

الضرائب والاستثمارات

القيود الدستورية على التشريع الضريبي

دكتور

وليد محمد الشناوي

مدرس القانون العام

الضرائب والاستثمارات

القيود الدستورية على التشريع الضريبي

يؤدي فرض الضرائب على الاستثمارات الأجنبية دوراً كبيراً في العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة. ذلك، أن الضرائب يمكن استخدامها، من جانب الحكومات، ليس فقط لزيادة الإيرادات، ولكن أيضاً بهدف تنظيم الاستثمار الأجنبي. وسنحاول، في هذا البحث، إلقاء الضوء على تفسير معايير قانون الاستثمار، لاسيما من منظور أثر هذه المعايير على المسائل الضريبية. وسنحاول بلوغ هذه الغاية من خلال تحليل يتم في إطار القانون العام المقارن^(١). على أن إجراء مثل هذا التحليل يتطلب إلقاء نظرة على طائفة من الأنظمة

(١) يمكن القول إن الضرائب تشكل، في آن واحد، تدخلاً إيجابياً، من جانب الدولة، في مجال المصالح الخاصة، وكذلك واجباً عاماً *a public duty* يقع على عاتق المواطنين. ولعل هذا ما يُفسر تدخل الدساتير تدخلاً مباشراً لتنظيم الضرائب. وهكذا، تخضع الضرائب للقواعد الدستورية وللمبادئ العامة للقانون العام، في ظل حكم القانون، وتقع الالتزامات الدستورية الخاصة لسلطة الدولة الفارضة للضرائب، بصفة أساسية، على عاتق المشرع حال سنه للتشريع الضريبي. وبالإضافة إلى ذلك، يلتزم المشرع الضريبي والإدارة الضريبية باحترام كل المبادئ المُشكلة لإطار شرعية الضريبة *the framework of tax legality*.

القانونية الوطنية المختارة عبر العالم، وذلك لفحص مدى وجود- أو عدم وجود- قيود دستورية وطنية على المشرع الضريبي الوطني. وأخيراً، سنتناول بالدراسة المبادئ العامة للقانون المتعلقة بممارسة الدولة لسلطاتها الضريبية- المستخلصة من المقارنة الدستورية المشار إليها آنفاً- في مواجهة المستثمرين الأجانب في سياق القانون الدولي للاستثمار.

من المعلوم أن سلطة الدولة في فرض الضرائب قد اعتبرت عنصراً أساسياً في سيادتها لقرون عديدة. ويرجع هذا، بصفة أساسية، إلى حقيقة أن مفهوم السيادة- وإن كان قد أصبح محلاً للنزاع في المناقشات المعاصرة^(١)- يتضمن في جوهره سلطة الدولة في العمل، لاسيما قدرتها على تشغيل حكومة تنهض بالمهام التي تعد أساسية بالنسبة للناس والمجتمع. ولاشك أن مثل هذه المقدرة على التشغيل- أي سلطتها في العمل وتحقيق الواجبات الأساسية الضرورية للناس والمجتمع- تعتمد، بطبيعة الحال، على مدى وجود موارد مالية. ومن ثم، فإن الحكومات لن يكون بمقدورها النهوض بأي مهمة ملقاة على عاتقها، دون الاعتماد على موارد مالية، أي دون أن يكون لديها ميزانية. على

(1) See eg L Henkin, 'The Mythology of Sovereignty' in RStJ MacDonald (ed), Essays in Honour of Wang Tieya (1994) 351 et seq.

أن أكثر الوسائل أهمية- التي يمكن للحكومات اللجوء إليها للحصول على الموارد المالية- هي فرض الضرائب. ولذلك، فإن الضرائب تعد أساسية لما يُطلق عليه السيادة^(١).

ومع ذلك، يلاحظ أن الضرائب، باعتبارها الوسيلة الأكثر أهمية في تمويل الدولة، تعد تطوراً حديثاً في مجرى التاريخ. ذلك، أن الأهمية المتزايدة للضرائب، منذ القرنين الثامن عشر والتاسع عشر، قد اقترنت بتطور الدولة الحديثة، أي الدولة ذات الوظائف والواجبات المتزايدة في مواجهة المواطنين. وقد اعتمدت الدولة الحديثة، في القيام بهذه الوظائف والنهوض بهذه الواجبات، على مؤسساتها وهيئاتها، أي على أجهزتها البيروقراطية.

وفي هذا الصدد، يمكن النظر إلى الضرائب باعتبارها سمة أساسية لدولة الرفاه الحديثة التي تلتزم بالمحافظة على السلام الوطني والدولي. وفوق ذلك، فإن الضرائب، كآلية لجني الموارد للدولة من خلال فرض عبء مالي على كل

(1) See eg I Pak, 'International Finance and State Sovereignty: Global Governance in the International Tax Regime' (2004) 10 Annual Survey of International & Comparative Law 165 (2004); similar AJ Cockfield, 'Tax Integration under NAFTA: Resolving the Conflict between Economic and Sovereignty Interests' (1998) 34 Stan JIL 39.

المواطنين- وليس على أساس الاختيار بين الطوائف الاجتماعية المختلفة- تعد أحد العناصر الأساسية للديمقراطية. ولما كانت الدولة الديمقراطية هي، بحسب تعريفها، دولة بالناس وللناس، فمن المنطقي أن تطبق الدولة آلية لتمويل نفسها من خلال فرض عبء مالي على كل الناس. ولذلك، فإن الضرائب تعد سمة ملازمة للسلطة الحكومية^(١).

ومع ذلك، فإن التفاعل بين سلطة فرض الضرائب ووظائف الدولة يقود إلى جدل مستمر بشأن ما إذا كانت ضرائب معينة وأسعار ضريبية معينة تفرضها الحكومة تعد مقبولة بالنظر إلى تأمين وظائف معينة للدولة. على أن مثل هذا الجدل- بقدر ما تكون الاعتبارات الأساسية لمدى الأنشطة الحكومية مثارة- يعد، بصفة أساسية، ذا طابع سياسي. ومع ذلك، فإن الضرائب، بالنظر إلى أنها ليست فقط، الوسائل العامة لجمع العوائد للدولة، ولكنها تؤثر، أيضاً، على الحرية

(1) P Kirchhof, 'Die Steuern' in J Isensee and P Kirchhof (eds), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (3rd edn, 2007) Vol V, § 118, paras 1 et seq, cited in Christian Tietje, Karoline Kampermann, Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, Stephan W. Schill (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford: Oxford University Press, 2010.

الفردية والمساواة، فإنه يمكن أن يكون لها، أيضاً، بعد قانوني يتعلق بالحقوق الفردية. وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن حماية الحقوق الفردية، في السياق الضريبي، تعتمد، بطبيعة الحال، بدرجة معينة، على القانون الدستوري لكل دولة، وذلك على الرغم من أن ثمة حدًا أدنى من معايير ضمانات الحقوق الفردية، التي يفرضها القانون الدولي العام، يجب احترامها. وفوق ذلك، يُلاحظ أنه ليس فقط الحقوق الفردية، ولكن أيضاً القيود الأخرى على الحرية الحكومية، النابعة من القانون الدولي العام، لاسيما في مجال القانون الاقتصادي الدولي، مثل قانون منظمة التجارة العالمية والقانون الدولي للاستثمار - تحدد، بصورة متزايدة، سلطة الدولة في فرض الضرائب.

ويؤدي فرض الضرائب على الاستثمار الأجنبي دور رئيساً في العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهؤلاء المستثمرين. ذلك، أن فرض الضرائب يمكن أن يُستخدم، بواسطة الحكومات، كأداة، ليس فقط لزيادة العوائد، ولكن أيضاً بغرض تنظيم الاستثمار الأجنبي داخل كل دولة. حيث إن التأثير على الاستثمارات الأجنبية من خلال باب خلفي - فرض الضرائب - يمكن أن يحقق ذات النتائج التي تحققها أوضح أشكال التمييز، ولكن مع نتائج أقل قسوة. ومع ذلك، فإن المسائل المتعلقة بالضرائب قد أهملت، طويلاً، في سياق القانون الدولي للاستثمار. ذلك، أن الحكومات كانت، تقليدياً، تعزف عن إخضاع أنظمتها

الضريبية لتدقيق أو رقابة هيئات القانون الدولي. ولذلك، يُلاحظ أنه ليس ثمة مجال آخر من مجالات التنظيم الذي تباشره الدولة يبدو محصناً في مواجهة التأثير الخارجي، كما هو الحال بالنسبة للمجال الضريبي والسيادة المالية. ومع ذلك، فإن التطورات الحديثة تكشف عن أن الحكومات يمكن أن تعيد النظر في هذا الموقف المتحفظ، وذلك بالنظر إلى أن القانون الدولي للاستثمار والقانون الاقتصادي الدولي يشهدان مرحلة بزوغ، ويخلفان أثراً متزايداً على المسائل الضريبية الوطنية. على أنه رغم أن القيود التي يمكن أن تُفرض، استناداً إلى مبادئ القانون الاقتصادي الدولي، على السيادة الضريبية، ليست واضحة بعد بصورة كاملة، فإنه يجب إلقاء الضوء عليها في الحوارات الأكاديمية، كما أنه يجب أن تحظى باهتمام الدول المضيفة والمستثمرين على حد سواء.

وسنحاول، في هذا البحث، المساهمة في تحقيق هذا الهدف أولاً من خلال التعرف على مدى امتداد التحكيم، في ظل اتفاقيات الاستثمار، ليشمل المسائل الضريبية بصفة عامة. وبعد ذلك، سندخل في تفاصيل القيود التي يفرضها القانون الدستوري الوطني على المشرع الضريبي في بعض الأنظمة القانونية المختارة. وفي هذا السياق، سينصب التركيز على المسائل المتعلقة بالمعاملة الضريبية التمييزية، والتغيرات في التشريع الضريبي، وحماية الملكية. ومع ذلك، فإن التحليل سيقصر على تلك القيود التي يمكن فرضها على المشرع

الضريبي، ولن يشمل تلك التي يمكن أن فرضها على الإدارة الضريبية^(١).

ويتمثل هدف التحليل المقارن، الذي سيتم إجراؤه في نهاية البحث، للقيود التي يفرضها القانون الأوروبي على المشرع الضريبي، في محاولة استلها من الأنظمة القانونية الفردية وطرق تعاملها مع القيود التي تفرض على المشرع الضريبي، على نحو يمكن أن يكون مفيداً في مجال قانون الاستثمار الدولي. ويمكن أن يلقي تحليل أوجه الشبه والاختلاف في الدول المختلفة- بقدر ما يتعلق الأمر بالقيود الدستورية أو غيرها من القيود التي تفرض على المشرع الضريبي- الضوء على فهم الحقوق المتعلقة بالمسائل الضريبية الممنوحة للمستثمرين في اتفاقيات الاستثمار، بما في ذلك المعاملة الوطنية، والمعاملة العادلة والمنصفة، ومفهوم نزع الملكية غير المباشر.

(1) For these aspects, see PB Stephan, 'Comparative Taxation Procedure and Tax Enforcement, Stephan W. Schill (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, op. cit., p.

وعلى ذلك تأتي خطة هذا البحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مدى دخول المسائل الضريبية في نطاق تطبيق اتفاقيات الاستثمار .

المبحث الثاني: القيود المفروضة على المشرع الضريبي حماية لحقوق المستثمر: تحليل من منظور القانون العام المقارن وأحكام القضاء ذات الصلة

المبحث الأول

مدى دخول المسائل الضريبية في نطاق تطبيق اتفاقيات الاستثمار

نتناول مدى دخول المسائل الضريبية في نطاق تطبيق اتفاقيات الاستثمار من خلال المطالبين التاليين:

المطلب الأول: المعاملة العامة للمسائل الضريبية في اتفاقيات الاستثمار

المطلب الثاني: معايير المعاملة الموضوعية وأهميتها الضريبية

المطلب الأول

- المعاملة العامة للمسائل الضريبية في اتفاقيات الاستثمار

قد يكون من المفيد، قبل الدخول في تفاصيل التحليل المقارن، إلقاء نظرة سريعة على النطاق الفعلي لتطبيق اتفاقيات الاستثمار، وذلك لأن هذه الاتفاقيات - سواء كانت ثنائية أم متعددة الأطراف - لا تشمل، في الغالب، المسائل الضريبية. ويرجع ذلك إلى أن الحكومات تحاول، بصفة عامة، إبعاد المشرع الضريبي عن أي تأثير بنصوص الاتفاقيات الثنائية bilateral investment treaties (BITs) التي تعقدها هذه الدول. وتبرز هذه المقاربة، بصورة واضحة، الدور بالغ الأهمية الذي مازال يُسند إلى السيادة الضريبية tax sovereignty. ولذلك، لا يجوز فرض أي قيود على هذه السيادة إلا بطريقة متوازنة وفي أطر محددة. غير أنه على الرغم من هذا التشابه الأساسي، فإن الدرجة التي تذهب إليها اتفاقيات الاستثمار في تغطية المسائل الضريبية تختلف اختلافاً كبيراً، وكذلك الحال بالنسبة للقيود التي يمكن أن تفرضها هذه الاتفاقيات على السلطة الضريبية للحكومات^(١). ويلاحظ وجود طائفة بالغة التنوع من الطرق التي يمكن من

(1) LE Peterson, The Global Governance of Foreign Direct Investment:

خلالها أن تتعامل الدول مع المسائل الضريبية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية. وتفاوتت هذه الطرق: بدءًا من تطبيق كل نصوص اتفاقية الاستثمار الثنائية على المسائل الضريبية^(١)، مرورًا باستبعاد تطبيق بعض جوانب الاتفاقية على المسائل الضريبية^(٢)، وانتهاءً بالاستبعاد التام للمسائل الضريبية من نطاق تطبيق اتفاقية الاستثمار ذات الصلة^(٣). ومع ذلك، تتفق أغلب الحكومات في وجهة النظر التي

Madly Off in All Directions (2005) 17.

- (1) This approach bears the risk that governments may unduly tie their hands concerning their regulatory power in national taxation. It can often be found in older BITs, which were concluded at times in which the need to tackle taxation issues in investment treaties had not yet been considered necessary. The German Model BIT, used until a recent revision in 2008, can be taken as one example of this approach. The 2008 German Model BIT is available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/2008-GermanModelBIT.doc>. For the text of the 2005 German Model BIT, refer to (2007) 45 Archiv des Völkerrechts 276-93.
- (2) The majority of BITs as well as the NAFTA investment chapter and the Energy Charter Treaty choose this way: they provide for a general non-application of the treaty rules to taxation but allow for a number of modifications or exceptions.
- (3) Governments that follow the so-called 'exclusion model' include Bangladesh, Belgium, and Luxemburg. This approach allows governments to use the tax instrument to make a foreign investor's investment economically unviable and therefore may discourage

تري، بصفة عامة، استبعاد المسائل الضريبية من نطاق تطبيق مثل هذه الاتفاقيات، وأن هذه المسائل يمكن التعامل معها، بصورة أفضل، من خلال اتفاقيات ضريبية ثنائية^(١).

ومن بين النصوص المتعددة المتعلقة بالمسائل الضريبية في اتفاقيات الاستثمار: النصوص المتعلقة بالمعاملة الوطنية، والمعاملة العادلة والمنصفة. ويُعطي اهتمام خاص، في اتفاقيات الاستثمار، لمسألة نزع الملكية. وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن عدداً من اتفاقيات الاستثمار الثنائية الحديثة - مثل NAFTA - تطبق النصوص المتعلقة بنزع الملكية على المسائل الضريبية، مع إمكان لجوء السلطات الضريبية في الدولتين إلى ما يُطلق عليه الاعتراض الضريبي المشترك a joint tax veto^(٢).

ويضع هذا الاعتراض الضريبي القرار الأولي بشأن نزع الملكية غير المباشر المدعي - من خلال الإجراءات الضريبية - في أيدي السلطات الضريبية

potential investors to invest in the respective country.

- (1) AJ Cockfield, 'Tax Integration under NAFTA: Resolving the Conflict between Economic and Sovereignty Interests', op. cit., p. 59.
- (2) See eg WW Park, 'Arbitration and the Fisc: NAFTA's "Tax Veto"' (2001) 2 Chi JIL 231, 236.

الوطنية في الدولة (الأم) والدولة المضيفة. وفقط في حالة فشل هذا السلطات في إثبات أن الإجراء لا يعد نزاعاً للملكية، يكون للمستثمر اللجوء إلى إجراءات التحكيم الدولية. وتعكس هذه الآلية الحساسية الكبيرة وعدم رغبة الحكومات في ترك سلطاتها الضريبية تخضع لتقييد من جهة الخارج^(١).

ولذلك، بينما توجد اختلافات كبيرة في الطريقة التي تعالج بها الدول المسائل الضريبية في اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها، فإنه يوجد، في المقابل، إجماع عام على أن المسائل الضريبية - إذا ما أدرجت في مجال تطبيق إحدى اتفاقيات الاستثمار - يجب أن تُفهم على أنها بنود أو نصوص بالغة العمومية^(٢). ونتيجة

-
- (1) TW Wälde and A Kolo, 'Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties', in P Muchlinski et al (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law (2008) 305, 352.
 - (2) However, most treaties fail to define the notions of 'taxation measures' or 'tax matters' precisely. The US Model BIT 2004 defines a 'measure' as including any law, regulation, procedure, requirement, or practice. The arbitral tribunal in *EnCana v Ecuador*, in the absence of a treaty definition, interpreted the term 'taxation measure' very broadly: 'A measure providing relief from taxation is a taxation measure just as much as a measure imposing the tax in the first place... Thus tax deductions, allowances or rebates are caught by the term... A law imposing an obligation... is a taxation measure... And if a law is a taxation measure, then any executive act apparently

لذلك، فإن مناطق التداخل الممكنة بين التشريع الضريبي من ناحية، وقانون الاستثمار الدولي من ناحية أخرى، لا ينبغي التقليل من أهميتها.

المطلب الثاني

معايير المعاملة الموضوعية وأهميتها الضريبية

Substantive Treatment Standards and Their Tax Relevance

يمكن القول إن العديد من معايير المعاملة الموضوعية الموجودة في اتفاقيات الاستثمار يكون لها أهمية، مباشرة أو على الأقل غير مباشرة، بالنسبة للإجراءات الضريبية. وقبل الدخول في تفاصيل التحليل المقارن، الذي يستهدف إلقاء الضوء على تفسير هذه المعايير للمعاملة، قد يكون من المفيد أن نلقي نظرة سريعة على هذه المعايير التي تحظى، في الواقع، بأهمية كبيرة في المجال الضريبي.

وتتمثل هذه المعايير في معايير عدم التمييز non-discrimination standards (بند المعاملة الوطنية the national treatment provision)،

implementing that law is equally a taxation measure.' See EnCana Corp v Republic of Ecuador LCIA Case UN 3481, Final Award, 3 February 2006, paras 142-143.

ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية (most-favoured nation) المعاملة العادلة والمنصفة fair and equitable treatment، وحظر نزع الملكية غير المباشر دون تعويض the prohibition of indirect expropriation without compensation. وكذلك أيضاً النقل - أي إمكان إعادة الأرباح المحصلة من الاستثمارات في الدولة المضيفة، دون الاضطرار إلى دفع ضرائب استقطاع عالية بصورة تحكمية - يجب الإشارة إليها في هذا السياق. ومع ذلك، بالنظر إلى أن هذه الحرية الأخيرة ليس لها نظير، بالمعنى الصحيح، في القانون الدستوري الوطني في معظم الأنظمة القانونية، فلن تدخل في نطاق هذا البحث.

وتجدر الإشارة إلى أن التزام الدولة المضيفة بعدم التمييز في مواجهة المستثمرين الأجانب من خلال الضرائب يعد أحد الجوانب الأساسية لكفالة بيئة قانونية مواتية أو صديقة للأعمال وجاذبة للمستثمرين. على أن مفهوم عدم التمييز في المسائل الضريبية - الذي يحظى، أيضاً، بأهمية كبيرة في الأنظمة الدستورية لمعظم الدول - سيكون محلاً للمعالجة بالتفصيل، في المبحث الثاني، من هذه الدراسة. ومع ذلك، تظهر الأحكام الحديثة لمحاكم التحكيم الدولية أن النصوص ذات الأثر الأكبر على الإجراءات الضريبية وسلطة الحكومات الضريبية تتمثل في: مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، والقواعد المتعلقة بنزع الملكية.

وفيما يتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة^(١)، تظهر صعوبات جمة فيما يتعلق بتحديد مضمون هذا المبدأ. ويمكن القول - كما يذهب إلى ذلك بعض الكتاب - إلى أن هذا المبدأ ينطوي على تجسيد لمبدأ حكم القانون في سياق منازعات الاستثمار^(٢). ومع ذلك، لا يوجد بصفة عامة - كما هو الحال بالنسبة للبند المتعلق بنزع الملكية - اتفاق مقبول على المعنى الدقيق للمعاملة العادلة والمنصفة. على أنه يمكن الإشارة إلى بعض العناصر التي تثار، في الغالب،

(١) يمكن النظر إلى مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة باعتباره يتضمن مفهوم حكم القانون الذي يجب أن تعتقه الدول المضيفة في تعاملها مع المستثمرين. وإذا كان مفهوم حكم القانون لا يتجسد بصورة محددة نظراً للتطورات التاريخية المتباينة في الأنظمة القانونية الوطنية المختلفة، مما يجعل المضمون الدقيق للمفهوم محلّاً للجدل في أغلب الأحيان، فإن حكم القانون يسهم، مع ذلك، في تفسير المضمون القاعدي أو المعياري لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة. وهكذا، فإن النظرة المقارنة للأنظمة الوطنية تكشف عن طائفة معينة من الأفكار والمعايير التي يُنظر إليها باعتبارها تشكل جزءاً من مفهوم حكم القانون. ومن الواضح أن هذه الأفكار المشتركة يمكن أن تخدم كمعايير يجب أن تلتزم بها الدولة، حتى تمثل "مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة" في قانون الاستثمار الدولي : لمزيد من التفاصيل حول مضمون مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة انظر للمؤلف: التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية: "دراسة مقارنة"، مجلة روح القوانين التي تصدر عن كلية الحقوق - جامعة طنطا، أبريل، ٢٠١١.

(2) See S Schill, 'Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law', Stephan W. Schill (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, op. cit., p.

بالاقتران مع هذا المعيار، والتي تعد مهمة، أيضاً، بالنسبة للإجراءات الضريبية. وتتمثل هذه العناصر في: الاستقرار، القابلية للتوقع، الشفافية، الإجراءات السليمة قانوناً، التوقعات المشروعة للمستثمر، غياب السلوك التمييزي أو التحكيمي، حسن النية^(١). وبالنظر إلى أن هذه المفاهيم، تحظى أيضاً، بأهمية كبيرة في الأنظمة القانونية لمعظم الدول، فإنه سيتم إلقاء الضوء عليها في المطلب الثالث من المبحث الثاني من هذه الدراسة. ولذلك، فإن التركيز، فيما يتعلق بالمعاملة العادلة والمنصفة، يجب أن ينصب على بعض المسائل النابعة من موضوعات مثل التشريع الضريبي الرجعي، مفهوم التوقعات المشروعة، أو بعض الجوانب المتعلقة باستقرار التخطيط *planning stability*. ومع ذلك، فإن ما يمكن قوله، بالفعل هو أنه بالمقارنة بالأهمية الكبيرة لنصوص عدم التمييز في سياق، على سبيل المثال، قانون منظمة التجارة العالمية، فإن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يحظى بذات الأهمية وربما بدرجة أعلى من الأهمية بالنسبة للمنازعات المتعلقة

(1) B Choudhury, 'Evolution or Devolution?—Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law' (2005) 6 JWIT 297, 316; R Dolzer, 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39 International Lawyer 87, 93; Stephan W. Schill (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law, op. cit., p.159-70.

بالمسائل الضريبية في قانون الاستثمار الدولي. ولعل أحد الأسباب التي تفسر هذه الظاهرة هي عدم وجود معيار للمعاملة العادلة والمنصفة في قانون التجارة العالمية. ولكن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يبدو - ربما بدرجة أعلى من الأهمية - نموذجيًا بالمقارنة بالإجراءات الضريبية الحكومية التي يمكن أن تستخدم - بصورة سرية - لإجبار المستثمر الأجنبي على الخروج عبر "باب خلفي" بدلاً من استخدام الإجراءات النازعة للملكية بصورة مباشرة التي يمكن مهاجمتها استنادًا إلى نصوص عدم التمييز المتضمنة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

ومن معايير المعاملة المهمة، أيضًا، في المجال الضريبي حظر نزع الملكية غير المباشر دون تعويض، أي جعل استثمار المستثمر الأجنبي غير قابل للاستخدام، من الناحية الاقتصادية، دون نقل ملكية هذا الاستثمار بالفعل. ويمكن أن يحدث هذا على سبيل المثال، من خلال فرض الضرائب بصورة مفرطة، الذي يشكل تهديدًا خطيرًا للاستثمارات والملكية الخاصة في الدولة المضيفة. ويتمثل السؤال الرئيس، في هذا الخصوص، في: أين يمكن إقامة الحد الفاصل بين النشاط التنظيمي الحكومي العادي من ناحية، ونزع الملكية المحظور من خلال الضرائب المفرطة أو غيرها من أشكال الضرائب ذات الأثر النازع للملكية. وسيتم تناول هذا الجانب بتفصيل أكبر في المطلب الرابع من المبحث

الثاني.

ومن خلال مقارنة عدد من الأنظمة القانونية المختارة فيما يتعلق بالقيود الدستورية المفروضة على المشرع الضريبي، سنحاول في المبحث التالي، إلقاء مزيد من الضوء على تفسير النصوص المتعلقة بعدم التمييز، المعاملة العادلة، والمنصفة، حظر نزع الملكية دون تعويض في ظل معظم اتفاقيات الاستثمار، وذلك من أجل تحسين الفهم العام لهذه النصوص فيما يتعلق بالسياق الضريبي.

المبحث الثاني

القيود المفروضة على المشرع الضريبي حماية لحقوق المستثمر: تحليل

من منظور القانون العام المقارن وأحكام القضاء ذات الصلة

نتناول بالدراسة القيود المفروضة على المشرع الضريبي حماية لحقوق المستثمر، من منظور القانون العام المقارن وأحكام القضاء ذات الصلة، وفقاً للخطة التالية:

المطلب الأول: معايير الاختيار.

المطلب الثاني: المعاملة الضريبية المختلفة.

المطلب الثالث: التغييرات في التشريع الضريبي.

المطلب الرابع: حماية الملكية في مواجهة الإفراط في فرض الضرائب.

المطلب الأول

معايير الاختيار

وفي سياق هذا التحليل القانوني المقارن، لن يتم تناول سوى عدد من الدول المختارة وأنظمتها القانونية. وتتمثل هذه الدول في ألمانيا، والولايات المتحدة الأمريكية، وسويسرا، وإلى حد ما بعض الدول الأخرى مثل: فرنسا وإيطاليا. وتجدر الإشارة إلى أن كل هذه الدول تتمتع بخلفيات قانونية وتقاليد دستورية متميزة. ومن أجل الحصول على نظرة عامة ممثلة للقيود المفروضة على المشروع الضريبي في القانون الدستوري الوطني، سيتم التركيز، بصفة خاصة، على المبادئ ذات الصلة بالمسائل الضريبية. وتشمل هذه المبادئ: عدم التمييز، والالتزام بحكم القانون، وحماية الملكية. ومن الممكن - بقدر ما يكون ذلك مفيداً - نقل هذه القيود الوطنية إلى سياق القانون الدستوري. وفي هذا الصدد، فإن أنواعاً مختلفة من التشريع الضريبي في الدولة المضيفة - والتي يمكن أن تكون مثيرة للمشكلات من وجهة النظر الدستورية الوطنية - مثل المعاملة الضريبية

التمييزية، التغيرات في التشريع الضريبي، الفرض المفرط للضرائب - سيتم دراستها من منظور الحقوق الممنوحة للمستثمرين الأجانب في ظل اتفاقيات الاستثمار. وفي (المبحث الأخير من هذه الدراسة) سيتم إلقاء الضوء على القيود النابعة من القانون الأوروبي EU Law، والتي تفرض على المشرع الضريبي في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

وهكذا، يصبح واضحاً أن دراسة المبادئ المفيدة للسيادة الضريبية على المستوى الوطني، يمكن أن تشكل إسهاماً في فهم مسائل قانون الاستثمار، لا سيما فيما يتعلق بفرض الضرائب على المستوى الدولي. كما أن الدراسة، من المنظور المقارن، يمكن أن تكون مفيدة في تقييم وتوضيح مدى إمكان تأثير مبادئ أو معايير قانون الاستثمار الدولي على السيادة الضريبية للدول المضيفة. وفوق ذلك، فإن مثل هذه الدراسة يمكن، أيضاً، أن تلقي الضوء على مسألة موازنة السلطات الحكومية المشروعة للدول المضيفة مع حقوق ومصالح المستثمرين الأجانب.

المطلب الثاني

المعاملة الضريبية المختلفة

Differential Tax Treatment

يمكن القول إن واحدة من أهم المسائل، على المستوى الدستوري، في العديد من الأنظمة القانونية هي معاملة المشرع الضريبي للأشخاص الطبيعية أو القانونية- الذين يشغلون مراكز متماثلة- معاملة مختلفة^(١). وفي هذا السياق، يُشار إلى أن مبدأ المساواة- الذي يعد أساساً للحماية المتساوية أو المتكافئة في المسائل الضريبية- يعتبر أحد المبادئ الأساسية في الأنظمة القانونية لمعظم الدول. ويُعترف بهذا المبدأ، في الغالب، باعتباره قاعدة أو معياراً دستورياً عاماً a general constitutional norm^(٢). ومع ذلك، توجد اختلافات مهمة بشأن

(١) إذا كان مبدأ المساواة أمام الضريبة "يوجب" على المشرع معاملة أصحاب المراكز المتماثلة معاملة متماثلة، فإن الأمر يختلف بالنسبة لأصحاب المراكز المختلفة، إذ "يجوز" للمشرع أن يعاملهم معاملة مختلفة، وهذا لا يمثل استثناء على مبدأ المساواة، لكن "يجوز" أيضاً للمشرع معاملتهم معاملة متماثلة، وهذا ما يمثل استثناء حقيقياً على مبدأ المساواة أمام الضريبة. ويجوز للمشرع، إعمالاً لمبدأ المساواة، أن يقرر قواعد ضريبية مختلفة وفقاً للطبيعة الخاصة بالنشاط أو مركز مختلف طوائف الممولين: د. محمد محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص

(2) H Gribnau, 'General Introduction' in GTK Meussen (ed), The

مدى استعداد المحاكم الدستورية الوطنية لإلغاء الأعمال التشريعية التي تتطوي على معاملة ضريبية مختلفة استناداً إلى أسس دستورية. والحقيقة أن المرونة الممنوحة للمشرع الضريبي - فيما يتعلق بعدم التمييز والمساواة في المسائل الضريبية في كل من الدول محل الدراسة - تعتمد، بصفة أساسية، على التقاليد الدستورية السائدة في كل دولة.

ففي ألمانيا، يُطلق على مبدأ الحماية المتساوية - المادة (٣) من القانون الأساسي الألماني - العهد الأعظم أو الميثاق الأساسي للقانون الضريبي Magna Charta of Tax Law^(١). واستناداً إلى هذا الأساس، كرست المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية Bundesverfassungsgericht مبدأ أن الضريبة يجب أن تفرض طبقاً لمقدرة دافع الضريبة على الدفع، وهو ما يُطلق عليه مبدأ المقدرة على الدفع^(٢). ومن ثم، فإن كل دافع ضريبة يجب أن يسهم، بدرجة

Principle of Equality in European Taxation (1999) 1, 27.

(1) R Herzog, 'Steuer- und Finanzpolitik im geeinten Deutschland' in Bund der Steuerzahler (ed), VI. Deutscher Steuerzahlerkongress (1991) 11.

(2) V Thuronyi, Comparative Tax Law (2003) 82; H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel-verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', Deutsches Steuerrecht (DStR) 2007, 973, 975. -

متساوية، في تمويل الدولة. وفي هذا الصدد، تقاس المساواة بالنظر إلى المقدرة الخاصة لكل دافع الضريبة على الدفع^(١).

ويلاحظ بعض الكتاب أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية قد قامت - أكثر من المحاكم الدستورية في الدول الأخرى - بإلغاء تشريعات ضريبية استناداً إلى انتهاك هذه التشريعات لمبدأ المساواة^(٢).

وفي هذا السياق، يُشار إلى قضية رائدة، تعلق الحكم الصادر فيها بالضريبة على الأرباح على رؤوس الأموال الخاصة. واستناداً إلى عيوب هيكلية كبيرة في النظام الضريبي فيما يتعلق بالتقييم الفعال والعادل لهذه الأرباح، خلصت المحكمة إلى اعتبار القواعد ذات الصلة بهذا التقييم غير دستورية^(٣). وثمة مثال آخر يتّعلق بحكم المحكمة بشأن الضريبة على الإرث والهبات. ذلك، أنه لأغراض تحديد القاعدة الضريبية tax base، كانت الأصول تقيم طبقاً لطرق تقدير مختلفة. وقد أسفر ذلك عن اختلافات كبيرة بشأن المسؤولية الضريبية تبعاً

(1) S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers - einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', Steuer und Wirtschaft (StuW) 2009, 211, 213.

(2) V. Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 82.

(3) BVerfG, 2 BvL 17/02, 9 March 2004, Deutsches Steuerrecht-Entscheidungsdienst (DStRE) 2004, 396.

لما إذا كان الأصل المورث نقدًا أم أرضًا، كيانات أعمال، أسهم. وقد انتهت المحكمة إلى أن هذه الاختلافات أو التمييزات ليست مسوغة في ضوء المبدأ الدستوري للمعاملة المتساوية. ونتيجة لهذا الحكم، وجد المشرع نفسه مضطرًا لتغيير القوانين الضريبية ذات الصلة بما يتفق مع مقتضى هذا الحكم. وقد أسفر ذلك عن إصلاح شامل لمعايير التقدير الألمانية لأغراض الضريبة على التركات والهبات.

وفي ألمانيا، تتبع القيود الرئيسية على المشرع الضريبي، بصفة عامة، من الحاجة المستمرة لتسوية التمييزات التي يتم إقامتها بين دافعي الضرائب أو الهياكل الضريبية. ومن ثم، بينما يتمتع المشرع بحرية في تحديد الموضوعات الأساسية الخاضعة للضريبة، فإن نتائج قرار المشرع، في هذا الخصوص، يجب أن تطبق على نحو يتفق مع معيار المعاملة المتماثلة^(١). على أن المعاملة الضريبية المختلفة - باعتبارها انحرافًا عن متطلب الاتساق، يمكن تسويقها في ظل أهداف الرفاهية العامة. ويجب تحديد هذه الأهداف بطريقة واضحة باعتبارها تعبر عن نوايا المشرع، كما يجب تحديد طائفة المستفيدين بطريقة ملائمة، وأخيرًا، يجب أن تكون هذه الأهداف، في ذاتها، متفقة مع مبدأ

(1) BVerfG, 1 BvL 10/02, 7 November 2006, DStR 2007, 235.

المساواة^(١).

وفي فرنسا، قضى المجلس الدستوري بعدم دستورية بعض التشريعات الضريبية، في حالات متعددة، بسبب انتهاك هذه التشريعات لمبدأ المساواة، ومع ذلك، يلاحظ أن مقارنة المجلس الدستوري الفرنسي في هذا الخصوص لم تكن بذات القوة التي أبدتها المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في الحالات المماثلة. قضى عدد من الحالات، اعتبر المجلس الدستوري أن التشريعات الضريبية المطروحة عليه تمثل انتهاكاً للمساواة الإجرائية أمام القانون. ومع ذلك، اعتبر المجلس، في حالات أخرى، بعض التشريعات الضريبية غير دستورية استناداً إلى الحق الموضوعي في المساواة بين دافعي الضرائب^(٢). ومن الأمثلة الممتلئة للطائفة الأولى من الحالات، ألغى المجلس تقصير مدة التقييد بالنسبة لدافعي الضرائب الذين يتلقون، فقط، أجراً أو معاشاً. حيث اعتبر

(1) H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel -verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', op. cit., 975, cf eg BVerfG, 1 BvR 420/64, 7 May 1968, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1968, 1715; BVerfG, 2 BvL 37/91, 22 June 1995, DStR 1995, 1345; BVerfG, 2 BvR 400/98, 4 December 2002, 1735/00, DStR 2003, 633.

(2) H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel -verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', op. cit., 975

المجلس هذا التمييز غير معقول، لأن دافع الضريبة الذي يتلقى قدرًا محدودًا من أشكال الدخل الأخرى "يعد، تقريبًا، في مركز مماثل لدافع الضريبة الذي لا يتلقى دخلًا سوى أجر أو معاش"^(١). وفي حكم آخر، خلص المجلس الدستوري إلى أن التمييز بين الهبات، على أساس إثباتها أو عدم إثباتها، أمام موثق، يعد تحكيمًا. ويرجع ذلك، إلى أن مثل هذا التمييز يشكل انتهاكًا للحق الموضوعي لدافع الضرائب في المعاملة المتماثلة^(٢). ومع ذلك، أقر المجلس، في حكم آخر، حق البرلمان في تبني أسعار ضريبية مخفضة، بالنسبة لبعض صفقات التبادل، وذلك "لأن مثل هذه الأسعار تستهدف تشجيع تنمية السوق الوطني، بصفة خاصة من خلال تنفيذ الصفقات التي كانت تتم، في السابق، في الخارج بسبب وجود نظام ضريبي أكثر إفادة لهذه الصفقات"^(٣). ذلك، أن المشرع يتمتع بحرية "في منح مزايا تستهدف تحقيق المصلحة العامة"^(٤). ومعنى ذلك، أن المجلس

(1) V. Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 89.

(2) ibid.

(3) L Cotula, 'Sustainable Markets Investment Briefings', Briefing 4: Foreign Investment Contracts, International Institute for Environment and Development, August 2007, 2, available at <http://www.iied.org/pubs/pdfs/17015IIED.pdf>

(4) See ibid; P Marchessou, 'France' in Meussen, The Principle of Equality in European Taxation, op. cit., p 75, 80.

الدستوري الفرنسي يُظهر تسامحًا كبيرًا تجاه بعض أوجه الخروج على مبدأ المساواة، ما دامت مسوغة بأغراض ضريبية أو تحقيق المصلحة العامة^(١).

ومع ذلك، يشير بعض الكتاب إلى أن مرحلة من الرقابة النشطة للتشريع الضريبي قد بدأت، في فرنسا، في عام ١٩٩٥، وذلك عندما أشار المجلس الفرنسي إلى مفهوم "المساواة" بين دافعي الضرائب بدلاً من المساواة العامة في المسائل الضريبية^(٢). ومن مزايا هذا المفهوم - المساواة بين دافعي الضرائب -

-
- (1) Marchessou, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., p 80. In one decision the Council observed: 'The legislator founded its assessment on objective and rational criteria in this field; that, therefore, this tax is introduced in conformity with the rules and principles of constitutional value and particularly, with regard to the taxpayer's ability to pay.' cf 164 DC, 29 December 1983.
 - (2) The Council condemned the breach of the principle that resulted from a legal provision partially exempting from tax the gratuitous transfer of professional assets to their recipients 'on the sole condition that the recipients keep these assets over a period of five years... With regard to other recipients and heirs the law states a difference of situation that does not fit in with the objective of general interest... considering the importance of the advantage granted, its benefit is likely to create an unjustified breach of equality among tax payers.' cf 369 DC, 28 December 1995; see Marchessou, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., p 80.

أنه يسمَح للقضاء بوضع نص القانون الضريبي الخاضع للرقابة في سياق أكثر اتساعاً، أي أكثر سياسية وأقل فنية^(١). ومع ذلك، يمكن القول إن المجلس الدستوري الفرنسي مازال يميل لصالح الطعون التي تتأسس على انتهاك المساواة الإجرائية أمام القانون. ولذلك، من النادر أن يخلص المجلس إلى عدم دستورية نص ضريبي لأنه يتضمن معاملة ضريبية تمييزية من الناحية الموضوعية^(٢). وربما يرجع هذا إلى حقيقة إلى أن التشريعات، في فرنسا، لا يطعن فيها بعدم الدستورية إلى قبل سنها^(٣).

وتتبنى الولايات المتحدة الأمريكية مقاربة مشابهة للمقاربة السابقة. حيث تظهر المحاكم الأمريكية - خلافاً للوضع في بعض الدول مثل ألمانيا - عدم رغبة في إلغاء التشريعات الضريبية - سواء الصادرة على المستوى الفيدرالي أم على مستوى الولايات - لعدم دستورتها لأسباب تتعلق بانتهاك الحماية المتساوية أو المتكافئة^(٤). وفي هذا السياق، يُشار إلى أن المحكمة العليا الأمريكية قد قضت

(1) Marchessou, *The Principle of Equality in European Taxation*, op. cit., p 80.

(2) V Thuronyi, *Comparative Tax Law*, op. cit., p. 91. Although a more active phase may have commenced around 1995.

(3) ibid.

(4) LP Martinez, 'The Trouble with Taxes: Fairness, Tax Policy, and the

بأنه "في المجال الضريبي، ربما أكثر من المجالات الأخرى، يتمتع المشرع بأقصى درجة من الحرية في تحديد الطوائف"^(١). ولذلك، يتمتع الكونجرس بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الطوائف والتمييزات في التشريعات الضريبية. ويمكن تفسير ذلك بأن المحاكم الأمريكية تنظر إلى فرض الضرائب باعتباره موضوعاً ذا طابع سياسي واضح، بما يترتب على ذلك من أن ثمة اعتبارات أخرى - غير تلك المستمدة من المساواة - يجب أخذها في الحسبان. ولذلك، لا تبدي المحاكم الأمريكية - استعداداً لتطبيق المفهوم الواسع للمساواة على القوانين والإجراءات الضريبية^(٢).

وبإيجاز، يمكن القول - على الأقل بالنسبة للأنظمة القانونية محل الدراسة - إن مدى تمتع المشرع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بمبدأ المساواة يختلف اختلافاً بيناً بين الأنظمة القانونية محل الدراسة. فعلى الرغم من أن الحالات المتماثلة يجب معاملتها بطريقة متماثلة، فإنه توجد مقاربات مختلفة لتسويات أو مبررات المعاملة الضريبية المختلفة. وبالإضافة إلى ذلك، توجد حركة ديناميكية في كل

Constitution' (2004) 31 Hast CLQ 413, 428.

(1) V Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 69, quoting Madden v Kentucky 309 US 83, 88 (1940).

(2) ibid 70; Martinez (n 35 above) 430.

من الدول محل الدراسة. ونتيجة لذلك، يبدو من الصعب تحديد (أعلام حمراء مشتركة) تبين متى يكون هناك انتهاك لمبدأ المساواة، خلافاً للحقيقة المتفق عليها، عموماً، من أنه يجب على المشرع أن يسوغ المعاملة الضريبية المختلفة لدافعي الضرائب الذين يشغلون مراكز متماثلة لضمان اجتياز التشريعي الضريبي للرقابة الدستورية بنجاح.

ولذلك، يمكن القول إن النتائج التي يمكن استنباطها من التحليل - المحدود بصورة واضحة - السابق، للاستفادة منها في مجال قانون الاستثمار الدولي تبدو محدودة تماماً. وتفسير ذلك، أنه في الدول التي تدافع، بصراحة، عن مبدأ الحماية المتساوية في المسائل الضريبية، مثل ألمانيا، ينصب التركيز الأساس للرقابة الدستورية على التسوية الصحيح للمعاملة المختلفة. بينما - على الأقل في قضايا الاستثمار الدولي التي تتعامل مع المسائل الضريبية^(١). حالما تبين وجود معاملة تمييزية في مواجهة المستثمر الأجنبي، فإن أي لتسويات ممكنة يمكن تقديمها لا يكون لها أي قيمة أمام المحاكم.

وتثور العديد من الأسئلة في سياق عدم التمييز في قانون الاستثمار الدولي،

(١) سيتم تناول هذه القضايا لاحقاً.

لاسيما لدى تحديد ما إذا كان المستثمرون الأجانب والوطنيون واستثماراتهم في ظروف متماثلة.

وقبل النظر في القضايا التي كان على المحاكم أن تتعامل فيها مع انتهاكات مدعاة لمبدأ المعاملة المتساوية في المسائل الضريبية، يبدو مفيداً التذكير بأن مبدأ المساواة يأخذ، في قانون الاستثمار الدولي، مفهوم مبدأ عدم التمييز. ولذلك، فإن معيارا المعاملة الوطنية والدولة الأولى بالرعاية يشار إليهما في جوهر كل اتفاقيات الاستثمار^(١). ويمكن القول، بصفة عامة، إن هذين المبدأين ينطبقان،

-
- (1) However, as far as can be seen, claims of breaches of MFN clauses in connection with tax measures in recent years have been raised only rarely (eg in Occidental Exploration and Production Co (OEPC) v Republic of Ecuador UNCITRAL, LCIA Case No UN3467, Final Award, 1 July 2004, para 178) and without success. However, further back, in 1905, the Permanent Court of Arbitration in the Japanese House Tax case between Germany, France, and Great Britain, on one side, and Japan, on the other, invoked the MFN clause in the Treaty of Commerce and Navigation between Japan and Germany (see Award of the Tribunal, 22 May 1905, 11 UNRIAA 51). Thus, while MFN clauses in investment law have not yet featured prominently with regard to tax measures, those cases show that this part of the non-discrimination regime should not be completely disregarded in the future.

أيضاً، على المسائل الضريبية، ما لم يتم النص على استبعادهما صراحة في اتفاقية الاستثمار ذات الصلة. غير أنه بالنسبة للنص المتعلقة بالمعاملة الوطنية the national treatment، يظهر تناقض طبيعي بين قانون الاستثمار والقانون الضريبي. ويلاحظ أنه بالنسبة لأغلب الأنظمة الضريبية في العالم، لا تعتبر جنسية دافع الضريبة ذات صلة أو ذات أهمية بالنسبة للمجال الضريبي. ذلك، أو بالمكان الفعال (الرئيسي) للإدارة. ومع ذلك، يمكن، بالطبع، توقع تطبيق قانون ضريبي (معين) يستهدف، في الواقع فرض أعباء على المستثمرين الأجانب بدرجة تتجاوز تلك المفروضة على المستثمرين الوطنيين أو المستثمرين من (دولة ثالثة). وقد حدث هذا، بالفعل، في قضية Feldman v Mexico، حيث مالت أغلبية أعضاء المحكمة إلى تأييد ادعاءات المدعي أن المكسيك قد انتهكت الالتزام بمعيار المعاملة الوطنية النابع من المادة (١١٠٢) من اتفاقية NAFTA من خلال التطبيق الواقعي الصارم لنصوص القانون الضريبي العام، فقط، على المستثمرين الأجانب، والتسامح في تطبيق هذه النصوص على المتنافسين الوطنيين^(١). وفي هذا السياق، تجدر الإشارة إلى أحد الجوانب الجديرة بالملاحظة للعلاقة بين الاستثمار والقانون الضريبي الوطني. وقد أثر هذا

(1) Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States ICSID Case No ARB (AF)/99/1 (NAFTA), Award, 16 December 2002, para 187.

الجانب في الرأي الرفض أو المعارض - المصاحب لحكم التحكيم الصادر في قضية *Feldman v Mexico*. ويلقى هذا الرأي المعارض الضوء على مسألة أن تحديد المعاملة الضريبية للمستثمر الأجنبي - التي تكون أقل نفعاً له مقارنة بتلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني أو المستثمر من دولة ثالثة - يمكن أن تتصادم، بسهولة، مع الالتزام بكفالة السرية في المسائل الضريبية في ظل القانون الضريبي الوطني أو حتى في ظل القانون الدستوري^(١). ذلك، أنه قد يكون من المستحيل على محكمة التحكيم أن تفصل في المعاملة الضريبية الفعلية لأحد المستثمرين الوطنيين - الذي يكون في ظروف مماثلة - دون الاعتداء على خصوصيته الحالية. وفوق ذلك، ليس لمحكمة التحكيم اختصاص يسمح لها بالحصول على المعلومات التي تحتاج إليها، لكي يكون بمقدورها أن تحدد - بصورة يوثق فيها - المعاملة الضريبية الخاصة بمستثمرين غير المدعي نفسه.

ففي قضية *Occidental v Ecuador*، كان على محكمة التحكيم أن تتعامل مع ادعاء بوجود تمييز واقعي في مواجهة شركة للبترول مملوكة للولايات المتحدة الأمريكية مقارنة بالشركات الوطنية، وذلك فيما يتعلق باسترداد الضريبة

(1) Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States ICSID Case No ARB(AF)/99/1 (NAFTA), Dissenting Opinion, 3 December 2002, 17 ICSID Rev-FILJ 580, 588 (2002).

على القيمة المضافة VAT rebates. وفي بادئ الأمر تجادل أطراف النزاع بشأن مدى متطلب "الظروف المتماثلة" أو "المركز المتماثل" "like situation". وقد خلصت المحكمة، في نهاية الأمر، إلى وجود انتهاك لبند المعاملة الوطنية، ولكنها أسست هذه النتيجة - وهذا خلافاً لمحكمة Feldman - على تعريف موسع - وإن لم يكن بالضرورة مقنعاً، لمتطلب "المراكز المتماثلة".

وفي قضية ثالثة، تصدرت محكمة التحكيم لانتهاك مدعي لبند المعاملة الوطنية في سياق المسائل الضريبية. وقد خلصت المحكمة في هذه القضية - ADaV Mexico - إلى وجود انتهاك لهذا الالتزام بسبب فرض ضريبة بمعدل ٢٠% على شراب الذرة الذي تنتجه الشركات الأمريكية والتي تعد منافساً مباشراً لمنتجي السكر المكسيكي. والحقيقة أن هذا القرار لم يشكل مفاجأة كبيرة، لأن:

أولاً: كانت هيئة تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية قد قضت، بالفعل، بوجود انتهاك لبند المعاملة الوطنية في ظل اتفاقية GATT.

ثانياً: لقد كان من الواضح أن الضريبة المفروضة موجهة للصناعات الأجنبية، وتستهدف أغراضاً حمائية. ولذلك، قد يثور التساؤل لماذا اختارت المكسيك مثل هذا الطريق الواضح لغرض الضرائب على شركة ADM، على نحو

يدفعها للخروج من الدولة.

من الواضح أن القضايا السابقة تبين أن المسائل المتعلقة بالمعاملة الضريبية التمييزية أو المختلفة تكتسب أهمية كبيرة سواء في قانون الاستثمار الدولي أم في أنظمة القانون الدستوري في معظم الدول. حيث يتفق كلا النظامين على فهم مشترك مؤداه أن الحالات المتماثلة يجب معاملتها بطريقة متماثلة. ومع ذلك، يلاحظ أن العديد من أنظمة القانون الدستوري قد توصلت إلى مقاربات أكثر تطوراً في تعاملها مع التسويغات الممكنة للمعاملة غير المتساوية. وحتى الوقت الحاضر، لم تكتسب مقاربات أنظمة القانون الدستوري المذكورة سوى أهمية محدودة لدى تحديد ما إذا كان يوجد تمييز في مواجهة المستثمرين الأجانب في المسائل الضريبية في ظل قانون الاستثمار الدولي.

المطلب الثالث

التغيرات في التشريع الضريبي

Changes in Tax Legislation

يجب الأخذ في الاعتبار، بصفة عامة، أنه بدلاً من انتهاك بند المعاملة الوطنية من خلال معاملة المستثمرين الأجانب بطريقة أقل نفعاً لهم مقارنة بالمستثمرين الوطنيين، فإن الضرائب - بسبب طبيعتها الذاتية - يمكن أن تقدم

بديلاً أو إجراء أكثر خفاءً لطرد الاستثمارات الأجنبية خارج الدولة. وهذه الطرق البديلة يمكن التعامل معها من خلال معايير الاستثمار الأخرى مثل المعاملة العادلة والمنصفة أو حظر نزع الملكية المباشر دون تعويض. وسنحاول، فيما يلي، إلقاء نظرة عن قرب لهذه الطرق البديلة التي يمكن أن يختارها المشرع الضريبي، والتي يمكن أن تؤثر، بقوة على استثمارات المستثمرين الأجانب في الدول المضيفة.

- **فمن ناحية أولى**، قد تقوم الدولة المضيفة بتغيير تشريعها الضريبي على نحو يلحق الضرر بالمستثمر الأجنبي بعد قيامه باستثماراته. وتوجد في العديد من الأنظمة القانونية قيود دستورية على مثل هذه التغييرات الضارة بالمستثمرين الأجانب. وبالإضافة إلى ذلك، يمكن أن يقدم معيار المعاملة العادلة والمنصفة، في ظل القانون الدولي للاستثمار، أداة للمستثمر تمكنه من التعامل مع هذا النوع من سلوك الدولة المضيفة.

- **ومن ناحية ثانية**، تعد الضرائب المفرطة أحد أكثر المخاطر قسوة - سواء بالنسبة للمستثمرين الأجانب أم المواطنين - التي يمكن أن تجعل الاستثمارات لا قيمة لها من الناحية الاقتصادية.

لكل ما سبق، يلاحظ أن معظم الأنظمة الدستورية الوطنية - وكذلك قانون

الاستثمار الدولي - تفرض قيودًا على سلطة الحكومة في فرض الضرائب.

الفرع الأول

التغييرات الرجعية والمستقبلية من وجهة النظر الدستورية

Retroactive and future changes from a constitutional law point of view

بالإضافة إلى معاملة الخاضعين للضريبة- الذين يشغلون مراكز متماثلة بطريقة متخلفة، يوجد، أيضاً، جانب آخر للتشريع الضريبي في الدولة المضيفة يمكن أن يكون مشكلاً من منظور الحقوق الممنوحة للمستثمرين في ظل اتفاقيات الاستثمار، ويتمثل هذا الجانب في التغييرات التي يتم إدخالها على التشريع الضريبي. وكما سيبين، فيما يلي، فإن التغييرات المستقبلية future changes التي تمثل خروجاً سافراً عن المبادئ الأساسية يمكن أن تثير من المشكلات مثل تلك الناجمة عن التغييرات التي تطبق بأثر رجعي. ففي كلتا الحالتين، يجب أن تكون الدولة المضيفة على وعي كامل بالتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي التي تحظى بحماية معايير معاملة المستثمر، لاسيما المعاملة العادلة والمنصفة، المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية وغيرها من اتفاقيات حماية الاستثمار. ويمكن أن يفيد التحليل المقارن للأنظمة القانونية الدستورية الوطنية في توضيح الالتزامات القانونية الدولية للدول المضيفة في هذا الخصوص.

ففي ألمانيا، لا يمكن إثارة التوقعات المشروعة المحمية قانوناً لدافع الضرائب إلا في مواجهة القوانين الضريبية التي يُحتمل مساسها باستثمارات دافع الضرائب. ونتيجة لذلك، فإن القواعد المتعلقة بنطاق الضريبة tax scale - في مقابل القواعد التي تحدد الوعاء الضريبي the tax base - لا تعتبر أساساً ملائمة للدعاوي التي تثير إحباط التوقعات، وذلك لأن أسعار الضريبة tax rate تعد، بطبيعتها، مرنة^(١). ومع ذلك، يوجد حظر للرجعية من حيث المبدأ، يستند على مبدأ حكم القانون المنصوص عليه في الفقرة (٣) من المادة (٢٠) من القانون الأساس (الدستور) الألماني^(٢).

وتجد الإشارة إلى أن مبدأ حظر الرجعية للأغراض الضريبية ينتج من مبدأين رئيسيين متفرعين من مبدأ حكم القانون هما: مبدأ الأمن القانوني، ومبدأ التوقعات المشروعة. ويلاحظ أن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية قد طورت قضاءً ثرياً لحماية ثقة دافعي الضرائب في التشريع الضريبي الساري. حيث تميز المحكمة بين الرجعية الحقيقية [echte] actual retroactivity

(1) J Englisch and B Plum, 'Schutz des Vertrauens auf Steuergesetze, Finanzrechtsprechung und Regelungen der Finanzverwaltung', *StuW* 2004, 342, 351.

(2) V. Thuronyi, *Comparative Tax Law*, op. cit., p. 79.

والرجعية [Rückwirkung, Rückbewirkung von Rechtsfolgen] الواقعية [de facto retroactivity (unechte Rückwirkung, tatbestandliche Rückanknüpfung)^(١)]. ووفقاً لهذا التمييز، فإن تعديل القوانين على نحو يسفر عن تغيير يطبق بأثر رجعي للضرائب التي كانت قد حددت بالفعل، على نحو ضار بدافعي الضرائب، يعد محظوراً بصفة عامة، باعتباره رجعية حقيقية، ومثل هذا التعديل لا يمكن أن يكون مسوغاً إلا في ظل ظروف استثنائية^(٢). وفي المقابل، فإن الرجعية الواقعية للقوانين الضريبية، أي إعادة تحديد النتائج الضريبية للظروف الضريبية لدافعي الضرائب- التي لم تتحقق بعد بصورة كاملة ولم تتحدد- تعد بصفة عامة مسموحاً بها من المنظور الدستوري^(٣)، ومن ثم تتيح للمشرع درجة عالية من المرونة في التصرف. ومن بين المبررات التي استندت عليها المحكمة في قبولها للرجعية الواقعية للتشريع الضريبي في حالات معينة^(٤): عندما يمكن أن تعتبر نتائج الرجعية تافهة، وجود

(1) ibid 79 et seq; Papier (n 18 above) 977 (with further references); K Tipke, Die Steuerrechtsordnung (2nd edn, 2000) Vol I, 150.

(2) eg in cases where the proper functioning of the state is at risk because of an enormous budget deficit; Tipke (n 45 above) 150.

(3) ibid 152; Papier (n 18 above) 976.

(4) V. Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 80.

موقف تشريعي غير واضح أو متناقض قبل سن التشريع ذي الصلة، تطبيق القانون الرجعي لتصحيح قاعدة قانونية مشوبة بعيب دستوري (من ذلك، على سبيل المثال، مبدأ المساواة)، التطبيق الرجعي استناداً إلى "المتطلبات الملحة للمصلحة العامة".

ومع ذلك، يجب، دائماً، تذكر أن مبدأ التوقعات المشروعة يعد أحد المبادئ الأساسية للقانون الدستوري الألماني. ولذلك، يُلاحظ أن التشريع الضريبي - الذي ينطوي على عنصر رجعي - يكون، دائماً، محلاً لرقابة مشددة من المنظور الدستوري، لاسيما فيما يتعلق بمتطلبات التناسب.

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة الدستورية بأن "نشر المقترحات التشريعية (والإخطار) العام بشأن الإعداد للقواعد القانونية الجديدة من خلال هيئات سن القانون لا يقوض (قيمة) حماية الثقة في الموقف القانوني الساري"^(١).

وقد تبنت المحكمة الفيدرالية السويسرية مقاربة مشابهة لتلك المتبناة في ألمانيا بشأن القوانين الضريبية الرجعية. ففي حكم لهذه - ألغت فيه قراراً صادراً عن المحكمة الضريبية في منطقة Nidwalden - قضت بأن التشريع الضريبي

(1) BVerfG, 2 BvL 2/83, 14 May 1986, BVerfGE 72, 200, 261.

الرجعي ليس مسموحًا به إلا إذا تم استيفاء متطلبات معينة مسبقًا: حيث يجب النص، صراحة، على الأثر الرجعي من جانب الهيئة التشريعية المتبنية للتشريع الضريبي، ويجب ألا يُرد الأثر الرجعي إلى تاريخ بعيد في ظل الظروف الماثلة، يجب ألا يقود التشريع الضريبي ذو الأثر الرجعي إلى معاملة غير متساوية غير مسوغة، يجب أن يكون للأثر الرجعي مبرر كاف، يجب ألا يتضمن التشريعي الرجعي أساسًا بالحقوق المستقرة^(١). وفي القضية الماثلة، كان على المحكمة أن تتعامل مع مجموعة من الورثة الذين قدم لهم - على سبيل الهبة - مبلغ كبير من الأوراق المالية قبل أربع سنوات تقريبًا من وفاة الواهب. وطبقًا للقانون الضريبي الساري في منطقة Nidwalden في وقت التبرع، فإن التبرع لا يخضع لأي ضريبة، إذا كان قد مر أكثر من سنتين بين التبرع ووفاء المتبرع. ومع ذلك، ثم - بعد ثلاث سنوات من التبرع، وقبل شهرين من وفاة المتبرع - مد المدة، اللزم مرورها للتمتع بالإلغاء من دفع الضريبة، إلى خمس سنوات. ولذلك، أرادت السلطات الضريبية، في منطقة Nidwalden، تطبيق هذه القواعد الجديدة على التبرع محل النزاع، ومن طلبت المدفوعات الضريبية المستحقة - وفقًا للقواعد الجديدة - من مجموعة الورثة المشار إليهم. غير أن

(1) BGE 101 I a 82 (4 June 1975); cf V. Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 79, note 74.

المحكمة الفيدرالية السويسرية انحازت لوجهة نظر المدعين في هذه القضية، معتبرة أن الإعفاء الضريبي، بعد انقضاء أكثر من سنتين، حقاً مستقراً في ظل التشريع السابق. ومن ثم، خلصت المحكمة إلى أن التغيير ذا الأثر الرجعي، في هذه القضية، يشكل انتهاكاً لدستور منطقة Nidwalden^(١).

وفي تناقض حاد مع المقاربة الألمانية، تبدي المحاكم الأمريكية عزوفاً عن التعامل مع التشريعات الضريبية التي تطبق بأثر رجعي^(٢). ذلك، أن هذه المحاكم تعتبر - كما سبق بيان ذلك في سياق الحديث عن حماية المعاملة المتساوية - فرض الضرائب موضوعاً سياسياً بحسب الأصل، ومن ثم تسمح للمشروع بهامش واسع من السلطة التقديرية لاتخاذ القرارات ذات الصلة بالمجال الضريبي:

"إن الضرائب ليست عقوبة تُفرض على دافع الضريبة، ولا مسئولية يتحملها بواسطة عقد. ولكنها لا تعدو أن تكون طريقة لتوزيع تكلفة إدارة أو تسيير الحكومة -

(1) See the full argument under http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_101_1975/BGE_101_IA_82.html.

(2) JR Repetti, 'The United States' in HJ Ault and BJ Arnold (eds), Comparative Income Taxation (2004) 138.

بطريقة متناسبة- بين هؤلاء الذين يحظون بميزة التمتع بمنافعها، ويجب أن يتحملوا أعباءها. ولما كان لا يوجد مواطن يتمتع بحصانة من تحمل هذا العبء، فإن فرضه، بأثر رجعي، لا ينطوي على انتهاك للوسائل القانونية السليمة، ومن ثم، لا يكفي للطعن على الضريبة الحالية الإشارة إلى أن الواقعة الخاضعة للضريبة والدخل المتلقي يرجعان إلى تاريخ سابق على التشريع"^(١).

وبناءً على ما سبق، قضت المحكمة العليا بأن التشريع الضريبي الرجعي لا يشكل انتهاكاً لبند الوسائل الموضوعية السليمة قانوناً the substantive due process provision- الوارد في التعديل الخامس- إذا كان هذا التشريع "يرتبط، بصورة معقولة، بغرض تشريع مشروع"^(٢). ويلاحظ أن هذا الاختبار-

(1) "Taxation is neither a penalty imposed on the taxpayer nor a liability which he assumes by contract. It is but a way of apportioning the cost of government among those who in some measure are privileged to enjoy its benefits and must bear its burdens. Since no citizen enjoys immunity from that burden, its retroactive imposition does not necessarily infringe due process, and to challenge the present tax it is not enough to point out that the taxable event, the receipt of income, antedated the statute. ", Welch v Henry 305 US, 146-7, see G Vorwold, 'Die Rückwirkung von Steuergesetzen im amerikanischen Verfassungsrecht', StuW 2004, 372, 375.

(2) US v Carlton 512 US 26, 35 (1994); cf V. Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 78; Vorwold (n 53 above) 373.

القائم على أساس معقول - هو أقرب لأن يكون معياراً منخفضاً تطبقه المحاكم. ووفقاً لهذا المعيار، فإن التشريع الضريبي الرجعي - على الأقل بالنسبة للفترات المحدودة - لن يعتبر غير دستوري إلا إذا كانت طبيعة الضريبة والظروف التي فرضت فيها قاسية جداً وعدوانية إلى درجة تمثل اعتداء على التقيد الدستوري^(١). وتبعاً لهذا المنطق، سمحت المحكمة، على سبيل المثال، بزيادة معدل الضريبة tax rate بالنسبة لذات فترة التقدير التي تم فيها تبني التشريع^(٢). وفي أحد الأمثلة النادرة^(٣)، التي قامت فيها المحكمة بإلغاء تشريع ضريبي رجعي استناداً إلى ضمانات الوسائل السليمة قانوناً، لم تسمح المحكمة بالتطبيق الرجعي لتعديل - على قانون (إحدى) الولايات - غير معاملة (نقل) a transfer بعد اثني عشر سنة من حدوثه، لأن هذا التطبيق كان "تحكيمياً، ويرقى إلى مرتبة

(1) JR Repetti, 'The United States', op. cit., 138, quoting Welch v Henry 305 US 134, 147 (1948); see also LP Martinez, 'The Trouble with Taxes: Fairness, Tax Policy, and the Constitution', op. cit., p. 436.

(2) JR Repetti, 'The United States', op. cit., p. 138.

(3) See EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', CRS Report for Congress, 25 March 2009, 5 <http://taxprof.typepad.com/files/crs-report-327.pdf>.

المصادرة^(١). ومع ذلك، فقد تم تبني تعديلات بأثر رجعي لمعدلات الضريبة tax rates في الولايات المتحدة الأمريكية لعقود عدة دون مواجهة أي تخوف دستوري من جانب المحكمة العليا.

وبالإضافة إلى ما سبق، شهدت الولايات المتحدة الأمريكية لتعديلات عدة للوعاء الضريبي دون اعتراض من جانب المحاكم، مثل القواعد النهائية التي تبنتها مصلحة الإيرادات الداخلية في عام ١٩٩٣^(٢). حيث غيرت مصلحة الإيرادات الداخلية قواعدها الحاكمة. ومن ثم، فقد طبقت هذه القواعد الجديدة بأثر رجعي يطال الأعوام الضريبية بدءاً من عام ١٩٨٤، ولذلك كان على الشركات أن تعيد إعداد ملفاتها بالنسبة لعشر سنوات مضت. وهكذا، أيدت محكمة الاستئناف الأمريكية (الدائرة الثالثة) القاعدة السابقة باعتبارها داخلة في سلطة مصلحة الإيرادات الداخلية، لأن الفقرة (ط) من المادة (٧٨٠٥) من تقنين الإيرادات الداخلي تنص على أن: "لوزير أن يحدد إلى أي مدى - إذا وجد - تطبق أي قاعدة أو تنظيم - مرتبط بقوانين الإيرادات الداخلية - دون أثر رجعي" -

(1) Nichols v Coolidge 274 US 531, 542-3 (1927).

(2) DE Troy, 'Retroactive Tax Increase and the Constitution', Heritage Lectures, No 613, 15 May 1998, available at http://www.heritage.org/research/taxes/upload/19697_1.pdf.

وقد خلصت المحكمة من ذلك، إلى أن الكونجرس قد، قرر بصورة واضحة، أن القواعد المتعلقة بالخرانة يفترض تطبيقها بأثر رجعي^(١). وعلى الرغم من أن هذه القضية ليست مثلاً على نشاط تشريعي، ولكنها تخص بالأحرى الأنشطة الإدارية، ولم تتعامل معها المحكمة العليا، فإنها تظهر، بوضوح المستوى المنخفض للحماية في مواجهة التطبيق الرجعي للقواعد الضريبية في الولايات المتحدة الأمريكية.

وتتبنى بعض الدول - مثل إيطاليا وأسبانيا - موقفاً وسطاً. ذلك، أنه إذا كانت توجد، من حيث المبدأ، حماية دستورية في مواجهة التشريع الضريبي الرجعي (غير الملائم)، فإن الممارسة العملية تكشف عن السماح بدرجة لا بأس بها من السلطة التقديرية في هذا الخصوص^(٢).

ولذلك، يلاحظ أن المحكمة الدستورية الأسبانية على سبيل المثال - شأنها في ذلك شأن المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية - تقيم تمييزاً بين درجتين من درجات الرجعية. ومع ذلك، يمكن القول إن المحكمة الدستورية الأسبانية تتبنى

(1) Tate & Lyle Inc and Subsidiaries v Commissioner of Internal Revenue Service 87 F 3d 99 (3rd Cir 1996), para 44.

(2) V. Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 81.

مقاربة مرنة، حيث قضت بأن دستورية القانون الرجعي يجب البت فيها تبعاً لظروف كل حالة على حدى، مع الأخذ في الاعتبار درجة الرجعية والتسويات الممكنة^(١). ويظهر المجلس الدستوري الفرنسي تسامحاً ملحوظاً في هذا الخصوص، حيث قضى المجلس بأن القوانين يمكن أن تتطوي على أثر رجعي، مادام أن هذه القوانين لا تتطوي على مساس ببعض الحالات المحددة مثل تلك التي يكون قد صدر فيها حكم من محكمة^(٢).

وباختصار، يمكن القول إن القانون الدستوري يختلف - فيما يتعلق بالتشريع الضريبي الرجعي - اختلافاً كبيراً. ومع ذلك، فإن تغييرات التشريع الضريبي تبدو بالغة الأهمية من وجهة نظر قانون الاستثمار.

ففي قضية *Occidental v Ecuador*، كان على المدعي - من بين أشياء الأخرى - أن يعيد مدفوعات الضريبة على القيمة المضافة VAT التي تم استلامها بالفعل. حيث ادعت شركة Occidental أن سحب القرارات السارية من قبل، والتي اعتمدت عليها الشركة بطريقة مشروعة، يعني أن الإكوادور قد

(1) *ibid.*, p. 80.

(2) *ibid.*, p. 77.

انتهكت التزامها بكفالة معيار المعاملة العادلة والمنصفة^(١).

وقد وافقت المحكمة على هذا الادعاء بقولها: "لقد تعدل القانون الضريبي دون تقديم أي إيضاح بشأن معناه ونطاقه، كما أن الممارسات والقرارات اللائحية لم تكن، أيضاً، متسقة مع هذه التغييرات"^(٢). ولذلك، لم يُوجه النقد، فقط، إلى المشرع الضريبي بسبب مسلكه غير المتسق، ولكن، أيضاً، إلى الإدارة الضريبية. ومع ذلك، يُلاحظ أنه لم يكن الأثر الرجعي، في ذاته، الذي استند عليه في وجود انتهاك لحقوق المستثمر، ولكن، بالأحرى، الطريقة التي تم بها التغيير. وتفسير ذلك، أن المحكمة فسرت معيار المعاملة العادلة والمنصفة تفسيراً واسعاً بحيث يشمل استقرار التخطيط *planning stability*، وتجلى ذلك واضحاً من خلال اقتباس الفقرة ذات الصلة من الحكم الصادر في قضية Tecmed:

"يتوقع المستثمر الأجنبي من الدولة المضيفة أن تعمل بطريقة متسقة، خالية

(1) Occidental Exploration and Production Co (OPEC) v Republic of Ecuador UNCITRAL, LCIA Case No UN3467, Final Award, 1 July 2004, para 181)

(2) "The tax law was changed without providing any clarity about its meaning and extent and the practice and regulations were also inconsistent with such changes", *ibid* para 184.

من الغموض، ومتسمة بالشفافية الكاملة في علاقاتها مع المستثمر الأجنبي، حتى يكون بمقدوره أن يعرف، مسبقاً، كل القواعد واللوائح التي ستحكم استثماراته، ليكون قادراً على تخطيط استثماره والامتنال لمثل هذه القواعد...^{(١)(٢)}.

(١) يُلاحظ أن محكمة التحكيم قد قدمت، في قضية Tecmed v. Mexico تقريراً- هو الأبعد مدى حتى الوقت الحاضر- لمفهوم التوقعات المشروعة: "... إن هذا النص الوارد في الاتفاقية يتطلب من الأطراف المتعاقدة- في ضوء مبدأ حسن النية الراسخ في القانون الدولي- أن تقدم للاستثمارات الدولية معاملة لا تؤثر على التوقعات الأساسية التي أخذها المستثمر الأجنبي في اعتباره حال قيامه باستثماراته. ذلك، أن المستثمر الأجنبي يتوقع من الدولة المضيفة أن تعمل بطريقة متسقة، وخالية من الغموض، ومتسمة بالشفافية بصورة كاملة، في علاقاتها (مع المستثمر الأجنبي)، وذلك حتى يكون بمقدور هذا المستثمر أن يعرف مسبقاً كل القواعد واللوائح التي ستحكم استثماراته، وكذلك أيضاً أهداف السياسات ذات الصلة، والممارسات الإدارية والتوجيهات، حتى يكون قادراً على تخطيط استثماراته، والامتنال لمثل هذه القواعد واللوائح. وأي من- وكل- أنشطة الدولة التي تتطابق مع مثل هذه المعايير، يجب أن (ترتبط) ليس فقط بالمعايير الإرشادية، والتوجيهات أو المتطلبات الصادرة، أو القرارات المتخذة في ظلها، ولكن أيضاً بأهداف هذه القواعد. ويتوقع المستثمر الأجنبي أيضاً، من الدولة المضيفة، أن تعمل بطريقة متسقة، أي دون أن تعمد، بطريقة تعسفية، إلى إلغاء القرارات الموجودة سلفاً أو التراخيص التي أصدرتها الدولة- والتي اعتمد عليها المستثمر الأجنبي في (تقديم) التزاماته وكذلك التخطيط والشروع في أنشطة الأعمال والأنشطة التجارية. كما يتوقع المستثمر، أيضاً، من الدولة المضيفة، أن تستخدم الأدوات القانونية التي تحكم أنشطة المستثمر أو الاستثمار على نحو يتطابق مع الوظيفة المحددة، عادة، لمثل هذه الأدوات، وألا تحرم المستثمر من استثماره دون التعويض المطلوب".

(2) "The foreign investor expects the host state to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments...to be able to plan its investment and comply with such regulations...", ibid para

وهكذا، يبدو واضحاً أنه بينما يمكن أن تفسح التغييرات الرجعية في القوانين الضريبية المجال لدعاوى بوجود انتهاكات لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة في قانون الاستثمار الدولي، فما يبدو أكثر أهمية هو الآثار التي يمكن أن تخلفها التغييرات التشريعية على المعاملة المستقبلية للمستثمر استثماره. ذلك، أن استقرار التخطيط، في وقت إجراء الاستثمار - أي استقرار البيئة القانونية أثناء فترة الاستثمار - يعد مطلباً مسبقاً لهما لكل قرار استثماري، ويحدد، في ذات الوقت، التوقعات التي يمكن أن تتولد، بصورة مشروعة، لدى المستثمر فيما يتصل بالمعاملة التي ستلقاها استثماراته في المستقبل. وسنتناول هذا الجانب بشيء من التفصيل فيما يلي:

185, quoting Tecmed v Mexico ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Final Award, 29 May 2003, para 154.

الفرع الثاني

أهمية استقرار التخطيط بالنسبة

للتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي

بينما تعد متطلبات الاتساق Consistency، عدم الغموض lack of ambiguity، الشفافية جزءاً لا يتجزأ من معيار حكم القانون في الأنظمة القانونية الكبرى ذات التقاليد الليبرالية، فإن الاعتماد الواسع على استقرار التخطيط، من جانب المستثمر الأجنبي، فيما يتعلق بالبيئة القانونية التي يقوم فيها باستثماراته يذهب أبعد مما يمكن توقعه من النظم الدستورية الوطنية. ففي ألمانيا على سبيل المثال، يجب أن تأتي التغييرات المستقبلية على القوانين الضريبية متوافقة مع المبادئ الدستورية "للتأغم أو الاتساق المنهجي" Systemgerechtigkeit، الاتساق Folgerichtigkeit، الشفافية^(١). وفي إطار

(1) H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel —verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', op. cit., p. 978; S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers—einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', Steuer und Wirtschaft, op. cit., p. 213.

هذه الحدود، يكون المشرع الضريبي حراً، من الناحية النظرية، في تغيير القوانين الضريبية، حتى ولو كان ذلك على نحو يمس المستثمر الأجنبي سلباً. ومع ذلك، يبدو أن هناك اتجاهاً ظهر حديثاً يشدد على المتطلب الدستوري للاستمرارية continuity. ويمكن أن يُنظر إلى هذا المتطلب، أيضاً، باعتباره متفرعاً عن مبدأ حكم القانون، ومن ثم يشكل جزءاً لا يتجزأ من حماية الثقة protection of confidence^(١). والحقيقة أن هذا المتطلب يسمح بالتغيير، ولكنه يتطلب أن يتم هذا التغيير بطريقة ملائمة gentle and considerate^(٢).

ويبدو الموقف في الدول الأخرى - فيما يتعلق بدور استقرار التخطيط - غير واضح إلى حد ما^(٣). ويبدو وجود تأمين متزايد، في قانون الاستثمار الدولي، لوجهة النظر التي تعتبر القانون الساري، وقت القيام بالاستثمارات، خط

(1) J Englisch and B Plum, 'Schutz des Vertrauens auf Steuergesetze, Finanzrechtsprechung und Regelungen der Finanzverwaltung', op. cit., 343.

(2) Ibid. 343.

(3) For an analysis of legitimate expectations with regard to changed rulings and interpretations by the tax administration in France, see H Hahn, 'Vertrauensschutz im französischen Steuerrecht', Internationales Steuerrecht (IStR) 2003, 593-7.

الأساس أو نقطة الانطلاق بالنسبة للتوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي^{(١)(٢)}. ومن ثم فإن التغييرات المستقبلية للقانون - التي تمثل انحرافاً كبيراً عن خط الأساس المشار إليه آنفاً^(٣)، يمكن أن تخضع، بسهولة لرقابة محاكم الاستثمار الدولي. ومع ذلك، فإن الحكومات - حتى تكون قادرة على المنافسة في الأسواق العالمية - تعترف بأن قوانينها الضريبية يجب أن تكون قابلة للتوقع predictable ومستقرة stable، حتى يكون بمقدور دافعي الضرائب الانخراط في تخطيط ضريبي قانوني وملئم^(٤).

(1) R Dolzer, 'Grenzen nationaler Steuerhoheit im völkerrechtlichen Investitionsschutz' in K Grupp and U Hufeld (eds), Recht—Kultur—Finanzen, Festschrift für Reinhard Mußnug (2005) 289, 293; C McLachlan et al, International Investment Law (2007), p. 236.

(٢) لمزيد من التفصيل حول حماية التوقعات المشروعة للمستثمرين الأجانب، انظر للمؤلف: التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية: 'دراسة مقارنة'، مجلة روح القوانين التي تصدر عن كلية الحقوق - جامعة طنطا، أبريل، ٢٠١١.

(3) With regard to Germany one might think of the introduction of the so-called 'Zinsschranke' in 2008, which limits the deductibility of certain expenses from the tax base. This change in the tax law is in severe conflict with basic principles of the German tax system, especially the objective net principle. See R Happ, 'Beilegung von Steuerstreitigkeiten zwischen Investoren und ausländischen Staaten durch Schiedsgerichte', IStR 2006, 649, 652.

(4) See H Ordower, 'Restricting the Legislative Power to Tax:

بيد أنه، ليس بمقدور المستثمر الافتراض بأن البيئة القانونية لن تتغير أثناء قيامه باستثماراته^(١). وقد أشارت إلى هذا المعنى محكمة التحكيم في قضية Saluka BV v Czech Republic، وذلك بقولها:

"ليس بمقدور أي مستثمر أن يتوقع، بصورة معقولة، أن الظروف السائدة وقت قيامه باستثماراته ستبقى بدون أي تغيير على الإطلاق. ولتحديد ما إذا كان إحباط توقعات المستثمر الأجنبي مسوغاً ومعقولاً، فإنه يجب الأخذ في الاعتبار، أيضاً، الحق المشروع للدولة المضيفة في أن تنظم المسائل الوطنية على نحو يخدم المصلحة العامة"^(٢).

Intersections of Taxation and Constitutional Law' (December 2007)
13 Electronic Journal of Comparative Law 15.

- (1) This, however, is different in contract cases based on a so-called stability clause in a respective investment contract.
- (2) "No investor may reasonably expect that the circumstances prevailing at the time the investment is made remain totally unchanged. In order to determine whether frustration of the foreign investor's expectations was justified and reasonable, the host state's legitimate right subsequently to regulate domestic matters in the public interest must be taken into consideration as well.", Saluka BV v Czech Republic Partial Award, 17 March 2006, para 305; see also Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil SA v Republic of Ecuador ICSID Case No ARB/04/19, Award, 18 August 2008, paras 339 et seq;

ولذلك، يوجد، في إطار قانون الاستثمار الدولي، مجال للمشرع الضريبي الوطني لكي يوازن سيادته واعتبارات المصلحة العامة في مواجهة التوقعات المشروعة للمستثمر الأجنبي في ضوء التغيرات في القوانين الضريبية واستقرار النظام الضريبي ككل. وما هو محل للتساؤل، في ظل قانون الاستثمار الدولي، ليس، بالدرجة الأولى، حقيقة أن القانون الضريبي قد تغير، ولكن، بالأحرى، الطريقة التي تم بها التغيير. وفوق ذلك، فإن الاعتراف بالحالة القانونية السائدة وقت القيام بالاستثمار كنقطة انطلاق بالنسبة لكل تغيير مستقبلي يتطلب من المستثمر الأجنبي ذاته أن يكون على وعي كامل بكل حقوقه وواجباته في ظل القانون ذي الصلة. وإلا، فإن توقعاته فيما يتعلق بالتغييرات القانون الضريبي لن تعد مشروعة، ولن يكون ممكناً حمايتها في ظل قانون الاستثمارات. وهذا الالتزام الخاص بأن يكون المستثمر الأجنبي على علم بكل الجوانب القانونية المتعلقة باستثماراته يمكن التعبير عنه في كلمتين: إخطار المستثمر "Caveat Investor"^(١).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan ICSID Case No ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para 179.

- (1) LY Fortier and SL Drymer, 'Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know it when I see it, or Caveat Investor'

ونظرًا لأن الحماية الدستورية أو غيرها من أوجه الحماية للتوقعات المشروعة للمستثمر لا يُنص عليها، صراحة، في العديد من الأنظمة القانونية، فإن المستثمرين يطالبون بمزيد من الوسائل لتعويض هذا النقص أو العيب المنهجي قبل أن يتخذوا قرارًا بالاستثمار في دولة معينة. ولذلك، يدخل المستثمرون، في الغالب، في اتفاق، مع الدولة المضيفة، يتضمن بندًا للاستقرار. ويتم، بموجب هذا الاتفاق أو العقد "بحمد" قانون الدولة المضيفة لفترة زمنية ممتدة. وتوجه مثل هذه البنود - التي تستهدف تحقيق الاستقرار - إلى مجالات محددة، مثل المجال الضريبي. وتمثل بنود تحقيق الاستقرار هذه ظاهرة واسعة الانتشار، لاسيما في مجالات اكتشاف البترول وعقود الإنتاج، حيث لا يستهلك الاستثمار، في العديد من الحالات، من الناحية الاقتصادية، إلا بعد عقود، وبالإضافة إلى ذلك، يكون مصحوبًا بنفقات ماضية لا يمكن استرجاعها. ومن الواضح أن مثل هذه البنود تستهدف "التوصل إلى توافق بين امتيازات السيادة للدولة ذات الصلة، والسعي المشروع للطرف الخاص لاستقرار الوضع أو الحالة المتسقة مع التقييم السليم للأعمال"^(١).

(2004) 19 ICSID Rev-FILJ 293,

(1) See E Paasivirta, 'Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty' (1989) 16 BYBIL 315, 323.

وتثور الشكوك - من منظور النظرية الدستورية - بشأن ما إذا كان من الممكن أن يحقق "بنود الاستقرار العقدي" Stabilization clauses أثر كبح أو تقييد السيادة التشريعية، فيما يتعلق بالضرائب، لفترة طويلة من الزمن^(١). ولذلك، ثمة من يذهب من الكتاب إلى أن "بنود تحقيق الاستقرار" غير قادرة، على الأقل من وجهة النظر الدستورية، على تحقيق الهدف الذي قصد بها تحقيقه. ويمكن القول إن نظرية تدويل عقود الدولة internationalization of state contracts قد حاولت التغلب على هذه الإشكالية^(٢). وفوق ذلك، من المسلم به أنه على الرغم من أن "بند تحقيق الاستقرار" قد لا يعوق المشرع الوطني عن تغيير القانون، فإن أي انتهاك لمثل هذا البند يؤدي إلى إقامة المسؤولية المالية للدولة^(٣). ومع ذلك، فإن مثل هذا الموقف يمكن أن يتعارض مع مبدأ السيادة

(1) M Sornarajah, The International Law on Foreign Investment (2004) 407 et seq.

(2) ibid 408.

(3) Government of the State of Kuwait v American Independent Oil Co (AMINOIL) Final Award, 24 March 1982, 21 ILM 976 et seq (1982); E Paasivirta, Participation of States in International Contracts (1990) 170; N Rawding, 'Protecting Investments under State Contracts: Some Legal and Ethical Issues' (1995) 11 Arb Int 341; TW Wälde and GK N'Di, 'Stabilizing International Investment Commitments: International Law Versus Contract Interpretation' (1996) 31 Tex ILJ

المستمرة على الموارد الطبيعية^(١). وما زال هذا المبدأ يحظى بتكريس مهم، من ذلك، على سبيل المثال، أن المبدأ يُنص عليه، صراحة، في الفقرة الثالثة من المادة (١٨) من المعاهدة الأوروبية EC التي تقرر أن الدول تحتفظ بالحق في فرض الضرائب على الكشف عنه وتنمية مصادرة من الطاقة.

وعلى الرغم من أن بعض المشكلات النظرية مازالت تجد حلاً لها، فإن بنود تحقيق الاستقرار الضريبي "ما زالت تحظى بأهمية كبيرة، لاسيما في قطاع الطاقة، كما تشير إلى ذلك أحد أحكام التحكيم الصادرة في ظل ICSID^(٢). ففي قضية *Duke Energy v Peru*، خلصت المحكمة إلى أن بيرو مسئولة عن دفع (١٨) مليون دولار أمريكي نتيجة انتهاك إحدى ضمانات تحقيق الاستقرار الضريبي المتضمنة في اتفاق للاستقرار القانوني بين الأطراف. وتكتسب هذه القضية أهمية خاصة، بالنظر إلى مناقشة المحكمة لمدى ضمانات الاستقرار الضريبي المتاحة للمستثمرين الأجانب. وقد انتهت المحكمة إلى أن بند الاستقرار الضريبي - على الأقل في القضية الماثلة - كان واسعاً إلى حد كبير. حيث كانت

215, 247.

(1) M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 410.

(2) *Duke Energy International Peru Investments No 1 Ltd v Peru ICSID Case No ARB/03/28, Final Award, 25 July 2008.*

مقدمة قانون الاستثمار الأجنبي ذي الصلة تضمن للمستثمرين الأجانب "استمرارية القواعد السارية". ووفقاً للمحكمة، فإن استمرارية القواعد السارية تشمل ليس فقط تغيير القوانين واللوائح ذات الصلة، ولكن أيضاً تغيير تفسير أو تطبيق القانون أو الأداة التنظيمية ذات الصلة.

ومع ذلك، فإن المحكمة ترى:

"أن الاستقرار الضريبي لا يقدم ضماناً في مواجهة خطر قيام الحكومة أو المحاكم بتفسير القانون بطريقة ليست في صالح المستثمر. ومن ثم، فإن التفسير - الذي يمس مصالح المستثمر سلباً - لا يمكن أن يعتبر، في ذاته، تعديلاً لـ أو انتهاكاً للاستقرار القانوني، ما لم يكن هذا التفسير غير معقول إلى درجة تجعله، في الواقع العملي، ينتهك جوهر الاستقرار الذي تم ضمانه"^(١).

ويلاحظ أن البند المجدد للقوانين الضريبية ذات الصلة كان المسألة

(1) "...tax stabilisation does not provide a guarantee against the risk that the Government or the courts will interpret the law in a manner that is unfavourable to the investor.... An interpretation adverse to the investor cannot per se be considered a modification or violation of legal stability unless it is so unreasonable that, in practice, it violates the very stability that was guaranteed.", ibid para 228.

المركزية المثارة في قضية *revere* في سبعينيات القرن الماضي^(١). ومن المعلوم أن هذه القضية شهدت تطبيقاً بالغ الاتساع لمفهوم نزع الملكية غير المباشر^(٢). حيث اعتبرت المحكمة، في هذه القضية، أن فرض ضريبة جديدة، على نحو يخالف بند الاستقرار الضريبي، يعد نزاعاً للملكية، وذلك على الرغم من أن تشغل الأعمال ذات الصلة ببقى مريحاً وخاضعاً للسيطرة الفعلية للمستثمر^(٣). ومعنى هذا الحكم أن إجراءات التدخل في حقوق المستثمر يمكن أن تعتبر من قبيل نزع الملكية، إذا كانت الضريبة الجديدة تمثل انتهاكاً لبند الاستقرار الضريبي السابق، وذلك على الرغم من أن الأثر الاقتصادي للإجراء على الاستثمار، أقل قسوة من قضية تنطوي على نزع (مباشر) للملكية. ومع ذلك، يجب التحلي بالحذر قبل استخلاص نتيجة مؤداها أن الإجراءات التنظيمية regulatory measures - بما في ذلك الضرائب - لا تشكل نزاعاً للملكية إلا إذا

(1) *Revere Copper and Brass Inc v Overseas Private Investment Corp* (OPIC) Award 24 August 1978, ILR 56 (1980), 258.

(2) TW Wälde and A Kolo, 'Investor-State Disputes: The Interface between treaty based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty' (2007) 35 *Intertax* 424, 444.

(3) *ibid.* However, the Dissenting Opinion pointed out that 'by any reasonable standard what Revere treats as expropriatory is within the proper taxing power of the Jamaican nation'. See Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 380.

كانت مخالفة للالتزام معين بتحقيق الاستقرار^(١).

ويُلاحظ أن القيمة القانونية لبنود الاستقرار يمكن إنفاذها، أيضاً بدرجة أكبر بواسطة بنود المظلة umbrella، أي البنود- الواردة في اتفاقيات الاستثمار- التي من خلالها تلزم الدول نفسها باحترام تعهداتها التعاقدية الأخرى المرتبطة بالاستثمار في مواجهة الاستثمار الأجنبي^(٢). ولذلك، فإن انتهاك الدولة المضيفة لبند الاستقرار التعاقدية، من خلال بند المظلة الوارد في اتفاقية ثنائية للاستثمار بين دولتين، يؤدي إلى تطبيق نصوص تسوية المنازعات بين الدولة والمستثمر، المنصوص عليها في اتفاقية الاستثمار الثنائية^(٣). ونظراً لأن بنود المظلة يمكن أن تزيد من القيمة القانونية لبنود الاستقرار، فإن بنود المظلة يمكن أن تجعل

-
- (1) TW Wälde and A Kolo, 'Investor-State Disputes: The Interface between treaty based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty', op. cit., p. 444.
 - (2) L Cotula, 'Sustainable Markets Investment Briefings', Briefing 4: Foreign Investment Contracts, International Institute for Environment and Development, August 2007, 2, available at <http://www.iiied.org/pubs/pdfs/17015IIED.pdf>.
 - (3) On umbrella clauses, see S Schill, 'Enabling Private Ordering-Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties' (2009) 18 Minn JIL 1.

القيود الواردة على التنظيم النابع من بنود الاستقرار أكثر صرامة^(١).

وبين، مما سبق، أن القيود الدستورية المفروضة على المشرع الضريبي الوطني فيما يتعلق بالتغييرات في التشريع الضريبي بصفة عامة، ومقابلة هذه القيود مع القيود والمشكلات التي تثور في سياق قانون الاستثمار الدولي. وتكشف الدراسة المقارنة، بصفة عامة، عن ضعف الحماية المكفولة في مواجهة التغييرات الضريبية في قانون الاستثمار الدولي. وسنحاول، فيما يلي، أن نتناول بالدراسة الإفراط في فرض الضرائب.

المطلب الرابع

حماية الملكية في مواجهة الإفراط في فرض الضرائب

الفرع الأول

المبالغ المطلقة للضرائب المفروضة في بعض الأنظمة القانونية المختارة

يمكن القول إن الضرائب المفرطة تعد، بالتأكيد، أحد أكثر التدخلات شدة

(1) L Cotula, 'Sustainable Markets Investment Briefings', Briefing 4: Foreign Investment Contracts, International Institute for Environment and Development, op. cit., p. 3.

في ملكية المستثمر. ويرجع ذلك إلى أن الضرائب المفرطة تجعل القيمة الاقتصادية للاستثمار، جزئياً أو كلياً، منعدمة. ولذلك، تكفل معظم الأنظمة القانونية الوطنية- وكذلك أيضاً قانون الاستثمار الدولي- حماية أساسية في مواجهة هذا النوع من التدخل في حقوق المستثمر. ومع ذلك، فإن مسألة تحديد متى تصبح الضرائب مفرطة- وإلى أي حد يبقى المبلغ المطلق للضريبة المفروضة داخل السلطة التنظيمية للدولة- تبقى صعبة على الإجابة.

ففي ألمانيا، بقيت الحماية الدستورية للملكية (المادة ١٤ من القانون الأساس الألماني) فترة طويلة من الزمن غير ذات صلة بالمجال الضريبي. حيث تواترت المحكمة الدستورية الفيدرالية على القضاء بأن هذا الحق الأساس لا يحمي الملكية في مواجهة فرض متطلبات التمويل، أي فرض الضرائب بصفة خاصة^(١). ومع ذلك، فقد كان من المسلم به أن المادة (١٤) من القانون الأساس تحمي الملكية الفردية في مواجهة الضرائب المفرطة والتي يكون لها طبيعة المصادرة. وفوق ذلك، فإن المادة (١٤) المذكورة تتطلب ألا يخضع للضريبة

(1) H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel —verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', Deutsches Steuerrecht (DStR), op. cit., p. 974; K Tipke, Die Steuerrechtsordnung, op. cit., p. 438, cited in

سوى الدخل الذي يكون، فعلاً، تحت تصرف دافع الضرائب، وتتطلب عدم إخضاع حد أدنى معين من الدخل الفردي للضريبة، وذلك لضمان المستوى الأساسي للمعيشة^(١).

بيد أن القضاء بعدم اتصال المادة (١٤) من القانون الأساسي المتعلقة بالمجال الضريبي تغير في عام ١٩٩٥. بمناسبة قرار المحكمة^(٢) الخاص بالضريبة على الثروة الصافية^(٣).

ويبدو أن هذا الحكم يتضمن فرض حد أقصى على العبء الضريبي الإجمالي المفروض (على الربح والثروة الصافية) يتمثل في ٥٠٪، استناداً إلى أن أخذ أكثر من نصف أصول دافع الضريبة يرقى إلى مستوى المصادرة

(1) S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers- einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', Steuer und Wirtschaft (StuW), op cit., p. 212.

(2) BVerfG, 2 BvL 37/91, 22 June 1995, BVerfGE 93,121 et seq.

(3) K Tipke, Die Steuerrechtsordnung, op. cit., p. 439; H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel-verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', Deutsches Steuerrecht (DStR), op. cit., p.974. The German net wealth tax was a personal tax, applied to a certain set of property types, levied on a net basis (ie subtracting liabilities), imposed upon stock of property and at a flat rate. However, it is not levied in Germany any more.

المحظورة للملكية.

ومع ذلك، عادت المحكمة (لمراجعة) هذا الحكم- الذي أثار جدلاً ممتداً في عام ٢٠٠٦^(١)، وذلك عندما قررت أن حد ٥٠% لا يطبق إلا بالنسبة للضريبة على الثروة باعتباره مكمل للضريبة على الدخل، ولا يشمل الضرائب الأخرى^(٢). وفي هذا السياق، تلزم الإشارة إلى أن المحكمة أوضحت أن

(1) BVerfG, 2 BvR 2194/99, 18 January 2006, BVerfGE 115, 97 et seq = NJW 2006,1191 et seq.

(2) In the case at hand, the Court ruled that an overall income and trade tax burden of more than 50% is not in breach of Art 14 GG, as the 50% limit only encompassed supplementary net wealth taxes. The Court argued that the effects of taxation resulting from a net wealth tax and from a profit tax were not necessarily comparable. As there seems to be no absolute limitation on the tax rate regarding income, but a 50% limitation as far as net wealth is concerned, one might argue that an intrusion on income is not actually an intrusion into an investor's property in the sense of most property protection provisions. Taxation of net wealth reduced the substance of the investor's assets, taxation of income does not. However, the concept of differentiation between two types of property (income and wealth) was heavily criticized and cannot be justified by the wording of Art 14 Basic Law. Even within the BVerfG there is disagreement as to this issue, S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers—einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', Steuer und Wirtschaft

الضرائب التي تستهدف توليد التمويل العام - فيما عدا تلك التي يمكن القول إنها مفرطة أو لها طبيعة المصادرة - تعد، من حيث المبدأ، دائماً ملائمة وضرورية، ولذلك فإنها تتفق مع مبدأ التناسب^(١). وهكذا، يمكن القول إن القيود المفروضة على المشرع الضريبي - فيما يتعلق بالحد الأقصى الممكن على الأعباء الضريبية - يمكن أن ينبع، فقط، من الفحص الإجمالي لملاءمة ومعقولية العبء الضريبي المفروض، وليس من انتهاك نص حماية الملكية المكرس في الدستور الألماني^(٢). ولذلك، يمكن النظر إلى المادة (١٤) من القانون الأساسي الألماني باعتبارها حائط الحماية الأول في مواجهة الإفراط في فرض الضرائب. ومع ذلك، مادام أن العبء الضريبي المفروض لم يتجاوز حد الإفراط excessive threshold، فإن ضمانات حماية الملكية المكرسة في الدستور الألماني ليس لها سوى تأثير محدود على المشرع الضريبي^(٣).

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، ينص التعديل الخامس للدستور الأمريكي

(StuW) op. cit., 212.

(1) BVerfG, 2 BvR 2194/99, 18 January 2006, BVerfGE 115, 97 et seq = NJW 2006, 1191 et seq.

(2) H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel-verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', Deutsches Steuerrecht (DStR), op. cit., p. 974

(3) ibid 975.

على أن الملكية الخاصة لا يمكن أخذها للأغراض العامة دون دفع تعويض عادل. وقد أدى بند أخذ الملكية أو نزع الملكية The takings clause إلى قضاء غزير بشأن الإجراءات الحكومية التي تؤثر على حقوق الملكية^(١). ومنذ سنة ١٩٢٢، تعترف المحكمة العليا الأمريكية بأن التنظيم الذي يترك الملكية القانونية في يد الفرد الخاص - في مقابل المصادرة الصريحة أو المباشرة - يمكن أن يعتبر أخذًا (أو نزعًا) للملكية دون تعويض عادل^(٢). ومع ذلك، فإن الضرائب التي تفرض بحسن نية تستبعد، بصفة عامة، من متطلب التعويض. ذلك، أن المحكمة العليا الأمريكية تواترت، منذ القرن التاسع عشر، على وجود فارق واضح بين السلطة السيادية لفرض الضرائب من ناحية، وأخذ الملكية دون تعويض من ناحية أخرى^(٣).

ففي عام ١٨٨٠، قضت المحكمة بأن "الضرائب التي تفرض لغرض عام، مهما

-
- (1) A Newcombe, 'The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law' (2005) 20 ICSID Rev-FILJ 1, 10.
 - (2) K Emerson and CR Wise, 'Statutory Approaches to Regulatory Takings: State Property Rights Legislation Issues and Implications for Public Administration' (1997) 57(5) Public Administration Review 411, 412.
 - (3) EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 5.

كانت كبيرة، لا تعد نزعا للملكية الخاصة^(١). وفي حكم أكثر حداثة، لاحظت محكمة الاستئناف الفيدرالية أن قاعدة أن الضرائب لا تعد أخذًا أو مصادرة للملكية taxes are not takings قاعدة راسخة. ومع ذلك، فمن المسلم به أن الإجراءات الضريبية - إذا كانت تحكمية، أو تمييزية، أو مفرطة - فإنها ترقى لأن تعتبر أخذًا للملكية taking^(٢). ومن ثم، إذا بدا أن الإجراء الذي يأخذ شكل الضريبة هو، في الواقع، مصادرة للملكية، فإن مبدأ الضرائب لا تعد أخذًا للملكية (ينحى جانبًا)^(٣). وكما قضت المحكمة العليا الأمريكية في القضية الرائدة

:Brushaber v Union Pacific Railroad Co

"على الرغم من وجود ممارسة ظاهرة لسلطة فرض الضرائب، فإن العمل المشكو منه كان تحكميًا إلى درجة يمكن القول معها أنه ليس ممارسة لسلطة فرض الضرائب، ولكن مصادرة للملكية، أي أخذًا للملكية على نحو يشكل انتهاكًا للتعديل

(1) "neither is taxation for a public purpose, however great, the taking of private property for public use, in the sense of the Constitution", County of Mobile v Kimball 102 US 691, 703 (1880).

(2) Quarty v US 170 F 3d 961, 969 (9th Cir 1999); EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 6.

(3) EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 6.

الخامس^(١).

غير أن معيار "التحكم" arbitrary يفتقد لتعريف واضح^(٢). وفي هذا السياق، يُشار إلى أنه كان هناك جدل محتدم، في الولايات المتحدة الأمريكية، حول دستورية مقترحين تشريعيين^(٣)، كان من شأنهما فرض ضريبة على الدخل تصل إلى ٩٠% على بعض المكافآت bonuses المدفوعة إلى موظفي الكيانات^(٤) التي تتلقى مساعدة من الحكومة الفيدرالية في ظل قانون الاستقرار الاقتصادي الطارئ لعام ٢٠٠٨^(٥). ومع ذلك، ليس من المحتمل - من وجهة

-
- (1) "although there was a seeming exercise of taxing power, the act complained of was so arbitrary as to constrain to the conclusion that it was not the exercise of taxation, but a confiscation of property; that is, a taking of the same in violation of the Fifth Amendment",
 - (2) EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 6.
 - (3) Those proposals are labelled H.R. (House of Representatives) 1586 and S. (Senate) 651, see EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 1.
 - (4) Among them Fannie Mae and Freddie Mac.
 - (5) Section 651 (n 108 above), would impose a 35% excise tax on both the employer and the employee, EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 1.

نظر أخذ الملكية- أن تمثل هذه المقترحات انتهاكاً لبند التعديل الخامس. وفي ضوء المنطق الذي تستند عليه المحكمة العليا الأمريكية- المشار إليه أنفاً- فإن الضريبة، مهما كانت كبيرة، لا تعد أخذاً أو نزاعاً للملكية. وبينما لم يكن على المحكمة أن تتعامل، قط، مع ضريبة تصل إلى ١٠٠%، فإن ضريبة تصل إلى ٩٠% تعد قريبة جداً من هذا المستوى، ومن ثم، يمكن أن تثير ادعاءات بوجود مصادرة للملكية. غير أن مثل هذه الضريبة ليست غير مسبقة في الولايات المتحدة الأمريكية. حيث كانت الضريبة المفروضة على الدخل الفيدرالي الهامش- الذي يجاوز ٢٠٠ ألف دولار أمريكي- أثناء الحرب العالمية الثانية تصل إلى ٩٤%- كما أن أعلى معدل للضريبة الهامشية كان يصل- في العقود التالية للحرب العالمية الثانية إلى ٩٠% دون رفع أي دعاوي بوجود نزاع للملكية^(١). وبالإضافة إلى ذلك، يلاحظ أن المحكمة العليا الأمريكية- بالنظر إلى مقاربتها بالغلة التسامح للتشريع الضريبي الرجعي- retroactive tax legislation قد أشارت، أيضاً، على الأقل بالنسبة للتشريع الاقتصادي، إلى أن التشريع الذي لا يخالف بند الإجراءات السلمية قانون the due process provision لا يحتمل، إلى حد بعيد، أن يمثل انتهاكاً لبند نزع الملكية the

(1) ibid p. 6.

takings clause^(١).

وفي سويسرا، كان تعلق ضمانات الملكية بالمجال الضريبي، محلاً للجدل، منذ وقت طويل^(٢). حيث كانت المحكمة الفيدرالية قد تواترت على رفض تطبيق هذه الضمانة، مادام الأمر يتعلق بالقانون الضريبي. بيد أن السنوات الأخيرة شهدت تغيراً في موقف المحكمة، نحو تبني اتجاه أقل تقييداً بشأن هذه المسألة. وفي الوقت الحاضر، تعترف المحكمة - تماماً كما هو الحال بالنسبة للمحكمة الدستورية الألمانية - بالضمانة الدستورية للملكية كقيد في مواجهة فرض الضرائب الذي تكون له طبيعة المصادرة confiscatory taxation. وطبقاً لأحدث قضاء للمحكمة، فإن المشرع الضريبي يلتزم بحماية جوهر الملكية

-
- (1) Concrete Pipe & Products Inc v Construction Laborers Pension Trust 508 US 602, 641 (1993); EK Lunder et al, 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', op. cit., p. 6.
 - (2) On the situation in Switzerland, see E Höhn and R Waldburger, Steuerrecht I, Grundlagen—Grundbegriffe—Steuerarten (2001) 120; P Mäusli-Allenspach and M Oertli, Das schweizerische Steuerrecht (2004) 47, cited in Christian Tietje, Karoline Kampermann, Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, in Stephan W. Schill, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, 2010.

القائمة بالفعل، والمحافظة على إمكانية كسب ملكية جديدة.

ويبدو واضحًا، مما سبق، وجود توافق يقترب من الإجماع، في الأنظمة القانونية محل الدراسة، فيما يتعلق بمدى حماية الملكية في مواجهة الإجراءات الضريبية: فالنصوص الدستورية المتعلقة بحماية الملكية الفردية تعمل كضمانة في مواجهة الضرائب التي لها طبيعة المصادرة أو المفرطة. وفيما دون هذا الحد - حد المصادرة أو الإفراط - يكون المشرع الضريبي، في كل الدول محل الدراسة، حرًا نسبيًا من القيود أو الاعتبارات الدستورية المتعلقة بحماية الملكية. ومع ذلك، فإن السؤال الذي يُثار، في هذا الخصوص، هو أين يقام الخط الفاصل بين الإجراءات الضريبية التنظيمية المشروعة، والضرائب التي ترقى لمرتبة المصادرة للملكية الخاصة، والتي تكون، من ثم، محلًا للتعويض. وفي هذا السياق، يشار إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية - من بين الدول محل الدراسة - هي التي تتمتع بالمقاربة الأكثر تطورًا، من خلال مبدأ نزع الملكية التنظيمي. ذلك، أنه على الرغم من أن هذه المبدأ لم يتطور، بحسب الأصل، في السياق الضريبي - ولكنه ظهر مع بزوغ دولة الرفاه التنظيمية في الولايات المتحدة الأمريكية^(١) فإن هذا المبدأ، بمقارنته ذات الخطوات الثلاث، وتأكيده على الأثر

(1) DH Cole, 'Political Institutions, Judicial Review, and Private

الاقتصادي والتدخل في التوقعات المساندة للاستثمار (للإجراء التنظيمي ذي الصلة)، يمكن أن يكون مفيداً في المجال الضريبي أيضاً. ومع ذلك، يلاحظ، بصفة عامة، أن كلاً من المشرع الضريبي ودافعي الضرائب والمحاكم لا يمتلكون سوى خبرة محدودة جداً في تحديد متى يعبر الإجراء الضريبي الخط الفاصل، ويصبح إجراءً نازعاً للملكية، بحيث يتطلب تعويضاً حتى يكون دستورياً.

الفرع الثاني

حماية الملكية في مواجهة نزع الملكية غير المباشر

من خلال الإجراءات الضريبية في قانون الاستثمار الدولي

ما دام الأمر يتعلق بمفهوم حماية الملكية، فإن الإجراءات الضريبية تبرز - في ظل قانون الاستثمار الدولي - في شكل ادعاء بوجود نزع غير مباشر للاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة. ويكشف التحليل المقارن وجود إجماع، في الأنظمة القانونية الوطنية، على أن النصوص الدستورية بشأن حماية

الملكية لا تنطبق سوى على الإجراءات الضريبية التي لها طبيعة المصادرة أو صفة الإفراط. ويحظى هذا الرأي بالقبول، أيضاً، في ظل قانون الاستثمار الدولي^(١). ويمكن القول إن الممارسات الاتفاقية المعاصرة ترفض مقارنة القانون الدولي العام التقليدي^(٢) التي تنشئ الإجراءات الضريبية، بصورة كاملة، من مجال الحماية الذي تكفله اتفاقيات الاستثمار^(٣). ومع ذلك، فإن الإجراءات الضريبية المتخذة بحسن نية *normal bona fide taxation* تعتبر داخلة في إطار السلطة التنظيمية لحكومة الدولة المضيفة، ولا تشكل نزاعاً غير مباشر للملكية قابلاً للتعويض عنه. وتستخدم معظم اتفاقيات الاستثمار لغة يبين منها أن الإجراءات "المفرطة" *excessive*، أو "التحكيمية" *arbitrary*، أو "التمييزية" *discriminatory* هي فقط التي يمكن أن ترقى - في ظل شروط صارمة - إلى مرتبة نزاع الملكية الذي يتطلب تعويضاً^(٤).

(1) For further reference, M Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, op. cit., p. 393-4.

(2) Expressed eg in *Kuegele v Polish State Upper Silesian Arbitral Tribunal*, 5 February 1932, 6 Annual Digest of International Law 69.

(3) TW Wälde and A Kolo, 'Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties', op. cit., p. 347.

(4) TW Wälde and A Kolo, 'Investor-State Disputes: The Interface

وتبدو المشكلة في تحديد النقطة التي عندها يتجاوز إجراء ضريبي قانوني تمامًا- يدخل في سلطة الحكومة- الخط الفاصل بين الإجراء التنظيمي ونزع الملكية، ويصبح نزاعًا غير مباشر للاستثمار، بحيث يُستحق تعويض عنه. ولا يمكن تحديد ذلك إلا في كل قضية على حدى *a case by case*. ومع ذلك، توجد بعض المعايير العامة التي تستخدم كمؤشرات لتحديد ما إذا كان ثمة نزع للملكية قد وقع. ومن بين هذه المعايير، يمكن الإشارة إلى: درجة الحرمان من الاستثمار *degree of deprivation of the investment*، وحماية توقعات المستثمر المعقولة *protection of legitimate investment-backed expectations*، وطبيعة الإجراء الحكومي *character of the government measure*^(١).

ويلاحظ أن القضاء التحكيمي قد تعامل مع دعاوي نزع الملكية المتعلقة بالمسائل الضريبية في عدد من القضايا. ومع ذلك، لم تخلص محكمة، حتى

between treaty based International Investment Protection and Fiscal Sovereignty' , op. cit., p. 444; R Dolzer, 'Indirect Expropriations: New Developments?' (2002) 11 NYU ELJ 64, 68 *et seq.*

(1) TW Wälde and A Kolo, 'Investor-State Disputes: The Interface between treaty based International Investment Protection and-Fiscal Sovereignty' , op. cit., p. 442

الآن، إلى وجود نزاع غير مباشر للملكية استناداً إلى الإجراءات الضريبية المتخذة من جانب الدولة المضيفة. وفي هذا السياق، يُشار إلى أن المحكمة قد أبدت تعاطفاً كبيراً مع إمكانية وجود نزاع غير مباشر للملكية. ومع ذلك، فقد خلصت المحكمة، في نهاية الأمر، إلى رفض الادعاء بوجود نزاع للملكية يستند على وجود "حق مكتسب" *acquired right* للمستثمر^(١). ومثل هذا الحق، في هذه القضية، الحق في استرداد الضريبة على القيمة المضافة *VAT rebates* يمكن أن يعتبر استثماراً محمياً في ظل الاتفاقية. فإذا تبين أن هذا الحق المكتسب قد تأثر بصورة خطيرة، في قيمته الاقتصادية، فإن هذا يمكن أن يرقى لأن يشكل نزاعاً غير مباشر للملكية. بيد أن المدعي فشل في هذه القضية في إثبات وجود حق مكتسب له في ظل القانون المكسيكي. وبمقارنة المنطق المتبني في قضية *Feldman* بذلك المتبني في قضية *EnCana v Ecuador*، فإن المعايير المستخدمة في قضية *Feldman* كان يجب أن تؤدي إلى القول بوجود نزاع غير مباشر للملكية في قضية *EnCana*. حيث قبلت المحكمة، في هذه القضية، إعادة الضريبة الإضافية *VAT reimbursements* كحق مكتسب، يمكن أن يكون

(1) TW Wälde and A Kolo, 'Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties', op. cit., p. 350. See also *Feldman v Mexico*, op. cit paras 118 and 152.

متوقعًا من جانب المستثمر الأجنبي، ونعرض هذا الحق للتقييد من جانب السلطات الضريبية^(١).

وثمة معيار آخر تم التأكيد عليه من جانب المحكمة، في قضية ADM v Mexico ، حيث تقدم هذه القضية أحد أكثر المناقشات حداثة لنزع الملكية والضرائب من جانب محكمة تحكيمية. وتتلخص وقائع هذه القضية في ادعاء شركة ADM وجود نزع غير مباشر للملكية لمنشأتها المكسيكية ALMEX subsidiary من خلال فرض ضريبية على القيمة المضافة ad valorem على شراب High Fructose Corn Syrup (HFCS) الذي يحتوي درجة عالية من الفركتوز . وقد ركزت المحكمة، فقط، على درجة تدخل الإجراء في الفوائد التي يجنيها المستثمر من الاستثمار:

"فقط خسارة السيطرة على الاستثمار أو الخسارة الجوهرية لقيمة الاستثمار الاقتصادية يمكن أن ترقى إلى مرتبة نزع الملكية غير المباشر"^(٢).

(1) EnCana Corp v Republic of Ecuador LCIA Case UN 3481, Final Award, 3 February 2006, para 183.

(2) "Only loss of control over the investment or substantial loss of its economic value may amount to an indirect expropriation ", Archer Daniels Midland Co and Tate & Lyle Ingredients Americas Inc v Mexico ICSID Case No ARB (AF)/04/5 (NAFTA), Final Award, 21

وفي النهاية، رفضت المحكمة الادعاء بوجود نزع غير مباشر للملكية، مستندة على أن المدعين قد ظلوا، طوال الوقت، متمتعين بالسيطرة على استثماراتهم، ويقومون بالإنتاج والتوزيع لهذا الشراب في المكسيك. وتبعًا لذلك، أكدت المحكمة:

"أن خسارة الفوائد أو التوقع أو الصفة التمييزية المدعاة للضريبة، ليست، في ذاتها، معيارًا كافيًا للقول بوجود نزع للملكية"^(١).

وتبنت (المحكمة) ذات المقاربة، في قضية *CPI v Mexico*، حيث كان على المحكمة أن تتعامل مع ذات المسائل التي كان على محكمة ADM التعامل معها:

"لا تعد الإجراءات الحكومية التي لها أثر ضار على أسواق المستثمر - حتى ولو كانت تمييزية - نازعة للملكية، ما لم يكن من أثرها تدمير الأعمال محل الخلاف. والأمر ليس كذلك في هذه القضية".^(٢).

November 2007, para 242.

- (1) "the loss of benefits or expectation, or the alleged discriminatory character of the tax—standing alone—is not a sufficient criterion for an expropriation", *ibid* para 251.
- (2) "Government measures which have a detrimental effect on an

المطلب الخامس

القيود التي يفرضها القانون الأوروبي

على التشريع الضريبي الوطني

بالإضافة إلى القيود الدستورية المفروضة على المشرع الضريبي، يوجد،
أيضًا، نظام قانوني آخر يمكن أن يؤثر على السيادة الضريبية. من ذلك، أن
قانون الاتحاد الأوروبي يفرض على الدول الأعضاء في الاتحاد قيودًا تشبه، من
نواح عدة، الالتزامات النابعة من اتفاقيات الاستثمار^(١). ولذلك، فإن الالتزامات

investor's markets, even if they are discriminatory, are not expropriatory unless they have the effect of destroying the business in question. That was simply not the case here. ", Corn Products International Inc v United Mexican States ICSID Case No ARB (AF)/ 04/01 (NAFTA), Decision on Responsibility, 15 January 2008, Paras 92-93.

- (1) S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers—einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', , op. cit., p. 214, cited in Christian Tietje, Karoline Kampermann, Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, in Stephan W. Schill, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, 2010.

التي يفرضها القانون الأوروبي يمكن أن تفيد في تفسير معايير قانون الاستثمار. وتصح ذات الملاحظة بالنسبة لنظام قانوني آخر، يمكن أن يفرض، أيضاً، قيوداً على المشرع الضريبي الوطني، ويتمثل هذا النظام القانوني في قانون منظمة التجارة العالمية^(١). ومع ذلك، فإن التحليل الشامل لمثل هذه الأنظمة يجاوز أغراض هذا البحث.

وفيما يتعلق بالضرائب المباشرة وقانون الاتحاد الأوروبي، فإن قضاء محكمة العدل الأوروبية يكتسب أهمية كبيرة. ووفقاً للقضاء السائد لمحكمة العدل الأوروبية، بينما تقع الضرائب المباشرة في اختصاص الدول الأعضاء، فإنه يجب على هذه الدول، مع ذلك، أن تمارس هذا الاختصاص على نحو يتفق مع القانون

(1) For further reference, see eg J Wagner, *Direkte Steuern und Welthandelsrecht -Das Verbot ertragsteuerlicher Exportsubventionen im Recht der WTO* (2006); K Robra, *Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht* (2005), cited in Christian Tietje, Karoline Kampermann, *Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context*, in Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, 2010.

الأوروبي Community Law^(١). ووفقاً لذلك، فإن المسائل المتعلقة بالمعاملة الضريبية التمييزية يجب أن تعالج بطريقة متسقة تتسق مع الحظر العام الذي تفرضه المعاهدة الأوروبية EC treaty على التمييز (المادة ١٨ من اتفاقية سير العمل بالاتحاد الأوروبي Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)^(٢)، وكذلك مع الحريات الأكثر أساسية. ومن الحريات التي تتصل اتصالاً وثيقاً بالمجال الضريبي: حرية المؤسسات، وحرية انتقال رأس المال، وحرية تقديم الخدمات داخل السوق المشتركة^(٣). وقد قضت محكمة العدل الأوروبية أن هذه الحريات تخدم ليس فقط كنصوص لعدم التمييز، ولكنها تحظر، أيضاً، أي تغيير للأنظمة الاقتصادية المحمية العابرة للحدود. ويلاحظ أن التمييز يمكن أن يكون واضحاً، إذا كان مؤسساً، مباشرة، على الجنسية، أو مغطى covert في الواقع. وهذا النوع الأخير يمكن أن يؤدي، في الحقيقة، من خلال تطبيق معايير أخرى للتمييز، إلى ذات النتيجة^(٤). ولذلك، فإن مفهوم التمييز في

(1) eg Case C-319/02 Petri Manninen [2004] ECR I-7477, para 19, Judgment, 7 September 2004.

(2) Treaty on the Functioning of the European Union.

(3) For details see C Tietje, 'Freedom of Establishment' in D Ehlers (ed), European Fundamental Rights and Freedoms (2007) § 10.

(4) S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers - einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und

القانون الأوروبي يمكن مقارنته ببند المعاملة الوطنية في قانون الاستثمار الدولي. ولذلك، لا يوجد حق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية في النظام القانوني للاتحاد الأوروبي. ومن ناحية أخرى، لا تمتد بنود الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية لتشمل البعد المتعلق بالحماية في مواجهة القيود دون تمييز في قضاء محكمة العدل الأوروبية. وبصفة عامة، يحظر قانون الاتحاد الأوروبي، كل إجراء وطني يحظر أو يقلل من (جاذبية) ممارسة الحريات الأساسية المكفولة في اتفاقية سير العمل بالاتحاد الأوروبي TFEU^(١). ولم يتم بعد الاعتراف بمثل هذا المفهوم الواسع في قانون الاستثمار الدولي.

وفيما يتعلق بالتمييز الضريبي، قضت محكمة العدل الأوروبية في قضية chumacker^(٢) أن المزايا الضريبية التي تمنحها إحدى الدول الأعضاء لمواطنيها فقط، وتكرر هذه المزايا على غير الوطنيين الذين يتلقون دخلاً على إقليمها - والذين يشغلون مركزاً مماثلاً - يمكن أن تشكل تمييزاً غير مباشر يستند

des EuGH', op. cit., p. 214 et seq.

(1) Case C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165, para 37, Judgment, 30 November 1995.

(2) Case C-279/93 Schumacker [1995] ECR I-225, Judgment, 14 February 1995; S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers-einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', op. cit., p. 215.

على الجنس، وهو ما تحظره قواعد المعاملة المتساوية التي تنص عليها اتفاقية سير العمل بالاتحاد الأوروبي TFEU. ومع ذلك، لاحظت المحكمة، أيضاً، أنه "قيماً يتعلق بالضرائب المباشرة، فإن مراكز المواطنين وغير المواطنين ليست، كقاعدة، متماثلة"^(١). ومع ذلك، يلاحظ أن استخدام المحكمة لعبارة "كقاعدة" يكشف أنه يمكن أن توجد بعض الاستثناءات في هذا الخصوص.

وفي سياق قانون الاستثمار، تظهر وجهة النظر العامة بأن كلاً من المواطنين وغير المواطنين لا يشغلون مراكز متماثلة، ومن ثم لا يكون واجباً معاملتهم بطريقة متماثلة، في ظل اتفاقيات الاستثمار، على سبيل المثال، في نموذج-اتفاقيات الاستثمار الثنائية لعام ٢٠٠٨. وتطبيقاً لذلك، تنص المادة (3V) من اتفاقية الاستثمار الثنائية النموذجية الألمانية German Model BIT على أن:

"لا تلزم هذه المادة إحدى الدول المتعاقدة أن تمد، إلى المستثمرين المقيمين في إقليم دولة متعاقدة أخرى- المزايا الضريبية، والإعفاءات الضريبية، التي لا

(1) "in relation to direct taxes, the situations of residents and non-residents are not, as a rule, comparable ", Case C-279/93 Schumacker [1995] ECR I-225, Judgment, 14 February 1995, para 31.

تمنح، طبقاً لقوانينها الضريبية، إلا للمقيمين على إقليمها".

ولذلك، فإن الالتزام بمنح معاملة وطنية ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية (most-favourednation (MFN) treatment لا يُطبق على المزايا الضريبية المرتبطة بإقامة المستثمرين.

وقد طورت محكمة العدل الأوروبية، على مر السنين، قائمة من التسويات الممكنة لحالات التمييز أو القيود. وفي هذا الصدد، يُشار إلى أن المحكمة تبنت، لمدة طويلة، مقاربة أقرب لأن تكون مقاربة مقيدة. وربما يكون هذا الاتجاه قد تغير في القضاء الأكثر حداثة للمحكمة^(١). وبغض النظر عن منع التهرب الضريبي، فإن المحكمة تعترف، في الوقت الحاضر، بالمصلحة العامة في حماية الأنظمة الضريبية للدول الأعضاء في مواجهة إساءة الاستخدام الضريبي على نطاق واسع، والمحافظة على توزيع الحقوق الضريبية بين الدول الأعضاء، والتناغم والتناسق بين الأنظمة الضريبية ذات الصلة كمبررات للإيراد بعض القيود على الحريات الأساسية. ومع ذلك، يلاحظ أن هناك اتجاهًا، في قضاء

(1) S Breinersdorfer, 'Der Gestaltungsspielraum des Steuergesetzgebers—einige Überlegungen anhand der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH', op. cit., p. 215 et seq.

محكمة العدل الأوروبية، نحو تقليص القيود على السيادة الضريبية للدول الأعضاء فيما يتعلق بالضرائب المباشرة، واحترام القرارات التشريعية السيادية إلى درجة أكبر^(١). ويبقى تحديد ما إذا كان ثمة تطور مماثل في قانون الاستثمار الدولي، وذلك على الرغم من أنه يجب الإقرار بأن الظروف والنصوص في كلاً النظامين القانونيين تختلف بصورة كبيرة.

ولا تتضمن اتفاقية سير العمل بالاتحاد الأوروبي TFEU نصوصاً خاصة بحماية الملكية^(٢)، كما لا تضمن معالجة صريحة لمبدأ حكم القانون^(٣). ذلك، أن

-
- (1) A Musil, 'Rechtsprechungswende des EuGH bei den Ertragsteuern?—Eine Analyse aktueller Leitentscheidungen des EuGH', Der Betrieb 2009, 1037, 1043, cited in Christian Tietje, Karoline Kampermann, Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, in Stephan W. Schill, International Investment Law and Comparative Public Law, Oxford, 2010.
 - (2) See Art 345 of the TFEU, providing that: 'This Treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership.'
 - (3) However, reference to the rule of law is made in Art 2 of the EU Treaty. Moreover, part of EU law are the unwritten 'general principles of law', which are composed of the basic traditions and understandings of the laws of the Member States. Thus, the rule of law is also an inherent component of EU law.

هذه المسائل تحظى بمعالجة في الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان^(١). ومع ذلك، فإن نصوص الاتفاقية التي تطلب محاكمة عادلة في المسائل المدنية لا تطبق، بصفة عامة، في المسائل الضريبية^(٢). وهكذا، فإن الاتفاقية - وفي هذا السياق، أيضاً، متطلبات حماية الملكية الواردة في البروتوكول الأول للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان - يكتسبان أهمية خاصة، لاسيما في الدول التي تفتقد لمحكمة تختص برقابة التشريع استناداً إلى أسس دستورية، مثل المملكة المتحدة وهولندا^(٣). ومع ذلك، يلاحظ عدم وجود دعاوي ناجحة كثيرة في مواجهة النصوص الضريبية في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان. وفي هذا السياق، انطوت إحدى هذه الدعاوي على إجراء اتخذته السلطات الضريبية الفرنسية يمكنها من الحصول على ١٠% من سعر اكتساب الملكيات العقارية to acquire estate at a 10 per cent premium^(٤). وقد وجدت المحكمة - بالإضافة إلى جوانب أخرى - انتهاكاً للبروتوكول الأول الملحق بالاتفاقية

(1) The European Convention does not form an integral part of EU law, however, as long as the EU has not ratified it.

(2) V Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 110.

(3) ibid 110.

(4) Hentrich v France Judgment, 22 September 1994, ECHR Series A, No 296 A; see also V Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 110.

الأوربية لحقوق الإنسان (الخاص بحماية حقوق الملكية). وفيما يتعلق بالإجراء الضريبي المطروح على المحكمة، قررت المحكمة أن ثمة:

"توازناً عادلاً يجب إقامته بين متطلبات المصلحة العامة للمجتمع، ومتطلبات حماية الحقوق الأساسية للفرد، وهذا التوازن يتعرض للتقويض إذا كان يجب على الشخص ذي الصلة أن يتحمل عبئاً فردياً ومفرطاً"^(١).

(1) Hentrich v France (n 141 above); see also V Thuronyi, Comparative Tax Law, op. cit., p. 111.

خاتمة

يمكن القول إن الضرائب ليست، فقط، خصيصة مهمة لدولة الرفاه الحديثة، ولكن، أيضاً، يعتمد جوهر وجود هذه الدولة، في الواقع، على الضرائب. ولذلك، ليس مفاجئاً هذه الزيادة المستمرة في الضرائب الحالية، بل وإنشاء ضرائب جديدة في معظم الأنظمة القانونية الوطنية. وفي ذات الوقت، ينتقل الجدل بشأن المستوى الملائم للضرائب وآلياتها، بصورة متزايدة، من المجال السياسي البحت إلى الصعيد القانوني على كل المستويات التنظيمية ذات الصلة، أي على مستوى الأنظمة القانونية الوطنية، وفوق الوطنية، والدولية. وإذا كان إقحام القانون بدرجة أكبر في الجدل الضريبي ليس مشكلة من وجهة نظر رجل القانون، فيجب إدراك حقيقة أن الضرائب تضرب بجذورها في التقاليد الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الوطنية. وتجد هذه الملاحظة انعكاساً لها، أيضاً، في الطريقة التي يعالج بها القانون الدستوري الوطني القيود القانونية الممكنة على المشرع الضريبي. ولذلك، يمكن القول، بصفة عامة، إن الأنظمة القانونية الوطنية تتبنى، في كل حالة فردية، مقاربة أكثر أو أقل توازناً بشأن كيفية معالجة المسائل الضريبية من منظور قانوني. وفي المقابل، يفقد القانون فوق الوطني - لاسيما القانون الأوروبي - والقانون الدولي - بسبب طبيعة كل منهما -

مثل هذه المقاربة المتوازنة. ويمكن رد ذلك إلى أن هذه القوانين تهتم، في المقام الأول، بحماية الحقوق الاقتصادية الفردية (النظام القانوني للاتحاد الأوروبي)، المصالح التجارية (قانون منظمة التجارة العالمية WTO) أو حقوق المستثمر (اتفاقيات الاستثمار الثنائية ECT, BITS)، وليس بمصالح الرفاهية الإجمالية أو الكلية للدولة. ويسفر هذا عن تصادم منهجي للثقافات عندما يفرض القانون فوق الوطني والقانون الدولي قيوداً على القوانين الضريبية الوطنية. ومن الواضح أن التحليل القانوني المقارن في عملية تفسير مبادئ وقواعد القانون الاقتصادي الدولي ذات الصلة التي تؤثر على القانون الضريبي تعد طريقة ملائمة - بل وضرورية أحياناً - لتجنب التصادمات المنهجية المشار إليها آنفاً.

ويكشف التحليل المقارن للقانون الدستوري الوطني والضرائب أن هذه الأخيرة تختلف، بحسب طبيعتها، عن مجالات النشاط الحكومي الأخرى، وذلك لأنه توجد قرينة - قابلة لإثبات العكس - على أن الضرائب، بالنظر إلى جوهر غرضها، تستهدف مصلحة الشعب والمجتمع. ومع ذلك، يقوم التحليل المقارن دليلاً، أيضاً، على أن الحرية التي يتمتع بها المشرع في فرض الضرائب ليست مطلقة. وفي هذا الصدد، قد يبدو مفيداً الإشارة، أيضاً، إلى حقوق الإنسان باعتبارها أحد الجوانب المهمة في المجال الضريبي، وإن لم يتم التركيز على هذا الجانب في هذا البحث. غير أنه من المسلم به أن كل الأنظمة القانونية

الدستورية التي تم تحليلها في هذا البحث تعترف بحقوق الإنسان، على الأقل من حيث المبدأ، كضمانة في مواجهة الإجراءات الضريبية غير المعقولة التي يفرضها المشرع أو تباشرها الإدارة الضريبية. ومع ذلك، فإن درجة وشدة حقوق الإنسان كقيد يرد على الإجراءات الضريبية، ليست واحدة في كل الأنظمة القانونية. ويرجع ذلك، بطبيعة الحال، إلى اختلاف التقاليد القانونية بين الأنظمة القانونية المتعددة التي خضعت للتحليل في هذا البحث. وفوق ذلك، من المهم، أيضاً، ملاحظة أن الدول تتبنى مفاهيم دستورية مختلفة بشأن الحماية القانونية (الدستورية) للحقوق الاقتصادية الفردية. وفي هذا السياق يشار إلى أنه بينما يتضمن القانون الدستوري الألماني والقانون الأوروبي بعداً قوياً يتعلق بالحقوق الاقتصادية الفردية، فإن هذا البعد لا يكتسب مثل هذه الأهمية في القانون الدستوري الأمريكي^(١). ويسفر هذا التفاوت، حتماً، عن أفكار مختلفة بشأن كيفية - وإلى أي درجة - يجب على المشرع الضريبي أن يأخذ حقوق الإنسان في الاعتبار. ومع ذلك، يمكن، بصفة عامة، ملاحظة أن القيود المفروضة على

(1) These totally different perspectives are the underlying reason for the intense academic dispute on how much individual rights approaches should be included in international economic law, see eg the debate between E-U Petersmann and R Howse in (2008) 18 EJIL 769-98, 945-53, 955-60.

المشرع الضريبي تتزايد، بصورة تتناسب مع مستوى الحماية المكفول للحقوق الاقتصادية الفردية في نظام دستوري وطني معين.

ويبدو هذا مهماً بالنسبة لقانون حماية الاستثمار الدولي، وذلك لأن الضمانات القانونية للمستثمر - سواء في اتفاقيات الاستثمار الثنائية أم المتعددة - لا تهتم، بحسب الأصل، إلا بالحقوق والمصالح الاقتصادية الفردية. وهكذا، يجب أن يأخذ المتفاوضون، بشأن اتفاقيات الاستثمار الثنائية وغيرها من اتفاقيات حماية الاستثمار، في اعتبارهم حقيقة أن ضمانات حماية الاستثمار يمكن أن تقيد سلطة المشرع الضريبي بدرجة ما على النحو السالف بيانه.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

د. حازم الببلاوي:

- الاستقرار القانوني، جريدة الأهرام، العدد ٤١٧٢٦، ٤ مارس، ٢٠٠١.
- الحقائق الاقتصادية والفن القانوني، مجلة عالم الفكر، ١٩٧٣، العدد ٣، ص ١١٩.

د. محمد محمد عبد اللطيف:

- القانون العام الاقتصادي، تحت الطبع.
- مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٣٦، أكتوبر، ٢٠٠٤، ص ٨٨.
- الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٩.
- دور الدولة في مواجهة الأزمة المالية العالمية، بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، كلية الحقوق

جامعة المنصورة، ١-٢ إبريل ٢٠٠٩.

د. وليد محمد الشناوي:

- الدور التنظيمي للإدارة في المجال الاقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة المنصورة، مطبعة جامعة المنصورة، ٢٠٠٨.

- التوقعات المشروعة والوعود الإدارية غير الرسمية: "دراسة مقارنة"،

- مجلة روح القوانين التي تصدر عن كلية الحقوق - جامعة طنطا، أبريل،

٢٠١١.

- الموازنة بين حقوق المستثمر والأنشطة التنظيمية للدولة لتحقيق

المصلحة العامة في ضوء مفاهيم القانون العام: "مفهوم التناسب"،

مجلة البحوث القانونية والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة

المنصورة، العدد (٥١)، أبريل ٢٠١٢.

- سحب وإلغاء الامتيازات وتراخيص التشغيل وغيرها من القرارات

الإدارية النافعة: مقبول للنشر في العدد (٥٢) من مجلة البحوث القانونية

والاقتصادية التي تصدر عن كلية الحقوق، جامعة المنصورة، أكتوبر

٢٠١٢.

د. يحيى الجمل:

- الحماية الدستورية لحق الملكية الخاصة، مجلة الدستورية، السنة ٢، العدد ٥، ص ٤.

د. يسري محمد العصار:

- الحماية الدستورية للأمن القانوني في قضاء المحكمة الدستورية، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٢، ص ٥١.

ثانياً: باللغة الإنجليزية:

AJ Cockfield: 'Tax Integration under NAFTA: Resolving the Conflict between Economic and Sovereignty Interests' (1998) 34 Stan JIL 39.

B Choudhury: 'Evolution or Devolution?—Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law' (2005) 6 JWIT 297, 316;

Christian Tietje, Karoline Kampermann: Taxation and Investment: Constitutional Law Limitations on Tax Legislation in Context, Stephan W. Schill (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law. Oxford: Oxford University

Press, 2010.

DE Troy: 'Retroactive Tax Increase and the Constitution', Heritage Lectures, No 613, 15 May 1998, available at http://www.heritage.org/research/taxes/upload/19697_1.pdf.

E Paasivirta: 'Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty' (1989) 16 BYBIL 315, 323.

EK Lunder et al: 'Retroactive Taxation of Executive Bonuses: Constitutionality of H.R. 1586 and S. 651', CRS Report for Congress, 25 March 2009, 5 <http://taxprof.typepad.com/files/crs-report-327.pdf>.

H Gribnau: 'General Introduction' in GTK Meussen (ed), The Principle of Equality in European Taxation (1999) 1, 27.

I Pak: 'International Finance and State Sovereignty: Global Governance in the International Tax Regime' (2004) 10 Annual Survey of International & Comparative Law 165 (2004)

L Henkin: 'The Mythology of Sovereignty' in RStJ MacDonald (ed), Essays in Honour of Wang Tieya (1994) 351

et seq.

LP Martinez: 'The Trouble with Taxes: Fairness, Tax Policy, and the Constitution' (2004) 31 Hast CLQ 413, 428.

LY 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,

M Sornarajah: The International Law on Foreign Investment (2004) 407 et seq.

P Kirchhof: 'Die Steuern' in J Isensee and P Kirchhof (eds), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (3rd edn, 2007) Vol V, § 118, paras 1 et seq.

P Marchessou: 'France' in Meussen, The Principle of Equality in European Taxation.

R Dolzer: 'Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties' (2005) 39 International Lawyer 87, 93;

S Schill: 'Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law', Stephan W. Schill (ed.). International Investment Law and Comparative Public Law.

Stephan W. Schill: International Investment Law and

Comparative Public Law.

TW Wälde and A Kolo: 'Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties', in P Muchlinski et al (eds), The Oxford Handbook of International Investment Law (2008) 305, 352.

V Thuronyi: Comparative Tax Law (2003) 82; H-J Papier, 'Steuerrecht im Wandel-verfassungsrechtliche Grenzen der Steuerpolitik', Deutsches Steuerrecht (DStR) 2007, 973, 975.

