمكنها الاستفادة بأكبر قدر ممكن من رؤوس الأموال و الخبرات الأجنبية في مختلف الأنشطة الاقتصادية في إقليمها، خاصة أن مفهوم الاستثمار لم يعد يقتصر على الأموال المادية و الأموال العينية التي يمكن أن يرد عليها حق الملكية فقط، وإنما قد شمل كذلك كل مظاهر الخدمات.

أما الدول التي تتبنى نظاما مانعا بشأن الاستثمار الأجنبي مثلما كان عليه الحال بالنسبة لدول أمريكا اللاتينية التي تأخذ بتقنين الأندين ANDEAN، تتبنى مفهوما ضيقا للاستثمار حتى يمكنها الحد من دخول رؤوس الأموال الأجنبية [1] ص 25.

و إزاء تردد الفقهاء فيما يجب أن يكون عليه تعريف الاستثمار من جهة ، وتطور مفهوم الاستثمار في الوقت الراهن من جهة أخرى ، حيث لم يعد مقصورا على الصور التقليدية فقط (الاستثمار المباشر وغير المباشر). فقد ظهرت أشكال جديدة للاستثمار LES NOUVELLES FORMES ولعل أبرزها ما يسمى بالمشروعات المشتركة JOINT VENTURE حيث يشارك فيها رأس المال الوطني المستثمر الأجنبي في المشروع ، وعقود الخدمات والإدارة والإمتياز والترخيص وغيرها.

لذلك أصبح لزاما على الباحثين أن يتجهوا إلى فحص الاتفاقات الجماعية و الثنائية التي أبرمت في حقل الاستثمار، بغية الوصول إلى تحديد تعريف واضح للاستثمار الأجنبي.

2.2.1 . تعريف الإستثمار الأجنبي في القانون الدولي

نتعرض ضمن هذا المبحث لتعريف الإستثمار الأجنبي من واقع الاتفاقيات الدولية الجماعية في المطلب الأول ، ثم تعريف الإستثمار الأجنبي في الإتفاقيات الدولية الثنائية في المطلب الثاني ، وأخيرا تعريف الإستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام العرفي في المطلب الثالث.

1.2.2.1 . تعريف الإستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية الجماعية

هناك من الاتفاقيات الجماعية من أغفل عن عمد تعريف الاستثمار الأجنبي رغم كونه موضوعا لها، كاتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى CIRDI المادة 25 من الاتفاقية التي تحدد اختصاص المركز (1) [25] ص 8، [26] ص 81.

(1) حيث اكتفت هذه المادة بذكر المشروع الإستثماري دون تحديد ودون تفصيل هذا المصطلح.

و منها من تبني مفهوما واسعا للاستثمار كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية المنشئة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار لسنة 1985 AMGI بحيث يمكن للوكالة إضافة أنواع أخرى للاستثمار (م12) (1) .[25] ص 187

وكما هو الحال بالنسبة للاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار ،لسنة 1971 التي تميل كذلك للمفهوم الموسع للإستثمار (م15) (2). وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين الدول أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي المبرمة في 1981/12/10.

2.2.2.1 . تعريف الإستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية

بعض هذه الاتفاقيات تعرف الاستثمار من ناحية موضوعه باعتباره مجموع الحقوق المالية سواء كانت أموالا أو حقوقا أو أرباحا، أو أن تكفي بأن تعطي أمثلة لما يعتبر استثمرا وتحيل إلى قانون الدولة المضيفة لتحديد ذلك.

وبعض الاتفاقيات تأخذ بالنظام العددي أو نظام القائمة أي تعداد الأموال المكونة للاستثمار، وسببا اللجوء إلى هذا النظام هو تجنب أي خلاف بين الدولتين المتعاقدين حول التكيف و تطبيق أحكام الاتفاقية مما يقلل من المنازعات بينهما وهذا هو الوضع الغالب في الاتفاقيات الثنائية [27] ص 34.

هناك اتجاه آخر هو الإحالة إلى قانون الدولة المستقبلة، حيث يتم وفقا لهذا الأسلوب تحديد فكرة الإستثمار وفقا لما هو متبع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار و بناءا على ذلك يعتبر استثمارا ما يعطيه قانون الدولة المضيفة هذه الصفة، والإحالة هنا للقانون العام و ليس للقانون الخاص. و في هذه الحالة فإن فكرة الاستثمار تكون في ذاتها التعريف الذي تأخذ به هذه الدولة.

(1) المادة 12 تنص على أن كلمة إستثمار تشمل حقوق الملكية والإستثمارات المباشرة بصورها المختلفة والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمها المشاركون في المشروع.

كما يمكن لمجلس إدارة الوكالة ان يتوسع في المستقبل بإضافة صور أخرى للإستثمار .

(2) تنص المادة 15 من الإتفاقية على أن الإستثمار الصالح للضمان ، يشمل الإستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات واستثمارات الحافطة بما في ملكية الأسهم والسندات وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل القصير التي يقرر المجلس على سبيل الإستثناء صلاحيتها للتأمين .

3.2.2.1 . تعريف الإستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام العرفي

أحكام القانون الدولي العام العرفي، تخلو هي الأخرى من تعريف فكرة الإستثمار، ولا يتضمن إلا بعض القواعد العرفية الدولية الخاصة بحماية الأموال المملوكة للأجانب وحق دولة الجنسية في احترام القانون الدولي في شخص رعاياها، وفي نفس الوقت حقوق الأجنبي على هذه الأموال.

ذلك أن اصطلاح INVESTMENT باللغة الإنجليزية L'INVESTISSEMENT باللغة الفرنسية يعد قاصرا على قانون المعاهدات. [28] ص 372. le droit international n'offre pas une définition unifiée de l'investissement . أحكام المحاكم الدولية من تعريف للاستثمار، إذ أن محكمة العدل الدولية لم تعرف الاصطلاح رغم وروده عدة مرات في حكمها في قضية (Barcelona traction-) ومع ذلك فإن القاضي الدولي goos قد عرفه على أنه: "قرار تخصيص أموال لنشاط إنتاجي" [1] ص 31. و قد ورد هذا الاصطلاح في مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التشغيل في مشروع ميثاق هافانا 1948.

لذلك يحسن بنا أن نستهدي ببعض التعريفات لبعض الجمعيات والهيئات الدولية المتخصصة .

1.3.2.2.1 تعريف معهد القانون الدولي(1)

"هو توريد الأموال أو ربما الخدمات بهدف ربح مادي أو سياسي و يمكن أن يتكون الاستثمار من أموال معنوية." و هذا التعريف من السعة بحيث يشمل الاستثمار التجاري و الصناعي وأيضا المباشر وغير المباشر .

2.3.2.2.1 . تعريف جمعية القانون الدولي:

"حركة رؤوس الأموال من دول مستثمرة إلى دول مستفيدة دون تنظيم فوري" هذا الاصطلاح يقترب من مفاهيم القانون الدولي الخاص لدول مصدرة لرؤوس الأموال ودول مستوردة لرؤوس الأموال.

(1) هو جمعية علمية غير حكومية مثلها مثل جمعية القانون الدولي .

3.2.1 . تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الجزائري

يندرج الأمر رقم 03/01 الصادر في 2001.08.20 المتعلق بتطوير الاستثمار، وكذلك الأمر رقم 04/01 الصادر في 2001.08.20 بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها و توجيهها إلى جانب نصوص قانونية أخرى ذات طابع تشريعي و تنظيمي، في سياق الإصلاحات الاقتصادية التي باشرتها الدولة الجزائرية منذ سنوات عديدة ،وذلك بتوفير الأدوات القانونية التي تتلاءم مع مرحلة التطور الاقتصادي والإجتماعي و السياسي، من أجل إعادة بعث الآلة الاقتصادية وخلق المناخ الملائم لدفع و تنشيط الاستثمارات الوطنية والأجنبية بكيفية تمكن من تحفيز النشاط الاقتصادي وخلق مناصب عمل عن طريق الاستغلال الأمثل للقدرات الإنتاجية الوطنية من جهة،و تشجيع قدوم المستثمرين الأجانب من جهة أخرى بتوفير الضمانات و الحوافز التشجيعية لهم .

كل هذه النصوص وغيرها ،تشكل الإطار القانوني العام الذي يحكم الاستثمارات في الجزائر، خاصة وأن المادة 35 من الأمر المذكور تنص على إلغاء كل الأحكام السابقة المخالفة لهذا الأمر لا سيما تلك الواردة في المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993.10.05 المتعلق بترقية الاستثمار ماعدا القوانين المتعلقة بالمحروقات المذكورة أعلاه.

لذلك يتعين إبراز مفهوم الاستثمار أولا في ظل المرسوم التشريعي السابق رقم 12/93 المؤرخ في 1993.10.05 المتعلق بترقية الاستثمار في المطلب الأول (1.3.2.1)
ثم الانتقال للأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001.08.20 المتعلق بتطوير الاستثمار و ذلك بغية تلمس تعريف المشرع الجزائري للإستثمار الأجنبي في المطلب الثاني (2.3.2.1) .
وأخيرا تعريف الإستثمار الأجنبي من واقع الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في المطلب الثالث (3.3.2.1) .

1.3.2.1 . تعريف الإستثمار الأجنبي من واقع المرسوم التشريعي السابق رقم 93

12/

إن المرسوم التشريعي رقم 12/93 الذي يعد أول قانون لجزائر الإصلاحات الاقتصادية آنذاك بعد أحداث 11 أكتوبر 1988، نصت المادة الأولى منه على مايلي:
"يحدد هذا المرسوم التشريعي النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة و

على الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها أو أي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي".

ونصت المادة الثانية على ما يلي :

"تستفيد من أحكام هذا المرسوم التشريعي الاستثمارات المنشئة و المنمية للقدرات و المعيدة للتأهيل أو الهيكلية التي تنجز في شكل حصص من رأسمال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي".

المادة الأولى إذن كان تشترط أن يتعلق الأمر بالاستثمارات الخاصة و الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع و الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي.

وهو ما يعني إذن عدم إمكانية استفادة الاستثمارات العمومية من أحكامه و أنه عليها إذا أرادت الاستفادة من أحكام هذا المرسوم أن تتقدم بطلب إلى الجهات المختصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى، المرسوم التشريعي في مادته الثانية جعل الاستثمار محصورا في بعض القطاعات دون الأخرى تمشيا مع المادة 183 من قانون النقد والقرض رقم 10/90 الصادر بتاريخ 14/04/1990(1) التي كانت تنص على مايلي :

"يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها أو لأي شخص معنوي مشار إليه بموجب نص قانوني"

وهذا تمشيا مع ما أقره القانون رقم 25/88 الخاص بتوجيه الاستثمارات الخاصة الوطنية المؤرخ في 12.07.1988 و الذي أقام تفرقة بين 03 أنواع من المجالات الاقتصادية:

- 1/ المجالات الاقتصادية الإستراتيجية.
- 2/ المجالات الاقتصادية ذات الأولوية.
- 3/ المجالات الاقتصادية العادية فهي ليست إستراتيجية و لا ذات أولوية.

(1) عدل هذا القانون مؤخرا بموجب الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 ج ر رقم 64 وسنعود إليه

لاحقا. كما تم تعديل المادة 183، بما يستجيب للتطورات الجديدة .

فالاستثمار الخاص محظور في النوع الأول أي المجالات الإستراتيجية ومسموح به في النوعين الآخرين.

و قد أكدت هذا المعنى المادة الثانية من الأمر رقم 22.95 المؤرخ في 1995/08/26 المتعلق بخصوصية المؤسسات العمومية حيث نصت على ما يلي:

"يهم هذا الأمر المؤسسات التابعة للقطاعات التنافسية التي تمارس نشاطاتها في القطاعات الآتية". ثم عدت هذه القطاعات وهي في الغالب قطاعات عادية ليست إستراتيجية و لا ذات أولوية.

2.3.2.1 . تعريف الإستثمار الأجنبي من واقع الأمر رقم 03/01

نصت المادة الأولى منه على ما يلي:

"يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية و الأجنبية في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع و الخدمات وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز و/ أو الرخصة."

أما المادة الثانية فنصت على مايلي:

"يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

1/ اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة وتوسيع قدرات الإنتاج و إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2/ المساهمة في رأس مال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3/ استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية.

ما يلاحظ إذن على القانون الجديد للاستثمار ما يلي:

1/ -الصياغة الجديدة للمادة الأولى مقارنة بما كان واردا في القانون السابق لا تنص

بصريح العبارة على إدخال الاستثمارات العمومية ضمن نطاق هذا القانون إلا أنها لم تستبعد صراحة كما فعل القانون السابق الذي حدد نطاق تطبيقه صراحة على الاستثمار الخاص مستبعدا الاستثمار العمومي.

وموقف المشرع هذا يمكن تفسيره على أنه اتجاه واضح لمنح حرية أكبر للمستثمر وتوسيع نطاق تدخله في مختلف فروع الاقتصاد الوطني، و تعبيرا عن اقتناعه بعدم جدوى أو عدم فعالية التحديد الاعتبائي التحكيمي لبعض القطاعات الاقتصادية التي كانت تعتبر في

الماضي قطاعات إستراتيجية حيوية يمنع على المؤسسات الخاصة الاستثمار فيها[29] ص 24.
2/ كما أن النصوص القانونية التي صدرت في السنوات الأخيرة و أقرت عدم التفرقة بين الخاص والعام و بين الوطني و الأجنبي، خاصة صياغة المادة الأولى السابق الإشارة إليها، التي لم تذكر التخصص الذي كان للدولة أو لفروعها أو أي شخص معنوي كما كان في القانون السابق.

و هذا ما تكرسه المادة 126 من الأمر رقم 11/03 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض(1).

وكذلك المواد 15.13.04 من الأمر رقم 04.01 المؤرخ في 20/08/2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات الاقتصادية و تسييرها و خوصصتها.

3/ كما أن الأمر الجديد لم يجعل الاستثمار محصورا في بعض القطاعات دون الأخرى و لم يقتصر على الدولة إمكانية التدخل في بعض القطاعات الحيوية و ذات الأولوية التي يمنعها على المؤسسات الخاصة الوطنية و الأجنبية.

فالمادة الأولى لم يرد فيها بصريح العبارة أن هناك قطاعات اقتصادية مخصصة صراحة للدولة أو أحد فروعها أو أي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص قانوني.
وهذا التطور التشريعي يتماشى مع اتجاه عالمي يتمثل في الانسحاب التدريجي للدولة من الدائرة الاقتصادية و تركها للمبادرة الحرة و هذا من شأنه إثارة اهتمام كبير لدى المستثمرين

المستثمرين الخواص الوطنيين و الأجانب لكونه يستجيب لضرورة تكييف و ملائمة التشريعات المتعلقة بالاستثمار، و تلك المتعلقة بالعلاقات التجارية و المالية مع مقتضيات التعامل مع السوق العالمية كما يلبي في ذات الوقت رغبة الجزائر في امتلاك وسيلة قانونية فعالة و قادرة على اجتذاب عناصر الإنتاج المتوفرة في البلدان الأجنبية [29] ص 25.

4/ كما أضاف القانون الجديد شكلا آخر للاستثمار يأخذ صورة مساهمات نقدية أو عينية وأغفل ذكر طبيعة الشخص الذي يقدم تلك المساهمات خلافا لما نصت عليه الفقرة 1 من

(1) المادة 126 من الأمر رقم 11/ 03 المؤرخ في 26/08/2003 حلت محل المادة 183 من القانون السابق 1990 وتنص على أن "يرخص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر"

المادة 2 من المرسوم السابق رقم 12/93 "يقدمها شخص طبيعي أو معنوي .ودون تحديد سقف المساهمة الأجنبية وبالتالي قد تصل إلى 100%

5/ كذلك استبدلت عبارة حصص من رأس المال الواردة في النص السابق بعبارة حصص نقدية ، دون أن يعير النص اهتماما لطبيعة الشخص المساهم.

6/ النص لم يضع حدا فاصلا بين الإستثمار المباشر وغير المباشر وفي هذا لا يختلف عن الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر، أو الإتفاقيات الجماعية .

7/ الجديد كذلك في القانون الحالي أنه وسع من نطاق النشاطات الاقتصادية التي تعتبر استثمارا فأصبحت تشمل الاستثمار الذي ينجز في إطار نظام الإمتياز أو الرخص، كما شملت أيضا العمليات المتعلقة بالخصوصية سواء كانت جزئية أو كلية (1).

يتبين لنا إذن كيف أن المشرع الجزائري لم يتبنى تعريفا محددا للإستثمار، وإنما اهتم بتبيان أنواعه وأشكاله فقط ، وهو ما تيسر عليه أغلب التشريعات العربية كقانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم 08 لسنة 1997 و هو آخر ما وصل إليه التطور التشريعي في مصر بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، حيث لم يبين المشرع تعريفا محددا للإستثمار أو المال المستثمر لكن عدد أوجه و مجالات الإستثمار التي سوف تستفيد من أحكامه. كما أجاز القانون لمجلس الوزراء (المصري) إضافة مجالات أخرى تتطلبها حاجة البلاد، تحسبا لما قد يستجد من أوجه الإستثمار الأخرى.

و هذا على خلاف الأسلوب الذي اعتمدته سنة 1989. حيث اتبع في تعريف الإستثمار أسلوبا يقوم على أساس وضع بيان تفصيلي للمال المستثمر المراد استخدامه في إحدى مجالات الإستثمار المحددة .

(1) عرفت المادة 12 من الأمر رقم 04/01 المؤرخ في 20/08/2001 السابق الإشارة إليه الخصوصية كما يلي: "يقصد بالخصوصية كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية "

- ونصت المواد 8 و 9 على أن يسهر مجلس مساهمات الدولة على إعداد وتنفيذ استراتيجيات الخصوصية.

- انظر في هذا الشأن كذلك المرسوم التنفيذي رقم 98/95 المؤرخ في 07/06/1998 المحدد لقائمة المجموعة الأولى من المؤسسات العمومية التي ستخضع للخصوصية وعددها 89 مؤسسة، خاصة بعد أن أصبحت ممتلكات المؤسسات العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها وقابلة للتصرف فيها طبقا لأحكام الأمر 04/01 السابق الإشارة إليه.

هذا الأسلوب يمثل الاتجاه السائد في القوانين العربية المادة 23 من قانون الاستثمار السوري لعام 1991 و المادة 05 من قانون تشجيع الاستثمار السوداني 1990.

3.3.2.1 . تعريف الاستثمار من واقع الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر

من خلال استقراء بنود الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الصديقة و الشقيقة في مجال التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات و هي عديدة و متنوعة، تبين لنا أن هذه الاتفاقيات انتهجت فيها الدول المتعاقدة أسلوب التعداد و البيان التفصيلي في شأن تعريف الاستثمار، و هذا لتجنب الخلاف الذي قد يقع بين الدولتين المتعاقدتين حول التكييف و تطبيق أحكام الاتفاقية مما يقلل من المنازعات بينهما.

و من جهة أخرى القائمة التي تتضمنها بشأن الأصول الاقتصادية التي تعد استثمارا وردت على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي يمكن إدراج أنواع أخرى تحتها، و هذا ما يتفق إلى حد كبير مع الاتجاه نحو الأخذ بمفهوم موسع للاستثمار الذي تتبناه هذه الاتفاقيات، بحيث يشمل الإستثمار بنوعيه المباشر وغير المباشر، كما تعتمد هذه المعاهدات على ذكر العناصر المكونة له، بوضع نص يتضمن بياناً تفصيلياً بطوائف المال المستثمر، أي الأموال التي يقع عليها الإستثمار وبدون تمييز بين المال المستثمر وعملية الإستثمار في حد ذاته إذ تعبر عن الإستثمار أو المشروع الإستثماري بالمال المستثمر [30] ص 64 .

تتفق الاتفاقيات الثنائية على أن كلمة استثمار تعني، أي نوع من الأصول التي تنفذ كاستثمار طبقاً للوائح و قوانين الطرف المتعاقد الذي يقبل الاستثمار في إقليمه وهي تشمل على سبيل المثال وليس الحصر.

- 1/ الأملاك المنقولة والعقارية وكذا الحقوق الأخرى كالرهون العقارية والإمتيازات.
- 2/ الرهون الحيازية والضمانات وأي حقوق أخرى مماثلة .
- 3/ الأسهم وحصص الشركة أو أي شكل آخر من المصلحة في الشركات أو شركة مختلطة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر (حصص، أسهم، ديون أخرى ناتجة عن عقد الإستثمار، قروض، أوراق مالية).
- 4/ المطالبات النقدية أو أي أداء ذي قيمة مالية .
- 5/ حقوق الملكية الصناعية وال فكرية والنماذج الصناعية والعلامات التجارية والأساليب

التقنية والشهرة التجارية والمهارة .

6/الإمميزات المتعلقة بالأعمال الممنوحة بموجب قانون أو عقد المرتبطة باستثمار، بما في ذلك امتيازات البحث عن الموارد الطبيعية أو استغلالها .
لا يؤثر أي تغيير في الشكل الذي يتم فيه استثمار الأصول أو إعادة استثمارها على وضعها كاستثمار. (1)

يؤخذ على هذه الطريقة أنها كما قلنا سابقا لا تميز بين الاستثمار المباشر (إقامة مشروع أو توسيعه أو تحديثه) وبين الاستثمار غير المباشر (الإكتتاب في الأسهم والسندات)، فهي تركز كل أشكال الاستثمار في نص واحد.

خلاصة القول :

الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر قانونية وأخرى اقتصادية لذلك يمكن أن يعرف الاستثمار الأجنبي على النحو التالي :

"هو استخدام أصول مالية مهما كانت طبيعتها أو موضوعها من شخص طبيعي أو معنوي في نشاط إقتصادي، خارج حدود دولته وسواء خوله هذا الإستغلال السلطة ام لا ،بهدف تحقيق عائد مجز "[30] ص 66.

أو "يعتبر استثمارا كذلك تقديم الأموال المادية والمعنوية و الآداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقبلية، للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي من خلال مدة معقولة من الزمن[27] ص 79.
أو هو " توظيف الأموال المتاحة في اقتناء أو تكوين أصول بقصد استغلالها لتحقيق أغراض المستثمر"

وبناء على ذلك فإن هذه التعريفات تشمل الإستثمار المباشر (الذي يخول الإدارة ورقابة المشروع)، والإستثمار غير المباشر(شراء أسهم وسندات مالية لمشاريع قائمة).

(1)انظر الإتفاقية الثنائية المبرمة مثلا مع حكومة جمهورية أندونيسيا بتاريخ 2000/03/21 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 226/02 مؤرخ في 2002/06/22
انظر الإتفاقية الثنائية المبرمة مع دولة الإمارات العربية المتحدة في 2001/04/24 وتم التصديق عليها بمرسوم رئاسي رقم 227/02 مؤرخ في 2002/06/22 وغيرها من الإتفاقيات الثنائية .

- ومن ثم فإن الاستثمارات الأجنبية تقوم على أربعة مقومات أساسية هي:"[31] ص 20
- 1/الموارد المتاحة متمثلة في الأموال التي يمكن توفيرها من مصادر مختلفة (كمخدرات المستثمر، اقتراض، أرباح ومخصصات نقدية، آلات ومعدات ..)
 - 2/المستثمر و هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقبل قدرا من المخاطرة لتوظيف موارده الخاصة من أجل تحقيق أكبر قدر من الأرباح المادية، وغيرها من العوائد.
 - 3/الأصول و هي تلك الاستثمارات التي يوظف فيها المستثمر أمواله متمثلة في شتى الأصول كالعقارات، المشروعات الاستثمارية في المجالات المختلفة كالزراعة، الصناعة، التعدين، الصيد البحري، الخدمات الاستثمارية، محافظ الأوراق المالية (كالأسهم و السندات) وغيرها من الاستثمارات التي تنعكس آثارها على الإنتاج.
 - 4/غرض المستثمر:النتائج التي يتوقعها من استثماراته و التي تحمل قدرا من المخاطرة من أجلها قد يكون العائد ماديا أو منفعة عامة منظورة أو غير منظورة أو غير ذلك من المكاسب المادية أو غير المادية.وهو ما يعني أن استغلال الأموال يجب أن يتم خارج حدود دولته ،وهنا يختلف عن الإستثمار الوطني .وبما أنه يتحمل خطر أو مشقة نقل أمواله خارج حدود دولته لابد ان يكون عائده مجزيا أكثر مما هو في دولته .