مقدمة

يشكل التحكيم، في ظل اتفاقيات الاستثمار، مجالاً متناميًا، يضم ما يجاوز ثلاثمائة اتفاقية معلنة. ومن ثم، تُثار كثير من قضايا التحكيم في كل عام[1]. وفي ذات الوقت، أظهرت القضايا المرتبطة بالأزمة الاقتصادية الأرجنتينية[2]، والموقف الذي اتخذته العديد من حكومات دول أمريكا اللاتينية[3]، تنامي القلق بشأن مدى ملاءمة، وبالتأكيد مدى مشروعية، النظام

(1) See UNCTAD, 'lattest Developments in Investor-State Dispute Settlement' (2010). IIA Issues Note. No 1, 2-3, available at: http://www.unctad.org/en/docs//webdiaeia20103_en.pdf., recording an aggregate of 357 treaty-based investment disputes by the end of 2009.

(2) Argentina's then Minister of Justice Rosatti, for example, was quoted after Argentina lost its first case relating to the emergency measures it took in reaction to the 2001-02 economic crises, ie CM's v Argentina, in 2005: 'We have been insisting that this tribunal is out of its depth here, that it is not prepared to handle such a quantity of cases involving a single country, that it has a pro-business bias, and that it is not qualified to judge a country's economic policy'. See BBC Monitoring Latin America- Political, supplied by BBC Worldwide Monitoring (17May2005).

(3) On 30 April 2008, Venezuela communicated to the Netherlands its intention to terminate the Dutch-Venezuelan bilateral investment treaty as of 1 November 2008. See LE Petrson (ed), 'Investment Arbitration Reporter' (16 May 2008), available at: http://www.iareporter.com/Archive/IAR-05-16-08.pdf. reporting that Venezuela had chosen to end the treaty citing reasons of 'national policy'. Bolivia with drew from the ICSID Convention as of 3 November 2007. See 'Bolivia Denounces ICSID Convention' 46 ILM 973 (2007). On 12 June 2009, Ecuador's Congress voted to

الحالي، للتعامل مع بعض المواقف، لاسيما التوترات التي تثور بين حماية الاستثمار من ناحية، والمصالح والحقوق الأخرى المقابلة ذات الصلة من ناحية أخرى[1]. ويُلاحظ أنه حتى الدول المصدرة تقليديًا لرؤوس الأموال– مثل الولايات المتحدة الأمريكية– أضحت تشعر بقلق متنام بشأن القيود التي تفرضها

withdraw from the ICSID Convention. Discussion of withdrawal from the ICSID Conventional so has been reported with respect to Nicaragua, Venezuela, and Cuba. See ME Schnable and J Bédard, 'The Wrong Kind of "Interesting" National Law Journal, 30 July 2007.

(1) Numerous works in the field argue that there is, or may soon develop, a 'legitimacy crisis' in investor-state arbitration, variously referring to problems such as the design of the dispute settlement mechanism based on ad hoc arbitration with the ensuing risk of inconsistent decisions, the vagueness and ambiguity of many of the core rights conferred on investors, and the perceived blindness of arbitral tribunals to matters which they do not see as related to investment. See CN Brower, 'A Crisis of Legitimacy' National Law Journal, 7 October 2002; CHBrower II, 'Structure, Legitimacy Crisis' (2004) 17 Geo IELR 51; A Afilalo, 'Meaning' Ambiguity and Legitimacy: Judicial (Re-) construction of NAFTA Chapter 11' (2005) 25 Nw JILB 279; 282; M Sornarajah, 'A Coming Crisis: Expansionary Trends in Investment Treaty Arbitration' in KP. Sauvant (ed), Appeals Mechanism in International Investment Disputes (2008) 39-45; G Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law (2007); O Chung, 'The Lopsided International Investment Law Regime and Its Effect on the Future of Investor- State Arbitration' (2007) 47 Van JIL 953, arguing that existing bilateral investment treaties strongly favour investors and that these inequalities will eventually lead to greater difficulties in the enforcement of such treaties; N Gurudevan, 'An Evaluation of Current Legitimacy-based Objections to NAFTA's Chapter 11 Investment Dispute Resolution Process' (2005) 6 San Diego ILJ 399.

اتفاقيات الاستثمار واتفاقية تحكيم الاستثمار على سلطاتها التنظيمية regulatory powers. كما أن خبرة الولايات المتحدة الأمريكية مع الفصل (11) من اتفاقية NAFTA، على سبيل المثال، كان لها تأثير مباشر على توجهاتها في اتفاق التجارة الحرة، ومفاوضات اتفاقيات الاستثمار الثنائية BIT، مما أدى إلى تعديل في نموذج اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تكون الولايات المتحدة الأمريكية طرفًا فيها[1].

والحقيقة أن هذا القلق يبدو مبررًا – على الأقل في جانب منه – لما يلي:

- تفرض اتفاقيات الاستثمار التزامات موضوعية على عاتق الدول المضيفة، دون أن تتضمن موازنة حقوق المستثمرين مع التزاماتهم.

(1) See K Vandevelde, "A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests' (2008/2009) 1 Yearbook of International Investment Law and Policy 283; G Gagné and J-F Morin, 'The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and The 2004 Model BIT' (2006) 9 JIEcon L 357, 363; M Kantor, 'The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Developments' (2004) 21 JI Arb 383, 385; S Schwebel, 'The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law' (2006) 3 (2) Trans Disp Man. See generally G Aguilar Alvatez and WW Park, 'The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11' (2003) 28 Yale JIL 365, Discussing the phenomenon of developed countries as respondents in investment treaty arbitration.

- تأتي معظم اتفاقيات الاستثمار خلوًا من أي إشارة صريحة للشروط التي يمكن في ظلها للدولة المضيفة تقييد حقوق المستثمرين (كما هو الحال في العديد من اتفاقيات حقوق الإنسان).
- لا تتضمن اتفاقيات الاستثمار، عادة، تحديدًا لطوائف الاستثناءات التي ترد على الحماية المكفولة للمستثمرين الأجانب (كما هو الحال في المادة XX من الجات GATT).

ولذلك، يتمثل أحد أوجه القلق، في هذا الخصوص، في أن محاكم التحكيم يمكن- بسبب اللغة الفضفاضة المستخدمة لحماية حقوق المستثمرين- أن تقلص دور الدول باعتبارها القائمة على مباشرة الوظيفة التنظيمية regulators، أو أن لا تعطي سوى وزن قليل لمسوغات بعض القواعد التنظيمية العامة والمجردة التي تتبناها الدول لحماية المصلحة العامة، سواء تمثلت هذه المصلحة العامة في حماية البيئة أو حماية حقوق الإنسان أو مواجهة بعض الحالات الطارئة. ويُلاحظ تزايد هذا القلق، لاسيما إذا أُخذ في الاعتبار استمرار عدم قابلية تفسير المفاهيم المعيارية- المتبناة في سياق قانون الاستثمار- للتوقع unpredictability in the interpretation of standard concepts of investment law، ويظهر هذا من العديد من أحكام التعويض التي ليس فقط توافق، ولكن أيضًا ترحب برقابة مسلك الدولة

المضيفة بعد وقوعه فعلاً ex post fact، أي على طريقة "سوف أعرفه حالما أراه" I will know it when I see it[1].

وفي ذات الوقت، يُنظر إلى تركيز تحكيم اتفاقيات الاستثمار على المسائل المرتبطة بالاستثمار investment- related matters كتهديد لفعالية الأنظمة القانونية الدولية الأخرى، لاسيما تلك المتعلقة بحماية حقوق الإنسان والبيئة. ويرجع القلق، في هذه الحالة، إلى أن محاكم تحكيم منازعات الاستثمار، تقوم، في الغالب، بصوغ المعايير الغامضة في قانون الاستثمار الدولي– مثل المعاملة العادلة والمنصفة أو مفهوم نزع الملكية غير المباشر indirect expropriation في الإطار المحدود لدعاوي الاستثمار، وتطور قانون الاستثمار الدولي دون تعاون كاف مع هيئات القانون الدولي الأخرى. وبصفة خاصة، لا تبذل محاكم التحكيم– على الرغم من وجود بعض الاستثناءات الواضحة في هذا الخصوص– سوى جهد محدود لتحقيق التنسيق مع معايير الإدارة الجيدة good administration، المفروضة على الدول بواسطة منظمة التجارة العالمية WTO، بالنسبة للأنشطة الحكومية المرتبطة بالتجارة أو

(1) cf in the context of defining the concept of indirect expropriation, Y Fortier and SL Drymer, 'Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor' (2004) 19 ICSID Rev- FILJ 293.

بواسطة المحاكم الدولية لحقوق الإنسان أو بواسطة المؤسسات المالية الدولية أو مؤسسات المعونة فيما يتعلق بشروط منح القروض.

وسنحاول، في هذا البحث، معالجة بعض التحديات التي يجب مواجهتها فى سياق إجراءات وأحكام التحكيم بين الدولة والمستثمرين. حيث تتعرض هذه الإجراءات والأحكام لنقد متزايد نتيجة نقص استجابتها للمعايير البيئية، والمعايير المتعلقة بالاعتبارات الاجتماعية والعمل، والإدارة الحكومية للأزمات الاقتصادية أو غير ذلك من المسائل الأساسية التي تهم الشعب في مجمله. وفي هذا الصدد، يمكن الإشارة، على سبيل المثال، إلى التعليق الطارئ، من جانب الأرجنتين، لزيادات التعريفة وتمويل peso، وقيام بوليفيا بإلغاء عقد مياه Bechtel بعد الإضرابات، وقيام كوستاريكا بحظر التنمية والتطوير في مزرعة مملوكة لجهة أجنبية بسبب إعلانها هذه المنطقة محمية طبيعية وتثير إجراءات الإنقاذ المالى والمساعدات، وغيرها من الإجراءات الطارئة الأخرى المتخذة استجابة للأزمة المالية العالمية التي شهدها العالم في العامين 2008– 2009، والأزمة المالية التي تلت ذلك في اليونان وغيرها من دول العالم الأخرى– مسائل مشابهة.

ومن الواضح أن محاكم التحكيم بين الدولة والمستثمرين مدعوة لموازنة الإجراءات، المتخذة من جانب الدولة في إطار ممارسة سلطاتها التنظيمية، في مواجهة الأضرار الاقتصادية التي تلحق بالمستثمر الأجنبي نتيجة هذا الإجراء.

وفي هذا السياق، تظهر أهمية مفاهيم القانون العام التي يمكن أن تسهم في معالجة أوجه القلق التي تثور في هذا الخصوص. حيث يمكن أن تساعد هذه المفاهيم في أخذ المسائل غير المرتبطة بالاستثمار non-investment matters في الاعتبار في إطار قانون الاستثمار الدولي والتحكيم الذي يتم في ظله. وبينما تبدو المقاربات المفاهيمية– conceptual approaches – المستخدمة من جانب محاكم تحكيم منازعات الاستثمار لمعالجة التعارض الذي يثور بين حقوق المستثمرين والمصالح العامة– غير كافية، فإن محاكم التحكيم يمكن أن تستعين، في هذا الخصوص، بمفاهيم القانون العام المستخدمة من جانب المحاكم وجهات التحكيم الدولية والوطنية الأخرى، لاسيما من خلال اللجوء إلى تحليل التناسب proportionality analysis من أجل موازنة الحقوق وخيارات السياسة المُقيدة للحقوق rights- limiting policy choices.

ويناقش هذا البحث كيف يمكن تكييف تحليل التناسب– وهو التحليل الذي تستخدمه بعض المحاكم وجهات التحكيم بالفعل– كوسيلة لتفسير مبادئ قانون الاستثمار الدولي التي تتفق مع المقاربات المتبناة من جانب هيئات تسوية المنازعات المختلفة لحل التعارض بين الحقوق والمصالح المتعارضة. ويُظهر هذا البحث أن تبني هذا التحليل، ليس فقط أمرًا ممكنًا وجائزًا، ولكن أيضًا عنصرًا ضروريًا لتفسير اتفاقيات الاستثمار. ويمكن تطبيق هذا التحليل في ظل

المفاهيم القانونية لنزع الملكية غير المباشر، والمعاملة العادلة والمنصفة، عندما يتعلق الأمر بتقييد المرونة التي تتمتع بها الدولة في سياق ممارستها لسلطاتها التنظيمية.

وتجدر الإشارة إلى أن تحليل التناسب ليس مقترحًا كبديل لقواعد تفسير المعاهدات– المقررة في ظل معاهدة فيينا لقانون المعاهدات[1]، ولكن– بالأحرى– كوسيلة ملهمة فى تفسير المعاهدة بهدف حل التعارض بين الحقوق والمصالح المتقابلة، وذلك عندما لا تتضمن قواعد تفسير المعاهدة أي إشارة لأسبقية أحد الحقوق– أو المصالح– على الآخر[2]. ويستند هذا الاقتراح إلى أن

(1) تجدر الإشارة إلى أن اتفاقية فينا لقانون المعاهدات اعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عُقد بموجب قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2166 المؤرخ في 5 كانون الأول/ ديسمبر 1966، ورقم 2287 المؤرخ في 6 كانون الأول/ ديسمبر 1967، وقد عقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من 26 آذار/ مارس إلى 24 آيار/ مايو 1968وخلال الفترة من 9 نيسان/ابريل إلى 22 آيار/ مايو 1969، واعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في 22أيار/ مايو 1969 وعرضت للتوقيع في 23 أيار/ مايو 1969 ودخلت حيز النفاذ في 27 كانون الثاني/ يناير 1980.

(2) This limits the scope of application of proportionality analysis as a legal technique. Thus, cases where the state acts as a party to an investor-state contract will usually be subject to the constraints of what was agreed. But see on limitations to the power of states in their capacity as a party to a contract, S Schill, 'Umbrella Clauses as Public Law Concepts in Comparative Perspective, Chapter 10 below, 317. Furthermore, proportionality reasoning and analysis may not apply in certain situations in which decisive controlling rules of priority between property interests and competing non-property interests are already clearly established, or can be interpreted to exists, based on the applicable rules of treaty interpretation under the VCLT. Proportionality analysis, however,

محاكم التحكيم ليس أمامها سوى تبني حلول ومقاربات مشابهة لتلك المتبناة من جانب المحاكم الوطنية والمحاكم- وجهات التحكيم- الدولية لدى مواجهتها لتعارض مماثل، بين المصالح المهمة، التي يجب موازنتها في مواجهة بعضها من خلال التقييم القانوني legal appraisal. وبينما يمكن أن يواجه استخدام مقاربة التناسب proportionality approach مشكلات مهمة، لاسيما من خلال إسناد سلطات حكم governance powers لمحاكم التحكيم، ومطالبتها بأكثر مما هو مرغوب فيه، فإن تطبيق تحليل التناسب يعد- على المدى البعيد- منسجمًا مع مبادئ القانون العام البازغة للحكم التنظيمي العالمي global regulatory governance.

وهكذا، فإن تحليل التناسب يسهل الموازنة بين مصالح المستثمرين الأجانب أو بصورة أكثر عمومية حقوق الملكية، والمصالح العامة المقابلة. وبينما يمكن، بلا شك، أن يكون تحليل التناسب عرضة للاستخدام كوسيلة لتسويغ تفضيلات قضائية معينة، حال استخدام هذا التحليل من جانب المحاكم ومحاكم التحكيم المتطورة- الدولية والوطنية، للتعامل مع المفاهيم المرنة والموازنات الصعبة، فقد أثبت هذا التحليل أنه قابل للتطبيق، بطريقة ممنهجة،

finds a major field of application in cases where the state itself redistributes or interferes with property rights in the interest of protecting some non-economic interest by means of general legislation or administrative regulation.

وأنه أكثر قابلية للتطبيق المتسق والعام مقارنة بكل أنواع المقاربات التي تطبقها محاكم عدة على بنود المعاملة العادلة والمنصفة أو على مفهوم النزع غير المباشر للملكية. على أن تنوع الاستخدامات الحالية لتحليل التناسب يعني أنه من الممكن إنجاز بحث أكثر عمقًا واتساعًا، في القانون المقارن، بشأن ما يُعتبر متناسبًا في الأنظمة القانونية المختلفة، وكذلك من وجهة نظر محاكم التحكيم الدولية، والعابرة للحدود الوطنية.

ويُلاحظ أن الدول مستمرة في استخدام سلطاتها التنظيمية الجوهرية– رغم عدم وجود نصوص صريحة، في هذا الخصوص، في معظم اتفاقيات الاستثمار– دون أن يكون مطلوباً منها تعويض المستثمرين الأجانب عن الآثار الناشئة عن القواعد التنظيمية العامة– المستخدمة بحسن نية، وبطريقة متناسبة وغير تمييزية– التي تستهدف تحقيق غرض مشروع. ولعل من شأن هذه المقاربة– تحليل التناسب– تخفيف حدة القلق بشأن اعتبار قانون الاستثمار قانونًا أعمى في مواجهة خيارات السياسة غير المتعلقة بالاستثمار، وأنه معزول في مواجهة الأنظمة القانونية الدولية الأخرى التي تستهدف حماية المصالح العامة المهمة غير المرتبطة بالاستثمار.

وبالإضافة إلى ما سبق، فإن مبدأ التناسب يمكن– من بعض الجوانب– أن يقدم إطارًا أكثر صرامة للقرارات الصادرة في منازعات الاستثماريين الدولة والمستثمرين الأجانب مقارنة بالاتجاهات القضائية الحالية. ذلك، أن تحليل

التناسب يتطلب، من المحكَمين، أن يتبعوا منهجًا معينًا لتقدير الطلبات أو الادعاءات القانونية المتعارضة، ووزن هذه الطلبات في مواجهة بعضها، وأخذ البدائل المتاحة في الاعتبار، والتوصل إلى قرارات تدعمها الحجج المنطقية والعقلانية لقراراتهم.

وعلى ذلك، تُقسم هذه الدراسة إلى المباحث الثلاثة التالية:

المبحث الأول: تطور وانتشار تحليل التناسب

المبحث الثاني: هيكل تحليل التناسب

المبحث الثالث: تطبيق تحليل التناسب في التحكيم بين الدولة والمستثمرين

المبحث الأول

تطور وانتشار تحليل التناسب

The Development and Diffusion of Proportional Analysis

يشكل تحليل التناسب طريقة للتفسير القانوني واتخاذ القرارات decision-making في المواقف التي يثور فيها تصادم أو تعارض بين المبادئ المختلفة وأهداف السياسة العامة المشروعة legitimate public policy goals. وما يميز هذه المقاربة– المستندة على تحليل التناسب– الموازنة بين المبادئ المتعارضة، ليس على أساس طريقة "الكل أو لا شيء" all-or-nothing، ولكن السماح بالتمييز على أساس طريقة "أكثر أو أقل" More or less[1].

ويتطلب التناسب– حتى في تطبيقه الأصلي في سياق القانون الوطني– اتباع منهج معين لتحديد العلاقة بين الدولة والمواطنين. ويسهم التناسب في حل أوجه التعارض من ناحية، بين حقوق الأفراد ومصالح الدولة، ومن ناحية أخرى بين المصالح المتعارضة للأفراد.

(1) Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (Cambridge: Harvard University Press,. 1978, p. 24.

ويفرض التناسب "قيودًا مادية على تدخل السلطات العامة في المجال الخاص للمواطن"[1]، "ويوفر أداة لتحديد وتقييد الحرية التنظيمية للحكومة"[2]. ويبين من ذلك، أن التناسب يساعد في تحديد وموازنة العام– الذي يظهر في التدخل ومصلحة الدولة أو المجتمع ذي الصلة المسوغة لهذا التدخل– والخاص the private الذي يظهر في مصالح الأفراد المتأثرين بهذا التدخل.

وفي إطار هذه المقاربة، يتم التمييز بين القواعد rules والمبادئ principles:

- فالقواعد تضم نقاطًا محددة في إطار الممكن قانونًا وواقعًا، أي أن القاعدة هي معيار a norm إما أن "يتحقق أو لا يتحقق"[3].
- أما المبادئ فتعمل بطريقة مختلفة، حيث تستهدف "تحقيق شيء معين إلى أقصى درجة تكون ممكنة قانونًا وواقعًا"[4].

(1) "Proportionality sets material limits to the interference of public authorities into the private sphere of the citizen", Jürgen Schwarze, "The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law", 1 Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (2003) p. 53.
(2) "provide[s] a tool to define and restrain the regulatory freedom of governments", Mads Andenas and Stefan Zleptnig, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", 42 Tex. Int'l L. J. (2007) p. 371 at p. 383.
(3) R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights (1986, 2002, Julian Rivers (trans) 47-8.
(4) R. Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (2000) 13 Ratio Juris 294, 295. See also Alexy -(A Theory of Constitutional

ويشير إلى ذلك أحد الشراح الألمان الكبار لمبدأ التناسب بالقول : "إن التعارض بين القواعد يثور على مستوى المشروعية، أما التنافس بين المبادئ فيثور على مستوى الوزن"[1]. **وفي المقابل،** يوجد حماس شديد لتحليل التناسب بين القضاة في الولايات المتحدة الأمريكية[2]، وكذلك تاريخيًا في الأنظمة التي تأثرت بالقانون الإنجليزي، وذلك على الرغم من أن عملية التكامل الأوربي تترك آثارها، على سبيل المثال، في المملكة المتحدة.

ومع ذلك، يُلاحظ أن تحليل التناسب يكتسب اعترافًا متزايدًا في أنظمة القانون العام الوطنية والدولية. ولذلك، سنتناول، في هذا المبحث، أمثلة للهيئات القضائية الوطنية والدولية التي تطبق تحليل التناسب على نشاط الدولة الذي يمس الحقوق الأخرى. ويستهدف هذا العرض بيان أن هذا التطور ينطوي على

Rights)p. 47, stating that principles are norms that 'require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities.

(1) "Conflicts of rules are played out at the level of validity (…) competitions between principles are played out in the dimension of weight.", Alexy, A Theory of Constitutional Rights, op. cit., p. 50.

(2) Concerning the scope of the proportionality requirement in US constitutional law in particular concerning criminal law in the context of the Eighth Amendment, see A Ristroph, Proportionality as a Principle of Limited Government' (2005) 55 Duke LJ 263, with further references; see also on the hesitance in US constitutional law tq accept proportionality as a general principle VC Jackson, 'Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality", Rights and Federalism' (1999) 1 UP aJ Const L583.

بزوغ لأحد المبادئ العامة للقانون. ومن المهم هنا الإشارة إلى أنه توجد فروق جوهرية بين المستويات المؤسسية المختلفة، وكذلك بين النصوص الأساسية. ولذلك، فإن التحليل الدقيق والفروض المقدمة لا يمكن نقلها من اتفاقية دولية لأخرى.

ويتضمن التناسب بحسب الأصل، على مستوى القانون الوطني، طريقة لتحديد العلاقة بين الدولة والمواطنين أو الأشخاص القانونية الأخرى. ومن ثم، يسهم التناسب في حل التعارض بين حقوق الأفراد ومصالح الدولة **من ناحية**، وبين المصالح المتعارضة للأفراد **ومن ناحية أخرى**. ولذلك، يمكن القول إن التناسب "يضع قيودًا مادية– موضوعية– لتدخل السلطات العامة في المجال الخاص للمواطن"[(1)]، وكذلك "يكفل أداة لتعريف وتقييد الحرية التنظيمية للحكومات"[(2)]. ومعنى ذلك، أن التناسب يساعد على تحديد وموازنة "**العام**" ممثلاً في تدخل الدولة ومصلحتها المُسوِغة لهذا التدخل، و"**الخاص**" ممثلاً في مصالح الأفراد التي تأثرت نتيجة هذا التدخل.

(1) Jurgen Schwarze, The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law, 1 Rivista trimestrale di diritto pubblico [Quarterly Journal of Public Law] at 53-75 (2003).

(2) M Andenas and S Zleptnig, 'Proportionality : WTO Law in Comparative Perspective' (2007) 42 Tex ILJ 371, 383.

ومن المسلم به أن مفهوم الموازنة المستندة على تحليل التناسب Proportionality balancing ينبع من القانون الألماني الإداري والدستوري. وقد انتقل التناسب، من هذه الجذور الألمانية- كوسيلة للموازنة بين الحقوق والمصالح المتعارضة- ليغزو أنظمة قانونية متعددة في أمريكا الجنوبية، وشرق ووسط أوربا، وكذلك العديد من الأنظمة القانونية التي تأخذ بتقاليد القانون العام الإنجليزي[1]، حيث يُنسب إلى المحكمة الدستورية الألمانية الفضل في صياغة اختبار التناسب، لأول مرة، في قضية رائدة، كانت تتعلق بالتدخل في حرية مزاولة الصيادلة لمهنتهم من خلال نظام للترخيص يقيد عدد تراخيص الصيدليات الممنوحة لضمان تزويد السكان بالمواد الصيدلانية. وفي سعيها لإيجاد حل لتنازع أو تعارض الحقوق في هذه القضية، قررت المحكمة الدستورية الألمانية أن الحق الفردي والهدف العام للقانون يجب موازنتهما:

"يتمثل هدف **الحق الدستوري** في حماية حرية الفرد، بينما تستهدف الاستثناءات الواردة على تنظيم هذا الحق في توفير حماية كافية للمصالح الاجتماعية، وتصبح حماية (المصلحة) العامة أكثر إلحاحًا، كلما كانت الأثار السلبية الناتجة عن الممارسة الحرة للمهنة أكثر وضوحًا. وعندما يُسعى لتعظيم كلتا المصلحتين، فإن الأمر

(1) See on this and the following, A Stone Sweet and J Mathews, 'Proportionality Balancing and Global Constitutionalism' (2008) 47 ColJTL 72. (1) BVerfGE7, 377, 404-5.

يتطلب– باعتبار ذلك الطريقة الأكثر فعالية– إجراء موازنة دقيقة بين معنى المصلحتين المتعارضتين"[1].

وقد طبقت **المحكمة العليا الكندية** اختبارًا للتناسب– بالغ الشبه بالاختبار السابق– منذ قضية Regina v Oakes. وقد كانت هذه القضية تتعلق بتحديد ما إذا كان أحد نصوص قانون Narocotics Act يتطابق مع الميثاق الكندي للحقوق والحريات في تكريس قرينة قابلة لإثبات العكس a rebuttable presumption تتمثل في افتراض أن الشخص الذي يُضبط في حوزته مواد مخدرة، يقوم بالاتجار فيها، ومن ثم يعد مسئولاً جنائيًا. بيد أن المحكمة العليا الكندية ألغت هذا النص باعتباره يشكل انتهاكًا لمبدأ قرينة البراءة المكرس في الميثاق الكندي.

ويُلاحظ أن المحكمة العليا الكندية قد أسست تحليلها على اختبار للتناسب يتكون من مراحل ثلاثة:

"**في المرحلة الأولى**، يجب أن تكون الإجراءات المتبناة مصممة بعناية لتحقيق الهدف المرجو. ومن ثم، يجب ألا تكون هذه الإجراءات متعسَفة، غير عادلة، مستندة على اعتبارات غير معقولة. وباختصار، يجب أن تكون هذه الإجراءات مرتبطة، بصورة معقولة،

(1) BVerfGE7, 377, 404-5.

بالهدف منها. **وفى المرحلة الثانية**، يجب ألا تنطوي الوسائل المختارة- حتى ولو كانت ترتبط، بصورة معقولة بالهدف منها بالمعنى السابق- سوى على أقل تقويض ممكن للحق أو الحرية ذي الصلة. **وفى المرحلة الثالثة**، يجب أن يكون هناك تناسب بين أثار الإجراء التي تكون مسئولة عن تقييد الحق أو الحرية التي يكرسها الميثاق، والهدف من الإجراء الذي يوصف بأنه ذو أهمية كافية"[1].

وقد طبقت **المحكمة الدستورية في جنوب أفريقيا**، أيضًا، اختبارًا للتناسب لموازنة الحقوق الفردية والأهداف الحكومية. ففي قضية State v Makwanyan، واجهت المحكمة طعنًا على عقوبة الإعدام استنادًا إلى أنها تشكل انتهاكًا للحق الدستوري في مواجهة العقوبات القاسية، غير الإنسانية، الحاطة، وقد قررت المحكمة- استنادًا إلى تحليل التناسب:

"أن تقييد الحقوق الدستورية لأحد الأغراض التي تكون معقولة وضرورية في مجتمع ديمقراطي، ينطوي على وزن للقيم المتنافسة، بما يستتبع، في نهاية الأمر، إجراء تقييم يتأسس على التناسب"[2].

(1) R v Oakes (1986) 1 SCR 103, 139.
(2) State v Makwanyane and another 1995 (3) SA 391, 436 (CC).

وقد قدرت المحكمة أن العوامل التالية، يجب أخذها في الاعتبار:

"في عملية الموازنة، تتضمن الاعتبارات ذات الصلة: طبيعة الحق الخاضع للتقييد، أهمية (هذا الحق) لمجتمع مفتوح وديمقراطي يتأسس على الحرية والمساواة، الغرض الذي يتم من أجله تقييد الحق، وكذلك أهمية هذا الغرض بالنسبة لهذا المجتمع، مدى التقييد، وكفاءته، وبصفة خاصة أين يكون التقييد ضروريًا، هل يمكن تحقيق الغايات المرجوة بطريقة معقولة من خلال وسائل أخرى أقل إضرارًا بالحق الخاضع للتقييد"[1].

وبالإضافة إلى ما سبق، يُلاحظ أن التناسب قد استُخدم، بصورة متواترة، في سياق **الأنظمة القانونية الدولية**، كوسيلة لموازنة المصالح المتعارضة للنظام القانوني الدولي من ناحية، والسياسة العامة المحلية من ناحية أخرى. ففي سياق EC/EU، على سبيل المثال، استخدام مفهوم التناسب من جانب **محكمة العدل الأوربية** ECJ لموازنة الحريات الأساسية في إطار الاتحاد الأوربي: حرية نقل السلع، الخدمات، العمل، مع المصالح المشروعة المقابلة للدول الأعضاء[2].

(1) Ibid.

(2) E Ellis (ed), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (1999); on proportionality as a principle in EU/EC law, N Emiliou, the principle of proportionality in European Law: A Comparative Study (1996) 23 et seq; G Nolte, 'General Principles of German and European Administrative Law- A Comparison in Historic Perspective' (1994) 57 MLR 191; see also TJ Gunn,

ففي قضية Cassis de Dijon، على سبيل المثال، قررت محكمة العدل الأوربية ECJ أن حرية نقل السلع- المكفولة في المادة (28) TFEU- يمكن أن تنتهك ليس فقط من خلال اللوائح التمييزية التي تصدرها إحدى الدول الأعضاء، ولكن أيضًا من خلال اللوائح غير التمييزية التي تنطوي على تقييد للتجارة بين الدول الأعضاء في الاتحاد. ومع ذلك، اعترفت محكمة العدل الأوربية- كنتيجة طبيعية للفهم الواسع السابق للحرية- بأن الدول الأعضاء بمقدورها تقييد حرية نقل السلع في سبيل تحقيق المصلحة العامة عندما يكون ذلك ضروريًا، عندما تشكل هذه المصلحة ما يُطلق عليه "متطلبا إلزاميًا" Mandatory requirement.

ومن ثم، قضت المحكمة:

"إن العوائق المفروضة، في وجه الحركة داخل الاتحاد، الناشئة عن الاختلافات بين القوانين الوطنية المتعلقة بتسويق المنتجات، يجب أن تكون مقبولة ما دامت هذه النصوص يمكن الاعتراف بها باعتبارها ضرورية من أجل تلبية المتطلبات الضرورية المرتبطة، بصفة خاصة، بفعالية الإشراف الضريبي، حماية الصحة العامة، عدالة

'Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis'. (2005) 19 Emory ILR 456.

الصفقات التجارية، حماية المستهلك"[1].

ورغم أن هذا الاختبار قد تمت صياغته باعتباره ضرورة a necessary test يركز على البدائل الأقل تقييدًا less restrictive alternatives، فإن محكمة العدل الأوربية تطبقه بطريقة مشابهة، إلى حد بعيد، بالاختبارات المشار إليها آنفًا التي تطبقها المحاكم الوطنية.

وبالمثل، تطلب محكمة العدل الأوربية ECJ ومحكمة الدرجة الأولى الأوربية (والتي يُطلق عليها، في الوقت الحاضر، المحكمة العامة The General Court ضرورة تقييم الإجراءات التي يتخذها الاتحاد الأوربي في مواجهة الدول الأعضاء وتلك التي تؤثر على الأفراد- وتكون خاضعة للنظام القانوني الأوربي- في مواجهة معيار التناسب. وقد أوضحت محكمة الدرجة الأوربية، على سبيل المثال، في قضية تتعلق برقابة أحد القرارات الأوربية:

"يتطلب مبدأ التناسب- الذي يعد أحد المبادئ العامة للقانون الأوربي- ألا تتجاوز الإجراءات التي تتبناها مؤسسات الاتحاد الأوربي حدود ما هو ملائم وضروري لبلوغ الأهداف المشروعة التي يستهدف التشريع- الماثل- تحقيقها. وعندما يكون هناك مجال للاختيار بين إجراءات ملائمة عدة، فإن اللجوء يجب أن يكون إلى

(1) Case 120/78 Cassis de Digon (1979) ECR 649, Para 8, Judgment, 20 February 1979.

أقلها إرهاقًا. كما يجب ألا تكون الآثار السلبية– الناشئة عن تبني الإجراء المختار– غير متناسبة مع الأهداف المرجوة"[1].

ولذلك، يمكن القول إن التناسب يُستخدم، في قضاء محكمة العدل الأوربية ECJ، لإدارة التوترات والتعارض بين الحقوق والحريات من ناحية، وبين سلطة EC/EU والدول الأعضاء من ناحية أخرى[2]. وهكذا يمثل التناسب طريقة ليس فقط لبيان القيود الممكن إيرادها على الحقوق الفردية وحق الدول الأعضاء في تقييد مثل هذه الحقوق، ولكن أيضًا "وسيلة للتنسيق بين النظام القانوني فوق الوطني والأنظمة القانونية الوطنية"[3].

وفي المجالات الأخرى للقانون الدولي العام، يؤدي التناسب دورًا مشابهًا في حل المنازعات التي تثور بين الأطراف ذات السيادة المتساوية. ومن ثم، يُستخدم التناسب– في مجال الإجراءات المضادة– لتقييد رد فعل إحدى الدول في مواجهة انتهاك دولة أخرى للقانون الدولي[4]. وفي هذا السياق، يُستخدم

(1) Case T-13/99 pfzer Animal Health SA v Commission (2002) ECR II-3305, Para 411, Judgment, 23 November 2002 (ciring (1990) ECRI- 4023, Para 13).
(2) A. Stone-Sweet/J. Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, in: Columbia Journal of Transnational Law, op. cit., p. 144.
(3) Ibid.
(4) T.M. Franck, "On Proportionality of Countermeasures in International Law", American Journal of International Law, Vol. 102 (2008), p. 715.

التناسب كأداة لتقييد كل من وسائل ومدى الإجراءات المضادة التي يُلجأ إليها[1]. وبصفة خاصة، لا يجوز أن تُصاغ الإجراءات المضادة على نحو يؤدي إلى حرمان دائم للدولة المنتهكة للقانون الدولي العام- من نصيبها العادل من المزايا. وفي هذا الصدد، تقرر محكمة العدل الدولية ICJ – في قضية Gabcikovo- Nagymaros- "يجب أن تكون آثار الإجراء المضاد متناسبة مع الضرر اللاحق (بالطرف المعتدى عليه)، مع الأخذ في الاعتبار الحقوق ذات الصلة"[2]. وبالمثل، يعد التناسب عنصرًا في مشروعية استخدام القوة في سياق مباشرة الحق في الدفاع عن النفس the right to self defense. وعلى الرغم من أن التناسب لا يظهر، صراحة، في المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن محكمة العدل الدولية قد اعتبرت أنه يشكل جزءًا من القانون الدولي العرفي. ووفقًا لهذا المبدأ- التناسب:

"فإن الدفاع عن النفس لا يسوغ إلا الإجراءات التي تكون متناسبة مع الهجوم المسلح وضرورية للرد على هذا الهجوم"[3].

(1) E. Cannizzaro: The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures, 12 European. Journal of International Law (2001), pp. 889-897.

(2) Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia) Judgment, 25 September 1997, ICJ Reports 1997, 7, para 85.

(3) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v US) of Nuclear Weapons Advisory Opinion, 8 July 1996; ICJ Reports 1996, 226, Para 41, stating more generally: "The submission of the exercise of the right of self-defence to the

وقد استندت محكمة العدل الدولية– التناسب لموازنة حق الدولة في تنظيم الملاحة في نهر يمر بأراضيها في مواجهة الحق في الملاحة الحرة الذي تمنحه معاهدة دولية للدولة المجاورة. ولذلك، خلصت المحكمة، في قضية تتعلق بالمنازعات بشأن حقوق الملاحة، إلى ما يلي:

"تتمتع نيكارجوا بسلطة تنظيم ممارسة كوستاريكا لحقها في حرية الملاحة في ظل معاهدة 1858. على أن هذه السلطة ليست مطلقة، ولكن تتم معادلتها بواسطة حقوق والتزامات الطرفين. ومن ثم، فإن التنظيم– في القضية الماثلة– يجب أن تتوافر فيه الخصائص التالية:

1- يجب أن يقتصر التنظيم على إخضاع النشاط لقواعد معينة دون أن يجعل من المستحيل– أو يعوق بصورة جوهرية– ممارسة الحق في حرية الملاحة.

2- يجب أن يكون التنظيم متسقًا مع بنود المعاهدة، مثل حظر فرض ضرائب معينة من جانب واحد (المادة VI).

3- يجب أن يكون للتنظيم غرض مشروع، مثل أمن الملاحة، منع الجريمة، الأمن العام، ورقابة الحدود.

4- يجب ألا يكون التنظيم تمييزيًا في المسائل المتعلقة بالجداول الزمنية. ومن

conditions of necessity and proportionality is a rule of customary international law'.

ثم يجب أن تنطبق هذه الجداول على سفن نيكارجوا، إذا كانت ستطبق على سفن كوستاريكا.

5- يجب ألا يكون التنظيم غير معقول، بما يعني ألا تكون الآثار السلبية لهذا التنظيم، على ممارسة الحرية ذات الصلة، مفرطة بصورة واضحة لدى قياسها في مواجهة الحماية المكفولة للغرض المرجو"[1].

وفي **قانون منظمة التجارة العالمية** WTO Law يؤدي تحليل التناسب، أيضًا، دورًا في موازنة أهداف نظام التجارة العالمي، لاسيما تحرير التجارة، عدم التمييز، في سياق التجارة، والتقييد والتقدير الدقيق للعوائق- التي لا تعد من قبيل التعريفات non-tariff barriers التي تتعارض مع الأهداف الحكومية المشروعة، مثل حماية الصحة العامة، الأخلاق العامة، البيئة، المذكورة- وإن لم تكن كلها- في المادة XX من اتفاقية الجات GATT. وعلى الرغم من أن علماء منظمة التجارة العالمية، يذهبون إلى أنه ليس ثمة تحليل موحد للتناسب قد تطور في قضاء هيئة تسوية المنازعات Dispute Settlement body للموازنة بين المصالح التجارية والمصالح أو الاعتبارات

(1) Case Concerning the Dispute Regarding Navigational Rights (Costa Rica v Nicaragua) Judgment, 13 July 2009, Para 87, available at : http://www.icj-cij.org.

غير التجارية[1]، فإن اختبارات الموازنة المتنوعة- المطبقة في هذا السياق- يمكن صوغها على المستوى المجرد، باعتبارها نوعًا من تحليل التناسب.

ففي قضية Korea Beef، على سبيل المثال- وهي قضية كانت تتعلق بالعلامة التجارية وبيع لحوم الأبقار اعتمادًا على منشأها باعتبارها لحمًا أو غير كوري من أجل حماية الصحة العامة- بينت الهيئة الاستئنافية:

"كلما كانت القيم أو المصالح العامة أكثر حيوية أو أهمية، كان من الأيسر قبول الإجراء المصمم كأداة تنفيذية باعتباره ضروريًا. وبالإضافة إلى ذلك، توجد جوانب أخرى للإجراء التنفيذي يجب أخذها في الاعتبار لتقييم الإجراء باعتباره "ضروريًا". ويتمثل أخذ هذه العوامل في تحديد إلى أي مدى يسهم الإجراء في تحقيق الغاية المرجوة، تأمين الامتثال للقانون أو القاعدة التنظيمية ذات الصلة. فكلما كان إسهام الإجراء أكبر في هذا الخصوص، كلما كان من الأيسر اعتبار الإجراء "ضروريًا". وتحديد ما إذا كان الإجراء- الذي لا غنى عنه- يمكن أن يعد، مع ذلك، "ضروريًا، في معنى المادة [XX(d)]، يتضمن، في كل حالة، عملية وزن وموازنة لسلسلة من العوامل التي تتضمن، بصورة واضحة، الإسهام الذي يقدمه إجراء

(1) See A Desmedt, 'Proportionality in WTO Law (2001) 4JI Econ L p. 441.

الامتثال لتنفيذ القانون أو القاعدة التنظيمية ذات الصلة، أهمية المصالح العامة أو القيم التي يحميها القانون أو القاعدة التنظيمية، الأثر المصاحب للقانون أو القاعدة التنظيمية على الصادرات أو الواردات"[1].

وأخيرًا، يؤدي تحليل التناسب دورًا حاسمًا في قضاء **المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان** ECTHR، في تطبيقها للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان ECHR، لاسيما في سياق حل المنازعات التي تثور بين الحقوق الفردية الممنوحة في ظل الاتفاقية من ناحية، والسياسات العامة للدول الأعضاء من ناحية ثانية.

وعلى الرغم من أن الاتفاقية تتطلب، على سبيل المثال، فيما يتعلق بالقيود المفروضة على حرية التعبير، فقط، أن يكون الإجراء "ضروريًا في مجتمع ديمقراطي"، فإن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان قد طورت هذا القيد

(1) Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef WT/DS171/AB/R, Report of the Appellate Body, 11 December 2000, Para 164. Note, however, that this case goes beyond the approach taken to proportionality by the WTO Appelllate Body in most of its other cases. The Appellate Body Usually has not invoked common interests or values in such a clear-cut way as a basis for evaluating a state's actions, and it has usually preferred to use interpretative techniques rather than to apply explicitly the third stage of proportionality analysis, ie proportionality stricto sensu.

إلى تحليل للتناسب، مشابه لذلك الموجود في القانون الدستوري الألماني. ففي القضية الرائدة Handyside v United Kingdom، وهي قضية كانت تتعلق بكتاب مؤسس على انتهاكات للأخلاق العامة، قررت المحكمة أن "صفة "ضروري"– في إطار الفقرة الثانية من المادة (10)– ليست مرادفة (لصفة) "لا غنى عنه"، كما أنها لا تتمتع بمرونة تعبيرات مثل: "مسموح به" ... "مفيد" .... "معقول" ...."مرغوب"[1].

وقضت المحكمة، لاحقًا، في قضية Dudgean v United Kingdom إن أحد الإجراءات المتخذة من إحدى الدول الأعضاء لتجريم بعض أوجه السلوك الشاذ جنسيًا غير "متناسب"، لتدخله في الحق في الخصوصية[2]. وفي هذه الأثناء، انخرطت المحكمة– في إجراء موازنة– مستندة على تحليل التناسب– تقريبًا بالنسبة لكل حق مكرس في الاتفاقية"[3].

(1) Handyside v UK Judgment, 7 December 1976, ECHR Series A, No 24, Para 48.
(2) Dudgeon v UK Judgment, 22 October 1981, ECHR Series A, No. 45.
(3) J Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006(65 Camb LJ 174, 182. The Court particularly engaged in a heavy critique of the more lenient reasonableness' standards initially applied by the courts in the UK; A. Stone-Sweet/J. Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, in: Columbia Journal of Transnational Law, op. cit., pp 145-52.

وفي ذات الوقت، تمنح المحكمة، مع ذلك، كما هو الحال في قضية Handyside، هامشًا من التقدير للدول الأعضاء "في إجراء التقييم المبدئي للحاجة الاجتماعية الضاغطة التي ينطوي عليها مفهوم "الضرورة" في هذا السياق"[1]. ذلك، أنه يرجع إلى الدول الأعضاء تحديد، في المقام الأول، ما يعتبرونه ضروريًا بالنسبة لمجتمع ديمقراطي. وهذا التحديد– أو التقييم– هو ما تضعه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان لرقابتها. وهذا الهامش من التقدير يختلف تبعًا للحق الخاضع للتنظيم، الهدف الذي تنفياه الحكومة، درجة التدخل. وكما هو الحال بالنسبة لوظيفة التناسب في السياق الأوربي، فإن تحليل التناسب الذي تستخدمه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان– محكمة ستراسبورج– يجب أن يُنظر إليه ليس فقط في إطار موازنة الحقوق الفردية مع المصالح العامة، ولكن أيضًا "كوسيلة للتنسيق بين الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان والأنظمة القانونية الوطنية، وكذلك بين الأنظمة الوطنية المتنوعة[2].

(1) Ibid.
(2) Ibid 151.

المبحث الثاني

هيكل تحليل التناسب

The Structure of Proportionality Analysis

ينصب التناسب على العلاقة بين الغايات التي يستهدفها نشاط حكومي معين والوسائل المستخدمة لتحقيق هذه الغايات[1]. وبالتأكيد، توجد اختلافات كبيرة بين النسخ والمنهجيات المتنوعة لتحليل التناسب، بما في ذلك الاختلافات بين منهجية التناسب الأكثر تطورًا fully- fledged proportionality التي تنطوي على رقابة موضوعية substantive review تجريها المحكمة للموازنة التي يتضمنها القرار الخاضع للرقابة، والرقابة ذات الطابع الإجرائي بدرجة أكبر a more procedural type of review مثل اختبارات الإجراءات الأقل تقييدًا less or least restrictive- measures tests[2]. وتعتمد الموازنة بين الحقوق والمصالح المتعارضة، أيضًا، على القيم والأنساق الاجتماعية the cultural socializations and values المرتبطة بنظام محدد، والنصوص القانونية الجوهرية، والمواد القانونية الأخرى، وكذلك أيضًا أغراض النظام القانوني المحدد. ورغم هذا التنوع الواضح، يكفل تحليل التناسب، بصفة عامة،

(1) N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, op. cit., pp. 23-4.
(2) M. Andenas and S Zleptnig, 'Proportionality : WTO Law in Comparative Perspective', op. cit., p. 388.

هيكلاً إرشاديًا لمتخذي القرار يتطلب منهم معالجة مسائل معينة، وما إذا كانت الإجراءات– المتخذة من جانب الدولة– قد أخذت، في الاعتبار، بدرجة كافية، الحقوق والمصالح الخاضعة للتدخل.

ويتضمن التناسب– وفقًا للنحو الذي تطور عليه في العديد من جهات القضاء الوطنية والدولية– تحليلاً ينطوي على عناصر ثلاثة فرعية three sub-elements أو يمر بمراحل ثلاث (1) مبدأ الملاءمة (2) مبدأ الضرورة (3) مبدأ التناسب بالمعنى الضيق.

وعلى ذلك، يُقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: ملاءمة الهدف الحكومي المشروع

المطلب الثاني: الضرورة

المطلب الثالث: التناسب بالمعنى الضيق

المطلب الأول

ملاءمة الهدف الحكومي المشروع

Suitability for A Legitimate Government Purpose

تتمثل الخطوة الأولى في اختبار التناسب في تحليل ما إذا كان الإجراء المتبني من جانب الدولة أو السلطة الحكومية يخدم غرضًا حكوميًا مشروعًا a legitimate government purpose، وما إذا كان هذا الإجراء، ملائمًا، بصفة عامة، لتحقيق غرضه. وهكذا، يبدو واضحًا أن المهمة التي يجب على متخذ القرار تحقيقها، مزدوجة two-fold. وعلى الرغم من أن كلا عنصري هذه الخطوة الأولى يحددان معيارًا سهلاً نسبيًا يجب استيفاؤه (من جانب الإجراء المتبني من جانب الدولة)، بالتأكيد، في سياق التحكيم بين الدولة والمستثمرين investor state arbitration.

– أما **العنصر الأول** من هذه المهمة فيتمثل في التأكد مما إذا كان الإجراء المتبني يستهدف غرضًا مشروعًا a legitimate purpose. وتبعًا لذلك، يمكن استبعاد الأغراض غير المشروعة في هذه المرحلة المبكرة من اختبار التناسب. حيث تمثل هذه الأغراض– بحسب تعريفها– تدخلاً غير متناسب في الحق أو المصلحة الخاضعة للحماية.

وفي مجال **التحكيم بين الدولة والمستثمرين**، تمثل أغلب الأغراض العامة العادية لنشاط الدولة أغراضًا مشروعة. ولا يكون ضروريًا تقييم مشروعية هذه الأغراض– سوى في بعض القضايا الهامشية– استنادًا إلى مقاربة مقارنة أو من منظور الاعتراف بهذه الأغراض في المعاهدات الدولية. ومن ثم، فإن نشاط الدولة الذي يعد فاسدًا بصورة واضحة– مثل تحقيق منفعة خاصة أو الذى يمثل انتهاكًا لقواعد القانون الدولي الآمرة a jus cogens مثل الجرائم ضد الإنسانية– يفشل في اجتياز اختبار الغرض الحكومي المشروع the legitimate government purpose test.

– وأما **العنصر الثاني** في مهمة متخذ القرار فتتمثل– بعد التأكد من مشروعية الغرض الحكومي المستهدف– في تحديد ما إذا كان الإجراء المتخذ ملائمًا لتحقيق الهدف المرجو. ويتطلب إعمال هذا العنصر الثاني إقامة "علاقة سببية بين الإجراء وهدفه" a causal relationship between the measure and its object[1]. وتبعًا لذلك، يجب على متخذ القرار أن يحدد ما إذا كان الإجراء المتبني يعزز تحقيق الغرض الحكومي بأي طريقة. ويُلاحظ، مرة ثانية، أن إجراءات قليلة جدًا هي التي يمكن أن تفشل في اجتياز هذا المتطلب من اختبار الملاءمة، لأن أنشطة الحكومة– التي تستند إلى حسن النية في الغالب– لن

(1) JH Jans, 'Proportionality Revisited' (2000) 27 Legal Issues of Economic Integration, pp. 239-240.

تتضمن، عادة، استخدام وسائل غير فعالة، بصورة كاملة، في تحقيق الغرض المستهدف.

المطلب الثاني

الضرورة

Necessity

في **الخطوة الثانية**، يتضمن تحليل التناسب اختبارًا للضرورة a test of necessity. وهذه الخطوة الثانية تثير سؤالاً يتعلق بما إذا كانت توجد وسائل أخرى أقل تدخلاً less intrusive means– بالنسبة للحق أو المصلحة الخاضعة لهذا التدخل– قادرة على تحقيق الغرض المستهدف بدرجة مساوية (وذلك دون المساس بالمصالح الأخرى المحمية). ومعنى ذلك، أن الضرورة تتطلب ألا يكون هناك إجراء أقل تقييدًا (يتمتع بدرجة مساوية من الفعالية) [1]. وتتطلب هذه المرحلة من مراحل اختبار التناسب الإجابة على سؤالين:

أولاً: هل هناك إجراء أقل تقييدًا؟

ثانيًا: هل هذا الإجراء– الأقل تقييدًا– فعال بدرجة مساوية (وممكن بدرجة معقولة)؟

(1) Ibid

ومن الواضح أن خلفية هذا الاختبار يمكن النظر إليها في إطار عملية التحسين أو التجويد the optimization التي يجب على متخذ القرار السعي إلى تحقيقها لدى قيامه بالموازنة بين المصالح المتعارضة[1]. ومن ثم، إذا كان الحق- الخاضع للتدخل أو التقييد- متمتعًا بالحماية من حيث المبدأ، فليس ثمة مسوغ للسماح بالدولة بالمساس بمثل هذا النوع من الحقوق بأكثر مما هو ضروري، مادام أن هناك إجراءات بديلة- فعالة بدرجة مساوية- لتحقيق ذات الهدف.

المطلب الثالث

التناسب بالمعنى الضيق

Proportionality Stricto Sensu

وفي الخطوة الأخيرة، يتضمن تحليل التناسب إجراء موازنة بين آثار الإجراء المتبنى من جانب الدولة، على الحق أو المصلحة الخاضعة للتدخل مع أهمية الغرض الحكومي. ويتطلب التناسب بالمعنى الضيق ألا يكون الإجراء المتبنى مفرطًا excessive بالنسبة للهدف المرجو، وإعطاء وزن نسبي لكل

(1) R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights (1986, 2002, Julian Rivers (trans) op. cit., 399.

مبدأ[1]. ووفقًا لذلك، كلما زادت درجة عدم تلبية أو الإضرار بأحد المبادئ، كلما وجب أن تكون أهمية إشباع أو رعاية المبدأ الآخر أكبر[2]. ويتطلب التناسب بالمعنى الضيق الأخذ في الاعتبار كل العوامل ذات الصلة، مثل: تحليل المنفعة والتكلفة cost-benefit analysis، أهمية الحق الخاضع للتدخل، أهمية الحق أو المصلحة المحمية، درجة التدخل (التدخل المحدود في مواجهة التدخل الكبير)، مدة التدخل (التدخل الدائم في مواجهة التدخل المؤقت)، مدى إتاحة الإجراءات البديلة التي يمكن أن تكون أقل فعالية، ولكنها أقل تقييدًا، بدرجة متناسبة، مع الحق أو المصلحة الخاضعة ...الخ.

ومن الواضح أن هذه **الخطوة الثالثة** تشير إلى متطلب الملائمة بالمعنى الضيق apposite، لأن التحليل الذي يتوقف في مرحلة الضرورة the necessity stage من شأنه أن يسمح بتقييد قاس للحق من أجل حماية مصلحة عامة قليلة الأهمية a negligible public interest[3]. وثمة ميزة

(1) R. Alexy, 'On the Structure of Legal Principles', op. cit., 13 Ratio Juris 294, 298.
(2) R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights (1986, 2002, Julian Rivers (trans) op. cit., p. 102.
(3) R von Krauss, Der Grundsatz der VerhdltnismabigKeit in seiner Bedeutung fur die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht. (1955) 15, stating that 'if the measure (of legality) is only necessity' (le the least restrictive means test), then 'a quite negligible public interest could lead to a severe right infringement, without being unlawful'

لهذا النوع من التحليل– مقارنة بالمعايير الأكثر إذعانًا للتقديرات التي تبناها الإدارة– تتمثل في أنه يُتطلب، من القاضي أو متخذ القرار، الانخراط في نشاط إبداعي لحل المشكلات creative problem-solving، يحاول من خلاله الربط بين الغرض المستهدف وأهمية الحق الخاضع للتدخل أو التقييد. ومن الواضح أن هذا المسلك يستلزم من القاضي أن يبحث، بصورة إيجابية، السياسات المتاحة التي كان يمكن أن تؤدي إلى (تحسين) أفضل better optimization لكلا الحقين أو المصلحتين المتعارضين، وذلك بدلاً من قصر الجهد على مجرد تقييم معقوليتهما، حيث يُوصف هذا المسلك الأخير بأنه بالضرورة معيار أكثر إذعانًا أو خضوعًا للسياسات المتبناة من جانب الحكومة more deferential to government policy making، وإن كان يمنح حماية أقل للحقوق المحمية.

وليس معنى المسلك القضائي الإيجابي– المشار إليه أنفًا– أن القاضي يجب أن يُحل تفضيلاته محل تفضيلات الحكومة، ولكن يعني، فقط أنه يجب تقييد تدخلات السلطة العامة من خلال بحث ما إذا كانت الأسباب وأهداف السياسة، المتبناة من جانب الحكومة، محصورة في إطار يستند على الاعتراف بحقوق ومصالح متنوعة، حيث يحتمل تعارض هذه الحقوق والمصالح– وتسعى الدولة، بصفة عامة، إلى حماية هذه الحقوق والمصالح المتنوعة والمحتمل تعارضها. واعتمادًا على المسائل التفسيرية والمعايير القانونية ذات الصلة، فإن

كل ما يكون مسموحًا به للقاضي هو، على سبيل المثال، التحقق مما إذا كانت الدولة قد بقيت، بطريقة متناسبة، ملتزمة داخل لإطار الخارجي للاعتراف بالملكية وحماية الاستثمار من ناحية، والمصلحة العامة المشروعة من ناحية أخرى.

المبحث الثالث

تطبيق تحليل التناسب في مجال التحكيم بين الدولة والمستثمرين

Applying Proportionality Analysis in Investor-State Arbitration

من المسائل الأساسية بالنسبة لتطبيق تحليل التناسب (وكذلك وسائل الموازنة الأخرى– في مجال اتفاقيات تحكيم الاستثمار– المسألة المتعلقة بعلاقة تحليل التناسب بالقانون القابل للتطبيق، وبصفة خاصة بالقانون الدولي القابل للتطبيق[1]. ونقطة البداية، في هذا السياق، هي التفسير المستند على حسن النية للاتفاقية القابلة للتطبيق. ويُلاحظ أن السمة الأبرز لأغلب اتفاقيات الاستثمار هي أنها تتضمن نصوصًا تكرس حقوق المستثمر دون أن تتناول– من منظور شامل– علاقة هذه الحقوق بالسلطات المستمرة للدولة في مجال التنظيم. ومن الواضح أن الأطراف العامة الدول والسلطات التابعة لها لا تتضمن، بحسب الأصل، التخلي أو التنازل عن هذه السلطات التنظيمية. ومن ثم، فإن القراءة– المستندة على حسن النية– لنص الاتفاقية القابلة للتطبيق في سياقها، وفي ضوء موضوع وغرض الاتفاقية، يمكن أن يكشف أن هذا التفسير

(1) Where a tribunal analyses or applies national law, the use of proportionality analysis or other balancing techniques in a particular area of national law may of course be directly relevant, but that is not the focus of the discussion here.

يستلزم إقامة توازن بين حماية المستثمر من ناحية، والسلطات التنظيمية للدولة من ناحية أخرى. ولتفسير نص الاتفاقية لإمكان تطبيقه على نزاع معين، يمكن للمفسر أن يلجأ، أيضًا، إلى قواعد القانون الدولي الأخرى ذات الصلة القابلة للتطبيق بين أطراف الاتفاقية[1]، والتي يمكن أن تتضمن المبادئ العامة للقانون. وبهذه الطريقة، يمكن القول، إن تطبيق مبدأ التناسب يمكن أن يكون متسقًا مع– بل– ويشكل جزءًا من– تفسير وتطبيق النصوص الموضوعية لاتفاقيات الاستثمار. وبذلك، يمكن أن يكفل مبدأ التناسب عملية عقلانية a rational process للوزن weighing والموازنة balancing. وتشكل هذه الموازنة أساسًا يستند عليه التفسير الصحيح لاتفاقيات الاستثمار[2].

وفي هذا السياق، يُلاحظ أن المحاكم التي تنظر منازعات الاستثمار بدأت تتبني– وإن لم يكن بصورة متواترة بعد– تحليل التناسب. ويبدو هذا الاتجاه واضحًا في الطوائف الثلاث التالية من القضايا التي سنتناولها في هذا المبحث.

أما **الطائفة الأولى** من القضايا فتتعلق بكيفية نزع الملكية غير المباشر الذي يتطلب تعويضًا والتنظيم غير القابل للتعويض عنه.

(1) Article (31) (3) (c) of VCLT.
(2) See MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile ICSID Case No ARB/01/7, Award, 25 May 2004, Para 113; Sahka Investments BV v The Czech Republic UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, Para 297.

وأما **الطائفة الثانية**، من القضايا التي تثور في سياق معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فتتعلق بتحديد إلى أي مدى يمكن أن تشكل التوقعات المشروعة للمستثمر عائقًا أمام القواعد التنظيمية التي تستهدف تعزيز بعض المصالح غير المرتبطة بالاستثمار non-investment related interests والتي تؤثر سلبًا على التوقعات المشروعة للمستثمر التي تولدت لدى قيامه باستثماراته.

وأخيرًا، يؤدي تحليل التناسب دورًا في سياق ما يُطلق عليه بنود الإجراءات غير المستبعدة[1].

(1) On proportionality analysis in investor-state arbitration see also A Stone Sweet, 'Investor State Arbitration: Proportionality's New Frontier' (2010) 4 (1) Law & Ethics of Human Rights 47, available at: http://www.bepress.com/lehr/vol4/issl/arr4.

المطلب الأول

تحليل التناسب ومفهوم نزع الملكية غير المباشر

Proportionality Analysis and the Concept of Indirect Expropriation

يمكن القول إن قانون نزع الملكية الدولي– يعد أحد المجالات التي يظهر فيها التوتر بين حماية المستثمر وما يتعارض مع هذه الحماية من حقوق ومصالح أخرى international taking law، وتتضمن كل اتفاقيات الاستثمار، تقريبًا، حظرًا على نزع الملكية دون تعويض. ومن الأمثلة النموذجية في هذا الخصوص النص الوارد في الاتفاقية الاستثمار الثنائية بين ألمانيا والصين، حيث تنص على ما يلي:

"لا يجوز– سواء بصورة مباشرة أم غير مباشرة، نزع ملكية أو تأميم الاستثمارات التي يقوم بها أي من مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين، أو تعريض هذه الاستثمارات لأي إجراء أخر يمكن أن يكون مساويًا لنزع ملكية أو تأميم أراضي أحد الطرفين المتعاقدين، إلا إذا كان ذلك للمنفعة العامة ومقابل تعويض"[1].

(1) Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, signed 1 December 2003, entry into

وتجدر الإشارة إلى أن نزع الملكية لا يقتصر، بالضرورة على حالات نزع الملكية المباشرة direct expropriations أو التأميم nationalizations التي تنطوي على نقل للملكية title من المستثمر الأجنبي إلى الدولة أو طرف ثالث. ومن ثم، فإن نزع الملكية يمكن- استنادًا إلى نصوص الاتفاقية الثنائية أو غير ذلك من المعايير الحاكمة مثل القانون الدولي العرفي- يتسع ليشمل حالات نزع الملكية غير المباشرة والواقعية de facto، بما في ذلك الإجراءات- المتخذة من جانب الدولة- التي وإن كانت لا تشكل تدخلاً في ملكية title المستثمر، ولكنها تؤثر سلبًا على جوهر هذه الملكية أو تبطل رقابة المالك على هذه الملكية[1].

force 11 November 2005, Art 4 (2).

(1) On the concept of indirect expropriation see eg M Perkams, 'The Concept of Indirect. Expropriation in Comparative Public Law-Searching for Light in the Dark', Chapter 4 below, 107 ; BH Weston, ' »Constructive Takings » under International Law : A Modest Foray into the Problem of « Creeping Expropriation » (1975) 16 Va JIL 103 ; R Higgins, 'The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law' (1982) 176 Recueil des Cours 259, 322 et seq ; R Dolzer, 'Indirect Expropriation of Alien Property' (1986) 1 ICSID Rev-FILJ 41 ; TW Walde and A Kolo, 'Environmental Regulation, Investment Protection and « Regulatory Taking » in International Law' (2001) 50 ICLQ 811 ; Forrier and Drymer, 'Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor', op. cit., 293 ; A Newcombe, 'The Boundaries of Regulatory Expropriation' (2005) 20 ICSID Rev- FILJ 1.

ولذلك، أشارت إحدى المحاكم– التي تباشر اختصاصها في ظل اتفاقية NAFT[1]– إلى أن مفهوم نزع الملكية:

"يشمل ليس فقط نزع الملكية الصريح والمتعمد والمعترف به مثل الاستيلاء الكامل أو الرسمي أو المتعمد للملكية لصالح الدولة المضيفة، ولكنه يغطي، أيضًا، التدخلات العارضة في استخدام الملكية التي يكون من أثرها حرمان المالك– سواء من جزء أو من جانب كبير– من استخدام– أو من منفعة متوقعة، بصورة، معقولة للملكية، حتى ولو لم يكن ذلك، بالضرورة، لمصلحة منفعة واضحة للدولة المضيفة"[2].

(1) Metalclad Corp v United Mexican States ICSID Case No ARB (AF)/97/1 (NAFTA), A ward, 30 August 2000, Para 103.

(2) نافتا (NAFTA) اتفاقية التجارة الحرة لشمال أمريكا North American Free Agreement Trade ،وبالأسبانية TLCAN : هي معاهدة لإنشاء منطقة تجارية حرة ما بين الولايات المتحدة وكندا والمكسيك. ودخلت حيز التنفيذ في 1 يناير 1994. تعتبر مصادقة الكونغرس الأمريكي في 17 .11. 1993 على اتفاقية منطقة التجارة الحرة لأمريكا الشمالية هي البداية لإنشاء هذا التكتل–مع أن سريان الاتفاقية لم يبدأ إلا في أول يناير 1994–الذي يضم كلا من الولايات المتحدة وكندا والمكسيك، وهو كما يفهم من الاتفاقية المنشئة له مفتوح أمام باقي الدول الأمريكية بما في ذلك بعض دول أمريكا اللاتينية التي قد تنضم إليه في المستقبل. وإذا تفحصنا أهداف هذا الاتحاد نجدها لا تختلف كثيراً عن أهداف الاتحاد الأوروبي، فهي بعد تحقيق اقتصاد قوي للدول الأعضاء تعطي كل أولوياتها للقدرة على منافسة التكتلات الاقتصادية الأخرى الصاعدة على المستوى العالمي وبالخصوص الاتحاد الأوروبي، محاولة حجز مكان اقتصادي يناسب

ووفقًا للقانون الدولي العرفي التقليدي وكذلك أيضًا القضاء المستقر– في ظل اتفاقيات الاستثمار الثنائية– لا يكون نزع الملكية، سواء كان مباشرًا أو غير مباشر، مشروعًا، في ظل اتفاقيات الاستثمار الدولي، إلا إذا توافرت شروط معينة: تحقيق غرض عام، تنفيذ نزع الملكية بطريقة غير تمييزية، احترام الإجراءات القانونية السليمة due process of law. وأخيرًا، فإن كلا نوعي نزع الملكية يتطلب، في كل الأحوال، دفع تعويض[1].

ويمكن أن يقع نزع الملكية غير المباشر، أيضًا، استنادًا إلى قرارات تنظيمية regulatory acts صادرة من الدولة المضيفة. وفي إطار القضاء التحكيمي، تختلف محاكم التحكيم في مقاربتها الأساسية لمسألة كيفية التمييز بين نزع الملكية القابل للتعويض compensable expropriation والتنظيم غير القابل للتعويض عنه للملكية non-compensable regulation of

---

المكان المعتبر لهذه الكتلة وبالخصوص أمريكا. هذه المعلومات متاحة على الموقع التالى:

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D9%84%D9%86%D8%A7%D9%81%D8%AA%D8%A7

موقع تمت زيارته بتاريخ 2012/3/20

(1) For the question of whether the level of compensation differs for indirect expropriation, see Y Nouvel, 'L'indemnisation d'une expropriation indirecte' (2003) 5 Int L Forum 198 ; TW Merrill, «'Incomplete Compensation for Takings' (2002-03) 11 NYU GLJ 110, cf also WM Reisman and RD Sloane, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation' (2003) 74 BYBIL 115.

property[1]. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن بعض محاكم التحكيم تقتصر على النظر إلى الآثار التي يخلفها الإجراء المتخذ من جانب الدولة. ولذلك، قد تخلص هذه المحاكم إلى أن الأمر يتعلق بنزع للملكية غير مباشر قابل للتعويض عنه، لأن أثار الإجراء قد وصلت إلى درجة معينة من الشدة، سواء بسبب التدخل الدائم في العناصر الأساسية للحق في الملكية[2]، أم بسبب التقليص الجوهري أو التدمير لقيمة الملكية ذات الصلة[3].

ومع ذلك، فإن أغلب المحاكم تأخذ في اعتبارها غرض الإجراء الذي اتخذته الدولة، وتتبني ما يُطلق عليه **مبدأ سلطة الضبط** police power doctrine لتحديد ما إذا كان الإجراء العام يعطي الحق للمستثمر في التعويض

(1) See R Dolzer Eigentum, Enteignung und Entschadigung im geltenden Volkerrecht (1985) 186 et seq ; R Dolzer, 'Indirect Expropriation : New Developments ?' (2002-03) 11 NYU ELJ 64, with further references.

(2) See starrett Housing Corp v Iran Award, 19 December 1983, 4 Iran- US CTR 122, 154; Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA and ors Award, 29 June 1984, 6Iran-US CTR 219, 225 et seq.; on the jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal on expropriations, see GAldrich, 'What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran United States Claims Tribunal' (1994) 88 AJIL 585.

(3) Phelps Dodge Corp v Iran Award, 19 March 1986, 10 Iran- US CTR 121, 130 ; see also SR Swanson, 'Iran-U.S. Claims Tribunal : A Policy Analysis of the Expropriation Cases' (1986) 18 CWRJIL 307, 325 et seq ; Weston, Constructive Takings » under International Law : A Modest Foray into the Problem of « Creeping Expropriation », op. cit., p. 119 et seq.

في ظل مفهوم نزع الملكية غير المباشر[1]. وفي ظل مبدأ سلطة الضبط، يُعترف للدولة بسلطة تقيد حقوق الملكية الخاصة– دون تعويض– بهدف تحقيق غرض مشروع. وتبعًا لهذه المقاربة، لا يكفي تحديد أثر الإجراء الذي اتخذته الدولة، ولكن يلزم، أيضًا، موازنة هذا الأثر في ضوء علاقته بموضوع التدخل وغرضه.

وعلى الرغم من أن معظم اتفاقيات الاستثمار لا تنص، صراحة، على استثناءات على مبدأ حماية الملكية[2]، فإن المحاكم تعترف بأن الدولة المضيفة

(1) M Brunetti, 'Indirect Expropriation in International Law' (2003) 5 Intl Forum 150 ; Dolzer, 'Indirect Expropriation : New Developments/', op. cit., p.79 et seq ; R Dolzer and F Bloch, 'Indirect Expropriation : Conceptual Realignments ?' (2003) 5 IntL Forum 155, 158 et seq ; AS Weiner 'Indirect Expropriation : The Need for a Taxonomy of « Legitimate » Regulatory Purposes' (2003) 5 Int L Forum 166 ; S Ratner, 'Regulatory Takings in Institutional Context : Beyond the Fear of Fragmented International Law' (2008) 102 AJIL 475; Sea-Land Service Inc v Iran Award, 20 June 1984, 6 Iran-US CTR 149, 165; Sedco Inc v NIOC and Iran Award, 24 October 1985, 9 Iran-US CTR 248, 275 et seq; Emanuel Too v Greater Modesto Insurance Associates, et al Award, 29 December 1989, 23 Iran-US CTR 378, 387 et seq.

(2) Security exceptions or similar non-precluded measures provisions, such as those often included in US bilateral investment treaties, raise special issues and are not addressed in this chapter. See eg Art 10 (1) of the Treaty Between the United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, signed 11 March 1986, entry into force 27 June 1992, stating : 'This Treaty shall not preclude the application by either Party or any subdivision thereof of any and all measures necessary for the maintenance of public order and

تتمتع بسلطة تقييد حقوق الملكية الخاصة– دون تعويض– سعيًا وراء تحقيق غرض مشروع، مادام أن الإجراء المتخذ لتحقيق هذا الغرض قد تمت موازنته، في ضوء علاقته بأثر القاعدة التنظيمية على الاستثمار. ولذلك، قضت المحكمة، في قضية Tecmed v Mexico، بأن استثناء سلطة الضبط police power exception يشكل جزءًا من القانون الدولي لنزع الملكية: "إن مبدأ ممارسة الدولة لسلطاتها السيادية– داخل إطار سلطتها في الضبط– (حتى وإن أدت) ممارسة هذه السلطة إلى ضرر اقتصادي يلحق بهؤلاء الخاضعين لهذه السلطات– باعتبار الدولة هي القائمة على الإدارة– دون منحهم الحق في الحصول على أي تعويض أيًا كان، يعد مبدأ مسلمًا به"[1]. وقد أكدت المحكمة، في قضية Mathanex v Uniterd States، أن:

"من المبادئ المقررة في القانون العام أن التنظيم غير التمييزي من أجل

morals, the fulfillment of its existing international obligations, the protection of its own security interests, or such measures deemed appropriate by the Parties to fulfill future international obligations'. For one view of these clauses, see JE Alvarez and KKhamsi, 'The Argentine Crisis and Foreign Investors : A Glimpse into the Heart of the Investment Regime' (2008/2009) 1 Yearbook of International I vestment Law and Policy 379. For a different view see W Burke-White and A von Staden, 'Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties' (2008) 48 Va JIL 307.

(1) Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, Para 119.

تحقيق غرض عام الذي يتم سنه طبقًا للإجراءات القانونية السليمة، والذي يؤثر – من بين أشياء أخرى– على أحد المستثمرين الأجانب أو على استثمار – لا يعد نزعًا للملكية قابلاً للتعويض عنه، ما لم تكن الحكومة المنظمة قد قدمت تعهدات خاصة للمستثمر الأجنبي بأنها ستحجم عن مثل هذا التنظيم"[1].

ومع ذلك، فإن محاكم التحكيم لا تقوم، دائمًا، بتقديم إيضاح معمق لكيفية إجراء الموازنة balance المشار إليها أنفًا. وإن كانت المقاربة التي تبنتها المحكمة، في قضية Tecmed v Mexico، تظهر، بصورة واضحة، استخدام تحليل التناسب لإدارة التوتر بين حماية الاستثمار والسياسات العامة المعارضة. ففي القضية الماثلة، لم تقم السلطات المكسيكية بتجديد ترخيص التشغيل المؤقت لمدفن للنفايات a waste landfill الذي كان أساسيًا لنشاط مملوكة لأحد المستثمرين الأسبان. وقد شكل هذا المسلك نزعًا للملكية، غير مباشر، قابلاً للتعويض. وفي سياق، الحجج التي ساقتها المحكمة فيما يتعلق بالتمييز بين نزع

(1) Methanex Corp v USUNCITRAL/NAFTA, Final Award, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, Para 7. Similarly, International Thunderbird Gaming Corp v Czech Republic, op. cit., Paras 254-262; LGUE Energy Corp, LGUE capital Corp, LGUE International Inc v Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, Paras 194- 197; Marvinn Roy Feldman Karpa v United Mexican States ICSID Case No ARB (AF)/ 99/1 (NAFTA), Award, 16 December 2002, Paras 103-106.

الملكية غير المباشر والتنظيم، استندت المحكمة إلى القضاء الخاص بالمادة الأولى من الملحق الإضافي الأول للاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان. ومن ثم، أجرت المحكمة موازنة، بين المصالح المتعارضة، مستخدمة تحليل التناسب المألوف في قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان.

وبينما سوغت الوكالة– السلطة الإدارية المختصة– عدم تجديدها لترخيص مدفن النفايات استنادًا إلى نقص الثقة بالمشغل، بسبب، من بين أشياء أخرى، قيامه بمعالجة المخلفات البيولوجية وغيرها من المخلفات السامة الأخرى على نحو يشكل انتهاكًا لترخيص التشغيل، ويمثل تجاوزًا لسعة مدفن النفايات[1]، فقد استخلصت المحكمة أن الاعتبارات السياسية كانت حاسمة[2]. حيث أبرزت المحكمة، بصورة واضحة، أن الوكالة لم تقرر تسريع عملية نقل مكان المدفن، ورفض تجديد الترخيص إلا على إثر وقوع احتجاجات واسعة من جانب السكان المحليين في أواخر عام 1997. وعلى الرغم من أن المستثمر كان قد وافق، بالفعل، على نقل مكان المدفن، فإن طلبه تجديد ترخيص التشغيل لمدة خمسة أشهر حتى تتم عملية النقل، قد تم رفضه. وفوق ذلك، وجهت الوكالة أمرًا للمستثمر بإيقاف أنشطته على الفور[3].

(1) Tecmed v Mexico, op. cit., p. 99 et seq.
(2) Ibid., Paras 127 et seq.
(3) Ibid., paras 45 and 110 et seq.

وفي تطبيقها لمفهوم نزع الملكية غير المباشر على الوقائع في القضية الماثلة، اتبعت المحكمة تحليلاً يتكون من خطوتين:

- ففي الخطوة **الأولى**، حددت المحكمة ما إذا كان الإجراء المتخذ شديدًا بدرجة كافية لكي يتحول تنظيم غير قابل للتعويض عنه إلى نزع للملكية غير مباشر قابل للتعويض عنه. ويعتمد إجراء هذه الخطوة على عاملين: أحدهما زمني (وقتي) temporal والأخر موضوعي substantative :
- **أولاً:** يجب ألا يكون التدخل، في مصالح أو حقوق الملكية، في الحالة الماثلة، ذا طبيعة مؤقتة فقط.
- **ثانيًا:** يجب أن يقود التدخل إلى تدمير كامل لقيمة الملكية.

ولما كان مرفق الدفن أو الطمر الصحي للنفايات[1] لا يمكن استخدامه كغرض أخر، ولا يمكن بيعه بسبب التلوث الحالي[1]، فإن أثر عدم تجديد الترخيص يمكن أن يرقى إلى نزع للملكية.

---

(1) تجدر الإشارة إلى أنه يتم دفن النفايات وطمرها في الأرض في مكان يُطلق عليه landfill. وهذه الطريقة تم ممارستها، على نطاق واسع، في كثير من البلدان، في معاقل حجارة أو مناجم مهجورة أو فوهات الحجارة المستخرجة من الأرض. والحقيقة أن دفن النفايات، بطريقة مدارة جيدًا، يعد طريقة نظيفة وغير مكلفة، أما إذا لم تدر هذه العملية بشكل جيد، فإنها تؤدي إلى تبعثر الفضلات، واجتذاب الحشرات، وارتشاح الفضلات السائلة إلى جوف الأرض، ونتيجة سلبية أخرى وهي انبعاث الغاز الذي يتكون معظمه من الميثان وثنائي أكسيد الكربون، وهذا الغاز يؤدي إلى انبعاث الرائحة، وقتل

ومع ذلك، يُلاحظ أن المحكمة لم تنه تحليلها في هذه المرحلة. ولكن، بدلاً عن ذلك، نظرت المحكمة إلى آثار عم تجديد ترخيص التشغيل فقط باعتباره عاملاً– من بين عوامل أخرى– في التمييز بين التنظيم regulation ونزع الملكية غير المباشر indirect expropriation . ويرجع سبب تبني هذه المقاربة– وفقًا للمحكمة– إلى أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية لا تستبعد، من حيث المبدأ، السلطة التنظيمية regulatory power للدولة، حتى ولو كانت الاتفاقية قد جاءت خلوًا من أي نص يقرر، صراحة، الوجود المستمر لمثل هذه السلطة[2].

الغطاء النباتي وهذا الغاز greenhouse gas هو الذي يتسبب في تسخين طبقة الغلاف الجوي ، والذي كان أحد أسباب ثقب طبقة الأوزون. والتصميم العصري لدفن النفايات يتضمن احتواء هذه المواد القابلة للارتشاح عن طريق مد طبقات من الطين أو بطانات من المواد البلاستيكية، وتضغط النفايات لزيادة الكثافة واستقرارها وتغطى لمنع اجتذاب الحشرات والفئران والجرذان، وتكون مزودة بنظم لاستخراج الغاز ويتم ضخ الغاز من هذه المدافن باستخدام أنابيب ويستخدم هذا الغاز لتوليد الكهرباء. لمزيد من المعلومات حول عملية الدفن الصحي للنفايات انظر الموقع التالي:

http://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A5%D8%AF%D8%A7%D8%B1%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D9%85%D8%AE%D9%84%D9%81%D8%A7%D8%AA

موقع تمت زيارته بتاريخ : 2011/1/1

(1) Ibid., para 117.
(2) Ibid., Paras 118 et seq.

وتبعًا لذلك، أبرزت المحكمة أن اتفاقية الاستثمار الثنائية BIT أن تكون آثار إجراء معين، متخذ من جانب الدولة على الملكية الخاصة، متناسبة مع سلطة الضبط police power التي تتمتع بها الدولة. ومعنى ذلك، أن المحكمة اعتبرت أن الملكية الخاصة خاضعة بصورة طبيعية للضوابط والقيود التي تنجم عن ممارسة سلطة الضبط من جانب الدولة، حتى ولو كانت الصياغة الحرفية للاتفاقية قد جاءت خلوًا من أي إشارة صريحة إلى استثناء سلطة الضبط police power exception.

وبعد بيان الهيكل الفقهي للحقوق الأساسية، انخرطت المحكمة في إجراء اختبار شامل للتناسب بوازن بين المصالح المتعارضة من أجل تحديد متى يتحول flip over into)) التنظيم المشروع إلى نزع غير مباشر للملكية.

ويلاحظ أن المحكمة في سعيها للقيام بهذه المهمة، كانت تستهدف، بصورة أساسية، تحقيق التوازن Konkordanz[1] للحقوق والمصالح المتنوعة

(1) يُلاحظ أن مصطلح Konkordanz قد تم صكه بواسطة عالم القانون الدستوري الألماني Konrad Hesse. ويشير هذا المصطلح إلى مفهوم أو طريقة التوفيق أو الموازنة بين الحقوق الأساسية المتعارضة أو المتنافسة competing fundamental rights. ففي الحالة التي يتصادم أو يتعارض أو يتنافس فيها حقان أساسيان، يتطلب مفهوم Konkordanz إجراء موازنة أو توفيق أو مصالحة reconciliation بين كلا الحقين دون التضحية بأي منهما. أي أن هذا المفهوم يستهدف، في المقام الأول، استبعاد فكرة اعتبار أي من الحقين أعلى قيمة من الآخر. وبدلاً من ذلك، يجب موازنة أو التوفيق

المتأثرة بالإجراء التنظيمي الحكومي[1]. من هذا المنظور، فإن نزع الملكية غير المباشر القابل للتعويض عنه a compensable indirect expropriation يكون فقط عندما تسفر الإجراءات المتخذة من جانب الدولة عن قيود غير متناسبة disproportional restrictions للحق في الملكية. ولذلك، قررت المحكمة:

بين كلا الحقين بطريقة (...) a differentiated manner. وتتحقق هذه المهمة في سياق الحقوق الأساسية– من خلال موازنة الحقوق والمصالح المختلفة في منهجية التناسب الشاملة التي تستهدف التوصل إلى حل يكفل حماية فعالة لكلا الحقين المتنافسين إلى أقصى درجة ممكنة.

(1) The term 'Konkordanz' or 'praktische Konkordanz' was coined by the German constitutional law scholar Konrad Hesse and refers to a concept or method of reconciliation and balancing of competing fundamental rights. In a case where two fundamental rights collide, 'Konkordanz' requires that both rights be reconciled without giving up either one of them. What this concept primarily excludes is perceiving one of the fundamental rights as superior to any other such right Instead both rights have to be reconciled in a differentiated manner, a task that is achieved in the fundamental rights context by balancing the different rights and interests under a comprehensive proportionality methodology while aiming at a solution that gives both rights effective protection to the possible extent. See K Hesse, Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20th edn, 1995) para 72. The concept has been recognized as a governing principle by the German Constitutional Court, see BVerfGE 41, 29; BVerfGE 77, 240; BVerfGE 81, 298; BVerfGE 83, 130; BVerfGE 108, 282. The concept can also be found in the constitutional jurisprudence of the French Conseit Constitutionnel, CC decision no 94-352 DC, 18 January 1995, available at: http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1994/94352dc.htm.

"ستقوم محكمة التحكيم– من أجل تحديد ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تعد إجراءات نازعة للملكية expropriatory – ببحث ما إذا كانت هذه الإجراءات أو الأنشطة متناسبة مع المصلحة العامة التي يُفترض حمايتها بواسطة هذه الإجراءات، وكذلك مع الحماية المكفولة قانونًا للاستثمارات، مع الأخذ في الاعتبار أن أهمية مثل هذا الأثر تؤدي دورًا مهمًا في تحديد التناسب. ورغم أن التحليل بدأ بالإذعان الواجب (الموقف) الدولة لدى تحديد المسائل التي تؤثر على سياساتها العامة أو مصالح المجتمع ككل، وكذلك أيضًا الأنشطة التي يتم تنفيذها لحماية مثل هذه القيم، فإن مثل هذا الموقف لم يمنع محكمة التحكيم– دون التشكيك في مثل هذا الإذعان الواجب– من بحث أنشطة الدولة، في ضوء الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية، لتحديد ما إذا كانت مثل هذه الإجراءات معقولة بالنظر إلى أهدافها، والحرمان من الحقوق الاقتصادية والتوقعات المشروعة لهؤلاء الذين تأثروا بهذا بالحرمان. ذلك، أنه يجب أن تكون هناك علاقة تناسب معقولة بين العبء المفروض على المستثمر الأجنبي، والهدف الذي يُسعى إلى بلوغه بواسطة أي إجراء نازع للملكية. ولتقييم مثل هذا العبء، من المهم جدًا تقدير حجم الحرمان من الملكية الناشئ عن أنشطة الدولة، وما إذا كان هذا الحرمان قد تم تعويضه أم لا"[1].

(1) Tecmed v Mexico, Para 122.

ويُلاحظ أن الملابسات الواقعية التي أخذتها المحكمة في اعتبارها في مقاربتها القائمة على الموازنة كانت تتمثل في: التوقعات المشروعة للمستثمر، أهمية المصلحة التنظيمية التي تسعى الدولة المضيفة إلى تحقيقها، وزن وأثر التقييد، وغير ذلك من الظروف المتعلقة بوضع المستثمر (مثل المخالفات السابقة لشروط ترخيص التشغيل من جانب الشركة)[1].

وبالإضافة إلى ذلك، منحت المحكمة أهمية، أيضًا- في تحليلها للتناسب- لمسألة ما إذا كان المستثمر قد تأثر بصورة خاصة وغير متكافئة أو متساوية (مع غيره من المستثمرين) نتيجة تبني الإجراء من جانب الدولة[2].

وعلى أي حال، فقد انتهت المحكمة إلى أن عدم تجديد الترخيص يمثل تقييدًا غير متناسب لحقوق المدعي. ولذلك، فإنه يشكل نزعًا غير مباشر للملكية.

ويلاحظ أن المحكمة قد أكدت، بصورة خاصة، أن درجة المخالفات المنسوبة إلى الشركة صاحبة ترخيص التشغيل تعد هامشية. وبالتالي، فإن مثل

(1) Ibid., Paras 149 et seq.

(2) Ibid Para 122. This ide ais conveyed in an important strain of takings jurisprudence in Germany that relies on whether property owners had to suffer a special sacrifice to the benefit of the general public ('Sonderopfer'). On this, see TW Walde and A Kolo, 'Environmental Regulation, Investment Protection and « Regulatory Taking » in International Law', op. cit., p. 845 et seq.

هذه المخالفات لا يمكن إثارتها أو التمسك بها لتسويغ رفض تجديد ترخيص التشغيل.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد بينت المحكمة، أيضًا، مقاربتها العامة لتحليل التناسب من خلال تعدادها لبعض القيود التي يمكن إيرادها على الحق في الملكية، والتي تعتبرها المحكمة متناسبة. ومن بين هذه القيود: إجراءات الضبط التي تُتخذ لإزالة الأخطار التي تتهدد الأمن العام، أي الإجراءات التي تُوجه إما مباشرة إلى الشخص الذي يهدد الأمن العام أو حتى تلك الإجراءات التي تُتخذ- في ظل إعلان حالة الطوارئ- إلى الغير الذي لا يشكل، بذاته، تهديدًا للأمن العام[1]. ولذلك، فإن التدخل في الحق في الملكية- الذي يستهدف منع الخطر- يعد، في الغالب، متسقًا مع القانون الدولي، ولا يسفر، بالضرورة، عن حق للمطالبة بالتعويض.

وثمة تحليل مشابه للتناسب تم تبينه، أيضًا، من جانب المحكمة في قضية (LG&E v. Argentina). وتتعلق هذه القضية بإجراءات الطوارئ التي اتخذتها الأرجنتين في سياق أزمتها الاقتصادية في عامي 2001- 2002. وقد كانت هذه الإجراءات تشمل pesification of dollar- denominated debts and claim (…). وقد أثرت هذه الإجراءات على ضمانات التعريفة tariff guarantees المعطاة للمستثمرين الأجانب في قطاعي الغاز والكهرباء.

(1) Tecmed v Mexico, op. Cit., para 136.

وقد رفعت شركة LG 2E دعوى، في ظل اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين، تدعى فيها أن هذه الإجراءات قد أثرت، بصورة كبيرة، على قيمة نصيبها Shareholding في إحدى الشركات الأرجنتينية التابعة التي تعمل في قطاع الغاز، الأمر الذي يشكل نزعًا غير مباشر للملكية[1].

بيد أن المحكمة رفضت التسليم بوجود نزع غير مباشر للملكية في الحالة الماثلة. ويرجع ذلك، جزئيًا، إلى أن المحكمة تتطلب وجود درجة عالية a high threshold من التدخل في الاستثمارات، لكي تعتبره من قبيل النزع غير المباشر للملكية. ففي رأي المحكمة، يَفترض النزع غير المباشر للملكية، في حالة الدعاوى المرفوعة من جانب حملة الأسهم، أن "تكون الإجراءات الحكومية قد أدت، بصورة فعالة، إلى تقييد فعالية neutralize منفعة ملكية المالك الأجنبي".

ويمكن القول إن الملكية أو الانتفاع بها قد تم تقييد فعاليتها، عندما يصبح المالك الأجنبي غير قادر على التحكم في– أو السيطرة على– استثماراته

(1) See LGUE Energy Corp, LGUE Capital Corp, LGUE International Inc v Argentine Republic ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006, Para 177. See on the decision, also in comparison to the earlier CMS v Argentina Award, S Schill, 'International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises' (2007) 24 JI Arb 265.

أو عندما يصبح غير قادر على القيام بالعلميات اليومية لهذه الاستثمارات[1]. وبالإضافة إلى ذلك، أكدت المحكمة أن التدخلات– التي ترقى إلى اعتبارها نزعًا غير مباشر للملكية– تكون، عادة، إجراءات دائمة[2].

ويُلاحظ أن المحكمة قد تأثرت بالمقاربة المتبناة في قضية Tecmed v Mexico. ولذلك، فقد أدمجت هذه المقاربة في اختبار التناسب– أو الموازنة– للتمييز بين التنظيم المشروع غير القابل للتعويض عنه legitimate non-compensable regulation، ونزع الملكية غير المباشر القابل للتعويض عنه compensable indirect expropriation. ولذلك، لاحظت المحكمة في قضية LG&E v. Argentina

"يبقى التساؤل قائمًا بشأن ما إذا كان يجب الأخذ في الاعتبار فقط الآثار الناشئة عن الإجراء المتبني، أم يجب الأخذ في الاعتبار،

(1) LG&E v. Argentina, op. cit., para 188, citing CME Czech Republic BV v Czech Republic UNCITRAL, Partial Award, 13 September 2001, Para 204 and Popeu Talbot Inc v Government of Canada UNCITRAL/NAFTA, Interim Award, 26 June 2000, Para 100.

(2) LG&E v Argentina, op. Cit., Para 193. See also Ibid Para 191 (citing Pope U Talbot Inc v Government of Canada UNCITRAL/NAFTA, Interim Award, 26 June 2000, Paras 101 et seq), stating that: 'Interference with the investment's ability to carry on its business is not satisfied where the investment continues to operate, even if profits are diminished. The impact must be substantial in order that compensation may be claimed for the expropriation'.

أيضًا، السياق الذي اتُخذ فيه هذا الإجراء، وغرض الدولة من تبنيه. حيث ترى المحكمة ضرورة وجود توازن في تحليل كل من أسباب وآثار الإجراء، وذلك لإمكان تكييف الإجراء باعتباره إجراءً ذا طبيعة نازعة للملكية. ولذلك، من المهم عدم الخلط بين حق الدولة في تبني السياسات مع سلطتها في اتخاذ إجراء نازع للملكية. وهذا التحديد مهم، لأنه يعد أحد العناصر الرئيسة للتمييز- من منظور إحدى المحاكم الدولية- بين الإجراء التنظيمي، الذي يعد تعبيرًا عاديًا عن ممارسة الدولة لسلطتها في الضبط، الذي يستتبع إنقاصًا في الأصول أو الحقوق، والنزع الواقعي للملكية الذي يستتبع إفراغ هذه الأصول والحقوق من أي مضمون حقيقي لها"[1].

(1) "The question remains as to whether one should only take into account the effects produced by the measure or if one should consider also the context within which a measure was adopted and the host State's purpose. It is this Tribunal's opinion that there must be a balance in the analysis both of the causes and the effects of a measure in order that one may qualify a measure as being of an expropriatory nature. It is important not to confound the State's right to adopt policies with its power to take an expropriatory measure. 'This determination is important because it is one of the main elements to distinguish, from the perspective of an international tribunal between a regulatory measure, which is an ordinary expression of the exercise of the State's police power that entails a decrease in assets or rights, and a *de facto* expropriation that deprives those assets and rights of any real substance."

ولـذلك، خلـصت المحكمـة، فـي قـضية LG&E ، إلـى أن اتفاقيـات الاستثمار الدولية لا تستبعد، عادة، سلطة الدولة المضيفة في التنظيم على نحو يخدم المصلحة العامة. وبدلاً من ذلك، أكدت المحكمة أن:

"الدولـة تتمتـع بحق تبنـي إجراءات تستهدف أغراضًـا اجتماعيـة أو تحقيق الرفاهية العامة"[1].

ومن الواضح أن هذا الموقف يتسق مع وجهة نظر المحاكم ومحاكم التحكيم الدولية الأخرى. وتتلخص وجهة النظر هذه في أن الدولة ليست، بصفة عامـة، مـسئولة دوليًـا عـن التنظـيم المـستند إلـى حـسن النيـة bona fide regulation[2]. ومـع ذلـك، ذهبـت المحكمـة، فـي قـضية LG&E v. Argentina، إلـى أنـه فـي الحـالات الاستثنائية، حتـى التنظـيم القابـل للتطبيـق العام– الذي يستهدف خدمة المصلحة العامة، يمكن أن يستتبع دفع تعويض، إذا كـان هـذا التنظـيم "غيـر متناسـب بـصورة واضـحة" obviously disproportionate[3].

(1) LG&E v. Argentina, op. cit., Para 195.
(2) Ibid Para 196, citing American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States (1987) Vol I, Section 712, Commentary, Too v US, op. cit., p. 275 et seq; Methanex v US, op. cit., Part IV Chapter D, Para 7; International thunderbird Gaming v Mexico, op. cit., Paras 123 et seq; Saluka v Czech Republic, op. cit., Paras 253 et seq.
(3) LG&E v. Argentina, op. cit., Para 195, citing Tecmed v Mexico,

ويُلاحظ أن ثمة مقاربة مشابهة تعكسها اتفاقيات الاستثمار الثنائية الحديثة، لاسيما تلك التي تكون الولايات المتحدة الأمريكية طرفًا فيها. حيث تتضمن هذه الاتفاقيات تفسيرًا لمفهوم النزع غير المباشر للملكية:

"فيما عدا بعض الحالات النادرة، لا تشكل الأنشطة التنظيمية غير التمييزية من جانب أحد الأطراف– المصممة والمطبقة لحماية أهداف الرفاهية العامة المشروعة، مثل الصحة العامة، الأمن، البيئة– نزعًا غير مباشر للملكية"(1).

وهذا يتضمن، بصفة أساسية، إدماجًا لاختبار التناسب proportionality test في تطبيق مفهوم النزع غير المباشر للملكية. ومن الواضح أن تطبيق مثل هذا الاختبار يسهم في موازنة حماية الاستثمار **من ناحية**، وأغراض السياسة العامة **من ناحية أخرى**.

op. cit., Para 122.

(1) See eg Art 15.6 of the United States-Singapore Free Trade Agreement, signed 15 January 2003, entry into force 1 January 2004, in connection with an exchange of letters on the scope of the concept of indirect expropriation, available at : http://www.ustr.gov/trade-agreements/freetrade-agreements/singapore-fta/final-text.

المطلب الثاني

تحليل التناسب والمعاملة العادلة والمنصفة

Proportionality Analysis and Fair and Equitable Treatment

يمكن تطبيق تحليل التناسب، أيضًا، في بعض السياقات، ومع بعض العناصر الفرعية، مثل معيار المعاملة العادلة والمنصفة[1]. وقد فُسر هذا المعيار – من جانب محاكم التحكيم المختلفة– بأنه يشمل: استقرار وقابلية الإطار القانوني للتوقع stability and predictability of the legal framework، الاتساق في عملية اتخاذ الدولة المضيفة للقرارات consistency in the host state's decision-making، حماية "ثقة

(1) من المعلوم أن التزام الدول بكفالة "معاملة عادلة ومنصفة" للمستثمرين الأجانب يعد بندًا معياريًا متكررًا في اتفاقيات الاستثمار الثنائية BITs والاتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بالاستثمار، وكذلك في بعض اتفاقيات الصداقة المتعلقة بالتجارة والاستثمار. ومن ثم، أصبح هذا الالتزام أساسًا نصيًا لطائفة متزايدة، بصورة سريعة، لعدد من الأحكام والقرارات التي تصدرها محاكم التحكيم. ويمكن ملاحظة أن هذا القضاء يَسترشد، في كثير من جوانبه، ببعض مواد وتحليلات القانون الدولي العرفي التي ترجع إلى عقود. ولذلك، فإن الاختلاف بشأن الفصل المدعي بين المعايير الاتفاقية treaty standards والقانون الدولي العرفي، لاسيما في ظل المادة (1) 1105 من اتفاقية التجارة الحرة لشمال أمريكا لا يجوز أن تَحجب أوجه الارتباط الأساسية بين المعايير الاتفاقية ومعايير وآليات القانون الدولي العرفي.

المستثمر" أو "التوقعات المشروعة" the protection of investor confidence، احترام الإجراءات القانونية السليمة procedural due process، حظر إنكار العدالة the prohibition of denial of justice، احترام مفاهيم المعقولية والتوقع the requirement of transparency concepts of reasonableness and proportionality[1]. ومن الملاحظ أن تطبيق هذه المقترحات أو المفاهيم العامة يتطلب إجراء موازنة بين المصالح المتعارضة، وكذلك تحديد معيار للرقابة (القضائية، تحديد عبئ الإثبات، الدرجة الملائمة لإذعان القضاء (لتقديرات السلطات العامة).

من ذلك، على سبيل المثال، أن حكاية التوقعات المشروعة للمستثمر لا تجعل الإطار القانوني الوطني غير قابل للتغيير تمامًا، أو تُخضع كل تغيير في الإطار التنظيمي لمتطلب التعويض. ذلك، أن اختبار للموازنة، وكذلك أيضًا احترام جوانب المعاملة العادلة والمنصفة[2]. ولذلك، حذرت المحكمة، في قضية

(1) See S Schill, 'Fair and Equirable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law', op. cit., (Chapter 5), 151, 159 et seq.

(2) The main difference between the concept of indirect expropriation and the protection of legitimate expectations under fair and equitable treatment is that indirect expropriation requires interference with a property interest or entitlement, whereas the protection of legitimate expectations under fair and equitable treatment is broader and can encompass the expectation in the continuous existence and operation of a certain regulatory or legislative framework. Balancing tests of different sorts are also beginning to be used in the jurisprudence of investment tribunals

Saluka v Czech Republic، من أن أخذ فكرة حماية توقعات المستثمر بصورة حرفية جدًا، لأن ذلك يمكن أن يُسفر "عن فرض التزامات، على الدولة المضيفة، غير ملائمة وغير واقعية"[1]. وبدلاً عن ذلك، شرعت المحكمة في إجراء موازنة بين التوقعات المشروعة للمستثمر **من ناحية**، ومصالح الدولة المضيفة **من ناحية أخرى**، وذلك من خلال تطبيق اختبار موسع للتناسب. ومن ثم، تقرر المحكمة بأنه:

"ليس للمستثمر أن يتوقع، بصورة معقولة، أن الظروف السارية وقت القيام بالاستثمارات، ستبقى بدون تغيير تمامًا.ولذلك، من أجل تحديد ما إذا كان إحباط توقعات المستثمر الأجنبي مسوغًا ومعقولاً، يجب أن يؤخذ في الاعتبار الحق المشروع للدولة المضيفة في أن تنظم، لاحقًا، المسائل الوطنية على نحو يخدم المصلحة العامة".

ويبين، من ذلك، أن تحديد ما إذا كان ثمة مخالفة للفقرة الأولى من المادة الثالثة، من جانب جمهورية Czech يتطلب إجراء موازنة للتوقعات المشروعة والمعقولة للمدعي من ناحية، والمصالح التنظيمية المشروعة للدولة المدعي عليها من ناحية أخرى. ذلك، أن المستثمر الأجنبي– الذي يتمتع بحماية الاتفاقية– بمقدوره، على أي حال، أن يتوقع، بصورة صحيحة، قيام

on other issues, including in the interpretation of umbrella clauses.
(1) Saluka v Czech Republic, op. cit., Para 304.

جمهورية Czech بتنفيذ سياستها– المستندة إلى حسن النية bona fide– بواسطة سلوك:

"مادام أن هذا السلوك الذي يؤثر على استثمارات هذا المستثمر– مسوَغ، بصورة معقولة، استنادًا إلى متطلبات السياسات العامة المتبناة، وكذلك مادام أن هذا السلوك لا يشكل انتهاكًا واضحًا لمتطلبات الاتساق، والشفافية، وعدم التمييز. وبصفة خاصة، فإن أي معاملة مختلفة لأحد المستثمرين الأجانب يجب ألا تكون مستندة على تمييزات ومتطلبات غير معقولة، كما يجب أن تكون هذه المعاملة المختلفة مسوَغة، من خلال إظهار ارتباطها بعلاقة معقولة بالسياسات العقلانية، وليست مدفوعة بتفضيل الاستثمارات الأخرى على الاستثمار المملوك لطرف أجنبي"[1].

ويُلاحظ أن المقاربة العامة التي تبنتها المحكمة في قضية Saluka قد تم تأييدها من جانب عدد من المحاكم الأخرى[2]. وبصورة أكثر اتساعًا، تتجه

(1) Ibid., Paras 305 et seq.

(2) See eg BG Group plc v The Republic of Argentina UNCITRAL, Final Award, 24 December 2007, para 298 : 'The duties of the host State must be examined in the light of the legal and business framework as represented to the investor at the time that it decides to invest. This does not imply a freezing of the legal system, as suggested by argentina. Rather, in order to adapt to changing economic, political and legal circumstances the State's regulatory power still remains in place. As previously held by tribunals

محاكم التحكيم المختلفة، تدريجيًا، نحو ربط معيار المعاملة العادلة والمنصفة، بمفاهيم المعقولية والتناسب، ورقابة المدى المسموح لتدخلات الدولة المضيفة في الاستثمارات الأجنبية. ويمكن النظر إلى التقييم الذي أجرته المحكمة في قضية Pop V Talbot v Canada لمدى معقولية مسلك صادر من إحدى السلطات الإدارية[1]، وإلى التعليقات التي أبدتها المحكمة، في قضية Eureko V Poland فيما يتعلق بمدى ملاءمة الأسباب التي تفسر عدم قابلية توقعات المستثمر – باعتبارها تدمج المفهوم العام للمعقولية في التفسيرات والتطبيقات الخاصة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة[2].

addressing similar considerations, "…the host State's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well'. (citing Saluka v Czech Republic, op. cit., Para 304). A comparable framing, but in relation to expropriation under NAFTA, is that in Feldman v Mexico, op. cit., Para 112: 'not all government regulatory activity that makes it diffcult or impossible for an investor to carry out a particular business, change in the law or change in the application of existing law that makes it uneconomical to continue a particular business, is an expropriation…Governments, in their exercise of regulatory power, frequently change their law and regulations in response to changing economic circumstances or changing political, economic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic or social considerations. Those changes may well make certain activities less profitable or even uneconomic to continue'.

(1) See Pope v Talbot v Canada, op. cit., Paras 123, 125, 128, 155 ; see also MTD v Chile, op. cit., Para 109, with a reference to an expert opinion by Steven Schwebel.

(2) See Eureko BV v Republic of Poland Partial Award, 19 August

وبالمثل، يمكن أن يؤدي تحليل التناسب دورًا مهمًا، عندما تقوم محاكم التحكيم برقابة ما إذا كان ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية يتوافق مع معيار المعاملة العادلة والمنصفة. ففي قضية Middle East Cement Shipping and Handling v Egypt[1]، كان الأمر يتعلق بالحجز على سفينة مملوكة للمدعي وبيعها في المزاد العلني لتغطية بعض ديون المستثمر في مواجهة إحدى السلطات العامة. وكان السؤال الأساس في هذه القضية يتمثل في تحديد ما إذا كانت الإجراءات المتبعة للمزاد العلني صحيحة، وبصفة خاصة تحديد ما إذا كان ثمة إخطار كاف قد تم قبل الحجز[2]. وعلى الرغم من الادعاء بأن الإجراءات قد تمت على نحو يتفق مع القانون المصري، فإن الإخطار قد تم من خلال إرفاق a distrait report للسفينة، لأنه لم يتم العثور على المدعي على ظهر السفينة. ولذلك، خلصت المحكمة إلى أن السلطة المختصة قد مارست سلطتها التقديرية على نحو خاطئ من خلال اللجوء إلى (إخطار غيابي) in absentia notification بدلاً من اللجوء إلى إخطار المدعي بصورة مباشرة على عنوانه المحلي. واستنادًا إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في تفسير

2005, Paras 232 et seq.

(1) Middle East Cement Shipping and Handling Co SA v Arab Republic of Egypt ICSID Case No ARB/99/6, Award, 12 April 2002.

(2) The Issue turned on the question of whether the seizure breached the fair and equitable treatment standard and the due process requirement in the provision prohibiting direct and indirect expropriations without compensation in the Egyptian- Greek BIT.

متطلب الإجراءات السليمة قانونًا the due process requirement في سياق إعمال النص الخاص بنزع الملكية الوارد في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين اليونان ومصر، فقد انتهت المحكمة إلى أن "أمرًا على درجة كبيرة من الأهمية مثل الحجز على سفينة المدعي وبيعها، في المزاد العلني، كان يجب أن يتم الإخطار به من خلال إعلان مباشر a direct communication، وذلك بغض النظر عما إذا كان يوجد واجب قانوني أو ممارسة بإجراء هذا الإخطار من خلال خطاب مسجل موصي عليه (بعلم الوصول) registered mail with return receipt"[1].

ومن الواضح أن هذا التسبيب يتضمن– وإن لم يُشر إلى ذلك صراحة– تحليلاً من ذات نوع تحليل التناسب. وتفسير ذلك أن التسبيب، الذي ساقته المحكمة، تضمن موازنة بين أهمية حماية الاستثمار، والمصلحة الحكومية المشروعة المستهدفة، وحقيقة وجود طرق أقل تقييدًا– مع تمتعها بذات الدرجة من الفعالية– لإخطار المدعي بالحجز على سفينته.

(1) Middle East Cement Shipping v Egypt, op. cit., Para 143.

المطلب الثالث

تحليل التناسب وبنود الإجراءات غير المستبعدة

Proportionality Analysis and Non-Precluded Measures Clauses

يُلاحظ أن تحليل التناسب قد أدى دورًا مهمًا، أيضًا،- في تحديد ما إذا كانت الإجراءات الطارئة، المتخذة من جانب الأرجنتين، في سياق رد فعلها على الأزمة الاقتصادية التي واجهتها في عامي 2001-2002، تلبي متطلبات الاختبار الذي يكرسه البند الذي يُطلق عليه بند الإجراءات غير المستبعدة non-precluded measures clause، أي المادة XI من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين التي تنص على أن:

"لا تستبعد هذه الاتفاقية تطبيق الإجراءات الضرورية- من جانب أي من الطرفين- للمحافظة على النظام العام، تنفيذ الدولة لالتزاماتها المتعلقة بالمحافظة على أو استعادة السلام الدولي أو الأمن أو حماية مصالحها الأمنية الأساسية"[1].

(1) Art XI of the Treaty between the United States and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, signed 11 November 1991, entered into force 20 October 1994, 31 ILM 124 (1992).

وتجدر الإشارة إلى أن عددًا قليلاً من المحاكم التي فسرت هذا النص، فيما يتعلق بالأزمة الاقتصادية الأرجنتينية، لم تستخدم، في بادئ الأمر تحليل التناسب. وبدلاً عن ذلك، كانت هذه المحاكم تركز، بصورة واضحة، على مفهوم القانون الدولي العرفي للضرورة والمادة (25) من مواد ILC بشأن مسئولية الدولة. وقد تبنت بعض المحاكم اختبارًا صارمًا لتحديد ما إذا كان التشريع الطارئ الذي سنته الأرجنتين يشكل "الوسيلة الوحيدة" لمواجهة الأزمة الاقتصادية التي تعرضت لها[1]. غير أن ثمة محاكم أخرى حاولت مقاربة هذه المسألة بطريقة مختلفة تمامًا. وبصفة خاصة، يمكن الإشارة إلى أن المحكمة قد استخدمت، في قضية Continental Causality v Argentina شكلاً من تحليل التناسب في تفسير المادة (XI) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين BIT[2]. وقد كانت الدعوى المرفوعة تتعلق بإدعاء مؤداه أن الأرجنتين قد انتهكت التزاماتها النابعة من اتفاقية

(1) On the arbitral case law concerning the measures adopted by Argentina in reaction to its economic crisis in 2001- 02, in particular the conceptualizations of the concept of necessity under customary international law and the interpretation of Art XI of the US- Argentina BIT, see J Kurtz, 'Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis' (2010) 59 ICLQ 325. See also C Binder and A Reinisch, 'Economic Emergency Powers: a Comparative Law Perspective', S Schill, 'Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law', op. cit., (Chapter 16), p. 503.

(2) Continental Casualty Co v Argentine Republic ISCID Case No ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

الاستثمار الثنائية– المشار إليها أنفًا– وذلك عندما اتخذت إجراءات من شأنها فرض قيود على عمليات السحب والتحويل من الحسابات المصرفية والإيداعات الدولارية الأمريكية، وتأخير المدفوعات على القروض الحكومية، وإعادة هيكلة الديون، وكل الإجراءات التي ادعى تأثيرها على الحسابات النقدية، وشهادات الإيداع[1].

وفي المقابل، تمسكت الأرجنتين بأن كل هذه الإجراءات قد تم تبنيها في سياق رد فعلها على الأزمة المالية القاسية التي تعرضت لها. وأن هذه الإجراءات تندرج في إطار المادة (XI) من اتفاقية الاستثمار بينها وبين الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك باعتبار هذه الإجراءات "ضرورية للمحافظة على النظام العام"[2].

ويُلاحظ أن المحكمة قد قبلت بالفعل، في قضية Continental Causality، سعى الأرجنتين للاعتماد على المادة (XI) من الاتفاقية المذكورة. ولذلك، استخدمت المحكمة– خلافًا للمحاكم الأخرى– تحليل التناسب proportionality reasoning– معتمدة في ذلك، إلى حد بعيد، على قضاء الهيئة الاستئنافية بمنظمة التجارة العالمية WTO Appellate Body في تفسيرها للمادة (XX) من اتفاقية الجات GATT– في تحديد ما إذا كانت

(1) Ibid., Paras 17- 19.
(2) Ibid Para 160.

الإجراءات المتبناة ضرورية للمحافظة على النظام العام[1]. ومن ثم، بعد أن خلصت المحكمة إلى أن هذه الإجراءات "كانت ضرورية للمحافظة على واستعادة السلم الأهلي والحياة العادية للمجتمع (...) ولمنع ومعاقبة الأنشطة غير القانونية ومصادر الاضطراب التي قد تشكل انتهاكًا لهذا السلم الأهلي، الأمر الذي قد يهدد النظام القانوني،- وحتى عندما تقع هذه الإجراءات- بسبب الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية المهمة- في إطار تطبيق المادة (XI) من الاتفاقية"[2]، وبعد منح هامش واسع من السلطة التقديرية للدولة التي تطبق مثل هذه الإجراءات[3]،- اعتبرت المحكمة أنه لتحديد ما هي الإجراءات التي تعتبر "ضرورية"- في ظل المادة (XI) من الاتفاقية المذكورة- لا يجوز استخلاص النتائج استنادًا إلى اختبار "الوسيلة الوحيدة" "only means" المستنبط من القانون الدولي العرفي، والذي اعتبرته بعض المحاكم هو الواجب التطبيق في هذا السياق، ولكن من خلال تطبيق "اختبار الضرورة" المشار إليه في المادة (XX) من اتفاقية GAAT[4].

(1) This close reliance on WTO jurisprudence may well be linked to the fact that Giorgio Sacerdoti, who has served as a member of the WTO Appellate Body, was the President of the Tribunal.
(2) Continental v Argentina, op. Cit., Para 174.
(3) Ibid Para 181, relying on Jahn and ors v Germany Judgment, 30 June 2005, ECHR 2005-VI.
(4) Continental v Argentina, op. cit., Para 192, arguing that this parallel was justified because the text of Article. XI derives from the Parallel model clause of the U.S. FCN treaties and these treaties in

وهذا الاختبار – كما لاحظت ذلك المحكمة في قضية Continental Causality[1]– تم تحديده، من جانب الهيئة الاستئنافية، في قضية Korea-Beef وفقًا لما يلي:

"إن مدى كلمة "ضروري" ليس مقصورًا على ذلك الذي يعد "لا غنى عنه" أو "ذا أهمية مطلقة" أو "لا يمكن تجنبه". وكما هو مستخدم في الفقرة "d" من إعادة (XX)، فإن مصطلح "ضروري" يشير، من وجهة نظرنا، إلى نطاق متدرج للضرورة (أو درجات متعددة من الضرورة)"[2].

وقد استمرت المحكمة في احتجاجها، مستشهدة بالتقرير المقدم في Brazil-Tyres، قائلة:

> "إن ضرورة إجراء ما يجب أن تُحدد من خلال "عملية وزن وموازنة للعوامل" التي تشمل، عادة، العوامل الثلاثة التالية: الأهمية النسبية للمصالح أو القيم التي تستهدف الإجراءات المطعون عليها تحقيقها، إسهام الإجراء في تحقيقه الغايات المستهدفة، الأثر التقييدي للإجراء على التجارة الدولية"[3].

---

turn reflect the formulation of Article XX of GATT 1947'.

(1) Ibid., Paras 193-195.

(2) Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, Report of the Appellate Body, 11 December 2000, Para 161.

(3) Continental v Argentina, op. cit., Para 194, quoting Brazil-

واتساقًا مع قضاء منظمة التجارة العالمية، WTO، فإن ضرورة إجراء معين، في ظل المادة (XI) من اتفاقية الاستثمارة الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين، لن يتم إثباتها "إذا كان ثمة إجراء بديل– متسق أو أقل اتساقًا مع الاتفاقية، يتوقع، بصورة معقولة، من الدولة العضو اتخاذه– متاحًا"(1).

وفي هذا السياق، تقرر الهيئة الاستئنافية The Appellate Body:

"إن الإجراء البديل يمكن ألا يكون متاحًا بصورة معقولة. من ذلك، أن يكون الإجراء نظريًا في طبيعته، كأن تكون الدولة المدعى عليها غير قادرة على اتخاذ الإجراء أو أن يتضمن الإجراء فرض أعباء غير ملائمة على الدولة العضو، مثل النفقات المانعة أو الصعوبات الفنية الجوهرية. وفوق ذلك، يجب أن يتمثل الإجراء "المتاح بصورة معقولة"

Measures Affecting the Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/R, Report of the Panel, 12 June 2007, Para 7.104; Korea- Beef, op. cit., Para 164; European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body, 12 March 2001, Para 172; United States- Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services WT/DS285/AB/R, Report of the Appellate Body, 7 April 2005, Para 306; Dominican Republic- Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes WT/DS302/AB/R, Report of the Appellate Body, 25 April 2005, Para 70.

(1) Continental v Argentina, op. cit., Para 196.

في إجراء يحفظ لدولة المدعي عليها حقها في تحقيق مستوى الحماية المرغوب، بالنظر إلى الغرض المستهدف في ظل الفقرة (a) من المادة (XIV)" [1].

وتطبيقًا لهذا المعيار، قامت المحكمة، في قضية Continental Causality، أولاً، بتقييم ما إذا كانت الإجراءات التي اتخذتها الأرجنتين "تسهم، بصورة مادية، في تحقيق أهدافها المشروعة في ظل اتفاقية الاستثمار الثنائية BIT، أي حماية المصالح الأمنية الأساسية للأرجنتين في سياق مواجهتها للأزمة الاقتصادية التي كانت تواجهها"[2]. وفيما يتعلق بملاءمة الإجراءات للإسهام في تحقيق هدف مشروع، فقد استخلصت المحكمة أن كل الإجراءات "كانت، جزئيًا، لا يمكن تجنبها أو لا يمكن تفاديها، ولا يمكن، جزيئًا، الاستغناء عنها، وعلى أي حال كانت هذه الإجراءات حاسمة في مواجهة الأزمة بصورة إيجابية. وفي رأي المحكمة، كان هناك، بلا شك، "علاقة حقيقية بين الغاية المستهدفة والوسائل المستخدمة" [3]. **ومن ناحية ثانية،** انخرطت المحكمة في "تحليل ما إذا كانت ثمة إجراءات متاحة، بصورة معقولة، أمام الأرجنتين– أقل

(1) US- Gambling , op. cit., Para 308, quoted in Continental v Argentina.
(2) Continental v Argentina, op. Cit., Para 196.
(3) Ibid Para 197, quoting Brazil- Measures Affecting the Imports of Retreaded Tyres WT/DS332/AB/R, Report of the Appellate Body, 3 December 2007, Para 145.

تناقضًا مع أو أكثر اتساقًا مع التزاماتها الدولية"- بينما تكفل إسهامًا مساويًا في تحقيق الغرض المستهدف"، وبالنسبة للإجراءات المطعون عليها، من جانب شركة Continental، باعتبارها غير متسقة مع اتفاقية الاستثمار الثنائي BIT"[1]. وهذا يعكس **الخطوة الثانية** من تحليل التناسب المشار إليه آنفًا. ومع ذلك، أكدت المحكمة، في ذات الوقت، ضرورة إظهار درجة ما من الإذعان لموقف الدولة المضيفة:

"المحكمة ليست مدعوة لتبني أي تقديرات سياسية أو اقتصادية بشأن السياسات الأرجنتينية والإجراءات المستخدمة لتحقيق هذه الغايات"[2].

وهكذا، خلصت المحكمة إلى أنه لم يكن ثمة إجراءات بديلة متاحة بصورة معقولة- أمام الأرجنتين- للقيود المفروضة على نقل وسحب الحسابات، وتخفيض قيمة عملتها، وغيرها من الإجراءات المتخذة. وكذلك لم يكن هناك بديل حقيقي لإعادة هيكلة السندات الحكومية المملوكة لشركة المدعي [3].

وبالنسبة لهيكلة بعض السندات الحكومية، لاسيما أذون الخزانة Treasury Bills- التي لم يتم إعادة هيكلتها إلا في ديسمبر 2004، لم تعترف المحكمة بتجاوز الإجراءات الأرجنتينية لاختبار الضرورة، لاسيما بسبب:

(1) Continental v Argentina, op. cit., Para 198, quoting Brazil- Tyres, op. cit., Para 156.
(2) Continental v Argentina, op. Cit., Para 199.
(3) Ibid., Paras 201-219.

1- التاريخ المتأخر الذي عُرضت فيه المبادلة[1] Swap، حيث كانت الظروف المالية الأرجنتينية في طريقها لأن تصبح عادية.

2- النسبة المئوية المنخفضة من القيمة الأصلية للدين الذي عرضت الأرجنتين، بصورة انفرادية، الاعتراف بها.

وفيما يتعلق بهذه القيود، شرعت المحكمة في تقييم ما إذا كانت إعادة الهيكلة تشكل مخالفة لبنود اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين. وقد خلصت المحكمة، من هذا التقييم، إلى وجود انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة[2].

ويُظهر القرار الصادر، في قضية Continental Causality v Argentina، كيف أن فكرة أو معنى التناسب يمكن أن تهاجر، بفعالية، من نظام قانوني دولي معين إلى نظام أخر: كما هو الحال بالنسبة لهجرة هذه الفكرة من قانون منظمة التجارة العالمية WTO law إلى تحكيم اتفاقيات الاستثمار investment treaty arbitration ويُظهر القرار السابق كيف يسمح مثل هذا

(1) مصطلح swap يعنى تحويل الدين إلى مشاركة رأسمالية, تحويل الدين إلى أسهم أو أصول رأسمالية أو استبدال حصيلة الأوراق المالية بأوراق أخرى، هذا التعريف متاح على الموقع التالى:
http://www.almaany.com/home.php?language=arabic&lang_name=English&word=swap&type_word=0
موقع تمت زيارته 2012/3/20

(2) See Ibid Paras 246-266.

النوع من التحليل- تحليل التناسب- لمحاكم التحكيم أن تراقب ما إذا كانت الدول المضيفة قد أقامت توازنًا معقولاً بين حماية الاستثمار الأجنبي وتعزيز ورعاية بعض المصالح الأخرى غير المرتبطة بالاستثمار non-investment related interests. كما أن المزاوجة بين هذه المقاربة- القائمة على الموازنة- ومبدأ هامش التقدير the margin of appreciation- doctrine- كما فعلت المحكمة في قضية Continental Causality- تعد طريقة لتخفيف القلق المستمر من أن اتفاقيات الاستثمار تكفل معاملة متميزة لمصلحة المستثمرين الأجانب على المصالح العامة المهمة[1]. وفي ذات الوقت، يترك تحليل التناسب سلطة كافية لمحاكم التحكيم لتصحيح remediate هذه الإجراءات التي لا تعد ملائمة وليست أقل البدائل المتاحة، بصورة معقولة، لتحقيق غرض عام مشروع.

(1) On the margin of appreciation as a standard of review, see also W Burke-White and A von Staden, 'The Need for Public Law Standards of Review in Investor-State Arbitratlons', Chapter 22 below, 689. For critique of Continental v Argentina, see J Alvarez and T Brink, 'Revisiting the Necessity Defense: Continental Casualty v Argentina' IILJ Working Paper 2010/3, available at: http://www.iilj.org/ publications/2010-3.Alvarez-Brink.asp

الخاتمة

كشف هذا البحث أن تحليل التناسب أضحى يُطبق بواسطة محاكم الاستثمار، بطرق تشبه، إلى حد كبير، تلك المأخوذ بها في العديد من الأنظمة القانونية الوطنية وغيرها من أنظمة تسوية المنازعات الدولية الأخرى، بما في ذلك الاتحاد الأوربي في ظل الاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان، أو في منظمة التجارة العالمية WTO. وقد تجلى هذا التطبيق، بصورة واضحة، في القضايا التي تتعلق بتحديد ما إذا كانت الإجراءات التي اتخذتها الدولة المضيفة تشكل نزعًا غير مباشر للملكية أو انتهاكًا لبعض جوانب معيار المعاملة العادلة والمنصفة. كما طُبق معيار التناسب، أيضًا، بواسطة المحاكم، لتحديد ما إذا كان عدم الوفاء ببعض الالتزامات التي ترتبها اتفاقيات الاستثمار لحماية بعض المصالح الأخرى الحيوية للدولة المضيفة يعد أمرًا مسموحًا به. ففي كل هذه المواقف، تدعو الحاجة لمقارنة المصالح المتعارضة توصلاً إلى إقامة توازن بين المصالح المتعلقة بالملكية الخاصة من ناحية، وغيرها من المصالح العامة المهمة من ناحية أخرى. وهكذا، فإن رقابة ما إذا كان التوازن الذي أقامته الدولة المضيفة صحيحًا أم لا– من منظور حماية الاستثمار– يمكن أن تتم، جزئيًا، من خلال تحليل التناسب.

ومع ذلك، يُلاحظ أن تحليل التناسب قد تعرض لكثير من أوجه النقد، لاسيما لأنه يمنح سلطة للمحكمين لاتخاذ قرارات متعلقة بالسياسات المتبناة

policy-driven decisions بشأن التوازن الصحيح بين الحقوق والمصالح المتعارضة– ومن الواضح أن هذا النقد يمكن أن يكون أقل إشكالاً في السياق الوطني، لأن المشرع يملك سلطة نقض قرارات المحاكم بشأن المعايير الإدارية والتشريعية، على الأقل فيما يتعلق بالقضايا المستقبلية. بيد أن الأمر على خلاف ذلك فيما يتعلق بسياق اتفاقيات الاستثمار، لأن عملية مراجعة أو تنقيح اتفاقيات الاستثمار الثنائية تتسم بالبطء، لأنها تتطلب موافقة كل من الدولتين المتعاقدتين. وفوق ذلك، تأتي أغلب اتفاقيات الاستثمار خلودًا من أي نصوص تحدد إجراءات مؤسسة معينة يمكن اتخاذها لإعادة تكيف اتفاقيات الاستثمار استجابة للتفسيرات التي تتبناها محاكم الاستثمار. وهكذا، لا تضمن اتفاقيات الاستثمار بعض الآليات المؤسسية التي يمكن أن تنهض بهذا الدور، مثل لجنة التجارة الحرة Free Trade Commission– في ظل NAFTA، حيث تمثل هذه اللجنة هيئة يمكن من خلالها للدول الأعضاء في NAFTA تبني تفسيرات ملزمة للقواعد والمعايير المطبقة على المنازعات التي تثور بين الدولة والمستثمرين[1].

(1) See NAFTA, Art 113 (2). Forsuch aninterpretation, see eg NAFTA Free Trade Commission, 'Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions' (31 July 2001), available at: http://www.international.gc:ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interpr.aspx/lang=en. Likewise, the 2004 US Model BIT provides for a similar treaty-based body. See US Model BIT 2004, art 30 (3): 'A joint declaration of the Parties, each acting

وإذا كان تطبيق تحليل التناسب على الحقوق الدستورية يحمل بعض أوجه الشبه مع تطبيقه في سياق تفسير حقوق المستثمر في ظل اتفاقيات الاستثمار، فإن المحاكم الدستورية الوطنية والمحاكم الدولية الدائمة– مثل محكمة العدل الأوربية ECJ والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان ECtHR– قد تكون في وضع أفضل لإجراء مثل هذه الموازنة مقارنة بمحاكم التحكيم المنشأة في ظل اتفاقيات الاستثمار.

through its representative designated for purposes of this Article declaring their interpretation of a provision of this Treaty shall be binding on a tribunal, and any decision or award issued by a tribunal must be consistent with that joint decision'.

قائمة المراجع

1- A. Newcombe, 'The Boundaries of Regulatory Expropriation' (2005) 20 ICSID Rev- FILJ 1.

2- A Stone Sweet, 'Investor State Arbitration: Proportionality's New Frontier' (2010) 4 (1) Law & Ethics of Human Rights 47.

3- A. Desmedt, 'Proportionality in WTO Law (2001) 4JI Econ L p. 441.

4- A. Ristroph, Proportionality as a Principle of Limited Government' (2005) 55 Duke LJ 263.

5- AS Weiner 'Indirect Expropriation : The Need for a Taxonomy of « Legitimate » Regulatory Purposes' (2003) 5 Int L Forum 166.

6- BH Weston, "Constructive Takings" under International Law : A Modest Foray into the Problem of « Creeping Expropriation » (1975) 16 Va JIL 103.

7- Binder and A. Reinisch, 'Economic Emergency Powers: a Comparative Law Perspective',

8- E Ellis (ed), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe (1999);

9- E. Cannizzaro, The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures, 12 European. Journal of International Law (2001), pp. 889-897.

10- G. Nolte, 'General Principles of German and European

Administrative Law- A Comparison in Historic Perspective' (1994) 57 MLR 191.

11- G. Aguilar Alvatez and WW Park, 'The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11' (2003) 28 Yale JIL 365, Discussing the phenomenon of developed countries as respondents in investment treaty arbitration.

12- G. Gagné and J-F Morin, 'The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and The 2004 Model BIT' (2006) 9 JIEcon L 357, 363.

13- G. Aldrich, 'What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran United States Claims Tribunal' (1994) 88 AJIL 585.

14- J. Rivers, 'Proportionality and Variable Intensity of Review' (2006) 65 Camb LJ 174, 182.

15- J. Kurtz, 'Adjudging the Exceptional at International Investment Law: Security, Public Order and Financial Crisis' (2010) 59 ICLQ 325.

16- JE Alvarez and KKhamsi, 'The Argentine Crisis and Foreign Investors : A Glimpse into the Heart of the Investment Regime' (2008/2009) 1 Yearbook of International I vestment Law and Policy 379.

17- JH Jans, 'Proportionality Revisited' (2000) 27 Legal Issues of Economic Integration, pp. 239-240.

18- Jurgen Schwarze, The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative

Law, 1 Rivista trimestrale di diritto pubblico [Quarterly Journal of Public Law] at 53-75 (2003).

19- K. Vandevelde, "A Comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing Investor and Host Country Interests' (2008/2009) 1 Yearbook of International Investment Law and Policy 283.

20- M. Brunetti, 'Indirect Expropriation in International Law' (2003) 5 Intl Forum 150 .

21- M Perkams, 'The Concept of Indirect. Expropriation in Comparative Public Law- Searching for Light in the Dark'.

22- M. Andenas and S Zleptnig, 'Proportionality : WTO Law in Comparative Perspective' (2007) 42 Tex ILJ 371, 383.

23- M. Kantor, 'The New Draft Model U.S. BIT: Noteworthy Developments' (2004) 21 JI Arb 383, 385.

24- N. Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study (1996) 23 et seq.

25- R. Dolzer, 'Indirect Expropriation of Alien Property' (1986) 1 ICSID Rev-FILJ 41.

26- R. Higgins, 'The Taking of Property by the State : Recent Developments in International Law' (1982) 176 Recueil des Cours 259, 322 et seq .

27- R. Alexy, 'On the Structure of Legal Principles' (2000) 13 Ratio Juris 294, 295.

28- R. Alexy, A Theory of Constitutional Rights (1986, 2002, Julian Rivers (trans) 47-8.

29- R. Dolzer and F Bloch, 'Indirect Expropriation : Conceptual Realignments ?' (2003) 5 IntL Forum 155, 158 et seq .

30- R. Dolzer Eigentum, Enteignung und Entschadigung im geltenden Volkerrecht (1985) 186 et seq ; R Dolzer, 'Indirect Expropriation : New Developments ?' (2002-03) 11 NYU ELJ 64, with further references.

31- R. von Krauss, Der Grundsatz der VerhdltnismabigKeit in seiner Bedeutung fur die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht. (1955) 15.

32- Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (Cambridge: Harvard University Press,. 1978, p. 24.

33- S. Ratner, 'Regulatory Takings in Institutional Context : Beyond the Fear of Fragmented International Law' (2008) 102 AJIL 475.

34- S. Schill, 'International Investment Law and the Host State's Power to Handle Economic Crises' (2007) 24 JI Arb 265.

35- S. Schwebel, 'The United States 2004 Model Bilateral Investment Treaty: An Exercise in the Regressive Development of International Law' (2006) 3 (2) Trans Disp Man.

36- T.M. Franck, "On Proportionality of Countermeasures in

International Law", American Journal of International Law, Vol. 102 (2008), p. 715.

37- TJ Gunn, 'Deconstructing Proportionality in Limitations Analysis'. (2005) 19 Emory ILR 456.

38- TW Walde and A Kolo, 'Environmental Regulation, Investment Protection and « Regulatory Taking » in International Law' (2001) 50 ICLQ 811.

39- W. Burke-White and A von Staden, 'Investment Protection in Extraordinary Times : The Interpretation and Application of Non- Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties' (2008) 48 Va JIL 307.

40- WM Reisman and RD Sloane, Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation' (2003) 74 BYBIL 115.

41- Y. Nouvel, 'L'indemnisation d'une expropriation indirecte' (2003) 5 Int L Forum 198 ; TW Merrill, «'Incomplete Compensation for Takings' (2002-03) 11 NYU GLJ 110,