ضمانات عدم المساس بملكية الأموال المستثمرة في سلطنة عمان

اعداد

محمد بن سيف بن سعيد الهاشمي

المقدمة

أولا: موضوع وأهمية البحث :

في ظل العولمة والتكنولوجيا المتطورة تتصارع الدول فى جذب الإستثمار الأجنبى ومما لاشك فيه أن حجم الإستثمار يتناسب طرديا مع مقدار الحماية الموضوعية والإجرائية ، فالمستثمر يبحث دائما عن العوامل المساعدة على تحقيق الربح ، ويبتعد بنفس القدر عن العوامل المنفرة الطاردة المكبدة للخسائر ، لذلك فهو يتوجه إلى المناخ الذي يمكنه من استغلال رأس ماله استغلالا يحقق أكبر قدر من العائد . ولا يخفى أن كون بعض المعوقات التى تواجه الإستثمارات الأجنبية هى فى ذاتها ناتجة عن إقرار سيادة الدولة على أراضيها ولا تتعداها ، واعتراف المجتمع الدولى بذلك كما سيتبين بالدراسة التحليلية ، ولما كانت تلك العراقيل من وجهة نظر المستثمر ، والتى هى حق الدولة المضيفة بموجب السيادة تمثل مخاطر غير تجارية على المستثمر ، إضافة إلى كونها تتمثل فى مجموعه من الإشكاليات التي لا تتعلق بإجراءات يتم اتخاذها ، فقد صنفت تحت مسمى الضمانات الموضوعية تميزاً لها عن الضمانات الإجرائية التى يغلب عليها الطابع الإجرائي .

وباستقراء الضمانات الموضوعية التى تعمل الدول المضيفة على توفيرها للمستثمر الأجنبي يتضح أنها تنقسم إلى ضمانات تحمي أصل حق ملكية المشروعات الاستثمارية للمستثمر ، وأخرى مقيدة للملكية .

ثانيا: أهداف الدراسة :

تتركز أهداف الدراسة محل البحث في الآتي:

١- التعرف على ماهية الضمانات الخاصة بحماية الاستثمارات من المعوقات الماسة بأصل حق الملكية للأموال المستثمرة ..
٢- التعرف على كيفية حماية الاستثمارات من الإجراءات المقيدة لملكية الأموال المستثمرة.
٣- التعرف على ضمانات حماية المشروعات الإستثمارية من خطر نزع الملكية ، التأميم والمصادرة .
٤- توضيح ماهية الإستيلاء وفرض الحراسة .

ثالثاً : منهج الدراسة :

يقتضى أي بحث علمي إتباع منهج علمي في الدراسة . وقد كان هذا هو نهجنا فلقد بنيت دراستنا على أسس ومناهج علمية ، حيث اعتمدنا في بحثنا هذا على الدمج بين مناهج البحث العلمي المتعددة ويمكن تحديد منهج دراستنا حيث نعتمد على المنهج الوصفي الذي يقوم على شرح بعض النصوص الخاصة بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الخاص بضمانات الإستثمار إضافة إلى ذلك فإن دراستنا تبنى على المنهج التحليلي وذلك عن طريق تحليل اهمية حماية الاستثمارات من الإجراءات المقيدة لملكية الأموال المستثمرة .

رابعاً: خطة الدراسة :

انطلاقاً من كل ما ذكرناه فإننا سوف نقسم هذه الدراسة إلى أربعة مباحث سنوضح في المبحث الأول منه عن ضمانة حظر نزع الملكية للأموال المستثمرة ، وفي المبحث الثاني سنوضح ماهية ضمان حماية المشروعات الإستثمارية من خطر التأميم. وفي المبحث الثالث سنوضح ضمانة حماية الاموار المستثمرة من المصادرة ، وأخيرا سنوضح الإستيلاء وفرض الحراسة وذلك فى المبحث الرابع .

وفي النهاية أعقبنا هذا كله بخاتمة البحث متضمنة توصيات الباحث.

وعليه سوف يتم تقسيم الدراسة على النحو التالى:

المبحث الأول : ضمانة حظر نزع الملكية للأموال المستثمرة .

- المطلب الأول: ماهية نزع الملكية .
- المطلب الثانى : شروط نزع الملكية

المبحث الثانى : ضمان حماية المشروعات الإستثمارية من خطر التأميم .

- المطلب الأول : مفهوم التأميم وخصائصه .
- المطلب الثاني : ضمـــان حظر التاميم فى القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية .

المبحث الثالث : ضمانة حماية الأموال المستثمرة من المصادرة .

- المطلب الأول: ماهية المصادرة وخصائصها.
- المطلب الثاني: المصادرة في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية.

المبحث الرابع : ضمانة حظر الإستيلاء وفرض الحراسة .

- المطلب الاول : ضمانة حظر الاستيلاء .
- المطلب الثاني : ضمانة حظر فرض الحراسة .

المبحث الأول

ضمانة حظر نزع الملكية للأموال المستثمرة

أعطت الغالبية العظمى من التشريعات المعاصرة الحق بموجب تقنيناتها للسلطة العامة فى الدولة أن تصدر القرارات اللازمة لنزع الملكية الخاصة متى اقتضى الصالح العام ذلك[٨٩٤] . وهذا إذا كان الأمر يتعلق بموطن فهو من قبيل الاختصاص الإقليمي لقوانين تلك الدولة ، إلا أن الأمر يدق إذا ما اتخذت الدولة تلك الإجراءات فى مواجهة المستثمر الأجنبي ومشروعه الاستثماري ، ويعد نزع الملكية من المعوقات الماسة بأصل حق الملكية للأموال المستثمرة ، ولما كان ذلك كذلك ، لذا يقسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين أولهما : مفهوم نزع الملكية ، وثانيهما : شروط نزع الملكية . وذلك من خلال الدساتير والتشريعات الوطنية والمراسيم إلى جانب عرض تحليلي لبعض الإتفاقيات الثنائية والجماعية .

المطلب الأول

ماهية نزع الملكية

يتوجب للوقوف على ما هية نزع الملكية توضيح مفهومها فى ضوء التشريعات والفقه القانوني ، لبيان جوهرها ، لأنه لا ريب أن ذلك يؤدى بالضرورة للتفرقة بينها ، وبين صور قد تشابهها ، وهى أيضا من سلطات الدولة المضيفة للاستثمار ، وكذا يعطي صورة واضحة للمستثمر يستطيع من خلالها الوقوف على حقوقه ، وتحصينها ، وما يمكن أن يشكل خطرا لاستثماره عن طريق ضمانه تجعله يقدم على الاستثمار ، ولا يتراجع فيه .

ومن الجدير بالذكر أن نزع الملكية يمكن أن يقال قد توالى عليه تطورا فى مفهومه ، حيث إن التنظيمات الدولية التقليدية قد اعتمدت كل من التأميم والمصادرة كصورتين من صور نزع الملكية ، أو بمعنى أدق هى صور نزع الملكية المباشر تقوم بها الدول عن طريق اتخاذ إجراءات إدارية وقانونية ، وإن كان هذا الإقتصار لم يلق استحسانا لدى البعض من المحللين للقواعدالاستثمارية ، كما أنه من الناحية النظرية لا يمنع هذا المعنى من دخول صورا غير مباشرة لنزع الملكية تحت غطاء سياسات ، وإن كانت تشتمل على إساءة استعمال السلطة إلا أنه يدخل فى إطار استعمال الدولة لسلطاتها . أما المنظور الحديث طبقا للتنظيمات الحديثة فيرى أن هناك ما يسمى بالاستيلاء التنظيمي وهو نزع الملكية غير المباشرة من

---

[١] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ ، صـــ١٨ .

أمثلتها فرض ضرائب مبالغ فيها ، أو الإمتناع عن منح تراخيص للمستثمر[٨٩٥] . بمعنى أدق يمكن القول بأن التنظيم الدولى التقليدي باقتصاره على مجرد التأميم والمصادرة كصورتين لنزع الملكية حماية منه للمستثمر قد جانبه الصواب فى ذلك نظرا للتطورات التى تحدث على تشريعات وتنظيمات الدول ، ما يخرجها شكلا من صور نزع الملكية إلا أن جوهرها يتناسق ، ويتسق ، بل ويتطابق معها ، ومن ثم فقد تنبهت التنظيمات الدولية لتلك الإشكالية مما جعلها تعمل على إدراج صور رأت أنها تتفق مع نزع الملكية إلا أنها فى صـــور أخـــرى محاولة منها لتوفير أكبر قدر من الحماية للمستثمر .

والواقع إنه لم يأت النص على حظر نزع الملكية على نهج واحد ، وبمعنى أدق اختلفت التشريعات الوطنية بين تشريعات حظرت حظرا مطلقا ، وأخرى على النقيض أعطت الدولة المضيفة الحق فى نزع الملكية إلا أنها قيدت تلك الحرية بشروط محددة كما سنبين ، وقـــــد تبنت أكثـــر الإتفاقيات الثنائية والجماعية ذلك النهج . إن التعرض للمفهوم يقتضى بطبيعة الحال النظر للتنظيمات القانونية الداخلية ، ومن ثم إلقاء الضوء على بعض النصوص الدستورية التى نصت صراحة على هذا الضمان .

عرف البعض نزع الملكية بأنه : " أخذ ما يختص الغير به من مال أو غيره دون أن يملك المنزوع ملكيته خيار القبول والرفض ، وعليه فهو بمثابة كف يد المالك عن ملكه ودخوله تحت يد أخرى " [٨٩٦] ، وهو هنا الدولة المضيفة بالنسبة للمستثمر الذى غلت يده عن ملكه . وقيل : هو " الإجراء الذى تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض يمنح لمالكيها " [٨٩٧] . ويمكن إدراج ما نص عليه البند(أ) من الفقرة الأولى من المادة(١٨) من اتفاقية إنشاء مؤسسة النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ضمن التعريف لنزع الملكية ، فقد أظهرت ملامحه بنصها الآتي : " اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة اجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره ، وعلى الأخص المصادرة ، والتأميم ، وفرض الحراسة ، ونزع الملكية " [٨٩٨] . ومن بين التعريفات التى كانت أدق تعبيراً ، وجامعه لشروط نزع الملكية تعريف جانب من الفقه القانوني له بأنه : " تملك الدولة لأموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة لدواعي الصالح العام بموجب

---

[١] د . لمياء متولي يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للاستثمار فى ضوء اتفاقية استثمار متعددة الاطراف ، صـــ٢١٧ .

[١] د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمني ، دراسة مقارنة ، صـــ٤٢ .

[٢] د . ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الإستثمار الأجنبي فى الدول العربية ، صـــ٤٩ .

[٣] د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠٧ ، صـــ١٢٩ .

قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة " [٨٩٩] . ونتاجا عما سبق يتبين أن تلك التعريفات تؤدي إلى كون نزع الملكية يتمثل فى قيام الدولة المضيفة للمستثمر بغل يده عما يملكه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك على أن يتم دفع تعويض عادل يعوض الخسائر التى تكبدها المستثمر ، وأن قرار نزع الملكية هو إجراء من إجراءات السيادة التى تباشرها بموجب سلطاتها ، وسلطانها على أراضيها ، أى فى حدود الإختصاص الإقليمي ، وهو ينطبق على الأجانب والوطنيين على حد سواء[٩٠٠] .

أولا : النصوص الدستورية :

نص الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١على : " الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ، **ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض** وفقاً للقانون . وحق الإرث فيها مكفول " [٩٠١] . وكذلك نص عليها الدستور المعطل فى مصر حيث نص على الآتي : " الملكية الخاصة مصونة ، تؤدي وظيفتها الإجتماعية فى خدمة الإقتصاد الوطنى دون إنحراف أو احتكار ، وحق الإرث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ، وبحكم قضائي ، **ولا تنزع إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما** ، وذلك كله وفقا لما ينظمه القانون " . [٩٠٢]فلم يختلف النص كثيرا عن سابقه فى المجمل إلا أنه أضاف ما يميز هذا النص عن سابقه فقد نص على كون التعويض " **عادل** " و " **يدفع مقدما** " وكونه عادلا ويدفع مقدما تتفق والمواد المدرجة فى التشريعات و الإتفاقيات الحديثة . ثم نص الإعلان الدستورى المصرى الصادر فى عام ٢٠١٣ بمادته الحادية عشر على : " والملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحر اسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون ، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل ، وذلك وفقا للقانون " .

وقد نص النظام الأساسي لسلطنة عمان على : " الملكية الخاصة مصونة ، فلا يمنع أحد من التصرف في ملكه إلا فى حدود القانون ، **ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة فى القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنه تعويض عادلا** ، والميراث حق تحكمه

---

[١] د . عبد الباقى نعمة ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد ١٤ ، صـــ١٧٢ . نقلا عن د . ناصر عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق ، صـــ٤٩ ، د . رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي دراسة مقارنة ، صـــ٢٣٣ .

[٢] د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، صـــ١٨ .

[٣] المادة ٣٤ من الدستور المصري السابق والذى الغى العمل به ، والذى كان قد صدر عام ١٩٧١ . وقد تناولت المادتين التاليتين لتلك المادة احكام التأميم والمصادرة ونتعرض إلى كل واحدة فى حينه .

[١] المادة ٢٤ من الدستور المصري النافذ ، والصادر عام ٢٠١٢ .

الشريعة الإسلامية " [٩٠٣] . وقد انتهجت كثير من الدول تلك المنهجية فى وضع إطار لنزع الملكية كضمانة للمستثمر ، وهى بلاشك قواعد ومبادئ ترسيها الدساتير ثم تحيل للقوانين ذات الصلة وهى التشريعات العادية ، ومن الجدير بالذكر أن كون الدستور من الدساتير المرنة يشكل عائق وحجر عثرة أمام المستثمر فهى لا تشكل ضمانة كافية له[٩٠٤] ، هذا بخلاف الدساتير التى لا تتمتع بذلك القدر من المرونة مما يعطي ثباتا وثقة للمستثمر .

ثانيا : النصوص القانونية :

إذا ما كان دور الدستور مقتصرا على إرساء مجموعة القواعد القانونية ثم الإحالة للقوانين المنظمة ، فإن القانون المنظم لتلك المسألة متى تعلقت بإستثمارات فهو قانون الاستثمار ، وبالاطلاع على قانون الاستثمار المصري رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ وبعد البحث التحليلي لنص المادة الثامنة والمدرجة فى الباب الثاني المعنون بضمانات الاستثمار يتبين أن القانون يتناول التأميم والمصادرة وصور أخرى ولا يتعرض بصريح النص لنزع الملكية ، إلا إن كان ذلك من باب ادراج التأميم والمصادرة من قبيل نزع الملكية مع الإختلافات التى ستتضح فيما بعد ، كما أن المذكرة الإيضاحية خلت هى الأخرى من بيان لنزع الملكية . ولعل هذا عوار فلم يتبين للباحث أكان المشرع أعرض عنه قصدا ، أم اراد كونهما يدخلان فيه فلا حاجة للنص عليه ، ولما كنا بصدد جذب إستثمارات أجنبية ونحن نعرض ما لدينا من تشريعات بجانب مقومات الإستثمار الأخرى فوجب النص صراحة على تلك الضمانة ليكون المستثمر على بينه ، فلا يكفى مجرد الذكر فى الدستور لأنه يضع مبدأ ، ويتوجب على القانون النص عليه لأنه المرجع بعد أن علم استقرار المبدأ .

وجاء التشريع الكويتي فى القانون المسمى بقانون الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي رقم (٨)لسنة ٢٠٠١ بنص صريح ضمن ثنايا الفصل الثالث : " ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقا للقوانين المعمول بها ، ومقابل تعويض يعادل القيمة الإقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية ، ويقدر وفقا للوضع الإقتصادي السابق على أى تهديد لنزع الملكية ، ويدفع التعويض للمستحق دون تأخير " .

ولم يختلف المشرع اليمنى كثيرا فقد تبني النص على ضمانة عدم جواز نزع الملكية فأورد بقانون الإستثمار اليمنى رقم (١٥) لسنة ٢٠١٠ بالفقرة (ب) من المادة (٨) منه أنه : " لا يجوز نزع ملكية المشروعات الإستثمارية من قبل الحكومة إلا لأغراض المنفعة العامة وأن يكون ذلك مبنيا على أسس غير تمييزية ووفقا لأحكام الدستور والقانون ذات العلاقة " . وقد سبقه قانون الإستثمار الصادر فى يوليو ٢٠٠٢ حيث نص فى مادته (١٣) بفقرته(ج) على : " لا يجوز نزع ملكية المشروعات وموجوداتها

---

[٢] المادة ١١ المبادئ الإقتصادية ، الفقرة الرابعة ، دستورسلطنة عمان ، النظام الأساسي للدولة ، مرسوم سلطاني رقم (٩٦/١٠١)بإصدار النظام الأساسي للدولة .

[٣] د . رمضان على عبد الكريم دسوقى عامر ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ، صـــ١٥٣ .

الثابتةأو أراضيها أو مبانيها كلها ، أو بعضها إلا للمنفعة العامة ، وفقا للقانون وبحكم قضائي بات ومقابل تعويض عادل ، يقدر على أساس قيمة السوق للمشروع عند صدور الحكم " .

كما نص المنظم السعودي فى قانون الاستثمار الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٤٢١هـ فى مادته(١١) منه تحت عنوان نظام الإستثمار الأجنبي فى المملكة على : " . . كما لا يجوز نزع ملكيتها كلا أو جزءا إلا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للأنظمة " . وكان هذا ضمن النص على المصادرة .

أما قانون الإستثمار لسلطنة عمان فقد أوردت المادة (١٢) من المرسوم السلطاني رقم ٩٤/١٠٢ على أنه : " لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولا نزع ملكيتها ، إلا للمنفعة العامة ، طبقا للقانون ومقابل تعويض عادل " . فلأهمية هذا الضمان حرص عليه المشرع العُماني ، كما حرصت عليه سائر التشريعات العربية وغيرها محاولة منها لإثبات أنها دولة جاذبة للإستثمارات لا طاردة .

ثالثا : المعاهدات الدولية :

أكدت الإتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية على تلك الضمانة التى تعطي نوعا ما من الطمأنينة للمستثمر ، ما يتناسب طرديا مع ازدياد الإستثمارات الأجنبية ، ولما كان البحث يختص بسلطنة عمان وجمهورية مصر العربية بصفة خاصة ، ومقارنة بصفة عامة ، فيتناول الباحث أولا الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية لتشجيع وحماية الاستثمارات[٩٠٥] والتي نصت فى المادة الخامسة منها على : " ١- لا تخضع إستثمارات مستثمرى أى من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة ، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر فى إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي ، وفى مقابل تعويض عادل طبقا للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " . ومن الملاحظ أن تلك المادة لا تدرج بنصها الصريح نزع الملكية ، إلا أنها تدخل ولا شك تحت " أو أية إجراءات أخرى . . " ، إلى جانب أن الاتفاقية قد عنونت تلك المادة بـ " التأميم ونزع الملكية " . ولم تخالف ذلك البند فى الاتفاقات التالية على تلك الاتفاقية ، وكذلك ما سبقها إلا أنه كان النص يلحقه بعض التطورات اللفظية التى تتواكب والعصر مع زيادة الشروط التى ينص عليها فى التنظيمات الدولية[٩٠٦] ، ومن الاتفاقيات التى جاء بها النص صريحا إتفاقية بشأن تشجيع الاستثمارات بين حكومة سلطنة عمان وحكومة جمهورية الصين الشعبية فقد نصت فى المادة الرابعة على : " ١- لا يجوز تأميم استثمارات المستثمرين التابعين لأى من الطرفين المتعاقدين ، أو نزع ملكيتها ، أو إخضاعها لأى إجراءات لها نفس أثر التأميم او نزع الملكية(يشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك فى إقليم الطرف

---

[١] وقعت الإتفاقية بين سلطنة عمان ومصر بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٩٨ ، وصدقتها سلطنة عمان بالمرسوم السلطاني رقم ٥٧ /١٩٩٩ .

[١] راجع فى ذلك اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعه بين سلطنة عمان ودول العالم الآخرى ، وزارة الإقتصاد الوطنى . حيث يحتوى على جميع اتفاقيات سلطنة عمان الاستثمارية .

المتعاقد الآخر ، ما لم يتم نزع الملكية لغرض ذى نفع عام يتعلق بالمتطلبات الداخلية لذلك الطرف ومقابل تعويض كاف " [٩٠٧] .

وإن كان ما سبق يعد مثالا للاتفاقيات الثنائية المشروطة ، فإنه النموذج الأكثر انتشارا فى المجتمع الدولى ، إلا أن هناك تحالفات دولية أخذت بأسلوب الحظر المطلق لنزع الملكية فمن تلك التحالفات منتدى التعاون الإقتصادي الأسيوي الباسيفيكي ، ومن الاتفاقيات الثنائية اتفاقية دعم وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وكوبا فقد نصت الاتفاقية فى مادتها الرابعة على أن ما ينتج ويتحقق من استثمار بموجب تلك الاتفاقية غير مشمول بإجراءات التأميم أو المصادرة أو أية إجراءات قانونية مشابهة[٩٠٨] .

وعملت اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية على تأكيد ما سبق فنصت فى مادتها التاسعة فقرة (١) على : " لا يخضع رأس المال العربي بموجب أحكام هذه الإتفاقية لأية تدابير خاصة ، أو عامة ، دائمة أو مؤقتة مهما كانت صيغتها تلحق ايا من أصوله أو إحتياطياته أو عوائده كليا ، أو جزئيا وتؤدى إلى المصادرة أو الإستيلاء الجبري أو نزع الملكية ، أو التأميم أو التصفية أو الحل " .

أما الاستثمار متعددة الأطراف فقد تبنت المعنى الواسع المتسم بالشمولية ، فلم تكتف بالنص على حظر المصادرة والتأميم المباشر أو غير المباشر للإستثمارات وإنما أضافت اتخاذ أى اجراءات لها ذات التأثير ، إلا أن هذا المفهوم بصورته تلك قد لاقى اعتراضا حيث إن هذا المعنى الواسع يدخل فى طياته معناً واسعاً أيضا للمصادرة غير المباشرة [٩٠٩] ، وبمعنى أكثر وضوحا فإن ذلك المفهوم الشمولى من شأنه أن يحد من سلطات الدولة ، لأنه بذلك يدرج كل الصور المستحدثه لنزع الملكية أو المصادرة ، وهذا إن كان يشكل تطورا ملموسا ، إلا أنه يعود بالسلب على الدول النامية لعجزها أو فقدها آليات التدخل فى المشروع متى عارض المصلحة العليا لها .

ويبدو جليا أن الدول الجاذبة للإستثمار قد ادركت خطورة استعمال حقها وسلطانها على إقليمها فى عملية جذب الإستثمار إذ لو استمرت على ذلك لأتت بنتيجة عكسية لا تتفق وطموحاتها الإستثمارية ، لذا نصت صراحة على تلك الضمانة وقيدت سلطاتها ببعض الشروط لتظل مالكة لحقها فى نزع الملكية وكذلك محافظة على حق المستثمر أقرت له بالحق فى التعويض . وإذا ما كانت النصوص سالفة الذكر قد ابرزت أن هناك شروطا لنزع الملكية للمشروع الإستثمارى كضمانة للمستثمر ، وهو ما يتعرض له البحث فى المطلب التالي .

---

[٢] ابرمت تلك الإتفاقية ١٨ مارس ١٩٥٥ ، وصدقت بالمرسوم السلطاني رقم ١٥/ ١٩٩٥ .

[٣] د . رواء يونس محمود النجار ، النظام القانونى للاستثمار الأجنبي ، دراسة وقارنة ، صـــ٢٣٦ .

[١] د . لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للاستثمار فى إطار اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، صـــ٣٧٤ .

المطلب الثانى

شروط نزع الملكية

تضمنت معظم التشريعات الوطنية والإتفاقيات الدولية شروطا لنزع ملكية الأموال المستثمرة ، ويمكن إجمالها على النحو التالى :

الشرط الأول : نزع الملكية للمصلحة العامة .

الشرط الثاني : إنتفاء التمييز .

الشرط الثالث : دفع تعويض عادل .

وفيما يلي عرض للشروط الثلاثة فى ضوء التشريعات الداخلية والإتفاقيات الثنائية والجماعية .

الشرط الأول : نزع الملكية : أقر القانون الدولى حق الدولة فى نزع الملكية كأصل عام كما فى القانون الداخلى ، حتى صار ذلك عرفا دوليا[٩١٠] ، ومع هذا فقد تتعارض المصلحة العامة مع ذلك المشروع ، فتقدم الدولة المصلحة العامة على الخاصة ، إلا أنه هناك ما لا يسمو إلى مرتبة النفع العام ، وإنما فقط هو نفع عام ، مثال ذلك التأميمات السياسية وليست لدوافع اقتصادية واجتماعية ، ويرى أنصار هذا الرأى أن تعدى هذا القيد " المنفعة العامة " والذى يعد مبدأ من المبادئ العامة للقانون الدولى يعد انحرافا بسلطة

---

[١] وقد عبر وزير الخارجية الأمريكية Hull عام ١٩٣٩ عن هذا المعنى فى مذكرة بعث بها إلى سفير المكسيك على إثر إتخاذ إجراءات نزع الملكية من قبل الحكومة المكسيكية قبل الأمريكيين من أصحاب الأراضى الكائنة بها تطبيقا لقانون الإصلاح الزراعي . وقد قرر فى مذكرته " حكومتي قد أكدت دائما حق الدول فى تحديد مشاكلها الإجتماعية والزراعية والصناعية وهذا الحق يشمل حق السيادة المقرر لأى حكومة فى نزع الملكية الخاصة للأموال الموجودة داخل حدودها تحقيقا للمصلحة العامة " ، ورغم اقرار حكومة الولايات المتحدة بهذا الحق إلا أنها أوجدت ما يسمى بنظرية " قرار الدولة " وهى نظرية فى الأساس أقيمت لمواجهة نزع الملكية الصادرة عن الحكومات الأجنبية ، وملخصها هو أن مقتضيات المجاملة اللازمة بين الدول تستلزم الإعتراف بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات فى شأن أخذ الملكية فى حدود اختصاصها الإقليمي النابع من حق السيادة . راجع بشئ من التفصيل د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، صـــ٣٠ وما بعدها . .

الدولة[٩١١] ، إلا أن هذا الرأى قد جانبه الصواب كما ذهب على ذلك بعض من الفقه فالأخير يرى أن من الأفضل استخدام عبارة نزع الملكية لتحقيق أهداف عامة لأنه لا يشكل الأخذ به إنحرافا بالسلطة للأسباب الآتية[٩١٢] :

- الهدف العام من شأنه أن يعطي مساحة أكبر من الحرية للدولة المضيفة لتحقيق أهدافها الإنمائية ، ومن شأنه أيضا ان يحد من سلطة محاكم التحكيم التى قد تخرج فعل الدولة عن المشروعية ، ما يجبرها على التعويض ، وذلك خلافا للنص على المنفعة العامة .
- وعلى الصعيد الدولى فإن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية حينما أوردت حق الدول فى التأميم أو نزع الملكية لم تجعل سبيلا للتقيد بشرط المنفعة العامة ، ومن ثم فإنه يكفى أن يكون النزع لتحقيق أهداف عامة[٩١٣] . والدولة هى صاحبة السلطة التقديرية فى تحديد ما يعتبر من قبيل الصالح العام . على أن هناك جانبا آخر من الفقه يرى أن أحدا لا يستطيع استلزام الشرط الخاص بالمنفعة العامة إذ لا رقابة على الدولة فى تقديرها لما تراه يدخل فى نطاق الصالح العام ، وهذا ما أوضحته الحكومة المكسيكية فى ردها على الولايات المتحدة الأمريكية[٩١٤] .

ومن الملاحظ أن بعض الاتفاقيات التى أبرمتها مصر قد نصت فيها على مصطلح " الهدف العام " فى النسخة المحررة باللغة الإنجليزية ، وعند ترجمتها فى النسخة العربية نصت على مصطلح " المنفعة العامة " ما يعنى أن الدول لا تهتم بالتفرقة بين المصطلحين[٩١٥] ، وأن العمل الدولى جرى فيما يتعلق بالهدف العام على أن يترك التقدير لسلطة الدولة المضيفة لما لها من سلطات على إقليمها .

---

[١] د . عبد الباري أحمد عبد الباري ، التأميم وآثاره فى القانون العام ، بدون دار نشر ، طبعة ١٩٧٢ . نقلا عن د . لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للاستثمار فى إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، صـــ٢٢٢ .

[٢] د . لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للاستثمار فى إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، صـــ٢٢٣ .

[٣] الفقرة الثانية من المادة الثانية من ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية .

[٤] ورد فى المذكرة المكسيكية فى ١٢ ابريل ١٩٣٨ " أن المصلحة العامة وفقا للقانون الدولى هى المصلحة التى تقدرها الدولة حسبما تراه " وقد لاقى تأييدا فى العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم التحكيم . راجع بشئ من التفصيل د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، صـــ٣٣ وما بعدها .

[١] د . لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للاستثمار فى إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، صـــ٣٧٨ .

وقد أيد جانب من الفقه المصري الرأى القائل بعدم استلزام المصلحة العامة كشرط أول من شروط نزع الملكية مكتفيا بشرط عدم التمييز أو إن صح تسميته بالمساواة بين الوطنى والأجنبي .[٩١٦]

من الجدير بالذكر أن الفقه الدولي يفرق بين نوعين من نزع الملكية للمنفعة العامة ، هما نزع الملكية الفردي ، ونزع الملكية العام ، ويقصد بالأول الإجراءات المتخذة من قبل الدولة فى مواجهة فرد أو عدد محدود من الأفراد بحيث لا تمتد تلك الإجراءات إلى باقى أفراد المجتمع من أجل إجراء تغييرات اقتصادية أو اجتماعية فى التنظيم المجتمعي .[٩١٧] والأخير يمكن أن نقول أنه فى إطار الإصلاح الشامل . ونتاج ذلك التقسيم يظهر فى مجال التعويض ، حيث إنه في الحالة الأولى يكون التعويض شاملا يغطي الخسائر ، بينما فى الحالة الثانية لا يشترط كونه كذلك وهو ما سيتضح بإذن الله فى شرط التعويض .

الشرط الثانى : انتفاء التمييز : يمكن تعريف التمييز بأنه : " أخذ ملكية المستثمر الأجنبي دون إعمال ذلك على الوطنيين أو المستثمرين الأجانب التابعين لجنسيات أخرى "[٩١٨] . فإن عدم التمييز كشرط فى ضمان عدم نزع الملكية كما سبق الإشارة حاول البعض الإستغناء به عن شرط المصلحة العامة حيث أنه - ومن وجهة نظرهم – أن اشتراط المصلحة العامة هدفه اسباغ المشروعية على إجراءات النزع للملكية ، فإنه يمكن تحقيق هذا الهدف بشرط انتفاء التمييز ، وبمعنى أدق إن جانبا كبيرا من الفقه غلّب مبدأ المساواة وعدم التمييز[٩١٩] .

فعدم التمييز هذا بحسب الأصل يقتضى عدم التفرقة بين المواطن والأجنبي ، والتمييز يعد غير مشروع فى القانون الدولى متى قام على أسس تحكمية ، وقد تحققت المساواة بين الطرفين الذى ميز أحدهما على الآخر[٩٢٠] ، إلا أن أغلب الفقه قد استقر على جواز التمييز بين المواطن والأجنبي تأمينا للمصالح الاقتصادية للدولة المضيفة ، بل ويتعدى التمييز على جوازه ما بين المستثمرين الأجانب وبعضهم مادام قد استند إلى أسباب معقولة .

---

[٢] د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، صـ٣٤ .

[٣] د . ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الإستثمار الأجنبي فى الدول العربية ، مرجع سابق ، صـ٥١ .

[٤] د . عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبيةالخاصة فى الدول النامية ، صـ٢٢٦

[١] د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، صـ٤٨ .

[٢] د . لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للإستثمار فى إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، صـ٣٧٩ .

من الجدير بالذكر أن التشريعات العربية لم تنتهج أسلوبا واحداً فى شرط التمييز على النحو التالى :

- لم ينص المشرع المصرى على شرط التمييز فى قانون الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ ، وكذا المشرع الكويتي ، والسعودى والعُماني فى قوانينهم الخاصة بالاستثمار . ويتوجب تدارك النص عن طريق إدراج تعديلات تشريعية تتبني النص على ذلك الشرط لا سيما وجانب كبير من الفقه الدولى يرتكز عليه كبديل فعّال عن شرط المصلحة العامة .
- ومن بين التشريعات التي تنص على شرط التمييز ، المشرع اليمنى ، حيث نص فى القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م فى مادته الثالثة على أن نزع الملكية يكون على أسس غير تمييزية .

- أما في المعاهدات الدولية فقد جرى النص على هذا الشرط ضمن بنودها ، حتى ولو لم يكن هذا الشرط منصوصا عليه في قانون الدولة الطرف في المعاهدة ، ومثال ذلك سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية ، حيث لم ينص كل منهما فى تشريعه الخاص بالاستثمار على شرط عدم التمييز ، إلا أنه عند إبرام الاتفاقية بينهما الخاصة بالاستثمار قد نصا على هذا الشرط ، فقد نصت الاتفاقية بين جمهورية مصر العربية وسلطنة عمان فى المادة الخامسة من الاتفاقية على : " ١- لا تخضع إستثمارات مستثمرى أى من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة ، أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر فى إقليم الطرف المتعاقد الآخر ، إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة **على أساس غير تمييزي** ، وفى مقابل تعويض عادل ، طبقا للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " . ما يبرز أهمية هذا الشرط لنزع الملكية .

الشرط الثالث : دفع تعويض عادل[٩٢١] : وفقا للنصوص القانونية سالفة الذكر[٩٢٢] وإضافة للإتفاقيات الدولية يتبين أن دفع التعويض هو حق قررته النصوص القانونية على المستويين الداخلى والدولى كضمان قانوني للمستثمر ، إذ إنه يشكل حقا له وواجباً على الدولة المضيفة التي تتخذ إجراءات نزع الملكية فى مواجهته ، فالتعويض ما هو إلا جبر ضرر لحق بالمستثمر لمنعه من ممارسته حقوقه على مشروعه الإستثماري[٩٢٣] . ووفقا للمادة ١٨ فى فقرتها الأولي من اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الإستثمار فإن مجرد وقوع

---

[١] رفض جانب كبير من الفقه فى روسيا وكذا من تبني الفكر الماركسي قبل انهيارها عام ١٩٨٩ مبدأ قيام الدولة بأداء التعويض عند نزع الملكية ، إعتمادا على كون الشعب هو صاحب حق تقرير المصيرالسياسي والإقتصادى لدولته . وأن التعويض من قبلها للمستثمر الأجنبي هو نتاج التزامها بمبدأ عدم التمييز ، بمعنى أدق أن القانون الدولى يعطى الحق فى التعويض للأجنبي إذا ما كان هذا الحق مقرر للوطنى بالأساس ، فإن لم يكن مقررا له فلا يحق للمستثمر طلبه كنتيجة حتمية لعدم التمييز .

[٢] نحيل عليها فى الفرع الأول منعا للتكرار على أن يكن التعرض لألفاظ جوهرية سواء فى القوانين أو الإتفاقيات الدولية فى هذا الشرط ، لما قد لحق هذا الشرط من بعض التطورات والإختلافات .

[٣] د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقا للقانونين المصري واليمنى ، صـــ٤٩ .

التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية أو ما يشابهها مما ورد لا يؤدى بذاته إلى استحقاق التعويض للمستثمر المضمون ، وإنما يجب أن يترتب حرمانه من حقوقه الجوهرية[٩٢٤] على أن يكون ذلك نتيجة مباشرة لنزع الملكية وفى ضوء الإتفاقية أيضا لابد أن يكون حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية خلال مدة يحددها عقد الضمان المبرم .

إن التعويض فى ضوء الإتفاقيات الدولية الحديثة وكذا باستقراء القوانين الداخلية ونصها صراحة عليه يجعلنا أمام ظاهرة اعتراف حقيقي باحقية المستثمر فى التعويض عن الخسائر التى لحقت به جراء نزع ملكية المشروع الاستثمارى فقد سار على نفس المنهجية الدول النامية العاملة على جذب الإستثمارات ، ومن ثم لم يعول على ما اتخذه الاتحاد السوفيتي من عدم تعويض المستثمرين المتضررين من نزع الملكية والتأميم ، وإن كان قد آل أمر روسيا السوفيتية الى منح تعويضات جزئية ، وقد راى جانب من الفقه أنها محاولة من الفكر الماركسي للتوفيق بين النظرة العقائدية الشيوعية للملكية الخاصة ، وبين الأنظمة الرأسمالية الأخري ، توصلا للتعايش السلمي بين الأنظمة المختلفة[٩٢٥] .

كما اختلفت النصوص القانونيـــة على الصعيد الدولى والداخلي فى وصف التعويض ، ففى حين نص البعض على كون التعويض يجب أن يكون عادلاً فقط ، مثل التشريع المصرى ، والسعودى ، والعماني[٩٢٦] ، ذهبت تشريعات أخرى إلى ضرورة كون التعويض منصفا[٩٢٧] ، فى حين أضافت بعض التشريعات كونه فوريا [٩٢٨] ، وأكتفت أخرى بكونه مناسبا[٩٢٩] .

وإذا ما نظرنا للاتفاقيات المبرمة بين سلطنة عمان مع بعض الدول لم نجدها تبنت منهجية نصية واحدة ، بل تعددت ، فنجدها على سبيل المثال فى اتفاقيتها مع جمهورية ألمانيا الاتحادية بعد أن ذكرت التأميم والمصادرة ، وإدخال إجراءات له نفس الأثر ، نصت على أن يكون ذلك : " لقاء تعويض وينبغى أن

---

[١] والحقوق الجوهرية تتمثل فى : حرمان المستثمر من الممارسة الفعلية لحقوقه الجوهرية بوصفه شريكا فى المشروع الإستثمارى مثل التصرف فى اسهمه وحصصه ، ومنها أيضا – الحقوق الجوهرية حرمانه من استلام مستحقاته من اصل استثماره أو عوائده منها ، أضف إلى ذلك حرمانه من السيطرة الفعلية فى القطر المضيف على ما تسلمه من أصل استثماره ، مع حرمانه من إمكانية تحويل ما استلمه من اصل استثماره . راجع تفصيلا د . هشام غلي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، صـــ١٣٥ وما بعدها .

[٢] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق صـــ٧٤ .

[٣] كما اتضح فى مطلب التعريف بنزع الملكية فقد وردت النصوص خالية من اى اوصاف غير كونها عادلة .

[٤] ورد هذا النص بالتشريع الجزائري بنص المادة (١٦) من قانون الإستثمار الجزائري .

[٥] راجع نص التشريع الليبي فى مادته (٢٣) .

[١] نص المادتين (٤١ ، ٣٩) من قانون الإستثمار الجيبوتي .

يكون التعويض مساويا لقيمة الاستثمارات . . . ، ويتعين سداد قيمة التعويض دون تأخير . . " [٩٣٠] ، ونصت فى اتفاقيتها مع الجمهورية التونيسية على أنه : " لا يجوز نزع ملكية إستثمارات رعايا أى من الطرفين المتعاقدين فى تراب الطرف لمتعاقد الآخر ، . . . . . ، وفى مقابل تعويض عادل ، ومجزي ، وفوري ، ويقدر هذا التعويض بالقيمة السوقية للاستثمار المنزوعة ملكيته فى تاريخ نزع الملكية ويتم الدفع بدون تأخير بصفة فورية . . . " [٩٣١] . فى حين انها اكتفت بالنص على الفورية فى الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان والجمهورية الإيطالية بأن أوردت النص التالي بعد ذكر التأميم ونزع الملكية : " ومقابل تعويض يدفع فورا على أن يقدرذلك التعويض على أساس قيمة الاستثمارات السائدة فى السوق قبل نزع ملكيتها مباشرة " [٩٣٢] . أما الإتفاقية المبرمة مع جمهورية فرنسا فقد زادت لفظا لم يكن مدرجا بنصوص الإتفاقيات التى وقعتها سلطنة عمان مع الدول الأخرى ، بل وما لحقها من اتفاقيات فقد نصت بعد ذكر التأميم ونزع الملكية على شرط أوردته بالصيغة التالية : " . . . وبشرط ألا تؤدى هذه الإجراءات إلى تمييز أو تكون متعارضة مع تعهد محدد[٩٣٣] ، ويجب أن يؤدى عن أي إجراءات قد تتخذ لنزع الملكية تعويض فورى ومناسب يحسب مقداره على أساس القيمية الحقيقة للاستثمارات المعنية ، وأن يقدر بالنسبة للوضع الإقتصادى العادى السائد قبل اتخاذ إجراء نزع الملكية".[٩٣٤]

وقد تناول النص الوارد فى الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية وصفاً محدداً للتعويض الجابر الناتج عن نزع الملكية ، فقد نصت على أن يكون التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية معتمدا على اساس غير تمييزى اضافة لوجود المصلحة العامة " وفى مقابل تعويض عادل ، طبقا

---

[٢] تاريخ توقيع الإتفاقية ٢٥ يونيو ١٩٧٩ ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ٤٤/ ١٩٧٩ ، الفقرة الثانية من المادة الرابعة من الإتفاقية .

[٣] من نص الفقرة الرابعة من المادة الثانية من الإتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ١٠٤/ ١٩٩١ .

[٤] من نص الفقرة الأولى من المادة الخامسة ، من الاتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ٦٧/ ١٩٩٣ .

[٥] من المبادئ التى استقرت فى العرف الدولى ان تتقيد لدولة بما تعهدت به من التزامات بمقتضى المعاهدات الدولية ، مالم يحدث ما يجعلها مجبرة على تغيير هذا التعهد من قبلها ، أى ما يخرجها عن التزامها ويحلّها منه . اعتمادا على ما يسمى بنظرية تغير الظروف وقد حاولت روسيا الاستناد لتلك النظرية . راجع تفصيلا د . هشام على صادق ، الحماية لدولية للمال لأجنبي ، مرجع سابق ، صـــ٤٠ وما بعدها .

[١] الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٥/٧٤ .

للإجراءات القانونية ، وبدون تأخير لا مبرر له . ٢- يكون التعويض العادل مبنيا على أساس القيمة السوقية الحقيقية السابقة مباشرة للوقت الذى تم فيه إعلان أو إذاعة قرار التأميم أو نزع الملكية " [٩٣٥] .

أما اتفاقية الاستثمار متعددة الأطراف فقد وضعت أوصافا محددة للتعويض بأن نصت على كونه (حالاً) إشارة للفورية فى مواعيد دفع التعويض للمتضرر ، و(مناسباً) إشارة لقدر التعويض ، و(فعالاً) يقصد به إمكانية تحويل العملة وانتقالها ، واصبح هذا الوصف قاعدة ملزمة مصدرها العرف الدولى اعتمادا على مبدأ احترام الحقوق المكتسبة للأجنبي فى مواجهة الدولة المضيفة . وزادت أن يتم دفعه دون تأخير بحيث توجد مدة زمنية بسيطة هى الفاصلة بين تاريخ نزع الملكية والتعويض الجابر للضرر[٩٣٦] . وأخيرا فقد أوضحت أن التعويض يجب أن يكون مساويا للقيمة السوقية للإستثمارات المنزوعة ملكيتها قبل نزع الملكية .

ومن الملاحظ ان الدول العربية منها ما نص على تلك الشروط إن جاز التعبير فى نصوص اتفاقياتها المبرمة بحسب تقدمها فى المجال الاستثمارى وكان ابرز دليل سلطنة عمان فقد اختلفت النصوص القانونية فى الاتفاقيات التى ابرمتها على نحو ما ذكر .

ومن المفيد توضيح الفرق بين نزع الملكية الفردي ونزع الملكية العام - والذى أشير له من قبل عند الحديث عن نزع الملكية وشرط المصلحة العامة – هو فرق يبدو جليا فى مسألة التعويض ففى الحالة الأولى يكون التعويض شاملا من شأنه أن يغطى كافة الخسائر التى لحقت المتضرر ، أما الحالة الثانية فلا يشترط أن يكون التعويض شاملا وحالا وفعالا ، إذ أن الحالة الثانية سببها هو الإصلاحات الاقتصادية والاجتماعية بالدولة ، ويصعب على الدولة الالتزام بالتعويض على النحو الموصوف من كونه شاملاً وحالاً وفعالاً[٩٣٧] .

---

[٢] الفقرة الأولى والثانية من المادة الخمسة من الاتفاقية المذكورة ، صدقت بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٩/٥٧

[٣] د . لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للإستثمار فى إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، صـــ ٣٨١و ما بعدها .

[٩٣٧] د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، صـــ ٧٠ .

المبحث الثانى

ضمان حماية المشروعات الإستثمارية من خطر التأميم

يعد التأميم أحد أهم المخاطر السياسية لأى مستثمر أجنبي ، حيث أنه يمس بأصل حق الملكية ، ومن ثم فإن لم يجد المستثمر ضمانة قانونية تعطيه قدراً من الثقة والإطمئنان على المشروعات الإستثمارية ، فإنه ولا ريب فى ذلك سيبحث عن أرض خصبة أخرى تتقبل إستثماراته إعتمادا منها على تذليل الصعوبات لهذا المستثمر .

ولما كان الواقع يثبت أن حجم الإستثمارات الأجنبية فى الدول المتقدمة ونظيراتها النامية يتناسب عكسيا مع حجم المخاطر السياسية[٩٣٨] ، وبمعنى أدق أنها كلما استطاعت الدولة الجاذبة للإستثمارات تقليص وتحجيم المخاطر السياسية – ومنها التأميم الذى نحن بصدده – كلما تمكنت أكثر من إجتذاب أكبر قدر من الإستثمارات ، نظرا لما توفره من طمأنينة للمستثمر الأجنبي ، ولذا نجد اكثر الدول تنص فى تشريعاتها الداخلية على تلك المخاطر فى صورة ضمانات الحماية للمشروع الإستثمارى ، سواء أكان النص فى دساتيرها أو قوانينها الداخلية ولوائحها ، أو عن طريق النص صراحة فى الإتفاقيات بشقيها الجماعية والثنائية كما سيتضح عند دراسة المطلبين التاليين :

- **المطلب الأول :** مفهوم التأميم وخصائصه .
- **المطلب الثاني :** ضمـــان حظر التاميم فى القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية .

---

[٩٣٨] د . سامي عبد الباقي أبو صالح ، الإطار القانوني للاستثمارات الأجنبية فى مصر ، صـــ٣٠ .

المطلب الأول

مفهوم التأميم وخصائصه

إذا ما أراد الباحث إلقاء الضوء على مفهوم التأميم ، تمهيدا لبيان كونه معرقلا من معرقلات الجذب للإستثمار الأجنبي ، فكان لزاما التعرض للمحة تاريخية حول ظهور التأميم ، إذ لا يمكن وفقا لمقتضيات العقل التعرض للتعريف دون فهم مضمون المراد تعريفه ، ليكن تعريفا منضبطا ، فقد كان اول ظهور له عام ١٩١٧ ، إذ ظهر للعيان أثره عندما أحدث خللا فى الأفكار التقليدية ، التى تحدد نطاق الدولة فى إصدار قرارات أخذ الملكية فى نطاق الأموال الكائنة فى إقليمها[٩٣٩] ، إذ تعرض مبدأ الملكية الفردية للإنهيار فى كل من المكسيك وروسيا ، فقد اصبح دور حق الملكية ذو وظيفة إقتصادية أكثر من كونه حقا مقدسا كما كان[٩٤٠] . إذ ان الفكر الإشتراكي قد لعب دوراً فى غاية الخطورة ، فقد أصبح التأميم هو الوسيلة القانونية المبتدعة لسيطرة الدولة وفرض هيمنتها على الوسائل المختلفة ، وبالتالى تحولت المشروعات من الملكية الفردية لأصحابها إلى ملكية الجماعة الوطنية ، وغالبا ما كان الهدف الرئيس والمرجو من التأميم هو تحقيق أهداف إقتصادية ، أو إجتماعية ، إضافة للسياسية تعود بالنفع على الدولة كما ستبين الدراسة التحليلية لفكرة التأميم فى هذا المطلب والذى يليه[٩٤١] .

يعرف التأميم بأنه : " إجراء يتم بموجبه نقل وسائل الإنتاج والتبادل من الملكية الخاصة إلى الملكية العامة بواسطة قرار يصدر عن السلطة العامة فى الدولة بغرض إستغلالها لصالح الشعب فى مجموعه " [٩٤٢] .

---

[١] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، مرجع سابق ، صـــ٣٥ .

٢ د . بدر على بن على الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمني ، مرجع سابق ، صـــ٥٠ .

٣ عرف التاريخ التأميم لأول مرة فى عام ١٩١٧فى المكسيك بالنص عليه فى دستور المكسيك كأحد المؤسسات القانونية وأعقب ذلك النص عليه فى المراسيم الثورية الأولى بعد قيام الثورة البلشفيةعام ١٩١٧ فى الاتحاد السوفيتي ، ولم يعرف العراق التاميم قبل الستينيات من القرن الماضى ، فقد كان أول قانون للتأميم صدر فى العراق هو القانون رقم ٩٩لسنة ١٩٦٤ ، وقد أممت شركات كثيرة على أثر إدراجها بالجدول المرفق بهذا القانون ، ثم اعقبه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤وقد تضمن تأميم البنوك والمصارف غير الحكومية ، ثم صدر القانون رقم ٦٩لسنة ١٩٧٢ . . . راجع د . محمد عمر مولود ، الضمانات الدستورية والتشريعية فى العراق دراسة مقارنة ، ، صـــ٦٨٢ .

١ د . غسان علي علي ، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم فى تسوية المنازعات التى قد تثور بصددها ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ ، صـــ ٩٥ ، د . ناصر عثمان محمد ، ضمانات الإستثمار الأجنبي فى الدول العربية ، صـــ٥٦ .

هذا ، وقد اختزل التعريف السابق بتعريف أوجز منه فقيل هو : " نقل ملكية مشروع معين إلى الأمة "[٩٤٣] ، وثالث تلك التعريفات يمكن صياغته كالآتي : " هو عمل ينقل للدولة الممتلكات والحقوق الخاصة فى نشاط معين بمقتضى تشريع وللمصلحة العامة بغرض إستغلالها والسيطرة عليها لتوجيهها نحو أهداف معينة "[٩٤٤] .

ولما كان التأميم هو عملية نقل الممتلكات الخاصة بالمستثمر للدولة ، فإننا بلا شك أمام عمل من أعمال السيادة ، فهو احد الوسائل التى انتهجتها الدول وبصفة خاصة النامية منها ، من أجل السيطرة على نشاطها الإقتصادى لتحقيق مصالحها الوطنية ، ورغم كونه يتفق ونظيريه المصادرة ونزع الملكية فى كونهم مخاطر سياسية ، أو بمعنى آخر مخاطر غير تجارية ، إلا أن له سماته الخاصة التى تميزه عن كليهما ، ومن الجدير بالملاحظة والذكر قبل الخوض فى بيان خصائصه لابد من بيان عناصر التأميم الثلاث :

١- من حيث الشكل : يصدر التأميم بقرار من السلطة العامة المختصة سواء التنفيذية أو التشريعية .
٢- من حيث الموضوع : يرد التأميم على الأموال الخاصة للمستثمر سواء كانت عقارية أو منقولة .
٣- من حيث الغاية : الهدف الرئيس للتأميم هو تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة ، فتنتقل من ملكية المستثمر إلى ملكية الدولة وفقا للصورة التى تبنتها الدولة إما كلية أو جزئية[٩٤٥] .

أما خصائص التاميم التى تميزه عن غيره من طرق نزع الملكية :

١- يختلف التأميم عن نزع الملكية للمصلحة العامة فى أن الأخير يتم بإجراء عادي من إجراءات الجهة الإدارية المختصة ، ومحله عقارات محدودة خلافا للأول الذى يمتد إلى

---

٢ د . أحمد عشوش و د . عمر أبو بكر خاشب ، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية فى دول مجلس التاون الخليجي ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٠ ، صـــ٣٣٣ .

٣ د . هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار ، سنة ٢٠٠٠ ، صـــ١٦٦ . د . د . ناصر عثمان محمد ، ضمانات الإستثمار الأجنبي فى الدول العربية ، صـــ٥٦ .

١ د . أحمد أبو الوفا ، الوسيط فى القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، صـــ٦٠٦ .

عقارات ومنقولات المستثمر إضافة إلى كونه عمل سيادي ، وليس له سبيل من طرق الطعن عليه[٩٤٦] .

٢- قرار نزع الملكية يصدر بناء على إعتبارات المنفعة العامة فقط ، أما التأميم فكما اتضح هدفه الرئيس هو خطة إصلاحية وضعت معالمها الدولة من أجل إعادة هيكلتها إقتصاديا ، فهى ترمى من وراء التأميم لتحقيق أهداف سياسية وإقتصادية وإجتماعية .

٣- يختلف التأميم عن نزع الملكية من ناحية قيمة التعويض حيث أن المستقر عليه كون التعويض عن نزع الملكية يتمتع بالصفة الشمولية لكل الضرر الناجم عنه للمستثمر كما سبق البيان فى محله ، خلافا للمصادرة التى لا يصحبها تعويض لأنها ذات طابع جزائي طالما كانت فى مواجهة أعمال غير مشروعة[٩٤٧] ، وأما التأميم فالتعويض ليس شرطا فى صحة العملية التأميمية ولا ركنا له ، وإنما هو لا يعدو كونه مجرد أثر من آثاره[٩٤٨] .

٤- يختلف التأميم عن المصادرة فى كونه لا يحمل الطابع الجزائي الذى طالما إتسمت به المصادرة ، ذلك أن التأميم يهدف إلى " إدراك عقيدة مسبقة مؤداها وجوب تملك الشعب لوسائل الإنتاج تحقيقا لصالح المجموع (التأميم الأيديولجي) ، أو إلى مجرد تحقيق إعتبارات إصلاحية تهدف إلى القضاء على الإحتكارات الأجنبية (التأميم الإصلاحي) " [٩٤٩] .

---

٢ د . عبد الباري احمد عبد الباري ، التأميم وآثاره فى القانون الدولى العام ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٩٧٢ ، صـــ٩١ . د/ أحمد القشيري ، التأميم فى القانون الدولى الخاص ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية ، ســـ١١ ، العدد الأول ، يناير ١٩٦٩صـــ٢٤٩ .

١ د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، صـــ١٣١ .

٢ د . بدر على الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمني ، صـــ٥٢ .

٣ د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، صـــ٢٤ .

المطلب الثاني

ضمان حظر التاميم فى القوانين الداخلية والإتفاقيات الدولية

إذا ما تبين من المطلب السابق ماهية التأميم وفقا للمفاهيم المطروحة ، وإن كانت لا تختلف من حيث الهدف ، فإن من البديهى التعرض للتأميم فى صورته القانونية بالنظر والتحليل فى ضوء الدساتير والتشريعات الداخلية ، إضافة للإتفاقيات الدولية ، بيانا لكيفية تعامل المجتمع الدولى مع تلك الظاهرة المستحدثة ، فلا يكاد تشريع من تشريعات الدول الجاذبة للإستثمار إلا وقد أفرد نصا قانونيا مستقلا فى دستوره ، أو تقنيناته الداخلية ، التى نص عليها لتنظيم قواعد الإستثمار ، ونتعرض لكل منها على النحو التالي :

أولاً : النصوص الدستورية :

نص المشرع العمانى فى النظام الأساسي للدولة والصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) على أن : " الملكية الخاصة مصونة فلا يمنع أحد من التصرف فى ملكه إلا بسبب المنفعة العامة فى الأحوال المبينة فى القانون ، وبالكيفية المنصوص عليها فيه ، وبشرط تعويضه عنها تعويضا عادلاً . . . " ثم نص على المصادرة نصا صريحا بأن : " المصادرة العامة للأموال محظورة ، . . . " [٩٥٠] . ومن ثم فقد خلا دستور سلطنة عمان من النص صراحة على التأميم ولعل المشرع اكتفا بنصه على حرمة الملكية الفردية ووضع ضوابطها ، ثم النص على المصادرة لما تحمله من طابع جزائي وقد أوضح الباحث تفصيله فى محله .

هذا ، وقد نص المشرع المصرى فى دستور ١٩٧١ الملغى على أنه " لا يجوز التأميم إلا لإعتبارات الصالح العام ، وبقانون ، ومقابل تعويض " [٩٥١] ، فقد اقر الدستور بجواز التأميم متى كان ذلك تحقيقا لإعتبارات الصالح العام ، ومشروطا بصدور قانون ، وذلك على أن يعوض الطرف الذى أممت أمواله لصالح الدولة . إلا أنه رغم إلغاء العمل بهذا الدستور ، فقد نص الدستور الصادر سنة ٢٠١٢ على أنه " لا يجوز التأميم إلا لإعتبارات الصالح العام ، وبقانون ، ومقابل تعويض عادل " [٩٥٢] . فقد استنسخت النص الدستورى من دستور ١٩٧١وأضافت له شرط كونه عادلاً ، إلا أنه ما لبث أن لغى هذا الدستور وصدر الإعلان الدستورى سنة ٢٠١٣ ولم يتعرض للتأميم بصريح اللفظ وإنما إكتفى كما فعل المشرع العمانى بنصه على أن : " الملكية الخاصة مصونة ، ولايجوز فرض الحراسة عليها ، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل ، وذلك كله وفقا للقانون " [٩٥٣] . هذا ، وقد [٩٥٤] ألغى الدستور المصرى الأخير بدستور٢٠١٣ ولم ينص صراحة على التأميم .

---

١ المادة رقم ١١ من النظام الاساسي للدولة .

٢ الدستور المصرى الأسبق دستور ١٩٧١ الملغى ، المادة ٣٥ منه .

١ المادة ٢٩ من الدستور المصرى الصادر فى ٣٠ نوفمبر ٢٠١٢ .

٢ المادة ١١ من الإعلان الدستورى الصادر فى ٢٠١٣ .

ثانيا : النصوص القانونية الداخلية :

نصت أغلب التشريعات على حظر التأميم للمشروعات الإستثمارية ، في محاولة منها - كما سبق الإشارة - لتجنب نفور المستثمر الأجنبي من التشريعات التى لم تحمي استثماراتها من أحد اهم المخاطر غير التجارية ، وقد انتقد بعض الفقه هذا المسلك من قبل تلك التشريعات باعتبار أن فيها سخاء من المشرع أكثر من الحد اللائق والمعقول ومخالفتها للقانون الدولى[٩٥٥] ، فقد نص القانون المصري فى مادته الثامنة على أنه : " لا يجوز تأميم الشركات ، أو المنشآت ، أو مصادرتها " [٩٥٦] .

ووفقاً للتعديلات الدستورية التى تمت خلال الفترة الراهنة والتى تسمى بالربيع العربي فإن النص الأخير لدستور مصر الصادر ٢٠١٣ لم ينص صراحة على التأميم ، وإن أشار على المصادرة ونزع الملكية ، فإنه يمكن القول أن هذا الإغفال من المشرع لنص التأميم قد أخرج قانون الإستثمار وتحديدا نص مادته الخاصة بعدم جواز تاميم الشركات والمنشآت من الصراع الفقهى الدائر بشأنها حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول أن نص المادة (٨) من قانون الإستثمار المصرى سالفة الذكر لا تتفق وحكم المادتين ٣٦ ، ٣٥ من الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١م [٩٥٧] ، لذا يخلص رأى فى الفقه إلى أنه : " إذا كان الدستور

---

٣ وقد اقتصر الباحث على هذين النصين الدستوريين العمانى والمصرى لأنهما المرادا بالبحث أصالة .

٤ د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الموطن ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، صـــ٢٦٣ .

٥ هذا النص ليس جديدا على التشريع المصري الخاص بالإستثمار فقد نص عليه المشرع فى القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ ، بشأن نظام استثمار المال العربي والأجنبي ، وكذلك القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩بشأن الإستثمار . وقد نص قانون الإستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١على مادة مشابهة حيث نص فى مادته= =الثامنة على أنه : " لا يجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقا لأحكام القانون " . نصوص القانون فى الجريدة الرسمية منشورات دار قرطاس ، الكويت ٢٠٠١ .

١ يرى أنصار هذا الرأى القائل بأن نص المادة(٨) من قانون الإستثمار لا يتفق وصحيح القانون أن لهم سنداً يعتمدون عليه وهو أن نص المادة (٣٥) من الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ – والذى الغي العمل به بعد أحداث ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ تقرر أن للدول حق التأميم إذ أن نصها ورد صريحا بأنه : " لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ، وبمقابل تعويض عادل " ، أضف على ذلك رؤيتهم بتعارضها مع أحكام القانون الدولى التى اعطت الدول حق التأميم والمصادرة . خاصة انه كما أشار الباحث سابقا إلى كونها خطوات تصفية فى محاولة للتخلص من البقايا الإستعمارية . راجع د . محمد السيد عرفه ، مرجع سابق ، صـــ٥٦٤ . وكذا د . إبراهيم أحمد إبراهيم ، جنسية الأشخاص الإعتبارية ، والإستثمار فى مصر ، صـــ٢٠٩ . وكذلك د . أحمد صادق القشيري ، التأميم فى القانون الدولى الخاص ، بحث منشور بمجلة

يقرر صراحة حق الدولة فى التأميم بشروط وضوابط معينة فى حين أن قانون ضمانات وحوافز الإستثمار يلغى هذا الحق تماما ، فإن هذا يعنى عدم دستورية النص الذى يحظر التأميم " [٩٥٨] .

فى حين ذهب رأى آخر إلى القول بأن ما ذكره انصار الرأى الأول مردود بأن مناط المخالفة الدستورية وقوع تعارض بين نص تشريعي ونص دستوري ، ويشترط كون التعارض واضحا " وذلك بحسبان أن الدستور يحتل المرتبة الأعلى بين القوانين وتثبت له الصدارة على التشريعات جميعها فأحكام الدستور هى الأولى بالتطبيق وبالتالى فلا يجوز لنص تشريعي أن يخالف حكما فى الدستور وإلا غدا ذلك النص مشوبا بمخالفة الدستور .

وإذا كان ما تقدم وكانت أحكام الدستور هى الأولى بالتطبيق وكانت أحكام القوانين يتعين أن تأتى متفقة وأحكامه – فمن ثم فإن سكوت النص التشريعي عن تقرير حكم قرره الدستور- لا يؤدى إلى وقوعه فى كومة المخالفة الدستورية حيث يمثل القانون الأسمى الذى يتعين الرجوع فى شأنه إلى أحكام الدستور ، ونزولا على ما تقدم فإن ما يدعيه انصار الرأى المتقدم من مخالفة النص المعروض لحكم المادة(٣٦) من الدستور لعدم تضمنه المصادرة الخاصة بحكم قضائي يكون غير قائم على أساس سليم على النحو سالف الايضاح " [٩٥٩] .

هذا وإن كان ردا على أنصار الرأى الأول القائل بالتعارض إلا أنه قد أجاب عن أحد شقى التعارض وهو الخاص بالمادة (٣٦) من الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١م- وغير معمول به حالياً إذ أن مصر على أعتاب نص دستورى جديد يصدر فى عام ٢٠١٤ – إلا أنه لم يجب عن التعارض الوارد بشأن المادة (٣٥) منه والخاصة بالتأميم ، وإعمالاً لكون الدستور هو فى المرتبة الأسمى فإنه يبقى التعارض من قبل نص المادة(٨) من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار المصرى لأنها تلغى نظام التأميم فى حين أن النص الدستورى وأحكام المحكمة الدستورية تواطأت على جواز التأميم إذا ما أقتضى الصالح العام ذلك وبقانون

العلوم القانونية والإقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، مصر ، العدد الأول ، سنة ١٩٦٣ ، صـــ٢٣٣ . إشارة إلى كون التأميم هو تصفية للموروثات الإستعمارية .

٢ د . أبو العلا النمر ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم في مصر ، دار النهظة العربية ، ٢٠٠٨ .

١ راجع أ . د . عبد المنعم عبد الغني نعيم ، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيق على الحالة المصرية ، . . . . . ، صـــ٦١٤ ، صـــ٦١٥ . راجع كذلك د . عبد الواحد الفار ، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية فى مصر ، عالم الكتب ، بدون سنة نشر ، صـــ١٥٨ . وكذلك د . رمضان صديق محمد ، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ ، صـــ ١٥٢ . المستشار رجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، ولائحته التنفيذية طبقا لآخر التعديلات ، فى ضوء أحدث المبادئ التى قررتها المحكمة الدستورية العليا ، منشأة المعارف بالاسكندريه ، ط٣ ، ٢٠٠٧ ، صـــ٢٨٧ .

ومقابل تعويض[٩٦٠] . وإذا ما كان أنصار الرأى الأخير – القائل بعدم التعارض- يرون أن المشرع المصرى قد حرص على تبني هذا النص – نص المادة ٨ من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصرى

---

٢ أستقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على : " إن الدستور إعلاء من جهته لدور الملكية الخاصة ، وتوكيدا لإسهامها فى صون الأمن الإجتماعي كفل حمايتها لكل فرد – وطنيا كان أم أجنبيا – ولم =

= يجز المساس بها إلا على سبيل الاستثناء ، وفى الحدود التى يقتضيها تنظيمها ، باعتبارها عائدة فى الأعم من الأحوال – إلى جهد صاحبها فبذل من أجلها الوقت والعرق والمال ، وحرص بالعلم المتواصل على إنمائها ، . . . . . ، مهيمنا عليها ليختص دون غيره بثمارها ومنجزاتها وملحقاتها فلا يرده عنها متعد ، ولا يناجز سلطته فى شأنها خصيم ليس بيده سند ناقل لها ، ليعتصم بها من دون الآخرين ، وليلتمس من الدستور وسائل حمايتها التى تعينها على أداء دورها ، وتقيها تعرض الأغيار لها سواء بنقصها أو بانتقاصها من أطرافا . ولم يعد جائزا بالتالى أن ينال المشرع من عناصرهانولا أن يغير من طبيعتها أو يجردها من لوازمها ، ولا أن يفصلها عن اجزائها أو يدمر أصلها ، أو يقيد من مباشرة الحقوق التى تتفرع عنها فى غير ضرورة تقتضيهاوظيفتها الإجتماعية ، ودون ذلك تفقد الملكية ضمانتها الجوهرية ويكون العدوان عليها غصبا وافتئاتا على كيانها أدخل إلى مصادرتها .

وحيث انه من المقرر كذلك ، أن حق الملكية من الحقوق التى يجوز التعامل فيها ، وبقدر اتساع قاعدتها تتعدد روافدها ، وتتنوع استخداماتها لتشكل نهرا يتدفق بمصادر الثروة القومية التى لا يجوز اهدارها أو التفريط فيهانوبقدر اتساع قاعدتها تتعد روافدها ، . . . . . ذلك أن الملكية فى إطار النظم الوضعية التى تزاوج بين الفردية وتدخل الدولة – لم تعد حقا مطلقا ، ولا هى عصية على التنظيم التشريعي ، وليس هى من الحماية ما يجوز الانتفاع المشروع بعناصرها . ومن ثم ساغ تحميلها بالقيود التى تطلبها وظيفتها الإجتماعية وهى وظيفة لا يتحدد نطقها من فراغ ولا تفرض نفسها تحكما بل تمليها طبيعة الأموال محل الملكية ، والأغراض التى ينبغى رصدها عليها ، محددة على ضوء واقع اجتماعى معين ، فى بيئة بذاتها لها مقوماتها وتوجهاتها وفى إطار هذه الدائرة وتقيدا بتخومها يفاضل المشرع بين البدائل ، ويرجح على ضوء الموازنة التى يجريها ما يراه من المصالح اجدر بالحماية وأولى بالرعاية وفقا لأحكام الدستور مستهديا فى ذلك بوجه خاص بالقيم التى تنحاز إليها الجماعة فى مرحلة بذاتها من مراحل تطورها ، وبمراعاة أن القيود التى يفرضها الدستور على حق الملكية للحد من اطلاقها لا تعتبر مقصودة لذاتهانبل غايتها خير الفرد والجماعة . . . . " راجع فى ذلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ قضائية(دستورية) بجلسة ١٩٩٦/١٠/٥ . وكذا الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١٥ لسنة ١٧ قضائية (تنازع) بجلسة أول فبراير ١٩٩٧والذى أفاد أن البين من القواعد التى تضمنتها المادة (٣٥) من الدستور إن التأميم لا يتم إلا بقانون – ومقابل تعويض وبشرط أن يتغيا تحقيق الصالح العام ، ومن ثم كان التأميم عملاً تشريعياً – لا إداريا – متخذا شكل قانون –

– وهو النص المانع للتأميم لإنكماش تدفق رؤوس الأموال الأجنبية ، وعزوف المستثمرين عن استثمار الأموال فى مصر عقب مرحلة التأميمات التى شهدتها ستينيات القرن العشرين كتأميم قناة السويس[٩٦١] . إلا أن الباحث يوافق الرأى الفقهى القائل : " أن ما قرره هذا النص لا يعد ضمانة حقيقة للمستثمر الأجنبي لأنه لم يأت بجديد ، وإنما هى ضمانة جوفاء أو خالية من المضمون ، لأن نص قانون ضمانات وحوافز الإستثمار يتعارض مع النص الدستورى ، فضلاً عن أن هذا الأخير يحقق ضمانة حقيقية ، وأكثر واقعية للمستثمر الأجنبي ، حيث يقرر من ناحية لمصر كدولة مضيفة للإستثمار الأجنبي ، الحق فى تاميم الإستثمار الأجنبي إذا كانت المصلحة تقتضى ذلك ، كما يلزمها من ناحية أخرى بألا تتخذ إجراء التأميم إلا بقانون ، وبأن تدفع للمستثمر الأجنبي تعويضا عادلا ، أما نص قانون ضمانات وحوافز الإستثمار فقد جاء فى عبارة عامة تقرر عدم جواز تأميم الشركات والمنشآت ، ولكنه لم يواجه الفرض التى تقوم فيه الدولة فعلا باتخاذ إجراء التأميم على الرغم من وجود هذا النص ، ولذا فإننى أرى أنه كان من الأفضل أن ينص هذا القانون على حق المستثمر فى التعويض العادل فى حال قيام الدولة باتخاذ إجراء التأميم لشركاته ومنشآته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، وبدون تمييز بين المستثمرين ، وأن يحدد النص القانوني الآلية التى يتم بها اتخاذ إجراء التأميم كأن يصدر بقانون أو بحكم قضائي حتى يكون أكثر مصداقية للمستثمر ، وأن يكفل النص كذلك حق هذا الأخير فى الحصول على هذا التعويض دون تأخير ، وحقه فى تحويله إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل "[٩٦٢] . ومن الجدير بالذكر إنه وإن لم تعد تشكل مسألة عدم الدستورية فيما يخص التأميم عائقا لعدم النص على التأميم صراحة فى ظل الدستور المصرى الجديد إلا أن الباحث يرى ضرورة إجراء تعديل لنص المادة يشمل تعويض المستثمر التعويض العادل السريع فهو ضمانة أكثر تأثيراً من ذلك النص الأجوف .

ولم تخل معظم تشريعات الدول العربية من النص على التأميم ، فقد نص عليه قانون الإستثمار السوداني والمعروف بقانون تشجيع الإستثمار لسنة ١٩٩٩ بالفرع الثالث من الباب الثالث منه على : " يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية : (أ) عدم تأميم أو مصادرة مشروعة أو نزع ملكية عقارات مشروعه كلها أو بعضه أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ، ومقابل تعويض عادل " ، وكذا نصت المادة (٨) من قانون الإستثمار الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م فى شان تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي ، فقد جاء نص مادته على النحو التالي : " لا تجوز مصادرة أو تاميم أى مشروع أجنبي مرخص فيه طبقا لأحكام هذا القانون ، ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقا للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الإقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية ، ويقدر وفقا للوضع الإقتصادى السابق على أى تهديد بنزع الملكية ، ويدفع لتعويض للمستحق دون تأخير " . وكذلك نص المشرع القطرى فى

وليس صادرا فى حدوده متعلقا بمشروع خاص – ومشتملا على كافة العناصر التى يتضمنها – ما كان ماديا أو معنويا .

أشار لكلا الحكمين المستشار رجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، مرجع سابق ، صـــ٢٨٥وما بعدها .

١ د . حسام عيسى ، الرأسمالية وشركات المساهمة فى مصر ، ١٨٤٠ – ١٩٦٠ ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، سنة ١٩٩٥ ، صـــ١٠ .

٢ د . محمد عرفة ، ورقة عمل حول " ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه فى القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة " ، صـــ٥٦٥وما بعدها .

قانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠م بشان تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي فى النشاط الإقتصادى فى المادة(٨) منه على أنه : " (أ) لا تخضع الإستثمارات الأجنبية سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ، لنزع الملكية أو لأى إجراء ذى أثر مماثل ، ما لم ذلك للمنفعة العامة ، وبطريقة غير تميزية ، ولقاء تعويض سريع ومناسب وفقا للإجراءات القانونية والمبادئ العامة المنصوص عليها فى البند(٢٠) من هذه المادة . (ب) يكون التعويض معادلا للقيمة الإقتصادية الحقيقة للاستثمار المنزوع ملكيته وقت نزع الملكية أو الإعلان عنه ، ويقدر وفقا لوضع اقتصادى عادي وسابق على أى تهديد بنزع الملكية ، ويدفع التعويض المستحق دون تأخير ، ويكون متمتعا بحرية التحويل وينتج عن هذا التعويض حتى تاريخ السداد فوائد تحسب تبعا لسعر الفائدة السائد فى الدولة " . ومن الملاحظ نصه صراحة على " أو لأى إجراء ذى أثر مماثل " فهو وإن لم يدرج النص صريحا على التأميم إلا أنه ساوى بين اثره واثر نزع الملكية من المستثمر ، بخلاف التشريعات التى ضمت المصادرة وغيرها ولم تتضمن النص صراحة أو إشارة للتأميم . وهو نفس النهج الذى سار عليه المشرع الأردنى حيث نص فى قانون الإستثمار الأردنى رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٣ فى مادته (١٣) على أنه : " لا يجوز نزع ملكية اى مشروع اجنبي او إخضاعه لأى إجراءات تؤدي إلى ذلك ، إلا إذا تم استملاكه لمقتضيات المصلحة العامة ، شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر بعملة قابلة للتحويل " .

وأما المشرع العماني فقد اكتفى بالنص فى المادة (١٢) من قانون استثمار راس المال الاجنبي على أنه : " لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولا نزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة طبقا للقانون ومقابل تعويض عادل " [٩٦٣] . وعليه فلم يتعرض المشرع العماني للتأميم في نصوصه التشريعية ولا تعديلاته اللاحقة ، ومن ثم فإن الباحث يهيب بالمشرع العماني أن يجرى تعديلا تشريعيا لقانون الإستثمار على أن يضع نصب عينيه النص على التأميم متفاديا كذلك أخطاء بعض التشريعات الأخرى بأن ينص على ضرورة تعويض المستثمر بالتعويض العادل الناجز مما يكسب المستثمر ثقة فى تشريعات السلطنة وحمايتها له من الأخطار غير التجارية التى قد تواجهه ومن بينها التأميم .

ثالثا : ضمان حماية المشروعات الاستثمارية من خطر التأميم فى الاتفاقيات الدولية :

بادئ ذى بدء فقد استقر العرف الدولى على تقرير حق الدولة فى نزع ملكية الأجانب متى كان ذلك للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض عادل ، ونظراً لأهمية التأميم وما يشكله من خطر على الإستثمارات الدولية فقد تضمنه ميثاق الحقوق والواجبات الإقتصادية للدول ، والذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم ٣٢٨١ لسنة ١٩٧٤ حيث نص فى المادة الثانية (٢/ج) على أن " لكل دولة الحق فى تأميم أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الأموال الأجنبية مع وجوب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها ولوائحها " [٩٦٤] . ومن الجدير بالذكر أن اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار نصت فى مادتها الثانية على أنه "

---

٩٦٣ قانون استثمار راس المال الاجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٩٤/١٠٢.

١ د . عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية حقوق أسيوط ، سنة ٢٠٠٦ ، صـــ٤٢وما بعدها . وأشار له د . ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الاستثمار الاجنبي ، مرجع سابق ، صـــ ٥٩ .

لا تخضع أموال المؤسسة فى الأقطار المتعاقدة للتأميم ، ولا يجوز أن تكون محلا للمصادرة أو الاستيلاء أو الحراسة او الحجز إلا تنفيذاً لحكم نهائي صدر عن جهة قضائية مختصة " [٩٦٥] . وكانت المادة السادسة من اتفاقية استثمار رؤوس الاموال العربية في البلدان العربية والمبرمة فى دمشق عام ١٩٧٠ تنص قبل تعديلها بمقتضى قرار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية[٩٦٦] على أنه " مع قرار حق الدولة المضيفة لرأس المال فى التأميم والمصادرة ونزع الملكية فى حدود المصلحة العامة فإن من حق المستثمر العربي فى حالة التأميم أو المصادرة ، او نزع الملكية الحصول على التعويض العادل الفعال ضمن مدة معقولة " . أما بعد التعديل اصبح من المحظور على الدول المضيفة لرأس المال أن تقوم باتخاذ اجراءات التأميم أو المصادرة أو نزع الملكية فى مواجهة الاستثمارات العربية الواردة من احدى الدول الأعضاء فى المجالات التى صرحت الدولة المضيفة باستثمار رؤوس الأموال العربية فيها فكان النص على النحو التالي " تلتزم الدولة المضيفة للاستثمار بعدم تاميم أو مصادرة الإستثمارات العربية التى تقوم فى اقليمها بناء على طلب منها وفى المجالات المفتوحة للاستثمارات العربية طبقا للاسس الواردة فى المادة الثالثة من تلك الإتفاقية . . . . " [٩٦٧] . وقد استطاعت الحكومة المصرية ترجمة ذلك إلى واقع ملموس عبر الإتفاقيات التى أبرمتها مع حكومات الدول الموازية لها فى مجال الاستثمار [٩٦٨] ، وقد بدا جليا فى الإتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة جمهورية مصر العربية لتشجيع وحماية الاستثمارات فقد نصت فى مادتها الخامسة على : " (١) لا تخضع إستثمارات مستثمرى أى من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أية إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر فى إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العاملة على أساس غير تمييزى وفى مقابل دفع

---

٢ اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار الموقعة في ١٩٧١/٥/٢٧ . المادة الثانية منها .

٣ قرار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية رقم ٦٤٨ بتاريخ ٣ ديسمبر ١٩٧٣ . ونصت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية والتى دخلت حيز النفاذ بتاريخ ١٩٨١/٩/٩ فى مادتها التاسعة على " (١) لا يخضع رأس المال العربي المستثمر بموجب احكام هذه الاتفاقية لأية تدابير خاصة أو عامة ، دائمة أو مؤقتة مهما كانت صيغتها القانونية تلحق ايا من أصوله أو احتياطياته أو عوائده ، كليا أو جزئيا ، وتؤدي غلى المصادرة أو الاستيلاء الجبري ، أو نزع الملكية أو التأميم أو التصفية أو الحل أو انتزاع أو تبديد أسرار الملكية الفنية أو الحقوق العينية الأخرىنأو منع سداد الديون أو تأجيلها جبرا أو اية تدابير أخرى تؤدى إلى الحجز أو التجميد أو الحراسة أو غير ذلك من صور المساس بحق الملكية فى ذاته أو إلى الإخلال بما يترتب عليه للمالك من سلطات جوهرية تتمثل فى سيطرته على الإستثمار وحيازته وحقوق إدارته وحصوله على عوائده أو استيفاء حقوقه والوفاء بالتزاماته " .

١ د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، صـــ١٨ وما بعدها .

٢ د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمني ، مرجع سابق ، صـــ ٥٧ .

تعويض عادل طبقا للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " [٩٦٩] . وقد أوضحت تلك الإتفاقية المنهجية الإقتصادية والتشريعية التى اعتمدتها حكومة كلا الدولتين فيما بينهما ، وهو ما انتهجته كل منهما مع الدول الأخرى المتعاقدة معها[٩٧٠] . فقد انتهجت حكومة سلطنة عمان عند ابرام الاتفاقيات النص صراحة على التأميم ، إلا فى بعض الإتفاقيات قد اشارت إليه ولم تصرح ومنها نصها فى اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار مع حكومة الجمهورية التونسية على أنه : " لا يجوز نزع ملكية إستثمارات رعايا أى من الطرفين المتعاقدين فى تراب الطرف المتعاقد الآخر أو إخضاعها لإجراءات تميزية يكون لها نفس آثار نزع الملكية إلا للمنفعة العامة والتى تعلق بالحاجات الداخلية مع حكومة الجمهورية التونسية على أنه : " لا يجوز نزع ملكية إستثمارات رعايا أى من الطرفين المتعاقدين فى تراب الطرف المتعاقد الآخر أو إخضاعها لإجراءات تمييزية يكون لها نفس آثار نزع الملكية إلا للمنفعة العامة والتى تعلق بالحاجات الداخلية لهذا الطرف المتعاقد وفى مقابل تعويض عادل ومجزى وفوري . . . . " [٩٧١] .

المبحث الثالث

ضمانة حماية الاموال المستثمرة من المصادرة

إذا ما كنا قد تحدثنا عن وجود ضمانات كاملة وكافية للمستثمر الأجنبي تكفل له حرية النشاط ، وعدم نزع ملكيته ، أو التأميم ، فإن الحديث ليستوجب على الباحث التعرض للضمانة الثالثة المتمثلة في المصادرة والتي تعد من المعوقات الماسة بأصل حق الملكية للأموال المستثمرة ، من حيث مفهومها وشروطها ، ثم بيان موقعها التشريعي من النصوص القانونية الداخلية ، إضافة إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع الاستثمار الدولي وذلك من خلال المطلبين التاليين وهما:

المطلب الاول : ما هية المصادرة وخصائصها .

المطلب الثاني : المصادرة في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية .

---

٣ راجع نصوص الإتفاقية المذكورة فى اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة الموقعة بين سلطنة عمان ودول العالم الأخرىمرجع سابق ، صـــ٩١ .

٤ راجع اتفاقيات حكومة سلطنة عمان مع حكومة جمهورية الصين الشعبية والمبرمة فى يوم ١٨ مارس عام ١٩٩٥فى مادتها الرابعة . وكذالاتفاقية المبرمة بينها وبين الجمهورية الإيطالية والمبرمة فى ٢٣يونيو عام ١٩٩٣فى مادتها الخامسة . وكذا الاتفاقية المبرمة بينها – حكومة سلطنة عمان و حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة فى يوم ٩ ابريل ٢٠٠٠م فى مادتها الخامسة . اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقعة بن سلطنة عمان ودول العالم الأخرى ، مرجع سابق .

١ اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة سلطنة عمان ، وحكومة الجمهورية التونسية ، الموقعة فى يوم ١٩ أكتوبر ١٩٩١م ، المادة الثانية من الاتفاقية ، اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة لاستثمارات الموقعة بن سلطنة عمان ودول العالم الأخرى ، صـــ١٢٥ .

المطلب الأول

ماهية المصادرة وخصائصها

تشكل المصادرة أحد المخاطر غير التجارية أمام المستثمر الأجنبي ، فهي بمثابة معوق سياسي تتعرض له الاستثمارات ، وتلك الضمانة المتمثلة في عدم جواز المصادر والتي نص عليها في بعض التشريعات والاتفاقيات كما سيتضح أحد أهم الضمانات الفعلية الجاذبة للمستثمر الاجنبي ، ومن الجدير بالذكر أنه إذا ما كانت قواعد القانون الدولي العام قد اعترفت للدول ذات السيادة بالحق في تنظيم تملك الأجانب للاموال ، إضافة إلى الحق في الاستيلاء على أموالهم بالمصادرة ، إلا أن ذلك مشروط بضرورة احترام الحقوق المكتسبة للأجانب ، وان تستدعي المصلحة العامة ذلك ، وكذلك تلتزم باحترام الالتزامات التعاقدية السابقة [٩٧٢] .

وإذا ما كان الأمر كذلك ، لزم بيان التعرض لمفهوم المصادرة وقد عرفها البعض بأنها " إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بموجبة على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص دون أداء أي مقابل مادي " [٩٧٣] .

وذهب رأي آخر فقهي إلى أنها : " أخذ الممتلكات الخاصة من قبل الدولة بدون تعويض مهما يكن شكل ذلك وبموجب أي اسم ينفذ " [٩٧٤] .

وثالث الآراء الفقهية يرى أنها " اجراء وقائي بوليسي ، تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة ، والصحة العامة ، والنظام العام ، والآداب ، أو هي إجراء جنائي مترتب على النظم العقابية التي تنص على المصادرة كجزء من العقاب الموقع على جريمة " [٩٧٥]

يتضح من التعريفات السابقة أن المصادرة تنقسم إلى المصادرة الإدارية ، ونظيرتها المصادرة الجنائية[٩٧٦] ، هذا من حيث إجراءاتها ، وفي كلتا الحالتين يجب أن تستند إلى نص قانوني تخول السلطة التنفيذية متى

---

[١] د . محمد عرفة ، ورقة عمل حول " ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه فى القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة "، ص ٦٥٢ : ٥٦٣

[١] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية ، دار الفكر الجامعي ، ط ٢٠٠٢ ، ص ١٩ وراجع أيضاً :

. Lambret, les effects civiles dela confiscation generale des rep . de droit int

[٢] د . ناصر عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق ، ص ٥٣ وراجع أيضاً :

Van hecke " confiscation, expripiation and the conflict of law " international law quarterly " : voi٤, no july ١٩٨٥ . P٣٤٥

[٣] د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانوني المصري واليمني ، مرجع سابق ، ص ٥٨

كانت مصادرة إدارية ، والسلطة القضائية متى كانت مصادرة جنائية حق المصادرة في الحدود والأطر القانونية المرسومة[٩٧٧] ؛ أما من حيث الاعتماد على المشروعية في التقسيم ، فإنها تنقسم إلى مصادرة عامة وأخرى خاصة[٩٧٨] ، وللوقوف على تلك التفرقة وأهميتها لابد من بيان تلك التقسيمات المعتمدة من قبل الفقه القانوني[٩٧٩] .

أولاً : من حيث إجراءاتها :

١ ـ المصادرة الإدارية :

هي تلك المصادرة التي تأمر بها السلطة التنفيذية[٩٨٠] ، وهي تتم في أعقاب الثورات الاجتماعية أو التغيرات السياسية أو في أعقاب الحروب ، وكان هدفها تصفية بعض الطبقات ، أو ايقاع الجزاء على من تعاونوا مع الأعداء[٩٨١] ، أضف إلى ذلك كونها إجراء لحماية الأمن ، والسلامة ، والصحة ، والآداب العامة مثل قيام السلطة الإدارية بمصادرة الأغذية الفاسدة ، أو الأفلام والأشرطة السينمائية المخلة بالآداب .

٢ ـ المصادرة الجنائية :

هي المصادرة القضائية ، والتي تصدر عن المحاكم العادية ، كعقوبة تبعية لإحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون ، أو تصدر من المحاكم غير العادية أي الاستثنائية مواجهة لظروف غير عادية ، تستلزم تجريد أعداء الحكومة من إمكانياتهم المادية .

---

[٤] د . ناصر عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي مرجع سابق ، ص ٥٣ .

[٥] د . أحمد صادق القشيري ، التأميم في القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد العدد الأول ١٩٦٩ ص ١١ ، ٨ .

[٦] د . ناصر عثمان ، ضمانات الاستمثار الأجنبي ، مرجع سابق ص ٥٤ .

[٧] فقد نص عليها الفقهاء القانونيين واعتمدوها كمعياراً للتفرقة بين المصادرة .

[١] د . بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار ، ص ٥٨ .

[٢] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص ٢٠ .

ولذا يمكن القول أنها هنا ليست عقوبة تبعية بل هي إجراء يتخذ أصالة في مواجهة من تسبب في حدوث أزمات للحكومة ، فهي تصدر عن محاكم غير عادية في ظروف طارئة .[٩٨٢]

ثانياً : من حيث مشروعيتها : [٩٨٣]

١ ـ **المصادرة العامة :** وهي غير مشروعة على الصعيدين الدولي والداخلي ، فالدساتير التي تجيز نزع الملكية والتأميم تحظر المصادرة العامة حرصاً على الملكية الخاصة وحمايتها .
٢ ـ **المصادرة الخاصة :** مشروعة ، ولكن بموجب حكم قضائي طبقاً لنص قانوني عقابي .

إذا ما كنا قد تعرضنا للمصادرة من حيث مفهومها وتقسيماتها بعد عرض نزع الملكية والتأميم ، كان لزاماً التعرض للفروق الجوهرية ، أو بمعنى أدق ما يميزها عن غيرها من المعوقات التي من شانها عرقلة الاستثمار الأجنبي ، ويبدو أهمية هذا التمييز عند وضع التكييف القانوني لإحدى الإجراءات التي تقوم بها الدولة ، فقد نبه جانب من الفقه [٩٨٤] " على أنه ينبغي الحذر في تكييف الإجراء على أنه من إجراءات المصادرة استناداً إلى مجرد انتفاء فكرة التعويض ، إذ سنرى فيما بعد أن كثيراً من الدول قد لجأت إلى تأميم المشروعات الأجنبية دون آداء أي تعويضات مما دعى البعض إلى تكييف هذه التأميمات على أنها نوع من المصادرة ، والواقع أن مثل هذه الإجراءات التي قامت بها بعض الدول النامية في مواجهة الاحتكارات الأجنبية تعد في حقيقة الأمر إجراءات تأميم وليس مصادرة " .

وهذا يبرز مدى أهمية التعرض للفروق لجوهرية بين وسائل نزع المكلية وفقاً للتعريف الضيق لنزع المكلية في ضوء التنظيمات الدولية التقليدية التي استخدمت لفظي " التأميم والمصادرة " للتعبير عن نزع الملكية المباشر والذي تقوم به الدولة من خلال اجراءات إدارية أو تشريعة [٩٨٥] .

---

[٣] كما حدث في فرنسا عندما تولت الحكومة تأميم (مصادرة) شركة رينو الفرنسية للسيارات من الحرب العالمية الثانية ، بسبب ثبوت تعاونها مع المحتل الألماني أثناء الحرب ، راجع د . بدر على الجمرة ، مرجع سابق ص ٥٨

[٤] د . ناصر عثمان ، ضمانات الاستثمار الأجنبي مرجع سابق ، ص ٥٤

[١] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق صـــــ ٢١

[٢] د . لمياء متولي يوسف ، التنظيم الدولي للإستثمارات في إطار اتفاقية الاستثمار متعددة الأطراف ، مرجع سابق ، ص ٢١٧ ، وراجع أيضاً نص المداة (٢/٣) من اتفاقية حماية الاستثمارات بين المانيا وباكستان الموقعه في بون ١٩٥٩/١١/٢٥ والتي نصت على :

Nationals or companies of either party shall not be subjected to expropriation of their in vestements in the territory of the other party except for public benefi against compensation, which shall represent the equiralent of the investments affected such

اولا : المصادرة ونزع الملكية :

إن الطابع الجزائي للمصادرة بالضرورة ينتفي معه جواز التعويض لمن لحقه ضرر نتاج المصادرة ، ومن ثم تلك أولى المميزات التي أحدثت نوعاً من الاختلاف بين المصادرة ونزع الملكية للمنفعة العامة ، إذ الأخيرة تفترض تعويض من نزعت ملكيته من توافرت الشروط السالف ذكرها في موضعه من البحث ، أما في المصادرة فتنتفي فكرة التعويض ، وما يميز المصادرة عن نزع المكلية كذلك أنها ترد على المنقولات دون العقارات ، ورغم هذا فإن نقطة التلاقي بين نزع الملكية والمصادرة تتمثل في كونها إجراء من إجراءات السيادة التي تتسم بطابعها الإقليمي البحت[٩٨٦] .

ثانيا : المصادر والتأميـم [٩٨٧] :

رغم تشابه التأميم والمصادرة من حيث كونهما عملاً أو اجراءً من اجراءات السيادة للدولة ، إلا أن الدولة تهدف بصورة أساسية متى اعتمدت على التأميم إلى الحفاظ على دعائم الاقتصاد الرئيسية ، أو من أجل القضاء على التحكم والسيطرة على الانتاج ، والتداول ، من قبل قلة من الأفراد من خلال تحقيق العدالة الإجتماعية ، ومن ثم إعادة توزيع الثروة ، كما أن التأميم يهدف إلى غايات اصلاحية سواء أكانت اجتماعية ، أو سياسية ، أو اقتصادية ، كما يحد من سطوة ونفوذ المال الأجنبي عن طريق التخلص من سيطرة الشركات الأجنبية ، فلا ينظر إلا إلى طبيعة المال المراد تأميمه .

وإذا ما كنا ننظر إلى التأميم بوصفه إجراء علاجياً ، فإن المصادرة هي إجراء وقائياً ، تقتضيه اعتبارات الأمن ، والسلامة ، والصحة العامة ، وفقاً للتعريفات المنصوص عليها بهذا المطلب ، ولها وجه آخر علاجي أو عقابي ، الهدف منه تمليك الدولة للاشياء المضبوطة ذات صلة بجريمة ارتكبت وصدر فيها حكم قضائي[٩٨٨] .

إضافة الى ذلك فان التأميم يشمل الأموال العقارية والمنقولة دون تميز ، بخلاف المصادرة فهي تنصب بالأساس على المنقولات ، كما أن المصادرة تختلف مع التأميم في انتفاء عنصر التعويض ، ويأتي البيان

---

compensation shall be actually realizable and freely transferable in the currency of . . the other party whithout undue delay

[١] د . هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ص ٢١ ، راجع د . رواء يونس محمود النجار ، النظام القانوني لإستثمار الأجنبي دراسة مقارنة ، مرجع ص ٢٣٧ .

[٢] د . بدر علي الجمرة ، ضمانات الاستثمار وفقاً للقانونين المصري واليمني دراسة مقارنة ، ص ٥٩

[٩٨٨] Wortley Expropriation un public international law . Pp . ٣٦

أكثر تفصيلاً في المطلب التالي ، إذ يتعرض للمصادرة في ضوء النصوص القانونية الدستورية ، والداخلية ، إضافة للاتفاقيات الدولية بصورتيها الثنائية والجماعية .

المطلب الثاني

المصادرة في ضوء التشريعات والاتفاقيات الدولية

إن استعراض مفهوم المصادرة ، والفرق بينها و بين التأميم من ناحية ، وكذا بينها وبين نزع الملكية يعطي صورة عامة عن المخاطر التي قد تسببها للإستثمار من حيث كونها تعد عامل طرد له ، ولذا فإن تدارك تلك المخاطر في التشريعات الوطنية اعمالا لما نصت عليه المعاهدات الدولية أمر في غاية الأهمية، و بمعنى آخر لابد من التطرق للمصادرة فى ضوء التشريع الوطني و الاتفاقيات الدولية لأنه بقدر تقليص حجم المصادرة فى التشريعه فإن ذلك ينعكس إيجابيا على جذب الاستثمارات.

وبناء على ذلك ينقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية :

الفرع الاول : المصادرة في التشريعات .

الفرع الثاني : المصادرة في الاتفاقيات الدولية .

الفرع الاول

المصادرة في التشريعات

لقد تبنت الدساتير على المستوى الدولي النص صراحة على المصادرة ، إما في مادة مستقلة عن نزع الملكية ، أو يتم إدراجها مع التأميم ونزع الملكية على نحو ما يتبين من العرض التالي :

نص الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي ، على أن " المصادرة العامة للأموال محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي " [٩٨٩] ، وقد نص الدستور المصري لسنة ٢٠١٢ المعطل في مادته رقم (٣٠) على ذات المادة بألفاظها السابقة دونما تعديل ، وأعقب تعطيل هذا الدستور إعلان دستوري اقتصر في مادته على " الملكية الخاصة مصونة ولا تجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تفويض عادل ، وذلك كله وفقاً للقانون " . ولم يرد النص على المصادرة صراحة ، إلا أنه لا يمكن إغفال نص القانون المصري في قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على المصادر بنص صريح .

وقد أولى المشرع العماني إهتماماً بالغاً بالنص على المصادرة ، حيث نص النظام الأساسي لسلطنة عمان على أن " المصادرة العامة للاموال محظوة ، ولا تكون عقوبة المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي في الأحوال المبينة بالقانون " . [٩٩٠]

---

[١] المادة (٣٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ الملغي

[١] النظام الأساسي لسلطنة عمان الصادر بالمرسوم سلطاني رقم (١٠١ لسنة ٩٦) باصدار النظام الأساسي للدولة ، المادة (١١) المبادىء الاقتصادية .

ولم يتخلف عن هذا النهج المشرع اليمني فقد نص على أن " المصادرة العامة للاموال محظورة ، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي ، وبالتالي فإن المصادرة العامة محظورة على جميع سلطات الدولة " [٩٩١] .

وإذا ما كانت عادة الدساتير هي النص على القواعد العامة والأساسية ثم يتولى التشريع المختص بيان وتحليل تلك النصوص الدستورية ، فإنه من الطبيعي أن يتعرض الباحث للنصوص القانونية الخاصة بالاستثمار في التشريعات المقارنة تحليلاً ، وتوضيحاً ، توصلاً للغاية المنشودة ، وهي بيان أكثر النصوص مواءمة لجذب الاستثمارات الأجنبية ، خاصة إذا ما كانت تلك الدراسات تحاول التعمق في دراسة تشريعات الدولة النامية والآخذة في النمو ، والتي تعاني من عراقيل تشريعية من شأنها الإبطاء من عجلة النمو الاقتصادي للدولة .

ولما كان الأمر كذلك ، فقد عمد المشرع المصري لبيان ما أجمله النص الدستوري حيث نص في قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ على أنه " لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت ، أو مصادرتها " [٩٩٢] .

ثم اعقبه بمادة أخرى نص فيها على أنه " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها ، أو الاستيلاء أو التحفظ عليها ، أو تجميدها ، أو مصادرتها " [٩٩٣] .

وقد لاحظ جانب من الفقه أن اللفظ يتسم بالعمومية [٩٩٤]في المادة الثامنة من التشريع السالف الإشارة إليه ، فقد ورد خالياً من أي إشارة للمنشآت الاستثمارية وتمييزها عما عداها من منشآت ، بل النص بعموميته شمل الجميع . ولذا رأى جانب من الفقه ضرورة تفسير ذلك على أن هدف المشرع المصري هو ذكر المصادرة العامة وليس المصادرة الخاصة [٩٩٥] . إذ أن الأخيرة جائزة بخلاف الأولى ولكن يشترط فيها حكم قضائي .

ومن الملاحظ أن نص " المادة ٨ " ما هو إلا ترديداً لما سبق النص عليه في القوانين الاستثمارية المصرية السابقة على القانون النافذ ، كالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ ، والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ وتلك الضمانة لم ينفرد بها المشرع المصري ، وإنما نصت عليها الغالبية العظمى من قوانين الاستثمار

---

[٢] المادة رقم (٢٠) من الدستور اليمني لعام ١٩٩٤ ، أما المصادرة الإدارية الخاصة فقد نصت عليها الاتفاقيات لعربية لمكافحة الاتجار بالمخدرات لعام ١٩٩٤ المادة رقم (٨/١) ، وكذلك المادة الثانية من اتفاقية الود والصداقة والتجارة المبرمة بين اليمن واتحاد الجمهورية السوفيتية " . راجع د . بدر علي الجمرة ، مرجع سابق ص ٦١ .

[٣] المادة (٨) من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ .

[١] المادة (٩) من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢ .

[٢] د . بدر علي الجمرة ، مرجع سابق ص ٦٢ .

[٣] د . ناصر عثمان محمد عثمان ، مرجع سابق ص ٥٤ .

العربية [٩٩٦] . فقد نص المشرع العماني في المادة ١٢ من قانون استثمار رأس المال الأجنبي على أنه " لا يجوز مصادرة المشروعات المشار إليها ولا نزع ملكيتها إلا للمنفعة العامة طبقاً للقانون وبمقابل تعويض عادل " [٩٩٧] . ويبدو على هذا النص أنه يحمل في طياته ضمانة أكثر فاعلية ، ولم يهمل المشرع العراقي أو يغفل عن ذكر هذا النص بين بنود القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ والذي نص على : " ثالثاً : عدم المصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكام هذا القانون كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات " [٩٩٨] .

ونصت المادة (١١) من نظام الاستثمار الأجنبي للمملكة العربية السعودية على أنه " لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الأجنبي كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي . . " ، وهو ما أوضحته اللائحة التنفيذية المعدلة لنظام الاستثمار الأجنبي السعودي على أنه " تتمتع منشآت الاستثمار الأجنبي بالمزايا والحوافز والضمانات التي تتمتع بها المنشآت الوطنية على سبيل المثال . . . . . ، ٤- عدم جواز مصادرة الاستثمارات كلاً أو جزءاً إلا بحكم قضائي أو نزع ملكيتها كلاً أو جزءاً إلا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل " [٩٩٩] .

وكذلك نصت المادة ١/٢٦ من القانون السوري على أنه " ١- تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفقاً لأحكام هذا القانون بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمار وعائداته إلا إذا كان الغرض المنفعة العامة ومقابل تعويض عادل ، كما لا يجوز الحجز عليها إلا بقرار قضائي . . " [١٠٠٠]

ومثال آخر على المصادرة كأحد الضمانات الهامة ، ما نص عليه التشريع الكويتي في مادته (٨) والتي نصت على أنه " لا تجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون " [١٠٠١] ؛ ومن بين الضمانات التي نص عليها المشرع السوداني في المادة (١٧) : يتمتع المستثمر بالضمانات الآتية : أ- عدم تأميم أو مصادرة مشروعه أو نزع ملكية عقارات مشروعة كلها أو بعضها أو استثماراته للمنفعة العامة إلا بقانون ومقابل تعويض عادل .

---

[٤] د . محمد عرفة ، ورقة عمل حول " ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه فى القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة " ، مرجع سابق ، ص ٦٥٦ وما بعدها .

[٥] المرسوم السلطاني رقم ٩٤/١٠٢ بإصدار قانون استثمار رأس المال الأجنبي المادة ١٢ من القانون ويقصد بالإشارة في قوله " المشروعات الاستثمارية حسبما أوضح في المواد السابقة على تلك المادة القانونية.

[١] المادة ١٢ الفقرة الثالثة ، من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ لدولة العراق .

[٢] المادة الخامسة من اللائحة التنفيذية الموضحة بعاليه الصادرة في ١٤٢٣/٤/١٣ الموافق ٢٠٠٢/٦/٢٤ ، الفقرة الرابعة منها .

[٣] قانون رقم ١٠ الصادر في ١٤١١/١٠/٢٠ الموافق ١٩٩١/٤/٥ تشجيع الاستثمار المعدل وفق أحكام المرسوم التشريعي رقم ٧ الصادر بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١٣ الموافق ١٤٢١/٢/٨هـ

[٤] القانون الكويتي رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ في مادته الثامنة ، بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لراس المال .

ب- عدم الحجز على أموال مشروعه أو مصادرتها أو تجميدها أو التحفظ عليها أو فرض الحراسة عليها إلا بأمر قضائي " [١٠٠٢] .

وكذا نص قانون الاستثمار للمملكة الاردنية الهاشمية المؤقت رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٤ في مادته ٣ على أنه " تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة ومق أحكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة أو نزع الملكية أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها ، إلا إذا كان لغرض النفع العام ، ومقابل دفع تعويض فوري وعادل للمستثمر يساوي القيمة الرائجة للمشروع قبل تاريخ نزع الملكية مباشرة ، بعملة قابلة للتحويل بالنسبة للمال الخارجي . . ومع الاحتفاظ باحكام قانون جباية الأموال العامة رقم ٣٤١ لعام ١٩٥٦ . لا يجوز الحجز على المشروع إلا بحكم قضائي " [١٠٠٣] .

ومن الجدير بالذكر أن نص المشرع المصري في مادته التاسعة سالفة الذكر[١٠٠٤] ، من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م ، قد راعي بث الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب [١٠٠٥] ، محاولة منه لجذب الإستثمارات وتوفير ضمانات حقيقية ، علماً بأن هذا النص لا ينفي جواز وقوع ذلك متى صدر حكماً قضائياً ، فقد أغلق المشرع أمام الجهات الإدارية جواز المصادرة للمشروعات الإستثمارية ، وهي بحق كانت عقبة من شأنها أن تنفر المستثمر الأجنبي من القيام بمشروعاته الإستثمارية في مصر ، وحسناً فعل حينما أورد هذا النص صريحاً ، فباستقراء التشريعات العربية المناظرة لم يقف الباحث على نص صريح وإن كان يفهم من النصوص التشريعية في القوانين العربية الخاصة بالإستثمار أن النص قد ورد في طياته اشتراطهم صدور حكم قضائي لمصادرة المشروعات والشركات الاستثمارية .

الفرع الثاني

المصادرة في الاتفاقيات الدولية

وفيما يتعلق بالاتفاقيات الدولية التي عقدتها سلطنة عمان مع العديد من الدول لم تعتمد نهجاً واحداً ، فهي بيان النص صراحة على المصادرة ، وبين الإكتفاء بالإشارة دونما تصريح ، كما استعملت نصاً في أغلب الاتفاقيات تعويضاً عن ذكرها فنصت على " أو إخضاعها لإجراءات تمييزية يكون لها نفس آثار نزع الملكية إلا للمنفعة العامة . . " ، وأحياناً يكون النص كالأتي : " أو إخضاعها لأي اجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية وذلك في إقليم الطرف الآخر " .

---

[١] الفرع الثالث الضمانات : ضمانات الاستثمار المادة ١٧ الفقرتين أ ، ب ، قانون تشديع الاستثمار لسنة ١٩٩٩ تعديل ٢٠٠٧ من قانون الاستثمار السوداني .

[٢] المادة ٣ من قانون الاستثمار الأردني رقم ٦٨ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ٢٠٠٣/٦/١٢م

[٣] والتي نصت على : " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " .

[٤] د . محمد عرفة ، ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه فى القانون المصري ، ورقة عمل ، مرجع سابق ، ص ٥٦٩ .

ومن أمثلة تلك الاتفاقيات التي لم تدرج المصادرة صراحة بين نصوصها ، الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان وجمهورية الصين الشعبية ، نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة ما يلي : " ١ ـ لا يجوز تأميم استثمارات المستثمرين التابعين لأي من الطرفين المتعاقدين أو نزع ملكيتها أو إخضاعها لأي اجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية (يشار اليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك في اقليم الطرف الآخر المتعاقد ما لم يتم نزع الملكية لغرض ذي نفع عام يتعلق بالمتطلبات الداخلية لذلك الطرف ومقابل تعويض كاف " [١٠٠٦] .

ومن بين تلك الاتفاقيات أيضاً الاتفاقية المبرمة بين سلطنة عمان والجمهورية الإيطالية ، وقد نصت في مادتها الخامسة على أنه : " ١- لا يجوز تأميم استثمارات المواطنين أو الأشخاص القانونيين التابعين لأي من الطرفين المتعاقدين ، أو نزع ملكيتها أو إخضاعها لأي اجراءات لها نفس آثار التأميم أو نزع الملكية (يشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك في إقليم الطرف الآخر ما لم يتم نزع الملكية لغرض ذي نفع عام يتعلق بالمتطلبات الداخلية لذلك الطرف وبدون تمييز ومقابل تعويض كاف يدفع فوراً . . . . . " [١٠٠٧] .

وقد سارت على هذا النهج الاتفاقيات المبرمة بين سلطنة عمان وتونس [١٠٠٨] ، وكذا الاتفاقية المبرمة مع بروناي [١٠٠٩] ، والاتفاقية المبرمة مع السودان [١٠١٠] .

بالرغم من تلك الصياغة القانونية التي أبرمت بها الاتفاقيات سالفة الذكر إلا أنه يمكن القول بأن النص على المصادرة في الاتفاقيات الآتي ذكرها صراحة يفسر المقصود من الإجراءات التي يشار إليها بنزع

---

[١] الفقرة الأولى من المادة الرابعة والمعنونة بـــ (التأميم ونزع الملكية) وقد حررت الاتفاقية في ١٦ من شهر شوال عام ١٤١٥هـــ الموافق ١٨ مارس عام ١٩٩٥ . وزارة الاقتصاد الوطني سلطنة عمان ، اتفاقيات التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بين سلطنة عمان ودول العالم الأخرى .

[١] المادة الخامسة (التأميم ونزع الملكية) الفقرة الأولى من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين سلطنة عمان والجمهورية الإيطالية ، والمبرمة في الثالث من شهر محرم عام ١٤١٤ هـــ ، والموافق ٢٣ يونيو ١٩٩٣

[٢] الاتفاقية المبرمة مع الجمهورية التونسية والمبرمة في تونس : ١٠ربيع الثاني ١٤١٢هـــ ، الموافق ١٩٩١/١٠/١٩ ، وقد نص على ذلك بمادتها الثانية الفقرة الرابعة .

[٣] الاتفاقية المبرمة مع بروناي ، الموقعة في ١٣ شهر صفر عام ١٤١٩ هـــ والموافق ٨ يونيو ١٩٩٨ ، انظر المادة الرابعة الفقرة الثانية .

[٤] الاتفاقية المبرمة مع جمهورية السودان في الخامس عشر من شهر رجب من عام ١٤٢٠هـــ الموافق ١٩٩٩/١٠/٢٥ ، راجع الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية .

الملكية في الاتفاقات التي لم تنص بوضوح على المصادرة ، فلا مجال للشك بأن المصادرة تدخل بطبيعتها ضمن ما عرفه الفقه الدولي التقليدي باسم " نزع الملكية " فهي أحد وسائله .

ومن أمثلة الاتفاقيات التي أدرجت بنصوصها المصادرة صراحة ، ولم تتبع النهج الذي تبنى عدم النص عليها ، الاتفاقية المبرمة بين سلطة عمان وجمهورية مصر العربية ، فقد نصت المادة الخامسة على أنه : " لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أية اجراءات أخرى ذات تأثير يماثل بشكل مباشر أو غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر إلا إذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تمييزي وفي مقابل دفع تعويض عادل طبقاً للإجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " [١٠١١] .

وكذلك نصت الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة مملكة السويد في مادتها الرابعة على أنه : " لا تخضع استثمارات المستثمرين من أي الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أي اجراءات مماثلة لها نفس أثر التأميم أو المصادرة (ويشار إليها فيما يلي بنزع الملكية) وذلك في إقليم الطرف الآخر إلا إذا تم ذلك للمصلحة العامة . ويتم نزع الملكية بموجب القانون وعلى أساس غير تمييزي على أن يكون ذلك مصحوبة بأحكام محدودة للسداد الفوري . . " [١٠١٢] .

اعتمدت سلطنة عمان مثل تلك الصياغة في الاتفاقيات المبرمة بينها وبين كل من فرنسا[١٠١٣] ، والهند [١٠١٤] ، واليمن[١٠١٥] .

---

[١] الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان ، وحكومة جمهورية مصر العربية ، المادة الخامسة الفقرة الأولى ، من تلك الاتفاقية المبرمة في شهر ذي القعدة عام ١٤١٨هـ الموافق ٢٥ من شهر مارس عام ١٩٩٨ .

[٢] الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة مملكة السويد ، المادة الرابعة الفقرة الأولى منها ، والمبرمة في مسقط بتاريخ ١٩٩٥/٧/١٣م .

[٣] الاتفاق المبرم مع الجمهورية الفرنسية بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة والموقعة في باريس بتاريخ ١٩٩٤/١٠/١٧م

[٤] المادة الخامسة الفقرة الأولى من الإتفاقية المبرمة مع جمهورية الهند والمبرمة في ينودلهي بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢م

[٥] المادة السادسة الفقرة الأولى من الاتفاقية المبرمة مع حكومة الجمهورية اليمنية في صنعاء في شهر جمادى الأولى عام ١٤٩١هـ الموافق ١٩٩٨/٩/٢٠م .

إذا ما ثار تساؤل حول نص الاتفاقيات على إدراج عبارة " أو أية اجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر . . " بعد النص صراحة على المصادرة فإن الباحث يرى هذا من باب توفير أكبر قدر من الأمان والطمأنينة للمستثمر الأجنبي على أمواله المستثمرة في تلك الدولة مما قد يستجد من وسائل وأدوات من شانها نزع ملكيته الفعلية عن مشروعاته الإستثمارية .

ومن الجدير بالذكر أن الدولة ووفقاً للفقه الراجح في القانون الدولي المعاصر تلتزم بالتعويض متى اتخذت اجراءات التأميم أو نزع الملكية في مواجهة أموال الأجانب ، فإن المصادرة تخرج عن هذا الإطار التعويضي ، بمعنى أدق لا يصاحب المصادرة تعويض من قبل الدولة التي قامت بهذا الإجراء لما تتسم به المصادرة من طابع جزائي[١٠١٦] .

وتثور مسألة التعويض تحديداً عن المصادرة متى كان الحديث في إطار البند (أ) من الفقرة (٢) من المادة (١٨) من الاتفاقية الخاصة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، والتي تفيد عدم جواز امتداد ضمان المؤسسة إلى الخسائر التي أصابت المستثمر فيما لو ترتبت على إجراء اتخذته السلطات العامة في القطر المضيف ، ثم جاء البند (ج) من ذات الفقرة (٢) من المادة ١٨ سالفة الذكر بالنص على عدم امتداد ضمان المؤسسة فيما لو كان الإجراء المتخذ من قبل السلطات العامة في القطر المضيف من الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيماً للنشاط الإقتصـــــادي في إقليمها والتي لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر المشمول بالتأمين ، كما هو الحال بشأن المصادرة المقررة بحكم قضائي متى اتبعت بشانه الإجراءات العادية[١٠١٧] .

وعليه تعد المصادرة الإدارية المتخذة من جانب السلطة التنفيذية دون حكم قضائي ، ونظيرتها القضائية ولكن تمت عن طريق قضاء استثنائي لم تتتبع فيه الإجراءات العادية من قبيل المخاطر التي يشملها ضمان المؤسسة[١٠١٨] .

وقد وفق المشرع المصري وبحق حينما نص صراحة على المصادرة الإدارية في مادته التاسعة من قانون الإستثمار المصري وعدم جوازها ، فقد نص على أنه : " لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة

---

[١] د/ هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ص ١٣١

[٢] د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٥٠

[٣] د . هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٣٣

على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الإستيلاء ، أو التحفظ أو تجميدها أو مصادرتها " [١٠١٩] .

وفي نافلة الحديث عن المصادرة تجب الإشارة إلى أن المشرع المصري نص عليها في قانون العقوبات المصري رقم (٥٨) لسنة ١٩٣٧ ، وجعلها عقوبة تبعية ولم يصدرها العقوبات التبعية بل جعلها آخر مراحلها فنص على أن العقوبات التبعية هي : أولاً : الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة (٢٥) ، ثانياً : العزل من الوظائف الأميرية ، ثالثاً : وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس ، رابعاً : المصادرة [١٠٢٠] .

المبحث الرابع

ضمانة حضر الإستيلاء وفرض الحراسة

تمهيد وتقسم :

إذا ما كانت هناك اجراءات قد تتخذها الدولة المضيفة تجاه المستثمر ومشروعه الاستثماري تمس أصل الحق متمثلة في نزع الملكية والتأميم والمصادرة كما اتضح ، فإن هناك اجراءات أخرى مقيدة للملكية تتخذها الدولة قبل المستثمر مثل الاستيلاء وفرض الحراسة ، ونظرا لأهمية الاستثمار في النمو والانتعاش الاقتصادي للدولة المضيفة وكذا حماية للمستثمر وتوفير أكبر قدر من الضمانات القانونية فقد نصت بعض التشريعات على ضمانة حظر الإستيلاء بين نصوص قونينها المتعلقة بالاستثمار ، وكذا ضمنتها نصوص الاتفاقيات المبرمة بينها وبين الدول الاخرى حماية للمستثمرين من هذا المعوق والمعرقل للاستثمارات الاجنبية .

ومن ثم ينقسم هذا المبحث الى المطالب التالية :

- المطلب الاول : ضمانة حظر الاستيلاء .
- المطلب الثاني : ضمانة حظر فرض الحراسة .

---

[٤] المداة (٩) من قانون الإستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والمعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠١٢

[١٠٢٠] المادة (٢٤) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

المطلب الأول

ضمانة حظر الإستيلاء

يقصد بالاستيلاء ذلك الإجراء المؤقت الذي تتخذه السلطة العامة المختصة ، وبمقتضاه تحصل على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة ، ومقابل تعويض لاحق تقوم بادائه لمالك المال محل الاستيلاء .[١٠٢١]

وهذا الإجراء لا يترتب عليه انتقال ملكية المال من ذمة المستثمر الى ذمة الدولة ، فمتى تبين للسلطة المختصة زوال أسباب الاستيلاء أصبح الزاما على الدولة رفع يدها عن الاموال محل هذا الإجراء ، حيث أن الهدف من هذا الإجراء هو غل يد الشركة أو المنشأة صاحبة الأموال عن الانتفاع بها واستغلالها والتصرف فيها .[١٠٢٢]

ويعتمد هذا الإجراء على التأقيت بصفة اساسية خلافا لمن وصفه بالتأبيد [١٠٢٣] ، ويرى الباحث أن صفة الديمومة لا تلحق الاستيلاء والأ وجب إدراجه بين معوقات الاستثمار الماسة بأصل الحق وليس مجرد غل يد ، ويمكن كذلك اعتبارها ممهدا من ممهدات نزع الملكية او صورة تحايلية من الدولة للوصول الى نزع ملكية المشروع من المستثمر ومن ثم يصبح نزع ملكية مقنَع إن جاز التعبير .

إذا ما نظرنا الى التشريعات الاستثمارية تبين الآتي :

نص المشرع المصري في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار في مادته التاسعة على أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت اوالحجز على أموالها او الاستيلاء او التحفظ عليها أو تجميدها او مصادرتها " ، وتتمثل الحكمة من النص على تلك الضمانة هي بث الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين الأجانب اتجاه رؤوس أموالهم ، وتوفير الحماية القانونية لها [١٠٢٤] ، وذاك إن كان تأكيدا لنص المادة (٩) من دستور جمهورية مصر العربية الملغي والصادر في ١١ سبتمر ١٩٧١م من أن " الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الحالات المبينة في القانون وبحكم قضائي ، . . . . " ، فهو كذا يتفق ونص المادة (٣٣) من الدستور المصري الجديد الصادرعام ٢٠١٣ والتي تنص على " تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثه ، الملكية العامة والملكية الخاصة ، والملكية

---

[١] د . هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق ، ص ١٦ – د . هشام صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، مرجع سابق ، ص ١٣٤ .

[٢] د . عبدالهادي مقبل ، من التشريعات الاقتصادية ، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار ، قانون شركات قطاع الاعمال ، دار الشافعي للطباعة ، المنصورة ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٧ .

[٣] د . عبدالعزيز سعد يحيى النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في اليمن ومصر ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضه العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢م ، ص ١٣٦ .

[١] د . محمد السيد عرفه ، مرجع سابق ، ص ٥٦٩ .

التعاونية " ، وكذا نص المادة (٣٥) من ذات الدستور فقد نصت على " الملكية الخاصة مصونة ، وحق الارث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الاحوال المبينة في القانون ، وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدما وفقا للقانون " [١٠٢٥] .

هذا وقد نصر القانوني المصري رقم ٧٥ لسنة ١٩٥٤م الخاص بنزع الملكية العقارية على حالتين للاستيلاء المؤقت :

الاولى : ان يكون الغرض التمهيد لنزع الملكية .

الثانية : مواجهة الظروف الطارئة والمستعجلة . [١٠٢٦]

أما اذا ما كان احتياج الادارة للعقار اكثر من ثلاث سنوات فيصير وسيلة لنزع الملكية لا مجرد استيلاء مؤقت .

وقد نصت بعض التشريعات العربية على تلك الضمانة ، ومنها نص المادة (١١) من نظام الاستثمار الاجنبي للمملكة العربية السعودية والتي نصت على انه " لا تجوز مصادرة الاستثمارات التابعة للمستثمر الاجنبي كلاً او جزء الا بحكم قضائي كما لا يجوز نزع ملكيتها كلً او جزء الا للمصلحة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للأنظمة " ، وهو ما أوضحته اللائحة التنفيذية في مادتها (٥) والتي نصت على " تتمتع منشآت الاستثمار الاجنبي بالمزايا والحوافز والضمانات التي تتمتع بها المنشآت الوطنية ومنها على سبيل المثال : ٤- عدم جواز مصادرة الاستثمارات كلاً او جزء الا بحكم قضائي او نزع ملكيتها كلاً اوجزء الا للمصلحة العامة ومقابل تعويض عادل " .

وجاء نص المادة (٨) من قانون دولة الكويت رقم ٨ لسنة ٢٠٠١م بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال متسقاً مع التشريعات المنضمة لتلك الضمانة فقد نص على " لا تجوز مصادرة او تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون ولا يجوز نزع ملكيته الا للمنفعة العامة طبقا للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع . . . . " .

ونص المشرع القطري في المادة (٨) من قانون تنظيم استثمار رأس المال الاجنبي في النشاط الاقتصادي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٠م في فقرتها الاولي على أنه " لا تخضع الاستثمارات الاجنبية سواء بطريقة مباشرة او غير مباشرة لنزع الملكية او لأي إجراء ذو أثر مماثل ، ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة وبطريقة غير تميزية ، . . . . . " .

واما المشرع الليبي فقد كان أكثر صراحة في النص على الاستيلاء فقد نص في المادة (٢٣) من القانون الليبي رقم ٥ لسنة ١٩٩٧م بشأن تشجيع استثمار رؤوس الاموال الاجنبية على أنه " لا يجوز تأميم المشروع او نزع ملكيته او الاستيلاء الجبري عليه او مصادرته او فرض الحراسة او التحفظ أو التجميد

---

[٢] المادة (٣٥) من دستور جمهورية مصر العربية لسنة ٢٠١٣ والمعمول به بعد تعديل دستور ٢٠١٢م المعطل .

[٣] د . عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١م ، ص ٧٨٠ .

أو اخضاعه لاجراءات لها نفس التأثير الا بقانون او بحكم قضائي وفي مقابل تعويض فوري وعادل ، وبشرط ان تتخذ هذه الاجراءات بصورة غير تميزية ، . . . . . " .

وكان المشرع اليمني قد نص على تلك الضمانة في القانون السابق رقم ٢٢ لسنة ١٩٩١ م ، فقد قرر في المادة ١٣/أ بانه " لا يجوز تأميم المشروعات او الاستيلاء عليها ، كما لا يجوز الحجر على اموالها او مصادرتها او تجميدها او فرض الحراسة عليها من غير طريق القضاء " . أما القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠م فانه لم يتطرق للاستيلاء مطلقا فلم يجيزه او يمنعه .[١٠٢٧]

أما القانون الأردني فقد نص في مادته (٢٥) من القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥م على " لا يجوز نزع ملكية أي مشروع او اخضاعه لاي اجراءات تؤدي الى ذلك الا باستملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر " .

وأما المشرع السوري فقد نص في المادة (٣) من المرسوم التشريعي رقم ٨ لسنة ٢٠٠٧م على انه " تتمتع المشاريع والاستثمارات المرخصة وفق احكام هذا المرسوم التشريعي بعدم المصادرة او نزع الملكية او الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها الا اذا كان لغرض النفع العام او مقابل دفع تعويض فوري وعادل . . . " .

وأما في سلطنة عمان فلم يضمن التشريع العماني الخاص بالاستثمار [١٠٢٨] نصا صريحا يحظر الاستيلاء ، ولم تدرج كذلك الاتفاقيات العمانية نصا أو بندا صريحا عليه ، الا انه يجوز ان تعد إشارة ضمنية ما نصت عليه في اكثر اتفاقياتها مع الدول الاخرى من النص على " أو أية اجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر او غير مباشر " ، فقد نصت على ذلك في إتفاقيتها مع جمهورية مصر العربية حيث نصت في المادة الخامسة على " ١- لا تخضع إستثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أية اجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر او غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الآخر الا إذا كان ذلك لاغراض المصلحة العامة على اساس غير تميزي . . . " .[١٠٢٩]

اما في الاتفاقيات الدولية ، نصت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية في مادتها (٩) على انه " ١- لا يخضع راس المال العربي المستثمر بموجب أحكام هذه الاتفاقية لأية تدابير خاصة أو عامة ، دائمة أو مؤقته ، مهما كانت صيغتها القانونية تلحق أيا من أصوله او احتياطياته أو عوائده كليا او جزئيا ، وتؤدي الى المصادرة أو الاستيلاء الجبري أو نزع الملكية ، أو التأميم ، أو التصفية أو الحل ، او إنتزاع أو تبديد اسرار الملكية الفنية ، أو الحقوق العينية الاخرى ، . . . ، أو أية تدابير أخرى تؤدي الى الحجز أو التجميد او الحراسة أو غير ذلك من صور المساس بحق الملكية

---

[١] د . بدر علي بن علي الجمرة ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

[٢] قانون استثمار رأس المال الاجنبي الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ١٩٩٤/١٠٢م .

[٣] إتفاقية لتشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة سلطنة عمان وبين جمهورية مصر العربية ، حررت في القاهرة ٢٥ مارس ١٩٩٨م .

في ذاته ، او الى الاخلال بما يترتب عليه للمالك من سلطات جوهرية تتمثل في سيطرته على الاستثمار وحيازته وحقوق ادارته ، وحصوله على عوائد أو استيفاء حقوقه ، والوفا بالتزاماته " . [١٠٣٠]

وبالنظر في الاتفاقيات الثنائية التي ابرمتها سلطنة عمان مع الدول الاخرى يتبين انها لم تتعرض في نصوصها الى حظر الاستيلاء بصورة مباشرة .

وفي نافلة الحديث عن الاستيلاء يتبين أنه بالاضافة الى نزع الملكية والمصادرة إجراءات سياديه تصدر عن السلطة المختصة العامة في الدولة في حدود إختصاصها الاقليمي ، ومن ثم فهي تنطبق على من يقطنون الاقليم سواء اكانون أجانب او مواطنين تجاه أموالهم المستثمرة في الاقليم . [١٠٣١]

ويهيب الباحث بالمشرع العماني أن ينص صراحة على حظر الاستيلاء حتى لا يقع المستثمر في إطار إجتهادي فينتهي بين مجيز ومعارض إسوة بالمشرع الليبي حين نص على أنه لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه ، وكذلك المشرع المصري ، مما يعطي ضمانة أكثر فاعلية للمستثمر الاجنبي .

وإذا ما كان الباحث قد تعرض في ضوء هذا المطلب لحظر الاستيلاء فلابد من التعرض لاجراء آخر قد يشبه الاستيلاء الجبري ولكنه ذو وطئة أخف الا وهو فرض الحراسة .

المطلب الثاني

ضمانة حظر فرض الحراسة

الحراسة هي إجراء وقتي يترتب عليه غل يد المالك عن إدارة أمواله ، تعيين حارس لتولي الادارة الى أن يتم تصفية المشروع أو إزالة أسباب فرض الحراسة . [١٠٣٢]

فالحراسة في مجملها هي إجراء تحفظي [١٠٣٣] يتميز بالتأقيت ، وهدفه الرئيس هو حماية الاموال وادارتها دون المساس بأصل الحق ، ومن ثم يظل تحت يد مالكه ، فلا يعدو كونه نوعا من الجزاء لا يقترن توقيعه بمنح الخاضع له تعويضا [١٠٣٤] مقابل ذلك ، ولذا السيطرة ليست للمستثمر وإن كان مالكا للمشروع .

---

[١] دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ ١٩٨١/٩/٩م ، وصدقت عليها سلطنة عمان .

[٢] د . هشام صادق ، الحماية الدولية للمال الاجنبي ، مرجع سابق ص ٥ وما بعدها .

[١] د . رمضان صديق محمد ، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية ، لتشجيع الاستثمار ، دراسة مقارنة بين القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م والقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩م على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٥٩ .

[٢] د . عبدالهادي مقبل ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

[٣] بدر علي بن علي الجمرة ، مرجع سابق ، ص ٦٩ .

وقد تنوعت صور فرض الحراسة فمنها الاتفاقي ، ومنها القانوني والقضائي والاداري ، والأخير – أي الاداري – هو محل نظر المشرع لأهميته إذ هو وسيلة الدولة في قبض يد المالك المستثمر على مشروعه من حيث إدارته . لذا نجد التشريعات قد تضمنت بنودا تؤكد على حظر فرض الحراسة على النحو التالي : -

نص المشرع المصري في المادة (٩) من قانون الاستثمار المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م على أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " ، ويتبين من هذا النص بدلالة المنطوق أن المشرع قد أراد أن يحمي المستثمر من تدخلات الدولة ليوفر له أكبر قدر من الحماية مما يكسبه ثقة أكثر تدفعه لاستثمار أمواله وذلك بحظر فرض الحراسة إداريا على المشروع الاستثماري ، ومن ثم فأي قرار يصدر من الدولة بفرض الحراسة على شركة أو منشأة من المنشآت التي تباشرأحد الانشطة المنصوص عليها في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري يعد قرارا باطلا بطلانا مطلقا ، ولكن لمفهوم المخالفة للنص يجوز فرض الحراسة قضائيا [١٠٣٥] ، ومن الجدير بالذكر أن نص المادة يتفق وصحيح نص المادة (٩) من الدستور المصري لسنة ١٩٧١م الملغي والتي نصت على أن " الملكية الخاصة مصونة ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الحالات المبينة في القانون وبحكم قضائي . . . . " .

وهي تتفق كذلك وصحيح المادة (٣٣) من الدستور المصري الجديد لسنة ٢٠١٣م والتي تنص على " تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة : الملكية العامة ، والملكية الخاصة ، والملكية التعاونية " . وكذا نص المادة (٣٥) من ذات الدستور فقد نصت صراحة على أن " الملكية الخاصة مصونة ، وحق الارث فيها مكفول ، ولا يجوز فرض الحراسة عليها الا في الاحوال المبينة في القانون ، وبحكم قضائي . . . . " . [١٠٣٦]

---

[١] د . عبدالهادي مقبل ، مرجع سابق ، ص ٨٦ .

[٢] من المباديء التي قررتها الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة " فرض المشرع حماية خاصة لأموال المشروعات الاستثمارية المنشأة وفقا لاحكام القانون المذكور تشجيعا لها وجذبا لاصحاب رؤوس الاموال فقرر تحصين هذا المال من التأميم والمصادرة ومن الحجز عليه وفرض الحراسة عليه الا عن طريق القضاء – يترتب على ذلك خروج أموال هذه المشروعات من اطار التنفيذ المباشر عن طريق تطبيق قانون الحجز الاداري ، إستيفاء مستحقات مصلحة الضرائب لدى الشركات الاستثمارية المنشأة طبقا للقانون المذكور عن طريق الحجز الاداري يتعارض مع نص القانون ويخالف قصد المشرع – تطبيق نص المادة السابقة من نظام استثمار المال العربي والاجنبي والمناطق الحرة بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والمعدل بالقانون ٣٢ لسنة ١٩٧٧ على انه " لا يجوز تأميم المشروعات او مصادرتها او فرض الحراسة عليها عن غير الطريق القضائي " .

والمستفاد من هذا النص أن المشرع رعاية منه للمشروعات الاستثمارية المنشأة وفقا لاحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤م المشار اليه ، وتشجيعا لها ، وجذبا لأصحاب رؤوس الاموال لتوظيف مدخراتهم في هذا المجال ، فرض حماية خاصة لأموال هذه المشروعات حيث قرر بنص قاطع وصريح تحصين هذا المال من التأميم

وقد نص المشرع السوداني في قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩م [١٠٣٧] في مادته (١/١٧) بند (ب) " عدم الحجز على أموال مشروعه او مصادرتها او تجميدها او الحفظ عليها او فرض الحراسة عليها الا بامر قضائي " .

وكذا نص المشرع الفلسطيني في القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٨ بشأن تشجيع الاستثمارات في فلسطين في مادته (٧) على أنه " لا يجوز تأميم المشروعات او مصادرتها كما لا يجوز الحجز على اموالها او الاستيلاء عليها أو تجميدها او مصادرتها او التحفظ عليها الا عن طريق القضاء " .

وقد خلت العديد من التشريعات الاستثمارية من نصوص تتعلق بجواز فرض الحراسة من عدم جوازها ومن ذلك التشريع السعودي [١٠٣٨]، والاردني [١٠٣٩]، واليمني [١٠٤٠]القطري [١٠٤١] ، وقد انتهج ذات المنهج المشرع العماني فلم ينص في قانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٩٤ على حظر فرض الحراسة الادارية .

و المصادرة ، ومن الحجز عليه وتجميده وفرض الحراسة عليه الا عن طريق القضاء ، ونزولا على المفهوم المتقدم ، فان المشرع يكون قد أخرج اموال هذه المشروعات من اطار التنفيذ عليها محكوما بالقواعد العامة التي تقضي باختصاص القضاء باجرائه وفقا للأحكام الاجرائية المقررة في هذا الشأن .

ومن حيث أنه لما كان ذلك ، فان استيفاء مستحقات مصلحة الضرائب لدى الشركات الاستثمارية المنشأة طبقا للقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ المشار اليه عن طريق الحجز الاداري على اموال هذه الشركات يتعارض مع نص القانون ويخالف قصد المشرع منه ، ومن ثم فلا يجوز للمصلحة اللجوء الى هذا الاسلوب لاستيفاء مستحقاتها قبل هذه الشركات . " لذلك " انتهى رأي الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع الى عدم جواز قيام مصلحة الضرائب بتوقيع الحجز الاداري على أموال الشركات الاستثمارية المنشأة وفقا لاحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ وفاء لمستحقاتها لديها . (فتوى رقم ٨٥ جلسة ١٩٨٩/١/٤ ملف رقم ٣٧٥/٢/٤٧).

ومن الجدير بالذكر ان نص الفتوى السابقة رغم صدور تعديلات على قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الا ان نص المادة المذكور في القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ يقابلها في القانون الحالي المادتان ٨ ، ٩ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ كما أشار الى ذلك المستشار رجب عبدالحكيم ، وقد أثرت ذكر نص الفتوى كاملا لانه يشمل المصادرة والتأميم اضافة الى فرض الحراسة ، وايضا نص الفتوى يتفق والنص الدستوري في مادته رقم (٣٣) من الدستور ٢٠١٣ الساري .

اما عن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ بشان استثمار راس المال العربي والاجنبي فقد لغي بموجب صدور القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ ونظرا للتطورات التاريخية والتغيرات الاجتماعية والاقتصادية صدر القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الخاص بضمانات وحوافز الاستثمار وهو القانون الساري .

[١٠٣٧]قانون تشجيع الاستثمار لسنة ١٩٩٩م تم الغاءه بقانون ٢٠٠٧ ويعمل باه اعتبارا من اليوم الاول من يناير ٢٠٠٨م .

ويرى الباحث أن إهمال المشرع العماني للنص على مثل تلك الضمانة القانونية الهامة يضعه في موقف حرج إذ قد تضمن تشريعه نصوص من شأنها ان تزيد حركة الاستثمارات الوافدة الاجنبية ، وأهمل النص على تلك الضمانة الهامة فهي وإن لم تمس أصل الحق الا أن فرض الحراسة احد الوسائل التي تتخذها الدولة للسيطرة على المشروعات الاستثمارية وغل يد مالكها من حيث ادارتها وإن ظل مالكا للرقبة .

أما على الصعيد الدولي فلم ينص على عدم جواز فرض الحراسة في الاتفاقيات الدولية التي ابرمتها سلطنة عمان مع العديد من الدول ، فمن بين تلك الاتفاقيات المبرمة الاتفاقية بين حكومة سلطنة عمان وجمهورية مصر العربية فقد جاء النص عاما غير محدد فنصت المادة الخامسة على أنه " لا تخضع استثمارات مستثمري اي من الطرفين المتعاقدين للتأميم او المصادرة او أية اجراءات اخرى ذات تاثير مماثل بشكل مباشر او غير مباشر في إقليم الطرف المتعاقد الاخر الا اذا كان ذلك لأغراض المصلحة العامة على أساس غير تميزي وفي مقابل دفع تعويض عادل طبقا للاجراءات القانونية وبدون تأخير لا مبرر له " .[١٠٤٢]

وإذا كان الامر كذلك فنهيب بالمشرع العماني ان يدرج نصا صريحا مثل نص المشرع المصري في مادته (٩) على أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء او التحفظ عليها او تجميدها او مصادرتها " .

إذ مثل هذا النص الصريح يفترض حسن النية للدولة المضيفة تجاه المستثمر الاجنبي ويتأكد من ان استثماراته محاطه بضمانات تحافظ له على أمواله المستثمرة في اراضيها .

---

[٢] نظام الاستثمار الاجنبي للملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) بتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ .

[٣] لم ينص القانون رقم ١٦ لسنة ١٩٩٥ وتعديلاته لعام ٢٠٠٠ قانون تشجيع الاستثمار وكذا القانون رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٠ نظام تنظيم الاستثمارات غير الاردنية .

[١] قانون الاستثمار اليمني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ لم يرد به سوى نص عام في مادته (٧/ج) يفيد وجوب احترام الملكية الخاصة وعدم المساس بها الا للضرورة وللمصلحة العامة ووفقا للقانون .

[٢] لم ينص صراحة المشرع القطري في قانون تنظيم استثمارات راس المال الاجنبي في النشاط الاقتصادي ١٣ لسنة ٢٠٠٠ سوى انه نص في مادته (٨) اجمالا على حظر نزع الملكية او أي إجراء مماثل ما لم يكن ذلك للمنفعة العامة .

[٣] الاتفاقية المبرمة بين حكومة سلطنة عمان وحكومة جمهورية مصر العربية ، اتفاقيات التشجيع الحماية المتبادلة للاستثمارات ، ص ٩١ .

الخاتمة والتوصيات

تناولنا فى موضوع بحثنا موضوع ضمانات عدم المساس بملكية الأموال المستثمرة وذلك من خلال أربعة مباحث يحتوى كل مبحث على مطالب تناولنا فى المبحث الأول ضمانة حظر نزع الملكية للأموال المستثمرة ، وفي المبحث الثاني تناولنا ماهية ضمان حماية المشروعات الإستثمارية من خطر التأميم. وفي المبحث الثالث تناولنا حماية الاستثمارات من خطر المصادرة ، وأخيرا تناولنا الإستيلاء وفرض الحراسة وذلك فى المبحث الرابع .

وفى نهاية بحثنا توصلنا إلى التوصيات التالية :

١. أن ينص المشرع العماني نصاً صريحاً في تشريعاته عن فرض الحراسة مثل ما نص المشرع المصري في مادته (٩) على أنه " لا يجوز بالطريق الاداري فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء او التحفظ عليها او تجميدها او مصادرتها "إذ مثل هذا النص الصريح يفترض حسن النية للدولة المضيفة تجاه المستثمر الاجنبي ويتأكد من ان استثماراته محاطه بضمانات تحافظ له على أمواله المستثمرة في اراضيها .

٢. أن ينص المشرع العماني على حظر الاستيلاء حتى لا يقع المستثمر في إطار إجتهادي فينتهي بين مجيز ومعارض إسوة بالمشرع الليبي حين نص على أنه لا يجوز تأميم المشروع أو نزع ملكيته أو الاستيلاء الجبري عليه ، وكذلك المشرع المصري ، مما يعطي ضمانة أكثر فاعلية للمستثمر الاجنبي .

٣. لم يتعرض المشرع العماني للتأميم في نصوصه التشريعية ولا تعديلاته اللاحقة ، ويرى الباحث ان على المشرع العماني أن يجرى تعديلاً تشريعيا لقانون الإستثمار على أن يضع نصب عينيه النص على التأميم متفاديا كذلك أخطاء بعض التشريعات الأخرى بأن ينص على ضرورة تعويض المستثمر بالتعويض العادل الناجز مما يكسب المستثمر ثقة فى تشريعات السلطنة وحمايتها له من الأخطار غير التجارية التى قد تواجهه ومن بينها التأميم .

قائمة المراجع

١. أبو العلا النمر ، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم في مصر ، دار النهظة العربية ، ٢٠٠٨ .
٢. أحمد أبو الوفا ، الوسيط فى القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .
٣. أحمد صادق القشيري ، التأميم في القانون الدولي الخاص ، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد العدد الأول ١٩٦٩.
٤. إبراهيم أحمد إبراهيم ، القانون الدولي الخاص ، الموطن ومركز الأجانب ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٥. بدر علي بن علي الجمرة ، ضمانات الإستثمار وفقا للقانونين المصرى واليمني ، دراسة مقارنة
٦. رجب عبد الحكيم سليم ، شرح أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ ، ولائحته التنفيذية طبقا لآخر التعديلات ، فى ضوء أحدث المبادئ التى قررتها المحكمة الدستورية العليا ، منشأة المعارف بالاسكندريه .
٧. رمضان صديق محمد ، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٨ .
٨. رمضان على عبد الكريم دسوقى عامر ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة .
٩. رواء يونس محمود النجار ، النظام القانونى للاستثمار الأجنبي ، دراسة مقارنة .
١٠. سامي عبد الباقي أبو صالح ، الإطار القانوني للإستثمارات الأجنبية فى مصر ، محاضرات ألقيت على طلبة دبلوم قانون التجارة والإستثمارات العام الجامعي ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، الناشر : دار النهضة العربية .
١١. عبد الباري احمد عبد الباري ، التأميم وآثاره فى القانون الدولى العام ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٢ .
١٢. عبد الباقى نعمة ، نزع الملكية امتياز مقرر للإدارة ، دراسة مقارنة ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، العدد ١٤
١٣. عبد المنعم عبد الغني نعيم ، بعض الضمانات القانونية للاستثمار تطبيق على الحالة المصرية .
١٤. عبد الواحد الفار ، الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية فى مصر ، عالم الكتب ، بدون سنة نشر .
١٥. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١م .
١٦. عبدالعزيز سعد يحيى النعماني ، المركز القانوني للمستثمر الاجنبي في اليمن ومصر ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضه العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢م .
١٧. عبدالهادي مقبل ، من التشريعات الاقتصادية ، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار ، قانون شركات قطاع الاعمال ، دار الشافعي للطباعة ، المنصورة ، ٢٠٠٢.
١٨. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للإستثمارات الأجنبيةالخاصة فى الدول النامية .

١٩. عمر أبو بكر خاشب ، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية فى دول مجلس التاون الخليجي ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٠ .
٢٠. عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، كلية حقوق أسيوط ، سنة ٢٠٠٦
٢١. غسان علي علي ، الإستثمارات الأجنبية ودور التحكيم فى تسوية المنازعات التى قد تثور بصددها ، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس ، سنة ٢٠٠٤.
٢٢. لمياء متولى يوسف مرسي ، التنظيم الدولى للاستثمار فى إطار اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف .
٢٣. محمد عرفة ، ورقة عمل حول " ضمانات الإستثمار الأجنبي وحوافزه فى القانون المصري ، دراسة تحليلية مقارنة " .
٢٤. محمد عمر مولود ، الضمانات الدستورية والتشريعية فى العراق دراسة مقارنة ، صـ٦٨٢ .
٢٥. ناصر عثمان محمد عثمان ، ضمانات الإستثمار الأجنبي فى الدول العربية
٢٦. هشام خالد ، عقد ضمان الإستثمار ، سنة ٢٠٠٠ .
٢٧. هشام على صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع اشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية .
٢٨. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية فى الدول الغربية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٢ .
٢٩. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الإستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ٢٠٠٧ .

٣٠. Lambret, les effects civiles dela confiscation generale des rep . de droit int .
٣١. Van hecke " confiscation, expripiation and the conflict of law " international law quarterly " : voi٤, no july ١٩٨٥ .
٣٢. Wortley Expropriation un public international law .