الحماية الدولية للمستثمر الأجنبي.

أ. وردة عبدالله الخنجاري
محاضر بكلية القانون جامعة الزاوية

ملخص البحث:

يعتبر الاستثمار الأجنبي أهم الركائز الأساسية التي تعتمد عليها الدول لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية، لذلك تلجأ إلى تقديم ضمانات لجلب رؤوس الأموال الأجنبية، وفي المقابل وعلى النطاق الدولي من حق الدولة ذات السيادة اتخاذ أية إجراءات تراها (سواء كانت تأميماً أو استلاءً أو نزعاً للملكية) مادامت هذه الاجراءات تدخل في نطاق إقليمها وتهدف إلى صالحها العام ومصلحتها الوطنية. وهذا ما يجعل المستثمر غير مطمئن ومتردد في استثمار أمواله، وخاصة مع تباين المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة، فالدولة من جهة تسعى إلى تحقيق أهدافاً عامة وتحرص على ممارسة سيادتها. بينما المستثمر الأجنبي يرمي لتحقيق أهداف شخصية.

من أجل ذلك تحرك المجتمع الدولي لإيجاد وسيلة قانونية تساعد على إزالة حالة الشك، حيث ظهرت قواعد عرفية تساهم في حماية الاستثمارات الأجنبية كما سارعت الدول إلى إبرام اتفاقيات ثنائية وجماعية لتنظيم وحماية هذه الاستثمارات.

ولتوضيح "الضمانات الدولية للمستثمر الأجنبي" والحد من السيادة المطلقة للدولة في ممارسة سلطتها فقد تطلب البحث في موضوعها البحث في "الحماية الموضوعية وقيود نزع الملكية" في (المبحث الأول)، لنتخلص ل "الحماية الدبلوماسية" في (المبحث الثاني)، وقد تضمنت خاتمة البحث النتائج والتوصيات.

الكلمات المتاحة: الدولة، المستثمر الأجنبي، الاستثمار الأجنبي، الاتفاقيات الدولية، الحماية الموضوعية ، الحماية الدبلوماسية

Abstract

Foreign investment is the most important basic pillars of states to move the economic development.

Therefore, resort to providing guarantees to bring foreign capital, and in the face and on the other hand, the state has the right to take any measures they see, whether they are this makes an unstable investor and frequency in investing his money. Especially with the legal centers of the contracting parties, the state is seeking to achieve general objectives and is keen to practice its sovereignty. While foreign investor is thrown into personal goals. For this, the international community has moved to find a legal means to help remove the status of doubt, with customary rules that contribute to the protection of foreign investment, and states have also quick to conclude bilateral and collective agreements to regulate and protect these investments.

To clarify the "international Guarantees of foreign investor" and reduce the absolute sovereignty of the state in the exercise of its authority, research may seek to search for "substantive protection and expropriation restrictions" in (the first top), to extend the "diplomatic protection" in the second topic. The conclusion of the current study includes the conclusion, the results and the recommendations.

مقدمة:

تمثل الاستثمارات الأجنبية بمختلف أشكالها أحد أهم الموضوعات ذات التأثير الفعال على الاقتصادات الدولية، ويبين ذلك بالنظر إلى طبيعة علاقات اقتصاد الدولة مع العالم

الخارجي، فهذه العلاقات ماهي إلا علاقات متبادلة تتم عبر الحدود السياسية للدول، موضوعها السلع والخدمات ورأس المال وانتقال الأشخاص.

وإذا كان الاستثمار الأجنبي يمثل في طبيعته انتقال رأس المال للتوظيف (انتاجي أو مالي) في الدولة الأجنبية، فإنه يعد ذلك أحد الموضوعات الهامة التي يتشكل منها هيكل علاقات اقتصاد الدولة مع العالم الخارجي، وإذا كانت حركة السلع المادية عبر الحدود تعكس سطح العلاقات الاقتصادية الدولية، فإن ذلك يفترض وجود علاقات انتاج خلفها، ومؤدى ذلك أن علاقات التبادل بين الدول تجد مستقرها في علاقات تقابل رأس المال مع العمل عبر الحدود السياسية للدول، هذا الالتقاء قد ينجم عن حركة رأس المال في اتجاهه إلى حيث يجد القوى العاملة وشروط انتاج أخرى، إذ يتميز رأس المال بقدرة كبيرة على الحركة عبر الأقاليم الدولية.

وقد حاول القانون الدولي بشقيه العرفي والاتفاقي معالجة القصور الذي يكتنف نصوص القانون الداخلي في مواجهة العديد من الإشكاليات التي تدور بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر الأجنبي.

فإذا كان القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون السائد لخضوع العقود المبرمة بينها وبين المستثمر الأجنبي والمعمول به لدى القانون الدولي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك صراحة. إلا أن القول بأن القانون الوطني للدولة المتعاقدة هو القانون الواجب التطبيق في حالة عدم وجود الإعلان الصريح من قبل الأطراف عن اتجاه نياتهم إلى قانون غير القانون الوطني ليس معناه أن القانون الدولي يترك المستثمر الأجنبي في وضع عار تماما من الحماية، بل إن القانون الدولي بشقيه العرفي والاتفاقي يكفل قدراً من الحماية لحقوق الأجانب المقيمين في دول لا ينتمون إليها بجنسياتهم، وتتنوع هذه الحماية ما بين حماية موضوعية وحماية إجرائية وتنعقد المسئولية الدولية للدولة التي تتجاوز الحد الأدنى المقرر دولياً لهذين النوعين من الحماية إزاء الدولة التي وقع الضرر بالأشخاص الذين ينتمون إليها بجنسيتها.

وقد ازدادت أهمية هذا الموضوع مع ازدياد التطورات الحديثة في المجتمع الدولي التي أدت إلى تشعب العلاقات الدولية بين الدول والأفراد مما قد يؤدي إلى احتمال تعرض الأفراد

لأضرار قد تلحق بأشخاصهم أو مصالحهم، كما تكمن أهمية هذا الموضوع في بيان الأسس التي من شأنها أن تساعد على حماية حقوق الأفراد والدفاع عنهم على المستوى الدولي إذا تعرضت مصالحهم للضرر.

ولما كان من المعترف به على النطاق الدولي من حق الدولة ذات السيادة اتخاذ أية إجراءات تراها (سواء كانت تأميماً أو استلاءً أو مصادرة أو نزعاً للملكية) مادامت هذه الإجراءات تدخل في نطاق إقليمها ومادامت هذه الإجراءات تهدف إلى صالحها العام ومصلحتها الوطنية، فإن من الطبيعي ألا تدور منازعات الاستثمار حول مناقشة حق الدولة صاحبة السيادة فيما تتخذه من إجراءات داخل إقليمها وهي صاحبة السلطة العليا فيه، فهل تقيدت هذه الدولة بالقيود الموضوعية التي أقرها القانون الدولي(؟) بمعنى هل وفقت الآليات الدولية في توفير الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي(؟) وفيما يلي تتعرض الدراسة بشيء من التفصيل لهذه الحماية وفقا لقواعد القانون الدولي وفق هيكلية تتكون من مبحثين:

المبحث الأول: الحماية الموضوعية وقيود نزع الملكية للاستثمارات الأجنبية.

المبحث الثاني: الحماية الإجرائية . "نظرية الحماية الدبلوماسية".

المبحث الأول– الحماية الموضوعية وقيود نزع الملكية للاستثمارات الأجنبية:

من السائد والمستقر لدى القواعد القانونية الدولية أن على الدولة التي تستولى على أموال الأجانب ومصالحهم المالية الموجودة داخل إقليمها لأغراض المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية الالتزام بدفع التعويض عن الأموال والمصالح المستولى عليها . فوفقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة يهدف إلى حماية الحقوق الخاصة التي اكتسبها الأجانب على وجه مشروع قانوناً ولذلك فإن طبيعة الأهداف التي يرمي هذا المبدأ إلى حمايتها من جهة وبهدف ضمان تحقيق نوع من الثابت لهذه الحقوق من جهة أخرى يجعل من هذا المبدأ وسيلة دفاع فردية تخلق نوعاً من الاستقرار والتوازن الاجتماعي[1].

وإذا كان المجتمع الدولي يعترف بالقوة القاهرة، إذا كانت حقيقية وملموسة، كسبب معفى من مسئوليتها تجاه الأطراف المتعاقدة معها، فهناك إجراءات تتخذها الدولة بموجب إرادتها المنفردة دون أن تكون هناك أسباب قهرية أجرتها على الإتيان بها وإنما اتخذتها الدولة بموجب سيطرتها وسيادتها على إقليمها.

المطلب الأول- تعريف الحماية الموضوعية وإجراءات نزع الملكية: إن أشد إجراء يمكن أن يتخذ ضد مصالح رؤوس الأموال الأجنبية الخاصة هو استلاء حكومات الدول المضيفة على أموالهم ومصالحهم المالية بدون تعويض أو بتعويض غير متناسب مع قيمة الأموال والمصالح المالية المستولى عليها، لذا يشكل الخوف من نزع الملكية بصورها وأشكالها المتعددة والاجراءات الحكومية ذات الطبيعة المماثلة عائقاً هاماً وخطيراً للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الراغبة في النمو. وعلى الرغم من أن القانون الدولي يعترف لكل دولة ذات سيادة بالحق في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وحيازتها واستثمارها في القطاعات الاقتصادية المختلفة داخل إقليمها، وبحق الدولة في منع الأجانب منعاً كلياً أو جزئياً من ممارسة هذه الحقوق داخل مجال اختصاصها إلا أن الدولة التي تسمح للأجانب باكتساب الأموال بطريق قانوني داخل إقليمها يجب ألا تحرمهم من أموالهم بطريقة تعسفية وهو ما يعرف بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة، إلا أن حق احترام الحقوق المكتسبة لا يمثل حقاً مطلقاً. فالتمتع بالحقوق المكتسبة مسموح به فقط طبقاً للقانون الداخلي لكل دولة طبقاً لقواعد القانون الدولي أن تحدد بحرية هيكلها الاجتماعي والاقتصادي وأن تتخذ من الاجراءات ما يحقق منفعتها العامة ومصالحها الوطنية. وقد تتعدد الأساليب التي تتبعها الدول في الاستلاء على المصالح المالية للأجانب الموجودة في أقاليمها إلا إنها تتشابه جميعها في كونها إجراءات تمكن إلى الدولة وتؤدى أو تهدف بصفة أساسية إلى حرمان الأجنبي من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله.

أولاً- تعريف الحماية الموضوعية: تعرف قواعد الحماية الموضوعية التي يكفلها القانون الدولي للأشخاص الأجنبية المقيمين في دول لا ينتمون إليها ولا يتبعونها "بأنها القواعد والقوانين والتشريعات واللوائح التي يسنها ويقرها هذا القانون لتنظيم معيشة هؤلاء الأشخاص ومعاملاتهم وتوفير سبل الحماية لهم ضد أي إجراء يتسم بعدم المشروعية من قبل الدولة المضيفة لهم ولاستثماراتهم"[(2)]. ولما كان العرف الدولي قد استقر على تخويل الدولة الحق في أخذ ملكية المال الأجنبي الكائن في إقليمها عملاً بما لها من حق السيادة فليس معنى ذلك أن حق الدولة في هذا الصدد يخلو من أي قيد.

وتنبع هذه الحماية التي يمنحها القانون الدولي للأجانب أساساً من تبعية الشخص (الشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي) لدولة معينة، فالشخص يصبح أجنبياً ما لم يتبع الدولة المتواجد على إقليمها وتتحدد تبعيته بروابط التبعية التي تربطه بالدولة التي ينتمي إليها، فالمقصود برابطة التبعية المتطلبة بين الشخص والدولة التي ينتمي إليها ويحق لها منحه حق الحماية هو رابطة الجنسية ومؤدى ذلك أن الدولة التي يحق لها التصدي لحماية هذا الشخص فيما لو أصابه ضرر هي الدولة التي ينتمي لها الشخص بجنسيته، فالجنسية على هذا النحو رابطة قانونية وسياسية ينتمي بمقتضاها الشخص إلى دولة معينة[3].

وعلى الرغم من ضعف الوضع القانوني للشخص الطبيعي على مستوى القانون الدولي إلا أن هذا لا يعني أن الشخص الطبيعي لا يتمتع بقدر من الحماية يكفله له ذلك القانون وتلتزم به جميع الدول ويعرف ذلك بالحد الأدنى لحماية حقوق الأجانب ويطلق عليه أحياناً المستوى العادي للحضارة[4].

كذلك فإن التسليم بوجود الشخص الاعتباري لم يعد محلاً للجدل في الفكر القانوني الحديث، فإلى جانب الشخص الطبيعي الذي تمنحه كافة النظم القانونية شخصية قانونية تخوله القدرة على التمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، يوجد الشخص الاعتباري والذي اعترفت له هذه النظم أيضاً بالشخصية الاعتبارية القانونية أسوة بالشخص الطبيعي[5]. والشخص الاعتباري هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال المخصصة لغرض معين، وإذا كانت رابطة الجنسية هي التي تربط الشخص الطبيعي بدولة معينة وتخضع حالته لقانونها فإن الشخص الاعتباري لابد له من دولة ينتمي إليها أو ينسب لها لكي يخضع لقانونها من حيث النشأة والنشاط والزوال وبعبارة أخرى فلابد للشخص الاعتباري من جنسية دولة معينة وهذه مسألة ذات طابع سياسي ولابد له من قانون يحكمه وهذه مسألة أخرى ذات طابع قانوني[6]. ووجوب خضوع الشخص الاعتباري لقانون يستمد منه شخصيته يعد أساساً لتبعيته القانونية، والمقصود بالتبعية القانونية هو إخضاع الشخص الاعتباري للولاية التشريعية لدولة معينة حتى يتسنى معرفة القانون الواجب التطبيق على نظام الشخص الاعتباري من حيث تكوينه ومباشرة نشاطه وزواله[7]. ولا يمكن أن تخفى التبعية القانونية للشخص الاعتباري حقيقة أخرى ألا وهي أن الشخص الاعتباري يقوم على توجيه نشاطه

من وراء الشخصية الاعتبارية أشخاص طبيعيون وهؤلاء في توجيههم للشخص الاعتباري يميلون إلى موالاة الدولة التي ينتسبون إليها بجنسيتهم إذ أنهم يسيرون العمل في الشخص الاعتباري بما يتفق ومصالح تلك الدولة، فتوجيه الشخص الاعتباري إذاً يدع مجالاً كبيراً لتدخل الاعتبارات السياسية[8].

ثانياً- إجراءات نزع الملكية: تعتبر إجراءات نزع الملكية من أشد الإجراءات التي تتخذها الدولة ضد المشروعات الاستثمارية الأجنبية بموجب سيادتها وارادتها الانفرادية وتتعدد هذه الأساليب وفقاً للآتي:

1/نزع الملكية: وهو إجراء تتخذه السلطة العامة وذلك بغرض نقل ملكية الأموال العقارية من مالكها لصالح هذه السلطة لهدف يتعلق بالصالح العام، ويعد هذا الاجراء من اجراءات السيادة التي تباشرها السلطة العامة في حدود اختصاصها الاقليمي.

2/المصادرة: وهو إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة، انطلاقاً من مبدأ سيادتها على اقليمها، وتستولى بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك دون أي مقابل، ويتخذ قرار المصادرة عن طريق السلطة القضائية أو السلطة التنفيذية وذلك استناداً إلى نص قانوني يخول لأي من السلطتين مثل هذا الإجراء في الحدود المرسومة قانوناً وعند توافر إحدى الحالات التي تبرر اتخاذه[9].

3/التأميم: وهو عملية تتعلق بالسياسة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييراً كلياً أو جزئياً، حيث يختلف عن نزع الملكية الذي يتعلق بمصالح محلية لا تتناول الكيان الاقتصادي للدولة كما أنه لا يستهدف عقاب طائفة من الأشخاص كما هو الحال في المصادرة[10].

4/الاستلاء: وهو إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة وتحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم بأدائه عادة لمن كانت له ملكية المال محل الاستلاء، والاستلاء هو إجراء مباشر تباشره السلطة العامة في حدود اختصاصها الاقليمي[11].

وعلى الرغم من أن إجراءات نزع الملكية تعتبر من أشد الاجراءات التي تتخذها الدولة ضد المشروعات التي تتخذها الدولة ضد المشروعات الاستثمارية الأجنبية بموجب سيادتها

وارادتها الانفرادية، إلا أن الدولة قد تتخذ اجراءات انفرادية ذات طبيعة مختلفة عن الاجراءات السابقة توقع أضراراً جسيمة بالمستثمرين الأجانب وتتمثل هذه الاجراءات في:

أ/ قيام الدولة بإحداث تغييرات جوهرية في تشريعاتها الوطنية: من مظاهر سيادة الدولة على المستوى الداخلي هو حق الدولة في تشريع وسن القوانين واللوائح التي تراها محققة لمصلحتها القومية، فمن حق الدولة صاحبة السيادة سن القوانين والتشريعات التي تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع وكذلك بين الدولة وبين الأطراف الأجنبية بطريقة مباشرة أو بطريقة غير مباشرة بين أجهزتها العامة وهذه الأطراف التي تتعامل معها. وإذا كان للدولة الحق في سن هذه القوانين والتشريعات، فإن من حقها أيضاً أن تجري التعديلات والتغييرات على هذه القوانين والتشريعات التي سبق وأن سنتها إذا رأت أن هذه التعديلات والتغييرات تهدف إلى الصالح العام.

ويجدر بالإشارة إلى أن مشكلة التغييرات أو التعديلات التشريعية لا تبدو واضحة إلا في حالة ما إذا كان قانون الدولة التي أقدمت على هذه التغييرات والتعديلات، وهي في الغالب الدولة الطرف في النزاع، هو القانون الواجب التطبيق ففي هذه الحالة يصعب على المحكم أن يتغافل مثل هذه التغييرات التشريعية، ومما لا شك فيه أن مثل هذه التغييرات تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة وتسهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة مما دفع بعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقات الاستثمار شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بعقد الاستثمار، إلا أن غالبية الفقه لا يستشعر تفاؤلاً إزاء هذه الشروط التي توافق الدولة على تضمينها في عقود الاستثمار إذ أنها لا تقف حائلاً دون استخدام هذه الدولة لسلطتها السيادية وإقدامها على تغييرات تشريعية تؤثر على حياة الاتفاق وما يحتويه من ضمانات إذا ما رأت الدولة أن ذلك يحقق مصالحها القومية[12].

والفرض أن النظام القانوني للدولة لم يتضمن عند توقيع اتفاق التحكيم أي نص مانع يحظر على الدولة أو الأجهزة التابعة لها اللجوء إلى هذا الأسلوب القضائي الخاص إلا أنه في حياة هذا الاتفاق أو خلال إجراءات التحكيم ذاتها صدر تشريع جديد يتضمن هذا الحظر فما مدى تأثيره على اتفاقات التحكيم القائمة ومدى إخلاله بالضمانات التي يكون المستثمر

قد عول عليها عند إبرام العقد المتنازع في شأنه (؟)[13]. وقد وضحت بعض محاكم التحكيم موقفها تجاه هذه الاجراءات التي تتخذها الدولة بموجب سيادتها وبموجب إرادتها المنفردة في قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الايرانية للبترول.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المجلس الثوري للجمهورية الاسلامية الايرانية أصدر قانوناً يتضمن مادة وحيدة في 8/يناير/1980 تم بمقتضاه إنشاء لجنة خاصة تملك سلطة إبطال كافة عقود البترول التي تعتبرها اللجنة غير متمشية مع القانون الايراني الصادر عام 1951 والذي تم بمقتضاه تأميم صناعة البترول في إيران. وإعمالاً لهذا القانون قامت اللجنة المذكورة بإبطال العقد المبرم بين شركة Elf Aquitaine والشركة الوطنية الايرانية للبترول في عام 1966 وهو ما دفع شركة Elf Aquitaine إلى الالتجاء إلى التحكيم إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الايرانية للبترول والذي تم إبطاله، ولقد تمسكت هذه الشركة الايرانية بعدم اختصاص المحكم إعمالاً للقانون الايراني الذي صدر بعد توقيع العقد. وقد توصل المحكم إلى أنه من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي العام أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في عقد مبرم بواسطة الدولة ذاتها أو من خلال جهاز خاضع لها لا يمكنها بإرادتها المنفردة في تاريخ لاحق أن تمنع الطرف الآخر المتعاقد معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف لحل المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما[14].

ب/الاجراءات الانفرادية المختصة بالإنهاء المبتسر للعقود وعدم الالتزام بشرط العقد: يرتبط هذا النوع من الاجراءات الانفرادية بالنوع السابق والخاص بقيام الدولة بإجراء تغييرات أو تعديلات في تشريعاتها وأساس العلاقة بينهما أن كلاهما يتم من منطلق الارادة المنفردة للدولة (الطرف الثاني). فالدولة تتخذ هذه الاجراءات بموجب سيادتها، والتي تراها محققة لمصلحتها القومية، على المشروعات القائمة داخل إقليمها سواء بسن التشريعات واللوائح والقوانين التي تنظم إقامة تلك المشروعات وتنظم سير العمل بها أو بتنظيم الاجراءات التي تتعامل بها هذه المشروعات مع الدولة أو مع الأجهزة العامة لهذه الدولة. أيضاً قد تعتمد الدولة إلى القيام بإنهاء العقود التي سبق وأن أبرمتها مع المستثمر الأجنبي أو تعمد إلى إبطال أي من شروط العقد وبخاصة شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة قيام

المنازعة بينها وبين المستثمر الأجنبي وذلك بهدف التنصل من التزاماتها ومسؤوليتها تجاه الطرف الأجنبي أو برفض تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد[15]. وهناك أمثلة كثيرة توضح ذلك منها: القضية المرفوعة من شركة S.O.A.B.IV. senegal

وتتلخص وقائع القضية في الدعوى المرفوعة من شركة S.O.A.B.I ضد الحكومة السنغالية أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وذلك لمطالبة الشركة لحكومة السنغال بدفع العديد من المبالغ على سبيل التعويض لها وذلك للضرر الذي لحق هذه الشركة نتيجة لإنهاء العقود المبرمة بينها وبين حكومة السنغال بالإدارة المنفردة لهذه الأخيرة[16]. ولا شك أن الإجراءات الانفرادية التي تتخذها الدولة، من انتهاء العقد إنهاءً مبستراً أو عدم الوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد أو عدم إعمال الشروط الخاصة باللجوء إلى التحكيم، قد تبدو من الظاهر أنها إجراءات تعسفية تتخذها الدولة بصفتها الطرف القوي المهيمن على مجريات الأمور في روابط الاستثمار. غير أن السبب قد يرجع إلى أن الدولة لا تتخذ مثل هذه الاجراءات من منطلق هيمنتها وسيطرتها على رابطة الاستثمار التي تربطها بالمستثمر الأجنبي، فالدولة التي ترغب في جذب الاستثمارات الأجنبية الخاصة لا تتخذ الاجراءات التي لا تشعر المستثمر الأجنبي بالاطمئنان على رأس ماله فهي إن فعلت ذلك فإنها تعد دولاً طاردة ومانعة للاستثمار وليست جاذبة له. فالسبب لقيام الدولة بمثل هذه الاجراءات قد يرجع في أغلب الأحيان إلى عدم التزام المستثمر الأجنبي بالالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب عقود الاستثمار المبرمة بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماره كالالتزام بالحد الأدنى للاستثمار، تدريب العمالة المحلية وتنمية القدرات البشرية، الإخبار والإعلام أو اتباع القواعد الفنية في إدارة المشروعات الاستثمارية. فإن عدم الوفاء بمثل هذه الالتزامات هو الذي قد يجبر الدولة على اتخاذ مثل هذه الاجراءات الانفرادية.

ولما كان من المعترف به على النطاق الدولي وفي القانون الدولي أنه من حق الدولة ذات السيادة اتخاذ أية إجراءات تراها (سواء كانت تأميماً أو استلاءً أو نزعاً للملكية) مادامت هذه الاجراءات تدخل في نطاق إقليمها ومادامت هذه الاجراءات تهدف إلى صالحها العام ومصلحتها الوطنية، فإنه من الطبيعي أن تتقيد فيما تتخذه من إجراءات بالقيود الموضوعية التي أقرها القانون الدولي.

المطلب الثاني– القيود الواردة عن حق الدولة في نزع الملكية عن المال الأجنبي:

لقد جرى العمل الدولي على أن حق الدولة في أخذ الملكية الخاصة للمال الأجنبي يخضع لثلاثة قيود وتتمثل هذه القيود في الآتي:

القيد الأول– التقيد بعدم مخالفة الالتزامات التعاقدية السابقة: من المستقر عليه في القانون الدولي العام أن الدولة تتقيد بما تعهدت به من التزامات بمقتضى المعاهدات الدولية ما لم يحدث تغيير في الظروف السياسية والاقتصادية يجيز لها التحلل من التزاماتها الدولية رغما عن إرادة الدول المتعاهدة الأخرى وبعد العرض على التحكيم والقضاء الدولي، ولهذا فقد أقر القضاء الدولي بأن الدولة التي تتعهد بمقتضى معاهدة دولية أن تمتنع عن تأميم مشروعات أجنبية فإنها تعد قد أخلت بالتزاماتها الدولية إذا قامت بتأميم هذه المشروعات[17]. ويثور التساؤل هنا حول هل التزام الدول في عقود وروابط الاستثمار يمثل معاهدات على النحو المقصود به في القانون الدولي العام وهل إخلال الدولة بالالتزامات الناشئة عن عقود الاستثمار يعد إخلالاً بالتزام دولي(؟).

لقد أكد القضاء الدولي في العديد من المناسبات وخاصة في الفروض التي تقوم فيها الدولة بإنهاء عقود الامتياز الممنوحة للشركات الأجنبية بمقتضى اتفاق مسبق أن مثل هذه الاتفاقيات لا تعتبر في حكم المعاهدات الدولية وإنما هي مجرد عقود من عقود القانون الداخلي، وبالتالي فإن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذه العقود لا يعد إخلالاً بالتزام دولي، ومن ذلك فإن الدولة عند تأميم المشروعات وإنهاء عقود الامتياز هو مجرد ممارسة لحقها في السيادة الذي لا يعد استعماله تصرفا غير مشروع تترتب عليه المسؤولية الدولية[14]. إلا أن جانب من الفقه الغربي الحديث قد سعى إلى التوسع في مفهوم الالتزامات التعاقدية الدولية على أساس تشبيه العقود المذكورة بالمعاهدات حيث تستمد قوتها من العقد شريعة المتعاقدين بوصفها قاعدة من قواعد العرف الدولي حيث ذهب الفقيه النمساوي Ssvedro إلى القول بوجود طائفة من الاتفاقات ليست عقوداً خاضعة للقانون الداخلي في دولة من الدول وليست معاهدات خاضعة للقانون الدولي العام وإنما تخضع لنظام قانوني جديد يستمد قوته المباشرة من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[18]. وقد كان الهدف من هذا التوسع هو تدويل العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة وجعل الالتزامات

الناشئة عنها التزامات دولية بالمعنى الحقيقي يترتب على الإخلال بها قيام مسؤولية دولية تجعل قرار التأميم مشوباً بعيب مخالفة أحكام القانون الدولي العام[19].

وأياً ما كان من أمر هذه الاتجاهات التي تنادي بتدويل العقود الاستثمارية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتي لم ترق بعد إلى مصاف الأحكام الوضعية المستقرة في القانون الدولي العام، فإن الأمر الذي لا شك فيه هو أن إخلال الدولة بتعهداتها والتزاماتها المقررة بمقتضى معاهدات ثنائية أو جماعية في شأن تأميم مثل هذه المشروعات يعد مخالفاً لالتزام دولي سابق مما يخلع عن إجراءات التأميم في مثل هذا الفرض صفتها المشروعة. وبالتالي تنعقد المسئولية الدولية على الدولة المخالفة لالتزاماتها.

القيد الثاني- التقيد بمبدأ عدم الإخلال بمبدأ المساواة وعدم التمييز: من المستقر عليه في القانون الدولي العام الفرض على الدولة عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم أو غيرها من صور أخذ الملكية أن تحترم مبدأ المساواة وعدم التمييز، ومؤدى ذلك المبدأ أنه لا يجوز للدولة أن تتخذ الإجراءات المشار إليها على نحو يخل بهذا المبدأ إزاء ممتلكات الأجانب المقيمين على إقليمها، ويتخذ الإخلال بهذا المبدأ صورتين:

1/أن تتخذ إجراءات التأميم على ممتلكات الأجانب دون الوطنيين على نحو يجعل من الصفة الأجنبية وحدها هي المبرر الوحيد لاتخاذ هذه الإجراءات.

2/ أن تقوم الدولة في اتخاذها هذه الإجراءات بتمييز غير عادل بين الأجانب تستند فيه إلى الدين أو العنصر أو مواجهة الممتلكات الخاصة برعاية دولة معينة بالذات. وقد تضمنت العديد من الاتفاقيات الدولية التي أبرمت في شأن الحماية المتبادلة للمال الأجنبي نصوصاً صريحة تؤكد التزام الدول المتعاقدة بمبدأ المساواة وعدم التمييز عند اتخاذ إجراءات نزع الملكية بصورها المتعددة في مواجهة الأموال المملوكة لرعايا الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية، وعلى سبيل المثال ما أقرته اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عام 1967 حين فرقت بين نوعي التمييز فأباحت التمييز المبني على منح معاملة تفضيلية عن المعاملة التي توفرها الاتفاقية، وذلك استناداً إلى مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، وألزمت الدول الأطراف بعدم التمييز ضد رعايا الدول الأطراف الأخرى في الاستيلاء على أموالهم الموجودة في إقليمها. كذلك نصت المادة الثانية من الاتفاقية الدولية لإزالة كافة أشكال التمييز العنصري

والتي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1956/12/12 على أن تتعهد كل دولة طرف في هذه الاتفاقية بعدم القيام بأي أعمال أو ممارسة أي إجراء يتضمن تمييزاً ضد الأشخاص أو المؤسسات وأن تضمن أن تصرف جميع السلطات والمؤسسات العامة والوطنية بما يتمشى مع هذا الالتزام[20].

القيد الثالث– التقيد بمبدأ الالتزام بأداء التعويض: من السائد والمستقر لدى القواعد القانونية الدولية أن على الدولة التي تستولي على أموال الأجانب ومصالحهم المالية الموجودة داخل إقليمها لأغراض المنفعة العامة أو المصلحة الوطنية الالتزام بدفع تعويض عن الأموال والمصالح المستولى عليها مما يترتب عليه مسئولية الدولة المقصرة في الالتزام بذلك التعويض، فالاستيلاء على أموال الأجانب يفرض على الدولة هذا الواجب حتى ولو كان الاستيلاء غير مشروع بمقتضى القانون الدولي ووفقا للقيود الموضوعية السابق ذكرها وإلا عد الامتناع عن أداء التعويض إخلالاً آخراً لقواعد القانون الدولي[21]. ولعل ما يؤكد الاعتراف الدولي بمبدأ التعويض ذلك العدد الكبير من الاتفاقيات الدولية التي أقرت فيها الدول الأطراف في هذه الاتفاقيات التزامها بأداء التعويضات عند اتخاذها لإجراءات التأميم أو نزع الملكية في مواجهة رعايا الدول الأطراف في الاتفاقات وهي اتفاقات أبرمتها وانضمت إليها مختلف دول العالم، وقد أسهمت هذه الاتفاقات في إرساء مبدأ التزام الدولة بأداء التعويضات عند التعرض للمال الأجنبي حتى توقفت غالبية الدول عن الدفع بعدم مسئوليتها عند قيامها بإجراءات التأميم أو نزع الملكية في مواجهة رعايا الدول الأخرى بغض النظر عن ارتباطها مع هذه الدول باتفاقات خاصة بحماية الأموال الأجنبية من عدمه وحتى ولو لم تكن قد التزمت بأداء التعويض لمواطنيها، ويرجع ذلك إلى كون الالتزام بأداء التعويض عند التعرض للمال الأجنبي قد أصبح حقاً من الحقوق الأساسية التي تدخل في مضمون الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة بمقتضى العرف الدولي[22]. فالنظرة إلى التأميم باعتباره وسيلة مشروعة لنقل ملكية المشروع إلى الأمة في جميع الأحوال دون حاجة إلى سداد أية تعويضات للملاك السابقين تمثل وجهة الرأي المقبولة في ظل الفكر الماركسي والمعتمدة لدى دول الكتلة الشرقية، وأما الدول الراغبة في النمو وعدد من الدول الغربية فإنها تنادي بوجهة نظر تتفق مع قرارات الأمم المتحدة التي تطلب أن يتم التأميم مقابل تعويض عادل

ومناسب بما يستتبعه ذلك من قبول بأن التأميم يكون مشروعاً في ذاته ولو لم يصاحبه فوراً سداد التعويضات الكاملة وينحصر أثر التعويض كشرط لنفاذ التأميم والاحتجاج بآثاره في الخارج، فهو صحيح دائماً ومنذ البداية ولكنه يرتب التزاما على الدولة التي لجأت للتأميم، ويكفي التعهد بأداء تعويضات عادلة حتى تترتب على نقل الملكية آثاره القانونية، أما الدول الغربية الأخرى فتذهب إلى القول بأن التأميم لا يكون مشروعاً ولا ينتج آثاراً مقبولة ما لم يتم سداد التعويضات الكاملة الموصوفة بأنها كاملة وحالة وفعالة وقبل ذلك لا يمكن الاعتراف بأي أثر للتأميم بما في ذلك نقل ملكية الأموال الموجودة وقت اتخاذ الإجراء داخل حدود الدولة.

ويتم تحديد التعويض عن طريق عدة طرق تتمثل فما يلي:

- **تقدير التعويض على أساس القيمة السوقية:** يقوم هذا المعيار على أساس تحديد القيمة السوقية للأموال التي تم تأميمها وقت تأميمها. غير أن هذا المعيار يكون غير مناسباً في بعض الصناعات الكبرى كالصناعات البترولية، حيث أن المشروعات التي تدار بمقتضى اتفاقيات امتياز لا يكون لها في الغالب قيمة سوقية بسبب وضعها وحجمها الكبير داخل اقتصاد الدولة المضيفة، كما أن إجراءات التأميم ذات طبيعة عامة ومؤثرة في كافة قطاعات الاقتصاد القومي وغالباً ما ينتج عنها تغيير جوهري في الهيكل الاقتصادي للدولة وتؤثر بدورها في قيمة المصالح المعنية محل الاعتبار، ولا يعد معيار القيمة السوقية معياراً بسيطاً ومستقراً لتحديد مدى التعويض في كافة الحالات؛ حيث أن هناك عوامل متعددة ومتنوعة يلعب وجودها أو شكلها أو نوعيتها دوراً هاماً في تحديد مبلغ التعويض ، وقد استقر العمل الدولي على أن معيار القيمة السوقية ليس المعيار المناسب للتقييم[23].
- **تقدير التعويض على أساس سعر الأنصبة والأسهم:** في هذا المعيار تقدر قيمة المشروع على أساس سعر الأنصبة والأسهم التي تشكل مجموع رأس المال. وبعكس المعيار السابق حيث يتناسب هذا المعيار مع المشروعات الكبيرة التي تعمل في مجال البترول بمقتضى اتفاقيات الامتياز، وتقدر قيمة المشروع في ظل هذا المعيار على أساس سعر الأنصبة والأسهم التي تشكل مجموع رأس المال وتعد هذه الطريقة عند استخدامها أعدل الطرق المتاحة وأكثرها عملية وذلك لوجود سوق للأوراق المالية تتداول فيه ويحكم أسعارها.

- **تقدير التعويض على أساس القيمة الدفترية الصافية:** تقدر قيمة الأموال في هذا المعيار وفقاً للمبالغ الثابتة في دفاتر الشركة أو المشروع المؤمم وقد انتهت اللجنة الوزارية لمنظمة الأوبك والتي شكلت على وجه الخصوص لبحث أساس المشاركة في الامتيازات القائمة والتعويضات الناجمة عن ذلك إلى الأخذ بهذه الطريقة باعتبارها تحقق العدالة الواجبة. وقد أوضحت اللجنة سبب اعتمادها لهذه الطريقة أن الشركات البترولية المستثمرة قد أنفقت أموالاً خاطرت بها ولكنها ما لبثت أن استردت هذه الأموال متضاعفة الأمر الذي يجعل صافي قيمة دفاتر هذه المشروعات وإن كان هبط إلى أدنى الأرقام إلا أنه يعتبر الأساس الصالح والعادل للتعويض عن نسبة المشاركة[24].
- **تقدير التعويض على أساس التدفق النقدي للخصوم:** تدعو غالبة الشركات الأجنبية، وبخاصة الشركات البترولية المستثمرة، إلى إتباع أسلوب التدفق النقدي المخصوم كأساس لتقدير التعويض في حالات التأميم أو المشاركة، ومؤدى هذه الطريقة تعويض الشركات عن البترول الذي قامت باكتشافه والأرباح المتوقعة من إنتاجه على أن يخصم من هذه الأرباح المتوقعة قيمة فائدة الأموال نظراً لاستحقاقها عند التأميم أو المشاركة، أي أنه يجرى التعويض عن الأرباح التي تتحقق مستقبلاً على أساس قيمتها الحالية، وهو ما يعرف اقتصادياً بخصم عكس الفائدة. ويشترط هذا المعيار لملكية الشركة المستثمرة للبترول المكتشف في باطن الأرض قبل استخراجه وإمكان تقدير كمية البترول المكتشف على وجه التحديد فضلاً عن افتراض العلم بتطور الأسعار التي سوف يقدر على أساسها الأرباح المستقبلة.

وقد خول الوضع الراهن في شأن الحماية الدولية للمال الأجنبي للدولة الحق في نزع ملكية الأجانب أو تأميم ممتلكاتهم بشرط الالتزام بمبدأ التعويض، على أنه لا يشترط أن يكون شاملاً وحالاً وفعالاً[25]. وإنما سمحت السوابق الدولية الحديثة المقررة للحد الأدنى للحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية أن يكون التعويض مناسباً للقدرة المالية للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم ومن وجهة أخرى فلا يشترط في التعويض أن يكون فورياً وإنما قد يكون مؤجلاً بل إن مجرد الوعد بالتعويض يكفي لشرعية قرار التأميم والاعتراف بآثاره في الدول الأخرى، كما أنه لا يشترط أن يتم التعويض بعملة الاستثمار أو بعملة الدولة التي

ينتمي إليها الأجنبي الذي تعرض مشروعه وممتلكاته للتأميم أو أية صورة من صور نزع الملكية وإنما يجوز أن يكون أداء التعويض بالعملة المحلية للدولة المضيفة للاستثمار بل أنه قد تم أداء التعويض في صورة عينية في بعض السوابق الدولية.

وقد تعرضت هذه المعايير إلى عدة انتقادات تشتمل على قصور الحماية الموضوعية التي يكفلها القانون الدولي العرفي لحماية المستثمر الأجنبي هو إذا كانت هذه القيود الثلاثة السابقة، عدم الإخلال بالتزام تعاقدي سابق، المساواة وعدم التمييز والالتزام بمبدأ التعويض، تقتصر على إظهار الأوضاع التي تنعقد فيها مسؤولية الدولة المضيفة للاستثمار تجاه دولة جنسية المستثمر وذلك إذا ما خالفت الأولى القيود الدولية الثلاثة السابقة حال اتخاذها إجراءات التأميم ونزع الملكية، فما هو نوع الحماية الموضوعية التي يكفلها القانون الدولي العرفي في حالة قيام الدولة بالتغييرات التشريعية أو القوانين واللوائح التي تمس بطريقة مباشرة المستثمر الأجنبي ومشروعه الاستثماري(؟) أيضا ما هو نوع الحماية الموضوعية التي يكفلها القانون لذلك المستثمر في حالة قيام الدولة بإنهاء عقد الاستثمار إنهاء مبستراً أو القيام بتعديل بنود العقد وتغيير شروطه بإرادتها المنفردة(؟).

ولا شك أن القصور يكمن خاصة في تجريد معيار التعويض من وصفه الشامل والحال لا يحقق للمستثمر الأجنبي الحماية التي يتطلبها التشجيع المتبادل لحركة انتقال رؤوس الأموال فيما بين دول تهدف إلى إنشاء روابط اقتصادية خاصة تحقيقاً لسياستها المشتركة. وقد أقر جانب من الفقه بحقيقة أن الأوصاف التقليدية للتعويض لم تعد تلقى قبولاً في التطبيق الدولي، فوصف التعويض بكونه شامل وحال وفعال هو وصف جيد ولكنه لم يعد يعبر عن واقع الحال، فكأن هذه الأوصاف التقليدية قد أصبحت لدى الفقه مجرد تعبير عما يجب أن يكون بعد أن اعترف أنها لم تعد تعكس الحالة الراهنة للقانون الوضعي القائم بالفعل ولهذا فشلت كافة المحاولات التي بذلت لإدخال هذه الأوصاف في اتفاقات جماعية بين دول غير متقاربة في المستوى الاقتصادي أو لا تجمعها مصلحة مشتركة[26].

ولا شك أن جوانب القصور التي تعتري جوانب الحماية الموضوعية التي يكتنفها القانون الدولي للمستثمر الأجنبي تجعل من المتعسر على المستثمر الأجنبي ودولة جنسيته الاستناد إلى هذا النوع من الحماية التي تعرض رعاياها وممتلكاتهم للخطورة أكثر مما تمنحهم الأمان

والضمان الكافي على رؤوس أموالهم. إذا كان هذا هو حال الحماية الموضوعية التي يكفلها القانون الدولي للمستثمرين الأجانب الثقة في هذا القانون وقواعده أم أن القصور الذي اعترى الحماية الموضوعية يعتري الحماية الإجرائية أيضاً (؟) هذا ما سوف نبحثه في الآتي:

المبحث الثاني- الحماية الإجرائية "نظرية الحماية الدبلوماسية": إن قواعد الحماية الإجرائية على خلاف الحماية الموضوعية، فإذا كانت الحماية الموضوعية تشمل القوانين والتشريعات التي تنظم حياة الأجانب ومعاملاتهم وتحاول أن توفر لهم سبل الحماية في الدول المضيفة لهم ولاستثماراتهم، فإن الحماية الإجرائية تشمل الخطوات والإجراءات التنفيذية التي تتخذها حكومات الدول التي ينتمي إليها هؤلاء الأشخاص في حالة تعرضهم إلى أية إجراءات تتخذها الدول المضيفة لهم من شأنها الإضرار بهؤلاء الأشخاص وممتلكاتهم ومشروعاتهم الاستثمارية مما يستوجب تدخل دول جنسيتهم للتصدي لحمايتهم واستعادة حقوقهم وتعويضهم عما لحق بهم من أضرار.

وقد اختلفت الآراء الدولية حول تدخل دولة جنسية المستثمر لتوفير الحماية لهم في حالة تضررهم من إجراء اتخذته الدولة المضيفة لهم اتجاه ممتلكاتهم ومشروعاتهم الاستثمارية.

وسوف نتعرض لذلك وفقاً لنظرية الحماية الدبلوماسية.

المطلب الأول- تعريف الحماية الدبلوماسية: من المستقر في القانون الدولي العرفي أن من حق الدولة أن تتصدى لحماية مواطنيها فيما لو أصابهم ضرر بفعل دولة أخرى، فما يقع على مواطني هذه الدولة من ضرر إنما يقع ضرراً واقعاً على الدولة ذاتها. إلا أن هذا المفهوم قد تغير وتحول للقول والاعتراف بأهمية الاستثمار الأجنبي للاقتصاد الوطني فالحماية التي تستوجب ممارسة الحماية الدولية في أغلب الأحيان في القانون الدولي المعاصر تنصب على حماية الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة له وليس على شخص الأجنبي فحسب.

أولاً: يقصد بالحماية الدبلوماسية "مجموعة الإجراءات السلمية التي تتخذها الدولة للدفاع عن رعاياها ومصالحهم عند وقوع ضرر بهم من قبيل دولة أخرى، وعلى ذلك فالحماية الدبلوماسية وسيلة من وسائل إعمال المسؤولية الدولية"[27]. وتتخذ الحماية الدبلوماسية عدة صور منها المطالبات الرسمية بالطرق الدبلوماسية ومنها حق الالتجاء إلى القضاء الدولي،

وهذه الصورة المعروفة بنظرية الحماية الدبلوماسية في فقه القانون الدولي العام. إلا أنه ووفقاً لنص المادة (34) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإن المستثمر الأجنبي محل الدراسة لا يستطيع مباشرة المثول أمام المحكمة لفض نزاع هو طرف فيه[28].

ففي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا وضعت المحكمة حلاً بديلاً أو ضمانة لهذا الطرف المتضرر ؟ أم أنه هنالك طرف آخر يجوز له المثول أمام هذه المحكمة نيابة عنه ؟

إن اللجوء إلى القضاء الدولي على هذا النحو قاصر على أشخاص القانون الدولي ولهذا لا يجوز للأشخاص الخاصة، طبيعيين أو اعتباريين، اللجوء مباشرة إلى المحاكم الدولية إلا في الحالات الاستثنائية المقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية وفي غياب هذه الاتفاقيات الدولية فلا سبيل للشخص الذي أصابه ضرر من إجراء اتخذته الدولة المضيفة ضده، مثل الشخص الذي قامت الدولة المضيفة لاستثماره بنزع الملكية من ممتلكاته دون أداء التعويضات المستحقة، سوى التقدم إلى دولته لكي تتدخل لحمايته، وأهم وسائل الحماية الإجرائية في هذه الحالة هي أن تلجأ دولة المال الذي نزعت ملكيته إلى المحاكم الدولية لمقاضاة الدولة التي اتخذت إجراءات نزع الملكية دون مراعاة القيود التي يفرضها القانون الدولي ومطالبتها بناء على ذلك بالتعويضات المستحقة وفقا للأحكام الموضوعية المقررة في هذا القانون بالنسبة للحماية الدولية المقررة للأجانب وممتلكاتهم ومشروعاتهم الاستثمارية[29].

وعلى الرغم من اهتمام القانون الدولي المعاصر بالفرد من خلال حقوق الإنسان إلا أنه لم يصل بعد إلى السماح له بالمطالبة الدولية حالة وقوع الضرر به ومن ثم يجب الإبقاء على اعتبار أن الحماية الدبلوماسية حق حصري وخاص واختياري للدولة بموجب قواعد القانون الدولي.

غير أن دولة جنسية المستثمر تتمتع بسلطة تقديرية لا معقب عليها في قبول التصدي لحماية مواطنيها من عدمه ما دامت تستعمل في هذا الصدد حقها الخاص، ولا شك أن وجود مثل هذه السلطة التقديرية لا يبعث على اطمئنان الأشخاص الذين تتخلى دولتهم عن التصدي لحمايتهم في مواجهة الدول الأخرى لاعتبارات سياسية أو غيرها مما يجردهم في النهاية من الحماية الإجرائية المتطلبة دفاعا عن حقوقهم، ومن جهة أخرى إذا قررت الدولة قبول التصدي لحماية مواطنيها الذين ألحقت بهم دولة أخرى أضراراً معينة فإنه لا يجوز

لهؤلاء الأشخاص في هذه الحالة التنازل عن هذه الحماية قبل أو أثناء النزاع أمام القضاء الدولي، فمادامت الدولة تمارس من خلال الدعوى الدولية حقاً خاصاً في احترام قواعد القانون الدولي فيكون من حقها وحدها التنازل عن هذا الحق(30).

وقد اعترفت اتفاقية فيينا لعام 1961 بحق الدولة في تقديم الحماية الدبلوماسية في الخارج حيث نصت المادة الثالثة على أن أهم وظائف البعثة الدبلوماسية هي حماية مصالح الدولة المعتمدة ومصالح رعاياها في الدولة المعتمدة لديها ضمن الحدود التي يقرها القانون الدولي(31). كما اعترفت المحاكم الدولية بأهمية الحماية الدبلوماسية للعلاقات الدولية ولا زالت تعترف بها في قضائها الحديث وكل الذي تطلبه تقييد هذا الحق حتى لا يساء استخدامه.

وقد انقسمت الآراء الدولية إلى رأيين حول حق تدخل دولة جنسية المستثمرين الأجانب لحمايتهم في حالة تضررهم من إجراء اتخذته الدولة المضيفة لهم تجاه ممتلكاتهم ومشروعاتهم الاستثمارية.

الرأي الأول: يرى أن دول جنسية المستثمرين تتمتع بحق يكفله لها القانون الدولي للتصدي بالحماية الدبلوماسية لحماية رعاياها في حالة تعرضهم لأية إجراءات من شأنها الإضرار بهؤلاء الرعايا وضرورة السماح للمستثمر الأجنبي بطلب حق اللجوء لدولته لتقديم الحماية الدبلوماسية في مواجهة الدولة المتخذة للإجراءات ضده وذلك لمساعدته على استرجاع حقوقه أو تعويضه عن الخسائر التي لحقت به. كما يرى هذا الاتجاه أنه لابد وأن تتدخل الدولة لحماية مواطنيها إذا ما تعرضوا هم وممتلكاتهم لأي اعتداء من قبل الدولة المضيفة لاستثماراتهم، وإذا كان هذا الحق لا تملكه إلا الدولة التي يتبعها هذا الشخص الأجنبي الذي تعرض للاعتداء من قبل الدولة المضيفة له وفقا لنظرية الحماية الدبلوماسية المستقرة في العرف الدولي إلا أن هناك شروطاً تتطلبها تلك الحماية لكي يتم تفعيلها من قبل جنسية المستثمرين.

أما الرأي الآخر: يرى الرأي المناهض للرأي الأول أنه لا يجوز للمستثمر الذي يقيم مشروعاته الاستثمارية في هذه الدول أن يطلب من دولته التدخل لحمايته إذ تسري عليه

القوانين والتشريعات التي تصدرها الدول المقام داخل إقليمها مشروعه الاستثماري كما تتخذ في مواجهته الإجراءات التي تتخذ تجاه الوطنيين.

إلا أنه قد وجهت عدة انتقادات للرأي القائل بأن للدولة سلطة تقديرية في أن تقرر ممارسة أو عدم ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح أحد رعاياها وهي ليست ملزمة بذلك وذلك من النواحي التالية:

أ/ إن الرأي القائل بأن الضرر قد أصاب الدولة ذاتها يعد قول ملئ بالتناقضات الداخلية، فعلى الرغم من أن الضرر أصاب الدولة إلا أنه لممارسة الحماية الدبلوماسية، في أغلب الأحيان، يجب أن يتقدم الفرد لدولته طالباً الحماية الدبلوماسية للضرر الواقع عليه من قبيل دولة أخرى، فإذا كان الضرر واقع بالدولة فعلاً فكان يجب على الدولة أن تقوم برفع الضرر عنها دون انتظار لأن يتقدم أحد رعاياها الواقع به الضرر طالباً حمايتها الدبلوماسية.

ب/ يقوم الرأي السابق على مفهوم لا يفصل بين الحماية الدبلوماسية وحماية الأفراد ويرجع ذلك إلى أن موضوع الحماية الدبلوماسية ظهر في وقت لم يكن فيه الفرد محل اهتمام القانون الدولي وكانت الدولة حينذاك في مركز أسمى من مركز مواطنيها ومن ثم كان للدولة أن تحل محل الفرد للدفاع عن حقوقه منعاً لإنكار العدالة، أما في الوقت الحالي مع ازدياد اهتمام القانون الدولي بالفرد فإن هذا الاهتمام يقتضي أن يقع على الدولة نوع من الالتزام بمنح الحماية الدبلوماسية للفرد المضرور ولا يترك للدولة حرية تقدير ما إذا كان يتطلب تدخلها بالحماية الدبلوماسية من عدمه.

ج/ تنص دساتير وقوانين بعض الدول على أن للفرد حقاً في الحماية الدبلوماسية وأنه يجب على الدولة لزاماً أن تحمي الحقوق المشروعة لرعاياها في الخارج وأنه ينبغي أن يتمتع رعايا الدولة بالحماية أثناء إقامتهم بالخارج[32].

أما الرأي المناهض لحق الدولة في التصدي بالحماية الدبلوماسية لحماية مواطنيها

يرى بأن هذا الحق استخدم استخداماً سيئاً في كثير من الأحيان واتخذ سبباً للتدخل في الشؤون الداخلية للدول الضعيفة ويشهد تاريخ العلاقات الدولية على الرغم من أن الحماية الدبلوماسية قد لعبت دوراً فعالاً وأدت إلى تطور قواعد القانون الدولي، أن الدول عندما تتدخل لحماية مواطنيها إنما تقدم على ذلك انطلاقاً من مصلحتها الذاتية أولاً وكثيراً ما يتخذ

هذا التدخل سبباً لتحقيق أهداف قومية اقتصادية أو سياسية، ولما كانت دول أمريكيا اللاتينية قد عانت كثيراً من هذا التدخل غير المشروع فإن فقهائها قدموا لفقه القانون الدولي نظريات، نظرية لويس دارجو وكارلوس كالفو، لا زال لها صداها في العلاقات الدولية حتى قيل أن لدول أمريكيا اللاتينية في هاتين النظريتين مسوغاً قانونياً يجعلها بمنأى عن تدخل الدول القومية ولذلك تضمنتها دساتير الكثير من الدول والاتفاقيات الدولية التي عقدتها فيما بينها استجابة لهذا الفقه القانوني، وانعكس هذا الموقف لا على التدخل فحسب ولا على حق الحماية الدبلوماسية ولكن شمل التحكيم والقضاء الدوليين وكل وسيلة دولية لتسوية المنازعات الدولية[33].

المطلب الثاني- شروط الحماية الدبلوماسية: للحماية الدبلوماسية عدة شروط حتى تستطيع دولة جنسية المستثمرين تقديم الحماية الدبلوماسية لهم وتتمثل هذه الشروط في الآتي:-

1/شرط كالفو Calvo Clause: تسعى دول أمريكيا اللاتينية في الحد من التدخل الأجنبي بحجة أنها تمارس حق الحماية الدبلوماسية وأن هذا الحق يقره القانون الدولي، وقد كان السياسي الأرجنتيني دارجو أول من سعى لتكوين نظريته مبدأ تلتزم به دول أمريكيا اللاتينية وكان مبعثه في ذلك التدخل المشترك في فنزويلا عام 1902 والذي قامت به مجتمعة المملكة المتحدة وإيطاليا وألمانيا، وتقضي هذه النظرية بأن الدين العام الذي تؤديه دولة أمريكية لاتينية يجب ألا يكون سبباً للتدخل المسلح أو الاحتلال الحقيقي لإقليم أمة أمريكية بواسطة القوى الأوربية، وقد وجدت هذه النظرية قبولاً عند الولايات المتحدة وأقرها مؤتمر لاهاي للسلام عام 1907 في المعاهدة التي أجازها على منع استعمال القوة لاقتضاء دين تعاقدي، غير أن هذه الاتفاقية انتقدت على أساس أنها لم تشمل التهديد باستعمال القوة والذي يمكن أن يلجأ إليه لإرغام دولة على قبول التحكيم أو تنفيذ حكم التحكيم[34]. ولم تحظ هذه الاتفاقية على قبول وتوقيع الكثير من الدول ذلك للثغرات التي وجدت فيها ولاقتصارها على الدين العام فقط حيث أن هذه الاتفاقية لم تزل مخاوف دول أمريكيا اللاتينية؛ ذلك أن ما كانت تعاني منه تلك الدول ليس فقط اقتضاء الدين العام ولكن التدخل المستمر لحماية

الأجانب المقيمين فيها بدعوى ممارسة حق الحماية الدبلوماسية، ولهذه الأسباب لم تلق نظرية دارجو قبولاً من دول أمريكيا اللاتينية ولا سيما فيما يتعلق بإساءة الحماية الدبلوماسية.

وعلى ذلك واصل الفقهاء ورجال السياسة في دول أمريكيا اللاتينية البحث عن نظرية تتدارك ثغرات النظرية السابقة ورغبة في تقييد حق الحماية الدبلوماسية أو تقييد ممارسته فكانت نظرية كالفو أو ما يعرف بشرط كالفو الذي يمثل الرأي الحقيقي لهذه الدول لأنها ركزت على الحماية الدبلوماسية واستجابت لما كانت تعاني منه تلك الدول[35]. وقد عبر كالفو عن أرائه في التدخل والمساواة في السيادة وحقوق الأجانب وخضوعهم لمحاكم الدولة ومساواتهم بالوطنيين وقد تضمنت معظم دساتير دول أمريكيا اللاتينية هذا الشرط، وأيضاً قوانينها الخاصة باستغلال الموارد الطبيعية إلى الحد الذي جعل عقود الاستثمار في هذه الدول تتضمن تنازل الأجانب عن اللجوء إلى حكوماتهم لممارسة الحماية الدبلوماسية، وعلى سبيل المثال العقد المبرم بين المكسيك وشركة تكساس الأمريكية في 1912/11/23 إذ جاء في المادة(18) من ذلك العقد ما نص على أنه "يعتبر كمكسيكيين المتعاقد وكل الأشخاص الذين يعملون أو بأي صفة أخرى يمكن أن يتصلوا بتنفيذ هذا العقد مباشرة أو بطريق غير مباشر في كل الأمور داخل جمهورية المكسيك فيما يتعلق بتنفيذ هذا العمل والوفاء بهذا العقد ولا يجوز لهم المطالبة، فيما يتعلق بالمصالح والعمل المتصل بالعقد أي حقوق أو وسائل جبرية إلا ما يخوله قانون الجمهورية للمكسيكيين ولا يجوز لهم التمتع بأي حقوق أخرى تفوق تلك التي تمنح للمكسيكيين وعلى ذلك فهم يحرمون بصفتهم أجانب ولا يسمح لهم تحت أي ظرف، بتدخل الوكلاء الدبلوماسيين الأجانب في أي أمر يتصل بهذا العقد"[36]. ويتضح من نص المادة أنه لم ينص على تنازل الأجانب عن حق الحماية الدبلوماسية فقط، بل شمل كل الحقوق التي يجب أن يتمتع بها الأجنبي إذا كانت تلك الحقوق لا يقرها القانون الوطني للمواطنين فيما يتصل بأمور العقد.

وقد أكد كالفو أن الأجانب الذين يقيمون في الدولة يتمتعون بنفس الحقوق التي تمنح للوطنيين في الأمور التي تتعلق بحمايتهم ولكن لا يجوز لهم التوسع في طلب الحماية إذا لحق بهم ضرر، أما إذا أصابهم أية ضرار فلهم الحق في مطالبة دولة المتسببين في الضرر بالحماية وليس لهم الحق في المطالبة بالتعويض، فالمبدأ الذي يهدف إلى تمتع الأجانب

بمزايا أكبر من تلك التي يتمتع بها مواطنو الدولة التي يقيمون فيها يخالف قانون المساواة بين الأمم، كما أن الاعتراف بمسؤولية الدولة عن التعويض يعطي ميزة خاصة ونافعة للدول القوية وضارة للدول الضعيفة ويؤدي إلى عدم المساس بين المواطنين والأجانب وهذه الميزة تضر باستقلال الأمم ومبدأ الإقليمية.

ويترتب على شرط كالفو العديد من الآثار بوصفه الميراث القانوني لدول أمريكيا اللاتينية، وتتمثل هذه الآثار في الآتي:

أ/ القانون الدولي يطلب فقط من الدولة معاملة الأجانب نفس معاملة رعاياها .

ب/ القانون الداخلي وحده الذي ينظم حقوق وامتيازات الأجانب.

ج/ المحاكم الوطنية وحدها هي فقط المختصة بالفصل في المنازعات بشأن الأجانب وممتلكاتهم، وبالتالي فلا يحق لهؤلاء المطالبة بالتعويض من خلال اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية.

د/ لا اختصاص للقضاء الدولي بشأن الفصل في المنازعات القائمة مع الأجانب.

2/شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية: إن الشرط الثاني المتطلب حتى يتسنى لدولة جنسية المستثمرين تقديم الحماية الدبلوماسية لهم هو أن يستنفذ هؤلاء المستثمرين الوسائل القضائية الداخلية المتاحة في قانون الدول المضيفة لاستثماراتهم والمتسببة في الأضرار الواقعة بهم[37]. وبالنظر إلى حق الشخص في الحماية الدبلوماسية وعلى الرغم من تمتعه بجنسية دولة معينة إلا أن هناك تساؤل يثور حول ما إذا كان يكفي توافر رابطة التبعية (الجنسية) بين طالب الحماية والدولة التي تحميه عند تحقق الضرر أم أنه يشترط استمرار هذه الرابطة أيضاً إلى وقت رفع النزاع أمام القضاء الدولي أو صدور الحكم في شأنه (؟).

إن تصدي الدولة لحماية الشخص الطبيعي يتأتى من تمتع هذا الشخص برابطة التبعية آلا وهي جنسية الدولة التي ينتمي إليها فإذا كان طالب الحماية شخصاً طبيعياً فيتعين أن يكون من مواطني الدولة التي تمنحه الحماية، وهي الدولة التي يحمل جنسيتها وفقاً لتشريعاتها الداخلية. ولا يختلف الأمر إذا كان طالب الحماية شخصاً اعتبارياً فتصدي الدولة لحماية الشخص الاعتباري لا يتأتى إلا عندما يتمتع الشخص الاعتباري بجنسية هذه الدولة

ويتبعها وفقاً للمعايير التي تقرها تشريعاتها الداخلية وهي تبعية تقوم غالباً على فكرة الاندماج الاقتصادي في الجماعة الوطنية. ويرى البعض أنه يشترط لممارسة الحماية الدبلوماسية للشخص الاعتباري أن تكون هذه التبعية قائمة على أسس واقعية أو فعلية وهكذا يبدو معيار الرقابة وفقاً لهذا الرأي كمعيار تكميلي يقوم إلى جانب المعيار الذي تعتنقه التشريعات الداخلية للدولة المدعية للحماية الدبلوماسية إلا أن استلزام معيار الرقابة إلى جانب معيار التبعية الذي تعتنقه التشريعات الداخلية للدولة التي تتصدى لحماية الشخص الاعتباري قد يؤدي في حالات معينة إلى استحالة توفير الحماية الدولية للأشخاص الاعتبارية كنتيجة لتخلف الأوصاف المتطلبة لحماية الشخص الاعتباري. وإذا افتقر الشخص الاعتباري إلى أي المعايير المتطلبة لإثبات جنسيته وتبعيته للدولة التي تتصدى لحمايته فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هو استحالة توفير الحماية الدولية لهذا الشخص على الأقل ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك، ويثور التساؤل هنا إذا ما لحق بالمشروع الدولي أضرار من دولة ليست طرفاً في الاتفاقية التي أنشأته، فأي من هذه الدول يحق لها حمايته دبلوماسياً في هذه الحالة ما دمنا بصدد مشروع يصعب القول بانتمائه السياسي لدولة محددة من بين الدول المنشئة له بموجب الاتفاقية أم أن التصدي لحماية هذا المشروع الدولي يحق لجميع الدول الموقعة على الاتفاقية المنشئة لذلك المشروع(؟) للإجابة على هذا التساؤل أكد جانب من الفقه على أن جميع الدول الموقعة على الاتفاقية المنشئة لهذا المشروع تتمتع بحق التصدي لحماية المشروع دبلوماسياً إذا نصت الاتفاقية على ذلك صراحة، أما إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك فلا توجد قاعدة عرفية في القانون الدولي تقرر نظام الحماية الدبلوماسية المشتركة للمشروعات الاقتصادية الدولية على هذا النحو، فحق كافة الدول المنشئة للمشروع التصدي لحمايته دبلوماسياً يرتد إلى فكرة التبعية السياسية المشتركة لهذه الدول وبالتالي تمتعه بجنسياتها جميعاً وهي فكرة قد تعبر عن حقيقة اجتماعية قائمة ولكنها لا تستجيب إلى الحقائق القانونية الوضعية الراهنة والتي تنظر إلى رابطة الجنسية على أنها رابطة بين الشخص ودولة معينة تقوم على أسس واقعية[38]. وإذا كان من الطبيعي أن الأشخاص الذين أسسوا هذا الكيان الاعتباري ينتمون بجنسيتهم إلى دولة محددة فإن الأشخاص المؤسسين لذلك الشخص الاعتباري، المختلف في طبيعة تكوينه

، ينتمون بجنسياتهم إلى دول متعددة وهو وضع المساهمين الذين ساهموا برؤوس أموالهم في تأسيس هذا الشخص الاعتباري ويختلفون بجنسياتهم المتعددة هذه عن جنسية هذا الشخص الاعتباري، فإذا تعذر على الدولة التي يتبعها الشخص الاعتباري أن تتصدى لحمايته أو كان هذا الشخص لا يتمتع بجنسية أي دولة على الإطلاق فإن المساهمين في رأسماله يجدون أنفسهم في وضع يستحيل عليهم فيه أن يطالبوا الدولة التي أضرت بالشخص الاعتباري بالتعويضات المستحقة وفقاً لأحكام القانون الدولي حيث رفضت محكمة العدل الدولية في سعيها وراء القواعد التي يجب أن تحكم ممارسة حق الحماية الدبلوماسية في نزاع برشلونة السماح بازدواج الحماية الدبلوماسية، حماية يحق ممارستها بواسطة دولة جنسية الشركة وحماية تمارسها دولة أو دول جنسية المستثمرين وخلصت المحكمة قائلة "إن المحكمة تعتبر اعتناق نظرية الحماية الدبلوماسية بواسطة دول حملة الأسهم وفتح الباب إلى مطالبات دبلوماسية متنافسة قد يخلق مناخاً من عدم الاستقرار في العلاقات الدولية" وخلصت المحكمة إلى أن دولة جنسية الشركة وحدها هي التي يحق لها ممارسة حق الحماية الدبلوماسية[39]. إن الشخص الاعتباري مجرد مجاز أو صناعة قانونية ومن ثم فإن تخويل الدولة التي يتبعها بجنسيته حق التصدي لحمايته لا يجب أن يكون مانعاً من تخويل دول جنسية المساهمين من حقهم الطبيعي في حمايتهم في حدود الأضرار التي لحقت بهم وذلك إذا استحال على الدولة الأولى أن تتصدى لهذه الحماية، والقول بغير ذلك سوف يجعل الأجانب الذين يقومون باستثمار أموالهم في دول معينة من خلال مساهمتهم في رأس مال شركات لا تتمتع بجنسية الدولة المضيفة، على سبيل المثال، في وضع أسوأ من المساهمين الأجانب في شركة أخرى تتمتع بجنسية هذه الدولة. وفي الحالة التي يتعذر فيها ممارسة دولة الجنسية الشخص الاعتباري للحماية الدبلوماسية، فقد جرى القضاء الدولي على تأكيد حق الدولة التي يتمتع المساهمون بجنسيتها في التصدي لحمايتهم دبلوماسيا إزاء الأضرار غير المباشرة التي لحقت بهم سواء ارتد هذا التعذر إلى أسباب واقعية، كما لو كانت الدولة التي تسببت في الإضرار بالشخص الاعتباري هي نفس الدولة التي يحمل جنسيتها أو كان مرجع التعذر أسباب قانونية كما هو الشأن فيما لو عجزت الدولة التي ينتمي إليها الشخص الاعتباري عن حمايته في مواجهة الدولة الغير نتيجة لعدم قيام رابطة

الجنسية التي تربطها به على أسس واقعية وفقا لما يشترطه القضاء الدولي عملا بفكرة الجنسية الفعلية أو انعدمت، على الأقل، مصلحتها في هذه الحماية. باعتبار أن الأضرار المباشرة قد أصابت الشخص الاعتباري ذاته.

إن الوضع الحرج الذي يجد المساهمون أنفسهم فيه، وذلك من حيث عدم قدرتهم على التمتع بحماية دولهم إزاء الأضرار التي يتعرض لها الشخص الاعتباري الذي شاركوا في تأسيسه، يدعو إلى التفكير في وسيلة فعالة وعادلة لحماية هؤلاء المساهمين نزولاً على اعتبارات العدالة الدولية أياً كان قدر مساهمتهم في رأس مال هذا الشخص الاعتباري.

وعلى الرغم من أهمية شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية حتى يتسنى للشخص الاعتباري الحصول على الحماية الدبلوماسية إلا أنه لا يعد من المبادئ المطلقة بل إن هناك ثمة قصور يعتري سبل الشرط الخاص باستنفاذ الوسائل القضائية الداخلية كما اعترى الحماية الموضوعية.

وتتمثل أوجه القصور في الشرط الخاص باستنفاذ الوسائل القضائية الداخلية في الآتي:

✓ اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، حيث أن الطرف الأول دولة ذات سيادة والطرف الأخر شخص خاص اعتباري، وصعوبة تحقق المساواة الكاملة بينهما أمام محاكم الدولة المضيفة الأمر الذي قد يصعب معه على المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة تقديم الضمان الكافي لطمأنة المستثمر الأجنبي الخاص على نتيجة دعواه.

✓ قد تكون الهيئات القضائية الداخلية في الدولة المضيفة ممنوعة من التعرض لتصرفات الدولة أو ربما لا تتوافر فيها الكفاءة اللازمة للفصل في الموضوعات الفنية والقانونية المعقدة التي غالبا ما تتضمنها منازعات الاستثمار.

✓ قد يكون ذلك ناجم إلى تخلف القوانين الداخلية المنظمة للعلاقات الاستثمارية في بعض الدول المضيفة بدرجة يتعذر معها توفير الحد الأدنى اللازمة لمعاملة الاستثمارات الأجنبية أو لعدم وجود مثل هذه القوانين في الدول المضيفة.

✓ شعور المستثمر الأجنبي بالتحفظ تجاه التعويل على المحاكم الداخلية والأجهزة القضائية في دولة أجنبية لم يتعود المثول أمامها أو لخوفه من احتمال تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية السائدة في الدول المضيفة التي غالبا ما تكون السبب المباشر وغير

المباشر في الإجراءات الحكومية المشكو منها أو خشية تحيز القاضي لمصلحة دولته، وهذا بخلاف أن القاضي غالبا ما يكون ملزما بتطبيق القانون الداخلي لدولته والذي قد يكون هو أساس الشكوى.

✓ ليس من المرغوب فيه أن تكون الدولة خصماً وحكماً في نفس الوقت، الأمر الذي يؤدي إلى عدم الحياد وعدم الموضوعية وبالتالي انتفاء العدالة المتطلبة لشعور المستثمر الأجنبي بالاطمئنان على رأسماله ومشروعه(40).

فعلى الرغم مما توفره التشريعات الوطنية من ضمانات وما تمنحه من مزايا وحوافز للمستثمرين الأجانب إلا أنها أداة غير فعالة بالنسبة لهم، وذلك بسبب قابليتها للتعديل والإلغاء بالإرادة المنفردة من جانب الدولة المضيفة في الوقت الذي لا يلزم هذه الدولة بأداء أي نوع من التعويض للمستثمر عما لحق به من أضرار نتيجة تصرفها ما دامت لم تخالف أحكام القانون الدولي فيما يتعلق بقواعد الحد الأدنى لمعاملة الأجانب حيث أن ما يتضمنه القانون الوطني من مزايا وحقوق للمستثمرين الأجانب لا يعد التزاماً دولياً في مواجهة الدول الأخرى .

ونتيجة لذلك سعت الدول الراغبة في النمو تحقيقاً لما تمليه عليها مصالحها الخاصة والتي تتمثل بوجه خاص في حاجتها إلى اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للإسهام في مجالات التنمية الاقتصادية إلى تبني تشريعات وطنية تتضمن حماية الاستثمار تزيد بداهة عن الحد الأدنى للحماية المقررة بمقتضى العرف الدولي، وتهدف هذه التشريعات إلى توضيح قواعد ومعايير معاملة الاستثمار الأجنبي التي تضمن عدم تعرضه لإجراءات التأميم ونزع الملكية وتحدد في نفس الوقت وسائل تسوية المنازعات المتعلقة به فضلاً عن تضمين دساتيرها نصوصاً تقرر احترام الملكية الخاصة أياً كانت جنسية صاحبها وتكفل عدم المساس بها إلا بقانون من أجل مصلحة عامة للدولة ومقابل تعويض عادل.

وغالباً ما يتم تجميع القواعد القانونية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار في تشريع واحد تحت مسمى قانون الاستثمار أو قانون ضمانات وحوافز الاستثمار أو قانون حماية الاستثمار الأجنبي، ويسعى هذا التشريع إلى تحقيق هدفين في آن واحد.

الأول: هو تشجيع الاستثمارات الأجنبية من خلال وضع قواعد محددة لمعاملتها وتوفير المزايا والحوافز لها.

أما الثاني: فهو حماية هذه الاستثمارات من المخاطر السياسية وما في حكمها[41].

فإذا كانت القواعد الدولية العرفية لا تتسم بالفاعلية المتطلبة كوسيلة لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وإذا كان مسلك إصدار التشريعات الداخلية تتضمن حماية خاصة للاستثمارات الأجنبية لا يحقق للمستثمر الأجنبي الأمان الذي ينشده بالفاعلية المتطلبة ما دام أنه يعلم أن من حق الدولة أن تتراجع في أي وقت عن سياستها الاقتصادية فتحرم المستثمر الأجنبي بمقتضى تشريعات لاحقة من الحماية الخاصة التي قررتها تشريعاتها السابقة وما دام أنها لم تنزل في معاملتها للمستثمر الأجنبي عن الحد الأدنى للحماية المقررة بمقتضى الأعراف الدولية، كل ذلك أدى إلى ضرورة البحث عن وسائل أكثر فاعلية لحماية الاستثمار الأجنبي، فكان التطور نحو القانون الدولي الاتفاقي لتوفير الحماية المأمولة، وأخذ هذا التطور مساره تدريجيا على محورين أساسيين، محور الاتفاقيات الدولية الثنائية، ومحور الاتفاقيات الدولية الجماعية أو الاتفاقيات المتعددة الأطراف[42].

أ/ الاتفاقيات الثنائية: نظراً لعدم الاتفاق دولياً على مبادئ ملزمة لمعاملة الاستثمار الأجنبي الخاص، فقد حرصت معاهدات الاستثمار الثنائية على تحديد نظامه القانوني ووسائل حمايته في إطار سياسة تشجيع الاستثمار الأجنبي التي تتبعها غالبية الدول، وتنص معظم هذه المعاهدات الثنائية على الحماية العامة والضمان لأشخاص وأموال المستثمرين من رعايا الدول المتعاقدة ، لذلك سميت بمعاهدات الغطاء أو اتفاقيات المظلة لأنها تعطي للمستثمر حقوقاً خاصة وتضمن آثار الالتزامات التعاقدية لعقود الاستثمار، ولعل أهم مميزات هذه الاتفاقيات في هذا المجال :

- إنها تضمن إرساء القواعد القانونية الواضحة حول عقود الاستثمار، حيث أنها تنص على كافة الحقوق والامتيازات التي يتعين تمتع المستثمرين المنتمين للدولة المتعاقدة بها عند إبرامهم لعقود الاستثمار مع الدول المضيفة، فإذا ما أبرم أحد رعايا الدولة المتعاقدة عقد استثمار مع الدولة المضيفة، فإن هذه الحقوق والامتيازات تثبت له بمقتضى الاتفاقية ذاتها، وليس فقط بمقتضى العقد، بمعنى أن الاتفاقية تصبح بمثابة غطاء تتحول بمقتضاه

الالتزامات الواردة بعقد الاستثمار إلى التزامات دولية يترتب على تعديل الدولة المضيفة لأي منها بمقتضى قانون داخلي تحريك المسؤولية الدولية ضدها.

- كما تتميز المعاهدات الثنائية بالمرونة حيث أنها تستجيب لرغبة الدولتين المتعاقدتين وتراعي ظروفهما المشتركة، لذلك تفضل الدول المصدرة لرأس المال اللجوء إليها لأنها ترى فيها فائدة أكبر لرعاياها، ليس فقط لأنها ملزمة، ولكن أيضاً لأنها تعطي المستثمر معاملة أفضل[43].

وتنقسم قواعد المعاملة الاتفاقية إلى نوعين، نوع يطلق عليه قواعد المعاملة المشروطة، وقد حددت المعاهدات مضمونه بشكل مباشر عن طريق الإحالة إلى قوانين الدول المتعاقدة أو إلى اتفاقيات مع دول ثالثة أو الأخذ بنظام تبادل المزايا، ويطلق جانب من الفقه على قواعد المعاملة المشروطة اسم الوسائل الفنية . أما النوع الأخر لم تحدد المعاهدات مضمونه بشكل مباشر أو غير مباشر، وإنما تركت فعل ذلك للأطراف المتعاقدة في ضوء كل معاهدة على حدة، ويطلق على هذا النوع من القواعد اسم قواعد المعاملة غير المشروطة[44].

- **قاعدة المعاملة غير المشروطة:** يقصد بالمعاملة غير المشروطة أو المطلقة هي القاعدة التي تترك تحديد مضمونها على ضوء ظروف التطبيق وبعد دراسة كل حالة وبعد التشاور بين الأطراف، كما يمكن الاستعانة في هذا الصدد بالأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن، لذلك يختلف مضمون هذه القاعدة من حالة أخرى، وخير ما يعبر عنها قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة التي أخذت بها غالبية معاهدات الاستثمار الثنائية ، فعلى سبيل المثال نصت المادة (2) من المعاهدة المبرمة بين الجمهورية المتحدة والكويت عام 1966 على أن يقوم كل من الطرفين المتعاقدين، لتشجيع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين التابعين للطرف الآخر على الاستثمار في بلده في المشروعات التي توافق عليها الحكومتان، بضمان المعاملة العادلة والمنصفة لاستثماراتهم[45].

وقد تعرض معيار المعاملة غير المشروطة للنقد حيث يكتنفه الغموض ويصعب تحديد مضمونه بدقة، فقد أشارت تقارير متعددة صادرة عن مركز الأمم المتحدة للشركات المتعددة الجنسية إلى أنه معيار مبهم وأن هناك عناصر متعددة تدخل في تكوينه، مثل مبدأ عدم

التمييز وقواعد الحد الأدنى لمعاملة الأجانب وواجب حماية ممتلكاتهم، كما ذهب البعض إلى القول بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة ما هو إلا تسمية أخرى لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، وهو المعيار الذي ثبت عدم كفايته لتوفير الحماية المتطلبة للاستثمارات الأجنبية الخاصة[46].

- **قواعد المعاملة المشروطة:** هي قواعد السلوك التي تقرر معاملة المستثمر بأحكام نسبية، ويتم تحديد هذه القاعدة بالإحالة إما إلى القوانين الوطنية للدول المتعاقدة، كما هو الحال في قاعدة المساواة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب، أو تبادل المزايا كما هو الحال في شرط المعاملة بالمثل أو التبادل (المنجز أو المعلق)، وإما إلى الاتفاق المبرم مع دولة ثالثة، كما هو الحال في شرط الدولة الأولى بالرعاية أو التنظيم المباشر، كما هو الحال في التنظيم المباشر للحماية الاتفاقية للمال الأجنبي.
- المساواة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب: مؤدى هذا المبدأ أن تتعهد دولة متعاهدة بأن تقرر لأموال مواطني الدول المتعاهدة الأخرى وكذلك لأموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية هذه الأخيرة نفس الحماية المقررة لأموال مواطني الدولة الأولى بمقتضى تشريعاتها الداخلية[47]. وترى الدولة حرصاً منها على اضطراد المعاملات الدولية وتشجيعاً للنشاط الاقتصادي بإقليمها أن تمنح الأجنبي كافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيين وذلك باستثناء الحقوق التي تستلزم انتماء الشخص إلى الجماعة الوطنية كالحقوق السياسية.

وقد تعرض هذا الشرط للنقد حيث أن تشبيه المستثمر الأجنبي بالمستثمر الوطني من حيث الحماية المتطلبة لاستثماره فإنه قد يكون تشبيها خياليا من مضمون محدد في غالبية الفروض بالنظر لخلو التشريعات الداخلية عادة من نصوص صريحة لحكم هذه الحماية وخاصة أن حق الدولة في اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم يعد من حقوق السيادة التي تنطبق عادة على الوطنيين دون أي قيد أو شرط على الأقل مادامت أموالهم كائنة في إقليم الدولة التي اتخذت الإجراءات، كما أنه إذا تضمنت التشريعات الوطنية بعض الضمانات الخاصة بالأموال المملوكة للوطنيين تزيد عن الحد الأدنى للضمانات المقررة للأموال الأجنبية بمقتضى العرف الدولي فإن تعديل هذه التشريعات المتضمنة لمثل هذه الضمانات

هو أمر يملكه المشرع الوطني دائما لما له من سيادة شخصية على الوطنيين، كما أن ذلك لا يعرض دولته للمسئولية الدولية، الأمر الذي يترتب عليه تجريد المستثمر الأجنبي من ميزة التمتع بالحماية التي كانت مقررة بالنسبة للمستثمر الوطني[48].

- **مبدأ الدولة الأولى بالرعاية:** مؤدى هذا المبدأ أن تتعهد الدولة بمنح رعايا دولة أجنبية معينة كافة المزايا التي تقرر في الحال أو في المستقبل منحها لرعايا دولة أجنبية معينة كافة المزايا التي تقرر في الحال أو في المستقبل منحها لرعايا أية دولة أجنبية أخرى فيما يتعلق بالتمتع بحق معين أو بمجموعة معينة من الحقوق وذلك دون الحاجة لاتفاق جديد في هذا الصدد، ومن الواضح أن هذا المبدأ يحقق للدولة المستفيدة، التي تقرر لصالحها شرط الدولة الأولى بالرعاية، فائدة كبيرة إذ هو يكفل لرعاياها المقيمين في الدولة الملتزمة بهذا الشرط كل امتياز يمنح لرعايا دولة أخرى في الحاضر والمستقبل، غير أن هذا الشرط ينوي على درجة كبيرة من الخطورة بالنسبة للدولة التي تلتزم به إذ قد يفقدها سلاح المساومة مع الدولة المستفيدة في المستقبل، كما أنه يغل يد الدولة عن منح أي امتياز تريد منحه لدولة أخرى إذ أن ذلك سيضطرها إلى منح نفس الامتياز إلى الدولة المتمتعة بشرط الدولة الأكثر رعاية على الرغم من أن هذه الأخيرة لم تكن هي المقصودة بهذا الامتياز أصلاً .

وقد تعرض هذا الشرط إلى الانتقادات حيث يرى البعض بأنه لن يحقق بدوره للمستثمر الأجنبي الأمان الذي يتمتع بمثل هذه الحماية سوف يكون معرضاً دائماً لفقده بمجرد زوالها عن رعايا الدولة الأولى بالرعاية على الأقل ما لم تنص الاتفاقية المتضمنة للشرط على غير ذلك.

***مبدأ المعاملة بالمثل أو التبادل:** مؤدى هذا الشرط أن تعامل الدولة الشخص الأجنبي نفس المعاملة التي تعامل بها رعاياها في إقليم دولة هذا الشخص الأجنبي، وتلجأ الدول إلى اشتراط المعاملة بالمثل لتكفل لرعاياها المقيمين في الدول الأجنبية نطاقاً أوسع من الحقوق عن ذلك الذي يقتضي به القانون الدولي في هذا الصدد، فتقرير الدولة مبدأ التبادل في معاملة الأجانب من شأنه في الواقع حث الدول الأجنبية على زيادة الحقوق التي تمنحها لرعايا هذه الدولة حتى تكفل هذه الدول لرعايا نفس الحقوق.

وينقسم التبادل من حيث كيفية إعماله إلى نوعين:

- **التبادل المعلق:** وهو الذي تعلق فيه الدولة منح الحق للأجنبي على مبادرة دولة الأجنبي بتوفير نفس المعاملة لمواطني هذه الدولة[49]. ويتحقق في إحدى صورتين، الأولى: فهي التي تقرر فيها الدولة منح الأجنبي ذات الحق الذي تمنحه دولة الأجنبي لرعايا الدولة الأولى، وتقوم هذه الصورة على فكرة التطابق إذ يتعين على كل من الدولتين منح ذات الحق لرعايا الدولة الأخرى المقيمين على إقليمها. أما الصورة الثانية : فهي التي تعلق فيها الدولة تمتع الأجنبي بحقوق معينة على إقليمها على حصول رعاياها المقيمين في إقليم الدولة الأجنبية على مجموعة أخرى من الحقوق ترى أنها تعادل في الأهمية مجموعة الحقوق التي قررت منحها لرعايا الدولة الأجنبية وإن كانت لا تطابقها[50].
- **التبادل المنجز:** وهو اتفاق الدولتين على مجموعة من الحقوق تلزم الدول الأطراف في الاتفاقية بتوفيرها لرعايا بعضها البعض وذلك بصفة مباشرة دون تعليق تمتع رعايا كل منها بهذه الحقوق بإقليم الأخرى على قيام هذه الأخيرة بتوفير نفس المعاملة لرعايا الدولة الأولى.

وقد لا تكفي المعاهدات بتعدد الحقوق التي يتعين على الدول الأطراف في الاتفاقية منحها لرعايا الدول الأخرى، بل تقوم بتنظيم تفاصيل هذه الحقوق من الناحية الموضوعية بحيث تنتفي الحاجة إلى الرجوع لقوانين الدول الأطراف في المعاهدة لتحديد كيفية تمتع رعاياها بهذه الحقوق في إقليم بعضها البعض.

وبالنسبة لهذا الشرط فإنه أيضاً لا يخلو من المثالب، فعلى الرغم من الدقة الحسابية لصور التبادل المختلفة إلا أنها تثير في تطبيقها صعوبات من العسير تجاوزها إذ أنها تفرض تماثلاً كاملاً بين التشريعات المتنوعة من حيث شروط التمتع بالحق المتبادل وحدود ممارسته وهو أمر يصعب تحققه في كثير من الحالات كما يصعب التأكد من تحققه في حالة حدوثه[51].

- **التنظيم المباشر للحماية الاتفاقية للمال الأجنبي:** مؤدى هذا الشرط هو أن تتصدى الدول أطراف الاتفاق الدولي للتنظيم المباشر للحقوق المخولة للأطراف المتعاهدة ورعاياها على نحو مستقر وغير قابل للتعديل إلا بالطرق الاتفاقية المحددة لتعديل

المعاهدات وفقاً للقواعد العامة، وهذا هو المسلك الذي اتبعه غالبية الاتفاقيات الدولية المبرمة في شأن تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة إذ تحرص هذه الاتفاقات عادة على النص على إعمال كل من مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين ومبدأ الدولة الأولى بالرعاية في شأن الأحكام التشجيعية الخاصة بمعاملة استثمارات كل طرف أو رعاياها لدى الدول المتعاهدة الأخرى أما القواعد الخاصة بالحماية الاتفاقية لاستثمارات كل دولة لدى الدول الأخرى المتعاهدة، فقد فضلت معظم هذه الاتفاقات أن تتصدى لها هذه الدول بالتنظيم المباشر[52].

وقد تعرض هذا المبدأ للنقد بحيث وإن كان صحيحاً وممكناً من الناحية القانونية والعملية بالنسبة للمعاهدات التي تبرمها الدول المتقدمة فيما بينها، إلا أنه ليس كذلك بالنسبة للمعاهدات الثنائية التي يكون أحد طرفيها دولة راغبة في النمو؛ وذلك نظراً لأن رعايا الدول الأخيرة لا يملكون الأموال الكافية للاستثمار في الدول المتقدمة، ومن ثم فهم لا يستفيدون من التنازلات التي تقدمها هذه الدول على نحو مواز لما تتمتع به رعايا الدول المصدرة لرأس المال في الدول المضيفة الفقيرة، وهنا يقع عبء تنفيذ المعاهدة الثنائية في المقام الأول على الدول المتعاقدة من الدول الراغبة في النمو، إلا أن مبدأ التبادلية هذا يمكنه أن يجد له مكاناً أفضل في ظل معاهدات متعددة الأطراف تتميز بالتوسع في توزيع وتبادل المنافع الاقتصادية بين أكثر من دولتين على خلاف الاتفاقيات الثنائية التي تقوم على التحكم الشخصي والأنانية الفردية بين الدول[53].

وعلى الرغم من أن الوسائل الفنية السابقة قد تشعر المستثمر بنوع من الأمان والضمان النسبي على مشروعه الاستثماري إلا أنها لا تحيطه بالاطمئنان الكافي الذي يشجعه على المخاطرة برأس ماله، والأساس في ذلك أن تحقق هذه الحماية القائمة على شروط المعاملة الوطنية والتبادل والدولة الأولى بالرعاية والتنظيم المباشر للحماية الاتفاقية للمال الأجنبي التي تسعى الدول المتعاهدة إليها لن يتحقق إلا عن طريق الاتفاقيات الدولية بين دول جنسية المستثمرين والدول المضيفة لاستثماراتهم. وفحوى هذا القول أنه لو لم تبرم جنسية المستثمرين معاهدات تتضمن مثل هذه الوسائل مع الدول المضيفة للاستثمار فلن يتسنى لهؤلاء المستثمرين التمتع بهذه الوسائل، اللهم إلا إن كان من حق المستثمر أن يجبر دولته

على أن تبرم معاهدات من هذا القبيل مع الدول المضيفة لاستثماره وهذا أمر غير جائز ولا مقبول، كما أنه في حالة ما إذا كان المستثمر شخص اعتباري متعدد الجنسية كالشركة المتعددة الجنسية فهل يتوافر العمل بهذه الوسائل للشخص الاعتباري الذي ينتمي بجنسيته إلى دولة معينة لم تبرم اتفاقات من هذا النوع مع الدولة المتواجد بها هذا الشخص الاعتباري وذلك على الرغم من أن دول جنسية المساهمين الذين يمتلكون أسهم هذا الشخص الاعتباري قد أبرمت هذا النوع من الاتفاقيات مع الدول المضيفة للاستثمار، بمعنى هل يتمتع الشخص الاعتباري الذي تختلف جنسيته عن جنسية المساهمين فيه إذا كانت دول جنسية هؤلاء المستثمرين قد أبرمت معاهدات من هذا النوع مع الدول المضيفة لهذا الشخص الاعتباري وذلك في الوقت الذي لم تبرم فيه الدولة التي ينتمي إليها هذا الشخص الاعتباري بجنسيته مثل هذه الاتفاقيات (؟).

كما إن بعض الفقه يؤكد حقيقة بأن الاتفاقيات الثنائية تضمن نصوصاً تحدد بدقة حقوق المستثمر الأجنبي وواجبات الدولة المضيفة قبله على نحو يتضمن التوصل إلى حلول عملية لما قد يثور بينها من منازعات تتعلق بالاستثمار، إلا أنه ينكر أن تساهم مثل هذه الاتفاقيات في إرساء مبادئ عامة وقواعد قانونية عالمية بشأن الاستثمارات الأجنبية الخاصة حيث أن الضمانات الخاصة التي تقررها هذه الاتفاقيات الثنائية تمثل في الحقيقة معاملة تفضيلية من جانب الدولة المضيفة تعبر عن حاجتها الملحة إلى رأس المال الأجنبي، وتقتصر أثارها العملية على الإطار الاتفاقي ولا تتعداه إلى إرساء قواعد قانونية عامة جديدة بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية الخاصة[54].

ب/الاتفاقيات المتعددة الأطراف: رأينا مما سبق أن كلاً من قواعد الحماية الموضوعية وقواعد الحماية الإجرائية بالإضافة إلى الوسائل الفنية التي تتبناها الدول وفقاً للمعاهدات الثنائية مع مثيلاتها من الدول، لا توحي بالثقة للمستثمر الأجنبي ورغبة في تنمية المعايير الحاكمة للحقوق والواجبات الأساسية للمستثمر الأجنبي الخاص على المستوى الدولي. فقد تكون الوسيلة القضائية الدولية هي الأنسب التي يمكنها أن تحوز ثقة المستثمر الأجنبي الخاص بالنسبة للفصل في المنازعات الاستثمارية التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة إلا أن المشكلة الرئيسية التي تجابه هذا المستثمر هو عدم قدرته على اتخاذ إجراءات بصفته

الشخصية ضد دولة أمام معظم المحاكم القضائية الدولية. فالوسيلة الوحيدة لرفع المستثمر الأجنبي الخاص دعواه ضد الدولة المضيفة أمام المحاكم القضائية الدولية هي موافقة دولة جنسيته على تبني مطالبه وتوليها أمر الدعوى أمام القضاء الدولي وهو أمر تتمتع فيه الدولة بحرية مطلقة ويتوقف قراراها فيه على اعتبارات سياسية واقتصادية وعلى طبيعة العلاقات بينها وبين الدولة المضيفة للاستثمار والتي ألحقت الضرر بأحد رعايا تلك الدولة[55]. لذلك اتجه البحث إلى محاولة إنشاء وسائل قضائية دولية محايدة ومقبولة تتحقق أمامها المساواة التامة بين أطراف النزاع ويمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء إليها بصفته الشخصية للفصل في منازعاته مع الدولة المضيفة دون حاجة إلى مساندة دولته لدعواه، وربما كانت الاتفاقيات الدولية الجماعية أحد الوسائل الهامة والفعالة التي يمكنها أن تقدم الجهاز التحكيمي القادر على تحقيق الأهداف المشار إليها سابقاً لما تتفوق به الاتفاقيات الجماعية على الاتفاقيات الثنائية في هذا الصدد إلى حد كبير تسمح الاتفاقيات الجماعية بانضمام دول أخرى غير تلك الموقعة عليها والمتضمنة لقواعد تكفل تحقيق الأهداف السابقة، هذا بالإضافة إلى مساهمتها في تحقيق وحدة الفكر القانوني تجاه تطوير وتوحيد المعايير المطبقة على العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لاستثماراتهم[56].

وتعد اتفاقية واشنطن التي أنشئت عن طريق البنك الدولي للإنشاء والتعمير والتي أنشأت المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، خطوة هامة نحو خلق نظام قانوني دولي حقيقي يتضمن قواعد دولية قانونية ملزمة تتعلق بنوع معين من عقود الدولة وهي عقود الاستثمار، فمحاكم التحكيم التي تعمل تحت مظلة المركز تقوم بتطبيق مبادئ القانون الدولي العام من جهة، ومن جهة أخرى فإن أحكاما التحكيم الصادرة عنها تعد بمثابة أحكام دولية أو متصلة بالقانون الدولي وهو ما يجعلها أحكاماً نهائيةً وملزمةً لطرفيها فربما تؤدي ذلك إلى إشاعة الثقة بين المستثمرين الأجانب وتحقيق زيادة في تدفق رأس المال الأجنبي الخاص وما يصاحبه من خبرات فنية وإدارية إلى الدول الراغبة في النمو[57]. كما تخول للطرف الخاص إمكانية تنفيذ الحكم لصالحه في جميع الدول الموقعة على هذه الاتفاقية[58].

الخاتمة:

لما كانت ظروف القانون الداخلي والمحاكم الوطنية في الكثير من الدول، وبخاصة الدول الراغبة في النمو، قد لا توحي بالثقة للمستثمر الأجنبي الخاص، إما بسبب وجود نظام قانوني غير كاف للوفاء بمتطلبات النظام الاقتصادي الدولي الجديد، أو لوجود إدارة غير منظمة، أو لعوامل سياسية أخرى، كما لم يرق لهذه الدول أيضاً ما يكفله القانون الدولي من قواعد للحماية الموضوعية أو الاجرائية الأطراف الأجنبية الخاصة التي تقيم مشروعاتها الاستثمارية في دول لا ينتمون إليها بجنسياتهم وذلك نظراً لجوانب القصور التي تعتري تلك القواعد مما يجعلها لا تشعر هذه الدول أو مستثمريها بالثقة الكاملة لإقامة مشروعاتهم الاستثمارية في دول أجنبية.

غير أن القانون الدولي لم يترك المستثمر في وضع خالٍ من الحماية، بل كفل قدراً من الحماية لحقوق الأجانب المقيمين في دول لا ينتمون إليها بجنسياتهم، وتتنوع الحماية ما بين حماية موضوعية وحماية إجرائية ومن ذلك فقد توصلنا إلى عدة استنتاجات وتوصيات.

الاستنتاجات:

1/ تعد رابطة التبعية الوحيدة التي يمكن أن تكون أساس الحماية الدبلوماسية هي رابطة الجنسية، فإذا انتفت هذه الرابطة انتفى أيضاً حق الحماية.

2/ تتصدى الدولة بالحماية الدبلوماسية لحماية رعاياها ومعاونتهم في استرداد حقوقهم عن طريق تعويضهم عن الخسائر والأضرار التي لحقت بها من جراء الاجراءات التي اتخذتها الدولة المضيفة لاستثماراتهم.

3/ تعد الحماية الدبلوماسية وسيلة من وسائل إعمال المسؤولية الدولية. وتتخذ هذه الحماية عدة صور منها المطالبات الرسمية بالطرق الدبلوماسية ومنها حق الالتجاء إلى القضاء الدولي.

التوصيات:

1/ إن الحماية الدبلوماسية لا غنى عنها في المجتمع الدولي وحرصاً على حقوق الانسان يصعب المطالبة بإلغائها إذ أنها تمثل الوسيلة التي يمكن من خلالها صيانة الحقوق الفردية في الدول الأجنبية.

2/ لابد من تبني قواعد دولية توفر الثقة في نفوس المستثمرين ودول جنسياتهم توحي إليهم بالأمان والاطمئنان على ممتلكاتهم ومشروعاتهم تتضمن هذه القواعد ضمانات لحمايتهم وحماية مشروعاتهم.

3/ على الدول التدخل لحماية مواطنيهم إذا ما تعرضوا هم وممتلكاتهم لأي اعتداء من قبل الدولة المضيفة لاستثماراتهم.

4/ تمكين الأشخاص الأجنبية الخاصة من الوقوف أمام القضاء الدولي على قدم المساواة مع الدولة المدعى عليها واتخاذ الاجراءات بصفتهم الشخصية دون الحاجة إلى طلب مساندة دول جنسيتهم في دعواهم ضد هذه الدولة أو عن طريق منحهم حق الحماية الدبلوماسية؟

5/ لما كانت القواعد الدولية لا تتسم بالفاعلية المتطلبة كوسيلة لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة. فلابد من البحث عن وسائل أكثر فاعلية لحماية الاستثمار الأجنبي.

الهوامش:

1/ يأخذ مبدأ احترام الحقوق المكتسبة شكلين مختلفين. أولاً بالنظر إلى كل من العقد المبرم مع الدولة والحقوق الناشئة عنه على أنها بمثابة حقوق مكتسبة وذلك باعتبار أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة يعني القول أنه طالما أن كل عقد مبرم مع الدولة تعد الحقوق الناشئة عنه حقاً مكتسباً فإن أي اعتداء على هذه الحقوق يؤدي إلى انعقاد المسؤولية الدولية على الدولة استناداً إلى مخالفتها لمبدأ عام من مبادئ القانون الدولي، إلا أن الوضع الراهن للقانون الدولي لا يعتبر عدم تنفيذ العقد بفعل الدولة في حد ذاته عمل دولي غير مشروع ولكن أيضاً لأن الدولة تتمتع بسلطات سيادية في تعديل أو انهاء العقد بشرط أن يتم ذلك بهدف المصلحة العامة مع الالتزام بالتعويض وهو ما يجري عليه العمل في القضاء الدولي المستقر، ثانياً يطبق المبدأ مع الأخذ بعين الاعتبار فقط الآثار المالية المترتبة على العقد المبرم مع الدولة مع فصلها على العقد نفسه، وفي هذا الفرض فإن عدم تنفيذ العقد في حد ذاته لا يعد سبباً لانتفاء المسؤولية الدولية للدولة ولكن واقعة الاعتداء عن طريق عدم تنفيذ العقد على الحقوق المالية للطرف المتعاقد مع الدولة وهو ما يثير عادة مشكلة التعويض والذي يؤدي تخلفه إلى انعقاد المسؤولية الدولية بالنسبة للمدافعين عن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة. وفي ظل الوضع الراهن للقانون الدولي، وإذا كان البعض مازال يتمسك بإعمال مبدأ احترام الحقوق المكتسبة ، فإن تطبيق هذا المبدأ وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه، لا يمكن أن يتحقق إلا بشأن الحالة الثانية فقط وذلك لمواجهة الآثار المالية الناجمة عن العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها. انظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، تحديد ماهيتها والقانون الحاكم لها، دار النهضة العربية، القاهرة،2005، ص809،810.

2/ هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار المعارف، الإسكندرية، 2002، ص27.

3/ المرجع السابق، ص114،115.

4/ طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية، 2008، ص52.

5/أبو العلا النمر، دراسات في القانون الدولي الخاص، الموطن في العلاقات الخاصة الدولية ومركز الأشخاص الاعتبارية الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، 149.

6/طه أحمد علي قاسم، مرجع سابق،ص57.

7/ شمس الدين الوكيل، الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1968، ص434.

8/محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1980، ص310،311.

9/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ،ص19

10/أحمد صادق القشيري، التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، القاهرة، الهيئة العامة للكتب والأجهزة العلمية: جامعة عين شمس، العدد الأول، 1969، ص240،241.

11/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ،ص19.

12/عصام القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة كلية الحقوق، 1991، ص161.

13/المرجع السابق،ص154.

14/حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق،2005، 290.

15/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ، ص 27.

16/حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص282.

17/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 44.

18/أحمد عشوش ، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية ، مرجع سابق ، ص 328.

19/أحمد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية ، مرجع سابق ، ص 330.

20/عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 267.

21/عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة ، مرجع سابق ، ص 270.

22/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 77.

23/علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، القاهرة ، جامعة القاهرة ' كلية الحقوق ، 1998، ص136.

24/علي حسن ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مرجع سابق، ص 138.

25/لقد كان الوصف التقليدي للتعويض يشترط لأن يكون التعويض مناسبا وملائما أن يتصف بثلاث صفات رئيسية وجوهرية وهي أن يكون التعويض كافيا وحالا وفعالا، ولا ينظر لكل من هذه الصفات بصفة مستقلة عن الصفات الأخرى بل يجب أن ينظر إليها كمجموع وإلى علاقة أي منها بالأخريين، ومعنى أن يكون التعويض كافيا أن يكون مطابقا مع قيمة مصالح الأجنبي التي تأثرت بإجراءات التأميم ، ومعنى حالا أنه يجب أداؤه إما قبل نقل الملكية أو خلال فترة وجيزة بعدها ولا يخل من كون التعويض حالا أن يتأخر الدفع إذا تقررت فوائد مناسبة لهذا التأخير ، ومعنى أن يكون فعالا أن يكون المستفيد منه قادرا على استخدامه استخداماً فورياً ، انظر: طه أحمد علي قاسم ،تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق، ص 236.

26/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 88 .

27/وائل أحمد علام ، مركز الفرد في النظام القانوني للمسئولية الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2001، ص 42.

28/ م/24 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية .

29/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 101.

30/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ، ص 102.

31/المادة (3) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961.

32/طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص 258.

33/حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 1978 ، ص 310.

34/حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على مواردها الأرض الطبيعية ، مرجع سابق ، ص 310.

35/حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على مواردها الأرض الطبيعية ، مرجع سابق ، ص 311-317.

36/حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على مواردها الأرض الطبيعية ، مرجع سابق ، ص 318.

37/تجدر الإشارة هنا على أنه لم يستقر العمل الدولي على إعمال هذا المبدأ كشرط لممارسة الحماية الدبلوماسية بوصفه تعبيراً عن قاعدة عرفية دولية فقط وإنما قد أدرجت الكثير من المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بفض المنازعات بالطرق السلمية هذا المبدأ بين نصوصها ، وعلى سبيل المثال الاتفاقية الأوربية السلمية للمنازعات عام 1957.

38/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق، ص 146.

39/حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على مواردها الأرض الطبيعية ، مرجع سابق ، ص 307 .

40/عصام الدين بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو ، مرجع سابق ، ص 168.

41/علي حسن ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 1998، ص 28.

42/عصام الدين بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة الأخذة في النمو، مرجع سابق ، ص 9.

43/الوسيلة الفنية هي الأداة التي يستخدمها المشرع أو الاتفاق الدولي لإدراك ما يهدف إليه، والأداة الصالحة هي التي تتضمن أحكاما مؤدية لتحقيق الغاية، أداة لا يتجاوز في

أحكامها الهدف وإلا خانت الإرادة فيما تسعى إليه ولا تقصر أيضاً عن تحقيق الهدف وإلا عجزت عن تلبية ما تصبو إليه هذه الإرادة.

44/علي حسن ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، مرجع سابق ، ص 97.

45/علي حسن ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مرجع سابق، ص 97.

46/طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية . مرجع سابق، ص 284.

47/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق، ص 208 .

48/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق، ص 253-260 .

49/للمزيد أنظر: هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 244.

50/طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية . مرجع سابق، ص 295.

51/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 244.

52/هشام صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق، ص 252.

53/طه أحمد علي قاسم ، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق ، ص 293.

54/حول هذا الرأي أنظر : حسين الموجي ، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1992 ، ص 126-128.

55/عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، مرجع سابق،ص170.

56/عصام الدين بسيم ،النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو، مرجع سابق ،ص 171.

57/عصام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة ، مرجع سابق، ص 170.

58/حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ، ص 684.