

## حماية الاستقرار القانوني للاستثمار من خلال الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية

بقة حسان (1)

(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية،  
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية،  
06000 بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: [hacembekka@gmail.com](mailto:hacembekka@gmail.com)

### الملخص:

يعتبر شرط الاستقرار القانوني في عقود الاستثمار ممارسة منتشرة ومثيرة للجدل. ففي الواقع، إما أن تصبح عملية الاستثمار نفسها غير مستقرة بسبب تغيير قانوني مباشر ومحدد، أو يتم تغيير الإطار القانوني العام لعملية الاستثمار. وهو الأمر الذي لا يؤثر فقط على استقرار القانون، ولكن أيضاً على العملية الاستثمارية، بما في ذلك الحقوق الناتجة عنها. وفرضيات عدم الاستقرار تجد إجابتها في بعض الالتزامات الاتفاقية، حيث تحمي القواعد المتعلقة بنزع الملكية، كنوع من أحكام القانون الدولي الاتفاقي، الاستقرار القانوني للحقوق الفردية للمستثمر الأجنبي على نفس الأساس الذي تحمي به الأحكام التي تحمي الوعد بالاستقرار القانوني، أي مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

### الكلمات المفتاحية:

الاستقرار القانوني، الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية، الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المستثمر الأجنبي.

تاريخ إرسال المقال: 2020/12/16، تاريخ قبول المقال: 2021/05/18، تاريخ نشر المقال: 2021/06/08.

لتهميش المقال: بقة حسان، "حماية الاستقرار القانوني للاستثمار من خلال الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 12، العدد 01 (خاص)، 2021، ص ص. 120-135

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: بقة حسان، [hacembekka@gmail.com](mailto:hacembekka@gmail.com)

## The Protection of Legal Stability Through Obligations Relating to Expropriation in Matters of Investments

### Summary:

The stability clause in investment contracts is a widespread and controversial practice. In fact, either the investment transaction itself becomes unstable due to a direct and specific normative change, or the general legal framework of the investment transaction is altered, which not only affects the stability of objective law. but also that of the investment operation, including the resulting subjective rights. These instability hypotheses find an answer in certain treaty obligations. The rules relating to expropriation as a type of provision of international treaty law protect the legal stability of the individual situations of the foreign investor on the same basis as the provisions protecting the promise of legal stability, namely the principle of pacta sunt servanda.

### Keywords:

Legal stability, obligations relating to expropriation, Bilateral investment Treaties, foreign investor.

### La protection de la stabilité juridique par les obligations relatives à l'expropriation en matière des investissements

La clause de stabilité dans les contrats d'investissement est une pratique répandue et controversée. En fait, soit l'opération même d'investissement devient instable en raison d'un changement normatif direct et spécifique, soit le cadre juridique général de l'opération d'investissement se trouve altéré, ce qui affecte non seulement la stabilité du droit objectif mais également celle de l'opération d'investissement, compris les droits subjectifs qui en découlent. Ces hypothèses d'instabilité trouvent une réponse dans certaines obligations conventionnelles. Les règles relatives à l'expropriation comme type de disposition du droit international conventionnel protège la stabilité juridique des situations individuelles de l'investisseur étranger sur les mêmes fondements que les dispositions protégeant la promesse de stabilité juridique, à savoir le principe de pacta sunt servanda.

### Mots clés:

La stabilité juridique, les obligations relatives à l'expropriation, Accords bilatéraux d'investissement, l'investisseur étranger.

## مقدمة

توفر شروط استقرار النظام القانوني أساساً ثابتاً لتوقعات المستثمر الأجنبي المشروعة، وتعكس الثقة في استقرار الأوضاع العامة من خلال التزام الدولة المضيفة له بعدم اللجوء إلى نزع الملكية أو على الأقل احترام الشروط المشروعة لنزع الملكية، وهي من الالتزامات التي أبرزتها عقود الدولة في مجال الاستثمار<sup>1</sup>. فغالباً ما يتم اللجوء إلى الالتزام بعدم نزع الملكية، بشكل مباشر أو غير مباشر، أو على الأقل نزع الملكية المشروع بموجب القانون الدولي لحماية شروط الاستقرار والاتفاقيات الأخرى للاستقرار دولياً. ففي الواقع، يمكن أن تغطي الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية أحياناً حالات عدم استقرار حقوق المستثمرين، وأحياناً أخرى حالات عدم الاستقرار القانوني.

تبرز أهمية هذا الموضوع من خلال محاولة تشجيع الاستثمار الدولي الذي يشترط الاستقرار القانوني، فهو يهدف إلى استبعاد مخاوف المستثمر الأجنبي، ومحاولة إخضاع العقد لقانون ثابت ومحدد منذ لحظة إبرامه إلى غاية انقضائه. وبالرغم من استقرار كل من الدولة المضيفة والمستثمر على إقرار هذا الشرط، إلا أن تطبيق عقود الاستثمار أثارت العديد من النزاعات حول حماية شرط الاستقرار من خلال الالتزام بعدم نزع الملكية، أو احترام الشروط المشروعة لنزع الملكية المحددة في القانون الدولي.

بناءً على ما تقدم، سنحاول دراسة هذا المقال من خلال طرح الإشكالية التالية: ما مدى مساهمة الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية في حماية الاستقرار القانوني في الدولة المضيفة للاستثمار؟

دراسة هذا الموضوع والإجابة عن الإشكالية المطروحة، يتطلب الأمر بيان كيف يمكن للالتزام بعدم نزع الملكية أن يؤدي إلى حماية الاستقرار القانوني لعملية الاستثمار، مع الإشارة إلى الممارسة القضائية لمحاكم التحكيم في العديد من القضايا المطروحة في هذا الموضوع، من خلال الاعتماد على المنهج الاستقرائي، الذي يركز على الوصف والتحليل، بهدف الإحاطة بمختلف العناصر التي يتضمنها الموضوع.

لا يمكن أن يلاحظ من خلال نزع الملكية المباشرة، إلا عدم استقرار حقوق المستثمر الأجنبي، ومن خلال نزع الملكية غير المباشرة، من الممكن ملاحظة ليس فقط هذا النوع من عدم الاستقرار ولكن أيضاً فرضيات عدم استقرار القانون (أولاً). ومع ذلك، فإن نزع الملكية، بشكل مباشر أو غير مباشر، يؤدي إلى إنهاء عملية الاستثمار. غير أنه يمكن أن يكون لحالات عدم الاستقرار القانوني تأثير مزدوج على الاستثمار، وهو: إنهاء الاستثمار أو إلحاق خسائر اقتصادية به. ولهذا السبب، فإن الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية كغيرها من الالتزامات الاتفاقية الأخرى، تقي جزئياً بالاستقرار القانوني (ثانياً).

<sup>1</sup> - إقلولي محمد، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، رسالة لنيل درجة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 227.

## أولاً: نزع ملكية الاستثمار الأجنبي

إنّ موضوع نزع الملكية هو أصل قانون الاستثمار، وهو لا يزال قيد التطوير، كمسألة مستقلة عن معاملة الأجانب<sup>2</sup>. وفي هذا الصدد، يلاحظ الأستاذ Philip Kahn أنّ هدف الحق الناشئ عن الاستثمار كان أكثر من السعي إلى تطوير تقنيات قانونية من شأنها أن تسهل عملية الاستثمار في الخارج، بدلاً من حماية الأصول المستثمرة من خطر التأميم<sup>3</sup>. ونتيجة لذلك، من الواضح أنّه في غضون ذلك تطورت قواعد نزع الملكية (1). وعلى الرغم من هذا التطور، يبدو أنّه بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه تدبير نزع الملكية والقيمة المهمة المرتبطة بشكل أكبر أو أقل ببعض عناصره، لا يمكن النسيان بأنّ عملية نزع الملكية لا تزال قائمة على الحرمان من الملكية (2).

### 1- تطور الالتزامات المتعلقة بنزع الملكية

من حق الدولة المضيفة للاستثمار، فيما يتعلق بمشروعية نزع الملكية، تنظيم ملكية الأموال الأجنبية واستغلالها داخل إقليمها، باعتباره من أعمال السيادة المستقرة في القانون الدولي، ووسيلة من وسائل عمل الدولة لتحقيق مصلحتها العامة، ما دام يقترن بتعويض المتضررين<sup>4</sup>. ونظراً لذلك، فقد تمّ البحث في عدم مشروعية الدوافع والتدابير التي أدت إلى نزع الملكية، بدلاً من تقليص قواعد نزع الملكية بحظر هذه الأخيرة. فالأصل هو عدم جواز نزع الملكية، ولكن إذا حدث هناك أي نزع للملكية، يجب التأكد من أنّ شروط نزع الملكية مشروعة بموجب القانون الدولي، وفي الجزائر نصت أغلب القوانين الداخلية واتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها على ضرورة احترام الشروط القانونية لنزع الملكية<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> - لا شك في أنّ الحماية من نزع الملكية كانت تشكل جزءاً تقليدياً في صميم القانون الدولي، حيث أنّه كان ضد هذا الخطر الذي تمّ فيه وضع القواعد الأولى لحماية الملكية الخاصة، ولاسيما قانون معاملة الأجانب. أنظر:

DE NANTEUIL ARNAUD, Droit international de l'investissement, Edition A. Pédone, Paris, 2014, p. 338.

<sup>3</sup> - KAHN Philip, «Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française», JDI, vol. 92, 1965, p. 338.

<sup>4</sup> - عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص ص 47-79. أنظر أيضاً: دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي - المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 148.

<sup>5</sup> - نصّت المادة 22 من تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2016 على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف". منشور بموجب القانون رقم 01-16 مؤرخ في 6 مارس سنة 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج.، عدد 14، مؤرخ في 7 مارس سنة 2016، (استدراك في ج.ر.ج.، عدد 46، مؤرخ في 3 أوت سنة 2016). كما نصّت المادة 23 من قانون الاستثمار لسنة 2016 على ما يلي: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع

في هذا الصدد، فإنّ مشروعية نزع الملكية مشروطة بعاملين. من خلال العامل الأول يتمّ الأخذ في الاعتبار إجراء أو تدبير نزع الملكية فقط. كقاعدة عامة، يجب أن يكون قد تمّ اتخاذ هذا التدبير لغرض المصلحة العامة. كما يمكن إضافة شروط أخرى تتعلق بالتدبير وفقاً لكل اتفاقية استثمار، وأحياناً وفقاً لكل محكمة تحكيم. وبالتالي، فإنّ شرط ألا يكون التدبير تمييزياً و/أو تعسفياً، والذي تمّ اتخاذه دون انتهاك لمحاكمة عادلة أو أنّ هناك تناسباً بين الأهداف التي يسعى إليها التدبير ونتائج نزع الملكية<sup>6</sup>. أما العامل الثاني، فيتعلق بالمعاملة التي يجب أن تُمنح للمستثمر الأجنبي المتأثر بتدابير نزع الملكية، حيث يتلقى تعويضاً فوراً وكافياً وفعالاً عن الضرر الذي لحق به نتيجة هذه التدابير<sup>7</sup>.

الملكية، لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به. ويترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف". قانون رقم 09-16 مؤرخ في 3 أوت سنة 2016، يتعلق بترقية الاستثمار، ج.ر.ج.ج.، عدد 46، مؤرخ في 3 أوت سنة 2016، معدل ومتمم. وكذلك نص المادة 677 من القانون المدني، على أنه: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل...". قانون رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.، عدد 78، مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 1975، معدل ومتمم. بالإضافة إلى النص على ضرورة مراعاة شروط مشروعية نزع الملكية، بشكل مباشر أو غير مباشر، في كامل الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع حكومات الدول الأخرى في مجال حماية وترقية الاستثمارات، فلا يسع المجال هنا لذكرها كلها.

<sup>6</sup> - "لا يتخذ الطرفان المتعاقدان تدابير نزع الملكية والتأميم أو أية تدابير أخرى يترتب عليها نزع الملكية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من مستثمري الطرف الآخر في استثماراتهم التي يمتلكونها على إقليمهم وعلى منطقتهم البحرية إلا إذا كان ذلك بسبب المنفعة العامة بشرط أن تكون هذه التدابير قد اتخذت طبقاً لإجراءات قانونية وأن لا تكون تمييزية. = ويجب أن ترفق تدابير نزع الملكية إذا اتخذت بدفع تعويض مناسب وفعلي...". الفقرة 2 من المادة 5 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الموقع في عمان في أول أوت سنة 1996، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 97-103 مؤرخ في 05 أفريل سنة 1997، ج.ر.ج.ج.، عدد 20، مؤرخ في 06 أفريل سنة 1997. أنظر أيضاً: المادة 5 من الاتفاق المبرم بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة جمهورية صربيا متعلق بالترقية والحماية المتبادلين للاستثمارات، الموقع بالجزائر في 13 فبراير سنة 2012، مصادق عليه بمرسوم رئاسي رقم 13-334 مؤرخ في 30 سبتمبر سنة 2013، ج.ر.ج.ج.، عدد 49، مؤرخ في 2 أكتوبر سنة 2013.

<sup>7</sup> - تبنت العديد من الدول المتقدمة صيغة "هال" التي أعلن عنها لأول مرة وزير الخارجية الأمريكي "كورديل هال" في رسالة وجهها إلى نظيره المكسيكي، بعد تأميم المكسيك لشركات النفط الأمريكية في عام 1936. وقد اعتبر "هال" أنّ القانون الدولي يشترط لإقرار مشروعية نزع الملكية أن تكون مصحوبة بتعويض "سريع وكاف وفعال". أنظر:

DE NANTEUIL ARNAUD, Droit international de l'investissement, Op.cit., p. 348; & YANNACA-SMALL (C.), «Indirect expropriation and the right to regulate in international law», [OECD working papers on international investment](#). - Paris: OECD, ISSN 1815-1957, ZDB-ID 2149736-9. - Vol. 4, 2004, p. 2.

بالنسبة إلى التحول من نزع الملكية المباشرة إلى نزع الملكية غير المباشرة، فقد تمّ فهم نزع الملكية في أصلها على أنها انتهاك قانوني مباشر من طرف الدولة المضيفة يضع حداً للاستثمار<sup>8</sup>. وهكذا، يبدو أنه في الشرط المتعلق بنزع الملكية الوارد في اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين ألمانيا وباكستان سنة 1959، والتي تعتبر أول اتفاقية استثمار ثنائية بالمعنى الدقيق، قد تمّ فيها تصور نزع الملكية المباشرة فقط<sup>9</sup>، وذلك نتيجة تعرض الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة لها خلال هذه الفترة للتأميم. وقد تسبب التدبير في تأثر العلاقات بين الأطراف المتعاقدة في مجال الاستثمار، ممّا أدى إلى ظهور شروط الاستقرار التي تبدو أكثر شيوعاً في عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية، مع العلم أنّ بعض القوانين الجديدة عند تنفيذها قد تلحق ضرراً بحقوق المستثمرين الأجانب<sup>10</sup>.

يرى الأستاذ Mathieu RAUX أنّ الوسائل القانونية المتبعة للشروع في نزع الملكية تعتمد على تكييف نزع الملكية المباشرة أو التأميم<sup>11</sup>. وبالتالي، فإنّ نزع الملكية للمنفعة العامة يتمّ بموجب قرار إداري صادر من السلطة المختصة طبقاً لنصوص قانونية خاصة<sup>12</sup> تشترط التأكيد على وجود المنفعة العامة، في حين أنّ التأميم يتمّ بعمل تشريعي استناداً إلى نص دستوري أو قانون خاص يستمد أساسه من الدستور. بينما يلاحظ البعض الآخر تراجع اهتمام اتفاقيات الاستثمار الثنائية بالاختلافات الموجودة بين مصطلحي نزع الملكية والتأميم، فهم يؤكدون بأنّ التأميم: "يبدو بالضرورة أنّه ينطلق من خيار سياسي، وحتى أيديولوجي، وهو جزء من إجراء أكثر عمومية للسلطات التي تعمل على هيكلة الاقتصاد الوطني"<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> - من المعلوم أنّ نزع الملكية، مهما كان شكله، يهدف إلى حرمان المستثمر الأجنبي وتقييد سيطرته على ممتلكاته واستغلالها، وهذا ما يعدّ بلا شكّ الإجراء غير المرغوب لدى المستثمرين الأجانب منذ زمن بعيد. أنظر: علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 119.

<sup>9</sup> - BONOMO Stéphane, Les traités bilatéraux relatifs aux investissements: entre protection des investissements étrangers et sauvegarde de la souveraineté des Etats, PUAM, France, 2012, p. 16.

<sup>10</sup> - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 227 و 228.

<sup>11</sup> - RAUX Mathieu, La responsabilité de l'Etat sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements: Etude du fait internationalement illicite dans le cadre du contentieux investisseur-Etat, Thèse de Doctorat en droit international, Université Paris II, 2010, p. 165.

<sup>12</sup> - قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج.، عدد 21 صادر في 08 ماي سنة 1991، معدّل ومتمّم.

<sup>13</sup> - «Il importe danc d'insister sur le fait que la nationalisation a pour effet de transférer définitivement l'ensemble d'une activité (ce que G. Scelle appelle une "competence") au secteur public: pétrole, transports, etc. Ce qui est different d'une expropriation pour cause d'utilité publique, qui aurait par exemple pour effet de déposséder le propriétaire d'un champ d'exploitation agricole pour construire un ouvrage public. L'expropriation n'aurait pas, assurément, pour objet de transférer toute l'activité agricole au secteur public. (...) Il faut encore insister sur le fait que, dans la nationalisation, l'utilisation de la propriété n'est pas modifiée: la propriété ne fait que changer de mains. D'un utilisateur privé, elle passé à l'Etat. Dans l'expropriation, à l'inverse, c'est précisément

ظهرت أمثلة عن نزع الملكية المباشرة، ولاسيما التأميم، خلال حقبة تدويل عقود الدولة<sup>14</sup>، لكن هذه المنازعات لم تعدّ منتشرة اليوم بشكل واسع<sup>15</sup>. ومع ذلك، يشير الفقه إلى وجود اتجاه لدى بعض الدول النامية خاصةً للتراجع عن التأميمات<sup>16</sup>. وهذا الاتجاه تؤكد طلبات التحكيم المعروضة، ولاسيما أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار CIRDI<sup>17</sup>. وعلى أي حال، لا يزال مقدار نزع الملكية المباشرة أو التأميم محدود مقارنةً بنزع الملكية غير المباشرة التي يبدو أنها في تزايد مستمر، وهذا النوع يُعرف أيضاً بما يلي: نزع الملكية الفعلية أو المقنعة، نزع الملكية الزاحفة، التدابير التي لها تأثير يعادل نزع الملكية<sup>18</sup>. إذا لم يكن لإجراء أو تدبير نزع الملكية المباشرة أو التأميم أي غرض آخر غير نزع الملكية، فإنّ نزع الملكية غير المباشرة، والتي تتضمن التدابير المذكورة أعلاه، تؤدي جميعها إلى آثار تشبه إلى حد بعيد تلك

pour modifier l'utilisation de la propriété que celle-ci est acquise par l'Etat: auparavant exploitation agricole, après aufrage public. Il est encore possible d'ajouter que la nationalisation est une mesure d'ordre général, quand l'expropriation prend la forme d'une mesure individualisée». DE NANTEUIL ARNAUD, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, édition A. Pédone, Paris, 2014, pp. 14-15.

<sup>14</sup>- لمزيد من التفصيل أنظر: إقولي محمد، المرجع السابق، ص 350-361.

= TOUSCOZ (J.), «La nationalisation des sociétés pétrolières françaises en Algérie et le droit international», RBDI, vol. 8, 1972, pp. 482-502.

<sup>15</sup>- Bernadus Henricus Funnekotter et autres c. République Zimbabwe, sentence du 22 avril 2009, CIRDI affaire n° ARB/05/6, § 96-124. consultable sur:

<http://italaw.com/documents/ZimbabweAward.pdf>; Waguih Elie George Siag et Clarinda Vecchi c. Egypte, sentence du 1 juin 2009, CIRDI, n° ARB/05/15, § 427-444, consultable sur: [http://italaw.com/documents/WaguihElieGeorgeSiag-AwardDissentingOpinion\\_002.pdf](http://italaw.com/documents/WaguihElieGeorgeSiag-AwardDissentingOpinion_002.pdf)

<sup>16</sup>- BASTID BURDEAU (G.), «Nationalisations: le retour», in Le droit international économique à l'aube du XXIème siècle. En hommage aux professeurs Dominique Carreau et Patrick Juillard, CERDIN, Pédone, Paris, 2009, pp. 257-261.

<sup>17</sup>- واجهت فنزويلا ما يقارب عشرين طلب تحكيم بين عامي 2007 و 2011، عقب انتهاج حكومتها سياسة واضحة المعالم ضد الاستثمار الأجنبي، تتجلى من خلال إجراءات التأميم ونزع الملكية التي اتخذتها، ومن بين هذه الطلبات تم التخلي عن طلب واحد. أنظر في صفحة المركز CIRDI على الموقع الإلكتروني:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtisRHEtactionVal=ListPending>

<sup>18</sup>- لمزيد من التفصيل حول موضوع نزع الملكية، أنظر:

LEBEN Charles, «La liberté normative de l'Etat et la question de l'expropriation indirecte», in: Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: nouveaux développements, sous la direction de LEBEN Charles, édition LGDJ, Anthémis, Paris, 2006, pp. 163-183; MANCIAUX Sébastien, «Les mesures équivalentes à une expropriation dans l'arbitrage international relatif aux investissements», in: Où va le droit de l'investissement? Désordre normatif et recherche d'équilibre, sous la direction de HORCHANI Ferhat, Editions A. Pedone, Paris, 2006, pp. 73-94; DE NANTEUIL ARNAUD, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Op.cit., pp. 9-13; DOLZER (R.), «Indirect expropriation: new development», N. Y.U. Environmental law journal, vol. 11, 2002, p. 64; FORTIER (Y.), DRYMER (S.), «Indirect expropriation in the law of international investment I know it when I see it, or caveat investor», ICISD Review F.I.L.J. vol. 19, 2004, pp. 293-327.

المرتتبة عن نزع الملكية المباشرة. كما تُبين الممارسة الاتفاقية المستقرة بين الدول أنّ أحكام نزع الملكية تشمل كلا الشكلين، المباشر وغير المباشر<sup>19</sup>، حيث تبدو شروط تحقيق مثل هذا النوع من نزع الملكية غير المباشرة ثابتة إلى حد ما في الاجتهاد القضائي. وعليه، فقد لاحظ الأستاذ Mathieu Raux أنّ إثبات شرطين اثنين ضروري لتحديد مدى وجود نزع الملكية غير المباشرة، وهما: شرط تأثير التدبير المتنازع عليه على ممتلكات المستثمر الأجنبي، وهو شرط لا غنى عنه. وشرط الهدف الذي يسعى إليه التدبير، وهو شرط ليس أجنبياً على عملية تكييف هذا التدبير المتنازع عليه دون أن يكون أساسياً<sup>20</sup>.

## 2- تحديد حالات نزع الملكية غير المباشرة

نظراً لأنّ قواعد نزع الملكية لها محتوى اقتصادي بحت، فإننا نعتبر أنّه من المناسب، في دراسة التدابير المماثلة لنزع الملكية، البدء بالتحقق فيما إذا كان هناك حرمان من الملكية، أو ما إذا كانت مجرد خسارة، وبمجرد اكتمال هذه الخطوة، تأتي دراسة الإجراء الذي كان من شأنه أن يؤدي إلى إنهاء الاستثمار<sup>21</sup>. وهذا سيسمح إمّا بتأكيد نزع الملكية غير المباشرة أو تبرير مشروعية تصرف الدولة، وبالتالي تقليل التعويض أو عدم منحه<sup>22</sup>.

بشكل تقريبي، يجب الأخذ أولاً بمعيار التأثير الاقتصادي لنزع الملكية غير المباشرة على الاستثمار<sup>23</sup>. وهذا لا يعني إطلاقاً استبعاد المعايير القانونية الأخرى عند تحديد ما إذا كان هناك نزع ملكية غير مباشرة أم لا، ولكن يجب دائماً أن نضع في اعتبارنا أنّ نزع الملكية هو في جوهره حرمان من الملكية، مهما كان شكله. والقيام

<sup>19</sup> - من الشائع جداً العثور على نص نموذجي متعلق بشرط نزع الملكية، محرّر كما يلي: "لا يجوز لأي طرف، بشكل مباشر أو غير مباشر، تأمين أو نزع ملكية استثمار قام به مستثمر لطرف آخر في أراضيه، أو اتخاذ إجراء مماثل لتأمين أو نزع ملكية مثل هذا الاستثمار". وهذا النموذج ورد على سبيل المثال لا الحصر، في كل من معاهدة ميثاق الطاقة (المادة 13)، واتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية ALNA (المادة 1110 (1)) ومعاهدة التجارة الحرة، والتي أتبعها في ذلك بشكل كامل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار بما فيها تلك التي أبرمتها الجزائر مع العديد من الدول.

<sup>20</sup> - RAUX Mathieu, Op.cit., pp. 167-169.

<sup>21</sup> - للدولة الحق في إنهاء الاستثمار عندما تقوم عادة بعمل قانوني يتمثل في إصدار قرار أو قانون بنقل ملكية المشروع الاستثماري إليها، ثم القيام بعمل مادي يتمثل في الاستيلاء على المنشأة ومنع المستثمر الأجنبي من الدخول إليها، ممّا قد يؤدي إلى إخراجها من أراضيهما. أنظر: خالد محمد الجمعة، "إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي: الطرق، المشروعية، الشروط"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، 1999، ص 75 و 76.

<sup>22</sup> - لا يمكن أن يشكل النشاط التنظيمي للدولة نزاعاً للملكية، لأنّه نتيجة طبيعية لسلطة الدولة غير المتنازع عليها في إحداث انتهاكات معينة لحق الملكية الخاصة، إذا كانت ضرورية لحسن سير المرفق العام. فقط الانتهاك المبرر الذي يهدف للمصلحة العامة، على الرغم من طبيعته التمييزية أو التعسفية، وحده القادر على استبعاد مسؤولية الدولة. أنظر:

DE NANTEUIL ARNAUD, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Op.cit., p. 325.

<sup>23</sup> - DUPUY Pierre-Marie et RADI Yannick, «Le droit de l'expropriation directe et indirecte», in: Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational, sous la direction de LEBEN Charles, Editions A. Pedone, Paris, 2015, pp. 399-408.

بخلاف ذلك يمكن أن يؤدي إلى العثور على نزع الملكية في كل مكان، وخاصة تلاشي نطاق الالتزامات الدولية الأخرى المستمدة من اتفاقيات الاستثمار الثنائية<sup>24</sup>. وبالتالي، لا تعتبر أي خسارة اقتصادية يشكو منها المستثمر الأجنبي نزع للملكية، حتى وإن كان لها آثار جانبية سلبية، بل يجب أن تؤدي الإجراءات القانونية المعنية إلى نزع الملكية، أو الحرمان، أو إنهاء الاستثمار<sup>25</sup>.

على سبيل التوضيح، اعتبرت محكمة التحكيم في قضية Tecmed ضد المكسيك سنة 2003، أن نزع الملكية غير المباشرة تفترض مسبقاً أن يكون المستثمر: "قد حرم بشكل جذري من الاستغلال الاقتصادي لاستثماره..."<sup>26</sup>. كما قرّرت محكمة التحكيم في قضية RFCC ضد المغرب سنة 2003 أنه لوجود نزع غير مباشر للملكية، يجب أن يكون للتدابير المعنية "آثار وخيمة تقلل و/أو تلغي الفوائد المتوقعة شرعاً من استغلال الحقوق الخاضعة للتدبير المذكور إلى الحد الذي يجعل من امتلاك هذه الحقوق غير ضروري"<sup>27</sup>.

أخيراً، يمكن الاستشهاد بقضية Glamis ضد الولايات المتحدة سنة 2009، والتي صادقت فيها المحكمة على أهمية الأثر الاقتصادي في نزع الملكية غير المباشرة، مؤكدةً أن: "(...) التدابير محل الشكوى لم تتسبب في إحداث تأثير اقتصادي كاف على المشروع الضخم للتأثير في نزع ملكية استثمار الطرف المدعي"<sup>28</sup>. ويمكن أيضاً الاستشهاد بالاجتهاد القضائي للعديد من القضايا التي تُذكر بأنّ الإنهاء الاقتصادي للاستثمار شرط لا غنى عنه لنزع الملكية، بشكل مباشر أو غير مباشر<sup>29</sup>. ومن وجهة نظر قانونية، فإنّ المهمة

<sup>24</sup>- BONOMO Stéphane, Op.cit., pp. 140-142.

<sup>25</sup>- يجب أن يكون نزع الملكية قد أدى إلى فقدان مصلحة اقتصادية كبيرة للاستثمار. ونتيجة لذلك، لا يمكن أن تشكل القيود الطفيفة ومجرد المضايقات الإدارية والتدخلات الأخرى غير المهمة نزع ملكية غير مباشرة. أنظر:

OSTROVE Michael, «La clause relative à l'expropriation: L'imbrication du concept d'attentes légitimes dans la notion d'expropriation indirecte», R.G.D.I.P., n°: 1, 2015, pp. 199-203.

<sup>26</sup>- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. México, sentence du 29 mai 2003, CIDRI n° ARB (AF)/00/2, § 115, consultable sur: [ita.law.uvic.ca/documents/tecnicas\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/tecnicas_001.pdf)

<sup>27</sup>- Consortium RFCC c. Royaume du Maroc, sentence du 22 Décembre 2003, CIRDI n° ARB/00/6, §69, consultable sur: [http://italaw.com/documents/ConsortiumRFCC-Award\\_000.pdf](http://italaw.com/documents/ConsortiumRFCC-Award_000.pdf)

<sup>28</sup>- Glamis gold, Ltd. c. Etats-Unis d'Amérique, sentence du 8 juin 2009, CNUDCI, § 536, disponible sur: <http://ita.law.uvic.ca>

<sup>29</sup>- Metalclad Corporation c. México, sentence du 30 aout 2000, CIRDI n° ARB (AF)/97/1, §§103-104, consultable sur: <http://italaw.com/documents/MetalcladAward-English.pdf>; Fireman's Fund Insurance Company c. Mexique, sentence du 17 juillet 2006, CIRDI n° ARB(AF)/02/1, § 176, consultable sur:

<http://italaw.com/documents/FirmansFinalAwardRedacted.pdf>; Telenor Mobile Commc'ns A.S. c. Hongrie, sentence du 13 septembre 2006, § 79, CIRDI n° ARB/04/15, consultable sur: [http://italaw.com/documents/Telenorv.HungaryAward\\_002.pdf](http://italaw.com/documents/Telenorv.HungaryAward_002.pdf)

وفي قضية Telenor أعلنت المحكمة عن عدم اختصاصها للنظر في دعوى نزع الملكية غير المباشرة، لأنها قُدمت بعد انتهاء المواعيد الإجرائية. غير أنّ ذلك لم يمنع المحكمة من إبداء رأيها في نزع الملكية، إذ لاحظت أنّ الخسائر التي تكبدتها شركة Telenor لم تصل إلى حد يشكل نزع للملكية، وأنّ حكومة الأرجنتين لم تصدر أي من ممتلكات المستثمر.

LG&E c. Argentine, sentence du 3 octobre 2006, § 200, CIRDI n° ARB/02/1, consultable sur: [http://italaw.com/documents/ARB021\\_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf](http://italaw.com/documents/ARB021_LGE-Decision-on-Liability-en.pdf); Biwater Gauff

الرئيسية هي تحديد ما إذا كان الغرض من التدابير الحكومية هو المصلحة العامة<sup>30</sup>، وإذا كان هذا هو الحال، فلن نكون بديهيًا أمام فرضية نزع الملكية. وبالتالي، يترتب على ذلك أن بعض التدابير قد تؤثر على الاستثمار دون أن تشكل نزع للملكية بسبب طابعها المبرر<sup>31</sup>.

في قضية Feldman سنة 2002، اشتكى المستثمر الأمريكي أن المكسيك، أثناء استخدام تشريعاتها، رفضت تعويضه عن الضرائب التي كان سيدفعها بلا حق. ودون تجاهل التدابير الحكومية التي قد تجبر الشركة على التوقف عن العمل، لم تقبل محكمة التحكيم مطالبات المستثمر لأن الدولة لها الحرية في التصرف الواسع بما يخدم المصلحة العامة من خلال حماية البيئة، والأنظمة الضريبية الجديدة أو المعدلة، منح أو سحب الإعانات الحكومية، وتخفيض أو زيادة في مستويات الرسوم الجمركية وما شابه ذلك<sup>32</sup>. وبالتالي، وصف التدابير الحكومية على أنها مماثلة أو غير مماثلة لنزع الملكية باستخدام المعايير القانونية المتعلقة بالطبيعة التمييزية للتدابير، وطبيعتها التعسفية أو المعقولة أو حتى التناسبية، هو أمرًا ثابتًا في المنازعات القائمة بين الدولة والمستثمر الأجنبي<sup>33</sup>.

(Tanzanie) Limited c. République de Tanzanie, décision du 24 juillet 2008, CIRDI n° ARB/05/22, § 510, consultable sur: <http://italaw.com/ducoments/Biwateraward.pdf>; Suez c. Argentine, CIRDI n° ARB/03/17, ARB/03/18 et ARB/03/19, sentence du 30 juillet 2010, § 134, consultable sur: <http://italaw.com/documents/SuezinterAguaDecisiononLiability.pdf>; El Paso Energy International Company c. République d'Argentine, sentence du 31 octobre 2011, CIRDI n° ARB/03/15, § 299, consultable sur: [http://italaw.com/ducoments/El\\_Paso\\_v.\\_Argentina\\_Award\\_ENG.pdf](http://italaw.com/ducoments/El_Paso_v._Argentina_Award_ENG.pdf)

<sup>30</sup> - Sur la question de l'intérêt général voir l'étude de: ELBOUDOUHI Saida, «L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements», AFDI, C.N.R.S., Paris, 2005, pp. 542-563. & DE NANTEUIL ARNAUD, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Op.cit., pp. 377-379.

<sup>31</sup> - BROWNLE (I.), Principles of Public International law, 7th ed., Oxford, Clarendon Press, 2008, p. 532. & DUPUY Pierre-Marie et RADI Yannick, Op.cit., p. 401.

<sup>32</sup> - Mavin Roy Feldman Karpa c. Mexique, sentence du 16 Décembre 2002, CIRDI n° ARB(AF)/99/1, §§ 103-105, consultable sur: [http://italaw.com/ducoments/Feldman\\_mexico-award-english.pdf](http://italaw.com/ducoments/Feldman_mexico-award-english.pdf)

<sup>33</sup> - على سبيل التوضيح، في قضية ADC ضد المجر سنة 2006، كان من المفترض أن يقوم المستثمر الأجنبي، من خلال شركة يحكمها القانون المحلي، بانجاز محطة جديدة لمطار بودابست. ومع ذلك، لم يتم انجاز هذا البناء لأن المجر، بمجرد بدء الاستثمار، غيرت العقد والتشريع في مجال النقل وعلى الأخص إدارة الطيران المدني، مما أدى في نظر المحكمة لنزع الملكية غير المباشرة. ففي الواقع، فيما يتعلق بحق المجر في التنظيم، لاسيما في حالة تطلعها للانضمام إلى الجماعة الأوروبية بافتراض مطابقة القانون المحلي لقانون الجماعة، فإن المحكمة دون إنكار وجود مثل هذا الحق أعربت أنه لم يكن مطلقاً، وأن هذه القيود كانت مفروضة بموجب القانون الدولي، بالنظر إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين المجر وقبرص سنة 1989. وفيما يتعلق بالمخاطر التنظيمية، رأت المحكمة أنه يتعين على المستثمر تحمل مثل هذه المخاطر مع توقع معاملته بإنصاف وتلقي تعويض مناسب. أنظر الحكم الصادر في قضية:

ADC Affiliare Limited et ADC & ADMC Management Limited c. République d'Hongrie, centence du 2 Octobre 2006, CIRDI n° ARB/03/16, §§ 423-444, consultable sur: <http://italaw.uvic.ca/ducoments/ADCvHungaryAward.pdf>

من المؤكد أنّ التناسب<sup>34</sup> معيار لقياس مشروعية نزع الملكية. وعلاوة على ذلك، يبدو أنّ الحجج المؤيدة لمدى تناسب التدبير مستوحاة من الاجتهادات القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان والمحاكم الداخلية في مسائل نزع الملكية، فهي حجج أصبحت أكثر شيوعاً<sup>35</sup>. ومن المؤكد أيضاً أنّ التناسب عنصر يمكن أن يساعد على تحديد ما إذا كان التدبير عبارة عن نزع للملكية أم لا، حتى لو كان يتعلق بشكل أكثر بالمعاملة العادلة والمنصفة، فلا جدال في مناقشته، لاسيما أنّ بعض قضايا التحكيم تشهد بشكل غير مباشر على تطبيق خاصية التناسب<sup>36</sup>.

مهما كان الأمر، تجدر الإشارة إلى أنّ السؤال الشائك المتعلق بنزع الملكية غير المباشرة يتم الإجابة عنه في مرحلتين. أولاً، البحث عن تحديد الحالات التي من خلالها يتمّ قياس ما إذا كانت نتيجة التدابير الحكومية تشكل فعلاً نزع للملكية أم لا، فهي تتعلق بمسألة إنهاء الاستثمار أو الآثار المالية للتدبير على المستثمر. ثانياً، البحث عن الوصف القانوني للتدابير الحكومية المؤدية إلى مثل هذه الحالة، بحيث يتمّ تأكيد نزع الملكية غير المباشرة أم لا. فمن الممكن أن يكون سلوك الدولة المضيئة مبرراً، وهو ما يعني أنه لا يمكن دفع تعويض للمستثمر الأجنبي عن الأضرار الجانبية التي تسببها الإجراءات القانونية<sup>37</sup>.

<sup>34</sup>- Le principe de proportionnalité peut défini comme le «rapport équitable ou raisonnable entre deux termes en fonction de critères choisis. En particulier dans la relation fins/moyens, une conduite doit satisfaire au critère d'une relation raisonnable entre le but envisagé et le moyen employé». SALMON Jean, Dictionnaire de droit international public, éd. Bruylant, Bruxelles, 2001. Cité par: DE NANTEUIL ARNAUD, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Op.cit., p. 390.

<sup>35</sup>- على الرغم أنّ هذا الاتجاه لا يزال مُهمش نسبياً في اجتهاد القضاء التحكيمي، إلا أنّ المحاكم في المنازعات المتعلقة بنزع الملكية غير المباشرة، تعتمد على مبدأ التناسب الذي تمّ تأسيسه وتطويره بشكل خاص من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان لتقييم مشروعية التدبير الحكومي على ممتلكات المستثمر الأجنبي. أنظر:

KINGSBURY (B.), SCHILL (S.), «Public Law Concepts to Balance investor's Rights with State Regulatory Actions in the Public interest – The concept of Proportionality», International Investment Law and Comparative Public Law, SCHILL (S.), éd. Oxford, 2010, = pp. 79-85; & DE NANTEUIL ARNAUD, L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement, Op.cit., p. 389.

<sup>36</sup>- Tecmed c. Mexique (2003), Op.cit., § 122; LG&E c. Argentine (2006), Op.cit., § 194;

مؤخراً، قامت محكمة التحكيم باختبار التناسب كما يلي: "يجب أن تكون الدولة قادرة على إثبات: (1) أنّ المستثمر قد تسبب في حدوث ضرر جسيم؛ و/أو (2) وجود خرق صارخ أو مستمر للعقد/القانون ذي الصلة بما يكفي لتبرير العقوبة المفروضة؛ و/أو (3) أنّه، لأسباب تتعلق بالردع والحكم الراشد، ينبغي فرض عقوبة مشددة، على الرغم من أنّ الضرر الذي حدث في حالة معينة قد لا يكون خطيراً". أنظر الحكم الصادر في قضية:

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. République de l'Equateur, décision du 5 Octobre 2012, CIRDI n° ARB/06/11, § 386, consultable sur: <http://italaw.com/sites/default/files/case-ducoments/italaw1094.pdf>

<sup>37</sup>- Diana Ximena Correa Angel, La stabilité juridique dans le Droit international des investissements: étude sur le cadre juridique de l'investissement international, Thèse de doctorat en droit public, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2012, p. 229.

## ثانياً: علاقة الاستقرار القانوني بقواعد نزع الملكية

بما أنّ مسألة نزع الملكية تركز بشكل كبير على الآثار الفردية والاقتصادية للتدابير الحكومية، فإنّ المجال الذي تتركه لتدخل الاستقرار ينحصر في حماية عملية الاستثمار والحقوق الناتجة عنها، والتي تنشأ لاسيما في حالة التأميم أو نزع الملكية المباشرة (1). ومثل هذه الحالة موجودة أيضاً في نزع الملكية غير المباشرة. وإلى جانب الأهداف المتوخاة في كلا الفرضيتين، يلاحظ وجود نقاط اتصال عديدة بين نزع الملكية غير المباشرة والاستقرار القانوني. ويمكن تفسير ذلك من خلال الأهمية التي يمنحها نزع الملكية غير المباشرة لدراسة التدبير الحكومي وعموميته وخصائصه القانونية الأخرى (2).

### 1- انتهاك الاستقرار القانوني أساس نزع الملكية المباشرة والتأميم

يؤدّي الطابع الفردي لإجراء نزع الملكية، والذي تتخذه الدولة بإرادتها المنفردة، إلى المساس بالاستقرار القانوني. ففي قضية Bernadus ضد زيمبابوي سنة 2009، رفع مستثمرون هولنديون دعوى تحكيم ضد زيمبابوي، بناءً على انتهاك أحكام نزع الملكية في اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين هولندا وزيمبابوي. وفي هذه القضية، اشتكى المزارعون الهولنديون من تغييرات في القواعد القانونية في مجال الزراعة تصل إلى حد نزع الملكية غير المباشرة<sup>38</sup>. ومع ذلك، نظراً للنطاق العام للتدابير التي أدت إلى تعديل في القطاع الزراعي، والتي لا تشمل فقط التغييرات التشريعية ولكن أيضاً التغييرات الدستورية، فضلاً عن الهدف الملحوظ لنزع الملكية، فنحن مقتنعون بأنّها كانت بالفعل عبارة عن تأميمات<sup>39</sup>.

يبدو أنّ محكمة التحكيم قد سارت أيضاً في هذا الاتجاه منذ ذلك الحين، ودون التوقف لتحديد ما إذا كانت التدابير تشكل حرمان من الملكية أم لا، فمن البديهي أنّ تركّز المحكمة جهودها بشكل مباشر على مسألة التعويض المستحق للمستثمرين<sup>40</sup>، فهذا المثال يكشف عن الاستقرار القانوني. وعلى الرغم من التغييرات القانونية من المحتمل أن تخلق حالات من عدم الاستقرار القانوني، فإنّ الأهم في نزع الملكية، لاسيما عندما تكون مباشرة، هو الاضطراب الكلي للحقوق الناتجة عن عملية الاستثمار، وبمجرد أن يصبح نزع الملكية المباشر واضحاً، يتمّ فقط حساب تخصيص الأصول للمستثمر الأجنبي<sup>41</sup>.

<sup>38</sup>- Bernadus et autres c. République Zimbabwe (2009), Op.cit., § 40.

<sup>39</sup>- قوانين الاستثمار ليست بالضرورة سريعة الزوال؛ فمن المعتاد أن يحتفظ قانون جديد صراحة بالمزايا الممنوحة للاستثمار بموجب القانون السابق. وهذا ما أشارت إليه المادة 22 من قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2016، والتي تنص على ما يلي: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". قانون رقم 16-09، يتعلق بترقية الاستثمار، السابق الذكر.

<sup>40</sup>- Bernadus et autres c. République Zimbabwe (2009), Op.cit., § 98-112.

<sup>41</sup>- من أجل حماية حقوق ومصالح المستثمر الأجنبي، تحاول الدولة المضيفة التوفيق بين مصلحتها في استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية والتزامها بالتعويض عن الأضرار التي من المحتمل أن تُحدث اضطراب في حقوق المستثمر، جراء المراجعات أو إصدار وتطبيق القوانين الجديدة. أنظر: إقلولي محمد، المرجع السابق، ص 248.

نظراً لأنّ تدبيراً واحداً يكفي لنزع ملكية المستثمر الأجنبي بشكل مباشر، فإننا لا نسعى إلى دراسة تدبير نزع الملكية في حد ذاته - فهو واضح بما فيه الكفاية - ولكننا نسعى إلى ملاحظة مدى الآثار السلبية على الاستثمار والطريقة التي يجب بها التعويض إذا لزم الأمر. وعلاوة على ذلك، قد يكون هناك العديد من الإجراءات القانونية التي تنزع بشكل مباشر ملكية المستثمر دون أن يكون في حالة عدم الاستقرار القانوني، لأنّه لا شيء يتغير في النظام القانوني في حد ذاته، ما دام أنّها لم تؤدي إلى انتهاك شرط الاستقرار، فقط تمّ تعديل في حقوق المستثمر. وقد كان هذا ما حدث في قضية Siag & Vecchi ضد مصر سنة 2009، حيث تمّ نزع ملكية المستثمرين الإيطاليين نتيجة العديد من التدابير والقرارات والمراسيم الحكومية التي اتخذتها مصر، سواءً على المستوى الوزاري أو الرئاسي<sup>42</sup>.

بعبارة أخرى، فإنّ عدم الاستقرار الذي يهيم في نزع الملكية المباشرة هو أمر ذاتي بحت، يتعلق بحرمان المستثمر من حقوقه. ومع ذلك، فإنّ هذا اختزال بعض الشيء لظاهرة الاستقرار القانوني، والتي ينبغي أن تُفهم بطريقة أوسع بكثير. والسبب في ذلك بسيط، ففي حالات نزع الملكية المباشرة يفقد موضوع الاستقرار أو عدم الاستقرار فائدته ويتمّ استيعابه من خلال نزع الملكية، لذلك سيكون من التعسف إضافة نظريات أخرى إلى قانون الاستثمار الدولي الذي يتطور باستمرار، والذي غالباً ما يشار إليه بعدم الاستقرار<sup>43</sup>.

## 2- عدم استقرار القانون على أساس نزع الملكية غير المباشرة

يكن عدم استقرار النظام القانوني في أصل نزع الملكية غير المباشرة. ومع ذلك، يبدو أنّ لعدم الاستقرار القانوني تأثير كبير على نزع الملكية غير المباشرة<sup>44</sup>. فليس من الضروري فقط قياس الأثر الاقتصادي للتدابير الحكومية، ولكن أيضاً قياس طبيعة ونطاق وأغراض الإجراءات القانونية التي تؤدي إلى مثل

(التي توفيت أثناء مباشرة Vecchi والسيدة Siag - قرار صادر عن محكمة التحكيم في الموضوع سنة 2009 في قضية السيد (الإجراءات) ضد مصر. وقد صدر قرار بشأن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 11 أبريل سنة 2007، بموجب اتفاقية حماية الاستثمار المبرمة بين إيطاليا ومصر، والتي استند إليها القرار. وعليه Siag يتعلق بتحديد جنسية السيد فقد جنسيته المصرية عندما حصل على الجنسية الإيطالية، ممّا مكّنه من رفع دعوى تحكيم Siag قرّرت محكمة التحكيم أنّ السيد ، التي تمتلك Vecchi ووالده Siag ضد مصر على أساس هذه الاتفاقية. تدور حيثيات هذه القضية حول خلاف نشأ بين السيد من أسهم شركة مصرية متخصصة في التنمية السياحية، والحكومة المصرية، نتيجة قرار السلطة التنفيذية في % أكثر من 95 مصر بتأميم الأرض التي بدأ فيها إنجاز المشروع التابع للمستثمرين. أنظر الحكم الصادر في قضية:

Siag et Vecchi c. Égypte (2009), Op.cit., § 27-87.

<sup>43</sup> - Diana Ximena Correa Angel, Op.cit., pp. 117-118.

<sup>44</sup> - يتفاهم تأثير شرط الاستقرار على نزع الملكية غير المباشرة، والمتربط عن السلطة التنفيذية للدولة المضيفة، عندما يتمّ توضيح العقد الذي نتج عنه اتفاقية ترقية وحماية الاستثمار، والتي يشار إليها على أنّها "معاهدة شاملة"، والتي غالباً ما تكون اتفاقية استثمار ثنائية، أو اتفاقية تجارة حرة أو اتفاقية شراكة اقتصادية أخرى تتضمن أحكام حماية الاستثمار. أنظر:

TITI Catharine, «Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement: une entrave au pouvoir normatif de l'Etat d'accueil», Revue LexisNexis JurisClasseur-J.D.I., n°: 2, 2014, p. 551.

هذه الآثار التي تحرم المستثمرين من ممتلكاتهم<sup>45</sup>. ونزع الملكية غير المباشرة يحافظ على روابط وثيقة مع استقرار القانون، ومنذ البداية، نستنتج أنّ حالات عدم استقرار القانون تؤدي إلى حالات نزع الملكية<sup>46</sup>. فمن الواضح أنّ المستثمرين قد يجدون أنفسهم أمام نزع ممتلكاتهم في أعقاب فترات تضخم القواعد القانونية. وبالتالي، فإنّ حالات التضخم القانوني التي تُفهم على أنّها تجاوز لحق الدولة في التنظيم القانوني بسبب اللوائح الجديدة أو التغييرات القانونية، يتم الاعتراف بها على أنّها ذات أهمية كبيرة في تحديد نزع الملكية غير المباشرة<sup>47</sup>.

يمكن القول أنّ نزع الملكية غير المباشرة تتميز بشكل عام بعدة تدابير تؤدي إلى إنهاء عملية الاستثمار، فهي ليست تدبيراً واحداً موضع تساؤل، بل على العكس من ذلك، هناك عدة تدابير إذا أخذت ككل فإنّها تنزع ملكية المستثمر الأجنبي. وقد أثارت محكمة التحكيم في قضية Azurix سنة 2006 نقطة مفادها أنّ: "الخطوات التراكمية التي لا يمكن وصفها بشكل فردي بأنّها تدبير نزع الملكية قد يكون لها تأثير معادل لنزع الملكية التام"<sup>48</sup>. وحتى إذا لم تعتبر محكمة التحكيم في قضية Enron سنة 2007 أنّه كان هناك نزع غير مباشر للملكية، فقد وافقت على أنّ: "نزع الملكية غير المباشرة أو الزاحفة يمكن أن تنشأ عن أنواع عديدة من التدابير والتي يجب تقييمها في آثارها التراكمية"<sup>49</sup>. ويترتب على ذلك أنّ وجود العديد من الإجراءات القانونية أو التغييرات ذات الطبيعة التنظيمية، هو الذي يشكل نزع ملكية غير مباشر، في حين أنّها تعتبر غير كافية لتشكيل فعل دولي غير مشروع، فنزع الملكية غير المباشرة وعدم استقرار القانون لهما هنا نفس القيمة تقريباً. هناك نقاط اتصال أخرى بين عدم الاستقرار القانوني ونزع الملكية غير المباشرة. فإنّ شروط نزع الملكية تصاغ عادة من حيث شرعية مثل هذا الفعل، فهو لا يُحظر بشكل صارم، حتى لو كان من المرغوب فيه احترام ممتلكات الأفراد، وبالتالي تُفرض شروط معينة لنزع الملكية حتى لا تندرج ضمن الأفعال غير المشروعة دولياً، كما يمكن للدولة نزع الملكية إذا كانت التدابير المتخذة لهذه الغاية مستوحاة من أسباب المصلحة العامة<sup>50</sup>. لذلك، فإنّ عمومية التدابير الحكومية لا تزال موجودة في نزع الملكية غير المباشرة وعدم الاستقرار القانوني.

<sup>45</sup> - OSTROVE Michael, Op.cit., pp. 206-207.

<sup>46</sup> - يؤكد الاجتهاد التحكيمي أنّه إذا كانت الدولة قد التزمت من خلال شرط الاستقرار، فإنّ التراجع عن التزامها بتعديل تشريعاتها يمكن اعتباره نزع للملكية. وهذا التأكيد يشير إلى وجود ارتباط وثيق بين انتهاك الاستقرار ونزع الملكية. أنظر:

TITI Catharine, Op.cit., p. 553.

<sup>47</sup> - ROBERT-CUENDET Sabrina, «Crise ou renouveau du droit des investissements internationaux?: Réflexion sur l'objet des mécanismes de protection des investisseurs étrangers», Revue générale de droit international public, Vol. 120, n° 3, 2016, p. 559.

<sup>48</sup> - Azurix Corporation c. Argentine, sentence du 14 juillet 2006, CIRDI n° ARB/01/12, § 308, consultable sur: <http://ita.law.uvic.ca/documents/AzurixAwardJuly2006.pdf>

<sup>49</sup> - Enron Creditors Recovery Corp., Ponderosa Assets, L.P. c. Argentine, sentence de l'annulation du 30 juillet 2007, CIRDI n° ARB/01/13, § 244, consultable sur: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0299.pdf>

<sup>50</sup> - قد يثبت في القانون الدولي أنّ الدولة، التي تجسد المصلحة العامة وتتصرف وفقاً لها، يمكن أن تنزع الملكية الخاصة بشكل غير مباشر دون ترتيب مسؤوليتها الدولية، فهي تشكل أحد شروط مشروعية هذا الفعل. أنظر:

DUPUY Pierre-Marie et RADI Yannick, Op.cit., p. 401.

وبالإضافة إلى المعايير الأخرى للتكييف القانوني للتدابير سواءً أكانت مماثلة أو غير مماثلة لنزع الملكية، مثل الطبيعة غير التمييزية وغير التعسفية والمشروعة والتناسبية للتدابير، فهي تشكل أيضاً جزءاً من محتوى الاستقرار القانوني<sup>51</sup>.

على الرغم من أوجه التشابه التي لوحظت بين قواعد نزع الملكية غير المباشرة والاستقرار القانوني، فإن حقيقة أنّ الأولى أكثر دقة وتهدف إلى حماية ممتلكات المستثمرين تدل على اختلافات مع الاستقرار القانوني. ومن المؤكد أنّ هذا الأخير يهدف إلى عملية الاستثمار، والتي قد تؤثر في النهاية على ممتلكات المستثمرين، أو حتى الحقوق الناتجة عنها<sup>52</sup>. ومع ذلك، فإنّ مصلحة الاستقرار القانوني تتمثل في أنّه يتعلق بعملية الاستثمار التي لا تعتبر فردية، ولكن باعتبارها جزءاً من النظام القانوني بأكمله والذي تدرج فيه العملية. وبالتالي، يتم دمج عملية الاستثمار في نظام قانوني وتتبع تطورات هذا الأمر كعنصر منه<sup>53</sup>.

إنّ المثل العليا المتمثلة في التناسق وعدم تجزئة القانون هي التي تبرّر دمج عملية الاستثمار في النظام القانوني للدولة المضيفة. لذلك، فإنّ نزع الملكية لا تزال تركز بشكل كبير على وضع الاستثمار، في حين يمكن أن يكون للاستقرار تأثير بشكل عام على كل من حقوق المستثمر الأجنبي والنظام القانوني للاستثمار ككل<sup>54</sup>. هناك ملاحظة أخيرة يمكن الاقتناع بها بخصوص هذه الاختلافات، فقد يتطلب نزع الملكية حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه في استثماره أو ممتلكاته، ممّا يعني القضاء على هذه العمليات بسبب نزع الملكية. وبالتالي، فإنّ الخسائر الاقتصادية التي لا تتوافق مع نزع الملكية قد تكون، من ناحية أخرى، نتيجة لحالة من عدم الاستقرار القانوني. وبهذه الحجة، قرّرت محكمة التحكيم، في قضية Enron سنة 2007، أنّه على الرغم من عدم وجود أدلة تؤكد وجود نزع الملكية غير المباشرة، فقد كانت التأثيرات الاقتصادية نتيجة المعاملة غير العادلة وغير المنصفة من جانب الدولة، فضلاً عن انتهاك هذه الأخيرة لتعهداتها باحترام الالتزامات المكتسبة تجاه المستثمرين<sup>55</sup>. لذلك فإنّ حالة عدم الاستقرار القانوني وآثارها تبدو أكثر عمومية من تلك الخاصة بنزع الملكية، بما في ذلك غير المباشرة.

<sup>51</sup> - Diana Ximena Correa Angel, op.cit., p. 232.

<sup>52</sup> - ROBERT-CUENDET Sabrina, Op.cit., pp. 575-576.

<sup>53</sup> - TITI Catharine, Op.cit., p. 554.

<sup>54</sup> - لا تنطبق الالتزامات التي تعهدت بها الدولة المضيفة تجاه المستثمر الأجنبي فقط على استقرار عقود الاستثمار ومدى تأثيرها على حقوقه، ولكن أيضاً على بعض الأحكام التشريعية الخاصة بعدم خرق هذه الالتزامات. أنظر:

Diana Ximena Correa Angel, op.cit., p. 233.

<sup>55</sup> - أكدت المحكمة في هذه القضية أنّ هناك خرق للمعاملة العادلة والمنصفة من خلال قيام الدولة بالتغييرات التشريعية غير المتوقعة. وبالتالي، فإنّ مخالفة التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي، ولاسيما بسبب عدم استقرار البيئة القانونية، يؤدي بحكم الواقع إلى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة. أنظر في ذلك قضية:

Enron c. Argentine (2007), Op.cit., § 268.

## خاتمة

في الختام، نستنتج أنّ قواعد نزع الملكية، سواءً كانت مباشرة أو غير مباشرة، تحمي فقط الاستقرار القانوني لحقوق المستثمرين الأجانب. وبالتالي، فإنّ معاملة الاستقرار القانوني الذي يمتد إلى جميع القوانين بشكل عام، والذي يُفهم على أنّه نظام قانوني يتجاوز حقوق المستثمرين الأجانب من خلال قواعد نزع الملكية، هي كلها مثل تلك الحماية التي تمنحها بنود التغطية أو البنود الشاملة في إطار الاتفاقيات الثنائية للاستثمار *clauses de couvertures*، فهي تظل حماية جزئية غير كاملة للاستثمارات الأجنبية. وعليه، يجب تحديد ما إذا كانت الالتزامات الدولية الأخرى تشمل جميع القضايا التي يثيرها الاستقرار القانوني، بما أنّ النظام القانوني غير المستقر سيكون له بالضرورة آثار سلبية على حقوق المستثمرين الأجانب. كما يجب من أجل حماية الاستقرار القانوني أن يتخذ شكل تعهد من طرف الدولة المضيفة، حيث يمكن للمستثمر الأجنبي جعله قابلاً للتنفيذ دولياً وفقاً للقواعد المتعلقة بنزع الملكية، وغيرها من الالتزامات الدولية الأخرى. ومع ذلك، فإنّ كل أمثلة الحماية المشار إليها غير كافية أو جزئية، لأنّ موضوع الحماية والاستقرار لهما نفس الأهمية.