المجلد الثاني - الإصدار السابع عشر
تأريخ الإصدار: 20 مارس 2021م

المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات
International Journal of Research and Studies Publishing
ISSN: 2709-7064

نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر للمنفعة العامة

Foreign Investments Indirect Expropriation for Pubic Interest

إعداد: الباحث/ أشرف مصطفى عثمان مصطفى

باحث دكتوراه في القانون، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية

1441هـ -2021م

Email: ashraf_mm88@yahoo.com

ملخص البحث:

يتناول البحث محاولة إيجاد آلية نظامية لتعيين الحد الفاصل بين الإجراءات التنظيمية العامة التي تصدرها الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، والإجراءات الماسة بحقوق وجوهر هذه الاستثمارات، والتي يمكن أن تصل لحد الاعتداء على ملكية هذه الاستثمارات والتأثير السلبي على فوائدها أو إدارتها، كما يتطرق البحث إلى بيان الآثار المترتبة على هذه التفرقة لا سيما من حيث إلزامية سداد التعويضات المستحقة للمستثمرين الأجانب المتضررين من هذه الإجراءات أو عدم أحقيتهم في التعويض، طالما كان تَدَخُل الدولة المضيفة يندرج تحت طائفة الإجراءات التنظيمية العامة في المجالات العامة التي تسعى لتحقيق المنفعة العامة لمواطني هذه الدولة، خاصةً إذا ما تعلقت هذه الإجراءات باعتبارات المصلحة العامة، ومن هذه المجالات؛ المحافظة على الصحة والسلامة العامة، والأمن والنظام العام، والحفاظ على البيئة وحقوق الحيوان، وغيرها من المجالات العامة الأخرى.

ويُمكِن القول إن نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر من المفاهيم غير المؤكَدَة التي أثارت نقاشات عديدة في قانون الاستثمار الدولي، وذلك فيما يتعلق بتحديد الإجراءات التنظيمية العامة التي يترتب عليها التعويض وتلك التي لا يترتب عليها تعويضات للمستثمر الأجنبي الذي تَضَرَّر منها، وكذلك فيما يتعلق بإقامة التوازن بين مصالح المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار، بيد أن الفقه القانوني الدولي تَمَكَّن من صياغة نظريتين يُمكِن من خلالهما تفسير الإجراءات التي تتخذها الدول في مواجهة المستثمرين الأجانب، وعما إذا كانت هذه الإجراءات تُشَكِّل نزعاً غير مباشر لملكية المستثمر الأجنبي بالنظر إلى تأثير هذه الإجراءات على الاستثمار وبالتالي يستحق عنها تعويضات من جانب الدولة المضيفة للاستثمار (Sole

(Effect Doctrine، أم أنها تندرج تحت سُلطة الدولة في تنظيم شؤونها الداخلية العامة من خلال اللوائح والقرارات الهامة التي تتخذها الدولة لتحقيق المصلحة العامة، حتى ولو صاحبها ثمة تأثيرات على المستثمر الأجنبي، فيما يُعرَف في الفقه الدولي بمبدأ سُلُطات الدولة (Police Powers Doctrine)، وسوف نقوم بتسليط الضوء على ماهية ومُكَوِّنات هذين المبدأين لتحديد طبيعة الإجراءات المختلفة التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، وعما إذا كانت تُعَد إجراءات تنظيمية عامة أم تُعتَبَر إجراءات نازِعَة للملكية، والتعويضات المستحقة للمستثمرين الأجانب المتضررين جراء هذه الإجراءات.

الكلمات المفتاحية: الاستثمارات الأجنبية، المنفعة العامة، نزع الملكية غير المباشر، التعويض، سُلُطات الدولة المضيفة.

Foreign Investments Indirect Expropriation for Pubic Interest

Research Abstract:

The research deals with the attempt to find a systematic mechanism to set the boundary between general regulatory procedures issued by host countries for foreign investments, and procedures affecting rights and essence of these investments, which may reach the limit of assaulting the ownership of these investments and the negative impact on their benefits or management. The research also deals with a statement of the effects. The consequences of this distinction, especially in terms of the compulsory payment of compensation owed to foreign investors affected by these measures or their lack of entitlement to compensation, as long as the host country's interference falls under the spectrum of general regulatory measures in public fields that seek to achieve public benefit to its citizens, especially if These measures related to public interest considerations, and from these fields, Maintaining public health and safety, public security and order, environmental preservation, animal rights, etc.

It can be said that expropriation of indirect foreign investments is one of the uncertain concepts that have arisen many discussions in international investment law,

in relation to determining the general regulatory measures that result in compensation and those that do not entail compensation to the foreign investor who was harmed by them, as well as with regard to establishing a balance between the interests of investors and the hosting countries for the investment, however, international jurisprudence has been able to formulate two theories through which it is possible to explain the measures taken by states in against foreign investors, and whether these measures constitute an indirect expropriation of the foreign investor's ownership in view of the impact of these measures on the investment and thus deserves It has compensations on the part of the host country for investment (Sole Effect Doctrine), or does it fall under the state's authority to regulate its public internal affairs through regulations and important decisions taken by the state to achieve the public interest, even if the foreign investor has damaged, in what is known in international jurisprudence Under the principle of Police Powers Doctrine, we will shed light on the components of these two principle to determine the nature of the different measures taken by the host countries of foreign investments, whether they are considered general regulatory measures or are considered expropriated measures, and the compensation owed to foreign investors which affected by these measures.

Keywords: Foreign Investments, Public Benefit, Indirect Expropriation, Compensation, Host State Police Powers.

مقدمة: -

تُؤَكِّد كافة الدساتير والمواثيق والاتفاقيات الدولية، على أن حق الملكية الخاصة مصونٌ كقاعدة عامة سواء للأشخاص الطبيعية والاعتبارية الوطنية كانت أو الأجنبية. بيد أن، ثمة استثناءات على هذه القاعدة العامة يأتي من بينها نزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميم، والمُصادَرَة، والاستيلاء، إلى غير ذلك من صور تقييد أو أخذ حق الملكية الخاصة. كما يُؤَكِد الواقِع العملي، فحوى ومضمون هذه الاستثناءات التي تَرِد على حق الملكية، بيد أنه في الوقت ذاته، يَتَجلى دور الدول بشأن المساعي التي تبذلها لتشجيع تَدَفُق الاستثمارات الأجنبية اليها من أجل تحفيز النمو الاقتصادي، وخلق مزيد من فرص العمل، وتقليص الفقر، وزيادة قدرتها التنافُسية في الأسواق العالمية، بالإضافة الى الحاجة الماسة لأساليب التقنية الحديثة التي يمتلكها المستثمرون الأجانب وإدخالها في أسواق العمل لا سيما في الدول النامية.

ومن الجدير بالذكر إن الدول المضيفة للاستمارات الأجنبية قد تقوم بنزع ملكية الاستثمارات الأجنبية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، إلا أن النمط الأخير لنزع الملكية بات أكثر وقوعاً من الناحية العملية، كأحد وسائل الحفاظ على السمعة الاستثمارية والتجارية لهذه الدول.

ومن الجدير بالذكر إن، نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر من المفاهيم غير المؤكَدَة التي أثارت نقاشات عديدة في قانون الاستثمار الدولي، وذلك فيما يتعلق بتحديد الإجراءات التنظيمية العامة التي يترتب عليها التعويض وتلك التي لا يترتب عليها تعويضات للمستثمر الأجنبي الذي تَضَرَّر منها، وكذلك فيما يتعلق بإقامة التوازن بين مصالح المستثمرين والدول المضيفة للاستثمار[1]، بيد أن الفقه القانوني الدولي تَمَكَّن من صياغة نظريتين يُمكِن من خلالهما تفسير الإجراءات التي تتخذها الدول في مواجهة المستثمرين الأجانب، وعما إذا كانت هذه الإجراءات تُشَكِّل نزعاً غير مباشر لملكية المستثمر الأجنبي بالنظر إلى تأثير هذه الإجراءات على الاستثمار وبالتالي يستحق عنها تعويضات من جانب الدولة المضيفة للاستثمار (Sole Effect Doctrine)، أم أنها تندرج تحت سُلطة الدولة في تنظيم شؤونها الداخلية العامة من خلال اللوائح والقرارات الهامة التي تتخذها الدولة للمصلحة العامة، حتى ولو صاحبها ثمة تأثيرات على المستثمر الأجنبي، فيما يُعرَف في الفقه الدولي بمبدأ سُلُطات الدولة (Police Powers Doctrine).

أهمية البحث:

لا شك أن أهمية كل بحث تَرتَبِط بقدر اتصاله بالواقع، وإسهامه في حل مشكلة ما يُعاني منها الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية بصفة خاصة، أو الدول بصفة عامة. وأهمية هذا البحث، تأتي في إطار مُحاولة الباحث تأصيل إطار عام لمسألة نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر، والتي تَتَطلَع – على مَر العصور- إلى توفير الحماية القانونية اللازمة للاستثمارات الأجنبية، آخذين بعين الاعتبار حق الدولة المُضَيِفَة في ممارسة دورها الرقابي على مختلف الأنشطة والأغراض التي يتم ممارستها من قبل المستثمرين الأجانب.

مشكلة البحث:

تظهر صعوبة هذا البحث في حداثته، لقلة الدراسات السابقة المتعمقة في هذا الموضوع خاصةً من الناحية الدستورية والإدارية. وتَكمُن **اشكالية هذا البحث** في كفالة أقصى درجة من الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية، مع منح الدول المضيفة للاستثمارات المرونة الإجرائية اللازمة، لحماية حقها المُعتَرَف به دولياً في التنظيم لتصريف شؤونها العامة، أو لحماية اقتصادياتها الوطنية حين التعامل مع المستثمرين الأجانب،

(1) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, Central European University, 2017, p.1.

وذلك من خلال التوفيق بين هاتين المصلحتين المتعارضتين مع عرض معايير ترجيح أيٍ منهما، مع تمييز الإجراءات التنظيمية العامة التي تَتَخِذها الدولة المضيفة والتي يترتب عليه تعويض المستثمر الأجنبي المُتَضَرِر، عن غيرها من الإجراءات التي تكون غير قابلة للتعويض، وشرح المعايير التي يُمكِن تطبيقها للتمييز بين هاتين الطائفتين بالدقة اللازمة.

منهجية البحث:

حَرِصنا في بحثنا على اتباع المنهج العلمي التحليلي والتأصيلي، من خلال دراسة النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث، ومن ثم الوقوف على مضامين هذه النصوص وتحليل واستنباط أحكامها، فضلاً عن أنه قد تم تحليل الأحكام القانونية التي وَرَدَت في اتفاقيات الاستثمار والتجارة الدولية ذات الصلة بالموضوع، ولم يَفوتنا تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالقرارات القضائية، على القدر الذي توافَر لدينا، سواء كانت وطنية أم مُقارَنَة، وذلك في إطار الاعتماد كذلك على المنهَج التطبيقي.

خطة البحث:

سنحاول، في هذا البحث إلقاء الضوء على مفهوم نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر " Indirect Expropriation" وعرض المحاولات الفقهية للتوصُل إلى تعريف مُحَدَّد لهذا المفهوم (المطلب الأول) والذي سنقسمه على فرعين؛ المفاهيم الأساسية للالتزام بالتعويض عن نزع الملكية غير المباشر (الفرع الأول)، والمعايير المُستَخدَمَة لتحديد وقوع نزعاً غير مباشر للملكية (الفرع الثاني)، ثم نُتبِع ذلك بتسليط الضوء على المبادئ الفقهية الشائعة لنزع ملكية الاستثمارات الأجنبية بصورة غير مباشرة (المطلب الثاني)، بعرض مبدأ التأثير الفردي للإجراء على الاستثمار (Sole Effect Doctrine) (الفرع الأول)، ومبدأ سُلُطات الدولة (Police Powers Doctrine) (الفرع الثاني)، ونُنهي البحث بعرض خاتمة متضمنة أبرز ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات.

المطلب الأول

مفهوم نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر

Indirect Expropriation

نزع الملكية في اللغة العربية، هو أخذ الشيء بقوة السُلطان دون رضا صاحبه، وامتلاك السلطة لما في يد شخص قانونًا للنفع العام لقاء تعويض[1]،

(1) قاموس معجم المعاني الجامع، متاح على الرابط الالكتروني التالي، والذي تمت زيارته بتاريخ 2019/6/15م.

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%86%D8%B2%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9/

ويُعَرَّف كذلك بأنه نزع الملكية الخاصة من قبل الدولة في أغلب الأحيان دون تعويض وافٍ وهي ممارسة كانت تقوم بها الأنظمة الشيوعية[1]، ونزع الملكية في اللغة الإنجليزية "expropriation" هو التصُرف الصادِر من جانب الدولة أو السلطة لأخذ الملكية من مالكها للاستخدام أو المنفعة العامة، أو هو تجريد شخص ما من ملكيته[2]، ويَتَبَلوَر مفهوم نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر في بعض صور الإجراءات التي قد تتخذها الدولة المُضيفَة للاستثمار والتي تتجاوز سُلُطاتها وترتقي إلى مستوى نزع الملكية. ومع ذلك، فقد واجهت محاكم التحكيم صعوبات عملية في التمييز بين الإجراءات التي يجب تعويض المستثمرين الأجانب عنها، وتلك التي لا تُلزِم الدولة بأداء ثمة تعويضات بسببها للمستثمر الأجنبي، وهنالك أنواع عددية ومتنوعة من الإجراءات التي تتخذها الدولة والتي من المُحتَمَل أن تُشَكِّل نزعاً غير مباشر للملكية، ومن هذه الإجراءات؛ الإجراءات المُساوية لنزع الملكية " Measures Tantamount to Expropriation »، والإجراءات التنظيمية لأخذ الملكية"Regulatory Takings " وتَقَدُم أو تَتَابُع الإجراءات التنظيمية "Creeping Expropriation"[3]، فيما يُعرَف بنزع الملكية الزاحِف، وهو نوع من أنواع نزع الملكية غير المباشر، والذي يتم خلاله حرمان المستثمر من استثماره عن طريق سلسلة من الإجراءات وتجميع آثارها[4]. وفي هذا السياق قد أخذت محاكم التحكيم بفكرة نزع الملكية الزاحف في قرارات عديدة، إذ أشارت إليه محكمة التحكيم في قضية شركة (Generation Ukraine Inc.) بقولها إنه "شكل من أشكال نزع الملكية غير المباشرة يتميز بخاصية زمنية،

بما يُشير إلى أن الحالة وفقاً له تتكون من سلسلة من الإجراءات المنسوبة إلى الدولة ويتم اتخاذها على مدى فترة من الزمن وتبلُغ ذروتها بالوصول إلى نزع الملكية"[5]. ومن الجدير بالذكر إن نزع الملكية غير المباشر الحاصل بهذه الطريقة يتسم بالتدرج في الإجراءات التي يتم اتخاذها من جانب الدولة المضيفة، والتي تؤثر بطريقة تراكمية على جوهر الاستثمار الأجنبي وتواجده ومقدرته على الاستمرار، لحين بلوغ نزع الملكية بصورة كاملة بعد سلسلة من هذه الإجراءات.

---

(2) قاموس المعجم الوسيط، متاح على الرابط الالكتروني التالي، والذي تمت زيارته بتاريخ 2019/6/15.

https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/%D9%86%D8%B2%D8%B9--%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9/

(3) هذا التعريف متاح على الرابط الإلكتروني، https://www.lexico.com/en/definition/expropriation.

(4) Isakoff Peter, Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments (2013). Global Business Law Review, Vol. 3, No. 2, 2013, PP.193.196, Avalable at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2394980.

(1) Shain Corey, BUT IS IT JUST ? THE INABILITY FOR CURRENT ADJUDICATORY STANDARDS TO PROVIDE "JUST COMPENSATION" FOR CREEPING EXPROPRIATIONS, Fordham University School of Law, Posted : 19 Sep 2013, p.984.

(2) د. أحمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2020م، ص.55.

ويُمَثِل نزع الملكية أخطر انتهاك لحقوق الملكية الخاصة، وفي ذات الوقت يُعَبِر بوضوح عن مُمارسة الدولة لحقوقها السيادية على إقليمها، ويُعَرَّف في قانون الاستثمار الدولي بأنه، السحب الرسمي لحقوق الملكية لصالح الدولة أو الأفراد الذين يتم تعيينهم من جانب الدولة[1]، كما يُعرَّف نزع الملكية بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبراً للمنفعة العامة نظير تعويضه عما يناله من ضرر[2]. ويُعرَف كذلك" بأنه العملية التي يتم بمقتضاها نقل ملكية عقار مملوك لأحد الأفراد الى شخص عام، لتحقيق المنفعة العامة، نظير تعويض عادل[3]. كما يُعرَف كذلك بأنه " إجراء إداري، يُقصَد به نزع المال قهراً عن مالكه بواسطة الإدارة، لتخصيصه للنفع العام مقابل تعويض يدفع له[4]. ويُقصَد بنزع الملكية "Expropriation" – من الناحية القانونية – بأنه حرمان مالك العقار من ملكه جبراً عنه للمنفعة العامة أو التحسين، مقابل تعويضه عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا الحرمان، كما يُقصَد بالاستيلاء المؤقت على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة، الاستيلاء الجبري عليها لحين إتمام إجراءات نزع ملكيتها، مقابل تعويض عادل يشمل فترة الحرمان من الانتفاع، الواقعة بين الاستيلاء الفعلي عليها وتاريخ دفع التعويض[5]،

وهو لجوء الإدارة الى الإجراءات القانونية لنزع الملكية، باستصدار قرار بتخصيص العقار للمنفعة العامة، ثم اجراء الحصر، ثم صرف التعويض، وهذه هي الصورة الطبيعية والقانونية لنزع الملكية، وما نقصده عند إطلاق هذا التعبير[6].

وعادةً ما يَحدُث نزعاً غير مباشر للملكية عندما تتحكم الدولة المضيفة للاستثمار بشكل فَعَّال أو تتدخل في استخدام أو التمتع أو الاستفادة من الاستثمار، مما يُقَلِّل القيمة الاقتصادية للاستثمار بدرجة كبيرة، حتى وإن حدث ذلك دون النزع المباشر للملكية. بيد أنه، وحتى الآن لا يوجد تعريف عام مقبول لمصطلح نزع الملكية غير المباشر "Indirect Expropriation"، ويتوقف مدى التحقق من حدوث نزع غير مباشر للملكية من عدمه على وقائع النزاعات، ولغة الاتفاقية، وكيفية تفسيرهما من جانب الجهة المُناط بها تسوية النزاع[7]. وقد

(3) Suzy H Nikièma, Best Practices : Indirect Expropriation. Winnipeg, Canada : International Institute for Sustainable Development, 2012, p.1.

(4) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007م، ص.912.

(5) د. محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة -دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،1988م، ص 5.

(6) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ص 551، مذكور في د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة، مرجع سابق.

(1) د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 1992، ص 9،10.

(2) د. عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 24.

(3) International Institute for Sustainable Development, 5.4.4 Indirect Expropriation (Regulatory Taking), https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/5-investment-provisions/5-4-safeguarding-policy-space/5-4-4-indirect-expropriation-regulatory-taking/.

يتشابه، نوعاً ما، مفهوم نزع الملكية مع الاستيلاء، والذي عَرَفَته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه "نزع المال قهراً عن صاحب اليد عليه، مالكاً كان أو منتفعاً" (1).

ومن خلال ما تقدم، يُمكِن القول بوضوح إن، مُصطَلَح نزع الملكية غير المباشر "Regulatory or Indirect Expropriation" يُعَد نزعاً مُنظَمَاً للملكية عن طريق قيام الدولة المُضيفَة للاستثمار باتخاذ إجراءات تنظيمية عامة معينة، وعلى سبيل المثال إصدار قوانين أو لوائح أو قرارات، تكون نتيجتها المباشرة، فقدان المستثمر الأجنبي (المالك) القدرة على السيطرة على استثماره أو إدارته أو الاستفادة من عوائده وذلك دون أن يكون هناك انتقال لحق الملكية، أي أن حق الملكية يظل لدى المالك ولا ينتقل إلى الدولة المُضَيِفَة للاستثمار أو لغيرها من الجهات العامة بها. بيد أن، المالك أو المستثمر الأجنبي لا يكون قادراً على الاستمرار في إدارة استثماراته والسيطرة عليها، ويبدو من الواضح، ثمة تعارض بين مصلحتين مختلفتين؛ أما المصلحة الأولى فهي حق الدولة المضيفة للاستثمار في تنظيم كافة شؤونها الداخلية والتي تتمثل في تحقيق المصلحة العامة والرفاهية لمواطنيها وصيانة الأمن والنظام العام وتحقيق متطلبات السلامة والصحة العامة وكذلك اتخاذ كافة الإجراءات والتدابير المتعلقة بحماية البيئة وغيرها من المجالات الأخرى الهامة والتي تُحَقِق أغراض المصلحة العامة،

والمصلحة الأخرى هي المصلحة الخاصة بالمستثمر الأجنبي والتي تتمثل في ضمان حماية موضوعية للمستثمر الأجنبي تتمَثَّل في عدم الإضرار باستثماراته من خلال الإجراءات المُتَخَذَة من جانب الدولة المضيفة للاستثمار.

وجدير بالذكر إن، حق نزع الملكية حقاً مُقَرَّرَاً للدولة المضيفة للاستثمار ومُعتَرَف به دولياً، وعلى ذلك، فإن اتفاقيات الاستثمار لا تمنع الدول من اتخاذ إجراءات نزع الملكية، والقيود التي تستطيع أن تفرضها هذه الاتفاقيات هي؛ ألا تكون إجراءات نزع الملكية؛ إجراءات تمييزية بطبيعتها، ويجب أن يتم اتخاذها للمصلحة العامة، مع مراعاة الإجراءات الواجبة والسليمة قانوناً، فضلاً عن ضرورة تعويض المستثمر الأجنبي عن الخسارة التي تعرض لها جراء هذه الإجراءات، مع تحديد بعض الضوابط الخاصة بتعويض المستثمر الأجنبي المضرور. وتَجدُر الاشارة إلى إن، تدخل السلطة العامة في الدولة لنزع الملكية الخاصة أو تقييدها هو إجراء عرفته كافة الأنظمة القانونية منذ العصور السابقة، بصرف النظر عن العقائد و"الأيديولوجيات" السائدة، فحتى الأفكار الرأسمالية التقليدية القائمة على تقديس الملكية الفردية بوصفها حقاً طبيعياً للإنسان، لم تَحُل مع ذلك دون الاعتراف للدولة بالقدرة على نزع الملكية الخاصة بصفة نهائية في حالات معينة ولدواعي المصلحة العامة(2).

(4) د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة، مرجع سابق، ص.10.

(1) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002م، ص 1.

ولما كان ما تقدم، يُعَد قاعدة عامة في هذا الصدد، فإن ثمة صعوبات وتوترات مُعَقَدَة تُعاني منها الدول المضيفة للاستثمار، وتظهر هذه التوترات والصعوبات في ثلاثة مجالات رئيسية وهي؛ أولاً: أن الدول المضيفة ولا سيما النامية منها تكون بحاجة ماسة إلى رأس المال الأجنبي، ولا تمتلِك عادةً المصادر المالية لتعويض المستثمرين الأجانب عن النتائج الضارة للوائح ذات الصلة بتحقيق المصلحة العامة، ثانياً: قد يؤدي اعتماد تعريف مُوَسَّع لنزع الملكية غير المباشر إلى موقف يُمكِن فيه اعتبار كافة الإجراءات الضارة بالمستثمر الأجنبي والمُتخَذَة من جانب الدولة المضيفة للاستثمار أنها نزعاً غير مباشر للملكية وذلك بغض النظر عن الأسباب التي أدت إلى اتخاذ مثل هذه الإجراءات[1]، ثالثاً: قد تضطر الدولة المضيفة للاستثمار إلى اتخاذ إجراءات ضارة بالمستثمر الأجنبي وفقاً لالتزاماتها الدولية، وعلى سبيل المثال؛ الالتزامات المتعلقة بصحة الانسان، وحقوق العمال، والحقوق البيئية. وعلى الرغم من أن الدولة المضيفة تؤدي ثمة التزاماً دولياً عليها، إلا أنها في الوقت ذاته تتخذ إجراءات تُهَدِّد بعض الاستثمارات الأجنبية أو تُقَلِّل من معدلات الربحية لديها والذين يتصل نطاق أعمالهم بمحل هذه الالتزامات الدولية. بيد أن، الدولة تجد نفسها مُلزَمَةً بأداء تعويضات للمستثمرين الأجانب المُتَضَرِرين حين قيامها بالوفاء بالتزاماتها الدولية الأخرى في مجال حقوق الانسان وحقوق العمال والحقوق البيئية وغيرها. وبإيجاز،

تَتَطَلَع الدول المضيفة إلى حماية المصلحة العامة وتأدية التزاماتها الدولية من خلال إصدار مجموعة من اللوائح أو التعليمات لا يُمكِن وفقاً لها السعي للحصول على تعويض، وبالتالي يكون التحدي القائم هو تحديد مجموعة من المعايير التي تَحكُم نزع الملكية غير المباشر، والتي تُمَكِن الدولة من تنظيم شؤونها العامة، دون أن تَلتَزِم بسداد التعويضات لكل استثمار فردي قد تَضَرَّر بسبب هذه الإجراءات. بيد أن، ذلك لا يَعني إطلاق يد الدول المضيفة في إضرار الاستثمار الأجنبي كما تشاء وأن يتم تبرير هذه الإجراءات وفقاً لاعتبارات "المصلحة العامة"، ومن ثم ينبغي أن يكون الهدف تحقيق التوازُن المُناسِب بين المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للمستثمرين الأجانب. ومع ذلك، فإن بنود نزع الملكية التي تظهر في اتفاقيات الاستثمار لا تُوَفِر ثمة استجابة واضحة تتعلق بكيفية تحقيق مثل هذا التوازن[2].

وبناءً على ما تقدم، يَبين ثمة غموض ينتاب تعريف مفهوم نزع الملكية غير المباشر في اتفاقيات الاستثمار الحالية وفي الفقه الدولي الحالي، وما يتخلل ذلك من التعارُض الواضح بين مصلحة الدولة المضيفة المتمثلة في حقها في التنظيم وأداء التزاماتها الدولية (المصلحة العامة) وحق المستثمر في الحفاظ على استثماره وعدم تعرضه لأية مخاطر غير تجارية (المصلحة الخاصة).

(1) وقد ويشمل ذلك الإجراءات التي تتخذها الدولة في مواجهة المستثمر الأجنبي نتيجة الأفعال غير القانونية المُرتَكَبَة من جانبه.

(2) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, March 2012, pp.3.4.

وبذلك، يكون من الأجدر بنا أن نَعرِض للمفاهيم الأساسية للالتزام بأداء التعويض حين نزع الملكية غير المباشر (الفرع الأول)، وعلى الرغم من الأعداد الهائلة لأحكام محاكم التحكيم بشأن مسألة نزع الملكية غير المباشر، فلا زال الخط الفاصل بين نزع الملكية غير المباشر وبين الإجراءات الحكومية التنظيمية العامة - التي لا تتطلب التعويض- لم يُحَدَّد بصورة واضحة، ويعتمد الأمر على وقائع وظروف كل نزاع على حدة، بيد أن ثمة معايير مُستَمَدَة من فحص اتفاقيات الاستثمار الدولية وقرارات محاكم التحكيم الصادرة في هذا السياق، يُمكِن التعويل عليها لتحديد ما إذا كانت إجراءات الدولة المضيفة تُعَد نزعاً غير مباشر للملكية أم لا[1] (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المفاهيم الأساسية للالتزام بالتعويض عن نزع الملكية غير المباشر

مَضَت الإشارة مُسبَقاً إلى عدم وجود تعريف عام مقبول لمفهوم نزع الملكية غير المباشر، كما لا يَتوَفَر ما يُمَيِز هذا المفهوم عن التعليمات العامة الصادرة من الدول المضيفة للاستثمار والتي تكون بطبيعتها غير قابلة للتعويض، وذلك على الرغم من مدى أهمية هذا التساؤل سواء بالنسبة للدول المضيفة للاستثمار أو للمستثمر[2] على حدٍ سواء، نظراً للآثار الهامة التي تترتب على هذا التمييز والتي يأتي من بينها تحديد مدى أحقية المستثمر الأجنبي المتضرر من هذه الإجراءات التعويض من عدمه.

وفي هذا الصدد، يقول Dolzer و Steven إن الخط الفاصل - بالنسبة للمستثمر- بين الإجراءات التي لا تتطلَب تعويض وبين التصرفات الحكومية التي يجري تصنيفها على أنها نزعاً غير مباشر للملكية - والتي تتطلب التعويض- يَتَمَثَل في الفارق بين عبء تشغيل أو عدم ربحية العمل وبين الحق في اقتضاء تعويض كامل، سواء من جانب الدولة المضيفة أو من عقد التأمين، أما بالنسبة للدولة المضيفة فإن التعريف يُحَدِد نطاق سُلطة الدولة في سن تشريعات لتنظيم حقوق والتزامات المالكين في الحالات التي يكون فيها التعويض مُستَحَق. وعلى ذلك، يُمكِن القول إن، الدولة المضيفة للاستثمار يُحظَر عليها اتخاذ مثل هذه الإجراءات – والتي تتطلب تعويضات- في حال عدم قدرتها على تغطيتها من مواردها المالية العامة[3].

(1) Catherine Yannaca-Small, OECD (2004), “"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/780155872321, p.3.

(2) Ibid., p.5.

(1) Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral investment treaties. Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p.99.

وقد قَضَت محكمة التمييز الكويتية بأن نزع الملكية للمنفعة العامة كما يكون بطريق مباشر وذلك باتباع القواعد والاجراءات التي قررها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة الكويتي رقم (33) لسنة 1964م[1]، يُمكِن أن يكون بطريق غير مباشر بضم جهة الادارة إلى المال العام عقاراً مملوكاً لأحد الأفراد دون أن تتخذ الاجراءات التي يوجبها القانون لنزع الملكية، فان هذا الاستيلاء يكون بمثابة غصب يستوجب مسؤوليتها عن التعويض لصاحب الشأن، على أنه يُسَوَّغ لجهة الادارة إلى حين صدور قرار نزع الملكية أو الحكم النهائي بالتعويض أن تَرُد العين المستولى عليها إلى مالكها، اذ أن الملك لازال لصاحبه ولم يرد عليه إلا واقعة مادية هي الغصب وما نجم عنه، ولا يجوز لمالك العقار المُستَوَلى عليه أن يُلزِم جهة الادارة باستبقائه ودفع قيمته الا اذا استحال الرد أو استقر رأى جهة الادارة على أن يكون الاستيلاء على العقار نهائياً[2].

ولعل أحد المعايير المادية الأساسية والمُدرَجَة في جميع اتفاقيات الاستثمار الدولية تقريباً، هو الحماية من خطر نزع الملكية الذي لا يتم التعويض عنه، ومن المبادئ القانونية المستقرة في اتفاقيات الاستثمار الدولية (IIAs) أن " **أي نزع للملكية يجب أن يتم تعويضه** "، وعلى سبيل المثال، نجد أن الفقرة (13) من المادة الأولى من اتفاقية ميثاق الطاقة (ECT) تنص على أن "استثمارات المستثمرين للطرف المُتعاقِد في منطقة طرف مُتعاقِد آخر، لا يجوز أن يتم تأميمها أو نزع ملكيتها أو أن تخضع لإجراءات لها تأثير مساوٍ للتأميم أو نزع الملكية"، وفي ضوء هذا التعريف، فإن اتفاقيات الاستثمار الدولية تُميِّز عادةً بين نوعين من نزع الملكية، أما النوع الأول: نزع الملكية المباشر، والنوع الثاني: هو جميع صور نزع الملكية الأخرى التي تؤثر على جوهر الاستثمار، ولكنها لا تؤدي إلى انتقال الملكية إلى الدولة أو الغير- كما هو الحال في نزع الملكية المباشر-، وهو ما يُصطلَح على تسميته "نزع الملكية غير المباشر"[3]، ويبدو واضحاً أنه قد تم اتخاذ مسألة مدى انتقال حق الملكية - من المستثمر الأجنبي إلى الدولة المضيفة أو الغير كنتيجة لإجراءات نزع الملكية- معياراً جوهرياً في تحديد تصنيف إجراءات نزع الملكية سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة،

(2) القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة الكويتي. مُتاح على الرابط الإلكتروني التالي: https://law.almohami.com/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86--%D8%B1%D9%82%D9%85-33-%D9%84%D8%B3%D9%86%D8%A9-1964-%D9%81%D9%8A-%D8%B4%D8%A3%D9%86-%D9%86%D8%B2%D8%B9-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%84%D9%83%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84/

(3) حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في الطعنين رقمي (98، 103 سنة 99 /مدني) بجلسة 1999/12/13م، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

(1) Markus Perkams, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law, Oxford, UK Press 2010, pp.110.111.

وبالتالي تكون الإجراءات المُتَخَذَة من جانب الدولة المضيفة نزعاً مباشراً إذا ترتب عليها انتقال حق الملكية من المستثمر إلى الدولة أو الغير، أما في حالة استمرار المستثمر في التمتع بحق ملكية استثماره وإدارته، يتم تصنيف الإجراءات على أنها نزعاً غير مباشر للملكية.

وثمة توسع ملحوظا في الحماية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية من خطر نزع الملكية، وقد تَجِد مسألة التوسع سبباً لها في حرص الأطراف المتعاقدة على تشجيع الاستثمارات وزيادة الشعور بالثقة والطمأنينة على استقرار هذه الاستثمارات وحمايتها من المخاطر غير التجارية، وما يترتب على ذلك من زيادة تدفقها والتوسع في المشروعات محلها في الدول المضيفة للاستثمارات، كما هو الحال حين تتخذ الدولة إجراءات التأميم أو نزع الملكية بكامل حريتها على نحو مُميَز ضد الوطنيين، فان مثل هذا المسلك من جانب الدولة يدخل في صميم اختصاصها الداخلي وفقاً لمبدأ حريتها المطلقة في معاملة رعاياها، بل ولعلها تتوخى من وراء ذلك أهدافاً سياسية أو اقتصادية مثل تشجيع الاستثمارات الأجنبية[1]، وقد يبقى هذا التمييز أمراً واقعاً، حيث يُمنَح الأجانب في أغلب الأحيان معاملة أفضل من الوطنيين طالما لم يتم التوصل بعد الى عولمة كلية أو جزئية[2].

ولتحديد المفاهيم الأساسية للالتزام بالتعويض عند نزع الملكية غير المباشر بصورة أدق، سوف نتناول **مفهوم نزع الملكية غير المباشر في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان**، حيث نَجِد أن حماية حق الملكية منصوص عليه في المادة الأولى من البروتوكول الأول من الاتفاقية المؤرَخَة 4 نوفمبر 1950م والتي تنص على أن " (1) لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في التَمَتُع السلمي بممتلكاته، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا للمصلحة العامة، ووفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون، والمبادئ العامة للقانون الدولي. (2) ومع ذلك، لا تَمِس الأحكام السابقة بحالٍ من الأحوال، بحق الدولة في إنفاذ ثمة قوانين تراها ضرورية؛ للسيطرة على استخدام الملكية وفقاً للمصلحة العامة، أو لضمان دفع الضرائب أو مساهمات أو غرامات أخرى".

بيد أن، النص بالكيفية المتقدم بيانها، لا يسمَح بالمزيد من الاستنتاجات بشأن الإجابة على التساؤل الذي مفاده، متى يكون التدخُل - الذي يحرم المالك من ملكيته بصورة رسمية- يتطلب التعويض، والحالات التي لا تُلزَم خلالها الدولة المضيفة للاستثمار بسداد التعويضات للمستثمرين الأجانب المتضررين من الإجراءات التنظيمية العامة. وفي هذا السياق،

(2) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص.56.

(3) د. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية في قانون الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013م، ص.32.

نَعرِض لأهم ما يُثيره نص المادة المنوه عنها وفقاً للأحكام الصادرة من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان (ECHR) وذلك من خلال المحاور التالية؛ أولاً: وجود واجب التعويض، ثانياً: حق الدولة المضيفة في التنظيم، ثالثاً: موقف الفقه الأوروبي من التدخلات الأخرى في حق الملكية. على النحو التالي بيانه.

أولاً: - وجود واجب التعويض.

على الرغم من أن المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، لا تَنُص صراحةً على وجود واجب التعويض عن نزع الملكية، وذلك يُعَد اختلاف جوهري بين أحكام نزع الملكية في الاتفاقية المذكورة وفي اتفاقيات الاستثمار الثُنائية. بيد أن، المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان، ورغم أن نص المادة المذكورة لم يُفصِح بوجود واجب التعويض، فقد اعترفت المحكمة بوجود واجب التعويض، في القضية الرائدة Sporrong and Lonnroth، إذ وصفت المحكمة وجهة نظرها في المادة الأولى من الاتفاقية كما يلي " ينبغي على المحكمة أن تُحَدِّد عما إذا كان هناك توازُن عادل قد تمت مراعاته بين مُتطلَبات المصلحة العامة للمُجتمَع وبين مُتطلَبات حماية الحقوق الأساسية الفردية. ونتيجةً لذلك التحديد فقد تَوَصَلَت المحكمة إلى أن الإجراءات السويدية المعنية لم تُراع إقامة مثل هذا التوازن وقررت المحكمة أن " عقار *Sporrong* قد تحمل عِبءً فردياً مُفرِطاً، والذي يُمكِن اعتباره مشروعاً فقط في حالة إمكانية السعي نحو تقليل المدة الزمنية أو الادعاء بوجود التعويض"[1]. كما قضت محكمة التمييز الكويتية أن التعويض المقابل لنزع الملكية، تقدره لجنة التثمين ويخطر به مُلاك العقار المنزوع ملكيته وكذلك أصحاب الحقوق الظاهرين على العقار للحضور أمام إدارة نزع الملكية للمنفعة العامة لإثبات حقوقهم حتى تقوم الإدارة بتحديد نصيب كل منهم في التعويض، ولكل منهم حق الاعتراض أمام لجنة الاعتراضات، وقرار اللجنة نهائياً غير قابل للطعن فيه بالنسبة إلى تقدير التعويض المقابل لنزع الملكية، أما الاعتراضات المقدمة من غير من سَلَف ذكرهم فإن قرارها لا يكتسب أي حصانة ولا يُرَتِب أي أثر قانوني ويجوز لهم اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بإلغائه ولا يحتج أمامه بنهائية قرارات اللجنة[2]. ومن هنا يُمكِن القول بوجود توافق عام على ثبوت الحق في التعويض عن إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، وتَجدُر الإشارة إلى إن، مُتَطَلَّب التعويض ليس أثراً من آثار قرار نزع الملكية للمنفعة العامة، بقدر ما هو أحد الاشتراطات العامة لشرعية إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة، سواء كان ذلك في قوانين الاستثمار الوطنية، أو يتم إدراجه ضمن مواد اتفاقيات الاستثمار والتجارة الدولية.

(1) Markus Perkams, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law, Oxford, UK Press 2010, p.113.

(1) حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في الطعن رقم (1510 لسنة 2014 إداري/1) بجلسة 2017/12/27م، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

ولعل ما قضت به المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في القضية سالفة البيان، هو ما يُعرَف بمبدأ التناسب، وهو إيجاد توازن بين مصلحتين متعارضتين [1] ، وفي قضية Tecmed V. Mexico حيث رفضت دولة المكسيك تجديد رخصة تشغيل محطة معالجة النفايات الخطرة، فقد رأت المحكمة أن معيار التناسب كان معياراً ضرورياً لإثبات حالة نزع الملكية غير المباشر، وقررت المحكمة أنه يتعين النظر لتحديد عما إذا كانت الإجراءات والتصرفات يُمكِن تصنيفها كنزع للملكية إذا كانت هذه الإجراءات تتناسب مع المصلحة العامة التي يُفترَض حمايتها بهذه الطريقة ومع الحماية القانونية الممنوحة للاستثمارات[2].

وخلاصة القول أن، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان تُقَرِر أن جميع التدخلات في حقوق الملكية أو الإجراءات المُتَخَذَّة يجب أن يتم خلالها مراعاة إقامة توازن عادل بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد، ولا شك في اختلال هذا التوازن في حال تحمُل الفرد عِبء فردي ومُفرِط من أجل تحقيق المصلحة العامة للدولة، وفي حال عدم تعويض الفرد عن الخسارة يكون ثمة انتهاك للمادة الأولى من الاتفاقية [3] ، وعلى ذلك، يبدو من الواضح أن مراعاة مبدأ " التناسب" (Proportionality) إنما يُعَد من المفاهيم الأساسية الهامة للالتزام بالتعويض عن نزع الملكية غير المباشر. وتَجدُر الإشارة إلى إن، محكمة التحكيم بالقضية المذكورة قد وجدت أن، تحديد ما إذا كانت الإجراءات – المتخذة من جانب الدولة- معقولة، إنما يكون ذلك بالمقارنة بين الأهداف التي يتم السعي لتحقيقها، وبين مقدار حرمان المستثمر من حقوقه الاقتصادية وتوقعاته المشروعة، وينبغي أن يكون هناك علاقة تناسُب معقولة بين قيمة الأعباء المفروضة على المستثمر الأجنبي والقصد أو الهدف الذي تبتغيه الدولة المضيفة، تحقيقاً لشرعية إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة[4].

ثانياً: - <u>حق الدولة المضيفة في التنظيم.</u>

كما تقدم القول، في الفقرة الثانية من المادة الأولى من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان، بأن الأحكام المار ذكرها والمُتعَلِقَة بضرورة حماية حق الملكية الخاصة، وأن أي تعرُض لحق الملكية يتَطَلَب تعويض المالك عن الخسارة، وأن الإجراءات التي تتخذها الدول سواء كانت نزعاً مباشراً للملكية أو إجراءات تنظيمية عامة سببت ضرراً للاستثمار،

---

(2) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, op.cit., p.15.

(3) Tecmed V. Mexico, ICSID(ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003, 43 ILM, 2004, para. 122 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf.

(1) Markus Perkam, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law, op.cit., p.113.

(2) د. أحمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، مرجع سابق، ص.90.

مما يتعين على الدول حين اتخاذها لمثل هذه الإجراءات مراعاة تحقيق التوازن العادل بين المصلحة العامة والخاصة للمستثمرين[1]. إلّا أن كل ذلك، لا ينال من حق الدولة الثابت في تنظيم شؤونها العامة، وعلى ذلك يكون ثمة إجراءات أو تصرفات تتخذها الدول المضيفة للاستثمار، ويُمكِن تصنيفها نزعاً للملكية سواء مباشر أم غير مباشر وبالتالي يستحق عنها المستثمر الأجنبي التعويض، وهنالك تصرفات تُصنَّف على أنها إجراءات عامة لا تصل إلى مستوى نزع الملكية، وبالتالي لا يستحق عنها المستثمر الأجنبي التعويض.

وعلى الرغم من أن تأكيد الحماية القانونية اللازمة للاستثمار الأجنبي، لا ينبغي أن يُنقِص من حق الدولة في التنظيم، إلا أن الدولة المضيفة للاستثمار تكون مُقيَدَة بمراعاة عدة عوامل حين ممارسة حقها في التنظيم؛ وكان أحد هذه العوامل مراعاة مبدأ التناسب، فضلاً عن ضرورة مراعاة عدم اتخاذ الإجراءات التنظيمية أو تطبيقها بصورة تمييزية أو تعسُفية، أو أن تكون هذه الإجراءات أو التصرفات متعارضة مع التزامات سابقة للدولة المضيفة للاستثمار. وعلى سبيل المثال، نرى أن قضية "Link Trading V. Republic of Moldova" والتي تتحصل وقائعها في أن المُدَعي قام باستيراد منتجات استهلاكية في المنطقة الاقتصادية الحرة في جمهورية مولدوفا، والتي كانت مُعفاة مبدئياً من رسوم الاستيراد والضرائب، وبعد ذلك أصدرت جمهورية مولدوفا (المُدَعَى عليها) قانوناً يُلزِم الشركات في المنطقة الاقتصادية الحرة بتحصيل الضرائب من المُستهلِكين، وعلى ذلك أقامت الشركة المُدَعِية دعواها، وقد قررت المحكمة في تحليلها لنزع الملكية أن[2]:-

" الإجراءات التنظيمية أضحَت بمثابة نزعاً للملكية عنما وجدت المحكمة أخذاً مُسيئاً، وقد أمعنت الدولة في الإساءة عندما ثَبُت أن الدولة قد تصرفت بصورة غير عادلة وغير مُتكافِئَة في مواجهة الاستثمار، إذ تَبَنَت الدولة إجراءات تعسُفية وتمييزية سواء في طبيعتها أو في طريقة تنفيذها، أو عندما خالفت الدولة التزامها السابق - الذي تعهدَت به- ذات الصلة بالاستثمار"، ووفقاً لهذا التحليل، فقد وجدت المحكمة أن الإجراءات التي اتخذتها الدولة لم تَكُن تنظيمية[3].

ومن هذا المنطلق، يكون من العوامل الهامة أيضاً التي يتعين على الدولة المضيفة للاستثمار مراعاتها حين ممارسة حقها في التنظيم،

(3) Markus Perkam, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law, op.cit., p.114.

(1) "Regulatory measures "become expropriatory when they are found to be an abusive taking. Abuse rises where it is demonstrated that the state has acted unfairly or inequitably toward the investment, where it has adopted measures that are arbitrary or discriminatory in character or in their manner of implementation, or where the measures taken violate an obligation undertaken by the state in regard to the investment."

(2) Isakoff Peter, Defining the Scope of Indirect Expropriation for International, op.cit., pp.194.195.

ألا تكون الإجراءات تعسُّفية أو تمييزية – سواء كان ذلك في اتخاذها أو يتعلق بطريقة تطبيقها- أو مخالفتها لأية التزامات سابقة قد تعهدت بها الدولة المضيفة، حيث أن مخالفة ذلك يُرَتِب مسؤولية الدولة ويَفرِض عليها التزاماً بتعويض المستثمرين الأجانب عن هذه الإجراءات.

ثالثاً: - موقف الفقه الأوروبي من التدخلات الأخرى في حق الملكية.

مَضَت الإشارة إلى أن الفقرة الأولى من المادة الأولى من البروتوكول الأول من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان والحريات الأساسية تَنُص على أن "لكل شخص طبيعي أو اعتباري الحق في التمتع السلمي بممتلكاته، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا للمصلحة العامة، ووفقاً للشروط المنصوص عليها في القانون، والمبادئ العامة للقانون الدولي".

وبناءً على ذلك، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان قد أقرت بوجود نوع ثالث من التدخلات بحق الملكية، والذي ليس له خصائص نزع الملكية (Expropriation) أو التعليمات العامة (Regulation)، وعلى الرغم من أن ذلك يُعَد نوع مُختلِف من التصرفات الحكومية، بيد أن المحكمة لا زالت تُطَبِق بشأن هذه التدخلات الأخرى نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية، ومن ثم تُراقِب المحكمة عما إذا كان هذا التدخل يُراعي التوازن بين المصالح المُتعارِضَة من عدمه أو يُخالِف المادة الأولى من الاتفاقية، ومثالاً على هذه الطائفة من التدخلات الأخرى، نَجِد أن المحكمة في قضية Beyeler V. Italy تُقرِر بأنه لا يُمكِن تصنيف التدخل الحكومي في فئة مُحدَدَة وقد أرجعَت ذلك إلى تعقيد الموقف الواقعي والقانوني للنزاع. [(1)] [(2)]

وفي سياق متصل، أجاز قانون نزع الملكية للمنفعة العامة المصري[(3)] للجهة الطالبة نزع الملكية اتخاذ إجراءات الاستيلاء على العقار المطلوب نزع ملكيته للمنفعة العامة وذلك بطريق التنفيذ المباشر بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه في ذلك، وينشأ لذوي الشأن الحق في التعويض عن استيلاء الجهة العامة على العقار، وذلك كمقابل عن عدم الانتفاع بالعقار من تاريخ الاستيلاء الفعلي وحتى دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية. وقضت محكمة النقض المصرية أن المقرر في قضائها أن استيلاء الحكومة على عقار جبراً عن صاحبه دون إتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية للمنفعة العامة يُعتَبَر بمثابة غصب يستوجب مسؤوليتها عن التعويض،

(1) CASE OF BEYELER V. ITALY (Application no. 33202/96), 5 January 2000, para 106.

(2) Markus Perkam, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law, op.cit., p.115.

(3) القانون رقم (10) لسنة 1990م بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، المنشور بالجريدة الرسمية في عددها (22) تابع بتاريخ 31 مايو 1990م، مُتاح على الرابط الإلكتروني التالي: - https://manshurat.org/node/398.

ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أي عمل غير مشروع له أن يُطالِب بتعويض الضرر سواء ما كان قائماً وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم بما يستتبع تقدير التعويض بقيمة العقار وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه[1].

ويُلاحَظ أن، معيار الإجراء الأقل تقييداً هو أحد المُكوِّنات الرئيسية لمبدأ التناسُب، إلى جانب تحديد عما إذا كانت المصلحة العامة كانت بالفعل الدافع الحقيقي للدولة في اتخاذ الإجراء محل التقييم والفحص. وعلى ذلك، فقد اعتمدت محكمة التحكيم في قضية Azurix V. Argentina على معيار التناسُب، حيث قررت أن " ثمة علاقة معقولة من التناسُب بين الوسائل المُستَخدَمَة والهدف المطلوب إدراكه، وسيغيب هذا التوازُن إذا تحمَّل الشخص المعني عبءً فردياً ومُفرِطاً، ويجب أن يكون الإجراء مُناسِب لتحقيق هدفه، وألا يكون غير مُتناسِب له"[2].

ويَتبَيَن أن أحكام التحكيم الصادرة من مراكز التحكيم الدولية، تَتَطَلَب إجراء موازنة معقولة بين الإجراءات المتخذة من جانب الدول المضيفة للاستثمار، أي بين الإجراء في حد ذاته، والهدف المقصود، والذي يسعى الإجراء أو الدولة المضيفة لتحقيقه، فضلاً عن ضرورة التحقُق من عدم وجود ثمة خيارات أو بدائل أخرى مُتاحة أمام الدولة المضيفة تكون أقل تقييداً أو أقل ضرراً بالمستثمر الأجنبي من الإجراءات التي تم اتخاذها[3].

ويُلاحَظ أهمية مبدأ التناسب أو بالأحرى التحقُق من إقامة التوازُن العادل بين المصالح المُتنافِسَة، وهما المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي، فيما يتعلق، بتكييف التدخُلات الحكومية المختلفة مع الاستثمارات الأجنبية، وعما إذا يُمكِن تصنيفها إجراءات نازِعَة للملكية أم أنها لا تُعَد كذلك، وما يترتب على ذلك بشأن أحقية المستثمر الأجنبي المتضرر من هذه الإجراءات في اقتضاء التعويضات إن كان لها مقتضى.

---

(4) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في الطعن رقم (7902 لسنة 63 قضائية) بجلسة 2002/12/17م، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

(1) AZURIX CORP V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID CASE No. ARB/01/12, AWARD July 14, 2006, p.311, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0061.pdf.

(2) ومن الجدير بالذكر إن، مفهوم التناسُب لا يقتصر على فقه القانون العام فقط، بل تمتد فلسفة التناسُب إلى فروع القانون المختلفة ومنها؛ القانون الجزائي، إذ تَستَنِد فلسفة هذا المبدأ في مجال التشريع الجزائي على إيجاد تناسُب بين مقدار المساس بالحقوق والحريات والقيم العليا والمصالح الاجتماعية التي تُبيح هذا المساس، وبهذه الصلة يتحقق مفهوم الأمن القانوني باعتباره مظهراً من المظاهر المهمة لسيادة القانون، وبدونها يهتز عرش تلك السيادة، وبالتالي تفقد مبررات وجودها. عباس عبد الرزاق مجلي السعيدي، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص، دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2018م، ص.184.

الفرع الثاني

المعايير المُستَخدَمَة لتحديد وقوع نزعاً غير مباشر للملكية

في مستهل الحديث عن المعايير التي يتم الاعتماد عليها للقول بوقوع نزع غير مباشر لملكية الاستثمارات الأجنبية، نود التأكيد على أن حماية الملكية الخاصة تُعَد أحد الأهداف الرئيسة للتشريعات الوطنية بالدول المختلفة، وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الكويتية أن " قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن صيانة الملكية الخاصة هي من المقومات الأساسية للمجتمع، فلا تُنتَزَع عن أحد ملكيته إلا بسبب المنفعة العامة وفي الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضاً عادلاً، عملاً بالمادة (18) من الدستور، واستجابةً لهذه الاعتبارات، أصدر المشرع القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة، وقد أحاط فيه إجراءات نزع الملكية والاستيلاء المؤقت بالضمانات الكافية التي تُحَقِق الصالح العام، وفي نفس الوقت تُحافِظ على حقوق أصحاب العقارات التي تتناولها تلك الإجراءات، مما مقتضاه أنه إذا قامت الإدارة بإضافة عقار على المنفعة العامة دون أن تتخذ الإجراءات التي يُوجِبها قانون نزع الملكية فإن ذلك يستوجب مسؤوليتها عن التعويض"[1].

ويُمكِن القول إن دفع التعويض للمُتَضَرِرين من إجراءات نزع الملكية، هو أثر من آثار تنفيذ قرار النزع، ويُعتبَر كذلك قرينة قانونية وواقعية لمشروعية قرارات نزع الملكية. هذا وقد خَلُصَت محكمة التمييز الكويتية في تحديد ماهية قرار نزع الملكية للمنفعة العامة أنه يُعتَبَر بمثابة إجراء عيني ينصب على العقار ذاته، بصرف النظر عن اسم صاحبه ويخرج به العقار من دائرة التعامل بمجرد صدور قرار نزع الملكية وشهره وإخطار جهة التسجيل العقاري بصدوره، ويُعتَبَر العقار المنزوعة ملكيته من أموال الدولة العامة بتمام هذه الإجراءات، وتنتقل حقوق ذوي الشأن ممن لهم حقوق عينية عليه إلى قيمة التعويض المُستَحَق عن نزع الملكية[2].

وثمة معايير ثلاثة رئيسية للقول بوجود نزعاً غير مباشر للملكية تُستَخدَم من جانب محاكم التحكيم بصورة مُتَكَرِرَة، وهذه المعايير هي؛ معيار التأثير الضار للإجراء، ومعيار التناسُب، ومعيار المصلحة العامة المشروعة أو الهدف المشروع للإجراء، كما يتم استخدام معيار آخر وهو معيار الاستيلاء من جانب الدولة لتحقيق الفائدة، ولكن في حالات أقل من تلك التي تُستخدَم فيها المعايير سالفة البيان. وعلى ذلك، سوف نقوم بفحص هذه المعايير على النحو التالي: -

(1) حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في الطعن بالتمييز رقم (91 لسنة 2003/ مدني)، بجلسة 2005/1/17، مجلة القضاء والقانون عن الفترة من 2005/1/1 حتى 2005/3/31، السنة الثانية والثلاثون، الجزء الأول، وزارة العدل الكويتية، المكتب الفني، يونيو 2007، ص.234.

(2) حكم محكمة التمييز الكويتية الصادر في الطعنين رقمي (779، 788 لسنة 2005/ مدني/3) بجلسة 2009/11/11م، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

أولاً: - معيار التأثير الضار للإجراء Injurious Effect of the Measure:-

يُعْرَّف هذا المعيار بأنه المعيار الحصري للأضرار أو التأثير السلبي على الاستثمار، كما يُعرَف أحياناً بأنه (فقه التأثير الفردي) (Sole Effect Doctrine)، ويُوصَف بأنه يجعل من تأثير الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة، العامل الرئيسي أو العامل الوحيد الذي يُعَوَّل عليه في تحديد مدى وجود نزع للملكية من عدمه[1]، وحيث يُستَخدَم هذا المعيار بصورة متزايدة في الفقه القانوني وفي القضايا القانونية، فعلى ذلك يُمكِن القول أن تأثير الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة على الاستثمار يُعتَبَر المعيار الوحيد لتحديد وجود نزع غير مباشر للملكية، وهذ المعيار يرتَكِز فقط على النتائج المترتبة على إجراء الدولة على مصالح المستثمر الأجنبي، دون الأخذ بعين الاعتبار العناصر الأخرى مثل المصلحة العامة التي يَسعى لتحقيقها مثل هذا الإجراء[2]. ونرى من جانبنا أن، ذلك يُعَد من قبيل المبالغة في الاعتماد على هذا المعيار، إذ يُفَضَل الاعتماد على كافة المعايير وعرض كافة الوقائع المادية للنزاع على هذه المعايير لتحديد مدى وجود نزع للملكية من عدمه، فضلاً عن تحديد درجة التعدي في الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة للاستثمار، لما في ذلك من الوصول إلى نتائج أكثر واقعية ومنطقية فيما يتعلق بمسألة تحديد وجود نزع للملكية من عدمه، وكذلك في تحديد مدى استحقاق المستثمر الأجنبي للتعويض وتحديد مقدار هذا التعويض.

ونظراً لأهمية هذا المعيار، فقد تم استخدامه في العديد من أحكام التحكيم، وهنالك ثلاث قضايا تحكيم رئيسية عَوَّلَت خلالها محاكم التحكيم على هذا المعيار، لدرجة أن هذا المعيار يُسمى بأسماء الأطراف المُدَعيَة في هذه الدعاوى (Tippets – Biloune- Metalclad).

ففي قضية Tippets V. Iran أبان الحكم بصورة واضحة معيار التأثير الضار على الاستثمار، حيث رفض المُحَكِّمون في القضية بصراحة جميع المعايير المُمكِنة قبل استنتاج أن الضرر الذي يُعاني منه المستثمر هو المعيار الأهم، وقد اعتبرت محكمة التحكيم أن باعث الحكومة على اتخاذ الإجراء أقل أهمية من تأثير هذا الإجراء على أصول المالك[3]، بما مؤداه التأكيد على ضرورة الاعتماد على درجة تأثير الإجراء المَعني على الاستثمار.

(1) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, op.cit., p.13.

(2) Arnauld de Nateuil, International Investment Law, Principles of International Law, Edward Elgar Puplishing Limited, UK, 2020, Para 87.90.

(1) Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (Tams) V. Tams-Affa Consulting Engineers of Iran v. Iran, and others, award of June 29, 1984, Iran-U.S. CTR, 6, 1986, pp. 225–226.

وأخذت فقط محكمة التحكيم في قضية Beloune V. Ghana في الاعتبار حقيقة أن ذلك الإجراء تَسَبَّب في إيقاف العمل بصورة لا يُمكِن معها إصلاح المشروع، وذلك بسبب أمر إيقاف العمل وهدم الأشغال واعتقال صاحب العمل (المُدَعي) وترحيله [1].

وفي ذات السياق، دافعت محكمة التحكيم في قضية Metaclad V. Mexico بشكلٍ لا لبس فيه عن مبدأ التأثير الضار، ويَتَضِح ذلك من خلال إطلاق العبارة التالية " محكمة التحكيم ليست في حاجة إلى أن تُقرِر أو أن تأخُذ بعين الاعتبار الدافع أو القصد من اعتماد المرسوم البيئي، وقد أضافت أن نزع الملكية غير المباشر من الممكن أن يَحدُث حتى لو لم يكُن (النزع غير المباشر) بالضرورة من المنافع الظاهرة للدولة المضيفة للاستثمار"[2]، مع مراعاة أن هيئة التحكيم تَطلُب وجود دليل مادي من المستثمر المُتَضَرِر على أن الإجراء قد تسبب في أضرار جسمية ولا رجعة فيها للاستثمار[3].

وعلى ذلك، يتبين أن معيار التأثير الضار للإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة لا يلتَفِت إلى ثمة عوامل أخرى لتحديد حصول نزع الملكية من عدمه، وكل ما في الأمر إعمال أثر هذا المعيار على الاستثمار الأجنبي، والذي يَتَمَثَّل في فحص تأثير الإجراء المَعني والمُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة على الاستثمار.

ثانياً: - معيار تناسُب الإجراء Proportionality of the Measure: -

تَقَدَّم القول في الفرع السابق من هذا المطلب أن، مبدأ التناسُب هو إيجاد توازن بين مصلحتين متعارضتين، وفي قضية Tecmed V. Mexico اعتمدت محكمة التحكيم على ثلاثة عوامل حين تقييم الإجراءات التنظيمية العامة المُتَخَذَّة لحماية المصلحة العامة، وما إذا كانت مُتناسبة مع حجم الأضرار التي لحقت بالمستثمر من عدمه، وهذه العوامل هي؛ أولاً: أن يكون حجم الضرر الذي أصاب الاستثمار كبيراً، وقد لجأ المُحَكِّمون في القضية المذكورة بعد استخدام معيار التأثير الضار إلى موازنة ذلك التأثير الضار مع المصلحة العامة المُتَوَّخاة من الإجراء، وعلى ذلك فإن معيار التناسب لا يُعَد معيار بديل لمعيار التأثير الضار ولكنه مُكَمِّل له. ثانياً: التحقُق من وجود مصلحة عامة حَسَنَة النية، ولا يُطَبَق هذا المعيار على أعمال السيادة في الدولة المُضيفة، باستثناء التعسُف الواضح في استعمال السلطة، ورأى المُحَكِّمون كذلك في القضية المذكورة التحقُق من المصلحة العامة الحقيقية لاتخاذ هذا الإجراء، وفي الحقيقة لم يكن السبب وراء ذلك الرغبة في التدقيق على شرعية الإجراء، ولكن لِفَحص مدى تناسُبِه مع المصلحة العامة الحقيقية المطروحة.

(2) Biloune and Marine Drive Complex Ltd V. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, ad hoc award of October 27, 1989, ILR, vol. 95, 1990, p. 209.

(3) Metalclad Corporation V. Mexico (ARB (AF)/97/1), award of August 30, 2000, para. 111. Available online at http://italaw.com.

(4) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, op.cit., p.14.

ثالثاً: قررت محكمة التحكيم في ذات القضية أنه يتعين أن يكون الإجراء الذي تم اتخاذه من جانب الدولة هو الخيار الوحيد المُتاح أمام الدولة لإدراك المصلحة العامة المطلوبة، أو يكون هو الخيار الأقل ضرراً في حالة وجود عدد من الحلول الفعالة الأخرى[1]. وتَجدُر الإشارة إلى النتائج الهامة التي استخلصتها المحكمة في قضية City of Monterey، حيث اعترفت المحكمة بأن مبدأ التناسُب يلعب دوراً في تحديد العلاقة بين الحكومة والمُلاك، وعلى الرغم من أن مراجعة مبدأ التناسُب كان مُقتَصِرَاً على ثمة وقائع معينة في بحث المحكمة، بيد أنها قد اكتشفت ثمة تهديد لحقوق الملكية الفردية، من خلال إجراءات النزع غير العلنية أو الواضحة، وعلى سبيل المثال شروط التصريح[2].

وقد تَبَيَّن أن أحكام التحكيم الصادرة من مراكز التحكيم الدولية، تَتَطَلَب إجراء موازنة معقولة بين الإجراءات المتخذة من جانب الدول المضيفة للاستثمار، أي بين الإجراء في حد ذاته، والهدف المقصود، والذي يسعى الإجراء أو الدولة المضيفة لتحقيقه، فضلاً عن ضرورة التحقُق من عدم وجود ثمة خيارات أو بدائل أخرى مُتاحة أمام الدولة المضيفة تكون أقل تقييداً أو أقل ضرراً بالمستثمر الأجنبي من الإجراءات التي تم اتخاذها، وفي سياق متصل نرى إن، الدول العربية قد لجأت إلى تطبيق العديد من التطورات التشريعية والتنظيمية بهدف تدعيم مناخها الاستثماري وبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب، حيث بذلت هذه الدول جهوداً لإحداث تطورات تشريعية ومؤسسية، كما اعتمدت برامج للترويج، ومنحت العديد من الحوافز الاستثمارية للمستثمرين الأجنبي[3].

ثالثاً: - معيار الهدف المشروع للإجراء Legitimate Objective of the Measure: -

ويُلاحَظ أن بعض محاكم التحكيم قد عَمِدَت إلى تطبيق معيار الهدف المشروع للإجراء، بدلاً من تطبيق معيار التأثير الضار للإجراء على الاستثمار، ويَضُم المعيار الأول تطبيقات عديدة، بيد أن العامل المُشترك فيها هو افتراض شرعية الإجراءات المتخذة من جانب الدولة المضيفة للاستثمار والتي لها خصائص مُحدَدَة لا يُمكِن اعتبارها نزعاً غير مباشر للملكية حتى وإن كانت هذه الإجراءات ضارة بشكل خطير ولا رجعة فيه للاستثمار، وهذه الإجراءات المُحدَدَة يُشار اليها بمصطلح "police power measures" ولا يتم التعويض عن الأضرار الناجمة عنها للمستثمر الأجنبي [4]، نظراً لأهميتها الكبيرة للدولة المضيفة، للدرجة التي لا يُمكِن معها التخلي عن تنفيذ أو تطبيق مثل هذه الإجراءات.

---

(1) Ibid., p.16.

(2) E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase. Proportionality principles in American law : controlling excessive government actions, Oxford University Press, 2009, p.79.

(1) عميروش محند شلغوم، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مكتب حسن العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م، ص.173.

(2) E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase. Proportionality principles in American law : controlling excessive government actions, p.17.

وتُعتَبَر قضية Too V. Greater Modesto Insurance Associates من القضايا الأولى التي تُميِّز خلالها المحكمة بين إجراءات سُلطة الدولة "police power measures" غير القابلة للتعويض ونزع الملكية غير المباشر، إذ قررت المحكمة أن: " الدولة ليست مسؤولة عن خسارة الممتلكات أو ثمة أضرار اقتصادية أخرى ناتجة عن الضرائب العامة حَسَنَة النية أو عن أي إجراء آخر يتم قبوله بشكلٍ عام ضمن نطاق سُلُطات الدولة، شريطة ألا تكون هذه الإجراءات تمييزية أو تم اتخاذها لإجبار الأجنبي على التخلي عن ممتلكاته للدولة أو أن يبيعها بثمن بخس"[1]

وعلى ضوء ما تقدم، يُعتَبَر هذا المعيار (معيار الهدف المشروع للإجراء) معياراً مُنَاهِضاً لمعيار التأثير الضار للإجراء على الاستثمار الأجنبي، حيث أن المعيار الأخير يضع نُصب عينيه الأضرار التي لحقت بالمستثمر الأجنبي –فقط- دون النظر إلى الهدف المنشود من ذلك الإجراء، وبغض النظر عن مدى الربح أو الخسارة الحاصلة للدولة المضيفة، وعلى النقيض من ذلك، فإن معيار الهدف المشروع للإجراء يَفتَرِض أن بعضاً من الإجراءات التنظيمية العامة التي تتخذها الدولة، والتي تقع ضمن نطاق سُلُطاتها، قد اتخذتها الدولة لتحقيق الصالح العام، وعلى ذلك لا يتم التعويض عنها حتى ولو ترتب عنها ثمة أضراراً جسيمة ولا رجعة فيها للمستثمر الأجنبي، نظراً لما تُمَثِله هذه الإجراءات من أهمية كبيرة لهذه الدول، والتي تتعلق بتحقيق المصلحة العامة الضرورية لمواطنيها.

وقد أضحى معيار الهدف المشروع للإجراء، من المعايير المقبولة على نطاق واسع، ومن المعيار المُعتَرَف بها كذلك بشكل جيد بين الباحثين والذي يتم مناقشتها بصورة مُكثَفَة، ويقول Ian Brownlie إن " إجراءات الدولة حَسَنَة النية، هي ممارسات قانونية لسُلُطات الحكومات، والتي قد تُؤَثِر على مصالح الأجانب إلى حدٍ كبير بدون اعتبارها نزعاً للملكية"، ويقول باحثون آخرون إن " سُلُطات الدولة هي حق الدولة في السيادة، وليس ثمة تعويض يُمكِن أن يُبحَث عنه"[2].

رابعاً: - معيار استيلاء الدولة لتحقيق الفائدة State Appropriation: -

يَعني هذا المعيار أنه لا يُمكِن القول بوجود نزعاً غير مباشر للملكية عندما لا تَحصُل الدولة على ثمة فائدة اقتصادية من التأثير السلبي على الاستثمار الذي ساهمت بوقوعه، وبعبارة أخرى، يجب أن يكون التأثير الضار على الاستثمار بفعل الدولة المضيفة قد تَرَتَّب عليه فائدة اقتصادية للدولة المضيفة[3].

(3) Emmanuel Too V. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, award of December 29, 1989, Iran-US CTR, vol. 23, 1989-II, p. 378.

(1) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., pp.25.26.

(2) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, op.cit., p.20.

ويبدو من الواضح، وجود ثمة تعارُض بين هذا المعيار ومعيار الهدف المشروع للإجراء المار ذكره، حيث أن المعيار الأخير لا يُقِر بوجود نزعاً غير مباشر للملكية طالما كان الإجراء محل النزاع المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة للاستثمار كان ضمن نطاق سُلُطات الدولة وبغض النظر عن وجود ربح أو خسارة للدولة المضيفة جراء هذا الاجراء، أما المعيار الحالي (تَطَلُّب استيلاء الدولة لتحقيق الفائدة) "State Appropriation"، يشترط وجود ثمة فائدة اقتصادية للدولة المضيفة جراء الإجراء المُتَخَذ من جانبها للقول بوجود نزعاً غير مباشر للملكية، وبعبارة أخرى ضرورة ثبوت تحقيق الدولة المضيفة لمنفعة اقتصادية جراء اتخاذه مثل هذه الإجراءات، كشرط لوقوع نزعاً غير مباشر لملكية الاستثمار الأجنبي.

وعلى الرغم من أن بعض الكُتّاب قد دعوا لتطبيق معيار استيلاء الدولة، بيد أن، تطبيقه من جانب محاكم التحكيم لا زال هامشياً، ومع ذلك، فإن إجراءات المصلحة العامة التي تَضُر بالمستثمر لا تؤدي دائماً إلى منفعة اقتصادية للدولة، إذ لا يجوز للدولة الحصول على فائدة أو منفعة اقتصادية من تدمير الاستثمار والذي تقوم بضبطه وتنظيمه لحماية صحة الإنسان والبيئة، بل إن الدولة قد تُعاني أحياناً من الخسائر بسبب قوانينها الجديدة، حيث أن حظر استيراد مادة خطرة مُعيَنَة قد يؤدي إلى انخفاض عائدات الضرائب على الواردات، ووفقاً لهذا المعيار، فإن التعويض لن يكون مُستحَقاً[1]، نظراً لأن الدولة لم تُحقِق ثمة فائدة اقتصادية جراء الإجراء الذي ترتب عليه ضرراً بالاستثمار بل من الجائز أن يؤدي مثل هذا الإجراء إلى فقدان الدولة بعض مواردها الاقتصادية في سبيل تحقيق المصلحة العامة. وبطبيعة الحال قد يُؤَدي الاعتماد على تطبيق هذا المعيار، إلى الوصول إلى نتائج غير منطقية في هذا الصدد، ويُمكِن القول إن مضمون المعيار الأخير إنما يتبلور في؛ التحَقُق من عدم قيام الدولة المضيفة بالاستيلاء على ملكية الاستثمار الأجنبي لتحقيق فائدة أو منفعة اقتصادية- حين اتخاذ إجراءات تنظيمية عامة- للقول بعدم وجود نزعاً غير مباشر لملكية الاستثمار الأجنبي قد صاحب تطبيق الإجراءات التنظيمية العامة من جانب الدولة المضيفة.

وبعد أن انتهينا من عرض مفهوم نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر وبيان المفاهيم الأساسية للالتزام بسداد التعويض عن نزع الملكية غير المباشر، وعرض المعايير المُستخَدَمَة لتحديد وقوع نزع غير مباشر للملكية، نَنتَقِل لعرض المبادئ الفقهية الشائعة لنزع لملكية الاستثمارات الأجنبية بصورة غير مباشرة (المطلب الثاني).

(1) Ibid., p.20.

المطلب الثاني

المبادئ الفقهية الشائعة لنزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر

يُلاحَظ أن، الدول تُكرِس حالياً عدة وسائل لضمان الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي، وتتصدى بكل الوسائل لكل المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها المستثمرون الأجانب، ويبدو من الواضِح أن هنالك عدة مبادئ بالقانون الدولي تكفُل ضمان حماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ الحد الأدنى في الحماية، ومبدأ الحق في الحماية الدبلوماسية، وكذلك مبدأ المسؤولية الدولية للدولة المضيفة للاستثمار، إلى جانب مبدأ الحق في اللجوء الى التحكيم التجاري الدولي[1].

ويَستَقِر الفقهُ الدولي والمحاكم ومحاكم التحكيم التي تنظُر نزاعات الاستثمار على الاعتماد على مبدأين شائعين واسعيّ الانتشار، حين التعرض لمسألة نزع الملكية غير المباشر للاستثمارات الأجنبية من خلال الإجراءات والتدابير العامة التي تُصدرها الدول المضيفة للاستثمار. وهذان المبدآن هما؛ مبدأ التأثير الفردي للإجراء على الاستثمار (Sole Effect Doctrine)، ومبدأ سُلُطات الدولة (Police Powers Doctrine)[2]، وعلى ذلك سوف نعرض لكلٍ من المبدأين المذكورين في فرعين مستقلين متتاليين.

الفرع الأول

مبدأ التأثير الفردي للإجراء على الاستثمار (Sole Effect Doctrine)

في محاولات عديدة من الفقه للتوصُل إلى تعريف نزع الملكية غير المباشر للاستثمارات، كانت أحد هذه المحاولات من جانب Rudolf Dolzer ، وقد اصطُلِحَ على تسمية هذا الاتجاه الفقهي كمحاولة لتعريف نزع الملكية غير المباشر، مبدأ التأثير الفردي للإجراء على الاستثمار(Sole Effect Doctrine) ، نظراً لأن هذا المبدأ يُرَكِّز فقط على تأثير الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة على الاستثمار، وبياناً للمبدأ المذكور، سوف نقوم بعرض الاختبارات والتحليلات والعوامل المُكَوِّنَة له والتي تتضمن المؤشرات والدلالات المختلفة لتحديد مدى وقوع نزع غير مباشر للملكية للاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة للاستثمارات، وفقاً للإجراءات أو التدابير التي تَبَنتها الدولة المضيفة.

*** قاعدة الحرمان الجوهري *Substantial Deprivation Rule*: -**

من قضايا التحكيم الرائدة في تحديد وقوع نزع غير مباشر للملكية قضية Tecmed V. Mexico،

(1) د. نوارة حسين، حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي، مجلة الفقه والقانون، العدد الرابع عشر، ديسمبر 2013م، ص.86.76.

(2) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., pp.1.7.

وقد قررت محكمة التحكيم في هذه القضية أنه "من الهام في المقام الأول تحديد عما إذا حُرِمَ المستثمر من الاستخدام الاقتصادي والتمَتُّع باستثماراته، وعما إذا ترتب على تصرفات المُدَعَى عليها فقدان الأصول محل النزع قيمتها واستخداماتها الاقتصادية، وقد أضافت محكمة التحكيم أن الإجراءات تكون نازِعة للملكية إذا كانت دائمة ولا رجعة فيها" [1].

ووفقاً لهذا المبدأ؛ فإن تأثير الإجراء لا بُد أن يؤدي إلى حرمان جوهري لقيمة الاستثمار، وفقدان قدرة المستثمر على السيطرة عليه، فضلاً عن أن مدة الإجراء يجب أن تكون دائمة أو تستمر لمدة كبيرة، وعلى ذلك، فإن تحليل الحرمان الجوهري"Substantial Deprivation" يشترط مجموعة من العوامل والمعايير والتي تَتَمَثَّل في؛ فحص انخفاض قيمة الاستثمار، وفقدان السيطرة عليه، إلى جانب مدة الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة للاستثمار[2]، ونتناول هذه العوامل بشيء من التفصيل.

(أ) فحص انخفاض قيمة الاستثمار: -

لا بُدّ أن يترتب على الإجراء الذي تم اتخاذه من جانب الدولة المضيفة، انخفاضاً ملحوظاً في قيمة الاستثمار. وكمثال جيد على تطبيق هذا المعيار، نعرض لقضية Metalclad V. Mexico، حيث تتحصل وقائع هذا النزاع في أن المُدَعِيَة شركة أمريكية قامت بشراء شركة أخرى لديها تصاريح فيدرالية لبناء مكبات النفايات الخطيرة في مدينة (جوالداسزار) بدولة المكسيك، ولكن بعد مرور خمسة أشهر على البناء، قامت سُلُطات البلدية بإخطار الشركة المُدعيَة بأنها تعمل بصورة غير قانونية نظراً لعدم استصدار تصاريح البناء من جانب البلدية، وبينما كانت البلدية تُعمِل التدقيق على الطلب المُقدَم من الشركة، فقد أنهت الشركة البناء وفقاً للتصاريح الفيدرالية السابق الحصول عليها. وعلى الرغم من إنهاء البناء، إلا أن البلدية قامت برفض الطلب المُقدَم من الشركة، وفضلاً عن رفض الطلب، فقد قررت سُلُطات البلدية أن المنطقة المذكورة أصبحت منطقة محمية للمحافظة على " نبات الصبار النادر" وفقاً للمرسوم البيئي الصادر في هذا الشأن. ونتيجةً لذلك، فلم يتمكن المستثمر من تشغيل المكب وقد ادعى بوقوع نزعاً للملكية قد وقع على استثماراته. وقد وَجَدَت محكمة التحكيم أن الإجراءات والتصرفات التي اتخذتها البلدية تُشَكِّل نزعاً غير مباشر للملكية، وفي تقييم الخسائر الناجمة عن الإجراءات الحكومية، فقد قررت المحكمة أن "الإحباط الكامل لتشغيل المكب، وعدم وجود أية إمكانية -ذات معنى - لاستعادة استثمار الشركة، وفي هذه القضية، فإن الإجراءات التي تم اتخاذها من جانب سُلُطات البلدية والمُتمَثِلَة في رفض إصدار تصريح للشركة، واعتماد المرسوم البيئي، قد أثرت على استثمار الشركة وأدت به إلى الخسارة الكاملة في قيمة الاستثمار،

(1) TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. V. THE UNITED MEXICAN STATES, ICSID CASE No. ARB (AF)/00/2 AWARD,29 May 2003, para.115.116, pp.43.44. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf.

(2) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., pp.9.10.

وكانت الشركة غير قادرة على تشغيل المكب أو استخدامه في ثمة أغراض أخرى"[1]، وعلى ذلك خَلُصَت المحكمة إلى أن المستثمر فقد استثماره، وذلك بناءً على الانخفاض الكبير في قيمة الاستثمار الناتَج عن إجراءات الدولة المضيفة.

والتساؤل الذي يثور حالياً؛ ما هو الأثر أو النتيجة التي يُمكِن معها اعتبار الحرمان من ملكية الاستثمارات الأجنبية جوهرياً، ومن ثم يُمكِن مع ذلك الادعاء بوجود نزعاً غير مباشر للملكية؟ للإجابة على هذا التساؤل يمكن الاستهداء بما قررته محكمة التحكيم في قضية Tokios Tokeles V. Ukraine، والذي كان مفاده أنه وعلى الرغم من أن نص الاتفاقية ذات الصلة أو الفقه الحالي لم يُوَضِحا الدرجة الدقيقة للحرمان الموصوف بالجوهري، فإنه يُمكِن استنتاج أن مُجرَد تقليل نسبة (5%) من قيمة الاستثمار لا يُشكِّل نزعاً للملكية، أما تقليل نسبة (95%) من قيمته من المُحتمَل أن يكون ذلك كافياً للقول بوجود نزعاً للملكية[2].

ووفقاً لما تقدم بيانه، ليس ثمة حد معين يمكن معه القول بوجود نزع جوهري لقيمة الاستثمار. بيد أن، المنهج الذي تم تطويره من جانب محاكم التحكيم، هو أن يكون الحرمان شديد ومُسَبِّب لخسارة كاملة أو قريب من التسبُّب بهذه الخسارة، حيث يجب أن يزول الاستثمار من الوجود؛ فلا دخل أو فوائد يُمكِن الحصول عليها، بعد الإجراءات التنظيمية العامة التي أضَرَّت بقيمة الاستثمار لهذه الدرجة، كما يجب أن تتأثر جميع مُكَوِّنات الاستثمار، أو الجزء الأساسي له بحيث يكون الاستثمار قريباً من الخسارة التامة[3].

(ب) فقدان السيطرة على الاستثمار: -

يَظَل المستثمر الأجنبي في ظل إجراءات نزع الملكية غير المباشرة مالكاً لاستثماره وحائزاً مادياً لكافة ممتلكات ومُكَوِّنات الاستثمار. ومع ذلك، يتعرض المستثمر الأجنبي لتدخل كبير في حقوقه في هذا الاستثمار، ويجب أن يكون الحرمان من الاستثمار، كبيراً إلى الحد الذي يجعل حقوق هذا المستثمر عديمة الفائدة[4]، وعلى ذلك، تعتمد محاكم التحكيم على هذا المعيار في تحليلها للتأثير الضار على الاستثمار، ويتم ذلك من خلال التعرف على مدى قدرة المُستَثمِر على إدارة الشركة، أو قدرة المستثمر الأجنبي على إكمال المشروع محل استثماره،

(1) METALCLAD CORPORATION V. THE UNITED MEXICAN STATES, ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, Award 30 August 2000, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf.

(2) Tokios Tokelės V. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award 26 July 2007, para,120, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf.

(1) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., p.13.

(2) Matthew Coleman, Thomas Innes, Expropriation in investor-state Arbitration, October 20,2015, Para 8, https://www.steptoe.com/en/news-publications/expropriation-in-investor-state-arbitration.html.

ولا يَعني حصول الحرمان من القيمة الاقتصادية للاستثمار أن يكون هنالك حرمان من السيطرة على الاستثمار[1]، ومن ثم تكون مسألة استمرار المستثمر الأجنبي في إدارة الشركة واستكمال المشروع الاستثماري أحد العوامل، أو بالأحرى ضمن الاختبارات والتحليلات الهامة ذات القيمة، بشأن وصول المحاكم إلى نتائج منطقية وواقعية بشأن حصول حرمان جوهري من الاستثمار في حق المستثمر الأجنبي المُتَضَرِر، للسماح للدولة المضيفة بالقدر اللازم من السلطة لتنظيم شؤونها العامة وتحقيق المصلحة والرفاهية العامة لمواطنيها، دون تأثر ذلك باعتبارات حماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية.

وانطلاقاً من ذلك نرى إن، بعض اتفاقيات الاستثمار الثُنائية، نَجَحَت في تحديد نطاق ومجالات المصلحة العامة التي يجوز الاعتماد عليها حين اتخاذ إجراءات تنظيمية عامة تَمِس جوهر الاستثمارات الأجنبية تحقيقاً للمصلحة العامة. ومن ذلك ما تَضَمَنَته اتفاقية الاستثمار الثُنائية النموذجية للولايات المتحدة الأمريكية U.S (Model BITs)، حيث يَتَضَمَن الملحق (B) من الاتفاقية النص على ما يلي " واستثناءً، في الظروف النادرة، الإجراءات التنظيمية غير التمييزية- من جانب أي من الطرفين والتي تُتَخَذ وتُطبَق، لحماية أهداف الرفاهية العامة المشروعة مثل؛ الصحة العامة، والأمن، والبيئة- لا تُمَثِل إجراءات نازِعَة للملكية- بصورة غير مباشرة"[2]. ويَتَضِح جلياً مما تقدم أن الإجراءات التنظيمية العامة الموجهة لحماية أغراض الرفاهية العامة والمحققة للمصلحة العامة، لا تَدخُل ضمن نطاق الإجراءات النازِعَة للملكية بصورة غير مباشرة، شريطة مراعاة التحقق من اتخاذها وتطبيقها بطريقة غير تمييزية.

(ج) مدة الإجراء الضار بالاستثمار: -

يُعَد عامل الوقت أيضاً من العوامل الهامة في تحديد وقوع الحرمان الجوهري للاستثمار. إذ يجب أن تكون الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار ذات تأثير دائم أو تستَمِر لفترة زمنية كبيرة للقول بوجود نزعاً للملكية [3]. بيد أن، بعض محاكم التحكيم تَتَبَنى أحياناً اتجاه آخر مفاده أن، الحرمان الجُزئي أو المؤقت قد يُمثِل نزعاً للملكية[4].

(3) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., p.17.

(1) اتفاقية الاستثمار الثُنائية النموذجية للولايات المتحدة الأمريكية لعام 2012، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار.

https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf

(2) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., p.17.

(3) Expropriation (including of intellectual property/trademarks), WHO FCTC implementation and international investment law, Requirements of substantial deprivation or interference, https://untobaccocontrol.org/kh/legal-challenges/investment/expropriation/#substantial.

وفي قضية Wena Hotels V. Egypt، حيث أبرمت شركة من المملكة المتحدة مع شركة فندقة مملوكة للحكومة المصرية، عقد طويل الأمد لاستئجار فندقين، بيد أن، ثمة نزاع أُثيرَ لاحقاً بين الطرفين، حيث قامت الشركة المصرية بالاستيلاء على الفندقين بالقوة، وبعد مرور سنة واحدة استعادت الشركة الفندقين، وقد أقرت محكمة التحكيم بأن "شركة الفندقة المصرية قامت باتخاذ الإجراءات ضد الشركة المُستثمِرَة لمدة سنة تقريباً، ولم تكن الإجراءات مؤقتة، وحرمان المستثمر الأجنبي من حقوق الملكية لمدة عام تُعتَبَر مدة كافية لوقوع نزعاً للملكية، حيث حُرِمَ المستثمر الأجنبي من استخدام حق الملكية أو التَمَتُّع بفوائده" [1].

وعلى هذا المُقتضى نرى إن، عامل المدة الزمنية للإجراء الضار بالاستثمار، يَلزَم أن يكون مؤشراً هاماً حين فحص الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة للاستثمار، إذ أن عامل الفترة الزمنية التي استغرقتها الإجراءات الضار بالاستثمار، هو عامل إضافي ومُصاحِب لعامليّ (انخفاض قيمة الاستثمار، وفقدان السيطرة عليه)، إذ لا يُتَصَوَر أن يقع نزع الملكية إذا انخفضت قيمة الاستثمار الأجنبي أو فقد المستثمر القدرة على إدارة أو تشغيل استثماره في إحدى الدول المضيفة للاستثمار خلال فترة زمنية مؤقَتَة أو قليلة، بل يتعين أن يكون الإجراء الضار مُستَمِراً ولا رجعَة فيه. وتأكيداً لذلك، فإن تأثير الإجراءات الناتجة عن انخفاض في قيمة الاستثمار أو فقدان السيطرة عليه بصورة مؤقتة لا تُمَثِل نزعاً للملكية بصفة عامة[2]، ويرجع سبب ذلك إلى ضرورة تأثُّر المستثمر الأجنبي بآثار الإجراءات التنظيمية العامة التي اتخذتها الدولة المضيفة، وألا تكون هذه الإجراءات من قبيل التدابير العابرة التي لا تؤثر بصورةٍ أو بأخرى على وجود أو جوهر الاستثمارات الأجنبية.

(4) Wena Hotels Limited V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award 8 December 2000, Para 98-99, the tribunal cited that “Here, the Tribunal has no difficulty finding that the actions previously described constitute such an expropriation, Whether or not it authorized or participated in the actual seizures of the hotels, Egypt deprived Wena of its "fundamental rights of ownership" by allowing EHC forcibly to seize the hotels, to possess them illegally for nearly a year, and to return the hotels stripped of much of their furniture and fixtures. 240 Egypt has suggested that this deprivation was merely "ephemeral" and therefore did not constitute an expropriation ? 241 The Tribunal disagrees. Putting aside various other improper actions, allowing an entity (over which Egypt could exert effective control) to seize and illegally possess the hotels for nearly a year is more than an ephemeral interference "in the use of that property or with the enjoyment of its benefits”. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf.

(1) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., pp.18.19.

الفرع الثاني

مبدأ سُلُطات الدولة (Police Powers Doctrine)

كما تقدم القول إن، الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار تُمَثِل نزعاً غير مباشر للملكية إذا ترتب على هذه الإجراءات انخفاضاً في قيمة الاستثمار أو فقداناً للسيطرة عليه أو في إدارته أو التمتع بفوائده، شريطة ألا يكون تأثير هذه الإجراءات مؤقتة أو عابرة، وذلك وفقاً لمبدأ التأثير الفردي للإجراء الضار على الاستثمار. بيد أن، ثمة مبدأ آخر يُناهِض هذه النتيجة وهو ما يُعرَف بمبدأ سُلُطات الدولة «Police Powers Doctrine"، وبحسب المبدأ الأخير، فإن الإجراءات التي تقع ضمن نطاق سُلُطات الدولة والتي يَنتُج عنها خسارة في ملكية الاستثمارات الأجنبية، لا تُمَثِل نزعاً غير مباشر للملكية، ومن ثم لا ينشأ عنها للمستثمر الأجنبي المتضرر ثمة حقاً في التعويض. وتَجدُر الإشارة إلى إن، مجالات السُلطة التي يهتم بها هذا المبدأ يُشار إليها بعبارة (Police Powers)، وهي مجموعة السُلُطات السيادية للدولة ذات الصلة بالسياسات العامة والتي تشمل؛ الحفاظ على النظام العام، وحماية الصحة العامة والبيئة، والضرائب[1].

ويبدو من الواضح أن، المُصطَلَح الذي أُطلِقَ على هذا المبدأ مُستَمَد من النموذج الخاص بالولايات المتحدة الأمريكية في تسمية السُلُطات التنظيمية للدولة، حيث ذُكِرَ هذا المصطلح في التعديل الثالث لقانون العلاقات الخارجية للولايات المتحدة الأمريكية عام 1987م، وفي مُسوَدَّة اتفاقية هارفارد للمسؤولية الدولية للدول عن الأضرار للأجانب عام 1961م. وفي غضون العقد الأول من القرن الحادي والعشرين، بدأ الاتجاه يتزايد نحو هذا المبدأ من خلال تمييز تصرفات الدولة في إطار سُلُطاتها العامة ونزع الملكية غير المباشر[2].

وفي سياق النزاعات التحكيمية بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية إيران الإسلامية، ثمة حكم وحيد رفضت خلاله محكمة التحكيم الادعاء بوجود نزعاً للملكية وفقاً لمبدأ سُلُطات الدولة، وهي قضية Too V. Greater Modesto Insurance Associates، حيث طالب المُدَعِي بالتعويض عن مصادرة رخصة المشروبات الكحولية من جانب دائرة الإيرادات الداخلية بالولايات المتحدة، حيث قررت محكمة التحكيم أن " الدولة ليست مسؤولة عن خسارة الممتلكات أو ثمة أضرار اقتصادية أخرى ناتجة عن الضرائب العامة حَسَنَة النية أو عن أي إجراء آخر يتم قبوله بشكل عام ضمن نطاق سُلُطات الدولة،

(1) Titi Catharine, Police Powers Doctrine and International Investment Law. In Filippo Fontanelli, Andrea Gattini and Attila Tanzi (eds) General Principles of Law and International Investment Arbitration, Brill, 2018, p.2, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3050417.

(2) Ibid., p.11.

شريطة ألا تكون هذه الإجراءات تمييزية أو تم اتخاذها لإجبار الأجنبي على التخلي عن ممتلكاته للدولة أو أن يبيعها بثمن بخس" [1].

والتساؤل الذي يلوح في الأفق حالياً هو؛ هل حق الدولة في استخدام سُلُطاتها السيادية المُتعَلِقَة بتنظيم شؤونها العامة حقٌ مطلَق أم مُقيَد بثمة ضوابط وشروط؟ وللإجابة على هذا التساؤل، يبدو لنا واضحاً أن، حق الدولة في تنظيم شؤونها العامة مكفول بحسب الأصل العام، ولا يُمكِن القول بسمو حقوق المستثمرين الأجانب على حق الدولة في التنظيم، ولا سيما إذا ما تعلق الأمر بالشؤون العامة بالمجتمع 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، إلا أننا نرى في ذات الوقت إن، هذا الحق في علاقته بالاستثمار الأجنبي ومساسه بحق الملكية للمستثمر الأجنبي ليس مُطلَق ولكنه مُقيَد، كما نرى أن ذلك لا يُمَثِل مُحاباة للمستثمرين الأجانب على حساب الدولة المضيفة للاستثمار، ولكن ذلك يكون في صالح المستثمر الأجنبي وحماية وضمانة لحقوق الملكية الثابتة له على استثماراته ومُشجِعَاً في الوقت ذاته للمُناخ الاستثماري للدولة المضيفة للاستثمار.
وعلى ذلك، نَعرِض للضوابط التي ينبغي توفرها في الإجراءات المتخَذَة من جانب الدولة المضيفة حتى لا يُمكِن تصنيفها نزعاً غير مباشر للملكية وهي؛ أن تهدُف هذه الإجراءات لتحقيق المصلحة العامة الحقيقية والفعلية، وأن تكون الإجراءات غير تمييزية، وأن تكون مُتناسبة، ومن الجدير بالذكر أن هذه الضوابط وغيرها، تكاد تكون مُتَكَرِرَة بصورة كبيرة في اتفاقيات الاستثمار والتجارة الدولية، وعلى ذلك نَعرِض لهذه الضوابط بشيء من التفصيل.

أولاً: - أن يكون هدف الإجراءات تحقيق المصلحة العامة الحقيقية والفعلية: -

مفهوم المصلحة العامة واسِعاً للدرجة التي يُمكِن معها القول إن، جميع القرارات والتصرفات التي تتخذها الدول المضيفة للاستثمار تقع تحت مظلة تحقيق المصلحة العامة. ووفقاً لآراء الباحثين فإن تصرفات الدولة المعنية بهذا المبدأ (Police Powers) هي التصرفات الخاصة بالضرائب، وحماية النظام العام، والأخلاق العامة، والصحة والسلامة العامة، والرفاهية العامة، وحماية البيئة، ومجالات أخرى عديدة. بيد أن، مفهوم المصلحة العامة واسع، ولا يُمكِن افتراض أن كافة التعليمات والإجراءات الصادرة عن الدولة تصبو إلى تحقيق مثل هذه المصلحة العامة ومن ثم لا يَتَرَتَب عليها ثمة التزام بأداء التعويض للمتضررين منها[2].

(3) Emmanuel Too V. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, award of December 29, 1989, Iran-US CTR, vol. 23, 1989-II, op.cit., p. 378.

(1) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., p.29.

وهذا المفهوم يُعَد من المفاهيم المَرِنَة والمرتبطة بفلسفة الدولة ونظامها الثقافي والقانوني[1]، وباستقراء الأحكام القانونية الواردة بقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم (72) لسنة 2017[2] ، يكون من المُلاحَظ أن مضمون ونطاق حق الدولة المصرية في نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية للمنفعة العامة، إنما يَتَحَدَّد وفقاً لما يلي: -

(1) السماح للدولة بممارسة حقها السيادي الثابت لها داخلياً وخارجياً من خلال تقرير الحق في نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية الأجنبية للمنفعة العامة، ووفقاً للشروط الواردة في القانون.

(2) وبالنسبة لتحديد طبيعة الأموال الخاصة بالمشروعات الاستثمارية التي يجوز نزع ملكيتها من جانب الدولة، فإن المادة الأولى من الفصل الأول من الباب الأول (أحكام عامة) من القانون المذكور، قد حددت تعريف الأموال في هذا القانون بأنها؛ جميع أنواع الأصول التي تَدخُل في المشروع الاستثماري أياً كان نوعها، وتكون لها قيمة مادية، سواء كانت نقدية أو عينية أو معنوية، وتشمل على الأخص ما يلي؛ الأموال الثابتة والمنقولة، وكذلك أي حقوق عينية أصلية أو تبعية أخرى، والأسهم وحصص تأسيس الشركات والسندات غير الحكومية، وحقوق الملكية الفكرية والحقوق المعنوية التي تُستَخدَم في انشاء المشروعات أو التوسُّع فيها، كبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية المُسجَلَة في دولة من دول المنظمة العالمية للملكية الفكرية، أو وفقاً لقواعد التسجيل الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية النافذة في هذا الشأن، وكذلك الامتيازات أو العقود التي تُمنَح بمقتضى قوانين التزامات المرافق العامة والقوانين ذات الطبيعة المماثلة لها، فضلاً عن جميع الحقوق المُماثِلَة الأخرى التي تُعطَى بناءً على القانون، وعلى ذلك كان من المُستَقَر عليه في قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية أن الدستور المصري يُضفي الحماية الكاملة للملكية الخاصة بوصفها إحدى القيم الجوهرية التي يرعاها، بيد أنه واستثناءً من ذلك حظر المشرع الدستوري المصادرة العامة ولم يُجِز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ومن ذلك نزع الملكية للمنفعة العامة بصفة مؤقتة وبقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه أو حالة الخطر الداهم[3].

ويُعَد مبدأ سُلُطات الدولة من المبادئ المستخدمة من جانب محاكم التحكيم، ففي قضية Marvin Feldman V. Mexico طبقت محكمة التحكيم هذا المبدأ،

---

(2) زياد خليفة عليوي، معيار المصلحة العامة في الاستملاك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العدد التاسع عشر، المجلد الخامس، نوفمبر 2016م، ص ص.34.1.

(1) القانون رقم 72 لسنة 2017 بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار، هو القانون الحالي للاستثمار في جمهورية مصر العربية، وقد صدر برئاسة الجمهورية في 5 رمضان سنة 1437هـ، الموافق 31 مايو سنة 2017م، والمنشور الجريدة الرسمية - العدد 21 مكرر (ج) – السنة الستون 5رمضان 1438هـ، الموافق 31 مايو سنة 2017م

https://download-policies-laws-pdf-ebooks.com/28906-free-book.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم (5301 لسنة 44 قضائية عليا- الدائرة الأولى) بجلسة 2004/6/26م، موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

كما حَدَّدَت الإجراءات التي تُعتَبَر قد تم اتخاذها لتحقيق المصلحة العامة الحقيقية، حيث قررت أنه " ينبغي على الدولة أن تتصرف بطلاقة في إطار المصلحة العامة الأوسع؛ من خلال حماية البيئة، وتعديل أو استحداث الأنظمة الضريبية، ومنح أو منع الأنواع المُختَلِفَة للدعم الحكومي، وتخفيض أو زيادة مستويات التعرفة، وفرض القيود على المناطق وما شابه ذلك، ولا يُمكِن بحالٍ من الأحوال أن تُحَقِق هذه التعليمات الحكومية المصلحة العامة التي فُرِضَت من أجلها، إذا ما سعى أي عمل تأثَّر سلبياً منها للتعويض، ويُمكِن القول باطمئنان أن القانون العُرفي الدولي يُقِر ذلك"[1]. ومؤدى ذلك ولازمه، منح حكومات الدول المضيفة للاستثمار سلطة تقديرية أوسع وهامش أكبر منها للتدخل لتنظيم شؤونها العامة بما يضمن تحقيق المصلحة العامة لمواطنيها، لا سيما في المجالات العامة الهامة التي تؤمن الدولة بتدخلاتها حسن استقرار الأوضاع العامة بها والتي تهدُف إلى تحقيق أمن وتدعيم تأمين ركائز المجتمع، ومن هذه المجالات؛ الأمن العام، والصحة والسلامة العامة، والحفاظ على البيئة، والدعم الحكومي، وغيرها من المجالات الهامة الأخرى.

ومن القضايا الهامة التي لم تُسايِر فيها محكمة التحكيم، الدولة المُتَخِذَّة لإجراءات أَضَرَت بالمستثمر الأجنبي بداعي المصلحة العامة، قضية ADC V. Hungary، حيث كان المُستَثمِر المُدَعي مُتعاقِد مع الدولة على بناء وتشغيل محطات رُكاب بإحدى الموانئ الجوية للدولة، وبينما كان المُستثمر يقوم بتشغيل محطات الركاب، قام وزير النقل بدولة المجر بإصدار قرار يَقضي بالاستيلاء على كافة الأصول والأنشطة التي نَفَذَها المستثمر، وقد اعترفت محكمة التحكيم خلال تحليلها لوقائع النزاع بحق الدولة في التنظيم ولكن بحدود معينة حسب الالتزامات الواردة في اتفاقية الاستثمار الثُنائية، وعلى الرغم من أن، دولة المجر قد دافَعَت عن الإجراءات التي اتخذتها، وادعت بأن هذه الإجراءات قد اتُخِذَت لإدراك غاية تشريعية وهي، التوافق مع مُتطلّبات الاتحاد الأوروبي، وعلى ذلك تكون الغاية من هذه الإجراءات "مصلحة استراتيجية للدولة"، بيد أن محكمة التحكيم لم تَقتَنِع بذلك ولم تر أن المصلحة العامة للمجتمع تتحقق بمثل هذه الإجراءات، نظراً لأن دولة المجر، لم تنجح في إقناع المحكمة من خلال تقديم وقائع مُقنِعَة ومُسَبِبَة لاتخاذ هذه الإجراءات، وقد أضافت المحكمة أن مُجرَد القول أو الادعاء بوجود المصلحة العامة لا يعني وجودها"[2].

وتماشياً مع ما انتهت إليه محكمة التحكيم، يُمكِن القول إن المصلحة العامة التي يُدَّعَى وجودها وقد اتُخِذَ الإجراء لتحقيقها، ينبغي أن تكون حقيقية وموجودة،

(1) MARVIN FELDMAN V. MEXICO, ISCID CASE No. ARB(AF)/99/1, December 16, 2002, P.54.55, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf.

(1) ADC Afiliated Liminted and ADC& ADMC Management Limited V. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, 2 October 2006, Para 432, https://www.italaw.com/documents/ADCvHungaryAward.pdf.

فضلاً عن التزام الدولة المضيفة التي اتخذت مثل هذه الإجراءات بتقديم الأدلة الواقعية والمادية المُثبِتَة والمُسَبِبَة أنها قد اتخَذَّت مثل هذه الإجراءات التنظيمية العامة لتحقيق المصلحة العامة.

ثانياً: - أن تكون الإجراءات غير تمييزية: -

يُعَد مُتَطلَب عدم التمييز عنصراً أساسياً في كلٍ من القانون العرفي الدولي، وفي أحكام اتفاقيات الاستثمار ذات الصلة بشرعية إجراءات نزع الملكية. ومبدأ عدم التمييز في اتخاذ الإجراءات في مواجهة الاستثمار يعني؛ توجيه هذه الإجراءات ضد أحد الأفراد بعينه، أو ضد مجموعة معينة من مواطني دولة مُعيَنَة، أو ضد مجموعة من الأجانب بعينهم، وذلك يُعَد خرقاً واضحاً للقانون الدولي، وعلى ذلك، تَشتَرِط العديد من اتفاقيات الاستثمار الثُنائية والدولية أن يكون نزع الملكية أو بالأحرى إجراءات نزع الملكية غير تمييزية، فيما يُشار اليه بمتطلب عدم التمييز[1]، ويعني ذلك، أن هذه الاتفاقيات تشترط عدم اتخاذ الإجراءات على أساس تمييزي أو يتم تطبيقها بطريقة تمييزية، أو أن تستخدم لغة قابلة للمقارنة، ولقد أضحى مبدأ عدم التمييز مُتطلَب لنزع ملكية المستثمرين الأجانب وذلك في اتفاقيات الاستثمار الدولية[2].

وتطبيقاً لذلك، أضحى مبدأ عدم التمييز ضمن المبادئ والمُؤَشِرات التي يتم الاعتماد عليها حين فحص الإجراءات التي تم اتخاذها في مواجهة المستثمرين الأجانب بالنزاعات الاستثمارية المختلفة، حيث تم الاستدلال على وجود النزعة التمييزية لإجراءات نزع الملكية. ففي قضية British Petroleum V. Libya، وجد المُحَكِّم أن إجراءات نزع الملكية لم تكن قانونية، نظراً لتحفيزها من الناحية السياسية، وقرر المُحَكِّم أن " أخذ الملكية من جانب المُدَعَى عليها يَنتَهِك القانون الدولي العام بصورة واضحة، إذ تم اتخاذ هذه الإجراءات بناءً على أسباب سياسية خالصة وخارجة عن الاستثمار، كما كانت هذه الإجراءات تعسُّفيَة وتمييزية" [3].

وقد طورت محاكم التحكيم عوامل وضوابط مُحَدَّدَة يتم الاستنتاج من خلالها عما إذا كان الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة تمييزي أم غير تمييزي. ففي قضية Methanex V. USA كان المُستثمِر مُنتِج لغاز الميثانول. وقامت ولاية كاليفورنيا بحظر استخدام مادة (الجازولين المُضاف إليها أول الميثيل المُضاف إليه الإيثير الثلاثي) فيما يُرمَز إليه برمز (MTBE) والذي يتم انتاجه من مادة (الميثانول)،

(2) ومن ذلك، ما تَنُص عليه الفقرة الأولى من المادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين جمهورية الصين الشعبية ودولة بولندا، عام 1998م.

(3) August Reinisch, Standars of Investment Protection, Oxford University Press Inc., New York, 2008, pp.186.187.

(1) BP Exploration Company (Libya) Limited V. Government of the Libyan Arab Republic, (53/ILR/297,329), Award 10 October 1973, Para 111, https://jusmundi.com/en/document/decision/en-bp-exploration-company-libya-limited-v-government-of-the-libyan-arab-republic-award-wednesday-10th-october-1973.

وقد أسست ولاية كاليفورنيا قرارها على بحث علمي ودراسات أُجرِيَت من جانب جامعة كاليفورنيا، وقد أوضحت الدراسة أن المادة المذكورة تُسَبِب تلوُث المياه ولها آثار ضارة بصحة الإنسان، وعلى ذلك عَمِدَت مقاطعات عديدة بالولاية إلى قطع المياه نتيجة لتلوُثها بهذه المادة، وكان المستثمر شركة كبيرة وتملُك نسبة (17%) من الحصة العالمية لإنتاج غاز الميثانول، وعلى ذلك كان حظر استخدام مادة (MTBE) له تأثير هام على مبيعات المستثمر، حيث فقد حصته في السوق، وعلى إثر ذلك، ادعى المستثمر أن هذه الإجراءات إنما تُمَثِل نزعاً غير مباشر للملكية، كما أضاف أن هذه الإجراءات كانت تمييزية نظراً لأن الولاية كانت تَحمي الشركة الوطنية المُنافِسَة له، وقد دافعت الولايات المتحدة الأمريكية بأن إجراءاتها التنظيمية لم تنال من مادة الميثانول وإنما قد اتُخِذَت لتنظيم انتاج مادة (MTBE). وقد قررت محكمة التحكيم في تحليلها لوقائع النزاع أن " حظر مادة (MTBE) كان إجراء غير تمييزي وفقاً للمصلحة العامة وبالتالي لا يُمثِل نزعاً للملكية ولا يجب التعويض عنه، كما قررت المحكمة أن ولاية كاليفورنيا شَيَّدّت قرارها على دراسات علمية واقعية والتي أثبتت التأثير السلبي لمادة (MTBE) على البيئة والصحة العامة، حيث لم يكُن هناك نية للدولة بإضرار المستثمر الأجنبي حمايةً للشركة الوطنية، كما تم تطبيق المنع على جميع البائعين والموردين بالتساوي"[1].

واستنباطاً مما تقدم، يُمكِن القول إن، العُنصُر الأساسي في مسألة تحديد عما إذا كان الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار يُعَدُ تمييزياً أم لا، إنما يَكمُن في تحديد عما إذا تم تطبيق الإجراء بالتساوي على جميع الخاضعين له وطنيين أو أجانب سواء في مجال عمل خاص أو قطاع خاص، فضلاً عن التحقُق من عدم وجود نية الإضرار بمستثمر معين أو فقط بالمستثمرين الأجانب[2]. وفي هذا السياق يُلاحَظ أن متطلب عدم التمييز يرتكز على مسألة المساواة في التعامل بين كافة المستثمرين سواء الوطنيين أو الأجانب، حين اتخاذ الإجراءات التنظيمية العامة من جانب الدولة، وعدم توجيه مثل هذه الإجراءات ليتحمل آثارها ونتائجها فئة معينة من المستثمرين دون الآخرين، كما يجب استمرار مساواة المستثمرين أمام هذه الإجراءات حين تطبيقها.

ثالثاً: - أن يكون الإجراء مُتناسب: -

إلى جانب الضابطين المتقدم بيانهما فإن مبدأ سُلُطات الدولة، يَتضمَن كذلك تطبيق معيار أو عامِل التناسب، أي أن يكون العبء أو التضحية المفروضة على المستثمر الأجنبي مُتناسبة مع المصلحة العامة المنشودة من الإجراء، وهو معيار نسبي وغير مألوف في قانون الاستثمار الدولي،

(2) METHANEX CORPORATION V. USA, ICSID, Award 3 August 2005, https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf.

(1) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., p.37.

إذ يَعني هذا المبدأ بحماية الاستثمارات من الإجراءات التمييزية الضارة[1]، التي قد تَتَخِذها بعض الدول في مواجهة الاستثمارات الأجنبية لأغراضٍ سياسية أو غيرها.

ولعل أحد القضايا الأولى التي طُبِقَ خلالها مبدأ التناسُب كانت قضية Tecmed V. Mexico، حيث كان المستثمر يَقوم بتشغيل مكباً للنفايات الخطرة وفقاً للرخصة المُجَدَّدَة، وقد تعرَّض المكب لاحتجاجات شَرِسَة من جانب المواطنين مُطالبين بإغلاقه نظراً لقُربِه من المدينة ولآثاره الضارة على البيئة والصحة العامة. وقد ادعت الشركة أيضاً بأن سُلُطات البلدية بالدولة دعَّمَت وشجَّعَت الاحتجاجات، والتقارير التي أُعِدَّت في هذا السياق أشارت إلى عدم وجود ثمة قضايا بيئية مُتعلِقَة بالمكب، وقد تم الاتفاق بين المستثمر والسُلُطات بنقل المكب إلى موقع آخر وتم الانتظار لتقوم السُلُطات بتحديد الموقع الجديد للمكب. بيد أن، السُلُطات رفضت طلب المستثمر بتجديد رخصة تشغيل المكب تأسيساً على وجود خرق للتعليمات البيئية. وبناءً على ذلك، فلم يكُن المُستَثمِر قادراً على تشغيل المكب، وادعى بأن هذه الإجراءات أدت إلى خسارة كاملة في الاستثمار، والأرباح، ومن المستحيل استعادت التكاليف التي أنفقها المستثمر. وقد دافعت دولة المكسيك بشأن هذه الإجراءات، بإصدارها بناءً على السُلُطات المُخوَّلَة لها (Police Powers) من أجل حماية البيئة والصحة العامة، مُعَلِلَةً ذلك بأن هذه المنطقة من الضروري أن تتماشى مع المعايير البيئية بدرجة عالية. وحين تحديد مدى تناسُب الإجراء مع المصلحة العامة المطلوب تحقيقها، قررت محكمة التحكيم التي فصَلَت في النزاع أنه " على الرغم من أن، التحليل إنما يبدأ من التدخُل المُستحَق للدولة عند تحديد المسائل المؤثِرَة في سياستها العامة أو مصالح المجتمع ككل، أو التصرفات التي سيتم تطبيقها لحماية هذه المصالح القَيِّمَة، بيد أن، هذا الموقف لا يمنع المحكمة من فحص هذه التصرفات واختبارها وفقاً للفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاق، لتحديد عما إذا كانت هذه الإجراءات معقولة بالنسبة لأهدافها، وبالنسبة للحرمان من الحقوق الاقتصادية، والتوقعات المشروعة لمن عانى من هذا الحرمان، حيث ينبغي أن تتوافر علاقة معقولة من التناسُب بين التكلُفَة أو العبء المفروض على المستثمر الأجنبي، والهدف المنشود إدراكه من جانب الدولة المضيفة للاستثمار من خلال أية إجراءات نازِعَة للملكية" [2].

ويُمكِن القول إن، معيار التناسُب يتألف من نتاج تقييم ثلاثة عناصر رئيسية وهي؛ تأثير الإجراء المُتَخَذ ضد الاستثمار، والمصلحة العامة التي يسعى لتحقيقها هذا الإجراء، وحالة الضرورة التي تدفَع الدولة المضيفة لاتخاذ هذا الإجراء[3].

---

(2) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, op.cit., p.15.

(1)Tecmed V. Mexico, ICSID(ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003, 43 ILM, 2004, para.35.40 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf.

(2) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation In The Jurisprudence Of ICSID Arbitral Tribunal, op.cit., pp.38.39.

وحيث سبق التعرُض لهذه العناصر أثناء الحديث عن معيار تناسُب الإجراء في الفرع الثاني من المطلب الأول من البحث، إلا أننا نؤكد على عنصر الضرورة (Necessity) والذي يُشار إليه بطرح تساؤل مفاده؛ هل كان الإجراء ضرورياً حتماً لتحقيق المصلحة العامة المُتَخَذ من أجلها الإجراء، أم كان هنالك إجراء مُتاح آخر كانت تستطيع الدولة اتخاذه أو إجراء آخر أقل ضرراً من الإجراء الذي تم اتخاذه، أو بالأحرى هل تُوجَد ثمة بدائل أخرى للإجراء الضار بالمستثمر الأجنبي، أم أن الإجراء المتخذ كان الخيار الأوحد والطريق الذي لا بديل عنه أمام الدولة المضيفة للاستثمار، باعتبار أن هذه الإجراءات التنظيمية العامة قد اعترفت لها محاكم التحكيم بأنها أداة تُعَبِّر بها الدولة عن نيتها وقصدها، والنطاق المشمول به الإجراءات التي تتبناها الدولة المضيفة[1].

وعلى هذا المُقتضى، نقترح إضافة عنصراً جديداً على اختبار التناسُب المُستَخدَم لتكييف الإجراءات التي تمت اتخاذها في مواجهة الاستثمارات الأجنبية بشأن مدى وجود نزعاً للملكية؛ وهو عنصر الوضع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي. وبعبارة أخرى، ينبغي على الدولة المضيفة للاستثمار مُراعاة الوضع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي من ناحية التاريخ الاستثماري، والخدمات الاقتصادية والاستثمارية التي عَمِلَ على تقديمها في الأسواق الاقتصادية للدولة المضيفة، والمواقف التي قد يكون هذا المستثمر قام بها في غضون أزمات اقتصادية أو كوارث طبيعية أو صحية للدولة المضيفة للاستثمار. وبالطبع، لا نَعني هنا مراعاة هذه المؤشرات بصورة مُطلَقَة أو مُجرَدَّة، ولكن المقصود من هذا العامِل أو المُكَوِّن الجديد - والمُستَمَد من عنصر الضرورة- في اختبار التناسُب هو أن تتم الموازنة بين المصلحة الخاصة للمستثمر، والمصلحة الخاصة الأخرى، التي قد تتعرض للضرر حين اتخاذ إجراء آخر بديل عن الإجراء الضار بالمستثمر الأجنبي ذي الوضع الاقتصادي المُميَز. وذلك تأسيساً على أن المصلحة العامة للدولة قد تكون غير ثابتة وتتبدل على المدى القصير أو الطويل، وقد يتضح أن استمرار المستثمر الأجنبي ذي الوضع الاقتصادي المُميَز إنما يكون هو المُحَقِق للمصلحة العامة وليس الإجراء الذي تراه الدولة حين اتخاذها قراراً ضد هذا المستثمر الأجنبي، بحيث يتم منح أفضلية أو بالأحرى حافز استثماري لهذا المستثمر الأجنبي، على تطبيق البديل الآخر، والذي بلا شك سوف يُعَرِّض هو الآخر، مصلحة خاصة أخرى للضرر أو من الجائز ألا يُصاحِب تطبيق الإجراء البديل أية أضرار تُذكَر على المصالح الخاصة ويكون مُحَقِقاً للمصلحة العامة في ذات الوقت. وفي هذه الحالة، إذا أصرَّت الدولة على اتخاذ الإجراء الضار بالمستثمر الأجنبي صاحب الوضع الاقتصادي المُميَز تاركةً البديل الآخر، فهنا يُمكِن القول بأن هذا الإجراء قد أخَّل بمعيار التناسُب لعدم مراعاته الوضع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي واسهاماته في خدمة الاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، وذلك تأسيساً على عنصر الوضع الاقتصادي المُميَز للمستثمر الأجنبي، ضمن معيار التناسُب الذي ينبغي الالتزام به حين اتخاذ الإجراءات التنظيمية العامة التي قد تنال من جوهر وفائدة الاستثمار الأجنبي، ضمن أُطُر الحماية الموضوعية المُقَدَّمَة لهذه الاستثمارات.

(3) Ibid., p.25.

وعلى ذلك، نكون قد انتهينا من بيان مفهوم النزع غير المباشر لملكية الاستثمارات الأجنبية للمنفعة العامة، وذلك من خلال عرض المفاهيم الأساسية للالتزام بالتعويض عن نزع الملكية بصورة غير مباشرة، وتحديد المعايير المُستَخْدَمَة لتحديد وقوع نزع غير مباشر للملكية، ومن ثم بيان المبادئ الفقهية الشائعة لنزع ملكية الاستثمارات الأجنبية بصورة غير مباشرة، والتي تمثلت في مبدأ التأثير الفردي للإجراء على الاستثمار (Sole Effect Doctrine)، ومبدأ سُلُطات الدولة (Police Power Doctrine)، وهو ما نرى معه عرض خاتمة للبحث متضمنة ما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات خلال هذا البحث.

الخاتمة

من النادِر عملاً في الوقت الحالي، إقدام الدول المضيفة على نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية بصورة مباشرة، بيد أنها، تَلجأ إلى نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية، دون أن تَنقِل حق الملكية من المستثمر الأجنبي، فيما يُعرَف نزع الملكية غير المباشر(Indirect Expropriation)، ومن المبادئ الفقهية الشائعة التي يتم استخدامها للتعرُف على حقيقة إجراءات الدولة التي تُؤَثِر، بصورةٍ ما على الاستثمار الأجنبي، مبدأ التأثير الفردي للإجراء على الاستثمار (Sole Effect Doctrine)، ومبدأ سُلُطات الدولة (Police Powers Doctrine)، واللذين يتكونان من مجموعة من العوامل والمُكوِّنات، يتم فحص الإجراءات التنظيمية العامة التي تتخذها الدول المضيفة وفقاً لها، للتعرف على طبيعة أو حقيقة هذه الإجراءات، ومدى اعتبارها إجراءات نازِعَة للملكية تتطلب التعويض عنها، أم أنها تَدخُل في سياق السُلُطات المخولة للدولة المضيفة في تنظيم شؤونها العامة، ومن ثم لا يترتب على اتخاذها حق المستثمرين الأجانب المتضررين في التعويض.

النتائج

أولاً: تُقَرِر الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان أن، جميع التدخلات في حقوق الملكية أو الإجراءات المُتَخَذَّة يجب أن يتم خلالها مراعاة إقامة توازن عادل بين المصلحة العامة وحقوق الأفراد، ويَختَل هذا التوازن في حال تحمُل الفرد عبء فردي ومُفرِط، وفي حال عدم تعويض الفرد عن الخسارة يكون ثمة انتهاك للمادة الأولى من الاتفاقية، ويبدو من الواضح أن مراعاة مبدأ " التناسُب" (Proportionality) إنما يُعَد من المفاهيم الأساسية الهامة للالتزام بالتعويض عن نزع الملكية غير المباشر.

ثانياً: يتعين على الدولة المضيفة للاستثمار أن تُراعي حين ممارسة حقها في تنظيم شؤونها العامة، ألا تكون الإجراءات التي تتخِذها في مواجهة الاستثمارات الأجنبية، تعسُفية أو تمييزية – سواء كان ذلك في اتخاذها أو يتعلق بطريقة تطبيقها- أو أن تكون مُخالِفَة لثمة التزام سابق قد تعهدت به هذه الدولة مُسبَقاً، حيث أن مخالفة ذلك يُرَتِب مسؤولية الدولة ويَفرِض عليها التزاماً بتعويض المستثمرين الأجانب عن هذه الإجراءات.

ثالثاً: من المُلاحَظ، أهمية مبدأ التناسُب أو بالأحرى التحقُق من إقامة التوازُن العادل بين المصالح المُتنافِسَة، وهما المصلحة العامة للدولة والمصلحة الخاصة للمستثمر الأجنبي، فيما يتعلق، بتكييف التدخُلات الحكومية المختلفة مع الاستثمارات الأجنبية، وعما إذا يُمكِن تصنيفها إجراءات نازِعَة للملكية أم أنها لا تُعَد كذلك.

رابعاً: يتبين أن معيار التأثير الضار للإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة (Sole Effect Doctrine)، لا يلتَفِت إلى ثمة عوامل لتحديد حصول نزع الملكية من عدمه، باستثناء إعمال أثر هذا المعيار، والذي يَتَمَثَّل في فحص تأثير الإجراء المَعني والمُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة على الاستثمار.

خامساً: ليس ثمة حد معين يمكن معه القول بوجود نزع جوهري لقيمة الاستثمار. بيد أن، المنهج الذي تم تطويره من جانب محاكم التحكيم، هو أن يكون الحرمان شديد ومُسَبِب لخسارة كاملة أو قريب من التسبُب بهذه الخسارة، حيث يجب أن يزول الاستثمار من الوجود؛ فلا دخل أو فوائد يُمكِن الحصول عليها، ويجب أن تتأثر جميع مُكَوِّنات الاستثمار، أو الجُزء الأساسي له بحيث يكون الاستثمار قريباً من الخسارة التامة. كما يتعين أن يكون تأثير الإجراءات الضارة مُستَمَراً ولا رَجعَة فيه، أما الأضرار الناتجة عن انخفاض في قيمة الاستثمار أو فقدان السيطرة عليه بصورة مؤقتة أو عابرة لا تُمَثِل نزعاً للملكية بصفة عامة، كما يجب مراعاة أن تَرمي هذه الإجراءات لتحقيق المصلحة العامة، والتي ينبغي أن تكون، حقيقية وفعلية وموجودة، فضلاً عن التزام الدولة المضيفة التي اتخذت مثل هذه الإجراءات بتقديم الأدلة الواقعية والمادية المُثبِتَة والمُسَبِبَة أنها قد اتخَذَّت مثل الإجراءات لتحقيق المصلحة العامة.

سادساً: يَكمُن العُنصُر الأساسي في مسألة تحديد عما إذا كان الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة للاستثمار يُعَدُ تمييزياً أم لا، في تحديد عما إذا تم تطبيق الإجراء بالتساوي على جميع الخاضعين له وطنيين أو أجانب سواء في مجال عمل خاص أو قطاع خاص، فضلاً عن التحقُق من عدم وجود نية الإضرار بمستثمر معين أو فقط بالمستثمرين الأجانب. وتَجدُر الإشارة إلى إن، مَسلَك الدولة المضيفة للاستثمار في قيامها باتخاذ الإجراءات التنظيمية العامة وفقاً للضوابط والاشتراطات المطلوبة، يَقِل معه القول بوقوع نزع غير مباشر لملكية الاستثمارات الأجنبية – حتى وإن تَضَرَّرَت- من هذه الإجراءات، وفقاً لمبدأ السُلُطات والصلاحيات المخولة للدولة المضيفة، لتنظيم شؤونها العامة بالمجالات الهامة مثل؛ المحافظة على الصحة والسلامة العامة، والمحافظة على البيئة، وفرض الضرائب، وغيرها من مجالات تحقيق المصلحة العامة.

التوصيات

أولاً: لما كان الاعتماد على معيار وحيد لتحديد أو تكييف الإجراءات التي تم اتخاذها ضد المستثمر الأجنبي، ومعرفة ما إذا كانت تُمَثِل نزعاً غير مباشر للملكية أم لا، يُعَد من قبيل المبالغة في الاعتماد على هذا المعيار، وعلى ذلك نوصي بضرورة الاعتماد على كافة المعايير وعرض كافة الوقائع المادية للنزاع على هذه المعايير لتحديد مدى وجود نزع للملكية من عدمه، فضلاً عن تحديد درجة التعدي في الإجراء المُتَخَذ من جانب الدولة المضيفة للاستثمار، لما في ذلك من الوصول إلى نتائج أفضل وأكثر منطقية فيما يتعلق بمسألة تحديد وجود نزع للملكية من عدمه وكذلك في تحديد مدى استحقاق المستثمر الأجنبي للتعويض وتحديد مقدار هذا التعويض.

ثانياً: نوصي بضرورة تحديد نطاق الإجراءات التنظيمية العامة التي لا يترتب عليها حصول نزع غير مباشر لملكية الاستثمارات الأجنبية المتضررة منها،

وذلك في اتفاقيات الاستثمار والتجارة الثُنائية والدولية وبالاتفاقيات النموذجية للدول المُصَدِرَة لرؤوس الأموال، إلى جانب صياغة مثل هذا التحديد بالقوانين الوطنية للدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية.

ثالثاً: نقترح إضافة عنصراً جديداً على اختبار التناسُب المُستَخدَم لتكييف الإجراءات التي تم اتخاذها في مواجهة الاستثمارات الأجنبية بشأن مدى وجود نزعاً للملكية؛ وهو عنصر الوضع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي. وبعبارة أخرى، ينبغي على الدولة المضيفة للاستثمار مُراعاة الوضع الاقتصادي للمستثمر الأجنبي من ناحية التاريخ الاستثماري، والخدمات الاقتصادية والاستثمارية التي عَمِلَ على تقديمها في الأسواق الاقتصادية للدولة المضيفة، والمواقف التي قد يكون هذا المستثمر قام بها في غضون أزمات اقتصادية أو كوارث طبيعية أو صحية للدولة المضيفة للاستثمار. بما مفاده ضرورة إجراء موازنة بين المصالح المُتنافِسَة لإجراءان قد يَضُران الاستثمار أو إجراء مُضِر وبديل لا يُصاحبه أية أضرار بالمصالح الخاصة، وفي حالة تبني الدولة للبديل الذي يُضِر بالمستثمر الأجنبي صاحب الوضع الاقتصادي المُميَز، يكون ثمة نزعاً غير مباشراً لملكية قد وقع لهذا المستثمر، ويقع هذا المُكَوِّن ضمن عناصر مبدأ التناسب الذي ينبغي مراعاته حين اتخاذ الإجراءات التنظيمية العامة التي قد تنال من جوهر الاستثمارات الأجنبية.

ومن الله التوفيق

قائمة المراجع

أولًا: - المراجع العربية

- **المعاجم: -**

1) قاموس المعجم الوسيط.
2) قاموس معجم المعاني الجامع.

- **المؤلفات العامة والمتخصصة: -**

1) أحمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2020م. د
2) د. سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007م، ص.912.
3) د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 1992م.
4) د. فؤاد العطار، القانون الإداري، دار النهضة العربية، ص 551، مذكور في د. عبد الحكم فوده، نزع الملكية للمنفعة العامة، مرجع سابق.

5) د. محمد عبد اللطيف، نزع الملكية للمنفعة العامة -دراسة تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة،1988م، ص 5.

6) د. نوارة حسين، حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي، مجلة الفقه والقانون، العدد الرابع عشر، ديسمبر 2013م.

7) د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2002م.

8) د. وليد محمد الشناوي، التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية في قانون الاستثمار، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013م،

9) زياد خليفة عليوي، معيار المصلحة العامة في الاستملاك، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العدد التاسع عشر، المجلد الخامس، نوفمبر 2016م.

10) عباس عبد الرزاق مجلي السعيدي، ضوابط استحداث النص الجزائي الخاص، دراسة تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2018م.

11) عميروش محند شلغوم، دور المناخ الاستثماري في جذب الاستثمار الأجنبي المباشر إلى الدول العربية، مكتب حسن العصرية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012م.

- **الاتفاقيات الدولية: -**

1) اتفاقية الاستثمار الثُنائية النموذجية للولايات المتحدة الأمريكية لعام 2012، بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار.

2) اتفاقية الاستثمار الثنائية بين جمهورية الصين الشعبية ودولة بولندا، عام 1998م.

- **مجموعات الأحكام القضائية: -**

1) موسوعة صلاح الجاسم الإلكترونية للسوابق القضائية العربية.

2) مجلة القضاء والقانون عن الفترة من 2005/1/1 حتى 2005/3/31، السنة الثانية والثلاثون، الجزء الأول، وزارة العدل الكويتية، المكتب الفني، يونيو 2007

- **القوانين: -**

1) القانون رقم (10) لسنة 1990م بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة، المنشور بالجريدة الرسمية في عددها (22) تابع بتاريخ 31 مايو 1990م.

2) القانون رقم 33 لسنة 1964 في شأن نزع الملكية والاستيلاء المؤقت للمنفعة العامة الكويتي.

3) القانون رقم 72 لسنة 2017 بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار، والصادر برئاسة الجمهورية في 5 رمضان سنة 1437هـ، الموافق 31 مايو سنة 2017م، والمنشور الجريدة الرسمية - العدد 21 مكرر (ج) – السنة الستون 5رمضان 1438هـ، الموافق 31 مايو سنة 2017م.

ثانياً: المراجع الأجنبية: -

1) ADC Afiliated Liminted and ADC& ADMC Management Limited V. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, 2 October 2006.
2) Arnauld de Nateuil, International Investment Law, Principles of International Law, Edward Elgar Puplishing Limited, UK, 2020.
3) August Reinisch, Standars of Investment Protection, Oxford University Press Inc., New York, 2008.
4) AZURIX CORP V. THE ARGENTINE REPUBLIC, ICSID CASE No. ARB/01/12, AWARD July 14, 2006.
5) Biloune and Marine Drive Complex Ltd V. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, ad hoc award of October 27, 1989, ILR, vol. 95, 1990.
6) BP Exploration Company (Libya) Limited V. Government of the Libyan Arab Republic, (53/ILR/297,329), Award 10 October 1973.
7) CASE OF BEYELER V. ITALY (Application no. 33202/96), 5 January 2000.
8) Catherine Yannaca-Small, OECD (2004), “"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing.
9) Dinara Batyrova, Regulatory Expropriation in The Jurisprudence of ICSID Arbitral Tribunal, Central European University, 2017.
10) E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase. Proportionality principles in American law: controlling excessive government actions. Oxford University Press, 2009.
11) Emmanuel Too V. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, award of December 29, 1989, Iran-US CTR, vol. 23, 1989-II.

12) Expropriation (including of intellectual property/trademarks), WHO FCTC implementation and international investment law, Requirements of substantial deprivation or interference.
13) International Institute for Sustainable Development, 5.4.4 Indirect Expropriation (Regulatory Taking).
14) Isakoff Peter, Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments (2013). Global Business Law Review, Vol. 3, No. 2, 2013, PP.193.196.
15) Markus Perkams, The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law, Oxford, UK Press 2010.
16) MARVIN FELDMAN V. MEXICO, ISCID CASE No. ARB(AF)/99/1, December 16, 2002.
17) Matthew Coleman, Thomas Innes, Expropriation in investor-state Arbitration, October 20,2015.
18) Metalclad Corporation V. Mexico (ARB (AF)/97/1), award of August 30, 2000.
19) METALCLAD CORPORATION V. THE UNITED MEXICAN STATES, ICSID CASE No. ARB(AF)/97/1, Award 30 August 2000.
20) METHANEX CORPORATION V. USA, ICSID, Award 3 August 2005.
21) Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral investment treaties. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
22) Shain Corey, BUT IS IT JUST? THE INABILITY FOR CURRENT ADJUDICATORY STANDARDS TO PROVIDE "JUST COMPENSATION" FOR CREEPING EXPROPRIATIONS, Fordham University School of Law.
23) Suzy H. Nikièma, Best Practices Indirect Expropriation, International Institute for Sustainable Development, March 2012.
24) Tecmed V. Mexico, ICSID(ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003, 43 ILM, 2004.
25) TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. V. THE UNITED MEXICAN STATES, ICSID CASE No. ARB (AF)/00/2 AWARD,29 May

2003.

26) Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton (Tams) V. Tams-Affa Consulting Engineers of Iran v. Iran, and others, award of June 29, 1984, Iran-U.S. CTR, 6, 1986.

27) Titi Catharine, Police Powers Doctrine and International Investment Law. In Filippo Fontanelli, Andrea Gattini and Attila Tanzi (eds) General Principles of Law and International Investment Arbitration, Brill, 2018.

28) Tokios Tokelės V. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Award 26 July 2007.

29) Wena Hotels Limited V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award 8 December 2000.

*****