

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

مقدمة:

الفصل الأول

دور الاتفاقيات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول: الاتفاقيات الثنائية.

المطلب الأول: أهمية تقسيم وتصنيف الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول: الاتفاقيات العامة.

الفرع الثاني: الاتفاقيات الخاصة.

المطلب الثاني: مدلول الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية.

الفرع الأول: مدلول الاستثمار من خلال الأسلوب التعديدي.

الفرع الثاني مدلول الاستثمار من خلال أسلوب الإسناد.

المبحث الثاني: القواعد الموضوعية التي تحكم تنظيم الاستثمار في الاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول: المعاملة غير المشروطة.

الفرع الأول: قاعدة المعاملة العادية والمنصفة.

الفرع الثاني: قاعدة تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن النية.

المطلب الثاني: أسلوب المعاملة المشروطة.

الفرع الأول: قاعدة المعاملة الوطنية.

الفرع الثاني: قاعدة شرط الدولة الأولى بالرعاية.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

- المبحث الثالث: الحماية الدولية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي.
- المطلب الأول: المحاولات الدولية لتقنين القواعد المنظمة للاستثمار الأجنبي.
- الفرع الأول: مشروع إنشاء تقنين عالمي للاستثمارات.
- الفرع الثاني: تقنين الأمم المتحدة حول المشروعات المتعددة الجنسيات.
- المطلب الثاني: الحماية الإقليمية للاستثمار الأجنبي.
- الفرع الأول: الحماية الإقليمية على المستويين الأفريقي والأوروبي.
- الفرع الثاني: محاولات التنظيم الإقليمي العربي الأوروبي للاستثمارات الأجنبية.

الفصل الثاني

الوسائل الدولية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي

تمهيد:

- المبحث الأول: تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي محليا.
- المطلب الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.
- الفرع الأول: مدى سلطة الدولة المضيفة في الفصل في منازعات الاستثمار.
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقاعدة الاستنفاد ومدى فعالية القضاء الوطني.
- المبحث الثاني: دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.
- المطلب الأول: التفاوض والتوفيق كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.
- الفرع الأول: التفاوض كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.
- الفرع الثاني: التوفيق
- المطلب الثاني: التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار.
- الفرع الأول: التحكيم الدولي بين النص الإتفاقي والتشريعي.
- الفرع الثاني: طبيعة التحكيم الدولي.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المطلب الثالث: اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفرع الأول: تطور فكرة إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الفرع الثاني: الأسس التي يقوم عليها التحكيم في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

الخاتمة:

المراجع:

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المقدمة

من الصعوبة إعطاء مفهوم أو تعريف محدد لمعنى الاستثمار، لأن ذلك يكون بمثابة الحكم المسبق على الشيء لأن الاستثمار يختلف باختلاف الشكل الذي يظهر فيه، وباختلاف الغاية التي يسعى إليها أطرافه، ويمكن تعريف الاستثمار على أنه: استخدام مالي أو عيني لموارد أجنبية يملكها شخص أجنبي بقصد إنشاء أو تطوير نشاط تجاري أو صناعي معين، وبهذا المفهوم للاستثمار ومن خلال هذا المعنى يمكن إعطاء مفهوم يتماشى مع نوع وطبيعة الاستثمار بحسب الإطار الذي يتخذه.

إن فكرة حماية وضمن الاستثمار الأجنبي لم تكن محل بحث أو اهتمام قبل استقلال شعوب الدول النامية كون أن هذه الشعوب لم تكن لها القدرة على رقابة ثرواتها والسيطرة عليها والتحكم في استغلالها، مما جعل الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز ل تتعرض لأي خطر من الأخطار السياسية ولم يكن النظام القانوني السائد آنذاك يلزم الشركات الأجنبية بالخضوع لسيادة الدول المتواجدة بها، إلا أنه ومنذ بداية الخمسينات ونتيجة للتحرير السياسي لغالبية شعوب البلدان النامية وظهور هذه الدول ككيانات قانونية دولية متميزة في أنظمتها القانونية والاجتماعية والسياسية عن أنظمة الدول الاستعمارية وعن النظام القانوني الذي كان سائدا إبان فترة الاستعمار الذي لم يكن يبدي أي اهتمام لمصالح الشعوب المستعمرة ولا وضعها الاقتصادي والاجتماعي المتردية مما زاد في الهوة بين الشعوب والدول المستعمرة لها، وكان من الطبيعي أن ينمو الإحساس بالعداء اتجاه الشركات الأجنبية باعتبارها كانت تمثل أدوات النهب والاستغلال، ولحد من هيمنتها سعت الدول الحديثة للاستقلال على فرض سيطرتها على ثرواتها وتحريرها من هيمنة هذه الشركات باعتبار هذه الثروات تقدم شعوبها، مما أدى إلى انتشار ظاهرة المخاطر السياسية وما زاد من حدة هذه الظاهرة تباين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لشعوب هذه الدول وعدم استقرارها، هذه الأوضاع أثرت سلبا على الاستثمارات الأجنبية مما أدى إلى تراجعها وإحجام المستثمرين على الاستثمار بها.

ومن هنا تبرز لنا أهمية دراسة إشكالية الاستثمار الأجنبي وحمايته من المخاطر التي يتعرض لها في الدول النامية، لذا فإن الجديد في إشكالية ومحتوى الاستثمار الأجنبي هو انتشار ظاهرة المخاطر وتزايد رغبة الدول المستقلة حديثا في فرض سيطرتها على كل ما هو أجنبي داخل إقليمها تجسيدا لمبدأ السيادة الوطنية، وفي ذات الوقت الرغبة الملحة في الحصول على أكبر قدر ممكن من الاستثمار الأجنبي لمواجهة المصاعب الاقتصادية والمالية التي تعاني منها، الأمر الذي جعل رغبتها في الحصول على الأموال تصطدم برغبتها في فرض سيطرتها على الأموال الأجنبية والحفاظ على سيادتها، وليس بالأمر السهل التوفيق بين المصالح المتضاربة لهذه الدول، وقد أدى هذا الوضع بالدول والمنظمات الدولية إلى البحث عن السبل والوسائل القانونية اللازمة لتشجيع وحماية

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الاستثمارات الأجنبية من خلال آليات دولية مع الاعتراف للدول المضيفة بحق السيطرة على الأموال الأجنبية بما يضمن لها المحافظة على مصالحها العليا، لذلك فإن دراستنا لهذا الموضوع تنطلق من فكرة التوفيق بين الاستثمار كحاجة اقتصادية ملحة لا يمكن الاستغناء عنها بتوفير الحماية اللازمة على مستوى الدول النامية وتجنبه مخاطر المساس بحقوق الملكية أو لأي إجراء من الإجراءات الذي قد تتخذها ضده الدول النامية.

ومن جهة أخرى حماية المصالح القومية للدولة المضيفة بما يضمن لها تحقيق مصالحها العليا تجسيدا لسيادتها. ومن هنا نطرح التساؤلات التالية:

- ماهي الآليات الدولية المتبعة لحماية الاستثمار الأجنبي؟ .

- وما هو دور الاتفاقيات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي؟.

- وما هي الوسائل التي اتخذتها الاتفاقيات الدولية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي؟ .
كما أوجدت الدول المصدرة لرؤوس الأموال آليات تتبعها في تشجيع مستثمريها بالخارج حماية لمصالحها الاقتصادية، وبذلك تلتقي إرادة الدول المصدرة والمستوردة حماية وتشجيع الاستثمارات، وهذا ما سنتناوله في بحثنا هذا تحت عنوان الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي.

وقد وجدنا من المناسب دراسة هذا الموضوع وما يثيره من مناقشة وتحليل لقضايا لا تزال عالقة، بل وتزداد تعقيدا يوما بعد يوم لتضارب المصالح وتباين مواقف الدول بشأنها وفي معالجتنا لهذا الموضوع ارتأينا بأن نتبع منهجا تحليليا يقوم على معالجة عناصر ومعطيات الموضوع واستقراء الأحكام من خلال تقسيمنا لموضوع هذا البحث إلى فصلين:

الفصل الأول: دور الاتفاقيات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي.

والذي بدوره قسمناه إلى ثلاثة مباحث:

- المبحث الأول: الاتفاقيات الثنائية.

- المبحث الثاني: القواعد الموضوعية التي تحكم تنظيم الاستثمار في الاتفاقيات الدولية.

- المبحث الثالث: الحماية الدولية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي.

الفصل الثاني: الوسائل الدولية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي.

والذي بدوره أيضا قسمناه إلى مبحثين:

- المبحث الأول: تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي محليا.

- المبحث الثاني: دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الفصل الأول

الحماية الاتفاقية الدولية

تمهيد:

هناك من يرجع نشأة الاتفاقيات الدولية إلى عهد العصور الوسطى حينما كانت تتم بين المدن وكان العمل التجاري فيها يقوم على التصريح المنفرد لكل طرف. ولو أن صورتها الحقيقية لم تكتمل بمعناها الفني إلا في نهاية القرن الثامن عشر من خلال اتفاقيات الصداقة والملاحة والتجارة وتعتبر الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة وفرنسا عام 1778 أول اتفاقية تبرم على المستوى الدولي¹.

كما تختلف باختلاف أطرافها وطبيعة موضوعها فتقسم إلى اتفاقيات ثنائية واتفاقيات متعددة الأطراف، كما تقسم إلى اتفاقيات عامة واتفاقيات خاصة تبعا لطبيعة موضوع نشاطها، أما من حيث إطارها القانوني فتقسم إلى اتفاقيات عقدية واتفاقيات تنظيمية وما يهمننا في دراستنا من مختلف هذه التقسيمات، التقسيم الذي يميز بين مضمون الاتفاقيات لأن الطابع الغالب للاتفاقيات حماية و تشجيع الاستثمار الأجنبي يقوم على الاتفاقيات الخاصة سواء كانت في شكل ثنائي أم في شكل جماعي متعدد الأطراف.

1- يذهب الأستاذ بار ونولد إلى تقسيم مراحل نشأة وتطور الاتفاقيات الدولية إلى أربع مراحل وهي:

- مرحلة العصور الوسطى وكانت الاتفاقيات فيها تتم بين المدن

- المرحلة الثانية وتمتد من القرن 14 إلى القرن 16 وتميزت بالتوسع التجاري

- المرحلة الثالثة وتمتد من القرن 16 إلى القرن 18 وقد برزت فيها الاتفاقيات المتعددة الأطراف إلى جانب الاتفاقيات الثنائية

- المرحلة الرابعة وتمتد من القرن 19 إلى مطلع القرن 20 وقد تميزت بظهور اتفاقيات التعاون الاقتصادي والتجاري التي عرفت باسم اتفاقيات الصداقة وتمثل صيغة الاتفاقيات التقليدية في ذلك

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول

الاتفاقيات الثنائية

تعتبر الاتفاقيات الثنائية الطابع المميز لعلاقات التعاون فيما بين الدول لما تتصف فيه من مرونة في تحقيق أهداف الأطراف المتعاقدة ولقيامها على المبدأ التعاقدى الذي يجسد إرادة الدول كوحدات قانونية وسياسية متساوية في السيادة وعلى هذا الأساس تبدو لنا أهمية التفرقة بين الأشكال المختلفة للاتفاقيات الدولية .

المطلب الأول

أهمية تقسيم وتصنيف الاتفاقيات الدولية

تقسم الاتفاقيات الدولية بحسب أطرافها إلى اتفاقيات ثنائية واتفاقيات متعددة الأطراف، ومن حيث إطارها التنظيمي وطبيعتها القانونية إلى اتفاقيات عقدية واتفاقيات تنظيمية، أما من حيث موضوعها فتقسم إلى اتفاقيات خاصة واتفاقيات عامة، وما يهمنا في دراستنا من مختلف هذه التقسيمات ، التقسيم الأخير لأنه يبرز لنا الأداة المتبعة في تنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي¹ وفي نفس الوقت يعكس لنا الجانب العملي المتبع في نطاق العلاقات الدولية.

الفرع الأول

الاتفاقيات العامة

يمثل هذا النوع من الاتفاقيات الشكل التقليدي من لاتفاقيات الصداقة والتعاون فيها بين الدول المتعاقدة ويتولى تنظيم النشاط الاقتصادي والتجاري والمالي دون أن يتضمن ترتيبات خاصة بالاستثمار والمستثمرين ، ذلك أن الغرض الأساسي من هذا النوع من الاتفاقيات ينصب على ترقية وتطوير التعاون وتوطيد أواصر الصداقة فيما بين شعوب الدول المتعاقدة من خلال وضع مبادئ وأحكام عامة تشمل كافة الأنشطة دون تمييز بينها بما في ذلك الاستثمارات ولأنها تنظر رأس المال كمجرد سلعة يتم تداولها وانتقالها وفقا لمبادئ التجارة الدولية تصديرا واستيرادا.

1 يقوم هذا التقسيم أساسا على فكرة التمييز بين الاتفاقيات المتخصصة في حماية الاستثمار وهو نوع جديد ظهر بعد الحرب العالمية الثانية وارتبط في انتشاره بظهور دول حديثة العهد بالاستقلال واستعمل بصفة خاصة من طرف بعض الدول المصدرة لرؤوس الأموال مثل ألمانيا وسويسرا وبريطانيا والغاية منه حماية الاستثمار الأجنبي بعدما أصبحت قواعد القانون الدولي العرفي عاجزة عن توفير الحماية أما النوع الآخر فيعرف بالاتفاقيات التقليدية وتشمل على موضوعات عدة تركز أساسا على مبدأ حرية التجارة والتعاون الاقتصادي إلى جانب تنظيم الاستثمار لذلك يذهب الكتاب إلى تبني هذا التقسيم . أنظر : حسين عطية الله. سيادة الدول النامية على موارد الأرض. الأرض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية، القاهرة ط: 1978، ص 215 .

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لذا فإن مؤيدي أسلوب الاتفاقيات العامة لا يرون مبرر للفصل بين الاستثمار و بين الموضوعات الأخرى التي تنظمها اتفاقيات الصداقة والتعاون، وأن رأس المال عندهم ما هو إلا عنصر إنتاج لا يمكن فصله عن بقية العناصر الإنتاجية الأخرى الأمر الذي يستوجب تنظيمه في إطار العلاقات العامة بين الدول¹.

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أكثر الدول تمسكا واستعملا لهذا النوع من الاتفاقيات في علاقاتها الدولية، رغم أنها تعد الدولة الأولى في تصدير الاستثمار إلى الخارج، وما يتطلبه ذلك من حماية خاصة بدل من اللجوء إلى إدراج أحكام ضمن اتفاقيات عامة كاتفاقية الصداقة المبرمة مع إيطاليا و التي جاء فيها بندا خاصا بالاستثمار ينص " أن ممتلكات مواطني وشركات وهيئات أي من الطرفين المتعاقدين يجب ألا يستولي عليها في إقليم الطرف الثاني إلا طبقا للقانون وبشرط دفع تعويض حال وعادل وفعال"². وكذلك الاتفاقية المبرمة مع نيكاراغوا وقد جاء فيها بند خاص يقضي بعدم اتخاذ أي طرف من الأطراف المتعاقدة لتدابير تتصف بعدم المعقولية أو بالتمييز بما يؤثر في الحقوق المكتسبة قانونا لمواطني أو شركات الطرف الآخر في المشروعات التي يؤسسونها، ولا يتم الاستيلاء لاستجابة الصالح العام مقابل تعويض عادل وفعال وحال³.

والجدير بالملاحظة أن الحماية المقررة في هذا النوع من الاتفاقيات (اتفاقيات الصداقة) لا يتضمن تحديدا دقيقا لتنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي مما يجعل الأحكام الواردة بها تتصف بالعمومية وعدم الدقة والتحديد لذلك لا تصلح بأن تكون إطارا قانونيا وتنظيميا فعالا للاستثمار الأجنبي، بل وهناك من يرى بأن الاتفاقيات العامة للتجارة والصداقة ارتبطت بظهورها تاريخيا بسيادة فلسفة النظام الرأسمالي القائمة على المصلحة الذاتية والبحث عن الأسواق الخارجية لتصريف منتجات الدول .

1- عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية. المطبعة العمرانية الجيزة. مصر ط: 1998 ص 130 .

2- انظر في ذلك اتفاقية الصداقة والملاحة والتجارة المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا في 2 فبراير 1948 وكذلك اتفاقيات الصداقة والتعاون المبرمة بين الولايات المتحدة وكل من تاوان ، وكوريا الجنوبية ، إثيوبيا ، مسقط، الباكستان، نيكاراغوا مشار إليه في : حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على ثرواتها الطبيعية . المرجع السابق ص،ص 215، 216.

3- أنظر: حسن عطية الله. المرجع السابق ص 216 .

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الفرع الثاني

الاتفاقيات الخاصة

لقد ظهر هذا النوع من الاتفاقيات بعد الحرب العالمية الثانية وجسدته الولايات المتحدة الأمريكية من خلال نظام ضمان الاستثمار الأمريكي بمقتضى قانون التعاون الاقتصادي الأمريكي الصادر عام 1948 و في مطلع الستينات امتد وبشكل مدهل إلى معظم الدول المصدرة للاستثمارات لاعتبارين أساسيين هما: - تزايد المخاطر غير التجارية التي أصبح يتعرض لها الاستثمار الأجنبي في الدول حديثة العهد بالاستقلال بسبب العداء الذي تضمه شعوب هذه الدول لكل ما هو أجنبي نظرا لارتباط الاستثمار بالاستعمار خلال مرحلة تاريخية معينة.

لقد أدى ظهور وانتشار الأفكار الاشتراكية كعقيدة سياسية ومنهج اقتصادي في كثير من الدول النامية إلى التصعيد من احتمالات المخاطر غير التجارية ضد الملكية الخاصة مما زاد من مخاوف المستثمرين مما دفع بالدول المصدرة لرؤوس الأموال إلى اعتماد في حماية استثماراتها رعاياها بالخارج إلى تبني نمط الاتفاقيات الخاصة للحماية.

وتعتبر ألمانيا، وسويسرا، وإيطاليا، وبريطانيا، وفرنسا وبعض الدول الأوربية الأخرى المصدرة لرؤوس الأموال أكثر تمسكا بهذا الأسلوب في علاقتها مع الدول النامية، وكمثال على ذلك ما جاءت به الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة عام 1993 كتجسيد للنهج الجديد في مجال حماية وترقية الاستثمار الأجنبي وقد جاء في ديباجتها " أن الطرفين المتعاقدين ورغبة منهما في تشجيع وحماية الاستثمار لصالح تنميتها الاقتصادية يصادقان على الاتفاق المبرم بينهما والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار " هذه الصياغة تؤكد بأن الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار أصبحت تمثل أطارا قانونيا وتنظيميا للاستثمارات الأجنبية بدءا من قيام المشروع ودخوله في إقليم الدولة المضيفة إلى حين تصفيته وتحويل رأسماله إلى الخارج.

وتحقيقا لهذه الغاية عملت الدول المصدرة لرؤوس الأموال على إتباع ما يسمى بالاتفاقيات النموذجية (بروتوتيب) المستمدة أحكامها من مشروع اتفاقية الأموال الأجنبية المعدة من طرف منظمة التعاون الاقتصادي¹. وأن معظم الاتفاقيات المبرم فيما بين الدول المصدرة والمستوردة الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار تتشابه في الشكل والمضمون ولا تختلف عن بعضها البعض إلا في مسائل محدودة لدرجة أنها أصبحت تمثل الإطار القانوني الأمثل للتعامل الدولي لمالها من خصائص، فهي تتضمن أحكاما

1- علي حسن ملحم. دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص51.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

مشتركة فيما بين الدول تصلح لأن تكون مصدرا للقانون الدولي الإقليمي، كما أنها تتماشى مع التطور الذي عرفه المجتمع الدولي لدرجة أصبحت فيه التعاملات الدولية تتم كما لو كانت في قرية صغيرة اختزلت فيها المسافات و تخطى فيها الاقتصاد العالمي الحدود القومية للدول رغم الحواجز والعراقيل، كما أن الدول لم تجد وسيلة انسب لها من الاتفاقيات الثنائية لمواكبة ومسايرة التطور الاقتصادي في نطاق العلاقات الدولية، سواء لتحقيق ما تصبو إليه من تنمية وتقدم، أو من حيث تجسيد إرادتها في تعاملاتها كوحدات قانونية وسياسية قائمة و متميزة عن بعضها البعض.

إن أهمية الاتفاقيات الدولية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار لا تكمن في توضيح وتحديد التزامات أطرافها من حيث محتوى الحقوق والالتزامات الواردة بها فقط، بل تكمن أيضا في قوتها الإلزامية وفي تنفيذ الالتزامات الدولية الواردة فيما بين أطرافها وقدرتها في إثارة المسؤولية الدولية عند عدم التزام أحد الأطراف بتنفيذ تعهداته وفي هذا الصدد يقول الأستاذ طلعت الغنيمي " إن المسؤولية الدولية لا تقوم على ما تحتويه نصوص الاتفاق من التزامات وحقوق فيما بين الأطراف المتعاقدة بل تقوم أساسا على امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ الاتفاق ذاته"¹ ويتماشى هذا الرأي مع الموقف الذي يرى بأن قاعدة المتعاقد عند تعاقده، هي قاعدة من القواعد الأساسية التي أقرها القانون الدولي وأن الاتفاقيات الدولية يجب أن تعلق على إرادة الدول المتعاقدة وتكون لها قوة القانون بين أطرافها وإلا ما كانت مصدرا من مصادر القانون الدولي الاتفاقي، وقد جاء في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ما ينص على ضرورة احترام الالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية.

كما أن محكمة العدل الدولية الدائمة قد أقرت مبدأ أعلو الاتفاقية الدولية عن إرادة الدول المتعاقدة من خلال تأكيدها وإقرارها " بأن الالتزام الناشئ عن الاتفاقيات يكون التزاما قانونيا ملزما وليس مجرد التزام أخلاقي"² ويعني ذلك أن أي إخلال بالالتزامات الواردة في الاتفاقيات الدولية يترتب عنه إثارة المسؤولية الدولية للطرف المخل ويعتبر العمل الذي أقدم عليه عملا غير مشروع لأن الاتفاقية لا يقتصر أثرها على تنظيم العلاقة فيما بين الدول المتعاقدة إنما يكون أثرها لاحقا أيضا على تنفيذها.

1- محمد طلعت الغنيمي الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام، ط: 1974، ص 158. أحمد عبد الحميد عشوش النظام القانوني للاتفاقيات البترولية. رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص 768.

2- محمد حافظ غانم المسؤولية الدولية. معهد الدراسات العربية العالية. جامعة الدول العربية، ط: 1962. ص 44.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

ورغم شيوع نمط الاتفاقيات الخاصة بالحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية فيما بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال والمستوردة لها، إلا أن الدول النامية لا تتراح لهذه الاتفاقيات لما فيها من إجحاف وعدم المساواة بسبب عدم التكافؤ في الالتزامات بينها وبين الدول المتقدمة، وقد دفع هذا الوضع بمحرر اللجنة الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا أثناء انعقاد مؤتمر فيينا للمعاهدات الدولية إلى التأكيد على بطلان الاتفاقيات غير المتكافئة، وأكد ممثلها بأن القانون لا يستطيع أن يحتفظ بقوته الإلزامية ما لم يكن متسما بالعدالة في جوهره، وأن بقاء واستمرار الاتفاقيات الدولية غير المتكافئة بحجة الحفاظ على استقرار المعاملات الدولية حجة واهية قد تكون السبب في عدم استقرار العلاقات الدولية وليس العكس لأن الدول المتضررة ستناضل من أجل التخلص من الاتفاقيات غير المتكافئة¹. غير أن التحفظ الذي أبدته الدول النامية على الاتفاقيات الدولية لم يقلل من أهميتها كأداة قانونية أساسية لعلاقة التعاون الدولي وحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وكوسيلة مفضلة لدى كثير من المستثمرين الأجانب. كما جاء ذلك في الدراسة التي أجرتها الولايات المتحدة الأمريكية لـ 366 شركة تقوم بالاستثمار في الخارج، حيث تبين أن عددا كبيرا من هذه الشركات قد أجاب على الفور على تأييده لأسلوب الحماية الاتفاقية الدولية ما دامت هذه الاتفاقيات تهدف إلى حماية الاستثمارات الأجنبية وتمنع الدول المضيفة من التعرض لها بأي إجراء من الإجراءات الحكومية التي قد تؤدي إلى حرمان المستثمرين من حقوقهم الفعلية أو سلطتهم الأساسية على استثمارهم.

وهذه الرغبة لم تعد تقتصر على المستثمرين الأجانب ودولهم، بل وجدت قبولا واستحسانا لدى دول مستوردة كانت في الماضي القريب ترفض العمل بالاتفاقيات الدولية كوسيلة من وسائل حماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي². مما يدعو إلى القول بأن الاتفاقيات الثنائية لقيت قبولا لدى معظم الدول بما في ذلك دول أمريكا اللاتينية التي كانت تعارض هذه الاتفاقيات بسبب أنظمتها القانونية التي لم تكن تسمح بإخضاع الاستثمارات الأجنبية المتواجدة على إقليمها لقانون غير قانونها ولقضاء غير قضائها. بعدما تأكد لهذه الدول أن لا بد يل لها إن أرادت الحصول على المزيد من الاستثمار الأجنبي، وأن الاتفاقيات الثنائية ما هي في الواقع تعتبر إلا تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة مما يعني قبول الأطراف المتعاقدة لها هو ارتضاء وإقرار لمحتواها بغض النظر عن طبيعة نشاطها وموضوعها،

1- جعفر عبد السلام. الإطار القانوني الدولي للتنمية الاقتصادية. مقال منشور في مجلة مصر المعاصرة، العدد 369 سنة 1977 القاهرة، ص 203.

2- من بين دول أمريكا اللاتينية التي وقعت على اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات: بوليفيا، الأوروغواي، سلفادور، نيكاراغوا الأرجنتين وغيرها من الدول النامية وقد بلغ عدد الاتفاقيات التي أبرمتها ألمانيا مع الدول النامية إلى غاية 771991 اتفاقية وسويسرا 51 اتفاقية. انظر في ذلك: حسين علي ملحم. الاتفاقيات الدولية ... المرجع السابق ص55، وكذلك. حسن عطية الله. سيادة الدول النامية على موارد الأرض. المرجع السابق. ص215.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

وبذلك يصير الاستثمار الأجنبي وأن إقرارها لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي لا يعني أن الدول المضيفة ليس لها الحق في مراقبة الاستثمار الأجنبي الوافد إليها بل لها الحق في رفضه وعدم قبوله إذا لم يكن مفيدا لها ومنميا لقدراتها الإنتاجية وقد تأكد هذا الشرط في العديد من الاتفاقيات المبرمة بين الدول المضيفة والدول المصدرة رغم تسليمنا بأن الاستثمار الأجنبي لا يهدف دوما إلى اقتصاديات الدول المضيفة بقدر ما يهدف إلى تحقيق مصالح الدول المتقدمة كالحصول على المواد الأولية وفتح أسواق للتمويل بالمنتجات الضرورية لصناعاتها ونقل الصناعات الخاصة الملوثة للبيئة، بحيث يكون من الأفضل إنشاؤها في الدول النامية وسيلة تدمير للبيئة وليس وسيلة تطوير وقد تتحول الاتفاقية إلى أداة تشويه لاقتصاد الدولة المضيفة.

كما أنه قد يكون الهدف من الاتفاقية إنشاء وتنمية النشاطات الإنتاجية في الدول المضيفة وليس مجرد حماية الأموال في هذه الحالة تعتبر الاتفاقية عنصرا ديناميكيا وفعالا في مجال العلاقة الاقتصادية الدولية وليس مجرد أداة حماية للملكية الأجنبية، ولكي يتحقق هذا الهدف فإن الاتجاه الجديد المعمول به في نطاق اتفاقيات الحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي يعطي للدولة المضيفة حق مراقبة الاستثمار الأجنبي بالاستيلاء عليه ما لم يكن الاستيلاء مصحوبا بعدم المشروعية، أي إذا كان الاستيلاء قائما على التمييز ولا يستهدف نفعا عاما وهذا ما تضمنته معظم الاتفاقيات الخاصة بالحماية.

إن مثل هذا الوضع يعتبر تطورا ملحوظا في موقف الدول المصدرة لرؤوس الأموال، كما يتيح للدول المضيفة المراقبة الفعلية للأموال الأجنبية الموجودة على إقليمها ويجعل الاتفاقية أداة من أدوات التنمية، أما إذا كان الأمر غير ذلك فإن الالتزام بالاتفاقية يصبح مرهقا للدول المضيفة وتصبح فوائد الاستثمار تذهب في اتجاه واحد.

المطلب الثاني

مدلول الاستثمار في الاتفاقيات الدولية

لقد سبقت لنا الإشارة إلى أن اتفاقيات الدولية تعتبر أداة تعامل وإطارا قانونيا لتحديد الالتزامات فيما بين الأطراف المتعاقدة، لذا فهي تتضمن في الغالب تعريفات لبعض المفاهيم والمصطلحات الواردة بها ويمثل لفظ الاستثمار أولى الأوليات في اتفاقيات الحماية، نظرا لما يتميز به هذا المصطلح من غموض وشمولية في محتواه، لذلك تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى تحديد المضامين العامة الواردة في الاتفاقيات تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه باعتبار ذلك أمرا مستساغ، لأن الاتفاقية كقد تطبق إلا على رعايا الدول المتعاقدة، وقد عملت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بهذا المبدأ كما يتبين لنا ذلك من المادة الأولى التي بدأت صياغتها بتحديد معنى الاستثمار في مضمون الاتفاقية موضحة

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

بأن مدلوله يشمل، الأموال والحقوق بمختلف أنواعها والأموال المنقولة والعقارية والأسهم والحصص الاجتماعية، وكل شكل من أشكال المساهمة والديون والامتيازات الممنوحة لأحد الطرفين وحقوق الملكية الصناعية (من براءات الاختراع والإجازات والعلامات المسجلة والنماذج والتصاميم الصناعية المجسمة).

إن التعداد الذي جاءت به الاتفاقية الجزائرية الفرنسية قد أعطى مفهوما واسعا للاستثمار لأن ما ورد جاء على سبيل المثال لا الحصر، كما أن صياغتها جاءت مطابقة للصياغة المعتمدة في الكثير من الاتفاقيات المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار، ذلك أن معظم هذه الاتفاقيات لم تضع تعريفا محددًا لمفهوم الاستثمار، كي يترك قدرا كبيرا من المرونة يتسنى من خلاله استيعاب مختلف أشكال الاستثمار التي قد تظهر نتيجة التغييرات الداخلية والدولية، خاصة وأن الاتفاقيات الدولية تيرم لفترات طويلة يصعب معها تحديد ما قد يحدث مستقبلا لذا تلجأ لمثل هذه الصياغة، وقد جاءت الفقرة (هـ-) من المادة الأولى من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية مطابقة لما قلناه حيث نصت (لا يمكن لأي تغيير في شكل الاستثمار أو إعادة الاستثمار أن يمس وصفه كاستثمار في مفهوم هذا الاتفاق بشرط أن لا يكون التغيير مخالفا لتشريع الطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار على إقليمه¹).

ومعنى هذا النص أن الاتفاقية تعترف للأموال الأجنبية المستثمرة في إقليم أحد الطرفين بوصف الاستثمار بغض النظر عن الشكل القانوني التي تتخذه، متى رعيت التشريعات الداخلية للدولة التي ينجز الاستثمار على أراضيها وهو ما يفهم من عبارة أن لا يكون التغيير مخالفا لتشريع الطرف المتعاقد الذي يتم الاستثمار على إقليمه . وهذا الوضع يؤدي إلى التأييد على أن تحديد مضمون الاستثمار في الاتفاقيات الدولية يتم بأحد الأسلوبين:

الفرع الأول

الأسلوب التعدادي

يقصد بالأسلوب التعدادي ، الأسلوب الذي يتولى ذكر عناصر الاستثمار ومكوناته دون أن يتولى حصرها، وهذا الأسلوب قد اتبع أيضا في بعض التشريعات الداخلية للدول كأداة لتحديد مضمون الاستثمار كما هو الحال عليه في التشريع السوري المتعلق بقانون الاستثمار لعام 1991 الذي تبنى صراحة الأسلوب التعدادي من خلال ما تضمنته المادة الثالثة والعشرين من تعدادها للعناصر التي تدخل في مفهوم الاستثمار الخارجي كالنقد المحول من الخارج، الأموال العينية، التجهيزات والمعدات، الحقوق المعنوية وبراعة الاختراع، والعلامات التجارية... الخ².

1- أنظر، في ذلك الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها في 13 فبراير 1993 بمقتضى المرسوم رقم 01/94 ج ر ص 4 العدد الأول الصادرة بتاريخ 2 يناير 1994 .

2- قانون الاستثمار السوري رقم 10 الصادر في 25 04 1991 ص 14

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

وتشمل هذه العناصر كافة الأصول، كالعقارات والمنقولات، وحقوق الملكية، والحقوق العينية، وحقوق الامتياز وحقوق الاستعمال والاستغلال والسندات والأسهم والقروض الممنوحة للمشروعات، وكذا الحقوق المعنوية كحقوق الاختراع وحقوق الملكية الصناعية والعلامات وحقوق الخبرة الفنية وحقوق الامتياز الممنوحة بقانون أو اتفاق.

كما نصت المادة الثانية من المرسوم التشريعي الجزائري المتعلق بترقية الاستثمار على مفهوم الاستثمار من خلال ذكر وظائفه والعناصر التي تستجيب لمثل هذه الوظائف (تستفيد من أحكامه الاستثمارات المنشئة والمنمية للقدرات والمعدة للتأهيل أو الهيكلية التي تنجز في شكل حصص من رأس المال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي) . ويتبين من النص السابق أن المشرع الجزائري قد اعتبر من قبيل الاستثمار جميع الأموال التي تأخذ شكل الحصص النقدية أو العينية دون حصر لها أو تحديد لحجمها شرط أن تكون منشئة أو منمية لقدرات الإنتاج أو تكون مخصصة لإعادة التأهيل إلى غير ذلك من صور ومراحل الاستعمال مما يوحي على أن المشرع الجزائري قد مزج بين التعداد والغاية الوظيفية للاستثمار.

و الجدير بالملاحظة أن الأسلوب التعدادي لا يميز بين الاستثمار المباشر وغير المباشر، إنما يجمعهما مع بحيث لا يترك مجالاً للخلاف بين الأطراف المتعاقدة فيما يتعلق بقائمة عناصر الاستثمار طالما أنه مفتوح وغير محدد مما يسمح بإدراج أي نوع من أنواع الاستثمار.

بينما تذهب بعض القوانين إلى التركيز على الاستثمارات المباشرة من خلال النص على تنفيذ المشروعات والتوسع فيها واقتناء الآلات والمعدات وبراءة الاختراع والعلامات التجارية وعمليات إعادة الاستثمار وجميع هذه الصور تفيد بأن الاستثمار المستهدف هو الاستثمار المباشر بمختلف أشكاله كالتشريع المصري الخاص باستثمار رأسمال العربي والأجنبي¹.

1- أنظر منى محمود مصطفى الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ط: 1990 . ص، ص11 و12

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الفرع الثاني

أسلوب الإسناد لقانون الدولة المضيفة

يقوم هذا الأسلوب على إسناد عناصر الاستثمار موضوع الاتفاقية إلى التشريعات الداخلية للدولة المضيفة الطرف في الاتفاقية لكن اعتماد هذا الأسلوب يتطلب من الأطراف المتعاقدة الالتزام بجميع تشريعات الاستثمار لكل طرف من الأطراف المتعاقدة معها وهو أمر غير ممكن إن لم نقل مستحيلا خاصة إذا كانت الدولة المتعاقدة لا تملك تشريعا مقننا للاستثمار، إنما مجرد نصوص مبعثرة و مشتتة بين مختلف القوانين، أو إذا كان تشريع الاستثمار يحيل إلى نصوص أخرى بصعب حصرها و معرفة محتواها. إن أسلوب الإسناد قد يؤدي إلى التباين في نطاق ومفهوم الاستثمار تبعا للأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة حسب ما ينص عليه تشريعها الخاص. لذا فإن تحديد مفهوم الاستثمار في الاتفاقيات الدولية ينبغي أن يراعى فيه ما إذا كان الاستثمار يأخذ شكلا تبادليا بحيث ينتقل بين جميع الدول المتعاقدة كما هو الحال بالنسبة للاستثمارات التي تتم بين البلدان المتقدمة وبين الاستثمار الذي يتم في اتجاه واحد كما هو الحال في الاتفاقيات المبرمة بين الدول المتقدمة والدول النامية، في مثل هذا الوضع يكون من الأفضل الميل إلى الأخذ بالمفهوم الضيق للاستثمار توخيا للمسؤولية التي قد تثيرها الدول المصدرة للأموال قد لا تكون لها صلة بالاستثمار، وأنه ينبغي أن يعطي للاستثمار مدلول لا يتعدى حدود الإسهامات في موارد المشروع الاستثماري. وتجنباً لفكرة الإطلاق في مفهوم الاستثمار عمل المشرع الجزائري على تقييد مضمونه من خلال ربط مفهومه في المساهمة في القدرات الإنمائية، حيث اشترط في ظل تشريع تطوير الاستثمار بأن لا تقبل الأموال الأجنبية الموجهة للاستثمار إلا إذا كانت منشئة ومنمية للقدرات الإنتاجية¹. وقد أخذت الاتفاقية الجزائرية الفرنسية بصيغة التقييد حينما ربطت بين الاستثمار ومدى صلاحيته للتنمية الاقتصادية لطرفي الاتفاقية إذ جاء فيها "أن الاستثمارات تكون في صالح التنمية الاقتصادية لطرفي الاتفاقية"² وهذه العبارة توحى إلى أمرين: أن مدلول الاستثمار ينصب على الأموال التي تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية مما يعطي للدولة المضيفة سلطة الاختيار الملائم والأنسب لطبيعة الاستثمار، واستبعاد من نطاقه الأموال المعدة للاستهلاك و الأموال التي لا تكون لها علاقة بالبناء الاقتصادي، لأن أموال الاستثمار في مفهوم الاتفاقية يجب أن تكون لها قيمة اقتصادية واجتماعية فهي ترتب أعباء مالية ومسؤوليات قانونية على عاتق الدول المضيفة لها، فإن لم يحسن استعمالها واستغلالها،

1- أنظر في ذلك نص المادة 2 من الأمر التشريعي الصادر عام 2001 المتضمن تشريع تطوير الاستثمار.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

2- الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لتشجيع وحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها في 13 فبراير 1993 بمقتضى المرسوم رقم: 01/94 ج ر ص 4 العدد الأول الصادرة بتاريخ 02 يناير 1994.

كما تحول الأموال للاستهلاك الشخصي (كالاقتراض من اجل بناء مسكن أو اقتناء سيارات) عندها يصبح الاستثمار الأجنبي عبء ثقيل على شعوب الدول المضيفة ويصير الاستثمار الأجنبي غير مفيد للتنمية الاقتصادية للدول المضيفة، بل قد يكون مجرد وهم أو سراب، مما يجعل من اتفاقيات الحماية أداة سيطرة وتحكم وليس أداة تعاون. الأمر الثاني الذي استهدفته العبارة و المشار إليها في الاتفاقية أن الاتفاقية أخذت بعين الاعتبار مبدأ التكافؤ حينما اشترطت بأن تكون الاستثمارات في صالح التنمية الاقتصادية لطرفي الاتفاقية، لذلك يستحسن الأخذ بالمفهوم الضيق لمدلول الاستثمار بدل الأخذ بالمفهوم الواسع. وقد أخذت الاتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمارات بالمفهومين معا فلجأت في تحديدها للاستثمار إلى ذكر العناصر المكونة له دون تحديد لها وقد يتعدى الأمر ليشمل الأنشطة الأخرى المرتبطة بالاستثمار ول بشكل غير مباشر كالأنشطة التجارية المتممة للاستثمار والتي بدونها لا يمكن لهذا الأخير أن يقوم بدوره كاملا.

وتستعمل الاتفاقيات في تعريفها للاستثمار عبارات قد تزيد من مرونة وحرية التصرف كما جاء في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حينما ذكرت "إن أي تعديل في شكل الأصول المستثمرة لا يغير من صفتها كاستثمار" ومثل هذه العبارة تمنح من دون شك قدرا كبيرا من المرونة للمستثمرين في تغيير أصول استثماراتهم داخل المشروعات دون أن يؤثر على وصفها أو أن يفقدها صفتها كاستثمار من الناحيتين القانونية الاقتصادية.

إن الصفة المزدوجة للاستثمار كنشاط اقتصادي يحتوي على مجموعة من العناصر المادية والمالية وكتنظيم قانوني يجسد المشروع الاستثماري جعلت التعاريف الفقهيّة بشأن مضمون الاستثمار تختلف وتتناوب. ولم تفلح الاتفاقيات الدولية ولا الفقه في وضع تعريف محدد وشامل للاستثمار الأجنبي، وأضحت مسألة وضع تعريف شامل للاستثمار من الصعوبة بما كان، حتى وإن كان لرجل الاقتصاد فضل السبق عن رجال القانون في تعريفهم للاستثمار. فما تعريف الاستثمار عند الاقتصاديين وعند القانونيين؟

لقد عرف رجال الاقتصاد الاستثمار بتعريفات مختلفة اعتمدت في أساسها على إبراز دوره في زيادة الثروة بوصفه عنصرا من عناصر النشاط الاقتصادي ومصدر توسع في القدرات الإنتاجية، لذلك جاءت تعاريفهم متأثرة بالصفة الديناميكية للاستثمار فعرفوه على أنه مجموع الإضافات الصافية من المنتجات الرأسمالية إلى الثروة الوطنية¹.

كما عرفوه بأنه إضافة جديدة إلى الأصول الإنتاجية الموجودة في المجتمع من خلال مرحلة زمنية معينة² أو أنه تحويل المدخرات إلى أصول رأسمالية².

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- عبد الحميد الغزالي مقدمة في الاقتصاديات الكلية دار النهضة العربية القاهرة ط 1985 ص. 91 .

2- محمد سلطان أ بوعلي مبادئ الاقتصاد دار النهضة العربية ط 1979 ص 76 .

وإذا كان التعريف الأخير يقوم على فكرة تحول رأس المال النقدي إلى رأس مال عيني وهذا الوصف ينطبق على الاستثمار المباشر، فإن التعريفين السابقين قد ركزا على وظيفة الاستثمار كعنصر من عناصر الإنتاج ومن تم فإن مفهوم الاستثمار عند أصحاب هذه التعاريف يقوم على الهدف من توظيف رأس المال وقدرته على خلق وزيادة الثروة. أما تعريف الاستثمار عند رجال القانون فقد انصب على الجانب التنظيمي والإجرائي كعلاقة قانونية فيما بين الأشخاص أو فيما بين الدول فعرفه بعضهم بأنه تقديم الأموال المادية والمعنوية من شخص طبيعي أو معنوي يحمل جنسية دولة ما، للمساهمة في مشروع قائم أو سيتم إنشاؤه بالدولة المضيفة قصد القيام بنشاط اقتصادي مباشر أو غير مباشر¹ أي أنه انتقال لرأس المال الأجنبي الخاص عبر الدول المساهمة في الاستغلال الاقتصادي بقصد تحقيق ربح متميز لا يمكن تحقيقه في بلدها الأصلي. كما عرفه البعض بأنه "انتقال عناصر الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي" وحسب هذا التعريف فإن الاستثمار لا يعني انتقال رؤوس الأموال النقدية بل وقد الاستثمار شكل الأصول المادية من عتاد ومعدات ومواد وتكنولوجيا وغيرها من الأمور التي تدخل في مفهوم عناصر الإنتاج، وأن مضمون الوصف ينطبق في حقيقة الأمر على استثمارات الشركات المتعددة الجنسية في نشاطاتها مع الدول المضيفة لها، ويتضح من خلال التعاريف السابقة رجال القانون ورجال الاقتصاد لم ينجحوا في وضع تعريف موحد وجامع للاستثمار.

أما القضاء الدولي فلم يهتم بمناقشة هذا الموضوع رغم النزاعات الاستثمارية العديدة والمتكررة التي عرضت عليه، ومع ذلك لم يتطرق إلى تحديد معنى الاستثمار ففي قضية برشلونة تراك شن التي سبق ذكرها في الباب الأول من هذا البحث لم تتطرق محكمة العدل الدولية التي عرض عليها النزاع إلى تعريف الاستثمار في ذاته واكتفت بالتركيز على الجوانب القانونية لعلاقات الأطراف المتنازعة وعلاقتها بالأموال المتنازع عليها ونعتقد أن ذلك عين الصواب، لأن الاستثمار في مفهوم القانون علاقة أكثر مما هو مادة لذلك ارتكز مجهود القضاء الدولي في شتى النزاعات التي عرضت عليه على إبراز الطابع القانوني لعلاقات الأطراف بالأموال المتنازع بشأنها.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، ط: 1991. ص4.

لكن عدم تعريف القضاء الدولي للاستثمار لم يمنع قضاة محكمة العدل الدولية من إعطاء رأياً حول مضمون الاستثمار من خلال الرأي الانفرادي لأحد القضاة أثناء تصدي المحكمة الدولية للنظر في النزاع المتعلق بقضية برشلونة تراك شن وقد جاء في ذلك التعريف أن الاستثمار "قرار تخصيص الأموال لنشاط الإنتاج" وهذا التعريف لم يخرج في حقيقة الأمر عن الملاحظة التي أوردناها فيما سبق والتي قلنا فيها أن الاستثمار علاقة لا مجرد مادة لأن عبارة التخصيص التي وردت في التعريف (قرار تخصص) تعني قيام علاقة مركبة تجمع بين عناصر قانونية تتمثل في صدور قرار التخصيص وعناصر اقتصادية متمثلة في النشاط الإنتاجي، وبذلك يكون الاستثمار الأجنبي عبارة عن استخدام لأصول مالية ومادية في نشاط اقتصادي يقع خارج حدود الدولة صاحبة رأس المال لدى دولة أخرى تعرف بالدولة المضيفة. غير أن الأموال الأجنبية التي يطلق عليها وصف الاستثمار لا تتمتع بالحماية الاتفاقية تلقائياً، إنما يجب أن تتوفر على بعض الشروط من ذلك مثل أن تكون الأموال المستثمرة مملوكة لأشخاص ينتمون للدولتين المتعاقبتين وأن تحظى بموافقة الدولة المضيفة التي يتم تنفيذ الاستثمار على أراضيها. إن العمل بمثل هذه الشروط في إطار الاتفاقيات الثنائية يعتبر تعبيراً صادقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فلا تجبر الدول عن شيء لم ترضيه، كما أن الاتفاقيات لا تعدو أن تكون مجرد عقود دولية فيما بين الأشخاص القانون الدولي لأن هذا النوع من الاتفاقيات لا يرقى إلى مستوى الاتفاقيات الدولية ذات الطابع التنظيمي¹، وأن الطابع التعاقدى للاتفاقيات الثنائية يجعل قبول أو رفض الاستثمار فيما بين الدولتين المتعاقبتين مجرد أثر من الآثار المباشرة لمبدأ سلطان الإرادة المعبر عنه في الاتفاقيات الثنائية كما يظهر ذلك من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار التي نصت في الفقرة (هـ) من المادة الأولى "أن هذه الاستثمارات يجب أن يتم قبولها طبقاً لتشريع الطرف المتعاقد الذي يتم الاستثمار على إقليمه"². وعبارة قبول الاستثمار لا تعني مجرد الموافقة على دخوله بل تعني أيضاً إخضاع الاستثمار إلى التشريع الداخلي للدولة المضيفة وأن يكون مملوكاً لشخص طبيعي أو معنوي يعتبر من رعايا الدولتين أو أن يكون مراقباً بصفة مباشرة أو غير مباشرة من طرف مواطني الدولتين وهنا إشارة واضحة إلى أخذ الاتفاقية بمعيار الرقابة وعدم الاعتماد بالمعايير المتبعة في تشريعات الطرفين.

و يثور التساؤل فيما إذا سمحت الدولة المضيفة للمستثمر الأجنبي بالدخول إلى إقليمها وقام هذا الأخير بالاستثمار فيها قبل إبرام الاتفاقية، فهل يكون له الحق في الاستفادة من الحماية المقررة في الاتفاقية بطريقة آلية، أم لا بد من صدور قرار من الدولة المضيفة يقضي بالموافقة على ذلك، وهو ما يعرف بشرط القبول أو الموافقة والواقع أن العمل بهذا

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الشرط يعبر عن رغبة الدول المضيفة في تنظيم ومراقبة الاستثمار الأجنبي الذي يدخل أراضيها بما

1- محمد حافظ غانم، المسؤولية الدولية المرجع السابق، ص. 71 و72. وهشام محمد أحمد خالد، عقد ضمان الاستثمار، ص 7

يتمشى وأهدافها الاقتصادية، إذ من خلاله تستطيع أن تمارس نوعاً من الانتقاء بين الاستثمارات الأجنبية والاستثمارات التي تكون لها آثار سلبية على اقتصادياتها الوطنية أو تكون مضرّة بالبيئة، حيث ترفض بعض التشريعات منح تراخيص دخول الاستثمار الأجنبي كما تقضي بذلك المادة الرابعة من المرسوم التشريعي المتعلق بترقية الاستثمار الذي جاء فيه أنه من بين الشروط التي يجب على المستثمر الأجنبي مراعاتها لقبول دخول استثماره، المحافظة على البيئة وما دامت الاتفاقيات تنص على وجوب مراعاة التشريع الداخلي للدولة التي يتم تنفيذ الاستثمار على أراضيها فإن ذلك يعني أن الاستثمارات التي تتم وفق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، يجب أن تراعي عند دخولها التراب الجزائري، ما تقرره المادة الرابعة من تشريع ترقية الاستثمار فيما يخص المحافظة على البيئة، إضافة إلى ذلك فإن القانون الدولي يعترف للدول بحقها في قبول أو رفض الاستثمار على إقليمها وفي ضوء ذلك تستطيع الدولة المضيفة أن تفرض شروطها على المستثمر الراغب في الاستثمار على أراضيها وعلى العموم فإن اتفاقيات الاستثمار تعترف بسلطة الدولة المضيفة في تنظيم الاستثمار الأجنبي على إقليمها ضمناً لمصالحها الوطنية.

المبحث الثاني

القواعد الموضوعية التي تحكم تنظيم الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية

تتضمن الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار قواعد موضوعية لمعاملة رعايا كل طرف لدى الطرف الآخر المتعاقد معه، لأن الدولة أصلاً ليست ملزمة بتحقيق المساواة بين الأجانب ومواطنيها فيما يتصل بالحقوق والالتزامات، ومع ذلك فإن سلطتها ليست مطلقة، بل هي مجبرة على احترام ما استقر عليه العرف الدولي من وجوب احترام الحد الأدنى من المعاملة 'هذا الحد الذي يزال الخلاف بشأنه قائماً من حيث صفته كقاعدة دولية معترف بها في القانون الدولي المعاصر ومن حيث مضمونه¹. لذلك تأتي الاتفاقيات الثنائية لاستكمال ما لم تستطع القواعد العرفية الدولية تحقيقه في مجال حماية الأموال الأجنبية، وتظهر لنا أهمية تحديد قواعد معاملة المستثمرين الأجانب من خلال الاتفاقيات الثنائية الدولية لأن أي إخلال من جانب أحد الأطراف المتعاقدة يشكل خرقاً للالتزام دولي يثير المسؤولية الدولية للطرف الآخر وقد ينص الاتفاق على ذلك كما ورد في الاتفاق الجزائري البلجيكي للكسنبورغي الذي جاء فيه بأنه على كل طرف احترام الالتزامات التي يتبناها تجاه مستثمري الطرف الآخر². بهذه الكيفية تقرر المزيد من الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية³ من خلال ما

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

- 1- عبد الواحد محمد الفار. طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، دار النهضة العربية، ط: 1985، ص83.
- 2- انظر في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاق الجزائري البلجيكي المبرم بالجزائر في 24 أبريل 1991 المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات. الجريدة الرسمية رقم 46 أكتوبر 1991.
- 3- إبراهيم شحاتة. الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 24 عام 1968، ص.141.

تتضمنه الاتفاقيات المبرمة بين الدول المتعاقدة من تنظيم مباشر للحماية المطلوبة تحقيق هذا الغرض درج العمل الاتفاقي على تبني مجموعة من القواعد نتناولها فيما يلي:

المطلب الأول

أسلوب المعاملة غير المشروطة

يقصد بأسلوب المعاملة غير المشروطة، الأسلوب المطلق الذي لا يعرف تحديدا لنطاقه ومضمونه بشكل مباشر أو غير مباشر في نطاق الاتفاقيات الدولية، إنما يترك تحديد مضمونه لكل حالة وتعتبر قاعدة (المعاملة العادلة) الصورة المعبرة له، كون أن هذه القاعدة غير محدودة المضمون هي الأخرى مما يجعل أمر تحديد نطاقه متروك لإرادة الدول المتعاقدة وهذه الصفة تجعله يتمتع بقدر كبير من المرونة إلا أنه في نفس الوقت يكون مصدر إبهام وغموض مما يخلق صعوبة كبيرة عند تحديد المعيار الذي يتبع في ضبط مضمونه الشيء يزيد من مخاوف المستثمرين ويؤدي إلى عرقلة حركة رؤوس الأموال و احتمال زيادة المخاطر غير التجارية، خاصة وأن هناك اتفاقيات دولية ثنائية ومتعددة الأطراف أخذت بهذا الأسلوب¹. لكن عدم تحديد مضمونه دفع بالفقه إلى البحث عن معايير وقواعد مكملة له.

الفرع الأول

قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة

لقد تضمن الاتفاق الجزائري البلجيكي الخاص بحماية وتشجيع الاستثمارات النص على القاعد المعاملة العادلة و المنصفة وذلك من خلال ما ورد في المادة الثالثة الفقرة الأولى التي جاء فيها على أن "تتمتع كل الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة التي تمت من طرف أحد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة منصفة وعادلة"².

لقد جاءت هذه القاعدة كتجسيد فعلي لأسلوب المعاملة غير المشروطة لذلك فهي لم تختلف عنه فيما يكتنفها من غموض يصعب معه تحديد مضمونها، مما يثير تساؤلات فيما إذا كان تحديد مضمون الاستثمار متروك لإرادة الدول المتعاقدة وأنظمتها القانونية، أم أنه يتحدد وفق قواعد القانون الدولي.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- أنظر: إبراهيم شحاتة. الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية. المرجع السابق ص142.

2- راجع في ذلك الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسنبورغي المبرم في 24 أبريل 1991 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46 أكتوبر 19.

في الحقيقة هذه الإشكالية قد تطرقت إليها بعض الاتفاقيات كما جاء ذلك في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لحماية وتشجيع الاستثمار والتي نصت بصريح العبارة على أن: "المعاملة العادلة والمنصفة تتحدد وفقا لقواعد القانون الدولي"¹ وبهذه الكيفية تكون الاتفاقية قد تفادت صراحة إشكالية التساؤل المطروح بإسنادها مهمة تحديد مضمون "المعاملة العادلة" إلى قواعد القانون الدولي. كما أخذت بهذا المعنى أيضا الاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية والاتحاد اللكسنبورغي البلجيكي حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة أن المعاملة المعترف بها "لا تكون بأي حال من الأحوال، أقل امتياز مما هو معترف به من قبل القانون الدولي". وهذا الموقف لا يختلف عما ذهب إليه الفقه، فقد اعتمد هذا الأخير في تحديده لمضمون قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة على قاعدة الحد الأدنى للمعاملة معتبرا ذلك بمثابة معيار واحد لتطبيقها من حيث الأساس الذي تقوم عليه، إذ كلاهما يقوم على ما تقرره قواعد القانون الدولي العرفي².

غير أن هذا الاتجاه انتقد لأنه لا يحل الإشكال نظرا للاختلاف القائم بين الدول المصدرة والمستوردة حول الطبيعة القانونية لقاعدة الحد الأدنى كقاعدة من قواعد القانون الدولي³.

كما أن الالتزامات الواردة في الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف غالبا ما تفوق في محتواها المعاملة التي يقرها مبدأ الحد الأدنى المقرر في القواعد العرفية الدولية لذلك يمكن أن تكون قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة بأنها تعني المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين وعدم التمييز بينهم.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- راجع في ذلك نص المادة الثالثة من الاتفاق الجزائري الفرنسي المتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار المبرم في 13 أبريل 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 01 لعام 1994 ص 4.

2- عبد الواحد محمد الفار. طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية. المرجع السابق، ص 83.

3- أنظر في ذلك: الاتفاق الجزائري الإيطالي المبرم في 18 مايو 1991 المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم 346/91 بتاريخ 05 أكتوبر 1991. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46.

وقد أخذت بعض الاتفاقيات بهذا المفهوم من خلال ما تفرضه من تعهدات على عاتق الدول المتعاقدة حيث نصت على إعطاء الدول المتعاقدة لرعايا الدول المتعاقدة معها معاملة لا يقل عن تلك التي تعطيها لرعاياها كما جاء ذلك في الاتفاق الجزائري الإيطالي الخاص بحماية وتشجيع الاستثمار من خلال نص المادة الثالثة التي جسدت هذا المفهوم بتأكيدها على " أن تمنح كل من الدولتين المتعاقدين، على إقليمها للاستثمارات والمداخل التابعة لها التي تمت من قبل المواطنين و الأشخاص المعنوية للدول المتعاقدة الأخرى معاملة لا تقل امتيازاً عن تلك التي تمنح للاستثمارات والمداخل المتعلقة بها التي يقوم بها مواطنيها أو أشخاصها المعنويين أنفسهم¹ .

ويتبين من خلال النص السابق أن أية معاملة يحصل عليها المستثمر الأجنبي في إقليم الدولة المضيفة ولا تكون في مستوى المعاملة التي يتمتع بها المستثمر الوطني تعتبر معاملة جائزة وغير منصفة.

والجدير بالملاحظة أنما ورد في النص السابق من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية يتماشى مع ما ورد في قانون ترقية الاستثمار الذي كان ينص على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والمستثمرين الأجانب ومن بعده قانون تطوير الاستثمار الذي أقر هو الآخر مبدأ المساواة في المعاملة² .

والواقع أن أعمال المسرع الجزائري بمبدأ المساواة في المعاملة يعبر في حقيقة الأمر عن وعي وإدراك عميق لروح التعاون الذي يجب أن يسود العلاقات الدولية دون التمييز في ممارسة النشاطات الاقتصادية بين الوطنيين والأجانب، كما أنه يعبر عن رغبة وتوجه الجزائر نحو اقتصاد السوق الذي يقوم بفتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي دون قيد أو تمييز بينه وبين الاستثمار الوطني ويمثل هذا الموقف انفتاحاً كبيراً على العالم الخارجي بالنسبة للمشرع الجزائري وتراجعا عن النظام الاقتصادي المسير إدارياً.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- أنظر في ذلك: الاتفاق الجزائري الإيطالي المبرم في 18 ماي 1991 المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم 346/91 بتاريخ 05 أكتوبر 1991، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46.

2- تنص المادة 14 من الأمر رقم 03/01 الصادر بتاريخ 20 أوت 2001 المتضمن قانون تطوير الاستثمار الذي نص على أن (يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعمل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمارات) ويقابل هذا النص نص المادة 38 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 الملغي بأحكام القانون الجديد.

غير أن الأخذ بقاعدة المساواة بين الأجنبي والوطني في المعاملة لا تخلو من بعض المصاعب، ذلك أنه من الصعب تحديد مضمون المساواة في المعاملة، وكيف يكون الأمر إذا كانت الحقوق التي تقرها التشريعات الداخلية للدول والتي تبنى على أساسها فكرة المساواة، أقل من الحقوق المقررة في القانون الدولي أو إذا كانت الحقوق المقررة في الدولتين متباينة في محتوى نطاقها فهل يحتكم إلى ما تقرره القوانين الوطنية للبلدين المتعاقدين؟ أم على أساس ما تقرره قواعد القانون الدولي؟ وكيف يكون الحال إذا كانت المعاملة الوطنية دون مستوى الحد المقرر دوليا هل في مثل هذه الحالة يؤخذ بمضمون قاعدة المعاملة الوطنية أم بمضمون ما تقرره قواعد القانون الدولي العرفية؟.

وقد أشرنا في ما سبق إلى بعض الاتفاقيات التي أجابت عن هذه التساؤلات كما هو الحال عليه في الاتفاق الجزائري البلجيكي الذي نص على أن المعاملة التي يجب أن يتمتع بها المستثمر في البلدين في جميع الأحوال لا يجب أن تقل عما هو مقرر في القانون الدولي¹.

كما يذهب البعض في تفسيره لمدلول المساواة، المراد بهذا المدلول لا يعني مساواة الأجانب بالوطنيين بقدر ما يعني مساواة الأجانب ببعضهم البعض، وهذه النتيجة قد ترفضها الدول المضيفة والدول المصدرة لأنها قد تعطي للأجنبي مالا للوطني وقد يكون العكس إذا كان تشريع الدولة المضيفة سخي في معاملته تجاه رعاياه وأن العمل بقاعدة المساواة على النحو السابق يجردها من محتواها الحقيقي لأن المساواة تعني مساواة الشخص بمن حوله وليست المساواة المجردة أو المطلقة، أي أن المساواة يجب أن تقوم على أساس ما تقرره المعاملة الوطنية لأن الغاية من هذه القاعدة، إخضاع الاستثمارات الأجنبية والوطنية لتشريعات الدول المضيفة للاستثمار وليس العكس. لذا انتقدت هذه القاعدة شأنها في ذلك شأن القواعد الأخرى التي أتينا على ذكرها فيما سبق والتي طرحت كمؤشرات لتحديد قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة التي يرى فيها البعض التجسيد الفعلي لأسلوب المعاملة غير المشروطة.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- راجع في ذلك الاتفاق الجزائري البلجيكي المبرم في 24 أبريل 1991 المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار. الجريدة الرسمية رقم 46 الصادرة في أكتوبر 1991.

الفرع الثاني

تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن النية

أمام عجز قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة في تحديد مضمون أسلوب المعاملة غير المشروطة وبقاء مضمونه دون تحديد، ذهب جانب من الفقه على القول بأن قاعدة المعاملة العادلة لا تخرج عن كونها مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية وأنه على الدول المتعاقدة أن تنفذ التزاماتها فيما يتعلق بمعاملة المستثمرين المقيمين على إقليمها بحسن نية ويفتضي هذا التفسير من الأطراف المتعاقدة وجوب اتخاذ سلوك موضوعي في معاملتهم للاستثمار، بحيث لا يجوز لأي طرف كان اتخاذ إجراءات تحكيمية ضد مصالح المستثمر الأجنبي خاصة وأن الاتفاقيات الثنائية تجيز للدولة التي يتم على أراضيها ممارسة النشاط الاستثماري اتخاذ بعض الإجراءات إذا دعت المصلحة العامة لذلك¹. هذا الوضع يتطلب من الدول المتعاقدة تنفيذها لالتزاماتها بحسن نية دون تمييز.

وقد جاءت الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية المصادق عليها من قبل الجزائر عام 1995 مكرسة لهذا المعنى من خلال نص المادة التاسعة من الاتفاقية المذكورة، بأن نزع الملكية للنفع العام يجب أن يتم على أساس غير تمييزي وفقاً للأحكام القانونية المتعلقة بتنظيم نزع الملكية لأغراض النفع العام، مما يعني أن فكرة المصلحة العامة التي يستند عليها الطرف الذي يقوم بالاستيلاء على أموال رعايا الطرف الآخر، مسألة نسبية يتم تحديدها وفق إرادة الطرف الذي يتم تنفيذ الاستثمار على إقليمه، فالدولة المضيفة هي وحدها صاحبة الحق في تقرير مصلحتها وحاجتها للأموال المنزوعة أو المستولى عليها². وفي مثل هذه الأوضاع يكون مبدأ حسن النية المعيار الفعلي لتنفيذ الالتزامات العقدية، بل يمكن العمل بمبدأ حسن النية حتى في حالة عدم وجود نصوص عقدية لأن هذا المبدأ لا يقوم على أساس الالتزامات التبادلية تصدر عن تلاقي إيرادات

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الأطراف المتعاقدة، بل يمكن أن يقوم الالتزام على أساس تعهد من جانب واحد صادر عن الإدارة المنفردة للطرف الملتزم به.

إن العمل بمبدأ حسن النية يمكن أن يقوم حتى في حالة عدم وجود اتفاق مسبق بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر متى تم قبول الاستثمار في الدولة التي ينفذ على إقليمها ووفقاً لقوانينها ولأنظمتها السارية المفعول.

1- راجع في ذلك: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1982 المصادق عليها من قبل الجزائر في 7 أكتوبر 1995. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 ص 7.

2- أنظر في ذلك حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض المرجع السابق ص 218.

إن مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني عرفته كافة الأنظمة القانونية وعملت بمقتضاه¹، إلا أن تطبيقه يفترض فيه أن يتم ضمن نظام قانوني معين إذ لا يمكن تصور تطبيق مبدأ حسن النية كقاعدة مجردة عن أي نظام قانوني، بل لا بد من العمل به كقاعدة مكملة لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة أو لما تقرره الدولة المضيفة من خلال نظامها القانوني. فهو يمثل قاعدة قانونية مستقلة عن القواعد الأخرى التي تسترشد بها الدول في تطبيق تعهداتها، وهذا يقتضي احتفاظ مبدأ حسن النية بالاستقلالية ولو أدت هذه النتيجة إلى بقاء قاعدة المعاملة العادلة دون تحديد لعدم وجود مفهوم محدد يكفل عند تطبيقه مضمون قاعدة المعاملة العادلة.

أما إذا تم ربط مضمون قاعدة المعاملة العادلة بمبدأ حسن النية فإن ذلك يؤدي إلى تحقيق حماية للاستثمارات الأجنبية وحماية مصالح الدول المضيفة من تعسف الدول المصدرة، لأن الدول المتقدمة قد تسعى من خلال الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها مع الدول المضيفة وما تضمنته من قواعد عامة إلى إحلال إرادتها بدعوى أن القواعد الواردة في تلك الاتفاقيات قد أقرها القانون الدولي مستغلة حاجة الدول المستوردة لرأس المال².

لذا يمكن اعتبار معيار المعاملة العادلة والمنصفة معياراً مكملاً للاتفاقيات ومفسراً لمقاصد نصوصها ويجب العمل به بصفة فردية عند كل حالة وعلى أساس المعطيات الموضوعية لكل اتفاق ويترتب على عدم تحديد مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة لجوء الدول المتعاقدة إلى النص في الاتفاقيات على عبارات ومضامين أخرى بما يفيد تحديد هذا المبدأ من ذلك مثلاً ما نصت عليه الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية حيث جاء في مادتها الرابعة بأنه يستهدي في استخلاص وتفسير هذه الاتفاقية بالمبادئ المشتركة في تشريعات الدول والمبادئ المعترف بها في القانون الدولي، وفي المادة السادسة نصت على

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

معاملة رأس المال العربي في الدول التي يمارس فيها الاستثمار بالمعاملة التي يحظى بها الاستثمار الوطني لتلك الدولة دون تمييز³.

كما تجدر الإشارة هنا إلى معيار المعاملة العادلة والمنصفة يختلف عن معيار إنكار العدالة لأن هذا الأخير لا يتعلق في مدلوله ومحتواه بما تضمنته القواعد القانونية الواجبة التطبيق بقدر ما يتعلق بحرمان المستثمر من إجراءات التقاضي وقد ذهبت دول أمريكا اللاتينية في تفسيرها لمبدأ إنكار العدالة بأنه كل إجراء يؤدي إلى حرمان الأجنبي من حق التقاضي.

1- لقد نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية).

2- أنظر حسن عطية الله. المرجع السابق ص211.

3- انظر في ذلك: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1982 المصادق عليها من قبل الجزائر في 07 أكتوبر 1995 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 أكتوبر 1995.

أما القضاء الدولي فقد حدد مفهوم إنكار العدالة في حرمان الأجنبي من إجراءات التقاضي كما جاء ذلك في قضية جورج سالم بين مصر والولايات المتحدة، وفي قضية اللوتس بين فرنسا وتركيا بأن إنكار العدالة لا يتمثل في خطأ المحكمة في اختيار القاعدة الوطنية الواجبة التطبيق التي تتفق مع قواعد القانون الدولي... لا يهتم القانون الدولي إلا في حالة إنكار العدالة¹ ويعني ذلك أن إنكار العدالة يقصد به حرمان المستثمر من حق التقاضي ومما يتعرض له من تمييز أو تحيز القاضي في تغليب المصلحة الوطنية عن المصلحة الأجنبية فيعد ذلك إنكار للعدالة كما يعتبر بمثابة إهدار لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

أن التوسع في مضمون قاعدة المعاملة العادلة كصورة لأسلوب المعاملة غير المشروطة يؤدي إلى بروز خلافات فيما بين الدول المتعاقدة، لذا يكون من الأفضل الأخذ بمعايير أخرى مكملة تسمح بتقييد وتحديد نطاق قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة ومن خلالها أسلوب المعاملة غير المشروطة وهو ما سندرسه في مطلب الموالى تحت عنوان أسلوب المعاملة المشروطة.

المطلب الثاني

أسلوب المعاملة المشروطة

يقصد بأسلوب المعاملة المشروطة، السلوك التي يقرره الاتفاقية في معاملة المستثمر، من خلال الإحالة على قواعد غير القواعد الواردة فيها، كإحالتها على معاملة المستثمر

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الأجنبي بما تقره التشريعات الداخلية للدول المتعاقدة والعمل بقاعدة المعاملة الوطنية أو الإحالة على أحكام اتفاقية مبرمة مع دولة ثالثة كما هو الحال في شرط الدولة الأولى بالرعاية، لذا يعرف هذا الأسلوب بالمعاملة المشروطة، لقيامه على شرط الإسناد لقواعد قانونية أخرى غير القواعد الواردة في الاتفاقية.

وتعتبر قاعدتنا التشبيه بالمعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم القواعد المتبعة في هذا الأسلوب لذلك سوف نأتي على دراستهما بنوع من التفصيل والتحليل.

1- يتمثل مبدأ إنكار العدالة في حرمان الأجنبي من إجراءات التقاضي، وقد جاء في حكم محكمة العدل الدائمة عام 1927 المتعلق بقضية اللوس بين فرنسا وتركيا " أن خطأ المحكمة في اختيار القاعدة الوطنية الواجبة التطبيق والتي تتفق مع قواعد القانون الدولي... لا يهيم القانون الدولي إلا في حالة إنكار العدالة " وتؤكد هذا الموقف من جديد في حكم محكمة التحكيم بين مصر والولايات المتحدة عام 1923 بشأن النزاع المتعلق بجورج سالم وقد جاء في الحكم " أنه من الضروري الاعتراف بصحة الأحكام التي تصدرها المحاكم الوطنية في حدود اختصاصها مادام لم يحصل إنكار للعدالة والقانون الدولي " انظر في ذلك : محمد حافظ غانم . المسؤولية الدولية المرجع السابق ص 105 و106.

الفرع الأول

قاعدة المعاملة الوطنية

اختلف الفقه في تحديد مصدر نشأة هذه القاعدة، هناك من ينسب أصل نشأتها إلى رحاب المذهب الفردي الذي يقوم على مبدأ حرية انتقال الأشخاص والأموال و السلع الكافة دون التفرقة بين الأجانب و الوطنيين وذلك قصد تشجيع المبادلات التجارية ورؤوس الأموال فتعمدت الدول إلى النص في تشريعاتها الداخلية على المعاملة الوطنية للأجانب¹ بينما يرجع البعض الآخر نشأة هذه القاعدة إلى الفقيه الأرجنتيني **كالفو** باعتباره أول من نادى بفكرة مساواة الأجانب في معاملتهم بالوطنيين، وذلك كتعبير عن موقف دول أمريكا اللاتينية الرافضة لقاعدة الحد الأدنى المعمول بها في القانون الدولي التقليدي التي تتمسك بها الدول المصدرة لرؤوس الأموال، كأساس للمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب الرعايا الأجانب في الدول المضيفة².

أما الرأي الثالث فيذهب إلى أن مصدر نشأة هذه القاعدة يرجع إلى القانون الدولي التقليدي مستشهدا في ذلك بالتطبيقات الدولية لهذه القاعدة من خلال أحكام المحاكم الدولية³.

إن الخلاف لم يقتصر على مصدر نشأة هذه القاعدة بينما امتداد ليشمل مضمونها، لأن العمل بقاعدة المعاملة الوطنية يقتضي أن تكون المعاملة الوطنية تساوي أو تجاوز

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الحد الأدنى المقرر في القانون الدولي، لذلك يرى الفقه أن العمل بقاعدة تشبيه الأجنبي بالوطني، أو ما يعرف بقاعدة المعاملة الوطنية يقتضي تحديد نطاق مضمون القاعدة لأنه من غير المعقول التسليم بأن نية واضعي هذه القاعدة قد انصرفت إلى تمكين الأجنبي من التمتع بالحقوق العامة، و الحقوق السياسية التي تعتبر حقوقاً حركية وخالصة للوطني لأن هذه الحقوق لا تتفق بطبيعتها مع صفة الأجنبي لارتباطها بفكرة ولاء الشخص للدولة التي ينتسب إليها لذا يصعب التسليم بإقرار مثل هذه الحقوق للأجنبي⁴. وتفادياً لكل لبس أو غموض حول محتوى هذه القاعدة التي تلجأ الدول إلى تحديد مجالات العمل بها من خلال الاتفاقيات الدولية، لذلك فإن قاعدة المعاملة الوطنية وجدت طريقها في اتفاقيات الصداقة وفي اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار وسوف نقتصر على دراسة أمثلة لهذه القاعدة ضمن اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات لما لها من علاقة وارتباط بموضوع بحثنا وتنفيذاً لما يجري عليه العمل الدولي .

1- هشام خالد، الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، ط: 1988، ص73.

2- عبد الواحد محمد الفار. طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية المرجع السابق ص، ص9-12.

3- علي حسن ملحم. المرجع السابق، ص102.

4- هشام علي صادق. الحماية الدولية للمال الأجنبي دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، ص203.

والجدير بالملاحظة أن الجزائر قد درجت على العمل بهذه الاتفاقيات في مطلع التسعينات كما يتضح ذلك من خلال مجمل الاتفاقيات التي أبرمتها في تلك الفترة مع كل من فرنسا، إيطاليا، بلجيكا، والاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية، واتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار وغيرها وقد تضمنت هذه الاتفاقيات مبدأ المعاملة الوطنية. فالاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا المتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار نص في المادة الرابعة منه بأن يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر فيما يخص استثمارهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الاستثمارات، المعاملة الممنوحة لمواطنيه وشركاته.. على أن هذه المعاملة لا تمتد إلى الامتيازات التي يمنحها الطرف المتعاقد لمواطني وشركات دولة ثالثة بموجب مشاركتها أو مساهمتها في منطقة للتبادل الحر في انتماء جمركي أو في سوق مشتركة أو في أي شكل آخر من أشكال التنظيم الاقتصادي الجهوي وهو نفس الموقف بالنسبة للاتفاق المبرم مع إيطاليا والاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية¹.

وما يلاحظ على الاتفاقيات المذكورة أنها، وإن كانت قد أخذت بقاعدة المعاملة الوطنية أو المساواة في المعاملة إلا أنها لن تأخذ بها على سبيل الإطلاق، بل اقتصر تطبيقها على الموضوعات الواردة في الاتفاقية وفي حدود الحقوق والمزايا الممنوحة للاستثمار الأجنبي من خلال ما يتمتع به الاستثمار الوطني، بيد أن هذه الاتفاقيات لم تكتف بالتقيد بالموضوعات الخاصة بالاستثمار فحسب، إنما استبعدت من مجال تطبيقها المعاملة التي

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

يتمتع بها مواطنو الدولة المضيفة بحكم انتمائهم لاتحاد جمركي أو اقتصادي أو سوق مشتركة أو أي تنظيم جهوي بل وقد يصل حد التقيد إلى استبعاد الأجانب من مزاولة بعض الأنشطة الاقتصادية مع قصرها على المستثمرين الوطنيين دون سواهم إذا رأت الدولة ضرورة الاحتفاظ بقطاعات معينة لرعاياها لضرورات أمنية أو لحيويتها بالنسبة للاقتصاد الوطني وقد عملت الجزائر بهذا المبدأ لفترة طويلة بمقتضى قانون الاستثمار لعام 1966 حيث ميزت بين القطاعات غير الحيوية التي يجوز للأجانب الاستثمار فيها². كما عملت بعض الاتفاقيات الدولية بهذا التمييز أيضاً، والغاية من ذلك ليس التمييز في حد ذاته إنما قد ترى الدولة ضرورة الاحتفاظ بقطاعات معينة لمستثمريها دون سواهم من ذلك مثلا ما نص عليه الاتفاق المبرم عام 1982 بين الولايات المتحدة الأمريكية ومصر حيث جاء في المادة الثانية الفقرة 03 (يحتفظ كل من الطرفين المتعاقدين بحقه في جعل أو تحديد قطاعات معينة مستثناءة من قاعدة المعاملة الوطنية بالنسبة للأنشطة والاستثمارات المرتبطة بها) .

1- نصت المادة الثالثة من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية المبرمة في 18 ماي 1991 بأن تمنح كل من الدولتين المتعاقبتين معاملة لا تقل امتياز عن تلك التي تمنح لاستثمارات مواطنيها أو شركتها. كما تضمنت المادة السادسة من الاتفاقية العربية الموحدة لرؤوس الأموال العربية التي صادقت عليه الجزائر في 17 أكتوبر 1995. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46.

2- لقد ورد في نص المادة الثانية من قانون الاستثمار عام 1966 الصادر بمقتضى الأمر 66-284 بأن: المبادرة الخاصة بتحقيق مشاريع في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني تعود للدولة وللهيئات التابعة لها

ومن الطبيعي أن يتخذ المستثمر الوطني المركز اللائق به بوصفه العضو الدائم في مجتمعه وللدولة وحدها سلطة تقرير هذا المركز لأن من يملك الكل يملك الجزء.

إن مضمون ونطاق قاعدة المعاملة الوطنية يتحدد من خلال ما تقرره التشريعات الداخلية لكل دولة وأن دور الاتفاقية لا يعدو أن يكون سوى مجرد دور إسناد، كما هو الحال في قواعد الإسناد المعهودة في القانون الدولي الخاص وأن جميع الامتيازات والحقوق والالتزامات الممنوحة والمحددة للاستثمار إنما تجد أساسها في السلطة التقديرية للدولة المضيفة .

أما ما تنص عليه الاتفاقية من تعهد الأطراف المتعاقدة على معاملة مواطني كل طرف تجاه الطرف الآخر بما هو وارد في التشريعات الداخلية لكل منهما، فإن الرأي الراجح في الفقه ذهب إلى اعتبار الحقوق والامتيازات المقررة بمقتضى قاعدة المعاملة الوطنية لا ينبغي أن يقتصر مجال تطبيقها على ما تحدده التشريعات الداخلة للدولة المضيفة وقت إبرام الاتفاقية بل يجب أن يمتد نطاق العمل بهذه القاعدة إلى نصوص التشريعية اللاحقة عن إبرام الاتفاقية مع مراعاة الحالة التي يتضمن فيها التشريع اللاحق على امتيازات

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

وحقوق إضافية لم يتوقعها واضعو الاتفاقية أثناء إبرامهم لها، ويميل العمل القضائي وكذا الرأي الراجح في الفقه إلى الأخذ بمبدأ تقييد نطاق المعاملة الوطنية وقصر الحقوق والامتيازات الواردة في التشريع اللاحق على الوطنيين دون الأجانب وان القول بخلاف ذلك يترتب عنه الإخلال بمبدأ التضامن الاجتماعي الوطني¹.

والحالة الثانية عندما يقوم التشريع اللاحق للاتفاقية بالإنقاص من الحقوق والامتيازات الممنوحة للاستثمارات الوطنية الأمر الذي يؤدي حتما إلى الإنقاص من الحقوق والامتيازات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية ما دامت مبنية على أساس المعاملة الوطنية ما لم ينص في الاتفاق على غير ذلك، مما قد يؤدي إلى تذبذب وعدم استقرار مضمون ونطاق المعاملة الوطنية، مما يجعل الحقوق والامتيازات الممنوحة للاستثمارات الأجنبية تقع تحت رحمة الدول المضيفة وهنا تثار التساؤل حول مدى حرية الدول المضيفة في توسيعها لنطاق المعاملة أو تقييده.

1- هشام علي صادق، المرجع السابق ص209. هشام خالد، المرجع السابق، ص93.

وفي السياق تجدر الإشارة إلى أن الفقه منقسم بشأن هذه المسألة، إذ يرى البعض أن الحقوق المقررة للأجانب بمقتضى قواعد القانون الدولي لا يمكن لها أن تزيد عن حقوق الوطنيين لأن الأجنبي ليس من حقه أن يطمح في أن يلقي بالدولة المضيفة معاملة أفضل عن معاملة مواطني تلك الدولة، وأن مصدر تحديد مقدار تلك الحقوق يتحدد من خلال مقدار الحقوق التي يتمتع بها الوطني وقد أقرت لجنة الخبراء المنبثقة عن عصبة الأمم الخاصة بتقنين القانون الدولي عام 1926 هذا الموقف مثلما جاء ذلك في تقرير :
جوريرو الذي ذكر بأن المجتمع الدولي لا يمكنه أن يقرر للأجانب حقوقا تزيد عن الوطنيين¹. بينما يذهب أصحاب الرأي الثاني إلى القول بضرورة التمييز بين مركز الأجنبي ومركز الوطني لأن مركز كل منهما يتحدد وفق تنظيم قانوني معين، ذلك أن تحديد مركز الوطني يدخل ضمن الاختصاصات الداخلية المطلقة للدولة في تنظيمها لعلاقتها برعاياها وممتلكاتهم، بحيث تستطيع أن تنقص من الحماية والمعاملة الممنوحة لهم دون المستوى المقرر في القانون الدولي ودون أن يعتبر ذلك خرقا لقواعد القانون الدولي، لأن الحقوق التي يتمتع بها الوطني تدخل ضمن الاختصاصات المطلقة لدولته.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

أما مركز الأجنبي ونطاق حقوقه فإن تحديدهما يقتضي مراعاة صفته كأجنبي وما يتطلبه القانون الدولي حتى وأن تتم تشبيهه بالوطني لأن تشبيهه لا يفقده صفته كأجنبي ولا يمكن اعتباره كطرف وطني، لذا يقول أصحاب هذا الرأي أنه من الخطأ الربط بين الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والحقوق التي يتمتع بها الوطني لأن الربط بينهما لا يتفق مع طبيعة مركزهما، فإذا أرادت الدولة أن تتجاهل الحد الأدنى في معاملتها لرعاياها فلها ذلك لأن القانون الدولي لا يقيد سلطتها، أما فيما يخص الأجانب فتظل الدولة المضيفة ملزمة باحترامها للحد الأدنى المقرر دولياً حتى ولو أدى ذلك إلى منح الأجانب معاملة أفضل من تلك التي يتمتع بها رعاياها ما دامت أقل من الحد الأدنى المقرر دولياً.

إن ما يحصل عليه الأجنبي من امتياز ليس القصد منه تمييزه عن الوطني بقدر ما يكون الهدف منه الوصول بالوطني إلى الحد المقرر في القانون الدولي العرفي². ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق قيام الدول المصدرة لرؤوس الأموال بعزل نظام الدولة التي لا تعترف بالحد الأدنى من المعاملة المقررة دولياً، مما يجبرها على تعديل تشريعاتها ورفعها لمستوى المعاملة. وقد أيدت محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية المصالح الألمانية في سيليزيا العليا هذا الموقف حينما صرحت بأنه " لا يجوز للدولة أن تفرض على الرعايا الأجانب المقيمين على إقليمها معاملة لا يقرها القانون الدولي³."

1- هشام علي صادق. المرجع السابق ص 209 ومحمد حافظ غانم. المرجع السابق ص 73.

2- يمثل هذا الرأي موقف الفقه الغربي. محمد حافظ غانم. المسؤولية الدولية المرجع السابق ص 74

3- حسن علي ملحم. المرجع السابق ص 106.

وأمام تباين المواقف بشأن مضمون المعاملة الوطنية، فقد تعرضت هذه القاعدة إلى انتقادات من بينها: إن مضمون القاعدة يخضع أساساً للإرادة المنفردة للدولة المضيفة لأن الاتفاقيات التي تتضمن شرط المعاملة الوطنية لا تتضمن قواعد محدودة تطبق على المستثمرين، ما دامت أحالتهم على القوانين للدولة المضيفة وهذا الوضع يجرّد الاتفاقيات الدولية من كل حماية، مما يجعل المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي غير مستقرة وخاضعة لرحمة الدولة المضيفة وظروفها، كما يجعل نطاق المعاملة في الزيادة و النقصان وفقاً لإرادة المشرع الوطني وفي ذلك اعتداء على كيان المجتمعات الأخرى التي ينتمي إليها الأجنبي لأن الاعتداء عليه كالاكتداء على أمته.

كما أن العمل بشرط المعاملة الوطنية يفترض فيه وجوب قيام رابطة الجنسية واستمرارها فيما يتعلق برعايا الدول المتعاقدة، فالاتفاقيات الثنائية لا تحمي إلا رعايا الدول المتعاقدة، مما يعني ذلك استبعاد عديمي الجنسية و اللاجئيين من نطاقها¹.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

إن العمل بقاعدة المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين على أساس المزايا الممنوحة من خلال التشريعات الوطنية قد يلحق الغبن بالأجانب فيما إذا كانت الحقوق الممنوحة لمواطني الدولة المضيفة أقل بكثير من الحقوق التي تمنحها دولة المستثمر لمواطنيها أو لرعايا الدولة الأولى بالرعاية². لذلك فإن قاعدة المعاملة الوطنية يفترض تطابقها في نطاق الحقوق والمزايا التي يقررها التشريع الداخلي للدولة المتعاقدة إذا كانت تشريعات هذه الدولة متقاربة أو على الأقل أن يكون هناك تكافؤ فيما بين الدول المتعاقدة وفي مركز المستثمرين بها.

لكنه وفي ظل غياب التكافؤ بين الدول المصدرة والمستوردة تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى ربط قاعدة المساواة في المعاملة الوطنية بمبدأ التبادل أو ما يعرف بالمعاملة بالمثل، ذلك أن العمل بهذا المبدأ يحقق معاملة ميدانية لمستثمري الدول المتعاقدة لأن كل طرف ملزم بمنح رعايا الطرف الآخر مقدار من المعاملة لا يقل في حجمه عما يتلقاه رعاياه لدى الطرف الآخر. وبهذه الكيفية يخرج نطاق المعاملة الوطنية من دائرة الإرادة المنفردة للدولة إلى دائرة التعامل المشترك لمجموع الدول المتعاقدة، وأن فكرة المساواة في المعاملة يمكن قياسها مقارنة بما يتلقاه رعايا كل طرف لدى الطرف الآخر وفي مثل هذه الأحوال، يكون الطرفين مجبران على التعامل بالمثل ولا يعقل أن تسعى الدولتان المتعاقدتان إلى إنزال مستوى المعاملة بالمثل دون مستوى الحد الأدنى دولياً.

1- هشام خالد. الحماية القانونية للاستثمارات العربية . ص 93-94.

2- هشام علي صادق . الحماية الدولية للمال الأجنبي . ص 247 .

كما قد يؤدي شرط تشبيه الأجانب بالوطنيين من خلال فكرة المعاملة بالمثل إلى تعهد الأطراف المتعاقدة بمنح رعايا كل طرف معاملة تطابق أو تماثل ما تعهد به الطرف الآخر مما يسمح بخلق توازن في الالتزامات فيما بين الأطراف المتعاقدة وهذه النظرة تتماشى مع مبدأ تكافؤ السيادة ومبدأ المساواة فيما بين الدول في مجال القانون الدولي.

وفي مجال القانون الداخلي فإن الدول لها كالم الحرية في تنظيم مراكز الأشخاص الأجنبية على إقليمها ما دامت لم تنزل بمستوى هذا التنظيم دون الحد الأدنى المقرر في القانون الدولي العرفي، أما ما يجاوز ذلك الحد فإن القانون الدولي لا يعرف قيوداً في ذلك¹. ورغم الانتقادات الموجهة لقاعدة المساواة في المعاملة فإن أغلبية الدول النامية تصر على العمل بها كتعبير عن رغبتها الملحة في إيقاف نظام الامتيازات الذي ساد خلال مرحلة الاستعمار.

وقد جاء موقف الدول النامية بشأن قاعدة المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين في اقتراح الصين أثناء انعقاد مؤتمر لاهاي الخاص بتقنين القانون الدولي وقد جاء في

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الاقتراح " أن الدولة غير مسؤولة عن معاملة الأجانب ما دامت قد سوت في المعاملة بينهم وبين مواطنيها².

غير أن الاقتراح لقي معارضة شديدة ورفض من أغلبية الدول الغربية بينما أيدته الدول النامية مما يعني أن قاعدة المعاملة الوطنية تعبر عن رغبة وموقف الدول النامية كموقف سياسي.

الفرع الثاني

قاعدة شرط الدولة الأولى بالرعاية

هناك من يرجع نشأة هذا الشرط على فترة القرون الوسطى حيث كان يدرج الشرط في الاتفاقيات التجارية التي كانت تبرم بين المدن الإيطالية، كما عمل به أيضا أمراء العرب في العقود التي كانوا يبرمونها مع الأوروبيين³. لكن انتشار الشرط ارتبط بشكل خاص بتطوره في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعاون الاقتصادي والتجاري، ثم انتقل بعد ذلك إلى اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار، ويتمثل مضمونه في " تمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على أفضل معاملة تقررها الدولة الملتزمة بالشرط لرعايا دولة⁴، ومعناه أن التزام دولة

1- هشام علي صادق. الحماية الدولية للمال الأجنبي. المرجع السابق ص، ص 241-246.

2- محمد حافظ غانم. المسؤولية الدولية. المرجع السابق ص 75.

3- هشام خالد. الحماية القانونية للاستثمارات العربية. المرجع السابق ص 77.

4- عبد الواحد محمد الفار. طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية، ص 10 وأيضا هشام علي صادق نفس المرجع السابق ص 214.

متعاقدة في مواجهة دولة أخرى متعاقد معها بمقتضى الاتفاق المبرم بينهما، يقتضي بأن تطبق الدولة الملتزمة على الدولة المستفيدة كافة الامتيازات والتسهيلات التي تعطيها لدولة أو دول أخرى سواء تلك التي أعطتها في اتفاقيات سابقة أو في المستقبل، والعمل بهذا الشرط يفترض وجود ثلاثة أطراف وهي الدولة الملتزمة بالشرط ولنفرض أنها (أ) والدولة المستفيدة منه هي (ج) ودولة خارجة عن الاتفاقية وهي الدولة الأكثر رعاية التي يستفيد رعاياها بأفضل معاملة يلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة بهذا الشرط وهي (ب).

ولا شك أن أطراف الاتفاقية المعنية هما (أ، ج) أما الدولة (ب) فلا تعد طرفا في الاتفاقية، لكنهما تمثل مصدر الإحالة عند قياس الالتزامات التي تعطيها الدولة (أ) لأن التزاماتها تجاه الدولة (ج) تتحدد عن ضوء المعاملة التي تعطيها الدولة (أ) لرعايا الدولة (ب)، وبذلك فإن الحقوق والمزايا التي تحصل عليها الدولة المستفيدة ترتبط من حيث

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

نطاق وجودها بالحقوق التي تتمتع بها الدولة الأولى بالرعاية وإذا انقضى هذا الحق انقضى معه الحق الذي تم منحه للدولة المستفيدة وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في النزاع الذي ثار بين الولايات المتحدة وفرنسا عام 1952 بشأن المحاكم القنصلية المراكشية حيث جاء في الحكم المذكور (إن الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعايا لا تتمتع بالحقوق والمزايا المقررة في المعاهدة المبرمة بين الدول الملتزمة بشرط الدولة الأولى بالرعاية إلا في حدود ما تتمتع به هذه الأخيرة من حقوق ومزايا، فإن لإلغاء الحقوق والمزايا المقررة للدولة الأكثر أو إنقاص أثره منها على الدولة المستفيدة من الشرط)¹. وحسب الحكم السالف الذكر فإن الحقوق والمزايا التي تحصل عليها الدولة المستفيدة مرتبطة بالحقوق التي تتمتع بها الدولة الأولى بالرعاية، وأن أي زيادة أو نقصان في حجم الحقوق الممنوحة للاستثمارات ولمواطني الدولة الأولى بالرعاية تنعكس إيجاباً أو سلباً على حجم ومقدار الحقوق والتسهيلات التي يتمتع بها مواطنو الدولة المستفيدة، وقد كرست الاتفاقيات الدولية هذا المفهوم أيضاً لشرط الدولة الأولى بالرعاية كما جاء ذلك في نص المادة العاشرة من الاتفاق المبرم بين الجزائر وبلجيكا المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات (يستفيد مستثمرو كل الأطراف المتعاقدة بالنسبة لكل المسائل المتعلقة بمعاملة الاستثمارات القائمة على إقليم الطرف الآخر بمعاملة الدول الأكثر رعاية) كما نصت المادة الرابعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار المتبادل فيما بين الأطراف المتعاقدة على أن (يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه ومنطقته البحرية في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر. فيما يخص استثماراتهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الاستثمارات، المعاملة الممنوحة لمواطنيه وشركاته

1- علي حسن ملحم، المرجع السابق ص 109.

أو المعاملة الممنوحة لمواطني وشركات الدولة الأكثر رعاية إذا كانت هذه المعاملة أكثر امتيازاً⁽¹⁾ ويفيد هذا النص منح الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية أفضل معاملة بما في ذلك المعاملة الوطنية، إلا أن المعاملة لا تمتد إلى المعاملات التفضيلية التي تمنحها الدولة الملتزمة لاستثمارات دولة ما في إطار تنظيمات اقتصادية وإقليمية، كالاتحادات الجمركية أو الأسواق المشتركة أو مناطق التبادل الحر كما نصت على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة للاتفاق الجزائري الفرنسي إذ جاء فيه (على أن هذه المعاملة لا تمتد إلى الامتيازات التي يمنحها الطرف المتعاقد الوطني أو شركات دولة ثالثة، بموجب مشاركتها أو مساهمتها في منطقة للتبادل الحر، في اتحاد جمركي وفي سوق مشتركة أو في أي شكل من أشكال التنظيم الاقتصادي الجهوي) وقد تضمنت معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الدول المصدرة لرؤوس الأموال مع الدول النامية على هذا الاستثناء حتى لا يمتد أثر شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الامتيازات والتسهيلات التي

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

تمنحها الدولة الأوروبية لبعضها البعض بحكم عضويته في الاتحاد الأوروبي وفي تنظيماتها الإقليمية والجمركية الخاصة².

لذلك انتقد شرط الدولة الأولى بالرعاية لما يتضمنه من تقييد وتوسيع لنطاق الحقوق والامتيازات الممنوحة للدولة الغير ما دامت الدولة الملتزمة بإمكانها أن تشتترط قصر بعض الامتيازات والحقوق على الدول التي تربطها بها علاقات خاصة دون سواها³ مما يضييق من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

1- أنظر في ذلك الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي، الموقع بالجزائر 24 أبريل 1991، المرجع السابق.

2- من بين الاتفاقيات التي تضمنت هذا الاستثناء الاتفاقية المبرمة في 18 ماي 1991 بين الجزائر وإيطاليا في المادة الثالثة الفقرة الأخيرة. وكذلك ما نصت عليه المادة الرابعة من الاتفاقية المبرمة بين سوريا وفرنسا عام 1977. والتي جاءت فيها: أن نظام الدولة الأكثر رعاية الواردة في المادتين (الثالثة والرابعة) من الاتفاق الحالي لا يشمل الامتيازات التي يمنحها أحد الطرفين المتعاقدين لمواطني أو شركات دولة ثالثة بموجب مساهمته أو اشتراكه في وحدة جمركية أو سوق مشتركة أو منطقة تبادل حر أو أي تجمع اقتصادي إقليمي مماثل.

3- هشام خالد. المرجع السابق ص 101

المبحث الثالث

الحماية الدولية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي

لقد اتخذت الحماية الاتفاقية المتعددة الأطراف أشكالاً وتنظيمات مختلفة، تبعاً لامتدادها الجغرافي وطبيعة نظامها وشكلها القانوني، وعلى أساس ما تقدم يمكن تصنيف اتفاقيات الحماية المتعددة الأطراف من حيث نطاقها وامتدادها الإقليمي إلى اتفاقيات عالمية، واتفاقيات إقليمية، ومن حيث نطاق وطبيعة موضوعها فقد تكون تنظيمية أو عقدية أما من حيث شكلها فقد تصدر في شكل معاهدة أو في شكل ميثاق أو في شكل تقنين دولي، وما يهمنا في دراستنا

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لهذا الموضوع الاتفاقيات المتعلقة بتنظيم وحماية الاستثمار، أي التصنيف الذي يقوم على أساس موضوع الاتفاقية وطبيعتها.

المطلب الأول

المحاولات الدولية لتقنين القواعد المنظمة للاستثمار الأجنبي

لقد بينا فيما سبق كيف أن الدول استطاعت أن تتوصل فيما بينها إلى عقد اتفاقيات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار، أما على الصعيد الدولي المتعدد الأطراف فإن الأمر مختلف ويبدو أنه غير مشجع، كما يظهر ذلك بوضوح ودون نقاش من مختلف المحاولات المبذولة والرامية إلى إيجاد قواعد دولية موحدة في مجال تنظيم الاستثمار المباشر على الصعيد العالمي وهذا ما سنوضحه من خلال بعض المحاولات الدولية.

الفرع الأول

مشروع إنشاء تقنين عالمي للاستثمارات

تعود فكرة صياغة تقنين متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية إلى بداية الثلاثينيات، بعد الأزمة التي عرفها الاقتصاد العالمي، مما دفع بعصبة الأمم عام 1929 إلى تبني الفكرة، وقد تمحور موضوعها حول إنشاء ميثاق متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة يكون بمثابة نمط للسلوك¹. غير أن المحاولة لم تنجح بسبب كثرة التحفظات التي أبدتها أعضاء المنظمة ومنذ ذلك التاريخ والمجتمع الدولي يسعى جاهدا لإيجاد تنظيم دولي متعدد الأطراف للاستثمار الأجنبي، وقد تركز الاهتمام حول اقتراحين هما: إبرام معاهدة دولية متعددة الأطراف، أو إنشاء ميثاق دولي لحماية

1- انظر عبد الواحد الفار. أحكام التعاون الدولي، الناشر عالم الكتب، القاهرة، ص 147.

الاستثمار الأجنبي ورجعت الفكرة القاضية بإنشاء ميثاق وتجسدت المحاولة عندها فيما عرف بميثاق هافانا عام 1948¹.

لقد عالج مشروع الميثاق المعروف باسم (ميثاق هافانا) في المادة 12 منه، موضوع الاستثمارات الدولية والتنمية الاقتصادية إلا أن الفقرة ج من المادة 12 شكلت موضوع خلاف كبير ومعارضة شديدة من قبل الدول الغربية لأن الفقرة المذكورة تعطي للدول الأعضاء حق الاحتفاء من التدخلات في شؤونها الداخلية التي قد تنجر عن الاستثمار الأجنبي وكذلك ما تمنحه من تفويض للدول في منح أو رفض الترخيص للاستثمار الأجنبي المتواجد على أراضيها² الأمر الذي أدى إلى تعرض النص السابق إلى الرفض

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

من قبل الدوائر الخاصة لرجال الأعمال الذين كانوا يرون فيه أنه قيد كبير على الاستثمار. كما تضمن الميثاق مبادئ أخرى من بينها، مبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذي يعتبر من بين أهم المبادئ التي جاء بها ميثاق هافانا، المادة 16 منه بأن " كل المزايا والمنافع والامتيازات والحماية التي تعطى بواسطة دول عضو لمنتج أصلي أو قادم من أي دولة أخرى تمتد دون شرط لمنتج قادم من أي دولة من الدول الأعضاء". غير أن عدم التصديق على هذا الميثاق ورفضه من قبل الدول الغربية جعل الدول الداعية لإنشاء مثل هذا الميثاق تقترح ميثاقا جديدا صدر في صيغة اتفاقية دولية متعددة الأطراف وهي (اتفاقية التجارة العالمية، والاتفاقيات الملحقة بها) ويقوم التنظيم الجديد على عدم الفصل بين القواعد المنظمة للتجارة الدولية والقواعد المنظمة لرأس المال. وقد تبنت الدول الصناعية هذه الفكرة من منطلق أن رأس المال مجرد سلعة من السلع يتم تداوله وانتقاله وفقا لمبادئ حرية التجارة.

كما تضمنت الاتفاقيات الملحقة العمل بمبدأ منح المستثمر الأجنبي المعاملة الوطنية الممنوحة للمستثمر الأجنبي والتزام الدول بعدم وضعها لقيود وإجراءات من شأنها أن تعيق حركية رأس المال والسلع.

1- وفي نوفمبر انعقد مؤتمر الأمم المتحدة حول التجارة والعمل في هافانا ودامت أعماله إلى غاية 24 مارس 1948 وحضرته 56 دولة وقعت عليه بعض الدول ولم يدخل الميثاق حيز التنفيذ لأنه يشترط مصادقة 27 دولة بينما لم تصادق عليه سوى دولتان. عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار في البلاد العربية. ص، ص 129-130

2- المادة 12 الفقرة ج (تعترف البلدان الأعضاء لكل دولة عضو وبدون المساس بالاتفاقيات الدولية القائمة التي تكون فيها الدولة عضواً).

- اتخاذ جميع الإجراءات الملائمة للحماية الضرورية ولضمان عدم تحول الاستثمارات الأجنبي إلى قاعدة للتدخل في الشؤون الداخلية وفي السياسة الوطنية.

- القيام بتحديد ما إذا كانت سترخص مستقبلاً للاستثمارات الأجنبية، وتحديد إجراءات وشروط هذا الترخيص.

- اتخاذ وتطبيق عادلة فيما يتعلق بملكية الاستثمارات القائمة و الجديدة.

ونظراً للارتباطات الدولية التي تملئها الاتفاقية بوصفها تنظيماً عالمياً، يضيف عليها طابعاً تنظيمياً أكثر مما هي ارتباط عقدي يجعل التزام الدول الأعضاء بما ورد فيها من أحكام أمراً ثقيلاً، يستتبع تعديل التشريعات الداخلية للدول الأعضاء فيما يخص نظام الاستثمار فيها حتى يتماشى أحكام الاتفاقية فضلاً عن ضرورة توفير المناخ المناسب لدخول رأس المال.

بيد أن محاولات تدويل النظام القانوني للاستثمار لم يقتصر على محاولات هافانا، إنما هناك محاولات دولية أخرى كتلك التي تضمنها قرار غرفة التجارة الدولية عام 1931

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الذي أوصى بضرورة إبرام اتفاقية لضمان الأموال التي تخص مواطني الأطراف المتعاقدة في أقاليم الدول المتعاقدة الأخرى¹. أضف إلى ذلك الاقتراح المقدم عام 1949 من غرفة التجارة الدولية المتعلق بإعداد مشروع قانون دولي للمعاملة العادلة لرؤوس الأموال في الخارج. ولو أن مشروع النص الأخير لم يتضمن أي إشارة لانشغالات الدول المستوردة لرؤوس الأموال، وقد وجهت للمشروع انتقادات حملت غرفة التجارة الدولية إلى عقد مؤتمر كراتشي عام 1960 ضم دوائر الأعمال لعدد من الدول المختلفة وتم فيه تحرير دليل الاستثمارات الدولية التي اعترف فيه بواجبات المستثمر اتجاه الدولة المضيفة للاستثمار.

وعلى صعيد الأمم المتحدة فقد اعترفت أجهزتها بأهمية الاستثمار المباشر لتغطية نقض الموارد المالية للبلدان السائرة في طريق النمو مما جعلها توصي بضرورة مضاعفة تدفق الاستثمارات الأجنبية الخاصة كما يظهر ذلك من مختلف اللوائح التي أصدرتها مختلف أجهزة الأمم المتحدة وكذا من بعض الدراسات والأبحاث التي أجريت تحت إشراف المؤسسات الدولية التابعة للأمم المتحدة للتعرف أكثر على الأساليب والطرق التي ينتهجها الاستثمار الدولي، وقد ازداد موقف الأمم المتحدة وضوحاً بزيادة معرفة مختلف الجوانب اللصيقة بالاستثمار لا سيما المتعلقة بدراسة الشركات المتعددة الجنسية، الأمر الذي جعلها تتراجع في موقفها تجاه الاستثمارات الدولية الخاصة في مطلع السبعينات لجملة من الأحداث والعوامل من بينها، أن الدول النامية التي لم يكن لها تأثير خلال العشرية الأولى للتنمية أصبحت قادرة على إسماع صوتها وهمومها للدول المتقدمة في مختلف المحافل الدولية.

1- حسن عطية الله. سيادة الدول على موارد الأرض الطبيعية. المرجع السابق ص 225.

كما أن التعرف بصورة أعمق على خصائص وآليات الاستثمار والدور الذي يمكن أن تلعبه التكنولوجيا في مجال تنمية اقتصاديات الدول النامية، والخطورة التي تمثلها الشركات المتعددة الجنسيات باعتبارها القناة الأساسية للاستثمار المباشر في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية وما تمثله من أخطار على الاستقلال الاقتصادي للبلدان النامية، جعل الأمم المتحدة تتراجع وتتساءل عن الحدود التي لا يجوز فيها لرأس المال الأجنبي، لذلك ومنذ بداية السبعينات بدأ موقف الأمم المتحدة وبعض أجهزتها تتراجع بشأن الاستثمارات الأجنبية المباشرة خاصة بعد أن تأكد لها بأن نشاط هذه الاستثمارات

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

يتركز بشكل شبه كلي في قطاع إنتاج المواد الأولية، هذه المواد التي أصبحت تستغل لزيادة ثراء الشركات الاحتكارية رغم أن هذه الثروات تمثل لتحقيق الانطلاقة التنموية، مما قد يؤدي إلى نشوب نزاعات حول ممارسة حق السيادة الوطنية لكل بلد على ثرواته وعلى الأنشطة الاقتصادية التي تمارس على نطاقه الإقليمي.

وقد انعكس هذا الموقف بشكل واضح وجلي على ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول من خلال ما ورد في نص المادة الثانية الذي أعطى لكل دولة الحق الكامل في ممارسة سيادتها على جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية وإخضاع كافة الاستثمارات الأجنبية لتنظيمها الداخلي دون أن تكون مجبرة على إعطاء أي معاملة تفضيلية لأي استثمار أجنبي كان، ولها كل الحق في تنظيم المشروعات الأجنبية في نطاق ولايتها الوطنية الإشراف عليها، بما يتماشى مع سيادتها الاقتصادية والاجتماعية، كما لها الحق في تأميم الممتلكات الأجنبية ونقل ملكيتها مقابل دفع تعويض يأخذ بعين الاعتبار القوانين والأنظمة المطبقة في الدول المضيفة إل إذا اتفقت الدول المعنية على إتباع وسائل أخرى¹.

إن النص السابق يعتبر أهم نص تنظيمي تراعي فيه مصلحة الدول النامية كطرف في علاقة غير متكافئة تكون فيها الأولوية دائماً للاستثمار الأجنبي في نطاق العمل المتعدد الأطراف، رغمًا لمعارضة الشديدة التي أبدتها الدول الغربية حيال النص المذكور سابقا خاصة فيما يخص مسألة تنظيم الاستثمار الأجنبي بواسطة التشريعات الوطنية بدل القانون الدولي العرفي. والواقع أن معارضة الدول المتقدمة لا تستند إلى أساس قانوني بقدر ما تعبر عن موقفها التسلطي وعدم قدرة الاستثمار الأجنبي على التكيف مع الدور الجديد المنوط به كوسيلة تنمية حسب مقاصد الهيئات الدولية طوال العشرية الأولى والثانية التي اعتبر فيها الاستثمار الأجنبي الأداة الفعالة لتنمية العالم الثالث².

1- لقد نصت المادة الثانية على أنه: لكل دولة سيادة كاملة، تمارسها بحرية، على جميع ثرواتها الطبيعية ونطاقها الاقتصادي بما فيه امتلاكها واستخدامها والتصرف فيها انظر في ذلك. قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 د - 29 الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974 المتضمن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول .

2- mohamed bouhacin l.evolution des relation juridiques entre pays op citep86

إن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول يعتبر من بين أهم المواثيق الدولية التي أخذت بعين الاعتبار مصالح الدول النامية كطرف في العلاقة الاستثمارية خلافا لبعض المواثيق الدولية التي لم تعط أي اهتمام لمصالح تلك الدول كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق. وللتفصيل من أهمية ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول وللأحكام الواردة به عمد الفقه الغربي إلى التشكيك في قانونيته بتجريد الميثاق من أية قيمة قانونية معتبرا نصوصه غير ملزمة لكونها صادرة في شكل لائحة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة¹.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لكن أن هذا التفسير يتعارض تماما مع نص المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة التي تقر بالتطور التدريجي لقواعد القانون الدولي وأن الأسلوب المتبع من الجمعية العامة للأمم بالمساهمة في تطوير قواعد القانون الدولي لا يدعو أن يكون سوى أسلوبا جديدا لصياغة وتشكيل قواعد قانونية دولية اقتضتها الحاجة الملحة والمتزايدة للمجتمع الدولي لأنه يصعب التسليم بأن الجهود والاجتماعات والمشاورات والإجراءات الشكلية والموضوعية التي اتبعت في إعداد وصياغة الميثاق طيلة ما يقرب من ثلاث سنوات تكون مجردة من كل قيمة قانونية وخالية من أي التزام قانوني وهذا أمر غير مقبول².

كما أن تطور قواعد القانون من خلال قرارات المنظمات الدولية تعتبر تقنية جديدة اقتضتها ضرورات الحياة الدولية ولخصوصيتها مما يجعل منها أداة قانونية لصيغة القواعد الدولية للأسباب التالية:

(1) إن صياغة التقنين تمت عن طريق لجان ممثلة للدول وليس من طرف أفراد تم اختيارهم بصفاتهم الشخصية وهي ذات الطريقة المتبعة في إعداد الاتفاقيات من الناحية التقنية.

(2) الإعداد السياسي والتقني المتمثل في شكل المؤتمر الدبلوماسي والاعتماد على الأسلوب التفاوضي.

1- فايز أنجق، المدلول القانون بلميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، ملتقى القانون الدولي والتنمية الجزائر 11 أبريل 1976 الوثيقة رقم 5 ص2 وأيضاً عبد الواحد محمد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية المرجع السابق، ص68-69.

2- لقد ظلت لجنة القانون الدولي لفترة طويلة الهيئة القانونية الوحيدة المكلفة وفقاً للمادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بتطوير قواعد القانون الدولي مقتصرة على تقنية قانونية تقليدية وحيدة وهي الاتفاقيات كما جاء ذلك في المادة 15 من القانون الأساسي من القانون الدولي، غلا أن ظهور لجان خاصة موازية للجنة القانون الدولي مكلفة بدراسة وتقنين مواضيع شتى منها اللجنة القانونية للاستعمالات السلمية لقاع البحار والمحيطات، ولجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري، واللجنة الخاصة لمبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول. المندرجة جميعاً تحت الإطار الواسع لحركة التطور التدريجي للقانون الدولي وتقنيته تطبيقاً لنص المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة. انظر : فايز أنجق المرجع السابق. ص7.

(3) إن الأدوات القانونية المتبعة في إطار التنظيم الدولي قد تأخذ صفة اللائحة، أو صفة إعلان أو ميثاق، وقد جاءت هذه الصيغ الجديدة في نظام الأمم المتحدة لأن طبيعة الموضوعات المتجادل في شأنها والمراد تقنينها تتسم بالطابع السياسي والعقائدي مما يستوجب إجراء مفاوضات سياسية ليس في مقدور هيئة تقنية متخصصة كلجنة القانون الدولي القيام بها دون إشراك للأطراف المعنية.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

كما أن الصياغة التقليدية القائمة على الاتفاقية تعد طريقة بطيئة وغير قادرة على التكيف مع الأوضاع القانونية والسياسية في ميادين شتى للقانون الدولي، مما جعل التقنية الجديدة لصياغة قواعد القانون تعتبر بمثابة التعبير عن التطور الحاصل في إشكالية تقنين القانون الدولي وتطوره التدريجي، بل أن التطور السريع للعلاقات الدولية واتساع مجالات ونطاق القانون الدولي، والتحول الحاصل في بنية المجتمع الدولي وظهور مصالح

وحاجات جديدة مختلفة ومتباينة عن مصالح الدول المتقدمة، كل هذه العوامل جعلت الآليات التقليدية لمفهوم التقنين والتطور التدريجي لا يتمشى مع الاحتياجات الجديدة للمجتمع الدولي، وأن هناك ضرورة ملحة لتشريع دولي يقوم على تقنيات جديدة لا تدع مجالاً للتشكيك في قدرتها على خلق القواعد القانونية، لأن القول بخلاف ذلك لا يستقيم مع وظائف وسلطات الجمعية العامة للأمم المتحدة كجهاز دولي مخول بمقتضى أحكام الميثاق للإطلاع بمهام ترقية التعاون الاقتصادي الدولي وفي ذلك يقول الأستاذ جعفر عبد السلام بأن (كافة قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تنطوي على قواعد قانونية تعتبر ذات قوة ملزمة- مضيفاً في تبريره لموقفه- أنه من غير المعقول أن تكون القواعد العرفية -وعنصر الرضا فيها مفترض ضمناً- ملزمة لا تعتبر القواعد التي صنعتها الأمم المتحدة ويقبلها صراحة ممثلو الدولة فيها غير ملزمة، وإلا ما معنى صدور مثل هذه القواعد، وما معنى موافقة وتحفظ البعض على بعض قواعده¹.

أما الأستاذ إبراهيم العناني فيرى بأنه لا يجب الإطلاق في وصف وإضفاء الصفة التشريعية على كافة قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة، إذ ليس كل قرارات المنظمات الدولية تصلح لتكوين قواعد قانونية دولية، بل بعضها فقط. في حين يرى الأستاذ سامي عبد الحميد أن قرارات المنظمات الدولية لا تنشئ بذاتها قاعدة دولية جديدة... بل تقتصر على مجرد وضع القواعد المنصوص عليها في الميثاق موضع التنفيذ بصورة ملزمة².

1- أنظر في ذلك : عبد الواحد محمد الفار . طبيعة القاعدة الاقتصادية الدولية المرجع السابق. ص 71.

2- عبد الواحد محمد الفار : طبيعة القاعدة الاقتصادية الدولية المرجع السابق ص 71.

واستناداً إلى مفاهيم السابقة يمكن القول بأن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول يعتبر ملزماً لأنه جاء تنفيذاً لنص المادة 13 من ميثاق الأمم المتحدة وأنه نتيجة لتقنية أصلية في التشريع الدولي متولدة عن نص المادة السالفة الذكر، مما يجعل الآثار القانونية للميثاق تتحدى حدود نطاق الإطار القانوني الذي انبثقت عنه وتكون قادرة على ترتيب

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الالتزام القانوني في إطار التنظيم الدولي وإن تساهم في خلق قواعد القانون الدولي وليس مجرد أداة محدودة الأثر .

إن موقف الأمم المتحدة ما هو إلا انعكاسا صادقا للتطورات الحاصلة في بنية المجتمع الدولي، ذلك أن الدول المتقدمة تريد الإبقاء على الأدوات التقليدية لصياغة القانون الدولي كي يتسنى لها الاستمرار في تكريس هيمنتها. بينما تسعى الدول النامية إلى إحلال تقنيات جديدة تمكنها من التعبير عن وجودها كما يتضح ذلك من خلال القرارات العديدة المتخذة في إطار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالنسبة لكثير من المسائل الهامة ومن بين القرارات التي لها صلة بهذه الدراسة القرار الذي أصدرته الجمعية العامة تحت رقم 35/63 في 05 ديسمبر عام 1980 القاضي بوضع مجموعة من المبادئ والقواعد المناسبة المتفق عليها على المستوى الجماعي لرقابة وممارسة نشاط الشركات المتعددة الجنسيات¹ الموضوع الذي سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

تقنين الأمم المتحدة حول المشروعات المتعددة الجنسيات

قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي عام 1976 بتشكيل لجنة مكونة من 48 عضواً منتخبين على أساس التوزيع الجغرافي، أسندت لها مهمة صياغة نص مشروع التقنين المتعلق بالشركات المتعددة الجنسية الذي قدم عام 1982. وقد جاء مشروع النص متكوناً من 71 مادة متباينة وغير متجانسة تعكس الخلافات القائمة فيما بين الدول التي تتبعها الشركات المتعددة الجنسية والدول المستقبلية لها. وتعتبر المقترحات المقدمة من قبل مندوب فنزويلا الممثل لمجموعة 77 أرضية لمشروع التقنين، وقد ارتكز دول العالم الثالث على قرارات الجمعية العامة بإعلان المبادئ، وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية، وإستراتيجية الأمم المتحدة للتنمية عام 1980 وقد طالبت الدول المتخلفة بأن تتم صياغة التقنين في شكل اتفاقية وأن تكون أحكامه ومبادئه متصفة بالصفة الإلزامية وتلتزم الدول بتطبيقها على إقليمها.

1- بعد الأحداث التي عرفتها الشيلي عام 1972 اهتمت الأمم المتحدة بدراسة نشاط الشركات المتعددة الجنسية وفي عام 1973 قدم السكرتير العام دراسة بعنوان (الشركات المتعددة الجنسية والتنمية العالمية) كما طلب المجلس الاقتصادي من الأمم المتحدة تكليف شخصيات لدراسة آثار ودور هذه الشركات في عملية تنمية الدول النامية وبعد تقديم التقرير أوصت الجمعية العامة بموجب القرار رقم 3202 لعام 1974 الخاص بوضع تقنين ينظم نشاط وسلوك هذه الشركات. أنظر في ذلك: عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان. عقود التنمية الاقتصادية. ص. 50

أما الدول الغربية فقد عارضت فكرة صياغة المشروع في شكل اتفاقية دولية، ورفضت بأن تكون له صفة إلزامية مكثفية بالدور الإرشادي لأحكامه لأن القانون الدولي يعرف هذا النوع من التنظيم وإن الهدف من مشروع التقنين التوفيق بين عمل الشركات المتعددة

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الجنسية والسياسة التنموية للدول وليس إعداد تقنين يلزم الدول¹ رغم أن التقنين يحتوي على مبادئ أقل ما يمكن أن يقال عنها أنها مبادئ قانونية ونجزها فيما يلي:

احترام سيادة الدول المضيفة:

يقوم التقنين على مبدأ العمل بالقوانين والتنظيمات الإدارية الوطنية للدول المضيفة وإخضاع النزاعات إلى قضائها الداخلي وعدم التدخل في شؤونها واحترام القيم والأهداف الاجتماعية والثقافية والحريات الأساسية، والامتناع عن أي نشاط من شأنه المساس بالنظام السياسي، واحترام السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية.

وقد نص التقنين على حرية الدولة في المساهمة في رأس مال الشركة بما يتيح لها فرصة الاشتراك في سلطة اتخاذ القرار، وإن تساهم الشركة في الحفاظ على توازن ميزان المدفوعات بتنويع وتحسين صادرات الدولة المضيفة، ولا يجوز لها أن تنقل رؤوس أموالها في حالة عدم استثمارها إلا في الوقت المناسب حسب ما تقضيه تشريعات الدولة المضيفة، إلى جانب مراعاتها للقوانين المتعلقة بحماية البيئة والمستهلك، وإن تساهم بطريقة فعلية في التنمية، والاعتراف للدولة المضيفة بحقها في إعادة التفاوض حول العقود المبرمة مع تلك الشركات بما يحقق سيادتها.

بينما ترفض الدول المتقدمة الشروط المقترحة في الأراضية المقدمة من قبل ممثل فنزويلا وترى عدم التوسع في مفهومها والعمل بها في حدود ما هو معترف به في القانون الدولي وفي نطاق الالتزامات الدولية للدول.

مبدأ المعاملة العادلة والمتساوية:

نص مشروع التقنين على حق الشركات الأجنبية في المعاملة العادلة وعدم التمييز بين المشروعات الوطنية والمشروعات الأجنبية، لكن مجموعة 77 رفضت ذلك واشترطت مقابل ذلك العمل بالمبدأ أن تكون الشروط التي تعمل فيها الشركات الأجنبية مماثل

للشروط التي تعمل فيها المشروعات الوطنية، لأن المشروعات الوطنية ليست في مستوى المشروعات الأجنبية. كما أن منح المعاملة الوطنية يقتضي أن يكون عمل المشروعات الأجنبية يتوافق مع أهداف التنمية الوطنية للدولة المضيفة.

1- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان. عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، ط:

التعويض عن التأميم وتسوية المنازعات:

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لم يتوصل السلوك للشركات المتعددة الجنسيات إلى نتيجة فيما يتعلق بموضوع التعويض بسبب الخلافات القائمة حول ذلك، فالدول المتقدمة تشترط بأن يكون التعويض كاملاً وحالاً وفعالاً وهي صفات لم يقرها العمل الدولي¹.

بينما ترى البلدان النامية الاكتفاء بالالتزام بالتعويض من حيث المبدأ، لأن القول بخلاف ذلك مناه إتهال كاهل الدولة المؤممة، كما أن اشتراط التعويض الحال والفعال والمناسب صفات لا يقرها القانون الدولي كما أنها تتعدى حدود القدرة المالية للدولة المؤممة، وقد يترتب على ذلك انهيار اقتصاد الدول المؤممة نتيجة اشتراط الدول الغربية لفكرة التعويض الفوري والفعال، وهي نتيجة تتنافى مع غاية التأميم الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام.

إن تقنين السلوك جاء مكرساً لمبدأ حق الدول في نزع الملكية والتأميم مقابل أداء تعويض مناسب يتحدد وفقاً للقوانين الداخلية وللقانون الدولي، وهذه الازدواجية في الصياغة تعكس الخلاف القائم بين مواقف الدول المالكة للشركات المتعددة الجنسيات والدول المضيفة لها بشأن موضوع التعويض مما يؤكد عدم الأخذ بقاعدة التعويض التقليدية، وفي نفس الوقت عدم اعتبار التعويض من المسائل الداخلية الخاضعة لسلطة الدولة المضيفة، لأن عبارة التعويض المناسب تقتضي من الدول المؤممة مراعاة أحكام وقواعد القانون الدولي.

لذا فإن ما ورد في وصف بشأن موضوع التعويض في تقنين السلوك يعتبر و موقفاً توفيقياً بين مصالح الدول المضيفة ومصالح الشركات، لأن معظم الاستثمارات الأجنبية المباشرة تتم عن طريق هذه الشركات²، ويعني ذلك أن لهذه الشركات دور مؤثر على تنقل رؤوس الأموال الدولية وانتقال السلع والخدمات بين مختلف دول العالم، وعلى واضعي السياسة الاقتصادية في الدول المضيفة أن يدركوا بأن الشركات تسعى في المقام الأول إلى تحقيق أهدافها عند كل عملية استثمار تقوم بها وأنها كي تتخذ قراراتها

1- علي حسن ملحم. دور المعاهدات الدولية... المرجع السابق ص، ص: 142-144

2- تشير الإحصائيات إلى أن 7.80٪ من إجمال الناتج العالمي هو من نصيب 467 شركة متعددة الجنسية وأن مقدار الأصول السائلة المتوفرة لديها من الذهب والذهب والصرف الأجنبي يفوق الضعف الاحتياطي الدولي وأن ما يزيد عن 268 مليار دولار من الأموال المتداولة في الأسواق لا تخضع لسيطرة السلطات العامة، ومن بين المؤشرات الدالة على أهمية هذه الشركات وخطورتها على الاقتصاد الدولي ارتفاع نصيبها في الإنتاج العالمي لبعض السلع من ذلك مثلاً إنتاج الحاسب الإلكتروني إذ تسيطر شركة (إ ب م) وحدها على ما يقارب من 7.40٪ من مجمل إنتاج الحواسيب. كما أن ثلاث شركات أمريكية تسيطر على 7.50٪ من سوق السيارات. أنظر في ذلك: سامي عفيفي حاتم. التأمين الدولي. الدار المصرية اللبنانية ط: 1986، ص، ص: 207-211.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

بالاستثمار في دولة ما، فإن ذلك يتوقف وبدرجة كبيرة على المناخ السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي يتم في تنفيذ الأجنبي في ظله، نظرا للعلاقة القانونية التي تنشأ بين الشركة المتعددة الجنسية والدولة المضيفة، كما أن إصرار كل طرف على موقفه يؤدي إلى الطريق المسدود مما يتعذر معه التوصل إلى اتفاق فيما بين الأطراف، لذلك يكون من الأفضل للدولة المضيفة أن تقبل بالحل الوسط متى كانت الضمانات المعترف بها للشركات الأجنبية لا تضر بالاقتصاد الوطني ولا تهدد المصالح الحيوية لهذه الدول مما يسمح بتدفق الاستثمارات الجديدة لها.

وهناك من يرى بأن الوقت مازال لم يحن لعقد اتفاق دولي شامل بين الدول المصدرة للاستثمار المباشر والدولة المستوردة له، نظرا لتضارب المصالح لأن الدول المصدرة تسعى إلى حماية شركتها بمختلف الوسائل القانونية.

أما الدول المضيفة فتري بأن وسائل الحماية القانونية للمتمسك بها من طرف الدول المصدرة لا تعدو أن تكون مجرد قيود تهدف إلى استبقائها ضمن إطار التبعية الموروثة عن الاستعمار من خلال آليات الاستثمار.

أما الدول الاشتراكية -سابقا - فتري بأن الحماية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي قد تخلق له وضعاً قانونياً يستتبع معه منحه مزايا خاصة ليس لها ما يبررها، مما جعلها تقف ضد أي محاولة دولية تهدف إلى حماية الاستثمار الأجنبي¹ في حين أن اعتراض الدول النامية على الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية لا ينصب على الاتفاقيات ذاتها بقدر ما ينصب على قواعد القانون الدولي التقليدي التي تحاول الدول المتقدمة تكريسها من خلال أسلوب الاتفاقيات، لذلك فقد بدا واضحاً أن فكرة توقيع اتفاق دولي لحماية الاستثمارات الأجنبية أضحي أمراً مستعصياً إن لم نقل مستحيلاً مما دفع بالدول إلى التوجه نحو العمل الإقليمي.

المطلب الثاني:

الحماية الدولية الإقليمية للاستثمار الأجنبي

بعد فشل المساعي الدولية في إبرام اتفاقية دولية متعددة الأطراف حول حماية وتنظيم الاستثمار الأجنبي اتجه العمل الإقليمي على مستوى كل الدول المتقدمة والدول المتخلفة، لأن العمل الإقليمي تجتذبه عوامل تقارب بين الدول الأعضاء المشكلة للتنظيم أو التجمع الإقليمي، مما يسهل مهمة التوصل إلى إبرام اتفاقيات من هذا النوع، لكن ذلك لا يعني نجاح جمل المحاولات الإقليمية

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الفرع الأول:

الحماية الإقليمية على المستويين الأفريقي والأوروبي

هناك العديد من الاتفاقيات الإقليمية المهمة بموضوع حماية وتشجيع الإستثمارات في الخارج نذكر منها على المستوى الأفريقي، اتفاقية المعونة المتبادلة وضمان القروض المبرمة فيما بين الدول الأفريقية وكذلك الاتفاقية الأفريقية الأوروبية (الاتفاقية المبرمة مع السوق الأوروبية المشتركة). إلى جانب ذلك شهدت الدول الأمريكية محاولات مماثلة رغم فشل بعضها¹.

1- اتفاقية المعونة المتبادلة وضمان القروض: لقد تم إبرام هذه الاتفاقية عام 1966 من قبل دول مجلس التحالف وتعتبر صورة من صور اتفاقيات الحماية الإقليمية لرؤوس الأموال الأجنبية، وقد جاء في ديباجتها أنه ورغبة في منح أقصى قدر من الضمان الأمان للرأسمال الأجنبية المستثمرة في إقليم هذه البلدان، تنشأ هيئة دولية عامة مقرها ابيجان وتعرف (بصندوق المعونة المتبادلة وضمان القروض).

وتقوم الهيئة المذكورة بضمان القروض الأجنبية التي تحصل عليها الدول الأعضاء وهيئتها العامة وشبه العامة أو المشروعات الخاصة التي يكون الأموال محل الضمان مخصصة لتمويل المشاريع الاقتصادية المنتجة والتي تساهم في بناء الأسس الاقتصادية للدول المتعاقدة.

والجدير بالملاحظة أن اتفاقية المعونة المتبادلة وضمان القروض التي أتينا على ذكرها أنها لم تستهدف وضع إطار قانوني وضع إطار قانوني لتنظيم وحماية الاستثمارات الأجنبية كون دورها اقتصر على ضمان القروض الخارجية مما يجعلها محدودة الفعالية لا تصلح أن تكون إطاراً إقليمياً لتنظيم وحماية الاستثمارات، كما أنها لا تضم سوى عدداً محدوداً من الدول الأفريقية ولضالة حجم الموارد المالية المخصصة لضمان رؤوس الأموال المستثمرة إذ لا تتعدى قيمتها ألامالية ثلاثية ملايين دولار².

1- أنظر حسن عطية الله، المرجع السابق، ص، ص 230-231.

2- راجع في ذلك الدراسة التي أعدها الصندوق الكويتي والمقدمة للاجتماع الثاني لخبراء التمويل العرب، ص، ص 45-4.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

إن دور الاتفاقية ينحصر في تقديم جانب محدود من الحماية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية والمتمثلة في الضمانات المالية الممنوحة للمدنيين الذين يعجزون عن الوفاء بديونهم وهي حماية قاصرة على عدد محدود من الأشخاص، في حين يقتضي الاستثمار الأجنبي وجود قواعد سلوك تنتجها الدول في إطار إقليمي موحد. وإذا كانت الاتفاقيات الإقليمية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية على المستوى الإفريقي لم تجد إقبالا لها، فإن اتفاقيات التعاون الاقتصادي وجدت استحسانا وقبولاً، خاصة تلك المبرمة مع دول السوق الأوروبية المشتركة.

2- الاتفاقيات الإفريقية الأوروبية: لقد ورد في القسم الرابع من اتفاقية روما الخاصة بإنشاء السوق الأوروبية المشتركة التأكيد على تنظيم العلاقة بين السوق المشتركة وبين الدول النامية ما وراء البحار. مما يعني أن الاتفاقية الإفريقية الأوروبية جاءت كتجسيد لاتفاقية روما، ويرتكز العمل التنظيمي فيها على أساس إطلاق حرية تنقل رؤوس الأموال والأشخاص فيما بين الجانبين مع منح تسهيلات تجارية وجمركية للسلع الواردة من الدول النامية المعنية دون المعاملة بالمثل، وتعتبر إتفاقية ياوندي وإتفاقية لومي الإطار التنظيمي لهذه العلاقة الإقليمية المتعددة الأطراف¹.

إن ما ميز هذه الاتفاقيات في مجال الاستثمارات الأجنبية أنها عملت بمبدأ حرية تنقل الأموال والأشخاص والتمويل عن طريق القروض التي يقدمها بنك الاستثمار الأوروبي وصندوق التنمية الأوروبي²

لكنه وبالنظر إلى المزايا الاقتصادية التي حققتها دول السوق الأوروبية المشتركة فإن هذه الأخيرة سعت لتوسيع النطاق الجغرافي للدول المنتسبة للسوق من خلال فتح مجال الانضمام لدول نامية أخرى، وقد تم ذلك بالفعل في نهاية الستينيات وبداية السبعينيات بعد بروز ظروف دولية جديدة تمثلت أساساً في انتشار حركات التحرر في معظم الدول النامية وبالأخص في إفريقيا وآسيا حيث أصبحت شعوب هذه الدول تناضل من أجل تحررها الاقتصادي بعد أن حصلت على استقلالها السياسي.

غير أن دول السوق المشتركة ولكي تبقى سيطرتها على الدول النامية المنتسبة عملت على ربطها بأطر قانونية وتنظيمية من أجل احتوائها وعزلها عن باقي الدول النامية الأخرى إن لم يكن تحييدها للحيلولة دون تآزرها في المواقف التي تتصل بالعلاقات الاقتصادية الدولية الجديدة، التي تهدف إلى المطالبة بتغيير العلاقات الاقتصادية الراهنة القائمة على النهب والاستغلال وعدم التكافؤ.

1- عبد الأمير رحيمة العبود، اتفاقية (لومي) اتجاهاتها الرئيسية وأثرها على الدول النامية، ص 108-109.

2- عبد الأمير رحيمة العبود، نفس المرجع، ص 109.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

وإزاء الظروف الجديدة فقد كان لابد على دول المجموعة الأوروبية من توحيد جهودها من أجل احتواء أكبر عدد من الدول النامية، وهو ما تم بالفعل حيث بلغ عدد الدول المنتسبة 74 دولة خلال اتفاقية لومي الثالثة¹.

وأمام العدد الهائل للدول النامية المنتسبة للمجموعة الأوروبية تقرر رفع حجم استثمارات كل من بنك الاستثمار الأوروبي وصندوق التنمية الأوروبي إلى 3550 مليون وحدة أوروبية وقد تقرر حسب الإتفاقية المذكورة أن ينفق الجزء الأكبر من هذه المبالغ في مجال التنمية الصناعية وانتقال التكنولوجيا وإقامة المشاريع الصناعية المتوسطة الحجم والصغيرة بالدول النامية، لكن الإتفاقية خيبت أمل وطموحات الدول النامية بعد أن تأكد أن النسبة العالية من الاستثمار تركز في قطاع التعدين والمواد الأولية، بينما لم تحضى الصناعات التحويلية ومشاريع الإنتاج المتوسطة والصغيرة لأي اهتمام لدرجة أنها أصبحت محل نقاش مستمر حول تنفيذ الإتفاقية، وقد غزت دول المجموعة الأوروبية ذلك إلى غياب المقومات الأساسية للاستثمار الصناعي وغياب التشريعات التي تضمن رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة في الدول المعنية وحمايتها من مخاطر التأميم ونزع الملكية.

إن الحجج التي تستند عليها الدول الغربية في تمرير موقفها الهدف منها التهرب من تنفيذ التزاماتها وتبرير موقفها في المطالبة بإبرام اتفاقيات لضمان وحماية استثمارات رعاياها وشركاتها.

والحقيقة أن التوجه نحو الاستثمار في قطاع المواد الأولية يمثل الهدف الأساسي لأي استثمار أجنبي، كما يمثل صلة الربط بين مصالح الدول المصدرة لرؤوس الأموال والدول النامية المضيفة لها. وقد ورد في تقرير لجنة السوق المشتركة ومجلس وزراء المجموعة الأوروبية عام 1978 ما يؤكد هذا التوجه، حيث أكد التقرير على أن سياسة استثمار رؤوس الأموال الأوروبية في الدول النامية تقوم على ضمان تنوع إنتاج الدول النامية من الموارد الأولية مما يساعد على تكوين قاعدة دائمة للعلاقات الاقتصادية بينها وبين تلك الدول، وقد تجسدت هذه الحقيقة في خلق وبلورت ظاهرة التخصص في إنتاج المواد الأولية في غالبية الدول النامية حتى أصبحت نسبة 95 بالمائة من صادرات هذه الدول تتشكل من المواد الأساسية.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- منى محمود مصطفى، المرجع السابق، ص 35.

لذلك لا يمكن أن نتصور بأن توضع مسألة التصنيع ونقل التكنولوجيا و إنشاء مشاريع اقتصادية أخرى موضع التنفيذ الفعلي بأن ذلك يتناقض مع مصالح الدول المتقدمة التي تفضل بقاء الدول النامية كمصدر للمواد الأولية وسوق لتصريف المنتجات حتى وإن كانت الاتفاقية سخية في محتواها.¹

إن جوانب القصور والضعف في اتفاقية لومي لا تكمن في عدم وفاء دول المجموعة الأوروبية بما التزمت به حيال الدول النامية من تصنيع ونقل التكنولوجيا بل، وإنشاء للمشاريع الاقتصادية المتوسطة بل إخفاق الاتفاقية أيضا في مجال الاستثمار لأن دول المجموعة لم تف بما تعهدت به من استثمار، ذلك أن المجموع الإنفاق الذي تم استثماره فعليا لم يتجاوز نسبة 38 بالمائة من مجمل التخصيصات التي نصت عليها اتفاقية لومي، هذه النسبة المتواضعة يعترضها التوزيع غير العادل بين مجموع الدول النامية و بذلك تكون اتفاقية لومي قد خيبت آمال وطموحات الكثير من الدول النامية المنظمة إليها.²

الفرع الثاني:

محاولات التنظيم الإقليمي العربي الأوروبي للاستثمارات الأجنبية

إن مشروع الاتفاقية الخاص بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات فيما بين المجموعة الأوروبية والمجموعة العربية يعد أهم عمل إقليمي أنجزه الطرفان، ويقوم مشروع الاتفاقية على مبدأ الحماية ضد المخاطر غير التجارية كما تنص على ذلك المادة 12(إذا تعرضت استثمارات شركات أو مواطني إحدى دول المجموعتين العربية والأوروبية لدى من دول المجموعة الأخرى لخسائر ناجمة عن الحرب أو أي عمل عسكري آخر، أو نتيجة للاضطرابات الأهلية العامة، كالثورات والانقلابات والفتن وأعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر، فإن الدولة المضيفة للاستثمارات التي لحقها الضرر تلتزم بالتعويضات المناسبة في حدود المعاملة التي تتلقاها شركاته أو مواطنوها ممن قد تصيبهم أضرار مماثلة أو في حدود المعاملة التي تتلقاها شركات ومواطنو دولة من الغير، أيهما أفضل³)

1- عبد الأمير رحيمة العبود، المرجع السابق، ص 118.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

2- عبد الأمير رحيمة العبود، المرجع السابق، ص 16.

3- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 263.

والملاحظ أن النص قد استبعد أعمال العنف الفردية و الاضطرابات أي الداخلية التي تحدث داخل المشروع أو بسبب العاملين فيه كما يفهم من عبارة (أعمال العنف ذات الطابع العام) مما يفيد أن مشروع الاتفاقية قد ميز بين الأضرار التي يكون مصدرها العنف السياسي وبين الأضرار التي يكون مصدرها العنف مبني على مطالب مهنية واجتماعية، فهذه الأخيرة لا تعد من قديم المخاطر السياسية التي ينبغي أن تحضى بالحماية وفقا لمشروع الاتفاقية، ولم يكتف مشروع الاتفاقية بالتمييز بين أعمال العنف الخاصة والعامة بل ميز بين أساس التعويض الذي تدفعه الدول المضيفة عند تحقق خطر الحروب والثورات وبين المخاطر السياسية الأخرى التي تكون بفعل الإدارة المباشرة لسلطات الدولة، كالتأميم والاستيلاء ونزع الملكية.

بالنسبة لمخاطر الحروب والثورات اكتفي مشروع الاتفاقية بتطبيق مبدأ التعويض على أساس مبدأ الحد الأدنى من المعاملة المضيفة وشرط الدولة الأولى بالرعاية وبصفة عامة يتم التعويض على أساس مبدأ الحد الأدنى من المعاملة وما يقره قانون الدولة كما يفهم من عبارة (أن الدولة المضيفة للاستثمارات التي لحقها الضرر تلتزم بالتعويضات المناسبة في حدود المعاملة التي تتلقاها شركاتها ومواطنوها). أما المخاطر المتعلقة بالتأميم ونزع الملكية والاستيلاء أو أي إجراء مشابه تتخذه الدولة المضيفة يكون التعويض عنها وفقا للشروط الواردة في المادة 8 من مشروع الاتفاقية بحيث يكون التعويض مساويا للقيمة الفعلية للاستثمار وعائداته وبالعملة التي تم الاستثمار بها أو بعملة يرتضيها المستثمر وبذلك يكون المشروع قد كفيات التعويض وشروطه ولم يتركه للسلطة التقديرية للدولة المضيفة ولتنظيمها الداخلي كما فعل في التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخاطر الحرب والثورات وعدم الاستقرار السياسي التي لا تربط في وقوعها بفعل إدارة السلطة العامة.

أن فكرة التمييز التي اتخذ بها مشروع الاتفاقية العربية الأوروبية تجد أساسها في وجه النظر التي ترى بأن أساس عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي الذي تعاني منه الدول المتخلفة يعود إلى مخلفات الاستعمار لأن النزاعات التي تحدث في البلدان المتخلفة غالبا بالحدود وبالنفوس الاجتماعية والاقتصادية وهي الأمور الناتجة عن الاختلال البنوي لشعوب هذه الدول ومضة من مظاهر تخلفها¹.

لذلك من غير المنطق أن تسال حكومات الدول النامية عن التعويض أضرار ناتجة عن تراكمات الماضي الاستعماري قد يكون للاستثمار الأجنبي يد كبيرة في ذلك.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- على حسن ملحم، المرجع السابق، ص 144-145.

إن تمييز مشروع الاتفاقية بين المخاطر الإدارية التي تلحق المستثمر أو المشروع الأجنبي بفعل إرادة الدولة المضيفة وبين المخاطر التي تحدث دون إرادة تلك الدول فيه نوع من التوازن لمصالح الأطراف المتعاقدة لأن من مصلحة الدول المصدرة ومستثمريها أن تحظى استثماراته بحماية فعلية لأن الأمان الذي يوفره مشروع الاتفاقية من خلال نصه على آليات التعويض وشروطه يجعل المستثمرين يطمئنون أكثر مما لو اقتصر مشروع الاتفاقية على مجرد تقنين وتأكيد أحكام العرف الدولي التي تقتضيها قواعد الحد الأدنى للمعاملة الدولية للاستثمار الأجنبي التي هي محل خلاف كبير بين الدول المصدرة والمستوردة للاستثمار.¹

إن مشروع الاتفاقية الأوروبية العربية لحماية وتشجيع الاستثمار لم يمنع دول الأعضاء من اتخاذها لإجراء من إجراءات التأمين أو نزع الملكية أو ما شبه ذلك إزاء الاستثمار الأجنبي المتواجد على إقليمها تحقيقاً للمصلحة العامة، وبهذه الصفة يكون المشروع قد جسد مبدأ سيادة الدولة على إقليمها من خلال إقراره حق اتخاذ أي إجراء تراه الدولة المضيفة ضرورياً حتى وإن كان التعامل الدولي وقواعد القانون الدولي العرفي يلزمان الدولة التي تتخذ مثل هذه الإجراءات أن تراعي في ذلك مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الاستثمارات المؤممة. والملاحظ على صياغة المادة 7 المتضمنة حق الدولة في التأمين وما شبه ذلك من إجراءات النزاع هو أن الدولة لا تلجأ إليه إلا استثناءً ذلك أن نص المادة المذكورة يبدأ بصيغة المنع (لا يجوز أن تكون الاستثمارات الشراكات أو مواطني أي دولة من دول المجموعتين العربية أو الأوروبية لدى دولة من دول المجموعة الأخرى أو عوائد هذه الاستثمارات محل لأي إجراء تتخذه السلطة العامة، ومع ذلك يجوز لدولة المضيفة للاستثمار أن تتخذ إزاء الاستثمار وعوائده إجراءات التأمين.....تحقيقاً للمصلحة العامة) أن الأسلوب الذي صيغ به المشروع كما يبدو من خلال بعض المواد التي استعرضناها يوحي بوجود تباين في مواقف دول الأعضاء مما جعل مشروع الاتفاقية يصاغ في شكل توفيقى حيث لم يمنع لجوء الدول الأعضاء إلى التأمين لأن ذلك يتنافى مع فكرة السيادة، كما أن الدول العربية لم تقبل بذلك لأن نشاط الاستثمارات الأوروبية وغير الأوروبية يرتكز أساساً في مجال استغلال الثروات الطبيعية مما يستوجب حماية هذه الثروات من هيمنة الاحتكارات الأجنبية.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- هشام علي صادق، المرجع السابق ص 463.

وفي المقابل فإن اللجوء إلى اجراءات التأميم ونزع الملكية أو أي اجراء يتعلق بحرية المستثمر الأجنبي وبمصالحه لا يتخذ إلا إذا اقتضته ضرورة المصلحة العامة ومقابل تعويض يوازي في قيمته القيمة الفعلية للاستثمار المؤمم وفي مثل هذا الوضع لا يكون للدولة المؤممة مصلحة في التأميم إلا إذا كانت ضرورات المصلحة العامة تقتضي ذلك فعلا، لأن التأميم أو النزاع يكون مكلفا ومثقلا لكاهل الدولة المؤممة خاصة وأن مشروع الاتفاقية يقضي بأن يكون التعويض بالعملة المستثمرة أو العملة التي يرضيها المستثمر الأجنبي وهذا القيد يجعل عملية تأميم المشروعات الأجنبية شبه مستحيلة وبهذه الصيغة يكون مشروع الاتفاقية قد رعى المواقف المتباينة لأطرافه، مضيفا حماية فعلية على استثمارات رعايا وشركات المجموعتين العربية و الأوروبية بل وقد توسع مشروع الاتفاقية في مجال حماية الأموال الأجنبية من خلال حمايته للشركاء المكونين للشخص الاعتباري المتمتع بجنسية الدولة المضيفة التي تقدم على اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم مع أن الأصل هو عدم تمتع رعايا وشركات الدولة المضيفة بالحماية من الإجراءات التي تتخذها دولهم لأن ذلك يعد من صميم الاختصاص المحلي وإن الشريك الأجنبي لا يظهر في الشركة كشخص مستقل بشخصيته القانونية وبذمته المالية المتميزة عن الشركة وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة طراكنش كما بين ذلك فيما سبق.

لكن مشروع الاتفاقية العربية الأوروبية لحماية وتشجيع الاستثمارات جاء بحكم مخالف لما قرره محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة طراكنش كما ورد ذلك في نص المادة التاسعة الذي يقضي (تلتزم كل من دول المجموعتين العربية والأوروبية عند قيامها بتأميم ممتلكات إحدى الشركات التابعة لها أو نزع ملكية أموالها أو اتخاذ أي اجراء مشابه حيالها بتعويض شركات مواطني دول المجموعة الأخرى من المستثمرين في الشركة الوطنية التي كانت ممتلكاتها محلا للتأميم أو نزع الملكية أو ماشبه ذلك من إجراءات وفقا للأحكام والشروط المبينة في المادة 8) والجدير بالملاحظة أن هذا النص يوحي إلى وجود تناقض بينه وبين نص المادة 2/3 الذي ينص على أن (تلتزم كل من دول المجموعتين الأوروبية والعربية بمنح شركات ومواطني أي من دول المجموعة الأخرى، بالنسبة لنشاطهم المرتبط بالاستثمارات محل الحماية المقررة في هذه الاتفاقية معاملة الوطنيين). ذلك أن الحماية على أموال الشركاء الأجانب المساهمين في شركة وطنية دون الشركاء الوطنيين يعد بمثابة امتياز وخروج عن قاعدة المعاملة الوطنية التي نص عليها

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

مشروع الاتفاقية. لكن هناك من يرى بأن اعتماد الاتفاقيات الدولية على مجرد النص على المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية يشكل حماية خالية من كل مضمون وأن الحماية الحقيقية تكون عندما يتولى الاتفاق التنظيم المباشر للاستثمار لأن تعليق الحماية على قوانين وتنظيمات داخلية للدولة المضيفة تبقى بدون جدوى لأن القوانين المحلية غالباً ما تكون محل تعديل وإلغاء حتى وغي تضمنت ضمانات تزيد عن الحد الأدنى المعترف

في القانون الدولي العرفي. ونفس الشيء يمكن أن يقال على الحماية المعلقة على شرط الدولة الأولى بالرعاية لأن هذه الحماية تكون معرضة للفقدان بمجرد زوالها عن رعايا الدولة الأولى بالرعاية¹.

إن مشروع الاتفاقية الأوروبية العربية قد تدارك ما ورد فيه من عموميات ونقص من خلال التنظيم المباشر لبعض المسائل الأساسية الأكثر خلافاً والأكثر فعالية في جذب الاستثمارات ويأتي في مقدمة هذه المسائل للتعويض. بينما صيغت الأحكام العامة فيه على أساس مبدأ الازدواجية تماشياً مع ما يجري به العمل في القانون الداخلي والقانون الدولي، وبذلك يكون مشروع الاتفاقية قد حقق الهدف المنشود منه والمتمثل في تحقيق الأمان والاستقرار اللازمين للاستثمار الأجنبي مع مراعاته لمصالح الدول المتعاقدة التي ارتضت وعبرت عن موقفها من خلال مشروع الاتفاقية.

إن حرص الدولة المصدرة لرؤوس الأموال على حماية استثمارات رعاياها وشركاتها بالخارج دفع بها إلى العمل على مختلف الأصعدة إقليمياً وعالمياً، وفي هذا السياق يمكن اعتبار مشروع الاتفاقية الذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي الذي تم إقراره عام 1967 من طرف الدول المصدرة لرؤوس الأموال بعد مراجعته مرات عديدة إطاراً عاماً لتنظيم الاستثمار باعتبار منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية تضم أغلبية الدول المصدرة لرؤوس الأموال².

ويقوم مشروع الاتفاقية على محاور تضمنتها المادة 2/3 التي نصت على أنه (ليس لأي طرف أن يتخذ تدابير تحرم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أحد مواطني الطرف الآخر من ممتلكاته ما لم تستوف الشروط التالية:

- أن تكون التدابير المتخذة تستهدف الصالح العام وبموجب القانون.

- ألا تتصف التدابير المتخذة بالتمييز بين المستثمرين.

- أن تتضمن التدابير المتخذة النص على دفع تعويض عادل، ويمثل هذا التعويض القيمة الحقيقية للممتلكات، ويجب دفعه دون تأخير وبالكيفية التي يكون فيها مؤثراً وفعالاً للمواطن الذي يستحقه³.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- هشام علي الصادق، المرجع السابق، ص، ص 252-253.

2- حسن عطية الله، المرجع السابق، ص 226.

3- عبد الواحد محمد الفار، المرجع السابق ص 149.

والجدير بالملاحظة أن هذا النص لا يختلف في مضمونه عما جاء في بعض النصوص كمشروع الاتفاقية العربية الأوروبية لبعض النصوص الوارد في بعض الاتفاقيات بل ومتجانس معها أكثر في محتواها كما يظهر لنا ذلك في:

- الاعتراف بحق الدول المضيفة في التأميم ونزع ملكية الأموال الموجودة على إقليمها وإن كنا نسلم بأن أساس الاعتراف بهذا الحق لا يجد مصدره في نص مشروع الاتفاقية، إنما يجد أساسه في القواعد العرفية الدولية، لذلك جاء النص على هذا المبدأ مشترك في أغلب الاتفاقيات الدولية استناداً إلى نظرية السيادة.

- أن يحصل صاحب الملكية المتضرر على تعويض، والتعويض هنا ينقسم إلى شرطين:

*الشرط الأول ويتمثل في الإقرار بمبدأ الحق في التعويض وتعتبر هذه المسألة موضع اتفاق لدى غالبية الفقه والقضاء لأن ذلك يمثل مبدأ ثابتاً في القانون الدولي¹.

*الشرط الثاني ويتمثل في أوصاف التعويض كما ورد ذكرها في النص وتمثل جوهر الخلاف بين ما هو مستقر عليه في العمل الدولي وما ورد في مشروع الاتفاقية، فمشروع الاتفاقية يقضي بأن يكون التعويض حالاً ومؤثراً وفعالاً عادلاً²، بينما استقر العمل الدولي على خلاف ذلك كقول لوترباخت "إذ لا توجد سابقة في القانون الدولي تستوجب بأن يكون التعويض حالاً ومؤثراً، والقول بخلاف ذلك معناه تكريس مبدأ القوي على الضعيف واعتبار ما يقرره الأقوياء بمثابة قواعد قانونية دولية هو الواقع في إحلال لإرادة الأقوياء محل القانون الدولي" إن اشتراط نص المشروع لأوصاف التعويض السالفة الذكر لا يعد أن يكون مجرد تكريس لموقف تقليدي في الفقه الغربي وهو موقف شبه مهجور لتعارضه مع موقف الفقه الحديث ومع العمل الدولي³.

إن السعي وراء محاولات إبرام اتفاقيات إقليمية متعددة الأطراف لحماية الاستثمار الأجنبي لم يعد الأمر فيه حكر على الدول المتقدمة المصدرة لرؤوس الأموال، بل أصبح ظاهرة عامة في محيط التعامل الدولي وشملت هذه الظاهرة الدول النامية أيضاً.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

1- هشام علي الصادق، المرجع السابق، ص، ص:74-77.

2- حسن عطية الله، المرجع السابق، ص 211.

3- - هشام علي الصادق، المرجع السابق، ص82.

الفصل الثاني

الوسائل الدولية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي

تمهيد:

ما من شك أن اتفاقيات حماية وضمن الاستثمار على المستويين الثنائي والمتعدد الأطراف قد عنيت بتحديد نطاق ومضمون حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، لكن ذلك لا يخلو عند التطبيق العملي من بروز خلافات ومنازعات في تطبيق أحكام تلك الاتفاقيات سواء تعلق الأمر بتحديد مضمون نطاقها أو بنقض أحد الأطراف لالتزاماته. لدى لا يكفي أن تحدد الدول القواعد الموضوعية التي يتم على أساسها معاملة الاستثمار الأجنبي، بل لابد من وجود وسائل أخرى تطمئن المستثمر عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه وبين المضيفة له، يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلية أم دولية، لأن المستثمر حتى ولو كان يعي حقوقه وإلتزاماته ويحرص على التمتع بها إلا أنه قد يكون أكثر حرصاً اتجاه الوسيلة التي يعتمد عليها في فض نزاعه عندما تصطدم حقوقه ومصالحه مع حقوق الدولة المضيفة. حتى وإن أقرت له الدولة المضيفة بحق اللجوء إلى جهاز قضائي مستقل ومحاييد كتعبير منها عن رغبتها في إيجاد الوسيلة المناسبة لحسم ما قد يثور من خلاف عند تصادم المصالح، وإسهاماً منها في خلق مناخ استثماري يعمل على خلق الثقة وحسن استغلال الموارد المالية المتاحة على الصعيد الدولي في شكلها المباشر أو غير المباشر ومع ذلك تبقى شكوك ومخاوف المخاطر السياسية تراود المستثمر كشریک أجنبي.

لدى فإن الحماية الإجرائية لاتقل من حيث أهميتها عن الحماية الموضوعية لأن المناخ الاستثماري لا يتأثر فقط بالنظم والقواعد السائدة في الدولة المضيفة وفي الاتفاقيات المتضمنة للقواعد التي تحكم روابط الاستثمار في مرحلة الثبات والسكون، بل يتأثر هذا المناخ الاستثماري أيضاً بطرق وأساليب التسوية عند تنفيذ الاستثمار وفي مرحلة الحركية، خاصة وأن التسوية قد تكتنفها صعوبات كثيرة بسبب اختلاف المراكز القانونية لطرفي النزاع، إذ يكون أحدهما دولة ذات سيادة ولها الشخصية الدولية، والآخر شخص

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

خاص (طبيعي أو معنوي) لا يتصف بهذه الصفة و نتيجة لذلك، فإن التسوية القضائية للنزاع قد يكتنفها المزيد من التعقيد و الغموض و قد يجد المستثمر نفسه عاجز عن مقاضاة الدولة المضيفة أمام قضائها من منطلق حصانة الدولة أمام قضائها الداخلي مما يجعلها تمتعها بالسيادة، من جهة و من جهة ثانية الجهل المستمر الأجنبي لطبيعة إجراءات التقاضي الداخلية للدولة المضيفة.

كما أنه لا يمكن للمستثمر الأجنبي مقاضاة الدولة المضيفة أمام القضاء الدولي باعتبار أن التقاضي أمام القضاء الدولي لا يكون إلا بين أشخاص القانون الدولي ولا يعتبر الفرد كذلك .

لذا فإن التسوية القضائية لم تخل من المصاعب سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، فإذا الأصل و حسب مقتضيات القواعد العامة في الاختصاص القضائي، أن ينعقد الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة في منازعات الاستثمار، ما لم يكن هناك نص خاص في الاتفاقية أو في عقد الضمان يقضي بخلاف ذلك أو بحسب الاتفاق الذي يتم بين المستثمر و الدولة المضيفة له و يقضي بمقتضاه الطرفان اللجوء إلى وسيلة دولية لفض النزاع دون القضاء الداخلي .

وقد أثير التساؤل حول مدى خضوع منازعات الاستثمار للقضاء الوطني للدولة المضيفة و مدى ملائمة ذلك خاصة و أن القانون الدولي لا يحول دون ما يتفق عليه الأطراف من اختصاص قضائي بديل للاختصاص الثابت للقضاء الداخلي ؟

للإجابة على هذا التساؤل نستعرض الحماية الإجرائية على الصعيدين الوطني و الدولي و موقف الفقه و القضاء الدوليين منهما من خلال تقسيمنا في هذا الفصل إلى بحثين، نتناول المبحث الأول استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية و مدى مشروعية ذلك، و في المبحث الثاني إجراءات التقاضي الدولية من خلال المركز الدولي لتسوية المنازعات .

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول

تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي محليا

يستعمل الفقه مصطلحات مختلفة للدلالة على هذا الإجراء ، فهناك من يستعمل مصطلح استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية ، وهناك من يستعمل مصطلح الإصلاح المحلية ، أو وسائل استنفاد المراجعة الداخلية و جميعها تعطي معنى واحد مفاده تسوية النزاعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة له من خلال إجراءات التقاضي المحلية ، و لو أن عبارة التقاضي لها معنى محدد، بينما تأخذ المصطلحات الأخرى معاني أوسع فتشمل في مفهومها التسوية الإدارية و القضائية في أن واحد.

بينما مصطلح إجراءات التقاضي فيعني به أحكام القضائية التي تخص السلطة القضائية بصفقتها جهاز مستقل عن سلطة الإدارة و الهيئات التنفيذية و تصديها للنزاع من خلال تقنيات جهاز التقاضي¹ . و يعتبر قضاء الدولة المضيفة أهم وسيلة من وسائل فض النزاعات على مستوى الداخلي بالنسبة للمستثمر فيما لو تعرضت أمواله أو استثماراته إلى أي خطر من الأخطار الماسة بحق الملكية، رغم الصفة التي يتميز بها المستثمر كطرف أجنبي بالنسبة لهذه الوسيلة في حين لا تعتبر الدولة المضيفة كذلك مما قد يضيف عليها صفة الحكم و الخصم، الشيء الذي يؤدي إلى عدم الثقة بإجراءات التسوية المحلية أو على الأقل إلى التساؤل عن دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار ، و مدى شرعية التمسك بهذه الوسيلة كقاعدة عرفية دولية.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لذا فإن دراستنا لهذا المبحث سوف تنصب على دراسة دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار كمطلب أول و كمطلب ثاني نتناول مدى شرعية التمسك بهذه الوسيلة في تسوية المنازعات الاستثمارية أو ما يعرف بقاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية و طبيعتها وفي المطلب الثالث نتناول الاستثمارات التي ترد على هذه القاعدة.

¹ -رفيق عطية الكسار، الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة. ط: 1998، ص 213

المطلب الأول

دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار

نتناول في هذا المطلب دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي و مدى اعتبار قاعدة استنفاد وسائل التقاضي الداخلية كأساس قانوني لحل هذا النوع من النزاعات، لذلك سوف نتولى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول

دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار

تعتبر سلطة القضاء أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية على إقليمها ، لذلك تصر الدولة على إخضاع جميع الأموال و الأشخاص الموجودين على إقليمها لمحاكمها و قوانينها و قد تضمن الاتفاق الجزائري الإيطالي حول الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بالجزائر في 18 ماي 1991 في المادة 2/8^أ هذا المبدأ حينما نص الإنفاق على انه إذا لم يسو الخلاف بتراضي الطرفين يرفع النزاع إلى جهات التقاضي المختصة في الدولة التي تم الاستثمار على إقليمها أو المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات¹ ، و نفس الموقف جاءت به الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا في 13 فبراير 1993 و المصادق عليها في يناير 1994 بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين فيما يخص الاستثمارات ، حيث جاء في نص المادة 2/8 من هذه الاتفاقية بأنه (إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدة 06 أشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في النزاع ، فإنه يمكن

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

أن يرفع بطلب من المواطن أو الشركة ، أما إلى الهيئة المختصة في دولة الطرف المتعاقد المعني بالنزاع أو إلى المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات).

أما الاتفاق البلجيكي الجزائري فقد استبعد فكرة إخضاع منازعات الاستثمار إلى إجراءات التقاضي الداخلية كما تنص على ذلك المادة 2/9 من إنفاق المبرم في 24 أبريل 1991 و المصادق عليه في أكتوبر 1991 و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار و الذي جاء فيه ما يلي : "يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة على أن يحال كل خلاف للتحكيم ، وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاد اللجوء إلى الطعن الإداري و القضائي الداخلي ما من شك أن النص السابق يمثل تراجعاً في موقف المشرع الجزائري الذي كان يعرف بموقفه المتشدد تجاه الاستثمار عموماً، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية المنظمة للاستثمار أو

¹ «لقد تمت المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول و الأخرى في أكتوبر 1995 و ذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95- 364 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 66 الصادر بتاريخ من 11 إلى 14 أكتوبر 1976. -

الإجرائية نذكر على سبيل المثال ما كانت تقضى به المادة 53 من القانون رقم 82-13 الصادر في أوت 1982 الخاص بشركات الاقتصاد المختلط الذي ينص بأن (ترفع الخلافات الناجمة عن العلاقات بين الأعضاء المؤسسين للشركة المختلطة الاقتصاد إلى المحاكم الجزائرية طبقاً للقانون الجزائري). ولا شك أن إخضاع الأموال و الأشخاص إلى القضاء الوطني سواء كانوا وطنيين أم أجانب يعد أمر طبيعياً لأنهم يتمتعون بحماية الدولة المتواجدين على إقليمها ، و في المقابل ذلك عليهم أن يخضعوا لقضائها¹.

والحقيقة أن إخضاع المنازعات الاستثمار إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة قبل أي إحالة على الهيئات الدولية يمثلون موقف مشتركاً بالنسبة لأغلبية الدول النامية كما يتضح ذلك من خلال الدور الذي لعبته تلك الدول على المستوى الثنائي و المتعدد الأطراف من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة 06/09 من الاتفاقية المبرمة عام 1977 بين ألمانيا و سوريا و التي جاء فيها (قبل عرض أي نزاع على لجنة التحكيم يجب استنفاد جميع التدابير القضائية الوطنية) وكذلك الاتفاقية المبرمة بين مصر و سويسرا عام 1973 و التي نصت في المادة 11 منها (تطبيقاً لا حكام القانون الدولي العام يتعين استنفاد الوسائل القضائية الوطنية قبل عرض أي نزاع على الهيئات القضائية الدولية)² ولعل مرد تمسك الدول النامية بإخضاع النزاع إلى القضاء الداخلي بدلاً من التحكيم الدولي ، يعود إلى إن هيئات التحكيم الدولي تلجأ إلى أغلب الأحيان إلى تطبيق قواعد القانون الدولي التقليدي لانعدام قواعد القانون الدولي الخاصة بمعاملة استثمارات أجنبية.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لذا فان البلدان النامية ترى بأن سيادتها على مواردها الطبيعية تخول لها سلطة اختصاص قضائها لكل نزاع يتعلق بالاستثمار الأجنبي خاصة ما إذا تعلق الأمر بمستثمر أجنبي ودولة مضيفة له³ وقد نجحت الدول النامية في إخضاع منازعات الاستثمار إلى قضائها الداخلي من خلال إسهامها في صياغة مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي طالبت فيه إعادة تحقيق العدل والإنصاف للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية كما جاء ذلك في نص المادة 02/02 من ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول على انه (عندما تثير مسألة التعويض خلافا يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع طرق سلمية أخرى على أسس المساواة في السيادة ووفقا لمبدأ الاختيار الحر للوسائل).

¹ - تجيز المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري للشخص الأجنبي بأن يرفع دعوة أمام القضاء بصفة مدع أصلي

² - علي حسن ملحم . دور المعاهدات الدولية المرجع السابق ص 211

³ - حسن عطية الله . سيادة الدول النامية على موارد الأرض ... المرجع السابق ص 234.

إن مبدأ استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية الوارد في تشريعات الاستثمار و في الاتفاقيات الثنائية جاء مطابقا لما هو مقرر في المواثيق الدولية. كما أن الفقه والقضاء الدوليين يعترفان بأن هذه القاعدة لم تنشأ من العدم ، بل أنها أداة النظام القانوني الدولي وإنها قاعدة عرفية و قاعدة قانونية دولية تستند إلى مبررات أهمها :

- أن الاعتبار الأساسي الذي تقوم عليه هذه القاعدة يتمثل في مبدأ سيادة الدول ، أي إن سيادة الدول و استقلالها السياسي يقران لكل دولة الحق في إعطاء محاكمها الفصل في النزاع من منطلق إن قضاء الدولة المضيفة قادر على تحقيق العدالة ، وان حكومة الأجنبي المتضرر ملزمة بأن تعترف لحكومة الدولة المضيفة بأن تعطي لها فرصة لتطبيق العدالة على الأجانب الموجودين على إقليمها ، حتى وان كان الأساس الذي تبنى عليه قاعدة وسائل استنفاد وسائل التقاضي الداخلية مصدره السيادة و ليس على أساس مبدأ العدالة، كما يؤكد ذلك الأستاذ عبد العزيز سرحان بقوله(انم بدا السيادة و الاستقلال الوطني يعطي لكل دولة -بموجب قانون الشعوب -الحق في اشتراط خضوع الأجانب لنظامها القانوني الداخلي و ان أي تدخل أجنبي قبل استنفاد وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الوطني غير مقبول على الإطلاق)².

و نفس الموقف يؤكد الأستاذ حامد سلطان الذي يرى بأنه من غير العدل أن لا تعطي الفرصة للدولة المضيفة المتسببة في الضرر إصلاح ما تسببت فيه من أضرار و قد ينجح الأجنبي في الحصول على التعويض العادل دون حاجة إلى اللجوء إلى الوسائل

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الدولية ، لان مبدأ المساواة في السيادة يقتضي إعطاء الدولة المسؤولية عن الضرر حقها في مباشرة اختصاصها المخول لها بموجب مبدأ السيادة الذي يقره القانون و القضاء الدوليين.

¹ - يرى الفقيه أمير أسنچ أن قاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية بأنها من أدوات النظام القانوني الدولي و تختص قيم محددة تعمل على احترام النظام القانوني في المجتمع ، كما أن المحكمة الدائمة للعدل الدولية قد أقرت قاعدة استنفاد طرق التقاضي الداخلية في نزاع استونيا و ليتوانيا عام 1939 حيث قررت إن دفع ليتوانيا المتعلق باستنفاد وسائل الإصلاح المحلية هو اعتراض مؤسس ، وان المطالبة التي تقدمت بها حكومة استونيا لا يمكن قبولها ، كما تأكد هذا لا الموقف أيضا في ظل محكمة العدل الدولية من خلا النزاع الذي بنت فيه عام 1959 بين الولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا على إن قاعدة وجوب استنفاد الوسائل المتاحة في القانون الداخلي لإصلاح الضرر قبل رفع الدعوى إمام المحاكم الدولية على أنها قواعد مستقرة في القانون العرفي . و نفس الموقف أكدته محكمة العدل الدولية في النزاع الذي ثار بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا . و قد جاء في حكمها (إن عدم اللجوء إلى استنفاد وسائل التقاضي الداخلية أدى إلى حرمان المحاكم الإيطالية من فرصة النظر في ذلك) : رفيق عطية الكسار . الحماية الدبلوماسية ص،ص: 224،213

² - رفيق عطية الكسار . نفس المرجع السابق ص 224

يستند الأساس الثاني لقاعدة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية إلى طبيعة العلاقة التي تربط بين النظام القانوني الدولي و النظام القانوني الداخلي ، فالدولة المضيفة ليست سوى كيان قانوني حصلت على امتياز لتسوية النزاع الدولي ، من خلال أجهزتها الداخلية التي تؤدي وظيفتها كوكيل عن النظام القانوني الدولي في تسوية النزاعات بين الأجانب الناشئة عن انتهاك القانون الدولي ويؤكد الأستاذ محمد سامي عبد الحميد عن ترابط علاقة القانون الدولي بالقانون الداخلي بقوله (لا يجوز منطقيا أن تتدخل الدولة عن طريق الدعوى المسؤولية الدولية لحماية إنسان لم يحاول حماية نفسه عن طريق الدعوى و طريق التظلم التي يوفرها له القانون الداخلي للدولة التي يدعي أضرارها له ، و بالتالي لا يتصور قانون الالتجاء إلى جهاز القضاء للنظام القانوني إلا على درجة (وهو لنظام القانوني الدولي) إلا بعد الالتجاء إلى قضاء النظام القانوني الأدنى درجة¹ وهذا التفسير من القضاء الدولي والقضاء الداخلي أمرا واحدا دون أية تفرقة بين طبيعتهما ، كما أن صاحب التفسير الذي ذكرناه لا يفرق بين طبيعة النظام القانون الدولي و النظام القانون الداخلي رغم الاختلاف القائم بينهما من حيث مصادرهما و موضوعاتهما و الأشخاص المخاطبين بأحكامهما . لكنه مادامت مصلحة المجتمع الدولي تقتضي التقيد بقاعدة استنفاد و وسائل التقاضي الداخلية لما فيها من السهام في الحفاظ على العلاقات الودية والابتعاد عن إثارة المنازعات الدولية التي قد تؤدي في كثير من الأحيان إلى تهديد السلم و الأمن الدوليين

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

بحيث يعتبر اللجوء إلى القضاء الداخلي كشرط سابق عن اللجوء إلى القضاء الدولي يمثل الأول حكم الدرجة الأولى و يمثل الثاني حكم الدرجة الأعلى منه و في هذا الصدد يقول الأستاذ حامد سلطان "إن إلزام الفرد قبل مطالبة دولته برفع دعوى المسؤولية الدولية نيابة عنه باستنفاد وسائل التقاضي الداخلية فيه مصلحة مؤكدة للمجتمع الدولي، من حيث أنها تتلاقى أسباب الخلافات الدولية"²

إن إعطاء الدولة المتسببة في الضرر فرصة إصلاح الضرر بوسائلها الخاصة يحول دون قيام المنازعات ، وأنه ما دام المستثمر لم يستنفذ الوسائل الداخلية لإصلاح الضرر يصعب معه التأكد ما إذا كان الضرر قد وقع بالفعل ، وانه ناتج عن فعل يمكن نسبته للدولة المضيفة ، كما يفترض في الشخص الذي يذهب إلى دولة أجنبية أن يأخذ بعين الاعتبار وسائل التقاضي التي يقرها القانون الداخلي ، بل عليه استنفاد جميع درجات التقاضي ، لأنه إذا لم يكن حكم الدرجة الأولى في صالحه مع افتراض أن هذا الحكم مخالف للقانون الدولي لكونه مشوب بعيب التمييز بين الأجانب

¹- رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية... المرجع السابق ص 225

²-حامد سلطان . القانون الدولي . وقت السلم المرجع السابق ص 339

و الوطنيين أو لأي سبب آخر فليس معنى ذلك أن له الحق في اللجوء إلى دولته لطرح النزاع على المستوى الدولي لأنه من المحتمل جدا إن يلغي قضاء الدرجة الثانية ما قضت به محكمة الدرجة الأولى و يزول سبب المنازعة الدولية¹ ، خاصة و أن إجراءات التقاضي على أكثر من درجة واحدة تقرها معظم النظم القضائية لصالح الوطنيين و الأجانب دون تمييز² و على الأجنبي أن يعلم بأنه لا يمكنه أن يحض بمعاملة أفضل من تلك التي يتلقاها الشخص الوطني وذلك حفاظا على مبدأ مساواة الأجانب بالرعايا الوطنيين في مسائل الحقوق و الواجبات . و قد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في قانون ترقية الاستثمار فنص في المادة 38 بأنه (يحض الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب بنفس المعاملة التي يحض بها الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الجزائريون منة حيث الحقوق و الالتزامات فيما يتصل بالاستثمار). إن مراعاة شرط استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية ضرورة عملية لا يمكن التغاضي عنها ، لذا يذهب جانب من الفقه إلى التأكيد على ضرورة استنفاد وسائل التقاضي الداخلية لأنها تؤدي إلى تحقيق المساواة بين جميع الأشخاص المقيمين على إقليم الدولة دون تمييز بينهم على أساس جنسياتهم أو مركزهم القانوني كأجانب ووطنيين ، و لا يجوز للأجنبي أن يطالب بحقوق أكثر من تلك التي يتمتع بها المواطنون حتى ولو كانت الحقوق لا تكفي بالحد الأدنى

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المقرر دوليا لحماية الأجانب و في هذا الصدد يقول الفقيه بول ذي فيشر (إن قاعدة الاستنفاد تعمل على ترسيخ دعائم الحفاظ على المساواة بين الوطنيين و الأجانب أمام القضاء المحلي)³.

3- أما الأساس الثالث لقاعدة استنفاد وسائل التقاضي المحلية فيستند إلى العمل الدولي وما حظيت به هذه القاعدة في نطاق المواثيق الدولية ، من ذلك ما نصت عليه الاتفاقية الخاصة بحقوق الأجانب الموقعة عام 1902 بمؤتمر المكسيك و في مؤتمر منتي فيديو عام 1933 حيث تم التأكيد بأن الحماية الدبلوماسية لا يمكن ممارستها ما لم يسبقها استنفاد لوسائل التقاضي الداخلية للدولة المضيفة . و في مؤتمر لاهاي لتقنين القانون الدولي لعام 1930 أكدت اللجنة التحضيرية لعصبة الأمم أثناء مناقشتها لموضوع المسؤولية الدولية و أقرت بأنه لا يجوز رفع دعوى المسؤولية على الدولة المتسببة في الضرر و مطالبتها بالتعويض على الأضرار التي تصيب الأجانب إلا بعد استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية التي تسمح بها قانون الدولة المضيفة .

¹ - علي حسين ملحم . دور المعاهدات الدولية ... المرجع السابق ص 239

² - تنص المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية انه في جميع المواد - ما لم ينص القانون على خلاف ذلك - يجوز استئناف كل حكم . وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 103 من نفس القانون بأنه (للاستئناف اثر موقف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) مما يؤكد بان إجراءات التقاضي على مستوى الدرجة الأولى ابتدائية تستوجب على المتضرر وطنيا كان أم أجنبيا استنفاد طرق التقاضي على مستوى الدرجة الثانية .

3-رفيق عطية الكسارة الحماية الدبلوماسية ... المرجع السابق ص 226 .

كما تضمن مشروع جاريا أما دور المقدم للجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 1958 التأكيد على قاعدة استنفاد إجراءات التقاضي المحلية ، ونفس التأكيد تضمنه مشروع هارفارد عام 1961 لتقنين قواعد المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الأجانب ، كما تضمن مشروع لجنة القانون الدولي لعام 1978 حول المسؤولية الدولية شرط استنفاد طرق مراجعة الداخلية المتاحة للأجانب بالنسبة للأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين¹ .

إن مبدأ العمل بشرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية لا يقوم على وجوب النص عليه وضرورة لاتفاق الأطراف على العمل به ، بل هو شرط مقرر للقواعد العرفية الدولية وأن المواثيق الدولية التي نصت عليها مجرد أعمال كاشفة لمبدأ عرفي مستمر و هو ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر 1959/05/21 بشأن قضية (لنترهابدل) عندما قررت أن شرط استنفاد الوسائل القضائية الداخلية هو مبدأ من المبادئ في القانون الدولي العرفي² . ويعني ذلك أن عدم النص على هذا الشرط في الاتفاقيات الدولية أو مجرد السكوت عنه لا يعني استبعاده.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

كما لا يعني ذلك أيضا إطلاق المبدأ دون استثناء فقد تتفق الدول على استبعاد تطبيق مبدأ استنفاد وسائل التقاضي الداخلية صراحة كما جاء في الاتفاق المبرم بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورغي ، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، وتبدوا أهمية استبعاد هذا الشرط كما يراها البعض في الحالات التي يكون فيها اللجوء إلى الوسائل الداخلية غير مجد من الناحية العملية أو لعدم كفايتها وقد اعتبر القضاء الدولي عدم كفاية وسائل التقاضي الداخلية إذا لم يكن تشريع الدولة المسببة في الضرر ينص على تعدد درجات التقاضي³.

¹- من بين المضامين التي تضمنها مختلف المواثيق الدولية مضمون المادة 18 المشروع جاريا مادو وقد جاء فيه:

-لا تقبل المطالبة الدولية عن الأضرار التي تصيب الأجنبي أو تلك الواردة في المادة 27 من هذا المشروع ما لم يستنفذ المتضرر كافة وسائل الإصلاح المنصوص عليها في القانون الداخلي

- تعتبر الوسائل الداخلية قد استنفذت عند صدور قرار أو حكم نهائي من السلطات المختصة

-لا يعد عدم وجود وسائل داخلية أو نقصها أو عدم كفايتها مبررا بوجود المطالبة الدولية إلا في حالة إنكار العدالة. انظر في هذا الصدد : رفيق عطية الكسار . الحماية الدبلوماسية ... المرجع السابق 227/226 .

²- هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق

³-راجع في هذا الشأن حكم محكمة العدل الدولية . المتعلق بقضية شركة كهرباء صوفيا الصادر في 1939/04/04 . من كتاب الحماية الدولية للمال الأجنبي ..ل:هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق 160.

كما إن جانب من الفقه سلم لعدم جدوى التمسك بمبدأ استنفاد وسائل التقاضي الداخلية متى كان الأجنبي لا تربطه بالدولة المتسببة في الضرر رابطة إقامة بالنسبة له و لأمواله¹ و نخلص مما سبق أن شرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية وان كانت تشكل قاعدة عرفية دولية غير أنها ليست مطلقة بحيث يمكن للدول إن تتفق على ما يخالف محتواها و استبعاد تطبيقها متى تم النص عليها صراحة أو في حالة غياب شروط تطبيقها على النحو الذي ذكرناه.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لقاعدة الاستنفاد و مدى فعالية القضاء الوطني

لقد رأينا فيما سبق أن الفقه والقضاء الدوليين لا ينازعان في شرط الاستنفاد كقاعدة عرفية في القانون الدولي وان صياغة هذه القاعدة في المواثيق الدولية لن يغير من

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

وصفها كقاعدة عرفية دولية مما يجعل النص عليها في المواثيق لا يعدو أن يكون مجرد أمر كاشف لا منشأ لها ، و غم هذا الموقف الصريح ألا أن ذلك لم يمنع اختلاف الفقه حول طبيعتها القانونية فيما إذا كان قاعدة موضوعية أو قاعدة إجرائية ؟

يذهب الفريق الثاني من الفقه إلى اعتبار قاعدة الاستنفاد بأنها قاعدة إن فكرة التمييز بين القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية ليست مسألة جديدة في فقه القانون فقد عرفت مختلف النظم القانونية هذا التمييز و كذلك القضاء الدولي.² لذا اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لقاعدة الاستنفاد و انقسم إلى مواقف ثلاث:

فريق يذهب إلى اعتبار قاعدة الاستنفاد قاعدة موضوعية لان الدولة المرتكبة للفعل الضار لا تتحمل المسؤولية الدولية إلا إذا لم تصلح الأضرار بوسائلها الداخلية المقررة وفق نظامها القانوني مما يعني أن سبب الدعوى ينشأ بعد استنفاد قاعدة الإجراءات المحلية و ليس قبلها، و بدون الاستنفاد لا يمكن الحديث عن موضوع إثارة مسؤولية الدولة المتسببة في الضرر فمتى كانت شرطا لنشوء المسؤولية اعتبرت قاعدة موضوعية. إجرائية لأنها لا تؤثر في وجود المسؤولية الدولية، إنما تعد شرطا لتحريك دعوى المسؤولية الدولية ، أي الضرر الذي يصيب الأجنبي يكون مصدره مخالفة مباشرة لقواعد القانون الدولي بينما تحريك الدعوى يتوقف على مدى استنفاد وسائل التقاضي الداخلية .

¹- هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق ص 163

²- لقد سبق لمحكمة العدل الدولية أن أثارت موضوع التمييز بين القاعدة الموضوعية و القاعدة الإجرائية في حكمها الصادر عام 1996 في قضية جنوب غربي إفريقيا، رفيف عطية الكسار . الحماية الدبلوماسية. المرجع السابق ص230.

أما الفريق الثالث فيذهب إلى اعتبار قاعدة الاستنفاد ذات طبيعة مزدوجة، أي أنها تعد في حالات معينة قاعدة موضوعية، و في حالات أخرى قاعدة إجرائية و على المحكمة المعروض عليها النزاع ن تحدد طبيعة القاعدة وفق ظروف و ملابسات كل قضية¹.

مدى ملائمة تطبيق القضاء على المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة :

من المعلوم أن التنظيمات القانونية عرفت خلال مراحل تطورها ، صور و معاملات متباينة و مختلفة فيما بين الجانب و الوطنيين ، ففي الم المجتمعات القديمة لم يكن للأجنبي حق اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة له، لان الفكر القانوني خلال تلك الفترة كان يقوم على مقولة مفادها ، أن المحاكم الوطنية للدولة إنما وجدت لتوفير العدالة بين الوطنيين دون الأجانب المقيمين على إقليمها ، لأن الأجنبي ينظرا إليه خلال تلك الفترة على انه عدو أو عبد و لا يصلح بأن يكون صاحب حق بل يمكن أن يكون موضوعا له بحكم انه عبدا أو مالا².

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لكن هذه النظرة تغيرت و تغير معها مركز الأجنبي فتطور مع تطور مختلف الأنظمة القانونية إلى أن أصبح مؤهلاً للتمتع بالحقوق و الالتزام بالواجبات، بل أن عدم السماح له باللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة له أصبح يمثل إنكاراً للعدالة، كما يمثل خرقاً لمبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في ظل القانون العرفي الدولي³ و تماشياً مع التطور الحديث لمركز الأجنبي في المعاملة و في لجوئه إلى قضاء الدولة المتواجدة بها و الوطني في حق اللجوء إلى التقاضي أمام محاكم الدولة المضيفة له.⁴ لكن لجوء المستثمر الأجنبي إلى قضاء الدولة المضيفة ليس بالأمر الهين، لان لجوئه قد تعثره مصاعب بسبب الاختلاف في المراكز القانونية لإطراف النزاع، قد يؤدي إلى استحالة تحقيق المساواة بين أطراف النزاع و هذا الأمر ينجم عنه عدم ثقة المستثمر بالقضاء المحلي للدولة المضيفة⁵ مهما كانت نزاهته و قدرته و فعاليتها. و يصطدم مركز المستثمر الأجنبي

¹ على حسن ملحم دور المعاهدات.... المرجع السابق 240. و كذا رفيف عطية الكسار . الحماية الدبلوماسية.. المرجع السابق 230 و

² على حسن ملحم. نفس المرجع السابق. ص 213

³ حامد سلطان. القانون الدولي وقت السلم. المرجع السابق ص 361

⁴ للمستثمر الأجنبي الحق في الطعن ضد قرار وكالة ترقية الاستثمار أمام السلطة الوصية على الوكالة كما تنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة التاسعة من المرسوم التشريعي رقم 93/ المتضمن ترقية الاستثمار و يعتبر هذا النص بمثابة التأكيد على ضرورة استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية، كما أن المادة 41 من النص التشريعي المذكور سابقاً تنص على حق التقاضي أمام محاكم مختصة إلا إذا كان هنالك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

⁵ عصام الدين بسيم. النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الأخذة في النمو. المرجع السابق ص 166.

بمركز الدولة المضيفة نتيجة تباين مركزهما القانوني من جراء تمسك الدولة المضيفة بمبدأ حصانتها ضد قضائها بحيث يصبح من غير الممكن للقاضي المحلي التعرض لتصرفاتها تطبيقاً لمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة بوصفها من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي⁴

بيد أن العراقيل التي قد تعترض سبيل المستثمر الأجنبي لا تتوقف عند حد عدم إمكانية اللجوء إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة، بل انه قد يحصل الأجنبي على حكم قضائي يمنح له التعويضات المستحقة إلا أنه قد يجز عن تنفيذ ذلك الحكم نظراً لما تقرره التشريعات الداخلية من عدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة² و نتيجة لذلك فإن وسائل التقاضي الداخلية لا تجد استحساناً من جانب المستثمر الأجنبي لاقتناعه بعدم حيادها، مما قد يساوره بعض الشك في الأحكام التي يصدرها قضاء الدولة المضيفة، إلى جانب ذلك هناك أسباب أخرى تجعل المستثمر يتردد عموماً في اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة،

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

من ذلك مثلا جهله لإجراءات التقاضي، باعتبارها إجراءات غير مألوفة بالنسبة إليه، فضلا عن تخوفه من احتمال تأثر القاضي الوطني بالمفاهيم السياسية و الاجتماعية و العقائدية السائدة في بلده و في مجتمعه التي قد تكون سببا في تكوين قناعاته فيما يصدره من أحكام، كما أن القاضي الوطني يكون ملزما بتطبيق قانون دولته حتى و أن كان محل اعتراض من المستثمر، يضاف إلى ذلك ظاهرة التأخير التي يتميز بها القضاء في الدول المتخلفة عموما نتيجة عدم وجود محاكم مختصة أو نتيجة عدم وضوح الاختصاص القضائي، و أمام الاعتبارات التي ذكرناها و غيرها، لن يقبل المستثمر الأجنبي باللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة، و إذ كنا نسلم بقدر بوجود بعض العوامل كحقيقة غير أن الدوافع الحقيقية لرفض المستثمرين الأجانب فكرة اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة تعود إلى رفضهم التقيد بتطبيق قوانين الدولة المضيفة و استبعاد منازعات الاستثمار من نطاقها و الإلقاء بها في أحضان القضاء الدولي و هيئات التحكيم الدولية، و ليس مجرد رفض اللجوء إلى القضاء الداخلي.

¹ انظر: فواد رياض. الحصانة القضائية للدولة. دراسة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي رقم 19 لعام 1963 ص 53.

² من ذلك مثلا ما تضمنه نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم... الخ)

المبحث الثاني: دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار

تمثل محكمة العدل الدولية أداة قضائية بارزة في إطار أجهزة الأمم المتحدة كما جاء ذلك في المادتين 7 ف 1 و المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن اختصاص هذه المحكمة كما نصت عليه المادة 1/34 من النظام الأساسي يقتصر على المنازعات الناشئة بين الدول بوصفها أشخاصا دولية، أما المستثمر الأجنبي فلا يمكنه التقاضي مباشرة أمامها لعدم تمتعه بالشخصية الدولية¹. كما أن القانون الدولي التقليدي لم يكن يهتم بالمسائل المتعلقة بالارتباطات العقدية لأنها لا تدخل بأية حال من الأحوال ضمن نطاق النظام الدولي، و قد وجد هذا الموقف تعبيراً واضحاً له فيما ذهبت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة عام 1929 حينما قضت بان (كل عقد لم يبرم بين الحكومات بوصفها من أشخاص القانون الدولي العام، إنما يجد أساسه في القانون و القضاء الداخليين)².

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

كما تأكد عدم اختصاص القضاء الدولي بالمنازعات التي يكون احد أطرافها من غير أشخاص القانون الدولي من خلال قضاء محكمة العدل الدولية في قضية الشركة ألا نجلو إيرانية، و قد جاء في حكم المحكمة(أن اتفاق الامتياز الممنوح لشركة أجنبية لا يدعو أن يكون مجرد عقد من عقود القانون الداخلي و بالتالي فان المسؤولية عن الإخلال به لا تخضع لا حكام القانون الدولي و لا ترتب مسؤولية دولية على عاتق الدولة التي خرجت عن مقتضى التعاقد)³ مما يعني ذلك عدم السماح للمستثمر الظهور أمام القضاء الدولي كطرف مباشر في نطاق اختصاص محكمة العدل الدولية، لكن عدم اختصاص محكمة العدل الدولية بفض النزاعات التي تثور بين شخص من أشخاص القانون الدولي العام و شخص من أشخاص القانون الخاص، لا يعني استبعاد حل هذه النزاعات من دائرة التسوية الدولية لأننا إذا رجعنا إلى المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة نجدها بأنها قد تضمنت الأساليب الكفيلة بحل مثل هذه النزاعات من خلال وسائل التسوية الدولية، كالمفاوضات و التوفيق و التحكيم و الوساطة و الاستعانة بالوكالات و التنظيمات الدولية منها و الإقليمية، كما قد ترك النص المجال مفتوحاً للدول في اختيار الوسيلة التي يلجأ إليها الأطراف

¹ لقد أدى اتساع أوجه النشاط الاقتصادي على المستوى الدولي إلى بروز اتجاهين فيما يتعلق بحق الأشخاص الخواص في مقاضاة الدولة أمام القضاء الدولي، الاتجاه التقليدي الذي يرفض حق الاعتراف بالتقاضي المباشر أمام المحاكم الدولية لعدم ثبوت الشخصية الدولية و من أنصار هذا الاتجاه، انزيلوتي و (تر بيل). أما الاتجاه الثاني و يتزعمه كل من : جورج سل، كلسن، وليفير، و بوليتس، و فريد روس. يذهب إلى الاعتراف للشخص الخاص بحق التقاضي المباشر أمام القضاء الدولي. لمزيد من التفاصيل انظر في ذلك: إبراهيم محمد العناني. اللجوء إلى التحكيم الدولي. دار الفكر العربي ط1973 ص: 66 إلى 77.

² احمد القشيري. مقال الاستقرار و التطور في الأساليب القانونية المستخدمة من قبل الدول الاخدة في التصنيع. مقال مجلة النفط و التنمية و التعاون العربي. عام 1976 منظمة الأبطال العربية للبترول، الكويت، ص 66.

³ أثير هذا النزاع بمناسبة التاميمات الإيرانية لشركة أنجلو إيرانية في شهر ابريل 1951 رغم وجود اتفاق بين الشركة و الحكومة الإيرانية يقضي بعدم قيام الدولة الإيرانية بأي تصرف من شأنه المساس بعقد الامتياز. انظر : احمد عشوش. أعضاء على الجوانب القانونية في تأمين صناعة البترول- مؤتمر البترول العربي الثامن بالجزائر- من 28 ماي إلى 3 جوان 1972 الأمانة العامة لجامعة الدولة العربية ص 12.

لفض خلافهم كما تضمنت اتفاقيات تنظيم و حماية الاستثمار الأجنبي فيما بين الدول المتعاقدة النص على هذه الأساليب و لوان التحكيم الدولي يعتبر أكثر الوسائل ملائمة في تسوية منازعات الاستثمار أكثرها انتشاراً، و تعد الوسائل السابقة جزءاً لا يتجزأ من التسوية القضائية الدولية¹. كما أنها تمثل ضماناً إجرائياً للاستثمار الأجنبي كما سيأتي توضيح ذلك من خلال دراستنا لهذا المبحث الذي سنتولى تقسيمه إلى مطلبين.

المطلب الأول

التفاوض و التوفيق كوسيلة لفض منازعات الاستثمار

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

لقد تناولت اتفاقيات حماية و ضمان الاستثمارات الثنائية و المتعددة الأطراف هذين الأسلوبين كأداة لتسوية منازعات الاستثمار، فما محتوى هذين المفهومين، و ما شروط تطبيقهما.

الفرع الأول: التفاوض كوسيلة لفض المنازعات الاستثمارية

يعتبر التفاوض إحدى الوسائل الأساسية لحل النزاعات الدولية سلمياً كما أكدت ذلك المادة 33 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، إذ تستخدم التفاوض كوسيلة للتخفيف من حدة التوترات بين أطراف النزاع قبل نشوب أي صدام مسلح كما أنها تستخدمه كوسيلة للتوصل إلى اتفاق خاص إذا كان للأطراف المتنازعة رغبة في التوصل إلى الاتفاق حول القضايا المتنازعة عليها. و قد أشار إلى هذه الوسيلة مندوبي العديد من الدول أثناء بحثهم لموضوع الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية أمام لجنة القانون الدولي مؤكدين بأن نجاح المفاوضات يتوقف على مسعى الأطراف نحو تعاون مخلص بعيداً عن أي شكل من أشكال الضغط أو نكران للمصالح المشروعة لأطراف النزاع لأن الوضع القانوني لأطراف النزاع في المفاوضات يقتضي مراعاة مبدأ المساواة فيما بين الدول المتفاوضة مع الأخذ بعين الاعتبار المصالح المتبادلة لأطراف النزاع بشفافية و ليونة في المواقف مع العمل بمبدأ التنازل عند الضرورة دون وضع شروط مسبقة من أي طرف، لأن وضع الشروط المسبقة يتعارض مع مبدأ التفاوض كما يعني سعي أحد الأطراف إلى الحصول على مكاسب من جانب واحد على حساب الطرف الآخر و تعتبر عن عدم الثقة بين الأطراف المتفاوضة² و تأكيد على عدم الرغبة في حل النزاع سلمياً.

¹ عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار في البلاد العربية. المرجع السابق ص 251.

² نوري مبرزة جعفر. المنازعات الإقليمية في ضوء القانون الدولي المعاصر. ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر . ص،ص 92 و 93.

لذا فإن تسوية النزاع عن طريق التفاوض مرتبط بمدى استعداد الأطراف المتفاوضة و رغبتها في تقديم تنازلات متبادلة قصد الوصول إلى حل يرضى الطرفين، غير أن ذلك لا يعني عدم التزام الأطراف المتفاوضة بقواعد و مبادئ القانون الدولي حتى و أن كان الأسلوب المتبع في حل النزاع يعتمد على الأسلوب الدبلوماسي بعيداً عن التسوية القضائية أو التحكيمية التي تقدم في جوهرها على تطبيق القانون من منطلق مبدأ إقرار العدل و الحق القانوني للطرفين المتنازعين، بدل الترضية السياسية التي تقدم على مبدأ التوافق في المصالح¹.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

إن التفاوض يعتبر أقدم وسيلة لتسوية النزاعات أكثرها شيوعاً وأقلها تعقيداً من حيث الإجراءات و كانت معروفة منذ العهود القديمة و قد وصف، هوروغروتوس اللجوء إلى التفاوض على أنه التزام قانوني يشكل أحد الشروط الضرورية المسبقة استخدام القوة²

كما أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة، صفة اللجوء الإلزامي لهذا الأجراء في قضية مافروماتيس حيث قررت أنه (قبل أن يكون بالإمكان جعل أي نزاع قضية إجراء قانوني، لا بد من تحديد موضوعه بوضوح عن طريق المفاوضات الدبلوماسية)³.

إن مبدأ اللجوء الإلزامي إلى إجراء التفاوض لا يعني بالضرورة توصل الأطراف المتفاوضة إلى نتيجة لحل نزاعهم و تجاهل الأسباب السياسية التي حالت دون ذلك، بل على العكس فإن التفاوض يمثل تقارباً في وجهات النظر لكونه خال من كل شروط مسبقة. كما وردت صيغة التفاوض كإجراء لتسوية المنازعات الاستثمارية في اتفاقية الوكالة الدولية للضمان حيث تضمن نص المادة الثانية من الملحق الثاني ما يفيد تسوية المنازعات المنصوص عليها في الاتفاقية بواسطة المفاوضات قبل اللجوء إلى أي إجراء. و تعتبر المفاوضات قد استنفدت إذا فشل الطرفان في الاتفاقية على تسوية خلال 4 أشهر من تاريخ تقديم طلب الدخول في المفاوضات⁴.

¹-يعني مبدأ التوافق في المصالح إجراء موازية بين النافع الاجتماعية و الاقتصادية بالنسبة لكل طرف على إن الاستمرار في الانتفاع بهده المنافع يتوقف على مدى التزام الدولة في تعهداتها بعدم الطرف الأخر. أنظر: بن عامر تونسي. أساس المسؤولية الدولية المعاصر منشورات دار حلب، ط: 1995. ص 150.

²-كان ذلك في عهد مجلس الحكماء في روما حيث كانوا يقومون بإيفاد مبعوثين أو سفراء لهم يعرضون طلبات حكومتهم على الطرف الأخر و يطلبون لازالت المظالم التي تشكو منها دولتهم قبل اللجوء إلى الحرب، جيرهارد فان غيلان، تعريب، عباس العمر، القانون بين الأمم (ج 1-3) دار الأفاق الجديدة بيروت، ص 205.

³- جيرهارد فان غيلان، نفس المرجع، ص 206.

⁴-نصت المادة 2 من الملحق رقم 2 لاتفاقية الوكالة لضمان الاستثمار المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم 345/95 الجريدة الرسمية العدد 66 ليوم 05 نوفمبر 1995. على (أن يسعى الطرفان في أية منازعة مما يدخل في مجال تطبيق هذا الملحق إلى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم.)

كما نصت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية للضمان على هذا الإجراء من المادة الثانية الملحق الأول، على وجوب سعي الأطراف في أي منازعة من المنازعات المنصوص عليها في المادتين 34 و 35 من اتفاقية المؤسسة إلى تسويتها بواسطة المفاوضات قبل اللجوء إلى إجراء آخر، و تعتبر المفاوضات قد استنفدت بعد مرور 6 أشهر من تاريخ طلب أي طرف الدخول فيها¹.

و يتضح من خلال الملحقين السابقين إن تسوية النزاعات تتم إلزامياً عن طريق التفاوض قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر، و التفاوض يعني الاتصال الذي يجرى بين

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الأطراف المتنازعة دون اشتراط النص لإتباع شكل معين لهذا التفاوض كتابة أو شفافة ،و قد جاء النصان متفقان من حيث صياغتهما و من حيث إطلاقهما إذ يشترطاً شكلاً خاصاً لذلك، و لوان هناك من يرى بان المفاوضات تأخذ شكلاً مكتوباً حتى و لو لم ينص على ذلك² . لأنه لا يمكن إثبات بداية الطلب و انتهاء الميعاد المحدد لبدا المفاوضات إلا عن طريق الكتابة، حتى و إن كانت المفاوضات قد اتخذت شكل اجتماعات دورية تعقد بين ممثلي الأطراف المتنازعة، فان ذلك من تدوينها في محاضر مكتوبة يسهل الرجوع إليها عند الحاجة . و قد يأخذ التفاوض شكل مراسلات متبادلة تتم بين الأطراف المتفاوضة. و مهما كان الشكل الذي تأخذه المفاوضات فإنها في غالب الأحيان تجرى في سرية تامة بين الأطراف المتفاوضة ،خلافاً لمبدأ علانية الاتفاقات الدولية ،الذي تكون فيه المفاوضات مكتوبة، تسمح لرأي العام الوطني و الدولي الاطلاع على محتواها.

يعتبر التوفيق إجراء تصالحي، لا ينطوي على إصدار قرارات ملزمة لأطراف النزاع ،لان وظيفة التوفيق تركز على توضيح جوانب الاختلاف و اقتراح التسوية الودية مع الأخذ بعين الاعتبار، روح التعاون و التسامح و المحافظة على استمرار العلاقة التجارية و الاستثمارية بين الأطراف المتنازعة و بذل ما يمكن بذله من جهد للوصول إلى حل الخلاف و ديا يرضي طرفي النزاع من خلال حصر و توضيح نقاط الخلاف و توجيهها الحل المقبول كما نصت على ذلك المادة الثالثة من الملحق الثاني لاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار³. و التوفيق إجراء تقوم به لجنة تدعى لجنة التوفيق و تتكون من شخصيات متخصصة يتم اختيار أعضائها من قبل الأطراف المتنازعة⁴.

¹-نصت المادة الأول من الملحق (1) من الاتفاقية العربية للضمان على أن هذا الملحق يعتبر جزءاً ليتجزأ من الاتفاقية و لا يجوز التحفظ بشأنه.

²-عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار... المرجع السابق ص 254

³-راجع في نص الفقرة من المادة 34 من الاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. المرجع السابق.

⁴-انظر في ذلك المادتين 29 و 31 من اتفاقية الوكالة و المادة 14 من الملحق الثاني لنفس الاتفاقية ، و المواد 38 و 37 و 29 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية.

و من مهام لجنة التحقيق التحري في الوقائع المادية المكونة لعناصر النزاع و اقتراح الحل المناسب على الأطراف في أي مرحلة من مراحل إجراءات دون التقيد بفترة زمنية محددة أو بانتهاء إجراءات التوفيق، حيث يمكن للجنة إن توصي أطراف النزاع بتسوية معينة متى رأت الوقت مناسباً لذلك، فان توصل الأطراف إلى اتفاق يحرر محضراً بذلك يحتوي على النقاط المتنازع عليها، و نصوص الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف، و في حالة عدم تمكن الأطراف من التوصل إلى اتفاق، فان لجنة التوفيق تتولى تحرير محضر

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

تثبت فيه بان الخلاف قد عرض على التوفيق دون توصل الأطراف إلى حل و ذلك كإثبات عن استنفاد إجراءات المصالحة الودية قبل مباشرة أي إجراء آخر¹.

و الجدير بالملاحظة أن التوصيات التي تصدرها لجنة التوفيق غير ملزمة، لذلك يطلب من الأطراف التعامل مع لجنة التوفيق بحسن نية واخذ توصيتها وبجدية و بعين الاعتبار دون أن يؤدي ذلك إلى تقييد الأطراف المتنازعة في الدفاع عن حقوقهم في حالة عرض نزاعهم على جهات أخرى، بما ورد في محضر التوفيق بحجة التوصيات الصادرة عن لجنة التوفيق او بما أبداه الأطراف أمامها من تصريحات و مواقف مؤيدة أو رافضة إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك².

إن إجراء التوفيق كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار عمل به المركز الدولي و لو بشكل محدود حيث عرض نزاعين على المركز منذ إنشائه إلى غاية 1995 الأول تمت تسويته بطريقة ودية بين الأطراف قبل تشكيل لجنة التوفيق، أما النزاع الثاني فقد توصلت فيه لجنة التوفيق الى تسوية بعد توصل الأطراف إلى اتفاق³.

و التوفيق كإجراء ودي لا يهدف إلى إصدار قرارات تثبت في موضوع النزاع، بل إجراء يهدف إلى عقد اتفاق بين الأطراف، لذلك لا يمكن أن يكون أمام لجنة التوفيق طرفان احدهما خاسر لدعواه و الآخر رابح لها، بل الطرفان يوجدان في مركز واحد مما يجعلهما يقتسمان الأعباء المالية لمتعلقة بالتوفيق⁴.

1- راجع في ذلك نص المادة 34 و ف2 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .

2- راجع المادة 35 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

3- على حسن ملحم، دور المعاهدات... المرجع السابق ص341.

4- تقدر نفقات مباشرة إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات بحوالي (11) ألف دولار أمريكي. انظر في ذلك: علي حسن ملحم، دور المعاهدات الدولية... المرجع السابق هامش الصفحة 3.

إن حق الأطراف في اختيار أعضاء لجنة التوفيق و مكان انعقادها و عدما للالتزام بتوصيات التوفيق . لا يعطي لأي من الطرفين الحق في إدخال ما يراه من تعديل على عضوية اللجنة بعد تشكيلها إلا في حالة وفاة العضو أو استقالة أو في حالة رده متى اكتشف أن العضو المعين لا تتوفر فيه الشروط المقررة في اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات أو التي نص عليها في اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار¹.

بيد أن إجراءات التوفيق تبقى مستمرة و سارية منذ تاريخ تقديم الأطراف لطلب إجراء

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

التوفيق حتى و أن تبين فيما بعد إن احد الأطراف لم يعد يرغب في مواصلة التوفيق و انه لم يعد يتعاون مع لجنة التوفيق².

أما فيها يتعلق باختصاص لجنة التوفيق فان اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد حولت التوفيق الفصل في موضوع الاختصاص ، و لها أن تفصل في الدفع التي يثيرها احد الأطراف في شأن موضوع عدم اختصاص لجنة التوفيق ، و قد أجازت اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الفصل في الطعن كمسألة إجرائية أو ضم الدفع مع النظر فيه حين الفصل في النزاع³، و في حالة عدم اتفاق الأطراف على قواعد إجرائية معينة تتولى لجنة التوفيق أو التحكيم تطبيق القواعد الإجرائية التي تضمنتها الاتفاقية و تلك التي يقرها المجلس الإداري للمركز و تكون سارية المفعول عند إحالة النزاع إلى التوفيق و عند غياب القواعد الإجرائية ينعقد الاختصاص للجنة في وضعها للقواعد الاجرائية⁴. أما نظام الضمان العربي فقد تناول هو الآخر إجراءات تسوية الخلافات التي تثور بين المؤسسة العربية للضمن و المستثمر، فنصت في المادة (3) من ملحق تسوية المنازعات، بان تسوى خلافات الأطراف عن طريق التوفيق و على الأطراف المتنازعة تزويد الموفق بالبيانات التي تساعد على أداء مهامه أما إذا تعذر التوصل إلى اتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم ويقدم الموفق تقريراً بنتائج أعماله خلال مدة 6 أشهر على الأكثر يتضمنه تحديداً لا وجه الخلاف و للمقترحات، و لكل طرف في النزاع الحق في إبداء رأيه في نتائج التقرير و إبلاغ رأيه للأطراف الأخرى خلال شهر من

1- إذا توفي العضو أو أصبح غير قادر على القيام بمهامه أو استقال و وافقت اللجنة على ذلك فيجوز شغل المنصب حسب نصوص الاتفاقية الخاصة باختيار أعضاء لجنة التوفيق أو التحكيم. أما في حالة استقالة او انسحاب العضو المعين من قبل احد الأطراف دون موافقة اللجنة فيكون على رئيس المجلس الإداري للمركز الدولي لتسوية المنازعات ان يعين بديلاً عنه، و إن انعقاد إجراءات التوفيق تكون في مقر المركز، على انه يجوز للأطراف الاتفاق على-انعقادها خارج مقر المركز شرطية أن يكون المكان المتفق عليه قد إبرام مع المركز اتفاقاً يسمح بالانعقاد فيه، و يمكن للجنة التوفيق ان تنتقل إلى مكان النزاع نفسه. انظر الموارد 63، 62، 59، 37، 31، 30، 29. من الاتفاقية المنشئة للمركز.

2- انظر: يحيى الجمل و احمد عشوش، دراسة بعنوان (بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار. معهد البحوث و الدراسات العربية. المرجع السابق ص 282.

3- راجع في ذلك المادة 32. من الاتفاقية المنشئة للمركز.

4- راجع الموارد من 32 إلى 35. من الاتفاقية المنشئة للمركز.

صدور التقرير. إما إذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في الأجل المحددة أو إذا لم يقبل الأطراف بالحلول المقترحة يسوى النزاع عن طريق التحكيم، و يكون اللجوء في هذه الحالة وجوباً كما يستشف ذلك من نص الفقرة الخامسة من المادة الثالثة التي تنص على انه (إذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة و إذا لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة في التقرير يتعين تسوية المنازعة عن طريق التحكيم).

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

و الجدير بالملاحظة إن نظام التوفيق لا يستخدم إلا نادرا، لان نظرة الأطراف إليه توحى بأنه إجراء غير ضرورية يسبق التحكيم و إن طالب التوفيق يظهر بمظهر الضعيف أمام الطرف الاخر¹. لذا فان إجراء التوفيق لا يكون إلزاميا إلا إذا وجد في العقد شرط يقضي بالتجاء الأطراف المتنازعة إليه ،إما إذا لم بنص العقد أو الاتفاق على ذلك ،لا يكون اللجوء مصالحة ملزما بين الطرفين.

المطلب الثاني

التحكيم الدولي بين الاتفاقي و التشريعي

مادام الاستثمار يعتبر نشاطا اقتصاديا و تجاريا،من الطبيعي أن تكون الوسائل المتبعة في حل النزاعات التي تثور بشأنه مماثلة لنشاطه و لطبيعة الحياة الاقتصادية المتميزة بالسرعة و المرونة،بعد إن تأكد عدم قدرة القضاء على حل منازعات الاستثمار بالسرعة التي تتطلبها المعاملات الاقتصادية و التجارية.

الفرع الأول

التحكيم الدولي بين الاتفاقي و التشريعي

لقد تضمنت اتفاقيات الاستثمار الثنائية منها و المتعددة الأطراف،النص على التحكيم الدولي كأداة أساسية لفض النزاعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى،كما جاء ذلك في نص المادة 9من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسنبورغي عام1991على انه" في حالة عدم التوصل إلى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاوض بالطرق الدبلوماسية خلال مدة 6 أشهر من تاريخ الإشعار بغرض هذا الخلاف بناء على طلب من احد الأطراف المعنيين بذلك الخلاف،لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات...و لهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة و القطعية على إن يحال كل خلاف لهذا التحكيم و تتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاد اللجوء إلى الطعن الإداري و القضائي الداخلي).

1-عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار في البلاد العربية. المرجع السابق ص

كما تضمن نص المادة 8 من الاتفاقية المبرمة في 18 ماي بين الدولية الجزائرية و الدولية الايطالية المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات على التحكيم الدولي كإجراء لفض المنازعات التي تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدين و المستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى عن طريق المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

بالاستثمارات أو محكمة تحكيمية تنشأ لهذا الغرض .
بيد أن الأمر لا يقتصر على الاتفاقيات الثنائية ، فقد سلكت الاتفاقية الجماعية نفس المسلك من ذلك نصت عليه الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المادة 58 على وجوب كاملا لتسوية المنازعات و قد بوب ، (الملحق الثاني) و تضمن نص المادة الرابعة من الملحق جميع إجراءات التحكيم وشروط ممارسته بحيث يبدأ إجراء التحكيم بإشعار يقدمه طالب التحكيم إلى الأطراف المتنازع معها موضحا فيه البيانات المتعلقة بالنزاع وطبيعته والطلبات المراد الفصل فيها واسم المحكم المعين من قبل الطالب و على المطلوب الرد على الإشعار بتعيين محكم عنه خلال 30 يوما من تاريخ تلقيه الإشعار و يعين الطرفان محكما ثالثا يكون رئيسا لهيئة التحكيم مدة 30 يوما ، و في حالة عدم تمكن الأطراف من تشكيل هيئة التحكيم ، يتم تعيينها بقرار من الأمين العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات أو بقرار من محكمة العدل الدولية إذا لم يقر الأمين العام للمركز بتعيين المحكم الثاني أو رئيس هيئة التحكيم خلال 30 يوما من تاريخ تلقيه للطلب . كما تناولت اتفاقية المؤسسة العربية للضمان موضوع التحكيم في مسائل الاستثمار كوسيلة لفض المنازعات التي تنور بين أي من الأقطار المتعاقدة من جهة و بين المؤسسة¹، و قد جاء في الملحق رقم واحد المنصوص عليه في المادة 4 التأكيد على التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار . و ما تجدر ملاحظته أن إجراءات التحكيم التي جاء بها المنصوص عليه في المادة الرابعة السالفة الذكر أنها لا تختلف في مضمونها و شروطها عن إجراءات التحكيم الواردة في اتفاقية الوكالة الدولية للضمان، إلا فيما يتعلق بخصوصيات الأعضاء و طابعها الإقليمي . كما تضمنت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية و التي صادقت عليها الجزائر في شهر أكتوبر عام 1995 النص على التحكيم الدولي كإجراء لتسوية الخلافات من خلال ما ورد المادة 25 من الاتفاقية و المادة الثانية من الملحق رقم(2) الذي يعتبر جزاء لا يتجزأ من الاتفاقية كما على ذلك المادة 26 من نفس الاتفاقية، و يعتبر التحكيم وسيلة أساسية لحل المنازعات الاستثمار في كثير من الاتفاقيات الدولية² .

¹ راجع في ذلك الماد:35و36 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان.

² من بين الاتفاقيات التي تناولت شرط التحكيم ما نصت عليه المادة 12 من الاتفاقية المبرمة بين استراليا و فيتنام عام 1991 ، و المادة 9 من الاتفاقية المبرمة من الهند و بريطانيا عام 1994 و المادة 6 من الاتفاقية المبرمة بين مصر و الولايات المتحدة عام 1982 انظر في ذلك على حسن ملحم دور المعاهدات الدولي ...المرجع السابق ص 243.

بيد أن شرط التحكيم لم يقتصر النص عليه ضمن الاتفاقيات الدولية ، إنما قد تضمنته أيضا النصوص التشريعية المتعلقة بتنظيم الاستثمار فقد جاء في التشريع الجزائري الاستثمار الصادر في شهر أوت عام 2001 و في نص المادة 17 تحت عنوان باب

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الضمانات بأنه يخضع ككل خلاف بين المستثمر الأجنبي و الدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف فأبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة و التحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص . و هذا النص يقابله في مضمونه نص المادة 41 من التشريع القديم الصادر في 5 أكتوبر عام 1993 المتعلق بترقية الاستثمار الذي كان معمولا به سابقا و الجدير بالملاحظة أن نص المادة 17 من قانون تطوير الاستثمار بالجزائر يشير إلى صيغتين من صيغ التحكيم و هما ، مشاطرة التحكيم ، و اتفاق التحكيم ، و يتطابق هذا النص مع ما جاء في نص المادة 458 ومكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المتعلق بموضوع التحكيم التجاري الذي نص على تسوية الخلافات عن طريق التحكيم الدولي سواء تعلق الأمر بمشاطرة التحكيم دون أي تمييز بينهما ، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد كرس المفهومين معا في صياغة مشتركة رغم الخلاف الفقهي القائم حول موضوعهما¹ .

إن أغلبية الساحقة من الدول أصبحت تقر في تشريعاتها الخاصة أو في تعهداتها الدولية بأهمية التحكيم كوسيلة لحل منازعاتها في مجال الاستثمار و في مجال التعاملات الاقتصادية و المالية بالطرق السلمية و هذا في الواقع إجراء ليس بجديد ، فقد عرف المجتمع العربي قديما ، أسلوب التحكيم و طبقته القبائل العربية حينما كانت تفتقر إلى وجود سلطة مركزية قوية، و طبقته حديثة، في علاقاتها التجارية و المالية² كما عرفت دول العالم وتبنته المنظمات الدولية رغم معارضة الدول الاشتراكية وبعض الدول المالية لموضوع التحكيم الدولي ، لأنها ترى فيعرض النزاعات الاستثمار الأجنبي على التحكيم الدولي يعد بمثابة الاعتراف بالشخصية الدولية للمستثمر الأجنبي هذا الاعتراف يخلق له مركزا قانونيا لا مبررا له كما أن عرض نزاع الاستثمار على القضاء الدولي يؤدي إلى تطبيق الاتفاقية الدولية و العرف الدولي، بينما النزاع من تنظيم القانون الوطني واختصاص القضاء المحلي مع أن تاريخ التحكيم الدولي أثبت معارضة الدول المتقدمة لهذا الإجراء لمرحلة من المراحل التاريخية³ ، و تحت تأثير التغيرات الدولية فإن هذا الموقف قد تغير بمجمله بالنسبة لمعظم الدول ، حتى و إن كان هناك بعض الدول من أمريكا اللاتينية لا تزال تبدي تحفظها عليه ،

¹- انظر في ذلك : عمر الزاهي التحكيم دراسة قدمت إلى الملتقى المنعقد بالجزائر بين 1 و 3 ديسمبر عام 1993 ص.....2

²-عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار في البلاد العربية المرجع السابق ص 260

³- من ذلك مثلا معارضة ألمانيا للمشرع الروسي في مؤتمر لاهي 1899 و معارضة بريطانيا في بروتوكول جنيف 1924 لأن مصالحتها آنذاك لم تكن تستدعي اللجوء إلى التحكيم الدولي. إبراهيم محمد العناني . اللجوء إلى التحكيم الدولي المرجع السابق ص 22 .

الموضوعية التي يطبقها المحكومون إستادا إلى فكرة الحد الأدنى من قواعد معاملة الاستثمار الأجنبي و هي قواعد لا يعترف بوجودها معارضو هذا المبدأ¹ ، كما لا تنظر

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الدول النامية إلى قواعد الحد الأدنى على أنها قواعد من خلق الدول الاستعمارية و لم تشارك في إنشائها ، و أن تطبيقها يؤدي إلى المساس بمصالحها .

أما الدول الشيوعية فقد فسرت رفضها للتحكيم الدولي بعدم الثقة لأنها ترى بأنه من الصعب إيجاد محكم محايد في علاقات ذات أنظمة قانونية مختلفة ، كما يصعب على المحكم التمييز بين المسائل القانونية و المسائل السياسية مما قد يؤدي إلى تغليب المصالح السياسية للدول و في مثل هذه الظروف يكون عندها الحل الدبلوماسي أفضل من التحكيم² .

إن اللجوء المتزايد للدول و الهيئات الدولية نحو التحكيم الدولي دليل على أهمية هذه الوسيلة في حل المنازعات الدولية . كما تعتبر ضمانات هامة للمستثمر لان الدولة المضيفة لا تستطيع أن تعدل من شروط التحكيم بإرادتها المنفردة بعد قبولها بالالتحاء إليه في منازعاتها المتعلقة بالاستثمار .

¹ -إبراهيم العناني. اللجوء إلى التحكيم الدولي ص22- 23 انظر في هذا الصدد أيضا: حسن عطي الله سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية ص234-235

² -إبراهيم محمد العناني اللجوء إلى التحكيم الدولي ص23- 22

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

طبيعة التحكيم الدولي

يتخذ التحكيم شكل تحكيم خاص حينما يتولى أطراف النزاع تشكيل محكمة التحكيم بإرادتهما للفصل في نزاعهما وتنتهي بانتهاء الفصل فيه 'ويكون موضوع التحكيم عبارة عن تسوية للنزاع بقرار صادر عن قضاء خاص يحسده قرار التحكيم¹ و يعتبر التحكيم أيضا خاصا إذا نص شروط التحكيم على إحدى بعض المنازعات دون البعض الآخر².

أما التحكيم المؤسسات 'أو التحكيم الذي يحيل فيه أطراف النزاع كافية المنازعات المتعلقة باستثماراتهم إلى جهة تحكيمية معينة و دائمة .

والجدير بالملاحظة أن التحكيم في كلا الحالتين السابقتين يثير فكرة تحديد موضوع و طبيعة النزاع الذي يختص بالفصل فيه 'مما يستدعي 'التوفيق عند هذه المسألة و البحث فيها لمعرفة مضمون و طبيعة هذه النزاعات ' التي تعتبر من موضوعات و صلاحيات التحكيم 'وقد تناولت المحكمة الدائمة للعدل هذا الموضوع في قضية مافروماتيس في فلسطين و عرفت التحكيم بأنه (اختلاف حول مسألة واقعية أو قانونية 'تتمثل في تنازع أو عرض الآراء القانونية أو المصالح بين الشخصين)³.

وحسب هذا التعريف فان التحكيم يقوم بمجرد أن تقوم دولة بإبلاغ دعواها أو وجهة نظرها إلى دولة أخرى و ترفض الأخيرة بوجهة نظر الأولى أو تعارضها فينشأ النزاع و يصبح نزاعها دوليا ' وهذا ما نصت عليه اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى في مادتها الخامسة و العشرون ' على أن المركز يختص بالمنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة و احد رعايا دولة متعاقدة أخرى وله صلة بالاستثمار أما إذا كان موضوع النزاع يتعلق بالخلافات السياسية فإن المركز الدولي لتسوية النزاعات الاستثمارية لا يختص بذلك. و يعتبر النزاع قانونيا إذا تعلق الأمر فيه بوجود حق، أو التزام أو بتحديد النتائج المترتبة عن الإخلال بالتزام، و بمدى التعويض المستحق عنه، و يختص المركز بالفصل فيه، و يعتبر من اختصاصاته⁴.

¹- عمر الزاهي. التحكيم دراسة قدمت إلى الملتقى المنعقد بالجزائر في الفترة الممتدة 3/1 ديسمبر 1993 ص11/10

²-من ذلك ما نصت عليه المادة 2/11 من الاتفاقية المبرمة بين ألمانيا الاتحادية و بولونيا عام 1989 " على أنه إذا لم تتم تسوية المنازعات المتعلقة بالتأميم و نزع الملكيات المستثمرتين و حقوقهم في تحويل رؤوس أموالهم و الأرباح إلى الخارج خلال ستة أشهر بدأ من تاريخ نشوئها يحق لكل طرف أن يحيل النزاع إلى محكمة تحكيم دولية " انظر علي حسن الملحم . دور المعاهدات الدولية المرجع السابق ص 250

³- علي حسن الملحم . دور المعاهدات الدولية ص244 . إبراهيم محمد العلني اللجوء إلى التحكيم الدولي المرجع السابق ص

⁴-يحيي الجمل احمد عشوش. بعض جوانب الضمانات للاستثمار. المرجع السابق ص277.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

وقد أشارت بعض الاتفاقيات الدولية¹ إلى ضرورة توفر الصفة القانونية للنزاع، بمعناه أن يكون النزاع قانونيا دون أن تضع تعريفا لمعنى النزاع القانوني مكتفية بتعداد المسائل التي تعد من قبيل المنازعات القانونية كما ورد ذلك في الفقرة الثانية من المادة 13 من ميثاق عصبة الأمم الذي اعتبر من قبيل النزاعات القانونية :

-المنازعات المتعلقة بتفسير المعاهدات

-المنازعات المتعلقة بأية مسألة من مسائل القانون الدولي

-المنازعات المتعلقة بخرق التزام دولي

كما تناولت الفقرة الثانية من المادة السادسة و الثلاثين من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المسائل القانونية على أنها المنازعات التي تقوم بين دولة تقبل ولاية المحكمة الجبرية، و بين دولة أخرى تقبل الالتزام حول المسائل التي ذكرها النص على سبيل التعداد.

أما المنازعات التي يثور بشأنها التحفظ و التي لا يمكن عرضها على التحكيم و المتعلقة بالمصالح العليا للدول أو تمس بسيادتها و مصالحها الحيوية فقد اعتبرت من قبيل المنازعات السياسية²

وإذا كانت الاتفاقيات الدولية التي أشرنا و كذا اتفاقية المركز الدولي لم تتضمن تعريفا للنزاع القانوني فإن الأعمال التحضيرية لا عداد اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات قد عرفت النزاع القانوني في مشروعها التمهيدي المقدم إلى الاجتماعات الاستشارية الإقليمية بأنه. "أي نزاعا يتعلق بحق أو التزام قانوني، أو يتعلق بواقعة ينبنى عليها تحديد حق أو التزام قانوني"³.

أما الفقه فقد ذهب جانب منه إلى تعريف المنازعات القانونية بأنها "المنازعات التي تتعلق بوجود أو مدى أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق"⁴. و حسب ما هو وارد في التعريفيين، فإن النزاع القانوني يرتبط أساسا بالاعتبارات القانونية المحضة، كالنزاع على تفسير نص غامض في عقد الاستثمار، أو النزاع الذي يثور بشأن تقدير التعويض.

1- جابر إبراهيم الراوي. المنازعات الدولية، ديولن المطبوعات الجامعية بغداد، ط: 1978. ص22.

2- جابر إبراهيم الراوي. المنازعات الدولية المرجع السابق ص23.

3- على حسن ملحم. دور المعاهدات الدولية.. المرجع السابق. ص245.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

4- على حسن ملحم، نور المعاهدات الدولية... المرجع السابق، ص245.

أما النزاع السياسي فهو النزاع الذي لا يصلح عرضه على القضاء الدولي ولا يمكن حله إلا بالطرق السياسية لقيامه على تضارب المصالح و تباينها مما يقتضي التوفيق بينها¹. كما إن النزاع القانوني يمكن حله بطرق السياسية في الوقت الذي لا يمكن حل النزاع السياسي عن طريق القضاء الدولي لأن القضاء يطبق القواعد القانونية و يرى الأستاذ **جولد شميدت**، إن النزاعات غير القانونية هي "النزاعات التي لا تقبل بطبيعتها حكما على أساس قانوني". و في تأكيده للمعنى السابق يقوا الأستاذ: **ذي فيشر** " إن القابلية لتطبيق قواعد القانون الدولي الوضعي تشكل الخط الفاصل بين الخلافات السياسية و الخلافات القانونية"². في الواقع أن ما يقول به الأستاذ **ذي فيشر**، يتمشى مع ما يأخذ به رجل القانون، أما رجل السياسة فلن يأخذ في الاعتبار سوى بالمصالح المثارة حتى و إن كان لا ينازع في التكيف القانوني للمسألة، و عندها يصبح الخلاف الواحد قانونيا في نظر رجل القانون و سياسيا في نظر رجل السلطة وهذا التفسير يتمشى مع ما قال به الأستاذ: **كلسن** من أن "الخلاف يكون سياسيا إذا تمت تسويته بتطبيق قواعد غير قانونية، كمبادئ الأنصاف و العدالة و تكون المحكمة قد طبقتها كقاعدة قانونية فردية يلتزم المتنازعات بالخضوع لها، حينها فقط يكون النزاع سياسيا، أما النزاع الذي يحسم بتطبيق قواعد القانون الدولي السابق وجودها فيعد نزاعا قانونيا"³. و تفسير مفهوم النزاع بالمعنى السابق يرى فيه البعض بأنه يقوم على افتراض وجود نقص في القانون الدولي و هو أمر لا يستقيم مع ما ذهب إليه الفقه و العمل الدولتين.⁴ كما جاء ذلك في حكم محكمة التحكيم الخاص بنزاع: **شيخ أبي ظبي و شركة استثمار نפט أبو ظبي المحدودة**⁵ و قد علق بعض الفقهاء على الحكم بقولهم " في كافة المنازعات المتعلقة بعقود الاستثمار ، و عندما لا يحدد الأطراف نظاما قانونيا معينا، فإنهم يقصدون أن تحكم المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدنة هذه العقود ، أما ، إذا حالتنا تلك العقود إلى نظام قانوني معين ، فإنه يكون من الخطأ تطبيق هذه المبادئ و مع ذلك إذا كان القانون المعين قانونا قديما بالنسبة للعلاقات التجارية، كما هو الحال في قضية تحكيم أبو ظبي فإنه يجوز للمحكمة إن تطبق المبادئ العامة للقانون"⁶ .

1- انظر: جابر إبراهيم الراوي، المرجع السابق ص28، 27 .

2- إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، المرجع السابق ص223.

3- إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، المرجع السابق ص223.

4- لقد خلص الأستاذ إبراهيم العناني إلى القول بعدم وجود نقص في القانون الدولي على وجه الخصوص. انظر: اللجوء إلى التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص233-249، كما تنص المادة 42فقرة 2 على عدم جواز رفض فصل محكمة في النزاع بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عدم وجود مثل هذه النصوص.

5- من بين النزاعات التي أثبتت في هذا الشأن بين الشيخ أبو ظبي و شركة استثمار نפט أبو ظبي و قد لاحظ لورد اسكويث المحكم الوحيد في النزاع عدم وجود قانون لأبي ظبي يلائم العلاقات الاقتصادية الحديثة ، مما أدى به إلى تطبيق المبادئ و المفاهيم الشائعة في الدول المتمدنة بوصفها نوعا من الأحكام القانونية الحديثة ، انظر علي حسن ملحم، المرجع السابق ص247.

6- علي حسن ملحم، نفس المرجع السابق ص247.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

كما تناولت اتفاقية الوكالة الدولية موضوع التساؤل الذي أثير بشأن نقص قواعد القانون الدولي من خلال نص المادة (4ز) من الملحق الثاني حيث جاء فيه "لا يجوز للهيئة الامتتاع عن إصدار حكم في المنازعة بحجة نقص القانون أو غموضه"، و يعني النص السابق أن الصفة القانونية تقوم بمجرد عرضه على هيئة التحكيم سواء وجود النص أم لم يوجد مما يؤدي إلى إعطاء مفهوم موسع لمدلول النزاع القانوني إن التعارف المختلفة التي ذكرناها، الرامية إلى تحديد طبيعة النزاع القانوني كموضوع للتحكيم تتأرجح بين المعيارين الموضوعين و الشخصي، ففي قضية أبو ظبي نجد أن المحكم قد طبق معيارا موضوعيا في تحديد طبيعة الخلاف من خلال تأسيسه على القواعد قانونية¹ بحيث أنه، لو كان نزاع شيخ أبو ظبي سياسيا لما طبق المحكم مبادئ القانون، هذا التفسير يتفق مع ما ذهب إليه الأستاذان: **ذي فيشر، جولد شميدت، اللذان،** أقرأ قابلية خضوع النزاع لقواعد القانون الدولي يعد في حد ذاته الخط الفاصل بين النزاع القانوني و النزاع السياسي، غير أن العمل بهذا المفهوم فيه مصادرة على المطلوب، فإننا لو أخضعنا النزاع نفسه للحل السياسي لقلنا بأن النزاع سياسي و عندها نخرجه من طابعه القانوني لمجرد تسويته سياسيا. أما الاتجاه الذي يأخذ بالمعيار الشخص للتمييز بين النزاع القانوني و غير القانوني فيرى أن العبرة، ليست في طبيعة النزاع ذاته وفي وجود قواعد قانونية تطبق عليه، بل فيما يقرره الطرفان من جعله نزاعا قانونيا أو سياسيا، فإذا كان طرفا النزاع يرغبان في حله وفقا للقانون اعتبر النزاع قانونيا، أما إذا لم يرغبا في حله بالطرق القانونية اعتبر النزاع سياسيا، و يعني ذلك أن تحديد طبيعة النزاع عند أنصار هذا الاتجاه تتوقف على إرادة الأطراف و إلى الطريقة التي يصغون بها موقفهم فإن كان الطلب المقدم يهدف إلى تسوية النزاع سياسيا أما إن كان طلب الأطراف يتجه نحو الحل القانوني اعتبر النزاع قانونيا، مثلما يقول بذلك: **كاسريج** أمام معهد القانون الدولي عام 1913 في تعريفه للنزاع إذا يعرفه "بأن الفاصل في معرفة ما إذا كان الخلاف ذا طبيعة قانونية أم لا يتوقف على طريقة عرض الطرف ن حول تطبيق قواعد القانون الدولي أو حول تفسيرها² و لهذا الاتجاه أنصار من بينهم **اوتيهيم، مدام باستيد** و في الفقه العربي الأستاذ **محمد حافظ غانم**³. وقد انتقد أنصار هذا الاتجاه بأنهم، لم يحدد لنا متى يضيف الأطراف الصفة القانونية على نزاعهم، و متى يصفون عليه الصفة السياسية مما يبقى الأمور على حالها دون تمييز بين النزاع القانوني و النزاع السياسي. وإن الأخذ بهذا المعيار يفتح المجال أمام الأطراف لاختيار

¹- إبراهيم العناني اللجوء إلى التحكيم الدولي. المرجع السابق ص 222

²- إبراهيم العناني، التحكيم الدولي المرجع السابق ص 220

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

³ - إبراهيم الغناني. نفس المرجع السابق ص 221.

الإجراء السياسي في حل منازعاتهم حتى وإن كان النزاع قانونيا تهربا من الالتزامات القانونية .

و أمام الانتقادات الموجهة للمعيارين الشخصي ، و الموضوعي و عدم تمكنها من التوصل إلى تحديد النزاعات القانونية بشكل واضح و محدد ، و تميزها عن النزاعات السياسية ، جعل الواحد وكيف من وجهة نظر أنصار المعيار الموضوعي نزاعا قانونيا و من جهة أخرى نظر أنصار المذهب الشخصي لإلى نزاع سياسي ، مما جعل التفضيل بينهما أمرا مستعصيا ، كما أن معظم النزاعات تضم عناصر قانونية و أخرى سياسية في وقت واحد . و من الناحية الواقعية فإن التفرقة لم تعد لها أهمية كبيرة في مجال التطبيق الدولي للتحكيم ، لان العمل الدولي درج على إتباع طريقة إحصائية للتفرقة بين النزاعات القانونية من خلال تبني الاتفاقيات و المواثيق الدولية للأسلوب التعادلي للمسائل التي تعد من قبيل النزاعات القانونية مثلما فعلت ذلك اتفاقية لاهاي 1899 و 1907 للتسوية للمنازعات و ميثاق عصبة الأمم و النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية . و على صعيد اتفاقيات الاستثمار إلى ما نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة بين مصر و الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1982 من تعداد لموضوعات النزاع إذا جاء فيه "بأن النزاع الاستثماري القانوني لأغراض هذه المادة بالنزاع الذي يتضمن:

أ- تفسير أو تطبيق عقد بين الطرفين المتعاقدين و المواطن أو شركة الطرف المتعاقد الآخر .
ب- حرق أي من الحقوق الممنوحة أو المتفق عليها في هذه الاتفاقية فيما يخص الاستثمار

1

بيد أن التعداد الذي جاءت به بعض الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار لم يحل إشكالية التفرقة بين ما يعتبر نزاعا قانونيا و ما لا يعتبر كذلك ، كما أن عقود الاستثمار و ما يثار بشأنها من نزاعات حول بعض عناصره و القول ما إذا كانت سياسية أم قانونية؟ ذلك أن تأميم الدولة لممتلكات المستثمر الأجنبي هو عمل قانوني لارتباطه بمبدأ السيادة ، و بعد النزاع الذي يثور بشأنه نزاع قانوني ، بينما قد يكون باعث اتخاذ قرار التأميم سياسيا ، يصعب تكييفه على أنه عمل سياسي أو عمل قانوني ، مما يضيف على عملية التأميم طابعا مزدوجا ، و نظرا لصعوبة التمييز بين ما هو قانوني و ما هو سياسي ؟ فغنه يكون من الأفضل النص في الاتفاق على اعتبار كل نزاع يتعلق بالاستثمار هو نزاع قانوني يخص به التحكيم الدولي و يكون موضعاً من موضوعاته و قد جاءت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الإنفاق المبرم بين الجزائر و الإتحاد الاقتصادي البلجيكي مجسدة لهذا المعنى بنصها على أنه "كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين طرف متعاقد و مستثمر الطرف المتعاقد الآخر قد أحال كل خلاف يتعلق بالاستثمار بين طرف متعاقد و مستثمر الطرف المتعاقد الآخر إلى تحكيم

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

¹ - علي حسن ملحم ، دور المعاهدات الدولية ، المرجع السابق ص 248-249 .

المركز الدولي ، ونظرا لأهمية هذا الموضوع ، سوف نتولى تخصيص مطلب له نتناول فيه أهم الأحكام الواردة في الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار .

المطلب الثاني

اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

لعل من بين أهم الاعتبارات التي ساهمت في بعث هذه الاتفاقية إلى الوجود ، الرغبة الملحة للدولة المضيفة في الحصول على المزيد من الاستثمارات الأجنبية تلبية لاحتياجاتها الاقتصادية و التنمية من جهة و تبيد مخاوف المستثمرين و دولهم من المستقبل الغامض ، خاصة و أن الدولة المصدرة ، ترى بأن مساهمة مستثمريها في تنمية اقتصاديات الدولة المضيفة دون ضمانات فعالة يعد مخاطرة ، لتبيد هذه المخاوف عملت كل من الدولة المصدرة و المستوردة على إيجاد نظام دولي للتحكيم .

الفرع الأول

تطور فكرة إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار

لقد وجدت هذه الفكرة أساسها في الاقتراح الذي قدمه السيد **داج هموشلد** ، حينما كان أمينا عاما للأمم المتحدة عام 960 بإعلانه أمام اتحاد البنوك الأمريكية عن الحاجة الملحة لإنشاء وإقامة جهاز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي ، و انصبت الفكرة في بداية الأمر حول إنشاء جهاز دولي للتحكيم ، تابع للأمم المتحدة ، لكن معارضة الدول الاشتراكية للفكرة حال دون تحقيقها ¹ . وقد تركز البحث عن البديل و اعتبر البنك الدولي الإطار الأنسب لذلك .

وفي عام 1961 صرح رئيس البنك الدولي السيد **يوجين بلاك** بأنه سوف يجري دراسة تحت إشراف البنك الدولي بشأن تسوية المنازعات الاستثمار ، وتحقيقها لهذه الغاية قدم المستشار العام للبنك السيد بروكسي مذكرة إلى المدنيين التنفيذيين موضحا فيها ، أهمية إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار ، و طلب من المديرين التنفيذيين مناقشة مشروع الاتفاقية مع حكومتهم و إعداد تقرير يتضمن وجهة نظر الحكومات الأعضاء حول المشروع المقترح ² .

¹ - يحيى الجمل ، وأحمد عشوش ، بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار المرجع السابق ص 267-269

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

² - انظر في ذلك: يحيى الجمل و أحمد عشوش بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار . المرجع السابق ص 268-270.

وفي شهر أكتوبر من عام 1966 تمت الصياغة النهائية لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات بالاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى ، على أن تدخل حيز التنفيذ بعد المصادقة عليها من قبل عشرين دولة و بعد مرور ثلاثين يوما على إيداع وثائق التصديق ، و تعتبر الاتفاقية مفتوحة للدول الأعضاء في البنك الدولي و الدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية و الدول التي تقرر المجلس الإداري للمركز دعوتها إلى التوقيع بأغلبية ثلثي أعضائه كما تنص على ذلك المادتان (67 و68) ، وقد انضمت إليها الجزائر في 30 أكتوبر عام 1995 بعد أن صادقت عليها بموجب المرسوم رقم 95-346 ، و تعتبر الاتفاقية سارية بعد 30 يوما من تاريخ المصادقة عليها¹ تضمن الاتفاقية إنشاء مركز دولي يقوم بمهمة التوفيق و التحكيم في منازعات الاستثمار، أخذاً بعين الاعتبار مصالح المستثمرين و مصالح الدول المضيفة. و للجمع بين هاتين الصفتين عملت الاتفاقية بمبدأ اللجوء الاختياري كأساس و مبدأ التنفيذ الإلزامي، متى قبل الأطراف الاحتكام إليه ، هاتان الصفتان تجعل من المركز أداة دولية لتشجيع و حماية الاستثمار ، و وسيلة لحل الخلافات بين الدول و المستثمرين الأجانب² على أساس العمل بقاعدة الاختصاص الرضائي إن مبدأ الاختصاص الاختياري الذي يقوم عليه نظام التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، لا يقوم على مجرد التصديق على الاتفاقية من قبل الدول بل يشترط لقيام اختصاص المركز أن يكون النزاع بين الدولة و مستثمري الدولة الأخرى و أن يتم ذلك بموافقة صريحة من قبل الدولة الطرف في النزاع ، و بهذه الصياغة تكون الاتفاقية قد أعطت مرونة كبيرة لنظام التحكيم الدولي ، و شجعت الدول النامية على الانضمام إليه، بعد إن كانت تنظر إليه كوسيلة هيمنة تستعملها الدول المتقدمة ، و قد أزال هذا الوضع كثيراً من المخاوف التي كانت تراود العديد من الدول و خاصة دول أمريكا اللاتينية ، بل و يحق لأي دولة أن تشترط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية كشرط لقبول التحكيم و يطبق على النزاع النظم القانونية التي يوافق عليها الأطراف فإذا لم يتفق الطرفان يطبق قانون الدولة المتعاقدة³ و يتضح مما تقدم أن مبدأ الاختصاص الذي أخذ به. المركز لا يتعلق بالموافقة الكتابية على الاتفاقية فحسب بل يمتد ليشمل المنازعات الاستثمارية التي لا ترى الدولة ضرورة لعرضها على المركز سواء لأهميتها الاقتصادية أو لارتباطها بالسيادة، هذه الصورة سوف

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة 68 لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، على أن الاتفاقية دور النفاذ بمضي 30 يوما على الإيداع

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

² -منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق ص 49

³ -حسين عطية الله سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية، المرجع السابق 236.

تبدد مخاوف بعض الدول من فكرة اللجوء إلى التحكيم الدولي.

إن موافقة الأطراف المتنازعة على اختصاص المركز للنظر في النزاعات التي تثور بينها وبين المستثمرين الأجانب تعد حجر الزاوية لاختصاصه، مما يؤكد بأن اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية قد أخذت بالمبادئ العامة للتحكيم من خلال إقرارها لمبدأ اللجوء الاختياري لاختصاص المركز، لأن الاتفاقية تلزم أطرافها باللجوء إلى التحكيم بمجرد تصديق الدول على الاتفاقية كما يتضح لنا من خلال ما جاء في النص المادة 1/25 التي تنص بأن "يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحه على المركز" وقد أدى ذلك بالبعض إلى القول بأنه من الخطأ أن نعتبر المركز أداة إلزامية لتسوية منازعات الاستثمارية لأن تصديق الدول الأعضاء على الاتفاقية لايعني سوى استعداد الدول لقبول خدمات المركز دون أن ينصرف ذلك إلى حد الالتزام

1

غير أنه و بعد لجوء الأطراف المتنازعة إلى المركز لا يجوز لأحدهما سحب موافقته دون رضا الطرف الآخر، ويعتبر الرضا شرطا مهما لصحة اتفاق التحكيم كما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة المبرمة في نيويورك عام 1958 المتضمنة للرضا كشرط أساسي في التحكيم الدولي و كركن لصحة التصرفات الإدارية المنصبة على موضوع معين لأحداث اثر قانوني محدد.

لذلك يشترط في الرضا أن يكون خاليا من العيوب و أن يصدر عن أشخاص يتمتعون بالأهلية القانونية و يملكون سلطة إلزام الأطراف بما تلاقى عليه إرادتهم المشتركة²

هذا التفسير يتماشى مع ما ذهبت إليه المادة 1/25 من الاتفاقية المركز التي تشترط عدم التنازل عن شرط التحكيم من جانب واحد و دون موافقة الطرف الآخر، مما يؤكد بأن التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين يقوم على إرادة الأطراف، و تؤيد هذا الموقف أيضا من قبل القضاء الفرنسي و القضاء المصري بإضفائهما الصفة العقدية على التحكيم و اعتباره عقد رضائي ملزم للجانبين يقوم على إرادة الأطراف المشتركة³.

¹ -منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، المرجع السابق ص 50

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

² -راجع في تفصيل ذلك : سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة . منشأة المعارف الإسكندرية ص309 و بعدها

³ -عاطف إبراهيم محمد ضمانات الاستثمار....المرجع السابق 267 و كذلك إبراهيم محمد العناني. اللجوء إلى التحكيم الدولي . المرجع السابق ص 94-95

بينما يذهب جانب آخر من الفقه ¹ في تكييفه لطبيعة التحكيم، بأنه سلوك قضائي مرجحين في ذلك الطابع القضائي واصفين إياه بأنه إجراء ملزم للخصوم متى قبلوا به ، مؤسسين تكييفهم في ذلك على الاعتبارات التالية :

-أنه يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القضاء.

-أن المحكم يصدر أحكامه نهائية ملزمة.

- إن التحكيم لا يتميز عن القضاء إلا في كونه صادر عن محكمة خاصة بينما يقوم القضاء على مبدأ الديمومة.

و قد انتقد هذا الاتجاه على أساس أنه لا يمكن وصف التحكيم بالعمل القضائي بالمعنى الكامل لأنه لا يصدر عن السلطة القضائية و لم تتبع بشأنه الإجراءات القضائية و تتحكم فيه إرادة الأطراف و قواعد العرف و العدالة ، مما يجعله عملاً قضائياً ذا طبيعة خاصة .

كما أنه لا يمكن اعتباره عقداً لأن الأمر يستوجب عدم الخلط بين العقد المبني على تلاقي إرادة الأطراف و بين التحكيم كأداة خاصة تخضع لقواعد قد تجد أساسها في تشريعات الدول الأطراف بل في غيرها من المواثيق و الاتفاقيات الدولية و في أنظمة و لوائح التحكيم ، لأن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه يجعل شرط التحكيم خاضعاً إلى قانون غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي ، كما أن الدفع ببطلان حكم التحكيم مرتبط في العديد من الحالات بعقد التحكيم مما يؤدي إلى التشكيك بالصفة القضائية لحكم التحكيم ، فإذا طعن أحد أطراف النزاع ، يبطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم فإن يبطلان العقد قد يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ، و من ثم أن فإن بطلان العقد قد يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم باعتباره جزءاً لا يتجزأ من العقد. غير أن موضوع ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه و مدى استقلاليته اعتبر من أبرز المسائل الخلافية التي شغلت بال الفقه ، مما أدى بالرأي الراجح في الفقه إلى تغليب نظرية استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لعدة اعتبارات من أهمها :

-إمكانية خضوع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يحكم شرط التحكيم .

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

-إمكانية إخضاع شرط التحكيم لقاعدة إسناد، مع تطبيق نظام يختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي .

¹ -عاطف إبراهيم محمد ، اللجوء إلى التحكيم الدولي . المرجع السابق، ص 267.

مسايرة العمل الدولي لمبدأ الاستقلالية شرط التحكيم الأصلي من خلال ما جاء في بعض الاتفاقيات الدولية و نظام الهيئات الدائمة للتحكيم الدولي¹، الأمر الذي يؤكد بأن شرط التحكيم لا يعدوان يكون مجرد تعبير عن إرادة الأطراف المتنازعة في اختيارهم للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم و ليس في تقرير صحة التحكيم و استقلاليته و هو ما ذهبت إليه المادة 8/ف4 من نظام غرفة التجارة التي نصت على امتداد سلطة المحكم في أي نزاع يثار أمامه حول انعدام العقد الأصلي أو بطلانه، و لهيئة التحكيم أن تصدر حكمها مستقلا في ضوء الحجج المقدمة و لا يجوز لها أن تقرر وفق السير في إجراءات التحكيم لمجرد أن أحد الأطراف نازعها في اختصاصها² . ويعني ذلك أن الادعاء بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه بطلانا مطلقا لا يحول دون اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في اتفاق التحكيم استقلالا . مما يؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي و تعتبر موافقة الأطراف باللجوء إلى التحكيم في نزاع معين بمقتضى الاتفاقية بمثابة استبعاد الطرق الأخرى لتسوية النزاعات ، غير أن ذلك لا يمنع الدولة المتعاقدة بأن تتمسك بشرط استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية إذا لم يستبعد الشرط بنص خاص ، كما نصت على ذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و الاتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي المبرمة عام 1991 التي جاء فيها بأن "تضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاد اللجوء إلى الطعن الإداري و القضائي الداخليين".

إن النص المذكور يلزم الطرفين بتسوية خلافتهما في مجال الاستثمار خارج إطار وسائل التسوية المحلية، رغم أن الانضمام إلى اتفاقية المركز لتسوية منازعات الاستثمار لا يلغي حق الدول في العمل بشرط استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية³ بل و يمكن للدولة أن تكون طرفا في الاتفاقية دون أن تلزم بعرض أي نزاع استثماري للتوفيق أو التحكيم ، الشيء الذي يبرز مدى أهمية عنصر الاختيار في نظام المركز ، ببيد أن الأطراف المتنازعة حتى وإن قبلت اختصاص المركز ، فإن الاتفاقية منحت المتقاضين مرونة كبيرة في إجراءات إقامة الدعوى من خلال الحق الممنوح لهم في تعيين الموقفين أو المحكمين من خارج القوائم ، بشرط أن تتوفر فيهم الصفات المقررة في المحكمين المعنيين بالقوائم⁴ .

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

- 1 - انظر في ذلك : عاطف محمد ضمانات الاستثمار المرجع السابق ،ص:ص268-271.
- 2 - سامية راشد :للتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف الإسكندرية، ص،ص: 126-127.
- 3 - أحمد عبد الحميد عشوش .النظام القانوني لاتفاقيات البترول . المرجع السابق ص،ص: 463-468.
- 4 - تنص المادة 31 من اتفاقية المركز بأنه "يمكن أن يختار الموفقون من خارج قائمة الموفقين يجب أن تتوفر في الموفقين المعنيين من خارج القائمة الشروط والمؤهلات المبينة بالمادة 14-1).

الفرع الثاني

الأسس التي يقوم عليها التحكيم في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

لقد تضمنت الاتفاقية مجموعة من الأسس نوجزها فيما يلي:

الأساس الأول: أن يكون النزاع بين دولة عضو و مواطن دولة أخرى.

لكي يقوم اختصاص المركز بالنظر في النزاع يجب أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة وأن يكون الطرف الآخر مواطن دولة أخرى سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا ، و المقصود بالطرف الآخر في مفهوم هذه الاتفاقية كل شخص لا يحمل الدولة المتنازع معها ، بمعنى أن الاتفاقية تبنت في تحديدها لمفهوم سلبيا حيث يعتبر الشخص أجنبيا كل من لا يحمل جنسية الدولة المتنازع معها أو يخضع لرقابتها ، أما إذا كان الشخص المعنوي يحمل جنسية الدولة المتنازع معها ووافقت على معاملته كمواطن دولة أخرى لوجود سيطرة أجنبية على ملكية المشروع المتنازع معه فإنه للمركز النظر في النزاع و يعد ذلك إقرار بأخذ الاتفاقية بمعيار الرقبة في تحديد اختصاصها ، إلى جانب ذلك فإن الاتفاقية قد خولت المستثمر الخاص مقاضاة الدولة المتنازع معها بصفته الشخصية دون حاجة للدولة التي يحمل جنسيتها أو تبنيتها لنزاعه ، و يعد هذا الأمر خروجاً على قواعد الحماية الدولية المألوفة بشأن النزاعات التي تعرض على القضاء الدولي الخاصة بحماية مصالح و حقوق الرعايا الأجانب و بنظام الحماية الدبلوماسية .

إن اتفاقية المركز الدولي لحل منازعات الاستثمار قد خولت للمستثمر حق اللجوء المباشر في تحريك دعواه دون أن تلزمه دولته أو ان تحرمه من ذلك ، و مقابل الحق المخول للمستثمر فإن المركز يضمن للدولة المتنازع معها الطرف المتقاعد عدم تعاضها لأي مطالب قضائية أو دبلوماسية تقوم بها دولة المستثمر كما جاء ذلك في نص المادة 27 "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنع الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولة في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية . غير أن منح الاتفاقية لفرد حق اللجوء المباشر لاختصاص المركز لا يعني عدم تقييد هذا الحق كاشتراط الاتفاقية بأن لا يكون النزاع قائم بين فردين أو شخصين من أشخاص القانون الخاص أو شخصين من أشخاص القانون العام غير الدولة ، هذه الحالات لا يجوز عرضها على المركز.

كما أن المركز لا يختص بالفعل في النزاعات التي تثور بين الدول حتى لو كانت تتعلق بأنشطة اقتصادية مماثلة لطبيعة النشاط الممارس من الأفراد ، حتى وإن كان هناك من يرى بأنه من المناسب أن يقوم المركز بحل النزاعات التي يكون أطرافها دول مادامت الأنشطة التي تمارس مماثلة لأنشطة الأفراد لعدم وجود ما يبرز استبعادها من اختصاص المجلس¹ .

لكن الاتفاقية لم تجز النظر في مثل هذه النزاعات ، بينما أجازت للمركز الفصل في النزاعات التي تثور بين الدول و الأشخاص الخاصة ، بمعنى أن يكون أحد أطراف النزاع دولة متعاقدة و 'ن يكون الطرف الثاني شخصا قانونيا تابعا لدولة متعاقدة أخرى أما النزاعات التي تقوم فيما بين الدول حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية فينעד اختصاص فيها لمحكمة العدل الدولية كما تنص على ذلك المادة 64 .

الأساس الثاني : أن يكون النزاع قانونيا و متعلقا بالاستثمار

حسب المادة 25 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، فإن المركز لا ينظر إلا في المنازعات ذات الطابع القانوني التي تكون لهل علاقة بالاستثمار . و بالمفهوم المقابل فإن الاتفاقية تستبعد من اختصاصها النزاعات السياسية وهي نتيجة إجراء قضائي يفترض فيه الفصل في المسائل القانونية ، هذه الصفة كانت قد أقرتها من قبل بعض الاتفاقيات ن مثلما جاء ذلك في المادة 37 من اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية ، التي أقرها مؤتمر السلام الثاني المنعقد بلاهاي عام 1907 وقد جاء فيها " بأن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يتم اختيارهم على أساس من احترام القانون ، و إن الرجوع الى التحكيم يتضمن تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية"² كما نصت بعض اتفاقيات المتعلقة بتنظيم و حماية الاستثمار على الصفة القانونية للنزاع مثلما جاء في المادة 11 من الاتفاقية المبرمة بين مصر و اليابان عام 1977 إذا جاء في النص بأنه "سيوافق كل من الطرفين على عرض أي نزاع قانوني ينشأ عن استثمارات يقوم بها أي مواطن أو شرطة تابعة للطرف المتعاقد الآخر إلى التحكيم"³ و يتضح من النصين السابقين

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

أنهما قد حددا لنا طبيعة التحكيم و النزاعات التي يفصل فيها ، كما أن التسوية تقوم على أساس قانوني ،أي ان التحكيم ينظر في المنازعة القانونية دون سواها.

¹ -يحيى الجمل وأحمد عشوش . بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار . المرجع السابق ص 278

² -إبراهيم محمد العناني. اللجوء إلى التحكيم . المرجع السابق ص 9

³ -علي حسن ملحم . دور المعاهدة الدولية ...المرجع السابق ص 245 .

غير ان إشكالية التفرقة بين النزاع القانوني و غير قانوني و المعايير المتبعة في ذلك تبقى عالقة ، لأن الاتفاقية لم تحدد لنا مدلول المنازعة القانونية و الفرق بينهما و بين المنازعة السياسية ،مما حال دون إعطاء تعريف دقيق و محدد لمفهوم النزاع القانوني ، وجعل الفقه يلقي بدلوه في هذا الموضوع ، وقد أبرزنا من خلال بعض التعاريف التي تطرقنا إليها الصعوبة التي واجهت الفقه في إعطاء مفهوم موحد لإشكالية النزاع القانوني و غير قانوني .

أما عن الموضوع اتفاق التحكيم فإن للأطراف مطلق الحرية في أن يضعوا المواضيع التي يرونها ضرورية لاتفاق التحكيم و قد حددت اتفاقية تسوية المنازعات مضمون النزاع بكل ما يتعلق بالاستثمار أو لو أنها لم تحدد لنا ما المقصود بالاستثمار في مفهومها تاركة ذلك لرغبة و إرادة الأطراف المتعاقدة لأن النزاع قد لا يشمل الاستثمار كنشاط أو كمشروع برمته ، بقدر ما يتعلق بخلافات حول مسائل محدودة .

الأساس الثالث: القانون الواجب التطبيق و مدى إلزامية حكم التحكيم.

لم تخرج اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة و رعايا الدول المتعاقدة الأخرى عن مبدأ سلطان الإرادة باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم الدولي خاصة و إن قواعد القانون الدولي العرفي لا تتضمن ما يلزم دولة من الدول باللجوء إلى تسوية نزاعها مع المستثمر الأجنبي خارج نطاق قضائها ، إذا لم تقبل بذلك صراحة ، كما أنه لا يوجد ما يحول دون قبولها الالتجاء إلى تحكيم دولية .

ولما كان التحكيم يقوم على مبدأ الرضا، فإنه من الطبيعي أن يرجع عند تطبيق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم إلى إرادة الأطراف في اختبارها للقانون الواجب التطبيق ، و قد أقر معهد القانون الدولي المنعقد في دورته المبرمة عام 1979 بآئينا هذا المبدأ بقوله أنه "يجوز للأطراف أن يختاروا قانونا للعقد إما القانون الداخلي أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة في هذه القوانين أو البادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

الدولية أو القانون الدولي أو مزيجاً من هذه المصادر¹ وقد جاءت اتفاقية المركز الدولي مكرسة لهذا الاتجاه ، فجعلت إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق كأساس لذلك ، كما تنص الفقرة الأولى من المادة 42" تفصل المحكمة في النزاع طبقاً للقانونية التي يقرها النزاع .

¹ - عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار..... المرجع السابق ص292

غير أن الإشكالية التي واجهت الاتفاقية في موضوع القانون الواجب التطبيق هي حالة عدم اتفاق الأطراف و حالة إغفالهم عن ذكرهم القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، و لمعالجة هذه الإشكالية نتعرض إلى موقف الفقه ثم إلى ما جاءت به اتفاقية المركز الدولي.

تجدر الإشارة هنا أن الفقه التقليدي يذهب إلى التأكيد بأنه في حالة غياب الإرادة الصريحة يجب اللجوء إلى النية المفترضة للطرفين كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق، أي النية التي قد يتجه إليها الطرفان لو عبرا عن إرادتهما¹.

بينما يذهب اتجاه آخر إلى الأخذ بمبدأ تطبيق قانون المحل باعتباره المكان المرتبط بالعقد سواء تعلق الأمر بمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ ، وقد عمل بهذا المبدأ حكم التحكيم في النزاع الذي ثار بين شيخ أبو ظبي و شركة استثمار ساحل الصلح البحري المحدود².

أما اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فقد عالجت هذه الإشكالية بحل توفيقى فنصت على أن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع و مبادئ القانون الدولي ، و هي نظرة توفيقية بين مواقف الدول النامية التي تتمسك بإخضاع نشاط الاستثمار و ما يثور بشأنه من نزاع إلى القوانين الداخلية للدولة المضيفة لأن وجود التحكيم دليل على عدم ثقة المستثمرين و دولهم بالقضاء الوطني للدولة المضيفة ، و يرد البعض على هذه الحجة ، بأن عدم الثقة لا يرجع إلى يرعب في القضاء الوطني بل الى ما قد تتخذ بعض الهيئات التشريعية و التنفيذية من إجراءات مبينة على اعتبارات و بواعث سياسية تكون المحاكم عاجزة عن اتخاذ أي موقف تجاه تلك الإجراءات³.

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

¹-انظر في ذلك : احمد عشوش النظام القانوني للاتفاقية البترولية . المرجع السابق ص 40

² -عاطف إبراهيم محمد ضمانات الاستثمار . المرجع السابق ص 285.

³ -حاول بروكسي المستشار العام للبنك الدولي أن يرد على الاعتراضات المقدمة من قبل دول أمريكا اللاتينية في محاضرة ألقاها في سان جوان ب(بورتوريكو) في شهر مايو 1965 حول أهمية الاتفاقية لتسوية منازعات الاستثمارات مبرزا الصفة الاختيارية التي يقوم عليها التحكيم في ظل هذه الاتفاقية كما أكد على أن اللجوء إلى التحكيم لا يعني انتهاك مبدأ المساواة الوطني والأجنبي طالما اللجوء إليه اختياري بالنسبة للدولة المضيفة انظر : يحيى الجمل و أحمد عشوش بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار . المرجع السابق ص 294 .

كما عرضت الدول الاشتراكية اتفاقية المركز معتبرة اللجوء إلى التحكيم الدولي بمثابة المساس بسيادة الدولة لأن بحث منازعات الاستثمار التي تكون بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بواسطة جهة دولية يعتبر تدخلا في الشؤون الداخلية للدولة ،و إن هذه المنازعات يجب أن تفصل فيها محاكم الدولة المضيفة طبقا لقوانينها و أنظمتها الداخلية ،كما أن ظهور المستثمر كطرف في النزاع أما الدولة يجعل منه شخصا قانونيا دوليا وهي صفة لا يقرها الفقه الاشتراكي ولا يقبل التسليم بها ولو أن هناك دولا اشتراكية لم تاب بمثل هذا الموقف مفضلة في ذلك مصالحها الاقتصادية¹ .

أما الدول الغربية المتقدمة فترى ضرورة إخضاع النزاع المتعلق بالاستثمارات الأجنبية إلى ما يسمى بقواعد الحد الأدنى لمعاملة الاستثمار الأجنبي تلك القواعد التي صاغتها وأقرها فقها التي ترفضها الدول النامية بوصفها قواعد دولية لم تشارك في إنشائها غير تبني الاتفاقية لمبدأ التوفيق جعلها تحظى بموافقة كل من الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال ، ويرجع الفضل في قبولها إلى إدراك الدولة المتقدمة أن قبول الاتفاقية يعد بمثابة دعم وحماية لمصالح رعاياها الذين يستثمرون أموالهم في الخارج و انضمام الدول النامية للاتفاقية يعطي نوعا من الثقة للمستثمرين و يدفعهم إلى الاستثمار بها كما أنها تتيح للدولة النامية فرصة الاستعانة بالموارد المالية الأجنبية كمصدر لتمويل تنميتها وبهذه الكيفية يكون الاحتكام إلى قواعد القانون الوطني وقواعد القانون الدولي أمر مستساغ بالنسبة للطرفين لذلك يكون للمحكمة حرية تطبق قواعد القانون الداخلي انتهاك لقواعد القانون الدولي، كما قد تكون هناك من الأسباب ما يدعو إلى تطبيق القانون الداخلي إذا كان الاستثمار يتعلق باستغلال الثورات الطبيعية للبلد المضيف.و تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقات الدولية المنشئة لهيئات التحكيم تباينت في تحديد القواعد الأنسب الواجبة التطبيق لما للإدارة من سلطان بحيث أصبح لها سلطان يعلو عن سلطان مكان التحكيم و مكان توقيع العقد أو مكان تنفيذ و انه لا يرجع إليها إلا عند غياب قانون إرادة الطرفين. و هناك من

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

يقول بتفضل تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص إذا تعلق الأمر بالمعاملات الاقتصادية و التجارية و كان لأحد أطراف العلاقة دولة، لان إخراج هذه العلاقة من نطاق القانون الدولي الخاص فيه تهرب من قانون الدولة الطرف في العلاقة و هو ما حدث في قضية النزاع الذي ثار بين الحكومة الليبية و شركة تكساكو أوفر ساي حيث استبعد المحكم ديوبوي تطبيق قانون دولة مقر التحكيم بحجة تيسير التنفيذ المحتمل للحكم مستندا في ذلك إلى حصانة الدولة التي تقيد عدم

¹-تعد يوغسلافيا الدولة الاشتراكية الأولى التي صادقة على اتفاقية و تم ذلك في 21 مارس عام 1967

خضوعها لقانون دولة أخرى بالرغم من عقد استغلال بترول في الإراضي الليبية قبل الثورة¹ و كقاعدة عامة فان للأطراف في المنازعة تعيين القانون الواجب التطبيق شريطة إن يراعوا في ذلك النظام العام لبلد مكان التحكيم أو في بلد التنفيذ، حتى لا تبطله السلطة المختصة في الدولة التي صدر فيها، و أن يحظى بالتنفيذ في الدولة الطرف في النزاع المطلوب التنفيذ عليها، لذلك فان القواعد العامة في التحكيم تقتضي بان يختار أطراف النزاع القانون الذي تكون له صلة بعناصر العقد، و قد اقر معهد القانون الدولي هذا المنعقدة عام 1979 بأثينا حيث جاء(يجوز للأطراف أن يختاروا قانونا للعقد، أما القانون الداخلي أو عدة قوانين داخلية، أو المبادئ المشتركة في هذه القوانين أو المبادئ العامة المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر). و قد سارت على هذا المنوال نصوص اتفاقيات التحكيم الدولية، من ذلك مثلا ما ذهبت إليه اتفاقية عمان في إخضاعها النزاع للعقد المبرم بين الطرفين و في حالة عدم وجود قانون يتفق عليه الطرفان فان النزاع يحسم حسبما للاتفاقية على أساس القانون الذي يتضمن عناصر أكثر ارتباط موضوع النزاع بينما جنيف الأوروبية لعام 1961 لهيئة التحكيم مهمة اختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب اتفاق الاطراف².

أما اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فقد أخذت عند خلو اتفاق التحكيم من القواعد القانونية التي يقرها الأطراف المتنازعة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع و قواعد القانون الدولي التي تكون لها علاقة بالموضوع، غير انه و مهما كانت طبيعة النزاع فلا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم فيه بحجة عدم وجود نصوص قانونية(المادة 1/42).

إن نجاح الاتفاقية كما يراه البعض مرهون بقدرة المركز الدولي لتسوية المنازعات في المحافظة على ثقة الدول الأعضاء عند لجوئها إليه و في مدى قدرته منازعات الاستثمار عن الطابع السياسي و جعلها نظاما إجرائيا عاديا كما لو كان الأمر يتعلق بتعاملات تجارية و اقتصادية، عندها يمكن للمركز بان يكون الركيزة الأساسية لتطوير قواعد الاستثمار الدولي، لما للتحكيم من سلطة رادعة لان الأطراف الذين يتعاملون في إطار

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

اتفاقية المركز يدركون حدود السلوك الدولي للاستثمار، الشيء الذي يسمح بإرساء إطار عام لتوحيد النظام القانوني للاستثمار الدولي³ خاصة و إن الاتفاقية تقضي بالزامية التحكيم بالنسبة لأطرافه متى قبل الأطراف باللجوء إليه، و لا يقبل فيه الطعن طريق غير الطرق المنصوص عليها في الاتفاقية كما

1- إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص. جامعة عين شمس ط 1990 ص 86

2- عاطف إبراهيم محمد. ضمانات الاستثمار، المرجع السابق ص 292

3- يحيى الجمل و احمد عشوش بعض جوانب الضمانات الدولية المرجع السابق ص 297

جاء ذلك في نص المادة 53 بان "يكون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه، و لا يجوز أن يكون محلا لأية طريقة من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية."¹

و لم تكتف الاتفاقية بإضفاء الصفة الإلزامية للحكم للإطراف المتنازعة، و أوجبت على باقي الدول الأعضاء في الاتفاقية الاعتراف بالصفة الإلزامية لحكم و تلتزم بتنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم². و قد يكون الهدف من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال الأحكام التي أوردناها إعطاء ضمانات اكبر للمستثمرين الأجانب و جعلهم أكثر اطمئنانا للحماية الإجرائية التي توفرها لهم اتفاقية المركز، مما يؤكد الطابع التحفيزي للاتفاقية على أنها ليست مجرد أداة لتسوية الخلافات بل أداة ضمان، لان فعالية الأحكام القضائية و أحكام التحكيم تتحدد بمدى الالتزام بتنفيذها الشيء الذي جعل المركز الدولي لتسوية المنازعات تولي اهتماما كبيرا لهذا الموضوع، بل هناك من النصوص ما يمكن اعتبارها فريدة من نوعها في موضوع أحكام التحكيم الدولي التي جاءت بها اتفاقية المركز ما تضمنه المادة 2/48 التي استوجبت بأن يكون حكم التحكيم مسببا و أن يرد على كل مسألة طرحت مما يضيف على قرارات التحكيم طابعا قضائيا محضا .

إن اشتراط الاتفاقية لموضوع تسبب الحكم يعطي لأطراف النزاع ضمانات أكثر لأنه يجعل قرار التحكيم موضوعيا و قابلا للرقابة بينما يبقى الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم صفة تتوخاها معظم الاتفاقيات، كما يظهر لنا ذلك في اتفاقية الرياض للتنفيذ الأحكام القضائية و التحكيم المبرمة في 6 أبريل 1983 من قبل الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية التي تناولت موضوع الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم و قد أقرت وجوب الالتزام بتنفيذ الأحكام التحكيمية كأصل عام إلا أنه يمكن الخروج على هذه القاعدة متى كان التحكيم مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة أو إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذ لشرط أو اتفاق تحكيم باطل أو كانت محكمة التحكيم غير مختصة بسبب التشكيلية أو لتجاوزها لصلاحياتها

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المحددة في الاتفاق التحكيمي أو في شرط التحكيم لأن تجاوز هيئة التحكيم لصلاحياتها يعني تجاوزها لإرادة الأطراف³.

1 - لقد طبق المركز الدولي لتسوية المنازعات قاعدة البطلان في النزاع الذي أثير بين المجموعة الألمانية و (كالوكز) و دولة الكاميرون في النزاع الذي المتعلق بدفع ثمن مصنع الاسمنت بمقتضى القرار التحكيمي في 1983/11/21. و هكذا قرار التحكيم الصادر في 101983/21 في النزاع القائم ما بين المجموعة الأمريكية و دولة اندونيسيا في 1984/20811. عاطف إبراهيم محمد المرجع السابق ص 323.

² - عبد الحميد الأحديب: قوانين التحكيم العربية في السنوات العشرين الأخيرة (دراسة) المجلة اللبنانية للتحكيم الدولي . العدد الثالث عشر أبريل 1999 ص9.

3- تنص المادة 1/54 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بأنه (يتعين على كل دولة متعاقدة إن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما ويتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم).

كما أن الشروط الواردة في المادة 52 من اتفاقية المركز لا تختلف في مضمونها عن شروط الطعون في الأحكام القضائية العادية²، ما دامت تجيز الطعن بالبطلان في قرار التحكيم متى أخلت هيئة التحكيم بالتشكيلة القانونية للمحكمة أو أخلت بمبدأ عدم التسبب أو بمبدأ سبق النص في الدعوى مما يؤكد الصفة القضائية لحكم التحكيم الدولي كما أن المادة 1/4 ز من الملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية للضمان نصت على تسبب حكم التحكيم " تصدر قراراتها بأغلبية الأصوات متضمنة أسباب كل قرار " بيد أن اشتراط عنصر التسبب في حكم التحكيم يساعد على تفسير الحكم و يكون سندا عند مراجعته ، أما إذا كان حكم التحكيم صحيح م لم تلتزم بعد ذلك الدولة بتنفيذ الحكم يكون للمتضرر الحق في اللجوء لدولته للمطالبة بحماية دبلوماسية ، ولو أن المادة 27 من اتفاقية المركز تخطر على الدول المتعاقدة تقديم حمايتها الدبلوماسية أو القضائية يكون أحد مواطنيها قد اتفق مع دولة متعاقدة أخرى على اللجوء إلى التحكيم، لكن الخطر الوارد في النص المذكور لا يمكن أن يشمل موضوع عدم الالتزام بتنفيذ الحكم بعد صدوره لأن المقصود من الخطر مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية، ولا تعتبر الاتصالات الدبلوماسية الرامية على تسهيل التوصل على حل النزاع من قبل الأعمال الدبلوماسية المشمولة بالخطر، ما دام الغرض منها تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة ويبقى الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز خاضعا في تنفيذها للقوانين المحلية لكل دولة مما يعني أن الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم لا ينقص من سيادة الدول لأنه لا يعقل أن تكون الدول التي ألزمت نفسها طواعية بالعمل بالاتفاقية سوف تحاول التنصل من وقد أدى ذلك بالاتفاقية إلى إحداث تقدم هام في مجال الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها مما ساعد على

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

تحقيق توازن بين مصالح المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهم.

²تنص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بأن الطعن لا يبني إلا على "انعدام أو قصور أو تناقص الأسباب" انظر: يحيى الجمل، أحمد عشوش بعض جوانب الضمانات للاستثمار. المرجع السابق ص297.

الخاتمة

إن وضعية الاستثمار كعنصر أجنبي تتطلب تحديد العلاقة القانونية التي تربط بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يتواجد بها، خاصة وأن مفهوم الاستثمار لا ينحصر في حدود نطاق الأموال النقدية، بل يشمل عناصر أخرى كالتكنولوجيا وأساليب الإنتاج، وبراءات الاختراع، وما إلى ذلك من العناصر المادية والمعنوية المكونة للمشروع الاستثماري، وأي مساس بهذه العناصر يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصالح المستثمر أو المستثمرين الأمر الذي يقضي الدخول في علاقة قانونية متشعبة، لن المستثمر الأجنبي عند إقباله على الاستثمار لا يقتصر دوره حيل اتخاذ لقرار الاستثمار على مجرد احتمالات الربح أو الخسارة، بل يأخذ بعين الاعتبار مدى الضمانات الممنوحة له ومدى تمتع الدولة المستقلة بالاستقرار السياسي والتشريعي، لأن المناخ الاستثماري الملائم يلعب دورا هاما في التأثير على القرارات التي يتخذها المستثمر حتى وإن كان الربح هدفه الأساسي، إلا أنه يبقى حريصا على تجنب الخسارة خاصة إذا كان مصدرها لا يعود إلى مخاطر تجارية، مما جعله يفضل التوجه نحو اقتصاديات الدول المتقدمة لوجود استقرار سياسي واقتصادي وثبات تشريعي رغم أن حاجة الدول النامية إلى الاستثمار قد تكون أشد من حاجة الدول المتقدمة وربحها أكثر مما قد يحققه في الدول المتقدمة. ورغم تدهور الأوضاع السياسية والاقتصادية لمعظم الدول النامية نتيجة معاناة شعوب هذه الدول من السيطرة الأجنبية زاد من حدة التوتر السياسي وعدم الاستقرار بها، مما أدى إلى قيام أنظمة وطنية متشددة إزاء الاستثمار الأجنبي إلى حد التطرف في مواقفها وفي القوانين التي تسنها في ميدان معاملة الاستثمار الأجنبي، مما زاد من انتشار ظاهرة المخاطر السياسية بعد موجة التحرر السياسي التي عرفتها الدول النامية في الخمسينات

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

ومطلع الستينات وما صاحبها من إقرار دولي لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي والاقتصادي، وقد أدى ذلك إلى التصادم بين المصالح الأجنبية ومصالح الدول المضيفة، ولم يعد النظام القانوني الدولي التقليدي قادرا على مواكبة الأوضاع الدولية الجديدة، وقد تولد عن ذلك ظهور مفاهيم جديدة لم يألفها النظام القانوني التقليدي الذي كان سائدا من قبل.

وللتقليل من حدة المخاطر التي أفرزتها التغيرات الدولية الجديدة ودفع عجلة الاستثمار الأجنبي نحو الدول النامية، سعت كل من الدول المستوردة والمصدرة للاستثمار إلى توفير مناخ استثماري يكون أكثر ملائمة من خلال وضع آليات تنظيمية وتشريعية تهدف إلى تشجيع حماية الاستثمار الأجنبي من بعض المخاطر السياسية التي يتعرض لها في الدولة المضيفة له والمتمثلة أساسا في خطر الاعتداء على الملكية سواء كان ذلك بفعل عمل إرادي تأتيه الدولة المضيفة بحجة تحقيق مصالحها العليا أو كان نتيجة فعل أو عمل غير إرادي يحدث داخل هذه الدول، كالإضرابات السياسية والثورات والحروب وقد استقر العمل الدولي على تصنيفها إلى:

- مخاطر نزع الملكية والتأميم والمصادرة أو مخاطر الاستيلاء على الملكية.

- مخاطر عدم الاستقرار السياسي وتتمثل في الإضرابات المدنية وعدم ثبات الأنظمة السياسية وتعاقب الحكومات بفعل الانقلابات العسكرية.

- مخاطر حرمان المستثمر الأجنبي من تحويل أصل استثماره والفوائد المستحقة.

وتعرف جميع هذه الصور من المخاطر، بالمخاطر السياسية، تمييزا لها عن المخاطر التجارية، لأن حدوثها لا يتوقف على إرادة المستثمر إنما يتوقف على إرادة طرف ثاني، مما يجعله يتحمل مسؤولية تلك المخاطر بخلاف المخاطر التجارية التي يتحمل مسؤولياتها بوصفه رجل أعمال.

إن الحماية القانونية التي توفرها الدول المضيفة تتخذ أشكالا وصورا مختلفة منها التصريحات السياسية المعبر عنها من قبل كبار المسؤولين في الدول المضيفة، الأحكام القانونية الواردة في بعض النصوص التشريعية العامة وفي مقدمة ذلك الدساتير، حيث يتم النص فيها على المبادئ العامة المتعلقة بتنظيم ومعاملة الاستثمار.

إن هذه الوسائل تعبر في حقيقة الأمر عن رغبة مصدريها في الاستثمار الأجنبي رغم المآخذ والانتقادات الموجهة لهذه الأدوات، فهي لا تضمن تحديدا واضحا للقواعد التي تنظم دخول الاستثمار الأجنبي كنشاط إنتاجي وكعلاقة قانونية، مما جعلها تتصف بالغموض والتناقض، وقد ذهب البعض إلى تجريدها من كل قيمة قانونية، كما، أنها تخضع للاعتبارات السياسية الظرفية مما يضفي عليها طابعا سياسيا محضا يجعل

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

المستثمر الأجنبي لا يطمئن إليها، لذا تلجأ الدول المضيفة في تأكيد رغبتها في الاستثمار الأجنبي بسنها لتشريعات خاصة تعرف بتشريعات الاستثمار رغبة منها في طمأنة المستثمرين الأجانب وفي توفيرها لمناخ استثماري يكون أكثر فعالية، لأن المستثمر الأجنبي يدرك مسبقاً حقوقه والتزاماته، لأن النصوص التشريعية الخاصة بالاستثمار تتميز عن باقي الأدوات الأخرى بالدقة والشمولية لاحتوائها على مجمل الأحكام التنظيمية والتحفيزية للاستثمار الأجنبي من يوم دخول الأموال المستثمرة إلى غاية خروجها.

ومع ذلك فإن الحماية التي توفرها النصوص التشريعية الخاصة تبقى محدودة الفعالية ما دامت صادرة عن نفس مصدر الخطر، لأن في ذلك مصادرة على المطلوب، كما أن النصوص التشريعية الصادرة عن الدولة المضيفة عرضة للتغيير والتعديل حتى وإن تضمنت النص على ثباتها كما جاء ذلك في قانون تطوير الاستثمار الصادر عام 2001، أضف إلى ذلك أن مخالفة أحكام النصوص التشريعية الداخلية من طرف الدولة التي تصدرها لا يثير مسؤولياتها الدولية حتى ولو كان الضرر الذي أصاب المستثمر الأجنبي كان نتيجة اتخاذ الدولة المضيفة لأي إجراء من إجراءات التعديل أو الإلغاء لبعض نصوصها التشريعية وأدى ذلك إلى المساس بالملكية أو لأي سبب آخر ما لم يكن الأجراء مصحوباً بخرق لتعهدات دولية، لأن تشريعات الاستثمار تعتبر تصرفات داخلية يقرها القانون الدولي، رغم وجود بعض المواقف الفقهية التي تسلم بوجود إمكانية إثارة المسؤولية الدولية من خلال استنادهم إلى بعض المبادئ القانونية التي يعتبرونها سندا قانونياً للمسؤولية الدولية للدولة المضيفة في حالة تغييرها لتشريعاتها وهذه المبادئ هي:

- مبدأ الثبات واستقرار النظام القانوني.

- مبدأ الحقوق المكتسبة.

- مبدأ عدم التعارض في المواقف وتنفيذ الالتزامات بحسن النية.

وقد أوضحنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع بأن المبادئ المذكورة ما تزال محل خلاف فقهي كبير، وأن الرأى الراجح بشأنها لا يعترف بالمسؤولية الدولية بخصوص إلغاء وتعديل النصوص التشريعية لأن قوانين الاستثمار لا تنشئ مراكز قانونية بحكم طابعها التنظيمي الذي يخضع له جميع الأشخاص ممن وجدوا في وضع مماثل، كما أن الالتزامات المترتبة عن تعديل وإلغاء التشريعات الداخلية لا تمثل التزامات قائماً فيها بين الدول لأنها لا تخاطب أشخاص القانون الدولي إنما تخاطب أشخاص القانون الخاص وقد استقر القضاء الدولي على استبعاد هذه العلاقة من نطاق القانون الدولي.

ونظراً لتباين المواقف بشأن طبيعة الحماية التي توفرها النصوص التشريعية للدولة المضيفة، وقد بات من الضروري البحث عن حماية تكون خارج إطار الدولة المضيفة، الأمر الذي دفع بالدول المصدرة لرؤوس الأموال إلى البحث عن آليات لحماية استثمارات

الآليات الدولية المرصودة لحماية الاستثمار الأجنبي

رعاياها المقيمين بالخارج وتكون أكثر فعالية، وقد جاءت هذه الدول في نظام الحماية الدبلوماسية ونظام الضمان الوطني إحدى هذه الآليات رغم مزاياها وعيوبها.

استنتاجات:

من خلال دراستنا لموضوع الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي يتضح لنا ما يلي:

- أن موضوع الحماية لا يتصل بفئة معينة من الدول، بل يشمل الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال.

- أن الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي متباينة في أهدافها وفي حجم نطاق المزايا والضمانات الممنوحة للمستثمرين من دولة أخرى، بل حتى ومن نطاق الدولة الواحدة، مما جعلها خاضعة للاعتبارات السياسية الظرفية وتغير النصوص.

- الاختلاف في الآليات المتبعة في أسلوب الحماية المتبع من قبل الدول المصدرة والمستوردة للاستثمار رغم وحدة الهدف المعلن عنه والمتمثل في نقل الاستثمار إلى الدول النامية.

- التشابه الكبير في الأحكام التنظيمية لتقنيات الاستثمار لدى غالبية الدول النامية ولا يتعدى الأمر في حدود الاختلاف في نطاق المزايا والضمانات الممنوحة.

- الإحالة بين القواعد الموضوعية الداخلية والقواعد الموضوعية الدولية، مما يوحي بتدويل النظام القانوني للاستثمار الأجنبي وإخراجه من دائرة التعامل الوطني إلى دائرة التعامل الدولي وهذه الصفة تجعل الاستثمارات الأجنبية أقرب الموضوعات الممنوحة.

أن الحماية الحقيقية للاستثمار الأجنبي لا يكمن في تزايد وتنوع أدوات الحماية الدولية بل فيما يكمن أن يقدمه الاستثمار من مساهمة حقيقية لاقتصاديات الدول المضيفة، لأن هذه الأخيرة حينما تشعر بالدور الفعال للاستثمار الأجنبي وتطمئن إليه يزداد تمسكها به، عندها فقط يتخطى الاستثمار الأجنبي حدود المخاطر السياسية، أما وإن تبقى الاستثمارات الأجنبية تعمل خارج الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للدول المضيفة متجاهلة واقع هذه الدول، فإن وسائل الحماية الدولية لن تجدي نفعا مهما كان مصدرها ومهما كانت طبيعتها القانونية وصفتها الإلزامية ويكون من الأجدر على الدول المصدرة لرؤوس الأموال أن تبحث في الدور التي تقوم به استثمارات رعاياها وشركاتها آخذة في الاعتبار مصالح الدول المتخلفة كشريك اقتصادي لأن الاستقرار يبني على التوافق في المصالح وليس على فرض الشروط والقيود القانونية لأي طرف على الطرف الآخر.