**المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع**

المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٢١

# معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي في إطـــار القانـــــون والتحكيـــــم الدولي

معرف الوثيقة الرقمى (DOI) :10.21608/IJDJL.2021.47156.1017

الصفحات ١٣٣ - ١٦٣

**هشام حسنين محمود سليمان الوكيل**

معيد بقسم القانون الدولي الخاص - جامعة القاهرة

**المراسلة:** هشام حسنين محمود سليمان الوكيل -معيد بقسم القانون الدولي الخاص - جامعة القاهرة.

**البريد الإلكتروني:** heshamhelwakeel@outlook.com

**تاريخ الإرسال:٢٠ أكتوبر ٢٠٢٠، تاريخ القبول: ٣١ مارس ٢٠٢١**

**نسق توثيق المقالة:** هشام حسنين محمود سليمان الوكيل، معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي - في إطـــار القانـــــون والتحكيـــــم الدولي، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد ٢، العدد ١، ٢٠٢١، صفحات (١٣٣ - ١٦٣).

International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation

Volume 2, Issue 1, 2021

# Pinpointing the Criteria for Unveiling Indirect Expropriation of Foreign Investments: An Analysis of International Investment Law and Investor-State Disputes before International Arbitral Tribunals

DOI:10.21608/IJDJL.2021.47156.1017

Pages 133-163

**Hesham Hassanein Mahmoud Soliman Elwakeel**

**Teaching Assistant in Private International Law - Cairo University**

**Correspondance :** Hesham Hassanein Mahmoud Soliman Elwakeel, Teaching Assistant in Private International Law - Cairo University.

**E-mail:** heshamhelwakeel@outlook.com

**Received Date :** 20 October 2020**, Accept Date :** 31 March 2021

**Citation :** Hesham Hassanein Mahmoud Soliman Elwakeel, Pinpointing the Criteria for Unveiling Indirect Expropriation of Foreign Investments, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 2, Issue 1, 2021 (133-163).

## الملخص

دعت الحاجة إلى إبرام شتى الاتفاقات بين أفراد المجتمع الدولي وذلك في سبيل إشباع حاجاتهم المتبادلة، ويتبين لنا أن تبادل الاستثمارات الأجنبية المباشرة بين الدول هو أهم صور التعاون الاقتصادي الذي يساهم في تبادل الخبرات والتكنولوجيا، وتحقيق أهداف العولمة بما يؤدي إلى التقدم الاقتصادي للدول بوجه عام، ويسهم في تحقيق الأهداف التنموية للدول النامية بوجه خاص.

ولما كان سبيل تحقيق ذلك يتطلب تنظيم تلك العلاقات فيما بين الدول في إطار خاص، درجت الدول على ابرام اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة وذلك بهدف توفير مناخ آمن للاستثمارات، سواء كانت تلك المعاهدات ثنائية "Bilateral Investment Treaties" أو متعددة الأطراف «Multilateral Investment Treaties».

وبالنظر للأهمية القصوى لتلك الاستثمارات، تتضمن معاهدات الاستثمار مجموعة من الضمانات التي تكفل لتلك الاستثمارات عدم التعرض لها بأي صورة غير مشروعة، ومن صور التعرض: التمييز بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني دون مسوغ، وذات الأمر في العلاقة بين المستثمرين الأجانب من الدول المختلفة. وتعد مصادرة الاستثمار الأجنبي من أخطر صور التعرض غير المشروع للاستثمارات الأجنبية المباشرة. ولذا، تعين على الدول احترام تلك الاستثمارات وتوفير المناخ الملائم لها.

ويتبين لنا أن الدول المضيفة لتلك الاستثمارات عادة ما تلجأ للمصادرة بطرق غير مباشرة أو «مقنعة» بهدف حرمان المستثمر من ثمار استثماراته دون الاستيلاء المباشر على أملاكه، وهو مما لا يستقيم واعتبارات الثقة التي تقوم عليها المعاملات الدولية. وبالمقابل، قد تتخذ الدولة تلك الإجراءات بهدف حماية الأمن والصحة العامة وسلامة البيئة، إذ أن مشروعية المصادرة يحكمها الموازنة بين اعتبارات سيادة الدول فوق اقليمها، واعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب.

ومن هنا ظهرت أهمية تحديد معايير التعرف على المصادرة غير المباشرة التي تجرد الاستثمارات من كل فائدة دون أن تقوم الدولة المضيفة بنزع ملكيتها بشكل مباشر.

ولذلك، نهدف في بحثنا إلى بيان المعايير الخاصة بالكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر وبيان أكثرها رجحانًا بهدف حماية المستثمرين الأجانب من الانتهاكات غير المبررة لأحكام القانون الدولي الصادرة من الدول المضيفة لاستثماراتهم


**الكلمات المفتاحية:** مصادرة الاستثمار، الاستثمار الاجنبى المباشر، قانون دولى عام، قانون دولى خاص، تحكيم الاستثمار.


## Abstract

To secure foreign investment inflows, states have constantly concluded treaties concerning the reciprocal encouragement and protection of investments, either in the form of bilateral investment treaties or multilateral ones. These treaties usually include certain guarantees and standards of protection of foreign investments. This article focuses mainly on an essential standard of protection, which is the prohibition of expropriation without compensation, given the atrocious and grave nature of expropriation as a breach of binding international obligations.

On expropriating the property of foreign investors, states usually adopt indirect or creeping approaches by depriving the investors of the value or the benefit of its investment without nationalizing or directly expropriating the investor's property. This deviates from the established trust in international relations. On the other hand, states may adopt regulations and measures in good faith to protect their national security and health, to preserve the environment as well. Thus, we need to establish what constitutes indirect expropriation while balancing between states' sovereignty and investors' legitimate expectations. Accordingly, it became profoundly important to pinpoint the criteria for "unveiling" the states' measures amounting to expropriation.

Hence, this article aims to determine the established criteria for unveiling indirect expropriation of investments

under international law. It also focuses on the decisions of various arbitral tribunals in investor-state dispute settlement ("ISDS"). Finally, it seeks to determine which criterion is the valid one amongst the sole-effect approach, the police powers doctrine, and the balanced approach.

**key words:** Foreign Direct Investment, Bilateral Investment Treaties، Investment Arbitration, Indirect Expropriation, Investor-state disputes.

## مقدمة

موضوع البحث وأهميته – خطورة المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر وضرورة الكشف عنها في العصر الحديث، دعت الحاجة إلى إبرام شتى صور الاتفاقات بين أفراد المجتمع الدولي – خاصة الدول – وذلك في سبيل إشباع حاجاتهم المتبادلة. وبالنظر إلى العلاقات فيما بين الدول، يتبين لنا أن تبادل الاستثمارات الأجنبية المباشرة[١] هو أحد أهم صور التعاون الاقتصادي الذي يساهم بدوره في تحقيق تبادل الخبرات والتكنولوجيا، وتحقيق أهداف العولمة بما يؤدي إلى التقدم الاقتصادي للدول بوجه عام، ويسهم في تحقيق الأهداف التنموية للدول النامية بوجه خاص.

ولما كان سبيل تحقيق ذلك يتطلب تنظيم تلك العلاقات فيما بين الدول في إطار خاص، درجت الدول على إبرام اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، أو ما يعرف ب («معاهدات الاستثمار»)، وذلك بهدف توفير مناخ آمن للاستثمارات المتبادلة في إطار من الحوافز والضمانات، سواء كانت تلك المعاهدات ثنائية الجانب "Bilateral Investment Treaty" أو متعددة الأطراف «Multilateral Investment Treaty». ومن أمثلة الأولى الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية والإمارات العربية المتحدة في مايو ١٩٩٧، ومن أمثلة الأخيرة اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية "NAFTA" المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك في ديسمبر ١٩٩٢.

وفي هذا النطاق، يتم تبادل الاستثمارات فيما بين الدول بغرض تحقيق التنمية الاقتصادية المتبادلة. وبالنظر للأهمية القصوى لتلك الاستثمارات، تتضمن معاهدات الاستثمار مجموعة من الضمانات التي تكفل لتلك الاستثمارات عدم التعرض لها بأي صورة غير مشروعة، ومن قبيل صور التعرض: التمييز بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني دون مسوغ رغم تماثل أوضاعهم القانونية، وذات الأمر في العلاقة بين المستثمرين الأجانب من الدول المختلفة. بل أنه تعد مصادرة الاستثمار الأجنبي من أخطر صور التعرض غير المشروع للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الدول المضيفة للاستثمار، ولذا تعين على الدول احترام تلك الاستثمارات وتوفير المناخ الملائم لها في ضوء معاهدات الاستثمار.

وبالنظر إلى مصادرة الاستثمار الأجنبي كصورة جسيمة للتعرض غير المشروع للاستثمار الأجنبي المباشر، يتبين لنا أن الدول المضيفة لتلك الاستثمارات عادة ما تلجأ للمصادرة بطرق غير مباشرة أو «مقنعة» بهدف التنصل من التزاماتها الدولية دون أن يرافق ذلك مظهر فج يتمثل في المصادرة المباشرة للاستثمار، وهو مما لا يستقيم واعتبارات الثقة التي تقوم عليها المعاملات في المجتمع الدولي. وبالمقابل، قد تتخذ الدولة تلك الإجراءات في إطار من حسن النية وذلك بهدف حماية الصحة العامة وسلامة البيئة من الأضرار التي قد تلحق بها والتي قد تبرر اللجوء لصور المصادرة المختلفة، إذ أن مدى مشروعية المصادرة يحكمها الموازنة بين اعتبارات سيادة الدول فوق إقليمها ومواردها الطبيعية، واعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب.[٢]

ومن هنا ظهرت أهمية تحديد سبل التعرف على الإجراءات غير المشروعة للمصادرة غير المباشرة التي تجرد الاستثمارات من كل فائدة دون أن تقوم الدولة المضيفة بمصادرتها أو بنزع ملكيتها بشكل مباشر أو تقليدي.

ولذلك، نهدف في بحثنا هذا إلى بيان أهم المعايير الخاصة بالكشف عن المصادرة غير المباشرة «المقنعة» للاستثمار الأجنبي المباشر والتمييز فيما بينها وبيان أكثرها رجحانًا بغرض حماية المستثمرين الأجانب في مواجهة الدول المضيفة لاستثماراتهم من الانتهاكات غير المبررة لأحكام القانون الدولي الصادرة من تلك الدول. وذلك نظرًا لأن معاهدات الاستثمار – باعتبارها معاهدات دولية – تتضمن جانب الإلزام في طياتها باعتبارها أحد مصادر القانون الدولي العام وفقًا لنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل

[١] يطلق على الاستثمار الأجنبي المباشر في الفقه المقارن مصطلح خاص وهو «Foreign Direct Investment» أو «FDI».

[2] Andrew Newcombe and Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment, Chapter 7 – Expropriation. (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2009), p. 321

الدولية، ووفقًا للقاعدة المستقرة في فقه القانون الدولي بأن العقد شريعة المتعاقدين «Pacta Sunt Servanda»، وعليه، فيتعين الامتثال لأحكام تلك المعاهدات.

نطاق البحث – معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي وإذ تتعدد صور الحماية أو الضمانات التي تحيط بالاستثمارات الأجنبية المباشرة، والتي ترد عادة في إطار موسع،[٣] ومن أمثلتها المعاملة العادلة والمنصفة Fair and Equitable Treatment وتوفير معاملة للمستثمرين في الظروف المماثلة بما لا يقل تفضيلًا عن المستثمرين الوطنيين National Treatment أو المستثمرين الأجانب Most Favored Nation، فإننا نقصر موضوع بحثنا على الضمانات المتعلقة بحظر المصادرة دون تعويض كصورة من صور نزع الملكية من غير تعويض فيما يعرف ب «Prohibition of Expropriation without Compensation».

وفي إطار ضمانة حظر المصادرة دون تعويض، نقصر دراستنا على المصادرة غير المباشرة كأحد صور المصادرة غير المشروعة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في ضوء معايير الكشف عنها.

**منهج البحث**

وللوصول لهدف بحثنا في صدد هذا البحث نتبع المنهج الوصفي، فندرس المعايير محل البحث في ضوء القانون الدولي، ثم نتبع المنهج التحليلي المقارن، فنعرض لتطبيقات تلك المعايير في ضوء القانون الدولي والأحكام الصادرة من الهيئات التحكيمية في إطار التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الناشئة بين المستثمرين الأجانب والدول المختلفة، والمعروفة في الفقه المقارن بإسم «Investor-State Disputes».

**خطة الدراسة**

وبناء على ما سبق، سنقسم دراستنا لمعايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي إلى أربعة فصول على النحو التالي:

- الفصل التمهيدي: حظر مصادرة الاستثمار الأجنبي واعتبارات السيادة
- الفصل الأول: معيار أثر الإجراء كمعيار موسع للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار
- الفصل الثاني: معيار تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس الغير مستوجبة للتعويض
- الفصل الثالث: معيار الموازنة كآلية راجحة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار

## الفصل التمهيدي
## حظر مصادرة الاستثمار الأجنبي واعتبارات السيادة

**تقسيم**

نتناول في هذا الفصل التمهيدي ماهية مصادرة الاستثمار الأجنبي (المبحث الأول)، ثم نتبعها ببيان الاعتبارات المحيطة بمصادرة الاستثمار الأجنبي (المبحث الثاني)، وذلك من حيث الموازنة بين اعتبارات سيادة الدول فوق إقليمها ومواردها الطبيعية، واعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب، وأخيرًا، نعرض بإيجاز للمعايير الحاكمة لمدى توافر المصادرة غير المباشرة كسبب للمسئولية الدولية (المبحث الثالث)، وذلك تمهيدًا لتفصيل كل منها في فصول هذا البحث.

### المبحث الأول
### ماهية مصادرة الاستثمار الأجنبي

**تقسيم**

نتناول في هذا المبحث بيان ماهية مصادرة الاستثمار الأجنبي، وذلك من حيث تعريف المصادرة (المطلب الأول)، وبيان صور

[3] Amr A. Abbas, Bilateral Investment Treaties Treatment of International Capital Movement: Time for Reform? (PhD Thesis, Queen Mary University of London), March 2011, pp. 228-229.

مصادرة الاستثمار الأجنبي المختلفة (المطلب الثاني)، وذلك في إطار المصادرة المباشرة والمصادرة غير المباشرة.

## المطلب الأول
## تعريف المصادرة

نجد أن قواعد القانون الدولي التي تنظم مصادرة الاستثمار الأجنبي هي أحد أهم محاور التي تحظى باهتمام الأجانب بوجه عام، والمستثمرين الأجانب بوجه خاص. وذلك لأن المصادرة هي الصورة الأكثر جسامة للتعرض لملكية الاستثمارات الأجنبية، نظرًا لأنها تطيح بكافة التوقعات المشروعة للمستثمرين متى تمت مصادرة استثماراتهم دون تعويض مناسب وكافي.[٤]

وتشير المصادرة بوجه عام إلى النقل الجبري لملكية المال إلى الدولة بواسطة مختلف إجراءات نزع الملكية التي تباشرها. ويختلف مفهوم المصادرة في إطار القانون العام الداخلي عن المصادرة من منظور معاهدات الاستثمار باعتبارها أحد مصادر القانون العام الخارجي أو ما يعرف بـ «القانون الدولي العام».

إذ أنه وفقًا للقانون العام الداخلي، فإن المصادرة تكشف عن إفصاح الإدارة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين عن إرادتها الملزمة للأفراد لإحداث أثر قانوني معين هو نقل الملكية من الأفراد إلى الدومين العام للدولة.[٥] وعادة ما تدرج الدول ضمن دساتيرها بعض النصوص التي تكفل حرمة الملكية الخاصة. وفي هذا الصدد، تنص المادة ٣٥ من الدستور المصري الحالي على أنه «...لا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون». ويراعى في هذا الصدد، أن القانون الداخلي للدولة هو مصدر مسئولية الدولة على الصعيد الداخلي وذلك في الأحوال التي لا يتم فيها نزع الملكية وفقًا للضوابط التي حددها هذا القانون.

وفي هذه الحالة، يمكن فقط مقاضاة الدولة أمام المحاكم الإدارية الخاصة بها دون أن تثور مسئوليتها على الصعيد الدولي ما لم يُتخذ الإجراء في مواجهة استثمار أجنبي مشمول بالحماية وفقًا لمعاهدات الاستثمار. ومن قبيل ذلك، قيام الدولة بالاستيلاء على الملكية العقارية لبعض مواطنيها بغرض إقامة سد لحماية الدولة من خطر الفيضان.

وبالمقابل، فإن المصادرة وفقًا لقانون الاستثمار الدولي تشير إلى إجراءات نزع الملكية المتمثلة في النقل الجبري لملكية الاستثمارات الأجنبية من المستثمر إلى الدولة أو الغير، متى كانت تلك الاستثمارات تتمتع بالحماية وفقًا لمعاهدات الاستثمار التي تبرمها الدولة المختلفة. وقد تتم المصادرة بصورة المباشرة أو غير المباشرة.[٦] ويستوي في هذا الحال أن تكون المصادرة بهدف تحقيق المنفعة العامة أم لا.

ويراعى في هذا الصدد أن مصدر مسئولية الدولة هنا هو معاهدات الاستثمار التي تبرمها، والتي من شأنها أن تثير مسئوليتها على الصعيد الدولي باعتبار هذه المعاهدات مصدر من مصادر القانون الدولي العام. وفي هذه الحالة، يمكن مقاضاة الدولة باللجوء لمحاكمها الإدارية، أو باللجوء إلى هيئات القضاء أو التحكيم الدولية بحسب ما تنص عليه معاهدات الاستثمار.

ومن قبيل ذلك ما قضت هيئة التحكيم في AES v. Hungary بأن الإجراءات والتدابير الصادرة من الدولة تعد من قبيل المصادرة للاستثمار الأجنبي المباشر متى حرمت المستثمر، كليًا أو جزئيًا، من ملكيته لاستثماراته أو تحكمه وإدارته الفعالة لها، وثارت تلك القضية نظرًا لمخالفة دولة المجر لأحكام معاهدة ميثاق الطاقة Energy Charter Treaty والتي تضمنت نصوص تتعلق بحماية الاستثمارات الأجنبية من كافة صور التعرض.[٧]

وبعد أن أوضحنا مفهومي المصادرة على النحو السابق، نقصر بحثنا هذا على المصادرة وفقًا لمفهومها في قانون الاستثمار الدولي باعتبارها أهم صور التعرض للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

---

[4] Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Law (2nd Edition), © Oxford University Press, 2012, p. 98

[٥] محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٧٤٨٦ لسنة ٧٦ قضائية، جلسة ٢٢/٠٢/٢٠١٠، مكتب فني، سنة ٦١، قاعدة ٤٣، صفحة ٢٦٥.

[6] L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor, Twelfth Annual Goff Arbitration Lecture, Hong Kong, 2004, p. 297

[7] AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erömü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, ¶¶ 14.3.1–14.3.3 (3 September 2010).

## المطلب الثاني
## صور مصادرة الاستثمار الأجنبي

نظرًا لأن المصادرة بمعناها التقليدي وكذا إجراءات التأميم تمثل صورًا للمصادرة المباشرة للاستثمار الأجنبي (الفرع الأول)، إلا أنها ليست الصورة الوحيدة في ظل توجه الدول إلى مصادرة الاستثمارات الأجنبية بشكل غير مباشر أو مقنع على نحو يجعل تحديد طبيعة تلك الإجراءات أكثر صعوبة (الفرع الثاني)، ونبين فيما يلي تلك الصور بشيء من الإيجاز.

### الفرع الأول
### المصادرة المباشرة

تعد المصادرة المباشرة بمثابة الصورة التقليدية لإجراءات نزع ملكية المستثمرين الأجانب.[٨] وكما سبق البيان، فإن هذه الإجراءات قد تتخذ صورة نزع الملكية ونقلها إلى الدولة في إطار إجراءات التأميم، وقد يتم نقل ملكية تلك الاستثمارات إلى الغير.[٩]

ولما كان ذلك، يتبين لنا أن إجراءات المصادرة المباشرة لا تثير لبسًا أو شكًا حول طبيعة تلك الإجراءات، لأنها تتم بشكل صريح وواضح على نحو يثير مسئولية الدولة المضيفة للاستثمار متى تمت دون تعويض ملائم.[١٠] وعادة ما تنص اتفاقات تشجيع وحماية الاستثمار على حظر إجراءات المصادرة المباشرة للاستثمارات الأجنبية، ومن قبيل ذلك، معاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين والتي تنص في المادة ٤(١) على أن «يحظر مصادرة الاستثمارات أو تأميمها، سواء بشكل مباشر أو غير مباشر بواسطة التدابير التي تعادل أثر المصادرة أو التأميم.»[١١]

وبناء على ما سبق، لا تثير المصادرة المباشرة لبسًا حولها، على خلاف إجراءات المصادرة غير المباشرة، وذلك على النحو الذي نبينه في الفرع التالي.

### الفرع الثاني
### المصادرة غير المباشرة

نظرًا لخطورة وجلاء إجراءات المصادرة المباشرة، جرت الدول على اتخاذ مجموعة من الإجراءات غير المباشرة أو المقنعة بهدف حرمان المستثمر من منافع الاستثمار الخاص به دون أن تتبع في ذلك سبيل المصادرة المباشرة أو التأميم.

ويمكن تعريف المصادرة غير المباشرة بأنها مجموع الإجراءات أو التدابير التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار والتي يترتب عليها وتعادل في أثرها – ككل – مصادرة الاستثمار.[١٢]

ولبيان آثار المصادرة غير المباشرة، أشارت هيئة التحكيم في قضية Starrett Housing Corp. v. Iran إلى أنه في إطار القانون الدولي، يعد مصادرة للاستثمار «...التدابير التي تتخذها دولة ما بشكل يتعرض لحقوق الملكية على نحو يجردها من أي فائدة...»[١٣] بل أننا نكون بصدد مصادرة غير مباشرة للاستثمار ولو لم يتم نزع الملكية، طالما سببت تلك التدابير آثارًا ترتب عليها المساس باستخدام المستثمر لأملاكه أو أنقص من انتفاعه بها وفقًا لما أكدت عليه هيئة التحكيم في Tippetts et Al v. Iran.[١٤]

---

[8] Campbell McLachlan, Laurence Shore and Mathew Weiniger, International Investment Arbitration: Substantive Principles (2nd edition), © Oxford University Press, Para. 8.68

[9] Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 324

[١٠] د. هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٠، ص. ٥٨. أنظر أيضا: عبد الحكيم مصطفي عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، ١٩٩١، ص. ١٨٩

[١١] اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية، نوفمبر ١٩٩١.

[12] Rudolf Dolzer et Al, Ibid, p. 125

[13] Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran (1983) 4 Iran-US CTR 122 [Starrett]

[14] Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Iran. See also: Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22 (2008)

ومن أمثلة المصادرة غير المباشرة للاستثمار: حرمان المستثمر من التحكم الفعال في استثماراته، قيام الدولة بمباشرة الأعمال اليومية لشركات المستثمر، قيام الدولة بالقبض على أفراد الإدارة أو العاملين بشركة المستثمر واحتجازهم، مراجعة أعمال الأشخاص ذوي الصفة الرسمية، تأجيل وتعليق استثمارات المستثمر الأجنبي وكافة صور المفاوضات المثمرة التي يكون طرفًا فيها، التدخل في تعيين مديري أو ممثلي تلك الشركات، والأضرار بتوزيع الأرباح فيها.[١٥]

وقد درجت معاهدات الاستثمار على حماية الاستثمارات الأجنبية من شتى صور المصادرة غير المباشرة، ومن أمثلتها اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة السابق الإشارة إليها بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين، وكذلك اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، فنصت في المادة ٣(١) على أنه: « لا يتم نزع ملكية أو تأميم أي استثمار أو جزء منه خاص بمواطني أي طرف بواسطة الطرف الثاني أو أحد أقسامه الإدارية أو السياسية كما سوف لا يتم إخضاعه لأي إجراء مباشر أو غير مباشر، وذلك إذا كان تأثير مثل هذا الإجراء أو أي سلسلة من الإجراءات يرقى إلى نزع الملكية أو التأميم (كل نزع ملكية وكل تأميم وكل الإجراءات الأخرى المشابهة سوف يطلق عليها نزع الملكية)».[١٦]

وعليه، يتبين لنا مما سبق أن التعرف على المصادرة غير المباشرة للاستثمار لا يتأتى إلا بتحليل نطاق الضرر والحرمان من منافع الاستثمار التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي على نحو يرقى إلى المصادرة المباشرة، وذلك بغض النظر عن شكل التدابير التي اتخذتها الدولة المضيفة للاستثمار.[١٧]

## المبحث الثاني
## الاعتبارات المحيطة بمصادرة الاستثمار الأجنبي

**تقسيم**

لا يخفى أن مشروعية المصادرة من عدمها يحكمها مبدأ الموازنة بين اعتبارات سيادة الدول فوق إقليمها ومواردها الطبيعية (المطلب الأول)، واعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب (المطلب الثاني) [١٨]، ولذلك نبين تلك الاعتبارات المتداخلة بشيء من التفصيل في مطلبين مستقلين.

### المطلب الأول
### اعتبارات سيادة الدولة على إقليمها

منذ قديم الأزل، ووفقًا لأحكام القانون الدولي، تتمتع الدول المضيفة للاستثمار بالسيادة على إقليمها. ويتفرع من ذلك أن يثبت لها الحق في نزع الملكية الخاصة بمواطنيها، وكذا تلك الخاصة بالأجانب المقيمين فوق إقليمها، سواء بطريق التأميم، أو بطريق المصادرة. ونجد أن الدولة تباشر ذلك الحق لأسباب اقتصادية، سياسية، اجتماعية، أو غيرها من الأسباب.

ونجد أنه في الجزء الأول من القرن العشرين، قامت الدول المختلفة بالعديد من إجراءات التأميم للممتلكات فوق إقليمها، كالتي تمت خلال فترات الثورات في روسيا والمكسيك، وكذا التوسع في تأميم الممتلكات بعد الحرب العالمية الثانية وما تبعها من تحرر الدول من الاستعمار.[١٩]

---

[15] Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award ¶ 284 (28 September 2007) .See also, Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. Arb/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law, and Liability ¶ 6.62 (30 November 2012). See also, Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9, Award dated 16 September 2003.

[١٦] المادة الثالثة، اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية، ١٩٨٦.

[17] Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 327

[18] Ibid, p. 321. See also, Dr. Amr Adel Abbas, BITs Main Concepts and Standards of Treatment Affecting State's Regulatory Powers, Class notes for the Second Year Students of the Faculty of Law, English Section, Cairo University, 2015, p. 46

[19] UNCTAD, Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, p. 16

ويراعى في هذا الصدد، أن حق الدولة ليس مطلق من أي قيد، والقول بغير ذلك من شأنه أن يلقي بتلك التصرفات الصادرة من الدولة في عداد الأعمال غير المشروعة وفقًا لأحكام القانون الدولي. ولذلك، فإذا كان من حق الدولة أن تباشر سيادتها على إقليمها وتتخذ إجراءات المصادرة المختلفة، فإن تلك المصادرة تعد مشروعة فقط عند توافر بضع شروط وهي:

- أن تتم المصادرة لاعتبارات المنفعة العامة.
- أن تتم المصادرة دون تمييز.
- أن يتم مراعاة مبدأ المحاكمة المنصفة Due Process of Law.
- أن تقترن المصادرة بتعويض عادل وكافي.[٢٠][٢١]

ونلاحظ أخيرًا، أن كثيرًا من الدول تسعى للتنصل من شرط التعويض على أساس الاستناد لما يعرف بإجراءات الأمن العام أو البوليس، والتي تفرق فيما بين إجراءات المصادرة المستوجبة للتعويض، وتدابير الأمن العام والبوليس التي لا تقبل التعويض. وقد تأكد ذلك في عدة من القضايا التحكيمية وأهمها Saluka v. Czech Republic[٢٢].

وفي قضية Sedco v. Iran، أكدت هيئة التحكيم على أنه من المتعارف عليه في مبادئ القانون الدولي أن الدولة لا تثور مسئوليتها عن الأضرار الاقتصادية المترتبة على أعمالها التنظيمية متى تمت بحسن نية، وفي الإطار المقبول من إجراءات البوليس.[٢٣] وسيجري تحليل وتفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذا البحث.

## المطلب الثاني
## اعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب

إذا كانت سيادة الدولة محل اعتبار عند اتخاذ إجراءات مصادرة الاستثمار الأجنبي، فلابد من التأكيد على أن ذلك يقابله الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب، وما يترتب عليها من التوقعات المشروعة للمستثمر والتي يجب مراعاتها وفقًا لأحكام القانون الدولي. وتفصيل ذلك، أنه بمجرد إبرام العقود الخاصة بتنظيم الاستثمار في الدولة المضيفة له، تلتزم الدولة بحماية تلك الاستثمارات سواء وفقًا لتلك العقود، أو وفقًا لأحكام معاهدات الاستثمار المبرمة بين الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته والدولة المضيفة للاستثمار.

وكذا، تنشأ للمستثمر مجموعة من التوقعات المشروعة فيما يتعلق بتمكينه من مباشرة استثماراته في الدولة المضيفة دون عوائق لا مسوغ لها،[٢٤] والتي تؤخذ في الاعتبار عند تحديد توافر المصادرة من عدمها.[٢٥]

ونلاحظ في هذا الصدد، أنه عند قيام الدولة باتخاذ إجراء من إجراءات المصادرة أو ما يشابهها، عادة ما يلجأ المستثمرون إلى محاولة التوسيع من نطاق المقصود ب «أثر الإجراء» ليشمل أبسط صور التعرض للاستثمار Sole Effect Approach، ولو لم تكن في حقيقتها كافية للقول بوجود مصادرة بالمعني الصحيح. ومتى توافرت المصادرة وفقًا لهذا المعيار، تعين على الدولة تقديم التعويض الكافي والعادل.[٢٦]

ولذلك، يتعين الموازنة بين اعتباري سيادة الدولة على إقليمها، والحقوق المكتسبة والتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي بصدد تعيين مدى توافر المصادرة غير المشروعة للاستثمار الأجنبي من عدمه. ولعل المرجع في ذلك يكون لمختلف المعايير الدولية الحاكمة لمدى توافر ذلك ويتعين في هذا الصدد تعيين أي هذه المعايير أكثر تحقيقًا لتلك الموازنة التي نشير إليها.

[20]Ibid, p. 16. See also: Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 321. See also, Nico Schrijver, Sovereignty Over Natural Resources: Balancing Rights and Duties, Cambridge University Press, 1997, p. 344

[٢١]د. حسام عبد العال شعبان، حتمية تهيئة المناخ للاستثمار الأجنبي المباشر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني والتسعون، ٢٠١٩، ص. ٧٤-٧٥

[22]Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006)

[23]SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Co., 1985

[24]U. Kriebaum, 'Partial Expropriation' (2007) 8 JWIT 69 and U. Kriebaum, 'Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State' (2007) 8 JWIT 717. See also, Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 350, para. 7.18

[25]Esme´ Shirlow, Deference and Indirect Expropriation Analysis in International Investment Law: Observations on Current Approaches and Frameworks for Future Analysis, ICSID Review, Vol. 29 (2014), p. 598

[26]UNCTAD, Ibid, p. 16. See also: Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 321.

## المبحث الثالث
## المعايير الحاكمة لمدى توافر المصادرة غير المباشرة كسبب للمسئولية الدولية

بالنظر إلى المصادرة غير المباشرة للاستثمار، فقد سبق لنا أن أوضحنا أن هذه الصورة من المصادرة تتخذ بطريقة مقنعة creeping أو خفية على نحو لا يتضمن – في أغلب الأحيان – نزعًا للملكية. ولذلك، يتعين بحث كيفية الكشف عن تلك المصادرة غير المباشرة بغية حماية الاستثمار الأجنبي المباشر من صور انتهاكات القانون الدولي الصادرة من الدول المضيفة للاستثمار. ولما كان ذلك، فإننا نقصر بحثنا هنا على المعايير الحاكمة والكاشفة لمدى توافر المصادرة غير المباشرة كسبب للمسئولية الدولية، وذلك في إطار معيار أثر الإجراء، ومعيار معيار تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس، وأخيرًا معيار الموازنة.

ويعد معيار أثر الإجراء هو الصورة الموسعة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار، وذلك لأنه يأخذ في الاعتبار أثر الإجراء الصادر من الدولة المضيفة في مواجهة الاستثمار الأجنبي دون مراعاة لغير ذلك من الاعتبارات. وعلى خلاف المعيار السابق، يتوافر معيار إجراءات البوليس كوسيلة للتخفيف من حدة معيار أثر الإجراء. حيث يفرق هذا المعيار بين إجراءات المصادرة غير المشروعة، تدابير الأمن العام والبوليس المشروعة والغير مستوجبة للتعويض.[٢٧]

وفي إطار التخفيف من حدة المعيارين سالفي البيان، نرى ضرورة الأخذ بمعيار الموازنة كوسيلة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي. إذ يأخذ هذا المعيار في اعتباره مجموعة من الاعتبارات بالموازنة بين مصالح المستثمر ومصالح الدولة المضيفة للاستثمار. ولعل هذا المعيار هو الأرجح بالاتخاذ عما سبق من المعايير، ولذلك نفرد لهذا المعيار الفصل الثالث والأخير من بحثنا، مع التعرض له بالتحليل والتقييم، وترجيحه على مختلف المعايير الخاصة بالكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

وبذلك ننتهي من التمهيد لموضوع بحثنا، وفيما يلي نسير بخطانا لنعرض بشيء من التفصيل لكل من معيار أثر الإجراء، ومعيار تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس، وأخيرًا معيار الموازنة باعتبارها المعايير الخاصة بالكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر. ونعرض في ثنايا بحثنا لتقييم ما سبق ذكره من معايير، وما إذا كان معيار الموازنة يعد بديلًا هامًا لتلك المعايير على الصعيد الدولي، وذلك في ثلاثة فصول مستقلة على النحو التالي:

- الفصل الأول: معيار أثر الإجراء كمعيار موسع للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار
- الفصل الثاني: معيار تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس الغير مستوجبة للتعويض
- الفصل الثالث: معيار الموازنة كآلية راجحة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار

## الفصل الأول
## معيار أثر الإجراء كمعيار موسع للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار
## “Sole-effect Approach” or “The Economic Effect of States’ Measures”

### تقسيم

تبين لنا من العرض السابق المقصود بمعيار أثر الإجراء، واعتباره صورة موسعة النطاق من معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي. وفيما يلي نعرض لمعيار أثر الإجراء بشيء من التفصيل في عدة مباحث، مع بيان أهم الأحكام المتعلقة بمعيار أثر الإجراء، وننهي عرضنا بتقييم المعيار وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: معيار أثر الإجراء
- المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بمعيار أثر الإجراء
- المبحث الثالث: تقييم معيار أثر الإجراء

[27] Caroline Henckels, Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality analysis And the Standard of Review in Investor-State Arbitration, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2012, p. 225. See also: Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, pp. 48-49

## المبحث الأول
## معيار أثر الإجراء

### تقسيم

نجد أن معيار أثر الإجراء هو أحد أهم المعايير التي يهتدى بها للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار. وفي هذا الصدد نبين المقصود بمعيار أثر الإجراء، في ضوء ما سبق بيانه (المطلب الأول)، ثم نعرض للطبيعة الموسعة لمعيار أثر الإجراء (المطلب الثاني)، وذلك على النحو التالي:

### المطلب الأول
### التعريف بمعيار أثر الإجراء

كما سبق البيان، معيار أثر الإجراء هو الصورة الموسعة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار، ويمكن تعريفه بأنه أحد معايير التعرف على المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر، والذي تهتدي به المحاكم والهيئات التحكيمية – بشكل رئيسي بل حصري – في التوصل إلى حكمها بناء على الأثر المترتب على الإجراء محل النزاع بالنسبة للاستثمار الأجنبي المباشر.[٢٨]
وفي إطار معيار أثر الإجراء، لا يؤخذ في الاعتبار بنية الدولة المضيفة، أو الغرض من الإجراء محل النزاع عند تحديد مدى اعتبار هذا الإجراء من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار.[٢٩]

ويقصد بأثر الإجراء المفضي إلى المصادرة غير المباشرة ما أشارت إليه هيئة التحكيم في قضية Starrett Housing Corp. v. Iran، حيث إنه في إطار القانون الدولي يعد مصادرة للاستثمار «...التدابير التي تتخذها دولة ما بشكل يتعرض لحقوق الملكية على نحو يجردها من أي فائدة...»[٣٠]
بل أننا نكون بصدد مصادرة غير مباشرة للاستثمار ولو لم يتم نزع الملكية، طالما سببت تلك التدابير آثارًا ترتب عليها المساس باستخدام المستثمر لأملاكه أو أنقص من انتفاعه بها وفقًا لما أكدت عليه هيئة التحكيم في Tippetts et Al v. Iran.[٣١][٣٢]

وقد درجت العديد من أحكام هيئات التحكيم على الأخذ بهذا المعيار، ومنها: Biwater Gauff v. Tanzania حيث أكدت هيئة التحكيم على معيار أثر الإجراء، وأكدت أنه في الكثير من القضايا التي أثير فيها مسألة تصرفات الدولة في إطار المصادرة غير المباشرة للاستثمار، أن التوجه لدى هيئات التحكيم يشير إلى أخذ أثر الإجراء في الاعتبار، وذلك بغض النظر عن النية التي تستند إليها.[٣٣]
وكذلك Mitchel v. Congo، حيث قضت الهيئة في مرحلة البطلان بأنه قد جرت عادة المحكمين – في الأغلب – في إطار منازعات الاستثمار الدولية على الاستناد فقط إلى أثر الإجراء على المستثمر، دون الأخذ في الاعتبار بالغرض من الإجراء الصادر من الدولة المضيفة للاستثمار.[٣٤]

---

[28] Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, 112-114. See also: L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Ibid, p. 300. See also: Jonathan Bonnitcha, 'How Much Substantive Protection Should Investment Treaties Provide to Foreign Investment?' (DPhil thesis, University of Oxford 2012), p. 313

[29] Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, 112-114. See also: Caroline Henckels, Ibid, p. 225, fn. 4

[30] Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran (1983)

[31] Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Iran. See also, Biwater Gauff v. Tanzania, para 464.

[32] Ben Mostafa, The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law, Australian International Law Journal, ed. 2008 p. 280.

[33] Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/222008) )

[34] Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7 (2006)

## المطلب الثاني
## الطبيعة الموسعة لمعيار أثر الإجراء

وبالنظر لما سبق، نجد أن معيار أثر الإجراء لا يأخذ في الاعتبار بنية الدولة المضيفة أو الغرض من الإجراء، وهذا يعني أننا بصدد معيار واسع وفضفاض.

وتفصيل ذلك، أن هذا المعيار يغفل العديد من الاعتبارات كاعتبارات النظام العام، وحماية البيئة، ومدى التوازن بين الإجراء وبين الغرض منه، وكذلك يغفل إجراءات البوليس التي جرى العرف الدولي على إجازتها وعدم التعويض عنها بالرغم من أثرها في مصادرة الاستثمار الأجنبي إذ يطيح هذا المعيار بحق الدولة في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالمصلحة العامة بالمقارنة بمصالح الأفراد.[٣٥]

وللتدليل على ذلك، أشارت هيئة التحكيم في قضية Tecmed v. Mexico إلى أن النية التي ترمي إليها الدولة في إجراءاتها تعد قليلة الأهمية بالمقارنة بآثار تلك الإجراءات على مالك الاستثمار أو على المنافع الناتجة عن الاستثمار، وأن شكل الإجراء الضار أقل أهمية عن آثاره الفعلية.[٣٦] وفي نفس المعنى، أكدت هيئة التحكيم في Siemens v. Argentina على ذلك، وفسرت معاهدة الاستثمار بين الأرجنتين وألمانيا على أنها تشير إلى حماية الاستثمارات من الإجراءات التي من شأنها أن ترتب آثارًا مماثلة للمصادرة، بعض النظر عن توافر نية الدولة في المصادرة من عدمه.[٣٧]

وقد توسعت الهيئات التحكيمية في معيار أثر الإجراء واكتفت بالأخذ في الاعتبار توقعات الأفراد المشروعة فيما يتعلق بمصادرة الفائدة المترقبة من الاستثمار كأثر للإجراء الذي يعد من قبيل المصادرة غير المباشرة، ومن قبيل ذلك الأحكام الصادرة في قضيتي: Metalclad v. Mexico و[٣٨]Fireman v. United Mexican States.

ولذلك، نجد أن بعض الهيئات التحكيمية – تخفيفًا لذلك الأثر – تشددت في معيار أثر الإجراء بشكل مغالٍ فيه وأشارت إلى ضرورة أن يكون الأثر المترتب على الإجراء جوهري على نحو يؤدي لحرمان المستثمر من منافع الاستثمار إلى الحد المماثل للمصادرة المباشرة، ففي قضية Pope & Talbot v. Canada، أيدت الهيئة وجهة النظر القائلة بأن المعيار المطلوب للكشف عن المصادرة غير المباشرة هو أن يكون أثر الإجراء محل النزاع متطابقًا مع الوضع الذي تصادر فيه الملكية.[٣٩]

وهكذا يتبين لنا أن معيار أثر الإجراء هو معيار فضفاض وموسع فيما يتعلق بالكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

## المبحث الثاني
## الأحكام المتعلقة بمعيار أثر الإجراء

### تمهيد

قد سردنا فيما سبق المقصود بمعيار أثر الإجراء، ويستتبع ذلك بيان أهم الأحكام والخصائص المتعلقة بمعيار أثر الإجراء، إذ أن محل الاعتبار هو أثر الإجراء (المطلب الأول)، ويقصد بذلك الحرمان الجوهري من قيمة الاستثمار (المطلب الثاني)، ومتى تبين ذلك، فلا عبرة لشكل الإجراء أو الغرض من اتخاذه (المطلب الثالث)، وإذ يتسع هذا المعيار فيشمل التوقعات المشروعة للمستثمر في الاعتبار (المطلب الرابع)، وبعد أن ننتهي من بيان ما سبق، نبحث إمكانية انطباق معيار أثر الإجراء على المصادرة المباشرة للاستثمار (المطلب الخامس) وفيما يلي، نبين ذلك بشيء من التفصيل.

---

(35) Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 48

(36) Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (2003)

(37) Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8 (2007). See also: Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, p. 114. See also, Germany-Argentina BIT (1991).

(38) Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (2000). See also, Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/02/1 (2006). See also, Jonathan Bonnitcha, Ibid, p. 314, 318, 380-1

(39) Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (2002)

## المطلب الأول
## الأخذ بأثر الإجراء دون غرضه أو شكله

بالنظر إلى ما سبق بيانه، وفي ضوء التسمية الخاصة بالمعيار محل الحديث، نجد أن العبرة بأثر الإجراء دون غيره من الاعتبارات عند بحث مدى توافر المصادرة غير المباشرة للاستثمار من عدمه.

ونجد أن أثر الإجراء يتسع ليشمل المنفعة الاقتصادية، قيمة الاستثمار، والقدرة على التحكم في وإدارة الاستثمار، فهذه المسائل ذات أهمية جوهرية عند بحث آثار الإجراء بالنسبة لها، ومدى تحقيقه للحرمان منها بأي شكل من الأشكال.[٤٠] ومتى كان هذا الأثر جوهري ومستمر لفترة من الزمن، فسيفترض في هذا الصدد أن مصادرة الاستثمار قد تمت بالفعل.[٤١]

وفي هذا الصدد، تستند هيئات التحكيم في المنازعات المختلفة على الاعتبارات الاقتصادية. فعلى سبيل المثال، انتهت بعض هيئات التحكيم إلى توافر المصادرة غير المباشرة للاستثمار متى ترتب على الإجراء الحرمان من الاستعمال والانتفاع الاقتصادي للاستثمار،[٤٢] أو عندما يترتب على الإجراء استئصال المنفعة من الاستثمار والتعرض لها بشكل مماثل.[٤٣]

## المطلب الثاني
## أثر الإجراء محل الاعتبار هو الحرمان الجوهري من قيمة الاستثمار

كما سبق البيان في المطلب السابق، فإن الحرمان من قيمة الاستثمار بأي شكل من الأشكال هو أثر الإجراء محل الاعتبار.

ولكن يدور التساؤل حول نطاق هذا الحرمان، هل هو كلي أم جزئي؟ جوهري أم بسيط؟

ونجد في هذا الصدد أن الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم تتراوح بين التوسع أو التضييق في نطاق هذا الحرمان. فعلى سبيل المثال، قضت هيئة التحكيم في قضية Middle East Cement v. Egypt بأن حرمان المستثمر من استيراد الأسمنت لمدة أربعة أشهر فقط يعد بمثابة مصادرة غير مباشرة لجزء من الاستثمار نظرًا لصدور قرار من الحكومة بحظر استيراد الأسمنت وعدم انتهاء رخصة المستثمر.[٤٤]

وكذا، أكدت هيئة التحكيم في قضية SD Myers v. Canada على أخذ المصادرة الجزئية للاستثمار في الاعتبار.[٤٥]

وبالمقابل، وكما سبق الإشارة، نجد بعض هيئات التحكيم تتشدد في معيار أثر الإجراء بشكل مغالٍ وأشارت إلى ضرورة أن يكون الأثر المترتب على الإجراء جوهري على نحو يؤدي لحرمان المستثمر من منافع الاستثمار إلى الحد المماثل للمصادرة المباشرة، ففي قضية Pope & Talbot v. Canada، وأيدت الهيئة وجهة النظر القائلة بأن المعيار المطلوب للكشف عن المصادرة غير المباشرة هو أن يكون أثر الإجراء محل النزاع متطابقًا مع الوضع الذي تصادر فيه الملكية.[٤٦]

وعلى هذا الإثر، يدور تساؤل آخر حول مدة الإجراء محل النزاع، هل يشترط أن يكون دائم أم مؤقت؟

وفي هذا الصدد، نجد أن الأصل هو أن يكون هذا الإجراء دائم على النحو الذي يمكن اعتباره بمثابة مصادرة غير مباشرة للاستثمار، أما إذا كان مؤقتًا أو سريع الزوال "ephermal"، فلا يشكل مصادرة غير مباشرة للاستثمار. وفي هذا الصدد، أكدت هيئة التحكيم في قضية LG&E's v. Argentina على أن الإجراءات التي اتخذتها الأرجنتين لا تعد بمثابة مصادرة غير مباشرة للاستثمار نظرًا لأنها كانت ذات أثر غير دائم على قيمة أسهم المدعين، ولم تؤد لاندثار الاستثمار الخاص بهم. وأكدت على أنه «...بدون حرمان دائم وجسيم لحقوق LG&E's المتعلقة باستثماراتهم، أو الحرمان شبه الدائم من قيمة استثمارات LG&E's، فإن هيئة التحكيم تنتهي إلى أن تلك الظروف لا يمكن أن تعتبر مصادرة...»[٤٧]

(40) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, p. 112

(41) Goetz v Burundi, (1999); Middle East Cement v Egypt, Award (2002); Metalclad Corp. v. United Mexican States, Award (2000); CME v Czech Republic, Partial Award, (2001).

(42) Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (2003)

(43) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, p. 112

(44) Middle East Cement v Egypt, Award (2002)

(45) S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA (2002).

(46) Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA (2002)

(47) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/125) July 2007).

ونجد أن ديمومة الإجراء لا ترتبط بمدة معينة، فقد أشارت هيئة التحكيم في قضية Wena Hotels v. Egypt أن الإجراء الذي اتخذته الحكومة المصرية يعتبر دائمًا على نحو يؤدي لاعتباره من قبيل المصادرة غير المباشرة، وذلك بالرغم أن الإجراء استمر لمدة تقارب سنة.[٤٨]

إلا أنه قد يكون الإجراء محل النزاع مؤقتًا وبالرغم من ذلك يشكل مصادرة غير مباشرة للاستثمار، وذلك في حالة استثنائية وهي أن يكون نجاح الاستثمار متوقفًا على إتمام بعض الأنشطة في أوقات معينة لا تحتمل التغيير.[٤٩] وفي هذا الإطار أكدت بعض هيئات التحكيم، كما في قضية SD Myers v. Canada على أنه بالرغم من أن المصادرة تشير إلى الحرمان الدائم من التمتع بمنافع الاستثمار، إلا أنه من الملائم تقدير مدى توافر الحرمان الذي يصل إلى حد المصادرة، ولو كان جزئيًا أو مؤقتًا.[٥٠]

## المطلب الثالث
## لا عبرة لشكل الإجراء أو الغرض من اتخاذه

نظرًا لأن هذا المعيار يعني أساسا بأثر الإجراء، إلا أنه – كما سبق البيان – لا يعني بغير ذلك من الاعتبارات.

فمن ناحية، لا عبرة لشكل الإجراء، فقد أكدت هيئة التحكيم في قضية Tecmed v. Mexico على أن شكل الإجراء الضار أقل أهمية من آثاره الفعلية. [٥١] وفي ذات المعني، أدرجت هيئة التحكيم في قضية Tippetts et Al v. Iran نفس العبارة بما يفيد عدم أخذ شكل الإجراء في الاعتبار.[٥٢]

ولا فارق في هذا الصدد بين ما إذا صدر الإجراء في صورة عمل إيجابي، أو في صورة امتناع عن العمل وفقًا لما أكدت عليه هيئة التحكيم في CME v. Czech Republic.[٥٣] فوفقًا للعرف الدولي، تتعلق مسألة إجراءات المصادرة غير المباشرة للاستثمار بموضوع الإجراء وأثره وليس شكله.[٥٤]

وعليه، فلا يجوز للدولة أن تتنصل من مسئوليتها عن المصادرة الفعلية للاستثمارات بمجرد أن تسبغ على شكل التصرف بأنه من قبيل الإجراءات التنظيمية المتخذة في إطار المصلحة العامة، أو انه عمل تجاري أو غير ذلك، طالما أن التصرف أو الإجراء صحيح في إسناده إلى الدولة، بغض النظر عن وصفه أو شكله.[٥٥]

ومن ناحية أخرى، لا عبرة للغرض من اتخاذ الإجراء أو النية من اتخاذه. وقد أكدت هيئة التحكيم في Siemens v. Argentina على ذلك، وفسرت معاهدة الاستثمار بين الأرجنتين وألمانيا على أنها تشير إلى حماية الاستثمارات من الإجراءات التي من شأنها أن ترتب آثارًا مماثلة للمصادرة، بعض النظر عن توافر نية الدولة في المصادرة من عدمه. [٥٦]

بل أنه وفقًا للحكم في قضية Harold Birnbaum v Iran، أكدت هيئة التحكيم على أن أسباب الدولة في السيطرة على الشركة محل الاستثمار ليس من شأنها أن تعفيها من مسئوليتها بتعويض المستثمر، وكذا ليس لحكومة الدولة أن تتنصل من التزامها بالتعويض بمجرد إثباتها أن الإجراء قد تم اتخاذه بصورة مشروعة وفقًا لقوانينها.[٥٧]

وفي ذات المعني، أشارت هيئة التحكيم في قضية Tecmed v. Mexico إلى أن النية التي ترمي إليها الدولة في إجراءاتها تعد قليلة الأهمية بالمقارنة بآثار تلك الإجراءات على مالك الاستثمار أو على المنافع الناتجة عن الاستثمار، وأن شكل الإجراء الضار أقل أهمية عن آثاره الفعلية. [٥٨]

[48] Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4 (8 December 2000).

[49] Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, p. 124, 125

[50] S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA (30 December 2002). See also, Consortium RFCC v Morocco (Award) ICSID Case No ARB/00/6, IIC 75 (2003).

[51] Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (29 May 2003)

[52] Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Iran. See also, Biwater Gauff v. Tanzania, para 464.

[53] CME Czech Republic BV v Czech Republic.

[54] Steven R. Ratner, Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law, the American Journal of International Law, Vol. 102, No. 3 (2008), pp. 482

[55] Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 341.

[56] Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8 (2007). See also: Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Ibid, p. 114. See also, Germany-Argentina BIT (1991).

[57] Harold Birnbaum v. The Islamic Republic of Iran IUSCT Case No. 967 (1993)

[58] Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (2003)

ويراعى في هذا الصدد، أن مسألة إثبات النية في إطار المصادرة غير المباشرة تعد من المسائل التي يصعب إثباتها على المستثمر بل يستحيل في ليس قليل من الأحوال، ولما كانت النية غير قابلة للتحديد في أغلب الأحيان هنا، فالمعول عليه هو إثبات نسبة التصرف أو الإجراء إلى الدولة إذ ليس هناك شرط في القانون الدولي بخصوص اخذ النية في الاعتبار في إطار المصادرة غير المباشرة للاستثمار.[٥٩]

## المطلب الرابع
## الأخذ بالتوقعات المشروعة للمستثمر في الاعتبار

في إطار بحث أثر الإجراء على الاستثمار الأجنبي، يتعين الإشارة إلى التوقعات المشروعة للمستثمر ومدى مخالفة تلك الإجراءات الصادرة من الدولة لها. وقد توسعت الهيئات التحكيمية في معيار أثر الإجراء واكتفت بالأخذ في الاعتبار توقعات الأفراد المشروعة فيما يتعلق بمصادرة الفائدة المترقبة من الاستثمار كأثر للإجراء الذي يعد من قبيل المصادرة غير المباشرة، ومن قبيل ذلك الأحكام الصادرة في قضيتي: Metalclad v. Mexico وFireman v. Mexico.[٦٠]

وتلعب تعهدات الدولة في مواجهة المستثمر دور هام في تكوين توقعاته المشروعة. وفي هذا الصدد، أكدت هيئة التحكيم في قضية Methanex Corp. v. United States of America على أنه متى صدر الإجراء مشروعًا من الدولة، بمراعاة الحقوق الإجرائية للمستثمر، دون تمييز وفي إطار المصلحة العامة، فلا يعد هذا الإجراء بمثابة المصادرة إلا إذا وجدت تعهدات محددة من الحكومة للمستثمر بعدم اللجوء إلى تلك الإجراءات في مواجهته. [٦١] وكذلك أكدت هيئة التحكيم في قضية Texaco v. Libya أنه متي منحت الدولة بعض التعهدات للمستثمر بشكل حر وبموجب سيادتها، فلا يحق لها، بموجب ذات السيادة، أن تتخذ إجراءات من شأنها التغاضي عن تلك التعهدات وتصادر الاستثمارات المضمونة بموجب تلك التعهدات.[٦٢]

وفي إطار معاهدة الاستثمار الجماعية NAFTA، أكدت هيئة التحكيم في قضية International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico على ضرورة أخذ التوقعات المشروعة للمستثمر في الاعتبار، وقضت بأنه:

«...وفقًا للسوابق القضائية في قضايا الاستثمار، ومبدأ حسن النية في العرف الدولي، وفي إطار تطبيق NAFTA، يرتبط مبدأ التوقعات المشروعة بالحالة التي ينشئ فيها سلوك الطرف المتعاقد (مع المستثمر) توقعات مشروعة ومبررة في جانب المستثمر (أو الاستثمار) بشأن تعامل هذا الطرف المتعاقد وفقًا لهذا السلوك. وفي حالة فشل طرف NAFTA في احترام تلك التوقعات، من شأن ذلك أن يحدث ضررًا للمستثمر (أو الاستثمار). ويختلف نطاق التوقعات المشروعة بحسب طبيعة المخالفة محل النزاع وفقًا لقواعد NAFTA وفي إطار الظروف المحيطة بالدعوى...»[٦٣]

وعليه، يتبين لنا مما سبق أن التوقعات المشروعة للمستثمر فيما يتعلق بالمنفعة الاقتصادية للاستثمار صارت جزءًا لا يتجزأ من الاعتبارات التي يجب على هيئة التحكيم أن تأخذها في الاعتبار عند تحديد ما إذا كان هناك حرمان من منافع الاستثمار على نحو قابل لأن يكون بمثابة مصادرة غير مباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.[٦٤]

---

[59] Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 342. See also, J. Paulsson & Z. Douglas, 'Indirect Expropriation in Investment Treaty Arbitrations,' in N.Horn & S. Kröll, eds, Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, (The Hague: Kluwer Law International, 2004), p. 145.

[60] Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1 (2000). See also, Fireman's Fund Insurance Company v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/02/1 (2006). See also, Jonathan Bonnitcha, 'How Much Substantive Protection Should Investment Treaties Provide to Foreign Investment?' (DPhil thesis, University of Oxford 2012), p. 314, 318, 380-1

[61] Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (2005)

[62] Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic (Preliminary Award, 1975; Award on Merits, 1977).

[63] International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, NAFTA (2006)

[64] Campbell McLachlan, et Al., Ibid, Para. 8.122. See also: L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Ibid, pp-293, 306

## المطلب الخامس
## مدى انطباق معيار أثر الإجراء في إطار المصادرة المباشرة

نجد أن معيار أثر الإجراء هو أحد المعايير الخاصة بالكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار، وذلك باعتبار أن الإجراءات الصادرة من الدولة المضيفة تكون غير مباشرة، أو مقنعة على نحو يتطلب الكشف عن حقيقة تلك الإجراءات أو التدابير بغية التوصل إلى توفر المصادرة غير المباشرة من عدمه.

إلا أنه في إطار المصادرة المباشرة، تكون الإجراءات الصادرة من الدولة واضحة بما لا يدع مجالًا للشك حول طبيعة الإجراء الصادر منها، ومثال ذلك: التأميم.

وعليه، فلا مجال لانطباق هذا المعيار في إطار المصادرة المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

وهكذا ننتهي من بيان الأحكام المتعلقة بمعيار أثر الإجراء، وفيما يلي نعرض لتقييم معيار أثر الإجراء، وبيان مدى كفايته للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

## المبحث الثالث
## تقييم معيار أثر الإجراء

يتبين لنا مما سبق بيانه، أن معيار أثر الإجراء هو أكثر المعايير التي تصب في مصلحة المستثمر في مواجهة الدولة بصدد اعتبار أي إجراء صادر عنها بمثابة مصادرة غير مباشرة متى ترتب عليه أثر بالنسبة لحقوق الملكية على نحو يجردها من أي فائدة[٦٥] ولو لم يتم نزع الملكية، طالما سببت تلك الإجراءات أو التدابير آثارًا ترتب عليها المساس باستخدام المستثمر لأملاكه أو أنقص من انتفاعه بها.[٦٦]

وبالنظر لما سبق، نجد أن معيار أثر الإجراء لا يأخذ في الاعتبار بنية الدولة المضيفة أو الغرض من الإجراء، وهذا يعني أننا بصدد معيار واسع وفضفاض.

وتفصيل ذلك، أن هذا المعيار يغفل العديد من الاعتبارات كاعتبارات النظام العام، وحماية البيئة، ومدى التوازن بين الإجراء وبين الغرض منه، وكذلك يغفل إجراءات البوليس التي جرى العرف الدولي على إجازتها وعدم التعويض عنها بالرغم من أثرها في مصادرة الاستثمار الأجنبي إذ يطيح هذا المعيار بحق الدولة في اتخاذ الإجراءات المتعلقة بالمصلحة العامة بالمقارنة بمصالح الأفراد.[٦٧]

وعليه، فإن الأخذ بهذا المعيار على إطلاقه من شأنه الإضرار بمصالح كافة الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة على نحو لا مسوغ له وفقًا لاعتبارات العدالة في القانون الدولي، إذ لكي نكون بصدد معيار منضبط، لابد من توفير قدر من التوازن بين سلطة الدولة في اتخاذ إجراءات البوليس غير المستوجبة للتعويض وبين وجود نظام يسمح بحماية الاستثمارات الأجنبية ويمكنها من مباشرة أعمالها بشكل ملائم.

فهذا التوازن ضروري لاستمرار تبادل الاستثمارات بين أشخاص القانون الدولي، وإلا سيترتب على ذلك إحجام الدول عن استقبال استثمارات الدول الأخرى.

إلا أن معيار أثر الإجراء لا يحقق مثل هذا التوازن، ولا يتوافق والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة.[٦٨]

وعليه، فهو معيار معيب وقاصر، ويؤكد على ذلك ما قضت به إحدى هيئات التحكيم في قضية Saluka v. Czech Republic حيث أكدت على أنه في بعض الحالات، لا عبرة بأثر الإجراء ما دام أن الدولة قد باشرت حقها في القيام بتدابير الأمن العام وإجراءات البوليس التنظيمية في إطار من عدم التمييز وحسن النية، بما يهدف إلى تحقيق الرخاء العام.[٦٩]

---

(65) Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran (1983) 4 Iran-US CTR 122 [Starrett]

(66) Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton and TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran v. Iran. See also, Biwater Gauff v Tanzania, para 464.

(67) Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 48

(68) Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 48

(69) Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006)

وبناء على ما سبق، لا يكفي معيار أثر الإجراء للكشف – بشكل عادل – عن صور المصادرة غير المباشرة للاستثمارات الأجنبية المباشرة.

## الفصل الثاني
## معيار تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس الغير مستوجبة للتعويض
## "Police Powers" or "Non-Compensable Measures"

**تقسيم**

تبين لنا من العرض السابق المقصود بمعيار أثر تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس، واعتباره صورة من معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي.

وفيما يلي نعرض لهذا المعيار بشيء من التفصيل في عدة مباحث، مع بيان أهم الأحكام المتعلقة به، وننهي عرضنا بتقييم المعيار وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: معيار إجراءات البوليس
- المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بمعيار إجراءات البوليس
- المبحث الثالث: تقييم معيار إجراءات البوليس

### المبحث الأول
### معيار إجراءات البوليس

**تقسيم**

نجد أن معيار إجراءات البوليس هو أحد أهم المعايير التي يهتدى بها للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار. وفي هذا الصدد نبين المقصود بمعيار إجراءات البوليس، في ضوء ما سبق بيانه (المطلب الأول)، ثم نعرض للطبيعة للفرق بين معيار إجراءات البوليس ومعيار أثر الإجراء (المطلب الثاني)، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول
#### التعريف بمعيار إجراءات البوليس

على خلاف المعيار السابق، وكما سبق البيان، يتوافر معيار إجراءات البوليس كوسيلة للتخفيف من حدة معيار أثر الإجراء. حيث يفرق هذا المعيار بين إجراءات المصادرة غير المشروعة، تدابير الأمن العام والبوليس المشروعة غير المستوجبة للتعويض، وذلك حيث يأخذ في الاعتبار الاستعمال المشروع للسلطة، والغرض من اتخاذ تلك الإجراءات والتدابير، ومدى تعلقها بالأمن العام والصحة العامة وسلامة البيئة، وليس فقط الأثر المترتب على الإجراء.[٧٠]

ونجد في هذا الصدد، أنه قد تعددت المعايير الخاصة بتعريف إجراءات البوليس، واختلفت فيما بينها فيما يتعلق بنطاق تلك الإجراءات بين الاتساع والتضييق، غير أن السمة المشتركة فيما بينهم هي عدم التعويض عن إجراءات البوليس بالرغم من غموض مضمونها.

ووفقًا للمعيار واسع النطاق، يمكن تعريف معيار إجراءات البوليس بأنه أحد معايير التعرف على المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر، والذي بموجبه يعد مشروعًا وغير قابل للتعويض عنه كافة الإجراءات الصادرة من الدولة في إطار سلطتها التنظيمية لأمنها العام وما يرتبط بذلك من إجراءات البوليس – والتي تباشرها بحسن نية – حتى ولو ترتب عليه المصادرة غير المباشرة

[70] Caroline Henckels, Ibid, p. 225. See also: Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, pp. 48-49

للاستثمار، وعلى الأخص متى ترتب على هذه الإجراءات تدمير محلها، أو زيادة التكاليف، أو نقص في الأرباح الخاصة بالمستثمر.[٧١] وبمفهوم المخالفة، يعد من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار كافة الإجراءات والتدابير التي تتخذها الدولة بما يتعرض للاستثمار الأجنبي المباشر في غير استعمالها لسلطاتها التنظيمية وإجراءات البوليس.

وقد أُخِذ بهذا المعيار الموسع في قضية Methanex Corp. v. United States of America حيث أكدت على أنه أي إجراء تتخذه الدولة بهدف تحقيق المصلحة العامة ودون تمييز، يمكن أن يعد من قبيل إجراءات البوليس غير القابلة للتعويض عنها.[٧٢]

وفي محاولة لتضييق نطاق المقصود معيار إجراءات البوليس، أشار بعض الفقه إلى أن إجراءات البوليس تشمل فقط الإجراءات الخاصة بالضرائب والجرائم والحفاظ على الأمن العام.[٧٣] ونادى البعض الآخر بقصر نطاق إجراءات البوليس على الإجراءات والتدابير التي تهدف الحفاظ على الصحة العامة، والسلامة العامة، والآداب العامة.[٧٤] وقد اتبعت بعض هيئات التحكيم الدولية هذا التفسير الضيق لإجراءات البوليس مثل قضية Azurix v. Argentina[٧٥] وقضية Vivendi v. Argentina.[٧٦]

وعلى كلٍ، فأنه من المتعارف عليه في مبادئ القانون الدولي أن الدولة لا تثور مسئوليتها عن الأضرار الاقتصادية المترتبة على أعمالها التنظيمية متى تمت بحسن نية، وذلك في الإطار المقبول من إجراءات البوليس[٧٧]، كما أكدت هيئة التحكيم في قضية Sedco v. Iran.[٧٨]

## المطلب الثاني
## الفرق بين معيار إجراءات البوليس ومعيار أثر الإجراء

أوضحنا في الفصل السابق أن معيار أثر الإجراء يعني – فقط – بالأثر المترتب على الإجراءات التي تتخذها الدولة حينما تتعرض للاستثمار الأجنبي المباشر. وعليه، فكافة الإجراءات التي تؤدي إلى هذا الأثر تعد غير مشروعة مما يثير مسئولية الدولة. وبالمقابل، فإن معيار إجراءات البوليس يختلف عن الأول من حيث:

- المسائل محل الاعتبار
- قابلية الإجراء للتعويض

أولًا: من حيث المسائل محل الاعتبار

على خلاف معيار أثر الإجراء، فإن الأثر المترتب على الإجراء ليس الفيصل في الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار. حيث يأخذ هذا المعيار في اعتباره:

**طبيعة الإجراء والغرض منه وليس الأثر الاقتصادي المترتب عليه**

حيث قد يترتب على الإجراء خسائر اقتصادية للمستثمر، ولكن مع ذلك يعد من قبيل إجراءات البوليس – وليس مصادرة – نظرًا للغرض من إتيان هذا الإجراء، كأن يتعلق بالحفاظ على البيئة[٧٩] أو الصحة العامة.

**مشروعية الإجراء وحسن النية Bona fide**

---

[71] Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 48.

[72] Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (2005). See also, Ben Mostafa, Ibid, p. 273

[73] Ben Soliman, Ibid, p. 274. See also: Simon Baughen, 'Expropriation and Environmental Regulation: The Lessons of NAFTA Chapter Eleven' (2006) 18 Journal of Environmental Law, p. 211

[74] Dr. Amr Abbas, Ibid, p. 49. See also: Jason Gudofsky, 'Shedding Light on Article 1110 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) Concerning Expropriations: An Environmental Case Study' (2000) 21 Northwestern Journal of International Law and Business, p. 290. See also: Ben Soliman, Ibid, p. 274

[75] Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12 (14 July 2006)

[76] Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/97/3 (2000)

[٧٧] ولتحديد المقصود بما هو مقبول، فلابد من إعداد تصنيف خاص بما يعد من قبيل إجراءات البوليس، وقد أكد على ذلك الفقيه ألين وينر في مؤلفه:

Allen Weiner, Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of "Legitimate" Regulatory Purposes (2003).

[78] SEDCO, Inc. v. National Iranian Oil Co., (1985).

[79] Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (2005).

وهو أمر مفترض، وإلا ثارت مسئولية الدولة متخذة الإجراء.

**عدم التمييز في تطبيق الإجراء Non-discriminatory**

ويراعى في هذا الصدد أن ينطبق الإجراء بشكل عام دون تمييز لوطني على أجنبي، أو لأجنبي على أجنبي آخر.[٨٠]

ثانيًا: من حيث قابلية الإجراء للتعويض Compensable v. Non-Compensable Measures

إذا كان معيار أثر الإجراء يستوجب التعويض كلما ترتب على الإجراء أي أثر يعادل المصادرة، فإن المعيار محل الحديث هنا يفرق بين نوعين من الإجراءات:

**الإجراءات غير القابلة للتعويض Non – Compensable Measures**

وتتمثل هذه الإجراءات في كل ما يندرج في نطاق تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس المشروعة كما سبق البيان.

**الإجراءات المستوجبة للتعويض**

وتشمل كافة الإجراءات التي تعد من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار متى كانت غير مشروعة، وليس بغرض حماية الأمن العام وما يرتبط به من إجراءات البوليس.

وبالتمثيل لما سبق، قد تتخذ الدولة إجراءات بهدف حماية البيئة فتحظر استخدام بعض المواد الكيماوية أو الضارة، وترتب على هذا الحظر أن فقد أحد الاستثمارات الأجنبية قيمته نظرًا لأنه يتمثل في حقل لتصنيع وتخرين ونقل وبيع تلك المواد.

-فإذا أخذنا بمعيار أثر الإجراء، نجد أن الإجراء أحدث خسائر اقتصادية هائلة بالاستثمار مما أفقده كل قيمة له، وعليه يعد الإجراء بمثابة المصادرة غير المباشرة للاستثمار مما يستوجب التعويض.

-وبالمخالفة، إذا أخذنا بمعيار إجراءات البوليس، كما في قضية Methanex. v. United States of America، نجد أن مثل هذا الإجراء يعد من قبيل إجراءات البوليس غير القابلة للتعويض متى تم بغرض تحقيق المصلحة العامة (حماية البيئة والسكان)، ومع مراعاة حقوق المستثمرين الإجرائية في ضوء مبدأ المحاكمة المنصفة Due Process ودون تمييز. ويساعد في الانتهاء إلى هذه النتيجة ألا تكون الدولة تعهدت للمستثمر بشكل خاص بأنها لم تمس استثماراته تحقيقًا لهذا الغرض كما حدث في قضية Methanex.[٨١]

## المبحث الثاني
## الأحكام المتعلقة بمعيار إجراءات البوليس

**تقسيم**

قد سردنا فيما سبق المقصود بمعيار إجراءات البوليس، ويستتبع ذلك بيان أهم الأحكام والخصائص المتعلقة بهذا المعيار، وذلك من حيث الأخذ في الاعتبار بالغرض من الإجراء (المطلب الأول)، واتخاذ الإجراء لاعتبارات النظام العام والآداب (المطلب الثاني)، واتخاذ الإجراء لاعتبارات الصحة العامة وسلامة البيئة (المطلب الثالث)، وبيان مدي اعتبار فرض الضرائب صورة من صور إجراءات البوليس (المطلب الرابع)، وأخيرا نبين أن عبء إثبات إجراءات البوليس يقع على الدولة وليس المستثمر (المطلب الخامس). وفيما يلي، بيان لكل ذلك بشيء من التفصيل.

### المطلب الأول
### الأخذ في الاعتبار بالغرض من الإجراء

على خلاف معيار أثر الإجراء، يأخذ هذا المعيار بالغرض من الإجراء. وعلة ذلك أنه متى تم إسباغ طابع إجراءات البوليس على التدابير الصادرة من الدولة، فإنها لا تعد من قبيل المصادرة غير المباشرة ولا تستوجب التعويض.

---

[٨٠] د. هشام صادق، المرجع السابق، ص. ٤٩

[81] Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (Award dated 3 August 2005). See also: Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 49.

وكما سبق البيان، فإن تحديد مضمون الغرض من الإجراء هو مسألة يعتريها الغموض.[٨٢] فقد تشمل إجراءات البوليس كافة التدابير التي تتخذها الدولة بغرض تحقيق المصلحة العامة،[٨٣] وقد تشمل فقط الإجراءات الخاصة بالضرائب والجرائم والحفاظ على الأمن العام.[٨٤] وقد يقتصر نطاق إجراءات البوليس على الإجراءات والتدابير التي تهدف الحفاظ على الصحة العامة، والسلامة العامة، والآداب العامة.[٨٥] [٨٦] [٨٧] [٨٨]

وبيت القصيد هنا هو أن يكون الغرض من الإجراء مشروعًا وداخلًا في سلطة الدولة التنظيمية، بغض النظر عن أثر الإجراء. وقد أشارت هيئة التحكيم في قضية International Bank v. OPIC إلى أن الإجراء الذي اتخذته الدولة لا يعد من قبيل المصادرة غير المباشرة، وذلك لأن الغرض منه كان نبيلًا وهو حماية الغابات والبيئة، بالإضافة إلى أنه تم اتخاذه دون تمييز، بما يعد أولى بالرعاية مما أدعى به المستثمر من آثار ذلك الإجراء على استثماراته.[٨٩]

وفي ذات المعني، في إطار اتفاقية NAFTA، أكدت هيئة التحكيم في قضية SD Myers v. Canada على أنه – بحسب الأصل – من غير المتصور أن تعتبر إجراءات الدولة التنظيمية بمثابة مصادرة وفقًا للمادة ١١١٠ من اتفاقية NAFTA.

وتأكيدًا على ذلك، قضت بأنه:

«في النظرية القانونية، تعترف الهيئة بوجود حقوق أخرى بخلاف حقوق الملكية التي قد يتم مصادرتها، إذ أن القانون الدولي يسمح لهيئات التحكيم بأن تبحث الغرض والأثر المترتب على إجراءات الحكومة.» [٩٠]

وأكدت على أنه: «لا يتصور أن يعد السلوك التنظيمي الصادر من الجهات العامة موضوعًا للشكاوى المشروعة وفقًا للمادة ١١١٠ من اتفاقية NAFTA، وأن كانت الهيئة لا تستبعد تلك الإمكانية.»[٩١]

وقد أكد الفقه على أن مشروعية الغرض الذي ترمي إليه الدولة قد يبرر الإجراءات الجسيمة التي تتخذها الدولة والتي قد تعد من قبيل المصادرة إن لم يتوافر هذا الغرض، ومن قبيل ذلك فرض الضرائب، تغيير قيمة العملة الوطنية، الحفاظ على الصحة العامة والآداب العامة.[٩٢]

ويراعى في هذا الصدد أن تحديد المقصود بالغرض المشروع له أهمية قصوى، حيث إن التوسع في مفهوم الغرض ليشمل كافة التصرفات التي تباشرها الدولة إضرارا بالاستثمارات بغرض تحقيق المصلحة العامة من شأنه أن يطيح بكافة الاستثمارات الأجنبية المتواجدة في الدولة المضيفة لها. وذلك يتعين ضبط مفهوم الغرض من ناحية، ومراعاة أن هناك بعض الإجراءات تتم دون مبرر وبشكل تعسفي وبغرض تحقيق المصلحة العامة ومع ذلك فهي واجبة التعويض عنها من ناحية أخرى.[٩٣] [٩٤]

## المطلب الثاني
## اتخاذ الإجراء لاعتبارات النظام العام والآداب

قد تباشر الدولة سلطاتها التنظيمية بغرض التأكيد على سيادة القانون، والتحقق من تطبيقه وذلك مراعاة لاعتبارات النظام العام والآداب.

[82] Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, pp. 48-49. See also: Ben Soliman, Ibid, pp. 272-275

[83] Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (Award dated 3 August 2005).

[84] Ben Soliman, Ibid, p. 274. See also: Simon Baughen, Ibid, p. 211

[85] Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 49. See also: Jason Gudofsky, Ibid, p. 290. See also: Ben Soliman, Ibid, p. 274

[86] Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12 (14 July 2006)

[87] Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/97/3 (21 November 2000)

[88] د. حسام عبد العال شعبان، المرجع السابق، ص. ٧٥. انظر أيضا: د. لمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للاستثمارات في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص. ٢٢٢

[89] International Bank v. Overseas Private Investment Corp. (1972). See also: L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Ibid, p. 321.

[90] S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, NAFTA (30 December 2002).

[91] Ibid

[92] G.C. Christie, What Constitutes a Taking of Property Under International Law, 1962, p. 331-32. See also: L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Ibid, p. 319.

[93] Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 50

[94] Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006)

فعلى سبيل المثال، قد تصادر الدولة ممتلكات المستثمر استنادًا إلى تحصله عليها نتيجة فعل إجرامي معاقب عليه قانونًا كأن يتحصل المستثمر على ملكيتها نتيجة لأعمال التهريب، أو لأن محلها غير مشروع كالمخدرات والأسلحة غير المرخصة وغيرها من الممتلكات التي يحوزها دون سبب شرعي.[٩٥]

وكذا، قد تصادر الدولة بعض الممتلكات الخاصة بالمستثمر لعدم امتثاله لقوانين الدولة الضريبية، بل أنها قد يتم تدميرها أو تضييق نطاق استعمالها في أوقات التوترات الداخلية كالثورات، وكذلك في وقت الحرب.[٩٦]

في كافة الأمثلة السابقة، يعد استيلاء الدولة على تلك الممتلكات مشروعًا، وتم بغرض الحفاظ على النظام العام أو الآداب، فلا يعد من قبيل المصادرة المباشرة أو غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

ففي قضية Saluka v. Czech Republic، أكدت هيئة التحكيم على أنه في بعض الحالات، لا عبرة بأثر الإجراء ما دام أن الدولة قد باشرت حقها في القيام بتدابير الأمن العام وإجراءات البوليس التنظيمية في إطار من عدم التمييز وحسن النية، بما يهدف إلى تحقيق الرخاء العام.[٩٧]. وبالنظر إلى وقائع القضية، وبالرغم من أن حكومة جمهورية التشيك قد فرضت إدارة معينة على البنك المملوك للمستثمر، أكدت الهيئة أن البنك المركزي لجمهورية التشيك له الحق في اتخاذ مثل هذا الإجراء نظرًا للحالة الاقتصادية المتردية للبنك، وأثر ذلك المحتمل من زعزعة الاستقرار في الدولة.[٩٨]

ويراعى في هذا الصدد، أن الاستيلاء على الممتلكات لمخالفة النصوص العقابية من المسائل المتفق عليها في عادة الدول، مدعمة بآراء الفقه، ولكن فيما عدا ذلك من المسائل المتعلقة بالنظام العام والآداب، فتعد تلك المسائل نسبية، وتختلف من دولة لأخري. وذلك لأن فكرة النظام العام والآداب العامة تختلف من زمان لآخر ومن دولة لأخري، وفي غياب معيار للنظام العام والآداب العامة على الصعيد الدولي، تظهر ضرورة المقارنة بين النظم القانونية المختلفة، وبيان – في هذا الإطار – ما قد يعد من قبيل النظام العام والآداب العامة.[٩٩]

## المطلب الثالث
## اتخاذ الإجراء لاعتبارات الصحة العامة وسلامة البيئة

بالإضافة لما سبق، قد تتخذ الدولة بعض الإجراءات بهدف حماية البيئة والصحة العامة، وبالرغم من تعرضها للاستثمارات الأجنبية، ولا تعد من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار.

ومن أمثلة تدابير الأمن العام وإجراءات البوليس التي اتخذت بغرض حماية البيئة ما تم في قضية Methanex. v. United States of America، حيث حظرت حكومة ولاية كاليفورنيا استخدام أو بيع أحدى الإضافات البترولية التي تضمنت مادة الميثانول ضمن مكوناتها، ولما كانت المادة الأخيرة هي لُب الاستثمار الخاص بMethanex، فإن مثل هذا الحظر كان له تأثير ملحوظ على استثماراتها. إلا أن الهيئة التحكيمية أشارت إلى أن مثل هذا الإجراء يعد من قبيل إجراءات البوليس غير القابلة للتعويض متى تم بغرض تحقيق المصلحة العامة (حماية البيئة والسكان)، ومع مراعاة حقوق المستثمرين الإجرائية في ضوء مبدأ المحاكمة المنصفة Due Process ودون تمييز.

ويساعد في الانتهاء إلى هذه النتيجة ألا تكون الدولة تعهدت للمستثمر بشكل خاص بأنها لم تمس استثماراته تحقيقًا لهذا الغرض كما حدث في قضية Methanex.[١٠٠]

-ومن أمثلة تدابير الحفاظ على الصحة العامة ما قامت به السلطات البرازيلية عام ١٩٨٤ من تدمير العديد من محاصيل البطيخ بسبب تفشي وباء الكوليرا. ولما تظلم منتجي البطيخ إلى السلطات البرازيلية، رفضت طلباتهم بالتعويض. ولما تظلم المنتجون

(95) Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 360

(96) Louis Chazen (U.S.A.) v. United Mexican States (1930), a case which involved a judicial auction for non-payment of duties. See also: Emanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and The United States of America IUSCT Case No. 880 (1989)

(97) Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006)

(98) Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 360

(99) Andrew Newcombe et Al, Ibid, pp. 360-361

(100) Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (Award dated 3 August 2005). See also: Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 49.

الأمريكيون إلى حكوماتهم بغرض رفع دعوى بحقوقهم، أكدت وزارة الخارجية الأمريكية على أن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة البرازيلية كانت مبررة في تلك الظروف، وأنها غير قابلة للتعويض عنها.[١٠١]

## المطلب الرابع
## مدي اعتبار فرض الضرائب صورة من صور إجراءات البوليس

تعد الضرائب التي تفرضها الدولة من قبيل الإجراءات التي لا ترد على مقابل، أي لا يقابلها خدمة أو تعويض.[١٠٢] وجرت العادة بين الدول على جواز فرض الضرائب على الاستثمارات الأجنبية الموجودة بها. وتعد من أمثلة إجراءات البوليس غير القابلة للتعويض عنها.[١٠٣][١٠٤]

إلا أنه يراعى في هذا الصدد، أن بعض هيئات التحكيم رأت أن فرض الضرائب قد يصل إلى حد المصادرة في بعض الحالات.

ومن أمثلة ذلك: قضية EnCana v. Ecuador، إذ أشارت هيئة التحكيم إلى أن فرض الضرائب لا يعد في حد ذاته مصادرة للاستثمار. إلا أنه في إذا كانت مبالغًا فيها، عقابية في مقدارها، أو تحكمية في وقوعها، فإن من شأنها أن تثير شبهة وجود مصادرة غير مباشرة للاستثمار.[١٠٥]

وفي قضية أخرى، أكدت هيئة التحكيم في Link-Trading JSC v. Moldova على أن الإجراءات التي تتخذها الدولة بالتغيير في الضرائب والرسوم الجمركية من شأنها أن تعد من قبيل المصادرة متى كانت تغيرات تعسفية، ويعد تعسفًا من كل إجراء بالتغيير في الضرائب والرسوم الجمركية على نحو غير عادل، وتحكمي، ويميز بين الخاضعين له.[١٠٦]

وفي بيان المقصود بالتعسف في إطار فرض الضرائب، أشارت المذكرات التفسيرية لمشروع الاتفاقية الجماعية للاستثمار Multilateral Agreement on Investment إلى مجموعة من العناصر التي يمكن الاسترشاد بها لبيان التعسف في الإجراءات الضريبية.

ومن قبيل تلك العناصر:[١٠٧]

- فرض الضرائب في حد ذاته لا يعد من قبيل المصادرة للاستثمار الأجنبي.
- فرض الضرائب لا يعد من قبيل المصادرة ما دام أنه تم في الإطار المتعارف عليه دوليًا، وعند بيان ذلك، يؤخذ في الاعتبار إلى أي نطاق يتم فرض ضرائب من نفس النوع والمستوى المعمول به في الدول المختلفة حول العالم.
- من الناحية العملية، إذا تم فرض الضرائب بشكل إجراء يتم تطبيقه بشكل عام، فاحتمالية أن يكون من قبيل المصادرة أقل نسبيًا بالمقارنة لفرض الضرائب بشكل محدد من حيث جنسية الخاضع لها، أو محدد من حيث أفراد معينين بالذات.
- لا يعد الإجراء الفارض للضريبة من قبيل المصادرة متى كان قائمًا وساريًا بالفعل وقت نشوء الاستثمار في الدولة المضيفة.
- تعد الضرائب من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار متي أدت إلى آثار مماثلة للمصادرة Creeping Expropriation.

وقد أكدت على ما سبق معاهدة الاستثمار بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية Egypt-US BIT، إذ فوضت كل دولة في فرض الضرائب الخاصة بها على نحو عادل وبمراعاة المساواة فيما بين المستثمرين الوطنيين والأجانب ما لم تكن من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار.[١٠٨]

---

[101] John Bassett Moore, A Digest of International Law, Vol. 6, Section 1003. See also: Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 361.

[102] Andrew Newcombe et Al, Ibid, p. 361.

[103] Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 49

[١٠٤] د. حسام عبد العال شعبان، المرجع السابق، ص. ٧٧

[105] EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481 (3 February 2006)

[106] Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova, UNCITRAL (18 April 2002)

[107] The MAI Negotiating Text and Commentary (as of 24 Apr. 1998)

[١٠٨] المادة ٣ والمادة ١١ من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين الأرجنتين والولايات المتحدة الأمريكية، نوفمبر ١٩٩١.

## المطلب الخامس

## عبء الإثبات يقع على الدولة متخذة الإجراء

الأصل أن المستثمر يقيم الدليل على وقوع المصادرة غير المباشرة لاستثماراته داخل الدولة المضيفة. فإذا دفعت الدولة بأن الإجراء يعد من قبيل إجراءات البوليس لنفي المسئولية، يدور التساؤل حول من يتحمل عبء الإثبات؟

ذهب فريق إلى أن المستثمر يتحمل عبء إثبات أنه قد تم التعرض لاستثماراته وتسبب هذا التعرض في الحرمان الجوهري له من تلك الاستثمارات، وكذا بأن ذلك الحرمان لا يبرره أي إجراء من إجراءات البوليس.[١٠٩]

وذهب فريق آخر إلى أنه متى اثبت المستثمر حصول الحرمان الجوهري له من استثماراته بما يعادل المصادرة غير المباشرة للاستثمار، ينقلب عبء الإثبات على الدولة التي يتعين عليها أن تقيم الدليل على حاجتها لاتخاذ هذا الإجراء في ضوء اعتبارات المصلحة العامة.[١١٠]

ونؤيد من جانبنا الرأي الثاني، ليس فقط لأنه يعد تطبيقًا للقواعد العامة، فالبينة على من أدعى، وفي حال الدفع ينقلب المدعي عليه إلى المدعي بالنسبة لما دفع به، بل كذلك لأن الدولة هي التي اتخذت الإجراء، ولديها كافة المعلومات والحيثيات وتطلع على كافة الظروف المحيطة باتخاذ هذا الإجراء، فكان من المنطقي أن تتحمل الدولة عبء إثبات أن الإجراء من قبيل إجراءات البوليس غير القابلة للتعويض.

وفي هذا الصدد، أكدت هيئة التحكيم في قضية Biloune v. Ghana أن الإجراء الذي اتخذته حكومة غانا يعد من قبيل المصادرة ما لم تقم الدليل على وجود ما يبرر تلك الإجراءات.[١١١]

## المبحث الثالث

## تقييم معيار إجراءات البوليس

نجد أن معيار إجراءات البوليس يأخذ في اعتباره الغرض من الإجراء دون أن يعبأ بأثره في مواجهة الاستثمارات الأجنبية المباشرة. وبناء عليه، فإن هذا المعيار – على خلاف معيار أثر الإجراء – يضيق من نطاق الإجراءات التي تعد من قبيل المصادرة غير المباشرة، وفي بعض الأحيان دون مسوغ.

وتفصيل ذلك أن تعريف غرض الإجراء، أو المقصود من إجراءات البوليس المقبولة يعد من المسائل الغامضة التي – حتى يومنا هذا – ما زالت محل خلاف على الصعيد الدولي. فإذا أخذنا بمعيار موسع وقلنا بتوافر إجراءات البوليس كلما تصرفت الدولة استنادًا إلى المصلحة العامة، فإن من شأن ذلك الإفتئات على حقوق المستثمرين دون سند صحيح.

فإذا كان معيار أثر الإجراء يؤخذ عليه أنه يتوسع في نطاق الإجراءات التي تعد من قبيل المصادرة غير المباشرة، فبالمقابل، يؤخذ على معيار إجراءات البوليس أنه قد يضيق من نطاق الحماية الممنوحة للمستثمرين دون مسوغ، بل في بعض الأحيان يطيح بها بشكل مطلق.

وكذلك، فإن عدم اخذ أثر الإجراء في الاعتبار – كما يدعو أغلب أنصار هذا المعيار – من شأنه أن يغفل عنصر هام وأساسي في الكشف عن إجراءات المصادرة غير المباشرة، إذ قد تتعسف الدولة فيما تصدره من إجراءات البوليس إلى حد يؤثر – دون وجه حق – على حقوق المستثمرين في استثماراتهم من ناحية، وحقهم في التعويض عن الضرر اللاحق بهم من ناحية أخرى. وعليه يتعين ما يلي:

أولًا: ضبط مفهوم الغرض الذي يشكل إجراءات البوليس المقبولة على الصعيد الدولي.

ثانيًا: مراعاة أن هناك بعض الإجراءات تتم دون مبرر وبشكل تعسفي وبغرض تحقيق المصلحة العامة ومع ذلك فهي واجبة التعويض عنها.[١١٢] [١١٣]

[109] Andrew Newcombe, Ibid, 366

[110] Ibid

[111] Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana1989-1990) )

[112] Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 50

[113] Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006)

ثالثًا: يتعين الموازنة بين حق الدولة في التنظيم، وبين حق المستثمر في حماية استثماراته وتوقعاته المشروعة، فيراعى في هذا الصدد، غرض الإجراء، إلى جانب الأثر المترتب عليه، ومدي التوازن فيما بينهم، دون الإطاحة بأي منهم على حساب الآخر كما هو الحال في كل من المعيارين سالفي البيان.

ومن هنا، وفي ضوء عدم كفاية ودقة المعايير السابق بيانها، دعت الحاجة إلى معيار يتوسط بينهم، ويوازن بين تلك المصالح المتعارضة بين أطراف العلاقة من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لاستثماراته، وهذا هو معيار الموازنة وهو ما نختم به فصول بحثنا كما يلي بيانه.

## الفصل الثالث
## معيار الموازنة كآلية راجحة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار
## "Balanced Approach" or "Proportionality Test"

**تقسيم**

تبين لنا من العرض السابق بالفصل التمهيدي المقصود بمعيار الموازنة، واعتباره الصورة الراجحة لمعايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي.

وفيما يلي نعرض لهذا المعيار بشيء من التفصيل في عدة مباحث، وذلك على النحو الآتي:

- المبحث الأول: ماهية معيار الموازنة
- المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بمعيار الموازنة
- المبحث الثالث: ترجيح معيار الموازنة على غيره من المعايير

### المبحث الأول
### ماهية معيار الموازنة

**تقسيم**

نجد أن معيار الموازنة هو أحد أهم المعايير التي يهتدى بها للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار. وفي هذا الصدد نبين المقصود بمعيار الموازنة، في ضوء ما سبق بيانه (المطلب الأول)، ثم نعرض للفرق بين معيار الموازنة ومعياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس (المطلب الثاني)، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول
#### التعريف بمعيار الموازنة

كما سبق البيان، يوازن هذا المعيار بين ما سبق بيانه من معايير. ويمكن تعريفه بأنه أحد معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر، والذي يأخذ في اعتباره نطاق تعرض الدولة للاستثمار الأجنبي، وطبيعة تلك الإجراءات والتدابير التي اتخذتها الدولة، والظروف المحيطة، والنطاق الذي يخالف الإجراء به التوقعات المشروعة للمستثمر، كل هذا في إطار من الموازنة بين الإجراء المتخذ، والغرض منه، وما إذا كان الغرض قد تحقق بموجب هذا الإجراء، مع مراعاة مصالح المستثمر.[١١٤]

وتعد قضية Tecmed v. Mexico من أهم القضايا التحكيمية التي أفردت بالبيان عناصر معيار الموازنة.[١١٥] فقد أشارت هيئة التحكيم إلى ثلاثة عناصر رئيسية لابد أن يتم أخذهم في عين الاعتبار وهم:

- الغرض من الإجراءات التي تتخذها الحكومة
- مدى حرمان المستثمر من حقوقه الاقتصادية

[114] Caroline Henckels, Ibid, pp. 230-231. See also: Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 50.

[115] Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (29 May 2003)

- التوقعات المشروعة للمستثمر.

وقد جاء نموذج معاهدات الاستثمار الثنائية الأمريكية US Model BIT ٢٠٠٤ ليعكس تلك العناصر.[١١٦]
وفي ذات النطاق، أكدت هيئة التحكيم في قضية LG&E's v. Argentina على أن للدولة الحق في اتخاذ ما هو لازم من الإجراءات والتدابير بغرض تحقيق المصلحة العامة والرخاء الاجتماعي، وذلك دون أن تثور مسئوليتها عن تلك التدابير ما لم تكن غير متناسبة مع الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه.[١١٧]
وعليه، يتبين لنا أن مفهوم معيار الموازنة يرادف التسمية الممنوحة لها نظرًا لموازنته بين معياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس.

## المطلب الثاني
## الفرق بين معيار الموازنة ومعياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس

باستقراء ما سبق، يتبين لنا أن معيار الموازنة يتوسط معياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس، ونفرق بينهم من حيث العناصر التي يأخذها كل منهم في الاعتبار من ناحية، ومدي قابلية التعويض عن الإجراء الصادر من الدولة المضيفة من ناحية أخري.

أولًا: من حيث المسائل محل الاعتبار
رأينا فيما سبق أن معيار أثر الإجراء يأخذ بالأثر المترتب على الإجراء بغض النظر عن الغرض من اتخاذ الإجراء أو شكله. وفي المقابل، يأخذ معيار إجراءات البوليس بالغرض من اتخاذ الإجراء بغض النظر عن الأثر المترتب عليه.
أما بالنسبة للمعيار الموازن، فهو أكثر انضباطًا وشمولًا، حيث يعني بكلٍ من الأثر المترتب على الإجراء، والغرض منه، ومدى التناسب بين الإجراء وبين الغرض الذي يرمي إليه.[١١٨]
ثانيًا: مدى قابلية التعويض عن الإجراء محل النزاع

نجد في هذا الصدد، أنه على خلاف معيار أثر الإجراء، يمكن ألا يتم التعويض عن الإجراء متى تبين أنه يتناسب مع الغرض من اتخاذه مع الأخذ في الاعتبار بالأثر المترتب عليه. ففي معيار أثر الإجراء، لا عبرة بالغرض، وبالتالي فنطاق التعويض أضيق بصدد الحديث عن معيار الموازنة.
وبالمخالفة لمعيار إجراءات البوليس، قد تأتي الدولة إجراء ما بغرض تحقيق المصلحة العامة وما يرتبط بها من مفاهيم وأغراض، ومع ذلك يكون الإجراء قابلًا للتعويض متي تبين أنه لا يتناسب مع الغرض الذي ترمي إليه الدولة Disproportionate.
والخلاصة هي أنه، وفقًا للمعيار الموازن، يمكن ألا يعد الإجراء من قبيل المصادرة رغم ما سببه من آثار سلبية على المستثمر متى توافر عنصر التناسب، وكذا، يمكن أن يعد الإجراء من قبيل المصادرة رغم اعتباره من قبيل إجراءات البوليس متى غاب التناسب بين الإجراء والغرض منه، أو تم بشكل تعسفي.[١١٩]
ويتبين مما سبق، أن هذا المعيار يتفادى الكثير من العيوب وأوجه النقد الموجهة إلى معياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس نظرًا لأنه لا ينظر للمسألة محل البحث مستأثرا بأحد العناصر كأثر الإجراء أو الغرض منه فقط، بل يأخذ في اعتباره كافة العناصر ذات الأهمية والظروف المحيطة بالأجراء بهدف الكشف عن حقيقة هذا الإجراء وما إذا كان من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار من عدمه.

---

(116) Andrew Newcombe, Ibid, p. 364

(117) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/125) July 2007).

(118) Jonathan Bonnitcha, Indirect expropriation, Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis, Cambridge University Press, (2014), p. 260

(119) Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 51

## المبحث الثاني
## الأحكام المتعلقة بمعيار الموازنة

### تقسيم

قد سردنا فيما سبق المقصود بمعيار الموازنة، ويستتبع ذلك بيان أهم الأحكام والخصائص المتعلقة بهذا المعيار، وذلك من حيث الأخذ في الاعتبار بمدى توافر التناسب بين المسائل المحيطة بالإجراء (المطلب الأول)، مدى معقولية الإجراء والغرض منه (المطلب الثاني)، وكذا الأثر السلبي للإجراء المتمثل في الحرمان الجوهري للمستثمر من قيمة الاستثمار (المطلب الثالث)، وأخيرًا الأخذ بالتوقعات المشروعة للمستثمر في الاعتبار (المطلب الرابع). وفيما يلي، بيان لكل ذلك بشيء من التفصيل

### المطلب الأول
### الأخذ في الاعتبار بمدى توافر التناسب بين المسائل المحيطة بالإجراء

بالنظر إلى معيار الموازنة، نجد أنه يبحث التناسب Proportionality فيما بين الإجراء المتخذ والغرض من اتخاذه،[١٢٠] فمن شأن الأخذ به أن يقيد تمسك الدول المضيفة للاستثمارات بأن الإجراءات الصادرة هي بمثابة إجراءات البوليس وذلك بقيد هام وهو التناسب بين ذلك الإجراء والغرض الذي ترمي إليه الدولة حتى ولو اتخاذه تم بحسن نية.

ومن هنا، يتبين لنا أن هذا المعيار له ميزة أساسية والتي تتمثل في أنه الأكثر شفافية في إطار من الموازنة بين المصالح العامة للدول، والمصالح الخاصة للمستثمرين.[١٢١] فمن شأن اتباع هذا المعيار أن يضفي التطور على قدرة الهيئات التحكيمية في اتخاذ القرارات وإصدارها للأحكام على نحو مؤسس بشكل سليم، ويكشف – بشكل معقول – عن مدى مشروعية الإجراء المتخذ من الدولة المضيفة للاستثمار، حتى ولو ترتب على ذلك اعتبار تلك الإجراءات من قبيل المصادرة بالرغم من أنه تهدف إلى تحقيق الرخاء والمصلحة العامة.[١٢٢]

ويعد الحكم الصادر في قضية Tecmed v. Mexico أهم الأحكام الصادرة في منازعات تحكيم الاستثمار والتي قدمت لنا معيار الموازنة كمعيار للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار.[١٢٣] وفي هذا الصدد، أكدت هيئة التحكيم على عدم كفاية أثر الإجراء على القيمة الاقتصادية للاستثمار للقول بوجود المصادرة غير المباشرة للاستثمار، وفي نفس الاتجاه، لم تقبل القول بوجود "استثناء عام" على المصادرة غير المباشرة للاستثمار فيما يتعلق بتدابير الأمن العام وإجراءات البوليس التي تحقق النفع للمجتمع ككل.

وإثر ذلك، قامت هيئة التحكيم في Tecmed بالتأكيد على ضرورة الأخذ في الاعتبار بوجود التناسب فيما بين الإجراء والعبء المفروض على المستثمر الأجنبي، والهدف المراد تحقيقه من هذا الإجراء للقول بمدى قابلية الإجراء للتعويض من عدمه. وبناء على ذلك المعيار، أشارت الهيئة إلى أن الإجراء الذي اتخذته الدولة قد تعرض بشكل جسيم للاستثمار بالنظر إلى الغرض التي رمت إليه الدولة.[١٢٤]

على أنه لا يشترط أن يكون الإجراء محل البحث هو الأقل تقييدًا للاستثمار بالنظر للغرض منه، فالعبرة بالتناسب كما سبق البيان.[١٢٥]

فوفقًا لقضية Tecmed، هناك مجموعة من العناصر التي تشير إلى توافر مصادرة غير مباشرة للاستثمار الأجنبي، والتي يتم الاسترشاد بها في هذا الصدد، ومنها:

الحرمان الجوهري، أو شبه التام للمستثمر من قيمة الاستثمار، وهنا المعيار أكثر شدة وصرامة من المتوافر في قضية Metalclad

(120) Andrew Newcombe, Ibid, p. 363

(121) Caroline Henckels, Ibid, p. 228

(122) Ibid, p. 229

(123) Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (29 May 2003)

(124) Ibid. See also: Jonathan Bonnitcha, Indirect expropriation, Ibid, pp. 261-262. See also: L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Ibid, pp. 324-325

(125) Ibid. See also: Jonathan Bonnitcha, Indirect expropriation, Ibid, pp. 261-262. See also: L. Yves Fortier and Stephen L. Drymer, Ibid, pp. 324-325

والتي اكتفت هيئة التحكيم فيها بأن يؤدي الإجراء إلى المساس بالقيمة المتوقعة للاستثمارات ولو لم يتعرض لملكية الاستثمار بالفعل.[١٢٦]

انتفاء التناسب بين الخسارة اللاحقة بالمستثمر والمصلحة العامة المبتغاة من الإجراء.

بحث ما إذا كانت هناك إجراءات اقل تعرضًا للاستثمار بما يحقق ذات الغرض الذي ترمي إليه الدولة.[١٢٧]

وفي ذات النطاق، أكدت هيئة التحكيم في قضية Azurix v. Argentina على غياب التناسب المشار إليه متى تحمل المستثمر عبء فردي ومبالغ فيه، ومتى غاب التناسب، يكشف الإجراء عن وجود المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.[١٢٨]

وكذا، في قضية LG&E v. Argentina، أشارت هيئة التحكيم إلى معيار الموازنة، وأكدت على ضرورة توافر التناسب، فقضت بأنه: «...يجب أن توازن هيئة التحكيم بين مصلحتين متعارضتين: درجة تعرض الإجراء لحقوق الملكية، وحق الدولة في اتخاذ الإجراءات... فالدولة لها الحق في اتخاذ الإجراءات بهدف تحقيق أهداف الرخاء الاجتماعي والعام. ففي هذه الحالة، يجب قبول هذا الإجراء دون أن يثير مسئولية الدولة إلا في الأحوال التي يكون فيها تصرف الدولة لا يتناسب – بشكل واضح – مع الغرض المشار إليه.»[١٢٩]

وبالمقابل، إذا تبين أن الإجراء الصادر للدولة يمكن تبريره في إطار تسوغه الضرورة التي تحتم على الدولة حماية الصحة العامة، والسلامة العامة، والآداب العامة والرخاء، فلا تثور هنا مسألة مصادرة الملكية.[١٣٠]

ونخلص مما سبق إلى أهمية توافر التناسب كضابط هام للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

## المطلب الثاني
## مدى معقولية الإجراء والغرض منه

وفقًا لما سبق بيانه، يتبين لنا أن الغرض من الإجراء هو أحد أهم العناصر التي يعني بيها معيار الموازنة، وقد أكدت على ذلك القضايا التحكيمية المختلفة كما سبق البيان مثل قضية Tecmed، وAzurix، وLG&E.

وقد أكدت هيئة التحكيم في Tecmed على ضرورة أن يكون الإجراء الذي اتخذته الحكومة مبنيًا على غرض مشروع، وأن يتوافر التناسب فيما بين الغرض وبين الإجراء المتخذ تنفيذًا له.

ونشير إلى ما سبق أن أوضحناه في هذا الصدد فيما يتعلق بالمقصود بالغرض من الإجراء، سواء في صورته الموسعة كما هو في قضية Methanex Corp. v. United States of America عندما تتخذ الدولة الإجراء محل السؤال بهدف تحقيق المصلحة العامة ودون تمييز،[١٣١] أو في صورته التي تضيق من نطاق المقصود بالغرض، كما أشار بعض الفقه إلى اتخاذ الإجراء بخصوص فرض الضرائب ومكافحة الجرائم والحفاظ على الأمن العام.[١٣٢] أو بغرض الحفاظ على الصحة العامة، والسلامة العامة، والآداب العامة.[١٣٣] وقد اتبعت بعض هيئات التحكيم الدولية هذا التفسير الضيق كما في قضية Azurix v. Argentina[١٣٤] وقضية Vivendi v. Argentina.[١٣٥]

وكما سبق الإشارة، فإن الاسترشاد بالغرض من الإجراء يهدف إلى بيان مدى توافر التناسب بين الإجراء المتخذ وبين الغرض الذي رمت إليها الدولة عند اتخاذه، فإذا توافر التناسب قلنا بعدم وجود المصادرة غير المباشرة، والعكس صحيح.

ونلاحظ أخيرًا أنه في تحديد مدى ضرورة الإجراء الذي تتخذه الدولة، فإن الدولة تتمتع بشيء من التقدير. وقد أكدت على ذلك

---

(126) Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (30 August 2000)

(127) Jonathan Bonnitcha, Indirect expropriation, Ibid, p. 263

(128) Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12 (14 July 2006)

(129) LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/125) July 2007).

(130) Andrew Newcombe, Ibid, p. 364. See also: G.C. Christie, Ibid, p. 338

(131) Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (Award dated 3 August 2005). See also, Ben Mostafa, Ibid, p. 273

(132) Ben Soliman, Ibid, p. 274. See also: Simon Baughen, Ibid, p. 211

(133) Dr. Amr Abbas, Ibid, p. 49. See also: Jason Gudofsky, Ibid, p. 290. See also: Ben Soliman, Ibid, p. 274

(134) Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12 (14 July 2006)

(135) Compañiá de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No ARB/97/3 (21 November 2000)

هيئة التحكيم في قضية Saluka v. Czech Republic، حيث أكدت الهيئة على أن الدولة هي التي تقدر اتخاذ ما ترى من إجراءات كما فعلت عندما فرضت إدارة معينة على البنك المملوك للمستثمر، ما دامت لم تخطيء في قرارها، وفي غياب الدليل على هذا الخطأ، تقبل الهيئة التبرير الذي قالت به حكومة جمهورية التشيك بخصوص ما تم اتخاذه من إجراء.[١٣٦][١٣٧]

## المطلب الثالث
## الأثر السلبي للإجراء المتمثل في الحرمان الجوهري للمستثمر من قيمة الاستثمار

إلى جانب الغرض من الإجراء، يعد الأثر السلبي له من العناصر الأساسية في تحديد مدى توافر المصادرة غير المباشرة في إطار معيار الموازنة.[١٣٨]

ويختلف نطاق الأثر السلبي بحسب ما أخذت به هيئات التحكيم المختلفة. ففي Tecmed v. Mexico، أشارت هيئة التحكيم إلى أن الأثر محل الاعتبار هو الحرمان الجوهري Radical Deprivation، أو شبه التام Near Complete Deprivation للمستثمر من قيمة الاستثمار. ووفقًا لهذا الاتجاه، فأنه يشترط وقوع أثر شديد الجسامة بالاستثمار على نحو يؤدي للقول بوجود مصادرة غير مباشرة.[١٣٩]

وعلى صعيدٍ آخر، ترخصت بعض الهيئات في جسامة الضرر اللاحق بالمستثمر، ففي قضية Metalclad، اكتفت هيئة التحكيم فيها بأن يؤدي الإجراء إلى المساس بالقيمة المتوقعة للاستثمارات ولو لم يتعرض لملكية الاستثمار بالفعل.[١٤٠]

وأيا ما كان، فلا يكفي الحرمان من المنافع الاقتصادية للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار، إذ يتعين إضافة إلى ذلك أن ينتفي التناسب بين الخسارة اللاحقة بالمستثمر والغرض الذي يرمي إليه الإجراء الضار، فإن انتفى التناسب، كشف الوضع عن وجود مصادرة غير مباشرة للاستثمار، والعكس صحيح، فإن توافر التناسب، فلا مجال للقول بوجود المصادرة غير المباشرة للاستثمار.

## المطلب الرابع
## الأخذ بالتوقعات المشروعة للمستثمر في الاعتبار

إلى جانب ما سبق بيانه، يأخذ معيار الموازنة في اعتباره بالتوقعات المشروعة للمستثمر، ومدى مخالفة الإجراء الذي اتخذته الدولة لتلك التوقعات.

فالمستثمر تنشأ لديه توقعات بمجرد نشوء استثماراته أنه سيتمكن من مباشرة حقوقه المكتسبة كما تبلورت في حقوقه المادية والمعنوية التي اكتسبها في ظل قانون الدولة المضيفة للاستثمار. وعليه، ستخضع تلك التوقعات من حيث طبيعتها ونطاقها إلى قانون محل الاستثمار Lex Situs.[١٤١]

ويراعى في هذا الصدد أن توقعات المستثمر لابد أن تتحدد في إطار أن الاستثمارات تتم في مناخ يحتمل العائد وبما يتضمن المخاطرة، فمعاهدات الاستثمار ليست بمثابة وثيقة تأمين![١٤٢] وأكدت على ذلك هيئة التحكيم في Waste Management II v. Mexico، أنه في غياب أي تدخل تحكمي من الدولة من شأنه المساس بالاستثمار، فلا تثور مسئوليتها عن عدم نجاح هذا الاستثمار.[١٤٣]

---

(136) Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic (2006)

(١٣٧) د. على حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص. ١٢٩

(138) Dr. Amr Adel Abbas, Ibid, p. 50

(139) Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2 (29 May 2003)

(140) Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1 (30 August 2000)

(141) Andrew Newcombe, Ibid, p. 350

(142) Ibid

(143) Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2"), ICSID Case No. ARB(AF)/00/330 April 2004)

وكما سبق البيان، تلعب تعهدات الدولة في مواجهة المستثمر دور هام في تكوين توقعاته المشروعة. وفي هذا الصدد، أكدت هيئة التحكيم في قضية Methanex Corp. v. United States of America على أنه متى صدر الإجراء مشروعًا من الدولة، بمراعاة الحقوق الإجرائية للمستثمر، دون تمييز وفي إطار المصلحة العامة، فلا يعد هذا الإجراء بمثابة المصادرة إلا إذا وجدت تعهدات محددة من الحكومة للمستثمر بعدم اللجوء إلى تلك الإجراءات في مواجهته. (١٤٤)

وكذلك أكدت هيئة التحكيم في قضية Texaco v. Libya أنه متي منحت الدولة بعض التعهدات للمستثمر بشكل حر وبموجب سيادتها، فلا يحق لها، بموجب ذات السيادة، أن تتخذ إجراءات من شأنها التغاضي عن تلك التعهدات وتصادر الاستثمارات المضمونة بموجب تلك التعهدات.(١٤٥)

وبالمقابل، أشارت هيئة التحكيم في قضية EnCana v. Ecuador إلى أنه في غياب تعهدات من الدولة، ليس للمستثمر أي حق أو توقعات مشروعة بخصوص عدم تغير النظام الضريبي للدولة. ويراعى في هذا الصدد ما سبق أن أشرنا إليه من إمكانية اعتبار فرض الضرائب بمثابة المصادرة متى تم بصورة تعسفية.(١٤٦)

## المبحث الثالث
## ترجيح معيار الموازنة على غيره من المعايير

بالنظر إلى كافة المعايير السابق بيانها، يتبين لدينا أن المعايير الخاصة بالكشف عن المصادرة غير المباشرة تتراوح فيما بينها بين الاتساع (معيار أثر الإجراء) وبين التضييق (معيار إجراءات البوليس) من نطاق الإجراءات التي قد من قبيل المصادرة غير المباشرة. وقد تعرضنا بالنقد لمعياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس نظرًا لأنها معايير تحكمية، وقاصرة، ويشوبها الغموض في بعض المسائل، والأهم أنها لا تحقق العدالة على نحو سليم فيما يتعلق بالكشف عما يعد – حقًا – من قبيل المصادرة غير المباشرة للاستثمار.

ونجد أن معيار الموازنة يتفادى ما سبق أن وجهناه من نقد بالنسبة للمعايير السالف بيانها، ونرى من جانبنا أنه المعيار الراجح فيما يتعلق بالكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشرة، وذلك لأن هذا المعيار:

- يوازن بين أثر الإجراء والغرض منه دون أن يفصل بينهما بغير مسوغ.
- يأخذ في اعتباره كافة الظروف المحيطة بالإجراء محل البحث ومنها التوقعات المشروعة للمستثمر.
- يستند أساسًا إلى مبدأ التناسب، فيبحث التناسب بين الإجراء والغرض الصادر منه، وما إذا كان حقًا جدير بأن يعد من قبيل المصادرة غير المباشرة.
- يقوم بالتوفيق بين الاعتبارات المحيطة بمصادرة الاستثمار الأجنبي بين اعتبارات سيادة الدول المضيفة للاستثمار، واعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب.
- يؤدي إلى نتائج عادلة ومنضبطة دون تحكم أو إغفال لعناصر ذات الأهمية كما هو الحال في معياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس، وهذه النتائج تختلف من قضية لأخري بحسب ظروفها on case-by-case basis.
- يخفف من حدة معيار أثر الإجراء، وما يترتب عليه من التوسع في مفهوم المصادرة غير المباشرة دون مسوغ.
- يخفف من حدة معيار إجراءات البوليس، وما يترتب عليه من التضييق في مفهوم المصادرة غير المباشرة وما يتبع ذلك من حرمان المستثمر من حقه في التعويض في الأحوال التي تستوجب تعويضه.

وهكذا، يتبين لنا أن معيار الموازنة هو معيار منضبط في كل ثناياه، ومن شأنه أن يساهم في الموازنة بين المصالح العامة للدولة والمصالح الخاصة للمستثمرين من ناحية، ويحقق العدالة من ناحية أخرى. كل هذا يؤدي إلى التوصل إلى حقوق مقنعة عملًا فيما قد يثور من منازعات بشأن معاهدات الاستثمار، سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف.

وبذلك ننتهي من عرضنا لموضوع البحث خاصتنا وما يثيره من أهمية شديدة في إطار الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمارات الأجنبية المباشرة في ضوء القانون الدولي وأحكام هيئات التحكيم الدولية، ونبين فيما يلي ما خلصنا إليه من نتائج.

(144) Methanex Corp. v. United States of America, NAFTA, (Award dated 3 August 2005)

(145) Texaco Overseas Petroleum Company v. Libyan Arab Republic (Preliminary Award, 1975; Award on Merits, 1977)

(146) EnCana Corporation v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN3481 (3 February 2006)

## الخاتمة

### أولًا: نتائج البحث

يتبين لنا مما سبق عدة نقاط ونتائج مهمة يمكن أن ننتهي إليها:

١. وضحنا أن المصادرة غير المباشرة أصبحت الصورة الغالبة لمصادرة الاستثمارات الأجنبية المباشرة، وأنها تتم بطريق مقنعة أو خفية Creeping وذلك على نحو لا يتضمن نزعًا للملكية بشكل مباشر. وحددنا نطاق بحثنا في طرح المعايير التي أشارت إليها هيئات التحكيم الدولية بصدد الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار، وهي ثلاثة معايير أساسية:

- أولًا: معيار أثر الإجراء Sole-effect approach
- ثانيًا: معيار تدابير الأمن وإجراءات البوليس Police Powers
- ثالثًا: معيار الموازنة Balanced Approach

٢. ثم عرضنا لمعيار أثر الإجراء باعتباره الصورة الموسعة للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار. ومعيار أثر الإجراء هو أحد معايير التعرف على المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر، والذي تهتدي به المحاكم والهيئات التحكيمية – بشكل رئيسي بل حصري – في التوصل إلى حكمها بناء على الأثر المترتب على الإجراء محل النزاع بالنسبة للاستثمار الأجنبي المباشر. وتعرضنا للطبيعة الموسعة لهذا المعيار، وأكدنا على أنه يغفل العديد من الاعتبارات كاعتبارات النظام العام، وحماية البيئة، ومدى التوازن بين الإجراء وبين الغرض منه، وكذلك يغفل إجراءات البوليس التي جرى العرف الدولي على إجازتها وعدم التعويض عنها. وأشرنا إلى أنه معيار واسع وفضفاض، وأن الأخذ به على إطلاقه من شأنه الإضرار بمصالح كافة الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية المباشرة على نحو لا مسوغ له وفقًا لاعتبارات العدالة في القانون الدولي. وأكدنا على ضرورة ضبط هذا المعيار وتوفير قدر من التوازن بين وجود نظام يسمح بحماية الاستثمارات الأجنبية، وبين سلطة الدولة في اتخاذ إجراءات البوليس غير المستوجبة للتعويض. فلا يكفي الأخذ بمعيار أثر الإجراء لتحقيق العدالة في إطار الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر.

٣. وعرضنا فيما بعد لمعيار إجراءات البوليس، باعتباره صورة من معايير الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي. وأنه على خلاف معيار أثر الإجراء، يفرق هذا المعيار بين إجراءات المصادرة غير المشروعة، تدابير الأمن العام والبوليس المشروعة غير مستوجبة للتعويض، وذلك حيث يأخذ في الاعتبار الاستعمال المشروع للسلطة، والغرض من اتخاذ تلك الإجراءات والتدابير، ومدى تعلقها بالأمن العام والصحة العامة وسلامة البيئة، وليس فقط الأثر المترتب على الإجراء. وبينّا أن تحديد مضمون الغرض من الإجراء هو مسألة يعتريها الغموض فقد تشمل إجراءات البوليس كافة التدابير التي تتخذها الدولة بغرض تحقيق المصلحة العامة، وقد تشمل فقط الإجراءات الخاصة بالضرائب والجرائم والحفاظ على الأمن العام. وقد يقتصر نطاق إجراءات البوليس على الإجراءات والتدابير التي تهدف الحفاظ على الصحة العامة، والسلامة العامة، والآداب العامة. وكما سبق البيان، يعد من قبيل إجراءات البوليس ما تتخذه الدولة من تدابير وفقًا لاعتبارات النظام العام والآداب، ووفقًا لاعتبارات الصحة وسلامة البيئة. فيؤخذ على معيار إجراءات البوليس أنه قد يضيق من نطاق الحماية الممنوحة للمستثمرين دون مسوغ، بل في بعض الأحيان يطيح بها بشكل مطلق. وأكدنا على ضرورة ضبط هذا المعيار.

### ثانيًا: التوصيات

نجد أن أهم التوصيات التي توصلنا إليها في بحثنا تتمثل في ضرورة هجر معياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس. وبالمقابل، يتعين الأخذ بمعيار الموازنة في إطار الكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر، وذلك لاعتبارات عدة، أهمها أن هذا المعيار:

- يوازن بين أثر الإجراء والغرض منه دون أن يفصل بينهما بغير مسوغ.
- يأخذ في اعتباره كافة الظروف المحيطة بالإجراء محل البحث ومنها التوقعات المشروعة للمستثمر.
- يستند أساسًا إلى مبدأ التناسب، فيبحث التناسب بين الإجراء والغرض الصادر منه، وما إذا كان حقًا جدير بأن يعد من قبيل المصادرة غير المباشرة.
- يقوم بالتوفيق بين الاعتبارات المحيطة بمصادرة الاستثمار الأجنبي بين اعتبارات سيادة الدول المضيفة للاستثمار، واعتبارات حماية الحقوق المكتسبة للمستثمرين الأجانب.

- يؤدي إلى نتائج عادلة ومنضبطة دون تحكم أو إغفال لعناصر ذات الأهمية كما هو الحال في معياري أثر الإجراء وإجراءات البوليس، وهذه النتائج تختلف من قضية لأخري بحسب ظروفها on case-by-case basis.
- يخفف من حدة معيار أثر الإجراء، وما يترتب عليه من التوسع في مفهوم المصادرة غير المباشرة دون مسوغ.
- يخفف من حدة معيار إجراءات البوليس، وما يترتب عليه من التضييق في مفهوم المصادرة غير المباشرة وما يتبع ذلك من حرمان المستثمر من حقه في التعويض في الأحوال التي تستوجب تعويضه.

وهكذا يبدو لنا أهمية موضوع البحث خاصتنا في توفير معيار منضبط للكشف عن المصادرة غير المباشرة للاستثمار الأجنبي المباشر، وهو – في نظرنا – معيار الموازنة، وما يستتبع ذلك من ضرورة هجر المعايير الأخرى التي لا تحقق ذات الأثر الموازن.