

قانون الاستثمار الأجنبي وحماية رؤوس الأموال في الدول النامية: المرجع العالمي الشامل لضمانات المستثمر وآليات تسوية المنازعات الدولية

تأليف

الدكتور محمد كمال عرفه الرخاوي

الباحث والمستشار القانوني والمحاضر الدولي في
القانون والفقيه والمؤلف القانوني

إهداء

إلى روح والديّ الطاهرين الطيبين، وإلى ابنتي
الحبيبة صبرينال المصرية الجزائرية، هذا العمل الذي
يحمل في طياته رسالة الأمل في تنمية الشعوب
النامية عبر جذب رؤوس الأموال الأجنبية وحماية

المستثمر كشريك في بناء المستقبل الاقتصادي للأمم.

تقديم أكاديمي

في عالم يزداد ترابطاً اقتصادياً، يبرز الاستثمار الأجنبي كأداة حاسمة لتنمية الدول النامية وسد فجوة الموارد المحلية المحدودة، لكنه يصطدم بتحديات هيكلية تتعلق بحماية رؤوس الأموال في بيئات قانونية وهشة. هذا المرجع، يتناول الإطار القانوني الدولي والوطني لحماية الاستثمار الأجنبي، مع تحليل مقارنة لتشريعات مصر والجزائر والمغرب وتونس كنماذج عربية، ودول جنوب شرق آسيا وأمريكا اللاتينية كتجارب ناجحة في جذب الاستثمار. يعتمد المرجع على المبادئ القضائية المستقرة في محكمة التحكيم الدولية (ICSID) ومحكمة التحكيم الدائمة (PCA) ومحكمة النقض المصرية ومحكمة التمييز الجزائرية، مع الإشارة إلى المصادر المفتوحة الموثقة (مثل موقع مركز التحكيم الدولي ICSID، تقارير مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية UNCTAD، ومجلة القضاء

العليا المصرية). تم الالتزام بالشفافية التامة في عرض المبادئ القضائية ، مع تقديم تحليل تطبيقي يساعد المستشار القانوني والمستثمر والقاضي على فهم آليات حماية رؤوس الأموال في الدول النامية في ظل التحديات المعاصرة.

1

الفصل الأول

الإطار النظري لحماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام

حماية الاستثمار الأجنبي تُعدّ من الركائز الأساسية للنظام الاقتصادي الدولي المعاصر، لما لها من دور حاسم في جذب رؤوس الأموال إلى الدول النامية وتحقيق التنمية المستدامة. المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية (ICSID) في قضية ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management

Limited v. Republic of Hungary (ICSID Case No.

ARB/03/16) أكد أن **حماية الاستثمار الأجنبي

تُعدّ التزاماً دولياً ينشأ عن الاتفاقيات الثنائية

لتشجيع وحماية الاستثمارات (BITS) وليس مجرد

تفضيل من الدولة المضيفة**، لأن هذه الاتفاقيات

تخلق حقوقاً موضوعية للمستثمر تلزم الدولة

المضيفة باحترامها بغض النظر عن تغير السياسات

الداخلية، مما يمنح المستثمر حماية دولية تفوق

الحماية المحلية المقررة في التشريعات الوطنية.

الأسس القانونية لحماية الاستثمار الأجنبي تستند

إلى ثلاثة مصادر رئيسية: أولاً، الاتفاقيات الثنائية

لتشجيع وحماية الاستثمارات (BITS) التي تربط بين

دولتين وتمنح المستثمر حماية متبادلة، وبلغ عددها

عالمياً أكثر من ٢٥٠٠ اتفاقية وفقاً لتقارير مؤتمر الأمم

المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) لعام ٢٠٢٥.

ثانياً، الاتفاقيات الإقليمية كاتفاقية الطاقة الأوروبية

واتفاقية الاستثمار متعددة الأطراف (التي لم تدخل

حيز النفاذ بعد). ثالثاً، التشريعات الوطنية للدول

المضيفة التي تُصدر قوانين استثمار خاصة تمنح

ضمانات إضافية للمستثمر الأجنبي. محكمة التحكيم الدولية في قضية Saluka Investments BV v. The Czech Republic (UNCITRAL) أكدت أن **التشريعات الوطنية لحماية الاستثمار تُفسّر تفسيراً موسعاً لصالح المستثمر**، لأن الغرض من هذه التشريعات هو جذب رؤوس الأموال الأجنبية، ولا يجوز تضيق نطاق الحماية الممنوحة إلا بنص صريح وواضح يتوافق مع الاتفاقيات الدولية الموقعة من الدولة.

التحديات النظرية في حماية الاستثمار الأجنبي في الدول النامية تتجلى في توتر دائم بين مبدئين متعارضين: أولاً، مبدأ سيادة الدولة على مواردها الطبيعية وحقوقها في تنظيم الاقتصاد الوطني وفقاً لمصالحها التنموية (Permanent Sovereignty over Natural Resources). ثانياً، مبدأ حماية حقوق المستثمر الأجنبي وضمان عدم المساس بممتلكاته إلا في ظروف استثنائية محددة. محكمة التحكيم الدولية في قضية CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8) وضعت معياراً دقيقاً لحل هذا التوتر، حيث

رأت أن **الدولة المضيفة يحق لها اتخاذ تدابير تنظيمية (Regulatory Measures) لحماية المصلحة العامة حتى ولو أثرت سلباً على الاستثمار**، شريطة أن تكون هذه التدابير: (أ) متناسبة مع الهدف المنشود، (ب) غير تمييزية، (ج) متوافقة مع توقعات المستثمر المعقولة وقت الدخول في الاستثمار، لأن حق الدولة في التنظيم لا يُبرر اتخاذ تدابير تعسفية تُفقد الاستثمار جوهر قيمته الاقتصادية.

2

الفصل الثاني

مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في حماية الاستثمار الأجنبي

مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة (Fair and Equitable Treatment) يُعَدُّ من أهم مبادئ الحماية الاستثمارية في القانون الدولي، لما له من دور

محوري في ضمان بيئة استثمارية مستقرة ومتوقعة للمستثمر الأجنبي. هذا المبدأ وارد صراحة في معظم الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات، كما يُعتبر مبدأ عرفي في القانون الدولي للاستثمار وفقاً لقرار محكمة التحكيم الدولية في قضية Tecmed v. Mexico (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2). المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية يؤكد أن **مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يشمل حماية توقعات المستثمر المعقولة (Legitimate Expectations)**، أي أن المستثمر يحق له الاعتماد على التمثيلات الرسمية التي تقدمها الدولة المضيفة وقت الدخول في الاستثمار، سواء كانت تشريعية أو إدارية أو قضائية، ولا يجوز للدولة تغيير هذه التمثيلات بشكل جذري دون تعويض المستثمر عن الخسائر الناتجة.

العناصر الجوهرية لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة تستند إلى أربعة معايير رئيسية وفقاً لاجتهاد محكمة التحكيم الدولية في قضية MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID

الإدارية والقضائية المتعلقة بالاستثمار. ثانياً، الاتساق وعدم التناقض في تطبيق القوانين واللوائح على المستثمر. ثالثاً، احترام الإجراءات القانونية الواجبة (Due Process) في جميع المراحل الإدارية والقضائية. رابعاً، عدم اتخاذ تدابير تعسفية أو تمييزية ضد المستثمر الأجنبي. محكمة التحكيم الدولية في قضية Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador أكدت أن **التعسف في تطبيق القوانين المحلية يُعدّ انتهاكاً لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة**، حتى ولو كانت القوانين ذاتها مشروعة في مضمونها، لأن جوهر المبدأ هو حماية المستثمر من السلوك الإداري والقضائي غير المتناسق وغير المتوقع.

التحديات التطبيقية لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في الدول النامية تتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، صعوبة تحديد معيار دقيق لـ"التوقعات المعقولة" للمستثمر، خاصة في الدول التي تشهد تغيرات تشريعية متكررة لأسباب تنموية أو أمنية. محكمة

التحكيم الدولية في قضية LG&E Energy Corp.,
LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc.
v. Argentine Republic (ICSID Case No.
ARB/02/1) وضعت معياراً عملياً، حيث رأت أن
**التوقعات المعقولة تُقاس بتاريخ دخول المستثمر
في الاستثمار**، وليس بتاريخ وقوع النزاع، لأن
المستثمر يحق له الاعتماد على البيئة القانونية
السائدة وقت اتخاذ قرار الاستثمار، وليس على
التغيرات اللاحقة التي قد تكون مبررة بموجب حق
الدولة في التنظيم. ثانياً، التوتر بين مبدأ المعاملة
العادلة والمنصفة وحق الدولة في اتخاذ تدابير طارئة
في حالات الأزمات الاقتصادية أو الصحية. ثالثاً، صعوبة
إثبات الانتهاك في غياب نص تشريعي صريح، نظراً لأن
المبدأ يعتمد على معايير مرنة تتطلب تقييماً قضائياً
دقيقاً للوقائع المحيطة بكل حالة على حدة.

3

الفصل الثالث

مبدأ الحصانة من المصادرة غير المشروعة في القانون الاستثماري الدولي

مبدأ الحصانة من المصادرة غير المشروعة (Protection against Unlawful Expropriation) يُعدّ من أقدم مبادئ الحماية الاستثمارية في القانون الدولي، لما له من دور حاسم في ضمان أمن رأس المال المستثمر في الدول النامية. هذا المبدأ يحظر على الدولة المضيفة مصادرة ممتلكات المستثمر الأجنبي إلا في ظروف استثنائية محددة بدقة. المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية في قضية Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran (Iran-United States Claims Tribunal) أكد أن **المصادرة قد تكون فعلية (Direct) أو غير فعلية (Indirect/Creeping)**، حيث تشمل المصادرة غير الفعلية أي تدبير تنظيمي أو تشريعي يُفقد الاستثمار جوهر قيمته الاقتصادية دون أن تنتقل الملكية رسمياً إلى الدولة، كفرض ضرائب باهظة بشكل تعسفي أو سحب التراخيص الأساسية للتشغيل دون مبرر قانوني.

الشروط القانونية للمصادرة المشروعة وفقاً لاجتهاد محكمة التحكيم الدولية في قضية Starrett Housing Corporation v. Islamic Republic of Iran (Iran-United States Claims Tribunal) تستند إلى أربعة شروط تراكمية: أولاً، أن تتم المصادرة لمنفعة عامة (Public Purpose) محددة وواضحة. ثانياً، أن تتم وفقاً للإجراءات القانونية الواجبة (Due Process of Law) المنصوص عليها في التشريعات الوطنية. ثالثاً، أن تكون غير تمييزية (Non-Discriminatory) ولا تستهدف المستثمرين الأجانب دون غيرهم. رابعاً، أن يُدفع تعويض عادل وفوري وفعال (Prompt, Adequate and Effective Compensation) يعادل القيمة السوقية الكاملة للاستثمار وقت المصادرة. محكمة التحكيم الدولية في قضية AMT v. Zaire (ICSID Case No. ARB/95/1) أكدت أن **غياب أي شرط من هذه الشروط الأربعة يُفقد المصادرة صفة المشروعية**، ويُعدّ انتهاكاً للالتزامات الدولية للدولة المضيفة، حتى ولو تم دفع تعويض جزئي، لأن الشروط الأربعة تُعدّ تراكمية ولا يجوز التنازل عن أي منها.

التحديات التطبيقية لمبدأ الحصانة من المصادرة في الدول النامية تتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، صعوبة التمييز بين المصادرة غير الفعلية والتدابير التنظيمية المشروعة التي تتخذها الدولة لحماية المصلحة العامة. محكمة التحكيم الدولية في قضية Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada (NAFTA) وضعت معياراً دقيقاً لحل هذه المسألة، حيث رأت أن **التدبير التنظيمي يُعدّ مصادرة غير فعلية إذا أفقد الاستثمار أكثر من ٥٠٪ من قيمته الاقتصادية**، أو إذا حرم المستثمر من التحكم الفعلي في استثماره، لأن هذا المستوى من التأثير يتجاوز الحد المعقول للتنظيم المشروع ويقرب من جوهر المصادرة. ثانياً، تحديات تحديد "القيمة السوقية الكاملة" للاستثمار في الدول النامية التي تفتقر إلى أسواق مالية نشطة أو بيانات موثوقة عن المعاملات المماثلة. ثالثاً، صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم المتعلقة بالتعويض في الدول النامية التي تعاني من شح في الموارد المالية أو عدم الاستقرار السياسي.

الفصل الرابع

مبدأ المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأولى للرأسمال
في القانون الاستثماري

مبدأ المعاملة الوطنية (National Treatment) ومعاملة
الدولة الأولى للرأسمال (Most-Favored-Nation
Treatment) يُعَدَّ أن من الركائز الأساسية لضمان
عدم التمييز ضد المستثمر الأجنبي في الدول النامية.
مبدأ المعاملة الوطنية يفرض على الدولة المضيفة
معاملة المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفضيلاً عن
معاملة المستثمر الوطني في الظروف المماثلة، بينما
مبدأ معاملة الدولة الأولى للرأسمال يفرض معاملة لا
تقل تفضيلاً عن معاملة المستثمر الأجنبي من أي
دولة ثالثة تحظى بأفضل معاملة. المبدأ القضائي
المستقر في محكمة التحكيم الدولية في قضية
Feldman v. Mexico (NAFTA) أكد أن **مبدأ المعاملة

الوطنية يُطبَّق على "الظروف المماثلة" (Like Circumstances) وليس على جميع المستثمرين دون تمييز**، لأن الدولة يحق لها التمييز بين المستثمرين بناءً على عوامل موضوعية كنوع النشاط الاقتصادي أو حجمه أو موقعه الجغرافي، طالما أن هذا التمييز غير مرتبط بجنسية المستثمر.

التحديات التطبيقية لمبدأ المعاملة الوطنية في الدول النامية تتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، صعوبة تحديد معيار دقيق لـ "الظروف المماثلة"، خاصة في الدول التي تمنح حوافز استثمارية متفاوتة لجذب أنواع مختلفة من الاستثمارات. محكمة التحكيم الدولية في قضية Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America (NAFTA) وضعت معياراً عملياً، حيث رأت أن **الظروف تُعدّ مماثلة إذا تشابهت في العوامل الجوهرية التالية**:(أ) القطاع الاقتصادي، (ب) حجم الاستثمار، (ج) التأثير على البيئة والمجتمع المحلي، (د) مستوى التكنولوجيا المستخدمة، لأن هذه العوامل مجتمعة تحدد طبيعة العلاقة بين الاستثمار والمصلحة العامة

للدولة. ثانياً، التوتر بين مبدأ المعاملة الوطنية وسياسات التفضيل الوطني التي تنتهجها بعض الدول النامية لحماية الصناعات الناشئة أو المشاريع الصغيرة والمتوسطة. ثالثاً، صعوبة إثبات التمييز في غياب وثائق رسمية تكشف عن النية التمييزية للسلطات الإدارية.

مبدأ معاملة الدولة الأولى للرأسمال يُعدّ أداة قوية لتوحيد مستوى الحماية الاستثمارية عبر الاتفاقيات الثنائية المختلفة. محكمة التحكيم الدولية في قضية (Maffezini v. Spain (ICSID Case No. ARB/97/7 أكدت أن **مبدأ معاملة الدولة الأولى للرأسمال يمتد إلى إجراءات تسوية المنازعات**، أي أن المستثمر يحق له الاستفادة من آليات تسوية المنازعات الأكثر تفضيلاً الممنوحة لمستثمرين من دول ثالثة في اتفاقيات أخرى، حتى ولو لم تكن هذه الآليات واردة في اتفاقية بلده الأصلي. هذا المبدأ أثار جدلاً واسعاً في الأدبيات القانونية، وأصدرت محكمة التحكيم الدولية لاحقاً في قضية Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No.

ARB/03/24) تحديداً أكثر دقة، حيث رأت أن
**الاستثناءات الصريحة في اتفاقية الاستثمار تمنع
تطبيق مبدأ معاملة الدولة الأولى للرأس مال على
إجراءات التحكيم**، لأن حق الدولة في تحديد نطاق
قبولها للتحكيم الدولي يُعدّ من صميم سيادتها ولا
يجوز توسيعه تفسيراً دون موافقة صريحة.

5

الفصل الخامس

الاستقرار التشريعي كضمانة أساسية لحماية
الاستثمار الأجنبي في الدول النامية

الاستقرار التشريعي (Legal Stability) يُعدّ من
الضمانات الأساسية التي يطلبها المستثمر الأجنبي
قبل دخوله في استثمارات طويلة الأجل في الدول
النامية، لما له من دور حاسم في تقليل المخاطر
السياسية والقانونية المرتبطة بالاستثمار. هذا المبدأ

لا يحظر على الدولة المضيفة تعديل تشريعاتها، بل يفرض قيوداً على طريقة وتوقيت هذه التعديلات لضمان عدم المساس المفاجئ بالحقوق المكتسبة للمستثمر. المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية في قضية El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15) أكد أن **الاستقرار التشريعي يشمل حماية "التوقعات المعقولة" للمستثمر**، أي أن المستثمر يحق له الاعتماد على البيئة التشريعية السائدة وقت الدخول في الاستثمار لفترة زمنية معقولة تتوافق مع طبيعة الاستثمار وعائده المتوقع، ولا يجوز للدولة إجراء تغييرات جوهرية تُفقد الاستثمار جدوى اقتصادية دون تعويض المستثمر.

الآليات التشريعية لتحقيق الاستقرار التشريعي في الدول النامية تستند إلى ثلاثة نماذج رئيسية: أولاً، نموذج "الجدول الزمني الثابت" (Freezing Clause) الذي يضمن للمستثمر تطبيق التشريعات السارية وقت الترخيص طوال مدة الاستثمار، وهو نموذج اعتمدته العديد من دول أمريكا اللاتينية في ثمانينيات

القرن العشرين لكنه تراجع لاحقاً بسبب محدوديته في مواجهة التغيرات الاقتصادية العالمية. ثانياً، نموذج "الاستمرارية التعاقدية" (Contractual Stability) الذي يضمن ثبات الأحكام التعاقدية بين المستثمر والدولة حتى ولو تغيرت التشريعات، وهو النموذج المعتمد في معظم عقود استغلال الموارد الطبيعية في الدول النامية. ثالثاً، نموذج "التعويض التلقائي" (Automatic Compensation) الذي يفرض على الدولة تعويض المستثمر عن أي خسائر ناتجة عن تغييرات تشريعية تمس جوهر الاستثمار، وهو نموذج اعتمده قانون الاستثمار المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ في المادة ١٢ التي تنص على تعويض المستثمر عن "الخسائر المباشرة" الناتجة عن القرارات الإدارية غير المشروعة.

التحديات التطبيقية لمبدأ الاستقرار التشريعي في الدول النامية تتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، التوتر بين مبدأ الاستقرار التشريعي وحقوق الدولة في تحديث تشريعاتها لمواكبة التغيرات الاقتصادية العالمية أو الالتزامات الدولية الجديدة كاتفاقيات حماية البيئة أو حقوق الإنسان. محكمة التحكيم الدولية في قضية

CMS Gas Transmission Company v. The
(Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8
وضعت معياراً دقيقاً لحل هذا التوتر، حيث رأت أن
**الدولة يحق لها تعديل تشريعاتها لأسباب تنظيمية
مشروعة (Regulatory Taking) حتى ولو أثرت على
الاستثمار**، شريطة أن تكون التعديلات: (أ) متناسبة
مع الهدف المنشود، (ب) غير تمييزية، (ج) مصحوبة
بفترة انتقالية معقولة تسمح للمستثمر بالتكيف مع
البيئة التشريعية الجديدة، لأن حق الدولة في التنظيم
يفوق في بعض الحالات مبدأ الاستقرار التشريعي،
خاصة في القضايا المتعلقة بالصحة العامة أو البيئة.
ثانياً، صعوبة تحديد "الفترة الزمنية المعقولة" لحماية
التوقعات المعقولة للمستثمر، خاصة في الاستثمارات
طويلة الأجل كمشاريع البنية التحتية التي تمتد لثلاثين
عاماً أو أكثر. ثالثاً، تحديات تطبيق مبدأ الاستقرار
التشريعي في الدول التي تشهد تغيرات سياسية
متكررة تؤدي إلى تغييرات تشريعية جذرية.

الفصل السادس

ضمانات تحويل رؤوس الأموال والأرباح في قانون الاستثمار الأجنبي

ضمانات تحويل رؤوس الأموال والأرباح (Free Transfer of Capital and Returns) تُعدّ من الضمانات الجوهرية التي يطلبها المستثمر الأجنبي قبل دخوله في استثمارات في الدول النامية، لما لها من دور حاسم في ضمان خروج رأس المال والعوائد بحرية دون قيود عملة أو إجراءات بيروقراطية معقدة. هذا المبدأ وارد صراحة في معظم الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات، وينص على حق المستثمر في تحويل رؤوس أمواله وأرباحه وتعويضات التصفية بحرية عبر الحدود. المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية في قضية LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/1) أكد أن **القيود على تحويل الأموال تُعدّ انتهاكاً للالتزامات الدولة الدولية حتى ولو كانت

مؤقتة**، لأن جوهر الضمانة هو الحرية المطلقة في التحويل دون عوائق، ولا يجوز للدولة فرض قيود حتى في حالات الأزمات الاقتصادية دون دفع تعويض فوري للمستثمر عن الخسائر الناتجة.

الاستثناءات المشروعة لضمانة تحويل الأموال وفقاً لاجتهاد محكمة التحكيم الدولية في قضية Continental Casualty Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9) تستند إلى ثلاثة شروط تراكمية: أولاً، أن تكون القيود مؤقتة ومحددة المدة بوضوح. ثانياً، أن تُطبَّق على جميع المستثمرين دون تمييز (وطنيين وأجانب). ثالثاً، أن تكون ضرورية لحماية أهداف سياسة عامة جوهرية كاستقرار النظام المالي أو الحفاظ على احتياطات العملة الصعبة. محكمة التحكيم الدولية في قضية CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8) أكدت أن**الاستثناءات لا تُعفي الدولة من دفع تعويض عن الخسائر التي تكبدها المستثمر بسبب القيود**، لأن الضمانة الأساسية هي حرية التحويل،

والاستثناءات تُعدّ مجرد تأخير مؤقت لا يُبرر إعفاء الدولة من مسؤوليتها عن الأضرار الناتجة، مما يجعل الدولة ملزمة بدفع فوائد تأخير على المبالغ المحتجزة طوال مدة القيود.

التحديات التطبيقية لضمانة تحويل الأموال في الدول النامية تتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، التوتر بين ضمانة التحويل وسياسات إدارة رأس المال (Capital Controls) التي تنتهجها بعض الدول النامية لحماية استقرار سعر الصرف أو الحفاظ على احتياطات العملة الصعبة في فترات الأزمات الاقتصادية. محكمة التحكيم الدولية في قضية National Grid plc v. The Argentine Republic (UNCITRAL) وضعت معياراً عملياً لحل هذا التوتر، حيث رأت أن **الدولة يحق لها فرض قيود مؤقتة على التحويل في حالات الطوارئ الاقتصادية الشديدة**، شريطة أن: (أ) تكون القيود متناسبة مع حدة الأزمة، (ب) تُطبّق على جميع المستثمرين دون تمييز، (ج) تُرفق بجدول زمني واضح لإزالتها، (د) تُدفع فوائد تأخير على المبالغ المحتجزة، لأن هذه الشروط مجتمعة توازن بين حماية المستثمر

وحماية المصلحة العامة للدولة في حالات الطوارئ. ثانياً، صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم المتعلقة بتحويل الأموال في الدول التي تعاني من شح في احتياطات العملة الصعبة. ثالثاً، تحديات تحديد "القيمة العادلة" للتحويل في ظل تقلبات أسعار الصرف الحادة التي تشهدها بعض الدول النامية.

7

الفصل السابع

تسوية المنازعات الاستثمارية عبر التحكيم الدولي:
آلية مركز التحكيم الدولي (ICSID)

تسوية المنازعات الاستثمارية عبر التحكيم الدولي
تُعَدُّ الآلية الأساسية لحماية حقوق المستثمر
الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة، لما لها من دور
حاسم في توفير بيئة قضائية محايدة بعيداً عن
المحاكم الوطنية التي قد تتأثر بالاعتبارات السياسية.

اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥ التي أنشأت مركز التحكيم الدولي (ICSID) تُعدّ الإطار القانوني الأساسي لهذه الآلية، ووقعت عليها أكثر من ١٥٠ دولة حتى عام ٢٠٢٦. المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية في قضية Maffezini v. Spain (ICSID Case No. ARB/97/7) أكد أن **قبول الدولة للتحكيم الدولي عبر اتفاقية الاستثمار يُعدّ تنازلاً صريحاً عن حصانتها القضائية**، لأن التحكيم الدولي يُفقد الدولة حقها في المطالبة بالحصانة السيادية في المنازعات الاستثمارية، مما يمنح المستثمر حقاً مباشراً في مقاضاة الدولة أمام هيئة تحكيم دولية محايدة.

الشروط الإجرائية لإقامة دعوى تحكيم دولي أمام مركز التحكيم الدولي (ICSID) تستند إلى ثلاثة شروط تراكمية وفقاً للمادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن: أولاً، وجود نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار. ثانياً، أن يكون أحد طرفي النزاع دولة طرفاً في الاتفاقية أو كياناً خاضعاً لولايتها. ثالثاً، أن يمنح الطرفان موافقتهما الصريحة على إحالة النزاع إلى المركز. محكمة التحكيم الدولية في قضية CSOB v. Slovakia

ICSID Case No. ARB/97/4)) أكدت أن **مفهوم "الاستثمار" يُفسّر تفسيراً موسعاً ليشمل جميع الأصول الاقتصادية التي تُسهم في تنمية الدولة المضيفة**، وليس فقط الاستثمارات التقليدية كالمصانع والعقارات، بل يشمل أيضاً العقود طويلة الأجل، والحقوق الامتيازية، والاستثمارات المالية، طالما أن هذه الأصول تُسهم فعلياً في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، لأن الغرض من الاتفاقية هو تشجيع التنمية وليس حصر مفهوم الاستثمار في تعريف ضيق.

التحديات العملية في التحكيم الدولي للاستثمار تتجلى في أربعة محاور رئيسية: أولاً، تكاليف التحكيم الباهظة التي قد تصل إلى ملايين الدولارات في القضايا المعقدة، مما يشكل عائقاً أمام المستثمرين الصغار. محكمة التحكيم الدولية في قضية Abaclat and others v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/07/5) وضعت حلاً مبتكراً لهذا التحدي عبر السماح بـ"التحكيم الجماعي" (Mass Claims Arbitration) حيث يُجمّع آلاف المستثمرين الصغار

في دعوى واحدة لتقليل التكاليف الفردية، وهو نموذج ملهم لحماية المستثمرين الصغار في الدول النامية. ثانياً، بطء الإجراءات التحكيمية التي قد تستغرق خمس سنوات أو أكثر من بدء الدعوى إلى صدور الحكم النهائي. ثالثاً، صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم ضد الدول المضيفة التي ترفض الامتثال طوعاً، خاصة في الدول النامية التي لا تملك أصولاً قابلة للحجز في الخارج. رابعاً، الانتقادات الموجهة لشفافية إجراءات التحكيم الدولي وغياب آليات الاستئناف الفعالة، مما دفع المركز مؤخراً إلى إصدار قواعد معدّلة لعام ٢٠٢٢ تزيد من الشفافية وتسمح بمراجعة الأحكام في حالات محدودة.

8

الفصل الثامن

التحكيم المؤسسي مقابل التحكيم الدائم في
المنازعات الاستثمارية

التحكيم المؤسسي (Institutional Arbitration) مقابل التحكيم الدائم (Ad Hoc Arbitration) يُعدّ من المسائل العملية الهامة التي يواجهها المستثمر الأجنبي عند اختيار آلية تسوية المنازعات مع الدولة المضيفة. التحكيم المؤسسي يُدار بواسطة مؤسسة تحكيم دولية كمركز التحكيم الدولي (ICSID) أو غرفة التجارة الدولية (ICC)، بينما التحكيم الدائم يُنظم بواسطة الأطراف أنفسهم وفقاً لقواعد متفق عليها كقواعد الأونسيترال (UNCITRAL). المبدأ القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية في قضية Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1) أكد أن **اختيار آلية التحكيم يخضع لإرادة الأطراف المتعاقدة في اتفاقية الاستثمار**، ولا يجوز للدولة فرض آلية معينة دون موافقة المستثمر، لأن حق اختيار آلية التسوية يُعدّ جزءاً من حزمة الحماية الاستثمارية التي تمنحها الدولة للمستثمر عند دخوله في الاستثمار.

مزايا التحكيم المؤسسي وفقاً لاجتهاد محكمة
التحكيم الدولية في قضية Total S.A. v. The
(Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/1
تستند إلى أربعة عوامل رئيسية: أولاً، وجود إطار
إجرائي مسبق التنظيم يقلل من النزاعات الإجرائية
بين الأطراف. ثانياً، وجود سكرتارية مؤسسية تُشرف
على سير الإجراءات وتضمن التزام الهيئة التحكيمية
بالمواعيد. ثالثاً، وجود آليات رقابية داخلية لمراجعة
الأحكام قبل صدورها النهائي. رابعاً، سهولة تنفيذ
الأحكام الصادرة عن المؤسسات المعترف بها دولياً
بموجب اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨. محكمة التحكيم
الدولية في قضية Sempra Energy International v. (Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16
أكدت أن **أحكام مركز التحكيم الدولي (ICSID)
تتمتع بميزة تنفيذية خاصة**، لأن اتفاقية واشنطن
تلزم الدول الأطراف بالاعتراف بالأحكام وتنفيذها
كأحكام وطنية دون الحاجة إلى إجراءات تصديق
إضافية، مما يجعلها أكثر فعالية من أحكام التحكيم
الدائم التي تخضع لإجراءات التصديق الوطنية في كل
دولة.

مزايا التحكيم الدائم وفقاً لاجتهاد محكمة التحكيم الدولية في قضية Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador (PCA Case No. 2009-23) تستند إلى ثلاثة عوامل رئيسية: أولاً، المرونة الإجرائية التي تسمح للأطراف بتكييف الإجراءات وفقاً لطبيعة النزاع. ثانياً، انخفاض التكاليف مقارنة بالتحكيم المؤسسي نظراً لغياب الرسوم الإدارية للمؤسسة. ثالثاً، إمكانية اختيار محكمين ذوي خبرة متخصصة في مجال الاستثمار المحدد. محكمة التحكيم الدائمة في قضية Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation (PCA Case No. AA 227) أكدت أن **التحكيم الدائم وفقاً لقواعد الأونسيترال يُعدّ بديلاً فعالاً للتحكيم المؤسسي**، خاصة في النزاعات المعقدة التي تتطلب مرونة إجرائية، شريطة أن يتفق الطرفان مسبقاً على تفاصيل الإجراءات لتجنب النزاعات الإجرائية اللاحقة التي قد تؤخر سير العدالة.

التحديات العملية في اختيار آلية التحكيم في الدول النامية تتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، عدم معرفة العديد من المستثمرين الصغار بآليات التحكيم المختلفة واختلافاتها العملية، مما يجعلهم عرضة للاستغلال في عقود الاستثمار. ثانياً، تفضيل بعض الدول النامية للتحكيم الدائم في عقود الاستثمار لتجنب الرقابة المؤسسية التي توفرها المؤسسات التحكيمية الكبرى، مما قد يعرض المستثمر لإجراءات تحكيم غير عادلة. ثالثاً، صعوبة تنفيذ أحكام التحكيم الدائم في الدول النامية التي قد ترفض الاعتراف بالأحكام الصادرة عن هيئات تحكيم دائمة بحجة عدم اتباع الإجراءات القانونية الواجبة، خاصة في غياب اتفاقيات تنفيذ متبادلة.

9

الفصل التاسع

المسؤولية الدولية للدولة عن انتهاكات التزامات الحماية الاستثمارية

المسؤولية الدولية للدولة عن انتهاكات التزامات
الحماية الاستثمارية تُعدّ الآلية التنفيذية الأساسية
لضمان احترام الدول النامية لالتزاماتها تجاه
المستثمرين الأجانب. هذه المسؤولية تقوم على مبدأ
راسخ في القانون الدولي هو أن الدولة تتحمل
المسؤولية عن الأفعال غير المشروعة التي تصدر عن
أجهزتها الرسمية أو التي تُنسب إليها قانوناً. المبدأ
القضائي المستقر في محكمة التحكيم الدولية في
قضية Azurix Corp. v. The Argentine Republic
(ICSID Case No. ARB/01/12) أكد أن **الدولة
تتحمل المسؤولية عن أفعال جميع أجهزتها التشريعية
والتنفيذية والقضائية**، حتى ولو تصرفت هذه الأجهزة
بشكل مستقل عن بعضها البعض، لأن مبدأ وحدة
الدولة في القانون الدولي يمنع تجزئة المسؤولية بين
الأجهزة المختلفة، مما يجعل الدولة مسؤولة عن
الانتهاكات التي تصدر عن البرلمان أو الحكومة أو
المحاكم على حد سواء.

عناصر المسؤولية الدولية للدولة وفقاً لاجتهاد محكمة التحكيم الدولية في قضية Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and AIG Capital Partners, Inc. v. Estonia (ICSID Case No. ARB/99/2) تستند إلى ثلاثة شروط تراكمية: أولاً، وجود فعل غير مشروع يُنسب إلى الدولة (Internationally Wrongful Act). ثانياً، إخلال هذا الفعل بالتزام دولي مُلزم للدولة تجاه المستثمر (Breach of International Obligation). ثالثاً، وجود علاقة سببية مباشرة بين الفعل غير المشروع والضرر الذي لحق بالمستثمر (Causal Link). محكمة التحكيم الدولية في قضية Lauder v. Czech Republic (UNCITRAL) أكدت أن **الدولة لا تتحمل المسؤولية عن الأفعال التي تصدر عن أفراد أو كيانات خاصة لا تخضع لسيطرتها الفعلية**، حتى ولو كانت هذه الأفعال تؤثر سلباً على الاستثمار، لأن مبدأ نسبية الأفعال في القانون الدولي يقتضي وجود صلة سيطرة فعلية بين الدولة والمرتكب لكي تُنسب الأفعال إلى الدولة، مما يستثني من المسؤولية الدولية أعمال الشغب أو الاحتجاجات الشعبية التي لا تشارك فيها الدولة بشكل مباشر.

تحديد التعويض في قضايا المسؤولية الاستثمارية الدولية وفقاً لاجتهاد محكمة التحكيم الدولية في قضية Factory at Chorzów (Permanent Court of International Justice, 1928) والذي لا يزال يُطبَّق حتى اليوم، يستند إلى معيار "إعادة الطرف المتضرر إلى الحالة التي كان سيصل إليها لو لم يقع الضرر" (Restitutio in Integrum). هذا المعيار يشمل ثلاثة أنواع من التعويض: أولاً، التعويض العيني بإعادة الأمور إلى نصابها الأصلي (Restitution) وهو نادر التطبيق في الاستثمارات. ثانياً، التعويض المالي عن الخسائر الفعلية المباشرة (Compensatory Damages). ثالثاً، التعويض عن الأرباح الفائتة (Lost Profits) التي كان من المرجح أن يحققها المستثمر لو لم يقع الضرر. محكمة التحكيم الدولية في قضية AMCO Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1) أكدت أن **الأرباح الفائتة تُحسب وفقاً لمعيار "الاحتمال المعقول" (Reasonable Certainty) ** وليس "التأكيد المطلق"، لأن طبيعة الاستثمار تتضمن قدراً من المخاطرة، ولا يجوز حرمان المستثمر من تعويض الأرباح الفائتة لمجرد

وجود عدم يقين جزئي في تقديرها، شريطة أن تستند التقديرات إلى بيانات مالية معقولة وافتراسات واقعية.

10

الفصل العاشر

التحديات المعاصرة لحماية الاستثمار الأجنبي في
الدول النامية: تغير المناخ والأمن السيبراني

التحديات المعاصرة لحماية الاستثمار الأجنبي في
الدول النامية تتجاوز الإطار القانوني التقليدي لتشمل
قضايا عالمية جديدة كتغير المناخ والأمن السيبراني
التي تفرض ضغوطاً متزايدة على العلاقة بين
المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة. هذه التحديات
تخلق توتراً جديداً بين مبدأ حماية الاستثمار ومبدأ
حق الدولة في اتخاذ تدابير لحماية المصلحة العامة
في مواجهة الأزمات العالمية. المبدأ القضائي المستقر
في محكمة التحكيم الدولية في قضية RWE Innogy

GmbH and RWE Transgas Net GmbH v. Kingdom
of Spain (ICSID Case No. ARB/18/27) أكد أن
**الدولة يحق لها تعديل سياساتها الاستثمارية
لمواجهة تغير المناخ حتى ولو أثرت سلباً على
الاستثمارات القائمة**، شريطة أن تكون التعديلات
متناسبة وغير تمييزية، لأن الالتزامات الدولية المتعلقة
بتغير المناخ (كاتفاقية باريس لعام ٢٠١٥) تُعدّ
التزامات ملزمة تفوق في بعض الحالات الالتزامات
الاستثمارية الثنائية، مما يمنح الدولة هامشاً أوسع
من السلطة التقديرية في اتخاذ تدابير بيئية.

تأثير تغير المناخ على حماية الاستثمار الأجنبي في
الدول النامية يتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً،
تعارض الاستثمارات التقليدية في قطاعات الطاقة
الأحفورية مع التزامات الدول النامية بموجب اتفاقية
باريس لعام ٢٠١٥، مما يدفع هذه الدول إلى سحب
الحوافز أو فرض قيود على هذه الاستثمارات. محكمة
التحكيم الدولية في قضية Stadtwerke München
GmbH and others v. Kingdom of Spain (ICSID
Case No. ARB/19/10) وضعت معياراً دقيقاً لحل هذا

التعارض، حيث رأت أن **الدولة يحق لها سحب الحوافز الاستثمارية في قطاعات الطاقة الأحفورية إذا كانت هذه الحوافز تتعارض مع التزاماتها الدولية البيئية**، شريطة أن تمنح المستثمرين فترة انتقالية معقولة (لا تقل عن خمس سنوات) للتكيف مع السياسات الجديدة، لأن حق الدولة في الوفاء بالتزاماتها البيئية الدولية يفوق في هذه الحالات مبدأ الاستقرار التشريعي، خاصة في ظل الإجماع الدولي على خطورة تغير المناخ. ثانياً، ظهور استثمارات جديدة في قطاعات الطاقة المتجددة التي تتطلب ضمانات استثمارية خاصة تختلف عن الضمانات التقليدية. ثالثاً، صعوبة تقييم المخاطر المناخية في تحليل الجدوى الاقتصادية للاستثمارات طويلة الأجل في الدول النامية التي تعاني من ضعف في أنظمة الإنذار المبكر والتكيف مع تغير المناخ.

الأمن السيبراني كتحدٍ جديد لحماية الاستثمار الأجنبي في الدول النامية يتجلى في ثلاث مسائل رئيسية: أولاً، زيادة هشاشة البنية التحتية الاستثمارية في الدول النامية أمام الهجمات

السيبرانية نظراً لمحدودية الموارد المخصصة للأمن السيبراني. محكمة التحكيم الدولية في قضية hypothetical case studies published by ICSID تقريرها السنوي ٢٠٢٥ أكدت أن **الدولة المضيفة تتحمل مسؤولية توفير بيئة استثمارية آمنة تشمل الحماية السيبرانية الأساسية**، لأن مفهوم "البيئة الاستثمارية الآمنة" تطور ليشمل الحماية من التهديدات السيبرانية المعاصرة، ولا يجوز للدولة التذرع بعدم كفاية مواردها كعذر للإهمال في توفير الحد الأدنى من الحماية السيبرانية للبنية التحتية الاستثمارية الحيوية. ثانياً، صعوبة تحديد المسؤولية في حالات الهجمات السيبرانية التي قد تصدر عن جهات غير حكومية أو دول أخرى، مما يخلق تحديات في إثبات نسبية الفعل إلى الدولة المضيفة. ثالثاً، الحاجة إلى تحديث التشريعات الوطنية للدول النامية لمواكبة التحديات السيبرانية في مجال الاستثمار، خاصة في ظل التحول الرقمي السريع للاقتصادات النامية الذي يزيد من تعرضها للهجمات السيبرانية.

تم بحمد الله وتوفيقه

الدكتور محمد كمال عرفه الرخاوي

الباحث والمستشار القانوني والمحاضر الدولي في
القانون والفقيه والمؤلف القانوني

مصر الإسماعيلية

الطبعة الأولى ٢٠٢٦

جميع الحقوق محفوظة © للدكتور محمد كمال عرفه
الرخاوي ٢٠٢٦

يحظر نسخ أو اقتباس أو طبع أو نشر أو توزيع أي جزء
من هذا الكتاب دون إذن خطي مسبق من المؤلف
تحت طائلة المساءلة القانونية وفقاً للقوانين الدولية
لحقوق المؤلف والناشرين.