

النظام القانوني الدولي لضمانات الاستثمار

د/ أكرم مصطفى الزغبى

مدرس القانون الدولي العام

كلية الحقوق - جامعة الزقازيق

١ - موضوع البحث:

يدور موضوع البحث حول النظام القانوني الدولي الذي يحكم ضمانات الاستثمار؛ حيث انتشر في ظل نظام التجارة العالمي الحالي عوامل وأدوات لجذب الاستثمار، وعوامل أخرى طارئة له. وبين الجذب والطرْد تتحرك رؤوس الأموال بسرعة كبيرة نحو تعظيم الفائدة من رأس المال لدى المستثمر^(١)؛ وكثيراً ما نسمع القول العام الذي يردده البعض " رأس المال جبان "، والمراد منه أن رؤوس الأموال دائماً ما تسعى نحو الضمان والأمان بعيداً عن مهاترات السياسة، وتقلبات أنظمة الحكم، وجنوح تشريعات الاستثمار. فتارة تجد المستثمر صاحب رأس المال يلقي بكل أمواله في دولة ما مما يؤثر على ميزان مدفوعاتها بالإيجاب نظراً لوجود قانون استثمار يحمي استثماراته من تغول السلطة التنفيذية في دولة مقر الاستثمار فضلاً عن المناخ الجاذب للاستثمار، وتارة أخرى يلوذ بالفرار بكل أمواله أو ما تبقى منها إذا ما تدافعت عليها غوغائية السلطة الحاكمة في الدولة المضيفة للاستثمار. وبين هذا وذاك سارعت دول العالم سواء على المستوى الثنائي أو الإقليمي أو الدولي

(^١) OECD Reports - FDI IN FIGURES - October 2017 - p 1 " In the first half of 2017, global FDI flows decreased by 3% compared to the second half of 2016, to USD 788 billion but remained above 2013 and 2014 levels. In Q1 2017, FDI flows rose by 3% to USD 416 billion and then decreased by 11% in Q2 to USD 372 billion, continuing the pattern of highly volatile quarters observed in recent years. The overall decrease observed in global flows in the first half of 2017 was largely due to the drop in Q2; decreases were widespread, with drops recorded in 26 OECD economies in that quarter. In addition, FDI flows in the second half of 2016 were boosted by the Anheuser-Busch InBev acquisition of SABMiller, which boosted FDI inflows to the United Kingdom As a result, FDI inflows to the United Kingdom dropped from USD 125 billion in Q4 2016 to USD 3 billion in Q1 2017. Despite this drop in the United Kingdom, global flows increased by 3% in Q1, due to a return to positive investment from disinvestments in selected OECD economies, as well as a 68% increase of FDI inflows in the United States (to USD 80 billion)."

لإبرام اتفاقات ضمانات الاستثمار^(١) التي توفر ضمانات موضوعية أو إجرائية؛ لكي تعلن عن احتياجها لرؤوس الأموال المباشرة لكي تواجه أزمة عجز ميزان مدفوعاتها أو لتلبية متطلبات الاستثمار لديها مما تعجز عن تمويله وتلبيته بمقدراتها المتواضعة.^(٢) ومن المنافع الإضافية للاستثمار الأجنبي المباشر نقل التكنولوجيا ومهارات الإدارة، وتدريب العمال وتحسين النفاذ إلى أسواق التصدير من خلال خلق علاقات التسويق وزيادة عامل فعالية الاقتصاد ككل من خلال التحديث والتطوير. ففي بعض الدول مثل الصين، وماليزيا، وتايلاند. نجد الاستثمار الأجنبي المباشر قد ساهم مساهمة كبيرة في توسيع وتنوع الصادرات المصنعة مما قاد إلى تحسين المنافسة العالمية للاقتصادات الناشئة.^(٣) وكان هذا التسارع بين دول العالم في إطاره العادي ومستواه المعقول والمقبول في وقت السلم أو في وقت الهدوء الذي تمر به الدولة المضيفة للاستثمار. بينما تتضاعف سرعة الطلب على تهيئة مناخ الاستثمار من خلال مثل هذه الاتفاقات في أوقات الحروب أو ما بعد الحروب كي تقوم الدول من عثرتها لتعوض ما فاتها في وقت الصراع من جلب لرؤوس الأموال وتحقيق للتنمية الاقتصادية المرجوة؛ وسيان كان مناخ الاستثمار مهيباً أم غير مهيباً؛ فإن دول العالم تنتظر لبعضها البعض في شكل منسجم نحو تحقيق الرفاهية لشعوبها.

(١) للاستثمار الأجنبي فائدتين مباشرتين يعدان وجهان لعملة واحدة: ١- وسيلة للدول المتقدمة لاستخدام الفوائض المالية لديها وتسويق لمنتجاتها من خلال فتح أسواق جديدة لها. ٢- أداة مهمة للدول النامية في سعيها نحو التقدم الاقتصادي وعمل مشاريع البنية التحتية. هالة علي منصور - الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية) - رسالة دكتوراة - ٢٠١٥ - كلية الحقوق - جامعة أسيوط ص ١

(٢) حازم حسن جمعة - الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة - دراسة تحليلية - للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي - ١٩٨١ - ص ١٥٥ ويحقق انتقال الاستثمار عبر الدول ميزة نسبية للمستثمر الأجنبي، حيث يكون الدافع لديه البحث عن فرص أفضل للاستثمار تدر عليه دخلاً أكبر مما يمكن الحصول عليه في بلده. أما الدول المستوردة لعناصر الاستثمار فتتهم به حيث أنها تفتقر لأدوات التنمية والتقدم ووسائلها وعناصرها إما لنقص الخبرة والأيدي العاملة المدربة وأساليب الإنتاج الحديثة، أو لنقص رأس المال الذي لا تستطيع توفيره بمواردها المحلية فتهدف إلى تعزيز المدخرات الوطنية ومن ثم تحقيق معدل أعلى من تكوين رأس المال المستثمر.

(٣) Ibrahim F.I. Shihata - legal treatment of foreign investment: "The world Bank Guidelines" - Martinus Nijhoff Publishers - 1993 - p 11

٢- أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في إيضاح الإطار القانوني الدولي الذي يحكم نظام ضمانات الاستثمار؛ حيث تمر مصرنا الحبيبة ودولنا العربية بفترة عصيبة من الاحتجاجات والثورات ؛ هربت فيها رؤوس الأموال إلى خارج منطقتنا العربية ودولتنا المصرية هرباً من عدم الاستقرار وضعف مناخ الاستثمار ، لذا جاءت أهمية موضوع البحث في تبيان كيفية السير على طريق ممثلي الضمانات التي تحمي رؤوس الأموال الأجنبية من الأخطار التي من الممكن أن تتهددها إذا ما أقدم المستثمر الأجنبي على وضع أمواله في إحدى الدول العربية، وأثناء السعي في هذا البحث قررت أن أتناول الموضوع بطريقة ما هو كائن بالفعل وهذا الذي يحاكيه واقعنا الذي نعيشه وبين ما ينبغي أن يكون والذي نصابو إلى تداركه في نظم الاستثمار العربي على وجه العموم والمصري على وجه الخصوص.

٣- إشكاليات البحث:

يثور في بحثنا عن نظام الضمانات الأمتل عدة تساؤلات حيث أتساءل عن الضمانات الموضوعية الدولية التي تحمي أموال المستثمر وتعد جاذبة لها تفضلياً عن بقية الدول الأخرى فتفوز بها الدولة التي تقرها في تشريعها الداخلي؛ أو تتعهد بها في اتفاقية دولية ثنائية أو اقليمية أو عالمية؟ وإذا ما توافرت مثل تلك الضمانات الموضوعية لحماية أموال المستثمر ؛ هل هناك من إجراءات تضعها موضع التنفيذ إذا ما أراد المستثمر أن يحمي استثماراته بشكل سريع ، وهنا يثور تساؤل آخر مفاده ماهي الإجراءات التي ينبغي للمستثمر سلوكها كي يحتمي بالضمانات الموضوعية التي أقرتها دولة استضافة الاستثمار، ويقصد بها الضمانات الإجرائية، وفي السعي للإجابة على هذه التساؤلات اتبعت المنهج الآتي في البحث.

٤- منهج البحث:

اتبعت في دراسة هذا الموضوع منهجاً تأصيلياً، وتحليلياً، إذ أن المنهج التأصيلي يرجع الأحكام التفصيلية إلى أصولها النظرية، فعندما نعالج الحماية الدولية

للاستثمارات نردها إلى قاعدة قانونية دولية مفادها نص قانوني وارد في اتفاقية دولية ثنائية أو إقليمية أو متعددة الأطراف أو في تشريع داخلي ذو فريدة وتميز في إقرار الضمان . أما المنهج التحليلي الذي اتبعناه فهو يتمثل في شرح نصوص الاتفاقيات الدولية العالمية والإقليمية والثنائية المعنية بضمان الاستثمار؛ فضلا عن مناقشة بعض المنازعات الدولية الخاصة بضمان الاستثمار التي مرت بها دول العالم سعيا في النهاية لتقديم مقترح بنظام قانوني دولي أمثل لضمانات الاستثمار إذا ما أرادت دولة ما أن تجذب الاستثمار إليها فعليها أن تسعى لتطبيق هذا النظام.

٥ - خطة البحث:

الفصل الأول: مخاطر الاستثمار القابلة للضمان

الفصل الثاني : الإطار القانوني الإجرائي لتنفيذ الضمان

٦ - تقسيم:

ندرس في هذا البحث ما يلي:

مبحث تمهيدي : المقصود بالاستثمار وضمانه

المطلب الأول : المقصود بالاستثمار

المطلب الثاني : المقصود بضمانات الاستثمار

الفصل الأول : مخاطر الاستثمار القابلة للضمان وكيفية تقييمها

المبحث الأول: خطر عدم تحويل العملات والأرباح

المبحث الثاني: خطر نزع الملكية

المبحث الثالث : خطر خرق العقد

المبحث الرابع : خطر الاضطرابات والإرهاب

المبحث الخامس: خطر عدم الثبات التشريعي

المبحث السادس: تقييم المخاطر السياسية

الفصل الثاني: الإطار القانوني الدولي لتنفيذ الضمان

المبحث الأول: المفاوضات الدولية

المبحث الثاني: التحكيم والقضاء الدولي

المبحث الثالث: الحماية الدبلوماسية
المبحث الرابع: التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي
المبحث الخامس: احترام حقوق المستثمر
خاتمة البحث
النتائج والتوصيات

مبحث تمهيدي المقصود بالاستثمار وضمانه

تمهيد وتقسيم

أبحث في هذا المبحث التمهيدي عن تعريف للاستثمار وضمانه؛ فماذا يقصد بالاستثمار وما المقصود بضمانات الاستثمار ، وهل لمناخ الاستثمار مكونات إذا توافرت تحقق مناخ جيد للاستثمار؛ وكل ذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالاستثمار.

المطلب الثاني : المقصود بضمان الاستثمار.

المطلب الأول

المقصود بالاستثمار

الفرع الأول

تعريف الاستثمار وأنواعه

يدور الاستثمار وجوداً وعملاً مع حركة رؤوس الأموال؛ وقد تكون هذه الحركة إيجابية بدخول رؤوس الأموال إلى دولة ما، وقد تكون سلبية بهروب رؤوس الأموال خارج هذه الدولة. وهذه الحركة الإيجابية أو السلبية لرؤوس الأموال إنما تسعى لتحقيق أهداف معينة⁽¹⁾ خاصة للدول النامية حيث تهتم هذه الدول بالترحيب بالاستثمارات الأجنبية لما تحققه من فوائد أهمها :

(¹)Janette Rutterford - Introduction to stock exchange investment - Second Edition - The Macmillan press LTD - 1993 - p388 "Objectives can only be set once certain characteristics of the beneficiaries or investors are known. These characteristics will include their required risk and return, details of their existing wealth, their tax positions, liquidity requirements, future liabilities and a host of other factors. Until recently, the approach of investment advisers has been to concentrate more on the characteristics of the securities or market they are investing in rather than on the characteristics of their clients."

١- سد النقص من العملات الأجنبية التي تساعد في تمويل الاستثمارات بطريقة سريعة جداً لا تقوى عليها طريقة أخرى.^(١)

٢- القدرة على جلب خبرات فنية وإدارية وتكنولوجية في الصناعات الحديثة مما يؤدي إلى زيادة الصادرات ونقص الواردات نظراً لزيادة الانتاج المحلي، ويتضح هذا الدور جلياً في بنوك الاستثمار حيث تهدف إلى مساعدة الدولة النامية على النمو الاقتصادي وجلب رؤوس الأموال الأجنبية.^(٢)

٣- تشجيع الادخار والاستثمار الداخلي وتدريب العمالة المحلية على المهارات الأجنبية والسعي لدخول الأسواق الأجنبية ورفع الأجور وتحسين الظروف التجارية.^(٣)

٤- خلق فرص العمل وتغيير المناخ الثقافي من الاستيراد إلى التصدير، ووضع الصادرات كأساس للتنمية المستدامة.^(٤)

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١ ، وانظر أيضاً حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ١٥٥ حيث يرى أنه " يحقق انتقال الاستثمار عبر الدول ميزة نسبية للمستثمر الأجنبي، حيث يكون الدافع لديه البحث عن فرص أفضل للاستثمار تدر عليه دخلاً أكبر مما يمكن الحصول عليه في بلده. أما الدول المستوردة لعناصر الاستثمار فتتهم به حيث أنها تفتقر لأدوات التنمية والتقدم ووسائلها وعناصرها إما لنقص الخبرة والأيدي العاملة المدربة وأساليب الإنتاج الحديثة، أو لنقص موارد رأس المال الذي لا تستطيع توفيره بمواردها المحلية فتهدف إلى تعزيز المدخرات الوطنية ومن ثم تحقيق معدل أعلى من تكوين رأس المال المستثمر."

(2) Giuseppe Schiavone - International Organizations A dictionary and directory - Seventh edition - palgrave macmillan - 2008 - p 21 " The Bank's basic aims are: to provide loans directly or indirectly for financing national and multinational projects; to encourage public and private investment; to assist member countries to improve the use of their resources; to increase the complementarities of economic systems and to promote the balanced growth of foreign trade; to extend technical assistance with a view to studying, preparing and implementing development programmes and projects; to co-operate with national, regional and subregional economic institutions"

(3) إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية-١٩٧٢- ص ١١-

١٢

(4) Christian Berger-Vachon & others - Complex Systems: Solutions and Challenges in Economics, Management and Engineering - Dedicated to Professor Jaime Gil Aluja - springer - 2018 - p 306 "Azerbaijan signed The

٥- تحسين مهارات مديري الاستثمار والأصول الرأسمالية من خلال رؤية خبرات إدارية متخصصة في إدارة الاستثمار. (١) ولمعرفة لماذا تنجذب رؤوس الأموال إلى مكان ما ، ولماذا تهرب رؤوس الأموال من مكان ما؟ لا بد من معرفة المقصود بالاستثمار وأنواعه المفضلة، ومناخ الاستثمار الجاذب والطارد لرؤوس الأموال، وأنماط الاستثمار وهذا ما نتحدث عنه بشيء من التفصيل:

أولاً: تعريف الاستثمار.

يعرف البعض الاستثمار تعريفا قانونيا مفاده " انتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي بما يكفل زيادة الانتاج والتنمية في الدول المضيفة." (٢) وقد عرف البعض الاستثمار الأجنبي المباشر

Millennium Declaration on Sustainable Development in 2000. The state policy of Azerbaijan in the field of sustainable development reflects the "State Program on Poverty Reduction and Sustainable Development". The activities on implementation of the principles of sustainable development continued on the concept of "Azerbaijan 2020: Look into the Future". In this concept, an export-oriented economic model is taken as a basis, and it is planned that increasing the competitiveness of the economy and improvement in the structure will boost non-oil exports. Along with the speedy development of the non-oil industry, the promotion and expansion of innovative activity will create favorable grounds for the formation of economy based on knowledge in the country."

(١) Mikkel Rasmussen- Quantitative Portfolio Optimisation, Asset Allocation and Risk Management - Investment objectives and benchmark selection - palgrave macmillan - 2003 - p 167

(٢) " للاستثمار المباشر طابع مزدوج حيث يتمثل في وجود نشاط اقتصادي يزاوله المستثمر الأجنبي في البلد النامي والملكية التامة أو الجزئية للمشروع أو الاستغلال المباشر للمنشأة. ويفضل المستثمر الأجنبي الاستثمار المباشر حيث يكون له حق الرقابة والإشراف على توظيف أمواله وإدارتها مما يخلق في نفسه شعوراً بالرضا والأطمئنان." انظر حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ١٧٠، وانظر أيضا ماهر بو خوات - حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام- دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٤ - ص ٢٢ " حيث أنها ذات ازدواجية في الموضوع، فهي من ناحية تبرم بين دولتين أي شخصين للقانون الدولي، ولكنها صالحة للتطبيق مباشرة على مستثمرين أجانب أي أشخاص للقانون الداخلي، وتبرز الطبيعة الدولية لاتفاقيات الاستثمار في كون هذه الاتفاقيات تمثل إطاراً دولياً للقواعد القانونية التي تحكم العملية الاستثمارية فهي تحول العلاقة الداخلية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار إلى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي."، وانظر أيضا حازم

بأنه ينطوي على "تقل الأصول الملموسة أو غير الملموسة من بلد إلى آخر لغرض استخدامها في ذلك البلد لتوليد الثروة تحت السيطرة الكاملة أو الجزئية لمالك الأصول". ويميز القانون الدولي بين الاستثمار الأجنبي المباشر واستثمارات الحافظة. ومن المقبول عموماً أن الاستثمارات في الحافظة، مثل شراء الأسهم الأجنبية أو السندات أو الصكوك الأخرى، لا تقع ضمن نطاق القانون الدولي العرفي؛ لذا يجب حمايتها أن تدرج في إطار نظام الاستثمار الأجنبي من خلال معاهدات الاستثمار الثنائية والجماعية.⁽¹⁾

ويشمل الفهم الأساسي لمصطلح "الاستثمار" بعض المتطلبات "المنطقية". فهذا المصطلح ينطوي على طرفين، الأول المستثمر والثاني الدولة المضيفة التي تتلقى الأموال. والغرض الرئيسي للمستثمر هو الاستفادة من استثمارات. ومن ناحية أخرى، فإن الدولة المضيفة ترغب في الحصول على بعض المنافع أيضاً للسماح له بالاستثمار داخل أراضيها.⁽²⁾ وقد تطور التعريف عند البعض إلى أن ربط الاستثمار بما يولده من أثر اجتماعي بالإضافة إلى القيمة المادية العائدة منه. فيما يعرف بالأثر

صلاح الدين عبدالله حسن - الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي - مجلة الحقوق - فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - العدد ٣ - السنة ٤١ - المحرم ١٤٣٩ هـ - سبتمبر-٢٠١٧ - ص ٢٠٠-٢٠٥

(1) Richard W. Roeder - Foreign Mining Investment Law - The Cases of Australia, South Africa and Colombia - springer - 2016 - p19, Luis Toma's Montilla FernándeZ - Large-Scale Land Investments in Least Developed Countries Legal Conflicts Between Investment and Human Rights Protection - springer - 2017 - p 145 " Foreign direct investments may be defined as the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the asset. "

(2) Robert Gommel - Investing into North African Solar Power - A Legal Framework for Risk Management and Prospects for Arbitration - springer - 2015 - p 173

الاجتماعي للاستثمار بحيث لا يخلو تعريف الاستثمار من وجود أثر اجتماعي في محيطه. (١)

وقد عرفته المادة ٦/١ من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية بأنه " استثمار رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادي بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها"، ويشترط البعض في الاستثمار الأجنبي ضرورة " انتقال أحد عوامل الانتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز " والمييز لهذا التعريف أنه يتضمن انتقال أي عنصر من عناصر الانتاج سواء للقيام باستثمار مباشر أو غير مباشر على أن يكون هدفه تحقيق أرباح مالية ، وهو يستبعد أيضا أية انتقالات أخرى لعناصر الانتاج لا يكون هدفها الربح مثل التبرعات أو الإعانات أو التعويضات، واشترط التعريف أن تكون الأرباح متميزة، بمعنى أنها تفوق ما يمكن أن يحققه ذلك الاستثمار الأجنبي في وطنه من عائد مادي. وإلا كانت صورة من صور المعونات الاقتصادية بما يستتبعه ذلك بالضرورة من معاملة قانونية مختلفة. (٢)

ويضع البعض قائمة مغلقة لما يعد من قبيل الاستثمار، ويخرج ماعداه من نطاق التعريف متى لم يجد له مقعدا في هذه القائمة المغلقة كالتشريع الأمريكي

(١) Philip Molyneux - Bank Funding, Financial Instruments and Decision-Making in the Banking Industry - Palgrave Macmillan - 2016 - p 147 "Social Impact investments are those which generate both social value and financial return. Social Impact investments are investments made into companies and organizations, sometimes through funds, with the intention of generating a measurable social and environmental impact, alongside a financial return. Thus, social impact should be intentionally pursued and clearly measurable."

(٢) حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ١٦٨، وانظر أيضا ماهر بو خوات - مرجع سابق - ص ٢٥ في تعريف اتفاقيات الاستثمار " هي اتفاقيات تبرم بين دولتين أو أكثر وفقا لأحكام القانون الدولي، بهدف تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين الأطراف، وتتطوي على ضمانات لحماية المستثمر التابع لإحدى الدول المتعاقدة ، ويكفل الامتيازات من وراء عملية الاستثمار للدولة المضيفة"

والكندي حيث حددوا بعض الأنشطة في قانون الاستثمار، وما عداها لا يعد استثماراً.^(١) أما الهند ففي نموذج اتفاقاتها الثنائية نجد أن نموذج ٢٠١٥ يعتمد على تعريف الاستثمار "القائم على الشركات" بدلاً من التعريف الأوسع "القائم على الأصول". وقد اعتمد التعريف "القائم على الشركات" في تحديد ما يعد استثماراً من أجل تضييق نطاق الاستثمارات، وكذلك للسعي إلى الحد من إمكانية الدعاوى المرفوعة عن طريق خفض المستثمرين المشمولين بالنموذج. ويتم تعريف "الاستثمار" بموجب نموذج الاستثمار الهندي النموذجي بأنه "مؤسسة" يتم تشكيلها وتنظيمها وتشغيلها بحسن نية من قبل مستثمر.^(٢)

وقد عرفته بعض التشريعات العربية مثل القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في المادة الأولى بأنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص به طبقاً لأحكام هذا القانون"^(٣)، وذات الأمر ما اتبعه نظام الاستثمار السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ تاريخ

(١)Roberto Echandi - The new generation of international investment agreements: recent developments in the Asia-Pacific region - Springer - 2008 - p135 " One approach of avoiding an over-reaching definition of investment is called a "closed-list"definition. This approach differs from the broader asset-based definition in that it does not contain a conceptual chapeau to define the term "investment"; it rather consists in an ample, but finite list of tangible and intangible assets. Originally envisaged as an"enterprise-based"definition used in the context of the U.S.- Canada Free Trade Agreement, this approach evolved towards the definition used in article 1,139 of NAFTA. Subsequently, the "closed-list" approach has been frequently used by several APEC member countries in the definition of "investment" included in their International investment Agreements.

(٢)Srikar Mysore & Aditya Vora -Tussle for policy space in international investment norm setting: The search for a middle path? - Jindal Global Law Review - 2016 - springer - p143, Bhagirath Ashiya - The shift towards an enterprise based definition of investment: the quagmire of the *Salini* test and India's Model BIT - Jindal Global Law Review - 2016 - springer - p264

(٣) انظر المادة الأولى من قانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.

١٤٢١/١/٥ هـ حيث عرفته مادته الأولى بأنه "توظيف رأس المال الأجنبي في نشاط مرخص له بموجب هذا النظام".^(١)

وقد أورد المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري تعريفا واضحا للاستثمار والمستثمر والمشروع الاستثماري؛ وأعطى سلطة لوزير الاستثمار بإضافة قطاعات أخرى ترتبط بخطة التنمية الاقتصادية للدولة المصرية بحيث يدرج في أنشطة المشروع الاستثماري ما لم يرد به ذكر في نص القانون.

فعرف الاستثمار بأنه " استخدام المال لإنشاء مشروع استثماري أو توسيعه أو تطويره أو تحويله أو تملكه أو إدارته بما يسهم في تحقيق التنمية الشاملة والمستدامة للبلاد." وهذا التعريف يحبذ الفقه الدولي^(٢) وعرف المستثمر بأنه " كل شخص طبيعي أو اعتباري مصرياً كان أو أجنبياً أياً كان النظام القانوني الخاضع له يقوم بالاستثمار في جمهورية مصر العربية وفقاً لأحكام هذا القانون."

(١) انظر المرسوم الملكي السعودي رقم م/١ و تاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ - م ١

(٢) Jorge E. Viñuales - Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play - in Kate Miles (ed.), Research Handbook on Environment and Investment Law (Cheltenham: Edward Elgar, forthcoming 2016), chapter 2- <http://ssrn.com/abstract=2661970>- last visit 1/5/2018-p5 "We recognize the important contribution that direct investment, including foreign direct investment, can make to sustainable development, particularly when projects are aligned with national and regional sustainable development strategies", James J. Nedumpara & Rodrigo Polanco Lazo - Does India need a model BIT? - Jindal Global Law Review (2016) 7(2) - - p119 "Indian investment treaties largely define "investor" as natural persons who have the nationality or the citizenship of the contracting party or in few cases, the permanent residency of the contracting party. The definition also includes corporations, with the place of incorporation being the factor that usually defines the nationality of the investor. Although in certain cases, the place of principal seat or effective business activities is also required"

وعرف المشروع الاستثماري بأنه " مزاولة أحد الأنشطة الاستثمارية في قطاعات الصناعة والزراعة والتجارة والتعليم والصحة والنقل والسياحة والإسكان والتشييد والبناء والرياضة والكهرباء والطاقة والثروات الطبيعية والمياه والاتصالات والتكنولوجيا".^(١) والملاحظ هنا أن هذه الأنشطة ليست على سبيل الحصر لأن المشرع أفرد لوزير الاستثمار سلطة إضافة أنشطة أخرى لشكل المشروع الاستثماري بشرطين:-

١- التنسيق مع الوزارة أو الوزارات المعنية لإضافة مثل هذه القطاعات.

٢- أن تكون هذه الإضافة وفقا لخطة التنمية الاقتصادية للدولة.

وقد عرف صندوق النقد الدولي الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه ذلك النوع من أنواع الاستثمار الدولي الذي ينعكس من حصول كيان مقيم في اقتصاد ما على مصلحة دائمة في مؤسسة الاستثمار المباشرة، وتتطوي المصلحة الدائمة على وجود علاقة طويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة بحيث يمتلك المستثمر في رأس مال الشركة التابعة في البلد المضيف ما يساوي أو يفوق ١٠ % من الأسهم العادية أو القوة التسويقية لمؤسسة الاستثمار المباشر^(٢)، ونتج عن هذا التعريف عدة استنتاجات:-

١- أن الاستثمار الأجنبي المباشر ينطوي على علاقة طويلة الأجل تعكس منفعة المستثمر الأجنبي المباشر التي يترتب عليها أصول ملموسة وغير ملموسة إلى البلد المضيف.

٢- يكون للمستثمر الأجنبي الحق في إدارة الوحدة التابعة والرقابة عليها.

٣- لا يحتاج المستثمر الأجنبي أن يمتلك جميع أصول الوحدة التابعة ، لأن ١٠ % من الأسهم العادية للمؤسسة تكفي لإنشاء هذه العلاقة.

(١) انظر المادة الأولى من قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ج) في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧. ص ٥ الباب الأول - الفصل الأول - تعريفات.

(٢) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي - جامعة القاهرة - كلية الحقوق بالخرطوم - ١٩٩٠ - ص ١٩

٤- إن معيار التفرقة بين الاستثمار الأجنبي المباشر والاستثمار الأجنبي غير المباشر هو أن الاستثمار في المحافظ المالية يهدف إلى شراء أصول لتحقيق عائدات دون اكتساب الحق في إدارة المنشأة والرقابة عليها.^(١)

والملاحظ مما سبق أن تعريفات الاستثمار والمستثمر تعد من العناصر الأساسية في اتفاق الاستثمار بصفة عامة، وفي اتفاقيات الاستثمار الثنائية بصفة خاصة، لأن نطاق اتفاق الاستثمار وضمانه حينها يتحدد أساساً من خلال تلك التعريفات.^(٢) فنجد المادة الأولى من اتفاق الاستثمار بين الصين ومجموعة الآسيان تعرف الاستثمار بأنه هو قاعدة عريضة تستند إلى الأصول والتي تشمل "كل نوع من الأصول" ثم تليها قائمة توضيحية من خمس فئات من الاستثمارات : الممتلكات المنقولة وغير المنقولة، والأسهم والسندات، وحقوق الملكية الفكرية والامتيازات

(١) هالة علي منصور- المرجع السابق - ص ٢٩-٣٠ ، وانظر أيضا انظر مجدي محمود شهاب - الاستثمار الأجنبي المباشر - دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد ١٤ - السنة الرابعة - ٢٠١٦ - ص ٢٣ " يقصد به انتقال رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار في الخارج بشكل مباشر للعمل في صورة وحدات صناعية أو تمويلية أو إنشائية أو زراعية أو خدمية، ويمثل حافز الربح المحرك الرئيسي لهذه الاستثمارات الأجنبية المباشرة. وهنا يتمثل الاستثمار الأجنبي في قيام شخص أو منظمة في بلد معين، باستثمار أمواله في بلد آخر سواء عن طريق الملكية الكاملة للمشروع أو الملكية الجزئية، ويهدف من وراء ذلك إلى تحقيق عائد، وقد يتمثل الاستثمار الأجنبي المباشر في تملك المستثمر لجزء من الاستثمارات، أو كلها في مشروع معين في دولة خارج دولة الإقامة مع قيامه بالمشاركة أو السيطرة الكاملة على الإدارة والتنظيم.

(٢) Catherine Yannaca- Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements-ch1 - International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs - 2008 - p 9 "The definition of investor and investment are among the key elements determining the scope of application of rights and obligations under international investment agreements. An investment agreement applies only to investors and investments made by those investors who qualify for coverage under the relevant provisions. Only such investments and investors may benefit from the protection and be eligible to take a claim to dispute settlement."

التجارية التي يمنحها القانون ، أو التي تمنح وفقاً لعقد ماء، والمطالبات المالية".^(١) وهذا التعريف الواسع مقيد بشرط أن يتم الاستثمار وفقاً للقوانين واللوائح والسياسات ذات الصلة. وهذا القيد الأخير يدفع المستثمرون الأجانب إلى الالتزام بقوانين وأنظمة الدولة المضيفة؛ حيث من الممكن استبعاد الاستثمارات الأجنبية التي لا تتفق مع سياسة التنمية للدولة المضيفة من الحماية بموجب الاتفاق.

وقد عرف المستثمر في هذا الاتفاق بأنه "شخص طبيعي أو اعتباري لطرف ما يقوم بعمل استثمار في أراضي الأطراف الأخرى أو يكون قد قام بالاستثمار فيه".^(٢) ويعني إدراج عبارة "يقوم بعمل" أن الشخص الذي يقوم بالاستثمار يمكنه أن يدعي ويطلب بحماية الاتفاق قبل إنشاءه للاستثمار بالفعل، ولكن هذه العبارة تقتصر على المادة ٥ والمقصود بها "معاملة الدولة الأولى بالرعاية" ، والمادة العاشرة وهي المعنية بالتحويلات وإعادة الأرباح للدولة المصدرة لرأس المال أي نقل رأس المال الأولي فقط، وعلى الجانب الآخر فإن المستثمرين الذين قاموا بالفعل بالاستثمار في مرحلة ما بعد التأسيس يمكنهم التمتع بحماية الاتفاق.^(٣)

ثانياً: أنواع الاستثمار.

إذا كان المستثمر يقوم بالاستثمار بنفسه فالاستثمار هنا مباشر^(٤)، أما إذا كان المستثمر يقتصر دوره على مجرد تقديم رأس المال لجهة ما لنقوم بالاستثمار دون

(^١) Jun Xiao - The ASEAN-china investment agreement: A regionalization of china's BITs - higher Education press and springer - verlag 2011 - p 247

(^٢) Jun Xiao - Ibid - p248

(^٣)Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform - Indian Journal of International Law (2015) 55 - The Indian Society of International Law 2015, p 1-26

(4) عرف البعض الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه " التحويلات المالية التي ترد من الخارج في صورة عينية أو في صورة نقدية أو كلاهما معا بهدف إقامة مشروعات وتحقيق أرباح وعادة ما تتضمن لهذه الاستثمارات تحويل أرباحها، ودخولها للخارج في حالة نجاحها ، وتحقيق فائض اقتصادي من جراء نشاطها داخل البلاد، وذلك مقابل ما تسهم به هذه الاستثمارات من توفير الموارد والخبرات ونقل التكنولوجيا؛ ويقصد بالاستثمار الأجنبي المباشر: قيام طرف أجنبي بالاستثمار في

أن يكون للمستثمر أي سيطرة على المشروع فنكون هنا بصدد استثمار غير مباشر.^(١) ويفرق البعض في مفهوم الاستثمار بين نوعين من الاستثمارات من حيث نوع الإضافة التي يضيفها الاستثمار:

١- الاستثمار الحقيقي: يشمل كل الاستثمارات التي قد تؤدي إلى الزيادة في رأس مال المجتمع بمعنى زيادة طاقته الإنتاجية كسواء أو اقتناء الآلات والمعدات والمصانع الجديدة.

٢- الاستثمار المالي: وهو يعبر عن الاستثمارات التي لا يترتب عنها سوى انتقال الملكية للسلع الرأسمالية من طرف لآخر دون إحداث زيادة في الطاقة الإنتاجية لمجتمع كسواء الأسهم والسندات وغيرها من الأوراق المالية.^(٢) ويضع البعض

دولة أخرى، ويكون للمستثمر دور فعال في إدارته من خلال تأسيس الشركات أو المشاركات أو الاندماج في شركة وطنية. هالة علي منصور- المرجع السابق - ص ٢٨

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ٢٠؛ حازم حسن جمعة - المرجع السابق - ص ١٧٠ - المقصود بالاستثمار الأجنبي غير المباشر " إحدى الوسائل الجوهرية التي تمكن البلاد النامية من الحصول على رؤوس الأموال، والقروض قد تكون خاصة أو عامة أو ثنائية أو دولية متعددة الأطراف" والقروض الدولية أو المتعددة الأطراف هي القروض التي تحصل عليها الدول من الهيئات الدولية كالبنك الدولي للإنشاء والتعمير، ومؤسسة التنمية الدولية، والاقتراض من هذه الهيئات الدولية يعتبر حقاً للأعضاء المشتركين فيها، وتتميز قروض هذه الهيئات بتسهيلات في خدمة الدين بالإضافة إلى ما تقدمه عادة من دراسات وخدمات مقترنة بما تقدمه من قروض وغالباً ما تكون مخصصة لاستغلال محدد. إلا أن هناك عدة ملاحظات على قروض هذه الهيئات ١- عدم وفرة مواردها ٢- عدم عدالتها ٣- طول إجراءاتها؛ ومن ثم يقصد بالاستثمار الأجنبي غير المباشر: الاستثمار في الأوراق المالية على اختلاف أنواعها كسواء السندات الخاصة لأسهم الحصص أو سندات الدين أو سندات الدولة من الأسواق المالية، ومن ثم فهو تملك الأفراد والهيئات والشركات لبعض الأوراق المالية دون ممارسة أي نوع من الرقابة أو المشاركة في تنظيم وإدارة المشروع الاستثماري. هالة علي منصور - المرجع السابق - ص ٨ - ٩

(٢) هالة علي منصور - المرجع السابق - ص ٨ ، وانظر أيضاً حازم حسن جمعة - المرجع السابق - ص ١٦٩ "تتنوع الاستثمارات الأجنبية بين استثمار فني أو استثمار مالي ويتمثل الاستثمار الفني في شكل من أشكال العمل الفني المدرب أو فن إنتاج معين أو براءة اختراع أو حق استعمال النماذج والعلامات التجارية وهي أحد أهم أنواع الاستثمارات الأجنبية، ويتمثل الاستثمار المالي في صورتي الاستثمار المباشر أو الاستثمار غير المباشر.

تصور شامل لأنواع الاستثمار من خلال خصائص التصنيف الرئيسية على النحو التالي⁽¹⁾:

أنواع الاستثمارات	سمات تصنيف الاستثمار
* رأس المال (لموس - غير ملموس) * أمور مالية * استثمارات اجتماعية	١- موضوع الاستثمار
* قصير الأجل * متوسط الأجل * طويل الأجل	٢- مدة الاستثمار
* دولة * خاص * أجنبي	٣- وضع المستثمر
* مباشر * غير مباشر	٤- المشاركة في عملية الاستثمار
* استثمارات داخل الدولة * استثمارات خارج الدولة	٥- السمة الإقليمية
* نظام المشروع الاستثماري * نظام المحفظة	٦- الشكل التنظيمي
* منعدم الخطر * قليل الخطر * متوسط الخطر * مخاطر عالية	٧- مستوى المخاطر
* ابتكاري * متنوع	٨- الطبيعة الاستراتيجية
* الترميم * الترشيح * التنمية	٩- تفاصيل الاستثمار

وفي ختام هذا الفرع نرى أن المقصود بالاستثمار هو " انتقال رأس المال الأجنبي بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى الدولة المضيفة بهدف تحقيق الربح للمستثمر وتحقيق التنمية للدولة المضيفة".

(1) Mehmet Huseyin Bilgin & others - Financial Environment and Business Development - Proceedings of the 16th Eurasia Business and Economics Society Conference - springer - 2017 - p 441

الفرع الثاني مناخ الاستثمار ومكوناته

أولاً: مناخ الاستثمار.

يتعين على الدول التي تريد أن تجلب الاستثمار أن تهيئ مناخ آمن لاجتذاب المستثمرين الأجانب؛ ويقصد به " مجمل الأوضاع الاقتصادية والمالية والسياسية والتشريعية والإدارية المحيطة ببيئة الاستثمار"^(١).
ويعد إصلاح المناخ الاستثماري، الذي يهدف إلى إطلاق العنان للقطاع الخاص بوصفه محركاً للنمو الاقتصادي، عنصراً رئيسياً في استراتيجيات الحد من الفقر والإصلاح الاقتصادي. وهذا يستلزم توفير إطار قانوني وتنظيمي سليم يشجع الاستثمار وتنمية الأعمال التجارية، ويعزز قدرة الحكومة على الاستجابة بفعالية لاحتياجات المشاريع.^(٢) ويعتبر توفير المناخ للاستثمار أحد أهم العوامل الجاذبة له.^(٣) لذا يضع المستثمر الأجنبي عدة اعتبارات في نظره يحدد بها مناخ الاستثمار المناسب ومنها:

(١) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٣٧ يقصد بمناخ الاستثمار " حالة البلد موضوع الهدف الاستثماري، وما يؤثر فيها من مؤثرات وظروف طبيعية وسياسية واقتصادية وقانونية وتنظيمية واجتماعية وثقافية وإدارية، والتي يخلق تفاعلها أوضاعاً جديدة ذات معطيات مختلفة تترجم آثارها كعناصر جاذبة أو طاردة للاستثمار. وتؤثر بطريق مباشر أو غير مباشر؛ سلباً أو إيجاباً في بيئة النشاط الاستثماري وقرارات المستثمرين فرداً أو شركات سواء (المحليين أو الأجانب) الحاليين والمحتملين مستقبلاً. ، وانظر أيضاً حازم صلاح الدين عبدالله حسن - مرجع سابق - ص ٢٠٩ " يعبر مناخ الاستثمار عن مفهوم شامل للأوضاع والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية والقانونية والتنظيمات الإدارية التي يجب أن تكون ملائمة ومناسبة لجذب وتشجيع الاستثمارات المحلية والأجنبية؛ حيث أن رأس المال عادة ما يتحرك من الأوضاع السيئة تجاه الأوضاع الأحسن حالاً".

(٢) Jerry Haar & John Price - Can Latin America Compete? Confronting the Challenges of Globalization - Palgrave Macmillan - 2008 - p255

(٣) هالة علي منصور - المرجع السابق - ص ٩-١٠ " ومنها العوامل السياسية حيث يتخذ المستثمر الأجنبي قراره بقبول أو رفض المشروع ليس على أساس حجم السوق أو العائد فحسب، وإنما على أساس درجة الاستقرار السياسي في البلد، فالمستثمرون يفضلون الأنظمة الديمقراطية لأنها مستقرة أما الأنظمة الأخرى فهي عرضة للتغيير. وهناك العوامل الاقتصادية ومنها: توفر الموارد الطبيعية القابلة للاستغلال وإمكانية تصنيفها، وضرورة توفير كفاءات معينة وأيدي عاملة مدربة ذات تكلفة

- ١- احتمالات الربح التجاري واحتمالات المخاطر غير التجارية.^(١)
 - ٢- مدى توافر الخدمات الأساسية في الاقتصاد القومي.
 - ٣- مدى تحكم البيروقراطية والتعقيد الإداري في التعامل مع المستثمر الأجنبي.
 - ٤- نوع العلاقة السياسية بين دولة المستثمر والدولة المطلوب الاستثمار فيها.^(٢)
- وهنا نتعرض بشئ من التفصيل لمكونات مناخ الاستثمار:

ثانياً: مكونات مناخ الاستثمار.

ينكون مناخ الاستثمار من مجموعة عوامل تحدد مدى ملاءمة البيئة السياسية والاقتصادية والاستثمارية والتشريعية لاستقطاب وتوطين الاستثمار، وتحقيق معدلات تبادلات تجارية متزايدة في الأسواق المفتوحة ترفع بدورها معدل النمو الاقتصادي، وتدفعه نحو الاستدامة التتموية التي تصل بالمجتمع إلى الازدهار، وارتفاع مستوى المعيشة.^(٣) ويحدث الاستثمار الأجنبي المباشر عند وجود ثلاث مجموعات من العوامل المحددة في وقت واحد وهي:

- ١- وجود مزايا تنافسية خاصة بالملكية في شركة عبر وطنية.
- ٢- وجود مزايا الموقع في البلد المضيف.

منخفضة، وتحقيق مستوى اقتصادي مناسب تدلل عنه عدة معدلات (كمعدل النمو في الناتج القومي الإجمالي ومعدل الدخل الفردي ومعدل التضخم وحجم السوق والسياسات الاقتصادية (درجة التحرير الاقتصادي- درجة المنافسة في السوق)، وتوفير البنية الهيكلية للاقتصاد كميزة جاذبة للاستثمار ومنها الطرق وخدمات الكهرباء والاتصالات؛ واستقرار العوامل التشريعية: كوجود جهاز إداري وعملية إدارية تقلل الزمن المطلوب للحصول على الترخيص لإنشاء مشروع استثماري ومحاربة البيروقراطية الحكومية ومحاربة الفساد المالي والإداري في الأجهزة الحكومية."

(^١) Jason webb Yackee - Political risk and international investment law - Duke Journal of comparative & international law - Vol 24:477 - 2014 - p 478 " The standard definition of "risk" is relatively intuitive and easy to grasp. Risk is typically defined as the probability that an event will happen, where the event will have adverse consequences (costs) for the relevant party."

(2) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢

(3) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٣٨

٣- وجود منافع تجارية متفوقة في داخل الشركة مقابل علاقة تجارية طويلة الأمد بين مستثمر أجنبي ومثلق أو مزود للسلع أو الخدمات.^(١)

((١)) المكونات الاقتصادية للمناخ الاستثماري

١ - مكونات السياسة الاقتصادية

(أ) السياسة المالية

هي برنامج تخطيطه الدولة وتنفذه مستخدمة فيه مصادرها الإدارية وبرامجها الانفاقية لإحداث آثار مرغوبة، وتجنب آثار غير مرغوبة على كافة متغيرات النشاط الاقتصادي والاجتماعي والسياسي تحقيقاً لأهداف المجتمع؛ وهي الطريق الذي تنتهجه الحكومة لتخطيط نفقاتها وتبدير وسائل تمويلها. وهي إما أن تكون متمثلة بالتمويل بالعجز، وذلك من خلال التوسع في النفقات العامة، أو التسريع في سداد جزء من القروض العامة أو تخفيض الإيرادات الضريبية، أو تكون متمثلة بالتمويل بالفائض سواء من خلال زيادة الإيرادات الضريبية أو التوسع في إصدار القروض العامة أو الحد من الائتمان المصرفي.^(٢)

(١) Zbigniew Zimny - Foreign direct investment and transnational corporations in tourism in developing countries - The study has been used in UNCTAD's publication FDI in Tourism: The Development Dimension, UNCTAD Current Studies on FDI and Development, No. 4 (New York and Geneva: United Nations, 2005 - p6 - <http://ssrn.com/abstract=2435668> - last visit 30-4-2018

(2) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤٠-٤١ " فالتصاعدي منها يقلل القدرة على الإذخار، وأيضاً فرض الضريبة على القيم المنقولة يؤدي لنقص الإذخار، وفي كلتا الحالتين يدفع الفرد للاستثمار في الحالتين. وكلما احتفظت السياسة المالية بمعدل من عجز الموازنة العامة للدولة لا يؤدي إلى تضخيم مرتفع، ولا يؤدي إلى انكماش وكساد كبير، كلما كان ذلك جاذباً للاستثمار؛ وللسياسة المالية عدة أدوات منها الإيرادات العامة، وهي " عبارة عن جميع الأوراق النقدية، والعينية، والمنقولة، والعقارية التي ترد إلى الخزانة العامة للدولة. ومنها الإيرادات العامة الضريبية "؛ حيث أن للنظام الضريبي في الدولة أثره على الاستثمار.

(ب) السياسة النقدية.

يعرفها البعض بأنها " هي التي تشمل جميع القرارات والإجراءات النقدية بصرف النظر عما إذا كانت أهدافها نقدية أو غير نقدية ، وكذلك جميع الإجراءات غير النقدية التي تهدف إلى التأثير في النظام النقدي".^(١)

(ج) سياسة التجارة الخارجية

من أهم العوامل غير المشجعة للاستثمار الأجنبي المباشر سياسات تقييد التجارة والمركزية في إدارة الاقتصاد، وعلى العكس تماماً في حالة سيادة سياسات تحرير التجارة والإصلاح والانفتاح نحو الخارج؛ فإن ذلك يحفز على جذب الاستثمار.^(٢)

٢- درجة الانفتاح الاقتصادي

يقصد بالانفتاح الاقتصادي " إزالة القيود القائمة في وجه رؤوس الأموال الأجنبية ، وفي وجه الاستثمارات المحلية الخاصة المدفوعة بدافع الربح وحده، والتخلي التدريجي عن الملكية العامة في الصناعة، وعن تدخل الدولة في الاقتصاد، والتخلي التدريجي عن الحماية الممنوحة لبعض الصناعات المحلية للمنافسة

(1) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤١-٤٢ " كلما كانت السياسة النقدية توسعية كلما كانت جاذبة للاستثمار والعكس صحيح، ويتم ذلك باستخدام الأدوات النقدية المناسبة ، والمهم أن تكون متوافقة مع التغيير في حجم النشاط الاقتصادي المطلوب ، وفي الأوقات المناسبة ويتم بحسن تدبير وتتسم بالاستقرار؛ ومن أهم أهدافها:- تحقيق الاستقرار النقدي، وضمان قابلية صرف العملة والحفاظ على قيمتها الخارجية، وتشجيع النمو الاقتصادي، والمساهمة في إنشاء أسواق مالية ونقدية متطورة، وتحقيق التوازن الداخلي والخارجي، وتشير السياسة النقدية إلى التغيير المخطط في عرض النقود بغرض التأثير على الطلب الكلي في الاتجاه المرغوب فيه، وقد تكون السياسة النقدية توسعية أو انكماشية. وينبغي أن تتحكم السياسة النقدية في كل من سعر الصرف، ومعدل التضخم ؛ فالتقلبات المفاجئة لأسعار الصرف لها تأثير سلبي على المناخ الاستثماري ؛ حيث أن مثل هذه التقلبات تجعل من الصعب على المستثمر عمل دراسات الجدوى كما تعرضه لخسارة باهظة غير متوقعة. "

(2) Roger Farrell - The Impact of Trade Policy on Japanese Trade and Investment - from The Political Economy of Japanese Trade Policy by Aurelia George Mulgan & Masayoshi Honma - Palgrave macmillan - 2015 - p 157

الأجنبية." وهنا كلما كانت درجة الانفتاح الاقتصادي مرتفعة دل ذلك على تحسن أكثر في المناخ الاستثماري والعكس صحيح. (١)

(٢) المكونات غير الاقتصادية للمناخ الاستثماري

١- المحددات القانونية والتشريعية

كلما انطوت العملية على قانون موحد للاستثمار، وبه ضمانات كافية من عدم نزع الملكية والمصادرة وعدم التأميم وكفالة تحويل الأرباح للخارج، وحرية دخول وخروج رأس المال، وعدم الخضوع للنصوص القانونية الخاصة بالقيود الإجرائية والتنظيمية، ويقدم المزيد من التسهيلات الإدارية، والحوافز التجارية والربحية، ومنح الشركات المساهمة المستثمرة في إمكانية اختيار العاملين بها دون قيود، و ضمانات كافية وواضحة بآلية تسوية منازعات الاستثمار، والحق في تملك الأراضي والعقارات اللازمة لمباشرة النشاط، أدى ذلك إلى جذب الاستثمار الأجنبي المباشر. (٢) وهنا يرى البعض أن مسؤولية سياسة الترويج للاستثمار تقع على عاتق هيئات تشجيع الاستثمار، وبعض الأطراف الأخرى المعنية بتشجيع الاستثمار من خلال أربعة مراحل:-

١- مرحلة الرصد لآراء المستثمرين الأجانب (الإيجابية والسلبية)

٢- مرحلة البناء وتهدف إلى بناء انطباع عام عن الاستثمار في بلد ما.

٣- مرحلة الاستهداف وتهدف إلى الحفاظ على المستثمر الحالي، وتوقع المستثمر المستقبلي، واستعادة استهداف المستثمر السابق.

٤- مرحلة الخدمات والتي يتم فيها خدمة المستثمر بشكل مباشر بين هيئة تشجيع الاستثمار والمستثمر الأجنبي. (٣)

(1) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤٣

(2) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٤٦

(3) حازم صلاح الدين عبدالله حسن - مرجع سابق - ص ٢٠٩-٢١٠

وقد قرر المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري عدة مبادئ تحكم الاستثمار؛ حيث قرر في المادة الثانية من القانون وبشكل واضح لا لبس فيه أنه تسري مبادئ الاستثمار على المستثمر وعلى الدولة المضيفة للاستثمار كل فيما يخصه:

- ١- المساواة في الفرص الاستثمارية ومراعاة تكافؤ الفرص بغض النظر عن حجم المشروع ومكانه ودون تمييز بسبب الجنس.
- ٢- دعم الدولة للشركات الناشئة وريادة الأعمال والمشروعات متناهية الصغر والصغيرة والمتوسطة لتمكين الشباب وصغار المستثمرين.
- ٣- مراعاة جميع النواحي ذات البعد الاجتماعي وحماية البيئة والصحة العامة.
- ٤- حرية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية وحماية المستهلك.
- ٥- اتباع مبادئ الحوكمة والشفافية والإدارة الرشيدة وعدم تضارب المصالح.
- ٦- العمل على استقرار السياسات الاستثمارية وثباتها.
- ٧- سرعة إنجاز معاملات المستثمرين والتيسير عليهم بما يحقق مصالحهم المشروعة.

٨- حق الدولة في الحفاظ على الأمن القومي والمصلحة العامة.^(١)

المطلب الثاني

المقصود بضمانات الاستثمار

عملت الدول المضيفة للاستثمار على سن قوانين تحمل في طياتها ضمانات لأموال المستثمر الأجنبي، وكذلك سعت الدول المصدرة للاستثمار وبصفة خاصة الدول الصناعية الكبرى إلى إيجاد إطار قانوني دولي موضوعي وإجرائي - وبالتحديد في الاتفاقات الثنائية^(٢) - يهدف إلى تغليف هذا الاستثمار الأجنبي الذي

(١) انظر المادة ٢ من ق ٢٠١٧/٧٢

(٢) Emma Aisbett & Matthias Busse & Peter Nunnenkamp - Bilateral investment treaties as deterrents of hostcountry discretion: the impact of investor-state disputes on foreign direct investment in developing countries - springer - Kiel Institute 2017- p 8 " Now consider the case where investors

يهدف إلى تحقيق التنمية في البلد المضيف بأكبر قدر من الحماية.⁽¹⁾ حتى ولو عصف بهذه التنمية في سبيل ضمان حماية الاستثمار وأموال المستثمر.⁽²⁾ الأمر الذي دفع البعض للقول بأن نظام ضمانات الاستثمار الدولي أقرب للاستعمار منه للاستثمار.⁽³⁾ وتظل اتفاقيات الاستثمار الثنائية من بين جميع أنواع الاتفاقيات الدولية للاستثمار، أكثر الاتفاقات الدولية الفريدة من نوعها حيث تتعدّد بين الدول النامية

perceive the primary benefit of BIT protection to be that the threat of compensation claims will prevent the developing host country from breaching the treaty "

(1) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٢

(2) Marc Bungenberg & others - European Yearbook of International Economic Law 2016 - springer - 2016 - p xvi " investment arbitrators have brought about a system of absolute investment protection far more extensive than that contemplated by the parties to the treaties and far removed from the original goal of economic development. "

(3) Thomas Schultz & Cédric Dupont - Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study - The European Journal of International Law Vol. 25 no. 4 - Oxford University Press - 2015 - p 1153 " By maximizing investor protection, investment arbitration maximizes the protection of the economic interests of 'neo-colonial' powers, that is, of countries with a high level of economic development. But is this true? Two empirical manifestations of such neo-colonialism would in this case be likely. First, if the dominating function of the investment arbitration system is indeed to allow developed countries to exercise control over and exploit developing countries, then one would expect to see the following: investment arbitration would be directed by investors from developed countries against governments of developing countries. The hypothesis of the neo-colonial function is plausible, for instance, if a large part of arbitration claims is filed by investors from developed countries against governments of developing countries. Secondly, if the claim that investors dominate the system is correct, and furthermore if it is correct that the system serves to maximize the protection of investors from developed countries, then one would expect to see investors bulk large in the outcomes, they should win a large share of the cases. Or let us reverse the statement: if we see a dominance of investors from developed countries in the outcomes, then - at least then - the neo-colonial accounts are plausible "

والدول المتقدمة، تستفيد الدول المتقدمة وهي المصدرة لرؤوس الأموال من إنشاء قواعد دولية تسهل وتحمي الاستثمارات الأجنبية لمواطنيها أو شركاتها. أما بالنسبة للدول النامية فتلبي رغباتها في إطار سياساتها نحو جذب الاستثمارات الأجنبية وتعظيم المنافع الناتجة عنه.^(١) وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في عام ١٩٧٤^(٢)، والذي نص على أن تكون الأفضلية الممنوحة للاستثمارات الموجهة للدول النامية، وأن هناك ضمانات مفترضة فيما يتعلق بالمخاطر غير التجارية، وأعطى الميثاق الحق لكل دولة في ممارسة سيادتها على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية وإخضاع كافة الاستثمارات الأجنبية لتنظيمها الداخلي، ولها الحق في تنظيم المشروعات الأجنبية في نطاق ولايتها الوطنية وفق سياساتها الاقتصادية والاجتماعية؛ وحين تعرض الممتلكات الأجنبية للمخاطر السياسية لا بد من دفع تعويض عادل يأخذ بعين الاعتبار القوانين والأنظمة في الدول المضيفة، إلا إذا اتفقت الدول المعنية على اتباع وسائل أخرى.^(٣) لذا نعرض في هذا المطلب فحوى ضمان الاستثمار وتاريخ الضمان والطبيعة القانونية لاتفاق ضمان الاستثمار.

الفرع الأول

فحوى الضمان وتاريخه

أولاً: تاريخ فكرة ضمان الاستثمارات الأجنبية

اقترحت لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا في ١٩٥٧ إنشاء صندوق للضمان والمعونة المالية يختص بالاستثمارات الأوروبية في الدول

(١) The role of international investments agreements in attracting foreign direct investment to developing countries - UNCTAD series on international investment policies for development - united nations - united nations conference on trade and development - 2009 - p 29

(٢) See The Charter of economic rights and duties of states - GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess., Supp. No. 31 (1974) 50 - Art. 8,9, 11,12 ,13,14 ,15,17 ,18 ,19 ,21 ,22 ,23,24, 25, 26 , 27 ,28,29,30.

(٣) ماهر جميل أبو خوات - مرجع سابق - ص ٧

الأفريقية، وفي السنة نفسها طالب الرئيس نيكسون (عندما كان نائبا لرئيس الولايات المتحدة) بإجراء دراسات لإمكانية إنشاء صندوق دولي لضمان الاستثمار بحيث تديره هيئة خاصة، ويقوم بحماية الاستثمارات القائمة المستقبلية من أخطار التأميم وتخفيض قيمة العملة ومنع تحويلها والأخطار المماثلة. (1) وفي الستينيات من القرن الماضي ظهرت محاولة متواضعة تمثل أول هيئة دولية لضمان نوع معين من الاستثمارات الأجنبية في نطاق إقليمي خاص وهي صندوق المعونة المتبادلة وضمان القروض الذي أنشئ بموجب اتفاقية وقعت في 6 يونيو 1966 في "أبيدجان" بساحل العاج بين بعض دول أفريقيا الغربية الناطقة بالفرنسية (2)، ويقوم هنا الصندوق بضمان القروض التي تحصل عليها من الخارج حكومات الدول الأعضاء أو هيئاتها العامة وشبه العامة أو المشروعات الخاصة التي يكون مركزها القانوني ومجال نشاطها الأساسي في إقليم من أقاليم الدول الأعضاء، ويقتصر دوره على "كفالة" المدين في الوفاء بالقرض في الميعاد المتفق عليه. (3)

ثانيا : الصفة الدولية لاتفاقيات الاستثمار تلقي بالتزامات على الدولة النامية.

تتميز اتفاقيات الاستثمار عن عقود الاستثمار بأنها ذات طابع دولي (4) ، فعقود الاستثمار التي تبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار بوصفها شخص دولي

(1) Roshen Hendrickson - Promoting US Investment in Sub-Saharan Africa - Palgrave Macmillan - 2014 - p32

(2) Cyril K. Daddieh - Historical Dictionary of Cote D' Ivoire (The Ivory Coast) - Third Edition - Rowman & Littlefield - 2016 - with french support, Cote d'Ivoire pumped 4 billion FCFA into a Mutual Aid and Loan Guarantee Fund. The Solidarity Fund, as it came to be called, required a contribution of one-tenth of each member state's revenues. The funds were used to underwrite loans to promote the economic development of the region as a whole and of poorer member states in particular.

(3) إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية - 1971 - ص 22

(4) Rudolef Dolzer - The impact of international investment treaties on domestic administrative law - International law and politics - Institute of international law and Justice - New York University - Vol. 37:953 - 2005- p 954 "The Nature of Foreign Investment Treaties"

والمستثمر كشخص قانون خاص لا يمكن اعتبارها اتفاقات دولية. فلا تخضع لآليات تسوية النزاعات الدولية التي تقرها محكمة العدل الدولية، والتي تختص بالفصل في النزاعات بين الدول دون غيرها. ومن ثم نجد أن أهم مزايا اتفاقيات الاستثمار أنها عند حدوث نزاع بين الدولتين حول تنفيذ الاتفاقيات تسمح بإمكانية اللجوء إلى القضاء الدولي لحل النزاع بين الدولتين بحكم كونهما من أشخاص القانون الدولي. وغالبا ما تلقي بالتزامات متبادلة على الطرفين (الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة لرأس المال) ولكن يتجلى في هذه الاتفاقيات التزامات الدول النامية عن الدول المتقدمة في رأي البعض.^(١)

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لاتفاق ضمان الاستثمار

يرى البعض أن هناك فارق بين الاستثمارات التي تتم بدون عقد استثمار، والاستثمارات التي تتم بعقد استثماري، والاستثمارات التي تتم بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية. وعندما توقع الدول اتفاقات الاستثمار الدولية، فإنها تقلل من تكلفة التفاوض بشأن عقود الاستثمار. ومع ذلك، فإنها من المحتمل أن تزيد من تكلفة إدخال التدابير التنظيمية في المستقبل. وبدون اتفاقات الاستثمار الدولية، ستزداد تكلفة

(¹)Stephan W. Schill and Heather L. Bray - The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-Regionals - Mega-Regional Trade Agreements by Thilo Rensmann - springer - 2017 - p 147 " Typically, traditional BITs were concluded principally between capital exporting countries (i.e. countries in Europe and North America) and capital importing, developing countries. The underlying rationale for most of these agreements was to protect investors from developed countries who invested in developing countries against illegitimate government conduct, such as expropriations without compensation or other types of illegitimate interferences with their investment. Although at a formal level these agreements were reciprocal in nature, as both parties undertook the same obligations, "in practice the obligations all fell on the developing country party".

التفاوض بشأن عقد الاستثمار زيادة كبيرة لأن المستثمرين سيقدّمون مطالب كثيرة للدولة المضيفة لهم قبل القيام بالاستثمار خاصة في البلدان الأقل نمواً.

١: عندما لا يكون هناك عقد بين الدولة والمستثمر،

إن آليات القانون الدولي لحماية حقوق الأجانب تطبق. وتشكل هذه الآليات الحد الأدنى من معايير الحماية وتعتبر من قبيل القانون الدولي العرفي. ومن المتنازع عليه ما إذا كان يمكن اعتبار المعايير الإضافية للمعاملة، مثل المعاملة الوطنية والمعاملة العادلة والمنصفة، من قبل معايير الحد الأدنى للمعاملة. وفيما يتعلق بالمعاملة الوطنية، تم التأكيد على أنه يجوز للدول أن تقيم اختلافات بين المستثمرين الأجانب والوطنيين طالما أن التدابير لا تتعارض مع التزامات محددة مسبقاً في القانون الدولي. وفيما يتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة فالفقه قد اتفق على أنها جزء من القانون الدولي العرفي.^(١)

إن حماية المستثمرين من دون عقود استثمارية حماية محدودة، فلا يمكن للقانون الدولي للاستثمار إلا تخفيف بعض المخاطر السياسية. ومثلها عدم ضمان الحق في نقل رأس المال أو عودته إلى الخارج. وهنا يمكن إدخال التدابير التمييزية بسهولة من قبل الدولة المضيفة للاستثمار، حيث يمكنها أن تضع سياسات تفيد المستثمرين الوطنيين تدريجياً.^(٢)

(^١)Nicolas Angelet - Fair and Equitable Treatment - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2011- p 1 - 13

(^٢)Luis Toma's Montilla Fernandez - Ibid -p 146 " It is one thing to be the holder of a right, and quite another to have the legal capacity to enforce that right. This legal capacity is known as *ius standi*. Legal subjects with this capacity can access the judicial system and initiate a claim. In IL it is only in exceptional cases that legal subjects have this capacity. In the absence of this capacity the domestic law of host countries governs investments. The general rule of IL as included in the Brussels Convention of 1968 regarding the exclusivity of jurisdiction might apply here. It states that in cases involving immovable property or the tenancy of immovable property, the local courts have exclusive jurisdiction."

٢ : الاستثمارات المصنفة بعقد استثمار

عقود الاستثمار هي أداة متاحة للمستثمرين الأجانب للتخفيف من مخاطر الاستثمار. ويمكن لعقود الاستثمار أن توازن بين أوجه القصور في القانون الدولي للاستثمار^(١) من خلال توفير حماية استثمارية كافية للمستثمرين في البلد المضيف. وهي تحتوي عادة على بنود معينة تزيد من اليقين القانوني للمستثمر. إن بعض القضايا الرئيسية التي يمكن معالجتها في عقد الاستثمار تشمل القانون المنطبق على الاستثمار، وآليات حل النزاعات، وإعادة التفاوض. وفي ضوء ذلك، فإن مستوى الحماية التي يمكن أن يوفرها العقد سيعتمد على قدرة المساومة لدى المستثمرين عند التفاوض على عقد. حيث يجب تصميم العقود بطريقة توازن بين السلطة التنظيمية للدولة وحقوق الملكية للمستثمرين. ويمكن تحقيق هذا التوازن بطرق شتى، من خلال تطبيق المعايير والآليات الدولية لحل الصراعات. ويمكن للعقود الثنائية بين الدول والمستثمرين تخفيف المخاطر السياسية، ولكن يجب أن يكون المستثمرون قادرين على استيعاب تكاليف التفاوض المرتفعة.^(٢)

٣ : الاستثمارات المصنوعة بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية

إن اتفاقات الاستثمار الدولية هي أدوات واسعة تهدف إلى تخفيف المخاطر السياسية للمستثمرين. حيث يتم التفاوض على هذه الاتفاقيات على مستوى الدول، وتوضع شروط وأحكام الاستثمار الخاص من قبل المواطنين والشركات في دولة تجاه دولة أخرى. وتتمثل إحدى المزايا التي تقدمها الاتفاقات الدولية في خفض تكاليف التفاوض بشأن الاستثمارات المستقبلية تلقائياً عن طريق إنشاء خط أساس للتفاوض يوفر ضمانات بخلاف ذلك غير متاحة للمستثمرين. وتضع اتفاقات الاستثمار الدولية سبلاً قانونية بديلة للمستثمرين الذين سيقترضون على رفع دعوى

(^١)Matthias Herdegen - International Economic Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2014 -p3

(^٢)Luis Toma's Montilla Ferna'ndez - Ibid -p 147

بالتعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية وفقاً للنظام القانوني المحلي. وقد يحجم المستثمرون عن رفع قضايا تتطوي على مسائل حساسة مثل نزاع الملكية أمام محكمة وطنية خوفاً من تحيز البلد المضيف، ولا سيما في الدول ذات النظم القضائية الأقل تقدماً والتي لا تتضح فيها معالم مبدأ الفصل بين السلطات. إلا أن اتفاقات الاستثمار الدولية قد وضعت هيكلًا تعاقدياً موحدًا تدرج فيه آليات الحماية. وقد صممت هذه الآليات لتوفير مستوى أعلى من الحماية للمستثمرين.^(١)

لذا فالعقود المبرمة مباشرة بين المستثمرين الأجانب والبلدان المضيفة ستكون بدائل قابلة للتطبيق لمعاهدات الاستثمار الثنائية^(٢)؛ فهي قد تمنح المستثمرين معايير حماية مماثلة لتلك المدرجة في معاهدات الاستثمار الثنائية، وبالإضافة إلى ذلك فهي مصممة خصيصاً، حيث تتكيف مع الخصائص والمتطلبات المحددة للاستثمار الفردي، وقد تتضمن أيضاً أحكاماً تتعلق بتسوية المنازعات الدولية. إلا أنه ما دامت عقود الاستثمار هذه خاضعة لقانون البلد المضيف أو أي قانون وطني آخر، فإنها لا تمنح حماية المستثمر الأجنبي بموجب القانون الدولي كما هو الحال في معاهدات الاستثمار الثنائية، وعلى وجه الخصوص لن يكون المستثمرون الأجانب محميين من التغييرات التي تطرأ على هذه القوانين الوطنية التي تؤثر سلباً على

^(١)Luis Toma's Montilla Ferná'ndez - Ibid -p 147

^(٢)Roos van Os & Roeline Knottnerus - Investment Protection Agreements, Human Rights and Sustainable Development: An Uneasy Mix - Society for International Development - springer -2017- p108 " The first bilateral investment treaty (BIT) was signed in 1959 between Germany and Pakistan. The number of investment treaties has since risen to over 3,200, of which 2,902 are BITs. These investment treaties enable foreign investors to sue sovereign states before international arbitration tribunals - without prior exhaustion of domestic legal remedies - to the tune of hundreds of millions of dollars, including over public policy measures that affect their business opportunities. Since the 1990s foreign investors and their law firms discovered this obscure and infrequently invoked mechanism as a way to challenge government interventions, including in public policy areas relating to taxation, public health, education and environmental protection."

حقوقهم التعاقدية، وتوفر معاهدات الاستثمار الثنائية ما يسمى بـ"البند المظلية" وهي تعد حماية إضافية خاصة في مثل هذه الظروف. وتقتضي الأحكام النموذجية من البلد المضيف مراعاتها ومراعاة أي التزام أبرمته فيما يتعلق بالاستثمار، وبموجب هذا البند يضحى الانتهاك ليس انتهاكا لعقد وإنما لمعاهدة استثمار ثنائية، وقد اعتمد المستثمرون الأجانب بالفعل على الشروط المظلية في العديد من منازعات الاستثمار.^(١)

* الخلاصة

مما سبق نخلص إلى أنه يقصد بالاستثمار انتقال وتدفق رأس المال من بلد إلى آخر على يد مستثمر بهدف تحقيق الربح وتحقيق تنمية في هذه الدولة المضيفة للاستثمار، وفي أثناء هذه الحركة لرأس المال قد يتهدهد بعض المخاطر، وقد سعت دول العالم إلى ضمانها لطمأنة المستثمر فيما يعرف بضمان الاستثمار؛ والذي قد يكون ضد المخاطر السياسية في شكلها المبسط أو ترقى إلى ضمانها في أشد صورها في الحروب والاحتجاجات والثورات والقتل؛ وهذا يفتح الباب إلى معرفة مخاطر الاستثمار القابلة للضمان والآليات الدولية لتنفيذ ضمان الاستثمار على النحو التالي بيانه.

(^١)The role of of international investments agreements in attracting foreign direct investment to developing countries - UNCTAD series on international investment policies for development - united nations - united nations conference on trade and development - 2009 - p 54

الفصل الأول

مخاطر الاستثمار القابلة للضمان

تمهيد وتقسيم

يبحث المستثمر دوماً عن ما يضمن له حماية استثماراته من المخاطر السياسية أو من مخاطر الانقراض من حقوقه عليها، وهذه الضمانات دوماً ما تجعل المستثمر واثقاً من عمله في البلد المضيف للاستثمار، بلا أدنى خوف، وهذه الضمانات الموضوعية التي تحمي المستثمر من مخاطر معينة تختلف عن الضمانات الإجرائية التي تحمي المستثمر في سبيله لتفعيل ضماناته الموضوعية من خلال الوصول إلى منصة قضاء عادلة؛ أو تطبيق نظرية الحيلولة عليه من قبل الدولة التي صدرت رأس المال المستثمر، وهذه الضمانات الموضوعية قد تنتوع إلى كونها على المستوى الدولي سواء في شكل اتفاقية ضمان متعدد الأطراف وهذا الجانب تمثله بجدارة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف⁽¹⁾، أو أن يكون الضمان على أساس إقليمي ومثاله المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، والتي تسري أحكامها فيما بين البلدان العربية، أو يكون الضمان سارياً فيما بين الدولتين فقط دولة استضافة رأس المال ودولة تصدير رأس المال، وهذا ما نطلق عليه الاتفاقات الثنائية

(¹) Frank Jefkins - International Dictionary of Marketing and Communication - Blackie and Son Ltd - 1987 - p195 - Multilateral Investment Guarantee Agency: has 20 member countries, of which Britain is a member via Overseas Development Administration. Aims at promoting private investment in developing countries. Guarantees investment against non-commercial risk. Provides advice, technical assistance, to improve investment climate. World Bank agency for protection of foreign investors against expropriation, curbs on profit remittance and war losses. By 1986 had about 50 country members, five industrialized, rest Third World, but not big debtor countries. Authorized capital US\$1b. Aims to encourage direct investment in Third World countries. Involved in co-insurance with national insurance and credit agencies such as US Overseas Private Investment Corporation which re-insures with Lloyds of London. Also interested in South-South investments. Nigeria 45th nation to sign convention establishing MIGA.

لضمان الاستثمار؛ وهذا الأخير هو النظام الخاص بالضمان ذو الأغلبية في تنفيذ أطر الضمان العالمية. وبذلك نكون قد أسسنا للنطاق الدولي للضمان؛ أما في الضمان المحلي نناقش مخاطر الاستثمار القابلة للضمان في قانون الاستثمار المصري الصادر حديثاً لمعرفة مدى امتثال المشرع المصري لضمانات الاستثمار الدولية، ومدى قرب التشريع المصري منها وصولاً للصورة التي ينبغي أن يكون عليها هذا التشريع. فالمخاطر نوعان: مخاطر تجارية وهي التي يتوقعها المستثمر في سبيل منفعة يتوقعها من جراء المخاطرة بالاستثمار في أحد المجالات، ومخاطر غير تجارية وهي التي لا يستطيع المستثمر أن يتنبأ بها، أو أن يتحملها لخروجها عن إرادته. لذا غالباً ما تكون الدولة المضيفة هي المسؤولة عنها^(١)، وهذه الأخيرة يقصد بها المخاطر السياسية وهي تلك الإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ويكون من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه.^(٢) فمن حق المستثمر الأجنبي تحويل رأس ماله في حالة التصفية لمشروعه الاستثماري وتحويل الأرباح إلى الخارج، وحقه في التعويض حال نزع الملكية تعويضاً عادلاً وحقه في الحماية القضائية من الإجراءات التعسفية أو التمييزية.^(٣) حيث يخشى المستثمر الأجنبي أن يجرّد من ملكيته سواء بالمصادرة أو فرض الحراسة عليها أو نزع الملكية أو التأميم أو بأي إجراءات تؤدي إلى ذلك ولو بطريق غير مباشر. ويقوم تحليل المخاطر السياسية بتقييم كيف تؤثر الظروف السياسية في

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٧٤

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٩٣ وانظر أيضاً إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ٤٦ - ٤٧ " يقصد بالمخاطر السياسية ثلاثة إجراءات حكومية في معناها الضيق، وهي فرض الحراسة والتأميم ونزع الملكية؛ ويتعلق إجراء فرض الحراسة بحرمان المستثمر من السيطرة على الاستثمار دون حرمانه من ملكيته؛ بينما يتضمن التأميم ونزع الملكية نقل حق ملكية الاستثمار إلى الدولة أو غيرها من الأشخاص العامة؛ فالملال المستثمر لا يجوز فرض الحراسة عليه ولا يجوز تأميمه أو نزع ملكيته إلا لمصلحة عامة ومقابل تعويض عادل."

(٣) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦١

سوق معينة على قيمة الاستثمار. ويمكن استهداف هذا التحليل على مستوى الشركة أو الصناعة أو مستوى المحفظة الاستثمارية ويعالج مخاطر مثل عدم الاستقرار الحكومي، وخطر عدم تحويل العملة، والتأميم، ونزع الملكية^(١) - وكلها تتفاقم في ظل ظروف الصراع^(٢)، وإذا ما اندلعت الاضطرابات والثورات قد يتضرر المستثمر واستثماراته من جراء اندلاعها؛ فمن سيعوضه عن ذلك الضرر؛ وأخيرا سيادة الدولة على إقليمها تقتضي قدرتها على إصدار تشريعات الاستثمار لتنظيم عملية الاستثمار على إقليمها؛ فهل إذا أصيب المستثمر من جراء التشريع الجديد حق له التعويض؛ أم أنه تنقيد الدولة تجاه المستثمر بشرط الثبات التشريعي؛ وعلى إثر هذا التقديم نقسم مخاطر الاستثمار القابلة للضمان من حيث أنواعها إلى خمسة مباحث ثم نعبها بمبحث سادس نبحث فيه كيفية تقييم المخاطر السياسية.

المبحث الأول: خطر عدم تحويل العملات والأرباح

المبحث الثاني: خطر نزع الملكية

المبحث الثالث: خطر خرق العقد

المبحث الرابع: خطر الاضطرابات والإرهاب

المبحث الخامس: خطر عدم الثبات التشريعي

المبحث السادس: تقييم المخاطر السياسية

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٤٣ " يقصد بالضمانات الموضوعية تلك الضمانات التي يكون موضوعها التعهد بضمان حقوق المستثمر الأجنبي، وحماية رأس ماله وأرباحه ، وحقه في تحويلها خارج الدولة المضيفة ، وحقه في عدم تأميمها أو نزع ملكيتها إلا لمصلحة عامة، ومقابل تعويض عادل ، وعدم فرض الحراسة عليها أو مصادرتها إلا بحكم محكمة مختصة."

(٢) Priya Bala-Miller- Has the Mainstreaming of Responsible Investment Eroded Ethics? Insights from Investor Advocacy on Human Rights in Conflict Zones - Springer International Publishing AG 2018 - p 4 - Encyclopedia of Business and Professional Ethics.

المبحث الأول

خطر عدم تحويل العملات والأرباح

تمهيد وتقسيم

أناقش في هذا المبحث الخطر الذي من الممكن أن يتعرض له المستثمر ويحول بينه وبين حرية الحركة لأمواله التي استثمرها في البلد المضيف للاستثمار؛ سواء لسداد التزامات عليه بالخارج أو لتنفيذ مشروعات عامة أخرى في بلاد أخرى. فمتى يعتبر التصرف الصادر من الحكومة المضيفة للاستثمار بمثابة إعاقه لتحويل العملات والأرباح ومتى لا يعد كذلك؟ وما هي ضوابط تحقق هذا الخطر الذي يعطي للمستثمر الحق في المطالبة بضمان الاستثمار من الضامن؟ فهل هذا الحق مطلق من كل قيد يستخدمه المستثمر في أي وقت أم أن له معايير يجب اتباعها أولاً؟ وهل هناك دور لاتفاقات الاستثمار الثنائية في تنظيم هذا الضمان؟ وما الحكمة وراء اشتراط بعض الدول تسجيل الاستثمارات الداخلة إليها لدى بنكها المركزي بشكل واضح؟ وهل هناك من جزاء يتهدد المستثمر وأمواله إذ لم يتم بتسجيل استثماراته لدى البنك المركزي للدولة المضيفة للاستثمار؟ هذه الأسئلة مما يطرحها نطاق البحث أجب عنها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: المقصود بخطر عدم تحويل الأرباح والعملات.

المطلب الثاني: نطاق خطر عدم تحويل الأرباح والعملات.

المطلب الأول

المقصود بخطر عدم تحويل العملات والأرباح

إن قدرة المستثمر الأجنبي على دفع مدفوعات نقدية دولية داخل وخارج البلد المضيف على حد سواء أمر حاسم لنجاح أي استثمار أجنبي. ويحتاج المستثمرون إلى تحويل الأموال إلى البلد المضيف من أجل إنشاء استثمار وتشغيله وتوسيعه ودعمه خلال الأوقات الاقتصادية الصعبة. ويحتاجون إلى تحويل الأموال من البلد المضيف لشراء المواد الخام وقطع الغيار، وإصدار سندات الملكية وإبرام الصفقات

التكنولوجية، وديون الخدمة للأصول الرأسمالية، وتوزيع الأرباح التي تحققها المؤسسة، وإعادة رأس المال إلى الموطن الأصلي لرأس المال عند تصفية الاستثمار.^(١) فهناك ارتباط وثيق بين ربح المستثمر وحرية حركة رأس المال لأن الأخيرة هي التي تجذب الأولى وبناء عليه يتخذ القرار بالاستثمار من عدمه استجابة لظروف السوق وبدون الحاجة للحصول على الموافقات الحكومية.^(٢) وعلى الصعيد الآخر يحق للدولة المضيفة للاستثمار بموجب القانون الدولي أن تتحكم في نقل جميع الأموال من وإلى أراضيها خاصة في ظروف معينة، كما هو الحال في أزمة ميزان المدفوعات أو في حال الثورات والاحتجاجات؛ فهناك أسباب مشروعة للسيطرة على هروب رؤوس الأموال.^(٣) وفي حين تفهم حكومات البلدان المضيفة أن منح المستثمرين الأجانب الحق في دفع مدفوعات دولية بشكل حر أمر مهم لتعزيز الاستثمار، فإنهم يعرفون أيضا أن منحهم الحرية الكاملة لتحويل الأموال يشكل مخاطر معينة. لذا يضع البعض حدا أدنى في اتفاقاته الثنائية لنقل الأصول والأرباح بشكل سنوي كي لا يؤثر ذلك على ميزان المدفوعات للدولة المضيفة للاستثمار، ولا

(١)Richard W. Roeder - Ibid - p 123 " Repatriation of foreign investment refers to the ability of the foreign investor to remove its investments and profits made from the host country where the mining project is realized. Repatriation of foreign investments therefore refers to the ability of the foreign investor to return those profits to the home jurisdiction of the foreign investor or to invest them in another jurisdiction "

(٢)Richard W. Roeder - Ibid - p 123 " It has been said: "The main objective of all foreign investment is to make profits and to repatriate those profits to the home state."

While not all foreign investments made are indeed being repatriated, the ability to repatriate profits made of foreign investments—and the invested assets themselves—is *conditio-sine-qua-non*. It is a worst-case scenario for a foreign investor to have its assets and profits locked in one jurisdiction while it has to service loans or pay up on obligations in another jurisdiction."

(٣)Julien Chaisse & others - Asia's Changing International Investment Regime, Sustainability, Regionalization, and Arbitration - springer - 2017 - p 110

يخل أيضا بضمان المستثمر في حرية نقل أمواله وهذا الأمر مرجعه في النهاية إلى الاتفاق بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.^(١) فضلا عن أن ضخ السوائل الكبيرة لرأس المال الأجنبي قد يؤدي إلى التضخم وإعادة تقدير القيمة الفعلية لعملة البلد، الأمر الذي قد يكون له آثار سلبية على تصدير سلع هذا البلد المضيف وعلى الوضع الكلي للاقتصاد الكلي فيه.

ويمكن أن تؤدي التدفقات الكبيرة من الأموال إلى الحد بشكل خطير من احتياطات النقد الأجنبي، وتخلق تقلبا غير مرغوب فيه في أسعار الصرف، وتمنع قدرة البلد على تأمين السلع والخدمات اللازمة للصالح العام، وتؤثر سلبا على قدرة الحكومة المضيفة على الوفاء بالتزاماتها المالية الدولية. وعلاوة على ذلك، ترى الحكومات أيضا أن الإشراف والرقابة على المدفوعات الدولية ضروريان لمنع الجريمة والتهديدات الأمنية، وتيسير تحصيل الضرائب، وحماية الدائنين. ونتيجة لهذه الاعتبارات، فإن الحكومات المضيفة تسعى، في الوقت الذي تسعى فيه إلى تشجيع الاستثمار الأجنبي من خلال المعاهدات، إلى الحفاظ على قدرتها على تنظيم المعاملات النقدية من أجل حماية هذه المصالح الهامة.^(٢) وبناء على ذلك، يجوز

(١)Changhong Pei & Wen Zheng - China's Outbound Foreign Direct Investment Promotion System - springer - 2015 - p59 " The China-UK BIT of 1986 provides in Article 6.2 that "the right referred to in paragraph (1) above is subject to the right of each Contracting Party in exceptional balance of payment difficulties and for a limited period to exercise equitably and in good faith powers conferred by its laws. Such powers shall not however be used to impede the transfer of profits, interests, dividends, royalties or fees; as regards investments and any other form of return, transfer of a minimum of 20 % a year is guaranteed."

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٢٩-١٣١ " عندما تفرض الدولة قيود على الرقابة فإنها تؤدي إلى حماية ميزان مدفوعاتها وتتحاشي حدوث تضخم في أسواقها الداخلية ، ويعد خطر تحويل العملة من المخاطر غير التجارية التي يشملها نطاق الضمان في غالبية المؤسسات الدولية المعنية بالأمان. فهناك من الإجراءات ما لا يعد من مخاطر رفض تحويل العملة ومثلها:١- إجراءات التخفيض العام لأسعار الصرف. ٢- القيود المفروضة على ورود رؤوس الأموال الاستثمارية إلى البلد المضيف. ٣- أن يكون المستثمر قد وافق صراحة على اتخاذ هذه الإجراءات أو كان مسنولا

للدول سن التشريعات واللوائح، والمعروفة عموماً باسم "صراعات التبادل" أو "ضوابط رأس المال"، لتنظيم هذه المعاملات النقدية.^(١) وقد أثر التوتر بين هاتين المجموعتين المتنافستين من المصالح على لغة العديد من أحكام المعاهدات المتعلقة بالتحويلات النقدية والمدفوعات النقدية. لذا وضعت الأمم المتحدة المعايير العامة للمعاملات مثل الحماية الكاملة والأمن والمعاملة المنصفة والعادلة والمعاملة الوطنية^(٢)، وهي القواعد العامة، والأحكام المتعلقة بالمعاملة النقدية والتحويلات وهي محددة إلى حد ما. ونتيجة لذلك، نادراً ما كانت محلاً للتحكيم بين المستثمرين والدول.^(٣) وعلى الرغم من أن الأحكام المتعلقة بالتحويلات النقدية تختلف من معاهدة إلى معاهدة، فإنها جميعاً تميل إلى تناول ست قضايا أساسية:

- ١- النطاق العام لحقوق المستثمر في إجراء تحويلات نقدية.
- ٢- أنواع المدفوعات التي تغطيها هذه الحقوق.
- ٣- طبيعة العملة التي يمكن أن تدفع بها.
- ٤ - سعر الصرف الساري.
- ٥- الوقت الذي يجب أن تسمح فيه الدولة المضيفة للمستثمر بإجراء التحويلات.

عنا. ٤- أن يكون الإجراء من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيمياً للنشاط الاقتصادي في إقليمها والتي لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر."

(^١)Jeswald W. Salacuse - The Law of Investment treaties - second edition - Oxford - 2015 - ch 10 " Monetary transfers and treatment " - p 284

(^٢)Jürgen Kurtz - The Use and Abuse of WTO Law in Investor – State Arbitration: Competition and its Discontents - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009 - p 754 "National Treatment in International Investment Law"

(^٣) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٦٢ " يتضمن الاستثمار في إقليم أجنبي تدفق الموارد العائدة من هذا الاستثمار والذي يكيف بأنه تحويل دوري كدفع أقساط القروض والأرباح؛ وقد يكون نهائياً عند نهاية العملية الاستثمارية بتصفيته وإعادة الأصول المستحقة لدولة رأس المال المستثمر. وهناك عدة اتجاهات تتبعها اتفاقات الاستثمار حول نظم تحويل الأموال إما الإحالة لقانون الدولة المضيفة، أو تأكيد مبدأ حرية التحويل، أو الأخذ بمبدأ المعاملة الوطنية أو الدولة الأولى بالرعاية أو الجمع بين الأمرين."

٦- استثناءات من الحق في إجراء تحويلات نقدية. (١)

وهنا جميع الاتفاقات الثنائية التي أبرمت بشأن حماية الاستثمار وتشجيعه تقرر مبدأ التحويل الحر لرؤوس الأموال وحرية تحويل المدفوعات ذات الصلة بالاستثمار دون تأخير. وكذلك تسعى التشريعات الخاصة بالاستثمار إلى إدراج ضمانات حرية تحويل المستثمر لأمواله وأرباحه الناتجة عن نشاطه الاستثماري إلى دولة الأصل وهذا ما ألفت على إدراجه دول العالم بصفة عامة والدول النامية بصفة خاصة؛ فعلى سبيل المثال قد نفذت الحكومة الكينية عدة سياسات لتشجيع وحماية الاستثمارات الرأسمالية الأجنبية. ووفقا لوزير الصناعة الكيني في عام ١٩٨٨، وفرت كينيا شروطا لحماية الاستثمار الأجنبي، وتوليد الأرباح للشركات الأجنبية، وإعادة المكاسب الرأسمالية إلى وطن المستثمر، وأصبح قانون حماية الاستثمار الأجنبي لعام ١٩٦٤ الأساس لهذه السياسة الداعمة. وفي أغسطس ١٩٨٣، وضع البنك المركزي سياسة حافزة سمحت بتحويل أرباح المستثمرين الأجانب ومدفوعات الأرباح عن العام السابق. ثم في يونيو ١٩٨٤، خفض البنك المركزي الضرائب المقطعة على العائدات وتحويلات الأرباح. وتضمنت ميزانية عام ١٩٨٦ تنقيحا للاستثمار الأجنبي يعمل على تشجيع زيادة تدفقات رؤوس الأموال الأجنبية الموجهة نحو الاستثمارات التكنولوجية. وأوضح وزير المالية الكيني في خطاب ميزانية عام ١٩٨٧ أن "كينيا رحبت دائما بالمستثمرين الأجانب الذين يمكن رؤوس أموالهم وتكنولوجياتهم وإدارتهم ومهاراتهم التسويقية في جميع أنحاء العالم أن يضيفوا لقدرات كينيا الإنتاجية خاصة القدرة على التصدير. (٢)

(١)Jeswald W. Salacuse - Ibid - p 284

(٢)Howard P. Lehman - Indebted Development Strategic Bargaining and Economic Adjustment in the Third World - Palgrave Macmillan UK - 1993 - p71

المطلب الثاني

نطاق خطر عدم تحويل العملات والأرباح

أولاً: مدى استجابة الدولة المضيفة للاستثمار

السؤال الذي يطرح نفسه على نطاق البحث ما هو المدى الذي يمكن أن تستجيب له الدولة المضيفة للاستثمار في تحويل أصول وأرباح المستثمر إلى وطنه الأصلي؟ هل تقبل بالتحويل الكلي أم الجزئي أم لا تقبل ذلك مطلقاً؟

ففي أستراليا نجد أنه وفي حين يخضع قبول الاستثمارات الأجنبية لنظام صارم، فإن إعادة الاستثمارات الأجنبية أو الأرباح المتأتية منها لا يقتصر حالياً على نظام محدد. ولم تكن تحد اللوائح المصرفية لعام ١٩٥٩ من إعادة الاستثمارات الأجنبية إلى أوطانها في هذه المرحلة الزمنية. غير أن القانون المصرفي لعام ١٩٥٩ يعطي الحاكم العام الحق في تنفيذ اللوائح في أي وقت يعتبره مناسباً للقيام بذلك لأغراض تتعلق بالعملات الأجنبية أو بموارد النقد الأجنبي في أستراليا. ولم تستخدم هذه السلطة في العقود الاستثمارية الأخيرة، ولكن الإمكانية قائمة، إلا أنها تتطلب مزيداً من الموافقة البرلمانية. وبموجب الاقتطاع في نظام الضرائب الأسترالية، تقع مدفوعات الأرباح والفوائد والرسوم المدفوعة لغير المقيمين تحت نظام الاستقطاع الضريبي. وبصفة عامة يجب الاحتفاظ بنسبة ١٠٪ للفائدة و ٣٠٪ من أرباح الأسهم والرسوم ما لم يتم تطبيق اتفاقية دولية. ويتم استبعاد الأرباح الموزعة بالكامل، والأرباح المدفوعة من الإيرادات بعد الضرائب من نظام الضرائب المقتطعة. في حين تفرض ضريبة على المال وقت مغادرته البلاد، وهنا فرض الضرائب ليس وسيلة لإعاقة تحويل الأرباح أو ضريبة إضافية على الأجانب، وإنما نظام يهدف إلى تأمين الحقوق الضريبية قبل تحويل الأرباح من البلد المضيف.^(١)

أما الوضع في جنوب أفريقيا فيتولى المصرف الاحتياطي لجنوب أفريقيا مسؤولية إدارة ضوابط الصرف في جنوب أفريقيا بالنيابة عن وزير المالية وفيما

(١) Richard W. Roeder - Ibid - p 124

يتعلق بإعادة الاستثمار الأجنبي إلى الوطن (الدخل الناتج من الأصول الأجنبية التي يستثمرها غير المقيمين في جنوب أفريقيا) فيحكمها الوضع الآتي: "يجوز تحويل أي دخل مكتسب من الاستثمار الأجنبي المباشر خارج البلاد." وفي حال عدم استثمار مستثمر غير مقيم في جنوب أفريقيا فإن بيع أو استرداد العائدات المحلية من الأصول المملوكة لغير المقيمين في جنوب أفريقيا ستعتبر قابلة للتحويل بحرية.⁽¹⁾

بينما في كولومبيا يجب تسجيل الاستثمار الأجنبي لدى المصرف المركزي الكولومبي للسماح بإعادة رأس المال والأرباح إلى الموطن الأصلي للمستثمر. فعندما يتم تسجيل الاستثمار الأجنبي، يسمح بإعادة رأس المال والأرباح دون قيود. إذ أن الشركات في كولومبيا التي تبيع المنتجات بالعملة الأجنبية عادة ما تضطر إلى إعادة المبلغ المكتسب بالعملة الأجنبية بالعملة الكولومبية (البيزو). ويستثنى من هذا الشرط الفروع أو المكاتب التابعة للشركات الأجنبية العاملة في قطاع الطاقة أو التي تقوم بأنشطة التعدين المتعلقة بالفحم أو الفيرونكل أو اليورانيوم.⁽²⁾

أما في البرازيل فقانون تحويل الأموال يتطلب لإعادة كل رأس المال الأجنبي المستثمر والمعاد استثماره في البرازيل أن يكون قد تم تسجيله لدى البنك المركزي البرازيلي كشرط مسبق لإعادة الاستثمارات إلى الوطن وتحويل الأرباح، وأرباح الأسهم، والمدفوعات الأخرى إلى الخارج. ويعتبر رأس المال أجنبيا عندما ينتمي إلى فرد يقيم خارج البرازيل، أو ينتمي إلى شركة مقرها خارج البرازيل.

(1)Richard W. Roeder - Ibid - p 125 "The South African Reserve Bank was established by section 9 of the Currency and Banking Act, No 31 of 1920 and is governed by the amended South African Reserve Bank Act, No 90 of 1989. Exchange control is governed by the amended Exchange Control Regulations 1961, last amended January 14th, 2011."

(2)Richard W. Roeder - Ibid - p 126 " but instead have to exchange into Colombian pesos all funds necessary to pay for mining activities in Colombia. Dividends, when accompanied by valid financial documentation, can be paid out to national and foreign investors in foreign currency without restriction. "

ويشمل رأس المال هذا الأصول والآلات والمعدات اللازمة لإنتاج السلع والخدمات التي تدخل إلى البرازيل دون أن تكون هناك نفقات أولية بالعملة الأجنبية. ويشمل أيضا الموارد المالية الأخرى المخصصة للاستخدام في الأنشطة الاقتصادية. ومن الناحية الإجرائية، يجب على المستثمر الأجنبي الذي يعتزم تحويل مدفوعات مستقبلية للخارج عند جلب رأس المال الأجنبي إلى البرازيل، أن يتقدم للحصول على "طلب التسجيل" من البنك المركزي خلال ثلاثين يوما من تاريخ الدخول من خلال بنك وسيط مخول له للتعامل في النقد الأجنبي، أو من تاريخ الدخول المحاسبي لإعادة الاستثمار. ولا تدفع ضريبة أو رسوم عند التسجيل، وهنا يقوم البنك المركزي بتحديد العناصر اللازمة لتوصيف العملية وتحديد الأطراف. وكجزء من متطلبات التسجيل، لا بد من تقديم مستخرج من الميزانيات العمومية للشركات المتقدمة إلى البنك المركزي تبين فيه مبلغ رأس المال الأجنبي المسجل أو الانتماء. كما يجب أن توضح حسابات الربح والخسارة، والأرباح والفوائد والعوائد الأخرى التي قد تعزى إلى أشخاص أو كيانات مقرها في الخارج تم تسجيل رأسمالها في البداية. وعند التسجيل يصدر البنك شهادة يجب تقديمها عند إجراء تحويلات إلى الخارج؛ ولا توجد عقوبة في حد ذاتها لعدم التسجيل لأن التسجيل مطلوب فقط إذا كان المستثمر ينوي تحويل دفعات مستقبلية إلى الخارج. ومع ذلك، إذا لم يطلب التسجيل، سيتم تحويل رأس المال المستثمر بالعملة الأجنبية إلى العملة البرازيلية ولن تكون متاحة للعودة إلى الوطن حينها. ومن خلال طلب التسجيل، يسيطر البنك المركزي على تحويل العملة البرازيلية إلى عملة أجنبية قابلة للتحويل، ويمنع المبالغة في تقدير الأصول الرأسمالية المستوردة كاستثمارات أولية تحسبا للعودة المستقبلية أو تحويل مدفوعات أخرى إلى الخارج مستقبلا.⁽¹⁾

(¹)Jan Hoffman French - Brazil's Profit Remittance Law: Reconciling Goals in Foreign Investments - Law and Policy in International Business 14, no. 2 (1982) - 403-405

ورغم أن قواعد صندوق النقد الدولي تحظر القيود على تحويل الأموال المتعلقة بالمعاملات الجارية، فإن هذه القواعد لا تنطبق على المعاملات الرأسمالية الخاصة بالاستثمار). حيث أنه وفقا لقواعد صندوق النقد الدولي، لا ينبغي تقييد تحويل الأموال الناجمة عن العديد من عمليات الاستثمار الأجنبي؛ وإذا ما نفذت القيود ينبغي أن يأذن بها صندوق النقد الدولي.⁽¹⁾ وتحظر أحكام الاتفاق العام بشأن التجارة في الخدمات وضع الضوابط على التدفقات الرأسمالية فيما يتصل بالقطاعات التي تعهدت فيها الدولة بالتزامات محددة في جدول التزاماتها الوطني. ونادرا ما تأتي النزاعات المتعلقة بتحويل الالتزامات المالية إلى التحكيم بين المستثمرين والدول. وقد عولجت هذه المسألة كأحد الأسباب المشروعة للدولة المضيفة لتقييد تحويل الأموال من خلال أحكام محددة في المعاهدات ولكن مع بعض الاستثناءات من تحويل الالتزامات المالية.

إن حرية إدارة رأس المال والأموال أمر ضروري لأي عملية تجارية؛ فالمادة ١٣ من اتفاق الاستثمار الشامل لمنظمة الآسيان يضمن لكل مستثمر في رابطة أمم جنوب شرقي آسيا أن يقوم بحرية ودون إبطاء بإجراء عمليات نقل تتعلق باستثماراته داخل وخارج الإقليم حيث يوجد استثماره. ويشمل ذلك التحويلات التالية: المساهمة في رأس المال والأرباح وأرباح رأس المال وأرباح الأسهم والرسوم ورسوم الترخيص أو أي رسوم أخرى والفوائد وأي دخل آخر من الاستثمار؛ والعائدات من البيع الكلي أو الجزئي أو نواتج تصفية الاستثمار؛ والمدفوعات بموجب التعاقد، بما في ذلك اتفاقية القرض؛ ودفع التعويضات في حالات النزاع أو المصادرة القانونية؛ والمدفوعات من تسوية النزاع؛ والأرباح أو غير ذلك من أجور الموظفين العاملين والسماح لهم بالعمل فيما يتعلق بالاستثمار في ذلك الإقليم. بالإضافة إلى ذلك، تضمن الهيئة أن مثل هذه التحويلات يمكن أن تتم بعملة قابلة

(¹)Investment climate advisory services of the world bank group - Investment Law Reform a handbook for Development Practitioners - June 2010 - p48

للاستخدام بحرية بسعر الصرف السائد في السوق وقت التحويل. وهنا مصطلح "العملة الصالحة للاستخدام" يعني العملة التي تستخدم على نطاق واسع لتسديد المدفوعات للمعاملات الدولية، والتي يتم تداولها على نطاق واسع في أسواق الصرف الرئيسية. ولا يوجد أي شرط للدفع بعملة معينة (كالبيورو أو الدولار الأمريكي) لأنها ستعتبر تقييدية. بدلا من ذلك تضمن منظمة الآسيان للمستثمرين أن يحددوا بحرية العملة التي يريدون إجراء أي تحويلات بها.

وهناك استثناءات عديدة لحرية تحويل الأموال بموجب المادة ١٣، حيث يجوز للدولة العضو في رابطة أمم جنوب شرق آسيا أن تمنع أو تؤخر تحويل الأموال بشرط:

- ١- تطبيق عادل وقانوني وغير تمييزي وحسن النية لقوانينها وأنظمتها،
- ٢- أن يتعلق المنع أو التأخير بالإفلاس، أو الإعسار أو حماية حقوق الدائنين؛ أو التداول في الأوراق المالية، أو العقود الآجلة؛ أو الجرائم الجنائية أو استرداد عائدات الجريمة؛ أو إعداد التقارير المالية أو حفظ السجلات عند الضرورة لمساعدة السلطة التنظيمية في مجال إنفاذ القانون؛ وضمان الامتثال للأوامر أو الأحكام في الإجراءات القضائية أو الإدارية؛ والضرائب، والضمان الاجتماعي، والتقاعد، أو برامج الادخار الإلزامي؛ وفصل الموظفين؛ والإجراءات الرسمية التي يفرضها المصرف المركزي أو السلطات الأخرى ذات الصلة في تلك الدولة العضو في الرابطة.^(١)

ثانيا: الأصل والاستثناء في تحويل العملة.

الأصل أن الدولة حرة في فرض الرقابة على النقد الأجنبي فيحق لكل دولة في تنظيم شئونها النقدية باعتبارها من حقوق السيادة الداخلية المعترف بها، وقد وضع القانون الدولي قيد على سلطة الدولة في تنظيم شئونها النقدية وهو ألا تخل بالتزاماتها التعاقدية، وألا تتعسف في استعمال حقها، وذلك بالامتناع عن اتخاذ

(١)Julien Chaisse & others -Ibid - p 110 - 111

إجراءات تتسم بالتمييز ضد المستثمرين الأجانب.^(١) ونجد الاتحاد الأوروبي في هذا الصدد بين ثلاثة خيارات بعد دخول اتفاقية لشبونة حيز النفاذ في ٢٠٠٩: للسيطرة على "مشكلة الوصول إلى الأسواق". ويتمثل الخيار الأول في أن تقوم الدول الأعضاء بإلغاء جميع أنواع آليات مراقبة الوصول إلى الأسواق والتحرير الكامل لتحويل رؤوس الأموال وبالتالي الاستثمار الأجنبي المباشر من الخارج أيضا. والخيار الثاني هو إدخال نظام لمراقبة الدخول إلى الأسواق على مستوى الاتحاد الأوروبي، على غرار نظام مراقبة الاندماج في قانون المنافسة. والخيار الثالث هو إعادة تفويض السلطات لهذه الآلية للدول الأعضاء.^(٢) وتطبيقا لذلك نجد في الاتفاقيات الثلاث التي تربط المجتمعات الأوروبية أو الاتحاد الأوروبي والدول الأعضاء فيه مع مقدونيا وكرواتيا وألبانيا، أنها تحتوي على عدة بيانات ولوائح تتعلق بالاستثمار. ويمكن الاطلاع على البيانات ذات الصلة بالاستثمار في ديباجة الاتفاقيات الثلاثة المذكورة أعلاه:

" .. معربين عن اقتناعهم بأن اتفاق الاستقرار والانتساب سيهيئ مناخا جديدا للعلاقات الاقتصادية بينهما، وقبل كل شيء من أجل تنمية التجارة والاستثمار، والعوامل الحاسمة لإعادة الهيكلة الاقتصادية والتحديث.... وفيما يتعلق بالمعاملات على الحساب الرأسمالي لميزان المدفوعات، اعتبارا من تاريخ بدء نفاذ الاتفاق، يكفل الطرفان، رهنا بقيود مبررة على أساس السياسة العامة أو الأمن العام أو الصحة العامة حرية حركة رأس المال المتعلقة بالاستثمارات المباشرة التي تتم في الشركات والتي تتشكل وفقا لقوانين البلد المضيف والاستثمارات التي تتم وفقا لأحكام الفصل

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٣٢ " الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي يمكنها أن تعدل أو تلغي تشريعاتها النقدية أو تفيد التحويلات النقدية في إقليمها دون أن تعد مسؤولة دولياً، ولا تلتزم بتعويض المستثمر الأجنبي المتضرر من جراء ذلك ما دامت لم تخرق التزاما تعاهديا أو لم تتسم إجراءاتها بالتمييز بقصد الإضرار بالمستثمرين الأجانب أو بفئات معينة منهم. "

(٢) Marc Bungenberg & others - International Investment Law and EU Law - The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics - springer - 2011- p 39 - 40

الثاني وتصفية أو إعادة هذه الاستثمارات إلى الوطن من أي ربح ناجم عن ذلك ووفقا للفقرة الثانية في كل حالة، يكفل الطرفان أيضا، في موعد لاحق، حرية انتقال رأس المال المتصل باستثمارات الحوافظ المالية والقروض المالية والقروض التي نقل مدتها عن سنة واحدة. وتخدم هذه الأحكام تشجيع الاستثمار، الذي يتجلى أساسا في ضمان حرية إنشاء رأس المال وحرية انتقاله.⁽¹⁾

ثالثا: شروط الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لتحقيق خطر تحويل العملات

قد اشترطت اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار عدة شروط لتحقيق خطر تحويل العملات بالنسبة للمستثمر مما يستأهل معه التعويض والمطالبة بضمان الوكالة لرفع الضرر عنه؛ ومن هذه الشروط :

١- ضرورة صدور تصرف ينسب إلى الحكومة المضيفة،

٢- أن يكون الغرض من هذا التصرف هو فرض قيود على نقل عملتها خارج البلد المضيف إلى عملة أخرى قابلة للاستخدام بحرية أو بعملة أخرى مقبولة لدى المستثمر صاحب الضمان.

وهنا تثار عدة تساؤلات حول من صاحب الاختصاص بإصدار قرار منع تحويل العملة الذي إذا ما صدر هذا التصرف منه داخل الحكومة أضحي يمثل خطراً على المستثمر؟ هل السلطة التشريعية أم التنفيذية أم القضائية؟ وهل سيختلف الوضع إذا كانت هذه السلطة تمارس عملها وفقا للقانون كأن يكون المشرع مصدراً لقانون يمارس به سيادته التشريعية أو أن يصدر القاضي حكماً قضائياً يحول بين المستثمر وتحويله لأمواله خارج بلد القاضي المضيفة للاستثمار.

يتضح لنا أن الاستفادة من النص أن مجرد التأخير في تنفيذ طلب المستثمر أمر يتحقق معه الخطر الذي يجسد واقعة طلب الضمان لتعويض المستثمر عن ما

(1) Carsten Nowak & others - International Investment Law and EU Law - Legal Arrangements for the Promotion and Protection of Foreign Investments Within the Framework of the EU Association Policy and European Neighbourhood Policy - Springer - 2011- p 115 - 116

فاته من خسارة بسبب التأخير، ومن ثم فنص المادة يكتفي بمجرد التأخير عن تحويل العملة حتى ولو لم يصدر قرار من السلطة المختصة بما يؤكد ذلك؛ فالتراخي دوماً ما يقاس بالامتناع عن التنفيذ في الوقت المناسب. مما يوحي للقارئ أن التزام الحكومة المضيفة للاستثمار هو التزاماً مطلقاً بشأن حرية تحويل العملات للمستثمر خارج البلد المضيفة للاستثمار لا يتطلب معه البحث عن من صاحب الاختصاص بإصدار القرار. ومدى التزامه بقواعد الاختصاص.

رابعاً: الوضع في اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

بسطت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نطاق حمايتها للمستثمر العربي على أية قيود تحول دون سهولة تحويل العملة، فقررت المادة ١٨/١- ب " أنها تضمن المخاطر غير التجارية التي تنتج عن اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بنفسها أو بالواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أفساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج. ويشمل ذلك التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المؤمن له تمييزاً واضحاً. ولا يدخل في نطاق هذا الحظر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا تدخل فيه إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه." (١)

والملاحظ في هذا النص أنه وضع عدة ضوابط يتحقق معها الضمان:-

١- أن تتخذ السلطات العامة بالقطر المضيف بنفسها أو بواسطة غيرها إجراءات جديدة. وهنا اشتراط الحدائثة في الإجراءات تقيد عدم علم المستثمر بها قبل إبرام عقد

(١) انظر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - المادة ١٨/١- ب - ص ١٦ - متاحة على الموقع الإلكتروني للمؤسسة <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement> - اخر زيارة ٢٠١٨/٥/٥

الضمان ، بحيث لو كان على علم بها لما طالب بضمان المؤسسة تجاه المخاطر الناتجة عنها.

٢- أن تهدف هذه الإجراءات الجديدة إلى التقييد بصفة جوهرية من قدرة المؤمن له على تحويل أصل استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج.

٣- يعتبر مجرد التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى الفترة المعقولة، وفرض السلطات العامة سعر تمييزي ضد المستثمر من قبيل التقصير الذي تستحق معه المطالبة بالضمان. (١)

٤- استتنت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من نطاق الحظر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا تدخل فيه إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه.

الخلاصة

نخلص في هذا المبحث إلى أن خطر تحويل العملات والأرباح خطر جوهرى في اتفاق الاستثمار؛ إذا ما تحقق تحركت معه دعوى الضمان؛ وبجانب ذلك أضحي مجرد المماثلة في عملية التحويل منذ تقديم المستثمر لطلب التحويل بادرة سوء نية يتحقق معها الخطر الخاص بعدم تحويل العملات والأرباح؛ ولكن استخدام هذا الحق ليس مطلقاً من كل قيد وإنما له ضوابط ومعايير تتبعها بعض دول العالم كي

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٣٤-١٣٥ " السعر الرسمي المعتمد من المصرف المركزي في القطر المضيف للاستثمار الذي ينطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالعائد على استثماراتهم. وفي حالة تعدد سعر الصرف أو تغييره في نفس يوم التحويل، فإنه يؤخذ بمتوسط أسعار الصرف المطبقة لدى المصارف الرئيسية في القطر المضيف. وإذا قامت حكومة القطر المضيف بفرض سعر تمييزي يؤدي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره فإن ذلك يعد خطراً يتحقق به مسؤولية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار؛ أما إذا فرضت حكومة القطر المضيف تشريعاً أو اتخذت إجراء بهدف ترتيب النشاط الاقتصادي وترتب على ذلك حدوث النتيجة السابقة، وهو التأثير على حقوق المستثمر الجوهرية، ولم يعد تعسفاً أو تمييزاً في حق المستثمر المضمون فهنا لا تلزم المؤسسة العربية بالتعويض عن الخسائر المترتبة على ذلك، ويشترط هنا أيضاً أن يكون الإجراء المتخذ لكي لا يستحق عنه تعويض أن يتخذ بحسن نية وبهدف الرقابة على الصرف."

تحافظ على ميزان مدفوعاتها من خلال تسجيل قيمة الاستثمار في البنك المركزي لديها؛ فضلا عن أثر ذلك فيما بعد في تحديد قيمة المسموح بتحويل من العملات والأرباح؛ وبين هذا وذاك نرى أن أفضل وسيلة لتنظيم ضمان هذا الخطر هي الاتفاقات الثنائية للاستثمار لما لها من قدرة على تقدير كل حالة على حدة. وننتقل الآن لمناقشة خطر آخر هو خطر نزع الملكية!

المبحث الثاني

خطر نزع الملكية

تمهيد وتقسيم

أتعرض في هذا المبحث إلى خطر نزع الملكية، وهو الخطر الذي يهدد نفاذ المستثمر لأمواله وأملاكه في المشروع الاستثماري، وهذا الأمر بطبيعة الحال يقتضي منا معرفة ما المقصود بنزع الملكية، وما هي صورها؟ وما هي الطبيعة القانونية لهذا الضمان؟ وهل يزيد هذا الخطر في استثمار بعينه دون الاستثمارات الأخرى؟ وما هو موقف كلا من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف، وموقف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار؟ وهل هناك موقف واضح للمشرع المصري من هذا الخطر، وهل التزم المشرع المصري المعايير الدولية لضمان مثل هذا الخطر؟ وما هي عناصر نزع الملكية التي يتحقق بها؟ وهل تؤثر المعونة الاقتصادية على قرار الدولة بنزع الملكية للاستثمار الأجنبي القادم من الدولة مقدمة المعونة؟ وما هي شروط الضرر الذي يستحق عنه التعويض عن نزع الملكية، وماذا يقصد بالتأميم، وماهي معايير ممارسته، وشروط التعويض عنه؟ وذلك على النحو التالي في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: المقصود بنزع الملكية وطبيعة الضمان

المطلب الثاني: الإطار القانوني لتنفيذ نزع الملكية

المطلب الثالث: التأميم

المطلب الأول

المقصود بنزع الملكية وطبيعة الضمان

يقصد بنزع الملكية في مفهوم ضمان الاستثمار أخذ أصول شركة أو شركات أجنبية من قبل دولة مضيضة ضد رغبة الشركة ودون موافقتها، ويشمل ذلك الحرمان من الحق في الملكية.^(١) وتحمي معاهدات الاستثمار الثنائية وكذلك القانون الدولي العرفي الملكية الأجنبية خاصة في اتفاقات الاستثمار من خطر نزع الملكية؛ ويأخذ نزع الملكية عدة صور منها التأميم؛ والمصادرة، ونزع الملكية التدريجي أو الزاحف.^(٢)

أولاً: ضمان المستثمر ضد إجراء نزع الملكية ضماناً دولية

ضمنت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن يكون لدى المستثمر ضماناً ضد إجراء من أهم الإجراءات التي تمثل خطراً سياسياً على المستثمر واستثماراته، وهي إجراءات نزع الملكية، فجاء نص المادة ١١/ج-٢ لتتص على عدة شروط يتحقق معها ضمان المستثمر ضد خطر نزع الملكية:-

(١) Alice Ruzza - Expropriation and Nationalization - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2013 - p 3

(٢) Ursula Kriebaum, August Reinisch - Property, Right to, International Protection- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2009 - p 2" BITs, as well as customary international law, protect against the expropriation of foreign property and investments. Expropriations may take various forms: nationalizations which affect entire industries; socializations which affect the entire system of private ownership; confiscations which involve a punitive element; creeping expropriations which are achieved by a series of measures; and indirect, de facto, disguised, or constructive expropriations which involve acts or omissions falling short of a direct transfer of ownership. Investment agreements usually aim at covering these various forms by stating that the contracting parties shall not expropriate 'directly or indirectly through measures equivalent to expropriation', measures having equivalent effect"

الشرط الأول: أن يكون الإجراء تشريعي أو إداري أو إغفال منسوب إلى الحكومة المضيفة.

الشرط الثاني: أن يؤدي هذا الإجراء إلى حرمان (حامل الضمان) من ملكيته أو سيطرته أو فائدة كبيرة من استثماره. (1)

وهنا إذا تحقق هذين الشرطين استحق الضمان للمستثمر حامل الضمان، والملاحظ في هذين الشرطين أنه تم استبعاد الإجراءات القضائية التي تصدر بحرمان المستثمر من ملكيته مثل أحكام نزع الملكية أو المصادرة أو إذا ما كانت هذه الأحكام القضائية جاءت كتتفيذ لبنود عقدية أخل المستثمر بتتفيذها فكانت ملكيته عوضاً عما أخل به من الترتامات عقدية. واقتصر الإجراء على كونه صادر من السلطة التشريعية أو التنفيذية أو لمجرد تراخي الحكومة في القيام بعملها؛ وذلك ما أوضحه نص (أي إغفال منسوب إلى الحكومة المضيفة)، ولا يشترط هنا أن يؤدي ذلك الإجراء أو الإغفال إلى حرمان المستثمر من ملكيته كشرط لازم لحصول الضمان في كل الحالات، وإنما يكفي أن يؤدي هذا الإجراء إلى تفويت الفرصة على المستثمر من الحصول على فائدة كبيرة من استثماره.

وهنا يعيب النص أنه لم يحدد ما هي الفائدة الكبيرة من الاستثمار، وما لا يعد كذلك، والمعول عليه هنا النظر إلى كل حالة على حدة دون تحديد قاعدة عامة تطبق على كل الحالات. وأردفت المادة ١١/ج-٢ استثناء مهماً إذا ما تحققت شروطه أغفل معه حق طالب الضمان في تحريك دعوى ضمان الاستثمار؛ حيث نصت المادة ١١/ج-٢ "..... بإستثناء التدابير غير التمييزية ذات التطبيق العام التي

(1) Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p10 " Chapter III Operations Article 11. Covered Risks (ii) Expropriation and Similar Measures any legislative action or administrative action or omission attributable to the host government which has the effect of depriving the holder of a guarantee of his ownership or control of, or a substantial benefit from, his investment,"

عادة ما تقوم بها الحكومات والتي تتخذها بغرض تنظيم النشاط الاقتصادي في أراضيها.^(١)

ويدل هذا النص على تعارض مصلحتين، غلبت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إحداهما على الأخرى؛ المصلحة الأولى هي مصلحة المستثمر صاحب الضمان في حماية استثماراته من غول نزاع الملكية الذي يمكن أن تفرضه عليه الدولة المضيفة للاستثمار ظلماً وتمييزاً ومحاربة له؛ والمصلحة الأخرى هي سيادة الدولة من الناحية التشريعية وإصدار قوانين نزاع الملكية بما ترتثيه من مصلحة شعبها ومصلحتها العليا متى كانت تلك القوانين الصادرة بنزع الملكية صادرة ضد جميع المستثمرين الوطنيين والأجانب بدون تمييز لمستثمر عن آخر.

ثانياً : خطر نزاع الملكية يزيد في نطاق الاستثمار في الموارد الطبيعية

صادف عام ٢٠١٢ الذكرى السنوية الخمسين لاعتماد قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ المعنون بـ "السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية".^(٢) وهذا القرار، جنباً إلى جنب مع البعض الآخر، يضع أساس مبدأ القانون الدولي المتمثل في السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية. وعلى الرغم من أن الجذور الأصلية لهذا المبدأ وجدت في شواغل رئيسية للأمم المتحدة كالتنمية الاقتصادية للبلدان المتخلفة وتقرير المصير للشعوب المستعمرة، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن الآثار الاقتصادية الغنية لهذا المبدأ، ولا سيما فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي وتنظيم التجارة. فهذا المبدأ يمثل "توسع القانون الدولي في مجال الاقتصاد"، ويعتبر بمثابة تطوير رئيسي للقرن

(^١)Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p10 " Chapter III Operations Article 11. Covered Risks (ii) Expropriation and Similar Measures,.... with the exception of nondiscriminatory measures of general application which governments normally take for the purpose of regulating economic activity in their territories;"

(^٢) انظر قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣ - ١٧د - السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية- ص ٣-١ http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf آخر

زيارة ٢٠١٨/٥/٩

العشرين". ولأسباب تاريخية، اعتمدت الصين تقليدياً وجهة نظر موجهة نحو الملكية لسيادة الموارد، مدعية أن جميع الموارد الطبيعية الموجودة داخل أراضيها تكون مملوكة للدولة أو "الجماعة".

ومع ذلك، في السنوات الأخيرة، ومع ارتفاع الصين لتكون ثاني أكبر اقتصاد في العالم، وتشارك بنشاط في التجارة العالمية والأنشطة الاستثمارية. فقد أدى هذا التغيير إلى تحول مواقف الصين من سيادة الموارد من الملكية إلى التوجه نحو الحوكمة، التي تلزم أساساً ممارسة السيادة على الموارد بطريقة مستدامة.⁽¹⁾

ونظراً لأن المخاطر المنخفضة لنزع الملكية تشكل بدورها محددًا هاماً للاستثمارات الدولية، فإن هيئات التحكيم ربطت نزع الملكية بارتفاع أسعار الموارد الطبيعية. فأحد التفسيرات المحتملة لعمليات نزع الملكية في قطاع الموارد هو أن استغلال الموارد الطبيعية غير المتجددة مثل المعادن والنفط والغاز ينطوي عادة على عدم اليقين والمدة الزمنية الطويلة قبل أن يبدأ الاستخراج الفعلي وتحقيق العوائد.

ونظراً لارتفاع الطلب على رأس المال والافتقار إلى الخبرة الفنية الخاصة، كثيراً ما تحتاج البلدان الغنية بالموارد إلى الاعتماد على المستثمرين الأجانب لاستخراج ثرواتهم من الموارد. وبما أن معظم هذه الاستثمارات تحتاج إلى مدد زمنية طويلة، فإن الأجانب معرضون لتخصيص أصولهم ونزع ملكيتها من قبل حكومات البلدان المضيفة. وبما أن الحكومة لا تستطيع أن تتعهد بدفع تعويضات كافية، فإن خطر نزع الملكية لا يمكن القضاء عليه تماماً.⁽²⁾

ثالثاً : ضمانات واسعة ضد خطر نزع الملكية في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

(1) Marc Bungenberg & Stephan Hobe - Permanent Sovereignty over Natural Resources - springer - 2015 - p 98

(2) Ramin Dadasov & Carsten Hefeker & Oliver Lorz - Natural resource extraction, corruption, and expropriation - springer - Kiel Institute - Rev World Econ (2017) - p 810 - 812

قد وفرت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات الضمان ضد الخسائر المترتبة على تحقق بعض المخاطر غير التجارية، ومنها المخاطر السياسية؛ ويقصد بها " اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بنفسها أو بالواسطة إجراءات تحرم المؤمن له من حقوقه الجوهرية على استثماره خاصة المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري، وأي إجراءات تدرجية أخرى يكون لها بمرور الزمن ذات الأثر؛ أو منع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول. (١)

والملاحظ هنا أن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بسطت نطاق الحماية ليشمل الإجراءات المتخذة مباشرة سواء من السلطات العامة بنفسها أو بواسطة الغير، وفتحت الباب أمام أي مسمى من الإجراءات التي تتخذها هذه السلطات وتحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماراته متى كان لها نفس الأثر؛ وأيضاً مجرد أن يكون الإجراء مانعاً للدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه، أو تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول. ومن ثم فضمانة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أقوى من ضمانة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف خاصة في خطر نزع الملكية.

رابعاً: حق الدولة في نزع الملكية قاعدة عرفية دولية

(١) Convention Establishing the arab investment and export credit guarantee corporation - <http://dhaman.net/en/wp-content/uploads/sites/3/2016/02/convention-en.pdf> - last visit 9/5/2018 - p17 " Article 18 – The Non-Commercial Insurable Risks ... 1. The insurance provided by the Corporation covers all or some of the losses resulting from the realization of any one or more of the following non-commercial risks: A. Measures taken by the public authorities in the host country, either directly or through an agency, whereby the insured is deprived of his substantial rights with respect to its investment, and in particular, confiscation, nationalization, sequestration, expropriation, compulsory seizure or any other creeping measures which, by the time, have the same effect, and prevention of a creditor from getting his rights repaid or from disposing of it, and postponement of repayment of a debt for unreasonable length."

قد استقر العرف الدولي على تقرير حق الدولة في نزع ملكية الأجانب من أجل المنفعة العامة بمجرد تعويض الأجنبي، حيث أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم ٣٢٨١ لسنة ١٩٧٤ حق الدولة الكامل في السيادة على مواردها وجميع ثرواتها، وحرية التصرف فيها وتنظيم النشاط الاقتصادي فيها.^(١) وقد أوضحت بعض معاهدات الاستثمار الثنائية شروط استخدام هذا الحق، وما كان ذلك إلا تقنيناً للعرف الدولي؛ فتتص المادة ٤ من معاهدة الاستثمار الثنائية بين مصر والصين على حق نزع الملكية وفق أربع شروط لمشروعية نزع الملكية؛ وهي :

(١) أن يكون للمصلحة العامة^(٢) (٢) أن يكون وفقاً للإجراءات القانونية المحلية

(١) انظر القرار رقم ٢٨١ د - ٢٩ - المادة ٢ من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية - الفصل الثاني حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية ص ١٢٤ " ١ - لكل دولة سيادة كاملة دائمة تمارسها بحرية، على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية، بما في ذلك امتلاكها واستخدامها والتصريف فيها. ٢ - ولكل دولة الحق في (أ) تنظيم الاستثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها القومية، وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وأنظمتها وطبقاً لأهدافها وأولوياتها القومية. ولا تتركه أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية؛ (ب) تنظيم نشاطات الشركات عبر الوطنية الداخلة في نطاق ولايتها القومية والإشراف عليها، واتخاذ التدابير التي تكفل تقييد هذه النشاطات بقوانينها وقواعدها وأنظمتها، وتمشيها مع سياساتها الاقتصادية والاجتماعية. ولا يجوز للشركات عبر الوطنية أن تتدخل في الشؤون الداخلية لدولة مضيفة. وعلى كل دولة مع الرعاية التامة لحقوقها السيادية، أن تتعاون مع الدول الأخرى في ممارسة الحق المنصوص عليه في هذه الفقرة الفرعية؛ (ج) تأمين الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها، وفي هذه الحالة ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير التعويض المناسب، أخذه بعين الاعتبار قوانينها وأنظمتها المنطبقة وجميع الظروف التي ترى الدولة أنها متصلة بالموضوع. وفي كل مرة تؤدي فيها مسألة التعويض إلى إثارة خلاف، يجب أن يسوى الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة ومن قبل محاكمها، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية، اتفاقاً حراً ومتبادلاً، على التماس وسائل سلمية أخرى تقوم على تساوي الدول في السيادة وتتفق مع مبدأ حرية اختيار الوسائل."

<https://documents-dds->

<ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/735/65/IMG/NR07356>

<5.pdf?OpenElement>. آخر زيارة ٢٠١٨/٥/٩ .

(٢) Department of State: 2014 Investment Climate Statement - June 2014 - p10 - " The Bolivian Constitution stipulates the right to private property as long as it serves a social function and is not against the collective interest

(٣) أن يكون على أساس غير تمييزي؛ (٤) النص على التعويض.^(١)

ولكن هناك أشكالاً أخرى مشروعة من الإجراءات التنظيمية تسري على المستثمرين الأجانب التي لا تصل إلى نزع الملكية وهذا من شأنه أن يقيد بشكل فعال

(Articles 56 and 57). The Constitution specifically allows expropriation in cases of public necessity, or where property is not serving a public function."

(¹) See article 4 of BIT between Egypt & china - Date of signature : 21/04/1994 - Date of entry into force: 01/04/1996, Provides that " Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take similar measures (hereinafter referred to as expropriation,,) against investments of investors of the other Contracting Party in its territory, unless the following conditions are met: (a) for the public interests; (b) under domestic legal procedure; (c) without discrimination; (d) against compensation. 2. The compensation mentioned in Paragraph I, (d) of this Article shall be equivalent to the value of the expropriated investments at the time when expropriation is proclaimed, be convertible and freely transferable. the compensation shall be paid without unreasonable delay " p 3 - 4; Nicolette Butler & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?- springer - Neth Int Law Rev (2017) - p 53; Ursula

Kriebaum - Wena v.Egypt Case - Max Planck Encyclopedia of Public International Law- Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2007- p 1 - 6 " according to the arbitral tribunal,

'an expropriation without "prompt adequate and effective effective compensation". Wena had been deprived of its contractual right to operate the two hotels. The tribunal found that 'it is also well established that an expropriation is not limited to tangible property rights' It concluded that Egypt violated Art.5 IPPA: whether or not it authorized or participated in the actual seizures of the hotels, Egypt deprived Wena of its "fundamental rights of ownership" by allowing EHC forcibly to seize the hotels, to possess them illegally for nearly a year, and to return the hotels stripped of much of their furniture and fixtures' Therefore, the tribunal found that Egypt's failure to act which led to a deprivation of Wena's contractual rights lasting for a year was not 'ephemeral ' and therefore constituted an expropriation."

مجموعة الإجراءات التي يمكن للمستثمرين الأجانب الشروع فيها ضد الدولة المضيفة بموجب معاهدة استثمار ثنائية مع الصين.^(١)

وإذا ما نظرنا إلى القانون المصري للاستثمار الصادر حديثاً نجد أن المشرع المصري قد أقر في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الضمان ضد نزع الملكية وما يماثلها من إجراءات؛ حيث أورد في المادة ٤ من القانون النص الآتي: "لا يجوز تأميم المشروعات الاستثمارية، ولا يجوز نزع ملكية أموال المشروعات الاستثمارية إلا للمنفعة العامة، وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد. ولا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على تلك المشروعات، ولا تفرض الحراسة عليها إلا بموجب حكم قضائي نهائي، كما لا يجوز التحفظ عليها إلا بموجب أمر أو حكم قضائي، ولا يكون ذلك كله إلا في الأحوال المبينة في القانون، ولا يجوز الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي، وذلك عدا الديون الضريبية، واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة التي يجوز تحصيلها عن طريق الحجز بجميع أنواعه، مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة مع المستثمر."^(٢)

والملاحظ في هذا النص أنه قد أورد صراحة قاعدة عامة مفادها عدم جواز تأميم المشروعات الاستثمارية، وعدم جواز نزع الملكية لها إلا للمنفعة العامة وذلك بشروط:-

- ١- أن يكون النزع لصالح المنفعة العامة.
- ٢- أن يكون ذلك بمقابل عادل يدفع مقدماً دون تأخير.

(١) Julien Chaisse - Ibid - p-73- 74, David Hallinan - The EU-China Bilateral Investment Treaty: a challenging first test of the EU's evolving BIT model - China-EU Law J (2016) - springer - p 31 -53

(٢) انظر المادة ٤ / ١-٢-٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ ص ٩

٣- أن تكون قيمة التعويض معادلة للقيمة الاقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق على صدور قرار نزع الملكية.

بينما كان سابقا يجري قضاء النقص على غير ذلك في نزع الملكية للمنفعة العامة.^(١)

٤- قابلية تحويل قيمة التعويض دون قيد.

وأقر المشرع في منتصف المادة سالفة الذكر عدم جواز الحجز الإداري على

أموال المشروعات الاستثمارية إلا بشروط :

١- أن يكون ذلك الحجز أو التجميد بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي.

ولنا هنا تعليق إذ أن الحكم القضائي النهائي هو الحكم الذي يمكن الطعن عليه بطرق الطعن العادية، وهذا يبيح العصف بأموال المشروع الاستثماري مع إمكانية اللجوء للقضاء في سلوك سبل الطعن العادية المتاحة، وكان يفضل هنا أن يترك المشرع أمر الحجز على أموال المشروع الاستثماري بحكم قضائي بات لا يطعن عليه إلا بطرق الطعن غير العادية ، حتى يطمئن المستثمر على أمواله.

(١) انظر قضاء محمة النقص -الطعنين المقيدين برقم ٩٥٥ لسنة ٨٣ ق، ١٩٤٢٠ لسنة ٨٤ ق - ٢٠١٦/١/٢٣ - الدائرة المدنية - السبب (أ) - ص ٦ " وحيث يعنى الطاعنان بالوجه الرابع من السبب الثالث على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون، وفي بيان ذلك يقولان إن الحكم قدر التعويض عن أرض النزاع في تاريخ رفع الدعوى، في حين أنه كان يجب تقدير قيمتها وقت صدور قرار الاستيلاء أو في تاريخ الاستيلاء الفعلي عليها، وإذ خالف الحكم هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي غير محله، ذلك بأن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استيلاء الحكومة على عقار جبرا عن صاحبه دون اتباع الإجراءات التي يوجبها قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض، وليس من شأنه أن ينقل بذاته الملكية إلى الجهة الغاصبة ويظل له حق استرداده وطلب مقابل الانتفاع به إلى أن يصدر قرار نزع ملكية تراعى فيه الإجراءات القانونية يستوى في ذلك أن يكون ما استولت عليه الحكومة داخلا في مشروعاتها أو مضافا إلى خطوط تنظيم الشوارع وفقا للقانون، ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أي عمل غير مشروع، له أن يطلب بتعويض الضرر سواء ما كان قائما وقت الغصب أو ما تفاقم بعد ذلك من ضرر إلى تاريخ الحكم مما يستتبع تقدير التعويض المستحق عن العقار وقت رفع الدعوى لا وقت الاستيلاء عليه. لما كان ذلك ، وإذ اعتد الحكم المطعون فيه بطلب المطعون ضدهم بتقدير التعويض عن قيمة الأرض ومقابل عدم الانتفاع وقت رفع الدعوى، فإنه يكون قد التزم القانون، ويضحى النعي على غير أساس."

٢- أن يكون ذلك الحجز فيما عدا الديون الضريبية، واشتراكات التأمينات الاجتماعية المستحقة للدولة حيث يجوز تحصيلها عن طريق الحجز بجميع أنواعه.
٣- يجوز الاتفاق مع المستثمر على خلاف ذلك فيما يخص الديون الضريبية ، واشتراكات التأمينات الاجتماعية.

وهذا ما أقره المشرع في عجز الفقرة الثالثة من المادة الرابعة سالفه الذكر " مع عدم الإخلال بما يتفق عليه في العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة مع المستثمر ". وبالإضافة إلى التعليق السابق في البند رقم ١ ؛ إلا أن المشرع تماشى وأباح الحجز بمجرد صدور أمر قضائي وهذا مفاده سرعة العصف بأموال المشروع الاستثماري أو تجميدها مما يهدد الضمان الممنوح للمستثمر. حيث قررت الفقرة الرابعة من المادة الرابعة سالفه الذكر " ولا يجوز الحجز على أموال المشروعات الاستثمارية أو مصادرتها أو تجميدها إلا بناء على أمر قضائي أو حكم نهائي".

المطلب الثاني

الإطار القانوني لتنفيذ نزع الملكية

أولاً: عناصر ثلاثة يتحقق بها نزع الملكية

١- سبب نقل الملكية:- والذي يجد أساسه في قرار سيادي للسلطة العامة، فنزع الملكية أو التأميم عمل للسلطة العامة وليس عمل للأفراد. وهنا يتعين أن يصدر القرار عن سلطة عامة مختصة في القانون الداخلي، وهي إما السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية ولا يصدر عن السلطة القضائية فالأخيرة تختص بالمصادرة وفرض الحراسة.

٢- نقل الملكية : ولا يرد هذا النقل إلا على الأموال القابلة للتأميم وهي الأموال التي يملك سند ملكيتها الأفراد سواء كانوا طبيعيين أو معنويين من أشخاص القانون الخاص، وهذا إجراء سيادي غير قابل للتنازل عنه.

٣- هدف نقل الملكية : يهدف نقل الملكية إلى نقل الأموال المؤممة إلى الجماعة الوطنية للرقابة على الأموال المؤممة.^(١) وهناك قيود كبيرة على نزع الملكية ومنها.
ثانياً: قيود على نزع الملكية

لكل دولة الحرية في القيام بالإجراءات التي تعمل على توفير الرخاء لشعبها متى كان ذلك تحقيقاً للمصلحة العامة أو المنفعة الوطنية، ويرد قيودان مهمان على نزع الملكية هنا:-

١- عدم التمييز ضد الأجانب : سعت دول العالم إلى إبرام الاتفاقيات المتعددة التي تعنى بحماية ضمان الخسائر المترتبة عند تحقيق إجراء نزع الملكية. فإذا صدر قانون لنزع الملكية لا يفرق فيه بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي أو بين مستثمر أجنبي من دولة ما ومستثمر أجنبي من دولة أخرى؛ فلا يحق للمستثمر المنزوعة ملكيته أن يطالب بضمن استثماراته لأن التشريع صادر بدون تمييز بغرض تنظيم النشاط الاقتصادي في أراضي الدولة المضيفة للاستثمار. وهنا أيضاً المعول عليه في كون القانون الصادر بنزع الملكية يحمل في طياته تمييزاً بين المستثمرين من عدمه أمراً مرجعه إلى القضاء ولكل حالة على حدة ؛ فلا توجد قاعدة عامة لتطبيق على كافة الحالات.

٢- مراعاة مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، وهذا الاحترام يقتضي التعويض إذا ما تم نزع الملكية.^(٢) وقد يكون نزع الملكية مباشراً أو غير مباشراً، متى كان الإجراء له تأثير حرمان مالك العقار من ملكيته أو إفقاده قيمته. وغالبا ما تتضمن معاهدات الاستثمار الثنائية واتفاقات الاستثمار الدولية بنوداً توضح الحالات التي تكون فيها الدولة الطرف المضيفة للاستثمار في الاتفاق يجوز لها أو لا يجوز لها نزع ملكية الأصول، وتوضيح مستوى التعويض الذي يمكن دفعه في حالة نزع الملكية.^(٣)

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٧٨

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٩٨

(٣) Nicolette Butler & Surya Subedi - Ibid - p 54

ثالثاً- المعونة الاقتصادية كوسيلة لتقييد حق الدولة في نزع الملكية

قد بحث بعض الدارسين في مجال الاستثمار الأجنبي المباشر في وقتنا الحالي في كيفية استخدام المعونة الاقتصادية الناتجة عن الاستثمار الأجنبي المباشر كأحد قيود نزع الملكية على البلد المضيف للاستثمار وذلك وفق المعطيات الآتية:

إذا ما صادر البلد المضيف الاستثمار الأجنبي المباشر وفق آلية نزع الملكية، فإنه مهدد بفقد الوصول إلى هذا الاستثمار الأجنبي في جميع الفترات المستقبلية. ومن ثم فالمعونة تشكل أداة لحماية الاستثمار؛ إذ أن لديها القدرة على تيسير تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق الحد من حافز البلد المتلقي من الاستيلاء عليه. بحيث يرسخ لدى مؤسسات الحكم في البلد المتلقي للاستثمار التزاما ديناميكيا لمنع نفسها من مصادرة الاستثمار الأجنبي المباشر. وذلك على مستويين :

المستوى الأول: يفترض الباحث عدم وجود الالتزام بعدم بنزع الملكية. وهنا سيكون للمعونة دور تؤول إليه إذا كان البلد المضيف يفتقر إلى الصبر فضلا عن فقره بدرجة كافية مما يجعل تهديد نزع الملكية أمرا حتميا إذا ما غابت المعونة. فالفقر يجعل الاستفادة الحدية من المعونة كبيرة بما يكفي للبلد المضيف.

المستوى الثاني: افترض أن الالتزام بعدم نزع الملكية متوافر وهناك حوافز للبلد المضيف لاعتماده، وبالتالي إصلاح مؤسساتها. إذ أن تقديم المساعدة من جانب البلد الأجنبي كوسيلة للتخفيف من التشوهات الناجمة عن خطر نزع الملكية قد يثني البلد المضيف عن القيام بالإصلاح: فالبلد المضيف كان سيختار إصلاح مؤسساته إذا لم يكن من المتوقع أن يقوم البلد الأجنبي بتقديم أي مساعدة على الإطلاق.

ومع ذلك، ولتجنب تقديم المعونة طوال الوقت، قد يجد البلد الأجنبي أنه من الصواب توفير حافز لمرة واحدة للبلد المضيف من أجل حفز الإصلاح والقضاء على خطر نزع الملكية نهائيا. لأنه إذا لم يعتمد البلد المضيف الالتزام بعدم نزع الملكية طوعا، ولم يوفر البلد الأجنبي حوافز للإصلاحات المؤسسية، فإن الاقتصاد العالمي يقال إنه في مصيدة المصادرة ونزع الملكية، مما يهدد قدوم الاستثمار

الأجنبي إليه.^(١) ويرى البعض أن حق الإنسان في الملكية من حقوق الإنسان التي إذا تعارضت نزع الملكية معها غلب حق الإنسان على حق الدولة في نزع الملكية حتى ولو كانت للمنفعة العامة^(٢)؛ ولكننا لا نؤيد مثل هذا الرأي لأن حق المنفعة والمصلحة العامة يغلب على حق الإنسان الفرد.

رابعاً: شروط الضرر الذي يستحق عنه التعويض

١- الشرط الأول أن يكون الضرر مادياً

حيث قرر قضاء محكمة النقض أن الضرر المادي - وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة - هو المساس بمصلحة مشروعة للمضروع في شخصه أو في ماله، إما بالإخلال بحق ثابت يكفله له القانون أو بمصلحة مالية له^(٣)، ومن ثم يقتصر حق المالك على ثمن العقار المنزوعة ملكيته، فليس له إذن أن يطلب الحكم بتعويضات أدبية أو تذكارية لأن ذلك الأمر لا يجيزه المشرع.^(٤)

(١) Yi Jin - Zhixiong Zeng - Expropriation and foreign direct investment in a positive economic theory of foreign aid - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2016 - p140

(٢) Manuel Monteagudo - The Right to Property in Human Rights and Investment Law: a Latin American Perspective of an Unavoidable Connection - SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series -2013/6 - <http://ssrn.com/abstract=2613890> - last visit 30/4/2018 - p6

(٣) جلسة ٢٧ يناير ٢٠٠٢ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ قضائية - ص ٢٠٣

(٤) تنص المادة ٦ من قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠ على أنه " يتم تقدير التعويض بواسطة لجنة تشكل بكل محافظة بقرار من وزير الأشغال العامة والموارد المائية، من مندوب عن هيئة المساحة رئيساً، وعضوية مندوب عن كل من مديرية الزراعة ومديرية الإسكان والمرافق ومديرية الضرائب العقارية بالمحافظة بحيث لا تقل درجة أي منهم عن الدرجة الأولى ويتم تغيير الأعضاء هذه اللجنة كل سنتين . ويقدر التعويض طبقاً للأسعار السائدة وقت صدور قرار نزع الملكية وتودع الجهة طالبة نزع الملكية مبلغ التعويض خلال مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ صدور القرار، خزانة الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية. ويجوز بموافقة الملاك اقتضاء التعويض كله أو بعضه عينا " . وتنص المادة ٧ " تعد الجهة القائمة بإجراءات نزع الملكية بعد إيداع مبلغ التعويض المنصوص عليه في المادة السابقة كشوفاً من واقع عملية الحصر والتحديد المنصوص عليها في المادة (٥) من هذا

٢ - الشرط الثاني: أن يكون الضرر مباشراً

ويقصد به الضرر الذي يحدث فور تنفيذ قرار نزع الملكية وبسببه، ومن ثم فالأضرار التي تحدث قبل تنفيذ قرار نزع الملكية لا تكون مباشرة. فالتعويض مقياسه الضرر المباشر الذي أحدثه الخطأ ويشتمل هذا الضرر على عنصرين جوهريين التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته، وهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضي بالمال على ألا يقل عن الضرر أو يزيد عليه متوقعا كان هذا الضرر أو غير متوقع متى تخلف عن المسؤولية التقصيرية.^(١) وهنا جرى قضاء محكمة النقض المصرية على أن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك لاسترداد ملكه من غاصبه لا تسقط بالتقادم.^(٢)

٣ - الشرط الثالث أن يكون الضرر مؤكداً

وهو الضرر المحقق فعلاً حيث يمكن تحقيقه وتقديره بيقين وبقبل التعويض عنه في الحال؛ وهنا استقر في قضاء محكمة النقض أنه يشترط للحكم بالتعويض عن

القانون تبين فيها العقارات والمنشآت التي تم حصرها ومساحتها وموقعها وأسماء ملاكها وأصحاب الحقوق فيها ومحال إقامتهم والتعويضات التي قدرتها اللجنة المنصوص عليها في المادة السابقة، وتعرض هذه الكشوف مرفقا بها خرائط تبين موقع هذه الممتلكات في المقر الرئيسي لهذه الجهة وفي مقر مديرية المساحة أو الإدارة التابعة لها بعاصمة المحافظة الواقع في دائرتها العقار، وفي مقر العمدة وفي مقر الوحدة المحلية لمدة شهر. ويخطر الملاك وذوو الشأن والجهة طالبة نزع الملكية بهذا العرض بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول. ويسبق هذا العرض بمدة أسبوع إعلان في الوقائع المصرية - ملحق الجريدة الرسمية - وفي جريدين يوميتين واسعتي الانتشار، يشمل بيان المشروع والمواعيد المحددة لعرض الكشوف والخرائط في الأماكن المذكورة. ويخطر الملاك وأصحاب الحقوق بوجوب الإخلاء في مدة أقصاها خمسة أشهر بكتاب موسى عليه مصحوب بعلم الوصول".

(١) جلسة ٢٣ يناير ٢٠٠٠ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٥٨٠٩ لسنة ٦٢ قضائية - ص ١٧٩

(٢) انظر قضاء محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ١٧٩٧٧ لسنة ٨٠ ق - الدائرة المدنية - الأثنين (ج) - ٢٠١٥/٥/١٨ ص ٣ - ٧ " لكون حق الملكية حقا دائما لا يسقط بعدم الاستعمال ومطالبة المالك بقيمة العقار محل الغضب تعتبر مطالبة بالزام المدين الغاصب بتنفيذ التزامه بالرد بطريق التعويض، في حالة تعذر التنفيذ عينا ومن ثم فإن دعوى المطالبة بقيمة العقار موضوع الغضب لا تسقط بالتقادم، وإن كان الغاصب يستطيع أن يدفعها بتملك العقار بالتقادم المكسب، "

الضرر المادي الإخلال بمصلحة مالية للمضروب وأن يكون الضرر محققاً بأن يكون قد وقع بالفعل أو يكون وقوعه في المستقبل حتماً.^(١)

٤- الشرط الرابع: أن يكون المضروب في مركز يحميه القانون:

ومثاله أن يكون النشاط الذي تم نزع ملكيته في مركز قانوني يحميه القانون. ويعد المستثمر الصادر قرار بنزع ملكيته بالمخالفة لأحكام القانون في مركز يحميه القانون؛ خاصة إذا كان المستثمر يتمتع بالضمان ضد خطر نزع الملكية.^(٢)

المطلب الثالث

التأميم

أولاً: تعريفه

يقصد به تحويل الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج في المجتمع إلى ملكية جماعية بهدف تحقيق المصلحة العامة وهو على صورتين:-

١- القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج تلافياً للاستغلال ويسمى التأميم الإيدلوجي.

٢- القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويسمى التأميم الإصلاحي.^(٣)

ثانياً: معايير ممارسة التأميم

١- صيانة وحماية حقوق الملكية الخاصة، وعدم جواز التعدي عليها بواسطة الحكومات المركزية، وفي حال ما اقتضت المصلحة العامة ذلك، يجب أن يدفع تعويض مناسب للمستثمر الأجنبي.

٢- عدم التمييز في المعاملة فيما بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي والمشروعات الوطنية والمشروعات الأجنبية.

(١) جلسة ٢٢ أكتوبر ٢٠٠٧ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ قضائية - ص ٦٨٠

(٢) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١٠٣

(٣) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٩٩

٣- يحق للدول استخدام كافة الطرق الدبلوماسية الخاصة بحماية مصالح مواطنيها المستثمرين في حالة إذا ما تم تأميم ملكياتهم من دول أخرى أو فرض تعديلات تشريعية تضر بمصالحهم الاقتصادية. ويشترط هنا عدم اللجوء لهذه الطرق إلا بعد ما يستنفذ المستثمر كافة الوسائل المحلية الممكنة لحماية حقوقه المالية المتعلقة بالمشروع محل التأميم.^(١) ويطلق البعض على التأميم الذي يتبع هذه الشروط مصطلح التأميم المشروع ومعيار التأميم المشروع وفقاً للمادة ٣ من مشروع اتفاقية حماية الملكية الأجنبية ١٩٦٧ التي أعدتها منظمة التعاون الاقتصادي " ليس لأي طرف أن يتخذ إجراءات من شأنها أن تجرم مواطن طرف آخر من ملكيته بطريق مباشر أو غير مباشر ما لم تتحقق الشروط التالية:-

١- أن تتخذ الإجراءات لمصلحة عامة وطبقاً للإجراء القانوني السليم

٢- ألا تتطوي الإجراءات على تمييز.

٣- أن تصطب الإجراءات بالنص على دفع تعويض عادل بشرط أن يمثل التعويض القيمة الحقيقية للملكية التي تأثرت بالإجراءات، وأن يدفع دون تأخير لا مبرر له ، وأن يكون قابلاً للتحويل إلى المدى الضروري لجعله فعالاً للمواطن المستحق له.^(٢)

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٠٩

(٢) Draft convention on the protection of foreign property - Organisation for Economic Co-operation and Development (1967) - p 1-2 " Article 3 Taking of Property No Party shall take any measures depriving, directly or indirectly, of his property a national of another Party unless the following conditions are complied with: (i) The measures are taken in the public interest and under due process of law; (ii) The measures are not discriminatory; and (iii) The measures are accompanied by provision for the payment of just compensation. Such compensation shall represent the genuine value of the property affected, shall be paid without undue delay, and shall be transferable to the extent necessary to make it effective for the national entitled thereto. "

ثالثاً: شروط التعويض عن التأميم

مرت طرق تقدير التعويض بمرحلتين (التقليدية والحديثة):-

١- الحلول التقليدية

١- أن يبين قرار التأميم كيفية نمو المال المؤمم، وحساب التعويض الذي يتفق مع ذلك، ومخالفة ذلك تجعل التعويض مخالفاً للقانون الدولي.

٢- طريقة حساب نمو المال المؤمم يلزم ألا تخالف القانون الدولي، أي يلزم تحديد القيمة النقدية للأصول المؤممة.

٣- أن يكون التعويض حالاً وملازماً للتأميم أو في وقت قريب من التأميم.

٤- يجب أن يكون التعويض فعالاً أي يكون بإمكان المضرور أن يتصرف في التعويض نقدياً فهنا يلزم أن يكون المضرور حراً في نقل وتحويل هذا المبلغ إذا كان بعملة أجنبية أما إذا كان بعملة وطنية فيجب أن يكون قابل للتحويل بسعر غير تمييزي.

٢- الحلول الحديثة

أصبح التأميم مشروعاً باعتباره حقاً سيادياً ، فلا تثور مسؤولية الدولة لقيامها بالتأميم إلا إذا انعدم التعويض حيث أضحى التعويض جزءاً من التأميم ، واعتبر ذلك استجابة للمطالب المشروعة للدول التي حصلت على سيادتها حديثاً من جراء الاستقلال. ومن ثم فالدولة المؤممة ليست ملزمة بتقديم معايير مفصلة عن نمو المال المؤمم وحساب التعويض المواز للتحويل لفكرة التعويض المعقول.

وهنا تأخذ التأميمات الحديثة بالقيمة السوقية لأصول المشروع وليست القيمة النقدية والتي تعد أقل منها بالطبع، ومن ثم فالدولة المؤممة حرة في تحديد المبلغ وشكل التعويض الممنوح. وأصبحت القاعدة هي التعويض المناسب وهو الذي يأخذ في اعتباره درجة من التناسب مع الضرر حيث تؤخذ كل الظروف المحيطة بالمشروع المؤمم والتي تؤدي إلى الانقاص من مبلغ التعويض إنقاصاً مشروعاً.^(١)

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٨٩

الخلاصة

نخلص من هنا إلى أن أهم الأخطار التي يواجهها المستثمر هو خطر نزع الملكية؛ أي كانت صورته، وتتنزع درجات الضمان بين المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، وهي أقوى في الضمان من هذا الخطر من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف؛ إلا أنه تظل الاتفاقات الثنائية للاستثمار أقوى وسيلة في ضمان هذا الخطر. وقد أغفل المشرع المصري في تشريع الاستثمار الصادر مؤخراً في الضمان ضد نزع الملكية المعايير الدولية المتبعة؛ إذ أنه أطلق يد القضاء في نزع الملكية بمجرد صدور الحكم النهائي أو الأمر القضائي وكنا نفضل أن يرجئ الأمر لصدور الحكم البات إذ أنه عنوان الحقيقة. وننتقل هنا لمناقشة خطر آخر هو خطر خرق العقد وكيفية الضمان ضد هذا الخطر.

المبحث الثالث

خطر خرق العقد

تمهيد وتقسيم

يعد خطر خرق العقد من الأخطار المحتملة التي من الممكن أن يواجهها المستثمر، والذي من الممكن أن يتسبب له في خسارة كبيرة جداً تهدد استثماراته وقدرته على الوفاء بالتزاماته تجاه الآخرين. فما هو المقصود بخرق العقد وما هي صورته؟ وهل يعد الأداء المعيب خرقاً للعقد؟ وهل يعد خرق عقد الاستثمار بين المستثمر والدولة التي استضافته خرقاً للقانون الدولي؟ وما هو الوضع قديماً وحديثاً في تسوية النزاع المترتب على خرق العقد؟ هل يحق للمستثمر اللجوء مباشرة إلى التحكيم أم أنه إذا استنفذ سبل الانتصاف المحلية لا بد أن يحتمي بالدولة الأم التي يحمل جنسيتها قاصداً بذلك الحماية الدبلوماسية؟ وما هي الميزة النسبية لاستبعاد نظام الحماية الدبلوماسية بالنسبة للمستثمر وبالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار؟ وما هي الآثار المترتبة على القيام بخرق العقد سواء من جهة المستثمر أو من جهة الدولة المضيفة للاستثمار؟ وهل تؤثر قرارات الدولة المضيفة للاستثمار على تدفقات

الاستثمار الأجنبي المباشر؟ وما هو مدى تأثير المعاملة بالمثل على قرارات الاستثمار وأثر الانتقام على سمعة الدولة المضيفة للاستثمار؟ وما هو موقف كلا من الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف، والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار واتئمان الصادرات، وقانون الاستثمار المصري الصادر حديثا من ضمان خرق العقد. هذا ما أتعرض إليه في هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بخرق العقد.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على خرق العقد.

المطلب الثالث: أفضل سبل مواجهة خرق العقد.

المطلب الأول

المقصود بخرق العقد

أولاً: المقصود بخرق العقد

يقصد بخرق العقد التقصير غير المبرر. ويشمل خرق العقد عدة صور منها شرط الاستبعاد، وشرط القوة القاهرة، وإبطال العقد أو جزء منه، وأن يعذر أحد أطراف العقد الطرف الآخر في الأداء، أو يتنازل الطرف صاحب الحق عن حقوقه في تقديم شكوى حول الخرق المزعوم. ويمكن إيجاز خرق العقد في ثلاثة أشكال:

(أ) التخلي، صراحة أو ضمناً: ويحدث التخلي قبل أو في وقت الأداء، حيث يعلن الطرف ("التخلي الصريح") أو يشير إلى السلوك ("التنازل الضمني") أنه لا ينوي الأداء.

(ب) الاستحالة المقبولة: قبل أن يكون الأداء مستحقاً، قد يصرح أحد أطراف العقد بدون عذر قانوني مما يحول دون تنفيذ العقد.

(ج) الأداء المعيب: قد يكون الأداء معيباً بطرق مختلفة، بما في ذلك عدم الأداء؛ تقديم مناقصة أو عرض خاطئ أو موضوع دون المستوى أو خدمات غير مجدية أو غير مرضية؛ وقد يتأخر الأداء أو يكون بطيئاً جداً؛ أو قد يكون الطرف المذنب قد

فعل ما وعد بعدم القيام به، على سبيل المثال، عن طريق العمل لصالح شركة منافسة مخالفة للالتزام بأداء حصري لمصلحة صاحب المطالبة.⁽¹⁾

ثانياً : هل خرق عقد الاستثمار يعد خرقاً للقانون الدولي؟

يوجد فرق بين خرق الالتزامات التعاقدية وخرق لمعاهدة الاستثمار الثنائية. حيث تختلف الدعاوى المرفوعة استناداً إلى المعاهدات عن الدعاوى المرفوعة استناداً إلى العقود، حتى لو نشأت عن نفس الوقائع. ولا يستبعد هذا احتمال أن يكون خرق العقد أيضاً خرقاً لمعاهدة الاستثمار الثنائية.⁽²⁾ إلا أن مجرد انتهاك العقد لا يشكل تلقائياً خرقاً للقانون الدولي.⁽³⁾ وبالتالي فإن القانون الدولي لا يضمن الوضع التعاقدى على إطلاقه وإنما تنطبق أحكامه إذا ما تجلّى ذلك في إرادة أطراف العقد أو الاتفاق الخاص بالاستثمار. ويشير بعض المؤلفين إلى أن مجرد مزيج من شروط الاستقرار والتدويل يؤدي إلى جعل الالتزام التزاماً يخضع للقانون الدولي. ويبدو أن تطبيق هذين البندين قد انخفض في السنوات الأخيرة.⁽⁴⁾ ومع ذلك، فإن محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تطبق شرط "البنود المظلمة" لا تتفق حتى على الشروط المسبقة للاستفادة من شرط "البنود المظلمة".⁽⁵⁾ وتشير بعض

(1)Neil Andrews - Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives - Springer - 2016 - p 162

(2)Robert Gommel - Ibid - p 84

(3)Martins Paporinskis - Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility - The European Journal of International Law Vol. 24 no. 2 - Oxford University Press - 2013 - p 628 " some arbitral decisions regarding fair and equitable treatment leave it somewhat unclear whether the international responsibility is based on a certain breach of an international obligation. Some tribunals have decided the case without identifying the content of the rule"

(4)Robert Gommel - Ibid - p 103

(5)Heba Hazzaa & Silke N. Kumpf - Egypt's Ban on Public Interest Litigation in Government Contracts: A Case Study of "Judicial Chill" - 2015 - <https://ssrn.com/abstract=2578819> - last visit 30/4/2018 - stanford Journal of international law - p4 "As of 20 January 2015 and since the January 2011 uprising, 12 arbitration proceedings against Egypt have been

المحاكم إلى أنه ليس كل خرق للعقد هو انتهاك شرط "البنود المظلمية"، حيث أن هذا الأخير لا يتأثر إلا إذا كان الخرق يتعلق بوظيفة أو سلطة دولة ذات سيادة.^(١) وقد ثبت أيضا أن البنود المظلمية تشكل مصدر قلق في قانون الاستثمار الأجنبي، ومن المبادئ المقبولة عموما في القانون الدولي أن انتهاك الدولة لعقد لا يؤدي تلقائيا إلى مسؤولية دولية مباشرة بحيث يدل ذلك على انتهاك المعاهدة. ومع ذلك فإن العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية اشتملت على "البنود المظلمية"، والتي يعتقد أنها تؤدي إلى نوع من الحماية الشاملة للمستثمرين الأجانب ضد الدولة في حالات خرق العقد، حيث يؤدي خرق العقد إلى خرق معاهدة الاستثمار الثنائية أو أحكام القانون الدولي للاستثمار، والذي بدوره يفعل الحماية المتاحة بموجب قانون الاستثمار الأجنبي. وهذا هو في الأساس امتداد لقانون الاستثمار الأجنبي في المنازعات التعاقدية؛ مما يؤدي إلى تشويش الفصل بين القانونين العام والخاص.^(٢)

ثالثا: معاهدة الاستثمار الثنائية أم عقد الاستثمار

تضع اتفاقات الاستثمار الدولية سبلا قانونية بديلة للمستثمرين الذين سيقترضون على تقديم دعوى بالتعويض عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية في النظام القانوني المحلي. وقد يتردد المستثمرون في اتخاذ الدعاوى المتعلقة بالمسائل الحساسة مثل نزع الملكية أمام محكمة وطنية خوفا من تحيز البلد المضيف، ولا

registered with the International Centre for the Settlement of Investment Disputes ("ICSID") alone. Five of the twelve registered ICSID arbitrations arise out of a decision by an Egyptian court which negatively affected the relevant foreign investment. One investor, Al Jazeera Broadcasting, announced their intention to file an investor state arbitration ("ISA") following a court decision in a PIL banning Al Jazeera from carrying out its Egyptian operations. There are 14 more cases pending in Egyptian courts that could potentially increase the number of investor-state arbitration cases based on judicial breach of the relevant BIT."

^(١)Robert Gommel - Ibid - p 162

^(٢)Nicolette Butle & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation? - Neth Int Law Rev (2017) - springer - p 53

سيما في الدول ذات النظم القضائية الأقل تطورا والفصل الملتبس للسلطات؛ إلا أن اتفاقات الاستثمار الدولية قد وضعت هيكلًا تعاقديًا موحدًا تدرج فيه آليات الحماية. وهذه الآليات تم تصميمها لتوفير مستوى أعلى من الحماية للمستثمرين. وفيما يتعلق بحماية الاستثمار بموجب اتفاقات الاستثمار الدولية، يرد تعريف الاستثمار في المعاهدة ذات الصلة ليشكل شرطًا قضائيًا في إطار اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما ورد في المادة ١/٢٥ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.^(١) وبالتالي، فإن ولاية القانون الدولي للاستثمار تمتد لتحديد نطاق تعريف ما يعد استثمارًا وما لا يعد كذلك في صلب المعاهدة الدولية وبشكل موضوعي.^(٢) وللأطراف المتعاقدة سلطة تحديد الاستثمارات، وتفويض تفسير العقد إلى هيئة أخرى تقرر القواعد الواجبة التطبيق لتسوية النزاعات بين المتعاقدين. وهذا يعني أن الأطراف المتعاقدة تحدد الاستثمارات في المعاهدة وتخول تلك الهيئة سلطة تطبيق هذا التعريف. فقديماً تضمّنت معاهدات الاستثمار تعريفًا واسعًا نسبيًا للاستثمار الذي غالبًا ما يركز على "الحقوق والمصالح". بينما تركز المعاهدات الحديثة أكثر على العملية أو المعاملة التي تشكل الاستثمار أو على الأصول المكتسبة نتيجة لهذه العملية أو على المعاملات بصفة عامة.

(^١)Icsid convention, regulations and rules - p 18 "Chapter II Jurisdiction of the Centre - Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally"

(^٢)Stephan W. Schill - W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law - The Changing Face of International Investment Law: From InterState to Investor-State - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 3 - 2011- p879

يوسع الاتجاه العام الآن من نطاق اتفاقات الاستثمار الدولية من خلال توسيع نطاق تعريف الاستثمار، مما يزيد من حماية المعاهدة. وبسبب انتشار النشاط الاقتصادي المرتبط بالاستثمار الأجنبي المباشر، يمكن للأطراف تفويض مزيد من الاختصاص لقضاة قانون الاستثمار بتوسيع تعريف الاستثمار. وفي معظم الحالات، تتضمن اتفاقات الاستثمار الدولية بنوداً تحدد الاستثمار. وعلى الرغم من أن هذه التعريفات ليست متطابقة دائماً، فإن اتفاقات الاستثمار الدولية الحديثة تجمع بين المصطلحات العامة مع قائمة الأنشطة الاقتصادية المحددة التي تعتبر استثماراً.^(١) وبموجب نظام القانون الدولي العرفي للحماية الدبلوماسية يرجع المستثمر إلى الدولة التي يحمل جنسيتها لتبني ادعائه، بعد استفاد سبل الانتصاف المحلية في الدولة المضيفة لاسيما عن طريق التحكيم فيما بين الدول أو باللجوء إلى محكمة العدل الدولية.

يتمتع المستثمرون الأجانب بموجب معاهدات الاستثمار الحديثة بحق مستقل في بدء التحكيم بين المستثمرين والدول مباشرة ضد دولة مضيفة، بانتظام دون الحاجة إلى استفاد سبل الانتصاف المحلية.^(٢) ومن ثم فإنهم يستطيعون أن يلتسوا

(١)Luis Toma's Montilla Ferna'ndez - Ibid - p 147- 148

(٢)Christoph Schreuer - Investment Disputes - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2013 - p 4 "Some areas of international law, such as diplomatic protection and human rights, require the exhaustion of remedies in the local courts before a claim may be presented on the international plane. This rule is not applied in investment arbitration. Art.26 ICSID Convention indicates that the exhaustion of local remedies is not required, as a rule, before investor State arbitration may be initiated.

States may condition their consent to arbitration on the prior exhaustion of local remedies; in practice this is hardly ever done. BITs and other treaties providing for investor State arbitration have been interpreted as not requiring the exhaustion of local remedies also in non-ICSID arbitration."

الانتصاف باسمهم، عن الأضرار الناتجة عن انتهاك الدولة المضيفة لالتزاماتها بموجب معاهدة الاستثمار. وإدخال هذا الحق الخاص في العمل له عدد من النتائج:

١- إنه يحول الطريقة التي تسوى بها النزاعات الاستثمارية من عملية تقوم على التفاوض بين الدول، حيث تكون القوة النسبية بينهما حاسمة، في عملية تسوية المنازعات وإدخال طرف ثالث مستقل، أي هيئة التحكيم، تمكن من تسوية المنازعات الاستثمارية وفقا للقواعد القانونية المقررة سلفا. ويستتبع ذلك الانتقال من السياسة إلى القانون، ويتيح إضفاء الطابع القانوني على تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

٢- التحكيم بين المستثمرين والدول يفصل مصالح المستثمر عن المصالح التي يحتمل أن تكون متعارضة مع دولة موطن الاستثمار، والقرار الذي يتخذ بشأن ما إذا كان ينبغي المضي قدما في الدعوى المقدمة من المستثمرين والدول يتوقف على جوانب خارجة عن العلاقة بين المستثمر والدولة المضيفة، مثل المصالح الجيوسياسية الأوسع للدولة الأم للمستثمر التي يحمل جنسيتها. لأن حينها الدول تتحكم في الوصول إلى تسوية المنازعات ذات الصلة بالاستثمار وتشرع فيها بموجب القانون الدولي، أما التحكيم بموجب معاهدة الاستثمار ينقل السيطرة على الشروع في المنازعات للمستثمرين من القطاع الخاص وليس الدولة الأم التي يحملون جنسيتها.

٣- يتم تخفيض سيطرة الدول المصدرة للاستثمار على تقديمها إلى تسوية المنازعات بين المستثمرين إلى فعل يتحرك مرة واحدة بإعطاء موافقة عامة ومسبقة على التحكيم في معاهدة استثمار، مما يسمح لمحاكم معاهدات الاستثمار بممارسة الولاية القضائية على عدد لا نهائي من الناحية النظرية من المنازعات المتعلقة بالاستثمار في المستقبل.

وينطوي ذلك على فقدان سيطرة الدول على نطاق اختصاص التحكيم في معاهدات الاستثمار. وبدلا من ذلك، فإن الموافقة العامة المسبقة للدول تخلق بشكل فعال شكلا

من أشكال الاختصاص الإلزامي لمحاکم معاهدات الاستثمار في المنازعات المتصلة بالاستثمار .

٤- إن معاهدات الاستثمار الحديثة تستغني عموما عن اشتراط استفاد سبل الانتصاف المحلية. ولذلك، فإن التحكيم في معاهدات الاستثمار يتخطى المحاكم المحلية للدولة المضيفة، التي تكون مختصة بنظر المنازعات بين المستثمرين والدول. وهذا لا يلغي فقط فرصة المحاكم المحلية لمعالجة السلوك الحكومي غير القانوني، بل يجعل القانون الدولي الذي تعمل بموجبه محاکم معاهدة الاستثمار قابلة للتطبيق مباشرة على العلاقات بين المستثمرين والدول.

٥- إن منح التعويضات يسمح للمستثمر بالتعويض عن الضرر المالي الناجم عن انتهاك الدولة المضيفة لمعاهدة استثمار؛ وذلك يتطلب من الدولة المضيفة أن تستوعب تكاليف الإخلال بالتزاماتها بموجب معاهدة الاستثمار. ومن ثم فالتحكيم في معاهدات الاستثمار يحفز الحكومات على خرق معاهدات الاستثمار فقط في الحالات التي تكون فيها المزايا التي تستمدها من الخرق تفوق تكاليف تعويض المستثمرين المتضررين.^(١) ففي حالة الخسارة الناجمة عن الإخلال بالعقد من جانب طرف في عقد الاستثمار، يتحمل الطرف المخالف المسؤولية المالية بغض النظر عن مدى ارتفاع أو انخفاض قيمتها.^(٢) ومن ثم فهناك ميزة نسبية لكل من المستثمر باستبعاد الدولة الأم التي قد تحميه دبلوماسيا وفقا لمصالحها وطموحاتها السياسية بما قد يضره ولا ينفعه أثناء تسوية النزاع وبعده، وميزة للدولة المضيفة للاستثمار إذ أنها قد تخرق العقد إذا قدرت أن مميزات خرق العقد أقوى من قيمة التعويض المترتب عليه. وهذا ما حدث في الإكوادور مؤخرا لطلب إلغاء في ١١ أكتوبر ٢٠١٢ تسجيل

(١)Stephan W. Schill - International Judicial Lawmaking On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance - System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking - springer - 2012 - p142-145

(٢)An CHEN - The Voice from China An CHEN on International Economic Law - springer -2013 - p 429

قرار التحكيم الذي تم تسليمه في ٥ أكتوبر ٢٠١٢ والذي حصلت فيه شركة أوكسيدنتال للبتروكيمياويات على أكثر من ١.٧ مليار دولار أمريكي. وتتطوي هذه القضية على نزاع بشأن إنهاء عقد الاستثمار مع المدعي من جانب إكوادور، التي استولت عليها في عام ٢٠٠٦، استنادا إلى إخلال بالعقد الذي ترتكبه هذه الشركة والذي نقل ٤٠ في المائة من امتيازها إلى شركة كنعانا الكندية دون إذن الدولة المضيفة، والتي بدورها باعت أسهمها إلى اتحاد صيني. وذكرت هيئة التحكيم في قرارها أن الإكوادور قد انتهكت معاهدة الاستثمار الثنائية بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق عدم منح معاملة عادلة ومنصفة للمدعين من المستثمرين ولمصادرتها استثمارات المدعين من خلال إجراءات "تعادل نزع الملكية". وكرد على هذا الإجراء قدمت الإكوادور طلبا بالإبطال يزعم فيه أن المحكمة ارتكبت أخطاء جسيمة في تقييم الوقائع وتطبيق القانون وتجاوز صلاحياتها بوضوح من خلال حكمها بناء على دوافع متناقضة وغير كافية مما ينتهك القواعد الإجرائية الأساسية التي وضعتها اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار نفسها. (١)

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على خرق العقد

أضحت سمعة البلد المضيف للاستثمار والمعاملة بالمثل والانتقام آليات التنفيذ الرئيسية المترتبة على خرق العقد و كرد على انتهاك القانون الدولي المتمثل في اتفاقية الاستثمار الثنائية.

أولا: المعاملة بالمثل والانتقام

تعني المعاملة بالمثل أن أحد أطراف المعاهدة سيتوقف عن أداء التزاماته التي تتماشى مع المعاهدة كرد فعل على خرق الطرف الآخر لالتزاماته. ولا تحقق

(١) Christoph Herrmann & others - European Yearbook of International Economic Law 2014 - springer - 2013 - p305

المعاملة بالمثل هدفها إذا كان التهديد لا يتمتع بالمصادقية أو إذا كانت المعاملة بالمثل لا تحمل تكاليف على المنتهك الأول للمعاهدة.

أما الانتقام أو العقاب لمنتهك معاهدة الاستثمار الثنائية قد يكون له من الناحية النظرية بالفعل تأثير قوي على المخالف. ويمكن أن تتخذ الإجراءات الانتقامية المحتملة أشكالاً عديدة، بما في ذلك الجزاءات الاقتصادية أو حتى في الحالات القصوى، الأعمال العسكرية. وتشترك جميع التدابير الانتقامية في أنها مكلفة للطرف الذي ينتقم. فالعقوبات الاقتصادية مثل التعريفات الجمركية كرد فعل على نزع الملكية ستؤدي إلى إجراءات في إطار منظمة التجارة العالمية، وبالتالي فهي ليست خياراً جذاباً. والعمليات العسكرية في حل النزاعات الاقتصادية هي بالتأكيد ليست أمراً مستحيلاً، ولكن يبدو أن المخاطر في حالة الاستثمار الأجنبي المباشر ليست عالية بما يكفي للمطالبة بالعقوبات العسكرية. وبالإضافة إلى ذلك، يرجى أيضاً ملاحظة أن الانتقام (وكذلك المعاملة بالمثل) يتطلب اتخاذ إجراء من الحكومة المحلية للمستثمر. ومن غير المحتمل أن تكون الحكومة المحلية عاملاً مثالياً للمستثمر. وخلاصة القول، من غير المحتمل أن تؤدي المعاملة بالمثل والانتقام دوراً رئيسياً في مجال قانون الاستثمار الدولي. وبالتالي، فإن سمعة الدولة المضيفة للاستثمار تبدو أكثر أهمية في النزاعات المتعلقة بالاستثمار الدولي. وفي هذا الصدد، من المهم التفريق بين السمعة تجاه الدول الأخرى والسمعة تجاه المستثمرين.

ثانياً: أثر خرق الالتزام الدولي على سمعة الدولة المضيفة للاستثمار

١ - السمعة تجاه الدول الأخرى

إن خرق اتفاق الاستثمار الدولي سيحدث الدول الأخرى على تحديث معتقداتها فيما يتعلق بحالة الإخلال. فإن تكاليف الإخلال عند دخول معاهدة الاستثمار الثنائية حيز النفاذ تقتصر على خسارة السمعة في البلد في وجوه البلدان الأخرى فيما يتعلق بقدرتها واستعدادها للاحتفاظ بالالتزامات الدولية (الأخرى). سواء كانت خاصة بالاستثمار أم بغيره. وبالتالي، تختلف خسائر السمعة بين الحكومات. فالحكومات

ذات السمعة المنخفضة جدا أو التي لا تهتم بالتعاون الدولي في المستقبل ستواجه عقوبات سمعة صغيرة والعكس بالعكس. فإن التكاليف في شكل عقوبات تتعلق بالسمعة فيما يتعلق بالبلدان الثلاثة يجب أن تؤخذ في الحسبان؛ ومع ذلك، فإن هذه التكاليف تقتصر على المدى الذي يؤثر فيه انتهاك معاهدة الاستثمار الثنائية في الواقع على معتقدات الدول الأخرى.

٢- السمعة تجاه المستثمرين

سرعة نقل المعلومات بين المستثمرين لها كبير الأثر في تعزيز التعاون ومنع نزاع الملكية، ومع ذلك الأمر يعتمد على آلية السرعة في نقل المعلومات بين المستثمرين.

ثالثا: مخالفة معاهدات الاستثمار الثنائية تؤثر على تكاليف غير السمعة

رغم أن معاهدات الاستثمار الثنائية جزء من القانون الدولي إلا أنها تمتلك شكلا إضافيا من أشكال الإنفاذ، حيث يمكن أحيانا إنفاذ القوانين من خلال المحاكم المحلية. وعلى سبيل المثال، تتضمن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار آلية تلقائية للاعتراف والإنفاذ. ويجب أن يكون الحكم نافذا من قبل كل دولة متعاقدة "وكأنها حكم نهائي من محكمة تلك الدولة. وبالتالي، يمكن للمستثمرين تنفيذ أحكامهم ليس فقط في الدولة المضيفة، بل أيضا محاولة الاستيلاء على الأصول في أي دولة موقعة على اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار. وقد أشير بالفعل إلى أن إنفاذ قرارات التحكيم في بلدان ثالثة هو استراتيجية شاقة ومكلفة جدا للمستثمر، وغالبا ما تكون غير واعدة جدا. ومن الواضح أن العقوبات الأخرى غير السمعة لا يمكن أن تؤدي إلا دورا عندما تنطبق الشروط القانونية لتطبيق أحد معايير المركز الدولي تسوية منازعات الاستثمار أو على التوالي اتفاقية نيويورك، وهذا بدوره لا يمكن أن يحدث إلا عندما يكون البلد المعني عضوا في إحدى هذه الاتفاقيات.

كما أن محاولة إنفاذ قرار التحكيم لا تكون منطقية إلا عندما يكون لدى البلد أصول معينة في دولة عضو يمكن الاستيلاء عليها (وبيعها) للوفاء بالمطالبة. ولا

تملك البلدان الفقيرة بوجه خاص أصولا كبيرة في بلدان ثالثة يمكن الاستيلاء عليها بسهولة. وعلى أية حال، يتعين على الحكومة الطرف في الدعوى أن تتفق موارد كبيرة لحماية أصولها الأجنبية. وبالتالي، حتى لو كان حافز الشركات متعددة الجنسيات على الشروع في التحكيم معتدلا، فإن التكاليف العالية الناجمة عن التحكيم قد تؤثر على سلوك الدول لذا تشير المادة ٧٢ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إلى أن ولاية المركز تنبسط على النزاع طالما تلقى المودع لديه اتفاقية المركز إخطار بها قبل الانسحاب من الاتفاقية^(١)؛ ومن ثم فالمستثمر في المدى القصير، لديه في ظروف معينة أداة قانونية تحت تصرفه تتجاوز آلية الإنفاذ المعتادة في القانون الدولي. غير أن المعاملة بالمثل والانتقام والسمعة، في الأجلين المتوسط والطويل، هي في الواقع آليات الإنفاذ الوحيدة المتاحة في القانون الدولي.^(٢)

المطلب الثالث

أفضل سبل مواجهة خرق العقد

أولا: التحكيم الدولي أفضل الوسائل لمواجهة خطر خرق العقد

يحدد العقد بين الدولة المضيضة والمستثمر الأجنبي الإطار القانوني للاستثمار. خاصة السعر ومقدار وموقع الأرض ومدة الشراء أو الإيجار والقانون المنطبق على العقد، ووسائل تسوية النزاعات. كما تتضمن العديد من العقود الاستثمارية بند الاستقرار التشريعي الذي يتطلب من الدولة المضيضة تعويض المستثمر الأجنبي عن أية خسائر اقتصادية ناشئة عن تعديل الدولة المضيضة لتشريع الاستثمار. ويؤدي ذلك إلى "تجميد" القانون المنطبق وقت الاستثمار على حساب

^(١)Icsid convention - Ibid - p32 "Article 72 Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary."

^(٢)Jan Peter Sasse - An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties - Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011 - p79 - 84

المجتمع المحلي.⁽¹⁾ فعلى سبيل المثال، قد يؤدي احتمال تعويض المستثمر الأجنبي عن أي تغييرات لاحقة في القانون إلى ردع الدولة المضيفة عن إعادة توزيع حقوق المياه لتلبية احتياجات صغار المزارعين، من الحد من الصادرات الغذائية في أوقات النقص الحاد في الأغذية، وهنا تخضع مخالقات عقد الاستثمار عادة للتحكيم الدولي.

(¹)Christoph Schreuer-Investments,International Protection - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2013 - p 1 " The international protection of investments is concerned with the safeguarding of foreign investments against interference by the host State. The nature and duration of investments as well as the special risks involved make stability and predictability particularly important in this area of international economic law. Once the investor has sunk in its resources, it becomes vulnerable to changes in the position of the host State. This is why the nature, structure, and purpose of foreign investment law are distinct in comparison to trade law. At the same time it is important to protect the host State's interests. There is no doubt that foreign investments are subject to the law and administrative control of host States. The guarantees afforded to foreign investors must not menace the States' right to legitimate regulation. In some areas of investment important interests of the local population are at stake. The task of international investment law is to find an appropriate balance between these potentially conflicting interests. International investment law has undergone substantial changes during the second half of the 20 century. After the demise of colonialism, major investments were often governed by agreements between host States and investors, usually termed concessions. These agreements typically granted far-reaching rights to foreign investors and left the host State with limited control over their activities. The 1970s saw a new assertiveness of developing host States towards foreign investors often described as New International Economic Order. The position of these States was bolstered by the doctrine of Permanent Sovereignty over Natural Resources. In the 1980s and 1990s, the failure of these policies led to a new pragmatism coupled with a desire to attract foreign investment. These new attitudes were driven by the recognition that foreign investment was an important tool of economic development . Contributing factors were a growing trend towards globalization as well as the belief in the superiority of market economies and a resulting wave of privatizations of previously public services."

ثانياً: خرق أحد مبادئ القانون الدولي يعطي الحق في التعويض

توفر معاهدات الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة والدولة الأم للمستثمر حماية إضافية للمستثمر الأجنبي بخلاف تلك الواردة في عقد الاستثمار. ومن بين أكثر أحكام معاهدات الاستثمار الثنائية شيوعاً شرط المعاملة الوطنية؛ وحظر نزع الملكية دون تعويض؛ (والمعروف أيضاً بالمعايير الدولية الدنيا للمعاملة)؛ والحق في تصدير المنتجات المنتجة؛ وآلية التحكيم بين المستثمرين والدول تسمح للمستثمر الأجنبي ببدء التحكيم ضد الدولة المضيفة في حالة خرق معاهدة الاستثمار الثنائية.

وكثيراً ما تحد هذه الأحكام من قدرة الدولة المضيفة على حماية حقوق الإنسان لمواطنيها. على سبيل المثال، يتطلب الالتزام بالمعاملة الوطنية من الدولة المضيفة ألا توفر معاملة إيجابية أقل للمستثمرين الأجانب من المستثمرين المحليين "في ظروف مماثلة". وإذا خلصت هيئة تحكيم إلى أن عمليات الزراعة التجارية الواسعة النطاق التي يملكها الأجانب والمزارعون المحليون الصغار "هي في ظروف مماثلة" فإن الدولة المضيفة قد لا تكون قادرة على اعتماد تشريعات لصالح صغار المنتجين من أجل حماية الأمن الغذائي المحلي والحفاظ على التنوع البيولوجي الزراعي وتعزيز التكيف مع تغير المناخ. وعلاوة على ذلك، فإن الالتزام بالمعاملة العادلة والمنصفة يتطلب من الدولة المضيفة أن تحترم "التوقعات المشروعة" التي قد تنشأ عن عقد الاستثمار أو الالتزامات الحكومية الأخرى. وإذا لم يتناول عقد الاستثمار مسألة حقوق المياه، يجوز لهيئة التحكيم أن تخلص إلى أن "توقعات المستثمرين المشروعة" من المياه للري يتجاوز الاحتياجات الحالية أو المستقبلية للمجتمع المحلي لمياه الشرب، والزراعة على نطاق صغير والاستخدامات الأخرى، وفي حال أعادت الدولة المضيفة تخصيص حقوق المياه لتلبية احتياجات مواطنيها، يجوز للمستثمر الأجنبي التماس التعويض أمام هيئة تحكيم على أساس كل من نزع

الملكية وخرق معايير المعاملة العادلة والمنصفة.⁽¹⁾ وأخيراً، فإن الحق في تصدير المنتجات قد يتطلب من الدولة المضيفة تعويض المستثمر الأجنبي في حال فرضت

(¹)Tamar Meshel - Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond -Journal of International Dispute Settlement - vol. 6, no. 2 - 2015 - Published by Oxford University Press. - p9-10"Azurix Corp. v. Argentine Republic, This arbitration arose out of a 30-year concession for the distribution of potable water and sewage services between Azurix, a U.S. corporation, and the Argentine Province of Buenos Aires. As part of the agreement, the Province was to complete infrastructure repairs before Azurix took over the concession. The repairs were never completed, which caused an algae bloom in the reservoir "resulting in the water appearing cloudy and hazy and with earth-musty taste and odor." Following the outbreak the Province blamed the investor for the algae bloom and encouraged water users not to pay their water bills. Azurix filed a request for arbitration with ICSID against Argentina under the Argentina-United States BIT. In its submissions, Argentina argued that its intentions, namely the protection of the public interest and the right to water, were critical to determining whether its actions amounted to expropriation. It also raised the issue of a conflict between the BIT and human rights treaties that protect consumers' rights and claimed that this conflict was to be resolved in favour of human rights. The arbitral tribunal accepted that the challenged measure was made in the public interest, and defined the contested issue as whether "being legitimate and serving a public purpose, [the measure] should give rise to a compensation claim." Although it acknowledged the public purpose of the measure, the tribunal refused to discuss Argentina's human rights argument, noting that this argument "has not been fully argued" and that it "fail[ed] to understand the incompatibility in the specifics of the instant case. The services to consumers continued to be provided without interruption... during five months after the termination notice and through the new provincial utility after the transfer of service." This decision has been considered as "regrettable with regard to the human right to water" since it could have played a "decisive role" in the "weighing of values" as between investment protection and regulation in the public interest. Interestingly, the tribunal did find that the reference in the Tecmed v. Mexico case to a judgment of the European Court of Human Rights constituted "useful guidance for purposes of determining whether regulatory actions would be expropriatory and give rise to compensation."

الدولة المضيفة قيوداً على الصادرات لمعالجة الزيادات العالمية في أسعار الأغذية أو النقص في الأغذية المحلية حتى وإن كانت هذه القيود التصديرية غير مسموح بها بموجب القانون التجاري الدولي.^(١)

ثالثاً: حقوق الإنسان في مواجهة حقوق المستثمر

قد أضحى من المألوف في قانون الاستثمار الدولي الاهتمام بالبيئة كحق من حقوق الإنسان في مواجهة حقوق المستثمر على استثماراته، وتمثل ذلك في عدة أحكام تنص عليها الآن معاهدات الاستثمار مثل:

- ١- أنه من غير المناسب للدول تشجيع الاستثمار عن طريق تخفيف تدابير الصحة أو السلامة أو التدابير البيئية المحلية.
- ٢- الدول يمكن أن تتبنى أو تقي أو تنفذ أي تدبير تعتبره مناسباً لضمان أن النشاط الاستثماري في أراضيها يتم بطريقة تراعي الاهتمامات البيئية.^(٢)

لذا نجد بعض الفروق بين قانون الاستثمار الدولي والقانون التجاري الدولي أهمها أن قانون التجارة الدولي يعتمد على مجموعة من المعاهدات متعددة الأطراف مع عدد صغير من ما يسمى بالمعاهدات الجماعية والتي تحظر المعاملة التمييزية فيما يتعلق بالأجانب والمحليين فيما يتعلق بالسلع والخدمات وهو ما يسمى "التزام المعاملة الوطنية"؛ وأيضا فيما يتعلق بالتمييز بين المنتجات أو الخدمات التي تأتي من بلدان مختلفة فيما ما يسمى "التزام الدولة الأكثر رعاية". ويتميز قانون الاستثمار

However, this reliance on human right jurisprudence was limited to the interpretation of the investor's property rights and whether these were violated by Argentina's regulatory actions, and was not used to evaluate Argentina's human right to water defence."

(¹)Nadia C.S. Lambek & others - Rethinking Food Systems - Structural Challenges, New Strategies and the Law - Springer Science+Business Media Dordrecht 2014 - p 183 - 184

(²)Elvira Pushkareva - Environmentally Sound Economic Activity, International Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - 2014 - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - p1

الدولي من قبل الدول التي تضمن حماية المستثمرين الأجانب من خلال القواعد المتعلقة بها للمعاملة العادلة والمنصفة^(١)، وعدم التمييز على أساس أصل المستثمر والتعويض في حالة نزع الملكية للاستثمارات الأجنبية المباشرة.^(٢)

رابعاً: موقف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف من خطر خرق العقد
قد نصت اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف على خطر
خرق العقد^(٣) والذي يخشاه المستثمر سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية

(^١)Catherine Yannaca - Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - ch3- International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International Investment Perspectives - 2005 - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs - p 74 " The obligation to provide "fair and equitable treatment" is often stated, together with other standards, as part of the protection due to foreign direct investment by host countries. It is an "absolute", "non-contingent" standard of treatment, i.e. a standard that states the treatment to be accorded in terms whose exact meaning has to be determined, by reference to specific circumstances of application, as opposed to the "relative" standards embodied in "national treatment" and "most-favoured-nation" principles which define the required treatment by reference to the treatment accorded to other investment. Although some references to the standard can be found in the first negotiating attempts of multilateral trade and investment instruments, it became established as a principle mainly through the increasing network of bilateral investment treaties."

(^٢)Markus wagner - Regulatory space in international trade law and international investment law - the University of Pennsylvania Journal of International Law - Vol. 36:1 - 2014 - <http://ssrn.com/abstract=2403959> - last visit 30 / 4 / 2018 - p 12

(^٣) Karen B. Brown & David V. Snyder - General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law - Springer Science+Business Media B.V. 2012 - p 499 " In 2006, MIGA was actively seeking to solve three pending claims involving issues of expropriation between Argentina and the Kyrgyz Republic. At that time MIGA was also closely monitoring and actively working to resolve the problems of eight other disputes relating to investments guaranteed by the agency in Argentina, Guatemala, the Kyrgyz Republic, Mauritania, Nicaragua, Senegal, and

الإجرائية:- فنصت المادة ١١/ج-٣ "... أي خرق أو رفض من قبل الحكومة المضيفة لالتزام عقدي مع صاحب الضمان وذلك في الحالات الآتية:-

١- إذا كان صاحب الضمان لا سبيل له للجوء إلى التحكيم أو القضاء لتحديد نوع الخرق أو الرفض.

٢- أو كان القرار القضائي أو التحكيمي لم يصدر خلال فترة معقولة كما هي منصوص عليها في عقود الضمان الصادرة من قبل الوكالة الدولية ووفقاً لوائحها.

٣- أو إذا صدر هذا القرار واستحال تنفيذه. (١)

وبالنظر إلى هذا النص نجد أن المستثمر يضمن استثماراته من تغول وانحراف السلطة القضائية أو إذا ارتكبت ضده جريمة إنكار العدالة، حيث أنه من المتصور لدى الدول الرأسمالية الكبرى أن الدول النامية المضيفة لرأس المال لديها خلل دوماً في مؤسساتها ولا تحترم الفصل بين السلطات كمبدأ دستوري مستقر في الأمم المتعددة؛ لذا من الممكن في وجهة نظرهم أن تتغول السلطة التنفيذية على السلطة القضائية وتحول دون تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها بين المستثمر والحكومة المضيفة في العقد، فهذه ضمانات للمستثمر على ثلاثة مستويات:

الأول: إذا تعذر على المستثمر اللجوء إلى منصة القضاء أو التحكيم بشأن تنفيذ الالتزام الذي اتصلت منه الحكومة المضيفة لعرض مظلته بشأن هذا الالتزام.

Venezuela. Four of these involve issues related to expropriation; three involve breach of contract; and two involve transfer convertibility issues "

(1) MIGA convention - Ibid - p10-11 " Art 11/III - Breach of Contract - any repudiation or breach by the host government of a contract with the holder of aguarantee, when (a) the holder of a guarantee does not have recourse to a judicial or arbitral forum to determine the claim of repudiation or breach, or (b) a decision by such forum is not rendered within such reasonable period of time as shall be prescribed in the contracts of guarantee pursuant to the Agency's regulations, or (c) such a decision cannot be enforced; "

الثاني: إذا تمكن من عرض مظلّمته وتأخر صدور القرار عن الوقت المعقول الذي دأبت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على إقراره في لوائحها وعقود الضمان الصادرة عنها.

الثالث: إذا ما صدر القرار في مدته المعقولة بعد لجوء المستثمر لمنصة قضاء عادلة، ولم ينفذ هذا القرار.

وهذه الضمانة تعد أهم الضمانات الإجرائية لحماية المستثمر من تغول وشطط السلطة التنفيذية أو انحراف الهيئة القضائية عن مسارها الطبيعي المرسوم لها.

وفي مثل هذه الحالات، قد يكون التحكيم الدولي مفيداً لأن من الممكن القول إن الحكم الناتج يمكن تنفيذه بسهولة أكبر من قرار المحكمة المحلية، بسبب التزامات الدول

بموجب اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها أو اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار). ولا يعرف حتى الآن سوى ثلاث مطالبات من جانب الدول وكياناتها ضد المستثمرين الأجانب بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار "إكسيد"⁽¹⁾، التي توفر إطاراً لتسوية المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة. وقد رفعت الجابون القضية الأولى ضد شركة سوسيتيه سيريت S.A الفرنسية، في عام 1976

(¹)Christian Walter - Debt Crisis- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2014 -p 8 " With regard to the settlement of investment disputes, the ICSID, which is an autonomous organization operating within the World Bank Group, has gained considerable practical importance in recent years, also with regard to coping with debt crises", Christoph Schreuer - International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2013 -p 1-11

فيما يتعلق بانتهاك العقد الذي ينص على قيام المستثمر ببناء جناح أمومة للمستشفيات. وتمت تسوية هذه القضية في نهاية المطاف وتوقفت الإجراءات. أما الحالة الثانية رفعت بعد أكثر من عقدين من الزمن من قبل شركة تنزانيا لتزويد الكهرباء (تانيسكو) المملوكة للدولة ضد شركة الطاقة المستقلة تنزانيا المحدودة، وهي شركة ماليزية، في عام ١٩٩٨، لخرق اتفاق إنتاج الطاقة من قبل المستثمر. وقد لجأت (تانيسكو) إلى التحكيم الدولي، بدلا من الاقتراب من محاكمها المحلية، بسبب تخوفها من الفساد وانعدام استقلال ونزاهة محاكمها المحلية التي كان من المتوقع أن تحكم لصالح المستثمر. ومن المثير للاهتمام أن المستثمر بدأ في الواقع إجراءات قضائية في المحاكم التنزانية تسعى إلى الحصول على إعانة مؤقتة، وهو ما تم الموافقة عليه. ووقفت إجراءات المحكمة في نهاية المطاف بعد موافقة المستثمر على أن يقدم إلى اختصاص محكمة تسوية منازعات الاستثمار. وفي نهاية المطاف، توقفت إجراءات التحكيم أيضا.

وأما الحالة الثالثة فقد رفعتها مقاطعة كاليمانتان الشرقية الإندونيسية ضد شركة "بي تي كالتيم بريما كوال" في عام ٢٠٠٧. وترغم فيها أن بدأ التحكيم ضد المستثمر بسبب صراع سياسي بينه وبين الحكومة المركزية لإندونيسيا، كان من شأنه أن يجعل نزع الملكية صعبة. ورأت الشركة أنها مختصة برفع دعاوها لأن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار تسمح "لأي تقسيم أو وكالة مكونة لدولة متعاقدة" بأن تكون طرفا في تحكيم تسوية منازعات الاستثمار. غير أن هيئة التحكيم رفضت القضية بسبب عدم اختصاصها على أساس أن إندونيسيا لم تقدم الإشعار المطلوب بموجب المادة ٣/٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار^(١) من أجل السماح

(¹) ICSID convention - Ibid - p18 " art 25/3 - Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required."

للمفوض من الكيان الفرعي بمطالبة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالتدخل.^(١)

خامسا: موقف المؤسسة العربية لضمان الاستثمار

اتبعت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ذات نهج الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف بصدد خرق العقد، فقررت تحقق الواقعة التي يستحق معها طلب الضمان من المؤسسة إذا صدر من جانب السلطات العامة بالقطر العربي المستضيف أي إخلال بعقد مبرم بينها وبين المؤمن له عندما:
(أ) لا يكون بوسع المؤمن له أن يرجع إلى محكمة قضائية أو تحكيمية لتفصل في الإدعاء بالإخلال بالعقد.

(ب) أو لا يصدر قرار من هذه المحكمة خلال مدد معقولة جرت عليها ودأبت عليها عقود التأمين.

(ج) أو أن يصدر القرار مع استحالة تنفيذه أو مع عدم تنفيذه.^(٢)

وهنا طبقت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نفس مستويات الضمان الثلاثة التي طبقتها الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

سادسا: الضمان ضد خرق العقد مرتبط بالمشروعية في قانون الاستثمار المصري تلتزم الدولة المصرية باحترام وإنفاذ العقود التي تبرمها، ولا يتمتع المشروع الاستثماري المقام بناء على غش أو تدليس أو فساد بالحماية أو الضمانات أو المزايا

(¹)Leila Choukroune - Judging the State in International Trade and Investment Law - Sovereignty Modern, the Law and the Economics - Springer Nature Singapore Pte Ltd, 2016 - p 110 - 111

(²) انظر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - المادة ١٨/١ - ج - ص ١٧ - متاحة على الموقع الإلكتروني للمؤسسة <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement> - اخر زيارة

أو الإعفاءات المقررة بموجب أحكام هذا القانون، ويكون إثبات ذلك كله بموجب حكم قضائي بات صادر من القضاء المختص أو بحكم تحكيم. (١)

وقد أعطى المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري في مادته ٦٧ للجهة الإدارية صاحبة الولاية بناء على ما يقدم إليها من تقارير المتابعة التي يعدةا موظفو الجهات الإدارية صاحبة الولاية بشأن متابعة مراحل تنفيذ البرنامج الزمني لإقامة منشآت المشروع الاستثماري، وبعد موافقة مجلس إدارة الهيئة، فسخ عقد البيع أو الإيجار أو الإيجار المنتهي بالتملك أو الترخيص بالانتفاع وسحب العقارات في أحد الأحوال الآتية:

- ١- الامتناع عن استلام العقار مدة تسعين يوماً من تاريخ إخطاره بالاستلام.
- ٢- عدم البدء في تنفيذ المشروع خلال تسعين يوماً من تاريخ استلامه العقار خالياً من الموانع والعوائق بغير عذر مقبول واستمرار تقاعسه بعد إنذاره كتابة مدة مماثلة.
- ٣- مخالفة شروط سداد المستحقات المالية ومواعيده.
- ٤- تغيير غرض استخدام العقار الذي خصص له أو القيام برهنه أو ترتيب أي حق عيني عليه بغير الموافقة الكتابية المسبقة من الجهة الإدارية صاحبة الولاية أو قبل انتقال الملكية إليه وفقاً لأحكامها القانون.
- ٥- مخالفة شروط العقد أو الترخيص بالانتفاع مخالفة جوهرية في أي مرحلة من مراحل المشروع، وعدم إزالة أسباب المخالفة بعد إنذار المستثمر كتابة بذلك. (٢)

(١) انظر المادة ٢/٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ - الباب الثاني - ضمانات الاستثمار وحوافزه - الفصل الأول "ضمانات الاستثمار" - ص ٩

(٢) انظر المادة ٦٧ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ٤٦؛ وقد أوضحت المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ أنه " لا يجوز للجهات الإدارية المعنية فسخ التعاقد مع المستثمر إلا بعد الحصول على موافقة مجلس إدارة الهيئة ؛ ويتولى الرئيس التنفيذي للهيئة عرض تقارير المتابعة المنصوص عليها في المادة ٦٧ من قانون الاستثمار على مجلس إدارة الهيئة، على أن تتضمن تلك التقارير الالتزامات التي أخل بها المستثمر بشكل تفصيلي، وبيان ما إذا كان هذا الإخلال يعتبر من الأحوال المنصوص عليها في تلك المادة، ويرفق بالتقرير المستندات الداعمة لذلك. ويكون لمجلس إدارة الهيئة في هذه الحالة إما الموافقة على قيام الجهة الإدارية المعنية بفسخ العقد، وإما الرد بعد توافر مبررات الفسخ خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلم الهيئة لتقرير المتابعة، وفي هذه الحالة يكون للجهة الإدارية المعنية إذا ما أصرت على الفسخ اللجوء إلى اللجنة

وتتمثل المخالفات الجوهرية التي يترتب عليها فسخ العقد امتناع المستثمر دون سند عن الآتي: الوفاء بسداد الأقساط المستحقة أو مقابل الانتفاع في المواعيد المنصوص عليها بالعقد على الرغم من إنذاره بضرورة السداد. وإزالة المباني المنشأة بالمخالفة للضوابط والرسومات التنفيذية المعتمدة لإقامة المشروع الاستثماري المنصوص عليها بينود العقد. والبدء في الإنتاج الفعلي للمشروع ذي الطبيعة الإنتاجية أو البدء في مزاولة النشاط خلال المدة المنصوص عليها بينود العقد أو الالتزام بالبرنامج الزمني. ويكون استرداد العقار بموجب قرار مسيب من الرئيس التنفيذي للهيئة ، ويتم إخطار المستثمر به بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، وله التظلم من هذا القرار وفقا للإجراءات المقررة بقانون الاستثمار ولائحته. (١)

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن المقصود بخرق العقد هو الإخلال بأي التزام في اتفاق الاستثماريين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر سواء كان هذا الإخلال من طرف المستثمر أو من طرف الدولة المضيفة للاستثمار، والمحدد لهذا الالتزام ومدى تعرضه للخرق هو ما اتفق عليه الأطراف؛ بحيث يعتبر مجرد التقصير غير المبرر في أداء الالتزام خرقا للعقد أو للاتفاق عند البعض، ومن أفضل آثار هذا الخرق أنه يؤثر على سمعة كلا من المستثمر والدولة التي استضافته؛ بما يستتبعه من تأثير على معدلات تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر على الدولة المضيفة للاستثمار، ومدى قابلية الدول الأخرى لنزول ذات المستثمر الذي تعرضت سمعته

الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار المنصوص عليها في المادة ٨٨ من قانون الاستثمار خلال ١٥ يوما، وإلا عد ذلك تنازلا من جانبها عن التمسك بميررات الفسخ الواردة بتقرير المتابعة، وتتنظر اللجنة الوزارية الأمر في مدة أقصاها ستون يوما." انظر المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية ص ٥١ (١) انظر المادة ٥٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار رقم ٢٣١٠ لعام ٢٠١٧ ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ٥٢

لمثل هذه المشاكل باستثماراته فيها. ومن أفضل المواجهات لخرق العقد ما أتى به المشرع المصري في قانون الاستثمار من أساس للمطالبة بالتعويض عن خرق العقد وهو مشروعية سبب المطالبة والذي بفقدانه يهدم أساس الحق في المطالبة نظراً لعدم مشروعية تصرف المطالب به. ونعرض بعد ذلك لخطر الاضطرابات والإرهاب وأثره على ضمان الاستثمار.

المبحث الرابع

خطر الاضطرابات والإرهاب

تمهيد وتقسيم

يعد من أحد عوامل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر، ضرورة ضمان الاستثمار ضد خطر الاضطرابات والإرهاب؛ فما هو المقصود بالإرهاب؟ وما هي التكاليف المباشرة وغير المباشرة للإرهاب؟ وهل أثر الهجمات الإرهابية الالكترونية يماثل أثر الهجمات الإرهابية العادية، وهل من الممكن الاعتماد على الإرهاب كمؤشر لقياس الاستثمار الأجنبي المباشر؟ وكيف يمكن تفسير شرط الحماية الكاملة والأمن في نطاق مثل هذه الهجمات الإرهابية؟ ومن الذي يحدد نطاق الضمان ضد خطر الإرهاب تحت مظلة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار؟ وهل من استثناء على هذا النطاق من تحقق الضمان؟ وما الذي فعلته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات لتكون أفضل مؤسسات ضمان الاستثمار ضد خطر الإرهاب؟ وما هي شروط تحقق الضمان ضد خطر الإرهاب فيها؟ وما هو الوضع في القانون المصري للاستثمار رقم ٢٠١٧/٧٢ الصادر حديثاً؟ كل ذلك أستعرضه في المطالب الآتية:

المطلب الأول : المقصود بخطر الارهاب

المطلب الثاني : الضمانة الدولية ضد خطر الإرهاب

المطلب الثالث: الضمانة الإقليمية ضد خطر الإرهاب

المطلب الأول

المقصود بخطر الإرهاب

من التحديات الاقتصادية التي تواجهها البلدان النامية الفجوة بين المدخرات والاستثمارات. لذا فهذه البلدان تحتاج باستمرار إلى رأس مال أجنبي، إلا أنه في البداية حصلت البلدان النامية على قروض من المصارف التجارية الدولية. وتسببت أزمات الديون في تحقيف إقراض المصارف التجارية. وقد أجبر هذا الوضع معظم الاقتصادات على إعادة هيكلة سياساتها الاستثمارية وتغييرها. فأدركوا أن الاستثمار الأجنبي المباشر هو أحد أكثر الطرق استقراراً وأسهل للحصول على رأس المال الأجنبي دون تحمل المخاطر المرتبطة بالديون، وهكذا أصبح الاستثمار الأجنبي المباشر مصدراً هاماً لجذب المستثمرين الأجانب.⁽¹⁾

أولاً: المقصود بالإرهاب

يقصد بالإرهاب الاستخدام المتعمد أو التهديد باستخدام العنف والعدوان من جانب الأفراد أو مجموعات لكسب بعض الأهداف الاجتماعية أو السياسية من خلال نشر الرعب العام أو الإيقاع بالضحايا. وتشمل الأنشطة الإرهابية التفجيرات والهجمات الانتحارية، والاختطاف، والتهديدات، والاعتقالات، وغيرها من الأنشطة العدوانية.⁽²⁾ وهنا يعد كلا من السلام والاستقرار شرطان أساسيان للتنمية واجتذاب الاستثمارات، فالاضطراب الأمني والصراعات والنزاعات المسلحة تستهدف بصورة أو بأخرى إبعاد المستثمرين الأجانب عن ممارسة أنشطتهم.⁽³⁾

⁽¹⁾Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Terrorism and foreign direct investment: An empirical analysis of saarc countries - City University Research Journal - Volume 05 Number 02 July 2015 - Article 03 - p 219 "South Asian Association for Regional Cooperation (SAARC) was established by the heads of seven South Asian countries on December 8, 1985."

⁽²⁾Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Ibid - p 220

⁽³⁾Heri Bezić & others - The impact of terrorism on the FDI of the EU and EEA Countries - Rijeka Faculty of Economics: Journal of Economics and Business . • 2016 • vol. 34 • no. 2 - p 333 " On the other hand, the costs of

وتتنوع التكاليف الاقتصادية المتصلة بالإرهاب بين التكاليف المباشرة وغير المباشرة. وتشمل التكاليف المباشرة الناجمة عن الإرهاب الأرواح الثمينة المفقودة، والتكاليف المرتبطة بالإصابات والسلع المتضررة والهياكل الأساسية وغيرها من الخسائر قصيرة الأجل في الأعمال التجارية وما إلى ذلك. وتشمل التكاليف غير المباشرة الناجمة عن الأنشطة الإرهابية زيادة تكاليف الأمن، وانخفاض نمو الناتج المحلي الإجمالي، وزيادة البطالة، وفقدان الاستثمار الأجنبي المباشر، وارتفاع مدفوعات التأمين، وزيادة التعويضات المتوقعة للمواقع الأكثر خطورة.⁽¹⁾ فالأنشطة

anti-terrorist security burden the economy and reduce its economic potential. The economic effects of international terrorism are evident in the short and long run. In the short run, terrorism results in material losses, casualties and creation of a negative investment climate. In the long run, international terrorism affects the price increase due to increased spending on national security and anti-terrorist activities. In this way, security costs are incurred by all users of products in the international market, in addition to the country threatened by terrorism. "

(¹)Mario Arturo Ruiz Estrada and others - How does terrorism affect the international trade of Muslims countries?- Springer Science+Business Media B.V., part of Springer Nature 2017- p 5 " highlights that the effect of FDI loss in a developing country is threatening because FDI is the main source of savings; consequently, economic growth shrinks. This capital flight from terrorist-affected economies is the same as the effect of civil war. Terrorism may also affect the whole area where the affected economy is allocated. This situation is quite resemblance to civil conflicts. It may generate spillover costs to neighboring countries. A terrorist campaign in a neighboring economy dampens capital inflows. This regional multiplier results in lost economic activities in terrorism-affected economies and affects the whole region.",..... See also, Syed Jawad Hussain Shahzad and others - Relationship Between FDI, Terrorism and Economic Growth in Pakistan: Pre and Post 9/11 Analysis -Springer Science+Business Media Dordrecht 2015 - p 180 "Foreign direct investment (FDI) inflows require an investment friendly and conducive environment in the host country High terrorism events in the host country will cause fear of loss, which increases the perceived investment risk. High risk without a potential increase in the expected return on investment will drive foreign investment away from the host country. Terrorism also adversely affects economic growth of a country

الإرهابية لا تدمر فقط البنية التحتية للإقليم المستهدف والبلد المستهدفة ولكن أيضا تدمر الرفاهية المالية للبلاد؛ ولها أثر سلبي على الاستثمار الأجنبي المباشر، بصرف النظر عما إذا كان البلد الذي عانى منها نامي أم متقدم.^(١) وحتى الهجمات الإرهابية الالكترونية فإنها قد تعرض البلد المضيفة للاستثمار لخطر هروب الاستثمارات

by shifting resources from growth enhancing activities to less productive expenditures like security related activities. Thus, theoretically, terrorism affects both FDI and economic growth. "

(^١)Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Ibid - p 220

الأجنبية المباشرة منها.⁽¹⁾ فضلا عن ارتباك الحكومة في سياساتها إثر مواجهتها لمثل تلك الهجمات.⁽²⁾

ثانيا: المسؤولية عن أضرار العمليات الإرهابية على الاستثمار.

تقضي القواعد العرفية الدولية بمسؤولية الدولة المضيفة عن الأضرار التي تصيب الأجانب بسبب أعمال القوات المسلحة التي تتخذها خارج نطاق القتال؛ كما لو استولت على أموال الأجانب للمجهود الحربي أو لاستخدامها في العمليات العسكرية أو إذا دمرت هذه الممتلكات بدون وجود ضرورة حربية لذلك فهنا يجب

(¹)John N. Kallianiotis - International Financial Transactions and Exchange Rates Trade, Investment, and Parities - Palgrave & Macmillan - 2013 - p 188 " Predicting global-specific political risk was even more difficult than the other two types of political risk, but the global trend has become more obvious the last two decades. Terrorism has spread all over the world, and these extremists are attended by secret services. Security has increased in every country and business. In a surprise attack at the Boston Marathon on April 15, 2013, three people were killed and 144 were wounded. MNCs are particularly exposed not only to a specific anti-Western group of terrorists, but also to other unpredictable interest groups willing to use terrorism to show their opposition to western governments' policies. Lately, another "war" has become very popular: the electronic war, with cyber-attacks against governments, businesses, institutions, defense systems, and individuals. Traversing cyberspace is a new way of life for all social classes to experience. Unfortunately, some individuals use cyberspace for their own devious actions, targeting unsuspecting individuals for their own enjoyment or to satisfy their malice. "Cyber-attacks" can cause massive damage to individuals or, on a larger scale, companies or government establishments. It does not stop there. When government establishments or military establishments are attacked through cyber methods, foreign firms also become targets. This new kind of attack is known as "cyber-warfare" or "cyberterrorism." This occurs on a grand scale and is becoming worse every year; whole sovereign nations can be affected and weakened by something physically intangible. "

(2)Michael R Czinkota & others - Terrorism and international business: A research agenda - Terrorism and Political Risk - Journal of International Business Studies (2010) - Academy of International Business - p 833

على الدولة أن تدفع لأصحاب هذه الممتلكات التعويض المناسب.^(١) وقد اعتمد بعض المحللين على الارهاب والاضطرابات كمؤشر لقياس الاستثمار الأجنبي المباشر، خاصة في قطاعي التصنيع والتعدين؛ وتمت دراسة آثار الارهاب على الاستثمار الأجنبي المباشر في قطاع التصنيع ومدى حرمان البلدان النامية من هذا القطاع المهم بينما أدرج أثره على الاستثمار الأجنبي المباشر في مجال التعدين لأغراض المقارنة. وتم قياس الاستثمار الأجنبي المباشر بالقيمة الثابتة للدولار الأمريكي عام ١٩٧٠ من خلال إجمالي حيازات غير المواطنين في قطاعي التصنيع والتعدين مقسوما على الناتج المحلي الإجمالي من هذه القطاعات، وكانت المتغيرات الحاكمة هي (قوة الحكومة، واستخدام الحكومة للقمع، وحجم البلد المضيف). وقد أدرجت قوة الحكومة وقمعتها لأن العديد من المحللين يرون أن هذه المتغيرات هي المحددات الهامة عندما يشارك الفرد في الصراع.^(٢) ويتم تحليل الحوادث الإرهابية من خلال معرفة عدد الضحايا والمصابين في حادثة إرهابية نوعية معينة في بلد ما وقياسها في جميع أنحاء العالم مع نفس مثيلاتها بنسبة مئوية في نفس العام ومدى تأثير ذلك على الاستثمار الأجنبي المباشر.^(٣)

ثالثًا: تفسير شرط الحماية الكاملة والأمن

قد أوردت محكمة "إكسيد" في حكمها للتحكيم بين المملكة المتحدة وسريلانكا بخصوص اتفاق الاستثمار المتعلق بمزرعة سرنديب للجمبري أن الاختلافات الرئيسية بين الأطراف فيما يتعلق بمعنى الالتزام — " الحماية الكاملة والأمن "

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ١١٩ - ١٢٠

(٢) Steve Chan - Foreign Direct Investment in a Changing Global Political Economy - Macmillan Press Ltd - 1995 - p 194,

(٣) Philipp Harms - International investment, political risk, and growth - Springer Science+Business Media New York - 2000 - p 77 "we utilize data about the terrorist incidents in each country: percentage of persons injured (PINJ) by terrorism as a proportion of the total injured or killed by these incidents worldwide for a specific year. The data set about terrorist incidents is obtained from Pinkerton Risk Assessment Services. "

تتجسد في المادة ٢/٢ من اتفاق المملكة المتحدة وسريلانكا؛ حيث أقامت المملكة المتحدة إدعائها الأساسي في الدعوى على أن هذا الالتزام مفاده تجاوز الحدود الدنيا المتعارف عليها في القانون الدولي العرفي؛ وأنه قد أنشئ التزاما غير محدود وغير مشروط تتحمله الدولة المضيفة. وأن المعنى المقصود من " الحماية الكاملة والأمن " في المادة ٢/٢ من اتفاقية الاستثمار بين المملكة المتحدة وسريلانكا وتفسيره في سياقه فيما يتعلق بغرض وهدف الاتفاقية قد أشار إلى قبول الدولة المضيفة لمثل هذه المسؤولية المطلقة. وبعد تحليل تفصيلي لقواعد تفسير المعاهدات المشار إليها في المادة ٣١ من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩؛ فقد فرضت المحكمة قبول أن المادة ٢/٢ من اتفاق المملكة المتحدة وسريلانكا يفترض المسؤولية المطلقة في حالة فشل تحقيق " الحماية الكاملة والأمن " ، فمثل هذه المسؤولية لم تحتويها أية معاهدة استثمار بين سريلانكا وأية دولة أخرى كسويسرا مثلا؛ كي يمكن الاحتجاج بشرط الدولة الأولى بالرعاية الموجود في المادة ٣ من اتفاق المملكة المتحدة وسريلانكا.

وقد قررت المحكمة أن العمليات القتالية فقط تلزم الدولة المضيفة للاستثمار فقط بمعاملة موضوع التعويضات للمتضررين منها معاملة غير تفضيلية ولا تمييزية بين الوطنيين والأجانب من الأفراد والشركات أو بين الأجانب بعضهم البعض مع اختلاف جنسياتهم؛ وأن مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار فقط تنثار إذا ما أخلت بالتزامها بالعناية الواجبة لتوفير الحماية والأمن الكاملين وفقا للقانون الدولي العرفي. وقد انتهت المحكمة إلى نتيجة مفادها أن السلطات الحكومية يجب أن تتخذ كافة الإجراءات الاحترازية المهمة لتوقيف كل الأشخاص المتهمين واقتيادهم خارج المزرعة محل اتفاق الاستثمار بشكل سلمي قبل إطلاق هجماتها على المتمردين داخل المزرعة. وهذا الأمر كان محل أغلبية في الحكم وليس إجماع إذ أنه قد

اعترض المحكم الذي عينته سريلانكا قائلاً كيف يتم إخراج متمرّد يحمل السلاح بشكل سلمي قبل توجيه ضربة تعجيزية له.⁽¹⁾

ولكن الأغلبية استندت إلى أنه في حالة علم السلطات الحكومية باتخاذ هؤلاء المتمردين لهذه المزرعة كقاعدة عسكرية لانطلاق أعمالهم العسكرية منها تجاه القوات الحكومية السريلانكية؛ فعلى الحكومة السريلانكية أن تدعم التوقع المشروع تجاه هؤلاء الأشخاص المتهمون بالتمرد لتخضعهم لتحقيقات قضائية أو تتخذ ضدهم الإجراءات الضرورية لإخراجهم من المزرعة محل اتفاق الاستثمار. وأن الفشل في أداء ذلك قد تأكد من خلال شهادة الطابط الأعلى للأمين في شركة سرنديب التي تدير المزرعة محل اتفاق الاستثمار؛ حيث أنه قد أبدى كامل استعدادة للامتثال لأي طلب حكومي بخصوص المتمردين في حدود إذا ما طلب منه ذلك بعشرة أيام قبل إطلاق الهجمات على المزرعة. لذا قررت المحكمة أن المدعى عليه (دولة سريلانكا) قد انتهكت الالتزام ببذل العناية الواجبة بعدم اتخاذ الإجراءات الواجبة التي من الممكن أن تحول دون القتل أو تدمير الملكية، ومن ثم فهي مسؤولة وفقاً للقانون الدولي.⁽²⁾

(¹)Irmgard Marboe - AAPL v. Sri Lanka Case - Max Planck Encyclopedia of public International Law - January 2007- Oxford University Press - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 19 October 2015. - p 3-4

" The dissenting arbitrator submitted, however, that the precautionary measure envisaged by the majority opinion would only have been a reasonable police measure if the situation to be addressed were no more than an ordinary case of civil disorder. By contrast, in the face of a major insurrection launched by well -armed insurgents engaged in a sophisticated guerrilla warfare against the government it would be unrealistic and unreasonable to expect the government to remove suspect rebels from the farm by peaceful means before launching a sensitive security operation in the area "

(²)Irmgard Marboe - Ibid - p 4. "The claimant, a company incorporated in Hong Kong, had invested in SriLanka through equity participation in Serendib Seafoods Ltd 'Serendib', a Sri Lanka public company established in 1983 for the purpose of cultivating and exporting shrimp. Serendib commenced operations in1986 from its principal facility, a shrimp farm ,in Eastern Sri Lanka. This area, however, became severely affected by a major

ومن وجهة نظرنا تعليقا على هذا الحكم أن كان لابد على المحكمة أن تبحث في كيفية دخول المتمردين حاملين أسلحة للمزرعة محل اتفاق الاستثمار وهذا الأمر على فرضيين:

الأول: مساعدة إدارة المزرعة محل الاستثمار للمتمردين في اتخاذ مقر المزرعة كقاعدة لإطلاق هجمات عسكرية على القوات الحكومية السريلانكية، وهذا الأمر قد

insurrection of the Tamil rebels in 1986. On 28 January 1987, during a counter insurgency operation conducted by the Sri Lankan security forces, Serendib's farm was destroyed. In July 1987, the claimant filed a request for arbitration with ICSID pursuant to Art.8(1) Agreement for the Promotion and Protection of Investments (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland – SriLanka) claiming compensation from SriLanka for the destruction of the farm (Investments, International Protection). It contended that SriLanka had violated its obligation to provide full protection and security' according to Art. 2 UK/SriLanka Agreement and therefore was internationally responsible for the damage suffered, ie the complete destruction of the farm (State Responsibility). As an alternative submission, the claimant relied on a supplementary argument based on Art.4(2) UK/SriLanka Agreement, namely the right to restitution or adequate compensation for the destruction of property by the State's security forces not caused in combat action or not required by the necessity of the situation, The respondent submitted that the standard of protection referred to by Art.2(2) UK/SriLanka Agreement to provide 'full protection and security' only required due diligence on the part of the State and reasonable justification for any destruction of property, but did not impose strict liability. The government of SriLanka had acted in pursuance of its sovereign right and duty to regain control and restore security in the region. it maintained that the destruction of Serendib's property was due to intense combat action between the Tamil rebels known as the Tigers, who were allegedly operating out of Serendib's farm and violently resisted the counter - insurgency operation. The respondent emphasized that it would be ready to compensate for losses caused by 'excessive destruction'. It doubted, however, whether this could be assessed by the tribunal without second-guessing tactical decisions made by commanders during the heat of combat. It was submitted that by investing in an area known as containing a vehement , and potentially violent, separatist presence, the claimant assumed the risk that its investment would be caught up in the SriLankan civil war. "

أغفله الحكم. وإذا ما ثبت لانتفتت معه كل المسؤولية عن الدولة السريلانكية لانتفاء التوقع المشروع للمستثمر في الحماية الكاملة والأمن إذ أنه أضحى يهدد أمن من يحميه وفقا لاتفاق الاستثمار.

الثاني: ألا تساعد إدارة المزرعة المتمردين في دخولهم للمزرعة؛ بل دخل المتمردين عنوة، ومن ثم تتحمل الدولة مسؤولية إخراجهم قبل إطلاق الهجمات على أي هدف بالداخل حتى ولو تذرعت بأنه هدف عسكري احتراماً للتوقعات المشروعة للمستثمر في الحماية الكاملة والأمن.

المطلب الثاني

الضمانة الدولية ضد خطر الإرهاب

أولاً: الضمان ضد خطر الإرهاب ضمان دولي

قررت المادة "١١/ج -٢-أ" في اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ضمانة من أهم ضمانات الاستثمار في العصر الحالي، وهي ضمان استثمارات المستثمر من أعمال الحروب والاضطرابات المدنية حيث نصت على ".... أي عمل عسكري أو اضطراب مدني في أي إقليم من البلد المضيف تنطبق عليه هذه الاتفاقية على النحو المنصوص عليه في المادة ٦٦".^(١) وإذا ما طالعنا المادة ٦٦ من الاتفاقية نجد الآتي "... تنطبق هذه الاتفاقية على جميع الأراضي الخاضعة لولاية عضو بما في ذلك الأقاليم التي يكون العضو مسؤولاً عنها في علاقاتها الدولية." وباستثناء تلك التي يستثنيها هذا العضو بإشعار كتابي لدى من

(^١)Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p11 " Chapter III Operations Article 11."Covered Risks(iv) War and Civil Disturbance any military action or civil disturbance in any territory of the host country to which this Convention shall be applicable as provided in Article 66,"

تودع لديه هذه الاتفاقية سواء في وقت التصديق أو القبول أو الموافقة أو في أي وقت لاحق.^(١)

ومن ثم تضمن الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المتعدد الأطراف للمستثمر استثماراته ضد أي عمل عسكري أو اضطراب مدني في البلد المضيفه للاستثمارات التابعة للمستثمر^(٢) ما لم تكن الدولة المضيفه للاستثمار قد استبعدتها من نظام ضمان

(¹)Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/> - last visit 9/5/2018 - p52 " Article 66. Territorial Application This Convention shall apply to all territories under the jurisdiction of a member including the territories for whose international relations a member is responsible, except those which are excluded by such member by written notice to the depository of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently."

(²)Investment Guarantee Guide - Multilateral investment Guarantee Agency - World Bank Group - MIGA: Bringing Clients Unique Strengths - 2009 - p 6,7 - "Protects against loss from, damage to, or the destruction or disappearance of, tangible assets or total business interruption (the total inability to conduct operations essential to a project's overall financial viability) caused by politically motivated acts of war or civil disturbance in the country, including revolution, insurrection, coups d'état, sabotage, and terrorism. The cover protects against losses arising from physical damage of assets and total business interruption. For total business interruption, MIGA would pay the net book value of the total insured equity investment or the insured portion of the principal and interest payment in default as a direct result of a covered war and civil disturbance event. For tangible asset losses, MIGA will pay the investor's share of the lesser of the book value of the project assets, their replacement cost, and the cost of repair of the damaged assets. Temporary business interruption can also be included upon a request from the investor and would cover three sources of interruption: damage of assets, forced abandonment, and loss of use. For short-term business interruption, MIGA will pay unavoidable continuing expenses and extraordinary expenses to resume operations and lost business income or, in the case of loans, missed payments. This coverage encompasses not only violence in the host country directed against a host country government, but also against foreign governments or foreign investments, including the investor's government or nationality."

الوكالة في وقت التصديق أو القبول أو الموافقة أو أي وقت لاحق بحيث لا يسري عليها حينها مطالبة المستثمر بالضمان إذا ما ثار فيها أي حروب أو اضطرابات مدنية. وطالما الإشعار الكتابي يصدر عن الدولة العضو فيقع عليها عبء إثبات صدور ذلك الإشعار إذا ما أرادت الاحتجاج به على المستثمر. والملاحظ في البند الخاص بهذا الخطر استبعدت الوكالة تطبيق الضمان على الخسائر الناجمة عن:

١- أي إجراء أو إغفال من جانب الحكومة المضيفة وافق عليها صاحب الضمان أو كان قد اتفق على أن يكون مسؤولاً عنها.

٢- أي إجراء أو إغفال من جانب الحكومة المضيفة أو أي حدث آخر يحدث قبل إبرام عقد الضمان.

ففي كلتا الحالتين لم تتعد إرادة المستثمر وحكومة استضافة الاستثمار على الوفاء بالضمان؛ حين وقوع الإجراء أو الحدث إما لموافقة صاحب الضمان عليها أو لحدوثه قبل إبرام عقد الضمان، فلا ضمان للأحداث الماضية وإنما الضمان للأحداث المستقبلية.

ثانياً: نطاق الحماية من خطر الإرهاب في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

تحمي سياسة الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، والإرهاب، والاضطرابات المدنية من الخسائر الناجمة عن التدمير أو الاختفاء أو الأضرار المادية للأصول المادية أو انقطاع الأعمال (عدم القدرة الكاملة على إجراء عمليات أساسية من أجل الجدوى المالية الشاملة للمشروع) بسبب أعمال الحرب أو الدوافع السياسية في البلد، بما في ذلك الثورة، والتمرد، والانقلابات، والتخريب، والإرهاب. وتفصل السياسة الخسائر إلى ثلاث فئات: خسائر الأصول المادية، وإجمالي انقطاع الأعمال، وانقطاع الأعمال المؤقت.

(١) بالنسبة لخسائر الأصول الملموسة، تدفع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار حصة المستثمر من تكلفة الاستبدال، وتكلفة إصلاح الأصول المتضررة أو المفقودة، أو القيمة الدفترية لهذه الموجودات إذا لم يتم استبدالها.

(٢) بالنسبة إلى انقطاع الأعمال الكلي الناجم عن حدث مشمول بالاضطرابات المدنية والاضطرابات المدنية، سيعتمد التعويض، في حالة الاستثمارات في الأسهم، على القيمة الدفترية الصافية للاستثمار المؤمن عليه وفي حالة القروض ستدفع الجزء المؤمن عليه من الأصل، وفائدة دفع التخلف عن السداد، ولا تشمل هذه التغطية العنف فقط في البلد المضيف الموجه ضد حكومة البلد المضيف، ولكن أيضا ضد الحكومات الأجنبية أو الاستثمارات الأجنبية، بما في ذلك حكومة المستثمر أو الجنسية.

(٣) يجوز أيضا إدراج الانقطاع المؤقت في الأعمال التجارية بناء على طلب من المستثمر، وسيغطي الضمان عمليات التوقف الكاملة المؤقتة بسبب أضرار الفقدان أو الظروف الخطرة بشكل غير معقول في البلد المضيف، مما يؤدي إلى تعليق مؤقت أو عدم القدرة على الاستخدام. وفيما يتعلق بانقطاع الأعمال على المدى القصير، تدفع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار النفقات المتواصلة التي لا يمكن تجنبها والنفقات الاستثنائية المرتبطة بها وعمليات إعادة التشغيل والدخل التجاري المفقود وفي حالة القروض، المدفوعات المفقودة.^(١)

المطلب الثالث

الضمانة الإقليمية ضد خطر الإرهاب

أولاً: إطلاق السلوك دون التقيد بالفاعل

حسناً فعلت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات بشأن ضمانها للمخاطر غير التجارية الناتجة عن كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن قطر المضيف تتعرض له أصول المؤمن له المادية تعرضاً مباشراً؛ أو يتسبب في انقطاع أعمال المشروع محل الاستثمار المؤمن عليه بصفة متواصلة

(^١)Felix I. Lessambo - International Financial Institutions and Their Challenges / A Global Guide for Future Methods - Palgrave Macmillan - 2015 - p 77-79; Leigh P. Hollywood - MIGA: Long Term Political Risk Insurance for Investments in Developing Countries - The Geneva Papers on Risk and Insurance, 17 (No. 63, April 1992) - p 260.

لفترة تحدد في عقد التأمين؛ وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام أو الأعمال الإرهابية وأعمال التخريب ذات الدوافع السياسية والتي يكون لها نفس الأثر.^(١) والملاحظ في هذا الضمان أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات قد ساوت في العمل العسكري بين كونه صادر من جهة أجنبية أو صادراً من القطر المضيف، وسواء كان التعرض لأصول المستثمر بشكل مباشر أو بصورة غير مباشرة طالما نتج عنها انقطاع أعمال المشروع محل الاستثمار المؤمن عليه بصفة متواصلة وفق ما يحدده عقد التأمين مع المؤسسة.

والسبب الرئيسي في هذا الضمان وهذه المساواة أن المؤسسة افترضت مسؤولية الدولة عن حماية أرضها وكل من يقطن إقليمها سواء كان العمل العسكري صادر من جهة أجنبية تجاه أصول المضمون استثماراته أو من جهة الدولة المضيفة التي تتحمل عبء الدفاع عن إقليمها في المقام الأول.

ثانياً : شروط تحقق الضمان

سواء كان العمل العسكري بشكل مباشر أو بصورة غير مباشرة متى لاقت آثاره انقطاع أعمال المشروع وفق الفترة المتفق عليها بين المستثمر والمؤسسة في عقد التأمين. وقد ذهبت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار إلى أبعد من ذلك فقررت ضمان الاستثمار ضد الاضطرابات الأهلية العامة وعددت أمثلة على سبيل المثال لا الحصر؛ فقررت سريان الضمان ضد الثورات، والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام، وأعمال الإرهاب، وأعمال التخريب ذات الدوافع السياسية التي يكون لها نفس الأثر.

(١) انظر اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - المادة ١/١٨ - د - ص ١٧ - متاحة على الموقع الإلكتروني للمؤسسة <http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement> - آخر زيارة

وهذا الأمر يدل على بصيرة مرتفعة للمؤسسة رفعت من أسهم الضمان فيها إلى أبعد ما يكون لأن أقصى حالات الضمان ليست الضمان ضد المخاطر السياسية التقليدية كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية وفرض الحراسة، وإنما المخاطر الحديثة الآن تتمثل في (الانقلابات والفتن) والتخريب والإرهاب، والاضطرابات المدنية. كل ذلك يشجع المستثمر على الدخول باستثماراته في القطر المضيف لأن استثماراته مضمونة حتى في أحلك الظروف. (١)

ويرى البعض الآخر أن أثر الإرهاب على الاستثمار الأجنبي المباشر يجب ألا يعمم؛ ففي حين تتأثر التجارة والاستثمار تأثيراً سلبياً بأعمال الإرهاب، فإن معظم هذه الأحداث لا يبدو أنها تؤثر تأثيراً كبيراً على الاستثمار الأجنبي المباشر. وقد أظهرت بعض الدراسات أن هجمات ١١ سبتمبر كان لها تأثير ضئيل نسبياً على الاستثمار الأجنبي المباشر في الولايات المتحدة، في حين زاد الاستثمار الأجنبي المباشر في إسبانيا في الواقع بمقدار ٦ \$ مليار دولار في عام ٢٠٠٥ بعد تفجيرات قطارات مدريد عام ٢٠٠٤، و ١١ مليار دولار إضافية في عام ٢٠٠٦. غير أن الآثار يمكن أن تكون سلبية بشكل كبير. وفي نيجيريا، يقدر أن الاستثمار الأجنبي المباشر انخفض بمقدار ٦ بلايين دولار في أعقاب أعمال إرهابية قامت بها جماعة بوكو حرام في عام ٢٠١٠. لذلك لا معنى للتعميم حول تأثير الإرهاب على الاقتصادات الوطنية. ومن الواضح أن تصور المخاطر يلعب دوراً هاماً في كيفية تفاعل المستثمرين مع أعمال الإرهاب. ويمكن أن يؤدي الإرهاب في البلدان التي يعتقد أنها تتطوي على مخاطر أكبر إلى نتائج سلبية للغاية مع التجار والمستثمرين والمقرضين. وهذا سبب هام لقيام أعمال الإرهاب في كثير من الأحيان بأثر سلبي أكبر على البلدان النامية من البلدان المتقدمة النمو. فمتوسط الاستثمار الأجنبي

(١)World Investment Report 2017 Investment and the Digital Economy - UNCTAD - UN - p 6" In contrast, the majority of respondents see sources of global risks in geopolitical uncertainties, terrorism and social instability."

المباشر في البلدان الأكثر تضررا بالإرهاب هو أقل من نصف بلدان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي. وتبلغ نسبة التجارة كنسبة مئوية من الناتج المحلي الإجمالي ٥١ في المائة في هذه البلدان، بينما تبلغ ٨٧ في المائة في المتوسط بالنسبة لمنظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي.^(١)

الوضع في قانون الاستثمار المصري ٢٠١٧/٧٢

أغفل المشرع المصري النص على ضمان الاستثمار الأجنبي المباشر ضد خطر الإرهاب والاضطرابات المدنية، وهذا الإغفال يوحي بعدم إدراك لما توصلت إليه مؤسسات الضمان الدولية رغم أن مصير تحارب الإرهاب الآن من خلال العملية الشاملة ٢٠١٨ إلا أن هذا الضمان والنص عليه في قانون الاستثمار المصري له كبير الأثر في ارتفاع معدل تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر.

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن خطر الإرهاب يعد من قبيل الأخطار المتطورة التي لا تقف عند حد سلوك معين بحد ذاته، وأن التعويض عن هذا الخطر يشمل التكاليف الناتجة عما يحدثه المستثمر من أضرار وقتية ومستقبلية، وأن للهجمات الإلكترونية أثر مماثل للهجمات الإرهابية العادية من حيث أثرها على طرد الاستثمار، وعلى المشرع المصري أن يقتدي بضمان الاستثمار ضد خطر الإرهاب كما في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات؛ كي يأمن المستثمر على أمواله في مصر في ظل الإرهاب الذي يتهددها وتحاربه بكل جسارة.

^(١) Valeriy Lisitsa - Stability – What an Investor Needs - *Law Journal (Moscow, Russia), 2001* - p 1 - " One of the factors of investment attractiveness of any country including Russia is the stability of legal conditions for investing. In the legal terms it is provided with two ways: the guarantee from the unfavourable change of legislation ("grandfather's" clause) and the change of an investment contract in connection with the change of legislation (stabilization or renegotiation clause)."

المبحث الخامس خطر عدم الثبات التشريعي

تمهيد وتقسيم

يأتي المستثمر بأمواله جذباً من قانون للاستثمار، ويهرب بأمواله إذا ما تغير القانون في غير صالحه، فأضحى أحد أهم ضمانات استمرار الاستثمار " شرط الثبات التشريعي "؛ وما هو الوضع إذا تمسك المستثمر بشرط الثبات التشريعي وتعارض تمسكه مع حقوق الإنسان؟ وما هو أثر إدراج شرط المظلة في معاهدة الاستثمار الثنائية على الثبات التشريعي؟ وما هو نطاق شرط الثبات التشريعي في الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وما هو الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار لخرق شرط الثبات؟ وهل هناك فرق بين الثبات التشريعي والتوازن الاقتصادي؟ وكيف تعرض المشرع المصري للثبات التشريعي في قانون ٢٠١٧/٧٢؟ وهل يحق للدولة المضيفة للاستثمار أن تتمسك بالثبات التشريعي إذا كان القانون الجديد أصلح للمستثمر؟ هذا ما أتعرض إليه في المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: المقصود بالثبات التشريعي

المطلب الثاني: نطاق شرط الثبات التشريعي ومضمونه

المطلب الثالث: الثبات التشريعي والقانون الأصلح للمستثمر

المطلب الأول

المقصود بالثبات التشريعي

أولاً: تعريف شرط الثبات التشريعي

يعرف البعض شرط الثبات التشريعي بأنه " الشرط الهادف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في تعديل القواعد القانونية النافذة بينها وبين المستثمر الأجنبي وقت إبرام العقد على نحو قد يخل بالتوازن العقدي أو الاقتصادي بين طرفي الرابطة العقدية"^(١)؛ وقد تمتد شروط الثبات التشريعي لتشمل أي قانون

(١)Michael Polkinghorne - Stabilization clauses and periodic review outline - Speaking notes (to be shared) - White&case - p 1 " In response to the

يؤثر على الظروف الاقتصادية للاتفاق؛ كالملكية، والنظام الضريبي وتشريعات العمل وأحكام التصدير والاستيراد وإمكانية النقل المجاني والإطار التشريعي والتعاقد العام.^(١) وقد أثّرت مخاوف من أن مثل هذه الشروط تحد من قدرة الدولة على سن تشريع فعال بما يتماشى مع التزاماتها الدولية في مجال حقوق الإنسان. ونتيجة لذلك ، قد تكون هناك استثناءات من شرط الثبات فيما يتعلق بالعمالة ، أو القوانين البيئية أو قوانين حقوق الإنسان - وهي المجالات التي قد لا ترغب فيها الدولة في أن تكون مقيدة بالثبات التشريعي، وحيث يكون من الصعب على المستثمر أن يحتج بشكل مشروع شرط الثبات التشريعي.^(٢)

ولقد شهدت العقود الأخيرة مناقشات حول المضمون الصحيح لشروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار الأجنبي، والتي يمكن من خلالها تمييز وجهتي نظر متعارضتين. الأولى هي أن شروط التثبيت تساهم في استقرار العلاقات التعاقدية. واعتمدت وجهة النظر هذه مصالح الشركة والمستثمر في المقام الأول وبالتالي استبعدت الالتزامات الأساسية لحقوق الإنسان في تطبيق اتفاق الاستثمار. أما الثانية فيدرك المدافعون عنها أهمية شرط الثبات التشريعي، لكنهم يذهبون إلى أبعد من ذلك

possibility of modification of contractual rights by unilateral governmental actions, a significant number of contracts include stabilization clauses. The function of these clauses is to ensure that the contract will not be altered and will remain "stabilized". The sole objective of the stabilization clause is "to preclude the application to an agreement of any subsequent legislative (statutory) or administrative (regulatory) act issued by the government or the administration that modifies the legal situation of the investor." Therefore, such clauses do not preclude a state from enacting new legislation, but rather prevent it from enforcing new regulations against the other contractual party."

(^١)Daniel Wagner & Dante Disparte - Global Risk Agility and Decision Making Organizational Resilience in the Era of Man-Made Risk - Palgrave Macmillan -2016 - p 128

(^٢)Jernej Letnar Čerňič - Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses - German Law Journal - 2010 - Vol. 11 No. 02 - p 215

في مسعاهم بحجة أن مثل هذه الشروط لا ينبغي أن تتداخل مع التزامات حقوق الإنسان الأساسية للشركات والمستثمرين على حد سواء. وهم بذلك يدركون الأهمية القصوى لالتزامات حقوق الإنسان الأساسية للمستثمرين من الشركات. ويزعمون أن شروط الاستقرار لا ينبغي أن تأخذ أولوية على تطبيق الالتزامات الأساسية لحقوق الإنسان في الشركات، وأولويات تلك الدول. لذا يقترح أصحاب وجهة النظر الثانية أنه كلما تعارض شرط الثبات مع التزامات حقوق الإنسان الأساسية، يمكن اعتباره لاغياً لأن حقوق الإنسان الأساسية تتفوق على جميع الالتزامات الأخرى للشركات والدولة أطراف عقد الاستثمار. وتحقيقاً لهذه الغاية، فإن حقوق الإنسان للأفراد، التي تلتزم الشركات وموظفيها بالامتثال لها، مستمدة من الأوامر القانونية الوطنية والقانون الدولي والتزامات الشركات الطوعية. وهنا يثور تساؤل مفاده ما هي قيمة إلغاء القيمة الإضافية لشرط الثبات التشريعي؟

أولاً: يجب النظر في انتهاك القواعد الأساسية لحقوق الإنسان على أساس كل حالة على حدة.

ثانياً: الاستثمار غالباً ما يمثل فرصة نادرة وقد يستفيد المستثمرون والسكان المحليون من الطرف المتعاقد معهم من التنمية في البلدان الأقل نمواً خاصة إذا كان الاستثمار طويل الأجل.

وبالتالي فإن شرط الثبات يحمي استقرار العلاقات التعاقدية وإمكانية التنبؤ بها. فلا يمكن لأي من النهجين فيما يتعلق بمضمون بنود التثبيت أن يقف معزولاً. ويبدو أنه يمكن التوفيق بين استقرار العلاقات التعاقدية ومخاوف التزامات حقوق الإنسان الدولية الأساسية الخاصة بشركات الاستثمار، وذلك بإدراج كلا البعدين في العقد. ومن شأن هذا النهج أن يعالج على نحو ملائم كلا الشواغل المتعلقة بعقود الاستثمار. إذ أنه سيسمح باحترام حقوق الإنسان الأساسية دون الاحتجاج ببطان شروط الثبات التشريعي، ويبدو أن التعديلات على العقد، أو السعي لتفسيره بطريقة أكثر ملاءمة للأحكام التعاقدية بديلاً أفضل للتعامل مع الإشكالية المحتملة حول

شروط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي. إذ أنه من غير المحتمل إلى حد كبير أن الدولة ستذهب بقضية إلى هيئة تحكيم إستنادا إلى انتهاكات حقوق الإنسان الأساسية من قبل المستثمرين من الشركات.^(١)

لذا يعد الاتفاق على شرط الثبات التشريعي بمثابة تنازل بين الدولة لصالح المستثمر الأجنبي عن جزء من سيادتها في مجال التشريع من خلال تعهدا بتحصينه من الخضوع لتطبيق أية تعديلات تشريعية لاحقة عليه قد تضر بمركزه الاقتصادي^(٢)، ويستمد شرط الثبات التشريعي من إرادة الدولة المنفردة لحظة إبرام عقد الاستثمار، أو من خلال وروده في الاتفاقات الثنائية أو الإقليمية.^(٣) بيد أن الالتزام السياسي والاستقرار القانوني لا معنى لهما إذا لم تنفذ الحكومة هذه الاتفاقات على نحو واف.^(٤) وتحترم التوقعات المشروعة للمستثمر^(٥) من خلال استنادها لحقها

^(١)Jernej Letnar Čerňič - Ibid - p 215

^(٢)Hanna Hollwitz and Shuxng Yang - Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union- Land Resources Law - Springer International Publishing AG 2018 - p 138 - "Provisions of stability exclude the hosting nation from enacting laws that would run contrary to the contract, thus overriding the contract at the cost of the investors' interests. In order to exclude amendments reflecting evolving standards of environment and social situations, provisions are included that only acknowledge the environmental and social law of the hosting country at the time of conclusion of the contract. This effectively "freezes" the legal system in the aforementioned aspects. This leads to the contract often colliding with newly enacting environmental and social standards."

^(٣) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٧٥-٧٦

^(٤)Robert Gommel - Ibid - p 13

^(٥)Markus Krajewski - European Yearbook of International Economic Law-The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012 - p 359 " A second fundamental element of the fair and equitable standard relates to the stability, predictability and consistency of the legal and business environment. The tribunal in CMS/Argentinastated that a "stable legal and business environment is an essential element of FET [fair and equitable treatment]". In this context, reference is often made to the object and purpose of investment treaties. Based on the preambles of these agreements which frequently refer to the

السيادي في التنظيم التشريعي.^(١) وليقينا بأن العلاقة بينها وبين المستثمر أضحت غير مفيدة ومتقدمة بالنسبة لها بالمقارنة بين فوائد الاستقرار التشريعي وفوائد إعادة تنظيم هذه العلاقة بما يحقق لها منفعتها التي بالفعل تفوق خسارتها الناتجة عن مثل هذا الاستقرار.^(٢) ويرى البعض أن شرط الثبات التشريعي له ثلاثة أنواع:

intention to create favourable conditions for investments, tribunals have concluded that guaranteeing a stable and predictable investment climate is one of the central purposes of these agreements. Legitimate expectations and the protection of a stable and predictable legal and business environment are closely linked as they both relate to the investment framework which the investor can legitimately expect. "; Francesco Costamagna - Services of General Interest Beyond the Single Market : External and International Law Dimensions - Regulating Public Services and International Investment Law - asser press and the authors- 2015 - p94

^(١)August Reinisch - European Yearbook of International Economic Law - The EU and Investor-State Dispute Settlement: WTO Litigators Going "Investor-State Arbitration" and Back to a Permanent "Investment Court" - springer - 2017 - p 266- 267" At the same time, it should not be overlooked that also investment tribunals have refined their jurisprudence over the years, clarifying that investment standards are not intended to limit the legitimate regulatory space ("right to regulate") of host countries. Plama v Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para. 177: "The stability of the legal framework has been identified as 'an emerging standard of fair and equitable treatment in international law.' However, the State maintains its legitimate right to regulate, and this right should also be considered when assessing the compliance with the standard of fair and equitable treatment." Impregilo v Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011, para. 290: "In the Tribunal's understanding, fair and equitable treatment cannot be designed to ensure the immutability of the legal order, the economic world and the social universe and play the role assumed by stabilization clauses specifically granted to foreign investors with whom the State has signed investment agreements."

^(٢)Bajar Scharaw- The Protection of Foreign Investments in Mongolia Treaties, Domestic Law, and Contracts on Investments in International Comparison and Arbitral Practice - 2018 - p 209 -" Traditionally, the risk of legal change has been associated with the perception of host States that their original investment bargain has become out-dated or obsolete."

النوع الأول: "شروط التجميد" والتي تستثني استثمارا ما من تطبيق القوانين الجديدة، ويتم تجميد قانون الدولة المضيفة للاستثمار سواء في العموم أو على وجه الخصوص في نواحي تنظيمية معينة كالنظام الضريبي على سبيل المثال.

النوع الثاني: "شروط التوازن" والتي تغطي الخسارة المالية الناتجة عن التغييرات التشريعية الجديدة.

النوع الثالث: "الشروط المختلطة" وهي التي تعد مزيجا بين التجميد والتوازن كل منهما يكمل الآخر في سبيل توفير مستوى حماية أكبر للمستثمر لاستقرار اتفاقاته مع الدولة المضيفة؛ وهذه النوعية الأخيرة من الشروط تعطي فرصة للأطراف لتحديد التوازنات الاقتصادية المراد تحقيقها والوصول إليها من خلال استثناءات تمنح للمستثمر من تطبيق التغييرات التشريعية عليه أو تحييد آثارها إذا ما طبقت وهنا المثال الأوضح لهذه الحالة كأن تدفع الدولة المضيفة للمستثمر تعويض مقابل الدخول تحت مظلة التشريع الجديد.⁽¹⁾

ثانيا: أثر إدراج شرط المظلة في معاهدة الاستثمار الثنائية على الثبات التشريعي

يمكن أن يؤدي إدراج شرط المظلة في معاهدات الاستثمار الثنائية إلى رفع مخالفة شرط الثبات من حكم تعاقدي إلى انتهاك للقانون الدولي. وذلك لأن شروط المظلة أو مراعاة بنود التعهدات يبسط مبدأ القانون الدولي العام "عقد شرعية المتعاقدين" للعقود التجارية مع الدول عن طريق تحويل الالتزام العقدي إلى التزام بموجب معاهدة استثمار ثنائية.⁽²⁾ فعلى سبيل المثال معاهدة الاستثمار الثنائية بين

(1) Katja Gehne & Romulo Brillo - Stabilization Clauses in International Investment law: Beyond Balancing and fair and Equitable Treatment - Institute of Economic law / Transnational Economic law Research Center (TELC) School of law - Martin Luther University Halle-Wittenberg - HEFT 143 - Marz 2017 - p 7

(2) راجع في ذلك قرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٣ لسنة ٢٠١٧ بالموافقة على اتفاق المظلة بين جمهورية مصر العربية والوكالة الفرنسية للتنمية والاتحاد الأوروبي وبنك الاستثمار الأوروبي وبنك التعمير الألماني " الشركاء الأوروبيون في التنمية " بشأن مشروع مزرعة الرياح بخليج السويس،

الاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة تنص على بند المظلة: " يجب على كل طرف متعاقد أن يراقب أي التزام قد يتداخل بشكل متسق مع هذه الاتفاقية فيما يتعلق باستثمارات المستثمرين من الطرف المتعاقد الآخر ". وهنا شروط المظلة ضرورية لحماية المستثمرين الأجانب من خرق العقود الخاصة من قبل الدولة لأن مثل هذه الانتهاكات لا تؤدي في ظل الظروف العادية إلى مسؤولية الدولة بموجب القانون الدولي. إذ أنها بموجب هذا الشرط تنقل العقديّة في الاتفاق إلى مرحلة الدولية بين أشخاص القانون الدولي. ففي قضية شركة **CMS Gas Transmission** ضد جمهورية الأرجنتين ، على سبيل المثال ، قررت المحكمة أن الأرجنتين انتهكت شرط المظلة في معاهدة الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين والولايات المتحدة إلى المدى الذي تصرف فيه الأرجنتين بالمخالفة لبنود الثبات التشريعي الواردة في رخصة نقل وتوزيع الغاز:

- (١) الالتزام بعدم تجميد نظام التعريفية أو إخضاعها لضوابط الأسعار.
- (٢) الالتزام بعدم تغيير القواعد الأساسية التي تحكم الترخيص دون موافقة المستثمر. وعلى النقيض من أن التعديلات التي من الممكن أن تدخلها الدولة المضيفة قد تؤدي لحرمان كبير من الاستثمار إلا أن شروط الثبات التشريعي تخفض بدرجة كبيرة من مستوى التأثير الاقتصادي الذي يتم بناء عليه طلب التعويض.^(١)

والموقع في القاهرة بتاريخ ٢٣/١١/٢٠١٦ - الجريدة الرسمية - العدد ٤١ في ١٢ أكتوبر سنة ٢٠١٧. ص ٤، وقرار وزير الخارجية رقم ٣٣ لسنة ٢٠١٧ من نفس العدد في هذا الصدد.

(^١) Andrey V. Kuznetsov - The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the prism of the sakhalin-2 PSA : Mandatory law, The Umbrella clause, and the fair and equitable treatment standard - The Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution - Vol. 22:223 - 2015 - p 250 - 252, Stephan W Schill - Multilateral Investment Guarantee Agency - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - las visit 2/5/2018 - 2014 - p 1 " The Multilateral Investment Guarantee Agency is an international organization with independent legal personality and a capital-based corporate

المطلب الثاني

نطاق شرط الثبات التشريعي ومضمونه

أولاً: الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وخطر عدم الثبات التشريعي

قدمت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف

MIGA إلى مجلس محافظي البنك الدولي للإنشاء والتعمير في ١١/١٠/١٩٨٥ ،

ودخلت حيز النفاذ في ١٢/٤/١٩٨٨، وخضعت للتعديل من قبل مجلس محافظي

الوكالة الدولية ضمان الاستثمار في ١٤/١١/٢٠١٠^(١).

structure. Its headquarters are located in Washington DC. Being the youngest member of the World Bank Group, its objective is to promote foreign investment between its members:1)by offering insurance against noncommercial risks to foreign private investors who invest in developing countries; (2) by providing Technical assistance for countries to develop strategies to promote investment ;and(3) by providing information about investment opportunities and investment risk management ."

(١) قد وافق مجلس محافظي الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على تغييرات هامة في اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. هذه التغييرات، اعتباراً من ١٤ نوفمبر ٢٠١٠، هي التغييرات الأولى على الوكالة منذ إنشائها في عام ١٩٨٨. وستسمح هذه التغييرات للوكالة لضمان المزيد من الضمانات والاستثمارات، وزيادة أثرها الإنمائي. وعموماً، أعطيت الوكالة الدولية لضمان الاستثمار نطاقاً أوسع لتحديد أهلية الاستثمار التي تليها المتطلبات الأساسية للوكالة: فيجب أن يكون المشروع المدعوم مالياً واقتصادياً، وسليم بيئياً، ومتسق مع العمل والمعايير والأهداف الإنمائية للبلد المضيف. وفيما يلي بعض التغييرات الرئيسية. حيث يجب على المستثمرين دائماً مناقشة احتياجات محددة مع أحد شركات التأمين التابعة للوكالة لضمان أن المشروع مؤهل للحصول على تغطية ضمانات الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. (١) تغطية الديون القائمة بذاتها: فالوكالة الدولية لضمان الاستثمار قادرة الآن على توفير تغطية للقروض من غير المساهمين طالما أنها تتعلق باستثمار أو مشروع محدد يكون فيه شكل آخر من أشكال الاستثمار المباشر. واشترط أن تغطي الوكالة أيضاً جزءاً من استثمارات الأسهم ذات الصلة لم يعد موجود. وسيسمح ذلك للمقرضين بالمشاركة بالبحث عن تغطية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار (بما يصل إلى ٩٩% من الدين) عندما لا يرغب المستثمر في شراء غطاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، أو أنه غير مؤهل. فيمكن أن يشمل الاستثمار المباشر استثمارات من مستثمرين من القطاع الخاص أو البلد المضيف أو أي دولة عضو أخرى في الوكالة. ويمكن أن تشمل أيضاً الاستثمارات التي يقدمها المستثمرون كلياً أو جزئياً من قبل حكومات أخرى غير البلد المضيف. (٢) التقدم بطلب للحصول على تغطية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار - التبسيط الإجرائي: وتقضي اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن يسجل العملاء استثماراتهم المحتملة مع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار قبل البدء في تنفيذ المشروع. وكانت الوسيلة المتبعة في ذلك هي الطلب التمهيدي للضمان (*the Preliminary Application for Guarantee*). (٣) تغطية الأصول القائمة: وبالإضافة إلى القدرة على تغطية الاستثمارات والتوسعات الجديدة، يجوز للوكالة الدولية لضمان

وقد أوردت اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في نص المادة

١١ أنواع المخاطر المشمولة بضمان الوكالة^(١):-

ف نجد نص المادة ١١/ج ينص على أنه " يجوز للوكالة أن تضمن الاستثمارات المؤهلة مقابل خسارة ناتجة عن واحد أو أكثر من الأنواع التالية للمخاطر...."، والملاحظ هنا في هذا الجزء من النص أن ضمان الوكالة ليس إجبارياً أو وجوبياً، وإنما أمراً جوازياً يخضع لتقدير مجلس الوكالة وحسب نوع الخطر المراد ضمان خسائره في كل حالة على حدة. وقد عدت المادة ١١/ج أنواع المخاطر على سبيل الحصر؛ فحددها في أربع مخاطر فقط على سبيل الحصر:-
الأول: تحويل العملات. والثاني: نزع الملكية واتخاذ التدابير المماثلة. والثالث: خرق العقد. والرابع: الحرب والاضطرابات المدنية. ولم تذكر اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أي ضمانات تذكر عن خطر عدم الثبات التشريعي. ويرى البعض أن الدولة تملك تقدير مصلحتها العامة على إقليمها حيث يحق لها تعديل تشريعها بإرادتها المنفردة، ومن ثم ما يرد في الدستور أو التشريعات الداخلية من ضمان للمستثمر الأجنبي لا يخرج عن كونه وعداً من جانب ومن ثم تعتمد فاعليته على استمراريتها وقابليتها للتنفيذ فهي إجراءات من جانب واحد، ولا تخرج عن كونها تعبير عن حسن نية الدولة، مما يشكل ضمان معنوي لضمان الاستثمار الخاص،

الاستثمار الآن تغطية الاستحواذ، وإذا كان المستثمر يظهر التزاماً متوسطاً أو طويلاً الأجل أو أن هناك تحسينات أو استثمارات قائمة. ويجوز للوكالة الدولية لضمان الاستثمار كذلك تأمين الاستثمارات المؤهلة حيث يسعى المستثمر للحصول على تغطية لمجموعة جديدة والمشاريع القائمة. ويجب أن يناقش المستثمرون مع أحد وكلاء ضمان الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لتحديد ما إذا كان يلبي المشروع متطلبات الأهلية لضمان الوكالة. انظر في ذلك موقع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف. آخر زيارة للموقع ٢٠١٧/٩/١٢

<https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/>

(١) انظر هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٥٨ - ٥٩. " هي المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية، وتكون الدولة المضيقة هي السبب المباشر في تحقيقها ولا بد للمستثمر الأجنبي فيها من ضمان "

ويجوز للدولة المعنية إلغاء التشريعات التي تضمن الاستثمارات الأجنبية كلياً كان ذلك أم جزئياً.^(١)

ثانياً: الأساس القانوني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة على عدم الثبات التشريعي

هناك اتجاه لا يقرر حظر صدور تشريعات لاحقة لما في هذا اعتداء على سيادة الدولة، وإنما بتعويض المستثمر عن طريق تحمل عبء الضرائب التي قد تفرضها هذه التشريعات، ويمكن الأخذ بهذا الاتجاه إذا نصت الهيئة على الإعفاء الشامل كحق من حقوق المستثمر الأجنبي في عقد أبرمته معه واعتبر من قبيل العقود الإدارية، أو بقرار إداري فردي أصدرته في مواجهته وأمكن تكيفه بالنظر لظروف إصداره بأنه في حقيقته طبيعة العقد الإداري، إذ قد تثار حينها "نظرية فعل الأمير"، والتي تعطي للمتعاقد مع الإدارة حق التعويض إذا أصابه ضرر نتيجة إجراءات عامة تصدر عن سلطة عامة غير السلطة المتعاقد معها، ويدفع التعويض هنا من جانب الجهة الإدارية الطرف في العقد، وليس من جانب الدولة بوصفها هذا. أما إذا كان المستثمر لا يستند في المطالبة بالتعويض إلا إلى ما رتبته التشريع الجديد من أثر ضار به، دون أي حق مسبق له طبيعة عقدية، فلا يتم المطالبة بالتعويض إلا بأساس قانوني مفاده " تحمل التبعية الاجتماعية " والتي تبني بدورها على ضرورة حماية من يضار بحكم القانون الذي يصدر تحقيقاً لمصالح أشخاص آخرين لما في ذلك من احترام لمبدأ المساواة. وهي نظرية استند إليها القضاء الإداري الفرنسي في حالات استثنائية للحكم بالتعويض عن أضرار نشأت نتيجة صدور قانون معين بشرط أن تكون أضرار جسيمة خاصة ومباشرة.^(٢)

وهناك من يرى أن شرط الثبات التشريعي يعد من قبيل النظام العام حيث يتفق الطرفان على عدم تطبيق أي تعديل تشريعي بعد إتمام عملية التعاقد أو تعويض

(١) عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص ١٤٨

(٢) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ٧٥-٧٦

المستثمر الأجنبي متى التزم بهذا التعديل وتسبب في حدوث أضرار اقتصادية له. خاصة في مرحلة تقادم الشروط التعاقدية التي تصاحب عقود الاستثمار طويلة الأجل؛ وهنا يعد شرط الثبات التشريعي من النظام العام للدولة لا يجوز الرجوع فيه أو التحلل منه.^(١) وما زالت مسألة التعويضات عن خرق العقد، ونزع الملكية أو التأميم في قانون الاستثمار الدولي غامضة أكثر من أي وقت مضى. وإذا ما ألقينا نظرة خاطفة على قرارات التحكيم الدولية المتعلقة بهذه القضية لأخذنا بمثل هذا الانطباع. فوجود شرط الثبات في العقد يعتبر واحدا من عناصر تقييم التعويض للطرف المتضرر. وليس من الواضح كيف لعبت شروط الثبات المعنية بالعقد دوراً في مقدار التعويضات التي تمنحها هيئات التحكيم المختلفة. فالبعض يأخذ بمنظور العقد كأساس لتقدير التعويض والبعض الآخر يأخذ بمنظور نزع الملكية كأساس لتقدير التعويض؛ حيث قد يعزى هذا الاختلاف في الطرق إلى عوامل مختلفة مثل الخلفية القانونية للمحكم، والظروف السائدة المحيطة بالقضية المعنية، أو ما يزن بشكل كبير لكي نكون منصفين وعادلين بالنظر للظروف التي يحكم فيها المحكم في القضية. لذا ليس من المستغرب لماذا لم تتطور حتى الآن مجموعة ثابتة من القواعد التي تتعامل مع القضايا.^(٢) ففي ضوء ممارسة الدولة لسلطانها السيادية فيما يتعلق بشروط الثبات التشريعي، يمكن النظر إلى الفعالية القانونية لمثل هذه الشروط من زاويتين:

١- متطلب إجرائي. ٢- دفع تعويض أعلى.

فقوة شروط الثبات مثل أي بنود حماية تعاقدية أخرى، تكمن في استقلالية إرادة الطرفين، ولكن عندما تتعارض سيادة الدولة، وهي خارجة عن التعاقد، مع

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٧٧-٧٨

(٢) munir maniruzzaman - Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International Investment Law: Where Do We Stand Today? - [2007] I.E.L.T.R. Issue 11&12 -Sweet & Maxwell Limited [And Contributions] - p 246

مثل هذا الشرط فسيادة الدولة والمصلحة العامة يجب أن تسود على مصلحة المستثمر الأجنبي الخاص. ويجب أن يكون شرط الثبات له تأثير قانوني في ضوء الظروف المحيطة وفي كل سياق ذي صلة به؛ فمثل هذا الشرط التعاقدى لا يمكن أن يهيمن على سيادة الدولة. وهناك دعم لهذا الرأي في فقه التحكيم؛ حيث قد تواجه الدولة ظروفًا استثنائية تتطلب منها التشريع، وليس وضع شرط الاستقرار في عقودها؛ بل على العكس، من أجل حماية المصلحة العامة. فشرط الثبات التشريعي تهدف إلى منع تغيير من جانب واحد من شروط الاتفاقية أو إنهاؤها بأي وسيلة كالبنود النموذجي الخاص بعدم المساس والذي ينص عادة على أن التغييرات أو إنهاء الاتفاقية غير مسموح بها "بدون موافقة متبادلة من الطرفين". إذ يوفر فرصة للتشاور بين الأطراف فيما يتعلق بمصير الاتفاق إما بتعديله أو إلغائه. وهذه العملية قد تفتح الطريق إلى إعادة التفاوض المحتملة من أجل المنفعة المتبادلة لكلا الطرفين. ففي الأنواع الحديثة لشرط الثبات، مثل شروط الاستقرار الاقتصادي وإعادة التفاوض التي تهدف إلى استعادة التوازن الاقتصادي اعتباراً من تاريخ نفاذ العقد والطرفين ملزمان بالتفاوض بحسن نية. فمن خلال الإلتزام بشرط الثبات في الاتفاقية، فإن الحكومة المضيفة تخلق بالتالي لصالح الطرف المتعاقد الآخر توقعات مشروعة يجب أن تنعكس في ملاءمة التعويض عندما يصاب بالإحباط، ولا يمكن إنكار هذا في ممارسة التحكيم فالتعويض ضد انتهاك شرط الثبات يتم منحه عادة في تعويض مالي.⁽¹⁾ فالمبدأ المبدأ العام المستقر في القانون الدولي أن التعويض يجب أن يلغى الضرر المادي الناجم عن الإخلال بالالتزام الدولي، وهو مبدأ وضع من قبل المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية "مصنع تشورزوف"⁽²⁾ في عام ١٩٢٨ وقد تم

(1) munir maniruzzaman - Ibid - p 246 - 247

(2) Case concerning the factory at chorzow - claim for indemnity, Jurisdiction - Publications of the permanent court of international justice. - series A. - No. 9 - July 26th, 1927 - p 4

تكرارها في السوابق القضائية الدولية في مناسبات عديدة منذ ذلك الحين. حيث قضت المحكمة بما يلي:

"المبدأ الأساسي الوارد في المفهوم الفعلي لفعل غير قانوني كفكرة يبدو أنها أنشئت من خلال الممارسة الدولية وبوجه خاص قرارات المحاكم التحكيمية هو أنه يجب لجبر الضرر، قدر الإمكان، القضاء على جميع عواقب الفعل غير القانوني وإعادة الوضع إلى ما كان عليه، في جميع الاحتمالات، قبل ارتكاب الفعل. والرد العيني، فإذا لم يكن ذلك ممكناً، يتم دفع مبلغ مقابل القيمة التي تعادل الرد العيني؛ والحكم إذا لزم الأمر، بتعويض عن الخسائر المتكبدة التي من شأنها ألا يتم تغطيتها بالرد العيني أو الدفع بدلاً عنها؛ هذه هي المبادئ التي ينبغي أن تفيد في تحديد مقدار التعويض عن فعل مخالف للقانون الدولي."⁽¹⁾

ثالثاً: الفارق بين شرط الثبات التشريعي وشرط التوازن الاقتصادي:

١- شرط الثبات التشريعي:

يعمل على ثبات تطبيق النظام القانوني للدولة على المشروع الاستثماري وتحسينه من أي تعديل مستقبلي، وقد يكون الثبات كلياً أو جزئياً؛ أم الثبات الكلي فيهدف إلى ثبات النظام القانوني الوطني بمجمله في مواجهة المستثمر الأجنبي وتحسين الاتفاق الموقع بين المستثمر والدولة المضيفة من تطبيق أي تعديلات تشريعية مستقبلية دون موافقة المستثمر قد تضر بمصالحه المالية طوال فترة عمل المشروع. وفي المقابل يحق للمستثمر طلب الاستفادة من أية تعديلات تشريعية في المستقبل متى كانت في صالحه، ويفعل هذا الطلب بقوة القانون دون اشتراط موافقة الدولة المضيفة عليه. ومثال ذلك إذا تم تعديل تشريع الدولة المضيفة للاستثمار بخصوص الضريبة على الدخل التي تدفعها المشروعات التجارية، سيسري هذا التعديل في حق المستثمر الجنبى متى أعلن عن رغبته في الاستفادة منه ومن تاريخ هذا الإعلان. فضلاً عن ذلك متى وجد تعارض بين نصوص العقد المبرم بين

(1) munir maniruzzaman - Ibid - p 248

الطرفين وأية نصوص قانونية وطنية أو أوامر إدارية تتعلق بنشاط المستثمر، تكون نصوص هذا العقد هي المرجعية القانونية التي تحكم العلاقة بين الطرفين المتعاقدين. أما الثبات الجزئي فيهدف إلى حماية المستثمر الأجنبي من أعمال قواعد تشريعية معينة قد تنشأ في النظام القانوني الوطني للدولة المضيفة.

٢- شرط التوازن الاقتصادي

هذا الشرط لا يعفي المستثمر من الالتزام بأية تشريعات أو إجراءات وطنية لاحقة للاتفاق، وإنما يؤكد على ضرورة خضوع هذا المستثمر لمثل هذه التعديلات أو الإجراءات لضمان احترام سيادة الدولة المضيفة. وهنا تلتزم الدولة المضيفة بتعويض هذا المستثمر من الخسائر المالية التي أصابته جراء هذه التعديلات، وقد يكون التعويض^(١) كلياً أو جزئياً، وهنا يتم الاتفاق على تعويض المستثمر الأجنبي في أحد الحالات الآتية:-

١- تعويض المستثمر متى أقرت الدولة المضيفة تشريعات معينة تؤدي إلى زيادة أعباء المستثمر المالية.

٢- قيام الدولة المضيفة بإقرار تشريعات وطنية تميز بين المستثمر الأجنبي والوطني.

(١) " يقر القانون الدولي التعويض في حالة إنكار العدالة وحالة نزع الملكية دون تعويض، وهذا حال وملائم وفعال، ويخضع التأميم لعدة شروط وهو ضرورة مراعاة مبدأ المساواة وعدم التمييز. ولم توضع قاعدة ثابتة تحدد شروط التعويض يكون لها التطبيق العام على المستوى الدولي ولكن هناك عدة اتفاقيات أقرت التعويض:- ١- ميثاق هافانا ١٩٤٨ ٢- اتفاقية بوجوتا الاقتصادية ١٩٤٨ ٣- اتقنين غرفة التجارة الدولية حول معاملة الاستثمار الأجنبي ١٩٤٩ ٤- اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين الدول الأعضاء الموقعة عام ١٩٧٠ ٥- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية ١٩٨١ ٦- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين الدول أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي المبرمة ١٩٨١ " انظر في ذلك عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - مرجع سابق - ص

٣- اتفاق طرفي العقد على تعويض المستثمر الأجنبي عن نسبة متفق عليها من مجمل خسائره الاقتصادية نتيجة التعديلات التشريعية المقررة.^(١) ويتم تحقيق التوازن الاقتصادي في عقد الاستثمار بأحد طريقتين:

١- النص الصريح في العقد على التزام الدولة المضيفة بتعويض المستثمر الأجنبي بشكل كلي أو بنسبة متفق عليها متى أحدثت تعديلات قانونية أضرت سلبا على حقوق أو التزامات المستثمر.

٢- اتفاق الطرفين على وجوب إعادة النظر في شروط العقد، وإعادة التفاوض حولها من جديد، وتعديلها بما يضمن توازن العلاقة التعاقدية بين الطرفين ويضمن الأرباح المالية المتوقعة للمستثمر الأجنبي وقت التعاقد.^(٢)

ويفضل المستثمر الطريقة الأولى، وتفضل دولة مقر الاستثمار المضيفة الطريقة الثانية حيث أن الطريقة الأولى تضمن للمستثمر التعويض عما لحقه من

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٨٦-٨٨

(٢) Kyla Tienhaara - Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: lessons from Ghana - Int Environ Agreements - Springer Science+Business Media B.V. 2006 - p 382 " In light of the problems associated with stabilisation clauses, many contracts adopt a slightly less demanding alternative; the renegotiation clause: By undertaking to renegotiate the contractual terms and conditions in case of supervening circumstances of any kind, including new legislative or regulatory measures, the State binds itself to conduct good faith negotiations with the private investor with the view of maintaining the economic equilibrium of the agreement as originally stipulated. An essential component of this type of provision is the granting to the international arbitrator of the power to determine the new economic equilibrium of the agreement should the parties fail to find an agreement in this regard within a specified time-limit As with a breach of a stabilisation clause, renegotiation may result in compensation requirements or other remedies to restore the 'economic equilibrium' of the contract."

ضرر دون حاجة إلى إعادة التفاوض على شروط العقد مع الدولة المضيفة من جديد.^(١)

رابعاً: ضمان الثبات التشريعي في قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧
قد انتهج قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ منهج ضمان
الاستقرار والثبات التشريعي؛ حيث نصت المادة الثانية من مواد إصدار ذلك القانون:
"لا تخل أحكام القانون المرافق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات
والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات
والمنشآت محتفظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدد
الخاصة بها، وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها."^(٢) ومن ثم فقد حمى
المشرع المصري المستثمر من تعديل التشريعات الخاصة بالإعفاءات الضريبية
وأطلق العنان للضمان فأفرد لفظة " وغيرها من الضمانات " ولكن وضع حداً لها
وهي أن تكون وفق المدد المقررة فعلاً لها في الاتفاق مع المستثمر. ومن قبيل الثبات
التشريعي عدم إضافة أعباء مالية أو إجرائية على المستثمر بحجة أنها إجراءات أو
قرارات تنظيمية تستند لسيادة الدولة على إقليمها. ففي المادة ٥/٤ من قانون
الاستثمار المصري رقم ٧٢ لعام ٢٠١٧ قرر المشرع المصري مبدأ الثبات
التشريعي بصورة أخرى حداً الأدنى عدم إضافة أعباء على المستثمر حيث نص
على " ولا يجوز لأي جهة إدارية إصدار قرارات تنظيمية عامة تضيف أعباء مالية
أو إجرائية، تتعلق بإنشاء أو تشغيل مشروعات تخضع لأحكام هذا القانون أو فرض
رسوم أو مقابل خدمات عليها أو تعديلها، إلا بعد أخذ رأي مجلس إدارة الهيئة
وموافقة كل من مجلس الوزراء والمجلس الأعلى."^(٣)

(١) هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٨٤

(٢) انظر المادة ٢ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد

٢١ مكرر (ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٢

(٣) انظر المادة ٥/٤ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٠؛ وقد أوضح المشرع في مادته الأولى الخاصة
بالتعريفات أن المجلس الأعلى هو المجلس الأعلى للاستثمار. وقد أوضح في المادة رقم ٦٨ من

المطلب الثالث

الثبات التشريعي والقانون الأصح للمستثمر

هل تطبق نظرية الحيلولة والتي تحول دون الدولة والتصرف على نحو يتعارض مع موقفها السابق إذا كان في هذا إضرار بالآخرين الذين اعتمدوا بحسن نية على ذلك الموقف السابق؟ وهل تعطي النصوص للمستثمرين الأجانب حقاً مكتسباً لا يجوز الإخلال به بتشريع لاحق؟ وهل تعطيهم حقاً في التعويض أنه قد صدر قانون لاحق يخل بالإعفاءات المقررة مما يعطي لدولتهم الحق في التدخل لممارسة الحماية الدبلوماسية في شأنهم؟

١- الإعفاءات لا تشكل تعهداً دولياً:-

يعطي القانون الدولي لكل دولة الحق في حماية مواطنيها إذا حدث اعتداء على حقوقهم في دولة أخرى سواء كانت هذه الحقوق مقررة في ظل القانون الداخلي للدولة المنسوب إليها الاعتداء وفي ظل القانون الدولي نفسه. وإذا تعهدت دولة بموجب معاهدة مع دولة أخرى بإضفاء حقوق معينة على المستثمرين من مواطني هذه الدولة الأخرى ثم أخلت بهذه الحقوق فإنها تسأل في القانون الدولي لإخلالها بأحكام المعاهدة. وتعهد الدولة لمستثمر أجنبي باحترام التزامات معينة بموجب عقد تبرمه معه مما يدفع للحماية الدبلوماسية ومن ثم يثير مسؤولية الدولة في القانون الدولي. إلا أنه من المسلم به أن التشريع الداخلي لا يمثل في الظروف المعتادة تعهداً دولياً بحيث تلتزم الدولة بإبقائه على حاله للأبد ما لم توافق الدول الأخرى على تعديله. (١)

٢- الخروج على الإعفاء لا يدخل في نطاق نظرية الحيلولة

إن الخروج على حكم التشريع الداخلي والذي يقرر إعفاء المستثمر من إجراءات معينة، ثم فرضها بتشريع لاحق يرتب عبء مالي على الأجانب لا يثير

القانون ذاته اختصاصات هذا المجلس؛ والمقصود بالهيئة في نطاق المادة ٥/٤ الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة والتي ورد ذكرها بالتفصيل في المادة ٦٩ من القانون ذاته.

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١١٨

تطبيق نظرية الحيولة بعد التعهد. حيث أن هذه النظرية تقتصر في القانون الدولي على الحالة التي تتصرف فيها الدولة على عكس موقف اتخذته من قبل على الصعيد الدولي وليس بتشريع داخلي.^(١)

٣- الخروج على الإعفاء لا يعطي حقاً في تطبيق نظرية الحقوق المكتسبة؟
فما دام التشريع الذي يقرر مزايا للمستثمرين الأجانب لا يعطيهم حقاً قبل الدولة في استمرار التمتع بهذه المزايا فلا مجال لتطبيق نظرية الحقوق المكتسبة وعدم جواز الإخلال بها.^(٢)

٤- الخروج على الإعفاء لا يعطي بذاته للمستثمر حقاً في التعويض يخول لدولته التدخل لحمايته

مجرد صدور قانون جديد لا يعطي حقاً للمضرورين من أحكامه في التعويض عن هذا الضرر، حيث تنحصر إمكانية التعويض عندئذ على الحالة التي يؤثر فيها صدور القانون على عقد إداري قائم فيكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض على أساس نظرية (فعل الأمير) بشرط أن يكون الضرر خاصاً واستثنائياً. والحالة الوحيدة التي يجوز فيها التعويض وإثارة المسؤولية إذا ورد النص على الإعفاءات المذكورة في العقد بين الهيئة القائمة على تنفيذ القانون وبين المستثمر؛ حيث ننتقل عندئذ من دائرة المراكز التنظيمية العامة إلى دائرة المراكز القانونية الخاصة، مما ينتج الإدعاء بالاعتداء على حقوق المستثمر وملكيته، وهنا تنثور نظرية فعل الأمير وحق المستثمر في التعويض مما يعطي لدولته الحق في التدخل للمطالبة به.^(٣)

٥- القانون الأصلح للمستثمر وحق الدولة المضيفة في التمسك بالثبات التشريعي.

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢٠

(٢) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢٢

(٣) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٢٣

يرى البعض أنه احتراماً للتوقعات المشروعة للدولة المضيفة للاستثمار في عقدها مع المستثمر؛ فلا يحق له المطالبة بتطبيق القانون الجديد عليه إذا صرح القانون الجديد بعدم تطبيقه على المشروعات والاستثمارات السابقة عليه، وذلك لأن السيادة التشريعية خاصة في قانون الاستثمار تقتضي ألا يكون حكمها انتقائياً؛ يأخذ المستثمر ويستفيد من التعديلات الجديدة، ويتذمر من التعديلات التي لا تأتي في صالحه.

الخلاصة

يقصد بالثبات التشريعي ضمان المستثمر ضد أي تعديل يؤثر على أمواله ومشروعه الاستثماري، بحيث لا يطبق على المستثمر أي تعديلات في المستقبل، وتتجه الدول حالياً إلى أنه إذا تعارض شرط الثبات التشريعي مع احترام حقوق الإنسان غلبت الأخيرة احتراماً لها، وإذا ما أدرج شرط الثبات التشريعي واحتمى هذا الشرط بالمظلة الدولية؛ اعترف لدولة المستثمر بالحماية الدبلوماسية على الفور، وما شرط التوازن الاقتصادي إلا صورة جديدة من صور تطور شرط الثبات التشريعي بدلا من إلغائه، وقد سلك المشرع المصري مسلك المؤسسات الدولية في الضمان، ويحبذ هنا أن يضمن المشرع تطبيق القانون الجديد للاستثمار، وأي تعديل تشريعي جديد على المستثمر بشريطين:

١- أن يطلب المستثمر ذلك صراحة.

٢- أن يكون التطبيق في مصلحة المستثمر.

ونعرض بعد ذلك لكيفية تقييم المخاطر السياسية.

المبحث السادس

تقييم المخاطر السياسية

تمهيد وتقسيم

تعددت المخاطر السياسية التي من الممكن أن تؤثر على نشاط المستثمر فكيف يمكن تقييم بلد ما من حيث المخاطر السياسية فيها؟ وهل هناك دور للمؤسسات

الدولية في مثل هذه التقييمات والتصنيفات؟ وما هي مدى مصداقيتها؟ وما هو دور وحدة المعلومات الاقتصادية (إيو) في ذلك التقييم؟ وإلى أي مدى اعتمدت على الدليل الدولي للمخاطر القطرية؟ وما هو أثر الاتفاقات الثنائية للاستثمار على تحسين مستوى الضمان؟ هذا ما أتناوله بإيجاز في المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: طرق تقييم المخاطر السياسية

المطلب الثاني: الاتفاقات الثنائية للاستثمار وأثرها على تحسين مستوى الضمان

المطلب الأول

طرق تقييم المخاطر السياسية

إن الهدف من تصنيف المخاطر السياسية هو توفير وسيلة لتقييم الاستقرار السياسي للبلدان لتمكين المستثمرين المحليين والدوليين من اتخاذ حكم عقلائي بشأن التوجه للاستثمار في بلد ما من عدمه؛ فضلا عن أن حماية المستثمرين المحليين لها كبير الأثر في قرارات المستثمر الأجنبي.⁽¹⁾ وهذا النوع من تحليل المخاطر السياسية يتم من قبل العديد من المؤسسات، بما في ذلك وكالات التصنيف السيادية المعروفة

(1)Elina Pradkhan - Impact of domestic investor protection on foreign investment decisions: Evidence from bond markets - International Journal of Finance & Economics - International Journal of Financial & Economics .21: (2016) - John Wiley & Sons, Ltd - p 417 "This study explores the relationship between domestic creditor protection and foreign investment decisions in bond markets. It also investigates how the difference between domestic and foreign creditor protections affects the foreign investment. The impact of domestic creditor protection on cross-border investment in bonds is twofold. A high level of domestic creditor protection increases international diversification. At the same time, an efficient protection of creditor rights at home reduces the sensitivity of foreign investment to foreign creditor protection. These results hold most strongly for investing countries with high levels of domestic creditor protection. In addition, this study shows that the difference between domestic and foreign creditor protections matters for investment decisions: if domestic creditor protection is more efficient than foreign creditor protection, the sensitivity of foreign investment to foreign (domestic) creditor protection decreases (increases) "

مثل "ستاندرد آند بورز" و"موديز". ولقد كان لوحدة المعلومات الاقتصادية "ايو" تصنيفا للمخاطر السياسية حيث قيمت مجموعة من العوامل السياسية المتعلقة بالاستقرار السياسي والفعالية الحكومية التي يمكن أن تؤثر على قدرة البلد والتزامه بخدمة التزاماته بالديون، الأمر الذي قد يسبب اضطرابات في سوق الصرف الأجنبي. وهذا بدوره يؤثر على المخاطر السيادية الشاملة للبلد، كمخاطر العملة، ومخاطر القطاع المصرفي. وعلى هذا النحو، قسمت (ايو) المكونات الفرعية للمخاطر السياسية الرئيسية إلى الصراع خارجي، والحوكمة والاضطرابات الاجتماعية، والنقل المنظم، ومخاطر الحدث، ومخاطر السيادة، والفعالية المؤسسية، والفساد، وتدخل الدولة في البنوك، والالتزام بالدفع.⁽¹⁾ ؛ ويبدو أن النظرة العامة المؤقتة لتقييم أي قانون للاستثمار تشير إلى وجود التزامين أساسيين على نطاق واسع ومعترف بهما في قانون الاستثمار الدولي. وهذه الالتزامات هي كما يلي:

(أ) الالتزام بالعناية الواجبة⁽²⁾ (واجب تطبيق معايير العمل المناسبة على تقييم المخاطر ، بما في ذلك إجراءات العناية الواجبة المناسبة) ؛

(ب) واجب التصرف بحسن نية (سواء قبل أو خلال فترة الاستثمار).⁽³⁾

وقد ساهم التدخل الواسع النطاق الذي قامت به الدولة في إنقاذ البنوك خلال الأزمة المالية العالمية، بالتأكيد في ارتفاع المخاطر السياسية وتصنيف البلدان السيادية الأدنى، سواء كانت هذه البلدان متقدمة أو ناشئة. وقد استخدمت "ايو" في

(1)Mohamed A. Ramady - Political, Economic and Financial Country Risk - Analysis of the Gulf Cooperation Council - Springer International Publishing Switzerland 2014 - p 58

(2)Eric De Brabandere - Host states due diligence obligations in international investment law - Syracuse Journal of International Law and Commerce - Spring - 2015 - p 5 " III. Due diligence in contemporary international investment law "

(3)Marcin Kaldunski - The Element of Risk in International Investment Arbitration - International Community Law Review 13 (2011) - p113

تحليلها لمخاطر الاستثمار - الدليل الدولي للمخاطر القطرية **ICRG** - الذي يقيم المخاطر السياسية باستخدام التقييمات ال ١٢ التالية:

- استقرار الحوكمة
- ملف الاستثمار
- الصراع الداخلي
- القانون والنظام
- التوترات الدينية
- المساواة الديمقراطية
- الظروف الاجتماعية والاقتصادية
- الصراع الخارجي
- الفساد
- العسكرية في السياسة
- التوترات العرقية
- جودة البيروقراطية (١)

حيث يتم تعيين النقاط الـ ١٢ المذكورة أعلاه " بنقاط الخطر " (٢) مع حد أدنى لعدد النقاط التي يمكن تعيينها لكل مكون وذلك بـ "صفر"، في حين أن الحد الأقصى لعدد النقاط يعتمد على الوزن الثابت الذي يعطى العنصر في التقييم الشامل للمخاطر السياسية. ويبلغ مجموع نقاط التقييم ١٠٠ نقطة، وفي كل حالة، كلما انخفض مجموع النقاط التي تعطى لكل عنصر ترتفع المخاطر، في حين أن أعلى نقطة في مجموع الخطر، يدل على انخفاض المخاطر السياسية في البلاد. فالعلاقة في هذا المؤشر علاقة عكسية. (٣) فيتم جمع المعلومات السياسية لكل عنصر من عناصر المخاطر الفردية على نمط ثابت من التقييم استنادا إلى المعلومات المتاحة. وهذه المعلومات ذات طبيعة عامة مستمدة منها ومن مصادر الأخبار المحلية، فضلا عن مدخلات المحللين بشأن أحداث معينة استنادا إلى معرفة الخبراء في البلد المعني. ويتم تقسيم مكونات المخاطر السياسية إلى مزيد من المكونات الفرعية لمحاولة شرح العناصر الرئيسية لمكونات المخاطر الرئيسية وهي:

(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 59

(٢)Shoushuang Li - The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007 - p 1 "Definition of Legal Risk of Foreign Investment"

(٣)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 59

- استقرار الحكومة (وحدة الحكومة والقوة التشريعية والدعم الشعبي)
- الظروف الاجتماعية والاقتصادية (البطالة وثقة المستهلك ومستويات الفقر)
- ملف الاستثمار (قابلية التعاقد وعودة الأرباح وتأخير الدفع)
- الصراع الداخلي (الحرب الأهلية والإرهاب والاضطراب المدني)
- الصراع الخارجي (الحرب والصراع العابر للحدود والضغط الخارجية).

وقد لوحظ أن هناك أوجه تشابه كثيرة في المنهجيات المستخدمة لتحليل المخاطر السياسية من قبل مختلف وكالات تقييم المخاطر⁽¹⁾ خاصة فيما يتعلق بالظروف الاجتماعية والاقتصادية، وملامح الاستثمار، حيث أن بعض هذه المكونات الفرعية يمكن أن تكون قابلة للقياس بسهولة أكبر، مثل مستويات البطالة، وثقة المستهلك، وتأخر المدفوعات، وما إلى ذلك. وبتحليل مكونات المخاطر السياسية المختلفة بمجموعة إكسج بمزيد من التفصيل، يمكن تلخيص المتغيرات على النحو التالي:

(¹) Marc Jacob - International Investment Agreements and Human Rights - INEF Research Paper Series Human Rights, Corporate Responsibility And Sustainable Development 03/2010 - p31 " When deciding whether to invest abroad, political risk will need to be assessed carefully from various angles, sometimes with the help of specialised consulting firms. A cautious investor will not only rely on the extent and effectiveness of the legal rules in place. In line with such comprehensive risk management strategies, it is frequently possible to acquire investment insurance against

non-commercial risks. This complements the protection afforded through

BITs by typically covering perils such as expropriation, contractual

non-compliance, political violence, currency inconvertibility, and transfer

risks. "

- استقرار الحكومة (١٢ نقطة)

وهذا تقييم لكل من قدرة الحكومة على تنفيذ برنامجها المعلن وقدرتها على البقاء في منصبها. وتصنيف المخاطر هنا هو عبارة عن مجموع ثلاثة عناصر فرعية، كل منها مع له درجة أقصى وهي أربع نقاط ودرجة أدنى وهي صفر نقطة. درجة ١٢ نقطة تعادل معدل مخاطر منخفض جدا و درجة صفر نقطة تعادل معدل مخاطر عالي جدا. ويقيم هذا القسم من المخاطر السياسية النقاط الآتية:

- نوع الحكومة في المكان.

- تماسك الحكومة وقرب الانتخابات الأخيرة والمحتملة الجديدة.

- القيادة الحكومية للسلطة التشريعية والتنفيذية.

- الموافقة الشعبية على السياسات الحكومية.^(١)

- الظروف الاجتماعية والاقتصادية (١٢ نقطة)

هذه محاولة لقياس مدى رضى الجمهور العام أو عدم رضاه عن السياسات الاقتصادية للحكومة، وهي في الأساس تقييم للضغوط الاجتماعية والاقتصادية في العمل وفي المجتمع؛ إذ يمكن أن تقيد عمل الحكومة أو تغذي عدم الرضى الاجتماعي. وبصفة عامة، كلما زاد عدم الرضى الشعبي عن سياسات الحكومة، زادت فرص اضطراب الحكومة إلى تغيير مثل هذه السياسات والنهج، ربما على حساب الأعمال بشكل عام. وتغطي الظروف الاجتماعية والاقتصادية في هذا التقييم البطالة وثقة المستهلك ومستويات الفقر، ولكن هناك أيضا عوامل أخرى مثل مستويات وفيات الرضع، وتوفير الخدمات الطبية، والحصول على السكن والائتمان.

- الملف الشخصي للاستثمار (١٢ نقطة)

هذا تقويم للعوامل التي تؤثر على مخاطر الاستثمار التي لا تغطيها عناصر سياسية أو اقتصادية أو مالية أخرى، وهو مقياس لموقف الحكومة من

(¹)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 60

الاستثمار الداخلي على النحو الذي يحدده التقويم للمكونات الفرعية الأربعة، وهي:

- ١- عدم خرق العقد
 - ٢- المصادرة
 - ٣- إعادة الأرباح
 - ٤- تأخير الدفع
- النزاع الخارجي (١٢ نقطة)

هذا مقياس لتقييم المخاطر للاستثمارات الحكومية والداخلية القائمة من العمل الأجنبي، بدءاً من الضغوط الخارجية غير العنيفة ثم الضغوط الدبلوماسية، وحجب المساعدات، والقيود التجارية، والنزاعات الإقليمية، والعقوبات وغيرها وصولاً إلى الضغط الخارجي العنيف عبر الحدود والصراعات إنتهاء بالحرب الشاملة. ويمكن أن يؤثر النزاع الخارجي تأثيراً ضاراً على الأعمال التجارية الأجنبية بطرق عديدة، بدءاً من القيود المفروضة على العمليات التجارية والعقوبات الاستثمارية، وتشويه الموارد الاقتصادية وتشريدتها، والتغييرات العنيفة في هيكل المجتمع. والاضطرابات التي شهدتها بعض دول منطقة الشرق الأوسط وشمال أفريقيا المتضررين من الثورات.^(١)

- الصراع الداخلي (١٢ نقطة)

وهذا تقييم للعنف السياسي في بلد ما وتأثيره الفعلي أو المحتمل على الحكم. ويعطى أعلى تقدير لتلك البلدان التي لا توجد فيها معارضة مسلحة أو مدنية للحكومة، وللحكومة التي لا تتغمس في أعمال عنف تعسفية ضد شعبها، سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة. ويصنف أدنى تصنيف للمخاطر إلى بلد متورط في حرب أهلية مستمرة، كما يتضح من الصراع السوري بشكل واضح خلال الفترة ٢٠١١-٢٠١٣.^(٢)

(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 60

(٢)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 61

- الفساد (٦ نقاط)

وهذا تقييم للفساد داخل النظام السياسي، وهذا الفساد يشكل خطرا على الاستثمار المحلي والأجنبي لأسباب عديدة. فهو يشوه البيئة الاقتصادية والمالية، ويقلل من كفاءة الحكومة وقطاع الأعمال من خلال تمكين الناس من تولي مناصب السلطة والنفوذ عبر الثقة بدلا من الكفاءة، وهو يخلق عدم استقرار متصلا في النظام السياسي، مما يخلق عدم ثقة بين الحكام والمحكومين.^(١)

- القانون والنظام (٦ نقاط)

يتم تقييم القانون والنظام بشكل منفصل مع كل مكون فرعي يتراوح من صفر إلى ثلاث نقاط. والعنصر الفرعي للقانون هو تقييم لقوة ونزاهة النظام القانوني، في حين أن المكون الفرعي هو تقييم للاحترام الشعبي للقانون. وهكذا يمكن للبلد أن يتمتع بتصنيف عال ٣/٣ من حيث نظامه القضائي، ولكن تصنيف منخفض ٣/١ إذا كان يعاني من ارتفاع كبير أو إذا تم تجاهل القانون بشكل روتيني دون فرض عقوبة فعلية من قبل الدولة.^(٢)

- تدخل الجيش في السياسة (٦ نقاط)

مشاركة الجيش في السياسة، حتى على المستوى الهامشي، يعبر عن انخفاض للمساءلة الديمقراطية. حيث أن النظام العسكري الشامل يشكل أكبر خطر، ولكن في المدى القصير، قد يوفر النظام العسكري استقرارا جديدا، وبالتالي يقلل من مخاطر الأعمال. ومع ذلك، إذا استمر الجيش في الحكم، على المدى الطويل، من المرجح أن يرتفع الخطر، ويرجع ذلك جزئيا إلى أن نظام الحكم العسكري يخلق بيئة مواتية تصبح أكثر فسادا مع استمرار الحكومة وذلك إما:
١- لأنه قد يساعد على تكوين جبهات معارضة مسلحة.

^(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 61

^(٢)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 62

٢- في بعض البلدان يمكن لخطر الاستيلاء العسكري أن يجبر حكومة منتخبة على تغيير السياسة وقبول توجهات الحكم العسكري أو أن تحل محلها حكومة أخرى تكون أكثر ملاءمة لرغبات الجيش.

٣- إن الاستيلاء العسكري أو التهديد به يمكن أن يؤثر على الحكومة في العمل بشكل فعال وخلق بيئة غير مستقرة للأعمال التجارية الأجنبية.

ومن الأمثلة على ذلك الوضع السياسي في العديد من بلدان أمريكا اللاتينية في الثمانينيات والتسعينات قبل وصول الحكومات المنتخبة ديمقراطيا إلى السلطة.

- التوترات الدينية (٦ نقاط)

قد ينجم ذلك عن الهيمنة على المجتمع أو الحكم من قبل جماعة دينية واحدة تسعى إلى استبدال القانون المدني بالقانون الديني واستبعاد الأديان أو الطوائف الأخرى من العملية السياسية أو الاجتماعية. وقد يكون هذا أيضا رغبة من جماعة دينية واحدة للسيطرة على الحكم والتعبير عن هويتها الخاصة، منفصلة عن البلد ككل. وتتراوح المخاطر التي تتطوي عليها هذه الحالات بين أشخاص عديمي الخبرة يفرضون سياسات غير ملائمة وصولا إلى الحرب الأهلية. وتظهر الأحداث في تونس وليبيا ومصر في أعقاب التغييرات في تلك البلدان بعد "الثورات" بعض من هذه المخاطر.

- التوترات الإثنية (٦ نقاط)

يقيس عنصر المخاطر السياسية درجة التوتر داخل البلد الذي يعزى إلى الانقسامات العرقية أو الجنسية أو اللغوية. وتعطى تقييمات أقل للبلدان التي تكون فيها التوترات العرقية والجنسية مرتفعة لأن الجماعات المتعارضة فيها غير متسامحة وغير راغبة في التوصل إلى حل توفيق. وتعطى تقييمات أعلى للبلدان التي تكون فيها التوترات ضئيلة، على الرغم من أن هذه الاختلافات قد تظل قائمة. (١)

- المساءلة الديمقراطية (٦ نقاط)

هذا المقياس يقيس كيفية استجابة الحكومة لطلبات شعبيها على أساس أنه كلما كان رد الفعل أقل استجابة، كلما زاد احتمال سقوط الحكومة سلمياً في مجتمع ديمقراطي من خلال الدعوة لانتخاب حكومة جديدة، وتكون عنيفة في مجتمع غير ديمقراطي من خلال الثورات والاحتجاجات التي تعيق الاستثمارات من الاستمرار في البلد التي تندلع فيها.^(١)

- جودة البيروقراطية (٤ نقاط)

القوة المؤسسية ونوعية البيروقراطية هي امتصاص الصدمة الذي يميل إلى الحد من تعطيل السياسة عندما تتغير الحكومات. وتعد نقاط عالية للبلدان التي تتمتع فيها البيروقراطية بنقاط القوة والخبرة اللازمة للحكم دون حدوث تغييرات جذرية في السياسات أو انقطاع في الخدمات الحكومية؛ في هذه البلدان منخفضة المخاطر، تميل البيروقراطية إلى أن تكون مستقلة إلى حد ما عن الضغوط السياسية، وأن يكون لها آلية راسخة للتوظيف والتدريب. أما البلدان التي تفتقر إلى تأثير خفيف للبيروقراطية القوية فتتلقى نقاطاً منخفضة لأن التغيير في الحكومة يميل إلى أن يكون صدمة من حيث صياغة السياسات اليومية والوظائف الإدارية.^(٢)

المطلب الثاني

الاتفاقيات الثنائية للاستثمار

وأثرها على تحسين مستوى الضمان

أولاً: مؤشرات قياس للاستثمار

من خلال مؤشر لقياس وضع دول مجلس التعاون الخليجي لقدرتها على جذب الاستثمار لعام ٢٠١٥، أمكن التوصل باستخدام مؤشر ضمان لجاذبية الاستثمار إلى عدة نتائج لكونه مقياس يعتمد على متطلبات رئيسية وأخرى فرعية ،

^(١)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 62

^(٢)Mohamed A. Ramady - Ibid - p 63

فقد حققت دول مجلس التعاون الخليجي أداء جيداً من خلال مؤشر الموارد البشرية والطبيعية، والأداء اللوجستي والاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، وعوامل التميز والتقدم التكنولوجي، كما كان أداءها متوسطاً في مؤشرات البيئة المؤسسية، وأداء الأعمال، وحجم السوق، وفرص وسهولة النفاذ إليه، وأقل من المتوسط في مؤشري الوساطة المالية والقدرات التمويلية واقتصادات التكتل.⁽¹⁾

ثانياً: آثار تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال الاتفاقات الثنائية للاستثمار:

إذا نظرنا إلى أثر المعاهدات الثنائية حول تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى البلدان النامية⁽²⁾ لا بد من النظر إلى عدة آثار محتملة لمعاهدات الاستثمار الثنائية.

١) تأثير الالتزام على المستوى الدولي:

من شأن الالتزام الدولي الملزم بتوفير حماية مرضية للمستثمرين الأجانب ومعاملتهم المعاملة المثلّي أن يحد ذلك من المخاطر ويزيد من فرص الاستثمار الأجنبي المباشر من البلدان المصدرة لرأس المال إلى البلدان النامية، وتقيس الدراسات هذه الفرضية من حيث تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر الناتجة عن الاتفاقات الثنائية للاستثمار بين زوجين من البلدان المتقدمة والنامية كمتغير تابع؛ حيث تفحص هذه الدراسات ما إذا كان إبرام معاهدات الاستثمار الثنائية التي يوقع عليها، ولا يصدق عليها إلا نادراً تسهم في زيادة تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر من البلدان المصدرة لرأس المال إلى البلدان النامية في معاهدات الاستثمار الثنائية.

٢) تأثير الإشارة

(1) انظر د/ مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ١٧

(2) The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries - UNCTAD Series on International Investment Policies for Development - UNITED NATIONS New York and Geneva, 2009 - p 1 - 145.

تعطي معاهدات الاستثمار الثنائية إشارة جديّة بشأن تحسين حقوق الملكية في البلد المضيف الذي ينطبق على جميع المستثمرين وبالتالي قد يحفز الاستثمار الأجنبي المباشر من جميع البلدان، وليس فقط من الأطراف المتعاقدة في معاهدة الاستثمار الثنائية. ويتم فحص هذه الفرضية عادة باستخدام مجموع تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر للبلدان النامية وعدد من معاهدات الاستثمار الثنائية المبرمة، وفي معظم الحالات مع بلدان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي، وأحيانا أخرى مع بلدان نامية كمتغير رئيسي تفسيري.

٣) دليل على تحسين الجودة المؤسسية.

لما كان الأمر يستغرق بعض الوقت لتحسين الجودة المؤسسية؛ أي نوعية المؤسسات والسياسات المعنية بالاستثمار الأجنبي المباشر، فيمكن أن ينظر المستثمرون الأجانب في معاهدات الاستثمار الثنائية كبديل لتحسين نوعية المؤسسة، وبالتالي تحفيز تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر من هؤلاء المستثمرين. ويمكن التحقق من هذه الفرضية باستخدام التدفقات الإجمالية والتدفقات الثنائية للاستثمار الأجنبي المباشر.

٤) معاهدات الاستثمار الثنائية ذات الأحكام القوية.

إن معاهدات الاستثمار الثنائية ذات الأحكام القوية لصالح المستثمرين الأجانب هي فرصة أكبر لتحفيز الاستثمار الأجنبي المباشر؛ وتركز الدراسات على مقارنة التدفقات الناتجة عن الاستثمار الأجنبي المباشر والواردة من البلدان المصدرة لرأس المال بعد إبرام معاهدات استثمار ثنائية قوية مقارنة بالتدفقات الواردة من البلدان المصدرة لرأس المال بعد إبرام معاهدات استثمار ثنائية ضعيفة.^(١)

(^١)The role of of international investments agreements in attracting foreign direct investment to developing countries - UNCTAD series on international investment policies for development - united nations - united nations conference on trade and development - 2009 - p 30

خلاصة الفصل الأول

نخلص مما سبق إلى أنه رغم تعدد المخاطر السياسية التي تهدد الاستثمار وتدفقاته إلى الدولة المضيفة للاستثمار؛ إلا أنه هناك قدر من الضمان تواترت عليه الممارسات الدولية؛ وهذا القدر يبلغ حده الأقصى في توفير الحماية الكاملة والأمن حتى في أشد الظروف ضراوة مثل الاضطرابات الداخلية والعمليات الإرهابية؛ وينزل بالضمان إلى الحد التقليدي لضمان نزع الملكية وإعاقبة تحويل الأرباح والعملات ويتوسطها بالثبات والاستقرار التشريعي؛ وأن هذه المخاطر وضمانها درجت مؤسسات دولية عديدة على قياسها وتصنيف دولها إلى الحد الذي يعطي مؤشرات صادقة للمستثمر لينتقي الدولة التي يبتغي معدل ضمان مرتفع فيها؛ وهنا نوصي المشرع المصري بضرورة وضع آليات تشريعية تلزم جميع مؤسسات الدولة بمراقبة معايير هذه المؤسسات الدولية لتصنيف مخاطر الاستثمار لعلها في يوم من الأيام تكون طريقاً من طرق حوكمة الاستثمار. وننتقل بعد ذلك في الفصل الثاني إلى الإجراءات الدولية لتنفيذ الضمان من خلال مناقشة المفاوضات الدولية، والقضاء والتحكيم الدولي، والحماية الدبلوماسية كسبل لإنصاف المستثمر وتسوية النزاع، وأيضاً نناقش الحد الأدنى لحقوق المستثمر وكيفية معاملته بشكل غير تمييزي ينتقص من قدر الضمان الممنوح له بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

الفصل الثاني

الإطار القانوني الدولي لتنفيذ الضمان

تمهيد وتقسيم

إذا ما تحقق الخطر الذي يتهدد المستثمر وأمواله، فإنه يترتب أضراراً تلحق به؛ فما هو السبيل لتفعيل ضمان المستثمر؛ هل يلجأ إلى المفاوضات الدولية، أم على الفور يسلك سبل الانتصاف القضائي؟ أم يسعى نحو الحماية الدبلوماسية وتدويل الموقف بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار؟ وما هو الحد الأدنى من المعاملة الواجب اتباعها لهذا المستثمر؟ وهل له حقوق ينبغي ألا يتجرأ عليها أحد؟ وما هو موقف المشرع المصري في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ من هذه الإجراءات لتفعيل ضمان المستثمر؟ هذا ما أتعرض له بالتفصيل في المباحث الآتية:

المبحث الأول: المفاوضات الدولية

المبحث الثاني: التحكيم والقضاء الدولي

المبحث الثالث: الحماية الدبلوماسية

المبحث الرابع: التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي

المبحث الخامس: حقوق المستثمر والحماية ضد القرارات التعسفية

المبحث الأول

المفاوضات الدولية

تمهيد وتقسيم

إذا لجأ المستثمر للمفاوضات بعد تحقق الخطر أو أثناءه؛ فما هو نطاق هذه المفاوضات في ضمان الاستثمار؟ وما الاتفاقيات التي يستحسن فيها سلوك هذه الوسيلة لتفعيل الضمان ضد خطر الاستثمارات، وإذا كان السبيل للتفاوض مفتوحاً؛ فما هي محددات إعادة المفاوضات، ومن له حق الاشتراك في المفاوضات الدولية الخاصة بالاستثمار؟ هذا ما أتعرض له في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: المقصود بالمفاوضات الدولية في نطاق تنفيذ ضمان الاستثمار

المطلب الثاني: محددات إعادة المفاوضات

المطلب الثالث: أهلية الاشتراك في المفاوضات الدولية.

المطلب الأول

المقصود بالمفاوضات الدولية

في نطاق تنفيذ ضمان الاستثمار

أولاً: المقصود بالمفاوضات

يقصد بالمفاوضات تبادل وجهات النظر بين الأطراف الراغبة في إبرام المعاهدة الدولية حول موضوعها أيا كان هذا الموضوع. وليس للمفاوضات شكل معين تصب فيه؛ بحيث إذا ما لم يتبع هذا الشكل عد الأمر لا علاقة له بالمفاوضات. فهي تتم عادة في المعاهدات الثنائية في شكل لقاءات بين ممثلي الدولتين الأطراف في المفاوضات.⁽¹⁾ وقد تمارس المفاوضات في مقر منظمة دولية؛ حيث يلتقى ممثلو الدولتين في مقر المنظمة الدولية والتي تقدم أمانة الأخيرة كافة التسهيلات الإدارية اللازمة لإبرام مثل هذه المعاهدة وإتمام التفاوض بشأنها.⁽²⁾ أما في حالة المعاهدات

(1) صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧ - ص ٢٠٦ "قد يقود المفاوضات في هذه الحالة رئيسا الدولتين في حال ما كانت المعاهدات باللغة الأهمية، أو رئيسا الحكومتين أو وزيراً الخارجية أو غيرهم ممن يعهد إليهم بتمثيل الدول الأطراف، ويعاون هؤلاء مجموعة من الخبراء والفنيين في أحوال المفاوضات التي تتناول مسائل أو موضوعات فنية تستدعي خبرة خاصة. وقد يتم اللقاء في إقليم أحد الطرفين، أو في إقليم دولة ثالثة."

(2) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٦

الجماعية او المتعددة الأطراف^(١)؛ فإن المفاوضات بشأنها تتم عادة في إطار مؤتمر دولي، تجري الدعوة إليه خصيصا للتفاوض بشأن تلك المعاهدة.^(٢)

ثانيا : مضمون المفاوضات الدولية

تعتمد المفاوضات في حال المعاهدات الثنائية على المقترحات التي يتقدم بها الأطراف، وما يقدم في مواجهتها من مقترحات مقابلة أو تعديل للمقترحات المقدمة؛ حتى يتم التوصل لاتفاق معين حول مضمون المعاهدة.^(٣) أما في حال المؤتمرات الدبلوماسية التي تعقد بشأن معاهدة دولية جماعية أو متعددة الأطراف فإن رحي المفاوضات تدور حول نصوص مشروع اتفاقية دولية تم إعداده سلفا.^(٤) وتفسير المعاهدة بما يخالف النص الصريح للالتزامات الواردة فيها يعني ضمنا الدعوة إلى

(^١)Lena U. Serhan - Arbitration Unbound: How the Yukos Oil Decision Yields Uncertainty for International - Investment Arbitration- Texas Law Review - Vol. 95:101 - 2016 - p 101 "One example of a multilateral treaty signed by fifty-two nations is the Energy Charter Treaty (ECT). This treaty facilitates energy investments in foreign countries by binding multiple nations to the provisions of the treaty. With this collaborative agreement, research and development in the energy industry across the world is possible. "

(^٢) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٦ " حدث ذلك في مؤتمر الأمم المتحدة الثالث لقانون البحار الذي عقد دوراته المتعاقبة منذ عام ١٩٧٣ وحتى عام ١٩٨٢، حيث توصل إلى إقرار اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار، ومؤتمر جنيف الدبلوماسي للعمل على تطوير وإنماء القانون الدولي الإنساني المطبق على النزاعات المسلحة في الفترة من ١٩٧٤ وحتى ١٩٧٧ حيث توج في يونيو ١٩٧٧ بإقرار وتوقيع بروتوكولين تكميلين لاتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩ بشأن حماية ضحايا الحروب." وقد زيد على هذين البروتوكولين بروتوكول الشارة لعام ٢٠٠٥ والذي يعطي تمييزا واضحا للعاملين في الخدمات الإنسانية أثناء الصراع المسلح. انظر في ذلك الموقع الالكتروني للصليب الأحمر الدولي <https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/protocoliii.pdf>

آخر زيارة للموقع ٢٠١٨/٢/١٨

(^٣)Qingjiang Kong - The"state-led-economy"issue in the BIT negotiations and its policy implications for China - China-EU Law J (2016) - springer - p 15

(^٤) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٧ " وهذا قد حدث في مؤتمر الأمم المتحدة الأول لقانون البحار والذي نظر في المشروع الذي أعدته لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة وتوصل إلى إقرار مجموعة اتفاقيات جنيف لقانون البحار لعام ١٩٥٨. "

إعادة التفاوض بشأنها. وإن كان الأمر غير متصور في المعاهدات الجماعية إلا أنه متصور في المعاهدات الثنائية.^(١)

وقد تكون إعادة التفاوض ليست دائما في مصلحة الدولة المضيفة للاستثمار ؛ حيث أن النقص التعاقدية يفتح الطريق أمام السلوكيات الانتهازية المحتملة. ويمكن للطرفين الاستفادة من مراحل التكيف التعاقدية لمراجعة الشروط التعاقدية لصالحهم. ونتيجة لتوقعات الأطراف، فإن مثل هذا الوضع يؤدي إلى مستوى دون المستوى الأمثل للاستثمار الأولي. ومع ذلك، فإن نظرية العقود غير المكتملة تبين كيف يمكن حل هذه المسألة عن طريق توزيع مناسب لحقوق الملكية مسبقا. وفي الواقع، يحمل صاحب حقوق الملكية أيضا حقوق السيطرة المتبقية على الموجودات. وهذا يعني أنه يقع على عاتق هذا صاحب حقوق الملكية اتخاذ القرار النهائي بشأن استخدام هذه الموجودات في الحالة التي تتجلى فيها فشل العلاقة مما يعطيها استراتيجية خروج أفضل وكذلك فائضا أعلى أثناء إعادة التفاوض. وبالتالي فإن حوافزها للاستثمار هي الأعلى. وبالتالي، لحل مشاكل إعادة التفاوض الانتهازية ونقص الاستثمار، ينبغي توزيع حقوق الملكية لصالح الطرف التي يكون مستوى الاستثمار الخاص بها أكثر أهمية لنجاح العلاقة.^(٢) والواقع أن ضعف المؤسسات يضر بمصادقية السلطات العامة، ومن ثم يمكن أن تؤدي إعادة التفاوض الانتهازية إلى اختلاس الموارد أو إلى

(^١)Ole Kristian Fauchald - The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical

Analysis - The European Journal of International Law Vol. 19 no. 2 - 2008 - - p 332 " if an agreement were to go against the ordinary meaning of the terms used in the treaty, or would otherwise add to or detract from the obligations set out in the treaty, it can be argued that the appropriate approach would be to negotiate amendments to the treaty. While such an option may not be available in practice under multilateral treaties, it would normally be easily available under bilateral treaties."

(^٢)Jean Beuve & others - The Economics of Public-Private Partnerships Theoretical and Empirical Developments - An Economic Analysis of Public-Private Partnerships - Springer International Publishing AG 2018 - p 34

انخفاض في نوعية السلع أو الخدمات التي يقدمها الطرف الخاص. ويلاحظ بالتالي أن إعادة التفاوض يمكن أن تتخفف بدرجة كبيرة من خلال وجود سلطة تنظيمية عليا وتزيد في المقابل بزيادة السلوكيات الفاسدة وغياب مثل تلك السلطة.⁽¹⁾ فإعادة التفاوض على العقود التي شرعت فيها الدولة يمكن أن تنتج عن سلوك انتهازي من جانبها، مما يحتمل أن يقلل بشكل كبير هوامش ربح المستثمر. ومثل هذا السلوك يزيد من عدم اليقين بالنسبة للمستثمرين، الذين يمكن أن يتوقعوا أن السلطة العامة ربما تعود إلى التزاماتها الأولية.⁽²⁾ وتحدث إعادة التفاوض عندما يفشل العقد الحالي في معالجة الظروف الراهنة. إما لأن الافتراضات التي تم إجراؤها في البداية لم تعد دقيقة (توقعات حركة المرور أو الاستهلاك، وتقديرات التكلفة، وأسعار الفائدة، وما إلى ذلك) أو أن أحد الطرفين يشترك في تغييرات تعاقدية من جانب واحد، مما يجعل العقد الأصلي من الصعب الامتثال لكلا الطرفين.⁽³⁾ وتوضح نظرية العقد إعادة التفاوض استنادا إلى الطبيعة غير الكاملة للعقود، فعقود الامتياز معرضة بشكل خاص لعدم الاكتمال بسبب طول مدتها، والتي يمكن أن تدوم ما بين ٥٠ أو ٦٠ عاما. وبغض النظر عن التحسينات التي طرأت على التنبؤ الاقتصادي القياسي، فإنه من المستحيل التنبؤ بتقديرات التكاليف قبل عدة عقود. وحتى في مرحلة البناء، غالبا ما تكون تقديرات التكاليف متحيزة، ولكن التقدير أكثر صعوبة بالنسبة للطلب والمتغيرات الاقتصادية الكلية. ففي مرحلة التخطيط، الخطر الرئيسي هو سياسي. وخلال المرحلة الأولية من المشروع، يتم إجراء تقييم أولي لتقييم ما إذا كان ينبغي المضي قدما في المشروع. وخلال هذه الفترة، لا سيما بالنسبة للمشاريع الواسعة النطاق (مثل السدود أو أنظمة السكك الحديدية الخفيفة أو المطارات)، فإن الأحزاب

(1) Jean Beuve & others - Ibid - p 36

(2) Jean Beuve & others - Ibid - p 47

(3) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Infrastructure Public-Private Partnerships Decision, Management and Development - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013 - p 112

السياسية يمكن استخدام المشروع للنزاع السياسي. وفي مرحلة التصميم، هناك خطر في عدم التوافق بين الخطط والتشغيل الحقيقي للخدمة. وهناك أيضا المخاطر الكامنة في تصميم أعمال الهندسة المدنية المعقدة. ومن الناحية النظرية، ينبغي استخدام إعادة التفاوض للطوارئ، مما يعني أنه ينبغي استخدامها كأداة لإدارة المخاطر. إلا أن الواقع مختلف تماما. (١)

ثالثا: بنود إعادة التفاوض في اتفاقيات تقاسم الإنتاج

يمكن أن تقدم بنود إعادة التفاوض في اتفاقيات مشاركة الإنتاج إجابة لمشاكل التحكم مع إتاحة الفرصة لتحقيق التوازن بين المصالح المتنافسة لكل من الدولة والمستثمرين الأجانب على التوالي. فالدولة لديها قلق خاص بشأن السيطرة على مواردها الهيدروكربونية. لذا تسمح اتفاقيات مشاركة الإنتاج للدولة بالاحتفاظ بملكيتها على الموارد الهيدروكربونية لفترة أطول خلال أنشطة الإنتاج والتصدير. (٢) ومع ذلك، فالقلق الحقيقي ينشأ في كون اتفاقيات مشاركة الإنتاج تميل إلى تأمين السيادة في اتفاقية طويلة الأجل مع شرط الثبات التشريعي، التي قد تكون الدولة أو لا تكون على بيينة من العواقب ذات الصلة بالقرار أو القدرة على توقع التغييرات الكامنة. وتزداد قوة التفاوض لدى الدول حالما يكون هناك تقدم كبير في المشروع أو توجد الهيدروكربونات داخل أراضيها. ومع ذلك من المحتمل أن تكون هناك دولة جديدة في صناعة الهيدروكربونات لديها قدرات فنية أو نظام تشريعي ناقص. فيما يتعلق بالمواد الهيدروكربونية، تأكل مع مختلف التعقيدات المشاركة في هذه الصناعة. وقد يعوق جذب المستثمرين بشكل فعال المحاولات المستقبلية لتنظيم وإعادة توزيع الأرباح غير المتوقعة أو تغيير الهياكل الضريبية على قطاع الهيدروكربونات دون ردود فعل غير مرغوبة للغاية. وهذه القضايا تجبر الدولة فعليًا على توقع عقود في

(١) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Ibid - p 113 - 115

(٢) Jeffery R. Ray - Illusory Control of State Controlled Resources Through Stabilisation Clauses: Renegotiation Clauses May Save the Contract - OGEL - Vol. 11 - issue 5 - October 2013 - p 1

المستقبل، وهو في جوهره مقامرة. ومن ناحية أخرى ، سيكون لدى المستثمر السلطة القصوى في بداية المفاوضات وسيسعى للحصول على شروط مواتية أثناء استخدام هذه السلطة. وتسعى مصالح المستثمر إلى تقليل المخاطر من خلال "أطر قانونية متسقة وشفافة" لأقصى فترة زمنية ممكنة معا ، هذه المصالح المتعارضة تماما تخلق توتر كبير لتحقيق أقصى عائد مالي من العلاقة. وغالبا ما تكون هذه المصالح متحسسة لإنشاء اتحاد وقد تترك مخاوف غير مالية دون حل. قد يخلق المدى الزمني لإعلان دعم برامج اتفاقيات مشاركة الإنتاج فكرة وهمية عن السيطرة لدى الدولة.⁽¹⁾

المطلب الثاني

محددات إعادة المفاوضات

أولا: المحددات الخارجية لعملية إعادة المفاوضات

تعد البيئة الخارجية واحدة من المحددات الخارجية الأكثر صلة لأنها تشمل جميع الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وكذلك تلك الجوانب فيما يتعلق بالحوكمة العامة لمشاريع المصلحة العامة، مثل تدبير مؤسسات الإدارة العامة، بما في ذلك نظام العدالة (مثل الشفافية والمشاركة والمساءلة). حيث يتم تحليل كل من السياق الاقتصادي والاجتماعي والسياسي وانحياز القرار السياسي، ومنظومة العدالة، ومكافحة الفساد، والشفافية ، والمشاركة الشعبية ونظام المحاسبة والمساءلة، والقدرة على إنفاذ القانون، ومدى احتمالية تكرار المشاريع. وأيضا من المحددات الخارجية عملية الشراء وكيفية إتمام إجراءات الشراء وعدد مقدمي العروض ونموذج تقييم العروض. ومن أهم المحددات الخارجية لعملية إعادة المفاوضات برنامج التمويل المقترح والذي يتمثل في نموذج المكافآت ونسبة حقوق الملكية. ويعد من قبيل المحددات الخارجية الخصائص التي يتمتع بها المشروع محل التفاوض من نوعية الاستثمار والمدة الزمنية ومدى التعقيد الذي يفرضه المشروع. وأخيرا تعد البيئة

(1) Jeffery R. Ray - Ibid - p2-4

التنظيمية من أوضاع المحددات التي يبحث عنها المستثمر أثناء إجراء عملية إعادة التفاوض من حيث وجود المنظم وكفاءة النموذج التنظيمي ونظام ادارة العقود.^(١)
ثانيا: المحددات الذاتية لعملية إعادة المفاوضات

من أهم المحددات الذاتية لعملية إعادة المفاوضات اتفاقية تقاسم المخاطر وشروط الإنهاء وبنود إعادة التوازن ومؤشرات الأداء الرئيسية للتشجيع على إعادة التفاوض وبنود إدارة العقود.^(٢) وتتضمن إعادة التفاوض تغيير البنود والشروط التعاقدية الأصلية.^(٣) ويرجع البعض سبب إعادة التفاوض إما لأن العقود الأولى غير كاملة وإما لسوء التصميم أو لصدمات تعرض لها الاقتصاد الكلي أو لوجود سلوك انتهازي، ويشرع في طلب إعادة التفاوض إما الحكومة أو بمبادرة من قبل المستثمر أو من كليهما.^(٤)

المطلب الثالث

أهلية الاشتراك في المفاوضات الدولية

يجب لاتمام المفاوضات أن يكون القائم عليها يمثل شخصا من أشخاص القانون الدولي العام له أهلية إبرام المعاهدات الدولية كالدول والمنظمات الدولية والمشروعات الدولية العامة ودولة الفاتيكان؛ فلا يجوز للأفراد بصفاتهم الشخصية الاشتراك في مفاوضات تستهدف إبرام معاهدات دولية.^(٥)

(١) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Ibid - p 123-130

(٢) Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Ibid - p 131 - 132

(٣) Kumar V. Pratap• Rajesh Chakrabarti - Public-Private Partnerships in Infrastructure Managing the Challenges - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017 - p 261

(٤) Kumar V. Pratap• Rajesh Chakrabarti -Ibid - p 262-264

(٥) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢٠٧ - ٢٠٨ " فالمفاوضات التي تدور بين ممثلي دولة معينة وشخص أو أشخاص يمثلون أحد المشروعات الدولية أو المتعددة الجنسيات بهدف التوصل إلى إبرام عقد بين تلك الدولة وذلك المشروع لا تعتبر مفاوضة في مفهوم القانون الدولي العام؛ وإن كانت تعد بطبيعة الحال مفاوضة في مفهوم القانون الداخلي للدولة الطرف فيها، أو للدولة التي يدور التفاوض فوق إقليمها."

أولاً: وثائق التفويض

يجب أن يكون المتفاوض مزوداً بأوراق تفويض إلا إن كان رئيساً للدولة أو رئيساً للحكومة أو وزيراً للخارجية أو رئيساً للبعثة الدبلوماسية المعتمدة لدى الدولة التي يتم التفاوض مع ممثليها، أو رئيساً للبعثة الدائمة لدى إحدى المنظمات الدولية فيما يتعلق بالتفاوض مع المنظمة ذاتها. فهنا لا يحتاج الأمر لأوراق تفويض أما غيرهم فيجب أن يتزودوا بأوراق تفويض.^(١) فوثيقة التفويض عبارة عن مستند مكتوب صادر عن رئيس الدولة ويزود به المتفاوض لإثبات صفته والسلطات المخولة له في مجال التعبير عن إرادة الدولة والتفاوض أو التعاقد بإسمها. ويقوم المتفاوضون بتقديم تلك الوثائق للتحقق من صفاتهم وسلطاتهم مع بداية التفاوض. مالم يكونوا معفيين من تقديم مثل تلك الوثائق.^(٢)

ثانياً: نتيجة المفاوضات

تدور المفاوضات بين نتيجتين إما الوصول إلى اتفاق محدد وهنا تكون نتيجة المفاوضات إيجابية؛ أو عدم الوصول إلى اتفاق محدد وهنا نتيجة المفاوضات تكون نتيجة سلبية. وفي الحالة الأولى يتعين المضي قدماً نحو تحرير وتدوين ما تم الاتفاق عليه في صياغة محددة تمهيداً للتوقيع عليه في شكل معاهدة دولية. أما المفاوضات التي لا تتوج بتحرير للمعاهدة الدولية والتوقيع عليها فلا تقيد الدول الأطراف التي

(١) انظر المادة ٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ " ١ - يعتبر الشخص ممثلاً للدولة في قبول نص معاهدة أو اعتمادها أو في التعبير عن ارتضاء الدولة للالتزام بها في الحالات الآتية: أ- إذا قدم وثيقة التفويض المناسبة. ب- إذا بدأ من سوابق الدول المعنية أو من ظروف أخرى أن نية هذه الدولة قد اتجهت إلى اعتبار هذا الشخص ممثلاً لها في هذا الغرض والتنازل عن التفويض. ٢- يعتبر الأشخاص المذكورين فيما بعد ممثلين لدولهم بحكم وظائفهم دون حاجة إلى تقديم وثائق تفويض. أ- رؤساء الدول، ورؤساء الحكومات ووزراء الخارجية فيما يتعلق بجميع الأعمال الخاصة بإبرام معاهدة. ب- رؤساء البعثات الدبلوماسية فيما يتعلق بإقرار نص معاهدة بين الدول المعتمدة والدولة المعتمدين لديها. ج- الممثلون المعتمدون من الدول لدى مؤتمر دولي أو لدى منظمة دولية أو إحدى فروعها فيما يتعلق بإقرار نص معاهدة في هذا المؤتمر أو المنظمة أو الفرع."

(٢) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢١٠

شاركت فيها بما قد تكون قد أبدته من مواقف بالقبول أو بالرفض إبان المفاوضات الأولى إذا ما عادت إلى مائدة المفاوضات من جديد.⁽¹⁾ ومن أكثر العقود والمعاهدات التي تكون محلا للمفاوضات الدولية وإعادة التفاوض بشأن شروطها على المستوى المحلي والدولي هي عقود ومعاهدات الشراكة بين القطاع العام والخاص⁽²⁾ وذلك على المستوى المحلي ويمثلها على المستوى الدولي معاهدات الاستثمار.⁽³⁾ وإذا كان من الممكن إعادة التفاوض بشأن العقد بعد إجراء الاستثمارات، فإن حوافز الاستثمار ستبقى غير متأثرة ولكن يمكن بعد ذلك تحقيق تجارة فعالة. مفتاح نتائجها هو أن

(1) صلاح الدين عامر - المرجع السابق - ص ٢١١ بالهامش " في صيف ١٩٣٠ دارت المفاوضات بين ممثلي الحكومة المصرية وممثلي المملكة المتحدة لتصفية المسألة المصرية، وتم الاتفاق على كل المسائل إلا مسألة السودان ؛ إذ فشلت الدولتان في الوصول إلى اتفاق عليها فقطعت المفاوضات، وفي ١٢ / ١٢ / ١٩٣٥ أرسلت الجبهة الوطنية المصرية مذكرة إلى المندوب السامي البريطاني تطلب فيها فتح باب التفاوض بين الدولتين على أساس ما تم الاتفاق عليه في مفاوضات ١٩٣٠ ؛ فرد المندوب السامي بمذكر مؤرخة في ٧ / ٢ / ١٩٣٦ اثبت فيها ما يلي " أعرب ممثلو الهيئات والأحزاب المختلفة في الكتاب الذي بعثوا به إلى سعادة المندوب السامي في ١٢/١٢/١٩٣٥ عن رغبتهم في أن تصرح حكومة صاحب الجلالة في المملكة المتحدة بقبولها إبرام معاهدة بينها وبين حكومة مصر الدستورية بنفس الشروط التي وضعت وقبلت على أثر مفاوضات هندرسن - النحاس عام ١٩٣٠ ، وتسوية المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها بالروح الودية التي سادت تلك المفاوضات؛ فلكي يمتنع أي سوء تفاهم محتمل في المستقبل ترى حكومة صاحب الجلالة في المملكة المتحدة أنه من المرغوب فيه أن تشير إلى المبدأ الأساسي الذي يقضي بأن الحكومات لا تتقيد بنصوص معينة جرى البحث فيها في مفاوضات لم تفض إلى اتفاق نهائي، وأن تصرح بأنها في الوقت الذي تريد فيه أن تصل إلى إبرام معاهدة برمتها ، ليس في وسعها قبول التقيد بنصوص مشروع معاهدة ١٩٣٠ نفسها ، أو أية مفاوضة أخرى لم تنته إلى اتفاق."

(2) Kathryn Gordon - Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development - OECD Investment Policy Perspectives - 2008 - p 107

(3) Ricardo Ferreira Reis & Joaquim Miranda Sarmiento - "Cutting costs to the bone": the Portuguese experience in renegotiating public private partnerships highways during the financial crisis - Springer Science+Business Media, LLC 2017- p 2-3

المردودات بموجب العقد الأولي هي بمثابة نقطة انطلاق في عملية إعادة التفاوض وأن تضمن لكل طرف عائد أدنى على الاستثمار.⁽¹⁾

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن المفاوضات الدولية أحد أهم سبل إعادة التوازن الاقتصادي إلى اتفاق الاستثمار وأن المحددات الخارجية والداخلية لإعادة التفاوض لها كبير الأثر في إنجاح عملية التفاوض بشرط أن من يملكها تكون له الأهلية في إلزام من يمثله ببنود التفاوض الجديدة؛ وهنا إذا لم تفلح المفاوضات في تسوية النزاع يتجه الأطراف إما للتحكيم أو للقضاء الدولي، وهذا ما نعرض له بشئ من التفصيل كوسيلة قضائية لإنصاف المستثمر.

المبحث الثاني

التحكيم والقضاء الدولي

تمهيد وتقسيم

من أهم مزايا اتفاقيات الاستثمار أنها تسمح عند حدوث نزاع بين الدولتين حول تنفيذها بإمكانية اللجوء إلى القضاء الدولي لحله بحكم كونهما من أشخاص القانون الدولي.⁽²⁾ وقد سعى الجميع إلى إدراج شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية⁽³⁾، حيث يرى المتعاملين في مجال التجارة الدولية أنه من الأفضل طرح

(1)Nicole Bastian Johnson - Divisional performance measurement and transfer pricing for intangible assets - Springer Science+Business Media, LLC 2006 - p 342

(2) منى محمود مصطفى - الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ١١٨ " تهدف الوكالة الدولية لضمان الاستثمار إلى تشجيع المستثمرين بإزالة مخاوفهم من المخاطر غير التجارية. وتشجيع تدفق رأس المال والتكنولوجيا للدول النامية بغرض المساهمة في توفير احتياجاتها اللازمة لدفع عجلة التنمية."

(3)Roger P. Alford - The Convergence of International Trade and Investment Arbitration - Santa clara Journal of international law 35 (2013) - <http://ssrn.com/abstract=2411753> - last visit 30/4/2018 - p 55 "Recourse to trade remedies to pursue the enforcement of arbitration wards is a present reality. In the future, the convergence of trade and arbitration may include recourse to investment arbitration to enforce international trade guarantees.

منازعاتهم على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة؛ فضلا عن أن عدم خضوع التحكيم لأي جهة رسمية أو دولة لها مصلحة معينة، فهذا يؤكد في نظر المستثمرين الأجانب الحياد اللازم والضمانات الضرورية لحماية استثماراتهم.^(١) ورغم تزايد عدد المحاكم الوطنية التي تعالج قضايا من القانون الدولي فإن مقدار مؤسسات التحكيم والمحكمين ينمو باستمرار لمعالجة مثل هذه القضايا. ويرجع ذلك إلى القبول العام للتحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية؛ فعلى مدار العقود القليلة الماضية، كانت هناك زيادة في استخدام التحكيم بدلا من التقاضي في المحاكم المحلية. وكثيرا ما ينظر المستثمرين إلى المحاكم والهيئات القضائية الدولية على أنها "أجهزة" نزيهة ذات خبرة قانونية في حل النزاعات القانونية.^(٢) لذا نناقش التحكيم والقضاء الدولي في المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: التحكيم الدولي

المطلب الثاني: القضاء الدولي

المطلب الأول

التحكيم الدولي

تمهيد وتقسيم

إن محكمة العدل الدولية هي الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة (المادة ٩٢ من ميثاق الأمم المتحدة)^(٣) وأحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة.^(١) وجميع

Specifically, umbrella clauses in bilateral investment treaties are being invoked to enforce investment commitments in trade agreements."

(١) فؤاد محمد محمد أبو طالب - التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام - دراسة مقارنة مع التطبيق على الجمهورية اليمنية - ٢٠٠٧ - ص ١٤٤

(٢) Robert Gommel - Ibid - p 48

(٣) UN charter - Art 92 "The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter."

أعضاء الأمم المتحدة هم بحكم الواقع أطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية وفقا للمادة ٩٣ (١) من ميثاق الأمم المتحدة.^(٢) وجميع قرارات محكمة العدل الدولية ملزمة للدول الأعضاء في الأمم المتحدة وفقا للمادة ٩٤ (١) من ميثاق الأمم المتحدة.^(٣) ومع ذلك تؤكد المادة ٩٥ من ميثاق الأمم المتحدة على أن محكمة العدل الدولية ليست المؤسسة الوحيدة التي تسوي النزاعات الدولية.^(٤) ووفقا للمادة ٣٦(١)^(٥)، والمادة ٣٨^(٦) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، فإن محكمة العدل الدولية لها اختصاص فيما يتعلق بجميع المسائل التي يشير إليها الأطراف وتقرر وفقا للقانون الدولي. ولا تقتصر محكمة العدل الدولية على بعض مطالبات

(١) UN charter - Art 7/1 " There are established as principal organs of the United Nations: a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice and a Secretariat."

(٢) UN charter - Art 93/1" All Members of the United Nations are ipso facto parties to the Statute of the International Court of Justice."

(٣) UN charter - Art 94/1"Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party."

(٤) UN charter - Art 95 " Nothing in the present Charter shall prevent Members of the United Nations from entrusting the solution of their differences to other tribunals by virtue of agreements already in existence or which may be concluded in the future."

(٥) تنص المادة ١/٣٦ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " تشمل ولاية المحكمة جميع القضايا التي يعرضها عليها المتقاضون، كما تشمل جميع المسائل المنصوص عليها بصفة خاصة في ميثاق الأمم المتحدة أو في المعاهدات والاتفاقات المعمول بها."

(٦) تنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " ١- وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقا لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن : (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفا بها صراحة من جانب الدول المتنازعة؛ (ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال؛ (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة؛ (د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم، ويعتبر هذا أو ذلك مصدرا احتياطيا لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩. ٢- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي إخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقا لمبادئ العدل والإنصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك."

القانون الدولي أو في شقها الموضوعي. ولكن تتوقف الولاية القضائية على موافقة الأطراف كما تنص المادة ٣٦(٢)^(١) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية؛ وتنص المادة ٣٤(١)^(٢) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على أن الدول وحدها هي التي يمكن أن تكون طرفاً في محكمة العدل الدولية. ولذلك، فإن محكمة العدل الدولية ليست خياراً مطروحاً لتسوية النزاع في الحالات التي يشترك فيها أشخاص طبيعياً أو قضائيون.^(٣) لذا نناقش في هذا المطلب:

الفرع الأول: التحكيم بين الدولة والمستثمر

الفرع الثاني: الشروط المسبقة للتحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمرين والدول.

الفرع الثالث: المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كأداة جديدة لحماية الاستثمار

الفرع الأول

التحكيم بين الدولة والمستثمر

أولاً: المستثمر أم الدولة الأم

لتحقيق الغاية المنشودة من تهيئة مناخ قانوني من الثقة في الدولة المضيفة، فإن المعايير الموضوعية لحماية الاستثمار في معاهدات الاستثمار الدولية تعزز دائماً

(١) تنص المادة ٢/٣٦ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " للدول التي هي أطراف في هذا النظام الأساسي أن تصرح في أي وقت بأنها بذات تصريحها هذا وبدون حاجة إلى اتفاق خاص تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام بنفسه متى كانت هذه المنازعات القانونية تتعلق بالمسائل الآتية: (أ) تفسير معاهدة من المعاهدات؛ (ب) أية مسألة من مسائل القانون الدولي؛ (ج) تحقيق واقعة من الوقائع التي إذا ثبتت كانت خرقاً للالتزام دولي؛ (د) نوع التعويض المترتب على خرق التزام دولي ومدى هذا التعويض."

(٢) تنص المادة ١/٣٤ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية " للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة."

(٣) Robert Gommel - Ibid - p 48

بند تسوية المنازعات في معاهدة الاستثمار والذي يتيح للمستثمرين الأجانب المؤهلين تقديم انتهاكات معاهدة الاستثمار من جانب الدولة المضيفة للتحكيم الدولي.^(١)

وقد وقعت أول معاهدة استثمار ثنائية بين ألمانيا وباكستان عام ١٩٥٩ معتمدة على تسوية المنازعات. ويتضمن حكم الولاية القضائية فيها طريقة لتسوية المنازعات بين الدولتين إما من طرف في المعاهدة حول تفسير وتطبيق معاهدة الاستثمار الثنائية إلى محكمة العدل الدولية أو في حالة عدم اتفاق أحد الأطراف التعاهدية على ذلك، لتسوية المنازعات عن طريق التحكيم المخصص.^(٢) ويرى البعض ضرورة تطبيق قواعد القانون العام حين تفسير معاهدات الاستثمار نظرا لأن

^(١)Jonathan Klett - National Interest vs. Foreign Investment Protecting Parties through ISDS - Tulane Journal of international & comparative law - Vol. 25 - 2016 - p 214 "Investor-state dispute settlement (ISDS) is a legal instrument that provides foreign investors the right to call for arbitration against a government when they believe the government has violated an international investment treaty"

^(٢) Bajar Scharaw - Ibid - p 106, Gus Van Harten and Martin Loughlin - Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law - The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 - 2006 - p123 "The evolution of investment arbitration into a system of international adjudicative review follows from the conclusion of over 2,000 bilateral and regional investment treaties, most of which provide for the compulsory arbitration of investment disputes involving the state. It was only during the 1990s that investment arbitration clearly emerged as an international mechanism of adjudicative review. In that decade, roughly 1,500 BITs were concluded, and the inclusion of states' consents to investment arbitration – based on broad jurisdictional concepts and liberal investment standards – became the norm".; Scott J. Shackelford & others - Using BITs to Protect Bytes: Promoting Cyber Peace by Safeguarding Trade Secrets Through Bilateral Investment Treaties - American Business Law Journal - Volume 52, Issue 1, 1–74, Spring 2015 - p 3 " BITs long have been an important component of international investment law.-By 2013, there were 2857 BITs involving the vast majority of countries. These agreements cover a huge range of industry sectors and business activities, and generally include a forum for resolving disputes in the form of investor–state arbitration."

أحد أطراف المعاهدة سلطة عامة ذات سيادة وهي الدولة المضيفة للاستثمار.^(١) ومع ذلك، فإن معاهدة الاستثمار الثنائية بين ألمانيا وباكستان لم تسمح للمستثمرين بمقاضاة الدولة المضيفة بسبب انتهاكها لمعاهدة الاستثمار الثنائية.

ويعتبر القائمين على صياغة معاهدات الاستثمار هذا الخيار حاسماً لأن الدولة الأم قد تمتنع عن بدء إجراءات الحماية الدبلوماسية من الدولة الأم ضد الدولة المضيفة لأي أسباب خاصة بالسياسة. وحتى إذا بدأت هذه الإجراءات بناء على طلب مستثمر، فإن الدولة الأم ستتابع المطالبات باسمها وحققها. ولا يستطيع المستثمر السيطرة على القضية ولا يمكن أن يصر على دفع التعويضات المستحقة على الدولة المضيفة المنتهكة لمعاهدة الاستثمار. وقد درجت معاهدات الاستثمار الدولية بانتظام على إدراج بند تسوية المنازعات الذي يسمح للمستثمرين الأجانب المشمولين بمعاهدة

(١) José E. Alvarez - Is Investor-State Arbitration 'Public'? - IILJ Working Paper 2016/6

Global Administrative Law Series - <http://ssrn.com/abstract=2820325> - last visit 1/5/2018 - p30 " The contention that the public nature of ISDS should prompt a search for and application of 'general principles of public law' drawn from national laws and practices merits critical scrutiny as well. ISDS tribunals have, of course, a license to apply general principles of law to the extent these are, for example, "relevant rules of international law" under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties. For public law advocates, general principles of public law are obviously relevant to the public international investment regime and are particularly desirable insofar as their use will promote less international law fragmentation between public law regimes. Thus, Schill argues that "general principles of public law" can and should influence the interpretation of investment treaties as well as the interpretation of any relevant rules of customary law insofar as these principles permit deducing "institutional and procedural requirements from comparable domestic and international standards for a context-specific interpretation of the investor's right in question." Schill has argued that such general principles of public law can assist ISDS tribunals in terms of determining liability for representations made by government officials, for taxes they impose on property, or for resolving tensions between the right to property and a government's duty to protect cultural heritage, for example."

الاستثمار بأن يحتجوا مباشرة بانتهاكات المعاهدات وأن يطلبوا تعويضا من الدولة المضيفة أمام هيئة تحكيم دولية.⁽¹⁾ والخروج من نطاق الولاية القضائية الوطنية إلى نطاق القضاء الدولي⁽²⁾؛ وهذا "الحق الإجرائي المستقل" للمستثمرين الأجانب هو خصيصة يتمتع بها القانون الدولي للاستثمار.⁽³⁾

فمنذ التسعينات وصاعداً، ازدادت "عمليات التحكيم بين المستثمرين والدول استناداً إلى معاهدات الاستثمار".⁽⁴⁾ واعتباراً من أغسطس ٢٠١٦، قامت الأونكتاد

⁽¹⁾Susan L. Karamanian - International Energy Trade and InvestorState Arbitration: What Role for Sustainable Development? - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016 - p356 " More than 2200 bilateral investment treaties (BITs) and more than 200 free trade agreements (FTAs) and other IIAs are in force. Many IIAs enable an investor, which claims that the Host State has breached a treaty's protection measure, to arbitrate claims directly against the Host State."

⁽²⁾ Julien Cantegreil - The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 2-2011-Oxford University press-p 442 "The Texaco award must therefore be read as forward-looking. The shift from the traditional hegemony of national jurisdiction in international investment law to the internationalization of international contracts is Dupuy's long-lasting contribution to international law doctrine"

⁽³⁾Bajar Scharaw - Ibid - p 106; - Julien Chaisse and Dini Sejko - Investor-State Arbitration Distorted When the Claimant Is a State - Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics - by Leïla Choukroune - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2016 - p 77

⁽⁴⁾Claudia Reith - Investor-State Arbitration: A Tale of Endless Obstacles? - Flexibility in Modern Business Law A Comparative Assessment - Springer Japan 2016 - p123 " Investment treaties play a crucial role in attracting foreign investments, which are necessary to boost the steadily weak economies of many states. These treaties protect foreign investors and grant them – besides broad substantive protection..– the right to bring claims against the host state before an arbitral tribunal. Due to the fact that investor-state arbitration insulates the foreign investor from domestic courts, which may be inefficient or hostile towards claims against the host state, it has

باحتراب ٦٩٦ عملية تحكيم للاستثمار تأسيسا على معاهدات استثمارية تستند إلى المعاهدات في جميع أنحاء العالم. ووفقا للأونكتاد، حسمت هذه المنازعات بنسبة ٣٦.٥ % لصالح البلدان المضيفة، و٢٦.٤% لصالح المستثمرين، و٢٥.٧% تم تسويتها باتفاق ما بين الأطراف المتنازعة، و ٩.٧% تم وقفها. أما بقية القضايا فقد قررت لصالح الطرفين حيث أسندت المسؤولية ولم يتحقق أي ضرر. (١) وإذا نظرنا إلى عام ٢٠١٥ نجد مجموعة من خبراء الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان بقيادة السيد " ألفريد دي زياس" الخبير المستقل المعني بالنهوض بنظام دولي ديمقراطي ومنصف بإصدار بيانٍ أعبوا فيه عن القلق بشأن قانون الاستثمار الدولي:

" هناك قلق مشروع من أن معاهدات الاستثمار الثنائية والمتعددة الأطراف قد تؤدي إلى تفاقم مشكلة الفقر المدقع ، وتعرض للخطر إعادة التفاوض بشأن الديون الخارجية بطريقة عادلة وفعالة، وتؤثر على حقوق السكان الأصليين والأقليات والأشخاص ذوي الإعاقة والمسنين وغيرهم من الأشخاص الذين يغادرون البلاد في حالات الضعف؛ إن فصول تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة في معاهدات الاستثمار الثنائية واتفاقيات التجارة الحرة هي أيضا إشكالية متزايدة بالنظر إلى تجربة التحكيم المتصل بالعقود التي جرت قبل محاكم تسوية منازعات الاستثمار. وتبين التجربة أن الوظيفة التنظيمية للعديد من الدول وقدرتها على التشريع لأجل المصلحة العامة قد تعرضت للخطر. ونعقد أن المشكلة قد تفاقت بسبب "الأثر البارد" الذي أحدثته أحكام محاكم تسوية منازعات الاستثمار المتطرفة ، عندما تمت معاقبة الدول لاعتمادها لوائح لحماية البيئة والأمن الغذائي والوصول إلى الأدوية الضرورية والحد من التدخين ، كما هو مطلوب بموجب

become the generally recognized method for resolving disputes between foreign investors and states."

(¹)Bajar Scharaw - Ibid - p 106 - 107

اتفاقية منظمة الصحة العالمية الإطارية بشأن مكافحة التبغ ورفع الحد الأدنى للأجور.⁽¹⁾

هذا الانتقاد الشائع الذي يتم طرحه اليوم ضد معاهدات الاستثمار وتحكيم الاستثمار. لا يشير خبراء الأمم المتحدة إلى دليل عليه. وتؤكد على ذلك الأستاذة الدكتورة **Karamanian**⁽²⁾ بأنها غير مقتنعة بهذا النقد وترى أنه "من المفترض أن تكون اتفاقات الاستثمار الدولية والنظام الذي تنشأ في إطاره المنازعات التي تنشأ في ظلها لا مجال للقول بأنها ستضر بأهداف التنمية المستدامة وتشير أولاً إلى أن بعض اتفاقات الاستثمار الدولية الحديثة تنص على أن تدابير حماية الاستثمار يمكن أن ينظر فيها في ضوء أهداف اجتماعية مهمة أخرى. وبالنسبة لشرط المعاملة العادلة والمنصفة، يمكن للمحاكم الرجوع إلى قواعد القانون الدولي غير الاستثمارية، مثل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، لتفسيرها بحيث تؤخذ في الحسبان الاعتبارات المتعلقة بالتنمية المستدامة. وفي هذا السياق ليس بالضرورة أن يكون المستثمرون هم من يقومون بأعمال ضارة بالتنمية المستدامة ولكن في الغالب الدول المضيفة هي التي قد تتخذ أعمالاً ضارة بالتنمية المستدامة. عندئذ، فإن الالتزام بالمعاملة العادلة والمنصفة أو الالتزام بحماية التوقعات المشروعة للمستثمر يلعبان دوراً مهماً في حماية المستثمرين وبالتالي تعزيز التنمية المستدامة.⁽³⁾ وتؤكد أيضاً **Karamanian** على كيفية تطبيق خيار نزع الملكية وفقاً لمبادئ التنمية المستدامة وتوضح أنه من المفترض أن تتخذ المحاكم ثلاث خطوات:

(1)Shotaro Hamamoto - Comment to "International Energy Trade and Investor-State Arbitration" - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016 - p 378

(2)Associate Dean for International and Comparative Legal Studies, George Washington

University Law School, Washington, DC, USA

(3)Shotaro Hamamoto - Ibid - p 378

أولاً: ينبغي عليهم النظر في نص المعاهدة المعمول به لمعرفة ما إذا كان يسمح باستثناءات تستند إلى أهداف مشروعة بما في ذلك التنمية المستدامة؛
ثانياً: يجب أن يفعلوا الشيء نفسه لمعرفة ما إذا كان يحتوي على حكم خاص للدفاع عن إجراءات الدولة؛
ثالثاً: ينبغي أن ينظروا فيما إذا كانت القواعد الدولية العرفية بشأن الضرورة قابلة للتطبيق أم لا.⁽¹⁾

ثانياً: أشكال موافقة الدولة على التحكيم بين المستثمرين والدول

يجب على الأطراف في التحكيم بين المستثمرين والدول أن يوافقوا على التحكيم في المنازعات الاستثمارية باعتبارها الشرط الأساسي لإنشاء ولاية قضائية تحكيمية لا تنفد بتسوية المنازعات في المحاكم الوطنية المختصة الأخرى. حيث يفضل المستثمرون الأجانب عادة التحكيم الدولي في منازعاتهم مع الدولة عن التقاضي أمام محاكمها لأسباب مختلفة. وهذا يعني أن البلد المضيف يجب أن يكون قد وافق على التحكيم في المنازعات بين المستثمرين والدول مما يستبعد أي ولاية قضائية لمحاكمها الوطنية المختصة. وتتفق الدول على التحكيم بين المستثمرين والدول بثلاثة طرق مختلفة:

- ١- الموافقة من خلال بنود تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية.
- ٢- الموافقة من خلال شروط تسوية النزاعات في قوانين الاستثمار المحلي.
- ٣- الموافقة من خلال بنود التحكيم في العقود بين المستثمرين والدول.⁽²⁾

ثالثاً: أهمية التحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمرين والدول

بغض النظر عما إذا كان ذلك يستند إلى موافقة الدولة في معاهدات الاستثمار الدولية، أو قوانين الاستثمار المحلية، أو عقود الاستثمار، فإن التحكيم بين

(1)Shotaro Hamamoto - Ibid - p 378

(2)Bajar Scharaw - Ibid - p 107

المستثمرين والدول يقدم أساسا نفس الخصائص العامة للتحكيم التجاري.^(١) فلا يزال التحكيم الدولي يستخدم لتأمين السرية، ويسمح بتكوين هيئة تسوية المنازعات، ويضمن البت في النزاع من قبل المحكمين ذوي الخبرة القانونية الخاصة. ويسمح التحكيم للمستثمرين الأجانب باختيار طريقة لتسوية النزاع مستقلة عن الدولة المضيفة للاستثمار.^(٢) وإذا كان من المقبول تنفيذ أحكام المحاكم الوطنية داخل الدولة لمضيفة للاستثمار، فإن هيئات التحكيم المنشأة بموجب معاهدات الاستثمار الدولية أو قوانين الاستثمار المحلي، أو العقود بين المستثمرين والدول يمكن أن تصدر أحكامها النهائية مدعومة بقابليتها للتنفيذ الدولي، وذلك بفضل الاعتماد الواسع النطاق اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها والتي تعرف باتفاقية نيويورك واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى والمعروفة بـ "إكسيد" اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار.^(٣)

رابعاً: ملامح شروط تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية

معاهدات الاستثمار الثنائية الحديثة تتضمن بانتظام شرط تسوية المنازعات وفقاً للتحكيم حيث يمكن للمستثمرين الأجانب والدولة المضيفة أن تقدم المنازعة إلى التحكيم الدولي بصفة عامة أو إلى تحكيم مخصص بموجب قواعد الأونسيترال للتحكيم؛ فعلى سبيل المثال، يسمح اتفاق الشراكة الاقتصادية بين اليابان ومنغوليا لعام ٢٠١٥ للمستثمرين الأجانب من أي طرف من الأطراف المتعاقدة باختيار:

أ- التحكيم وفقاً لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، طالما كانت اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار سارية بين الطرفين؛

(١) Richard H Kreindler & Thomas Kopp - International Commercial Arbitration - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2013 - p 1-18

(٢) Bajar Scharaw - Ibid - p 109.

(٣) Bajar Scharaw - Ibid - p 110; Susan D. Franck & Lindsey E. Wylie - Predicting outcomes in investment treaty arbitration - Duke law journal - Vol. 65:459 - 2015 - p 459 - 526

ب- التحكيم بموجب قواعد التسهيلات الإضافية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، شريطة أن يكون أي من الطرفين، وليس كليهما، طرفا في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار؛ "إكسيد"

(ج) التحكيم بموجب قواعد التحكيم الأونسيترال؛ وإذا تم الاتفاق أي تحكيم وفقا لقواعد التحكيم الأخرى. وتختلف شروط تسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية اختلافا كبيرا في نطاق التطبيق. فضلا عن أنها تحدد بانتظام شروطا إجرائية سابقة تحتاج الى الوفاء بها قبل الشروع في التحكيم بين المستثمرين والدول.

خامسا: نطاق التحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمر والدولة

إذا ما أمكن "عرض منازعات معاهدة الاستثمار" على التحكيم بين المستثمر والدولة بأنه " يمكن اعتبار مستوى الحماية العام لمعاهدة الاستثمار أعلى أو أقل. وبصفة عامة، يمكن للمرء أن يميز بين شروط "واسعة" و "ضيقة" لتسوية المنازعات في معاهدات الاستثمار الدولية. حيث تشمل العديد من معاهدات الاستثمار الثنائية بنود تسوية المنازعات على نطاق واسع، والتي تخول المستثمرين تقديم "أي" نزاع قانوني مع البلد المضيف فيما يتعلق بالاستثمار الذي تشمله معاهدة الاستثمار للتحكيم القائم على المعاهدات بين المستثمرين والدول. وعلى نقيض ذلك، فإن شروط تسوية المنازعات الضيقة في معاهدات الاستثمار تتضمن قيودا موضوعية. وبعض هذه البنود الضيقة تقيد طريقة التحكيم في معاهدة الاستثمار لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الناشئة بموجب أحكام معاهدة الاستثمار. فعلى سبيل المثال نجد معاهدة الاستثمار الثنائية في منغوليا والمملكة المتحدة تحدد التحكيم بين المستثمرين والدول للمنازعات الناشئة بين شركة وطنية أو شركة تابعة لطرف متعاقد واحد والطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق بالتزام بموجب هذا الاتفاق".⁽¹⁾

(1) Bajar Scharaw - Ibid - p 110-111

الفرع الثاني

الشروط المسبقة للتحكيم القائم على معاهدة الاستثمار بين المستثمرين والدول

١ - شرط الانتظار لمدة زمنية

كثيرا ما تنص معاهدات الاستثمار الدولية على شروط يتعين الوفاء بها قبل الشروع في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول. ومن الشائع جدا اشتراط محاولة حل نزاع بين المستثمرين والدول وديا من خلال المفاوضات في الدولة المضيفة لفترة محددة من الزمن تسمى فترة التهدئة. فوفقا لإتفاق الشراكة الاقتصادية بين اليابان ومنغوليا يجوز تسوية النزاع الاستثماري، قدر المستطاع، وديا من خلال المشاورات بين الأطراف المتنازعة فقط؛ وإذا لم يكن هناك تسوية ودية في غضون ١٢٠ يوما، يجوز للمستثمر أن يبدأ تحكيما بين المستثمرين والدول؛ وتتطلب "بنود الانتظار" الأخرى في معاهدات الاستثمار من المستثمرين الأجانب متابعة سبل الانتصاف المحلية في الدولة المضيفة لفترة زمنية معينة قبل الشروع في التحكيم الاستثماري. إذا لم يتم التوصل إلى تسوية أو قرار في المحاكم الوطنية المختصة في غضون الفترة المحددة، يمكن تقديم النزاع بين المستثمرين والدول إلى التحكيم القائم على معاهدة الاستثمار.

٢ - شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء للتحكيم الدولي

وفقا للقانون الدولي التقليدي، تتطلب دعاوى الدولة الأم بالنيابة عن مواطنيها استنفاد سبل الانتصاف المحلية من قبل المحاكم الوطنية أولا. وعلى النقيض من ذلك، كثيرا ما يقترح عدم وجود شرط من هذا القبيل لاستنفاد سبل الانتصاف المحلية عندما توافق الدول على التحكيم بين المستثمرين والدول في معاهدات الاستثمار. ويقال إن الحق المباشر في رفع دعوى قضائية، على النحو الممنوح للمستثمرين الأجانب في معاهدات الاستثمار الثنائية حالياً يتغلب على القيود الإجرائية بموجب مفهوم القانون الدولي التقليدي للحماية الدبلوماسية. ولكن بعض محاكم الاستثمار

الناشئة عن معاهدات دولية قد قضت صراحة بأن مبدأ استفاد سبل الانتصاف المحلية مستبعد أو على الأقل يمكن الاستغناء عنه في ضوء عرض معاهدة الاستثمار للتحكيم في المنازعات مع المستثمرين الأجانب. ولزيادة اليقين، فإن معاهدات الاستثمار الثنائية تنص على أن كل طرف في معاهدة الاستثمار "يعطي هذه الموافقة غير المشروطة على تقديم نزاع إلى التحكيم الدولي".^(١)

٣- شرط الاختيار بين البدائل في التحكيم

إن بعض معاهدات الاستثمار الدولية تدرج "شروط الاختيار بين البدائل"، والتي يجب على المستثمرين أن يختاروا فيها بين القضاء المحلي والتحكيم الدولي، في حين أن ما سيختارونه سيكون نهائياً لا يجوز العدول عنه إلى غيره. بحيث إذا أحيل موضوع معين إلى المحاكم الوطنية في الدولة المضيفة، فقد لا يحال بعد ذلك إلى التحكيم القائم على المعاهدات بين المستثمرين والدول. ومدى قابلية تطبيق شروط الاختيار بين البدائل يمكن أن يكون من الصعب تحديده. وقد طبقت محاكم معاهدات الاستثمار، بما في ذلك المحكمة في قضية موارد خان ضد منغوليا، "اختبار الهوية الثلاثية". ولكي يحتج بشرط "الاختيار بين البدائل" دون النظر في الدعوى التي تنتظر فيها المحكمة، يتعين على المحكمة أن تنتظر فيما إذا كانت الدعوى نفسها قد سلكت "بديلاً مختلفاً"، أي أن هناك دعوى لها نفس المضمون والأطراف وسبب الدعوى، قد عرضت بالفعل على منصة قضائية أخرى من عدمه.^(٢)

الفرع الثالث

المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

كأداة جديدة لحماية الاستثمار

أولاً: لجوء المستثمر للمركز الدولي مباشرة

قد حدث تطور آخر في مجال حماية الاستثمار الدولي في عام ١٩٦٥. وفي إطار قانون الاستثمار الدولي وفر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار آلية

(١)Bajar Scharaw - Ibid - p 112-113

(٢)Bajar Scharaw - Ibid - p 114

جديدة لتسوية المنازعات، حيث يستطيع المستثمرون التقاضي مباشرة ضد الدولة المضيفة. ويعزى إنشاء مركز تسوية منازعات الاستثمار أيضا إلى تزايد عدد المنازعات الاستثمارية والحاجة إلى تحكيم مؤسسي. وفي هذا الصدد، نقل القانون العرفي الدولي المتعلق بالاستثمار الدولي إلى قانون قائم على المعاهدات، من خلال النص على شروط معينة في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار. ويعد - المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار - مؤسسة دولية مستقلة بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى (اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، المعروفة أيضا باسم اتفاقية واشنطن). حيث وضع المديرون التنفيذيون للبنك الدولي اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، التي فتح باب التوقيع عليها في عام ١٩٦٥. لذا يعد " إكسيد " هو جزء من ما يسمى مجموعة البنك الدولي. إلا أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ليس محكمة لأنه لا يقدم سوى منتدى لتحكيم الاستثمار. وتوفر اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار إجراء شاملا لتحكيم الاستثمار وبالتالي يستبعد تطبيق لوائح التحكيم الوطنية. واليوم، تتعامل محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار مع أكثر من نصف جميع المنازعات الاستثمارية في جميع أنحاء العالم. وعلى الرغم من أن المقر الرئيسي في واشنطن العاصمة، فإن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو مؤسسة تحكيم دولية. ويتمثل أحد المقاصد الرئيسية لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في تحقيق التوازن بين الطرفين، لأن المستثمر (الخاص) يواجه دولة. والأهم من ذلك أن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار تفرض التزاما دوليا على الدول المضيفة بالامتثال^(١).

ثانياً: حظر استخدام الحماية الدبلوماسية

تحظر المادة ٢٧ (١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار صراحة على الدولة المستثمرة للمستثمرين استخدام الحماية الدبلوماسية إذا وافقت

(١)Robert Gommel - Ibid - p 53-54

الدولة المضيفة على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. (١) ومن الضروري استعراض اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار فيما يتعلق بلوائح التحكيم. وتشمل اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار ثلاثة أنواع مختلفة من الإجراءات، وهي إجراءات التحكيم، وإجراءات التوفيق، ومرفق الإجراءات الإضافية. الأول هو إجراء "يشبه المحكمة" مما يؤدي إلى حكم ملزم، والثاني هو إجراء يقوده وسيط يحاول التوصل إلى تخفيف توافقي للخلافات. أما الثالث يصل إلى حكم ملزم. ووفقا للمادة ٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بشأن اختصاص المركز. يقتصر اختصاص المركز في اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار على " أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار ". ووفقا للمادة ٤١ (١) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، يجب على المحكمة المختصة أن تبت في اختصاصها في تناولها لكل حالة على حدة. ومع ذلك، فإن الاختصاص ليس بسيطا كما قد يبدو. ففيما يتعلق بالاستثمارات، هناك الكثير من العقود المختلفة المعنية. وأبرزها معاهدة الاستثمار الثنائية وعقد الاستثمار بين المستثمر والدولة المضيفة. والذي يعرف بعقد الدولة. وفيما يتعلق باختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن معاهدة الاستثمار الثنائية هي الأداة الرئيسية التي تسمح بالتحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وإذا استبعدت معاهدة الاستثمار الثنائية هذه الإمكانية، يصعب الحصول عليها في إطار اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. حيث يمكن أن تخضع انتهاكات معاهدة الاستثمار الثنائية (المطالبات التعاهدية) لمحاكم المركز الدولي

(١) ICSID Convention - Art 27 " (1) No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute. (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

لتسوية منازعات الاستثمار. وتعطي معاهدات الاستثمار الثنائية الحقوق التعاقدية للمستثمر ضد الدولة المضيفة، على الرغم من عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة. (1)

ثالثاً: دعاوى المعاهدات والعقود

الفكرة الرئيسية لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار هي أن العقود " تخلق الحقوق في نظام قانوني محلي بينما تخلق المعاهدات حقوقاً منفصلة في النظام القانوني الدولي ". ولا يشكل انتهاك قانون العقود خرقاً للقانون الدولي تلقائياً. والتمييز بين الدعاوى المتعلقة بالعقود والدعاوى المتعلقة بالمعاهدات يتعلق أيضاً بالتمييز بين مجرد الأعمال التجارية وتدخل الدولة (مثلاً في حالة تدخل الدولة بسبب السياسة العامة). وهناك أيضاً تعريف لكل من المصطلحين، حيث: أن دعاوى المعاهدات هي تلك التي تقوم على اتفاق دولي لانتهاك الالتزامات الدولية الواردة في معاهدات الاستثمار الثنائية وتعتمد دعاوى العقود على الحقوق التي تنشأ بموجب اتفاق من اتفاقات الامتياز. ولذلك يوجد فرق بين خرق الالتزامات التعاقدية وخرق معاهدة الاستثمار الثنائية. وتختلف دعاوى المعاهدات والعقود عن بعضها البعض. ولا يستبعد هذا احتمال أن يكون خرق العقد أيضاً خرقاً لمعاهدة الاستثمار الثنائية.

وكثيراً ما تتحقق المحاكم من "الأساس الأساسي للدعوى". ومع ذلك، ليس هناك اتساق فيما يتعلق بنطاق التقييم للدعاوى، حيث أن بعض المحاكم تذكر فقط أن قضيتهم لا بد أن تستوفي جميع المتطلبات. وليس كافياً أن يدعي أحد الأطراف أن هناك مطالبة بموجب معاهدة. واختتمت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأن هناك شاغلين رئيسيين يتعين معالجتهما وهما: أولاً: ضمان عدم إغراق المحاكم والهيئات القضائية بالدعاوى التي ليس لديها فرصة للنجاح، أو قد تكون ذات طبيعة مسيئة؛ وثانياً: عند النظر في مسائل الاختصاص، فإن المحاكم والهيئات القضائية لا تدخل في مزايا القضايا دون مناقشة سابقة كافية. فمحاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لديها فرصة للتحقق من اختصاصها؛ كما

(1) Robert Gommel - Ibid - p 82- 83

أن المحكمة لديها إمكانية النظر وراء الأساس الواقعي للدعايات ، ويجب على صاحب الدعوى أن يقدم بعض الأدلة على اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. ويجب أن تثبت هذه الأدلة عادة أن الادعاء المزعوم يقع ضمن اختصاص المركز. وإذا كان المستثمر يقوم ادعاءه على أساس الدعوى فقط عن خرق عقد الاستثمار وليس معاهدة الاستثمار الثنائية، فإن أحكام تسوية المنازعات الواردة في معاهدة الاستثمار الثنائية لن تطبق. ويجب على المستثمر أن يستند في إدعاءه حينها على مخالفة لوائح معاهدة الاستثمار الثنائية للاستفادة من خيارات تسوية المنازعات الثنائية.⁽¹⁾

رابعا: التنازل عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

هناك مشكلتان شائعتان تتعلقان بمسألة اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. الأولى تتناول مسألة التنازلات الصريحة. حيث يجوز للمستثمر أن يتنازل صراحة عن حقه في الاختصاص القضائي، في عقد الامتياز. ويمكن أن يؤدي ذلك إلى رفض اختصاص المركز. ومن مصلحة العديد من الحكومات أن يتنازل المستثمر عن حقه في اختصاص المركز. أما المسألة الثانية فتتناول مشكلة التنازلات الضمنية. خاصة، أن هناك عدة عقود بين الدولة والمستثمر (وليس معاهدة الاستثمار الثنائية)، التي قد تشمل نماذج مختلفة من شروط التسوية ، وفي كلتا الحالتين، لا يتمكن المستثمر من استخدام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ومع ذلك، خلصت بعض محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى ذلك أن شرط اختيار المحكمة لا يمثل تنازل عن حق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. وقد ذكرت محاكم أخرى أن شرط اختيار المحكمة يتنازل فقط عن الحقوق المتعلقة بالدعاوى الناشئة عن العقود، وليس الدعاوى الناشئة عن المعاهدات. وكما ذكرت محاكم أخرى في المركز، أن ذلك الأمر يعد خيارا

(1) Robert Gommel - Ibid - p 84-85

للتنازل عن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حتى في حالة الدعاوى الناشئة عن المعاهدات. ويجب أن يصاغ التنازل بطريقة صريحة ويجب على محكمة تسوية منازعات الاستثمار أن تعالج التنازل ونتائجه في القضية المعنية. وعلاوة على ذلك، ذكرت محكمة واحدة من مركز تسوية منازعات الاستثمار أنه من المهم تنفيذ أي خيار صحيح لشرط اختيار المحكمة في العقد".⁽¹⁾

المطلب الثاني

القضاء الدولي

أولاً: محكمة الاستثمار الدائمة أم اللجوء إلى التحكيم الدولي

يعد النفاذ إلى منصة القضاء حق من حقوق الإنسان بصفة عامة وحق من حقوق المستثمر بصفة خاصة⁽²⁾ فنجد أكبر قدر من الحماية للمستثمر واستثماراته إدراج شرط اللجوء للتحكيم مسبقاً بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار في اتفاق الاستثمار⁽³⁾ فعلى سبيل المثال قد وجدت هذه الحماية المهمة للمستثمرين الأجانب حتى الآن في معظم اتفاقات التجارة الحرة الثنائية والإقليمية⁽⁴⁾ واتفاقات الاستثمار

⁽¹⁾Robert Gommel - Ibid - p 85- 86

⁽²⁾Francesco Francioni - Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009 - p732

⁽³⁾Catharine Titi - Institutional Developments in Investor-State Dispute Settlement and Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes - European Yearbook of International Economic Law 2015 - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015 - p 317 "One of the seminal characteristics of most modern-day international investment agreements (IIAs) is the provision for access to investor-State dispute settlement (ISDS), through which an investor alleging a violation of the agreement may directly claim against its host State in international arbitration. Protection standards offered to investors through these international law instruments, such as fair and equitable treatment, full protection and security, and a guarantee of 'prompt, adequate and effective'"

⁽⁴⁾Arjan Lejour & Maria Salfi - The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment - CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis - CPB Discussion paper 298 - 2015 - p 8

الثنائية.^(١) لذا يردد البعض أن إصلاح نظام القانون الدولي للاستثمار يأتي أولاً من خلال إصلاح آلية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.^(٢)

وإذا نظرنا إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بين المستثمر والدولة المضيفة نجد بعض معاهدات الاستثمار الثنائية الأولى كمعاهدة الاستثمار الثنائية بين أستراليا والصين في ١١ يولييه ١٩٨٨ تليها معاهدة بين أستراليا وفيتنام في ١١ سبتمبر ١٩٩١. وما تلاها من معاهدات الاستثمار الأسترالية مع الدول الآسيوية تنص على التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر، مما يسمح للمستثمرين الأجانب بتقديم دعاوى مباشرة أمام المحاكم الدولية إذا خرقت الدول المضيفة الالتزامات الجوهرية التي تم التعهد بها في الاتفاقات، بدلاً من الاضطرار إلى الاحتماء بدولهم الأصلية لتقديم الدعاوى ضد الدولة المضيفة، كما هو ضروري بموجب نظام منظمة التجارة العالمية. وباعتراف الجميع، لا تسمح معاهدة الاستثمار الثنائية في أستراليا مع الصين إلا بدعاوى التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر المتعلقة بنزع ملكية أصول المستثمر الأجنبي من قبل الدولة المضيفة. ومع ذلك، ومع ظهور الصين كمصدر رئيسي لرأس المال، وليس مجرد مستورد له، فإن المعاهدات التي أبرمتها الصين قد نصت على تدابير تحكيم واسعة النطاق بين الدولة المضيفة والمستثمر منذ التسعينيات. كما أن الدول الأعضاء في رابطة دول جنوب شرق آسيا "الاسيان" قد وضعت أحكاماً واسعة النطاق فيما يخص التحكيم بين الدولة المضيفة والمستثمر. ومن الأمثلة الأخيرة على ذلك اتفاق الاستثمار الشامل لرابطة أمم جنوب شرق آسيا، الموقع في عام ٢٠٠٩، والذي بدأ نفاذه في مارس ٢٠١٢. ومع ذلك، فإن بيان سياسة التجارة الحكومية الصادر في أبريل ٢٠١١ تخلى عن شرط إمكانية التحكيم

(^١) Luke Nottage and Simon Butt - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector/An Australian Perspective - Recent International Commercial Arbitration and Investor -State Arbitration Developments Impacting on Australia's Investments in the Resources Sector - Springer International Publishing Switzerland 2015 - p 159

(^٢) Catharine Titi - Ibid - p 317

بين الدولة المضيفة والمستثمر في معاهدات الاستثمار في أستراليا في المستقبل.^(١) وتتجلى شعبية تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في مضاعفة الدعاوى التي ترفع كل عام.^(٢) ففي عام ٢٠١٣ ، تم تسجيل ما لا يقل عن ٥٧ دعوى جديدة من المستثمرين والدول ، مما رفع إجمالي الدعاوى المرتبطة بمعاهدة الاستثمار إلى ٥٦٨ دعوى بحلول نهاية ذلك العام. وتم رفع نسبة عالية نسبيا من هذه الدعاوى ضد الدول المتقدمة ، وبشكل ملحوظ ضد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وهذا في حد ذاته تطور جدير بالملاحظة ، بالنظر إلى أن الدول الصناعية ، وخاصة الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، كانت محمية بشكل عام من دعاوى الاستثمار. حيث كانت المعاهدات التي أبرمتها الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي تحمي بقوة مصالح المستثمرين، وتقوم أساسا على حماية المستثمرين الأوروبيين في مشاريعهم

^(١)Luke Nottage and Simon Butt - Ibid - p 159

^(٢)Cedric Dupont & Thomas Schultz and Merih Angin - Political risk and investment arbitration: an empirical study - Journal of International Dispute Settlement - King's College London Dickson Poon School of Law - Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2016-03 - <http://ssrn.com/abstract=2703798> - last visit 1/5/2018 - p2 " Since the mid-nineties, international investment arbitration has become a regular tool used by investors to settle disputes with host countries. Whereas its use remained almost absent from the radar from the first case in 1972 to 1995, it has since then quickly risen to an average of more 30 cases a year in the 2000s. It has even reached record numbers in 2012 and 2013 with respectively 60 and 69 new cases. According to our own account, we have now more than 775 cases of investment arbitration. Furthermore, the number of countries that have been targeted by arbitration is on the rise, both in the developing and developed worlds, to reach more than 100 countries."; Robin F. Hansen - Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties - The Modern law review - Volume 73 July 2010 No 4 - p 524 " The first known such arbitration, Asian Agricultural Products v Sri Lanka, was initiated in 1987. Arbitrations between investors and host states prior to this award were held pursuant to (1) state contracts between investors and host states, (2) domestic investment laws or (3) specific treaty instruments establishing a highly discrete jurisdictional scope for arbitrations."

في العالم النامي فضلا عن إمكانية اللجوء إلى التحكيم ضد الدولة المضيفة لهم دون توقع دعاوى ("متبادلة") ضد الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. ومن المثير للاهتمام أن بعض معاهدات الاستثمار الثنائية القديمة قد أبرمت على أساس غير تبادلي بشكل واضح. أحد الأمثلة على ذلك هو معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٧٢ المبرمة بين فرنسا وتونس ، والتي شجعت بشكل واضح على "تطوير الاستثمارات الفرنسية في تونس". وعلى الرغم من أن الوصف أعلاه ينتمي الآن إلى تاريخ معاهدات الاستثمار ، وهو يشهد على المصلحة الأحادية الجانب للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في حماية مستثمريها. تمشيا مع هذا التقليد القديم العهد المتمثل في إبرام المعاهدات مع البلدان ذات الاستثمار الأدنى في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي ، لقد بدأ مستثمرو الاتحاد الأوروبي عموماً رفع دعاوى الاستثمار ضد دول ثالثة. على سبيل المثال ، في عام ٢٠١٢ كان مستثمرو الاتحاد الأوروبي يشتركون بنسبة ٦٠ ٪ من النزاعات الجديدة.^(١)

ثانياً: الاتحاد الأوروبي ونظام محكمة الاستثمار الدائمة

يسعى الاتحاد الأوروبي في مقترح نظام محكمة الاستثمار الدائمة للتقاضي على درجتين وهو نظام "محكمة الاستثمار" الجديد من مستويين ؛ وتتمثل الحداثة في اقتراح المفوضية فكرة إنشاء محكمة ابتدائية ومحكمة استئناف للنظر في دعاوى الاستثمار المقدمة بموجب اتفاق الاستثمار وهذه المحاكم هي في واقع الأمر مختلطة بين المحاكم وهيئات التحكيم. وهي تتألف من "قضاة" معينين يعملون لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد، ولكنها تصدر "أحكام" قابلة للإنفاذ بموجب قواعد اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار أو بموجب اتفاقية نيويورك.^(٢) وبالنظر إلى الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل والذي يعد صفقة تجارية واستثمارية طموحة بين كندا والاتحاد الأوروبي تهدف إلى "زيادة التجارة الثنائية وتدفقات الاستثمارات والمساهمة في النمو

(١)Catharine Titi - Ibid - p 319

(٢)August Reinisch - Ibid - p 288

في أوقات عدم اليقين الاقتصادي" نجد كل من كندا والاتحاد الأوروبي يعطون أهمية كبيرة لهذا الاتفاق حيث يرددون دائما خلال اللقاءات والمفاوضات أن حماية المستثمرين الأجانب هي على مقدار أهمية التجارة الحرة وتبادلها. وتعتبر أحكام الاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بمثابة آلية أقوى لحماية الاستثمار من معاهدات الاستثمار الثنائية السابقة للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي. وكانت المفوضية الأوروبية واثقة من أن "الاتحاد الأوروبي أدخل ضمانات إضافية قوية للتأكد من أن أحكام حماية الاستثمار تحافظ تماما على حق الحكومات في تنظيم وتنفيذ أهداف السياسة العامة وتجنب أي إساءة استخدام لهذه القواعد".⁽¹⁾

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن إدراج شرط التحكيم الدولي بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر مباشرة دون تدخل دولة الأخير أمر تواترت عليه معاهدات الاستثمار الثنائية الحديثة؛ ويعد ذلك من أهم الضمانات الإجرائية للاستثمار الأجنبي المباشر. ونطاق التحكيم بين المستثمر والدولة يتحدد بإرادتهم فقد يشمل كافة بنود المعاهدة وجميع المخاطر، وقد يقتصر على بعض منها فقط. وأن هناك شروط مسبقة للتحكيم تفترض قبل الولوج للتحكيم؛ إما الانتظار لمدة زمنية أو سلوك

(¹)Amalie Giødesen Thystrup and Gunes Unuvar - International Economic Law Contemporary Issues - A Waiver for Europe? CETA's Trade in Services, and Investment Protection Provisions and Their Legal-Political Implications on Regulatory Competence - Springer International Publishing Switzerland and G. Giappichelli Editore 2017 - p 42 - 43 "The negotiations had lasted 5 years between 2009 and 2014. On 29 February 2016 the legal review of CETA was completed, and the same day the parties released the final text of the treaty. In their joint statement, the European Commissioner for Trade and Canada's Minister of International Trade declared that Once finalized, we will focus on the swift ratification of CETA so that individuals and

businesses, both large and small, are able to benefit from the opportunities offered by this gold-standard agreement. We are confident that CETA will be signed in 2016 and will enter into force in 2017"

سبل الانتصاف المحلية أولاً، أو الاختيار بين عدة بدائل منها التحكيم. وتبلغ أهمية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في أنه يوفر آلية التحكيم المؤسسي الذي ألفت كثير من معاهدات الاستثمار على الاحتكام إليه. وهناك دولا ومنظمات تسعى بجهد كبير إلى إيجاد محكمة استثمار دائمة بدلا من اللجوء إلى التحكيم المخصوص، ويفضل أن يحذو المشرع المصري ذلك الحذو.

المبحث الثالث

الحماية الدبلوماسية

تمهيد وتقسيم

إذا ما تعرض المستثمر لخطر من المخاطر السياسية، ووجد أنه لن يستطيع الدخول في النزاع مع الدولة المضيفة للاستثمار بمفرده، فسريعا ما يسعى للحماية الدبلوماسية؛ فما المقصود بها؟ وما هي شروط ممارستها؟ وما هي العوائق التي من الممكن أن تعترض الحماية الدبلوماسية؟ وهل هناك علاقة بين التأميم والسعي للحماية الدبلوماسية؟ وما هو مدى الالتزام بشرط الجنسية في نطاق الحماية الدبلوماسية؟ وما هو مستقبل الحماية الدبلوماسية في ظل انتشار التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار؟ نعرض لهذه التساؤلات في نطاق المبحث الثالث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالحماية الدبلوماسية وشروط ممارستها.

المطلب الثاني: عوائق ممارسة الحماية الدبلوماسية.

المطلب الثالث: الجنسية والحماية الدبلوماسية.

المطلب الأول

المقصود بالحماية الدبلوماسية وشروط ممارستها

أولاً: الحماية الدبلوماسية قديما وحديثا.

كانت الدول فقط في القانون الدولي التقليدي الوحيدة التي لديها القدرة على رفع دعوى دولية بسبب انتهاك دولة أخرى للقانون الدولي. وعلى النقيض من ذلك

لا يمكن للأفراد الاحتجاج مباشرة على سلوك غير مشروع دولياً من جانب دولة أجنبية ولكنهم مطالبون بالحصول على حماية دبلوماسية من جانب دولتهم الأصلية.^(١) وهذه الحماية الدبلوماسية^(٢) تعني أن الدولة الأم تستحضر حقها الخاص في حماية مواطنيها في الخارج، ولقد اعتمد قانون الاستثمار الدولي على الحماية الدبلوماسية قديماً؛ إذ أصبح من المستقر حديثاً في قلب كل معاهدة دولية للاستثمار وجود بند لتسوية النزاع يؤهل المستثمرين المشمولين بمعاهدة الاستثمار بالاحتجاج بانتهاك قواعد المعاهدة أمام محكمة دولية والمطالبة بتعويض من الدولة المضيفة المخالفة؛ لذا يتم التأكيد على أن معاهدات الاستثمار الدولية وضعت حماية الاستثمار في إطار من القانون الدولي وبعدت بها عن تسييس تسوية نزاعات المستثمرين.^(٣) فالفكرة الأساسية وراء الحماية الدبلوماسية هي أن الدولة تستطيع المطالبة بالتعويض بدلاً من مواطنيها، لأنه تم منع الفرد من القيام بذلك بسبب قيود القانون الدولي العام. وقد تطورت الحماية الدبلوماسية لتكون أكثر من ذلك بكثير؛ فالآن تعتبر بمثابة حق للدولة.^(٤) هذه الفكرة صاغها لأول مرة الدبلوماسي

(١) هناك اتجاهان في الفقه للاعتراف للفرد بأحقية في شخصية قانونية دولية محدودة؛ الاتجاه الأول ينطلق متمسكاً بالمبدأ التقليدي في القانون الدولي، وهو عدم الاعتراف للفرد بالشخصية القانونية الدولية، وينتهي هذا الرأي إلى عدم أحقية الفرد في اللجوء إلى المحاكم الدولية مباشرة، وأن نظام الحماية الدبلوماسية يكفي لتحقيق مصالحه. وهناك اتجاه آخر يرى أن مقتضيات التطور الاقتصادي الدولي وحركة رؤوس الأموال الأجنبية والاستثمار تتطلب أن يسند للفرد الحق في اللجوء مباشرة إلى المحاكم الدولية من أجل حماية حقوقه ومصالحه ضد الأضرار التي قد تلحقها من تصرفات تصدر عن دول أجنبية. انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام - الخاص - التجاري) - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - بدون سنة نشر - ص ٥٣ - ٥٤

(٢) وصف هذا النظام بالحماية الدبلوماسية نسبة إلى أن أول طريق يتم التماسه لتبني مطالب الفرد هو الطريق الدبلوماسي أي عبر القنوات الدبلوماسية بين الأشخاص الدولية المعنية بهدف الوصول لتسوية النزاع واستعادة حقوق هذا الفرد أو التعويض عنها. انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٥٥

(٣) Bajar Scharaw- Ibid - p 12

(٤) Luis Toma's Montilla Ferná'ndez - Ibid - p 83,146 - "Early on, states used diplomatic protection mechanisms to solve investment conflicts. Nevertheless, these mechanisms eventually became obsolete and opened the door to new, more omprehensive and stimulating mechanisms. These mechanisms are often bilaterally or regionally signed in the framework of

السويسري "دي فاتيل" في القرن الثامن عشر. ووفقاً له كل إصابة لمواطن تصيب الدولة بشكل غير مباشر، وهو ما يجب أن يوفر حماية للمواطن؛ حيث تتأسس الحماية الدبلوماسية على أن ما يصيب الفرد من أضرار بمصالحه أو حقوقه المشروعة ، إنما ينطوي في الوقت ذاته على ضرر بمصالح الدولة التي يحمل جنسيتها، وحق المنظمة الدولية في مباشرة الحماية الوظيفية الدبلوماسية على موظفيها أو ممثليها إنما تتأسس على ضرورة كفالة قيام المنظمة بأعمالها وتحقيق أهدافها؛ وينبغي حماية هؤلاء سواء تجاه أحد الدول الأعضاء بالمنظمة أو تجاه دولة ليست عضواً بالمنظمة.^(١) واشتركت المحكمة الدائمة للعدل الدولي ومحكمة العدل الدولية في وقت لاحق في هذا الرأي.^(٢)

ثانياً: من يتمتع باستخدام حق الحماية الدبلوماسية؟

إذا وصف تصرف الدولة المضيفة للاستثمار بأنه إخلال بأحكام القانون الدولي العرفية أو الاتفاقية يكون من حق دولة المستثمر بغير شك التدخل لحمايته عن طريق المفاوضة ثم التقاضي، إن وجدت محكمة دولية مختصة، ذلك بشرط أن يكون المستثمر نفسه قد استنفذ أولاً سبل الطعن في ذلك التصرف أمام الجهات

IIAs. Diplomatic protection is an inter-state measure through which the home state can make a claim against the host state if the latter has violated IL and adversely affected investors from the home state. Naturally investors cannot directly partake in this mechanism of protection, and they automatically delegate bargaining power to politicians. Thus, it can be said that the protection IL offers to investors contains real limitations because the locus standi of investors is limited, their legal personality is not broadly recognised and diplomatic protection is more akin to a political mechanism than a legal one. Under this system aliens depend more on political decisions than judicial ones."

(١) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٥٦ - ٥٧

(٢) Sebastian tho Pesch - The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law - The Influence of Human Rights on International Law edited by Norman Weiß • Jean-Marc Thouvenin - Springer International Publishing Switzerland 2015 - p56

الإدارية والقضائية المتاح له اللجوء إليها في الدولة المضيفة.^(١) فإذا ما أردنا بحث مدى اتفاق قانون جديد للاستثمار مع القانون الدولي؟ لابد من البحث عن عدة أمور.

١- مدى انطواء القانون الجديد على تمييز غير شرعي بين المستثمرين الأجانب.

٢- مدى مشروعية إجراءات التأميم ونزع الملكية التي يبيحها القانون.

٣- مدى كفاية وسائل تسوية المنازعات التي يتيحها القانون.

٤- القيمة الدولية للاعفاءات المقررة في القانون بالنسبة للمستثمرين الأجانب خاصة فيما يتعلق بقوانين الضرائب والتأميم التي تصدر في المستقبل.^(٢) وهنا يمكن التمييز بين نوعين من الحقوق التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي : النوع الأول :- هي الحقوق الموضوعية مثل شرط المعاملة الوطنية، وشرط الدولة الأولى بالرعاية^(٣)، أما النوع الثاني فهو حقه في إحالة النزاع الذي يثور بينه وبين الدولة المضيفة للتحكيم التجاري الدولي.

ثالثاً: حق الدولة المضيفة للاستثمار في التشريع

إذا كان من حق الدولة أن تصدر تشريعات تضمن بها حق المستثمر في استثماراته ، فلها أيضاً أن تعدل أو تلغي تلك التشريعات اعتماداً على ممارستها لحقها السيادي، والرأي السائد في الفقه الدولي أن التشريعات الداخلية تهدف إلى ضمان الاستثمار وأن يد الدولة المضيفة تبقى مطلقة في اتخاذ الإجراءات التي تتلاءم وتحقق المنفعة العامة بشرط ألا يكون هناك تمييز في المعاملة بين المستثمرين أو

(١) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ٩٩

(٢) إبراهيم شحاتة - مرجع سابق - ص ١٠٠

(٣) انظر في المقصود بشرط الدولة الأولى بالرعاية. ماهر بو خوات - مرجع سابق - ص ٦٢ " ويقصد بشرط الدولة الأكثر بالرعاية ذلك الحكم الذي يرد في معاهدة توافق دولة ما بموجبه على أن تمنح الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تكن أقل من تلك التي تمنحها لدول أخرى أو لدولة ثالثة، وقد يرد هذا الشرط بصفة عامة بحيث يشمل كافة الحقوق والضمانات التي تتمتع بها الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة، كما يتم تقييده بنص صريح في الاتفاقية بحيث يقتصر على بعض الحقوق والضمانات التي تقرها الدولة للاستثمارات الواردة إليها من دول ترتبط معها بروابط ذات طبيعة خاصة."

اتخذت بالمخالفة لتعهدات مسبقة من جانب الدولة المضيفة للاستثمار وإلا التزمت الدول بالتعويض عن الأضرار التي تتعرض لها الاستثمارات. ويحمي القانون الدولي العام المستثمر بإقرار التعويض بشروط معينة عند نزع الملكية أو إنكار العدالة، حيث يعترف القانون الدولي العام بحق الدولة كاملة السيادة في اتخاذ إجراءات التأميم ونزع الملكية طبقاً للقواعد والإقرارات الدولية الصادرة في هذا الشأن مما يجعله عملاً مشروعاً طبقاً لأحكام القانون الدولي ، وأهمها ضرورة مراعاة مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الاستثمارات المضيفة^(١)

رابعاً : الحماية الدبلوماسية جزء من القانون الدولي العرفي

نجد أن القواعد والشروط الأساسية للحماية الدبلوماسية وضعت في مشروع مواد لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٦ حول الحماية الدبلوماسية وهذه اللجنة قد تأسست في عام ١٩٤٧ من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة. وقد أقرت أنه لا يوجد التزام بموجب القانون الدولي على الدولة بأن تبسط الحماية الدبلوماسية لمواطنيها. وعلاوة على ذلك ، فإن استخدام الحماية الدبلوماسية "يحول" دعوى أحد المستثمرين إلى دعوى دولة، لذا فإن استخدام الحماية الدبلوماسية أمر صعب ، وبالتالي لا يكون مرغوباً فيه بالنسبة للمستثمرين لأنه لا يوجد ضمان بأن الدولة ستتحرك لإنصاف المستثمر؛ لذا أضحت شرط التحكيم من أهم شروط معاهدات الاستثمار حالياً؛ فالحماية الدبلوماسية ليست جذابة بشكل خاص من منظور المستثمر، فهي أمر تقديري يمكن للدولة التي يحمل جنسيتها أن ترفضه ويمكن أن تشرع فيه ثم تتخلى عنه إذا ما وجدت مصلحتها في ذلك؛ وعلاوة على ذلك المستثمر بتسليم قضيته إلى الدولة يفقد السيطرة تماماً على القضية^(٢)، وهذا ما يؤكد حقيقة أن الدولة المستثمر

(١) انظر هالة علي منصور - مرجع سابق - ص ٣٠٥-٣٠٨ .

(٢) Christoph Schreuer - Panel V: Privatization of the Settlement of International Disputes - International Dispute Settlement: Room for Innovations?- by Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg with springer - 2013- p339

الأم التي يحمل المستثمر جنسيتها ليس لديها أي التزام (باستثناء الالتزام الأخلاقي) بدفع تعويضات للمستثمر المعني. فضلاً عن أن محكمة العدل الدولية أشارت إلى أنه لن يتم ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا بعد استنفاد جميع الحلول المحلية المحتملة مسبقاً.^(١)

خامساً: شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية

١- رابطة قانونية أو سياسية بين الفرد والدولة التي تتبنى دعواه.

هذه الرابطة هي رابطة الجنسية، وهي التي تعطي للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية إذا ما أصيب أحد رعاياها بضرر تسببت فيه دولة أجنبية، أما بالنسبة للشخص المعنوي؛ فإنه يكتسب جنسية دولة معينة، وهذه الدولة هي التي تباشر حمايته دبلوماسياً. وفي حال اختلاف جنسية المساهمين عن جنسية الشركة ذاتها؛ إذا كان مصدر الضرر الذي أصاب الشركة هو الدولة التي تحمل الشركة جنسيتها كنزع الملكية، فيعترف هنا للدولة أو للدول بحق حماية رعاياها المساهمين في شركة أجنبية؛ أما إذا كان مصدر الضرر دولة أخرى غير التي تحمل الشركة جنسيتها فالدول التي تحمل الشركة جنسيتها هي التي لها الحق في مباشرة حماية الشركة

(¹)Robert gommel - Ibid - p 53, August Reinisch - Ibid - p279 " one should not forget that one of the initial purposes of ISA was exactly to have access to a more neutral international forum instead of the local courts of the host State that is a party to the dispute and, of course, to serve as an alternative to diplomatic protection. Traditional rules of diplomatic protection in fact required the exhaustion of local remedies before international dispute settlement options could be accessed. While this requirement is expressly dispensed with in the ICSID Convention in general, also most other investment tribunals have permitted investors to sue without requiring them to exhaust local remedies. Some IIAs expressly address the issue of parallel litigation and try to design rules to avoid such duplication, which range from fork-in-the-road to exhaustion of local remedies clauses."

دبلوماسية في مواجهة هذه الدولة، وليس للدولة أو الدول التي ينتمي إليها المساهمون هذا الحق، وهنا يحق للمساهمين فقط مقاضاة الشركة وتوجيه مطالبهم إليها.^(١)

وهنا الوقت الذي يلزم فيه توافر رابطة الجنسية هو الوقت الذي نشأت فيه واقعة النزاع " أي تاريخ حدوث الضرر " ويقصد بتاريخ الضرر الوقت الذي أصيب فيه الفرد بخسارة أو ضرر يجعله محلاً لمطالبة دولية. ولا بد من توافر هذه الرابطة في التاريخ الذي تبأشر فيه الدولة تقديم دعوى الفرد دولياً؛ ويقصد بتاريخ التقديم ذلك التاريخ الذي تودع فيه الدعوى لدى الدولة المسئولة أو أمام محكمة دولية.^(٢)

(^١)Kirsten Schmalenbach - Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo) -Max Planck Encyclopedia of Public International Law - August 2010 - <http://opil.ouplaw.com> - Oxford University Press,2015 -p 6 "Regarding the nationality of a corporation, the ICJ stayed in line with its landmark decision in the Barcelona Traction Case: a corporation's nationality does not derive from the nationality of the majority of shareholders. According to the Barcelona Traction Case, the State in which the corporation was established as a legal person and in which it has its seat of corporate management is eligible to protect the corporation on the international plane,..... the Court implicitly decided on the matter by clarifying that the independent corporate personality is to be determined on the basis of the domestic laws of the State of incorporation. Only the State of incorporation being the State of nationality has the right to defend the corporation's rights flowing from this personality. An exception to this rule is provided for in the second sentence of Draft Art.9, requiring a culmination of four factors in order to allow diplomatic protection to be exercised by another State than the State of incorporation: substantive business activities, seat of management , and financial control must be located in that State and the corporation is controlled by its nationals. The ILC bases this exception on consideration of policy and fairness rather than State practice."; Peter T Muchlinski - Corporations in International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2014 - p 3 "Protection of Corporate Rights"

(^٢) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٥٧-٥٨

والمدقق في تطور القانون الدولي يلحظ التطور الكبير لحقوق حملة الأسهم

في القانون الدولي عندما ينظر المرء في قضية شركة **Barcelona Traction**⁽¹⁾ التي قررتها محكمة العدل الدولية في عام ١٩٧٠؛ وفي هذه الحالة ، كان السؤال المطروح هو ما إذا كان المساهمون البلجيكيون في شركة **Barcelona Traction**، وهي شركة تأسست في كندا، يمكن أن تتبنى بلجيكا مطالبتهم ضد إسبانيا بسبب الضرر الذي لحق بالشركة. ورأت المحكمة أن تحديد هوية شركة ما يحددها مكان تأسيسها وأين يقع مكتبها المسجل. وبالتالي، لم تستطع بلجيكا تبني مطالبة المساهمين البلجيكين ضد إسبانيا. فيما يتعلق بحقوق المساهمين بموجب القانون الدولي العرفي؛ وقد صرحت المحكمة بما يلي:

على الرغم من الشخصية المؤسسية المنفصلة، غالباً ما يتسبب الخطأ في الشركة في المساس بمساهميها. ولكن مجرد حقيقة أن الضرر يتكبده كل من الشركة والمساهمين لا يعني أن كلاهما يحق له المطالبة بالتعويض. . . . في مثل هذه الحالات لا شك تتأثر مصالح المتضررين، ولكن ليس حقوقهم.

وبالتالي ، كلما تضررت مصالح المساهمين بسبب فعل تم تجاه الشركة، يجب على الأخيرة أن تبحث عن اتخاذ الإجراءات المناسبة؛ وعلى الرغم من أن الكيانين منفصلين ربما يكونان قد تعرضا لنفس الخطأ، إلا أن كيان واحد فقط انتهكت حقوقه. وتقتصر المحكمة أن المساهمين الأجانب لا يحق لهم الحصول على أي حماية دولية مستقلة عن تلك القائمة بالنسبة لشركة متضررة من فعل غير مشروع ترتكبه دولة ما. كما أوضح أحد الكتاب ذلك قائلاً أن الحكم " يفرض حاجزاً لا يمكن تجاوزه أمام المساهمين الأجانب الذين يأملون في حماية استثماراتهم على المبادئ العامة للقانون الدولي ". وقد صدر بيان المحكمة في سياق الحماية الدبلوماسية، دون إشراك

(1)Stephan Wittich - Barcelona Traction Case - Max planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2007 - p 1-10

أي معاهدة لحماية الاستثمار. وفي الواقع أوضحت المحكمة على وجه التحديد أنه يمكن لحاملي الأسهم الحصول على تعويض في القانون الدولي عندما يكون هناك خرق لأحكام معاهدة الاستثمار.^(١)

٢- استنفاد طرق الرجوع الداخلية

إن أساس هذا الشرط هو أن المسؤولية الدولية لدولة معينة لا يمكن إثارتها إذا وجد في النظام القانوني الداخلي سبباً تسمح بجبر الضرر الذي أصاب الفرد، وأن هذه الطرق لم يتم استنفادها بعد، ويهدف هذا الشرط إلى إتاحة الفرصة للدولة المتسببة في الضرر لإصلاحه أو لتعويض المتضرر من خلال طرق الرجوع التي يتيحها نظامها الداخلي قبل رفع النزاع إلى مستوى الدول. ويستبعد أعمال هذا الشرط في ثلاث حالات:

* وجود نص صريح في معاهدة دولية سارية يستبعد الانتصاف وفقاً للسبل الداخلية للدولة مرتكبة الضرر.

* إذا لم توجد طرق رجوع داخلية لنظر النزاع أو وجدت ولكن كانت غير ذي جدوى.

* إذا كانت الدولة التي يتمتع الفرد بجنسيتها أو المنظمة التي ينتمي إليها الموظف قد أصابها من جراء نفس العمل الذي أضر بالفرد أو الموظف المحمي دبلوماسياً ضرراً مستقلاً فهنا الوصف يعد دفاعاً عن النفس وليس حماية لأحد الرعايا.

(١) Martin J. Valasek & Patrick Dumberry - Developments in the Legal Standing of

Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes - Volume 26, Number 1, Spring 2011 - International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID REVIEW Foreign Investment Law Journal - <http://ssrn.com/abstract=2404034> - last visit 1/5/2018 - p35,36

٣- ألا يتسبب الفرد في الضرر الذي أصابه

يعد شرط "اليد النظيفة" من أهم الشروط التي استقر عليها الفقه الدولي، والتي مفادها ألا يصدر عن الفرد خطأ يؤدي أو يساهم في حدوث الضرر الذي أصابه، وذلك مثل:

* الإهمال أو التبصر والاحتياط كعدم تقديم الدعوى في موعدها أو ممارسة أوجه النشاط في أماكن محظورة.

* مخالفة القوانين الداخلية الأجنبية التي يقيم فيها؛ كأن يشارك في تمرد أو ثورة أو انقلاب ضد حكومتها أو قيامه بأعمال تجسس ضدها.

* مخالفة قواعد القانون الدولي، كعدم احترام حياد الدولة الأجنبية المقيم فيها أو قيامه بالاتجار في البشر، أو ممارسة أعمال إرهابية أو الاعتداء على مقار البعثات الدبلوماسية.^(١)

المطلب الثاني

عوائق ممارسة الحماية الدبلوماسية

أولاً: عقبات تعترض ممارسة الحماية الدبلوماسية

يعد إدراج شرط كالفو وهو الشرط الذي بمقتضاه يتنازل الفرد المضرور عن حمايته الدبلوماسية أمام الدولة المسؤولة خاصة في عقود الامتياز من أهم عوائق ممارسة الحماية الدبلوماسية؛ إلا أن غالبية أحكام القضاء الدولي تتجه إلى إنكار كل أثر لهذا الشرط؛ لأن الدولة حين تتولى مطالبات الفرد تأسيساً على الحماية الدبلوماسية فهي تمارسه حقاً دولياً لها وليس تمارس حقاً للفرد نيابة عنه ، ومن ثم لا يملك الفرد حرية التنازل عنه.

وتعد حالات إزدواج وانعدام الجنسية وشرط استنفاد الطرق الداخلية للتقاضي من عوائق الشروع في طلب الحماية الدبلوماسية والشروع فيها. لذا يرى البعض أن النظام الحالي للضمانات الخاصة للمستثمرين الأجانب غير فعال وغير كافٍ. ولا

(١) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٦٢

ينبغي أن تحدد ضمانات الاستثمار القانوني بوجود جنسية للمستثمر ويجب أن تكون موحدة لجميع هؤلاء المستثمرين حتى ولو زالت عنهم الجنسية.^(١)

ويعتبر ارتكاز نظام الحماية الدبلوماسية على مبدأ أساسي هو حرية الدولة في مباشرة الحماية الدبلوماسية عن رعيها عائقا من عوائق ممارستها؛ حيث أن للدولة السلطة التقديرية في مباشرة الدعوى من عدمه، وبأي طريقة تناسبها وفق مصالحها؛ ومن ثم فعدم وجود دور للفرد في ممارسة الحماية الدبلوماسية عن طريق دولته يهدد مصالح الفرد المتضرر حيث قد تتدخل الاعتبارات السياسية وتؤدي للتصالح بين دولة الفرد والدولة المسؤولة، وقد تهمل الدولة في متابعة القضية وتدعيمها بما يؤثر على مصلحة الفرد، وفي النهاية للدولة الحامية الحرية في توزيع مبلغ التعويض الذي قد يتفق عليه أو يحكم به بالطريقة التي تراها مناسبة بغض النظر عما يحقق مصالح الفرد الذي سعت لحمايته دبلوماسيا.^(٢)

ثانياً: تأمين الموارد والحماية الدبلوماسية

إذا ما نظرنا إلى استثمارات الطاقة والموارد نجدها تتعرض بشكل دوري لما نسميه الآن "بتأمين الموارد". وهذا المصطلح يدل على سياسات أو تدابير تعتمد على الحكومات لغرض تأكيد السيطرة على الموارد الطبيعية لأسباب استراتيجية أو سياسية أو اقتصادية. فقديمًا عندما قامت الحكومات المضيفة بتأمين استثمارات وصادرات الشركات العاملة في مجال الموارد الطبيعية اتجه المستثمرون لحكوماتهم

(^١) Nilov, Konstantin N - Legal guarantees for international investment according to the legislation of the Russian Federation - Baltic Region (2011), 3 - International cooperation: legal aspects - <http://dx.doi.org/10.5922/2079-8555-2011-3-1> - last visit 1/5/2018 - p10, Seline Trevisanut - Nationality Cases before International Courts and Tribunals - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2011 - p 1 "The general rule is that diplomatic protection can only be extended to nationals; a State cannot espouse the claim of non-nationals and of stateless persons"

(^٢) انظر في ذلك إبراهيم محمد العناني - المرجع السابق - ص ٦٣-٦٥

للحصول على المساعدة. ولم تكن هذه الممارسة المعروفة باسم "الحماية الدبلوماسية" دائماً متاحة.^(١)

فالتجربة الأولى من تأمين الموارد الطبيعية وقعت في المكسيك بعد الثورة المكسيكية في عام ١٩١٧، حيث بدأت الحكومة المكسيكية في اتخاذ خطوات للحد من مشاركة الشركات الأجنبية في قطاع الموارد الطبيعية لديها. وفي عام ١٩٣٨ استولى الرئيس " لازارو كارديناس" رداً على الخلافات حول قوانين العمل والضرائب ، على جميع شركات النفط المملوكة لأجانب في المكسيك. وأدى ذلك إلى إنشاء كيان تسيطر عليه الدولة يدعى "بيميكس" ، والتي كانت حتى وقت قريب الشركة الوحيدة المسموح لها بإنتاج النفط في المكسيك. بالإضافة إلى ذلك، تم إضافة مادة إلى الدستور المكسيكي تمنح المكسيك "ملكية حصرية لجميع موارد باطن الأرض". وتماشياً مع الممارسة في ذلك الوقت، سعى المستثمرون الأجانب المتضررين للحصول على الحماية الدبلوماسية، وهذا هو علاجهم الوحيد بخلاف الدعاوى التي رفعت أمام المحاكم المكسيكية. وطلبت حكومة الولايات المتحدة التعويض عن الاستيلاء على الممتلكات المملوكة للشركات الأمريكية؛ وتم تبادل المراسلات الدبلوماسية لعدد من السنوات حتى تم التوصل إلى اتفاق في النهاية في عام ١٩٤٢؛ حيث وافقت بموجبه المكسيك على دفع ٢٤ مليون دولار كتعويض (وهي نتيجة غير مرضية بالنسبة للولايات المتحدة حيث أنها كانت تعتبر أن المكسيك تواجه مطالبات أمريكية يبلغ مجموعها ٢٦٠ مليون دولار). واتخذت الحكومتان البريطانية والهولندية خطوات مماثلة نيابة عن رعاياهم في عام ١٩٤٦ حيث وافقت الحكومة المكسيكية على دفع ٨١.٥ مليون دولار لتسوية المطالبات البريطانية والهولندية. والملاحظ هنا أن التأمين المكسيكي مفيد لسببين. أولاً: أظهر

(^١)Sam Luttrell - Resource Nationalism: Old Problem, New Solutions - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector An Australian Perspective - Springer International Publishing Switzerland 2015 - p 197 - 198

لنا كيف يمكن أن تكون قرار تأميم الموارد له تأثيرات دائمة؛ فمنذ عام ١٩٣٨ احتكرت شركة "بيميكس" إنتاج النفط والغاز في المكسيك، ولم تعلن الحكومة المكسيكية إلا مؤخراً على أنها تدرس إعادة فتح قطاع الهيدروكربونات لديها أمام الاستثمار الأجنبي. وثانياً: تظهر دراسة الحالة المكسيكية أن الحماية الدبلوماسية تعمل وإن كان بدرجات متفاوتة.^(١)

ووقعت التجربة الثانية في إيران حيث تتمتع شركة النفط الأنجلوإيرانية بمركز متميز على نحو غير عادي، فبين مارس ومايو عام ١٩٥١، تم تمرير قانونين في إيران: أحدهما يتعلق بتأميم صناعة النفط والآخر يتعلق بإنفاذ قانون التأميم. هذه القوانين أثرت فقط على شركة النفط الأنجلوإيرانية، والتي كانت في عام ١٩٣٣ قد مُنحت اتفاقية امتياز أعطتها السيطرة على صناعة النفط الإيرانية بأكملها. وكان من المفترض أن يظل هذا الامتياز ساري المفعول حتى عام ١٩٩٣. وأراد رئيس الوزراء الإيراني آنذاك، "محمد مصدق" حصة أكبر وعزز إقدامه على هذه الخطوة ما حدث في المملكة العربية السعودية وفنزويلا، حيث تم تطبيق ٥٠/٥٠ فرق ربح (بين الدولة والمستثمر الأجنبي). وبعبارة قومية لافتة للنظر، أعلن مصدق أن قانون التأميم كان يهدف إلى "القضاء على التأثير والوكلاء الأجانب في إيران وبالتالي تحمل المسؤولية عن خطوة التأميم وضمان الاستقلال السياسي للبلاد، وتحسين الظروف الاقتصادية بشكل عام. وبعد ذلك دخلت حكومة المملكة المتحدة في مفاوضات مع الحكومة الإيرانية بشأن مسألة التعويض، وما إذا كان هناك أي إمكانية للحفاظ على مكان لشركة النفط الأنجلو إيرانية داخل صناعة النفط الإيرانية. وبمجرد أن اتضح أن الحكومة الإيرانية تعتزم التنفيذ الكامل لقانون التأميم، وأنها لن تلتزم بموافقتها على التحكيم في النزاع طبقاً لعقد الامتياز الممنوح للشركة؛ شرعت على الفور حكومة المملكة المتحدة في استخدام حقها في مد الحماية الدبلوماسية لشركة النفط الأنجلو إيرانية. وشملت الإجراءات التي اتخذتها حكومة المملكة المتحدة نقل

(١) Sam Luttrell - Ibid - p 202 - 203

سرب من فرقاطات البحرية الملكية البريطانية إلى خليج عدن في محاولة واضحة لتخويف الحكومة الإيرانية. وقد استكمل الحصار بالتقاضي في محاكم الأراضي البريطانية المحيطة. وعلى سبيل المثال في يوليو ١٩٥٢ اعترضت السفن الحربية البريطانية ناقلة نفط إيطالية (روز ماري) والتي كانت تحمل النفط الإيراني والتي تم شحنها من قبل شركة النفط الوطنية الإيرانية المنشأة حديثاً وأجبرتها على الدخول إلى ميناء عدن ثم إلى محمية بريطانية. وفي دعوى قضائية أمام محكمة عدن حول احتجاز البضائع بصورة غير مشروعة إحتجت الشركة الأنجلو إيرانية بنجاح بأنها كانت تمتلك شحنة السفينة روز ماري استنادا إلى عقد الامتياز الممنوح لها. كما بدأت المملكة المتحدة إجراءات ضد إيران أمام محكمة العدل الدولية. ومع ذلك ، قررت محكمة العدل الدولية في قرارها المشهور أنها تفتقر إلى الاختصاص، ورفضت سماع المطالبات الجوهرية للمملكة المتحدة. بالإضافة إلى ذلك، شرعت شركة النفط الأنجلو إيرانية في عدد من الإجراءات القضائية ضد إيران وشركة النفط الوطنية الإيرانية في جميع أنحاء العالم. وفي نهاية المطاف ، تم التوصل إلى تسوية عندما تم إبرام اتفاقية اتحاد بين المملكة المتحدة وإيران و عدة شركات نفطية أمريكية وهولندية وبريطانية في عام ١٩٥٤. حيث وضع اتفاق الاتحاد قواعد لإعادة المشاركة الأجنبية في صناعة النفط الإيرانية وينص على دفع تعويضات عن نزع الملكية التي نفذت بموجب قوانين التأميم لعام ١٩٥١، وفي هذه التسوية، حصلت شركة النفط الأنجلو إيرانية على مبلغ ٢٥ مليون جنيه إسترليني كتعويض عن مصادرة أصولها المادية وحوالي ٢١٤ مليون جنيه إسترليني كتعويض عن خسارة الأرباح المتوقعة.^(١)

(١)Sam Luttrell - Ibid - p 203-204

المطلب الثالث

الجنسية والحماية الدبلوماسية

أولاً: حسن النية أساس عمل الحماية الدبلوماسية

يحتوي تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٦ على التعليق التالي على المواد النهائية المتعلقة بالحماية الدبلوماسية المقدمة إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة "احتفاظ الشخص المتضرر بسوء نية بجنسية الدولة المطالبة حتى تاريخ تقديم الدعوى ويعدها سعى لاكتساب جنسية دولة ثالثة ، فإن الإنصاف يتطلب إنهاء المطالبة"^(١) ففي حكم صدر في ١٥ يناير ٢٠٠٨ من هيئة تحكيم خاصة تم إنشاؤها وفقاً للمادة ١٠ من الاتفاق الثنائي لعام ١٩٩٣ بشأن تعزيز وحماية الاستثمارات بين إيطاليا وكوبا ، اختتمت دعوى طويلة بين الدولتين تتطوي على تبني الحكومة الإيطالية لعدد من الدعاوى الخاصة المرتبطة بـ ١٦ مستثمر إيطالي في كوبا. وكان الخيار الوحيد للحكومة الإيطالية استخدام الحماية الدبلوماسية نيابة عن مستثمريها بدلاً من الخيار المعياري للمستثمرين وهو استخدام شرط التحكيم. وقد أوضح هذا الحكم مسائل قانونية عديدة : كمفهوم الاستثمار الذي اعتمده المحكمة ، والقاعدة المتعلقة باستنفاد سبل الانتصاف المحلية ، ومسألة إسناد المسؤولية لسلوك الدولة الكويتية تأسيساً على الشركات المملوكة لها واستبعاد انطباق الاختصاص الشخصي من معاهدات الاستثمار الثنائية للمستثمرين الإيطاليين النشطين في السوق الكويتية من خلال شركات السيارات المدرجة في بلدان ثالثة.^(٢)

(^١)Bernard H. Oxman - Homage to Judge Tullio Treves - International Courts and the Development of International Law / Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors - springer 2013 - p 7, For the text of the 2006 ILC report on diplomatic protection submitted to the United Nations General Assembly see Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

(^٢)Enrico Milano - The 2008 Investment Arbitration Between Italy and Cuba: The Application of the Rules of Attribution and the 1993 BIT's Scope Ratione Personae Under Scrutiny - International Courts and the

ومن خلال مطالعة الإجراءات التحكيمية للقضية نجد أن في ١٦ مايو ٢٠٠٣، أبلغت الحكومة الإيطالية الحكومة الكويتية بأنها تعترم اتخاذ إجراءات التحكيم ضد جمهورية كوبا على أساس المادة ١٠ من معاهدة التعاون الاقتصادي بين إيطاليا وكوبا لعام ١٩٩٣.^(١) وقد تبع طلب إيطاليا تعيينها لـ "أتيلا تانزي" وتعيين كوبا لـ "أولغا ميراندا برافو" كمحكمين وعلى التوالي اتفق الاثنان على تعيين "إيف ديرينز" من فرنسا رئيساً للمحكمة. وكانت إيطاليا قد اشتكت عن طريق الحماية الدبلوماسية الممنوحة إلى ١٦ مستثمراً، من سلسلة الانتهاكات لمعاهدات الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ التي أجرتها السلطات والكيانات الكويتية، على وجه الخصوص للمادة ٢.١ (الالتزام بتشجيع وتشجيع الاستثمارات) والمادة ٢.٢ (الالتزام بضمان معاملة عادلة ومنصفة للمستثمرين وتجنب الممارسات الظالمة والتمييزية)، والمادة ٣.٢ (الالتزام بمنح المستثمر الإيطالي نفس المعاملة الممنوحة للمستثمرين الوطنيين)، المادة ٥.١ (الالتزام بضمان الحماية الكاملة والأمن للمستثمرين) و ٥.٢ (الالتزام بعدم الاستيلاء إما بشكل مباشر أو غير مباشر)، المادة ٦ (الالتزام بضمان إعادة رأس المال للمستثمر) والبروتوكول الإضافي، النقطة ١.ب (الالتزام بتسوية المسائل المتعلقة بدخول وإقامة المستثمرين الإيطاليين في كوبا بالطريقة الأكثر ملاءمة للمستثمر).

وقد سعت إيطاليا لطلب دفع يورو واحد عن الانتهاكات المباشرة لحقوقها وعدة ملايين من الدولارات الأمريكية للتعويض عن الضرر الذي عاني منه مستثمريها كدعوى فرعية للإثراء غير المشروع الناجم عن خروقات كوبا التعاقدية.

Development of International Law / Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors 2013 - springer - p 739

(^١) Enrico Milano - Ibid - p 740 "Article 10 is a dispute settlement clause, which provides that in case of disputes on the interpretation and application of the treaty, the Parties will endeavour to reach an amicable solution through diplomatic means; if a settlement is not reached within three months from the notification of a written request to that effect, either Party may institute ad hoc arbitral proceedings."

وأصدرت المحكمة بالأغلبية حكما أوليا في ١٥ مارس ٢٠٠٥ وفي الحكم، رفضت المحكمة عددا من الاعتراضات الأولية التي أثارها كوبا: على وجه الخصوص، اعترفت المحكمة بحق إيطاليا في العمل بالحماية الدبلوماسية، بغض النظر عن شرط الاختصاص القضائي بالمنازعات الناشئة بين المستثمر والدولة بموجب المادة ٩؛ فقد أثبتت المحكمة أن قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية السابقة تنطبق على دعاوى الحماية الدبلوماسية فقط (وليس على دعاوى إيطاليا "في حد ذاتها") وأنه سيتم فحص هذا الاعتراض في مرحلة الموضوع؛ ومن ناحية أولية لم تؤيد المحكمة اعتراضات كوبا المتعلقة بادعاءات إيطاليا بشأن المستثمرين الإيطاليين بخلاف شركات كاريبي و فيجوريللا و فينيميد، وعلى الرغم من حقيقة أنها لم تكن مدرجة في الطلب المبدئي الصادر في ١٦ مايو ٢٠٠٣ فقد احتفظت المحكمة بقرار نهائي في مرحلة الموضوع. والأمر البالغ الأهمية هنا أن المحكمة قد اعتمدت تعريف للاستثمار لغرض معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣، وقررت أنه يقصد به " أي عملية اقتصادية يقوم بها شخص طبيعي أو اعتباري من أي طرف يتسم بمساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة بمدة معينة ومشاركة المستثمر في المخاطر الناجمة عنه." وقد ثبت أن هذا التعريف ينبغي تطبيقه في مرحلة الموضوع ، ودعت مقدم الطلب إلى عدم تقديم أي مطالبة تتعلق بالعمليات الاقتصادية في المرحلة اللاحقة من الإجراءات التي لم تستوف الشروط المذكورة أعلاه. وبعد اعتماد المحكمة لتعريف الاستثمار المذكور أعلاه ، تخلت إيطاليا عن موقفها بأنها ستتصرف بحماية دبلوماسية فيما يتعلق بعشر حالات. كما أسقطت إيطاليا مطالباتها في الحماية الدبلوماسية بخصوص **Menarini Società Farmaceutica** نتيجة للتسوية غير القضائية التي توصل إليها الأطراف (ولكن لم تسحب مطالباتها بشأن الخرق المباشر لحقوقها التعاقدية). ومن ناحية أخرى ، رفعت كوبا دعوى مضادة طالبة فيها من إيطاليا الاعتذار العلني عن الضرر المعنوي الناجم عن

الإجراءات. وقد أصدرت المحكمة قرارها النهائي في ١٥ يناير ٢٠٠٨. ورفضت جميع مطالبات إيطاليا ومطالبة كوبا المضادة.

ووجدت المحكمة أن العمليات الاقتصادية التي بدأت في عام ١٩٩٨ وأضفت الطابع الرسمي على عقدين أبرما من قبل شركتي "كاريبي" و "فيجوريل" مع فندق كوبا **Habana Libre Trip** والذي ينتمي إلى **Grupo Hotelero** المملوك للدولة لاستئجار المعدات وتوفير الخدمات بهدف تشغيل مركز تجميل داخل الفندق يستوفي متطلبات تعريف الاستثمار المنصوص عليها في الحكم الأولي. ووفقاً للمحكمة ، لم يكن هناك أي دليل يشير إلى أن الضرر الذي عانت منه "كاريبي" و "فيجوريل" نتيجة عمل غير مشروع دولياً ارتكبته كوبا. وقد نشأ الخلاف بين **Grupo Hotelero** و "كاريبي" و "فيجوريل" بسبب سحب وزارة التجارة الداخلية الكوبية للرخصة الممنوحة للفندق لتشغيل مركز التجميل كما أدركت السلطات الكوبية أنه تم توفير خدمة الوشم من قبل "كاريبي" و "فيجوريل" ، والتي لم تكن مصرح بها في الترخيص.^(١) وقد تمت إعادة الترخيص بعد ٢٠ يوماً على أن يتم تعليق أنشطة الوشم. ووفقاً للمحكمة كان قرار السلطات الكوبية مجحفاً. لكنه لم يكن يشكل انتهاكاً لاتفاق ١٩٩٣. وعلاوة على ذلك ، وفقاً للمحكمة ، أن سهو الفندق عن تقديم المعلومات المتعلقة بإعادة الترخيص ، وتفكيك المعدات وإعادتها متأخراً إلى "كاريبي" و "فيجوريل" قد يشكل انتهاكات تعاقدية ودليلاً على الرغبة في إنهاء الاستثمار الإيطالي خلافاً لاتفاق ١٩٩٣ ، ولا يمكن أن تعزى أعمال **Grupo Hotelero** إلى كوبا، حيث كان الفندق يتمتع بوضع قانوني منفصل بموجب القانون الكوبي والأهم من ذلك ، كانت أنشطته التجارية تعمل مقابل النشاط الحكومي. وأخيراً استبعدت المحكمة فرضية إقامة العدل في الدولة الكوبية ، حيث نظرت المحاكم الكوبية في عدد من الدعاوى المدنية التي رفعتها كاريبي وفيجوريل ووجدت أنها غير مقبول نتيجة للإجراءات السلمية التي يحددها القانون؛ وعلاوة على

(١) Enrico Milano - Ibid - p741- 742

ذلك قد فشلت "كاريبي" و "فيجوريل" في استخدام شرط التحكيم في العقد. ومن ثم كان عدم استفاد سبل الانتصاف المحلية بمثابة عائق أمام ممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب إيطاليا.^(١)

أما بشأن النزاع الخاص بقضية شركة "فينميد". نشأت من المحاولة الفاشلة من قبل الشركة الإيطالية الأخيرة، التي تشكلت في إيطاليا من قبل "سمركندا" ومن خلال "كلينيك سانتا كيارا". بمبادرة من رئيس الشركة الكوبية المختلطة "نادي ميدي"، السيد "فيلبي"، لتحل محل الشركة الأيرلندية "فينميد" في نادي ميدي ، التي تم تأسيسها في عام ١٩٩٦ للسماح لشركة "سمركندا" و "كلينيك سانتا كيارا" ، من خلال "فينميد". و "كبانكان" الكوبية ، لبناء منتج سياحي. وتمت الموافقة على الاستبدال من قبل جمعية "نادي ميدي" في عام ١٩٩٨ ، ولكن لم يتم إتباعه بإذن حكومي وفقا للقانون الكوبي.^(٢) ووفقا لإيطاليا تم عرقلة هذا الاستبدال من قبل السلطات الكوبية و "كبانكان" الكوبية مما كان له دور فعال في تفضيل المساهمين الإيطاليين الجدد داخل "فينميد". لا سيما السيد "رامبيني"، والسماح لل "كبانكان" الكوبية للسيطرة على الاستثمار الأصلي. ووجدت المحكمة أن "فينميد" والسيد "فيلبي" قد استنفذا جميع سبل الانتصاف المحلية المتاحة عن طريق اللجوء إلى الإجراءات الإدارية والمحاكم المدنية وتوجيه الاتهامات أمام المدعي العام لجمهورية كوبا. وقررت المحكمة أنه ومع ذلك، لا يمكن أن تعزى الإصابات الاقتصادية التي تعاني منها "فينميد" إلى أفعال أو "كبانكان" الكوبية ، ولكنه كان نتيجة للتقاضي الداخلي داخل شركة "فينميد" بين شركاء جدد وأصليين فيما يتعلق بالسيطرة على الاستثمار. وفقا للمحكمة ، فإن قرار "كبانكان" الكوبية بقبول الوثيقة التي تعترف بمدير جديد في شركة "فينميد" السيد "رامبيني"، وهذا هو الوضع الظاهر لكنه لم يكن السبب في الأضرار التي لحقت بشركة "فينميد" والذي كان راجعا إلى "عدم قدرة السيد فيلبي والسيدة سيسكاتو على

(١) Enrico Milano - Ibid - p 742

(٢) Enrico Milano - Ibid - p 742 - 743

تبرير سلطة التصرف نيابة عن شركة "فينميد" . وبالتالي ، وفقا للمحكمة فإن مطالبة إيطاليا في الحماية الدبلوماسية بشأن "فينميد" كان لا بد من رفضه. ووجدت المحكمة أن ادعاءات إيطاليا في الحماية الدبلوماسية بخصوص شركة "أيسم المحدودة" و شركة "مينارينى" للأدوية، على التوالي غير مقبولة بسبب الافتقار إلى المنافسة الموضوعية: وفي كلتا الحالتين ، أبرمت الشركات الإيطالية عقودًا مع الشركات الكويتية لبيع السلع والتي تنظمها اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا ١١ أبريل ١٩٨٠)؛ لذا فالعمليات الاقتصادية الناتجة عنها لم تصل إلى مفهوم الاستثمارات وفقا للتعريف الوارد في الحكم الأولي ، بسبب عدم المساهمة مع مرور الوقت والمخاطر التي ينطوي عليها تنفيذ العقد.^(١) كما رفضت المطالبات المتعلقة بالحماية الدبلوماسية بشأن "كريستال فيترو"، "باستاس واي" على أساس عدم الاختصاص الشخصي: حيث تم تأسيس كلتا الشركتين في دول ثالثة، بنما وكوستاريكا على التوالي، ولا يمكن أن تقع ضمن اختصاص المادة ١/١ من معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ ، والتي تمتد إلى الاستثمارات المحققة "من قبل شخص مادي أو اعتباري لطرف متعاقد في إقليم الطرف الآخر". فوفقا للمحكمة ، على أساس تفسير النصوص والسياق والغائية للنص المذكور لم يكن من الممكن اعتبار كلتا الشركتين أشخاصًا قانونيين؛ وبالتالي لا يمكن لإيطاليا التصرف في الحماية الدبلوماسية على أساس معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣. وعلاوة على ذلك ، وبشكل رئيسي على أساس النتائج التي تم التوصل إليها في تحليل المطالبات في الحماية الدبلوماسية، رفضت المحكمة ادعاءات إيطاليا في حد ذاتها فيما يتعلق بانتهاك عدة أحكام من معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ كما رفضت المحكمة مطالبة كوبا المضادة لأن طلب إيطاليا كان ممارسة لحق منحت بموجب المادة ١٠

(١) Enrico Milano - Ibid - p 743

من معاهدة الاستثمار الثنائية لعام ١٩٩٣ ولا يمكن أن يكون قد سبب أي ضرر لكوبا يتطلب اعتذاراً علنياً.^(١)

تم تبني الحكم بأغلبية الأصوات ، أما المحكم "تانزي" فقد علق برأي مخالف. نقاط المعارضة كانت معالجة المحكمة لمسألة إسناد أعمال الفندق إلى الدولة الكوبية في حالة كاريبي و فيجوريل اللتين كان ينبغي وفقاً لتانزي الرد عليها بشكل إيجابي؛ وانتهاكات معاهدة الاستثمار الثنائية في ١٩٩٣ في كاريبي وفيجوريل و فينيميد الناتجة عن أعمال كوبا وإغفالاتها ، بما في ذلك إنكار العدالة في الحالة الأخيرة ؛ وكذلك تفسير المادة ١/١ من معاهدة الاستثمار الثنائية ١٩٩٣ لغرض الحماية الدبلوماسية لإيطاليا في قضيتي "كريستال فيترو" و "باستاس واي".^(٢)

ولكن في رأينا أن كان ينبغي أن يكون أهم بند في حكم التحكيم هو المادة ٩ من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية التي وافقت عليها لجنة القانون الدولي في عام ٢٠٠٦ ، والتي تعكس القانون الدولي العرفي كما برزت على مدار القرن العشرين والأعوام الأولى من القرن الحالي. ووفقاً لنصها " لأغراض الحماية الدبلوماسية لشركة ما ، تعني دولة الجنسية الدولة التي تأسست الشركة بموجب قانونها. ومع ذلك ، عندما يسيطر على الشركة مواطني دولة أو دول أخرى وليس لها أنشطة تجارية كبيرة في دولة التأسيس ، ويقع مقر الإدارة والرقابة المالية للمؤسسة في دولة أخرى ، وتعتبر تلك الدولة دولة الجنسية."^(٣) وقد اقترحت لجنة

(١) Enrico Milano - Ibid - p 743

(٢) Enrico Milano - Ibid - p 744

(٣) Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries UN Doc. A/61/10 (2006), pp. 52-55. " For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality."

القانون الدولي أن يتم التنازل عن متطلبات قاعدة الاستمرارية للجنسية في مثل هذه الحالة حيث تنص المادة ٣/١٠ من مشروع المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية على ما يلي: " ولا يزال يحق للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة كانت مواطناً في تاريخ وقوع الضرر والتي ، نتيجة للضرر ، لم تعد موجودة وفقاً لقانون دولة التأسيس."

الخلاصة

إن دور الحماية الدبلوماسية قد "تلاشى بعض الشيء" اليوم فيما يتعلق بالشركات مثل حماية الشركات وحقوق مساهميها ، وتسوية النزاعات المرتبطة بها ، حيث يحكم إلى حد كبير من خلال الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف المصممة لحماية الاستثمارات الأجنبية وتتخلى هذه المعاهدات عن القواعد المتعلقة بشرط الجنسية أو استنفاد سبل الانتصاف المحلية. لذا فالمعاهدة الخاصة بتسوية المنازعات الدولية تنص على أن التاريخ المناسب لتحديد الجنسية هو التي وافق عليها الطرفان تقديم النزاع إلى التوفيق أو التحكيم.^(١) ونرى أنه عما قريب ستغيب الحماية الدبلوماسية عن المشهد، وسيبرز وبقوة نجم التحكيم الدولي المباشر بين المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.

المبحث الرابع

التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي

تمهيد وتقسيم

لم يتم صياغة اتفاقيات الاستثمار قديماً باستخدام استثناءات واسعة لصالح المستثمر الأجنبي؛ حيث كانت الاتفاقيات المعروفة باسم "المعيار الذهبي" التي

(^١)John Dugard - Continuous Nationality - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - Oxford University Press - 2008 - p4

أبرمتها الدول الأوروبية في الفترة من ١٩٦٠ حتى التسعينيات عبارة عن بيانات مبدئية قصيرة نسبياً، تحدد الحماية الأساسية المتعلقة بنزع الملكية، فمعظمها ينص على مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة كضمان للاستثمارات الأجنبية وللمستثمرين وإلزام للدولة المضيفة بالذهاب للتحكيم في المطالبات الخاصة بالخسائر الاقتصادية الناتجة عن الانتهاكات المزعومة لمعاهدة الاستثمار بخصوص هذه المبادئ.^(١)

وقد مرت معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر بثلاثة مراحل أولها مرحلة التشجيع المتحفظ ١٩٥٢ - ١٩٥٦، وثانيها مرحلة محاربة الاستثمار الأجنبي القائم بالتصدير والتأميم مع عدم الترحيب بصفة عامة بالاستثمار الأجنبي الجديد ١٩٥٧ - ١٩٦٥، وثالثها مرحلة العودة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية مع معاملة تفضيلية خاصة للاستثمارات العربية (تفعيل مبدأ التفضيل المنصوص عليه في اتفاقية تيسير انتقال رؤوس الأموال المعقودة في ظل جامعة الدول العربية ١٩٥٣) ١٩٦٦ - ١٩٧١ وإلى الآن.^(٢) وتعد قواعد معاملة الأجانب أحد أهم ركائز حماية الاستثمار الدولي. وقد أبرز القاضي "ريد" أنه في الوقت الذي يسمح فيه للأجنبي بالدخول إلى الدولة المضيفة، فإن هذه الدولة لديها بعض الحقوق والمسؤوليات المتعلقة بالدولة التي يحمل جنسيتها هذا المستثمر الأجنبي. وليس على الدولة التزام بقبول جميع الاستثمارات الممكنة وبالتالي تقييد سيادتها. وبمجرد أن تسمح الدولة بالاستثمار، فإنها تخضع لمعايير دنيا لحماية الاستثمار. فهناك نهجان تجاه مستوى الحماية، وهما مبدأ المعاملة الوطنية والمعيار الدولي الأدنى. حيث تؤيد البلدان النامية أساساً النهج الأول، وتتص على معاملة جميع الأجانب كمواطنين، في حين أن النهج الثاني (الذي تتادي به البلدان المتقدمة) يشمل معياراً أدنى للأجانب، حتى لو كان أعلى من

(^١)Armand de Mestral and Lukas Vanhonnaecker - Exception Clauses in Mega-Regionals (International Investment Protection and Trade Agreements) - Thilo Rensmann - Ibid - p 81

(^٢)إبراهيم شحاتة - معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية - ١٩٧٢ - ص ٢٣

المعيار الوطني. ففي عام ١٨٦٨، قدم الفقيه الأرجنتيني "كارلوس كالفو" فكرة (فقه كالفو) ^(١) بأن "ينبغي أن يفهم الحكم الدولي بأنه يسمح للدولة المضيفة بتقليل حماية الممتلكات الأجنبية عند تخفيض الضمانات للممتلكات التي يحتفظ بها المواطنون". وفي عام ١٩٣٨ ذكر وزير الخارجية الأمريكي "كورديل هال" في نزاع بين الولايات المتحدة والمكسيك أن "القانون الدولي يسمح بنزع ملكية الممتلكات الأجنبية، ولكنه يتطلب تعويض فوري وكاف وفعال". وقد أدى كلا الفقهين إلى إيجاد الحد الأدنى من المعايير الدولية. ومع سقوط الاتحاد السوفيتي في ١٩٩٠، كان النزاع بين "هال" و "كالفو" قد انتهى، وتم الاتفاق على مجموعة واضحة من المعايير الدنيا كقانون دولي عرفي. فحماية الاستثمار كانت دائما تتنازع بين السيادة (ومن قبيل ذلك السيادة على الموارد الطبيعية) وحماية الاستثمار (ومثالها مسؤولية الدولة عن الإضرار بالأجانب). ^(٢) لذا نعرض في هذا المبحث المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: مبدأ المعاملة الوطنية

المطلب الثاني: مبدأ المعاملة التفضيلية

المطلب الأول

مبدأ المعاملة الوطنية

أولاً: المعاملة المشروطة

يقصد بقواعد المعاملة المشروطة قواعد السلوك التي تقررها الاتفاقية في معاملة المستثمر، والتي يحظى بها المستثمر في الدولة المضيفة للاستثمار" حيث يجب معاملة المستثمر الأجنبي بنفس معاملة المستثمر الوطني، وهذا ما يعرف

(^١)Patrick Juillard - Calvo Doctrine/Calvo Clause - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/2018 - 2007 - p1-10, Catharine Titi - International investment law and the protection of foreign investment in brazil - Transnational Dispute Management 2, 2016 Special Issue on Latin America vol. 1 - <http://ssrn.com/abstract=2786967> - last visit 1/5/2018. - p 3

(^٢)Robert Gommel - Ibid - p 50 - 52

بمعيار المعاملة الوطنية، ومنها أيضا شرط الدولة الأولى بالرعاية والذي يكثر استخدامه في اتفاقيات الاستثمار، وحيث يتضمن الاتفاق نص تلتزم به دولتين أو أكثر وبمقتضاه تتمتع إحدى الدولتين المتعاقدتين بالمزايا التي تنص عليها اتفاقية أخرى مع دولة ثالثة أبرمت مع الطرفين أو أحدهما تتناول ذات الموضوع فيما يعرف بشرط الدولة الأولى بالرعاية.^(١)

ثانياً: المقصود بمبدأ المعاملة الوطنية

يقصد به "تمتع هذا النمط من الاستثمار بالحقوق والضمانات والمزايا التي يتمتع بها الاستثمار الوطني في الدولة المضيئة للاستثمار بالشروط نفسها".^(٢) ويقصد بها في نطاق اتفاق الخدمات أن تساوي الدولة العضو بين موردي الخدمات الأجانب وموردي الخدمات الوطنيين فيما يتعلق بالإجراءات والتدابير والضوابط التي تؤثر في حرية تجارة الخدمات.^(٣) فما هو النطاق أو المدى الذي يعد غير منقوصاً فيه حقوق الأجانب؟

ثالثاً: نطاق الحقوق الأساسية للأجانب

(أ) معيار الحد الأدنى

يفرض العرف الدولي على الدول التزاماً بأن تكفل للأجانب الموجودين على إقليمها التمتع بحد أدنى من الحقوق، ولا يجوز النزول عنه، وإذا كانت الدولة ملتزمة بالألا تحرم الأجانب من الحد الأدنى للحقوق المقررة لهم بمقتضى العرف الدولي وإلا تعرضت للمسؤولية الدولية، فإن الدولة حرة في أن توسع من نطاق الحقوق التي تقررها للأجانب إذا ما كان ذلك في مصلحة اقتصادها القومي، ويتم رفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب عن طريق تشريع داخلي أو اتفاقيات ثنائية أو جماعية. وتعد البنود المظلية من الحدود الدنيا لمعاملة الأجانب؛ فهي بنود اتفاقية منصوص عليها في

(١) ماهر بوخوات - مرجع سابق - ص ٥٨

(٢) ماهر بوخوات - مرجع سابق - ص ٥٨

(٣) هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - الحماية الدولية لاتفاق التجارة في الخدمات وفقاً لاتفاقيات منظمة

التجارة الدولية - ٢٠١٥ - ص ١٨٩

اتفاقية الاستثمار وتلتزم بموجبها الدول المضيفة إزاء الدولة الطرف الأخرى باحترام الالتزامات التعاقدية التي قدرتها لصالح المستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المصدرة للاستثمار، وتتغير طبيعة الخرق الذي كان في البداية في شكله التعاقدية فقط ليصبح على أساس البنود المظلية خرقاً دولياً ويعطي بالتالي للمحكم صلاحيات للنظر فيه. ويعد العامل المشترك بين شروط المظلة هو استخدام اللغة الإلزامية؛ فعلى سبيل المثال، تنص المادة ٢/٨ من النموذج الألماني لمعاهدات الاستثمار الثنائية على ما يلي: "على كل طرف متعاقد مراعاة أي التزام قد اتخذه فيما يتعلق بالاستثمارات التي قامت على أرضيه من قبل مواطني أو شركات الطرف المتعاقد الآخر"، وتوجد صياغة صلبة في المادة ١٠ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين أستراليا ونيوزلندا لعام ١٩٩١ والتي صيغت بعبارة أقل قوة: "على الطرف المتعاقد، مع مراعاة قانونه، أن يبذل كل ما في وسعه لضمان احترام الالتزام الخطي الصادر من جانب سلطة مختصة تجاه مواطن من مواطني الطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق بالاستثمار".^(١)

ب) معيار المساواة بين الوطنيين وبين الأجانب

أي المساواة بين الوطنيين وبين الأجانب في الحقوق والالتزامات بوجه عام فيما عدا الحقوق والالتزامات التي لا تتفق وطبيعة صفة الأجنبي على اعتبار أنها حقوق مؤسسة على رابطة الولاء بين المواطن وبين دولته كالحقوق السياسية والالتزام بأداء الخدمة العسكرية ويترتب على هذا المبدأ أن الحقوق المقررة للأجانب في القانون الدولي لا يمكن أن تزيد على حقوق الوطنيين.^(٢) ويعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو المعيار الأكثر استخداماً في اتفاقيات الاستثمار سواء على

(١) Katia Yannaca-Small - "Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements" - OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing. Available at <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578-p9> (last visit 29-3-2018)

(٢) حازم حسن جمعة - مرجع سابق - ص ٢٢٧-٢٢٨

المستوى الثنائي أو الإقليمي أو الدولي. فالتزام الدولة المضيفة بضمان بيئة مستقرة للاستثمار دائماً ما ينطوي على المعيار الحمائي "للمعاملة العادلة والمنصفة"، ومن المحتمل أن يكون الركيزة الأساسية للمدعين بالضمان. وتكمن الأسباب الرئيسية لجاذبية الاحتكام لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بين المستثمرين في مرونته وإتساعه وهذا يجعل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الأكثر استدعاءً بنجاح في الدعاوى ولكن أيضاً يجعله محل انتقاد بشدة في تحكيم الاستثمار. ولزيادة اليقين القانوني، من الضروري في البداية تحديد النطاق الذي يعمل فيه مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وهو الاستقرار وحماية التوقعات المشروعة للمستثمر؛ والامتثال للالتزامات التعاقدية؛ ومرونة الإجراءات ومراعاة الأصول القانونية؛ وحسن النية والتحرر من الإكراه وتعهد الإضرار.^(١)

إن التعريف النمطي لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هو أن " تمنح استثمارات أي من الطرفين المتعاقدين في جميع الأوقات معاملة عادلة ومنصفة في إقليم الطرف المتعاقد الآخر"، ومع ذلك فقد كشفت عشرات من هيئات التحكيم عن التعقيد الكامن وراء هذا الالتزام الذي يبدو سهلاً في صياغته. ولكن لا توجد أمثلة للسلوك الذي ينتهك هذا المبدأ؛ فعلى سبيل المثال، هيئة التحكيم في التحكيم بين " إدارة النفايات ضد ميكسيكوهيلد" قررت أن سلوك انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على النحو التالي:

" فراغ جائر أو ظالم أو غريب وهو أمر تمييزي يعرض المدعي للأذى الجزئي أو العنصري، أو ينطوي على عدم اتباع الإجراءات القانونية الواجبة، مما يؤدي إلى انتهاك حيادية القضاء، كما قد يكون الحال مع فشل واضح في العدالة الطبيعية في

(١) Thomas Dromgool and Daniel Ybarra Enguix - The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs / Foreign Renewable Energy Investments in Crisis/Struck Spain - Legal Aspects of Sustainable Development Horizontal and Sectorial Policy Issues by Volker Mauerhofer -Springer International Publishing Switzerland 2016 -p389

الإجراءات القضائية أو عدم الشفافية والصرامة الكاملة في عملية إدارية. وفي تطبيق هذا المعيار من المهم أن يكون العلاج لمثل هذه الخروقات من قبل الدولة المضيفة كان يعتمد عليها بشكل معقول من قبل المدعي.⁽¹⁾

وبالمثل، أشارت هيئة تحكيم أخرى في هذا الشأن إلى أن انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يتطلب سلوكاً "لا يمكن دعمه بعقلانية عن طريق الاستناد إلى هدف سياسة عامة مشروعة وغير تمييزية". وعلاوة على ذلك، وجدت المحاكم أنه من أجل تلبية متطلبات المعاملة العادلة والمنصفة، يجب تطبيق المعيار بطريقة توازن بين الحق المشروع لحكومة الدولة المضيفة في ممارسة سلطاتها في المصلحة العامة وبين "التوقعات المشروعة" للمستثمر الأجنبي. ففي معظم الحالات، تم النظر إلى التوقعات المشروعة على أنها تتعلق بالنسبية في العدالة والاستقرار وشفافية النظام القانوني المحلي على عكس التصريحات الواضحة أو الوعود التي قدمتها الدولة المضيفة. حيث اتضح في جميع دعاوى الملكية الفكرية والدعاوى المرتبطة بالصحة التي تم تقديمها مؤخراً للتحكيم، يربط صاحب الشكوى شكواه بانتهاك لالتزام بموجب اتفاقية دولية أخرى باعتباره انتهاكاً لمتطلبات التوقعات المشروعة بموجب المعاملة العادلة والمنصفة.⁽²⁾ ومع ذلك، فإن معظم اتفاقات الاستثمار الدولية

(¹)Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30 Apr 2004), para. 98. For analysis of fair and equitable treatment, Bryan Mercurio - Safeguarding Public Welfare? Intellectual Property Rights, Health and the Evolution of Treaty Drafting in International Investment Agreements - Thilo Rensmann - Ibid - p 255

(²)Bryan Mercurio - Ibid - p 256, Reingard Zimmer - Implications of CETA and TTIP on Social Standards - Labour Standards in International Economic Law BY Henner Gott - Springer International Publishing AG 2018 - P 216-217, Fulvio Maria Palombino - Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles - T.M.C. ASSER PRESSand the author 2018 - p 86 "The manifold expressions and concretizations of the principle of legitimate expectations as one of the FET major components have been accurately identified by arbitral tribunals. Three main types of State conduct would be susceptible to generate a legitimate expectation: (i) contractual commitment;

تتص ببساطة على مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة دون أي مؤهل أو نقطة مرجعية أو معيار يمكن من خلاله تحديد محتوى المعيار وهذا يوفر مجالاً واسعاً لهيئة التحكيم لفرض وجهة نظرها. ومن ناحية أخرى فإن اتفاقات الاستثمار الدولية التي تضيف الوضوح والتعريف إلى المعيار الذي يوجه تفسير هذا الحكم يكون لها سيطرة أكبر على نطاق البند وتتص على زيادة القدرة على التنبؤ لكل من المستثمر والدولة. والحجج الرئيسية في جميع النزاعات الكبرى المتعلقة بحماية الاستثمار والمستندة إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هي ثلاثة حجج: عدم وجود عدالة وتناسبية في التدبير؛ وإهدار التوقعات المشروعة للمستثمر والتناقضات مع الإطار الدولي ذي الصلة.^(١)

وقد أورد القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري التزاماً على الحكومة المصرية مفاده تمتع جميع الاستثمارات المقامة في جمهورية مصر العربية بالمعاملة العادلة والمنصفة، وتكفل الدولة للمستثمر الأجنبي معاملة مماثلة لتلك التي تمنحها للمستثمر الوطني، ويجوز استثناء بقرار من مجلس الوزراء تقرير معاملة تفضيلية للمستثمرين الأجانب تطبيقاً لمبدأ المعاملة بالمثل، ولا تخضع

(ii) unilateral promise, and (iii) legislation. The first form of legitimate expectations occurs when the breach of a contract by the host State is combined with a reference to other elements, as in the case where the State changes the course of conduct in the fulfilment of its contractual commitments. Expectations by promise demand safeguarding, under the requirement that promise be given intentionally by an administrative authority, and one which is entitled to do so. Finally, expectations by legislation postulates the occurrence of a qualified conduct of the legislator, that is to say a normative act specifically aimed to induce foreign investments and on which the foreign investor relied in making his investment (the so-called expectation by 'induction'). Arguably, legitimate expectations as an FET element have gone so far as to embody a general principle specific to international investment law. "

(¹) Bryan Mercurio - Ibid - p 256

الأموال المستثمرة لأي إجراءات تعسفية أو قرارات تتسم بالتمييز.^(١) فالأصل في المعاملة أن تكون عادلة ومنصفة لكل المستثمرين الأجانب، والاستثناء هو المعاملة التفضيلية للمستثمر الأجنبي عن المستثمر الوطني بشرط " صدور قرار من مجلس الوزراء ، وأن يكون ذلك في حدود المعاملة بالمثل " .

رابعاً: الظروف التي بموجبها يعد توقع المستثمر مشروعاً

قبل التحقيق في تصرفات الدولة التي قد تؤدي إلى توقعات المستثمرين، ينبغي علينا أن نسأل متى يعتبر توقع المستثمر غير مشروع؛ ومن ثم يمكن تقييم مدى معقولية التوقعات من حيث الموضوعية والذاتية. فمن حيث الشق الموضوعي يتعين على الهيئات القضائية أن تنظر فيما إذا كان التوقع المزعوم يتعلق بمستثمر مثابر أو متعقل ، أي أن المستثمر يأخذ في الاعتبار "جميع الظروف ، بما في ذلك ليس فقط الحقائق المحيطة بالاستثمار، بل أيضاً والظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والتاريخية السائدة في الدولة المضيفة". وبعبارة أخرى هل الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة للمستثمر يعد من قبيل الخطر في مفهوم الاستثمار أم لا؟ وهذا يفسر سبب رفض محكمة *Parkerings - Compagniet* دعوى انتهاك مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة تأسيساً على تغيير النظام القانوني الموجود في وقت الاستثمار؛ ففي ذلك الوقت في عام ١٩٩٨ ، "كانت البيئة السياسية في ليتوانيا مميزة لبلد يمر بمرحلة انتقالية من ماضيه كونه جزء من الاتحاد السوفيتي للمرشح لعضوية الاتحاد الأوروبي. وبالتالي ، فإن التغييرات التشريعية ، بعيدة كل البعد عن كونها غير قابلة للتنبؤ بها ، ومن ثم تعتبر في الواقع أمراً مرجحاً وقوعه. بالإضافة إلى ذلك ، يجب أن تتأثر توقعات المستثمر في الأجزاء الأساسية. وقد ينشأ هذا المستوى الهام من الاهتمام من الثقة التي كان يتمتع بها المستثمر في الوعود والتعهدات التي قدمتها الدولة المضيفة أو بالنيابة عنها دعماً للاستثمار وترقيته.

(١) انظر المادة ٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ - الباب الثاني - ضمانات الاستثمار وحوافزه - الفصل الأول "ضمانات الاستثمار" - ص ٨

ف عندما يدرك ممثلو الدولة المضيفة أو يدركوا أن بعض الالتزامات أو الضمانات المحددة كانت حاسمة بالنسبة لقرار المستثمر للمضي قدما في الاستثمار ، فإن تجاهل أو انتهاك هذه التعهدات يعتبر بمثابة مسؤولية الدولة بموجب معيار المعاملة العادلة والمنصفة. وفي الشق الذاتي سيكون التوقع غير معقول إذا تعارض هذا التوقع مع المعارف الأخرى التي لدى المستثمر بشأن القانون و و الإقرارات التي قدمتها الدولة المضيفة. لذا لا يجوز للمستثمر أن يجادل بأن استثماره يخفق فقط بسبب القوانين أو السياسات أو الممارسات التي كانت سارية في وقت الاستثمار والتي كانت أو كان من المفترض أن تكون معروفة له قبل القيام بالاستثمار. فالبيئة الاجتماعية والاقتصادية الفعلية للدولة المضيفة، تعد جزءاً من التوقعات التي يجب على المستثمر الإقرار بها عند اتخاذ قراره بالاستثمار في البلد المضيف.^(١)

المطلب الثاني

مبدأ المعاملة التفضيلية

أولاً : مبدأ الدولة الأكثر رعاية

يعد هذا المبدأ هو الشرط الأهم في الالتزامات العامة التي جاء بها اتفاق التجارة في الخدمات^(٢)، ويقصد به (أية ميزة تجارية يقوم بمنحها عضو في الاتفاق

^(١)Fulvio Maria Palombino - Ibid - p 91 - 92

^(٢)Julian Davis Mortenson - Snowflakes in a Blizzard Treaty Interpretation in International Investment Law - Michigan Law - University of Michigan - public law and legal theory research paper series paper no. 504 January 2016 - <http://ssrn.com/abstract=2757690> - last visit 1/5/2018 - p5" Most favored nation clauses are well known throughout international law, perhaps especially in the trade context. A typical clause might guarantee that 'investments made by investors of one contracting party in the territory of the other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State', or—with more specificity—that 'each Party shall accord to an investor of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation and sale or other disposition of an investment in its territory'."

لدولة أخرى سواء كانت عضو في الاتفاق أم لا تسري على كل أعضاء اتفاق الخدمات فوراً وبدون شروط أو إجراءات أو طلب من الأعضاء.) ويمكن فهم معنى شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي بمثال بسيط ، إذا افترضنا وجود ثلاث دول: أ (الدولة المانحة) ، ب (الدولة المستفيدة) و ج (الدولة الثالثة). ونفترض أن الدولتين أ، ب قد دخلتا في معاهدة تحتوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية. فإذا قدمت الدولة أ فوائد معينة إلى الدولة ج ، يمكن للدولة ب أن تحتج بشرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة لضمان امتلاك الدولة "أ" لنفس المزايا بالنسبة لها، فإن المنافع الممنوحة للدولة ج تدرج في نطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة بين "أ" و "ب". وتهدف معاملة الدولة الأولى بالرعاية في قانون الاستثمار الدولي إلى إنشاء فرص متكافئة لجميع المستثمرين الأجانب من خلال منع الدولة المضيفة من التمييز بين المستثمرين من مختلف البلدان. ففي سياق معاهدات الاستثمار الثنائية ، قيل إن أحد الأدوار الرئيسية التي تلعبها شروط الدولة الأولى بالرعاية هو "استيراد شروط أكثر ملاءمة من معاهدات الاستثمار الثنائية التي يقوم بها البلد الثالث". وبعبارة أخرى ، فإن المسألة المركزية التي واجهت العديد من محاكم التحكيم فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية هي ما إذا كان بإمكان المستثمر الأجنبي استخدام حكم الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدة لتفسيره في معاهدته مع الدولة المضيفة لاقتراض حكم مفيد في معاهدة استثمار ثنائية أخرى موقعة من قبل البلد المضيف معاهدة الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة والدولة الثالثة.⁽¹⁾

(1)Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform- Indian Journal of International Law - The Indian Society of International Law - springer - 2015 - p 45 - 48 " Each Contracting Party shall accord to investments of investors of the other Contracting Party, treatment which shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own or investments of investors of any third State. This provision exists in combination with the national treatment provision and is not subject to any exceptions except, as given in Article 4(3),

ومن التفسيرات التي صاحبت تفسير أكثر البنود قبولاً في معاهدات الاستثمار الدولية وهو بند الدولة الأولى بالرعاية^(١)، وهي عبارة عن عملية تعدد تكتسب بامتياز وتسمح للمستثمرين بالحصول على حماية أي معاهدة استثمار ثنائية أخرى من قبل الدولة المضيفة مع دولة أخرى إذا كانت أكثر ملاءمة من معاهدة الاستثمار الثنائية بين الدولة المضيفة و دولة جنسية المستثمر. في حين كان من المفترض في الأساس أن تنطبق شروط الدولة الأكثر رعاية على القضايا الجوهرية، قررت محكمة **ICSID** في **Maffezini v. Spain**^(٢) أن شرط الدولة الأولى بالرعاية ينطبق أيضاً على الأحكام الإجرائية.^(٣)

which do not obligate the extension of 'benefit of any treatment, preference or privilege resulting from (a) any existing or future customs unions or similar international agreement to which it is or may become a party, or (b) any matter pertaining wholly or mainly to taxation "

^(١)Yannick Radi - The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the "Trojan Horse" - The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4 - 2007 - p 758 " The most-favoured-nation clause has been included in international agreements since the twelfth century. Originally it was used mainly with the aim of preventing discrimination in international trade. It was then extended to the area of international investments, first of all through the friendship, commerce and navigation treaties, and later, with their successors, the bilateral investment treaties, which aim at the promotion and protection of investments. The MFN clause has become such a typical clause in treaties that the International Law Commission has drawn up Draft Articles on Most-Favoured-Nation clauses ", Andreas R. Ziegler - European Yearbook of International Economic Law 2010 - The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs) - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010 -p77

^(٢)Emilio Maffezini v.Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, decision on jurisdiction (25 January 2000).

^(٣)Anne van Aaken - Perils of Success? The Case of International Investment Protection - European Business Organization Law Review - T.M.C.ASSER PRESS - 2008 - p 21

وقد استمر مبدأ الدولة الأكثر رعاية في اتفاقيات الجات للتجارة والتعريفات عام ١٩٤٧ حيث كان من ضمن المبادئ التي قام عليها الجات لتنظيم التجارة الدولية، ووقعت عليه الدول الأعضاء عام ١٩٤٧؛ حيث نصت المادة ١١١ على مبدأ المعاملة العامة للدولة الأولى بالرعاية " أن كل ميزة أو تفضيل أو امتياز أو حصانة تعطي بواسطة طرف متعاقد لمنتج مستورد أو مصدر إلى أي بلد آخر سوف تمتد فوراً وبدون شروط إلى كل منتج مشابه أصلي أو متجه إلى إقليم أي من الدول المتعاقدة الأخرى. وفي الاتفاق العام للتجارة في الخدمات : جاءت المادة ١/٢ على النحو التالي" فيما يتعلق بالإجراءات التي يشملها هذا الاتفاق يجب على كل عضو أن يمنح للخدمات وموردي الخدمات من أي عضواً آخر فوراً ودون شروط معاملة لا تقل رعاية من تلك التي يمنحها لما يماثلها من الخدمات وموردي الخدمات من أي بلد آخر.^(١)

ثانياً : مزايا وجود مبدأ الدولة الأكثر رعاية في اتفاق التجارة في الخدمات

يسمح المبدأ بزيادة التبادل التجاري بين الدول في مجال الخدمات مما يساعد على نمو التجارة الدولية في قطاعات الخدمات بأكملها؛ ويسمح المبدأ بوصول تجارة الخدمات للدول الأعضاء في الاتفاق عن طريق فتح الأسواق لموردي الخدمات الأجانب وللخدمات ذاتها؛ ويحظر المبدأ على الدول اتخاذ إجراءات قسرية تحد من مساواة موردي الخدمات الأجانب بالموردين الوطنيين، مما يشجع موردي الخدمات الأجانب على زيادة استثماراتهم في الدول الأعضاء في اتفاق التجارة في الخدمات، ويمتد المبدأ ليشمل المزايا الممنوحة في أية اتفاقات أخرى ثنائية أو متعددة خارج إطار الاتفاق العام للتجارة في الخدمات، مما يساهم في استفادة الدول الأعضاء في الاتفاق من أي مزايا تمنحها دولة عضو في اتفاق خارج منظمة التجارة العالمية.^(٢)

الخلاصة

(١) هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - مرجع سابق - ص ١١٥

(٢) هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - مرجع سابق - ص ١٢١

نخلص مما سبق إلى أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب هو ما يتمتع به
الوطنيين من معاملة ولا يجوز للدولة أن تنزل بمعاملة الأجانب بحجة أنها نزلت
بمعاملة الوطنيين؛ إذ أن ذلك يخالف التوقعات المشروعة للمستثمر، وهذا الحد
الأدنى يتقيد بمبدأ الثبات التشريعي، ولكن يجوز أن يلقي المستثمر معاملة تفضيلية
في حدود مبدأي الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ المعاملة بالمثل؛ ولكن كيف يتم
احترام حقوق المستثمر، وما هي ضمانات ذلك الاحترام؟ هذا ما نتعرض له في ظل
صدور قانون الاستثمار المصري الحديث في المبحث الأخير من هذا البحث.

المبحث الخامس

احترام حقوق المستثمر

تمهيد وتقسيم

ما هي الحقوق الأصلية التي يجب أن يتمتع بها المستثمر في القانون
المصري الصادر حديثاً؛ فهل يحق له التوسع في المشروع الذي أقامه؟، وهل يحق
له تصفية المشروع في أي وقت؟، وما هي حدود الاستيراد والتصدير والاستقدام
العمالة الأجنبية للمشروع الاستثماري؟ وهل من الممكن إطلاع المستثمر على سبب
قرار الدولة المضيئة بشأن مشروعه الاستثماري؟ وإذا لم يعجبه السبب هل له أن
ينظلم منه، وكيف يقوم بذلك؟ وإذا تطور الأمر هل يحق له اللجوء لتسوية
المنازعات. هذا ما أتناوله في المطالب الأربعة الآتية:

المطلب الأول: حق المستثمر في إقامة المشروع والتوسع فيه وتصفيته

المطلب الثاني: حق المستثمر في الاستيراد والتصدير واستخدام العمالة الأجنبية

المطلب الثالث: حق المستثمر في تسبب قرارات الاستثمار والتنظلم منها

المطلب الرابع: حق المستثمر في تسوية المنازعات

المطلب الأول

حق المستثمر في إقامة المشروع والتوسع فيه وتصفيته

ينطوي الاستثمار الأجنبي المباشر على فكرة التملك الجزئي أو المطلق للطرف الأجنبي لمشروع الاستثمار مقرونا بالسيطرة والتحكم في قدرات المشروع، وأن ذلك التملك وتلك السيطرة هما مجرد وسيلة لضمان تحقيق الأرباح التي هي الغاية المبتغاة للاستثمار. فالمستثمر الأجنبي ينظر إلى ما يتوافر في الاقتصاديات المتلقية (المضيفة) للاستثمار الأجنبي المباشر من مناخ يؤمن تملكه وسيطرته على المشروع الاستثماري خاصة الجوانب القانونية والإدارية التي تيسر إدارته للمشروع الاستثماري.^(١) وقد ذكر المشرع المصري في قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢/٢٠١٧ في مادته السادسة النص الآتي في فقرتها الأولى " للمستثمر الحق في إنشاء وإقامة المشروع الاستثماري وتوسيعه، وتمويله من الخارج دون قيود وبالعملة الأجنبية، كما يكون من حقه تملكه، وإدارته، واستخدامه، والتصرف فيه، وجني أرباحه وتحويلها إلى الخارج، وتصفية المشروع، وتحويل ناتج هذه التصفية كله أو بعضه إلى الخارج، وذلك دون الإخلال بحقوق الغير. وتسمح الدولة بإتاحة جميع عمليات التحويل النقدي المتصل بالاستثمار الأجنبي بحرية ودون إبطاء إلى أراضيها وإلى خارجها، بعملة قابلة للتحويل الحر كما تسمح الدولة بتحويل العملة المحلية إلى عملة قابلة للاستخدام بحرية دون تأخير."^(٢)

(١) مجدي محمود شهاب - مرجع سابق - ص ٢٤

(٢) انظر المادة ١/٦-٢ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٠؛ وقد أوضحت المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ أن عمليات التحويلات النقدية المتصلة بالاستثمار الأجنبي الآتي: (أ) النقد الأجنبي الحر، المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي، الذي يستخدم في إنشاء أو إقامة أو التوسع في أي من المشروعات التي تزاوُل أيا من الأنشطة المنصوص عليها في قانون الاستثمار أو هذه اللائحة. (ب) النقد الأجنبي الحر، المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي، الذي يستخدم في الاكتتاب في الأوراق المالية المصرية أو في شرائها من أسواق الأوراق المالية في مصر، وذلك طبقاً للقواعد التي يقرها مجلس إدارة الهيئة. (ج) النقد المصري الذي يتم الوفاء به بموافقة الجهات المعنية مقابل تسوية التزامات مستحقة الأداء بنقد أجنبي حر، وذلك إذا استخدم في إنشاء أحد المشروعات أو التوسع فيها. (د) الآلات والمعدات والمواد الأولية والمستلزمات السلعية ووسائل النقل الواردة من الخارج لإنشاء أو إقامة المشروعات أو التوسع فيها.

وألزم المشرع المصري في الفقرة الثالثة من المادة السادسة سالفة الذكر؛ أنه في حالة التصفية للمشروع الاستثماري تلتزم الجهات الإدارية المختصة بإخطار الهيئة والشركة تحت التصفية ببيان ما عليها من التزامات خلال مدة أقصاها ١٢٠ يوم تبدأ من تاريخ تقديم المصفي طلبا بذلك مرفقا به المستندات اللازمة. وأعطى المشرع قرينة براءة الذمة للشركة تحت التصفية إذا مرت هذه المدة دون بيان الالتزامات عليها؛ مع تحميل المسؤولية الجنائية والتأديبية للمسئول عن إصدار بيان على خلاف الواقع أو من تسبب في فوات الميعاد المشار إليه دون الرد على الطلب.^(١)

المطلب الثاني

حق المستثمر في الاستيراد والتصدير واستخدام العملة الأجنبية

أولاً: حق المستثمر في الاستيراد والتصدير

أطلق المشرع المصري قاعدة عامة في القانون رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار المصري في مادته السابعة؛ مفادها أن حق المستثمر في

(هـ) حقوق الملكية الفكرية والحقوق المعنوية المملوكة للمقيمين في الخارج التي تستخدم في إنشاء أو إقامة المشروعات أو التوسع فيها كبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية المسجلة في دولة من دول المنظمة العالمية للملكية الفكرية أو وفقا لقواعد التسجيل الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية النافذة في هذا الشأن. (و) لأرباح القابلة للتحويل للخارج التي يحققها المشروع إذا استكمل أو زيد بها رأسماله أو استثمرت في مشروع آخر. ويكون تقويم المال المستثمر المشار إليه في البندين (د،هـ) طبقا للقواعد والإجراءات وفقا لمعايير المحاسبة المصرية.

(١) انظر المادة ٣/٦ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١١؛ وقد أوضحت المادة ٣٩/ثانيا من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري رقم ٢٣١٠ لعام ٢٠١٧ : كيفية إتمام عملية التصفية - ص ٤١ " يقدم المصفي للهيئة محضر اجتماع جماعة الشركاء أو محضر الجمعية العامة العادية المتضمن موافقة الشركاء أو المساهمين بالأغلبية المنصوص عليها في عقد الشركة أو في نظامها الأساسي على التقرير الذي أعده بنتيجة أعمال التصفية مرفقا به ما يأتي: ١- الحساب النهائي للتصفية معتمدا من المصفي وفقا لقواعد ومعايير المحاسبة المصرية المتعارف عليها في إعداد القوائم المالية. ٢- إقرار من المصفي بأنه قد تم أعمال التصفية وأنه أوفى ما على الشركة من التزامات وقام بتوزيع باقي ناتج التصفية - حال وجوده - على الشركاء أو المساهمين. ٣- ما يفيد إجراء النشر. ٤- إقرار من المصفي ومن الشركاء أو المساهمين بمسئوليتهم عن أعمال التصفية. وتسلم الهيئة للمصفي خطابا على مسؤوليته بالموافقة على تصفية الشركة موجهة إلى السجل التجاري المختص لمحو قيد الشركة من هذا السجل بناء على طلب المصفي وموافقة جماعة الشركاء أو الجمعية العامة العادية على ذلك. ويقوم السجل التجاري المختص بمحو قيد الشركة بمجرد تسلمه خطاب الهيئة بالموافقة على التصفية."

الاستيراد يدور في فلك أحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد؛ فأورد النص الآتي: "مع عدم الإخلال بأحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد....." ثم أجاز للمستثمر الحق في الاستيراد سواء بنفسه أو بغيره ما يحتاج إليه مشروعه الاستثماري في إنشائه أو التوسع فيه أو تشغيله من المواد الخام ومستلزمات الإنتاج والآلات وقطع الغيار ووسائل النقل المناسبة لطبيعة نشاطها دون حاجة لقيدها في سجل المستوردين. كما أعى في الفقرة الثانية من المادة السابقة سائلة الذكر تلك المشروعات إذا ما أرادت أن تصدر منتجاتها بنفسها أو عن طريق غيرها من الترخيص أو القيد في سجل المصدرين. ولكن أرف في نهاية هذه المادة شرطا على المشروعات الاستثمارية يمثل التزاما في حد ذاته سواء من حيث الاستيراد أو التصدير أيا كان الطريق سواء بنفسها أو بغيرها " بإخطار " الهيئة بتقرير ربع سنوي عن الكميات والأنواع المستوردة أو المصدرة.⁽¹⁾

ويعيب هذا النص أنه اكتفى بالإخطار دونما انتظار رد من الهيئة على المستثمر تفيد إقرارها بما صدره أو استورده من عدمه، ومدى ارتباطه بالمشروع الاستثماري مما يوحي بوجود سلطة مطلقة للمستثمر كي يقرر هذا الارتباط وهذا الأمر محل تدقيق.

ثانيا: حق المستثمر في استخدام عمالة أجنبية

أقر المشرع المصري في قانون ٢٠١٧/٧٢ أن للمشروع الاستثماري الحق في استخدام عمالة أجنبية في حدود ١٠% من إجمالي عدد العاملين بالمشروع؛ وأجاز المشرع زيادة هذه النسبة من العمالة من ١٠% إلى ٢٠% إذا لم توجد عمالة وطنية تملك هذه المؤهلات اللازمة⁽²⁾، وأعطى تقديرا لهذه الحالة أوضحتها اللائحة لتنفيذية على النحو التالي: حيث قررت اللائحة في المادة ٢/٦ " تشكل بقرار من الرئيس التنفيذي للهيئة لجنة تضم في عضويتها عناصر فنية وقانونية وممثلين عن

(1) انظر المادة ٧ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١١

(2) انظر المادة ١/٨ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١١

الجهات المختصة، تختص بالبت في طلبات زيادة النسبة المقررة لاستخدام العمالة الأجنبية، وتعتمد قراراتها من الرئيس التنفيذي للهيئة، وتراعي اللجنة عند بحث الطلبات المقدمة القواعد الآتية:

١- دراسة المؤهلات والخبرات العلمية الحاصل عليها العامل الأجنبي، ومدى تناسبها مع المهن المرخص له بالعمل فيها.

٢- رأي الجهة المعنية بالإشراف على النشاط الاقتصادي الذي تمارسه الشركة أو المنشأة، وكذا رأي الجهات الأمنية مراعاة لمقتضيات الأمن القومي.

٣- مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل في الدولة التي يحمل الأجنبي جنسيتها إن وجد.

٤- حاجة ومصصلحة البلاد الاقتصادية للخبرة الأجنبية.

٥- احتياجات الشركة أو المنشأة لإخصائيين أو مستشارين وظروف العمل بها، وأثر الموافقة أو الرفض على الإنتاج أو الاستثمار.

٦- مدى إمكانية توفير الشركة أو المنشأة فرص عمل للعمالة المصرية.

٧- مدى جدية الشركة أو المنشأة في الوفاء بتعهداتها السابقة ومدى التزامها بأحكام القانون.

٨- أن تكون الأفضلية للأجنبي المولود والمقيم بصفة دائمة في البلاد في حالة وجود أكثر من عامل أجنبي بذات التخصص.

٩- التزام الشركة أو المنشأة التي يصرح لها باستخدام خبراء أو فنيين أجانب بتكليف العاملين المصريين ممن تتناسب مؤهلاتهم مع مؤهلات الخبراء والفنيين الأجانب للعمل كمساعدين لهم، على أن يلتزم الأجنبي بتدريبهم وإعداد تقارير دورية عن مدى تقدمهم. (١) وأجاز المشرع الخروج عن نسبة الـ ٢٠ % بشروط:

(١) انظر المادة ٢/٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الأول: تنظيم إقامة المستثمرين غير المصريين واستخدام العاملين الأجانب / المادة ٢/٦ - ص ٢٠

- ١- أن يكون المشروع من ضمن المشروعات الاستثمارية الاستراتيجية ذات الأهمية الخاصة، وتلك المشروعات يصدر بتحديدتها قرار من المجلس الأعلى للاستثمار.
- ٢- أن يراعى المشروع شرط آخر مفاده تدريب العمالة الوطنية.^(١)
- وأعطى المشرع حق تحويل المستحقات المالية لتلك العمالة الأجنبية كاملة كلها أو بعضها للخارج لهؤلاء العمال الأجانب تحفيزاً لهم على الدخول لهذه المشروعات الاستثمارية.^(٢)

المطلب الثالث

حق المستثمر في تسبب قرارات الاستثمار والتظلم منها

في مجال تطبيق أحكام قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ تكون جميع القرارات المتعلقة بشئون المشروع الاستثماري مسببة ويخطر بها ذوو الشأن^(٣) وسواء كانت هذه القرارات صادرة عن الهيئة أو غيرها من الجهات فلا بد أن تكون مسببة، ويشترط هنا أن يخطر بها ذوو الشأن فور صدورها بموجب خطاب مسجل بعلم الوصول أو عن طريق الوسائل الأخرى التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر عند تقديم طلب الحصول على الخدمة كالبريد الإلكتروني أو الفاكس وفقاً للنموذج المعد لهذا الغرض.^(٤)

وقد أقر المشرع المصري أيضاً في المادة الخامسة من قانون رقم ٢٠١٧/٧٢ أنه " لا يجوز للجهات الإدارية إلغاء التراخيص الصادرة للمشروع

(١) انظر المادة ٢/٨ من ق ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٢

(٢) انظر المادة ٣/٦ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الأول : تنظيم إقامة المستثمرين غير المصريين واستخدام العاملين الأجانب / المادة ٢/٦ - ص ٢٠

(٣) انظر المادة ٣/٣ من ق ٢٠١٧/٧٢ - الباب الثاني - ضمانات الاستثمار وحوافزه - الفصل الأول "ضمانات الاستثمار" - ص ٩

(٤) انظر المادة ٧ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الثاني : الضمانات / المادة ٧ - ص ٢١

الاستثماري أو وقفها أو سحب العقارات التي تم تخصيصها للمشروع إلا بعد إنذار المستثمر بالمخالفات المنسوبة إليه، وسماع وجهة نظره، وإعطائه مهلة مناسبة لإزالة المخالفة".^(١) وتعد هذه المادة من قبيل الإجراءات التي لا بد أن تسبق صدور قرارات الاستثمار، وأوضح المشرع في المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار أن المهلة لا تتجاوز ٦٠ يوماً من تاريخ إنذاره لإزالتها، فإذا انقضت هذه المهلة دون قيام المستثمر بإزالتها، وجب على الجهات الإدارية المختصة قبل إصدار قرارها في هذا الشأن أخذ رأي الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة بموجب كتاب يتضمن كافة الإجراءات القانونية التي اتخذت قبل المستثمر، ويتعين على الهيئة إيداء رأيها خلال ٧ أيام من تاريخ وروده. وللمستثمر التظلم من قرار إلغاء التراخيص أو وقفها أو سحب العقارات أمام لجنة التظلمات المنصوص عليها في المادة ٨٣ من قانون الاستثمار^(٢)

وقد نصت الأخيرة على "تنشأ بالهيئة لجنة أو أكثر لنظر التظلمات من القرارات الصادرة وفقاً لأحكام هذا القانون من الهيئة أو الجهات المختصة بمنح الموافقات والتصاريح والتراخيص، وتشكل اللجنة برئاسة مستشار من إحدى الجهات القضائية تحدهد المجالس الخاصة بتلك الجهات وعضوية ممثل عن الهيئة وأحد ذوي الخبرة، ويصدر بتشكيل اللجنة ونظام عملها وأمانتها الفنية قرار من الوزير المختص".^(٣) وقد أوضحت الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية والذي يحمل عنوان التظلمات في المواد ١٢٩-١٣٠-١٣١-١٣٢-١٣٣ طريقة عمل هذه اللجنة بالتفصيل.

(١) انظر المادة ١/٥ من قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - ص ١٠

(٢) انظر المادة ٨ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الثاني: الضمانات / المادة ٨ - ص ٢١

(٣) انظر المادة ٨٣ من قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - لجنة التظلمات - ص ٥٧

ففي المادة ١٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ أُلزم المشرع الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة بإعداد سجل لقيد الخبراء في المجالات المختلفة بحيث يعين من بينهم عضو من ذوي الخبرة بلجنة التظلمات ، واشترط المشرع أن يكون الخبير متخصصا في المجال محل التظلم. (١)

* إجراءات التظلم أمام لجنة التظلمات من قرارات الاستثمار

١- يكون التظلم أمام اللجنة خلال ١٥ يوم من تاريخ الإخطار أو العلم بالقرار المتظلم منه.

٢- تعقد اللجنة جلساتها بمقر الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة كل ١٥ يوم على الأقل، وفي حالة اعتذار عضو ذوي الخبرة يصدر قرار من الرئيس التنفيذي للهيئة بتعيين خبير آخر ممن يليه بالسجل المعد لذلك.

٣- يحق للجنة التظلمات الاتصال بذوي الشأن والجهات الإدارية المعنية، ولها أن تطلب الإيضاحات والاستفسارات والمستندات التي تراها لازمة للبت في التظلم، ولها أن تستعين بالخبرات والتخصصات المختلفة بالهيئة وغيرها من الجهات الإدارية.

٤- تبت اللجنة في التظلم خلال ٣٠ يوما من تاريخ إنتهاء سماع الأطراف وتقديم وجهات نظرهم.

٥- لا بد أن يتضمن قرار اللجنة الأسباب التي استندت عليه في إصداره.

٦- قرار اللجنة نهائي وملزم للهيئة وللجهات الإدارية المختصة.

(١) انظر المادة ١٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧. الفصل الثالث : التظلمات - المادة ١٢٩ - ص ٨٨ " ويصدر بتحديد الضوابط والشروط اللازمة لقيد هؤلاء الخبراء قرار من مجلس إدارة الهيئة، ويصدر بتشكيل اللجنة ونظام عملها قرار من الوزير المختص."

٧- تلتزم الأمانة الفنية للجنة بإخطار ذوي الشأن بقرار اللجنة بموجب خطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، ويعتبر مضي مدة ٣٠ يوم دونما البت في التظلم بمثابة رفض له. (١)

المطلب الرابع

حق المستثمر في تسوية المنازعات

استثنى المشرع المصري في قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ المنازعات الناشئة عن تطبيقه من الخضوع لأحكام القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ والخاص بإنشاء لجان التوفيق في بعض المنازعات التي تكون الوزارات والأشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها، وأحال التظلمات والطلبات المنظورة أمام لجنتي فض

(١) انظر المادة ١٣٠ من اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧ - ص ٨٩-٩٠؛ وتنص المادة ١٣١ على أن " تكون للجنة أمانة فنية يصدر بتشكيلها قرار من الوزير المختص من عدد كاف من العاملين المختصين والمتفرغين لأعمالها، ويجوز الندب للأمانة الفنية. وتتولى الأمانة الفنية تلقي التظلمات على النموذج المعد لذلك، وقيدتها بالسجل المخصص لهذا الغرض في تاريخ ورودها، ومنح المتظلم إيصالا بذلك مثبتا به رقم القيد وتاريخه، كما يكون لها على الأخص ما يلي: ١- إعداد ملف التظلم وعرضه على رئيس اللجنة فور وروده لتحديد جلسة لنظره. ٢- إخطار المتظلم بجلسة نظر التظلم بأي من طرق الإخطار المنصوص عليها بالمادة ٧ من هذه اللائحة قبل موعد الجلسة بوقت كاف للحضور أمام اللجنة بنفسه أو من يمثله قانونا. ٣- القيام بأعمال أمانة سر اللجنة وتحرير محاضر جلساتها. ٤- القيام بكافة الأعمال الإدارية المتعلقة بعمل اللجنة وإعداد قاعدة بيانات بكافة التظلمات المعروضة عليها والقرارات الصادرة فيها. ٥- إخطار صاحب الشأن بصورة معتمدة من قرار اللجنة بالبت في التظلم والأسباب التي بني عليها. ٦- أي مهام أخرى تكلفها بها اللجنة." ونصت المادة ١٣٢ على بيانات التظلم فوجب أن يكون التظلم مشتملا على "١- اسم المتظلم وصفته وعنوانه. ٢- تحديد للقرار المتظلم منه وتاريخ صدوره وتاريخ الإخطار أو العلم به. ٣- مذكرة شارحة لموضوع التظلم، موضحا بها الأسباب التي بني عليها. ٤- المستندات المؤيدة للتظلم. ٥- الإيصال الدال على سداد مقابل خدمات اللجنة الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة." ومن قبيل الحوكمة والشفافية قررت المادة ١٣٣ النص الآتي: " تلتزم الهيئة بتوفير جدول الكتروني لقيود التظلمات، على أن يشتمل هذا الجدول على بيان بتاريخ التظلم وموضوعه والقرار المتظلم منه واسم المتظلم وصفته وتاريخ جلسة نظر التظلم وتأجيلاتها، ويتم ربط هذا الجدول بالموقع الرسمي للهيئة على شبكة المعلومات."

منازعات الاستثمار وتسوية منازعات عقود الاستثمار القائمتين للجنة المنصوص عليهما في المادتين ٨٥ - ٨٨^(١) من قانون ٢٠١٧/٧٢ والتي استحدثتهما الأخير.^(٢)

ولقد اختار المشرع المصري في قانون الاستثمار رقم ٧٢ لعام ٢٠١٧ الاعتراف للمستثمر بحقه في مقاضاة أي جهة حكومية تابعة للدولة المصرية؛ ففي المادة ٨٢ ورد النص الآتي " مع عدم الإخلال بالحق في التقاضي، تجوز تسوية أي نزاع ينشأ بين المستثمر وأي جهة أو أكثر من الجهات الحكومية يتعلق برأس المال المستثمر أو بتفسير أحكام هذا القانون أو تطبيقه وديا ودون تأخير من خلال المفاوضات بين الأطراف المتنازعة."^(٣)

وأجاز تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة التي يتفق عليها مع المستثمر أو وفقا لأحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم ٢٧ لعام

(١) انظر ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر(ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٥٧ ، ٥٩ حيث تنص المادة ٨٥ على "تنشأ لجنة وزارية تسمى "اللجنة الوزارية لفض منازعات الاستثمار"، تختص بالنظر فيما يقدم أو يحال إليها من طلبات أو شكاوى أو منازعات قد تنشأ بين المستثمرين والدولة أو تكون إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفا فيها ، ويصدر بتشكيل اللجنة قرار من رئيس مجلس الوزراء، ويشارك في عضويتها أحد نواب رئيس مجلس الدولة يختاره المجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة ، وتعتمد قراراتها من مجلس الوزراء، ويجوز للوزراء من أعضاء اللجنة في حالة الضرورة إنابة من يمثلهم لحضور اجتماع اللجنة والتصويت على قراراتها فيه. ويكون للجنة أمانة فنية يصدر بتشكيلها ونظام عملها قرار من الوزير المختص"، وتنص المادة ٨٨ على " تنشأ بمجلس الوزراء لجنة وزارية تسمى "اللجنة الوزارية لتسوية منازعات عقود الاستثمار " تختص بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار التي تكون الدولة أو إحدى الجهات أو الهيئات أو الشركات التابعة لها طرفا فيها، وتشكل هذه اللجنة بقرار من رئيس مجلس الوزراء، ويشارك في عضويتها أحد نواب رئيس مجلس الدولة يختاره المجلس الخاص للشئون الإدارية بمجلس الدولة، وتعتمد قراراتها من مجلس الوزراء، ولا تجوز الإنابة في حضور جلساتها، ويشترط لصحة انعقاد اللجنة حضور رئيسها ونصف عدد أعضائها، وتصدر اللجنة قراراتها بأغلبية الآراء وعند تساوي الأصوات يرجح الجانب الذي منه الرئيس. ويكون للجنة أمانة فنية يصدر بتشكيلها ونظام عملها قرار من رئيس مجلس الوزراء."

(٢) انظر المادة ٥ و٦- ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية -

العدد ٢١ مكرر(ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٣

(٣) انظر المادة ٨٢ من ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية -

العدد ٢١ مكرر(ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٥٦

١٩٩٤؛ وأجاز أيضا لطرفي النزاع في أي وقت من الأوقات خلال النزاع الاتفاق على التماس سبل التسوية بمختلف أنواعها طبقا للقواعد المعمول بها لتسوية المنازعات، بما في ذلك اللجوء إلى التحكيم غير المؤسسي (الحر)، أو التحكيم المؤسسي.^(١) ولقد أنشأ المشرع مركز مستقل للتحكيم والوساطة يسمى (المركز المصري للتحكيم والوساطة) تكون له الشخصية الاعتبارية لممارسة التحكيم المؤسسي فيما يرفع له من منازعات بين المستثمر وأي جهة حكومية.^(٢)

الخلاصة

نخلص مما سبق إلى أن للمستثمر أن يطلب تسبب قرارات الاستثمار، وله الحق في إقامة المشروع والتوسع فيه وتصفيته وقتما يشاء ، وله أيضا حق استقدام عمالة أجنبية في حدود معينة، وله حق الاستيراد والتصدير دونما عقبات، وأخيرا له أن يسعى لتسوية النزاع بعد التظلم من الإجراء أمام الجهة المختصة عن طريق المفاوضات أو التحكيم.

(١) انظر المادة ٩٠ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - الفصل الرابع - الوسائل الودية لتسوية المنازعات ومركز التحكيم والوساطة - ص ٦٠

(٢) انظر المادة ٩١ - ق رقم ٢٠١٧/٧٢ الخاص بإصدار قانون الاستثمار - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر (ج) الصادر في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧ - ص ٦٠ " ويتخذ المركز من محافظة القاهرة مقرا له. ويتولى المركز تسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشأ بين المستثمرين، أو بينهم وبين الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها عامة أو خاصة، وإذا ما اتفقوا في أي مرحلة على تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو الوساطة أمام هذا المركز وذلك كله مع مراعاة أحكام القوانين المصرية المنظمة للتحكيم وتسوية المنازعات، ويتولى إدارة المركز مجلس إدارة يتكون من خمسة أعضاء من ذوي الخبرة والتخصص والكفاءة والسمعة الطيبة يصدر بتعيينهم قرار من رئيس مجلس الوزراء."

خاتمة البحث

تمكنت في هذا البحث من التحقق من معنى ضمان الاستثمار، وكيف آلت الأمور بخصوصه على المستوى الدولي والإقليمي والمحلي، وتوصلت إلى أن مخاطر الاستثمار عديدة حدها الأدنى نزع الملكية، وعدم تحويل العملات والأرباح، وخرق العقد، وأقصاها عدم الثبات التشريعي، والهجمات الإرهابية؛ ولهذه المخاطر سبل تقييم عديدة ألفت عليها المؤسسات الدولية يجب على الدول التي تسعى إلى جذب الاستثمار أن تلتزم بمعايير هذه المؤسسات حتى تضمن مستوى أمثل من تدفق الاستثمار الأجنبي المباشر، وإذا ما أراد المستثمر تفعيل ضمان الاستثمار يجب عليه أن يحدو سبل التسوية الودية وأولها إعادة التوازن الاقتصادي لاتفاق الاستثمار من خلال المفاوضات الدولية؛ فإن استجابات الدولة المضيفة للاستثمار فهذا ما يصبو إليه المستثمر، وإذا امتنعت فسيلجأ المستثمر إلى التحكيم والقضاء الدولي؛ ونادرا ما يلجأ إلى الحماية الدبلوماسية، وقد أوضحت الحد الأدنى لحقوق المستثمر وكيفية معاملته مختتما بحثي بعدة نتائج وتوصيات:-

- ينبغي وضع حد فاصل بين الاستثمار والاستعمار، وهذا الحد يحكمه سلطان الإرادة توازن فيه الدولة المضيفة للاستثمار بين حقوقها وواجباتها تجاه المستثمر، ويحكمه أيضا التزاماتها بالمعايير الدولية لضمان الاستثمار.

- يجب أثناء صياغة اتفاق أو معاهدة الاستثمار أن تراعى كلا الأطراف المعايير التي وضعتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول في عام ١٩٧٤ وما حدده من معايير لضمان الاستثمار والحفاظ على حقوق الدولة المضيفة للاستثمار.

- يلزم لتحويل أرباح المشروع الاستثماري للخارج قيد الأموال الواردة من الخارج لنفس المشروع عند البدء فيه بالبنك المركزي المصري؛ لمعرفة كم الأرباح الممكن تحويلها للخارج بالنسبة لأصل المشروع واستثماراته، ولكي يكون أمر التحويل

مضمون يجب بأي حال من الأحوال ألا تتجاوز التحويلات قيمة رأس المال الذي بدء به المشروع مضافا إليه ما انتهى إليه من أرباح.

- نوصي المشرع المصري بتعديل حكم مادة نزع الملكية وفقا لقانون الاستثمار الصادر حديثاً ٢٠١٧/٧٢ ليكون بحكم بات، وليس بحكم نهائي أو أمر قضائي؛ لأنه إذا تمكن المستثمر من الحصول على حقه بحكم بات لأضحى ذلك عبثاً بتدفقات الاستثمار وسيصيب باقي المستثمرين بالخوف على استثماراتهم مما يضعف مناخ الاستثمار.

- تتجه معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية إلى إعطاء دور كبير للتحكيم المؤسسي أو التحكيم الحر، والبعد تماما عن شرط الحماية الدبلوماسية؛ وقد أضحي خرق العقد بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر يمثل أكبر المؤثرات على مناخ الاستثمار وسمة كلا من المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار.

- إذا تعارضت حقوق المستثمر مع حقوق الإنسان في الدولة المضيفة للاستثمار؛ فالغلبة تكون للأخيرة حتى ولو نص على غير ذلك في اتفاق الاستثمار؛ إذ أنه بذلك يضحى شرطاً مخالفاً للنظام العام الدولي والقواعد القانونية الدولية الآمرة باحترام حقوق الإنسان.

- نوصي المشرع المصري بإضافة الضمان ضد خطر الاضطرابات والأعمال الإرهابية في قانون الاستثمار المصري رقم ٢٠١٧/٧٢ لأن ذلك كبير الأثر في ضمان جذب الأموال من الخارج للاستثمار في مصر بشرط ألا يكون المستثمر شريكا في هذه الأعمال الإرهابية بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

- يعد الثبات التشريعي حق للمستثمر وللدولة المضيفة للاستثمار؛ فهو حق للأخيرة تجاهه طالما تمسك به المستثمر، وإذا أراد أن يتمسك بقانون جديد هو أصلح له؛ فلا يحق له بعد المطالبة بتطبيق القانون الجديد أن يتمسك بالثبات التشريعي للقانون القديم، حتى ولو كان ذلك في مصلحته؛ لأن ذلك يحول الاستثمار إلى استعمار.

- نوصي وزارة الاستثمار المصرية بضرورة تتبع ومقارنة التقييمات الصادرة عن المؤسسات الدولية المحايدة لمناخ الاستثمار ومخاطره، والتي تسعى بشكل حيادي إلى تقييم مناخ الاستثمار المصري لكي نعالج السلبيات الواردة في هذه التقييمات.

- تعد المفاوضات الدولية حول إعادة التوازن الاقتصادي لاتفاق الاستثمار من أفضل سبل معالجة مخاطر الاستثمار والتعويض عن أضرارها، والدول التي تلجأ وترضى بدفع التعويض في سبيل منفعة محققة من ما تتخذه من إجراءات ستخسر الكثير في مناخ الاستثمار وسمعتها وسط الدول الجاذبة للاستثمارات؛ لذا نوصي بضرورة إلزام الجهة الإدارية القائمة على شئون الاستثمار إذا ما دب خلاف بينها وبين المستثمر بتوجيه الدعوة إليه للتفاوض، ويحبذ أن يكون التفاوض علنياً؛ لأن ذلك كما يؤثر على الدولة المضيفة للاستثمار بالسلب؛ فإن معدل ومؤشر الشفافية يؤثر عليها بالإيجاب.

- نوصي المفاوضات المصري بوضع بند في نموذج معاهدة الاستثمار الثنائية المصرية بضرورة عرض أي نزاع على محكمة تحكيم دائمة مقرها مصر، وأحد أعضائها يعينه المستثمر ويعرض النزاع عليها قبل الذهاب إلى التحكيم الدولي خارج مصر.

- يجب على الحكومة المصرية التزام الحد الأدنى لمعاملة المستثمر الأجنبي ، ومبدأ المعاملة الوطنية، والمعاملة غير التفضيلية، وضرورة احترام حقوق المستثمر الواردة في قانون الاستثمار

قائمة المراجع

١- المراجع العربية

أ- المؤلفات العامة

- إبراهيم شحاتة معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر - دار النهضة العربية - ١٩٧١-١٩٧٢
- إبراهيم محمد العناني - اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام - الخاص - التجاري) - الطبعة الثانية / دار النهضة العربية
- حازم حسن جمعة - الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة - دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي - ١٩٨١
- صلاح الدين عامر - مقدمة لدراسة القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - ٢٠٠٧
- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن - المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي - جامعة القاهرة - كلية الحقوق بالخرطوم - ١٩٩٠
- فؤاد محمد محمد أبو طالب - التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام - دراسة مقارنة مع التطبيق على الجمهورية اليمنية - ٢٠٠٧
- ماهر بو خوات - حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠١٤
- منى محمود مصطفى - الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار - ١٩٩٠ - دار النهضة العربية
- هالة علي منصور - الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية) - رسالة دكتوراة - ٢٠١٥ - كلية الحقوق - جامعة أسيوط

- هشام أحمد أبو زيد عبد اللاه - الحماية الدولية لاتفاق التجارة في الخدمات وفقا لاتفاقات منظمة التجارة الدولية - ٢٠١٥

ب- المقالات المتخصصة

- حازم صلاح الدين عبدالله حسن - الضمانات التشريعية للاستثمار الأجنبي المباشر ضد المخاطر غير التجارية في الوطن العربي - مجلة الحقوق - فصلية علمية محكمة تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - العدد ٣ - السنة ٤١ - المحرم ١٤٣٩ هـ - سبتمبر-٢٠١٧

- مجدي محمود شهاب - الاستثمار الأجنبي المباشر - دراسة تحليلية لمحدداته في البيئة الاقتصادية لدول مجلس التعاون الخليجي - مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - العدد ١٤ - السنة الرابعة - ٢٠١٦

٢- المراجع الإنكليزية

(أ) المؤلفات

- Amalie Giødesen Thystrup and Gunes Unuvar - International Economic Law Contemporary Issues - A Waiver for Europe? CETA's Trade in Services, and Investment Protection Provisions and Their Legal-Political Implications on Regulatory Competence - Springer International Publishing Switzerland and G. Giappichelli Editore 2017

- An CHEN - The Voice from China An CHEN on International Economic Law - springer -2013

- Andreas R. Ziegler - European Yearbook of International Economic Law 2010 - The Nascent International Law on Most-Favoured-Nation (MFN) Clauses in Bilateral Investment Treaties (BITs) - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010

- Arjan Lejour & Maria Salfi - The Regional Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment -

- CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis - CPB Discussion paper 298 - 2015
- August Reinisch - European Yearbook of International Economic Law -The EU and Investor-State Dispute Settlement: WTO Litigators Going “Investor-State Arbitration” and Back to a Permanent “Investment Court” - springer - 2017
 - Bajar Scharaw- The Protection of Foreign Investments in Mongolia Treaties, Domestic Law, and Contracts on Investments in International Comparison and Arbitral Practice - 2018
 - Bernard H. Oxman - Homage to Judge Tullio Treves - International Courts and the Development of International Law/Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors - springer 2013
 - Carlos Oliveira Cruz & Rui Cunha Marques - Infrastructure Public-Private Partnerships Decision, Management and Development - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2013
 - Carsten Nowak & others - International Investment Law and EU Law - Legal Arrangements for the Promotion and Protection of Foreign Investments Within the Framework of the EU Association Policy and European Neighbourhood Policy - springer - 2011
 - Catharine Titi - Institutional Developments in Investor-State Dispute Settlement and Arbitration Under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes - European Yearbook of International Economic Law 2015 - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2015
 - Catherine Yannaca
 - Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law - ch3- International Investment Law: A Changing Landscape A Companion Volume to International

Investment Perspectives - 2005 - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs

- Definition of Investor and Investment in International Investment Agreements-ch1 - International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations - OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs - 2008

- Changhong Pei & Wen Zheng - China's Outbound Foreign Direct Investment Promotion System - springer - 2015

- Christian Berger-Vachon & others - Complex Systems: Solutions and Challenges in Economics, Management and Engineering - Dedicated to Professor Jaime Gil Aluja - springer - 2018

- Christoph Herrmann & others - European Yearbook of International Economic Law 2014 - springer - 2013

- Christoph Schreuer - Panel V: Privatization of the Settlement of International Disputes - International Dispute Settlement: Room for Innovations?- by Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg with springer - 2013

- Claudia Reith - Investor-State Arbitration: A Tale of Endless Obstacles? - Flexibility in Modern Business Law A Comparative Assessment - Springer Japan 2016

- Cyril K. Daddieh - Historical Dictionary of Cote D' Ivoire (The Ivory Coast) - Third Edition - Rowman & Littlefield - 2016

- Daniel Wagner & Dante Disparte - Global Risk Agility and Decision Making Organizational Resilience in the Era of Man-Made Risk - Palgrave Macmillan -2016

- David Hallinan - The EU-China Bilateral Investment Treaty: a challenging first test of the EU's evolving BIT model - China-EU Law J (2016) - springer

- Emma Aisbett & Matthias Busse & Peter Nunnenkamp - Bilateral investment treaties as deterrents of hostcountry discretion: the impact of investor-state disputes on foreign direct investment in developing countries - springer - Kiel Institute 2017
- Enrico Milano - The 2008 Investment Arbitration Between Italy and Cuba: The Application of the Rules of Attribution and the 1993 BIT's Scope Ratione Personae Under Scrutiny - International Courts and the Development of International Law / Essays in Honour of Tullio Treves - T.M.C.ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, and the authors 2013 - springer
- Felix I. Lessambo - International Financial Institutions and Their Challenges / A Global Guide for Future Methods - Palgrave Macmillan - 2015
- Francesco Costamagna - Services of General Interest Beyond the Single Market : External and International Law Dimensions - Regulating Public Services and International Investment Law - asser press and the authors- 2015
- Frank Jefkins - International Dictionary of Marketing and Communication - Blackie and Son Ltd - 1987
- Fulvio Maria Palombino - Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles - T.M.C. ASSER PRESS and the author 2018
- Giuseppe Schiavone - International Organizations A dictionary and directory - Seventh edition - palgrave macmillan - 2008
- Hanna Hollwitz and Shuxng Yang - Handbook of Agri-Food Law in China, Germany, European Union- Land Resources Law - Springer International Publishing AG 2018
- Howard P. Lehman - Indebted Development Strategic Bargaining and Economic Adjustment in the Third World - Palgrave Macmillan UK - 1993

- Ibrahim F.I. Shihata - legal treatment of foreign investment: "The world Bank Guidelines " - Martinus Nijhoff Publishers - 1993
- Investment climate advisory services of the world bank group - Investment Law Reform a handbook for Development Practitioners - June 2010
- Jan Hoffman French - Brazil's Profit Remittance Law: Reconciling Goals in Foreign Investments - Law and Policy in International Business 14, no. 2 (1982)
- Jan Peter Sasse - An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties - Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2011
- Janette Rutterford - Introduction to stock exchange investment - Second Edition - The Macmillan press LTD - 1993
- Jean Beuve & others - The Economics of Public-Private Partnerships Theoretical and Empirical Developments - An Economic Analysis of Public-Private Partnerships - Springer International Publishing AG 2018
- Jeffery R. Ray - Illusory Control of State Controlled Resources Through Stabilisation Clauses: Renegotiation Clauses May Save the Contract - OGEL - Vol. 11 - issue 5 - October 2013
- Jerry Haar & John Price - Can Latin America Compete? Confronting the Challenges of Globalization - Palgrave Macmillan - 2008
- Jeswald W. Salacuse - The Law of Investment treaties - second edition - Oxford - 2015 - ch 10 " Monetary transfers and treatment "
- John N. Kallianiotis - International Financial Transactions and Exchange Rates .Trade, Investment, and Parities - Palgrave & Macmillan - 2013

- Jorge E. Viñuales - Foreign Investment and the Environment in International Law: The Current State of Play - in Kate Miles (ed.), Research Handbook on Environment and Investment Law (Cheltenham: Edward Elgar, forthcoming 2016), chapter 2-
<http://ssrn.com/abstract=2661970>
- Julien Chaisse & others - Asia's Changing International Investment Regime, Sustainability, Regionalization, and Arbitration - Springer - 2017
- Julien Chaisse and Dini Sejko - Investor-State Arbitration Distorted When the Claimant Is a State - Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics - by Leïla Choukroune - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2016
- Jun Xiao - The ASEAN-China investment agreement: A regionalization of China's BITs - Higher Education Press and Springer - Verlag 2011
- Karen B. Brown & David V. Snyder - General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law - Springer Science+Business Media B.V. 2012
- Kathryn Gordon - Investment Guarantees and Political Risk Insurance: Institutions, Incentives and Development - OECD Investment Policy Perspectives - 2008
- Katja Gehne & Romulo Brillo - Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment - Institute of Economic Law / Transnational Economic Law Research Center (TELC) School of Law - Martin Luther University Halle-Wittenberg - HEFT 143 - Marz 2017
- Kumar V. Pratap & Rajesh Chakrabarti - Public-Private Partnerships in Infrastructure Managing the Challenges - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2017

- Kyla Tienhaara - Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: lessons from Ghana - Int Environ Agreements - Springer Science+Business Media B.V. 2006
- Leigh P. Hollywood - MIGA: Long Term Political Risk Insurance for Investments in Developing Countries - The Geneva Papers on Risk and Insurance, 17 (No. 63, April 1992)
- Leïla Choukroune - Judging the State in International Trade and Investment Law - Sovereignty Modern, the Law and the Economics - Springer Nature Singapore Pte Ltd. 2016
- Luis Toma's Montilla FernándeZ - Large-Scale Land Investments in Least Developed Countries Legal Conflicts Between Investment and Human Rights Protection - springer - 2017
- Luke Nottage and Simon Butt - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector/An Australian Perspective - Recent International Commercial Arbitration and Investor -State Arbitration Developments Impacting on Australia's Investments in the Resources Sector - Springer International Publishing Switzerland 2015
- Marc Bungenberg & others - European Yearbook of International Economic Law 2016 - springer - 2016
- Marc Bungenberg & others - International Investment Law and EU Law - The Division of Competences Between the EU and Its Member States in the Area of Investment Politics - springer - 2011
- Marc Bungenberg & Stephan Hobe - Permanent Sovereignty over Natural Resources - springer - 2015
- Marc Jacob - International Investment Agreements and Human Rights - INEF Research Paper Series Human Rights, Corporate Responsibility And Sustainable Development 03/2010

- Mario Arturo Ruiz Estrada and others - How does terrorism affect the international trade of Muslims countries?- Springer Science+Business Media B.V., part of Springer Nature 2017
- Markus Krajewski - European Yearbook of International Economic Law- The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2012
- Mehmet Huseyin Bilgin & others - Financial Environment and Business Development - Proceedings of the 16th Eurasia Business and Economics Society Conference - springer - 2017
- Mikkel Rasmussen- Quantitative Portfolio Optimisation, Asset Allocation and Risk Management - Investment objectives and benchmark selection - palgrave macmillan - 2003
- Mohamed A. Ramady - Political, Economic and Financial Country Risk - Analysis of the Gulf Cooperation Council - Springer International Publishing Switzerland 2014
- Munir maniruzzaman - Damages for Breach of Stabilisation Clauses in International Investment Law: Where Do We Stand Today? - [2007] I.E.L.T.R. Issue 11&12 -Sweet & Maxwell Limited [And Contributions]
- Nadia C.S. Lambek & others - Rethinking Food Systems - Structural Challenges, New Strategies and the Law - Springer Science+Business Media Dordrecht 2014
- Neil Andrews - Arbitration and Contract Law Common Law Perspectives - Springer - 2016
- Nicole Bastian Johnson - Divisional performance measurement and transfer pricing for intangible assets - Springer Science+Business Media, LLC 2006
- Philip Molyneux - Bank Funding, Financial Instruments and Decision-Making in the Banking Industry - Palgrave Macmillan - 2016

- Philipp Harms - International investment, political risk, and growth - Springer Science+Business Media New York - 2000
- Priya Bala-Miller- Has the Mainstreaming of Responsible Investment Eroded Ethics? Insights from Investor Advocacy on Human Rights in Conflict Zones - Springer International Publishing AG 2018
- Qingjiang Kong - The“state-led-economy”issue in the BIT negotiations and its policy implications for China - China-EU Law J (2016) - springer
- Reingard Zimmer - Implications of CETA and TTIP on Social Standards - Labour Standards in International Economic Law BY Henner Gott - Springer International Publishing AG 2018
- Ricardo Ferreira Reis & Joaquim Miranda Sarmento - “Cutting costs to the bone”: the Portuguese experience in renegotiating public private partnerships highways during the financial crisis - Springer Science+Business Media, LLC 2017
- Richard W. Roeder - Foreign Mining Investment Law - The Cases of Australia, South Africa and Colombia - springer - 2016
- Robert Gommel - Investing into North African Solar Power - A Legal Framework for Risk Management and Prospects for Arbitration - springer - 2015
- Roberto Echandi - The new generation of international investment agreements: recent developments in the Asia–Pacific region - Springer - 2008
- Roger Farrell - The Impact of Trade Policy on Japanese Trade and Investment - from The Political Economy of Japanese Trade Policy by Aurelia George Mulgan & Masayoshi Honma - Palgrave macmillan - 2015
- Roos van Os & Roeline Knottnerus - Investment Protection Agreements, Human Rights and Sustainable Development:

An Uneasy Mix - Society for International Development -
springer -2017

- Roshen Hendrickson - Promoting US Investment in Sub-Saharan Africa - Palgrave Macmillan - 2014
- Rudolef Dolzer - The impact of international investment treaties on domestic administrative law - International law and politics - Institute of international law and Justice - New York University - Vol. 37:953 - 2005-
- Sam Luttrell - Resource Nationalism: Old Problem, New Solutions - Arbitration and Dispute Resolution in the Resources Sector An Australian Perspective - Springer International Publishing Switzerland 2015
- Sebastian tho Pesch - The Influence of Human Rights on Diplomatic Protection: Reviving an Old Instrument of Public International Law - The Influence of Human Rights on International Law edited by Norman Weiß • Jean-Marc Thouvenin - Springer International Publishing Switzerland 2015
- Shotaro Hamamoto - Comment to "International Energy Trade and Investor-State Arbitration" - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016
- Shoushuang Li - The Legal Environment and Risks for Foreign Investment in China - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007
- Stephan W. Schill - International Judicial Lawmaking On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance - System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking - springer - 2012]
- Stephan W. Schill and Heather L. Bray - The Brave New (American) World of International Investment Law: Substantive Investment Protection Standards in Mega-

- Regionals - Mega-Regional Trade Agreements by Thilo Rensmann - springer - 2017
- Steve Chan - Foreign Direct Investment in a Changing Global Political Economy - Macmillan Press Ltd - 1995
 - Susan L. Karamanian - International Energy Trade and InvestorState Arbitration: What Role for Sustainable Development? - Emerging Issues in Sustainable Development International Trade Law and Policy Relating to Natural Resources, Energy, and the Environment - Springer Japan 2016
 - Syed Jawad Hussain Shahzad and others - Relationship Between FDI, Terrorism and Economic Growth in Pakistan: Pre and Post 9/11 Analysis -Springer Science+Business Media Dordrecht 2015
 - Thomas Dromgool and Daniel Ybarra Enguix - The Fair and Equitable Treatment Standard and the Revocation of Feed in Tariffs / Foreign Renewable Energy Investments in Crisis/Struck Spain - Legal Aspects of Sustainable Development Horizontal and Sectorial Policy Issues by Volker Mauerhofer -Springer International Publishing Switzerland 2016
 - Yi Jin - Zhixiong Zeng - Expropriation and foreign direct investment in a positive economic theory of foreign aid - Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2016
 - Zbigniew Zimny - Foreign direct investment and transnational corporations in tourism in developing countries - The study has been used in UNCTAD's publication FDI in Tourism: The Development Dimension, UNCTAD Current Studies on FDI and Development, No. 4 (New York and Geneva: United Nations, 2005
- <http://ssrn.com/abstract=2435668>

(ب) المقالات

- Alice Ruzza - Expropriation and Nationalization - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2013
- Andrey V. Kuznetsov - The limits of contractual stabilization clauses for protecting international oil and gas investments examined through the prism of the sakhalin-2 PSA : Mandatory law, The Umbrella clause, and the fair and equitable treatment standard - The Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution - Vol. 22:223 - 2015
- Anne van Aaken - Perils of Success? The Case of International Investment Protection - European Business Organization Law Review - T.M.C.ASSER PRESS - 2008
- Bhagirath Ashiya - The shift towards an enterprise based definition of investment: the quagmire of the Salini test and India's Model BIT - Jindal Global Law Review - 2016 - springer
- Catharine Titi - International investment law and the protection of foreign investment in brazil - Transnational Dispute Management 2, 2016 Special Issue on Latin America vol. 1 - <http://ssrn.com/abstract=2786967>
- Cedric Dupont & Thomas Schultz and Merih Angin - Political risk and investment arbitration: an empirical study - Journal of International Dispute Settlement - King's Martin J. Valasek & Patrick Dumberry - Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes - Volume 26, Number 1, Spring 2011 - International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID REVIEW Foreign Investment Law Journal -<http://ssrn.com/abstract=2404034>
- Christian Walter - Debt Crisis- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2014

- Christoph Schreuer - International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2013
- Christoph Schreuer - Investment Disputes - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 2/5/2018 - 2013
- Christoph Schreuer-Investments,International Protection - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2013
- College London Dickson Poon School of Law - Legal Studies Research Paper Series: Paper No. 2016-03 - <http://ssrn.com/abstract=2703798>
- Elina Pradkhan - Impact of domestic investor protection on foreign investment decisions: Evidence from bond markets - International Journal of Finance & Economics - International Journal of Financial & Economics .21: (2016) - John Wiley & Sons, Ltd
- Elvira Pushkareva - Environmentally Sound Economic Activity, International Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - 2014 - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>
- Eric De Brabandere - Host states due diligence obligations in international investment law - Syracuse Journal of International Law and Commerce - Spring - 2015
- Francesco Francioni - Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009
- Gus Van Harten and Martin Loughlin - Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law - The European Journal of International Law Vol. 17 no.1 - 2006
- Heba Hazzaa & Silke N. Kumpf - Egypt's Ban on Public Interest Litigation in Government Contracts: A Case

Study of "Judicial Chill" - 2015 - <https://ssrn.com/abstract=2578819> - stanford Journal of international law

- Heri Bezić & others - The impact of terrorism on the FDI of the EU and EEA Countries - Rijeka Faculty of Economics: Journal of Economics and Business . • 2016 • vol. 34 • no. 2

- James J. Nedumpara & Rodrigo Polanco Lazo - Does India need a model BIT? - Jindal Global Law Review (2016) 7(2)

- Jason webb Yackee - Political risk and international investment law - Duke Journal of comparative & international law - Vol 24:477 - 2014

- Jernej Letnar Černič - Corporate Human Rights Obligations under Stabilization Clauses - German Law Journal - 2010 - Vol. 11 No. 02

- John Dugard - Continuous Nationality - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>

- Jonathan Klett - National Interest vs. Foreign Investment Protecting Parties through ISDS - Tulane Journal of international & comparative law - Vol. 25 - 2016

- José E. Alvarez - Is Investor-State Arbitration 'Public'? - IILJ Working Paper 2016/6 Global Administrative Law Series - <http://ssrn.com/abstract=2820325>

- Julian Davis Mortenson - Snowflakes in a Blizzard Treaty Interpretation in International Investment Law - Michigan Law - University of michigan - public law and legal theory research paper series paper no. 504 January 2016 - <http://ssrn.com/abstract=2757690>

- Julien Cantegreil - The Audacity of the Texaco/Calasiatic Award: René-Jean Dupuy and the Internationalization of Foreign Investment Law - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 2-2011-Oxford University press

- Jürgen Kurtz - The Use and Abuse of WTO Law in Investor – State Arbitration: Competition and its Discontents - The European Journal of International Law Vol. 20 no. 3 - 2009
- Katia Yannaca-Small - “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements” - OECD Working Papers on International Investment, 2006/03, OECD Publishing. Available at <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>
- Lena U. Serhan - Arbitration Unbound: How the Yukos Oil Decision Yields Uncertainty for International - Investment Arbitration- Texas Law Review - Vol. 95:101 - 2016
- Manuel Monteagudo - The Right to Property in Human Rights and Investment Law: a Latin American Perspective of an Unavoidable Connection - SECO / WTI Academic Cooperation Project Working Paper Series -2013/6 - <http://ssrn.com/abstract=2613890>
- Marcin Kaldunski - The Element of Risk in International Investment Arbitration - International Community Law Review 13 (2011)
- Markus wagner - Regulatory space in international trade law and international investment law - the University of Pennsylvania Journal of International Law - Vol. 36:1 - 2014 - <http://ssrn.com/abstract=2403959>
- Martins Paparinskis - Investment Treaty Arbitration and the (New) Law of State Responsibility - The European Journal of International Law Vol. 24 no. 2 - Oxford University Press - 2013
- Matthias Herdegen – International Economic Law - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>
- Michael Polkinghorne - Stabilization clauses and periodic review outline - Speaking notes (to be shared) - White&case
- Michael R Czinkota & others - Terrorism and international business: A research agenda - Terrorism and Political Risk -

Journal of International Business Studies (2010) - Academy of International Business

- Mumtaz Hussain Shah & Mehreen Faiz - Terrorism and foreign direct investment: An empirical analysis of saarc countries - City University Research Journal - Volume 05 Number 02 July 2015

- Nicolas Angelet - Fair and Equitable Treatment - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>

- Nicolette Butle & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation? - Neth Int Law Rev (2017) - springer

- Nicolette Butler & Surya Subedi - The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?- springer - Neth Int Law Rev (2017)

- Nilov, Konstantin N - Legal guarantees for international investment according to the legislation of the Russian Federation - Baltic Region (2011), 3 - International cooperation: legal aspects - <http://dx.doi.org/10.5922/2079-8555-2011-3-1>

- Ole Kristian Fauchald - The Legal Reasoning of ICSID Tribunals – An Empirical Analysis - The European Journal of International Law Vol. 19 no. 2 - 2008

- Patrick Juillard - Calvo Doctrine/Calvo Clause - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2007

- Peter T Muchlinski - Corporations in International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2014

- Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform -

Indian Journal of International Law (2015) 55 - The Indian Society of International Law 2015

- Prabhash Ranjan - Most favoured nation provision in Indian bilateral investment treaties: A case for reform- Indian Journal of International Law - The Indian Society of International Law - springer - 2015

- Ramin Dadasov & Carsten Hefeker & Oliver Lorz -Natural resource extraction, corruption, and expropriation - springer - Kiel Institute - Rev World Econ (2017)

- Richard H Kreindler & Thomas Kopp - International Commercial Arbitration - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - last visit 1/5/ 2018 - 2013

- Robin F. Hansen - Parallel Proceedings in Investor-State Treaty Arbitration: Responses for Treaty-Drafters, Arbitrators and Parties - The Modern law review - Volume 73 July 2010 No 4

- Roger P. Alford - The Convergence of International Trade and Investment Arbitration - Santa clara Journal of international law 35 (2013) - <http://ssrn.com/abstract=2411753>

- Scott J. Shackelford & others - Using BITs to Protect Bytes: Promoting Cyber Peace by Safeguarding Trade Secrets Through Bilateral Investment Treaties - American Business Law Journal - Volume 52, Issue 1, 1–74, Spring 2015

- Seline Trevisanut - Nationality Cases before International Courts and Tribunals - Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2011

- Srikar Mysore & Aditya Vora -Tussle for policy space in international investment norm setting: The search for a middle path? - Jindal Global Law Review - 2016 - springer

- Stephan W Schill - Multilateral Investment Guarantee Agency - Max Planck Encyclopedia of Public International

Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2014

- Stephan W. Schill - W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law - The Changing Face of International Investment Law: From InterState to Investor-State - The European Journal of International Law Vol. 22 no. 3 - 2011

- Susan D. Franck & Lindsey E. Wylie - Predicting outcomes in investment treaty arbitration - Duke law journal - Vol. 65:459 - 2015

- Tamar Meshel - Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond -Journal of International Dispute Settlement - vol. 6, no. 2 - 2015 - Published by Oxford University Press

- Thomas Schultz & Cédric Dupont - Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study - The European Journal of International Law Vol. 25 no. 4 - Oxford University Press - 2015

- Ursula Kriebaum, August Reinisch - Property, Right to, International Protection- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2009

- Valeriy Lisitsa - Stability – What an Investor Needs - Law Journal (Moscow, Russia), 2001

- Yannick Radi - The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse' - The European Journal of International Law Vol. 18 no. 4 - 2007

٤ - الاتفاقيات والوثائق الدولية

- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - متاحة على الموقع الإلكتروني

للمؤسسة

<http://dhaman.net/ar/about-dhaman/agreement/>

- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩
- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية
- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٨٠٣-١٧د - السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية

http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ga_1803/ga_1803_ph_a.pdf

- القرار رقم ٢٨١ د - ٢٩ ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/735/65/IMG/NR073565.pdf?OpenElement>

- BIT between Egypt & china - Date of signature : 21/04/1994 - Date of entry into force: 01/04/1996,
- Convention Establishing the arab investment and export credit guarantee corporation -
- Convention establishing the multilateral investment guarantee agency - <https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/>
- Department of State: 2014 Investment Climate Statement - June 2014 Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries UN Doc. A/61/10 (2006),
- Draft convention on the protection of foreign property - Organisation for Economic Co-operation and Development (1967)
- <http://dhaman.net/en/wp-content/uploads/sites/3/2016/02/convention-en.Pdf>
- ICSID convention, regulations and rules
- Investment Guarantee Guide - Multilateral investment Guarantee Agency - World Bank Group - MIGA: Bringing Clients Unique Strengths - 2009 OECD Reports - FDI IN FIGURES - October 2017

- The Charter of economic rights and duties of states - GA Res. 3281(xxix), UN GAOR, 29th Sess.
- The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries - UNCTAD Series on International Investment Policies for Development - UNITED NATIONS New York and Geneva, 2009
- The text of the 2006 ILC report on diplomatic protection submitted to the United Nations General Assembly Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).
- United Nations charter
- World Investment report 2017 - Investment and digital economy - United Nations conference on trade and development - UNCTAD

٥- التشريعات

- قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢/٢٠١٧ - الجريدة الرسمية - العدد ٢١ مكرر(ج) في ٣١ مايو سنة ٢٠١٧.
- قانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت.
- قانون نزع الملكية رقم ١٠ لسنة ١٩٩٠
- قرار رئيس الجمهورية رقم ١٤٣ لسنة ٢٠١٧ بالموافقة على اتفاق المظلة بين جمهورية مصر العربية والوكالة الفرنسية للتنمية والاتحاد الأوروبي وبنك الاستثمار الأوروبي وبنك التعمير الألماني " الشركاء الأوروبيون في التنمية " بشأن مشروع مزرعة الرياح بخليج السويس، والموقع في القاهرة بتاريخ ٢٣/١١/٢٠١٦ - الجريدة الرسمية - العدد ٤١ في ١٢ أكتوبر سنة ٢٠١٧
- قرار وزير الخارجية رقم ٣٣ لسنة ٢٠١٧

- اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار المصري - قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧ بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٠١٧/٧٢ - الجريدة الرسمية - العدد ٤٣ مكرر (أ) في ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧.

- المرسوم الملكي السعودي رقم ١/م و تاريخ ١٤٢١/١/٥ هـ

٦- أحكام قضائية

- جلسة ٢٢ أكتوبر ٢٠٠٧ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٧٥ قضائية

- جلسة ٢٣ يناير ٢٠٠٠ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٥٨٠٩ لسنة ٦٢ قضائية

- جلسة ٢٧ يناير ٢٠٠٢ - دائرة محكمة النقض مدني - الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧٠ قضائية

- قضاء محكمة النقض المصرية - الطعن رقم ١٧٩٧٧ لسنة ٨٠ ق - الدائرة المدنية - الأثنين (ج) - ٢٠١٥/٥/١٨

- قضاء محكمة النقض - الطعن رقم ٩٥٥ لسنة ٨٣ ق، ١٩٤٢٠ لسنة ٨٤ ق - ٢٠١٦/١/٢٣ - الدائرة المدنية - السبت (أ)

- Case concerning the factory at chorzow - claim for indemnity, Jurisdiction - Publications of the permanent court of international justice. - series A. - No. 9 - July 26th, 1927

- Emilio Maffezzini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, decision on jurisdiction (25 January 2000).

Impregilo v Argentina, ICSID Case No. ARB/07/17, Award, 21 June 2011

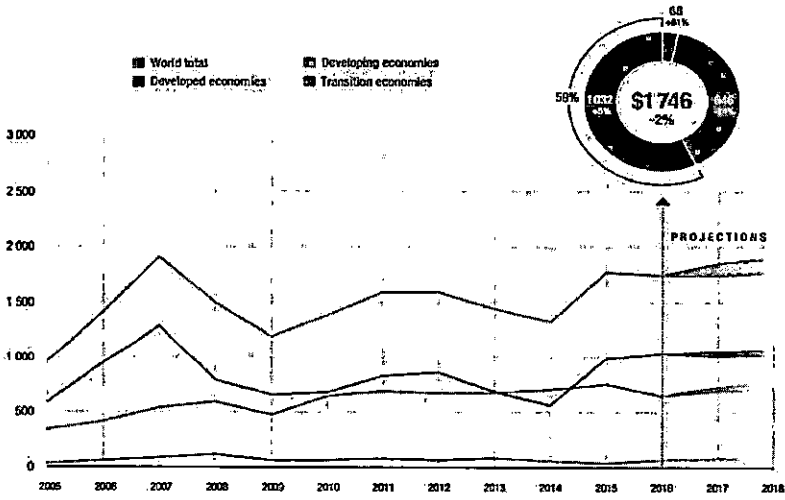
- Irmgard Marboe - AAPL v Sri Lanka Case - Max Planck Encyclopedia of public International Law - January 2007- Oxford University Press - <http://opil.ouplaw.com>

- Kirsten Schmalenbach - Ahmadou Sadio Diallo Case (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo) -Max Planck Encyclopedia of Public International Law - August 2010- <http://opil.ouplaw.com> - Oxford University Press, 2015
- Plama v Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Award, 27 August 2008
- Stephan Wittich - Barcelona Traction Case - Max planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2007
- Ursula Kriebaum - Wena v.Egypt Case - Max Planck Encyclopedia of Public International Law- Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com> - 2007
- Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award (30 Apr 2004)

٧- المواقع الالكترونية

- الموقع الالكتروني للصليب الأحمر الدولي - بروتوكول الشارة لعام ٢٠٠٥
<https://www.icrc.org/ara/assets/files/other/protocoliii.pdf>
- موقع الوكالة الدولية لضمان الاستثمار متعدد الأطراف
<https://www.miga.org/who-we-are/miga-convention/>
- Max Planck Encyclopedia of Public International Law - Oxford Public International Law - <http://opil.ouplaw.com>
موسوعة القانون الدولي العام - ماكس بلانك - أكسفورد للقانون الدولي العام
- " social science research network " <https://ssrn.com/en/>
شبكة أبحاث العلوم الاجتماعية

Figure 1.1. FDI inflows, global and by group of economies, 2005–2016, and projections, 2017–2018
 (Billions of dollars and per cent)



Source: UNCTAD, FDIANE database (www.unctad.org/fdistatistics).