حماية ملكية مشروع الاستثمار الاجنبي من خطر نزع الملكية الزاحفة في اقليم كوردستان -العراق

ID No. 1497

(PP 52 - 77)

https://doi.org/10.21271/ZJlP.22.36.3

أ.م. د. طالب برايم سليمان
قسم القانون، فاكلتي القانون والعلوم السياسية والادارة، جامعة سوران
talib.sulaiman@soran.edu.iq

الاستلام: 2023/09/07

القــبول: 2023/10/23

النـــــشر: 2024/06/02

ملخص

إن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة للاستثمار والذي قد يؤدي إلى عزوفه عن قرار الاستثمار هو إجراء نزع ملكية مشروعه الاستثماري ، وهذا الاجراء وإن كان مشروعاً في ذاته إذا توافر فيه شروط معينة من تحقيق لمقتضيات المنفعة العامة، واتخاذه بصورة غير تمييزية وفقاً للاصول القانونية، إلا أنه يحمل في طياته من أهم العوامل الطاردة للاستثمار الاجنبي، ويعد من أهم المخاطر التي يسعى المستثمر لضمان عدم تحققها، لذلك فإن النظام القانوني المشجع للاستثمار الأجنبي لا يتمثل بضرورة زيادة المزايا والحقوق للمستثمرين الأجانب، بقدر نَّصه على التقليل من احتمالات هذا الخطر، وتجدر الاشارة إلى أن الدول المضيفة في الآونة الاخيرة لا يلجئون إلى هذا الخطر حفاظاً على سمعتها الاقتصاديه داخل منظومة الاقتصاد العالمي، إنما إلى نزع الملكية الزاحفة الذي أوجده العرف الدولي وترسخ في التنظيمات الدولية للاستثمار، وتتمثل ذلك في قيام الدولة المضيفة للاستثمار بإتخاذ الإجراءات التي لا يمكن وصفها بنظم نزع الملكية بصورتها المباشرة، إلا أنها وبصورة تدريجية وبشكل غير مباشر في نهاية المطاف ستؤدي إلى نفس نتيجة نزع الملكية المباشر، وبما ان قانون الاستثمار في اقليم كوردستان العراق رقم (4) لسنة 2006 لم يحمل في طياته ضمان ملكية المشروع الاستثماري من هذا الخطر رغم أهميته بالنسبة للمستثمر الاجنبي خصوصاً أن هذا الأخير لم يغطي بالحماية القانونية من هذا الخطر خلال الضمانات الاتفاقية المتمثلة باتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار بين دولة المستثمر الأجنبي المصدرة للاستثمار والاقليم، وعلى ذلك فإن هذا البحث سيكرس الجهد لتسليط الضوء على هذا النوع من نزع الملكية، وتوضيح معالمه، وسبل الحماية منه على أمل أن يأخذ به المشرع الكوردستاني في مشروع قانونه الجديد للاستثمار.

الكلمات الدالة : الاستثمار، الضمانات، نزع الملكية الزاحفة، التعويض، التأثير الضار.

مقدمه

أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث:

لاجدال في أن حق الملكية يعد من الحقوق الأساسية التي تقتضيها الفطرة السليمة للانسان، وعلى ذلك ينبغي أن يحترم ويصان[1]، ويمنع أي تجاوز عليه، ومن هذا المنطلق تسمح العديد من الدول للأجنبي بتمليك المشاريع الاستثمارية في أقاليمها على وفق ما تقرره من نظام قانوني، وبالتالي يكون للأجنبي اكتساب حق لابد من صونه، فاحترام الحق المكتسب هو أحد المباديء المعروفة التي كفلها المواثيق الدولية[2]، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية الدولة بما تملكه من سلطة عامة من تجريد الأجنبي من هذا الحق، بل يجوز لها وطبقاً لقواعد القانون الدولي أن تتدخل في ملكية الأجنبي من خلال النظم والأدوات القانونية، بما يحقق منفعتها العامة ومصالحها الوطنية، وهو ما يدعي بنزع الملكية المباشر، وهذا النزع يمكن أن يقع في إطار نظم مختلفة: كنزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميم، والاستيلاء المؤقت، وفرض الحراسة، وتعد هذه النظم من أهم المخاطر التي تتعرض لها ملكية المشروع الاستثماري، بيد أن هذا الجهد لا تخوض في ثنايا هذه النظم لانها أصبحت من الصور التقليدية للنزع الملكية التي أشبعه الباحثون منها دراسةً، ولكن الذي يهمنا في هذا المقام ذكره هي صورة أخرى والتي أوجدها العرف الدولي وترسخت في التنظيمات الدولية ونظم ضمان الاستثمار، ولم يكن أوفر حظاً عند متناول الفقه بالبحث والتحليل والتقويم، وتتمثل ذلك في قيام الدولة المضيفة للاستثمار بإتخاذ الإجراءات التي لا يمكن وصفها بنظم نزع الملكية بصورها التقليدية، إلا أنها وبصورة تدريجية وبشكل غير مباشر في نهاية المطاف ستؤدي إلى نفس نتيجة نزع الملكية المباشر من تقييد سيطرة المستثمر الأجنبي على ممتلكاته واستغلالها، وحرمانه من سلطاته الجوهرية على استثماره، والتي تحول دون تحقق مكاسبه المتوقعة، وقد أطلق الفقه الدولي على هذا النوع من النزع تسمية "نزع الملكية الزاحفة"[3]، عليه فإن هذا الجهد سيسلط الضوء على الموضوع المكتنف للغموض من حيث بيان ماهيته وصوره وتمييزه عن الأوضاع المشابه ووسائل الحماية منه، والتي تعد بالنسبة للمستثمر الاجنبي ضمانة مهمة من ضمانات تشجيع الاستثمار.

---

[1] من مباديء محكمة التمييز الاتحادية "ان الملكية الخاصة مصونة بالدستور" ينظر قرار رقم 134 الصادر بتاريخ (20-5-2019) والمتاح على العنوان التالي :

<https://www.sjc.iq/qview.2458/> last visited (10-7-2023).

[2] حيث تجدر الاشارة إلى أن أغلبية المواثيق الدولية أجمعت على أن يكون لحق الملكية الخاصة احترام وقداسة، وأن يحظى بالحماية والضمان من كل اعتداء، سواء أكانت جهة المعتدي فرداً أم دولةً، ومن هذه المواثيق علي سبيل المثال: فقد نصت المادة (17) من إعلان حقوق الانسان والمواطن الفرنسي الصادر في (26-8-1789) على أنه: "حق الملكية مقدس ومصون، ولا يجوز حرمان أحد منه إلا لضرورة تقتضيها المصلحة العامة، ويحدد بقانون وبشرط تعويض عادل يدفع إليه مقدماً"، كما وأكد الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر في (1948/12/10) وفي المادة (2/17) على أنه: "لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً"، وايضاً تناولت في المادة (1) من البروتوكول الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الانسان والحريات الأساسية الصادر في (1952/3/20) على أنه: "لكل شخص طبيعي أو معنوي حق الانتفاع بممتلكاته، ولايجرد أي شخص من ممتلكاته، إلا إذا كان في ذلك تحقيق للصالح العام، ومع مراعاة الشروط المنصوص عليها في القانون والمباديء العامة للقانون الدولي"، لتفصيل أكثر ينظر: محمد سليم محمد أمين، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة السليمانية، 2011.، ص ص، 21-22.

[3] وله تسميات أخرى كنزع الملكية التدريجي ونزع الملكية المقنعة، وفي الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية المعروف بـ (نزع ملكية بصورة غير مباشرة indirectly expropriation).

ثانياً: مشكلة البحث:

أصبح الاستثمار الأجنبي محوراً أساسياً في سياسات الاقتصادية لمختلف دول العالم سواء أكانت دول متقدمة أو دول نامية، وبعد أن كان ينظر إليه سابقاً من قبل الدول النامية على أنه آلية تنفيذ للهيمنة الأجنبية على قرارها السياسي، بيد أن هذه النظرة تراجعت بعدما ثبت أهمية هذا الاستثمار الذي يعد كوسيلة مثلى لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية والخبرة الفنية والتكنولوجية إلى الدول المضيفة، بل وتتسابق الدول والأقاليم لحصاد أكبر قدر منها، بيد أن اجتذاب مثل هذه الأموال ليس بأمر هين، بل يتطلب الجهود والمثابرة من أجل تهيئة المناخ الاستثماري الملائم، ويعد ضمان المستثمر من خطر نزع الملكية من أهم الضمانات التي تعطي للمشروع الاستثماري في الدولة المضيفة، لأن ما يهمه المستثمر في المقام الأول هو حماية ملكية مشروعه الاستثماري قبل التفكير بالعوائد المتوقعة، وأكثر ما يخشاه المستثمر هو نزع الملكية الزاحفة لمشروعه الاستثماري لأن الدولة المضيفة في العادة قد تلجأ إلى هذا النزع الأخير حفاظاً على سمعته الاقتصادية داخل منظومة الاقتصاد العالمي، وتأتي مشكلة هذه البحث في أن إقليم كوردستان العراق دخل حلبة تنافس من أجل اجتذاب الاستثمار الأجنبي خلال إصداره قانون الاستثمار رقم (4) لسنة 2006 والذي يتضمن حزمة من الضمانات والحوافز المغرية لحماية وجذب وتوطين المشاريع الاستثمارية بالنسبة للاجنبي، ولكن يلاحظ على القانون أنه لم يتناول ضمان ملكية المشروع الاستثماري من خطر نزع الملكية الزاحفة رغم أهميته بالنسبة للمستثمر الأجنبي خصوصاً أن هذا الأخير لم يغطي بالحماية القانونية من هذا الخطر خلال الضمانات الاتفاقية المتمثلة باتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار بين دولة المستثمر الاجنبي المصدرة للاستثمار والاقليم، لأن إبرام مثل هذه الاتفاقيات تدخل في صميم الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية في العراق استناداً للمادة (110/أولاً) من الدستور العراقي النافذ، وإن غياب هذه الضمانة بهذا الشكل في نظرنا تعد نقصاً ملحوظاً في قانون الاستثمار الكوردستاني، وحجر عثرة أمام تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى الاقليم، وعلى ذلك فإن هذا البحث سيكرس الجهد لتسليط الضوء على هذا النوع من نزع الملكية، وتوضيح معالمه، وسبل الحماية منه على أمل من أن يأخذ به المشرع الكوردستاني في مشروع قانونه الجديد للاستثمار[1].

ثالثاً: أهداف البحث:

للبحث أهداف عديدة منها:

1- بيان ماهية نزع الملكية الزاحفة من حيث تحديد مفهومه وتمييزه عما يشتبه به من أوضاع قانونية.
2- دراسة صور خطر نزع الملكية الزاحفة في التطبيقات القضائية، والآراء الفقهية، والنصوص التشريعية، والولوج إلى معايير تحديد إجراء خطر نزع الملكية الزاحفة طبقاً لما تبنتها القرارات التحكيمية.
3- الاطلاع على الضمانات القانونية المتاحة للمستثمر الأجنبي لمواجهة هذا الخطر في التشريعات الداخلية، والاتفاقيات الثنائية، وكيفية التعويض عنه.

رابعاً: منهجية البحث:

لكتابة هذا البحث نعتمد على المنهج التحليلي الذي يقوم على أساسه عرض وتحليل النصوص القانونية سواء أكان في التشريعات الوطنية، أو الاتفاقيات الدولية، أو الآراء الفقهية المنصبة على موضوع البحث، من ثم مناقشتها واستخراج

[1] لا نخفي بأن حكومه اقليم كوردستان- العراق قد أصدر مشروع جديد لقانون الاستثمار في الاقليم، وتم ارساله مؤخراً إلى برلمان كوردستان لغرض قراءته والتصويت عليه، والذي نبغي ذكره هنا أن الباحث حصل على نسخة من هذا المشروع للأغراض البحثية بتاريخ 2-6-2023، من خلال المقابلة الشخصية مع السيد أ.م.د هفال صديق اسماعيل المدير العام في هيئة الاستثمار.

الأحكام المناسبة منها بالإضافة إلى بيان رأينا فيها، فضلاً عن تعزيز المواقف القانونية والفقهية بالقرارات القضائية والتحكيمية ذات الصلة بالموضوع.

خامساً: هيكلية البحث:

بناءً على ما تقدم فقد ارتأينا تقسيم البحث على مقدمة ومبحثين وخاتمة وذلك كالآتي:

مقدمة: وقد مر ذكر محتوياتها.

المبحث الأول: ماهية خطر نزع الملكية الزاحفة:

المطلب الأول: مفهوم خطر نزع الملكية الزاحفة.

المطلب الثاني: صور خطر نزع الملكية الزاحفة.

المطلب الثالث: معايير تحديد خطر نزع الملكية الزاحفة.

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة بملكية المشروع الاستثماري من خطر نزع الملكية الزاحفة

المطلب الأول: الضمانات الخاصة في الاتفاقيات الدولية

المطلب الثاني: الضمانات الخاصة في التشريعات الداخلية.

المطلب الثالث: التعويض عن خطر نزع الملكية الزاحفة.

الخاتمة: النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية خطر نزع الملكية الزاحفة

يقصد بنزع الملكية بمفهومه التقليدي الاجراء الاداري الذي يتخذه الدولة المضيفة للاستثمار أو إحدى هيئاتها العامة، ويهدف إلى نزع ملكية اموال عقارية للمستثمرين الاجانب مقابل تعويض عادل[1]، ويعد من قبيل الاجراءات الاستثنائية الذي يرد على العقار أو الحقوق العينية المتفرعة عنه، ولا يجوز الالتجاء إليه إلا في الحالات النادرة التي أجازها القانون، وعند تحقق المنفعة العامة، ويصف الاجراء على أنه مظهر من مظاهر سيادة الدولة وحق من حقوقها التي تباشرها في حدود اختصاصها الاقليمي[2]، والذي لا يخفى على أحد أن هذا الخطر لا يعد خطراً وحيداً محدقاً على ملكية المشاريع الاستثمارية للاجنبي، إنما مع تطور عالمنا المعاصر ظهرت أنماطاً جديداً لهذا الخطر، ويسمى بنزع الملكية الزاحفة الذي له نفس آثار قانونية في نهاية المطاف، ولبيان ماهية هذا الخطر الأخير سنقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب، سنسلط الضوء في المطلب الأول على مفهوم خطر نزع الملكية الزاحفة، ونكرس الجهد في المطلب الثاني لبيان صور هذا الخطر، وفي المطلب الثالث نتطرق الى معايير تحديد نزع الملكية الزاحفة وكالاتي:

---

[1] د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 49.

[2] د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 107.

المطلب الأول

مفهوم خطر نزع الملكية الزاحفة

يمكن القول بأن خطر نزع الملكية الزاحفة يعد أكثر وقوعاً من الناحية العملية مقارنه بنزع الملكيه بمعناه التقليدي لأن الدولة المضيفة للاستثمار لا تلجأ إلى هذا الاجراء الأخير في العادة حفاظاً على سمعته الاستثمارية والتجارية على النطاق الدولي، والذي نبغي ذكره أن تحديد مفهوم نزع الملكية الزاحفة ليس بامر هين نظراً لاتساع نطاقه، وعدم وضح محتواه، أو عدم تيقن في مضمونه، واصبح المحل للعديد من المنازعات الدولية[1]، مع ذلك حاول البعض تعريفه، حيث عرفه رأي[2] على أنه "كل الاجراءات الحكومية المقنعة الإدارية منها، أو التشريعية التي تتخذها الدولة بهدف حرمان أو منع المستثمر الأجنبي من ممارسة حقوقه على ملكية استثماره أو حتى الانتفاع به واستغلاله بحرية"، وعند رأي آخر[3] عبارة عن "مجموعة من التدابير التي تحرم المستثمر الاجنبي من ملكية استثمارات، أو الحد من استغلالها" أو هو "قيام الدولة بإتخاذ الإجراءات التي لا يمكن وصفها بنزع الملكية المباشر، إلا أنها بصورة تدريجية تؤدي في نهاية المطاف إلى نفس نتيجة نزع الملكية المباشر[4].

بناء على ما تقدم من تعريفات يمكن لنا تعريف خطر نزع الملكية الزاحفة على أنه" كافة الإجراءات التي تقوم بها السلطات المختصة والتي لا يمكن وصفها بنزع الملكية المباشر طبقاً للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي، إلا أنها تؤدي تدريجياً وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية المباشر "، هذا من جانب، من جانب آخر يستشف لنا بأن هذا النزع يختلف عن نزع الملكية المباشر أو النزع بمعناه التقليدي في ثلاثه أوجه وذلك كالآتي: أولا: يتسم خطر نزع الملكية وفقاً للمفهوم التقليدي بالوضوح في إجراءاته، وقد يتم صريحاً بموجب إجراءات إدارية أو تشريعية وذلك تحقيقاً للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل، أما خطر نزع الملكية الزاحفة فيتسم بالغموض، وعدم الوضوح، ومن الصعب التنبؤ مقدماً بما يمكن أن تتخذه الدولة من إجراءات كونها قد تؤدي إلى نزع الملكية من عدمه، إلا أنها وبصورة تدريجية وفي المحصلة النهائية تؤدي إلى ذات النتيجة، أي إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، أو الحيلولة دون تحقيق مكاسبه المتوقعة، وعلى ذلك أقرت بعض محاكم التحكيمية بأن كل الإجراءات التي تضر بالعمليات الاستثمارية والصادرة من سلطات الدولة المضيفة مهما كانت أسباب اتخاذها تدخل ضمن نطاق نزع الملكية الزاحفة[5].

---

[1] من هذه المنازعات على سبيل المثال: قضية Ethyi CORPORATION ضد الولايات المتحدة الامريكية، قرار حول الاختصاص صادر بتاريخ (24-6-1998)، وقضية SD Myers INC ضد كندا حكم صادر بتاريخ (13-11-2000)، وقضية Pope &Tobat Inceq ضد كندا حكم صادر بتاريخ (26-6-2000) لتفصيل أكثر ينظر: بقة حسان، حماية المكلية الخاصة للمستثمر الاجنبي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر، 2020، ص 150.

[2] حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر 2013، ص 62.

[3] بقة حسان، مصدر سابق، ص 151.

[4] د. عكاشة محمد عبدالعال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في مؤلف ضمانات الاستثمارات العربية والأوروبية، ط1، مركز الدراسات العربي الأوروبي، بيروت، 2001، ص60.

[5] على سبيل المثال الحكم الصادر في قضية Tecmed ضد المكسيك بتاريخ 5/29/ 2003. والمتاح على العنوان الالكتروني التالي:

<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-tecnicas-medioambientales-tecmed-v-united-mexican-states-award-thursday-29th-may-2003 last visited (10-7-2023)

ثانياً: إن الإجراءات الحكومية في نزع الملكية وفقاً للمفهوم التقليدي تنشأ بغرض تنظيم أنشطة الدولة الاقتصادية الداخلية، بهدف الحصول على دخل وفقاً لمبدأ السيادة الإقليمية، ومن دون مراعاة التمييز بين المواطنين والأجانب، أما في نزع الملكية الزاحفة عادة يتم التمييز بين الوطنيين والأجانب. ثالثاً: إن نزع الملكية وفقاً لمفهومه التقليدي ينبغي أن يكون مقترناً بتعويض عادل، تدفعه السلطة العامة، ويعد وجوب دفع التعويض حقاً طبيعياً للمالك السابق، بيد أن في نزع الملكية الزاحفة هناك جدلية فيما يستحق التعويض من عدمه، إنما هو إجراء تتخذه الدولة المضيفة بهدف تقويض سلطات المستثمر على مشروعه الاستثماري، وأثر ذلك تفرض الدول المصدرة للاستثمار في اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار على أن يشمل مصطلح نزع الملكية كل من إجراء مباشر أو إجراء غير مباشر(نزع الملكية الزاحفة)[1].

المطلب الثاني

صور نزع الملكية الزاحفة

لا جدال في القول على أنه مادام لنزع الملكية الزاحفة أفق واسع ومفهوم مرن فإنه يحمل في طياته صور متعددة لا عد لها ولا حصر، ويمكن اعتبار كل الاجراءات التي ستؤدي إلى حرمان المستثمر من ملكية استثماره أو الحد من حرية استغلاله قبيل نزع الملكية الزاحفة، على سبيل المثال اعتبر المركز التحكيم الدولي CIRDI في حكمه الصادر بتاريخ (10-2-1999) في قضية A.Goetz C/Burundi على أن سحب شهادة المشروع الحر للمستثمر البلجيكي والذي أدى إلى إلغاء الحوافز الضريبية والجمركية، من ثم سحب نشاطه في السوق بمثابة إجراء نزع الملكية الزاحفة[2]، وكذلك اعتبر إجراء إلغاء المشروع دون عذر شرعي من قبيل أعمال نزع الملكية الزاحفة، ففي هذا المنطلق رفضت محكمة التحكيم الدولي في باريس بتاريخ (3-5-2004) في قضية SPP دفاع جمهورية مصر العربية على اعتبار أن إلغاء المشروع لا يدخل ضمن إطار

---

[1] على سبيل المثال تنص المادة (1/4) من الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وبلاروسيا سنة 2015 على أنه "لا يجوز تاميم الاستثمارات، أي من الطرفين المتعاقدين، او نزع ملكيتها بشكل مباشر أو غير مباشر..."

ومن الاتفاقيات الثانية على النطاق الدولي: الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين الارجنتين واليابان سنة 2018 والتي تنص في المادة (1/11) على أنه"

"Neither Contracting Party shall expropriate or nationalise an investment of an investor of the other Contracting Party in the Area of the former Contracting Party, either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalisation (hereinafter referred to as "expropriation") except:

الاتفاقية معروضة على شبكة الإنترنت في العنوان التالي:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5799/download> last visited (10-7-2023)

الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين الارجنتين والامارات العربية المتحدة سنة 2018، والتي تنص في المادة (1/6) على أنه:

"No Party shall expropriate or nationalize an investment in its territory, either directly or indirectly, through measures equivalent to expropriation…".

الاتفاقية معروضة على شبكة الإنترنت في العنوان التالي:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5761/download> last visited (10-7-2023).

[2] قابيلي طيب، حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، 2019، ص 303.

إجراءات التأميم أو المصادرة، بل أنه يؤدي بصورة غير مباشرة إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره مما يستوجب التعويض[1]، وكذلك الحال بالنسبة لاجبار المستثمر الاجنبي على بيع مشروعه الاستثماري، كما هو الحال في الدعوى المقامة من قبل Gower and Copeland ضد حكومة فنزويلا، أو في حالة منع المستثمر من نقل الأثاث والمعدات اللازمة لمشروعه الاستثماري كما وردت في دعوى شركة Computer Sciences Co-oparation ضد إيران، حيث قررت لجنة التحكيم الدولية بأن دخول أعضاء من اللجنة الثورية الايرانية إلى مكاتب شركة المدعي، وأمرهم بإخلاء الموقع مع عدم نقل أي شيء منه بما فيها معدات تابعة لاستخدامات الشركة من قبيل أعمال نزع الملكية الزاحفة[2]، وكذلك الحال بالنسبة لرفض الدولة المضيفة لضمانات التنفيذ، أو الضمانات البنكية المتاحة للمستثمر الأجنبي، ففي هذا المجال قضت المحكمة التحكيمية في قضية المؤسسة Joy mining machinery limited الأمريكية عام 2003 ضد حكومة جمهورية مصر العربية، واعتبرت بأن الإخلال بأي من الضمانات البنكية، أو الديون المترتبة عليها لصالح المؤسسة المدعية بمثابة تجريد هذه الأخيرة لحق الملكية، وتدخل ضمن نطاق أعمال نزع الملكية الزاحفة[3]، أو عند إلغاء الدولة المضيفة عقد من عقود الاستثمار كعقد الامتياز، كما ورد في هيئة التحكيم الدولية في قضية Valantine بتاريخ 1967 حيث قضت على أن إلغاء حكومة هايتي لعقد الامتياز الممنوح للمستثمر (فالنتين) يعد إخلالا بالحقوق الجوهرية الممنوحة للمستثمر على استثماره، مما يستوجب التعويض، وتعد شكل من أشكال نزع الملكية[4]، وكذلك الحال بالنسبة لاستيلاء الدولة المضيفة للاستثمار على العقود، وبراءات الاختراع المستثمر، وعلى ذلك قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولية أن قيام بولندا باحتلال مصنع Nitrat في شورزو والتي تديرها شركة المانية واستيلاءها على العقود وبراءات الاختراع من قبيل نزع الملكية الزاحفة، ولو أن الحكومة البولندية ترفض مصادرتها لهذه العقود والاختراعات صراحة[5].

ومن صور أخرى بالنسبة لخلق الدولة المضيفة الاوضاع الاقتصادية من شأنها أن تؤدي إلى تقوض قيمة الاستثمار الأجنبي، كالدعاوي التي توجهت إلى حكومة الدولة المكسيكية بسبب تبنيها قانون المعادلة بين عملتها الوطنية "البيسو" والدولار الأمريكي إثر تبنيها سياسة الاصلاح الاقتصادي بين الأعوام 1987 إلى 1993، فقد اعتبر المستثمرون الأجانب أن هذا القانون هو سبب رئيس لانهيار قيمة استثماراتهم، وعلى ذلك طالبوا الحكومة المكسيكية أمام المحاكم الدولية بالتعويض عن الضرر الحاصل لهم جراء ما تم اعتباره بأنه نزع ملكية زاحفة[6].

ومن صور أخرى أيضاً التمييز في المعاملة بين المستثمر الأجنبي والوطني من حيث فرض الضرائب والرسوم، حيث أن التمييز في المعاملة الضريبية بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني، وبتفضيل هذا الأخير يجعله يكون من العوامل الطاردة للاستثمار الأجنبي، ونلتمس هذا التوجه بوضوح في التشريع الصيني بالتحديد في اللائحة التشريعية لتشجيع الاستثمار الصادرة في (1998/1/24) عندما أقر المشرع التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنين في فرض الضريبة، إذ نصت المادة (5) منها على أنه: "تتمتع مؤسسات الاستثمار الأجنبي العادية بالإعفاء من رسوم الدخل المحلية لمدة سبع

---

[1] قابيلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخري في ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 260.

[2] د. خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، العدد 3، السنة 23، 1999، ص ص، 83-84.

[3] حسين نوارة، مصدر سابق، ص 65.

[4] المصدر السابق، ص 65.

[5] د. خالد محمد الجمعة، مصدر سابق، ص 83.

[6] بوكساني رشيد، معوقات أسواق المالية العربية وسبل تفعيلها، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006، ص 185.

سنوات، بينما تتمتع المؤسسات القائمة على استثمارات المغتربين الصينيين والمواطنين في: هونغ كونغ، وماكاو، وتايوان بإعفاء من رسوم الدخل المحلية لمدة عشر سنوات، تتمتع المشاريع الاستثمارية الأجنبية التي تعمل في مصادر الطاقة، والمواد الخام، والمواصلات، والاتصالات، والزراعة، ومؤسسات إنتاج الصادرات، والمؤسسات المتطورة التكنولوجيا، المؤسسات المقامة في المناطق الفقيرة، والأقليات القومية، بالإعفاء من رسوم الدخل المحلية لمدة عشر سنوات، بينما المؤسسات القائمة على استثمارات مواطني هونغ كونغ، وماكاو، وتايوان تتمتع بالإعفاء من رسوم الدخل المحلية لمدة خمس عشرة سنة".

ومن حالات أخرى لنزع الملكية الزاحفة العمل على إرغام المشروعات الأجنبية بتحمل بعض النفقات الاجتماعية، أو الاقتصادية الملقاة على عاتق الدولة المضيفة، كاشتراط المملكة العربية السعودية للمشروعات الأجنبية بناء مساكن لموظفيها وعمالها بغية التغلب على أزمة السكن[1]، كما وأن الفقه الدولي[2] بدوره طرحت عدة فروض، والتي يمكن أن تدخل ضمن طائلة الصور الخاصة لنزع الملكية الزاحفة على سبيل المثال وليس الحصر، منها تحديد أسعار منتجاته بأقل من تكلفة الإنتاج، وارغام المشروع الاستثماري بزيادة العمال الوطنيين في المشروع، وإلزام المستثمر الاجنبي بالكشف عن التكنولوجيا المستخدمه في إنتاجه مما يشكل انتهاكا لحقوق الملكية الفكرية والاتفاقيات الدولية بهذا الشأن خصوصاً (التريبس)، والتدخل الحكومي والرقابة التعسفية على إجراءات الاستثمار في كل مراحل، ورفض الدولة دفع المبالغ المتفق عليها في عقد الاستثمار، أو رفضها للتحويل أو إعادة تحويل الأصل وعوائد الاستثمار إلى الخارج، أو رفض منح رخصة استغلال المشروع.

بناء على ماسبق لا تعد من قبيل أعمال نزع الملكية الزاحفة الاجراءات غير الادارية والتشريعية، وإن كانت تؤدي إلى تقويض حق المستثمر على ملكية مشروعه الاستثماري، كهلاك المشروع بسبب قوة قاهرة طبقاً للمادة (211) من القانون المدني العراقي، وقرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (1010) في (27-10-2010)[3] هذا من جانب، أو بسبب نشوء الفوضى والاضطرابات الداخلية الخارجة عن سيطرة الدولة المضيفة، كالعصيان المدني، والاقتتال الداخلي، وأعمال العنف، والمظاهرات من جانب آخر، هذا يعني أن نزع الملكية الزاحفة تشمل المخاطر السياسية وليس المخاطر غير التجارية، حيث جرى العمل في العديد من المؤلفات الفقهية[4] على عدم التفرقة بين المخاطر السياسية والمخاطر غير التجارية، وقد

---

[1] د. وجيه شندي الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في مؤلف دراسات حول ضمانات الاستثمار في قوانين العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1978، ص459.

[2] انظر في ذلك د. خالد محمد الجمعة، مصدر سابق، ص ص 83-85؛ نبهى رشيد، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، الجزائر، 2017، ص ص، 18- 19؛ بقة حسان، مصدر سابق، ص ص، 150- 151؛ حسين نوارة، مصدر سابق، ص ص، 64- 65.

[3] القرار منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى في العراق على العنوان التالي:

<https://www.sjc.iq/qview.1442//> last visited (15-7-2023).

[4] من هذه المؤلفات على سبيل المثال ينظر د. سامي عفيفي حاتم، التأمين الدولي، ط1، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1986، ص 221؛ د. أبو العلا على أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التنكنولوجيا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي تصدرها أساتذة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد، الثاني، السنة الرابعة والأربعون، 2002، ص 337؛ د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، بحث منشور في المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، 2011، ص 561.

استخدم المفهومان كمرادفين للدلالة على معنى واحد، إلا اننا لا نؤيد هذا التطابق، ونرى بأن المخاطر غير التجارية هي أوسع نطاقاً من المخاطر السياسية، إذ تدخل المخاطر الأخيرة ضمن إطار المخاطر غير التجارية، فإذا كانت المخاطر السياسية تتحدد بتصرفات صادرة من قبل الحكومة والتي تؤدي إلى تقويض سيطرة المستثمر على مشروعه الاستثماري، فإن المخاطر غير التجارية تشمل كل عمل، أو تصرف بحيث يؤدي إلى نفس النتيجة، بغض النظر عن مصدر الفعل أو التصرف، وسواء أكان صادرة من حكومة الدولة المضيفة أم غيرها، وهذا يعني أن غطاء هذه المخاطر قد تشمل حالات لا دخل لإرادة الحكومة في وقوعها، كحرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره بسبب حدوث كوارث، كنشوء حرب، أو نزاع مسلح، أو عصيان مدني، أو ثورة، أو اضطرابات داخلية، وتجدر الاشارة إلى أن القصد في المخاطر السياسية طبقاً لهذه الدراسة هو أعمال الحكومة التي تقوم بها بصورة غير مباشرة، أي أنه ليس لحكومة الدولة المضيفة دور مباشر في وقوعها، ولكنها تعمل على تقويض الاستثمار الأجنبي وبصورة غير مباشرة وذلك عن طريق نزع الملكية الزاحفة.

أما إذا كانت الأعمال بصورة مباشرة تدخل ضمن إطار نزع الملكية بمعناه التقليدي كصور (نزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميم، والمصادرة، وفرض الحراسة، والاستيلاء المؤقت)، وتخرج عن نطاق دراستنا، عليه يمكن تعريف المخاطر السياسية طبقاً لهذه الدراسة على أنها "التصرفات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، وتتصل بأوضاعها السياسية والاقتصادية، وتؤدي في نتيجتها إلى حرمان المستثمر بشكل غير مباشر من حقوقه الجوهرية على مشروعه الاستثماري".

المطلب الثالث

معايير تحديد خطر نزع الملكية الزاحفة

لا جدال في أن السبب الرئيس وراء نشوء صور أو حالات نزع الملكية الزاحفة يعود إلى تعارض في الأهداف بين الاستثمار الأجنبي الوافد، وبين أهداف الإدارة العليا، وسياسات الدولة المضيفة، وهناك ثمة أسباب لنشوء هذا التعارض، من بينها: مسألة السيادة الوطنية، أو المساهمة الوطنية في الملكية، أو السيطرة على الصناعات الوطنية والأسواق التقديرية، وتغير السياسات الاقتصادية، وتبني فكرة الاقتصاد الموجه، ويذهب رأي[1] إلى أن هذا التعارض قد لا يكون حكراً على الدول النامية بل أحياناً يحدث مع الدول المتقدمة اقتصاديا أيضاً، وهذا ما حدث فعلاً بين الولايات المتحدة وكندا وفرنسا بسبب التعارض في المصالح، مما دفع بالكونكرس الأمريكي لتقديم مشروع قانون برك – هارتك BURKE-HARTKE القاضي بالحد من الإعفاءات الضريبية التي تتمتع بها الشركات الأمريكية المتعددة القوميات في استثماراتها الخارجية لحثها على الاستثمار في داخل الولايات المتحدة، ولكن هنا يثار التساؤول بشأن هل كل اجراء متخذ من قبل حكومة الدولة المضيفة للاستثمار تعد من قبيل صور نزع الملكية بشكل غير مباشر (نزع الزاحف)؟ أم هناك معايير لتقييم الإجراء وتحديده؟، حقيقة أن محاكم التحكيم تستخدم ثلاثة معايير أساسية لاعتبار الاجراء من صور نزع الملكية الزاحفة من عدمه وهي: معيار التأثير الضار، ومعيار التناسب، ومعيار الهدف المشروع لاجراء نزع الملكية الزاحفة، وعليه سنقسم المطلب الى ثلاثة فروع مستقلة كالآتي:

الفرع الاول

معيار التأثير الضار

ويطلق عليه أيضا معيار الأثر الوحيد (Sole Effect)، وبموجبه يجعل التأثير الضار للاجراء الذي اتخذتها الدولة المضيفة للاستثمار الاجنبي بمثابة العامل الرئيسي أو العامل الوحيد في تحديد مدى وجود إجراء نزع الملكية من عدمه،

[1] د. وجيه شندي، مصدر سابق، ص 458.

وعادة هذا المعيار يرتكز فقط على النتائج المترتبة على إجراء الدولة على مصالح المستثمر الأجنبي دون الأخذ بنظر الاعتبار تحقق العناصر الأخرى مثل تحقق المصلحة العامة[1]، وهناك تطبيقات عديدة للمعيار في قرارات التحكيم الدولية على سبيل المثال في قضية Tippets V. Iran ضد إيران بتاريخ (22-1-1984) تم تطبيق هذا المعيار، ومن حيثيات القرار رفض المحكمون تطبيق المعايير الاخرى صراحة واستندوا إلى أن الضرر الذي يعاني منه المستثمر هو الأهم مقارنة بالعوامل الأخرى، وجاء في القرار "إن نية الحكومة ومصالحها أقل أهمية من آثار الإجراء على صاحب الممتلكات Tippetts[2]. وفي قضية Beloune V. Ghana أنطوان بيلون ضد غانا بتاريخ (27-10-1989) أخذت محكمة التحكيم في الاعتبار أن إجراءات إيقاف عمل المشروع وهدم الأشغال المنجزة واعتقال مالك المشروع Beloune، وترحيله لها تاثير ضار أكبر بكثير من المصلحة العامة المتوخاة لحكومة غانا[3]، وفي نفس المسار دافعت محكمة التحكيم في قضية Metaclad V.mexico ضد المكسيك بتاريخ (30-8-2000) عن مبدأ التأثير الضار ويتضح ذلك في حيثيات الحكم الذي نطق على أنه"إن المحكمة لا تحتاج إلى أن تأخذ بعين الاعتبار الدفاع أو المرسوم البيئي للجهة المدعى عليه مع مراعاة أن الإجراء قد تسبب في أضرار جسيمة بالمشروع الاستثماري[4].

يستشف مما تقدم أن تحديد نزع الملكية الزاحفة بموجب معيار التأثير الضار يعتمد على الخسارة التي قد تلحق بالمستثمر أثر قيام السلطات الإدارية بعمل إداري دون الأخذ بنظر الاعتبار العوامل الأخرى التي لها دور في تدخل الدولة ونشوء الخطر.

الفرع الثاني

معيار التناسب بين مصالح الأطراف في عملية الاستثمار

يقصد بمعيار التناسب المعيار الذي يعمل على تحقيق التوازن بين المصالح المتضاربة، وهو القاعدة التي تضمن المصلحة العامة، ويفرض تضحية مناسبة على حساب المصلحة الخاصة[5]، في الوقت الذي كان المعيار غير مألوف في قانون الاستثمار الدولي، فقد كان موضوعاً لتطورات هامة في المحكمة الأوربية لحقوق الانسان، ومن التطبيقات القضائية للمعيار في قضية Tecmed V. Mexico ضد المكسيك بتاريخ (29-5-2003) [6]، وعند تقييم الاجراءات التنظيمية المتخذة لحماية المصلحة العامة اعتمدت محكمة التحكيم على ثلاثة عوامل رئيسة وهي:

---

[1] أشرف مصطفى عثمان، نزع ملكية الاستثمارات الأجنبية غير المباشر للمنفعة العامة، بحث منشور في مجلة (المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات)، المجلد 2، العدد 17، 2021، ص 120.

[2] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:

<https://www.trans-lex.org/231000/_/iran-us-claims-tribunal-tippetts-abbett-mccarthy-stratton-v-tams-affa-6-iran-us-ctr-at-219-et-seq/> last visited (16-7-2023).

[3] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:-

<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-biloune-and-marine-drive-complex-ltd-v-ghana-investments-centre-and-the-government-of-ghana-award-on-jurisdiction-and-liability-friday-27th-october-1989#decision_5397 > last visited (16-7-2023).

[4] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:-

<https://www.biicl.org/files/3929_2000_metalclad_v_mexico.pdf >last visited (16-7-2023).

[5] بقة حسان، مصدر سابق، ص 158.

[6] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:-

أولاً: أن يكون الضرر الذي أصاب المشروع الاستثماري كبيراً وجسيماً حيث لجأ المحكمون إلى معيار الأثر الوحيد (المعيار السابق) لبيان ماهيته، لكن هذا لا يعني أن معيار التناسب يعد بديلاً لمعيار التأثير الضار بل مكمل له، بعبارة أخرى أن الحكم المطبق على قضية Tecmed V. Mexico ليس هدفه أن يحل محل معيار الأثر الضار بل هو مكمل له[1].

ثانياً: يجب التحقق من ضرورة وجود مصلحة عامة، ويترك التقدير للسلطات العامة، وفي نطاق الأعمال السيادية باستثناء التعسف في استعمال السلطة بصورة واضحة، مع ذلك رأى المحكمون أنه من الضروري التحقق فيما إذا كانت المصلحة العامة التي تحتج بها الدولة المضيفة هي مصدر اتخاذ الاجراء نزع الملكية الزاحفة من عدمه[2].

ثالثاً: وفي القضية ذاتها قررت المحكمون بأنه يتعين على الدولة المضيفة أن تدرك بأن اتخاذ إجراء نزع الملكية الزاحفة هو الخيار الوحيد والأخير أمام الدولة لصون المصلحة العامة، وهو الخيار الأقل ضرراً مقارنة مع الخيارات الأخرى المتاحة[3].

الفرع الثالث

معيار الهدف المشروع لاجراء نزع الملكية الزاحفة

لقد لجأت بعض محاكم التحكيم في الآونة الأخيرة إلى تطبيق هذا المعيار بدلاً من تطبيق معيار التأثير الضار للاجراءات الحكومية على المشاريع الاستثمارية، وتكمن ماهية المعيار في إضفاء الصفة الشرعية للاجراءات المتخذة من قبل حكومة الدولة المضيفة للاستثمار، وإن كانت ضارة وبشكل خطير وتؤدي إلى تقويض سلطة المستثمر على استثماره، ويشار إليها بمصطلح Police Power Measure[4]، ووفقاً لهذا المعيار لا يتم تعويض المستثمر عن الأضرار الناجمة من اقترافه كاملةً، ولا يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويض طبقاً للقيمة السوقية لممتلكاته المنزوعة، وذلك بسبب أهمية المنفعة التي جعلت تخفيض قيمة أصوله ضرورياً[5]، ومن تطبيقات هذا المعيار قضية إيمانويل تو Too ضد شركةGreater Modesto Insurance Associates والولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ (29-12-1989)[6] والتي تعد من القضايا الأولى التي تميز من خلالها المحكمة بأن إجراءات سلطات الدولة مايسمى Police Power Measure غير قابلة للتعويض ونزع الملكية الزاحفة، وجاءت من حيثيات القرار "إن الدولة ليست مسؤولة عن خسارة الممتلكات، أو ثمة أضرار اقتصادية أخرى عن الضرائب العامة حسنة النية، أو عن أي إجراء آخر يتم قبوله بشكل عام ضمن نطاق سلطات الدولة، شريطة ألا تكون هذه الاجراءات تمييزية، أو تم اتخاذها لإجبار المستثمر الأجنبي للتخلي عن ممتلكاته للدولة"[7].

<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-tecnicas-medioambientales-tecmed-v-united-mexican-states-award-thursday-29th-may-2003> last visited (16-7-2023).

[1] أشرف مصطفى عثمان، مصدر سابق، ص 121.

[2] بقة حسان، مصدر سابق، ص 159.

[3] أشرف مصطفى عثمان، مصدر سابق، ص 121.

[4] المصدر السابق، ص 122.

[5] بقة حسان، مصدر سابق، ص 159.

[6] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:

<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-emanuel-too-v-greater-modesto-insurance-associates-and-the-united-states-of-america-award-award-no-460-880-2-friday-29th-december-1989> last visited (16-7-2023)

[7] أشرف مصطفى عثمان، مصدر سابق، ص 122.

وكذلك في قضية Sulaka Investments BV ضد جمهورية التشيك بتاريخ (17-3-2006)[1]، حيث قررت محكمة التحكيم على أنه "من الثابت في القانون الدولي أن الدولة ليست ملزمة بدفع تعويض للمستثمر عندما يكون ذلك في الممارسة الاعتيادية لسلطاتها التنظيمية بطريقة غير تمييزية ..."[2]، وفي قضية Suez. Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A ضد جمهورية الأرجنتين في (30-7-2010) [3] قضت المحكمة التحكيمية بالقول: "عند تقدير شرط نزع الملكية، من المهم الاعتراف بحق الدولة المشروع في ممارسة سلطة التنظيم للمصلحة العامة، وعدم الخلط بين الاجراءات من هذا النوع لنزع الملكية، والمقصود بالعبارة ان الدولة لتقرير المصلحة العامة تقوم ببعض التدابير، وهذا يجعل تصرفاتها مشروعة وغير قابلة للتعويض الكامل[4].

يلاحظ مما تقدم أن هذا المعيار يعد معياراً متناقضاً لمعيار التأثير الضار، فاذا كان هذا المعيار الأخير يرتكز على الإضرار التي قد تلحق بالمستثمر الأجنبي من جراء التدبير الذي يقوم بها حكومة الدولة المضيفة، فإن هذا المعيار- أي الهدف المشروع للإجراء- يقوم بإضفاء الصفة الشرعية لذلك الإجراء، بعبارة أخري فإن معيار الهدف المشروع للإجراء يقوم بشرعنة الإجراءات التي اتخذتها الدولة المضيفة لتحقيق المصلحة العامة ولا يترتب عليها اية مسؤولية دولية، وإن كانت ترتب على اقترافها إضراراً جسيماً بالمستثمر الأجنبي.

المبحث الثاني

الضمانات الخاصة بملكية المشروع الاستثماري من خطر نزع الملكية الزاحفة

من البديهي عندما يتخذ المستثمر الأجنبي قراراً بتوظيف أمواله خارج وطنه، فهو غالباً ما يلجأ إلى دراسة النظام القانوني للدول المضيفة، وذلك من أجل الاطلاع على مدى كفاءة الضمانات القانونية المتاحة لحماية ملكية مشروعه الاستثماري، وذلك لأن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي وفي المقام الأول هو نزع ملكية مشروعه في الدولة المضيفة، وإن إجراء نزع الملكية وإن كان مشروعاً إذا ما توافرت شروطه وفق مباديء القانون الدولي، إلا أن حدوثه يدخل ضمن الاعتبارات السلبية المكونة للمناخ الاستثماري لأية دولة، وهو يعد من أهم المخاطر التي يسعى المستثمر لضمان عدم تحققها سيماً نزع الملكية بصورة غير مباشرة، أو ما يسمى بنزع الملكية الزاحفة، لذلك فإن النظام القانوني المشجع للاستثمار الأجنبي لا يتمثل بضرورة زيادة المزايا والحقوق للمستثمرين الأجانب، بقدر نصه على التقليل من احتمالات المخاطر، لأنه مهما أغدقت الدولة المضيفة على الاستثمار الأجنبي من حوافز وإعفاءات ومزايا، فهي تكون عديمة الجدوى، إلا إذا انطوت على ضمانات حقيقية ضد الإجراءات الحكومية، تلك التي تجرد المستثمر من ملكية مشروعه الاستثماري، الأمر الذي دفع الدول المضيفة للاستثمار إلى تضمين تشريعاتها نصوصاً صريحة تؤكد على حماية ملكية المشاريع الاستثمارية الأجنبية، وعدم المساس بها إلا في حالات نادرة، واستجابة لمقتضيات المصلحة العامة بتعويض صاحب الحق

---

[1] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:

<https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-saluka-investments-bv-v-the-czech-republic-partial-award-friday-17th-march-2006> last visited (16-7-2023).

[2] بقة حسان، مصدر سابق، ص 161.

[3] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:

<https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-suez-sociedad-general-de-aguas-de-barcelona-s-a-and-interagua-servicios-integrales-de-agua-s-a-v-argentine-republic-decision-on-liability-friday-30th-july-2010> last visited (16-7-2023).

[4] بقة حسان، مصدر سابق، ص 162.

تعويضاً عادلاً ومناسباً، وتحقيقاً لهدف اجتذاب واستقطاب الاستثمار الأجنبي وطمأنة المستثمر من هذه المخاطر لم يعد بالإمكان لأية دولة تحاول الارتقاء بمسيرتها التنموية أن تتصور نفسها دون إطار قانوني للضمانات الكفيلة بحماية هذه المشاريع الاستثمارية من مخاطر نزع الملكية، وخاصة في ظل التطورات الاقتصادية والتكنولوجية التي تجتاح العالم، وتوجه الاقتصاد العالمي الجديد نحو اقتصاد السوق.

للولوج إلى الضمانات التي تتعلق بحظر نزع ملكية المشروع الاستثماري من نزع الملكية الزاحفة سنقسم المبحث إلى ثلاثة مطالب، في المطلب الأول سنتناول الضمانات الخاصة بملكية المشروع الاستثماري من خطر نزع الملكية الزاحفة في الاتفاقيات الدولية، من ثم نخصص المطلب الثاني لدراسة الضمانات الخاصة بملكية المشروع الاستثماري من خطر نزع الملكية الزاحفة في التشريعات الداخلية، ونخصص المطلب الثالث والأخير لدراسة التعويض عن نزع الملكية الزاحفة.

المطلب الأول

الضمانات الخاصة في الاتفاقيات الدولية

عادة ما تقوم الدول المصدرة للاستثمار بتوفير الحماية الكافية لأموال مستثمريها في الخارج عن طريق عقد اتفاقيات ثنائية بينها وبين الدول الجاذبة للاستثمار، وهذه الاتفاقيات تتضمن أحكاماً تكفل للاستثمار الحماية القانونية من بعض المعوقات التي تعترض سبيله، من بينها خطر نزع الملكية بصورة غير مباشرة (نزع الملكية الزاحفة)، وتتميز اتفاقيات تشجيع الاستثمار في أنها تنشيء حقوقاً والتزامات تعاقدية بين الدولة المصدرة للاستثمار، والدولة المضيفة له بحيث لا يمكن تعديلها أو إلغاءها بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين لذلك هناك من يرى[1] أن ضمانات الاتفاقية أقوى تاثيراً بالنسبة للمستثمر الأجنبي من الضمانات التشريعية التي يقررها قوانين الدولة المضيفة للاستثمار، والذي نبغي ذكره هنا أن المستثمرين الأجانب في إقليم كوردستان العراق لن يستفادوا من هذه الضمانة لأن الاتفاقيات الدولية عادة تبرم بين أشخاص القانون الدولي، وإقليم كوردستان العراق ليست من أشخاص القانون الدولي حتى تبرم مثل هذه الاتفاقيات مع دولة المستثمر، إضافة إلى ذلك فإن الدستور العراقي النافذ قد حدد اختصاص سلطات الأقاليم وحصر اختصاص إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية بالسلطة الاتحادية فقط حيث نص في المادة (110) على أنه: "تختص السلطات الاتحادية بالاختصاصات الحصرية الآتية: أولاً: رسم السياسة الخارجية والتمثيل الدبلوماسي والتفاوض بشان المعاهدات والاتفاقيات الدولية وسياسات الاقتراض والتوقيع عليها وإبرامها ورسم السياسة الاقتصادية والتجارية الخارجية السيادية ..."، لذا في رأينا المتواضع كان على الاقليم الاستعاضة عن ذلك بنصوص واضحة وصريحة في التشريعات الداخلية سيماً قانون الاستثمار وذلك لطمأنة المستثمرين الأجانب من درء هذا الخطر، لأن أكثر ما يخشاه المستثمر الأجنبي وفي المقام الأول حماية ملكية مشروعه الاستثماري قبل التفكير بعوائد هذا المشروع استناداً إلى المقولة الشائعة "أن رأس مال جبان يحتاج إلى الأمان، وإن المستثمر قلق وخائف يحتاج إلى طمأنة"[2]، أما في العراق الاتحادي شأنها شأن عموم الدول الجاذبة للاستثمار فإن المستثمرين الأجانب الوافدين إليها تحت غطاء الحماية التعاهدية الدولية، وعلى ذلك فقد نصت كل الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار التي أبرمها العراق مع الدول المصدرة للاستثمار تقرر ضمانات حظر نزع الملكية الزاحفة (أو ما يسمى في الاتفاقيات الدولية بنزع الملكية غير المباشر)، على سبيل المثال نصت المادة (4) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية بلا روسيا عام (2015) [3]على أنه: "لا

---

[1] د. دريد محمود السامرائي، مصدر سابق، ص 208.

[2] د. عكاشة محمد عبدالعال، مصدر سابق، ص 157.

[3] صادق العراق على الاتفاقية بقانون رقم (42) لسنة 2015 المنشور في الواقع العراقية، العدد4397، الصادر بتاريخ 2016 /2/15.

يجوز تأميم استثمارات أي من الطرفين المتعاقدين، أو نزع ملكيتها بشكل مباشر أو غير مباشر، أو أي تدابير أخرى لها أثر يعادل التأميم أو نزع الملكية (يشار إليها فيما بعد بنزع الملكية) في أراضي الطرف المتعاقد الآخر إلا للمنفعة العامة وعلى أساس غير تميزي، وفقاً لاجراء قانوني مقابل تعويض فوري وملائم وفعال"، ونصت المادة (7/أ) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية العراق عام 2014[1] على أن: "الاستثمارات التي يقوم بها مستثمرون تابعون لكلا الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر لن يتم تأميمها أو نزع ملكيتها أو اخضاعها بطريقة مباشرة، لاجراءات ذات أثر يعادل التأميم أو نزع الملكية (مشار إليها مجتمعة فيما بعد بنزع الملكية) من قبل الطرف المتعاقد الآخر إلا لغرض عام يتعلق بمصلحة وطنية لذلك الطرف المتعاقد، وفي مقابل تعويض فوري وكافٍ وفعالٍ بشرط أن تكون الاجراءات قد اتخذت على أساس عدم التمييز، ووفقاً لاجراءات قانونية معمول بها بصفة عامة" ونصت المادة (6) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية عام (2017) [2] على أنه: "لا يجوز لأي طرف متعاقد القيام بتأميم او نزع ملكية استثمارات الشخص الطبيعي أو المعنوي التابع للطرف المتعاقد الآخر أو تعريضها لأية إجراءات لها ذات الأثر عدا تلك المتخذة للنفع العام، وبموجب إجراءات القوانين والأنظمة، وبشكل غير تمييزي مقابل دفع التعويض الفوري والفعال والمناسب" [3]، من خلال قراءة نصوص الاتفاقيات أعلاه يتبين لنا ما يلي:

أولاً: في تحديد مصطلح نزع الملكية بمفهومه الواسع ميزت النصوص بين المخاطر السياسية والمخاطر غير التجارية حيث حدد نطاق المخاطر السياسية بالأعمال الصادرة عن الدولة، وترك التصرفات التي تقع في الدولة وهي خارجه عن إرادتها للمخاطر غير التجارية، وذلك في إشارة واضحة إلى خروج المخاطر التي قد تنشأ بسبب حرب أو نزاع مسلح أو ثورة عن إطار المخاطر السياسية.

ثانياً: ركز النصوص على ما يترتب على المخاطر السياسية من حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره، وإن مثل هذه الحرمان يتم بطريقتين:

1- تسمى الطريقة المباشرة، لأنها تصدر بقرارات تشريعية وإدارية صريحة عن الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها ومن صورها التأميم أو المصادرة، أو نزع الملكية للمنفعة العامة.
2- الطريقة غير المباشرة أو ما يسمى بنزع الملكية الزاحفة، أي أنه ليس للدولة دور مباشر في وقوعها، ولكنها في هذه الحالة تعمل على تقويض الاسثمار الأجنبي وبصورة غير مباشرة.

ثالثاً: إن أكثر ما يحمل في طياته جدلاً حول النصوص أعلاه أنها لم تحدد مفهوم نزع الملكية الزاحفة (نزع غير مباشر) بل ترك الأمر للاجتهادات الفقهية والقضائية، وفي نظرنا أنه مصطلح مرن يدخل في طياته كل اعمال الدولة التي من

---

[1] صادق العراق على الاتفاقية بقانون رقم (14) لسنة 2014 المنشور في الواقع العراقية، العدد 4346، الصادر بتاريخ 2014/12/29.

[2] صادق العراق على الاتفاقية بقانون رقم (84) لسنة 2017 المنشور في الوقائع العراقية، العدد4476، الصادر بتاريخ 2018/12/8.

[3] بهذا المعني تنظر: المادة (5/ أولا) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المبرمة بين العراق والأردن لسنة 2015 (الوقائع العراقية، العدد 4353 في 2/23/ 2015)، والمادة (2/6) بين العراق وفرنسا لسنة 2012 (الوقائع العراقية، العدد 4241 في 2012/6/4)، والمادة (1/1/5/ا) بين العراق وأرمينيا لسنة 2014 (الوقائع العراقية، العدد 4309 في 2/10/ 2014)، والمادة (1/11) بين العراق واليابان لسنة 2013 (الوقائع العراقية، العدد 4296 في 2013/11/4) ، والمادة (2/4) بين العراق والمانيا الاتحادية لسنة 2012 (الوقائع العراقية، العدد 4254 في 2014/2/10).

شأنها تقويض سلطة المستثمر من السيطرة على مشروعه الاستثماري طبقاً لما ورد في معيار التأثير الضار الذي سبق القول بشأنه.

رابعاً: اعتمدت النصوص أعلاه على معيار الهدف المشروع لترسيخ حق الدولة في إجراء نزع الملكية الزاخفة، ووضع القواعد أمام سلطات الدولة المضيفة للقام بإجراءات نزع الملكية الزاحفة دون ترتب أية مسؤولية دولية، وبشروط معينة منها:

1- **أن يكون الهدف من الاجراءات تحقيق المنفعة العامة، ومصطلح المنفعة العامة هنا له مفهوم واسع يشمل جميع القرارات والتصرفات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، والتي تقع تحت طائلة تحقيق المنفعة العامة، ووفقا لرأي فقهي[1] أنه يشمل التصرفات الخاصة بالضرائب وحماية النظام العام، والأخلاق العامة، والصحة والسلامة العامة، والرفاهية العامة، وحماية البيئة[2].**

2- **أن تكون الإجراءات غير التمييزية، يمكن تصور التمييز في إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري المملوك للأجنبي في حالتين[3]:**

أ- **أن يتم نزع ملكية المشروعات الاستثمارية المملوكة للأجانب دون أن يمتد ذلك إلى المشروعات الوطنية التي تزاول نفس النشاط، أي جعل صفة المستثمر الأجنبي المبرر الوحيد لإتخاذ مثل هذه الإجراءات.**

ب- **أن يتم نزع ملكية المشروعات الاستثمارية المملوكة للأجانب دون أن يشمل ذلك المشروعات الاستثمارية التي تزاول نفس النشاط وتعود ملكيتها لأجانب يحملون جنسيات أخرى معينة، وتطبيقاً لذلك اعترضت الولايات المتحدة عام (1948) على التأميمات الرومانية للمشروعات الاستثمارية المملوكة للأجانب، ومن بينهم الرعايا الأمريكيين، لأنه استثنت من هذه الإجراءات المشروعات الاستثمارية المملوكة للرعايا السوفياتية، كما واحتجت الحكومة الهولندية عام (1958) على التأميمات التي اتخذتها الحكومة الأندونيسية، ووصفتها بأنها "تمييزية" لكونها انصبت على ممتلكات الرعايا الهولنديين فقط.**

المطلب الثاني

الضمانات الخاصة في التشريعات الداخلية

إن ضمان ملكية الاستثمار الأجنبي من خطر نزع الملكية الزاحفة لم يكن أوفر حظاً عند متناول التشريعات الداخلية، ويبدو الأمر طبيعياً إلى حدما لأنها تركت تنظيمه للاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات بين الدولة

---

[1] أشرف مصطفى عثمان، مصدر سابق، ص131.

[2] أما فيما يتعلق بنزع الملكية التقليدي يقول جانب من الفقه المصري إن فكرة المنفعة العامة في نظام نزع الملكية (الاستملاك) تتمثل في غايات عديدة تصبو الإدارة لتحقيقها من إقامة المشاريع التي تحتاج إليها في تنفيذها لنزع الملكية، أما في التأميم فإن الفكرة المتحققة هي سيطرة الدولة على وسائل الإنتاج واستغلالها في سبيل المصلحة العامة، أما في فرض الحراسة على الأموال: ففي الحراسة الإدارية هي لحماية المصالح الاقتصادية وسلامة السياسة في المجتمع، أما في الحراسة القضائية لمواجهة جرائم تقع على الأموال مثل: الرشوة وتهريب المخدرات أو الاختلاس ومنع ارتكابها، أما في المصادرة فإن الفكرة تتحقق في ردع الجاني وترضية الشعور العام في المجتمع، أما المصادرة الإدارية مثل مصادرة أموال ثوري بعد فشل ثورته، هي باعتبار أن أمواله وممتلكاته ملك للشعب يجب أن يسترد، للتفصيل ينظر: أحمد أحمد الوافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1993، ص 75 ومابعدها.

[3] د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، بدون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1981، ص 53 ومابعدها.

المصدرة للاستثمار والدولة المضيفة له، وعليه لا نجد في التشريعات الداخلية إلا نادراً حالة تنظيم هذا الخطر مقارنة بخطر نزع الملكية بمعناه التقليدي الذي احتل المساحات الواسعة، ومن بين التشريعات الدول العربية كافةً أشارت القانونين الليبي والقطري فقط إلى هذا النوع من نزع الملكية، حيث نصت المادة (23) من قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم (9) لسنة 2010 على أنه: "لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه أو مصادرته أو فرض الحراسة أو التحفظ أو التجميد أو إخضاعه لاجراءات لها نفس التأثير، إلا بموجب قانون أو بحكم قضائي في مقابل تعويض عادل، بشرط أن تتخذ الاجراءات بصورة غير تمييزية ..."، أما المشرع القطري فقد نص في المادة (13) من قانون الاستثمار الأجنبي رقم (1) لسنة 2019 على أنه: "لا تخضع الاستثمارات غير القطرية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، لنزع الملكية أو لأي إجراء ذي أثر مماثل، ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة، ولقاء تعويض عادل ومناسب وفقاً لذات الإجراءات المطبقة على المواطنين"، يلاحظ أن هاذين النصين يتطابقان من حيث المضمون مع ماورد في الاتفاقيات الثنائية لهذا الغرض.

أما في إقليم كوردستان العراق، فلا نخفى بأن حكومة إقليم كوردستان - منذ تأسيسها عام (1992) - اتبعت السياسة القائمة على أساس الإصلاح والانفتاح الاقتصادي، وتطبيق برنامج الخصخصة، والعمل على جذب الاستثمار الأجنبي، ولغرض تحقيق هذه السياسة اتخذت الحكومة عدة خطوات وفي مختلف المجالات، ولا سيما في المجال التشريعي، حيث أقدمت على إصدار القرارات التشريعية بهدف توفير مناخ ملائم لجذب الاستثمار الأجنبي منها: القرار رقم (89) الصادر في (2004/3/17) والخاص بتشجيع الاستثمار في إقليم كوردستان حيث احتوى على (34) مادة، اقتبست أغلبها من التشريعات الحديثة المشجعة للاستثمار في الدول العربية، وتلك التي قطعت شوطاً في هذا المجال كدول الخليج ومصر ولبنان.

وقدر تعلق الأمر بمسألة ضمان حظر نزع ملكية المشروع الاستثماري، فقد أفردت المادة (28) والتي تنص على أنه: "أ- يمنح المستثمر ضمانات بعدم تأميم أو نزع ملكية أو مصادرة مشروعه الاستثماري إلا لمقتضيات المصلحة العامة وبتعويض عادل".

ويفهم من النص أن المشرع الكوردستاني قد انتبه لهذه المسألة الجوهرية، ومدى أهميتها في توفير مناخ استثماري لاستقطاب المستثمرين، وإتخاذ قراراتهم الاستثمارية دون خوف أو تردد من المخاطر السياسية التي قد تتعرض لها مشاريعهم الاستثمارية، ولكن يؤخذ على النص بأنه لم يتضمن نزع الملكية الزاحفة أو ما يسمى بنزع الملكية بصورة غير مباشرة.

ولكن سرعان ما تم إلغاء القرار بصدور القانون الجديد لتنظيم الاستثمار في الإقليم، وهو قانون الاستثمار رقم (4) لسنة (2006)[1]، وذلك بهدف خلق مناخ ملائم لتشجيع الاستثمار في الإقليم، وسد النقص التشريعي وإزالة المعوقات القانونية التي قد تقف حجر عثرة أمامه، وذلك بمنح المستثمرين الضمانات والحوافز والإعفاءات السخية في مختلف المجالات، وتبسيط الإجراءات القانونية والإدارية والمالية للمستثمرين، بغية تطوير مشاريعهم الاستثمارية في مراحلها المختلفة، ولكن يلاحظ على القانون الجديد أنه لم يشر -بطريقة أو بأخرى- إلى ضمان حظر نزع ملكية المشروع الاستثماري سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة والذي يعد بمثابة الضمانة الأولى والأهم بالنسبة للمستثمر، وفي منظورنا يعد ذلك نقصاً تشريعياً ينبغي معالجته، لأنه يتناقض مع أغراض القانون صراحة، خصوصاً أنه تم تأسيسه على المعايير الدولية الجديدة، وعلى الأخص ما جاءت به اتفاقيات الاستثمار ضمن إطار منظمة التجارة العالمية, والذي نبغي ذكره هنا

---

[1] المادة (1/18) من قانون الاستثمار لإقليم كوردستان رقم (4) لسنة (2006)، المنشور في الوقائع الكوردستانية، العدد 62، بتاريخ (27-8-2006).

فقد صدر في الآونة الأخيرة عن حكومة إقليم كوردستان العراق مشروع قانون جديد للاستثمار، والذي يحتوي على (29) مادة، وقد تدارك المشروع للنقص التشريعي الوارد في القانون المذكور حيث نص في المادة (8) منه على أنه: "... عاشراً: لا يجوز تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً؛ حادي عشر: لا تجوز مصادرة المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً إلا بناءً على حكم قضائي بات، في نظرنا الإتيان بمثل هذه الحماية تعد خطوة مميزة وقد أحسن الفعل، ولكن يلاحظ على أنها أهمل الاشارة إلى نزع الملكية بصورة غير مباشرة أو النزع الزاحف مما يؤدي إلى إعادة النظر فيها، سيماً أن المستثمرين الأجانب في اقليم كوردستان العراق غير مغطين بالحماية النابعة من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات لأسباب ذكرناها مسبقاً، وعليه نوصي بتعديل النص على نحو الآتي: "لا تخضع المشاريع الاستثمارية في الإقليم لإجراء نزع الملكية سواء كان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو أي إجراء ذي أثر مماثل، ما لم يكن ذلك لمقتضيات المنفعة العامة، وبطرق غير تمييزية، ولقاء تعويض مناسب وفقاً للإجراءات القانونية".

المطلب الثالث

التعويض عن خطر نزع الملكية الزاحفة

عادة يترتب على نزع الملكية المباشر (التقليدي) أثر مزدوج وهو افتقار المستثمر عن طريق حرمانه من ملكية مشروعه الاستثماري وإثراء الدولة من خلال تحويل هذه الملكية خدمة للمنفعة العامة، هذا يعني أن الضرر الذي يلحق بالمستثمر ينبغي أن يقابله كسب من قبل الدولة المنزعة للملكية، وإلا فإن إجراء النزع لا يعتبر واقعاً، ففي هذا المجال قررت المحكمة التحكيمية في قضية S.D Myers c V. Canada ضد كندا بتاريخ (21-10- 2002)[1] "بأن الاجراء المتخذ من قبل وكالة حماية البيئية الكندية بمنع التصدير المؤقت لنوع من النفايات السامة وإن كان تشكل ضرراً للشركة المدعية، لا يمكن اعتباره من إجراءات نزع الملكية لأنه لم يأخذ في طياته تحويل ملكية الشركة المدعية إلى حكومة دولة كندا"[2]، من هنا يثار التساؤول حول مدى وجوب التعويض مقابل نزع ملكية المشاريع الاستثمارية الأجنبية ؟

بداية وفي صورة نزع الملكية المباشرة ما دامت الدولة المضيفة تملك الحق في نزع ملكيه المشروعات الاستثمارية بأدوات قانونية مختلفة فعليها ان تلتزم بجبر الضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي نتيجة حرمانه من أمواله المستثمرة، وهذا الجبر يتجسد بتعويضه[3]، وهذا التعويض يعد حقاً للمستثمر الأجنبي وتنص على ضرورته كافة التنظيمات الدولية التي تتناول ضمانات الاستثمار، وأكد على وجوبه ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية التي أسست لتنظيم العلاقات الاقتصادية بين الدول[4]، كذلك تناولته التشريعات الداخلية في معظم الدول، من الدساتير والقوانين

---

[1] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:
<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-s-d-myers-inc-v-government-of-canada-second-partial-award-damages-monday-21st-october-2002>last visited (29-7-2023)

[2] قابيلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخري في ضوء اتفاقية واشنطن، مصدر سابق، ص 262.

[3] د. دريد محمود السامرائي، مصدر سابق، ص 157.

[4] تنص الفقرة الفرعية (c) من المادة (2/2) من ميثاق حقوق الدول وواجباتها على أنه: " لكل الدولة أن تؤمم الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها، وفي هذه الحالة ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير التعويض المناسب، آخذة بعين الاعتبار قوانينها وأنظمتها المنطبقة، وجميع الظروف التي ترى الدولة أنها متصلة بالموضوع. وفي كل مرة تؤدى فيها التعويض إلى اثارة الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة ومن قبل محاكمها، إلا إذا اتفقت

العادية بما في ذلك الدستور العراقي[1]، ومشروع دستور إقليم كوردستان العراق[2]، والذي نبغي ذكره أن التعويض في نزع الملكية المباشر يتم ترسيخه خلال فكرتين رئيسيتين هما:

أولاً: أن يكون التعويض شاملاً وحالاً وفعالاً[3]، ويقصد بالتعويض الشامل ذلك التعويض الذي يغطي الخسارة الفعلية التي تتحدد غالباً بقيمة المشروع المنزوع ملكيته وفقاً للسعر السائد للسوق[4]، ناهيك عن ما فات المالك من كسب أو أضرار لاحقة، والمقصود بالتعويض الحال أو الفوري هو التعويض الذي يجب أن يؤدى فور وقوع إجراء نزع الملكية[5]، كما ويقصد بالفعال أن يكون ذا قيمة اقتصادية حقيقية، وبعملة نقدية قابلة للتحويل إلى عملة الدولة التي يحمل المستثمر الأجنبي جنسيتها وقابلة للتحويل إلى الخارج[6]، ومن نافلة القول أن قوانين الاستثمار الدولية المشجعة أكثر للاستثمار الأجنبي تأخذ بهذا المفهوم، ومن بين القوانين العربية قانون الاستثمار المصري رقم (72) لسنة 2017 يؤيد هذا الاتجاه ونصت المادة (4) على أنه: "... وبمقابل تعويض عادل يدفع مقدماً دون تأخير، وتكون قيمته معادلة للقيمة الإقتصادية العادلة للمال المنزوع ملكيته في اليوم السابق علي صدور قرار نزع الملكية، وتكون التعويضات قابلة للتحويل دون قيد".

وأيضاً قانون الاستثمار السوري رقم (18) لسنة 2021 ينص في المادة (5) على انه: "عدم نزع ملكية المشروع إلا للمنفعة العامة وبتعويض يعادل القيمة الحقيقية للمشروع، وفقا للسعر الرائج بتاريخ الاستملاك، ويسمح للمستثمر بإعادة تحويل مبلغ التعويض الناجم عن المال الخارجي الذي أدخله بغرض تمويل الاستثمار، وذلك إلى الخارج وبعملة قابلة للتحويل"، وكذلك الحال بالنسبة لقانون البيئة الاستثمارية الأردني رقم (21) لسنة 2022[7].

ثانياً: أن يكون التعويض مناسباً أي يتناسب مع قدرة الدولة الفعلية التي تتخذ من هذا الإجراء، بحيث لا يترتب على أداءها عبءُ مالي خارج عن طاقتها، وكذلك لا يشترط أن يكون فورياً أو حالاً، كلما كان غير ملائم مع الظروف

جميع الدول المعنية، اتفاقاً حراً ومتبادلاً على التماس وسائل سلمية أخرى، تقوم على تساوي الدول في السيادة، وتتفق مع مبدأ حرية اختيار الوسائل". الميثاق يتكون من ديباجة و (34) مادة، أقر من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم (3281 لسنة 1974) في الجلسة العامة رقم (2315) بتاريخ (12 كانون الأول 1974)، الميثاق معروض باللغة الانكليزية في موقع الرسمي للأمم المتحدة على شبكة الإنترنت على والعنوان التالي:
<http://www.un-documents.net/a29r3281.htm> last visited (31-7-2023)

[1] المادة (23/ب) من الدستور العراقي النافذ.

[2] المادة (48) من مشروع الدستور في إقليم كوردستان، حيث صدر مشروع دستور الإقليم في (2006/8/22)، وصادق عليه برلمان الإقليم في (2009/6/9)، ولكن حصول العقبات السياسية حالت دون طرح المشروع أمام شعب الإقليم للاستفتاء عليه وابداء الراي فيه لحد الان.

[3] فيما يتعلق بالتعويض وكيفه تقديره في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة ينظر: الباب الثاني من قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة (1981).

[4] د. دريد محمود السامرائي، مصدر سابق، ص 161.

[5] المصدر السابق، ص 163.

[6] د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 292.

[7] تنص المادة (6/ب) من قانون البيئة الاستثمارية الأردني على أنه: "يراعي عند دفع التعويض المشار إليه من فقرة (أ) من هذه المادة ما يلي: 1- أن يدفع دفعة واحدة بالدينار الأردني أو بعملة قابلة للحويل؛ 2- أن يكون مساوياً للقيمة السوقية العادلة للأصول المعنية قبل اتخاذ قرار نزع الملكية؛ 3- أن يشمل سعر فائدة يعادل التمويل المضمون لليلة واحدة الذي ينشره يومياً البنك المركزي الأردني"

الاقتصادية للدولة التي اتخذت إجراء نزع الملكية، بل يكفي أن تدفع في وقت لاحق، وربما على هيئة التقسيط[1]، وتجدر الاشارة إلى أن الدول النامية اعتمدت على التعويض المناسب، على خلفية جهود القرار الأممي رقم (1803)[2] المتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، والذي أقام نوعاً من التوازن بين موقف الدول الغربية والدول النامية، وذلك عن طريق إقراره (صراحةً) بقاعدة التعويض المناسب، إذ نص في البند (4) منه على أن: "التأميم، والمصادرة، أو نزع الملكية يجب أن يقوم على أسس أو أسباب تتعلق بالمنفعة العامة والأمن أو الصالح الوطني، لأنها تفضل على المصالح الفردية أو الخاصة البحتة، الوطنية والأجنبية معاً، في مثل هذه الحالات يجب أن يدفع إلى المالك تعويض مناسب وفقاً للقواعد المعمول بها في الدولة التي تتخذ مثل هذه الإجراءات في ممارستها لسيادتها وفقاً للقانون الدولي.

ومن قوانين الاستثمار النافذة في الدول العربية اتبع غالبيتها هذا النهج، منها قانون الاستثمار الأجنبي القطري لسنة 2019 والذي نص في المادة (13) على أنه: "... ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة، وبطريقة غير تمييزية، ولقاء تعويض عادل ومناسب وفقاً لذات الإجراءات المطبقة على المواطنين، كذلك الحال بالنسبة لقانون الاستثمار الاماراتي رقم (19) لسنة 2018 والذي نص في المادة (9) على أنه: "... إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل مقدر في تاريخ نزع الملكية"، وقانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل حيث ينص في المادة (12/ ثالثاً/ب) على أنه: "عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة كلاً أو جزءً بتعويض عادل".

أما في اقليم كوردستان العراق فإن قانون الاستثمار النافذ كما تقدم القول لم يتضمن أية إشارة إلى ضمان حظر نزع الملكية بصورة عامة، بيد أن مشروع القانون الجديد للاستثمار الذي جاء به حكومة إقليم كورستان مؤخراً نظم أحكام خاصة بحظر نزع الملكية المباشر، وأفرد فقرتان (العاشرة والحادية عشر) من المادة (8)[3] لهذه المسألة من دون أية إشارة بطريقة أو بأخرى إلى وجوب حالة التعويض في حالة النزع وماهية هذا التعويض وكيفية أداءه مما يستوجب إعادة النظر في الفقرات في ظل تبني مفهوم التعويض المناسب.

أما فيما يخص صورة نزع الملكية الزاحفة أو ما يسمى بنزع الملكية بصورة غير مباشرة، فطالما أن المستثمر يحتفظ بملكية مشروعه الاستثماري بعد إجراء النزع، فهناك ثمة الجدلية حول مدى تعويضه من الخسائر الذي قد يلحق به من جراء تقويضه من حقوقه المشروعة على استثماره، وعلى ذلك نجد أن البروتوكول رقم (1) لاتفاقية حقوق الإنسان والحريات الأساسية[4] لم ينص صراحة على وجوب التعويض في نزع الملكية الزاحفة حيث نجد أنه ينص في المادة (2) على

---

[1] د. خالد محمد الجمعة، مصدر سابق، ص 283 .

[2] جرت مناقشات حادة في الأمم المتحدة حول تعبير "التعويض المناسب" في (القرار رقم 1803)، الدورة السابعة عشرة، الجلسة العامة (1194) في (14 كانون الأول 1962) حيث قبلته (88) دولة، بينما صوتت ضده دولتان (فرنسا وجنوب أفريقيا) وأمتنعت عن التصويت (12) دولة (دول المعسكر الشرقي وكوبا وبورما وغانا)، وتجدر الاشارة إلى أن القرار متاح على شبكة الإنترنت باللغة العربية على العنوان التالي:

<https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/general-assembly-resolution-1803-xvii-14-december-1962-permanent> last visited (31-7-2023).

[3] تنص المادة (8) على أنه "... عاشراً: لا يجوز تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً؛ حادي عشر: لا تجوز مصادرة المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً إلا بناءً على حكم قضائي بات".

[4] صدر البروتوكول في باريس بتاريخ (20-3-1952) بدأ العمل به في (18-5-1954)، البرتوكول متاح باللغة العربية على العنوان الالكتروني التالي:

<http://hrlibrary.umn.edu/arab/eupro1.html> last visited (31-7-2023)

أنه: "لكل شخص طبيعي أو قانوني (معنوي) حق التمتع السلمي بممتلكاته، ولا يجوز حرمان أي شخص من ممتلكاته إلا من أجل المصلحة العامة، مع عدم الإخلال بالشروط التي يحددها القانون، وفي نطاق المبادئ العامة للقانون الدولي، ومع ذلك، لا تخل النصوص السابقة على أي حال بحق الدولة في تنفيذ القوانين سالفة الذكر حسبما تقتضيه الضرورة لضبط استخدام الملكية بما يتفق مع المصلحة العامة، أو لضمان الوفاء بالضرائب، أو المساهمات الأخرى، أو العقوبات"، ولكن في الحقيقة أن هذا النص يتعارض مع النهج المتبع في جميع الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار الذي يستوجب التعويض في إجراء نزع الملكية سواء كان بصورة مباشرة أو نزع الملكية الزاحفة (نزع غير مباشر)، وعلى ذلك تدخل المحكمة الأوربية لحقوق الانسان(ECHR) واعترفت بوجوب التعويض في حالة نزع الملكية الزاحفة، ويظهر ذلك جلياً في قضية Sporrong and Lonnroth V. Sweden [1] بتاريخ (23-9- 1982)حيث قررت: "أن إجراءات الحكومة السويدية لم تراع إقامة التوازن بين متطلبات المصلحة العامة للمجتمع ومتطلبات حماية الحقوق الأساسية الفردية، وقررت أن عقار Sporrong قد تحمل عبءاً فردياً مفرطاً والذي يمكن اعتباره مشروعاً في حالة الادعاء بوجود التعويض"[2]، وهذا يعني أن المحكمة الأوربية لحقوق الانسان أخذت بمبدأ التناسب، أي إيجاد التوازن بين مصلحتين متعارضتين، وأكد على ضرورة حماية الملكية الخاصة، وأن أي تعرض لحق الملكية المتسبب في إلحاق الخسارة يستوجب التعويض العادل، وفي هذا السياق في قضية Tecmed V. Mexico بتاريخ (29-5-2003)[3]، قررت المحكمة بأن معيار التناسب كان معياراً ضرورياً لاثبات حالة نزع الملكية الزاحفة (غير مباشر)، ويتعين النظر فيما إذا كانت إجراءات نزع الملكية يتناسب مع المصلحة العامة مع الحماية القانونية للاستثمارات"[4].

يستشف مما تقدم أن إجراء نزع الملكية الزاحفة شأنه شأن نزع الملكية بمعناه التقليدي يستوجب التعويض المناسب إذا توفر فيه ثلاثة شروط رئيسة وهي:

1- أن يتخذ الإجراء تحقيقاً لمقتضيات المنفعة العامة.
2- أن يتخذ الإجراء بصورة غير تمييزية.
3- أن يكون وفقاً للأصول القانونية.

وأكد على هذا الثبات جميع الاتفاقيات الثنائية بين الدولة المصدرة للاستثمار والمضيفة له على سبيل المثال اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية بلا روسيا لسنة 2015 والتي تنص في المادة (4) على أنه: "لا يجوز تأميم استثمارات أي من الطرفين المتعاقدين، أو نزع ملكيتها بشكل مباشر أو غير مباشر أو أي تدابير أخرى لها أثر يعادل التأميم أو نزع الملكية (يشار إليها فيما بعد بنزع الملكية) في أراضي الطرف المتعاقد الآخر إلا للمنفعة العامة، وعلى أساس غير تميزي وفقاً لإجراء قانوني مقابل تعويض فوري وملائم وفعال".

---

[1] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:
<https://www.zmogausteisiugidas.lt/en/case-law/sporrong-and-l-nnroth-v-sweden> last visited (31-7-2023).

[2] أشرف مصطفى عثمان، مصدر سابق، ص 114.

[3] القضية متاحة على العنوان الالكتروني التالي:
<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-tecnicas-medioambientales-tecmed-v-united-mexican-states-award-thursday-29th-may-2003> last visited (31-7-2023)

[4] أشرف مصطفى عثمان، مصدر سابق، ص 115.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث توصلت الدراسة إلى استنتاجات عديدة، من ثم أبدينا بعض التوصيات والمقترحات فيما يلي نركز على أهمها:

أولاً: الاستنتاجات

1- إن خطر نزع الملكية الزاحفة يعد أكثر وقوعاً من الناحية العملية مقارنه بنزع الملكيه المباشر (النزع بمعناه التقليدي) لأن الدولة المضيفة للاستثمار لا تلجأ إلى هذا الإجراء الأخير في العادة حفاظاً على سمعته الاستثمارية والتجارية على النطاق الدولي، وإن تحديد مفهوم النزع ليس بأمر هين نظراً لاتساع نطاقه وعدم وضح محتواه أو عدم التيقن في مضمونه، لذلك أصبح محلاً للعديد من المنازعات الدولية.

2- إن القصد من المخاطر السياسية طبقاً لهذا البحث هو إعمال الحكومة التي تقوم بها بصورة غير مباشرة، أي أنه ليس لحكومة الدولة المضيفة دور مباشر في وقوعها، ولكنها تعمل على تقويض الاسثمار الأجنبي وبصورة غير مباشرة وذلك عن طريق نزع الملكية الزاحفة، أما إذا كانت الأعمال بصورة مباشرة تدخل ضمن إطار نزع الملكية بمعناه التقليدي كصور (نزع الملكية للمنفعة العامة والتأميم والمصادرة وفرض الحراسة والاستيلاء المؤقت).

3- إن محاكم التحكيم تستخدم ثلاثة معايير اساسية لاعتبار الاجراءات التي تقوم بها حكومة الدولة المضيفة من صور نزع الملكية الزاحفة من عدمها وهي: معيار التأثير الضار، ومعيار التناسب، ومعيار المصلحة العامة المشروعة.

4- إن معيار الهدف المشروع لإجراء نزع الملكية الزاحفة يعد معياراً متناقضاً لمعيار التأثير الضار، فإذا كان هذا المعيار الأخير يرتكز على الأضرار التي قد تلحق بالمستثمر الأجنبي من جراء التدبير الذي يقوم بها حكومة الدولة المضيفة، فإن هذا المعيار-الهدف المشروع للإجراء- يقوم بإضفاء صفة الشرعية لذلك الإجراء، بعبارة أخري فإن معيار الهدف المشروع للإجراء يقوم بشرعنة الإجراءات التي اتخذتها الدولة المضيفة لتحقيق المصلحة العامة ولا يترتب عليها أية مسؤولية دولية وإن كانت ترتب على اقترافها أضراراً جسيماً بالمستثمر الأجنبي.

5- إن ضمان ملكية الاستثمار الأجنبي من خطر نزع الملكية الزاحفة لم يكن أوفر حظاً عند متناول التشريعات الداخلية، ويبدو الأمر طبيعياً إلى حدما لأنها تركت تنظيمه للاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات بين الدولة المصدرة للاستثمار والدولة المضيفة له، وعليه لا نجد في التشريعات الداخلية إلا نادراً حالة تنظيم هذا الخطر مقارنة بخطر نزع الملكية بمعناه التقليدي الذي احتل المساحات الواسعة، ومن بين التشريعات الدول العربية كافةً أشارت القانونين الليبي والقطري فقط إلى هذا النوع من نزع الملكية.

6- إن إجراء نزع الملكية الزاحفة شأنه شأن نزع الملكية بمعناه التقليدي يستوجب التعويض المناسب إذا توفر فيه ثلاثة شروط رئيسة وهي: أن يتخذ الإجراء تحقيقاً لمقتضيات المنفعة العامة، وأن يتخذ الإجراء بصورة غير تمييزية، وأن يكون وفقاً للأصول القانونية، وأكد على هذا الثبات جميع الاتفاقيات الثنائية بين الدولة المصدرة للاستثمار والمضيفة له.

ثانياً: التوصيات

1- بما أن تحديد مفهوم نزع الملكية الزاحفة ليس بأمر يسير نظراً لاتساع نطاق هذا النزع وعدم وضوح فحواه، نوصي المشرع في إقليم كوردستان العراق عند تصويته لمشروع قانون الاستثمار الجديد بتفريد مادة وليكون كالآتي: "كافة الإجراءات التي تقوم بها السلطات المختصة والتي لا يمكن وصفها بنزع الملكية المباشر طبقاً للمعنى التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي، إلا أنها تؤدي تدريجياً وبطريق غير مباشر لذات نتائج نزع الملكية المباشر".

2- نقترح التعريف التالي للمخاطر السياسية طبقاً لهذا البحث "التصرفات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار، وتتصل بأوضاعها السياسية والاقتصادية، وتؤدي في نتيجتها إلى حرمان المستثمر بشكل غير مباشر من حقوقه الجوهرية على مشروعه الاستثماري".

3- لقد صدر في الآونة الأخيرة عن حكومة إقليم كوردستان العراق مشروع قانون جديد للاستثمار، والذي يحتوي على (29) مادة، وقد تدارك النقص التشريعي الوارد في قانون الاستثمار النافذ بخصوص حماية المشاريع الاستثمارية من مخاطر نزع الملكية حيث نص في المادة (8) منه على أنه: "... عاشراً: لا يجوز تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً؛ حادي عشر: لا تجوز مصادرة المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً إلا بناءً على حكم قضائي بات، في نظرنا أن الإتيان بمثل هذه الحماية تعد خطوة مميزة وقد أحسن الفعل، ولكن يلاحظ على أنها أهملت الاشارة إلى نزع الملكية بصورة غير مباشرة أو نزع الملكية الزاحفة مما يؤدي إلى إعادة النظر فيها، سيماً أن المستثمرين الأجانب في إقليم كوردستان العراق غير محميين بالحماية النابعة من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات، عليه نوصي المشرع عند تصويته للنص تعديله على نحو التالي: "لا تخضع المشاريع الاستثمارية في الإقليم لإجراء نزع الملكية سواء كان بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو أي إجراء ذي أثر مماثل، ما لم يكن ذلك لمقتضيات المنفعة العامة، وبطرق غير تمييزية، ولقاء تعويض مناسب وفقاً للإجراءات القانونية".

4- لغرض تعويض المستثمرين عن إجراء نزع الملكية سواء كان بصورة مباشرة أو غير مباشرة (النزع الزاحف) نوصي المشرع في إقليم كوردستان إضافة الفقرة التالية إلى المادة (8) من المشروع المقترح عند التصويت عليه، وذلك بأن تكون كالآتي: "... ثالث عشر: يكون التعويض مناسباً ومعادلاً للقيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع الاستثماري، ويقـدر وفقاً لوضع اقتصادي عادي وسابق على أي تهديد بنزع الملكية، ويتم دفع التعويض المستحق خلال مدة مناسبة من تاريخ نزع الملكية".

المصادر

أ- الكتب

1- د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة 1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006.

2- د. سامي عفيفي حاتم، التأمين الدولي، الطبعة 1، الدار المصرية اللبنانية، القاهرة، 1986.

3- د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972،

4- د. عكاشة محمد عبدالعال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في المؤلف ضمانات الاستثمارات العربية والأوروبية، الطبعة 1، مركز الدراسات العربي الأوروبي، بيروت، 2001.

5- د. ناصر عثمان محمد عثمان، ضمانات الاستثمار الاجنبي في الدول العربية، الطبعة 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

6- د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، بدون طبعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1981.

7- د. وجيه شندي الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، بحث منشور في مؤلف دراسات حول ضمانات الاستثمار في قوانين العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، 1978.

ب- البحوث الجامعية:

1- د. أبو العلا على أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التنكنولوجيا، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي يصدرها أساتذة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الرابعة والأربعون، .2002

2- أشرف مصطفى عثمان، نزع ملكية الاستثمارات الاجنبية غير المباشر للمنفعة العامة، بحث منشور في مجلة (المجلة الدولية لنشر البحوث والدراسات)، المجلد 2، العدد 17، .2021

3- د. خالد محمد الجمعة، انهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الاجنبي، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، العدد 3، السنة 23، .1999

4- قابيلي طيب، حماية ملكية المستثمر في القانون الجزائري وقضاء التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 2، .2019

5- د. محمد السيد عرفة، ضمانات الاستثمار الأجنبي وحوافزه في القانون المصري، بحث منشور في المؤتمر العلمي السنوي التاسع عشر حول قواعد الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأثرها في التنمية الاقتصادية في دولة الإمارات العربية المتحدة، 2011.

ج- الرسائل والاطاريح الجامعية:

1- أحمد أحمد الوافي، فكرة المنفعة العامة في نزع الملكية الخاصة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1993.

2- بقة حسان، حماية المكلية الخاصة للمستثمر الاجنبي في القانون الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر، .2020

3- بوكساني رشيد، معوقات اسواق المالية العربية وسبل تفعيلها، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التيسير، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006.

4- حسين نوارة، الحماية القانونية لملكية المستثمر الاجنبي في الجزائر، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة مولود معمري – تيزي وزو، الجزائر 2013

5- قابيلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الاخري في ضوء اتفاقية واشنطن، أطروحة دكتورا مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معري- تيزي وزو، الجزائر، .2012

6- محمد سليم محمد أمين، رقابة القضاء على قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة السليمانية، .2011

7- نبهى رشيد، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في القانون الجزائري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة اكلي محند اولحاج، الجزائر، 2017.

د- الدساتير والقوانين والقرارات:-

1- الدستور العراقي النافذ لسنة .2005

2- مشروع دستور لاقليم كوردستان العراق لسنة .2006

3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.

4- قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 المعدل.

5- قانون الاستثمار في اقليم كوردستان رقم (4) لسنة .2006

5- القرار رقم (89) الصادر في (2004/3/17) والخاص بتشجيع الاستثمار في إقليم كوردستان العراق.

7- مشروع قانون الجديد للاستثمار في اقليم كوردستان العراق.

8- قانون تشجيع الاستثمار الليبي رقم (9) لسنة .2010

0- قانون الاستثمار الاجنبي القطري رقم (1) لسنة 2019

10- قانون الاستثمار المصري رقم (72) لسنة .2017

12- قانون الاستثمار السوري رقم (18) لسنة .2021

13- قانون البيئة الاستثمارية الاردني رقم (21) لسنة .2022

14- قانون الاستثمار الاماراتي رقم (19) لسنة 2018.

15- اللائحة التشريعية لتشجيع الاستثمار في الصين الصادرة في (1998/1/24)

هـ- الاتفاقيات الدولية

1- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين الارجنتين واليابان لسنة .2018

2- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين الارجنتين والامارات العربية المتحدة لسنة .2018

3- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وايران لسنة .2017

4- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وبلا روسيا لسنة .2015

5- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق والاردن لسنة .2015

6- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق والكويت .2014

7- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق وارمينيا لسنة .2014

8- الاتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار بين العراق واليابان لسنة 2013.

و- المقابلات الشخصية:

1- مقابلة شخصية مع السيد أ.م.د هفال صديق اسماعيل المدير العام في هيئة الاستثمار بتاريخ (2-6-2023).

پاراستنی خاوەندارێتی پرۆژەی وەبەرهێنانی بیانی لە مەترسی لێسەندنەوەی خاوەندارێتی خشۆك لە هەرێمی کوردستان-عێراق

پ.ی. د. طالب برايم سليمان

بەشی یاسا، فاکەلتی یاساو زانستەرامیاری یەکان وبەرێوەبردن، زانکۆی سۆران

talib.sulaiman@soran.edu.iq

پوختە

زۆرترین شت کە وەبەرهێنی بیانی لێی بترسێت لە وولاتی میواندار وە ببێتە هۆی پاشگەزبوونەوەی لە بریاری وەبەرهێنانی لێسەندنەوەی پرۆژە وەبەرهییّنانەکەیەتی، هەرچەندە ئەم کرداڕە ڕەوایە لە خودی خۆیدا ئەگەر کۆمەلێك مەرجی تێدا بەرجەستە بن وەکو بەرقەراربوونی داوکاری سودی گشتی و ئەنجام دانی بەبێ جیاکاری وە لەسەر بنەمایی

یاسایی، بەلام لەگەل ئەوەش بەیەکێك لە هۆکارەکانی دەرکردنی وەبەرهێنانی بیانی هەژماردەکرێت، بەلکو بەگرنگترین ریسك دادەنرێت کەهەردەم وەبەرهێن هەول دەدات پارێزراو بێت لێی، هەربۆیە سیستەمی یاسایی پالنەر بۆ وەبەرهێنانی بیانی زیاتر هاندان نابەخشێت بەلکو هەول دەدات ئاسەوارەکانی ئەو ریسکە کەم بکاتەوە، ئەوە تێبینی دەکرێت لەم دواییانەدا وولاتانی میواندار پەنا نابەرن بۆ ئەنجام دانی ئەم کرداره لەبەر پارێزگاری کردن لە ناوبانگی ئابووری خۆیان لە ناو رێکخراوی ئابووری جیهانی، بەلکو پەنا دەبەن بۆ لیسەندنەوەی خاوەنداریەتی خشۆك (ناراستەوخۆ)، کە لە عورفی نێودەولەتی سەری هەلداوەو جێگیر بوو لە رێکخستنەکانی وەبەرهێنانی نێودەولەتی، ئەویش بریتی یە لە هەلسانی وولاتی میواندار بە کۆمەلێك ڕێکار کەناتوانرێت وەسف بکرێت بە لێسەندنەوەی خاوەنداریەتی راستەوخۆ، بەڵام بەلەرسەرەخۆی و بەشێوەیەکی ناراستەوخۆ هەمان ئەنجامی لێسەندنەوەی خاوەنداریەتی راستەخۆی دەبێت، وەلەبەئەوەی یاسای وەبەرهێنان لە هەرێمی کوردستان ژمارە (4) ی سالی 2006 هیچ گەرنتی یەکی یاسایی بۆ پارستنی خاوەنداریەتی پرۆژەی وەبەهێنان لەم ریسکە لەخۆ گرتوە کە گرنگە بۆ وەبەرهێنی بیانی، نەخاسمە ئەو وەبەرهێنەکان پارێز بەندی یاساییان نی یە بەگوێرەی گەرنتی رێکەوتنامەیی دوقۆلی کە خۆی دەبینێتەوە لە ئەنجام دادنی رێکەوتننامەی هاندان و پاراستنی وەبەرهێنان لە نێوان وولاتی وەبەرهێنی بیانی وهەرێمی کوردستان، هەربۆیە ئەم تویژینەوەیە هەلدەدات تیشك بخاتە سەر ئەم جورە دامالینی مولکداری یەتی یە، بەدیارکردنی کرۆکی و ناوەرۆکی و چۆنیەتی ئەنجام دانی وپاراستنی یاسایی لەئەگەری هەبوونی بەو هیوایەی کە یاسادانەری کوردستانی سودی لێببینێت لەکاتی دەنگ دانی لەسەر پرۆژە یاسایی نوێی وەبەرهێنان.

کلیلە ووشەکان: وەبەرهێنان، گەرەنتی یەکان، لیسەندنەوەی خاوەنداریەتی خشۆك، قەرەبوو، کاریگەری نەرێنی

Protecting the ownership of the foreign investment project from the creeping danger of expropriation in the Kurdistan Region of Iraq

Assis prof. Dr. Talib Braim Sulaiman

Law Dep, Faculty of Law, Political Science and Administration, Soran University

talib.sulaiman@soran.edu.iq

Abstract

What the foreign investor fears most in the country hosting the investment, which may lead to his reluctance to make the investment decision, is the procedure for taking over the legitimate investment. Although this procedure is legitimate in itself if it fulfills certain conditions for achieving the requirements of the public benefit, and it is taken in a non-discriminatory manner and in accordance with legal principles. However, it carries with it one of the most important factors repelling foreign investment, and it is one of the most important risks that the investor seeks to ensure that they will not materialize. Therefore, the legal system that encourages foreign investment is not represented by the need to increase the benefits and rights of foreign investors to the extent that it stipulates minimizing the potential for this

risk, it should be noted that the host countries have recently not resorted to this risk in order to preserve their economic investment reputation within the global economic system. Rather, to the creeping expropriation created by international custom and entrenched in the international regulations for investment, and this is represented in the host country for investment taking measures that cannot be described as expropriation systems directly, but it will gradually and indirectly in the end lead to the same result of expropriation direct, and since the Investment Law in the Kurdistan Region of Iraq No. (4) of 2006 did not include guaranteeing the ownership of the investment project from this risk, despite its importance to the foreign investor, especially since the latter was not covered by legal protection from this risk through the guarantees agreement represented in the agreements to encourage and protect investment between the investor's country foreign exporting investment and territory, accordingly, this research will devote effort to shed light on this type of expropriation and clarify its features and ways of protection from it, in the hope that the Kurdistan legislator will adopt it in the new draft law for investment in the region.

Keywords: Investment, Guarantees, Creeping Expropriation, Compensation, Harmful effect