

المنفعة العمومية شرط لنزع ملكية المستثمر الأجنبي: دراسة مقارنة

أ. د. نورة حسين

أستاذة محاضرة «أ»

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر

الملخص

تمتد اتفاقية الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والبلد المضيف للاستثمار عادة سنوات طويلة، وأثناء سريانها قد تقوم الدولة المضيقة بإنهاء الاتفاقية بإرادتها المنفردة، أو بالاستيلاء على المشروع الاستثماري، أو تأميمه أو تسخيره أو مصادرته، فحق الدولة في نزع الملكية من المبادئ التي يقرها القانون الدولي، والذي يقرر ضمانات لحماية المستثمر الأجنبي منها إذا تمت في إطار غير قانوني، حيث يعتبر شرط تحقيق المنفعة العمومية أو المصلحة العامة قيوداً على حرية نزع الدولة لملكية المستثمر الأجنبي، باعتبار الملكية الخاصة حقاً مضموناً دستورياً، بل وطريقة لإضفاء المشروعية على إجراءات نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي، وآلية لضمان الحد الأدنى من الحماية المكرسة للمستثمر الأجنبي في إطار المواثيق الدولية، بحيث يكون تقدير توافر المنفعة العامة مقدماً على المصلحة الخاصة، ويكون إجراء النزع مرفقاً بتعويض عادل ومنصف للمستثمر الأجنبي.

إن الحد الأدنى لحقوق الأجنبي الذي استقر عليه القانون الدولي قد وضع قيوداً متعددة على حق الدولة في نزع الملكية، وأهمها الالتزام بعدم مخالفة مبدأ المساواة وعدم التمييز، حيث تنص قواعد القانون الدولي بإجماع المواثيق الدولية على إمكانية تعرض الاستثمارات الأجنبية لإجراءات التأميم ونزع الملكية والمصادرة، شريطة عدم التمييز بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي وإخضاعهما من حيث الإجراءات والشروط للأحكام نفسها، فلا يكون هدف الإجراء إلا تحقيق المنفعة العامة.

ومن أهداف الدراسة البحث عن آلية الموازنة بين حق الدولة في نزع ملكية المستثمر الأجنبي وحق الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي، وتأكيد إلزامية تغليب المنفعة العمومية للدولة لإضفاء المشروعية على إجراءات نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي في إطار المصالح المشتركة والمتناقضة لأطراف عقد الاستثمار الدولي.

أجرينا البحث في إطار دراسة تحليلية وصفية مقارنة بين بعض التشريعات، على ضوء القانون الدولي للاستثمار الأجنبي، وخلصنا إلى أن الحاجة إلى استقطاب الاستثمارات الأجنبية كآلية للإنعاش الاقتصادي في عز الأزمات الاقتصادية التي تعيشها مختلف الدول النامية ليس مبرراً للاتفاق مع المستثمر الأجنبي على تجميد حق الدولة المستقطبة للاستثمار الأجنبي في نزع ملكية المستثمر الأجنبي في حالات الضرورة، ولدواعي الصالح العام طالما يوجد جبر للضرر بالتعويض.

كلمات دالة: حق الملكية، المصلحة العامة، الاستثمار الأجنبي، إنهاء اتفاقية الاستثمار، الاستيلاء، المصادرة، تعويض المستثمر.

المقدمة

تعتبر حماية ملكية الاستثمار الأجنبي بصفة عامة مظهراً هاماً وجديداً من مظاهر الألفية الجديدة، بسبب تأثيرها المباشر على توجيه حركة الشركات الاستثمارية الاقتصادية العالمية، وبالتالي على حركة رؤوس الأموال الأجنبية التي أصبحت أحد المخارج الهامة من الأزمات الاقتصادية، لذا أصبح من الضروري على الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية العمل على تعزيز وظيفة الملكية وحمايتها لتوليد قيمتها الأساسية في الحاضر والمستقبل، لكن لا يتم ذلك إلا بضمانها والتصدي لكل الإجراءات التي تمس بها.

ورغم أن مالكي المشاريع الاستثمارية اكتسبوا حق الملكية، فهذا لا ينفي كون ملكية المشروع الاستثماري عرضة لمخاطر متعددة ذات أبعاد عدة، لأنها تؤدي أولاً وقبل كل شيء - في إطار أي دولة كانت - وظيفة اجتماعية مقيّدة بخدمة المصلحة العامة، فالمخاطر كثيرة ومتنوعة قد تحدث بموجب واقعة قانونية أو تصرف قانوني يصدر عن الدولة أو إحدى سلطاتها⁽¹⁾ بعيداً عن عقد الاستثمار، بموجب قانون أو لائحة أو قرار إداري يمس بالمستثمر الأجنبي بصورة مباشرة أو غير مباشرة، مثل قرارات التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية... أو بسبب وقائع مادية تصدر في إطار إقليم الدولة المضيفة، وتمس مباشرة بالمستثمر مثل الحروب والاضطرابات المدنية والحرائق وأعمال العنف والشغب... الخ.

إن تقديس الملكية الفردية بوصفها حقاً طبيعياً يتمتع به الفرد بصفة عامة، سواء أكان مستثمراً أم غيره، أجنبياً أم وطنياً كمبدأ دولي مكرّس في التشريعات الداخلية وفي الأعراف أو الاتفاقيات الدولية، لم يقف حاجزاً أمام حق الاعتراف للدولة كمالكة أصلية في استرجاع هذه الممتلكات، والقدرة على نزعها بصفة نهائية في حالات معينة، وبأساليب مختلفة لدواعي الصالح العام.

إن أسلوب نزع الملكية الخاصة لصالح المنفعة العامة مفهوم قديم النشأة، أخذ يتطور عبر العصور على أنه إجراء عرفته كافة الأنظمة، بصرف النظر عن العقائد والإيديولوجيات السائدة، اشتراكية كانت أم رأسمالية⁽²⁾، فرغم تبني مبدأ قدسية الملكية الخاصة وحمايتها على مستوى التشريع الداخلي حماية للملكية الفردية الخاصة بالوطنيين والأجانب معاً، وعلى مستوى القوانين والاتفاقيات الدولية حماية للملكية الخاصة للأجانب وفق مبدأ

(1) سعيد النجار، سياسات الاستثمار في البلاد العربية، دار الهلال للطباعة والتوزيع، الكويت، 1989، ص 184.

(2) منور العربي، مبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص 93.

المساواة والمعاملة بالمثل، فإن هذه الحماية نسبية، لأن حق الدولة في أخذ واسترجاع المال من المستثمر الأجنبي احتمال واردة ومحتم، لأنه مبدأ مقربه على المستوى الداخلي والدولي، إذ لا يتم بصفة عشوائية، بل تلتزم الدولة النازعة للملكية عند مباشرة إجراءات أخذ الملكية بمجموعة من القيود لتتم العملية بصفة قانونية وأهمها تحقق المنفعة العمومية⁽³⁾.

وللتفصيل في البحث ارتأينا طرح إشكالية حول: مدى اعتبار شرط تحقيق المنفعة العمومية أسلوباً لإضفاء المشروعية على إجراءات نزع ملكية المستثمر الأجنبي.

ومن أجل دراسة الموضوع، فقد اتبعنا المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن لواقع الاستثمار الأجنبي ومخاطر نزع الملكية، من خلال التطرق لمفهوم المنفعة العامة المفروضة كشرط لنزع ملكية المستثمر الأجنبي، على ضوء بعض النصوص القانونية التي تنظم الاستثمارات الأجنبية في بعض القوانين المقارنة من جهة، وأحكام القانون الدولي للاستثمار الأجنبي ذات العلاقة بإجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة في (المبحث الأول) الذي تطرقنا فيه إلى الإجماع على أن المنفعة العمومية قيد وشرط لنزع الملكية في (المطلب الأول)، وإلى تعريف المنفعة العامة وصورها في (المطلب الثاني). أما (المبحث الثاني) من البحث، فهو يتضمن إجراءات تقدير المنفعة العمومية والرقابة على مدى تحققها، وفيه تناولنا الإجراءات في (المطلب الأول) والرقابة في (المطلب الثاني).

(3) Anais Agbo, La gestion des risques dans le cadre du financement des investissements de haute technologie en contexte incertain, DEA, faculté des sciences économiques et sociales, Panthéon- Sorbonne, Paris, 2003-2004, p. 18.

المبحث الأول

مفهوم المنفعة العامة كشرط لنزع ملكية المستثمر الأجنبي

لقد أقرت معظم التشريعات اعتبار إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة حقاً مقررًا للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية مساواةً ما بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني الذي يتعرض في إقليم دولته لمثل هذه الإجراءات، دون أن يكون في ذلك أي إجحاف بحق الأجنبي ما دام أنه يتعرض لنفس ما يتعرض له المستثمر الوطني إذا كانا في الوضعية نفسها، فحتى الأفكار الرأسمالية التقليدية القائمة على تقديس الملكية الخاصة باعتبارها حقاً طبيعياً لم تتصدّ للتكريس القانوني لحق الدول في نزع الملكية الخاصة بصفة نهائية للصالح العام تحقيقاً للمنفعة العامة وإعمالاً لسيادتها الدائمة مقابل تعويض⁽⁴⁾.

إن نزع الملكية يعتبر إجراءً انفرادياً من طرف السلطة العامة للدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي، ويكون في حالات كثيرة تعسفياً جزافياً، بحيث تقوم بنزع الملكية واسترجاعها وطرد المستثمر الأجنبي من أراضيها رغم كل التطور الذي عرفه قانون الاستثمار في مجال المعاملة والحماية والضمانات على كل المستويات تحفيزاً للاستثمارات الأجنبية، بحيث يبقى للمستثمر المنزوعة ملكيته حق إقامة دعوى المطالبة بالتعويض لا دعوى إلغاء القرار، الذي يقضي بأخذ الملكية لأنه يدخل في صميم مظاهر السيادة⁽⁵⁾.

فالدولة تتمتع بعدة امتيازات تمكنها من تحقيق المنفعة العامة، حيث منحها المشرع جانباً من هذه الامتيازات، وأقر الفقه والقضاء الجانب الآخر، إذ تملك سلطة تقديرية في ممارسة اختصاصاتها لتتم على أفضل وجه وبأحسن أسلوب، وهي تتمتع بحق التنفيذ المباشر في مواجهة الأفراد وأشخاص القانون الخاص مهما كانت جنسياتهم، لأنها تتعامل معهم كسلطة عامة لها امتياز الاستيلاء المؤقت على العقارات، أو الاستيلاء النهائي بنزع ملكياتهم بطريقة مباشرة جبرية لدواعي الصالح العام⁽⁶⁾.

(4) خيرت أحمد سعيد، التأميم وملكيات الأجانب، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد 19، سنة 1993، ص 8.

(5) خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي - الطرق - المشروعية - الشروط، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، سنة 1999، ص 67.

(6) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1993، ص 259.

المطلب الأول

الإجماع على أن المنفعة العمومية قيد وشرط لنزع الملكية

لقد أقرت معظم القوانين والتشريعات الوطنية⁽⁷⁾ والدولية⁽⁸⁾ والاتفاقية⁽⁹⁾، أن المصلحة العمومية شرط وقيد يرد على حق الدولة في نزع الملكية، تلتزم به الدولة النازعة للملكية الاستثمارات الأجنبية تحت طائلة بطلان قراراتها في أخذ الملكية الخاصة بالأجانب.

فالدولة لا تستطيع اللجوء إلى هذه الإجراءات في غير الإطار القانوني المرسوم لها، وخصوصاً في مطابقتها للإجراءات القانونية والجديدة في تقدير المنفعة العمومية⁽¹⁰⁾، الأمر الذي يجعل المصلحة العمومية ومساائل تقديرها قيدا في مواجهة الدولة، وحقاً لحماية ملكية المستثمر الأجنبي، وشرطاً ضرورياً لصحة باقي الإجراءات.

إن مفهوم المنفعة العامة قديم النشأة، نص عليه إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الصادر سنة 1789، والذي عبّر عنه بفكرة «الضرورة العامة»، ليتطور ويتوسع ويصبح مفهوماً متداولاً لدى الكثير من التشريعات، وهي فكرة مرنة تتغير وفق متطلبات المجتمع واحتياجاته⁽¹¹⁾، إلا أنه لما كانت إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض قيدا خطيراً على حريتهم في التملك للأموال العقارية، وتجاوزاً صارخاً على الحقوق العينية

(7) انظر على سبيل المثال بالنسبة للقانون الجزائري النصوص التي تطرقت للموضوع: المادة (17) من دستور 1976، والمادة (20) من دستور 1989، والمادة (20) من دستور 1996، وكذا التعديل الدستوري لسنة 2016، والمادة (677) من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم. كما تطرقت للموضوع المادة (2) من القانون رقم 91-11، المؤرخ في 21 أبريل 1991، والتي تحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 21، المؤرخ في 1991/05/08، والمادة (154) من قانون رقم 02-01، المؤرخ في 5 فبراير 2002 الذي يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، الجريدة الرسمية، عدد 08، المؤرخ في 6 فبراير 2002.

(8) نصت التوصية رقم 1803 للجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1962، على حق الدولة في التأميم، وربطته بقيد المنفعة العمومية أو الحاجة الأمنية أو المصلحة الوطنية.

(9) نصت معظم الاتفاقيات الدولية على هذا الشرط لحماية المستثمرين الأجانب، على سبيل المثال المادة (3/4) من الاتفاق المبرم مع إيطاليا، المرسوم الرئاسي رقم 91-346، المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، الذي يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع بالجزائر بتاريخ 18 مايو 1991، الجريدة الرسمية عدد 46، المؤرخ في 6 أكتوبر 1991.

(10) «Un Etat ne peut prendre de mesures d'expropriation si ce n'est conformément aux procédures juridiques en vigueur quand il poursuit de bonne foi un but d'utilité publique...». Voir: Dominique Carreau et Patrick Jullard, Droit international économique, 4ème édition, LGDG, Paris, 1998, p. 493.

(11) عبد الحكم فودة، نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص 55.

الأخرى، نصت معظم الدساتير على هذين المبدئين، فأصبحت الملكية الخاصة محمية ومكرّسة خدمة للمصلحة الخاصة، مقابل السماح للدولة بالحق في استرجاعها خدمة للمصلحة العامة.

ويكون بذلك الدافع الأساسي للموازنة بين المبدئين المتناقضين هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، بل ولا يجوز النظر إلى هذين الاعتبارين أو المبدئين على أنهما متعارضين، لأن الزمن الذي تتدخل فيه الدولة لاسترجاع ممتلكاتها بالحدّ من الحق الفردي يرتكز على مبررات قوية أهمها المصلحة العامة، لذا جعلت أغلب الدساتير في العالم تحقيق المنفعة العامة مبدأً دستوريًا حمايةً للملكية الخاصة⁽¹²⁾.

الفرع الأول

المنفعة العمومية في القانون الدولي

صدر إقرار دولي بحق الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي وحمايتها، مع إبقاء حق الدولة المضيفة له في استرجاع هذه الملكية لدواعي الصالح العام، بوصفه إجراءً يدخل في صميم اختصاصاتها الإقليمية النابعة من السيادة⁽¹³⁾، وأكدت معظم الاتفاقيات الدولية على أن المنفعة العمومية قيد على حق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمستثمرين الأجانب دون التطرق إلى عملية تعريفها أو توضيح مضمونها، إلا للتأكيد على أن الأمن والمصلحة الوطنية من أهم صور المنفعة العمومية⁽¹⁴⁾.

وقد نصت قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان على أنه يجوز فرض تحديدات على الحقوق المقررة للتملك لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة⁽¹⁵⁾، بينما تبنت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية في المادة الثالثة من مشروع حماية أملاك الأجانب لسنة 1967 مجموعة من الشروط المعتمدة في القواعد الكلاسيكية للقانون الدولي، وهي المصلحة العمومية وشرعية الإجراءات⁽¹⁶⁾.

(12) محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، ط3، الدار الجامعية، الجزائر، 1993، ص 90.

(13) شاكور ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة أسعد، بغداد، 1971، ص 102.

(14) المادة (3/4) من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيطاليا سالف الذكر.

(15) «L'enquête d'utilité publique...est non seulement une garantie de protection des droits des expropriés mais elle est également un gage de cohésion sociale en ce qu'elle facilite l'acceptabilité de la décision administrative...». Kadi Hanifi Mokhtaria, Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation", Revue Idara, vol. 15, N° 29, 2005, p. 85.

(16) هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار - القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000، ص 115.

إن شرط المنفعة العمومية يتخذ أساسه القانوني من المبدأ الذي تبنته الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة لأول مرة في التوصية رقم 626، المؤرخة في 21 ديسمبر 1952 بعنوان: «الحق في استغلال الثروات والموارد الطبيعية بكل حرية»، حيث اعترفت بسيادة الشعوب والأمم على ثرواتها الطبيعية، مؤكدة أن الإجراءات التي تباشرها الدول لاسترجاع ممتلكاتها بالتأميم أو غيره، يجب أن تُؤسس على اعتبارات المصلحة العمومية والأمن والمصالح الوطنية⁽¹⁷⁾، ثم في اللائحة رقم 1803 التي اعتمدها في 14 ديسمبر 1962⁽¹⁸⁾، بعنوان «السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية»⁽¹⁹⁾.

الفرع الثاني

المنفعة العمومية في القوانين العربية المقارنة

يعتبر مبدأ حق الملكية الخاصة ومبدأ حق الدولة في استرجاع الملكية الخاصة من المبادئ المعتمدة في القوانين العربية، أصلها مستمد من أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، التي أقامت التوازن بين الحقوق الذاتية للأفراد والحقوق العامة للجماعة، إلا أنه لما كانت إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض قديداً خطيراً على حريتهم في التملك للأموال العقارية وتجاوزاً صارخاً على الحقوق العينية الأخرى، نصت معظم الدساتير على هذين المبدأين، فأصبحت الملكية الخاصة محمية ومكرّسة خدمة للمصلحة الخاصة، مقابل السماح للدولة بالحق في استرجاعها خدمة للمصلحة العامة، ويكون بذلك الدافع الأساسي للموازاة بين المبدأين المتناقضين هو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة⁽²⁰⁾، بل ولا يجوز النظر إلى هذين الاعتبارين أو المبدأين على أنهما متعارضين، لأن الزمن الذي تتدخل فيه الدولة لاسترجاع ممتلكاتها بالحد من الحق الفردي يركز على مبررات قوية أهمها المصلحة العامة⁽²¹⁾.

(17) محند وعلي عيبوط، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص 177، 178.

(18) Résolution N° 1803 (XXVII) du 14 Décembre 1962, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, adoptée par l'Assemblée Générale de l'O.N.U.

<http://www.un.org/french/documents/resga.htm>

(19) تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه اللائحة لم تميّز بين إجراءات أخذ الملكية، حيث يخضع كل من التأميم والمصادرة والإجراءات الأخرى للإجراءات والقواعد القانونية نفسها، ويكتفي بتقييدها وتأسيسها على المنفعة العامة ومقابل تعويض. محند وعلي عيبوط، مرجع سابق، ص 171.

(20) منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 195.

(21) شاكر ناصر حيدر، مرجع سابق، ص 102.

إن مبدأ حق الدولة في نزع الملكية بشرط توافر المنفعة العامة مُكرّس في كل الدساتير، ومن بينها الدستور العراقي في المادة (16/ب-ج) التي نصت على أن: «الملكية الخاصة والحرية الاقتصادية الفردية مكفولتان في حدود القانون، وعلى أساس عدم استثمارها فيما يتعارض أو يضر بالتخطيط الاقتصادي العام، لا تنزع الملكية الخاصة إلا لمقتضيات المصلحة العامة، ووفق تعويض عادل حسب الأصول التي يحددها القانون».

وكذلك الأمر بالنسبة للدستور المصري لسنة 1971 في المادة (29) التي نصت على أنه: «تخضع الملكية لرقابة الشعب وتحميها الدولة...»، وفي المادة (34) التي نصت على أن: «الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض...»⁽²²⁾، وهي ذات الأحكام المؤكدة عليها في الدستور المصري لسنة 2014 في المادة (35) التي نصت على أن: «الملكية الخاصة مصونة... ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً ووفقاً للقانون»⁽²³⁾.

أما التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 المعدل لدستور 1996⁽²⁴⁾، فقد نص في المادة (20) على أنه: «لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف»، بحيث قرر بأن تكون إجراءات نزع الملكية وفقاً للقانون، لتمكين الإدارة من اللجوء إليها بصفة استثنائية لتلبية احتياجات المرافق العامة، وذلك بموجب القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة المعدل والمتمم⁽²⁵⁾، تكريساً للمبادئ التي تبناها دستور 1989 في المادتين (20) و(49) منه، ودستور 1996 في المادتين (20) و(52)، ثم في التعديل الدستوري في 2016 في المادة (22) التي نصت على حماية الأفراد وممتلكاتهم، بتقييد سلطة الإدارة في استعمال الطرق الجبرية لإرغامهم على التنازل عن ممتلكاتهم خارج نطاق المنفعة العامة، بمفهومها الضيق والتقليدي طبقاً لمبادئ النظرية الليبرالية بفرض مجموعة من الإجراءات التي

(22) منذر عبد الحسين الفضل، مرجع سابق، ص 195.

(23) الدستور المصري لسنة 2014، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/08/24، ومنشور بتاريخ 2019/08/12 على الرابط: <https://www.constituteproject.org>

(24) المرسوم الرئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، والذي يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء 28/11/1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، والمعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 هـ الموافق 6 مارس 2016م والذي يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخ في 07/03/2016.

(25) المرسوم التنفيذي رقم 93-186، المؤرخ في 27 جويلية/ يوليو 1993، المحدد لكيفيات تطبيق قانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية، العدد 51 لسنة 1993.

نص عليها القانون تحت طائلة البطلان⁽²⁶⁾، حيث أضيف المشرع الجزائري على إجراءات نزع الملكية الطابع الاستعجالي بإخراجها من القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لضمان حسن سير المرافق العامة، وعدم عرقلة عمل الإدارة النازعة للملكية وفق الشروط القانونية التي تفرضها القوانين، مادام الدافع لهذه الإجراءات هو تحقيق المنفعة العامة، حيث نصت المادة (677) من القانون المدني الجزائري على أنه: «... للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل».

أما في الدستور الكويتي، فنصت المادة (18) على أن: «الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً»، كما نصت المادة (8) من القانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت على أنه: «لا تجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، ويقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية ويدفع التعويض للمستحق دون تأخير»⁽²⁷⁾.

كما نصت المادة الأولى من القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة على أن: «نزع ملكية العقارات أو الأراضي والاستيلاء عليها مؤقتاً لا يكون إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ووفقاً لأحكام هذا القانون»⁽²⁸⁾، وعليه يجوز نزع ملكية المستثمر الأجنبي لدواعي المنفعة العامة بتعويض عادل، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك إلا لتحقيق مصلحة دولة الكويت⁽²⁹⁾.

(26) سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري: دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة للنشر، الجزائر، 2004، ص 228 – 229.

(27) شهد سالمين، قانون الاستثمار الكويتي، مقال منشور بتاريخ 2008/10/11، تم الاطلاع عليه يوم 2019/05/22 على الرابط: <http://www.bahrainlaw.net>.

(28) القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة، الكويت، منشور بتاريخ 2016/10/17، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/05/19 على الرابط: <https://s3.amazonaws.com/>.

(29) وقد قضت هيئة التحكيم في قضية الكويت ضد شركة «إمانويل» بتاريخ 1982/3/24 بأن بنود العقد، التي تقضي بمنع التأميم لعناصر الشركة هي اعتداء صارخ على مبدأ دولي هو حق الدولة في التأميم، ولا يؤخذ عنه إلا حق المستثمر الأجنبي في طلب التعويض المناسب من الدولة المضيفة. نقلاً عن: عبد العزيز قادري، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية – عقد الدولة، مجلة إدارة، المجلد 7، العدد الأول، الجزائر، 1997، ص 63.

كما نص القانون رقم 116 لسنة 2013 في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت في المادة (19) على أنه: «لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، أو نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة، طبقاً للقوانين المعمول بها، ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، وتقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار إليه»⁽³⁰⁾.

المطلب الثاني

تعريف المنفعة العمومية وصورها

للتفصيل ولإزالة الغموض الذي يكتنف مفهوم المنفعة العمومية، باعتبار أن مسألة تقديرها نسبية ومن اختصاص الدولة التي تتبناها، نتطرق لتعريفها في (الفرع الأول) ثم لصورها في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف المنفعة العمومية

تعد إجراءات نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة امتيازاً ممنوحاً للإدارة لحرمان مالك العقار من ملكه جبراً من أجل المنفعة العامة مقابل تعويض⁽³¹⁾، وهو اعتداء صارخ وصريح على الملكية الخاصة للمستثمرين الأجانب، السبب الذي يجعله استثناءً، يجد أساسه في تحقيق المنفعة العامة⁽³²⁾، وهو مصطلح غامض يصعب جداً تحديده مضمونه ومعالمه، خصوصاً في بعض الحالات التي يتعذر فيها على بعض الهيئات الدولية للتحكيم التجاري الدولي النطق بعدم تحقق المنفعة العمومية كسبب لنزع الملكية الخاصة بالمستثمرين الأجانب لوجود صعوبات في مجال إثبات ذلك.

إن نزع الملكية إجراء يهدف إلى تمليك الدولة بموجب قرار إداري لدواعي الصالح العام، أي لإنشاء المرافق العامة كالمدارس والمستشفيات أو الطرق... أو غيرها من المشاريع ذات النفع العام، فيمنع القانون عليها اللجوء لمثل هذه الإجراءات بهدف المضاربة أو لمنع إنجاز

(30) قانون هيئة تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت رقم 116 لسنة 2013، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/05/20 على الرابط:

<http://www.kuwaitchamber.org.kw/echamber>

(31) René Hostiou, Code de l'expropriation, Librairies Techniques, Paris, 1986, p. 3.

(32) سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للنشر، القاهرة، 1993، ص 88 - 89.

مشروع معين أو إتمامه من طرف المستثمر الأجنبي⁽³³⁾، لأن نزع الملكية بهذا المفهوم لا يكون ممكناً، إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التهيئة العمرانية والتخطيط، وإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت للأعمال الكبرى ذات المنفعة العمومية، وهو إجراء يدخل في الاختصاصات الإقليمية التي تمارسها الدولة على ملكيات الأجانب والوطنيين على حد سواء، على أن تلتزم مقابل ذلك بأداء تعويض في كل الحالات.

إن المشرع الجزائري لم يضع ضوابط محددة لخصر مفهوم المنفعة العمومية وتحديد المقصود منها، بل ترك مسألة تقديرها للإدارة في إطار السلطة التقديرية للدولة، عند تقديرها للأراضي القابلة للنزع ومساحتها وتحديد المشروع الذي تنطبق عليه عمليات التأميم أو التسخير أو المصادرة، استعمالاً لامتيازاتها حسب مصلحتها أي المصلحة العمومية، وتؤيد معظم الدول فكرة أن المصلحة العمومية هي المصلحة الخاصة بالدولة⁽³⁴⁾، والتي تباشر بتقديرها والبحث في تحقيقها بعض سلطاتها العامة المختصة بذلك.

أما قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، فتتص على أن المنفعة العامة هي تلك التي تمس بالنظام العام للدولة وأمنها الوطني، وأن حق الملكية الخاصة المُجسّد في مبدأ حق التملك يتصدى له حق الجماعة، أو مصلحة الجماعة أي المنفعة العمومية للدولة، ولتأييد ذلك ذهب بعض فقهاء القانون الدولي منهم هيرز «Herze» ودوماك «Dumake» إلى اعتبار تمسك الدولة بحجة المصلحة العمومية لتبرير التأميم للمشاريع الاستثمارية، أو مصادرتها، أو الاستيلاء عليها، يكون من الصعب دحضها ومواجهتها والتصدي لعدم فعاليتها، إلا إذا كانت هذه المنفعة العمومية خارج حدود المعقول، كأن يكون قرار التأميم مجرد قرار ذي طبيعة سياسية أو بسبب أحداث سياسية وليس لأسباب اقتصادية⁽³⁵⁾.

(33) مقدار كروغلي، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المجلة القضائية، قسم الوثائق للمحكمة العليا، العدد الثاني، الجزائر، 1998، ص 34.

(34) Antoine Tortorici, La Tunisie et le droit international des investissements, thèse de doctorat, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1992, p. 259.

(35) وهذا ما تمسكت به بريطانيا في مواجهة تأميم ليبيا لشركة بي بي النفطية BP عام 1971، وما قضت به محكمة التحكيم في قضية ليامكو «Liamco» والتي جاء في حكمها: «أما بخصوص الادعاء أن الإجراءات سالفة الذكر كانت لأغراض سياسية وفقاً لغرض مصلحة قانونية...». نقلاً عن: خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 88 - 97.

الفرع الثاني

صور المنفعة العمومية

تعتبر المنفعة العمومية مجموع العمليات التي تستجيب لحاجات البلاد التي تتعلق بالصالح العام وبالاقتصاد الوطني بصفة عامة⁽³⁶⁾، غرضها تنفيذ المخططات الوطنية والمحلية المسطرة من الدولة أو إحدى سلطاتها العمومية، فلا تكون ممكنة إلا إذا كانت أهدافها تنفيذ العمليات الناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية ملائمة وضرورية لمعالجة بعض المواقف تأميناً للصالح العام، وهي الوسيلة القانونية اللازمة للحفاظ على النظام العام⁽³⁷⁾ وأي خلل فيها يكتف كل هذه الإجراءات والتصرفات بالتعسفية، لأنها تدخل في إطار ما يسمى بـ «التعسف في استعمال الحق»، وبالتالي يتطلب تدخل القضاء للحكم بإلغائها وجبر الضرر عن طريق دفع التعويض عن الأضرار.

لكن نظراً لكون المصلحة العمومية هي المصلحة الخاصة بالدولة، أو المصلحة التي تقدرها حسبما تراها، حسب ما أخذت به معظم القوانين المقارنة، فلم تأت صور أو أنواع المنفعة العمومية التي تؤمم أو تنزع الملكية من أجلها على سبيل الحصر، بل يتحدد طابع المصلحة العامة بالظروف المحيطة بالعملية، ومادامت الدولة هي صاحبة الحق في تقدير المنفعة العمومية، فلا يجوز لها أن تعدد إلا بالمصلحة الحقيقية المرتبطة بالمصلحة الوطنية للدولة، وأن تستبعد كل صور المنفعة الصورية، وهي في ذلك تتمتع بالسلطة التقديرية.

على سبيل المثال نصت المادة (2/2) من القانون رقم 91-11 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة الجزائري على أنه: «... لا يكون نزع الملكية ممكناً إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، وتتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عامة»⁽³⁸⁾.

(36) أكدت ذلك محكمة طوكيو اليابانية بمناسبة النظر في قضية شركة البترول الأنجلو-إيرانية ضد الشركة اليابانية التي قامت بشراء بترولها المؤمم من قبل إيران بقولها كما يلي: «إن قانون التأميم الإيراني قد أملت المصالح الوطنية، وجاء متفقاً مع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة...». نقلاً عن: أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار: دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1990، ص 360.

(37) نبيل عبد الرحمن نصر الدين، ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقاً للقانون والتشريع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص 166.

(38) تطبيقاً لنص المادة (2/2) من القانون رقم 91-11، جاء في منطوق القرار رقم 157362 المؤرخ في 13/04/1998 أنه: «من المقرر قانوناً أن نزع الملكية لا يكون ممكناً، إلا إذا جاء تنفيذاً لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، ويتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية...». المجلة القضائية، رقم 1، سنة 1998، ص 188.

ونصت بعض القوانين الجزائرية الخاصة التي تقضي بإمكانية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية على بعض الحالات التي تكيف على أنها متوفرة على المنفعة العمومية كسبب كاف لنزع الملكية، خاصة إذا كانت ترمي إلى استغلال الثروات الطبيعية باعتبارها من الأملاك الوطنية العمومية بمثل ما ورد في القوانين العربية الأخرى، بحيث تعتبر كل عملية تهدف إلى استرجاع ممتلكات الدولة بهدف استغلال الثروات الطبيعية منفعة عمومية⁽³⁹⁾.

وقد نص قانون المياه رقم 83-17 المؤرخ في 16 جويلية/يوليو 1983 على إمكانية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، في المادة (33) على أنه: «يجوز للإدارة إذا رأت أن الارتفاقات المشار إليها في المادة (31) أعلاه غير كافية وأرادت إقامة ممر في المناطق المحاذية للملكية العامة للمياه، في ظروف مهيأة وثابتة عند غياب موافقة صريحة من قبل المحاذين، أن تكتسب قطعة الأرض الضرورية لإقامة الممر عن طريق نزع الملكية للمنفعة العامة طبقاً للتشريع المعمول به»⁽⁴⁰⁾، وهي أحكام تواجه كل الملكيات بغض النظر عن جنسية ملاكها، ووطنيين كانوا أو أجانب، لأنها تواجه مجال النشاط الاقتصادي الذي له علاقة بالاقتصاد الوطني⁽⁴¹⁾.

وتنص المادة (1/35) من القانون نفسه أيضاً على أنه: «يمكن أن تكون منطقة الاستيلاء موضوع نزع الملكية للمنفعة العامة أو شغل مؤقت، وفي هذه الحالة الأخيرة تخول للمحاذين المعنيين الحق في تعويض كامل على الأضرار المتسبب فيها»⁽⁴²⁾، أما قانون المياه رقم 05-12 المؤرخ في 4 أوت/أغسطس 2005 فينص في المادة (13) على أنه: «يجوز للإدارة المكلفة بالموارد المائية أن تقوم بكل عمل يهدف إلى اقتناء الأراضي اللازمة في حالة ما إذا كان...حتى عن طريق نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طبقاً للتشريع

(39) «Les nationalisations réalisées par les Etats pour sauvegarder leurs ressources naturelles en tant qu'expression de leurs souveraineté impliquent qu'il appartient à chaque Etat de fixer le montant des indemnités éventuelles ainsi que les modalités de leur versement et que tout conflit soulevé doit être réglé conformément aux lois nationales de chaque Etat». Couli Baley et Baba Kank, Les investissements privés étrangers et le développement économique au Togo, Approche Juridique, thèse de doctorat, Université de Lille II, 1989, p. 155.

(40) القانون الجزائري رقم 83-17، المؤرخ في 16 جويلية/يوليو 1983 يتضمن قانون المياه الملغى، الجريدة الرسمية، العدد 30، المؤرخة في 19 جويلية/يوليو 1983.

(41) تنص المادة (679) من القانون المدني على أنه: «يجوز الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد...»، بحيث تصبح للسلطات العامة السلطة التقديرية في تحديد الأموال والخدمات اللازمة، التي تكون الدولة في أمس الحاجة إليها لتسيير وضمان الاقتصاد الوطني.

(42) القانون رقم 83-17، مرجع سابق.

المعمول به».

تنص المادة (15) من المرسوم التنفيذي رقم 94-41 أيضاً على أنه: «تنزع ملكية الأراضي الواقعة داخل حدود نطاقي الحماية المحددين أعلاه، والتي يملكها شخص تابع للقانون الخاص، بسبب المنفعة العمومية وفقاً للتشريع المعمول به وتقتنيها الدولة»⁽⁴³⁾. لكن لا يتم ذلك، إلا إذا حاولت الجهات المختصة الحصول على الأملاك بالأساليب الرضائية الأخرى دون جدوى، حيث تنص المادة (31) من المرسوم التنفيذي نفسه على أنه: «إذا رفض مالك الأرض التي تفجرت فيها مياه الحمامات المعدنية إيجاراً لها أو تنازلاً عنها، فإنه يمكن نزع ملكيتها وفقاً لأحكام القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل/أبريل 1991 والمذكورة أعلاه بعد إعداره لمدة سنة واحدة عن طريق الوالي المختص إقليمياً».

كما نصت المادة (134) من القانون رقم 01-01 المتعلق باستغلال المناجم على إمكانية نزع ملكية سطح الأرض لاستغلال الثروات الباطنية أو لإنشاء ارتفاعات عليها⁽⁴⁴⁾، وكذا المادة (154) من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 5 فيفري/فبراير 2002 الذي يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

أما في القانون الكويتي فلا توجد تفصيلات حول المنفعة العمومية لكن نصت المادة (25) فقرة 1 من القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة سالف الذكر على أنه: «في حالة قيام ضرورة ملحة، أو حالة مستعجلة، يجوز الاستيلاء مؤقتاً على العقارات والأراضي اللازمة لمواجهة هذه الحالات. ويصدر بالاستيلاء المؤقت قرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الجهة الحكومية صاحبة الاستيلاء»⁽⁴⁵⁾، حيث يدخل تقدير حالات الاستعجال والضرورة الملحة التي تشكل صورة للمنفعة العمومية ضمن السلطة التقديرية لمجلس الوزراء.

وعليه تصبح صور المنفعة العمومية بمفهوم القوانين الخاصة والتشريعات المقارنة التي تقر بحق الدولة في نزع الملكية الخاصة باعتبارها صوراً متبناة من معظم الدول لاسيما الدولة الجزائرية كل منفعة تدخل في إطار إنشاء واستغلال الأملاك الوطنية العامة أو تسييرها وإنشاء البنى التحتية، لأنه مبدئياً لم يعد مسموحاً للإدارة نزع الملكية الخاصة

(43) المرسوم التنفيذي رقم 94-41، المؤرخ في 29 جانفي/يناير 1994 يتضمن تعريف مياه الحمامات المعدنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، الجريدة الرسمية، العدد 7، المؤرخ في 6 فيفري/فبراير 1994.

(44) القانون رقم 01-10، المؤرخ في 3 جويلية/يوليو 2001 المتعلق بالأنشطة النجمية، الجريدة الرسمية، عدد 35، سنة 2001.

(45) القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة، مرجع سابق.

لدمجها ضمن الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية⁽⁴⁶⁾، إلا إذا كان ذلك هو الحل الوحيد وتستلزمه المصلحة العامة، لذا تعد عموماً من صور المنفعة العامة الأعمال التالية:

- إنشاء الطرق والشوارع والميادين وتوسيعها أو تعديلها أو تمديدتها.
- إنشاء المشاريع المتعلقة بالمياه والصرف الصحي والري.
- إنشاء مشاريع الطاقة والكهرباء والنقل والبريد والمواصلات.
- إنشاء مشاريع التخطيط العمراني وتحسين المرافق العامة⁽⁴⁷⁾.

(46) أكدت التعليمات الوزارية المشتركة رقم 07 المؤرخة في 11 مايو 1994 المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية المفهوم الضيق للمنفعة العمومية الذي تبنته النظرية التقليدية في النظام الليبرالي.

(47) أنور طلبه، نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002، ص 46-53.

المبحث الثاني

إجراءات تقدير المنفعة العمومية والرقابة على مدى تحققها

تتمتع الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بسلطة تقديرية واسعة وكاملة وشاملة في تقدير وتحديد مدى تحقق المنفعة العامة في المجالات التي يسمح لها القانون بذلك، باعتبارها شرطاً مستلزماً لاسترجاع ممتلكاتها الموجودة تحت يد المستثمر الأجنبي من أملاك وعقارات ومشاريع اكتسبها طيلة فترة ممارسة نشاطه الاستثماري، لأنها في الأصل صاحبة الحق، لكن شرط أن لا تتعسف في استعماله، إذ لا يجوز لها أن تعتد إلا بالمصلحة الحقيقية، الأمر الذي خلق إشكالاً في المسألة وخصوصاً فيما يتعلق بتحديد مضمون المصلحة العمومية، وإثبات مدى تحققها من السلطة المختصة التي تقر بالحق في نزع الملكية، مما دفع الدول المعنية إلى الاعتماد على تقدير المصلحة العامة بحسن نية⁽⁴⁸⁾ وجدية الإدارة في تقديرها، واعتبارها من أهم القيود التي ترمي إلى حماية الملكية الخاصة من الإجراءات التحكيمية التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق بعض مصالحها الاقتصادية والاجتماعية، أو من الإجراءات التعسفية عند انحرافها بالسلطة المخولة لها⁽⁴⁹⁾، لذلك تؤخذ بعين الاعتبار النوايا الحقيقية للدول والمتمثلة في ضرورة تحقيق الإصلاح الاقتصادي والاجتماعي عند تعرضها للأملاك الخاصة بالمستثمرين الأجانب، وفي كل حالات نزع الملكية، تلعب سلطاتها العامة دوراً تقريرياً في تقدير المنفعة العامة تلتزم إثر ذلك باحترام القانون وتخضع للرقابة القضائية.

للتفصيل في ذلك نتطرق لإجراءات تقدير المنفعة العمومية، والرقابة على مدى تحققها في كل من القانونين الجزائري والكويتي.

المطلب الأول

الإجراءات المتعلقة بتقرير المنفعة العامة

تفرض القوانين الوطنية والدولية على الإدارة النازعة للملكية الخاصة للمنفعة العامة احترام سلسلة من الإجراءات التي ينص عليها القانون المختص تحت طائلة البطلان، حماية للأشخاص الذين يتعرضون لعمليات التجريد من ممتلكاتهم، حيث يُخضع هذه

(48) «Un Etat ne peut prendre de mesures d'expropriation si ce n'est conformément aux procédures juridiques en vigueur quand il poursuit de bonne foi un but d'utilité publique...». Dominique Carreau et Patrick Juillard, op.cit., p. 493.

(49) Kadi Hanifi Mokhtaria, op.cit., Pp 74-75.

الإجراءات عبر كل مراحلها للرقابة القضائية لتعريضها للبطلان، وترتيب المسؤولية الإدارية في التعويض في حالات تجاوز هذه الإجراءات أو التعسف فيها، بل ولا يسمح بوضع اليد على الأملاك المراد نزعها حتى في حالة الضرورة، إلا بإذن من القاضي، وتمر إجراءات الإعلان عن المنفعة العامة⁽⁵⁰⁾ بما يلي:

الفرع الأول

إجراء تحقيق المنفعة العامة

حسب القانون الجزائري يُفتح التحقيق للتأكد من تحقق المنفعة العامة بقرار من الوالي المختص إقليمياً، يعين في الوقت نفسه لجنة تحقيق مشكّلة من أعضاء يختارون من قائمة وطنية، توضع سنوياً عن طريق التنظيم بقرار من وزير الداخلية والجماعات المحلية، والذي يشهر في الأماكن المعتادة على مستوى البلدية، ويتضمن تحت طائلة البطلان تاريخ بداية ونهاية التحقيق، وبيان هدف العملية ومكان إقامة المشروع.

أما في القانون الكويتي فتتص المادة (5) المعدلة من القانون رقم 33 لسنة 1964 المتعلق بنزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة وتعديلاته على أنه: «تشكل بإدارة نزع الملكية للمنفعة العامة لجنة تسمى «لجنة نزع الملكية» برئاسة وزير المالية، وعضوية ثلاثة من أعضاء المجلس البلدي ومدير إدارة نزع الملكية ومدير عام البلدية والوكيل المساعد لشؤون أملاك الدولة ومندوب عن وزارة التخطيط ومندوب عن الجهة الإدارية طالبة نزع الملكية، وتختص اللجنة بإصدار قرارها في شأن تقرير المنفعة العامة الموجبة لنزع الملكية وفقاً لأحكام المادة (9) من هذا القانون»⁽⁵¹⁾.

الفرع الثاني

قرار الإعلان عن المنفعة العامة

يعلن عن نزع الملكية للمنفعة العامة ويصدر التصريح بالمنفعة العمومية في الجزائر بقرار وزاري مشترك (وزير الداخلية - وزير المالية) بالنسبة للأملاك الواقعة في إقليم أكثر من ولاية، أو بقرار الوالي بالنسبة للأملاك الواقعة في إقليم ولاية واحدة،

(50) انظر: المواد (3-4-15) من القانون رقم 91-11، والمواد (3-6-9-10-11) من المرسوم التنفيذي رقم 93-186.

(51) قانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة وتعديلاته، منشور على موقع إدارة نزع الملكية الكويتية على الرابط:

تم الاطلاع عليه بتاريخ 2019/05/18، <https://www.exd.gov.kw/Department-Legislations/Laws>

أو بمرسوم تنفيذي كاستثناء حسب ما نصت عليه المادة (2) من المرسوم التنفيذي رقم 248/05 الذي يحدد كفاءات تطبيق القانون رقم 91-11 سالف الذكر، والتي تنص على أن التصريح بالمنفعة العمومية في عمليات إنجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة والبعث الوطني والاستراتيجي يتم بمرسوم تنفيذي، وهو استثناء يتعلق بالمشاريع ذات الأهمية الكبرى ذات التأثير الاجتماعي والاقتصادي⁽⁵²⁾.

يتضمن الإعلان تحت طائلة البطلان هدف نزع الملكية وموقع العقار ومساحته وحصيلة الأشغال التي سيشروع فيها⁽⁵³⁾، مع قائمة النفقات التي تغطي العملية، بحيث ينشر القرار في الجريدة الرسمية، إذا كان قراراً وزارياً، أو في مجموعة القرارات الإدارية للولاية إذا كان ولائياً، مع تبليغه للمعني بالأمر ونشره، وخلال 15 يوماً من نشر القرار المعلن عن المنفعة العمومية يعين الوالي خبيراً عقارياً للتحقيق حول الأملك المراد نزعها مع بيان ملاكها، وذلك بإعداد مخطط قطع الأراضي وقائمة الملاك أي أصحاب الحقوق، وتقييمها استناداً للقيمة الحقيقية للأملك حسب طبيعتها وموقعها وقوامها، أو وجه استعمالها الفعلي من طرف هيئة مصالح أملاك الدولة.

أما في القانون الكويتي فتتضمن المادة (8) من القانون رقم 33 سالف الذكر، على أنه: «تبحث لجنة نزع الملكية مشروع المنفعة العامة لإصدار قرار المنفعة العامة أو رفضه خلال شهر من تاريخ إحالته إليها. وللجنة أن تطلب ما تريد من إيضاحات أو بيانات أو تفاصيل في شأن العقارات المطلوب نزع ملكيتها، كما لها في سبيل ذلك إفاد مندوب عنها لدخول العقارات والأراضي المطلوب نزع ملكيتها لإجراء الأعمال الفنية والمساحية، ولها استدعاء من ترى مناقشته. ولا يكون انعقاد اللجنة صحيحاً إلا بحضور الرئيس وأغلبية الأعضاء الذين تشكل منهم اللجنة وتصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي فيه الرئيس، ويعتبر الامتناع عن التصويت رفضاً للقرار».

(52) أكد المنشور الوزاري المشترك رقم 07-43، المؤرخ في 2007/09/02، المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في إطار البنية التحتية ذات البعد الوطني الاستراتيجي، أن قرار المنفعة العمومية الذي يصدر بمرسوم تنفيذي يخص نزع الملكية لإنشاء هياكل قاعدية ذات المنفعة العامة.

(53) الأصل أن البطلان لا يقرر إلا في حالات الانحراف عن الإجراءات القانونية، أما في تطبيقات النزاع في مجال الاستثمار الأجنبي، نلاحظ أن معظم الباحثين المختصين يعتبرون إجراء نزع الملكية ما هو إلا إجراء تعسفي جزافي انفرادي من طرف السلطة العامة للدولة المالكة المضيفة للاستثمار الأجنبي، بحيث تقوم بنزع الملكية واسترجاعها وطرده المستثمر الأجنبي من أراضيها رغم كل التطور الذي عرفه قانون الاستثمار في مجال المعاملة والحماية والضمانات على كل المستويات تحفيزاً للاستثمارات الأجنبية، بحيث يبقى للمستثمر المنزوعة ملكيته حق إقامة دعوى المطالبة بالتعويض لا دعوى إلغاء القرار الذي يقضي بأخذ الملكية لأنه يدخل في صميم مظاهر السيادة. خالد محمد الجمعة، مرجع سابق، ص 67.

المطلب الثاني

دور السلطات العامة في تقدير المنفعة العامة والرقابة على ذلك

يرجع الاختصاص بتقرير توافر المنفعة العامة كأساس لاتخاذ قرار نزع ملكية المستثمر الأجنبي للسلطات الإدارية المختصة التي تحدد في القوانين الخاصة بذلك (الفرع الأول)، غير أنه وباعتباره عملاً إدارياً من أعمال الإدارة وتخوفاً من انحراف الإدارة عن الحدود القانونية وعدم التقيد بالمنفعة الحقيقية الواقعية بشكل يجعل قرار النزع غير مشروع في حق المستثمر الأجنبي أخضعتها كل التشريعات المقارنة للرقابة القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

دور السلطات العامة في تقدير المنفعة العامة

إذا كانت النصوص القانونية الداخلية والاتفاقيات الدولية بالإجماع قد اتفقت على أن نزع ملكية الاستثمار الأجنبي يتوقف على شرط المصلحة العامة، فإن القوانين والقواعد التي تحدد إجراءات وطرق تحديدها وتقريرها وردت في القوانين الداخلية للدولة المضيفة فقط، بحيث خوّلتها للسلطات العامة للدولة دون تقييد، حيث تدخل هذه الصلاحيات في إطار سلطاتها التقديرية، وقد حدد معظم المشرعين وبدقة الإجراءات الواجب اتباعها من طرف الإدارة قبل إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية، إذ وردت أغلب النصوص المتضمنة هذه الإجراءات بصيغة الوجوب لإلزام الإدارة على احترامها، الأمر الذي يجعلها تقوم باتباع سلسلة من الإجراءات وبإصدار عدة قرارات قبل اتخاذ قرار التصريح بالمنفعة العمومية، تحت طائلة البطلان⁽⁵⁴⁾.

إن عدم تحديد وتحقيق دقيق ومسبق لأركان المنفعة العامة، وعدم وضع شروط لممارسة الدولة لحقها في السلطة التقديرية في القوانين المقارنة، يبقى أمراً تستجبه طبيعة إجراء نزع الملكية في حد ذاته، بمختلف دواعيه تبعاً لاختلاف الظروف والأحوال، الأمر الذي يصعب معه منع الإدارة في الحالات الاستعجالية من التدخل بقرارات تملئها الضرورة، طالما أن ذلك لا يرتب المساس بالجانب الإجرائي والشكلي الذي يحدده المشرع للإدارة كشرط لممارسة اختصاصها، فالسلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة بمعناها

(54) انظر على سبيل المثال: حكم الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في الجزائر في قضية رقم 80812، المؤرخ في 18 فيفري/فبراير 1987، الملغي لقرار نزع الملكية لعدم تبليغ المحافظ المحقق في مدى فعالية المنفعة العمومية بقراره المعني بالنزع.

الواسع⁽⁵⁵⁾ هي تمتعها بقسط من الحرية في التصرف عند ممارسة مختلف اختصاصاتها القانونية، ولا يمكن أن يظهر بهذا المعنى إلا في ظل الدول التي تأخذ بنظام دولة القانون ومبدأ سيادة القانون.

فالسطة التقديرية في مجال النزاع غير مقيّدة، وتمس بالجانب الموضوعي، ولها علاقة بالمنفعة العمومية ولا علاقة لها بالجانب الإجرائي الشكلي الذي يُرتب على عملية نزاع الملكية البطلان كلما تم الإخلال بها.

إن التقيد بالمنفعة العمومية مفاده ضمان عدم تعسف الدولة النازعة للملكية، حيث لم يترك المشرّع لها مجالاً للاختيار أو التقدير بالنسبة لجميع أركان العمل الإداري، وذلك سواءً بالنسبة لسببه أو محله أو شكله أو غايته. وتطبيق هذه الفكرة على إجراءات نزاع الملكية بكل صورها، أي المصادرة والتأميم والاستيلاء... بغض النظر عن أوجه الاختلاف الموجودة بين كل منهما⁽⁵⁶⁾.

تقيّد كل القوانين المقارنة السلطة النازعة للملكية من حيث الهدف أو الغاية، إذ تلتزم الإدارة وتتوخى في كل عمل تأتية لحرمان المستثمر من أملاكه بأن لا تنحرف عن هذه الغاية وهي المنفعة العمومية، وإلا كانت أعمالها مشوبة بعيب استعمال السلطة وبالتالي بطلانها.

وسواء أكانت السلطة التقديرية واسعة أم مقيدة فإن المشرّع حدد لها اختصاصاتها تحديداً دقيقاً يحول دون التعسف في استعمال حقها، ومن ثم فإن هذه السلطة تجسد أكبر قدر من الحماية وأحسن ضمان للأفراد المنزوع ملكياتهم، من حيث إمكانية الطعن في الإجراءات التي لا تكون لغاية المنفعة العمومية أمام القضاء.

وقد نصت المادة (8) من القانون الكويتي رقم 33 سالف الذكر ما يفيد ذلك، عندما نصت على أنه: «تبحث لجنة نزاع الملكية مشروع المنفعة العامة لإصدار قرار المنفعة العامة أو رفضه، وتطلب فتح تحقيق للحصول على ما تريد من إيضاحات أو بيانات أو تفصيلات في شأن العقارات المطلوب نزاع ملكيتها للتأكد من مدى تحقق المنفعة العامة». الإجراء

(55) لقد تطورت فكرة السلطة التقديرية في ضوء تطور الرقابة القضائية في مجال دعوى الإلغاء حتى استقر الفقه والقضاء على المفهوم الحالي للسلطة التقديرية التي يستطيع من خلالها أداء مهامها المنوطة بها. عصام عبد الوهاب البزرنجي، السلطة التقديرية والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 10.

(56) إن التأميم لا يكون إلا بقانون يخضع لرقابة القضاء الدستوري وحده، ونزع الملكية عمل إداري يخضع لرقابة القضاء الإداري، والقرار بالاستيلاء المؤقت كذلك يخضع للقضاء الإداري، أما المصادرة فهي عقوبة لا تتقرر إلا بحكم قضائي.

نفسه ورد في المادة (6) من قانون 91-11 التي نصت على أنه: «يتم فتح تحقيق ليتبين عمل لجنة تقدير المنفعة، ويوضح الهدف من عملية النزاع، وكذا مخطط الوضعية لتحديد طبيعة ومكان الأشغال المراد إنجازها».

وعليه فإن نظام التحقيق المسبق الذي تقوم به السلطات المختصة للتأكد من تحقق المنفعة العمومية من الإجراءات الرئيسية في نزع الملكية، هدفه هو التثبت من جدية الدافع للجوء إلى نزع الملكية، أي مدى فعلية وفعالية المنفعة العمومية.

الفرع الثاني

دور القضاء في تقدير المنفعة العمومية

يتمتع القاضي الإداري بسلطات واسعة في التعقيب على تجاوز الإدارة أو السلطات العامة المختصة بنزع الملكية الخاصة لحدود سلطاتها في حالة خرقها للقانون المنظم لإجراءات نزع الملكية وانحرافها بسلطتها، فالقاضي يملك الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية⁽⁵⁷⁾، بغض النظر عن ما تتوصل إليه لجنة التحقيق الإدارية المكلفة بالتحقيق في مدى فاعلية وفعالية المنفعة العمومية.

للتفصيل في مسألة الرقابة القضائية على قرار التصريح بالمنفعة العمومية، نتناول نطاق رقابة القاضي (أولاً)، ثم حدود إلغائه بموجب دعوى الإلغاء (ثانياً).

أولاً- نطاق رقابة القاضي على قرار التصريح بالمنفعة العمومية

يُكَيَّف الدور الذي يضطلع به القاضي في هذا النوع من المنازعات بأنه يمتاز بالطابع الاستقصائي، بالنظر إلى عدم المساواة بين أطراف المنازعة الماثلة أمامه من حيث المراكز القانونية، لاسيما مركز المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المستضيفة له، أو من حيث جنسياتهم، وطنيين كانوا أم أجانب، خاصة أن القانون قد منح الشخص المجرد من ملكيته بصفة عامة في حالة الطعن القضائي في قرار التصريح بالمنفعة العمومية الحق في توقيف تنفيذ القرار، وإيقاف الإجراءات اللاحقة له إلى حين الفصل في الدعوى⁽⁵⁸⁾، حيث يؤدي خرق الإدارة للقواعد القانونية التي تحدد الإجراءات المتبعة لتحقيق المنفعة

(57) «إن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية محققة طالما كانت العملية مقررة لصالح جماعة محلية ولإشباع حاجيات مرفق عام...». القرار رقم 63595، المؤرخ في 26 مايو 1984، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 1، سنة 1984، ص 192.

(58) المادة (13) من القانون الجزائري رقم 91-11، مرجع سابق.

العمومية تدخل القاضي الإداري⁽⁵⁹⁾ لإلغاء قراراتها وكل التصرفات الأخرى اللاحقة لها.

ويترتب على كل ذلك قيام مسؤوليتها في التعويض، الأمر الذي يجعل من أعمال الرقابة القضائية حماية فعلية وحيوية لحقوق المستثمرين الأجانب، إلا أنه وإن كانت وظيفة الرقابة القضائية واسعة من حيث المظهر فإنها ضئيلة من حيث الجوهر، فهناك بعض القيود التي تقلل من فعالية دور القاضي الإداري الناظر في الدعوى، لأن هذه الرقابة تنحصر في مراقبة مدى تمسك الإدارة بإجراءات نزع الملكية، بما فيها الإجراءات المتعلقة بالمنفعة العمومية ومدى احترامها، للأمر بطلانها إذا كانت خارجة عن نطاق القانون.

فالسطة التقديرية الإدارية واسعة وتتسع أكثر في حالة الاستعجال بشكل يضيق من قدرات القاضي في الرقابة في مثل هذه الحالات، ولا يجوز في كل الأحوال للقاضي التصريح بعدم الاختصاص، إذ يكون بذلك قد خالف القانون مهما كانت مبررات المنفعة العمومية.

ومادامت الرقابة القضائية تُكَيَّف في كل الحالات على أنها تقتصر على رقابة أعمال الإدارة من الناحية الشكلية حسب النظرية التقييمية للمشاريع، يقوم القاضي بتقييم المشروع المراد إنجازه، وتقييم الممتلكات التي يراد نزعها والتحقق من مدى فعالية المنفعة العمومية⁽⁶⁰⁾، وهنا يدفعا الأمر للتساؤل عن دور القاضي في البحث عن إيجاد التوازن الحقيقي بين المصلحة العامة والحقوق الخاصة للأفراد، وخاصة المستثمرين منهم، في الحالات التي تحدث فيها الإدارة - بأعمالها وإجراءاتها - خللاً بين المصلحتين اللتين يحميها القانون معاً، بل وهل القاضي عند الأخذ بالنظرية التقييمية يتحقق فعلاً بموجبها من أنّ المشروع المراد إنجازه باعتباره للمنفعة العامة يستلزم نزع الملكية الخاصة، وسيرتب فعلاً منافع عامة بالمفهوم السابق للمنفعة العمومية، وأن هذه المنفعة العمومية تفوق مساوئه بالمقارنة مع المساس بالملكية الفردية المحمية والمكرسة دستورياً من جهة، وأن قيمة الإنجاز الاقتصادية تفوق الأضرار الاجتماعية المترتبة عليه؟.

تعد هذه المسألة من أهم نقاط الضعف التي تمس بمسائل الحماية التي يرجو المستثمر

(59) وتجدر الإشارة هنا إلى أن دور القاضي الإداري الجزائري يقتصر على مراقبة المشروع ولا يمتد إلى الملاءمة. القرار رقم 66960، المؤرخ في 1990/04/21، المجلة القضائية، الجزائر، عدد 2، سنة 1992، ص 158.

(60) ليلى زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة بالمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 3، سنة 2003، ص 13-19.

الأجنبي الحصول عليها، خاصة وأن القاضي لا يتدخل في الملاءمة⁽⁶¹⁾، ولا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة⁽⁶²⁾ هذا من جهة، كما أنه لا يحق للإدارة أن تتمسك بالسلطة التقديرية وانفرادها بالملاءمة⁽⁶³⁾ للخروج عن المبادئ العامة التي تحميها، أو لتبرير استعمال صلاحيات السلطة العامة فقط لتسيير المرافق العامة وتحقيق المنفعة العمومية من جهة أخرى.

إن نقطة الالتقاء هنا تفتح المجال للقاضي في هذا المجال بالذات للرقابة، أي مراقبة مدى احترام هذه المبادئ الخاصة، فالأعمال الإدارية كلها بما فيها قرارات التسخير ونزع الملكية والمصادرة داخلة في ولاية القضاء إلغاءً وتعويضاً، إذا خرجت عن مبادئ وقواعد الشرعية، دون التأميم لأنه عمل حكومي يخرج عن ولاية القاضي الذي يلتزم بالحكم بعدم الاختصاص في الدعاوى المتعلقة بمشروعيتها.

ثانياً- حق المستثمر الأجنبي في رفع دعوى إلغاء قرار التصريح بالمنفعة العمومية

الأصل أن دور القاضي في الرقابة يتمثل في التحقق من عدم خرق أحكام المادة (2) من القانون رقم 91-11 التي تتعلق بالمنفعة العمومية، وكون المنفعة العمومية محققة، وأن إنجاز المشروع لا يخالف تشريعاً آخر كالمساس بالبيئة أو بالصحة والأمن... وأن الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية بالإلغاء لا يمتد إلى الطعن بالملاءمة؛ لأنه إجراء يدخل في صميم السلطة التقديرية للدولة وسلطاتها التي تحدد ما هو أنسب لتحقيق المنفعة العمومية.

عندما تقدم لجنة التحقيق تقريراً إيجابياً حول تحقق المنفعة العمومية، يصدر قرار التصريح بالمنفعة إما بموجب قرار ولائي أو وزاري مشترك، أو بمرسوم تنفيذي حسب الحالة، يكون مطابقاً للنصوص القانونية والتنظيمية، ومحترماً لكل الشروط الشكلية والموضوعية لاسيما إلزامية نشره، والغرض من نزع الملكية ومساحة العقارات المنزوعة

(61) في الجزائر قررت المحكمة العليا في عدة قرارات امتناعها عن التدخل في مراقبة مدى مطابقة عمليات الإدارة للأهداف المصرح بها عن المنفعة العمومية.

(62) إن لجوء المستثمر الأجنبي إلى القضاء الوطني في مثل هذه المسائل ليس لأن قراراته تتصف بالعدالة والإنصاف، بل لأن استنفاد الطرق الوطنية للتقاضي إجراء شكلي إجباري للجوء إلى التقاضي وفق وسائل التحكيم التجاري الدولي.

(63) للإدارة سلطة تقديرية في تقدير مناسبة القرار الإداري بنزع الملكية، ومدى ملاءمته لدواعي حسن سير الإدارة ومدى تحقيق المنفعة العمومية، في حين تقتصر السلطة التقديرية للقاضي على فرض التزامات قانونية تستوجب وضع الإدارة لنفسها في أفضل الظروف والأحوال للقيام بهذا التقدير بكل موضوعية مثلما هو معمول به في القضاء الإداري الفرنسي.

ومواصفاتها وموقعها، وتقدير مفصل للنفقات التي تغطي عملية النزاع، مع الأجل الأقصى المحدد لإنجاز المشروع.

وإذا تخلف أي شرط من الشروط الإجبارية للتصريح كان من حق المستثمر الأجنبي رفع دعوى الإلغاء، حيث نصت المادة (2) من القانون رقم 91-11 على أنه: «يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة حسب الأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية»⁽⁶⁴⁾، على اعتبار أن دعاوى إلغاء القرارات المحضرة لنزع الملكية وسيلة فعالة وأداة لتحريك عملية الرقابة عليها لأن الإدارة تتمتع بمركز القوة بالمقارنة بالمستثمر.

وبالرجوع لقانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية تنص المادة (800) على اختصاص المحاكم الإدارية في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها⁽⁶⁵⁾ بالنسبة للقرار الذي يصدر عن الوالي، أما قرار التصريح بالمنفعة العمومية الصادر بموجب قرار وزاري مشترك أو مرسوم تنفيذي، فيرجع الاختصاص فيه لمجلس الدولة بصفة ابتدائية ونهائية، وهذا ما يشكل إجحافاً في حق المستثمر الأجنبي الذي يحرم من الحق في الطعن في قرارات مجلس الدولة لأنها نهائية.

ولا يختلف الأمر في القانون الكويتي، لكن بالرجوع إلى القانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت تنص المادة (26) فقرة 1 على أنه: «تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار والغير أياً كان».

لكن إدراج تقدير المنفعة العمومية كاختصاص للسلطة النازعة للملكية ضمن سلطاتها التقديرية، يضع المستثمر الأجنبي في موقع ضعف بالمقارنة مع الإدارة النازعة التي تبرر قراراتها بخدمة المصلحة العامة، الأمر الذي يدفعه في البداية عند إبرام عقود الاستثمار الأجنبي إلى إدراج بند في العقد يفيد اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في حالات التنازع بخصوص قرار نزع الملكية الخاصة بالمستثمر الأجنبي، واستبعاد التقاضي أمام القضاء الوطني، وهذا ما نصت عليه المادة (26) فقرة 2 من القانون المذكور أعلاه بقولها: «ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم».

أما في القانون الجزائري فقد نصت المادة (24) من القانون رقم 16-09 المؤرخ في 3

(64) القانون رقم 91-11 سالف الذكر.

(65) القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري/فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخ في 23 أبريل/أبريل 2008.

أوت / أغسطس 2016، المتعلق بترقية الاستثمار على أنه: «يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للأطراف بالاتفاق على تحكيم خاص»⁽⁶⁶⁾.

وعليه تتم تسوية النزاعات المتعلقة بتقدير المنفعة العمومية وبقرارات نزع الملكية في مجملها أمام هيئات التحكيم.

(66) القانون رقم 16-09، المؤرخ في 3 أوت / أغسطس 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 46، المؤرخ في 3 أوت / أغسطس 2016.

الخاتمة

في ختام بحثنا نخلص إلى أنه استقر كل من الفقه والقضاء الدوليين من جهة، والتشريعات المقارنة للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية من جهة ثانية، على وجود مبادئ دولية ملزمة للدول في معاملتها للاستثمارات الأجنبية باعتبارها جزءاً هاماً من النظام القانوني الذي يخضع له الاستثمار الأجنبي على إقليم الدولة التي يمارس النشاط الاستثماري فيها، من تاريخ نشأة الاستثمار إلى تاريخ نهاية مدة العقد، على أساس أن هذه المبادئ تشكل حماية فعلية للمستثمر الأجنبي بفرض مجموعة من القيود على حق الدولة في نزع الملكية المكرسة في كل الأعراف الدولية تجسيدا لمبدأ حق الملكية الخاصة ضمناً للتوازن بين الحقين.

كما أنها شروط تفرضها القوانين لممارسة الدولة المستضيفة للاستثمارات الأجنبية لحقها في استرجاع ممتلكاتها من المستثمرين الأجانب في الإطار الشرعي، لأن قرارات نزع الملكية تدخل ضمن السيادة، بل وتدخل الدولة بقرارات نزع الملكية يكون في أوقات لاحقة لإنشاء الاستثمارات الأجنبية، بسبب ظروف طارئة تنشأ معها حالة الضرورة والمنفعة العمومية التي تبرر قرارات النزع، وترفعها من درجة الإجراءات غير المشروعة إلى درجة الإجراءات القانونية، لأنها تبدأ بقرار ثبوت المنفعة العامة، وتنتهي بالتعويض العادل والمنصف والحال.

فنظراً لكون المالك، بغض النظر عن جنسيته ووطنياً كان أو أجنبياً، يضطلع بحكم ملكيته للمال برسالة اجتماعية اقتصادية يلتزم بأدائها، يحظى بموجبها بحماية قانونية إذا أحسن أداؤها، ويفقدها إذا كانت للدولة أو إحدى سلطاتها مبررات داخلية خاصة تبرر حقها في استرجاعها، لتستند عليها للمحافظة على التوازن الضروري القائم بين الحقوق التي يجدر بالقانون حمايتها، هذا التوازن الذي يربط بين المنفعة العمومية والحق في التعويض من جهة، وبين الحريات الفردية والملكية الخاصة ومدى حمايتها من جهة ثانية.

إن امتيازات السلطة العامة التي تستند عليها الإدارة النازعة للملكية عند اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية بالأسلوب الجبري - بغض النظر عن المركز القانوني للطرف المخاطب بالقرار - مقيدة بشرط تحقق المنفعة العمومية، لحماية الملكية الخاصة إعمالاً لمبدأ قدسية حق التملك .

كما أنه رغم الغموض الواضح في موقف الهيئات الدولية من مسألة تحقيق المنفعة العمومية بسبب جهلها للحالات التي تراها الدولة كمنفعة عمومية حقيقية، وتلقيها

صعوبات الحكم بعدم مشروعية إجراءات النزاع بسبب عدم فعالية المنفعة العمومية، لأنها مسألة نسبية وتقديرها يخضع للسلطة التقديرية للدولة التي تبحث عن المصلحة العامة، وهذا لا يخفى على أحد أن شرط المنفعة العمومية يبقى حماية حقيقية للحقوق المعنية بالنزع من جهة، وشرطاً يبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب المعنيين بالنزع، عند تأكدهم أن سلطات الإدارة مقيّدة في الأخذ ببعض صور المنفعة العمومية التي يقرها القانون، خاصة وأن الشرعية الدولية الممنوحة لحق الدولة في نزع الملكية للمنفعة العامة تجد أساسها القانوني في القيود الواردة على حق الدولة كالتزام يجب احترامه والتقيّد به عند ممارستها لحقها المستمد من سيادتها الوطنية الاقتصادية، وعلى أساس أنها إجراءات تدخل في طائفة التوقعات المشروعة لافتراض تعرض المستثمر الأجنبي لها في كل وقت وعبر مختلف مراحل استثماره وعلمه بذلك.

فالمشرّع في الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي قد منح بموجب القانون للإدارة أو السلطات العامة المختصة مراكز متميزة، تستخدم من خلالها امتيازات السلطة العامة، وحوّلها سلطة تقديرية في اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية لتحقيق المنفعة العمومية، مقابل تعويض وفي إطار القانون حماية للمستثمر الأجنبي تجسيداً لمبدأ قدسية الملكية الخاصة، وذلك تحت طائلة بطلان هذه الإجراءات متى تجاوزتها أو أهملت احترامها، أو إذا كانت تعسفية وتحكّمية.

وفي الأخير نقدم النتائج التالية:

- إن التطور الذي وصلت إليه قواعد القانون الدولي للاستثمارات الأجنبية كرس حماية حقيقية لملكية المستثمر الأجنبي في مواجهة إجراءات نزع الملكية الخاصة، لكنها لم تصل إلى درجة تجميد حقيقي لحق الدولة في نزع الملكية الخاصة.
- إن المنفعة العمومية تبقى الشرط الوحيد الذي تفرضه القوانين الداخلية والدولية كقيد على حرية نزع الدولة لملكية المستثمر الأجنبي، هدفها إضفاء المشروعية على إجراءات نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي الذي يحصل على التعويض المناسب عن نزع ملكيته.
- تقدير المنفعة العمومية من صلاحيات الدولة ويدخل في صميم سيادتها، لكنه إجراء إداري يخضع للرقابة القضائية، وهو ضمانة قضائية لحماية المستثمر الأجنبي من القرارات التعسفية والتحكّمية.
- لا يجوز الاتفاق على تجميد مطلق لحق الدولة في نزع الملكية الخاصة للمستثمر الأجنبي لاحتمال وتوقع الحاجة لاتخاذ إجراءات النزاع لدوافع المنفعة العمومية.

المراجع

أولاً- باللغة العربية

1- الكتب

- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار: دراسة مقارنة، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة، 1990.
- أنور طلبة، نزع الملكية للمنفعة العامة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002.
- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.
- محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأحكام الإدارة والأشغال العمومية، الدار الجامعية، الجزائر، 1993.
- منور العربي، مبدأ السيادة على الموارد والثروات الطبيعية في إطار الأمم المتحدة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- نبيل عبد الرحمن نصر الدين، ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقاً للقانون والتشريع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.
- سعيد النجار، سياسات الاستثمار في البلاد العربية، دار الهلال للطباعة والتوزيع، الكويت، 1989.
- عبد الحكم فودة، نزع الملكية الخاصة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للنشر، بيروت، 1993.
- عصام عبد الوهاب البزرنجي، السلطة التقديرية والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة أسعد، بغداد، 1971.
- شامة سماعيل، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

2- المقالات

- ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 3، سنة 2003.
- مقداد كروغلي، نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المجلة القضائية، المحكمة العليا، الجزائر، العدد الثاني، 1998.
- سعد محمد خليل، نزع الملكية للمنفعة العامة بين الشريعة والقانون، دار السلامة للنشر، القاهرة، 1993.
- خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيئة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي (الطرق، المشروعية، الشروط)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 3، 1999.
- خيرت أحمد سعيد، التأميم وملكية الأجانب، المجلة المصرية للقانون الدولي، القاهرة، المجلد 19، 1993.

ثانياً - باللغة الأجنبية

- Anais Agbo, La gestion des risques dans le cadre du financement des investissements de haute technologie en contexte incertain, DEA, faculté des sciences économiques et sociales, Panthéon- Sorbonne, Paris, 2003 – 2004.
- Antoine Tortorici, La Tunisie et le droit international des investissements, thèse de doctorat en droit, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, France, 1992.
- Couli Baley et Baba Kank, Les investissements privés étrangers et le développement économique au Togo, Approche Juridique, thèse de doctorat en droit, Université de Lille II, France, 1989.
- Dominique Carreau et Patrick Juillard, Droit international économique, 4^{ème} édition, LGDG, Paris, 1998.
- Kadi Hanifi Mokhtaria, «Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation», Revue Idara, vol. 15, N° 29, 2005.
- René Hostiou, Code de l'expropriation, Librairies Techniques, Paris, 1986.

المحتوى

الصفحة	الموضوع
243	الملخص
245	المقدمة
247	المبحث الأول- مفهوم المنفعة العامة كشرط لنزع ملكية المستثمر الأجنبي
248	المطلب الأول- الإجماع على أن المنفعة العمومية قيد وشرط لنزع الملكية
249	الفرع الأول- المنفعة العمومية في القانون الدولي
250	الفرع الثاني- المنفعة العمومية في القوانين العربية المقارنة
253	المطلب الثاني- تعريف المنفعة العمومية وصورها
253	الفرع الأول- تعريف المنفعة العمومية
255	الفرع الثاني- صور المنفعة العمومية
259	المبحث الثاني- إجراءات تقدير المنفعة العمومية والرقابة على مدى تحققها
259	المطلب الأول- الإجراءات المتعلقة بتقرير المنفعة العامة
260	الفرع الأول- إجراء تحقيق المنفعة العامة
260	الفرع الثاني- قرار الإعلان عن المنفعة العامة
262	المطلب الثاني- دور السلطات العامة في تقدير المنفعة العامة والرقابة على ذلك
262	الفرع الأول- دور السلطات العامة في تقدير المنفعة العامة
264	الفرع الثاني- دور القضاء في تقدير المنفعة العمومية
264	أولاً- نطاق رقابة القاضي على قرار التصريح بالمنفعة العمومية
266	ثانياً- حق المستثمر الأجنبي في رفع دعوى إلغاء قرار التصريح بالمنفعة العمومية
269	الخاتمة
271	المراجع

