تأثير التدابير البيئية على الاستثمار من خلال نزع الملكية غير المباشرة

بقة حسان [1]

[1] أستاذ محاضر قسم"ب"، مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميره- بجاية، 06000، الجزائر.

البريد الإلكتروني: hassene.bekka@univ-bejaia.dz

الملخص:

يثير حق الدولة في التنظيم نوعا من الشك بشأن التدابير التي يمكن أن تتخذها في مجال حماية البيئة، فغاية تحرير وحماية الاستثمار تنصب في صميم قوانين الاستثمار الداخلية والاتفاقيات الدولية لتشجيع وحماية الاستثمارات، وهذا في ظل وضع لا ينبغي فيه إعاقة حرية المستثمرين عن طريق القيود الناتجة عن التدابير البيئية، وبالتالي فإنّ هذه التدابير من شأنها أن تشكل في نظر كل من المستثمر وهيئات التحكيم إعاقة لحرية الاستثمار هذا من جهة، ومن جهة أخرى تثار إشكالية تكييف الدور التنظيمي للدولة عبر منازعات التحكيم المتعلقة بنزع الملكية غير المباشرة التي يعتمدها المستثمرون كآلية للحماية في هذا المجال.

الكلمات المفتاحية:

التدابير؛ البيئة؛ الاستثمارات؛ الاتفاقيات الدولية؛ نزع الملكية غير المباشرة.

تاريخ إرسال المقال: 2022/02/21، **تاريخ مراجعة المقال:** 2022/04/30، **تاريخ نشر المقال:** 2022/05/14.

لتهميش المقال: بقة حسان ، "تأثير التدابير البيئية على الاستثمار من خلال نزع الملكية غير المباشرة "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، السنة 2022، ص ص. 340-357.

المقال متوفر على الرابط التالي: https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72

المؤلف المراسل: بقة حسان hassenebekka@gmail.com

The impact of environmental measures on investment by indirect expropriation

Summary :

The right of the State to regulate raises a kind of doubt about the measures that it can take in the field of environmental protection, as the goal of liberalizing and protecting investment is at the heart of internal investment laws and international agreements to encourage and protect investments, and this is in light of a situation where the freedom of investors should not be hampered by restrictions resulting from Environmental measures, and therefore these measures would constitute, in the eyes of both the investor and the arbitral tribunals, an impediment to this freedom of investment, on the one hand, and on the other hand, the problem of adapting the regulatory role of the state is raised through arbitration disputes related to indirect expropriation that investors adopt as a protection mechanism in this field.

Key words:
Measures; environment; investments; international agreements; indirect expropriation.

L'impact des mesures environnementales sur l'investissement par expropriation indirecte

Résume:

Le droit de l'État à réglementer soulève une sorte de doute sur les mesures qu'il peut prendre dans le domaine de la protection de l'environnement. L'objectif de libéralisation et de protection des investissements est au cœur des lois internes sur les investissements et des accords internationaux pour encourager et protéger les investissements, ce à l'ombre d'une situation où la liberté des investisseurs ne devrait pas être entravée par des restrictions résultant de mesures environnementales. Car ces mesures constitueraient, aux yeux, tant de l'investisseur que des tribunaux arbitraux, une entrave à cette liberté de l'investissement, d'une part, et d'autre part, le problème de l'adaptation du rôle régulateur de l'État se pose à travers les litiges arbitraux liés à l'expropriation indirecte que les investisseurs adoptent comme mécanisme de protection dans ce domaine.

Mots clés:
Mesures; environnement; investissements; accords internationaux; expropriation indirecte.

مقدمة

إنّ تحرير الاستثمار من ضرورة مراعاة الأبعاد البيئية سيكون سببا في تدمير الموارد الطبيعية واستنزافها للإضرار بالعناصر البيئية، وهذا ما سيعكس تسابق الدول، تحقيقا لمصالحها الخاصة، إلى الإخلال بتوازن النظام الإيكولوجي والمساس بالعدالة البيئية. كما أنّ تقييد النشاط الاستثماري لضمان حماية البيئة بالإجراءات الصارمة والتدابير المشدّدة، سيؤثر حتما على فعالية هذا النشاط، ممّا سيشكل تراجع في مستويات التنمية المراد تحقيقها، علما أنّ المستثمر يفضل دائما القيام بنشاطه بعيدا عن اتخاذ التدابير التي قد تؤدي إلى حرمانه من ممتلكاته، بحجة حماية البيئة.

وعليه، فإنّ الإفصاح عن مزاعم نزع الملكية غير المباشرة المتعلقة بالتدابير البيئية، ولجوء المستثمرين الأجانب إلى هيئات التحكيم الدولية كان أكثر الأمور إثارة للقلق. وفي حقيقة الأمر، فإنّ كثير من مخاوف هؤلاء المستثمرين من القيود الناتجة عن التدابير البيئية فيما يتعلق بنزع الملكية غير المباشرة مبالغ فيها. ولكن التطورات التي ستترتب لاحقا تُظهر أنّه بمجرد وجود إدعاء بنزع الملكية غير المباشرة، هناك افتراض قوي بشعور الدولة المضيفة للاستثمار بالذنب بشأن التدبير البيئي الذي اتخذته، وهذا ما لا يشجعها على التنظيم، بل ويقيد حريتها في هذا المجال. ممّا يدفع إلى التساؤل عن مدى تأثير التدابير البيئية على الاستثمار من خلال اتخاذ إجراء نزع الملكية بطريقة غير مباشرة؟

لمعالجة هذه الإشكالية، وبغرض تحديد نطاق المخاطر الناتجة عن التدابير البيئية، يجب التطرق أولا إلى تحديد هذه التدابير (المبحث الأول). وهذه التدابير تنطوي على قيود سواء كانت بسيطة أو شديدة، والتي نادرا ما تصل إلى حدّ منع المستثمر من مزاولة نشاطه. ومع ذلك، ونظرا لخصوصيات التدابير البيئية، يجب في بعض الأحيان تعزيز الرقابة على هذه التدابير لضمان عدم المساس بحقوق المستثمر بشكل متحايل (المبحث الثاني).

المبحث الأول: تحديد التدابير البيئية

تهدف سياسات مختلف الدول على المستويين الوطني والدولي في مجال حماية البيئة إلى تنظيم وضبط نشاط الإنسان في علاقته بالبيئة، وذلك من خلال بيان الأنشطة التي تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن الإيكولوجي[1].

يتعلق الأمر هنا بشكل أساسي بالغرض من التدابير البيئية، والتي يمكن تصنيفها على هذا النحو (المطلب الأول). وطبيعة أدوات التنظيم البيئي التي توضح أنّ النشاط الاقتصادي للمستثمرين هو المقصود مباشرة بانتشار الآثار المترتبة عنه (المطلب الثاني).

[1]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون حماية البيئة (مكافحة التلوث، تنمية الموارد الطبيعية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 65.

المطلب الأول: الغرض من التدابير البيئية

في ظل محاولة إيجاد تعريف محدّد وجامع للبيئة، ظهر هناك توافق أو تراضي على الحديث عن "التدابير البيئية"، و"التنظيم البيئي"، أو حتى "سلطة التنظيم البيئي" دون تعريف هذه العبارات (الفرع الأول). والتدابير البيئية تنتج، بحكم طبيعتها، عن ممارسة الدولة لسلطتها في التنظيم البيئي. وعليه، فإنّ محتوى هذه التدابير، التي يجب تحديدها فيما يتعلق بالغرض الرئيسي منها، يجعل من الممكن تحديد الحالات التي تستخدم فيها الدولة الامتيازات المحدّدة في القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الغرض البيئي للتدابير

قانون حماية البيئة، سواء كان وطنيا أو إقليميا أو دوليا، ليس بمجموعة من القواعد المعزولة والمستقلة، بل هو قانون ذو مفهوم واسع، يهدف إلى تنظيم استخدام مادة أو مورد ما لمراقبة نشاط معين أو حماية مساحة طبيعية أو حيوان أو فصيلة نباتية[2]. وبالتالي، فإنّ التدابير البيئية تنظم جميع القطاعات التي تؤثر على الكائنات الحية والأنشطة البشرية. وفي معظم الأحيان، يكون القانون المتعلق بالمتعلق بالبيئة مرتبط بأنظمة قطاعية محدّدة مثل الطاقة أو الغابات أو حتى المناجم[3]. لذلك، فإنّ الوسائل المادية المتاحة جد متنوعة، ولكنها تتبع هدفا مشتركا وهو "إزالة أو الحد من تأثير الأنشطة البشرية على مختلف العناصر في المحيط أو البيئة الطبيعية"[4].

يحدّد مجال تطبيق الاتفاقيات البيئية المتعدّدة الأطراف على أساس المعيار الغائي، فهي تحدّد التدابير التي تدعو الدول الأطراف إلى تبنيها في إطار تعهداتها، وهي: "تدابير ضرورية للحفاظ على أو تكييف أصناف النباتات والحيوانات (...) على مستوى يتوافق بشكل خاص مع المتطلبات البيئية والعلمية والثقافية مع مراعاة المتطلبات الاقتصادية والرفاهية"[5]، "تدابير خاصة (...) لحفظ التنوع البيولوجي"[6]؛ "تدابير ملائمة (...) لمنع وخفض ومكافحة والقضاء قدر الإمكان على التلوث"[7].

---

[2]- أنظر المادة 4 فقرة 7 من القانون رقم 03-10 مؤرخ في 19 جويلية سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.، عدد 43، صادر في 20 جويلية سنة 2003، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 07-06 مؤرخ في 12 ماي سنة 2007، يتعلق بتسيير وحماية وتطوير المساحات الخضراء، ج.ر.ج.ج.، عدد 31، صادر في 13 ماي سنة 2007، والقانون رقم 11- 02 مؤرخ في 17 فيفري سنة 2011، يتعلق بالمجالات المحمية في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.، عدد 13، صادر في 28 فيفري سنة 2011.

[3]- لكحل أحمد، النظام القانوني لحماية البيئة والتنمية الاقتصادية المستدامة، الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر، 2016، ص 41.

[4]- DESPAX Michel, Droit de l'environnement, Litec, Paris, 1980, p. 9.

[5]- المادة 2 من اتفاقية برن المتعلقة بالمحافظة على الحياة البرية والموائل الطبيعية الأوروبية، المؤرخة في 19 سبتمبر سنة 1979.

يتطلب مراعاة الاعتبارات البيئية في الاتفاقيات الاقتصادية من هذه الأخيرة أن تحدّد أيضا حدود التدابير البيئية التي قد تتداخل مع تطبيق الأهداف المنشودة، ومنها الغرض البيئي للتدبير الذي يُحتفظ به كمعيار للتعريف. وعلى سبيل المثال، تستخدم الأحكام المتعلقة بالبيئة في اتفاقيات التجارة الحرة التي أبرمتها أمريكا مع عدة دول، وكذلك اتفاقيات حماية المناخ، معيار الغرض الأساسي للإشارة إلى القوانين البيئية. إضافة إلى اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها كندا، والتي تغطي: "تدابير حماية البيئة"، "الضرورية لضمان حياة أو صحة الإنسان والحيوان والنبات" أو "الضرورية للحفاظ على الموارد الطبيعية القابلة للنفاذ"[8]. كما يمكن الرجوع إلى الاتفاق بشأن تطبيق تدابير الصحة والصحة النباتية (SPS) الذي يعرّف هذه التدابير على أنّها "تشمل كل القوانين والمراسيم واللوائح التنظيمية والمتطلبات والإجراءات المتصلة بالموضوع، والتي تهدف لحماية حياة أو صحة الإنسان، أو الحيوان أو النبات"[9].

في ضوء هذه الممارسة، سوف نؤكد بشكل أساسي، أنّ التدبير البيئي إجراء يهدف إلى حماية العناصر المكونة للطبيعة (الحيوان والنبات والأوساط الطبيعية)، حسبما ورد في نص المادة 29 من القانون رقم 03-10، المتعلق بحماية البيئة. وهذا الغرض يفترض تدخل التدبير البيئي لمعالجة الوضع الذي يشكل خطر على البيئة، وهو الوضع الذي يبيّن لجوء الدولة إلى ممارسة سلطتها في التنظيم البيئي.

الفرع الثاني: حق الدولة في اللجوء إلى التنظيم البيئي

هناك عدة فرضيات تتطلب من الدولة التدخل لحماية البيئة، والتي يمكن أن تكون عن طريق التدبير البيئي ذو تطبيق فردي أو عام. وعليه، قد يتضمن التدبير الفردي، على سبيل المثال، رفض الدولة منح أو

---

[6]– المادة 8 من اتفاقية ريو دي جانيرو المتعلقة بالتنوع البيولوجي، المؤرخة في 05 جوان سنة 1992، أنظر موقع برنامج الأمم المتحدة للبيئة:

www.unep.org

[7]– المادة 1/4 من اتفاقية برشلونة المتعلقة بحماية البحر الأبيض المتوسط من التلوث، المؤرخ في 16 فيفري سنة 176. انضمت الجزائر إلى هذه الاتفاقية بموجب مرسوم رقم 80-14 مؤرخ في 26 يناير سنة 1980، يتضمن انضمام الجزائر إلى اتفاقية حماية = البحر الأبيض المتوسط من التلوث، المبرمة ببرشلونة في 16 فبراير سنة 1976، ج.ر.ج.ج.، عدد 5، صادر في 29 يناير سنة 1980.

[8]- ROBERT-CUENDET Sabrina, Protection de l'environnement et investissement étranger: Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale, Thèse pour obtention le grade de Docteur, option: Droit public, université Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2008, pp. 72-73.

[9]– الملحق (أ) من اتفاقية تدابير الصحة والصحة النباتية لسنة 1995 (SPS)، أنظر الموقع الإلكتروني:

http://www.twobrothers-eg.com/Ar/media/media/images/Agreements/A825.pdf

تجديد رخصة الاستغلال بسبب المخاطر التي يشكلها النشاط المخطط على البيئة[10]. وعلاوة على ذلك، فهذه الفرضية تتعلق بالاستثمارات التي يعتمد تأسيسها على رخص محدّدة تجعلها في وضعية معينة، وأنّ نظام الترخيص يتطلب التزامات خاصة بالاستثمار. وفي هذا الإطار يقدم القانون الفرنسي مثالا واضحا على اللوائح الخاصة بالمنشآت المصنفة لحماية البيئة، وكذلك فعل المشرع الجزائري في القانون المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة[11].

في ضوء المخاوف البيئية الجديدة، قد يعتبر لاحقا النشاط الذي تم قبوله سابقا وحتى تشجيعه، خطرا على البيئة. وبالتالي، القيود أو العراقيل التي قد تُفرض على المستثمرين هي ثمرة تطور الوعي والمعرفة العلمية التي تترجم، على المستوى القانوني، من خلال تشديد اللوائح المعمول بها. وفي فرضية مغايرة تماما، قد يكون الدافع وراء سحب رخصة الاستغلال هو أنّ النشاط المعني قد تم تنفيذه بتجاهل المعايير البيئية المعمول بها[12]، وفي هذه الحالة يتدخل التدبير البيئي كعقوبة للمستثمر. ففي ظل الظروف الاستثنائية، قد تضطر الدولة إلى اتخاذ تدابير جذرية بسبب حالة الطوارئ البيئية الناتجة، عرضا أو بغير قصد، عن نشاط اقتصادي معين.

في القوانين الداخلية، تكيّف أحيانا هذه التدابير المختلفة بأنّها تدابير "ضبط إيكولوجي" تهدف إلى الحفاظ على النظام العام الإيكولوجي، أي لا يوجد لا اضطراب إيكولوجي ولا خطر على البيئة[13]. وعليه، يُعرَّف الضبط الإيكولوجي بأنّه مجموعة لوائح بيئية تتمثل وظيفتها في الحفاظ على النظام العام الإيكولوجي[14].

كما يمكن أن يكون التدبير البيئي ذو تطبيق عام، حيث يكون التفكير هنا في اللوائح التي تعزّز المعايير البيئية المعمول بها، سواء كانت تشكل عتبات لانبعاث الغازات الملوثة، أو القيود المفروضة على تصدير بعض الموارد الطبيعية أو حتى الحظر التام على التصنيع وتسويق المنتجات التي تعتبر خطر على البيئة. وهذه

---

[10]– أنظر المادة 25 من القانون رقم 03-10، السابق الذكر. والمادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 06-198، المؤرخ في 31 ماي سنة 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، ج.ر.ج.ج.، عدد 37، مؤرخ في 4 جوان سنة 2006.

[11]– أنظر المواد L 511-1 إلى L 517-2 من قانون البيئة الفرنسي، على موقع الجريدة الرسمية الفرنسية:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006074220/
والمواد 18 إلى 28 من القانون رقم 03-10، السابق الذكر.

[12]– لمزيد من التفصيل أنظر: وناس يحيى، الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان، 2007، ص ص 359-364.

[13]– تم اقتباس هذا التعريف من الأستاذ Francis CABALLERO الذي تبنى هو الأخر التعريف "السلبي والمادي" الذي قدمه Mourice Hauriou للنظام العام. يرى فقهاء آخرون أنّ النظام العام البيئي يعني التزام الدولة بضمان توازن منسجم بين الإنسان وبيئته على التراب الوطني. ومنهم:
PRIEUR Michel, Droit de l'environnement, Dalloz, 5éme édition, Paris, 2004, p. 56. & BOUTELET Marguerite et FRITZ Jean-Claude, L'ordre public écologique, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 345.

[14]– أحيانا ما يتم خلط النظام العام البيئي بشكل محض مع جميع اللوائح البيئية المعمول بها. أنظر:
CABALLERO Francis, Essai sur la notion juridique de nuisance, LGDJ, Paris, 1981, p. 19.

التدابير تعكس بشكل أساسي تطور مستوى حماية البيئة الذي تحدّده الدولة[15]، إذ يمكن أن ينتج تشديد أو تخفيف المعايير البيئية عن عدة حالات منها: تطور المعرفة العلمية، تعبئة الرأي العام، والاهتمام بتجنب حدوث كارثة بيئية جديدة عانت منها الدولة فيما سبق[16].

لكن حتى لو أدت حادثة معينة إلى اعتماد لائحة جديدة، فإنّها تطبق على جميع المتعاملين الذين يقع نشاطهم في نطاقها، بالإضافة إلى أنّها تطبق فورا على الحالات الموجودة سابقا. وذلك بغرض حماية البيئة من الإضرار بها من خلال الأنشطة الملوثة. وبالتالي، يجب تطبيق الطرق التقنية المتعلقة بمكافحة التلوث فورا. وبدون ذلك، فإنّ قانون البيئة الذي يفرض تدابير مكافحة التلوث على المنشآت والأنشطة الجديدة فقط لا يحقّق المصلحة العامة، فمن شأن تكريس حق دائم في مزاولة النشاط الذي يلحق الضرر بالبيئة دون القدرة على فرض لا معيار ولا رسوم، أن ينتهك مبدأ الملوث الدافع[17].

قد يكون اعتماد التدابير البيئية ذات التطبيق الفردي أو التطبيق العام انعكاس للسياسة البيئية الوطنية للدولة، ويمكن أيضا أن تتعلق بنقل الالتزامات المتعاقد عليها على المستوى الداخلي إلى الدولي. وعلاوة على ذلك، على هذا المستوى أو على المستوى الإقليمي، تنشأ معظم المعايير البيئية المطبقة في الدولة. وفي معظم الأحيان، فإنّ اللوائح المتعلقة بتلوث الهواء والأنهار والبيئة البحرية، وتلك المتعلقة بالحفاظ على الأنواع المهدّدة بالانقراض أو تلك المتعلقة بحماية المناطق ذات الأهمية البيئية، ليست مثل تغيير المعايير المتفق عليها في الاتفاقيات الدولية أو الإقليمية[18]. وهكذا، في بعض الحالات، قد تكون الدولة مُلزمة بتشديد لوائحها البيئية، بل وأنّ القانون الدولي هو الذي قد يطلب منها نزع ملكية استثمار أجنبي إذا تطلب الأمر ذلك[19].

وعليه، يمكن أن يكون للنطاق الفردي أو العام للتدبير، والأسباب التي تدفع الدولة إلى اعتماده، وأصل هذه الأسباب محلية كانت أو دولية، تأثير على النظام القانوني المعمول به عندما تؤدي آثار مثل هذا التدبير إلى الإضرار بنشاط المستثمر. فمن الضروري هنا الاعتداد بهذه الخصائص المختلفة عندما يتعلق الأمر بتحديد ما إذا كان التدبير البيئي يمكن تكييفه على أنّه نزع للملكية وما إذا كان يتطلب دفع التعويض.

15- DE NANTEUIL Arnaud, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Edition A. Pédone, Paris, 2014, p. 525.

16- لكحل أحمد، المرجع السابق، ص 441-442.

17- CAZALA Julien, Le principe de précaution en droit international, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 11.

18- وهنا يستخدم أيضا البروفيسور PRIEUR Michel في كتاباته في مجال البيئة تعبير "النظام العام التكنولوجي" «Ordre public technologique» والذي استعمله بعض الفقهاء في الكثير من مؤلفاتهم. أنظر:

PRIEUR Michel, op.cit., p. 6

19- وهذا في حالة حدوث تدبير يتسبب في تدخل كامل في الممتلكات، فليس أمام الدولة خيار آخر سوى اللجوء إلى نزع الملكية لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة. أنظر:

DE NANTEUIL Arnaud, op.cit., pp. 155 et 523-524.

المطلب الثاني: أدوات التنظيم البيئي

حتى لو كان يُنظر إلى قانون البيئة على أنّ فيه نقص، فهو يتضمن عناصر تقنية واقتصادية جد دقيقة. وعليه، نميز اثنين من المناهج المكونة للتنظيم البيئي: أحدهما يستخدم الأساليب الإدارية والتنظيمية. والآخر يستخدم الوسائل الاقتصادية لوضع أدوات تحفيزية. ومن بين الأدوات التنظيمية[20]، نجد معايير الجودة البيئية ومعايير الإنتاج والانبعاثات الغازية والمنشآت المصنفة[21]، وكذلك أنظمة الرقابة عن طريق الإعلان أو رخص الاستغلال أو إجراءات تجديد هذه الرخص من قبل السلطات المحلية أو الوطنية. ومن بين الأدوات الاقتصادية، نجد الرخص القابلة للتفاوض تستند إلى الحق في الملكية، أو تستند إلى الأداة الضريبية، أو الشهادات البيئية، أو المساعدات المالية، أو الاتفاقيات التفاوضية[22]. ومع ذلك، تبدو هذه الفروق مصطنعة في ظل الميل المتزايد إلى تلاشي التعارض بين التنظيم والحوافز من جهة، وبين التنظيم القانوني والاقتصادي من جهة أخرى، فمن الصعب التفريق بين تدبير بيئي وتدبير أخر اقتصادي.

يتضح هذا التداخل، في القانون الدولي، في استخدام بعض المصطلحات في الاتفاقيات الاقتصادية والاتفاقيات البيئية كالأتي: تستخدم الاتفاقيات الأولى تعبير "التدبير التجاري" (الفرع الأول) بينما تستخدم الثانية تعبير "التدبير البيئي" لتحديد نفس النوع من التدابير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التدابير التجارية

التدابير التجارية هي الأدوات الاقتصادية الأولى التي تم استخدامها لأغراض بيئية، حيث عرّفتها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE بأنّها: "كل أداة تفرض قيود، شروط أو عراقيل على المنتجات أو الخدمات المستوردة أو المصدرة، أو على عملية استيراد أو تصدير هذه المنتجات أو الخدمات. وبالتالي فإنّ التدابير التجارية تشمل أحكاما متنوعة مثل حظر المبادلات، ومعايير المنتجات، أو إجراءات الإعلان أو حتى الالتزام بوضع العلامات"[23]. وهذه التدابير تنظم الأنشطة التجارية بهدف حماية البيئة، في إطار العلاقة بين الاتفاقيات التجارية، واتفاقيات منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات البيئية المتعدّدة الأطراف.

---

[20]– تكمن خصوصية الأدوات التنظيمية في فرض قيود مباشرة على كل ما يمكن أن يأخذ وصف النشاطات الملوثة. أنظر:
SANDS Philippe, Principles of International Environmental Law, Cambridge University Press, 2003, 2ème édition, p. 155.

[21]– أنظر على سبيل المثل القانون الجزائري المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة لسنة 2003. والمرسوم التنفيذي رقم 06-198، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة. وكذلك القانون الفرنسي الصادر في 19 يوليو سنة 1976 المتعلق بالبيئة.

[22]– بن جديد فتحي، "الترخيص الإداري كإجراء لحماية البيئة من التلوث (رخصتي البناء واستغلال المنشآت المصنفة)"، مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد السادس، 2016، ص 33.

[23]- OCDE, Les mesures commerciales dans les accords multilatéraux sur l'environnement, Paris, OCDE, 1999, p. 192.

أعدّت أمانة منظمة التجارة العالمية دليلا للاتفاقيات البيئية يتضمن تدابير تجارية[24]، يستند إلى تعداد أجراه برنامج الأمم المتحدة للبيئة لـ 238 اتفاقية في عام 1999، والذي يشير إلى سبع اتفاقيات رئيسية قد تشكل صعوبات في التوافق مع قواعد منظمة التجارة العالمية. وهي: اتفاقية واشنطن المؤرخة في 3 مارس 1973 بشأن التجارة الدولية في الأنواع المهدّدة بالانقراض من الحيوانات والنباتات البرية، وبروتوكول مونتريال المؤرخ في 16 سبتمبر 1987 بشأن المواد المستنفذة لطبقة الأوزون، واتفاقية بيل بتاريخ 22 مارس 1999 بشأن مكافحة نقل النفايات الخطرة والتخلص منها عبر الحدود، ومن بروتوكول كيوتو المؤرخ في 11 ديسمبر 1997 إلى اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغير المناخ، وبروتوكول قرطاجنة المؤرخ في 19 يناير 2000 بشأن السلامة الأحيائية المتعلق باتفاقية التنوع البيولوجي، إلى اتفاقية روتردام بتاريخ 11 سبتمبر 1998 بشأن تطبيق إجراء الموافقة المسبقة عن علم على مواد كيميائية ومبيدات آفات معينة خطرة متداولة في التجارة الدولية، وأخيرا اتفاقية ستوكهولم المؤرخة في 22 ماي 2001 بشأن الملوثات العضوية الثابتة[25].

يمكن للتدابير التجارية التي تتضمنها هذه الاتفاقيات أن تتدخل في قواعد القانون الدولي من خلال تداعياتها على نشاط المستثمرين الأجانب[26]. ففي إطار اتفاقية التجارة الحرة لأميركا الشمالية (ALENA)، أثارت قضية SD Myers، التي عارضت فيها شركة أمريكية كندا، مسألة توافق اعتماد كندا للتدابير التي تحظر استخدام المنتجات القائمة على مركبات ثنائي الفينيل متعدّد الكلور (BPC) بموجب اتفاقية التجارة الحرة لأميركا الشمالية. ولتبرير هذا التقييد، احتجت كندا بالتزاماتها بموجب اتفاقية بيل[27]، وهذه التدابير المتنازع فيها يمكن وصفها على أنّها تدابير تجارية، ولكن هذا لا يمنع من تمييزها عن القواعد المطبقة على الاستثمار.

وفي حالة وجود نزاع، من الواضح أن المتعاملين المعنيين بهذه التدابير يفضلون أن يكونوا في مجال الاستثمار بدلا من التجارة[28]. ونتيجة لذلك، فإنّ العديد من منازعات الاستثمار هي منازعات شبه تجارية، قد يحدث أن تؤدي إلى ظهور شكاوى أمام محكمة تسوية المنازعات لمنظمة التجارة العالمية وأمام هيئات التحكيم في إطار التحكيم بين المستثمرين والدولة[29]، بالإضافة إلى عدم الانتظام الإجرائي وما يتبعه. ففي الواقع، وفي

---

[24] - Matrice des mesures commerciales prises au titre de divers accords environnementaux multilatéraux, Note du Secrétariat, Comité du Commerce et de l'environnement, OMC, WT/CTF/W/160/Rev.1, 16 février 2005.

[25]– رياض صالح أبو العطا، حماية البيئة في ضوء القانون الدولي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص ص 110-116.

[26]- CLEMENÇON Raymond, «Foriegn Direct Investment and Global Environmental Protection. Why Environmentalists Should Favour Multilateral Investment Rules?», JWI, 2000, pp. 199-223.

[27]- ROBERT-CUENDET Sabrina, op.cit., p. 77.

[28] - JULLIARD Patrick, «Table ronde. Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur étranger et au détriment de l'Etat accueil?», In LEBEN Charles (Dir.), Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements, Paris, LGDJ, 2006, p. 191.

[29] - BEN HAMIDA Walid, «L'arbitrage Etat-investisseur face à un désordre procédural: la concurrence des procédures et les conflits de juridictions», AFDI, 2005, pp. 580-583.

إطار الدعوى المرفوعة ضد الولايات المتحدة، تستشهد شركة Canfor بالحجة القائلة أنّ الولايات المتحدة، بعدم احترامها لقواعد منظمة التجارة العالمية بشأن الإغراق، تصرفت بطريقة تتعارض مع المادة 1105 من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية[30].

على نفس المنوال، رفع مستثمر كندي مُصَنع ومُسَوق ومُوَزع للمنتجات الصناعية القائمة على القنب، دعوى أمام محكمة التحكيم لإعلانها أنّ الحظر الذي فرضته الولايات المتحدة على تجارة هذه المنتجات الصناعية كان مخالفا للفصل 11 من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية. وعليه، فهو يحتج على أنّ هذا الحظر لا يتوافق مع متطلبات اتفاقية الصحة والصحة النباتية لمنظمة التجارة العالمية، وبالتالي لا يمكن تبريره بموجب اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية[31].

الفرع الثاني: الأدوات الأخرى لحماية البيئة

إلى جانب التدابير البيئية التي تتطلب استخدام الأدوات الاقتصادية، هناك أدوات أخرى لا يُقصد بها التأثير على نشاط معين بل التأثير على حيز محدّد من النشاطات، خاصة عندما تقرّر الدولة جعل منطقة طبيعية معينة منطقة محمية، وهذا ما من شأنه أن يقيد حق تصرف المالكين في ممتلكاتهم. وهذه الأدوات يمكن أن يكون لها نفس تأثير الحرمان الحقيقي للمستثمر من ممتلكاته[32].

من الواضح أنّ التدابير البيئية، يمكن في ظل ظروف معينة أن تكون مماثلة لنزع الملكية، حتى لو لم يكن هدف الدولة الاستيلاء على موقع أو منطقة معينة، لكن بهدف ضمان الحفاظ على مصالحها البيئية[33]. وفي مثل هذه الحالة، يوضح الأستاذ François Ost أنّ الموارد البيئية هي ميراث مشترك بين الدول، وقد يكون إنهاء استخدامها لاعتبارات المصلحة العامة من أجل تقليل الأضرار التي تلحق بالبيئة. وهنا نجد المعيار النهائي الذي يميز التدبير البيئي والذي وصفه أيضا الأستاذ François Ost بأنّه نقل للملكية أي التنازل عن الملكية لاستخدام آخر[34]، غالبا ما يقوم قانون التهيئة والتعمير بتهيئة أو توفير التدابير البيئية المناسبة لذلك[35].

---

[30]– أنظر قرار التحكيم المؤرخ 9 جويلية 2002، متاح على الموقع الإلكتروني لوزارة الولايات الأمريكية:
http://www.state.gov/s/l/c7424.htm

[31]- HANSEN (D.), «Environemental Regulation and Just Compensation: The National Priorities List as a Taking», NYUELJ, 1993, disponible en ligne sur: http://www.law.nyu.edu/journals/envtllaw/issues/vol2/1/2nyuelj1.html

[32]- DE NANTEUIL Arnaud, op.cit., p. 109 et s.

[33]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص ص 80–81.

[34]- OST François, «Au-delà de l'objet et du sujet, un projet pour le milieu», In OST (F.) et GUTWIRTH (S.) (Dir.), Quel avenir pour le droit de l'environnement ?, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint Louis, 1996, P. 19.

[35]– قانون رقم 90–29 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990، يتعلق بالتهيئة والتعمير، ج.ر.ج.ج.، عدد 52 سنة 1990، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 04–05 مؤرخ في 14 أوت 2004، ج.ر.ج.ج.، عدد 51، صادر في 15 أوت سنة 2004، والقانون رقم 17–11 مؤرخ في 27 ديسمبر سنة 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر.ج.ج.، عدد 76، صادر في 28 ديسمبر سنة 2017.

في الأخير، يظهر أنّ للتدبير البيئي مضمون إداري، في حالة التراخيص التي تستند إلى المعايير البيئية تتطلب عددا معينا من دراسات التأثير والرقابة قبل منحها[36]. وهذه التراخيص في معظم الأحيان تعتبر ضرورية للاستثمار، رفضها أو سحبها قد يؤدي إلى تحييد النشاط بأكمله. لذلك فإنّ التدبير ذو الغرض البيئي يتكون من آليات تعود إلى المجال الاقتصادي والمجال الإداري أو التعمير[37].

فمن الناحية المنطقية، لهذا التدبير طابع تقييدي لا يمكن إنكاره لما له من تأثير على الطريقة التي يمكن للمستثمر من خلالها التمتع بممتلكاته أو ممارسة نشاطه. ومع ذلك، فإنّ هذا لا يكفي لجعله في نطاق تطبيق بنود الحماية لاتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار، إذ لا يزال من الضروري أن يتجسد التدبير البيئي من خلال انتهاك يُعرّض مزاولة النشاط المعني للخطر.

المبحث الثاني: القيود الناتجة عن النشاط التنظيمي للدولة في مجال حماية البيئة

غالبا ما يكون للأنظمة البيئية تأثير سلبي على نشاط المستثمرين، من حيث أنّها تفرض عددا من الالتزامات التي تقيد حريتهم. وعليه، تتضح وظيفة الأنظمة البيئية في ترشيد الأنشطة التي يمكن بسببها التأثير على نشاط المستثمر الأجنبي (المطلب الأول). غير أنّه، في الحالات القصوى، يمكن لهذا المستثمر المطالبة باستعادة وضعه، على الأقل من الناحية المالية، على أساس نظام نزع الملكية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصوصيات القيود البيئية

تطمح كل دول العالم، بما فيها الجزائر، إلى تحفيز الاستثمار الأجنبي كمطلب أساسي، وتعمل جاهدة على تأطير سبل تجسيده في برامجها واستراتيجياتها التنموية. وذلك بتقييد حرية الدولة في التصرف من خلال الأنظمة البيئة بما يؤثر سلبا وبشكل خاص على الاستثمار الأجنبي (الفرع الأول)، خاصة وأنّ هذه الأنظمة البيئية تعرف تطور سريع ومستمر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقييد حرية الدولة في التنظيم

من المحتمل أن يكون لأي تنظيم بيئي تأثير مقيد للاستثمار الأجنبي، ولهذا السبب فإنّ إمكانية لجوء المستثمرين الأجانب إلى آلية تسوية المنازعات للاحتجاج على اللوائح البيئية تثير الكثير من التحديات[38]، حيث

---

[36]– تعتبر دراسات التأثير إجراء إداري قبلي يسمح بتقييم المشروع يمكن أن يرتب آثار سلبية قبل اتخاذ قرار بانجازه بهدف حماية البيئة. أنظر: إقلولي/أولد رابح صافية، زيد المال صافية، "دراسات التأثير: آلية لإدماج المشاريع الاستثمارية في البعد البيئي"، مجلة إدارة، المجلد 26، عدد 2، 2019، ص 56. وناس يحيى، المرجع السابق، ص 178.

[37]– بن جديد فتحي، المرجع السابق، ص ص 17-34.

[38]– يؤكد أعضاء المعهد الدولي للتنمية المستدامة (IIDD) أنّ هذا الأمر مقلق لأنّ أي قانون بيئي يتم اعتماده سيؤثر على العمليات التجارية، وقد يؤدي في كثير من الأحيان إلى إنهاء استخدام منتجات معينة أو الاتجار بها، وبالتالي سيكون له تأثير كبير في هذا المجال. أنظر:

IIDD, Private Rights, Public Problems, A guide to NAFTA's controversial chapter on investor rights, Copyright © International Institute for Sustainable Development and World Wildlife Fund,

يؤثر انتشار معايير وقواعد النظام البيئي الأخرى على التحرير المطلوب لنظام الاستثمار. فغالبا ما تتم المساومة على شرعية القانون، إذ يُنظر إلى تداخل المعايير على أنّه "سيل من المحظورات التي تتساقط على المالكين والمستهلكين والمواطنين الآخرين التي تثير سخطهم، أكثر مما تردعهم". فالتدابير البيئية لها وظيفة تنظيمية جد مهمة، أحيانا تكون أكثر انتشارا من حيث التأثير التنظيمي، والذي يمكن أن يكون له أثر كبير على النشاط المرتبط به[39].

يمكن أن تتخذ التدابير البيئية شكلين: إما تدابير إجرائية، على سبيل المثال التزام المستثمرين بإجراء دراسة مدى التأثير قبل الشروع في إنشاء النشاط المخطط[40]؛ أو تدابير موضوعية، على سبيل المثال اللوائح التي تنص على معايير الجودة أو حصص الانبعاث لبعض المواد، والتي تنطوي على التزامات تقع على عاتق المستثمرين. وعليه، يعتمد التنظيم الوقائي أحيانا على مبدأ الحيطة[41]، والذي يتجلى، فيما يتعلق بتسيير الأنشطة التي يقوم بها المستثمرون الوطنيون والأجانب، في سلطة رقابة الدولة على مدى امتثال المشروع لأهداف التنمية البيئية الخاصة بها، لاسيما من خلال فرض إجراء التصريح أو رخصة الاستغلال أو تقييد حرية المستثمر في العمل. وذلك، من أجل تحقيق المعايير البيئية المنصوص عليها في لوائحها، من خلال فرض عمليات التصنيع أو القيود المفروضة على استخدام بعض المواد أو الموارد في عمليات التصنيع[42].

إنّ التعبير الذي استخدمه الأستاذ Rémond-Gouilloud لتحديد مجموعة المعايير التي تهدف إلى حماية البيئة هو تعبير شديد الوضوح، يندرج في إطار الحديث عن "الحق في إنهاء النشاط الخاضع للرقابة «Droit de détruire contrôlé»[43]. لذلك، فإنّ مزاولة النشاط الملوث للبيئة هو المقيد، وهذا لا يهدف إلى منع التلوث، بل يهدف إلى تنظيم الأنشطة ليصل التلوث الناتج إلى مستوى مقبول. وفكرة الرقابة نجدها في بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية، التي تتحدث عن التدابير التي تعتبرها الدولة ضرورية للتأكد من مزاولة النشاط الناتج عن الاستثمارات المنجزة في أراضيها وفقا للاعتبارات البيئية[44].

2001, p. 207. Disponible en ligne sur: https://www.iisd.org/system/files/publications/trade_citizensguide.pdf (Consultable le: 22/09/2021).

[39]– أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 79.

[40]– إقلولي/أولد رابح صافية، زيد المال صافية، المرجع السابق، ص 55.

[41]– أنظر المادة 3 من القانون رقم 03–10، السابق الذكر.

[42]– حميدة جميلة، "إدراج البعد البيئي في القانون الجديد للاستثمار – دراسة على ضوء المادة 3 من القانون 09/16"، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، 2018، ص 23–24.

[43]- ROBERT-CUENDET Sabrina, op.cit., p. 80.

[44]– وهذا ما يُفهم من نص المادة الأولى من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بمدينة الجزائر في 13 فبراير سنة 1993، مصادق علية بمرسوم رئاسي رقم 94–01 مؤرخ في 2 يناير سنة 1994، ج.ر.ج.ج.، عدد 1 لسنة 1994. وكذلك المادة الأولى فقرة 7 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وجمهورية الصين الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلتين

لا يكفي الهدف البيئي للتدبير لجعله يفلت من كل رقابة من زاوية قانون الاستثمار[45]، إذ لا يزال يتعين إضفاء الشرعية فيما يتعلق بالقواعد الواردة في اتفاقيات الاستثمار، أي عدم مخالفة التزامات الدول المضيفة للمستثمرين مع شركائها المتعاقدين. نعم، يمكن أن يكون التدبير البيئي مقيد، ولكن بشرط ألا يكون أكثر مما هو ضروري لتحقيق الهدف المعلن بشرط ألا يضر بأهداف حماية الاستثمار، حيث يمكن تفسير متطلبات القيود الضرورية من خلال أنّ اللوائح البيئية يمكن أن تكون ذريعة عملية لإعادة فرض قيود جديدة مقنعة أو تمييزية أو تعسفية. وفي العديد من مقالاته، يلفت الأستاذ WÄLDE Thomas الانتباه إلى الحاجة للتمييز بين الاهتمامات البيئية المشروعة واستخدام الدولة للنشاط البيئي لتغطية النوايا التي تهدف إلى الإضرار بالمستثمرين الأجانب[46]. وما يعزّز هذه الصعوبة أنّه قد يكون هناك ما يبرّرها بتمييز معاملة المستثمرين وفق ما إذا كانوا وطنيين أو أجانب.

فقد يكون هناك ما يبرّر تفضيل المستثمرين الأجانب القادرين على استيراد تقنيات أكثر استدامة من تلك التي يستخدمها المستثمرون الوطنيون. وفي هذه الحالة، لا يكون الدافع وراء التمييز في المعاملة هو أنّ المتعاملين الأجانب يمتلكون تقنيات لا يمتلكها المتعاملون الوطنيون والتي تكون الدولة بحاجة إليها[47]. وبالتالي، فإنّ قضية التمييز بين المستثمرين من خلال اللوائح البيئية ليست مسألة بسيطة، وأي تمييز لا يستند إلى الاهتمام بتطبيق التدبير البيئي الأكثر فعالية لا ينبغي أن يكون له ما يبرّره، ولكن الصعوبة تكمن في تحديد ما هو التمييز المبرّر بيئيا.

للاستثمارات، الموقع ببكين يوم 20 أكتوبر سنة 1996، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 02-392 مؤرخ في 25 نوفمبر سنة 2002، ج.ر.ج.ج.، عدد 77، صادر في 26 نوفمبر سنة 2002.

[45]- حميدة جميلة، المرجع السابق، ص 15.

[46]- WÄLDE Thomas, «Sustainable Development and the 1994 Energy Charter Treaty: Between Pretend-Action and Management of Environmental Investment Risk», in Weiss (F.), DENTERS (E.) et de WAART (P.) (eds.), International Economic Law with a Human Face, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 249.

[47]- تولي اتفاقية ريو دي جانيرو بشأن التنوع البيولوجي أهمية خاصة لنشاط السكان المحليين. وهي تعترف بالاعتماد الوثيق لأسلاف المجتمعات الأصلية والمحلية على مواردها البيولوجية، والحاجة إلى ضمان استفادة هذه المجتمعات من المنافع الناتجة عن استخدام معارفها وممارساتها التقليدية في الحفظ والاستخدام المستدام للتنوع البيولوجي. وكل دولة عضو في الاتفاقية يجب أن تحترم وتحافظ وتبقي على هذه المعرفة وهذه الممارسات، كما تتعهد بالترويج لتطبيقها على نطاق أوسع، بالاتفاق والمشاركة النشطة للمجتمعات المعنية، وتشجيع التقاسم العادل للمنافع المستمدة من استخدامها لاتفاقية ريو دي جانيرو بشأن التنوع البيولوجي المؤرخة 5 جوان 1992.

الفرع الثاني: التطور السريع والمستمر للأنظمة البيئية

يقصد بهذا التطور السريع والمستمر للأنظمة البيئية تكييف المعايير البيئية على أنّها تتطور باستمرار. وتضاف هذه الطبيعة المتطورة كقيد للتأثير التنظيمي، فحماية البيئة يمكن اعتباره نشاط ديناميكي يشكل خطر إضافي على المستثمرين الأجانب[48].

في الواقع، ما يهم هؤلاء المستثمرين هو إمكانية التنبؤ بوضعهم الاقتصادي والقانوني[49]. ومع ذلك، فإنّ اللوائح البيئية تجعل توقعاتها أكثر خطورة، ليس بسبب التكلفة التي تمثلها ولكن بسبب عدم القدرة على التنبؤ الذي تنشئه. وعليه، تعتبر هذه اللوائح الصارمة والعفوية وحتى الاندفاعية في بعض الأحيان قيدا، إذ يمكن أن تستجيب على الفور لكل حاجة جديدة أو قلق جديد، والتي لا تستجيب لمخططات التدوين الكلاسيكية التي غالبا ما تكون بطيئة، فعامل الوقت له أهمية أخرى هنا حيث تفرض لوائح التطبيق الفوري من أجل تجنب المخاطر التي قد تحدث في المستقبل.

أتيحت الفرصة لمحكمة العدل الدولية للتأكيد، فيما يتعلق بالقانون الدولي للبيئة، على علاقة التنظيم الخاصة بالوقت في قضية Gabčikovo-Nagymaros كما يلي: "بفضل وجهات النظر الجديدة التي يقدمها العلم والوعي المتزايد للمخاطر التي قد يمثلها استمرار هذه التدخلات بوتيرة غير مدروسة ومستمرة للبشرية– سواء للأجيال الحاضرة أو المستقبلية – تم تطوير معايير ومتطلبات جديدة، والتي تم توضيحها في عدد كبير من الأدوات على مدى العقدين الماضيين. ويجب أخذ هذه المعايير والمتطلبات الجديدة في الاعتبار وتقييمها بشكل صحيح، ليس فقط عندما تتوخى الدول أنشطة جديدة، ولكن أيضا عندما تواصل متابعة الأنشطة التي التزمت بها في الماضي"[50]. وأنّ القانون الذي ينقل صورة للمحافظة عن البيئة يواجه مشكلة تكيفه الدائم. لذلك، فإنّ قانون حماية البيئة يقيد حتما مناخ الحرية والاستقرار الموعود به للمستثمرين الأجانب[51].

إنّ سهولة الوصول إلى اللوائح البيئية هي ضمان للشرعية والكفاءة لهذه الأخيرة. مع ذلك، وفي ظل مواجهة تزايد السلطات المختصة في الأمور البيئية وتراكم اللوائح، قد يكون من الصعب على المستثمر الأجنبي معرفة جميع التزاماته البيئية وإرضائها. وبالتالي، يزيد اختلاط اللوائح والتدابير البيئية[52]، عندما يكون ضروريا للحصول على ترخيص أو اعتماد أو الحصول على رأي من مختلف الوكالات المتخصصة، من صعوبة الوصول إلى الإقليم وتطوير المستثمرين الأجانب لنشاطهم.

48- ROBERT-CUENDET Sabrina, op.cit., p. 81.
49- WÄLDE Thomas, op.cit., pp. 227-228.
50- Projet Gabčikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 77.
51- SORNARAJAH (M.), The International Law on Foreign Investment, Cambridge University Press, 2éme edition, Grotius Publication, 2004, p. 86; WÄLDE Thomas et NDI George, «Stabilizing International Investment Commitments: International Law versus Contract Interpretation», Tex. ILJ, 1996, p. 230.

52– ولإعطاء مثال على ذلك أنظر اللوائح التنظيمية لجمهورية أوزباكستان:
UNCTAD, Investment Policy Review Usbekistan, New York, Nations Unies, 1999, p. 28.

هذا الإشكال طرح في قضية Metalclad ضد المكسيك، حيث خطط المستثمر لبناء واستغلال محطة لردم النفايات السامة في بلدة La Pedrera، التابعة لبلدية Guadalcazar. وقد حصل المستثمر من المعهد الإيكولوجي الوطني على تصريح استغلال المشروع، معتقدا أنّه يمكن تنفيذ استثماراته بالامتثال الكامل للوائح الوطنية. ومع ذلك، اعترضت البلدية على وجوده بحجة أنّه لم يحصل على التصاريح اللازمة لعملية الاستغلال. وعليه، سلطت المحكمة الضوء على أنّ لوائح المكسيك لم تكن كفاية لتسمح للمستثمرين بالاستقرار في أفضل الظروف، لذلك شدّدت على أنّه يجب ألا يكون هناك مجال للشك أو عدم اليقين بشأن مثل هذه الأمور[53].

في ضوء الخصائص المختلفة للوائح البيئية، يجب أن نتساءل منذ اللحظة التي يمكن فيها حماية المستثمرين الأجانب من الآثار غير المواتية لهذه التدابير، وبشكل أكثر دقة من أي لحظة يمكن فيها تكييف التدبير البيئي على أنّه نزع غير مباشر للملكية. إذ ليست هناك حاجة للخوض في تفاصيل شروط نزع الملكية للفهم بوضوح أنّه يمكن أن تنطبق على أي نوع من التنظيم البيئي، لأنّ الضرر الذي تم إلحاقه خطير وحدث بشكل خاص ويقترب من خطورة الخسائر المتكبدة في حالة نزع الملكية المباشرة. لكن تبقى الصعوبة في تحديد متى يصبح القيد الذي تفرضه اللوائح البيئية نزع للملكية.

المطلب الثاني: نطاق القيود الناتجة عن التدابير البيئية

إنّ التساؤل عن طبيعة التدابير البيئية التي قد تدخل في نظام نزع الملكية، يكمن في قياس نطاق الخطر الذي يهدّد المستثمر الأجنبي. وبالتالي، من الضروري التمييز على الأقل في البداية بطريقة موجزة بين التجاوزات أو الانتهاكات التي، بسبب تطبيق تدبير بيئي، لا تشكل أي صعوبة فيما يتعلق بالتكييف القانوني (الفرع الأول)، وبين تلك التي تثير صعوبة في التكييف القانوني للتدبير البيئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تجاوزات لا تطرح صعوبة في التكييف القانوني بسبب تطبيق تدبير بيئي

1- التدابير التقييدية البسيطة

غالبا ما يتجلى التنظيم البيئي من خلال التقييد البسيط لحرية المستثمر في مباشرة نشاطه. وعلى الرغم من أنّ المتطلبات البيئية الجديدة تتطلب من المستثمر أن يتكيف، على نفقته الخاصة، مع عمليات الإنتاج الخاصة به أو استخدام منتجات غير ضارة حتى وإن كانت أكثر تكلفة، للحدّ من إنتاجه أو تطوير تقنيات أكثر ملائمة، فالمستثمر لا يستفيد من ضمانات محدّدة من شأنها أن تحميه من هذه العواقب.

[53] - Metalclad Corporation c. Méxique, sentence du 30 aout 2000, CIRDI, Affaire n° ARB (AF)/97/1, § 76, consultable sur: http://italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf; Voir dans le même sens: Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Méxique, sentence du 29 mai 2003, CIDRI, Affaire n° ARB (AF)/00/2, § 154, consultable sur: ita.law.uvic.ca/documents/tecnicas_001.pdf

وعليه، يجب ألّا يقع التقييد على حرية المستثمر الأجنبي، حتى وإن كان شديدا، لأنّه يترك له إمكانية تكييف نشاطه أو الانضمام إلى منافذ أخرى، لا تقع تحت وطأة نظام نزع الملكية[54]. لذلك لا ينبغي أن يشكل هذا الوضع أي صعوبة في حماية المستثمر الأجنبي عند ممارسة نشاطه الاستثماري.

2- نزع الملكية المباشرة والبسيطة

لا يشكل وصف التدبير من وجهة نظر قانون الاستثمار أي صعوبة سواء في حالة المصادرة التامة لأغراض حماية البيئة، لذلك يسمح قانون نزع الملكية للدولة بتنفيذ خياراتها السياسية للحفاظ على مصالحها الخاصة. وفي قضية الأهرامات، قامت مصر بإنهاء عقد بناء المجمع السياحي بعد احتجاج سكان بعض المحافظات المصرية، وهو ما وصفته محكمة المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI بأنّه نزع للملكية[55]، حيث كان إنهاء العقد بلا شك الحل الوحيد المتاح لمصر، وأنّ الانخراط في مشروع كبير يهدد الحفاظ على التراث الثقافي والتاريخي، كان السبب الذي لم يسمح للدولة المصرية بإيجاد أي بديل آخر[56].

في هذه القضية، لم يكن هناك أي شك في تطبيق اتفاقية ترقية وحماية الاستثمارات، والتي حدّدت المحكمة من خلالها المبادئ التي تثبت مدى وجود نزع الملكية، في حكمها الصادر في 20 ماي 1992. وبالتالي، وجوب تعويض المستثمر عن الحرمان من حقوقه[57]. وعليه، فقد تضطر الدولة إلى نزع ملكية بعض المستثمرين الذين يؤدي وجودهم في موقع معين أو في مكان قريب منه إلى المساومة على مجموعة من الأهداف المراد تحقيقها، وذلك في حالة ما إذا قرّرت إنشاء منطقة محمية تسمح بحماية الأنواع الحيوانية أو النباتية النادرة أو المهدّدة بالانقراض.

في قضية Santa Elina ضد كوستاريكا، قام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتاريخ 22 فبراير 2000 بتوضيح هذه الفرضية، حيث قامت الدولة المضيفة بنزع ممتلكات المستثمر الأمريكي الواقعة على سواحل المحيط الهادئ. ومن أجل إقامة قضية Lucchetti ضد البيرو، كان المستثمر الشيلي قد لجأ إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من أجل الحصول، من بين أمور أخرى، على تعويض عن نزع ملكية مصنع لتصنيع المعكرونة، والذي أنشأته إحدى الشركات التابعة له في البيرو بعد الحصول على التراخيص البيئية المطلوبة، يقع المصنع في ليما بالقرب من أرض رطبة محمية. وقد تقرّر نزع ملكية المصنع بموجب مرسوم من أجل حماية المحمية الإيكولوجية Pantanos de Villa وكذلك المناطق المجاورة له، كما هو

54- ROBERT-CUENDET Sabrina, Op.cit., p. 84.
55- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) c. République arabe d'egypte, CIRDI, Affaire n° ARB/84/3, sentence du 20 mai 1992, § 172, ICSID Rep., vol. 3, pp. 189-249.
56 - RAMBAUD Patrick, «L'affaire des «Pyramides»: suite et fin.», In: Annuaire français de droit international, volume 39, 1993. pp. 569-572.
57- Ibid., p. 573.

مطلوب بموجب مقتضيات الضرورة العامة[58]. وفي كلتا الحالتين، تم استهداف نزع الملكية صراحة من خلال الإجراءات المتنازع عليها[59].

الفرع الثاني: أنواع القيود التي تطرح بسببها مشكلة التكييف القانوني للتدبير البيئي

سواء كان لدى الدولة نية غير ظاهرة للمساس بنشاط المستثمر الأجنبي أو ما إذا كان الضرر الذي يلحق بصلاحية المساومة عرضيا فقط، فإنّ الفرضيات التي تثير مشاكل في التكييف تكمن في تحديد شدة الضرر الذي يلحق بالاستثمار.

الفرضية التي يدور حولها موضوع المنازعة بشأن نزع الملكية غير المباشرة هي أنّه عندما يكون التقييد الناجم عن تدبير لا يقصد منه نزع الملكية، إلا أنّه يؤدي مع ذلك إلى إنهاء النشاط المعني. وبالتالي، يمكن أن يكون للعديد من اللوائح التنظيمية تأثير يستحيل معها الاستمرار في مزاولة النشاط. وإذا كان هذا النشاط أو المنتج المحظور ضروريا لممارسة الاستثمار، فإنّه يمكن تجريده من كامل قيمته الاقتصادية، مثلا اكتساب قطعة أرضية لغرض بناء منطقة سكنية وبعد ذلك يتم تصنيفها على أنّها منطقة غير قابلة للبناء بسبب مخاطر تفاقم التلوث تفقد القيمة التي حصل عليها المستثمر من أجلها؛ والمصنع الذي ينتج حصريا مادة مضافة إلى البنزين ثم يُمنع من بيع هذا المنتج، سيفقد معظم إن لم يكن كل الفرص التجارية التي تبرّر نشاطه[60].

توضح هذه الفرضيات الحالة التي يتم فيها نزع ملكية المستثمر الأجنبي، دون سعي الدولة إلى إحداث هذه النتيجة بالذات. ومن الممكن أيضا أن تستخدم الدولة، قصد حرمان المستثمر من ممتلكاته، حماية البيئة كأداة لنزع الملكية دون الحصول على أي تعويض[61]. وهنا يمكننا أن نتنبأ بالإشكالية الأساسية للمنازعة بشأن نزع الملكية غير المباشرة، وهي إذا تم التسامح مع التدابير البيئية في المجال الاقتصادي، فذلك من أجل تجنب العودة إلى الحمائية التي كان من الممكن أن تتخذ مزايا بيئية.

يشير الأستاذ Luke Peterson في قضية شركة Saar Papier الألمانية ضد بولندا، إلى أنّ اللوائح البيئية لبولندا كانت تطبق بطريقة تمييزية على شركة صناعة الورق المعاد تدويره، والتي حصلت على جميع التراخيص اللازمة لاستغلال النشاط الصناعي، ولكن في سنة 1991 أوقفت بولندا جميع واردات الورق المستعمل من ألمانيا، مستشهدة باللوائح البيئية السارية المفعول التي تحظر استيراد النفايات. لذلك، اعتبرت محكمة التحكيم في حكم صدر عام 1995، على أساس اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين ألمانيا وبولندا، أنّ

[58]- Empresas Lucchetti S.A. c. République du Pérou, CIRDI, Affaire n° ARB/03/4, sentence du 7 février 2005, § 19, consultable sur: www.investmentclaims.com
[59]- ROBERT-CUENDET Sabrina, Op.cit., pp. 287-358.
[60]– وناس يحيى، المرجع السابق، ص 179.
[61]- DE NANTEUIL Arnaud, op.cit., p. 481.

التدبير البيئي له تأثير مماثل لنزع الملكية. وأنّه لا يوجد ما يبرّر في ضوء اللوائح المعمول بها حظر استيراد الورق، وأنّ بولندا تذرعت بحماية البيئة كذريعة لتدبير يهدف بوضوح إلى التدخل في الاستثمار الأجنبي[62].

هذا المثال هو أحد أعراض الخطر الرئيسي المرتبط باستدعاء الهدف البيئي للتدبير. بالطبع، لا تتخذ الدول الاستثناءات التي يمكن ربطها بالتدابير البيئية باستخدام هذا الهدف لإضفاء الشرعية على تدبير غير قانوني. ومع ذلك، لا تعتبر جميع تدابير الحمائية الخضراء بالضرورة نزع للملكية، فقد تؤدي طبيعتها التعسفية أو التمييزية إلى تقرير حق المستثمر في التعويض، ولكن على أساس معايير أخرى للحماية، حيث تكمن الصعوبة برمتها في تحديد المعايير التي تحدّد تطبيق هذا المعيار أو ذاك.

أخيرا، يلاحظ أنّ الإجراءات التنظيمية غير المتوقعة تستحق الاهتمام أيضا. ففي مجال حماية البيئة ليس التنظيم، ولا حتى طبيعته المتطورة، هو الذي يشكل مصدر الخطر، مع العلم أنّ التطور السريع والضروري لقانون البيئة يعدّ أحد خصائصه الرئيسية. وبالتالي، يجب على المستثمر الأجنبي أن يأخذ في الاعتبار احتمالات تغيير التزاماته البيئية عندما يتعهد بإثبات وجوده في أراضي الدولة على وجه الخصوص. ولكن التطور الذي لا يمكن توقعه، والذي لم يؤخذ في الاعتبار في قرار الاستثمار، هو الذي يمكن أن يضر بآفاق التنمية للمستثمر الذي يجب الاحتفاظ به.

خاتمة

في نهاية هذه الدراسة، من الممكن إدراك أنّه من الضروري التمييز بين التدابير ذات الغرض البيئي الحقيقي، والتي قد تؤدي بعض آثارها إلى إنهاء نشاط المستثمرين الأجانب بشكل كامل. وبالتالي توقع قيام فرضية التعويض على أساس إجراء نزع الملكية، والتدابير التي لا يكون لها سوى غرض بيئي واضح، والتي قد تكون دراستها أكثر تعقيدا خاصة وأنّ هذه التدابير البيئية قد تقع ضمن نطاق معايير الحماية القانونية الأخرى.

وعليه، هذا التكافؤ بين التدابير ذات الغرض البيئي موجود في كل مكان في أي دراسة لمدى التأثير على البيئة تُجرى على نشاط المتعاملين الاقتصاديين بما فيهم المستثمرين الأجانب. مع العلم أنّ هذه الدراسة رغم أهميتها وكونها أداة للحفاظ على المصلحة العامة للدولة، فإنّ تجسيدها في القانون الجزائري عرف تأخرا كبيرا.

ففي الواقع، فإنّ المواجهة بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة بين حقوق المستثمر والامتيازات التنظيمية للدولة في مجال حماية البيئة، ما هي إلا خلفية للمنازعة المتعلقة بنزع الملكية غير المباشرة. وما يهم هنا هو محتوى القواعد الموضوعية الواردة في القانون الداخلي للدولة المضيفة للاستثمار وفي اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات، وهذه القواعد تشكل النظام القانوني، والتي تنطبق على غرض معين وهو الاستثمار.

[62]- PETERSON Luke, «Early Investment Arbitration Aginst «Improper» Use of Environmental Laws Uncovered», Invest-SD News Bulletin, document électronique: www.ita.law.uvic.ca