

حماية البيئة ونزع الملكية غير المباشرة: أية مكانة للسلطة التنظيمية البيئية للدولة في إطار مفهوم نزع الملكية غير المباشرة؟

بركان عبد الغاني⁽¹⁾

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة عبد الرحمان ميره- بجاية، 06000 الجزائر.

البريد الإلكتروني: abdelghani.berkane@univ-bejaia.dz

بن يحيى رزيقة⁽²⁾

(2) أستاذ مساعدة قسم "أ"، مخبر البحث حول فعالية القاعدة
القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد
الرحمان ميره- بجاية، 06000 الجزائر.

البريد الإلكتروني: razika.benyahia@univ-bejaia.dz

الملخص:

تعتبر حماية البيئة ونزع الملكية غير المباشرة من المواضيع الراهنة والمستحدثة في قانون الاستثمار الدولي. ففي أولى القضايا المطروحة على المحاكم التحكيمية بخصوص حماية السلطة التنظيمية البيئية للدول المضيفة للاستثمار هناك إجماع شبه كلي على رفض إجراءات حماية البيئة تحت غطاء مفهوم نزع الملكية غير المباشرة وتقديم للمستثمرين تعويضات عنها.

لكن هذه القاعدة بدأت تتلاشى بظهور مجموعة من الاتفاقيات الدولية التي جعلت من حماية البيئة استثناء لنزع الملكية غير المباشرة ولا يستفيد المستثمرون من أية تعويضات عنها.

الكلمات المفتاحية:

حماية البيئة، نزع الملكية غير المباشرة، السلطة التنظيمية، مبدأ سلطان الدولة.

تاريخ إرسال المقال: 2022/03/28، تاريخ قبول المقال: 2022/05/05، تاريخ نشر المقال: 2022/05/14.

لتهميش المقال: بركان عبد الغاني، بن يحيى رزيقة، "حماية البيئة ونزع الملكية غير المباشرة: أية مكانة للسلطة التنظيمية البيئية للدولة في إطار مفهوم نزع الملكية غير المباشرة؟"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 01، السنة 2022، ص ص. 517-543.

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

المؤلف المراسل: بن يحيى رزيقة razika.benyahia@univ-bejaia.dz

المجلد 13 ، العدد 01 - 2022

Environmental protection and indirect expropriation: What is the status of the country's Environmental regulatory authority with in the concept of indirect expropriation?

Summary :

Environmental protection and indirect expropriation are among the current and emerging topics in international investment law. In the first cases before the arbitral Tribunals regarding the protection of the environmental regulatory authority of the Countries hosting the investment, it is evident that there is an almost total consensus rejecting environmental protection measures under the cover of the concept of indirect Expropriation and providing compensation for investors.

However, this rule began to vanish with the emergence of a group of international agreements that made environmental protection an exception to indirect expropriation, and investors do not benefit from any compensation for it.

Keywords:

Environmental protection, Indirect expropriation, Regulatory authority, Police power

Protection de l'environnement et expropriation indirecte : quelle place au pouvoir règlementaire environnemental de l'Etat d'accueil dans le cadre de la notion d'expropriation indirecte ?

Résumé

La protection de l'environnement et l'expropriation indirecte constituent l'une des questions d'actualité introduites en droit international des investissements. Ainsi, il ressort des premières affaires soumises aux tribunaux d'arbitrage, au sujet de la protection du pouvoir règlementaire environnemental des Etats d'accueil des investissements, un refus quasi unanime des procédures de protection de l'environnement sous couvert de la notion d'expropriation indirecte en contrepartie d'un dédommagement au profit des investisseurs expropriés.

Cependant, cette règle tend à disparaître avec l'apparition d'une panoplie de conventions internationales qui ont fait de la protection de l'environnement une exception à l'expropriation indirecte et en vertu desquelles les investisseurs qui en font l'objet ne bénéficient pas d'une indemnité.

Mots clé :

Protection de l'environnement, Expropriation indirecte, Pouvoir règlementaire, principe de l'autorité de l'Etat (Police power).

مقدمة

مثمًا عبّر عنه **Bertrand de Jouvenel** في بداية السبعينيات "لا يجب التضحية بالبيئة من أجل التنمية الاقتصادية"، بهذا المفهوم، حرية التجارة والاستثمار الذي تسعى العديد من الدول لتحقيقه وتطويره مع تقدير مختلف مزاياه النسبية، يمكن أن يعرقل السلطة التنظيمية للدولة عندما يتعلق الأمر بقضايا صحة وبيئة المواطنين. ويشير المؤلف عند استعماله لعبارة "السلطة التنظيمية" إلى الصلاحية الممنوحة للسلطة التنفيذية بموجب الدستور أو التشريع لإصدار تدابير بهدف تحقيق المصلحة عامة⁽¹⁾.

في القضية التي أثرت بين شركة **Metalclad Corporation c. Mexique**⁽²⁾ رفعت الشركة الأمريكية التي استثمرت أموالها في مركز لمعالجة النفايات في المكسيك دعوى ضد هذه الأخيرة أمام محكمة التحكيم، إذ ادّعى المستثمر في دعواه أنّ رفض السلطات المحلية منحه رخصة الاستغلال كان بسبب أنّ النشاط الذي يمارسه يشكّل خطراً على البيئة هذا من جهة، واعتمادها على مرسوم تنفيذي يقرّ ويؤكد أنّ المنطقة محمية إيكولوجياً من جهة أخرى، وهذا يشكل إجراء مماثل لنزع الملكية خلافاً لما هو منصوص عليه في المادة 1110 من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA). وتوصلت المحكمة في القرار الصادر في 30 أوت 2000 إلى أنّ المستثمر قد حرّم في الواقع في جزء كبير من أرباحه ويجب على دولة المكسيك أن تُقدم له تعويضاً مناسباً عن ذلك⁽³⁾.

بقيت هذه القضية في ذاكرة العديد من المواطنين الأوروبيين والكنديين الذين يخشون تكرار مثل هذا السيناريو في بلادهم، خاصة بعد التصديق على الاتفاقيات الإقليمية الكبرى مثل الاتفاقية الاقتصادية للتجارة الشاملة⁽⁴⁾ (CETA) بين كندا والاتحاد الأوروبي الموقعة في 30 أكتوبر 2016 ودخلت حيز النفاذ في 21 سبتمبر 2017، والشراكة عبر المحيط الهادي (Partenariat Trans Pacifique (TPP)⁽⁵⁾ التي تمّ توقيعها في 4 فيفري 2016 وتجمع الدول التالية: أستراليا، بروناي (Brunei)، كندا، الشيلي، اليابان، ماليزيا، المكسيك، نيوزيلندا، البيرو، سنغافورة والفيتنام.

¹KINTXOFreiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », Revue québécoise de droit international, N° 31.1, Canada, 2018, p 39.

² Metalclad Corporation c. Mexique (2000), ARB (AF)/97/1, 40 ILM 36.

³ROBERT- CUENDET Sabrina, « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement » à la p 2 en ligne : Europeansociety of international law <http://www.esil-sedi.eu/sites/default/files/Robert.pdf>.

⁴Ou, en français AECG, pour accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada.

⁵Partenariat transpacifique, Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour et Viêt Nam, 4 février 2016, en ligne : Affaires mondiales Canada <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/tpp-ptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra>

في قضية ميتال كلاد ضد المكسيك، لم تتم إدانة الدولة المكسيكية على أساس نزع الملكية غير المباشرة بل بسبب غياب الشفافية اتجاه المستثمر، وبهذا المعنى، أرادت المحكمة التذكير بأن الالتزام بالشفافية يعد أحد العناصر الضرورية لضمان استعادة المستثمرين من مبدأ الحد الأدنى من المعاملة على النحو الذي تضمنته المادة 1105 من النافتا (NAFTA)، ومن خلال قرار المحكمة وما توصلت إليه من استنتاجات، لا يظهر بأي شكل من الأشكال وجود نزع ملكية غير مباشرة، بل الحقيقة أن المكسيك فشلت في توفير إطار شفاف يُمكن شركة ميتال كلاد برسم مخططاتها والتنبؤ بمختلف أهدافها⁽⁶⁾.

تمّ النَّظر إلى هذا القرار بنوع من الخوف والقلق خاصة من قبل خبراء البيئة، حيث يرى البعض منهم أنه بداية للجوء المستثمرين إلى هيئات التحكيم لطلب تفسير والتعويض على أبسط اللوائح التنظيمية التي تضعها الدول المضيفة والتي لا تتلاءم مع نشاطهم. و Sabrina Robert Cuendet واحدة ممن انتقد فكرة نزع الملكية غير المباشرة ووفقا لمقترحاتها، هذا المفهوم من شأنه أن يحدّ من السلطة التنظيمية للدول، وخاصة عندما يتعلق الأمر بحماية البيئة⁽⁷⁾. ولا تعدّ الوحيدة التي كتبت في هذه المسألة، فهناك العديد من المؤلفات حول خطر "الجمود التنظيمي" « Refroidissement réglementaire » الذي كان سببه وجود فكرة أو مفهوم نزع الملكية غير المباشرة. وسعى بعض المؤلفين إلى إثبات أن إجماع بعض الدول عن وضع وتطبيق تنظيمات جديدة يعود أساسا إلى حقيقة تتمثل في الإمكانية التي تمنح للمستثمرين الأجانب - اللجوء الى التحكيم - للمطالبة بتعويضات فاحشة.

الطبيعة الانفرادية للتحكيم تعني أن المستثمر الأجنبي لديه آلية مصممة خصيصا لحماية حقوقه ومصالحه حيث تظهر الدولة عاجزة عن تأكيد امتيازاتها السيادية. إذ أن اللجوء المباشر إلى العدالة التحكيمية هو الذي أدى إلى انتشار النزاعات وهذا ما يهدّد السلطة التنظيمية للدولة. بتعبير أدق، الطريقة التي يستخدم بها المستثمرون الآلية هي التي تعرّض نفسها للنقد، فالغرض منها هي حماية المستثمر من بعض التصرفات الصادرة عن الدولة، لكن طريقة استخدامها تبدوا للبعض على أنها آلية هجومية من شأنها أن تسمح للمستثمر في وضع محلّ شكّ تدابير المصلحة العامة التي يرفضها (ليست في صالحه)، فعدم المساواة في السلاح المستخدم يمكن إضافته إلى عدم التوازن في هيكل ومحتوى اتفاقيات حماية وترقية الاستثمارات.

على الرّغم من وجود تضارب في المصالح والذي أثارته مسألة نزع الملكية غير المباشرة بين الحق السيادي للدول في التنظيم فوق إقليمها وبين حماية ملكية المستثمرين الأجانب، وضعت كل

⁶OCDE, Droit international de l'investissement, un domaine en mouvement, complément aux perspectives de l'investissement international, OCDE Publishing, Paris, 2005, p 109.

⁷للتفصيل أكثر في الموضوع أنظر:

ROBERT- CUENDET Sabrina, Protection de l'environnement et investissement étranger : Les règles applicables à la dépossession du fait de la réglementation environnementale, Thèse de doctorat, Université Paris1- Panthéon – Sorbonne, 2008.

من CETA و PTP بعض القيود. وهذه لا تعتبر ثورة بحد ذاتها بل تضاف إلى مسار طويل لأجل وضع حدود لمفهوم نزع الملكية غير المباشرة التي باشرتها الأعراف الدولية.

ففي الوقت الذي أصبحت فيه مسألة حماية البيئة أمراً ضرورياً تثار إشكالية غاية في الأهمية تتمثل في مكانة السلطة التنظيمية البيئية للدولة في إطار مفهوم نزع الملكية غير المباشرة؟ فمن الضروري البحث عن المخاوف التي تثيرها الحماية ضد نزع الملكية غير المباشرة على حماية البيئة وكذا الدور الذي لعبته محاكم التحكيم من أجل تأطير هذا المفهوم بشكل تدريجي. ففي أول الأمر تمّ تضليل حق الدولة في تنظيم المجال البيئي (المبحث الأول)، وبعدها تأتي مرحلة القبول الفعال للتنظيم البيئي ضمن نظام الاستثمار الدولي (المبحث الثاني).

إنّ الهدف من التحليل هو لفرز جلّ القضايا ووجهات النظر التي تتميز بتعقيد نظام نزع الملكية غير المباشرة، ووضع أسس وقواعد لتفكير فعال بشأن كيفية ضمان التوازن المستدام بين مصالح المستثمرين الخواص وتحديد مسؤوليتهم البيئية. ولكن إذا كانت المشكلة الرئيسية هي معرفة على من يقع عبء تحقيق المصلحة العامة، فالمحاكم التحكيمية لا تأخذ بعين الاعتبار وفي كل الأحوال بجميع المعايير لأجل الوصول إلى حلّ متوازن، لكن هناك مسألة غير مريحة عند المساس بالأنظمة البيئية فهينات التحكيم لا تتأثر بذلك لكن ما هي إلا مرحلة بداية للمواجهة والتوفيق بين البيئة والاستثمار.

المبحث الأول: تضليل حق الدولة في تنظيم المجال البيئي

يؤكد القانون الدولي للاستثمار على أنّ السلطة التنظيمية للدولة هي جزء من امتيازات السلطة العامة، والتي لا تعود إلى الوقت الحاضر، بل يقرّ العرف في القانون الدولي للاستثمار قبل المعاهدات بصورة صريحة بأنّ للدولة الحق في مراقبة الاستثمارات الأجنبية المقامة على إقليمها. وأكدت الأعراف أنّه في حالة عدم وجود معاهدة فللدولة الحرية الكاملة في قبول أو رفض استثمارات مستثمر أجنبي فوق إقليمها ويجب على هذا الأخير أن يخضع لقانون الدولة المضيفة. ويظهر الواقع أنّ العرف الدولي يحمي دائماً السلطة التنظيمية للدولة دون أن تضطر هذه الأخيرة إلى تقديم تعويض للخسائر التي يتكبدها المستثمرون الأجانب، وتمّ إعمال هذا المبدأ من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولية سنة 1934⁽⁸⁾.

غير أنّ هذا المبدأ بدأ يضمحل إذ برزت في المجتمع الدولي مشكلة إيجاد وسائل توافقية لتنظيم العلاقة القائمة ما بين معطيات حماية الاستثمار الأجنبي وتشجيعه وتوفير الضمانات الدولية له من جهة، والحفاظ على الجوانب الخاصة بسيادة الدولة وقدرتها على تنظيم قضايا الاستثمار بالشكل الذي لا يخلّ باختصاصاتها

⁸Affaire Oscar Chinn (Belgique c Royaume-Uni) (1934), CPJI (sér A/B) n°. 63 à la p 88, en ligne : Cour permanente de Justice internationale.

https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_63/01_Oscar_Chinn_Arret.pdf.

الأساسية المعترف بها بمقتضى أحكام القانون الدولي العام من جهة أخرى، وبات هذا الأمر من الموضوعات التي تتال اهتمام طرفي العلاقة القانونية متمثلة بالمستثمر والدولة التي يرغب الاستثمار فيها⁽⁹⁾.

تمسكا وحفاظا على مبدأ السيادة الكاملة على الإقليم، عادة ما تلجأ الدول المضيفة للاستثمارات للمصادرة بطرق غير مباشرة أو مقنعة بهدف حرمان المستثمر من ثمار استثماراته دون الاستيلاء المباشر عليها، وهو ما لا يتلاءم مع اعتبارات الثقة التي تقوم عليها المعاملات الدولية. لكن، قد تتخذ الدولة تلك التدابير أو الإجراءات بهدف حماية بيئتها. وعلى هذا الأساس نتعرض إلى: استقبال التدابير البيئية على ضوء إشكالية نزع الملكية غير المباشرة (المطلب الأول) والمعايير المعتمدة لاستبعاد حق الدولة في تبني تدابير حماية البيئة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: استقبال التدابير البيئية على ضوء إشكالية نزع الملكية غير المباشرة

في البداية يجب التأكيد أنّ السلطة التنظيمية للدولة لا يمكن في أيّ حال من الأحوال أن تتأثر بفعل الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات الدولية، فهو مبدأ راسخ في القانون الدولي، فإبرام الدولة لأية معاهدة تتعهد فيها القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل ما لا يعدّ "تنازل عن السيادة" أو "استسلام للسيادة"، وإن كانت هذه الاتفاقيات تقضي إلى تقييد ممارسة الدولة لبعض حقوقها مثلا حق الدخول في ارتباطات دولية، فهي تعدّ سمة من سمات سيادة الدولة. وهذا ينطبق بطبيعة الحال على القانون الدولي للاستثمار، خاصة عندما تلتزم الدولة بمجموعة من الالتزامات وتزال حرة في تحديد نطاق التزاماتها⁽¹⁰⁾.

لكن الواقع لا يعكس ذلك تماما، فنجد عدد ضئيل جدًا من اتفاقيات الاستثمار التي تنص صراحة عن حق الدولة في تنظيم المجال البيئي (الفرع الأول)، وهذه الصلاحية تمّ إفراغها من محتواها نتيجة الامكانية الممنوحة للمستثمر الأجنبي لتقديم الطعن وطلب التعويض بمجرد وضع قواعد حماية البيئية من الدولة المضيفة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حق الدولة في تنظيم المجال البيئي: الطعن في امتيازات السلطة العامة

حق الدولة في التنظيم لا جدال حوله، لكن يثار الإشكال وبصفة فعلية عندما يمنح للمستثمرين الأجانب حق مناقشة والطعن في امتيازات السلطة العامة وتضمينها في اتفاقيات الاستثمار. فحسب Julia G Brown اتفاقيات حماية وترقية الاستثمارات سيكون لها تأثير على تنفيذ التنظيمات التي تهدف لحماية البيئة

⁹ وسام نعمت إبراهيم السعدي، "الاستثمار الأجنبي وأثره في سيادة الدولة، دراسة في أحكام القانون الدولي المعاصر"، مداخلة أقيمت في المؤتمر العلمي السنوي الخامس لكلية الحقوق التنظيم القانوني للاستثمار في العراق، الواقع والآفاق، 20-21 نيسان 2012، جامعة الموصل، العراق، ص 285.

¹⁰ LEBEN Charles, « La liberté normative de l'État et la question de l'expropriation indirecte », in, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement : nouveaux développements, LGDJ, Paris, 2006, pp 163,183.

وخاصة في البلدان السائرة في طريق النمو، وعليه فإن المطالبة بحقوق ملكية المستثمرين الأجانب يكون وراء تحدي امتيازات السلطة العامة⁽¹¹⁾.

على الرغم من وجود إجماع دولي حول السلطة التنظيمية للدولة اتجاه المستثمرين الأجانب، أشارت المحكمة التحكيمية في قضية Pope & Talbot c. Canada⁽¹²⁾ إلى عدم وجود أية قرينة قاطعة لممارسة كندا لسلطتها التنظيمية، فجاء في مضمون القرار "يجب أن يتم تحليل ممارسة امتيازات السلطة العامة بعناية خاصة، فطريقة أعمال اللوائح التنظيمية تشكل نزع ملكية زاحفة... وبالتالي استثناء التدابير التنظيمية يمكن أن يشكل ثغرة (فجوة) في حماية الاستثمارات ضد المصادرة".

لكن في المقابل نجد حالات أين تبرّر فيها سلطات الدولة في مواجهة مصالح المستثمرين الأجانب، فقضية Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique⁽¹³⁾ خير مثال على ذلك، حيث تقدّمت الشركة الكندية بدعوى ضد الولايات المتحدة أمام المحكمة التحكيمية وطلبتها بتعويض قدرة ألف (1000) مليار كندي نتيجة انتهاكها للفصل 11 من النافتا (NAFTA) بسبب الحظر - عدم استخدام - الذي فرضته السلطات الكاليفورنية على المادة المضافة للبنزين (MTBE) الذي تنتجه شركة Methanex.

نددت وأكدت الشركة Methanex أمام هيئة التحكيم عن وجود نزع للملكية غير المباشرة، لكن المحكمة لم توافق على ذلك. فرغم أنّ اتفاقية التجارة الحرة لشمال أمريكا النافتا (NAFTA) تعزّز من حقوق المستثمرين الأجانب وتحميهم من التنظيمات التعسفية والتمييزية، لكن أعربت المحكمة في التذكير أنّ الحماية الممنوحة للمستثمرين الأجانب لا يجب أن تكون على حساب حق الدول في التنظيم فوق إقليمها. وبهذا المعنى، أكدت محكمة التحكيم أنّه من الشرعي أن تضع الدولة وتنفذ فوق إقليمها التنظيمات التي تحمي البيئة⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني: التعويض عن التدابير البيئية: مساس بحرية الدولة في التنظيم

في قضية سانتا إلينا ضد كوستاريكا Santa Elena, S.A. c. La République du Costa Rica⁽¹⁵⁾ كانت بسبب تبني كوستاريكا لمرسوم في مجال خاص موجّه للمحافظة على النباتات والحيوانات، وضعت المحكمة المبدأ التالي: "بما أنّ نزع الملكية أو أيّ تدبير اتخذ لأسباب بيئية يمكن أن يصنّف بتدابير للمصلحة العامة، فتكون المصادرة مشروعة إذا كانت لهذا السبب، فلا يؤثر لا على طبيعة ولا على مقدار

¹¹KINTXOFreiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 45.

¹²Pope & Talbot Inc. c. Gouvernement du Canada InterimAward, (2000), IIC 192, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international), en ligne : Affaires mondiales Canada <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/disp-diff/pope-phase-10.pdf>.

¹³Methanex Corporation c. États-Unis d'Amérique, (2005), IIC 167, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international).

¹⁴KINTXOFreiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 47.

¹⁵CompañíadelDesarrollo de Santa Elena, S.A. c. La République du Costa Rica, (2000), Case No. ARB/96/1, IIC 73, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements).

التعويض المستحق، بعبارة أخرى هدف حماية البيئة وبسببها انتزعت الملكية لا يؤثر على شرعية نزع الملكية حيث سيدفع لها تعويضا كافيا⁽¹⁶⁾.

في هذه القضية، لم يشكك المستثمر في شرعية نزع الملكية بل الخلاف يتعلق بتحديد مبلغ التعويض المستحق، فتعتقد كوستاريكا أن الغرض من الإجراء سيمكئها من دفع تعويض أقل، لكن المبدأ المعتمد واضح ينطبق على نزع الملكية غير المباشرة، فالهدف أو الغرض البيئي للإجراء لا يعني الدولة من التزامها بدفع التعويض، وبالتالي يسمح بتقييم مدى شرعية العبء الجديد الملقى على عاتق المستثمر الذي يتطلب منه نوع من التوضيح.

من المسلم به أن المستثمر الأجنبي لا يسعى إلى سحب أو إلغاء الإجراء المطعون فيه، لكن طبيعة التعويض الذي يطالبه في النزاع يمكن أن يحدث نفس الأثر. فغالبا ما تكون المبالغ التي يطالب بها المستثمرون جدّ باهضة أو فاحشة، مثلا في قضية Methanex 970 مليون دولار بالإضافة إلى الفوائد أكثر من 1 مليار دولار، قضية Ethyl⁽¹⁷⁾ 250 مليون دولار، قضية Metalclad 90 مليون دولار بالإضافة إلى الفوائد، قضية Tecmed⁽¹⁸⁾ 52 مليون دولار بالإضافة إلى الفوائد. فالدولة التي لا تمتلك الوسائل اللازمة لسياستها البيئية أو الاجتماعية يكون التأثير الرادع واضحا.

فسر الكثير من المنتقدين وأعبروا عن قلقهم بأن التعويض الذي يطالب به المستثمرين الأجانب يعدّ صورة جديدة "مبدأ الملوث الدافع"⁽¹⁹⁾، فالدولة المضيفة تعوّض المستثمر نتيجة تأثر نشاطه بالتنظيم البيئي، بصيغة أخرى، مبدأ الملوث الدافع المخصص لتوجيه وتوزيع التكاليف المرتبطة بالحدّ من التلوث أو تدابير حماية البيئة بين السلطة العامة والقطاع الخاص، أصبح إجراء يساعد على تحديد المستفيد من التعويض المالي نتيجة الاجراء البيئي. المستثمر يلوث وفي نفس الوقت يتمّ تعويضه عبارة عن التزام جديد يقع على عاتق

¹⁶ROBERT- CUENDET Sabrina, « La protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'Etat dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement », op cit, p 7.

¹⁷Ethyl Corporation c. Le Gouvernement du Canada, décision sur la compétence du 24 juin 1998, §7, ICSID Rep., vol.7, pp 12, 42.

¹⁸Décision Affaire TecnicosMedioambientales TECMED S.A. c. Mexique, CIRDI, Affaire N°ARB(AF)02/2, sentence du 29 mai 2003.

¹⁹عرّف المشرع الجزائري مبدأ الملوث الدافع في المادة 7/3 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، معدل ومتمم بموجب القانون 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 - 20 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.

مبدأ الملوث الدافع، " الذي يتحمل بمقتضاه، كل شخص بتسبب نشاطه او يمكن ان يتسبب في الحاق الضرر بالبيئة، نفقات كل تدابير الوقاية من التلوث والتقليص منه وإعادة الأماكن وبيئتها الى حالتها الاصلية ".

الدولة في مجال التنظيم البيئي، ويرجع سبب عدم استقرار المعيار إلى الإنكار الصريح لخصوصيات الأنظمة البيئية.

يعكس هذا الجانب من التناقض التناقض الذي يميّز قانون الاستثمار، فلم تعدّ الاهتمامات الرئيسية تتعلق بكيفية حماية المستثمرين الأجانب بل حول كيفية حماية السلطة التنظيمية للدولة.

المطلب الثاني: وضع معايير لاستبعاد حق الدولة في تبني تدابير حماية البيئة

ثمة ثلاثة معايير رئيسية تستخدم من قبل محاكم التحكيم بصورة متكررة ليقول بوجود نزع غير مباشرة للملكية، وهي معيار التأثير الضار للإجراء (الفرع الأول)، معيار الهدف المشروع للإجراء (الفرع الثاني)، ومعيار التناسب بين تأثير وهدف الإجراء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: معيار تأثير الإجراء: إزاحة هدف الدولة بتأثير الإجراء

معيار تأثير الإجراء هو أحد المعايير التي يستعان بها للكشف عن نزع الملكية غير المباشرة. وذلك بالنظر إلى طبيعة الإجراءات الصادرة من الدولة المضيفة للاستثمار تكون غير مباشرة، أو مقنعة على نحو يتطلب الكشف عن حقيقتها (الإجراءات أو التدابير) بغية التوصل إلى تحقق نزع الملكية غير المباشرة من عدمها.

يُعرف معيار تأثير الإجراء بأنه المعيار الحصري للأضرار أو التأثير السلبي على الاستثمار. يركز فقط على النتائج المترتبة على إجراء الدولة على مصالح المستثمر الأجنبي دون الأخذ في الاعتبار نية الدولة المضيفة أو الغرض من الإجراء⁽²⁰⁾، وهذا يعني أننا بصدد معيار واسع وفضفاض يغفل العديد من الاعتبارات كاعتبارات النظام العام، والمصلحة العامة وحماية البيئة⁽²¹⁾.

ينبثق من تحليل قرارات محاكم التحكيم إنّ تأثير الإجراء الذي تتخذه الدولة المضيفة للاستثمار هو الذي يسمح بإقرار وجود نزع ملكية غير مباشرة وليس هدفه. في الواقع، أعمال التنظيمات الجديدة التي تهتم بحماية البيئة ليست من اهتمام المحكم، بل ينصب تركيزه حول تأثيرها على المستثمرين لفهم نزع الملكية غير المباشرة بصورة عامة وشاملة. ولتحديد العناصر المحمية فعلا من الاستثمارات فمن المستحسن عند تحليل المعيار

²⁰ أشرف مصطفى عثمان مصطفى، "نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر للمنفعة العامة"، المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات، المجلد 2، العدد 17، المملكة الأردنية الهاشمية، 2021، ص 120.

²¹ هشام حسنين محمود سليمان الوكيل، "معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي في إطار القانون والتحكيم الدولي"، المجلة الدولية للفقهاء والقضاء والتشريع، المجلد 2، العدد 1، مصر، 2021، ص 144.

المتعلق بتأثير الاجراء، التركيز في المقام الأول وبشكل رئيسي على حماية ملكية المستثمر التي تتكوّن من استثماره، الحقوق والفوائد الناشئة عند مباشرته لنشاطه⁽²²⁾.

رَكَزَت المحكمة في قضية Metalclad على تأثير الإجراء دون هدفه، ويتّضح ذلك من خلال العبارة التالية " محكمة التحكيم ليست في حاجة إلى أن تُقرّر أو أن تأخذ بعين الاعتبار الدافع أو الهدف من اعتماد المرسوم البيئي، وقد أضافت أن نزع الملكية غير المباشرة من الممكن أن تتحقق حتى لو لم تكن بالضرورة من المنافع الظاهرة للدولة المضيفة للاستثمار. هذا التفسير لا يمكن تعميمه حيث أكدت المحكمة في قضية Tecmed أن نيّة الحكومة كانت أقلّ أهمية مقارنة بتأثير التنظيمات على المستثمر⁽²³⁾. ويعدّ التقييم المسبق لتأثير التنظيمات على المستثمرين الأجانب إجراء ضرورياً وإلزامياً يقع تقريباً على جميع الدول التي تضع التنظيمات الموجهة لحماية البيئة.

يغفل هذا المعيار العديد من الاعتبارات كاعتبارات النظام العام، حماية البيئة، فالأخذ به على إطلاقه من شأنه الإضرار بكافة مصالح الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية. ولكي نكون أمام معيار منضبط لابد من توفير قدر من التوازن بين سلطة الدولة في تبني التنظيمات غير المستوجبة للتعويض وبين نظام يسمح بحماية الاستثمارات الأجنبية ويمكنها من مباشرة أعمالها بشكل ملائم، فهذا التوازن ضروري لاستمرار تبادل الاستثمارات بين أشخاص القانون الدولي، وإلا سيترتب على ذلك إجحام الدول عن استقبال استثمارات الدول الأخرى. إلا أنّ معيار أثر الإجراء لا يحقق مثل هذا التوازن ولا يتوافق والمبادئ العامة للقانون وقاعد العدالة، وعليه فهو معيار معيب وقاصر وما يؤكد ذلك ما قضت به إحدى هيئات التحكيم Saluka Investments BV c. République tchèque⁽²⁴⁾ حيث أكدت على أنّه في بعض الحالات، لا عبرة بأثر الإجراء مادام أنّ الدولة قد باشرت حقّها في القيام بتدابير الأمن العام وإجراءات البوليس التنظيمية في إطار منعدم التمييز وحسن النية، بما يهدف إلى تحقيق الرخاء العام.

الفرع الثاني: معيار هدف الإجراء : صعوبة الجمع بين هدف وتأثير الإجراء التنظيمي

يعتبر معيار الهدف المشروع للإجراء معياراً مناهضاً لمعيار التأثير الضار للإجراء على الاستثمار الأجنبي، وأضحى من المعايير المقبولة على نطاق واسع والمتعارف عليها بشكل جيّد بين الباحثين والتي يتم مناقشتها بصورة مكثفة. فيفترض أنّ بعض الإجراءات التنظيمية العامة التي تتخذها الدولة والتي تقع في نطاق

²²ROBERT- CUENDET Sabrina, « La Protection du pouvoir de réglementation environnementale de l'État dans le cadre du contentieux de l'expropriation indirecte. Investissement international et protection de l'environnement », op cit, p 4.

²³هشام حسنين محمود سليمان الوكيل، " معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي في إطار القانون والتحكيم الدولي"، المرجع السابق، ص 144.

²⁴Saluka Investments BV c. République tchèque (2006), 2001-04 IIC 210, (Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et Cour permanente d'arbitrage).

سلطاتها كانت بهدف تحقيق المصلحة العامة، وعلى ذلك لا يتم التعويض عنها حتى ولو رتبت أضراراً جسيمة لا رجعة فيها للمستثمر الأجنبي، نظراً لما تمثله هذه الإجراءات من أهمية كبيرة لهذه الدول، والتي تتعلق بتحقيق المصلحة العامة الضرورية لمواطنيها⁽²⁵⁾.

يعتري تحديد مضمون الهدف من الإجراءات التنظيمية الكثير من الغموض، فقد يشمل جميع الإجراءات التي تتخذها الدولة بغرض تحقيق المصلحة العامة، أو يشمل فقط الإجراءات الخاصة بالضرائب والجرائم والحفاظ على الأمن العام، أو يقتصر على الصحة العامة والسلامة العامة والآداب العامة⁽²⁶⁾.

تحديد الهدف من الإجراءات التنظيمية له أهميته القصوى، فالتوسع في مفهوم الغرض ليشمل كافة التصرفات التي تباشرها الدولة إضراراً بالاستثمارات بغرض تحقيق المصلحة العامة من شأنه أن يمس كافة الاستثمارات الأجنبية المتواجدة في الدولة المضيفة لها، وبذلك يتعين ضبط مفهوم الهدف من الإجراءات من جهة، ومراعاة أن هناك بعض الإجراءات تتم دون مبرر وبشكل تعسفي ولغرض تحقيق المصلحة العامة، ومع ذلك فهي واجبة التعويض عنها من ناحية أخرى.

وتعريف الهدف من الإجراءات التنظيمية ليس بمنأى عن تفسيرات المحكمة، فقد يكون الغرض من الإجراءات مشروعاً وداخلاً في سلطة الدولة التنظيمية بغض النظر عن أثر الإجراءات، حيث أشارت هيئة التحكيم في قضية Overseas Private Investment Corp (OPIC) c International Bank إلى أن الإجراءات التي اتخذتها الدولة لا يعدّ نزاعاً للملكية غير المباشرة لأن الغرض منه كان نبيلاً وهو حماية الغابات والبيئة إضافة إلى اتخاذه دون تمييز، بما يعدّ أولى بالرعاية مما ادّعى به المستثمر من آثار ذلك الإجراءات على استثماراته⁽²⁷⁾.

وفي ذات المعنى، في إطار اتفاقية النافتا (NAFTA)، أكدت هيئة التحكيم في قضية SD Myers c. Canada⁽²⁸⁾ على أنه - بحسب الأصل - من غير المتصور أن تعتبر إجراءات الدولة التنظيمية بمثابة مصادرة وفقاً لمادة 1110 من اتفاقية النافتا (NAFTA). وتأكيداً على ذلك، قضت بأنه: من الوجهة القانونية، تعترف الهيئة بوجود حقوق أخرى بخلاف حقوق الملكية التي قد يتم مصادرتها، إذ يسمح القانون الدولي لهيئات التحكيم بأن تبحث في الغرض والأثر المترتب على إجراءات الحكومة. وأكدت على أنه: لا يتصور أن يعد السلوك التنظيمي الصادر من الجهات العامة موضوعاً للشكاوى المشروعة وفقاً للمادة 1110 من اتفاقية النافتا (NAFTA)، وإن كانت الهيئة لا تستبعد تلك الإمكانية.

²⁵ أشرف مصطفى عثمان مصطفى، "نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر للمنفعة العامة"، المرجع السابق، ص 123.
²⁶ لمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للاستثمارات في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص 222.
²⁷ هشام حسنين محمود سليمان الوكيل، "معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي في إطار القانون والتحكيم الدولي"، المرجع السابق، ص 152.

²⁸ S.D. Myers Inc. c. Canada, 13 novembre 2000.

الفرع الثالث: معيار التناسب بين تأثير وهدف الاجراء التنظيمي

معيار التناسب هو أحد أهم المعايير التي يهتدى بها للكشف عن نزع الملكية غير المباشرة للاستثمار. يسعى إلى إيجاد توازن بين مصلحتين متعارضتين مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار ومصلحة المستثمر الأجنبي.

يأخذ معيار التناسب في الاعتبار نطاق تعرّض الدولة للاستثمار الأجنبي، وطبيعة تلك الإجراءات والتدابير التي اتخذتها، والظروف المحيطة، والنطاق الذي يخالف الإجراء به التوقعات المشروعة للمستثمر، كل هذا في إطار من الموازنة بين الإجراء المتخذ والغرض منه، وما إذا كان الغرض قد تحقق بموجب هذا الإجراء التنظيمي، مع مراعاة مصالح المستثمر.

تعد قضية Tecmed من أهم القضايا⁽²⁹⁾ التي أفردت بالبيان عناصر معيار التناسب، إذ لم يعد معيار تأثير الإجراء كافياً بل يستلزم الاهتمام بطبيعة وتناسب الإجراء مع الهدف المنشود، في هذه القضية بحثت المحكمة في مدى وجود تناسب بين رفض تجديد رخصة استغلال مكان رمي النفايات-الهيئات المكسيكية اعتمدت على المعايير البيئية- والهدف المنشود من طرف الدولة⁽³⁰⁾. حاولت المحكمة بنوع من اللبس والارتباك أن تستلهم معيار تأثير الإجراء وكذا فحص التناسب المعتمد من قبل محكمة سترازبورغ⁽³¹⁾. توصلت في أول الأمر إلى أنّ رفض تجديد الترخيص أدّى إلى حرمان المستثمر من جميع حقوقه، وعليه يمكن اعتبار الإجراء نزع للملكية أو مصادرة. واصلت المحكمة التحليل وفحصت في تناسب تأثير المعيار مع هدفه المتمثل في

²⁹ هناك قضايا أخرى تعرضت إلى معيار التناسب ومن بينها قضية LG&E's c. Argentina أكدت هيئة التحكيم أن للدولة الحق في اتخاذ ما هو لازم من الإجراءات والتدابير بغرض تحقيق المصلحة العامة والرخاء الاجتماعي، وذلك دون أن تتورّ مسؤوليتها عن تلك التدابير ما لم تكن غير متناسبة مع الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه.

أشارت هيئة التحكيم إلى معيار الموازنة، وأكدت على ضرورة توافر التناسب، فقضت بأنه: "... يجب أن توازن هيئة التحكيم بين مصلحتين متعارضتين: درجة تعرض الإجراء لحقوق الملكية، وحق الدولة في اتخاذ الإجراءات... فالدولة لها الحق في اتخاذ الإجراءات بهدف تحقيق أهداف الرخاء الاجتماعي والعام. ففي هذه الحالة، يجب قبول هذا الإجراء دون أن يثير مسؤولية الدولة إلا في الأحوال التي يكون فيها تصرف الدولة لتناسب - بشكل واضح - مع لغرض المشار إليه...".

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. c. République Argentine, Aff. n° ARB/02/1.

³⁰ Décision Tecmed, § 338.

³¹ الاجتهاد القضائي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان - رغم انحيازها نوعاً ما - له أهميته الخاصة، إذ سمحت الطريقة والمنهجية المتبعة فيه بوضع في الميزان كل من المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، حيث بحثت المحكمة إذا كان الأفراد الذين يشعرون بالظلم هل يمكن لهم تحمل العبء الخاص والمفرط الذي سوف يخلّ بالتوازن بين متطلبات المحافظة على المصلحة العامة من جهة والمحافظة على احترام أملاكهم الخاصة من جهة أخرى؟ فتوصلت المحكمة إلى أنّ السلطة التنظيمية للدولة هي التي يمكن لها أن تضمن حمايتهما معاً. أنظر:

CEDH, Affaire Matos Led et autres c. Portugal, 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions, IV, § 38. <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

حرمان المستثمر من الحقوق الاقتصادية والحقوق المشروعة، خلصت المحكمة إلى أنّ هذا الإجراء له أهميته لأنّه كان بدافع الاعتبارات السياسية بدل الاعتبارات البيئية المقدّمة من السلطات المحليّة وأكّدت على نتيجتها الأولى والتمثلة في نزع الملكية⁽³²⁾.

اعتمدت المحكمة على ثلاثة عوامل حين تقييم الإجراءات التنظيمية العامة المتّخذة لحماية المصلحة العامة، وما إذا كانت متناسبة مع حجم الأضرار التي لحقت بالمستثمر من عدمها، وتتمثّل هذه العوامل في: أولاً، أن يكون حجم الضرر الذي أصاب المستثمر كبيراً. ثانياً، التحقّق من وجود مصلحة عامة.

ثالثاً، أن يكون الإجراء المتّخذ من الدّولة الخيار الوحيد المتاح أمامها لإدراك المصلحة العامة المطلوبة، أو يكون هو الخيار الأقلّ ضرراً في حالة وجود من الحلول الفعالة الأخرى.

قد تبيّن من خلال أحكام التحكيم الصادرة من مراكز التحكيم الدوليّة أنه يتطلب إجراء موازنة بين الإجراء في حدّ ذاته والهدف المنشود الذي تسعى الدّولة لتحقيقه، فضلاً عن ضرورة التحقّق من عدم وجود ثمة خيارات أو بدائل أخرى متاحة أمام الدّولة المضيفة تكون أقلّ تقييداً أو أقلّ ضرراً بالمستثمر الأجنبي من الإجراءات التي تمّ اتخاذها.

المبحث الثاني: القبول الفعال للتنظيم البيئي ضمن نظام الاستثمار الدولي

في إطار البيئة التّظيمية المخصّصة كليّة لحماية وترقية الاستثمارات الأجنبيّة، ينظر حتماً إلى تدابير حماية البيئة على أنها عقبات من المحتمل أن تتعارض مع التزامات الدّولة اتجاه المستثمرين، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، دعوى نزع الملكية غير المباشرة التي يباشرها المستثمرون الأجانب واستعمالهم لآلية تسوية المنازعات لتجنب تدابير حماية البيئة التي تتخذها الدّولة المضيفة تثير الكثير من المخاوف، فيمكن اعتبار مقاضاة الدّولة أمام هيئة تحكيمية للردّ على نتائج نشاطها التنظيمي كبحا (مساسا) بحريتها التّظيمية.

لتحديد امتداد التدابير البيئية على حقوق ملكية المستثمر الأجنبي فمن الضروري في المقام الأول وبصفة دقيقة وضع حدّ لضبابية المفهوم الواسع لنزع الملكية غير المباشرة (المطلب الأول)، والاستقرار على مبدأ سلطان الدولة وتفعيل آلية تسوية المنازعات البيئية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: وضع حدّ لضبابية المفهوم الواسع لنزع الملكية غير المباشرة

تعد مسألة مراعاة مصالح المستثمرين الأجانب قبل وضع اللوائح البيئية الجديدة جدّ صعبة وبشكل خاص بالنسبة للدول التي تشجع على حماية بيئتها. هذه الصعوبة زالت بظهور الاتفاقيات الإقليمية الجديدة المتعلقة بالاستثمار التي وضعت إطاراً عاماً للإجراء المماثل لنزع الملكية وحماية البيئة.

³² Décision Tecmed§ 117, § 122, § 127.

وعليه، يفرض تحرير حق ملكية المستثمرين الأجانب مقابل السلطة التنظيمية للدول وضع حدود معينة للتفسير الواسع لنزع الملكية غير المباشرة. لهذا السبب إنّه من الأهمية تحديد معايير التعرّف على نزع الملكية غير المباشرة (الفرع الأول) ووضع تعاريف واضحة لها (الفرع الثاني) التي تجرّد الاستثمارات من كل فائدة دون أن تقوم الدولة المضيفة بنزع ملكيتها بشكل مباشر.

الفرع الأول: وضع معايير واضحة ودقيقة ضماناً لوجود تنبؤ قانوني

تمكّن مفاوضي الاتفاقية الاقتصادية للتجارة الشاملة CETA واتفاقية الشراكة عبر المحيط الهادي PTP من تبني معايير واضحة ودقيقة بهدف وضع إطار قانوني أفضل في سياق حماية الاستثمارات الأجنبية، وتجلى ذلك بعدة طرق؛ في البداية نصت صراحة على أنّ للدول الحقّ في التنظيم والسعي لتحقيق أهدافها المشروعة في سياستها الداخلية مثل حماية البيئة، بعدها وضعت قيوداً لنظام حماية الاستثمارات الأجنبية بهدف الحدّ من الانتهاكات الإجرائية بإقرار الشفافية والتنبؤ القانوني، وأخيراً قدمت تعريف جدد محدود لمفهوم نزع الملكية غير المباشرة.

لم تضع اتفاقية CETA نظاماً جديداً لحماية البيئة لكن يجب التأكيد على عدم استبعاده الفكرة التنموية المستدامة التي تضمن للدول الحق في التنظيم لحماية بيئتها، حيث يشير ملحقها الثاني⁽³³⁾ بوضوح إلى الإمكانية الممنوحة للدول لتبني معايير بيئية جديدة تكون أكثر تقييداً وتشديداً. هذا التطور الذي منح للسلطة التنظيمية للدول، حتى وإن كان يضر المستثمرين الأجانب، يشمل كافة القطاعات الاقتصادية والمنشآت القائمة في المناطق المحمية. ولا تقتصر هذه المرونة التي تستفيد منها السلطات العامة على القوانين والتنظيمات السارية المفعول فقط، بل تشمل القوانين والتنظيمات المستقبلية المحتملة أو الممكنة⁽³⁴⁾.

السلطة التنظيمية للدولة في مجال حماية البيئة هي موضوع اهتمام اتفاقية PTP، فالمادة 16/9 منها كرّست العلاقة القائمة بين "الاستثمار والأهداف البيئية"، وتخصّص على وجه التحديد أنّه لا يتمّ تفسير أيّ من أحكام الفصل الخاص بالاستثمار بصورة تمنع أو تعفي أي طرف من الأطراف من تبني أو الحفاظ أو تطبيق أي تدبير يتعلق بحماية البيئة⁽³⁵⁾.

إضافة إلى ذلك، البحث عن التوازن الدقيق بين احترام السلطة التنظيمية للدول وضمان مستوى عالٍ من الحماية للاستثمارات تظهر بوضوح وبصورة معمّقة في كلتا الاتفاقيتين. تحدّد المادة 9/8 من CETA وبدقّة

³³CE, Annexe à la proposition de décision du Conseil relative à la signature, au nom de l'Union européenne, de l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, COM (2016) 443 final (2016), en ligne : Commission européenne <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM:2016:443:FIN>

³⁴CE, Commission, L'AECG – Synthèse des résultats définitifs des négociations, (2016) à la p 10, en ligne : trade.ec.europa.eu http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/february/tradoc_153082.pdf.

³⁵Partenariat trans pacifique, Australie, Brunei, Canada, Chili, Japon, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour et Viêt Nam, 4 février 2016, en ligne : Affaires mondiales Canada <http://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ppptp/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=fra> [PTP].

امتداد السلطة التنظيمية للدول، وتقدم تفسيراً لما تعنيه أطراف الاتفاقية بالأهداف المشروعة للسياسات الوطنية ومنها حماية البيئة⁽³⁶⁾. وكذا، تحتوي التفسيرات التي وضعتها كل من الاتفاقيتين بخصوص السلطة التنظيمية للدول على عناصر مهمة تهدف لضمان مستوى عالٍ من التنبؤ (الاستشراف) القانوني، فلا يمكن للمستثمرين الأجانب من تجاهل حقيقة أنه لا تقدم لهم تعويضات إذا كانت السياسة المتبعة من طرف الدولة تمت بحسن النية وتتجاوب مع أحد الأهداف المشروعة⁽³⁷⁾.

عند مقارنة الاتفاقيتين نجد CETA هي الأكثر بعداً في التعبير عن ضمانات السلطة التنظيمية للدول، حيث تشير بصورة واضحة إلى أن التنظيم الذي يكون له آثار غير مقبولة على الاستثمار ويتضمن انتهاكاً للأرباح المحققة من المستثمر الأجنبي لا يشكل انتهاكاً للالتزامات الدولة المحددة في الاتفاق⁽³⁸⁾، وتؤكد كذلك، أن الدول يمكن لها تعديل قوانينها حتى ولو كان ذلك على حساب توقعات وأرباح المستثمرين الأجانب⁽³⁹⁾. إنّه من الضروري توضيح أن كلا الاتفاقيتين ترفض وتدحض بمختلف الوسائل الإمكانية الممنوحة للمستثمرين من أجل مقاضاة (مخاصمة) الدول، فلا يمكن استخدام آلية تسوية المنازعات في مجال الاستثمارات بمجرد أي إجراء يؤثر على أرباح وتوقعات المستثمرين الأجانب.

أخيراً، تؤكد هاتان الاتفاقيتين على أنه تظل السلطة التنظيمية للدول مبدأ وليس استثناء في مجال الاستثمارات الدولية، وبالتالي يجب تحديد المفهوم الدقيق والواضح الذي وضعت له لنزع الملكية غير المباشرة⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني: وضع تعريف واضح ودقيق لنزع الملكية غير المباشرة: خطوة حقيقية نحو الأمام

بذل أطراف كل من CETA وPTP جهوداً كبيرة لوضع تعريف واضحة ودقيقة لنزع الملكية غير المباشرة. في البداية، تمنعاً لمادة 12/8 من CETA الأطراف بمصادرة استثمار ما إذا لم يكن بهدف المصلحة العامة

³⁶ « Pour l'application du présent chapitre, les Parties réaffirment leur droit de réglementer sur leurs territoires en vue de réaliser des objectifs légitimes en matière de politique, tels que la protection de la santé publique, de la sécurité, de l'environnement ou de la moralité publique, la protection sociale ou des consommateurs, ou la promotion et la protection de la diversité culturelle », dans Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52016PC0444&from=FR>

Voir Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne. art 8.9(1).

³⁷ KINTXO Freiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 57.

³⁸ « Le simple fait qu'une Partie exerce son droit de réglementer, notamment par la modification de sa législation, d'une manière qui a des effets défavorables sur un investissement ou qui interfère avec les attentes d'un investisseur, y compris ses attentes de profit, ne constituent pas une violation d'une obligation prévue dans la présente section », dans Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, op cit, art 8.9(2).

³⁹ CE, Commission, Les dispositions relatives à l'investissement dans l'accord économique et commercial global entre l'UE et le Canada (AECG), (2016), en ligne : [trade.ec.europa.eu](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_151960.pdf)

⁴⁰ KINTXO Freiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 60.

ووفقا للقانون وبصورة غير تمييزية مقابل دفع تعويض فوري وكاف وفعال⁽⁴¹⁾. هذه كلّها بالطبع عناصر متعدّدة ومتراكمة، فتحيلنا المادة إلى الملحق 8- أ الذي قدّم تفسير معمق لهذه العناصر، حيث يميّز بين نزع الملكية المباشرة ونزع الملكية غير المباشرة⁽⁴²⁾؛ فلا تتمّ نزع الملكية غير المباشرة إلا في الحالات التي يحرم فيها المستثمر من حقوق الملكية الأساسية المرتبطة باستثماره، بما في ذلك حرمانه من حق الاستعمال والانتفاع والتصرّف⁽⁴³⁾. ولا يقتصر دور الملحق 8- أ على التعريف البسيط لنزع الملكية غير المباشرة بل يعطي تعليمات واضحة للمحاكم ويذكرها بصورة جدّ دقيقة لكن ليست شاملة بالعناصر التي يجب أخذها في الاعتبار، ومنها الحالات التي يكون فيها التّنظيم يتعلّق بحماية البيئة، فلا تثبت نزع الملكية غير المباشرة لأن الهدف المنشود يضيفي الشرعية على تصرّف الدولة⁽⁴⁴⁾.

المادة 8/9 من PTP⁽⁴⁵⁾ تشبه المادة 12/8 من CETA، تنصّ على الحظر التام للمصادرة سواء بشكل مباشر أو غير مباشر ما لم تكن لأهداف عامة، وبصورة غير تمييزية، واحترام القانون، ويقدم تعويض فوري وكافي وفعال، وتظهر هذه العناصر كذلك بصورة متعددة ومتراكمة.

تمّ تعريف نزع الملكية غير المباشرة في مضمون الاتفاقيتين بصورة متطابقة تقريبا، مثلا يعرف PTP نزع الملكية غير المباشرة على أنها إجراء أو سلسلة من الإجراءات المتخذة من قبل الدولة لها تأثير يعادل نزع الملكية المباشرة، دون النقل الفعلي للملكية أو الاستيلاء التام عليها. وحددت كل من PTP في الملحق 9(ب) 3 وCETA وبعبارة مماثلة الطريقة التي يجب اتباعها من محكمة التحكيم عند النّظر في مدى وجود نزع ملكية غير مباشرة⁽⁴⁶⁾. ويكمن الاختلاف الطفيف في تعريفهما لنزع الملكية غير المباشرة في الأخذ في الاعتبار مدة الإجراء والتحقق من التناسب في CETA وعدم التطرق وذكرهما في PTP.

كذلك، تشير الاتفاقيتين إلى أنّ حماية البيئة يشكل استثناء لنزع الملكية غير المباشرة، فوضعنا تعريف واضح ودقيق يحدّد من التفسير الواسع لهذا المفهوم. وما يجب التأكيد عليه هنا أن كل من CETA وPTP قننتا ووضعنا حدودا لمفهوم نزع الملكية غير المباشرة بالاعتماد على الممارسة التحكيمية، وكاننا أكثر دقة وبعدا بالمقارنة مع هذه الأخيرة (المحاكم) بخصوص حماية البيئة.

⁴¹ Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, op cit, art 8.12(1).

⁴² Ibid, annexe 8-A.

⁴³ « Une expropriation indirecte se produit lorsqu'une mesure ou une série de mesures d'une Partie ont un effet équivalent à une expropriation directe, en ce qu'elles privent substantiellement l'investisseur des attributs fondamentaux de la propriété de son investissement, y compris du droit d'user, de jouir et de disposer de son investissement, sans qu'il y ait transfert formel d'un titre de propriété ou saisie pure et simple ». Ibid, annexe 8-A(1) b).

⁴⁴ KINTXO Freiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 61.

⁴⁵ Partenariat trans pacifique art 9.8(1), op cit.

⁴⁶ Ibid, art 9.8(6) et annexe 9-B. annexe 9-B (3)a.

جاءت مساهمات كل من الاتفاقيتين في مجال نزع الملكية غير المباشرة جدّ دقيقة، في البداية استخدامهما وبشكل متكرر لمصطلح "حسن النية" في الفصل المخصّص للاستثمار، الذي يثبت بطريقة ما شرعية ومشروعية اللائحة الجديدة، ثم "التفسير"، وبعدها تطبيق "اختبار بين المركزي" « Test benn central » الذي يضع بعض الحدود والقيود⁽⁴⁷⁾، وأخيراً، "فحص التناسب" الذي يتضح في معاهدة CETA أنه ضروري في ظروف معينة، هذا ما يؤكد عن وجود حالات غير واضحة ومبهما ما يعزز من السلطة التقديرية للمحكمة.

لوضع حدّ للتناقض الذي يميّز مفهوم نزع الملكية غير المباشرة، أثبت الأطراف في كلا الاتفاقيتين عن ارتباطها بحماية السلطة التنظيمية للدول من أجل تعزيز الرفاهية العامة. لكن الأحكام المكرّسة فيها تمنح سلطة تقديرية واسعة للمحاكم من خلال استعمالها للعبارات والمصطلحات التالية: "حالة تعسف ظاهرة"⁽⁴⁸⁾، "حالة نادرة"، "تبدو أنها مفرطة"⁽⁴⁹⁾، "ضرورية"⁽⁵⁰⁾.

كذلك، لم يقدّم الفصل الخاص بالاستثمار في اتفاقية PTP أية قائمة شاملة للأهداف المشروعة المتعلقة بالمصلحة العامة، بل اكتفى بتقديم مثال توضيحي في الملحق 9-ب "على سبيل المثال مسائل الصحة العامة، الأمن، أو البيئة"⁽⁵¹⁾. وكذلك، لم تقدم CETA قائمة شاملة لأهداف المشروعة، بالرغم من أنّ الأمثلة التي تمّ توضيحها هي الأكثر تفصيلاً، حيث ذكرتها المادة 1)9/8 والتي تشمل الصحة العامة، الأمن والبيئة، الأخلاق العامة، الحماية الاجتماعية والمستهلكين، وأخيراً حماية وتعزيز التنوع الثقافي⁽⁵²⁾.

العناصر التي يجب أخذها في الاعتبار من قبل المحاكم لأجل تحديد أساس نزع الملكية غير المباشرة مستوحاة من النموذج الأمريكي للاتفاقيات الثنائية للاستثمار 2004 المعدل والمتمم في سنة 2012⁽⁵³⁾ بالنسبة

⁴⁷ يعود اختبار "بين سونترال" إلى قضية أمريكية معروفة Penn central transportation co- c New York city التي كانت نتيجة نزاع بتعلق بكيفية الحفاظ على التراث الثقافي والمعماري لمدينة نيويورك. حيث يوفر اختبار بين المركزي الكثير من الدقة. من خلال هذه القضية حدد قاضي محكمة الاستئناف لنيويورك مجموعة من العناصر التي تسمح بالتحقق من وجود نزع ملكية غير مباشرة من عدمها. أولاً، المحكمة ملزمة بالبحث عن التأثير الاقتصادي على الملكية، ثانياً، يجب أن تأخذ في الاعتبار التفاعل بين التدخل التنظيمي وتوقعات المستثمر، ثالثاً، يجب على المحكمة ان تحدد طبيعة الاجراء الحكومي.

Penn Central Transportation Co. c. New York City (No. 77-444), 438 U.S. 104, (1978), enligne: Cornell University Law School <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/438/104>

⁴⁸ Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, art 8.10(1)c).

⁴⁹ Ibid, annexe 8-A (3).

⁵⁰ Ibid, art 8.9.

⁵¹ Partenariat trans pacifique, annexe 9-B(3)b).

⁵² Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, art 8.9(1).

⁵³ Le modèle américain de 2004 peut être consulté à l'adresse suivante :

<http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

Le modèle américain de 2012 peut être consulté à l'adresse suivante:

<http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>

PTP، والنموذج الكندي للمعاهدات الثنائية للاستثمار لسنة 2004⁽⁵⁴⁾ بالنسبة لـ CETA. وعليه تمّ استنباط مفهوم نزع الملكية غير المباشرة في الاتفاقيتين وبصورة موسعة من نموذج شمال أمريكا الذي يحدّد معايير التقييم التي تعتمدها المحكمة، مع وجود بعض الفروق الدقيقة، إذ تلزم اتفاقية CETA المحاكم بأن تأخذ في الاعتبار "مدة الاجراء" لتحديد تأثيره على المستثمر الأجنبي، وتحيلنا كذلك أحكام هذه الاتفاقية إلى موضوع وسياق الاجراء وغايته. بالإضافة إلى هذا، أحكام كل من الملحق 8(2)(ج) والملحق 9-ب(3) أ (!) من اتفاقية CETA يفرضان التقييم لـ "امتداد التأثير جراء الاجراء أو سلسلة من الإجراءات بسبب توقعات محدّدة على ضوء "التوقعات المحددة والمعقولة التي يقوم عليها الاستثمار"⁽⁵⁵⁾. لكن السؤال الذي يطرح كيف يمكن تحديد التوقعات الخاصة بالمحدّدة والمعقولة التي يقوم عليها الاستثمار إذا لم تكن بالرجوع إلى شهادات المستثمر الأجنبي؟

بهذه الصياغة تمّ تدوين اتفاقيتي CETA وPTP حيث تركت طواعية إمكانية أن تكون التوقعات الذاتية للمدعي ذات علاقة لأجل تحديد إن وقعت فعلا مصادرة. هنا يجب التأكيد أنّ هاتين الاتفاقيتين منحنا الصدارة لأحكام المحكمة، هذا ما تؤكد "كارولين هنكلز" سيكون من الحكمة التفكير في إمكانية تطبيق تأمين حكومي، حيث يتطلب الأمر على سبيل المثال أن يقرّ المستثمرون الأجانب كتابة وقبل أي التزام من جانبهم إلى التوقعات والأهداف التي يسعون لتحقيقها من استثماراتهم". سيكون نوع من الالتزام التعاقدية بين مستثمر أجنبي ودولة مضيفة، والذي يكون له الأثر الملزم⁽⁵⁶⁾.

هناك حالة وفي ظروف نادرة يمكن للتدابير التي تتخذها الدولة تشكل نزع ملكية غير مباشرة رغم أنّها ليست تمييزية وتسعى لتحقيق أهداف مشروع خدمة للمصلحة العامة، فلها معنى خاص بها، حيث تلزم اتفاقية CETA القاضي في مثل هذه الظروف بإجراء رقابة التناسب فيقوم بمقارنتها مع اتفاقيات استثمار أخرى المبرمة مؤخرا (خصوصا دراسة أوجه التشابه). وعليه، تثار إشكالية تفسير المصطلحات المستعملة في اتفاقية CETA المدرجة في الملحق 8-أ(3) "الظروف النادرة"، "خطيرة بالنظر إلى هدفها"⁽⁵⁷⁾؟ تشير هذه الصياغة إلى أنّ المحكمة تحكم على أهمية الهدف الذي تسعى إليه الدولة من تنفيذ التّظيمات محل الجدل، ألا يعني هذا في النهاية هو مطالبة المحكمة بإصدار حكم قيمي؟ ومن الجانب الآخر، لم تقدم اتفاقية CETA أي تفاصيل لا

⁵⁴ Le modèle canadien de 2004 peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.

⁵⁵ Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, annexe 8-A(2)(!!). et annexe 8-A(2)c), op cit.

⁵⁶ KINTXOFreiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 67.

⁵⁷ Proposition de Décision du Conseil relative à l'accord économique entre le Canada et l'Union européenne, annexe 8-A(3), op cit.

بشأن الأسئلة التي يجب على المحكمة طرحها لإجراء فحص التناسب ولا على المنهجية أو الطريقة التي يجب اتباعها للحكم بشكل موضوعي على مصالح الأطراف⁽⁵⁸⁾.

وتوحي المصطلحات " بشكل واضح " بصورة واضحة" الواردة في الملحق 8(3) من CETA أن عتبة انتهاك حقوق المستثمرين جدّ عالية بما يكفي لإثبات وجود نزع ملكية غير مباشرة، حتى إن لم تتحقق بأي شكل من الأشكال فيُسمح للمحاكم بتطبيقها. ولوضع حد لهذا الفراغ والضبابية اجتمعت معا بعض الدول من شرق وجنوب إفريقيا⁽⁵⁹⁾ وكذا بعض دول آسيا⁽⁶⁰⁾ في إطار اتفاقية اقتصادية عالمية اتفقوا على تبسيطها. وبالفعل لقد قرروا أنّ جميع التدابير التنظيمية غير التمييزية المعدة لتحقيق أهداف مشروع لا تشكل نزع ملكية غير مباشرة.

تتضمن كذلك العديد من الاتفاقيات التجارية على فصل خاص بالاستثمارات حيث تنص على أنّ التّنظيمات غير التمييزية، والمنفّذة بحسن النية بهدف حماية البيئة لا تشكل نزع الملكية غير مباشرة. وفي الوقت الراهن يمكن حصر ما لا يقل عن خمسين (50) اتفاقية تجارية عبر العالم التي أشارت إليها فرقة البحث لكندا في الاقتصاد السياسي العالمي⁽⁶¹⁾، خاصة الاتفاقيات الثنائية مثل اتفاقية التجارة الحرة بين كولومبيا وإسرائيل⁽⁶²⁾ التي تنص صراحة على أن حماية البيئة يشكل استثناء لنزع الملكية غير المباشرة والتي استعملت عبارة " لا تشكل بالضرورة".

تشير كذلك بعض الاتفاقيات بصورة واضحة إلى أنّ كل تنظيم تمّ تبنيه دون تمييز لأجل حماية البيئة لا يشكل إطلاقاً نزع ملكية غير مباشرة، ومهما كانت ظروف اعتماده. وتبرز هذه الاستثناءات في الاتفاقيات التالية: اتفاقية إنشاء منطقة التجارة الحرة بين أزيان ASEAN ونيوزيلندا وأستراليا⁽⁶³⁾، واتفاقية التجارة الحرة بين ماليزيا وأستراليا⁽⁶⁴⁾، واتفاقية التعاون الاقتصادي الشامل بين حكومة ماليزيا وحكومة جمهورية الهند⁽⁶⁵⁾، واتفاقية

⁵⁸ KINTXOFreiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 69.

⁵⁹ Burundi, Comores, La République Démocratique du Congo, Djibouti, Egypte, Eritrée, Ethiopie, Kenya, Libye, Madagascar, Malawi, La République de Maurice, Rwanda, Seychelles, Soudan, Swaziland, Uganda, Zambie, Zimbabwe, 23 mai 2007, art 20(8), (entrée en vigueur : 1er janvier 2010), en ligne : [investmentpolicyhub.unctad.org](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3092)

⁶⁰ Le Sultanat de Brunei Darussalam, Le Royaume du Cambodge, La République d'Indonésie, La République démocratique populaire lao, La République de l'Union du Myanmar, La République des Philippines, La République de Singapour, Le Royaume de Thaïlande et La République socialiste du Viêt Nam, 26 février 2009, annexe 2(4) (entré en vigueur : 29 mars 2012), en ligne : [investmentpolicyhub.unctad.org](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3095)

⁶¹ KINTXOFreiss, « Protection de l'environnement et expropriation indirecte », op cit, p 70.

⁶² Free Trade Agreement between The State of Israel and The Republic of Colombia, 30 septembre 2013, art. 10.7(3)d). <http://www.mof.gov.il/chiefecon/internationalconnections/doclib1/colombia.pdf>

⁶³ Agreement Establishing The Asean-Australia-New Zealand Free Trade Area, 27 février 2009 (entrée en vigueur : janvier 2010) [AANZFTA] en ligne : Asean.org <http://www.asean.org/storage/images/archive/22260.pdf>

⁶⁴ Malaysia-Australia Free Trade Agreement, 22 mai 2012, en ligne : Australian Government – Department of Foreign Affairs and Trade <http://dfat.gov.au/trade/agreements/mafta/Documents/Malaysia-Australia-Free-Trade-Agreement.pdf>

التجارة الحرة بين نيوزيلندا وجمهورية كوريا⁽⁶⁶⁾، فكلها تجعل من حماية البيئة كحدّ لنزع الملكية غير المباشرة، على الرّغم من هذه الاستثناءات القليلة لا تزال حماية البيئة تكافح من أجل إبراز مكانها على أنّها الحد المطلق لنزع الملكية غير المباشرة في مضمون المعاهدات.

أخيراً، كل من اتفاقيتي CETA وPTP وضعت قواعد واضحة ودقيقة على مستوى نزع الملكية غير المباشرة التي تحدّ من التفسيرات الواسعة للمصادرة غير المباشرة. ومع ذلك، لا تزال هناك بعض الثغرات التي يمكن لأطراف المعاهدة ملئها في السنوات المقبلة، من أجل ضمان هامش أوسع للدول من أجل المناورة لحماية بيئتها.

المطلب الثاني: الاستقرار على مبدأ سلطان الدولة وتفعيل آلية تسوية المنازعات البيئية

تتمثل الغاية في الاستقرار على مبدأ سلطان الدولة في فهم حقيقة أن الاجراءات التنظيمية البيئية التي تباشرها الدولة المضيفة للاستثمار فوق إقليمها لا تكون محل طلب تعويض. لكن هذا الاستثناء لا يزال حديث بالنسبة للبند المتعلقة بنزع الملكية، فالطريقة التي تتبعها محاكم التحكيم في التحليل والتفسير جدّ محدودة أو يكتنفها القصور والغموض، فتبدوا هناك صعوبة وتشابك في التمييز بين القواعد المتعلقة بالمسؤولية الدولية للدولة وقواعد نزع الملكية. فالانتقال من قاعدة إلى قاعدة أخرى وبصورة نهائية قد يبرّر شرعية بعض التدابير التنظيمية التي لها نفس أثر نزع الملكية ولا يتم تعويضها. وينطوي هذا الانتقال من منطق الاستثناء إلى منطق الاستبعاد من نظام المصادرة (الفرع الأول)، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، عرف التحكيم المتعلق بالاستثمار تجديد طال حتى الخصائص والمميزات التي كانت بالأمس، فالسرية التي كانت تغازل المستثمرين باعتبارها صفة ملازمة للتحكيم ولا يمكن تصوره بدونها، تراجعت بدافع التزام الإعلام تارة، وبالتوجه نحو الشفافية تارة أخرى، غير أن الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل وصل إلى السماح لأشخاص غير أطراف الخصومة التحكيمية بالتدخل في النزاع وتقديم مذكرات التدخل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستقرار على مبدأ سلطان الدولة POLICE POWER

يستقر الفقه الدولي وتعتمد محاكم التحكيم التي تنظر في منازعات الاستثمار على مبدأ واسع الانتشار حين التعرّض لمسألة نزع الملكية غير المباشرة للاستثمارات الأجنبية، بخصوص الإجراءات والتدابير العامة

⁶⁵ Comprehensive Economic Cooperation Agreement Between The Government of Malaysia and The Government of The Republic of India, 18 février 2011, annexe 10-1(4) (entrée en vigueur: 11 juillet 2011) en ligne: investmentpolicyhub.unctad.org

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2629>

⁶⁶ Free Trade Agreement Between New Zealand and The Republic of Korea, 23 mars 2015, annexe 10-B (5) (entrée en vigueur : 20 décembre 2015) en ligne: New Zealand Ministry of Foreign Affairs and Trade <https://www.mfat.govt.nz/assets/securedfiles/FTAs-agreed-not-signed/Korea-FTA/NZ-Korea-FTA-consolidated-text.pdf>.

التي تصدرها الدول المضيفة للاستثمار وهو مبدأ سلطان الدولة أو سلطات الدولة POLICE POWER، الذي يعد أحد المعايير التي يستعان بها للكشف عن نزع الملكية غير المباشرة، ووسيلة للتخفيف من معيار أثر الإجراء، حيث يفرق هذا المعيار بين إجراءات المصادرة غير المشروعة، وتدابير الأمن العام والبوليس المشروعة غير المستوجبة للتعويض⁽⁶⁷⁾.

يستهدف مبدأ سلطان الدولة أو سلطات الدولة POLICE POWER مجموع السلطات السيادية للدولة ذات العلاقة بالسياسات العامة والتي تشمل؛ الحفاظ على النظام العام، وحماية الصحة العامة والبيئة والضرائب. فالإجراءات التي تقع ضمن نطاق سلطات الدولة والتي ينتج عنها خسارة في ملكية الاستثمارات الأجنبية لا تمثل نزاعاً غير مباشر للملكية، ومن حيث المبدأ الدولة ليست ملزمة بتعويض المستثمر الذي تضررت مصالحه بسبب سن تشريعات أو تنظيمات خدمة للمصلحة العامة⁽⁶⁸⁾.

استمد المصطلح الذي أطلق على هذا المبدأ من النموذج الخاص بالولايات المتحدة الأمريكية في تسمية السلطات التنظيمية للدولة، حيث ذكر هذا المصطلح في التعديل الثالث لقانون العلاقات الخارجية الأمريكية لسنة 1987، وفي مسودة اتفاقية هارفارد للمسؤولية الدولية للدول عن الأضرار الواقعة للأجانب لعام 1961 في المادة 10 الفقرة 5 منها، وفي غضون العقد الأول من القرن 21، بدأ يتزايد الاهتمام واللجوء إلى هذا المبدأ من خلال تمييز تصرفات الدولة في إطار سلطاتها العامة ونزع الملكية غير المباشرة.

لكن اتفاقيات حماية وترقية الاستثمارات لا تشير إلى مبدأ سلطات الدولة، ويعود سبب هذا الصمت في كون المبدأ ينتمي إلى القواعد المتعلقة بالمسؤولية الدولية للدولة وليس إلى القواعد المتعلقة بحماية المستثمرين الأجانب. وهذا السكوت ليس دليل عن عدم وجود أية علاقة بين اتفاقيات حماية وترقية الاستثمارات مع مبدأ سلطان الدولة، بل على العكس من ذلك تماماً، إذ هو مبدأ توجيهي وإرشادي تحتكم إليه محاكم التحكيم أثناء نظرها في مسائل نزع الملكية غير المباشرة.

وفي سياق النزاعات التحكيمية بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية إيران الإسلامية، ثمة حكم وحيد رفضت خلاله محكمة التحكيم الادعاء بوجود نزاع للملكية وفقاً لمبدأ سلطان الدولة، وهي قضية TOO Greater Modesto Insurance Associates، حيث طالب المدعي Emmanuel Too السلطات الأمريكية أن تقدم له تعويض نتيجة قيام هذه الأخيرة بالاستيلاء على مطعمه وبيعته في المزاد العلني لأجل دفع أجور العمال وتسوية ضرائبه. رفضت المحكمة دعوى المشتكي على أساس أن " الدولة ليست مسؤولة عن خسارة الممتلكات أو عن الأضرار الاقتصادية الأخرى الناتجة عن فرض الضرائب العامة أو عن أي إجراء آخر

⁶⁷ هشام حسنين محمود سليمان الوكيل، "معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي في إطار القانون والتحكيم الدولي"، المرجع السابق، ص 149.

⁶⁸ أشرف مصطفى عثمان مصطفى، "نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر للمنفعة العامة"، المرجع السابق، ص 130.

يتم قبوله بشكل عام ضمن نطاق سلطات الدولة، شريطة ألا تكون هذه الإجراءات تمييزية أو تم اتخاذها لإجبار الأجنبي على التخلي عن ممتلكاته للدول أو أن يبيعها بثمن بخس⁽⁶⁹⁾.

لكن يثار إشكال يستلزم علينا طرحه، هل حق الدولة في استخدام سلطاتها السيادية المتعلقة بتنظيم شؤونها العامة حق مطلق أم مقيد ثمة ضوابط وشروط؟ وللإجابة عن هذا التساؤل يبدوا واضحا أن حق الدولة في تنظيم شؤونها العامة مكفول بحسب الأصل العام، ولا يمكن القول بسمو حقوق المستثمرين الأجانب على حق الدولة في التنظيم، ولاسيما إذا تعلق الأمر بالشؤون العامة للمجتمع والتي تؤدي بالضرورة إلى تحقيق المصلحة العامة في مجالات مثل؛ الأمن القومي والمحافظة على الآداب العامة والنظام العام والصحة العامة وحماية البيئة والممتلكات وفرض الضرائب وغيرها من المجالات العامة الهامة الأخرى.

حق الدولة في استخدام سلطاتها السيادية في علاقته بالاستثمار الأجنبي ومساوئ بحق الملكية للمستثمر الأجنبي ليس مطلق ولكنه مقيد، وذلك لا يمثل محاباة للمستثمرين الأجانب على حساب الدولة المضيفة للاستثمار، ولكن يكون في صالح المستثمر الأجنبي وضمانه وحماية لحقوق الملكية الثابتة له على استثماراته ومشجعا في الوقت ذاته للمناخ الاستثماري للدولة المضيفة للاستثمار، وهذه الضوابط التي ينبغي توفرها في الإجراءات المتخذة من جانب الدولة المضيفة حتى لا يمكن تصنيفها نزعا غير مباشر للملكية وهي ؛ أن تهدف هذه الإجراءات لتحقيق المصلحة العامة الحقيقية والفعلية، وأن تكون الإجراءات غير تمييزية، وأن تكون متناسبة. وتكاد أن تكون هذه الضوابط بصورة كبيرة في اتفاقيات الاستثمار والتجارة الدولية⁽⁷⁰⁾.

الفرع الثاني: تكييف إجراءات التحكيم مع خصائص النزاع المتعلق بحماية البيئة

لا يمكن الاختلاف على حقيقة أن طلب التقاضي لوجود نزاع ملكية غير مباشرة بسبب تدبير بيئي يقدمه المستثمر، لكن ذلك لا يضمن نجاحه دائما حيث أن وسائل الدفاع متكافئة ومكفولة من حيث المبدأ للدولة المضيفة والمستثمر طوال مدة سير الإجراءات. إذا كان الانطباع بعدم المساواة لا يزال ينبعث من الآلية حيث أنها مزودة بنظام تقليدي لا تسعى دائما إلى ضمان المساواة بين المستثمرين والدول بل لأنها تفضل الجانب الخاص بالمقارنة مع الدول.

بعد عملية تسوية المنازعات فإن التأثير الكبير الذي يمكن أن تحدثه قرارات التحكيم على عملية صنع القرار في الدولة في المستقبل يدفع أيضا نحو الانفتاح والعلانية وزيادة الشفافية في التحكيم على ضوء هذه الخصائص التي طالما اتهمت بأنها تتم في الخفاء (أولا) هذا من جهة، ومن جهة أخرى قبول مذكرات أصدقاء المحكمة (ثانيا) أمام المحاكم التحكيمية يسمح إلى حد ما لإعادة التوازن نتيجة التركيز الكبير على المصالح الخاصة للمستثمر.

⁶⁹ROBERT- CUENDET Sabrina, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte, MartinusNijhoffPublishers, Leiden, Boston, 2010, P 261.

⁷⁰أشرف مصطفى عثمان مصطفى، "نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر للمنفعة العامة"، المرجع السابق، ص 131.

أولاً: الشفافية والعلانية في إجراءات تسوية المنازعات

تعتبر سرية إجراءات تسوية المنازعات سمة أساسية للتحكيم التجاري الدولي، وهو بمثابة ضمان للفعالية والمحافظة على سمعة المحكمة ومصالح الأطراف، لكن لا يمكن تقديمه كمبرر في إجراءات التحكيم بمناسبة النظر في قضايا ذات مصلحة عامة.

بالنظر للطبيعة التوافقية للتحكيم تمكن الأطراف من إزالة بعض الثقل على شرط السرية لضمان شرعية القرارات التي تصدر في سياق التحكيم المختلط، هذا التطور لفلسفة التحكيم تم اعتماده في إطار هيئات معينة مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار، حيث أوجد توازن بين نشر المعلومات وضرورة الحفاظ على السرية⁽⁷¹⁾.

صدر في سنة 2001 عن لجنة التبادل الحر التابعة لاتفاق التبادل الحر لشمال أمريكا (ALENA) مذكرة تفسيرية تفيد بأنه لا يوجد أي حكم يفرض على الأطراف في إطار التحكيم بناء على الفصل 11 من اتفاق النافتا التزاما عاما بالسرية ويمنع نشر الوثائق التي قدمت للهيئة التحكيمية، إلا بوجود استثناء محدد ومنصوص عليه صراحة في هذه القواعد، إضافة إلى ذلك، فإن كل دولة عضو في اتفاق التبادل الحر لشمال أمريكا وافقت على وضع المستندات المقدمة للهيئة التحكيمية متى ترى ذلك مناسباً، باستثناء المعلومات التجارية ذات الطابع السري. ومع ذلك لا يبدو أن المذكرة التفسيرية تمنع المحاكم بأن تظل كل المستندات سرية بموجب قواعد التحكيم القضائية ولا تسمح للجمهور بالاطلاع على جلسات التحكيم طبقاً للفصل 11.

أصدرت في 16 جويلية 2004 لجنة التبادل الحر التابعة لـ (ALENA)، إعلاناً مشتركاً ثمن مبادرات الشفافية التي تم الاتفاق عليها في أكتوبر 2003 معتبرة أنه قد بدأ بالفعل تحسين أداء آلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول المنصوص عليها في الفصل الخاص بالاستثمار، لاسيما انضمام المكسيك إلى جانب كندا والولايات المتحدة الأمريكية في دعم جلسات الاستماع العامة حول النزاعات بين المستثمرين والدول، حيث تم الاتفاق على ضرورة تطبيق نفس الدرجة من الانفتاح على الإجراءات التي بدأت بموجب أحكام تسوية المنازعات الواردة في الفصل 20 من اتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية، وتم طلب وضع قواعد تحكم جلسات الاستماع العامة في هذه الإجراءات⁽⁷²⁾.

في قضية متال كلاب أثناء سير الإجراءات قامت المكسيك بتاريخ 10 سبتمبر 1997 بتقديم طلب استناداً إلى أحكام المادة 1134 من اتفاقية التبادل الحر (ALENA) الخاصة بتدابير الحماية المؤقتة، والمادة 28

⁷¹Voir l'article 48 § 4 du Règlement d'arbitrage du CIRDI, tel que modifié par l'amendement du 10 avril 2006. Voir aussi Commission du Libre-Echange, Note d'interprétation de certaines dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA, 31 juillet 2001, § 1, <http://www.international.gc.ca>.

⁷²شوق عمر، التحكيم في اتفاقيات الاستثمار: تجديد ممارسة التحكيم، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص القانون الدولي العام والخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2021، ص 240.

من قواعد التحكيم (التسهيلات الإضافية) الخاصة بالأوامر الإجرائية، من أجل الحصول على أمر يقضي بسرية الإجراءات. أجابت الهيئة التحكيمية متسائلة أنه: " لا يزال هناك سؤال حول ما إذا كان هناك أي مبدأ عام للسرية التي تعمل على حظر المناقشة العامة لإجراءات التحكيم من قبل أي من الطرفين، فلا اتفاقية التبادل الحر وقواعد CIRDI (المرفق الإضافي) تحتوي على أي أحكام صريحة تفرض قيوداً على حرية الأطراف في هذا الصدد⁽⁷³⁾.

وفي غياب مبدأ عام للسرية يمكن للجمهور حضور جلسات الاستماع وكذا الحصول على وثائق المحكمة. أما نشر القرارات الصادرة عن محاكم التحكيم تكون بصورة تلقائية حتى وإن كانت القاعدة تقضي أنها لا تتم إلا بموافقة الأطراف. وما يلفت النظر أنه في غضون سنوات الحصول على هذه القرارات قد انتقل من النشر المباشر إلى التوزيع المنتظم تقريباً.

هذا النشر الذي أصبح القاعدة، يسهل إلى حد كبير في دراسة المسائل المرتبطة بقانون الاستثمار الدولي، ويسمح للمفسرين، المنتقدين والباحثين بتحليل المادة الخام لقانون الاستثمار لتجنب ضالة الاهتمام بمسألة معينة تهم المصلحة العامة. كما أنه يتيح الامكانية بإعداد الحجج والتنبؤ بشكل أفضل للقانون، وتنظيم الشكاوى منذ لحظة ظهورها على مدار الاجتهاد القضائي، حتى لا يحكم عليه بالفشل⁽⁷⁴⁾.

ثانياً: مشاركة أصدقاء المحكمة وإمكانية إبراز المصلحة العامة الكامنة وراء النزاع

كان للسوابق القضائية لهيئة تسوية المنازعات التابعة لمنظمة التجارة العالمية⁽⁷⁵⁾ IOMC الأثر البالغ على قرارات هيئات التحكيم بقبوله لمذكرات أصدقاء المحكمة- ليسوا أطراف في النزاع- من دون الحصول على تفويض صريح من الأطراف المتخاصمة.

في إطار اتفاقية التبادل الحر لشمال أمريكا (النافتا)، قدمت المحكمة تفسيراً أثناء نظرها في قضية Methanex أنه يسمح لها بقبول مذكرات أصدقاء المحكمة. كان المعهد الدولي للتنمية المستدامة أول منظمة غير حكومية تقدم بمثل هذا الطلب في أوت 2000، وبعد مدة وجيزة تبعته ثلاث منظمات بيئية غير حكومية التي تقدمت بطلب مشترك بالرغم من المعارضة الشديدة من شركة Methanex والمكسيك، رحبت المحكمة- التي تم تشكيلها وفق قواعد الأسترال CNUDCI- بطلب المنظمة غير الحكومية على أساس السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لها في إطار هذا الصك⁽⁷⁶⁾.

⁷³ المرجع نفسه، ص 244.

⁷⁴ ROBERT- CUENDET Sabrina, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte, op cit, p 76.

⁷⁵ Sur cette jurisprudence, voir ANGELET (N.), « Le tiers à l'instance dans la procédure de règlement des différends de l'OMC », in RUIZ-FABRI (H.) et SOREL (J-M.) (dir.), Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales, Paris, Pedone, 2005, pp. 207-238 ; STERN (B.), « L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC », RGDIP, 2003, pp. 257- 303.

⁷⁶ C'est plus précisément sur le fondement de l'article 15 § 1, qui prévoit que « Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient

وقد واجهت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار طلب تدخل أصدقاء المحكمة على الرغم أن اتفاقية واشنطن لنظام التحكيم التزمت الصمت بشأن هذه النقطة، حيث تم رفض هذه الامكانية في أولى القضايا المطروحة أمامها، وقبولها في قضايا أخرى، واستندت إلى نص المادة 44 من اتفاقية واشنطن التي تنص " ...إذا ما ثارت مسألة إجرائية لم ينص عليها هذا القسم أو في لائحة التحكيم أو أي لائحة أخرى يتبناها الأطراف، تتولى المحكمة الفصل فيها على نحو ما تراه ملائماً". واعترفت للمحاكم بسلطة واسعة تسمح لها بقبول مذكرات أصدقاء المحكمة.

أفسحت السلطة الواسعة الطريق لسلطة تقديرية حقيقية للمحاكم تسمح بقبول مثل هذه الطلبات، دون موافقة أطراف النزاع، كما هو واضح في المادة 2/37 من قواعد التحكيم للمركز الدولي بصيغتها المعدلة في 2006⁽⁷⁷⁾. أن استقلالية سلطة المحكمة بخصوص إرادة الأطراف بقبول مثل هذه المذكرات مقبولة على نطاق واسع اليوم.

يتميز قبول مذكرات أصدقاء المحكمة بميزة تسمح بمراعاة المصلحة العامة بشكل أفضل وواضح، حيث أطراف النزاع يفضلون التركيز فقط على حقوقهم والتزاماتهم. كما تساعد على إعادة التوازن ووضع حد لوجود آلية تعمل فقط على إرضاء المصالح الخاصة للمستثمر الأجنبي.

التدخل وقبول هذه المذكرات ليس في مأمن عن النقد، قد يكون هناك خطر يتمثل في خلق خلل جديد على حساب الأطراف، ولاسيما الدول، التي لن تكون لها القدرة في الرد على جميع الطلبات لزيادة تكلفة ومدة الاجراء. والمحاكم نفسها على تمام الادراك لخطر إطالة الاجراء وتعقيده، وبالتالي قبول مذكرات أصدقاء المحكمة يجب أن يكون بصورة مقيدة⁽⁷⁸⁾.

traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens », que le tribunal a accepté de recevoir les mémoires (§ 31).

⁷⁷تنص المادة 2/37: بعد التشاور مع الأطراف، قد تسمح المحكمة لشخص أو دولة ليست طرفاً في النزاع (المشار إليه باسم "الطرف غير المتنازع" بتقديم مذكرة تدخل إلى المحكمة. لتحديد ما إذا كان يسمح لمثل هذا التدخل، تنظر المحكمة، ما إذا كان: أ- من شأن تدخل الطرف غير المتنازع ان يساعد المحكمة على البت في مسألة الوقائع أو قانون يتعلق بالإجراء في تقديم وجهة نظر أو معرفة تختلف عن تلك التي قدمها أطراف النزاع؛ ب- أن تدخل الطرف غير المتنازع يتعلق بمسألة ترتبط بالنزاع؛ ت- أن للطرف غير المتنازع مصلحة في الإجراءات.

للتفصيل أكثر في الموضوع أنظر: قبائلي طيب، "نظام الطرف غير المخاصم في التحكيم الاستثماري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2014، ص ص 06، 22.

⁷⁸ROBERT- CUENDET Sabrina, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte, op cit, p 79.

كذلك، قبول أصدقاء المحكمة لا يحلّ جميع الصعوبات المرتبطة بإجراءات التحكيم، فيجب توضيح دور أصدقاء المحكمة بصورة دقيقة من أجل عدم الشكّ في دور الهيئة التحكيمية، وتجنّب ظاهرة التواطؤ التي تمت مواجهتها في إطار منظمة التجارة العالمية، وتبقى لهيئات التحكيم طرق عملية لقبول المذكرات. قبول مذكرات أصدقاء المحكمة لا يعني بالضرورة أن التطوّرات الواردة فيها ستؤثر على تفكير هيئة التحكيم، حيث غالباً ما تلتزم المحكمة وبشكل وثيق جداً بالحجج التي يقدمها الأطراف المعنية واستبعاد كلي لحجج الطرف غير المخاصم وعدم وضعها في ملف الدعوى. وإلى غاية الآن في قضايا التحكيم التي تدخل فيها أطراف غير متخاصمة يصعب التأكد ما إذا كانت لحججهم أي تأثير على استدلال وأحكام هيئة التحكيم⁽⁷⁹⁾.

خاتمة

أثارت مسألة وضع مفهوم لنزع الملكية غير المباشرة في القانون الدولي عدة إشكالات، فينطوي هذا المفهوم على التزام يقع على عاتق الدولة المضيفة يتمثل في تقديم تعويض مالي عادل وكافي للمستثمر. لتحديد وجود نزع ملكية غير المباشرة هناك العديد من المعايير التي تدخل في الاعتبار، ويجب تحليلها مجتمعة، تأثير الاجراء المعتمد من طرف الدولة الذي يجب مواجهته، للحكم إن كان التعدي الحاصل للمستثمر يكون محل تعويض. وأن يكون هدف المعيار مشروع في القانون الدولي، وبالنتيجة فالتقييم النوعي يجب أن يكون مصحوباً بفحص كمي يهدف خصوصاً إلى تحديد الضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي، كما يشير إلى ذلك "Arnaud Nanteuil كل هذا يتوقف عند الهدف الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه من الإجراء، والتوضيحات عند المساس بحقوق الملكية و/ أو الاستثمار الضروريين لتحقيق هذا الهدف". وأخيراً معيار التناسب بين التأثير والهدف من الإجراء.

لكن نزع الملكية غير المباشرة تصطدم مع مسألة حماية البيئة، فكل من معاهدة CETA و PTP تنص بصفة صريحة أن حماية البيئة يعد إجراء مشروعاً إلا في حالات استثنائية، فلا تقيّدان أبداً السلطة التنظيمية للدولة في مجال حماية البيئة، بل بالعكس فهي مكفولة في البنود المتعلقة بنزع الملكية غير المباشرة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى هذه الاتفاقيات لا تفتح الطريق لتقديم الطعون من قبل المستثمرين الأجانب ضد الدول التي تطلب مستويات عالية من حماية البيئة. وأكثر من هذا نزع الملكية غير المباشرة المنصوص عليها في كل من CETA و PTP لا تسمح للمستثمرين الأجانب في الحصول على تعويضات عن الخسائر التي يتكبونها نتيجة اعتماد تنظيمات جديدة التي تعدّ ضرورية لتحقيق المصلحة العامة.

⁷⁹ROBERT- CUENDET Sabrina, Droits de l'investisseur étranger et protection de l'environnement : contribution à l'analyse de l'expropriation indirecte, op cit., pp 80, 81.

في الأخير، إن ما التوقف عنده وتأكيدُه أنّ حماية البيئة ونزع الملكية غير المباشرة تتجاوز الإشكالية البسيطة أرباح وخسائر المستثمرين الأجانب، بل لها أهداف مشروع مجتمعي يشارك فيه المستثمرون والدول المضيفة للاستثمار والمجتمع المدني.