الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أم البواقي

كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحـــة

مقدمة لنيل شهادة

دكتوراه علـــوم

الشعبة : حقوق

التخصص : قانون عام

من طرف :

محمد الصالح حوالـــة

عنوان الأطروحة:

الآليـــات القانونيـــة لحمايـــة المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للإستثمـــار

أطروحة مناقشة بتاريخ: **02 جوان 2024** أمام لجنة المناقشة المشكلة من :

الرقم	اللقب و الإسم	الرتبة	مؤسسة الانتماء	الصفة
01	د. جمال بوستة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أم البواقي	رئيسا
02	أ.د. نجـاح عصـام	أستاذ	جامعة قالمة	مشرفا
03	أ.د. وهاب حمزة	أستاذ	جامعة أم البواقي	عضوا
04	د. وسيلة لزعر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أم البواقي	عضوا
05	د. مكي حمشة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة بسكرة	عضوا
06	د. عائشة كاملي	أستاذ محاضر "أ"	جامعة أم البواقي	عضوا

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

الحمد لله على كرم عطائه وجزيل فضله، الذي وفّقنا على إتمام إنجاز هذه الأطروحة، راجين منه تسديد خطانا إلى ما يحبّه ويرضاه لنا.

بداية أتقدم بفائق عبارات الشكر الجزيل والتقدير، والاحترام والثناء لأستاذي الفاضل، الأستاذ الدكتور: "عصام نجاح"، فبعد قبوله الإشراف على هذه الأطروحة رغم انشغالاته الكثيرة، إلّا أنّه لم يبخل علينا بالإرشادات والتوجيهات والنصائح القيّمة، والتي تعبّر عن مستواه العلمي والأخلاقي.

إذ أنّه ساعدنا يوم أن احتجنا المساعدة، ويكون من واجب الوفاء والعرفان بالجميل التنويه بالمساعدات المقدّمة.

ولا سيما التشجيع الذي منحني إيّاه لإتمام أطروحتي، وهذه كلمات صغير مقارنة لما قدّمه لنا، وهو مشكور مجدّدا على ذلك.

الشكر موصول أيضا لأساتذتي الكرام، أعضاء لجنة المناقشة، كل باسمه كل بمقامه، لتفضّلهم قبول مناقشة هذه الاطروحة.

كما لا يفوتني أن أتقدّم بالشكر لكل طاقم كلية الحقوق بجامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي.

محمد الصالح حوالــة

إهداء

إلى من وضع المولى – سبحانه وتعالى – الجنّة تحت قدميها، ووقّرها

في كتابه العزيز...

(أمّي الحبيبة).

إلى عائلتي الصغيرة، أبي العزيز، أخي، أخواتي، وأفراد عائلتي الثانية

أبناء أختي وزوجها.

إلى أصدقائي، إلى كل من أعاننا من قريب أو بعيد.

إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة جهدي العملي.

محمد الصالح حوالــة

قائمة المختصرات

- قائمة المختصرات باللغة العربية

ج.ج.د.ش.	الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
ج.ر.	الجريدة الرسمية
ق.إ.م.إ	قانون الإجراءات المدنية والادارية
ق.م.ج.	القانون المدني الجزائري

- قائمة المختصرات باللغة الأجنبية (الإنجليزية والفرنسية):

A.F.D.I.	Annuaire Français de Droit International
A.A.P.L.	Asian Agricultural Products Ltd
A.J.I.L.	American Journal of International Law
A.J.D.A.	L'Actualité Juridique Droit Administratif
Ann.	Annuaire
Ann.IDI	Annuaire de l'Institut de droit international
B.Y.I.L.	British Year Book of International Law
Cass.	Cour de Cassation
C.A.	Cour d'Appel
C.D.I.	Commission de Droit International
C.I.J.	Cour international de justice
Ch.	Chambre
C.I.R.D. I.	Centre international pour le règlement des déférents des relatifs aux investissement
C.N.U.C.E.D.	Conférence des Nations Unies pour le Commerce Et le Développement

I.C.S.I. D.	International Centre for the Settlement of Investment Disputes
I.C.C.	International Chamber of Commerce
I.B.R.D.	International Bank for reconstruction and development
I.C.J.	International Court of Justice
I.L.R.	International Law Review
J.D.I.	Journal de Droit International
J.I.A.	Journal of International Arbitration
N.A.F.T.A.	North American Free Trade Agreement
Op.cit	Opus Citatum. Une locution latine, qui signifie : "Ouvrage précédemment cité"
O.C.D.E.	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
P.C.I.J.	Permanent Court of International Justice
P.U.F.	Presse Universitaire France
R.B.D.I.	Revue Belge de Droit International
R.C.A.D.I.	Cour de l'Académie de Droit International de la Haye
R.D.A.I.	Revue De Droit Des Affaires Internationales
Rec.	Recueil
R.G.D.I.P	Revue Générale de Droit International Public
Rev.Arb	Revue d'Arbitrage
Riv.Dir.Int.	La Rivista Diritto di Internet
T.	Tome
T.B.I	Traité bilatéral d'investissement

U.N.R.I.A.A United Nations Reports of International Arbitral Awards

الخطة العامة

مقدمـــــــة: 01

الباب الأول: حماية المستثمر الاجنبي: ما بين الحماية الحديثة والتقليدية و مسؤولية الدولة المضيفة 12

الفصل الأول: آليات الحماية التقليدية والحديثة: دراسة تحليلية للحماية الدبلوماسية ومبادئ المعاملة 16

المبحث الأول: الحماية الدبلوماسية كآلية تقليدية لحماية حقوق المستثمر الأجنبي 17

المبحث الثاني: مبادئ معاملة المستثمر الأجنبي: نظرة تحليلية في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف 50

المبحث الثالث : الحماية الموضوعية الحديثة (المعاصرة) للمستثمر الأجنبي 79

الفصل الثاني: مسؤولية الدولة المضيفة كأساس لآليات حماية المستثمر الأجنبي 114

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة المضيفة 115

المبحث الثاني : إستثناءات مسؤولية الدولة المضيفة على حماية المستثمر الأجنبي 150

الباب الثاني: حل منازعات المستثمر الأجنبي: دراسة تحليلية للتسوية القضائية والآليات البديلة 180

الفصل الأول: الآليات القضائية لحل منازعات المستثمر الأجنبي 182

المبحث الأول: دور القضاء الدولي كآلية تسوية منازعات المستثمر الأجنبي 183

المبحث الثاني : القضاء الوطني: بين الحماية القانونية وسيادة الدولة 214

الفصل الثاني: الآليات القانونية البديلة لحلّ منازعات المستثمر الأجنبي 228

المبحث الاول: آلية التحكيم الدولي 230

المبحث الثاني : الآليات المساعدة لحل منازعات المستثمر الأجنبي 371

خاتمـــــة 293

تنبيه الجامعة غير مسؤولة عن الآراء التي تتضمنها هذه الأطروحة .

ملخص الرسالة باللغة العربية

حتّى وإن لم يتم تقنين قانون الاستثمار الدولي بعد، إلاّ أنّه يساعد على وضع آليات وأسس التعامل فيما بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، فالحماية الدبلوماسية ومبادئ التعامل فيما بين أطراف الاستثمار الدولي إلى جانب التحكيم الدولي يمثلون لوحدهم ضمانات هامة لحماية المستثمر الأجنبي.

وبما أنّ جانب من هذه الدراسة يركّز على آليات الحماية المقررة من قبل الدولة المضيفة، فسنجد من خلال البحث أنّ تطبيقها يستلزم الاعتماد على عدة مبادئ من بينها مبدأ معاملة الدولة الأكثر رعاية ومبدأ المعاملة الوطنية، حيث يفترض ان تكون دون أدنى تمييز بين المستثمرين سواء كانوا أجانب أم وطنيين.

إذن القول بتوافر هذه الآليات، يعني إلزامية تضمينها في التشريع الوطني للدولة المضيفة، حتى تستطيع جلب اهتمام المستثمر الأجنبي للاستثمار لديها، ذلك أنّ الرأسمال الأجنبي يبرز كوسيلة فعّالة تساعد الدولة النامية على إحراز التقدم التكنولوجي والازدهار الاقتصادي الذي ينعكس مباشرة على مواطنيها وهو الهدف الرئيسي الذي تسعى إلى تحقيقه.

Abstract:

Even if international investment law has not yet been codified, it helps to establish mechanisms and foundations for dealing between the foreign investor and the host state.

Diplomatic protection and the principles of dealing between parties to international investment, as well as international arbitration, alone represent important guarantees for the protection of the foreign investor.

And if we focus our study on the adequate protection mechanisms of the host state, we will find that their application requires relying on the principle of most-favored-nation treatment and the principle of national treatment without the slightest discrimination between investors, whether they are foreign or national, as a minimum.

So, to say that these mechanisms are available means that they are mandatory to be included in the national legislation of the host state, so that it can attract the interest of the foreign investor to invest in it, because foreign capital emerges as an effective means that helps the developing country to achieve technological progress and economic prosperity that is directly reflected on its citizens, which is the main goal that strive to achieve.

مقدمة

مقدمـــــــــة

بما أنّ الدولة تمثّل عنصرا أساسيا في تركيبة المجتمع الدولي، فإنّ ذلك يؤدي بها إلى إلزامية تحمل جميع اختصاصات القانون الدولي، والتي يتمحور الاهتمام التنظيمي الدولي فيها حول وضعية "الأجنبي"[1] الذي يجد نفسه في دولة أخرى بدلاً من الفرد الذي يعيش في دولته الأم.

وتعتبر حماية الأجنبي وممتلكاته من بين أحد الأولويات التي يوليها القانون الدولي اهتماماً كبيراً، إذ أنها تشتمل على حق الأجنبي في الحصول على المساعدة القانونية والحق في المحاكمة العادلة في حال تعرضه لأي ضرر أو اعتداء على شخصه أو ممتلكاته. فهي بذلك تساهم في تحقيق المساواة بين الأفراد بغض النظر عن جنسياتهم أو خلفياتهم الثقافية، وهذا يعكس مبدأ العدالة والإنصاف في العلاقات الدولية. بالإضافة إلى ذلك، فإنّ ظاهرة الاستثمار الأجنبي حديثة في الدول النامية، إذ في السابق كانت الدول ذات التخطيط المركزي تنكر الحق في الملكية الخاصة وترفض فكرة المستثمر الخاص، سواء كان وطنياً أو أجنبياً، بسبب ارتباطه بالملكية، إلى جانب تمثيله لظاهرة استعمارية أو شكلٍ من أشكال المساس بسيادتها الدائمة على ثرواتها الطبيعية ونشاطها الاقتصادي[2].

---

[1] - H. CAUSSE, « L'investissement, le président de la République et le droit », Dalloz, Tribune. 2006, p. 4. Citer aussi en ; Guillaume Grundeler. «L'investissement (étude juridique)». Droit. Aix-Marseille Université, 2014. Français. NNT: tel-03188327. https://amu.hal.science/tel-03188327/document?cv=1

[2] – ينص المبدأ على حق الدول بالسيادة الدائمة على مواردها الطبيعية، وهو نتاج عشر سنوات من العمل في إطار الأمم المتحدة. تم تحقيق هذا التقدم في عام 1962 بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803(XVII) ، الذي أكد المبدأ بشكل واضح. أصبح هذا المبدأ بعد ذلك جزءاً لا يتجزأ من القانون الدولي العرفي، وتم تأكيده بشكل واسع خارج إطار الأمم المتحدة.

راجع:

A/RES/1803(XVII) , «Permanent sovereignty over natural resources», C.2, 39A/PV.1194, 14 Dec. 1962, 87-2-12 , A/5344/Add.1 and add. 1Corr. 1, A/L.412/Rev.2.

- T, LAURIOL et E. RAYNAUD, « le Droit Pétrolier et Minier en Afrique », Paris, Editions L.G.D.J, 2017, pp. 96-70.

ولكن بعد الأزمات الاقتصادية التي عرفتها هذه الدول، تغيّرت نظرتها العدائية للمستثمر الأجنبي وبدأت بتوفير المناخ الملائم لجذبه، وهذا بتطوير التشريع في مجال الاستثمار ليتماشى مع التنمية الاقتصادية المستهدفة[3].

وتتسم العلاقة بين كل من المستثمر الأجنبي والدولة المستضيفة له، في كونها علاقة جيّدة من حيث شكلها الخارجي وهذا خاصة في مرحلة قيام الاستثمار، إلا أنّها سرعان ما تنعكس نتيجتها سلبا على المستثمر الأجنبي، نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين مما يؤدّي إلى قيام نزاعات استثمارية بين الطرفين. إذ يصبح المستثمر الأجنبي في مركز ضعف أمام بيروقراطية الدولة المضيفة.

فهذه العلاقة ترتكز أساسا على المصلحة المتبادلة وكيفية حمايتها، ولهذا وضع القانون الدولي للاستثمار[4] آليات قانونية تضمن للمستثمر الأجنبي هذه الحماية والتي تستوجب على الدولة المضيفة الحفاظ عليها لأنها تمثل حقوقا رئيسية للمستثمر المتواجد فوق اقليمها.

وتبعا لذلك فإنّ الأساس القانوني الذي يعتمد عليه موضوع أطروحتنا هي الحماية القانونية التي يضمنها القانون الدولي للاستثمار قبل واثناء المنازعات المرتبطة بنشاط المستثمر الاجنبي، والتي تنشأ بين الدولة المضيفة للاستثمار وبين الطرف الأجنبي الخاص (المستثمر الأجنبي، سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا)، نتيجة لعدم الالتزام بأحد شروط الاتفاق المبرم بين هذه الدولة المضيفة والطرف الأجنبي المتعاقد معها والخاص بإقامة مشروع استثماري فوق أراضيها.

وتجدر الإشارة إلى انّ نشاط المستثمر الأجنبي قد يأخذ إمّا شكل الاستثمار المباشر أو الاستثمار الغير مباشر، ويرجع ذلك إلى تفضيل الدولة المضيفة لنوع معيّن من الاستثمار الاجنبي، وغالبا ما يتم الاعتماد

---

[3] - M. HAROUN, « le Régime des Investissements en Algérie », Paris, Litec, 2000, p.07.

[4] –القانون الدولي للاستثمار ليس مجرد مجموعة عشوائية من العناصر المتباينة، بل هو نظام قانوني متماسك رسمياً، يبرز العلاقات المعيارية على الصعيد الداخلي ويحافظ عليها مع السلوك الفعلي للموضوعات. ويعمل بمنطق عالمي لا يمكن فيه تفكيك أي عناصر غريبة على عبقريته، أنظر في ذلك:

-J. COMBACAU, « Le Droit International : bric-à-brac ou système ? », Archives de Philosophie du Droit, Vol. 31, 1986, p. 85.

على الاستثمار الأجنبي المباشر، نظرا لما يتميّز به من سهولة في حركة رؤوس الأموال والتكنولوجيا والخبرة الفنية الّتي تؤثّر على مستوى المنافسة[5]، كما أنّ له دور فعّال في خلق مناصب الشغل لدى الدولة المضيفة، بالإضافة إلى أحقية المستثمر الأجنبي في امتلاكه لجزء أو لكلّ رأسمال المشروع، أو حتى قيامه بالمشاركة في إدارته وتسييره.

ولإقامة المستثمر الأجنبي نشاطه الاستثماري، فهو إما يلجأ إلى عقد استثماري دولي أو اتفاقية استثمارية، ويثير عقد الاستثمار الدولي عدة تساؤلات نظرا لعدم وجود تكافؤ في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، من جهة الدولة المضيفة بوصفها شخص من أشخاص القانون الدولي العام والقانون الداخلي فهي تتمتع بمزايا سيادية استثنائية، ومن جهة ثانية، المستثمر الأجنبي التابع لدولة أخرى، هذا الأخير لا يتمتع بنفس الحقوق والمزايا، ذلك أنّه يعد كأصل عام شخص من أشخاص القانون الخاص.

وعليه اتجهت العديد من الدول من خلال إصدارها لقانون الاستثمار، بهدف التوسيع في نطاق وأشكال الضمانات القانونية المقررّة لهذا النمط من الاستثمار حتىّ تيّسر عملية استقطابه، وهو ما أدّى بها إلى الاهتمام بالمركز القانوني للمستثمر الأجنبي والآليات القانونية المتوفر لحماية مصالحه المشروعة لديها باعتبارها الدولة المضيفة لاستثماره.

وتظهر أهمية دراسة الآليات القانونية لحماية المستثمر الاجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار، في كونه يعد من المواضيع الجديدة والمتجددة، التي تتطلب تحيين الدراسات حولها في كل فترة.

حيث يكتسي هذا الموضوع من الأهمية ممّا يجعله يشكّل قيمة مضافة في الدراسات القانونية، فنجد أنّ الجانب النظري في قسمه القانوني يخص كل الأشخاص الطبيعية والاعتبارية بما أنّ النشاط الاستثماري ليس حكرا على شخص او مجموعة معينة، وبالتالي من الضروري توضيح الحقوق التي يجب مراعاتها

[5] - د. النعماني، عبد العزيز سعيد يحيى، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في اليمن ومصر " دراسة قانونية مقارنه"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية القانون، القاهر ة، مصر، 2002، ص 03.

أثناء ممارسة هذا النشاط المؤسس وفقا لقواعد قانونية دولية تسري في معظم قوانين أعضاء المجتمع الدولي، الغرض منها توفير أكبر قدر ممكن من الحماية القانونية لمن يحمل صفة المستثمر الأجنبي، دون أن يتمكن الطرف الآخر في هذه المعاملة من فرض هيمنته عليه، وبالتالي الوقوع في نزاعات استثمارية.

الحاجة الماسة للدولة المضيفة في استقبال المستثمر الأجنبي لإقامة نشاط فوق اقليمها مما يساعدها على النهوض الاقتصادي، هو من الناحية النظرية إغراء استثماري خال من أي تماطل أو عراقيل استثمارية، ممّا يستدعي البحث عن أسباب قيام العراقيل وكيفية إزالتها بإلزامية توفير الحماية القانونية التي يفرضها القانون الدولي للاستثمار على الدولة المضيفة.

أمّا الجانب العملي من الدراسة فيكمن البحث فيه عن علاقة طرفي المنازعة الاستثمارية الناشئة عن نشاط المستثمر الأجنبي فوق أراضي الدولة المضيفة وفقا للاتفاقية الاستثمارية أو لعقد دولي استثماري، بحيث يصبح القانون الواجب التطبيق على المنازعة مسألة قانونية وتحكيمية، نظرا لوجود دولة ذات سيادة كطرف.

أمّا الطرف الآخر في هذه العلاقة الاستثمارية تتمثل في الشخص الأجنبي (طبيعي أو اعتباري)، الذي ينتمي بجنسيته لدولة أخرى التي لها حق التصدي باللجوء إلى الحماية الدبلوماسية إزاء أي ضرر يقع على رعاياها من جانب الدولة المضيفة لاستثماراتهم. وبهذا يبدو الانعكاس السلبي جليا عند ظهور منازعات الاستثمار على مسار نشاط المستثمر الاجنبي، إذ أنّ هذه المنازعات تؤدي بالنتيجة إلى اضطرابات في العلاقات الدولية الاستثمارية بين دول جنسية المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم. ومن هنا أصبحت حماية المستثمر الأجنبي وفقا لقواعد القانون الدولي للاستثمار مسألة حتمية وضرورة ملحّة تفتضيها المصلحة المتبادلة للأطراف الاستثمارية وأيضا ظاهرة دولية اقتصادية كونها تشمل في طيّاتها على الحقوق الاقتصادية وفقا لحقوق الانسان قبل كل شيء.

ويرجع سبب اختيارنا لدراسة الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار إلى العديد من الأسباب بعضها موضوعي والبعض الآخر ذاتي.

بالنسبة للأسباب الموضوعية التي دفعتنا إلى اختيار موضوع حماية المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار، فهي تتمثل فيمايلي:

- من باب التخصص الذي درسته خلال مسيرتي في الماجستير، والمتمثل في "القانون الدولي والعلاقات الدولية".

- قلة الرسائل والبحوث الجامعية، التي تناولت هذا الموضوع في الجزائر، وان وجدت فهي لم تربط الموضوع بين الاستثمار الأجنبي المباشر وحماية المستثمر الاجنبي بالمتغيرات العالمية المعاصرة

- البعد الواقعي الذي يتمتع به موضوع حماية المستثمر الاجنبي، حيث لا يمكن لأيّ فرد من أفراد المجتمع الدولي أن يتخلى عن إبرام عقود دولية استثمارية لممارسة نشاطه الاستثماري.

أما فيما يخص الأسباب الذاتية التي دفعتنا إلى اختيار هذا الموضوع، فالأهم هو ميولنا للموضوع الذي يعبر عن واقعنا اليومي وميولاتي البحثية؛

- الوعي التام بأنّ الاستثمار هو الركيزة الأساسية لتطور اقتصاديات الدول، وما له من تأثيرات مباشرة على مختلف الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.

- الاهتمام بتحديد الآثار الناجمة عن خرق طرفي رابطة الاستثمار للالتزامات المنصوص عليها في عقود الاستثمار.

- من أجل تسليط الضوء على أهم الأسباب، والدوافع التي تؤدي إلى قيام منازعات الاستثمار.

- وأخيرا لإثراء المكتبة الجامعية بمرجع جديد قد يكون في متناول باحثين آخرين في المستقبل لإنجاز دراسات أخرى مكمّلة.

إن تواجد المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة، يعتبر أحد مواضيع الساعة مثال ذلك الجزائر التي تعيش مرحلة التحولات الاقتصادية، من خلال الانفتاح على الاستثمارات الأجنبية، والتوجه نحو اقتصاد السوق، عبر عقدها لاتفاقيات دولية مرتبطة بترقية وتدعيم الاستثمار، وبالتالي فإن موضوع الآليات القانونية لحماية المستثمر الاجنبي يشكل حيزا مهمّا من السياسة الاقتصادية.

ويهدف موضوع دراستنا حول الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الولي للاستثمار إلى بلوغ الأهداف التالية:

- ❖ محاولة إعطاء صورة واضحة عن الآليات القانونية الضامنة لحماية المستثمر الأجنبي.
- ❖ تسليط الضوء على مختلف المبادئ القانونية المتوفرة سواء على المستوى الدولي أو الوطني.
- ❖ محاولة الوقوف على أهم الخصائص التي تجعلها ذات طبيعة خاصة.
- ❖ تحديد أسباب وجود خلل في العلاقة الاستثمارية بين كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة.
- ❖ تحليل الأسباب المختلفة التي تؤدي إلى قيام منازعات عقود الاستثمار، والبحث عن السبل والوسائل الكفيلة لتسويتها، والتي تستند على عوامل التوازن بين المصالح التجارية المتعارضة، بموضوعية وحيادية من دون المساس بالحقوق المشروعة للأطراف المتعاقدة (الدولة المستقطبة لرأس المال والمستثمر الأجنبي).
- ❖ محاولة معرفة إن كانت آليات تسوية منازعات الاستثمار الدولية المفضلة لدى المستثمر الأجنبي والشركات الأجنبية هي فعلا أكثر حيادية واستقلالية ونجاعة من الوسائل الداخلية التي تناط لها مهمة الفصل في المنازعات التي قد تثور بينه وبين الدولة المضيفة.
- ❖ المساهمة في تقييم التطور الذي أحرزته الآليات الدولية لفض نزاعات المستثمر الأجنبي ضد الدولة المضيفة.

بالإضافة إلى كل ما سبق فإننا نهدف من خلال هذه الدراسة، إلى إثراء قائمة المراجع الجزائرية في مجال حماية المستثمر الاجنبي بصفة عامة.

بالنسبة للدراسات الأكاديمية السابقة، التي تعنى بدراسة موضوع الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار كانت جد ّنادرة، حيث أن معظم الدراسات السابقة تطرقت إلى موضوع حماية الاستثمار الأجنبي المباشر والآليات التي تحقق ذلك بصفة عامة، دون تسليط الضوء على أحكام الآليات القانونية التي تقوم بتوفير الحماية للمستثمر الأجنبي كعامل مهم في تواجد الاستثمار في حد ذاته، ومن بين أقرب الدراسات إلى موضوعنا وجدنا ما يلي :

– شريفي راضية، نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018 .

إلا أنّ هذه الدراسة تختلف عن دراستنا في كون أننا حاولنا تسليط الضوء على الآليات القانونية الدولية التي تحكم العلاقة الاستثمارية بين كل من المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة في حد ذاتها، بينما هذه الرسالة ركزت أكثر على نظام الحماية الدبلوماسية –من نظرة الدول النامية– التي هي آلية تقليدية كان يتم اللجوء إليها بقوة قبل اعتماد طريق القضاء الدولي و التحكيم الدولي للاستثمار.

–زيبار الشاذلي، الأطر القانونية لاتفاق التحكيم وفاعليته في حماية الاستثمار الأجنبي في إطار الاتفاقيات الدولية، أطروحة دكتوراه، قانون عام، جامعة سعيدة، 2019.

بدورها تختلف هذه الرسالة عن دراستنا، حيث أننا وضحنا آلية التحكيم وطبيعتها القانونية وأنواع التحكيم الاستثماري وفقا للقانون الدولي للاستثمار، دون التركيز على اتفاق التحكيم وحده من أجل قيام الحماية، مثلما فعل صاحب الرسالة المذكورة .هذا ما جعل من أطروحتنا تتسم بنوع من الشمولية في ضبط موضوع الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار، من خلال التطرق إلى كافة المراحل التي تحكم الحماية المقررة للمستثمر الأجنبي.

وقد واجهتنا أثناء رحلة بحثنا في موضوع الآليات القانونية لحماية المستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار، العديد من الصعوبات والعراقيل، أهمها كثرة النصوص القانونية التي تنظم مجال حماية نشاط المستثمر الأجنبي بصفة عامة، وتشعبها في العديد من المجالات المتفرقة والخلط الواقع في بعض الأحيان ما بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الاستثماري الدولي، دون التطرق إلى خصوصية العلاقة التي تربط المستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة و موقف القانون الدولي للاستثمار من مكانة المستثمر الأجنبي على الساحة الدولية، إلى جانب ذلك قلّة المراجع المهتمة بالمستثمر الاجنبي، مما يؤدي إلى صعوبة الإلمام بالموضوع من كافة جوانبه.

ترتكز هذه الدراسة على العناصر المكوّنة لماهية آلية حماية المستثمر الأجنبي من قبل الدولة المضيفة ومدى تطبيق هذه الاخيرة للنصوص الدولية والوطنية لضمان هذه الحماية التي تسمح بجلب واستمرارية الاستثمار والتزام الدولة ببذل العناية اللازمة لذلك، بالإضافة الى توفير شروط المعاملة المعترف بها على الساحة الدولية والتي تضمان ملكية المستثمر الأجنبي على نشاطه الاستثماري وأحقيته في التعويض والمحاكمة العادلة إن اقتضى الامر ذلك.

في ظل المتغيرات الدولية والوطنية التي يشهدها العالم في عصرنا هذا، بات من الضروري للدول الراغبة في جذب الاستثمار او الحفاظ عليه، القيام ببعض التنازلات عن سيادتها الوطنية والتنفيذ الفعلي للنصوص الواجبة عليها وتضمينها بتشريعاتها، حتّى تسمح لها باستقطاب رأسمال المستثمر الأجنبي.

وبناء على ما سبق يمكن طرح الاشكالية التالية:

إذا كان من المعلوم أنّ القانون الدولي للاستثمار ضمن للمستثمر الأجنبي آليات قانونية لحمايته، فهل هذا يعني ان الدولة المضيفة له ملزمة اتجاهه لتضمن استقطابه ؟

والتي حاولنا الاجابة عنها من خلال التطرق لحل الفرضيات المتفرعة عن الاشكالية الرئيسية والمتمثلة في:

- تحديد شروط وأشكال المعاملة التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي.
- التطرق إلى حدود مسؤولية الدولة المضيفة عن أفعالها اتجاه المستثمر الأجنبي.
- تسليط الضوء على مدى كفاية النصوص القانونية التي تحكم كل مرحلة من مراحل النزاع القائم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، ومعرفة كيفية تعامل الدولة المضيفة لحل النزاع الاستثماري القائم، ونوعية المعاملة التي تمنحها للمستثمر الأجنبي.
- توضيح خصوصية لجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم الدولي. والاساس القانوني الذي يعتمد عليه للمطالبة به.
- وفي الأخير محاولة ضبط القيمة القانونية للوسائل البديلة لفض منازعات المستثمر الأجنبي إن وجدت.

يتعين على الباحث عند قيامه بإعداد أي بحث بصفة عامة، اختيار الأسلوب أو المنهج الذي يمكنه من الوصول إلى النتيجة التي يهدف إليها، ومن جانبنا فقد رأينا أنّه من بين مناهج البحث الأكثر ملائمة لموضوعنا هما المنهجين الوصفي والتحليلي، فهما أقرب المناهج إلى تحقيق النتيجة التي نهدف إليها من خلال دراستنا.

وبناءا عليه، فقد أجرينا وصفا تحليليا للآليات القانونية التي تتطرق إلى حماية المستثمر الاجنبي، بدءا بتحديد ماهيتها والحقوق والالتزامات الناشئة عنها، مرورا بخصوصيتها المستمدة من أطراف التعاقد وادراج الشروط الخاصة فيها، لنصل إلى الآليات الوطنية والدولية التي تسمح بتسوية منازعات المستثمر الأجنبي في مجال عقود الاستثمار والنظام القانوني الواجب التطبيق عليها.

كما استعملنا المنهج التحليلي عندما تناولنا دراسة آليات تسوية منازعات المستثمر الأجنبي، والتي على رأسها آلية التحكيم الدولي، إلى جانب الاليات البديلة من توفيق ووساطة.

وفي سبيل الاجابة على هذه الاشكالية الاساسية والفرضيات الفرعية السابق طرحها، ارتأينا الاعتماد على التقسيم الثنائي لدراسة الموضوع، لاعتقادنا بأنه الأنسب لتوضيح دراستنا، حيث قسمنا ّ هذه الدراسة إلى بابين كل باب قسّم بدوره إلى فصلين.

نتناول في الباب الأول: حماية المستثمر الاجنبي: ما بين الحماية التقليدية ومسؤولية الدولة المضيفة، أمّا الباب الثاني فخصص لحل منازعات المستثمر الأجنبي: دراسة للتسوية القضائية والآليات البديلة.

نستعرض في الباب الأول من الدراسة إلى؛ حماية المستثمر الأجنبي التي يتم اعتمادها والمتداولة ما بين الحماية التقليدية ومسؤولية الدولة المضيفة، والذي ينقسم إلى فصلين:

الفصل الأول، سيكون موضوعه التطرق إلى آليات الحماية التقليدية عبر دراسة تحليلية للحماية الدبلوماسية ومبادئ المعاملة.

نخصص المبحث الأول لدراسة الحماية الدبلوماسية كآلية تقليدية لحماية حقوق المستثمر الأجنبي، والتي تتمثل في ماهية الحماية الدبلوماسية، أمّا المبحث الثاني ففيه يتم تحليل مبادئ وشروط معاملة المستثمر الأجنبي عبر نظرة تحليلية في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف، بحيث سنتعرف فيه على أنواع الحماية المتوفرة للمستثمر الأجنبي.

وجاء الفصل الثاني تحت عنوان: مسؤولية الدولة المضيفة كأساس لآليات حماية المستثمر الأجنبي، والذي قمنا بتقسيمه إلى مبحثين نتولى في الأوّل منه دراسة الطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة المضيفة التي تؤدي إلى قيام منازعات عقود الاستثمار، أمّا في المبحث الثاني فهو يساعدنا على الإحاطة الشاملة بمدى هذه الحماية المقررة، إذ يعتمد على تحديد الاستثناءات الواردة على مبادئ حماية المستثمر الأجنبي.

وفيما يخص الباب الثاني فسيتم فيه تناول بشكل مفصل، لحل منازعات المستثمر الأجنبي من خلال دراسة للتسوية القضائية والآليات البديلة، والذي قمنا بتقسيمه إلى فصلين.

تطرقنا في الفصل الأول منه إلى الآليات القضائية لحل منازعات المستثمر الأجنبي، وهذا بتقسيمه إلى مبحثين يتم معالجة في المبحث الأول دور القضاء الدولي كآلية لتسوية منازعات المستثمر الأجنبي، والذي يحمل في طياته استعراض مكانة كل من محكمة العدل الدولية ومحكمة الاستثمار العربية ودورهما في فض المنازعات الدولية الاستثمارية، أمّا المبحث الثاني فخصص، لإبراز صلاحية القضاء الوطني بين الحماية القانونية وسيادة الدولة.

وبذلك سنعتمد في الفصل الثاني والأخير، دراسة تحليلية للآليات القانونية البديلة لحّل منازعات المستثمر الأجنبي، والذي نقسمه بدوره إلى مبحثين، نستعرض في المبحث الأول منه لآلية التحكيم الدولي والذي يشمل كل من طبيعته القانونية إلى جانب اتفاق التحكيم و الأركان القائم عليها، ونتطرق في المبحث الثاني إلى باقي الآليات القانونية لحل منازعات المستثمر الأجنبي، عبر التطرق الى الوسائل الوديّة لحل منازعات الاستثمار الاجنبي من النظام القانوني إلى الطبيعة القانونية للتوفيق والوساطة كوسيلة من الوسائل الودية التي يتم استخدامها لفض النزاعات الدولية للمستثمر الاجنبي .

وقد حرصنا في مناهج هذه الدراسة، الاعتماد بقدر الإمكان على توازن الفصول والمباحث، وأنهينا البابين بخلاصة تعرضنا فيها لأهم النتائج والتوصيات المستخلصة، وبذلك نأمل أن نكون قد وفقنا في اختيار الموضوع وأعطيناه حقه.

الباب الأول:

حماية المستثمر الاجنبي:

ما بين الحماية التقليدية و مسؤولية الدولة المضيفة

الباب الأول: حماية المستثمر الاجنبي: ما بين الحماية التقليدية و مسؤولية الدولة المضيفة

عندما تنزل الدولة إلى ميدان الاستثمارات الدولية كشخص عام من أشخاص القانون الدولي العام، فهي تهدف من ذلك أولا، دفع عجلة التنمية على جميع مساراتها، ثانيا زيادة تدفق الاستثمارات الأجنبية إليها كمصدر هام من مصادر التمويل الخارجي.

ونتيجة لذلك، يتزايد حجم اتفاقيات التنمية الاقتصادية بين الدول، مما يحفز المستثمرين التابعين لتلك الدول على القدوم بأموالهم لإقامة مشروعاتهم الاستثمارية في الدول الراغبة في النمو، والتي هي في حاجة لتلك الاستثمارات.

ولم تنحصر مجالات الاستثمار في قطاعات معينة أو محددة، بل تنوعت حيث أنّ الدول النامية والدول الدول المتقدمة، أصبحت اليوم دولا مضيفة للاستثمارات الأجنبية.

وبذلك فإنّ للحماية الدبلوماسية مكانة ضمن عقود الاستثمار، نظرا للأهمية التي توفرها بالنسبة لاقتصاديات هذه الدول، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر.

إذ أنها تعد في الكثير من الأحيان الركيزة التي يتم بواسطتها الممارسة الحقيقية للشروط الواجب التعامل بها، وفقا للحماية إذا ما كانت معاملة وطنية بحته أو أنّها مرفقة بمعاملة الأفضلية، على نحو يجعل من هذه العقود عاملا حيويا ورئيسيا في تحقيق الخطة الاقتصادية للدول المستقبلة لهذا الاستثمار، مما يعني أن معاملة المستثمر الأجنبي هي التي ستحدد مدى قيمة استثماره ومدته على أرض الدولة المضيفة.

وكما أشرنا، فإنّه من الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، حتى وان ظهرت جيدة في بدايتها، إلا أنّ ذلك سرعان ما يتغيّر نتيجة لتعارض المصالح بين الأطراف، وهو ما ينجم عنه ظهور مسألة القيمة القانونية للرابطة الاستثمارية القائمة بين الطرفين بحيث تكون مسؤولية الدولة المضيفة مطروحة للفصل في الاشكال الاستثماري.

ومنه فقد ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو الآتي بيانه:

الفصل الأول: آليات الحماية التقليدية: دراسة تحليلية للحماية الدبلوماسية ومبادئ المعاملة.

الفصل الثاني: مسؤولية الدولة المضيفة كأساس لآليات حماية المستثمر الأجنبي.

الفصل الأول:

آليات الحماية التقليدية:

دراسة تحليلية للحماية الدبلوماسية ومبادئ المعاملة

الفصل الأول: آليات الحماية التقليدية: دراسة تحليلية للحماية الدبلوماسية ومبادئ المعاملة

يعتبر تطلع المستثمر الأجنبي إلى معرفة نوع النظام القانوني القائم بالدولة المضيفة لاستثماره، من بين أولى اهتماماته، ذلك أنّه يسمح له بوضع أرضية صلبة لإنجاز استثماره، باعتباره (المستثمر الأجنبي) من بيئة قانونية مختلفة عن التي عهدها في دولته، حيث أنّه سيقيم استثماره في دولة غالباً ما ستكون قوانينها متحرّرة تجاه الاستثمارات الأجنبية، والتي تعبّر عن إرادة الدولة في إطلاق الحرية الاقتصادية والتجارية.

بالإضافة إلى ذلك، فإنّ وضع استراتيجية طويلة المدى لمشروعه الاستثماري، سيجعله يهتم أكثر بالتوجّهات السياسية والاقتصادية للبلد المضيف، نظرا للتأثير الذي قد يحدثه على مستوى النصوص التشريعية، الوطنية منها والدولية، إذا ما كان لها صدى على مستوى المجتمع الدولي.

وعلى هذا الأساس، سيتناول هذا الفصل في مبحثين؛

المبحث الأول: نتطرق فيه الى "الآلية التقليدية لحماية حقوق المستثمر" والمستوحاة من نصوص القانون الدولي العام، وفي المبحث الثاني: "شروط معاملة المستثمر الأجنبي في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف".

المبحث الأول: الحماية الدبلوماسية كآلية تقليدية لحماية حقوق المستثمر الأجنبي

تعتبر الحماية الدبلوماسية من أقدم الاليات القانونية الأساسية للقانون الدولي العام، فهي تساعد المستثمر الأجنبي في استرجاع حقه المغتصب من قبل الدولة المضيفة، بمعنى آخر، فهي تعمل على تحديد المسؤولية الدولية للطرف المتسبب في الضرر والتي هي غالبا ما تكون ممثلة في سلطات الدولة المضيفة، وفيما يلي سنتطرق في هذا المبحث إلى "ماهية الحماية الدبلوماسية" وكل ما يشملها من تعاريف قانونية، بالإضافة إلى ذلك، تجدر الإشارة للطبيعة القانونية لهذه الآلية، وهذا في إطار المطلب الأول، أمّا المطلب الثاني فمن المنطق القانوني التطرق إلى "شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية"، بدءا بشرط الجنسية في الفرع الأول، أمّا الفرع الثاني فموضوعه دراسة الشروط المتعلقة بالفرد، المُتمثِّلة في شرط استنفاذ سبل الانتصاف التي يوفرها التشريع الوطني للمستثمر الاجنبي المتضرر.

المطلب الأول: ماهية الحماية الدبلوماسية

تقوم الحماية الدبلوماسية على لجوء المستثمر الأجنبي الى دولة جنسيته باعتباره أحد مواطنيها[6]، حيث يستوجب عليها رفع دعوى امام المحاكم الدولية بهدف استرجاع حقه المهضوم والاضرار التي تعرض لها لدى الدولة المضيفة، ولهذا سيتم دراسة هذا الجانب من الحماية عبر التطرق الى تعريف الحماية الدبلوماسية في الفرع الأول وطبيعتها القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول :تعريف الحماية الدبلوماسية

بادئ ذي بدء، نجد أنّ الفقهاء الذين اهتمّوا بمجال الحماية الدبلوماسية، لم تكن لهم نظرة موحدة بحيث كان فيه نوع من الانقسام، الذي اتسم ببروز مذهبين مُختلفين، الأوّل شامل، ذلك أنّه يحمل في طياته تعريفا واسعا، والذي يُعرف ب"الحماية غير الخصامية"، وأمّا المُقاربة الثانية فهي عكس الأولى، إذ أنّها

[6] - M. HUGO, « Le Fondement de la protection diplomatique : pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », In; Annuaire Français de Droit International, Vol. 59, 2013, p. 223.

تقودنا إلى تعريفٍ ضيّق، وتؤدي إلى" حماية قضائية" (ثانيًا)، ويمكن أن نضيف إلى هذان المذهبين دور لجنة القانون الدولي في وضعها لتعريف للحماية الدبلوماسية (ثالثا)[7]

أولا- التعريف الواسع

وفقًا لهذا المنظور، فإنّ الحماية الدبلوماسية تعبّر عن مجموعة من القواعد القانونية التي تتضمّن معظم المساعي الإجرائية الممكنة التي تقوم بها الدولة لفائدة مواطنيها المُتضرّرين في الخارج، بأعمال توصف بأنها مخالفة للقانون الدولي و المرتكبة من طرف الدولة المضيفة، بهدف الحصول على أفضل تسوية مادية ممكنة، وفي هذا الاطار، يمكن ذكر التعريف المقدّم من الفقيه "باسدفان J.Basdevant" في قاموسه المتعلق بمصطلحات القانون الدولي العام، والذي مفاده أن:

"الحماية الدبلوماسية هي سعي الحكومة الوطنية لدى حكومة أجنبية للمطالبة بحقوق رعاياها، أو استثنائيا بحقوق بعض الأشخاص الأخرى، في ظل احترام القانون الدولي، أو للحصول على بعض الامتيازات لصالحهم[8]."

المقصود هنا بالالتزامات الدولية، هي تلك التي تخص واجب معاملة الرعايا وفقا للمعايير الدولية للحد الأدنى في معاملة الأجانب والتي على الدولة المضيفة الاستجابة لها وتوفيرها، سواء بموجب القواعد الدولية العرفية أو القواعد الاتفاقية الدولية.

نفس الاتجاه سلكه الأستاذ" شارل دو فيشر "Charles de Vischer عند دراسته للحماية الدبلوماسية، حينما وصف بأنها:" إجراءٌ يسمح للدولة الدفاع- بواسطته- عن حقوق مواطنيها في المعاملة، ويكون ذلك فقًا للقانون الدولي[9]."

7 -J. Chappez, «Protection Diplomatique» , Jurisclasseur du Droit International, Éditions du Jurisclasseur, Vol. 04, mis à jour le 01 septembre1999, Fasc. N° 250, p. 01.

8 - Cité par ; E.M. BROCHARD, « Premier rapport pour l'Institut du Droit International sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger », Ann. IDI., Session de Cambridge, 1931, Vol. I, p.256 et s.

9 -Ch. De VISCHER, « Théories et réalités en droit international public », Pédone, 4ème édition, Paris 1970, p. 250.

ولا يُبيِّن الأستاذ " دوفيشر" طبيعة هذا الإجراء، الذي يمكن أن يتّخذ صفات وأشكال عديدة، بل هو يصف غايته التي تكمن في الحصول على معاملة عادلة ومنصفة لمواطني الدولة المقيمين في الخارج، في إطار المعايير الدولية الدنيا المفروضة في هذا الجانب على الدولة المضيفة بتوسيع الحماية. المقررة للرعايا الأجانب.

بينما يرى الفقيه" ألكسندر شارل كيس" Alexandre-Charles KISS " الدبلوماسية على أنها: "تشمل كل إجراء يقوم به شخص من أشخاص القانون الدولي العام لفائدة بعض الأفراد الذين تربطهم علاقات قانونية محدّدة، جرّاء انتهاك للقانون الدولي من قبل شخص آخر من أشخاص القانون الدولي[10]".

بمعنى آخر، توسيع نطاق الحماية الدبلوماسية، وهذا بالأخذ بعين الاعتبار التطورات المتعلّقة في حق المنظمات الدولية بتوفير الحماية لموظفيها، أي ما يُعرف ب" الحماية الوظيفية"، التي أكّدتها محكمة العدل الدولية لأوّل مرّة في" قضية التعويضات عن الأضرار التي لحقت بمنظمة الأمم المتحدة "سنة 1949[11]، حينما أسّست المحكمة، نظاماً قانونيا يسمح بحماية حقوق الأفراد العاملين في المنظمات الدولية.

ونجد نفس المقاربة التعريفية لدى الأستاذ "غيك" (Wilhelm Karl Geck) ، التي جاءت في مضمون كتابه "موسوعة القانون الدولي"، بحيث يعتبر الحماية الدبلوماسية بأنّها " :الحماية التي يمنحها شخص من أشخاص القانون الدولي للأفراد، أي الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون، من انتهاك للقانون الدولي يرتكبه شخصٌ آخر من أشخاص القانون الدولي[12]."

[10] - A.C KISS, « La protection diplomatique », Encyclopédie juridique, Répertoire de droit international, T. II, Dalloz, Paris, 1969, p. 690.
[11] - Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. CIJ., 1949, p. 183.et s.
[12] - W. K. Geck, « Diplomatic Protection », in Rudolf Bernhardt (dir.), Encyclopedia of Public International Law, Vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992, p. 1046 et p. 1064.

ولقد تم توسيع مجال الحماية الدبلوماسية لتشمل تلك الحماية التي توّفرها منظمة دولية لموظفيها، بيد أنّه من المعروف أنّ هناك اختلافات كبيرة بين كل من "الحماية الدبلوماسية" التي تمارسها الدولة، و"الحماية الوظيفية "المقرّرة لمنظمة دولية معينة.

ولقد استعرض الأستاذ" جون شابيز" "Jean Chappez" موقفه، الذي يلخّص فيه تعريفه للحماية الدبلوماسية في معناها الواسع، حينما ذكر أنّ الحماية الدبلوماسية في معناها الواسع تعني :" مجموع الإجراءات القانونية التي تتدخل من خلالها الدولة لدى دولة أخرى، من أجل ضمان احترام قواعد القانون الدولي في شخص رعاياها الذين يتواجدون فوق إقليم هذه الأخيرة"[13].

ثانيا- التعريف الضيّق

استنادا إلى ما سبق فإنّ هناك من يرى بأنّ وضع تعريف ضيّق للحماية الدبلوماسية يعد بمثابة المعنى الأدقّ قانونا، ومن أنصار هذا الاتجاه نجد تعريّف الأستاذ "**شابي**" للحماية الدبلوماسية بأنّها :" الإجراء الذي تقرّر الدولة بواسطته تبنّي مطالبة دولية لفائدة أحد رعاياها، ضد دولة أخرى، بالرفع من مستوى النزاع لكي يصبح دولياً، وبصفة أدقّ عرض النزاع أمام جهة قضائية دولية."

ومن خلال هذه النظرة الإجرائية البحْتة، فالحماية الدبلوماسية "آلية تضطلع بها الدولة للاحتجاج بمسؤولية دولة أخرى في مجال الأضرار التي تلحق الأجانب سواء في أشخاصهم أو في ممتلكاتهم[14]"، أيْ أنّ مسؤولية الدولة المضيفة تصبح قائمة بسبب أعمالها المُخالفة للقانون الدولي اتّجاه رعايا دولة الجنسية.

نفس المعنى سلكه الأستاذ" فليب جوسيب" "Philip C. Jussup"، الذي وضع جلّ اهتمامه ووقته في دراسة الأضرار التي تلحق بالفرد، بما فيها موضوع مسؤولية الدولة، حيث يرى بأنهّ:" يمكن تعريف

[13] - J. Chappez, op.cit., p.01.
[14] - Ibid., p.2.

الحماية الدبلوماسية على أنها إجراء لإعمال مسؤولية الدولة بشأن انتهاكاتها للقانون الدولي الناجمة عن الأضرار القانونية التي تلحق بشخص موطن إحدى الدول، أو بممتلكاته"[15].

ومن الواضح تماماً في هذا التعريف أن الأستاذ" جوسيب "يأخذ بعين الاعتبار أصل الحماية الدبلوماسية المُنبثق من موضوع المسؤولية الدولية، ولهذا وصف بأنّها إحدى وسائل التنفيذ لمسؤولية الدول على الصعيد الدولي.

وبدوره يصف الأستاذ" شارل روسو "Charles Rousseau الحماية الدبلوماسية بأنّها: "التحرّك الدبلوماسي الذي تقوم به حكومة الفرد المُتضرّر، لدى الحكومة الأجنبية التي من المفروض بأنها مسؤولة، لإصلاح الضرر الذي تسببت فيه هذه الأخيرة للرعية الأجنبية"[16].

هذا التعريف عبارة عن وصف لنوع الإجراء المُتخذ في إطار الحماية الدبلوماسية أي" الإجراء الدبلوماسي"، والذي يعني استعمال كافة الوسائل والقنوات الدبلوماسية السلمية منها والمشروعة لغرض التوصل لتسوية عادلة ومقبولة لقضية مواطنها المتضرر في الخارج، إلّا أنّ طبيعة الإجراءات المُتّخذة لا تنحصر في هذا النوع فقط، بل توجد أنواع أخرى.

وفي هذا الصدد، وضع البروفيسور" جون برليا" "G. Berlia تعريفا يلخّص فيه الحماية الدبلوماسية على أنها :" تبنّي دولة الجنسية لمطالبة فردية، لم تلقى تسوية عادلة أو مُرضية من قبل الدولة المضيفـــة" [17].

وتبعا لهذا التعريف فإنّ الحماية الدبلوماسية في معناها الدقيق هي تبنّي الدولة لقضية مواطنها المتضرر في الخارج، وعليه تأخذ ممارسة الحماية الدبلوماسية طابعًا إجرائيًا خاصا يتمّثل في تقديم مطالبة دولية

---

[15] – راجع في جون دوغارد، التقرير الأول عن الحماية الدبلوماسية، الكتاب السنوي للجنة القانون الدولي، المجلد الثاني، الجزء الأول، الدورة الثانية والخمسون، رقم الوثيقة A/CN.4/ 506، لعام 2000 ، الفقرة36، ص14 .

[16] -Ch .Rousseau, « Droit international public », Tome 05, Paris, Sirey, 1983, pp. 97 et s.

[17] - G. Berlia, « Contribution à l'étude de la protection diplomatique », A.F.D.I., 1957, pp. 63 et s.

ضدّ الدولة المضيفة أمام الجهة القضائية الدولية المُختصة، بهدف إيجاد تسوية عادلة ومنصفة لقضية مواطنها المُتضرّر، وبناءا على ذلك، يتّضح لنا أنّ تدخّل الدولة يشكّل المحور الأساسي لهذا الإجراء. ولعلّه من المستحسن، التنويه إلى تعريف" جون سلمون "Jean Salmon" للحماية الدبلوماسية الذي مفاده: "أنّها الحق الذي يعطي للدولة تقديم مطالبة دولية ضدّ دولة أجنبية، عندما يكون إحدى رعاياها ضحية لعمل دولي غير مشروع من طرف دولة الإقامة"[18].

يتسم تعريف" جون سلمون "بطابعه القانوني المجرّد، الذي يعطي فيه الحق لدولة الجنسية بتبنّي قضية أحد رعاياها المُتضرّرين في الخارج إذا ما كان ضحية عمل دولي غير مشروع صادر عن الدولة المضيفة، وفي هذا الإطار يؤكد" سلمون "في تعريفه المذكور أعلاه، أنّ ما تُعبّر عنه دولة الطرف المتضرر هنا هو حقّها الذاتي، حتّى وإن كان قد ركّز على الجانب الإجرائي في تعريفه.

واستخلاصا لما سبق، فإنّ الحماية الدبلوماسية، عبارة عن تحريك إجراء قانوني تتحول بموجبه مطالبة شخص طبيعي أو معنوي إلى علاقة قانونية دولية، وطبقا لهذا المعنى، تعّد الحماية الدبلوماسية من بين أهم الوسائل التي تساهم في إعمال المسؤولية الدولية للدولة المضيفة[19]، ذلك أنّ الحماية الدبلوماسية بمعناها الضيّق تنحصر في المطالبة الرسمية المُقدّمة من جانب دولة ما نتيجة للضرر الذي يلحق بأحد مواطنيها والذي لم يُعالج طبقا لسُبُل الانتصاف المحلية للدولة المضيفة أو ببعض الأنشطة الدبلوماسية والقنصلية التي تُتّخذ لمساعدة وحماية المواطنين، وهو المعنى الذي جاء به الفريق الأول للجنة القانون الدولي أثناء دراسته للحماية الدبلوماسية.[20]

---

[18] - J. Salmon, «Dictionnaire de droit international public», Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 904.

[19] – تم إثراء الموضوع في :الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة55 :، تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة52، سنة2000 :، الملحق رقم: 10(A/55/10)، الفقرة رقم: 424، ص 144.

[20] – تقرير الفريق العامل المكلّف بموضوع الحماية الدبلوماسية، المؤرّخ في 3 جويلية1997 ، الوثائق الرسمية للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، لجنة القانون الدولي، الدورة 49 :وثيقة رقم: A/CN/4/L537،ص 2.

ثالثا :تعريف لجنة القانون الدولي

مما لا شك فيه أنّ لجنة القانون الدولي قد عكفت على دراسة موضوع الحماية الدبلوماسية لأزيد من عشرية كاملة، حيث كان اهتمامها بهذا الموضوع بشكل عَرَضي في أعمالها المُتعلقة بقضية المسؤولية الدولية في السنوات ما بين1957 و1963 ،حيث أنّه أثناء مناقشتها لمسألة المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق بالأجانب، قام المُقرّر الخاص المُكّلف بهذا الموضوع السيد " غارسيا أمادور" بالتطرق لموضوع الحماية الدبلوماسية في تقاريره التي قدّمها للجنة في الفترة المذكورة أعلاه، إلّا أنّه لم يحاول إعطاء تعريفٍ قطعي لمصطلح الحماية الدبلوماسية، بل اكتفى باقتباس بعض التعاريف المقدمة من المؤلفين والكتّاب وما وَرَدَ في أحكام القضاء الدولي بشأن هذه المسألة.

إلى غاية سنة1996، أين حدّدت اللجنة في دورتها الثامنة والأربعين موضوع الحماية الدبلوماسية بوصفه واحدا من المواضيع الرئيسية الثلاثة والمناسبة للتدوين والتطوير التدريجي[21]، وفي السنة ذاتها، أيّدت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة قرار مواصلة دراسة الموضوع، ودَعَت إلى وضع تحديد لنطاقه ومضمونه على ضوء التعليقات والملاحظات التي أعطيت أثناء المناقشة التي دارت بين أعضاء اللجنة السادسة، وأيّ تعليقات واقتراحات كتابية قد ترغب الحكومات في تقديمها[22].

وبهدف إعطاء دعم للتقدّم المحرز، أنشأت اللجنة في دورتها الموالية (التاسعة والأربعين) في سنة 1997، فريق عمل خاص يعني بالموضوع، بحيث عيّنت السيد "محمد بنونة" مقرّرا خاصا، الذي قدّم فيما بعد للجنة تقريرا تمهيديا بهذا الشأن وكان ذلك بتاريخ 04 فيفري1998، فقد وصف هذه الأخيرة على أنها: «آلية أو إجراء للاضطلاع بالمسؤولية الدولية للدولة المضيفة للأجانب المقيمين في إقليمها

---

[21] – الوثائق الرسمية للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، دورة الواحد وخمسون (51)، الملحق رقم: 10(A/52/10)، الفقرة24 : والمرفق الثاني الإضافة 1.www.undocs.org

[22] – قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 160/51 المؤرخ في 16 ديسمبر 1996.

عند تعرُّضهم للضرر الذي يمثل انتهاكا للقانون الدولي[23]»، ليكون بهذا الشكل قد اعتمد التعريف الشائع عند أغلبية الفقهاء والكتّاب المعاصرين.

إلا أنّه تمّ استخلافه سنة 1999 بالسيد: "جون دوغارد" والذي عيّن أيضا كمقرِّر خاص لموضوع الحماية الدبلوماسية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ مضمون الاقتراح الذي قدّمه السيد "دوغارد" بخصوص تعريف الحماية الدبلوماسية، وبعد جملة من المناقشات والتعديلات، أدى إلى إدراجه في المادة الأولى من مشاريع المواد المُقترحة بهذا الشأن، بحيث توصّلت اللجنة إلى تحديد الصيغة النهائية للمادة المذكورة أعلاه بشأن الحماية الدبلوماسية والتي اعتمدتها لجنة الصياغة في القراءة الثانية بتاريخ: 19 ماي2006 ، على الشكل التالي:

"الهدف من مشاريع المواد المقترحة، هو وضع إطار قانوني لمعنى الحماية الدبلوماسية التي يمكن للدولة الاستعانة بها من خلال تدبير دبلوماسي أو آلية أخرى من آليات التسوية السلمية، وذلك من أجل المطالبة بقيام مسؤولية دولة أخرى عن الضرر الناشئِ الذي لحِق أحد رعاياها (سواء كان شخص طبيعي أو اعتباري) إزاء فعل غير مشروع دوليا لرعايا تلك الدولة أو أجهزتها[24]."

ورغم أن هذا التعريف، ذو صبغة قانونية أكثر، إلّا أنّ المقرّر الخاص السيد" دوغارد" كان حذِراً حينها، بحيث تردّد في اعتبار المادة المذكورة تعريفًا للحماية الدبلوماسية، وذلك عند تعليقه عليها بقوله :"ليس في المادة الأولى، أيّ ادعاء بأنها تعريف للحماية الدبلوماسية، وإنما هي وصفٌ للحماية الدبلوماسية على النحو الذي يُفهم به هذا المصطلح في لغة القانون الدولي [25]."

---

[23] – محمد بنونة، التقرير الأوّلي، حولية 1998، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN/4/484، الفقرة :10، ص 10.

[24] – تقرير لجنة القانون الدولي الدورة الثامنة و الخمسون (58)، الوثيقة رقم: A/CN/4/L.684، لسنة 2006.

[25] – دوغارد، التقرير الأول، المرجع السابق، الفقرة15، ص15 .

وبهذا التعريف الوصفي، حسب نظرة السيد" دوغارد"، يكون هذا الأخير قد تبنّى المعنى العام الذي جاء به الفريق العامل المختص بالموضوع التابع للجنة القانون الدولي لعام 1998 الذي مفاده مايلي: "تدّعي الدول على أساس جنسية الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين بحقها في أن تتبنى قضيتهم وأن تعمل لصالحهم في مواجهة الدول الأخرى عندما يلحقهم ضرر أو عندما يحرمون من العدالة في دولة أخرى"[26] .

ولكن إن كان التعريف المُقدَّم من قبل لجنة القانون الدولي، يعطي لنا وصف شامل بلغة قانونية لمصطلح الحماية الدبلوماسية، إلاّ أنّه تضمن بعض المصطلحات العامة التي هي بحاجة إلى أكثر وضوح، بما فيها الطبيعة القانونية التي تتميّز بها الحماية الدبلوماسية وتتّخذها دولة جنسية الشخص المتضرر في إطار ممارستها للحماية الدبلوماسية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية

تعتبر الحماية الدبلوماسية حقا ثابتا للدولة نفسها و هذا حسب ما أكدته العديد من أحكام المحاكم الدولية و الفقه الدولي، ففي قضية النزاع القائم بين كل من بريطانيا و اليونان بشأن عقود الامتياز الممنوحة ل«مافروماتيس» في فلسطين، قررت حينها محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر سنة 1924: «أن الدولة إذ تتبنى قضية أحد رعاياها وتلجأ في شأنها إلى الطريق الدبلوماسي أو الوسائل القضائية الدولية، إنما شأنها في واقع الامر أن تؤكد حقها هي، أي حق الدولة في أن تكفل في أشخاص رعاياها الاحترام اللازم لقواعد القانون الدولي» [27].

---

[26] – الوثائق الرسمية للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، دورة الواحد وخمسون (51)، المرجع السابق، المرفق الثاني الإضافة 1.

[27] - Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, PCIJ, Series A, No 02, p.12.

وقد كررت محكمة العدل الدولي الدائمة هذا الرأي في قضية بانيفيزيس – سالدوتيسكيس,

: Saldutiskis -Panevezyś .Railway, Judgment, 1939, PCIJ, Series A/B, No. 76, p. 4, at p. 16.

وفي هذا الإطار، فإنّ الحماية الدبلوماسية هي تعبير عن النتيجة الطبيعية المترتبة على مسؤولية دولة معينة عن الاضرار التي لحقت رعايا دولة أخرى، حيث أنّ دولة الطرف المتضرر هي التي تقوم بالتأسس للتدخل لحماية مواطنيها ضد مسؤولية الدولة المضيفة للأفعال الصادرة منها في حق رعاياها. وتبعا لذلك فإنّ الدول عند مطالبتها بفرض احترام معاملة رعاياها من قبل باقي الدول الأجنبية، فإنها بذلك تطالب بإلزامية احترام القانون الدولي بصفة عامة، وبكيفية معاملة الرعايا الأجانب بصفة خاصة، بمعنى آخر، تصبح مسائل رعاياها وحقوقهم من بين صميم المساس بحقوقها الدولية، وبالتالي فالدولة تتمتع بكامل السلطة السيادية في تقدير مدى إلزامية وضرورة ممارسة صلاحيتها في الحماية الدبلوماسية[28].

ويترتب على إعمال هذا المبدأ السيادي جملة من النتائج:

- إن ممارسة الحماية الدبلوماسية حق خاص للدولة.

- إن للدولة مطلق الحرية في ممارسة هذه الصلاحية.

-ليس للشخص مطالبة دولته باختيار التوقيت التي تتحرك فيه أو تنتهي عنده، أو أيّ من الوسائل الدبلوماسية أو القضائية الممكن أن تنتهجها.

- إن للدولة إذا ما استصدرت حكما أو قرارا لصالحها، أن تطالب تطبيقه أو أن تتنازل عن تطبيق بعض أو كل مقتضياته.

- في حالة تمكنت الدولة من أخذ التعويض المطالب به، فإنّ ذلك يمنحها كامل السلطة التقديرية في التصرف في مبلغ التعويض المتحصل عليه.[29]

---

[28] – د. علي خالد دبيس، قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها، مجلة أهل البيت، العدد 20، بغداد، سنة 2006، ص474.

[29] – نفس المرجع، ص ص474-475.

إذن يمكن القول بأنّ الحماية الدبلوماسية تمثل حق الدولة في رفع دعوى المسؤولية عند الإخلال بحقوق رعاياها، فإذا عجز رعاياها عن الحصول عن تعويض من سلطات الدولة الملتزمة بالمسؤولية، عندئذ للدولة حق التدخل دبلوماسيا لحماية رعاياها المتضررين والمطالبة بحقوقهم أمام القضاء الدولي عند فشل الطرق الدبلوماسية، وبذلك تتحول طبيعة النزاع من نزاع داخلي إلى نزاع دولي[30].

وتعترف قواعد القانون الدولي بأن لكل دولة حقا ثابتا ومصلحة مؤكدة في أن ترى حقوق رعاياها محترمة ومكفولة من جانب الدول الأخرى[31].

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية

لقد أوجد العرف الدولي شروطًا لممارسة الحماية الدبلوماسية باعتبارها مطالبة دولية معروضة أمام جهة قضائية دولية[32] ، ومن بين هذه الشروط يمكن ذكر كل من شرط الجنسية وشرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية واللذان يعتبران من أهمهاّ، إذ أنها ضرورية لممارسة الحماية الدبلوماسية، وتبعا لذلك، سنتناول في هذا المطلب إذا ما كانت تؤدي إلى تفعيل هذه المطالبة الدولية بشكل آلي؟، و على أي مدى يمكن أن تجتمع كل الشروط المطلوبة؟ ولكن دون أن تحمل الدولة عبئ الممارسة، وهذا طبقا لسلطتها التقديرية التي تتمتع بها في هذا المجال، فعندما تقرّر الدولة مباشرة الممارسة فلابدّ أن تخضع لإجراءات قانونية دولية، والتي هي أساسية في إطار الحماية الدبلوماسية، وإلا اعتُبرت مطالبتها باطلة دولياً[33] .

---

[30] –عمر حسين عدس، مبادئ القانون الدولي المعاصر، شركة مؤسسة الطوبجي للتجارة والطباعة والنشر،2004–2005، ص634.

[31] –أحمد عبد الكريم سلامة، المسؤولية الدولية وفكرة الجنسية في الحماية الدبلوماسية، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، سنة 1995، ص 4.

[32] –قد تتفق معظم الشروط التي سنذكرها مع شروط مطالبات دولية أخرى لا تدخل ضمن إطار الحماية الدبلوماسية، ولهذا فإن جميع هذه الأحكام التي سنذكرها في إطار هذه الشروط هي منحصرة فقط على الحماية الدبلوماسية والتي لا يقصد تعميمها على باقي أنواع المطالبات الدولية الأخرى.

[33] - J. Chappez, op. cit., p. 7.

الفرع الاول: شرط الجنسية

إنّ شرط الجنسية من أهمّ الشروط، بل يكاد يكون الوحيد في الفقه التقليدي الذي يمكن من خلاله تأسيس الحماية الدبلوماسية. فالشخص المتضرّر –والذي يمكن أن يكون إمّا شخص طبيعي أو معنوي –لا يمكن له الاستفادة من الحماية الدبلوماسية التي توفرها الدولة إلا إذا كان من مواطنيها[34].

ومن هذا المنطلق عبّرت المحكمة الدائمة للعدل الدولي عن هذا الشرط بشكل واضح في قرارها المتضمن قضية "سكك حديد بانيفيزس –سالدوتيسكيس "، بحيث استندت إلى قاعدة القانون الدولي التي تعطي للدولة حق ممارسة الحماية، وتقديم مطالبة دولية لفائدة رعاياها لتؤكّد على أن" هذا الحق لا يمكن للدولة بالضرورة ممارسته إلاّ لصالح مواطنيها، لأنه بغياب اتفاقيات خاصة، فإن رابطة الجنسية بين الدولة والفرد هي المُسوِّغ الوحيد الذي يعطي للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية"[35].

كما أكّدت فيما بعد محكمة العدل الدولية في قضية" نوتيبوم" "Nottebohm" على أهمية توافر شرط الجنسية أثناء المطالبة الدولية لممارسة حقها في الحماية الدبلوماسية، و عليها يقع عبئ إثبات الرابطة الحقيقية بين المواطن المطلوب حمايته و الدولة، وذلك في خضّم ذكر غواتيمالا أنّها أسّست مطالبتها على"رابطة الجنسية" . وحسب تعليق المحكمة فإنّ غواتيمالا تستند إلى مبدأ واضح في القانون الدولي[36]، بقولها : "...وليست المحكمتين من ابتكرتا القواعد الأساسية للقانون الدولي المتعلقة بالجنسية، بل إنّ هذه القواعد كانت موجودة من قبل، عبر ممارسات الدول والقضاء الدولي...، ولكن يمكن القول أن المحكمتين كانتا لهما فرصة لتطبيقها[37]، وذلك على غرار الجهات القضائية الدولية المختلفة، لاسيما

[34] -A.C. KISS, op. cit., p. 692.
[35] -CPJI., Arrêt du 28 février 1939, Série A/B., N° 76, p. 16.
[36] -Affaire Nottbhom, Arrêt du 6 Avril 1955, Rec. CIJ., 1955, p. 13.
[37] -Herbert W. Briggs, In; Affaire Nottbhom, Ibid, p. 23.

لجان التحكيم الدولية التي أكدت بقوة على ضرورة توافر هذا الشرط"[38]، وقبل هذا، كانت هذه النقطة محل توافق في محاولات التدوين الأولى للقانون الدولي[39].

كما أقرّ هذا الشرط العديد من الفقهاء منهم" **شارل روسو**" الذي اعتبر أن مِن أولى وأهمّ شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية " وجود رابطة قانونية أو سياسية بين الفرد المتضرر والدولة المُطالِبة، والتي تتمثّل أساسا في الجنسية[40] "، وهو نفس الرأي الذي استقرّ عليه كلٌّ من" بورشار"،" كيسْ"،" شابي"،" دوبوي"، "باسدفان "و"سَلمون [41]"

ونظرا لأهمية شرط الجنسية في مجال الحماية الدبلوماسية، قامت لجنة القانون الدولي بتخصيص جزء كامل تحت هذا العنوان، وهو الجزء الثاني في مشاريع المواد التي أعدّتها بخصوص هذا الموضوع، والذي يحتوي على ستّ (06) موادٍ جاءت بهدف توضيح وتفصيل القواعد القانونية المُتعلقة بالجنسية في مجال الحماية الدبلوماسية.

وجاء موقف اللجنة، بأن رفضت ان تنص على انّ الشخص الطبيعي مطالب بإعطاء دليل قانوني عن وجود علاقة حقيقية تربطه مع الدولة الحامية بغض النظر عن جنسيته. وتبعا لهذا المنهج، أكّدت اللجنة حق الدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية، وذلك ضمن مشروع المادة الثالثة[42]، ومن الناحية التطبيقية،

---

[38] -J. Chappez, op. cit., p. 12, voir aussi : Ch. Rousseau, op. cit., p. 109 et s.

[39] - G. AMADOR, « Responsabilité des Etats », Ann. C.D.I., Vol. II, Doc. A/CN.4/96, Nations Unies, 1956.. p.221et s.

- Ann. IDI., Vol. 51, Session de Varsovie 1965, T. 1, Justitia et Pace, éd. Juridiques et sociologiques S.A., Bâle, pp. 102 – 116 et 171 et s.

وهو نفس الحكم الذي تبنّاه السيد" غارسيا أمادور " المقرّر الخاص للجنة القانون الدولي المكلّف بموضوع مسؤولية الدول في تقريره الثالث الذي رفعه للجنة سنة1958 ، ارجع إلى :

- Projet de Déclaration des Droits et des devoirs des États, Ann.CDI., Vol. II, Doc. A/CN.4/ 11, Nations Unies., 1958, p. 66.1

[40] -Ch. Rousseau, op. cit., p. 108.

[41] - P.M.Dupuy, Droit international public, Dalloz., Paris,5ième éd. 2000, p. 125; J.Salmon, op. cit. p. 904.

[42] –لجنة القانون الدولي، الدورة 58،" عناوين ونصوص مشاريع المواد بشأن الحماية الدبلوماسية اعتمدتها لجنة الصياغة في القراءة الثانية"، الوثائق الرسمية للجمعية العامة، وثيقة رقم: (A/CN.4/L.684)، سنة 2006، ص2.

يطرح شرط الجنسية عدّة مسائل وصعوبات، تختلف حسب نوع المستثمر الاجنبي المشمول بالحماية فيما إذا كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

أولا- تعدد جنسيات الشخص الطبيعي

من بين القواعد القانونية التي يعتمد عليها هذا الموضوع هو عدم إمكانية الشخص المتضرر من المطالبة بالحماية الدبلوماسية ضد دولة أخرى هو حامل لجنسيتها (تكافؤ السيادات، حيث أنّ القضاء الدولي لا يتعترف بالحق في الترجيح بين عدة جنسيات، وهذا من مرجعه مبدأ احترام سيادة الدول التي يحمل الفرد جنسياتها، ما دام الفرد استفاد من هذه الجنسيات بطريقة مشروعة وفقًا لقانون دولتها، و القول بعكس ذلك فيه تغافل للمكتسبات السيادية للدولة الأخرى وهو ما لا يجوز[43] .

لكن تجدر الإشارة الى أنّه في الحالة التي تكون فيها الدولة المطالبة بحق الحماية الدبلوماسية هي ذات جنسية فعلية، فإنه تبعا لذلك تصبح كل من الحماية والمطالبة الدبلوماسية جائزة قانونا، وهذا ما استقر عليه القضاء الدولي في احكامه من خلال محاكم التحكيم المختلطة، ويمكن ذكر على سبيل المثال محكمة التحكيم الأمريكية المصرية المؤسسة بتاريخ 8 يونيو لعام 1932، بشأن قضية "جورج سالم" حيث أنها قررت ما يلي:

«...إذا كان القانون الدولي يخوّل الدولتين اعتبار شخص ما مواطنًا لكليهما، فلا يمكن لأحديهما ان تثير المطالبة ضد الأخرى نيابة عن هذا الشخص...»[44] .

[43] -P. Guggenheim, « Traite de Droit International Public», Genève,1958, p. 87.

[44] -هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي: مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص116.

– امّا القاعدة الأساسية الثانية: إذا كانت جنسية الدولة المطلوب منها الحماية هي جنسية ثانوية أي غير مؤثّرة، فإنّ هذا يعني أنّ الدولة المطالبة بالحماية هي الدولة المنسوب اليها العمل غير المشروع والتي لا يحمل الشخص جنسيتها[45].

ولقد أقرّت لجنة القانون الدولي على إمكانية استفادة الدولة التي يكون مواطنيها مزدوجي أو متعددي الجنسية من حقها في مطالبة الحماية الدبلوماسية، بشرط ألاّ يكون هذا الشخص من مواطني الدولة المدعى عليها. وكانت هذه القضايا المعقدة التي واجهتها محكمة العدل الدولية في النزاع القائم بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية.[46] وتوصلت لجنة القانون الدولي لحل لهذه الإشكالية، حيث قررت عدم جواز الدولة من حقها في مطالبة الحماية الدبلوماسية في الحالة الأخيرة الّا إذا أثبتت انّ الدولة المطالِبة هي صاحبة الجنسية الغالبة، من فترة وقوع الضرر إلى تاريخ تقديم المطالبة، على السواء .

ثانيا–الشخص عديم الجنسية

تعرف حالة انعدام الجنسية بانها: «الحالة قانونية لشخص الذي لا يتمتع بجنسية أيّ دولة على الإطلاق »، ولقد جاء في نص المادة الأولى من اتفاقية نيويورك المبرمة في 28 سبتمبر لعام 1954، والمتعلقة بحالة ووضعية عديمي الجنسية، حيث عرّفت الفقرة الأولى من تلك المادة عديم الجنسية بانه "شخص لا تعتبره اية دولة رعية لها بالتطبيق لتشريعها[47]".

---

[45] –د. علي خالد دبيس، المرجع السابق، ص478.

[46] – انظر، على سبيل المثال لاكثر تفاصيل في القضية:

Case No. A/18, Iran-U.S. C.T.R., vol 5, 1984, p..251.

[47] –المادة 01 فقرة 01 من اتفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية، المعتمدة في 28 سبتمبر 1954، ص1.
لأكثر تفصيل انظر: http://bit.ly/34GvJvKHMS

وعلى إثر ذلك، يجد عديم الجنسية نفسه محروما من التمتع بأية حقوق، حتّى ما كان منها مقررا للأجانب، وكذلك من حماية اية دولة، إذا تعرض لاعتداء على شخصه او ممتلكاته، كما انّ الدولة التي يقيم على إقليمها قد ترى في مجرد وجوده خطرا على أمنها، وعالة على مرافقها الاقتصادية والاجتماعية[48].

ولسد هذا الفراغ الواقع، أرست لجنة القانون الدولي حكما يسمح لدولة الإقامة بالاعتماد على ممارسة الحماية الدبلوماسية لفائدة الأشخاص عديمي الجنسية واللاجئين، بشرط أن يكونوا مقيمين" بصفة اعتيادية" فوق أراضيها –الدولة المطالِبة– وهو ما ورد في المادة الثامنة (08) من المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية. وقيام دولة الإقامة في هذه الحالة بمباشرة الحماية الدبلوماسية لصالح الشخص عديم الجنسية المقيم فوق اقليمها، او التي اتخذها موطناً له يعتبر استثناءا على قاعدة تمتع المتضرر بجنسية الدولة المدعية منذ وقوع الفعل الضار حتّى صدور الحكم في الدعوى، ويستند هذا الاستثناء الى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأشخاص عديمي الجنسية، وهذا ما جاءت به محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية سكك الحديد Panevezys Saldutiskis [49].

ثالثا–جنسية الشخص الاعتباري

1–جنسية الشركة:

يعرف الشخص المعنوي على أنّه عبارة عن "مجموعة من الأشخاص او الاموال والتي عادة ما تكون مخصصة لتحقيق غاية معينة"[50]، بحيث يستفيد من مجمل حقوق والتزامات الشخص الطبيعي، وبالتالي يمكن للدولة ان تباشر الحماية الدبلوماسية لإصلاح الضرر الذي يصيب الشخص الاعتباري مثله في

[48] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1993، ص246–247.

[49] –عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية،2004، ص117.

[50] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، المرجع السابق، ص49.

ذلك مثل الشخص الطبيعي. ومن أجل تحقيق هذه الغاية، يجب على الشخص المعنوي ان ينتسب الى دولة معينّة، حتّى يستفيد من حق الحماية الدبلوماسية لإصلاح الضرر الواقع عليه[51].

ومن هذا المنطلق، فإنّ النظام القانوني هو الذي يميّز الجنسية ويسمح لها بتحديد الأشخاص الذين ينتمون إلى فئة الشعب فيها، وفي المقابل فإنّ صفة الشخص تفيد في مكانته وتبعيته الى تلك الدولة. والجنسية بهاذين المفهومين –العضوي والوظيفي– وجدت أوّلا لدى روّاد الفكر القانوني، الذين يميّزون الأشخاص الطبيعيين عن الأشخاص الاعتباريين والذين تقوم الدولة بحمايتهم، الاّ انّ إعمال تلك الفكرة أثار خلافا كبيرا في الفقه الدولي ما بين مؤيّد ومعارض، باعتبار ان الجنسية رابطة روحية بين إنسان ودولة معينة، وهو ما لا يصدق على الأشخاص الاعتبارية التي لا تعدو ان تكون فكرة مجازية او تصورية من خلق القانون[52].

تستند الحماية الدبلوماسية الى فكرة دولة الجنسية التي تتأثر بصورة واضحة بالضرر الذي اصابها او يحتمل ان يصيب من يحمل جنسيتها، وهو ما يستشف من قرار محكمة العدل الدولية في القضية الشهيرة Barcelona Traction لسنة 1970، أين ارتأت بأنّ الحق في مطالبة الحماية الدبلوماسية لصالح الشركة، يعود بصفة حصرية للدولة التي تأسست فيها هذه الأخيرة، والتي يتواجد فيها مكتبها المسجّل، بحيث يثبت لكندا، نظرا لوجود صلة دائمة ووثيقة وهي روابط كافية بين شركة برشلونة للجر وكندا التي تمارس الحماية الدبلوماسية – على اساس ان كندا هي الدولة التي تأسست فيها شركة برشلونة للجر– وذلك لتواجد مركز ادارتها الرئيسي، وبالتالي اكتسبت الجنسية الكندية وفقا للقانون الكندي الذي يأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي[53]، على الرغم من رفض المحكمة من تطبيق شرط وجود صلة حقيقية (على الشركات) المطبق في قضية Nottebohm.

---

[51] -I. Brownlie, Principles of public international law, 5 th edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, PP 425-486.
[52] - Ibid, p.519.
[53] - Barcelona Traction Case, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 42.

وتماشيا مع ما سبق ذكره، فإنّ شرط التأسيس يعد أحد أهم الشروط الواجب تواجدها لإثبات حق الدولة في الحماية الدبلوماسية، بالإضافة الى العوامل التي تساعد على ذلك والتي هي ذات الصلة الدائمة والوثيقة مع الشركة والتي يمكن ان ينسب لها أحقيّة التأسيس في بعض الظروف[54].

2-جنسية حملة الأسهم:

بادئ ذي بدء، تستفيد الشركة بصفة أوّلية من حماية دولة جنسية الشركة وليس من دولة جنسية حملة أسهم الشركة، حسب محكمة العدل الدولية التي أكدّت على هذا المبدأ في قضية شركة برشلونة تراكشن[55]، حيث أبانت المحكمة على الأثر السلبي لاحتمالية فتح الباب أمام دول حملة الأسهم بممارسة الحماية الدبلوماسية، الشيء الذي قد يؤدي الى تعدد المطالبات[56] .

غير أن لهذه القاعدة استثناءات أقرتها المحكمة في ذات القضية، من جهة، تضمن الاستثناء الأول الحالة التي تغير فيها مكان الشركة عن مكان تأسيسها، ومن جهة أخرى، شمل الاستثناء الثاني الحالة التي تكون فيها دولة تأسيس الشركة هي المسؤولة عن الضرر الملحق بالشركة، إلاّ أنها في نفس الوقت هي الوسيلة الوحيدة لحماية حقوق حملة الأسهم، من خلال مبدأ دولة الجنسية. والملاحظ هو مدى التأييد الذي شهده الاستثناء الأخير في قرارات التحكيم وفي الآراء المستقلة للقضاة في قضية برشلونة تراكشن- من قبل كل من القاضي "فيتزموريس" والقاضي "تاناكا" والقاضي "جيسوب"، حتّى وان كان هناك اعتراض -قبل اعتماده- من قبل اقلية قليلة في البداية ضمن مناقشات لجنة القانون الدولي[57].

---

[54] -جون دوغارد، المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، منظمة الأمم المتحدة، مكتبة الأمم المتحدة للقانون الدولي،2017، ص06.

[55] - Barcelona Traction Case, op.cit., pp. 34-35.

[56] - Ibid, pp. 48-49.

[57] -جون دوغارد، المرجع السابق، ص 6.

الفرع الثاني: شرط استنفاذ جميع سبل الانتصاف المحلية

وحيث أنّه من الثابت، عدم جواز تقديم دعوى دولية من قبل دولة الجنسية في المسائل المتعلقة بضرر لحق بأحد رعاياها أو بشخص آخر من الأشخاص المشار إليهم في مشروع المادة 08، مادام أنّ هذا الأخير لم يقم بعد باستنفاذ جميع طرق الطعن المحلية، وبالتالي فإنّ مضمون هذا الشرط يستوجب أن يكون سلوك المستثمر الأجنبي المتضرر غير مخالف للقوانين والتنظيمات المعمول بها في الدولة المضيفة بما فيها عدم قيامه بأي نشاط يحظره القانون الدولي. فإذا لم يستنفذ كل تلك الوسائل لم يكن لدولته أن تباشر الحماية الدبلوماسية لصالحه.

أولا- الطبيعة القانونية لقاعدة شرط الاستنفاذ

يرى القضاء الدولي بأنّ شرط استنفاذ الوسائل الداخلية ما هو إلاّ قاعدة شكلية[58]، ففي قضية"انترهاندل" أخذت المحكمة بوجهة النظر التي تعتمد على أن قاعدة الممارسة الدولية لإصلاح الضرر ليست شرطا لحدوث انتهاك للقانون الدولي، لأنّ الغرض منها هو تمكين الدولة -عندما يحدث الانتهاك- من إصلاح الخطأ عبر وسائلها الداخلية ومن ثمّ تحول دون قيام دعوى الحماية الدبلوماسية، ولكن لا يعني تطبيقها انعدام وجود خطا دولي، فمن الواضح – على حد تعبير "شوارزنبرجر"- حدوث انتهاك لالتزام دولي أثناء هذه المرحلة[59].

و يمكن تبرير استعمال قاعدة استنفاذ سبل الانتصاف الداخلية بعدة اعتبارات قانونية التي تؤكد على خصوصية هذه القاعدة كونها قاعدة عرفية في القانون الدولي العام، وفيما يلي نلقي الضوء على أهم الاعتبارات التي اسدت إليها هذه القاعدة كالتالي:

-أولى تلك الاعتبارات يكمن في "مبدأ سيادة الدولة داخل حدودها": والذي يقصد به عمومية الاختصاص الداخلي، بما في ذلك الاختصاص القضائي، فلا تمارس الدولة فوق إقليمها سوى اختصاصها فقط، إذ

[58] - P.C.I.J.,1926 ,Serie A.No.7,p.18. Voir In ; https://bit.ly/3Plu0ooHMS.
[59] - J.C.J.,Reports1616, p.100.

يفترض دائما أنّ الدولة قادرة على ممارسة القضاء من خلال محاكمها الوطنية، ولذلك فمن حق الدولة المسؤولة أن تحترم سيادتها، فلا يجوز انتزاع الاختصاص القضائي منها لعرضه على محكمة أخرى دولية كانت أم وطنية[60]، وإنما يجب أن تعطي الفرصة كاملة لإصلاح الأضرار التي أصابت الأجنبي (المستثمر الأجنبي) قبلها وفقاً للقانون الداخلي[61]، قبل أن يتخذ من دولته وسيلة لإقامة الحماية الدبلوماسية، وهذا ما يفرضه الاحترام الواجب لسيادة الدول، التي تمارسها على إقليمها وعلى الأشخاص الموجودين فوق أراضيها، مما يؤدي بالنتيجة إلى وضع تلك الوقائع ضمن إطارها التشريعي ووفقا لما تحدده قواعد القانون الدولي.

ومما لاشك فيه هو أنّ احترام الدور الذي يقوم به كل من التشريع الوطني والقانون الدولي يؤمّن لنا الحماية المقررة و المتعارف عليها، إذ أنهما كنظامين قانونين مختلفين يقومان بتوفير مجموعة من القواعد القانونية العامة للاختصاص والتي يتولى كل منهما بحث الأمور التي تدخل في نطاق اختصاصه، ذلك أنّه عندما يثور نزاع بين الدولة المضيفة ضد أحد المتواجدين على أراضيها، فإن هذا النزاع يدخل في عداد المسائل التي يختص بها النظام القانوني الداخلي لهذه الدولة، وبالتالي فإنّ المستثمر الأجنبي الطرف الآخر في هذا النزاع وجب عليه أن يستعين بكل السبل المتاحة له وفقاً للقانون الداخلي لهذه الدولة، حيث إنّ عدم استنفاذ هذه الوسائل الداخلية فيه إهدار للنظام القانوني الداخلي.هذا فضلاً عن مكانة القانون الدولي، إذ أنّه يحتل مرتبة أعلى من مرتبة القانون الداخلي، وطالما أن هناك وسائل داخلية ومشروعة وفقاً للقانون الدولي وذات فعالية في إصلاح الضرر بالنسبة للأجنبي، فإنه يتعين الاستعانة بها أولا قبل اللجوء إلى الوسائل التي يتيحها القانون الدولي، فإذا استنفذها كافة (الوسائل الداخلية) دون أية نتيجة إيجابية، كان من حقه اللجوء إلى الوسائل المتاحة في القانون الدولي، وهذا ما يقتضيه المنطق

---

[60]– حازم حسن عبد الحميد جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، 1996، ص 119.

[61] -E.M.BROCHARD , « Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality », Y.L.J., N 43, 1934, p.817.

القانوني السليم، فمن غير المتصور قانوناً اللجوء إلى النظام القانوني الأعلى درجة إلاّ بعد استنفاذ النظام القانوني الادنى منه درجة[62]،و هذا من شأنه إزالة حدوث منازعات بشأن الاختصاص بين كلا النظامين، طالما لكلاهما منازعاته المحددة سلفاً[63].

-الرغبة في إعطاء الدولة المسؤولة عن التصرف الضار الفرصة لإصلاحه بطرقها الخاصة وتمكينها من تعويض المتضرر تعويضاً عادل فلا ربما كان هذا التصرف المرتكب من موظف صغير أو من محكمة أول درجة غير مقصود، أو كان لا يعبر عن موقف الدولة النهائي، ومن ثم قد يتم تداركه من خلال الدرجات الأعلى للتقاضي، ومن هنا كان ضرورياً استنفاذ جميع الوسائل المتاحة داخلياً قبل اللجوء إلى المحاكم الدولية من خلال إجراء الحماية الدبلوماسية، ومن ناحية أخرى لا يسلم الأمر في أية دولة من الدول من حدوث مخالفات بين حين و آخر، أي أنّ الخطأ وارد لا محالة، فيجب ترك فرصة لتصحيحه، حتّى نستطيع الحكم على هذه الدولة بما إذا كانت حسنة النية أم لا، إذ لم يعد لها عذر بعد ذلك.

ويعد ذلك تطبيقاً واضحا للقاعدة القانونية التي تلزم الفرد على بذل العناية الكافية قبل طلب اللجوء إلى دولته لتدافع عنه، فمن غير المعقول مطالبة الدولة الحماية الدبلوماسية لصالح مواطن لم يحاول حماية نفسه، ولم يلجأ إلى الدعاوى القضائية وآليات التظلم المتاحة أمامه في القانون الداخلي لدولته المسؤولة[64]. والجدير بالذكر أنّ على المستثمر الأجنبي المتواجد على أراضي الدولة المسؤولة إلزامية احترام سيادتها، إذ أنّ الضرر المتعرض له لا يعني بأية حال تميزه عن مواطنيها، طالما أن هذا الضرر قد حدث نتيجة رابطة اختيارية بينه وبين هذه الدولة، حيث أنّه بمقتضى هذه العلاقة الاختيارية يكون قد ارتضى سلفاً

---

[62] – محمد سامي عبد الحميد، أصوب القانون الدولي العام – الجزء الأول– القاعدة الدولية، دار الجامعة العربية الجديدة، الاسكندرية، 2015، ص487.

[63] - D.W. GREIG , « International Law », 2nd ed, London-Butterworth, 1976, p. 581.

[64] – محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص487.

تطبيق قانون الدولة المسؤولة عليه، وبالتالي حرمانه مبدئيا من ممارسة حقه القانوني باللجوء إلى دولة جنسيته للمطالبة بإصلاح الاضرار لجبره وهذا قبل استنفاذه كافة الوسائل الداخلية، بحيث أنّ القيام به يعد تدخلاً في سيادتها لأنه بمثابة إنكار لحقها في ممارسة اختصاصها الداخلي، وإذا كانت الحماية الدبلوماسية حقاً لدولة المتضرر بناءً على مبدأ المسواة في السيادة، فإن ذلك يستلزم إعطاء الدولة المسؤولة حقها في مباشرة اختصاصها بموجب مبدأ السيادة أيضا والمقرر لهما بمقتضى القانون الدولي[65].

وتماشيا مع ما سبق، فإنّ هناك الكثير من المنازعات الدولية التي تفرض اللجوء إلى طرق الطعن الداخلية لدى الدولة المسؤولة، من أجل التقليل من هذه المنازعات، حيث يتم استبعاد الطلبات البسيطة والتي من السهل حسمها في نطاق القانون الداخلي، وهذا الإجراء من شأنه المحافظة على العلاقات الودية بين الدول، بحيث يساعد على تحقيق السلام واستقرار الأمن في المجتمع الدولي[66].

يتعلق هذا الاعتبار بمبدأ المسؤولية الدولية(سيتم التطرق اليها في الفصل الثاني من هذا الباب بشكل مفصّل)، فمخالفة دولة ما للالتزام الدولي يترتّب في حقها المسؤولية الدولية ومن ثمة إمكانية تنفيذ الحكم على أوسع نطاق، وبالتالي احتمالية ظهور عزوف واستنكار دوليين اتجاه الدولة الثابت في حقها هذه المسؤولية، وقد يستتبع ذلك تدهور علاقاتها الدولية، ولكن كل ذلك يمكن تفاديه عنما تتاح لهذه الدولة الفرصة لمعالجة الآثار المترتبة على هذه المخالفة وإصلاح ما ترتب عليها من أضرار في إطار الوسائل الموضوعية لذلك في قانونها الداخلي[67]، قبل أن يتطور الأمر إلى نزاع دولي، ممّا قد يضطر الدولة المدعيّة لاستخدام وسائل العنف لإجبار الدولة المسؤولة على إصلاح الضرر، مما يؤثر على علاقاتهما الوديّة.

---

[65] –عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 115.

[66] -I.BROWNLIE, op.cit.,., p. 967.

[67] – حازم حسن عبد الحميد جمعة، المرجع السابق، ص 387.

وخلاصة القول، هو أنّ الادعاء لمصلحة المستثمر الأجنبي المتضرر فوق إقليم دولة أخرى، يجب أن يكون أوّلا باللجوء إلى طرق الطعن الداخلية في تلك الدولة لجبر هذا الضرر، حيث يمكن أن يستفيد هذا الأخير في الحصول على التعويض العادل والمناسب به، دون الحاجة الى إثارت نزاعه دوليا[68].

ثانيا– نطاق تطبيق شرط استنفاذ الوسائل الداخلية

إنّ الطرق الداخلية لإصلاح الضرر هي شاملة لكل الوسائل التي يتيحها القانون الداخلي والتي من شأنها تحقيق الغرض، سواء كانت وسائل قضائية أو إدارية أو تنفيذية، حيث إنّ قصرها على الوسائل القضائية بحد ذاتها أو أي وسيلة أخرى على حده دون باقي الطرق الأخرى من شأنه تقييد المتضرر في جبر ضرره[69].

وقد أوضحت المادة 14 في فقرتها الثانية من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية في شقها المتعلق باستنفاذ سبل الانتصاف المحلية الذي أقرته لجنة القانون الدولي سنة 2004 على أن سبل الانتصاف المحلية هي تلك الآليات القانونية التي توفرها الدولة (التي يدعي أنها مسؤولة عن الضرر) أمام الشخص المتضرر لطرق باب المحاكم أو الهيئات القضائية أو الإدارية سواء العامة أو الخاصة دون غيرها من الآليات ذات السلطة التقديرية التي لا تكفل حل القضية المتنازع عليها[70].

بمعنى آخر، فإن الوسائل الداخلية المعتمدة لإصلاح الضرر الحاصل للمستثمر الأجنبي، تشمل كل من المحاكم العادية والإدارية وحتى الدستورية إذا كان لها اختصاص في ذلك، وكافة السلطات المحلية والإدارية والتنفيذية، و الجهات المسؤولة التي يمكن بواسطتها جبر الضرر وفقاً للتشريع الوطني للدولة المضيفة والمدعي عليها.

---

[68] – حامد سلطان، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 334.

[69] -D.W. GREIG, op.cit., p..584

[70] – حولية لجنة القانون الدولي، المحاضرة الموجزة لجلسات الدورة السادسة و الخمسين للجنة، A/CN.4/SER.A/2004، المجلد الأول، منشورات الأمم المتحدة، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، سنة 2011، ص 125، فقرة 46.

واستنادا إلى ما سبق، يتبين أنّه يجب على المستثمر الأجنبي المتضرر اللجوء إلى الطرق السالفة الذكر، مراعياً في ذلك قواعد الاختصاص، وهذا بالحرص على اتباع الإجراءات القانونية الصحيحة أثناء الاعتماد عليها و الذي يكون وفقا لتسلسلها، ليتدرج معها حتّى أعلى درجاتها[71].

بحيث يجب أن يقدم شكواه إلى السلطات الإدارية المختصة قانونا مع سلك طريق القضاء المحلي إن اقتضى الأمر ذلك، فإذا كان الضرر ناتجاً عن تصرف من السلطة التنفيذية وجب عليه تقديم شكواه أمام المحاكم الإدارية [72].

و في حالة رفع دعواه أمام محكمة قضائية أول درجة و لم يتم إنصافه، استلزم عليه سلوك طريق الطعن بالاستئناف طبقا للميعاد المحدد قانونا طبقا لتشريع الدولة المضيفة، و إذا لم يستطع الحصول على حقه يبقى أمامه باب الطعن بالنقض إذا كان ذلك متاحاً له، أو اللجوء إلى المحاكم الدستورية في حالة وجودها وبشرط أن تكون متاحة أمامه أيضا[73].

فإذا ما أغفل على نفسه مرحلة من هذه المراحل، كأن يتعذر عليه إتمام إجراءات الاستئناف بسبب عدم تقديمه في الميعاد المحدد له وفقاً للقانون الداخلي للدولة المدعي عليها، مما يجعل استئنافه غير قانوني، فإنّ ذلك يجعل من دعوى دولته غير مقبولة أمام القضاء الدولي، بسبب عدم تحقق شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية وفقاً للقانون الداخلي للدولة المدعي عليها[74]، إذ من غير المعقول استفادته من تقاعسه أو إهماله فهو لا يستحق الحماية من دولته إذا كان قد ضيّع على نفسه فرصة القيام بها من ناحيته مباشرة، وهذا ما أخذت به محكمة التحكيم الإنجليزية اليونانية في قضية "إمباتيلوس" بقولها: " من الخطأ الاعتقاد

---

71 – C. BOUKLI HACENE, « Le principe de diligence dans la procédure judiciaire sociale en Algérie », Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, N° 01, 2019, p.66.

72 – صلاح شلبي، الوجيز في القانون الدولي، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ،2003، ص 129.

73 - G.PALMISANO, « La procédure de réclamations collectives en tant qu'instrument de protection internationale des droits sociaux », R.G.D.I.P., Éd. A. Pédone, Vol. N° 3-4, 2020, p.526.

74 – عبد الغني محمود: المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، ص 142.

بأن الشخص يمكن بتقصيره الاستفادة من الفرص المتاحة له أمام محكمة أوّل درجة، حيث يؤدي به ذلك إلى جعل الاستئناف إجراء باطلاً، وبالنتيجة فإنّ اعتماد الشخص على هذه الحقيقة سيسمح له من التخلص بنفسه من قاعدة استنفاذ الوسائل الداخلية لإصلاح الضرر[75]".

لكن تجدر الإشارة إلى أنّه لا بد أن تكون هذه الوسائل مشروعة وفقاً للقانون الدولي، فلا يمكن أن يكلف المتضرر باللجوء إلى وسائل يعتبرها القانون الدولي غير مشروعة، حتّى ولو كانت تلك الوسائل يقرها قانون الدولة المدعي عليها، بل حتّى لو كانت هي الطريق الوحيد المتاح أمامه.

أما إذا كانت طرق الرجوع الداخلية متاحة ومشروعة وفعّالة على النحو السابق، لكنها لم تستنفد بسبب يرجع إلى المستثمر الأجنبي المتضرر[76]، وليس راجعاً لخطا الدولة المدعي عليها، فإن دولته في هذه الحالة لن تستطيع مباشرة الحماية الدبلوماسية لصالحه، بإجماع الفقه واستقرار أحكام القضاء وتأييد مشروعات المسؤولية الدولية[77].

ثالثا– شروط تطبيق شرط الاستنفاذ والاستثناءات الواردة عليه

يمكن القول بأنّ مبدأ استنفاذ طرق اللجوء الداخلية هو من بين المبادئ المطلقة، إذ أنّه يقتضي على المستثمر الأجنبي المتضرر، ضرورة الاعتماد على الوسائل –السالفة الذكر– لاسترجاع حقه، واستنفاذها يعني أنّه لم يستطع تحقيق غايته، مما يستدعي تدخل دولته عبر الحماية الدبلوماسية التي هي أحد الاعمال الدولية، ويستفاد من العمل الدولي أن ثمة قيود وشروط يجب أن تتوافر حتّى يكون فيه واجب التطبيق والاتباع[78]، وتتمثل هذه الضوابط في:

---

[75] - Ambatrielos Claim,1956 , (Greece V. United Kingdom), U.N.R.I.A.A, Vol N° 07, p. 122.

[76] – إذا حالت قوة قاهرة Force Majeur بين الأجنبي المتضرر و بين ممارسة طرق الطعن الداخلية، فلا يجب مطالبته باستنفاذها. انظر: صلاح شلبي: الوجيز في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 130.

[77] – عبد الغني محمود: المطالبة الدولية لإصلاح الضرر، المرجع السابق، ص 143.

[78] – هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص160.

1-وجود ثمة رابطة اختيارية بين طالب الحماية والدولة المدعي عليها (أي التي تسببت في إلحاق الضرر به): ويمكن أن تتجسد هذه الرابطة في المركز القانوني لإقامة المستثمر الأجنبي (الذي هو بصدد طلب الحماية) بهذه الدولة أو وجوده فيها، فهو بإقامة هذه العلاقة معها ودخوله إقليمها باختياره للزيارة أو العمل، أو أية مهمة اختيارية، من جهة يكون بذلك قد ارتضى سلفاً إخضاع نفسه لنظامها القانوني، ومن جهة أخرى فإنّه يمكن لهذه العلاقة أن تتخذ أيضاً فيما لو كانت له استثمارات قائمة في هذه الدولة المضيفة[79].

2-أن يكون الضرر المراد إصلاحه ناتج عن إصابة مباشرة، بحيث يقتصر تطبيق هذا الشرط على الحالات التي تكون فيها المطالبة لإصلاح الضرر الذي أصاب الفرد لا دولته.

3-أن تكون طرق اللجوء الداخلية متوفّرة وكافية وفعّالة وعادلة بما يعطي الثقة للمضرور في اللجوء إليها والأمل في جبر ضرره عن طريقها.

4-عدم وجود اتفاق دولي بين الدول أطراف النزاع على حق الاستبعاد الصريح لهذا المبدأ، بحيث يجوز لدولة المتضرر أن تتصدى لحمايته في مواجهة الدولة التي سببت له الأضرار دون الحاجة إلى استنفاذ طالب الحماية لوسائل الرجوع الداخلية في الدولة المسؤولة[80].

من هذا المنطلق يمكن القول إذن، بأنّ نطاق تطبيق هذا المبدأ يبقى مقيّدا بضرورة توفّر كامل الضوابط السابقة مجتمعة، بمعنى آخر، أنّه يجب تواجد كل هذه الضوابط حتّى يكون شرط الاستنفاذ ملزماً لطالب الحماية قبل أن يكون من حقه اللجوء إلى دولته لكي تباشر الحماية الدبلوماسية لصالحه.

[79] - E.M. BORCHARD, op. cit., p. 817.
[80] - Ch. ROUSSEAU, op. cit, p.366.

وفي الحالة العكسية، فإننا نكون أمام استثناء تطبيق هذا الشرط، بحيث لا يلتزم فيه إتباعه، ليكون من حق دولة المستثمر الأجنبي مباشرة الحماية الدبلوماسية لصالحه حتّى لو لم تستنفذ طرق اللجوء الداخلية[81].

وهذا يعني أنّ الضوابط الأربعة مجتمعة هي التي تحدد مجال تطبيق شرط الاستنفاذ وأنّ تخلّف ضابط منها يؤثر على هذا النطاق، مما يجعلنا أمام استثناء، ووفقاً لذلك، فإنه يمكن حصر الاستثناءات التي ترد على شرط الاستنفاذ كالتالي:

1-حالة انعدام الرابطة الاختيارية بين طالب الحماية والدولة المدعي عليها:

في هذه الحالة المستثمر الأجنبي غير ملزم بالخضوع لقانونها الداخلي بحيث لا يطلب منه أن يستنفذ طرق اللجوء الداخلية التي يتيحها له هذا القانون وذلك لانتفاء المبرر الذي يستند إليه شرط الاستنفاذ بانتفاء الرابطة الاختيارية بينه وبين هذه الدولة، وهذه الحالة تشمل إذا ما تعرض وكلاء الدولة لأضرار في أعالي البحار مثلا[82].

وبناءًا على ذلك، فمن غير المعقول إحالة الأفراد المتضررين من قبل دولة خارج إقليمها إلى محاكمها كشرط سابق على إجراء الحماية الدبلوماسية لدولتهم الوطنية، حتّى وإن لم تتوفّر بينهم وبينها أية رابطة اختيارية، لأنّه لا يمكن إجبار الشخص على الخضوع لقانون دولة أخرى رغما عنه، ومن حق دولته أن تتبنى المطالبة الدولية لصالحه، وهذا منذ تاريخ وقوع تصرف الانتهاك الذي كان سبباً في إلحاق الضرر

[81] - Y. SHANY, «Jurisdictional Competition Between National and International Courts: Should International Jurisdiction-Regulating Rules Apply? », XXXVII, Netherlands Year Book of International Law, Vol. 03, 2007, p. 16; W. S. Dodge, «National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter Eleven of NAFTA», Hastings Int. and Comp. L. Rev. 375, 2000, p. 357.

[82] - P. De Visscher, M., «La Protection Diplomatique des Personnes Morales», Volume 102, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1961, p.174. Consulted online on 19 February 2024 <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028613928_06>

به، لتكون بذلك في مواجهة الدولة المسؤولة دون أن يكون عليه إلزامية انتظار استنفاذ الوسائل الداخلية في هذه الدولة المنتهكة[83].

2-الضرر المباشر للدولة المدعية:

إذا كان انتهاك الدولة المسؤولة لقواعد القانون الدولي قد ترتب عليه إلحاق الضرر بالدولة المدعية مباشرة دون مواطنيها، فهنا وفي هذه الحالة لن تشكو الدولة المدعية من ضرر أصاب مواطنيها، ولكن موضوع شكواها سيكون حول الضرر الذي أصابها بطريقة مباشرة، وبالتالي لا مجال لتطبيق شرط الاستنفاذ، حيث أنّ الدولة باعتبارها كشخص من أشخاص القانون الدولي تتمتع بسيادة ومساواة مع الدول الأخرى، ممّا يعني أنّه لا يمكن إخضاعها للنظام القانوني الداخلي لدولة أخرى، نظرا لتناقض ذلك مع مبدأ المساواة في السيادة بين الدول وللمبدأ القائل بأنّ لا سلطان لدولة على دولة[84].

إذن تطبيق شرط الاستنفاذ في هذه الحالة قاصر على الضرر المباشر الذي يصيب الدولة ذاتها أمّا بالنسبة للضرر غير المباشر الذي يصيب الدولة نتيجة الاعتداء على أحد مواطنيها من جراء ذات الانتهاك المتسبب بالضرر المباشر، في هذه الحالة فإنه يصبح خاضع لتطبيق شرط الاستنفاذ ما لم يتوافر بشأنه استثناء آخر.

مثال على هذا الاستثناء؛ ما قامت به محكمة العدل الدولية في القضية بين كل من سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية سنة 1959، والمتعلقة بوضع أموال شركة يملكها سويسري يدعى "انترهاندل" تحت الحراسة في الولايات المتحدة، حيث طالبت سويسرا من المحكمة الدولية أن تقضي برد الأموال والحقوق والمصالح التي تملكها الشركة سالفة الذكر في أمريكا، دون تطبيق قاعدة الرجوع الداخلية و ذلك للضرر

[83] - Y. SHANY, op.cit., p. 17.
[84] - T. MERON, « The Incidence of the Rule Exhaustion of Local Remedies », B.Y.I.L,Vol, V.35, 1959, p. 85.

المباشر الذي أصابها نتيجة عدم التزام الولايات المتحدة لاتفاق واشنطن الموقّع بينهما سنة 1946، حيث جاء في مضمون نص هذا الاتفاق على عدم الحجز على الممتلكات السويسرية في الولايات المتحدة[85].

وأثارت الولايات المتحدة دفعا أوليّا أمام المحكمة الدولية حول إخفاق الشركة السويسرية في استنفاذ طرق الطعن المحلية، حيث كانت دعوى "انترهاندل" لا تزال تحت النظر أمام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، و بناءاً عليه، قررت محكمة العدل الدولية رفض الدعوى السويسرية لعدم استنفاذ طرق الطعن المحلية، حيث أوضحت المحكمة أنّ المطالبة السويسرية مخصّصة للحصول على استرداد أصول شركة "انترهاندل" في الولايات المتحدة.

ثم تقدمت سويرا بطلب احتياطي بعد رفض الطلب الأساسي برد الممتلكات طلبت فيه من المحكمة الدولية إصدار حكم تقريري بأن الحكومة الأمريكية كان عليها التزام بإخضاع موضوع النزاع للإجراءات التحكيمية المنصوص عليها في اتفاق واشنطن أو معاهدة التحكيم والتوفيق[86].

وقد قضت المحكمة الدولية بعدم قبول هذا الطلب بناءاً على أنّ المصلحة التي تبتغيها الدولة المدعية من وراء تقديم الطلب الاحتياطي هي نفسها المصلحة التي هدفت إليها من وراء تقديم الطلب الأساسي مشيرة إلى وحدة النزاع، فقد قدرت المحكمة أنّ أية تفرقة فيما يتعلق بقاعدة الاستنفاذ بين الطلبات المختلفة لا تستند إلى أساس قانوني ومن ثم رفضت إصدار حكم تقريري في جزء من النزاع[87].

3- تعذر الإصلاح وفقا للنظام القانوني الداخلي: وهو يعبر عن احترام سيادة الدولة المسؤولة حيث تحول دون الممارسة المتسرعة والعشوائية للحماية الدبلوماسية ويساهم ذلك في إقامة التوازن وإعطاء الدولة المسؤولة فرصة لمراجعة تصرفات أجهزتها داخل نظامها القانوني[88].

---

[85] – قضية «انترهاندل»، حكم محكمة العدل الدولية، الصادر بتاريخ 1959/03/21، ص 06. لأكثر تفاصيل أنظر: shorturl.at/bGITY

[86] – -- قضية «انترهاندل»، المرجع السابق، ص ص 07-09.

[87] – حازم حسن عبد الحميد جمعة: المرجع السابق، ص430-431.

[88] – صلاح شلبي: الوجيز في القانون الدولي، المرجع السابق، ص127.

وقد صيغ هذا الاستثناء في قضية السفن الفنلندية عندما قرر المحكّم "باج"، أنّه يبدو صعبا أن نلقي على الفرد عبئ تحمل خسارة المال والوقت للتوجه إلى المحاكم حتّى يستنفذ على الأقل ما يوعد به فقط في ذلك الوقت، إذ أنّه لا يساهم بشكل كاف في إصلاح ضرره، ووفقا لهذه النتيجة –أي عدم جدوى إعادة الشيء لما كان عليه– يصبح المستثمر الأجنبي غير مجبر على اللجوء إلى القضاء[89].

والحالات التي يتعذر فيها على المستثمر الأجنبي المتضرر إصلاح ضرره وفقا لقانون الدولة المضيفة المسؤولة لا تقع على سبيل الحصر، وإنمّا يمكن ملاحظته عبر توجده في كل حالة يثبت فيها أن القانون الداخلي عاجز عن إصلاح الضرر، وهو بذلك يضع تقديره بين أيدي المحكمة الدولية ودون حاجة إلى استنفاذ الوسائل الداخلية المقررة في تشريع الدولة المسؤولة، ولأكثر تفصيل نشير إلى هذه الحالات:

–حالة إنكار العدالة: والتي يقصد بها –بالمعنى الضيق– الإساءة أو التخاذل من جانب الجهات القضائية في الدولة المسؤولة، وإنكارها على مواطني الدولة المدعية الاستفادة من الإعمال اللازم للقانون.

أما في معناها الواسع، فينصرف إلى كافة الأضرار التي تقع على المواطنين في الخارج والتي تأتي انتهاكا للعدالة الدولية، سواء حدث ذلك من قبل إحدى سلطات الدولة القضائية منها أو التشريعية أو التنفيذية[90].

فإذا أبرمت الدولة المدعى عليها عقدا مع مستثمر أجنبي، ثم أصدرت تشريعا يؤدي إلى استحالة إتمام ذلك العقد الدولي، فليس للمحاكم صلاحية التعقيب على هذا التشريع، ليصبح للدولة التي يتبعها هذا الأخير أحقيّة رفع قضيته–لحمايته– أمام القضاء الدولي مباشرة ودون حاجة إلى استنفاذ الوسائل الداخلية المقررة لإصلاح الضرر في الدولة المدعى عليها حيث إنّ قاعدة الاستنفاذ لا تطبق عندما يفلت الفعل

[89] - Finish Ships Arbitration,1934 ,U.N.R.I.A.A., p.1497.
[90] -J.G .STARKE, «An Introduction to International Law» , 5th ed, London, 1963, p.257.

الضار من رقابة المحاكم الداخلية، استنادا إلى كونه عملا من أعمال السيادة و/أو باعتباره عملا تشريعيا لا يخضع للرقابة دستورية[91].

والقضاء الدولي يلزم بضرورة اتسام الوسائل القضائية الداخلية بالعدل والموضوعية، وفي هذا المعنى، قضت محكمة العدل الدولية الدائمة بعدم اشتراط استنفاذ وسائل الطعن الداخلية إذا كانت النتيجة المتوقعة من اللجوء إلى هذه المحاكم الوطنية هي مجرد تكرار لقرار سبق الحكم فيه[92]".

أمّا في حالة تراخي القضاء الوطني في إصدار الحكم دون مبرر قانوني، بسبب البطء الشديد في إجراءاتها والذي تتسم به الأجهزة الداخلية المختصة بإصلاح الضرر، فإنّها بذلك تصبح وسيلة غير فعّالة في حسم النزاع القائم، وبالتالي يحق للمتضرر هنا، اللجوء إلى دولته لمباشرة للمطالبة بالحماية الدبلوماسية لصالحه بالرغم من عدم استنفاذه للطرق الداخلية في الدولة المدعى عليها، نظرا لوجوده أمام أحد الاستثناءات، التي يترتب عليها عدم فاعلية هذه الطرق في إصلاح الضرر، مما يجعل العدالة الناتجة عنها عدالة بطيئة، والتي يمكن تبعا لذلك تصنيفها بأنها من بين أشد أنواع الظلم[93].

ويعتبر معيار تحديد الوقت مسألة مهمّة لمعرفة إذا كانت الأجهزة الداخلية قد تجاوزت الميعاد المعقول أم لا، وهو من بين صلاحيات المحكمة الدولية، التي تقدر ذلك بحرية تامة وفقا لظروف وملابسات الدعوى[94]، ولها أن تسترشد في ذلك بالطلبات المقدمة من مواطني الدولة المسؤولة والممثلة لطلب الرعية الأجنبي، فإذا تبيّن للمحكمة أنّ هذا التأخير لا يملك ما يبرره وفقاً لوقائع الموضوع، أو أنّه تعمّد ذلك من قبيل المماطلة لإضاعة حق المدعي أو قصد من ذلك تجميد الدعوى، فإنّها تقضي باستثنائه من تطبيق قاعدة الاستنفاذ[95].

---

[91] - F. KERNALEGUEN, « Déni de justice », in L.CADIET dir., Dictionnaire de la justice, PUF, 2004, p. 325.

[92] – هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص162.

[93] - G. CHAVRIER, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », AJDA, 2003, p. 1026.

[94] –M.DEGUERGUE, «Les Dysfonctionnements Du Service Public De La Justice», Institut National Du Service Public, Revue Française d'administration Publique, N° 125, 2008, p. 156.

[95] – عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص153.

ويقع عبئ إثبات البطء في هذه الحالة على المتضرر لكي يشكل ظرفاً خاصاً يعفيه من الالتزام باستنفاذ طرق الطعن الداخلية بموجب مبادئ القانون الدولي المعترف بها بشكل عام[96].

-حالة عدم وجود قضاء داخلي مستقر أو جهة مسؤولة منظمة يمكن الرجوع إليها لطلب التعويض: وينبغي التذكير في هذا الجانب أنّه يمكن بسبب قيام ثورة أو حرب أهلية، أن يؤدّي ذلك إلى تعطيل مؤسسّات الدولة عن القيام بالدور المنوط بها، بحيث لا يكون أمام المستثمر الأجنبي المتضرر سوى اللجوء إلى دولته لمباشرة الحماية الدبلوماسية أمام المحاكم الدولية ضد الدولة -المضيفة- المعتدية، دون أن يكون ملزماً باستنفاذ طرق الطعن الداخلية في الدولة المسؤولة وهذا راجع كما سلف الذكر إلى تعذّر ذلك. أيضاً إذا كانت السلطة القضائية تابعة للسلطة التشريعية أو التنفيذية، وكان الفعل الضار صادراً عن إحداها ممّا يؤدي إلى الخلل في جهاز العدالة واستقراره، وإصابته بعدم الفاعلية الواقعية[97].

4- استبعاد تطبيق القاعدة بمقتضى نص اتفاقي: لكي يتم التنازل الصريح، يجب أن يكون هناك نص على عدم الاعتماد على القاعدة بشكل واضح لا لبس فيه ولا غموض، سواء تم ذلك عن طريق الاتفاق في مضمون اتفاقية دولية بينها وبين الدولة المدعية، أو سواء كانت اتفاقية استثمار أو غيرها من اتفاقيات تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، وتجدر الاشارة الى جواز النص صراحة على استبعادها في شرط التحكيم أو اتفاقاته[98].

أمّا التنازل الضمني فيستفاد عندما لا تثير الدولة المسؤولة هذه الحجة وقت مواجهتها للادعاءات التي تثيرها الدولة المدعية مباشرة، ولذلك لا يمكنها إثارة الاعتراض بعد ذلك.

و تلجأ الدولة المدعى عليها إلى هذا التنازل، إذا كانت تسعى إلى إصلاح هيكلها الاقتصادي، الذي يحتاج إلى تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إليها لتنفيذ خططها التنموية، فتقوم بإبداء حسن النية من جانبها بشكل

---

[96] - Ann. De La Commission Européenne des Droit De l'homme, 2011, Vol. II (3éme partie), Nations Unies, New York et Genève, 2018 p.35.
[97]- Ch. ROUSSEAU, op.cit., pp. 115-116.
[98] - Ibid., p. 116.

عملي، وهذا بالنص على هذا التنازل الذي يستثني المستثمرين على أراضيها من إلزامية اللجوء إلى شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية، في حالة حدوث نزاع بينهم وبينها ، و الهدف من ذلك إقامة مناخ آمن و مستقّر للمستثمر، إذ أنّ عدم وجود عقبات من أيّ نوع تحول بينه وبين سرعة إصلاح ما قد يصيبه من أضرار حسب ما قد ينشب له من منازعات في أقصر وقت، دون أن يتقيد بالرجوع إلى الأجهزة الداخلية لإصلاح ذلك الضرر، بالإضافة إلى الفصل في المنازعات وفقاً لقانون الدولة المسؤولة سيحسّن من نظرة المستثمر الأجنبي للدولة المضيفة للاستثمار[99].

كما نص عليه أيضا في اتفاقية تسوية النزاعات الاستثمارية للدول والمستثمرين الاجانب للدول الأخرى والمبرمة سنة 1965، حيث أعطت لرعايا الدول الموقّعة عليها الحق في تسوية خلافات الاستثمار بينهم وبين أية دولة أخرى من الدول الأعضاء باللجوء المباشر إلى التوفيق والتحكيم أمام المركز الدولي الذي أنشأته الاتفاقية في البنك الدولي، ودون الحاجة إلى أيّ تدخل من جانب دولهم[100].

وقد تم الإشارة إلى استثناءات قاعدة الاستنفاذ من خلال المادة 19 من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لسنة 2004، حيث جاءت هذه المادة موسومة بعنوان "حالة الاستثناء من قاعدة استنفاذ سبل الانتصاف المحلية"، الذي جاء في مضمون نصها أنّه لا حاجة إلى استنفاذ سبل الانتصاف المحلية في الحالات الآتية[101]:

1-إذا كانت سبل الانتصاف المحلية لا تتيح أية إمكانية معقولة لإنصاف فعّال.

2-إذا وجد تأخير غير مسوّغ له في عملية الإنصاف وينسب إلى الدولة التي يدعى أنها مسؤولة.

---

[99] – هشام صادق، المرجع السابق، ص158.

[100] – تحت رعاية البنك الدولي حيث وقعت هذه الاتفاقية 46 دولة، وأصبحت سارية المفعول في 14 أكتوبر، 1966، هشام صادق، المرجع نفسه، ص253.

[101] – التقرير الأول للجنة القانون الدولي، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، حولية 2004، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، ص ص 22-54، الفقرتان 59-60.

3-إذا لم توجد صلة وجيهة بين الفرد المتضرر والدولة التي يدعى أنها مسؤولة أو كانت ظروف الدعوى بخلاف ذلك، بحيث تجعل سبل الانتصاف المحلية عملية غير معقولة.

المبحث الثاني: مبادئ معاملة المستثمر الأجنبي: نظرة تحليلية في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف

تستمد قاعدة حماية المستثمر الأجنبي من مبدأ "حماية الرعايا الأجانب"، والقواعد القانونية التي توفر لهم ذلك إمّا من الاتفاقيات الثنائية أو الاتفاقيات المتعددة الأطراف، بحيث توجب هذه الأخيرة في حالة المصادقة عليها من قبل الدولة المضيفة لهؤلاء المستثمرين الأجانب، فواجب المعاملة الوطنية – أو التمييزية كما يسميها البعض– يكون حسب نوع الافراد والاتفاقيات المبرمة. وللتعمّق أكثر في الموضوع ارتأينا تفصيله الى مطلبين، المطلب الأول نتطرق فيه الى الحماية بالإحالة، وأمّا المطلب الثاني فنخصصه لدراسة الحماية المطلقة.

المطلب الأول: الحماية بالإحالة

الحماية بالإحالة، هي تلك التي تحمل في طياتها المعايير الموضوعية التي تشمل النسبية أو العرضية، حيث أنّها بذلك توفر الحماية المطلوبة للمستثمر الأجنبي و/أو الاستثمارات الأخرى، ويقتضي ذلك الرجوع الى نوعية المعاملة[102]، إن كانت معاملة وطنية (الفرع الأول)، أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية (الفرع الثاني).

[102] - E. STOPIONNI , «Le Droit Non Écrit Dans le Contentieux International Économique», Brill, 2022, citer In; A. De NANTEUIL, « Le droit international d'investissement », Paris, Edition A. Pedone,2014, p. 295.

الفرع الأوّل: شرط المعاملة الوطنية

المعاملة الوطنية هي قاعدة قانونية اتفاقية تلتزم بموجبها الدولة المضيفة منح المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفضيلا عن المعاملة الممنوحة للمستثمرين الوطنيين. وبالتالي، يتمتع المستثمر الأجنبي بشروط المنافسة نفسها التي يتمتع بها المستثمر الوطني في سوق البلد المضيف.

أولا- ماهية المعاملة الوطنية

من حيث التاريخ القانوني يهدف معيار المعاملة الوطنية إلى وضع الاستثمارات الأجنبية والمحلية على أساس قانوني ثابت، وهي تقنية جليلة استخدمت لقرون، ولكن ظلت ضمن قواعد القانون العرفي. وفيما يتعلق بالقانون العام، يجدر التذكير بأنه يستهدف المستثمر ثنائي الجنسية أيضا[103]. وقد تكون المعاملة الوطنية دون الحد الأدنى من الحماية التي يوفرها القانون الدولي؛ ومن ناحية أخرى، فإنّ الحصول على العديد من الحقوق الاقتصادية وممارستها، سواء أكانت دولة حرة في منح الأجانب أم لا، وهي تمثل الحد الأقصى وتعكس بعض الصياغات المستخدمة في الاتفاقيات ترددا معينا فيما يتعلق بهذا التناقض؛ وبالتالي عندما تحدد الدولة بأنّ المعاملة القصوى الممنوحة ستكون معاملة وطنية[104]، أو على العكس من ذلك، عندما تنص الاتفاقية على أنّ المعاملة الممنوحة ستكون "متساوية على الأقل" للمعاملة الوطنية[105]. ويتمثل الحل الأكثر اتساقا في بعض الاتفاقيات في التمييز بين الحماية الممنوحة للاستثمار من المعاملة الفعلية الممنوحة له[106].

---

[103] - Sur la pratique d'États, cf. KISS, Répertoire, v. IV, pp. 464-8 ; Répertoire suisse, Vol. I, p. 14 , Voir In ; https://bit.ly/3UNSjwkHMS

[104] - Convention Suisse-Malaisie, Conclue le 01/03/1978, Entrée en vigueur par échange de notes le 09/06/ 1978.

[105] – في هذا المعنى راجع المادة 04 من اتفاقية مصر مع فرنسا، المتعلقة بتجنب الازدواج الضريبي والوقاية من التهرب الضريبي في مجال الضريبة على الدخل و الثروة، الموّقعة بباريس بتاريخ : 19-06-1980، و المصادق عليها في القانون رقم 82-522، بتاريخ : 21-06-1982، و التي دخلت حيّز التنفيذ في :01-10-1982، الصادرة في الجريدة الرسمية الفرنسية بالمرسوم التنفيذي رقم 82-37 في 13-01-1983.

[106] – راجع المواد 01-03 من اتفاقية بلجيكا مع اندونيسيا، المتعلقة بترقية الاستثمار، الموقعة بتاريخ : 22-11-1979، الصادرة بالجريدة الرسمية الأوروبية تحت رقم 351 L، التي دخلت حيّز التنفيذ في : 20-12-2012.

ومن آثار شرط المعاملة الوطنية هي القضاء على أيّة تفاوت قانوني حالي أو مستقبلي، بالنسبة للموضوع[107]، وإذا كان هناك قانون أو لائحة تميّز الاستثمارات حسب أصلها أو جنسيتها، فإن الاستثمارات التي تستفيد من شرط المعاملة الوطنية يجب أن تخضع لنفس النظام الذي تستخدمه الاستثمارات الوطنية، مع الاحتفاظ بالأحكام التقييدية الخاصة بها. ولذلك فإن الدور المعادل للمعيار مهم. وبالإضافة إلى ذلك، فإنّ لديها مزايا البساطة والدقّة، لأنّها تشير إلى مجموعة من القواعد المفصّلة في النظام القانوني للدولة المضيفة، كما أنّ فعاليتها لها حدود.

وفي الممارسة التقليدية، تظل مسألة ما إذا كان شرط المعاملة الوطنية يمنح حقوقا متماثلة بشأن الإعانات ومعونة الدولة غير مؤكدة[108]. وتتضمن بعض الاتفاقيات استثناءات من المعاملة الوطنية في هذا المجال، من أجل تعزيز وتنمية مؤسّسات البلد المستورد لرأس المال[109].

ومن ناحية أخرى، فإنّ المعاملة الوطنية لا تعفي من تطبيق تدابير شرطية معيّنة مع الأجانب[110]. وهي لا تسمح بممارسة جميع الأنشطة والمهن الاقتصادية؛ والبعض منها لا يزال محجوزا، بسبب مسؤولياته الخاصة تجاه الدولة المضيفة[111].

وفي هذا السياق، نصت اتفاقية المملكة المتحدة مع سنغافورة، على المعاملة الوطنية للاستثمارات المعنية والأنشطة المرتبطة بها، حيث أنّ إمكانية عدم التقيد بشروط يستوجب أن يكون فيه التقييد متصلا بموضوع معيّن، وشاملا لجميع الرعايا الأجانب[112].

---

[107] - Sur les effets de la clause, cf. Répertoire suisse, Vol. II, not. p. 887.

[108] - KISS, op.cit., pp. 464-468.

[109] – راجع الفقرة 03 من المادة 02 من اتفاقية ألمانيا مع كونغو الديمقراطية (الزائير سابقا) والتي تضمنت على منح معاملة تفضيلية لكل من المستثمرين الوطنين و الألمان على حد السواء و جاء نصها كمايلي:

« En dérogation aux paragraphes 1 et 2 de cet article, la République Démocratique du Congo pourra dans le souci de corriger des inégalités de fait entre investisseurs allemands et congolais consentir à ses ressortissants l'octroi préférentiels des crédits ou des avantages fiscaux dans la mesure où ces avantages ne nuisent pas à la concurrence et à la compétitivité ». voir aussi le lien; repository.graduateinstitute.ch

[110] - Répertoire suisse, v. Il, pp. 802-4, 958-9 ; KISS, Répertoire, v. IV, p. 464, 468.

[111] - Ibid, p. 836.

[112] – راجع الفقرة 03 من المادة 03 من اتفاقية سنغافورة مع بريطانيا، و الذي جاء فحوى نصها إمكانية الفصل بين معاملة الأجنبي عن الوطني؛

ومن ناحية أخرى، أظهرت التجربة أن للمعاملة الوطنية أوجه ضعف وأوجه قصور معينة. ولعلّ النقد الرئيسي لها هو الممارسة الدبلوماسية بالمثل التي تكون بين دولتين أو أكثر، إذ أنّه وفقا لهذا المبدأ تصبح المعاملة أقرب أكثر إلى عدم تكافؤ المستثمرين الاجانب[113].

وإذا أستثنينا الحالات المنصوص عليها صراحة، نجد أنّ آثار المعاملة الوطنية تمتد على الموضوع برمته؛ فهي تلقائية وغير مشروطة. وبافتراض أنّ قوانين الدولتين تختلف اختلافا كبيرا، فقد يكون للمعاملة الوطنية فضل في منح بعض الحقوق الاستثمارية للمواطنين التابعين لنفس الدولة على حساب دولة أخرى، لكنها تبقى تمثل الحد الأدنى من الحقوق الاستثمارية الواجب التمتع بها [114]. بالإضافة إلى ذلك فإنّ اللوائح التي تسيّر كيفية تطبيق المبدأ بشكل عام، هي في الحقيقة لا تؤثر إلا على الاستثمار الأجنبي وبصفة ثانوية، ممّا قد يحد من آثار المعاملة الوطنية بصفة معتبرة[115].

ومع مراعاة هذه القيود والصعوبات، يبدو أن معيار المعاملة الوطنية أداة فعالّة للاستيعاب، إذ ينتظر منها أن تؤدّي دورا هامّا في مجال الاستثمارات يكون مماثلا لدورها في القطاعات الأخرى التي تشمل عنصر الرعايا الأجانب [116].

وفي الوقت الحاضر، فإنّ السؤال الذي طرحته بعض البلدان النامية هو معرفة إذا ما كانت المساواة القانونية في هذا المجال مشروعة، أو إذا ما كان ينبغي عدم معاملة حالات الوقائع غير المتساوية معاملة

: « Notwithstanding the provisions of paragraphs (1) and (2) of this Article, and provided its laws so provide in respect of all non-nationals and in relation to particular matters, a Contracting Party may accord to the nationals or companies of the other Contracting Party treatment less favourable than that accorded to its own nationals or companies ».

[113] - J.P.NIBOYET, « La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé », *RCADI, TOME LII*, 1935-II, PP. 258-363, ET AUX PP. 286-93., consulté aussi sur le lien GALLICA; https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k61421097/f264.item

[114] – إذا كانت القوانين تميّز في تطبيقها بين الأشخاص الخاضعين لأحكامها القانونية، فإنّ ذلك سيؤدي بها إلى فقدان خاصية التجريد المتعارف عليها دوليا، وبذلك تصبح المعاملة تفضيلية حسب نوعية العلاقة السابقة للنزاع، مما يفتح الباب أمام فقدان طابع الشرعية، راجع في ذلك: Ibid.,P. 292.

[115] - Cf. les Commentaries de A. FATOUROS, « GOVERNMENT GUARANTEES TO FOREIGN INVESTORS », COLUMBIA UNIVERSITY PRESS, NEW YORK, 1962, p. 214.

[116] - Rappelons que le Conseil de l'OCDE a également adopté une « Décision relative au traitement national » en ce domaine, cf. OCDE, « Droit International d'Investissement », Éd. OCDE. 2005, p. 21.

غير متكافئة[117]. ودون التمكن من المضي قدما، فإنّه يجدر التذكير بأن الجهات التي يكون لها استثمار مع المستثمر الأجنبي لا تدخل في نطاق المعاملة الوطنية، بل في مجال القبول وتحويل رأس المال وما إلى ذلك، في أماكن أخرى، حيث تتعلق هذه المرحلة، بمدى توفير المساواة في النظام القانوني والظروف التشغيلية للشركات في الاقتصاد؛ لإلغاء أوجه عدم المساواة في منح الحقوق للمستثمرين الاجانب، ذلك أنها مبدأ أساسي يستوجب تواجده لدى الدولة المضيفة للسماح لها بالتقدم القانوني والاقتصادي.

ثانيا- نطاق تطبيق شرط المعاملة الوطنية

إنّ معظم الاتفاقيات لا تطبّق قواعد المعاملة الوطنية، إلاّ على الاستثمارات التي تم إنشاؤها وفقاً لقوانين وأنظمة الدولة المضيفة. ويعرف هذا النظام بـــ"النظام الأوروبي"، وأيضاً بـــ"نظام مراقبة الاستثمار". يسمح هذا النظام للدولة المضيفة التحكم بشكل أفضل بدخول الاستثمار الأجنبي إلى إقليمها ويمكنها مثلاً استبعاد المستثمرين الأجانب من بعض القطاعات الاقتصادية، حيث تكمن صلاحية إدارة تنمية الاستثمار الوطني، أو حيث لديها اعتبارات سياسية أو إستراتيجية مهمة[118].

وعلى سبيل المثال جميع الاتفاقيات الثنائية للاستثمار المبرمة من طرف دولة الإمارات تتبع هذا النموذج المنهجي، مثال ذلك؛ الاتفاقية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الإمارات وبريطانيا سنة 1992 في فقرتها الثالثة (03) من المادة الثانية نصت على: "لا يمكن لأي طرف من الطرفين المتعاقدين في إقليميه أن يخضع المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الأخر فيما يتعلق بإدارة أو صيانة أو استخدام أو التمتع أو التصرف في استثماراتهم لمعاملة أقل رعاية من المعاملة الممنوحة للمستثمرين التابعين لها أو المستثمرين التابعين لأية دولة ثالثة"[119].

---

[117] - A. FATOUROS, op. cit, pp 84-87.

[118] –بسام ميرزا، ورشة وطنية لتعريف المستثمر الاماراتي بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار، أبو ظبي، فبراير 19-20، 2013، ص08.

[119] – الاتفاقية المبرمة بين الامارات وبريطانيا المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار، الموقعة في 12 أوت 1992، المرسوم الاتحادي رقم 26، للمرسوم التنفيذي لسنة 1992، تاريخ النفاذ 1993/12/15.

وهناك اتفاقيات أخرى تحتوي على المعاملة الوطنية في مرحلة ما قبل وما بعد دخول الاستثمار حيز النفاذ. والملاحظ هو أنّ "النموذج الأمريكي" يقضي بوجود شرط يسمى "بند التأسيس"، ويكرس هذا البند سياسة "الباب المفتوح" "Open Door Policy"، هذا النوع من الاتفاقيات تبرمها عادةً كل من الولايات المتحدة الامريكية وكندا وتكون في معظم الأحيان ضمن اتفاقيات التبادل الحر. وللتذكير فإنّ هذا النوع من الاتفاقيات محصور على الدول الأطراف في اتفاقية ALENA فقط[120].

ويبدو أنّ نموذج الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الامريكية والمغرب جاء بشكل إنفرادي متميز عما سبقه، حيث أبرز مضمون المادة 10 فقرة 03 ذلك إذ تنص الاتفاقية على منح كل طرف من الطرفين المستثمرين والمنتمين للطرف الآخر، معاملة لا تقل أفضلية عن تلك المعاملة التي يمنحها فوق أراضيه، في ظل ظروف مشابهة لمستثمريه، فيما يتعلق بإنشاء وحيازة وتوسيع وإدارة وتسيير وتشغيل وبيع واستثمار، أو أيّ ترتيب آخر متعلق بالاستثمارات فوق أراضيه.[121]

الفرع الثاني: شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعد شرط الدولة الأولى بالرعاية من بين أهم الشروط الأساسية التي تنظم المعاملات الاقتصادية الدولية، إضافة إلى هذا، يعتبر أيضا أحد الأركان الرئيسية القائم عليها النظام التجاري متعدد الأطراف، حيث تم تكريسه كذلك في الاتفاقيات الاستثمارية الدولية الذي بموجبه تتعهد الأطراف المتعاقدة بعدم اللجوء إلى الممارسات التمييزية فيما بينها، ذلك أنهم ملزمون بضمان امتيازات لا تقل عن تلك الممنوحة أو يمكن أن تمنح لدولة الغير وفقا لشرط الدولة الأولى بالرعاية [122].

---

[120]– بسام ميرزا، المرجع السابق، ص10.

[121] – الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الامريكية والمغرب في ميدان تشجيع وحماية الاستثمار المتبادل، الموقعة بتاريخ 22 جويلية 1985، و التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 29 ماي 1991، ص 17.

[122] - F. JAPPONT,«La Dualité Égalité-Équité dans la Pratique des Autorités de Régulation», Revue Internationale de Droit Économique, N°02, 2006,p. 152.

بصفة عامة، يجسد لنا هذا الشرط الاجراء الواجب الالتزام به من قبل الأطراف، وفقا للاتفاقية أو المعاهدة الاستثمارية، ومن أجل ضمان تنفيذ هذا الشرط لصالح مستثمري الدولة التابعة لنفس المعاهدة، يجب أن يستفيد هؤلاء من معاملة متميزة وعادلة لا تقل عن تلك الرعاية الممنوحة لمستثمري الدولة الاجنبية الأخرى في نفس الظروف[123].

لا يحمل مصطلح شرط الدولة الأولى بالرعاية عدة تأويلات، حيث يتبين لنا أن لفظ "شرط" بقصد به الشرط التعاقدي الذي يمكن الاعتداد به من الناحية، أما لفظ " دولة" فهو يعنى به تلك العلاقة التي تربط الدولة مع باقي اشخاص القانون الدولي العام، وفي الأخير "أولى بالرعاية" يعني ذلك الامتياز الذي تمنحه الدول الأطراف بعضها البعض من أجل ضمان أفضلية المعاملة مقارنة بباقي الأطراف الغير[124].

أولا-عناصر شرط الدولة الأولى بالرعاية

يتطلب النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية توفر عنصرين أساسيين هما:

1-وجود ثلاثة أطراف رئيسية والتي تشملهم علاقة متعدية، بحيث تكون فيه الدولة المستقطبة للاستثمار ملزمة بموجب اتفاقية دولية مبرمة بينها وبين دولة المستثمر الاجنبي -صاحب الاستثمار في تلك الدولة- بمنح معاملة أفضل لاستثمارات رعاياها[125].

بمعنى آخر تتعهد الدولة الملتزمة «État Concédant» بشرط الدولة الأولى بالرعايا، لصالح مواطني الدولة المستفيدة «État Bénéficiaire» بغرض الاستفادة من تلك الامتيازات والحقوق التي منحتها

---

[123] – قصوري رفيقة، النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية، أطروحة دكتوراه أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011، ص 129.

[124] – M. BARTOS, «La clause de la nation la plus favorisée en droit international»، Revue de la politique Internationale, N° 303,1962, p.08.

[125] – دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي: بين المعوقات والضمانات القانونية، مركز دراسات الوحدة العربية، الطبعة الأولى، بيروت،2006، ص 213.

من قبل إلى مواطني دولة أجنبية أخرى الطرف في نفس المعاهدة هي الدولة الأولى بالرعاية «État Favorisé»[126].

2- وجود اتفاقين دوليين كقاعدة عامة هما، من جهة "اتفاق الأساس" المبرم بين المانح والمستفيد والذي يحتوي على الشرط، ومن جهة أخرى، الاتفاق المبرم بين المانح والغير المفضل والذي بمقتضاه يمنح الأول للثاني معاملة أكثر رعاية من تلك التي منحها للمستفيد مع العلم انّ تقديم المانح هذه المعاملة الأكثر رعاية لإحدى دول الغير قد تكون بأية وسيلة قانونية أخرى كالتشريعات أو القرارات الإدارية او غيرها من الوسائل القانونية[127].

ثانيا-الأساس القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية

يشمل شرط الدولة الأولى بالرعاية نوع وطبيعة العلاقات التي تربط كل من الدولة المستفيدة من الشرط والدولة المانحة له، فإذا كان من النوع الأحادي الجانب فهو يتجسد غالبا من خلال علاقات غير متكافئة بين المانح والمستفيد (كمعاهدات السلام)، وتفرضه الدولة المستفيدة على الدولة المانحة لكي تحتاط ممّا يمكن أن يكون قد غاب عنها، لتحصل على ما يمكن أن تمنحه الدولة الأخرى لطرف ثالث، ففي مثل هذه الحالة يصعب إعطاء الشرط أساسا قانونيا قائم على الرضائية.

في حين إذا تم منح هذا الشرط من طرف دولة ذات سيادة كاملة وبإرادة حرة وسليمة الى دولة أخرى، (وغالبا ما يكون ذلك على أساس تبادلي أو مشروط) فهنا يكون الأساس القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية هو الرضائية لأنّ الأصل في هذا النوع من الشرط أنّه يقوم على شرط المعاملة بالمثل و يتوافق

---

126 – P. LEVEL, « Clause de la nation la plus favorisée », Revue de droit international, Encyclopédie Dalloz- Droit International, Paris, Tome I, Dalloz, 1968, pp. 332-333.

127 – تم التأكيد عليه من خلال قضية حقوق رعايا الولايات المتحدة الامريكية في المغرب، حيث اشارت محكمة العدل الدولية الى أنّ شرط الدولة الاولى بالرعاية المتضمن في المعاهدات التي اثارها أطراف النزاع يهدف الى: تأسيس والحفاظ في كل وقت على المساواة الاساسية دون تمييز بين جميع الدول المعنية. انظر قرار محكمة العدل الدولية الصادر في: 27أوت1952 الوارد في: Annuaire de la CDI ,Vol 02 ,1968,p170

مع شرط المساواة ومع ذلك فقد ينطوي هذا الشرط أحيانا على مطالب سياسية، فيظهر و كأنه قانم أيضا على شرط المساواة، في حين أنّه في حقيقة الأمر يمس بالسياسة الداخلية لأحد الاطراف، بشكل يمكن تفسيره على أنّه تدخل في الشؤون الداخلية[128].

ثالثا- أشكال شرط الدولة الأولى بالرعاية

1-شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط؛

وهو يعنى بتحقيق المساواة في المعاملة بين أطرافه في ضمان حق الدولة المستفيدة منه في التمتع بكافة المزايا والحقوق التي تقررها الدولة المانحة للدول الغير مجانا، إذا كانت هذه المزايا والحقوق قد منحت لتلك الدولة مجانا، أمّا إذا كانت هذه الامتيازات والحقوق منحت اليها نظير مقابل معين، فعندئذ لا تستطيع الدولة المستفيدة الحصول عليها إلاّ إذا قدمت للدولة المانحة نفس المقابل الذي حصلت عليه من الدول الغير[129].

تفسّر هذه التقنية على أنّه إذا قدّمت الدولة المانحة لإحدى الدول الغير امتيازات وحقوقا نظير مقابل معيّن، في حين قررت للدولة المستفيدة نفس الامتيازات والحقوق، دون أن تقدم ذات المقابل، فحينها تجد الدولة الأخيرة(المستفيدة) نفسها في وضع ليس بأفضل مقارنة بالدولة الغير (المفضّلة)، ممّا يضرّ بشرط المساواة فيما بينهما[130]. لذلك ينبغي أن تقدم للدولة المستفيدة ذات المقابل الذي قدمته للدولة الأجنبية، حتى يكون من حقها المطالبة بالمزايا والحقوق التي قدمتها الدولة المانحة لدولة الأجنبي. أمّا إذا كانت

---

[128] – من امثلة دلك. اشتراط الولايات المتحدة سنة 1984 علي الاتحاد السوفياتي السابق بهجرة اليهود السوفيات ، مقابل منحه وضعية الدولة الاولى بالرعاية. أنظر؛

-P. PERETZ, « à l'origine de la mobilisation américaine en faveur des juifs soviétiques », Bulletin du Centre de recherche français à Jérusalem [En ligne], 14 | 2004, mis en ligne le 18 septembre 2007, pp. 1-19. Consulté le 24 octobre 2020. URL : http://journals.openedition.org/bcrfj/123

[129] - E. SAUVIGNON ,« la clause de la nation la plus favorisée » presses universitaires de Grenoble, 1972, p.24.

[130] - B.B. NOLDE,« la clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels» , in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol 39,1932, pp. 89-90.

الدولة الغير قد حصلت على هذه المزايا والحقوق مجانا، فعندها تتحصل الدولة المستفيدة عليها أيضا بالمجان.

إلاّ أنّ هذا المقابل الذي يفرضه الشرط هنا لا يتحقق بصورة تلقائية، ولكن يتم تحديده في فترة التفاوض بين الدولتين المعنيتين، (المانحة والمستفيدة). فالشرط لا بدّ أن يحمل في طيّاته وعدا بالتفاوض من الدولة المانحة مع الدولة المستفيدة من أجل التوصّل الى هذا الاتفاق، فمن دونه يصبح الشرط مجرد حبر على ورق[131].

الواقع هو أنّه، ليس من السهل الاتفاق على المقابل الذي تقدمه الدولة المستفيدة للدولة المانحة بالشكل الذي يكون فيه مماثلا في القيمة والمحتوى للمقابل الذي تم منحه من طرف الدولة الغير، بل لا بّد أن يكون مختلفا في قيمته ومحتواه بحسب قدرات الدولة التي تقدمه. لأنّ غير ذلك، من شأنه أن يسبب الكثير من العقبات والعراقيل للدولة المستفيدة، فإذا كانت مثلا تفرض أساسا رسوما جمركية منخفضة القيمة على وارداتها من الخارج، مقارنة بتلك التي تفرضها الدولة الغير، فإنّ التزام الدولة المستفيدة في هذه الحالة، بتقديم مقابل مماثل لذلك للذّي قدمته الدولة الغير قد يؤدّي بتلك الدولة (المستفيدة) الى الإلغاء الكلي للرسوم الجمركية التي تفرضها على الواردات محل تطبيق الشرط[132].

وهناك أيضا طريقة أخرى للحصول على المعاملة الاولى بالرعاية حيث يستلزم ذلك شرط التبادلية، بحيث تقوم دولة طرف في الاتفاق الأساسي بمنح الدولة الأخرى نفس المعاملة التفضيلية التي تمنحها الى الدول الغير، بشرط أن تمنحها هذه الدولة ذات المعاملة. وممّا لا شكّ فيه هو أن الغاية من تبني هذه الصياغة هي تعميم الفوائد والمنافع التي يمكن أن تجنيها دول الاطراف في الاتفاقية التي تشمل الشرط، فأي من الطرفين المتعاقدين لا يلتزم بمنح الطرف الأخر المعاملة التفضيلية التي يمنحها للدول الغير،

[131] - B.B. NOLDE, op.cit., p. 91.
[132] - E. SAUVIGNON, op.cit., p. 24.

إلاّ إذا حصل بدوره من هذا الطرف على نفس المعاملة[133]، بمعنى أنّ كل طرف يمثل في نفس الوقت المانح والمستفيد.

تتفيذ شرط الدولة الاولى بالرعاية المشروط يطرح عدة عراقيل من خلال اختلاف طرق التعبير عنه في صورته التبادلية، إذ يتم أحيانا النص صراحة بمنح الشرط على سبيل التبادل[134]، وأحيانا أخرى لا يصرّح بذلك، وهذا ما جعل العمل به يتراجع في الآونة الاخيرة، ليحل محله شرط جديد هو شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط.

2- شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط؛

بمقتضى هذا الشرط تلتزم الدولة المانحة امام الدولة المستفيدة بتقديم كافة المزايا والاعفاءات والتي تقدمها للدول الغير، بصورة فورية وتلقائية، دون التزام بتقديم أي طلب أو الحصول على إذن أو تصريح، أو إجراء أي مفاوضات جديدة مع الدولة المانحة. إلى جانب ذلك، لا تلتزم الدولة المستفيدة بتقديم أي تعويض أو مقابل من أجل الاستفادة من تلك الامتيازات التي تقررها الدولة المانحة للدول الغير. فهي تقتنع بها بمجرد إبرام الدولة المانحة اتفاقية تقرّر من خلالها مزايا وتفضيلات إضافية للدولة الغير، وبغض النظر عمّا إذا كانت هذه المزايا والتفضيلات قد منحت لها بالمجان أم بمقابل[135].

---

[133] - وهو جاء في مضمون المادة السادسة من مشروع المواد الخاصة بشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي تبنته لجنة القانون الدولي عام 1978، حيث تنص على:

« Par la clause de la nation la plus favorisée sous condition d'avantages réciproques, l'État bénéficiaire n'acquiert le droit à un traitement non moins favorable que le traitement que l'État concédant accorde à un État tiers que s'il accorde en contrepartie le même traitement à l'État concédant », in Annuaire de CDI, A/CN.4/SER.A/ 1978/Add.1, Publications des Nations Unies, New York, 1979, pp 15-74.

[134] - على سبيل المثال. المادة الأولى من الاتفاقية التجارية بين البرازيل ودولة الأردن المبرمة بتاريخ جوان 1989 تنص على أنه: ″" يمنح الطرفان المتعاقدان بعضمهما البعض، وعلى سبيل التبادل معاملة الدولة الاولي بالرعاية في جميع المسائل المتعلقة بالسلع الثي تورد مباشرة ويكون منشأها بلد الطرف الاخر ... " انظر الاتفاقية المبرمة بين الدولة الفرنسية والاتحاد السوفياتي المبرمة في 30 جوان 1966 المتعلقة بتقديم مزايا متبادلة في مجال التعاون العلمي والتقني والاقتصادي–انظر كذلك:

ONU, Recueil des traites, Vol 1043, 1977, p.20 et s.

[135]– F.HEPP, « Théorie générale de la clause NPF en droit international privé », GAL, Making of Modern Law, FCIL 1600-1929, réédition du 03-09-2013, pp 36-37.

ويعتبر المقرّر الخاص في لجنة القانون الدولي " أندري استور" بأنّ شرط الدولة الاولى بالرعاية غير المشروط قد يتخذ بدوره شكلين، يتمثل الأول؛ في شرط غير مشروط في شكل مزايا ممنوحة لدولة الغير دون شرط الحصول على مزايا مقابلة، أمّا الثاني؛ فهو كذلك غير مشروط ومزايا ممنوحة لدولة الغير لكن يشترط فيه الحصول على مزايا مقابلة[136].

ففي الحالة الأولى، لا يطرح أي إشكال أمّا في الحالة الثانية، فالسؤال المطروح هو هل يمكن للدولة المستفيدة من شرط الدولة الاولى بالرعاية غير المشروط أن تطالب بالمزايا التي قدمتها الدولة المانحة لدولة الغير؟ تحت شرط حصولها من هذه الاخيرة على مزايا مقابلة؟، وبالتالي ضمان المساواة بينها وبين الدول الراعية، مع العلم أنّ الدولة المستفيدة لم تشترط أي مقابل من الدولة المانحة في اتفاقية الأساس[137].

في ذات السياق نجد أنّ القضاء قدّم حلولا متباينة لهذه المسألة من خلال عدة قضايا، فمثلا القرار الذي أصدرته المحكمة العليا الارجنتينية سنة 1919 يقضي برفض الطعن المقدّم ضد الحكم الصادر من محكمة "سنتا في" «SANTA FE»، بحجة أن المزايا التي قدّمتها الارجنتين لفائدة القنصلية البريطانية بمناسبة الاتفاقية المبرمة بينهما في عام 1825 (المادة 13 منها)، والتي منحتها أيضا لألمانيا في المادة 09 من الاتفاقية المبرمة معها في عام 1875، لا تمتد الى القنصلية الايطالية كونها الدولة المحتجة. لأنّ هذه المزايا تم الاتفاق عليها بصفة متبادلة، ومنحها لإيطاليا سيخل بشرط عدم التمييز. بالتالي كان على حكومة إيطاليا أن تقبلها على ذلك النحو في اتفاقيتها مع الارجنتين لكي تستفيد منها، وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة الالمانية في قرارها الصادر في 1922 عندما قضت برفض التزام ألمانيا بتمديد المزايا الاضافية التي منحتها لدولة بلغاريا على أساس شرط التبادل لرعايا دولة فرنسا[138].

---

[136] - E. USTOR, « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée » Documents des nations unies, A/CN.4/213, Annuaire de La Commission de Droit International, Vol 02. New York,1969, p. 190.

[137] - Ibid, op.cit., p.170.

[138] –لأكثر تفاصيل أنظر:

من بين الخصائص الفريدة من نوعها التي يستعملها شرط الدولة الاولى بالرعاية لتحقيق المساواة في المعاملة بين أطرافه، هي أنّه يضمن للدولة المستفيدة حق الحصول على جميع المزايا والتفضيلات التي تكون الدولة المانحة قد اعترفت بها للدولة الغير(الاجنبية) في الفترة ما قبل إبرام المعاهدة الأساسية (المعاهدة التي تتضمن الشرط) وذلك بأثر رجعي، ولكن لا يجوز حصر هذه الامتيازات التي يتيحها الشرط فقط في وقت سابق كان أم لاحق لإبرام الاتفاقية التي تتضمنه، إلاّ في حالة وجود نصوص صريحة تقضي بذلك[139].

للإشارة تم ادراج شرط الدولة الاولى بالرعاية غير المشروط في نص المادة الاولى من اتفاقية جات لسنة 1994، الذي جاء مضمونها إلزاميا على كل عضو في منظمة التجارة العالمية على معاملة المنتجات المنشأة في جميع الدول الاعضاء على قدم المساواة مع المنتجات المشابهة، والمنشأة في أية دولة أخرى. فهو يسعى بذلك الى تعميم على المستفيدين منه ليس فقط المزايا التي سوف يمنحها أحد الأعضاء لأية دولة أخرى بعد تاريخ دخول اتفاقية جات حيز النفاذ، وإنما أيضا المزايا التي منحت قبل هذا التاريخ إذا كانت سارية، وهو ما أكدته لجنة القانون الدولي في مادتها الثامنة من مشروع المواد التي قامت بإعداده حول مضمون شرط الدولة الاولى بالرعاية [140].

-Annuaire de la Commission de Droit International, Documents des nations unies, A/CN.4/269, Vol 02. New York,1973, pp 116-117 et pp 128-130.

[139] –حسام أحمد محمد هنداوي، شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1998، ص64، أنظر كذلك:

- D. VIGNES, « La Clause de la Nation la Plus Favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la communauté économique européenne », in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol 130, ,1970-II, p. 91.

[140] – محمد صافي يوسف، النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية في اطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص ص 47-48.

3- شرط الدولة الأولى بالرعاية متعدد الاطراف؛

نكون أمام هذا النوع من الشرط، في الحالة التي يتم النص عليه في نصوص الاتفاقية الدولية لترقية الاستثمار، بحيث يستفيد منه جميع الأطراف، بالشكل الذي يجعل كل طرف فيها مانحا للشرط ومستفيدا في ذات الوقت.

ظهر هذا النوع لأوّل مرّة في اتفاقية "جات G.A.T.T. " بتاريخ 03 أكتوبر1947، ليصبح عبارة عن مبدأ يعتد به في معظم المفاوضات التجارية المتعددة الاطراف الى غاية جولة أورغواي (جات 1994)[141]، وذلك وفق منهجين هما:

المنهج الأول: طبّق فيها هذا الشرط على أساس المفاوضات المؤسّسة على الامتيازات الثنائية المعتمدة في الجولات الخمسة الأولى (جولة انسي 1949، جولة تركواي1951، جولة جنيف9561، جولة ديلون 1960 وجولة كنيدي 1964-1967) حيث جرت المفاوضات التجارية على مرحلتين[142].

أمّا المنهج الثاني: فيطبق فيها على أساس المفاوضات المؤسّسة على الامتيازات المتعددة الاطراف، بحيث تستفيد كل الدول الأطراف من الامتيازات الضريبية التي تشمل نسبة مئوية موحّدة مثال ذلك: التخفيضات المطبّقة على الرسوم الجمركية، تم العمل به في جولة كندي بغرض نقل المفاوضات المباشرة من صيغة ثنائية الى صيغة متعددة الاطراف، ونجد أساسه القانوني صراحة في المادة 28 مكرر02(أ)

---

[141] - D. CARREAU, Th. FLORY, Ph. JULLIARD , « Manuel Droit International Économique », 3ème édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, p. 108.

[142] – ذلك أنّ المرحلة الاولى تم فيها التفاوض على الاستفادة من التخفيضات أو التنازلات الجمركية دولة- دولة وسلعة- سلعة بشكل ثنائي.

وفي المرحلة الثانية وبعدما تم تقنين التنازلات الجمركية التي سبق الموافقة عليها ثنائيا من خلال المفاوضات التجارية متعددة الاطراف، أدرجت في شكل قوائم للتنازلات الجمركية، بحيث يتولى في هذه الحالة شرط لدولة الاولى بالرعاية بتعميم نتيجة المفاوضات على جميع الاطراف المتعاقدة في معاهدة جات 1947.

من معاهدة "جات" 1947 والتي أشارت إلى إمكانية تأسّس المفاوضات على إجراءات جماعية شريطة أن تكون مقبولة من الأطراف المتعاقدة[143].

ليس الغرض من تطبيق شرط الدولة الاولى بالرعاية، تعميم التنازلات والامتيازات الجمركية المتبادلة على جميع المشاركين في المفاوضات فحسب، وإنمّا تعميمها على جميع أطراف اتفاقية الجات بما في ذلك الغير المشاركين حتّى يستفيد منها بشكل متساوي وعادل، مع امكانية تعميم هذه النتائج على السلع والمنتجات التي لم تناقش بعد في هذه المفاوضات.

تتخذ الحماية الاتفاقية المتعددة الأطراف صورا وتنظيمات مختلفة، ويمكن تصنيف هذه الاتفاقيات المتعددة الأطراف من حيث نطاقها وامتدادها الإقليمي إلى "اتفاقيات عالمية"، و"إتفاقيات إقليمية"، أمّا من حيث نطاق وطبيعة موضوعها فهي إمّا "تنظيمية" أو "عقدية"، ومن حيث شكلها تكون "معاهدة" أو "ميثاق" أو "تقنين دولي"[144].

ونظرا لكثرة الاتفاقيات المتعددة الأطراف ارتأينا ذكر أهمها، والمتعلقة في غالبيتها بحماية وتشجيع ترقية الاستثمار، مثال ذلك:

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية: الموّقع عليها سنة 1980 من قبل الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية، وهي تهدف إلى منح الحرية للمستثمرين العرب في مجال الاستثمار، وهذا حسب ما ورد في نص المادة الثانية منها، بما في ذلك إمكانية الدول الأطراف من الاستثمار بنفس درجة مواطني الدولة المضيفة في مختلف المجالات المشروعة بشكل حصري مقارنة بباقي الدول الاخرى، بشرط احترام حدود النسب المقررّة في تشريعاتها الداخلية، زد على ذلك الحق في اختيار أية معاملة أخرى يحصل عليها مستثمر غير عربي في مجال مماثل وتكون قد قررتها الدولة

---

[143] - D. CARREAU, Th. FLORY, Ph. JULLIARD, op.cit., p.108.

[144] – عبد الله كعباش، مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي، رسالة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، 2013، ص214.

المضيفة للاستثمار بموجب القانون الاتفاقي الدولي، وهذا تطبيقا لمبدأ شرط الدولة الأكثر رعاية الذي يسعى دائما إلى تحقيق المساواة الفعّالة و الكافية دون أدنى تمييز فيما بين المستثمرين الأجانب[145].

كذلك نصت على حق الدولة الطرف في تطبيق معاملة تفضيلية على هذا الاستثمار، ويكون ذلك عن طريق منح مزايا إضافية تتجاوز الحد الأدنى من الحقوق المقررة[146].

المطلب الثاني :الحماية المطلقة

إنّ المبادئ و القواعد القانونية المتوفرة على الصعيد الدولي تفتح المجال واسعا أمام الشخص الأجنبي، و ذلك في جميع الظروف بأن يكون قادراً على الاستفادة من الحماية الكاملة لحقوقه الأساسية والحفاظ عليها لدى الدولة المضيفة له، مثال ذلك: يجب أن يكون قادرا على رفع دعواه أمام هيئة قانونية أو قضائية عند انتهاك أحد حقوقه، من أجل الحصول على تعويض مناسب، بشرط التمتع بصفة مستثمر أجنبي لديها، وللتعمق أكثر سنتعرض لشرط المعاملة العادلة و المنصفة في الفرع الأول، أمّا الفرع الثاني فسنخصّصه الى موضوع شرط عدم التمييز.

الفرع الاول: شرط المعاملة العادلة والمنصفة

إن الالتزام بتوفير الحق في المعاملة العادلة و المنصفة من قبل الدولة المضيفة يتزامن في الكثير من الأحيان مع غيره من معايير المعاملة و التي تعد منافسة له، ذلك أنها تعمل هي الاخرى على ضمان حماية استثمارات المستثمر الاجنبي، ويتعلق الامر بمعيار المعاملة 'المطلقة' و 'غير المشروطة' في حد ذاته، بمعنى أنّه يحدد طريقة المعاملة الواجب منحها وفقا لشروط يتعيّن تحديد معناها الدقيق على أساس

---

[145] –الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية –المعدّلة–، الأمانة العامة، جامعة الدول العربية، مرفق ج03/(12/12)02 – س معدل(744)، جانفي 2013، ص 04.

[146]– علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي العام، جامعة القاهرة، 1991، ص ص 273–276.

سياق خاص من التطبيق، على عكس المعايير 'النسبية' المدرجة في شرط 'المعاملة الوطنية' و 'الدولة الأكثر رعاية'، اللذان يحددّان المعاملة المطلوبة فيما يتعلق بالمعاملة الممنوحة للاستثمارات الأخرى[147]. و يشير أحيانا هذا المعيار، إلى الاتفاقيات المتعددة الأطراف المتعلقة بالتجارة والاستثمار، التي أنشئت أساسا من خلال شبكة المعاهدات الثنائية للاستثمار والمتزايدة الأهمية في وقتنا الحالي .

أولا- ماهية معيار المعاملة العادلة والمنصفة

يرجع أصل شرط المعاملة العادلة والمنصفة في مجال الاستثمار إلى مؤتمر هافانا لسنة 1948، حيث نصت الفقرة 01 من مادته الأولى على وجوب معاملة الاستثمار الأجنبي معاملة عادلة ومنصفة، ولقد خول المنظمة أن:

تأمر و تشجع إبرام الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف الخاصة بالإجراءات الرامية إلى" ... ضمان المعاملة العادلة و المنصفة[148]"

بالإضافة الى تشجيع المنظمة على ابرام الاتفاقيات التي تهدف الى اعتراف الدول" بالتعويض العادل" في مختلف المجالات، كذلك الاعتراف المتبادل بين الدول بحيث يحق لكل منها في وضع الشروط التي تراها ملائمة من أجل استقبال الاستثمارات الاجنبية فوق اراضيها و ذلك في اطار قوانينها و تشريعاتها الوطنية. كما أعطى المؤتمر لمنظمة الدولية للتجارة صلاحية إلزام الدول على توفير و ضمان "شروط عادلة" و "شروط مقبولة" فيما يخص ملكية الاستثمارات القائمة و الاستثمارات القادمة.

أما على المستوى الثنائي، فقد لعبت اتفاقية الصداقة و التجارة والملاحة الموضوعة من قبل الولايات المتحدة الامريكية بعد الحرب العالمية الثانية، دورا هاما إذ جاءت متضمنة مجمل أحكام القانون الدولي في هذا المجال، حيث تحيل في اغلب الاوقات على القانون الدولي العرفي فيما يتعلق بحماية الرعايا

147 - Voir CNUCED, « Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s », Publications Nations Unies, New York and Geneva, 1998. Voir aussi A. A. FATOUROS, op.cit., pp. 135-141 et pp. 214-215.
148 - Charte de la Havane, In : A. de NANTEUIL, op.cit., p.582.

الاجانب و أموالهم المستثمرة في أقاليم الدول الاجنبية[149] . و لقد ظهرت على الساحة الدولية، في الفترة التي تلت انعقاد مؤتمر "هافانا" مصطلحات "عادلة" و "معاملة عادلة " في العديد من الاتفاقيات المبرمة من قبل الولايات المتحدة الامريكية، بحيث كان لهذه المصطلحات أثرا كبيرا في مجال الاستثمار،إذ اعتبرت الاتفاقيات التي ابرمتها الولايات المتحدة مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة الذي تضمنته حماية ضد الاعمال المخالفة للقانون الدولي[150].

وتعتبر هذه الاتفاقيات بمثابة المنطلق الجديد لمبدأ المعاملة العادلة و المنصفة، على اعتبار أنّ تطبيقه هو في حد ذاته حماية و ضمان فعلي لملكية المستثمر الاجنبي من جهة، و ضمانا لتطبيق القانون الدولي من جهة أخرى، ذلك أنّ الأعمال الغير مطابقة لمحتوى و فحوى نصوص القانون الدولي، تصنف على أنّها أعمال غير شرعية في نظر كل من الاتفاق المبرم و التطبيق الفعلي لشرط المعاملة العادلة و المنصفة، حتّى و إن كان الفعل مشروعا في القانون الداخلي للبلد المضيف[151].

ومعنى معيار المعاملة العادلة والمنصفة، ليس بالضرورة هو نفسه في جميع المعاهدات. ذلك أنّه قد يتأثر تفسيرها الصحيح بالصياغة الخاصة للمعاهدة، والظروف التي تبرم فيها، أو سير المفاوضات أو غير ذلك من المؤشرات الدالة على نيّة الأطراف. وحتى الآن، كانت المحاولات الرامية إلى توضيح المضمون المعياري للمبدأ نادره نسبيا. ويعتبر البعض من فقهاء القانون الدولي، انّ الصياغة جاءت غامضة من أجل السماح للمحكمين بالإفصاح عن مختلف المبادئ اللازمة لتحقيق هدف المعاهدة في إطار نزاعات خاصة بأطرافها[152].

---

[149] - D.LUFF, «Le Droit de l'Organisation Mondiale du Commerce .Analyse Critique», Collection de la faculté de Droit, Université Libre de Bruxelles/Paris, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 315.

[150] -Rapport d'étape, Projet de L'OCDE sur les Pratiques Fiscales Dommageables, pp. 3-4. http://bit.ly/2NEvvOTHMS

[151]– حجام عابد، حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2020، ص ص 126-130.

[152]– نفس المرجع، ص ص 130-134.

ثانيا– الحد الادنى المضمون لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة

تجدر الإشارة الى أنّ مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجنبي موجه أساسا للشخص الأجنبي المقيم فوق إقليم دولة غير دولة جنسيته، بحيث لا يكون في نفس درجة مواطني تلك الدولة المستضيفة له، والملزمة اتجاهه بضمان حد أدنى من المعاملة وفقا للقواعد العرفية المتعارف عليها على المستوى الدولي، وعليه فإنّ للدولة المستضيفة للشخص الأجنبي حرية تحديد مركزه القانوني، إلاّ أنّ هذه الحرية جائت مقيّدة، حيث أنّها ملزمة باتباع قواعد العرف الدولي لضمان حقوقه المعترف بها كحد أدنى والمفروضة عليها في معاملتها للأجانب المقيمين فوق أراضيها[153].

و تماشيا مع ما تم ذكره، نجد أنّ محكمة العدل الدولي الدائمة اعترفت للرعية الأجنبي بحقه في الحصول على الحد الأدنى من المعاملة، وذلك عبر حكمها الصادر في قضية الرعايا الألمان في إقليم سيليزيا العليا، ويلاحظ أنّ الحكم جاء بصيغة إلزامية عندما تطرقت لكيفية التعامل مع الرعايا، بحيث تكتن هذه المعاملة متوافقة مع ما يفرضه القانون الدولي العرفي على كل الدول في تعاملها مع الأجنبي[154]، لكن يبدو جليا لنا تعمد المحكمة عدم الخوض في تحديد الحد الأدنى الملزم توفيرها لكل ما هو أجنبي، وهو السبب الذي أدى إلى تباين الآراء في هذ الموضوع، حيث هناك عدة اتجاهات، نذكر في هذا الصدد أهمها:

–الاتجاه الأول : يشترط في الحد الأدنى نفس مستوى معاملة مواطني الدولة ، بحيث يسمح ذلك باستبعاد المسؤولية الدولية عنها أثناء تعاملها مع الشخص الأجنبي، مثال ذلك: على الدولة أن تتعامل مع المستثمر الأجنبي كما لو أنه أحد مستثمريها الوطنيين، وكل ما هو دون ذلك يضعها أما خرق لقاعدة دولية،

---

[153] – د. عبد المؤمن بن صغير، دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر،2013، ص 162.

[154] – حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر في 25/حزيران/1926 حول النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان في سيليزيا العليا.

واستخلاصا لما سبق، يتضح وجود عيب مهم يميّز هذا الاتجاه، حيث أنّ مسألة معاملة المستثمر الأجنبي والحماية المقررة له تختلف من دولة لاخرى، ويرجع ذلك الى عدم وجود نظام قانوني موحّد، سبيل الذكر فإنّ ذات المستثمر الأجنبي لا يستفيد من نفس المعاملة في دولتين نظرا لاختلاف المعاملة التي يتمتع بها مواطنيهما، بالضافة الى إمكانية تدهور الحماية في الحالة التي لا تكون فيها الدولة دولة قانون او بعيدة بعض الشيء عند مستوى الدول الأخرى في قوانينها الداخلية.

-أمّا الاتجاه الثاني، فهو مؤسس حول فكرة المساواة في المعاملة وفقا لمعاملة الدول المتحضرةّ ونصوص القانون الدولي، وهذا رأي غالبية الدول الرأسمالية من بينها الولايات المتحدة الامريكية،حيث أنّ الحد الأدنى لمعاملة الاجنبي شرط إلزامي على الدولة المضيفة حتى وإن لم يكن مواطنوها يتمتعون بهذه الضمانات و الحقوق. فمن جهة نظام البلد، وقناعة ذلك الشعب بمستواه المعيشي من جهة أخرى، لايهم وفقا لنظرة هذا الاتجاه.ويكفي فقط التذكير ان كل دولة لها السيادة الكاملة في القبول او الرفض مثل هذه الشروط[155].

يعتمد هذا الاتجاه وجهة نظر متقدمة في الموضوع، بحيث يلزم الدولة المضيفة بضمان مستوى عالي من المعاملة للمستثمر الأجنبي المتواجد فوق اراضيها، حيث يرفض كل تراجع في مستوى الحماية الواجب توفرها، إذ فكرة تراجع مستوى الحماية المقررة لهذا الأخير الى مستويات لا تراعي حقوق الانسان الضرورية غير مقبولة تماما.

ذلك يعود أصلا، الى اعتماده الكبير على مضمون القانون الدولي في معاملته للمستثمر، حتى يسهل عملية التنمية الاقتصادية المرجوة، وهو مايبيّن لنا الهدف الحقيقي من هذه القيود المفروضة على الدولة

---

[155] – د. عبد الواحد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، منشورات دار النهضة العربية، سنة 1985، ص 12.

المضيفة للمستثمر الأجنبي بعيدا عن احترام مبادئ حقوق الانسان المطالبة بها . ونتيجة ذلك، هي انّ حقوق المستثمر الأجنبي مضمونة سواء من الجانب الإنساني او الاقتصادي مقارنة مع حقوق الآخرين. وتعرض هذا الاتجاه لعدة انتقادات قانونية وسياسية، إلاّ أنّه من الجيّد التذكير، على النقص الذي يعتل مفهوم الحد الأدنى من المعاملة مع حقوق الأجنبي من منظور العرف الدولي، فحماية وتأمين الإستثمار الاجنبي أخذ بعد جديد، بحيث تطور المركز القانوني للمستمثر الأجنبي أدى بالنتيجة الى تطور مفهوم الحد الأدنى من المعاملة، ويكفي فقط ملاحظة نسبة الامتيازات والحقوق القانونية المضمونة من طرف قوانين الاستثمار الوطنية لدى معظم الدول، بما في ذلك الاتفاقيات الدولية للاستثمار، والتي تحتوي مجموعة من الضمانات، على سبيل الذكر؛ عدم جوارز المصادرة أو التأميم إلاّ وفق شروط قانونية محددة سابقا تكون مستوجبة لتعويض عادل[156]، الى جانب ذلك حرية تحويل رأسمال والأرباح الى بلده الأصلي، حيث أنّ هذه الامتيازات الممنوحة للمستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي، تتعدى أحيانا الجقوق المقررة لمواطني الدولة المضيفة ، ليتم وضعه أحيانا في موضع الشخص فوق العادة. [157]

إنّ الخلاف الذي نتج عنه، وضع المستثمر الأجنبي أمام باب المطالبة القانونية لالزامية توفير حد ادنى من المعاملة وفقا للقانون الدولي لا العرف العرف الدولي الذي لا بوفر لهم الحماية الكاملة، وهو مادى الى ارتفاع عدد الاتفاقيات الثنائية، بحيث اصبح التعويض فيه شيء بديهي قانونا، مثال ذلك ما داء في نص اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة بين كل من ألمانيا و العراق[158].

---

156 – سنتعرض بأكثر تفصيل الى موضوع التعويض في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

157 – عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2010، ص 52 .

158 – نصت: " أن مثل هذه التعويضات – عن التأميم والمصادرة وغيرها – سيتم دفعها دون أي تأخير، مع تحميلها الفائدة المصرفية المستحقة لحين موعد الدفع وسيكون مبلغ التعويض هذا متحققاً وقابلاً للتحويل بسهولة"، المادة (04 /02) من اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية، الموقعة في بغداد، بتاريخ 2010/12/04، الجريدة الرسمية العراقية عدد 4254، بتاريخ 10/15/ 2012، المصادق عليها، بتاريخ 2010/10/01.

وكذلك ما تضمنته الاتفاقية المبرمة بين كل من اليابان والعراق في مجال حماية وتشجيع الاستثمار[159]، اللتان كان لهما وقع هام كباقي الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، حيث أشارت الاتفاقيتين على أهمية تقديم تعويض في حالة نزع ملكية المستثمر الأجنبي[160].

نفس الامر تم التطرق اليه عبر حكم محكمة التحكيم في قضية «MONDEV» ضد الولايات المتحدة الامريكية، حين ذكرت تأثير العدد الهائل من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والمتعددة الأطراف في كيفية معالجة موضوع معاملة الأجنبي في القانون الدولي المعاصر[161].

ثالثا–العناصر المكوّنة لشرط المعاملة العادلة والمنصفة

بادئ ذي بدء، إنّ خرق الدولة المضيفة للعناصر الآتي ذكرها، يعتبر من وجهة نظر القانون الدولي انتهاكا لقواعد المعاملة العادلة و المنصفة:

1–توقعات المستثمر الأجنبي المشروعة: للقول بجود نظام بيئي جيد للاستثمار، فهذا يعني أنّ الدولة المضيفة تتوفر على كل الضمانات القانونية التي تسمح بجلب رؤوس أموال واستثمارات المستثمر الاجنبي، بما في ذلك نوع النظام العام الذي يكتسي أهمية لدى المستثمر الأجنبي، مثال ذلك؛ الوعود والتصريحات السياسية المطمئنة للمستثمرين، إذ أنها تعتبر دافعاً جيّداً لاجتذاب الاستثمار. إنّ مجموع هذه العوامل ينشئ لدى المستثمر ما أصبح يعبرعنه بانه توقعات مشروعة من أجل الاستثمار في ظل بيئة مستقرة، التي تلعب درو هام اثناء اعداده للجدوى الاقتصادية لمشروعه[162].

---

[159] – حددت أوصاف التعويض بأن يكون "فورياً" و"كافياً" و"فعالاً" وفقا للمادة (11/1/ج) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان، الموقعة في بغداد، بتاريخ 2012/06/07، الجريدة الرسمية العراقية عدد 34، بتاريخ 18/09/ 2013، المصادق عليها بتاريخ 2013/08/20.

[160] – المادة (3/11) نصت على أنّه: "يستلزم أن تتم عملية دفع التعويض دون تأخير مع وجوب تضمنه فائدة بسعر تجاري، يتم تحديدها على أساس سعر السوق، مع الاخذ بعين الاعتبار المدة الزمنية حتّى وقت الدفع"، المرجع السابق، ص 06.

[161] قضية (Mondev) ضد الولايات المتحدة الأمريكية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار – القضية رقم ARB/99/2 بتاريخ 11/تشرين الثاني/2002 – الفقرة 117 .

[162]- F. M. TELLEZ, « Conditions and Criteria for The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law», ICSID Review - Vol. 27 - No. 2 – 2012 – p.432.

ونجد ان القانون الدولي للاستثمار اعطى مكانة لها ضمن نصوصه(اتفاقيات ومعاهدات الاستثمار)، وهو البارز من خلال احكام التحكيم الاستثماري، التي تعتبرها لوحدها كعامل فعّال اثناء العملية الاستثمارية، والتي تشكل احد أجزاء المعاملة العادلة والمنصفة، ويتضح ذلك من خلال حكم التحكيم في قضية الاكورادور عندما قامت بتعديلات على نظامها، حيث اعتبرت محكمة التحكيم ذلك بأنه لايساعد في ضمان الاستقرار البيئي للاستثمار الذي يعتبر من مكونات المعاملة العادلة و المنصفة[163].

نفس الامر تم التطرق اليه من قبل محكمة التحكيم في قضية مماثلة للاولى لدولة الاكوادور، حيث تطرقت المحكمة الى الضرر الجسيم الذي تعرض له المستثمر الأجنبي جراء التعديلا الضريبية لهذه الاخيرة ،حين اكدّت محكمة التحكيم على انّ الجانب القانوني والمالي هما عناصر رئيسية اثناء المعاملة العادلة والمنصفة[164].

ومن الضروري الإشارة الى أهمية التوقعات المشروعة والتي تساعد المستثمر الأجنبي على جمع كافة المعلومات الضرورية لتحديد الفترة الزمنية اللازمة لتحقيق الأرباح المنتظرة من الاستثمار، إذ اعتمدت على ذلك محكمة التحكيم في قضية «TECMED S.A.» حيث اعترفت أنه من الثابت أن يأخذ المستثمر الأجنبي في طي الحسبان تقدير الوقت المطلوب لاستمرار استثماره، بهدف استرجاع القيمة المالية المستثمرة الى جانب الفائدة، حيث تصبح التوقعات مشروعة قانونا يجب مراعاتها عتد تقديم طلب الشركة للاستفادة من مناقصة تسيير النفايات[165].

---

[163] – مطالبة شركة (Encana Corp.) الكندية ضد جمهورية الإكوادور التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI) – القضية رقم (ARB/02/1) في 03 أكتوبر 2006 .

[164] – مطالبة شركة (Occidental Exploration & Prod. Co) ضد جمهورية الإكوادور التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ISCID) – القضية رقم (UN/3467) في 01 جويلية 2004 .

[165] – قضية (Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A) ضد المكسيك التي نظرها المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ICSID – القضية رقم ARB(AF)/00/2 – بتاريخ 29 ماي2003 ، الفقرة 150 .لاكثر تفاصيل راجع الحكم عبر الموقع الالكتروني: http://bit.ly/2HMUuQIHMS

02- معيار المساواة (عدم التمييز): يهدف مفهوم هذا المعيار الوارد في نصوص اتفاقيات الاستثمار الثنائية و المتعددة الأطراف الى التأكيد على المعاملة العادلة و المنصفة، (سنتناول تفاصيل هذا الموضوع بعد قليل).

03- معيار إضفاء الشفافية: للقول بوجود ضمان قابل للتنفيذ فيما يخص المعاملة العادلة والمنصفة، يجب ان يقترن ذلك بالشفافية التي تمثل معيار مهم اثناء التنفيذ، وتم التأكيد عليه من خلال العديد من احكام التحكيم الاستثماري التي أكدت عليه، حتى وان كان يعاب عليها عدم وجود قاعدة قانونية تشرح نسبة الشفافية المطلوبة وكيفية التعامل معها [166].

وفي هذا الاطار، يظهر لنا النزاع بين كل من شركة «SIEMENS» و الارجنتين، والذي قامت فيه حكومة الارجنتين بتوقيع عقد شراكة مع الشركة الألمانية للاستفادة من خدماتها في مجال تكنولوجيا المعلومات، والذي تم تعليق العمل به فيما بعد من طرف الارجنتين، مع رفض دفع المستحقات المالية للشركة الألمانية، وهو ما أدى الى انهاء العقد دون دفع تعويض ورفض طلب الشركة في الحصول على ملفها الإداري لتقدم طعن قضائي[167].

ويتبين من حكم المحكمة بأنّ الحجج المعتمد عليها لتأخير دفع التعويض المستحق للشركة الألمانية ليس له أساس قانوني وفقا للعقد والمرسوم 699/01، أماّ حرمان الارجنتين من إعطاء نسخة من الملف للشركة الألمانية هو وحده كاف لاظهار عدم الشفافية في التعامل مع القضية[168].

---

[166] - K. J. VANDEVELDE, « Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation », Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 83.

[167] - Ibid, p.87.

[168] – مطالبة شركة Siemens ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID – القضية رقم ARB/02/8 – بتاريخ 6 جانفي2007. لاكثر تفاصيل راجع الحكم عبر الموقع الالكتروني: https://bit.ly/3mtd7sc

أيضا نجد أنّ رأي محكمة التحكيم لم يتغير عما سبقه في قضية اسبانيا ضد «MAFFEZINI» ،والتي جاء موضوع النزاع فيها قائما على التحويل المالي لدولة اسبانيا في الحساب البنكي للمستثمر دون أخذ موافقته ودون علمه، حيث ان ذلك يعتبر انتهاكا صارخا لمبدأ الشفافية [169].

استنادا الى ماسبق، فإنّ الانتهاك الذي يتعرض له المستثمر الأجنبي، يرجع أساسا الى عدم وجود اطار مفاهيمي يظبط معنى الشفافية في اطار قانوني محدد، ولهذا تم الاعتماد عليه في الكثير من المرات للاحتجاج به ضد الدولة المتعسفة، وهذه الثغرة القانونية سمحت للمستثمر الأجنبي في استرجاع البعض من حقوقه[170].

وهو ما أدى بمحكمة التحكيم في قضية «TECMED» ضد دولة المكسيك، بالتذكير على ان عدم وضح الصيغة الإدارية المستعملة من حكومة المكسيك في مراسلاتها مع الشركة، لم يسمح بمعرفة موقف الحكومة من مسألة تمديد الترخيص، لذلك لا يمكن الاعتداد به بأنه انذار صريح شفاف موجه للشركة[171].

من خلال ما تم عرضه من مختلف القرارت التحكيمية التي عالجت مسألة تنفيذ المعاملة العادلة والمنصفة، يلاحظ مدى التوسع الذي طال مجال ضمان حماية الاستثمارات الأجنبية، الذي أدى الى ظهور عوامل جديد تستند عليها محكام التحكيم، بحيث يمكن التعامل معها من عدة زوايا نظرا لقابليتها للتمدد والتوسع، الشيء الذي يشكل نطاقا وحرية للمحكام من اجل وضع الصيغة القانونية المناسبة لحماية المستثمر الأجنبي وفقا لقاعدة الانصاف، وهذا بعيدا عن القيود القانونية والاقتصادية التي يمكن ان تشوب احكامها، كل ذلك بهدف تحقيق العدالة والتوازن بين المصالح[172].

---

[169] – مطالبة «Maffezini» ضد مملكة اسبانيا التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID – القضية رقم ARB/97/7 ، بتاريخ 13 نوفمبر2000، لاكثر تفاصيل راجع الحكم عبر الموقع الالكتروني: . https://bit.ly/34Bklo3

[170] -B. KINGSBURY and S. SCHILL, « Investor-State Arbitration as Governance Fair and Equitable Treatment, Proportionality and the Emerging Global administrative Law », Working Paper to New York University School of Law, 2009, p. 15.

[171] – قضية «Tecnicas Medioambientales Tecmed» ضد المكسيك، المرجع السابق، ص ص 63-64.

[172] – د. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، شركة العاتك، القاهرة، 2007، ص 233.

وهو الاتجاه الذي واكبت عليه العديد من قرارات محاكم التحكيم، بحيث جاءت غالبية الطلبات مستندة الى شرط المعاملة العادلة و المنصفة طبقا لاتفاقية NAFTA، نظرا لأفضلية التفسيرفي مفهومه الواسع ، من جهة أخرى، هذه الثغرة تسمح للمحاكم بمراجعة جميع اعمال الحكومة كلما تعارضت معها، في انتظار إضفاء نقطة مرجعية يمكن الاستعانة بها لمعرفة صحة الطلب القانوني المقدم.[173]

لذا وجدت بعض الدول في أنّ توسيع دائرة تفسير هذا المعيار لتطبيقه من قبل محاكم التحكيم في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، يعد إجحافا غير مبرّر، بحيث اضطّرت الى تعليق عضويتها او الانسحاب منه، ونذكر على سبيل المثال؛ دولة بوليفيا التي رفضت عمل المركز الذي يفسر لصالح الشركات المتعدة الجنسيات في مواجتها للدول ذات السيادة التي لم تستطع الدفاع عن حقوقها بذات الجهة[174].

يقتضي مبدأ المعاملة العادلة و المنصفة أن يعامل المستثمر الاجنبي وفقا لقدر معين من المعاملة، و هو ما يمنع على الدولة المضيفة اتخاذ اية تدابير تعسّفية من شأنها حرمان المستثمر الاجنبي من حقوقه أو أن يعامل معاملة لا ترقى الى ما يتطلبه مقتضى العدل و الانصاف. و لقد لعبت المحاكم التحكيمية في هذا المجال دورا هاما، بحيث توصلت الى وضع جملة من العناصر المكونة لشرط المعاملة العادلة و المنصفة و هو ما ساهم بشكل كبير في رفع الغموض عن مضمونه.

الفرع الثاني: شرط عدم التمييز في المعاملة

يمثّل شرط عدم التمييز في معاملة المستثمر الأجنبي أحد الركائز الأساسية لقيام البيئة القانونية الملائمة الواجب توفرّها لدى البلد المضيف لجذب استثمارات المستثمر الأجنبي، بالإضافة الى كونه عنصرا

[173] - M. SORNARAJAH, « The International Law on Foreign Investment », Fourth Edition, Cambridge university Press,2017, p. 350.
[174] - R. K. LEBERO , « The International Law Framework for Foreign Investment Protection » ,PhD Thesis, University of Glasgow , 2012, p. 171 .

مكمّلا لشرط المعاملة العادلة والمنصفة الذي يقوم أساسا على حتمية تواجده، ذلك أنّه لا يمكن تصور معاملة عادلة ومنصفة مع وجود معاملة تمييزية لنفس الشخص.

أولا- ماهية شرط عدم التمييز في المعاملة

إن حظر التدابير التمييزية في معاملة الاستثمارات هو **أمر** شائع في معظم الاتفاقيات الثنائية لحماية وترقية الاستثمار الاجنبي، مثال ذلك: اتفاقية بلجيكا – سنغافورة، التي تضمنت بأن الاستثمارات ستعامل بطريقة "تستبعد جميع التدابير غير المبررة أو التمييزية التي من شأنها أن تعرقل في القانون أو في الواقع إدارتها أو صيانتها أو استخدامها أو التمتع بها أو تصفيتها"[175]. كذلك يستعمل هذا الشرط بكثرة ضمن إجراءات المصادرة ونزع ملكية المستثمر الاجنبي.

نجد بأنّ العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية و تشجيع استثمارات المستثمرالأجنبي قد صاغت مفهوم شرط عدم التمييز وشرط المعاملة العادلة و المنصفة في نفس المادة، مثال ذلك؛ مشروع اتفاقية حماية الملكية الأجنبية لمنظمة التنمية والتعاون الاقتصادي «OCDE» لسنة 1967، حيث جاء في مضمونه الاشارة إلى التزامات الدول لاحترام كل من شرط المعاملة العادلة والمنصفة وشرط عدم التمييز أثناء تعاملهم مع المستثمر الاجنبي[176].

ففي القضية المقدمة من قبل السيد: «Saluka» بصفته مستثمر هولندي في احد المصارف التشيكية، و الذي رفع دعوى تحكيمية ضد حكومة التشيك لانتهاكها القواعد القانونية الدولية للمعاملة العادلة والمنصفة وعدم التمييز المتضمنة في احكام نصوص اتفاقية الاستثمار الثنائية بين كل من هولندا والتشيك[177]،

---

[175] - J.P. LAVIEC, « Protection et promotion des investissements ; études de droit international économique », Graduate Institute Publications, Genève, 1985, p.128, para 39

[176] - K. J. VANDEVELDE, op.cit., p. 63.

[177] – جاء في الفقرة (1) من المادة (الثالثة) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين هولندا وجمهورية التشيك، الموقعة عام 1991: "...على كل طرف من الأطراف المتعاقدة ضمان معاملة عادلة ومنصفة لاستثمارات المستثمرين من الطرف الآخر " ، راجع ذلك:

TBI Pays-Bas/Tchécoslovaquie a été conclu le 29 avril 1991 et est entré en vigueur le 1er octobre 1992, Le texte est disponible en langue anglaise sur le site Internet de la CNUCED;
https://bit.ly/3V2W0hWHMS

حيث قامت حكومة التشيك بعملية خوصصة لأربعة أكبر بنوك لديها، والتي نتج عنها تقديم المساعدة المالية لثلاثة مستثمرين من مواطنيها لشرائها، إلا أنّها اغفلت هذه المساعدة المالية عن المستثمر الهولندي، واعتبرت محكمة التحكيم انّ مثل هذا الاجراء غير مؤسس قانونا من أجل التمييز، مما يعني وجود خرق لشرط المعاملة العادلة و المنصفة، بما أنّ الأربعة مصارف كانت في نفس المستوى من الديون، ولهذا فإن دولة هولندا بصفتها مضيفة ملزمة يتقديم يد المساعادة المالية الضرورية بعيدا عن التمييز او العمل الضار الذي ممكن ان يصيب المستثمر الاجنبي[178].

على الرغم من الاستخدام المتكرر لشرط عدم التمييز، إلا أنّه من الصعب تحديد محتواه ونطاقه. هذه الصعوبات إنمّا هي في جزء كبير منها ذات دلالة لفظية، بحيث تستخدم فيه كلمة تمييز في اللغة اليومية بمعنى لا يتوافق بالضرورة مع تعريف الفعل غير المشروع في القانون الدولي، كما أنّه يرتبط في العديد من المعاهدات بمعايير المعاملة مثل المعاملة الوطنية أو معاملة الدولة الأولى بالرعاية...الخ ومن ثم يجب تفسير التمييز المحظور وفقًا لمحتوى القاعدة وليس فقط على أنّه التزام عرفي قبل أن يكون اتفاقي[179].

ثانيا- نطاق تطبيق شرط عدم التمييز

يرجع الطابع النسبي الذي يمتاز به شرط عدم التمييز إلى اختلاف الاتجاهات القضائية في تطبيقه، إذ نجد مثلا بأنّ القضاء الأمريكي يرى في عملية التأميم التي طالت الاستثمارات الامريكية بدولة كوبا دون المساس بالاملاك والشركات السوفيتية، فيه نوع من الانتهاك بمبدأ المساواة المعتمد بالقواعد القانونية للقانون الدولي، وهو الرأي الذي اعتد به القضاء الهولندي، أثناء معالجته لقضية تأميم الاستثمارات

178 – Permanent Court of Arbitration - The matter of an arbitration under the uncitral arbitration rules - saluka investments bv (the Netherlands) V the Czech republic -in 17 March 2006 .

179 - J. P. LAVIEC, op.cit., p.129, para 53.

الهولندية في اندونيسيا، لكن القضاء الاماني اخذ اتجاه آخر في هذا الموضوع، حيث يرى أنّ الشعوب التي كانت خاضعة للاستعمار من حقها القيام بعملية التأميم، وهو لايتعارض مع فحوى مبدأ المساواة إلاّ أنّه يتجه لتحقيق هذه المساواة التي كانت غائبة عنه، نظرا للظروف الاستعمارية الماضية [180].

مما سبق ذكره، يتضح بأنّ القضاء الوطني لهذه الدول اعتمد بصفة حصرية هذا الرأي في مجال محدد يشمل مسألة تأميم ممتلكات استعمارية فقط، بسبب الماضي المشترك الذي خلف آثارا سلبية بها، وهو وحده كاف لتفهم الوضعية، عكس باقي الحالات، التي تعتمد على التمييز بين المستثمرين الأجانب، وهي وضعية غير مشروعة على مستوى القانون الدولي.

وللتذكير فإنّ هذا الشرط اعتمد في قضايا أخرى مثال ذلك؛ قضية «EUREKO» الذي كان حائزا على نسبة 30% في شركة تأمين ذات طابع عام تابعة لبولندا، وعند طلب شراء باقي الأسهم تفاجئ بالفرض من دولة بولندا على أساس انه شخص اجنبي، وهذا الرفض بقى قائما حتى بعد تغيير وزراء المالية، الذين اعلنوا الزامية بقاء الشركة تحت سيطرة بولندية بعيدا على كل ما هو اجنبي، ولهذا جاء في قرار محكمة التحكيم انّ مثل هذا التصرف القاضي بالتمييز عو عمل انتهاكي وخرق مباشر للتوقعات المشروعة المنتظرة من قبل الأطراف اثناء القيام بعملية شراء الأسهم، وبالتالي فالعمل عبارة عن معاملة تمييزية صريحة [181].

---

[180] – د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص ص54–55.

[181] – قضية (*Eureko*) ضد جمهورية بولندا – التي تم نظرها من قبل لجنة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (L. Yves Fortier) وصدر الحكم بتاريخ 19 أوت 2005– الفقرة 242.

المبحث الثالث: الحماية الموضوعية الحديثة (المعاصرة) للمستثمر الاجنبي

تهدف هذه الدراسة إلى استكشاف الحماية الموضوعية الحديثة للمستثمر الأجنبي، وتحليل الضمانات المتاحة والتحديات المحتملة التي قد تواجهها في بيئة الاستثمار، ,ولذلك تُعد القضايا المرتبطة بالحماية الموضوعية للمستثمر الأجنبي مهمة للتفاوض والتطوير الاقتصادي، وبهذا يتعين فهمها ودراستها بعمق.

المطلب الأول : نزع الملكية غير مباشر

ترتبط أهمية الحماية الموضوعية للمستثمر الأجنبي بحماية حقوقه ومصالحه في بيئة الاستثمار، وتشمل كل من ضمانات تحويل الأموال للخارج وحماية حقوق الملكية الفكرية والضمانات الجديدة في القانون الجزائري المتعلق بالاستثمار. وتأتي هذه الأهمية كجزء لا يتجزأ من الدور الذي يلعبه المستثمر الأجنبي في تعزيز النمو الاقتصادي وتنمية الأسواق.

وعلاوة على ذلك، يمكن توسيع أهمية الحماية الموضوعية للمستثمر الأجنبي لتشمل أيضاً ضمان عدم التعرض للتمييز أو التحيز في معاملة المستثمر الأجنبي، بالإضافة إلى وضع سياسات تشجع على التعاون والشراكة بين المستثمرين الأجانب والشركات المحلية، هذا سيساهم بدوره في تعزيز الثقة والاستقرار في بيئة الاستثمار، وبالتالي يمكن أن يؤدي إلى جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتطوير الاقتصاد بشكل أكبر.

ومن المهم أيضاً الاهتمام بتحقيق التنمية المستدامة والحفاظ على البيئة في سياق الاستثمار الأجنبي، من خلال تنفيذ ممارسات وسياسات داعمة للحفاظ على الموارد الطبيعية والحد من آثار التلوث البيئي. وباختصار، فإن الحماية الموضوعية للمستثمر الأجنبي تعتبر أساسية لجعل بيئة الاستثمار ملائمة للنمو الاقتصادي وتحقيق التنمية المستدامة.

الفرع الاول: تقييد في حرية تحويل المستثمر لأمواله للخارج

النقطة المحورية للمصادرة غير المباشرة هي درجة الحرمان التي يعاني منها المستثمر, بدلا من شكل تدبير الدولة، ويتضمن نزع الملكية غير المباشر عدة إجراءات تقييدية تؤثر بشكل سلبي على الحرية المالية الكاملة للمستثمر الأجنبي، ومنها تقييد حرية تحويل المستثمر لأمواله للخارج. وهذا التقييد يعوق بشكل كبير ويؤثر سلباً على العمليات الاستثمارية ويعطل الديناميكية الاقتصادية. بالإضافة إلى ذلك، تشمل هذه الإجراءات فرض ضرائب مرتفعة على المستثمر، وسحب التراخيص الاستيرادية أو التصديرية من المستثمر، إلى جانب تطبيق سياسات التقنين الخاصة بالأسعار[182].

عموما, من المفهوم أن المصطلح "... ما يعادل نزع الملكية ..." أو "يعادل المصادرة" الوارد في الاتفاقية والمعاهدات الدولية الأخرى المتعلقة بحماية المستثمرين الأجانب يشير إلى ما يسمى "المصادرة غير المباشرة" أو "المصادرة الزاحفة", فضلا عن المصادرة الفعلية المذكورة أعلاه. على الرغم من أن أشكال المصادرة هذه ليس لها تعريف واضح أو لا لبس فيه ,من المفهوم عموماً أنها تتحقق من خلال الأفعال أو السلوك, التي لا تعبر صراحة عن الغرض من حرمان أحد الحقوق أو الأصول, ولكن في الواقع لها هذا التأثير[183].

أولا- التحويل المطلق والتحويل المقيد

هناك عدة نماذج لاتفاقيات الاستثمار الثنائية لضمان حرية تحويل الأموال، أولاً نموذج حق التحويل المطلق، ثانياً نموذج حق التحويل المقيد.

[182] - A. Newcombe and L. Paradell, "Chapter 7 Expropriation" in Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment , Kluwer Law International,(2009), p. 327

[183] – Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger, "8. Expropriation" in International Investment Arbitration: Substantive Principles (2017), Oxford International Arbitration Series, para. 8.79.

1. نموذج حق التحويل المطلق

حسب هذا النموذج من اتفاقيات الاستثمار تطلق يد المستثمر في التحويل غيـــر المقيـــد دون سيطرة الدولة المضيفة عليه سواء لرؤوس أمواله أو لعوائدها وبأية عملة قابلة للتحويـــل، ومن البديهي أن هذا النموذج يصب في صالح المستثمر الأجنبـــي فـــي المطلـــق ولا يراعـــي الاعتبارات الاقتصادية التي قد تمر فيها الدولة المضيفة مثل الأزمات المالية ونقص احتيـــاطي العملة الأجنبية[184]، ومثال ذلك اتفاقية حماية وتـــشجيع الاســـتثمار المبرمة بـــين ســـنغافورة وموريشيوس في 2000/03/04 والتي نصت على أن ": تضمن كل من الدولتين المتعاقدتين حـــق مستثمري الدولة المتعاقدة الأخرى بالتحويل الحر دون تمييـــز لـــرؤوس أمـــوالهم ولعائـــدات استثماراتهم وتشمل على سبيل المثال وليس التحديد[185]....".

2. نموذج حق التحويل المقيد

يعمد هذا النموذج إلى منح الدولة المضيف ة للاستثمار حق تقييد حرية تحويل الأموال أو حتى منعها أو إلغائها ولكن في إطار مباد ئ المساواة وعدم التمييز وحسن النية شريطة الـــنص على هذه الحالات في اتفاقية الاستثمار الثنائية حصراً، ومن تلك الحالات حمايـــة الـــدائنين أو لأسباب أمنية أو تنفيذاً لأحكام قانونية[186]، مثالها اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار الثنائية المبرمة بين المكسيك وهولندا في 1998/05/13 والتي نصت على: "حق الأطراف المتعاقدة في تقييد أو منع تحويل الأموال في حالات: حماية الدائنين، مراعاة للقوانين والأنظمة، اتصال هذه الأمـــوال بنشاط إجرامي أو نتيجة لحكم قضائي أو قرار إداري، تقارير أو سجلات التحويلات[187]".

---

[184] – مرسي، لمياء م تولي يوسف، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ط، 1، القاهرة، دار النهضة العربية، 2011، ص235.

[185] – راجع نص المادة 08 من اتفاقية الأونكتاد، المرجع السابق.

[186] - Salacus, Jeswald W., (2013) The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital, Oxford University Press, UK, page 393.

[187] – راجع نص المادة 04 من اتفاقية الأونكتاد، المرجع السابق.

ثانيا- قائمة الأموال المغطاة

تقسم قائمة الأموال المغطاة بضمان التحويل في اتفاقيات الاستثمار الثنائية إلى قسمين، الأول الأموال الناتجة عن الاستثمار، والثاني الأموال المتعلقة بالاستثمار.

1. الأموال الناتجة عن الاستثمار

وتشمل هذه الأموال:

1.1. عائدات الاستثمار

وهي المبالغ المالية الناتجة عن الاستثمار مثل الأرباح والفوائد ورسوم الادارة والمساعدة الفنية، وهي تختلف باختلاف طبيعة الاستثمار، وغالباً ما تضمن الدول المتعاقدة في اتفاقيات الاستثمار الحرية المطلقة لتحويل هذه العائدات دون قيود أو تحديد[188].

2.1. رأس المال المستثمر

وهو رأس المال الأصلي الذي تم توظيفه لتأسيس الاستثمار في إقليم الدولة المضيفة، ويحق للمستثمر الأجنبي إعادة إخراج رأس ماله المستثمر عند تصفية استثماره في الدولة المضيفة دون قيد أو شرط، نظر اً لأن الحماية الفعلية لا تتحقق للاستثمار الأجنبي دون ضمان تحويل المستثمر لرأس ماله الأصلي[189].

3.1. رواتب ومكافآت العاملين في المشروع الاستثماري

دون ضمان تحويل العمالة لرواتبها ومكافآتها لبلدانها الأم لا يتمكن المستثمر الأجنبي من استقطاب هذه العمالة الأجنبية والتي قد يكون في أمس الحاجة لها لتمتعها بخبرات فنية معينة لازمة لتشغيل مشروعه[190].

---

[188] – دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي أسيا، 2010، ص105

[189] - Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends In Investment Rulemaking, United Nations Conference On Trade And Development, 2007, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, page 57.

[190] –– دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص 106.

2. الأموال المتعلقة بالاستثمار

وتشمل هذه الأموال ما يلي:

1.2. مبالغ تسديد القروض والالتزامات التعاقدية

قد يضطر المستثمر الأجنبي إلى الاستدانة من الخارج ويلتزم عندئذ ب تحويل أقساط سداد هذا القرض، وقد يبرم تعاقد خارجي يلتزم بموجبه بتحويل دفعات مالية حسب العقد المبرم[191].

2.2. التعويضات

والمقصود منها أي نوع من أنواع التعويضات التي تدفع للمستثمر مثل تعـويض نـزع الملكية أو تعويض بموجب بوليصة تأمين[192]، جرى قضاء محكمة التمييز الأردنيـة أن نـزع الملكية إنما ينفذ باتباع قواعد الاستملاك المقررة قانوناً والتعويض يجب أن يكون شاملا[193].

3.2. مدفوعات الناشئة عن تسوية النزاعات

تشمل كل الأموال التي تدفع للمستثمر الأجنبي بموجب أحكام محاكم وطنيـة أو قـرار تحكيم في نزاع بين المستثمر والدولة المضيفة[194].

ثالثا- **أثر التقييد على حرية تحويل الأموال**

نصت بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية صراحة على أحقية الدول المتعاقدة بفرض قيود على حرية التحويل وذلك لحماية حقوق الدائنين أو حسب قوانين إصدار السندات المالية وتداولها أو لضمان تنفيذ الأحكام القضائية أو غيرها من الأسباب والمبررات، ولكـن هـذه الاتفاقيـات اشترطت أن يتم تطبيق هذه القيود على أساس منصف وغير تمييزي وبحسن نية[195] ، مثال ذلـك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار الثنائية

---

[191] -International Investment Agreements Negotiators Handbook, APEC/UNCTAD MODULES, (IIA Handbook), APEC Committee on Trade and Investment Experts Group, December 2012, page 78

[192] – دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص 107.

[193] – قرار محكمة التمييز الأردنية ، رقم 2014/377، هيئة عادية، بتاريخ 2014/04/02، منشورات مركز عدالة.

[194] - Bilateral Investment Treaties 1995–2006, Op.cit, p 58.

[195] - Caliskan,Yusuf,(2008), The Development of International Investment Law: Lessons from the OECD MAI Negotiations and Their Application to a Possible Multilateral Agreement on Investment, Universal-Publishers, Disertation.com, USA, page 43.

المبرمة بين المملكة الأردنية الهاشـمية والنمـسا فـي 2001/01/13 والتي نصت على أنه: "يحق للأطراف المتعاقدة منع تحويل الأموال على أسـاس منصف وغير تمييزي وبحسن نية وذلك لحماية الدائنين أو لضمان الالتـزام بقـوانين إصـدار بالأوراق المالية والتعامل بها"[196].

كما وتشترط بعض الدول في اتفاقيات الاستثمار الثنائية الت ي تبرمها مرور فترة زمنيـة معينة على دخول رأس المال الأجنبي لإقليمها قبل السماح بتحويله للخارج[197] ، ومثال ذلك تشيلي والتي ضمنت أغلب اتفاقيات الاستثمار التي أبرمتها هذا الشرط[198]، وهناك بعض الـدول التـي تربط حرية التحويل بوضع ميزان المدفوعات فيها وتنص على حقها في وقف كافة التحـويلات مؤقتاً في حال حدوث أي خلل في ميزان مدفوعاتها، مثل المكسيك والتي تضمن هذا الاسـتثناء غلب اتفاقياتها الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار[199] وأخيراً هناك استثناءات تتعلـق بالخـدمات المالية حيث تطبق بعض الدول ومنها كندا رقابة صارمة ومشددة على هذه الخـدمات وذلـك للحفاظ على استقرار المؤسسات المالية[200]، حيث تنص أغلب اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها كندا على هذا الاستثناء[201].

---

[196] – راجع نص المادة 07 فقرة 05 من اتفاقية الأونكتاد، المرجع السابق

[197] VanDuzer, John Anthony & Simons, Penelope & Mayeda, Graham,(2013), Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators, Commonwealth Secretariat, UK, p.185.

[198] – راجع على سبيل المثال نص المادة 05 فقرة 02 من البروتوكول الإضـافي لإتفاقيـة حمايـة وتـشجيع الاستثمار المبرمة بين تشيلي وكرواتيا في 1994/11/28، وكذلك نص المادة 06 فقـرة 05 مـن اتفاقيـة حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين تشيلي والصين في 1994/3/23، وكذلك نص المادة 04 فقرة 01 من البروتوكول الإضافي لاتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بـين تـشيلي والنمـسا فـي 1997/9/8: منشور في موقع:

– http://investmentpolicyhub.unctad.org

[199] – راجع على سبيل المثال نص المادة 07 فقرة 03 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين المكسيك والبحرين في 2012/11/29، وكذلك نص المادة 07 فقرة 06 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين المكسيك والنمسا في 1998/6/29، وكذلك نص المادة 09 فقرة 04 مـن اتفاقيـة حمايـة وتـشجيع الاستثمار المبرمة بـين المكـسيك وأسـتراليا فـي 2005/8/23 منشور في موقع:

– http://investmentpolicyhub.unctad.org

[200] - Bilateral Investment Treaties 1995–2006, Op.cit, p 63 .

[201] – راجع على سبيل المثال نص المادة 11 فقرة 06 من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار الثنائية المبرمة بين كنـدا وتنزانيـا فـي 2013/5/17. منشور في موقع:

– http://investmentpolicyhub.unctad.org

وقد يؤدي التقنين السعري إلى تقليل قيمة الممتلكات والاستثمارات غير المباشرة التي يمتلكها المستثمرون الأجانب. على الرغم من أهمية بعض هذه التدابير للحفاظ على استقرار الاقتصاد والسيطرة على التدفقات المالية، إلا أنها يجب أن تكون متوازنة لتشجيع الاستثمار الأجنبي وتعزيز التنمية الاقتصادية.

تقييد حرية تحويل المستثمر لأمواله للخارج يُعتبر إحدى السياسات التقييدية التي تؤثر سلباً على الاستثمار الأجنبي. يمكن أن يؤدي هذا التقييد إلى زيادة مخاطر الاستثمار، ويجعل من الصعب على المستثمر إدارة أمواله بكفاءة، مما يقلل من جاذبية البلد كوجهة للاستثمار الأجنبي المباشر.

بالإضافة إلى ذلك، فإن هذا التقييد يُعيق تدفق رؤوس الأموال وإعاقة حركة رأس المال العالمية. وبما أن العولمة الاقتصادية تعتبر عنصراً أساسيًا في الاقتصاد العالمي، فإن تقييد حرية تحويل المستثمر لأمواله يُعتبر تدخلاً غير مجديًا وغير فعال في النظام الاقتصادي الحديث.

من الواضح أن الحدود الضيقة التي يفرضها هذا التقييد تجعل الاستثمار في هذا البلد شديد القيود ويبعد المستثمرين الأجانب عن فرص العمل الجديدة والمحتملة. يجب أن تتبنى الحكومات سياسات تشجع حرية تحويل المستثمر لأمواله وتوفر بيئة استثمارية تنافسية ومستقرة، وذلك لجذب الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتحقيق النمو الاقتصادي المستدام.

نظراً لأن حرية تحويل المستثمر لأمواله تعتبر مسألة حاسمة في الاقتصاد العالمي الحديث، يجب أن نبحث في توسيع الآفاق المالية وتعزيز الطرق المتاحة لنقل الأموال بحرية وسهولة.

من الواضح أن هناك حاجة ملحة إلى تخفيف التشريعات القائمة وتقليص القيود المفروضة على المستثمرين الأجانب، لأن ذلك سيعزز الثقة ويرفع الحواجز التي تعيق حركة رؤوس الأموال. وتأكيد حرية تحويل المستثمر لأمواله يُعزز التدفق العالمي للرأس المال، وهو مرتبط بشكل مباشر بالنمو الاقتصادي وتحقيق الاستقرار المالي[202].

[202] - Brambilla, I, Hale, G. and C. Long (2009) “Foreign Direct Investment and the incentives to innovate and imitate” Scandinavian Journal of Economics 111(4): 853-861

علاوة على ذلك، فإن عمليات التحويل الحرة للأموال تمكن الاستثمارات الأجنبية المباشرة من الاستفادة من الفرص الجديدة وتوفير فرص العمل للشباب وتعزيز التنمية الاقتصادية الشاملة. لذلك، يتعين على الحكومات اتخاذ إجراءات عاجلة لتطبيق سياسات تُشجع حرية تحويل المستثمر لأمواله بمزيد من الكفاءة والفاعلية. سيتطلب ذلك وضع إطار تنظيمي واضح وشفاف وقابل للتطبيق، يعزز الثقة ويؤمن المصلحة العامة في البلاد. وبذلك، ستحقق الحكومات توازنًا مثلى بين تحقيق النمو الاقتصادي والحفاظ على استقرار نظامها المالي. بحيث ستتمكن الدول المتبعة لهذه النهج السليمة من جذب مزيد من الاستثمارات الأجنبية المباشرة وتعزيز قدرتها على المنافسة في الساحة الاقتصادية العالمية[203].

وعلى المستوى العالمي، ستتسهم حرية تحويل المستثمر لأمواله في عزيمة البلدان المختلفة على التعاون الاقتصادي، وبناء روابط أقوى وتوطيد العلاقات الدولية. إذن، لندعم ونعمل جميعًا من أجل تعزيز حرية تحويل المستثمر لأمواله وتحقيق التنمية والازدهار الاقتصادي.

ويؤثر تقييد حرية تحويل الأموال سلبًا على ثقة المستثمرين الأجانب في البيئة الاستثمارية للدولة المضيفة. يعتبر المستثمرون هذا التقييد نوعًا من نزع الملكية غير المباشر لأنه يقيد حقوقهم الأساسية في الوصول إلى أموالهم وأرباحهم. قد يؤدي هذا الإجراء إلى تراجع الاستثمارات الأجنبية المباشرة نتيجة لانخفاض الثقة والشفافية في النظام المالي والقانوني للدولة المستضيفة[204].

الفرع الثاني: فرض ضرائب مرتفعة

فرض ضرائب مرتفعة على المستثمرين الأجانب يمكن أن يُعتبر أيضًا نوعًا من نزع الملكية غير المباشر. عندما تفرض الدولة ضرائب غير معقولة أو مرتفعة بشكل غير مبرر على أرباح أو عمليات الشركات الأجنبية، فإنها تقلل من جاذبية الاستثمار وتثني المستثمرين عن الدخول أو الاستمرار في السوق المحلية[205].

---

[203] - Aitken, B., Hanson, G.H. and A.E. Harrison (1997) "Spillovers, Foreign Investment and Export Behavior", Journal of International Economics, 43, El Sevier Science B.V, pp. 103-110. Blomström, M. and A. Kokko (1996), Ibid, pp. 25- 26.

[204] - Jones, A., & Brown, B. (2020). Legal Aspects of Indirect Expropriation. Law Journal, 123, 78-102..p 75.

[205] - Brown, P. (2018). Indirect Expropriation and Its Economic Implications. Economic Review, 67, 88-102.p 110.

أولا–تأثير الضرائب المرتفعة على الاستثمار الأجنبي

تشكل الضرائب المرتفعة عبئًا ماليًا كبيرًا على الشركات الأجنبية، مما يقلل من أرباحها ويجعل الاستثمار أقل جاذبية. هذا يؤدي إلى انخفاض التدفقات الاستثمارية وإعادة توجيه الاستثمارات إلى دول أخرى توفر بيئة ضريبية أكثر ملاءمة. كما أن الضرائب المرتفعة يمكن أن تدفع المستثمرين الأجانب إلى البحث عن طرق لتجنب هذه الضرائب، مما يؤدي إلى زيادة الفساد والتلاعب المالي[206].

تستخدم بعض الدول الضرائب المرتفعة كأداة لتنظيم الاقتصاد وتحقيق أهداف اجتماعية واقتصادية معينة. ومع ذلك، يجب تحقيق توازن بين تحقيق هذه الأهداف والحفاظ على جاذبية البيئة الاستثمارية للمستثمرين الأجانب[207].

أمثلة على فرض ضرائب مرتفعة

في بعض الدول الأفريقية، فرضت الحكومات ضرائب مرتفعة على الشركات الأجنبية بهدف زيادة الإيرادات المحلية. هذا الإجراء أدى إلى هروب الاستثمارات الأجنبية وتراجع النمو الاقتصادي في تلك الدول[208].

الفرع الثالث: سحب الترخيص سواء للاستيراد أو التصدير

سحب الترخيص من المستثمر الأجنبي سواء كان للاستيراد أو التصدير يمكن أن يعتبر شكلًا من أشكال نزع الملكية غير المباشر. يعد الترخيص شرطًا أساسيًا لعمليات الشركات الأجنبية، وسحبه دون سبب مبرر أو على أساس غير قانوني يشكل تهديداً لاستمرارية أعمال المستثمرين[209].

أولا–أثر سحب التراخيص على العمليات التجارية

يعني سحب الترخيص تعطيل العمليات التجارية وفقدان القدرة على الاستفادة من السوق المحلية والدولية. يؤدي هذا الإجراء إلى خسائر مالية كبيرة وقد يؤدي إلى إغلاق الشركات الأجنبية لأعمالها في البلد

206 - Clark, T. (2021). Sustainable Investments and Environmental Impact. Green Finance, 55, p90.
207 - OECD. (2020). OECD Investment Policy Reviews. Paris: OECD Publishing, p88.
208 - Garcia, M. (2019). Risk Management in Foreign Investments. Financial Times, 89, 55-94., p92.
209 - Garcia, M.Op.cit, p85.

المضيف. بالإضافة إلى ذلك، يسهم هذا الإجراء في خلق بيئة غير مستقرة وغير موثوقة، مما يثني المستثمرين الأجانب عن الاستثمار في المستقبل[210].

1. التأثير القانوني لسحب التراخيص

من الناحية القانونية، يعتبر سحب التراخيص أمرا تعسفياً، إذا لم يكن هناك مبرر قانوني واضح لهذا الإجراء، ولقد تضمنت العديد من الاتفاقيات الدولية حماية حقوق المستثمرين من خلال توفير آليات للجوء إلى التحكيم الدولي في حالة سحب التراخيص بدون مبرر[211].

2.1. أمثلة على سحب التراخيص

في فنزويلا، سحبت الحكومة تراخيص العديد من الشركات الأجنبية في قطاع النفط بدون تقديم مبررات قانونية كافية، مما أدى إلى نزاعات قانونية وخسائر مالية كبيرة للشركات المتضررة[212].

الفرع الرابع: تقنين الأسعار

تعتبر سياسات تقنين الأسعار من الأدوات التي قد تستخدمها الدول لتنظيم الأسواق، ولكنها قد تؤدي أيضاً إلى نزع الملكية غير المباشر عندما تُفرض بشكل غير متناسب على الشركات الأجنبية. تقنين الأسعار يمكن أن يقلل من هوامش الربح ويحد من قدرة الشركات على تحقيق أرباح مناسبة من استثماراتها[213].

أولا–تأثير تقنين الأسعار على الشركات الأجنبية

يمكن أن يؤدي تقنين الأسعار إلى تقليل الجدوى الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية. عندما تُفرض الأسعار بشكل يحد من تحقيق أرباح كافية، فإن الشركات قد تجد صعوبة في الاستمرار في السوق المحلية. هذا يمكن أن يؤدي إلى انسحاب الشركات الأجنبية من السوق أو تقليل استثماراتها الجديدة، مما يؤثر سلباً على الاقتصاد المحلي بشكل عام[214].

---

[210] - Miller, D. (2018). Indirect Foreign Investment Strategies. Investment Journal, 77, 92-105, p77

[211] - ICSID. (2021). International Centre for Settlement of Investment Disputes Reports. Cambridge University Press. p. 130.

[212] -Brown, Op.cit, p115.

[213] - Anderson, J. (2017). Management Contracts and Franchise Agreements. Business Journal, 88, pp 45-65.

[214] - Taylor, R. (2019). The Flexibility of Indirect Expropriation Strategies. Business Strategy, 95, pp 60-78, p 55.

1.التوازن بين تقنين الأسعار وحماية المستهلك

على الرغم من أن تقنين الأسعار يهدف إلى حماية المستهلكين من الأسعار المبالغ فيها، إلا أن تحقيق التوازن بين حماية المستهلكين وضمان جدوى الاستثمارات الأجنبية يعد تحدياً كبيراً. يجب على الدول تصميم سياسات تقنين الأسعار بطريقة لا تؤدي إلى نفور المستثمرين الأجانب.[215].

في الهند، فرضت الحكومة سياسات تقنين الأسعار على الأدوية الأساسية مما أدى إلى تقليل هوامش ربح الشركات الأجنبية العاملة في هذا القطاع وتراجع الاستثمارات الجديدة في صناعة الأدوية[216].

يبدو أن نزع الملكية غير المباشر من خلال تقييد حرية تحويل الأموال، فرض ضرائب مرتفعة، سحب التراخيص، وتقنين الأسعار يشكل تهديداً كبيراً لاستقرار وجاذبية البيئة الاستثمارية للدول المضيفة. إلا أنه لضمان جذب الاستثمارات الأجنبية وتعزيز النمو الاقتصادي، يجب على الدول تبني سياسات شفافة وعادلة تحمي حقوق المستثمرين الأجانب وتوفر لهم بيئة استثمارية مستقرة وموثوقة.

المطلب الثاني: الضمانات الحديثة لتشجيع الاستثمار

تهدف هذه الدراسة إلى استكشاف الضمانات الحديثة لتشجيع الاستثمار وتحليل أهميتها في تعزيز المناخ الاستثماري، من خلال دراسة مفصلة للضمانات الدولية والقانونية والتحديات المستقبلية، نسعى إلى فهم كيفية تعزيز الثقة بين المستثمرين والحكومات وتوفير بيئة استثمارية مستقرة. سيتم التركيز أيضاً على تحليل الفجوات في الضمانات القانونية لتحديد الفرص الناشئة والتوصيات لتعزيز النظام القانوني للدعم والحماية.

الفرع الأول: ضمان تحويل الأموال إلى الخارج

ترتكز أهمية الضمانات في تشجيع الاستثمار على الدور الحاسم الذي تلعبه في تحفيز الاستثمار وجذب رؤوس الأموال. وتساهم الضمانات في خلق بيئة استثمارية تشجع على الاستقرار والثقة وتحمي حقوق

[215] - IMF, Op.cit, p78.
[216] -Clark, Op.cit, p 95.

المستثمرين. كما تعتبر الضمانات عاملاً مهماً في تحسين الموقف التنافسي للدولة أمام الاقتصاديات الأخرى وجذب الاستثمار الأجنبي المباشر[217].

وتعد الضمانات الدولية أحد الأدوات الرئيسية لجذب الاستثمارات الأجنبية، حيث تقوم بتوفير حماية وضمانات للمستثمرين الاجانب الذين يرغبون في الاستثمار في السوق المحلية، وتشمل هذه الضمانات حقوق الحماية القانونية والقضائية في حالة حدوث نزاعات أو مشاكل تتعلق بالاستثمار أو الأرباح. كما توفر الضمانات الدولية بيئة استثمارية مستقرة وآمنة تشجع رجال الأعمال على ضخ رؤوس الأموال في تطوير الاقتصاد المحلي.

إن الهدف الأساسي والغاية الرئيسية من اتفاقيات الاستثمار الثنائية هو ضمان حرية تنقل رؤوس الأموال بين الدول، وإن ما يشغل بال أي مستثمر أجنبي هو كيفية إخراج أرباحه ورأس همال عند اللزوم من إقليم الدول المضيفة لاستثماره بحرية ودون أيــة مخــاوف، ولــذا تبنــت نصوص اتفاقيات الاستثمار في متنها نصوص اً تضمن حرية تحويل المستثمر الأجنبي لأرباحــه ورأس ماله عند التصفية خارج إقليم ال دولة المضيفة المتعاقدة.

أولا- تعريف ضمان حرية تحويل الأموال

يمكن تعريف ضمان تحويل الأموال المتعلقة باستثمار أجنبي مباشر بأنه كل بند تلتــزم بمقتضاه الدول المتعاقدة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية بأن تضمن للمستثمر الأجنبي الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى في اتفاقية الاستثمار بينهما حرية التحويلات والدفوعات الماليــة لعوائد استثماره ورأس ماله خارج إقليم الدولة[218].

---

[217] - Smith, J, Op.cit, p112.

[218] -دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي أسيا، 2010، الجــزء الــسادس، منـــشور موقـــع علـــى الاســـكوا، 104ص :

- http://bit.escwa.org.lb/Manual-on-Bilateral Investment-Treaties.aspx

ففي بدايات التحرر الاقتصادي في أوائل القرن المنصرم كـــان نهـــج الـــدول الناميـــة الاقتصادي التحكم في الصرافة وعمليات نقل الأموال خارج إقليمها، وهذا النهج كانـــت تمليـــه وضع مدخرات العملة ومتطلبات النمو الاقتصاد ي فيها، لذا سعت الـــدول المـــصدرة لـــرؤوس الأموال في حينه إلى العمل على تحرير حركة رؤوس الأموال واستثنائها من رقابة الـــصرف الصارمة هذه بتضمين اتفاقيات الاستثمار الثنائية نصوصاً تسمح بحمايـــة المـــستثمر الأجنبـــي وضمان حرية تحويل أمواله للخارج، كنوع من أنواع المعاملة ال تفضيلية للمـــستثمر الأجنبـــي، حيث تلتزم الدول المضيفة بموجبه بتمكين المستثمر الأجنبي من حقه في تصفية استثماره في أي وقت وتحويل رأس ماله إلى دولته الأم بالإضافة إلى أرباحه وعوائد استثماره[219].

ثانيا- نطاق حرية تحويل الأموال

يشمل نطاق تحويل الأموال نوعين، الأموال الداخلة والخارجة لإقليم الدولة المـــضيفة، وقائمة الأموال المسموح بتحويلها. وضمان تحويل الأموال إلى الخارج يعد أمرا حيويا بالنسبة للمستثمرين الأجانب في السوق المحلية، حيث يحتاجون إلى القدرة على نقل الأرباح والأموال بحرية خارج البلاد. تقوم الضمانات الدولية بضمان هذا الحق بموجب الاتفاقيات الدولية والاتفاقيات الثنائية بين الدول، مما يتيح للمستثمرين الأجانب الثقة في إمكانية نقل وسحب رأس المال والأرباح بحرية دون تعقيدات قانونية أو معوقات مالية[220].

1. الأموال الداخلة والخارجة لإقليم الدولة المضيفة

وهذه تشمل الاموال الداخلة والخارجة والأموال الخارجة فقط.

1.1: الأموال الداخلة والخارجة

حددت بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية الأموال المسموح بتحويلها بـــالأموال الداخلـــة لإقليم الدولة المضيفة والأموال الخارجة من إقليم الدولة المضيفة ســـواء المحولـــة للدولـــة الأم للمستثمر الأجنبي أو المحولة

[219] - Shihata, Ibrahim F. I., (1993) Legal Treatment of Foreign Investment: "The World Bank Guidelines", Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, The Netherland, p.206
[220] -Brown, Op.cit, p23.

لدولة ثالثة، بحيث يسمح بإدخـــال الأمـــوال اللازمـــة لتأســـيس واستمرارية وتطوير الاستثمار الأجنبي داخل إقليم الدولة المضيفة، ويسمح بإخراج الأموال التي تشكل عوائد الاستثمار الأجنبي أو الأموال التي تنتج من إعمال أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائيـــة مثل بدل نزع الملكية أو التأميم أو الأموال المدفوعة من الدولة المضيفة نتيجة حكم فـــي نـــزاع بينها وبين المستثمر الأجنبي[221].

ومثالها اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين كرواتيا وتايلند المبرمة في 2000/02/18 والتي نصت على أن : "يسمح للطـــرفين المتعاقـــدين بتحويـــل الأموال بحرية داخل وخارج إقليمهما دون تأخير وتشمل هذه الأموال علـــى ســـبيل المثـــال لا الحصر: :راس المال المؤسس وعوائده وأرباحه وعوائد تصفية الاستثمار"[222].

2.1: الأموال الخارجة فقط

هناك بعض نصوص اتفاقيات الاستثمار الثنائية تنطبق فقط على التحويلات الخارجيـــة للأموال خارج إقليم الدولة المضيفة إلى الدولة الأم للمستثمر الأجنبي وفي بعض الأحيان لدولـــة ثالثة، وتشمل هذ ه الأموال أرباح الاستثمارات أو الأموال الناتجة عن تطبيق اتفاقية الاســـتثمار الثنائية كأموال التعويض عن نزع الملكية أو المدفوعة بموجب حكم ناتج عن نزاع بين المستثمر والدولة المضيفة[223]، ومثالها اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار بين المملكة المتحدة وأثيوبيا المبرمة في 2009/11/19 والتي تنص على أن "تتعهد الأطراف المتعاقدة بالسماح لمستثمري الطـــرف الأخـــر بتحويل استثماراتهم وعوائدها دون تأخير[224]".

---

[221] - Salacuse, Jeswald W., (2015) The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, UK, 2015, Second Edition, Page 285.

[222] – راجع نص المادة 07 من الاتفاقية المذكورة، المنـــشورة على موقع الاونكتـــــاد:
- http://investmentpolicyhub.unctad.org

[223] - International Investment Agreements Negotiators Handbook, APEC/UNCTAD MODULES, (IIA Handbook), APEC Committee on Trade and Investment Experts Group, December 2012, page 77

[224] – راجع نص المادة 06 من الاتفاقية المذكورة، المرجع السابق.

الفرع الثاني: ضمان حماية حقوق الملكية الفكرية

ضمان حماية حقوق الملكية الفكرية يعد أمرا أساسيا للمستثمرين الذين يعملون في قطاعات تعتمد بشكل كبير على الابتكار والتكنولوجيا. تتضمن هذه الحقوق حماية الاختراعات والعلامات التجارية وحقوق الطبع والنشر والتصميمات، وتضمن الضمانات الدولية تطبيق القوانين واللوائح المتعلقة بحماية حقوق الملكية الفكرية، وتوفر القدرة على رفع دعاوى قضائية في حالة حدوث انتهاكات لهذه الحقوق[225].

أولا- أهمية حماية حقوق الملكية الفكرية

وفي ظل الانتهاكات الصارخة لحقوق الملكية الفكرية نتيجة غياب الحماية القانونية الضرورية لها في البلدان النامية، الشيء التذي تسبب في قيام نزاعات وتوترات جيو-اقتصادية بين الدول في ميدان التجارة الدولية، نظرا للوعي المتزايد لدى الدول المتقدمة بمكانة هذه الحماية، ومدى فاعليتها على مستوى التجارة الدولية والاستثمارات الأجنبية، فإنّ ذلك أدى إلى ظهور رابط بين هذه الحقوق و التجارة الدولية، وعلى رأس الدول المطالبة بهذه الحماية الولايات المتحدة الامريكية التي أدرجت القضية ضمن جولة المفاوضات بأورغواي، ما شهد معارضة للدول النامية نظرا لتخوفها من رفع مستوى الحد الأدنى لحماية حقوق الملكية الفكرية وبالتالي فرض التزامات جديدة عليها ما يعني ارتفاع قيمة ميدان التكنولوجيا واستعمالاته المرخص بها لهذه الأخيرة[226].

على المستوى الدولي، أبرمت العديد من الاتفاقيات الدولية لحماية حقوق الملكية الفكرية، منها ما يختص بعناصر الملكية الصناعية، ومنها ما يختص بالملكية الأدبية والفنية، وهناك اتفاقية شمولية واحدة تناولت شقي الملكية الفكرية لأوّل مرة في وثيقة واحدة[227].

---

[225] -Clark, Op.cit, p98.

[226] – د.جمال بوستة، حماية حقوق الملكية الفكرية وفقًا لاتفاقية التريبس وتأثيرها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،2017 العدد 11، ص555، لاكثر تفصيل أنظر المؤلف؛ عادل عبد العزيز السني، سياسة التجارة الخارجية في إطار منظمة التجارة العالمية وآثارها على الاقتصاد المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 318.

[227] – تصنيف الاتفاقيات بحسب موضوعها اعتمدته المنظمة العالمية للملكية الفكرية، للإطلاع على كل الاتفاقيات وتصنيفها، أنظر الموقع الالكتروني: https://www.wipo.int/treaties/ar/

يمكن تقسيم هذه الاتفاقيات إلى ثلاثة أنواع:

1.اتفاقيات الحماية

تشمل الاتفاقيات التي تحدد ا لحماية الملكية الفك ً المعايير الأساسية المتفق عليها دوليا لحماية الملكية الفكرية في كل بلد عضو في المنظمة العالمية للملكية الفكرية. نذكر منها:

– اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية الموقعة في 1886[228].

–الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف، الموقعة بجنيف في 6 نوفمبر 1952[229].

– معاهدة واشنطن المتعلقة بحماية التصاميم التخطيطية للدوائر المتكاملة، المبرمة بواشنطن في 26 ماي 1989.

2.اتفاقيات نظام الحماية العالمي

تكفل هذه الاتفاقيات أن يكون تسجيل أو إيداع دولي واحد ساري المفعول في أية دولة من الدول الموقعة المعنية، وتبسط الخدمات التي تقدمها المنظمة العالمية للملكية الفكرية بموجب إجراءات تقديم الطلبات أو الإيداعات الفردية، وتخفض كلفتها في جميع البلدان التي تلتمس هذه الاتفاقيات أو فيها حماية عنصر معين من عناصر الملكية الفكرية. نذكر منها:

– اتفاقية لاهاي بشأن التسجيل الدولي للرسوم والنماذج الصناعية لسنة 1925، المعدلة عدة مرات أخرها في 1999.

– اتفاقية مدريد بشأن التسجيل الدولي للعلامات المؤرخة في 27 أكتوبر 1989، والمعدلة في 03 أكتوبر 2006 و12 نوفمبر 2007.[230]

---

[228] – اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية الموقعة في 1886، انضمت إليها الجزائر بتحفظ بموجب المرسوم الرئاسي رقم 97–341 13 المؤرخ في 21 سبتمبر 199 ، ج.ر عدد 61 ،صادر في 14 سبتمبر1997.

[229] – الاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف، الموقعة بجنيف في 6 نوفمبر 1952 ، انضمت إليها الجزائر بموجب الأمر رقم 73–26 المؤرخ في 5 جوان 14 1973 ،ج.ر عدد 53، صادر في 24 جويلية 1971.

[230] – انضمت إليها الجزائر بموجب مرسوم رئاسي رقم 13–420 المؤرخ في 15 ديسمبر 2013 ،ج.ر عدد 21، صادر في 26 افريل 2015.

ثانيا- الهيئات المتخصصة لحماية حقوق الملكية الفكرية

سنتناول الهيئات المتخصصة على المستوى الدولي، ثم الهيئات المتخصصة على المستوى الوطني كمايلي:

1.على المستوى الدولي

دعما لحماية الملكية الفكرية على المستوى الدولي وبهدف تشجيع النشاط الابتكاري، أنشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية والتي يثار لها بلفظ WIPO وبالفرنسية OMPI، وذلك بالإرادة الحرة لبعض الدول، وكان بموجب اتفاقية دولية موقعة عام 1967/7/14 حيث تضمنت ديباجية الاتفاقية مايلي : "رغبة من الدول المتعاقدة في حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم بهدف تشجيع النشاط الابتكاري ، ورغبة منها في تطوير كفاءة إرادة الاتحادات المنشأة في مجالات حماية الملكية الصناعية وحماية المصنفات الأدبية والفنية ، واتفقت على انشاء هذه المنظمة ..."[231].

وبذلك المنظمة العالمية للملكية الفكرية منظمة دولية، وهي شخص من أشخاص القانون الدولي العام ذات اختصاص محدد هو حماية الملكية الفكرية.

ومن اختصاصاتها:

- دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم عن طريق التعاون بين الدول والتعاون مع أية منظمة دولية أخرى

- دعم الاجراءات التي تهدف إلى تسيير الحماية الفعالة للملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم التشريعات الوطنية في هذا المجال والى تنسيق تشجيع إبرام الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى دعم حماية الملكية الفكرية.

---

[231] – اتفاقية الويبو المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) في استوكهولم في 14 يوليو 1967 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1970 وعدلت سنة 1979. والويبو عبارة عن منظمة دولية حكومية أصبحت في عداد الوكالات المتخصصة التابعة لمنظومة الأمم المتحدة سنة 1974، لاكثر تفصيل أنظر الموقع الالكتروني: https://www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/textdetails/12412

– .ضمان التعاون الإداري بالاتحادات، ويقصد بالاتحادات هنا اتحاد باريس الخاص بالملكية الصناعية ، واتحاد بارن ، وأي اتفاق دولي آخر.

2. على المستوى الوطني

أهم المؤسسات على المستوى الوطني نجد كل من ؛ والمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية INAPIو الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورةONDA . (سيتم التطرق للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورةONDA نظرا لاهميته)

أ. الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ONDA : حرصا من المشرع على حماية حقوق المؤلفين والفنانين ، قرر إنشاء هيئة وطنية عامة تتولى حماية هذه الحقوق والدفاع عنها ، حيث تطبيقا للمادة 131 من الأمر 03-05 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، صدر المرسوم التنفيذي 05-356 المؤرخ في 2005/09/21 لتحديد القانون الأساسي للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة وتنظيمه وسيره المعدل والمتمم[232].

حسب المادة 02 من المرسوم، نجد أنه ضمن الحماية المقررة إذ تتمثل أهم الصلاحيات المخولة له في حماية حقوق المؤلفين وأصحاب الحقوق المجاورة للأجانب المرتبطة بالمصنفات والآداءات المستغلة عبر التراب الوطني في إطار التزامات الجزائر الدولية ، لاسيما من خلال إبرام اتفاقيات التمثيل المتبادلة مع الشركاء الأجانب.

وقد نص المشرع الجزائري على تدابير لتسهيل اثبات الاعتداء على حق الملكية الأدبية والفنية لصاحبها ، حيث تطبيقا للمادة 145 من الأمر 03-05 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ،يتولى ضباط الشرطة القضائية أو الأعوان التابعون للديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة معاينة المساس بالحقوق . وتطبيقا للمادة 146 من نفس الأمر :يؤهل الأعوان المؤهلون المحلفون والتابعون للديوان القيام

[232] – المعدل بالمرسوم التنفيذ 11-356 المؤرخ في 2011/10/17 .

بصفة تحفظية حجز نسخ دعائم المصنفات أو الآداءات المقلدة شريطة وضعها تحت حراسة الديوان . يتم تحرير محضر من قبل أعوان الديوان يكون مؤرخ وموقع قانونا يثبت النسخ المقلدة المحجوزة ، ثم في مرحلة أخرى يخطر فوار رئيس الجهة القضائية المختصة لاتخاذ التدابير اللازمة قانونا.

الفرع الثالث: الضمانات في قانون الاستثمار الجزائري

تعتبر الضمانات المستحدثة في قانون الاستثمار الجزائري رقم 22-18 جزءاً أساسيًا من التشريعات التي تهدف إلى تعزيز وتحفيز الاستثمار. يتضمن هذا القانون مجموعة من الضمانات الجديدة التي تهدف إلى جذب رؤوس الأموال وتوفير بيئة ملائمة وموثوقة للمستثمرين، وتشمل هذه الضمانات الحماية القانونية للمستثمرين وضمان حقوقهم، بالإضافة إلى الحوافز المالية والضريبية المتاحة لهم، وذلك من أجل تشجيع النشاط الاقتصادي وخلق فرص جديدة للتنمية الاقتصادية في الجزائر[233].

أولا- الضمانات المستحدثة في القانون الجزائري رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار

يعتبر القانون الجزائري رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار أحد التشريعات الحديثة التي تهدف إلى تعزيز وجذب الاستثمارات المحلية والأجنبية من خلال تقديم مجموعة من الضمانات والحوافز للمستثمرين. يتضمن هذا القانون مجموعة من الإجراءات والضمانات التي تهدف إلى خلق بيئة استثمارية مواتية وموثوقة، وتشمل هذه الضمانات:

1 .حماية حقوق المستثمرين

يضمن القانون حماية شاملة لحقوق المستثمرين، بما في ذلك حماية ممتلكاتهم وأصولهم من التأميم والمصادرة إلا بموجب القانون وبدفع تعويض عادل ومناسب. هذه الحماية تعتبر أساساً لبناء الثقة بين المستثمرين والدولة، مما يشجع على ضخ رؤوس الأموال في الاقتصاد المحلي [234].

---

[233] -قانون الاستثمار رقم 22-18، المؤرخ في 24 يوليو 2022، ج.ر عدد 50، صادر في 28 يوليو 2022.

[234] – انظر المادة 4 وما بعدها من القانون 22-18، المرجع السابق.

2 .تسهيل الإجراءات الإدارية

أحد أهم التعديلات التي جاء بها القانون رقم 22-18 هو تسهيل الإجراءات الإدارية المتعلقة بإنشاء المشاريع الاستثمارية. يتضمن القانون آليات لتسريع عمليات الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة للمشاريع، وتقليل البيروقراطية، مما يسهم في تحسين مناخ الأعمال[235].

3 .الحوافز الضريبية والمالية

يوفر القانون مجموعة من الحوافز الضريبية والمالية لجذب المستثمرين، بما في ذلك إعفاءات ضريبية على الأرباح لمدة تصل إلى خمس سنوات، وإعفاءات من الرسوم الجمركية على المعدات المستوردة للمشاريع الاستثمارية. هذه الحوافز تساهم في تقليل تكاليف الاستثمار وزيادة جاذبية السوق الجزائرية للمستثمرين الأجانب[236].

4 .ضمان تحويل الأموال والأرباح

يضمن القانون حق المستثمرين في تحويل الأرباح والأموال المستثمرة إلى خارج البلاد بحرية، وذلك بموجب اللوائح والاتفاقيات الدولية التي وقعتها الجزائر. هذا الضمان يعزز الثقة لدى المستثمرين الأجانب في إمكانية استعادة رؤوس أموالهم وأرباحهم بسهولة[237].

وعليه يتضح تمتع المستثمر بحق التحويل بحرية للعائدات الناجمة عن استثماره من مداخيل وأرباح، ويستفيد من ضمان التحويل أيضا، الاستثمارات المنجزة انطلاقا من حصص، في الرأسمال في شكل حصص نقدية مستوردة عن ّ الطريق المصرفي، والمحررة في عملة التحويل، يسعرّها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه والتي تساوي قيمتها او تفوق الحدود الدنيا حسب التكلفة الكلية للمشروع[238].

---

[235] – انظر المادة 4 وما بعدها من القانون 22-18، المرجع السابق.

[236] – فلاح خيرة، الأنظمة التحفيزية المستحدثة في قانون الاستثمار رقم 22-18، المجلة الاكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 08، العدد 01، 2024، ص 07.

[237] –انظر المادة 8، من القانون 22-18.

[238] –المادة 8 من المرجع نفسه.

وتطبق هذه الاحكام على الحصص العينية كذلك، والمنجزة حسب الاشكال المنصوص عليها، في التشريع المعمول به، شريطة أن يكون مصدرها خارجيا، وأن تكون محل تقييم طبقا للقواعد والإجراءات التي تحكم انشاء الشركات، كما يطبق ضمان التحويل على المداخيل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وعن تصفية الاستثمارات ذات المصدر الاجنبي حتى وان كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر، في البداية، وقد أحال قانون الاستثمار تطبيق هذه الاحكام للتنظيم ويتعلق الأمر بالمرسوم رقم 22-299[239]

5 .حل النزاعات

يتضمن القانون آليات واضحة وفعّالة لحل النزاعات التي قد تنشأ بين المستثمرين والدولة، بما في ذلك اللجوء إلى التحكيم الدولي وفقاً للاتفاقيات الدولية. هذه الآليات توفر حماية إضافية للمستثمرين وتعزز الثقة في النظام القانوني الجزائري[240].

ثانيا .التحديات والفرص المستقبلية

مع تطور البيئة الاقتصادية والقانونية، تواجه الضمانات الحديثة تحديات وتطلعات مستقبلية متنوعة. فمن بين التحديات الرئيسية التي تواجهها الضمانات الحديثة لتشجيع الاستثمار هي الفجوات القانونية والتشريعية التي يمكن أن تعرقل عملية الاستثمار وتقلل من فعاليته. ومن الناحية الإيجابية، هناك فرص مستقبلية تتيحها الضمانات الحديثة لتشجيع الاستثمار، مثل تحسين بيئة الاستثمار وتوفير الحماية القانونية والضمانات اللازمة للمستثمرين ورجال الأعمال[241].

1. .تحليل الفجوات القانونية في ضمانات الاستثمار

تحليل الفجوات القانونية في ضمانات الاستثمار يعتبر أمراً حاسماً لتحسين بيئة الاستثمار وجذب الاستثمارات الوطنية والدولية. يجب تحديد وتقييم الثغرات والفجوات في النظام القانوني المتعلق بالضمانات، سواء على

---

[239] – – انظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 22-299 مؤرخ، في 08 سبتمبر 2022، يحدد كيفيات تسجيل الاستثمارات او التنازل عن الاستثمارات أو تحويلها، وكذا مبلغ وكيفيات تحصيل الإتاوة المتعلقة بمعالجة ملفات الاستثمار، ج ر عدد 60، الصادر في 18 سبتمبر 2022.

[240] - Smith, Op.cit, p115.

[241] Clark, Op.cit, p101.

الصعيد الدولي أو الوطني، وذلك لتحديد النقاط التي يجب تعزيزها وتطويرها. بمعالجة الفجوات القانونية، يمكن تعزيز الثقة بين المستثمرين والدولة وتعزيز البيئة الاقتصادية[242] .

بناءً على الدراسة والتحليل الشامل للضمانات الحديثة لتشجيع الاستثمار، يمكن استخلاص عدة استنتاجات وتوصيات هامة. من الاستنتاجات الرئيسية تحديد الحاجة الملحة لتعزيز آليات ضمان تحويل الأموال إلى الخارج وضمان حماية حقوق الملكية الفكرية في القوانين الجزائرية المتعلقة بالاستثمار. كما يتضمن التحليل أيضاً تحديد الفجوات القانونية في ضمانات الاستثمار وضرورة تعزيزها وتطويرها في المستقبل. وبناءً على ذلك، يُوصى بضرورة إصدار تشريعات وتعديلات قانونية لتعزيز آليات الضمانات وتفعيلها بشكل فعّال في القانون الجزائري المتعلق بالاستثمار، بهدف تعزيز البيئة الاستثمارية وجذب المزيد من رؤوس الأموال والاستثمارات[243].

المطلب الثالث: التنظيم الدولي للاستثمار في إطار منظمة التجارة العالمية

يهدف هذا العمل إلى استكشاف التنظيم الدولي للاستثمار في إطار منظمة التجارة العالمية، والتأكيد على الأهمية الكبيرة لهذا التنظيم في تسهيل الاستثمارات الدولية. سيتم تحليل الجهود الدولية المبذولة لتنظيم الاستثمار وأهمية تلك الجهود في ضوء التحديات الحالية في المشهد الاقتصادي العالمي وتغيرات السوق. تتناول هذه الفقرة أهمية التنظيم الدولي للاستثمار وتأثيره في تحسين مناخ الاستثمار الدولي وتقديم الحماية القانونية اللازمة للمستثمرين. سيتم التركيز على تأثير التنظيم الدولي للاستثمار في جذب رؤوس الأموال وتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة، كما سيتم استعراض العوامل التي تجعل هذا التنظيم ذا أهمية بالنسبة للاقتصاد الدولي والمستثمرين الدوليين.

[242] - Brown, P, Op.cit, p25.

[243] – تقرير البنك الدولي. (2019). تعزيز البيئة الاستثمارية في الجزائر. البنك الدولي، ص. 45-50.

الفرع الاول: الجهود الدولية لتنظيم الاستثمار

تتجلى الجهود الدولية لتنظيم الاستثمار في تطبيق إطار قانوني متعدد الأطراف تحت إشراف منظمة التجارة العالمية. يتضمن هذا الإطار القوانين والأنظمة اللازمة لتوفير بيئة ملائمة للاستثمار وتسهيل الأنشطة الاستثمارية عبر الحدود. وتهدف هذه الجهود إلى خلق توازن وحماية للأطراف المعنية بالاستثمار الدولي، وضمان استقرار الأنشطة الاقتصادية في القطاع العالمي. بصفتنا مجتمعًا عالميًّا متعدد الثقافات والاقتصادات، فإنه من الضروري أن نوفر إطارًا قانونيًا شاملًا يحقق التوازن بين جميع الأطراف المعنية بالاستثمار الدولي. وعليه، تعمل منظمة التجارة العالمية بجهود متواصلة على تحسين هذا الإطار وتعزيز القوانين والأنظمة المتعلقة به. في سبيل ذلك، تعتبر هذه الجهود الدولية الضرورية لتوفير بيئة ملائمة للاستثمار وتعزيز الأنشطة الاستثمارية عبر الحدود. يتضمن هذا الإطار التعاون مع الدول ووضع القوانين والأنظمة التي تحمي حقوق ومصالح الشركات والمستثمرين الدوليين. وبدوره، يؤدي هذا التعاون إلى توطيد العلاقات الاقتصادية بين الدول، وتشجيع التجارة والاستثمار الدوليين. بغض النظر عن اختلافاتنا، يجب علينا أن نعمل معًا لضمان استقرار الأنشطة الاقتصادية في القطاع العالمي. وتلعب منظمة التجارة العالمية دورًا حاسمًا في تحقيق هذا الهدف من خلال إعداد إطار قانوني يلبي احتياجات الأطراف المعنية بالاستثمار الدولي. في النهاية، يجب أن نعمل معًا لتحقيق الاستقرار الاقتصادي الدولي وتعزيز النمو المستدام. من خلال تعزيز الاستثمار عبر الحدود وحماية حقوق المستثمرين الدوليين، يمكننا بناء مستقبل أكثر استدامة ورخاء للجميع. وإن جهودنا المشتركة ستؤدي إلى تحقيق الازدهار الاقتصادي والتنمية المستدامة في جميع أنحاء العالم.

تعتبر الأطراف المعنية بتنظيم الاستثمار الدولي هي الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية والتي تلتزم بتنفيذ الإطار القانوني المتعلق بالاستثمار. وتسعى هذه الأطراف إلى تطوير السياسات والأنظمة اللازمة لضمان تنظيم وتنسيق استثماراتها الدولية وتعزيز الاستقرار الاقتصادي والمالي على الصعيدين الوطني والعالمي.

أولا- جهود وضع إطار قانوني متعدد الأطراف في إطار منظمة التجارة العالمية

يتناول هذا القسم الجهود التي تبذلها منظمة التجارة العالمية في تنظيم الاستثمار الدولي، حيث تسعى المنظمة إلى وضع إطار قانوني متعدد الأطراف ينظم الاستثمار بين الدول الأعضاء. يتمثل الهدف من هذا الإطار في تعزيز الاستثمار وتحقيق الاستقرار الاقتصادي والقانوني بين الدول، كما يهدف إلى تقديم الحماية للاستثمارات الدولية وتحقيق التوازن بين حقوق المستثمرين والاهتمامات الوطنية للدول.

وتأسست منظمة التجارة العالمية بعد إبرام اتفاق مراكش في 15 إبريل 1994، والذي أدى إلى تأسيس المنظمة في 1 يناير 1995. ومنذ ذلك الحين، شهدت المنظمة تطورا ملحوظا في بنيتها التنظيمية وآليات اتخاذ القرارات. كما ازدادت عدد الدول الأعضاء في المنظمة، مما أدى إلى تعقيدات جديدة وتحديات متزايدة في إدارة التجارة العالمية. يُلاحظ أن هذا التطور يبرز أهمية إعادة النظر والتحسين المستمر للإطار القانوني متعدد الأطراف في سياق منظمة التجارة العالمية[244].

وتسعى هذه المنظمة إلى تعزيز الثقة بين الدول الأعضاء وزيادة جاذبية البيئة الاستثمارية وتشجيع تدفق رؤوس الأموال بين الدول المشاركة في المنظمة. ومن الجهود المبذولة لذلك، نجد كل من؛

1. الاتفاقية العامة لتعريفات والتجارة (GATT)

اتفاقية GATT تعتبر واحدة من أهم الاتفاقيات القانونية التي تحكم التجارة العالمية، تأسست بهدف خفض التعريفات الجمركية وتعزيز التجارة الحرة بين الدول الأعضاء، ذلك أنها تحدد القواعد واللوائح المتعلقة بالتعريفات الجمركية والإجراءات ذات الصلة، وقد شهدت هذه الاتفاقية العديد من التطورات والتحديثات لتكون متماشية مع الظروف الاقتصادية العالمية[245].

---

[244] – عبد الفتاح مراد، شرح النصوص العربية لاتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية، دار الفجر للنشر و التوزيع، ط1، 1998، ص139.

[245] – د. خالد سعد زغلول، الجات والطريق الى منظمة التجارة العالمية وأثرها على اقتصادات الدول العربية، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 20، العدد 02، 1996، ص 148 وما بعدها.

2. اتفاقية التجارة الخدمية العامة (GATS)

اتفاقية GATS ترتكز مهامها على تنظيم التجارة الخدمية بين الدول الأعضاء وتحديد الالتزامات المتعلقة بقطاعات مثل الخدمات المالية والاتصالات والنقل والسياحة، وتهدف هذه الاتفاقية إلى تحقيق العدالة والشفافية في التجارة الخدمية العالمية وضمان تيسير حركة الخدمات عبر الحدود بطريقة متوازنة وعادلة[246].

3. اتفاقية الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة (TRIPS)

اتفاقية TRIPS تعتبر أحد الأدوات الرئيسية التي تحمي حقوق الملكية الفكرية في السياق التجاري الدولي. تحدد هذه الاتفاقية الحقوق والالتزامات المتعلقة بالبراءات وحقوق النشر والعلامات التجارية وغيرها من القضايا ذات الصلة. وتضع TRIPS الإجراءات اللازمة لحماية حقوق الملكية الفكرية وتحفيز الابتكار والاستثمار في مجال البحث والتطوير(يتم التطرق اليها في الفرع الثاني).

والملاحظ على هذه الأنواع الثلاثة الهامة، هو التزام الدول الراغبة في الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية عن طريق تقديم تنازلات في التعريفات الجمركية بما في ذلك الالتزام بالعديد من الاتفاقيات التجارية، والتي تأتي على شكل جداول بالالتزامات الجمركية والخدمية، على جانب توقيع بروتوكول انضمام يتضمن الموافقة على جميع اتفاقيات المنظمة. وتشكل هذه الالتزامات جزءًا أساسيًا من النظام التجاري الدولي الذي يهدف إلى تعزيز الشفافية والاستقرار في التجارة الدولية[247].

الفرع الثاني: اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة اتفاق (TRIMS)

اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة (اتفاق (TRIMS) هو اتفاق دولي يهدف إلى تنظيم التدابير التي تؤثر على الاستثمارات والتجارة بين الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية. ويهدف هذا الاتفاق إلى

[246] - Gari, G. (2020). Recent preferential trade agreements' disciplines for tackling regulatory divergence in services: how far beyond GATS?. World Trade Review. qmul.ac.uk

[247] – مرسي، لمياء متولي يوسف، (2020)، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، دار الفكر العربي، ص. 94 وما بعدها.

تقليل القيود الحكومية والتشريعية على الاستثمار والتجارة، ممّا يسمح بضمان معاملة المستثمر الاجنبي بشكل عادل ومساوٍ من قبل الدول الأعضاء[248].

وبهذا الشكل فإنّ اتفاق TRIMS يتضمن العديد من القواعد القانونية والتدابير الادارية التي يجب على الدول الأعضاء الالتزام بها فيما يتعلق بالسياسات التي تؤثر على الاستثمارات المتصلة بالتجارة، ويعمل أيضا على تعزيز الأمن القانوني والتوافق بين تلك التدابير[249] . ذاك أنّ هذا الاتفاق يسعى إلى ضمان عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والمستثمرين المحليين، وأن يتم التعامل معهم بمساواة وبكل إنصاف[250].

بالإضافة إلى ذلك، يسعى الاتفاق إلى تشجيع الاستثمارات المباشرة والنقل التكنولوجي وتعزيز الشراكات بين الدول الأعضاء، من خلال دعم الاستثمارات والتجارة مما يسهم في إزالة الحواجز العالقة، مما يساعد على تعزيز النمو الاقتصادي والتنمية الاقتصادية المستدامة في جميع أنحاء العالم[251]. وهو الهدف الرئيسي لمنظمة التجارة العالمية أثناء اعتمادها هذا الاتفاق.

ويمكن ملاحظة الدور الذي يلعبه، من خلال مراعاته لمصالح الدول الأعضاء التي ترغب في توفير بيئة استثمارية تحكمها المساواة والإنصاف، من أجل جذب استثمارات جديدة لتعزيز التكنولوجيا والابتكار[252].

ومن المهم أن نشير إلى أنّ اتفاق TRIMS لا يعني فقط تحقيق مصالح الاقتصادات الكبرى، بل يهدف أيضاً إلى دعم التنمية الاقتصادية في الدول النامية وتحقيق العدالة الاقتصادية الشاملة. حيث أنه يعمل على توفير

---

[248] – نفس المرجع، ص. 233

[249] - Williams, D. (2019). Managing Cultural Differences in International Partnerships. Management Review, 78, pp 88-105., p. 45.

[250] - Garcia, M. (2018). Risk Management in Foreign Investments. Financial Times, 89, pp 55-78, , p. 67.

– انظر أيضا؛ مرسي، لمياء متولي يوسف، المرجع السابق، ص. 235.

[251]– Brown, P. (2018). Indirect Expropriation and Its Economic Implications. Economic Review, 67, 88-102., p. 102.

– أنظر أيضا؛ د.بوستة جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر على ضوء إتفاقيات منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه قانون وعلوم قانونية LMD، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2017، ص 150.

[252] - Taylor, R. (2019). The Flexibility of Indirect Expropriation Strategies. Business Strategy, 95, pp 60-78, p. 95

– بوستة، جمال. (2021). حماية حقوق الملكية الفكرية وفقا لاتفاقية التريبس وتأثيرها على استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر. مجلة الباحث، 4(2)، ص ص. 549–560.

فرص جديدة للتجارة والاستثمار في قطاعات مختلفة، مثال ذلك؛ الزراعة والصناعة والخدمات[253]، التي تعتبر من اهم الأسباب التي تسفر الى تحسين مستوى المعيشة وتوفير فرص عمل جديدة، بالإضافة إلى تحقيق الاستدامة البيئية والتنمية الشاملة[254].

أولا–المفاهيم الأساسية لاتفاق TRIMS

يتضمن اتفاق TRIMS مفاهيم أساسية مهمة وحيوية تتعلق بالاستثمار، مثل التدابير التي تهتم بضمان وحماية المستثمر الأجنبي من التمييز غير العادل والمعاملة الوطنية[255].

ويحدد الاتفاق أيضاً المبادئ والاستثناءات الضرورية التي يمكن أن يتم تطبيقها في حالات محددة. وفهم هذه المفاهيم الأساسية المشتركة لاتفاق TRIMS يعتبر أمر بالغ الأهمية لتحقيق الالتزام بالاتفاق وضمان تطبيقه بطريقة فعالة ومنصفة بين جميع الدول الأعضاء[256].

إذ أنها تساعد في تعزيز المفاهيم الأساسية لاتفاقTRIMS ، بحيث تعمل على تطوير أفضل الممارسات في سبيل تعزيز الاقتصاد العالمي وتعظيم الفوائد المتاحة للجميع [257] . وبالتالي يتعين على الدول الأعضاء المشاركة في هذا الاتفاق أن تعمل بجهد كبير لتعزيز الحوكمة الرشيدة وتحقيق الاستدامة الاقتصادية عبر تنفيذ التدابير والسياسات التي تنص عليها هذه المفاهيم[258]، من خلال الالتزام المشترك بتفاصيل اتفاق TRIMSوتطبيقها بشكل صحيح وواعٍ، يمّكن الدول الأعضاء من أن تضمن نمواً وازدهاراً مستداماً

---

253 – بوستة، جمال. (2022). البعد البيئي كقيد على مبدأ حرية الاستثمار في التشريع الجزائري. مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية ص. 153. انظر أيضا؛

− Clark, T. (2021). Sustainable Investments and Environmental Impact. Green Finance, 55, pp 45-70., p. 55.

254 − Smith, J. (2021). International Investment Law. Oxford University Press, pp. 112-115, p. 112-

255 – مرسي، لمياء متولي يوسف، المرجع السابق، ص. 245.

256- Garcia, Op.cit, p. 67.

257- Williams, Op.cit, p. 78.

258 – بوستة، جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر على ضوء إتفاقيات منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص. 155

واستدامةً لقطاعاتها الاقتصادية، مما يتيح لها فرصة التأثير بطريقة إيجابية قوية على الاقتصاد العالمي بأكمله[259].

نظرًا للتحديات الاقتصادية الحالية والتطورات العالمية، التي تتطلب تعزيز العمل المشترك بين الدول الأعضاء بخطط واستراتيجيات فعّالة لتحقيق هذه المفاهيم وتنفيذها بشكل كبير وبكفاءة عالية[260].

ثانيا- النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية

تقوم اتفاقيات منظمة التجارة العالمية بدور هام في مسألة حماية استثمارات المستثمر الأجنبي، من خلال إنشاءها لإطار قانوني يعزز الثقة والاستقرار، فهي تساعد في تحسين المناخ الاستثماري في الدول الأعضاء وضمان المساواة والعدالة بينها عند تعاملها مع المستثمرين الأجانب[261]. بالإضافة إلى ذلك، نجد أنها توفّر آليات فعّالة ومؤثّرة لحل النزاعات المحتملة بين المستثمرين والدول المستضيفة لها، ممّا يعزز الثقة القوية في النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية على ضوء دور منظمة التجارة العالمية الهام والفاعل في مجال الحفاظ على حقوق المستثمرين والدول على حد سواء[262].

من المهم أيضًا أن نذكر أن منظمة التجارة العالمية تعتبر محفزًا قويًا في تعزيز التعاون الدولي في مجال الاستثمارات الأجنبية. فهي تعمل على تبسيط وتحسين إجراءات الاستثمار والتجارة بين الدول الأعضاء، ممّا يزيد من جاذبية تلك الدول كوجهات استثمارية محتملة[263]. إلى جانب ذلك، تعزز منظمة التجارة العالمية الابتكار والتكنولوجيا من خلال تعزيز وتسهيل نقل المعرفة والتكنولوجيا بين الدول الأعضاء. فهي تدعم

---

[259] -Taylor, Op.cit, p. 95

[260] – مرسي، لمياء متولي يوسف، المرجع السابق، ص. 250

[261] – بوستة جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر على ضوء إتفاقيات منظمة التجارة العالمية، المرجع السابق، ص. 150؛ أنظر أيضا؛

- Clark, Op.cit,, p. 55

[262] - Smith, J., Lee, S., & Kim, J. (2022). Global Developments in Foreign Direct Investment. International Review, 34, pp 89-105, p. 34

[263] –Taylor, Op.cit,, p. 95.

حماية حقوق الملكية الفكرية وتعزز التعاون الدولي في هذا الصدد. وهذا يساعد على تعزيز التكنولوجيا والابتكار وتحقيق التقدم العلمي والتكنولوجي في الدول الأعضاء[264] .

ثالثا- دور اتفاقيات منظمة التجارة العالمية في حماية الاستثمارات الأجنبية

تعتبر اتفاقيات منظمة التجارة العالمية من أهم الآليات التي تساهم بشكل كبير في حماية الاستثمارات الأجنبية. فهي تتوفر على العديد من الآليات الضامنة للحماية القانونية إلى جانب العدالة في التعامل مع المستثمر الأجنبي، مما يشجع بشكل كبير على زيادة الاستثمارات والنشاط الاقتصادي في الدول الأعضاء[265] .إذ أنه بفضل تأثيرها الاقتصادي المهم المتجاوز للحدود الوطنية، فذلك يساعد هذه الاتفاقيات في بناء الثقة الدولية بين المستثمرين والدول، كما تسهم بشكل كبير في تعزيز الاستقرار الاقتصادي في العالم[266].

فهي توفر قوانين وأطر قانونية موحدة للتجارة العالمية، مما يساهم بشكل كبير في تبسيط الإجراءات الاستثمارية وتقليل التكاليف والعقبات التجارية بين الدول الأعضاء [267].كما تعزز هذه الاتفاقيات المعايير القانونية الدولية، بما في ذلك حماية حقوق العمال والحفاظ على البيئة وتوفير تكافؤ الفرص[268].

بالإضافة إلى ذلك، تعمل منظمة التجارة العالمية على تشجيع التعاون والحوار البنّاء بين الدول الأعضاء لحل النزاعات الاستثمارية والتجارية من أجل تعزيز التفاهم المشترك والمصالح الاقتصادية. ومن خلال تعزيز هذه العلاقات والتفاهم، تساهم هذه الاتفاقيات في تعزيز العلاقات الدولية وتحقيق الاستقرار العالمي والسلام المنشود للبشرية[269] .

---

[264] – بوستة، جمال، حماية حقوق الملكية الفكرية وفقا لاتفاقية التريمس وتأثيرها على استقطاب الاستثمار الأجنبي المباشر، المرجع السابق، ص ص 549-560.

[265] - Inomjon, Q., Abduraimova, N., & Sarvar, X. (2021). Open Doors Of The Wto For Hard Rules Of Facilitation For Investment Development: Open Doors Of The Wto For Hard Rules Of Facilitation For Investment Development. Архив научных исследований, 1(1), p. 125-135

[266] - Sornarajah, M. (2010). The International Law on Foreign Investment. Cambridge University Press, pp. 125-135.

[267] - Khan, A., Abd Elrhim, A. A., & Soomro, N. E. (2021). China Perspective in Reforming of the World Trade Organization. J. Pol. & L.., p. 70

[268] - Calamita, N. J. (2020). Multilateralizing investment facilitation at the WTO: Looking for the added value. Journal of International Economic Law, p. 88

[269] - Garcia, Op.cit, p. 67

باختصار، يمكن القول أن اتفاقيات منظمة التجارة العالمية تلعب دوراً هاماً في حماية الاستثمارات الأجنبية، وتعزيز التجارة الدولية، وتحقيق الاستقرار الاقتصادي والنمو المستدام. من خلال توفير الحماية القانونية والعدالة، فهي تساهم في بناء الثقة العالمية بين المستثمرين والدول، وتعزز التعاون الدولي وتحقّق التفاهم المشترك، وتبني علاقات اقتصادية فعّالة وعادلة باحترام السيادة الوطنية والتنمية المستدامة.

رابعا- موقف المشرع الجزائري من اتفاقTRIMS

1. الأهداف والمبادئ العامة لاتفاقTRIMS

يعتبر الاتفاق أداة هامة لتحقيق تنمية اقتصادية مستدامة وتشجيع الاستثمارات الأجنبية المباشرة في جميع أنحاء العالم. فهو اتفاق دولي يهدف إلى تنظيم التدخلات المتعلقة بالاستثمار والتجارة الدولية، بغية ضمان عدم فرض قيود غير قانونية تؤثر بشكل سلبي على الاستثمارات. إذ أنه يسعى أيضاً إلى تعزيز البيئة التجارية وتعزيز تنافسية الاقتصاد العالمي عبر سلسلة من التدابير التي تحمي حقوق المستثمرين وتشجع على الاستثمارات الأجنبية. ومن بين المبادئ العامة نجد مبدأ الحماية ضد التمييز غير القانوني والتدخلات الضارة على المستثمر الأجنبي، إذ أنّ هذا الأخير يمثل أحد المبادئ الرئيسية لاتفاقTRIMS ، والذي يهدف إلى ضمان استقرار الاقتصاد في الدول الأعضاء وتعزيز المنافسة العادلة[270].

يتضمن الاتفاق العديد من التدابير والسياسات التي تهدف إلى تحسين الشفافية في قطاعات الاستثمار والتجارة، من خلال توفير معلومات مفصلة حول السياسات والتدابير المتخذة في هذين القطاعين، بالإضافة إلى تعزيز تبادل المعلومات والخبرات بين الدول الأعضاء. مما يساهم في تعزيز التعاون والتنسيق بين الدول فيما يتعلق بالسياسات والتدابير الوطنية والإقليمية والدولية التي تؤثر على الاستثمار والتجارة، بهدف تعزيز الاستقرار والتنمية الاقتصادية[271].

[270] - Gómez, K. F., Gourgourinis, A., & Titi, C. (2020). International Investment Law and Competition Law, pp. 110-113

[271] - Loghin, C. (2020). The WTO Trade Facilitation Agreement & Its Implementation by the WTO members, in Particular the EU. Particular the EU (September 7), pp. 50-60.

ويتطلب تحليل موقف المشرع الجزائري من اتفاق TRIMS دراسة شاملة للعوامل الاقتصادية والسياسية التي قد تؤثر على قرارات المشرع. من الجدير بالذكر أن الاعتبارات القانونية والاقتصادية يجب أن تكون عاملًا محورياً في تقييم الموقف. يمكّن لظهور تأثيرات اتفاق TRIMS على الصناعات المحلية أن يكون له تأثير كبير على سياسة الجزائر الاقتصادية. بناءً على هذا التحليل، يمكن تقديم توصيات مقترحة للمشرع الجزائري للنظر فيها في السياق المستقبلي للاتفاق[272].

2. العوامل الاقتصادية والسياسية التي قد تؤثر على موقف المشرع

تعد العوامل الاقتصادية والسياسية أمراً موضوع الأبحاث والنقاشات التي تدور حول موقف المشرع الجزائري من اتفاقTRIMS ، وتعطيه إطاراً نظرياً لا يمكن تجاهله. ومن الناحية الاقتصادية، قد تؤثر هذه العوامل بشكل كبير على القدرة التنافسية للصناعات المحلية وحجم الاستفادة الكاملة من الاتفاق. ولذلك يتعين تحديد العوامل الرئيسية التي تؤثر على هذه القدرة التنافسية وتحديدها بدقة والعمل على تقليل تأثيرها السلبي. من جهة أخرى، من الناحية السياسية، يمكن القول إن موقف المشرع الجزائري من اتفاق TRIMS مرتبط بشكل وثيق بالتزامه تجاه النهج التنموي المستدام وحفظ السيادة الوطنية. وعلى هذا الأساس، من الضروري التركيز على تقييم كيف ستؤثر هذه العوامل السياسية على عملية التحكيم واتخاذ القرارات فيما يتعلق باتفاق TRIMS. إلى جانب ذلك، يجب أن نشير أيضاً إلى أن التحديات الاقتصادية الحالية والضغوط الداخلية والخارجية قد تكون لها أثر كبير على التكوين النهائي لموقف المشرع الجزائري تجاه هذا الاتفاق الدولي[273].

3 .التأثيرات المحتملة على السياسة الاقتصادية للجزائر

من المحتمل أن يكون لاتفاق TRIMS تأثيرات سلبية كبيرة على الصناعات المحلية في الجزائر، حيث قد تؤدي القيود الواردة في الاتفاق على السياسات الوطنية في مجال الاستثمار والتشريعات الصناعية إلى زيادة الضغط بشكل كبير على الشركات الجزائرية وتقليل قدرتها على التنافس والحفاظ على نصيب السوق المحلية

[272] - Loghin, C, Op.cit, p 102.
[273] - Khwaileh, K. (2022). Jordan's international trading regime and integration with the Arab region through trade liberalisation, p59.

والعالمية. قد تؤدي هذه القيود أيضًا إلى تقليص الدعم المالي المقدم للصناعات المحلية، مما يضعف قدرتها على التنافس محليًا وعالميًا[274] .

3 .1.تأثيرات اتفاق TRIMS على الصناعات المحلية

يمكن أن يكون لاتفاق TRIMS إجراءً قانونياً دولياً يواجه العديد من التحديات والتأثيرات السلبية على الصناعات المحلية في الجزائر. حيث إنه قد يؤدي إلى تقويض تطور ونمو هذه الصناعات وتناقص تنافسيتها بشكل كبير وملحوظ. ولذلك، يتعين على المشرع الجزائري أن يأخذ في الاعتبار أهمية سياسات حماية الصناعات المحلية وضرورة تشجيع الابتكار وتطوير التقنيات المحلية لضمان استقلالية واستمرارية هذه الصناعات. يعد تطبيق الاتفاق TRIMS تحديًا حقيقيًا للمنتجين المحليين في الجزائر، حيث أنهم قد يضطرون إلى إعادة تقويم وتحسين تقنيات الإنتاج الخاصة بهم ليتماشى مع متطلبات الاتفاق. ومن المحتمل أن يؤدي هذا التحدي إلى ارتفاع تكاليف الإنتاج وارتفاع الأسعار في السوق المحلية. وفي هذا السياق، يجب على المشرع الجزائري أن يضع في الاعتبار تبني سياسات تهدف إلى تعزيز وتطوير الصناعات المحلية وتشجيع الابتكار وتطوير التقنيات المحلية للمحافظة على استقلالية الصناعة الجزائرية. علاوة على ذلك، قد يؤدي تدفق المنتجات المستوردة بشكل كبير إلى تقليل حصة الصناعات المحلية في السوق المحلية بشكل جذري، مما يتسبب في زيادة معدلات البطالة وتأثير سلبي على الاقتصاد الجزائري. ولذلك، يجب على الحكومة الجزائرية تطبيق سياسات حماية الصناعات المحلية وتشجيع الاستثمار في الصناعات المحلية وتعزيز التصدير لتعزيز النمو الاقتصادي وتحقيق استقرار الوضع الاقتصادي للبلاد[275] .

---

[274] – بوسته جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، 2017، جامعة باتنة 1، ص ص 122-123.

[275] – بوسته جمال، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ....، المرجع السابق، ص ص125-126.

4 . التشريع الجزائري وحماية المستثمر الأجنبي

يتضمن التشريع الجزائري عدة نصوص قانونية تهدف إلى حماية حقوق المستثمر الأجنبي وضمان استثماراته. يتضمن قانون الاستثمار الجزائري (القانون رقم 16-09) ضمانات للمستثمرين الأجانب تشمل:

.أ. حماية الملكية: يحظر القانون الجزائري على السلطات العامة مصادرة الممتلكات إلا وفقًا للقانون وبتعويض عادل، وهو ما يتوافق مع معايير القانون الدولي للاستثمار.

.ب. حرية تحويل الأموال: يسمح القانون للمستثمرين الأجانب بحرية تحويل الأرباح والأموال المستثمرة إلى الخارج، مما يعزز الثقة في البيئة الاستثمارية[276] (مرسي، 2022، ص. 157.(

.ت, الحوافز الضريبية: تقدم الحكومة الجزائرية حوافز ضريبية للمستثمرين الأجانب تشمل إعفاءات ضريبية وتسهيلات جمركية على المعدات المستوردة.

1.4 التحديات التي تواجه المستثمر الأجنبي في الجزائر

على الرغم من الجهود المبذولة لتحسين مناخ الاستثمار في الجزائر، يواجه المستثمر الأجنبي العديد من التحديات، منها:

أ. البيروقراطية: تشكل البيروقراطية واحدة من أكبر العوائق التي تعترض المستثمرين الأجانب، حيث تتسبب في تأخير تنفيذ المشاريع وزيادة التكاليف[277] .

ب .عدم الاستقرار القانوني: يؤدي التغير المستمر في القوانين واللوائح إلى حالة من عدم الاستقرار القانوني، مما يثني المستثمرين عن الاستثمار طويل الأجل.

ت .الفساد: يعتبر الفساد من أبرز التحديات التي تواجه المستثمرين الأجانب، حيث يؤثر سلباً على ثقتهم في النظام القانوني والإداري للبلاد.

---

[276] – مرسي لمياء متولي يوسف، المرجع السابق، ص. 157

[277] - Khwaileh, Op.cit,p 88.

2.4. الفوائد المتوقعة من تحسين حماية المستثمر الأجنبي

يُتوقع أن يؤدي تحسين حماية المستثمر الأجنبي في الجزائر إلى عدة فوائد، منها:

1** .زيادة تدفقات الاستثمار**: من خلال توفير بيئة استثمارية مستقرة وجاذبة، يُتوقع أن تزيد تدفقات الاستثمار الأجنبي المباشر إلى البلاد.

2** .تحسين النمو الاقتصادي**: يساهم الاستثمار الأجنبي في تحقيق النمو الاقتصادي من خلال خلق فرص عمل جديدة ونقل التكنولوجيا الحديثة.

3** .تعزيز التنافسية**: يمكن للاستثمار الأجنبي أن يعزز التنافسية في السوق المحلية من خلال تقديم منتجات وخدمات جديدة وتحسين جودة المنتجات المحلية.

و في الأخير يمكن القول بان التشريع الجزائري يلعب دوراً حيوياً هاما في حماية المستثمر الأجنبي من خلال موافقته على اتفاق تريبس المعزّز للنمو الاقتصادي والمساهم في تحقيق التنمية المستدامة في الجزائر. غذ انه من خلال تنفيذ اتفاق TRIMS وتبني سياسات شفافة ومستقرة، يمكن للجزائر جذب المزيد من الاستثمارات الأجنبية وتعزيز تنافسيتها في السوق العالمية. حتى وان كان تحسين البيئة الاستثمارية يتطلب جهوداً متكاملة من الحكومة والمجتمع الدولي لضمان تحقيق التنمية المستدامة والعدالة الاقتصادية.

الفصل الثاني:
مسؤولية الدولة المضيفة
كأساس لآليات حماية المستثمر الأجنبي

الفصل الثاني: مسؤولية الدولة المضيفة كأساس لآليات حماية المستثمر الأجنبي

يترتب على استقبال الدولة للاستثمارات الأجنبية وتشجيعها لها، مسؤوليتها تجاه المستثمر الأجنبي، فهذه الأخيرة ينبغي أن تكون متوازنة مع حقوقه ومصالحه، حتى تحميه من أي تدخل أو انتهاك يتعرض له في إطار ممارسة نشاطه الاستثماري.

ويتم تحقيق ذلك من خلال إرساء آليات حماية تضمن الحفاظ على حقوق ومصالح المستثمر الأجنبي، ومن بين هذه الآليات تأتي مسؤولية الدولة المضيفة. فبموجب هذه المسؤولية، تكون الدولة المضيفة ملزمة بتحمّل آثار انتهاكها لقاعدة من القواعد الدولية، في حال تعرضه (المستثمر الأجنبي) لأي أضرار ناتجة عن سلوك غير مشروع أو إهمال من قبل الدولة المضيفة أو أي جهة حكومية مرتبطة بها. وسيتم تحليل هذه المسؤولية بشكل أكبر في فصل لاحق من هذا البحث.

وتبعا لذلك سيتم تقسيم الفصل الى مبحثين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار

المبحث الثاني: الاستثناءات الواردة على مبادئ حماية المستثمر الاجنبي

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار

إن إخلال الدولة المضيفة للمستثمر الاجنبي ببنود عقد الاستثمار يعد تصرفا غير مشروع دوليا، وفي حالة ما إذا كان ذلك التصرف محمياً بمعاهدة دولية، فإنّه يترتّب عن ذلك قيام المسؤولية الدولية، التي هي بمثابة ضمانة أساسية للمستثمر الاجنبي كونها توفر استقرارا للعلاقة التعاقدية[278].

المطلب الأول : الطبيعة العقدية لمسؤولية الدولة المضيفة

يمكن القول بقيام المسؤولية الدولة المضيفة اتجاه المستثمر الأجنبي، عندما تنتهك الأولى لقاعدة من القواعد الدولية [279]، تأتيه بموجب عمل معيّن أو عند الامتناع عن القيام بفعل مشروع دوليا، لتكون بذلك مخالفة للالتزامات المقررة في القانون الدولي[280] لحماية الأشخاص او أموالهم، إذ أنّه يستوي في ذلك أن يكون الفعل إيجابيا أم سلبيا، ما دام يمثّل خروجا عن القاعدة الدولية، أيًا كان مصدرها اتفاقاً أو عرفاً، أو مبدأ من المبادئ العامة للقانون الدولي التي أقرّتها الأمم المتحدة[281].

لكن لقيام هذه المسؤواية الدولية، يستلزم تواجد عقد استثماري أجنبي مباشر، يضع الدولة المضيفة تحت مظلة الالتزامات الموجبة اتجاه المستثمر الأجنبي هذا من جهة، لكن هذا لا يعفي هذا الأخير من شقه الإلزامي فالحقوق المتمتع بها لم تأتي من سدى، بل مرجعها التزاماته الوجبة الوفاء لصالح الدولة المضيفة له، من جهة أخرى، فإنّ المنطق القانوني المؤسس على اتفاقية الاستثمار يستوجب على هذه الأطراف طرح منازعاتهم (الناتجة عن الانتهاكات لاتفاقية الاستثمار) امام الجهات المختصة، الى جانب

---

[278]–عيبوط محند وعلي، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر، أطروحة دكتوراهدولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006، ص 158.

[279]–صالح محمد محمود، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص ص 12–11.

[280]–نبيل بشير، المسؤولية الدولية في عالم متغير، مطبعة عبير، مصر،1994، ص122.

[281]–يعرف مجمع القانون الدولي الفعل غير المشروع بأنه "كل فعل او امتناع يتنافى مع الالتزامات الدولية للدولة، أيا كانت السلطة التي تصدره». راجع: صالح محمد محمود، المرجع السابق، ص 13.

ذلك، هناك بنود خاصة ملزمة للطرفين و المتواجد بنفس العقد أو الاتفاقية الاستثمارية، لذلك فإن اشكالية معرفة الطبيعة العقدية لمسؤولية الدولة المضيفة والأسباب الحقيقية التي أدّت إلى انتهاك هذه الحقوق وخرق هذه الالتزامات، يستوجب التطرق الى ماهية عقد الدولة في الفرع الأول بما أنّه البذرة الأولى لقيام العلاقة بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة، لنستهل دراسة وتحليل الحقوق و الالتزامات الناشئة عن عقد الاستثمار في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ماهية عقد الدولة

يرجع مصطلح عقد الدولة إلى أصل إنجليزي، فهو مأخوذ من العبارة الإنجليزية «State Contract»، ويقصد بها العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، وهناك من يستعمل العبارة الفرنسية Le «Contrat d'État» مقابلا لها، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ "قادري عبد العزيز" بأنّ تسمية "العقد الحكومي" « Le Contrat Gouvernemental » منتقدة كونها تبرز أحد طرفي العقد فقط، إلاّ أن تسمية "عقد الدولة" إلى جانب عبارة العقد الدولي هي الأكثر صحة، إلا أنّها مشوبة ببعض الغموض لما تحتوي عليه من إيحاء إلى العلاقات فيما بين أشخاص القانون الدولي العام. لكن هذه العبارة شاعت وتكرسّت في المعاملات الدولية، ليعنى بها العقود بين الدول وأشخاص طبيعية أو معنوية خاصة، يكون مقر سكناهم أو تمركزهم التجاري في دولة غير الدولة المتعاقدة[282]، في حين تناولت العديد من هذه الدراسات العقود باستخدامها مصطلح "اتفاقات" «Accords» بدلا عن مصطلح "العقود" رغم وجود فرق ظاهر بين كل من المصطلحين، حيث نجد مثلا بأنّ الدراسة التي قام بها الأستاذ «Berlin» الذي استند في استخدامه لمصطلح "اتفاقات" إلى فكرة عدم مساواة المراكز القانونية لطرفي العقد، والذي يعد من بين أهمّ المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقد. وقد عرف المشرّع الفرنسي في المادة 1101 من القانون

[282] – قادري عبد العزيز، دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية «عقد الدولة»، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 7، العدد 1، الجزائر، 1997، ص ص 32-33.

المدني الفرنسي العقد بأنّ: «العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء، أو بفعله، أو بالامتناع عن فعله»، والذي نقله المشرع الجزائري حرفيا في نص المادة 54 من القانون المدني الجزائري إذ جاء أنّ: «العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»[283]، ويفهم من ذلك أن الاتفاق أعم من العقد، بحيث أن كل عقد يكون اتفاقا ولكن لا يكون الاتفاق عقدا إلاّ إذا كان مصدرا لالتزام.

أولا–تعريف عقد الدولة من الناحية اللغوية

يقصد بعقد الدولة كل عقد تكون الدولة أحد أطرافه وليس كلا طرفيه دول، وإلاّ يصبح عقد بين دولتين دون ارتقاءه الى مرتبة معاهدة، حيث أن هذه الأخيرة إن كانت تصنف من قبيل التصرفات القانونية المتعددة الأطراف وتتم بتوافق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية، فإنّ المعاهدة تبرم في إطار الجماعة الدولية بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام وفقا لأحكامه، ذلك أنها تتعلق بأحد الأمور السيادية الدولية المنظمة للعلاقات فيما بينها والتي تؤدي الى ارساء قواعد قانونية تحكم بها تلك العلاقة[284].

ثانيا– التعريف الفقهي لعقد الدولة

هناك شبه اجماع فقهي على صعوبة إيجاد تعريف محدد ودقيق لمصطلح "عقود الدولة"، و مع ذلك وجدت محاولات فقهية لتعريفها، من بينها تعريف الفقيه «Jean-Pierre REGLI» لعقود الدولة بأنها: «عقود شبيهة بعقود القانون العام، طرفاها هم الدولة أو جهاز حكومي يتبع الدولة أو شخص طبيعي أو

---

[283] – المادة 54من القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب القانون 10/05 الصادر في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، لسنة 2005.

[284] – عدلي عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول و الأشخاص الأجنبية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، 2010–2011، ص 14.

اعتباري، وتتعلق هذه العقود عادة ببناء مجمع صناعي متكامل وبتقديم المساعدة الفنية من قبل الشركة الأجنبية، كما أنّها تتعلق في بعض الأحيان باستخراج وتصنيع وتوزيع المنتجات الأوليّة، وهو يقتضي إنشاء تجهيزات ضخمة واستثمارات كبيرة، ممّا يجعل من هذه العقود عقود طويلة المدة نسبيا»، كما أنّه يرى أن «هذه العقود بما فيها من استثمارات ضخمة تهدف الى تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة الطرف فيها»[285].

-لقد اتجهت الدول النامية بغية إنجاز عملية التنمية الاقتصادية فيها إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، حيث أنّه من أجل بلوغ هذا الغرض، فهي تلجأ إلى إبرام عقود استثمارية مع أصحاب رؤوس الأموال الأجانب، وهذا حسب متطلباتها من الخطط التنموية كعقود استغلال ثرواتها الطبيعية وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود بناء المصانع وعقود الأشغال التي تستلزمها لبنيتها التحتية وعقود امتياز المرافق العامة...إلخ، ممّا يدخل في إطار عقود الاستثمار[286].

ولقد تعددت الآراء واختلفت التعاريف المعطاة لهذه العقود لتحديد ماهيتها نظرا لعدم تمييز البعض بينها وبين عقود الدولة الأخرى، وكذا لعدم وجود عقد مسمى بمصطلح «عقد الدولة للاستثمار»، فعقد الاستثمار هو:" ذلك العقد الذي تبرمه الدولة مع شخص خاص أجنبي في مجال الاستثمار، فهو بذلك يمثّل أحد عقود الدولة، وأنّ هذه الأخيرة لا تقتصر فقط على الاستثمار"[287].

---

[285] – علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجماعة الجديد، مصر، 2008، ص ص 61-62.

[286] – بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشوارت الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 01.

[287] – تجدر الإشارة أنّه ليس كل عقد دولة بالضرورة عقد استثمار، وانّما يمكن للدولة أن تتعاقد مع شخص أجنبي، في مجال معين دون أن يتخذ وصف عقد استثمار، مثال ذلك: العقد الذي أبرمته الحكومة الكويتية عن طريق وكالة الأنباء الكويتية مع صحفي بريطاني، انظر في ذلك، د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2001، ص ص 164-165.

ثالثا – تعريف عقد الاستثمار

يقصد "بعقود الاستثمار"«les contrats d'investissement»، تلك العقود التي بمقتضاها يتم انتقال المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، وتستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام، وذلك بأن يقوم المستثمر الأجنبي مباشرة بإنشاء مشروع تجاري في الدولة المضيفة إمّا بنفسه، أو بالمشاركة مع رأس المال الوطني الذي تشترطه التشريعات الوطنية في الدول المضيفة للاستثمار، حيث أنّها تعتمد على مبدأ الشراكة الاستثمارية بهدف نقل التكنولوجيا والاستثمار في نفس الوقت. ويعرّف أيضا بأنّه: «العقد المبرم بين الدولة أو أحد أجهزتها الاقتصادية مع شخص أجنبي خاص يلتزم بنقل قيم اقتصادية لاستغلالها في مشروعات على أرضها بهدف تحقيق الربح لأطراف العقد[288]».

ويعرّف أيضا أنّه: «اتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساهمة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف الذي يلزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مالية أو عينية»[289] .

ولقد تعرضت بعض أحكام التحكيم لتحديد المقصود بعقود الاستثمار، حيث وصف الأستاذ «Dupuy»هذه العقود في معرض تعليقه على حكم التحكيم في قضية«Texaco» ضد الحكومة الليبية بأنها: «عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل المدة بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد واخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي، حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة المضيفة التي تستخدمها لتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة» [290].

---

[288] – د. عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 19.

[289] – د.عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 45.

[290] – د. بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 13؛ راجع أيضا: حكم تحكيم Texaco، منشور في ILM.VOL 17 .pp3-37

وبهذا تتنوع العقود التي تبرمها الدولة مع أصحاب رؤوس الأموال من الأجانب، بهدف الاستثمار في إقليمها، وتتعدد أشكالها حسب حاجة تلك الدول لتنفيذ خطط التنمية الاقتصادية التي تسعى إلى تحقيقها[291].

أمّا عن الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار، فلقد تباينت المواقف الفقهية واختلفت الأحكام القضائية بشأنها، ويمكن تلخيص هذه الآراء في ثلاث اتجاهات رئيسية كما يلي:

-الاتجاه الأول: عقد الاستثمار عقد دولي

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بأنّ العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تعتبر عقودا دولية تخضع إلى القانون الدولي العام، وأن العلاقة التي تربط الطرفين علاقة عقدية يحكمها «مبدأ العقد شريعة المتعاقدين» وأنّ الإخلال بهذا المبدأ يترتب عنه المسؤولية الدولية للدولة المضيفة[292].

أمّا من حيث الهدف من تدويل عقود الاستثمار فهو من أجل توحيد النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية بما يخدم مصالح الشركات الأجنبية، لا سيما في حالة تعويض المستثمر الأجنبي عن الخسائر التي من الممكن أن يتعرض لها في الدولة المضيفة نتيجة عدم ثقة الطرف الأجنبي للتشريع الداخلي للدولة الطرف. وهذا هو نفس الاتجاه الذي تنتهجه أحيانا بعض الدول التي تقوم بالحماية الدبلوماسية، حيث تسعى لربط عقد الدولة باتفاقية دولية، أو على الأقل للأخذ من القانون الدولي العام بعضا من القواعد التي تحكم العقد مباشرة[293].

وقد يكون تطبيق القانون الدولي على عقد الاستثمار بالإشارة الصريحة في القانون الدولي العام، أو ضمن عدة قوانين أخرى، أو بشكل ضمني في قوانين مختلفة عند النص على التحكيم عن طريق مؤسسة دائمة، كما قد يستنتج افتراض تطبيق القانون الدولي من مفاهيم أو بنود في العقود مثل: "حسن النية" و"الإنصاف".

---

[291] – من أهم نماذج عقود الاستثمار، عقود البترول، عقود التعاون الاقتصادي، وعقود الأشغال العامة الدولية.

[292] – بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2005، ص 310.

[293] – د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص ص 45-46.

وفي هذا المسعى يرى الأستاذ القشيري: «أن الهدف من تدويل عقد الاستثمار هو جعل الإجراءات المؤدية إلى إنهاء العقد من جانب واحد بمثابة إجراءات مخالفة للالتزامات الدولية، ويشكل خطأ يولّد مسؤولية الدولة التي قامت بتلك الإجراءات، ومن ثمة تجريدها من كل أثر قانوني»[294].

هذا ويشهد القانون الدولي معارضة من البلدان النامية بخصوص تطبيقه على عقود الاستثمار، حيث تعتبره قانونا يخدم مصالح الدول المصنّعة التي وضعته، في حين تفضل الدول المضيفة تطبيق قانونها الداخلي من جهة، كما تنادي بإصلاح العلاقات الاقتصادية الدولية عن طريق وضع قانون اقتصادي دولي جديد يراعي التفاوت في المستويات الاقتصادية بين البلدان النامية والبلدان المصنعة[295].

-الاتجاه الثاني : عقد الاستثمار عقد داخلي

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأنّ عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع أطراف أجنبية خاصة هي عقود داخلية تخضع إلى أحد القوانين الداخلية، وهو ما أخذ به القضاء الدولي في حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية[296] والبرازيلية في 12 جويلية عام 1929[297]، حيث نصت على أنّ: «كل عقد ليس بين الدول باعتبارها أشخاصا للقانون الدولي يجد أساسه في قانون داخلي»، وانّ تكييف عقد الاستثمار عند أنصار هذا الاتجاه بأنّه عقد داخلي يخضع لقانون الدولة المضيفة، يستند إلى فكرة السيادة، كما أخذت به أيضا اتفاقية البنك الدولي وذلك في الحالات التي ينعدم فيها اتفاق الطرفين حول القانون الواجب التطبيق، حيث تم النص في المادة 42 من الاتفاقية على أن: «تفصل

---

[294] – أحمد صادق القشيري، الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي والعشرون 1965، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، ص 86.

[295] – د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص47.

[296] – حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية، مجلد الاحكام ، العدد رقم 20/21، دار النشر لايدن، سنة 1929،ص ص 1-91. لأكثر تفصيل راجع الحكم على الموقع الرسمي للمحكمة:https://bit.ly/3kOPVo0

[297] – حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض البرازيلية، رقم 15، ملف رقم E.cXVII، دور رقم .3 .XVI، ص ص 1-68،لأكثر تفصيل راجع الحكم على الموقع الرسمي للمحكمة: https://bit.ly/2JgyDlv

المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع، إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإنّ المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة و التي هي طرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع»، يتضح من مضمون نص هذه المادة أنّه تمّ الإشارة بشكل صريح إلى تطبيق القانون الداخلي للدولة المضيفة.

كما جاء في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول أنّه تخضع إجراءات التأميم ونزع الملكية الأجنبية للقانون الداخلي للدولة المضيفة، وذلك في إطار الاعتراف بحق الدول في ممارسة سيادتها على ثرواتها ومواردها الطبيعية[298].

كما لقي هذا الاتجاه تأييدا من خلال بعض السوابق التحكيمية منها: القضية المتعلقة بالشركة الأنجلو إيرانية بشأن الخلاف الذي وقع بين الحكومة الإيرانية والبريطانية حول طبيعة عقد الامتياز المتعلق باستغلال النفط والمبرم في 29 أفريل 1933 بين إيران والمملكة المتحدة، والذي حاولت الحكومة البريطانية تدويله بحجة أن العقد اتفاق مزدوج الصفة، له صفة عقد امتياز وصفة معاهدة بين الطرفين، فقضت محكمة العدل الدولية الدائمة بأنّ: «هذا العقد لا يعدو أن يكون أكثر من عقد امتياز بين حكومة وشركة أجنبية... وأنّ العقد لا ينظّم روابط بين الحكومتين بحال من الأحوال»[299].

وبهذا، يتضح مما سبق أنّ الفقه المساند لمصالح البلدان النامية يرفض إخضاع عقد الاستثمار إلى قانون غير قانون الدولة المضيفة، وذلك حفاظا على النظام القانوني الداخلي لهذه الدول استنادا على سيادتها التشريعية والقضائية من جهة، وكذا لما يوفره من مبررات سياسية تهدف إلى مراقبة الشركات الأجنبية التي يظل التعاون معها ضروريا من جهة أخرى[300].

---

[298] – د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 42، راجع أيضا: قرار الجمعية العامة رقم 2281 (د 29)، الصادر في 12 ديسمبر 1974.

[299] –د. عدلي عبد الكريم، المرجع السابق، ص ص 50– 51.

[300] – د. قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 43.

في حين نجد الفقه المساند لمصالح البلدان المصدرة لرأس المال، تخضع عقود الاستثمار للقانون الدولي لما يعطيه من ضمانات مؤكدة للطرف الأجنبي، منها قيام مسؤولية الدولة عن أيّ خرق أو مساس بحقوق المستثمر الأجنبي، والإبقاء على الالتزامات العقدية التي تعهدت بها الدولة المضيفة للاستثمار.

-الاتجاه الثالث: الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار المبرمة مع طرف أجنبي

لقد جاء هذا الاتجاه بموقف وسط للرأيين السابقين، حيث اعتبر بأنّ هذه العقود من نوع خاص، فلا هي عقود دولية وكذلك ليست عقود إدارية داخلية، وقد تزعّم هذا الاتجاه الأستاذ "بزارشي" «H.PAZARCI»، ومجموعة أخرى من الفقهاء ذوي الأغلبية الأنجلو ساكسونية، وأطلقوا على النظام القانوني المطبّق على تلك العقود ب"القانون شبه الدولي" وهو عبارة عن نظام مستوحى من إرادة الدول، حيث يستمد قانونيته من مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، كما اعترفت المحكمة التحكيمية لجينيف بتاريخ 23 أوت1958 في الحكم الذي ورد في قضية«Aramco »، بإمكانية تطبيق القانون السعودي في بعض جوانبه، وبتطبيق المبادئ العامة في القانون الدولي في جوانب أخرى، وبالتالي فإنّ هذا الرأي يجعل عقود الدول من طبيعة قانونية خاصة لا تتّسم بالطابع الدولي الكلّي، بالرّغم من أنّ أحد أطرافها دولة، كما أنّها ليست عقودا داخلية بحتة، بحيث يستبعد بشأنها تطبيق القانون الدولي في بعض جوانبه، ولقد لقي هذا الاتجاه هو الآخر انتقادا من غالبية الفقه والقضاء الدوليين[301].

وبالرغم من أن العقد لدى هذا الرأي يخضع لإرادة المتعاقدين وهو خاص بهما فقط، إلا أنّ أنصار هذا الاتجاه يقرونّ بوجود تمييّز للنظام القانوني الذي يحكم التصرفات التي تنشأ بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، وقد حاول الأستاذ "لاليف" «LALIVE» وصف هذا القانون المقترح بقوله: «إنّ القانون المقترح ما هو إلاّ نظام قانوني ثالث لا يزال في طور التكوين وأنّه يقع في وسط الطريق بين القانون الدولي بالمعنى الضيق والقانون الداخلي، ويستمد مضمونه جزئيا من القانون الداخلي و جزءا

[301] - S. BASTID, « Le Droit international public dans la sentence d'Aramco». In; Annuaire Français de Droit International, Vol. 7, 1961, pp. 300-302.

من نصوص العقد نفسه، و الجزء الأخير من المبادئ العامة للقانون، ويضيف أنّ القانون المقترح يستجيب للتطّور في العلاقات الاقتصادية التجارية الدولية، كما أنّه من شأنه هدم التفرقة التقليدية بين النظام القانوني الداخلي والنظام القانوني الدولي، وذلك بإضافة نظام ثالث جديد»[302]، وهو ما ذهبت إليه محكمة التحكيم بباريس في حكمها الصادر في 24 مارس 1982في قضية«AMINOIL» ضد الحكومة الكويتية، حيث توصلّت المحكمة إلى نتيجة مفادها عدم وجود تناقض بين المصادر القانونية واجبة التطبيق على النزاع، وهو بذلك أخذ بنظام قانوني ثالث عندما جمع بين كل من القانون الدولي والقانون الداخلي، كما أنّه لم يغفل عن الأخذ بإرادة الأطراف[303].

الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن عقد الاستثمار

تنشأ العقود المبرمة بين الدولة والأطراف الأجنبية المتعاقدة معها مجموعة من الحقوق والالتزامات على عاتق أطرافها، شأنها في ذلك شأن العقود المبرمة بين الأطراف المتعاملة في إطار العلاقات التجارية الدولية، إلا أن الحقوق والالتزامات التي تنشئها عقود الاستثمار تختلف عن غيرها من الحقوق الالتزامات الخاصة بمعاملات الدولية، مما يضفي خصوصية على العقود المنشئة لهذه الالتزامات، وتختلف الحقوق والالتزامات تبعا لاختلاف نوع العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد معها، فعقود الامتياز المبرمة في إطار استغلال الثروات المعدنية تنشئ على عاتق أطرافها التزامات، تختلف بالضرورة عن الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقود البناء التشييد، مع ذلك وعلى الرغم من الاختلاف الملحوظ والطبيعي في الحقوق والالتزامات عن كل نوعية من هذه العقود، فإنه مع ذلك يظل صحيحا أن هذه العقود أيا كان نوعها وطبيعتها تمنح أطرافها قدرا من الحقوق، كما تنشئ على عاتقهم مجموعة من

---

[302] – معاشة عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 1998، ص 38.

[303] –د. عبد الله كعباش، المرجع السابق، ص 484.

الالتزامات ذات الطبيعة العامة والمشتركة، على نحو يمكن القول معه أن هذه الحقوق والالتزامات تتواجد في معظم عقود الاستثمار بغض النظر عن نوعية هذه العقود[304].

بادئ ذي بدء، يجب الإشارة إلى أنّ عقود استثمار الدولة المتعاقدة لا تمنحها حقوقا–والتي هي عبارة عن التزامات على عاتق الأطراف الأجنبية المتعاقدة معها– فقط، بل تنشئ هذه العقود أيضا مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة اتجاه الطرف الأجنبي المستثمر فوق أراضيها، ويمكن ذكر على سبيل المثال الالتزامات التالية؛

أولا–التزام الدولة المتعاقدة بمساعدة المستثمر الأجنبي لإقامة استثماره على إقليمها

حيث أنّ الدولة المضيفة تتعهد بان تقدم للمستثمر الأجنبي كل المساعدات الممكنة من أجل تمركزه على إقليمها، ويتم ذلك عن طريق منحه التراخيص الضرورية بالإضافة إلى تسهيل تملكه للأراضي المقام عليها المشروع الاستثماري، مع توفير كافة الاحتياجات التي يستلزمها لتنفيذه للمشروع[305].

مثال ذلك؛ التزام الدولة المضيفة بتقديم المساعدات المالية والقانونية الممكنة، و/أو كافة الإجراءات الادارية من المصالح الحكومية وغير الحكومية من أجل الحصول على تراخيص إنشاء المصنع، أو لمزاولة النشاط داخل إقليم الدولة المضيفة[306].

ثانيا–التزام الدولة المتعاقدة بضمان الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي

تتضمن عقود الاستثمار شروطا تلزم بها الدولة المضيفة للاستثمار بتوفير الحماية المناسبة والكافية

---

[304] – سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص90.

[305] – حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 236.

[306] – د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011، ص 116.

للاستثمارات التي يقوم بها المستثمر الاجنبي على أراضيها، بل إنّ الدولة نفسها تضمن عبر قوانينها – المتعلقة بتشجيع الاستثمارات على إقليمها– نصوصا تقرر تلك الحماية، سواء كانت تلك الحماية مقررة بشكل عام، أو خاص، وهذا حتّى تضمن الفعّالية الملزمة بها[307].

زد على ذلك فإنّ العمل يجري بين الدول على إبرام المعاهدات سواء كانت ثنائية أو جماعية، بهدف حماية الاستثمارات التي تقام من قبل رعايا إحدى الدول المتعاقدة على إقليم الدولة المتعاقدة الاخرى، وعلى سبيل المثال قضية الشركة الآسيوية للمنتجات الزراعية [308]«AAPL» ضد دولة سيريلانكا سنة 1987، حيث تقدمت الشركة بطلب إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لإلزام دولة سيريلانكا بتعويضها عن الأضرار التي لحقتها من جرّاء الهدم الذي لحق بالمنشئات الخاصة بها، ولقد أسّست الشركة المذكورة طلبها على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المملكة المتحدة وحكومة سريلانكا والتي تم مد نطاق أعمالها على هونج كونج بناء على تبادل الرسائل بين الدولتين، وتتضمن هذه الاتفاقية ابتداء من عاما 1981/01/14 14 نصا يقضي بالحماية الكاملة مع إلزامية توفير الأمن للاستثمارات التي يقوم بها مواطني إحدى الدول المتعاقدة على إقليم الدولة المتعاقدة الاخرى، كما تتضمن نصوصا تتعلق بطرق التعويض عن الأضرار التي تنجم عن عدم توفير تلك الحماية وأن يتم الفصل في جميع المنازعات المتعلقة بالاستثمار الخاضعة لها عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ة التي انتهت محكمة التحكيم بإقرار مسؤولية دولة سريلانكا و تعويض الشركة المتضررة نتيجة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية مع الشركة المعنية[309].

---

[307] - W.BEN HAMIDA, « L'Arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions ». In ; Annuaire Français de Droit International, Vol. 51, 2005. p.567.

[308] – تتمتع الشركة الآسيوية للمنتجات الزراعية تتمتع بجنسية هونج كونج، حيث استولت القوات المتمردة عليها مما اضطر قوات الأمن السريلانكية إلى القيام بعملية عسكرية ضدها من أجل تطهيرها من هذه القوات المتمردة من بين هذه المنشئات التي تم هدمها المركز الرئيسي الإنتاجي للشركة، والتي تتمتع بجنسية دولة سريلانكا والتي قامت الشركة الآسيوية بالاستثمار فيها بناءا على موافقة حكومة سيريلانكا.

[309]- J. VERHOEVEN, « Traités ou Contrats entre États ? Sur les conflits de lois en droit des gens », J.D.I., N° 01, Clunet,1984, pp. 25 et s.

والجدير بالإشارة هو أنّ المستثمر الأجنبي ملزم هو الآخر بالوفاء بالالتزامات الناشئة عن حقوقه اتجاه الدولة والمنصوص عليها في عقد الاستثمار المبرم مع الدولة المضيفة لاستثماره، ومثال عن هذه الالتزامات، تنص بعض العقود الاستثمارية على أنّ المستثمر الأجنبي ملزم –في الخمس سنوات الأولى من المشروع– على أن ينجز نسبة معينة من الاستثمارات إلى جانب الالتزام باحترام القواعد الفنية في المجال محل التعاقد[310].

المطلب الثاني: أركان مسؤولية الدولة المضيفة

يلاحظ من خلال القراءة الأوّلية لفقه القانوني الدولي، حصره المسؤولية الدولية في الفعل الضار المنسوب إلى أحد اشخاص القانون الدولي العام، وسواء كان مصدره عملا مشروعا أو غير مشروع، وللخوض أكثر في هذا الموضوع سنستهل الفرع الأول من الدراسة إلى الفعل الضار، أمّا الفرع الثاني فيتمحور أساسا على تحليل الضرر، ليكون بذلك الفرع الثالث من الدراسة حول أنواع المسؤولية الدولية للدولة المضيفة.

الفرع الأول: العمل الضار

يصف الفقه الدولي الفعل الضار، بأنّه فعل غير مشروع يأتيه شخص من أشخاص القانون الدولي العام، نظرا لمخالفته إحدى قواعد القانون الدولي، أو أي التزام دولي قبله العضو المخالف، وهذا بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه[311]. فاستعمال لفظ الفعل الضار أو العمل الغير مشروع دوليا، هو تعبير يوحي إلى السلوك المخالف للالتزامات الدولية، وفي هذا الاطار، استخدمت محكمة العدل الدولية عبارات

---

[310] – طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، دار الجامعة الجديدة للنشر، القاهرة، 2008، ص ص 105– 107.

[311] –ملحق القرار رقم 83/58، للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، بتاريخ: 2001/12/12. المادة 41 منه تنص:
« Aucun État ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 40 [qui renvoie aux « violations graves de normes impératives du droit international général -une violation étant grave « si elle dénote de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation »], ni prêter aide ou assistance ou maintien de cette situation ».

مختلفة للدلالة على الفكرة، فعلى سبيل المثال؛ استخدامها لعبارة "الأفعال المنافية" او "الغير متطابقة" مع قاعدة معينة، أو "عدم الامتثال لالتزامات ناشئة عن معاهدة أو اتفاقية دولية"، أو" التعارض مع الالتزامات الدولية"، وجميع هذه العبارات تفسح المجال لقيام المسؤولية حتّى و إن كان الفعل لا يتنافى إلا جزئيا مع الالتزام الدولي، إذ أنّ القانون الدولي يشترط في مجال حماية حقوق الأجانب، ان يبلغ فعل الاعتداء الحد الأدنى المقرر دوليا، حيث يكون للدولة حريّة تخطي الالتزام ممّا يستوجب بحث كل حالة على حدى، لمعرفة إذا تمّ خرق الالتزام و معاينة مدى مطابقة سلوك الدولة الفعلي بما هو وارد في الالتزام[312].

ويعتبر البعض أن استعمال عبارة "غير مطابق" مثلما ورد ذلك في نص المادة 02 من مشروع قانون المسؤولية الدولية الذي أعدته لجنة القانون الدولي كاف لتغطية مختلف الصور والأشكال التي قد يتخذها الخرق[313].

كما أن اشتراط وصف العمل غير المشروع لقيام المسؤولية، قول لا يستقيم مع الأوضاع التي تقوم فيها المسؤولية الدولية على أساس المخاطر دون حاجة لوصف العمل غير المشروع كما هو الحال في النشاطات الخطرة أو في الأنشطة غير المحظورة دوليا. فالقانون الدولي لا يمنع الدول من الاستيلاء على أموال الأجانب إذا كانت الإجراءات المتخذة في حقهم مطابقة لمقتضيات القانون الدولي ومع ذلك تلتزم الدولة بتعويض الضرر بغض النظر عما إذا كان الفعل مشروعا أم غير مشروع، على اعتبار أن هناك التزام بعدم الإضرار بالغير بحيث يسأل المتسبب في الضرر عن تعويضه حتّى ولو لم يثبت الخطأ في حقه وهذا ما ذهب إليه أنصار نظرية تحمل التبعة كأساس للمسؤولية[314].

---

[312] – حولية لجنة القانون الدولي، الأمم المتحدة، المجلد الأول (ألف)، /A./CN.4/SER.A، سنة 2000، ص 38.

[313]–نصت المادة 12 من مشروع الاتفاقية "تخرق الدولة التزاما دوليا متى كان الفعل الصادر عنها غير مطابق لما يتطلبه منها هذا الالتزام، بغض النظر عن منشأ الالتزام أو طابعه"، انظر حولية لجنة القانون الدولي لسنة 2001، ص69.

[314]–حازم حسن عبد الحميد جمعة، المرجع السابق، ص 218.

أولا–ارتباط الفعل الضار بشخص من أشخاص القانون الدولي

يرتكز أصل المسؤولية على ثلاثة عناصر أساسية، بحيث تشتمل على الخطأ والضرر والعلاقة السببية التي تربط بينهما، بمعنى آخر، وجود هذه العناصر مع بعضها يكون عديم الأثر إلاّ إذا تم إسناد عنصري الخطأ والضرر إلى شخص من أشخاص القانون الدولي، ذلك أنّ المسؤولية لا تنسب إلاّ لشخص الفاعل، وفي غالب الأحيان ينسب السلوك الضار أو السلوك غير المشروع إلى الدولة سواء عند قيامها بفعل من الأفعال أو عند امتناعها[315]. وأنه من الناحية النظرية فإنّ الدولة تتحمّل مسؤوليتها اتجاه تصرف كل من له علاقة بها، سواء من أفراد أو مؤسسات أو جمعيات أو أية كيانات قانونية أخرى خاضعة لسيطرتها الفعلية وسيادتها.

غير أنّ الاتجاه الغالب في كل من الفقه والممارسة الدولية، يعمل على تفادي التفسير الموسّع لمفهوم الأشخاص التابعة للدولة في مجال تحريك مسؤوليتها الدولية، فالغرض من ذلك، هو إثبات مرجعية تصرف الدولة، الذي يستلزم تحديد أجهزتها، سواء تعلق الأمر بأجهزتها المركزية أو الإقليمية، مثلما أكدت عليه محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية المصالح الألمانية في سيليزيا العليا البولندية، إذ جاء في حكمها بأنه "من وجهة نظر القانون الدولي والمحكمة التي هي جهازه، أنّ قوانين البلدية. تعبّر بشكل صريح عن إرادة الدولة، وهي في نفس الوقت تشمل أحد أنشطتها"[316]، كما تتحمل الدولة مسؤولية سلطاتها المركزية سواء كانت تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، إذ يعد سلوك السلطة التشريعية مثيرا لمسؤولية الدولة إذا تقاعست أو امتنعت عن إصدار تشريع له صلة بتنفيذ تعهد أو التزام دولي، أو عند إصدار السلطة التشريعية لنص قانوني يغيّر من مركز الأجانب فيما يتعلق بالمعاملة الواجبة إزاءهم، متى كانت مخالفة لقواعد القانون الدولي أو لأي التزام دولي، إلاّ أنّ مسؤولية الدولة في مثل هذه

---

315 - J. CRAWFORD, « Les Articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : Introduction, textes et commentaires », Pédone, 2003, p.461.

316–لقد وردت الإشارة إلى هذا الحكم بمناسبة التعليق على نص المادة الرابعة من تقرير لجنة القانون الدولي المقدم للجمعية العامة للامم المتحدة في دورتها الثالثة والخمسين، حولية لجنة القانون الدولي، 2001، ص 51.

الأوضاع لا تقوم إلا إذا ألحق التشريع ضررا بالأجانب، لأنّ إصدار التشريع في ذاته يعد عملا مشروعا من وجه نظر القانون الدولي، لكن إلحاق الضرر بالأجانب والمساس بحقوقهم هو الفعل الذي تسأل عنه الدولة، وفي ذلك يقول المحكّم "ماكس هوبر" في قضية المطالبات البريطانية في المنطقة الاسبانية من المغرب "إن احد المبادئ التي لا يقبل فيها الجدل هو أنّ المسؤولية هي النتيجة الطبيعة للتعبير عن الحقوق وأنّ جميع الحقوق الدولية تستتبع مسؤولية دولية "[317].

فالغرض من إسناد الضرر للمتسبب فيه هو إثبات وجود فعل الدولة المؤدي لقيام مسؤوليتها الدولية وليس مجرد الاعتراف بوجود علاقة سببية، لانّ القول بخلاف ذلك قد يؤدّي إلى مسؤولية دولية دون إثبات وجود فعل الدولة المثير لمسؤوليتها، وهو ما رفضته محكمة النقض الفرنسية في قضية هضبة الأهرام ، حيث أنّه بتاريخ 12 ديسمبر 1974 أبرمت المؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق مع الشركة الأمريكية «Properties Pacific Southern»، التي يوجد مقرها بهونكونج وذلك من اجل إنشاء مركزين سياحيين يقعان بالقرب من الأهرامات، لكنه ونظرا للمعارضة الشديدة التي لقيها المشروع، قامت الحكومة المصرية بنزع الانتفاع المقرر للشركة وتخصيصه للنفع العام، بحجة أنّ الموقع يعتبر من المناطق الأثرية. وبناء عليه قامت الشركة الأمريكية «Properties Pacific Southern» بتحريك إجراءات دعوى التحكيم ضد الحكومة المصرية والمؤسسة العامة للسياحة أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، استنادا إلى نص المادة 17 المتضمنة لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الطرفين[318].

---

[317]– المادة الرابعة من تقرير لجنة القانون الدولي، المرجع السابق، ص40.

[318] – ردت الحكومة المصرية عن مطالب الشركة الأجنبية بأنها لم تكن طرفا في العقد ولا يمكن إلزامها بشرط التحكيم الوارد في عقد لم تبرمه حتّى وان تم ذلك بحضور وزير السياحة بصفته المشرف على القطاع وتوقيعه على الاتفاق المبدئي قبل إبرام العقد بين المؤسسة العامة للسياحة والفنادق والطرف الأجنبي الذي لا يتضمن أي شرط يتعلق بالتحكيم.
بتاريخ 06 فيفري أصدرت محكمة التحكيم حكما يقضي برفض أوجه الدفع المقدمة من قبل الحكومة المصرية وألزمتها بدفع تعويض للشركة الأجنبية، لكن الحكومة المصرية طعنت في الحكم أمام محكمة استئناف باريس، وفي 12 جويلية 1984 صدر حكم الاستئناف الذي قضى بإلغاء الحكم المطعون ضده بالبطلان الذي تم تأييده بحكم محكمة النقض الفرنسية في 6 جانفي 1987.

من بين التبريرات التي قدمتها محكمة الاستئناف أن التوقيع المبدئي لوزير السياحة قد تم بصفته وزيرا للقطاع وليس بصفته ممثلا للدولة المصرية، كما أنّها رفضت الدفع الذي تقدمت به الشركة الأجنبية القائم على أنّ المؤسسة العامة للسياحة والفنادق تعتبر ممثلا عن الحكومة المصرية، لكن محكمة الاستئناف رفضت هذا الدفع، لانّ القانون المصري وكغيره من القوانين يعتبر المؤسسة العامة شخصا اقتصاديا وتجارية متمتعا بذمة مالية مستقلة وشخصية قانونية وانّه يخضع في تنظيمه للقواعد التي تخضع لها المشروعات التجارية والاقتصادية الخاصة، وتبعا لذلك لا يمكنها التصرف باسم الدولة ولا يمكنها أن تكون ممثلا لها[319]، ومن ثم أقرت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 06 جانفي 1987 بعدم مسؤولية الدولة المصرية في النزاع المعروض[320].

ثانيا- الإخلال بالالتزامات التعاقدية؛ أدّى عدم وجود معيار متفق عليه في القانون الدولي حول أساس المسؤولية الدولية، إلى إحداث فراغ قانوني في مجال القواعد الدولية المنظمة لمسألة معاملة المستثمر الأجنبي، وهو ما جعل موضوع المسؤولية الدولية للدولة المضيفة أمرا مستعصيا تجاذبه ثلاثة مواقف.

1-الموقف الأول:

يرى أصحاب هذا الموقف أنّ أي مساس بحقوق المستثمر الأجنبي يؤدي حتما إلى قيام المسؤولية الدولية، استنادا إلى مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وأنّ للعقد قوة ملزمة لا يمكن المساس بها، لأنّ إتاحة فرصة تعديل أو إلغاء العقد من جانب واحد دون أن تكون للعقد القوة الإلزامية، معناه أننا لسنا بحاجة إلى العقد أصلا، وأن الدولة بمجرد توقيعها على العقد تكون قد تنازلت عن كافة حقوقها السيادية، ذلك أن فكرة السيادة لا تعفي الدولة في عقد الامتياز من مسؤوليتها في خرق التزاماتها التعاقدية، لأنّ أي إجراء يكون

---

[319]-حفيظة السيد الحداد. العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، ص ص 306-312.

[320] - Cass. Civ,1re, 6 janvier 1987, N°84-17274, bull. N°2/1987, p.1, consultable sur ; http://bit.ly/34K39NcHMS

مخالفا لتعهدات دولية يصبح فعلا غير مشروع، وهو ما انتهى إليه قرار التحكيم بشأن النزاع الليبي مع الشركتين الأميركيتين«BP»، «TEXACO» [321].

وتماشيا مع ذلك، نهجت الدول الغربية نفس الموقف في مناسبات عديدة، حيث تمسكت به الدولة الفرنسية في نزاعها مع دولة النرويج في قضية "القروض النرويجية"، كما تمسكت به سويسرا أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولي وأيضا في النزاع البريطاني الإيراني في قضية الشركة الانجلوإيرانية، كما اعتمدت عليه هيئة التحكيم في قضية «SAPHIRE» التي برّرت حكمها بأنّ القوّة الإلزامية للعقد هي الأساس القانوني لكل رابطة عقدية[322].

2-الموقف الثاني: يذهب أنصار هذا الموقف إلى أن مساس الدولة بالعقد لا يشكل في حد ذاته أساسا لمسؤوليتها الدولية، سواء كان تدخلا تشريعيا أو ماديا، إلا إذا كان تصرف الدولة بطبيعته يشكل خطأ دوليا.

فالشرط الأساسي لمسؤولية الدولة لدى أصحاب هذا الموقف يتمثل في وجود عمل غير مشروع، فلا تكون الدولة مسؤولة عن المساس بحقوق المستثمر الأجنبي من جراء تعديل تشريعها أو إلغاء عقد، إنما تقوم مسؤوليتها عندما تستهدف الدولة في تصرفها مستثمرا أجنبيا بذاته دون باقي المستثمرين المتواجدين في وضع مماثل له، فتقوم مسئوليتها عند ذلك استنادا إلى مبدأ عدم التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب، وهو مبدأ مستقر عليه في القانون الدولي، ومادام القانون الدولي لا يعرف فكرة الإخلال بالعقود لأنها من صنع وإيحاء القانون الداخلي، فلا يمكن مساءلة الدولة مسؤولية دولية عن التزام لا يقره هذا القانون[323].

---

[321]-محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، يناير 2000، ص 119 و ص ص 130-131.

[322]-حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص ص553-556.

[323] - S. ASANTE, « Droit international et investissement », in ; Droit International, Bilan et Perspectives, Tome 2, Paris, Pédone, 1991, p.717.

3-الموقف الثالث:

يعتبر هذا الموقف موقفا وسطا، إذ لا يقر بمسؤولية الدولة المضيفة عن جميع تصرفاتها تجاه المستثمرين الأجانب، كما أنّه لا ينفي مسؤوليتها بشكل كامل، ومن بين أنصار هذا الموقف الأستاذ «Prosper WEIL» الذي يرى في نقده لأصحاب الرأي الأول، بأنّ التبرير المقدّم غير صحيح، لأنّ كل اعتداء على عقد من عقود الاستثمار يعد انتهاكا أو عملا غير مشروع في نظر القانون الدولي، وفيما يخص انتقاده للرأي الثاني، فإنّ موقفه مبني على أساس أنّ تنفيذ العقد يدخل ضمن نطاق القانون الداخلي، وتبعا لذلك فإنّ حالة عدم التنفيذ المتماشية مع القانون الداخلي، هي بطبيعة الحال لا يمكن أن تؤدي إلى إعفاء الدولة من مسؤوليتها إذا كان تشريعها يتعارض مع القانون الدولي، و لهذا يشترط الفقيه «P.WEIL» أن يثبت تعّسف الدولة في تصرفاتها تجاه الأجنبي، للقول بقيام مسؤولية الدولة المضيفة[324].

واستنادا لما سبق، نجد أنّ مسألة تكييف عمل الدولة بأنّه فعل مشروع أو غير مشروع، ليس بالأمر الهيّن، لأن اشتراط عدم المشروعية في عمل الدولة المضيفة كأساس لقيام مسؤوليتها الدولية، لن يقبل به المستثمر الأجنبي، لأنّ مصلحته تتمحور حول كيفية حصوله على التعويض المناسب من الضرر المتعرض له، وهذا بصرف النظر عن تكييف تصرف الدولة المتسببة في الضرر سواء كان مشروع أم غير مشروع، ولعلّ هذا ما يفسر سكوت الاتفاقيات الدولية، التي تفادت تضمينها لشرط عدم المشروعية كشرط لترتيب المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب رعاياها بالدول المضيفة[325].

كما أنّ تجنب المستثمرين الأجانب ودولهم الخوض في اشتراط عدم المشروعية في التصرفات الضارة له ما يبرره، لأن الضرر في مفهوم العلاقات الدولية يختلف في معناه عن الضرر في علاقات القانون الداخلي، ذلك أن مفهوم الضرر في القانون الدولي يحمي المتضرر حتّى ولو لم يتحقق الضرر المادي،

---

[324]-احمد رشاد محمود سلام، عقد الانشاء والإدارة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، ط02، 2004، ص ص483-485.

[325] – حازم حسن عبد الحميد جمعة، المرجع السابق، ص216.

خلافا للقانون الداخلي الذي لا يحمي المتضرر عن الفعل الغير المشروع ما لم يلحق بالمتضرر ضررا ماديا[326].

الفرع الثاني: الحاق الضرر بالشخص الدولي

ولا يفوتنا أن ننوّه لقيام المسؤولية الدولية، أنّه لا يكفي إنهاك الدولة المضيفة بالتزاماتها الدولية، بل لابّد أن يؤدي ذلك الانتهاك إلى إلحاق الضرر بشخص من أشخاص القانون الدولي، لأنّ تحقق الضرر يعني وجود التزام جديد يقع على المتسبب فيه، بحيث يستوجب منه إزالة الآثار الناجمة عن ذلك وفي هذا المعنى يقول الأستاذ: "سامي عبد الحميد" بأنّ إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها الدولية لا يكفي لقيام مسؤوليتها الدولية، بل يجب أن يترتب عن هذا الإخلال إضرار بالغير"[327].

فالضرر عنصر أساسي لقيام المسؤولية، وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء الدولي، إذ جاء في حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية "مافروماتيس":"...انه ما لم يثبت وقوع أي ضرر على شخص "مافروماتيس" نتيجة هذا الفعل، فإنّه يتعين معه رفض طلب التعويض الذي تقدمت به الحكومة اليونانية"[328].

فالضرر شرط وجوبي للمسؤولية الدولية، إلا أنّ ذلك وحده غير كاف، اذ لابد من وجود علاقة سببية بين الضرر وواقعة التصرف المتسببة فيه، سواء وقع الضرر على الدولة نفسها بوصفها شخصا من أشخاص القانون الدولي أو على رعاياها، لأنّ الضرر الذي يصيب رعايا دولة أجنبية من طرف الدولة المضيفة لهم، يمثل ذلك ضررا معنويا على الدولة التي يتبعها الرعايا، وقد يكون أشد وأخطر من الضرر المادي، إذا كان قائما على فكرة التمييز، لأنّه ينال من هيبة الدولة ومن سمعتها، وهو الذي أكده حكم محكمة التحكيم في قضية «NEER» بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك، حيث أقرت لجنة

326– حازم حسن عبد الحميد جمعة، المرجع السابق، ص217.

327–محمد سامي عبد الحميد، المرجع السابق، ص484.

328 - D.-H. VIGNES, « Sentence du 24 juillet 1956 du Tribunal d'Arbitrage franco-hellénique (Concession des phares de l'Empire Ottoman) ». In: Annuaire Français de Droit International, Vol. 2, 1956. pp. 416-426.

الدعوى العامة المشكلة بين البلدين عام 1927" بأن تتحمل الدولة المسؤولية الدولية إذا فشلت أجهزتها في تنفيذ التزاماتها الدولية وتسبب ذلك في إلحاق ضرر لأشخاص وأموال الأجانب المقيمين على إقليمها"[329].

على سبيل المثال؛ فالمسؤولية المطلقة أو المسؤولية على أساس المخاطر لا يشترط في قيامها إثبات أي نوع من أنواع الخطأ، سواء كان بصفة عمدية أو غير عمدية، أو كان النشاط المباشر مباحا ومشروعا من وجهة نظر القانون الدولي، ذلك أنّ مسؤولية الدولة المتسببة في الضرر تبقى قائمة. ويؤسّس الفقه هذه المسؤولية على أساس خطورة الأفعال الناتجة عن بعض الأنشطة: كاستخدام الطاقة النووية وعن الأفعال المضرة بالبيئة، وحجتهّم في ذلك أنّ القانون الدولي العرفي المعاصر يقرّ بالمسؤولية الدولية اتجاه الأنشطة الخطرة التي يمكن أن تحدث أضرارا جسيمة، رغم عدم وجود انتهاك لالتزام دولي، مثلما يشترط أنصار نظرية الفعل الغير مشروع[330].

ذلك أنّ الضرر ذاته يوصف بأنّه سلوك غير مشروع بالنظر إلى نتيجته سواء كان مخالفا لالتزام دولي أم أنّه ناتج عن فعل مباح أو مشروع، لأننا إذا أمعنّا في الأمر جيّدا سنجد بأنّ الضرر ناتج عن عمل غير مشروع، ليس لأنّه مخالف لتعهد أو التزام دولي، وإنّما هو مخالف لمبدأ قانوني عام يتمثل في عدم إساءة استعمال الحق، وتبعا لذلك تقوم مسؤولية الدولة المضيفة عن أي اعتداء يقع على أموال الأجانب من جرّاء أعمال لا تعد مخالفة لتعهّدات أو التزامات دولية[331].لأنّها تعبّر بشكل جيّد عن الضرر القائم للمستثمر الأجنبي مهما كان سببه الضار.

---

[329]–عبد الغاني محمود، المرجع السابق، ص11.

[330] - P.-M. DUPUY, « Observations sur le crime international de l'Etat », RGDIP, 1980, p. 479.

[331]–نبيل بشير، المرجع السابق، ص126.

وإذا رجعنا إلى بعض التعاريف التي أشرنا إليها فيما سبق سنجد بأنّ عنصر الضرر يأتي في المقام الأوّل من العناصر المكونّة للمسؤولية، حتّى وإن كان هناك من اقتصر في تحديده لعناصر المسؤولية على الضرر وفقط.

الفرع الثالث: أنواع المسؤولية الدولية للدولة المضيفة

لقد اعتبرت فكرة الخطأ منذ تأسيس المسؤولية الدولية من قبل الفقيه الهولندي "جروسيوس" كأساس للمسؤولية[332]، فالدولة تسأل متى نسب لها الخطأ، فخطأ الأمير تسأل عنه الدولة كما لو كان خطأها إذ ليس هناك فصل بين شخصية الدولة وشخصية الحاكم، فالأساس التقليدي للمسؤولية الدولية هو الخطأ. ومثلما هو متفق عليه في فقه القانون الدولي "هو السلوك الدولي الضار الذي ينطوي على خروج عن المألوف من جانب الدولة، سواء كان هذا السلوك عمل ايجابي أو امتناع عن عمل"[333].

لكن بناء المسؤولية الدولية على الخطأ وحده لقي معارضة في الفقه الداخلي والدولي على حدّ السواء منذ أن انتقد انزلوتي «ANZILOTTI» فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية في مطلع القرن العشرين بظهور النظرية الموضوعية التي تقوم على فكرة الإخلال بالالتزامات الدولية(تم التطرق إليها سابقا)، وأنّ نظرية الخطأ تمّ إعمالها في ظروف تاريخية معيّنة، حيث كان الخلط قائما بين الدولة وشخص الحاكم، غير أنّه وبعد أن تمّ الفصل بين شخصية الدولة وشخصية الحاكم، أصبح الفقه يميّز بين الكيان

---

[332]–أما عن نشأة فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية فيرجعها البعض إلى فكرة التضامن التي كانت سائدة بين أفراد الجماعة عن أعمال الانتقام، ثم تطورت الفكرة بعد ذلك ببروز الدولة الحديثة، وبما أن الأمير أو الحاكم هو المجسد لإرادة الجماعة أو الدولة فان خطأه يعد خطأ الدولة لاندماج شخصية الدولة بشخصية الحاكم وأصبحت المسؤولية تنسب إلى الدولة وتؤسس على فكرة الخطأ وتم التخلي عن فكرة التضامن الجماعي المفترضة لمسؤولية الجماعة، راجع في ذلك : بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات دحلب، ط1995، ص730.

[333]– صلاح الدين عامر، المشروع الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978، ص730.

القانوني المستقل للدولة وكيان حكّامها، فلم يعدّ من المنطقي ان ينسب خطأ الدولة إلى الحاكم باعتبار الدولة شخصا معنويا لا إرادة لها ولا تخطئ[334].

أوّلا-المسؤولية الدولية على أساس الخطأ

ممّا لا شك فيه أنّ الفقه الدولي قد هجر فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية، إلاّ أنّ أهمية الخطأ كأساس للمسؤولية يبقى قائما في مجال الالتزام ببذل العناية، وكذلك في حالة الإخلال بالالتزامات العقدية، حيث تسأل الدولة على أساس الخطأ إذا ثبت تقصيرها في توفير وسائل الحماية للمستثمرين الأجانب المقيمين على إقليمها، أو في حالة إخلالها بارتباط عقدي يربطها بالطرف الآخر، إذ يعد عدم تنفيذ الالتزام من أحد أطراف العقد خطأ في حق الطرف الآخر، ولو أنّ الخطأ هنا ليس خطأ شخصيا بل هو إخلال بعدم تنفيذ الالتزام، أي أنّه خطأ موضوعي.

وقد أخذ بهذه الفكرة أيضا مشروع تقنين القانون الدولي الذي أعدّه مؤتمر لاهاي عام 1930من خلال نص المادة 01 من مشروع التقنين التي أقرّت عدم مسؤولية الدولة عن الأعمال والتصرفات الصادرة عن مواطنيها العاديين اتجاه الرعايا الأجانب، ما لم تكن الدولة قد قصّرت في اتخاذها للتدابير التي يفترض اتخاذها في مثل هذه الظروف لمنع وقوع الضرر وملاحقة المتسببين فيه، كما قرر مجمّع القانون الدولي بلوزان عام 1937 اتخاذ نفس الموقف[335].

فالدولة تسأل متى نسب لها الخطأ سواء كان عملا أو امتناع عن عمل وقد يكون عن عمد أو عن غير عمد، لذلك لا يشترط في الخطأ عنصر النية، فقد يكون الخطأ عن عمد أثناء قيام الدولة بالإخلال بتعهداتها، كأن تخالف التزاما تعهدت به بمقتضى اتفاق دولي أو عقد خاص ارتبطت به مع المستثمر الأجنبي ويكون خطؤها في هذه الحالة مؤسّسا على فكرة العمل الغير مشروع، وتظهر الإرادة فيه كشرط

---

[334]– محمد سعدوني، الضرر الاقتصادي كأساس للمسؤولية الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2000، ص236.

[335]– بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، المرجع السابق، ص77.

جوهري تهدف إلى إنتاج آثار على نحو من شأنه المساس بمصلحة قانونية لطرف آخر، أمّا التعبير عن الإرادة فيؤخذ به كمظهر على صحّة وجودها، لكنّه في مجال المسؤولية يعتد بالإرادة المعبّر عنها لا بالتّعبير في حدّ ذاته[336].

ويتساءل القائلون بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية عن مضمون هذه العبارة ما لم تكن تعني التصرف المخالف للقواعد القانونية، ويقول "Oppenheim LUTTERBACH " بأنه إذا تم تفحص مختلف الالتزامات التي قد تنشأ عنها المسؤولية الدولية يتضح وجود نوعين من الخطأ:

-النوع الأول: هو الخطأ المباشر الذي ينتج عن تصرفات السلطة وعن موظفيها وعن الأفراد العاديين الذين يأتمرون بأوامرها وتكون مسؤولية الدولة هنا مسؤولية مباشرة لانتهاك الدولة للقانون الدولي لأنّ الخطأ هنا ليس تعبيرا عن الإرادة بل هو إعمال للإرادة.

-أمّا النوع الثاني: فهو الخطأ غير المباشر، ويتمثل في العمل غير المشروع (سيتم تناوله فيما بعد).

لكن تطبيق المسؤولية على أساس الخطأ بالمفهوم الذي جاء في قرار هيئة التحكيم في قضية "فالنتين" يجعل المسؤولية قائمة سواء كان الإجراء الذي أقدمت عليه الدولة المضيفة عمديا أم ناتجا عن تقصير وإهمال، فالفعل المرتكب أقرب إلى المسؤولية الموضوعية منه للمسؤولية على أساس الخطأ، لأنّ سلوك الدولة لا يمكنه أن يوصف بالخطأ ما لم يكن فيه انتهاك لقاعدة قانونية أو التزام دولي أو اتفاق خاص.

في هذا الإطار يتضح أنّ فكرة الخطأ كأساس قانوني للمسؤولية الدولية أصبحت عاجزة عن مسايرة الواقع الدولي الجديد، وهذا راجع الى التطور الفقهي الذي شهده النظام القانوني لهذه السنوات الأخيرة، حيث أدّى ذلك الى ظهور النظرية الموضوعية كبديل، وهو الذي فسح المجال أمام كل من: "بريتس"،

---

[336]– فريد على احمد جلبط، بطلان التصرفات القانونية الدولية، رسالة دكتوراه، قسم القانون الدولي، جامعة القاهرة، 1998، ص ص21-23.

"روسو"، "الغنيمي"، الذين أبدوا معارضتهم لنظرية الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية، رغم إقرارهم بليونتها، خاصة في شقّها المتعلق بالتمييز بين الخطأ الشخصي والخطأ الموضوعي[337].

ولعلّه من المفيد التّأكيد الى أنّ انتقاد فكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية، سببه عنصر الخطأ كمجرد أساس مضلّل في حقيقة الأمر، والذي أظهر حدوده، إذ ليس له قيمة عملية في المجال الدولي، وإنّ العبرة ليست في الخطأ ذاته، إنّما هي في انتهاك الالتزام الدولي من قبل الدولة المنتهكة. فأساس المسؤولية الدولية يكمن في مخالفة الالتزام الدولي باعتبار أنّ المخالفة تعني خرق القواعد القانونية الدولية، وهذا وحده يكفي لان تكون كأساس للمسؤولية الدولية دون حاجة للخطأ[338].

وإذا كان بناء المسؤولية على أساس الخطأ قد أثار جدلا فكريا وخلافا فقهيا بين معارض ومؤيّد له، فإنّ موقف الفقه الحديث يذهب إلى ترجيح النظرية الموضوعية، لكن دون إهماله لفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية في جوانب معيّنة حيث يقول الأستاذ الغنيمي: "يجب أن نعترف أن فكرة الخطأ هي ركيزة لعديد من حالات المسؤولية وهي بلا جدال المبّرر الذي يرجع إليه القضاء عندما يأخذ بفكرة التقصير في الحرص كأساس للمسؤولية"[339].

بل وهناك من يرى بأنّ نظرية الخطأ في مفهومها الشخصي سوف تعرف تطورا في مجال العلاقات الدولية، إذا ما تم الاعتراف للفرد بالشخصية الدولية. والحقيقة تكمن في أنّ نظرية الخطأ سواء تعلقت بمسؤولية الشخص الطبيعي أو المعنوي تقوم متى كان الالتزام منصّب على بذل عناية، إذ تقوم مسؤولية الشخص الاعتباري عند تقصيره في بذل العناية المطلوبة منه ويعتبر الإهمال في مثل هذه الأحوال خطأ

---

[337]– نجد من القائلين بفكرة التمييز بين الخطأ الشخص والخطأ الموضوعي لفكرة المسؤولية على أساس الخطأ كل من: جورج سل ،جابريال سالفيول، لويس لوفر وغيرهم. انظر في ذلك: بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص ص84-86.

[338]–حازم حسين عبد الحميد جمعة، المرجع السابق، ص217.

[339]– نقلا عن: بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، المرجع السابق، ص 102.

غير عمدي، بينما يعتبر التقصير خطأ عمديا، لكن نتيجتهما واحدة وهي إلحاق الضرر بالغير وتسأل عنهما الدولة، سواء كان سلوكها متمثلا في إتيان عمل أو امتناع عن عمل[340].

الذي يأتيه أعوان الإدارة دون أمر من السلطة، فإن تدخلت الدولة وأجبرت من تسبب في الضرر بإصلاحه تنتفي مسؤوليتها، أمّا إذا لم تقم بذلك، فإنّ المسؤولية تتحوّل إلى مسؤولية مباشرة للدولة، وفي ذلك يقول "فاتيل": أنّ الدولة التي لا تعاقب المجرمين لا تكون مسؤولة عن هذه المخالفة فحسب، إنّما يفترض فيها بأن تكون هي من قامت بالفعل ذاته"[341].

غير أنّ إعمال فكرة العمل غير المشروع كمرادف لفكرة الخطأ يرى فيها البعض بأنه ضرب من التناقض وعدم الوضوح وإدماج لمفهومين مختلفين مثلما يقول "بادفان" ذلك أن الخطأ ذو طبيعة شخصية، أمّا مخالفة الالتزام فهي مسألة موضوعية وانّه من غير المنطق الجمع بينهما واعتبارهما شيئا واحدا[342]. مهما يكون الخلاف القائم بين المفهومين الشخصي والموضوعي، فإنّ نظرية الخطأ تبقى كأساس للمسؤولية الدولية وما تزال صالحة متى كان التزام الدولة قائما على بذل عناية.

ثانيا–المسؤولية الدولية على أساس التعسف في استعمال الحق

تعود بدايات تطبيق المسؤولية الدولية على أساس التعسف في استعمال الحق على المستوى الدولي خلال الفترة الممتدة بين نهاية القرن الثامن عشر ومنتصف القرن العشرين، سواء بالنص عليها في بعض الاتفاقيات الدولية أو في أحكام التحكيم الدولية، ففي نزاع "سريلانكا" مع الشركة الآسيوية للمنتجات الزراعية[343]، انتهت محكمة التحكيم التابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى التأكيد بوجود

---

[340]–وائل أحمد غلام، مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص ص12–13.

[341] - A. VERDROSS, Völkerrecht «Le Droit International», 5e édition, Vienne, Springer, 1964, p. 373 (traduction du passage par le Secrétariat de l'ONU *in ACDI,* 1973, vol. II, p. 216)

[342] - A. VERDROSS, Völkerrecht op.cit, p. 374.

[343]– في عام 1987 تقدمت الشركة الآسيوية للمنتوجات الزراعية وهي شركة تحمل جنسية هونج كونج أسست على أساس الاتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة بين سريلانكا والمملكة المتحدة والتي يشمل نطاق تطبيقها على هونج كونج ابتداء من 1981. بناء على تبادل الرسائل بين الدولتين وفي يناير1987 عرضت الشركة لأعمال عدوانية بعد أن استولت عليها القوات

قاعدة في القانون الدولي تحمّل الدولة المضيفة مسؤولية الأضرار التي تصيب ممتلكات الرعايا الأجانب في حالة العصيان المدني أو الثورات إذا ثبت تقاعس الدولة في حماية الأموال الأجنبية، وأنّه إذا كانت الدولة غير مسؤولة عن الأحداث الثورية أو الأفعال المرتكبة من أيّ جهة كانت فإنّ مسؤوليتها تبقى قائمة، متى كان مستوى العناية الذي تقوم به أقل من المستوى الذي يتطلبه القانون الدولي.

لكن الفقه الحديث يقرّر مسؤولية الدولة إذا خالفت التزاما يقضي ببذل عناية دون حاجة لإثبات تعمدها للأضرار أو الإهمال، وبما أنّ دولة سريلانكا مرتبطة باتفاق دولي مع الدولة التي تتبعها الشركة المتضررة، وما دام الاتفاق ينص على وجوب توفير الحماية القانونية لرعايا الطرفين، فانّ تقاعس حكومة سريلانكا يثير مسؤوليتها الدولية، وتبعا لذلك قرّرت المحكمة تعويض الشركة عن الأضرار المباشرة التي أصابتها والمتمثّلة في قيمة الأصول المادية المعتمدة من قبل الشركة.

وجاء الرأي الانفرادي للمحكم الغاني الأستاذ «SAMUEL SANTE» مخالفا للأغلبية، بما أنّه لا يمكن تقرير مسؤولية سريلانكا اتجاه الشركة لعدم إخلالها بأيّ التزام يفرضه عليها القانون الدولي بشأن الأضرار التي لحقت الشركة الأمريكية[344].

كما أنّه لا يوجد أي دليل على أنّ قوّات سريلانكا قامت بتدمير المزرعة أثناء ملاحقاتها للمتمردين وان الاتّفاق المبرم بينها وبين المملكة المتحدة لا يتضمن حماية مطلقة لملكية الاستثمارات الأجنبية ضد أيّ ضرر يلحق رعايا البلدين.

المتمردة مما اضطر قوات الأمن السريلانكية من ملاحقة المتمردين والاشتباك معهم مما أدى إلى هدم المبنى الرئيسي للشركة وإتلاف ممتلكاتها الأمر الذي أدى بالشركة إلى تقديم طلب إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وتم تكوين هيئة تحكيم مشكلة من الأستاذ احمد القشيري المعين من قبل المركز والأستاذ الفرنسي b.GOLDMAN كممثل للشركة والأستاذ الغاني Samuel SANTEالمعين من قبل جمهورية سريلانكا.انظر:

– CIRDI, Asian Agricultural Products Limited contre Sri Lanka (ARB/87/3), sentence du 27 juin 1990.

344 - AAPL v. SRI LANKA, op.cit., Para 45.

كما جاء أيضا في قرار لجنة التحكيم في قضية فالنتين «VALENTINE» على أن الإجراء المتخذ من قبل حكومة الدولة المضيفة والمتعلق بإلغاء عقد الامتياز دون إخطار مسبق للمستثمر على أنّه إجراء تحكيمي يمثل خطأ في حق هذا الأخير، وهذا دون الحاجة في البحث فيما إذا كان الإجراء المتخذ غير مشروع في ظل قانون الدولة المضيفة أو القانون الدولي[345].

– تعد فكرة التعسف في استعمال الحق من المبادئ القانونية الأكثر شيوعا لدى مختلف الأنظمة القانونية ، إذ يرجع أصلها الى القانون الروماني الذي حصر مفهومها في حدود استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير فقط[346]، عكس مفهوم الشريعة الإسلامية الذي جاء أوسع وأشمل، لأنه مفهوم يتعدى مجرد نية الإضرار بالغير، بل وينظر أيضا إلى الضرر الذي يصيب الجماعة الى جانب المصلحة الممكن أن يجنيها صاحب الحق من هذا التصرف ولأن ملكية الأشياء والأموال هي ملك لشخص الإنسان، فانه لا يجوز له استعمال الأموال والأشياء المسخرة له في غير الأهداف التي قررت من اجلها وإلا عد ذلك إساءة في استعمال الحق[347].

وقد أخذت التشريعات الحديثة بهذا المفهوم بما في ذلك التشريع الجزائري إذ تنص المادة 124 مكرر[348] من القانون المدني على أنّه يعتبر استعمال الحق تعسفا في الأحوال التالية:

– إذا وقع بقصد الإضرار بالغير

---

[345]–لقد تم النص على الأخذ بفكرة الخطأ كأساس للمسؤولية الدولية في المادة الثالثة من اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية لعام 1972. كما طبقها قضاء التحكيم الدولي في أول قضية ضمان. انظر في ذلك، إبراهيم شحاته، أول قضية تحكيم في موضوع ضمان الاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 26، 1972، ص193–194.

[346] – د. محمد عبد البدر منعم، القانون الروماني: الكتاب الثاني في الاموال، دار الكتاب مطبعة لجنة والترجمة والنشر، القاهرة، 1938، ص ص 203–239.

[347] – د. أحمد أبو الوفاء، أثر أئمة الفقه الإسلامي في تطوير قواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 288.

[348] – المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص23.

– إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

– إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وكما يبدو من مضمون الشروط التي أوردتها المادة السالفة الذكر، فإنّ مفهوم التعسّف لا ينحصر في الضرر الذي يصيب الغير، بل تم ربط ذلك أيضا بمصلحة مستعمل الحق ومدى مشروعية تلك المصلحة التي شرّع لها وجود الحق.

وفي هذا الإطار يعدّ الفقيه البلجيكي " لوران" أوّل من استعمل مصطلح التعسف في استعمال الحق، ويرى بانّ مباشرة الحق بقصد الإضرار بالغير لا يعد استعمالا للحق لأنّ الإساءة الحقيقية مصدرها طريقة التصرف فيه[349].

أمّا عن استبعاد التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية الدولية، فانّ ذلك يعني استعمال الدولة لحق من الحقوق المخوّلة لها بمقتضى أحكام القانون الدولي، دون أن يؤدّي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، إلا أنّه يمكن لذلك السلوك الذي أقدمت عليه الدولة والمقبول على أنّه حق أو مصلحة مشروعة (يجيزها القانون الدولي) أن يصبح تعسفا للدولة يمكن للطرف المتضرر مواجهة الدولة به[350].

---

[349]- P. E. MOYSE, « L'Abus de droit L'anténorme-parie 1 », Revue de droit de McGill, Vol. 57, N° 4, juin 2012, p. 863.

[350]–لم يكن للقضاء الدولي موقفا ثابتا وواضحا حول مفهومي الحق والمصلحة حيث ذهبت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر عام 1966.في قضية غرب جنوب إفريقيا إلى رفض دعوى الحسبة على أساس أن القانون الدولي لا يعرف دعوى الحسبة وان الضرر الذي يكون سندا للمسؤولية الدولية هو الضرر الذي يمس بحق يحميه القانون الدولي لأحد أشخاصه لان الدول لها مصلحة تتمثل في احترام قواعد القانون الدولي، أما خارج هذا الإطار فلا يمكن الادعاء بحقوق عامة يحميها القانون الدولي بينما ذهبت نفس المحكمة في قضية برشلونة تراكشن1970إلى فكرة التمييز بين القواعد القانونية التي تمثل حقا عاما يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الكافة وبين القواعد القانونية التي لا تمثل سوى مصالح لأطرافها كالالتزامات الناجمة عن الاتفاقيات الثنائية التي لا تتيح لغير أطرافها مسالة اللجوء إلى القضاء الدولي دفاعا عن مصالحها، بينما اقر الحكم في قضية برشلونة تراكشن المصلحة القانونية لجميع الدول متى تبين لها بان هناك خرق لقاعدة دولية عامة ومن ثم فان التفرقة التي أقمتها المحكمة بشان القواعد ذات الحجية المطلقة والقواعد ذات الحجية النسبية تن دي إلى فكرة التمييز بين دعوى المصلحة الشخصية التي لا ين دي انتهاكها إثارة المسؤولية الدولية في حق الجماعة الدولية ما لم تقم الدولة المتضررة بتحريك الدعوى. صلاح الدين عامر. المرجع السابق ص ص 753–755.

إنّ إعمال مبدأ التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية في نطاق العلاقات الدولية، أمر ضروري وأساسي، باعتباره يدخل ضمن نطاق المبادئ القانونية العامة المنصوص عليها في المادة 38من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

زيادة على ذلك فإنّه تم التطرق إليه أيضا ضمن المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتقدمة، حيث أقرته اللجنة الاستشارية التي كلفت بوضع مشروع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة، مؤكدة بان فكرة التعسف في استعمال الحق المعروفة في نطاق القوانين الداخلية للأمم المتقدمة، يمكن أن تكون أساسا للمسؤولية في نطاق القانون الدولي وتمثل ضمانا ضد التعسف إلى جانب ذلك فإنه قد حضي بتأييد واسع من الفقه[351].

والجدير بالذكر، أنّه يوجد على مستوى القضاء الدولي العديد من القضايا المتعلقة بمبدأ التعسف في استعمل الحق كأساس للمسؤولية الدولية، مثال ذلك؛ النزاع "الألماني- الإيطالي"، الذي اعتمدت فيه محكمة للعدل الدولية في حكمها الصادر بتاريخ: 03 فيفري 2012، على أنّه " لألمانيا الحق في أن تتصرف في ممتلكاتها وحقوقها حتّى تحين فترة الانتقال الحقيقي للسيادة، وانّ حالة التعسف في استعمالها لهذا الحق هي وحدها التي يمكن أن تجعل من التصرف في نقل الملكية أو تحويلها من شخص إلى آخر مكتسبا لصفة المخالفة لمعاهدة الدولية "[352].

---

[351]–الفقيه جارسيا امادور عضو لجنة القانون الدولي الذي دعا إلى التمسك بهذا المبدأ ليسر كحجر أساس للمسؤولية الدولية بل كوسيلة لتطوير القانون الدولي حيث ورد في تقرير الذي قدمه إلى لجنة القانون الدول سنة 1960. بان مبدأ التعسف في استعمال الحق "يلعب دورا هاما في تطوير قواعد المسؤولية الدولية، وانه إذا كانت المسؤولية الدولية تنشا من مخالفة أو عدم مراعاة إحدى قواعد القانون الدولي، فانه في حالة عدم وجود هذه القاعدة التي ترتب التزاما دوليا كعنصر لقيام المسؤولية، يمكن الاستناد إلى مبدأ التعسف في استعمال الحق لتحريك المسؤولية الدولية لأنه يرتب التزاما قانونيا دوليا بعدم التعسف في استعمال الحق". راجع في ذلك:

-G. AMADOR, op.cit., p. 228.

[352]– Affaire de l'Immunités Juridictionnelles De L'état, Allemagne c. Italie c. Grèce, Arrêt du 23 Février 2012, Cour International de Justice, recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, p.53.

واللافت للانتباه أنّ القضاء الدولي تعرض من قبل لكيفية التعامل مع حالات استعمال هذا المبدأ، مثال ذلك؛ قضية "المصائد الانجليزية النرويجية"، ويمكن أيضا ذكر حكم محكمة التحكيم الذي ورد في النزاع الذي ثار بين "الولايات المتحدة الأمريكية وكندا" في قضية "مصنع الصهر الكندي" الواقع في ولاية كولومبيا لبريطانية " التابعة لإحدى ولايات كند" عام 1938، والناتج عنه تضرر ولاية واشنطن الأمريكية من جراء الدخان المتصاعد من المصنع، إذ أنّ هذه الولاية ادعت، أنّ الأضرار الجسيمة التي لحقت بالزرع والمنطقة ناتج عن المصنع الكندي، (ووفقا لذلك النزاع تم أنشاء هيئة التحكيم التي أنشئت بناء على اتفاق تم بين الدولتين)، وبالتالي فإنّ كندا مسؤولة عن تلويث البيئة في الولايات المتحدة الأمريكية، لأنّها تعسّفت في استعمال حقوقها في إقليمها، مخالفة بذلك الالتزام الدولي الذي يفرضه عليها القانون الدولي والمتمثل في حماية الدول الأخرى من أي اعتداء يكون مصدره إقليم الدولة المتسببة في الضرر[353].

على الرغم من التطبيق الدولي لمبدأ التعسف في استعمال الحق واستقراره كمبدأ من المبادئ القانونية العامة، وإعماله كأساس قانوني لحل العديد من النزاعات والمسائل الدولية والنص عليه في بعض المعاهدات الدولية، وتأييد الفقه له، إلاّ أنّ ذلك لم يمنع من وجود بعض الرافضين والمشككّين في وجوده كأساس للمسؤولية الدولية، مؤكّدين بذلك على أنّ مبدأ التعسف في استعمال الحق ما هو إلاّ مجرد صورة من صور التعبير عن انتهاك لالتزام دولي يدخل ضمن نطاق الأعمال غير المشروعة ، مثلما ورد ذلك في نص المادة الثانية من مواد المتعلقة بالمسؤولية الدولية عن الأفعال الغير مشروعة دوليا الذي أعدّته لجنة القانون الدولي عام 2001 والذي جاء فيه " أن عبارة الالتزام الدولي للدولة تشير أيضا إلى منع التعسف في استعمال الحق، بما يفيد منع أي عمل مخالف لقواعد القانون الدولي"[354].

---

[353]- G. F. FITZGERALD, « Le Canada et le développement du droit international : La contribution de l'Affaire de la fonderie de Trail à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontière », Études internationales, Vol. 11, N° 03, 1980, PP 393–419.

[354]– مجلة لجنة القانون الدولي، العدد 02، منظمة الأمم المتحدة، 2001، ص ص 70–71.

وأساس الرفض عند أنصار هذا الموقف أنّ التعسف في استعمال الحق إنما هو قائم على وجود التزام دولي مفترض يقضي بعدم التعسف في استعمال الحق وأنّ الإخلال في استعمال الحق يعد في ذاته مخالفة لقاعدة دولية أساسها فعل غير مشروع، وأنّ هذا الأساس يستبعد أنصار نظرية التعسف في استعمال الحق.

غير أنّه يبدو لنا، بأنّ هناك لبس وغموض عند أنصار هذا الرأي، نظرا للاختلاف في مصدر وأساس النظريتين، حيث لا يمكن لإحداهما أن تكون معبّرة عن الأخرى أو محتوية لمضمونها، ذلك أنّ مصدر مسؤولية الدولة عن الفعل الغير مشروع، يرتكز على التجريم القانوني للفعل المرتكب، عكس التعسّف في استعمال الحق، الذي أساسه مباح و مشروع ولا يفقد وصفه هذا إلاّ بالخروج عن نطاق استعمال الحق ذاته، ومن ثمّ لا يمكن الربط أو الموازنة بين فعلين احدهما مبني على أساس الإباحة والمشروعية وفعل مبني على التحريم وعدم المشروعية، وهو ما عبّر عنه حكم محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن، بأنّه "من حق الحكومة البلجيكية أن تتقدم بشكوى، إذا استطاعت أن تثبت أنّه تمّ المساس بأحد حقوقها، وأنّ هذا الفعل عبارة عن انتهاك لالتزام دولي ناشئ عن معاهدة دولية أو قاعدة قانونية دولية ما"[355].

إذ أنّ أساس المسؤولية في نظر المحكمة كما هو وارد في قرارها السابق، قائم على انتهاك لالتزام دولي يتمثّل في وجود نص سابق عن حدوث الفعل، يجرّم الفعل المرتكب، بينما التعسف في استعمال الحق يكمن مصدره في نيّة و إرادة المقبل على الفعل، فلا تتحقق المسؤولية إلاّ إذ ثبتت سوء نية الطرف المتعسّف، بينما عدم المشروعية الدولية القائمة على انتهاك التزام دولي أو الواقعة الدولية المنشئة للمسؤولية تقتضي مراعاة درجة عدم المشروعية، كما ذهبت إلى ذلك لجنة القانون الدولي في نص المادة 19 من مشروع لجنة القانون الدولي بشان مسؤولية الدول، حيث ورد في هذا النص بأنه :« يشكّل

[355]- Affaire de la BARCELONA TRACTION, LIGHT AND POWER COMPANY, LIMITED, Arrêt du 5Février 1970, Cour International de Justice, recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, p. 26.

الفعل الغير مشروع جريمة دولية حين ينجم عن انتهاك الدولة لالتزام دولي بالغ الأهمية فيما يخص حماية المصالح الأساسية للمجتمع الدولي بأكمله»[356] ، ويقابل هذا المفهوم في مجال المسؤولية الدولية المتعلقة بحماية المستثمر الأجنبي مبدأ الحد الأدنى من الحقوق المقررة للأجانب بمقتضى قواعد القانون الدولي العرفي، إذ لابد أن يبلغ الانتهاك درجة من الأهمية والخطورة حتّى تقوم المسؤولية.

ثالثا–المسؤولية الدولية على أساس فعل غير مشروع دوليا

حسب الفقيه الايطالي "انزلوتي" فإن مسؤولية الدولة تقوم لمجرد انتهاكها لقواعد و أحكام القانون الدولي، لأنّ التقصير والإهمال يخضعان في تحديدهما لاعتبارات شخصية ونفسية لا يجوز التسليم بوجودها لدى الأشخاص الاعتبارية، كما أنّه لا يمكن الكشف عن إرادة الدولة إن كانت قد ارتكبت الانتهاك عن قصد، أي عن عمد أم أنّها ارتكبته عن إهمال وتقصير، لذلك فهو يرى بأنّه لا يصح أن تكون مسؤولية الدولة قائمة على أساس الخطأ الشخصي، بل لابد من إسناد مسؤوليتها إلى أساس موضوعي ألا وهو الفعل الغير مشروع دوليا، لأنّ الفعل الغير مشروع يقوم على معيار موضوعي يتمثل في انتهاك التزام دولي أيا كان مصدره[357].

إذا كانت المخالفة تمثّل الواقعة المنشئة للمسؤولية الدولية، فهذا لا يعني بأنّها يمكن أن تشكل أساسا قانونيا للمسؤولية حتّى في انعدام بعض الشروط، مثلما تشير إليه المادة الثانية من مشروع لجنة القانون الدولي المقدم في الدورة الثالثة والخمسين بجنيف عام 2001, في صياغتها النهائية، ومن خلال القراءة الثانية المقدمة والتي جاء فيها " ترتكب الدولة فعلا غير مشروع دوليا إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو امتناع عن عمل ينسب إلى الدولة، بمقتضى القانون الدولي بحيث يشكل إخلالا للدولة بأحد التزاماتها الدولية"[358].

---

[356] – مجلة لجنة القانون الدولي، المرجع السابق، ص ص 178– 179.

[357]- A. OUEDRAOGO, «La Due Diligence En Droit International: De La Règle De La Neutralité Au Principe Général», Revue Générale De Droit, Éditions Wilson & Lafleur, Inc., Vol. 42, N° 2, 2012, PP 657-660.

[358] – مجلة لجنة القانون الدولي، المرجع السابق، ص 65.

ويظهر من النص السابق انّ المسؤولية الدولية لا تقوم إلاّ بين أشخاص القانون الدولي، وان يكون الفعل المنسوب للشخص الدولي غير مشروع دوليا، وانّه متى توافر الشرطان السابقان تقوم المسؤولية الدولية للدولة المتسببة في الضرر، مع الملاحظة أنّ هناك من يفضّل استعمال تعبير الواقعة الغير مشروعة بدل الفعل الغير مشروع، تماشيا مع ما ذهب إليه القضاء الدولي، في استعماله لنظرية الواقعة الغير مشروعة دوليا في العديد من الأحكام القضائية الدولية إذ أنّ قيام المسؤولية الدولية لا يتحقق فعليا إلاّ بوقوع العنصر المادي للفعل الغير مشروع[359].

ويجوز الأخذ بمصطلح الواقعة الغير مشروعة، إذا اعتبرنا بأنّها السلوك القانوني أو المادي للواقعة المنشئة للمسؤولية الدولية، بما أنّ المسؤولية هي النتيجة القانونية المباشرة لفعل مشروع أو غير مشروع، ألحق ضررا بالطرف الآخر، ويكون الفعل غير مشروع دوليا متى كان يشكل انتهاكا لالتزام دولي، ترتّب عنه ضرر لدولة أخرى، بغض النظر عن منشأ الالتزام، فقد يكون مصدره اتفاق دولي أو قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي أو أي مصدر يقرّه القانون الدولي، لأنّ العبرة بما تقرره أحكام وقواعد القانون الدولي من وصف للسلوك المرتّب للالتزام، ومدى مشروعيته من عدمه وليس وفقا لإدّعاء التشريعات الداخلية للدولة المضيفة، إذ لا تستطيع أن تتنصل من مسؤولياتها اتجاه المستثمرين الأجانب بحجّة إعمالها للتشريع الداخلي أو لأنّ الالتزامات المتمّسك بها مخالفة للدستور ولقوانينها أو العكس من ذلك[360].

وبهذا يتضح أنّه يمكن اتخاذ سلوك الدولة لصفة غير مشروعة داخليا لكنّه يبقى مشروع دوليا، ففي هذا الفرض لن تقوم مسؤوليتها حتّى وان كانت قوانينها الداخلية تجرّم السلوك، لان وصف فعل الدولة على

---

[359]– صلاح الدين عامر، المرجع السابق، ص 734.

[360]– لقد ورد في الرأي الاستشاري الذي اصدرته المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام1932بشان النزاع الذي أثير بين بولندا ومدينة دانزيج بشأن معاملة المواطنين البولنديين في دانزيج الحرة "ان الدولة ليس لها ان تحتج بنصوص دستورها لكي تخلص نفسها من الالتزامات التي يفرضها عليها القانون الدولي او الاتفاقيات التي هي طرف فيها". عبد الغني محمود، نفس المرجع السابق،ص 6.

أنّه عمل غير مشروع دوليا أمر يحكمه القانون الدولي كما تنص على ذلك المادة 03 من مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول وأحكام القضاء الدولي[361] .

ومع ذلك يبقى موضوع تكييف سلوك الدولة المضيفة إزاء المستثمرين الأجانب على أنّه عمل مشروع أو غير مشروع أمرا ليس سهلا، لعدم وجود معيار متفق عليه في القانون الدولي فيما يتعلق بقواعد وشروط معاملة الاستثمارات الأجنبية كأصل عام، إلى جانب التباين الملاحظ في أسس المسؤولية الدولية. كما أنّ اشتراط صفة عدم المشروعية لقيام مسؤولية الدولة المضيفة عن تصرفاتها اتجاه المستثمرين الأجانب، أمر لا يمكن تقبله من قبل هؤلاء، لأنّ اهتمام المستثمر ينصب حول كيفية حصوله على التعويض بغض النظر عن تكييف تصرفات الدولة من وجهة نظر القانون الدولي أو القانون الداخلي وعن أساس هذا التكيّيف بأنه مشروع أو غير مشروع.

وبهذا الشكل يمكن استخلاص أنّ المسؤولية الدولية كأصل عام لا تقوم إلاّ في الحالات التي يوصف فيها عمل الدولة بأنّه غير مشروع نتيجة إخلالها بالتزام دولي أو لقاعدة قانونية دولية، يفرضها القانون الدولي أو العرف الدولي.

[361]– لقد ورد هذا النص في الدورة الثالثة والخمسين المنعقدة بجنيف خلال الفترة الممتدة بين 10 جويلية و18 أوت عام 2001 من خلال مشاريع المواد التي اعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في صياغتها النهائية، انظر في ذلك ملف: https://bit.ly/3Eo3x4hHMS

المبحث الثاني : إستثناءات مسؤولية الدولة المضيفة على حماية المستثمر الأجنبي

، لذلك بات من الضروريّ أن يتم تكريس توازن بين مقتضيات حماية المستثمر بمعناها العام وبين السياسة التنموية للدولة المضيفة، وذلك بإدخال بعض الاستثناءات على الحماية التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي، لأنّ القاعدة العامة، هي أنّ الدولة بحكم اختصاصها الإقليمي يحق لها أن تنظّم وان تضع قيودا على ملكية الأجانب بما يتناسب مع مصلحتها العامة وان تحدّد القطاعات التي يجوز لهم الاستثمار فيها وشكل الملكية التي تحق لهم.

المطلب الأول: نزع ملكية المستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي

إنّ التشجيع على الاستثمار الدولي لا يعني تحريره المطلق من كامل الواجبات، فمقولة "دعْه يعمل– دعْه يمر"، لا يمكن أن تؤخذ بحرفيتها، إذ إنّ العمل بها على هذا النحو، يمكن أن يؤدّي بها إلى إفراغ الاستثمار من مضمونه التنموي ومن صبغته الشرعية، والتي بالتالي تنعكس عليه سلبا، بحيث تؤدّي الى تهميش جهود الدول وبخاصة النامية منها[362] من حقها في الملكية يشكّل إحدى العقبات التي تواجه المستثمر الأجنبي، إذ أنّ هناك من يرى بأنّ اتخاذ الدولة لهذا الموقف يضعها امام تناقض إجراءات نزع الملكية مع المبادئ القانونية العامة المعترف بها من طرف الدول المتمدنة، بحيث انها لا تحوز على شرعية قانونية للقيام بإجراءات نزع الملكية (الفرع الأول)، لكن المعارضة الشديدة لحق الدولة في اتخاذ إجراءات نزع ملكية الأجانب، سرعان ما تقلصت لاعتبارها مظهرا من مظاهر سيادة الدولة على

[362]– أكد القضاء على مبدأ حق الشعوب والدول في تقرير مصيرها وحقها في سيادتها الدائمة على موارد ثرواتها الطبيعية الذي أقرته قرارات الجمعة العامة للأمم المتحدة، في تبريره لمشروعية التأميم الإيراني أثناء تأميم الشركة البترولية الانجلو إيرانيه، كما اعتمد عليه كل من القضاء الياباني والايطالي والألماني مؤكدا على أن القراررقم 626 الصادر عام 1952عن الجمعية العامة للامم المتحدة الخاص بالسيادة على الثروات الطبيعية، قرار يتطابق ومبادئ القانون الدولي.

إقليمها[363]، وهو الموقف الذي عبرت عنه الدول الرأسمالية الكبرى في أكثر من صورة ولهذا استوجب التطرق الى صور إجراء نزع الملكية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : مشروعية نزع ملكية المستثمر الاجنبي

استقر العرف الدولي على إقرار شرعية الدولة في حق اتخاذها كامل التدابير القانونية المناسبة للاستحواذ على ملكية المستثمر الأجنبي، بوصفه إجراء يدخل ضمن صلاحياتها السيادية، حتّى وإن كان في الوقت الراهن مقيّدا في حالات معيّنة تشمل مجال الاستثمار الأجنبي المباشر، وتطبيقا لهذه الشرعية الإجرائية، اثبتت الممارسة التحكيمية في مضمون أحكامها المتعلقة بنزع الملكية أو التأميم بأنّ الأعمال الإجرائية المرتكبة من قبل الدولة المضيفة تتسم بطبيعة آنية متزامنة مع وقت صدور قرار التأميم أو نزع الملكية[364].

بالإضافة الى أنّ العمل التنظيمي أو التشريعي الذي تقوم به الدولة والمؤدّي الى حصر نطاق بعض الحقوق التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي وقت صدوره، فإنّه يكيّف على أنّه (التصرف القانوني) عمل قانوني آني ابتداءا من تاريخ المصادقة عليه وصدوره في الجريدة الرسمية[365].

إلا أنّ الفقه الأمريكي لديه نظرة مختلفة نوعا ما، حيث نجد "نظرية قرار الدولة" «The Acte of State Doctrine» تعتمد في محتواها على عنصر مواجهة إجراءات نزع الملكية الصادرة عن

---

[363] – على الرغم من الاعتراف بحق الدولة في نزع الملكية على أساس مبدأ السيادة الإقليمية، إلا أن هذا الحق يمكن أن يتقيد، وذلك في حالة التنازل عنه بموجب اتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف، أو بموجب قوانين الدولة الداخلية المتعلقة بتطوير، وحماية الاستثمارات الأجنبية، أو بموجب عقود الامتياز التي تبرمها الدولة المضيفة مع مستثمر أجنبي.

[364] -CIRDI, Victor Pey Casado and Président Allende Foundation c. Chili, sentence arbitrale du 8 mai 2008, Aff. N° ARB/98/2, § 608 ; CIRDI, Pac Rim Cayman LLC c. Salvador, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. N° ARB/09/12, § 2.67.

[365] – مثال ذلك القرار التحكيمي لمحكمة التحكيم CIRDI في قضية René Lévy and Gremcitel S.A. ضد دولة البيرو، حكم التحكيم صادر بتاريخ 09 جانفي 2015، .Aff. N° ARB/11/17 . في هذه القضية، اعتبرت محكمة التحكيم بأن الاجراء القانوني المحدث لاضرار على حقوق المستثمر الأجنبي، هو نتيجة لقرار السلطات الادراية المانحة لقطعة الأرض لفائدة المستثمر الأجنبي على أنها أرض غير متنازع عليها والصادر في الجريدة الرسمية المتضمنة التعديل على حق الاستفادة، فقرة 149.

الحكومات الأجنبية، بمعنى آخر، تستلزم مقتضيات الحياة الدولية و الدبلوماسية المتعارف عليها فيما بين الحكومات، ترتكز أساسا على وجوب الاعتراف بما تتخذه الدولة الأجنبية من قرارات في مجال نزع الملكية وذلك في حدود اختصاصها الإقليمي النابع من حقها السيّادي[366].

ويترتّب على رد حق الدولة في اتخاذ إجراءات نزع الملكية إلى فكرة سيادتها الإقليمية، أنّه لا يجوز لها اتخاذ هذا النوع من الإجراءات في مواجهة أموال كائنة خارج حدود إقليمها، حتّى لو كانت مملوكة لمواطنيها، فسلطان الدولة فيها يتحدد بشرط إقليمي يستلزم أن تكون فيه الأموال (محل إجراءات نزع الملكية) موجودة داخل حدود إقليمها وقت اتخاذ الإجراءات، ومن جهة أخرى، فإنّ استناد حق الدولة فيه على سيادتها الإقليمية يعني امتداده إلى كافة الأموال الكائنة داخل حدودها بصرف النظر عن صفة مالك المال سواء كان وطنيا أو أجنبيا[367].

والملاحظ هو أنّ ظهور مشروعية حق الدولة في نزع ملكية الأجانب له الأثر الواضح في زعزعة الأفكار التقليدية الشاملة لحق الدولة في اتخاذها لهذا النوع من الإجراء في نطاق الأموال الكائنة في مجال إقليمها، بحيث سعت الغالبية العظمى من التشريعات المعاصرة على تعزيز السلطة العامة في الدولة، إذ يحق لها إصدار القرارات اللازمة لنزع الملكية الخاصة –مهما كانت نوعية جنسية المالك– إذا ما اقتضت ذلك دواعي المصلحة العام[368].

وعليه، فرغم تقديس الملكية الفردية بوصفها حقا طبيعيا يتمتع به الفرد بصفة عامة، سواء كان مستثمرا أو غيره، أجنبيا أو وطنيا، كمبدأ دولي مكرّس في التشريعات الداخلية وفي الأعراف الدولية أو الاتفاقيات

---

[366]- M. ZANDER, « The Act of State Doctrine », The American Journal of International Law, Cambridge University Press, Oct., 1959, Vol. 53, No. 4 (Oct., 1959), pp. 826-852.

[367] – د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 33.

[368]- M. ZANDER, op.cit., p. 844.

الدولية، فإنّه لم يقف حاجزا أمام حق الاعتراف للدولة كمالكة أصلية في استرجاع هذه الممتلكات والقدرة على نزعها بصفة نهائية في حالات معينّة وبأساليب مختلفة لدواعي الصالح العام[369].

و على هذا النحو انتهى الفقه الحديث إلى جواز القاضي الأجنبي رفض الاعتراف بآثار قرار نزع الملكية الذي اتخذته دولة أخرى على الأموال الكائنة في إقليمها وذلك في حال تعارضت هذه الآثار بالأصول المستقرة طبقا للقانون الدولي العام .

الفرع الثاني: صور إجراء نزع الملكية

إن احترام الملكية الفردية وتقديسها لم يحلّ مشكلة مصادرة الأموال الخاصة من قبل الدولة المضيفة وأجهزتها الإدارية، حيث أصبح هذا الاجراء القسري (في نظر المستثمر الأجنبي) يتخذ صورا وأشكالا متعددة، أهمها؛ الاستيلاء، نزع الملكية للمنفعة العامة وأخيرا المصادرة والتأميم.

أولاّ- التأميم

يعتبر التأميم من أخطر الإجراءات القانونية ذات الطابع السياسي، والتي يتعرض لها المستثمرون الاجانب في أقاليم الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية، إذ أنّها غير تجارية بالدرجة الأولى، لأنّ التأميم يمّس بالحقوق الأكثر أهمية بصفة مطلقة في العالم، والتي تتمثل في "حق الانسان في الملكية الخاصة " بصفة عامة وفي حق المستثمر الأجنبي بصفة خاصة[370].

ويتفق غالبية فقهاء القانون على أنّ التأميم هو الإجراء الذي يتم بموجبه تحويل ملكية مؤسّسة خاصة استثمارية تابعة لشخص طبيعي أو معنوي لصالح الدولة، مقابل تعويض مناسب وعادل، وذلك إمّا بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج قصد الاستغلال الكامل لموارد الدولة، في هذه الحالة نكون أمام ما يسمى ب"التأميم العقائدي أو الإيديولوجي"، أو قصد القضاء على

---

[369] – خيرت أحمد سعيد، التأميم وملكية الأجانب، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد19، مصر،1993، ص 08.

[370] -H. EL–GAMAL, «L'Assurance des investissements étrangers dans les pays sous développés, contre les risques non commerciaux – (Pays arabes) », Thèse de Doctorat, Fac. De Droit et des Sciences Economiques, Université, Paris I, 1970, p. 311.

سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني، وهو ما يسمى ب"التأميم العلاجي أو الاصلاحي للوضعية"[371].

هذا يعني بأنّ التأميم يعبّر عن قرارات عمدية لها الصفة القانونية، لأنها تأتي مدروسة مسبقًا، وآثارها ذات طابع سياسي واقتصادي تمس بحق المستثمر الأجنبي في ملكيته وذلك بحرمانه منها[372] .

إنّ مثل هذه القرارات غير قابلة للنظر، أو حتّى الإلغاء لأنّها من الأعمال السيادية للدولة على إقليمها، ويدخل مباشرة في اختصاصها المانع في تنظيم كلّ ميادين النشاط الاقتصادي، الاجتماعي والثقافي[373] بما في ذلك الحق في التملّك[374].

فالإجراء السيادي ليس مجرّد وضع يد أو تسخير من طرف الإدارة للمشروع الاستثماري في وضعية معيّنة أو بصفة مؤقتة لأهداف أمنية داخلية وخارجية، وليس أيضا نزعاً للملكية الخاصة بدافع المصلحة العامة بمفهوم النزع، بل هو تحويل كلّي وفوري للملكية دون اتباع الإجراءات الإدارية والقانونية المعقدة، والمعتمدة عادة عند اللجوء إلى إجراء نزع الملكية الخاصة[375]. إلاّ أنّه وبالنظر الى أسبابه وأهدافه التي تكمن في تحقيق المصلحة العامة، يمكن القول بأنّ إجراء التأميم يمثّل صورة من صور نزع الملكية، ولقد عرّفه معظم خبراء القانون على أنّه *عبارة* عن:« نقل الدولة لملكية شيء معين جبراً، تابع لشخص طبيعي أو معنوي، وذلك عن طريق تشريع أو قرار إداري، من أجل إدارته بصفة مباشرة وإخضاعه لرقابتها أو بغرض نقل ملكيته لمواطنيها بدافع تحقيق مصلحة عامة »[376].

---

[371] –هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 19.

[372] - Saleh ZEHAF, «La Protection Des Investissements Étrangers Dans Les Pays Arabes», DEA, Fac de Droit et des Sceinces Economiques, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne, 1984, p. 15.

[373] –شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة أسعد، بغداد،1971، ص102.

[374] –EL-GAMAL HOSNI, op.cit.,., p. 312.

[375] –عليوش قربوع كمال، قانون الاستثمارات في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 115.

[376] –هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار "القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة1، 2008، ص 166.

1-الأساس القانوني لإجراء التأميم؛ يمكن تقسيم هذه الدراسة على مستويين، مستوى دولي وآخر وطني، كمايلي:

- على المستوى الدولي؛ أوّل مرّة تطرق فيها الى التأميم كانت بواسطة التوصية رقم 626 المؤرخة في 21 ديسمبر سنة 1952 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة، تلتها فيما بعد كل من اللائحة رقم 1803 لسنة 1962 واللائحة رقم 3281 لعام 1974[377] ، وهذا في إطار كيفية استغلال الثروات الطبيعية، بحيث أكدّت على أنها إجراءات مؤسّسة على اعتبارات المصلحة العامة، بما في ذلك الأمن والمصالح الوطنية للدولة، معترفة بذلك بحق الدولة في التأميم كونه إجراء سيادي.

أمّا القضاء الدولي فقد جاء مخالفا لما نصت عليه جمعية الأمم المتحدة، حيث جاء موقفه مساندا للحقوق المكتسبة بهدف حماية الملكية الخاصة للمستثمرين الأجانب في العديد من القضايا، أهمها قضية "آرامكو «ARAMCO» كمايلي:

"...وهذا هو الذي ينبثق عن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة، بما أنّه مبدأ، كانت للمحكمة فرصة ملاحظته في مناسبات عديدة، باعتباره جزءا من القانون الدولي العام... الخ"[378].

وهو ما يتوافق مع حاجة الدول الماسة إلى الاستثمارات الأجنبية من أجل النهوض بالتنمية الاقتصادية التي تسمح لها بمواكبة التطّور التكنولوجي، حيث أصبحت تولي أهمية لضرورة حماية حقوق المستثمر الأجنبي متفادية استعمال إجراء التأميم، حتّى وإن كانت هنالك دول حديثة الاستقلال ما زالت تتمسك به (قرار التأميم).

-على المستوى الوطني؛

---

[377] - لأكثر تفصيل حول اللائحتين راجع الموقع الرسمي: https://undocs.org/ar/A/RES/1803(XVII) ، و http://bit.ly/36fRD9Yhms (تم تصفح الموقع بتاريخ 2020/08/20).

[378] - « .. C'est ce qui ressort du principe du respect des droit acquis, principe qui, ainsi que la cour a eu l'occasion de le constater à maintes reprises fait parties du droit international commun... etc. », Voir In ; H. EL-GAMAL, op.cit., p. 268.

استعمل التأميم بصفة أكثر من قبل الدول التي تتبنى مبادئ الاشتراكية، قصد استرجاع ممتلكاتها ومشاريعها الاقتصادية، بهدف جعلها تحت اشراف وتسيير وطني، وهو أمر شبه مستحيل في الوقت الراهن، فمثلا الدولة الجزائرية التي تبنت قواعد سوق الاقتصاد الليبرالي، (بعدما كانت تعتمد منهج اشتراكي كلّي) لتوضيح موقفها وسياستها الجديدة، هو بمثابة المساهمة الفعّالة في تراجع العديد من مواقفها اتجاه إجراءات التأميم، حيث استبعدت تخلّت بنسبة كبيرة عن ممارستها السابقة، فهي الآن مثلها مثل باقي دول العالم الثالث التي تنتظر من خلال هذه التضحيات الجسيمة والتنافسية استقطاب أكبر قدر ممكن من الاستثمارات الاجنبية[379] .

ويمكن أن نلمس هذا التراجع من خلال القانون المدني الجزائري عبر المادة 678 الذي جاء في مضمونها على أنه: «لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني على أن الشروط وإجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون[380]» ، لكن قانون الاستثمار لسنة 2022 لم يعتمد على هذه القاعدة القانونية ضمن نصوصه، بحيث أنّ المادة 10 اشارت الى التأميم بصفة ضمنية [381]، ما يعني أنها تعمدت تقييد النص الوارد في القانون المدني والمتعلّق بكيفية إجراء التأميم.

ثانيا–المصادرة

تعتبر المصادرة من بين المخاطر غير التجارية والتي ترمي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته، دون أن يكون مقابل ذلك أيّ تعويض[382]، وأمام هذا النوع من الإجراء تسعى الدول المصدرة للاستثمارات الأجنبية إلى حماية رعاياها المستثمرين المعنيين بالمصادرة، من أجل التخفيف من حدّة آثارها.

---

[379] - H. EL-GAMAL, op.cit., pp. 268-269.

[380] – المادة 678 من القانون المدني، المرجع السابق، ص 111.

[381] – تنص المادة 10: " لا يمكن أن يكون الاستثمار المنجز محل تسخير من طرف الإدارة إلاّ في الحالات المنصوص عليها في القانون. ويترتب على التسخير تعويض عادل ومنصف، طبقا للتشريع المعمول به"، قانون رقم 22–18 المؤرخ في 24 جويلية سنة 2022، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 50، الصادرة في 28 جولية سنة 2022، ص 06.

[382] –هشام علي صادق، المرجع السابق، ص21.

1-المصادرة على الصعيد الوطني: آخر مرة تم الإشارة فيها إلى المصادرة كانت عبر قانون تطوير الاستثمار الجزائري (الملغى بالقانون رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار)، إذ نصت المادة 16 من الامر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 على أنه: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلاّ في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"[383].

المصادرة هي عبارة عن تجريد دائم من الممتلكات، يكون من خلال أمر يصدر عن الهيئة القضائية، وهو الإجراء الوراد في قانون العقوبات، حيث أنّه تمّ تقييد وحصر هذا الإجراء، وهو ما تضمنته المادة 15 التي نصت على أنّ:" المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة أو ما يعادلها عند الاقتضاء.

غير أنّه لا يكون قابلاً للمصادرة:

أ- محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى المحكوم عليه إذا كانوا يشغلونه فعلاً عند معاينة الجريمة، وعلى شرط ألا يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع،

ب-الأموال المذكورة في الفقرات من 2 إلى 8 من المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية،

ت- المداخيل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون بها."[384]

يبدو من نص المادة السالف الذكر أنّ للسلطة العامة الحق في إجراء المصادرة، حتّى وإن كانت هذه الممارسة محصورة في الحالات التي تستلزم وجود تعدي من قبل المستثمر، سواء كان وطنيا أو أجنبيا على القانون بحيث يمكن ان يكيّف على أنّه جناية، حيث يتم حرمانه من ملكيته لعقار أو منقول بصفة جبرية لإتمام وتنفيذ العقوبة المفروضة عليه.

---

[383] – قانون 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 47، الصادرة في 22 أوت سنة 2001، ص 07. (تم تعديله بقانون الاستثمار الجديد، المرجع السابق).

[384] -أمر رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 84.

وحسب نفس المنظور الجزائي، فإنّ المصادرة تدخل في إطار العقوبات التكميلية، لكل جناية يقوم بها المستثمر سواء في المجال الضريبي أو المصرفي، أو أيّ نوع آخر، مادامت الغاية تكمن في الزامية وجود تصرف يصنّف على أنّه خرق ومخالفة لإحدى قواعد القانون الاقتصادي، إذ يؤول كلّ المال المملوك للمستثمر الاجنبي أو جزء منه بما في ذلك الأشياء المستعملة في تنفيذ تلك الجريمة إلى الدولة[385] ولا يسعنا أن ننسى بأنّ المصادرة يمكن لها أن تتخذ شكل المصادرة القضائية أو الإدارية.

2-المصادرة القضائية؛

وفقا للإجراءات القانونية المحددة في القانون، يمكن أن تصدر السلطة العمومية بموجب قرار إداري، إجراءً وقائيا نظرا لاعتبارات أمنية و/أو لسلامة الصحة العمومية[386].

إذ أنّ للسلطة المختصة إداريا الحق في استعمال هذا الإجراء بهدف توقيع الجزاء على من تعاون وقت الحرب مع الأعداء ضد مصالح الدولة[387]، أمّا في الحالات العادية فللإدارة حق مصادرة وجوبي للأشياء المستعملة في الجريمة دون باقي الأموال الأخرى والمملوكة للجاني، التي لم يتم استعمالها ومصادرتها تكون بصفة جوازيه لا غير[388] .

إذن المخالفة أو الجنحة التي يرتكبها المستثمر الأجنبي، لا يجوز الأمر بالمصادرة فيها، إلاّ إذا كان هناك نص صريح يقضي بذلك[389].

---

[385] – أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 237.

[386] – محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص ص 50-51.

[387] –هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 22.

[388] –هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 178.

[389] –أنظر قرار محكمة الجنايات المؤرخ في 09 من نوفمبر 1983، التي قضت بما يلي :«لا يجوز الأمر بالمصادرة في حالة الحكم بجنحة أو مخالفة إلاّ إذا نص القانون صراحة على ذلك.... فإن القرار المتخذ خلافا لذلك يتعرض للنقض »، المجلة القضائية، رقم 02، 1983.

3-المصادرة على الصعيد الدولي؛ مبادئ القانون الدولي تجيز فكرة المصادرة على ممتلكات المستثمر الأجنبي بشرط أن يكون هذا الإجراء مطابق للنصوص التشريعية و الاتفاقيات الدولية المعمول بها في مجال قانون الاستثمار الدولي، و الجزائر كغيرها من الدول قامت بالمصادقة على الاتفاقيات الدولية التي تضمنت إجراء المصادرة باعتبارها من الأساليب التي تلجأ إليها الدولة لنزع الملكية، بحيث تكون وفقا لقيود وبشروط، نذكر من بين هاته الاتفاقيات، اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي جاء في مضمون الفقرة الأولى من المادة 18 بأنّ التأمين الذي توفّره المؤسّسة يغطي الخسائر المترتّبة على الاجراءات المتخذة من قبل السلطات العامة – خاصة إجراء المصادرة- في شخص المستثمر الاجنبي أو ممتلكاته و أمواله و التي تؤدّي الى حرمانه بصفته مؤمّن له من حقوقه الجوهرية على استثماره[390].

ثالثا-الاستيلاء

يتمثل الاستيلاء في إجراء قانوني تمارسه السلطة العامة المختصة في حالات استعجالية استثنائية وبصفة جبرية لضمان سير المرافق العامة بما يتماشى مع حاجات البلاد، كحالة الحرب مثلا، أمّا في الحالات التي لا تتوفّر فيها ظروف اضطرارية أو استعجالية، فيكيّف الإجراء على أنّه غير مشروع، نظرا للأسلوب الرضائي المفروض على الإدارة من قبل المشرّع، والذي يلزمها بإبرام عقود كعقد البيع أو الإيجار لاقتناء أملاك المستثمر الاجنبي أو بتقديم عروض لتبادل هذه الأملاك بأملاك أخرى مشابهة لها أو تحمل نفس القيمة. وهو الشرط نفسه الموضوع للإدارة في حال رغبتها محاولة اقتناء الأموال عند لجوئها إلى نزع الملكية الخاصة من أجل تحقيق المصلحة العامة[391].

---

[390] – انظر المادة 18من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من الأمر رقم 16-72، مؤرخ في 7جوان 1972، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 53، مؤرخة في 04جويلية 1972.

[391] –سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 228.

إلاّ أنّ هذا الاستيلاء يجب أن يقابله تعويض مناسب تقدّمه الإدارة المختصة للمالك وفقا للقانون، ويكون ذلك بموجب قرار إداري لإضفاء الشرعية على انتفاعها بالمال المستولى دون، إلى غاية انتهاء فترة الاستيلاء المحددة سلفا، حيث أنّ ذلك يوقف عملية انتقال ملكية المال للدولة[392].

ويمكن للإدارة إذا استدعت الضرورة تمديد مدّة الاستيلاء لأجل إضافي يتعدى الفترة المحددة سلفا، لكن يجب أن يكون ذلك بموجب اتفاق يبرم مع المستثمر الأجنبي صاحب الملكية، وإذا تعذر الوصول إلى اتفاق، سيمكنها في هذه الحالة اللجوء إلى إجراءات نزع الملكية الخاصة لوجود ضرورة المصلحة العامة. وفي هذه الحالة تقدر قيمة العقار حسب الأوصاف التي كان عليها وقت إجراء الاستيلاء، وطبقا للأسعار السائدة وقت نزع الملكية[393] .

– يمكن أن يكون الاستيلاء في صورة استيلاء مؤقت بالتنفيذ المباشر والحال على العقارات المعنية بالمصلحة العامة، عكس ذلك تكيّف الإجراءات المتخذّة في حق المستثمر الأجنبي على أنّها استيلاء دائم أين تلجأ الاجارة اليه في الحالات الطارئة والمستعجلة بحيث يحصل الاستيلاء وقت الانتهاء من تعيين وإثبات العقار موضوع الاستيلاء دون الحاجة الى إجراءات أخرى[394].

وهذا ما يجعلنا نتساءل إن كان حق نزع ملكية المستثمر الأجنبي –الممنوح للدولة المضيفة– مطلقا أم له قيود تحدد مجال استخدامه؟

المطلب الثاني: القيود الواردة على نزع الملكية

إنّ سعي الدول المستمر لجذب أموال المستثمر الأجنبي، جعلها تضع حدودا لإجراءات نزع الملكية من خلال قواعد قانونية ردعية هدفها الرئيسي حماية المستثمر الاجنبي من تعسف أجهزة ومؤسسات الدولة

---

[392] – هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار، المرجع السابق، ص 183.

[393] – نفس المرجع السابق، ص293.

[394] – عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، مصر، 1993، ص 291.

المستقبلة، وتبعا لذلك سنتطرق في الفرع الأول من الدراسة إلى ماهية المصلحة العامة بما أنّها أهم القيود التي تصادف الدولة أثناء لجوئها لإجراء نزع ملكية المستثمر الأجنبي، أمّا الفرع الثاني فسنحاول فيه تحليل الأساسيات القانونية المستعملة من أجل منح التعويض الذي يعتمد على إجراءات قانونية وادارية لإنصاف المستثمر الأجنبي ليكون كل ذلك في حدود القواعد القانونية الدولية.

الفرع الأول: المصلحة العامة

بادئ ذي بدء، تجدر بنا الإشارة إلى أنّ أوّل مرة تم النصّ فيها على مفهوم المصلحة العامة، كانت على إثر الإعلان العالمي لحقوق الانسان والمواطن الصادر في 26 أوت لسنة 1789 من قبل الجمعية التأسيسية الفرنسية أثناء الثورة الفرنسية[395]، ليتطّور فيما بعد و يصدر بتاريخ 10 ديسمبر 1948 في شكل الإعلان العالمي لحقوق الانسان، من قبل الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة بموجب القرار 217ألف، المتضمن الحق في الملكية [396]و الذي أقر أيضا بالمصلحة العامة بصفة ضمنية عبر الفقرة الثانية من المادة 29[397]، ليصبح فيما بعد من بين القواعد القانونية الأكثر تداولا في التشريعات الدولية والوطنية على حدّ السواء، نظرا للمرونة التي تتميز بها، حيث أنهاّ تتغيّر وفقا لمتطلبات الدولة واحتياجاتها[398]. لذا نجد أنّ أغلب الدساتير العالمية تضمنت مبدأً دستوريّا لحماية الملكية الخاصّة[399].

---

[395] –الإعلان العالمي لحقوق الانسان و المواطن، لأكثر تفاصيل راجع الوثيقة عبرالموقع التالي: http://bit.ly/38fbVowHMS (تم تصفح الموقع بتاريخ: 2020/10/25).

[396] – الفقرة الثانية من المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان نصت على أنه:" لا يجوز تجريد أحد من ملكه." تعسفا، لاكثر تفاصيل راجع الموقع الرسمي: http://bit.ly/3l24NiQHMS (تم تصفح الموقع بتاريخ: 2020/10/25).

[397] – الفقرة الثانية من المادة 29 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان نصت على أنه:" لا يُخضع أيٌّ فرد، في ممارسة حقوقه وحرِّياته، إلاّ للقيود التي يقرِّرها القانونُ مستهدفًا منها، حصراً، ضمانَ الاعتراف الواجب بحقوق وحرِّيات الآخرين واحترامها، والوفاءَ بالعادل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي." لأكثر تفاصيل راجع الموقع الرسمي: http://bit.ly/3l24NiQHMS (تم تصفح الموقع بتاريخ: 2020/10/25).

[398] –عبد الحكم فودة، نزع الملكية الخاصّة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، مصر، 1996، ص55.

[399] –محمد أنس قاسم جعفر، النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الدار الجامعية، ط 3، الجزائر، 1993، ص 90.

أولا- المفهوم التقليدي لنزع الملكية للمصلحة العامة

تضمّن المنظور التقليدي لمفهوم نزع الملكية للمنفعة العامة تباينا كبيرا بشأن المصطلحات المستعملة، حيث هناك من نادى بمفهوم "المنفعة العامة" « Utilité publique » وآخرين كانوا من أنصار مفهوم "المصلحة العامة" « Intérêt publique » ، حيث يكون للتصرف حرية أوسع، أماّ "الضرورة العامة" « Nécessité publique »، فهي تعبرّ عن مضمون التصرف في معناه الضيق[400].

من بين التطبيقات العملية، نجد أنّه في قضية شركة "أموكو" «AMOCO»الدولية للتمويل والتي نابت عنها الولايات المتحدة الامريكية ضد حكومة الجمهورية الإسلامية الإيرانية عام 1987، صرحت بشأنها محكمة التحكيم السويسرية بأنه: "لا يوجد أي قاعدة قانونية في القانون الدولي تقضي بعدم مشروعية نزع ملكية الشخص الأجنبي (المتعاقد مع الدولة المضيفة) من أجل المصلحة العامة المقررة حسب المبادئ المتعارف عليها"[401]. فللإبقاء على طابع مشروعية الفعل القاضي بنزع الملكية -مهما كانت صورته- يجب المحافظة على شرط الحاجة العامة كالصحة العمومية أو الأمن العام مثلا.

زد على ذلك فإنّه إذا صدر الإجراء من برلمان الدولة المؤمّمة للمشروع، فهذا يعد ضمنيا تحقيقا للمصلحة العامة، كون التأميم يتجسد غالبا بمقتضى نصوص قانونية، فالدولة هي وحدها من تقرر اتخاذ هذه الإجراءات. في نفس السياق، أعربت الحكومة المكسيكية عقب الإجراءات المتخذة في مواجهة رعايا أمريكيين وبريطانيين أثناء تأميم الصناعات البترولية عام 1938 في مذكرتها "...بأنّ المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي هي المصلحة التي تقدرها الدولة حسبما تراه...الخ"[402].

---

[400] -علي حسن ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، 1998، ص 128.

[401] - Affaire Amoco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, IUSCT Case No. 56, Voir In : http://bit.ly/2C4xIxDHM (Consulter le; 29/10/2020).

[402] -غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2004، ص 101.

والملاحظ أنّه تم إعادة استعمال شرط المصلحة العامة من قبل الحكومة البريطانية ضد الحكومة الليبية في قضية تأميم شركة بريطانية للتنقيب على البترول عام 1972 بحيث ذكرت بأن ّ: "التأميم الليبي قائم على دوافع سياسية وليس على أساس المصلحة العامة"[403].

وأمام مبدأ السيادة الذي تتمتع به كل دولة وصعوبة وضع تقدير دقيق لشرط المصلحة العامة، أدى ذلك إلى جعل مسألة التكييف الصحيح لها من الأمور التي تختص بها الدولة المعنية التي سمحت بإجراء عملية الاستيلاء، والهدف من هذا، هو توفير عنصر التعويض الواجب لكل متضرر، وهذا من أجل الحد من خطورة الاستعمال التعسفي لشرط المنفعة العامة، وبالتالي يصبح على هذا الأخير (المتضرر) واجب إثبات الضرر الواقع عليه، حتّى وإن كان من الصعب إثباته إذا كان مؤسّسا على معرفة[404].

ثانيا-الأساس القانوني لشرط المصلحة العمومية

هناك تباين على مستوى الفقه الدولي حول مسألة تحديد الأساس القانوني لشرط المصلحة العامة، حيث توجد فئة من الرافضين للشرط، إذ في نظرهم تعد عملية التحقق من الأسباب المؤديّة إلى إجراء الاستيلاء -على الأموال الأجنبية الخاصة- هي جد صعبة، أمام غياب رقابة دولية على الدولة المضيفة في تقديرها لما يعد تحقيقا لمصلحتها العامة مثلما أكدت عليه الحكومة المكسيكية في ردها على الولايات المتحدة الامريكية وبريطانيا أثناء قضية نزع ملكية رعايا البلدين[405].

وحسب نفس الاتجاه الرافض للشرط، هذا الأخير ليس من الضروري اشتراط تواجده في إجراءات نزع ملكية الأجنبي مهما كانت طبيعة الاجراء، وهو موقف تم تأييده من طرف محكمة التحكيم في قضية

---

[403] -علي حسن ملحم، المرجع السابق، ص 129.

[404] -عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 54.

[405] -هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 37.

LIAMCO، حيث جاء في مضمون قرارها أن:"...شرط المصلحة العامة ليس مطلوبا بالضرورة لكي يكون التأميم قانونيا، لأنه ذكر من قبل بعض المؤلفين، إلاّ أنّه لا يجد تأييدا له من قبل القضاء..."[406].

وتبعا لذلك، فإنّ إعمال شرط المصلحة العامة يستوجب التمييز بين إجراءات الاستيلاء المشروعة والغير مشروعة، ممّا يستلزم على القضاء الاعتراف بمراقبة مدى مشروعية التأميم في كل حالة تتخذها دولة أجنبية على إقليمها وهو شيء مخالف لفكرة السيادة الإقليمية [407].

لكن يتضح أنّ هذا الموقف الرافض لم يعد يتماشى مع القانون الدولي المعاصر ومفهوم السيادة الإقليمية، ذلك أنها لم تعد سيادة مطلقة أمام سموّ القانون الدولي على القوانين الوطنية[408].

و بالتالي فإنّ بحث القاضي الوطني في مدى مشروعية إجراء قرار التأميم يكون من وجهة نظر القانون الدولي، وليس في قرار سيادي اتخذته الدولة المضيفة، لكي يتمكن من تحديد دائرة و نطاق آثار التأميم و مدى مطابقته لمبدأ المشروعية الدولية أم لا، و هو ما جاء في مذكرة الولايات المتحدة الامريكية الى حكومة غواتيمالا سنة 1953، في قضية تأميم الشركة الزراعية التابعة لرعايا أمريكيين حيث نصت على أنّ:" الحكومة الامريكية لا تجادل بأي حال من الأحوال في أن قرار جمهورية غواتيمالا يعّد عملا من اعمال السيادة...إلاّ أنّه لا يمكن التسليم بالادعاء بأنّ قرار السيادة له تأثير على الدول الأخرى أو على رعاياها، فلا يمكن ان تكون شرعيته محلا للمناقشة من وجهة نظر القانون الدولي، بحجة أنّه عمل سيادي، لأنّ معنى ذلك هو عدم خضوع الدول للقانون الدولي"[409].

---

[406] – خالد محمد جمعة، انهاء الدولة المضيفة للاستثمار للاتفاقية مع المستثمر الاجنبي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 3، 1999، ص98.

[407] – عبد الباري أحمد عبد الباري، التأميم وآثاره في القانون الدولي العام، رسالة دكتواره، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، القاهرة، 1972، ص 122.

[408] –المادة 150 من الدستور الجزائري لسنة 2016 تنص على أن" المعاهدات الّتي يصادق عليها رئيس الجمهوريّة، حسب الشّروط المنصوص عليها في الدّستور، تسمو على القانون".

[409] –عبد الباري احمد الباري، المرجع السابق، ص ص 223–224.

يتبين ممّا سبق، بأن فكرة المشروعية الدولية الواجب تواجدها في إجراءات نزع ملكية المال الأجنبي، تمنح للمستثمر الأجنبي حماية تخرجه من نطاق القانون الوطني للدولة المضيفة الى الدولية القانونية، حتّى وإن كانت تمارس تحت غطاء مبدأ السيادة الدولية الملزمة اتجاه القواعد القانونية الدولية المتعلقة بحماية حقوق الرعايا الأجانب.

إنّ الفقه القانوني الدولي يؤيّد نزع ملكية الاجنبي لتحقيق المصلحة العامة، وهي إباحة يعتبرها شبه مطلقة نظرا لعدم إمكانية الوقوف على مدى شرعية الاستيلاء، كون هذه المشروعية غير مرتبطة بشرط المصلحة العامة الذي من خلاله يمكن معرفة الى أيّ حدّ كان حسن نيّة عمل الدولة المضيفة[410].

ولهذا فإنّ شرط المصلحة العامة، شرط مسلّم برجاحته على المصالح الفردية أو الخاصة الأجنبية و الوطنية، كما جاء ذلك في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة حسب القرار رقم 1803 المتضمن مبدأ سيادة الدول على ثرواتها الطبيعية لعام 1962[411]، إنّ توفّر عامل حسن النية لدى الدولة المضيفة يسمح بتكريس مبدأ الثقة مع المستثمر الأجنبي، لذلك تؤخذ بعين الاعتبار النوّايا الحقيقية المتمثلة في ضرورة تحقيق الإصلاح الاقتصادي و الاجتماعي عند تعرضها للأملاك الخاصة بالمستثمرين الأجانب، ليكون للسلطة العامة للدولة القائمة بإجراء الاستيلاء دورا تقييما في تقدير المصلحة العامة من عدمها إلى جانب الدور الرقابي للقاضي الوطني[412].

---

410 –غسان علي علي، المرجع السابق، ص 100.

411 –نصت الفقرة الرابعة من القرار رقم 1803 بأن: «يستند التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة على أسس المنفعة العامة, و الامن العام أو المصلحة الوطنية المسلم برجاحتها على المصالح الفردية،أو الأجنبية،و الوطنية، ويدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم"

412 -K. H. MOKHTARIA, « Le Régime Juridique De L'enquête D'utilité Publique En Matière D’expropriation » , IDARA : Revue de l'École nationale d'administration, Vol. 15/1, 2005, pp. 74-75.

1- تقدير السلطة التنفيذية للمصلحة العامة

-السلطة التقديرية بمعناها الواسع: هي التمتع بقسط من الحرية في التصرف عند ممارسة مختلف الاختصاصات القانونية، ولا يمكن أن تظهر بهذا المعنى إلا ّ في ظل الدول التي تأخذ بنظام دولة القانون ومبدأ سيادة القانون[413]. فهي تختص بالجانب الموضوعي الذي يترتب عن عملية النزع، لكن قبل التطرق إليه يستوجب القانون التدقيق مع الاجراء الشكلي لعملية نزع الملكية الذي يمكن أن يؤدي الإخلال به إلى بطلان كلي أو جزئي للإجراء، ويبدو أنّه يمثّل أحد التدابير المقيّدة للتقدير الإداري للإجراء[414].

-وتجدر الإشارة إلى أنّ التشريع يعمل على حصر مجال سلطة الدولة المضيفة -من حيث الهدف أو الغاية- أثناء قيامها بالإجراء النازع للملكية، بحيث على الإدارة توخي الحذر بأن لا تنحرف عن مسار المصلحة العامة، أثناء قيامها بإجراء نزع ملكية المستثمر الذي حرم من ماله، و القول بعكس ذلك يفتح الباب أمام وصف قرارها بعيب التعسف في استعمال السلطة وبالتالي بطلانه.

مهما كانت نوعية السلطة التقديرية واسعة أم مقيّدة، فإنّ التشريع حدد اختصاصاتها تحديدا دقيقا ممّا يحول دون التعسف في استعمال الحق، وهي بذلك تجسد أكبر قدر من الحماية للمستثمر الأجنبي المنزوع ملكيته من خلال توفير حق الطعن أمام القضاء في الإجراءات المتخذة التي لا تكون غايتها المنفعة العامة.

---

[413] -نبيل عبد الرحمان نصر الدين، ضمانات حقوق الانسان وحمايتها وفقا للقانون والتشريع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006، ص163.

[414] -سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص 164.

2-دور السلطة القضائية في تقدير المصلحة العامة

لدى القاضي الإداري سلطات واسعة في البحث عن مدى تجاوز الإدارة او السلطات العامة المختصة بنزع الملكية الخاصة في حالة خرقها القانون المنظم لإجراءات نزع الملكية[415].

إذ أنّ للقاضي الإداري دور استقصائي في مواجهة الأطراف المتنازعة أمامه، التي هي غير متكافئة من حيث المراكز القانونية، أو من حيث الجنسية الحاملين لها[416]، فالقانون ينظر للأشخاص المتنازعين من الناحية المجرّدة مهما كانت صفته او مركزه القانوني، من أجل الفصل في الدعوى[417]، حيث يقوم القاضي الإداري، بالتدخل لإبطال خرق الإدارة للقواعد القانونية المحددّة للإجراءات المتبّعة لتجسيد المصلحة العامة وبالتالي فإنّ هذا الابطال يترتّب عنه قيام مسؤولية الدولة التي تصبح ملزمة بالتعويض[418]، بمعنى آخر فإنّ أعمال الرقابة القضائية تعّبر في مضمونها عن حماية فعلية لحقوق المستثمرين الاجانب[419]، حتّى وإن كانت ضيقة المجال، نظرا للقيود المفروضة على القاضي الإداري الناظر في موضوع الدعوى[420]، فالرقابة تنحصر في معرفة الى أيّ حدّ تتمسّك الإدارة بتنفيذ واحترام الإجراءات القانونية المفروضة عليها، من أجل نزع الملكية الخاصة، ذلك أنّ خروجها عمّا هو مسطر قانونا يعني القضاء ببطلان الإجراء محل الدعوى المرفوعة امام القضاء الاداري[421].

---

[415] -أنظر المادة 7 من الامر رقم 66-154، المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 47، المؤرخة في: 09\06\1966.

[416] -حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، درا هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص113.

[417] -انظر المادة 13 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في: 27 أفريل 1991، والمتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية.

[418] -زروقي ليلى، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص19.

[419] -نبيل عبد الرحمان نصر الدين، المرجع السابق، ص 156.

[420] -R. ZOUAIMIA, « Le Régime des investissements étrangers en Algérie », Journal du Droit International, N°03, 1993, p. 593.

[421] -حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص 306.

لكن هناك عيوب لهذا النوع من الرقابة، حيث نجد بانّ القاضي لا ينظر في مسألة الملائمة لعمليات الإدارة فيما يخص الأهداف المصرّح بها عن المصلحة العمومية، بالإضافة الى أنّه لا يقوم بالرقابة على التصرفات التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للسلطة التنفيذية، التي لها حق التمسك والانفراد بالسلطة التقديرية في مسألة الملائمة للخروج عن المبادئ العامة التي تحميها، أو لتبرير استعمال صلاحيات السلطة العامة لتسيير المرافق العمومية مثلا المحققة للمنفعة العامة[422].

الفرع الثاني: تعويض المستثمر الاجنبي المتضرر

تلتزم الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية بالتعويض، في حالة إنهاء اتفاقية الاستثمار من طرف واحد، كقيامها مثلا بعملية تأميم لممتلكات المستثمر الأجنبي، بهدف المصلحة العامة أو أيّ سبب إجرائي آخر، من أجل إضفاء طابع الشرعية على أعمالها[423]، والقول بعكس ذلك يضع الاجراء المتخذ في خانة اللاشرعية بمعنى آخر بطلانه.

إنّ التعويض عن تأميم مشروع استثماري يعّد من الالتزامات الأصلية المقرّ بها دوليا للدول المعنية بعملية نزع الملكية[424]، فعدم دفع التعويض لا ينتج عنه بطلان الحق في استرجاع ما تمّ أخذه من المالك، لأنّ التعويض يضمن للمستثمر المتضرر ولو جزءا من حقه في الحرمان المتعرّض إليه، ليكون الإجراء المناسب لذلك هو تغطية الدولة المتعديّة للضرر الذي لحقه، إذا تعذّر عليها إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه[425].

---

[422] – زروقي ليلى، حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص18.

[423] – نبيل عبد الرحمان نصر الدين، المرجع السابق، ص170.

[424] – محمد عبد الظاهر حسن، رؤية جديدة للتعويض في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص15.

[425] – قررت المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية مصنع Chorzow مايلي:" التعويض يجب قدر المستطاع أن يمحي جميع آثار التأميم، ويعيد الحالة إلى ما سوف تكون عليه، على جميع الاحتمالات..."، لأكثر تفاصيل راجع:
-Affaire relative à l'usine de Chorzów, Recueil des arrêts, N°13, Publications de la Cour permanente de Justice Internationale, Série A N°17, 1928, p92.

أوّلا- شروط قيام التعويض

من المسلّم به أنّ غالبية القواعد القانونية الدولية مستمدة من عادات وأعراف مختلفة أثبتتها الدول في علاقتها المتبادلة، إلى جانب ضرورة المحافظة على سيادة القانون الدولي على صعيد العلاقات الدولية، بحيث تفرض اعتبارات العدالة والنزاهة إخضاع هذه الدول لإلزامية دفع تعويض عادل ومنصف، عند إقدامها على ارتكاب عمل غير مشروع دوليا، نتيجة قيام مسؤوليتها الدولية[426]، وفي هذا المسعى اعترفت كل المواثيق والهيئات الدولية بجملة من الشروط الواجب توافرها لقيام التعويض وهي كالآتي؛

1-شرط الالتزام بالتعويض

وفقا لمبدأ الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقرّرة بمقتضى القانون الدولي العرفي، فإنّ الدولة مسؤولة عن آداء تعويض مناسب للمستثمرين المتضررين من عملية نزع الملكية، وإلاّ أخلت بأحد التزاماتها المفروضة عليها دوليا[427]، بمعنى آخر، هي مقيّدة بما تفرضه عليها مختلف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية المصادقة عليها والناتج عنها إمكانية تعويض الرعايا الأجانب المتواجدين فوق اقليمها.

بحيث لا يجوز للدولة المضيفة ان تتنصل من مسؤولياتها عن التعويض، بحجة المساواة في المعاملة مع رعاياها الذين تعرضّوا لنفس الاجراء. فالتعويض التزام قائم بذاته ومنفصل عن باقي المبادئ الأخرى، والغرض من ذلك منع الدولة المضيفة من أن تتخذ من ذلك ذريعة للتهرّب من التزاماتها الدولية التي تفرض عليها تعويض أي طرف من الأطراف المتضررة[428].

إن ّ إجراء نزع الملكية ليس مجرد علاقة بين دولة مضيفة ورعيّة أجنبية، بل يتعداها ليشمل دولة جنسية الرعية طالبة التعويض عن الاضرار اللاحقة برعاياها، حيث تجد نفسها في علاقة دولية مع الدولة

---

[426] – علي خليل إسماعيل، مبدأ التعويض في القانون الدولي، مجلة الفقه والقانون الدولية، مقال منشور بتاريخ 2012/06/21، ص 01. https://bit.ly/3h0G3utHMS

[427] – عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص277.

[428] – عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص61.

المتسببة فيه (الضرر) لترقى بذلك الى مصف القانون الدولي الذي يصبح واجب التطبيق لإنصاف المستثمر الأجنبي الواقع عليه فعل الاستيلاء.

وحسب محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مصنع CHORZOW فإنّ: «من مبادئ القانون الدولي أنّ إصلاح الضرر يتم بتعويض مساو للضرر الذي عانى منه مواطنو الدولة المتضررة نتيجة العمل المخالف للقانون الدولي...وأنّ قواعد القانون الدولي التي تحكم إصلاح الضرر هي القواعد سارية المفعول بين الدولتين المعنيتين وليست القواعد التي تحكم العلاقة بين الدولة مرتكبة الفعل الغير مشروع والفرد المتضرر...وأنّ الضرر الذي أصاب الفرد يمكن اعتباره–فحسب–مقياسا ملائما للتعويض المستحق للدولة"[429].

نجد نفس الاتجاه القانوني في القرار التحكيمي لقضية "ماكس هوبر" الخاصة برعايا بريطانيين في المنطقة الاسبانية بمراكش سنة 1925، الذي جاء فيه:" بأنّ الأثر المترتّب عن المسؤولية الدولية هو التزام بالتعويض، ما لم يكن هذا الالتزام قد نفذ"[430].

لكن هذا الالتزام بالتعويض لا يلقى تأييدا له لدى الدول النامية، التي ترى بأنّ مسألة التعويض من الشؤون الداخلية للدولة، ينظمها القانون الوطني للدولة المضيفة المعنية[431]، وهو نفس موقف الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، حسب المادة الثانية من قرار الإعلان العالمي عن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول عام 1974، الذي جاء في مضمونها أنّه لكل دولة الحق في تأميم ومصادرة أو نقل وتحويل ملكية الأموال الأجنبية، وفي كل حالة يجب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها ولوائحها[432]. لكن

---

[429] – نقلا عن عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 257، لأكثر تفصيل انظر:

- Affaire relative à l'usine de Chorzów, op.cit., PP 27-29.

[430] –عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 211، لأكثر تفصيل انظر قضية أملاك رعايا البريطانيين في المغرب (اسبانيا ضد بريطانيا): http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf

[431] –هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص64.

[432]–قرار الإعلان عن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول عام1974؛ لاكثر تفصيل أنظر: https://undocs.org/ar/A/RES/3281(XXIX).

هل يعني ذلك وجود اختلاف مع القرار رقم 1803 للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، المتعلق بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية؟

حسب الفقيه الفرنسي "جون ديبوي" Jean DUPUY" المحكّم في قضية « TEXACO» فإنّ القرار رقم 1803 يشكّل قاعدة عرفية دولية لحيازته على موافقة كافة الدول بما فيها الدول الغربية، في حين أنّ الميثاق مجرد إعلان سياسي وليس عملا قانونيا، بالإضافة الى عدم وجود تطبيق دولي له في مجال التأميم أو المصادرة دون دفع تعويض للمستثمرين الأجانب[433].

إذ أنّ الدولة تتمتّع بسيادة دائمة مستمرة والتي هي القاعدة العامة لها، حتى و إن كان هناك استثناءا لها، بحيث يمكن تقييدها بهدف تعزيز اختصاص الدولة فيها، كل ذلك تحت غطاء السيادة الإقليمية، كإلزامها بتعويض مستثمر أجنبي متضرّر من أحد أعمالها الواقعة إمّا عليه أو على أملاكه الخاصة.

2-شرط التعويض الشامل

يقصد بذلك تغطية جميع الاضرار التي لحقت بالمستثمر الأجنبي سواء المباشرة منها أو الغير مباشرة، بما فيها الأموال المأخوذة، وكل خسارة لحقت المعني بالأمر أو كسب فاته، الى غاية تاريخ الأداء الفعلي لمبلغ التعويض، حيث يكون ذلك وفقا لسعر السوق المتعامل به وقت نشأة الإجراءات المنتهكة لحقوق الملكية، بحيث يلزم فيه أن يكون مساويا في القيمة للتعويض العيني، بمعنى آخر، إعادة الحال على ما كان عليه قبل حدوث أو صدور القرار أو الإجراء الماس و المعدّل في صفة المالك، والمحدث لضرر للمالك الأصلي، بما في ذلك الآثار المترتبة عنه (الاجراء النازع لملكية المستثمر الاجنبي). وفي حالة استحالة آداء التعويض العيني، يصبح المستثمر الأجنبي مجبرا على قبول التعويض المالي، والاستحالة

[433] -علي إبراهيم، الأشخاص الدولية مفهومها وأركانها ونظامها القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة،2000، ص236-237.

إمّا تكون استحالة مادية؛ مثل تضرر جزء مهّم من المشروع بالإجراء السالب للملكية أو هلاك المشروع في حدّ ذاتّه[434].

أو استحالة القانونية؛ تتمثل في انتقال ملكية مشروع استثمار أجنبي خاص إلى ملكية عامة تحت قيادة الدولة صاحبة إجراء الاستيلاء، أو حالة اتخاذ تدابير العدول عن اتفاق بين الطرفين بصفة غير قانونية بالرجوع الى القانون والقضاء[435].

-إنّ حالة الاجراء السالب لملكية المستثمر الأجنبي يكون فيه التعويض شاملا «Restitutio Integrum» مستحق الآداء، إذا ما كانت الإجراءات المتخذة من قبل الدولة المضيفة غير مشروعة، مخالقة بذلك لالتزاماتها الدولية المفروضة وفقا للقانون الدولي، بحيث تشكل خرقا لاتفاق دولي ما أو بهدف الإضرار بمستثمر أجنبي لدولة معينة لاعتبارات سياسية بحته أو بسبب سياستها التمييزية مثل قضية BRITISH PETROLIUM ضد الحكومة الليبية بحيث أقرت هذه الأخيرة بأن الشركة المعنية لم تكن هي المقصودة وإنّما تصرفها جاء لمواجهة سياسة الحكومة البريطانية آنذاك[436].

-إنّ المواصفات العامة التي تجعل من التعويض قانونيا بالمفهوم الحديث، هي تلك التي تجعل منه تعويضا ملائما وفوريا[437]، في ذات السياق، نجد أنّ موقف القضاء الأمريكي عبر قضية التأميم لسنة 1981 و المتعلقة بكل من؛ « Banco Nacional de Cuba v. Chase Manhattan Bank » ، فإنّ قراره-في مرحلة الاستئناف- جاء كمايلي:" بأنه يمكن أن يكون إجماع الأمم على أنّ التعويض

434 - A. Goetz et consorts c. République du Burundi, Affaire CIRDI nº ARB/95/3, Sentence du 10 février 1999.

435- Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. République Argentine, Décision sur Juridiction., Affaire CIRDI nº ARB/01/3, IIC 93. Décision sur juridiction, 2004.

436-قضية تتعلق بنزاع ضريبي، قامت على إثره الشركة البترولية "TOTAL"بطلب رفع دوى تحكيمية ضد دولة أوغندا حسب جريدة Reuters.com، الموقع الالكتروني (تم تصفح الموقع بتاريخ: 2020/11/01)؛ https://bit.ly/2Ub9bQMHMS

437 - D. CARREAU, Th. Flory, Ph. Julliard, op.cit., p. 703.

الكامل لا يحتاج أن يدفع في جميع الظروف...و هذا يتطلب من الدولة المضيفة المؤمّمة أن تدفع تعويضا ملائما–مع الاخذ بعين الاعتبار عدم وجود تعريف واضح له– يعكس ما يتطلبه القانون الدولي"[438].

إذا كان الاجراء النازع للملكية يحمل في طياته طابع الشمولية، في هذه الحالة يصبح التعويض مناسبا، يتلائم مع واقع الدولة المضيفة التي لجأت الى التأميم الإصلاحي بسبب عجزها عن الوفاء بالتزاماتها التعويضية بالشروط والاوصاف المتعارف عليها دوليا، والذي يرجع أساسا الى عدم قدرتها عن القيام بالإصلاحات الاقتصادية، أمام حتمية الحفاظ على المصالح الخاصة لمواطنيها ومسايرة الاحتياجات الاجتماعية لرعاياها[439].

ومن أجل تحقيق ذلك، عليها اتباع ما يمليه عليها قانونها الوطني المحدد للإجراءات القانونية اللازمة للتعويض في مجال نزع الملكية الخاصة، لكن من الملاحظ أنّ الدول الغربية ترفض مثل هذا الطرح، بحيث تعتبره إخلالا بالتزام دولي، وأحسن مثال على ذلك؛ موقف الكونغرس الأمريكي عندما طرح عليه تعديل قانون المساعدات الخارجية للفترة الممتدة ما بين سنتي 1964 –1965، الذي أعتبر قاعدة التعويض التقليدية بأنّها قاعدة عرفية دوليا يجب الاعتداد بها[440].

3–شرط التعويض الفوري والحال

يقصد بالتعويض "الحال" أو "الفوري"، ضرورة إجراء عملية الدفع للمستثمر الأجنبي –بمجرد قيام عملية الاستيلاء وحرمان المستثمر من استغلال مشروعه بصفة جزئية كانت أو كاملة– أو بعد ذلك بفترة

[438] -Awards of Banco Nacional De Cuba v. Chase Manhattan Bank, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decision of August 1981, PP 12-19, paragraph 888.

[439] –خالد محمد جمعة، المرجع السابق، ص125.

[440] –علي حسين ملحم، المرجع السابق، ص136.

قصيرة، كما أنّه يمكن تقبل فترة التأخر عن الدفع، إذا ما تقرّرت فوائد مناسبة للمستثمر الأجنبي المتضرر، بحيث يجبر ذلك حالة الخسائر الممكن حدوثها[441].

4- شرط التعويض الفعّال

إنّ شرط التعويض "الفعّال" مرتبط بشكل وثيق بالعملة المستعملة لدفع التعويض والتي تستلزم أن تكون عملة قابلة للتحويل، والمتعارف عليه أنّ عملة الدولة المؤمّمة هي عملة التعويض، وإذا كانت العملة المحلية غير قابلة للصرف أو محظورة التحويل أو أنّ ليس لها تأثير فعّال على مستوى السوق المحلي و/أو الدولي كونها غير مستقرة القيمة، أو نتيجة فرض الدولة لسعر صرف تمييزي ضد المستثمرين الاجانب[442]، يمكن الدفع عن طريق سندات الدولة أو سندات الخزينة العمومية أو شهادات خاصة[443].

للأسباب المذكورة أعلاه، أصبح المستثمرون الأجانب يحبذّون التعامل مع إجراء التعويض وفقا لعملة قوية مستقرة في السوق المالي الدولي كالدولار الأمريكي أو اليورو مثلا، و يمكن أيضا المطالبة بالتعويض بنفس العملة التي ادخلوها للقيام باستثمارهم، ما يضمن لهم فعّالية التعويض حيث يسهل القيام بعملية تحويل المال الى الخارج وإمكانية بعث استثمار جديد في دول أخرى، لكن قد نجد استثناءات لهذه الحالة التي يكون فيها التعويض نقدا بالعملة المحلية، و من أمثلة هذا التطبيق نجد؛ قضية شركة قناة السويس المصرية التي تم فيها تعويض المساهمين المتضررين من عملية تأميم السلطات المصرية حيث كان التحويل بالجنيه المصري[444].

---

[441] – عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1998، ص ص 141-144.

[442] –عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص122.

[443] - C. F AMERASINGHE, «The Quantum of Compensation for nationalized property», in; III The Valuation of nationalized property in International Law 91, R.Lillich Éd, 1975, pp.. 97–105.

[444] –عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص 280-281.

إنّ إقرار مبدأ التعويض المناسب يساهم في تحفيز المستثمرين الأجانب على الاستثمار بغض النظر عن الدولة المعنية، لكن هذا لا يعني حرمان الدولة المضيفة من حقّها السيّادي على ثرواتها إذا ما احتجت بذلك، لا سيما أنّ هذا يسمح بانسجام مصالح كل طرف في الاستثمار القائم[445].

فمهما كانت الوسيلة القائم عليها التعويض، فإنّ وظيفته الأساسية تكمن في محو آثار الضرر الذي أصاب المستثمر الأجنبي، حتّى يستطيع أن يعيد الوضع على ما كان عليه قبل إجراء نزع الملكية سواء كان وفقا لعمل مشروع أو عمل غير مشروع.

ثانيا- الممتلكات القابلة للتعويض

من المتعارف عليه دوليا أنّ الممتلكات تنقسم الى قسمين؛

1- ممتلكات مادية؛ و هي التي تشمل كل من الممتلكات المنقولة و غير المنقولة ، و التي يشترط فيها أن تكون تحت حيازة و سيطرة المالك (المستثمر الأجنبي في هذه الحالة)[446].

2- ممتلكات معنوية؛ وهي الأشياء غير المادية والتي لها قيمة مادية[447]، وتشمل حقوق الحيازة «Possessary Rights» ومن بينها الأسهم والسندات والأوراق التجارية الأخرى، إلى جانب احتساب الأرباح المستقبلية أو الكسب الفائت، كذلك برامج الاعلام الآلي الخاصة بالمشروع الاستثماري، بالإضافة الى الحقوق التي تنشأ من عقد الامتياز والقرض[448].

إلاّ أنّه ليس كل ما يمتلكه المستثمر الأجنبي يكون محلا للتعويض في حالة ما إذا انتزعته الدولة المضيفة منه، ذلك أنّه لكي يستفيد المستثمر الأجنبي من التعويض هناك بعض الشروط الواجب توافرها في الممتلكات محل النزع، وهي كالآتي؛

---

[445] -علي حسين ملحم، المرجع السابق، ص 145-146.

[446] - M. WHITEMAN, « Damages in International Law », Vol 2, Washington D.C., U.S. Government printing office, 1937, p.1364.

[447] -Arbitral Tribunal, Award in Ddispute between Libyan American Oil Company (Liamco) And The Government Of The Libyan Arab Republic Relating To Petroleum Concessions." International Legal Materials, Vol. 20, no. 1, 1981, p. 53.

[448]- د. خالد محمد الجمعة، المرجع السابق، ص 06,

1-أن يكون المستثمر الأجنبي مالكا لها وقت قيام إجراء نزع الملكية؛ بمعنى آخر، أنّ الممتلكات التي استغنى عنها المستثمر الأجنبي من تلقاء نفسه، والتي هي محل مصادرة أو تأميم او استيلاء، فلا يحق في هذه الحالة للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويض عنها.

2-أن تكون الأملاك المؤمّمة شرعية ونشأت بصفة قانونية؛ بحيث يستوجب على المستثمر الأجنبي ان يكون قد تملكها بصفة قانونية تسمح بها قوانين الدولة المضيفة. أمّا في حالة كون مصدر نشأتها غير قانوني بالنسبة للتشريع الوطني للدولة المضيفة، فهنا تصبح عملية المصادرة لهذه الاملاك غير قابلة للتعويض، بالإضافة الى سقوط حق المستثمر الأجنبي في استردادها.

3-أن يكون المستثمر الأجنبي قد افتقر جراء عملية التأميم التي استفادت منها الدول المضيفة وأثرتها ماديا، أمّا في الحالة العكسية التي لم تؤدّي بالمستثمر الأجنبي إلى التضرر والافتقار من جراء العملية المؤمّمة لأملاكه، والتي لم تثري الدولة المضيفة من تأميمها للمشروع الاستثماري، فلا يحق للمستثمر الأجنبي المطالبة بالتعويض لعدم توفر الشروط اللازمة[449].

[449] -C. FOMBAD, « The Principles of unjust enrichment in international Law », 30 Th comparative and international law journal of South Africa, 1997, p. 125.

خلاصة الباب الأول:

بعد الدراسة المقدمة من خلال الباب الأول يمكن أن نخلص الى أنّ هناك رابطة وطيدة موجودة بين كل من المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية، الى حد اعتبار الفقه الدولي الى أنهما وجهين لعملة واحدة، ذلك أنّ الحماية الدبلوماسية نتيجة متوقعة للمسؤولية الدولية للدولة المضيفة والمخلّة بالتزاماتها اتجاه المستثمر الأجنبي، والجدير بالذكر أنّ الحماية الدبلوماسية تستلزم توفر شرط رابط الجنسية بين المستثمر الأجنبي المتضرر والدولة المطالبة بهذا النوع من الحماية، إلى جانب شرط استنفاذ جميع سبل الانصاف المحلية، وفي حالة غياب أحد الشرطين تسقط الحماية الدبلوماسية.

إلا أنّ الحماية الدبلوماسية وحدها غير كافية لتوفير السير الحسن لاستثمار المستثمر الأجنبي على أرض الدولة المضيفة، التي طبقا للقانون الدولي للاستثمار فهي ملزمة بتقديم نفس المعاملة المقدمة للرعية الوطني؛ بمعنى آخر، من حق المستثمر الأجنبي الحصول على معاملة شبيهة بالمعاملة الوطنية دون أيّ تمييز، و هي التي تفتح الباب على مصرعيه امام المعاملة العادلة و المنصفة التي تعد آلية قانونية حقيقة –الى جانب المعاملة الوطنية و المعاملة دون تمييز– لحماية المستثمر الأجنبي، إذ كما تبين سابقا، فإنّ الدولة المضيفة ملزمة بمنح المستثمر الأجنبي نفس المعاملة التي تمنحها لرعايا دولة أخرى أو على الأقل توفيرها حتّى وان لم يتم استغلالها، وهذا يكون بعيدا عن أي تمييز مقارنة بالمستثمر الوطني، و إذا انتهكت الدولة المضيفة ذلك، فإنها تقع في المحظور الموجب عليها مسؤوليتها الدولية.

إنّ المسؤولية الدولية للدولة المضيفة تشترط لتحققها بتواجد أحد الشروط التالية؛ فعل غير مشروع كأن يتم تأميم أو مصادرة أو الاستيلاء على استثماره بصفة غير شرعية أو خطأ أو تم التعسف في استعمال حق الدولة المضيفة، أدى الى احداث أضرارا بالمشروع الاستثماري للمستثمر الأجنبي بحيث تم توقيفه بشكل كلي أو جزئي، أو نزعت الحيازة أو الملكية منه، نتج عنه فوات كسب وارباح. بالإضافة على أنّه لا يمكن بأي حال من الاحوال أن تسقط معه المسؤولية الدولية للدولة المضيفة التي تبقى قائمة إلى

غاية تعويض عادل ومنصف يمثّل القيمة المالية الفعلية لأملاكه المؤمّمة وللضرر الذي تعرض له المستثمر الأجنبي. وفي حالة غياب ذلك يصبح اللجوء الى الاليات القانونية من وساطة وتوفيق وتحكيم المتعارف عليها دوليا أمرا حتميا لحل النزاع.

الباب الثاني:

حل منازعات المستثمر الأجنبي:

دراسة تحليلية للتسوية القضائية والآليات البديلة

الباب الثاني: حل منازعات المستثمر الأجنبي: دراسة تحليلية للتسوية القضائية والآليات البديلة

إن الاعتماد على الوسائل القضائية في تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية يعّبر عن إعطاء الأولوية للطرق الأكثر قانونية ورسمية في حل المنازعات، على أنّ سبيل اللجوء إلى القضاء الوطني في مجال الاستثمارات الأجنبية قد يعترضه العديد من المآخذ لاسيما من جانب المستثمر الأجنبي، الأمر الذي يفتح المجال أمام هذا الأخير في طرق باب الوسائل القضائية الدولية التي يطمئن إليها ويثق في مصداقيتها أكثر من المحاكم الوطنية.

إلاّ أنّ هناك آليات أخرى يمكن أن يستعين بها المستثمر الأجنبي لإيجاد حل نهائي للنزاع القائم بينه وبين الدولة المضيفة والذي أحدث له ضررا بسبب انتهاكها لاحد التزاماتها الدولية اتجاهه، وبناءا عليه وقبل اللجوء الى القضاء، فإنّ التحكيم والتوفيق والوساطة يمثّلون آليات ذات فعاّلية في تسوية النزاع الحاصل، نظرا للمميّزات التي يتسمون بها، لكن هل يعني ذلك أنّ المستثمر الاجنبي ملزم اللجوء اليها؟ أو أنّه يمكن الاستعانة بآلية دون غيرها؟ وما هي الإجراءات الواجب اتباعها لذلك؟ أسئلة كثيرة نجد إجابة لها عبر الدراسة التالية التي سيتم الاعتماد فيها على فصلين كمايلي:

الفصل الأول: الآليات القضائية لحل منازعات المستثمر الأجنبي

الفصل الثاني: الآليات القانونية البديلة لحّل منازعات المستثمر الأجنبي

الفصل الأول:

الآليات القضائية لحل منازعات المستثمر الأجنبي

الفصل الأول: الآليات القضائية لحل منازعات المستثمر الأجنبي

ممّا لا شك فيه أنّ الأساس القانوني لانعقاد اختصاص القضاء الوطني في حسم المنازعات التي تنشأ بين طرفي عقد الاستثمار الأجنبي، يكون إمّا بناءا على اتفاق الأطراف و/أو بموجب قوانين الاستثمار المقارنة، و يمكن أن يكون أيضا وفقا لما هو منصوص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية المنعقدة في إطار تشجيع وضمان ترقية الاستثمارات الأجنبية، إذ أنّ هذه الأخيرة تعتبر صاحبة الاختصاص الأصيل، على حسب رأي الفقه الدولي[450]، الذي يتفق مع منطق العدالة التي تقتضي منح فرصة لمرتكب الضرر من أجل معالجة آثار الضرر طبقا لأسلوبه الخاص ووفقا لقوانينه، و بهذا الشكل يصبح باب القضاء الوطني مفتوحا أمام المستثمر الأجنبي المتضرر لاسترجاع حقه الضائع، وعليه سنحاول من خلال دراستنا، تبيان الأجهزة القضائية المختصة وتحديد دورها وفاعليتها في حسم المنازعات الاستثمارية سواء أكانت وطنية أم دولية، و ذلك بتقسيم الفصل الى مبحثين رئيسيين، نتناول في؛

المبحث الأول دور القضاء الدولي كآلية تسوية منازعات المستثمر الأجنبي، والتي يلجأ إليها المستثمر الأجنبي المتضرر، أمّا المبحث الثاني فسوف نستعرض فيه: القضاء الوطني: بين الحماية القانونية وسيادة الدولة.

[450] – د. علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 211.

المبحث الأول: دور القضاء الدولي كآلية تسوية منازعات المستثمر الأجنبي

تعد المنازعات القانونية في مجال الاستثمار الأجنبي من المسائل الهامة التي تتطلب اهتماماً كبيراً من قبل الدول والمستثمرين، حيث يمكن أن تتسبب في خسائر كبيرة للأطراف المعنية. ومن أجل ضمان الحماية القانونية اللازمة للمستثمر الأجنبي وتحسين المناخ الاستثماري، تم إرساء نظام قانوني دولي للحماية وتسوية المنازعات، يعتمد بشكل كبير على القضاء الدولي كآلية لتحقيق هذه الأهداف. وبالنظر إلى أهمية هذا الموضوع، يتطلب دراسة دور القضاء الدولي كآلية لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي، والتحلي بالدقة والتفصيل في تناول هذا الموضوع، لتفهم أهميته والتحديات التي يواجهها، وكيفية تفعيل دور القضاء الدولي في هذا المجال، وعليه سيتم تقسيم المبحث الى مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه القضاء الدولي التقليدي المتمثل في محكمة العدل الدولية، والمطلب الثاني يخصص لدراسة محكمة الاستثمار العربية.

المطلب الأول: محكمة العدل الدولية

لقد كانت ولا تزال مشكلة حماية المستثمرين الأجانب قضية ذات مكانة دولية، حيث أنّها تزاحم أهمّ المسائل التي تهتّم بها الدولة عند إرسائها للنظام القانوني للاستثمارات الأجنبية ضمن قوانينها الداخلية، و تبعا لذلك، نجد أنّ المستثمر الأجنبي يتمتّع بمركز قانوني لا بأس به، مقارنة مع المركز القانوني الذي يتمتّع به باقي الأجانب فوق إقليم الدولة المستضيفة لهم[451]، إلاّ أنّ هذه المكانة المؤسّسة للحماية العامة لم تعد تتماشى مع مقتضيات قواعد القانون الدولي التقليدي، الذي أرسى اللبنة الأولى لحماية المستثمر الأجنبي، حتّى وإن كانت في حدود لا تخرج عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب[452]، لكن بطبيعة الحال تمّ

---

[451] –صفوت احمد عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص ص 432–433.

[452] – عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص ص 85–93.

بعد ذلك تطوير القانون الدولي للاستثمار، الذي أبرز الحاجة الماسة إلى إرساء آليات قانونية جديدة، ووفقا لهذه المبادئ الجديدة التي تتطلب تغيير الأفكار الكلاسيكية المبنية على أساس اعتبار أنّ الدولة هي الشخص الوحيد للقانون الدولي، تم ارتقاء الفكر القانوني الدولي إلى درجة مخاطبة الأشخاص الطبيعية كالمستثمر الأجنبي مثلا، وهذا بهدف السماح له بالوقوف أمام القضاء الدولي كخصم للدولة المضيفة له، حتى يتمكن من فضّ منازعاته المتعلقة بالاستثمار بصفة شخصية، و بهذا الشكل يتمكن من استبعاد هذه المنازعات من إطار دعوى الحماية الدبلوماسية التي هي حكر على دولة جنسيته.

وتتميّز محكمة العدل الدولية[453] بطابعها العالمي واختصاصها القضائي العام، فهي المحكمة الوحيدة التي تتّسم بازدواجية اختصاصها القضائي[454].

الفرع الأول: مجال اختصاص محكمة العدل الدولية

سوف يتم التركيز في هذا الجزء على عنصرين أساسيين هما: تشكيلة المحكمة واختصاصها القضائي كمايلي:

أوّلا–تشكيل المحكمة

تتألف محكمة العدل الدولية من 15 قاضيا لولاية مدتها تسع سنوات، تنتخبهم الجمعية العامة ومجلس الأمن، ويصوّت هذان الجهازان في آن واحد، حتّى وإن كان ذلك بصفة مستقلة عن بعضهما البعض. ولا يمكن أن تشمل المحكمة أكثر من قاض واحد من الجنسية نفسها. وتجرى انتخابات التجديد كل ثلاث

---

[453] – يقع مقر محكمة العدل الدولية في قصر السلام بمدينة لاهاي (هولندا)، فهي الجهاز القضائي الرئيسي لمنظمة الأمم المتحدة، وقد أنشأت بموجب ميثاق الأمم المتحدة في يونيو 1945، إلا أنها بدأت العمل في أفريل 1946 بعدما حلّت مكان محكمة العدل الدولية الدائمة. والوثائق الأساسية التي تنظّم عملها هي كل من ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي للمحكمة، بالإضافة الى لائحة المحكمة والتوجيهات الإجرائية المكملة لها، علاوة على القرار المتعلّق بالممارسة القضائية الداخلية للمحكمة، وتضع هذه الهيئة القضائية الدولية حق الاطلاع على وثائقها عبر موقعها الشبكي تحت عنوان "الوثاق الأساسية" «Documents de Base» ، وهي منشورة أيضا في المجلد السادس لسنة 2007 C.I.J. Actes et documents N°6

[454]–تقرير محكمة العدل الدولية، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، الوثائق الرسمية، الدورة الرابعة والسبعون، الملحق رقم04،2019، ص14.

سنوات لثلث المقاعد، ويجوز إعادة انتخاب الأعضاء المنتهية مدتّهم .ولا يمثّل أعضاء المحكمة حكوماتهم، فهم قضاة مستقلون في القرارات التي يتخذونها.

واستنادا لما سبق، فإنّ النظام الأساسي للمحكمة يشترط أن تتوفر في القضاة المؤهلات المطلوبة في بلدانهم للتعيّين في أرفع المناصب القضائية، أو أن يكونوا رجال قانون ذوي كفاءة مشهودة بها في القانون الدولي، ويجب أيضا ان تمثّل المحكمة في تكوينها أبرز الحضارات والأنظمة القانونية الرئيسية في العالم، وبحال لم تتضمن المحكمة قاض يحمل جنسية دولة طرف في قضية معروضة أمامها، يجوز لتلك الدولة أن تختار قاضيا مخصصّا لتلك القضية[455].

1- الرئيس ونائبه:

ينتخب أعضاء المحكمة الرئيس ونائب الرئيس (وفقا للمادة 21 من النظام الأساسي للمحكمة) كل ثلاث سنوات وفقا للاقتراع السرّي. ويمكن ان يضطلع نائب الرئيس بهمام رئيسه استثناءا في الحالات التالية:

- حالة غياب الرئيس؛

- أو عجز هذا الأخير عن آداء مهامه بصفة طبيعية؛

- أو في حالة شغور منصب الرئيس.

2- مهام رئيس محكمة العدل الدولية:

ومن جملة مهام الرئيس القيام بما يلي:

-يرأس جميع جلسات المحكمة ويوّجه أعمالها ويشرف على إدارتها؛

[455]- انظر المادتين 08 و09 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية؛ https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ar.pdf

-يتأكد في جميع القضايا المعروضة على المحكمة، من آراء الأطراف فيما يتعلق بالمسائل الإجرائية، ويستدعي لهذا الغرض، وكلاء الاطراف للاجتماع به في أقرب وقت ممكن، بعد تعيينهم، ثم حسب اقتضاء الحال بعد ذلك؛

-يكون له أحقيّة توجيه الأطراف الى التصرف على نحو يتماشى مع الأمر الذي تصدره المحكمة بشأن طلب التدابير التحفظية وذلك بهدف تحقيق الأثر المنشود منه؛

- له أن يأذن بتصحيح أي غلط مادي ورد في مستند أودعه أحد الأطراف اثناء مرحلة المرافعات الخطية؛

- عندما تقرر المحكمة في قضية من قضايا المنازعات او طلب من طلبات الفتوى، يقوم بتعيين خبراء قضائيين للجلوس مع هيئة المحكمة، دون ان يكون لهم حق التصويت، باتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على جميع المعلومات ذات الصلة باختيار هؤلاء الخبراء؛

- يوجه مداولات المحكمة؛

-له حق التصويت الترجيحي في حالة تساوي الأصوات خلال المداولات القضائية؛

-يكون بحكم منصبه عضوا في لجان الصياغة، ما لم يكن رأيه مخالف لرأي الأغلبية في المحكمة، في هذه الحالة يحلّ محلّه نائب الرئيس أو إن تعذر ذلك، قاض ثالث تنتخبه المحكمة؛

-يتمتع بعضوية في دائرة الإجراءات المستعجلة التي تشكلها المحكمة كل سنة؛

-يوقّع على أحكام المحكمة وفتاواها وأوامرها، علاوة على المحاضر ويمكن ان يصدر أوامر إجرائية في فترة التي لا تمون فيها المحكمة منعقدة؛

-يرأس لجنة الميزانية والإدارة للمحكمة؛

-يعرض تقرير المحكمة السنوي على أعضاء الجمعية العامة للأمم المتحدة؛

–يستقبل في مقر المحكمة رؤساء الدول والحكومات وغيرهم من كبار الشخصيات خلال الزيارات الرسمية[456].

ثانيا–اختصاص المحكمة

إنّ الأصل في عمل المحكمة، هو دراسة القضايا التي تعرضها عليها الدول بمحض ارادتها من أجل الفصل في المنازعات التي تنشأ في إطار ممارسة سيادتها، وعليه فإنّ عدد الدول الاطراف في نظامها الأساسي، –والتي كانت محل إصدار لإعلانات لدى الأمين العام– بلغ مائة وثلاثة وتسعون (193) دولة سنة 2019، ذلك أنها تعترف فيه بالاختصاص الجبري للمحكمة على النحو المنصوص عليه في الفقرتين الثانية (02) والخامسة (05) من المادة 32 من النظام الساسي للمحكمة، فلا يمكن للمحكمة البت في نزاع إلا إذا كانت الدول المعنية قد قبلت باختصاصها بإحدى الطرق التالية:

1– من خلال ابرام اتفاقية خاصة بين الدول المعنية لعرض النزاع على المحكمة؛

2– عندما تتضمن معاهدة بندا يسمح لأحد الأطراف إحالة النزاع الى المحكمة في حال وجود خلاف على تفسير او تطبيق المعاهدة. وتجدر الإشارة في هذا الشأن أنّ هناك أكثر من 300 معاهدة أو اتفاقية دولية تتضمن هكذا بند؛

3– بموجب اعلان انفرادي تعتمده الدول، وإذ يمكن للدول ان تختار اصدار اعلان انفرادي تقر فيه بالصفة الإلزامية لاختصاص المحكمة، بالنسبة لأية دولة أخرى تقبل بنفس الالتزام بموجب اعلان مماثل. ونجد انّ هناك حوالي 74 اعلان دولي ساري المفعول في الوقت الحاضر، والبعض منه متضمن لتحفظات او استثنى أنواعا معينّة من النزاعات من نطاق اختصاص المحكمة؛

[456]–تقرير محكمة العدل الدولية، المرجع السابق، ص ص17–18.

4- إذا لم تعترف دولة طرف في قضية لاختصاص المحكمة في الوقت الذي ترفع دعوى ضدها، فيجوز لهذه الدولة قبول اختصاص المحكمة فيما بعد للسماح للمحكمة النظر في القضية[457]؛

واستخلاصا لما سبق نلاحظ، بأنّ المحكمة تستطيع ممارسة اختصاصها على الدول ابتداءا من تاريخ قبول الاختصاص من طرف الدول المعنية بالقضية المطروحة امامها، بحيث يجوز لأي دولة عند عرضها المنازعة على المحكمة، ان تقترح الارتكاز في إقامة اختصاص المحكمة على شرط موافقة الدولة المدعى عليها، وذلك استنادا الى الفقرة 05 من المادة 38 من لائحة المحكمة. فإذا قبلت هذه الأخيرة، يثبت اختصاص المحكمة وتقيّد القضية الجديدة في الجدول العام للقضايا في تاريخ الإعراب عن ذلك القبول، وهو ما يعرف بحالة "امتداد الاختصاص" «Forum Prorogatum»[458].

إلاّ أنّ ذاك لا يعني الإغفال عن اختصاص المحكمة أيضا بإصدار الفتاوى، الذي يكون بناءا على طلبات أجهزة منظمة الأمم المتحدة، والتي على رأسها كل من الجمعية العامة ومجلس الأمن كقاعدة عامة، واستثناءا يمكن للمنظمات الدولية الحكومية ان تطلب إفتائها في المسائل القانونية التي تواجهها في إطار ممارستها لأنشطتها نذكر على سبيل المثال: منظمة العمل الدولية، البنك الدولي، منظمة الصحة العالمية، المنظمة البحرية الدولية[459].

---

[457]- راجع المواد من 44 الى 46 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية؛ لأكثر تفاصيل انظر: https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ar.pdf

[458]- تقرير محكمة العدل الدولية، المرجع السابق، ص ص 14-15.

[459]- المرجع نفسه، ص ص 15-16.

الفرع الثاني: مكانة محكمة العدل الدولية في مجال تسوية منازعات الاستثمار

يعترف الفقه الدولي بحق الدولة في حماية مصالح رعاياها، وبالتالي أهليتها في رفع دعوى أمام القضاء الدولي، في حالة حصول اعتداء على هذه الحقوق والمصالح، وبالتالي تعتبر دعوى الحماية ضمانة مهمّة لحماية حق المستثمر اتجاه الدولة المضيفة لاستثماره.

أولا- شروط رفع دعوى الحماية امام محكمة العدل الدولية

وفقاً لنص المادة (34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإنّ المستثمر الأجنبي -فرداً كان أم شركة- لا يتمتع بحق المثول مباشرة أمام المحكمة[460].

وتبقى الوسيلة الوحيدة للتقاضي، هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة، حيث يعترف الفقه الدولي بحق الدولة في حماية مصالح رعاياها، وأهليتها في رفع دعوى أمام القضاء الدولي في حالة حصول اعتداء على هذه الحقوق والمصالح، وتسمى هذه الأخيرة ب"دعوى الحماية الدبلوماسية"، التي هي بمثابة ضمانة أساسية لحماية حق المستثمر الأجنبي[461].

إلاّ أنّه ليس للدولة التي ينتمي إليها المُستثمر المُتضرر أن تمارس الحماية الدبلوماسية، إلاّ إذا توافرت ثلاثة شروط يتطلبها القانون الدولي، وهذه الشروط هي:

-الشرط الأول: الجنسية؛ سبق وان بيّنا في الباب الأوّل من دراستنا في إطار بيان النطاق الشخصي لمفهوم الجنسية لحماية المستثمر الأجنبي، وسنكتفي بذلك القدر ممّا قدمناه، ونتعرض فقط لشرط الجنسية وأثره في ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية إذا تعرض المستثمر الأجنبي للضرر.

---

460 – تنص المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية: " للدول وحدها الحق في أن تكون طرفا في الدعاوى التي ترفع أمام المحكمة، شريطة قبول باقي الدول المثول أمام المحكمة."؛ لأكثر تفاصيل راجع: النظام الأساسي للمحكمة الملحق بميثاق منظمة الأمم المتحدة، سنة 1945.

461 –د. إياد يونس محمد الصقلي، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام، مجلة جامعة الكويت للحقوق، المجلد 3، العدد 1، الجزء 1، سنة 2018، ص 296.

والجدير بالتنويه، أنّ حل مشكلة تعدد الجنسية، يكون من خلال اعتماد معيار الجنسية الفعلية والمتمثلة في وجود رابطة حقيقية بين المستثمر والدولة. وتعتبر الجنسية الفعلية مجرد معيار للترجيح بين الجنسيات المتعددة، وعلى الدولة المدعى عليها أن تقيم الدليل على أنّ جنسية الدولة المدعيّة لا تقوم على أسس فعلية، أمّا إذا كان المتضرر لا يحمل سوى جنسية دولة واحدة، ففي هذه الحالة يحق للدولة التي يحمل المتضرر جنسيتها أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لمصلحته، حتّى وان لم تكن جنسية تلك الدولة قائمة على أسس فعلية [462]. ولقد أقرت لجنة القانون الدولي جواز اشتراك دولتان أو أكثر من دول الجنسية (لمزدوج او متعدد الجنسية) لرفع دعوى الحماية الدبلوماسية ضد دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها[463].

يمكن ملاحظة إمكانية إثارة مشاكل عندما تتنازل إحدى دول الجنسية عن حقها في ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية، في الوقت الذي تستمر فيه دولة أخرى من دول الجنسية في مطالبتها، بحيث يصبح من المستحيل تدوين قواعد تحكم حالات مختلفة من هذا النوع، التي ينبغي معالجتها وفقاً لمبادئ القانون العامة التي تحكم تلبية المطالب الواردة في إطار المطالبات المشتركة لدعوى الحماية الدبلوماسية[464].

-الشرط الثاني: استنفاذ سبل الانتصاف المحلية

يساعد اشتراط استنفاذ وسائل الإصلاح المقررة في الدولة المضيفة قبل اللجوء للحماية الدبلوماسية في الحفاظ على العلاقات الودية بين الدول، ويحول دون إثارة المنازعات التي يترتّب عليها تحريك المسؤولية الدولية التي تؤدي في أحيان كثيرة إلى نزاع مسلح أو تهديد السلم والأمن الدوليين، وممّا لا شك فيه إن

---

462 – هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص ص 120-121.

463 – المادة (5/ 2) من مواد لجنة القانون الدولي بشأن الحماية الدبلوماسية.

464 – تقرير لجنة القانون الدولي بشأن الحماية الدبلوماسية، الدورة السادسة والخمسون، 2004، الوثيقة رقم (A/59/10) من وثائق الأمم المتحدة، ص 32-33.

تنافي الخلافات الدولية، وتقليل عدد الدعاوى التي ترفعها بعض الدول على بعض فيه مصلحة مُحققة للمُجتمع الدولي بأسره [465].

و من الضروري التنويه بأنّ محكمة العدل الدولية ترى في شرط استنفاذ سبل الانتصاف المحلية بأنّه " قاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي العرفي، وانه من الضروري قبل أن يكون من الجائز اللجوء إلى محكمة دولية، أن تتاح للدولة التي حدث فيها الانتهاك الفرصة لجبره بوسائلها الذاتية، في إطار نظامها المحلي " [466].

ويتخذ سبيل الانتصاف المحلي اللجوء إلى القضاء بدرجاته وأنواعه في الدولة المضيفة، بحسب ما تسمح به تشريعاتها للأجانب، فقد يقتضي الأمر اللجوء إلى المحكمة الدستورية أو المحكمة العليا، كما يمكن أن تكون من خلال إقامة الدعوى أمام المحاكم العادية، حيث يتم تحديد مضمون الطلبات والطعون وفقاً للنظام القانوني والقضائي السائد فيها[467]، ولا يكفي مراعاة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية، بل يجب مراعاة نتيجة هذا الاستنفاذ، فإن لم تؤدي طرق التقاضي بعد استنفاذها إلى جبر الضرر، عندها يحق لدولة المتضرر التدخل لحمايته، ويشترط في الحكم أن يكون نهائياً وحائزاً لحجية الشيء المقضي به.

واستنادا لما سبق، فإنّ قاعدة استنفاذ سبل الانتصاف المحلية ترتبط بطبيعتها ارتباطاً وثيقاً بمسألة حماية استثمار المستثمر الأجنبي، حيث تبدو أهمية تحديد تلك الطبيعة في معرفة جنسية المستثمر الأجنبي لغرض المطالبة الدولية، التي تستند على تاريخ تحقق مسؤولية الدولة المضيفة. وكذلك تظهر مكانة قضاء الدولة المضيفة في حصر مقدار الضرر الذي لحق بالمستثمر الاجنبي، وتبعا لذلك يصبح من حق

---

[465] – د. احمد ابو الوفا، الوسيط في القانون الدولي، منشورات دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2004، ص 884.

[466] – حكم محكمة العدل الدولية في قضية "انتر هاندل" بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، الحكم الصادر في 1959/03/21. لأكثر تفاصيل انظر؛ https://bit.ly/2UK9iTHMS (تم تصفح الموقع بتاريخ: 01-11-2020).

[467] – بموجب المادة 186 من الدستور الجزائري لسنة 2016، يكون اختصاص النظر بدستورية القانون من اختصاص المجلس الدّستوريّ .

المستثمر الأجنبي الحصول على تعويض، على أساس حكم قضائي يكون نهائياً وحائزاً لحجية الشيء المقضي به [468].

-الشرط الثالث: شرط الأيادي النظيفة (سلوك المستثمر)؛ يُشترط ألاّ يكون الشخص المراد حمايته قد تسبب بسلوكه المخالف للقانون الدولي العام، أو لقوانين الدولة التي يُقيم فيها في حدوث الضرر الذي يشكو منه[469].

ويتجلى شرط الأيدي النظيفة في فكرة إن الفرد لا يستطيع أن يطالب بتعويض عادل، أو أن يُلزم الآخرين باحترام حقوقه، إذا كان قد خرق بسلوكه مبدأً عادلاً هو مبدأ حسن النية [470]، حيث ليس لأحد أن يستفيد من باطل صدر عنه، ومن يقصد العدالة طالباً للانتصاف، يجب أن يقصدها بأيدٍ نظيفة، حتّى وإن لم يكن هناك سند واضح يؤيد وجوب تطبيق هذا المبدأ على قضايا دعوى الحماية الدبلوماسية[471].

ثانيا- أشهر الأمثلة التطبيقية

من أشهر القضايا التي أبرزت دور محكمة العدل الدولية في تسوية منازعات استثمارات المستثمرين الأجانب، قضيتان رئيسيتان، الأولى قضية برشلونة تراكشن، والثانية قضية أليكترونيكا سيكولا.-فيما يخص قضية شركة برشلونة تراكشن[472]، نجد أنّ محكمة العدل الدولية قررت فيها بأنّ تكون الدولة التي

---

[468] – علي حسين ملحم، المرجع السابق، ص ص 238-240.

[469] – د. عصام العطية، المرجع السابق، ص 546.

[470] - O. J. HERSTEIN, « A Normative Theory of the Clean Hands Defense », Journal Cornell University Law School, Vol. 17, No. 3- 2011, p. 03.

[471] – جون دوغارد، التقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية، لجنة القانون الدولي، الدورة الخامسة والخمسون، 2003، الوثيقة رقم (A/CN.4/530) من وثائق منظمة الأمم المتحدة، ص 2.

[472] – تأسست شركة برشلونة تراكشن لمعدات الجر و الانارة و الطاقة عام 1911 في كندا، ومارست جّل أعمالها التجارية بإسبانيا، إلى غاية انتهاء الحرب العالمية الثانية، أين أصبحت نسبة المواطنين البلجيكيين فيها 88% من رأسمال الشركة، إلى جانب العديد من الإجراءات المتخذة من قبل اسبانيا ضد هذه الشركة أدت بها الى الانهيار، فقامت بلجيكا لاعتبارها دولة الجنسية لاغلبية حملة الأسهم برفع دعوى ضد اسبانيا للمطالبة بالتعويض، إلا أنّ اسبانيا اعترضت و دفعت ببطلان الدعوى نظرا لانّ كندا هي دولة جنسية الشركة ولها الحق وحدها في الحماية الدبلوماسية.

تم فيها تأسيس الشركة هي صاحبة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية، وليس للدولة أو لدول حملة الأسهم[473].

ذلك أنّه حسب محكمة العدل الدولية فإنّ شركة برشلونة هي شركة محدودة المسؤولية تمثل الأسهم رأسمالها، وفي حال حصول ضرر لاحد المساهمين، نتيجة ضرر يصيب الشركة، فإنه للشركة وحدها حرية اتخاذ إجراء عن ذلك، وعبرت المحكمة بالقول:" إذا كان ثمة كيانان منفصلان قد عاينا نفس الضرر، فإنّ الأولوية للكيان الذي وقع التعدي على حقوقه"، ولا يكون لحملة الأسهم الحق بصورة مستقلة لاتخاذ أي اجراء، ولقد استندت المحكمة في تمييزها بين الشركة وحملة الأسهم الى القانون المحلي وليس للقانون الدولي[474].

إلاّ أنه تم انتقاد هذا الحكم من عدة وجوه، من جهة؛ أنّ الأساس الذي أقامت عليه المحكمة حكمها مستمد من القواعد العامة لقانون الشركات المحلية، الشيء الذي أدّى إلى استبعاد القانون الدولي العرفي، حتّى وان اشارت في قرارها الى اتفاقيات الاستثمار الثنائية و المتعددة الأطراف، و اتفاقية التسوية بمبالغ مقطوعة، إلى جانب قرارات التحكيم التي تفسر هذه الاتفاقيات، من جهة أخرى، بدلا من رفضها و استنادها لقوانين خاصة تطبق في حالات معينة، لكان بإمكانها العثور على أدلّة كافية على وجود قاعدة القانون الدولي العرفي التي تدعم بها مطالبات حملة الأسهم[475].

إلا أنّ الملاحظ، هو رفض غالبية الممارسات التقليدية التي تنظم دفوع حملة الأسهم، بحجة عدم صلتها بالموضوع، متناسية بذلك القاعدة العرفية فيما يخص هذه الدفوع، والاعتماد الشبه حصري على القانون المحلي الذي لا ينشئ بموجبه حقا قابلا للتنفيذ عند تضرر الشركة[476].

---

473 - Barcelona Traction Case, op.cit., Para 70-88.

474 - Ibid., para 40-44.

475 – جون دوغارد، المرجع السابق، ص 17.

476 – نفس المرجع، ص 18.

–وفي قضية "الكترونيكا سيكولا"[477]، اتخذت محكمة العدل الدولية منهجا مغايرا للحكم الصادر في قضية برشلونة تراكشن، حيث قبلت مطالبة الولايات المتحدة الامريكية باعتبارها دولة جنسية حملة الأسهم ضد إيطاليا التي تعد دولة جنسية الشركة[478].

وفي هذا الإطار، يرجع الفقه الدولي الاختلاف بين هذه الاحكام إلى ثلاثة أسباب رئيسية:

1– في قضية "الكترونيكا سيكولا" لم تكن دائرة المحكمة معنية بتقييم القانون الدولي العرفي، بل بتفسير معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة بين الولايات المتحدة الامريكية وإيطاليا، لأنّها نصت على حماية حملة الأسهم الذين يسيطرون على الشركة التي تّم تأسيسها في الدولة المضيفة للاستثمار.

2– التعدّي الواقع على حقوق حملة الأسهم في قضية "الكترونيكا سيكولا"، وهي من بين الاستثناءات الوادرة في حكم "برشلونة تراكشن" الذي أجاز لدولة حملة الأسهم ممارسة الحماية الدبلوماسية لفائدتهم.

3–إلى جانب كون الشركة تعرضّت الى التصفية ولم يعد لها وجود، وهو أيضا من بين الاستثناءات المذكورة في قضية "برشلونة تراكشن"[479].

ثالثا– تقييم دور محكمة العدل الدولية في دعوى الحماية الدبلوماسية

بحسب ما اتضح من خلال طبيعة نظام محكمة العدل الدولية وشروط قيام دعوى الحماية الدبلوماسية التي تعتبر الهيكل الرئيسي للمستثمر الأجنبي للتعويض عن الاضرار التي اصابته امام المحكمة، فانه تبين وجود عدد من العيوب والصعوبات التي لا تسمح للمحكمة بممارسة مهامها التحكيمية بالشكل الذي وضعت من أجله.

1. المشاكل الوظيفية لمحكمة العدل الدولية؛

---

[477] – هي شركة إيطالية تملك أسهمها شركتان أمريكيتان، صدر حكم محكمة العدل الدولية فيها بتاريخ 20 جويلية 1989.

[478] – حكم محكمة العدل الدولية في قضية "الكنرونيكا سيكولا" بين الولايات المتحدة الامريكية وإيطاليا بتاريخ 20 جويلية 1989، موجز الأحكام والفتاوى والأوامر الصادرة عن محكمة العدل الدولية للفترة 1948–1991.

[479] – جون دوغارد، المرجع السابق، ص ص 14–15؛ كذلك: أحمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، ط 1، المجلد 1، القاهرة، مصر، 2020، ص 141.

يحتوي النظام الأساسي للمحكمة على العديد من الأحكام التي تهدف إلى تعزيز اللجوء إلى القضاء، ولكن عدم الثقة فيها أدّى بالدول إلى استخدامها في كثير من الأحيان بهدف شل عمل المحكمة، وهو ما يستشف من خلال تطور المنظمات الدولية الذي لم يقترن بتوسع اختصاص المحكمة مع ما يتناسب مع هذا التطور، ذلك أنّ الولاية التي تمارسها المحكمة بصفة دائمة وبكثرة، هي اختصاصها الاستشاري حتّى وان كان بشكل حصري ومحدود للغاية[480].

إذا كانت محكمة العدل الدولية غير قابلة للمقارنة مع المحاكم الكلاسيكية، مثل التي تتواجد في النظام القانوني الداخلي، فإنّ ذلك يرجع أساسا إلى حقيقة أن الدول ليست كغيرها من المتقاضين، مما يجعل من الولاية القضائية لمحكمة العدل الدولية اختيارية بدلا من أن تكون إلزامية. حيث أن نشاطها خاضع للدول إلى حد ما، فهي تعتمد (المحكمة) على موافقة الدول ذات السيادة لممارسة وظيفة التقاضي، إلى جانب مهمتها الاستشارية[481]. وهو ما يفسّر الدور الثانوي لمحكمة العدل الدولية على الساحة الدولية.

ومن المعلوم أنّه يحق لكل الدول الأعضاء بمنظمة الأمم المتحدة اللجوء الى محكمة العدل الدولية، إذ حسب مضمون المادة 36 فقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة، فإنّه يحق للدول التي هي طرف في هذا النظام الأساسي أن تصرح ودون حاجة إلى اتفاق خاص، بأنّها تقر للمحكمة بولايتها الجبرية في نظر جميع المنازعات القانونية التي تشمل الخلافات المتعلقة بتنفيذ معاهدة أو واقعة تشكل انتهاكا لالتزام دولي أو أي مسألة من مسائل القانون الدولي، التي تقوم بينها وبين دولة تقبل الالتزام نفسه، في أي وقت[482].

زيادة على ذلك، نجد أنّ هناك تدهور في نوعية النزاعات المطروحة على المحكمة، حيث أنّه في 06 قضايا من العشر (10) التي أحيلت إليها خلال السنوات الماضية لم تطعن الدولة المدعى عليها فقط في

---

480 - R.J. DUPUY, « L'Adaptation de la cour internationale de justice au monde d'aujourd'hui », R.B.D.I, Vol. 1, 1966, p. 34.

481 - N. ROS, « La Cour internationale de Justice comme instrument de la paix par le droit », Études internationales, Vol. 25, N° 2,1994, p. 275.

482- P. BASTID, « La justice dans les relations internationales », La Justice, Centre de sciences politiques de l'institut d'Études juridiques de Nice, P.U.F., 1961, p. 439.

اختصاص المحكمة، لكنها رفضت المثول أمامها[483]، إلاّ أن مبادرة الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة سنة 1970 الرامية الى تفضيل اللجوء الى محكمة العدل الدولية، لم تلقى الصدى المنتظر منها[484]. ويرجع ذلك الى عوامل سياسية أكثر منها ثغرات وضعف وظيفي للجهاز القضائي، ويمكن بالتالي تقسيمها إلى ثلاث فئات؛

-الفئة الأولى؛ يمكن وصف هذه الفئة الأولى من العوامل بأنها "عامة" لأنها مشتركة بين عدد كبير من الدول، فهي مستمدة من طبيعة التحكيم والتسوية القضائية ذاتها. وتشمل الخوف من خطر فقدان المحاكمة، والفكرة القائلة بأنّ اللجوء إلى محكمة دولية هو عمل غير ودّي وعدائي اتجاه الدولة المدعّى عليها.

-أمّا الفئة الثانية فتخص الدول الغربية؛ التي تؤسّس موقفها على انعدام الأمن القانوني، وبسبب رفض البلدان الاشتراكية والدول النامية بعضا من القواعد القانونية التي توصف حسبهم بأنّها ذات طابع "رأسمالي" أو "استعماري"، ويؤدّي انعدام الأمن هذا إلى وجود تحفظ معيّن اتجاه الإجراءات القضائية لتسوية المنازعات الدولية[485].

-والفئة الثالثة؛ هي عكس الفئة السابقة نوعا ما، وتشمل خوف دول العالم الثالث اتجاه هيئات التحكيم وبالأخص محكمة العدل الدولية، بما أنّها معروفة بتحفظها التقليدي، وكذلك تكوينها بأن تطبق عليها قواعد قانونية لم تشارك فيها هذه الدول، وأنّها بذلك تخدم فكرة الهيمنة الاستعمارية عليها بدلا من العمل بمبادئ أكثر عدلا وانصافا بالنظر الى حالتها السياسية واحتياجاتها الاقتصادية[486].

ومن المحتمل أن يكون هذا الشعور مصدره حكم محكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 18 جويلية 1966 في قضية جنوب غرب إفريقيا (المرحلة الثانية) إثيوبيا وليبيريا ضد جنوب إفريقيا، والذي قد يدوم مع

---

483 - L. CAFLISCH, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », In: Annuaire Français de Droit International, Vol. 25, 1979. p.1.

484 - Ibid, p.14, voir aussi; L. Gross, c Review of the Rôle of the International Court of Justice », American Journal of International Law, Vol. 66, 1972, pp. 479-490.

485- L. CAFLISCH, op.cit., p.15.

486 - V. MANGOLDT, «The International Arbitration means in dispute settlement », Contribution to foreign public law and international law, Vol 63, Berlin / Heidelberg / New York, Springer Verlag, 1974, p. 180.

إمكانية وجود قضاة لا ينتمون الى إحدى دول العالم الثالث[487]. بالإضافة الى هذا السبب الرئيسي، يمكن ذكر أسباب فرعية أخرى من بينها عدم تحمل التكلفة المالية للتنقل الى مقر محكمة العدل الدولية بمدينة لاهاي بالنسبة للدول النامية، مع إمكانية فض النزاع عن طريق أجهزة تحكيم جهوية، وأخيرا طول مدة الإجراءات القانونية لمحكمة العدل الدولية لحل النزاع[488].

2- الصعوبات المتعلقة بإثبات الجنسية وتعددها وانعدامها؛

يرتبط اللجوء الى محكمة العدل الدولية مباشرة بممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية الملزمة برابطة الجنسية، وأنّ إثبات هذه الرابطة بحد ذاته يُمثل عقبة كبيرة، بالإضافة إلى المشاكل المتعلقة بتعدد الجنسية، الشيء الذي يؤدي إلى تزاحم المطالبات التي يترتّب عنها ضرورة إثبات الجنسية الفعلية، وتظهر بشكل أكثر تعقيداً عندما يُراد تحديد جنسية الأشخاص المعنوية، بحيث تزداد مع سعة نشاط الشركة وتعدد المساهمين فيها، كما إن حالات انعدامها تثير الكثير من الصعوبات والمشاكل المرتبطة بذلك. بمعنى آخر، امتداد سلطة دولة الجنسية الى الخصومة الخاصة أثناء ممارستها لدعوى الحماية الدبلوماسية، التي تؤدي الى تدويل القضية واستبعاد شبه كلّي للفرد المتضرر، بحيث لا يكون له أي دور إلاّ في الحالات الاستثنائية، ممّا قد يؤدّي الى المساس بمصالحه وعدم إنصافه، بما أنّ دولة الجنسية هي التي تحدد مبلغ التعويض الذي يبنى عليه حكم محكمة العدل الدولية[489].

3- الصعوبات المتعلقة باستنفاذ سبل الانتصاف المحلية؛

وتظهر هذه الصعوبات في أكثر من صورة، منها التأخّر في إجراءات التقاضي، التي تؤدي الى تفاقم الضرر الذي يعاني منه المستثمر الاجنبي، يضاف لها تعقد إجراءات التقاضي المحلية وتعددها، وما

---

[487] – حكم نهائي صادر بتاريخ 18 جويلية 1966 في قضية إثيوبيا وليبيريا ضد جنوب إفريقيا، مجلد محكمة العدل الدولية، سنة 1966، فقرة 26 ص 06.

[488]- RP. ANAND, « International Courts and Contemporary Conflicts », New York, Asia Publishing House, 1974, pp. 328-329.

[489] – د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 64.

تستوجب من نفقات، كما إن النظام القانوني في البلد المضيف لا يتيح أحيانا للأجانب عموماً، وللمستثمرين منهم خاصة عند نزع ملكيتهم، إمكانية للتقاضي بصورة مطلقة، أو أن يكون التقاضي في حال إقراره غير ذي جدوى، ممّا يضيف عبئاً آخر في إثبات عدم وجود إمكانية للتقاضي أو عدم فاعليتها[490].

ولو أضفنا لتلك العيوب، ذلك الإرث السيّء القديم الذي لم ينته بأنّها قد استخدمت ذريعة للتدخل في شؤون الدول الأخرى، وخصوصاً تدخل الدول القوية ضد الدول الضعيفة والمساس بسيادتها، وهذا ما أشار إليه احد قضاة محكمة العدل الدولية بالقول " إن تاريخ مسؤولية الدول في مجال معاملة الأجانب إنّما هو سلسلة من أعمال التعسّف والتدخل الغير مشروع في الشؤون الداخلية للدول الضعيفة، ومطالبات لا مبرّر لها، وتهديدات وربّما اعتداءات عسكرية تحت غطاء ممارسة حقوق الحماية، وفرض عقوبات لإكراه الحكومات على تقديم التعويضات المطلوبة " [491]، حتّى كانت النتيجة الحتمية لذلك أنّ اللجوء الى محكمة العدل الدولية عن طريق ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية أصبحت ذات نظرة سيئة لدى الدول النامية، ولاسيما في أمريكا اللاتينية التي تحمل طابع العدائية، بحيث تصفها على أنّها ممارسة تمييزية للسلطة لا كطريقة لحماية حقوق الأجانب [492].

وعليه يمكن ارجاع الجمود والنسيان المتعمّد الذي طال محكمة العدل الدولية إلى اتفاقيات الاستثمار الدولية المبرمة التي أصبحت حقاً مباشراً للمستثمر الأجنبي المتضرر، التي أدّت الى التخفيف من آثار الشرط المتعلّق باستنفاذ سبل الانتصاف المحلية، بما أنّها تطالب استبعاده أو تحديد مدة زمنية للحسم فيه، وبذلك ظهر نظام التحكيم الذي أصبح منافس لنظام العدالة القضائية الدولية (محكمة العدل الدولية) يقوم على تحقيق تطلعات المستثمرين في حماية استثماراتهم بطريقة فعاّلة.

---

[490]- R. J. DUPUY, op.cit., p. 35.

[491] – القاضي باديلا نيرفو، الرأي المستقل في قضية الشركة المحدودة للإضاءة والطاقة لسكك حديد برشلونة، انظر مجموعة قرارات محكمة العدل الدولية، لعام 1970.

[492] – جون دوغارد، المرجع السابق، الفقرة 11 من ص 266.

المطلب الثاني: محكمة الاستثمار العربية

تعد محكمة الاستثمار العربية المنبثقة بموجب الاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية سنة 1980 بمدينة عمان، نموذجا عن الآليات القضائية الدائمة لتسوية منازعات الاستثمار التي قد تنشأ فيما بين الدول العربية الأطراف في هذه الاتفاقية، حيث أنّه بحلول عام 1985 قامت الهيئة العربية بوضع النظام الأساسي لهذه المحكمة إلى غاية تعديله في سنة 2013 بمدينة الرياض.

الفرع الأول : ماهية محكمة الاستثمار العربية

وتعد هذه الاتفاقية من بين أهم الاتفاقيات الجماعية العربية، ذلك انّ الدول الاطراف ملزمة بمنح حرية التنقل للرؤوس الأموال العربية فيما بينها، الى جانب مساهمتها في تشجيع وتسهيل الاستثمار عبر منحها كامل الحماية اللازمة للمستثمر العربي مع ضمانها لحقوقه الى جانب فوائد استثماره[493]، وبموجب قرار المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية لسنة 1991 تم وضع تشكيلة محكمة الاستثمار العربية.

أولا-الأساس القانوني لمحكمة الاستثمار العربية

تعتبر أيضا اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار العربية المبرمة في القاهرة سنة 2000، من بين الأطر القانونية التي تعتمد عليها محكمة الاستثمار العربية، فهي تهدف الى حل أي نزاع ينشأ مباشرة عن أحد الاستثمارات بين الدول العربية الأطراف المضيفة للاستثمار، او احدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة او الشركات التابعة لها، او مواطنيها وبين احدى الدول العربية الأخرى الأطراف، أو او احدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة او الشركات التابعة لها او مواطنيها(كل شخص طبيعي او معنوي يحمل جنسية الدول)،

[493]-الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، ادارة الشؤون القانونية، لسنة 1980، لأكثر تفصيل راجع؛www.arablegalnet.org

بما يضمن إيجاد مناخ ملائم يسهم في تشجيع الاستثمارات العربية بصورة متزايدة في الوطن العربي[494].

وترجع أسباب تلك المنازعات الى أمرين هامّين هما:

1- الاختلاف في مضمون الاتفاقيات وتأويل الحقوق والالتزامات.

2- ونقض الدولة المضيفة للاستثمار لتعهداتها إزاء المستثمر الأجنبي.

الى جانب ذلك فيمكن بتعدد أطرافها ومضمونها ظهور نزاعات أخرى تنقسم بين الشكل والمضمون؛

-في الشكل؛ ترتكز أساسا على مستوى الأطراف بحيث نجد أنّ هناك منازعات إمّا؛

1.بين كل من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي؛

2.أو بين المستثمرين ومؤسسات الضمان؛

3.و أخيرا بين الدولة المضيفة للاستثمار ومؤسسات ضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية.

-أمّا على مستوى مضمون نزاعات الاستثمار فقد تضمن القانون وسيلتين أساسيتين؛

الأولى وديّة والثانية قضائية، ذلك أنّ الطريقة الأولى تشمل تقنيات المصالحة والاستعانة بأهل الخبرة في مجال الاستثمار سواء كان بصفة عامة او خاصة؛

أمّا الثانية فتشمل الوسائل القضائية الاتفاقية(التحكيم)، على اعتبار بأنّه وسيلة بديلة لقضاء الدولة يكون اللجوء اليه من قبل الاطراف بإرادتهم الحرّة، لما يمتلكه من مرونة وسرعة في فضّ النزاع القائم، وغير الاتفاقية، بمعنى التقاضي المؤسساتي سواء كان وطنيا، أو إقليميا أو دوليا، فلقد أصبح اللجوء الى القضاء الذي يتمتّع بميزة حسن تنفيذ اتفاقيات الاستثمار، وسيلة حتمية في حالة عدم توصل أطراف النزاع الى اتفاق تحكيم[495].

---

[494]-المادة 02 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، الشبكة القانونية العربية، لسنة 2000، لأكثر تفصيل راجع؛www.arablegalnet.org

[495]-منصف الكشوف، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، متوفر عبر الموقع الالكتروني http://bit.ly/2FR3a4GHMS

1- تشكيلة محكمة الاستثمار العربية

تتكون محكمة الاستثمار العربية من خمسة (05) قضاة على الأقل، بالإضافة الى عدد من الأعضاء الاحتياطيين، يتم اختيارهم من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية من بين قائمة تضم مرشحي الدول الأطراف ممن لهم الكفاءة العلمية والأخلاقية، لتولي مثل هذه المناصب الرفيعة، ومن بين هؤلاء القضاة يعيّن المجلس رئيساً للمحكمة[496]، ومن أجل ضمان استقلالية محكمة التحكيم تضمنت المادة الثالثة (03)من النظام الأساسي للمحكمة على عدم جوازيه اشراك قضاة يحملون نفس جنسية اطراف الدعوى[497]، أمّا مدة العضوية فتم تحديدها بثلاث سنوات قابلة للتجديد[498].وتنعقد جلسات المحكمة بالمقر الدائم بجامعة الدول العربية، و يمكن للمحكمة استثناءا عقد جلساتها بمكان آخر، شريطة ان يكون مصحوبا بقرار مسبب[499].

يلاحظ مبدئيا، بأنّه تمّ الأخذ بمبدأ تعيين القضاة بدلا من الانتخاب، ويمكن ارجاع ذلك الى التبعية العضوية للمحكمة لجامعة الدول العربية، سواء من جانبها الإداري او حتّى المالي[500]،إلاّ أنّ هذا لا يعني تبعية القضاة، ذلك انّ النظام الأساسي للمحكمة أكّد على ضرورة التزام الدول باستقلالية القضاء التحكيمي وعدم مسائلتهم عن الاعمال المتعلقة بأعباء وظيفتهم[501].

2-الشروط الواجب توفّرها في القاضي

-أن يكون ممّن تؤهلهم قدراتهم العلمية وصفاتهم الأخلاقية لتولي المناصب القضائية الرفيعة؛

---

[496]-لأكثر تفصيل راجع المادة 28 فقرة 02 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، ص 09.

[497]- المادة الثالثة من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية،http://bit.ly/30hI9tgHMS

[498]-المادة 28 فقرة 03، من المرجع السابق، ص09.

[499]-المادة 28 فقرة 05، من المرجع السابق، ص09.

[500]- د. صلاح الدين بوجلال، طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 2، جوان 2005، ص 33.

[501]-راجع المادة 19 من النظام الأساسي المعدّل للمحكمة، ص51.

- التمتّع بجنسية احدى الدول العربية.

-التفرغ للعمل كقاضي تابع للمحكمة إلاّ إذا كانت هناك ظروف قاهرة تقضي غير ذلك.

ويعتبر رئيس المحكمة هو الأعلى سلطة فيها، وهو من يمثّل المحكمة امام الغير، وفي حالة غيابه أو حدوث مانع له يحول دون ممارسة مهامه بصفة عادية، في هذه الحالة يعوّضه أقدم القضاة وأكبرهم سنّا في حالة التساوي في الاقدمية، وفي حالة ثبوت شغور دائم في أحد المناصب، فيتّم الرجوع الى القائمة الاحتياطية، بحيث يكمل القاضي الاحتياطي المدة المتبقية للعهدة السابقة، مع مراعاة ألاّ يكون هناك أكثر من جنسية ممثلة[502].

ونجد انّ المجلس الاقتصادي لجامعة الدول العربية قد وفّر للقضاة مزايا مغرية، بمنحهم الحصانة الدبلوماسية، إضافة الى الرواتب والمكافآت المالية والتعويضات كلها معفاة من الضرائب[503].

ثانيا- اختصاصات محكمة الاستثمار العربية

تختص محكمة الاستثمار العربية بالمنازعات المتعلقة بتطبيق احكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية[504]،وحسب هذه الاتفاقية فإنّ للمحكمة اختصاص قضائي وآخر إفتائي (استشاري).

1- الاختصاص القضائي:

حيث يمكن للمحكمة الفصل في النزاع المطروح امامها بحكم قضائي، ومن اجل ممارسة هذه الصلاحية حددّت الاتفاقية نطاق اختصاص المحكمة من حيث الاشخاص والموضوع.

2-الاختصاص الشخصي للمحكمة؛ يتمثل الاختصاص الشخصي لمحكمة الاستثمار العربية بالنظر في منازعات الاستثمار التي تكون قائمة في الحالات التالية؛

---

[502]-م.م. وديان خالد عوده، الوسائل الدولية لتسوية المنازعات في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين،2018، عدد 20، ص 185.

[503]- راجع المادة 28 فقرة 04 من الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية، المرجع السابق، ص09.

[504]-راجع المادة 29 فقرة 01، المرجع السابق، ص09.

-أية دولة طرف ودولة طرف أخرى؛

-دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة للأطراف الأخرى؛

-دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة طرف.

-بين الأشخاص المذكورين أعلاه وبين المستثمرين العرب.

-بين الأشخاص المذكورين أعلاه وبين الجهات التي توفّر ضمانات للاستثمار طبقا لاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية[505].

وتأسيسا لما سبق ذكره، يتضح بأنّ الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية عملت على حصر مجال الاختصاص الشخصي للمحكمة، ممّا يعني رفض أية دعوى تكون متضمنة لطرف أجنبي عن الاتفاقية، حتّى ولو كان شريكا لمستثمر عربي سواء بصفة مباشرة او غير مباشرة، فالمادة 01 من نفس الاتفاقية اعطت بصفة دقيقة تعريفا لكل من رأس المال العربي، المستثمر العربي، بحيث اشترطت فيهما التمتع بجنسية دولة عربية طرف في الاتفاقية، سواء كان شخص طبيعي او معنوي[506]،وعلى سبيل المثال نجد بانّ محكمة الاستثمار العربية في قرارها الصادر بتاريخ 2010/12/06 في قضية شركة اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، جاء برفضها الدعوى لعدم الاختصاص على أساس انّ الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار لا تعترف بصفة الدولة للأمانة العامة لجامعة الدول العربية[507].

يتبين مما سبق انّ شروط قبول النظر في الدعوى امام محكمة الاستثمار العربية يستلزم الشروط التالية؛

-التمتع بجنسية إحدى الدول العربية الأطراف في الاتفاقية الموحدة.

---

[505]- راجع المادة 29 فقرة 02،من الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية،المرجع السابق، ص09.

[506]- راجع المادة 01 فقرة 05 و06،المرجع السابق، ص 02.

[507]-حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 2010/12/06، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 7/1، قضية "سعيد توفيق الخوري- بصفته ممثلا عن رئيس شركة اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية"، متوفرة عبر الموقع الالكتروني: https://bit.ly/3gCz7DPHMS

-ان يكون النشاط الاستثماري خارج دولة جنسيته وفي إقليم احدى الدول العربية.

-ان يكون رأس مال الشخص المعنوي مملوكا بالكامل لمواطنين عرب، ولا تشترط الاتفاقية ملكية المستثمر العربي لرأس المال كله، فيكفي أن يكون شريكا في رأس المال العربي مع مستثمر من الدولة المضيفة للاستثمار[508].

واستنادا لذلك، فإنّ المحكمة العربية للاستثمار تعترف للمواطن العربي حق اللجوء اليها (دون طلب أي تدخل من دولته الحامل جنسيتها) في المنازعات القائمة بينه وبين الدولة المضيفة للاستثمار، وهي بذلك سايرت الفقه الدولي المعاصر الذي يقر للشخص الطبيعي بالشخصية القانونية الدولية، هذا من جهة، من جهة أخرى فإنّ الاختصاص المحدود للمحكمة يقلّص من فرص اللجوء اليها في قضايا الاستثمار الأخرى والتي يكون مواطن عربي طرفا فاعتمادها على مبدأ الجنسية يؤدي بها حتما الى حصر اختصاصها إقليميا وفي حالات معينة فقط.

3- الاختصاص الموضوعي للمحكمة؛ طبقا لنص المادتين29 فقرة01و30 من الاتفاقية العربية الموحدة[509]، فإنّ محكمة الاستثمار العربية تختص بالفصل في المنازعات التالية:

-المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها.

-المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي يتفق أطرافها على اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة، حتّى وإن كان هناك اتفاق سابق يقضي باللجوء الى التحكيم أو القضاء الدولي[510].

---

[508]-م.م.وديان خالد عوده، المرجع السابق، ص 188.

[509]-تنص الفقرة الأولى من المادة 29 من الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على :"تختص المحكمة بالفصل فيما يعرضه عليها أحد طرفي الاستثمار من المنازعات المتعلقة بتطبيق أحكام الاتفاقية أو الناتجة عنها. "

-وتنص المادة 30 من نفس الاتفاقية على: " إذا نصت اتفاقية عربية دولية تنشئ استثمارا عربيا أو أي اتفاق يتعلق بالاستثمار ضمن نطاق جامعة الدول العربية أو فيما بين أعضائها على إحالة مسألة أو نزاع ما إلى تحكيم دولي أو قضاء دولي جاز باتفاق أطرافه اعتباره دخلا ضمن ولاية المحكمة".

[510]-خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض المنازعات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011، ص 154.

وتماشيا مع ما سبق ذكره، فإذا وجد اتفاق بين الاطراف ينص على أنّ النزاع القائم بينهم هو من ضمن اختصاصات المحكمة، ففي هذه الحالة يمكن ان يفسح المجال أمام اختصاص المحكمة، في إحدى الحالات التالية:

-النزاع الاستثماري الذي يتم احالته الى تحكيم دولي او قضاء دولي بموجب اتفاقية عربية منشأة لاستثمار عربي؛

-النزاع الاستثماري الذي يتم احالته الى تحكيم دولي او قضاء دولي بموجب اتفاقية في إطار جامعة الدول العربية؛

-النزاع الاستثماري الذي يتم احالته الى تحكيم دولي او قضاء دولي بموجب اتفاق فيما بين أعضاء جامعة الدول العربية[511]؛

-النزاع الاستثماري المحال للتحكيم او التوفيق باتفاق الأطراف، مع انقضاء المدة دون صدور الحكم او القرار المثبت للتوفيق، والذي يجوز باتفاق الأطراف احالته على المحكمة[512]؛

-المنازعات المحالة من قبل المجلس الاقتصادي والاجتماعي طبقا لحكم المادة 13 من اتفاقية تيسير وتنمية التبادل التجاري بين الدول العربية[513]؛

لكن يجب التنويه هنا على ان المستثمر العربي مقيد باختيار محكمة الاستثمار العربية بصفة حصرية للفصل في نزاعه، ذلك أن اللجوء الى جهتين مختلفتين في نفس الوقت ممنوع عليه ويوقعه في البطلان الجزائي تبعا لنصوص الاتفاقية[514]، و كمثال على ذلك؛ نجد قرار محكمة الاستثمار العربية القاضي برفض الدعوى لعدم الاختصاص الموضوعي، وذلك على أساس المادة 29 من الاتفاقية العربية الموحدة،

---

[511]- راجع المادة 30 من الاتفاقية العربية الموحدة، المرجع السابق، ص 09.

[512]-راجع الفقرة 04 من المادة 21 من النظام الأساسي المعدل لمحكمة الاستثمار العربية، ص51.

[513]- راجع الفقرة 02 من المادة 21، المرجع السابق، ص51.

[514]-م.م. وديان خالد عوده، المرجع السابق، ص 188؛ كذلك راجع: مصطفى خالد مصطفى النظامي، الحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية الخاصة (دراسة مقارنة)، الدر العلمية، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص223.

وهو القرار المطروح في قضية السيدان: "عمر صالح سعيد العامودي باطوق" و "وليد سعيد باطوق" ضد كل من وزير العدل و النائب العام و وزير الداخلية لدولة مصر سنة 2014، حيث قضت المحكمة أنّ:"...المدعيين تقدما بعدّة دعاوى لدى المحاكم المصرية و تم البت في عدد من تلك القضايا، وبالتالي فانه لا يجوز اللجوء مرة أخرى الى محكمة الاستثمار العربية، بما أنّ موضوع هذه المطالبة يخرج عن اختصاص المحكمة"[515].

والملاحظ هو أنّه تبعا للحالات المذكورة آنفا، فإنّ اختصاص المحكمة يتسم بطابع الإلزامية، إذ يجوز فيه عرض النزاع على المحكمة من جانب واحد، وذلك على خلاف ما يمتاز به اختصاص محكمة العدل الدولية التي تعتبر الولاية اختيارية كقاعدة عامة[516].

ولا يكون اللجوء الى محكمة الاستثمار العربية إلاّ بشرط اتفاق الأطراف، عكس ذلك سيقضي حتما برفض الدعوى المقدمة امام المحكمة، وهو الذي تم ابرازه من خلال قضية "عادل صالح المداح" كممثل قانوني لتنمية الاستثمارات الإدارية والتسويقية بالمملكة العربية السعودية ضد الوزير الأول التونسي ولجنة العاب البحر الأبيض المتوسط بتونس عام 2001، حيث قضت المحكمة بعدم الاختصاص الموضوعي على أساس تخلف شرط الاتفاق المسبق بين طرفي النزاع طبقا للمادة 25 من الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار[517].

---

[515]– حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 2015/04/21، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 12/1، قضية " السيدان: عمر صالح سعيد العامودي باطوق ووليد سعيد باطوق ضد كل من وزير العدل والنائب العام ووزير الداخلية لدولة مصر"، متوفرة عبر الموقع الالكتروني: http://bit.ly/2u7qgBaHMS

[516]–اللجنة الاقتصادية و الاجتماعية لغربي آسيا، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، وثيقة الأمم المتحدة، رقم 01156–11، E/ESCWA/EDGD/2011/MANUAL1.1، جويلية 2011، ص 147.

[517]–حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 2008/10/26، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 10/1 ق، قضية " السيدان: عادل صالح المداح ضد كل الدولة التونسية"، متوفرة عبر الموقع الالكتروني:http://bit.ly/2Nu0lKUHMS

بالإضافة لما سبق، أشارت كذلك الفقرة 02 من المادة22 من النظام الأساسي المعدّل لمحكمة الاستثمار العربية[518]على أنّه مراعاة مع ما ورد في الفصل السادس من الاتفاقية العربية الموحدة، تشمل ولاية المحكمة من حيث الموضوع المنازعات الآتية:

-المنازعات المتعلقة بضمان الاستثمارات العربية، فالمؤسّسة العامة لضمان الاستثمار منوط بها التأمين على الأموال المستثمرة، لذلك فإنّ المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين العرب تدخل في اختصاص محكمة الاستثمار العربية.

ولذلك لا يفوتنا أن ننوّه مجدّدا، أنّه تم التطرق في مضمون الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار الى مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"[519]«Compétence-Compétence» عبر نص المادة 32[520]، بحيث يفهم من مضمون هذا المبدأ أنّ للمحكمة الاهلية القانونية في تحديد اختصاصها ونطاق سلطتها للنظر في المنازعات المتعلقة بهذا الاختصاص، ونتيجة لذلك لو اعترض احد اطراف النزاع على اختصاص المحكمة في الفصل في النزاع، فإنّ الذي يفصل في ذلك هي المحكمة نفسها، و ليس للمحاكم القضائية الوطنية ان تتدخل في هذا الشأن، ومثل هذا التنصيص من شأنه ابراز فعّالية المحكمة كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار من خلال السرعة في اتخاذ القرار، وهذا بعيدا عن طرق المماطلة و إضاعة الوقت[521].

---

[518]- راجع الفقرة 02 من المادة 22، المرجع السابق، ص52.

[519]-يعتبر مبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، أساس مهم في التحكيم التجاري، وأثراً إيجابياً لاتفاق التحكيم، لأهميّته في اختزال زمن التقاضي، كذلك ثقة الخصوم في المحكم لا تقف عند موضوع النزاع بل تمتد إلى جميع قراراته التمهيدية قبل الحكم في الدعوى، والتي من أهمها قرار تحقق اختصاصه من عدمه، الأمر الذي جعل من غالبية مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية للدول تعتمد هذا المبدأ بشكل صريح .لاكثر تفصيل انظر؛

Elmejresi, Jamila& Musa, Abdul & Rab, Muneer. مدى سلطة المحكّم في البتّ في اختصاصه في التّشريع الليبي. مجلة الشريعة والقانون بماليزيا، ، العدد رقم01، المجلد السابع، 2019، ص85. http://bit.ly/2RAE0NcHMS

[520]- راجع المادة 32 من الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار، المرجع السابق، ص 09.

[521]- د.صلاح الدين بوجلال، المرجع السابق، ص 36.

4- الاختصاص الاستشاري للمحكمة؛ طبقا لنص المادة 36 من الاتفاقية العربية الموحدة[522]،فإنّ للمحكمة العربية للاستثمار ان تضطلع بإبداء الرأي الاستشاري فيما يعرض عليها من قضايا، وذلك وفقا للشروط التالية:

-ان تكون من بين المسائل المتضمنة في اختصاص المحكمة؛

-ان يكون هناك طلب مقدّم من أحد الدول الأطراف، إمّا الأمين العام لجامعة الدول العربية أو المجلس الاقتصادي للجامعة.

وفي هذ الشأن استعرضت الفقرة الثانية من المادة 27 من النظام الأساسي للمحكمة العربية للاستثمار[523]، الإجراءات الواجب اتباعها لإبداء الرأي الاستشاري، بحيث يتضح منها كيفية تشكيل احدى دوائر المحكمة لهذا الغرض (لإبداء الرأي الاستشاري) ، وهذا من أجل تحسين آداء مهامها المنوطة بها، بحيث يقوم طالب الاستشارة بتقديم طلب كتابي الى رئيس الدائرة متضمنا لكافة البيانات اللازمة وبصفة دقيقة مع ارفاق كامل المستندات، ليتم بعد ذلك رئيس الدائرة بتحديد جلسة المناقشة، والتي يصدر فيها الحكم الاستشاري الذي يكون مسببا، حتّى وان كان يتسم بطابع غير ملزم.

والملفت للانتباه هو انّ المستثمر العربي، لا يتمتع بحق اللجوء الى المحكمة لطلب الاستشارة منها، بمعنى آخر، تم استبعاده من أجل تفادي المماطلة في القضية الممكن عرضها، بما أنّ حكمها غير ملزم، لذلك اعفت الاتفاقية العربية الموحدة المستثمر العربي من طلب الإفتاء.

---

[522]- تنص **المادة** 36 على أنه:" للمحكمة ان تفتي برأي استشاري غير ملزم في اية مسألة قانونية تدخل ضمن اختصاصاتها وبناء على طلب دولة طرف او الأمين العام لجامعة الدول العربية او المجلس"، الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار، المرجع السابق، ص 10.

[523]- راجع المادة 27 فقرة 02 من النظام الأساسي للمحكمة العربية للاستثمار، المرجع السابق، ص8.

الفرع الثاني: إجراءات التقاضي امام محكمة الاستثمار العربية

لم تحدد الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار الإجراءات القانونية الواجب اتباعها من اجل طرح النزاع امامها، ذلك أنّه يقع على هذه الأخيرة عاتق وضع اللوائح والقواعد القانونية المناسبة لعملها، ولهذا نجد بانّ النظام الأساسي للمحكمة، هو من حدّد كيفية رفع الدعوى واصدار الحكم، إلى جانب تنفيذه وإعادة النظر فيه.

أولا-رفع الدعوى

يقوم المدعي المتضرر برفع عريضة دعواه، حيث يقوم بإيداعها لدى امانة المحكمة، و التي يشترط فيها أن تكون متضمنة للطلب الاصلي مع إرفاق عدد كاف من النسخ[524]،بمعنى آخر، يجب ان تتضمن العريضة كافة البيانات العامة والمتعلقة بالمدعي والمدعى عليه من اسم ولقب ومحل إقامة، بالإضافة الى موضوع الدعوى والمستندات المؤيدة لدعواه، وله توفير جميع البيانات التي يراه ضرورية لقضيته، بتقديمه مذكرة يشرح فيها اسانيد دعواه، ولقد تطرقت الفقرة الثانية من المادة 25 للنظام الأساسي للمحكمة، وبشكل مفصل لكيفية تقديم المستندات، بحيث اجازت اعتماد لغة اجنبية بشرط ارفاقها بترجمة عربية[525].

ولأمين ضبط (المسجّل) المحكمة فترة 15 يوما من تاريخ استلامه العريضة، من اجل تبليغ المدعى عليه بنسخة منها مع مرفقاتها، وعلى المدعى عليه ان يودع هو الآخر لدى مسجل المحكمة (الأمانة العامة للمحكمة) مذكرة رد دفاعه، متضمنة للمستندات والوثائق الخاصة بذلك مع عدد كاف من النسخ المؤيّدة له، وذلك خلال فترة 60 يوما، يبدأ احتسابها من تاريخ إبلاغه بصورة من عريضة الدعوى ومرفقاتها.

---

[524]– راجع المادة 24 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، ص 12، متوفر عبر: http://bit.ly/2tx2e2lHMS

[525]–راجع المادة 25 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 12.

لتبدأ بعد ذلك المنازعة التي يقوم فيها المدعي بإيداع مذكرة التعقيب، تكون مرفقة بالمستندات اللازمة لتدعيم رأيه وطلبه، وخلال مهلة مماثلة يقدّم المدعى عليه مذكرة ختامية على التعقيب المقدم، بحيث يعتمد في ذلك على مبدأ التسلسل، التي يكون فيها لكل جهة حق الرد في مهلة لا تتعدى 15 يوما، يبدأ سريانها من تاريخ استلام عريضة الطرف الآخر، وبعد الانتهاء من رد كل طرف يقوم مسجل المحكمة خلال أسبوع من انقضاء مهلة الرد والتعقيب بإرسال الملف الى مفوّض الدعوى[526].

ثانيا- تهيئة الدعوى والمرافعة

في هذه المرحلة، يقوم المفوّض بإعداد الدعوى للمرافعة، بحيث له ان يستعمل كافة الطرق القانونية للتحقيق، التي تمكنّه من الاتصال بالهيئات المعنية للحصول على ما يريده من بيانات وأوراق، او حتّى استدعاء أطراف الدعوى وسماعهم حول وقائع القضية المطروحة، وفي هذا الإطار يمكنه أيضا طلب مذكرات ومستندات تكميلية. بعد ذلك يقوم بإعداد تقرير عن الوقائع والمسائل القانونية المطروحة في النزاع، مع ابداء رأيه الذي يجب ان يكون مسببا قانونا، ويمكن لأطراف النزاع طلب نسخة من التقرير الذي يكون على نفقتهم[527].

- أمّا فيما يخص المرافعة فهي علنية، إلاّ إذا ارتأت المحكمة من تلقاء نفسها او أحد الأطراف إجراءها في جلسة سرية مراعاة للآداب العامة ومحافظة على النظام العام او على اسرار تجارية[528].

في هذه المرحلة وحسب المادة 33 من النظام الأساسي للمحكمة[529]، نجد بأنّ لأطراف الدعوى الخيار في الدفاع عن أنفسهم بصفة شخصية، تكون إمّا شفاهية او كتابيا عن طريق مذكرات، او بواسطة أحد المحامين الذي يشترط فيه ما يلي:

---

[526]-راجع المادة 26 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 13

[527]-راجع المادة 27 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 13.

[528]-راجع المادة 40 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 18.

[529]- راجع المادة 33 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 16.

- ان يكون من المؤهلين للمرافعة امام محاكم الاستئناف على الأقل؛
- ان يكون تابع ومسجّل لدى إحدى محاكم الدول العربية؛
- ان يثبت صفته القانونية في الدعوى.

والمحكمة العربية للاستثمار مثلها مثل باقي المحاكم القضائية الوطنية يمكنها النظر في نوعين من الطلبات، الأوّل يخص الطلبات المستعجلة دون التطرق لأصل الموضوع، سواء كانت طلبات موضوعية او إجرائية، فالذي يهّم هو توفر شرط الاستعجال فيها، وفي ذات السياق تجدر الاشارة إلى أنّه لرئيس المحكمة صلاحية التحكّم في فترة تحديد المواعيد والإجراءات للنظر في الطلبات المستعجلة، زد على ذلك، يمكن للمحكمة بناءا على طلب أحد الاطراف اصدار أوامر تحفظية او وقتية في المسائل التي يخشى وقوع اضرار يتعذر تداركها فيما بعد، وهذا حماية للمراكز القانونية والحقوق وهذا مهما كانت مراحل سير الدعوى، أمّا النوع الثاني فيخص النظر في الطلبات العادية التي تمّس بأصل الحق[530].

ثالثا- إصدار الحكم

ينطق بالحكم بتلاوة منطوقه في جلسة علنية، ويصدر بأغلبية الآراء، فإذا تعذر توفر شرط الأغلبية، فحسب الفقرة الثانية من المادة 43 من النظام الأساسي للمحكمة هناك طريقتين لصدور منطوق الحكم؛

-حالة تشعّب في الآراء لأكثر من رأيين، التي تستوجب ان يلتحق الفريق الأقل عددا او الذي يضم أحدث القضاة الى أحد الرأيين الصادرين من الأكثر عددا، وذلك بعد اخذ الآراء مرة ثانية؛

-حالة تساوي الآراء؛ والتي يرجّح فيها الرأي الذي في جانبه الرئيس.

إضافة الى ذلك، يجب ان يشمل الحكم أسماء القضاة الذين شاركوا في إصداره، وللقاضي المعارض ان يثبت في نهاية الحكم أسباب اعتراضه[531].

---

[530]-راجع المادة 39 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 17.

[531]- راجع الفقرة الثانية من المادة 43 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 19.

ولكي يكون الحكم صحيح قانونا، يجب ان يشتمل على مجموعة من الشروط، غياب احداها يؤدّي الى بطلانه بصفة تلقائية، وتتمثل هذه الأخير فيما يلي؛

-الأسباب التي بني عليها الحكم؛

-توقيع كل من الرئيس والأعضاء بمسوّدة الحكم المنطوق؛

-إيداع مسودة الحكم المتضمنة للشروط المذكورة آنفا، لتحفظ بملف الدعوى[532].

ولقد جاءت احكام محكمة الاستثمار العربية نهائية غير قابلة للطعن والزامية نسبيا[533]، بمعنى آخر احكامها تتميز بصيغة الالزام لكل أطراف الدعوى، ومن الضروري التذكير بأنّه يستوجب على الطرف المستفيد من الحكم، بتقديم نسخة تنفيذية للجهة المحكوم عليها، حتّى يتم تنفيذه من قبل محاكمها الوطنية[534]، ذلك انّ للحكم الصادر من المحكمة العربية للاستثمار قوة نفاذ في الدول الأطراف فقط، إذ تعتبره كما لو أنّه حكم نهائي قابلا للتنفيذ صادرا عن قضائها المختص[535].

ونتيجة لذلك، فالقاعدة العامة هي انّ احكام المحكمة العربية للاستثمار نهائية غير قابلة للطعن، لكن استثناءا اجازت المادة 35 من الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار[536] قبول التماس إعادة النظر في الحكم وفقا لإحدى الحالات التالية:

- التجاوز الخطير لقاعدة أساسية في الاتفاقية او في النظام الأساسي للمحكمة او في إجراءات التقاضي؛

---

[532]-راجع المادة 44 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 19.

[533]-اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص 145.

[534]- راجع المادة 34 من الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار، المرجع السابق، ص 10.؛ وكذلك المادة 46 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص20.

[535]-اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، المرجع السابق، ص 145.

[536]-راجع المادة 35 من الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار، المرجع السابق، ص 10.؛ وكذلك المادة 49 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص22.

- ظهور واقعة ذات تأثير حاسم في الحكم، كان يجهلها كل من المحكمة وطالب الالتماس عند صدور الحكم؛

- إذا وقع من الخصم غش او تدليس او تزوير كان من شانه التأثير على الحكم[537].

وبناءا عليه، تمنح ذات الاتفاقية مهلة ستة (06) أشهر من تاريخ اكتشاف الواقعة الجديدة او صدور الحكم، وقبل انقضاء خمس (05) سنوات على صدور الحكم، من أجل الفصل في جواز قبول طلب الالتماس من عدمه، لكن إذا تبيّن أنّ اهمال طالب الالتماس هو السبب الرئيسي في نشوء هذه الواقعة رفض التماسه[538]. هذا يعني أنّ انتفائه يؤدّي إلى قبوله، بحيث يتم تحديد جلسة المرافعة للنظر في الموضوع، وبالتالي وقف تنفيذ الحكم مؤقتا الى غاية صدور حكم جديد، الذي يبدأ احتسابه من تاريخ طلب الالتماس، والذي يثبت فيه إمّا الواقعة الجديدة أو يرفض فيه الالتماس المقدّم[539].

المبحث الثاني : القضاء الوطني: بين الحماية القانونية وسيادة الدولة

يتناول هذا المبحث دور القضاء الوطني في حماية مصالح المستثمر الأجنبي، وذلك من خلال دراسة مطلبين رئيسيين. يتضمن المطلب الأول تحليل أهمية القضاء الوطني كآلية حماية لمصالح المستثمر الأجنبي، حيث يتمثل دوره في توفير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي ضد أي تدخل أو انتهاك من قبل الدولة المضيفة أو أي جهة حكومية.

أما المطلب الثاني فيتناول دراسة الرقابة القضائية على أعمال التحكيم الاستثماري، وذلك من خلال تحليل دور القضاء الوطني في تحقيق التوازن بين حماية حقوق المستثمر الأجنبي وسيادة الدولة. ويهدف

---

[537]–راجع المادة 35 من الاتفاقية العربية الموحدة للاستثمار، المرجع السابق، ص10.

[538]–راجع المادة 50 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 22.

[539]–راجع المادة 52 من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 23.

البحث إلى إلقاء الضوء على الأدوات القانونية المتاحة للمستثمر الأجنبي للحصول على الحماية اللازمة، والتحليل النقدي للتحديات التي يواجهها القضاء الوطني في هذا الصدد.

المطلب الأول: دور القضاء الوطني في حماية مصالح المستثمر الاجنبي.

يحتل القضاء الوطني مكانة مهمة لدى الدولة المضيفة على اعتبار أنه يمثّل آلية أساسية في حسم نزاعاتها مع المستثمر الأجنبي، وهو ما تبيّن بموجب "شرط كالفو" الذي كرّس لفترة من الزمن إناطة القضاء الوطني وحده بمهمّة تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمار الأجنبي، وذلك بهدف فرض سيادة الدولة على مواردها[540].

وهو اتجاه وجد سندا له ضمن ما أقرّته الجمعية العامة للأمم المتحدة، بموجب قرارها الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية، والذي نص على إلزامية التعويض في حالة استنفاذ الدولة للطرق والإجراءات القضائية الوطنية، إلاّ أنّ ذلك يستوجب توفّر اتفاق تسوية النزاع –بطرق التحكيم أو القضاء– بين الدولة والأطراف المعنيين الآخرين، بما أنّ معظم الدول تريد الاحتفاظ بحقها في حلّ وتسوية المنازعات التي تحدث بينها على المستوى الدولي[541]مع المستثمرين وفقا لمبدأ السيادة الوطنية.

وهو ما يفيد أنّ المستثمر الأجنبي ليس لديه الخيار في متابعة وحل نزاعاته مع الدولة من خلال طرق ووسائل دولية متعارف عليها في تسوية النزاعات، وعليه فإنّ ذلك يدعو إلى التساؤل حول القيمة القانونية للقضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي، فهل هذه القيمة يستمدها من مبدأ السيادة الوطنية لسلطة الدولة المضيفة على الأنشطة التي تتم على إقليمها؟ أم أنّه يمكن القول أنّ ما يحمله القضاء الوطني من امتيازات وامكانيات ايجابية في حسم هذا النوع من المنازعات الاستثمارية جعله

---

[540] – د. حسن عطية، سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 316 وما بعدها.

[541] – قرار صادر عن الجمعية العامة للمم المتحدة عدد 1803 يتتاريخ 14 ديسمبر 1962، لاكثر تفصيل راجع الموقع الرسمي: http://www.miaad.org/AHRC/Qararat-UN.pdf

مؤهّلا لاكتساب صفة الإلزامية؟ وتبعا لذلك فهل للقضاء الوطني صلاحية الرقابة على أعمال محاكم التحكيم الاستثمارية؟

دراسة هذه الوسيلة القانونية تقتضي بنا أن نتناول في هذا الجزء من البحث، تحديد مدى اختصاص وإمكانية القضاء الوطني في التوصل إلى حسم منازعات المستثمر الأجنبي من خلال تبيان فعّاليته، ومن ثم تحديد طبيعة الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي من أجل اللجوء الى تطبيق هذه الوسيلة على المنازعات التي تثيرها استثماراته مع الدولة المضيفة له. [542]

وتبعا لذلك فإنّ هذا الالتزام الذي وجد له سندا وتأييداً على المستوى الدولي، من خلال ما أكدّه ميثاق الأمم المتحدة للحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، الذي أقرّ في مضمونه بحق كل دولة في تنظيم وممارسة سلطتها على الاستثمار الأجنبي داخل نطاقها التشريعي، وذلك بما يتماشى مع قوانينها ولوائحها الوطنية ووفقا لأهدافها وأولوياتها القومية[543].

وعليه قسمنا هذا الجانب من الدراسة على ثلاثة فروع، الأول منها نحلل فيه موقف المشرع الجزائري من حماية المستثمر الأجنبي، والثاني لتبيان موقف التشريعات العربية، والثالث لإلقاء نظرة حول موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني.

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من حماية المستثمر الاجنبي

لقد استجابت مختلف القوانين المقارنة الخاصة بالاستثمار لهذه الدعوة، مؤكّدين على اختصاص القضاء الوطني بالفصل في المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية، وهو نفس الشيء الذي ذهب اليه قانون الاستثمار الجزائري الذي يقضي بالدرجة الأولى باللجوء إلى القضاء الوطني كما يلي: " يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته

---

[542] – بسيم عصام الدين مصطفى، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة للدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، القاهرة، 1972، ص 167.

[543] –راجع المادة 02\2أ من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 29/3281، المؤرخ في 12 ديسمبر 1974.

الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية المختصة إقليميا، إلاّ في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص"[544]، وهو بذلك يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي التي تنص عليها المادة 41 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري[545]، و التي تقضي بما يلي: "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتّى ولو لم يكن مقيما بالجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري"، وهو ما يفيد أنّ ولاية القضاء الوطني الجزائري تسري على جميع الالتزامات التي يكون أحد أطرافها أجنبي وثار بشأنها منازعات حتّى ولو عقدت الالتزامات خارج الإقليم الجزائري.

ولم يكتفي المشرّع الجزائري بهذا الحد، بل أنّه مدّ من ولاية القضاء الوطني لتشمل الالتزامات التي وقعت خارج التراب الجزائري، متى كان احد أطرافها جزائريا، وذلك وفقا لما تقضي به أحكام المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية[546]، الأمر الذي يؤكّد بشكل صريح تمسّك الدولة الجزائرية بمبدأ سيادتها على إقليمها، بتطبيق القانون الجزائري عن طريق جهاز القضاء الوطني، على كل التزام كان احد أطرافه شخص أجنبي، وعلى كافة الالتزامات التي ينشأ عنها المواطنين الجزائريين، حتّى ولو كانت خارج الإقليم الوطني، دون أن يترك منفذ للخروج عن سيادتها الوطنية.

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية

من الملاحظ أنّ موقف المشرع السوري لم يختلف عن نظيره الأردني في طريقة اعتماد القضاء الدولي كوسيلة لحل نزاعات الاستثمار الأجنبية، حيث نجد أنّ مضمون قانون استثمار الأموال السوري فرّق

---

[544] – راجع المادة 12 من قانون الاستثمار الجزائري، قانون رقم 22-18، المؤرخ في 24 جويلية 2022.

[545] – صدر قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008.

[546] – حيث تنص المادة 42 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على: "يجوز ان يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

في تعريفه بين المستثمر العربي والمستثمر الأجنبي، إلاّ أنّه ساوى بين المستثمرين بصفة عامة وهو ما نجده بموجب نص المادة 26 فقرة "ب" على ما يلي:" تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية و الأجنبية المشتملة مشاريعهم بأحكام هذا القانون و بين الجهات و المؤسسات العامة السورية وفق ما يلي:

-عن طريق الحل الودي، واذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودّي خلال فترة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل احد طرفي الخلاف، يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية : اللجوء إلى التحكيم أو اللجوء إلى القضاء السوري أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية وفق الدول العربية لعام 1980"[547].

الفرع الثالث: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني.

تعتبر مسألة إسناد مهمّة الفصل إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة، سواء بموجب نص تشريعي أو اتفاقي، فيما يخص المنازعات التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، وهذا نتيجة لعدم تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، الأمر الذي يضع المستثمر الأجنبي في نفس مرتبة المستثمر المحلي، من حيث افتراض علمه بالقواعد القانونية الداخلية واتقانه التعامل بها، إلاّ أنّ المستثمر الأجنبي عادة ما يحاول إيجاد منفذ له لنشر مبرراته وأسبابه، التي تزداد مع ازدياد سرعة التطور الاقتصادي وازدياد حاجة الدولة النامية للحاق به، وهذا لاستبعاد تطبيق التسوية الداخلية لهذا النوع من المنازعات والتي يمكن إجمال أهمها وأكثرها انتشارا فيما يلي[548]:

---

[547] – راجع نص المادة المذكورة في قانون استثمار الأموال السوري رقم 10 لسنة 1991 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 الصادر في2000/05/13.

[548] – د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، "دراسة انتقاديه"، مكتبة النصر، القاهرة، 1991، ص 411.

أولا– أنّ المستثمر الأجنبي يشهر دائما جهله وعدم درايته وعلمه بالقوانين واجراءات التقاضي في الدولة المضيفة على أساس أنّها غير مألوفة لديه، إلى جانب وصفها بالبطء وعدم الوضوح والتعقيد، وهو السبب الذي يفقده الثقة في هذه الوسيلة[549].

يمكن تفسير التبرير الذي يدعّي به المستثمر الأجنبي، من أنّ محاكم الدولة تكون في معظم الأحيان مثقلة بالعمل، نتيجة تراكم القضايا المعروضة على القاضي، بالإضافة إلى تعدد درجات التقاضي، الشيء الذي لا يتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار، التي تتطلب السرعة في حسم منازعاتها، لاسيما إن كان النزاع منصبا على مسائل مالية[550].

ثانيا– تشكيك المستثمر الأجنبي في حياد القاضي الوطني عند عرض النزاع عليه، نتيجة تخوفه من تأثّر هذا القاضي بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته، والتي يمكن أن تشكل جزءا من أسباب النزاع المثار، إلى جانب أنّ القاضي الوطني بانتمائه إلى الدولة المضيفة، سيخلق نوعا من التحيّز لمصلحة دولته، لاسيما إذا تعلّق الأمر بالاقتصاد الوطني لهذه الدولة، وصولا إلى أنّ التزام القاضي الوطني سيعتمد في حكمه على القانون الوطني، والذي قد يكون في نفس الوقت محل شكوى أو اعتراض من جانب المستثمر الأجنبي[551].

ثالثا–قد يتمسك المستثمر الأجنبي بالدفع بافتقار القضاء الوطني إلى الخبرة اللازمة لحسم منازعات الاستثمار الأجنبية، التي تحتاج إلى خبراء ذوي تقنيات عالية في هذا المجال، لم تصل بعد القوانين الداخلية للدول المضيفة إلى مستواه، لاسيما النامية منها بدرجة يتعذّر معها توفير الحدّ الأدنى اللازم لمعاملة الاستثمارات الأجنبية أو لانعدام هذه القوانين أصلا، وهو في حد ذاته يشكل صعوبة مزدوجة

---

[549] – د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، جامعة عين شمس، عدد 02، القاهرة، 2002، ص 354.

[550] –د. بشار محمد الاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، «دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 332.

[551] –د. بسيم عصام الدين مصطفى، المرجع السابق، ص 168.

لدى القضاة المطبقين لهذه القوانين، بسبب قلة كفاءتهم وخبرتهم في حسم منازعات ذات طبيعة فنية مركّبة.

وأيّا كانت الأسباب التي يقدّمها المستثمر الأجنبي لتبرير موقفه المعارض والمتردد اتجاه القضاء الوطني كوسيلة لحسم المنازعات، التي يكون فيها كطرف إلى جانب الدولة المضيفة له، فإنّ ذلك لا ينفي أنّ هناك عدة عوامل داخلية وخارجية ساهمت في تعزيز هذا الموقف السلبي اتجاه القضاء الوطني، على الرغم من الأهميّة التي كان يحتلها من قبل[552]، ذلك أنّه من مصلحة الدول المصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا أن تعمل على إخراج منازعات الاستثمار الأجنبي من اختصاص القضاء الوطني وتحويله إلى القضاء الدولي بمختلف تنظيماته لقدرتها على السيطرة والضغط عليه بما يحقق أهدافها ومصالحها.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال التحكيم الاستثماري

بادئ ذي بدء، تجدر الإشارة إلى أنّه سيتم التطرق بالتفصيل والتحليل للتحكيم الدولي الاستثماري من خلال الفصل الثاني من هذا الباب لهذه الدراسة. وممّا لا شك فيه أنّ علاقة القضاء والتحكيم قد شغلت ميدان الفقه القانوني، إلى حد أنّه لم يستطع تحديد نوعيتها، هل هي علاقة تكاملية أم علاقة رقابية؟، وإلى أي مدى تكمن رقابة القضاء إن وجدت؟ وهل هي علاقة تسبق صدور الحكم التحكيمي أم بعده؟ ومن أجل معرفة دور القضاء الوطني والمساهمة التي يكتسيها لتحقيق فاعلية حماية المستثمر الأجنبي أثناء اللجوء إلى التحكيم، سنستهل دراسة الفرع الأوّل ليشمل الحالات التي يتدخل فيها القاضي الوطني

[552] – إن القضاء الوطني كان ميزة يتمتع بها رعايا الدولة دون غيرهم، وهو مبدأ عرفته المنظمات القانونية منذ فترة طويلة، ذلك أن الأجنبي كان ممنوع عليه اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة التي يقيم فيها استثماره للمطالبة بحقوقه على أساس أن القضاء الوطني يختص فقط في نظر المنازعات المتعلقة بالرعايا الوطنين دون سواهم.

كمساعد للهيئة التحكيمية، والفرع الثاني للرقابة على الاعمال التحكيمية أثناء عملية التحكيم، وتبعا لذلك تتمحور دراسة الفرع الثالث حول الرقابة القضائية اللاحقة لصدور الحكم التحكيمي.

الفرع الأوّل: الدور التكميلي للقضاء الوطني في ميدان التحكيم الاستثماري الدولي

من المتعارف عليه أن تواجد التحكيم كوسيلة لفضّ النزاعات الاستثمارية الدولية منها و الوطنية ما هو إلاّ حلّ بديل للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، فهو يستمد مرجعيته القانونية من الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف وحتى اتفاقية التحكيم نفسها، فهي التي تحد عمله وتمنعه من النظر في الدعوى القضائية التي يكون موضوعها نزاعا تحكيميا، غير أنّ ذلك لم يمنع القضاء الوطني من احتكار بعض الإجراءات، نظرا للسلطة الردعية التي يتمتع بها، ولذلك نجد التشريعات الوطنية المتعلقة بالتحكيم بأنها تجيز للقاضي الوطني التدخل كهيئة مساعدة في حالة وجود عراقيل في اتخاذ القرار و تشكيل المحكمة التحكيمية، لاسيما تعيين المحكمين او عزلهم او استبدالهم.

أوّلا–دور القضاء في اختيار المحكّم

الأصل المستقرّ عليه أنّ اختيار المحكمّ أو المحكمين وباقي الإجراءات القانونية لاختيارهم، تكون حصراً من اختصاص طرفي التحكيم، إلاّ أنّ هناك استثناءا على هذه القاعدة العامة ألا و هي أنّه يمكن اللجوء إلى القضاء للمساعدة في عملية تشكيل هيئة التحكيم، في حالة امتناع أحد الأطراف عن المشاركة في عملية التعيين، وتجدر الإشارة الى أنّ المشرع الفرنسي قد أعطى اختصاص إجراء التعيينات اللازمة للقضاء الفرنسي تبعا لنص المادة 1452 من ق.إ.م.ف[553].

[553] - Qui dispose « n l'absence d'accord des parties sur les modalités de désignation du ou des arbitres :
1° En cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne s'accordent pas sur le choix de l'arbitre, celui-ci est désigné par la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, par le juge d'appui ; 2° En cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie en choisit un et les deux arbitres ainsi choisis désignent le troisième ; si une partie ne choisit pas d'arbitre dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande qui lui en est faite par l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans un délai d'un mois à compter de l'acceptation de leur désignation, la personne chargée d'organiser l'arbitrage ou, à défaut, le juge d'appui procède à cette désignation». Décret N°2011-48 du 13 janvier 2011 du code de procédure civile français.

يمكن ملاحظة أنّ المشرع الفرنسي قد عبّر عن الدور المساعد للقاضي الوطني، وذلك باستعماله لمصطلح Juge d'appui، للتعبير عن القاضي المختص بالتدخل لحل النزاع الناشئ بين الأطراف حول كيفية تعيين المحكّمين[554].

وهو نفس المنهج الذي اتخذه المشرع الجزائري، حيث أنّه أقّر دورا هاما للقضاء في مساعدة التحكيم، من خلال المادة 1041 فقرة 02 من ق.إ.م.إ التي تنص على أنّه :" في غياب التعيّين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمّين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بمايلي:

رفع الامر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

رفع الامر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر."[555]

إذن، يتضح من خلال مضمون هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أعطى فرصة للطرف المهتمّ بالتعجيل طلب المساعدة من القاضي الوطني، حتّى وإن كان على هذا الأخير التحري في عدم ممارسة الطرف المتقاعس لحقّه، بسبب عدم اتفاقه او لانعدام طريقة تعيين المحكمّين ضمن النظام القانوني لهيئة التحكيم المعنية، وبهذا فإنّ القاضي الوطني له دور المساعد في هذه الحالة أيضا[556].

يتبيّن ممّا سبق، أنّ القاضي الوطني يتخذ دورا بشكل حصري في تقديم المساعدة فقط، وهذا بصفة صريحة في التشريع الفرنسي عكس التشريع الجزائري. إذ أنّه من حيث الأصل، يتمتع القاضي بالدور الرقابي، لكن في مجال التحكيم يصبح دوره محصور في تدخله كمساعد ظرفي للأطراف في تعيين التشكيلة المناسبة للهيئة التحكيمية بعيدا عن الدور الرقابي المتعارف عليه.

---

554 - A. BENCHENEB, « L'Arbitrage et le rôle du juge d'appui en droit algérien et français », Revue de Droit des Affaires Internationales, International Business Law Journal, N°1, 2012, p. 20.

555 –المادة 1041 فقرة 02 القانون رقم 08–09 المؤرخ في 25 فبراير، سنة 2008 المتضمن ق.إ.م.إ.

556 - J.C. Fernandez ROSAS, « Le Rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial International », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, Tome. 2, 2002, p. 138, téléchargé du site : https://bit.ly/3VOT7lZHMS. Visité le 25/04/2018.

ثانيا–تدخل القضاء في مجال التدابير المؤقتة والتحفظية

قد تقتضي الدعوى التحكيمية نظرا لملابسات النزاع والظروف المعروضة على هيئة التحكيم، سرعة في اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، يمكن ان تتخذ شكل حكم مؤقت، غرضها تجنب الاضرار المحتملة لأحد الخصوم نتيجة الانتظار، وهذا إلى غاية صدور الحكم التحكيمي المنهي للخصومة، والتي قد تجعل من صدور الحكم عديما للجدوى[557].

وهناك من ميّز بين التدابير المؤقتة والتحفظية على أساس أن التدابير المؤقتة عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية والتنفيذية العادية، أمّا التدابير التحفظية فهي التي تهدف إلى المحافظة على الحق لضمانه في المستقبل أي أنها تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع[558].

الأمر الذي يقضي إلى أنّ مسألة اتخاذ تدابير مؤقتة وتحفّظية، هي من المجالات التي حظيت باهتمام قوانين التحكيم المقارنة، بحيث جعل قانون التحكيم المصري للمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع المشار اليها في المادة 09 منه اختصاص باتخاذ هذه التدابير، في حالة طلب أحد طرفي النزاع ذلك.

مثله مثل القضاء المصري، فإنّ القضاء الجزائري استفرد بهذه المساعدة بصفة حصرية لاتخاذ هذه التدابير المؤقتة والتحفظّية، وذلك من خلال نص المادة 1046 فقرة 02 من ق.إ.م.إ[559].

وهذه الصلاحية تعتبر من ناحية ضمانة هامة للمستثمر الأجنبي من مخاطر التعسف الذي قد ينطوي عليه طلب اتخاذ التدابير، ومن جهة أخرى، يضمن حصول المتضرر (المستثمر الأجنبي) على التعويض الذي يستحقه، لما لحقه من أضرار نتيجة اتخاذه لهذه الإجراءات، مثال ذلك؛ رفض الطرف المعني الاستجابة لطلب المحكمة التحكيمية.

---

[557] –أحمد هندي، التحكيم: دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 120.

[558] –فهمي، راغب وجدي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، المجلد 15، العدد 01، مصر، 1973، ص 198.

[559] –تنص المادة 1046 فقرة 02 من ق.إ.م.إ على مايلي: "إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي."

إنّ مبدأ الاشتراك في الاختصاص باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية بين القضاء والتحكيم، يتضمن ثلاثة عناصر أساسية تتمثل في:

1-إقرار اختصاص قضاء الدولة باتخاذ التدابير الوقتية والتحفظية، بالرغم من وجود اتفاقية تحكيم وهذا على أساس أن ّمن له ولاية عمومية يمتلك سلطة سيادية؛

2-إنّ إقرار اختصاص قضاء الدولة على ذلك الأساس ليس معناه استبعاد القضاء التحكيمي باتخاذ الوسائل الوقتية والتحفظية؛

3-إقرار اختصاص قضاء الدولة بتلك الوسائل ليس هدفه التنازل عن اتفاقية التحكيم في مجال الاختصاص التحكيمي بأصل النزاع[560].

الفرع الثاني: تدخل القضاء لرقابة أعمال التحكيم

ممّا لا شكّ فيه أنّ دور القضاء لا يقتصر على تقديم المساعدة للأطراف لتشكيل محكمة التحكيم فقط، بل يتعدّاه ليفرض رقابته على التحكيم أثناء تأدية مهامه دون أن يشكل ذلك عائقا أمام عملية التحكيم.

أوّلا-ردّ المحكّمين

إذا كان هناك أهمية للمصالح الاقتصادية والمالية، التي يمكن أن تكون محل نزاع وتسوية -بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة- عن طريق التحكيم، إلاّ أنّها معرّضة لعدم الانضباط وضياع الحقوق إذا تمّ التّشكيك في مصداقية المحكمين[561]، ومن أجل الحدّ من هذه الحالات، قامت التشريعات الوطنية بضمان حق المستثمر الأجنبي عن طريق توفير حق ردّ المحكمّين المشكوك فيهم، وبالتالي إلزامية وجود شروط في المحكّم التي من أهمّها الاستقلالية، النزاهة والحياد وفقا لاتفاق التحكيم، ولذلك ينبغي على المحكّم عند تعيينه، الإفصاح عن الظروف التي تثير الشكوك حول نزاهته واستقلاليته من أجل ضمان الثّقة في

---

[560] – حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 1996، ص 28.

[561] – محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، الجزائر، سنة 2008، ص 181.

شخصه، فإذا صرّح المحكّم عنها وقبلها الطرف الآخر ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع الطرف الآخر أن يطلب ردّه فيما بعد[562].

والقاعدة العامة تشير إلى أنّ هيئة التحكيم هي المختصة بنظر طلب ردّ المحكّمين، أمّا الاستثناء هو أن يصبح القاضي الوطني هو المختص، ولكي يتحقق هذا الاستثناء، وجب وقوع نزاع بشأن ردّ المحكّم والذي يستلزم فيه توافر أحد الأسباب التالية:

أ-عدم تضمّن نظام التحكيم كيفية تسويته.

ب-تماطل واهمال الأطراف تسوية إجراءات الرّد.

ليتم بعد ذلك إحالة الامر للقاضي الوطني، وهذا بعد تقديم طلب من الطرف المهتّم بتعجيل الفصل في النزاع[563].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري جعل من الامر القضائي الفاصل في مسألة الرّد، غير قابل للطّعن، وهذا من أجل إعطاء فعّالية أكثر وعدم الخوض المحتكمين أمام القضاء.

ثانيا-تدخل القضاء لعدم صدور حكم تحكيمي في المدة المحددة

الأصل أنّ يكون تحديد آجال التحكيم من المسائل التي يختص بها الأطراف المتنازعة أثناء الاتفاق على التحكيم، وهذا حتّى تتقيّد محكمة التحكيم بها، وتصدر حكمها خلال تلك المدّة، ولا تتجاوزها، وإلاّ اعتبر حكمها الصادر باطلا لانقضاء الآجال القانونية المحددّة في اتفاق التحكيم[564].

---

[562] -حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2006، ص 258.

[563] -آمال يذر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص63.

[564] - أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 556.

لكن إذا انقضت مدّة التحكيم دون صدور حكم، يجوز لطرفي التحكيم اللجوء إلى القضاء المختص، الذي يختاره الاطراف من أجل تمديد ميعاد التحكيم أو إنهاء إجراءاته[565]، ليصبح تقرير مصير النزاع من اختصاص القاضي الوطني، فإذا قضى بالتمديد فهذا معناه أنّ القاضي احتفظ بالتحكيم وفرضه على الطرفين، ويبقى كذلك اتفاق التحكيم منتجا لآثاره، أمّا في حالة قضائه بإنهاء الإجراءات فهنا يكون القاضي قد حكم بسقوط اتفاق التحكيم وتحرّره منه، حتّى يتيح للطرفين اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع[566].

فتدخل القضاء، جاء بمثابة تقييم مراحل إجراءات التحكيم، المنجز منها والمتبقّي أيضا، حتّى يستطيع تمديد المدة، رغم عدم وجود إشارة قانونية صريحة للمدة المعنية، إذ أنّها من جهة، تركت للسلطة التقديرية للقاضي في تحديدها والفصل فيها، ومن جهة أخرى للطبيعة التعاقدية للتحكيم التي تفرض على الأطراف المعنية تحديد أجل التحكيم، حتّى يكون المحكّم الدولي ملزما باحترامه.

---

[565] – راجع المادة 1048 من ق.إ.م.إ الجزائري.

[566] – خالد عبد العظيم غابة، التحكيم وأثره في فض النزاعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2011، ص 69.

الفصل الثاني:

الآليات القانونية البديلة لحّل منازعات المستثمر الأجنبي

الفصل الثاني: الآليات القانونية البديلة لحلّ منازعات المستثمر الأجنبي

رغم الامتيازات القانونية والمالية التي توفّرها بعض الدول المضيفة للاستثمارات الاجنبية، إلا أنّ المستثمر الأجنبي يعتبرها غير كافية، مقارنة بدور الوسائل الدولية القضائية التي هي مهمّة في نظره، إذ أنّها تحتل الصدارة أمام تشكيكه المتواصل، في إمكانية القضاء الداخلي للدول المضيفة – النامية بصفة خاصة– من تقديم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي في الاستفادة من المعاملة العادلة والمنصفة لاستثماراته، وهو الشيء الذي يمكن تحقيقه من قبل الوسائل القضائية الدولية.

وفي هذا الصدد نجد تعدد المقترحات والمحاولات الدولية لاتخاذ وسيلة تضمن تلك الأهداف الي تكون قادرة على تحقيق ما عجز عنه القضاء الوطني للدولة المضيفة من توفيره للمستثمر الأجنبي، حتّى لا تصبح مبررّات وشكوك هذا الأخير دون جدوى.

وعلى هذا الأساس كانت محكمة العدل الدولية في وقت من الأوقات من أبرز الهيئات الدولية المنفردة بالاختصاص عموما بالفصل في المنازعات القضائية بين الدول، وفقا لما أقرتّه المادة 92 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، والتي يقابلها نص المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، التي حصرت حق الخصومة للدول وحدها بأن تكون طرفا في الدعاوى التي ترفع إليها.

بما يفيد أن المستثمر الأجنبي كشخص طبيعي أو اعتباري لا يملك الحق في مباشرة دعواه أو المطالبة بها.

ثم تلاها بعد ذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، ليتجسد كأداة قانونية رئيسية للتحكيم الدولي للاستثمار، حتّى وان كان هناك بعض المحاولات في الاعتماد على طرق بديلة للتحكيم مثل الوساطة والتوفيق.

وهو الموضوع الذي سنتناوله في هذا الفصل، عبر التطرق إليه في مبحثين، بحيث يكون كمايلي:

المبحث الأول: آلية التحكيم الدولي.

المبحث الثاني : باقي الآليات القانونية لحل منازعات المستثمر الأجنبي.

المبحث الاول: آلية التحكيم الدولي

تعد آلية التحكيم الدولي من الآليات الرئيسية لتسوية المنازعات بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة. وتعتبر هذه الآلية بديلاً مهماً للتحكيم الوطني الذي يعاني في بعض الأحيان من عدم الشفافية والتحيز. ويعدّ التحكيم الدولي آلية فعالة لحماية حقوق المستثمر الأجنبي وتشجيع الاستثمار الأجنبي في الدول المضيفة. كما تتميز آلية التحكيم الدولي بمرونتها وسرعتها في إصدار القرارات وفي تنفيذها. وسنقوم بتسليط الضوء على بعض التحديات والانتقادات التي تواجه هذه الآلية وسبل تعزيزها.

وللتعمق أكثر والتفصيل في الموضوع، ارتأينا تقسيم المبحث الى مطلبين، نتعرض في المطلب الأوّل الى القانون الواجب التطبيق، بينما المطلب الثاني سنتطرق فيه الى اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: هيئات التحكيم الدولية

يعتبر التحكيم الدولي أحد أنواع الالتزامات الذي تضعها الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على عاتقها، حتّى تضمن للمستثمر الأجنبي حقوقه، بالإضافة الى الامتيازات التي من المزعم الاستفادة منها جرّاء الاستثمار فوق اقليمها، حيث أنّه يخضع للقواعد القانونية المنظّمة لحق ملكية الأجانب طبقا لأحكام القانون الدولي.

ومن أجل فهم الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي، يجب قبل كل شيء معرفة معنى كلمة 'تحكيم' 'Arbitrage' **التي** مفادها في اللغة الفرنسية فعل 'حكم' 'Arbitrer' التي تم اشتقاقها من كلمة "Arbitrium" التي هي من أصل لاتيني[567]، وتعني التدخل والحكم بصفته خبير وحكم في نزاع والفصل فيه[568].

[567]-Dictionnaire le petit Robert1, Paris,1978, p93« Règlement d'un différend ou sentence arbitrale rendue par une ou plusieurs personnes, auxquelles les parties ont décidé d'un accord commun, de s'en remettre ».

[568]– محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح وتهذيب اللغة، الجزء الأول، مكتبة لبنان ناشرون، 1957، ص4.

بمعنى آخر، "التحكيم هو تولية وتقليد وتفويض من طرفي الخصومة لطرف ثالث ليفصل فيما بينهما من نزاع" وعلى ذلك فإنّ التحكيم يمّر بثلاث مراحل رئيسية؛

- المرحلة الأولى: هي الاتفاق على التحكيم ليكون طريقا لحل النزاع ، لتفادي اللجوء الى القضاء العام، سواء وقع هذا الاتفاق قبل وقوع النزاع او بعده؛

- المرحلة الثانية: الاتفاق بين الخصوم والشخص الذي سيتولى الفصل في النزاع، وهذه هي مرحلة تولية وتقليد الحكم، أي منح المحكّم و المقرّر سلطة الفصل في النزاع؛

–المرحلة الثالثة: تلي التولية والتفويض وتبدأ بإجراء قانوني وتنتهي بحكم تحكيمي، وفي ذلك يقول الاستاذ الدكتور: محسن شفيق: " إنّ التحكيم هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء"[569].

وتبعا لذلك، يطرح التحكيم الدولي على أنّه حلّ يُفرض على طرفي النزاع بحكم التراضي المسبّق، فهو يقلّل من مستوى مشاركة طرفي النزاع في حلّه، ذلك أنّ الدور الرئيسي للتحكيم الدولي يكون مصدره قائما وفقا لوجهة نظر طرف ثالث[570].

ويعد أفضل تعريف للتحكيم الدولي، اعتباره وسيلة من وسائل التسوية السلمية للمنازعات التي تنشأ بين اشخاص المجتمع الدولي، وذلك حسب مضمون نص المادة 37 من اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية، (والتي توصل اليها مؤتمر السلام الدولي الثاني بمدينة لاهاي عام 1907) الذي أصبح تعريفا سائدا للتحكيم الدولي بقولها: «إن التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من

---

[569]–د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص20.

[570]–نوري مروة جعفر، النزاعات الإقليمية في ضوء القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر،1992، ص100.

اختيارها وعلى أساس احترام القانون. وإنّ اللجوء الى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع للحكم بحسن نية..."[571].

وبذلك فإنّ احكامه ملزمة لجميع الأطراف، حيث أنّها تتميّز عن كل من الوساطة والتفاوض، والتوفيق بأنّها تقتصر على مجرد "التوصية" «Recommandation» و"ابداء الرأي" «Avis» او اثبات واقعة دون ان تكون ملزمة للأطراف، الذين يكون لهم الحرية في اصدار القرار النهائي، عكس التحكيم الذي يترتب عليه صدور حكم نهائي يكون ملزما للأطراف[572].

يتميّز التحكيم عن باقي وسائل حل النزاعات السلمية، بأنّه وسيلة لحل النزاع على أساس القانون الدولي، إذ أنّه يخضع للقواعد القانونية الدولية، التي تقرر حقوقا وتفرض التزامات على الدول، والتي تستمد مصدرها من القانون الدولي، بعيدا نوعا ما عن القانون الداخلي، حيث أن ذلك يسمح بحل النزاع بواسطة قضاة من اختيار الأطراف، وهذا بموجب اتفاق او بمقتضى معاهدة بين الأطراف التي تظهر فيها إرادة الدول والتزامها بأسلوب التحكيم ونتائجه[573].

وفي الغالب يتم اللجوء إلى إحدى هيئات التحكيم الدولية، لاعتبارها تتسم بنوع من السريّة والاحترافية في حل النزاع القائم، وعلى ذلك فإنّ التحكيم هو وسيلة فعّالة لتصفية الخلافات بين الدول عن طريق تحقيق سيادة القانون بواسطة قضاة–اشخاص او هيئات– على ان تلتزم تلك الدول المتنازعة بالاحترام وتنفيذ القرار الذي يصدره المحكّم[574]. فالتحكيم طريق قضائي يعتمد في وجوده وفي تشكيله على الهيئة

---

[571]- Article 37 ;« L'arbitrage international a pour objet de règlement de litiges entre les états par des juges de leur choix et sur la base du respect du droit ».
Le recours à l'arbitrage implique l'engagement de se soumettre de bonne foi a la sentence »

[572]–د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى،2002، ص 103.

[573]– د. سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاء، أبو ظبي، الطبعة الأولى،2014، ص 11.

[574]- C. JAROSSON, « La Nation d'arbitrage », Paris, L.G.D.J.,1987, p.36.

التحكيمية التي تفصل في النزاع وعلى إرادة الأطراف المتنازعة، أمّا القضاء الدولي فانّ تشكيلة المحكمة وإجراءاتها في قبول قانون الدول هي التي تحدده، وهذا قبل نشوء النزاع[575].

الفرع الأول: دور مراكز التحكيم الدولية في تسوية منازعات الاستثمار

غالبا ما يستمر تنفيذ عقد الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة لفترة طويلة من الزمن، وهي فترة تتغيّر من خلالها ظروف الاستثمار من النواحي الاقتصادية والسياسية، الشيء الذي يؤثر على التزامات الأطراف في العقد، وفي هذه الحالة قد يلجأ الأطراف إلى تعديل شروط العقد عن طريق التفاوض، إلاّ أنّ هذه المفاوضات يمكن أن تفشل في إيجاد حل للنزاع، في كثير من الحالات، وبالتالي فإنّ ذلك يؤدي بأطراف النزاع إلى إيجاد وسيلة أخرى[576]. وفي هذا الأساس يجب التذكير بأنّه من جهة، تقوم حكومات الدول النامية (أثناء سعيها الدائم إلى جذب وتشجيع الاستثمارات الأجنبية) بتوفير المناخ الملائم للمستثمر الأجنبي، الذي يمثّل وسيلة متميّزة لنقل التكنولوجيا المتقدمة إليها، بحيث أنّ ذلك سيساهم في تنميتها اقتصاديا إلى جانب تزويدها بالخبرات الفنية والاقتصادية، ومن جهة أخرى، فإنّ المستثمر الأجنبي يخشى إمكانية إهدار حقوقه، لعدم وجود الضمانات الكافية لحماية استثماراته في هذه الدول وعدم ثقته بإجراءاتها القضائية[577].

ومن هنا تبرز أهمية التحكيم بالنسبة للمستثمر الأجنبي، كونه وسيلة ملائمة، محايدة، وسريعة لتسوية نزاعه مع الدولة المضيفة بطريقة سلمية وآمنة، فهيئات التحكيم الدولية تختص بجميع المنازعات سواء

---

[575]– د. سمير جاويد، المرجع السابق، ص 12.

[576] – د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001 ، ص 03.

[577] – د. حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربي، القاهرة، 2005، ص 03.

كانت بين دول أو بين أفراد، وحتى بين دولة وفرد أجنبي، إذ أنّه تتشكل محكمة التحكيم في أغلب الأحيان من قضاة يختارهم أطراف المتنازعة[578].

ولقد تعددت مراكز التحكيم الدولي، بحيث ظهرت العديد من المبادرات الدولية التي تهدف إلى تنظيم التحكيم الدولي في منازعات عقود الاستثمارات الأجنبية، وذلك من خلال وضع نظم تحكيمية دولية تعمل بقدر الإمكان بعيدا عن المرجعيات الفقهية والقانونية للدولة المضيفة، وسنتناول فيما يلي بعض من هذه المراكز بإيجاز، وذلك على سبيل المثال.

أولا- غرفة التجارة الدولية في باريس

تأسّست غرفة التجارة الدولية في عام 1919، بهدف خدمة قطاع الأعمال الدولي، و تعزيز التجارة و الاستثمار، وذلك بفتح الأسواق للسلع و الخدمات، و لقد تمّ إنشاء هيئة التحكيم الدولية التابعة للغرفة منذ عام 1923، وهي أقدم مؤسّسة تابعة للغرفة، وهو ما أكسبها خبرة كبيرة في مجال التحكيم، و لقد ظلت هذه المحكمة تعمل كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية، و ذات الجنسيات المختلفة في مجال العلاقات التجارية الدولية[579]، كما وضعت ضوابط قانونية و شروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود الدولية إدراجها في عقودهم الدولية، بحيث تسهل عليهم عملية تحديد الإجراءات التي يمكن اتخاذها عند نشوء نزاع بين طرفي العقد، في حالة إحالة النزاع إلى التحكيم بواسطة محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية[580]، و من أهم قواعد هذه الهيئة ما يلي :

-أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف المتنازعة التي يلجؤون إليها، للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الدولية، أن تتضمن عقودهم الشرط النموذجي التالي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد

---

[578] – د. جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية؛ دراسة مقارنة مع الاستثمارات في ضوء الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2013، ص 412.

[579] - Guide to arbitration, ICE publication N° : 382, ISBN 1018 Paris, France, 1992.

[580] –د. خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص 90.

يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة حكم أو عدّة حكام، يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام".

– أوصت غرفة التجارة الدولية الأطراف المتنازعة، في حالة رغبتهم في جعل الغرفة هي سلطة تعيين المحكمين، أن تشمل عقودهم شرط التحكيم النموذجي، طبقا لقواعد لجنة القانون التجاري للتحكيم على النحو التالي: "... تكون سلطة التعيين لغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعا للإجراءات التي اعتمدتها الغرفة."

–كذلك أوصت غرفة التجارة الدولية طرفي النزاع بتضمين عقودهم الدولية شرطا نموذجيا ينص على اتفاقهم على اللجوء للمركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية، و ذلك بالنص على ما يلي : "اتفق أطراف هذا العقد على اللجوء عند الضرورة إلى المركز الدولي للخبرة الفنية التابع لغرفة التجارة الدولية و الخاصة بالخبرة الفنية" [581].

أمّا فيما يتعلق بإجراءات التحكيم، فإنّ نظام التحكيم الدولي لغرفة التجارة الدولية يمنح لأطراف النزاع حريّة اختيار قواعد القانون التي تحكم بها هيئة التحكيم واختيار المحكمّين وكذلك لغة التحكيم، وفي حالة غياب اتفاق الأطراف على هذه القواعد، تطبّق هيئة التحكيم قواعد القانون التي تراها ملائمة، وتأخذ هيئة التحكيم بعين الاعتبار أحكام العقد المبرم بين الطرفين إن وجد، وكذلك أعرافا تجارية ذات صلة[582]. كما تضمن هيئة التحكيم سلامة إجراءات التحكيم، حيث أنّها تعتمد على منهجي العدل والحياد، وتصدر هيئة التحكيم حكمها بالأغلبية، في حالة ما إذا كانت الهيئة مكوّنة من أكثر من محكّم، وإذا لم تتوفّر

---

[581] – د. خالد محمد القاضي، المرجع السابق، ص ص 102–103.

[582] – المادة 11 من قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، غرفة التجارة الدولية، نشرة عدد 865 3 – ARA ص 20.

الأغلبية يصدر الحكم عن رئيس هيئة التحكيم وحده، إلاّ أنّه يتوجب عليه ذكر الأسباب التي استند إليها في حكمه، ويكون حكم التحكيم ملزما للأطراف[583].

إنّ لغرفة التجارة الدولية بباريس مكانة معتبرة في مجال تسوية منازعات الاستثمار، بحيث أن العديد من الدول المضيفة لجأت إليها لتسوية منازعاتها الاستثمارية، ومن بين هذه الدول نجد الجزائر التي اعترفت من خلال عدة اتفاقيات ثنائية في مجال الاستثمار بحق المستثمر الأجنبي في اختيار محكمة التحكيم التي تفصل في النزاع، في حالة عدم إيجاد الحل عن طريق التراضي، بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار، و لقد وردت إمكانية اللجوء إلى تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس، في عدة اتفاقيات صادقت عليها الدولة الجزائرية مثل: الاتفاق المبرم بين الجزائر و إسبانيا و المتعلق بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات[584].

ثانيا – المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن

يعتبر المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واحدا من أهمّ مؤسّسات التحكيم الدولية في الوقت المعاصر، إلى جانب غرفة التجارة الدولية في باريس (CCI) السالفة الذكر، ولقد أسّس هذا المركز بموجب الاتفاقية التي عقدها البنك الدولي للإنشاء والتعمير في 18مارس 1965 بواشنطن، ويعرف بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى المتعاقدة[585].

---

583 – لمزيد من التفاصيل حول قواعد التحكيم في غرفة التجارة الدولية، انظر دليل غرفة التجارة الدولية ICC ، فرنسا، جانفي 2016.

584 – أنظر المادة: 11، فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25-03-1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 23، الصادر في 26 مارس 1995.

585 – لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، بيروت، 2008، ص 111.

وتأتي هذه الاتفاقية لتعطي ضمانة أكبر للمستثمرين الأجانب في حالة حدوث أي مخاطر سياسية أو أية إجراءات قد تتخذها الدولة المضيفة ضدهم، حيث أنّها تهدف أساسا لتحقيق نوع من كسب ثقة التجارة الدولية في الدول النامية في علاقاتها التجارية مع البلدان الصناعية[586].

وتسعى الدول من خلال مصادقتها على اتفاقية واشنطن إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وتوفير المناخ الملائم لها نظرا لدورها الهام في التنمية الاقتصادية للدول النامية، وسيتم التطرق فيما يلي باختصار إلى شروط اللجوء لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

1- شروط التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تنص الفقرة الأولى من المادة الخامسة والعشرين (25) من اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى على أنه:" يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، والتي تتصل اتصالا مباشرا بأحد الاستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنّه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده" [587].

من خلال هذا النص يمكن استنتاج الشروط اللازمة لخضوع النزاع لتحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي يمكن تقسيمها إلى الشروط المتعلقة بالنزاع، والشروط المتعلقة بطبيعة النزاع.

---

[586] – د.عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2008، ص14.

[587] – الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى الموقعة في 18 مارس 1965.

أ- الشروط المتعلقة بطرفي النزاع: تشترط اتفاقية واشنطن أن يكون أحد أطراف النزاع دولة تكون قد صادقت على الاتفاقية، وأن يكون الطرف الآخر مواطنا يحمل جنسية دولة مصادقة هي كذلك على ذات الاتفاقية، كما تحتفظ أمانة المركز بقائمة الدول المصادقة على الاتفاقية [588].

كما يشترط موافقة الأطراف، للقول بصحة تقديم النزاع أمام محكمة المركز، ويمكن أن يصدر الرضا باختصاص المركز قبل أو بعد نشأة النزاع، على أنّه وفي جميع الأحوال، يجب أن يكون الرضا سابقا لتقديم طلب التحكيم أمام المركز، وقد تأخذ هذه الموافقة عدة أشكال، فيجوز للأطراف التعبير عن رضاهم في شرط تحكيم يتضمنه عقد الاستثمار، أو اتفاق مستقل يقضي بعرض المنازعات التي تنشأ أو التي يحتمل أن تنشأ في المستقبل على المركز[589]، (وسيتم التطرق الى اتفاق التحكيم في المطلب الثاني من ذات المبحث).

ب- الشروط المتعلقة بالنزاع: نصت المادة 25 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أن اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن استثمار، ومن ثمة يتبين شرطا اختصاص المركز بالنظر إلى طبيعة النزاع وهما: وجود نزاع قانوني، ونشوء النزاع عن استثمار.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق

ينظر الفقه الدولي إلى مسألة القانون الواجب التطبيق، على أنّها ليست بسهلة التحديد، سواء تعلّق الأمر بالجانب الإجرائي أو بالجانب الموضوعي للنزاع، وقد تتزايد درجة الصعوبة امام المحكّم الدولي، الذي لا يتوفّر على قانون الاختصاص والمعروف لدى البعض باسم "قانون القاضي"، الذي على أساسه يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى التحكيم[590]، بما أنّه يشمل القواعد القانونية التي توفّر للمحكّم

---

[588] – بن سهلة ثاني بن علي، نعيمي فوزي، تطور الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 02، سنة 2007، ص 28.

[589] - N. E. TERKI, « l'Aarbitrage Ccommercial Iinternational en Algérie », Alger, OPN, 1999, p. 15.

[590] -T. F. RIAD, « The applicable Law in Transnational Arbitration », Doctoral Thesis of Law S.J.D., Harvard Law School, 1985, p. 140.

إمكانية النظر وتقدير مدى ملاءمتها أثناء التطبيق وهذا مهما كان مصدرها[591]. حيث انّ مراحل التحكيم الإجرائية منها والموضوعية، والمنتهية بصدور حكم فاصل في النزاع المطروح، تستوجب أحيانا الاخذ بأكثر من قانون لفض القضية المطروحة عليه، والجدير بالذكر أن ّ عدد القوانين المطبقة غير ضروري، ذلك أنّ الاعتبارات التي تدفع كل من اطراف النزاع و حتّى هيئة التحكيم الى اختيار القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع قد تتغير، مقارنة بالاعتبارات التي تؤدّي بهم الى اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وفي هذا الصدد نجد أنّ مبدأ الفصل بين القوانين واجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية من جهة، و القانون الواجب التطبيق على الموضوع من جهة أخرى، و تعتبر من القواعد القانونية المؤكدة ساء على المستوى الداخلي او الدولي[592].

ويذهب الفقه الراجح، الى اعتبار مسألة التفرقة بين المسائل الإجرائية والمسائل الموضوعية، عملية تكييف يحكمها قانون القاضي المحكّم المعروض عليه النزاع، ذلك أنّ تكييف المسألة المتعلقة بالإجراءات او بالموضوع تكون وفقا لما هو سائد في دولة مقرّ التحكّيم[593].

أولا- التطبيق المبدئي لأحكام عقد الأطراف المتعاقدة: تسمح منازعات العقود واتفاقيات الاستثمار المعروضة على هيئة التحكيم لتسويتها والفصل فيها، بتطبيق احكام العقد او الاتفاق المبرم بين المحتكمين. ذلك انّ العقد عبارة عن نظام قانوني ذاتي يتمتع بقدرة خلق قواعد قانونية Normes Juridiques حتّى وان كانت فردية أحيانا "Normes Individuelles"، اساسها مبدأ سلطان الارادة[594].

إنّ تصور أطراف العقد الواردة ضمن نطاق حقوقهم والتزاماتهم تعتبر، في الواقع، قواعد سلوكية اتفاقية تضبط علاقاتهم[595] ، حيث انّها تمثل حقيقة، قواعد قانونية خاصة تشبه الى حد مدى تلك القواعد القانونية

---

[591]–د. أحمد السمدان، القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة 1993، العدد 17، ص 174.

[592]- Cass, Civ, 1er, 18 ; ars 1980, j.c.p.1980 1v, p. 211.

[593]– د. عزت محمد البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، دار النهضة العربية، الاسكندرية، سنة 1997، ص 208.

[594]-H. KELSEN, « Théorie juridique de la convention », in Archive de philosophie de droit,1940, pp..33-42

[595]-G. ROUHETTE, « Étude critique de la notion du contrat », Thèse Paris, 1965, p. 635.

الصادرة عن الهيئة التشريعية المختصة[596]، ذلك انّها تحقّق العدالة والأمان، وهما الهدفان اللذان يطمح اليهما كل تشريع وضعي مهما كان مصدره القانوني. فمن جهة القضاء، فإنّ كل ما هو تعاقدي فهو يتصف مبدئيا بالعدالة[597]، بما أنّ الشخص لا يقبل إلاّ ما هو في صالحه اثناء ابرامه العقد المنتج للقواعد القانونية السلوكية، التي هي الأكثر عدالة لكل طرف، بما أنّ مصدرها الإرادة والتراضي[598].

من جهة أخرى، فإنّ عامل الأمان الموجود في هذه العلاقة التعاقدية، يمكن تتّبعه عبر القواعد القانونية المنظّمة لهذه العلاقة، التي يكون مصدرها الرئيسي المتعاقدون أنفسهم، ذلك انّها تعبّر عن رغباتهم، ممّا لا يجعل من تطبيقها او الدعوة الى الالتزام بها خللا او اعتلالا في العقد، فالقاعدة الاتفاقية هي نتاج الأطراف المتعاقدة، ومادامت كذلك فهي لن تخلّ بتوقعاتهم، بل العكس، بمعنى انّها ستعمل على احترام حقوقهم المتولدة من العقد، وتحققّها يكون نتيجة التعاون فيما بينهم[599]، فالعقد وحده يمثل نظام قانوني مستقل عن باقي القوانين الوطنية و الدولية، لما يوفّره من حقوق والتزامات، التي هي معرّفة فيه صراحة، وبالتالي يصبح من عديم الفائدة اللجوء الى نظام قانوني آخر[600].

1- تحقيق العقود والاتفاقات لمبدأ التنظيم الذاتي «Self Regulatory Contracts»؛ حيث أنّ اشتراط الحد الأقصى من الاحكام الفنيّة والتجارية، يساعد على التهرّب من قوانين الدول، وفي هذا الإطار، فإنّه يمكن للأطراف الاهتمام شخصيا بإرساء شروط خاصة بعد المفاوضات مباشرة، لتسهيّل عملية التسوية القبلية للمنازعات والصعوبات المحتملة[601].

---

[596]-V. HUEZÉ, « La règlementation française des contrats internationaux », Éd. GLD JOLY,1990, p. 61.

[597]- A. FOUILLÉE, « La science sociale contemporaine », Deuxième Édition, Librairie HACHETTE, Paris, 1889, p. 169.

[598] - P. ROUBIER, « Théorie générale du droit », Paris, Sirey, 1951, p.263.

[599]–د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 64، عام 2008، ص 42.

[600]-J.M. JACQUET, « Principe d'autonomie et contrats internationaux », Thèse Paris, Éd. Économica, 1983, p.23 et ss.

[601]-Ph. FOUCHARD, « l'Arbitrage commercial international », Éd. Dalloz, Paris,1965, p. 408 spéc. p. 409.

وفي هذا الصدد نجد انّ العقود الدولية ذات الطابع الخاص، تحتاج الى عنصر الدعوى لبلوغ كفاية ذاتية، فمن المحبذ اللجوء الى صياغة واضحة بعيدا عن الافكار الغامضة و الغير مبينّة للمضمون، كالمبادئ العامة للقانون او القواعد المشتركة بين الدول المعاصرة، إذ أنّ الاجتهاد في تحرير العقود بالتطرق الى كل الاحتمالات و التفاصيل الجزئية للعلاقة الاستثمارية، سيؤدي إلى غلق الباب امام الاجتهاد القضائي او التحكيمي، الذي يمكن أن ينجر عنه حكم غير مدروس النتائج، حيث أنّه بانتهاج الأسلوب الصحيح، سيكون النزاع ميسورا امام القاضي او المحكّم اثناء تأسيسه للحكم، وذلك بالاعتماد على تحليل بسيط، تبعا لأحكام العقد المبرم بين الأطراف، دون الرجوع الى قاعدة قانونية أسمى، وهو ما تم ملاحظته عمليا، إذ أنّه من النادر ان يقوم القاضي او المحكّم بالفصل طبقا لنصوص أخرى غير العقد[602].

2- عدم تجاهل القواعد الاتفاقية؛ ذلك أنّ العقد منتج لقواعد قانونية خاصة، حيث أنّه مصدر هام للحقوق والواجبات نظرا لاستقلاليته، التي تعطيه الأولوية المطلقة في التطبيق امام هيئة التحكيم، مادام أنّه لا يمس بالنظام العام والآداب العامة في دولة مقر التحكيم او الدولة المتوقّع تنفيذ الحكم فيها[603]، لكن هل فعلا يتم اتباع الأولوية من قبل النظم القانونية اثناء تطبيق الاحكام التعاقدية؟

أ- تجاهل تام للأنظمة القانونية لفكرة الأولوية؛ مثال ذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، بحيث لم تلزم مادتها 42 محكمة التحكيم الاخذ بأحكام العقد او اتفاق الاستثمار، لأنّ فصل النزاع يكون وفقا للنظم القانونية التي وافقت عليها الأطراف المتنازعة.

أيضا هناك من التشريعات القانونية الوطنية من اعتمدت طريق التجاهل اثناء فصل التحكيم النزاع وفقا لشروط العقد او الاتفاق، من بينها نجد القانون الفرنسي (المادة 1478 من قانون الإجراءات المدنية)،

---

[602]- د. احمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، المرجع السابق، ص 44.

[603]- نفس المرجع، ص 45.

قانون التحكيم السويسري 1987 (المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية)، قانون التحكيم الجزائري لعام 2008 (المادة 1023 مكرر من قانون الإجراءات المدنية).

ب- التطبيق الجزئي (الاحتياطي) للأحكام العقدية؛

اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 2013 ما يعرف باسم "قواعد اليونستيرال" UNCITRAL، حيث جاء في مضمون الفقرة الأولى من المادة 35 على انّ الأسلوب الواجب اتباعه من قبل هيئة التحكيم لحسم موضوع النزاع يستلزم تطبيق القانون المحدد من طرف الأطراف، لتأتي الفقرة الثالثة منها بالتأكيد على أنّه في جميع الأحوال فإن هيئة التحكيم عليها التزام الفصل وفقا لشروط العقد[604].

والجدير بالذكر هو انّ المادة 19 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس قد اقر أيضا اللجوء الى شروط العقد في حالة غياب نص تشريعي حسب نظام غرفة التجارة الدولية بباريس[605]، نفس الاتجاه اتبعه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي، وذلك حسب مادته 28 فقرة رابعة.

ومهما يكن من حال، فإنّ واجب هيئة التحكيم في الفصل في النزاع القائم يستلزم ان يكون وفقا لأحكام وشروط العقد والاتفاق محل النزاع، ذلك انّ تعذر الوصول الى حل اتفاقي يفتح المجال امام الهيئة التحكيمية للّجوء الى قواعد قانون الدولة المعينة من قبل الأطراف المتنازعة، حيث أنّه سيكمل النقص المتواجد في الاحكام والشروط العقدية[606].

---

[604]- الفقرة الأولى من المادة 35، من قواعد الاونيسترال للتحكيم (بصيغتها المعتمدة في عام 2013)، قواعد الاونيسترال بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، 2014، ص 25.

[605]- المادة 19 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة التحكيم الدولية، غرفة التجارة الدولية، سنة 2017، ص28، لأكثر تفصيل راجع الموقع الرسمي؛ bit.ly/2WRqWXVHMS.

[606]- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 423.

يتبين مما سبق انّ القانون الواجب التطبيق يكتسي طابع ثانوي بالنسبة لشروط واحكام العقد، مادامت هناك من الدول من تعتمد على ان العقد شريعة التعاقدين والتي لا يجوز نقضه ولا الخروج عنه الا باتفاق الأطراف الاصلية للعقد، ذلك أنّه (العقد) بمثابة القانون الواجب التطبيق الذي يلتزم به الطرفان وملزم في ذات الوقت للمحكم.

ثانيا- تطبيق التشريع الوطني الذي اختاره الطرفان:

1-النصوص القانونية: من المتعارف عليه ان إرادة الأطراف المتنازعة هي التي توجد التحكيم وبها ينقضي، ما يعني اختصاص الأطراف بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على محل النزاع المعروض امام التحكيم، الذي يقع عليه واجب الالتزام بتنفيذ ما حدده الأطراف حتّى لا يقع حكمها تحت طائلة البطلان.

ولقد تم الإشارة في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار، بين الدول ورعايا الدول الأخرى عبر الفقرة الأولى من المادة 42:" بأنّ تفصل المحكمة في النزاع القائم طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع..."[607].

وأيضا نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 21 بأنّه "يتمتع الأطراف بحرية الاتفاق على القواعد القانونية التطبيق الواجب على هيئة التحكيم تطبيقها على موضوع المنازعة..."[608].

---

[607]- المادة 1/42، اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، رقم 8691/30/81، ص 15.

[608]- المادة 1/21، من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، المرجع السابق، ص 27.

كذلك كان القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لسنة 1985 (المعدل عام 2006) الذي جاء حسب نص المادة 28 فقرة أولى:" تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع..."[609].

ونجد انّ هناك العديد من النصوص التي اتبعت نفس النهج القانوني، من بينها قانون التحكيم السويسري لسنة 1987 (المادة 1/187 من مجموعة القانون الدولي الخاص)، وقانون التحكيم الكندي لسنة 1986 (المادة 1/68)، وقانون التحكيم الجزائري لعام 2008 (المادة 458 مكرر14 من قانون الإجراءات المدنية) ...الخ. إنّ التشريعات الوطنية التي اعتمدت على ما جاءت به مختلف التنظيمات التحكيمية الدولية المختصة، مستنبط من الحرية الكاملة التي يتمتع بها الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التنفيذ[610]. فنصوص قوانين التحكيم لغالبية الدول بما فيها لوائح الهيئات التحكيمية لا تشترط توافر صلة بين النزاع الموجود والقانون المختار لحكمه، وعكس ذلك، معناه الابتعاد عن إرادة الأطراف في مجال التحكيم الدولي لهذا السبب يكفي تواجد حسن النية Bona Fide and légal على نحو لا يتعارض مع النظام العام وخالي من أي نوع من أنواع الغش على قانون الدولة التي كان من المفترض اختيار قانونها لحكم النزاع وفقا لظروفه، طبقا للمادة 05 فقرة 02 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

نلتمس ممّا سبق، أنّه من أجل ضمان تنفيذ حكم التحكيم، يستلزم وجود منطق قانوني واقعي وقت اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق، يكون متضمنا صلة مع النزاع المعروض على هيئة التحكيم. إذ أنّ العقد المتخذ شكل العقد النموذجي المتعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة والمقبول من طرف التجارة الدولية في دولة معينة يستوجب فيه اختيار الأطراف لقانون تلك الدولة، نظرا لملائمته مع طبيعة

---

[609]– المادة 1/28، من القانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985 (تعديل سنة 2006)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، 2008، ص 28.

[610]– د. فتحي والي، المرجع السابق، ص419.

المعاملات مقارنة بغيره، هذا ولو لم يكن لإبرام العقد او تنفيذ هذه المعاملات روابط واقعية فعلية بالدولة[611].

ثالثا- سلطة الأطراف في تعيين القانون الواجب التنفيذ

وتتشكل سلطة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق من أربعة أقسام هي:

أ- اختيار القانون الواجب التنفيذ وقت تحرير العقد او الاتفاق، وتشمل بنوده بندا مخصصا لتحديد الأطراف للقانون الواجب تطبيقه، وإذا تم اهمال او نسيان هذا البند فإنه بإمكانهم تكملة ذلك التحديد في اتفاق مستقل لاحق[612]، او شفاهه امام هيئة التحكيم التي تقوم بإجراء اثبات اتفاقهم في نحضر الجلسة، وهذا ما جاء في غالبية الاتفاقيات الدولية والتشريعات المعاصرة[613].

بالإضافة الى انّ للمحتكمين سلطة تعديل اختيار القانون الواجب التطبيق، بتغييرهم للقانون، إذا تبيّن لهم انّ القانون الأوّل لا يواكب اقتصاديات المعاملة بينهم، ممّا يجعل من احكامه غير ملاءمة مقارنة بأحكام القانون الجديد (المختار بعد التعديل)، كل هذا بشرط عدم الاضرار بحقوق الغير حسن النيّة الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأوّل المراد العدول عنه[614].

ب- إمكانية اختيار الأطراف المحتكمين لأكثر من قانون للتطبيق على موضوع النزاع، ويمكن استعمال هذا الحق، إذا ظهر لهم أنّ معطيات القضيّة تتطلّب تطبيق قانون الدولة التي ابرم فيها ذلك العقد، او تحديد قانون الدولة التي سينفّذ فيها آثار الحكم، وتنفيذ التزامات الطرفين فيها[615].

---

[611]-R. David, « L'Arbitrage dans le commerce international », Paris, Economica, 1982, p. 472.

[612]-د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي؛ مفاوضات العقود الدولية؛ القانون الواجب التطبيق وأزمته، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص 879 وما بعدها.

[613]- تنص المادة 3/116 "اختيار القانون يمكن اجراؤه في أي وقت..." من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987.

[614]- الفقرة الأولى من المادة 03 من اتفاقية روما لعام 1980 لدول الاتحاد الأوروبي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية.

[615]- P. LAGARDE, « Le Dépeçage dans le droit international privé des contrats », In Rivista di diritto internazionale privato e processuale. ,1975, p.645.

ت- بالإضافة الى أنّ حقّ الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق يمتد الى المسائل والعلاقات القانونية التي من المفروض عدم تمتّعهم بمثل هذا الحق حسب القانون الدولي الخاص، مثال ذلك، فإنّه من العادة ان تخضع الامور المتعلقة بالعقارات او التعويض عن مسؤولية الفعل الضار، الى قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المستوجب للمسؤولية، أو لقانون دولة موقع العقار.

ث- تنحصر سلطة الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على المواضيع والمعاملات الدولية، بمعنى آخر، في التحكيم الدولي دون التحكيم الوطني الذي يبقى حصرا على الدولة المعنية بالقضية وهذا حفاظا على سيادتها وسموّ تشريعها الداخلي[616].

رابعا: النطاق الموضوعي للقانون المختار

إن حق اختيار أطراف النزاع لأحكام وقواعد قانون سواء كان معين بذاته مثال ذلك: اختيارهم للقانون الدولي او القانون المدني مثلا، فيه نوع من الغموض، خاصة إذا علمنا انّ هناك من يقول بانّ اختيار ذات الاطراف لقانون دولة معينّة، هو اسناد اجمالي (إحالة عامة) Rattachement Global لنظام القانوني لتلك الدولة لإيجاد حل للنزاع القائم في حدود ما يسمح به التحكيم.

حيث أنّه في قضية وزارة الدفاع المصرية ضد شركة أمريكية Chromalloy، المتعلقة بعقد توريد قطع غيار لأسطول طائرات الهليكوبتر، والذي حكمت فيه هيئة التحكيم الثلاثية على مصر بدفع تعويض للطرف الثاني، وامام عدم تقبل المتحكم ضده للحكم، قام هذا الاخير بتقديم طعن بالبطلان امام محكمة استئناف القاهرة المصرية، مستندا في ذلك على انّ حكم التحكيم استبعد تطبيق القانون المصري المتفّق عليه من قبل الأطراف[617].

---

[616]- د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 419.

[617] -E. SCWARTZ, « A Comment on chromalloy », Himation à l'américaine, 14 J. Int.Arb,125, Juin 1997, p. 135.

وصدر حكم محكمة الاستئناف بتاريخ 05 ديسمبر 1990 جاء فيه أنّه:" إذا تضمن ذلك العقد النص على القانون الواجب التطبيق –بمعرفة هيئة التحكيم– هو القانون المصري فإنّ مفاد ذلك ان المقصود هو القانون الإداري المصري، فإذا أعمل التحكيم القانون المدني المصري دون القانون الإداري فإنه يكون قد استبعد القانون المتفق في العقد على اعمال احكماه بما تتوفّر معه حالة من حالات طلب بطلان حكم التحكيم".[618]

إنّ أطراف النزاع لهم الحق في وضع وتحديد ماهية القواعد القانونية المراد تطبيقها على النزاع، دون قانون الدولة الذي اختاروه لحكم النزاع وهذا راجع إلى مبدأ سلطان الإرادة والحرية الدولية للعقود والاتفاقات. وبذلك تصبح هيئة التحكيم ملزمة بالعمل وفقا له، والقول بغير ذلك يعني انّها استبعدت القانون الذي حدده الأطراف ممّا يؤدّي الى بطلان حكمها.

والمتعارف عليه في التحكيم الدولي، أنّه إذا اتفق أطراف التحكيم على تطبيق قانون دولة معينّة، فمن الواجب الاخذ بالقواعد الموضوعية لتنازع القوانين او قواعد الاسناد دون القواعد الخاصة منه، ما لم يتفق على غير ذلك[619]، فإذا اتفق الأطراف على تطبيق القانون الجزائري فينبغي على هيئة التحكيم تطبيق قواعد القانون المدني او التجاري او الإداري ...الخ في ذلك القانون، حسب طبيعة القضية المطروحة، وليس لها النظر في قواعد التنازع فيه، التي قد تخرجها الى تطبيق قانون دولة أخرى. ذلك انّ مجال الإرادة لا يأخذ بنظرية الإحالة، لا سيما امام قضاء التحكيم، إذ انّها تؤدّي بشكل رئيسي الى تعطيل الفصل في النزاع[620].

---

[618]–د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008، ص 58.

[619]-A.C. FOUSTOUCOS, « l'Arbitrage interne et international en droit privé Hellénique », Thèse paris,1976, N° 297, p. 201.

[620]–د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، المرجع السابق، بند 398 وما بعده، ص 43.

وبالتالي فإنّ رغبة الأطراف في التنفيذ السلمي لالتزاماتهم المتبادلة لا يمنعهم من وضع القواعد القانونية، التي تساهم في إيجاد الحل المناسب لما قد يحدث من منازعات حول عقودهم، وتبعا لذلك فإنّ تحديدهم للقانون الواجب التنفيذ يظهر مدى اهتمامهم للتفاعل الإيجابي مع النصوص القانونية السابقة الذكر[621].

وهذا يعني بأنّ تناسيهم او اهمالهم لهذا الجانب (تحديد القانون الواجب التطبيق)، سيحدث خللا في العلاقة القانونية التي تربطهم والناتج عنها نزاع امام التحكيم، حيث سيجد الاطراف أنفسهم امام طريق مجهول وغامض[622]، ولهذا نجد ان هناك هيئات قانونية تحث الأطراف على ضرورة الاخذ والالتزام بالتحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق[623].

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم

يتبين ممّا سبق أنّ التحكيم عبارة عن سلطة مستقلة بذاتها، لها صلاحية الفصل في النزاع بواسطة محكّم او أكثر يختاره الأطراف، الذين يتقبّلون الأحكام التحكيمية الصادرة من هذه الهيئة التحكيمية فهُم يعتبرونها ملزمة لهم. ذلك أنّ التحكيم يمثّل إحدى الطرق القانونية المتوفرة للخصوم لتسوية المنازعات القائمة بينهم وهذا لما لها من خصوصية، بالإضافة إلى أنّ هذا النوع يجعل من الاحكام التي تصدر عن المحكّم أو هيئة التحكيم ذات حجية وهذا لما لها من الزامية وقت تنفيذها.

ولقد قمنا بتقسيم المطلب الى فرع أوّل نتناول فيه الشكل القانوني لاتفاق التحكيم، والفرع الثاني نستعرض فيه أركان اتفاق التحكيم، أمّا الفرع الثالث، فسنخصّصه لدراسة شرط التحكيم المعتل.

---

[621]– د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، المرجع السابق، ص51.

[622]–راجع رأي الأستاذ THIEFFRY عند مناقشته تقرير الأستاذ Mercadal حول النظام القانوني الواجب التطبيق على العقد الدولي، نشر في 1986 Cahiers de droit de L'entreprise، ص 36.

[623]–المادة 1/4 " من المأمول فيه ان يعين الأطراف صراحة القانون الواجب التطبيق على عقدهم"، من قرار معهد القانون الدولي Institut de Droit International، عند بحثه القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين دولة وأحد الأشخاص الخاصة الأجنبية، دورة أثينا، 1979، Rev.crit،1980، ص 427.

الفرع الأول: الشكل القانوني لاتفاق التحكيم

يعرف اتفاق التحكيم عموما بأنه الاتفاق الناشئ بين الطرفين على إحالة جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت، أو التي من الممكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية تعاقدية معينة بذاتها أو غير تعاقدية، والتي تأخذ الطابع الدولي ما دامت العلاقة محل النزاع دولية[624].

ويظهر اتفاق التحكيم عادة في منازعات الاستثمار على شكل صورتان هما: شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، ويمكن في حالات معينة أن يتم الاتفاق على شكل ثالث هو شرط التحكيم بالإحالة، لكن قبل التطرق لأشكال اتفاق التحكيم، ولإبراز مضمون اتفاق التحكيم يستلزم الامر معرفة الأساس القانوني المبني عليه هذه الاتفاق.

أولا- الأساس القانوني لاتفاق التحكيم

1-على المستوى الدولي؛

لقد تطرقت الاتفاقيات الدولية الى اتفاق التحكيم، حيث انها اشارت الى شرط التحكيم ومشارطة التحكيم تحت مصطلح اتفاق التحكيم دون الإشارة الى أي تمييز بينهما[625]، نفس الشيء بالنسبة لقانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، حيث اشار الى اتفاق التحكيم في نص المادة 07 منه وأراد بذلك ان يشمل كل من شرط ومشارطة التحكيم في نفس الوقت[626]. ويمكن ملاحظة أنّ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، الصادرة عام 1958، التي حرصت على مراعاة ذات الجانب، و التي تمّ تدعيمها ببروتوكول جنيف 1963، الذي يمثّل خطوة هامّة في سبيل تحقيق ذلك، من خلال نصّه على عبارة "اتفاق التحكيم" للتعبير عن شرط التحكيم ومشارطة التحكيم في ذات الوقت[627].

---

[624] – د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 89.

[625] – المادة 02 من اتفاقية نيويورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم سنة 1958.

[626] –الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961.

[627] –د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة؛ اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 77.

2-على مستوى التشريعات الوطنية؛

لقد عالج المشرّع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كلا صورتي اتفاق التحكيم، حيث أجاز اتفاق الأطراف على شرط التحكيم، بالنسبة للمنازعات التي تثور بشأن العقد المتصّل بالحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها[628]، كما أقرّ مشارطة التحكيم وعبّر عنها بتسمية "اتفاق التحكيم" وعرّفه بأّنه الاتفاق:" الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"[629].

ولم يختلف موقف المشرّع المصري، حيث أنّه أقر بدوره صور اتفاق التحكيم ضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994، بالتمييّز بين شرط التحكيم الذي يكون الاتفاق عليه قبل قيام النزاع، سواء كان هذا الاتفاق مستقلا بذاته أو ورد في عقد معّين، بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين[630]، إلى جانب إشارته إلى مشارطة التحكيم والتي تجيز الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع حتّى ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية، مع اشتراط الاتفاق على المسائل التي يشملها التحكيم، حتّى لا يقع الاتفاق تحت طائلة البطلان[631].

إلاّ أنّ موقف الفقه والقضاء الفرنسي جاء مختلفا، على أساس عدم اعترافه وإقراره لشرط التحكيم كصورة لاتفاق التحكيم، حيث استقرّ على بطلان هذا الشرط، استنادا الى أنّه يقوم على أمر احتمالي، وهو حدوث النزاع دون عدمه، في حين أنّ القضاء الفرنسي أقرّ واعترف بصحة الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع وهو مشارطة التحكيم[632]، وقد وجد هذا الموقف تفسيرا له من خلال ما نصت عليه المادتين 1444 و 1445 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[633] الذي يقرّ بضرورة تضمّن اتفاق التحكيم

---

[628] –راجع المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[629] – راجع المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

[630] –راجع المادة 10 فقرة ثانية من قانون التحكيم المصري، الصادر بتاريخ 18 أفريل 1994، الجريدة الرسمية المصرية، العدد16، بتاريخ 1994/04/21.

[631] – راجع المادة 30 فقرة أولى من قانون التحكيم المصري.

[632]–د. سامية راشد، المرجع السابق، ص 76.

[633] - Voir Article 1444 et 1445 du code de procédure civile, Décret N° 2011-48 du 13 janvier 2011.

تبيان موضوع النزاع و أسماء المحكمين و إلا كان باطلا، وهو شرط يصعب تحقيقه في التحكيم إذ لا يمكن التحكّم في تحديد موضوع النزاع بين الطرفين وقت النّص على الشرط طالما أنّ النزاع لم ينشأ بعد[634].

واستجابة لموقف الفقه والقضاء الفرنسيين، عدّل المشرع الفرنسي عن موقفه في التمييز بين شرط ومشارطة التحكيم، فنص في قانون التحكيم الصادر في 14 ماي عام 1980 على التسوية بين شرط ومشارطة التحكيم[635]، غير أنّ المشرع الفرنسي ظل حتّى وقت قريب يضيّق من نطاق شرط التحكيم، حيث كان المشرّع يقصر شرط التحكيم على عقود من نوع خاص، ولا يجيز شرط التحكيم في العقود المدنية[636]، كما أنّ المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد ظل حتّى صدور التعديل الجديد للقانون الفرنسي بالمرسوم رقم 2011/48 بتاريخ 13 جانفي 2011، يشترط الكتابة لشرط التحكيم ومشارطة التحكيم وإلاّ كان التحكيم باطلاً، في حين لم يكن يشترط ذلك في مشارطة التحكيم فهو بذلك يعتبره شرط لإثبات المشارطة[637].

والملاحظ أنّه تم تعديل نص المادة 2061 التي كانت تنص على حظر إيراد شرط التحكيم في العقود المدنية، لتصبح تجيز التحكيم في العقود ذات النشاط المهني طبقا للقانون الجديد، موسّعا بذلك من نطاق التحكيم في جميع العقود سواء على المستوى الداخلي او الخارجي[638].

---

634 –د. دريد محمود السامرائي، المرجع السابق، ص 395.

635 - Ph. FOUCHARD, « La Laborieuse Réforme De La Clause Compromissoire par Loi du 15 mai 2001 », Revue de l'arbitrage 2001, N° 3, p. 398 et s.

636 - Cour d'appel de Paris 1 Ch. Urg., 1er décembre 1993, Rev. Arb.1994, p. 695 et s;

637 –د. أسامة أبو الحسن المجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2012، ص 24.

638 -L. DEGOS, « Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire », RDAI 2001, p. 653

ثانيا- شرط التحكيم La Clause compromissoire

هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معيّنة قبل نشوء النزاع، ويتفّق بمقتضاه الأطراف على تسوية ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم[639].

ويستوي أن يرد الشرط عاما، إذا أحال إلى التحكيم كافة المنازعات المتعلقّة بتفسير الاتفاقية أو شاملا لجميع منازعات تنفيذ الاتفاقية أو العقد، سواء كانت ذات طابع قانوني أو فني أو مالي.

في حين يكون الشرط خاصا إذا اقتصر شرط التحكيم على بعض المسائل دون الأخرى كأن يقتصر الشرط على المنازعات القانونية أو الفنية فقط[640]. وغالبا ما يقترن شرط التحكيم الخاص بوضع وسائل مسبقّة لتسوية النزاعات، تتجسد عادة في التوفيق أو المفاوضات، مثال ذلك؛ تضمن نص البند 38 من المادة 16 من اتفاقية إنشاء مركز الشرق الأوسط الإقليمي للنظائر المشعة للدول العربية بالقاهرة، موضوع تسوية المنازعات بين دولتين او أكثر من أطرف الاتفاقية المتعلقة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية، والتي أشار إلى أنّه لا يمكن تسويتها بالمفاوضات أو بطرق أخرى، بحيث يتفق عليها عن طريق التحكيم[641].

والجدير بالذكر، هو أنّ الدولة بإدراجها لشرط التحكيم في عقد الاستثمار المبرم بينها وبين المستثمر الأجنبي، فإنّها بذاك تعرّض حصانتها القضائية للسقوط امام التحكيم، بحيث يصبح من غير الممكن لها الاعتداد بها[642].

---

[639] - J. ROBERT, « L'arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé », avec la collaboration de B. Moreau, 6eédition, Dalloz, Paris, 1993, p. 46.

[640] – د. طارق عزت رخاء، المنظمات الدولية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 2005، ص 162.

[641] – اتفاقية إنشاء مركز الشرق الأوسط الإقليمي للنظائر المشعة للدول العربية، القاهرة، الموافق عليها من قبل الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتاريخ 14 سبتمبر 1962.

[642] – غسان علي علي، المرجع السابق، ص292.

ثالثا: مشارطة التحكيم Le Compromis

تظهر مشارطة التحكيم على شكل اتفاق خاص تبرمه الأطراف، بعد قيام النزاع وبشكل مستقل عن الاتفاقية أو العقد الذي يربطها، ويتم غالبا اتفاق الأطراف فيها على تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكّمين وكذا إجراءات التحكيم، كما قد تتضمن الاتفاق على القانون الواجب التطبيق من طرف المحكّمين، وهي ترد في عقد لاحق عن العقد الأصلي للاستثمار، ويستوي أن تبرم مشارطة التحكيم دون أن يسبقها شرط تحكيم، او ان تبرم مسبوقة بهذا الشرط[643] .

وقد تختلف صياغة نماذج مشارطة التحكيم، ولكن يجب أن تتضمن في مجملها مجموعة من البيانات التي تساعد علي تعيين النزاع بشكل تفصيلي وناف للجهالة، مثل بيان اسم كل طرف، وعنوانه ووسائل الاتصال به، وطبيعة العقد الأصلي، وطبيعة النزاع القائم بينهما، وتعيين المحكمين أو تحديد الطريق المناسب لتعيينهم، والقانون الواجب التطبيق، وتحديد لغة ومقر التحكيم، وبيان ما اذا كان من حق هيئة التحكيم الأمر بالإجراءات التحفظية والوقتية، وبيان ما اذا كان من حق هيئة التحكيم الفصل في النزاع وفقا لنظام التحكيم مع التفويض بالصلح، وتحديد المدة الإجمالية التي يتعيّن أن يصدر خلالها حكم التحكيم، وتوقيع الأطراف، فمشارطة التحكيم تعدّ بمثابة خارطة الطريق التي سيسير عليها المحكّم حتّى تمام الفصل في الدعوى[644] .

رابعا: التحكيم بالإحالة

يقصد بهذا الشرط إشارة المتعاقدين في عقد من عقود الاستثمار أو في الاتفاق المبرم بينهم، إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم واعتبارها جزءا لا يتجزأ من عقد الاستثمار[645]، ويقتضي شرط التحكيم بالإحالة أن

---

643 – د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 91 وما بعدها.

644 – د عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر،2011، ص35.

645 – د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2004، ص 17.

يكون العقد الأساسي الذي أبرم بين المتعاقدين قد جاء خالي من شرط التحكيم العادي، وتتجه إرادة المتعاقدين في هذه الحالة إلى الأخذ بالشروط العامة أو العقود النموذجية، لتنظيم وتكملة ما ورد بالعقد من أحكام، سواء جاءت بالإحالة إلى الشروط العامة أو العقود النموذجية أو أيّة وثيقة أخرى، ويشترط في شرط التحكيم بالإحالة وجود علاقة بين العقد المتضمّن للإحالة والوثيقة المحال إليها[646].

1-شروط صحة التحكيم بالإحالة؛ يتطلب التحكيم بالإحالة جملة من الشروط أهمها؛

أ-وضوح الإحالة؛ يستلزم اتفاق التحكيم بالإحالة تضمّن العقد الأصلي بندا صريحا بالإحالة إلى شرط التحكيم في الوثيقة السابقة على إبرام ذلك العقد الأصلي[647].

ب- أن تتضمن الوثيقة المحال إليها صراحة شرط التحكيم؛ يشترط حتّى يكون هناك اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لأثرة، أن تكون الوثيقة المحال إليها من قبل أطراف التعاقد الأصلي متضمنّة -بصورة صريحة- لشرط التحكيم، فاذا كانت تلك الإحالة إلى ما لا يمكن اعتباره شرط تحكيم، فتكون الإحالة غير كافية، كما يجب أن تكون الوثيقة المحال إليها سابقة في وجودها على العقد الأصلي؛ حيث لا يجوز الإحالة إلى وثيقة لاحقة في التاريخ على تاريخ العقد الأصلي.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة 07 للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) سنة 1985، على أنّه: "تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا، وأن تكون الإشارة قد وردت

---

646 – د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص ص 43-44.

647 – د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقًا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الرابعة، 2013، بند 21، ص 32.

بحيث تجعل هذا الشرط جزءا من العقد"[648]، وهذه الإحالة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية، طالما كانت دالة على إرادة الطرفين في اتفاق التحكيم بالالتزام بشرط التحكيم الوارد به[649].

ت- معرفة الوثيقة المحال إليها لطرفي العقد؛ يجب أن تكون الوثيقة المحال إليها معلومة ومعروفة للطرف الذي يتمسك في مواجهته بشرط التحكيم، أو أن تكون الوثيقة معلومة على نطاق واسع في وسط النشاط الاقتصادي، الذي ينتمي إليه الطرفان، بحيث لا يمكن الادعاء بعدم معرفتها.

وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأنّه "إذا حدثت إحالة بين طرفين إلى شروط عامة في وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وكان الطرف الذي يحتج عليه بشرط التحكيم عالما بهذه الشروط، فإنّ سكوته يعني موافقته على هذا الشرط[650]".

الفرع الثاني: أركان اتفاق التحكيم

يقوم اتفاق التحكيم على أركان ثلاثة هي: الرضا، المحل والسبب، ويترتّب على تخلف أيّ من هذه الأركان انعدام اتفاق التحكيم أو عدم وجوده، وهو ما يعدّ سببا للطعن في الحكم بدعوى البطلان، وهو ما نتناوله على النحو الآتي:

أولاّ- الرضا

يتحقّق الرضا في مجال التحكيم بتلاقي إرادة الأطراف على إبرام اتفاق التحكيم، سواء في صورة شرط أو مشارطة[651]، ويعتبر جمهور الفقه عنصر الرضا من الشروط الموضوعية اللازمة لانعقاد اتفاق التحكيم، ويتحقق الرضا بتلاقي الإيجاب والقبول في اتفاق التحكيم في أيّ شكل أو صورة، وبتدخل الشخص في خصومة التحكيم وموافقة باقي الأطراف على ذلك، في أيّ مرحلة من مراحل العلاقة القائمة

---

[648] – د. أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 32.

[649] – د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص 953.

[650] – نقض مدني فرنسي، 11 أكتوبر 1989، مشار إليه في د. فتحي والي: التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية علما وعملا، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2014، بند 55، ص 110.

[651] – د .فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، بند 48، ص 105.

بينهما. ويترتب على عدم توافر عنصر الرضا في اتفاق التحكيم بطلانه، بحيث يعد سببا لرفع دعوى بطلان حكم التحكيم[652].

وللقول بصحة كل اتفاق، يجب أن يتعهّد بمقتضاه طرفان أو أكثر بعرض نزاعهم الحالي – أو ما يظهر مستقبلاً منه– على محكّمين، اللذين يعينون بالكيفية التي يبينها أطراف النزاع، ما لم يفوضوا في ذلك طرفًا ثالثًا.

ولا يمكن أن يعتبر الخضوع لنظام قانوني معين وقبول التعامل به بمثابة الرضا بالتحكيم[653]، وهو ما كان منصوص عليه بالقرار رقم 01 لسنة 2001 الخاص بسوق الأوراق المالية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الذي أخضع جميع المتعاملين لنظام التحكيم في سوق الأوراق المالية والسلع المنصوص عليه في القرار المشار إليه، دون استلزام وجود اتفاق تحكيم بين الأطراف، إلى أن تم تعديله، بحيث استبدل بنظام أكثر اختيارية للأطراف المتنازعة، بشرط أن يتم الفصل في المنازعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم في الحالات التي يتفّق عليها[654].

وقد تصدت محكمة نقض أبوظبي في حكم تاريخي بتاريخ 2008/12/25 لبعض الأحكام القانونية الصادرة من الهيئة التشريعية، مقررة بعدم جواز التحكيم الإجباري، سواء أكان ذلك راجعا للنظام الإجباري في الالتجاء للتحكيم أو كان ذلك راجعا لعدم مشاركة إرادة الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم[655]، وهو ما أرست المحكمة مبادئه بقولها :"لمّا كان الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين

---

652 – د .محسن شفيق، المرجع السابق، بند 112، ص 174 وما بعدها.

653 – د .بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية؛ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 347.

654 – د .مجدي قاسم، التحكيم في منازعات تداول الأوراق المالية والسلع في دولة الإمارات العربية المتحدة، دراسة تحليلية نقدية لقرار هيئة الأوراق المالية والسلع رقم 01 لسنة 2001، مؤتمر أسواق الأوراق المالية والنقدية، المؤتمر العلمي الخامس عشر لكلية القانون جامعة الامارات، دبي بتاريخ 06—7 مارس 2007، ص 03 وما بعدها.

655 – نقض مدني لمحكمة أبو ظبي، الطعن رقم 554، لسنة 2008، س.02.ق.أ، سلسلة مبادئ النقض، ص 106 وما بعدها.

على محكّم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها ليفصل هذا الحكم في ذلك النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز بحال من الأحوال أن يكون التحكيم إجباريا يذعن إليه الطرفين إنفاذاً لقاعدة قانونية آمرة لا يجوز الاتفاق على ما خلافها، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق..." فالتحكيم لا يتولد إلاّ عن الإرادة الحرّة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرها، إذ أنّ المتعارف عليه، أنّ الأطراف هم الذين يقومون باختيار المحكّمين الذين يرتضونهم لحلّ النزاع، أو اختيارهم من القوائم المعدّة سلفا من المتخصصين، مثلا في المنازعات المتعلقة بالأوراق المالية والسلع، حيث أنّ مسألة تعيين المحكمين أو اختيارهم تعتبر مخالفتها سببا لبطلان حكم التحكيم، لانّ القاعدة في تعيين المحكمين ان يتم باتفاق طرفي التحكيم، اللذين لهما أن يحددا عددهم، شريطة أن يكون وترا، فإذا لم يتفقا على اختيار المحكم الفرد أو المحكمين في حالة تعددهم أو على عددهم، تتولى المحكمة الاختيار وذلك كله بناء على طلب أحد الطرفين[656].

إذن؛ تلعب إرادة طرفي التعاقد دورا بارزا في مجال التحكيم، حيث تتفق على الالتجاء إليه في التعاقد ذاته، أو يبرم اتفاقا خاصا ينطوي على قبول طرفي التعاقد تسوية نزاعاته من خلال أسلوب التحكيم، وضرورة الرضا باللجوء إلى التحكيم كبديل للجوء للقضاء في تسوية المنازعات، أساسه أنّ التحكيم نظام قانوني استثنائي من الأصل العام (القضاء)، الذي يجعل منه سبيلا لتسوية كافة المنازعات الاستثمارية[657].

إنّ التحكيم اليوم (في صوره الأكثر شيوعا)، لا يعود إلى اتفاق بين طرفين قاما بينهما نزاع حول موضوع محدد، ولكنّها تتمثل في شرط بالتحكيم يقبل الطرفان بمقتضاه الركون إليه لمواجهة نزاع محتمل

---

656 - Ph. LEBOULANGER et H. SLIM ; « Chronique de Jurisprudence étrangère », Rev. De l'arbitrage 2004, N°4, p. 943 et s.

657 –عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية، منشأة المعارف، 2006، ص35.

قد يثور بينهم، ولم يعد المحكّم في إطار هذا التطور مجرد شخص تم اختياره للعلاقة التي تربطه مع الطرفين المتنازعين[658]، وإنّما إذا كان التحكيم تنظيما تقوم عليه أحياناً جهة تحكيم دائمة تكون أقدر على تقديم خدماتها إلى المستثمرين في مجالات متعددة، إذ بات التحكيم متباينًا ومعقدا، ولم يعد مقصورا على تفسير العقود أو الفصل فيما إذا كان تنفيذها متراخيا أو مشوبا بسوء نيه أو مخالفًا بأوجه أخرى للقانون[659].

كذلك من بين المصادر القانونية لقاعدة الاتفاق بالتحكيم، والتي تبناها عدد معتبر من الاتفاقيات الدولية نذكر على سبيل المثال؛ كل من الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 21 أفريل 1961، واتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جويلية 1958 للاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، وأصداء هذه القاعدة تعكسها كذلك الاتفاقية المبرمة فيما بين الدول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية (30 جانفي 1975) بإعلانها، الالتزام بالأحكام التحكيمية وكيفية نشوؤها لتسوية النزاعات الدولية الاستثمارية[660].

ثانيا– المحل

يقصد بمحل عقد التحكيم موضوع النزاع، ويشترط فيه وفقا للقواعد العامّة أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون معيّنا أو قابلا للتعيين، وأن يكون ممكنا غير مستحيل في ذاته، كالاتفاق على التحكيم في نزاع حول ملكية عقار سبق وأن تمّ هدمه، كما يشترط فيه أيضا أن يكون على وجه الخصوص مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة[661].

---

[658] –أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم؛ مفهومه–اركانه وشروطه–نطاقه، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013، ص195.

[659] –د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم؛ دراسة في احكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 48.

[660] – د .محسن شفيق، المرجع السابق، ص 174.

[661] –M. MCILWRATH and J. SAVAGE, « International Arbitration and Mediation: a practical guide», Kluwer Law International, Wolters Kluwer law and business, The Netherlands, 2010, p. 21.

إذ يتعيّن أن ينصرف التزام الأطراف في اتفاق التحكيم، إلى التحكيم في منازعة يجوز فيها الصلح، ويجري الفقه على التعبير عن محل اتفاق التحكيم بأنّه المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم أو التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم[662]، وهو يتعلق بما يجيزه المشرّع للأفراد في الاتفاق على التحكيم، وقد ميّز بعض الفقه بين هذا المحل ومحل العقد الذي يتعلق به اتفاق التحكيم، معتبرا محل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة يمكن أن تنشأ بشأن العقد، أمّا محل العقد فهو أمر مختلف حسب نوع العقد نفسه[663].

الواقع، أنّ المنازعة موضوع اتفاق التحكيم هي المحل الذي ينصب عليه اتفاق التحكيم، وأنّ موضوع اتفاق التحكيم هو التزام الأطراف بالالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، وهذا المحل يتميّز عن موضوع التزام الأطراف في اتفاق التحكيم[664].

وقد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس ICC في نزاع بين شركة فرنسية وشركة مصرية، بشأن اتفاق الشركة المصرية بتنفيذ مشروع تصنيع الأسمنت في مصر، بوجوب تواجد شرط قيام الشرطة الفرنسية ببعض الإجراءات خلال مدّة معينّة، إلاّ أنّها ارتأت أنّ المدة انقضت دون القيام بتلك الإجراءات، ما أدّى الى فسخ اتفاق التحكيم من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه عمليا[665]. وتجدر الإشارة إلى أنّ أحكام القضاء تتماشى مع الفقه الذي يرى أنّه يكفي الاتفاق على التحكيم في شرط التحكيم من حيث المبدأ دون الدخول في التفصيلات، وهو ما يكفي لتوافر أركان اتفاق التحكيم.

---

662 –د. جمال المصطفى، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، ص 506.

663 -J. VINCENT et S. GUINCHARD, « Procédure civile », DALLOZ, 2003, p. 1097 et s.

664 –د. أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 243 وما بعدها.

– ويلاحظ أن هذا الحكم قد خلط بين استحالة موضوع اتفاق التحكيم وبين استحالة تنفيذ العقد، ووفقًا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا أثر لاستحالة تنفيذ العقد على شرط التحكيم؛ إذ إعمال اتفاق التحكيم ممكن في هذه الحالة لترتيب أثار العقد الأصلي.

665 – د. أحمد مخلوف، نفس المرجع، ص 220.

ومجمل القول، أنّ محل اتفاق التحكيم يتعيّن أن يكون موجودا أو ممكنًا وألاّ يكون مستحيلاً من الناحية العملية[666].

ثالثا- السبب

يشترط في السبب كركن من أركان العقد أن يكون موجودا، صحيحا ومشروعا والسبب كركن للعقد لا يثير في هذا المجال أي صعوبة ذلك أنّ عقد التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف على استبعاد طرح النزاع على القضاء وطرحه على المحكّمين، وهو سبب مشروع دائم، فاتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود والاتفاقات، يتعيّن أن يكون له سبب مشروع، والسبب المشروع هو السبب الذي لا ينطوي على غش أو احتيال، كما لو كان التحكيم بقصد التهرّب من تطبيق أحكام فيما لو طرح النزاع على القضاء أو الإفلات من العلانية وضمانات التقاضي الأساسية أمام القضاء، أو الاحتيال على الإجراءات الواجبة لإثبات ملكية العقارات والتصرفات، أو التحايل على اجراءات تسجيل التصرفات العقارية والرسوم المقرّرة بشأنها[667].

وقد نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أنّ: «الالتزام لا ينتج أيّ أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب «Sans Cause» أو كان مبنيا على سبب غير صحيح «Fausse Cause» أو على سبب غير مشروع «Cause Illicite »، ونصت المادة 1132 على أنّ «الاتفاق يكون صحيحا ولو لم يذكر له سبب»، ونصت المادة 1133 على أن «السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون أو كان مخالفا

---

666 – د. محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العدالة، وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 103، 2000، ص 27.

667 – د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ط1، دار نصر للطباعة، سنة 2007، ص 21 وما بعدها.

للنظام العام والآداب العامة». وقد عرّف قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة 668 سبب العقد ان يكون مباشر، له وجود قانوني ولا يخالف النظام العام الآداب العامة.

والملاحظ أنّ الأصل الفرنسي لهذا النص أدقّ من النص العربي؛ l'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite إذ النص الفرنسي ينص على أنّ الالتزام لا يوجد إلاّ إذا كان له سبب محقق ومشروع، فجعل السبب شرطًا في وجود الالتزام لا شرطا لصحته فحسب[669].

وعلى الأساس السابق فإنّ السبب القصدي هو الذي تقف عنده النظرية التقليدية والذي يلخّص السبب في الغاية المباشرة أو الغرض المباشر الذي يريد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، وأنّ السبب يتميّز عن الباعث في أنّه أوّل نتيجة يصل إليها الملتزم، بينما الباعث فغايته غير مباشرة تتحقق بعد تحقق السبب[670].

ووفقًا للنظرية التقليدية يتعيّن ذكر سبب رغبة الأطراف في اتفاق التحكيم في الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة وإلاّ كان الاتفاق غير موجود، وهو أمر يخالف المألوف في اتفاق التحكيم؛ إذ يكفي من حيث المبدأ اتفاق الأطراف على الالتجاء للتحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة.

وقد لاقت النظرية التقليدية انتقادا من الفقه والقضاء، حيث تبيّن للقضاء ضيق نطاق السبب وعدم تلبيته لكافة المتطلبات العملية، وتبعا لذلك توسّع القضاء في تحديده لمفهوم السبب، ليقوم جانب كبير من الفقه الحديث، بحيث ذهب أنصار النظرية الحديثة في السبب إلى أنّ السبب هو الباعث والدافع على التعاقد

---

668 – نصت المادة 207 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون رقم 05، لسنة 1985، بأن «01-السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد.

02- يجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب».

669 -Art 1131-1133 du Code civil Français, Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, plus amples informations consult2é le lien suivant ; https://bit.ly/3h0G3utHMS

670 – أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 220.

وليس مجرد الغاية المباشرة من الالتزام، وأنّ تطبيق ذلك من شأنه الخلط بين المحل والسبب، وهو ما يقتضي استبعاد النظرية التقليدية، والاعتداد بفكرة السبب كفكرة مجردة؛ إذ يعتد بالباعث الدافع للتعاقد باعتبارها الإرادة الظاهرة، المجردة من عيوب الإرادة كما تتجرد من السبب الذي حرّك هذه الإرادة. إذ أنّ المقصود من السبب، الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب وليس الواقعة القانونية[671].

الجدير بالذكر، أنّ فكرة السبب في اتفاق التحكيم لا تتعلق بسبب الطلب القضائي، وأنها تتعلق بالسبب كمحل للالتزام، فاتفاق التحكيم هو اتفاق أو التزام مدني قبل كل شيء ذي طبيعة خاصة، مضمونه الاتفاق على التحكيم دون قضاء الدولة، وهذا الالتزام يقوم على سبب قانوني، تطبيقًا لهذا، يكفي مجرد الاتفاق على التحكيم للدلالة على الإرادة الظاهرة لأطراف اتفاق التحكيم، وبالتالي القول بخلوّه من عيوب الإرادة الباطنة إلى أن يثبت عكس ذلك بالدليل الفعلي، وهو ما يطلق عليه بالتصرّف المجردّ من سبب الالتزام[672].

الفرع الثالث: شرط التحكيم المعتل

يعنى على وجه الخصوص تلك الاتفاقات التحكيمية التي تحدث اضطرابا في السير العادي للعملية التحكيمية[673]، حيث أنّها عادة ما ترد بصفة غامضة الى درجة التناقض أحيانا مع مضمونها، والهدف من ذلك هو إعطاء معنى حقيقي للألفاظ والعبارات المستعملة اثناء صياغتها من أجل التعبير عن إرادة الأطراف[674].

---

671 - J. VINCENT et S. GUINCHARD, op.cit., p. 450 et s.

672 – د .أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 17.

673-Ph. FAUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, « Traité de l'arbitrage commercial International », Litec, 1996, N°1132.

674- F. Eiseman, « Clause d'arbitrage Pathologique, Essai In Mémorial engenio minoli », Association italienne pour l'arbitrage, UTEC, Turin, 1974, p.129.

وبعيدا عن الاعتلال الغامض واختلاط الالفاظ، إلاّ أنّه يمكن ان نجد هذا النوع من الشرط في عجز الهيئة التحكيمية –او حتّى الجهة التحكيمية – عن وضع تحديد دقيق وصريح للعبارات، إذ أنّ الاستمرار في الصياغة الغامضة قد يصل إلى درجة عدم وضوح مبدأ اللجوء الى التحكيم ذاته[675].

أولا– مفهوم شرط التحكيم المعتل

يقصد به ذلك الشرط الذي تستعمل فيه صياغة تحرير رديئة، والتي من شأنها تعطيل السير الحسن لعملية التحكيم القائمة، ويمكن رصدها إمّا في عدم التدقيق في الزامية التحكيم من عدمه، او الإشارة الى التحكيم والقضاء الوطني في نفس الوقت لفضّ المنازعات، أو وجود شرط يؤدي الى عدم وضوح إرادة الأطراف حول مسألة اللجوء الى التحكيم، او أي آلية أخرى لفضّ المنازعات التي قد تنشأ بينهما، أو شرط اللجوء الى التحكيم دون ذكر نوعه إن كان تحكيما خاصا او مؤسساتي...الخ من الحالات التي لا تسمح لشرط التحكيم من آداء مهمتّه[676].

وعلى هذ الأساس فلقد أخذت تسمية المعتل Pathologique الذي يعني علم الامراض، وسبب التسمية هو انّ الصياغة المعيبة للشرط تصيبه بمرض او علّة، الذي يمكن علاجه بواسطة تفسيره الى حد اقترابه من المعنى الحقيقي له، بهدف تلبية رغبة طرفي النزاع، والسيد: EISEMAN هو اوّل من اخذ بهذا المصطلح في بحثه المتحوّر على شرط التحكيم المعتل[677].

ان الاعتلال الواقع على شرط التحكيم يمكن اعتباره صحيحا ونافذا إذا تم التوّصل لمعرفة نيّة وإرادة الأطراف الحقيقية والتي يتشاركانه.

---

[675]– أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، المرجع السابق، ص 155.

[676]- Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIST, « Droit de l'arbitrage Interne et International », Montchrestien, l'extenso édition, 2016, p. 629.

[677]- F. Eiseman, op.cit., p. 120.

ثانيا- أسباب شرط التحكيم المعتل

يمكن ارجاع شرط التحكيم المعتل الى عدة أسباب أهمّها:

1-تقاعس الشركة والمستثمر في تعيين الشخص الموكّل له عملية صياغة العقد الدولي أو اتفاق التحكيم، ممّا يؤدي الى اختيار من هو غير مؤهّل و غير مختص في مجال صياغة مثل هذه العقود و الاتفاقات التحكيمية، مثال ذلك: رئيس مجلس الإدارة او المدير أو رئيس القسم التجاري، فهم لا يتمتعون بالكفاءة القانونية اللازمة كالمعاني الخفيّة و البعد القانوني الذي تحمله كل كلمة في الاتفاق التحكيمي، زد على ذلك تشابك العقود الدولية و تعقيدها يستلزم بالنتيجة تتداخل عدة ميادين اقتصادية و قانونية وتقنية و مالية[678]، الشيء الذي يستدعي مشاركة المختصين في الموضوع لوضع صياغة صحيحة و ذات جودة بعيدة عن الاعتلال.

2-غياب العنصر القانوني في تشكيلة فريق التفاوض وتحرير العقد الدولي واتفاق التحكيم، إذ إنّ تواجد مستشار او خبير قانوني ضمن أعضاء هيئة التحرير لا يعني بالضرورة تمكنّه في مجال التحكيم وتنازع القوانين الخاصة بالمعاملات الدولية، ذلك أنّ أي خلل في فريق التحرير والتفاوض من شأنه وضع الشركة في منازعات قد تؤثر عليها وعلى سمعتها[679].

ثالثا: حالات شرط التحكيم المعتل

هناك من العلّة التي تجعل من شرط التحكيم معاب وغير قابل التعامل به، وهي كمايلي:

1. العيوب الشكلية لصياغة اتفاق التحكيم

إنّ صياغة اتفاق التحكيم كغيرها من الصياغات القانونية التي يمكن ان ينجر من وراءها عيوب قد تؤدي بالاتفاق الى عيب واعتلال، يصبح نتيجته هذا الاخير قابلا للدفع بالبطلان، وللخوض أكثر في هذ

---

[678]- قرطبي سهيلة، شرط التحكيم المعتل ووسائل معالجته، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، العدد الرابع، جوان 2016، ص 519.

[679]- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 212.

الجانب، سنقوم بدراسة لمختلف الصور الأساسية التي تفتح الباب امام عيب في صياغة اتفاق التحكيم، وهي كالاتي:

أ- عدم انعقاد الاتفاق على التحكيم:

التحكيم طريقة رضائية يستلزم الاتفاق بالنص عليه صراحة وكتابة، ومن المستقر عليه قضاء أنّ التنظيم القانوني للتحكيم مؤسّس على رضاء الأطراف بقبولهم به كوسيلة لفضّ كل او بعض المنازعات التي نشأت أو من الممكن أن تنشأ بينهم تبعا لرابطة قانونية معيّنة، ممّا يعني أنّ إرادة المتعاقدين هي سبب تواجد التحكيم، ذلك أنّها تحدّد مجاله لما قد تشمله من مسائل والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وصلاحياتها وإجراءات التحكيم...الخ، إذ أنّ تخلّف الاتفاق لا يعني بالضرورة امتناع قيام التحكيم[680].

من المستحسن استخدام صياغة جازمة صريحة كاشفة لنيّة الأطراف في اختيارهم التحكيم كحل لنزاعاتهم، بدل اللجوء الى قضاء الدولة أو أي وسيلة أخرى، حيث أنّ استعمال صيغة غير واضحة تدل على عدم إتمام الاتفاق حول الطريقة المثلى الواجب اتباعها، إذ لا يمكن رفع دعوى تحكيمية دون اتفاق سابق بين أطراف التحكيم[681]، مثال ذلك؛ النص على:"...يجوز لأيّ من الأطراف تقديم النزاع الى التحكيم وفقا للإجراءات التالية..."، إن كلمة يجوز في مثل هذا الشرط تفتح الباب واسعا لعدة احتمالات من بينها اللجوء الى التحكيم، إذ أنّ هذا الشرط الجوازي يفقد طابع إلزامية اللجوء الى التحكيم لحلّ النزاع. إلاّ أنّه يمكن اللجوء إلى صيغ أخرى مثال ذلك؛ ما ورد في شرط مركز القاهرة الإقليمي الذي استعمل العبارة التالية:" ...مناقشة أوجه الخلاف من خلال لوائح مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي بواسطة ثلاثة محكّمين من خلال المركز"، وحتّى و إن كانت هذه العبارة أكثر قبولا من سابقتها

680- حسين مصطفى فتحي، أهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم، مجلة التحكيم العربية، العدد 08، أوت 2005، ص165.

681- هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، يونيو 2015، ص185.

إلاّ أنّ لفظ "مناقشة" يثير التساؤل والاستفسار عمّا إذا كانت الآلية المقصودة هي التحكيم أم الوساطة أو الوسائل السلمية الأخرى لحل النزاعات، ذلك أنّ حكم التحكيم له قوة تنفيذية وليس للمناقشة مجال فيه على عكس الوساطة، لتصبح بهذا الشكل نيّة الأطراف من هذا الشرط غامضة[682].

ب- تعدد طرق فض المنازعات:

في بعض الأحيان نجد بأنّ هناك عدة وسائل تم الاتفاق عليها لحل النزاع من بينها التحكيم، ولتوضيح الفكرة أكثر نذكر بعض الأمثلة لهذه الشروط من بينها؛ «أي خلافات يتم تسويتها طبقا للمحاكم الوطنية، وفي حالة أي نزاع أو دعاوي أو خلافات جوهرية تنشأ بين الطرفين بسبب/أو بالارتباط بهذا العقد أو علاقة الطرفين بما في ذلك أي مسألة تتعلق بوجود العقد أو صلاحيته أو انتهائه، فسيتم إحالتها و تسويتها نهائيا عن طريق التحكيم»[683]، و هناك صيغة أخرى لمثل هذا الشرط تضمنت مايلي:« يتم فض أي خلاف بين الطرفين باللجوء الى المحكمة الاقتصادية...يبدأ التحكيم بتوجيه أي من الطرفين إعلانا برغبته في اللجوء الى التحكيم...»، في مثل هذه الحالات يصبح من الصعب معرفة الجهة المختصة بالنزاع، هل باللجوء الى القضاء باعتباره القاعدة العامة؟ أم التحكيم بما أنّ شرط التحكيم ينص على ذلك أيضا؟ زد على ذلك فإنّ مثل هذه الحالات تسمح بتواجد التقاضي أمام جهتين مختلفتين، بعبارة أخرى يمكن لطرف اللجوء الى القضاء الوطني والحصول على حكم أو الحكم بعدم القبول لوجود شرط التحكيم، وفي نفس الوقت الطرف الثاني يتوجه بالنزاع الى التحكيم للحصول على تعويض للضرر الناشئ عن النزاع القائم، وتصدر محكمة التحكيم حكم عدم الاختصاص للنص صراحة على المحاكم الوطنية[684].

ت-عدم التمييز بين التحكيم وباقي وسائل فض النزاع:

682- هبة أحمد سالم، المرجع السابق، ص 186.

683-S. OUSMANOU, « Ccomment Prévoir Le Recours A L'arbitrage Dans Un Contrat ? » , Revue Camerounaise de l'Arbitrage, N°35 Oct.Nov .Dec ,2006. P3. Sur le site http://bit.ly/2wQXF4pHMS,visite le 11 mars 2020.

684- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات، المرجع السابق، ص ص170-171.

مثلها مثل باقي الحالات السابقة، فإنّ غموض شرط التحكيم والذي يمكن أن يفهم منه احتمال توافر عدّة وسائل لفض المنازعات، ذلك إنّ الإشارة الى الوسائل الوديّة التي تختلف في مدى إلزاميتها ودون التأكيد على التحكيم الذي يكون حكم التحكيم فيه ملزما، عكس باقي الطرق الأخرى التي هي تعبّر عن التقارب لأوجه النظر كالوساطة والتوفيق، ذلك أنّ الخبير يقدم رأيه التقني والفني حول القضية التي عيّن فيها، ممّا يجعل من الذكر الصريح للوسيلة البديلة والتحكيم بصفة دقيقة أمرا يساهم في إنتاج شرط التحكيم لكامل آثاره[685].

2. العيوب الموضوعية لصياغة اتفاق التحكيم تتعلق بالقانون الواجب التطبيق:

إنّ اتخاذ التحكيم كآلية لتسوية المنازعات، يستوجب وجود اتفاق للأطراف على القانون المنظم للمرحلة الإجرائية –بدءا من إخطار التحكيم الى غاية صدور حكم التحكيم المنهي للنزاع– "يدعى القانون الاجرائي" أو "القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم"، ويبقى لأطراف النزاع اختصاص تحديد إجراءاته التي ستنفّذ فيما بعد[686].

لكن الاعتماد على مبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لا يعني التخلي عن باقي الضوابط الفنية للمساهمة في وضع الأطر الرئيسية لهذا القانون لتسوية الخلاف القائم ما بين أطراف العلاقة التعاقدية[687].

---

[685]-M. H. MALVILLE COSTEDOAT, « Techniques De Règlement Des Litiges, Pathologies Des Clauses De Règlement Des Différends Et Techniques D'interprétation », sur le sitehttp://bit.ly/33c6vpHMS.P.2, visite le site 11 mai 2020.

[686]– أشرف عبد العالي الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006، ص03.

[687]– فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص288.

وقد يتفق الاطراف على التحكيم المؤسسي[688]، وبالتالي الاتفاق على السير وفقا للوائحه ممّا يعني القبول ضمنيا بالإجراءات التحكيمية المدرجة بهذه الأخيرة[689].حيث أنّ التعامل مع مراكز التحكيم سواء داخلية أو دولية، لا يحفظ شرط الاتفاق من الوقوع في دائرة الغموض الذي قد يؤدي الى البطلان، ولتفادي ذلك يستلزم تفادي الحالات التالية:

أ- عدم وضوح نية الأطراف في اختيار القانون المطبّق على النزاع:

في حالة ما إذا اتفق الأطراف على الجمع بين نظامين إجرائيين، عكس ما هو متعارف عليه قانونا في القضايا التحكيمية الاستثمارية، حيث أنّ تجمع عدة شروط تحكيمية مختلفة المصدر ما بين قانون وطني وقانون جهة تحكيمية، سيضفي نوع من الغموض حول النيّة الحقيقية للأطراف المتنازعة، مثال ذلك؛ الشرط الذي عرض على مركز التحكيم المصري والذي جاء نصه: "يتم التحكيم طبقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون التحكيم المصري وتعديلاته"[690].

إنّ الاعتقاد بأنّ القواعد القانونية لكل من قانون التحكيم الوطني والمؤسّسي بأنّها مكمّلة لبعضها البعض خاطئ، ذلك أنّ كل منهما منفصل بذاته عن الآخر، حتّى وإن تواجدت نصوص تحكيمية مشتركة بينهما، والقول عكس ذلك يؤدي بالأطراف الى العديد من العراقيل والمشاكل الإجرائية أثناء المرحلة التحكيمية[691].

---

[688] –أصبح التحكيم المؤسّسي هو الغالب في السنوات الأخيرة لما يحمله من قيمة قانونية، فهو يقدّم للأطراف المكان المناسب بالإضافة الى التسهيلات الإدارية والفنيّة مثال ذلك؛ أعمال السكرتارية والترجمة والحفظ، فضلا عن أنّها توفر المساعدة للطرف الذي يصدر لصالحه الحكم والراغب في تنفيذه، وهو بذلك يشعر أطراف النزاع بالاطمئنان، أنظر في ذلك: د. محمد أبو العينين، "الطبيعة الخاصة و المتميزة لصناعة التشييد و البناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات"، مجلة التحكيم العربي، دار النهضة العربية، العدد الخامس،2002، ص ص 14-15.

[689]– جمال محمد الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2003، ص 60.

[690]– فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية –علما وعملا–، المرجع السابق، ص56.

[691]– هبة أحمد سالم، المرجع السابق، ص196.

ب- المشاكل الإجرائية المنبثقة من الجمع بين نظامين إجرائيين:

إنّ الجمع بين نظامين إجرائيين يسمح بخلق نوع من الإشكال بداية من تشكيلة هيئة التحكيم، التي تؤدّي الى طرح مسألة السلطة المعنية (صاحبة الاختصاص في تعيين المحكم المفرد) إذا لم يتم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، كذلك تعيين أحد المحكّمين في حالة تخلّف الطرف الآخر عن تعيين محكّمه، أيضا تعيين رئيس المحكمة التحكيمية قد يطرح إذا فشل الاتفاق عليه[692].

لكن الملاحظ عمليا، هو أنّ ما سبق ذكره من الجهة المختارة سواء كان التحكيم مؤسسي ام لا، فإنّ ذلك لا يؤثّر على هيئة التحكيم في استكمال النقائص المتواجدة في الإجراءات المتفق عليها بما تراه هي مناسبا، ذلك أنّه في أغلبية الأحيان يتم الاستعانة بقانون التحكيم المطّبق في مكان التحكيم في حالة عدم الاتفاق على القانون الإجرائي[693].

الى جانب العيوب السابقة، هناك أيضا عيب صياغة يخص التحكيم المؤسسي (عدم كتابة اسم مركز التحكيم على نحو صحيح او بشكل كامل بالإضافة الى عبي الإحالة على التحكيم دون ذكر تسمية الجهة المعنية بإدارة التحكيم)، وآخر المتضمن في تشكيل هيئة التحكيم (الخطأ في تسمية سلطة التعيين وعدم وضوح طريقة تشكيل هيئة التحكيم متعدد الأطراف).

كذلك هناك ما يسمى ب"الشرط الأبيض" الذي يحتوي على اللجوء الى التحكيم دون تحديدات أخرى يمكن لها ان تفصل في النزاع. بالإضافة الى جملة من العيوب الأخرى التي لا يمكن ذكرها، حيث أنّ الصياغة الغامضة او الرديئة لشرط التحكيم قد تجعله معتل صياغة، بحيث يصبح على محرري الشروط التحكيمية اختيار مفردات صريحة ذات معنى مباشر وواضح لا يحتمل التأويل[694].

---

[692]-Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op.cit. p. 809

[693]- Ibid., p. 285.

[694]- قرطبي سهيلة، المرجع السابق، ص ص 526-530.

وعليه فإنّ الشرط الذي يعتليه أحد العيوب المذكورة آنفا، يمكن أن يعتبر صحيحا ونافذا إذا ما عرفت الإرادة المشتركة للطرفين، لكن في حالة عدم التوصل لمعرفة نيّة الطرفين فعندئذ يقع الشرط تحت طائلة البطلان لعدم استفادته من التصحيح المؤدي الى الشفاء من تلك العلّة، ولحل مثل هذه الإشكالات يمكن للقاضي الاعتماد على طرق وتقنيات عدّة لعلاج الشرط التحكيمي المعتل وهي كالآتي[695]:

-البحث عن النيّة المشتركة (الحقيقية) لطرفي النزاع.

-التفسير الواسع لإرادة الطرفين المتعاقدين بالبحث عن المعنى الواسع والباطن للألفاظ المستعملة في شرط التحكيم المعتل.

-البحث والتأكّد من وجود شرط تحكيم لفض المنازعات في عقود سابقة بين طرفي النزاع، حتّى يمكن الإحالة اليه لينتج آثاره القانونية.

ومن أجل توضيح أهميّة استخدام التفسير الفعّال للشرط التحكيمي، فإنّ حالة إشارة الشرط الى هيئة تحكيم غرفة التجارة الدولية بزيوريخ مثلا، ستؤدّي إلى الاخذ بمعناه الضيق والقاضي التصريح بعدم الاختصاص، عكس التفسير الفعّال (المصحّح للشرط) فهو يسمح بقبول اختصاص تحكيم غرفة زيوريخ، لأنّه من المتعارف عليه انّ مقر غرفة التجارة الدولية يقع بباريس، فالتفسير الفعّال هنا كشف لنا على انّ نيّة الأطراف كانت تقصد مكان التحكيم يكون بزيوريخ فقط طبقا لقواعد غرفة التجارة الدولية[696].

ويمكن التذكير بقضية هضبة الاهرام[697] التي بيّنت أهمية صحّة شرط التحكيم، حيث نصت محكمة التحكيم الدولية بباريس على: "إن وزير السياحة وافق ووقع على العقد مع شركة الاستثمار الأجنبية

---

[695]–B. G. DAVIS, « Pathological Clauses », Arbitration International, Vol.7, No.4, LCIA,1991, p. 366.

[696]–قرطبي سهيلة، المرجع السابق، ص15؛ وانظر أيضا:

Cass 1ere civ.28/05/2002. Çç-10741; GP.2002.SOM1811.GP 21/12/2002 -PAR M. HELENE MALEVILLE COSTEDOAT, op.cit., p. 08.

[697] – تم الاتفاق على توقيع عقد استثمار لمنطقة المشروع بالأهرام بتاريخ 12 ديسمبر 1974، وبموجب هذا العقد يوجد "شرط تحكيم" لتسوية المنازعات أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، الاستثماري لشركة la Southern Pacific Properties Ltd (SPP) et la Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd (SPPME), sociétés dont le siège est à Hong-Kong ، إلاّ أنّه

وهذا العقد ملزم للحكومة المصرية وهو يتضمن شرط التحكيم أمام هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، أي أنّ حل وتصفية الهيئة لا يؤثر على حق الشركة في المطالبة بالتعويض"[698].

هذا ونشير إلى أنّ أحد نقاط الدفاع التي تقدمت بها الحكومة المصرية ووردت أمام هيئة التحكيم تتعلق بشرط التحكيم ومدى ملائمته وصحته. ولكن هيئة التحكيم قررت وبكل شجاعة أنّ شرط التحكيم الوارد في العقد سليم، ويجب تطبيقه على هذا النزاع، وهنا تظهر أهمية صياغة شرط التحكيم بصورة واضحة وكاملة وبعيدة من خلق أي لبس أو أن تكون "حمالة أوجه" ذات معاني متعددة وقد ترتد وتضرّ من قام بإعدادها أكثر من أن تلائمه.

المبحث الثاني : الآليات المساعدة لحل منازعات المستثمر الأجنبي

سنعالج في هذا المبحث ماهية الآليات القانونية لحل منازعات الاستثمار الأجنبي، و التي من أهمّها الوسائل الوديّة (المطلب الأول)، كما سنبيّن الإجراءات الواجب اتباعها في حالة لجوء احد أطراف المنازعة اليها، وعليه فإنّ المفاوضات و التوفيق إلى جانب الوساطة (المطلب الثاني) يمثلون آليات دعم و حماية للمستثمر الأجنبي الذي تعرض لانتهاك و ضرر اثناء ممارسته لحقوقه فوق أراضي الدولة المضيفة.

المطلب الأول: الوسائل الوديّة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي

تعد الوسائل الوديّة من الآليات التي يتم الاعتماد عليها لايجاد حل للنزاع الاستثماري القائم بين الأطراف، وفي مجال المنازعات الاستثمارية يمكن اللجوء اليها قبل اتخاذ التحكيم كآخر آلية قانونية قد تفض

كان هناك معارضين للمشروع وكرد فعل لهذا التحرك المعاكس لقيام المشروع أصدر الرئيس السادات قراراً جمهورياً آخر تم بموجبه إلغاء قراره الأول الذي قضي بالموافقة على قيام المشروع الاستثماري، وبناءا عليه تقدمت شركة "أس.بي.بي" بدعوى تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية بباريس وفقا للأحكام الواردة في العقد المبرم لاستثمار المنطقة سياحياً، الذي انتهى بصدور حكم تحكيمي نهائي ضد دولة مصر بتعويض الشركة ودفع مبلغ يصل إلى 13 مليون دولار.

[698] - Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 janvier 1987, 84-17.274, Publié au bulletin I N° 2,1987.

النزاع، ولذلك سنعتمد على إلقاء نظرة تحليلية على المفاوضات في الفرع الأول و في الفرع الثاني: آلية التوفيق بما أنّها الأكثر اعتمادا (بعد التحكيم)من قبل المستثمر الأجنبي.

الفرع الأول: المفاوضات

تعتبر المفاوضات من أقدم الوسائل لتسوية المنازعات، ولقد اعترفت المجتمعات القديمة بوجود التزام قانوني بالتفاوض قبل اللجوء إلى استخدام القوة، ويقصد بالمفاوضات "تبادل الرأي بين الدول المتنازعة بهدف الوصول إلى تسوية الخلاف القائم بينهما، وذلك بغض النظر عن الشكل الذي تتخذه هذه المفاوضات وكذا نوع وطبيعة النزاع[699] ".

وتعرف المفاوضات أيضا بأنّها:" إجراء يتمثّل في قيام ممثلي دولتين متنازعتين أو أكثر بدراسة مشتركة للخلاف وتبادل وجهات النظر بشأنه للتوصّل إلى تسوية له، وذلك دون الحاجة إلى تدخل من طرف ثالث[700]."

وتقوم المفاوضات –الهادفة إلى تسوية النزاع القائم بينهما– بطريقة وديّة مباشرة، وتعتبر المفاوضات أولى الإجراءات الهامّة التي ينبغي على الدول المتنازعة اللجوء إليها قبل إحالة النزاع إلى طرق التسوية الأخرى، ويقود المفاوضات عادة رؤساء الدول المتنازعة أو رؤساء حكوماتها أو وزراء خارجيتها وممثلوها الدبلوماسيون، أو أي أشخاص آخرين يوكّل إليهم القيام بهذه المهمة.

وقد تجري المفاوضات في إحدى الدولتين المتنازعتين، كما قد تجري في بلد ثالث عادة ما يكون محايدا، وتجري المفاوضات أيضا في مؤتمر دولي أو منظمة دولية، وتكون إمّا باتباع أسلوب شفوي أو بتبادل المذكرات المكتوبة بين الطرفين المتنازعين أو بالطريقتين معا.

---

[699] – حبيب خداش، دروس في القانون الدولي العام، المسؤولية الدولية؛ الحماية الدبلوماسية، تسوية النزاعات الدولية بالطرق السلمية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، نوفمبر 2002، ص 40.

[700] – د. إبراهيم العناني، العلاقات الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1985، ص 167.

وتتميّز المفاوضات بين الدول بجملة من الخصائص أهمها؛ المرونة، والسرية، والسرعة، لذا فإن كثيرا من عقود الاستثمار تحيل تسوية النزاع القائم بين طرفي العقد لأسلوب المفاوضات قبل اللجوء إلى وسائل التسوية الأخرى، إلاّ أنّ جانبا من الفقه يشترط توفر حد أدنى من المساواة القانونية بين الطرفين المتفاوضين لتحقيق العدالة في المفاوضات[701].

ويبقى أسلوب المفاوضات إحدى الآليات الرئيسية لتسوية منازعات الاستثمار قبل اللجوء إلى الوسائل القضائية، حتّى و إن كانت المفاوضات غير ملزمة لأطراف النزاع، فهي تقوم على الاتفاق المتبادل بحيث تترك لهم حريّة الوصول إلى الحل للنزاع القائم بينهما، او قطع المفاوضات أو توقفها في أية مرحلة من مراحلها، وفي هذا المسعى يعتبر اللجوء إلى المفاوضات أمرا مفروضا قبل اللجوء إلى الوسائل القضائية، حسب ما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية في قضية " " Mavrommatis"مفروماتيس ،" حيث اشترطت في حكمها الصادر سنة 1924 أن تعقد المفاوضات بين أطراف أي نزاع قبل أن يعرض عليها، وذلك قصد التعرّف على الأبعاد المختلفة للنزاع[702].

الفرع الثاني: ماهية آلية التوفيق

ورد في قانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الصادر عام 2002 بأنّ: " أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو تعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص اخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما الى التوصل لتسوية وديّة لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية، أو علاقة قانونية أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفّق الصلاحية لفرض حلّ النزاع على الطرفين"[703].

---

[701] – دريد محمود السمرائي، المرجع السابق، ص 312.

[702] – أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة 1975، ص 400.

[703] – القانون النموذجي الاونيسترال، القانون النموذجي الاونيسترال بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، لعام 2018(المعدّل لقانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، عام 2002)، A/73/17.

أمّا الفقه فقد عرّف التوفيق، على أنّه نوع من انواع الوسائل البديلة لحسم المنازعات الاستثمارية، التي يتم بواسطة الاستعانة بشخص ثالث، يكون حيادي ونزيه، مهمتّه الرئيسية محاولة التقريب بين أطراف النزاع، حتّى يتمكن من اقتراح اتفاق صلح بينهم، ويطلق على هذا الشخص اسم "الموّفق" «Conciliateur»[704].

أولا-شروط اللجوء الى الآلية القانونية للتوفيق

قبل التطرق الى شروط اعتماد التوفيق لحل أي منازعة استثمارية، وجب علينا عرض صور التوفيق المتاحة أمام أطراف النزاع الاستثماري.

1- أنواع التوفيق؛ تتخذ آلية التوفيق نوعان:

1.1-التوفيق الرضائي (الاتفاقي): إنّ طبيعته الرضائية تمنع على القضاء من التدخل في شؤون الأطراف المتنازعة، والتوفيق بهذا المعنى هو الاصل الذي تنص عليه الشروط التعاقدية[705].

2.1-التوفيق القضائي: يتم امام القضاء أثناء رفع الدعوى، ويتخذ إحدى الحالتين:

أ-الحالة الاولى: حيث يطلب الخصوم بأنفسهم من المحكمة التدخل لتسوية النزاع بطريق التوفيق، وتفوضهم المحكمة لاختيار موفّق يرتضونه للقيام بالمهمّة او بقيام هيئة المحكمة ذاتها بمساعي التوفيق، وفي هذه الحالة يكون التوفيق أقرب إلى "التوفيق الاتفاقي" رغم تسميته توفيقا قضائيا، وهي تسمية تعكس جانبا مهما، حيث ان ما يتم التوصل اليه تصادق عليه المحكمة، أو تصدر بشأنه حكما، أو تلحقه بمحضر جلستها، وبذلك يصبح بمثابة سند تنفيذي[706].

---

[704] – د. علاء أبارين، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص69.

[705]– د. مصطفى المتولي قنديل، دور الاطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، بند 19 وما بعده، ص 58 وما بعدها.

[706]– د. احمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات: " المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح" بديلا عن المعترك القضائي، دار النهضة العربية، 2013، ص 258.

ب–الحالة الثانية: حيث تعرض المحكمة بنفسها آلية التوفيق على الخصوم قبل البدء في إجراءات التقاضي[707].

ومن التشريعات التي أخذت بالحالتين السابقتين للتوفيق القضائي، نجد قانون المرافعات الفرنسي، حيث نصت المادة (21) على أنه: " يدخل في مهمة القاضي التوفيق بين الأطراف"[708]، كما جاء بنص المادة (127) من نفس القانون بأنه: " يستطيع الاطراف التوفيق أو التصالح من تلقاء أنفسهم أو بمبادرة من القاضي طوال فترة الخصومة"[709].

2– مشارطة التوفيق

ينشأ هذا النوع من التوفيق عن طريق التراضي عليه بعد وقوع النزاع بين أطرافه، يؤدي ذلك من جهة، إلى ضرورة مراعاة الجانب الشكلي للمشارطة، بحيث يلتزم تضمنها بيانا بموضوع التوفيق، وتطرقه للمسائل والمشكلات التي سيتناولها التوفيق، مع تحديد رغبة الطرفان. ومن جهة أخرى، فإن تلك المشارطة يتّم الاتفاق عليها وتوقيعها من الاطراف في حالة التوفيق الرضائي أو الاتفاقي الذي يتم خارج حدود القضاء، سواء كانت بمبادرة من الاطراف او القاضي، او المحكّم[710].

وأخيرا فإنّه لا يوجد مانع من إبرام أطراف النزاع مشارطة توفيق بعد وقوع النزاع، رغم تضمّن التوفيق في العقد المدرج به قبل وقوع النزاع، فهو في هذه الحالة مفيد لتحديد الموضوع والمسائل التي سيدور

---

[707]– د. أسامة أحمد شوقي المليجي، فكرة التوفيق في القانون المصري، بحث منشور ضمن فعاليات مؤتمر التسوية الودية للنزاعات، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 25 مارس 2002. ص 10.

[708] - Code de procédure civile Français, Article 21 : « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties », plus amples informations voire le lien suivant : https://bit.ly/3qc1NEZHMS. Consulté le : 16 mars 2022.

[709] - Code de procédure civile Français, Article 127: « Hors les cas prévus à l'article 750-1, le juge peut proposer aux parties qui ne justifieraient pas de diligences entreprises pour parvenir à une résolution amiable du litige une mesure de conciliation ou de médiation», décret N° 2020-1452 du 27 novembre 2020, ces dispositions entrent en vigueur le 1er janvier 2021. plus amples informations voir le lien suivant : https://bit.ly/3JlVIgMHMS. Consulté le : 16 mars 2021.

[710]–خيري عبد الفتاح البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 264.

حولها التوفيق، ولا يؤدي ذلك إلى إلغاء شرط التوفيق، كما أنّ بطلان أحدهما لا يؤدي إلى بطلان الآخر[711].

3-شرط التوفيق

يتجسد شرط التوفيق في تضمنه اتفاق أطراف العلاقة القانونية المتنازعة على اللجوء إلى آلية التوفيق لتسوية ما قد ينشأ بينهم من منازعات مستقبلا، سواء ورد هذا الاتفاق ضمن شروط أو بنود عقد معين أم ورد في صورة اتفاق مستقل ملحق به[712]،لكي ينتج هذا التصرف القانوني جميع آثاره يستوجب عليه:

أ-ألاّ يكون إلاّ في حالة التوفيق الرضائي.

ب-عدم تحديد موضوع النزاع في شرط التوفيق.

ت-لابد عليه ان يستوفي الأركان القانونية للاتفاق (الاهلية – المشروعية – المحل – السبب).

ث-على غرار شرط التحكيم، فان شرط التوفيق مستقل عن العقد المدرج فيه او الملحق به، فلا يبطل ببطلان ذلك العقد ولا يتأثر بما يلحق به من اسباب تؤدي إلى تعطيله، طالما استجمع شرط التوفيق في ذاته شروط وجوده وصحته[713].

ثانيا- خصائص التوفيق

تتميّز آلية التوفيق بعدة خصائص نذكر منها على سبيل المثال مايلي:

1- سرعة وبساطة الإجراءات؛

إنّ الإجراءات البسيطة تقترن عادة مع توفّر عامل السرعة أثناء الفصل في النزاع، بحيث تؤدّي الى تحقيق العدالة المنتظرة من قبل الأطراف المتنازعة، التي تعمدّت اللجوء إلى إجراء التوفيق كونه وسيلة

---

[711]- د. مروة محمد محمد العيسوي، لتوفيق كآلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار، مجلة روح القوانين، العدد 94، إصدار أفريل 2021، ص 323.

[712]- نفس المرجع، ص ص 319-320.

[713] خيري عبد الفتاح البتانوني، المرجع السابق، ص 265.

بديلة وفعّالة أحيانا لفض المنازعات، بالإضافة الى العلاقات الاستثمارية الدولية التي تحاج الى توفير مناخ ملائم بعيدا عن التوتر الذي قد يؤدي الى انتهاء الاستثمار، لهذا فإنّ الثقة التي يمنحها الموفّق للأطراف أفضل من ضياع الوقت أمام القضاء من أجل الوصول إلى الحق بكاملة[714]، حيث لا تستغرق عملية التوفيق وقتا طويلا، إذ أنّه من المتعارف عليه أنّ مدة التوفيق تمتد من شهر إلى ثلاث شهور[715].

2- قلّة تكلفة إجراء التوفيق؛

تتميّز الاستعانة بالتوفيق إلى أنّ مصاريف المحامين و/أو الشهود والخبراء يكون بتكلفة أقّل مقارنة بالتحكيم، نظرا لما يوفره من كسب للوقت[716].

3-المحافظة على نوعية العلاقات التعاقدية؛

يهدف التوفيق من جهة، إلى إصلاح الأضرار المترتبة على نزاع الأطراف المتعاقدة، ومن جهة أخرى، فإنّ سبب اللجوء إليه في المنازعات الاستثمارية الدولية القائمة بين المستثمر الأجنبي والدولة، هدفه استمرار العلاقة التعاقدية بينهم، لأنّ مصالحهم الحيوية مترابطة، فتحاول بذلك ان تتفادى القضاء والتحكيم، حتّى لا يكون هناك حدّة وجمود في العلاقة بعد صدور القرار في شكله الإلزامي[717].

أ-اصلاح اضرار أطراف العلاقة وسريتها:

يهدف التوفيق إلى جبر الأضرار التي لحقت بأحد أطراف العلاقة من جراء عدم التنفيذ، عكس الطرق القضائية أو التحكيمية فالتوفيق يعسى إلى إصلاح الضرر الناشئ عن العلاقة من خلال حل ودي نابع من ارادة صادقة للأطراف لتجنب الوقوف موقف المنازعين[718].

---

[714] - L. Miguel DIAZ, « Mediation Year 2051 ? », Dispute Resolution Journal, Vol. 56, N° 01, 2001, p. 20. Plus amples informations sur Le liens suivant; https://bit.ly/3imkq56HMS. Consulté le; 16-03-2021.

[715] – أ.د. الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية وغير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1999، ص29.

[716]- L. Miguel DIAZ, op.cit., P21.

[717] – محمد ابراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 61.

[718] – أ.د. الخير قشي، المرجع السابق، ص30.

ب–اقامة التوازن والعدل بين الأطراف

يسعى الموفّق أثناء عمله –بالإضافة إلى ما سبق ذكره– على إيجاد الحلول التي تعبر عن رضاء الأطراف، وحتى يتوصل إلى حل نهائي مرضي للطرفين، عليه توفير نوع من التوازن أو العدل بين التزامات الأطراف، دون إهمال لوجهات نظر الأطراف المتنازعة، مثال ذلك؛ عند الالتقاء على نقطة اتفاق معينة، فإنّ هذا من شأنه إقامة نوع من التوازن العقدي بين التزامات الأطراف التي تساعد على إعادة التوازن بين الالتزامات المتولدة عن العلاقة العقدية[719].

ثالثا–إجراءات نظام التوفيق

1– تشكيل لجنة التوفيق

يلعب الأطراف دورا بالغ الأهمية في اختيار اعضاء لجنة التوفيق والذين يمتازون بدورهم بصفات تؤهلهم للقيام بمهمة التوفيق بين الأطراف.

أ– دور الأطراف في اختيار أعضاء لجنة التوفيق

الأصل أنّه للأطراف الحرية في اختيار أعضاء لجنة التوفيق، إلاّ أن هذه الحرية ليست مطلقة، حيث أنّها مقيّدة، لتكون على قدم المساواة في عملية الاختيار، وبالتالي ليس لأحد الأطراف دون سواه ان يتمتع بحرية أكبر من الطرف الآخر، أو حتّى اختيار عدد يفوق العدد المسموح به لأي من الأطراف، فمبدأ المساواة يقيد حرية الأطراف في اختيار الموفقين، كما أنّه يقضي ببطلان اي شرط يخوّل لأحد الأطراف دون غيره اختيار الموفق[720].

[719]– د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص47.

[720] – د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط 2، 1995، ص 265.

امّا في حالة تخلف أحد الطرفين أو كلاهما عن اختيار الموفق فيقوم المركز باختيار الموفقين، وذلك بعد موافقة أطراف النزاع، وهو ما أقرته اتفاقية واشنطن بذكرها للمدة الالزامية لتشكيل اللجنة التي يجب ألاّ تتعدى تسعين (90) يوما من تاريخ ارسال الاخطار بتسجيل الطلب لدى السكرتير العام، والتي يجوز استثناءا تمديدها في حالة موافقة الطرفان عليها، ويجدر التنويه الى أنّه يستلزم في هذه المرحلة مشاورتهما، كلّما أمكن بتعيين الموفق أو الموفقين الذين لم يتم تعيينهم بعد، إلاّ أنّه لا يجوز لرئيس المجلس اختيار الموفقين من خارج قوائم المركز[721].

ب–الشروط الواجب توافرها في الموفقين

اضافة الى شرط الاهلية، يتعيّن على الاشخاص الذين يتم تعيينهم الاّ تكون لهم مصلحة في النزاع الذين يدخلونه بغرض تسويته، إذ أنّه يعد شرطا اساسيا لنجاح الموفق في مهمته، وتستوي هنا المصلحة المباشرة للموفق مع مصلحته غير المباشرة من النزاع، ومنه فانّ حرية الأطراف في اختيار الموفق تحدها بعض القيود التي تفرضها قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، والتي يجب على الأطراف احترامها[722]، حيث نصت المادة 14 من اتفاقية واشنطن على : " أن يكون الاشخاص المعينون في قوائم المركز من ذوي الاخلاق العالية وأن يكون معترفا بكفاءتهم في مجال القانون والتجارة والمال، بحيث يمكن الاعتماد عليهم في ممارسة الحكم على الامور حكما مستقلا، وتعد كفاءتهم في مجال القانون ذات أهمية بالغة في حالة اختيار الأشخاص أعضاء هيئة التحكيم، وعندما يتم هذا الاختيار سواء عن

[721] - Article 30 de la convention de Washington, Section 2 De la constitution de la Commission de conciliation :
« Si la Commission n'a pas été constituée dans les 90 jours suivant la notification de l'enregistrement de la requête par le Secrétaire général conformément à l'article 28, alinéa (3) ou dans tout autre délai convenu par les parties, le Président, à la demande de la partie la plus diligente et, si possible, après consultation des parties, nomme le conciliateur ou les conciliateurs non encore désignés ». Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, Washington, CIRDI/15, Avril 2006, p.20.

[722] – محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 170.

طريق الأطراف أو عن طريق رئيس المجلس فلا بد من التأكد أن التمثيل في الهيئة يتفق مع المبادئ الأساسية والأشكال العامة للنشاط الاقتصادي في العالم"[723].

2- إجراءات عملية التوفيق

إن الأساس القانوني لإجراء عملية التوفيق، هي إرادة ورغبة طرفي النزاع للتوصل إلى تسوية ودية غير قضائية، لكي تنتهي الخلافات بينهما، و يتم تقريب وجهات النظر المتعارضة للوصول إلى حل مقنع ومرض للطرفين بمساعدة طرف ثالث محايد يكون محل ثقة بينهما، و الأصل العام في المنازعات، هو لجوء الشخص المتضرر إلى القضاء أو التحكيم لتسوية الخلافات الناشئة، ولكن قد يتغير الوضع عندما يلتمس هذا الشخص المتضرر أن هناك محاولة جادة للصلح عن طريق التوفيق أو الوساطة قد تكون أفضل من الذهاب للمحاكم، أو لتفادي حالة الخصومة المؤثرة على العلاقات الاستثمارية للمستثمر الأجنبي خاصة، وبهذا يبدي الشخص المتضرر رغبة صادقة في المصالحة[724].

نص على ذلك صراحة قانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي عام 2002 عبرالفقرة (6) من المادة (1) حيث تضمنت إمكانية تطبيق هذا القانون، عندما يتفق الطرفان على انّ التوفيق يحمل الطابع الدولي او عندما يتفقان على قابلية الاستعانة بهذا القانون[725].

---

[723] – Article 14 du CIRDI: «Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. La compétence en matière juridique des personnes désignées pour la liste d'arbitres est particulièrement importante.
-Le Président, dans ses désignations, tient compte en outre de l'intérêt qui s'attache à représenter sur ces listes les principaux systèmes juridiques du monde et les principaux secteurs de l'activité économique ». op.cit., p.15.

[724] – ويعد هذا هو الوضع الغالب، اذ أنّ التسوية الودية تجرى بناءا على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع، ولكن في احوال أخرى، تكون تلك التسوية امتثالا لاتفاق بين الطرفين قبل نشوء النزاع او بناء على دعوة من مركز او غرفة التحكيم. ولقد وضحت الفقرة الرابعة (04) من المادة الأولى (01) من القانون النموذجي الاونيسترال بنصها على ان: " تطبق هذه الاحكام التشريعية النموذجية دون اعتبار إذا ما كان التوفيق يجرى بناء على مبادرة أحد الطرفين بعد نشوء النزاع، او امتثالا لاتفاق بين الطرفين قبل نشوء النزاع، او عملا بتوجيه أو طلب من محكمة او هيئة تحكيمية مختصة"؛ راجع في ذلك: د. محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص155.

[725] – القانون النموذجي الاونيسترال، المرجع السابق، ص 01.

أ-بداية سير الإجراءات

تبدأ أولى مراحل إجراءات التوفيق، بإرسال طلب اللجوء إلى إجراء عملية التوفيق من قبل أحد الأطراف المتنازعة، وإذا لم يرد عليه الطرف الآخر في خلال المدة المحددّة في طلب الدعوى فإنّ ذلك يعتبر رفضاً، وهذا حسب ما نصت عليه المادة الرابعة (04) من قانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري[726].

حيث تكون أوّل جلسة مخصصة لاجتماع الموفق أو هيئة التوفيق بأطراف النزاع، للتباحث حول سير عملية حل النزاع، ومن هنا يبدأ التزام الموفق بدعوة الأطراف إلى جلسة مشتركة، و هذا بتوجيه الدعوى، بالطريقة التي يحددها باتفاق التسوية مع هؤلاء، و الذي يتخذ شكلا كتابيا، من أجل تسليمه إلى كل طرف داخل في المنازعة الاستثمارية بصفة شخصية، أو في مقر عمله، أو في محل إقامته، أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين، أو في مشارطة التوفيق، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التوفيق[727].

ب- مهمّة الموفق

في هذه المرحلة يتّم تحديد المهمّة المنوطة بالموفق(الذي يلعب دورا أساسيا في التقريب بين وجهات النظر المتباينة للأطراف) والذي عليه يقع عبئ الوصول بهم إلى نقطة التقاء تتحقق عندها أمانيهم

---

[726] – نصت المادة (4) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري بأن: " 1- تبدأ إجراءات التوفيق، المتعلقة بنزاع كان قد نشأ، في اليوم الذي يتفق فيه أطراف ذلك النزاع على المشاركة في إجراءات التوفيق.

2- إذا لم يتلق الطرف الذى دعا الطرف الاخر الى التوفيق قبولا للدعوة في غضون ثلاثين يوماً من اليوم الذي ارسلت فيه الدعوة، او في غضون مدة اخرى محددة في الدعوة، جاز للطرف ان يعتبر ذلك رفضاً للدعوة إلى التوفيق"، القانون النموذجي الاونيسترال بشأن التوفيق التجاري الدولي، عام 2002، A/CN.9/506، ص 04.

[727] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص295.

ورغباتهم بعيدا عن مشقة اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، إذ أنّه عادة ما تمر عملية التوفيق هذه بمراحل عدة قبل إيجاد حلّ يرتضيه الطرفان[728].

وعادة تبدأ بعملية الإعداد والتحضير، وبعد ذلك يعقبها التقديم والعرض، ثمّ بيان المشكلة وتوضيحها، وبعد ذلك يتم طرح وتقديم البدائل التي يمكن الاختيار من بينها، وأخيرا الاتفاق على الحلّ الذي يشبع رغبات الأطراف ويحقق أمانيهم[729]. وتبعا لذلك يتم في الجلسة المشتركة اعتماد خريطة الطريق الإجرائي الذي ستسير عليها عملية التوفيق، وتسمح حالة عدم الاتفاق للموّفق بتسيير إجراءات التوفيق بالطريقة التي يراها مناسبة، لكن في حدود ظروف النزاع القائم، و الرغبات التي قد يبديها الطرفان من أجل تسوية سريعة للنزاع[730].

ويمن بين المهام أيضا إمّا مقابلة الطرفين معاً أو الاجتماع مع كل طرف على حدة، وهو ما تم تأكيده في المادة (7) من قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري التي تنص بأنه: " يجوز للموفق الاجتماع أو الاتصال بالطرفين معاً، او بكل منهما على حدة "[731].

3-نهاية إجراءات التوفيق

إنّ عملية التسوية الوديّة تعتمد أساسا على روح الود والمحاولة الصادقة من الأطراف للوصول إلى حلّ ودّي ينهي هذا الخلاف، ويزيل ما قد ترسب في نفوس أحدهم من مشاعر البغض وروح العداء، لذلك فإنّ غياب هذه الروح يفتح الباب على مصرعيه لفشل المحاولة، والحدّ من الدور الذي تلعبه السبل الودية في تسوية المنازعات الدولية.

أ-أسباب انتهاء التوفيق

---

[728] – د. محمد إبراهيم موسى، المرجع السابق، ص176.

[729] – نفس المرجع السابق، ص177.

[730] – د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص296.

[731] – القانون النموذجي الاونيسترال، المرجع السابق، ص 01.

أيا كان مصير محاولة التوفيق، فإنّه يمكن القول بأنّها تنتهي كمايلي:

–قبول وتوقيع الأطراف، على الحل الذي اقترحه الموفق، وبذلك يصبح هذا الاتفاق ملزما واجبا للتنفيذ، وتنتهي في تاريخ اتفاق الطرفين على التسوية.

– إصدار الموفق قراراً بفشل محاولة التوفيق، بعد التأكد أنّه من الصعب الوصول إلى ترضية وديّة للنزاع المثار بين الأطراف، فإنه من الضروري عدم الاستمرار في تلك المحاولة وإضاعة الوقت، طالما أنّ النتيجة أصبحت معروفة ومؤكّدة، ولاشك أنّه توجد العديد من الأسباب والدلائل التي تدفع الطرف المحايد إلى إصدار هذا القرار، إلا أنّه يبرز من بينها عدم تعاون الأطراف، وعدم إظهار الرغبة الصادقة في التوصل إلى تسوية ودية للنزاع.

– إعلان الموفق للأطراف، أو أحدهم في أي مرحلة من مراحل التسوية بنيّآته في عدم مواصلة المحاولة، فإعلام الموفق بهذه الرغبة يقضي على الأمل في إزالة أسباب الخلاف وإعادة العلاقات بين الأطراف إلى مجراها الطبيعي[732].

ب– الأثر القانوني لتوصية التوفيق

تصدر توصية التوفيق في الجلسة الأخيرة، سواء كان هناك حضور لطرفي النزاع أو ممثليهما، حيث أنّ الموفق يقوم بكتابة تلك التوصية في مسودة وإعطاء كل طرف نسخة منها، فإذا قبلت تلك التوصيات، واتفق عليها طرفا النزاع، يقوم بتحرير محضر يكتب فيه مضمون التوصية الصادرة، ويقوم الأطراف بالتوقيع عليها ومن ثم يصبح اتفاقا رسميا ملزما للطرفين[733].

إنّ الطبيعة القانونية لتوصية التوفيق في شكلها الأوّلي، تعد اختيارية مفرغة من قوتها الإلزامية في حالة عدم قبولها، إذ أنّ أثرها القانوني يحمل صفة استشارية، فهو لا يتمتع بأية صفة قضائية أو حتّى تحكيمية

---

[732] – القانون النموذجي الاونيسترال، المرجع السابق، ص 11.

[733] – د. خيري عبد الفتاح البتانوني، المرجع السابق، ص179.

ملزمة، فهي ليست بقرار ولا حكم، ولهذا فهي تفتقر لحجية الأمر المقضي[734]. إلاّ أنّه يمكن أن تصبح للتوصية قوة ملزمة، وذلك في حالة توقيع طرفي النزاع عليها، بالإضافة إلى قيام الموفّق بتصديقها من قبل القاضي المختص، وعلى ذلك يتأسس التزام طرفي النزاع بالتوصية وتنفيذها على مبدأ القوة الملزمة للعقد[735].

أمّا مسألة نفاذ اتفاق التسوية، فتم التطرق إليه من خلال قانون الأونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري عبر مادته (14) بأنّه: " إذا أبرم الطرفان اتفاقا يسوي النزاع كان ذلك الاتفاق ملزما وواجب النفاذ" ليصبح بذلك مرجعا قانونيا لدعم قوته الإلزامية امام الأطراف المتنازعة[736].

المطلب الثاني: ماهية آلية الوساطة

الوساطة مسعى ودّي، مفاده سعي دولة صديقة أو ذات ثقل سياسي معيّن لإيجاد حلّ لنزاع قائم بين دولتين، عن طريق اشتراكها في مفاوضات تدعو إليها الدولتين المتنازعتين، للتقريب بين وجهات النظر (الفرع الأول)، إلاّ أنها تعتبر آلية قانونية منافسة لآلية التوفيق، بحيث لها خصائص يمكن ان تتميز بها مقارنة بباقي الآليات الودية لفض المنازعات الاستثمارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: آلية الوساطة

يمثّل اللجوء الى كل من المصالحة أو الوساطة «In Concerto» في الواقع وبشكل ملموس المزايا الاصلية للتحكيم، التي تلاشت مع مرور الوقت. ويمكن القول بأنّ الوساطة توفر للأطراف المتنازعة حريّة الرقابة على الإجراءات القانونية، بحيث تتيح لهم إمكانية اتخاذ قرارات توجيهية أثناء عملية فضّ

---

[734] – د. ابراهيم نجار، الاساليب البديلة لتسوية المنازعات في قانون العقود اللبناني، ندوة القانون المقارن، دمشق، 1996، ص178.

[735]- Ch. MÜLLER, « Développements futurs de l'arbitrage », in BONOMI, Andrea &BOCHATAY, David (dirs), Arbitrage interne et international, Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, Droz SA, Genève, 2010, p.157.

[736] – القانون النموذجي الاونيسترال، المرجع السابق، الفقرة 14 A، ص 01.

النزاع، وذلك حسب الاعتبارات الاستثمارية والعلاقة التي تربطهم[737]. ومن بين الخصائص التي تتمتع بها الوساطة، نذكر على سبيل المثال كلفة الإجراءات المنخفضة، مرونة وسرعة فصل النزاع، الذي يسمح للأطراف بالاحتفاظ بعلاقات متميّزة، إلاّ أنّ الطبيعة القانونية المفرغة من قوّة الالزام للأطراف بالإضافة الى قلة استعمالها[738] في فض المنازعات الاستثمارية تجعل منها وسيلة ثانوية مقارنة بحكم التحكيم القابل للتنفيذ بقوة القانون. إذن يستوجب إجراء بعض التعديلات على آلية الوساطة من أجل استرجاع الثقة والشرعية المطلوبة من الأطراف المتنازعة[739].

أولا-أنواع الوساطة

يمكن أن تتخذ الوساطة أشكالا عديدة من بينها؛

1- الوساطة البسيطة «Simple Mediation»: وهي التي تقترب من نظام التوفيق، في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة.

2- الوساطة تحت شكل قضاء صوري «Mediation in the form of Mock Proceedings»: وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع، وذلك للوصول إلى تسوية مقبولة من الطرفين.

3-الوساطة الاستشارية «Mediation Consultation»: وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من أحد الخبراء استشارته أوّلا في موضوع النزاع، ثمّ يطلبون منه بعد ذلك تدخله كوسيط لتسوية النزاع.

4- الوساطة التحكيمية «Mediation Arbitration»: وهي عبارة عن بند أو شرط يدرج في العقد وينص على أنّه في حال نشوب نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه أو فسخه أو بطلانه يتمّ عرضه على وسيط وفي حال فشل الوساطة يتحول الوسيط إلى محكّم، وهوما يسمى في الولايات المتحدة MED»

[737] - Ch. MÜLLER, op.cit., p. 158.
[738] -G. WANG & X. HE, « Mediation and international investment: a Chinese perspective », Maine Law Review, Vol.65, N°1, 2012, pp.216-236, p.234.
[739] - J. KLEINHEISTERKAMP, « Discussion », in C.KESSEDJIAN (dir.), «Le droit européen et l'arbitrage d'investissement », Paris. Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011, p.80.

«ARB –أي الوساطة التحكيمية، وبدأ تطبيق هذا النظام في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام1970[740].

5- الوساطة القضائية «Judicial Mediation»: وهنا تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع، بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بادئ الأمر إلى الوساطة، حيث يقوم المحلّف المدني قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف عن الموقف في الدعوى ويتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي، يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في الوساطة[741].

الفرع الثاني: التمييز بين التوفيق والوساطة والتحكيم

يتمتّع المستثمر الأجنبي بحريّة اختيار الآلية القانونية التي يراها مناسبة، من أجل فضّ نزاعه القائم مع الدولة المضيفة لاستثماره، إلاّ أنّ هذا يمكن أن يضعه أمام صعوبة اعتماد الوسيلة الأنسب له، ذلك أنّ التوفيق والوساطة وحدهما يجتمعان على عوامل مشتركة، ناهيك عن التحكيم الذي يفتح الباب أمامه لتصفية نهائية لنزاعه، لكن كيف يمكن لهذا المستثمر التمييز بين كل آلية وهل أتخذت التشريعات موقفا اتجاه ذاك؟

أولا-التمييز بين التوفيق والوساطة

أدّى اشتراك آليات التوفيق والوساطة إلى الخلط بينهما، ومن بين أهم هذه الجوانب؛ يمكن ذكر من جهة؛ قيامها على إرادة طرفي النزاع، فاللجوء إلى كلّ من التوفيق أو الوساطة، يعتمد بصورة أساسية على رغبة الطرفين في الوصول إلى تسوية وديّة للنزاع المثار بينهما، إلى جانب اعتمادهما على تدخل شخص ثالث محايد، من أجل التقريب بين الطرفين أو اقتراح بعض الحلول التوفيقية .

---

740 – د. علاء آبا ريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008، بيروت، ص 67.

741 – المستشار الدكتور. يوسف عبد الهادي الإكيابي، الوسائل البديلة لتسوية المنازعات "دراسة في أحكام الوساطة"، المجلة القانونية، هيئة التشريع والرأي القانوني، العدد الثامن، البحرين، جوان 2017، ص 122.

ومن جهة أخرى، فالموفّق يسعى إلى إنهاء النزاع بين طرفيه بطريقة ودية وهي ذات غاية الوسيط. فكلاهما يقوم بتقريب وجهات نظر أطراف النزاع، عبر تضييق التباعد بقدر الإمكان بينهم، حتّى يسمح له بإيجاد أرضية مشتركة للتفاهم وارتضاء التسوية التي تحقق مصالحهم المشتركة.

لذا، فإنّ الوقوف عند هذه الغاية يفضي بنا إلى القول – لما ارتآه جانب من الفقه بأنّ التوفيق والوساطة، وجهان لعملة واحدة[742]، كذلك إذا كان جانب آخر من الفقه، قد جعل من مهمّة الموفّق اقتراح حلّ للنزاع، وأناط بالوسيط كذلك أن يقدّم حلاً للنزاع الذي يتوسط في إنهائه، ممّا يجعل عملية التفرقة صعبة بين دور كل منهما، فالاصطلاحان مترادفان ولا يفترقان[743].

بيد أنّه ذهب جانب آخر من الفقه إلى عكس ما سبق، أي أنّ الفاصل المميّز بينهما جد دقيق؛ إذ يرتكز على الغير في تسوية النزاع؛ حيث أنّ ما يميّز التوفيق عن الوساطة هو الدور الذي يؤدّيه كل من الموفّق والوسيط في حسم ما يتدخل في تسويته من منازعات. فالمساحة التي يمكن للوسيط التحرك من خلالها تسمح له بأداء دور فعّال وإيجابي، حيث أنّ الدور الذي يؤدّيه الوسيط هو ما أعطى للوساطة رونقها ووصل بها إلى مصاف الوسائل الأساسية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية[744] .

كما ذهب جانب آخر من الفقه[745] –في هذا الصدد – إلى أنّ التوفيق والوساطة نظامان متمايزان، لا يختلطان، رغم أنهما متقاربان؛ فإذ كانت مهمّة الموفّق تختصر في المحاولة وفقط، لخلق جو ودي لتقريب وجهات النظر، والتغاضي عن بعض من ادعاءاتهم، واستنهاض قرائنهم ليقدموا لأنفسهم بوادر حلّ لمنازعاتهم. فإنّ الوسيط عكس ذلك، فهو أنشط من الموفّق[746]، بحيث يوازن ما بين المواقف،

---

[742] – د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، المرجع السابق، ص21.

[743] – د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2011، ص 11.

[744] -C. I SAMSON. J. Mc BRIDE, « Solutions de Rechange au Rrèglement des Conflits, Alternative Dispute Resolution », Sainte – Foy, Les Presses de l'Université de Laval, 1993, p. 15.

[745] –د. أحمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات، المرجع السابق، ص 256 وما بعدها.

[746]- CNUCED, Différends entre investisseur et État, Nation Unies, Genève, 2010, p. 60.

ويطرح الرؤى والخيارات، بحقيقة كل ما يدعونه، فإن توصلوا لحل ذاتي نابع منهم، تقبّله ودعاهم إلى تحريره وتوقيعه، وإن صعب الأمر عليه، ساعدهم، وقدّم لهم رؤيته ومقترحاته بالتسوية، محاولا إقناعهم بها، فإن قبلوها حرّروها ووقّعوها، وإن رفضوها، فهذا يبقى اختيارهم، ويتحملون نتائجه، وعادوا إدراجهم، مبقين بذلك خلافهم دون حلّ مرضي، ليتبقى أمامهم رفع نزاعهم إمّا على القضاء أو محاكم التحكيم[747].

ويمكن ذكر بعض التشريعات القانونية التي ميّزت بين كل من التوفيق والوساطة:

1- أن بعض لوائح هيئات التحكيم خصصت أحكاماً لتنظيم الوساطة، وأخرى لتنظيم التوفيق، إيمانا بالفوارق الفنيّة بينهما، مثال ذلك؛ لائحة الإجراءات أمام الغرفة العربية للتحكيم والتسوية الودية للمنازعات التابعة للمنظمة العربية للتنمية الإدارية – وهي منظّمة منبثقة من جامعة الدول العربية – لعام 2013، التي تطرقت عبر المواد من 56 – 70 للوساطة، وللتوفيق من خلال المواد من 71-81.

2-إنّ لكّل من الوساطة والتوفيق نظام قانوني مستقل، له سماته وخصائصه التي يستدل بها عليه؛ فالوساطة كنظام قانوني، خصّصت له التشريعات التي اعتدت به أحكاما مغايرة لتلك المخصصة لنظام التوفيق. ومن قبيل تلك التشريعات، قانون المرافعات الفرنسي، الذي خصص المواد من (131-1) إلى (131-15) للوساطة القضائية، والمواد من (21 إلى 25) والمواد من (128- 131) للوساطة الاتفاقية، بينما خصص المواد (21) و(27 إلى131) للتوفيق القضائي، والمواد (1530-1531) ومن المادة (1536 إلى1541) للتوفيق الرضائي[748].

ثانيا- علاقة التحكيم والتوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

[747] -F. Ben MRAD, « Définir la médiation parmi les Modes alternatifs de régulation des conflits », Informations Sociales, N° 170, Cairn. Info, 2012/2, P15.

[748] - Code de Procédure Civil, Titre VI; la Conciliation et la Médiation, (Articles 131-1 à 131-15) et (Articles 1528- à 1535) etc, Modifié par le décret N°2015-282 du 11 Mars 2015-art 20.; plus amples informations voire le lien suivant; https://bit.ly/3JlVIgMHMS

يشترك التوفيق مع التحكيم في بعض الصفات فهما يتميّزان بطابع اختياري ملزم بعد الاتفاق عليه، فهدفهما الاساسي هو الوصول إلى نقطة تفصل في النزاع القائم، وإنّ المسائل التي يرد على التحكيم يمكن الاتفاق على إجراء التوفيق بشأنها[749].

يتشابه التوفيق والتحكيم بأنّهما وسيلتان لتسوية المنازعات الاستثمارية، حيث لطرفي المنازعة حريّة اختيار الوسيلة المناسبة لحلّ النزاع، فإذا تمّ الاشتراط بين الطرفين على حلّ المنازعات بالتحكيم أو التوفيق، فإنّه يجب عليهما احترام هذا الشرط وعدم عرض المنازعة على القضاء، وللتذكير فانّ لكل من الوسيلتين طرفا آخرا يقوم بعملية التحكيم او التوفيق[750]. ومع ذلك فانّ التحكيم يختلف عن التوفيق في النقاط التالية:

1-التوفيق غير ملزم امّا التحكيم فقراره ملزم دون استلزام موافقة أطراف النزاع، ولا يمكن التراجع عن التحكيم قبل انتهائه بصدور الحكم فيه، على خلاف التوفيق الذي يمكن العدول عنه[751].

2-وتختلف امكانية مساهمة الأطراف في صنعه، فكما هو معروف يقوم المحكم بعمل شبه قضائي خاص، بهدف تسوية ما يعرض عليه من منازعات، وعليه فإنّ قراراته الصادرة عنه تحمل طابع الالزامية على الاطراف[752]، امّا الموفّق فيفصل في النزاع عن طريق جعل كل طرف يتخلى عن جزء من مطالبه، أي بواسطة تنازلات متبادلة، فإن أصّر كل طرف على موقفه او تمسك بكل مطالبة، فلن

---

749 – د. علي عوض حسن، التعليق على القانون رقم 7 لسنة 2000 بشأن التوفيق في المنازعات، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص ص 10 -11؛ وراجع أيضا: اختيار طرق التحكيم ومفهومه، مجلة المحاماة، العدد الأول، 2001، ص 567.

750 – الاتحاد الدولي العربي للتحكيم: https://bit.ly/3wdROmuHMS.

751 – غير ان هذا الحق قيدته المادة 4/5 من مذكرة التفاهم بتقريرها بانه يتعين على الطرف الشاكي عند شروعه في المساعي الحميدة او الوساطة في غضون ستين يوم بعد تاريخ طلب عقد المشاورات ان يتيح للطرف الآخر فترة ستين يوم بعد تسلم طلب عقد المشاورات وهذا قبل ان يطلب انشاء فريق التحكيم، لأكثر تفاصيل انظر: د. محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق، ص 39.

752 – أ.د. أحمد ابو الوفا، كتاب التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 21.

يكون هناك توفيق، فعمل الموفّق يعتمد على دور الاطراف في المساعدة والتعاون في حل وانهاء النزاع[753].

[753] – الاتحاد الدولي العربي للتحكيم، المرجع السابق. https://bit.ly/3wdROmuHMS.

خلاصة الباب الثاني:

يتضّح ممّا سبق، أنّ الجهود التي يبذلها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (من خلال لجان التوفيق ومحاكم التحكيم التابعة له) بهدف التوصل إلى تسوية عادلة ومرضية لأطراف النزاع، أضفت صيغة أساسية، للتعّرف بدقّة على الأحداث والوقائع التي تزامن وقوع النزاع أو وفّرت المناخ المناسب لقيامه وذلك من خلال توصياتها وأحكامها النابعة من دراسة معمّقة لهذه الوقائع والأحداث.

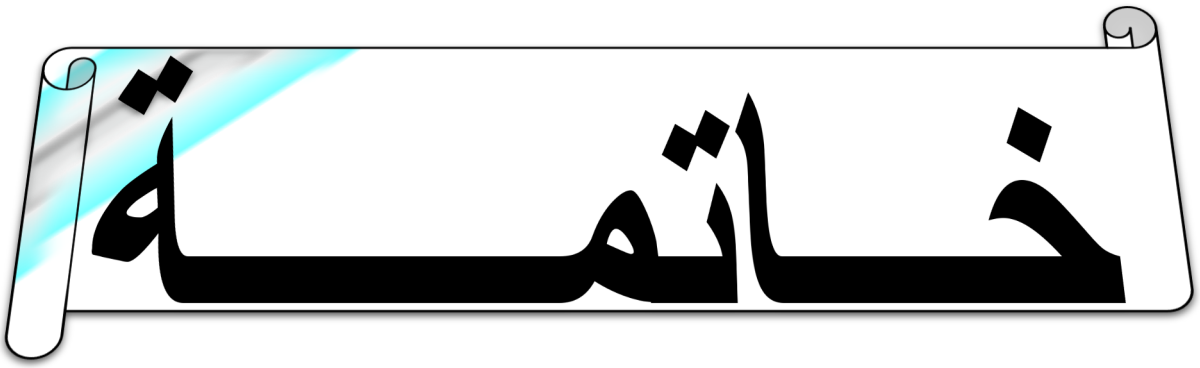
إلا أنّه يمكن القول، أنّ وسيلة التحكيم على غرار الوسائل الأخرى المتبّعة لتسوية منازعات الاستثمار هي وسيلة من الوسائل الوديّة، التي يتم استخدامها، والأكثر شيوعا واستعمالا من قبل المستثمرين الأجانب هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تسوية المنازعات المعروضة عليه من قبل الاطراف الراغبين في تسويتها عن طريق محاكم المركز المنشئة، من أجل تحقيق هذا الغرض فهي تتمتع بآلية إجرائية ذات كفاءة عالية وذلك لعدة أسباب منها، أنّ أطراف النزاع يتمتّعون بكامل الحرية في عرض منازعاتهم على هذا النوع من التحكيم لتسويتها، زد على ذلك اطمئنان أطراف النزاع إلى أنّ منازعاتهم سوف يتّم تسويتها بواسطة محكّمين تم اختيارهم بمعرفتهم دون سواهم.

وتحرص إجراءات التحكيم لدى المركز أن تكون محاكم التحكيم بالشكل الوتري في تكوينها لضمان الحسم في الفصل في النزاع، كما أنّه عادة لا يكون المحكّمون من نفس جنسية أي من أطراف النزاع، وعلى ذلك فإن نظام التحكيم يزيل الشكوك حول قيام أي نوع من الانحياز لأحد أطراف المنازعة، كما أنّ أطراف النزاع أنفسهم يقومون باختيار النظام القانوني والقواعد القانونية التي يرون أنها مناسبة وملائمة لتسوية النزاع القائم بينهم.

ومن ناحية أخرى يضمن التحكيم ميزة السرية لأطراف النزاع، فغالبا ما تتمّ إجراءات التحكيم في سريّة تامّة، وذلك من أجل الحفاظ على الثقّة التي تقوم عليها العلاقات والتي يسعى الاطراف إلى الاحتفاظ بسرية جوانبها المختلفة نظرا للحساسية والحرص اللذين يصاحبا العقود الدولية على وجه الخصوص.

وينتج أيضا عن عمليات التحكيم أحكاما نهائية ملزمة لأطراف النزاع، بل وتذهب منظومة إجراءات التحكيم إلى الحد الذي تلزم فيه هذه المنظومة أطراف الاتفاقية المنشئة للتحكيم، وليس فقط أطراف النزاع المعروض على محاكم المركز أو محكمة التحكيم الدائمة لغرفة التجارة بباريس.

وبالتالي فوسيلة التحكيم كغيرها من الوسائل السلمية تقوم على أساس رغبة الاطراف الصادقة في التوصل إلى تسوية سلمية للمنازعات القائمة بينهم، وبالتالي فإنّ أي فشل في التوصل لهذه التسوية إنمّا ينبع أساسا من رغبة هؤلاء الاطراف أنفسهم، فهؤلاء الاطراف هم الذين يتوقف عليهم نجاح عملية تسوية النزاع أو إخفاقه.


خـــاتمـــة

خـــاتمـــــة:

لقد كان مسعانا متواضعا في هذه الدراسة البحثية، حيث أنّه كان مرتكزا بالأساس عل جملة من النقاط، التي أردنا فيها إبراز وبلورت رؤية واضحة ذات طابع استشرافي لمصير الحماية القانونية للمستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار، الذي ارتقت مكانته في العلاقات الاقتصادية الدولية وفتح له باب الاستثمار الدولي على مصراعيه.

بالنسبة لماهية الحماية الدبلوماسية

على الرغم من كون القانون الدولي للاستثمار لم يستطع وضع تعريف موحّد ودقيق للحماية الدبلوماسية، إلاّ أنّه يمكن القول من خلال الاستقراء والتحليل بأنّ مختلف آراء فقهاء القانون الدولي، إلى جانب موقف لجنة القانون الدولي، ساعدنا على استنتاج بأن هذه الحماية ما هي إلا حق دولي تقليدي أعطي للدول في وقت ما من أجل إبراز مدى اهتمامها في حماية مصالحها من خلال مصالح مواطنيها عبر رابط الجنسية او حتى الأشخاص المعنوية المقيمين لنشاطهم فوق أراضيها، بحجة خضوعهم لقوانينها في مرحلة معيّنة. ممّا يسهل عليها مواجهة الدول الأخرى في مطالبتها بأحقيتها في الحماية الدبلوماسية، حتّى وإن كانت تشترط وجود ضرر مادي او معنوي، إذ بتبنيها قضيتهم فهي بذلك تخضع المقيمين ومواطنيها سواء المستثمرين او الرعايا العاديين اليها عبر إحلالها محلهم، وهو ما أدى بالمستثمرين إلى إيجاد وسيلة أكثر مرونة تسهّل وتضمن حماية مصالحهم بصفة قانونية لا رجعة فيها.

وبالتالي فإنّ الطبيعة القانونية لهذه الحماية الدبلوماسية ترتكز أساسا على إلزامية وجود حق ثابت ومصلحة مؤكّدة لمطالبة الدول الاجنبية بضمان حقوق الرعايا الخاضعين لها.

بالنسبة لشروط الحماية الدبلوماسية

يتبين من خلال هذه الدراسة بأنّ الحماية الدبلوماسية هي نوع من الحماية الدولية المشروط، ذلك أنّ المطالبة بها يستلزم وجود شرطين، الاول رابط الجنسية، والثاني شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية في

الدولة المستقبلة للمستثمر الأجنبي المتضرر من أحد أفعالها، وهو ما كفلته لجنة القانون الدولي عند وضعها لقانون الحماية الدبلوماسية.

إلاّ أنّ القول بوجود رابط الجنسية لا يعني خلوها من محتواه، إذ الجنسية الفعلية وحدها التي يعتد بها من اجل تفادي الخوض في قضية دولية لا تحتوي على أحد شروطها الشكلية.

إلى جانب ذلك فإن شرط التأسيس ساعد كثيرا على وضع القواعد القانونية لنوع الحماية المقررة لأصحاب الأسهم في الشركة المتعددة الجنسيات والمقيمة لنشاطها او مقرها الاجتماعي فوق أراضي دولة لا يحملون جنسيتها، إذ تبين أن رابط التأسيس والخضوع لقانونها الداخلي يسمح لهم ولدولة الاقامة بالمطالبة بحق الحماية الدبلوماسية، حتى وإن كان في تراجع مستمر في الآونة الأخيرة.

بالنسبة لشروط معاملة المستثمر الأجنبي في إطار الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف

إنّ المعاملة الوطنية هي أحد أنواع الحماية بالإحالة التي يخضع لها المستثمر الأجنبي، حيث أنها لا تقل أفضلية في المعاملة التي يستفيد منها المستثمر في دولة جنسيته نتيجة للاتفاقية الثنائية للاستثمار أو المتعددة الاطراف التي ابرمتها دولته، فهو يستفيد من حق حصري مقارنة بغيره من المستثمرين الأجانب.

و في حالات معينة في الاتفاقيات المتعددة الأطراف كاتفاقية منظمة التجارة العالمية و حق الامتيازات الجمركية، فإن هذا النوع من الاتفاقيات يمكنه تضمين شرط معاملة الدولة الأولى بالرعاية لرعاياها المستثمرين فوق أراضي الدول الأطراف، حتى يستفيد المستثمر الأجنبي لاحد الدول الأطراف من نفس امتيازات المستثمر الوطني وبصفة أفضلية مقارنة بالمستثمرين الأجانب الآخرين و المتواجدين فوق أراضي تلك الدولة المستقبلة لهم.

لكن من الملاحظ أنه تم وضع قيود لهذه المعاملة، من خلال استلزام شروط للاستفادة منها.

يتضح أن هذا النوع من المعاملة يعتمد في حقيقة الامر على مبدأ المعاملة بالمثل، حتى يستفيد المستثمر الأجنبي من حق الأفضلية في المعاملة والحماية المتعهد بها.

إلاّ أنّه أمام العراقيل التي أدّى إليها هذا النوع من المعاملة، أصبحت الدول تحاول تفاديه والاعتماد على نوع ثاني من نفس المعاملة، لكن يكون غير مشروط كالإعفاءات الجمركية المتبادلة التي تكون بصفة تلقائية وفورية، بعيدا عن أي التزام أو طلب للاستفادة منها.

وهو الشيء الذي أحدث نزاع دولي، حيث أنّ الدول الغير معنية طالبت بوجود نوع من التمييز في المعاملة، وبالتالي فإنّ هذا يثبت وجود خصائص فريدة من نوعها، إذ أنه من جهة يعتمد على المساواة في المعاملة، ومن جهة أخرى يطرح نوع من التمييز مع رعايا الدول الغير طرف في الاتفاقية.

فيما يخص الحماية المطلقة، فإنّه أمام عدم التكافؤ الذي طرحه شرط معاملة الدولة الأولى بالرعاية، أدّى بالقانون الدولي للاستثمار إلى إيجاد شروط إضافية، تكون مطلقة، حيث تبيّن أن ذلك يسمح للمستثمر الأجنبي من التمتع بحماية فعلية سواء لاستثماره القائم و/أو ملكيته، فهذا النوع من الحماية يضمن تطبيق قواعد القانون الدولي للاستثمار أمام الأعمال الغير شرعية، إذ أنّ الحد الأدنى يعد من بين الإنجازات التي توصل اليها أصحاب الدول النامية، حيث أنهم استطاعوا وضع نوع من المبادئ الاجتماعية أمام الدول التي تعتمد على الرأسمالية بصفة شبه مطلقة.

وبالتالي فإنّ عدم التمييز و الشفافية، حتى وإن كانا قابلان للتمدّد و التوسّع إلاّ أنّهما يساعدان على فهم وضعية المستثمر الأجنبي من هذه الحماية المتعهد بها، والتي أصبحت تلزم الدول المستقبلة باتباع القوانين واحترامها وعدم اتخاذ أي تدبير تعسفي من شأنه حرمان المستثمر الأجنبي، ولعلّ عدد القضايا المطروحة أمام القضاء و التحكيم الدوليين، ما هما إلاّ دليل على نوع الالتزام الذي أصحبت الدول المستقبلة تعتمده.

بالنسبة للطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة المستقبلة للمستثمر الاجنبي

من خلال هذه الرسالة تبيّن أنّ مسؤولية الدولة المستقبلة تقوم أساسا عند وقوع انتهاك قاعدة من القواعد الدولية بموجب فعل غير مشروع، سواء يعمل أو امتناع عن عمل، حتى تقع في دائرة عدم الالتزام المقرر دوليا لحماية الأشخاص وأموالهم، وبذلك تصبح مسألة معرفة نوع الطبيعة العقدية ذي أهمية من أجل تحديد ماهية الخرق والالتزامات.

ولهذا فإنّ الدولة المستقبلة كلزمة قانونا بجبر الضرر الحاصل كأصل عام، إلاّ إذا تمكنت من دفع مسؤوليتها بأحد الأسباب القانونية سواء داخلية أو دولية، بشرط أن تكون مبنية على أساس عقد دولي أو اتفاقية استثمارية دولية، إلاّ أنّه من الواضح أنّ القانون الدولي للاستثمار في تطرقه لمسؤولية الدولة المستقبلة للمستثمر الأجنبي لم يتطرق بصفة دقيقة لكيفية سقوط هذه المسؤولية من أجل ضمان قيام حق هذا الأخير في الحماية الدولية.

بالنسبة لأركان مسؤولية الدولة المستقبلة للمستثمر الاجنبي

إنّ التعّسف في استعمال الحق امام المستثمر الأجنبي يؤدي الى قيام سبب رئيسي لمسؤولية الدولة المستقبلة، الذي يستوجب التعويض المكفول سواء على مستوى القانون الدولي للاستثمار او القانون الداخلي للدولة المستقبلة للمستثمر الأجنبي.

بالنسبة لنزع ملكية المستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي للاستثمار

أنّ الغرض الرئيسي من هذا الاجراء التعسفّي و المؤدّي إلى حرمان المستثمر الأجنبي من ملكيته هو في الحقيقة شرعي لتوفر شرط المصلحة العامة الذي يستلزم إجراءات قانونية مجردة تهدف الى خلق نشاط عام بدل النشاط الاستثماري.

وبالتالي فإنّ الغاية القانونية من هذا النزع مهما كان شكله مصادرة أو تأميم أو استيلاء، فإنّ وجود المصلحة العامة وحده كاف لجعله شرعي مماّ يؤّدي معه إلى انتفاء مسؤولية الدولة المستقبلة اتجاه المستثمر الأجنبي.

بالنسبة للقيود الواردة على نزع ملكية المستثمر الأجنبي

الحاجة الملّحة والضرورية هي التي استدعت قيامها وتنفيذ إجراءاتها، وبالتالي فإنّ الرقابة التي تخضع لها إدارية كانت أو قضائية، ملزمة من أجل ضمان مسارها القانوني، وبالنتيجة ضمان حق المستثمر الأجنبي في الحماية، وانتفاء لمسؤولية الدولة المستقبلة له في نفس الوقت.

بالنسبة للقضاء الدولي في حل منازعات المستثمر الأجنبي

تبيّن الدراسة أنّ محكمة العدل الدولية لم تعد تتماشى مع الوضع الراهن، إذ أصبحت بمثابة خيار ثاني للأطراف المتنازعة دوليا لإيجاد حل نهائي لخلافاتهم، نظرا لمحدوديتها، فما كان أحد ركائزها الأساسية في وقت سابق، أصبح اليوم يمثل عائقا أمام فرضية اللجوء اليها.

إذ أنّ الصفة الإلزامية التب تتمتع بها والترسانة القانونية الموحدّة التي تحيط بها هي من أهم أسباب تفادي المستثمر الأجنبي لها، فهي ذي بطئ شديد، يساعد على تفاقم الوضع بدل ازالته، ولهذا تم وضع آليات جديدة من بينها آلية التحكيم الدولي.

بالنسبة لدور القضاء الوطني في حماية مصالح المستثمر الأجنبي

إنّ السيادة التي تتمتع بها الدولة المستقبلة للمستثمر الأجنبي، يتم تجسيدها عبر آليات قانونية عدّة أبرزها القضاء الوطني، الذي يتضح بأنه في حالة تنافسية مع التحكيم، سواء الوطني أو الدولي، حتى ولو كان الاوّل ليس بذات القيمة التي يكتسيها التحكيم الدولي.

إنّ القاضي الوطني هو في نهاية الأمر مجرد موظف لدى دولته، وبالتالي لا يتمتع بحرية كافية ليكون محايدا بصفة مطلقة، على أساس أنّ تكوينه القاعدي مبني على حماية مصالح الدولة والمواطنين، وليس من أجل تحقيق رغبات المستثمر الأجنبي.

حتى وإن كان تطبيقه للقانون بصفة مجردة، إلاّ أنّ ذلك لن يمنح المستثمر الأجنبي تلك الطمأنينة الكافية من أجل اختياره كآلية قانونية رئيسية وحيدة لحل منازعاته.

بالنسبة للرقابة القضائية على أعمال التحكيم الاستثماري

أمام المحدودية التي ظهرت في هذه الدراسة، فإنّ الرقابة القضائية على أحكام التحكيم الاستثماري، ماهي إلاّ دليل آخر على أنّ القضاء الوطني لا يمكن له أن يكون محايدا بصفة تامة، لانّ ولائه الاوّل والأخير هو لدولته، فهو موجود لحماية سيادتها الشرعية لا لتجريدها منها، وهو سبب هذه الرقابة التي هي أحد الأساليب القانونية التي أوجدت من أجل حد من لجوء المستثمر الأجنبي للتحكيم الدولي وخضوعه لقوانينها الداخلية، لا من أجل إنصافه.

بالنسبة لهيئات التحكيم الدولي

على الرغم من الأهمية القانونية والدور الفعّال الذي تتمتع به هذه الهيئات، نظرا لما تقترحه من شفافية وسرعة وضمان لحقوق المستثمر الأجنبي، مقارنة بالقضاء الوطني إلاّ أنّ هذه الميزات يمكن ان تصبح عيوبا، ذلك أنّ المستثمر الأجنبي والدولة المستقبلة له بما أنهما أطراف القضية، فهم من يختارون أعضاء هيئة التحكيم، مما يثير مسألة تعارض المصالح.

إلى جانب ذلك فإنّ التدابير القانونية المعتمدة خالية من أيّ طعن، يسمح لاحد الأطراف او كلاهما بفرصة ثانية، من أجل إجراء تعديل في قرار التحكيم الذي تضمن خطأ قانونيا او إجرائيا أو إداريا.

وعلى الرغم من ذلك، فإنّ لهذه الهيئات دور رئيسي في عملية تطوّر القانوني الدولي للاستثمار بما في ذلك الحماية المقررة للمستثمر الأجنبي، حيث جعلت منه أحد أشخاص المجتمع الدولي، عبر النزاعات المطروحة أمامها.

بالنسبة لاتفاق التحكيم الدولي

إنّ المكانة التي يتمتع بها اتفاق التحكيم، تجعله عرضة لعدة انتقادات، فشروط التحكيم وفقا للمعايير القانونية السارية. ولهذا تبيّن من خلال هذه الدراسة، أنّ حتمية القول بوجوده تستدعي توفر موافقة صريحة وواضحة مباشرة من أطراف المنازعة التحكيمية.

وتبيّن أنّه من أجل الوصول لهذه المرحلة، فإنّ أطراف القضية المتنازع عليها هم من توكل لهم مهمة اختيار أعضاء الهيئة التحكيمية بصفة متساوية ومتوازنة دون أي تحيّز، لأنّ ذلك يعرضهم للبطلان مباشرة.

إذن يلعب اتفاق التحكيم دورا رئيسيا في تحديد إمكانية وجود التحكيم أم لا، للبدء في حل النزاع القائم بين كل من المستثمر الأجنبي والدولة المستقبلة له.

بالنسبة للوسائل البديلة لحل منازعات المستثمر الاجنبي

بعد دراسة الوسائل البديلة لحل منازعات المستثمر الأجنبي، تبين بأنّ هذه الآليات تعتمد نوعا ما على التوازن القانوني في الحقوق والتعويضات بين المستثمر الأجنبي والدولة المستقبلة له، فالإجراءات القانونية المتوفرة تفتقر إلى بعض الضمانات التي تسمح بتعزيز ضمانات حماية المستثمر الأجنبي، كالحق في التملك والتصرف الدائم في حقوق التعويض.

إنّ صفتها البديلة لحل النزاع الاستثماري الدولي، تساعد على اللجوء اليها سواء قبل او بعد قيام النزاع وطرحه على التحكيم، حتى وان كان اغلب المستثمرين الأجانب يعتمدون عليها قبل استعمال حقهم في اللجوء الى التحكيم الدولي.

بالنسبة لماهية آلية الوساطة

يتبينّ بأنّ هذه الآلية أصبحت من بين أهم الآليات القانونية التي يلجأ إليها أطراف النزاع الاستثماري الدولي لإيجاد حل لنزاعهم القائم، حتى وإن لم تكن بنفس القوّة الإلزامية التي يتوفر عليها التحكيم والقضاء.

وحسب الدراسة فإنّ الغموض يكتسي آلية الوساطة، وبالتالي تفتقد على تلك الشفافية التي يتطلبه أطراف النزاع، فعمل الوسيط يهدف إلى تسهيل تقارب وجهات النظر، عن طريق توفير كامل المعلومات الضرورية، ولهذا فإنّ عملية اختياره تشترط فيه أن يكون محايدا وذي خبرة، مختص في مجال الاستثمار، لضمان تحقيق عدالة العملية.

وقد ارتأينا تقديم بعضا من الاقتراحات، ة التي نأمل أن يتم أخذها بعين الاعتبار، ويمكن حصرها فيمايلي:

- إعادة التأكيد على استقلالية وشفافية أعضاء هيئة التحكيم، وتجنب تعارض المصالح.
- العمل على زيادة الوعي بالمعايير القانونية والأخلاقية الملزمة للأعضاء.
- ضمان الخبرات القانونية اللازمة لفهم أفضل لقضايا الاستثمار الدولي المتعددة، والتي أصبحت تفقد التحكيم سرعته في الفصل في النزاع.
- العمل على إحداث آليات قانونية هدفها الرئيسي مراجعة قرارات هيئات التحكيم الدولية، مما يسمح بتوحيد الاجتهادات التحكيمية والقضائية إلى جانب المبادئ القانونية التي تهدف إلى إضفاء شرعية الحماية للمستثمر الأجنبي وفقا للقانون الدولي للاستثمار.
- العمل على خلق آلية طعن لقرارات التحكيم النهائية، في حالة وجود أخطاء مادية أو قانونية، سواء في الجانب الاجرائي أو الإداري.

- تعزيز التعاون الدولي، إذ ينبغي تعزيز دور هيئات التحكيم الدولية لتبادل الخبرات من خلال مؤتمرات أو لقاءات دورية، هدفها تطوير المعايير القانونية التي أثبتت عجزها في حماية مصالح المستثمر الأجنبي.
- إزالة العراقيل التي تواجه المستثمر الأجنبي، من خلال توفير مناخ قانوني قضائي آمن، سيساعد على توجه هذا الأخير على الاعتماد عليه بدل اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي.
- تكوين قضاء متخصص في مجال الاستثمار الدولي لضمان لحماية حقوق المستثمر الأجنبي.
- تقليل اللجوء إلى نزع الملكية يساهم بشكل فعّال في توفير مناخ ملائم للمستثمر الأجنبي بشكل دائم، وبالتالي إمكانية تطبيق القانون بصفة مجردة.

إذا كان المستثمر أجنبي فوق أراضي الدولة المستقبلة له، فهو في حقيقة الأمر مستثمر وطني في دولة جنسيته، وبالتالي فإنّ الحماية المقررة له، لا يمكن الاستهانة بها أو التعامل معها على أساس الأجنبي، دون الاخذ بكامل ظروف الحماية المقررة في القانون الدولي للاستثمار.

فهل يعني ذلك أنّ القانون الدولي للاستثمار قابل للتطّور نحو فكرة توحيد الآليات القانونية لحماية المستثمر سواء أجنبي كان أم وطني؟

تم بحمد الله

قائمة المصادر و المراجع

أولا- المصادر والمراجع باللغة العربية

أ-المصادر باللغة العربية

-القواميس

1. ابن منظور، لسان العرب، اعداد وتصنيف يوسف خياط، دار لسان العرب،بيروت، ج 447/4.

2. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح وتهذيب اللغة، الجزء الأول، مكتبة لبنان ناشرون، 1957.

-الدستور الجزائري

الدستور الجزائري لسنة 2020، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 83، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

1. الاتفاقيات و القوانين الدولية و الإقليمية:

- ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، الصادر عن الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، تحت القرار رقم3371) د-29)، 1974.https://undocs.org/ar/A/RES/3281(XXIX)

- اتفاقية نيويورك بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية، المعتمدة في 28 سبتمبر 1954. http://bit.ly/34GvJvKHMS

- اتفاقية إنشاء مركز الشرق الأوسط الإقليمي للنظائر المشعة للدول العربية، القاهرة، الموافق عليها من قبل الوكالة الدولية للطاقة الذرية بتاريخ 14 سبتمبر 1962.

- اتفاقية المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تحدثها الأجسام الفضائية، المعتمدة في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم: 2777 (د-26)، المؤرخ في 29 نوفمبر 1971.

- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من الأمر رقم 16-72، مؤرخ في 7جوان 1972، يتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 53، مؤرخة في 04جويلية 1972.http://bit.ly/38fbVowHMS

- اتفاقية بلجيكا مع اندونيسيا، المتعلقة بترقية الاستثمار، الموقعة بتاريخ: 22-11-1979، الصادرة بالجريدة الرسمية الأوروبية تحت رقم 351 L، التي دخلت حيّز التنفيذ بتاريخ: 20-12-2012.

- اتفاقية مصر مع فرنسا، المتعلقة بتجنب الازدواج الضريبي والوقاية من التهرب الضريبي في مجال الضريبة على الدخل والثروة، الموّقعة بباريس بتاريخ: 19-06-1980، والمصادق عليها في القانون رقم 522-82، بتاريخ: 21-06-1982، والتي دخلت حيّز التنفيذ في :01-10-1982، الصادرة في الجريدة الرسمية الفرنسية بالمرسوم التنفيذي رقم 37-82 في 13-01-1983.

- الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة الامريكية والمغرب في ميدان تشجيع وحماية الاستثمار المتبادل، الموقعة بتاريخ 22 جويلية 1985، والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 29 ماي 1991.

- الاتفاقية التجارية بين البرازيل ودولة الأردن المبرمة بتاريخ جوان 1989. https://bit.ly/3HyHw6lHMS

- الاتفاقية المبرمة بين الامارات وبريطانيا المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار، الموقعة في 12 أوت 1992، المرسوم الاتحادي رقم 26، للمرسوم التنفيذي لسنة 1992، تاريخ النفاذ 1993/12/15.

- اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة جمهورية ألمانيا الاتحادية، الموقعة في بغداد، بتاريخ 2010/12/04، الجريدة الرسمية العراقية عدد 4254، بتاريخ 10/15/ 2012، المصادق عليها، بتاريخ 2010/10/01.

- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان، الموقعة في بغداد، بتاريخ 2012/06/07، الجريدة الرسمية العراقية عدد 34، بتاريخ 09/18/ 2013، المصادق عليها بتاريخ 2013/08/20.

- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية –المعدلة–، جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، مرفق ج03/(12/12)02 – س معدل(744)، جانفي 2013.

- الإعلان العالمي لحقوق الانسان، http://bit.ly/3l24NiQHMS.

- القانون النموذجي الاونيسترال بشأن الوساطة التجارية الدولية واتفاقات التسوية الدولية المنبثقة من الوساطة، لعام 2018(المعدّل لقانون الاونيسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي، عام 2002)، A/73/17.

- القانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام1985 (تعديل سنة 2006)، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، 2008.

- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية؛ لأكثر تفاصيل انظر: https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-ar.pdf

- نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، محكمة التحكيم الدولية، غرفة التجارة الدولية، سنة 2017، ص28، لأكثر تفصيل راجع الموقع الرسمي؛ bit.ly/2WRqWXVHMS.

2. القوانين و الأوامر الوطنية:

- القانون رقم 91-11 المؤرخ في: 27 أفريل 1991، والمتعلق بنزع الملكية من اجل المنفعة العمومية.

- القانون المدني الجزائري، المعدل بموجب القانون 10/05 الصادر في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 44، لسنة 2005.

- قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008.

- قانون الاستثمار رقم 22-18 المؤرخ في 24 جويلية سنة 2022، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، عدد 50، الصادرة في 28 جولية سنة 2022.

- المرسوم الرئاسي رقم 95-88 المؤرخ في 25-03-1995، يتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والمملكة الإسبانية، والمتعلق بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 23، الصادر في 26 مارس 1995.

- أمر رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 84.

3. **القوانين الأجنبية**

- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون رقم 05، لسنة 1985.

- قانون استثمار الأموال السوري رقم 10 لسنة 1991 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 الصادر في2000/05/13.

- قانون التحكيم المصري، الصادر بتاريخ 18 أفريل 1994، الجريدة الرسمية المصرية، العدد16، بتاريخ 1994/04/21.

ب- المراجع باللغة العربية

1. أطروحات الدكتوراه

1. أحمد عبد الحميد عشوش، **النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية**، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1975.

2. د.بوستة جمال، **النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية المباشرة في الجزائر على ضوء إتفاقيات منظمة التجارة العالمية**، رسالة دكتوراه قانون وعلوم قانونية LMD، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2017.

3. د. طارق فؤاد رياض، **The applicable Law Transnational Development Agreements**، رسالة دكتوراه علوم قانونية .S.I.D، جامعة هارفارد، سنة 1985.

4. عبد الباري أحمد عبد الباري، **التأميم وآثاره في القانون الدولي العام**، رسالة دكتواره، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، سنة 1972.

5. عبد الله كعباش، **مسؤولية الدولة المضيفة تجاه أموال المستثمر الأجنبي**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (1)، سنة 2013.

6. علي حسن ملحم، **دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية**، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، سنة 1998.

7. عيبوط محند وعلي، **الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية في الجزائر**، رسالة دكتوراه دولة في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2006.

8. عدلي عبد الكريم، **النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية**، رسالة دكتوراه، جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2011.

9. د. غسان علي علي، **الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددها،** رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2004.

10. فريد على احمد جلبط، **بطلان التصرفات القانونية الدولية،** رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1998.

11. قصوري رفيقة، **النظام القانوني للإستثمار الأجنبي في الدول النامية،** أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، سنة 2011.

12. لمياء متولي يوسف مرسي، **التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف،** رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2006.

13. محمد سعدوني، **الضرر الاقتصادي كأساس للمسؤولية الدولية،** رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة 2000.

14. معاشة عمار، **الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية،** أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 1998.

محمد عبد العزيز علي بكر، **فكرة العقد الإداري عبر الحدود،** رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، سنة 2000.

2- **الكتـــب**

- أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
- د. إبراهيم محمد العناني، العلاقات الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1985.
- د. إبراهيم احمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، درا النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 1991.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، المبسوط في شرح نظام الجنسية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1993.

- بن عامر تونسي، أساس المسؤولية الدولية في ضوء القانون الدولي المعاصر، منشورات دحلب، 1995.

- د. ابراهيم نجار، الاساليب البديلة لتسوية المنازعات في قانون العقود اللبناني، ندوة القانون المقارن، دمشق، 1996.

- د. أحمد أبو الوفاء، أثر أئمة الفقه الإسلامي في تطوير قواعد القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

- أ.د. الخير قشي، المفاضلة بين الوسائل التحاكمية وغير التحاكمية لتسوية المنازعات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1999.

- أ.د. أحمد ابو الوفا، كتاب التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2001.

- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.

- د. احمد ابو الوفا، الوسيط في القانون الدولي، منشورات دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2004.

- احمد رشاد محمود سلام، عقد الانشاء والإدارة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2004.

- د. أحمد صدقي محمود، مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2004.

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- د. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

- د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، سنة 2005.

- بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، 2005.

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

- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006.

- د. أحمد شرف الدين، الرقابة القضائية على اتفاق التحكيم وآثاره في ضوء أحكام محكمة النقض، ط1، دار نصر للطباعة، سنة 2007.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي؛ مفاوضات العقود الدولية؛ القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى ، القاهرة، مصر، 2008.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، الأصول في تنازع القوانين، القاهرة، دار النهضة العربية، 2008.

- أحمد هندي، التحكيم، دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

- د. أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الرابعة، 2013.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، النظرية العامة للنظم الودية لتسوية المنازعات: " المفاوضات، الوساطة، التوفيق، الصلح" بديلا عن المعترك القضائي، دار النهضة العربية، 2013.

- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم؛ مفهومه–اركانه وشروطه–نطاقه، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2013.

- أحمد كاظم الساعدي، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، الطبعة الأولى، المجلد 1، القاهرة، مصر، 2020.

- د. أسامة أبو الحسن المجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مصر، 2012.

- أشرف عبد العالي الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2006.

- آمال يذر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، طبعة أولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.

- بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، «دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية»، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.

- د .بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية؛ دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

- د. ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط 2، 1995.

- د. علاء أبارين، الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008.

- حازم حسن عبد الحميد جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

- حامد سلطان: القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

- حبيب خداش، دروس في القانون الدولي العام، المسؤولية الدولية؛ الحماية الدبلوماسية، تسوية النزاعات الدولية بالطرق السلمية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، الجزائر، نوفمبر 2002.

- حجام عابد، حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، 2020.

- حسام احمد محمد هنداوي، شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، 1998.

- حسن عطية الله، سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية «دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية»، دون دار النشر، القاهرة، 1992.

- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، سنة 2006.

- د. حسين أحمد الجندي، النظام القانوني لتسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية على ضوء اتفاقية واشنطن الموقعة عام 1965، دار النهضة العربي، القاهرة، 2005.

- د. حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2001.

- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007.

- حفيظة السيد الحداد، مدى اختصاص القضاء الوطني باتخاذ الإجراءات الوقتية والتحفظية في المنازعات الخاصة الدولية المتفق بشأنها على التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 1996.

- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

- د. جابر فهمي عمران، الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة العالمية؛ دراسة مقارنة مع الاستثمارات في ضوء الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، طبعة 2013.

- د. جلال وفاء محمدين، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.

- جمال محمد الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر، 2003.

- د. جمال المصطفى، د. عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.

- خالد عبد العظيم غابة، التحكيم وأثره في فض النزاعات، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2011.

- د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.

- خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض المنازعات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011.

- د. خيري فتحي البصيلي: تسوية المنازعات في أطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية، 2007.

- خيري عبد الفتاح البتانوني، الوساطة كوسيلة بديلة لفض المنازعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

- دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي: المعوقات والضمانات القانونية، بيروت،2006 .

- د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة بها، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، الطبعة الأولى،

- زروقي ليلى، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.

- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري "دراسة وصفية وتحليلية"، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

- د. سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاء، أبوظبي، الطبعة الأولى، 2014.

- شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الاصلية، مطبعة أسعد، بغداد،1971.

- صفوت عبد الحفيظ، دور الاستثمار الأجنبي في تطوير أحكام القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق،الإسكندرية، 2000.

- صافي يوسف محمد، النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006

- صالح محمد محمود، المسؤولية الموضوعية في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

- صلاح شلبي، الوجيز في القانون الدولي، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ،2003.

- صلاح الدين عامر، المشروع الدولي العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1978.

- د. طارق عزت رخاء، المنظمات الدولية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ط)، 2005. طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، « دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار»، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.

- عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية في ضوء أحكام المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1998.

- عبد الحكم فودة، نزع الملكية الخاصّة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.

- د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، "دراسة انتقاديه"، مكتبة النصر، القاهرة، 1991.

- د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

- عبد الحكيم فودة، نزع الملكية الخاصّة من أجل المنفعة العامة، دار الفكر العربي، مصر، 1992.

- د عبد المنعم زمزم، قانون التحكيم الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر،2011.

- د. عبد الواحد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، منشورات دار النهضة العربية، 1985.

- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، مصر، 1993.

- عبد الغني محمود: المطالبة الدولية لإصلاح الضرر في القانون الدولي العام والشريعة الاسلامية، دار الطباعة الحديثة، الطبعة الأولى، 1986.

- عبد الغني محمود، المطالبة الدولية لاصلاح الضرر، القانون الدولي العام،الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2004.

- د. عبد الله عبد الكريم عبد الله، ضمانات الاستثمار في الدول العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 2008.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الداخلية والدولية، منشأة المعارف، 2006.

- د. عزت محمد البحيري، تنفيذ احكام التحكيم الاجنبية، دار النهضة العربية، الاسكندرية، سنة 1997.

- د.عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

- د. عصام العطية ، القانون الدولي العام، شركة العاتك، القاهرة، الطبعة السادسة، 2007.

- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دراسة مقارنة، دار الجماعة الجديد، مصر، 2008.

- علي إبراهيم، الأشخاص الدولية مفهومها وأركانها ونظامها القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

- د. علي عوض حسن، التعليق على القانون رقم 7 لسنة 2000 بشأن التوفيق في المنازعات، دار المطبوعات الجامعية، 2001

- د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم؛ دراسة في احكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2010.

- عمر حسين عدس، مبادئ القانون الدولي المعاصر،شركة مؤسسة الطوبجي للتجارة و الطباعة و النشر، 2004-2005.

- د. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، مصر، 2001.

- فتحي والي، التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارية الدولية -علما وعملا-، الطبعة الأولى، سنة 2014.

- د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.

- فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010

- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان، الأردن،2010

- لما أحمد كوجان، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدولة والمستثمر الأجنبي وفقا لأحكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن، بيروت، 2008.

- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية،1997.

- محمد عبد الظاهر حسن، رؤية جديدة للتعويض في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- د. محمد عبد البدر منعم، القانون الروماني: الكتاب الثاني في الاموال، دار الكتاب مطبعة لجنة والترجمة والنشر، القاهرة، 1938

- محمد السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الادارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د.ط،2003.

- محمد طلعت الغنيمي، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.

- د. محمد المجدوب، القانون الدولي العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، 2007.

- محمد أنس قاسم جعفر: النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية، الدار الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 1993.

- محمد يوسف المعداوي، مذكرات في الأموال العامة والأشغال العامة، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

- محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي وتغير النظرة السائدة حول سبل التسوية في منازعات التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

- محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام «القاعدة الدولية»، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2015.

- محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادي، الجزائر، سنة 2008.

- د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2011.

- د. مصطفى المتولي قنديل، دور الاطراف في تسوية المنازعات العقدية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

- د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2000.

- نبيل عبد الرحمان نصر الدين، ضمانات حقوق الانسان وحمايتها وفقا للقانون والتشريع الدولي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2006.

- نبيل بشير، المسؤولية الدولية في عالم متغير، مطبعة عبير، مصر، 1994.

- نبيل أنطاكي، عقود الوساطة التجارية ومحاولة لتغيير طبيعة المنازعات وايجاد طرق بديلة لتسوية المنازعات، سآنت فوي، جامعة لافال، 1993.

- نوري مروة جعفر، النزاعات الإقليمية في ضوء القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائرية، الجزائر،1992.

- هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي؛ مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

- هشام خالد، عقد ضمان الاستثمار "القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثور بشأنه، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.

- وائل أحمد غلام، مركز الفرد في النظام القانوني للمسؤولية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

3- المقالات والمداخلات

- إبراهيم شحاته، "**أول قضية تحكيم في موضوع ضمان الاستثمارات الأجنبية**"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 26، 1972.

- د. أبو العلا علي أبو العلا النمر، "**نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا**"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، عدد 02، القاهرة، 2002.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، "**القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم محاذير وتوجيهات**"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 64، عام 2008.

- د. احمد عبد الكريم سلامة، "**المسؤولية الدولية وفكرة الجنسية في الحماية الدبلوماسية**"، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، سنة 1995.

- أحمد صادق القشيري، "**الاتجاهات الحديثة في تعيين القانون الذي يحكم العقود الدولية**"، مقال منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد الحادي والعشرون، الجمعية المصرية للقانون الدولي، القاهرة، 1965 .

- د. أحمد السمدان، "**القانون الواجب التطبيق في التحكيم التجاري الدولي**"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 17(الأوّل والثاني)، سنة 1993.

- أسامة أحمد شوقي المليجي، "**فكرة التوفيق في القانون المصري**"، بحث منشور ضمن فعاليات مؤتمر التسوية الودية للنزاعات، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 25 مارس 2002

- بسام ميرزا، "**ورشة وطنية لتعريف المستثمر الاماراتي بالاتفاقيات الثنائية للاستثمار**"، أبو ظبي، فبراير 19-20، 2013

- د. إياد يونس محمد الصقلي، "**تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام**"، مجلة جامعة الكويت للحقوق، المجلد 3، العدد 1، الجزء 1، سنة 2018.

- بن سهلة ثاني بن علي، نعيمي فوزي، "**تطور الاستثمار الأجنبي في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار**"، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، عدد 02، سنة 2007.

- جون دوغارد، "**المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية**"، منظمة الأمم المتحدة، مكتبة الأمم المتحدة للقانون الدولي، 2017.

- د.جمال بوستة، "**حماية حقوق الملكية الفكرية وفقًا لاتفاقية التريبس وتأثيرها**"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،العدد 11، 2017.

- د. جمال بوستة، البعد البيئي كقيد على مبدأ حرية الاستثمار في التشريع الجزائري. مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية،العدد 05-01، 2022.

- حسين مصطفى فتحي، "**أهم المبادئ المستنبطة من القضاء المصري في شأن التحكيم**"، مجلة التحكيم العربية، العدد 08، أوت 2005.

- خيرت أحمد سعيد، "**التأميم وملكية الأجانب**"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد19، مصر،1993.

- خالد محمد جمعة، "**انهاء الدولة المضيفة للاستثمار للاتفاقية مع المستثمر الأجنبي**"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، عدد 3، 1999.

- راغب وجدي فهمي، "**نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات**"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، المجلد 15، العدد 01، مصر، 1973

- د.صلاح الدين بوجلال، "**طرق تسوية المنازعات الاستثمارية في الاتفاقيات متعددة الأطراف التي صادقت عليها الجزائر**"،مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 2، جوان 2005.

- علي خليل إسماعيل، "**مبدأ التعويض في القانون الدولي**"، مجلة الفقه والقانون الدولية، مقال منشور بتاريخ: 2012/06/21.

- د.علي خالد دبيس، "**قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها**"، مجلة أهل البيت عليهم السلام، جامعة كربلاء، كلية الإدارة و الاقتصاد، اختصاص: قانون عام، العدد 20، 2006/12.

- د.علي خالد دبيس،" **قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها**"، مجلة أهل البيت، العدد 20، بغداد، سنة، 2006.

- د. عبد المؤمن بن صغير، "**دور اتفاقيات الاستثمار الثنائية في رفع نظام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب**"، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني عشر، 2013 .

- عبد الغني محمود، "**المطالبة الدولية لاصلاح الضرر**"، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2004.

- د. علاء آبا ريان، "**الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية** "**دراسة مقارنة**""، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2008.

- عليوش قربوع كمال، "**قانون الاستثمارات في الجزائر**"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.

- قادري عبد العزيز، "**دراسة في العقود بين الدول ورعايا الدول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية**"، مجلة إدارة، عدد 1، الجزائر، 1997.

- قرطبي سهيلة، "**شرط التحكيم المعتل ووسائل معالجته**"، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق جامعة ابي بكر بلقايد، تلمسان، العدد الرابع، جوان 2016.

- د. محمد أبو العينين، "**الطبيعة الخاصة و المتميزة لصناعة التشييد و البناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات**"، مجلة التحكيم العربي، دار النهضة العربية، العدد الخامس،2002.

- د. محمد فتوح محمد عثمان، "**الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي في دولة الإمارات العربية المتحدة**"، مجلة العدالة، وزارة العدل بدولة الإمارات العربية المتحدة، العدد 103، 2000.

- د. مروة محمد محمد العيسوي، "**التوفيق كآلية فاعلة لتسوية المنازعات التجارية والاستثمار**"، مجلة روح القوانين، العدد 94، إصدار أفريل 2021.

- هبة أحمد سالم، "**الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها**"، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، يونيو 2015.

- . م.م. وديان خالد عوده، "**الوسائل الدولية لتسوية المنازعات في ضوء الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الاموال العربية في الدول العربية لسنة 1980**"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، عدد 20 ،2018.

- المستشار الدكتور. يوسف عبد الهادي الإكيابي، "**الوسائل البديلة لتسوية المنازعات** "**دراسة في أحكام الوساطة**"، المجلة القانونية، هيئة التشريع والرأي القانوني، العدد الثامن، البحرين، جوان 2017.

- Elmejresi, Jamila& Musa, Abdul & Rab, Muneer. "**مدى سلطة المحكّم في البتّ في اختصاصه في التّشريع الليبي**"، مجلة الشريعة والقانون بماليزيا، العدد رقم01، المجلد السابع، 2019. http://bit.ly/2RAE0NcHMS

4. مراجع أخرى

أ- تقارير منظمة الأمم المتحدة

- حولية لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، تقرير الفريق العامل المُكلّف بموضوع الحماية الدبلوماسية، الدورة49، وثيقة رقم: 537، المؤرّخ في 3 جويلية1997 .

- بنونة، التقرير الأوّلي، حولية لجنة القانون الدولي، المجلد الثاني (الجزء الأول)، الوثيقة A/CN/4/484، 1998.

- حولية لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، تقرير الدورة 52، الملحق رقم: 10(A/55/10)، الفقرة رقم: 424، سنة 2000.

- حولية لجنة القانون الدولي، الأمم المتحدة، المجلد الأول (ألف)، A./CN.4/SER.A/، سنة 2000.

- حولية لجنة القانون الدولي، العدد 02، منظمة الأمم المتحدة، 2001.

- حولية لجنة القانون الدولي، التقرير المقدم للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الثالثة والخمسين، 2001.https://bit.ly/3Eo3x4hHMS

- حولية لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 56، وثيقة رقمA/59/10: ، سنة2004

- حولية لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، التقرير الأول، المجلد الثاني (الجزء الثاني)، 2004.

- حولية لجنة القانون الدولي، الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، تقرير لجنة القانون الدولي، الدورة 58، وثيقة رقم: A/CN/4/L.684، سنة2006.

- الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة الحادية والخمسون، الملحق رقم: 10(A/52/10)، الفقرة24 : والمرفق الثاني الإضافة 1.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، عدد 1803 بتاريخ 14 ديسمبر 1962، لاكثر تفصيل راجع الموقع الرسمي: http://www.miaad.org/AHRC/Qararat-UN.pdf

- قرار الجمعية العامة رقم 2281 (د 29)، الصادر في 12 ديسمبر 1974.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم 29/3281، المؤرخ في 12 ديسمبر 1974.

- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم: 160/51 المؤرخ في 16 ديسمبر 1996.

- جون دوغارد، التقرير الرابع بشأن الحماية الدبلوماسية، لجنة القانون الدولي، الدورة الخامسة والخمسون، 2003، الوثيقة رقم (A/CN.4/530) من وثائق منظمة الأمم المتحدة.

- ملحق القرار رقم 83/58، للجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة، بتاريخ: 2001/12/12.

ب- أحكام وقرارات محكمة العدل الدولية

- حكم محكمة العدل الدولية الدائمة، حول النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان في سيليزيا العليا، الصادر في 25/حزيران/1926.

- حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض الصربية، مجلد الاحكام، العدد رقم 20/21، دار النشر لايدن، سنة 1929.

- حكم محكمة العدل الدولية في قضية «انترهاندل» بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا، محكمة العدل الدولية، الصادر بتاريخ 1959/03/21. https://bit.ly/2UK9iTHMS

- حكم نهائي صادر بتاريخ 18 جويلية 1966 في قضية إثيوبيا وليبيريا ضد جنوب إفريقيا، مجلد محكمة العدل الدولية، سنة 1966.

- قرار محكمة العدل الدولية الصادر في: 27 أوت 1952، حولية لجنة القانون الدولي، المجلد 02، 1968.

- قرار محكمة الجنايات المؤرخ في 09 من نوفمبر 1983، المجلة القضائية، رقم 02، 1983.

- حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضية القروض البرازيلية، رقم 15، ملف رقم E.cXVII، دور رقم .XVI؛ https://bit.ly/2JgyDlv

ت-أحكام تحكيمية

- قضية «Asian Agricultural Products Limited» ضد سيريلانكا، القضية رقم: ARB/87/3، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، بتاريخ: 27 جوان 1990.

- قضية «Maffezini» ضد مملكة اسبانيا، القضية رقم: ARB/97/7، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتاريخ: 13 نوفمبر 2000.

- قضية «Mondev» ضد الولايات المتحدة الأمريكية، القضية رقم: ARB/99/2، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتاريخ: 11 تشرين الثاني 2002.

- قضية شركة «Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A» ضد المكسيك، القضية رقم: ARB(AF)/00/2، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتاريخ: 29 ماي 2003.

- قضية شركة «Occidental Exploration & Prod. Co» ضد جمهورية الإكوادور، القضية رقم: UN/3467، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتاريخ: 01 جويلية 2004.

- قضية «*Eureko B.V.*» ضد جمهورية بولندا، حكم تحكيم Ad Hoc، بتاريخ: 19 أوت 2005.

- قضية شركة «Encana Corp.» الكندية ضد جمهورية الإكوادور، القضية رقم: ARB/02/1، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CIRDI)، بتاريخ: 03 أكتوبر 2006.

- قضية شركة «Siemens» ضد الأرجنتين، القضية رقم: ARB/02/8، حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، بتاريخ: 6 جانفي2007.

- قضية «René Lévy and Gremcitel S.A.» ضد دولة البيرو، القضية رقم: ARB/11/17 حكم تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، صادر بتاريخ 09 جانفي 2015.

- قضية تتعلق بنزاع ضريبي، قامت على إثره الشركة البترولية "TOTAL"بطلب رفع دوى تحكيمية ضد دولة أوغندا حسب جريدة Reuters.com، الموقع الالكتروني (تم تصفح الموقع بتاريخ: 2020/11/01)؛https://bit.ly/2Ub9bQMHMS

- حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 2008/10/26، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 10/1 ق، قضية " السيدان: عادل صالح المداح ضد كل الدولة التونسية"، متوفرة عبر الموقع الالكتروني: http://bit.ly/2Nu0lKUHMS

- نقض مدني لمحكمة أبو ظبي، الطعن رقم 554، لسنة 2008، س.02.ق.أ، سلسلة مبادئ النقض.

- حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 2010/12/06، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 7/1، قضية "سعيد توفيق الخوري–بصفته ممثلا عن رئيس شركة اتحاد المقاولين ضد الأمانة العامة لجامعة الدول العربية".https://bit.ly/3gCz7DPHMS

- حكم محكمة الاستثمار العربية بتاريخ 2015/04/21، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 12/1، قضية " السيدان: عمر صالح سعيد العامودي باطوق ووليد سعيد باطوق ضد كل من وزير العدل والنائب العام ووزير الداخلية لدولة مصر"، متوفرة عبر الموقع الالكتروني: http://bit.ly/2u7qgBaHMS

ث–مراجع متفرقة

- منصف الكشوف، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الاتفاقيات الدولية في منازعات الاستثمار، متوفر عبر الموقع الالكتروني http://bit.ly/2FR3a4GHMS

- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، وثيقة الأمم المتحدة، رقم E/ESCWA/EDGD/2011/MANUAL1.1،11–01156 ، جويلية 2011.

- قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، غرفة التجارة الدولية، نشرة عدد865 –3 ARA، فرنسا، جانفي 2016.

ثانيا– قائمة المصادر والمراجع باللغة الأجنبية

–Dictionnaire le petit Robert1, Paris,1978.

1-Textes Juridiques

- Convention Suisse-Malaisie, Conclue le 01/03/1978, Entrée en vigueur par échange de notes le 09/06/ 1978.

- TBI Pays-Bas/Tchécoslovaquie a été conclu le 29 avril 1991 et est entré en vigueur le 1er octobre 1992, Le texte est disponible en langue anglaise sur le site Internet de la CNUCED; https://bit.ly/3V2W0hWHMS.

- Code civil Français, Modifié par Ordonnance N°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2, plus amples informations consult2é le lien suivant ; https://bit.ly/3h0G3utHMS.

- Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 du code de procédure civile français.

2-THÉSES

- A.C. **FOUSTOUCOS**, « l'Arbitrage interne et international en droit privé », Hellénique, Thèse paris,1976.

- H. **EL–GAMAL**, « L'Assurance des investissements étrangers dans les pays sous-développés ; contre les risques non commerciaux – (Pays arabes) », thèse de doctorat, Fac. De Droit et des Sciences Économiques, Université, Paris I, 1970.

- F. **HEPP** « Théorie générale de la clause NPF en droit international privé » thèse de doctorat, université de paris, 26 janvier 1914.

- J.M. **JACQUET**, « Principe d'autonomie et contrats internationaux », Thèse Paris, Éd. Economica, 1983.

- R.K. **LEBERO**, « The International Law Framework for Foreign Investment Protection », PhD Thesis, University of Glasgow, 2012.

- G. **ROUHETTE**, « Étude critique de la notion du contrat », Thèse Paris, 1965.

- Tarek Fouad **RIAD**, « The applicable Law in Transnational Arbitration », Doctoral Thesis of Law S.J.D., Harvard Law School, 1985

- Saleh **ZEHAF**, « La protection des investissements étrangers dans les pays arabes », DEA, Fac de Droit et des Sciences Économiques, Université Paris I, Panthéon – Sorbonne, 1984.

3-OUVRAGES

- RP. **ANAND**, « International Courts and Contemporary Conflicts », New York, Asia Publishing House, 1974.

- Arnaud. De **NANTEUIL**, « Le droit international d'investissement », Paris, Edition A. Pedone,2014.

- M^{me} Paul **BASTID**, « La justice dans les relations internationales », La Justice, Centre de sciences politiques de l'institut d'Études juridiques de Nice, P.U.F., 1961.

- D. **BLANCO**, « Négocier et rédiger un contrat international », Paris, Éd-1995.

- **BOURQUIN**, « Arbitration and economic development agreements», In the Business, lawyer, 1960.

- D**. CARREAU,** TH**. Flory,** P**. Julliard**, « Manuel Droit International

- Economique », 3ème édition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,1990.

- I. **BROWNLIE**, « Principles of public international law », 5th Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998.

- J. **CRAWFORD,** «Brownlie's Principles of public international law », 3rd Ed., Clarendon press, Oxford,1979.

- P.M. **DUPUY**, « Droit international public », DALLOZ. Paris, 5ième éd. 2000.

- P.-M. **DUPUY**, « Observations sur le crime international de l'Etat », RGDIP, 1980.
- Ch. **DE VISCHER**, « Théories et réalités en droit international public », Pédone, 4ème édition, Paris 1970.
- F. **EISEMAN**, Clause d'arbitrage Pathologique, Essai In Mémorial engenio minoli, Association italienne pour l'arbitrage, UTEC, Turin,1974.
- A. **FATOUROS**, « Government Guarantees to Foreign Investors », Columbia University Press, New York, 1962.
- **FOUILLÉE**, « La science sociale contemporaine », Librairie HACHETTE, Paris, Deuxième Édition, 1889.
- Ph**. FOUCHARD,** « l'Arbitrage commercial international », Éd. Dalloz, Paris,1965.
- Ph. **FOUCHARD**, E. **GAILLARD**, B. **GOLDMAN**, « Traité de l'arbitrage commercial International », Litec, N°1132, 1996.
- P. **GUGGENHIEM**, « Traite de Droit International Public », Genève,1958.
- D.W**. GREIG**, « International Law » ، 2nd Ed ،London-Butterworth,1976.
- V. **HUEZÉ**, « La règlementation française des contrats internationaux », Paris, Éd. Gold Joly,1990.
- Charles **JARROSSON**, « La notion d'Arbitrage », Paris, L.G.D.J.,1987.
- Ph. **KAHN**, « Lex Mercatoria et Euro-obligations » ; in Mélanges CL. **SCHMITTHOFF**, Frankfurt, 1973.
- H. **KELSEN**, « Théorie juridique de la convention », in Archive de philosophie de droit,1940.
- F. **KERNALEGUEN**, « Déni de justice », in Cadiet (L.) dir., Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.
- A.C. **KISS**, « La Protection Diplomatique », Encyclopédie juridique, Répertoire de droit international, Tome II, Dalloz, Paris, 1969.

- Jean Pierre **LAVIEC**, « Protection et promotion des investissements ; études de droit international économique », Graduate Institute Publications, Genève, 1985.
- D. **LUFF**, « Le Droit de l'Organisation mondiale du commerce; Analyse critique », Bruxelles, Bruylant, 2004.
- Michael **MCILWRATH** and John **SAVAGE**, « International Arbitration and Mediation: a practical guide», Kluwer Law International, Wolters Kluwer law and business, The Netherlands, 2010.
- R. B. **MOREAU**, « L'arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé », Dalloz, Paris, 6^{e}édition,1993.
- J**. ROBERT**, « L'arbitrage, Droit Interne, Droit International Privé », avec la collaboration de B. Moreau, 6^{e}édition, Dalloz, Paris, 1993.
- Ch. **ROUSSEAU**, « Droit international public », Tome 5, Paris, Sirey, 1983.
- P. **ROUBIER**, « Théorie générale du droit », Paris, Sirey, 1951.
- J. **SALMON**, « Dictionnaire de droit international public », Bruxelles, Bruylant, 2001.
- C. I **SAMSON**. J. **Mc BRIDE**, « Solutions de Rechange au Réglement des Conflits, Alternatives Dispute Rosolution », Sainte – Foy, Les Presses de l'Université de Laval, 1993.
- E. **SCWARTZ**, « A comment on chromalloy », Himation à l'américaine, 14 J. Int.Arb,125, Juin 1997.
- M. **SORNARAJAH**, «The International Law on Foreign Investment», Fourth Edition, Cambridge university Press, 2017.
- Ch. **SERAGLINI**, J. **ORTSCHEIST**, « Droit de l'arbitrage Interne et International », Montchrestien, l'extenso édition, 2016.
- J. G. **STARKE**, « An Introduction to International Law », 5th Ed. London,1963, Saldutiskis -Panevėžys. Railway, Judgment, 1939, PCIJ, Series A/B, No. 76.

- Alfred **VERDROSS**, Völkerrecht «Le Droit International», 5e édition, Vienne, Springer, 1964.
- Jean **VINCENT** et Serge **GUINCHARD**, « Procédure civile », DALLOZ, 2003
- T. **WALDE**, « Stabilité du contrat: règlement des litiges et renégociation », Rev. Arb, 1981.

4-ARTICLES

- C. F **AMERASINGHE**, «The Quantum of Compensation for nationalized property», in; III The Valuation of nationalized property in International Law 91, R.Lillich Éd, 1975.
- Samuel **ASANTE**, « Droit international et investissement », in ; Droit International, Bilan et Perspectives, Tome 2, Paris, Pédone, 1991.
- Milan **BARTOS**, « La clause de la nation la plus favorisée en droit international », Revue de la politique Internationale, N° 303,1962.
- Suzanne **BASTID**, « Le Droit international public dans la sentence d'Aramco. In; Annuaire Français de Droit International, Vol. 7, 1961.
- Ali **BENCHENEB**, « L'Arbitrage et le rôle du juge d'appui en droit algérien et français », Revue de Droit des Affaires Internationales, International Business Law Journal, N°1, 2012.
- G. **BERLIA**, « Contribution à l'étude de la protection diplomatique », A.F.D.I. Vol. 3, 1957, pp. 63-72.
- **Walid BEN HAMIDA**, « L'Arbitrage État-investisseur face à un désordre procédural : la concurrence des procédures et les conflits de juridictions ». In ; Annuaire Français de Droit International, Vol. 51, 2005.
- EM**. BORCHARD**, «Protection of Citizens Abroad and Change of Original Nationality», YALE LAW JOURNAL, Vol XX, N 43, 1934.

- E.M. **BROCHARD**, « Premier rapport pour l'Institut du Droit International sur la protection diplomatique des nationaux à l'étranger », Ann. IDI., Session de Cambridge, Vol. I, 1931.
- Chakib **BOUKLI HACÈNE**, « Le Principe de diligence dans la procédure judiciaire sociale en Algérie », Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, N° 01, 2019.
- Lucius **CAFLISCH**, « L'avenir de l'arbitrage interétatique », In: Annuaire Français de Droit International, Vol. 25, 1979.
- J. **CHAPPEZ**, *«* Protection Diplomatique *»*, Jurisclasseur du droit international, éditions du Jurisclasseur, Vol. 4, mise à jour du 1ier sep., Fasc. N° 250,1999.
- G. **CHAVRIER**, « Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde », AJDA, 2003.
- R. **DAVID**, « L'Arbitrage dans le commerce international », Paris, Economica, 1982.
- Benjamin G. **DAVIS**, « Pathological Clauses », Arbitration International, Vol.7, No.4, LCIA,1991.
- Maryse **DEGUERGUE**, « Les Dysfonctionnements Du Service Public De La Justice », Institut National Du Service Public, Revue Française d'administration Publique, N° 125, 2008.
- L. DEGOS, « Les nouvelles dispositions de la loi française relatives à la clause compromissoire », RDAI, 2001.
- P. **DE VISSCHER**, « La Protection Diplomatique des personnes morales », R.C.A.D.I. de la Haye, Vol. 102, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1961.
- Luis Miguel **DIAZ**, « Mediation Year 2051? », Dispute Resolution Journal, Vol 56 N° 01, 2001.

- W. S. **DODGE**, «National Courts and International Arbitration: Exhaustion of Remedies and Res Judicata under Chapter Eleven of NAFTA», Hastings Int. and Comp. L. Rev. 375, 2000.
- René-Jean **DUPUY**, « L'Adaptation de la cour internationale de justice au monde d'aujourd'hui », R.B.D.I, √olume 01, 1966.
- G. F. **FITZGERALD**, « Le Canada et le développement du droit international : La contribution de l'Affaire de la fonderie de Trail à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontière », Études internationales, Vol. 11, N° 03, 1980.
- Ph. **FOUCHARD**, « La Laborieuse réforme de la clause compromissoire par Loi du 15 mai 2001 », Revue de l'arbitrage, N° 3, 2001.
- C. **FOMBAD**, The Principles of unjust enrichment in international Law, 30 Th comparative and international law journal of South Africa, 1997.
- Wilhelm Karl **GECK**, « Diplomatic protection », in Rudolf Bernhardt (dir.), Encyclopedia of Public International Law, vol. 1, Amsterdam, Elsevier, 1992.
- Ori J. **HERSTEIN**, « A Normative Theory of the Clean Hands Defense», Journal Cornell University Law School, Vol. 17, No. 3- 2011
- Meunier **HUGO**, « Le Fondement de la protection diplomatique : pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », In; Annuaire Français de Droit International, Vol. 59, 2013.
- F. **JAPPONT**, "La Dualité égalité-équité dans la pratique des autorités de régulation", Revue Internationale de Droit Économique, N°02, 2006.
- Benedict **KINGSBURY** and Stephan **SCHill**, «Investor-State Arbitration as governance Fair and Equitable Treatment; Proportionality and the Emerging Global administrative Law », Working Paper to New York University School of Law- 2009.
- P. **LAGARDE**, « Le Dépeçage dans le droit international privé des contrats », In Riv.Dir. intr. Pr e proc. ,1975.

- Patrice **LEVEL**, « Clause de la nation la plus favorisée », Revue de droit international, Tome I, Dalloz, 1968.
- Philippe **LEBOULANGER** et Hadi **SLIM** , « Chronique de Jurisprudence étrangère », Rev. De l'arbitrage 2004
- Von **MANGOLDT**, «The International Arbitration means in dispute settlement », Contribution to foreign public law and international law, Vol. 63, Berlin / Heidelberg / New York, Springer Verlag, 1974.
- T**. MERON**, «The Incidence of the Rule Exhaustion of Local Remedies», B.Y.I.L, Vol 35,1959 .
- Fathi Ben MRAD, « Définir la médiation parmi les Modes alternatifs de régulation des conflits », Informations Sociales, N° 170, Cairn. Info, 2012/2.
- Kadi Hanifi **MOKHTARIA**, « Le régime juridique de l'enquête d'utilité publique en matière d'expropriation », IDARA : Revue de l'École nationale d'administration, Vol. 15/1, 2005.
- F. **MUTIS TELLEZ**, «Conditions and Criteria for The Protection of Legitimate Expectations Under International Investment Law », ICSID Review, Vol. 27, No. 2, 2012.
- Pierre Emmanuel **MOYSE**, « L'Abus de droit L'anténorme-parie 1 », Revue de droit de McGill, Vol. 57, N° 4, juin 2012.
- **NIBOYET**, « La Notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé », RC*,* Vol. 52 ,1935.
- BORIS **NOLDE, «** La Clause de la nation la plus favorisée et les tarifs préférentiels », R.C.A.D.I, VOL.01,1932.
- AWALOU **OUEDRAOGO**, «La Due diligence en droit international: de la règle de la neutralité au principe général», Revue Générale de Droit, éditions Wilson & Lafleur, inc., Vol. 42, N° 2, 2012.
- Sadjo **OUSMANOU** , « Comment prévoir le recours à l'arbitrage dans un contrat ? » , Revue Camerounaise de l'Arbitrage, N°35, oct.nov .dec ,2006.

- G. **PALMISANO**, « La Procédure de réclamations collectives en tant qu'instrument de protection internationale des droits sociaux », R.G.D.I.P., Éd. A.Pédone, Vol. N° 3-4, 2020.
- Jan **KLEINHEISTERKAMP**, « Discussion », in KESSEDJIAN, Catherine (dir.), Le droit européen et l'arbitrage d'investissement, Paris. Éd. Panthéon-Assas Paris II, 2011.
- Nathalie **ROS**, « La Cour internationale de Justice comme instrument de la paix par le droit », Études internationales, Vol. 25, N° 2,1994.
- J.C. Fernandez **ROSAS**, « Le Rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial International », Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye, Tome. 2, 2002.
- Édouard **SAUVIGNON,** « la Clause de la nation la plus favorisée » presses universitaires de Grenoble, 1972.
- Y. **SHANY**, «Jurisdictional Competition Between National and International Courts: Should International Jurisdiction-Regulating Rules Apply? », XXXVII, Netherlands Year Book of International Law, Vol. 03, 2007.
- Nour-Eddine **TERKI**, « l'Arbitrage Commercial International en Algérie », Alger, OPN, 1999.
- Endre **USTOR**, « Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée » Doc, A/CN.4/213, Annuaire de La C.D.I, Vol 02. 1969.
- Kenneth J. **VANDEVELDE**, « Bilateral Investment Treaties. History, Policy, and Interpretation », Oxford University Press, Oxford, 2010.
- J. **VERHOEVEN**, « Traités ou contrats entre États ? Sur les conflits de lois en droit des gens», J.D.I.,Numéro 01, Clunet,1984.
- D.H. **VIGNES,** « La clause NPF et sa pratique contemporaine : problème posé par la communauté économique européenne », R.C.A.D.I, Vol 2, Tome 130,1972.

- D.H. **VIGNES**, « Sentence du 24 juillet 1956 du Tribunal d'Arbitrage franco-hellénique (Concession des phares de l'Empire Ottoman) ». In: Annuaire Français de Droit International, Vol. 2, 1956.

- Marjorie M. **WHITEMAN**, « Damages in International Law », Vol 2, Washington D.C., U.S. Government printing office, 1937.

- G. **WANG** & X. **HE**, « Mediation and international investment: a Chinese perspective », Maine Law Review, Vol.65, Nº1, 2012.

- Michael **ZANDER**, « The Act of State Doctrine », The American Journal of International Law, Cambridge University Press, Oct., 1959, Vol. 53, No. 4 (Oct., 1959)**.**

- Rachid **ZOUAIMIA**, « Le Régime des investissements étrangers en Algérie», Journal du Droit International, N°03, 1993.

- Guide to Arbitration, ICE publication N° : 382, ISBN 1018 Paris, France, 1992**.**

- Marie Helene Malville **COSTEDOAT**, «Techniques de reglement des litiges, pathologies des clauses de reglement des differents et tehcniques d'interpretation», , sur le sitehttp://bit.ly/33c6vpHMS.

- Christoph **MÜLLER**, « Développements futurs de l'arbitrage », in BONOMI, Andrea &BOCHATAY, David (dirs), Arbitrage interne et international, Actes du colloque de Lausanne du 2 octobre 2009, Droz SA, Genève, 2010.

5-Arrêts Juridiques Internationaux

- Arrêt du 28 février 1939, CPJI., N° 76, Série A/B.

- Affaire Amoco moco International Finance Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, National Iranian Oil Company, National Petrochemical Company and Kharg Chemical Company Limited, IUSCT Case No. 56, Voir In : http://bit.ly/2C4xIxDHM

- Affaire ELECTRONICA SICULA (USA V. ITALY), Case No 76, ICJ, Receuil des arrets, avis consulattifs, Jugement du 20 Julliet 1989.

- Affaire Nottbhom, Arrêt du 6 Avril 1955, Rec. CIJ., 1955.
- Affaire relative à l'usine de Chorzów, Recueil des arrêts, n°13, Publications de la Cour permanente de Justice Internationale, Série A n°17, 1928.
- Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, Affaire CIRDI nº ARB/95/3, Sentence du 10 février 1999.
- Affaire de l'Immunités Juridictionnelles De L'état, Allemagne c. Italie c. Grèce, Arrêt du 23 Février 2012, Cour International de Justice, recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances.
- Affaire de la Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited, Arrêt du 05 Février 1970, Cour International de Justice, recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances.
- Ambatrielos Claim,1956 , (Greece V. United Kingdom), U.N.R.I.A.A, Vol N° 07.
- Arbitral Tribunal, Award in Ddispute between Libyan American Oil Company (Liamco) And The Government Of The Libyan Arab Republic Relating To Petroleum Concessions." International Legal Materials, vol. 20, no. 1, 1981.
- Awards of Banco Nacional De Cuba v. Chase Manhattan Bank, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decision of August 1981.
- Cass, Civ, 1er, 18 ; ars 1980, j.c.p.1980 1v.
- Case No. A/18, Iran-U.S. C.T.R., vol 5, 1984.
- Cour d'appel de Paris 1 Ch. Urg., 1er décembre 1993, Rev. Arb.1994 .
- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 6 janvier 1987, 84-17.274, Publié au bulletin I N° 2,1987.
- CIRDI, Victor Pey Casado and Président Allende Foundation c. Chili, sentence arbitrale du 8 mai 2008, Aff. n° ARB/98/2.
- CIRDI, Pac Rim Cayman LLC c. Salvador, décision sur les objections à la compétence du 1er juin 2012, Aff. n° ARB/09/12.

- Cass. Civ,1re, 6 janvier 1987, n°84-17274, bull. n°2/1987, p.1, consultable sur ; http://bit.ly/34K39NcHMS

- Enron Corporation and Ponderosa Assets LP c. République Argentine, Décision sur Juridiction., Affaire CIRDI nº ARB/01/3, IIC 93. Décision sur juridiction, 2004.

- Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, PCIJ, Series A,1924.

- Finish Ships Arbitration,1934 , U.N.R.I.A.A.

- Saldutiskis -Panevezyś .Railway, Judgment No. 76, PCIJ, Series A/B, 1939.

- P.C.I.J.,1926 , Serie A.No.7, p.18. Voir In ; https://bit.ly/3Plu0ooHMS

- Permanent Court of Arbitration - The matter of an arbitration under the Unicitral arbitration rules - Saluka investments bv (the Netherlands) Vs. the Czech Republic -in 17 March 2006.

- Rapport d'étape, Projet de L'OCDE sur les Pratiques Fiscales Dommageables. http://bit.ly/2NEvvOTHMS

- CNUCED, Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s, New York; Geneva, UN, 1998.

- CNUCED, Différends entre investisseur et État, Nation Unies, Genève, 2010.

6-Annuaires et Décisions ONU

- García **AMADOR,** « Responsabilité des Etats », Ann. C.D.I., Vol. II, Doc. A/CN.4/96, 1956.

- Projet de déclaration des droits et des devoirs des Etats, Ann.CDI., Vol. II, Doc. A/CN.4/ 11, Nations Unies., 1958.

- Ann. IDI., Vol. 51, Session de Varsovie, T. 1, Justitia et Pace, Éd. Juridiques et sociologiques S.A., Bâle, 1965.

- Ann. De La Commission Européenne des Droit De l'homme, 2011, Vol. II (3éme partie), Nations Unies, New York et Genève, 2018.

- Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. CIJ., 1949.
- Répertoire suisse, Vol. I, p. 14, Voir In ; https://bit.ly/3UNSjwkHMS

فهرس المحتويات:

مقدمـــــــة: 01

الباب الأول: حماية المستثمر الاجنبي: ما بين الحماية الحديثة والتقليدية و مسؤولية الدولة المضيفة12

الفصل الأول: آليات الحماية التقليدية والحديثة: دراسة تحليلية للحماية الدبلوماسية ومبادئ المعاملة16

المبحث الأول: الحماية الدبلوماسية كآلية تقليدية لحماية حقوق المستثمر الأجنبي 17

المطلب الأول: ماهية الحماية الدبلوماسية 17

الفرع الأول :تعريف الحماية الدبلوماسية 18

أولا- التعريف الواسع 18

ثانيا- التعريف الضّيق 20

ثالثا :تعريف لجنة القانون الدولي 23

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية..... 25

المطلب الثاني: شروط ممارسة الحماية الدبلوماسية 27

الفرع الاول: شرط الجنسية..... 28

أولا- تعدد جنسيات الشخص الطبيعي..... 30

ثانيا-الاشخاص عديمو الجنسية 31

ثالثا-جنسية الشخص الاعتباري 32

1-جنسية الشركة 32

2-جنسية حملة الأسهم..... 34

الفرع الثاني: شرط استنفاذ جميع سبل الانتصاف المحلية 35

أولا- الطبيعة القانونية لقاعدة شرط الاستنفاذ 35

ثانيا- نطاق تطبيق شرط استنفاذ الوسائل الداخلية 39

ثالثا- شروط تطبيق شرط الاستنفاذ والاستثناءات الواردة عليه 41

المبحث الثاني : مبادئ معاملة المستثمر الأجنبي: نظرة تحليلية في إطار الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف 50

المطلب الأول: الحماية بالإحالة 50

الفرع الأوّل: شرط المعاملة الوطنية 51

أولا- ماهية المعاملة الوطنية 51

ثانيا- نطاق تطبيق شرط المعاملة الوطنية 54

الفرع الثاني: شرط الدولة الأولى بالرعاية 55

أولا-عناصر شرط الدولة الأولى بالرعاية 56

ثانيا-الأساس القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية 57

ثالثا -أشكال شرط الدولة الأولى بالرعاية 58

1-شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط 58

2-شرط الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط 60

3-شرط الدولة الاولى بالرعاية المتعدد الأطراف 63

المطلب الثاني :الحماية المطلقة 65

الفرع الاول: شرط المعاملة العادلة والمنصفة 65

أولا- ماهية معيار المعاملة العادلة والمنصفة 66

ثانيا- الحد الادنى المضمون لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة 68

ثالثا-العناصر المكوّنة لشرط المعاملة العادلة والمنصفة 71

الفرع الثاني: شرط عدم التمييز في المعاملة 76

أولا- ماهية شرط عدم التمييز في المعاملة 76

ثانيا- نطاق تطبيق شرط عدم التمييز 78

المبحث الثالث: الحماية الموضوعية الحديثة (المعاصرة) للمستثمر الاجنبي 79

المطلب الأول : نزع الملكية غير مباشر..... 70

الفرع الاول: تقييد في حرية تحويل المستثمر لأمواله للخارج 80

أولا- التحويل المطلق والتحويل المقيد..... 80.

1. نموذج حق التحويل المطلق..... **81**

2. نموذج حق التحويل المقيد..... **81**

ثانيا- قائمة الأموال المغطاة. 82

1. الأموال الناتجة عن الاستثمار 82

1.1. عائدات الاستثمار 82

2.1. رأس المال المستثمر 82

3.1. رواتب ومكافآت العاملين في المشروع الاستثماري 82

2. الأموال المتعلقة بالاستثمار..... 83

1.2. مبالغ تسديد القروض والالتزامات التعاقدية 83

2.2. التعويضات 83

3.2. مدفوعات الناشئة عن تسوية النزاعات..... **83**

ثالثا- أثر التقييد على حرية تحويل الأموال 83

الفرع الثاني: فرض ضرائب مرتفعة 86

أولا-تأثير الضرائب المرتفعة على الاستثمار الأجنبي..... 87

الفرع الثالث: سحب الترخيص سواء للاستيراد أو التصدير..... 87

أولا-أثر سحب التراخيص على العمليات التجارية 87

3. التأثير القانوني لسحب التراخيص..... 88

2.2. أمثلة على سحب التراخيص **88**

الفرع الرابع: تقنين الأسعار..... 88

أولا-تأثير تقنين الأسعار على الشركات الأجنبية 88

1.التوازن بين تقنين الأسعار وحماية المستهلك..... 89
المطلب الثاني: الضمانات الحديثة لتشجيع الاستثمار 89
الفرع الأول: ضمان تحويل الأموال إلى الخارج..... 89
أولا- تعريف ضمان حرية تحويل الأموال 90
ثانيا- نطاق حرية تحويل الأموال 91
1. الأموال الداخلة والخارجة لإقليم الدولة المضيفة 91
1.1: الأموال الداخلة والخارجة 91
2.1: الأموال الخارجة فقط..... **92**
الفرع الثاني: ضمان حماية حقوق الملكية الفكرية..... 93
أولا- أهمية حماية حقوق الملكية الفكرية 93
1.اتفاقيات الحماية..... 94
2.اتفاقيات نظام الحماية العالمي **94**
ثانيا- الهيئات المتخصصة لحماية حقوق الملكية الفكرية..... 95
1.على المستوى الدولي 95
2.على المستوى الوطني **96**
الفرع الثالث: الضمانات في قانون الاستثمار الجزائري 97
أولا- الضمانات المستحدثة في القانون الجزائري رقم 22-18 المتعلق بالاستثمار 97
1 .حماية حقوق المستثمرين..... 97
2 .تسهيل الإجراءات الإدارية..... 98
3 .الحوافز الضريبية والمالية 98
4 .ضمان تحويل الأموال والأرباح..... 98
5 .حل النزاعات..... **99**
ثانيا .التحديات والفرص المستقبلية 99
1. .تحليل الفجوات القانونية في ضمانات الاستثمار..... 99

المطلب الثالث: التنظيم الدولي للاستثمار في إطار منظمة التجارة العالمية 100

الفرع الاول: الجهود الدولية لتنظيم الاستثمار 101

أولا- جهود وضع إطار قانوني متعدد الأطراف في إطار منظمة التجارة العالمية..... 102

1. الاتفاقية العامة لتعريفات والتجارة (GATT) 102

2. اتفاقية التجارة الخدمية العامة (GATS) 103

3. اتفاقية الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة (TRIPS) **103**

الفرع الثاني: اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة اتفاق (TRIMS) 103

أولا-المفاهيم الأساسية لاتفاق TRIMS 105

ثانيا- النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية على ضوء اتفاقيات منظمة التجارة العالمية..... 106

ثالثا- دور اتفاقيات منظمة التجارة العالمية في حماية الاستثمارات الأجنبية 107

رابعا- موقف المشرع الجزائري من اتفاقTRIMS 108

3. الأهداف والمبادئ العامة لاتفاقTRIMS **108**

4. العوامل الاقتصادية والسياسية التي قد تؤثر على موقف المشرع.....109

2 .التأثيرات المحتملة على السياسة الاقتصادية للجزائر 109

2 .1.تأثيرات اتفاق TRIMS على الصناعات المحلية 110

3 . التشريع الجزائري وحماية المستثمر الأجنبي **111**

1.3 التحديات التي تواجه المستثمر الأجنبي في الجزائر 111

2.3. الفوائد المتوقعة من تحسين حماية المستثمر الأجنبي.....112

الفصل الثاني: مسؤولية الدولة المضيفة كأساس لآليات حماية المستثمر الأجنبي.....114

المبحث الأول : الطبيعة القانونية لمسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار 115

المطلب الأول : الطبيعة العقدية لمسؤولية الدولة المضيفة..... 115

الفرع الأول: ماهية عقد الدولة..... **116**

أولا-تعريف عقد الدولة من الناحية اللغوية 117

ثانيا– التعريف الفقهي لعقد الدولة 117

ثالثا – تعريف عقد الاستثمار 119

الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن عقد الاستثمار **124**

أولا–التزام الدولة المتعاقدة بمساعدة المستثمر الأجنبي لإقامة استثماره على إقليمها 125

ثانيا–التزام الدولة المتعاقدة بضمان الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي 125

المطلب الثاني: أركان مسؤولية الدولة المضيفة 127

الفرع الأول: العمل الضار **127**

أولا–ارتباط الفعل الضار بشخص من أشخاص القانون الدولي..... 129

ثانيا– الإخلال بالالتزامات التعاقدية..... 131

1–الموقف الأول **131**

2–الموقف الثاني..... **132**

3–الموقف الثالث **133**

الفرع الثاني: الحاق الضرر بالشخص الدولي **134**

الفرع الثالث: أنواع المسؤولية الدولية للدولة المضيفة **136**

أوّلا–المسؤولية الدولية على أساس الخطأ 137

ثانيا–المسؤولية الدولية على أساس التعسف في استعمال الحق..... 140

ثالثا–المسؤولية الدولية على أساس فعل غير مشروع دوليا..... 147

المبحث الثاني : إستثناءات مسؤولية الدولة المضيفة على حماية المستثمر الأجنبي 150

المطلب الأول: نزع ملكية المستثمر الأجنبي في إطار القانون الدولي 150

الفرع الأول : مشروعية نزع ملكية المستثمر الاجنبي..... **151**

الفرع الثاني: صور إجراء نزع الملكية **153**

أولاّ– التأميم..... 153

ثانيا–المصادرة 156

1-المصادرة على الصعيد الوطني **157**

2-المصادرة القضائية **158**

3-المصادرة على الصعيد الدولي **159**

ثالثا-الاستيلاء **159**

المطلب الثاني: القيود الواردة على نزع الملكية **160**

الفرع الأول: المصلحة العامة **161**

أولا- المفهوم التقليدي لنزع الملكية للمصلحة العامة **162**

ثانيا-الأساس القانوني لشرط المصلحة العمومية **163**

1-تقدير السلطة التنفيذية للمصلحة العامة **166**

2-دور السلطة القضائية في تقدير المصلحة العامة **167**

الفرع الثاني: تعويض المستثمر الاجنبي المتضرر **168**

أوّلا- شروط قيام التعويض **169**

1-شرط الالتزام بالتعويض **169**

2-شرط التعويض الشامل **171**

3-شرط التعويض الفوري والحال **173**

ثانيا- الممتلكات القابلة للتعويض **175**

خلاصة الباب الأول: **177**

الباب الثاني: حل منازعات المستثمر الأجنبي: دراسة تحليلية للتسوية القضائية والآليات البديلة **180**

الفصل الأول: الآليات القضائية لحل منازعات المستثمر الأجنبي **182**

المبحث الأول: دور القضاء الدولي كآلية تسوية منازعات المستثمر الأجنبي **183**

المطلب الأول: محكمة العدل الدولية **183**

الفرع الأول: مجال اختصاص محكمة العدل الدولية **184**

أوّلا–تشكيل المحكمة **184**

1–الرئيس ونائبه..... **185**

2– مهام رئيس محكمة العدل الدولية **185**

ثانيا–اختصاص المحكمة **187**

الفرع الثاني: مكانة محكمة العدل الدولية في مجال تسوية منازعات الاستثمار **189**

أولا –شروط رفع دعوى الحماية امام محكمة العدل الدولية **189**

الشرط الأول :الجنسية..... **189**

الشرط الثاني :استنفاذ سبل الانتصاف المحلية..... **190**

الشرط الثالث :شرط الأيادي النظيفة (سلوك المستثمر) **192**

ثانيا– أشهر الأمثلة التطبيقية **192**

ثالثا– تقييم دور محكمة العدل الدولية في دعوى الحماية الدبلوماسية **194**

1–المشاكل الوظيفية لمحكمة العدل الدولية..... **194**

2–الصعوبات المتعلقة بإثبات الجنسية وتعددها وانعدامها **197**

3–الصعوبات المتعلقة باستنفاذ سبل الانتصاف المحلية **197**

المطلب الثاني: محكمة الاستثمار العربية **199**

الفرع الأول : ماهية محكمة الاستثمار العربية **199**

أولا–الأساس القانوني لمحكمة الاستثمار العربية..... **199**

1–تشكيلة محكمة الاستثمار العربية..... **201**

2–الشروط الواجب توفّرها في القاضي..... **202**

ثانيا– اختصاصات محكمة الاستثمار العربية **202**

1–الاختصاص القضائي **203**

2–الاختصاص الشخصي للمحكمة **203**

3–الاختصاص الموضوعي للمحكمة **204**

4–الاختصاص الاستشاري للمحكمة..... **208**

الفرع الثاني: إجراءات التقاضي امام محكمة الاستثمار العربية 209
أولا–رفع الدعوى 209
ثانيا– تهيئة الدعوى والمرافعة 210
ثالثا– إصدار الحكم 211
المبحث الثاني : القضاء الوطني: بين الحماية القانونية وسيادة الدولة..... 214
المطلب الأول: دور القضاء الوطني في حماية مصالح المستثمر الاجنبي. 214
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من حماية الاستثمار 216
الفرع الثاني: موقف التشريع العربي 217
الفرع الثالث: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني. 218
المطلب الثاني: الرقابة القضائية على أعمال التحكيم الاستثماري 220
الفرع الأوّل: الدور التكميلي للقضاء الوطني في ميدان التحكيم الاستثماري الدولي 220
أوّلا–دور القضاء في اختيار المحكّم 221
ثانيا–تدخل القضاء في مجال التدابير المؤقتة والتحفظية..... 222
الفرع الثاني: تدخل القضاء لرقابة أعمال التحكيم..... 224
أوّلا–ردّ المحكّمين..... 224
ثانيا–تدخل القضاء لعدم صدور حكم تحكيمي في المدة المحددة..... 225
الفصل الثاني: الآليات القانونية البديلة لحلّ منازعات المستثمر الأجنبي.....228
المبحث الاول: آلية التحكيم الدولي 230
المطلب الأول: هيئات التحكيم الدولية..... 230
الفرع الأول: دور مراكز التحكيم الدولية في تسوية منازعات الاستثمار 233
أولا– غرفة التجارة الدولية في باريس..... 234
ثانيا – المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بواشنطن..... 236

1- شروط التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار 237

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق..... 238

أولا- التطبيق المبدئي لأحكام عقد الأطراف المتعاقدة..... 239

ثانيا- تطبيق التشريع الوطني الذي اختاره الطرفان 243

ثالثا- سلطة الأطراف في تعيين القانون الواجب التنفيذ..... 245

رابعا :النطاق الموضوعي للقانون المختار 246

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم..... 248

الفرع الأول: الشكل القانوني لاتفاق التحكيم..... 249

أولا- الأساس القانوني لاتفاق التحكيم 249

1-على المستوى الدولي 249

2-على مستوى التشريعات الوطني..... 250

ثانيا- شرط التحكيم La Clause compromissoire 252

ثالثا-مشارطة التحكيم Le Compromis..... 253

رابعا :التحكيم بالإحالة 253

الفرع الثاني: أركان اتفاق التحكيم 255

أولاّ -الرضا 255

ثانيا -المحل 258

ثالثا -السبب..... 260

الفرع الثالث: شرط التحكيم المعتل..... 262

أولا -مفهوم شرط التحكيم المعتل..... 263

ثانيا -أسباب شرط التحكيم المعتل..... 264

ثالثا- حالات شرط التحكيم المعتل..... 264

1-العيوب الشكلية لصياغة اتفاق التحكيم 264

2-العيوب الموضوعية لصياغة اتفاق التحكيم تتعلق بالقانون الواجب التطبيق 267

المبحث الثاني : الآليات المساعدة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي 271

المطلب الأول: الوسائل الوديّة لحل منازعات الاستثمار الأجنبي 271

الفرع الأول: المفاوضات **272**

الفرع الثاني: ماهية آلية التوفيق **273**

أولا-شروط اللجوء الى الآلية القانونية للتوفيق 274

1-أنواع التوفيق **274**

2-مشارطة التوفيق **275**

3-شرط التوفيق **276**

ثانيا -خصائص التوفيق 276

1-سرعة وبساطة الإجراءات **276**

2-قلّة تكلفة إجراء التوفيق **277**

3-المحافظة على نوعية العلاقات التعاقدية..... **277**

ثالثا-إجراءات نظام التوفيق..... 278

1-تشكيل لجنة التوفيق **278**

2-إجراءات عملية التوفيق **280**

3-نهاية إجراءات التوفيق **282**

المطلب الثاني: ماهية آلية الوساطة 284

الفرع الأول: آلية الوساطة **284**

أولا-أنواع الوساطة..... 285

1- الوساطة البسيطة «Simple Mediation» **285**

2-الوساطة تحت شكل قضاء صوري «Mediation in the form of Mock»..... **285**

3-الوساطة الاستشارية «Mediation Consultation» **285**

4-الوساطة التحكيمية «Mediation Arbitration»..... **285**

5-الوساطة القضائية «Judicial Mediation» **286**

الفرع الثاني: التمييز بين التوفيق والوساطة والتحكيم **286**

أولا-التمييز بين التوفيق والوساطة **286**

ثانيا -علاقة التحكيم والتوفيق لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار **288**

خلاصة الباب الثاني: **290**

خـــاتمـــــة: **293**

قائمة المراجع **302**

قائمة المراجع باللغة العربية: **306**

قائمة المراجع باللغة الأجنبية: **327**

فهرس المحتويات: **340**