



جامعة وهران 2
كلية الحقوق و العلوم السياسية

أطروحة
للحصول على شهادة دكتوراه في العلوم
في القانون العام

حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج

مقدمة و مناقشة علنيا يوم 27-02-2016 من طرق

الطالب: حجام عابد

أمام لجنة المناقشة

رئيسا	جامعة وهران 2	أستاذ	فاصلة عبد اللطيف
مقرر	جامعة وهران 2	أستاذ	بوسلطان محمد
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ	بن عمار محمد
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	مكلكل بوزيان محمد
مناقشا	جامعة وهران 2	أستاذ محاضر -أ-	بوسماحة نصر الدين
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ محاضر -أ-	يويي عبد القادر

السنة الجامعية: 2016/2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا
يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ
لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ"

القران الكريم - سورة المائدة، الآية 8

الإهداء

الى رفيقة دربي زوجتي

الى أبنائي: إسحاق، نسبية ريهام، رفيدة الشيماء

اهدي جهدي وثمره عملي

شكر و عرفان

لا يكفي الشكر و العرفان الذي يجب تقديمه للأستاذ المحترم محمد بوسلطان على تفضله بالإشراف على تحضير هذه الاطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، نظير توجيهاته و نصائحه القيمة التي اسداها لي اثناء اعدادها، فضلا عن صبره الطويل خلال هذه المدة .

و الشكر الجزيل للأساتذة :السيد رئيس اللجنة عبد اللطيف فاصلة، و

السادة الأعضاء، محمد بن عمار ، محمد مكلل بوزيان، نصر الدين بوسماحة ،

عبد القادر يوبي عبد القادر،الذين تفضلو بقبول مناقشة هذه الاطروحة .

وعلي واجب الثناء على كل الأساتذة و الأشخاص الذين مدوا لي يد المساعدة

خاصة السادة : علي ايت عميرات ،مصطفى دحو و لطفي كازي ثاني فقد كانوا

لي عوننا كبيرا في الاعداد المادي لهذه الاطروحة.

Liste des principales abréviations

A.B.I	الاتفاقية الثنائية للاستثمار
A.M.I	الاتفاقية الدولية للاستثمار
A.L.E.N.E	اتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية
A.M.G.I	الوكالة الدولية لضمان الاستثمار
C.I.R.D.I	المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار
C.N.U.C.E.D	مؤتمر الامم المتحدة حول التجارة و التنمية
G.A.T.T	الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية و التجارة
O.C.D.E	منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية
O.I.R	المنظمة الدولية للاجئين
O.M.C	المنظمة العالمية للتجارة
O.N.U	منظمة الامم المتحدة
OP.cit opus citatum	المرجع السابق
S.G.P	النظام العام للتفضيلات
T.C.E	معاهدة ميثاق الطاقة
U.N.R.R.A	وكالة الامم المتحدة للإغاثة و اعادة التأهيل

مقدمة

مقدمة

لقد حظي الفرد في ميثاق الأمم المتحدة بأهمية بالغة، ومن بين ما تم التأكيد عليه في هذا الميثاق؛ هو تعزيز إحترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، ولقد نص في ديباجته على الإيمان بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره¹؛ وتوصلت الأمم المتحدة إلى هذه النتيجة بعد الملاحظة بأن هذا الفرد هو الضحية الأولى في أي حرب؛ وهو الذي يدفع أكبر التضحيات من نفسه وماله، دون أن تكون له إرادة في كثير من الأحوال في أسباب ومآل هذه الحروب.

وإن كان هذا الفرد الذي قد يكون رعية في بلده أو موجودا في الخارج، فإنه هو المخاطب وموضوع القانون الدولي الذي هو صنيع إرادات دول تمتلك السيادة وبموجبها تطبق القوانين الداخلية والدولية عليه.

وعلى عكس الأفراد الموجودين في دولهم الذين يخضعون بالدرجة الأولى إلى القوانين والأنظمة التي تصدرها دولهم، فإن رعايا الدولة في الخارج يجدون أنفسهم خاضعين إلى قوانين البلد الذي يوجدون فيه، إضافة إلى قوانين بلدهم في مسائل محددة في إطار الإختصاص الشخصي لدولتهم؛ فضلا عن القانون الدولي إذا ما حدث إختلاف أو نزاع بين دولة الجنسية، والدولة المستقبلية، مما يضعهم في مركز قانوني خاص بهم.

إن الفرد الموجود في بلد غير بلده، يتمتع بإجراءات خاصة تحميه في شخصه وماله، أقرها القانون الدولي بعد تعرض حقوقه إلى إنتهاكات بالغة، مما أدى بالدول إلى إقرار العديد من المعاهدات والإتفاقيات من أجل حمايته، وذلك تطبيقا للقانون الدولي العرفي و الإتفاقي؛ وذلك في ظل إحترام مبدأ سيادة الدول غير أن حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج قد تتعارض مع سيادة الدول، وقد تختلف وتتعارض مصالح الدولة ومصالح الأفراد الأجانب مما يؤدي ذلك إلى وجود نزاع بين الطرفين، ورغم وجود إجراءات نتجت عن الممارسة الدولية عبر العصور تقضي بضمان مصالح رعايا الدولة في الخارج دون المساس بالسيادة، وفي مقدمتها الحماية الدبلوماسية وعلى رأسها التحكيم الدولي، وقد تتأزم الأمور وتصل إلى إستعمال وسائل المنع التي يسمح بها نظام الأمم المتحدة، في حالة تأزم الأمور مثل العقوبات، الحصار، الضغوط السياسية المختلفة.... إلخ.

¹ الديباجة والمادة الخامسة و الخمسين (55) من ميثاق الأمم المتحدة .

إن التطور الإقتصادي الذي تعرفه البشرية، ساهم في تغيير الكثير من المفاهيم لدى الأفراد؛ كما أن التنافس الإقتصادي ما بين الدول أدى إلى الإخلال بتوازن علاقة الفرد بدولته مقارنة مع المراحل الزمنية السابقة في مجال الإنتماء، حيث أصبح الفرد يضع مصلحته الشخصية في المرتبة الأولى، ويلاحظ ذلك من خلال هجرة الأدمغة والفئات الفقيرة، ومغادرتها لأوطانها، وكذلك الرغبة في تغيير الجنسية أو تعددها مما نتج عنه وجود مراكز قانونية جديدة، تستلزم على الدول إيجاد حلول لها في حالة المنازعات لتقاضي أوضاع قد تؤثر سلباً على العلاقات الإقتصادية والسياسية فيما بينها.

ولتجسيد حماية رعايا الدول في الخارج، فقد أقر القانون الدولي الحماية الدبلوماسية والقنصلية لهؤلاء، رغم أن الدول لم تستطع إلى حد الآن التوصل إلى المصادقة على إتفاقية الحماية الدبلوماسية، وبقيت قواعد دولية عرفية؛ وعلى نقيض ذلك فإن القواعد العرفية المنظمة للعلاقات الدبلوماسية والقنصلية، أصبحت من أكثر قواعد القانون الدولي ثبوتاً، وغير متنازع حولها¹؛ وهي مقننة في أهم الإتفاقيات منها إتفاقية فيينا حول العلاقات الدبلوماسية في عام 1961م، وكذا إتفاقية حول العلاقات القنصلية لعام 1963م.

وإذا اعتبرنا أن الحماية الدبلوماسية هي الوسيلة الأمثل لقيام الدولة بحماية رعاياها في الخارج، إلا أن هذه القواعد العرفية مازالت لم تأخذ صفة القواعد الثابتة رغم المجهودات المبذولة من قبل لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة، والتوصل إلى مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لسنة 2006م، لكن هذا لم يمنع الدول من إعتبار الحماية الدبلوماسية حق للدول في حماية رعاياها في الخارج وخاصة مصالحهم.

ولقد إترف القانون الدولي الكلاسيكي بهذا الحق للدول، وأكد ذلك قرار محكمة العدل الدائمة الدولية في قرارها بتاريخ 31 أوت 1924م في قضية مافروميتز Mavrommatis والذي أقر بحق الدولة في حماية رعاياها، غير أن قرار محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكتشن 1970م لم يقبل هذه الحماية في قضية حماية المصالح للمساهمين في هذه الشركة؛ مما طرح مشكل حدود الحماية الدبلوماسية وربطها بحقوق الإنسان؛ كما تقدمت به دولة بلجيكا في حماية مصالح رعاياها في هذه القضية. وإذا كان هذا القرار مثيراً للجدل ما بين فقهاء القانون الدولي،

¹ Malcom Shaw, International Law, Teach Yourself Books, 1977, P. 340.

وتأثر مشروع مواد الحماية الدبلوماسية كثيرا بهذا القرار، فإن القرار الخاص بقضية مشابهة صدر عن نفس المحكمة في قضية "أحمدو ممدو" الرعية الغيني الصادر في سنة 2007م، الذي قبل بالحماية الدبلوماسية لدولته مستندا إلى حجج جديدة في حماية مصالح هذه الرعية، والإلتجاء إلى إعتبار أن هذه المصالح ما هي إلا حقوق خاصة مرتبطة بالفرد، وكان هذا تطورا جديدا في مجال الحماية الدبلوماسية.

من جانب آخر فإن حكم "برشلونة تراكشن" أدى إلى بروز وتطور حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج عن طريق وسائل حماية أخرى، خاصة التحكيم وإنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالإستثمار سنة 1965م حيث أصبح الإطار المفضل لتسوية منازعات الدول المتعاقدة مع رعايا الدول الأخرى في مجال الإستثمار.

وهكذا ظهر إطار قانوني جديد لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، يرتكز على الإتفاقيات الثنائية والجماعية التي تعقد ما بين الدول، ونظرا لأهمية هذا الموضوع فإن الأنظمة القانونية للدول المتطورة التي تسعى إلى حماية المصالح المشروعة للرعايا الموجودين خارج بلدانهم، وكذلك تحديد القانون الواجب التنفيذ على المنازعات المتعلقة بهؤلاء الرعايا الذين قد يتعرضون لقرارات سيادية من الدول المضيفة المتعلقة بالتأميم ونزع الملكية وتغيير في قوانينها؛ مما قد لا يتماشى مع مصالح هؤلاء الرعايا، إلى إيجاد إطار قانوني دولي يحمي هذه المصالح في ظل إحترام مبدأ سيادة الدول.

وفي خضم هذه التحولات، فإن الجزائر، وبعد مصادقتها على مختلف الإتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وكذلك بحماية الإستثمارات، عرفت الكثير من المنازعات مع رعايا الدولة في الخارج، وهذا في إطار حماية الإستثمارات أو كذلك المطالبات التي قدمت ضدها في هيئات حماية لحقوق الإنسان على غرار لجنة حماية حقوق الإنسان للأمم المتحدة؛ من أجل تعويض عن الأملاك المصادرة خلال الستينات والسبعينات من القرن الماضي، وعليه ستعتمد هذه الدراسة على مختلف النصوص القانونية والمنازعات التي كانت طرفا فيها على سبيل الإستدلال، وكذلك لتبيان مدى التكيف مع الأوضاع القانونية الجديدة، فضلا عن مدى قدرتها على حماية رعاياها في الخارج في ظل تنامي المطالبات بضرورة حماية هؤلاء من طرف هيئات الدولة الجزائرية.

إن العشرات من الإتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى في مجال ترقية وحماية الإستثمارات ساهمت في وجود نوع من الرغبة في الإستثمار الخارجي في الجزائر؛ غير أن نقص التجربة، وكذلك التأثر بالتسيير الإداري للإقتصاد، أدى إلى وجود إختلال في تحقيق النتائج

المرجوة الخاصة بالنسبة للإلتزام بالحق في التنمية لصالح الأفراد، وكذلك المفاوضات غير الدقيقة لم تساعد على الإستفادة من الربح البترولي في تحقيق التنمية الإقتصادية المرجوة لفائدة الأفراد الساكنة خاصة بالنسبة لتحسين التسيير في الشركات، وإيجاد مناصب شغل دائمة وخلق التنافسية بين السلع المنتجة أو تلك المستوردة من الخارج، ومن ثم الإلتزام بحق العمل لفائدة سكانها.

إن حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج ساهم في كثير من الأحيان في تغيير المنظومة القانونية بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو، وكذلك التحسن في حماية الحقوق الإقتصادية بالنسبة للأجانب مما أدى إلى وجود ثقة في تحويل الرأسمال الأجنبي؛ وكذلك التكنولوجيا إلى هذه البلدان بنسب متفاوتة، وهناك بعض الدول لا تعترف بحق الملكية لرعايا الدولة في الخارج في حدود معينة، مما يؤدي في ناحية معاكسة إلى هروب رؤوس الأموال لفائدة الدول المتقدمة الأمر الذي إستفادت منه كثيرا، خصوصا بالنسبة لشركاتها الإقتصادية؛ مما ساهم في تحقيق التنمية بأموال الدول السائرة في طريق النمو، وذلك لمعرفتها الدقيقة بدور هذه الأموال في تنشيط إقتصادياتها؛ خصوصا في ظل الأزمات الإقتصادية التي تؤثر بصفة مباشرة في ترقية حقوق الإنسان، وكذلك نشوء نزاعات مسلحة بأوصاف مختلفة، سببها الرئيس هو العجز في تحقيق الحق في التنمية، وقلة الموارد المالية، وفشل نمط الحكم في هذه البلدان.

مببرات اختيار الموضوع

لقد تم اختيار موضوع هذه الدراسة لدوافع ثلاثة هي :

اولا: لقد كان القصد من هذه الدراسة هو مواصلة البحث عن الحماية الامثل لرعايا الدولة في الخارج، خاصة بعد ان تمت دراسة الموضوع في شقه الإنساني، أي التدخل الدبلوماسي و التدخل المسلح من اجل حماية حياة أفراد موجودين خارج أوطانهم في رسالة ماجستير 2007¹م، الا ان هذا لا يكفي، ففي الحالة العادية فان الفرد الموجود في الخارج يعتمد على النشاط الاقتصادي المشروع من أجل الحصول على مصالح إقتصادية تهمة، فإن كانت الحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية منصوصا عليها في العقد الدولي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية ومختلف الإتفاقيات الجهوية، غير أن وجود أشخاص معنوية منشأة طبقا لقانون الدولة المضيفة، وإعتبار

¹حاجم عابد، التدخل لحماية رعايا الدولة في الخارج ،رسالة ماجستي،جامعة وهران،2007م.

هؤلاء الأشخاص تابعين للدولة المضيفة رغم أن المساهمين هم أجنب، وما يشكله هذا الأمر من إشكالية في الحماية من طرف دولة الجنسية، وما يطرحه من إشكال رغم وجود الحل القانوني المتمثل في التحكيم، غير أن ذلك غير كاف في ظل الشروط والتكلفة التي يقتضيها التحكيم.

ثانيا: و السبب الاخر هو البحث عن حقيقة المصالح المشروعة لهؤلاء الرعايا في ظل تنوعها ما بين الأسهم والملكيات العقارية والمنقولة والفكرية وغيرها، وإعتبار البعض منها على أنها حقوق من حقوق الإنسان، وعدم الإقرار للبعض الآخر بهذه الصفة؛ و من ثم فان تحديد مفهوم هذه المصالح، وكذلك تحليل الصعوبة من خلال إتفاقيات دولية هي قيد الدراسة؛ وكذلك نشوء حقوق جديدة غير منصوص عليها في إتفاقيات دولية بإعتبارها حقا من حقوق الإنسان مثل حق الإستثمار.

ثالثا: إن دراسة إمكانية حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج خارج إرادة دولة الجنسية بإعتبار أن الحماية الدبلوماسية هي حق للدولة في إطار ممارسة الإختصاص الشخصي لها، يمكنها أن لا تمارسه، فيجد هذا الفرد نفسه في وضعية صعبة من أجل حماية مصالحه، مما قد يتعرض إلى ضياع أمواله في ظل القواعد الدولية الحالية، ولقد لاحظت وجود حالات عديدة لقيام دول بانتهاك حقوق ومصالح هؤلاء الأفراد في ظل غياب آليات من أجل تعويضهم عن الأضرار، خصوصا في البلدان السائرة في طريق النمو، ويكون هؤلاء ضحايا لعلاقات سياسية أو إقتصادية متوترة بين الدول.

هذا فضلا على أن الدراسة تتطرق إلى مدى وجود حماية كافية للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج في ترقية التنمية الإقتصادية والإجتماعية لدولة ما، ودراسة مدى وجود حماية كافية للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج في ترقية التنمية الإقتصادية والإجتماعية لدولة ما.

إشكالية الموضوع

يطرح الوضع الذي يوجد فيه رعايا الدولة في الخارج من ناحية الإختصاص الشخصي للدولة إشكالية القانون الذي يجب أن يخضع له هؤلاء الرعايا، فمن جهة فإن دولة الجنسية التي يقع عليها ممارسة إختصاصها الشخصي على رعاياها حتى وإن كانوا خارج إقليمها في مجالات معينة، وكذلك يقع عليها في إطار حماية هؤلاء ممارسة حقها في الحماية الدبلوماسية وفي الجهة المقابلة فإن الدولة المستقبلية التي تتمتع بالسيادة تقوم بإصدار وتنفيذ قوانينها في إطار المنفعة العامة مما قد

ينتج عن ذلك مشاكل وخلافات بين الدولتين، وقد تصل هذه الخلافات إلى حد إستعمال وسائل المنع التي يسمح بها نظام الأمم المتحدة، مثل العقوبات والضغوط المختلفة.

وباعتبار هؤلاء الرعايا هم أفراد لهم حقوق فهل القانون الدولي لحقوق الإنسان هو آلية كافية لحماية المصالح المشروعة التي لا تعد حقوقا بالمعنى الكامل ولم يتم الإشارة إليها في العهدين المتضمنين الحقوق المدنية والسياسية والإقتصادية والإجتماعية والثقافية؟ وهل قرار محكمة العدل الدولية في قضية " ديلو " التي إعتبرتها حقوقا خاصة مرتبطة بالفرد، وتعنى تلك المصالح الناتجة عن الإسهامات في الشركات، ومختلف الملكيات التي قد يمتلكها رعايا الدولة في الخارج؟

وتبرز في ظل هذا الإبهام القانوني الخاص بتحديد مفهوم المصالح المشروعة، قضية الإستثمار، الذي بدوره تفادت إتفاقية واشنطن عام 1965م المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار تحديد مفهومه وترك الأمر للدول لتحديد هذا المعنى، وهل الإستثمار هو جزء من المصالح المشروعة للفرد أم أشمل منها؟، وهل الحديث عن الحق في الإستثمار بإعتباره حقا من حقوق الإنسان هو سابق لأوانه؟، وإذا كان حق العمل المعترف به في القانون الدولي لحقوق الإنسان أصبح من القواعد الثابتة في الوقت المعاصر، فإن آلية تحقيق هذا الحق هي التي تطرح الإشكالية لأنه ليس في وسع الدول توفير العمل لكل الأفراد المتواجدين على إقليمها بمن فيهم الأجانب؛ وهنا تطرح مشكلة الحق في الإستثمار من أجل تحقيق باقي الحقوق المنصوص عليها في العقد الدولي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية لأنها مرتبطة ببعضها البعض.

إن عدم إلتزام الدول المضيفة بحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج هو أحد الأسباب المؤدية إلى نشأة منازعات ما بين الدول التي حاولت إيجاد آليات لتسويتها إما عن طريق الحماية الدبلوماسية وذلك بتحمل الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الرعايا برفع الدعاوى أمام المحاكم الدولية بإعتبار أن الحماية الدبلوماسية حق للدولة قد تمارسه كما أنها قد لا تمارسه، مما يعرض الفرد إلى ضياع مصالحه؟، وهل التحكيم الدولي الذي يسمح لهذا الشخص طبيعيا أو معنويا برفع مطالبه مباشرة أمام محاكم التحكيم هو آلية فعالة لحماية مصالحه في ظل التكلفة المرتفعة لأتباع هذا النوع من التسوية؟.

وإجمالا هل يمكن القول إن الحماية الدبلوماسية في ظل التحولات الإقتصادية والإجتماعية التي يعرضها العالم في الوقت الحالي لم تعد الوسيلة الأمثل لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج خاصة أن الرابطة التي تربط ما بين الدولة ورعاياها بدأت تعرف نوعا من الفتور،

حيث أصبح الفرد يسعى إلى إكتساب جنسيات أخرى لدول قوية مهتمة بحماية رعاياها أكثر من دول أخرى؟ وما تأثير ذلك على الدول الفقيرة التي تخسر في النهاية موارد بشرية هامة؟.

إن بعض هذه الإشكاليات ترتبط ببعضها البعض وقد تؤثر في أهم خصائص الدولة وهي السيادة، ذلك المبدأ الذي أقره القانون الدولي وإعتبره الركن الأساسي للدولة، والذي بدأ يتقلص لصالح المنظمات الدولية.

إن عدم توصل الدول إلى المصادقة على الإتفاقيات المرتبطة بهذا الموضوع وهي إتفاقية الحماية الدبلوماسية، وكذلك المسؤولية الدولية وإتفاقية الإستثمار يبقي تلك القواعد عرفية، مما قد لا يساعد على حماية أفضل لمصالح رعايا الدولة في الخارج، كما أن الإجتهد القضائي لا يمكنه لوحده ترسيخ هذه الحماية، وهو مرتبط أكثر بالأحكام والقرارات القضائية السابقة لهيئات القضاء الدولي.

منهجية الدراسة

لقد تم اللجوء في هذه الدراسة إلى إستعمال المنهج التاريخي وكذلك المنهج التحليلي، وبالنسبة للأول أي المنهج التاريخي كان القصد من ورائه هو تتبع تكوين وتنفيذ القاعدة القانونية الدولية، وكذلك التأثير الذي تنتجه عملية تطور النتائج الإيجابية لحقوق الفرد.

وفي هذا السياق فإن حماية المصالح المالية المشروعة عرفت تطورا تاريخيا هاما خصوصا بعد إتفاقية بورتو بتاريخ 18 أكتوبر 1907م والتي نصت على " إتفاق الدول المتعاقدة على أن لا تلجأ إلى إستخدام القوات المسلحة لإرغام دولة مدينة على تسديد ديونها؛ إلا إذا رفضت هذه الدولة طلب عرض الأمر على التحكيم أو لم تجب عليه، أو جعلت من الوصول إلى إتفاق الإحالة على التحكيم مستحيلا أو رفضت الإلتزام بقرار التحكيم بعد صدوره"¹.

إن إستعمال المنهج التاريخي يسمح لنا بتحليل وتفسير الأحداث التاريخية المرتبطة بمختلف القواعد القانونية العرفية والإتفاقية، وهذا من أجل فهم المشاكل المعاصرة والتنبؤ بما سيكون عليه

¹ بوكرا إدريس، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، لجزائر، 1990م، ص.74.

المستقبل، كما يمنحنا ذلك طرح التساؤلات عن أسباب وكيفيات وجود وتطور القواعد القانونية ؛ وكذلك الأحكام القضائية والتحكيمية بخصوص حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج في ظل تطور حقوق الإنسان بإعتباره من مقاصد ميثاق الأمم المتحدة.

أما المنهج التحليلي المعتمد في هذه الدراسة فهو ذلك المنهج العلمي التحليلي الذي تمت الإستعانة به في تحليل العلاقات الإقتصادية والإجتماعية ما بين الدول من جهة، ومن جهة أخرى ما بين الدول ورعايا الدولة في الخارج، ويكون ذلك من خلال المنازعات الناشئة ما بين هذه الأطراف. وكذلك في ظل مناقشات اللجان المختصة على مستوى الهيئات الدولية والكيفية المعمول بها للتوصل إلى الإتفاق على قواعد قانونية تطرح على الدول للمصادقة عليها، وأيضاً على معرفة التأخر وأسبابه في المصادقة على إتفاقيات أخرى تسعى لحماية المصالح لفئة معينة من الأفراد في إطار حقوق الإنسان أو حماية هؤلاء الأفراد في مجال الإختصاص الشخصي للدول، خاصة في المواضيع المطروحة منها الحماية الدبلوماسية، الإستثمار الدولي والمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق بهؤلاء الأفراد.

خطة الدراسة

وبناء على الإشكالية المطروحة في هذه الدراسة الخاصة بالحماية الدولية والداخلية لمصالح رعايا الدولة، وكذلك المناهج العلمية المتبعة فقد تم تقسيم موضوع الدراسة إلى بابين، الأول بعنوان طبيعة منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، أما الباب الثاني فهو تحت عنوان التسوية القضائية لهذه المنازعات قصد حماية هذه المصالح لرعايا الدولة في الخارج.

وبخصوص الباب الأول فقد قسم إلى فصلين هما:

1-الإطار القانوني للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج

2-وسائل حماية هذه المصالح.

أما الباب الثاني فقد قسم إلى فصلين هما:

1-التسوية القضائية عن طريق الحماية الدبلوماسية لمصالح رعايا الدولة في الخارج، وذلك بتدخل دولة الجنسية للرعية في المنازعة.

2-التسوية القضائية عن طريق التحكيم الدولي قصد حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، أي مقاضاة الرعية للدولة المضيفة مباشرة.

الباب الأول

طبيعة منازعات المصالح المشروعة

لرعايا الدولة في الخارج

و وسائل حمايتها

تبرر الكثير من القرارات السيادية للدول على أساس حماية مصالح الدولة أو أحد رعاياها في الخارج وهذا أثناء ممارستها لعلاقاتها الدبلوماسية مع الدول الأخرى، غير أن هذه المصالح تختلف من حيث المعنى بالنسبة للدول مقارنة مع مصالح الأفراد. كما أن هذه المصالح المشروعة لا يمكن اعتبارها حقوقا كاملة، والمنصوص عليها في مختلف العهود والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، غير أنها الأكثر تعرضا للأضرار التي تصيب الأفراد خاصة رعايا الدولة في الخارج.

إن مفهوم المصالح المشروعة يحتاج إلى تحديد معناه ، لأنه يختلف من المعنى الاقتصادي إلى المعنى القانوني ، فضلا عن المعنى المحدد له في مختلف الاتفاقيات القانونية الدولية، خاصة بالنسبة لأحكام محكمة العدل الدولية التي اعتبرت المصالح بأنها بسيطة ولا ترتقي إلى صف الحقوق في حكم "برشلونة تراكشن " عام 1970م ، إلا أن هذا لا يمنعنا من البحث عن مكونات هذه المصالح التي يقرها القانون الدولي لرعايا الدولة في الخارج ، وفي هذا المجال لا بد من تحديد المركز القانوني لهؤلاء الأفراد المتواجدين خارج بلدانهم.

والقصد من هذا ، هو تحديد طبيعة المنازعات التي قد تقع ما بين هؤلاء الأفراد والدولة المضيفة لهم، ولا يكون ذلك إلا بتحديد خصائص هذه المنازعات لأنها تختلف عن المنازعات ما بين الأشخاص وكذلك ما بين الدول، حيث يكون ما بين الدول ذات السيادة التي تطالب بتطبيق قانونها، وبين أشخاص لا ينتمون لها يبتغون تحقيق العدالة والتعويض عن الضرر بتطبيق القانون الدولي.

وللفصل في هذا الإشكال عمدت الدول إلى إبرام الكثير من الاتفاقيات الثنائية والجماعية من أجل حماية هذه المصالح وتحديد التحكيم كوسيلة قضائية للفصل في المنازعات، وكذلك طلب الحماية الدبلوماسية لبلدانهم.

ولقد أقر القانون الدولي الحماية الأدنى لهؤلاء الرعايا ، وذلك باستعمال مبدأ الحد الأدنى للأجانب الذي يجب احترامه. كما أن القانون الدولي للاستثمار أفرد مبادئ وقواعد دولية لحماية الاستثمارات الخاصة برعايا الدولة في الخارج ، وسأنتظر في هذا الموضوع إلى فصلين هما: الفصل الأول يتناول الإطار القانوني لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج ، أما الفصل الثاني فيخصص لوسائل حماية المصالح المشروعة لهؤلاء الرعايا .

الفصل الأول: الإطار القانوني لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج

ينبغي قبل دراسة وسائل الحماية لمصالح رعايا الدولة في الخارج ، أن يتم تحديد مفهوم المصالح المشروعة، وكذلك رعايا الدولة في الخارج ، لأن ذلك يسمح لنا بمعرفة طبيعة المنازعة ما بين الشخص المعنوي المتمثل في الدولة والشخص الأجنبي الخاص . وباعتبار أن المراكز القانونية بين هؤلاء الأطراف متباينة، فلا بد من معرفة خصائص منازعات الدولة التي تنفرد بمبدأ السيادة والتميزة بممارسة الاختصاص الشخصي اتجاه رعاياها في الخارج.

ويصبح من الضروري تحديد هذه المفاهيم، والتطرق إلى خصائص المنازعات ما بين الدولة والرعية الأجنبي وتحليل الأعمال التي تقوم بها الدولة في ممارسة سيادتها المنشئة للمنازعات، وموقعها في النظام القانوني الدولي. وسأتناول ثلاثة محاور أساسية في هذا الفصل تتعلق، بالإطار القانوني لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج وهي:

1- ماهية المصالح المشروعة ورعايا الدولة في الخارج.

2- خصائص منازعات المصالح المشروعة لهؤلاء الرعايا.

3- الأعمال المنشئة لهذه المنازعات.

المبحث الأول: ماهية المصالح المشروعة ورعايا الدولة في الخارج

لم يضع فقهاء القانون الدولي مفهوما معينا للمصالح المشروعة، خاصة بالنسبة لمصالح رعايا الدولة في الخارج ، وذلك نظرا لأن القانون الداخلي هو الذي يحدد حقوق الأجانب ، غير أن اتساع القانون الدولي وكذلك المنازعات التي أصبحت تطرح بخصوص الحقوق المادية لرعايا الدولة في الخارج ، أعطت أهمية بالغة في بداية هذا العقد الأول من هذا القرن.

ولتحديد ماهية المصالح المشروعة سيتم تناول الموضوع في نقاط ثلاث، الأولى تتضمن مفهوم المصالح المشروعة أما الثانية فتتطرق إلى موقع الاستثمار بين الحق والمصالح المشروعة، أما النقطة الثالثة فستخصص لتحديد المركز القانوني للأجانب.

المطلب الأول: مفهوم المصالح المشروعة

يتضمن مفهوم المصالح المشروعة العديد من المعاني منها الاقتصادية والقانونية حيث نجد أن من بين المفاهيم القانونية ما جاء في القانون الفرنسي حيث حدد المصلحة بأنها هي الامتياز المادي أو المعنوي الذي يمكن لمن يدعيه أن يبادر برفع الدعوى القضائية¹، وإن كان هذا التعريف

¹Article 31 du decret N°75-1123 de 25/12/1975 instituant le code de procédure civile Français, dispose Que « l'action est ouvert à tous ceux qui ont un intérêt législation au succès au rejet d'une prétention sous réserve et des cas dans les quels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifier pour élever au combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminée ».

يربط أحقية رفع الدعوى القضائية بضرورة وجود مصلحة شرعية، وإلا فإن هذه الدعوى غير مقبولة، أي أن هذا التعريف يرتبط بالإجراءات الخاصة لرفع الدعاوي. وهناك تعاريف خاصة بالمفهوم الاقتصادي، وتعني الفائدة¹.

ولإلمام أكثر بماهية المصالح المشروعة فلا بد من تحليل مكوناتها التي ينص عليها القانون الدولي، خاصة أن هذه المصالح تشمل على الملكيات العقارية والمنقولة، وكذلك الملكية الفكرية، إضافة إلى مكونات الاستثمار وعائداته، وهذا ما نتعرض إليه في مفهوم المصالح المشروعة والتفرقة ما بين المصالح والحقوق، وثانيا موقع الاستثمار بين الحق والمصالح المشروعة، وثالثا تحديد مفهوم رعايا الدولة في الخارج .

الفرع الأول: الملكية العقارية والمنقولة

إن تواجد الشخص في غير بلده، وهو ليس من مواطني البلد الذي يعيش فيه يخضع في التمتع بحقوقه المادية إلى القانون الداخلي لهذا البلد، حيث يختلف هذا القانون من بلد إلى آخر، ويعد هذا الفرد "أجنبيا" و ينطبق هذا الوصف على أي فرد يوجد في دولة لا يكون من رعاياها².

ويتمتع الأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذين يعيشون فيه بحقوق نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948م، وكذلك الإعلان المتعلق بحقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلدي الذين يعيشون فيه، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 13 ديسمبر

¹ Direction de l'information légale et administration (premier ministre Français), qu'est ce que l'intérêt légal ?, <http://vosdroits.suvillepublic.fr/particuliers/F20688.xhtml>

² المادة-1- من الإعلان المتعلق بحقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 40-144 بتاريخ 13 ديسمبر 1985م.

1985 ، ومن حقوق هؤلاء الأفراد هو الحق في الإنفراد بملكية الأموال وكذلك الاشتراك مع الغير ، وهنا بمراعاة القانون المحلي¹.

وعليه فإن الحق بالإنفراد بملكية الأموال وبالاشتراك مع الغير، يخضع إلى ما يقرره القانون المحلي، حيث يختلف من دولة إلى أخرى، فهناك من الدول من تسمح لهؤلاء الأفراد باكتساب الملكيات العقارية والمنقولة مما هو مقرر لمواطنيها، وكثيرا من الدول تقيد هذا الحق، أولا تسمح به بتاتا لصالح هؤلاء الرعايا، فما هي إذن الملكية العقارية والمنقولة لرعايا الدولة في الخارج؟.

"وغالبا ما يؤدي ممارسة العمل و الإقامة في بلد أجنبي إلى إكتساب ملكيات عقارية و منقولة ، ويرى الأستاذ سعيد يوسف البوستاني بأنه يتلزم حق التملك في نشأته و طبيعة و مدته مع حقي الإقامة و العمل ، فالتملك ينشأ مع الإقامة و تبرز ماهية أكثر مع التوطن أو الإقامة المستقرة"².

ولذلك فإن الملكية العقارية والمنقولة تنشأ مع حقي الإقامة والعمل أو بمعنى آخر فإن الهدف من اكتساب هذه الملكيات، تكون نتاجا لحقوق أخرى لهؤلاء الرعايا وهي الإقامة والعمل، والأصل في الملكيات العقارية والمنقولة أنها تؤول عن طريق الشركات ، وكذلك نتاجا عن استثمارات أو تحصيلات مما ينتج عن عمل هؤلاء الأفراد، وكل حق مادي ينتقل إما عن طريق الإرث أو الاكتساب طبقا للقانون المحلي.

مما سبق فإن القانون الداخلي هو الذي يعرف الحق في الإنفراد بملكية الأموال وكذلك الاشتراك مع الغير¹، لذلك فإن القانون المدني هو الذي يحدد مفهوم الحق في الإنفراد في ملكية الأموال أو الاشتراك مع الغير و عليه يجب تحديد معنى هذه المفاهيم .

¹ المادة-5- من الإعلان السابق ، ص . 1 .

² د. سعيد يوسف البوستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2004، ص . 261.

1-الحق في ملكية العقارات والمنقولات

هناك العديد من التقسيمات المختلفة للأشياء المادية غير أن أهم التقسيمات هي تقسيم الشيء إلى عقار أو منقول².

العقار: هو كل شيء مستقر بحيزه، ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف، وكل ما عدا ذلك فهو شيء منقول³، وهنا يفسر المنقول بمفهوم المخالفة، ويترتب عن هذا التقسيم عدة نتائج نستنتج منهم ما يلي⁴:

1- يمكن تنظيم إجراءات التسجيل والقيود بالنسبة للعقار ولا يمكن ذلك بالنسبة للمنقول .

2-دعوى الحيازة تحمي العقار دون المنقول.

3-هناك حقوق لا يمكن أن تقع إلا على العقار، بفضل ما للعقار من مقر ثابت ومن ذلك حق الرهن الرسمي، حق الاختصاص، وحقوق الارتفاق وحتى السكن.

4-حق الشفعة بسبب الجوار تفترض أن كلا من المشفوع فيه والمشفوع به ملاصق للآخر، وأصبح حق الشفعة يمتد إلى المنقولات.

5-الوقف: يقتضي الوقف أن يكون الشيء الموقوف مستقرا وثابتا و يجوز وقف العقار إطلاقا، أما المنقول فيكون الوقف حصريا (مثل الكتب...).

6-الأعمال التجارية تتضمن الأعمال المتعلقة بالمنقولات في القانون التجاري.

¹ المادة-1- من الإعلان السابق، ص . 1 .

² المادة-683- من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحق في الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة،

1967 م ، الجزء رقم 8 ، ص . 11 .

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 16.

7- في اختصاص المحاكم: المحكمة المختصة هي مكان تواجد العقار، أما المنقول فدائرة اختصاص المحكمة هو موطن المدعى عليه .

أما في القانون الدولي الخاص ؛ فإن العقار ينقسم إلى العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، حيث أن العقار بالتخصيص هو منقول ألحق بعقار ، ويخصص لخدمة هذا العقار أو استغلاله ، حيث يصبح عقار بالتبعية والتخصيص¹، وقد جاء في المادة 524 من القانون المدني الفرنسي في فقرتها الأولى حول المبدأ العام في العقار بالتخصص²: مايلي "الأشياء التي يضعها مالك العقار في عقاره لخدمة هذا العقار واستغلاله، تكون عقارا بالتخصص"، ويشترط في هذا الإطار شرطين أساسيين هما:

1- أن يكون مالك العقار بالتخصيص هو نفس مالك العقار الأصلي.

2- أن يكون العقار بالتخصص قد أرتبط بالعقار الأصلي لخدمته أو استغلاله.

ولقد أضيفت بموجب المادة - 2 - من القانون رقم 177-2015 المؤرخ في 16 فبراير 2015 الحيوانات ، الأشياء المتعلقة بالنشاطات الفلاحية المرتبطة بهذه العقارات .

أما المنقول فيكون إما منقولاً بطبيعته، أو منقولاً حسب المآل، فالمنقول بطبيعته هو كل شيء ممكن أن ينتقل من مكان إلى آخر دون تلف وهناك منقولات خاضعة للقيود أو المنقولات ذات الطبيعة الخاصة³، مثل السفن والطائرات.

أما المنقول بحسب المآل: إن هذا التعبير من صنع الفقه لا التشريع، ولكنه يستمد من نصوص قانونية أخرى حيث يصبح العقار بطبيعته منقولاً بحسب المآل (مثل خشب الأشجار- أنقاض الميناء-منتجات المناجم والمحاجر)، ويجب في هذا الإطار توفر شرطين¹:

¹ المادة 683 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م المعدل والمتمم، التي تنص على ما يلي: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

² المادة 524 من القانون المدني الفرنسي العام 1804/01/25 المعدل بموجب القانون رقم 2015 المؤرخ في 16 فبراير 2015 - المادة (2) .

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص . 67.

1- أن يكون التعامل في العقار بطبيعته في نظر المتعاقدين أو في نظر القانون قد جرى لا أساس حقيقة العقار في الحال، بل على أساس ما يصير إليه في المآل.

2- أن يكون المصير المحقق القريب لهذا العقار هو أن يصبح بالفعل منقولاً، وبمعنى آخر فإن المنقول بحسب المآل فهو عقار في الحال ومنقول في المستقبل.

وتعتبر الحقوق العينية الأصلية التي تقع على منقول منقولاً، وحق الملكية ليس هو الشيء المنقول ، وعليه يعد حق الملكية على المنقول حقا ، وهناك أيضا الحقوق العينية على المنقول المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال. أما الحقوق الشخصية أيا كان محلها فهي أموال منقولة، حيث يكون محله إما إعطاء شيء منقول أو عقار أو عمل يدخل فيه تسلم منقول أو عقار أو الإلتزام بالإمتناع عن عمل .

وأحد خصائص الحقوق الشخصية هي أن لصاحب هذا الحق سلطة لا ترد مباشرة على الشيء ، فإنما هي العلاقة التي تربطه بآخر و هو الشخص الملتمزم بالحق ، وتمكنه من مطالبته بعمل أو الإمتناع عن عمل تحقيقا لمصلحة مشروعة له .

ولابد من الإشارة إلى حق الملكية في الشبوع الخاص بأموال الشركات أو الأسهم والحصص في الشركات، وهذا هو الجزء الأكبر في موضوعنا الخاص بحماية المصالح المشروعة. ويعتبر نصيب الشريك في شركات الأموال (شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم) بواسطة الأسهم (Actions) أو في شركات الأشخاص (شركة التضامن، شركات ذات المسؤولية المحدودة، الشركات المدنية)، فيحسب بالحصص²(intérêts) ومن هنا إذا وقع الحق العيني (حق الملكية) عن منقول الشركة يكون مالا منقولاً ، أما إذا وقع على عقار الشركة يكون مالا عقارياً، ومنه فإن الأسهم والحصص تكون إما أموالاً منقولة أو عقارية.

ومن المتفق عليه أن مال الشركة ليس مملوكاً للشركاء، وإنما يملكه ذلك الشخص المعنوي أما الشركاء فيملكون أسهما وحصصا، وهي إذن حقوق شخصية ومن ثم فهي أموال منقولة حتى

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص . 73.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص . 203.

ولو كانت كلها أموالا عقارية، ويترتب على السهم أو الحصة في الشركة عدة نتائج نلخصها فيما يأتي:

1- حق الملكية: قبل أن تعرف حق الملكية فالأجدر بنا أن نعرف الحقوق العينية والحقوق الشخصية، حيث يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية، ويعتبر مالا منقولاً ما عدا ذلك من الحقوق المالية. ومن ثم فإن الحق العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية، أما الحق الشخصي فهو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يخول الدائن بموجبها مطالبة المدين بإعطاء الشيء القيام بعمل أو الامتناع عن عمله¹.

الحقوق العينية الأصلية والدعاوى العقارية : وأهم الحقوق العينية التي تقع على عقار، ويكون هذا العقار عقار بطبيعته في الغالب ، وأول الحقوق العينية الأصلية هو حق الملكية ، والملكية هي

شيء معنوي ويجب تمييزه على الشيء المادي، ومن ثم فإن حق الملكية إذن يكون حقا عقاريا إذا وقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصص، وهناك حقوق متفرعة عن حق الملكية وهي حقوق الإرتفاق، حق السكن، حق الحكر، وهناك حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص.

الدعاوى المتعلقة بحق عيني على عقار: وتعتبر دعوى عقارية الدعوى المتعلقة بحق عيني على عقار ولقد جاء في المادة 684 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم² ما يلي : يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على العقار، وعلى ذلك تكون دعوى عقارية دعوى حق الملكية على عقار أي دعوى الاستحقاق للعقار، ودعاوى حقوق الإرتفاق إيجابا ونفيا لأن حقوق الإرتفاق لا تقع إلا على عقار، وكذلك دعوى السكن ودعوى الحكر، وتعتبر كذلك دعوى حق الانتفاع ودعوى حق الاستعمال إذا وقعت على عقار³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص . 183.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم -القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية- طبعة 2006م، منشورات بيرتي، ص . 172.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص . 196.

2-الملكية الفكرية: على عكس الملكية العقارية والمنقولة، فإن الملكية الفكرية تشمل أساسا الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية والتجارية¹، حيث تشمل الأولى حقوق التأليف وحقوق المجاورة، وتحدد القوانين المحلية هذه الحقوق ومنها القانون الجزائري، فقد نصت المادة الأولى من الأمر 73-14 المؤرخ في 03/04/1973م المتضمن حقوق المؤلف بأنها كل نتاج فكري مهما كان نوعه ونمطه وصور تعبيره، ومهما كانت قيمته ومقصده يخول لصاحبه مقاييس حق المؤلف يجري تحديده وحمايته طبقا لأحكام الأمر السالف الذكر، وجاء بعد ذلك الأمر 97 - 10 المؤرخ في 06 مارس 1997 المتعلق بحق المؤلف و الحقوق المجاورة ، وفي سنة 2003 ، صدر الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن حقوق المؤلف و الحقوق المجاورة ، حيث نصت المادة (3) على منح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي ، في الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر .

لقد عرف القانون الفرنسي الصادر في 11 مارس 1957م الملكية الفكرية بأنها ملكية غير مادية مانعة وقابلة للاحتجاج بها في مواجهة كافة Droit de propriété incorporelle exclusif et responsable a tous² وهنا يأخذ القانون الفرنسي بالجانب الشخصي لهذه الحقوق رغم أن لها جانبا ماديا. أما الملكية الصناعية فتشمل براءات الاختراع ونماذج المنفعة والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات الصناعية أو التجارية وعلامات الخدمة والاسم التجاري وبيانات المصدر أو تسمية المنشأ وكذلك قمع المنافسة غير المشروعة³.

¹ الطيب زروقي، القانون الدولي للملكية الفكرية تحاليل ووثائق، مطبعة الكاهنة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2004، ص . 1.

²Loi N° 57-298 Du 11 Mars 1957 Sur La Propriété Littéraire Et Artistique , JORF N° 19 Avril 1957 Et La Loi N° 92597 Du 01 Juillet 1992 Relative Au Code De La Propriété Intellectuelle , JORF, 03 Juillet 1992 .

³ الفقرة الثانية من المادة 1 من اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883م والمعدلة ببروكسل في 14 ديسمبر 1900م، و واشنطن في 02جويلية 1911م ولاهاي في 06 نوفمبر 1985م ولندن في جويلية 1934م ولشبونة في 31 أكتوبر 1958م و ستوكهولم في 14 جويلية 1967م.

ويثار جدلا فقهي كبير حول اعتبار هذه الحقوق، حقوقا شخصية أم حقوقا ملكية حقيقية شبيهة بالحقوق المادية للأشياء، وهذا على أساس الجانب المالي الذي يهتم هذه الدراسة على أساس أن حق الملكية المادية يعد حقا دائما لصاحبه وهو حق استثنائي مؤيد¹.

الفرع الثاني: التفرقة بين الحق والمصالح المشروعة

تكمن الصعوبة في تحديد مفهوم المصالح المشروعة في تلك العلاقة الموجودة بين الحق وهذه المصالح وحتى يتسنى لنا التفرقة فلا بد أن نعرف كليهما:

1- الحق: لقد اختلف الفقهاء في تعريف الحق في القانون الداخلي أو الدولي، ونشأ عن هذا الإختلاف وجود مذهب شخصي وآخر موضوعي، غير أن الكثير يذهب إلى إعتبار الحق هو المركز المقرر قانونا لشخص ما بموجبه يستطيع أن ينفرد به و إستيفاء ما يفرضه القانون عند العدوان عليه.

كما يرى آخرون بأنه هو قدرة إرادية يعترف بها القانون لشخص ويكفل حمايتها من أجل تحقيق مصلحة معينة، والتي يحميها القانون مخولا لصاحبها سلطة القيام بالأعمال اللازمة لتحقيق هذه المصلحة.

أما بالنسبة لنظرية دابان DABIN ، فإن الحق يشمل أساسا الاستثناء والتسلط، فالإستثناء هو الذي يسبب ويحدد التسلط². والمقصود بالإستثناء هنا هو الإستثناء بشيء يمس الشخص

¹ محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص. 10.

² محمدي فريدة زواوي، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ، 1998م، ص 7.

ويهمه، وأن الشيء يخصه وحده، ولا يرد على الأموال فقط، وإنما يرد أيضا على القيم اللصيقة بالشخص الطبيعي أو المعنوي، والأشياء المادية وغير المادية. أما التسلط فهو النتيجة الطبيعية للاستتار، ويقصد به السلطة في التصرف الحر في الشيء.

وإجمالا فإن الحق هو الاستتار الذي يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه، أما التسلط على شيء معين أو إقتضاء أداء معين من شخص آخر، وتصنف الحقوق إلى حقوق فردية وحقوق جماعية، وتصنف الحقوق الفردية بدورها إلى ثلاثة أقسام، الأولى تتمثل في حقوق القدرة والثانية تتمثل في حقوق الحرية أما الثالثة فتتمثل في حقوق المصلحة¹.

أ- **حقوق القدرة:** وهي الحقوق التي تمكن الأفراد من الالتزامات المقابلة لها ونذكر منها القدرة على التعاقد، والقدرة على رفع دعوى حق الانتخاب وهنا الحق يحمي نشاطا ناشئا لا نشاطا طبيعيا.

ب- **حقوق الحرية:** وهي الحقوق التي تسمح للفرد بممارسة بعض النشاطات والقانون يقوم بدور الحماية.

ج- **حقوق المصلحة:** وهي الحقوق التي تمكن الشخص من الحصول على امتيازات ناتجة عن تنفيذ واجب، فهذه الحقوق لا تتعلق بنشاط المستفيد، وإنما نشاط طرف آخر، لكنه يستطيع المطالبة بالتنفيذ إذا لم تقدم له الخدمة، وهنا فإن القانون لا يحمي النشاط وإنما يحمي المصلحة المقدمة له، ومنها الحقوق الاقتصادية والاجتماعية².

وعليه فإن الحماية القانونية تكون للمصلحة المقدمة للشخص من قبل طرف آخر قد تكون الدولة، أو شخص معنوي آخر أو فرد من الأفراد.

أما المصالح المشروعة فهي شبيهة بالحقوق ولا ترقى أن تكون حقوقا كاملة، وبلاستناد إلى قرار محكمة العدل الدولية المؤرخ في 05 فيفري 1970م في قضية برشلونة تراكشن، خاصة في

¹ عبد العزيز قادري ، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية، دار هومة، 2003م، ص.16.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص.17.

فقرته 54، حيث عللت المحكمة على قول الحكومة البلجيكية على تشبيه المصالح بالحقوق¹، بما يلي: "وأن حجة الحكومة البلجيكية تعتمد في جزء منها على معالجة التشبيه ما بين المصالح والحقوق ، المبني على أساس الاستعمال في العديد من المعاهدات والوسائل الأخرى للأحكام والمصالح والحقوق ، غير أن هذه الحجة غير حاسمة باعتبار أن الأملاك محمية بموجب القانون، أما الحقوق فإن حمايتها تقوم على أساس الإطار القانوني".

وبالنسبة للحكومة البلجيكية فإن هذه المصالح حتى وإن كانت مختلفة عن الحقوق، غير أنها محمية هي أيضا بموجب القواعد الاتفاقية، وتفاقت محكمة العدل الدولية في هذا القرار بتبرير موقفها وذلك بأنها ليست في حاجة إلى تحديد مفهوم المصالح في القواعد الاتفاقية، ومن ثم الاعتراف بهذا المصطلح يعني حقوقا عوض مصالح بسيطة². غير أن بعد سبع وثلاثين (37) سنة من هذا الحكم فقد وجدت نفسها أي محكمة العدل الدولية في نفس الإشكالية في قضية أحمدو سايدو ديالو Ahmadou Sadio Dialo، غير أنها حكمت في القضية الخاصة بالسيد ديالو بقبول الدعوى على أساس حماية حقوق السيد ديالو بصفته فردا وباعتباره مساهما في شركتين، وذلك في إطار الاستثناءات التمهيدية³.

¹ قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ 1970/02/05م في قضية برشلونة تراكشن ما بين بلجيكا وإسبانيا ، الفقرة 5، ص . 39 .

<http://www.icj-cij.org/Docket/Files/50/5387/PDF>

² قرار محكمة العدل الدولية ، المرجع السابق، ص. 39.

³ محكمة العدل الدولية ، قرار 24 ماي 2007م في قضية أحمدو سايدو ديالو ما بين عينيا والكونغو الديمقراطية، ص . 39-40.

³ دستور المملكة المغربية - 2011 .

وفي القضية ذهبت الكونغو الديمقراطية إلى أنه لا يليق بمحكمة العدل الدولية أن تنزل من مستواها لدراسة قضايا ومصالح بسيطة، لأن دورها الأساسي الذي من أجله أنشئت هو المساهمة في حفظ السلم والأمن الدوليين ، رغم أن التعويضات التي طالبت بها غينيا تعد بملايير الدولارات.

و في السنوات الأخيرة فقد أقرت بعض الدساتير العربية على المصالح المشروعة من المغرب و الجزائر فلقد جاء في الدستور المغربي لـ 2011 ما يلي : تعمل المملكة المغربية على حماية الحقوق و المصالح المشروعة للمواطنين و المواطنين المغاربة الموجودين في الخارج في إطار إحترام القانون الدولي و القوانين الجاري بها العمل في بلدان الإستقبال³.

أما في التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 فلقد أقرت المادة 27 على أن تعمل الدولة على حماية حقوق على أن تعمل الدولة على حماية حقوق المواطنين في الخارج ، و مصالحهم في دان ظل إحترام القانون الدولي و الإتفاقيات المبرمة مع البلدان المضيفة و التشريع الوطني و تشريع بلدان الإقامة¹.

و الملاحظ أنه من خلال هذه الدساتير ، فقد تم إيلاء الأهمية البالغة للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج و هي من صميم الإختصاص الشخصي للدولة .

وعليه فإن المصالح المشروعة، والتي تعني كل ما له علاقة بالإسهامات والأرباح والأموال والعقارات التي يملكها رعية الدولة في الخارج و تعني في مجال حماية حقوق الإنسان الأفراد الذين يتعرضون للمساس بهذه المصالح المكتسبة في إطار القانون الداخلي ، ومن ثم فإنها هي كل تلك الإمتيازات التي يخولها القانون للفرد والتي يحوزها كل ما يسمح به القانون في إطار مشروع ، ولم تقر في مجال حقوق الإنسان حصرا وفق القانون الدولي ، و يفرض التعويض في حالة المساس بها من قبل الدولة أو إحدى هيئاتها.

كما أن التحول الذي يعرفه الاجتهاد القضائي يفرض حماية خاصة بالنسبة لهذه المصالح المرتبطة بحقوق الفرد الاقتصادية ، وأن الفعل الاقتصادي يؤثر بشكل كبير في ترقية الحقوق

¹ قانون رقم 16.01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016 المتضمن التعديل الدستوري - الجريدة الرسمية رقم 14 - 2016 .

الأخرى للإنسان، ولا يمكن الفصل بين حقوق الإنسان وتلك المصالح المشروعة لأن الأمر مرتبط ببعضه البعض.

المطلب الثاني: موقع الاستثمار بين الحق والمصالح المشروعة

الفرع الأول: تحديد مفهوم الاستثمار

قد يختلف الكثير في تعريف الاستثمارات غير أن بعض النصوص القانونية حاولت تعريف الاستثمارات على سبيل المثال لا الحصر. فالمادة الخامسة والعشرون (25) من اتفاقية واشنطن التي

تنص على أن يختص المركز بالمنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن الاستثمار¹، ويتطلب انعقاد اختصاص المركز في إطار الاتفاقية السالفة الذكر أن يتوفر شرطان هما : أولاً أن يكون النزاع ناشئاً مباشرة عن الاستثمار ، و ثانياً أن يكون قانونياً².

لقد تفادت هذه الاتفاقية أي تعريف لمصطلح الاستثمار، إلا أننا نجد أن الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول تذهب إلى تعريف الاستثمار وتحديد مفهومه. وأوردت المادة الثانية من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والإتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي في عام 1991م³، وكذلك

¹المادة-25- من اتفاقية واشنطن 1965م لفض منازعات الإستثمار.

² بن سهلة ثاني بن علي، ونعيمي فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة إدارة، العدد 2، 2009م، ص. 30.

³ المرسوم الرئاسي رقم 91-345 الصادر في 1991/10/05م المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر والإتحاد البلجيكي اللوكسمبورغي والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر
1991/04/24م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 1991/46.

المادة الأولى(1) من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر ورومانيا¹، حيث أن كلمة استثمار تشير على سبيل المثال لا الحصر إلى:

أ-الأملك المنقولة والعقارية وكذلك الحقوق العينية مثل الرهن العقاري والامتيازات والرهن الحيازي.

ب-الأسهم وحصص الشركاء والأشكال الأخرى من المشاركة في الشركات المنشأة على إقليم أحد الطرفين المتعاقدين.

ج-الفوائد التي أعيد استثمارها.

د-الالتزامات والديون والحقوق لأية خدمات لها قيمة اقتصادية.

هـ-حقوق الملكية الفكرية والصناعية مثل حقوق المؤلف وبراءة الاختراع والرسوم والتصاميم والنماذج الصناعية والاستثمارات التجارية والأساليب التقنية والمهارة والعلامات المسجلة والحقوق الأخرى المشابهة والمعترف بها بقوانين أحد الطرفين المتعاقدين.

و-الامتيازات، لا سيما امتيازات البحث والاستخراج واستغلال الموارد الطبيعية وكذلك كل حق يمنح بقانون أو بعهد أو بقرار من الهيئة المختصة طبقاً للقانون.

الفرع الثاني: تحديد مفهوم الاستثمار طبقاً للحكم التحكيمي في قضية الجزائر والشركة الإيطالية

إن عدم تعريف الاستثمار من طرف اتفاقية واشنطن 1965م أدى إلى طرح العديد من القضايا حول اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار ومن بين هذه القضايا نجد قضية الشركتين الإيطاليتين L.E.S.I و DIPENTO المكونتين للمجمع الإيطالي الذي تقدم بطلب إلى المركز بتاريخ 03 فيفري 2003م ضد الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وعلى

¹ مرسوم رئاسي رقم 94-94 المؤرخ في 22/10/1994م المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر ورومانيا الموقع بالجزائر في 28/06/1994م المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 69-1994م .

أساس الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وإيطاليا بتاريخ 1991م حول ترقية وحماية الاستثمارات، يتضمن عند إجراء فسخ الصفقة المبرمة ما بين الطرفين لإنجاز سد كدية السردون بولاية البويرة¹.

ولقد كان رد الجمهورية الجزائرية على هذا الطلب بأن المركز غير مختص في الفصل في هذه المنازعة، وعدم قبول الدعوى شكلا، وإن جاء الحكم التحكيمي بعدم قبول الدعوى شكلا، غير أنه أعتبر أن المركز مختص في الفصل في هذا الطلب على اعتبار أن عقد البناء هو استثمار رافض الحجج المقدمة من طرف الجزائر على أساس أنه ليس استثمارا، حسب المادة 1-25 من الاتفاقية، بناء على ما يقره الفقه الكلاسيكي من أن الاستثمار يكون بوجود إسهام عيني وفترة زمنية محددة، وتحمل المخاطر من طرف الشركة، و عليه فإن المجمع لم يقدم هذا الإسهام العيني بما أنه لم ينطلق في الأشغال، وإنما قام بتقديم خدمات تم دفع مقابلها.

وكان رد المجمع الذي تقدم بالطلب لدى المركز ، بأن عقد البناء هو استثمار بناء على أحكام قد صدرت من قبل التحكيم مثل قضية Consoriorfcc ضد المغرب، وهذا بموجب حكم تحكيمي حول اختصاص المركز ، واعتبار مثلا شراء تذاكر الطائرة لأوامر بمهمة تفتيش من أجل مساعدة الحكومة المغربية لتحديد التعاريف الجمركية من قبيل الاستثمار.

كما أن الإسهام العيني لا يمكن أن يكون فقط في تحويل الملكية، بل قد يكون في مصاريف جزئية لتنفيذ جزئي للبناء، كما أنه وطبقا للممارسة الدولية فإن عقود البناء هي الأمثلة الغالبة في الاستثمارات.

وقد كانت إجابة المحكمة التحكيمية بأننا أمام استثمار طبقا للمادة 1-25 من الاتفاقية رغم أنها لم تعرف الاستثمار، وذلك للأسباب الآتية:

¹ Emanuel Gaillard, La Jurisprudence du CIRDI, vol 2, Editions A, Pedone, Paris, 2011, P.109.

1-إن الإسهام يمكن أن يكون قرضاً أو مواد أشغال أو خدمات ولا يكون محدد عينياً، وإنما تكون له قيمة اقتصادية، وهذا لا يمنع أن يكون المتعاقد قام بإنجاز بعض المعدات في بلده لكن من أجل المشروع المتعاقد عليه.

2-الفترة الزمنية: إن الاتفاقية لم تحدد الفترة الزمنية وإنما أن تكون العملية المتعاقد عليها لها أهمية اقتصادية وتهدف إلى ترقية البلد المعني، وفي حالة " كدية السردون " فإن المدة المتفق عليها هي خمسون 50 شهراً، غير أن هذه المدة قد تخضع للتمديد نظراً لأهمية المشروع.

3-أما بالنسبة للمخاطر: فإن الخطر يمكن أن يصيب أي شركة متعاقدة ، وأن فسخ العقد من قبل الدولة الجزائرية وإن كان يطلب تسويته عن طريق القضاء الوطني، غير أن ذلك لا يمنع المجمع أن يطلب التسوية من طرف محكمة تحكيم المركز .

واعتبرت المحكمة أن من دفع الأطراف المتنازعة ، أن التنازع هو نزاع استثمار حسب اتفاقية واشنطن 1965م، كما أن النزاع هو بين رعية دولة متعاقدة ودولة متعاقدة أخرى هي الجزائر، كما أن تعريف الاستثمار المنصوص عليه في اتفاقية ما بين إيطاليا والجزائر 1991م، يعطي تعريفاً واسعاً، لا يختلف مع المفهوم المحدد له من طرف الاتفاقية، وأن المفهوم الذي نعطيه كل دولة على حدة في قانونها الداخلي.

وإذا كانت محكمة التحكيم قد أقرت باختصاص المركز، غير أنها رفضت الطلب بعدم قبول الدعوى لإنعدام الصفة للمدعي¹.

وبصفة عامة فإن الاستثمار الدولي يتضمن العديد من التعاريف نذكر منها تعريفين الأول للأستاذ دوبي Dupuy المحكم في قضية تكساس Texaco ضد الحكومة الليبية¹، الذي يعتبر بأن

¹ حكم المحكمة بعدم قبول الطلب من قبل المجمع الإيطالي LESI et Dipentoc على أساس تقديم الطلب باسم هذا المجمع لإنعدام الصفة ومن ثم فإن محكمة المركز غير مختصة في النظر في النزاع من ناحية الشكل، وعادت الشركتين Astal dispon Lesi spa طرح القضية من جديد وصدر حكم تحكيمي بتاريخ 2008/12/12م.

هذه "العقود هي عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعاً من التعاون الطويل بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي، وتتضمن نصوصاً تهدف إلى تحقيق الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي، حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة، أما الأستاذ علي إبراهيم فيرى هذه العقود بأنها إتفاق مكتوب تلتزم بمقتضاه شركة أجنبية أو مشروع أجنبي بتقديم المساعدة الفنية والمالية بهدف المساعدة في إنجاز خطط وطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلد المضيف الذي يلتزم بدوره بتقديم المقابل لهذه الشركة في صورة مقابل مادي².

وإذا كانت التعاريف السابقة تعني العقود التنموية ذات الأهمية، فإن الاستثمار الدولي أوسع من ذلك ويمتد إلى الاستثمارات قليلة الأهمية، كما قد تكون هذه الاستثمارات لأشخاص طبيعية.

وتعنى هذه الدراسة بالاستثمارات للأشخاص الطبيعية فقط لأنها المعني بحقوق الإنسان خاصة الحق في الملكية، وعدم نزع ملكيته تعسفاً³.

وعليه فإن المصالح المشروعة هي شبيهة بالحقوق الفردية التي تمكن الشخص من الحصول على امتيازات ناتجة عن تنفيذ واجب "الحقوق-المصلحة"⁴، وفي هذه الحالة فإنها لا تتعلق بنشاط المستفيد، بل نشاط طرف آخر في العلاقة القانونية، فالقانون يحمي المصلحة المقدمة للشخص مثل حق الدين، حق رب العمل...

¹ دوبي Dupuy حكم تحكيمي ما بين شركة Texaco والحكومة الليبية، الأمر يتعلق بنزاع ما بين الحكومة الليبية وشركة Texaco وذلك بسبب تأميم ليبيا للشركة المذكورة آنفاً بعد قيام الثورة الليبية، رغم حصول الشركة لرخصة استغلال البترول في الأراضي الليبية.

² علي إبراهيم، العلاقات الدولية في وقت السلم، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى، 1997م-1998م، ص. 312.

³ المادة 12، من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948م.

⁴ قادري عبد العزيز، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 16.

كما أن حق الملكية يرتبط بحقوق أخرى منها حق التعاقد (حق التصرف القانوني في المال بالبيع، والإعارة، الكراء، استغلال من طرف شخص آخر، ولقد جاء في المادة- السابعة عشرة - من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948م " أن لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره، كما لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا " ومن ظاهر المادة فإنها تعني كل الأفراد سواء كانوا تابعين للدولة أو أجنب، غير الفئة أن الأخيرة يقيد بها القانون الداخلي وتحديد حق التملك، وهذا ما سنتعرض له في هذه الدراسة.

وينبغي الإشارة إلى أن العهدين المتعلقين بحماية الحقوق السياسية والمدنية وكذلك الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لم يتطرق إلى حماية حقوق المصالح المشروعة للفرد، (حقوق المصلحة) على عكس ما جاء في الإعلان العالمي (المادة السالفة الذكر) ماعدا في الجزء الخاص بحماية الملكية الفكرية، حيث ورد في المادة- الخامسة عشرة -من العقد الدولي بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في الفقرة-2-¹ " تقرر الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بحق كل فرد بالانتفاع بحماية المصالح المعنوية والمادية الناتجة عن الإنتاج العلمي أو الأدبي أو الفني الذي يقوم هو بتأليفه ".

المطلب الثالث: المركز القانوني للأجانب

لكي يتم التفرقة بين رعايا الدولة في الخارج والأجانب فلا بد من تحديد معنى كلي المصطلحين، حيث أن كل رعايا الدولة في الخارج هم أجانب باستثناء الأفراد متعددي الجنسية واللجئيين، وتطرح في هذا السياق مشكلة عديمي الجنسية واللجئيين الذين لا يمكن إدماجهم ضمن فئة رعايا الدولة في الخارج خصوصا بالنسبة لفئة عديمي الجنسية رغم أنهم أجانب. وعليه سنحدد مفهوم الأجانب أولا، وثانيا رعايا الدولة في الخارج وارتباطهم بدولتهم.

الفرع الأول: تحديد المركز القانوني الأجنبي

¹ المادة-15- الفقرة -2- بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية .

أصبح الأجنبي يحوز على مكانة هامة في القانون الدولي، سواء فيما يتعلق بالقانون الدولي لحقوق الإنسان، أو القانون الدولي الاقتصادي، ونظرا لهذه المكانة أصبح هناك فرع يدعى بالقانون الدولي للأجانب، هذا فضلا عما يحتويه القانون الدولي الخاص من تطور هام خاص بالأجانب، ولا يختص القانون الدولي الاقتصادي فقط بتبادل السلع والخدمات، وإنما أيضا يتناول حالة إنتاجها وتقديمها من طرف الأجانب في الدولة المستقبلية¹.

ويرى الدكتور سعيد يوسف البستاني في كتابة المركز القانوني للأجانب والعرب في الدول العربية، بأن موضوع مركز الأجانب يأخذ موقعه الشكلي ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص لكن في حقيقة بداياته وأصول مفاهيمه وقواعده، فإنه يأتي من كافة فروع القانون الخاص والعام الداخلي والدولي، ولهذا فإن قواعده ومفاتيح مداخله تنتثر منتمية إلى موضوعات مختلفة متعددة من كل هذه الفروع².

وبخصوص المركز الاقتصادي للأجنبي فإن القانون الدولي العرفي يحيل في الغالب هذه الوضعية إلى القانون الداخلي باسم السيادة الإقليمية للدولة³، أما بمنظار حقوق الإنسان، فإن القانون الدولي يحمي حقوق الأجنبي سواء كانت شخصية أو مادية.

إن كثيرا من الأسئلة المتعلقة بحماية الأجانب تدرس بصفة تقليدية بمناسبة معالجة بعض المبادئ العامة لقانون الأشخاص منها: السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية والنشاطات الاقتصادية والاختصاص الشخصي للدولة، وحماية حقوق الإنسان وأيضا الحماية الدبلوماسية⁴.

ويعرف المركز القانوني للأجانب تطورا هائلا في السنوات الأخيرة، وذلك نتيجة تضاعف الاتفاقيات الثنائية والجماعية، التي تعنى بأهم الانشغالات الخاصة بالأجنبي، خاصة الانشغالات

¹Dominique Carreau, Patrick Juillard, Droit International Economique, L.G.D.F. DELTA, 4 Edition 1998, P.375.

² سعيد يوسف البستاني، نفس المرجع السابق، ص . 8.

³Dominique Carreau & Patrick Juillard, Op.cit, p.379.

⁴Patrick Dallier, Alain Pellet, Droit International, L.G.D.j 7 Edition.E.J.A.2002, P.673.

الاقتصادية وكذلك الحريات العامة ؛ ما عدا الحقوق السياسية التي تبقى في مجال ضعيف جدا، باستثناء حق الانتخاب الذي هو مطروح للنقاش في الإتحاد الأوروبي كما تبينه المادة- السابعة عشرة - من اتفاقية الإتحاد الأوروبي¹.

أما في ميثاق الأمم المتحدة فقد مهدت ديباجته عن إيمان الدول بما للفرد من حقوق أساسية وما للإنسان من قدر وكرامة، يجب عليها أن ترعاها، وقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة الأولى من هذا الميثاق ما يلي "تحقيق التعاون الدولي على حل المشاكل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا ؛ والتشجيع على ذلك إطلاقا بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين النساء والرجال²؛ وهناك نظريتان في القانون الدولي لمعالجة حقوق الأجانب، الأولى تعتمد على احترام قواعد الحد الأدنى "Standard Minimum"، والأخرى "المعالجة الوطنية" والقصد منها هو التأكيد على حماية الأجانب ضد التمييز، الذين لا يمكن لهم المطالبة بالمساواة في تطبيق القانون الداخلي للدولة المتواجدين فيها، وقد أدى تطبيق فكرة المعيار الدولي للحد الأدنى إلى اتخاذها حجة في المعالجة التفضيلية للأجانب على حساب الوطنيين³.

إن المصالح المشروعة للأجانب، وتعني الجانب الاقتصادي لهؤلاء تتطلب في القانون الدولي حماية أملاك الأجانب، غير أن الدولة المستقبلية هي التي تملك السلطة التقديرية، وفي حالة قبول الأجنبي على أراضيها، يجب عليه معرفة شخصيته القانونية، وبدون هذه الشخصية المعترف بها ، لا يمكن لهذا الشخص الأجنبي أن يقوم بمعالجة اقتصادية سواء كانت داخلية أو خارجية⁴.

ولا يتم هذا إلا بناء على قواعد القانون الداخلي لهذه الدولة، كما يجب أن يتمتع بحماية متكافئة ، حيث نصت المادة السادسة(6) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10م، بالاعتراف لكل إنسان أينما وجد بالحق في الشخصية القانونية، أما المادة السابعة(7) " فأقرت بأن كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه

¹L'article 17 du T.U.E Euro Cuej.h , <http://www.Euro.Cuej.Com/Wp.Content/Uploads/2010/12/Outic-17.T.U.E-PDF>.

² الفقرة الثالثة من ديباجة ميثاق الأمم المتحدة.

³Patrick Dallier & Allain Pellet, op.cit, p.673.

⁴Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, p.380.

دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا¹ .

1- الدولة و إستقبال الأجانب بصفة إرادية

ومن هنا فإن السلطة التقديرية للدولة المستقبلية للأجنبي كامل الصلاحيات في تحديد دخول الأجانب عن طريق تحديد شروط الدخول إليها وكذلك شروط الإقامة، فضلا عن شروط العمل أو الاستثمار، وبقبول الأجنبي في دولة معينة سيتمتع بحماية القانون، وكذلك فإن مصالحه المشروعة تكون محمية اتجاه أي تعسف للدولة المستقبلية، ولكن هذه الحماية لا تمنح له كامل الحقوق مثلا في حالة اكتساب أملاك، فإنه لا يستطيع طبقا لقوانين بعض الدول أن يكتسب عقارات، وبالأخص الأراضي الزراعية².

كما أن اكتساب بعض القيم المنقولة (الأسهم) في الشركات المحلية يمكن أن تحدد بنسبة معينة، أو يخضع إلى تقييد نوعي خاص بمنع التصويت في مجالس الإدارة لهذه الشركات.

وبصفة عامة فإن قانون حماية الأجانب توزع على القوانين الأخرى نتيجة توسعها في القرن الماضي، حيث أصبح القانون الدولي لحقوق الإنسان يختص بالأشخاص الطبيعية فيما يهتم القانون الدولي الإنساني بالحالات المتعلقة بالنزاعات المسلحة³، أما حماية أملاك الأجانب فتتوزع بين قواعد العلاقات الاقتصادية الدولية، سيادة الدول الاقتصادية وحماية الاستثمارات، ومن هنا فإن فروع القانون الدولي العام تدرس كل فيما يخصها جزء من موضوع حماية حقوق الأجانب.

ويدخل في صميم سيادة الدول التشريع في شروط الهجرة إلى أراضيها، ودخول الأجانب إليها، كما يمكن للدولة أن تمنع اكتساب بعض الممتلكات، أو تحديد النشاطات التي يمكن للأجنبي ممارستها أو منعه من ممارسة أو امتلاك بعض الأملاك.

2- الدولة و إستقبال اللاجئين و عديمي الجنسية لأسباب قاهرة

¹ المادة 6 و 7 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10/12/1948م .

²Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, p.38.

³Pierre Marie Dupuy : Droit internationale public, Dalloz , 7^{eme} Edition , 2004 .

هناك حالات أخرى تقوم فيها الدولة بإستقبال فئات من الأجانب بسبب ظروف قاهرة، خاصة الحروب، حيث تستقبل مجموعات بشرية من بلدان أخرى بصفة جماعية أو فردية، وذلك لدواع إنسانية محضة ، بل قد يصبح مشكل إستقبال اللاجئين مسألة جهوية ، تتعاون الدول من أجل إيجاد الحلول المناسبة لها و التكفل الأمثل بمئات الآلاف من الأفراد .

أما بالنسبة لفئة عديمي الجنسية فإن المركز القانوني الخاص بهم مختلف .

وإذا كان هؤلاء الأفراد أجنب في الدولة المستقبلة غير أنهم ليسوا أفرادا عاديين يملكون جنسية، و إنما أصبحوا كذلك بسبب نزع دولتهم جنسيتهم ، ومن ثم يجدون أنفسهم بدون حماية من طرف دولتهم، وهو ما يجعلهم في حاجة ماسة إلى حماية دولية¹.

ولمواجهة هذه الوضعية المأساوية فقد أنشئت منظمات تهدف إلى تقديم المساعدة لهؤلاء الأفراد، وقد أدت هذه الوظيفة بعد نهاية الحرب العالمية الأولى إلى ظهور المفوضية السامية للاجئين الروس سنة 1921م في إطار عصبة الأمم المتحدة²، وتولت شؤون لاجئي الشرق الأوسط، ولقد أنشأ مدير هذه المفوضية وثيقة جواز السفر الخاصة المسماة باسمه (جواز ناسن-Nausen).

وقبل نهاية الحرب العالمية الثانية أنشئت هيئة ثانية لتولي شؤون الأفراد المرشحين وهي اختصارا (U.NRRA) أي United Nations Relief and Réhabilitation Administration ؛ وكان الهدف الأساسي لهذه المنظمة هو تسهيل عودة هؤلاء الأفراد إلى أوطانهم³، ونظرا لرفض هؤلاء فقد أنشئت منظمة أخرى مرتبطة بمنظمة الأمم المتحدة تدعى المنظمة الدولية للاجئين (OIR)، وهذا بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 62 بتاريخ 1946م، كما عالجت وضعية عشرات الآلاف من حالات اللاجئين. ولقد عوضت هذه الهيئة المفوضية السامية للأمم المتحدة للاجئين، حيث سعت هذه المنظمة إلى تقديم المساعدة المادية والمعنوية لهؤلاء الأفراد، ويبقى إيجاد الحل للمركز القانوني لهؤلاء الأجانب من صميم اختصاص الدول.

¹Nguyen Quoc Dinh, Droit International public, L.G.D.J, 1975, p.515.

²Patrick Daillier & Alain Pellet, op.cit, p.677.

³Nguyen Quoc Dinh, op.cit, p.516.

ومن أجل تسوية وضعية اللاجئين يجب تأسيس قانون أساسي لفائدة هؤلاء الأشخاص، ويتم ذلك عن طريق الاعتراف بحق اللجوء، غير أن احتفاظ الدول بتقنين هذا الحق، وكذلك الاختصاص الحصري لمنحه ، يقف حاجزا لإيجاد حل مناسب لمشكلة هؤلاء الأجانب.

ولمعالجة هذه المسألة فقد تمت المصادقة من قبل الدول على الاتفاقية 28 جويلية 1951م، والبروتوكول 31 جانفي 1967م المتعلق باللاجئين، وبموجب هذه الأدوات، تلتزم الدول المصادقة على هذه الاتفاقيات بمعاملة هؤلاء اللاجئين معاملة مساوية لرعاياها في مجال الحرية الدينية، الحق في اللجوء إلى القضاء، التعليم الابتدائي، المساعدة العمومية، الاستفادة من لتشريع العمل والحماية الاجتماعية ، والخضوع للضريبة¹، وهذه المعاملة تساوي أو أقل بقليل من الحقوق الممنوحة للأجانب وتتكفل المفوضية السامية للاجئين بمراقبة تنفيذ الدول لهذه الاتفاقية وكذلك البروتوكول. وتدعمت هذه النصوص بالعديد من الاتفاقيات الجهوية التي تحدد وتكمل ما جاء في النصوص السالفة الذكر، أما عديمو الجنسية فإن النص القانوني الذي يحكم هذه الفئة هي اتفاقية نيويورك بتاريخ 28 ديسمبر 1954م وأخذت تقريبا نفس الأحكام الموجودة في اتفاقية اللاجئين، غير أن عددا متواضعا من الدول صادق على الاتفاقية (54 دولة في سنة 2002م)، ولقد دعمت هذه الاتفاقية بأخرى من أجل تقليص حالات عديمي الجنسية وهذا بتاريخ 30 أوت 1961م، حيث صادقت عليها 26 دولة سنة 2002م وتلتزم أطراف الاتفاقية بمنح جنسية هذه الدولة ضمن العديد من الشروط².

ولقد تطور المركز القانوني للاجئين وعديمي الجنسية، وذلك باعتراف هذه الاتفاقيات ببعض الحقوق، كما أن المساعدة الإدارية التي تقرها اتفاقية اللاجئين 1951م وكذلك اتفاقية 1954م بعديمي الجنسية، غير أنهما لا تطرحان أي نظام خاص بالحماية الدبلوماسية لهذه الفئات من

¹Patrick Daillier & Alain Pellet, op.cit, p.678.

²Patrick Daillier & Alain Pellet, op.cit, p.679.

الأفراد¹. والأحكام القليلة الخاصة باللجئين وعديمي الجنسية لا تتعلق إلا بالحماية القنصلية، كما أن الاعتراف بحق الحماية لهؤلاء لا يمكن أن يكون إلا بتوفر شرطين هما:

1- لا بد أن يكون الاعتراف بالصيغة القانونية لعديم الجنسية أو اللاجئ موافقا للأحكام القانونية للبلد المضيف.

2- يعوض معيار الإقامة في البلد المضيف غياب الرابطة القانونية الفعلية.

ولقد أخذ مشروع لجنة القانون الدولي بالأمم المتحدة لوضع عديمي الجنسية وذلك باقتراح J.Dugard² الذي يعتبر تقدير وضع عديم الشخصية على أساس القانون الداخلي؛ هي قاعدة قانونية ودولية عرفية.

الفرع الثاني: تحديد معنى رعايا الدولة في الخارج

إن مصطلح الأجانب يشمل في مكوناته رعايا الدولة في الخارج ومن أهم الاتفاقيات التي نصت على هذه الفئة نجد اتفاقية واشنطن 1969م المتعلقة بالمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، حيث نصت في المادة 25 التي حددت اختصاص المركز الذي يعنى بتسوية المنازعات القضائية ما بين الدولة المتعاقدة وشخص تابع لدولة أخرى إذا كانت هذه المنازعة ناشئة بطريق مباشر عن الاستثمار.

ولقد حددت الفقرة الثانية من المادة 25 بأنه يقصد بعبارة رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما

يلي³:

¹Sébastien Touzé, La protection des nationaux à l'étranger : recherches sur la protection diplomatique, Editions A, Pedone, Paris, 2007, P.380.

²L'article 8 du projet du C.D.I, 2006.

³ المادة 25-2 من اتفاقية واشنطن 1965م، ص.9 .

1- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضاً في تاريخ تسجيل الطلب طبقاً للمادة 21، أو المادة 9، مع استبعاد أي شخص كان يحمل في هذا التاريخ أو ذاك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

2- كل شخص معنوي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الأخرى، خلاف الدولة الطرف في النزاع، في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضاً كل شخص معنوي يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذلك التاريخ، ويتفق على اعتباره (أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى) بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.

ويفهم من مصطلح رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى هو كل شخص طبيعي أو معنوي تابع للدولة الأخرى المتعاقدة، وإذا كان الشخص الطبيعي الذي هو معنى القانون الدولي لحقوق الإنسان، فإن حماية حقوق الإنسان لا تعني الأشخاص المعنويين مباشرة باعتبارهم أشخاصاً غير طبيعيين لكن هؤلاء الأشخاص تشتركون في أنها عبارة عن مصالح مادية يعبر عنها في حالات الإنشاء شخص معنوي يعبر عن مصالحها.

وتتصرف حقوق الإنسان على الشخص الطبيعي الذي تربطه رابطة قانونية مع دولته ويسمى هذا الرباط بالجنسية، كما أن المادة (3) من مشروع الحماية الدبلوماسية تحدد الأشخاص الطبيعيين المعنويين بالحماية الدبلوماسية، حيث تنص هذه المادة في الفقرة (2) أنه لأغراض توفير الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين، تعني دولة الجنسية أن يكون الفرد المطلوب حمايته قد اكتسب جنسيتها بحكم المولد أو الأصل أو خلافة الدول أو التجنس أو بأية طريقة أخرى لا تتعارض مع القانون الدولي¹.

ومن خلال هذه المادة يستنتج أن الدولة هي المؤهلة بمنح الجنسية بموجب القانون الداخلي، ويخضع هذا المنح للجنسية لحدود يفرضها القانون الدولي، ولا يجب أن تكون المبادئ التي على

¹ لجنة القانون الدولي ، المادة (3) من مشروع الحماية الدبلوماسية، 2006.

أساسها تمنح الدولة جنسيتها متعارضة معه. وبالرجوع إلى المبدأ الذي يعتبر أن لكل دولة أن تقرر من تعتبرهم رعاياها هو مبدأ تدعمه القرارات القضائية والمعاهدات، ونذكر على سبيل المثال قرار محكمة العدل الدائمة في قضية مراسيم الجنسية في تونس والمغرب سنة 1923م الذي ينص على ما يأتي: "في الحالة الراهنة للقانون الدولي تتدرج مسائل الجنسية من حيث المبدأ ضمن المجال المحفوظ للدولة"، وجاء أيضا في المادة الأولى من اتفاقية لاهاي الصادرة عام 1930م بشأن المسائل المتعلقة بتنازع قوانين الجنسية ما يلي: "يرجع لكل دولة أمر تحديد من تعتبرهم رعاياها بموجب قانونها هي"¹.

وقد حددت محكمة العدل الدولية معنى الجنسية فيما يخص قضية "نتبوهم Nottebohm" بما يلي: "وفقا للممارسات الدول والأحكام التحكيمية والقرارات القضائية وآراء الفقهاء، تعتبر الجنسية رباطا قانونيا يقوم على ارتباط اجتماعي؛ ورابطة فعلية تقوم على الوجود والمصالح والمشاعر، إلى جانب وجود وواجبات متبادلة؛ ويمكن القول أنها تمثل التعبير القانوني عن حقيقة كون الفرد الذي منحت له، إما مباشرة بحكم القانون أو بناء عن فعل السلطات، أوثق ارتباط بسكان الدولة المانحة للجنسية منه، بسكان أي دولة أخرى، والجنسية عندما تمنحها دولة ما؛ لا تخول هذه الدولة ممارسة الحماية تجاه دولة أخرى إلا إذا كانت تشكل ترجمة قانونية لارتباط الفرد بالدولة التي جعلته من مواطنيها"².

والملاحظ حسب النصوص القانونية وآراء الفقهاء، فإن رعايا الدولة في الخارج هم أولئك الأشخاص الطبيعيون والاعتباريون الذين تربطهم بدولتهم رباط الجنسية التي تحدد طبقا للقانون الداخلي الذي ينسجم مع مبادئ القانون الدولي التي تحدد جنسية رعايا الدولة.

وتعنى هذه الدراسة بالأشخاص الطبيعية باعتبارهم هم موضوع لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان التي تطبق أحكامها على الأفراد لا على الأشخاص الاعتبارية بصفة مباشرة. كما أن الأفراد المساهمين في الشركات أو الأشخاص الاعتباريين فهم معنيون بأحكام حقوق الإنسان بصفة

¹ لجنة القانون الدولي، الحماية الدبلوماسية، دورة 12، 13 أوت 2001م.

² ICJ, Reports, 1955, P.23.

غير مباشرة فيما يخص حقوقهم الاقتصادية. ويتحدد رباط الجنسية حسب قواعد القانون الدولي والداخلي ويكون ذلك محل دراسة في الباب الثاني من هذا البحث¹.

إن رعايا الدولة في الخارج هم أولئك الأشخاص الطبيعيون والاعتباريون الذين تتعرض حقوقهم المتعلقة بذاتهم أو مصالحهم للضرر من قبل دولة أخرى أو أحد هيئاتها، مما يفرض على دولتهم حمايتهم في إطار ما يسمح به القانون الدولي ومباشرة حماية مصالحهم بأنفسهم في إطار اتفاقيات ثنائية أو جماعية في إطار التحكيم الدولي.

المبحث الثاني: خصائص منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج

تتميز منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج بعدة خصائص خاصة أن أحد أطراف النزاع هو الدولة التي تتمتع بالسيادة تجاه الأشخاص الدوليين الآخرين ، وكذلك الأفراد ،

¹ الفصل الأول - المبحث الثاني: الجنسية الشروط الأساسية للحماية الدبلوماسية ، ص . 233.

مواطنين كانوا أو أجنب ، ولا تترتب مسؤوليتها إلا إذا أثبتت أن الفعل الذي قامت به غير مشروع ، و عليه سأتناول هذه المسألة في مطلبين هما :

1- السيادة وحق الدول في التصرف في مواردها الطبيعية .

2- الفعل غير المشروع و المسؤولية الدولية .

المطلب الأول: السيادة وحق الدول في التصرف في مواردها الطبيعية

من أهم أركان الدولة هي السيادة ، و يقتضي دراسة هذا الموضوع تحديد مفهوم مبدأ السيادة ، و الإختصاص الشخصي للدولة في القانون الدولي ، و كلك الإختصاص الإقتصادي ، و الحصانة القضائية و التنفيذية للدولة وهو ما أتطرق له في الفروع الآتية .

الفرع الأول: تحديد مبدأ السيادة

يشكل مبدأ السيادة أحد المواضيع الهامة في ممارسة الدولة لاختصاصاتها، كما أنه يعد من أهم خصائص الدولة ؛ وهو أيضا مصدر للاختصاصات التي يعترف بها القانون الدولي¹، وعليه فإن السيادة هي الاختصاص الأساس للدولة، ولقد جاء في المادة الثانية(2) من ميثاق الأمم المتحدة في الفقرة الأولى ؛ بأن منظمة الأمم المتحدة (ONU) مؤسسة على مبدأ تساوي السيادة لكل أعضائها، وانطلاقا من هذا المبدأ فإن تساوي السيادة يؤدي إلى استقلال الدول.

أما بالنسبة للاجتهاد القضائي فإن المحكم ماكس هوبز MAX HUBER يؤكد في قضية L'iled Polmes بأن "السيادة في العلاقات بين الدول تعني الاستقلال"².

وعموما فإن السيادة تتحدد بممارسة الدولة لاختصاصها الإقليمي القانوني، والذي يعتبر من مميزات السيادة. ولا بد من الإشارة إلى أن التعبير الأشمل هو السيادة. أما السيادة الإقليمية فهي أحد مظاهر ممارستها³. وتتطابق السيادة الإقليمية مع الاختصاص الإقليمي، وقد يتجاوز الاختصاص السيادة الإقليمية، حيث يمكن أن تمارس الدولة اختصاصات على أقاليم ليست لها سيادة عليها، (حالة الاحتلال الحربي) أو في حالة المناطق الدولية.

¹ Patric Daillier, Alain Pellet, Droit international Public L.G.D.J, 7eme Edition,2002, P . 424.

² Patric Daillier, op.cit, P. 224 .

³ بوسلطان محمد ، مبادئ القانون الدولي العام ، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران ، ص. 129.

وفي ممارسة الدولة لاختصاصها الإقليمي في علاقتها بالأشخاص الطبيعية والاعتبارية تعتمد على الجنسية، فكل من يحمل جنسيتها فهم من مواطنيها ؛ أما باقي الأشخاص الموجودين على أراضيها فهم أجنب، ومن ثم فهي التي تحدد في إطار القانون الداخلي قانون معاملتها مع الأجنب مع مراعاة القانون الدولي. والاختصاص القانوني لدول ذات سيادة ومتساوية أمام القانون الدولي يحكمه ثلاثة مبادئ رئيسية¹ هي :

1- استثناء الدولة وإنفرادها بالاختصاص القانوني على الإقليم وسكانه.

2- عدم التدخل في منطقة الاختصاص القانوني الخاصة بالدول الأخرى.

3- ارتباط الالتزامات في ظل القانون الدولي العرفي والتعاهدي برضا وموافقة الملتمزم.

وعليه فالاختصاص الإقليمي هو بسط ما للدولة من سلطة (التشريع- التنفيذ- والقضاء) على الأشخاص وممتلكاتهم المتواجدة في بقعة جغرافية محددة، و يشمل هذا الاختصاص الأشخاص الأجنب سواء كانوا رعايا لدولة أخرى أو أشخاص عديمي الجنسية، ومن ثم فإن هذا الاختصاص من أسمى مظاهر السيادة. كما تمارس الدول اختصاصا آخر هو شبه إقليمي، ويمارس عادة على السفن والطائرات ويعني ممارسة الدولة لاختصاصها على هذه الوسائل أينما رحلت أو حلت مع ما يصاحب من احترام السيادات الأخرى إذا حلت هذه الوسائل في مختلف السيادات و المياه الإقليمية أو الموانئ الأجنبية أو في أعالي البحار².

وللدولة قدرات دولية، تتمثل في إمكانية العمل بشرعية في إطار العلاقات الدولية، ويمكن

تلخيصها في خمس قدرات حسب دوبي Dupuy في كتابه القانون الدولي العام وهي³ :

1- القدرة على إنشاء أعمال قانونية دولية: وباعتبار أن الدولة من أشخاص القانون الدولي يمكن أن تقوم بالأعمال المنفردة أو الاتفاقيات.

¹ بوسلطان محمد ، المرجع السابق ، ص .131.

² بوسلطان محمد ، المرجع السابق، ص . 133.

³ Pierre Marie Dupuy, Droit international Public, Dalloz, 7^{ieme} Edition, 2004, p.60.

2- القدرة على تحمل المسؤولية الدولية في حالة الفعل الدولي غير المشروع، وفي حالة إثبات الضرر تتكفل الدولة بالتعويض.

3- القدرة على التقاضي في المنازعات الدولية: خصوصا في حالة الحماية الدبلوماسية ؛ وهذا بإعتبار الأفراد غير مؤهلين للتقاضي ضد دول أخرى مما يستدعي اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية.

4- القدرة على أن تصبح عضوا في أي منظمة دولية حكومية.

5- القدرة على إقامة العلاقات الدبلوماسية والقنصلية. وإذا كانت إقامة هذه الأخيرة من أقدم مجالات القانون الدولي، حيث تم تقنين الأحكام العرفية الخاصة بهذا المجال بموجب الاتفاقية الجماعية الخاصة بالعلاقات الدبلوماسية سنة 1961م، ودخلت حيز التطبيق ابتداء من 24 أكتوبر 1964م، وتم في سنة 1969م إتمام هذه الاتفاقية حول موضوع المهمات الخاصة¹. أما العلاقات القنصلية فقد تم تقنين القواعد العرفية بموجب اتفاقية 24 أكتوبر 1963م ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من مارس 1967م.

ولقد أكدت محكمة العدل الدولية بموجب الأمر في 15 ديسمبر 1979م المتعلق بممثلي الدبلوماسيين والقنصليين الأمريكيين بطهران (إيران)² على أهمية العلاقات القنصلية التي يتكفل بها القناصلة ؛ وهي مهمة إدارية تهتم فقط بالشؤون الخاصة برعايا الدولة في الخارج.

الفرع الثاني: الاختصاص الشخصي للدولة في القانون الدولي

¹ Pierre Marie Dupuy, op.cit, p.62.

² « le déroulement sans entrave des relations consulaires également noues entre les peuples depuis des temps anciens ; n'est pas moins important que celui des relations diplomatiques dans le droit international contemporain, en ce qu'il favorise le développement des relations amicales entre les nations et assure protection et assistance aux étrangers résidents sur le territoire d'autres états », Personnel diplomatique et consulaire des états unis à Téhéran , Mesures conservatoires , L'ordonnance du 15/2/1979 , CIJ , Rec , 1979 , par : 40 , p .19- 20 .

كما سبق الذكر و إضافة إلى الإختصاص الإقليمي فإن للدولة إختصاصا آخر، هو الإختصاص الشخصي، وتمارس عادة الدولة سلطاتها على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين والمتواجدين على إقليمها، سواء كان هؤلاء الأشخاص من مواطنيها أو من الأجانب المتواجدين على إقليمها وهؤلاء يتكونون إما من رعايا الدول الأخرى أو عديمي الجنسية أو اللاجئين الذين لا تربطهم أية علاقة بدول أخرى.

وتنظم الدولة نشاط الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المتواجدين على إقليمها، غير أن الإختصاص الذي تمارسه الدولة على الأفراد الذين تربطهم علاقة الجنسية تمتد إليهم حيثما كانوا سواء في الداخل أو في الخارج¹. ويعد الإختصاص الشخصي من أقدم الأنواع تاريخيا² حيث كان الملوك والسلطين يمارسون هذا الإختصاص على رعاياهم سواء كانوا في الداخل أو في الخارج، ولقد مورس هذا الإختصاص قديما وحديثا، وأصبحت الدول تعطي أهمية بالغة في الاهتمام برعاياها في الخارج، وصار هذا الإهتمام مظهرا من مظاهر قوة الدولة تجاه الدول الأخرى.

ولقد بدأ الإختصاص الشخصي للدولة يتقهقر فاسحا المجال للإختصاص الإقليمي³ ولكن لم يزل تماما، حيث قنن في كثير من الأحيان في اتفاقيات ثنائية أو جماعية (اتفاقية العلاقات القنصلية)، كما بقيت الدول تمارس الإختصاص الشخصي خصوصا في مجال أداء الخدمة الوطنية أو الأحوال الشخصية، وامتداد القانون الجنائي إذا لم يعاقب القانون الداخلي للدولة المستقبلية.

وإجمالا فإن للدولة حق إصدار القوانين والتنظيمات اتجاه رعاياها حتى وإن كان هؤلاء يوجدون في الخارج، وهذا الحق لا يمارس في إطار التشريع العام، مثل قانون المالية، الأرباح المحصلة في الخارج، ولكن يمتد إلى أفعال شخصية مثل التسجيل في القوائم الانتخابية. غير أنه لا يمكن للدولة في ممارسة اختصاصها الشخصي أن تلجأ إلى الإجراءات القهرية، أو التنفيذ الجبري لأوامرها في إقليم دولة أخرى. وعلى هذا الأساس يمكن أن تحدث مشاكل عديدة في ممارسة هذا

¹ Pierre Marie Dupuy, op.cit, P. 71.

² بوسلطان محمد، المرجع السابق، ص . 134.

³ بوسلطان محمد، المرجع السابق، ص . 134.

الاختصاص، ويمكن في هذا المجال تطبيق حق الاختصاص الشخصي للدولة إن وجدت معارضة من طرف الدولة التي يتواجد فيها هؤلاء الرعايا، ويعترف للدولة بالاختصاص الثنائي الإيجابي والسلبى، وفيما يخص الاختصاص الإيجابي فإنه يعتمد على أساس جنسية مرتكب الجريمة أو المخالفة، أما الاختصاص السلبى فيرتكز على جنسية ضحية الجريمة المرتكبة في الخارج¹، ويمارس الاختصاص الشخصي كذلك على الآليات والسيارات المتحركة خارج الحدود الإقليمية للدولة وترتبط هذه المعدات بالجنسية عن طريق الترقيم، وهي من أملاك رعايا الدولة في الخارج.

وفي هذا السياق فإن الجنسية هي أساس الاختصاص الشخصي لممارسة الدولة لسيادتها على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين والآليات، وترتبط بعلاقة أساسية في حق دعوى الحماية الدبلوماسية للدولة، كما تمارس أية دولة اختصاصها على مواطنيها بواسطة تحديد شروط منح الجنسية لهم، والجنسية بصفة عامة هي الوسيلة التي يحدد بمقتضاها ركن التسمي في الدولة.

(أ)-**الاختصاص الشخصي على الأشخاص الاعتباريين**: تختلف منازعات الجنسية بين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين بكون الأشخاص الاعتباريين لهم مركز قانوني خاص بهم وأن القواعد المتعلقة بانتقال الجنسية إلى الأشخاص الاعتباريين شبيهة في القانون الدولي بقواعد الأشخاص الطبيعيين غير أن لها خصائص خاصة به². وتحدد الدولة هذه القواعد التي تمنح بموجبها الجنسية للأشخاص الاعتباريين، بموجب عدة معايير منها:

أولاً: المعايير المعتمدة في الدول الأنجلوسكسونية: حيث تعتمد هذه الدول على معيار التسجيل، ولا يشترط جنسية المساهمين أو المقر الاجتماعي، أو مقر الاستغلال، أو حتى تكوين رأسمال الاجتماعي وكذلك المراقبة المالية.

¹ المحكمة الدائمة للعدل الدولية (CJJI)، القرار الصادر في 1927/09/07م حول قضية لوتيس (Lotus) الذي اعترف لتركيا بحق القيام بمتابعات ضد المسؤولين عن تسبب أضرار لرعاياها حتى ولو كانوا خارج التراب التركي.

² Pierre Marie Dupuy, op.cit, p.73.

ثانيا: المعايير المعتمدة في النظام الفرنسي: تعتمد الدول التي تتبع النظام الفرنسي عدة معايير منها:

1-قانون الإنشاء.

2-المقر الاجتماعي: تعتبر الشركة ذات جنسية الدولة إذا كان المقر الاجتماعي موجودا بهذا البلد وتقدم فائدة للاقتصاد الوطني. وجاء في قرار 1933/07/25 لمحكمة الاستئناف الفرنسي التفريق بين الأشخاص الطبيعيين و الاعتباريين، بحيث يفصل بين جنسية المساهمين في القانون الخاص وجنسية الشخص الاعتباري على أساس المقر الاجتماعي¹.

3-المراقبة: واعتمد هذا المعيار خلال الحرب العالمية الأولى من أجل مراقبة هذه الشركات وكذلك الأشخاص الأعداء، وبواسطته يبحث عن جنسية المساهمين؛ و كذلك المصالح التي من أجلها أنشئت هذه الشركات. وبموجب القرار الصادر عن محكمة العدل الدولية في قضية " برشلونة تراكشن"² حيث طلبت بلجيكا الحماية الدبلوماسية على الشركة باعتبار أن جل المساهمين بلجيكين، وفي المقابل فإن كندا ودول المنشأ لم تبد رغبة في حماية هذه الشركة دبلوماسيا، ولم تعتمد المحكمة على جنسية المساهمين لقبول الدعوى.

والمبدأ العام أن الدولة لا يمكن أن تمارس اختصاصها الشخصي على رعاياها المساهمين في شركات أجنبية، وهذا ما جاء في قرار محكمة العدل الدولية الصادر في 05 فيفري 1970م بين بلجيكا وإسبانيا حيث نص باعتبار أن الأفعال غير المشروعة المرتكبة ضد شركة رأسمالها أجنبي فإن القاعدة العامة للقانون الدولي لا تسمح للدولة إلا الدولة المنشأ بالنسبة للشخص الاعتباري بتقديم دعوى الحماية الدبلوماسية³.

¹ Arrêt du 25/07/1933, «en vertu d'une fiction de droit privé les sociétés commerciales sont respectées pour jouir d'une personnalité distincte des associés, et si pour les besoins du commerce juridique il est attribué a cette personnalité fictive une nationalité déterminée pour le lieu de siège social, pareille conception ne serait être transposée sans réserve dans le domaine du droit public et autoriser les dites sociétés a revendiquer vis-à-vis de l'état Français tous les privilèges attaches a la qualité du Français ».

² CIJ , Arrêt du /1970 , op.cit, p.

³ CIJ, Arrêt du 05/02/1970, op.cit, par : 102, p. 51- 52.

غير أن هناك استثناء في هذا الإطار يتمثل في قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ 20 جويلية 1989م في قضية إلكترونيكا سوكيلا، Affaire Electronica Sicula بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا، حيث أن هذه الشركة إيطالية لكن المساهمين أغلبهم أمريكيون، وقامت أمريكا برفع قضية الحماية الدبلوماسية على أساس أن المساهمين رعاياها، حيث قبلت المحكمة باعتبار النزاع بين دولة المنشأ ودولة رعايا المساهمين على أساس وجود إتفاقية ثنائية بين البلدين تنص صراحة على حق أصحاب الأسهم في مطالبات غير مباشرة .

ب)-الشركات متعددة الجنسيات والعبارة للقارات

ولقد ظهر منذ سنين عديدة أشخاص اعتباريون لهم طابع خاص تعرف بالشركات المتعددة الجنسيات تتمتع بعدة خصائص منها تعدد المقرات الاجتماعية وهذا يتم بإنشاء فروع لها في عدة دول¹، وبعد انتقاد منظمة العمل الدولية لظروف عمل المستخدمين في هذه الشركات قامت منظمة الأمم المتحدة بمحاولة إيجاد إطار قانوني ومن أجل ذلك قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي بإنشاء لجنة الشركات العابرة للقارات في سنة 1974م، لكن لم تتوصل منظمة الأمم المتحدة إلى تحديد المبادئ أو إعداد إتفاقية جماعية لتنظيم هذه الأشخاص الاعتبارية ولقد أستطاع (CNUCED) أن تعرف مجموعة مبادئ وقواعد عادلة متفق عليها جماعيا من أجل مراقبة الأعمال التجارية المقيدة من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة (قرار 35.63) هذا من جهة ومن جهة أخرى توصل معهد القانون الدولي في اجتماعه بأوسلو 1977م إلى المصادقة على قرار يتضمن عدة مقترحات من أجل معالجة النقائص لتعدد الجنسيات لهذه الشركات².

ج)-الاختصاص الشخصي على الآليات والسيارات

لقد كان قديما منح الجنسية (الترقيم) للآليات والسفن والسيارات يدخل في الاختصاص الإقليمي، غير أن تنقل هذه الآليات إلى دول أخرى (سفينة=جزء من الإقليم) لم يعد مقبولا في القانون الدولي، ومن ثم أعتبر اختصاص الدولة على السفن اختصاصا شخصيا، وعليه فإن هذه

¹ Pierre Marie Dupuy, op.cit, p.75.

² Pierre Marie Dupuy, op.cit, p.75.

الآليات والسفن والسيارات هي تابعة إلى الأشخاص، لذا فإن الحماية تتم مثلما تتم على الأشخاص وذلك طبقاً لاتفاقية Montago bay في المواد 91.92¹.

وتمنح الجنسية إلى الطائرات والأقمار الصناعية عن طريق الترخيم، وهذا بموجب اتفاقية شيكاغو بتاريخ 1944/12/07م² بالنسبة للطائرات، واتفاقية نيويورك بتاريخ 14 جانفي 1975م الخاصة بالأقمار الصناعية³.

الفرع الثالث: الاختصاص الاقتصادي للدولة (السيادة الاقتصادية)

لقد أصبح التدخل الاقتصادي من أهم اختصاصات الدولة، وبات مفهوم الدولة الحارسة (Etat gendarme) لا يحظى بالأهمية في القرن الماضي؛ خصوصاً بعد الأزمة الاقتصادية العالمية لسنة 1929م⁴، ولقد أنتقل دور الدولة إلى متعامل اقتصادي، فأصبحت موارد ميزانية الدولة مرتبطة بالاستثمارات الخاصة وكذلك العقود مع الخارج. كما يتأثر ميزان المدفوعات بمدى الحصول على العملة الصعبة المكتسبة من أرباح الاستثمارات الخاصة للشركات عبر الوطنية.

واستندت الدول الغربية كثيراً على مبدأ الضريبة التجارية وحماية الملكية الخاصة، كما أنها لم تعترضها صعوبات في ممارستها لاختصاصاتها الاقتصادية في هذا المجال، في المقابل فإن الدول التي هي في طريق النمو (المستقلة من السلطة الاستعمارية) والتي ورثت هياكل اقتصادية من العهد الاستعماري؛ يهيمن عليها مؤسسات اقتصادية أجنبية⁵؛ أحست بأنها غير قادرة على مراقبة هذه المؤسسات من جهة؛ وأن النمو الذي تحتاجه يحتاج إلى السيطرة على ثرواتها الطبيعية؛ وهذا من أجل تحسين ظروف معيشة رعاياها.

ذلك أن السيادة السياسية هي مصطلح أجوف إذا لم تصاحبه سيادة اقتصادية على كامل ثرواتها، وهو ما أدى بالدول إلى استغلال قوتها العددية في الجمعية العامة للأمم المتحدة من أجل إقرار مبدأ سيادة الدول على ثرواتها ومواردها الطبيعية، وحققها في تأمين الأموال المملوكة للأجانب،

¹ Convention de Montego Bay du 10/12/1982, Art , 91.92.

² Convention Sur L'immatriculation Des Objets Lancés Dans L'espace Extra Atmosphérique , conclue Le 14/01/1975 à New Yourk , Et Entrée En Vigueur Le 15 septembre 1976 .

³ Convention de new Yourk du 14/01/1975.

⁴ Patrick Daillier et Alian Pellet, op.cit, p.1043.

⁵ Patrick Daillier et Alian Pellet, op.cit, p.1044.

الأمر الذي دعا إلى قيام الدول في طريق النمو بحركة واسعة للتأمين من أجل استعادة ثرواتها المنهوبة¹. ويحكم الاختصاص الاقتصادي مبدئين هاميين الأول يتمثل في السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية وهذا بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 بتاريخ 14 ديسمبر 1962م، أما المبدأ الثاني فيتعلق بحقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، وهذا بموجب ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية الذي اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 3281 المؤرخ في 12 ديسمبر 1972م².

1- سيادة الدولة الدائمة على مواردها الطبيعية: ويعني مفهوم هذه السيادة بأن تكون كل دولة حرة في طريقة استغلال مواردها الطبيعية وتحديد الشروط التي بموجبها تقوم باستغلال هذه الثروات والموارد الطبيعية. وبعد جهود كبيرة من طرف المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة ابتداء من 1947م تاريخ دورته الرابعة ؛ حيث دعي إلى عقد مؤتمر دولي لدراسة وتطبيق الوسائل الفنية للمحافظة على الموارد الطبيعية واستغلالها لإصلاح ما دمرته الحرب العالمية الثانية³.

ولقد جاء الدور على لجنة حقوق الإنسان لتؤيد هذا المسعى ؛ وقامت في دورتها العاشرة عام 1954م بتأييد اعتماد وثيقة دولية حول السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، حيث تقدمت بعض الدول النامية مع دول من الكتلة الشرقية بمشروع قرار يتضمن تكوين لجنة خاصة لتحقيق مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية. وقبل هذا التاريخ فقد تمت المصادقة على قرار رقم 626 بتاريخ 1952م و الذي يتعلق بضرورة الحفاظ على حركية رؤوس الأموال وشروط الأمن، وجو الثقة المتبادلة والتعاون بين الدول⁴.

ولقد عازمت لجنة حقوق الإنسان على تقنين القواعد القانونية لمبدأ السيادة الدائمة على الثروة الطبيعية ؛ بعد أخذ ورد بين الدول الغربية ودول في المعسكر الاشتراكي والعالم الثالث، ليعهد إلى اللجنة الثالثة وهي لجنة الشؤون الاجتماعية والإنسانية والثقافية من أجل تقنين هذه القواعد؛

¹ ياسر الحويشي، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005 م ، ص.280.

² القرار رقم 3281 للجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في 12 ديسمبر 1974م ، المتضمن ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية.

³ عمر إسماعيل سعد الله، القانون الدولي للتنمية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990 م ، ص 145.

⁴ Patrick Daillier, Alain Pelet, op.cit, p.1044.

ونظرا لتباين الآراء حول صياغة هذا القرار بين الطرفين المذكورين سالفًا، فلقد أنشئت لجنة السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة تحت رقم 1314 المؤرخ في 12 ديسمبر 1958م الذي منح هذه اللجنة صلاحية تقنين موضوع السيادة الدائمة¹. ولقد كانت مهمة هذه اللجنة هو إجراء دراسة شاملة عن حق الشعوب والأمم المتحدة في السيادة على مواردها الطبيعية والأخذ بعين الاعتبار حقوق وواجبات الدول بموجب القانون الدولي، فضلا عن تشجيع التعاون الدولي لتنمية البلدان النامية. وتشمل الدراسة على فصل مهم يتعلق بالتدابير الوطنية التي تؤثر على ملكية الموارد الطبيعية بواسطة الأجانب أو المشروعات الأجنبية، كما أحتوى الفصل الثالث دراسة عن القضاء الدولي فيما يتعلق بالمسؤولية الدولية الخاصة بملكية وعقود الأجانب.

وبعد المناقشات والتعديلات المقدمة من طرف الدول توصلت اللجنة إلى وثيقة أصبحت تعرف بقرار السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية الذي نال عند التصويت عليه سبعة و ستون صوتا مؤيدا ومعارضة صوتين وامتناع خمسة عشر عضوا عن التصويت².

إن الحق في السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية لا يمنع التعاون بين الدول أو استقبال الاستثمار الدولي (الأجنبي)، كما تنص عليه المادة(2) من القرار³، غير أن استيراد رؤوس الأموال الأجنبية يجب أن يخضع إلى القواعد والشروط التي تحددها الأمم والشعوب، واشترط أن يتم توزيع الأرباح طبقا للقانون الوطني للدولة التي تستقبل الاستثمار.

¹ عمر إسماعيل سعد الله ، المرجع السابق، ص. 162.

² عمر إسماعيل سعد الله، المرجع السابق، ص. 164.

³ القرار رقم 1803 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1962/02/14م المتضمن السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية.

وقد حدد هذا القرار بأن أي تأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء لا بد أن يكون بهدف المنفعة العامة، الأمن أو المصلحة العامة ؛ على أن يقابلها تعويض ملائم، وفي حالة الاختلاف حول التعويض يعرض الأمر على التحكيم أو القضاء الدولي، بعد استنفاد الطعون الداخلية.

وإذا كان هذا القرار قد حدد مبدأ هاما لسيادة الدول على ثرواتها وكذلك ممارسة الدولة لاختصاصاتها، فإنه في المقابل قد ضمن مصالح الدول ورعاياها في الاستثمارات التي يقومون بها في هذه الدول في استغلال هذه الثروات، أو إنجاز الإستثمارات؛ وكل تأميم أو نزع الملكية أو استيلاء هي من مهام الدولة، يفترض أن يقابله تعويض ملائم، وعليه فإن الدول الغربية قد حافظت على مصالحها.

ولهذا الأمر فقد حدثت نقاشات واسعة من أجل صياغة هذا القرار الذي يمثل تطورا هاما، في ممارسة الدول النامية لسيادتها ؛ ولقد واكب هذا القرار تحرر الكثير من الدول من السيطرة الاستعمارية، ويعد هذا المبدأ جزءا من القانون الدولي للتنمية وأصبح قاعدة قانونية دولية¹.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا القرار هو امتداد لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها، حيث أنه يستشف أن السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية هو تقرير المصير الاقتصادي للشعوب، كما أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان 1966م المتعلقين بحقوق الإنسان تشيران إلى الشعوب لا إلى الدول².

ويتوجه هذا المبدأ إلى الشعوب والدول حيث أن التوجه إلى الدول هو من أجل التأكيد على مبدأ المساواة في السيادة من جهة، ومن جهة أخرى إلى ممارسة هذه الدول لاختصاصات التأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء، أو إبرام العقود أو التقاضي، أما التوجه إلى الشعوب فهو من أجل الحفاظ على الثروات والموارد الطبيعية للشعوب التي لم تقرر مصيرها بعد، ومن ثم لا يجب استغلال

¹ عمر إسماعيل سعد الله، المرجع السابق، ص 165.

² ISSA Saïd le principe de la souveraineté paramante sur les ressources naturelles selon le droit international,
<http://www.Legavox.fr/Blog/IssaSaïd/princip-souverainetépermante>.

ثروات الشعوب التي لم تستقل بعد إلا بعد أن تقرر مصيرها بنفسها، وتحدد بموجب سلطات تمثل هذه الشعوب، وعموما فإن إبرام عقود الاستثمار لا يكون إلا مع دول مستقلة تتمتع بالسيادة.

دور ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية

إن ظاهرة استقلال الدول خلال سنوات الخمسينات والستينات (50-60) من القرن الماضي أدى إلى ظهور كتلة جديدة ؛ إضافة إلى المعسكرين تهدف إلى إنشاء النظام الاقتصادي الدولي الجديد¹. وبموجب القرار 3281 المؤرخ في 12 ديسمبر 1974م اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة ميثاق حقوق الدول وواجباتها الاقتصادية، وهذا بناء على المادة الثالثة عشرة من ميثاق الأمم المتحدة، التي تخص تقنين القانون الدولي وتطوره التدريجي²، ويستند هذا الميثاق إلى تعزيز الأمن الاقتصادي الجماعي من أجل التنمية، خصوصا الدول النامية مع الاحترام التام لمبدأ مساواة كل الدول في السيادة.

وبإنشاء مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED) ؛ الذي أصبح مكانا مميزا لتبادل الآراء وإبداء المطالب للدول النامية، والمبادرة ترجع إلى الرئيس المكسيكي " لويس إشتاغيا Luis Echeverria"؛ الذي أقرح خلال دورة CNUCED بتاريخ 19 أبريل 1972م إعداد ميثاق لحقوق الدول وواجباتها الاقتصادية.

ولقد وضع المؤتمر الرابع لحركة عدم الانحياز المنعقد في الجزائر بتاريخ 5-9 سبتمبر 1973م تصورا لهذا الميثاق، حيث تضمن الإعلان الاقتصادي وبرنامج العمل للتعاون الاقتصادي

¹ Schneider Johan & Fogel Philippe, Charte des droit et devoirs économiques des états, article publiée par YANN , Juristratiant , 2007 .

² تنص المادة 13، الفقرة 1- 2، من ميثاق الأمم المتحدة تنص على مايلي " تنشئ الجمعية العامة دراسات وتشير بتوصيات بقصد:

1-إنماء التعاون الدولي في الميدان السياسي وتشجيع التقدم المطرد للقانون الدولي وتدويله.
2-إنماء التعاون الدولي في الميادين الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية والتعليمية و الصحية والإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء ."

لهذا المؤتمر دعوة صريحة لجمعية الأمم المتحدة لإعداد هذا الميثاق، مقررا بأن يتضمن هذا الأخير المتطلبات الاقتصادية للدول التي تكافح من أجل الوصول إلى تنمية شاملة¹، وكان القصد من إعداد هذا الميثاق هو أن يكون نظيرا في الميدان الاقتصادي للإعلان العالمي؛ وكذلك العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان.

ولإعداد هذا الميثاق تشكلت لجنة لدراسة هذا الموضوع، حيث عقدت أربع دورات تميزت الأخيرة منها بإجماع الآراء حول ستة عشر (16) مادة من أربعة وثلاثين (34) مادة، وعشر (10) فقرات من إثنتي عشرة (12) فقرة، إحدى عشر (11) مبدأ من خمسة عشر (15) مبدأ، أما الباقي فقد تباينت الآراء بين الدول المصنعة والدول النامية، وتشكل الخلاف حول النقاط الآتية²:

1- إيجاد علاقة بين المنتجات المستوردة و المستوردة من قبل الدول النامية .

2- مدى طلب البلدان الغربية تأمين تمويل ثابت للمواد الأولية.

3- نتائج التأميم والسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية ومراقبة الشركات غير الوطنية.

4- رفض البلدان الغربية إيراد مبادئ ذات طابع سياسي تتعلق بالاستعمار والتفرقة العنصرية والتعايش السلمي.

وبقيت العقبة الرئيسية بين الأطراف هي صيغة المادة الثانية(2) حول ممارسة الدولة لسيادتها على مواردها الطبيعية ونشاطاتها الاقتصادية ؛ خصوصا بالنسبة لموضوع التأميم ونتائجه الخاصة بالتعويض حيث عارضته الدول الغربية بصفة خاصة، رغم أنه تم الاتفاق حول هذا القرار بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 بتاريخ 1962م، ونتيجة لعملية التأميم التي عرفتتها العديد من الدول من بينها الجزائر.

¹ عمر إسماعيل سعد الله، المرجع السابق، ص172.

² إسماعيل عمر سعد الله، المرجع السابق ، ص 180.

من أهم ما جاء في المادتين الأولى والثانية هو حرية اختيار النظام الاقتصادي؛ ولقد بدأ هذا المبدأ هاما جدا مما تم التأكيد عليه في المادة السابعة بحيث أن لكل دولة حرية اختيار أهداف ووسائل تنميتها¹، إضافة إلى حق مزاولة التجارة الدولية وفق المادة الرابعة(4) وكذلك واجب الإسهام في تنمية التجارة الدولية. وأكد هذا الميثاق على حرية الدول في اختيار النظام الاقتصادي الذي تريده، حيث جاء في المادة السابعة(7) أن كل دولة لها الحق في اختيار أهداف ووسائل تنميتها الاقتصادية، كما أن هذه الدول لها كل الحق في تحديد علاقاتها الاقتصادية الدولية، ومن ثم فإنه تمنع كل شروط المساعدة الخارجية للدولة النامية التي تمس بالسيادة كما جاء في المادة السابعة عشر(17)².

ونستنتج من المادة الثانية(2) من مبدأ سيادة الدولة على الموارد الطبيعية التي جاء بها هذا الميثاق من الفقرة الثانية(2) حيث تنص على ثلاثة حقوق لكل دولة وهي³:

1-تنظيم الاستثمارات الأجنبية في حدود القانون الوطني.

2-تنظيم ومراقبة نشاطات الشركات عبر الوطنية في جدول قانونها الداخلي.

3-تأميم ونزع الملكية أو تحويل ملكية الأجانب من أجل المنفعة العامة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن هذه المادة(2) تفيد بأن ممارسة السيادة الدائمة تبدو أنها لا تخضع لأي قاعدة قانونية دولية.

وبالنسبة للفقرة الثانية(2) من نفس المادة، فإن كل دولة غير مضطرة لأن تمنح امتيازات تفضيلية للاستثمارات الأجنبية، كما أن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية ؛ لا تسمح للدول الأخرى بالتدخل لتحديد السياسة الاقتصادية للدولة بحجة حماية الاستثمارات لرعاياها في الخارج، وأيضا فإن الشركات الأجنبية لا يسمح لها أن تقاوم أو تفرض أي تغيير في السيادة الاقتصادية

¹ Schneider Johan, & Fogel Philippe, op.cit, p.03.

² المادة 17 من ميثاق حقوق الدول الاقتصادية وواجباتها، 1974،

www.Un.Org/Arabic/ Documents/ Instruments

³ Schneider Johan, & Fogel Philippe, op.cit, p.4 .

للدولة، أو أن تشترط تعويضات عن هذه السياسة تتجاوز مقدرة الدول، أو ترهن هذه السياسة الاقتصادية لهذه الدولة، ولقد كان النقاش كبيرا بين الدول المصنعة والدول النامية حول هذا الموضوع بسبب محاولة الدول المصنعة حماية استثمارات رعاياها في الخارج وكذلك العمل على بقاء الوضع السابق على حاله، وممارسة التدخل الاقتصادي، وهو نوع من أنواع التدخلات في شؤون الدول الأخرى.

ولم يكن التدخل الاقتصادي يخضع للحظر في القانون الدولي التقليدي لكن محاولات الدول النامية كانت تصب في إدخال التدخل الاقتصادي ضمن مبدأ عدم التدخل، ويشمل التدخل الاقتصادي الضغوط والتهديدات والتهديد برفض تقديم المساعدات¹.

ولقد أوضح الأستاذ محمد بجاوي في كتابه "من أجل نظام اقتصادي جديد" بأن القانون كان يتسامح ويغفل السيطرة الاقتصادية الدائمة وأعمال الضغط والإكراه الناجمة عنها، والتي تشكل عدوانا اقتصاديا لا شك فيه كما يرى بأن "السيادة كانت في نظر القانون الدولي ذات صيغة سياسية محضة وليس لها محتوى اقتصادي مما كان يسمح بالقول بأن ميثاق الأمم المتحدة لا يحرم إلا المساس بالسيادة السياسية للدول وأن الجزاءات التي ينص عليها الميثاق لا تنطبق إلا في حالة إخلال إحدى الدول بالتزاماتها السياسية دون واجباتها الاقتصادية"².

ويمكن أن نورد هنا نص لائحة المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة عام 1973م لتبيان فكرة التدخل الاقتصادي، حيث جاء فيها ما يلي: "كل تصرف تقوم به أية دولة ضد دولة أخرى من أجل المساس بحقوقها غير القابل للتصرف، في ممارسة كامل سيادتها على ثرواتها الطبيعية أو من أجل ممارسة الضغط للحصول منها على منافع في أي نوع كان، وكل إجراء ونص تشريعي يطلق لنفس الغرض يشكل انتهاكا صريحا لميثاق الأمم المتحدة ويتنافى مع المبادئ التي

¹ ياسر الحويشي، مبدأ عدم التدخل واتفاقيات تحرير التجارة العالمية، منشورات الحلبي القانونية، طبعة، 2005 م، ص . 234.

² محمد بجاوي، من أجل نظام اقتصادي جديد، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1980م، ص . 202-203.

صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في القرار 2625 والقرار 3016 (الدورة 27) وفي حالة استمرار ذلك يمكن أن يشكل تهديدا للسلم والأمن الدوليين"¹.

وفي هذا السياق حاولت الدول السائرة في طريق النمو جاهدة توسيع مفهوم التدخل ليشمل التدخل الاقتصادي الذي تمارسه الشركات متعددة الجنسيات ؛ وبعض المؤسسات الدولية مثل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير. كما حاول الإتحاد السوفيتي تعريف العدوان الاقتصادي سنة 1953م أمام اللجنة الخاصة، حيث أعتبر المشروع الأعمال التالية، عدوانا اقتصاديا وهي:

1-قيام الدولة باتخاذ التدابير الرامية إلى الإضرار بسيادة الدولة واستقلالها الاقتصادي، عن طريق الضغط الاقتصادي وتعريض أسس حياتها الاقتصادية للخطر .

2-قيام الدولة باتخاذ التدابير الرامية إلى منع دولة أخرى من استغلال منابع ثرواتها الطبيعية.

3-قيام الدولة بفرض حصار اقتصادي على دول أخرى.

ولقد نص الميثاق على حقوق الدول الاقتصادية وواجباتها في المادة الثانية والثلاثين (32) على أنه ليس لأي دولة أن تستخدم أو تشجع على استخدام الإجراءات الاقتصادية أو السياسية أو غيرها من أجل إرغام دولة أخرى على الخضوع لها في ممارستها لحقوق سيادتها"².

وعموما فإن هذا الميثاق يحتوي على مبادئ تقليدية أعترف بها في ميثاق الأمم المتحدة منها عدم التدخل، التعايش السلمي، تسوية المنازعات وديا³ وكذلك مبادئ حديثة أنشئت ما بعد الميثاق، منها تحقيق العدالة الاجتماعية الدولية، مبدأ عدم محاولة الهيمنة وطلب مناطق للنفوذ؛ كما

¹ بوكرا إدريس، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1990م، ص.383.

² المادة 32 من ميثاق حقوق الدولة الاقتصادية وواجباتها، 1974م.

³ عمر إسماعيل سعد الله، المرجع السابق ، ص.187.

أن التعاون الدولي يشكل واجبا لكل الدول والمنظمات الدولية في إطار احترام المساواة في السيادة، كما يقع على الدول مسؤولية الدول في حماية البيئة وحفظها¹ ؛ وما قد يترتب عن ذلك في إنشاء منازعات في هذا المجال مع رعايا الدولة في الخارج من خلال حصول ضرر لاستثماراتهم.

الفرع الرابع: الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة

توسع النقاش حول حصانات الدول في السنوات الأخيرة، حيث أصبح أحد المواضيع الهامة في القانون الدولي، وتتميز منازعة رعايا الدولة في الخارج مع الدول المضيفة بتمتع هذه الأخيرة بالحصانة، سواء أمام القضاء الوطني أو الدولي، ولفهم الموضوع من المناسب تحديد معنى حصانات الدول.

إن تمتع الدول بالحصانة يهدف إلى ضمان احترام السيادة الدولية ؛ ولا يمكن أن يتحقق هذا الهدف دون الإقرار للدولة بالحصانات، فليس للفرد أثناء نشوء أي نزاع مع الدولة المضيفة نفس الامتياز الذي تتمتع به الدولة؛ فالدولة لها الحق في ممارسة سيادتها التي لها علاقة بالمصالح الخاصة بالرعايا الأجانب الموجودين فوق أرضها، وبإقرار القانون الدولي في نزع الملكية أو التأميم، أو الإستلاء على الأملاك العقارية أو المنقولة، وبصفة عامة كل ما له علاقة بمصالح الرعايا المشروعة، غير أنه يشترط أن يكون هناك تعويض فوري وعادل.

إن الحصانات الدولية تحمي أملاك الدول الموجودة في الخارج وكذلك الأعمال القضائية المحتج عليها في الخارج، وتمتد هذه الحصانات لممثلي الدولة سواء كانوا ممثلين لدبلوماسيين أو أشخاص لهم مراتب عليا في الدول مثل: رئيس الدولة، رئيس الحكومة أو وزير الخارجية²؛ والحصانات هي استثناء للقاعدة العامة المتعلقة بإنفراد الدولة دون غيرها بممارسة الاختصاص القانوني على إقليمها، وذلك بالاستناد لمبدأ السيادة، وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول، ولقد

¹ المادة 30 من الميثاق حقوق الدولة الاقتصادية وواجباتها، 1974م.

² Patrick Dallier, Alain Pellet, op.cit, p.450.

فرضت الحياة العملية الدولية هذه الاستثناءات حيث تمارس الدولة بعض أعمال السيادة في دولة أخرى، وبتفاهق الطرفین طبقا للقانون الدولي¹.

ومن أبرز هذه الحصانات المرور البريء للسفن الأجنبية في المياه الإقليمية للدول الساحلية، وكذلك عمل الدبلوماسيين في الدولة المضيفة باعتبارهم سلطة عمومية تجاه رعايا الدولة، ممثلة في السفارات و القنصليات، ولا بد أن تخضع هذه الحصانات إلى شروط محددة، وفي حالة عدم التقيد بها أو مخالفتها، فإنها تسقط لا محالة².

كما أن هذه الحصانات هي متبادلة بين الدول ومقبولة منهم، منذ أمد طويل طبقا للقانون الدولي العرفي، ولا بد من الإشارة لوجود علاقة وطيدة بين مبدأ تساوي السیادات وحصانة الدول، وتستنتج هذه العلاقة من الاجتهاد القضائي الوطني وبعض الاتفاقيات الدولية القليلة، فلا يمكن للمشرع أو القاضي لدولة ما ؛ أن يقوم بالتشريع أو المحاكمة بذلك لدولة أخرى، ولا يمكن كذلك لدولة أن تحدد مجال الحصانات الممنوحة لدولة أخرى بمفردها، وإلا كان ذلك مساسا بمبدأ تساوي السیادات³، وعليه فإن الحصانات ترتكز على عدة مبادئ هي:

1- المساواة في السيادة بين دول مستقلة: وبموجبه فإن أشخاصا قانونية دولية تقف على قدم المساواة، ولا يمكن أن تحل إحداها منازعاتها في محكمتها الوطنية، إلا في حالة إتفاق بينهما حيث يكون هنا الاختصاص مؤسسا على الرضا⁴.

2- عدم التدخل في الشؤون الداخلية لدول أخرى مستقلة: وهو من المبادئ التي نص عليها ميثاق الأمم المتحدة، فلا يمكن بموجب هذا المبدأ أن تتدخل دولة ما في شؤون دولة أخرى، وممارسة الممثلين الدبلوماسيين لاختصاصاتهم هي من قبيل ممارسة اختصاصات خاصة ببلدانهم فقط على إقليم دولة أخرى.

¹ بوسلطان محمد، المرجع السابق ، ص.139.

² CIJ ,Arrêt du 14/02/2002 Relatif au mandat d'arrêt du 11/Avril 2000.

³ Patrick Dallier & Alain Pellet, op.cit, p.451.

⁴ بوسلطان محمد، المرجع السابق ، ص.140.

ويتطور الممارسة التجارية، وحركة النقل فقد تخلت الدول بمحض إرادتها عن حصاناتها في الخارج في بعض الأعمال الخاصة بالتجارة الخارجية، أو بالنقل البحري، وهناك حصانات أخرى أوكلت للمنظمات الدولية مثل الأمم المتحدة، أو قوات أجنبية، حيث يمكن أن ترسل الأمم المتحدة قوات إلى دول متنازعة، أو في دولة تشهد نزاعاً مسلحاً داخلياً، وتسمى قوات حفظ السلم والأمن، ويكون تواجد هذه القوات بموجب إتفاق بين الأمم المتحدة والدولة المضيفة، أو بموجب إتفاق بين الدولتين المتنازعتين والأمم المتحدة، وتتسم مهام هذه القوات بالحياد في النزاع المسلح.

وبموجب المادة الثانية(2) من اتفاقية امتيازات وحصانات الأمم المتحدة المصادق عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 13 فيفري 1946م، حيث تتمتع الأمم المتحدة بالحصانة القضائية مثلها مثل الدولة¹.

ومن ثم فإن الرعية الأجنبية في معاملته سواء مع الدولة أو منظمة الأمم المتحدة، فإنه يتعامل مع شخص من القانون الدولي يتميز بالحصانة القضائية، وحصانة الدول هي نوعان: حصانة قضائية، وحصانة تنفيذية.

1- الحصانة القضائية: وهي عدم مثل الدولة أمام محاكم أجنبية، ويقول جيهارد هافنر " Gerhard Hafner " أن الحصانة القضائية للدولة تهدف إلى حماية سيادة الدولة، وذلك بعدم مثلها أمام قضاء دولة أخرى وهي كذلك نتيجة غياب أي تدرج بين الدول في القانون الدولي" ولقد نصت المادة (05) من اتفاقية الأمم المتحدة حول الحصانات القضائية للدول ولأملاكها "أن الدول تتمتع لنفسها ولأملاكها بالحصانة القضائية أمام محاكم دول أخرى"².

وتتمت الاستفادة من هذه الحصانة إلى مختلف هيئات الدولة وكذلك إلى مكونات الدولة الفدرالية، وكذلك التقسيمات السياسية للدولة، المؤهلة للقيام بأعمال سلطة السيادة، وأيضا المؤسسات

¹ المادة (2) و (3) من اتفاقية الامتيازات والحصانات للأمم المتحدة بتاريخ 13/02/1946.

² المادة (5) من اتفاقية الأمم المتحدة حول حصانات الدول و ممتلكاتهم من الولاية القضائية، بتاريخ 02 ديسمبر 2004.

والهيئات التي تقوم بنفس الأعمال، وكذلك ممثلو الدولة وهذا حسب التعريف الوارد في المادة الثانية(2) من نفس الإتفاقية¹. ولا يمكن للدولة أن تحتج بالحصانة القضائية للدولة في المعاملات التجارية والتي تضمنتها المادة السالفة الذكر، وتعني بها أي عقد أو معاملة ذات طابع تجاري من أجل بيع سلع أو تقديم خدمات، أو كل عقد أو معاملة مالية، أو ضمان لهذا الدين²، وكذلك عقود العمل، والملكية، واستعمال السلع، في حالة الإضرار بالأموال أو الأشخاص، الملكية الفكرية والصناعية والمساهمة في الشركات.

إن هذه الحصانة ليست مطلقة ففي حالة إتفاق دولة ما بإرادتها أن تتم محاكمتها في محكمة أجنبية، فالأمر يختلف، وتكون هذه الحالة كما سبق ذكره في المبادلات التجارية.

2- الحصانة التنفيذية: وتعني الامتناع عن حجز أموال الدولة في الخارج أو أخذ الإجراءات التحفظية عليها، وتستمد هذه الحصانات (القضائية والتنفيذية مصدرها من القانون الدولي أي الاتفاقيات) وكذلك من العرف الدولي.

ولكن بموجب الاتفاقية سالفة الذكر فإن هناك إجراءات لا يمكن للدولة أن تحتج بالحصانة بها، وردت في المواد عشرة(10) حول المعاملات التجارية، والمادة إحدى عشر(11) حول عقود العمل، الخاص بالسلامة الجسدية لشخص، وأضرار الأملاك، وكذلك الملكية واستعمال الأملاك والسفن والمساهمة في الشركات، كما أن الدولة إذا اتفقت مع شخص طبيعي أو اعتباري أن تعرض منازعاتها أمام التحكيم، فإنها لا يمكن أن تحتج بالحصانة القضائية المتعلقة بالنقاط الآتية³:

1- بصحة أو تفسير أو تنفيذ إتفاق التحكيم.

2- إجراءات التحكيم.

¹ المادة (3) ، المرجع السابق ، ص . 2 .

² المادة (2) ، المرجع السابق ، ص . 2 .

³ المادة (17) ، المرجع السابق ، ص . 5 .

3-التأكيد أو رفض قرار التحكيم.

ويكون ذلك في حالة ما إذا لم يتفق عليها في إطار التحكيم، ومن ثم فإن حصانة الدول ليست مطلقة. ولقد جاءت هذه الاتفاقية في أشغال لجنة القانون الدولي بالأمم المتحدة إبتداء من سنة 1978م، وهذا نتيجة تطور الاستقلال الاقتصادي للدول، وكذلك تنامي التدخل الاقتصادي للأشخاص العموميين¹.

المطلب الثاني: الفعل غير المشروع والمسؤولية الدولية

تظهر المسؤولية الدولية غالبا في المنازعات المتعلقة بمصالح رعايا الدولة في الخارج، ويعتبر المساس بالملكية الخاصة للأجانب (أشخاص معنوية أو طبيعية) عن طريق التشريع أساس المسؤولية الدولية. وفي الوقت المعاصر فإن المساس بالمصالح المشروعة تشكل مجالا واسعا نظرا للتطور الاقتصادي والتأثر بالمبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي أقرت أشكالاً من المساس بهذه الملكية.

وأصبح حق الملكية للأفراد سواء كانوا وطنيين أو أجانب مقيدا بعدة قواعد حينما تكون المنفعة العامة تستدعي المساس بهذا الحق، ويتجه أغلب الفقهاء إلى اعتبار وجود مبدأ الحد الأدنى المطلوب، والذي بمقتضاه تلتزم الدول بإعطاء بعض الحقوق للأجانب² عن طريق التعويض في حالة نزع الملكية أو التأميم أو الاستيلاء، ولا يشترط أن تكون نفس الإجراءات في التعامل مع المواطنين، ولكن يجب أن يتوفر الحد الأدنى.

إن القانون الإتفاقي سواء كان عاما أو خاصا يفرض حماية للملكية الخاصة، كما أن المادة السابعة عشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بـ 1948/12/10م تنص على أنه لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا³. كما تنص المادة الأولى من البروتوكول الإضافي المؤرخ في 20

¹ Patrick Dallier, et Alain Pellet, op.cit, p.453.

² Charles Rousseau, Droit international Public , Tom 4, Les Rapport Conflictuels , 1983 , p.46.

³ المادة (17) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بـ 10 ديسمبر 1948م تنص على ما يلي:

مارس 1952م للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المؤرخة في 04/11/1950م ما يلي " لا يجوز تجريد أحد من ملكه إلا من أجل المنفعة العامة وطبقا للشروط المقررة في القانون وكذلك المبادئ العامة للقانون الدولي".

أما بالنسبة للاجتهاد القضائي الدولي فيتجه إلى نفس المنحى، حيث جاء في حكم للقاضي Max Huber في حكم 1925/05/01م الخاص بقضية الأضرار التي لحقت برعايا بريطانيين في المنطقة الإسبانية بالمغرب بأنه لا يجوز تجريد أي أجنبي من ملكيته إلا بتعويض".

أما في قضية " قالدن بارغ" Golden Barg فإن المحكم Mr Robert Fozy في الحكم المؤرخ في 27 سبتمبر 1928م، يعتبر بأن احترام الملكية الخاصة والحقوق المكتسبة للأجانب هو جزء لا نقاش فيه من المبادئ العامة التي يقرها القانون الدولي؛ وإذا كان هذا الأمر يجيز للدولة من أجل المنفعة العامة التملص من مبدأ احترام الملكية الخاصة فإنه يجب عليها تعويض الأملاك التي استولت عليها أو نزعت ملكيتها ودفع مبالغ التعويض في أقرب أجل.

أما لجنة التبليغات للولايات المتحدة الأمريكية وبما في قرارها بتاريخ 29 جوان 1933م¹ فلقد أقرت في قضية Sabla بما يأتي: "بأن أي حكومة تنزع من أجنبي ملكيته دون تعويض، فإن هذا التصرف يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية لهذه الحكومة".

وحسب تقرير الأستاذين " Sohn " و " Boxtor " أثناء عرضهما لتقرير مشروع تقنين المسؤولية سنة 1961م فإن نزع ملكية الأجنبي مهما كانت نوعيتها، (عقارية، منقولة، تجارية، صناعية، أو برمحية أو فنية) فهي غير مشروعة في الحالات الآتية:

1- عندما تكون نزع الملكية مخالفة للاتفاقية المبرمة بين الدولتين.

2- عندما لا تكون مبررة بهدف المنفعة العامة بموجب قانون.

1- لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره .

2- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا .

¹ Charles Rousseau, p.cit, p.47.

3- عندما لا تكون مصحوبة بتعويض عادل وفوري وبنفس القيمة المخصصة للوطنيين الذين تمسهم نفس الإجراءات المتخذة.

ويذهب بعض الفقهاء في حالات خاصة منها التضخم أو إنقاص من قيمة العملة المتداولة إلى اعتبارها مساسا غير مشروع يترتب المسؤولية الدولية على الدولة في حالة قيامها به، كما جاء به الفقيه "Wortlg"¹ في كتابه نزع الملكية في القانون الدولي سنة 1959م. غير أن هذا يعتبر مناقضا لقرار المحكمة الدائمة للعدل الدولية بتاريخ 12/07/1929م في قضية القروض الصربية والبرازيلية، الذي ينص بأن الدولة معترف لها بحق تحديد عملتها، وتحديد هذه الأخيرة يعتبر من صلب الاختصاصات الهامة للسلطة العمومية.

وبصفة عامة فإن المساس بالملكية الخاصة يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية² للدولة التي قامت بهذا الفعل، فما هي إذن المسؤولية الدولية، والعمل غير المشروع الذي هو أساسها؟.

الفرع الأول: العمل غير المشروع

لا يختلف الفقهاء كثيرا في تعريف العمل غير المشروع دوليا، فهي متقاربة، فيذهب البعض إلى تعريف العمل غير المشروع بأنه مجرد انتهاك دولة لواجب دولي أو عدم تنفيذها لالتزام تفرضه قواعد القانون الدولي³. ويرى الأستاذ إبراهيم محمد العناني بأن العمل غير المشروع كعنصر في المسؤولية الدولية هو السلوك المخالف للالتزامات القانونية الدولية، وبمعنى آخر هو الخروج عن قاعدة من قواعد القانون الدولي، وعليه هذا فإن العمل غير المشروع كعنصر من المسؤولية الدولية هو مخالفة قاعدة قانونية دولية أيا كان مصدرها اتفاقا أو عرفا مبادئ القانون العامة التي أقرتها

¹B.A, Worthy : Expropriation in international Low, Cambridge ,1959.

² Charles Rousseau, op.cit, p.48.

³ بن عامر تونسي، المسؤولية الدولية، منشورات حلب 1995م، ص. 21.

الأمم المتحدة¹. كما أن الفعل غير المشروع قد يعبر عنه الإخلال بالالتزام أو خرق مصلحة مشروعة في القانون الدولي، وهي تعابير تنطبق مع طبيعة ومنطق القانون الدولي².

ولا يمكن للدولة اللجوء إلى قانونها الداخلي لكي تتهرب من مسؤوليتها الدولية، وذلك لأن وصف أو تقرير عمل غير مشروع يمارس على ضوء القانون الدولي، وليس في القانون الداخلي، بحيث يمكن أن يكون الفعل مشروعاً طبقاً للقانون الوطني، وغير مشروع بمنظور القانون الدولي، وهذا نظراً لأولوية القواعد القانونية الدولية على القواعد القانونية الداخلية.

1- شروط الفعل غير المشروع دولياً

إن العمل غير المشروع يتطلب توفر عنصرين أحدهما شخصي والآخر موضوعي فالعنصر الشخصي هو إمكانية نسبة الفعل أو الامتناع الذي تقوم به الدولة إليها بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، أما العنصر الموضوعي وهو أن يكون الفعل أو الامتناع الذي ينسب للدولة منافياً لالتزاماتها الدولية³.

ويوضح الأستاذ حامد سلطان هذه العناصر بقوله لقد أجمع فقهاء القانون الدولي على إطلاق اصطلاح العمل الدولي غير المشروع على كل مخالفة للالتزام الذي تفرضه قاعدة من قواعد القانون الدولي ولما كان موضوع كل التزام دولي هو تصرف الدولة على نحو معين في مواجهة الدولة أو الدول التي تراضت معها مع إنشاء القاعدة القانونية التي فرضت هذا الالتزام سواء كان هذا التصرف هو القيام بعمل معين أو الامتناع عن القيام به أو عدم القيام به، فإن العمل غير المشروع يتطلب وجود عنصرين: الأول أن يكون التصرف منسوباً إلى الدولة، أو بمعنى آخر أن

¹ بن عامر تونسي، المرجع السابق ، ص.22.

² بوسلطان محمد، المرجع السابق ، ص.113.

³ بن عامر تونسي، المرجع السابق ، ص.24.

يكون القيام بعمل أو عدم القيام به منسوبا إلى الدولة الملتزمة، والثاني أن يكون هذا التصرف قد تم مخالفا بما تقضي به القاعدة القانونية الدولية¹.

وتؤكد المحكمة الدائمة للعدل الدولية في الحكم الصادر في 14 جوان 1938م في قضية فوسفات المغرب " Phosphatas du Maroc " بأن العمل غير المشروع دوليا يتمثل في العمل المنسوب للدولة والموصوف بأنه خرق للالتزامات الدولية². وعليه فإن العمل غير المشروع دوليا هو أساس المسؤولية الدولية، حيث يجب أن يتصف بشرطين أحدهما أن ينسب إلى الدولة والآخر هو خرق للالتزام دولة، وهو ما يعني أن العمل غير المشروع دوليا ينتمي إلى القانون الدولي³.

2- العمل المنسوب إلى الدولة

لا تترتب المسؤولية الدولية في المنازعات بين الدولة وأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الأجنبية إلا إذا نسب العمل غير المشروع دوليا إلى الدولة وهي أحد الأشخاص الدولية، بحيث أنه إذا أحدث شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الداخلي، ضررا فإنه لا يخرق التزاما دوليا، لأنه ليس من الأشخاص الدولي ولا يمكن نسب العمل غير المشروع لهم⁴.

والدولة بصفة عامة ليست مسؤولة إلا على العمل الذي تقوم به ؛ أو الامتناع من طرف هيكلها أو مصالحها أو أعوانها عن القيام بالعمل؛ وقد تكون الدولة مسؤولة أيضا عن الأعمال أو الامتناع المنسوب إلى هيئة عمومية خاضعة للدولة؛ غير أنها غير قادرة على التصرف على

¹ حامد سلطان، القانون الدولي في وقت السلم، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ، 1969 م ، ص . 299.

² بن عامر تونسي، المرجع السابق ، ص.26.

³ Patrick Daillier, et Alain Pellet, op.cit, p.768.

⁴ Pierre Marie Dupy, Droit international Public, 7 éditions, Dalloz, 2004, p.474.

الصعيد الدولي¹؛ وتكون هذه الحالات في الدول الفدرالية، حيث تقوم هذه الدولة بضمان العلاقات الخارجية.

هذا فضلا عن حالات أخرى خاصة تتمثل في الدولة الحامية، الدولة الموضوعة تحت الوصاية) ؛ غير أن الحالات الأخيرة أصبح وجودها نادرا، وتعتبر هذه الحالات عن المسؤولية الدولية غير المباشرة، أما حالة الدولة الفدرالية فهي موجودة بكثرة في الوقت الحالي، حيث تتخذ الكثير من الدول هذا الشكل في نظام الدولة .

2-1- العمل المنسوب للدولة في القانون الدولي والداخلي: تنص المادة الثالثة(3) من مشروع تقنين المسؤولية الدولية،"بأن تكييف عمل الدولة غير مشروع دوليا يخضع إلى القانون الدولي، ويأخذ بتكييف عمل الدولة حسب القانون الداخلي إذا اعتبره عملا مشروعاً"².

ويذهب الأستاذ تونكين إلى اعتبار أن مسؤولية الدولة تقوم بسبب عمل غير مشروع تقتضيه الدولة إثر امتناع عن عمل غير مشروع ، أي في حالة ما إذا لم تتخذ الدولة الإجراءات الواجبة عليها للوفاء بالتزاماتها الدولية، وهناك فكرة شائعة تقضي بأن الضرر الذي توقعه دولة بمصالح دولة أخرى (من ضمنها مصالح رعاياها) يترتب لزوما مسؤولية قانونية، ذلك أن كل عمل ضار لا يشكل حتما إخلالا بالقانون الدولي ؛ ومن ثم لا يترتب لزوما مسؤولية قانونية، فقد يكون تصرف الدولة مشروعاً تماما ومع ذلك يوقع ضررا بمصالح دولة أخرى بالمعنى الواسع لهذا التعبير³.

وبالرجوع إلى المادة الثالثة(3) فإننا نستنتج بأنه يمكن حسب القانون الداخلي اعتبار العمل مشروعاً لكنه غير ذلك طبقاً للقانون الدولي، ويظهر ذلك في التفرقة الموجودة في بعض القوانين الداخلية للامتيازات أو القوانين الأساسية، خاصة بين الوطنيين والأجانب أو بين الرجال والنساء. وهو ما أدى إلى طرح إشكال بين القانون الداخلي والقانون الدولي غير أن اتفاقية فينا 1969م

¹ Charles Rousseau, op.cit, p. 28.

² لجنة القانون الدولي ، المادة الثالثة(3) من مشروع المسؤولية الدولية .

³ تونكين، القانون الدولي العام: ترجمة أحمد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة 1972، ص 242-

الخاصة بالمعاهدات قد حددت أولوية القواعد الدولية على القواعد القانونية الداخلية حيث جاء في المادة السادسة و العشرين(26) بأن الدولة لا يمكن أن تعتد بأحكام قانونها الداخلي لتبرير عدم تنفيذها للمعاهدة¹. غير أن القانون الدولي لا يعنى بتنظيم الدولة وهيئاتها، ومن ثم فإن القانون الداخلي هو الذي يحدد الأشخاص ذوي صفة هيئات الدولة، وهذا طبقا لمواد (4، 5، 6) من تقنين المسؤولية الدولية.

2-2-نسب تصرفات هيئات الدولة إلى الدولة: بموجب المادة الرابعة(4) من التقنين فإن تصرف أي هيئة تابعة للدولة تعتبر عمل دولة طبقا للقانون الدولي²، ومهما تكن هذه الهيئة تشريعية أو تنفيذية أو قضائية أو أي طابع آخر، ومهما كان موقعها من السلطة المركزية أو كانت جماعة إقليمية فإن عملها ينسب إلى الدولة، ويفهم من هذا أن أي هيئة أو أي شخص يعمل لفائدة هذه الهيئات، فإن تصرفه ينسب إلى عمل الدولة وتحمل مسؤوليته إذا كان غير مشروع.

3-خرق للالتزام دولي

إن الدولة لا تسأل ولا تتحمل المسؤولية ؛ إلا إذا خرقت التزاما دوليا سواء كان هذا الالتزام ذا منشأ تعاقدية أو عرفي ، حيث تنص المادة السابعة عشرة (17) من اتفاقية المسؤولية الدولية "أن فعل الدولة الذي يشكل انتهاكا للالتزام دولي ، هو فعل غير مشروع دوليا بصرف النظر عن كون منشأ هذا الالتزام عرفيا أو تعاقديا أو غير ذلك". وعليه فإن المسؤولية الدولية تترتب في حالة ما إذا تم خرق التزام سواء كان هذا الالتزام عرفيا أو تعاقديا، أو في حالة خرقها لأحد المبادئ العامة للقانون الدولي.

4-خرق التزام تعاهدي

¹ المادة 26 من إتفاقية فينا للمعاهدات ، 1969 م .

² Pierre Marie Dupy, op.cit, p.476.

تتشكل العقود التي تبرم بين الدول وبين الأشخاص الخاصة الأجنبية، أو رعايا الدولة في الخارج أحد الجوانب في خرق التزام تعاهدي¹، وهذا ما يذهب إليه جانب من الفقهاء، وإضافة إلى الاتفاقيات التي تبرم بين الدول حيث يعتبر الأستاذ مان "Mann" من أشد المدافعين عن فكرة تطبيق القانون الدولي العام على عقود الدولة، غير أن هذه العقود لا تنسب إلى الاتفاقيات، وتختلف عنها من حيث الطبيعة والموضوع، أو أن القانون الدولي المطبق على هذه العقود هو نفسه المعروف في العلاقات بين الدول، ويجد مصدره عادة في المبادئ العامة المقبولة للدول المتمدينة²، وهناك من يذهب إلى أن الأفراد هم من أشخاص القانون الدولي الاقتصادي والاجتماعي، غير أن الأفراد لا يمكنهم إنشاء قواعد دولية. وفي حكم المحكم Dupuy في قضية الشركتين الأمريكيتين ضد الحكومة الليبية حيث يرى بأن القانون الدولي العام بحكم العلاقات التعاقدية لدولة وشخص أجنبي لا يعني إطلاقاً أن الأخير أصبح كالدولة ؛ أو أن العقد الذي أبرمه مع الدولة أصبح كالمعاهدة³. غير أن انتهاك التزام تعاقدي بين الدولة وأحد رعايا الدولة في الخارج يترتب المسؤولية الدولية.

ونظراً لضرورة تعاقد الدولة مع أحد هؤلاء الأشخاص فقد تنشأ الكثير من المنازعات، ولفض هذه الأخيرة يتم اللجوء إلى التحكيم الدولي، ويعتبر لجوء الكثير إلى التحكيم سببه هو غموض الطبيعة القانونية لمثل هذه العقود⁴؛ حيث أن العلاقة بين الدولة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة ،

¹ لجنة القانون الدولي - التقرير الخامس 1976 ، إتبعته مصطلح الإلتزام بدل القاعدة القانونية لسببين هما:

1- أن القاعدة هي حق بمعنى الموضوعي.

2- الإلتزام: لا ينشأ فقط من القاعدة القانونية، بل يمكن أن ينشأ من قرار قضائي أو حكم تحكيمي .

كما يلج الأستاذ روبيستو آغو AGO على ضرورة إستعمال المصطلح الملائم في المسؤولية الدولية بين الإلتزام و القاعدة القانونية و يفصل إستعمال مصطلح الإلتزام .

² بن عامر تونسي، المرجع السابق ، ص. 121.

³ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص. 121.

⁴ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص. 124.

وحتى وإن كانت هذه العلاقة حسنة في بدايتها، إلا أنها تتبدل نتيجة تعارض المصالح بين الطرفين¹.

والمشكلة الأساسية في ذلك التعارض تتمثل في كيفية التوفيق بين الأهداف العامة للدولة المضيفة التي تسعى إلى تحقيقها، وإلى الأهداف التي يسعى هذا الشخص الأجنبي الخاص إلى تحقيقها هو بدوره. وتنشأ المنازعات بين الطرفين إذا تغيرت النتائج والتقديرات المرجوة من الاستثمار الأجنبي².

كما تنشأ المنازعات بسبب التغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية، إضافة إلى المنازعات الناشئة عن حماية البيئة خصوصا في السنوات الأخيرة، حيث يتطلب تدخل إداري من قبل الدولة من أجل حماية البيئة خاصة في مجال التلوث الصناعي، وقد ترتفع نسبة هذه المنازعات في المستقبل ؛ نظرا لأهمية البيئة في حياة الشعوب، وازدياد حجم المدافعين عنها، وتبيان ما يسبب المساس بها في حياة الأفراد.

وتتحدد المسؤولية الدولية في العقود التي تبرم بين الدولة المضيفة وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق من أجل الفصل بين مسؤولية وعدم مسؤولية الدولة. حيث يرى المحكم دوبي "Dupuy" في القضية Texaco والحكومة الليبية بأن القيمة القانونية وبالتالي الإلزامية لهذه العقود لا يمكن تقديرها ؛ إلا في ضوء القانون الذي يطبق عليها، فإذا كانت هذه العقود تخضع فرضا للقانون الليبي ؛ فإنه يترتب على ذلك أن قوتها الإلزامية يمكن أن تتأثر من جراء تدابير تشريعية أو لائحة ليبية³.

وتتعدد طبيعة العقود التي تبرمها الدول مع الأشخاص الأجنبية الخاصة فيما إذا كانت هذه العقود دولية أم لا، هذا فضلا عن تنوع هذه العقود تبعا للغاية المرجوة منها، فإما أن تكون تجارية

¹ بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 م ، ص 7.

² بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص 9.

³ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص 125.

أو توريدا ؛ أو عقودا مالية ؛ أو عقود استثمار مع الأشخاص الأجنبية الخاصة. وزادت كثرة هذه العقود وتنوعها في التعقيد والتشابك وأصبحت بعد ذلك تتسم بالغموض.

فهنالك من يذهب إلى القول بأن هذه العقود ذات طابع دولي، والحجة في ذلك بأن الشركات متعددة الجنسيات هي كامنة في قالب دولي، ويمكن لها أن تكون في نفس المركز القانوني الدولي وأي عقد يبرم مع هذه الشركات يحكم مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"؛ وأي إخلال به يرتب المسؤولية الدولية. غير أن الكثير من الفقهاء يعارضون هذا القول ومنهم الأستاذ آغو "Ago" الذي لم يعط أي أهمية للعقود المدونة في تقريره حول المسؤولية الدولية¹، وأدت طبيعة هذه العقود إلى ظهور فكرة العقد الإداري الدولي الذي يعرفه "Mc Nair" بأن عقد الدولة هو العقد الذي يبرم بين الدولة وشخص خاص أجنبي، يمنح سلطات متميزة، طويلة المدة، وتثير فكرة الحماية الدبلوماسية للدولة الطرف الأجنبي، وتتضمن شرط تحكيم وتخضع في جانب منها للقانون العام، وفي الجانب الآخر للقانون الخاص².

ومن ثم فإن العقد الإداري الدولي يتميز عن غيره من العقود في إطار العلاقات التجارية الدولية بعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة على أساس أن أحد أطراف العقد هو الدولة وهي شخص سيادي سواء في إطار القانون الدولي العام أو الخاص، والثاني هو شخص أجنبي خاص لا يعتبر من أشخاص القانون الدولي العام، وفي حالة إخلال الدولة ببند هذه العقود فإنه يترتب عن ذلك آثار قانونية هي³ :

1-الالتزام بالامتناع عن أي إجراء قانوني مخالف للالتزام التعاقدية.

¹ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص.127.

² هاني محمد حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 1، 2008، ص.40.

³ هاني محمد حمزة، المرجع السابق، ص. 136.

2-السماح للمتعاقد بحق الطلب في إعادة التوازن المالي والتعويض عما لحقه من ضرر عن طريق المحاكم الوطنية.

ولن تقوم المسؤولية الدولية على الدولة طالما هناك وسائل انتصاف متاحة للمتضرر، وفي حالة العكس فإن المسؤولية الدولية تثار بسبب الإخلال بالعقد، بعد تدخل دولته في إطار الحماية الدبلوماسية" ويرى الأستاذ الغنيمي "بأن البحث عن المسؤولية لا يتناول مسؤولية الدولة من حيث أنها طرف في العقد، بل الأمر يدور حول ما لدولة المتعاقد الأجنبي من حق في حمايته من انتهاك أحكام العقد، فالمسؤولية هنا ترجع إلى انتهاك التزام خارج عن العقد كأن يكون ذلك إنكاراً للعدالة"¹.

وعادة لا تترتب المسؤولية الدولية بناء على بنود العقد أو ظروف إبرامه، وإنما ترتبط العقود باتفاقيات دولية خاصة منها الثنائية، وعليه فإن الإخلال يرتبط بالتزام آخر في إطار الاتفاقيات الثنائية، لذلك تلجأ الدول إلى إبرام اتفاقيات خاصة بالاستثمارات وترقيتها والحماية المتبادلة بين الدوليتين.

5-خرق قاعدة من قواعد العرف الدولي

يعتبر القانون الدولي العرفي من أهم مصادر قواعد المسؤولية الدولية للدولة، فضلا عن أنه يعد من أهم المصادر المنشأة لقواعد القانون الدولي، والمتعارف عليه أن كل القواعد التي تقر نظاما عاما أو تركز حقوقا تفرض على الآخرين احترامها²، ويمكن أن نذكر مثلا عن هذه الحقوق القواعد الخاصة بالأجانب ومثال ذلك منع المعاملة السيئة، إنكار العدالة، نزع الملكية دون تعويض..الخ

¹ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص. 136.

² بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص. 153.

6- خرق المبادئ العامة للقانون

إن المبادئ العامة للقانون هي تلك المبادئ المشتركة بين الأنظمة التي تسود في العالم، والتي تستمد من الأنظمة القانونية الوطنية، والتي يمكن تطبيقها في مجال العلاقات الدولية، وهذا ما يذهب إليه الفقه الدولي؛ ولقد كان هذا الأمر محل خلاف فقهي كبير راجع إلى صعوبة تحديد مضمون القواعد القانونية المدعى بها في الأمم المتحدة. وفي هذا الإطار يمكن أن نورد تعريف الأستاذ سعيد الدقاق في كتابه «دروس في القانون الدولي» «بأن المبادئ العامة هي مجموعة القواعد التي تتسم من ناحية بطابع العمومية كما تتميز من ناحية أخرى بأنها مبادئ أساسية، فأما طابع العمومية، فيستمد من الاعتراف بها من جانب التشريعات الوطنية لمعظم الدول مهما كانت طبيعة النظام القانوني الذي تنتمي إليه، أما من ناحية كونها مبادئ أساسية بمعنى أنها تهيمن على مجموعة من القواعد التفصيلية التي تتنوع، أو هي إن شئنا قواعد موجهة واقعة لغيرها من القواعد الأخرى»¹.

وتستمد المبادئ العامة أساسها من المادة 38-1 من ميثاق الأمم المتحدة وهي المبادئ العامة المعترف بها من الدول المتمدينة²، ورغم الاختلاف الموجود بين المبادئ العامة للقانون، والمبادئ العامة للقانون الدولي، فإن المادة 38-1 من ميثاق محكمة العدل الدولية تعني كلا الإتجاهين (اتجاه المبادئ العامة للقانون الوطني-المبادئ العامة للقانون الدولي)، ويفرق الأستاذ الغنيمي في إطار التفرقة بين الإتجاهين بين المبدأ والقاعدة، حيث أن المبدأ هو الكل أو التصور العام المجرد للفكرة، أما القواعد فهي التطبيق التفصيلي لهذا التصور المجرد، ومن ثم فإن المادة عندما تتكلم عن تلك المبادئ العامة التي أثمرتها الأمم المتمدينة، إنما تقصد التصورات القانونية العامة المجردة وليست التطبيقات التفصيلية للأفكار³.

¹ سعيد الدقاق، دروس في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987م، ص.195.

² بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص.153.

³ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص.156.

ويذهب الأستاذ "تونكين" إلى تحديد الخلفية التي يستهدفها الفقه الغربي من التركيز على المبادئ العامة للدول المتمدينة بأنه "يجب أن لا نتجاهل مهما كانت رغبة ومقاصد الفقهاء الذين يدافعون عن هذه النظرية أن جهودا قد بذلت ولا تزال تبذل لاستخدامها من طرف الدول الاشتراكية والدول الفنية في آسيا وإفريقيا، وأنه من الشائع أن نجد من بين المبادئ التي تعتبر مبادئ عامة للقانون "المبادئ الرئيسية لدى الدول الرأسمالية الكبرى مثل مذهب الحقوق المكتسبة والتعويض العادل عن تأميم الأموال الأجنبية والتصريح بأنها مشتركة لدى جميع الدول المتمدينة"¹.

الفرع الثاني: حصول الضرر لرعايا الدولة في الخارج

يستمد وجوب التعويض عن الضرر من الأساس المادي، ويمس هذا الضرر إما الوطنيين أو رعايا الدولة في الخارج أو الاثنين معا²؛ وتعد الحالة الغالبة في مجال حصول الأضرار هي تلك التي تحدث لرعايا الدولة في الخارج؛ وتكون إما اقتصادية أو معنوية، وتشتت في هذه الحالة ضرورة المساس بحقه، أما المساس بمصلحته فهي غير كافية لضرورة التعويض لإصلاح هذا الضرر ولقد حدث هناك جدل حول الموضوع بين الحق والمصلحة، حتى أن هناك من يذهب إلى الاحتجاج حول هذا المبدأ ويذهب الأستاذ "فيلاري" "Virally" إلى أن أي مساس بالمصلحة هو مساس بالحق³.

1-تحديد أشكال الضرر

لقد نصت المادة السابعة من مشروع المسؤولية الدولية في الموضوع " أنه إذا كان الفعل غير المشروع دوليا طرفا لالتزام دولي يتعلق بالمعاملة التي ينبغي أن تمنحها دولة ما، في حدود ولايتها للأجانب سواء كانوا طبيعيين أو اعتباريين، ولم تقم الدولة التي ارتكبت الفعل غير المشروع

¹ تونكين، المرجع السابق، ص. 103.

² Charles Rousseau, op.cit, p.12.

³ أنظر الفرع الثاني من المطلب الأول من البحث الأول، الفصل الأول، التفرقة بين الحق و المصالح المشروعة، ص. 21.

دوليا بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الخرق، يجوز للدولة المتضررة أن تطلب من تلك الدولة أن تدفع إليها مبلغا من المال، يقابل قيمة ما تتكلفه إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الخرق"¹.

وتترتب المسؤولية الدولية في حالة حدوث ضرر مادي (اقتصادي)، أو في حالة الضرر المعنوي غير أن في الاجتهاد القضائي فهي على عكس ذلك²، وذلك طبقا للمادة 31-2 من مشروع مواد لجنة القانون الدولي تنص على أن المسؤولية الدولية تترتب على الضررين معا "إن الضرر يتضمن كلا من الضرر المادي والمعنوي الناتجين عن الفعل غير المشروع دوليا".

وإذا كان الضرر المادي، يسهل تحديده، فإن الضرر المعنوي عكس ذلك، ولذلك يذهب الفقهاء إلى أن الضرر غير المادي هو كل نكث (Mauquenment) للقانون الدولي يعد ضررا غير مادي³، ولما تأخذ الدولة على عاتقها دعوة أحد رعاياها، فإن الضرر غير المادي هو نكث القانون الدولي بالنسبة للدولة، والضرر المادي للشخص التابع لها. ويمس الضرر مباشرة الدولة أو الفرد أو كلاهما كما يلي:

أ-الضرر الحاصل مباشرة للدولة: ويكون هذا الضرر حاصلا مباشرة للدولة وهو ضرر مادي، مثل حرق سفارة، أو أي أملاك تابعة للدولة، كتحتطيم سفينة حربية.... الخ

ب-الضرر الحاصل مباشرة للدولة والفرد: ويمكن أن يكون الضرر مزدوجا حيث يصيب الدولة والفرد معا، ويمكن حدوث ذلك في الضرر غير المادي إذا أصاب كرامة الدولة، وكذلك أحد أتباعها، ويكون عادة من الأعوان العموميين⁴، وأيضا المساس بأملكه، وخرق هذا الالتزام يترتب المسؤولية الدولية.

2-العلاقة السببية بين الفعل غير المشروع والضرر

¹ المادة (7) من مشروع لإتفاقية حول المسؤولية الدولية.

² Patrick Daillier, Alain Pellet, op.cit, p.789-790.

³ David Ruzie , Droit international public, Doblog 17 édition , 2004, p.99.

⁴ Charles Rousseau, op.cit, P. 14.

لكي يكون للضرر محل للتعويض يشترط الفقه والاجتهاد القضائي أن تكون هناك رابطة سببية مؤكدة وليست محتملة بين الضرر والعمل غير المشروع المنسوب للدولة¹. وتطرح في هذا المجال مسألة التعويض عن الأضرار غير المباشرة، مع العلم أن الفقه والاجتهاد القضائي لا يأخذان بعين الاعتبار إلا التعويض عن الضرر المباشر، ولقد جاء في قضية الباما " Affaire Alabama" رفض التعويض عن الضرر غير المباشر صراحة، والسبب في ذلك أنه لا توجد في ظل مبادئ القانون الدولي المعمول به ؛ الأسس الكفيلة للحكم بالتعويض في مثل هذه الحالات أو لتقدير قيمته بين الدول².

لكن الأمر لم يبق على ذلك؛ حيث؛ حاول التحكيم الدولي رفض هذه التفرقة، وجاء بعد ذلك اتجاه ربط الضرر غير المباشر بالضرر الأصلي، أي اعتباره ملحق بالضرر المباشر، الذي يحدث عن عمل غير مشروع دوليا تربطه علاقة سببية.

ولقد ذهبت لجنة الدعاوى المختلطة الألمانية الأمريكية إلى أنه لا يهم كثيرا أن تكون هذه الخسارة نتيجة مباشرة أو غير مباشرة لهذا العمل، طالما توجد رابطة ظاهرة وغير منقطعة بين الفعل المنسوب لألمانيا والخسارة التي وقعت، ولا يهم كثيرا عدد حلقات السلسلة التي تربط فعل ألمانيا بالخسارة التي حدثت بشرط ألا تكون هذه السلسلة قد انقطعت ، وأن يكون من الممكن الوقوع ودون خطأ محتمل"، وأضافت المحكمة أن كل الخسائر غير المباشرة مغطاة بالتعويض بشرط أن يكون عمل ألمانيا من وجهة النظر القانونية هو السبب الفعال والمصدر لهذه الخسائر³.

ولقد قضت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 13/07/1927م في قضية مصنع شورزو Affaire usine Chorzhou بما يلي "أن التعويض يجب أن يزيل بقدر الإمكان جميع آثار العمل غير المشروع، وإرجاع الحالة إلى ما كانت إليه قبل ارتكاب هذا العمل وذلك

¹ بن عامر تونسي، المرجع السابق ، ص . 340.

² بن عامر تونسي، المرجع السابق ، ص . 341.

³ Garcia Amador, G° Rapport, 1961, 4/134.

بالتعويض العيني أو دفع مبلغ معدل لقيمة التعويض العيني إذا لم تكن الإعارة العينية ممكنة، وتعويض مالي عن الخسائر التي لا يغطيها التعويض العيني أو ما يقابلها"¹.

ومن خلال هذه الأحكام؛ فإن الاتجاه يذهب إلى التعويض عن الأضرار سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة، وإنما الهدف هو إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو التعويض عن الخسائر اللاحقة بالمتضرر؛ غير أنه يمكن أن تطرح مسألة أخرى في هذا الإطار، وذلك إذا كان هناك ضرر أجنبي الذي يأتي من عوامل خارجية للعمل غير المشروع، وهذا الضرر له صفة غير مباشرة، وبالتالي لا يعتد به كما يذهب إلى ذلك الفقيه "هوريو"².

2-1- شخصية وقوام الضرر: إن الدولة التي أصابها الضرر هي الوحيدة التي يمكن أن تطالب بتعويض عنه، ولا يقبل لدول أخرى ليس لها مصلحة في ذلك أن تطالب بالتعويض عن الضرر وهذا ما تذهب إليه محكمة العدل الدولية في قرارها عام 1966م في قضية جنوب غرب إفريقيا، والذي بمقتضاه حكمت بعدم قبول الشكوى التي تقدمت بها إثيوبيا وليبيريا من أجل إدانة جمهورية جنوب إفريقيا على عدم احترامها للالتزامات المتعلقة بانتدابها على جنوب إفريقيا (ناميبيا)، ومن ثم فلا يجوز أن تقدم دول أخرى على القيام بالدفاع عن دولة أخرى أو أي شخص من أشخاص القانون الدولي العام؛ غير أنه لهذه القاعدة استثناء جاء في رأيها الاستشاري الخاص بالتحفظات على الاتفاقية حول الرقابة وقمع جريمة الإبادة حيث أن لكل دولة الحق في الدفاع عن المصلحة العامة للمجتمع الدولي بالاستناد إلى المعاهدات المتعددة الأطراف³.

2-2- إشكالية الجريمة الدولية للدولة والمسؤولية الدولية

لقد ظهرت خلال مناقشة لجنة القانون الدولي لمسألة المسؤولية الدولية فكرة خرق القانون الدولي من طرف الدولة سواء كانت جريمة أو جنحة تقترب من طرف الدولة. وكما سبق الذكر فإن المسؤولية عرفت نقاشا كبيرا من طرف لجنة القانون الدولي من أجل إعداد اتفاقية دولية منذ أكثر

¹ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص . 343.

² بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص. 344.

³ بن عامر تونسي، المرجع السابق، ص . 346.

من خمسة عقود؛ والتي لم يتم المصادقة عليها من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة لحد الآن ، وذلك بسبب عدم رغبة الدول تثبيت هذه القواعد ، وبقيت قواعد دولية عرفية .

ولقد ظهرت فكرة الجريمة أو الجنحة المرتكبة من طرف الدولة إبتداء من سنة 1996م بموجب المادة التاسعة عشر (19) من مشروع مواد المسؤولية الدولية للجنة القانون الدولي و التي تنص على " أن الفعل غير المشروع دوليا الذي يترتب على خرق دولة لالتزام هام للمحافظة على مصالح المجتمع الدولي، يشكل جريمة في حق هذا المجتمع، وعليه تعد جريمة دولية"¹، وأمثلة عن الجرائم الدولية المذكورة في نفس المادة: " هي المساس بالسلم الدولي، المساس بحق تقرير الشعوب لمصيرها، الحفاظ على الجنس البشري، وكذلك الحفاظ على بيئة الإنسان".

إن تجريم الدولة سرعان ما تم التخلي عنها بسبب تردد الدول حول هذا المفهوم بسبب أن توقيع العقوبات يؤدي ببعض الدول إلى أن تتعرض إلى الاستقلال السياسي والاستقرار الاقتصادي للدولة المرتكبة للجريمة الدولية؛ ولقد تحول التخلي عن تجريم الدولة إلى انتهاك خطير لالتزامات هامة تجاه المجتمع الدولي، وهذا حسب المادة الواحدة والأربعين (41) من مشروع المسؤولية الدولية².

وترى الأستاذة بريجيت ستارن، Brigitte Starn أنه في حالة الاحتفاظ بمفهوم تجريم الدول، فكيف يمكن التفكير في المسؤولية الجنائية للدول؟ ولهذه الأسباب فإن الكثير من الدول كانت معادية لفكرة المسؤولية الجنائية للدول. وفي هذا الإطار فإن فرنسا في سنة 1998م كانت معادية لهذه الفكرة أي المسؤولية الجنائية للدول على أساس أن الدول هي صاحبة حق توقيع الجزاء، ومن ثم لا يمكن أن تعاقب نفسها ومن غير المعقول أن مئة و ثمانين دولة (في سنة 1998م) صاحبة الحق في توقيع الجزاء يمكن معاقبة أصحاب السيادة جزائيا³.

¹ Brigitte Stern : les Dilemmes de la responsabilité internationale aujourd'hui , Actes des colloque : vers le Nouvelles Norme en droit de la responsabilité, palais du Luxembourg, 11 et 12, mais 2001,p.01. <http://senat.FR/colloques/colloques Responsabilisé publique>.

² المادة 1 من مشروع المسؤولية الدولية لسنة 2001م والتي تنص: "كل فعل غير مشروع تقوم به الدولة يستتبع مسؤوليتها الدولية" أما المادة 2 فتتص على عناصر فعل الدولة غير المشروع ، و ذلك بأن ترتكب الدولة فعلا غير مشروعاً دولياً إذا كان التصرف المتمثل في عمل أو إغفال:

أ- نسب إلى الدولة بمقتضى القانون الدولي .

ب- يشكل فرقا لالتزام دولي على الدولة .

³ Brigitte Stern, op.cit, P/8/16.

إن أشكال تنفيذ العقوبات في القانون الدولي العام، هو غياب آليات موضوعية لمعاملة كافة الدول؛ وتطرح هنا مسألة العقوبات المفروضة من طرف مجلس الأمن في إطار الفصل السابع حول المساس بالسلم والأمن الدوليين، بحيث أن الدول صاحبة حق الفيتو، لا يمكن أبداً أن تطبق عليها هذه العقوبات. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن هذه العقوبات تمس بحقوق الشعب وليس الدولة؛ أي أن تنفيذ العقوبات الاقتصادية تضر بالشعوب أكثر مما تضر بالدول.

الفرع الثالث: المسؤولية الدولية والإجراءات المضادة

حسب الأستاذ "Ago" فإن المسؤولية الدولية تعني أن كل أشكال العلاقات القانونية الجديدة التي يمكن أن تنشأ في القانون الدولي، للفعل غير المشروع دولياً لدولة ما تتحدد بالعلاقة بين الدولة المرتكبة هذا الفعل والدولة المتضررة، وكذلك يمكن أن تمتد للأشخاص الآخرين في القانون الدولي، وأن تتركز في تعويض الدولة المتضررة من قبل الدولة المرتكبة للفعل غير المشروع دولياً، أو يقوم الأشخاص الآخرون بتسليط عقوبة مسموحة بها من قبل القانون الدولي¹.

وعلى هذا الأساس كانت الإجراءات المضادة غير مرغوب فيها رغم أنها تعد بديلاً للمسؤولية الدولية، ونظراً للمساوئ الكثيرة للإجراءات المضادة، فإن لجنة القانون الدولي حاولت التخلي عن هذا المبدأ رغم أن هناك العديد من الدول رحبت بهذه العقوبات ورغبت في إدماجها في المسؤولية الدولية، خصوصاً مساسها بحقوق الإنسان لشعب الدولة المطبقة عليها الإجراءات المضادة. إضافة أن الإجراءات المضادة هي لصالح الدول القوية على حساب الدول الضعيفة، فلا يمكن للدول الضعيفة توقيع عقوبات اقتصادية ضد الدول القوية للدفاع عن حقوقها، على عكس الدول القوية وهذا ما يتنافى مع مبدأ العدالة.

بعد مرور أكثر من عشر سنوات منذ سنة 2001م على اعتماد مشروع المسؤولية الدولية عن الفعل غير المشروع دولياً، ليس لدينا في الوقت الحالي الإدارة الضابطة للقواعد القانونية للمسؤولية في القانون الدولي، وحسب الأستاذ جوزيف أياسي "Joseph Ayissi" فإن قانون المسؤولية الدولية يعد أحد ركائز النظام في القانون الدولي، إضافة إلى القانون الدبلوماسي والقنصلي، وقانون المعاهدات الدولية وميثاق الأمم المتحدة².

¹ Bergitte stern, op.cit, P. 10/16.

² Joseph Ayassi, Note, Responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite, quel est le droit réservé au projet d'articles de la commission du droit international , p . 1 .

إن المصادقة عن المشروع الخاص بمواد المسؤولية الدولية من قبل لجنة القانون الدولي بالأمم المتحدة، كان بضغط من طرف بعض الدول حتى يتم الانتهاء من هذا المشروع الذي أخذ أكثر من ستين (60) سنة من النقاش والتفاوض ومع ذلك فإنه لم يلق الرضي التام من قبل كل الدول، حيث ترى بعض الدول أن تبقى هذه الأحكام في نطاق القانون الدولي العرفي، وانقسمت المواقف إلى ثلاث اتجاهات هي كما يلي¹:

1-موقف مجموعة من الدول تؤيد المصادقة على هذا المشروع ويصبح إتفاقية دولية تحكم المسؤولية الدولية.

2-موقف مجموعة من الدول ترى بالمحافظة على الوضع الحالي ومنح المزيد من الوقت لإنضاج أكثر هذا المشروع.

3-أما المجموعة الأخيرة من الدول فإنها لا ترى مبررا من أجل إبرام هذه الاتفاقية، وإبقاء الوضع على حاله.

وبالنظر إلى هذه الوضعيات فإن الجمعية العامة للأمم المتحدة بقيت مترددة في المصادقة على هذا المشروع، وأتصف موقفها بالحذر، واتخذت موقفا بأن يأخذ هذا المشروع المزيد من الوقت من أجل أن يتضح أكثر فأكثر، ويتجلى ذلك من خلال اللائحة المصادق عليها في 12 ديسمبر 2001م المتضمنة التوصية بالمصادقة من طرف الدول دون تحديد الآجال لذلك، وبعد مرور ثلاث سنوات أعيد دراسة الموضوع سنة 2004م، وصادقت الجمعية العامة على لائحة تتضمن نفس التوصيات السابقة بالإضافة إلى مقترحات الدول حول الموضوع، وإحالة المشروع على الدول مرة أخرى. وتم تسجيل الموضوع مرة أخرى للدراسة في سنة 2007م، وفي الدورة الثانية و الستين وبناء على أشغال اللجنة السادسة، فإن المواقف لم تتغير، وأوصت اللجنة بالتوصيات التالية²:

1-أوصت اللجنة بتعميق الدراسة من طرف الدول.

2-طلب ملاحظات الدول وقرارها حول مصير هذا المشروع.

[http://blog.multipol.org/post/2007/11.28.note Responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite.](http://blog.multipol.org/post/2007/11.28.note%20Responsabilit%C3%A9%20de%20l%27%C3%A9tat%20pour%20fait%20internationalement%20illicite)

¹ Joseph Ayassi, op.cit, p.1.

² Joseph Ayassi, op.cit, p.121.

3-تحيين من طرف الأمين العام للأمم المتحدة للقرارات والاجتهاد القضائي الدولي وكذلك المنظمات الدولية، وطلب أيضا الممارسات الداخلية للدول حول الموضوع.

4-تسجيل الموضوع أيضا للدراسة في سنة 2010م.

ويبرر هذا الحذر في المصادقة على مشروع المسؤولية الدولية هو تخوف الدول حول الموضوع من جهة، وكذلك ترك المزيد من الوقت للمشروع للنضج، وفي حقيقة الأمر فإن الدول المترددة هي متخوفة من عواقب هذه الاتفاقية؛ وهذا بالنظر إلى التراجع في كثير من الأحيان عن بعض الأحكام مثل المادة التاسعة عشرة (19) من مشروع 1996م الخاصة بالجنح وجرائم الدول، والإبقاء للدول مجال أوسع في تحمل المسؤولية، وما قد يتسبب ذلك من خلال مبدأ التعويض إلى الإضرار بالدول الصغيرة، ومن جانب آخر فإن التأخر في المصادقة قد يمس أيضا بحقوق الأشخاص، وخاصة رعايا الدولة في الخارج؛ مما قد يعرض حقوقهم في التعويض العادل عن المنازعات التي تقع ما بينهم وما بين الدول، فضلا عن الإجراءات التي تأخذ وقتا كثيرا في إطار الحماية الدبلوماسية.

المبحث الثالث: أعمال الدولة المنشئة للمنازعات مع رعايا الدولة في الخارج

قد تلجأ الدولة في إطار ممارسة سيادتها إلى التحويل القصري لأمالك الأشخاص الطبيعية و الإعتبارية لأغراض المنفعة العمومية أو الحفاظ على مصالحها؛ و أهم هذه الممارسات هي التأميم و نزع الملكية و الإستلاء ، و هذه الأعمال تنشئ الكثير من المنازعات ، كما للدولة كامل السيادة في تغيير تشريعاتها طبقا لمصالحها ، مما ينجم عن ذلك الإخلال بالتوازن التعاقدية للدولة مع الأشخاص الخاصة و هذا يخل بالمصالح المشروعة لهؤلاء ، و تكون مصدرا للمنازعات ما بينها و لذلك سأتطرق إلى هذه المسألة في المطلبين الآتيين :

(1) - تحويل الملكية لرعايا الدولة في الخارج .

(2) - الإخلال بالتوازن التعاقدى مع رعايا الدولة في الخارج عن طريق الإختصاص التشريعي للدولة .

المطلب الأول: تحويل الملكية لرعايا الدولة في الخارج

يمكن أن تنتقل ملكية فرد أجنبي معترف له بالملكية في الدولة المضيفة عن طريق الرضاء، فهذا التحويل لا يطرح إشكالا، حيث يتم عن طريق المفاوضات، أما الإشكال فهو أن تكون هناك تحويلات قصرية تمس الشخص الطبيعي أو المعنوي، ويتم ذلك إما عن طريق التأميم، أو نزع الملكية، التي تتعلق بنزع أو تحويل الاستثمار المملوك لرعية في الخارج، وتحديد موقف دولته، وكيفية حماية مصالح هذا الشخص.

إن تحويل هذه الملكية عن طريق استعمال الدولة لسيادتها أنشأت العديد من المنازعات، خصوصا في سنوات 60-70 من القرن الماضي خاصة بالنسبة للشركات في ظل عدم تطور القانون الدولي الاقتصادي

الفرع الأول: نزع الملكية والتأميم

قد تحتاج الدولة للسير الحسن لمصالحها العمومية للحصول على أملاك منقولة وعقارية من أجل تحقيق أهداف عامة؛ إلى اللجوء إلى الإستيلاء على هذه الأملاك بصفة قصرية سواء كانت الأملاك لمواطنيها أو لأجانب متواجدين على أرضها¹.

¹ André de Laubadere Et Yves Gaudement , Traité De droit Administratif , Tome 2 , droit administratif des biens, LG D-j DELTA DELTA, 2002 ,P.243.

ففي الحالة الأولى، فإن النزاع قد يكون إما داخليا وهذا في حالة عدم قبول الشخص الذي ينتمي إلى دولته لقيمة التعويض، أو تعرضه للتعسف في عملية نزع ملكيته، وإما أن يكون نزاعا دوليا في حالة إذا كان الشخص أجنبيا، ففي فرنسا فإن الأملاك التابعة للأجانب بما فيها أملاك الأشخاص العمومية تكون خاضعة لعملية نزع الملكية في نفس شروط نزع الملكية للمواطنين¹.

1-نزع الملكية من أجل المنفعة العامة: تعرف نزع الملكية من أجل المنفعة العامة على أنها عملية إدارية تقوم الإدارة بموجبها على إجبار شخص طبيعي أو معنوي على التنازل على ملكيته لفائدة هذه الإدارة، مقابل تعويض مادي سابق وعادل²، ويعتمد مبدأ نزع الملكية على ثلاثة مبادئ تقليدية هي:

1-لا يمكن اللجوء إلى نزع الملكية إلا لضرورة المنفعة العامة، وقد جاء في إعلان الحقوق الفرنسي لسنة 1789م مصطلح الضرورة العامة Nécessité publique .

2-أن يكون التعويض عادلا وسابقا.

3-إن القاضي هو الضامن للملكية الخاصة.

ولقد جاء في البروتوكول الإضافي للاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بأن " كل شخص طبيعي أو معنوي له الحق في حماية أملاكه، لا يجوز لأحد أن تنتزع منه أملاكه إلا للمنفعة العامة وفي إطار الشروط المحددة في القانون وكذلك المبادئ العامة للقانون الدولي³. وقد جاء كذلك في المادة الأولى من هذا البروتوكول أن الأحكام السابقة لا تمس بحق الدول في تنفيذ قوانينها عندما ترى ضرورة لتنظيم استعمال هذه الأملاك لفائدة المنفعة العامة، أو من أجل ضمان الضرائب أو غرامات أخرى".

¹ J.Ferbors et G.Salles : Expropriation et évaluation de biens, Ed, Moniteur, 2vd, 1992, P.50.

² André de Laubadere Et Yves Gaudement, op.cit, P.248.

³ Le protocole additionnel a la convention européenne des droites de l'homme , et des Libertés fondamentales tel qu'amendé Par Le Protocole N° 11 .

ولقد بقيت أملاك الأشخاص العمومية الخاصة خارج ضمانات البروتوكول السالف الذكر، ومن ضمنها الأملاك المكتسبة في ممارستها للصلاحيات العمومية¹، وعلى العكس من ذلك فإن المجلس الدستوري الفرنسي الذي وسع إبتداء من سنة 1986م الحماية الدستورية للملكية العمومية².

وعليه فإنه لا يجوز أن يحرم أحد من ملكيته سواء كان مواطنا أو أجنبيا إلا في الأحوال التي يقرها القانون، وبالطريقة التي يرسمها ويكون ذلك في مقابل مادي عادل³، كما ورد في القانون المدني المصري. وقد جاء في نص المادة 677 من القانون المدني الجزائري تقريبا نفس الصيغة حيث أن نزع الملكية لا تتم إلا في شروط يحددها القانون. ففي الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على ما يلي: "غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل". وإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي، إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة".

ويستخلص من نص المادة السالفة الذكر أن لحق الملكية حصانة يجب على الإدارة والأفراد احترامها، وفي هذا الإطار فإن حماية الملكية من اعتداء الأفراد تكفله دعوى الاستحقاق التي تحمي حق الملكية.

فدعوى الاستحقاق هي التي يكون محلها المطالبة بملكية الشيء عقارا كان أو منقولا، وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير يستطيع رفع هذه الدعوى على الغير، وهي لا تطلق إلا على الدعوى العينية التي يطالب فيها بالملك، فهي إذن لا تطلق على الدعاوى الشخصية التي يطلب فيها المدعي رد الشيء إليه⁴ مثل رفع دعوى على المستأجر برد العين المؤجرة.

¹ commission européenne des droite d'hommes , avis 14 juin 1993,les saints monoters c/Grec, N° 1309/87

² André de Laubadere Et Yves Gaudement, op.cit, p . 251.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص. 616.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص. 591.

ففي الدعاوى الشخصية فإن المدعي ليس مطالباً بإثبات ملكيته العينية والمنقولة، وإنما يرد الشيء المؤجر أو المعار أو المرهون وغيرها إليه، كما أن دعوى الاستحقاق لا تطلق على الدعوى التي يطالب فيها صاحبها برد الحيازة لا الملك وهي الدعوى العينية أو دعوى الحيازة، وكذلك دعاوى المطالبة بحق عيني آخر كحق انتفاع أو حق الارتقاء... الخ

أما دعوى الاستحقاق في المنقول لا ترفع إذن إلا في المنطقة التي تعمل فيها قاعدة الحيازة، وعندما تحسم الحيازة النزاع في الملكية، فإنها إذا استوفت شرائطها وكانت مصحوبة بالسبب الصحيح وحسن النية نقلت ملكية المنقول إلى الحائز¹، ودعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم، فليس لها أجل محدد تزول بانقضائه على عكس الحقوق العينية الأخرى تزول بعدم الاستعمال مدة معينة، وكذلك الحقوق الشخصية فإنها تزول بالتقادم المسقط، ويبقى حق الملكية دون الحقوق الأخرى لا يزول بعدم الاستعمال، ومن ثم لا تسقط دعوى الاستحقاق بالتقادم²؛ وتبقى حالة واحدة وهي خروج الشيء من حيازة شخص إلى شخص، واستطاع هذا الأخير أن يكسب ملكية هذا الشيء بالتقادم، ففي هذه الحالة فإن ملكية الشخص الأصلي تزول عنه الملكية ولا يستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق، وهناك ثلاث طرق لإثبات الملكية وهي:

1- السجل العقاري (Livret Foncier): إذا سجل عقار باسم شخص معين، كان هذا الشخص هو المالك.

2- التقادم المكسب الطويل أو القصير: وهو أن يثبت المدعي حيازته للعقار لمدة خمسة عشرة سنة متتالية، كما أنه يثبت ملكية العقار بمدة خمس سنوات إذا كان هذا الشخص حسن النية ومعه سبب صحيح، وهو التقادم القصير .

3- الحيازة إذا استوفت شروطها وإذا لم تقتنر بإكراه أو تحصل خفية أو بلبس.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص. 591.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص. 599.

وليس لجهة الإدارة أن تمس بحق الملكية، وخاصة أن تنزع هذه الملكية للمنفعة العامة إلا بعد استفتاء الشروط التي نصت عليها المادة 667 من القانون المدني الجزائري¹.

يكون عمل الإدارة غير مشروع إذا قامت بالاعتداء على ملكية أحد الأفراد، حيث لم تحترم الإجراءات التي رسمها القانون، أو أنها أتبعته هذه الإجراءات ولم تقم بدفع تعويض عادل للمالك، ولا يوجد نص تستند عليه الإدارة للقيام بهذا الفعل، كما يمكن أن يكون اعتداء الإدارة على الملكية الخاصة عن طريق أعمال مادية وهذا بإهمال الإدارة المختصة في أداء مهامها، وأدى ذلك إلى خسائر تلحق بملكية هؤلاء الأفراد؛ وعلى من يتأذى من عمل الإدارة من أعمال الإدارة أن يثبت في جانبها خطأ يقيم عليه مسؤوليتها²، وإذا لم يثبت خطأ فلا مسؤولية عليها.

1-2- الأملك الممكن نزعها

إن العقارات هي وحدها التي يمكن أن تنزع ملكيتها، غير أن هناك إجراء استثنائيا خاصا بنزع ملكية براءات الاختراع التي تهم الدفاع الوطني³، ويمكن أن يكون نزع الملكية على جزء من العقار أو العقار كله. كما أن نزع الملكية يكون ليس فقط من أجل المنفعة العامة وإنما يمكن أن يكون من أجل القضاء على السكن العشوائي، ولقد نظم نزع الملكية في فرنسا نصين قانونيين هما قانون 14 ديسمبر 1964م المسمى قانون ديبري "Loi Debré" وكذلك قانون 10 جويلية 1970م المتضمن القضاء على السكنات غير الصحية، أين يقوم العامل (Préfet) بعد رأي رئيس البلدية وبدون تحقيق مسبق يعلن المنفعة العمومية؛ بإعلان ويكون ذلك بإسكان شاغلي هذه السكنات.

وهناك أيضا نزع الملكية بسبب الأمن العمومي: حيث ينظمه قانون 02 فيفري 1995م المتعلق بتدعيم حماية البيئة، وهذا بوضع إجراءات من أجل نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية من الوقاية من الأخطار الطبيعية مثل الفيضانات، الزلازل التي تهدد حياة الأشخاص⁴.

¹ القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيري، الجزائر، طبعة 2006-2007.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 719.

³ André de Laubadere Et Yves Gaudement, op.cit, P. 257.

⁴ André de Laubadere Et Yves Gaudement, op.cit, P. 311.

ومما سبق فإن إجراءات نزع الملكية تطبق على المواطنين كما تطبق على الأشخاص الذين يقيمون في بلد غير بلدهم الأصلي (الأجانب)، غير أن جل المنازعات التي يمكن أن تطرح تخص مبلغ التعويض الذي يجب أن تحدده المحاكم، ويمكن للأجنبي بعد استيفاء الطعون الداخلية أن يطلب تطبيق القانون الدولي في إطار الحماية الدبلوماسية.

2-التأميم: قد تتعرض مصالح رعية الدولة في الخارج إلى عملية أخرى تسمى أملاكه؛ سواء كانت عقارية أو أسهم في شركات، والتأميم قد يرد على حق الملكية فتقوم الدولة بنزع ملك الفرد جبرا عنه؛ ويؤول هذا الملك إلى الدولة مقابل تعويض يتقاضاه¹؛ ويختلف التأميم عن نزع الملكية للمنفعة العامة، في أن التأميم يرد على مشروع إنتاجي تصاحبه إجراءات سريعة، وفي المقابل فإن نزع الملكية للمنفعة العمومية تخص العقارات.

ولقد عرفت سنوات 1960م-1970م جدلا واسعا حول التأميمات وخاصة بين دول الشمال ودول الجنوب، وقد طرح التساؤل خاصة إن كان القانون الدولي يسمح بتأميم الاستثمارات الدولية، ولقد ظهر في هذا الإطار اتجاهان هما :

1-اتجاه يعارض التأميم أو نزع الملكية للمنفعة العامة على أساس أن هذه العملية غير شرعية حيث تؤدي إلى إفقار الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الرعايا ومن جهة أخرى إغناء الدولة التي تقوم بالتأميم².

2-أما الاتجاه الثاني فيؤيد هذا التأميم على أساس سيادة الدولة، حيث أنها تستطيع أن تؤمم وتزع ملكية مواطنيها، كما أنها يمكنها فعل ذلك باستثمارات أو أملاك الأجانب، فضلا عن أن الأجنبي الذي يغامر في ممارسة نشاط اقتصادي خارج دولته فإن نشاطه قد يؤدي إلى تحقيق أرباح، وكذلك هو معرض لأضرار وخسائر من بينها التأميم ونزع الملكية للمنفعة العامة³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 626.

² Dominique carreau, Patrick Juillard, op.cit, P. 525.

³ Dominique carreau, Patrick Juillard, op.cit, p. 525.

ويمس التأميم كذلك الأملاك المنقولة إضافة للعقارات والشركات¹، كما يهدف إلى إصلاح الاقتصاد وتحويل الإشراف على المؤسسات الخاصة إلى المؤسسات العمومية². ولقد عرف التأميم في القانون الفرنسي، قبل الحرب العالمية الثانية 1939م، حيث تم تأميم الصناعات الحربية، وذلك بموجب القانون 11 أوت 1936م، الذي يتضمن استبعاد اللجوء إلى القضاء من أجل نزع وتأميم هذه الصناعات، وكذلك التعويض المادي.

ويكفي للقيام بهذه العملية إصدار مرسوم من قبل مجلس الوزراء، حيث يصرح بالمنفعة العامة، وكذلك تحديد المؤسسات المقرر تأميمها، وتحويل ملكيتها. وتدخل هذه الأملاك في ملك الدولة بمجرد دفع تعويض مؤقت أما التعويض النهائي فيحدده القاضي أو المحكمين³. كما لجأت الكثير من الدول إلى التأميم، ومنها الجزائر التي عرفت العديد من التأميمات خاصة بالنسبة للأملاك والشركات لرعايا دول أجنبية. ويمكن القيام بعملية التأميم بواسطة ثلاثة طرق هي كما يلي⁴:

- 1- يتم بنقل ملكية المشروع مباشرة إلى الدولة فتزول شخصيته الاعتبارية، ويتخذ شخصية جديدة في شكل مؤسسة أو هيئة عامة، أو شركة مساهمة عامة أو شركة من شركات الاقتصاد المختلف.
- 2- يحتفظ المشروع بكيانه كما كان قائما قبل التأميم ويقتصر الأمر على نقل ملكية الأسهم إلى الدولة كلها أو بعضها، حيث ينتقل الانتفاع بالأسهم كما كان ينتفع بها من قبل المساهمين وفي هذه الحالة تبقى شخصية المشروع الاعتبارية على عكس الطريقة الأولى التي سلف ذكرها.
- 3- يكون التأميم خاصا بالمرافق العمومية وعادة ما يمس هذا التأميم مرافق عمومية مثل شركات الغاز، المياه، السكك الحديدية، النقل إلى غير ذلك.

الفرع الثاني: شروط نزع الملكية أو تأميم الاستثمارات

¹ André de Laubadere Et Yves Gaudement, op.cit, p. 313.

² Charles Rausseau , op.cit, P. 53.

³ André de laubaderne & yves Gaudement, op.cit, P. 313.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص. 626.

يطرح في هذا السياق إشكال حول إمكانية الدولة في نزع الملكية أو التأميم بناء على مبدأ السيادة أما الدول النامية تطرح مسألة تحمل الدول في طريق النمو أو المستقبلية للاستثمارات المسؤولية الدولية في حالة عدم احترامها الشروط الشكلية والموضوعية للتأميم أو نزع الملكية؛ ولا تنكر الدول المنشئة للاستثمارات هذا الإشكال، وتقر أن هذه الإجراءات قد تكون مخالفة للقانون الدولي، غير أنها ترى أنه يجب التفرقة بين القانون الدولي على أساس الاتفاقيات، والقانون الدولي المبني على أساس غير اتفاقي، ومن ثم تتحمل المسؤولية الدولية على أساس القانون الدولي الاتفاقي فقط¹.

ويدعو جانب كبير من الفقهاء المدافعين على مصالح الدول النامية والشركات المتعددة الجنسيات إلى أفضلية تطبيق القانون الدولي على العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمرين الأجانب والفصل فيها، ومن ثم يتجه هؤلاء الفقهاء إلى تغليب قواعد القانون الدولي، وأيضاً تحرير هذه العقود من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة، وذلك بسبب أن خضوع هذه العقود إلى هذا القانون قد يؤدي بالدولة إلى تعديل عقدها، أو إنهاء هذا العقد بإرادتها المنفردة على أساس مبدأ السيادة وفي هذا السياق فإن الكثير من الدول تبرم إتفاقيات ثنائية تحدد القانون الواجب التطبيق أثناء نشوب منازعات ما بين الدولة، وأحد الأشخاص الأجنبية الخاصة .

إن خضوع عقود الاستثمار إلى القانون الدولي يؤدي إلى حماية أكيدة وفعالة للمستثمر الأجنبي الخاص²، ويمكن لهذا المتعاقد التمسك بقواعد القانون الدولي في مواجهة الدولة المتعاقدة وما يترتب عن ذلك من حقوق يتمتع بها المتعاقد الخاص في مواجهة الدولة المتعاقدة معها ومن ذلك مثلاً الحق في مساءلة الدولة دولياً³؛ وتتعدد المسؤولية الدولية في حالة إخلال بأي التزام في العقد يؤدي بالإضرار بالشخص المستثمر الأجنبي.

ولقد انتهى الأستاذ دوبي " Dupuy " في الحكم التحكيمي " Texaco " حيث أعتبر أن العقد المبرم بين الحكومة الليبية وكل من شركة California Calasiatic وشركة Texaco Petroleum عقد من عقود القانون الدولي، حيث ورد في الحكم ما يلي: " إن النظام القانوني الذي ينبثق منه

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, P .526.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 231.

³ حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 م، ص. 559.

مبدأ القوة الملزمة للعقد هو النظام القانوني الدولي نفسه، والذي حدد عن طريق اختيار الأطراف؛ لأن عقود الامتياز تنشأ في نطاق القانون الدولي وهذا الأخير هو الذي يعطي الأطراف القدرة الإرادية على اختيار القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم التعاقدية¹.

1- المنازعات الدولية لنزع الملكية والتأميم

وتتجم عن عدم التسوية الودية بين الدولة المضيفة ورعية الدولة في الخارج منازعة دولية بين هذه الدولة والدولة التي يحمل جنسيتها الرعية الأجنبي؛ وتعرض هذه المنازعات على هيئات ليست لها سيادة وطنية، حيث تعرض إما على القاضي الدولي أو المحكم الدولي².

والإشكال الذي يطرح بحددة في قضية "Barcelona Traction" حول تحديد الدولة الحامية وعلى أي معيار يتم ذلك، حيث تم انتقاد قرار محكمة العدل الدولية سواء من طرف الدول النامية أو من طرف الدول في طريق النمو، على اعتمادها على معيار الرقابة في تحديد الدولة التي تقوم بحماية المصلحة المشروعة للشركة.

ولا تطرح المنازعة أمام القاضي الدولي أو المحكم الدولي إلا إذا استنفذت الطعون الداخلية. ولقد عرفت المنازعات بين الدول وبين رعايا الدول في الخارج تطورا معتبرا في العشريات الأخيرة، وبما أن المنازعات حول نزع الملكية والتأميم قد تمت تسويتها عن طريق التحكيم المختلط.

وفي سياق التحكيم المختلط، فلقد تم إصدار أربعة أحكام في قضايا أثارت جدلا كبيرا وهي: Topco، Liamco، B.P وكذلك Aminoil وكانت هذه الأحكام قاعدة لإنشاء نظرية عقود الدولة، كما أنشأت خلافا كبيرا حول التعويض في إطار التأميم أو نزع الملكية من طرف الدولة³.

المطلب الثاني: الإخلال بالتوازن التعاقدية مع رعايا الدولة في الخارج عن طريق الاختصاص التشريعي للدولة

¹ SENTE ACE ARBITAGE DU 19/01/1977 , AFFAIRE TEXACO CLASIATIC , CARTE GOUVERNEMENT LIBYERS .

⁴ Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, P. 535.

³ Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, P. 537.

تتميز الدولة في تعاقدها مع رعايا الدولة في الخارج بمكانتها الخاصة الناشئة عن السيادة التي أقر القانون الدولي بامتلاكها، على عكس الطرف الأجنبي المتعاقد مع هذه الدولة، غير أن اللاتوازن الموجود في العلاقة التعاقدية أدت بالطرف الأجنبي إلى السعي إلى تفادي اختيار القانون الوطني كقانون حاكم للعقد وذلك تجنباً للمخاطر الناجمة عن ممارسة السيادة والإخلال بتوازن العقد المبرم عن طريق إصدار تشريعات تخل بالعلاقة التعاقدية ما بين الطرفين¹.

ويعرف شرط الثبات التشريعي بأنه هو ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني، وذلك بأن تقوم الدولة بتغيير النصوص التشريعية لفائدتها، ومن ثم تؤثر على القانون الواجب التنفيذ على العقد طويل الأمد، فيأتي شرط الثبات التشريعي ليعفي المتعاقد مع الدولة من الخضوع لهذه التشريعات الضريبية الجديدة².

إن طلب الطرف الأجنبي من أجل تطبيق قانون آخر غير القانون الوطني للدولة يعتبر بالنسبة للدولة المتعاقدة مساساً بسيادتها، ومن ثم لا تقبل ألا يطبق قانونها، ولم يجد هذا الطرف الأجنبي بديلاً إلا محاولة تحجيم دور هذا القانون وذلك بتقييد يد الدولة في المساس بالتوازن العقدي، ويعني ذلك العمل على تطبيق قواعد القانون الوطني التي على أساسها تم إبرام العقد، وكذلك منعها عن تفسير العقد بإرادة الدولة المنفردة، ويعرف هذا الفعل بشروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي.

وتهدف شروط الثبات التشريعي في عقود الدولة إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في نفس الوقت من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه³، حتى يتفادى الطرف الأجنبي بصدور قواعد تشريعية جديدة تمس مصالحه الاقتصادية؛ وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن التعاقدى لصالح الدولة، وذلك تحت مبرر ممارسة سيادة الدولة عن طريق التشريع والعمل

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 320.

² محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003 م، ص . 106.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 324.

على الحفاظ على مصالح الدولة، غير أن المبدأ العام هو تعويض الطرف الأجنبي تعويضاً عادلاً خاصة في العقود طويلة المدى، وهذا ما ذهب إليه التحكيم الدولي في شركة Aminoil والحكومة الكويتية.

كما أن للدولة إمكانية تعديل العقد بإرادتها المنفردة وذلك إذا كان هذا التعديل والتنفيذ للقانون الجديد هو من أجل المصلحة العامة، ومن ثم فإن للدولة الحق في المساس بالقوة الملزمة للعقود وقديسيته. ويعد عدم الثبات التشريعي أحد الأعمال المنشئة للمنازعات ما بين الدولة ورعايا الدولة في الخارج وسأطرق في هذا الموضوع إلى نقاط تخص الثبات التشريعي وهي:

1- الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي.

2- أشكال وشروط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي

لقد برز اتجاهان إثنان في تحديد الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي، حيث انقسم الفقهاء إلى قسم يؤيد فكرة أن هذه الشروط هي استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد، أما القسم الآخر فيذهب إلى تأييد فكرة اندماج القانون في العقد على نحو يفقد معه صفته القانونية¹.

فبالنسبة إلى الاتجاه الذي يؤيد الرأي بأن شروط الثبات التشريعي هي استثناء لمبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد الذي يجد مصدره في القانون الداخلي للدول، سواء تعلق الأمر بالقانون المدني أو بالقانون الإداري طالما تعلق هذا القانون بالقواعد القانونية الآمرة أو المتعلقة بالنظام العام²، أما إذا كانت القواعد الجديدة قواعد مكملة فالأصل العام أنها لا تسري على العقود

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 336.

² حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 336.

التي تم إبرامها في ظل القانون القديم، وعليه فإن عملية تجميد القانون المختار من قبل الأطراف لا تعد استثناء لمبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد.

ويلاحظ أن هذا المبدأ لا يخلو من الانتقاد؛ خاصة في العقود الإدارية التي تبرمها الدولة التي لا تلعب إرادة الأفراد دوراً كبيراً فيها، حيث تبقى هذه العقود محكومة بالمصلحة العامة للدولة، التي تؤدي إلى حلول لا يمكن التوفيق ما بينها وبين أبسط المبادئ العقدية؛ ومن ثم فإن العقود المبرمة في ظل القانون القديم تخضع إلى أثر حكم القانون الجديد الذي ينطبق عليها بما له من أثر فوري مباشر¹.

1- إدماج قانون الدولة المتعاقدة في العقد

لقد كان القصد من وضع شرط الثبات التشريعي هو طمأنة الطرف الثاني الخاص المتعاقد مع الدولة من أن القوانين واللوائح التي ستصدر لاحقاً لن تطبق عليه للحفاظ على مصالحه، ومن ثم فلقد وجد هذا المتعاقد نفسه محصناً ضد كل ما للطرف الآخر وهو الدولة من السيادة ومن السلطان التشريعي يجعله في مركز قانوني غير متكافئ، ولتحقيق هذه النتيجة يلجأ الطرفان المتعاقدان إلى إدماج قانون الدولة المتعاقدة في العقد، ويؤدي ذلك إلى تجميد القانون لحظة إبرام العقد أو بدء تنفيذه².

والعمل بهذه الصيغة يؤدي إلى تذكير الدولة المتعاقدة بقانونها باعتباره أصبح بنود العقد، وأي مساس بأحد البنود هو مساس بالعقد المبرم ما بينها وبين الطرف المتعاقد الخاص، وعليه فإن قانون العقد بمجرد اختياره من قبل الأطراف يفقد صفته كتعبير عن إرادة مشروع معين

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 337.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 339.

ويعتبر شرطاً تعاقدياً¹، وبالتالي فهو يندمج في العقد ومن ثم يفلت هذا العقد الدولي من تعديلات القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة.

ولا يكفي تحديد الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي، وإنما لا بد من معرفة الأثر القانوني المترتب على إدراج هذه الشروط في العقد المبرم ما بين الدولة والطرف الأجنبي الخاص، ولتحديد هذه الآثار لابد من تبيان مدى صحة هذه الشروط وأثرها على العقد.

2- الآثار المترتبة على صحة شروط الثبات التشريعي

لقد كانت شروط الثبات التشريعي لأكثر من خمسين (50) سنة مضت أحد الأسباب الرئيسية للمنازعات في تطبيق عقود الاستثمار التي تتميز بالأمد البعيد، من جهة وتطبق في المجالات الحيوية لاقتصاد الدولة²؛ و عرفت الجزائر أيضاً هذا النوع من المنازعات خاصة مع الشركات البترولية الأمريكية حول التغيير الضريبي كانت مآله محاكم التحكيم الدولي .

وتختلف وجهات النظر في مسألة صحة شروط الثبات التشريعي فهناك من يدافع على صحة هذه الشروط بشكل مطلق، وفي الاتجاه المعاكس هناك من ينكرها، كما ينفي قدرتها على ترتيب أي أثر قانوني يحد من سلطان الدولة، وهناك من يقف بين الموقفين خاصة أن هذه المسألة تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة وحققها في تعديل الالتزامات الناشئة، خاصة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك³، وعليه فلا بد من توضيح المواقف الثلاث حول صحة شروط الثبات التشريعي والآثار المترتبة عن ذلك.

1- الموقف الأول: وهو الموقف المدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي، ويعتبر المدافعون عن هذا الاتجاه أن شروط الثبات التشريعي هي شروط صحيحة على أساس ما يترتب عنه من آثار قانونية، وهي عدم إمكانية قيام الدولة المتعاقدة بتعديل العقد أو بتغيير القانون الحاكم للعقد. وأن إنهاء العقد المبرم ما بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي الخاص بإرادة الدولة المنفردة باستثناء حالة واحدة إذا كان هناك شرط في العقد يسمح لهذه الدولة بفسخ، أو النص في العقد إلى نظام

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 340.

²Mohamed KEBE, Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement communication présentée au séminaire portant sur l'arbitrage au Sénégal, le 28/02/2014.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص. 342.

قانوني يقرر هذا الأثر¹، ويستند الاتجاه المدافع عن هذا الموقف إلى المبادئ والقواعد القانونية خاصة في القانون الدولي التجاري وهي:

أ-قاعدة استقلالية شرط التحكيم عن العقد.

ب- مبدأ قدسية العقود وعدم المساس بها، وينبني هذا المبدأ على أن قبول الدولة التعاقد مع طرف أجنبي يؤدي إلى تنازلها عن كافة المزايا التي تتمتع بها في إطار مبدأ السيادة وصاحبة سلطة عامة، وتكون في وضع يمليه مبدأ القوة الملزمة للعقود المبرمة ما بين أطرافها، غير أن الموقف تعرض إلى عدة انتقادات منها:

أ- إلزام الدولة بالاعتراف للطرف الأجنبي المتعاقد معها، بالمزايا الاستثنائية لا علاقة لها بالوضع القانوني الجاري به العمل، وإنكار حق الدولة في سريان تشريعاتها، ومن ثم المساس بأحد أسس السيادة وهي السيادة التشريعية، ويؤدي كل هذا إلى الجمود التشريعي الذي لا يتناسب مع دور الدولة التي يتعين عليها تطوير قانونها وفق الظروف المتغيرة².

ب-الأخذ بقياس ذاتية شروط الثبات التشريعي مع شرط التحكيم المدرج في العقود، على اعتبار أن هذا الأخير يعد مبدأ مستقرا ومعترفا به في غالبية الأنظمة القانونية، غير أن هذا القياس لا يرقى لتسمية هذه الشروط بشرط التحكيم.

ج-وهناك فرق واسع بين شروط الثبات التشريعي وشرط التحكيم، فإن هذا الأخير يتميز بالذاتية والاستقلالية، والهدف منه هو التمييز ما بين التصرفات الصادرة عن الدولة بصفقتها متعاقدة وبين الدولة كسلطة عامة، أما شروط الثبات التشريعي فإنها تؤدي إلى المساس باختصاص سيادي للدولة بصفقتها شخص عام، ويؤدي أيضا إلى تجريد الدولة بإبرامها لعقد مع الطرف الأجنبي الخاص، من

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 344.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 348.

صفتها كشخص من أشخاص القانون العام، وكل ما يترتب عن ذلك من نتائج تتمتع الدولة بهذه الصفة¹.

ولعلاج هذه المسألة فإن الأستاذ ويل "Weil" قد حدد النظام القانوني الذي يضع القواعد القانونية الواجب تنفيذها، ويكون هذا النظام القانوني إما نظام الدولة المتعاقدة أو النظام الدولي².

ولعلاج هذه المسألة فإن الأستاذ ويل "Weil" قد حدد النظام القانوني الذي يضع القواعد القانونية الواجب تنفيذها، ويكون هذا النظام القانوني إما نظام الدولة المتعاقدة أو النظام الدولي³.

ففي الحالة الأولى فإذا كان العقد موضوعه خاضع لقانون الدولة المتعاقدة خاصة قاعدة التطبيق بأثر فوري ومباشر، فإن هذا القانون هو من يحدد مشروعية شرط الثبات التشريعي. أما الحالة الثانية وهي خضوع العقد للقانون الدولي فإن الأستاذ ويل "Weil" يرى أن قيمة شرط الثبات تظل كما هي، فهو شرط تعاقدى ملزم ينفي قاعدة التطبيق بأثر فوري ومباشر، وإذا تم خرقه بمعرفة الدولة المتعاقدة فإن ذلك سيجتنب عليه مسؤوليتها.

وبالمقابل فإن هناك موقفاً ثانياً ينفي عدم صحة شرط الثبات التشريعي مستندا إلى اعتبارات سيادة الدولة على مواردها الطبيعية وهو ما أتعرض له في الموقف الثاني الذي يرفض فكرة صحة شروط الثبات التشريعي.

2-الموقف الثاني: هو الموقف الراض لصحة شروط الثبات التشريعي؛ وهو على عكس الموقف الأول، فإذا كان البعض من فقهاء القانون الدولي يؤيدون صحة شروط الثبات التشريعي فإن البعض الآخر يرفض صحة هذه الشروط ويستند إلى أسس متنوعة وقانونية واقتصادية وسياسية هي:

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 349.

² محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 109.

³ محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 109.

1-2-ينطلق هذا الموقف من مبدأ سيادة الدولة على مواردها الطبيعية وكذلك مبدأ نقل التكنولوجيا المتقدمة التي في حوزة الدول النامية.

وبإحلال النظريات القانونية القديمة بقواعد جديدة، يتحقق مبدأ المساواة فيما بين الأطراف المتعاقدة خاصة بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو، وتناسبا مع مبدأ السيادة الدائمة على الموارد والثروات الطبيعية طبقا لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 عام 1962م.

وفي هذا المجال يرى الأستاذ "سامويل أسانت" "Samuel Asante" أنه لا بد من تبني نظرية موضوعية للعقد تسمح للأخذ بعين الاعتبار التطورات السياسية وما يتبعها من تغير في الظروف الاقتصادية للدولة المتعاقدة؛ وضع فكرة المصلحة العامة لها؛ ولا بد أن تتضمن هذه العقود شروطا تقتضي مراجعة النصوص القانونية التعاقدية غير العادلة وغير المنصفة لأحد أطرافها¹؛ وعليه فيجب أن تخضع عقود الدولة مع الأطراف الأجنبية الخاصة إلى قانون الدولة المتعاقدة؛ ومن ثم فإن هذا يعني الرفض المطلق لشرط الثبات التشريعي.

أما الأستاذ "برينو أوبيتي" "Bruno Oppetit" فيرى أن الاتجاه التقليدي للعقود السائد في إطار العقود المدنية، والذي يعبر عن توافق إرادة الدولة المتعاقدة وإرادة الطرف الأجنبي الخاص المتعارضتين، ويتمتع بثبات مطلق من حيث الزمان، وبقوة ملزمة بين أطرافه يمكن مراجعته بواسطة الأطراف أنفسهم، وفي هذه الحالة فإن للأطراف المتعاقدة أن تدمج في العقد ما يترأى لهما من إمكانية تغييره، ويخضع ذلك إلى وسائل فنية معقدة من المفاوضات ما بين الطرفين²، ويؤدي هذا حسب الأستاذ "Oppetit" إلى التنبؤ بنشأة قاعدة دولية عرفية تتضمن إحلال مبدأ موازنة العقد وتعديله حسب الظروف محل المبدأ التقليدي للقوة الملزمة للعقد.

ونظرا لتأثير الظروف السياسية والاقتصادية؛ فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد إضافة إلى العقد المتميز بطول المدة، يؤدي إلى أن يصبح تعديل شروط العقد ضروريا، ولا يمكن للطرفين التذرع

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 357.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 361.

بأن شرط الثبات التشريعي هي أساس العلاقة التعاقدية ما بين الدولة والطرف الأجنبي الخاص، وهذا الحق ليس ممنوحاً للدولة بل للطرفين.

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد خاصة من طرف الأستاذ "Jear Flavieu Lalive" الذي يرى بأن النظام الذي يسمح لأحد الأطراف من أن يتصل بحرية كاملة من الالتزامات الواقعة على عاتقه، يؤدي في نهاية الأمر إلى بروز رابطة خضوع وتبعية ما بين الأطراف المتعاقدة، يكون الضحية هو الطرف الأضعف وهذا على حساب الرابطة التعاقدية التي نشأت ما بين الطرفين في بداية الأمر، وعليه فإن النظريات الجديدة المتضمنة تعديل العقد تؤدي في نهاية الأمر إلى تعطيل ازدهار التجارة الدولية والتنمية¹.

3-الموقف الثالث: وهو المتمثل في محاولة طرف آخر من الفقهاء التوفيق ما بين الموقف الأول المدافع عن صحة شروط الثبات التشريعي والموقف الثاني الراض لصحة هذه الشروط؛ ومن بينهم الأستاذ Prosper Weil التوفيق بين الاتجاهين والتوفيق ما بين فكرة العقد والسيادة والذي تم الإشارة إليه سابقاً حول تحديد الإطار للنظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد، فإنه تحت ظل قانون الدولة المتعاقدة فإن العقد يخضع إلى مبدأ التطبيق الفوري والمباشر من قانون الدولة، ولا يمكن تجميد العقد الصادر عن سلطة تشريعية ذات سيادة، أما إذا كان خاضعاً إلى القانون الدولي فإن نظرية شروط الثبات التشريعي ومن ثم لا يمكن التعديل أو المساس بالعقد من طرف أحد الأطراف المتعاقدة.

ويرى في نفس الإطار أن صحة شروط الثبات التشريعي تعد نتيجة مترتبة على تعديل العقد، ولا يتضمن شرط الثبات التشريعي أي تنازل من الدولة المضيفة عن ممارستها لاختصاصها

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 365.

التشريعي، ويتمتع هذا الشرط بقوة ملزمة، ونظرا للطبيعة القانونية الملزمة لهذا الشرط فإن مخالفته من قبل الدولة تؤدي إلى تحقيق المسؤولية الدولية للدولة المتعاقدة¹.

ولم تسلم هذه النظرية من النقد لما تثيره من لبس وما توقع فيه من خلط²؛ رغم أنها تدعمت برأي الأستاذ "دوبي Dupuy" ⁴ في حكمه في القضية المشهورة "Texaco Calassiat" ما بين الحكومة الليبية والشركيتين الأمريكيتين، حيث أصدرت الحكومة الليبية قانونا بتاريخ 01 سبتمبر 1973م يتضمن تأمين كل الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود امتياز في مجال البترول، ولقد أصدر الأستاذ "دوبي Dupuy" حكمه بتاريخ 19 جانفي 1977م؛ وبعد دراسة القضية من كل جوانبها، انتهى هذا الأخير بأن إجراءات التأمين تعد تعبيراً عن سيادة الدولة؛ وهو أمر تقره محكمة التحكيم، كما أن القانون الدولي العام يقر بإجراءات التأمين؛ سواء التي تتخذ اتجاه المواطنين أو في مواجهة الأجانب".

ولقد انتقدت هذه النظرية من جانب فكرة شروط الثبات التشريعي خاصة في جانب تدويل العقد، الذي يمنح للمتعاقد الأجنبي الخاص درجة من الحماية لا يتمتع بها في دولته، ولا في علاقته مع شخص خاص آخر أيا كانت جنسيته، كما أن مبدأ الثبات المطلق للعقد وعدم المساس به لا يعمل به ما بين الدولة والطرف الأجنبي الخاص بطريقة مطلقة، وذلك اعتباراً لمبدأ السيادة الذي تتمتع به الدولة باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام، ثم أنه لا يوجد في نظام قانوني يغلب المصلحة الخاصة على المصلحة العامة، كما أنه ليس للدولة مطلق الحرية في التصرف المطلق بالعقد فلا بد عليها من مراعاة من جهة قدسية العقد ومن جهة أخرى حقوق رعايا الدولة في الخارج، خاصة مراعاة القانون الدولي لحقوق الإنسان، وإحاقه الخسائر بهذا الرعية ويتم ذلك عن طريق التعويض العادل والمنصف.

الفرع الثاني : أشكال الثبات التشريعي

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 372، عن مقالة منشورة في مجموعة أعمال المهادة من Rosseau للأستاذ Prosper Weil .

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 384.

⁴ دوبي Dupuy، حكم تحكيمي بتاريخ 19/01/1977 في قضية Clasiatic وشركة Texaco ضد الحكومة الليبية .

يمكن أن نورد معيارين للتمييز بين أشكال الثبات التشريعي وهما المعيار الشكلي والمعيار الوظيفي، وهناك العديد من أشكال الثبات التشريعي حسب المعيار الشكلي:

أولاً: حسب مصدرها من العقد المبرم بين الدولة والطرف الأجنبي، وبين المصدر التشريعي التي يكون مصدرها قانون الدولة الواجب التنفيذ على العقد والذي ينص على مجموع الامتيازات الاستثنائية المنصوص عليها في هذا القانون ، والتعهد على استمرارها حتى في حالة تعديل هذا القانون¹.

ثانياً: من ناحية المضمون تتكون إما من شروط عامة أو من شروط خاصة، فالشروط العامة يقصد منها التجميد الزمني للقانون الواجب التطبيق على العقد، ويكون بعدم سريان كافة القوانين الجديدة على هذا العقد، أما الشروط الخاصة فهي عدم سريان بعض التشريعات الجديدة فقط (مثل تشريعات الضرائب أو الجمارك).

ثالثاً: من ناحية النطاق الفعلي ، حيث تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد صدر عن الدولة المتعاقدة حتى وإن كانت التدابير الجديدة في فائدة الطرف الأجنبي المتعاقد.

رابعاً: من ناحية الأشخاص ؛ فيمكن أن تقسم إلى شروط مطلقة حيث لا تحدد المستفيد من هذه الشروط إن كان المشروع الاستثماري أو الأشخاص العاملين فيه، أما الشروط النسبية فهي تحدد الطرف الأجنبي معه وتسنثني الأشخاص العاملين في المشروع².

أما المعيار الوظيفي والذي على أساسه تهدف شروط الثبات التشريعي إلى تحقيق غاية محددة وهي إخضاع العقد بين الدولة والطرف الأجنبي المتعاقد إلى قانون ثابت ومحدد من إبرام العقد إلى غاية نهايته، ويكون الإخضاع بتجميد القانون الواجب التنفيذ سواء تم هذا الإدماج في العقد أم لا، وكذلك عن طريق النص في العقد على عدم سريان التعديلات اللاحقة التي تطرأ على القانون الواجب التنفيذ³.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 328.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 330.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 331.

فبالنسبة إلى النقطة الأولى الخاصة بشرط التجميد للقانون الواجب التطبيق على العقد؛ فلا يتحقق إلا إذا تم النص عليه أثناء إبرام العقد بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي المتعاقد، حيث يكون القانون الواجب التطبيق كلغة إبرام العقد؛ أو وقت تنفيذه هو الذي يسري على العقد، ومن ثم منع الدولة المتعاقدة من استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد والمساس به لصالحها¹.

ولقد نصت العديد من عقود الدول المبرمة مع أطراف أجنبية نذكر منها المادة الرابعة(4) من الاتفاق المبرم ما بين شركة " Planet Oil and Miner Corporation " وحكومة موريتانيا التي تنص على أن قانون التعدين الذي جمدت أحكامه طوال مدة العقد الحالي، ويلحق بالنصوص المدرجة بالملحق للاتفاق الحالي ويعد جزءاً لا يتجزأ منه.

ولقد نصت المادة الواحدة والأربعون (41) من عقد الامتياز المبرم بين الإكواتور Equateur وشركة تكساس بتروليوم Texas Petroleum والموقع في 1964/02/21م على أن تلتزم الأطراف بقوانين البترول والتعديل السارية وقت التوقيع على العقد، تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد وتتولى حكم ما يتم بين الأطراف من عمليات في أي مجال لم يتفق الأطراف صراحة على تنظيمها.

ويلاحظ أنه إضافة إلى النص على تجميد القانون الواجب التنفيذ؛ فإنه يدمج ضمن العقد مما يؤدي إلى سلخ العقد من كل قانون²، غير أن النص على هذا التجميد بهذه الطريقة يغل يد الدولة في إصدار أي تشريع حول الموضوع؛ مما قد يؤدي إلى تقليص مبدأ السيادة للدول؛ ولقد أدى إلى ظهور شكل جديد من شروط الثبات التشريعي؛ وهو عدم سريان أي تعديلات مستقبلية على القانون الواجب التطبيق على العقد.

فبالنسبة إلى النقطة الثانية المتعلقة بعدم سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد فتكون أي شروط الثبات في صورة تعهد صادر من الدولة المتعاقدة بإعفائه وتحصينه من أي تعديلات تشريعية أو تنظيمية قد تطرأ في المستقبل، بمعنى أن الدولة يمكنها في إطار ممارسة سيادتها أن تقوم بإصدار تشريعات أو تنظيمات جديدة لا تكون في صالح

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 331.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 334.

الطرف الأجنبي المتعاقد، غير أن هذه التعديلات لا تمس العقد المبرم ما بين الطرفين، حيث تستمر القواعد القانونية القديمة في تنفيذ العقد.

وهناك العديد من العقود المبرمة التي نصت على هذه الشروط الخاصة بالثبات التشريعي، ولا يكون تطبيق التعديلات إلا بموافقة الطرفين، ومن الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة الخامسة عشر (15) من الإتفاق ما بين الكاميرون وشركة الأبحاث والإستغلال الكاميرونية ؛ والتي تنص على عدم سريان أي تعديلات تطراً على النصوص التالية خلال مدة سريان الإتفاقية ؛ إلا بعد الموافقة المسبقة للشركة¹.

المطلب الثالث: الاستيلاء في القانون الداخلي

يمكن للدولة في إطار ممارسة سيادتها ومسؤوليتها أن تلجأ إلى وسيلة أخرى مؤقتة غير نزع الملكية أو التأميم، وذلك باللجوء إلى إستخدام الإستيلاء المؤقت على عقار أو منقول، وهذا تلبية لمصلحة عامة ويكون ذلك وفقاً لإجراءات خاصة.

الفرع الأول: إجراءات الإستيلاء

يعد الإستيلاء طريقة من طرق التحويل الجبري للملكية مؤقتاً ؛ تسمح للإدارة الحصول على أملاك مادية، وبالمقارنة مع الطرق الأخرى وأعني بها نزع الملكية أو التأميم، فإن الإستيلاء

إجراءاته بسيطة، وهي إدارية ولها ضمانات أقل بالنسبة للأموال الخاصة². ولقد كان الإستيلاء إجراء عسكرياً يسمح للسلطة العسكرية بتلبية حاجياتها، كما جاء في قانون 3 جويلية 1877م الفرنسي. وهي تعني خصوصاً المنقولات على عكس نزع الملكية الذي يهتم بالعقارات، وتكون خاصة في حالة الحروب، ونميز في الحالة العسكرية حالتين هما:

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 335.

² André De Laubader & Yves Gaudement, op.cit, P. 317.

1-التعبئة: ويكون الإستيلاء عامة يمس المنقولات وباقي الأشياء والمواد والخدمات التي تتطلبها المصلحة العسكرية، ويمكن أن تسخر السلطة العسكرية بالإضافة للمنقولات الخدمات الشخصية والمؤسسات الصناعية¹.

2-خارج حالة التعبئة: لا يمكن أن يكون الإستيلاء في حالات محددة مذكورة في المادة الخامسة(5) من القانون السالف الذكر وهي: السكن، المعسكرات، التغذية اليومية، وسائل النقل، الإنزال، المطاحن والمخابز.

وتطور الأمر بعد ذلك إلى الاستيلاء المدني بموجب قانون 11 جويلية 1938م ؛ حيث أصبح الاستيلاء طريقة للتنازل الجبري على الأشياء والخدمات المختلفة²، ويستند الاستيلاء في حالات أخرى غير التعبئة، على أساس مرسوم لمجلس الوزراء ؛ مثل مراسيم 14 و17 جانفي 1991م للنظام الفرنسي المشارك في حرب الخليج الأولى ؛ وتخص مؤسسات الطيران. وهناك حالات منها حالة الطوارئ ؛ وأضاف الأمر المؤرخ في 7 جانفي 1959م في مواده الخامسة والسادسة(5 و 6) المتعلق بتنظيم الدفاع، حالتين جديدتين لحق الاستيلاء، الحالة الأولى تتمثل في حالة الاستعداد أما الحالة الثانية فهي خاصة بالخطر الذي يهدد جزء من الإقليم أو الكيان أو قطاع من الحياة الوطنية³.

ويكون الاستيلاء على المنقولات والأموال ماعدا العقارات بطبيعتها وهذا حسب المادة(2) من الأمر الصادر في جانفي 1959م الفرنسي⁴، ويكون الاستيلاء لفائدة الصالح العام، حيث لا يمكن القيام بها لمصلحة شخصية أو لغرض غير عمومي.

ونص القانون المدني الجزائري في مادته 679 المعدل بموجب القانون رقم 88.14 المؤرخ في 3 مايو 1988م بما يلي: "يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية باتفاق رضائي وفق الحالات و الشروط المنصوص عليها في القانون، إلا أنه يمكن في الحالات

¹Loi du 03 Juillet 1877 Relative Aux Requisitions Militaires , L'article 5 à été Abrogé Par Ordonnance N° 2004-1379 Du 20/12/2004 , JORF 21/12/2004 .

² André De Laubader & yves Gaudement, op.cit, P. 322.

³ André De Laubader & yves Gaudement, op.cit, P. 323.

⁴ L'article 2 de l'ordonnance du 6 janvier 1959 Relatif Aux Réquisitions Des Biens Et De Services , Dispose « peuvent être requis pour les besoins du pays, les services des entreprises et des personnes ainsi que la propriété ou L'usage De Tous Les Biens , à L'exception De La Propriété Des Immeubles Par Nature Dont L'acquisition Ne Peut Etre Réalisée Que Par Voie De Cession Amiable Ou D'expropriation ».

الاستثنائية والإستعجالية وضمانا لاستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء، ولا يجوز الاستيلاء بأية حال على المحلات المخصصة للسكن".

إن أغلب أملاك رعايا الدولة في الخارج تتمثل في السكنات التي تكون إما مملوكة أو مؤجرة، وإذا كان الاستيلاء سواء كان عسكريا أو مدنيا ؛ ينصب على الأملاك المنقولة ما عدا العقارات بطبيعتها، فإن التشريعات تختلف من دولة إلى أخرى في مجال إستيلاء أو تسخير السكنات من أجل إيواء أو إسكان مواطنين في حالات إستعجالية، فإذا كان التشريع الفرنسي قد أفرد مجالا هاما لهذا الموضوع فإن التشريع الجزائري بموجب القانون المدني المعدل والمتمم للقانون 88.14 المؤرخ في 3 مايو 1988م يمنع اللجوء إلى الاستيلاء على السكنات¹.

الفرع الثاني: الاستيلاء على المساكن في التشريع الفرنسي

إن الاستيلاء أو تسخير سكن من طرف السلطة الإدارية لفائدة مستفيد خاص، والحق في إستعمال هذا الاستيلاء ليس له نظام خاص، وإعتبر المشرع الفرنسي بموجب القانون 1938م، أن إسكان عائلة معوزة يعتبر هدفا شرعيا في إستعمال حق الاستيلاء، كما يفرد القانون الفرنسي والإجتهد القضائي؛ بأن سلطة الشرطة لرئيس البلدية تتضمن الحق في الاستيلاء على سكنات لفائدة عائلات بدون سكن في حالة تهديد الأمن العمومي²، ولقد ساهمت ظروف الحرب العالمية الثانية التي أدت إلى وجود هذا النظام القانوني الخاص، وكان ذلك بموجب الأمر 11 أكتوبر 1945م، وعرف عدة تعديلات إلى غاية الأمر 10 سبتمبر 1962م وهذا بعد نزوح الأقدام السوداء من الجزائر بعد إستقلالها الأمر الذي أدى إلى ضرورة إسكان هؤلاء الأشخاص .

ويمارس هذا الحق إما المحافظ (prefet) ؛ بناء على تقرير مصلحة الإسكان بالبلدية وبعد رأي رئيسها، ويكون هذا الاستيلاء فقط في السكنات الشاغرة أو الفنادق، أو أماكن الإسكان، بإستثناء الفنادق السياحية، ويمكن أن يستفيد من هذا الإسكان سواء الوطنيين أو الأجانب، وهذا الاستيلاء هو مؤقت لمدة عام قابل للتجديد، ولا يمكن أن تتجاوز خمس سنوات ويمكن أن تمدد لسنتين في حالة خاصة فقط.

¹ القانون المدني في ظل الممارسة القضائية، منشورات ببرتي ، الجزائر ، طبعة 2006-2007.

² André De Laubader & yves Gaudement, op.cit, P . 327.

إن الاستيلاء كباقي أشكال التنازل الجبري للأملك أو المنقولات، يقابله تعويض عادل ومناسب، وتتشأ هنا علاقة إيجار جبرية¹، وتحدد قيمة الإيجار بطريقة رضائية ؛ وإذا لم يمكن ذلك تحدد من طرف قاضي الإيجار.

إن ممارسة الاستيلاء على السكنات بغرض القيام بالإيجار القصري ، أدى إلى إنشاء منازعات كثيرة في فرنسا سواء على أساس التعويض، أو قانونية هذه الممارسة، وتكون المنازعة إما أمام القاضي الإداري على أساس التعسف في إستعمال السلطة ، وهذا من أجل إلغاء هذا الاستيلاء، أو أمام القاضي العادي من أجل النظر في قانونية الاستيلاء، كما أن القاضي الجنائي هو الذي يختص في فرض العقوبات على الأشخاص الذين يرفضون الاستيلاء المؤقت، وأغلب المنازعات تترتب على قيمة التعويضات، حيث يختص القاضي الإداري في الفصل في هذا الموضوع إذا كان الاستيلاء قانونيا.

الفرع الثالث: الاستيلاء في التشريع الجزائري

بالعودة إلى المادة 679 من القانون المدني الجزائري ؛ فإنه لا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن²، رغم أن هذه الممارسة كانت موجودة سابقا ؛ ويذهب الإجتهد القضائي في نفس الإتجاه حيث أنه بموجب قرار للمحكمة العليا في قضية رقم 42136 بين (لا.ك) ووزير الداخلية ؛ ووالي عنابة في قرار 1986/07/12م³، الذي نص على ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن ومن ثم فإن القرار الإداري المتضمن الاستيلاء على السكن يعد منسوبا بعبء طرق القانون".

لما كان من الثابت في قضية الحال ؛ أن السكن المتنازع عليه مشغولا من قبل الطاعنين، وأن الشقة المتنازع عليها غير مصرح بشغورها، ومن ثم فإن قرار والي عنابة المتضمن الاستيلاء على هذا السكن يعد مشوبا بخرق القانون، "ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه".

¹ André De Laubader & yves Gaudement, op.cit, P. 328.

² المادة 679 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 88.14 المؤرخ في 3 ماي 1988.

³ قرار المحكمة العليا في قضية رقم 42136، م.ت سنة 1990 م عدد 4 ، ص. 168.170.169.

ولقد جاء نص القانون السالف الذكر المعدل والمتمم للقانون الجزائري ؛ الذي حدد حالات تنفيذ الاستيلاء وطريقة التعويض سواء أكان رضائيا أو قضائيا، حيث أفردت المادة 681 مكرر ثلاث حالات للاستيلاء التعسفي، حيث نصت بأنه يعد تعسفا كل إستيلاء تم خارج نطاق الحالات والشروط المحددة قانونا وأحكام المادة 679 وما يليها؛ ويمكن أن يترتب عليه زيادة على العقوبات الأخرى المنصوص عليها في التشريع المعمول به، و دفع تعويض يصدر عن طريق القضاء، ويتعلق هذا التعويض بإصلاح الضرر المتسبب ومكافأة العمل والرأس مال وكذا بتعويض كل نقص في الربح¹.

والخلاصة مما سبق هي أن الاستيلاء هو من صلاحية الإدارة، وتلجأ إليه في ظروف معينة للحصول على أملاك أو منقولات سواء كانت مملوكة للوطنيين أو للأجانب ، بشرط أن لا يمارس على الأجانب بشكل تمييزي؛ ويتم ذلك بعد إتباع إجراءات معينة في مقابل تعويض يكون لاحقا على عكس نزع الملكية التي يكون فيها التعويض سابقا، كما أن الاستيلاء على السكنات المسموح به في التشريع الفرنسي يتم بمقتضاه وجود الإيجار الجبري بين صاحب الملك والمستفيد، كما يمكن أن يكون هذا الأخير وطنيا ولا يمارس التمييز في حالات الأجانب.

الفصل الثاني: وسائل حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج.

لقد أقر القانون الدولي العديد من الوسائل لحماية مصالح رعايا الدولة في الخارج منذ أمد طويل، وذلك في إطار مراعاة الحد الأدنى في إقامة الأجانب على إقليم الدولة المضيفة، غير أن التطور الذي عرفته البشرية في العقود الأخيرة، أدى إلى تجاوز هذا الحد والعمل على تطبيق مبدأ عدم التمييز ؛ وذلك بسبب ثبات وتقنين القواعد المنظمة للتجارة الدولية خاصة القواعد والمبادئ المتعلقة بحكم الدولة الأكثر رعاية ؛ والمعاملة بالمثل ؛ والمعاملة الوطنية. وفي ظل تدويل

¹ المادة 681 مكرر -3- القانون 88.14، 3 ماي 1988م، القانون المدني في ظل الممارسة القضائية، نفس المرجع السابق ، ص . 171 .

الإستثمار فلقد تزايدت الإتفاقيات الثنائية المتعلقة بحماية وترقية الإستثمارات لرعايا الدول الأخرى بشكل مذهل، فضلا عن تطور وسائل تسوية المنازعات الخاصة لهذه الإستثمارات.

كما تسعى الدول خاصة النامية إلى العمل على المصادقة على معاهدات الإستثمار الجماعية، وذلك لأجل توفير الحماية الأمتل للإستثمارات الأجنبية، وحماية رعاياها في الخارج؛ ولدراسة هذا الموضوع سأتوسع في المباحث الثلاث الآتية:

1- وسائل حماية المصالح المشروعة من منظور القانون الدولي.

2- الإتفاقيات الثنائية أداة لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج.

3- الإتفاقية الجماعية لحماية هذه المصالح.

المبحث الأول: وسائل الحماية من منظور القانون الدولي

يتضمن القانون الدولي العام العديد من المبادئ الخاصة بحماية حقوق الأشخاص الأجانب، كما أنّ أغلب الاتفاقيات الثنائية والجماعية تنص عليها، وهذا من أجل حماية كافية لحقوق الأجانب في الميدان الاقتصادي، وتعمل كل الدول بالاستناد على هذه المبادئ القانونية ، من أجل حماية رعاياها الموجودين في الخارج.

ولقد أخذت هذه المبادئ حيزا هاما في الإتفاقيات الثنائية والجماعية ؛ وتتركز في المبادئ الآتية: إلترام الحد الأدنى في معاملة الأجانب، وشرط الدولة الأكثر رعاية، والمعاملة الوطنية والمعاملة المنصفة العادلة، وكذلك الحماية الدبلوماسية، وهذا ما سأعرض له في المطالب الآتية:

1- إلترام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.

2- حكم الدولة الأكثر رعاية.

المطلب الأول: إلتزام الحد الأدنى في المعاملة للأجانب

إن حماية رعايا الدولة في الخارج بصفة خاصة، وحماية الأجانب بصفة عامة تطرح عادة بمناسبة دراسة المسائل الخاصة بالمبادئ العامة للقانون الدولي، ومنها السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، والنشاطات الاقتصادية والاختصاص الشخصي للدولة، وكذلك حماية حقوق الإنسان والحماية الدبلوماسية¹.

الفرع الأول: التطور التاريخي لمبدأ إلتزام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب

عرفت العقود الماضية تطورا ملحوظا للمركز الدولي للأجانب سواء في القانون الدولي العرفي أو الإتفاقي، وذلك بسبب تضاعف عدد الاتفاقيات التي تختص بالمجال الاقتصادي، والحريات العامة باستثناء الحقوق السياسية، وانشغالات الأجانب، ويبقى الإشكال هو إمكانية التوافق بين الاختصاصات السيادية وحماية حقوق الإنسان، وإلى أي مدى يمكن أن يصل مبدأ إلتزام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في حمايتهم في إطار القانون الدولي؟.

لقد ساعد تطور المجتمع الدولي في توسع علاقاته في عدم تجاهل أي تشريع وطني، لوضعية الأجانب، كما أنه لم يعد ممكنا تجاهل أي دولة لموضوع حماية رعاياها في الخارج، وإفراد الأهمية اللازمة للموضوع، وفرض التنظيم الدولي الإنساني على الدول التزامات باحترام الحقوق الإنسانية الدنيا؛ وكان نتيجة لذلك أن أثمرت الجهود إلى وضع حد أدنى من الحقوق لا يجوز للدولة أو المشرع الوطني النزول عنه²؛ كما يخضع الأجانب إلى تنظيم خاص بهم في جميع الدول يتعلق

¹Daillier Patrick & Pellet Alain, op.cit. p. 673.

² سعيد يوسف البوستاني، المرجع السابق، ص.97.

إما بدخولهم إلى تراب الدولة المضيفة، وأيضا حرية التنقل، والنشاط الاقتصادي المرخص لهم بممارسته¹.

ويطرح الكثير من الفقهاء مسألة إن كان على الدول أن تقتصر في معاملاتها مع رعايا الدول الأخرى الالتزام بالحد الأدنى أو أن تتجاوزه، وبالتالي منح نفس الامتيازات للأجانب التي تمنح إلى مواطنيها، أو حتى أن تتجاوز هذه الحقوق الممنوحة لمواطنيها ففي الحالة الأولى، أي منح نفس الحقوق للأجانب مثل الوطنيين ؛ أو ما يعرف بنظرية تشبيه الأجانب بالوطنيين²، فإن هذه المساواة قد تتسبب في آثار سلبية، وهي أن تصبح الجنسية عديمة الآثار القانونية، فضلا عن ذلك، فقد يؤدي ذلك إلى فتور العلاقة بين رعية الدولة في الخارج ودولته، ويؤدي ذلك إلى الإخلال بولائه لدولته، ومن ثم تشكيل خطورة على انتماء الفرد السياسي والقانوني لدولة معينة.

وبالاستناد إلى المادة الثانية عشر (12) من العقد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ؛ فإنه يحق للدولة أن تفرض القيود التي تعتبر ضرورية لحماية الأمن الوطني أو النظام العام، أو الصحة العامة، أو الأخلاق، أو حقوق وحرريات الآخرين؛ وتتماشى كذلك مع الحقوق المقررة في اتفاقية الحقوق المدنية والسياسية³، ومن ثم فإن عدم تقييد دخول أو حرية التنقل، وممارسة النشاطات الاقتصادية للأجانب ؛ قد يؤدي إلى نتائج تؤثر في مستقبل الدولة، غير أن التعامل الدولي أخرج نظرية المساواة المنقوصة أو عدم المساواة بين الوطني والأجنبي من الوضع القديم إلى وضعي تشبه الأجانب بالوطنيين ، وينبغي في حالة عدم التساوي مراعاة الشروط الآتية :

1-مراعاة الحد المطلوب.

2-قابلية تحول المساواة المنقوصة إلى مساواة كاملة في إطار مبدأ المعاملة بالمثل.

3-قابلية وجود استثناءات لتحول المساواة وتجاوزها لمصلحة الأجانب في إطار نظام الامتيازات.

1- مبدأ التزام الحد الأدنى لمعاملة الاجانب

² Daillier Patrick & Pellet Alain, , op.cit, p. 674 .

² سعيد يوسف البوستاني، المرجع السابق ، ص.98.

³ المادة 12 - الفقرة 3 من بشأن الحقوق المدنية والسياسية، 1966/12/16.

يختلف مركز الفرد التابع للدولة ورعية الدولة في الخارج، كما أسلفنا الذكر سابقا بحيث أنه إذا كان بوسع الدولة في ممارسة سيادتها ؛ أن تشرع للمواطنين التابعين لها ؛ ويدخل هذا في إطار اختصاص الدولة الخاص أو المطلق، أو ما يسمى بالمجال المحفوظ للدولة، و من ثم فإنه لا تملك سلطة أخرى المشاركة فيه، وفي المقابل يجب أن تراعى في التشريع والتنظيم الخاص بالأجانب مبادئ القانون الدولي لمعاملة رعايا الدول الأخرى .

ويحيل القانون الدولي العرفي للقانون الداخلي مسألة تحديد المركز الاقتصادي للأجنبي في إطار السيادة الإقليمية للدولة¹، بحيث أن الدولة لها الصلاحية في تحديد من يدخل إلى أراضيها من جهة، ومن جهة أخرى تحديد الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي ، إذا وُجِدَ على أراضيها، مراعية الحد الأدنى من الحقوق للأجنبي.

وعلى هذا الأساس، فإنه ليس لأي فرد أجنبي الحق في أن يقيم مؤقتا أو بصفة دائمة في أي دولة دون موافقتها وبشروطها، وتتمارس هذه الموافقة عن طريق التأشيرات؛ وإذا أراد الإقامة فلا بد أن يحصل على رخصة إقامة مؤقتة أو دائمة، ومن ثم فإنه لا يوجد حق الهجرة، أو اختيار بلد ما للإقامة، كما أنّ المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان² ؛ التي تنص على "حق الفرد في أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده، كما يحق له العودة إليه"، يفهم منه ليس في حق الهجرة، وإنما في عدم منع المغادرة من أي بلاد بدون عائق قانوني، ومن ثم ليس هناك حق الهجرة. وهذا بالنسبة للأشخاص الطبيعية، وينطبق الأمر كذلك على الأشخاص المعنويين، التي ليس لها الحق في إنشاء مؤسسة أو أحد فروعها دون الموافقة المسبقة للدولة المضيفة³.

وإذا وافقت الدولة واستقبلت على أراضيها أجنبيا، فإنها ملزمة في تعاملها بمراعاة الحد الأدنى للحقوق لهذا الشخص، فالدولة ليس لها مطلق الحرية في التعامل مع الأجانب بصورة

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 379.

² المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 - الفقرة 2، حول حق مغادرة أي بلد بما في ذلك بلده.

³ Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, p.380.

تسلطية ، بل تخضع لالتزام دولي يقضي عليها بالاعتراف بالحد الأدنى¹. ويعارض الكثير من الفقهاء تساوي مبدأ الحد الأدنى الدولي مع مبدأ المعاملة الوطنية²، أو تساوي المعاملة مع الوطنيين، وهذا ما تذهب إليه غالبية الدراسات حول القواعد العرفية التي يتعين على الدول مراعاتها في تحديد مركز الأجنبي، وهو أيضا ما أقرته المعاهدات الدولية الخاصة بهذا الموضوع، فضلا عن تأكيد هذا الأمر من طرف الأحكام القضائية الدولية، ووافق عليها مجمع القانون الدولي³.

ولقد نصت المادة الثانية(2) من الإتفاقية المتعلقة بالاختصاص القضائي الملحقة بمعاهدة لوزان بتاريخ 24 جويلية 1923م بوجود معاملة رعايا الدول المتعاقدة الموجودين في إقليم تركيا وفقا لما يقضي به العرف الدولي.

ولقد أقر حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولي؛ أن تكون معاملة الأجانب متفقة مع الأحكام التي يفرضها القانون الدولي، على كل دولة ؛ وذلك في النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح رعايا الألمان في سيليا زيا العليا البولونية، لذلك فالحد الأدنى لحقوق الأجنبي هي قواعد دولية مشتركة أي قواعد قانون طبيعي إنساني، فالمعاهدات التي تبرم ما بين الدول، لا تنشئ هذه القواعد، وإنما تكشف عنها، وتقر بوجودها ؛ وتعد فكرة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب وسيلة فعالة لضمان آدمية هؤلاء الأشخاص خصوصا في مرحلة المنازعات وتوتر العلاقات بين الدول، أين يذهب الأجانب ضحية هذه التوترات.

ويستمد الشخص الطبيعي أو الاعتباري حمايته من القانون الداخلي في إطار ممارسة نشاطه اقتصادي، فيمكن له اللجوء إلى المحاكم من أجل حماية مصالحه، ولا يعني هذا انه يحوز على نفس الامتيازات التي يتمتع بها الوطنيون، وإذا سمح له بأن يكتسب أملاكاً، فإنه لا يعني أنه يستطيع أن يمتلك كل ما يمتلكه الوطني، بل يمكن أن تُمنع عليه امتلاك أنواع من عقارات⁴ أو

¹ سعيد يوسف البوستاني، المرجع السابق ، ص .101.

² Brownlie , Lan ,Principles of international law. Thiry Edition. Oxford, 1979, p. 24.

³ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص .102.

⁴ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 38.

شراء الأسهم في شركات وطنية، حيث يمكن أن يحدد له سقف من الحصص، هذا فضلا أنه لا يتمتع بالحقوق السياسية.

والملاحظ بأن القانون الداخلي يحمي الأجانب، ولكنه لا يعترف له بالتطبيق المتساوي مع الوطنيين، ومن أمثلة ذلك حق الأجنبي في الميراث والوصية، وإن كان الميراث ملحقا بقانون الأسرة أو النظام العائلي، غير أنه له صلة بنظام الأموال وله علاقة بكسب الملكية¹.

وتاريخيا، فإن حق الميراث والوصية عرف عدة تغيرات عبر الزمن وبدأ الاستقرار حول اكتساب الملكية ابتداء من القرن السابع عشر بعد تدخل الاحتلال الفرنسي والبريطاني خصوصا في الدول العربية، وإحلال القانون المدني محل القانون القائم أثناء الخلافة العثمانية ؛ وبعد قيام الدول العربية، العمل بقوانين الجنسية حيث حلت هذه الأخيرة مكان دار الإسلام، ودار الحرب²، وجاءت بعد ذلك نظرية التوارث على أسس جديدة ؛ وقاعدة عرضية قوامها المعاملة بالمثل، دون النظر إلى اختلاف الجنسية، واستقرت قاعدة قانون المورث وقت موته مع التقييد الآتية³:

- 1- أن اختلاف الجنسية لا يمنع من الإرث في الأموال المنقولة والعقارات بالاعتماد على قاعدة المعاملة بالمثل.
- 2- أن الأجنبي الذي لا وارث له، تؤول أمواله وعقاراته إلى الدولة التي يوجد بها، حتى وإن كان قانون دولته ينص على غير ذلك، ويبقى هذا الأمر محل خلاف بين الدول، وتنظمه الاتفاقيات الثنائية، وتقوم على أساس المعاملة بالمثل أيضا.
- 3- اختلاف قواعد توريث العقارات حسب قوانين كل دولة، غير أن الإتجاه الغالب هو سريان أحكام البلد المتوقفي.

2- الحقوق الاقتصادية للأجنبي

¹ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص 244.

² سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص 244.

³ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص 245.

إن الحقوق الاقتصادية للأجنبي هي تلك الحقوق التي تنشأ عن المعاملات المالية للفرد ذلك أنها تمنح له مصلحة تقوم على التفرد، وتختلف عن الحقوق الأخرى ؛ بأنها يمكن التصرف فيها وتنتقل إلى الآخرين، كما أنها تورث بعد موته بموجب وصية أو بغير وصية، غير أن هذه الحقوق ليست مطلقة بالنسبة للأجانب، حيث تقيدها الكثير من التشريعات الخاصة في إطار ممارسة الدولة لسيادتها.

الفرع الثاني: تجاوز الحد الأدنى في معاملة الأجانب

لا يقتصر احترام الحد الأدنى في معاملة الأجانب على هذا المبدأ المتعارف عليه فقط، بل يمكن للدول أن تتجاوز ذلك، وهذا في إطار نظرة إيجابية في معاملة الأجنبي تنطلق من دراية وطنية تستند إلى دافعين هما¹:

أ- أهمية وجود الأجنبي على أراضيها والنتائج الإيجابية لهذا الوجود.

ب- الاضطرار لمعاملة الأجانب استنادا إلى المعاملة بالمثل، وذلك حماية لحقوق مواطنيها الموجودين في الخارج.

وأدت هذه النظرة إلى تطور التشريعات للوصول إلى معاملة الأجانب كما يعامل الوطنيون خصوصا في الحقوق الاقتصادية، حيث يقدم هذا الأجنبي على أساس انه يساهم في تطور الدولة؛ وعليه يجب أن يقرب أكثر إلى منزلة الوطني في مجال الحقوق، ويستند هذا التجاوز إلى مبدئين اثنين هما نظرية تبادل المصلحة، وكيفية رؤية المصلحة السياسية والإقتصادية لكل دولة² ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فكرة تجاوز الحد الأدنى تتخذ صورتين تتمثلان في المعاملة بالمثل أو المعاملة المشروطة .

1-المعاملة بالمثل

¹ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص . 104.

² سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص . 106.

إن الصورة الأولى لفكرة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب هي المعاملة بالمثل، وهو مبدأ دبلوماسي ويعني توحيد شروط الاتفاقات التي تتم بين رعايا تابعين لدولتين أو أكثر، ترتبط دولهم بمعاهدة في مجال محدد، وفي القانون الدولي العام تعني المعاملة بالمثل التجانس أو وحدة شروط الاتفاقيات التي تتم بين رعايا تابعين لدولتين أو أكثر في ضوء القوانين الداخلية لكل دولة.

وهذه المسألة أي معاملة الأجانب تندرج في القانون الدولي الخاص، غير أن لها صلة بقواعد القانون الدولي العام، خصوصا في العلاقات الدولية وعبر المعاهدات التي تعكس خصوصية هذه العلاقات.

وأقرب صورة تتجاوز الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، وتقرب من معاملة الوطنيين هي تلك التي تستند إلى معيار المعاملة بالمثل: *La Réciprocité*، وعلى أساس هذا المبدأ يلقي رعايا الدولة في الخارج في الدولة المضيفة التي يقيمون فيها ذات المعاملة التي يتلقاها رعية هذه الدولة في إقليم دولة هذا الأجنبي. وفي نفس الإتجاه فإن المحاكم الوطنية لدولة ما ؛ لا تقبل الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي ؛ إلا إذا كانت المحاكم الأجنبية التي أصدرت هذا الحكم تقبل تنفيذ الأحكام الصادرة من قبل محاكم هذه الدولة بنفس القرار وفي نفس الحدود.

ولحماية مصالح رعايا الدولة في الخارج تلجأ الدول إلى المعاملة التبادلية وتخص إما مواطنيها الموجودين داخل وخارج إقليمها بصورة عامة، وإما مواطنيها الموجودين في الدول الأجنبية بصورة خاصة كي تكفل لهم حقوقا تفوق تلك التي يقضي بها القانون الدولي¹. وتختلف الدول في كيفية التحقق من وجود التبادل، فمنها من تشترط أن يكون هذا التبادل دبلوماسيا، وأخرى تطلب أن يكون تشريعيا ومنها من تشترط أن يكون التبادل واقعا.

وبخصوص المعاملة بالمثل المعترف بها دبلوماسيا فإنه لا يمكن أن تمنح لرعايا الدولة التابعين لدولة أخرى حقوقا معينة ؛ إلا إذا اعترفت هذه الدولة في معاهدة أو اتفاقية معها بنفس الحقوق لرعايا الدولة الأولى، وفي مجال تنفيذ الأحكام القضائية، فإنه إذا وجد نص في المعاهدة

¹ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص.107.

يقضي بضرورة تنفيذ حكم صادر عن محكمة لدولة أخرى، فإنه ينبغي على القاضي الوطني أن ينفذ الحكم الأجنبي.

أما النوع الثاني فهو التبادل التشريعي ، و يقصد به التبادل المنصوص عليه في قانون الدول؛ أو بمعنى آخر أن المعاملة بالمثل المعترف بها تشريعيا لا تمنح الأجانب حقوقا ؛ إلا إذا كان قانون دولة الأجنبي يعترف لرعاياها بتلك الحقوق ، و يسمح هذا القانون بتنفيذ هذا القانون¹ .

وبالمقارنة مع التبادل الدبلوماسي فإن التبادل التشريعي يتميز بمرونة أكبر، على عكس التبادل الدبلوماسي الذي لا يتصور اشتراطه إلا في التشريع ثم تأتي المعاهدة لتحقيق هذا الشرط، ويكون هذا النوع من التبادل مقررا في نص تشريعي أو في معاهدة دولية.

أما النوع الثالث من التبادل فهو ذلك الذي تتميز به الدول الأنكلوساكسونية، وهو يعتمد على القواعد العرفية، ويسمى أيضا بالتبادل الواقعي أو المعاملة بالمثل واقعي²، ولا يشترط هذا التبادل وجود معاهدة أو قانون داخلي يقرها، حيث تكفي الدول بثبوت تمتع رعاياها عمليا بنفس أو الحقوق في الدول التي يتبعها الأجانب والتي ترغب في الاعتراف لهم بها³، ويعاب على هذا التبادل أنه يواجه صعوبات فائقة في الإثبات.

والدول في علاقاتها مع الدول الأخرى، وفي إطار حماية رعاياها يمكن أن تأخذ أحد هذه الأنماط أو كلها، ولا يشترط أن تلزم إلا بصورة واحدة للمعاملة بالمثل، ولكن تقصد من وراء ذلك تحقيق التوازن بما يضمن حماية أكبر لرعاياها وفق ما تمنحه إلى الأجانب أو ما تحصل عليه لفائدة رعاياها.

2- المعاملة بالمثل من حيث الموضوع (المعاملة المشروطة)

إذا كان التبادل الدبلوماسي والتشريعي والواقعي هو التقسيم الشكلي لمبدأ المعاملة بالمثل، فإن هذا التبادل يتخذ ثلاث صور من حيث الموضوع، كما يلي:

¹ جزء عبد المنعم رياض و سامية راشد ، الوسيط في القانون الخاص، دار النهضة العربية القاهرة ، 1979 ، ص 455.

² سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص. 108.

³ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص. 108.

أ-تبادل متطابق مطلق.

ب-تبادل متوازن القيمة.

ج-تبادل على أساس تشبيه الأجانب بالمواطنين.

1-2- تبادل متطابق مطلق

بالنسبة للتبادل المتطابق والمطلق، فهو مثلي وليس قيمي حيث بموجب هذا الشرط، تقوم الدولة بمنح الحق الذي تمنحه دولة هذا الأجنبي لرعاياها، فيعامل الأجنبي معاملة الوطني. إن فكرة الحق مقابل الحق تقتضي الرجوع إلى تشريعات الدول المتعاقدة ؛ ولا يمكن الوصول إلى الغاية المرجوة من هذا التبادل إلا إذا تماثلت التشريعات في الدول المتعاقدة.

2-2- التبادل المتوازن القيمة

على عكس التبادل المتطابق المطلق الذي هو مثلي، فإن التبادل المتوازن القيمة فهو قيمي، أي أنه متوازن في مدى المعاملة، ومعنى التبادل المتوازن القيمة هو أن تفرض الدولة تمتع الأجانب الموجودين في إقليمها بحقوق معينة، شريطة أن يحصل رعاياها الموجودين في الخارج على مجموعة حقوق أخرى التي ترى أنها تعادل في الأهمية الحقوق التي منحتها لرعايا الدولة الأخرى الأجنبية، وإن كانت هذه الحقوق لا تطابقها، ويمكن تسمية هذا التبادل بالمعاودة¹، ومن ثم فإن هذه المعاملة هي قيمة وليست مثلية.

وتحدد هذه الحقوق بموجب معاهدة بين الدولتين تسمح لرعايا الدولتين التمتع بحقوق أو مجموعة حقوق غير متشابهة، وفي هذا المجال، فإن الدولة لا يشترط عليها أن تمنح عين الحقوق التي حصل عليها رعاياها الموجودين في هذه الدولة، وإنما يمكن لرعاياها أن يحصلوا على حقوق أخرى، ومن ثم يؤخذ بمبدأ التوازن والتكافؤ في منح الحقوق وليس بمبدأ التطابق والمساواة الحسابية.

2-ج- التبادل على أساس تشبيه الأجانب بالوطنيين

¹ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص 111.

إن التبادل على أساس تشبيه الأجانب بالمواطنين هو الأكثر شيوعاً بين الدول، حيث يتساوى الأجنبي بالوطني في التمتع بما يسمح به القانون من الحقوق، غير أن هذا التبادل يشترط أن يرد نصاً تشريعياً بذلك، ويجب في هذا السياق أن تحدد الحقوق المراد التشابه بها، حيث لا يجب أن تكون هذه الحقوق مطلقة، وتجب الإشارة إلى أن التبادل على أساس تشبيه الأجانب بالوطنيين لا تحقق التوازن الفعلي إلا إذا تمت المعاهدات ما بين دول تعرف تقارباً واتجاهات سياسية متآلفة¹.

إن المعاملة بالمثل في علاقات الدول، ليس حقاً لرعايا الدولة في الخارج بحيث أنها لا تلزم الدول، وإنما يحصل عليه الأجنبي بمقتضى مفاوضات ما بين الدولة المضيفة ودولة رعايا الدولة في الخارج، ويؤدي هذا التفاوض إلى إبرام اتفاقية أو معاهدة تقر بهذه الحقوق لفائدة هؤلاء الرعايا.

الفرع الثالث: حكم الدولة الأكثر رعاية

إن المصالح المشروعة لرعايا الدولة تتمثل غالباً في الاستثمارات التي يقوم بها هؤلاء، ولا يمكن التصرف في هذه الاستثمارات؛ إلا إذا خضعت إلى قواعد القانون الدولي التجاري ومبادئه، وإن كانت هذه المبادئ ليست كلها وليدة اتفاقيات تحرير التجارة؛ بل إنها كانت سابقة عليها، واستقرت في القانون الدولي العام، بل يظهر التبادل المؤثر بين القانون الدولي العام والقانون الدولي التجاري².

1- مفهوم حكم الدولة الأكثر رعاية

¹ سعيد يوسف البوستاني، المرجع السابق، ص. 113.

² ياسر الحويشي، المرجع السابق، ص. 41.

إن مبدأ المساواة يعد نقطة الانطلاق في القانون الدولي العام، وكذلك في القانون الدولي التجاري رغم وجود الاختلاف في المضمون في كليهما، ويشكل مبدأ حكم الدولة الأكثر رعاية أهم مظاهر مبدأ المساواة في القانون الدولي التجاري.

وكان هذا الموضوع محل دراسة لجنة القانون الدولي، حيث اعتمدت مشروع المواد المتعلقة بحكم الدولة الأكثر رعاية سنة 1978، غير أن الجمعية العامة للأمم المتحدة لم تتخذ أي إجراء حوله، وبقي على هذه الحالة إلى غاية سنة 2006، وفي الدورة الثامنة والخمسين (58) للجمعية، تمت مناقشة مسألة إعادة النظر في موضوع حكم الدولة الأكثر رعاية ؛ وطلب من الحكومات إبداء الرأي في هذا المشروع، وفي الدورة الحادية والستين ؛ أعربت دولة واحدة عن تأييدها للفكرة، وشككت دولتان أخريان في حكمة تناول هذا الموضوع.

وتلجأ الدول إلى هذه المعاملة بهدف توسيع مجال الحقوق التي يتمتع بها بعض الأجانب على إقليمها وذلك بفعل علاقات خاصة تجمعها أو مفروضة عليها بفعل الارتهان لها¹؛ ويعني هذا الشرط الإتفاقي الذي بموجبه تمنح الدولة المتعاقدة الشريك المتعاقد الآخر المزايا التجارية الإضافية، إذا منحت بعد ذلك إلى دول أخرى إما بدون شرط أو بشرط التبادل².

ولقد كان هذا الشرط بمثابة شكل مبكر لمبدأ عدم التمييز أو المساواة وتعد هذه القاعدة قديمة فهي قد تعود إلى القرن 13م، ولقد وردت في اتفاقية السلام والتجارة بتاريخ 05 أكتوبر 1231م ما بين جمهورية البندقية ودولة تونس، وتوجد هذه القاعدة في أغلب الاتفاقيات الخاصة بالتجارة والاستثمار المبرمة ما بين الدول.

وورد كذلك في الاتفاقية المبرمة بين بريطانيا العظمى والسويد سنة 1654م³، والتي نصت على ما يلي: "يكون لشعب ورعايا وسكان كلى الاتحادين في مملكة كل منهما وفي البلدان

¹ سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص . 113.

² Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, p.229.

³ Treaty of peace and commerce between Great Britain and Sweden. 11.04.1654. BSPN 6 J.

والأراضي والأقاليم التابعة لها، كل ما لأي أجنبي آخر، ويتمتعون بكل ما يتمتع به أي أجنبي آخر، حاضرا أو مستقبلا، من الامتيازات والعلاقات والحريات والحصانات"، وهذا الشرط لا يكفل منح إلا تلك المعاملة التي يحظى بها الأجانب الآخرون، وهو لا يكفل منح معاملة مماثلة للمعاملة الوطنية. ولقد كان الهدف من المزايا الممنوحة بموجب هذه الاتفاقيات ؛ هو تسيير الأنشطة الاقتصادية لرعايا كل دولة ضمن إقليم الدولة الأخرى، ومن ثم فإن الأساس لمنح معاملة الدولة الأكثر رعاية كان اقتصاديا.

وتوسعت معاملة الدولة الأكثر رعاية إلى المجال الدبلوماسي والقنصلي ؛ حيث اشتملت أيضا على ضمانات تتعلق بمعاملة الدولة الأكثر رعاية سواء فيما يخص القدرة على حماية المباني الدبلوماسية أو القنصلية، أو فيما يخص الامتيازات الممنوحة للموظفين الدبلوماسيين والقنصليين¹.

ولقد كان شرط الدولة الأكثر رعاية بمثابة مبدأ عدم التمييز أو المساواة يتلاءم مع الظروف التي كانت العلاقات فيما بين الدول تنتظم فيها من خلال تدابير ثنائية، أما في الاتفاقيات الجماعية فإن شرط معاملة الدولة الأكثر رعاية يدرج ضمن حكم عام، خاص بعدم التمييز، وعلى العكس من ذلك ؛ فلقد أحتفظ هذا المبدأ بمجال واسع ومكانة بارزة في المجال الاقتصادي.

ولقد قسم فريق من الفقهاء شرط الدولة أكثر رعاية إلى قسمين أحدهما يتضمن نوعين من أنواع شرط الدولة الأولى بالرعاية وهما إما الأحادي الجانب أو المتبادل، فالأحادي هو نوع من أنواع الاستعمار لأنه يفرض الهيمنة الاقتصادية للمستفيد أي أنه يكون نتيجة لمعاهدات سلام غير متكافئة²، أما النوع الثاني فهو شرط الدولة الأكثر رعاية المتبادل، والذي يفصله القانون الدولي؛ والذي يرتكز على مبدأ المساواة، والمعاملة بالمثل، طبقا للقواعد الحاكمة لمبادئ السيادة. وثانيهما فيتضمن أيضا نوعين هما: شرط الدولة الأكثر رعاية المشروط والآخر غير مشروط.

¹ السيد أندريه آشور، وثيقة الأمم المتحدة A/CN.4/313. 1969 م .

² سعيد يوسف البوستاني ، المرجع السابق ، ص 159.

وتاريخياً فإن شرط الدولة الأكثر رعاية كان مشروطاً¹. ويجسد هذا النوع اتفاقية التحالف والتجارة ما بين فرنسا والولايات المتحدة المبرمة سنة 1776م، وهذا الشرط المشروط ينص على منح المزايا فقط على أساس التنازلات المتساوية، ويشوب هذا النوع ثلاثة عيوب هي² :

- 1- يتطلب إبرام اتفاقيات إضافية بين الواعد والمنتفعين.
- 2- يشجع الخلاف بين المتساويين، ومن ثم يشجع التملص من الالتزامات الاتفاقية.
- 3- عندما يمنح الواعد معاملة الدولة الأولى بالرعاية غير المشروط لطرف ثالث، فإن هذا النوع يكف عن أداء وظيفته في أن يؤدي الهدف المنشود.

ويمكن القول أن مسألة شرط الدولة الأولى بالرعاية أصبح محل خلاف بين الدول خاصة ما بين الولايات المتحدة والدول التي ترتبط معها بعقود تجارية، حيث تتضمن شرط أن تستفيد الدول بالتفضيلات إلا إذا استوفت الشروط نفسها التي استوفتها الدولة الثالثة³.

وعلى هذا الأساس فإن الاختيار بين شرط الدولة الأولى بالرعاية المشروط وغير المشروط انتقل إلى المسائل السياسية بين الدول، وبالنظر إلى علاقة هذا الشرط (الدولة الأولى بالرعاية) بمبدأ السيادة، فإنه يقيد، وعليه فإنه تمنح المساواة في دخول الأفراد من دول مختلفة إلى سوق الدولة مانحة هذا الشرط، فهو يحقق المساواة في النفاذ إلى سوق الدولة.

2- الأساس القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية

يستند شرط الدولة الأولى بالرعاية، حسب الفقهاء على مبدأ حرية التجارة، وهذا ما يقول به أصحاب المذهب الطبيعي، وينتقد هذا المذهب من طرف فريق آخر على أساس أن مبدأ حرية

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p . 229.

² ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 160.

³ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 161.

التجارة هو مبدأ اختياري¹، بحيث أن حرية التجارة والمساواة في الاتجار هي من الأمور المختلف فيها.

أما المذهب الثاني فإنه يرى بأن هذا الشرط لا يستند على مبدأ الرضائية أي أن يتم من خلال تصرف أحادي الجانب، وفي هذه الحالة ؛ فإن التصرف أحادي الجانب يكرس علاقات غير متكافئة، وهو نوع من أنواع الهيمنة والعلاقات الاستعمارية بين الدول، وهو بعيد كل البعد عن العلاقات المبنية على الرضي، كما انه قد يكون نتيجة معاهدات سلام غير متكافئة، وهذا ما يتناقض مع مبدأ الرضائية .

أما في المذهب الثالث فيذهب إلى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يتم منحه من طرف دولة ذات سيادة وإرادة كاملة إلى دولة أخرى على أساس تبادلي أو مشروط، ففي هذه الحالة يمكن القول أننا أمام الأساس الرضائي، ومن ثم فإن هذا الأساس يستند إلى المعاملة بالمثل ويتوافق مع مبدأ المساواة².

إن هذا الشرط لا يقتصر على المجال الاقتصادي فقط بل يتجاوز إلى المجال الدبلوماسي والقنصلي، الذي كان يعد بمثابة مبدأ عدم التمييز، ويتلاءم مع الظروف التي كانت فيها العلاقات بين الدول تنتظم من خلال ترتيبات ثنائية.

3- الاجتهاد القضائي الدولي حول شرط الدولة الأولى بالرعاية

لقد تعرضت محكمة العدل الدولية وكذلك محكمة التحكيم المتعلقة بتسوية منازعات الإستثمار إلى موضوع شرط الدولة الأكثر رعاية في أحكامها في عدة قضايا، ولهذا فسأنتظر إلى محكمة العدل الدولية ثم أحكام المحاكم التحكيمية.

3-أ- محكمة العدل الدولية

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص.163.

² ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص. 164.

لقد رفعت إلى محكمة العدل الدولية العديد من القضايا للإدلاء برأيها في موضوع شرط الدولة الأولى بالرعايا منها : القضية الانكليزية الإيرانية¹ ؛ والقضية المتعلقة بحق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب ؛ وقضية إمباتيلوس، فضلا عن العديد من القضايا التي طرحت في المحاكم الوطنية.

إن قضية الولايات المتحدة الأمريكية - فرنسا حول حقوق رعايا الولايات المتحدة والأشخاص الذين يتمتعون بحماية هذه الدولة في مراكش طبقا لمعاهدة الجزيرة²، تتلخص في أن فرنسا طلبت من المحكمة ؛ بأن تحكم بأن رعايا الولايات المتحدة الأمريكية لا يتمتعون إلا بالامتيازات المنصوص عليها في المادتين العشرين والواحد والعشرين من معاهدة الجزيرة لسنة 1836م، حيث أن شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في المادة الرابعة والعشرون (24) من نفس المعاهدة ؛ ينص على أنه لا يمكن للولايات المتحدة الأمريكية التمسك به، وعليه فإنه ليس هناك ما يبرر تمتع رعايا الولايات المتحدة الأمريكية بنظام تفضيلي ؛ يكون مخالفا لنصوص المعاهدات.

إن قرار 1948/12/30م الذي ينظم مسألة الواردات بدون عملة أجنبية يتفق مع النظام الاقتصادي الساري في مراكش، وهذا طبقا للاتفاقيات الملزمة لفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية؛ وفي جانب آخر فإن المادة التسعة والتسعين (99) من معاهدة الجزيرة تحدد الرسوم الجمركية وقيمة البضائع في الزمان والمكان.

إن القوانين واللوائح المالية السارية في مراكش، تسرى على رعايا الولايات المتحدة الأمريكية، وتعد الضرائب المحصل عليها من الرعايا الأمريكيين مشروعة، ولقد كان رد الولايات المتحدة على المبررات الفرنسية حسب الآتي:

¹ Anglo-Iranianoil.co (United Kingdom v Iran. I.C.) reports 1952,P. 93.

² ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص .165.

1-تمسك الولايات المتحدة الأمريكية بحقوقها الإتفاقية، وأن قانون 1948/12/30م الذي فرض قيودا على الواردات الأمريكية قد خالف الحقوق الإتفاقية للولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم خالفت القانون الدولي¹.

2-تمسك الولايات المتحدة الأمريكية بشرط الدولة الأولى بالرعاية، حول الاختصاص القضائي بالنسبة لسائر المنازعات التي يكون فيها أحد رعاياها مدعى عليه، وعليه فإن رعايا الولايات المتحدة الأمريكية لا يخضعون إلى القوانين المغربية إلا إذا وافقت عليها الحكومة الأمريكية.

وقضت محكمة العدل الدولية بأن قرار 1948/12/30م يعد مخالفا للحقوق التي إذا اكتسبتها الولايات المتحدة الأمريكية طبقا لمعاهدة الجزيرة، وأن المعاملة غير المتكافئة لا تتفق مع المعاهدة السالفة الذكر، خاصة المادة الرابعة والعشرين(24) منها².

أما بخصوص القضاء القنصلي وبناء على شرط الدولة الأولى بالرعاية، فقد رفضت حجج الولايات المتحدة الأمريكية الخاصة بالامتيازات الممنوحة لها في مراكش، وذلك لتنازل دول إسبانيا وإنكلترا عن الامتيازات الممنوحة لهما، حيث تنازلت الأولى في سنة 1914م والثانية سنة 1937م³، ومن ثم فلم يعد للولايات المتحدة الأمريكية الحق في الامتياز المتعلق بالقضاء القنصلي ابتداء من ذلك التاريخ.

إن شرط الدولة الأولى بالرعاية هو شرط فريد من نوعه في القانون الدولي، وأن أي معاهدة تتضمن هذا الشرط فهي معرضة لتعديلات عديدة، سواء بالزيادة أو بالنقصان، ومن خلال استعراض شرط الدولة الأولى بالرعاية، فإنه يلاحظ أن هذا الشرط يتميز ببعض الخصائص وهي⁴

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 166.

² المادة 245 من المعاهدة 1836 بين الولايات المتحدة ومراكش تنص على أن كل امتياز في المسائل التجارية أو غيرها يقرر في المستقبل لأية دولة مسيحية يسري أيضا على رعايا الولايات المتحدة الأمريكية.

³ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 166.

⁴ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 170.

- 1- وسيلة من وسائل توحيد القانون والمساواة بين الدول.
- 2- إن الدول المنتفعة بهذا الشرط يمكنها المطالبة فقط بالمساواة القانونية، غير أنه لا يمكنها المطالبة بالمساواة الفعلية، أي المساواة في المسائل الخارجة عن نطاق ما يحده شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- 3- يقتصر شرط الدولة الأولى بالرعاية على المعاهدات الجارية ولا يمتد إلى المعاهدات التي تعقد بين الدول التي تربطها رابطة وثيقة من إتحاد أو تعاهد.
- 4- لا تتطلب معاملة شرط الدولة الأولى بالرعاية ؛ الامتثال لقواعد سلوك نهائية أو موضوعية، فالحقوق المتمتع بها في ظل هذا الشرط، إنما هي صورة مماثلة تماما وشكل مجرد للمزايا الممنوحة من الواعد لدولة ثالثة.

3-ب- التحكيم الدولي وشرط الدولة الأولى بالرعاية

إن إدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية في المعاهدات يفرض تحديات جديدة في طريقة تطبيق هذا الشرط وتطبيقه من قبل الدولة؛ غير أنه نشأت في مجال الإستثمار مشاكل محددة وفيما يتعلق بتطبيقه ، ولقد برزت هذه المسألة في قضية مافيزيني ضد مملكة إسبانيا.

وتتلخص هذه القضية في أن المدعي مافيزيني Maffezini وهو مواطن أرجنتيني أقام دعوى ضد إسبانيا بموجب إتفاق الإستثمار الثنائي المبرم بين الأرجنتين وإسبانيا¹، حيث رفضت هذه الأخيرة الدعوى بحجة أنه كان يتعين على هذه الرعية ؛ أن يرفع دعوى أمام المحاكم الإسبانية لمدة ثمانية-عشر (18) شهرا قبل أن يشرع في إقامة دعوى بموجب أحكام هذه الإتفاقية ؛ وهذا وفقا للمادة العاشرة (10).

¹ MAFFEZINI, V. Kingdom of Spain, January, 25th 2000. ICSID case n° ARB 97.p.7.

غير أن مافيزيني أحتج بالمادة الرابعة (4) الخاصة بشرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في إتفاق الإستثمار المعقود بين الأرجنتين وإسبانيا¹. كما يثبت أنه بموجب إتفاق الإستثمار الثنائي المبرم بين إسبانيا والشيلي، لا يتعين على المستثمرين الذين يقيمون دعاوى بموجب ذلك الاتفاق ؛ أن يقوموا أولاً برفع دعاوى أمام المحاكم الإسبانية المحلية، حيث أن المعاملة التي عومل بها المستثمر الأرجنتيني أقل مساواة من المعاملة التي يعامل بها المستثمرون الشيليون في إسبانيا، واستناداً على مبدأ شرط الدولة الأولى بالرعاية، فإن للمدعي الحق في الحصول على المعاملة الأفضل التي يحصل عليها المستثمر الشيلي، طبقاً لاتفاق الإستثمار المبرم ما بين الشيلي وإسبانيا، وعدم قيامه أولاً برفع الدعوى أمام المحاكم الإسبانية ؛ لا يشكل حاجزاً أمام القيام برفع الدعوى بموجب إتفاق الإستثمار المبرم ما بين الأرجنتين وإسبانيا.

ولقد قضت المحكمة برفض الحجة التي ساقته إسبانيا، حيث أوضحت المحكمة أن حكم شرط الدولة الأولى بالرعاية ينطبق بموجب شروطه ذاتها على جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق، كما خلصت المحكمة إلى أنه يمكن للمدعي أن يحتج بشرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في معاهدة الإستثمار الثنائية المبرمة بين إسبانيا والشيلي، ومن ثم تجنب الالتزام المتمثل في وجوب تقديم مطالبته إلى المحاكم المحلية الإسبانية.

وبعد هذا الحكم قامت هيئات قضائية تابعة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بالاعتماد عليه في قضايا، واستبعاده في قضايا أخرى².

ويفسح هذا الحكم المجال أمام إمكانية أن يكون لشرط الدولة الأولى بالرعاية نطاق واسع، حيث أنه يمكن أن يتحول إلى حكم تعاهدي يعلو على سائر الأحكام، ويسمح ببساطة للدول المستفيدة بأن تنتقي وتختار ما تشاء من المزايا التي تحصل عليها دولة ثالثة من الطرف المتعاقد الآخر، ويشار إليه بتعبير آخر هو "المفاضلة بين أحكام المعاهدات"؛ وينطوي شرط الدولة الأولى

¹ المادة (4) من الاتفاق المبرم بين الأرجنتين وإسبانيا تنص على ما يلي: "في جميع المسائل التي تخضع لهذا الاتفاق، لا تكون هذه المعاملة أقل مراعاة من تلك التي يمنحها كل طرف في الاتفاق لاستثمارات المستثمرين من بلد ثالث في أراضيه".

² Siemens AGV. Argentina Republic, august, 3rd 2004. ICSID n° ARB/02/08.

بالرعاية على أبعاد أخرى خاصة بعلاقة هذا الحكم بالأحكام الأخرى، ومنها المعاملة الوطنية، والمعاملة العادلة والمنصفة.

المطلب الثاني: المعاملة الوطنية والمعاملة العادلة والمنصفة

إذا كان معيار المعاملة المطلق فهو المعاملة العادلة والمنصفة فإن حكم المعاملة الوطنية فهو من الأحكام النسبية رتبة حكم الدولة الأولى بالرعاية¹.

الفرع الأول: المعاملة الوطنية

يعد شرط المعاملة الوطنية مكملًا لشرط الدولة الأولى بالرعاية²، وعليه فإن هذا المبدأ الذي كان أساسه معاهدات الصداقة، والتجارة والملاحة، فهو يعني أن وطني الدولة المتعاقدة مع أحد الأطراف، يعاملون في الدولة المضيفة كما يعامل وطني هذه الدولة، ومن ثم فإنه يمنع التمييز ضد مواطني الأطراف المتعاقدة بأي شيء ؛ بخصوص النقاط التي تنظمها المعاهدات³، ولا يقتصر مبدأ المعاملة الوطنية على المسائل التجارية فقط، بل يتعدى إلى المسائل الأخرى، ومنها تحديده للمركز القانوني للأجانب والنشاطات الأجنبية⁴.

ويهدف شرط المعاملة الوطنية إلى إحداث المساواة في الداخل ويشكل المعيارين، "شرط الدولة الأولى بالرعاية، والمعاملة الوطنية" مبدأ عدم التمييز في التجارة الدولية، ويعالج خصوصًا الجانب المادي في العملية، أي إذا كانت المنتجات المستوردة تشابه المنتجات المحلية⁵.

إن تنظيم المجتمع الدولي الحديث يقتضي المساواة بين الوطني والأجنبي بالنسبة لكيانه الإنساني والقانوني، وقد أدى هذا إلى الاعتراف بالشخصية القانونية للأجنبي في الفكر القانوني

¹ OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises. N° 2004/P. La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements, N200, p. 2

² ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص. 178.

³ مصطفى سلامة، ازدواجية المعاملة في القانون الدولي العام، دار النهضة، القاهرة ، 1987م ، ص.16.

⁴ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص.178.

⁵ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص.179.

المعاصر، رغم أن هذا الاعتراف يعتبر بمثابة التزام فرضته على الدولة المجموعة الدولية، غير أنه لا يمكن أن يرقى إلى مصاف الوطنيين¹، حيث يتمتع الأجنبي بكافة الحقوق باستثناء الحقوق السياسية.

وعرف هذا المعيار تطورا بمناسبة التحول من نظام ألغات Système GATT إلى نظام المنظمة العالمية للتجارة (OMC) في المجالات الآتية حسب الأستاذين دومنيك كارو " Dominique Carreau " و باتريك جويار " Patrick Juillard " :

1- توسع شرط المعاملة الوطنية: حيث أن هذا الشرط كان يعني في ألغات 1947م المنتجات المستوردة فقط، بحيث لا يطبق على المستوردين أنفسهم، أما في النظام (OMC) منظمة التجارة العالمية، فإن هذا الشرط أصبح يعني الخدمات ومنتجاتي الخدمات، وفي نفس الوقت يغطي رعايا الدولة أعضاء المنظمة العالمية للتجارة، وهذا بخصوص الملكية الفكرية.

2- يعني معيار المعاملة الوطنية المنتجات المشابهة، وتذهب التحاليل حول السلع المشابهة إلى الاستعمال النهائي للسلع، الطبيعة والنوعية، الذوق وسلوك المستهلكين. وي طرح في هذا الإطار العديد من المشاكل في تحديد مفهوم السلع المشابهة وتحديد هذا التشابه.

3- الضريبة المفروضة على هذه السلع: من أهم المسائل المطروحة في شرط المعاملة الوطنية هو فرض الضريبة، حيث أن هناك ضرائب مباشرة وضرائب غير مباشرة، حيث أن هذه الأخيرة هي المعنية، وإذا كانت السلع المستوردة قد تم جمركتها، فإن فرض خضوع هذه السلع إلى جباية محلية مختلفة عن السلع الوطنية، ومن ثم فإن هذه الجباية هي تمييزية².

4- استبعاد مبدأ الجباية المباشرة: إن فرض الضريبة المباشرة على دخل الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ليس تمييزا، ولا يؤثر على أسعار السلع، غير أن تدعيم السلع المنتجة محليا يمكن أن تؤدي إلى المنافسة غير الشرعية بين السلع المستوردة والمنتجة محليا.

¹ سعيد يوسف البوسناني، المرجع السابق، ص.116.

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 237.

أما بالنسبة للقوانين الداخلية ، ومن أجل تحقيق المعاملة الوطنية ، فلا بد أن يطبق هذا المبدأ في الضريبة على الاستهلاك، وفي هذا المجال ينبغي أن تخضع السلع المستوردة والمحلية المشابهة إلى نفس التنظيم الداخلي، ومن ثم فإن السلع المستوردة بمجرد جمركتها لا بد أن تستفيد من نفس الشروط المطبقة على السلع المنتجة محليا، ولقد كانت السلع المستوردة تعاني من مشاكل كبيرة في زمن ألغات؛ و في الوقت الذي بدأت الرسوم الجمركية تفقد الدور الحمائي، بدأت تظهر الحواجز غير التعريفية، لذلك ظهرت الرغبة في محاربة هذه الحواجز وهي من أساليب المعاملة الوطنية¹.

الفرع الثاني: معيار المعاملة العادلة والمنصفة في القانون الدولي للاستثمار

إن التزام الأطراف المتعاقدة في إطار اتفاقيات الإستثمار من أجل منح المعاملة العادلة والمنصفة عرف العديد من التأويلات من قبل ممثلي الدول، والمحكمين والمختصين في هذا المجال، ويطرح التساؤل حول ما إذا كان هذا المعيار يحدد على أساس الحد الأدنى للقانون الدولي العرفي، أم أن هذا المعيار هو في حد ذاته مبدأ مستقل² خصوصا في ظل أن مفهوم هذا المعيار ليس له نفس المدلول في كل الاتفاقيات المبرمة.

ويرى البعض من الفقهاء أن هذا المفهوم هو واسع، مما يسمح للمحكمين باستعمال مختلف المبادئ من أجل الوصول إلى الهدف من الإتفاقية، حتى يسمح بحل المنازعات الخاصة، ولكي يتم فهم هذا المبدأ لا بد من دراسة منشئه وكذلك دور الاجتهاد القضائي لتحديد مدلوله.

1- أصل معيار المعاملة العادلة والمنصفة

لقد ظهر هذا المبدأ أول مرة في ميثاق هافانا الذي ينص على إنشاء المنظمة الدولية للتجارة عام 1948م حيث تنص المادة الحادية عشرة (11) منه على أن الاستثمارات الأجنبية يجب تضمينها المعاملة العادلة والمنصفة، ويجب على المنظمة أن تضمن المعاملة العادلة والمنصفة فيما

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p . 240.

² Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, p. 237.

يخص مجهود المؤسسة، الكفاءات التقنية، تقنيات المواد الأولية والآلات التي تقدم من دولة عضو في المنظمة إلى أخرى.

كما يجب على كل الدول الأعضاء تحديد شروط قبول الاستثمارات الأجنبية على ترابها ؛ وتطبيق الشروط العادلة؛ وكذا الشروط المعقولة الخاصة بملكية الاستثمارات¹، مع العلم أن العديد من الدول لم تصادق على هذه الاتفاقية².

هذا على المستوى الدولي أما على المستوى الجهوي، فإن الندوة الدولية الأمريكية التاسعة قد صادقت على الإتفاقية الاقتصادية لبوغتو، حيث تنص على أن تحصل رؤوس الأموال الأجنبية على معاملة عادلة؛ وعليه فإن الدول تلتزم بأن لا تأخذ إجراءات غير مبررة، وغير معقولة وتميزية التي تؤثر على المصالح المشروعة المكتسبة من طرف رعايا الدول الأخرى بموجب مجهود المؤسسة، رؤوس الأموال، والتقنيات المبذولة من طرف هؤلاء الرعايا³؛ وظهر هذا المبدأ في العديد من الاتفاقيات التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية مع العديد من الدول في إطار معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة.

ولقد أكد مشروع اتفاقية لحماية أملاك الأجانب سنة 1987م الذي لم يعرض للتوقيع على هذا المبدأ حيث تضمنت المادة الأولى منه" بأن الدول الأطراف تلتزم بضمان المعاملة العادلة والمنصفة لأموال رعايا الدولة في الخارج". ويظهر هذا المبدأ في العديد من الاتفاقيات الثنائية للاستثمار المبرمة ما بين الدول النامية والدول في طريق النمو.

¹ OCDE. Documents de travail sur l'investissement international, op.cit, p. 15.

² اتفاقية هافانا للمنظمة العالمية للتجارة .

³ L'article 22 de l'accord stipulait : " Les capitaux étrangers recevraient un traitement équitable. Les Etats membres conviennent par conséquent de ne pas prendre des mesures injustifiées, déraisonnables, ou discriminatoires qui seraient préjudiciables aux droits et aux intérêts légitimement acquis par des ressortissants d'autres pays en raison de l'effort d'entreprise, des capitaux, des compétences techniques, des procédés ou des techniques qu'ils auraient fournis."- il stipulait également que les parties n'imposeraient pas, sans justifications ou des raisons valables d'entraves qui empêcheraient d'autres Etats de se procurer, à des conditions équitables, les capitaux, les compétences techniques et les techniques propres à développer leur économie." L'accord Economique De Bogota , Adopté Au 1948 , Lois De La 9° Conférence International Américaine .

وأصبح في الوقت الحالي، جل أطراف الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمار وحماية المصالح المشروعة تلتزم بوضع هذا المبدأ في هذه الاتفاقيات، هذا فضلا على أن الاتفاقيات الجماعية تنص أيضا عليه. ونذكر في هذا الإطار مشروع قانون بين الشركات العابرة الوطنية، وكذلك اتفاقية إنشاء الوكالة الجماعية لضمان الاستثمارات المصادق عليها في 1985م بالإضافة إلى العديد من النصوص التي أوردت هذا المبدأ.

2- معيار المعاملة العادلة والمنصفة والحد الأدنى في القانون الدولي العرفي

تنشأ المسؤولية الدولية على الدولة التي لا تحترم الحد الأدنى المطلوب في معاملة المستثمرين الأجانب، ورغم أن المعيار الأدنى الدولي المطبق على معاملة أملاك واستثمارات الأجانب كانت دائما محل نظر، وكانت أيضا سببا في بعض الضغوطات ما بين الدول المتقدمة والدول التي هي في طريق النمو، وكما سبق الذكر فإن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة لم تتوصل إلى حد الساعة إلى تقنين مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تلحق بالأجانب.

إن المعاملة العادلة والمنصفة قد عرفت من طرف بعض الفقهاء بأنها إحدى العناصر لمعيار الحد الأدنى للمعاملة الخاصة بالأجانب وأملاكهم المحددة من طرف القانون الدولي¹ ². لقد ذكرت المعاملة العادلة والمنصفة في العديد من الاتفاقيات الدولية خاصة الثنائية منها المبرمة ما بين الدول، خصوصا الولايات المتحدة الأمريكية، فرنسا، اليابان، وبريطانيا.

ولقد وردت في التعاليم الخاصة بالمادة الأولى من مشروع اتفاقية OCDE الخاصة بحماية أملاك الأجانب، حيث أوردت اللجنة هذا المفهوم في إطار حماية واحترام الدولة لأملاك ورعايا الدول الأخرى؛ إذ يعد هذا المبدأ من مبادئ القانون الدولي. ولقد أوردت كذلك لجنة التبادل الحر لألينا "ALENA" في 21 جويلية 2001م تفسيرا إجباريا "بحيث أن المادة 1105 نصت بأن

¹ La norme du traitement juste et équitable dans le droit international des investissements. OCDE. Septembre 2004. N° 2004/3

² Une opinion quelque peu différente mais assez proche a été exprimée par la CNUCED dans l'étude intitulée : "Bilatéral investments treaties in the mid 1990" (1998, selon laquelle cette norme couvre un ensemble de principes de droit, notamment la non-distribution, le devoir de protection de la propriété étrangère au niveau international...

المعيار الأدنى للمعاملة طبقاً للقانون الدولي العرفي تجاه الأجانب مثل المعيار الأدنى المخصص للاستثمارات لرعايا دول في دول أخرى¹.

أما بالنسبة للمنظمات الدولية؛ فقد جاء في دراسة منشورة من طرف مركز الأمم المتحدة حول الشركات العابرة للأوطان، أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة هو معيار في القانون الدولي التقليدي؛ والذي يعتبر أن بعض العناصر في هذا المعيار هي بمثابة المكونات المحددة لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة خاصة عنصر عدم التمييز، وكذلك المعيار الأدنى الدولي، والزامية حماية أملاك الأجانب من طرف الدولة المضيفة².

أما الاجتهاد القضائي فقد أورد في العديد من الأحكام الخاصة بالاتفاقيات الثنائية نذكر منها في إطار التحكيم الدولي، قضية (AAPL) ضد دولة سيريلانكا: ASION AGRICULTURAL Product، حيث أشار المحكم A. Zante، بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتوافق مع المعيار الأدنى الدولي³.

وكذلك الأمر في قضية إلكترونيك سيكيلا Electronica Sicula بين الولايات المتحدة وإيطاليا، حيث ورد في الحكم التحكيمي بتاريخ 20 جويلية 1989م لغرفة محكمة العدل الدولية بأن واجب الحماية والأمن الواردة في معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا، لا تضمن للمستثمر الأمريكي بأن لا تحدث اضطرابات، وإن لا تلجأ السلطات إلى الاستيلاء المؤقت و عليه لا يعد ذلك إخلالاً بواجب الحماية.

وفي رأي آخر اعتبر القاضي Schnebel بأن الإجراءات المتخذة من السلطة الإيطالية هي إجراءات تعسفية وغير معقولة، وبأن الاستيلاء على شركة ELSI، يحرم المساهمين من حقوقهم في

¹ L'article 1105 de l'accord de l'ALENA, Entre En Vigueur Le 01/01/1994 Stipule que Chacune Des Parties Accord Au investisseurs D'une Autre Partie Un Traitement Conforme Au Droit International notariert un traitement juste est équitable Ainsi Qu'une Protection Et Une Sécurité Intégrale, OCRE , op.cit, p. 8.

² Centre international des Nations Unies sur les sociétés internationales. Bilatéral investîmes Traities 1988, OCDE, op.cit, p. 14.

³ تتلخص هذه القضية في أن مزرعة تربية الجمبري (AAPL) كانت تقع في منطقة سيريلانكا، ووقعت تحت سيطرة الثوار التامول Tamouls وأثناء هجوم القوات الحكومية، حيث قتل صاحب المزرعة كما دُمرت المزرعة عن آخرها، ولم يحدد إن كانت الأضرار حدثت بفعل الثوار أو القوات الحكومية.

المراقبة، وبالتالي تعد هذه الإجراءات خرقاً لمبادئ المعاملة العادلة¹. ولقد جاء في القرار الخاص بالقواعد البترولية بين جمهورية إيران الإسلامية والولايات المتحدة الأمريكية سنة 1996م، وبعد دراسة المعاهدة بين الدولتين الخاصة بالوفاق، والعلاقات الاقتصادية والحقوق القنصلية لسنة 1995م. حيث نصت المادة الرابعة(4) من المعاهدة بالزامية معاملة الشركات للطرف الآخر بصفة عادلة ومنصفة، وتوجد العديد من القضايا حول المعاملة العادلة والمنصفة.

3- معيار المعاملة العادلة والمنصفة وفق التحكيم

إن الاختلاف في مفهوم هذا المعيار؛ كان سبباً في بروز نقاش حاد حول دور هذا المبدأ في حماية الاستثمارات الدولية والإكراه التي تمس سيادة الدول، ورغم أن كل المعاهدات الثنائية بين الدول تنص على هذا المعيار، إلا أن الاختلاف يبقى وارد في تحديد مفهومه بدقة، ويورد الأستاذ Muchlinski في كتابه الشركات المتعددة الجنسيات والقانون لسنة 1995م، بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة ليس معرف بدقة، ويعتمد على تفسير الوقائع الخاصة، ومن ثم يحيل الأمر على مبدأ عدم التمييز، والنسبية في المعاملة الخاصة بالمستثمرين الأجانب².

وبخصوص تنفيذ معيار المعاملة العادلة والمنصفة، فقد قامت المحاكم التحكيمية بعمل كبير في هذا الإتجاه، وتجاوزت العلاقة ما بين هذا المعيار والمعيار الأدنى للمعاملة في القانون الدولي العرفي، لتعكف على تحديد عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة حيث يمكن تقسيم هذه العناصر إلى خمسة أقسام وهي³:

أ- واجب السهر والحماية *Vigilance et protection*.

ب- العناية والاهتمام.

ج- الشفافية.

¹ CIJ , Chambre , Arrêt Du 20/07/1989 , Affaire De L'électronique Sécula, S.p.a , Etats-Unis contre Italie

² Le concept de traitement juste est équitable n'est pas défini avec précision. Il constitue un fondement général permettant de formuler un argument selon lequel l'investisseur étranger n'a pas été bien traité en raison de mesures discriminatoires ou inéquitables prises à l'encontre de ses intérêts. Son contenu dépend donc de l'interprétation de faits particuliers. On peut tout au plus affirmer qu'il renvoie au principe de non-discrimination et proportionnalité dans le traitement réservé aux investisseurs étrangers, p. Muchcaluski , multinational enterprises and the law, 1995, p.625.

³OCDE, op.cit, p.28.

د- النية الحسنة.

ه- العناصر الذاتية للعدالة.

أ- واجب السهر والحماية: انه واجب العمل بكل حرص على حماية استثمار الأجنبي من طرف سلطات الدولة المضيفة، ولتحديد عمل دولة أو عدم قيامها بالعمل ؛ إن كان تقصيرا للمعاملة العادلة والمنصفة وكذلك الحماية والأمن والتأمين، وكثيرا ما يتضمن هذا المعيار في المعاهدات الثنائية بين الدول، خاصة إذا تعرضت الاستثمارات الأجنبية لأضرار كان السبب فيها أحداث عنف وشغب، ولأجل ذلك فقد أعتبر واجب السهر والحماية معيارا مشتقا من القانون الدولي العرفي.

ويؤكد ألفريد فارديروس Alfred VERDROSS "بأنه في كل إجراءات الردع يجب على الدولة أن تقوم كما في إجراءات المنع بنشاط دولة عادية، ومن ثم يمكن التقييم طبقا للحد الدولي إن كانت إجراءات المنع كافية من وجهة القانون الدولي"¹.

ويسير في نفس الإتجاه المركز الدولي CIRDI في قضيتين الأولى ما بين (AMT) American Manufacturions and Train ضد الجمهورية الكونغو الديمقراطية ، حيث أعتبر بأن الكونغو لم تقم باحترام المعيار الأدنى المطلوب في القانون الدولي ، وأن الكونغو لا يستطيع الاستناد على التشريع الوطني للتهرب من واجب الحماية وتوفير الأمن الكاملين².

أما في القضية الثانية ما بين ENA Hôtels LTD للمملكة المتحدة ضد دولة مصر ، حيث أشتكى المدعي ضد شركة عمومية مصرية بعد قيام هذه الأخيرة Egyptien Hôtels Compagnie (EHC) بالاستيلاء على فندقين كانا محل عقد لتجديدهما من قبل الشركة الأولى، حيث أعتبر المركز الدولي في الحكم بأن دولة مصر عليها واجب السهر، حيث ينبغي عليها أخذ جميع

¹ VERDOSS Alfred, Les règles internationales concernant le traitement des étrangers. R.C.A.D.I , 1929, p. 335.

² « L'obligation d'accorder un traitement juste et équitable et la protection et la sécurité constitue une obligation de garantie de protection et de sécurité des investissements effectués par des ressortissants et des sociétés de l'autre partie. L'obligation incombant au Congo une obligation de vigilance, qui signifie que le Congo prendra toutes les mesures nécessaires pour assurer que l'investissement des USA bénéficie d'une protection et d'une sécurité totale et ne peuvent invoquer sa propre législation pour se soustraire à cette obligation. Le Congo doit établir la preuve qu'il a pris toutes les mesures de précaution voulues pour protéger les investissements d'AMT sur son territoire. »

الإجراءات المعقولة من أجل استعادة الاستثمارات من الحماية والأمن، ولا يمكن الاستناد على القانون الوطني لعدم التقيد بهذا الالتزام.

ومن خلال هذه القضايا يتبين بأن الاستناد على القانون الدولي غير مقبول في مواجهة معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وأحد عناصرها هو الالتزام بالسهر على حماية وتأمين الاستثمارات الأجنبية.

ب- العناية والاهتمام (Diligence): إن العنصر الثاني لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة هو إيلاء العناية الكاملة من طرف الدولة للمعاملة العادلة، وفي هذا المجال فإن أغلب القضايا المطروحة تندرج في امتناع القاضي عن الحكم أو بمعنى آخر عدم الاهتمام والعناية، ويشمل مبدأ امتناع القاضي عن الحكم في معناه الواسع: الأخطاء في الإجراءات والأخطاء المرتكبة من طرف المحاكم وهي الإجراءات غير القانونية والأحكام الظالمة¹. ولقد أعتبر هذا المبدأ من بين مبادئ القانون الدولي العرفي؛ ويؤدي إلى المسؤولية الدولية للدولة التي تقوم بأفعال تعسفية اتجاه الأجانب.

ويتضمن هذا المبدأ القيام أو الامتناع عن القيام بأعمال السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، أما بالمفهوم الضيق لهذا المبدأ فهو عدم السماح للأجنبي بالتوجه للمحاكم الوطنية، أو إهمال هذه المحاكم بإصدار الأحكام حول القضايا المطروحة من قبل هذا الأجنبي.

وبالعودة إلى قضية *Electronica Sicula (ELSI)* للولايات المتحدة الأمريكية ضد إيطاليا فإنه يتبين أن غرفة محكمة العدل الدولية² فسرت المادة الأولى من الاتفاق الإضافي الذي يمنع بعض الإجراءات التعسفية والتمييزية في إطار تنفيذ القانون، وأن اعتبار أي عمل ما غير شرعي طبقاً للقانون الداخلي، هو حتماً كذلك بالنسبة للقانون الدولي.

ج- الشفافية: لقد اعتبرت محاكم التحكيم الدولي في بعض القضايا الحديثة بأن المفهوم الجديد نسبياً الخاص بالشفافية، الذي لا يعد أحد المكونات في القانون الدولي العرفي، كما ذهب بعض

¹ OCDE, op.cit, p.31.

² CIJ, Arrêt Du 20/07/1989 , Affaire Electronique, Sicula, op.cit, p.

المحاكم التحكيمية في تعريفها للمعاملة العادلة والمنصفة إلى الاعتماد على مبدأ الشفافية، والذي يعد حديثاً ولا يمكن اعتباره معياراً في القانون الدولي العرفي.

ولقد قررت محكمة التحكيم في قضية Mehalla Corporation ضد المكسيك بأن غياب قاعدة واضحة المحددة لمنح رخص البناء في المكسيك كانت سبباً في نقص الشفافية في نشاطات واستثمارات ماتاكلاد Metalclad، وقررت المحكمة بأن المكسيك لم يسهر على الشفافية المطلوبة طبقاً للمادة 1082 من طرف ALENA¹ وعليه فقد تم خرق معيار المعاملة العادلة المنصوص عليها في المادة 1105، وتم تحديد مفهوم الشفافية بضرورة إبلاغ كل المستثمرين بكل المتطلبات القانونية التي يقتضيها الإستثمار.

د- النية الحسنة: لقد اعتبرت المحكمة التحكيمية بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في قضية Terme SA ضد المكسيك بموجب القرار 02 بتاريخ 2003م²، بأن الالتزام بالمعاملة العادلة والمنصفة يعد تعبيراً وعنصراً من مبدأ النية الحسنة في القانون الدولي.

إن خرق هذا المبدأ يؤدي بالضرورة إلى اعتبار سوء نية الدولة المضيفة. لأنه يعتمد على توقعات المستثمرين من الدولة المضيفة إذ تعاملهم بكل شفافية وبدون تعسف. واعتبرت المحكمة بأن تصرف المكسيك يعد خرقاً للضمانات الخاصة بالمعاملة العادلة والمنصفة المذكورة في المعاهدة الثنائية للاستثمار.

هـ- العناصر الذاتية للعدالة: بناء على قضية TALBOTIN ضد كندا وبموجب القرار بتاريخ 10 أبريل 2001³ المتضمن قبول الدعوى، واعتبرت بأن المادة 1105 تبدو بأنها تتضمن العناصر الخاصة بالمعاملة العادلة والمنصفة؛ وكذلك الحماية والأمن؛ وهما من متطلبات القانون الدولي. وفي القرار الثاني الخاص بالأضرار⁴ وبعد تأويل لجنة التبادل الحر، قبلت بأنه يمكن أن يكون تأويلها مخالفاً لتأويل اللجنة، وهنا طرحت مسألة إن كان مفهوم عناصر المعاملة العادلة والمنصفة في القانون الدولي العرفي يختلف عن العناصر التي تكون المعايير العادية المطبقة في الدول الأعضاء في ألينا ALENA.

¹ Décision rendue dans l'affaire METALCLAD : OCDE. 2004, op.cit, p.40.

² Décision du 29 mai 2003 concernant l'affaire TENICAB Mediombiatales Techned. S.A contre les Etats Unis du Mexique ARB AF/00/02

³ Décision sur la recevabilité du 10 avril 2001 considérant l'affaire POPE & TALBOTIN contre le gouvernement du Canada.

⁴ Décisions sur les dommages du 31 mai 2002.

وتوصلت المحكمة إلى أن تطبيق التأويل المقيد ، يؤدي كذلك إلى نفس النتائج المتوصل إليها في قرارها الثاني، وبصفة عامة فإن تحليل قرارات التحكيم التي حاولت تطبيق معيار المعاملة المنصفة والعادلة، يظهر أن أغلبها تذكر العنصرين التاليين: "العناية المطلوبة، واحترام الإجراءات القانونية (غياب امتناع القاضي عن الحكم والتعسف)؛" أما البقية فنذكر العناصر الأخرى المتعلقة بالشفافية وحسن النية باعتبار أن المبدئين الأولين هما عناصر ثابتة في القانون الدولي العرفي¹.

المبحث الثاني: الاتفاقيات الثنائية أداة لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج.

لقد أصبح الإستثمار الدولي يقوم بدور أساسي في الدول المضيفة²؛ لذلك تسعى الدول غالباً إلى جلب الاستثمارات الدولية سواء كانت خاصة أو عامة من أجل تدعيم قدرتها التنموية، والرفع مستوى معيشة سكانها.

ويناسب الإستثمار الدولي الخاص، أي ما تقوم به الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية ؛ رغبة الكثير من الدول النامية من أجل إنماء اقتصادها، حيث أن هذا الإستثمار يهدف أساساً إلى تحقيق الربح وتوسيع هذه الاستثمارات، على عكس الاستثمارات العامة للدول التي تكون من ورائها أملاءات سياسية معينة، وتسيرها في الغالب الاعتبارات السياسية، وتلجأ الدول التي تملك الكثير من الإمكانيات، ومنها الدول الكبرى، إلى الإستثمار الدولي من أجل تطوير أكبر لاقتصادها، وللتوسع في هذا الموضوع سأتطرق في هذا المبحث إلى تدويل الإستثمار الدولي، بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار الدولي.

المطلب الأول: تطور تدويل الإستثمار

بداية ينبغي تعريف الإستثمار الدولي ؛ وذلك لأن القانون الدولي لا يعطي تعريفاً محدداً لهذا المصطلح، نتيجة لوجود اختلافات كبيرة حول الموضوع³؛ وهو ما يؤكد تعدد التعاريف المتضمنة في الاتفاقيات الثنائية والجماعية، وفي المقابل فإن الدول ومن خلال إبرامها للعديد من

¹ OCDE. N° 2004/3, op.cit, p . 43.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، 2006م ، ص . 1.

³ CARVEA, Dominique & JUILLARD Patrick, op.cit, p . 395.

الاتفاقيات الثنائية ؛ فإنها تعني به كل عنصر من الأملاك والأصول المستثمرة من قبل مستثمري الدولتين المتعاقبتين، على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، أما اتفاقية واشنطن 1965م حول تسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وفي المادة الخامسة والعشرين(25) التي تنص على أنه¹ "يختص المركز بالمنازعات القانونية الناشئة مباشرة عن الإستثمار، ويتطلب انعقاد اختصاص المركز أن يتوفر شرطان هما:

1- أن يكون النزاع ناشئا مباشرة عن الإستثمار .

2- أن يكون النزاع قانونيا .

ويرى المحكم دوبي " DUPUY " في تحكيم قضية TEXACO ضد الحكومة الليبية أن هذه العقود هي عقود تنمية اقتصادية لها أهمية بالنسبة للدولة المضيفة، وتخلق نوعا من التعاون الطويل بين الدولة المتعاقدة والطرف الأجنبي ؛ وتتضمن نصوصا تهدف إلى تحقيق البناء التشريعي، وعدم مساس بالعقد وإخضاعه لنظم خاصة أو للقانون الدولي، حماية للطرف الخاص المتعاقد مع الدولة من سيادة الدولة التي تستخدمها لتعديل العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة.

الفرع الأول: تطور تدويل الإستثمار

تطرح كثيرا إشكالية عقود الدولة المبرمة مع شخص أجنبي، وخضوعها لقواعد القانون الدولي العام، حيث يرى فقهاء هذا القانون أن جميع المسائل تصلح أن تكون محلا للتنظيم الدولي وإعمال قواعد القانون الدولي العام².

غير أنه يوجد فريق آخر من الفقهاء ؛ من يرى بأن وجود أحد الأطراف وهو الشخص الأجنبي الخاص؛ الذي لا يعتبر من الأشخاص الدولية، إلا أن فكرة تدويل عقود الاستثمار، هي فكرة تخضع ابتداء إلى قواعد إتفاقية موجودة أصلا ما بين شخصين من أشخاص القانون الدولي (اتفاقية بين دولتين أو أكثر)، كما أن مسألة الجزم بمدى صلاحية إعمال قواعد القانون الدولي العام على عقود الدولة في الوقت الراهن ؛ تتوقف على مدى تكريس مصادر القانون الدولي لفكرة التدويل

¹ المادة 25 من إتفاقية واشنطن 1965 المتعلقة بتسوية منازعات ما بين الدول ورعايا الدول في الخارج .

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.699.

؛ وهذا حسب ما تراه الأستاذة حفيظة السيد الحداد¹ في كتابها العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية.

إن جل الدول ضمننت تشريعاتها الوطنية الخاصة بالأحكام المتعلقة بترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، سواء كان ذلك بإرادتها أو مكرهة². وإن أكثر من 95% من دول الأمم المتحدة قد أبرمت على الأقل اتفاقية دولية حول ترقية وحماية الإستثمار، ولقد عرف إبرام هذه الاتفاقيات تطورا كبيرا خاصة بعد سنوات الثمانينات، حيث يمكن أن نذكر هنا فترتين ؛ وهذا حسب دراسة لمؤتمر الأمم المتحدة حول التجارة والتنمية CNUCED لسنة 2008م. فالمرحلة الأولى، تبدأ من انتهاء الحرب العالمية الثانية إلى غاية 1989م، أما المرحلة الثانية فتمتد من 1989 إلى غاية يومنا هذا.

المرحلة أولى: من نهاية سنة 1945م إلى غاية سنة 1989م

وتمتد هذه المرحلة من انتهاء الحرب العالمية الثانية 1945م إلى غاية انهيار الإتحاد السوفياتي والمعسكر الاشتراكي، والاتجاه إلى الاقتصاد الحر من قبل جل الدول المنتمية لهذا المعسكر.

وتميزت هذه المرحلة بالاختلافات العميقة ؛ ما بين أعضاء المجموعة الدولية بخصوص درجة الحماية التي يوفرها القانون الدولي العرفي للاستثمارات الأجنبية ضد المعاملة الوطنية من طرف الدولة المضيفة ، وخاصة النقاش الحاد بين الدول المتعلق بالسيادة على الموارد الطبيعية من جهة؛ وعملية التأميمات التي عرفتتها سنوات الستينيات والسبعينيات من القرن الماضي، كما سلف الذكر، وفي المقابل فإن الدول الغربية وأمريكا الشمالية ساندت بقوة تحديد القانون الدولي العرفي قاعدة الحد الأدنى المطلوب تطبيقها على الأجانب.

¹ LABEN, Charles. L'évolution du droit international des investissements, Octobre 2000 .
<http://www.jurispublic.com/dr/mae/deinvts.html> .

² CNUCED, Définition des règles internationales en matière d'investissements. Etat des lieux, défis à relever et perception, New York, Genève, 2008.

ولقد كانت أول محاولة لإيجاد إطار جماعي لحماية الاستثمارات، هي المفاوضات حول مشروع ميثاق هافانا 1948م، الذي كان يهدف إلى إنشاء منظمة دولية للتجارة، ونظرا لمحاولة الولايات المتحدة الأمريكية إضفاء بعض الضمانات للاستثمارات الأجنبية، فقد أجهضت بسبب الاختلاف حول المعيار الدولي الأدنى¹.

ونظرا للفشل السابق حول إيجاد إطار جماعي لحماية الاستثمارات ، فلقد حاولت البلدان المتقدمة إيجاد إطار جهوي، تكفل بالنجاح متمثلا في إنشاء المجموعة الاقتصادية الأوروبية سنة 1957م وأصبحت تعرف فيما بعد بالإتحاد الأوروبي.

ونذكر أيضا إنشاء الوحدة الاقتصادية العربية 1957م، وكذلك معاهدة 1973م المتعلقة بإنشاء مجموعة الكاراييب، ويلاحظ من هذه التجمعات تناسق دولها من حيث مستوى التقدم والتنمية الاقتصادية، وتبقى المجموعة الاقتصادية الأوروبية الأكثر انسجاما، لأنها استطاعت أن تفرض القواعد القانونية الدولية على باقي الدول والمجموعات الاقتصادية الأخرى.

وكانت الولايات المتحدة الأمريكية من بين الدول الأولى التي قامت بإبرام معاهدات الخاصة بالصدقة والتجارة والملاحة البحرية ابتداء من سنة 1945م²، وتضمنت هذه المعاهدات أحكاما خاصة بحماية الملكية والمعاملة العادلة والمنصفة؛ والتعويض الفعلي والسريع والملائم في حالة نزع الملكية.

وفي سنة 1959م كانت الاتفاقيات المبرمة بين ألمانيا وباكستان حول الإستثمار ، تم تبعتها سنة 1960م العديد من الدول الأوروبية، من الإتفاقيات الأولى في هذا المجال التي أبرمت أولى عقودها الخاصة بحماية الاستثمارات.

وفي هذه المرحلة الأولى اتخذت الولايات المتحدة الأمريكية نموذجا للاتفاقيات الثنائية حول ترقية وحماية الاستثمارات. ورغم أن هذا النموذج لم يلق ترحيبا من طرف الدول الأخرى التي هي في طريق النمو³ ؛ وكذلك من طرف بعض الدول المتقدمة على أساس أن هذه العقود غير متوازنة

¹ CNUCED, op, cit, p.8.

² CNUCED, op.cit, p .8.

³ Dominique CAREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p. 435.

مفضلة مصالح المصدرين للاستثمار على حساب مصالح المستوردين له، غير أن قوة المفاوضة الأمريكية استطاعت أن يحظى هذا النموذج بالقبول من طرف الدول الأخرى، الذي يعتمد كثيرا على معيار المعاملة الوطنية، سواء في مرحلة الإستثمار أو بعد الإستثمار¹.

وتتميز هذه الاتفاقات الثنائية للاستثمار، بأنها تبرم ما بين دولتين وعادة ما تكون ما بين دولة متقدمة اقتصاديا وأخرى في طريق النمو، وتتعلق خاصة بترقية وحماية الاستثمارات².

ولقد أبرمت خلال عشر سنوات من 1959م إلى 1969م حوالي 72 اتفاقية ثنائية للاستثمار، وعرفت سنوات السبعينات إبرام 166 اتفاقية، غير أنه خلال سنوات الثمانينات تضاعف العدد ليصل إلى 386 اتفاقية، ويظهر أن هناك تصاعدا في إبرام الاتفاقيات الثنائية بين الدول، رغم التردد الذي كانت تبديه الدول خصوصا بالنسبة للنموذج الأمريكي، وخلال هذه المرحلة لم تتوقف المحاولات من أجل إبرام اتفاقيات جماعية.

المرحلة الثانية: إبتداء من سنة 1989م إلى غاية يومنا هذا

لقد تميزت هذه المرحلة بالتغيرات الكبيرة التي عرفها العالم من جراء الانفتاح على كل المؤسسات، وكذلك التحولات الاقتصادية والسياسية التي أثرت في كل الدول ؛ هذا فضلا عن نهاية الحرب الباردة وظهور القطبية الأحادية بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية، كما عرفت هذه المرحلة تطورا كبيرا في إبرام المعاهدات والاتفاقيات الثنائية والجماعية.

ونظرا لتقلص البنوك التجارية بفعل أزمة الديون ؛ فإن الدول في طريق النمو لم تجد بدا من الإلتجاء إلى الإستثمار الأجنبي بهدف تطوير البنية التحتية وتحريك اقتصادياتها، حيث أصبح الإستثمار الدولي من أهم الموارد لتنتقل رؤوس الأموال، ومصدرا لنقل التكنولوجيا والتكوين والدخول إلى الأسواق العالمية³. وتميزت هذه المرحلة أيضا بصعود اقتصاديات آسيا الشرقية، التي غزت منتجاتها باقي دول العالم، كما شهدت تحول دول أوروبا الشرقية إلى انتهاج اقتصاد السوق.

¹ Dominique CAREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p. 435.

² CNUCED, op. cit, p.9.

³ CNUCED, op. cit, p.11.

ولقد شكلت الاتفاقيات الثنائية حيزا مهما في إبرام الاتفاقيات في مجال الإستثمار، فإذا كانت 400 اتفاقية أبرمت خلال ثلاثين سنة التي سبقت سنة 1989م، فإنه في المقابل قد أبرمت أكثر من 2000 اتفاقية ثنائية خلاله خمس عشرة سنة التي تلت سنة 1989م¹. ونكتشف من خلال دراسة الاتفاقيات أنها تعد بشكل صريح ، وفي أحيان أخرى بشكل ضمني خاضعة للقانون الداخلي للدول، غير أن المسائل المتعلقة بالملكية الصناعية أو إنشاء شركات، وحقوق براءات الاختراع ؛ تعد تصرفات قانونية دولية².

وإذا كان المستثمر الأجنبي لا يتمتع إلا بالحقوق التي يقرها القانون الداخلي للدولة، فإن هذا لا يعني أنه يقع ضحية لهذه الدولة، وذلك لأن الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين دولته والدول الأخرى، تمنحه العديد من الحقوق والضمانات التي تحميه من أي تعسف من سلطات الدولة المضيفة³، هذا فضلا أن المنازعات التي قد تنشأ ما بين الدولة والمستثمر الأجنبي تخضع في غالب الأحيان إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار الذي يتم تنفيذه على أراضيها.

وترى الأستاذة حفيظة السيد الحداد بأن هناك تزايدا مستمرا في عدد الاتفاقيات الثنائية التي تخول للمستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة الحق في مخاطبة القضاء الدولي ؛ أي المركز الدولي لفض النزاعات الناشئة عن الإستثمار، وذلك دون الحاجة لأن يثبت هذا الطرف أن الحقوق المدعى بها من قبله مصدرها القانون الدولي.

ويمكن في هذا الإطار أن نذكر اتفاقيتين قبل هذه المرحلة أبرمتا ما بين الجزائر وفرنسا بعد انتهاء الاحتلال الفرنسي في الجزائر، وكذلك الإتفاقية المبرمة بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية وفق إتفاق الجزائر سنة 1981م، حيث أشارت هاتان الاتفاقيتان إلى إنشاء محكمة دولية يحق للأطراف الخاصة عرض منازعاتهم عليها⁴.

¹ CNUCED, op. cit, p.12.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.706.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص.706.

⁴ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص.707.

وفيما يخص اتفاقية "إيفيان" الموقعة ما بين الجزائر وفرنسا، فقد جاء في الفصل الخامس أن النظر في المنازعات البترولية ، يكون من اختصاص محكمة تحكيمه دولية، حيث يقوم كل طرف باختيار محكما، ويتولى هذان المحكمان اختيار محكم ثالث ؛ وفي حالة الاختلاف يقوم رئيس محكمة العدل الدولية باختياره¹، ولقد اعتبرت الحكم التحكيمي نافذا دون الحاجة إلى إصدار أمر تنفيذي ومستبعدة كل طعن في هذا الحكم².

ولقد جاء في المرسوم رقم 63-384 المؤرخ في 14/09/1963م المتضمن نشر الاتفاق الجزائري-الفرنسي؛ حول التحكيم وملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26/06/1963م ؛ ليؤكد على إلزامية التحكيم الدولي التجاري للمنازعات التي قد تنشأ ما بين الجزائر وفرنسا، حيث نصت المادة الثالثة من المرسوم السالف الذكر؛ على جعل النظر في النزاعات الناشئة بين الدولتين من اختصاص محكمة التحكيم الدولية، كما اعتبرت أن الحكم التحكيمي نافذا دون اشتراط الإجراءات التنفيذية بعد ثلاثة أيام من صدوره في إقليم البلدين.

ولقد جاء هذا المرسوم لتأكيد ما جاء في اتفاقية أيفيان، وأن هذه المحكمة كانت مخصصة لأصحاب حقوق الامتياز المدنية والنقل الممنوحة من قبل الحكومة الفرنسية، والتي قامت الحكومة الجزائرية بمصادرتها؛ ولهذه المحكمة أعمال قانون البترول وفق الإعلان الموقع في 1962م، والذي يعد معاهدة دولية؛ وأن تحكم المحكمة التحكيمية في حالة عدم وجود نصوص صريحة بالمبادئ العامة للقانون³.

¹ محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، 2003م، ص.13.
² المادة الرابعة من إتفاقية إيفيان، 19 مارس 1962، نصت على أن فرنسا والجزائر تحلان النزاعات الناجمة عن علاقتهما عن طريق أدوات التسوية الودية حيث تلجأن سواء إلى المصالحة أو التحكيم في حالة عدم الاتفاق على هذه الإجراءات ويمكن لكلا الدولتين أن تخطر محكمة العدل الدولية.
³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 708.

ولقد تم تطبيق المبادئ العامة للقانون في النزاع بين الجزائر والشركة الفرنسية TRAPAL بتاريخ 1964/04/09م المتعلق بإنجاز أنبوب الغاز الثالث (Oléoduc) الرابط بين حاسي مسعود وأرزيو ، وذلك بعدم توصل الطرفين إلى تسوية ودية أخضع هذا النزاع لاتفاق 1963م¹.

وكذلك فإن مشكلة الأسرى الأمريكيين لدى إيران، وتجميد الأموال الإيرانية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1981م، كانت سببا في إبرام اتفاقية في الجزائر وقعت بتاريخ 20 جانفي 1981م، الأمر الذي أدى إلى تشكيل محكمة دولية تختص في الفصل في المنازعات ما بين إيران والولايات المتحدة أمريكية مكونة من 03 قضاة ؛ تختص بالنظر في المسائل التي يقوم بها أحد رعايا الدولة في الخارج لكلي الطرفين والتي يقوم أحد الأطراف برفعها أمام هذه المحكمة، وأيضا الطلبات ، التي تقدم من طرف الدولة المضيفة².

وتطبق هذه المحكمة قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي مع الأخذ بعين الاعتبار العادات التجارية والشروط التعاقدية، وهي تختص بالنظر في دعاوي رعايا الدولتين، فهذه المحكمة مختلطة، فهي محكمة تحكيم تجاري وكذلك محكمة تحكيم دولية تختص بتحديد المسؤولية الدولية للدولة في مواجهة الدول الأخرى³.

ومن هنا فإن الاتفاقيتين المؤسستين للمحكمتين الدوليتين، تركز كل منهما إعمال قواعد القانون الدولي العام ؛ دون أن يكون مصدره سلطة إرادة الأطراف المتعاقدة، غير أنه لا يستثنى الاستناد إلى القواعد القانونية الأخرى المنصوص عليها في الاتفاقيتين، وهذا الشكل من المحاكم التحكيمية، فرضته الظروف الاستثنائية، حيث تمت بعد مفاوضات في ظروف خاصة، وصراع عسكري وسياسي متميز ؛ كما أنهما أتيا بعد ثورتين شعبيتين.

وتجدر الإشارة أنه في العقد الأول من هذا القرن، تم اللجوء إلى إبرام اتفاقيات التبادل الحر، حيث قامت العديد من الدول بالتفاوض على إبرام اتفاقيات ثنائية ، وتتضمن هذه الاتفاقيات؛ فضلا

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص.15.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.708.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص.709.

عن الاستثمارات بالشكل الذي تتضمنه الاتفاقيات الثنائية (ABI)، وبعبارة أخرى، تبدو أحكام الاتفاقيات الثنائية كأنها أدمجت في اتفاقيات التبادل الحر.

وأيضاً فإنه في الغالب يبرم الاتفاق ما بين دولة متقدمة ؛ وأخرى في طريق النمو خصوصاً بعد سنة 2000م ؛ منها الاتفاقيات التي أبرمتها الولايات المتحدة الأمريكية التي تتضمن بالتفصيل القواعد الخاصة بتسوية المنازعات ما بين المستثمرين والدول¹.

وإن كانت الاتفاقيات الثنائية للاستثمار عرفت تقدماً كبيراً خلال التسعينيات ؛ فإن المجال فسخ خلال العقد الأول من هذا القرن إلى الاتفاقيات الدولية للاستثمار، وكذلك اتفاقيات التبادل الحر مع تراجع شكل الاتفاقيات الثنائية (ABI)؛ كما عرفت هذه المرحلة مراجعة هذه الاتفاقيات من أجل تحسينها وكذلك تحديد التوازن ما بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة في الاتفاقيات الدولية.

وهناك شكل آخر للاتفاقيات المتعلقة بالازدواج الضريبي ؛ حيث تجاوزت هذه الأخيرة في سنة 2007م أكثر من 2700 اتفاقية ما بين الدول، خصوصاً ما بين الدول المتقدمة والدول التي هي في طريق النمو².

أما الشكل الآخر فهو الاتفاقيات التفضيلية للتجارة والاستثمار ، حيث تجاوزت 254 اتفاقية في نهاية سنة 2007م، وتتميز هذه الاتفاقيات بأنها تنص على التزامات قهرية للأطراف في مجال القبول والحماية للاستثمارات.

وعلى العموم فإن الاتفاقيات الثنائية (ABI) الكلاسيكية، تفضل الحماية على الاستثمارات الأجنبية، هذا فضلاً أن بعضها يتضمن أحكاماً أكثر تفصيلاً خاصة في مجال الحماية. وتحتوي الاتفاقيات الثنائية (ABI) المبرمة ما بين الدول على الأقل أربعة أحكام هي³:

1- أحكام المتعلقة باستقبال الإستثمار.

2- أحكام حول معاملة هذه الاستثمارات.

3- حماية وضممان الاستثمارات.

¹ CNUCED, op. Cit, p.15.

² CNUCED, op.cit, p. 21.

³ LABEN Charles, op.cit, par : 3.

4- تسوية المنازعات بين الأطراف المتعاقدة.

الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة باستقبال ومعاملة الاستثمارات

1- الأحكام المتعلقة باستقبال الاستثمارات

إن الاتفاقيات الثنائية المبرمة ما بين الدول تستمد القواعد والشروط المتعلقة باستقبال الاستثمارات من النموذج الأوروبي، وباعتبار أن الإستثمار يخضع إلى القانون الداخلي للدولة، يمكنها أن تختار المجالات الاقتصادية التي يمكن للمستثمر الأجنبي أن ينشط فيها، فيمكن للدولة أن تستقبل الاستثمارات في جميع القطاعات الاقتصادية، كما أن لها الحرية في أن تفتح الإستثمار في قطاعات معينة، وتترك قطاعات أخرى إلى المستثمرين الوطنيين، وللدولة أيضا السلطة في أن تمنح بعض القطاعات لدول معينة بذاتها، ويدخل هذا ضمن سيادة الدول، ويبقى استقبال الإستثمار من المجالات الخاصة التي تمارس الدولة اختصاصاتها¹.

وفي هذا المجال فإن الولايات المتحدة الأمريكية وبموجب الإتفاقية النموذج بتاريخ 1982م-1983م المتعلقة بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، التي تنص المادة الأولى منها على التزام الأطراف بتوفير المناخ المناسب في إقليم كل دولة لرعايا الدولة الطرف الثاني، وتسمح بتكوين واكتساب الاستثمارات حسب شروط المعاملة التي يحوزها رعايا الدولة المستقبلة للاستثمار أو حسب الشروط التفضيلية الممنوحة لرعايا دولة أخرى².

من هنا فإن الملاحظة العامة تبين أن الاتفاقيات الثنائية تتخذ أحد النموذجين، إما النموذج الأمريكي أو الأوروبي، اللذان يلتقيان في الهدف المتمثل في ترقية وحماية الاستثمارات. وفي هذا

¹ LABEN Charles, op.cit, par : 3.

² L'article 1^{er} stipule "Chacune des parties s'engage à maintenir un climat favorable sur son territoire par les investissements des nationaux et sociétés de l'autre partie, et permettra la constitution et l'acquisition des investissements à des termes et conditions qui accordent un traitement non moins favorable que le traitement accordé, dans des situations semblables, aux investissements de ses propres nationaux ou sociétés, ou aux nationaux ou sociétés des Etats liés, si ce dernier est plus favorable.", convention 1982, 1983 portant convention type, USA .

الإطار أبرمت الاتفاقيات الثنائية ما بين الدول المتقدمة والدول في طريق النمو، كما يوجد الكثير منها أبرمت بين الدول في طريق النمو¹.

والفرق بين النموذجين هو أن النموذج الأمريكي السالف الذكر هو في التأسيس أو إنشاء الإستثمار، حيث أن النموذج الأوروبي لا يطبق الأحكام إلا بعد إنشاء الإستثمار، أما النموذج الأمريكي يطبق ما قبل الإنشاء، غير أن كلي النموذجين يغطيان أكبر المجالات: القبول، المعاملة، التحويل، اليد العاملة، نزع الملكية، تسوية المنازعات.

ويضاف إلى ذلك أنه في كلي النموذجين لكل طرف الحق في أن يحتفظ باستثناءات، كما أنه في كليهما يمكن أن يحتوي على استثناءات عامة، وهذا من أجل مواجهة حالات خاصة بكل بلد، مثل مشاكل الميزان التجاري، الجبائية، أو انشغالات أخرى مثل الأمن الوطني أو النظام العام. ويمكن أن نفرق بين النموذجين من خلال الضريبة، فالنموذج الأوروبي ينظم الضريبة مثل حقوق الدخول، وكذلك إقامة الأجانب، على عكس النموذج الأمريكي.

كما يستمد النموذج الأوروبي أحكامه من مشروع الإتفاقية الجماعية لحماية أملاك الأجانب، التي أعدت في بداية 1966م عن طريق منظمة (OCDE)، وفي هذا السياق يرى الأستاذان باتريك جوليار ودومنيك كارو، بأن هذا النموذج يراعي سيادة الدول في طريق النمو المتعاقدة².

ويؤكد النموذج الفرنسي هذا الإتجاه، حيث ينص في المادة الثانية "على كل الطرفين المتعاقدين قبول وتشجيع في إطار التشريعات الوطنية وأحكام هذه الإتفاقية، الاستثمارات المقامة من طرف الرعايا والشركات الطرف الآخر في إقليم الدولة المضيفة ؛ وكذلك في المنطقة البحرية".

¹ OCDE. Documents de travail sur l'investissement international. Relations entre les accords internationaux sur l'investissement. 2004. p. 3

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 425.

2- الأحكام الخاصة بمعاملة الاستثمارات

بعد تأسيس الإستثمار طبقا للقانون الداخلي للدولة ؛ الذي ينبغي أن يتماشى مع الاتفاقيات الثنائية التي أبرمت مع الدول الأخرى، وهذا طبقا لأحكام القانون الدولي؛ ومن هنا يمكن الحديث عن تدويل نظام الإستثمار، وذلك على أساس التزام الدولة بأحكام الإتفاقية التي تحمي المستثمرين والاستثمارات¹.

وهناك نوعان من الشروط التي سبق ذكرها، التي توجد في الاتفاقيات الأولى الأوربية الخاصة بالمعاملة العادلة والمنصفة للمستثمر الأجنبي، وذلك بالرجوع إلى مبادئ القانون الدولي. أما الثانية أي الاتفاقيات الأمريكية فتخص الدول المستقبلية للاستثمار التي تتعهد بأن تمنح المعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية، أما بالنسبة للمعاملة المنصفة والعادلة، فإن مرجعيتها هو الحد الأدنى في معاملة الأجانب حسب قواعد القانون الدولي العرفي²، ومن ثم فإن الأحكام الخاصة بمعاملة الاستثمارات تستند على مصدرين هما: القانون الدولي والقانون الداخلي، وتبنى كل الاتفاقيات في مجال المعاملة على هذين المصدرين.

2-أ- القانون الدولي

وتتأى مبادئ وقواعد القانون الدولي للاستثمارات، إما من المصادر غير الإتفاقية خاصة من مبادئ القانون الدولي، أو إما من المصادر الإتفاقية ؛ سواء كانت معاهدات أو اتفاقات جماعية أو ثنائية³؛ وإذا كانت التغييرات قبل أربعة عقود تدور حول القانون غير الإتفاقي، فإن التغييرات ظهرت بصورة كبيرة في ظل انتشار الاتفاقيات الثنائية في المرحلة الأولى والاتفاقيات الجماعية في مرحلة ثانية.

¹ LABEN Charles, op.cit, p. 4.

² LABEN Charles, op.cit, p. 4.

³ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 453.

إن القانون الإتفاقي باعتباره مكتوبا ودقيقا بالمقارنة مع القانون غير الإتفاقي جعل القواعد الإتفاقية تحل محل المبادئ غير أن ذلك لا يمنع من تعايشهما في مجال الإستثمار¹. وتختلف في هذا الإطار البلدان النامية عن البلدان في طريق النمو؛ في أن الأولى مرتبطة بفكرة وجود المبادئ العامة للقانون الدولي في مجال الإستثمار وفي المقابل فإن البلدان في طريق النمو تفضل المصادر الإتفاقية، والقواعد الإتفاقية التي تربطها مع الدول النامية، وهذا لأنها تعتبر المبادئ العامة للقانون الدولي للاستثمار ما هي إلا تعبير عن العهد الاستعماري².

ويرى الأستاذان دومينيك كارو " Dominique Carreau " وباتريك جوليارد " Patrick Juillard " حسب دول الشمال فإن الحد الدولي للمعاملة ؛ لابد له أن يصح القاعدة الوطنية للمعاملة، وهذا الحد هو المعاملة العادلة والمنصفة.

وتعرف قاعدة المعاملة بالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار، على أنها نفسها بالنسبة للاستثمار الوطني أو الدولي، ومن هنا فإن الإستثمار الدولي يتمتع بالمعاملة الوطنية، وكذلك فإنه يتمتع بالمعاملة الأقل بالنسبة للمعاملة الوطنية، وأيضا يمكن أن يتمتع بالمعاملة الأكثر من المعاملة الوطنية، وفي كل الحالات فإن المعاملة الأقل أو الأكثر يجب أن تكون مطابقة بالحد الدولي أي "حد المعاملة العادلة والمنصفة".

ونتيجة لذلك فإن المعاملة العادلة لا تتحقق إلا إذا كان القانون الداخلي يفرض بوعده في المطابقة مع القانون الدولي، أما قاعدة المعاملة المنصفة فيجب أن تراعي النصيب الشرعي لصالح الأطراف المعنية بالاستثمار الدولي، وتعني بالتالي المعاملة المنصفة ضمان التوازن المرضي بين مصالح المستثمر و الدولة التي ينتمي إليها المستثمر، أيضا مع مصالح الدولة المضيفة المستقبلية للاستثمار ؛ باعتبار أن كل الأطراف المعنية بعملية الإستثمار الدولي³.

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 454.

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 455.

³ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 456.

2-ب-القانون الداخلي

إن سيادة الدول هي التي تتحكم في تحديد قواعد المعاملة التي تحكم الإستثمار الدولي؛ وهذا باحترام القانون الدولي، وبمعنى آخر فإن القانون الداخلي هو الذي تعود إليه الكلمة الأخيرة في تحديد قواعد الإستثمار الأجنبي في أية دولة، وذلك باحترام قواعد القانون الدولي، وهنا ينبغي تحديد القانون الداخلي الذي يحكم الإستثمار الأجنبي ؛ وهو قانون الدولة المستقبلية للاستثمارات، ويعني بأن الدولة لها حرية اختيار النمط الاقتصادي طبقا للقرارات السياسية للدولة.

ويؤدي الاختيار الاقتصادي لكل دولة بالضرورة إلى وجود عدة اختيارات وتتنوع في الأنماط الاقتصادية، ولا يوجد تحديد لهذه التنوعات إلا في القانون الدولي الذي يحدد معايير المعاملة، ونظرا لما يسمح به الإستثمار الدولي بتمتية الدول المضيفة له، فإن الدول تسعى إلى تشجيع الإستثمار لتلبية حاجيات اقتصادياتها، من أجل تحقيق أهداف خاصة بها، وتعمل في المقابل على تشجيع الاستثمارات عبر المساواة في المعاملة بين المستثمر الوطني والأجنبي. ولذلك فإن القانون الداخلي يعمل على توفير المناخ المناسب، وذلك بقبول شروط ترقية وحماية الإستثمار الدولي¹، وحسب الأستاذان دومينيك كارو " Dominique Carreau " وباتريك جوليارد " Patrick Juillard " ، فإنه يمكن ملاحظة نوعين من التشريعات حول قبول الاستثمارات وتشجيعها:

1- بعض التشريعات تحدد المزايا الممنوحة للمستثمر الأجنبي بالرجوع إلى القانون العام للمعاملة، وذلك بالتخفيف من الالتزامات الضريبية، وباقي المزايا الأخرى.

2- هناك تشريعات أخرى تحدد المزايا مقارنة مع القانون العام للمعاملة، حيث تذهب بعض الدول إلى استبدال القانون الداخلي للاستثمار بآخر، وليس بالتخفيف من الالتزامات، ومثال ذلك إنشاء مناطق حرة، يستفيد منها المستثمر الأجنبي على حساب المستثمر الوطني، وأيضا قضية التحويلات المالية إلى الخارج.

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 474.

الفرع الثالث: الأحكام الخاصة بحماية وضمن الاستثمارات وتسوية المنازعات المتعلقة بها

1- الأحكام الخاصة بحماية وضمن الاستثمارات

أ - حماية الإستثمارات

إن الاتفاقات الثنائية تعطي حولا متقاربة خاصة بالنسبة لحماية وضمن الاستثمارات¹، ولأجل ذلك تم التأكيد على حمايتها و ترقيتها، من خلال تسميتها " باتفاقات حماية وترقية الاستثمارات"؛ وتعني حماية الاستثمارات مجموعة المبادئ وقواعد القانون الدولي والداخلي التي تهتف إلى منع أو ردع ، أي مساس عمومي لوجود الإستثمار الدولي²؛ وقد كانت هذه القواعد والمبادئ محل تجاذب بين أنصار النظام الدولي القديم والنظام الدولي الجديد، وتشمل مبادئ وقواعد الحماية كل المسائل المتعلقة بنزع الملكية والتأميم، وذلك من خلال العلاقات بين الشمال والجنوب³، و أيضا من خلال المفاوضات حول هذه المسائل الهامة بالنسبة للطرفين .

وكان ذلك بناء على رغبة الدول في طريق النمو في إعادة النظر في هذه القواعد والمبادئ في سنوات السبعينيات، وتمثل ذلك في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة حول النظام الاقتصادي الدولي الجديد، أو حول الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، خصوصا بالنسبة للتعويض العاجل والملائم والفعلي، غير أن انتشار الاتفاقات الثنائية حول ترقية وحماية الاستثمارات الدولية، تعد استعادة أو إنعاش هذه القواعد والمبادئ ؛ التي تمحورت حول المبادئ الرئيسية حول معاملة الاستثمارات الأجنبية. وكانت هذه المبادئ المكتوبة برعاية البنك الدولي في سنة 1992م وكذلك المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار الذي يختص بمسائل نزع الملكية والتأميم، والفسخ الأحادي الجانب للعقود وباقي المسائل الأخرى⁴.

وتنص المواد في الفصل الرابع(4)، الخاص بهذا الموضوع على ما يلي : " بأن كل نزع للملكية لا بد أن يكون وفق الإجراءات القانونية السارية المفعول، ولا بد أن تكون بناء على حسن

¹ LABEN Charles, op.cit, p. 4.

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 485.

³ Dominique Carreau & Patrick Juillard, op.cit, p. 485.

⁴ LABEN Charles, op.cit, p.5.

النية للمنفعة العامة وأيضا أن لا تقوم على التمييز على أساس الجنسيات، وأن يتبع ذلك تعويض مناسب".

ويقصد بالتعويض المناسب حسب نص سنة 1992م للبنك الدولي و المركز الدولي CIRDI، هو أن يكون ملائما وفعليا وسريعا، ولا يكون التعويض ملائما، إلا إذا كان محسوبا على القيمة الحقيقية للسوق للأموال التي تم نزع ملكيتها¹.

ومن ثم فإن ما تم تحقيقه في إطار الجمعية العامة للأمم المتحدة من استعادة الدول في طريق النمو لسيادتها الاقتصادية، وعلى سيادتها لمواردها الطبيعية فقد تم أخذه عن طريق الاتفاقيات الثنائية، وعليه فإن المبادئ والقواعد الخاصة، بحماية الاستثمارات الأجنبية أستعيد بها التفوق الاقتصادي للدول المتقدمة على حساب المطالب التي كانت تدافع عنها الدول السائرة في طريق النمو في الجمعية العامة للأمم المتحدة .

و عليه أصبحت الدول في طريق النمو مقيدة باتفاقات ثنائية دخلتها بإراداتها في احترام مبادئ وقواعد حاولت التخلي عنها أو مراجعتها، وإن أي مساس عن طريق الإجراءات العامة بالاستثمار الدولي، لا يعد اختراقا للقانون الدولي، غير أنه يمكن أن يكون كذلك إذا لم يحترم مبادئ وقواعد أخذ هذه الإجراءات مراعية لمبادئ القانون الدولي، وعليه فالمقصود بالمساس فيما سبق هو الإجراءات التي تم القيام بها وليس المساس بالملكية الخاصة².

ولقد قامت الدول المتقدمة باتخاذ موقف اتجاه هذه الإجراءات، واتخاذ قواعد ومبادئ عامة لحماية الاستثمارات الأجنبية، وتتلخص هذه المبادئ في ثلاث حسب الأستاذين D. Carreaux : P.Juillard

- 1- إن القاعدة الوطنية للحماية لا بد أن تصحح بالحد الأدنى للحماية.
- 2- لا يجب أن تكون الإجراءات العامة المتخذة من الدولة المستقبلية للاستثمارات ذات طابع تمييزي، حيث لا تفرق في نزع الملكية أو التأميم بين الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

¹ LABEN Charles, op.cit, p.5.

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.486.

3- إن التدابير العامة المتخذة من الدول المضيفة، لا بد أن لا تكون جائرة.

وهذه المبادئ التي اتخذتها دول الشمال تهدف إلى حماية الاستثمارات الأجنبية، ومن ثم تقييد أي تدابير تتخذها الدولة المضيفة، كما أنها يجب قبل اتخاذها، أن تراعي عواقب هذه العملية، خصوصا بالنسبة للتعويض، ورغم أن هذه الأعمال الخاصة بسيادة الدول معترف بها، غير أن عملية التعويضات تؤدي إلى التفكير العميق قبل اتخاذها.

ولقد جاءت هذه القواعد كرد فعل على التأميمات التي قامت بها دول الجنوب في الستينيات والسبعينيات من القرن الماضي، وبإبرام هذه الاتفاقات الثنائية فقد تقلص حجم اتخاذ هذه التدابير في العقود الثلاثة الماضية. كما أن تطور القانون الدولي أدى إلى إعطاء الحد الأدنى للحماية وضمان الاستثمارات تفسيرا ضيقا¹.

و يرى الأستاذان دومينيك كارو " Dominique Carreau " و باتريك جوليارد " Patrick Juillard " ، بأن هذا لا يعني بأن الدول لا تستطيع اتخاذ إجراءات نزع ملكية الاستثمارات الدولية، وإن كان الأمر كذلك فإنه لا يستدعي من الحديث عن الحد المطلوب؛ والحد المطلوب هنا؛ هو أن تقوم الدول بحماية الاستثمارات الدولية بمستوى ملائم، ويتم ذلك بتحقيق التزام الوسائل أما النتيجة فليست واجبة ؛ وفي هذا السياق يذكران الحكم التحكيمي بالمركز الدولي CIRDI في قضية Addison Agriculture Product ضد دولة سيريلانكا بتاريخ 1992م. حيث أكدت المحكمة على أهمية الاتفاق الثنائي لحماية الاستثمارات في المسؤولية الدولية للدولة المضيفة، وتتلخص هذه القضية في خسائر تعرض لها المستثمر الخاص من جراء عملية عسكرية لحكومة سيريلانكا، تضررت على إثرها أملاك هذا المستثمر².

ولقد تقدمت الشركة AAPL في سنة 1987م بطلب إلى المركز الدولي CIRDI طالبة الحكم بإلزام حكومة سيريلانكا بدفع المبالغ التي حددتها مضافا إليها الفوائد بالدولار الأمريكي، تعويضا عن الأضرار التي لحقت بالمنشآت التي استولت عليها القوات المتمردة، مما استدعى تدخل

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.487.

² DUPUY Pierre-Marie, Droit international public, Dalloz. 7^{ème} édition, P.696.

القوات الحكومية من أجل تطهيرها، الأمر الذي أدى إلى تهديم هذه المنشآت ومنها مركز الإنتاج الرئيسي؛ ولقد استندت الشركة على الإتفاقية الثنائية للاستثمار المبرمة ما بين بريطانيا وسيريلانكا، والتي تم مد نطاق أعمالها على هونغكونغ ابتداء من 14 جانفي 1981م وهذا بناء على تبادل الرسائل بين الدولتين¹.

ومن بين ما تضمنته هذه الإتفاقية المادة(2) الفقرة(02) المتعلقة بالأضرار التي تتجم عن الاضطرابات المدنية وطرق تعويضها.

ولقد قامت المحكمة بدراسة مجموعة المبادئ القانونية الخاصة بتغيير المعاهدات؛ وهذا من أجل تحديد إن كانت الإتفاقية المبرمة ما بين الدولتين؛ استهدفت القواعد المستقرة في القانون الدولي، المتعلقة بحماية الاستثمارات أم أنها تجاوزتها، لوضع قواعد جديدة من شأنها أن تضع على عاتق الدولة المضيفة درجة أعلى من المسؤولية الدولية.

وتعرضت المحكمة للنصوص الأربعة للاتفاقية الثنائية: النص العام الذي يلقي على عاتق الدولة المضيفة مسؤولية ضمان الاستثمارات، وشرط الدولة الأولى بالرعاية وكذلك النص الخاص المذكور في الفقرة الأولى(01) من المادة الرابعة(4) المتعلق بالأضرار التي تلحق بالاستثمارات الأجنبية في حالة الحرب أو أي نزاع مسلح آخر، الثورة، حالة العصيان، المظاهرات، والتي تقع على إقليم الدولة المضيفة، وأيضا الفقرة الثانية(02) من نفس المادة، التي تنص على تعويض الأضرار التي تلحق بالاستثمارات في حالة الاستيلاء عليها(Réquisition) وكذلك في حالة تدمير الأموال محل الإستثمار، بواسطة القوات المسلحة أو سلطات الدولة المضيفة، إذا كان هذا التدمير لم ينشأ نتيجة للأعمال القتالية أو لم يقتضيه الموقف²، وكان الطلب على أساس الحماية الكاملة والأمن *Pleine protection et sécurité*.

¹ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص.238.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص.240.

ولقد أوضحت المحكمة بأن هنالك سابقة قضائية دولية في هذا الموضوع ووفقا لها تم تدبير التزام مطلق يضمن عدم حدوث أي أضرار، وأن مخالفة هذا الالتزام ينشئ تلقائيا مسؤولية قانونية كاملة على عاتق الدولة، ومن ثم فقد اعتمدت المحكمة على أساس هذا الاتفاق وأيضا على القانون الدولي العام للمسئولية الدولية المتعلقة بمبدأ الحماية والأمن الكامل للمستثمر¹.

وعليه فإن الإتفاقية وضعت التزام النتيجة وليس واجب العناية الذي ينص عليه القانون الدولي، ولقد استبعدت المحكمة مسؤولية الدولة بالتطبيق للمادة الرابعة من الإتفاقية الثنائية، ولقد نجحت محكمة التحكيم في إبراز مبدأ مسؤولية الدولة في حالة إخلالها بالالتزام ببذل العناية المعقولة من أجل حماية الاستثمارات الأجنبية على أراضيها، وبعد ذلك انتهت المحكمة إلى أن حكومة سيريلانكا لم تقم بالوفاء بالالتزام ببذل العناية الواجب عليها، استنادا إلى عدم قيام القوات المسلحة باتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل منع وقوع الدمار الذي وقع بالمنشآت المملوكة لشركة AALP.

وتوصلت المحكمة في الأخير إلى فرض تعويض للشركة عن قيمة الأصول المادية المعتمدة على حكومة سيريلانكا، فيما رفضت التعويض على الخسائر الناجمة عن فقد الأرباح المستقبلية².

ب- موقف الدول في طريق النمو

لم تلق مبادئ حماية الاستثمارات نفس القبول، حيث تنظر إليها دول الجنوب برؤية أخرى على اعتبار أنها إنتاج لدول الشمال من أجل استمرار استغلال ثروات الجنوب بشكل آخر، وتعتبر دول الجنوب بأن استقلالها السياسي لا بد أن يرافقه الاستقلال الاقتصادي، لأن أي استقلال اقتصادي لا بد أن يرافقه مراقبة كل الاستثمارات الأجنبية المقامة على إقليمها، وهذا يؤدي بالضرورة إلى وجود تمييز بين الاستثمارات الأجنبية والوطنية³.

¹ P.M Dupuy, op.cit, p.696.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.247.

³ Dominique CAREAU & Patrick JUILLARD , P.490.

وبالعودة إلى القرار رقم 3281 بتاريخ 12/12/1979م الخاص بميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، وفي مادته الثانية والعشرين (22) التي تنص على أنه لكل دولة الحق في التأميم ونزع الملكية وتحويل أملاك الأجانب، بمقابل دفع تعويض مناسب، طبقاً لقوانينها وتنظيماتها، وفي حالة وجود نزاع حول التعويض فإنه يتم تسويته طبقاً للقانون الداخلي للدولة التي تتخذ هذه الإجراءات من طرف محاكم هذه الدولة، إلا في حالة ما إذا اتفقت الدول المعنية لإيجاد طرق تسوية أخرى على أساس المساواة في السيادة للدول وطبقاً لمبدأ حرية اختيار الوسائل¹.

ويستنتج من هذه المادة أن مبدأ الحد الأدنى مطعون فيه، وإن كانت هذه المادة تعترف بالتعويض المناسب في حالة التأميم أو نزع أو تحويل الملكية للأجانب؛ إلا أنها تقيداً بتطبيق القانون الداخلي وليس القانون الدولي. غير أن مواد هذا الميثاق لم تستطع تأسيس قاعدة قانونية دولية، إلا أنها قللت من المبادئ التقليدية للقانون الدولي في هذا المجال.

ولابد من الإشارة أن هذا التقليل ليس موجوداً؛ إلا في العلاقات الدولية ما بين الدول النامية مع دول الجنوب، وعلى العكس بقيت هذه المبادئ في العلاقات شمال-شمال؛ حيث أن الدول الأوروبية المجتمعة في مجلس أوروبا ارتبطت بأول بروتوكول إضافي الخاص بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1954م، حيث تنص المادة الأولى منه في الفقرة الأولى على أن أي شخص طبيعي أو معنوي له الحق في احترام أملاكه، ولا يمكن أن يحرمه من ملكيته إلا بسبب المنفعة العمومية وطبقاً للشروط القانونية وكذلك لمبادئ القانون الدولي².

ج- ضمان الاستثمارات الدولية

إن الاستثمارات الأجنبية تكون معرضة دائماً إلى وجود مخاطر سواء كانت سياسية أو طبيعية، مما أوجد آليات ضمان بموجبها تتحول العواقب المالية من المستثمر إلى مؤسسات

¹ المادة الثانية من القرار 3281 بتاريخ 12/12/1979 للجمعية العامة للأمم المتحدة الخاص بالميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

² Dominique CAREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.492.

الضمان، وهذا من أجل تشجيع الإستثمار الدولي، ويمكن أن تكون آليات الضمان إما داخلية أو دولية.

وتمتلك الدول المتقدمة آليات ضمان استثمارات رعاياها في الخارج الموجودة في البلدان التي هي في طريق النمو، ويسمى هذا الضمان ضمانا وطنيا، كما يمكن أن تتفق الدولتان المضيفة للاستثمار ودولة الرعية صاحب الإستثمار من أجل إنشاء آلية ضمان، ومن ثم تسمى "بالآلية دولية"¹.

وفي المجال يجب أن نفرق ما بين الضمان و التأمين لأن النظامان مختلفان ، لذلك ينبغي التمييز بينهما .

حيث يتميز الضمان عن التأمين بعدة أوجه، رغم وجود بعض التأمينات التي تقوم بالتأمين عن الخطر السياسي غير أن هذه التأمينات لا يجب أن تختلف مع آليات الضمان، ومميزات الضمان بالنسبة للتأمينات هي كالاتي²:

1- إن آليات الضمان هي وسيلة للمنفعة العامة، على عكس التأمينات فإن مواردها الأساسية هي أموال الخاصة.

2- إن آلية الضمان هي وسيلة للمنفعة العامة، تؤسس من أجل ترقية سياسة وطنية للاستثمار، أما التأمين فإن الهدف الأساسي هو تجاري يهدف إلى تحقيق الربح.

3- عقد التأمين هو عقد ثنائي ملزم للطرفين، أما عقد الضمان فهو عقد ثانوي أحادي.

4- إن الضمان هو أداة السياسة الوطنية، وآلية للمساعدة على التنمية، وتشجيع جلب الاستثمارات الأجنبية من أجل ترقية وتحقيق أهداف تنموية محددة.

¹ Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.501.

² Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.502.

وتفضل كثيرا من الدول المتقدمة الآليات الدولية للضمان، إضافة إلى الضمان الوطني حيث أن الآليات الدولية تكمل الضمان الوطني، ولأجل ذلك ظهرت بعض التجارب للضمان الدولي، وعرفت هذه الآليات ظهورها خصوصا لدى البنك الدولي، وكذلك في المجموعة الأوروبية، ومن بين الهيئات التي أنشئت لضمان الاستثمارات الأجنبية يمكن ذكر البعض منها:

1- مشروع النظام للضمان ما بين المجموعة الاقتصادية الأوروبية ACP/CEE

2 - الشركة العربية لضمان الاستثمارات¹

3-الوكالة المتحدة لضمان الاستثمارات AMGI وهذه الوكالة هي آخر ما أنشئ من الهيئات الخاصة لضمان الاستثمارات وهي منظمة دولية وهي إحدى منظمات البنك الدولي، ومن ثم فإن الضمان يعتمد على آليتين إحداهما وطنية و الأخرى دولية .

2- تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية

إن تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية تعد الشكل الرابع من الأحكام الاتفاقيات الثنائية، تسبق كل إحالة نزاع على المحاكم، القيام بالسعي لحل النزاع وديا عبر المشاورات والمفاوضات²؛ وتتص أغلب الاتفاقيات أنه في حالة عدم تسوية النزاع وديا خلال مدة معينة، أن يلزم الأطراف المتعاقدة إحالة النزاع على هيئة تحكيمية خاصة أو على التحكيم بالمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار CIRDI³.

ولقد عرفت المنازعات الخاصة بالتأميم ونزع الملكية تناميا كبيرا مقارنة مع المنازعات الأخرى، في العشرينات الأخيرة، حيث قامت المحاكم التحكيمية بدور فعال في تسوية العديد من القضايا.

¹ Dominique CAREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.511.

² المادة 12 من المرسوم الرئاسي رقم 05-75 الصادر في 26/02/2005 المتعلق بالمصادقة على الاتفاق حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات بين الحكومة الجزائرية وحكومة إيران الإسلامية الموقع بطهران في 2003/10/19م.

³ LEBEN Charles, op.cit, par.6/12.

وكان الأصل في إنشاء المحاكم المختلطة هي الاتفاقيات الثنائية والجماعية، ومنها المحاكم التي سبق الإشارة إليها الخاصة باتفاقيات الجزائر؛ ما بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيران حول موضوع التأميم؛ أما بالنسبة للتحكيم CIRDI، فلقد بدأت الإشارة إليه بكثرة في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار. ولقد عرفت سنة 1969م إبرام أول اتفاقية استثمار ثنائية تشتمل على النص الذي يؤكد على قبول كل طرف متعاقد على إخضاع المنازعات مع رعايا الدولة الطرف الآخر على المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، وكانت بذلك أول اتفاقية بين إيطاليا ودولة تشاد في شهر يونيو سنة 1969م¹، وعليه فإن تسوية هذه المنازعات تكون إما سياسية أو قانونية.

فبالنسبة للتسوية السياسية تكون عن طريق الدبلوماسية ما بين الدول ، أما القانونية فتكون بإحالة المنازعات على التحكيم أو القضاء .

فكثيرا من الدول تلجأ إلى التسوية السياسية، نظرا للسرعة في الفصل من جهة وكذلك لأهداف الملائمة، ولا يعني هذا أن تسوية منازعة قانونية عن طريق التسوية السياسية أن هذا النزاع هو سياسي في الأصل².

والتسوية السياسية خصوصا بالنسبة للتعويضات تختصر الوقت بالنسبة للمتضرر، وكذلك تضمن السرية بالنسبة إلى الطرفين، كما أنها لا تؤثر على العلاقات الاقتصادية بين الدولتين المتنازعتين، وفي هذه الحالة لا بد أن نميز بين حالتين من الاتفاقات ما بين الأطراف، الاتفاقات المتفاوض عليها ما بين الدول، والاتفاقات المتفاوض عليها ما بين الدولة ورعايا الدولة لدولة أخرى.

عرفت الاتفاقيات المتفاوض عليها ما بين الدول، تطورا كبيرا بعد الحرب العالمية الثانية، خصوصا ما بين الدول الأوربية الشرقية والغربية، غير أنه في سنوات الستينيات والسبعينيات وأثناء

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 172.

² Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, P.539.

التأميمات ونزع الملكية من دول الجنوب، فقد أزداد هذا النوع من التسويات مقارنة مع الشكل الأول¹.

وتتميز هذه الاتفاقيات ما بين الدول بطابع المعاهدات الدولية، إذا ما نظر إليها طبقا لاتفاقية "في" سنة 1969م الخاصة بالمعاهدات، ولهذا في كثير من الأحيان فإنها تدعى بالمعاهدات Traités.

كما تدعى اختصارا (TBI) غير أن طبيعة المفاوضات في إبرامها تعتبر اتفاقيات على أساس أن المفاوضات تجري على مستوى أقل من رئيس دولة على سبيل المثال الوزير الأول، ولهذا تسمى في القانون الفرنسي كما تسمى في القانون الجزائري "بالاتفاقيات".

ويلحظ هنا أنه في حالة التأميم أو نزع الملكية لرعايا الدولة في الخارج فإن الدولة الحامية هي من تتحمل الدفاع عن مصالح هؤلاء الرعايا، ونتيجة لذلك فإن مبلغ التعويض يكون جزافيا، وفي هذا الإطار فإن حق الدولة ليس فقط التحصيل عن تعويض الشيء الذي تم نزع ملكيته أو تأميمه، بل يتعدى ذلك إلى حق آخر للدولة وهو احترام قواعد القانون الدولي².

ومن ثم فإن إتفاق التعويض الجزافي المبرم ما بين الدول هو في صالح الدول وليس في صالح الرعايا، الذين تعرضوا لإجراءات نزع الملكية والتأميم وعلى إثر هذه الحالة، فإن هؤلاء الرعايا يفضلون أن يتفاوضوا على مبالغ التعويض بأنفسهم مباشرة³.

أما الإتفاقيات المتفاوض عليها بين رعايا الدولة في الخارج و الدول وعلى عكس الاتفاقات ما بين الدول، في قضايا التعويض عن التأميم أو نزع الملكية فإن المفاوضات هي الأخرى اتفاقات، رغم أنه من الأحسن أن ترافق الدول الحامية هؤلاء الرعايا في عملية المفاوضات. وهذا الاتفاق

¹ Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, P.540.

² أنظر الباب الثاني – الفصل الأول – المبحث الأول من هذه الدراسة .

³ Dominique CARREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.541.

يؤخذ بين الدولة وأحد رعايا الدول أخرى الذي كان محل تأميم أو نزع الملكية، يأخذ شكل الإجراءات في مجال التعويضات.

والهدف من هذا الاتفاق هو عدم تقاسم التعويضات بين الدولة الحامية والرعية التابعة لها، وأيضا عدم تدخل الدولة الحامية في الدولة التي قامت بعمل التأميم أو نزع الملكية¹.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقات ما بين الدولة والرعايا، ليست اتفاقات دولية باعتبارها لم تبرم بين دولتين أو أكثر ومن ثم فإن شكل هذه الاتفاقات هي عقود ما بين الدولة والأشخاص الخاصة، ولا تكتسب شكل المعاهدة، ونتيجة لذلك فإن هذه الاتفاقات لا يحكمها القانون الدولي، وإنما يحكمها مبدأ الإرادة، وهذا لا يمنع من أن تستند على مبادئ القانون الدولي.

كما أنه ليس كل العقود التي تبرمها الدولة مع شخص طبيعي هي عقود دولة، لأن هناك العديد من العقود التي لا يتوفر فيها هذا الشرط مثل عقود توكيل محامين أو غير ذلك، لأن الأساس الذي تستند عليه العقود بالإضافة إلى أطراف العقد هو محل العقد، حيث يجب أن يتعلق بالتنمية الاقتصادية والمساهمة في تطورها².

وعليه فإن الأعمال السيادية للدولة المضيفة على لاستثمارات الأشخاص الأجنبية، والاتفاق على التسوية تدخل في مجال عقود الدولة، وليس لها طابع الدولية، رغم أنها قد تستند إلى مبادئ القانون الدولي، في تسوية المنازعات ما بين الطرفين.

¹ Dominique CAREAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.542.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 165.

المطلب الثاني: الاتفاقيات الثنائية المبرمة ما بين الجزائر والدول الأخرى حول ترقية وحماية الاستثمارات

الفرع الأول: تطور ترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية في الجزائر

لقد أبرمت الجزائر العديد من الاتفاقيات الثنائية لحماية وترقية الاستثمارات مع العديد من الدول ابتداء من التسعينيات من القرن الماضي، وهذا بعد التحول الاقتصادي الذي عرفته في نهاية الثمانينات في الانتقال من الاقتصاد الاشتراكي الموجه إلى الاقتصاد الحر، وقبل ذلك فقد صادقت على اتفاقية "نيويورك" الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بموجب القانون رقم 88.18 المؤرخ 1988/07/12م؛ والانضمام إلى هذه المعاهدة بموجب المرسوم رقم 88-233 المؤرخ 1988/11/05¹.

ولقد مر أكثر من ربع قرن بعد الإقرار على هذه المعاهدة التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 1958/06/10م الخاص بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، لكي تصادق عليها الجزائر، وهذا بعد فشل السياسة الاقتصادية، وتآزم الوضع الاقتصادي بعد انهيار أسعار البترول خلال الثمانينات من القرن الماضي.

ويتضح أن أهم الإتفاقيات الدولية تم المصادقة عليها من طرف الجزائر خلال الأزمة الاقتصادية التي عرفتها خلال الثمانينات والتسعينيات، وذلك في ظل التحول والسعي إلى جلب الاستثمارات الأجنبية الخاصة. وصادقت أيضا على اتفاقية واشنطن المؤرخة في 1965/03/08م المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية النزاعات المتعلقة بين الدول ورعايا الدول الأخرى بموجب المرسوم رقم 95/346 المؤرخ في 1995/10/30م².

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص.79.

² المرسوم 95-246 المؤرخ في 1995/10/30م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية رقم 60.

ولقد تعددت الاتفاقيات الثنائية المبرمة ما بين الجزائر والدول الأخرى حول حماية وترقية الاستثمارات، خمسون اتفاقية خلال العشرين سنة الماضية، وتتعلق هذه الاتفاقيات بتسوية نوعين من المنازعات هما: النزاعات المتعلقة بتفسير وتطبيق الاتفاقية ما بين الدولتين من جهة، وكذلك تسوية المنازعات ما بين الدولة الجزائرية والمستثمر الأجنبي الخاص من جهة أخرى¹.

الفرع الثاني: المبادئ العامة للاتفاقيات الثنائية المبرمة ما بين الجزائر والدول الأخرى

1- شرط الدولة الأكثر رعاية

كما سلف الذكر فإن مبدأ المساواة هو حجر الزاوية في شرط الدولة الأكثر رعاية وبموجبه تمنح الدولة المضيضة المزايا الإضافية إذا منحت إلى رعايا الدول الأخرى؛ وذلك بدون شرط أو بشرط التبادل²؛ ولقد نصت كل الاتفاقيات المبرمة ما بين الجزائر والدول الأخرى على شرط الدولة الأكثر رعاية، حيث جاء مثلا في المادة الرابعة (4) من الاتفاق بين الجزائر وإيران بخصوص الترقية وحماية الاستثمارات المتبادلة، في الفقرة الأولى على ما يأتي: "تستفيد استثمارات الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين لكل طرف متعاقد والمنجزة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، من قبل الطرف المتعاقد المضيف من الحماية القانونية الكاملة ومعاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لمستثمريه أو لمستثمري دولة تالفة ممن هم في وضعية مشابهة".

غير أن هذه المادة قد استثنت بعض المعاملات من هذا الشرط كما جاء في الفقرة الثانية التي حددت أربعة مجالات لا يمكن فيها تطبيق هذا المبدأ وهي: "إنشاء منطقة حرة، إتحاد جمركي، سوق مشتركة أو منظمة إقليمية مماثلة، الازدواج الضريبي".

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 80 .

² Dominique CARRAU & Patrick JUILLARD , op.cit, p.292.

ولقد تم التأكيد على مبدأ شرط الدولة الأكثر الرعاية بموجب المادة الخامسة 5 من نفس الاتفاق¹، كما أن الأحكام الخاصة بشرط الدولة الأكثر الرعاية يستند في الاتفاقيات الثنائية المبرمة ما بين الجزائر والدول الأخرى على مبدأ الرضائية، الذي يستند بدوره على مبدأ المعاملة بالمثل ومن ثم يتوافق مع مبدأ إرادة وسيادة الدولة.

2- مبدأ المعاملة بالمثل

إن مبدأ المعاملة بالمثل تنص عليه النصوص المختلفة للدول الجزائرية في معاملة الأشخاص الأجانب الذين يتواجدون في إقليمها، وفضلا عن الاتفاقيات الثنائية، فإن الأمر رقم 01.03 الصادر بتاريخ 2001/08/20م المتعلق بتطوير الإستثمار، في مادته الرابعة عشرة(14) نصت على مبدأ المعاملة بالمثل، حيث جاء في الفقرة الثانية "يعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية"².

وتعد المعاملة بالمثل الصورة الأولى لفكرة الحد الأدنى، وتعني توحيد شروط الاتفاقيات التي تتم بين رعايا تابعين لدولتين أو أكثر ترتبط دولهم بمعاهدة في مجال محدد. ولا يقتصر مبدأ المعاملة بالمثل على الجانب الاقتصادي والتجاري فقط، بل يمتد إلى الجوانب الأخرى الخاصة بالإقامة، أو الدخول إلى الدولة والتنقل عبر أراضيها.

ولقد أكد المشرع الجزائري على هذا الأمر في القانون رقم 08.11 المؤرخ 2008/06/25م المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، وخصوصا

¹ المرسوم الرئاسي رقم 05-75 المؤرخ في 26/02/2005 بين الجزائر وإيران حول الحماية والترقية المتبادلة حول الإستثمارات ، الجريدة الرسمية رقم 15 .

² المادة 14 من الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2003م المتعلق بتطوير الإستثمار المعدل والمتمم.

في المادة الأولى والثانية التي تنص على مبدأ المعاملة بالمثل، وتوجب النصوص الواردة في هذا النص دائما، مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل¹.

والمعاملة بالمثل المعترف بها دبلوماسيا هو أن تمنح لرعايا دولة التابعين لدولة أخرى حقوقا معينة تكون الدولة الأخرى ، قد منحت نفس الحقوق لرعايا هذه الدولة، وهذا يعني أن الاعتراف بالحقوق والواجبات يكون متبادلا ؛ ويمس رعايا كلتي الدولتين، ويكون أساس هذه المعاملة إما اتفاقية ثنائية أو معاهدة جماعية، ويأخذ مبدأ المعاملة بالمثل صور أخرى خاصة بتنفيذ الأحكام القضائية، وكذلك التبادل التشريعي التي سبق الإشارة إليه سالفاً².

3- المعاملة الوطنية

إن شرط المعاملة الوطنية الذي هو مكمل لشرط الدولة الأكثر رعاية؛ وأساس هذا الشرط هو معاهدات الصداقة، التجارة والملاحة، ويعني هذا الشرط كذلك أن يعامل رعايا الدولة في الخارج في الدولة المضيفة نفس المعاملة التي يعامل بها رعاياها و يمنع هذا المبدأ التمييز بين مواطني الأطراف المتعاقدة بأي شيء بخصوص النقاط التي تنظمها المعاهدات.

وينص الأمر رقم 03-01 المتعلقة بتطوير الإستثمار، المعدل والمتمم في المادة الرابعة عشرة 14 منه على مبدأ المعاملة الوطنية، حيث تنص على أنه يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار³.

¹ القانون رقم 08 . 11 المؤرخ 25/06/2008 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتقلهم فيها. الجريدة الرسمية رقم 36 بتاريخ 2 جويلية 2008.

² سعيد يوسف البوستاني، المرجع السابق ، ص . 108.

³ المادة 14 من الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2003 المتعلق بتطوير الاستثمار المعدل والمتمم.

ويلاحظ أن الاتفاقيات الثنائية المبرمة ما بين الجزائر والدول الأخرى تتضمن كلها المبدأين اللذين تم ذكرهما، وتؤكد هذه الاتفاقيات على أنهما أفضل مبدأين يطبقان على الاستثمارات المعنية¹.

إن التأكيد على هذين المبدأين له أهمية قصوى، خصوصا إن كان البلد المضيف يمنح للمستثمرين الأجانب مزايا لا يمنحها إلى رعاياه، ومن هنا فإن الجزائر بإمضائها للعديد من الاتفاقيات الثنائية؛ من أجل حماية وترقية الاستثمارات إبتداء من التسعينات؛ تحاول أن تندمج في الاقتصاد العالمي، لأن ذلك يتيح لها جلب الاستثمارات الأجنبية التي تسمح بنقل التكنولوجيا، غير أن التنافس على الاستثمارات الأجنبية واستقبالها بين الدول، خصوصا تلك التي لها تجربة معاملة الاستثمارات وأمالك الأجانب مما يجعله صعبا، وبعد تطور المنظومة القانونية لأي دولة هي أحد المعايير المهمة في تفضيل المستثمرين الأجانب لهذا البلد أو ذاك.

ومن ثم فعلى الجزائر العمل على الانضمام إلى الاتفاقيات الجماعية الأخرى حتى يتيح لها جلب أكثر للاستثمارات، وهذا لأن الإستثمار الأجنبي المباشر لازال دون المستوى المطلوب، ولا يلبي طموحات السلطات العمومية، وعليه يجب دراسة الموضوع بعمق لتحديد الأسباب والسبل التي تؤدي إلى تطور الاستثمارات الأجنبية؛ ولا يمكن تمويل الإستثمارات المنتجة وقت الأزمات الإقتصادية، وتقلص الأموال بالعملة الصعبة إلا بجلب الإستثمار الأجنبي المباشر.

4- مبدأ تحويل الأموال إلى الخارج

إن من أهم انشغالات المستثمر الأجنبي هي مسألة تحويل أمواله وأرباحه إلى الخارج، وكذلك الأموال الناتجة عن عملية التصفية، وتنص الاتفاقيات المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى على هذا المبدأ، وتحدد مثلا المادة الثامنة(08) من الاتفاق المبرم بين الجزائر وإيران حول ترقية

¹ قادري عبد العزيز، الإستثمارات الدولية، التحكم الدولي ضمان الإستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص. 188.

والحماية المتبادلة بتاريخ 2003/10/19م، بأنه يسمح التحويل خارج الإقليم ؛ ودون أي تأخير للمبالغ الآتية وهي¹ :

- 1- العائدات والإتاوات المتعلقة باتفاق تحويل التكنولوجيا.
- 2- الناتج الحاصل عن بيع أو التصفية الكلية أو الجزئية للاستثمارات.
- 3- المبالغ المدفوعة طبقاً للمادتين السادسة 06 والسابعة 07 من الاتفاق؛ وتعنى هاتان المادتان بالأموال المتعلقة بنزع الملكية أي الناتجة عن التعويض، وكذلك الأموال الناتجة عن تعويض الخسائر في حالة حدوث نزاع مسلح أو ثورة أو أي حالة طوارئ ؛ وذلك في إطار معاملة لا تقل عن معاملة رعايا الدولة أو طرف ثالث.
- 4- أقساط القروض المتعلقة بالاستثمار.
- 5- المرتبات والأجور الشهرية التي يتسلمها موظفو المستثمرين الذين تحصلوا من إقليم الطرف المتعاقد المضيف على رخص عمل مطابقة تتعلق بتلك الاستثمارات.
- 6- المدفوعات الناجمة عن قرار السلطة المشار إليها في المادة الثانية عشرة 12 التي تتعلق بتسوية النزاعات ما بين السلطة والمستثمر الأجنبي الناتجة عن أحكام قضائية أو تحكيمية.

ومن ثم فإن مبدأ تحويل الأموال إلى خارج لا يمكن التكرار له؛ لأنه ضمان للمستثمر الأجنبي لاستثماراته، ويستند على مبدأ حرية تنقل أمواله، ولا يمكن التحجج بنقص العملة الصعبة، أو فرض استثمار هذه الأموال في قطاعات أخرى، أو التعويض بالعملة الوطنية، إن هذه المبادئ المنصوص عليها في الاتفاقات الثنائية هي ضمانات هامة للاستثمارات الخاصة الأجنبية.

¹ المرسوم الرئاسي المرسوم الرئاسي رقم 05-75 الصادر في 2005/02/26 المتعلق بالمصادقة على الاتفاق حول ترقية وحماية المتبادلة للاستثمارات بين الحكومة الجزائرية وحكومة إيران الإسلامية الموقع بطهران في 2003/10/19، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 15 بتاريخ 27 فيفري 2005 ، ص . 6 .

الفرع الثالث: الوضعية الخاصة لأملاك المعمرين الفرنسيين في الجزائر

عرفت الجزائر أوضاعا خاصة بعد استقلالها في 05 جويلية 1962م حيث ترك عشرات الآلاف من المعمرين الفرنسيين أملاكهم العقارية في الجزائر، ما أدى إلى شعور الآلاف من العقارات، وعلى إثر ذلك صدر الأمر المؤرخ في 24/08/1962م الذي حدد جملة من التدابير لحماية وحفظ الأملاك الشاغرة، وحدد مهلة ثلاثة أشهر لأصحابها ليعودوا إليها، وإلا اعتبرت شاغرة وتحول بموجب هذا الأمر إلى أملاك الدولة¹، وبموجب هذا التحول أجرت هذه الأملاك الشاغرة لفائدة الجزائريين ليتم إصدار في سنة 1981م القانون رقم 01-81 المؤرخ في 07/02/1981م المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية، ديوان الترقية والتسيير العقاري، والمؤسسات والهيئات العمومية أين بيعت أغلب هذه العقارات لمستأجريها.

ولقد قابل هذه الإجراءات من الجانب الفرنسي قانون التعويضات الفرنسي في صيغته الأولى سنة 1970م حيث منح للمعمرين العائدين حق الاستفادة من تعويضات مالية²، غير أن بعض الفرنسيين الذين غادروا الجزائر بعد سنة 1970م والذين لم يمسه قانون التعويض الفرنسي، مما جعل هؤلاء يطرحون مشكلتهم على وزارة الخارجية الفرنسية وكان عددهم يقدر بحوالي 3 آلاف معمر، حيث أورد أحد البرلمانيين في رسالته إلى وزير الخارجية، أن الإتفاقية المبرمة ما بين الجزائر وفرنسا سنة 1987م، أصبحت غير فعالة، ولا تسمح بضمان حماية حقيقية لأملاك الفرنسيين في الجزائر، وطلب على إثر ذلك بضرورة تحمل الدولة الفرنسية من أجل تعويض هؤلاء كما فعلت من الذين مسهم تأمين أملاكهم ما بين سنة 1962م إلى غاية 1970م.

¹ الأمر رقم 62-020 المؤرخ بتاريخ 24 أوت 1962 المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة.

² عبد القادر بوخمخ ، ملف قضايا المعمرين في المحاكم الجزائرية، جريدة الشروق بتاريخ 25/11/2010م، العدد 3124.

وخلال مرحلة ما بعد 1970م، لم يتعرض الفرنسيون لتأميم ممتلكاتهم بصفة جماعية كما جاء في رد " رونالد دوما " أمام البرلمان الفرنسي، ولقد تم تمديد العمل باتفاقية 87 ليسمح للراعي الفرنسيين ببيع أملاكهم العقارية لأي طرف يرغب في ذلك .

لكن المشكل المطروح في الأملاك العقارية للراعي الفرنسيين؛ يتعلق برفع الكثير من القضايا أمام المحاكم الجزائرية من قبل هؤلاء قصد استرجاع تلك الأملاك، التي لم يمسه إحصاء أملاك الدولة، الأمر الذي أدى إلى نشوء العديد من المنازعات بين الشاغلين الجزائريين والراعي الفرنسيين، وأستغل هؤلاء حصولهم على الشهادات السلبية من أجل تدعيم ملفاتهم أمام الجهات القضائية.

ولتسوية هذه الوضعية حول هذه الأملاك صدر قانون المالية لسنة 2010 حيث جاء في مادته الثانية و الأربعين (42) التي نصت على تطهير مجموعة الوثائق الممسوكة بالمحافظة العقارية من التأشير التي فقدت حداثتها، على إثر أيلولة ملكية بعض الأملاك العقارية للدولة تبعا لتدابير تأميم أو تحويل للدولة أو معاينة تخلي الملاك لعقاراتهم¹. ولقد جاءت هذه المادة لتنتهي نزاعا حادا ما بين الراعي الفرنسيين والدولة الجزائرية حول استرداد أملاكهم التي أدمجت ضمن الأملاك الشاغرة، ولم يتم التوقف حول هذا الموضوع في حدود رفع القضايا أمام المحاكم الجزائرية، بل تم رفع شكوى لدى اللجنة الأممية لحقوق الإنسان ضد الجزائر ومنها قضية السيد " أرموند " التي نظرت فيها لجنة حقوق الإنسان الأممية .

1-تبلغ السيد أرموند أنتون ضد الدولة الجزائرية

يعد قرار لجنة حقوق الإنسان الأممية في جلستها الثامنة و الثمانين حول التبليغ المرفوع من طرف السيد أرموند " ARMAND ANTON " ضد الدولة الجزائرية المؤرخ في

¹ المادة 42 من قانون المالية لسنة 2010، الجريدة الرسمية رقم 80 تنص على ما يأتي: "يعد باطلا كل تصرف يتم من قبل الملاك الأصليين داخل البلد أو خارجه على الأملاك العقارية التي ألت ملكيتها لفائدة الدولة تبعا لتدابير التأميم أو تحويل للدولة أو تخلي ملاكها عنها، كما يمنع إسترداد الأملاك المنصوص عليها التي تم التنازل عنها من قبل الدولة."

2004/11/24م والمتم بتعليقات بتاريخ 2005/01/10م و 2005/09/01م المقدمة لهذه اللجنة حول نزع أملاك الرعية الفرنسي أرمد أنتون، الذي يدعي أنه كان ضحية انتهاك من طرف الدولة الجزائرية. وهذا طبقا للمواد الأولى، الثانية عشرة، السابعة عشرة، 27 السابعة والعشرين وكذلك الفقرة من المادة الثانية والمادة السادسة والعشرين وكذلك المادة الخامسة من العقد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، مع العلم أن الجزائر صادقت على العقد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري في 12/12/1989م.

وتتلخص الوقائع حسب الرعية الفرنسي المولود في وهران بالجزائر، بأنه أنشأ مؤسستين صناعيتين، كما أنه أصبح مرقيا عقاريا سنة 1956م حيث أكتسب عدة عقارات، ولقد غادر هذا الرعية الجزائر إثر إعلان استقلالها بتاريخ 14/07/1962م.

ولقد أنشأت الدولة الفرنسية نظاما خاصا بالتعويض، وهذا بموجب اتفاقيات أيفيان بتاريخ 18/03/1962م¹، حيث استفاد الرعية الفرنسي ARMAND ANTONE من قانون 15 جويلية 1970م الفرنسي المتضمن المساهمة الوطنية في تعويض الفرنسيين المنزوعة أملاكهم، غير أن التعويض المحصل عليه كان قليلا بالمقارنة مع الأملاك المنزوعة منه، منها إثنتا عشرة شقة، عشرة محلات تجارية، و أنه لم يحصل على التعويض من الدولة جزائرية، وأعتبر بأن اتفاقيات أيفيان أصبحت اتفاقية دولية في نظر القانون الدولي. وجاء الأمر رقم 62-20 بتاريخ 24 أوت 1962م المتضمن حماية وتسيير الأملاك الشاغرة التي غادرها أصحابها لمدة تفوق شهرين، وكذلك المرسوم في 23 أكتوبر 1962م الذين بموجبها تمنع وتبطل كل العقود المتعلقة بالأملاك الشاغرة. ويتضمن تبليغ السيد أرmond أنتون تعرضه لانتهاك حقوقه في حالات ستة هي²:

- 1- الحرمان من أملاكه ووسائل العيش للأقلية الفرنسية التي نزعت أملاكها.
- 2- انعدام حق اختيار مكان الإقامة في الجزائر حسب المادة الثانية عشر (12) من العقد الدولي.

¹ الأحكام الخاصة بالرعايا الفرنسيين، حيث نصت على احترام حقوق الملكية، وإن أي إجراء لنزع الملكية لا بد أن يقابله بتعويض منصف محدد مسبقا، كما أنهم يتلقون ضمانات مناسبة لخصائصهم الثقافية واللغوية والدينية، اتفاقية أيفيان، المرجع السابق.

² بشأن الحقوق المدنية والسياسية 16/12/1966، الذي دخل حيز التنفيذ سنة 1976م.

3- التدخل غير المشروع في سكن الشاكين بالجزائر والمساس بالشرف.

4- انتهاك حقوق الشاكين باعتبارهم أقلية.

5- الإجراءات التمييزية في تطبيق إجراءات نزع الملكية بين الرعايا الجزائريين والفرنسيين.

6- المساس التمييزي بأمالك المشتكي السيد أرموند أنتون حسب المادة الخامسة (05) من العقد الدولي للحقوق المدنية والسياسية.

وأستند الرعية الفرنسي على المواد المذكورة أعلاه لتقديم تبليغه، وأعتبر أنه على الدولة الجزائرية الناشئة ؛ أن تحمي وتحافظ على أمالك الرعايا الأجانب استنادا للقانون الدولي، وفي حالة عدم احترام هذه المبادئ تترتب المسؤولية الدولية على الدولة التي قصرت في أداء مهامها.

وبالنسبة لاستفاد الطعون الداخلية، يرى الرعية الفرنسي بأن هذه الطعون كانت غير مجدية نظرا لانعدام تنصيب مجلس الضمانات المنصوص عليه في اتفاقيات أيفيان، كما أن اللجنة الوطنية المكلفة بالنظر في الطعون لم تنصب كذلك.

كما قام بعض الفرنسيين برفع دعاوي أمام مجلس الدولة الفرنسي للتعويض عن أملكهم المنزوعة في الجزائر، غير أن مجلس الدولة قضى بموجب قرار في 17 فيفري 1999م بأن مسؤولية الدولة الفرنسية غير واردة ؛ باعتبار أن اتفاقيات أيفيان لا تتضمن شروطا وعودا تضمن حقوق الرعايا الفرنسيين الذين يتعرضون لنزع أملكهم من طرف الدولة الجزائرية، ولا أن تعويضهم عن الأضرار التي قد تلحق بهم¹؛ كما أن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان رفضت شكاوي الرعايا الفرنسيين بسبب أن الجزائر ليست عضوا في الإتفاقية².

أما بخصوص التأخر في رفع التبليغ بعد مرور خمسة عشرة سنة (15) سنة منذ مصادقة الدولة الجزائرية 1989م، واعتبار ذلك تعسفا في استعمال التبليغات لدى لجنة حقوق الإنسان

¹ قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 17 فيفري 1999 و 7 أبريل 1999 بخصوص قضايا تايوتود وآخرين Teytoud et autres.

² قرار لجنة حقوق الإنسان الأممية - الدورة 88 الخاصة بتبليغ 1424/2005.

حسب البروتوكول الاختياري، فقد تحجج الرعية الفرنسي بأنه بقي يتعرض للانتهاكات، وعلى أساس استمرار الانتهاكات تصبح اللجنة الأممية مختصة في النظر في التبليغ.

أما التأخر في التبليغ إلى غاية 2004م، فإن رد المبلغ قد كان بأن العقد الدولي للحقوق السياسية والمدنية والبروتوكول الاختياري لا يحدد مدة معينة لإيداع التبليغات. ولقد دعم الرعية الفرنسي إدعاءه بانتهاك المادة الأولى 01 الفقرة 02 للعهد الدولي؛ بأنه تعرض لانتهاك خطير في ممارسة حق جماعي للفرنسيين الفارين من الجزائر، ومن هذه الانتهاكات عدم قدرته استغلال بحرية ثرواته من الحقوق العقارية وحقوق العمل.

أما بالنسبة لانتهاك المادة الثانية عشرة (12) من نفس العهد كان نتيجة ظروف الهروب من الجزائر التي تشبه اللجوء، وعليه فإن إدراج أملاكه في الأملاك الشاغرة وكذلك مصادرتة لم تسمح له بتحديد مكان لإقامته.

أما بخصوص المادة السابعة عشرة 17 من العقد الدولي، فإن الإجراءات المتخذة من طرف الدولة الجزائرية لا تتسم بالأشكال المشروعة، كما أن الدولة لم توفر أي شرط وقائي؛ حتى تسمح له بعدم مغادرة التراب الجزائري.

أما بخصوص المادة السابعة والعشرين (27)؛ فيطالب الرعية الفرنسي أرموند أنتون بصفة الأقلية وحققها في ممارسة الحياة الخاصة الثقافية، و أن المدعي لم يتمكن من ممارسة حقوقه نظرا لغياب الضمانات للأقلية الفرنسية، هذا بعض ما جاء في تحجج إدعاء الرعية الفرنسي، مطالبا الدولة الجزائرية الاعتراف بإحداث ضرر مادي ومعنوي تعرض له جراء نزع أملاكه وعليه تحمل المسؤولية الدولية في انتهاك حقوقه الأساسية، ومطالبها على إثر ذلك بتعويض عن الضرر المادي والمعنوي تعويضا منصيفا وعادلا عن أملاكه المنزوعة منه في الجزائر¹.

¹ قرار لجنة حقوق الإنسان الأممية - الدورة 88 الخاصة بتبليغ 1424/2005.

2-رد الدولة الجزائرية على إدعاءات الرعية الفرنسية

كان رد الدولة الجزائرية عن هذا التبليغ بتاريخ 2005/10/17م بأن هذا التبليغ لا يجب قبوله باعتبار أن الوقائع تخص مرحلة خاصة في تاريخ الجزائر، وهي سابقة على المصادقة على العقد الدولي للحقوق المدنية والسياسية سنة 1996م، وكذلك تاريخ بداية نفاذ العهد سنة 1976م، كما أن المدعي لم يستنفذ الطعون الداخلية وعليه أن يتجه إلى سلطات بلاده لطرح مشكلته¹.

وأثناء تبادل التعليقات، استتدت الدولة الجزائرية بتاريخ 03 أفريل 2006م على مبدأ عدم رجعية القوانين، كما أن هذا التبليغ هو انتهاك للقانون الدولي باعتباره يمس بمبدأ تصفية الاستعمار، وأن الوقائع حدثت قبل دخول حيز التنفيذ.

كما اعتبرت الدولة الجزائرية بأن المدعي لم يقيم باستنفاد الطعون الداخلية المقررة في اتفاقيات أفيان؛ وكذلك لم تقم برفع دعاوى أمام الجهات القضائية الجزائرية، كما أنه قام بمغادرة الجزائر بمحض إرادته، مع العلم أن هناك العديد من الفرنسيين الذين لم يغادروا الجزائر، واحتفظوا بأموالهم، أما الأملاك الشاغرة فلقد أصبحت تشكل مساسا بالأمن العمومي²، الأمر الذي فرض على السلطات العمومية اتخاذ الإجراءات المناسبة واعتبارها أملاكا شاغرة، كما دعمت إيجابتها باعتبار أن القضاء مستقل، وهناك العديد من القضايا التي حكم فيها هذا القضاء على الدولة الجزائرية بالتعويض أو إلغاء القرارات المتخذة، وعليه فإن البلاغ غير مقبول، ولقد لاحظت لجنة حقوق الإنسان خلال مداولتها عدة معطيات نلخصها كالتالي:

1-أشارت اللجنة إلى أن تبليغ السيد أرموند أنتون أثبت أن الوقائع المذكورة حدثت قبل دخول البروتوكول الاختياري حيز التنفيذ، كما أن الإدعاء بانتهاك حق الملكية غير مضمون من طرف

¹ قرار لجنة حقوق الإنسان الأممية، المرجع السابق.

² قرار لجنة حقوق الإنسان المحدثه بموجب البروتوكول الإختياري المتعلق ب لحقوق الإنسان المدنية والسياسية، الدورة 88، 2005.

للحقوق المدنية والسياسية، وبموجب المادة الثالثة من البروتوكول الاختياري فإن التبليغ غير مقبول¹.

2-دافع المدعي بأن هناك استمرار في انتهاك الحقوق المنصوص عليها في المادة 1-12-17-27، الفقرة 2 من المادة 2، المادة 26، والمادة 5، حيث استمرت الدولة الجزائرية في انتهاك بعد التوقيع على هذا البروتوكول في 12/12/1989م.

كما ردت الدولة الجزائرية بأن كل الإدعاءات غير مقبولة، وفي هذا المجال رأت اللجنة حول موضوع استمرار انتهاك الحقوق المذكورة حسب تبليغ السيد أرموند أنتون ، أن الدولة الجزائرية أقرت بعض القوانين ابتداء من التوقيع على للحقوق والمدنية والسياسية، وكذلك البروتوكول الاختياري، خصوصا باسترجاع الأشخاص الجزائريين لأملهم المؤممة سنة 1971م بمقتضى الأمر 71-73 بتاريخ 08/11/1971م. وعلى إثر ذلك لم تر اللجنة بأن عدم تعويض المدعي عن أملاكه يعد استمرارا لانتهاك حقوقه، واعتبرت بأن إدعاءات المدعي غير مقبولة، وهذا بمقتضى المادة الأولى من البروتوكول الاختياري²، ولقد قررت اللجنة في ختام قرارها ما يلي:

أ- إن التبليغ غير مقبول بموجب المادة الأولى من البروتوكول الاختياري والفقرة رقم 03 من المادة 93 من النظام الداخلي.

ب- يبلغ القرار للدولة الطرف وإلى المدعي لغرض الإعلام.

ويتضح من هذا القرار بأن اللجنة اعتبرت أن إدعاءات السيد أرموند أنتون غير مقبولة، كما أن هذا القرار يعد سابقة بالنسبة للجنة حقوق الإنسان، المحدثه بموجب البروتوكول الاختياري، كما أن التبليغات الأخرى الخاصة بالفرنسيين (الأقدام السوداء، وكذلك الحركي...) التي فاقت 600

¹ المادة (3) من البروتوكول الإختياري تنص على ما يلي: "تعتبر اللجنة تبليغا غير مقبول بمقتضى البروتوكول الحالي إذا كان خاليا من التوقيع أو إذا رأت اللجنة فيه إساءة إستعمال حقوق تقديم مثل هذه التبليغات أو لا يتماشى من وجهة نظرها مع نصوص الإتفاقية.

² المادة الأولى من البروتوكول الإختياري تنص على ما يلي: "تقرر كل دولة طرف من البروتوكول الحالي بإختصاص اللجنة في إستلام ودراسة تبليغات الأفراد الخاضعين لولايتها والذين يدعون بأنهم ضحايا انتهاك تلك الدولة لأي من الحقوق المبينة في الإتفاقية، ولا يجوز للجنة استلام أي تبليغ إذا كان يتصل بدولة طرف في الإتفاقية ولكنها ليست طرفا في البروتوكول الحالي.

تبلغ المتعلقة بالتعويضات عن الأملاك؛ التي تم تأميمها في إطار الأملاك الشاغرة، تعتبر غير مقبولة بموجب هذا القرار، والمبدأ المطبق من طرف اللجنة هو عدم رجعية القوانين، وكذلك إساءة استعمال حقوق تقديم مثل هذه التبليغات.

إن سوء استعمال تقديم التبليغات من طرف المدعي يبدو واضحا، لأن انتظار خمسة عشرة 15 عاما بعد توقيع الجزائر على للحقوق المدنية والسياسية، وإن انتظار سنة 2004م، كان سببه بتعويض أملاك الفرنسيين في الجزائر، هذا فضلا على أن هؤلاء قد تحصلوا على تعويضات اكتشاف وجود مشروع قانون فرنسي تحت رقم 1494 تاريخ 10/03/2004م، لا يتضمن أحكاما خاصة بعد سنة 1970م من الدولة الفرنسية؛ وكذلك سنة 1980م ثم سنة 1987م وذلك بموجب القانون رقم 87-549 بتاريخ 16/07/1987م الذي يتضمن التسوية النهائية لقضية التعويضات لأملاك الفرنسيين لما وراء البحار.

استقلالها، كما أن الجزائر لم تنتهك أحكام اتفاقية أفيان حول هذا الموضوع، ولم تتخذ أي قرار يفرض على الفرنسيين مغادرة الجزائر والدليل على ذلك هو بقاء الآلاف من الفرنسيين في الجزائر، وتجدر الإشارة بأنه في سنة 1980م وقع الرئيس الجزائري آنذاك مرسوما في 29 نوفمبر 1980م يقضي بوقف العمل بقانون الأملاك الشاغرة، وهو الأمر الذي سمح لباقي الفرنسيين ببيع أملاكهم بداية من ومن المؤكد أن هذا القرار جاء لينهي نزاعا بين الفرنسيين الذين كانوا يملكون أملاكا في الجزائر قبل 28 مارس 1981م¹.

ولقد ألغت التعليمات الوزارية رقم 72 الصادرة في 17 سبتمبر 1991م الشرط الذي كان يفرض على الفرنسيين لبيع ممتلكاتهم للدولة الجزائرية فقط، حيث أصبح بموجب هذه التعليمات الحرية في أن يبيعوا أملاكهم لأي جهة أو طرف يرغبون له²، هذا خصوصا بعد أن عرفت الجزائر في سنوات التسعينيات من القرن الماضي أوضاعا أمنية صعبة.

وعرف هذا الملف عدة تجاذبات بين الدولتين من أجل تسوية الملف نهائيا، غير أنه لم يصل إلى منازعات قضائية بين الدولتين الفرنسية والجزائرية، نظرا لارتباط هذا الملف بقضايا أخرى، كما أن الدولة الفرنسية قد قامت بتعويض هؤلاء الفرنسيين الذين غادروا الجزائر.

¹ عبد القادر بوخمخ، المرجع السابق، ص . 11.

² عبد القادر بوخمخ، المرجع السابق، ص . 11.

المبحث الثالث: الاتفاقيات الجماعية أداة لحماية المصالح المشروعة

إذا كانت الاتفاقيات الثنائية والجهوية تعد وسيلة هامة لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج، حيث تشكل هذه القواعد القانونية المبرمة ما بين الدولتين أساسا قانونيا فعالا، لاحترام وحماية حقوق الأجانب وبالخصوص حماية حق الملكية أينما كانت، فإنها تعد أيضا مرجعا في الفصل في النزاعات المطروحة على المحاكم التحكيمية والقضائية.

زيادة على ذلك فإن هذه الاتفاقيات بقيت غير كافية، خصوصا في ظل تطور الاقتصاد العالمي واندماجه من جهة، وكذلك التزايد المفرط في تواجد الأشخاص في غير أوطانهم، ومساهماتهم في التنمية الاقتصادية للبلدان المضيفة من جهة أخرى، لذلك فإن قواعد الاتفاقيات الجماعية، هي أمتن من ناحية الديمومة، وبصفة أخرى فهي قواعد دولية عامة، لا تختص بين دولتين، و لا تخضع لإرادة دولتين فقط، وإنما تخضع لإرادات جماعية عديدة، ولأطراف غير منسجمة من الدول، ومن ثم فإن هذه القواعد لا تتغير بسرعة، وهي أضمن من الأولى نظرا لتعدد الإيرادات في إنشائها.

ولقد أصبحت الدول تميل إلى الانتظام والاستقرار في علاقتها مع الآخرين سواء كانت دولا أو حتى أشخاصا طبيعيين أو معنويين خاصة؛ وتستند هذه الأعمال القانونية الدولية إلى المشروعية¹. وتسعى الدول إلى تأسيس توازن قانوني في العلاقات ما بين الدول إلى مختلف أشخاص الجماعة الدولية، أو ما يسمى باحترام مبدأ الحد الأدنى الذي سبق التطرق إليه.

وتعتبر قواعد التجارة الدولية مثلا على استقرار منظومة التجارة العالمية، كما تعبر هذه القواعد على التضامن الدولي ما بين أشخاص القانون الدولي، وأيضا السعي إلى ثبات قواعد الإستثمار الدولي الذي يهدف إلى استقرار هذه القواعد ابتداء من اتفاقية واشنطن 1965م؛ وإلى العمل من أجل إبرام اتفاقية جماعية للاستثمار، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى استقرار قواعد الإستثمار الدولي في مراحل قادمة تخص التوازن الاقتصادي العالمي من جهة، ومن جهة أخرى

¹ مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية، النظام الدولي للتجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008م، ص.2.

إلى احترام حقوق الأشخاص الطبيعية والمعنوية خصوصا حق الملكية، وحماية مصالحهم في إطار حماية حقوق الإنسان، باعتبار أن حق الملكية من أهم هذه الحقوق.

وسأنتظر في هذا المبحث إلى نقطتين هما: قواعد التجارة العالمية في حماية مصالح الأجانب أما النقطة الثانية فتخص الاتفاقيات الجماعية للاستثمار من أجل حماية الحقوق المتعلقة بالملكية بصفة عامة، للأشخاص الطبيعي والاعتباريين الخاصين في البلدان المضيفة.

المطلب الأول: قواعد التجارة العالمية لحماية المصالح المشروعة

تطرح إشكالية سيادة الدول في مجال معاملة الدولة لمنتجاتها بشكل أفضل من معاملتها للمنتجين الأجانب المتواجدين على إقليمها؛ أي في سوقها الداخلية بالنسبة للدول التي ينتمي إليها هؤلاء الأجانب، وهنا تستحضر هذه الدول القانون الدولي التجاري لتثبت عدم مشروعية هذا التصرف، ولكن ليس على أساس انتهاك سيادة الدولة الأخرى، وإنما على أساس أن القواعد التي تفشل في منح المعاملة الوطنية سوف تثبط الإنتاج الفعال¹.

ويهدف القانون الدولي التجاري إلى تقييد اختصاص الدولة في المسائل الاقتصادية وفي تنظيم مسائل التجارة الدولية، كما أن التعاون الدولي، وهذا أحد مقاصد ميثاق الأمم المتحدة؛ يهدف إلى التوصل إلى قواعد دولية متعددة الأطراف لتنظيم التجارة الدولية²، ومن ثم فإنه لم يعد بوسع أي دولة أن تعيش في عزلة عن باقي الدول، بل أصبحت المبادلات التجارية ضرورة حتمية في العلاقات الاقتصادية الدولية. ولقد عرفت هذه القواعد تطورا متاميا لتأخذ شكلا أكثر تنظيما؛ تمثل ابتداء من منظمة أَلغات إلى منظمة التجارة العالمية.

الفرع الأول: منظمة أَلغات GATT

ولقد قامت أَلغات GATT على مبدأ الميزة النسبية وتحسين الرفاهة الاقتصادي؛ واللذان يشكلان مبادئ هامة في القانون الدولي التجاري، ومن بعدها منظمة التجارة العالمية. وتستند هذه المبادئ أولا على الميزة النسبية، التي تعني أن الدولة إذا لم تخصص في إنتاج تكون فيه فعالة،

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق، ص.74.

² مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص.3.

فإن ذلك سيضر بالإنتاج، ومن تم بالرفاهة الاقتصادية العالمية، لذلك فإن فرض التعريفات يبدو سيئا وضارا¹.

ويبدو هذا المبدأ يفتقر إلى الحجة العلمية، لأن إلغاء التعريفات لا يؤدي بالضرورة في حالة إلغائها إلى الرفاهة الاقتصادي، وعلى المدى البعيد فإن الواردات الفعالة سترتفع أسعارها في غياب المنافسة الصناعية الوطنية، فضلا عن النتائج الاقتصادية والاجتماعية الأخرى، خصوصا البطالة، والتطور التقني في جميع المستويات.

ورغم ذلك فإن منظمة ألغات ومن بعدها OMC لم تمنع هذه التعريفات، باعتبار أن هذه الأخيرة الأقل تأثيرا على السلع مقارنة بالإجراءات الحمائية الأخرى، ولا بد أن نذكر في هذا الإطار المبادئ التي قامت عليها منظمة الغات ومن بعدها منظمة التجارة العالمية.

لقد تم الإمضاء على الاتفاق العام الخاص بالتعريفات الجمركية والتجارة في 1947/10/30م ودخل حيز التنفيذ ابتداء من أول 1948/01/01م، وكان يجب أن يكون تطبيق هذا الاتفاق مؤقتا في انتظار المصادقة على ميثاق هافانا 1948م، الخاص بإنشاء المنظمة الدولية للتجارة OIC، غير أن هذه الإتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ²؛ ولهذه الأسباب فقد بقيت منظمة ألغات التي تعنى بالتجارة الدولية إلى غاية 1994م تاريخ إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، ورغم التعديلات التي أدخلت على هذه المنظمة، فإنها بقيت تختص بالتعريفات الجمركية.

ونظرا للتنافس التجاري، واهتمام كل دولة بمصالحها الاقتصادية، فإن هذه المنظمة كانت تهتم أكثر بمصالح الدول المصنعة، مما جعلها عرضة إلى الانتقاد من طرف الدول السائرة في طريق النمو³، وكان ينظر إلى منظمة ألغات، باعتبارها ناديا للدول المصنعة القوية، الأمر الذي جعل الدول في طريق النمو تتعامل معها بحذر بسبب تخوفها من التأثير على سيادتها⁴.

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص. 78.

² DALLIER Patrick & PELLET Alain, op.cit, p.1111.

³ DALLIER Patrick & PELLET Alain, op.cit, p.1111.

⁴ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص. 291.

ويعود فشل إنشاء المنظمة الدولية للتجارة إلى نقص في عدد التصديقات، ومن ثم فقد ميثاق هافانا الذي نص على رقابة قضائية جاءت في المادة 96، التي تنص على طلب رأي استشاري من محكمة العدل الدولية، كما أن أي قرار يصدر عن المؤتمر؛ الذي هو أحد أجهزة المنظمة يمكن مراجعته بناء على طلب أي عضو يجد مصالحه متضررة من هذا القرار، بواسطة محكمة العدل الدولية عن طريق طلب رأي استشاري، وإضافة إلى ذلك فإن هذا الرأي يكون ملزماً للمنظمة. وهذه المادة كانت من أسباب فشل هذه المنظمة، ولم تستطع هذه الأخيرة أن تنشأ في ذلك الوقت، خصوصاً لاحتواء ميثاق هافانا نصوصاً هامة بالنسبة لعلاقة القانون الدولي العام بالقانون الدولي التجاري¹.

وفي نفس الوقت آنذاك كانت تجري مفاوضات ما بين الولايات المتحدة الأمريكية مع بعض الدول من أجل تخفيض الرسوم الجمركية، وتخفيف القيود الكمية على الواردات، بقصد تحرير أكثر للتجارة الخارجية، ولقد جرت هذه المفاوضات في أول الأمر بشكل ثنائي، ثم تحولت إلى إتفاق موحد متعدد الأطراف سمي اختصاراً بـ GATT.

وكان الهدف من إنشاء هذه المؤسسة هو العمل على تنمية الاقتصاد العالمي من خلال التقليل من الإجراءات الحنائية الجمركية؛ التي انتشرت نتيجة الركود الاقتصادي؛ الذي عرفه العالم في الثلاثينات هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذه المؤسسة التي كانت إنتقدت كثيراً من طرف الدول السائرة في طريق النمو التي ترى أنها استمرارية لشبكة إمبريالية، الغرض منها إبقاء السيطرة على المستعمرات السابقة وتوسيع نطاق التجارة الحرة، وكذلك منع الشعوب التي ترغب في الإنعتاق من هذه الشبكة بوسائل أخرى للحفاظ على استمرار هذا الوضع على حاله².

1- مبادئ منظمة ألغات GATT: لقد قامت هذه المنظمة على مبادئ أساسيين يتوزعان إلى مبادئ أخرى، وهما:

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص. 100.

² ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 102.

1- مبدأ عدم التمييز .

2- مبدأ المنافسة الشرعية أو التفكيك الجمركي.

1-1- مبدأ عدم التمييز: ويتحقق هذا المبدأ عن طريق تحقق ثلاث حدود دولية (Standards) اثنان منها يتعلقان بالقواعد المتعلقة بالتنافس ما بين الدول؛ التي تصدر إلى نفس البلد المستورد والثالث يختص بعلاقات التنافس بين الدولة المصدرة والدولة المستوردة باعتبارها منتجة لنفس المادة¹.

وهذه المبادئ الثلاث التي سبق التطرق إليها وهي حكم الدولة الأولى بالرعاية ومبدأ المعاملة بالمثل، وأخيراً مبدأ المعاملة الوطنية².

أما المبدأ الثاني المتعلق بالمنافسة الشرعية، أو التفكيك الجمركي، فمرجعيتها هي المادة التي تنص على أن الحقوق الجمركية تعد غالباً الحواجز الخطيرة للتجارة³.

وبالعودة إلى هذه المادة فإنها تدعو الأطراف المتعاقدة إلى العمل على القيام بالمفاوضات التي من شأنها التخصيص في الحقوق الجمركية والضرائب الأخرى؛ على أساس مبدأ المعاملة بالمثل من أجل تحقيق امتيازات متبادلة. وتقوم المنافسة الشرعية على القواعد الآتية وهي⁴:

1- تخفيض الحقوق الجمركية.

2- نظام الحصص غير مسموح به. Contingent

3- اعتراف السوق بالبضائع الرخيصة الثمن غير ممنوع. Dumping

4- أن الإعانات العمومية الممنوحة للصادرات ممنوعة، غير أن الإعانات الممنوحة في عملية الإنتاج مسموح ولا بد أن تكون مراقبة.

ولقد عرفت منظمة الغات منذ إنشائها سنة 1947م إلى غاية سنة 1993م، ثمانية(8)

مفاوضات كبرى متعلقة بالتعريفات الجمركية، وهي:

¹ DAILLIER Patrick & PELLET Alain, op.cit, p.1114.

² أنظر المبحث - الفصل الأول - الباب الأول .

³ Les droits de douanes constituent souvent de sérieuses entraves du commerce.

⁴ L'organisation du commerce international : du GATT à l'OMC.

<http://phylogpersono.neuf.fr/orgcomi.html>

1- مفاوضات كيندي 1963م إلى غاية 1967م، وسمحت هذه المفاوضات بتخفيض 50% من نسب الحقوق الجمركية، على ثلثي السلع المصنعة لدى الدول المتقدمة.

2- جولة طوكيو 1973م إلى غاية 1979م، حيث عرفت هذه المفاوضات نفس الإتجاه وهو الحماية الجديدة الأقل ملاءمة، إضافة إلى توسيع مجال التبادل الحر، والتقليل من الحواجز في تبادل المنتجات الفلاحية.

ولقد تدعمت هذه التغييرات بدورة طوكيو (1986م-1993م) حيث تعتبر هذه الدورة بداية التنظيم الدولي للمنافسة التجارية¹.

2-الترخيصات للمبادئ الأساسية

إن قيام الغات على المبدأين المذكورين أعلاه لا يعني أنه ليس هناك استثناءات، تهدف إلى ضمان حماية معتدلة، ولقد مست هذه الترخيصات بالمنطقة الأوربية؛ حيث تم منح ترخيص لمبدأ عدم التمييز، ولذلك طبق الإتحاد الأوروبي تعريفات جمركية خارجية مختلفة عما يطبقه من حقوق جمركية ما بين دول الإتحاد الأوروبي.

أما الترخيص الثاني، فقد كان بخصوص مبدأ المعاملة بالمثل حيث قام مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية سنة 1971م بإعداد النظام العام للتفضيلات² (SGP) Système Généralisé des performances يمكن بموجبه للدول في طريق النمو أن تمنح امتيازات بدون مبدأ المعاملة بالمثل للدول النامية.

ففي الحالة الأولى أين الترخيص حول مبدأ المنافسة الشريفة فتكون الاستثناءات حول قاعدة تخفيض التعريفات الجمركية، وهذا في حالة إذا كانت الصناعة المحلية مهددة ومن ثم يمكن تطبيق الحماية للإنتاج المحلي.

¹ DAILLIER Patrick & PELLET Alain, , op.cit, p.1116.

² L'organisation du commerce international : du GATT à l'OMC.

أما الحالة الثانية فهي أن تكون إحدى الدول مهددة بإغراق السوق Dumping ؛ أما الترخيص لقاعدة التخصيص¹ Contingent، فتكون في حالة إن كانت الصناعة المحلية مهددة بالواردات، وكذلك في حالة أزمات حادة في ميزان المدفوعات لهذه الدول.

إن تجربة ألغات منذ سنة 1947م إلى سنة 1994م بينت العديد من النقائص وكذا المكتسبات، وفي ظل هذا يذهب الأستاذان دومينيك كارو وباتريك جوبيار " Patrick Juillard Dominique Carreau"، إلى تحديد النقائص في شقين هما: النقائص في تأسيس هذه المنظمة، وكذلك النقائص المكتسبة.

أ- **النقائص في تأسيس هذه المنظمة:** ويمكن تحديد ست (06) نقائص حسب الأستاذين P. Juillard / D. Carreau باعتبار أن اتفاقية ألغات كانت مؤقتة ودامت لأكثر من ثلاثة عقود، وهذا الاتفاق لم يكن معاهدة بمعنى الكلمة، وتمثيلها كان غير كاف. وهذه النقائص هي:

1- أن ألغات GATT المبرمة في 30 أكتوبر 1947م لم تكن إلا نسخة طبق الأصل لميثاق هافانا، حيث احتوت على الفصل الرابع المعنون بالسياسة التجارية، ومن ثم فإن عدم المصادقة على المنظمة الدولية للتجارة أثرت على إتفاق ألغات GATT، حيث اعتبرت الولايات المتحدة الأمريكية بأن هذه المنظمة حمائية أكثر منها لتشجيع المبادلات التجارية².

2- إتفاق مؤقت يدوم أكثر من ثلاثة عقود: وأن الهدف من هذا الاتفاق هو العمل على إنشاء المنظمة الدولية للتجارة OMC غير أن المصادقة على هذه الإتفاقية لم يتم، مما أدى إلى تواصل العمل باتفاق ألغات GATT، حيث أصبح الإتفاق المؤقت يستمر إلى أكثر من ثلاث عقود ليصبح دائما.

3- إتفاق بسيط: إن إتفاق ألغات GATT باعتباره اتفاقا لا يسمو إلى معاهدة ولا يخضع إلى الإجراءات الداخلية للمصادقة عليها، وهو يدخل ضمن الاتفاقات البسيطة، ومن ثم فإنه لا يأخذ

¹ قاعدة التخصيص المقصود بها حصة من الموارد المستوردة من الخارج .

² L'organisation du Commerce International : du GATT à L'OMC, op.cit, p.2.

القوة القانونية بسبب عدم المصادقة عليه من قبل الهيئة التشريعية للدول¹، وحتى أن الأطراف الموقعة على الاتفاق قررت تطبيقه بصفة مؤقتة.

4-هيئة مؤسساتية شبه موجودة: إن ألغات GATT لا يمكن اعتبارها منظمة دولية، حتى أن النص لا يعتبر الدول الموقعة على الاتفاق على أساس أنها أعضاء بل تعتبر أطراف متعاقدة، أما بالنسبة لهيئات ألغات فليس هناك أي هيئة دائمة ما عدا الأمانة التنفيذية كما أن نشاط ألغات يتم بمناسبة الاجتماعات الدورية².

5-تمثيل غير كاف: إن إتفاق ألغات لم يوقع عليه في بداية 1947م إلا ثلاث و عشرون دولة من أربعة و أربعين دولة حاضرة في الندوة، وعند انتهاء هذه الهيئة في سنة 1994م تم التوقع عليه من طرف 128 دولة.

6-غياب الأثر المباشر: على عكس المعاهدات التي تفرض قطبية القواعد القانونية في القانون الداخلي للدولة، فإن ألغات، لم تسم قواعد القانونية إلى هذه المرتبة، ولا يمكن لأحكام هذا الاتفاق أن تغير في أحكام التشريعات المغايرة لأحكامه. ومن ثم فإن أحكام هذا الاتفاق لا تصل إلى المعايير الدولية في الأثر المباشر في فعاليتها في حماية حقوق الفرد³.

ب-النقائص المكتسبة: من أهم النقائص التي ظهرت على إثر سريان ألغات ابتداء من 1947م هي تلك الآثار غير المتوازنة بين الأطراف المصادقة على هذا الاتفاق وذلك بسبب أن مبدأ المعاملة بالمثل لم يكن مطبقا بصفة كاملة، وهذا فضلا عن الاستثناءات الممنوحة لبعض الدول التي سبق ذكرها.

وأول استثناء كان منح الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1955م استثناء المسمى " Weimer " الذي يسمح لها بتقليل وارداتها الزراعية، وعلى إثره أصبحت المنتجات الزراعية تقريبا خارج منظومة ألغات GATT⁴، التي قامت بمنح 115 ترخيص استثنائي خلال تواجدها للأطراف

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.52.

² المادة 1007 من إتفاق القات التي تنص على ما يأتي:

³ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p. 53.

⁴ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.54.

المتعاقدة. كما أن الاتفاقات الخاصة تحتوي على آليات متناقضة مع روح مبادئ ألغات، مثال ذلك قبول الاتفاقات الثنائية للتقييد الإدارية الخاصة بالصادرات.

إن مبدأ حكم الدولة الأولى بالرعاية، وهو المبدأ الذي يعد العمود الفقري في منظومة ألغات، كان هدفه الأساسي، كما نص عليه قرار المحكمة العدل الدولية، في القضية المتعلقة بحقوق رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المغرب، هو وضع والمحافظة على المساواة بدون تمييز¹.

وفي مقابل ذلك، فإن هذه النقائص لا تقلل من مكتسبات نظام ألغات، حيث أنها قدمت الكثير من أجل قيام المنظمة العالمية للتجارة OMC، وتعد هذه المنظمة التي أصبحت من الماضي، أساس القانون العام للمنظمة العالمية للتجارة، كما استمدت هذه الأخيرة العديد من المميزات التي اتصفت بها ألغات، وتقر المنظمة العالمية للتجارة بأن تكون القرارات والإجراءات الخاصة والممارسات المعتادة للأطراف المتعاقدة، هي المرجعية للمنظمة الجديدة التي قامت على أنقاضها².

الفرع الثاني: المنظمة العالمية للتجارة OMC

يعد البحث عن التوازن القانوني في العلاقات بين مختلف أشخاص المجتمع الدولي، هدف الكثير من الدول. حيث أن هذا التوازن ينبغي أن يراعي في الحد الأدنى في أوضاع هؤلاء الأشخاص، كما أنه يعد رفضاً لمحاولات زعزعة العلاقات ما بين الدول بصفة عامة، وكذلك ما بين العلاقات ما بين الدول والأشخاص الخاصة، لما لهذا الاستقرار من تأثير في تثبيت العلاقات الدولية ما بين الدول³. كما أن التوازن القانوني، يؤدي بالرغم من وجود الاختلافات إلى وجود تفاهم شامل مبنياً على مجموعة من القواعد الدولية تهدف إلى تحقيق التضامن ما بين الدول.

¹ محكمة العدل الدولية، المرجع السابق، ص .

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.57.

³ مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص . 2.

ويطرح السؤال حول مسألة التجارة الدولية، هل هي واقعة ضمن الاختصاص الداخلي للدول، أم أنها تتعدى ذلك، وتدرج ضمن الاختصاص الدولي؟.

وإذا أخذنا أحد المسائل الجزئية؛ ومنها الدعم الذي تقدمه الحكومات للمنتجات المحلية في مجال التجارة الدولية فإن هذا القرار هو من صميم سيادة الدول، وهي وسيلة مشروعة بالنسبة للتعامل مع الاقتصاد المحلي، غير أنه إذا قامت هذه الدول بتصدير هذه المواد المدعمة إلى الخارج فإن الأمر يصبح مختلفاً تماماً، حيث أن هذا الدعم يمس بمصالح أطراف أخرى في المعاملات التجارية، أو في حالة أخرى إذا كان هذا السوق الداخلي هو الوحيد الذي تتنافس فيه السلع الأجنبية، فإن مصالح الدول الأجنبية ستتأثر. وعليه فإن هذه القرارات السيادية الخاصة بالدعم لا يمكن اعتبارها فقط ضمن الاقتصاد الداخلي للدولة بسبب أنها تمس بمصالح الدول الأخرى ورعاياها، ولذلك فإن تدخل القانون الدولي التجاري يصبح ضرورة¹، لأن هذا السلوك من قبل الدولة سيخفض الرفاه الاقتصادي بالنسبة لها ولباقي الدول الأخرى.

ومن جانب آخر فإن التفرقة في معاملة الدولة لمواطنيها والتي تختلف عن معاملة رعايا الدول الأخرى المنتجين، حيث تمنح معاملة تفضيلية لرعاياها المنتجين الأقل فعالية على حساب الأجانب الأكثر فعالية؛ الأمر الذي يؤدي إلى خفض الإنتاج، ومن ثم التقليل من الرفاه الاقتصادي بالنسبة للدول الأخرى، ونتيجة لذلك فإن القانون الدولي التجاري يهدف إلى التقييد من اختصاص الدولة في مسائل السياسة الاقتصادية الداخلية، فضلا عن التقييد في صلاحياتها في تنظيم مسائل التجارة الدولية².

ولقد جاءت أفكار الاقتصاديين إبتداءً من القرن السابع عشر (17م) الداعية إلى تحرير التجارة الدولية، كما عرف هذا المبدأ انكماشاً خلال الحربين العالميتين. وبانتهاء الحرب العالمية الثانية، أتجه التفكير إلى إيجاد ميثاق دولي يضبط سلوك الدول في مجال التبادل الاقتصادي، وذلك

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق، ص . 73.

² ياسر الحويشي، المرجع السابق، ص . 75.

من أجل تحقيق أحد أهداف الأمم المتحدة ؛ المتمثل في التعاون الدولي ؛ ولقد أستاذ هذا الميثاق على مبدأ إعادة تنظيم التجارة الدولية لكي تصبح أكثر تحرراً¹.

والهدف من إنشاء منظمة دولية للتجارة هو القيام بعملية الرقابة على السياسات الجمركية للدول، لما تمثله هذه السياسات من تقييد على مبدأ تحرير التجارة، وكانت محاولة إنشاء هذه المنظمة المعروفة ببناء على ميثاق هافانا 1948/03/24م حيث تم التوقيع عليه من قبل ثلاث و خمسين دولة .

ويتضمن هذا الميثاق العديد من المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم سلوك الدول، غير أن هذا الميثاق فقد أهميته نظرا لعدم بلوغ النصاب القانوني للتصديقات.

وعرفت سنة 1994م ميلاد منظمة التجارة العالمية على أنقاض منظمة ألمات، وترتكز هذه المنظمة على العديد من المبادئ غير أنه؛ تعترضها العديد لإختلاف المشاكل ومصالح الدول؛ مما أضطر هذه المنظمة وكذلك منظمة ألمات سابقا على انتهاج التدرج في تطبيق مبادئها، إذ أنها لا تطبق خطوة إلا بعد التأكد من نجاح الخطوة السابقة². والغاية من وراء تطبيق مبادئ منظمة التجارة العالمية؛ هو تحقيق الأهداف التي أنشئت من أجلها. وفي مقدمة هذه الأهداف نجد حرية التجارة العالمية، وفي هذا الإطار فرضت هذه المنظمة على أعضائها العمل على تحقيق الأهداف الآتية³:

- 1- رفع مستويات المعيشة وتحقيق الحماية الكاملة.
- 2- العمل على استقرار في نمو حجم الدخل الحقيقي.
- 3- زيادة الإنتاج المتواصل.
- 4- الاتجار في السلع والخدمات مما يتيح الاستخدام الأمثل لموارد العالم وفقا للتنمية المستدامة.

¹ ياسر الحويشي، المرجع السابق ، ص . 98.

² سهيل حسين النقاوي، منظمة التجارة العالمية، دار الثقافة، النشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009م ، ص. 149 .

³ جابر فهمي عمران، منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2009م، ص . 239.

إن حرية التجارة العالمية هي الفكرة الأساسية لهذه المنظمة؛ غير أنه يجب أن تأخذ بعين الاعتبار الأوضاع الفعلية لبعض الدول خاصة الدول النامية والأقل نمواً.

ولقد وسعت منظمة التجارة العالمية من مجال اختصاصها بالمقارنة مع منظمة أَلغات، التي كان مفهوم التجارة فيها يقتصر على السلع المصنعة، حيث أضيفت لها السلع الزراعية، المنتجات والملابس، وكذلك خدمات مثل خدمات التأمين، والنقل والخدمات المصرفية، وأضافت أيضاً

المناقصات العمومية ذات الطابع التجاري، كما أن حقوق الملكية الفكرية أصبحت في إطار منظمة التجارة العالمية¹.

1- مبادئ منظمة التجارة العالمية

تتميز منظمة التجارة العالمية بتدخلها في الشؤون الداخلية للدول على عكس المنظمات الأخرى؛ التي تطبق مبدأ عدم التدخل تطبيقاً لمبدأ سيادة الدول، حيث أن هذا التدخل يأخذ طابعاً خاصاً، ذلك أن السيطرة على الاقتصاد العالمي يتطلب وضع قواعد متساوية للمنافسة بين الدول، وتكون منظمة التجارة العالمية المشرفة على ظروف الإنتاج، وخاصة مراقبة ظروف العمل، وهذا ما يطلق عليه مكافحة الإغراق (Dumping)².

إن هذا التدخل الخاص، يبنى أيضاً على مبدأ آخر هو الشفافية، حيث تقوم المنظمة بمتابعة القوانين والإجراءات التي تصدرها كل دولة، وتتولى تعميمها على الدول الأخرى، وتعمل أيضاً على عدم تجاوز هذه القوانين قواعد منظمة التجارة العالمية.

1-1- المبدأ الأول: السيطرة على الاقتصاد العالمي: لقد نصت المادة الثالثة من اتفاقية منظمة التجارة العالمية على ما يأتي:

¹ جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص . 240.

² سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق، ص . 207.

1- تسهل المنظمة تنفيذ وإدارة وإعمال هذه الإتفاقيات والاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف، وتعمل على دفع أهدافها، كما توفر الإطار اللازم لتنفيذ وإدارة أعمال الاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف.

2- توفر المنظمة محفلا للتفاوض فيما بين أعضائها بشأن علاقتها التجارية متعددة الأطراف في المسائل التي تتناولها الاتفاقيات الواردة في ملحقات هذه الإتفاقيات ؛ وتوفر المنظمة كذلك محفلا لمزيد من المفاوضات على النمو الذي يقرره المؤتمر الوزاري¹.

إن فكرة السيطرة على الاقتصاد الدولي تقوم على فكرة التجارة العالمية وتعمل على أن تكون بديلا للمجلس الاقتصادي الاجتماعي التابع للأمم المتحدة، الذي تسيطر عليه الدول التي لا ترغب في سيطرة دول معينة على الاقتصاد العالمي²؛ ولكي تتم السيطرة على الاقتصاد العالمي، يجب أن تكون أغلبية الدول منضوية تحت هذه المنظمة، حيث تجاوز العدد حاليا 154 دولة من مجموعة 193 دولة تعدها الأمم المتحدة، أما الدول التي لم تنضم إلى المنظمة فإنه يمارس عليها ضغط وحصار تجاري قد يهدد استقرارها الداخلي، فضلا عن فرض شروط صعبة من أجل القبول بانضمام الدول المتبقية مثل الجزائر.

وتتميز منظمة التجارة العالمية بشروطها الصارمة في تطبيق قواعدها وتفرض على الدول تطبيق هذه القواعد في قوانينها، لذلك فإن الجزائر بعد عشرين سنة من التفاوض لم تتوصل إلى حد الآن إلى الانضمام إلى هذه المنظمة.

وما تتطلبه السيطرة على الاقتصاد العالمي هو توحيد القواعد والقوانين والإجراءات المنفقة مع النظام الرأسمالي³، ولقد قامت الدول الاشتراكية والشيوعية، كالصين وفيتنام بالانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، وحتى وإن أبقت سيطرتها على المؤسسات الاقتصادية، غير أنها وضعت

¹ المادة 3 من إتفاقية منظمة التجارة العالمية.

² سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق ، ص . 208.

³ سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق ، ص . 210.

هذه المؤسسات في النمط الرأسمالي في تسييرها، كما أقرت هذه المنظمة على تلك الدول القيام بتغيير في نظامها الاقتصادي من أجل تحولها إلى نظام رأسمالي يتماشى مع نظام الدول الغربية¹.

والغرض من هذا التحول هو رغبة الدول الاشتراكية في الاندماج في الاقتصاد العالمي والوصول إلى الأسواق العالمية، خاصة الغربية منها، وبالموازنة ما بين هدف انضمامها إلى منظمة التجارة مع تحمل الأضرار الناجمة عن ذلك، والبقاء في عزلة اقتصادية، فإنها اختارت الوضعية الأولى مع تحمل الأضرار، غير أنها حققت أهدافا مهمة في هذا المجال، وهذا كله في فائدة اقتصادها.

وينسجم مبدأ السيطرة على الاقتصاد العالمي مع أهداف الولايات المتحدة الأمريكية وإنشائها للإمبراطورية الاقتصادية؛ حيث أصبحت توجه هذه المنظمة طبقا لأهدافها وأهداف اقتصادياتها؛ مما يسمح لها بالسيطرة على الاقتصاد العالمي، كما أن الدول الكبرى الأخرى تنتهج نفس السلوك من أجل توجيه هذه المنظمة طبقا لأهدافها الاقتصادية.

1-2-المبدأ الثاني: تنفيذ الاتفاقيات الدولية: تتميز منظمة التجارة العالمية عن باقي المنظمات في تلك الصرامة والفعالية في تنفيذ الاتفاقيات الدولية، لذلك فإن هذه المنظمة تعمل على تحقيق أهدافها بشكل مختلف عن باقي المنظمات الدولية الأخرى².

إن عدم تنفيذ هذه الاتفاقيات يؤدي بشكل أو بآخر إلى استفادة بعض الدول على حساب دول أخرى بمزايا قد تضر بمصالح الدول. هذه الأضرار هي أضرار مادية بحتة، ولأجل تفادي هذه الوضعية؛ فقد وضعت منظمة التجارة العالمية صيغا لتطبيق اتفاقية إنشائها، وفي نفس السياق، فإنه ينبغي أثناء تنفيذ هذه الاتفاقيات الدولية تحقق مبدأ احترام قواعد المنظمة وتوفير حسن النية في ذلك؛ إن افتراض مبدأ حسن النية الذي هو من المبادئ الجوهرية في القانون الدولي في تنفيذ

¹ سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق، ص . 210.

² سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق، ص . 211.

التزامات الدولية، وهو ضروري لحسن سير العلاقات الدولية¹، ويعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في كل نظام قانوني، وهو من القواعد الأساسية لكل القوانين والاتفاقيات الدولية.

ولقد أكدت اتفاقية المعاهدات سنة 1969م في مادتها السلسلة و العشرين، على أن كل معاهدة تكون ملزمة لأطرافها؛ وعليهم تنفيذها بحسن نية².

وتؤكد المادة الثالثة من اتفاقية إنشاء المنظمة وخصوصا الفقرة الثالثة (3) على أن تقوم بتنفيذ وإدارة اتفاقية إنشائها والاتفاقيات التجارية متعددة الأطراف المعقودة بين الدول لتحقيق أهدافها يجب توفير الإطار اللازم لتنفيذ وإدارة وإعمال الإتفاقية التجارية متعددة الأطراف المعقودة، ليس في إطارها فحسب بل المعقودة قبل إنشائها، أي منذ إنشاء منظمة ألغات إلى الوقت الحاضر، وكما سلف الذكر فإن مؤسسة ألغات لم تكن منظمة متكاملة، بل هي مؤسسة دولية.

1-3-المبدأ الثالث: مبدأ الشفافية: أصبح مبدأ الشفافية من المبادئ الهامة في تطور العلاقات الدولية، وكذلك في حماية مصالح الدول وكذا حماية مصالح رعاياها، وتبنى الكثير من الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية على هذا المبدأ، كما أن هذا المبدأ يعبر في منظمة التجارة العالمية على مصداقية العضو في الالتزام بالاتفاق المنشئ للمنظمة وباتفاقيات التجارة الدولية الملحقة بها³؛ وفي هذا السياق فإن الفقرة (ب) بالملحق رقم (3) لاتفاقية مراكش المنشئة لآلية استعراض السياسة التجارية تنص على أن تلتزم الدولة بالشفافية كمبدأ في تعاملاتها. كما تلتزم سلطات الدول باتخاذ القرارات الحكومية في الأمور المتعلقة بالسياسات التجارية بالنسبة لاقتصاديات الدول الأعضاء، وتقترن هذه السياسات بمبدأ الشفافية⁴؛ ويتمثل مبدأ الشفافية في جانبين: جانب إيجابي وآخر سلبي.

¹ جابر فهمي عمران، المرجع السابق ، ص.250.

² المادة 26 من إتفاقية 26 لسنة 1969 الخاصة بقانون الإتفاقيات.

³ جابر فهمي عمران، المرجع السابق، ص. 249 .

⁴ جابر فهمي عمران، المرجع السابق ، ص .249.

1- الجانب الإيجابي: وهو أن يقوم كل عضو في الإتفاقية باتخاذ جميع الإجراءات لوضع جميع قواعد الإتفاقية موضع التنفيذ.

2- الجانب السلبي: وهو أن يتمتع العضو عن اتخاذ أي إجراء أو سلوك يمكن أن يعرقل عمل هذه القواعد، كما يجب على الأعضاء الالتزام بمبدأ الشفافية ؛ وإلا يتعرض إلى المسؤولية الدولية.

وأضحت هذه المبادئ تشكل الشرعية التجارية، حيث تعتمد منظمة التجارة العالمية لتحقيق هدفها الأساسي ؛ وهو حرية التجارة الدولية، على المبادئ والقواعد التي تقوم عليها من أجل تحقيق هذا الهدف.

والملاحظ أن مبدأ الشفافية يعد من أهم المبادئ، ولذلك فإن كل دولة تشعر الدول الأخرى بما تصدره من قوانين وتعليمات وإجراءات للتعامل مع الشركات الوطنية والأجنبية ؛ وما تقدمه من مستلزمات وإعفاءات، فضلا عن ذلك لا تكون هذه القوانين والإجراءات متعارضة مع اتفاقية منظمة التجارة العالمية والاتفاقيات المتعددة الأطراف المعقودة في نطاقها¹؛ وتعد الشفافية عنصرا مهما في تسهيل المعاملات التجارية بين الدول؛ خاصة مع تعدد وتنوع التشريعات التجارية والابتكارات، وعليه فإن المنظمة تفرض على كافة أعضائها إخطار غيرها بالتشريعات والتنظيمات ذات العلاقة مع شؤون التجارة الدولية².

ولقد أكد مدير منظمة التجارة العالمية، أن كل ما تطالب به هذه الأخيرة، هو شفافية المعاملات وقابلية التنبؤ ونظام قضائي واضح المعالم، يتيح للتاجر أو المستثمر الأجنبي أن يعرف مقدما حدود حقوقه والتزاماته، لكنها لا تحدد طريقة تحقيق ذلك ولا تفرض أي نوع من النظم القانونية، ولا تتدخل في كيفية تسيير كل دولة لشؤون سياستها³.

¹ سهيل حسين النقاوي، المرجع السابق ، ص .231.

² سهيل حسين النقاوي، المرجع السابق ، ص . 232.

³ طلال عبد العزيز، الشرق الأوسط - جريدة العرب الدولية، الموقع العولمة .

إن منظمة التجارة العالمية ليس لها قوة تغيير القوانين والأنظمة، ولكن ذلك من صلاحية الدول، التي يمكنها التقيد بما جاء في اتفاقية إنشائها، كما أن لها كل السيادة في عدم التقيد بهذه المبادئ، لأن منظمة التجارة العالمية تقوم على الانضمام الطوعي للدول.

وفي هذا السياق، فإن السيد "أندريه إرنارسكي"، رئيس الغرفة والصناعة في بلواندا يرى أن سياسات التجارة المبنية على قواعد متفق عليها والتي تتسم بالشفافية، مسألة ضرورية لتشجيع الارتباط بين الاقتصاديات النامية والاقتصاديات الصناعية العالمية؛ هذه المشاركة يجب أن تتأسس على القبول التام للقواعد والمعايير، ولا يجب في الوقت نفسه أن تستبعد الاستثناءات المؤقتة وترتيبات المرحلة الانتقالية بحيث يتم التفاوض بشأنها بشكل دقيق وحريص، وتحقيق هذه المبادئ يؤدي حسب الدول المضيفة إلى حماية المصالح المشروعة لرعاياها الموجودين في الخارج، ويتيح لهم المنافسة العادلة مع رعايا الدولة الذين يتواجدون فيها.

1-4-المبدأ الرابع: التفاوض في المحافل الدولية: إن وجود تعارض في المصالح بين الدول يستلزم وجود محافل تهدف إلى جمعها في نواد ، تسمح لهذه الدول للتباحث في الأمور التجارية، ويتفاوضون ضمن جولات متعددة الأطراف، كما أن هذه المنظمة تجمع الدول الأعضاء في جولات محادثات منظمة بشأن علاقاتهم التجارية¹.

وتمنح هذه المحافل الفرصة للدول للدفاع عن مصالحها التجارية والإقتصادية، والتي هي بالأساس مصالح رعاياها سواء الطبيعية أو المعنوية، وتستمد هذه المحافل شرعيتها من المادة الثالثة في الفقرة الثانية والثالثة من اتفاقية منظمة التجارة العالمية، حيث تنص على وجوب أن توفير المنظمة المحافل من أجل التشاور والتفاوض فيما بين أعضائها وتكون المجالات الآتية محل للتفاوض فيما يلي:

1- التفاوض بين الدول حول الاتفاقيات المعقودة منذ 1947م.

¹ سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق ، ص . 215.

2- تنظيم المفاوضات حول الاتفاقيات الجماعية الواردة في ملحق اتفاقية إنشاء الإتفاقية.

3- التفاوض بين الدول حول المسائل الجديدة التي تهم الدول.

4- تنفيذ ما تتوصل إليه المفاوضات طبقا لما يقرره المؤتمر الوزاري.

5- التفاوض بين المنظمة والدول الراغبة بالانضمام إليها.

وبصفة عامة فإنه للمنظمة مزايا وعيوبا، واستمرارها وتزايد الدول المنضمة إليها يؤكد فاعليتها ؛ رغم أن هذه المنظمة تشترط التغيير في القوانين واللوائح للدول، ورغم ذلك فإننا نلاحظ بعض الفوائد منها:

1- دعم السلام العالمي وتعزيزه ، معالجة المنازعات بطريقة بناءة وجادة¹.

2- تخفيض تكاليف الحياة.

3- توسع نظام التجارة الأكثر تحررا من نطاق الخيارات في المنتجات ونوعيتها.

4- تحفيز النمو الاقتصادي.

5- يساعد نظام التجارة الحرة على وجود حكومات قوية.

1-5-المبدأ الخامس: مبدأ خفض العام والمتوالي للرسوم الجمركية وثبيتها: إن تحرير التجارة العالمية يصطدم غالبا بالرسوم الجمركية، ولذلك فإن من أهم مبادئ المنظمة هو العمل على التخفيض المتوالي في إطار جولات التجارة الدولية، بغية الوصول إلى إلغاء هذه الرسوم، التي تعد من أهم العقبات التي تعترض انسياب التجارة العالمية².

ولقد ورد في ديباجة اتفاقية مراكش، بأن الدخول في اتفاقيات للمعاملة بالمثل تنطوي على مزايا متبادلة لتحقيق خفض كبير للتعريفات³.

¹ سهيل حسين النقلوي، المرجع السابق ، ص.217.

² مصطفى سلامة، المرجع السابق ، ص. 11.

³ ديباجة إتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية .

ولقد بدأ في تنفيذ خفض الرسوم إبتداء من سنة 1947م، غير أنه بموجب اتفاقية مراكش فإنه يتم خفض الحصص المتساوية إبتداء من 1995/01/01م على امتداد أربع سنوات، وتطبيق هذه الآجال على الدول التي تنظم بعد دخول هذه القواعد حيز التنفيذ¹.

1-6-المبدأ السادس: مبدأ حضر فرض القيود الكمية على الواردات والصادرات: تلجأ الدول عادة لحماية إقتصاداتها إلى نظام الحصص، الذي يعد من أخطر العقبات التي تحد من إتمام حرية التجارة العالمية²، غير أن الدول تبرر اللجوء إلى هذه الإجراءات لأسباب اقتصادية لحماية فروع الإنتاج الوطني من المنافسة وكذلك العمالة، وفي هذا السياق، فهناك استثناءات لهذا المبدأ يمكن تصنيفها في قسمين³ :

أ- الاستثناء في مجال الواردات: وتتم عادة لحماية الأخلاق العامة، صحة الإنسان والحيوان، والبيئة، والمنتجات، وأيضا لمواجهة الزيادة الكبيرة في الواردات الزراعية الواردات الزراعية، وتتم أيضا هذه الحماية من أجل توازن ميزان المدفوعات، وحماية الصناعة الوطنية.

ب- في مجال الصادرات: للدول الحق بصفة استثنائية للجوء إلى القيود الكمية لمواجهة النقص الحاد في المنتجات الزراعية، وحماية الأمن القومي.

الفرع الثالث: حماية حقوق الملكية الفكرية في منظمة التجارة العالمية

تتميز الحقوق الفكرية بالطابع المالي والشخصي في آن واحد، وتشتمل على الملكية الأدبية والفنية والملكية الصناعية والتجارية⁴، ومن أهم ما جاء في اتفاقية منظمة التجارة العالمية، هو ضمها حماية الحقوق الفكرية في مجالات التجارة العالمية، ورغم أن الحماية الفكرية عرفت العديد

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.218 .

² مصطفى سلامة، المرجع السابق ، ص . 12.

³ مصطفى سلامة، المرجع السابق ، ص. 13.

⁴ الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص. 1.

من الاتفاقيات سابقة لاتفاقية التيبس منها اتفاقية باريس لعام 1967م لحماية الملكية الصناعية¹، ومعاهدة برن لعام 1971م لحماية الأعمال الأدبية والفنية وغيرها من الاتفاقيات.

إن اتفاقية التيبس هي إحدى الاتفاقيات الملحقة باتفاقية منظمة التجارة العالمية، وتم تبنيتها في مؤتمر مراكش ؛ بعد أن تم إقرارها في جولة أوروغواي 1986م- 1993م. إضافة إلى الاتفاقيات الدولية المتعددة الأخرى التي تكفلت بالحقوق الفكرية، والتي تسهر على إدارتها أو الإشراف عليها وتنميتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، وهي منظمة متخصصة تابعة لمنظمة الأمم المتحدة².

والاختلاف البارز بين هذه الاتفاقيات واتفاقية التيبس هو أن هذه الأخيرة تناولت الحقوق الفكرية من منظور تجاري بحت ؛ بغرض حماية هذه الحقوق دولياً، خصوصاً أن منظمة التجارة العالمية تضم دولاً نامية وأخرى في طريق النمو، وحفاظاً على مصالح رعايا الدول النامية عليها أن تقوم بحماية حقوق هؤلاء من مالكي المعارف التكنولوجية ومالكي برامج الحاسوب، وأصحاب العلامات التجارية وبراءات الاختراع ؛ التابعين لها حسب معيار الجنسية أو الموطن أو مركز الإدارة الرئيسي³.

والغاية من إبرام اتفاقية التيبس هو منح الحماية لأصحاب حقوق الملكية الفكرية المرتبطة بالنشاطات التجارية، ولا يفهم من هذا أن هذه الحماية تقلل أو تنقص أنواع الحماية الأخرى الواردة في الاتفاقيات الأخرى، ويذكر مصطفى سلامة في كتابه منظمة التجارة العالمية، نوعين من الحماية هما⁴ :

¹ مصطفى سلامة، المرجع السابق ، ص. 252.

² الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص . 92 .

³ الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص. 92.

⁴ مصطفى سلامة، المرجع السابق، ص 253.

أولاً: حماية لكل قطاع من حقوق الملكية الفكرية في إطار الاتفاقيات السابق بيانها.
ثانياً: حماية أخرى جاءت بها اتفاقية التيسر.

وتأكيداً على ما جاء في هذين النوعين، الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية التيسر، على أن يلتزم الأعضاء بمراعاة أحكام المواد من 1 إلى 12 والمادة التاسعة عشرة من معاهدة باريس 1967م¹.

كما تنص الفقرة الثانية من نفس المادة، على أن "لا ينقص أي من الأحكام المنصوص عليها من الأجزاء من الأول إلى الرابع من هذه الإتفاقية من أي من الالتزامات المالية التي تترتب على الدول الأعضاء بعضها اتجاه الأخرى بموجب معاهدة باريس، ومعاهدة برن، ومعاهدة روما وواشنطن".

هذا من جانب الدول النامية، أما الدول في طريق النمو فإنها تنظر إلى هذا الأمر بصفة مغايرة، حيث تعتبر أن الإقرار بهذا النظام، هو الاعتراف بالاحتكار من قبل الدول النامية في مجال الحقوق الفكرية، وإهدار لمصالحها والقيام بحماية مصالح الدول القوية دون مقابل، ومن ثم فإن من مصلحتها عدم الالتزام بالإجراءات الحمائية، حيث تتيح لنفسها الاستفادة من التقدم التكنولوجي والإبداع الفني دون دفع مقابل لأصحاب الحقوق².

ولقد أدى تعارض المصالح بين الدول النامية والدول في طريق النمو، إلى التوصل إلى حل توافقي في مفاوضات أوروغواي إلى إقرار اتفاقية إطار ذات قواعد موضوعية، تتيح لرعايا الدول الأخرى التمسك بها، وتسمح لهم مباشرة الدعاوى أمام الجهات الإدارية والقضائية المختصة، كما أن نفاذها يلزم الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية باعتماد قواعد حماية الملكية الفكرية في منظومتها التشريعية والتنظيمية.

¹ المادة 2 من الفقرة الأولى من إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (مراكش في 15 أبريل 1994م).

² الطيب زروقي، المرجع السابق، ص . 93.

أ- طرق حماية حقوق الملكية الفكرية الموضوعة من طرف التريبس

لقد وضعت منظمة التريبس، نظاما لحماية الحقوق الفكرية على مشتركين اثنين: الأول يعتمد على المبادئ العامة، أما الثاني فيعتمد على النظام الخاص¹.

1- القواعد المشتركة للحماية: لقد وردت هذه القواعد في الباب الأول من الإتفاقية ؛ وهي إقرار الحد الأدنى للحماية، العلاقة بين اتفاقية التريبس (TRIPS) والمعاهدات الأخرى الخاصة بالملكية الفكرية، المعاملة الوطنية، تعميم معاملة الدولة الأولى بالرعاية، تعميم الاستفادة من التطور التكنولوجي.

ولقد وضعت هذه الإتفاقية التزاما على الدول الأعضاء بتوفير حد أدنى من الحماية، وهو الحد الذي ورد في الإتفاقية لمختلف فئات الملكية الفكرية²، وينطبق هذا الحق على رعايا تلك الدول، وعلى رعايا الدول الأخرى الأعضاء في الإتفاقية.

وتنفيذا لروح اتفاقية منظمة التجارة العالمية، فإن الدول الأعضاء مدعوة لتعديل تشريعاتها الداخلية في ما يخص حدود الحماية الدنيا بما يتناسب مع هذه الإتفاقية. كما تنص اتفاقية التريبس (TRIPS) على مدة الحماية على مختلف الحقوق الفكرية³، أما بالنسبة للقواعد الجديدة، ففيها توسيع في هذا القطاع أي الإنتاج الفكري؛ الذي يتضمن شرطين تقليديين في التجارة الدولية هما المعاملة الوطنية وحكم الدولة الأولى بالرعاية.

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.166.

² الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص . 96.

³ المادة 2 من إتفاقية تريبس 1994 تنص على مايلي: "عند حساب مدة حماية عمل من الأعمال، خلاف الأعمال الفوتوغرافية أو الأعمال الفنية التطبيقية، على أساس آخر غير مدة حياة الشخص الطبيعي، لا تقل هذه المدة عن 50 سنة، إعتبارا من نهاية السنة التقويمية التي أجزى فيها نشر تلك الأعمال أو في حال عدم وجود ترخيص بالنشر في 50 سنة إعتبارا من إنتاج العمل الفني، 50 سنة إعتبارا من نهاية السنة التقويمية التي تم فيها إنتاجه".

2- القواعد الخاصة بحماية حقوق الملكية الفكرية: إن اتفاقية التريبس (TRIPS) لا تلغي الاتفاقيات الخاصة بالملكية الفكرية الأخرى، وأن أحكام هذه الإتفاقية هي أولى بالتطبيق مقارنة مع الاتفاقيات الأخرى وهذا للأسباب التالية¹:

- 1- أن البلد المنضم إلى اتفاقية التريبس (TRIPS) ، وليس عضوا في الاتفاقيات الأخرى فهو ملزم بهذه الإتفاقية لأنه عضو فيها.
- 2- إن اتفاقية التريبس (TRIPS) هي أحدث الاتفاقيات في مجال حماية الملكية الفكرية ، وهذا تطبيقا للحل المقرر في أحكام معاهدة سنة 1969م الخاصة بالمعاهدات.

ويلاحظ أنه ليس هناك تعارض ما بين اتفاقية التريبس والاتفاقيات الأخرى، بل هي علاقة تكامل، وتحدد هذه الإتفاقية سبعة 7 أصناف من الحقوق الخاصة بالملكية الصناعية وهي:

- 1- حقوق المؤلف والحقوق الملحقة.
- 2- العلامة التجارية: فحسب المادة الخامسة عشرة الفقرة الأولى فإنه تعتبر أي علامة أو مجموعة علامات
- 3- تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية².
- 4- حماية المؤشرات الجغرافية: وتعتبر هذه المؤشرات الجغرافية هي التي تحدد منشأ سلعة ما في أراضي بلد عضو أو في منطقة أو موقع في تلك الأراضي حين تكون النوعية أو السمعة أو السمات الأخرى لهذه السلعة راجعة بصورة أساسية إلى منشئها الجغرافي³.
- 5- التصميمات الصناعية: أعطت هذه الإتفاقية لصاحب التصميم الصناعي المتمتع بالحماية حق منع الأطراف الثالث التي لم تتحصل على موافقته من صنع أو بيع أو استيراد السلع المحتوية على

¹ الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص98.

² المواد من 15 إلى 21 من إتفاقية التريبس، تلازم الدول أن تطابق قوانينها مع أحكام إتفاقية باريس 1967م المادتين 6 و 8.

³ المادة 22 الفقرة الأولى من إتفاقية التريبس، 1994.

أو المجسدة لتصميم منسوخ أو معظمه منسوخ عن التصميم المتمتع بالحماية حين يكون القيام بذلك لأغراض تجارية¹.

6- براءات الاختراع: إن اتفاقية باريس 1967م احتوت على المبادئ العامة لحقوق براءات الاختراع غير أن اتفاقية التريبس قد حددتها وذلك بموجب المواد من 27 إلى 34².

ولقد وقفت الشركات والمجموعات الاقتصادية الكبرى في العالم وراء حكوماتها بتبني فكرتها ؛ واتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل الدفاع وإقرار الحماية الفعالة والشاملة للمخترعات ؛ بالنظر إلى الخسائر التي تكبدتها نتيجة الاستغلال غير المشروع لها³.

إن قيام هذه الدول بالدفاع عن الشركات باعتبارها مالكة للنصيب الأكبر من براءات الاختراع المسجلة، تملية الضرورة من أجل تدويل نظام براءات الاختراع، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، العمل على تعويض نظام الحماية القديم التي تفره اتفاقية باريس، التي تحيل على التشريعات الوطنية للدول الأعضاء تنظيم براءات الاختراع.

ومقارنة مع اتفاقية باريس، فإن اتفاقية التريبس (TRIPS) ، كيفت حقوق المخترع على أساس أنها حقوق طبيعية، وهي لصيقة بشخصية المخترع، وعليه ينبغي توحيد المعاملات الدولية في مجال حمايتها وإعطاء الصبغة العالمية لها وليس عن طريق التشريعات الوطنية الخاصة بالاختراعات⁴. ويتم منح براءة الاختراع حسب المادة السابعة و العشرين، من اتفاقية التريبس (TRIPS) ، كما يتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الاختراع أو المجال

¹ المادة 26 الفقرة الأولى من إتفاقية التريبس، 1994 .

² Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.170 .

³ الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص . 110 .

⁴ الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص. 111 .

التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أو منتجة محليا¹؛ وتتميز براءات الاختراع والتي هي حق ملكية بخصائص هي:

1- الديمومة.

2- العمومية.

3- لا تحد عن عالمية هذا الحق الحدود السياسية والسيادية.

4- حق الاستثناء لصاحبه غير خاضع لقيود حكومية أو زمنية².

إن نظرية الحق الطبيعي للمخترع عرفت العديد من الانتقادات، غير أنها تركت آثارا واضحة في الإتفاقية، خصوصا بالنسبة للمادة الثامنة والعشرين (28)، حيث أعطت براءة الاختراع لصحابها الحقوق التالية³:

1- حين يكون موضوع البراءة منتجا ماديا. حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقة من هذه الأعمال و صنع واستخدام هذا المنتج.

2- حين يكون موضوع البراءة عملية صناعية، حق منع أطراف ثالثة لم تحصل على موافقته من الاستخدام الفعلي للطريقة بالنسبة للحالة الثانية.

3- كما أن لأصحاب البراءة حق التنازل للغير أو تحويلها للغير بالأولوية أو التعاقب، وإبرام عقود منع التراخيص.

¹ المادة 24 من إتفاقية التريبس 1994/04/15م التي تنص على ما يأتي: "مع مراعاة أحكام الفقرتين 2 و 3 تتاح إمكانية الحصول على براءات إختراع لأي إختراعات سواءا كانت منتجات أو عمليات صناعية، في كافة ميادين التكنولوجيا، شريطة كونها جديدة وتتطوي على خطوة إبداعية وقابلة للإستخدام في الصناعة، ومع مراعاة أحكام الفقرة 4، من المادة 65 الفقرة 8 من المادة 70، والفقرة 3 من هذه المادة، تمنح براءات الإختراع ويتم التمتع بحقوق ملكيتها دون تمييز فيما يتعلق بمكان الإختراع أو المجال التكنولوجي، أو ما إذا كانت المنتوجات مستوردة أو منتجة محليا"، الفقرة الأولى.

² الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص . 119.

³ المادة 28 من إتفاقية 1994/04/15 التريبس (TRIPS) .

إن إقرار هذه الحماية لبراءة الاختراع أعطي لها أهمية بالغة في حماية حقوق رعايا الدولة في الخارج، غير أن هذه الحماية غير مطلقة، لورود استثناءات، متعلقة ببراءات الاختراع المخالفة للنظام العام، مثل حماية الصحة، حماية الحياة البشرية والحيوانية، والنباتية، حماية البيئة¹.

ولقد نصت المادة السابعة والعشرين (27) الفقرة (2) على قابلية الحصول على براءات الاختراعات ؛ التي يكون منح استغلالها تجاريا في أراضيها ضروريا لحماية النظام العام أو الأخلاق الفاضلة، بما في ذلك حماية الحياة، أو الصحة البشرية والحيوانية، أو النباتية أو لتجنب الأضرار الشديدة بالبيئة².

ويلاحظ تشدد اتفاقية التريبس (TRIPS) في تفسيرها مضمون الشروط المطلوبة للحصول على براءة الاختراع، وهذا حسب المادة السابعة والعشرين 27 الفقرة السالفة الذكر، كما أن هذه الإتفاقية بتحديد لها لمدة حماية البراءة المقدر بعشرين (20) سنة أعطت للمخترع مدة طويلة لحماية اختراعه مع أن بداية الحماية تبدأ من تقديم طلب الحصول على البراءة وليس من وقت إصداره³.

حماية الدوائر المدمجة Protection des circuits intégrés

نظرا لحدثة هذا الموضوع، فإن الكثير من التشريعات الوطنية لم تتطرق له، غير أن اتفاقية التريبس حرصت على حماية تصاميم الدوائر المدمجة في المواد الخامسة و الثلاثين، السادسة و الثلاثين ، السابعة و الثلاثين و الثامنة و الثلاثين.

المطلب الثاني: الإتفاقية الجماعية للاستثمار (AMI) وحق الإستثمار

¹ Dominique Carreau & Patrick Juillard , op.cit, p.170 .

² المادة -27- ، الفقرة (2) ، إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ، مراكش ، 1994 .

³ الطيب زروقي، المرجع السابق ، ص . 116 .

بعد نجاح المنظمة العالمية للتجارة في استقطاب أغلب الدول للانضمام إليها بعد سنة 1994م ؛ أي بعد حوالي أربعين سنة من المحاولات، مروراً بمنظمة ألغات ؛ وهذا من أجل تحرير التجارة العالمية، غير أن الأمر يختلف بخصوص الإستثمار، حيث بدأت أولى المفاوضات حول الإستثمار، خصوصاً التحرير المتزايد للتبادل في ظل إلغاء التمييز على أساس الجنسية ما بين المستثمرين؛ لقد بدأ التفاوض حول هذا الموضوع بصفة سرية في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ما بين تسع و عشرين دولة¹، وكان هذا امتداداً لتطور ألغات والمنظمة العالمية للتجارة، غير أن الأمور لم تجر كما هو مخطط لها، نتيجة لقيام العديد من المظاهرات، حيث ذهب البعض إلى اعتبارها تهديداً للديمقراطية².

كما أن مفاوضات الاتفاق الجماعي للإستثمار أجم صحوه الضمانر لدى مجموعات الضغط، وهذا بسبب أن هذا الاتفاق يميل إلى العالمية أكثر منه في الاتفاقيات الثنائية، وأخذ جانبا هاما من المناقشات السياسية ؛ أضف إلى ذلك أن هذا الاتفاق كانت المفاوضات فيه ما بين دول الشمال أي شمال-شمال، على عكس الاتفاقيات الثنائية، التي أبرم الكثير منها ما بين الدول شمال-جنوب³، ويعد الاتفاق الجماعي للإستثمار وسيلة للتعاون شمال- شمال ؛ على اعتبار أنه نوقش في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ؛ ومن هنا فإن الأمر لا يعني حماية وترقية الإستثمارات في دولة من الجنوب، وإنما هو على سبيل المثال حماية الإستثمارات الأمريكية في فرنسا، الأمر الذي أدى إلى ظهور موقف غير مشجع من طرف الحكومة الفرنسية. وبتاريخ 14 أكتوبر 1998م أعلن الوزير الأول الفرنسي أن فرنسا لن تشارك في مفاوضات الاتفاق الجماعي للإستثمار، حيث شجع هذا الموقف الفرنسي بعض الدول المترددة على اتخاذ نفس الموقف، مما أدى إلى توقف المفاوضات، ولم يدم هذا الوضع طويلاً، حيث عادت الحكومة الفرنسية إلى اتخاذ موقف أكثر تصالحاً مع سيرورة العولمة.

¹ Accord multilatéral sur l'investissement , wikipedia.

<http://fr.wikipedia.org/wiki/acordmultilateral%c3%a9rolsurl'investissement>

² L'AMI, Ennemi de la democratie, <http://www.sytinet/ami.html>

³ Dominique Carreau, Patrick Juillard, op.cit, p.401.

وابتداء من سنة 2002م، عادت المفاوضات حول هذا الاتفاق لكن في إطار المنظمة العالمية للتجارة ؛ وليس في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE)¹. وسأطرق لهذا الموضوع في ثلاث نقاط هي : أسباب الإتفاقية الجماعية للإستثمار ، و معاهدة ميثاق الطاقة و أيضا إلى حق الإستثمار و حقوق الإنسان .

الفرع الأول: أسباب الإتفاقية الجماعية للإستثمار

إن أحد الأسباب الداعية للعمل على إبرام إتفاق جماعي للإستثمار؛ هو التزايد الكبير للإستثمارات وعمل جل الدول على جلبها، وكذلك إلى التحول العميق للإستثمارات المباشرة بسبب تحريرها والتنافس ما بين الدول للاستفادة منها، غير أن المستثمرين الأجانب، كثيرون ما تجابههم عراقيل التمييز ما بين الوطنيين ورعايا دول أخرى، بالإضافة إلى المناخ غير المستقر في الدول².

ويهدف هذا الاتفاق إلى إيجاد قواعد دولية جماعية للإستثمار من أجل إنشاء إطار متوازن ومنصف لعلاج مشاكله، والذي يسمح بتدعيم النظام التجاري الجماعي، وكذلك تحرير وحماية المستثمرين وتعزيز آليات تسوية منازعات الإستثمار، وكل هذا يؤدي في النهاية إلى زيادة في التنمية الاقتصادية.

ولقد كان هذا الهدف هو محرك اللجنة الدولية للإستثمار؛ والشركات المتعددة الجنسيات (CIME) ؛ وكذلك لجنة رؤوس الأموال والمعاملات الخفية (CMIT)، ويكون ذلك في إطار منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية.

غير أن الإستثمار المباشر لا يعني فقط دول (OCDE)، بل إن الكثير من الدول غير العضو في هذه المنظمة أبدت اهتماما بهذا الاتفاق الجماعي الخاص بالإستثمار؛ كما رغبت في مناقشة قواعد اللعبة الخاصة به، باعتبارها هي أيضا معنية بالموضوع على أساس أنها أيضا مستقبلية للإستثمارات الأجنبية ومصدر لها³؛ ويتميز هذا الاتفاق بتكاملة التزامات تحرير الإستثمارات

¹ L'ami, Ennemi de la démocratie, <http://www.syti.net/ami.html>

² Accord Multilatéral sur l'investissement, documentation des négociations, <http://www.LOECd.org/DAF/Mai/hm/cmitcime95F.html>

³ Accord Multilatéral sur l'investissement, documentation des négociations, op.cit, par.2/7.

بأحكام لحمايتها، وكان الهدف من المفاوضات هو التوصل لاتفاق يتضمن توازنا مرضيا حيث يحدد:

- 1- معايير مرتفعة لمعاملة وحماية الاستثمارات.
- 2- التوجه إلى أبعد من الالتزامات الحالية، والوصول إلى مستوى أعلى في تحرير الاستثمارات، سواء في مرحلة إنشاء المشروع أو بعد إنشائه، وذلك بواسطة الالتزامات المتعلقة بالمعاملة الوطنية وعدم التمييز، وكذلك الشفافية في ميدان التحرير.
- 3- ضمان الطابع الإجباري، في تنفيذ الالتزامات.
- 4- تطبيق الالتزامات على جميع المستويات في الإدارة على جميع أطراف الاتفاق.
- 5- معالجة الإجراءات المتخذة في المنظمات الجهوية للاندماج الاقتصادي.
- 6- تسهيل المصالحة وضمان آلية فعالة لتسوية منازعات الإستثمار.
- 7- الأخذ بعين الاعتبار الالتزامات الدولية للدول الأعضاء من أجل تفادي المنازعات مع المنظمة العالمية للتجارة، وكذلك تجنب منازعات الخضوع للضريبة المقبولة في المجال الدولي¹.

ولقد وجهت لمشروع الاتفاق انتقادات من طرف عدة أطراف دولية ومنظمات غير حكومية خاصة تلك المهتمة بالبيئة، التي اعتبرت بأن المبدأ الأساسي لهذا الاتفاق هو إنشاء حقوق جديدة لفائدة الشركات المتعددة الجنسيات على حساب الدول والشعوب، حيث تسمح لهذه الشركات بموجب هذا الاتفاق أن تجر الدول أمام هيئة قضائية وتنفيذية بموجب هذه الإتفاقية ؛ بمجرد أن تقوم الدولة بخلق اختلافات ما بين المستثمرين الوطنيين والأجانب، أو حتى إيجاد منافسة غير متكافئة ما بينهما².

وأنقد هذا الاتفاق أيضا ؛ بسبب أن القوانين الخاصة بحماية البيئة يمكن أن تلغى إذا كانت أحكامها قاسية مقارنة بدول أخرى يكون فيها المستثمر متواجدا فيها ، وتعتبر كذلك الإعانات المقدمة من قبل الدول لقطاع الثقافة أو التربية بمثابة منافسة غير مشروعة ؛ بالمقارنة مع دول أخرى لا تقوم بتدعيم هذين القطاعين.

¹ Accord Multilatéral sur L'investissement, op.cit, par.3/7.

² L'ami, Ennemie de la Démocratie, op.cit, par.1/7.

ويعتبر منتقدو هذا الاتفاق أنه يمنح الحق للمستثمرين بطلب إلغاء قوانين الدولة الوطنية، والمطالبة بتعويض مادي عن أي ضرر أصاب هؤلاء المستثمرين، وبصفة عامة فإن الاتفاق الجماعي للاستثمار يعني أن الدولة تتخلى عن سلطاتها في هذا المجال لفائدة الشركات المتعددة الجنسية، وكذلك تتنازل الحكومات المنتخبة عن سلطاتهم مما يعني المساس بالديمقراطية ككل¹.

بعد تطور المفاوضات دون التوصل إلى إمضاء إتفاق جماعي للاستثمار بين الدول المتطورة أي دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE)، بسبب المعارضة التي لفيها مشروع الاتفاق من طرف المجتمع المدني والمنظمات غير الحكومية.

وكان الهدف من العمل على الانتهاء من المفاوضات، هو المصادقة من طرف هذه المجموعة من الدول على الإتفاقية، حتى يتم دعوة الدول غير الأعضاء إلى الاندماج فيها، بما يعني فرض الأمر الواقع على الدول في طريق النمو. ومن هذا المنظور فإن الاتفاق المتفاوض عليه من طرف الدول النامية سيقدم إلى الدول للأخذ أو الترك، لتفادي فتح المفاوضات من جديد، وهذا حسب منطق "خذه كله أو دعه كله" (Take It or leave It)².

ولهذا السبب فإن الدول في طريق النمو نظرت إلى مشروع الإتفاقية بعين الريبة، خاصة أنه أثار الكثير من النقاش؛ ما بين الدول النامية دون أن يصل ذلك النقاش إليها. وتعتبر مناقشته في منظمة التجارة العالمية أحسن طريق للتوصل إلى إتفاق جماعي يحفظ مصالح كل من الدول النامية والدول التي هي في طريق النمو، خاصة أن هذا الاتفاق يحدد مصير مستقبل الكثير من الدول من الناحية الاقتصادية، وإن الرهان كبير فيما يخص الاستقلالية الاقتصادية للدول خصوصا بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو.

والملاحظ هو تطور الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية الاستثمارات على عكس الاتفاقيات الجماعية؛ التي تبقى الأضمن من ناحية استقرار القواعد القانونية الدولية، كما أن اختلاف وتباعد وجهات النظر حول هذا الاتفاق، يحتاج إلى فترة زمنية من أجل التوصل إلى إتفاق ترضى به جميع الأطراف، ورغم هذا فإن هناك بعض الاتفاقيات الجماعية التي تم التوصل للمصادقة عليها وعلى سبيل المثال لا الحصر نذكر معاهدة ميثاق الطاقة.

¹ L'ami, ennemi, de la démocratie, op.cit, par.2/7.

² Dominique Carreau et Patrick Juillard, op.cit, p.44.

الفرع الثاني : معاهدة ميثاق الطاقة

إن التغييرات التي عرفتها أوروبا بعد انهيار الإتحاد السوفيتي كانت أحد الأسباب لإبرام معاهدة ميثاق الطاقة بلشبونة بتاريخ 1994/12/14م ، وتعد هذه الإتفاقية الوحيدة الخاصة بالطاقة التي تهدف إلى حماية الاستثمارات، ومدعمة بآليات لتسوية النزاعات المتعلقة بالموضوع.

وفي هذا السياق ظهر فاعلون جدد؛ يتمثلون في الشركات الوطنية للبتروول خصوصا في ظل التغييرات المناخية، إضافة إلى المفاوضين في المواد الأولية، وكذلك الشركات الكبرى الوسيطة، وأيضا الطلب الكبير على المواد الطاقية في العالم¹.

ولقد جاءت هذه المعاهدة على أساس المعاهدة الأوروبية للطاقة سنة 1991م، وتبعا للمفاوضات بين دول المجموعة الاقتصادية الأوروبية والدول الشرقية الأوروبية ؛ والدول المستقلة عن الإتحاد السوفيتي، وكذلك دول منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية غير الأعضاء في المجموعة الاقتصادية الأوروبية.

ورغم أن هذه المعاهدة تبدو أنها حذرة في مجال حرية تنقل الاستثمارات إلا أنها تطلب من الدول الموقعة عليها الاجتهاد في منح المستثمرين الأجانب الاستفادة من المعاملة الوطنية؛ وكذلك شرط الدولة الأولى بالرعاية ؛ حيث نصت المادة العاشرة من هذه المعاهدة على أنه يجب على كل طرف متعاقد أن يجتهد في منح المستثمرين من الدول الأطراف المتعاقدة في قبول استثماراتهم على أراضيها والاستفادة من المعاملة الوطنية وكذلك شرط الدولة الأولى بالرعاية.

وتهدف هذه المعاهدة (TCE) إلى تدعيم سمو القانون على المسائل الطاقية، وذلك بإنشاء ظروف المنافسة العادلة، التي تراقب من طرف الحكومات، وأيضا إلى التقليل من مخاطر الإستثمار والتجارة في مجال الطاقة، وتمنح هذه المعاهدة حماية كبيرة جدا ضد نزع الملكية في

¹ Sibrenoe Jong, vers une gouvernance mondiale de l'énergie : comment compléter le puzzle, revue international de politique et développement, <http://poldzu.revues.org/69>

إطار التأميم، ويمكن لكل الدول المصادقة عليها سواء أكانت هذه الدول منتجة أو مستهلكة أو ناقلة، أو دول مصنعة أو دول في طريق النمو¹.

ونظرا للطابع المفتوح لهذه المعاهدة التي هي في الأساس من إنشاء الإتحاد الأوروبي، فإنها تعطي مكانا لاختبار الممارسات غير التمييزية بالنسبة للاستثمار، وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعاهدة توصي بقواعد مفصلة فيما يخص نقل المواد الطاقية، حيث توجب على أعضائها اتخاذ الإجراءات الكفيلة من أجل نقل الطاقة خصوصا في حالات المنازعات بين الدول؛ التي تمر بها قنوات الطاقة.

وتبدي روسيا في هذا الإطار انتقادا لمراجعة بروتوكول نقل الطاقة؛ حيث أبدت قلقها حول حماية مصالح الدول المنتجة في إطار هذه المعاهدة، وهذا رغم الاعتراف بمبدأ سيادة الدول على الموارد الطاقية؛ مما أدى إلى عدم مصادقتها على هذه المعاهدة خصوصا بعد النزاع حول الغاز ما بين روسيا وأوكرانيا.

أما بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو، فقط طرح إشكال فيما يخص التسعير الثنائي؛ أين يعتمد سعريين، ومن بين هذه الدول الجزائر التي تعمل بهذه الطريقة، وتعتمد على السعر الأكثر ارتفاعا بالنسبة للتصدير والأقل ارتفاعا بالنسبة للاستهلاك المحلي، والهدف من وراء ذلك هو تحفيز إما الإنتاج أو الاستهلاك المحلي؛ أو الصادرات، غير أن هذه الممارسة سمحت بها المنظمة العالمية للتجارة لمدة ثماني سنوات إبتداء من دخول هذه المعاهدة حيز التنفيذ، وهذا بموجب المادة 27-2، غير أنه لا يسمح لاستمرار هذه الممارسة إلا في حالة ضرورة التنمية، لكن يشترط أن يتم ذلك بعد مفاوضات مع لجنة الإعانات للمنظمة، وهي المؤهلة لتحديد إذا كان هذا التمديد يبرر بحاجيات الاقتصاد المالية وتنمية البلد².

هذا الاستثناء الموجود في اتفاقية منظمة التجارة العالمية غير معمول به في معاهدة ميثاق الطاقة، مما يحول دون انضمام الكثير من الدول المصدرة للطاقة.

الفرع الثالث : حق الإستثمار وحقوق الإنسان

¹ Sibrende Jong, op.cit, p.14.

² Sibrende Jong, op.cit, p.15.

إن من أهداف الأمم المتحدة هو ترقية حقوق الإنسان، ولذلك فإن كل الاتفاقيات والمعاهدات التي تهدف إلى حماية وترقية الإستثمار تشير إلى حماية حقوق الإنسان، ومن ذلك فإن الأمم المتحدة تفضل الرفع من المستوى المعيشي، وتوفير شروط التقدم والتنمية في نظام اقتصادي واجتماعي، وأيضا الاحترام العالمي والفعلي لحقوق الإنسان والحريات الأساسية لكل البشر، بدون تفرقة بين العرق، الجنس، أو اللغة أو الدين¹.

وهذه الإلتزامات الخاصة بالدول لا تأخذ مصدرها من الاتفاقيات فقط، بل هناك مصدر هام لحماية حقوق الإنسان نجده في القانون الدولي العرفي، الذي ما فتئ يوسع في قائمة حقوق الإنسان، وهو كذلك عنصر مهم يرجع إليه في أحكام المحكمين الذين لا يكتفون فقط بالاتفاقيات لإصدار أحكامهم الخاصة بالاستثمار.

وابتداء من 1980م، فإن محكمة تحكيمية اعترفت بأن الإلتزامات الواجبة التقيد بها من قبل اتفاقيات أخرى ؛ وهذا من خلال اعتراف محكمي المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار للدولة المصرية على أساس أن هذه الأخيرة ترتبط باتفاقية مع اليونسكو، من أجل حماية الآثار².

في المقابل فإنه من السابق لأوانه الاعتراف للمستثمر بحق الإستثمار في الوقت الحالي ورغم أن هناك بداية للاعتراف للشخص بحق الإستثمار في إطار الحقوق الاقتصادية والاجتماعية.

ومن خلال التطور المتصاعد لحقوق الإنسان، فإنها لم تأخذ مكانتها في بداية الأمر ماعدا حق الملكية، وهذا لأنه في ذلك الوقت كان الحديث عن الحياة السياسي أكثر منه عن الحياة الاقتصادية، حيث كانت الملكية هي السبيل للممارسة السياسية، وعلى هذا الأساس فإن حرية التجارة والاقتصاد استبعدت من الإعلانات الثورية لحقوق الإنسان، وإنما اعتبرت نتيجة اقتصادية لنظام الحرية السياسية.

وبدأت الدول في الاعتراف دوريا بالحقوق الاقتصادية للفرد، وأصبح الآن الكل يعترف بهذه الحقوق ؛ غير أن الاختلاف بين اعتبار هذه الحقوق جماعية أو فردية أثر كثيرا في تكريسها، وهي أحد أسباب الفشل في الاعتراف بحق الفرد في الإستثمار أو المقابولة، كما أن عدم الفصل بين هذه

¹ Luc Eric Peterson, Droit humaines et traites bilatéraux d'investissement, Droit et démocratie, P.21.

² Luc Eric Peterson, op.cit, p.22.

الحقوق واعتبارها منفصلة عن الحقوق الاجتماعية أو الثقافية، حال دون الاعتراف بها منفصلة، غير أن توسع النشاط الاقتصادي الفردي من خلال ظاهرة العولمة، فتح المجال لمناقشة هذه الحقوق والاعتراف بها من قبل الدول.

ويمكن ذكر إضافة إلى حق الملكية وحرية التجارة والصناعة، الحريات التالية التي بدأت في البروز في ظل المستجدات الخاصة بالاقتصاد ومنها:

1- الحرية التعاقدية: لقد بدأت الأطراف المتعاقدة في السنوات الأخيرة تتحرر من شروط القانون الوطني، في إبرام عقودها الدولية بين الدول والأشخاص الخاصة، والاتجاه إلى التحكيم الدولي، كجهة لتسوية المنازعات الخاصة بالتجارة والاستثمار، وتجدر الإشارة إلى أن الحرية التعاقدية قد تم الاعتراف بها من قبل محكمة العدل للإتحاد الأوروبي¹.

2- حرية المقاول: يوجد القليل من الدساتير التي تعترف بحرية المقاول رغم أن المقاول يقوم بدور أساسي في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ومن بينها الدستور الفيتنامي في مادته السابعة و الخمسين التي تنص على أن كل مواطن له الحق في حرية المقاول طبقا لنصوص القانون.

3- حرية الإستثمار: يشكل الإستثمار عاملا أساسيا للتنمية الاقتصادية للدولة، غير أنه لم تشر إليه النصوص الخاصة بحقوق الإنسان، رغم أن إعلان الأمم المتحدة الخاص بالحق في التنمية بتاريخ 1986/12/04م، أفرد إجراءات خاصة بحماية الاستثمارات القادمة من الخارج، لكن لم يعترف به كحق من حقوق الإنسان، كما لا نجد أي دستور من دساتير دول العالم تذكر حق الإستثمار بهذا

¹ Karel Vasak, Partenariat Et Developpement Solidaire .La Dimension Des Droits De L'homme . Table Ronde De Marakech Du 28/02/2004.

المصطلح، وتبقى محاولة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التي نصت على حرية الإستثمار في مشروع الاتفاق الجماعي للاستثمار، إلا أن هذا المشروع أجهض بسبب المعارضة الفرنسية له¹.

وعليه فإن الحريات الخاصة بالمقاولة والاستثمار، تقتضي المزيد من الوقت من أجل أن يتم تكريسها أولاً في دساتير الدول النامية، غير أن التطور الاقتصادي والمنافسة التجارية والصناعية قد تعجل بتجسيد هذه الحريات والحقوق في المستقبل المتوسط لما للاعتراف بهذه الحقوق من منفعة في التنمية الاقتصادية لل

¹ Karel Vasak, op.cit, p.110.

الباب الثاني

التسوية القضائية لمنازعات

المصالح المشروعة لرعايا

الدولة في الخارج

لا يكفي لرعايا الدولة في الخارج وجود الوسائل المتعددة لحماية مصالحهم ، بل يجب أن يتجسد ذلك في وجود آليات ملموسة تتيح لهؤلاء الدفاع عن مصالحهم أمام الجهات القضائية؛ من أجل استرداد أو تعويض مادي عادل عن أضرار تسببت فيه دول ذات سيادة أو إحدى هيئاتها.

ولتفادي الإجراءات القهرية التي تهدف إلى إجبار الدولة المتنازع معها من أجل تطبيق واحترام التزاماتها اتجاه رعايا الدول الأخرى عن طريق الإكراه والقوة، أو توجيه إنذار بتدخل عسكري، فإنه من الأفيذ الاتجاه إلى التسوية القضائية بين الدول ورعايا الدول الأخرى. وبما أن الفرد لا يمكنه رفع الدعاوي ضد الدول في المحاكم الدولية؛ وبالأخص محكمة العدل الدولية، لعدم الاعتراف له بالشخصية الدولية، غير أن القانون الدولي أعتزف له بالمقابل بالحق في الحماية الدبلوماسية، والتي تسمح له بقيام دولته التي يحمل جنسيتها بالدفاع عن حقوقه أمام المحاكم الدولية، ويبقى هذا الحق من حق الدولة، والتي لها سلطة التقدير في أن تقوم بالحماية الدبلوماسية أم لا، لاعتبارات سياسية أخرى؛ غير أن هذه الوسيلة تبقى فعالة في الحفاظ على حقوق الفرد، بالإضافة إلى ذلك فقد تضمن؛ العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية ما بين الدول خاصة في مجال الإستثمار إيجاد وسيلة أخرى لتسوية النزاعات التي قد تنشأ ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى ؛ تتمثل في التحكيم الدولي الذي يتميز بالمرونة والتخصص، وهو وسيلة تسمح لرعايا الدول في الخارج بالدفاع عن حقوقهم في مواجهة الدول؛ في حالة عدم احترام هذه الأخيرة لالتزاماتها اتجاه هؤلاء الرعايا في مجال العقود المبرمة معهم؛ أو الاستثمارات التي ينشئونها خارج أوطانهم في ظل عولمة الاقتصاد.

ولقد عرفت الحماية الدبلوماسية والتحكيم تطورا ملحوظا خلال العقود الخمسة الماضية خاصة في مجال تسوية منازعات رعايا الدولة في الخارج مع الدول المضيفة ؛ خاصة بعد قضية أحمد مادو سنة 2007م بين دولتين إفريقيتين هما دولة غينيا ودولة الكونغو الديمقراطية، وكذا العديد من القضايا التي تم الفصل فيها من قبل التحكيم الدولي. وللتعمق أكثر في موضوع التسوية القضائية ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، سأعرض في هذا السياق لمسألة التسوية في الفصلين الآتيين وهما:

الفصل الأول : الحماية الدبلوماسية للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج .

الفصل الثاني : التحكيم الدولي وتسوية منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج.

الفصل الأول: الحماية الدبلوماسية للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج

لا يمكن لرعية الدولة في الخارج ، وفي حالة عجزه من استرداد حقوقه المادية والمعنوية جراء تعرضه لانتهاك حق من حقوقه أو مصلحة من مصالحه من طرف الدولة التي يتواجد فيها بصفته أجنبيا ، أن يتظلم إلى المحاكم الدولية ، إلا بعد استنفاد كل طرق الطعن، نظرا لعدم الاعتراف له بالشخصية الدولية، أمام هذا الوضع فقد أعترف لهذا الرعية بحق الحماية الدبلوماسية، وهي أن تحل دولته في مقاضاة الدولة المضيفة لهذا الرعية أمام المحاكم الدولية .

ولقد أصبحت الحماية الدبلوماسية آلية مميزة لتطبيق المسؤولية الدولية على الدولة المستقبلية¹؛ التي قامت بإلحاق الضرر برعية الدولة في الخارج. وتترتب المسؤولية على دولة ما في حال ما إذا انتهكت القواعد المادية التي يتشكل منها القانون الدولي العرفي؛ واتفاقيات الصداقة ومعاهدات حماية الاستثمارات التي تحكم رعايا الدولة في الخارج وأموالهم مع الدولة المستقبلية ، إذا ألحقت هذه الدولة أو إحدى مؤسساتها العمومية ضررا بهذا الرعية.

وإذا تضرر هذا الرعية فإنه لا يستطيع أن يتم تعويضه عن هذا الضرر، إلا بواسطة الدولة التي يتبعها، والتي تحل محله في منازعة الدولة المضيفة في إطار الحماية الدبلوماسية، لذلك سأتناول في هذا الإطار تسوية المنازعات القضائية في إطار الحماية الدبلوماسية ثلاثة مباحث هي:

1-تطور الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي.

2-الجنسية القاعدة الأساسية في الحماية الدبلوماسية.

3-القواعد الأخرى للحماية الدبلوماسية للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج.

¹ Sébastien Touzé, op.cit, p.7.

المبحث الأول: الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي

إن من مميزات المجتمع الدولي المعاصر هو ذلك العدد الكبير من الأفراد الذين يسافرون إلى دول أخرى، والإقامة فيها ؛ كما أن هناك أعدادا معتبرة منهم سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية تقصدون هذه الدول من أجل القيام بنشاطات اقتصادية طبقا للقوانين الوطنية والقانون الدولي، وتنشأ عن هذه النشاطات مصالح مشروعة لهؤلاء الأفراد ، ينبغي حمايتها في إطار هذه القوانين. ومن أجل حماية هؤلاء الأشخاص أقر القانون الدولي الحماية الدبلوماسية للأجانب، حيث تسمح للدولة التي يتعرض رعاياها في الخارج إلى أضرار تمس ذواتهم أو مصالحهم بحمايتهم، باعتبار أن هؤلاء لا يتمتعون بالاعتراف بالشخصية الدولية التي تسمح لهم بمقاواة الدولة المضيفة في المحاكم الدولية، وسأنتظر إلى الموضوع في النقاط الثلاث؛ وهي تطور الحماية الدبلوماسية أولا و إلى قرار محكمة العدل الدولية (2007) المتعلقة بقضية ديالو ثاني؛ و إلى مجال وإجراءات الحماية الدبلوماسية ثالثا .

المطلب الأول: تطور الحماية الدبلوماسية

عرفت الحماية الدبلوماسية خلال القرن الماضي و الحالي العديد من التحولات القانونية و رغم ذلك لم يتم إلى حد الآن المصادقة على الإتفاقية المتضمنة مشروع مواد الحماية الدبلوماسية 2006 ، غير أن القضايا المطروحة أمام المحاكم الدولية خلال هذه الفترة الزمنية أدت إلى صدور قرارات دولية هي مراجع هامة في القانون الدولي العرفي .

وتمتد الحماية الدبلوماسية قانونيا لنظريات فاغتيال Vattel حول حماية الدولة لمواطنيها¹، وتدعمت بموجب قرار المحكمة الدائمة للعدل الدولية بتاريخ 31 أوت 1924م في قضية مافروماتيز Marommatis بين اليونان وبريطانيا العظمى حول امتيازاته في فلسطين ، إضافة إلى القرارات الهامة الأخرى لمحكمة العدل الدولية .

وعليه سأتناول في هذا السياق الحماية الدبلوماسية حق للفرد في الفرع الأول ثم الحماية

الدبلوماسية كحق للدولة في الفرع الثاني .

¹ E de Vattel « qui conque maltraite un citoyen offense indirectement l'état qui doit protéger ce citoyen, le souverain de celui-ci doit veuger son injure, obliger, s'il le peut, l'agresseur a une entière réparation ou le punir puisque autrement le citoyen n'obtiendrait point la grande fin de la société civile qui est le sureté »S. Touzé, op.cit., P. 22.

الفرع الأول: الحماية الدبلوماسية حق للفرد

إن تطور المركز القانوني للفرد في القانون الدولي كان نتيجة الاعتراف المتزايد للنظام القانوني الدولي لحقوق الفرد المتنامي خلال العقود الزمنية الأخيرة، ويرى في هذا المجال شارل دومينيك Charles Dominique بأنه حق الفرد هو أساس الحماية الدبلوماسية¹، ومن ثم فإن الفرد هو المعني بالحماية الدبلوماسية؛ بناء على حقوقه المعترف له بها من طرف القانون الدولي، وأن أي انتهاك لهذه الحقوق يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية.

ونظراً لعدم تمتع الفرد بمركز شخص من أشخاص القانون الدولي، فإنه في نظر فقهاء القانون الدولي يعد موضوعاً لهذا القانون.

ويمكن الاعتراف للفرد بحقوق ذات المنشأ الدولي؛ والتي تفرض على الدولة التزامات دولية وأي انتهاك لهذه الأخيرة، ترتب المسؤولية الدولية.

كما أن تطور القانون الدولي يذهب في اتجاه زيادة الاهتمام باحترام حقوق الإنسان؛ التي تمنح للفرد المزيد من إمكانيات رفع الدعاوى ضد الدولة المضيئة التي انتهكت أحد حقوقه، أو مصالحه المشروعة أما المحاكم التحكيمية في حالة وجود اتفاقيات ثنائية حول الموضوع، ويعترف النظام القانوني الدولي بحماية حقوق الأفراد؛ وذلك في إطار دعوى الحماية الدبلوماسية من طرف الدولة.

وفي قضية مافرونتيز Marommatiz فإن المحكمة الدائمة للعدل الدولية؛ في تحليلها للدعوى المقدمة من حكومة سويسرا المتضمن القانون الدولي؛ اعتبرت أن الهدف الأساسي للدعوى يختلف عن الواقع الذي هو استرداد أصول الشركة، وليس انتهاك القانون الدولي.

¹ Sébastien Touzé, op.cit, p . 53.

وتكتسب الحماية الدبلوماسية في شكلها التقليدي طابعا سياسيا وقانونيا ، خاصة في عدم وجود اتفاقية دولية تحدد حقوق الأجانب ، حيث نشأت هيئة عليا تحدد القواعد الواجب السير وفقها وكذلك تطبيق القانون و العدالة¹.

وفي غياب اتفاقية دولية للحماية الدبلوماسية فإن الاجتهاد القضائي الدولي أصبح المرجع الأساسي لمحكمة العدل الدولية للفصل في المنازعات الدولية المطروحة عليها، ومن أهم قرارات هذه المحكمة، قرارها في قضية إنترهانديل Interhandel بين سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية ؛ حيث أدعت سويسرا وبناء على اتفاقية واشنطن بتاريخ 25 ماي 1946م حول استرداد الأصول التجارية والصناعية للشركة الدولية S.A. Interhandel المحجوزة من طرف سلطات الولايات المتحدة الأمريكية².

وأثناء الدراسة من طرف المحكمة للاستثناء الأولي الثالث لعدم استنفاد الطعون الداخلية المستند إليه من طرف الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أقرت بالأهمية القصوى للرجوع للتشريع الأمريكي الذي يمنح للرعايا الذين يحسون بأن حقوقهم انتهكت بموجب الإجراءات Trad. inf. witz Enemy act، للدفاع عنها ضد السلطة التنفيذية " ومن ثم فإن المحاكم الأمريكية مؤهلة لاستلام الإدعاءات المستمدة من قواعد القانون الدولي؛ حتى تصدر أحكاما حول انتهاك حقوق مصدرها القانون الدولي المعترف بها لشركة "إنترهانديل"، ومن ثم فإن الحكم الصادر بعدم قبول دعوى سويسرا أسست بناء على عدم استنفاد الطعون الداخلية لقيام الحماية الدبلوماسية.

ويذهب الأستاذ شارل دومينيك في كتابه " نظرة معاصرة على الحماية الدبلوماسية" بأن قلب الحماية الدبلوماسية هو الحق الفردي" وأن الحماية الدبلوماسية لا تقوم إلا إذا كان هناك انتهاك قاعدة دولية تنص على حق لصالح الفرد"³.

¹ Louis cavaré, les transformations de la protection diplomatique professeur a la faculté de droit de RENNES.

² CIJ : arrêt du 21/11/1959 relatif a l'affaire de Interhandel, suisse contre états unis , Rec , 1959.

³ Charles Dominique, Regard actuel sur la protection Diplomatique in : liber Amicorum Claud Raymond, paris, 2004, P.77.

ومن هنا فإن الفرد يعترف له بحقوق منشأها القانون الدولي؛ وتوجب على الدولة التي ينتمي إليها التزامات دولية من أجل العمل على حمايتها¹، وأن نتيجة اصطلاح الحماية الدبلوماسية هي إصلاح الضرر، ويكون في غالب الأحيان يخص الأفراد، وأن الالتزام بإصلاح الضرر يجد مصدره في الضرر نفسه².

ويكون الضرر إما ماديا أو معنويا يصيب رعية الدولة في الخارج من طرف الدولة المضيفة، وأن أي انتهاك لوضعية خاصة بالأفراد هو انتهاك لمصلحة بسيطة³.

الفرع الثاني: حق الدولة في حماية رعاياها عن طريق الحماية الدبلوماسية

1- مفهوم حق الدولة في الحماية الدبلوماسية

إن الحماية الدبلوماسية هي قيام الدولة مكان أحد رعاياها؛ والذي تعرض لأحد حقوقه الشخصية أو المادية، إذا مس هذا الإخلال لهذه القواعد الدولية سواء كانت عرفية أو اتفاقية؛ و للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية أو عدم القيام بذلك؛ ولها السلطة التقديرية في ذلك.

وفي هذا الإطار، فإن القانون الدولي العرفي وبعض الاتفاقيات مثل معاهدات الصداقة ومعاهدات حماية الاستثمارات القواعد المادية، التي ينبغي على الدول أن تطبقها على الأجانب وعلى أموالهم، وبترتب المسؤولية الدولية عن أي انتهاك من طرف سلطات الدولة ويقصد بها السلطات التشريعية، والتنفيذية والقضائية لهاته القواعد، وتتسبب في أضرار للأجنبي، أو أمواله.

وفي حالة تعرض هذه الرعية لأضرار من طرف الدولة المتواجدة فيها فإنه لا يستطيع أن يتابع هذه الدولة من أجل إصلاح الضرر الذي تعرض له، ومنه فإن الشخص الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك هو دولته.

¹ Sebastien Touzé, op.cit, p..54.

² Charles Rousseau, op.cit, p.12.

³ أنظر التفرقة ما بين الحق و المصلحة، ص.20 .

وسار القضاء الدولي على هذه الممارسة منذ بداية القرن الماضي¹؛ وبموجب قرار محكمة العدل الدولية الدائمة بتاريخ 31 أوت 1924م في قضية مافروماتيز Mavrommatis بين اليونان وبريطانيا في فلسطين.

وكان " مافروماتيز " أحد رعايا اليونان يقيم في فلسطين لما كانت تحت السلطة التركية، وأثناء انتقال فلسطين تحت الانتداب البريطاني فقد البعض من الامتيازات التي كان يستفيد منها سابقا، لذلك طلب حماية دولته اليونان التي قامت بإشعار محكمة العدل الدولية الدائمة ؛ وقد ورد في تقرير الحكم " أن الدولة عندما تتبنى قضية أحد أتباعها عن طريق الحركة الدبلوماسية ؛ أو تقوم بإجراءات قضائية نيابة عنه فهي في الحقيقة تؤكد حقوقها في ضمان احترام قواعد القانون الدولي في مواجهة أتباعها، وبمجرد قيام الدولة برفع القضية نيابة عن أحد أتباعها أمام محكمة دولية، ففي نظر هذه الأخيرة تعتبر الدولة هي المدعي الوحيد لها².

لذلك فإن الحماية الدبلوماسية كما سبق الذكر فهي ذلك الحق الممنوح للدولة لحماية رعاياها في دولة أخرى في حال إخلال هذه الأخيرة بالتزاماتها في حماية الأشخاص المقيمين؛ و هذا على أساس مبدئين هما :

1- واجب المنع Le devoir de prévention.

2- واجب الردع Le devoir de répression.³

1- واجب المنع Le devoir de prévention : و يعني به قيام الدولة بأخذ التدابير اللازمة من أجل منع حدوث ضرر لرعايا الدول الأخرى الموجودين على إقليمها، وذلك إذا تبادر إلى علمها ، أو علم أجهزتها أي تحرك للأضرار بهؤلاء الرعايا⁴ .

¹ بوسلطان محمد، المرجع السابق، ص. 124.

² بوسلطان محمد، المرجع السابق ، ص. 124.

³ بومدين محمد، القانون الدولي بين مبدأ عدم التدخل والتدخل لحماية حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه ، جامعة وهران، الجزء الأول، 2002، ص. 169 .

⁴ بومدين محمد، المرجع السابق ، الجزء الأول، ص. 164.

ولقد تم التأكيد على هذا المبدأ من طرف فريق من الفقهاء؛ الذي شكلته منظمة عصبة الأمم عام 1923 عقب اعتقال الجنرال الإيطالي؛ الذي كان يعمل ضمن هذا الفريق من أجل تحديد الحدود بين تركيا و اليونان ، و الذي أقر على أن مسؤولية الدولة لا تثبت بمجرد ارتكاب جريمة ضد الأشخاص الأجانب في أرضها ، و إنما يلزم أن تكون الدولة قد أهملت اتخاذ التدابير المعقولة لمنع وقوع الجريمة أو لتتبع الجناة ،والقبض عليهم و محاكمتهم ، ولاشك أن الصفة الرسمية لأحد الرعايا الأجانب والظروف التي قد تحيط بوجوده على إقليم الدولة تفرض على هذه الأخيرة مزيداً من الحيطة و الحذر¹ .

2- واجب الردع *Le devoir de répression* : لقد أقر المجمع القانوني الدولي في اجتماعه بلوزان عام 1930 مايلي : " إن الدولة لا تسأل عن الأعمال الضارة التي تقع من الأفراد إلا إذا كان الضرر ناشئاً بسبب تقصيرها في اتخاذ الوسائل المناسبة؛ التي تلجأ إليها عادة في الظروف المماثلة لمنع مثل هذه الأفعال أو العقاب عليها² .

وعليه فإن مسؤولية الدولة تقع إذا ثبت تقصيرها في البحث عن المتسببين في الأضرار؛ و الاعتداءات التي لحقت بهؤلاء الرعايا الأجانب، و القبض عليهم و محاكمتهم ، أو إن كانت محاكمتهم غير عادلة لا تتناسب مع الجرائم والأضرار التي ارتكبوها ، و تترتب على الدولة المسؤولية الدولية للأسباب الآتية :

- 1- رفض المتابعة والإهمال في متابعة المجرمين .
- 2- رفض المحاكمة .
- 3- الإهمال المتعمد في المتابعة الذي يسمح بهروب المجرمين.
- 4- رفض عقاب المجرمين.
- 5- العفو عن المساجين الذين ارتكبوا هذه الجرائم بصورة سريعة .

¹ علي إبراهيم ، الحقوق والواجبات الدولية في عالم متغير، المبادئ الكبرى والنظام الدولي الجديد ، دار النهضة، العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص . 638

² عبد الدايم محمد الفاشي، الالتزام الدولي لحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث ، مطبعة لقاهرة ، 1980، ص . 118 .

وعليه فإن الفشل في بذل العناية الكافية لتوفير الحماية لرعايا الدول الأخرى عن طريق استعمال الوسائل المتاحة ، و مواجهة ضد أي عمل غير مشروع يرتكب من قبل أي سلطة أو أي فرد منفردا أو مشتركا مع الآخرين ، ويكون هذا العمل غير المشروع في الدولة المضيفة أو طبقا لمبادئ القانون الدولي، تترتب عنه المسؤولية الدولية¹ .

2- الحماية الدبلوماسية على الأشخاص الاعتبارية

إذا كان الفقه أو الاجتهاد القضائي يقبل عبارة جنسية الشركات، فإن هناك العديد من الفقهاء الذين لا يقرون بهذه الجنسية¹ التي هي أساس الحماية الدبلوماسية ومن بينهم (Daillier, Pillet)، حيث يبررون ذلك بأن الجنسية هي الانتماء القانوني إلى السكان الذين يكونون الدولة، وأن السكان يكونون من الأشخاص الطبيعي، وأيضا أن الرابطة التي تجمع الأشخاص الطبيعية هي رابطة عاطفية، وهو الشيء الذي لا يمكن إثباته مع الأشخاص المعنويين ؛ وكذلك فإن الجنسية تمنح الحقوق السياسية للأفراد وليس إلى الشركات.

بيد أن حق دعوى الحماية الدبلوماسية الممنوح للأشخاص الطبيعية، يمارس أيضا لفائدة الشركات² ؛ غير أن المبادئ تختلف باعتبار أن شكل هذه الحماية هي خاصة بالأشخاص الاعتبارية، وهذا الاختلاف يظهر في تحديد الرابطة القانونية المؤسسة لحق دعوى الحماية الدبلوماسية للدولة المدعية.

وبالعودة إلى هذه الرابطة القانونية التي هي الجنسية، فإنه من الصعب تحديد الجنسية بالنسبة للشركات؛ نظرا لاختلاف المعايير بين الدول في تحديد الجنسية للأشخاص الاعتباريين، وتختلف هذه التشريعات الداخلية في منح الجنسية، حيث هناك من الدول من تذهب إلى مكان الاستغلال أو نشاط الشركة، وهناك آخرون يذهبون إلى جنسية شركاء الشركة، أو أغلبية الشركاء، أما الدول الأنجلوسكسونية فتفضل نظرية الرقابة.

¹ ROUSSEAU Charles, op.cit, p.129.

² TOUZE Sébastien, op.cit, p.397.

ويذهب الاجتهاد في التحكيم إلى الاعتماد على المقر الاجتماعي للشركة¹؛ ولذلك كان تحديد جنسية الشركات موضوع العديد من الدراسات القانونية خصوصا بعد قرار محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة - ترفشن 1970²؛ وانتقاد بعض الفقهاء للمبادئ والقواعد التي اعتمدها المحكمة في تحديد جنسية الشركة، كما يذهب آخرون إلى تأييد هذه القواعد المعتمدة من طرف المحكمة.

ويذهب المقرر J. DUGARD في التقرير الرابع حول الحماية الدبلوماسية أثناء دراسته لمختلف المواقف حوله جنسية الشركات، في تحليله المادتين في مشروع الحماية الدبلوماسية بأن دعوى الحماية الدبلوماسية للشركات تبقى معقدة ونسبيا مفتوحة، وأن التأثير السياسي في صياغة هذه المادتين يبدو واضحا³.

وبالنظر إلى تطور جنسية الشركات وبعد التخلي عن النظرية الفقهية السلبية في القرن التاسع عشر، إلا أنه في نهايته أي (القرن التاسع عشر (19))، أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي باعتبار الشركات الفرنسية لها الحق بالحماية الدبلوماسية في قضية شركات التأمين العاملة في ألمانيا، وذلك بموجب اتفاقية فرانكفورت بتاريخ 10 ماي 1871م⁴؛ كما أقر الاجتهاد القضائي الدولي جنسية الشركات في تحديد مجال تطبيق الحماية الدبلوماسية؛ خصوصا في قرار المحكمة الدولية الدائمة للعدل في 25 ماي 1926م، الخاصة ببعض المصالح الألمانية في سليزي العليا Haute Selisie البولونية.

ويطرح مشكل آخر في مجال الحماية الدبلوماسية، هو حماية المساهمين، أي الأشخاص الطبيعيين المكونين للشركات، وهل يمكن لهؤلاء المساهمين طلب الحماية الدبلوماسية من دولتهم؟.

وإذا كان الإتجاه في العديد من القضايا يذهب إلى الحماية الدبلوماسية للمساهمين كما أنه تم الإقرار بالاعتراف للاتجاهين، الشخص المعنوي وكذلك الشخص الطبيعي، في القانون الدولي التقليدي.

¹ ROUSSEAU Charles, op.cit, p.129.

² Arrêt de la Barcelona Traction.

³ TOUZE Sébastien, op.cit, p.398.

⁴ ROUSSEAU Charles, op.cit, p.130.

ولكن في بداية القرن العشرين(20)، فقد ظهرت العديد من المعاهدات الخاصة بهذا الموضوع ، منها معاهدات السلام سنة 1919م، بعد نهاية الحرب العالمية الأولى حيث ورد في المادة 297 ؛ بأن رعايا قوى التحالف، أو الشركاء لهم الحق في التعويض عن الخسائر والأضرار التي لحقت بأموالهم وحقوقهم ومصالحهم؛ وكذلك الشركات أو الجمعيات المتواجدة في الأراضي الألمانية بتاريخ 01 أوت 1914م، وذلك بتطبيق الإجراءات الاستثنائية للحرب¹.

كما وردت نفس الشروط في اتفاقيات المطالب 1921-1922، بين الولايات المتحدة الأمريكية والقوى المركزية (ألمانيا والنمسا)، وكانت هذه المطالب تقرر نفس الشروط الموجودة في المادة 297 من معاهدات السلام 1919م. كما كانت آخر تطبيقات تعويض المساهمين وردت في معاهدات السلام بتاريخ 10 فيفري 1947م، وكان ذلك بموجب المادة الثامنة و السبعين وذلك مع إيطاليا².

3- الشروط الخاصة المقيدة لحق حماية المساهمين

وفي هذا الإطار يجب الإشارة إلى أن حق حماية المساهمين يخضع إلى شروط ينبغي احترامها وهي:

1- أصل الأفعال غير المشروعة: إن حق الدعوى للدولة الشاكية لا يمكن أن يقبل إلا إذا لم تدخل الدولة التي تتبعها الشركة (الشخص المعنوي)، وأن الدولة المضيفة تتحمل المسؤولية الدولية إذا كانت ارتكبت فعلا غير مشروع، وهنا فإن المساهمين يحق لهم حق الحماية الدبلوماسية.

¹ ROUSSEAU Charles, op.cit, p.147.

² L'article 78 du traité de paix de 1947 stipule que : "les ressortissants des Nations Unies qui détiennent directement ou indirectement des parts d'intérêts dans les sociétés ou associations qui ne possèdent pas la nationalité des Nations Unies au sens du paragraphe 9, lettre a ; du présent article, mais qui ont subi une perte par suite d'atteintes ou de dommages causés à leur bien en Italie, recevront une indemnité conformément à l'alinéa a ci-dessus. Cette indemnité sera calculée en fonction de la perte ou de dommage total subi par la société ou l'association et son montant par rapport au total de la part détenu par lesdits ressortissants par rapport au capital global de la société ou association en question." traité de paix entre U.S.A et Italie , 10/02/1947 .

2 - أهمية المساهمة في الشركة: لقد جرت العادة بأن الحكومات لا تتدخل إلا إذا كان رعاياها يحوزون على أغلبية الأسهم الشركة.

إن هذا المبدأ تم تأكيده بفضل التطبيق الإتفاقي بين الدول، وعلى هذا الأساس فإن الحكومات ترفض التدخل لفائدة الشركات إذا كان المساهمون التابعون لها يحوزون على مصالح غير ذات أهمية.

3 - عدم تطبيق نظرية حماية المساهمين في حالة الحرب: في حالة الحرب فإنه لا يمكن تطبيق هذا المبدأ، وهو حماية مصالح المساهمين¹.

المطلب الثاني: قرار محكمة العدل الدولية سنة 2007م المتعلق بقضية أحمدو ديالو في سياق تطور الحماية الدبلوماسية

يرى بعض فقهاء القانون الدولي بأن قرار محكمة العدل الدولية المؤرخ في 24 ماي 2007م حول الاستثناءات الأولية في " قضية أحمدو سايدو" ديالو، يعد من القرارات الكبرى لهذه الهيئة مثل قرار برشلونة تراكتشن، وقرار لقارون La Grand وقرار أرينا Aréna، حيث أنه يبين ويرافق التحول التدريجي للحماية الدبلوماسية². حيث رفعت دولة إفريقية سائرة في طريق النمو وهي جمهورية غينيا ضد دولة أخرى هي جمهورية الكونغو الديمقراطية دعوى أمام محكمة العدل الدولية بتاريخ 1998/12/28م في موضوع نزاع حول انتهاكات خطيرة للقانون الدولي التي تعرض لها رعية غينية في شخص أحمدو سايدو ديالو.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الرعية الغينية أحمدو ديالو أستقر في الكونغو الديمقراطية في سنة 1964م؛ وأنشأ شركة تصدير واستيراد المسماة " أفريكوم الزايرير " وأصبح هو مديرها. وفي سنة 1979م أنشأ شركة أخرى مع متعاملين محليين تقوم بنقل السلع عن طريق الحاويات، تملك الشركة الأولى 30% من رأس مال الشركة الجديدة "Africontenaires -Zaïre"، وفي سنة 1980م، انسحب الشريكان الاثنان من الشركة حيث أصبح رأسمال الشركة موزعة حسب

¹ ROUSSEAU Charles, op.cit, p.152.

² Olivier de Frouilla, Affaire Ahmadou Sadio Diallo, Le Roman inachevé de la protection diplomatique, Annuaire Français de Droit internationale LIII-2007, CNRS Edition-Paris.

الآتي 60% ل أفريقيا-زائير، و 40 للسيد ديالو¹؛. وبعد تدهور علاقات هذه الشركات مع متعامل حول تسديد الديون، إلتجأ السيد ديالو إلى القضاء من أجل تحصيل ديونه في سنوات التسعينات، ومن بين المتعاملين دولة الكونغو الديمقراطية.

وفي سنة 1995م قام الوزير الأول الزائيري (الكونغو الديمقراطية) بإصدار مرسوم يتضمن طرد السيد ديالو من الزائير، بسبب المساس بالنظام العام. خصوصا في المجال الاقتصادي والنقدي، وتم توقيف المعني بتاريخ 31 جانفي 1996م، وطرده إلى بلده الأصلي غينيا؛ وأعد له محضر الطرد بسبب الإقامة غير الشرعية، كما أشارت دولة غينيا أن رعيته ديالو تعرض إلى الاعتقال التعسفي في 05/01/1995م وتم إطلاق سراحه بعد تدخل الرئيس الزائيري. ولقد تعرض أثناء اعتقاله إلى معاملة سيئة، وحرّم من إجراءات الإتفاقية الدولية في لسنة 1963م المتعلقة بالعلاقات القنصلية، كما حرّم من تسيير شركاته² والهدف من وراء ذلك هو حرمان ديالو من تحصيل ديونه، هذا فضلا عن الإجراءات التي قامت بها حكومة الكونغو بتعطيل تنفيذ الأحكام القضائية التي كانت في صالحه، لتحصيل ديونه سنة 1995م، ولقد بررت دولة الكونغو الديمقراطية، بأن السيد ديالو، أصبح يهدد الاستقرار الاقتصادي لدولة الكونغو بسبب مطالبه المبالغ فيها بخفض الديون المستجدة التي تتجاوز ستة و ثلاثين مليار دولار، وهو المبلغ الذي يعادل ثلاث مرات المديونية الخارجية لدولة الكونغو.

كما اعترفت هذه الأخيرة بأن وزيرها للعدل أمر بتوقيف تنفيذ حكم قضائي لفائدة ديالو، بسبب الأمن العام، وهو ما يسمح به القانون الكونغولي (الزائيري). ولقد أقرت محكمة العدل الدولية أنه بعد طرح إشكال حول المساهم الوحيد في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، واعتبرت بأن الشركتين أفريكوم- زايير و أفريكوتينز- الزايير، هما فعلا شركتان خاصتان منشأتين في ظل القانون الزائيري¹. ومن أجل ذلك استعملت دولة غينيا حقها في الحماية الدبلوماسية، وأن دولة الكونغو قد انتهكت مبدأ معاملة الأجانب على أساس الحد الأدنى، وكذلك واجب احترام الحرية والملكية للأجانب، وهي تعمل من أجل حماية رعاياها باعتباره المساهم والمسير الوحيد لهاتين الشركتين، وصنفت دولة غينيا حقوق السيد ديالو في صنفين هما حقوق السيد ديالو باعتباره فردا،

¹ CIJ, Arrêt du 24 mai 2007- affaire Ahmadou Sadio Diallo République de Guinée contre république Démocratique du Congo-Exceptions préliminaires, p.12.

² CIJ, Arrêt du 24/05/2007, op.cit, p.13.

وتعرض إلى معاملة غير إنسانية، وعدم احترام دولة الكونغو للاتفاقية المتعلقة بالعلاقات القنصلية 1963م، أما الصنف الثاني فهو الحقوق الخاصة باعتباره مساهما، وحقوقه في تسيير ومراقبة شركاته¹² .

وكان رد دولة الكونغو بأن الحماية الدبلوماسية لا يمكن أن تقوم في حالة ديالو بسبب أن الحقوق التي أشارت إليها دولة غينيا هي حقوق تابعة لأشخاص معنويين ذوي جنسية كغولية ، أما السبب الثاني الذي على أساسه طالبت الكونغو برفض قبول دعوى الحالة الدبلوماسية ؛ فيرجع ذلك إلى عدم قيام السيد ديالو ولا الشركات باستنفاد طرق الانتصاف المحلية .

ولقد رأت المحكمة في دراستها لدفاع دولة الكونغو الديمقراطية خصوصا في موضوع الحقوق الخاصة للسيد ديالو؛ و هذا في إطار دراسة قبول أو رفض دعوى الحماية الدبلوماسية ، و كذلك رد جمهورية غينيا ، بأنه حسب القانون الدولي العرفي ، وهذا طبقا للمادة الأولى من مشروع مواد اتفاقية الحماية الدبلوماسية (2006) و كذلك بسبب التطور المادي للقانون الدولي في العقود السابقة في مجال الحقوق المعترف بها للأشخاص ، بأن الحماية الدبلوماسية التي كانت تعني بالمراسل الحد الأدنى للأجانب قد كرس لتصبح تشمل حقوق الإنسان المضمونة دوليا³ .

ومن هنا فإن دولة غينيا طالبت بحقها بالحماية الدبلوماسية على أساس أن دولة الكونغو الديمقراطية قامت بتوقيف واعتقال و طرد السيد ديالو؛ وهذا فعل غير مشروع دوليا ، مما يترتب المسؤولية الدولية على دولة الكونغو الديمقراطية ، وعلى هذا الأساس فإن المحكمة المختصة في النظر في هذه القضية .

وكانت دراسة محكمة العدل الدولية إبداء في النظر في جنسية السيد ديالو الغينية ، وهو ما كان معترفا به من طرف دولة الكونغو ، ولم تعترض على ذلك .

¹ CIJ, Arrêt du 24/05/2007, op.cit, p .17.

² CIJ ,Arrêt du 24/05/2007, op.cit, p.18.

³ CIJ, Arrêt du 24/05/2007, op.cit, p.21.

أما القاعدة الثانية المتعلقة باستنفاد وسائل الانتصاف المحلية، و التي تقع على عاتق المدعي الإثبات على القيام بها ، أو إثبات بأن الظروف كانت غير مواتية لذلك ، كما أنه على المدعي عليه إثبات وجود نظام قضائي للطعون فعال ، لكن في حالة ديالو فقد أثبتت دولة غينيا وجود طرق استثنائية ، لم يتمكن رعيها القيام بهذه الإجراءات ، بل بالعكس فقد تعرض للاعتقال ، والاحتجاز والطرء ، مما لا يسمح له بالقيام بأي إجراءات في مجال استنفاد طرق الانتصاف المحلية¹.

ولقد أثبتت المحكمة هذه الوقائع بإعتراف الطرفين المتنازعين و خاصة ما أحتواه محضر وكالة الهجرة لدولة الزاير (الكونغو الديمقراطية) بتاريخ 1996/01/31 المتعلق بطرد السيد " ديالو " ، زيادة على ذلك فإن القانون الكونغولي الصادر في سنة 1983 ينص في مادته (13) بأن إجراءات الطرد من إقليم الزاير لا يكمن الطعن فيها² ، وعموما فلقد رأَت المحكمة بأن دولة الكونغو الديمقراطية لم تثبت أنها تملك نظاما قضائيا وطنيا فعالا يسمح بالقيام بإجراءات الطعن حول قرارات الإدارة ، ومن ثم فإن الإدعاء يشترط استنفاد طرق انتصاف المحلية ؛ لا يمكن الأخذ به من طرفي لمحكمة في رفض دعوى قبول الحماية الدبلوماسية من طرف غينيا .

أما في الشرط الثاني المتعلق بالحقوق الخاصة للسيد " ديالو " كمساهم في الشركتين ، فلقد رأَت دولة الكونغو الديمقراطية بأن الأعمال الوحيدة التي تشكل خرقا للحقوق الخاصة للمساهمين ، هي التدخل في العلاقات ما بين الشركة و المساهمين ، ولقد رأَت المحكمة في هذا الإطار بأن الطرفين يستندان في تحجيج إدعاءاتهم بقضية برشلونة تراكشن ، غير أن الشركتين تختلفان في الطبيعة القانونية ، فهي شركة ذات المسؤولية المحدودة بالنسبة لشركات السيد ديالو ، أما شركة برشلونة تراكشن ، فهي غير ذلك .

¹ CIJ , Arrêt du 24/05/2007, op.cit, p. 22.

² L'Article 13 de L'ordonnance Loi N° 83. 033 Du 12/09/1983 .

كما أنا الوضع يختلف في قضية "ديالو" ، ذلك أن الحماية الدبلوماسية
ية تكون في حالة اعتداء دولة على شركة بصفة شخص معنوي من طرف دولة أخرى؛ ففي هذه
الحالة فإن الحماية الدبلوماسية مقررة للدولة التي تحمل هذه الشركة جنسيتها ، أما في حالة شركات
ديالو ، فإن انتهاك الحقوق كان من طرف دولة الجنسية .

ورأت المحكمة بأن استثناء عدم قبول المقدم من طرف دولة الكونغو الديمقراطية بسبب عدم استنفاد
وسائل الانتصاف المحلية ، ضد المساس بالحقوق الخاصة للسيد ديالو بصفتها مساهما لم يكمن
قبوله¹

ولقد استتجت المحكمة في نهاية دراسة القضية في الشطر الثاني لمختلف الحجج والأسانيد
المقدمة من طرف المتنازعين ، بأن المحكمة لا يكمن القبول بطلب الحماية الدبلوماسية بالإحلال
عن الشركتين طبقا للقانون الدولي العرفي .

وفي النهاية حكمت المحكمة بقبول الحماية الدبلوماسية من طرف دولة غينيا على السيد ديالو
على أساس حماية حقوقه كفرد ، و الحقوق الخاصة على أساس أنه مساهم في الشركتين² .

المطلب الثالث: مجال وإجراءات ممارسات الحماية الدبلوماسية

الفرع الأول: مجال ممارسة الحماية الدبلوماسية

عادة يمارس المبعوثون الدبلوماسيون أو أعضاء البعثة الدبلوماسية والقنصلية الحماية الدبلوماسية،
وهذا بموجب الإتفاقية في الصادرة بتاريخ 18 أبريل 1961م المنظمة للعلاقات الدبلوماسية و
العلاقات القنصلية وتظهر ممارسة الممثلين المكلفين بحماية الرعايا في الخارج على ثلاثة مجالات
هي : الإداري، السياسي والقانوني³¹.

¹ CIJ ,Arrêt du 24/05/2007, op.cit, p.32.

² Paragraphe N° 96 Du L'arrêt Du 24/05/2007, op.cit, p.35.

³ LAVENUE Jean-Jacques. La compétence personnelle de l'Etat.

ففي المجال الإداري يقوم هؤلاء الأعدان بمنح العقود الرسمية لمواطنيهم، مثل الحالة المدنية، بطاقة التعريف، جوازات السفر، تقديم الإعانات، حماية العاجزين، المصادقة على الوثائق، تفتيش السفن، تسوية النزاعات، إلى غير ذلك من المهام.

وفي المجال السياسي فيقوم هؤلاء الأعدان بالتدخل لدى سلطات الدولة المضيفة من أجل الحصول على المعاملة المثلّى لرعاياهم.

أما في المجال القانوني فيكون التدخل من أجل احترام قواعد القانون الدولي؛ وكذلك القانون الوطني، وأيضاً العمل على تنفيذ أحكام قضائية إلى غير ذلك، ومن أمثلة ذلك تسوية النزاعات الجزائرية-الفرنسية بخصوص حضانة الأطفال بعد أحكام قضائية فرنسية، أو حماية أملاك الفرنسيين في الجزائر، وغيرها من الأمثلة.

ويمكن الإشارة هنا إلى قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ 21 نوفمبر 1959م في قضية "إنتر-هاندل" بين سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، حيث اعتبرت هذه الأخيرة بأن الشركة السويسرية إنتر-هاندل Inter-Handel ما هي في الواقع إلا شركة (ك-ج فيراري الألمانية)، ووضعتها تحت الحجز، وعلى إثر ذلك قامت هذه الشركة بالإجراءات القضائية وطلبت حينها الحماية الدبلوماسية من سويسرا¹، ولقد رفضت المحكمة هذه الدعوى بسبب عدم استنفاد الطعون الداخلية لدى المحاكم الأمريكية.

الفرع الثاني: إجراءات ممارسة الحماية الدبلوماسية

بصفة عامة تمارس الدول الحماية الدبلوماسية على أربع مستويات وهي :

أ- التدخل الشخصي للمبعوثين الدبلوماسيين والقنصلين: ويتم ذلك عن طريق العلاقات الشخصية أو التدخلات لدى السلطات، واستعمال العلاقات الودية.

¹ CIJ, Arrêt du 21 novembre 1959 relatif à l'affaire interhandel.

ب- الإجراءات الدبلوماسية: ويتم عن طريق المفاوضات، أو الوساطة والتوفيق أو عرض النزاع على مجلس الأمن؛ حيث نص ميثاق الأمم المتحدة في المادة الثالثة و الثلاثين بأنه " يجب على الأطراف المتنازعة إذا كان استمرار هذا النزاع يعرض حفظ السلام والأمن الدوليين للخطر، وإذا أخفقت الدول المتنازعة في التوصل إلى الحل، وأن يطرح النزاع على مجلس الأمن الذي يوصي بما يراه مناسباً، كما يجوز للطرفين المتنازعين عرض النزاع على مجلس الأمن مباشرة¹ ."

ج- الإجراءات القهرية: يستعمل هذا الإجراء بهدف إجبار الدولة المضيئة على تطبيق واحترام عن طريق الإكراه والقوة والتدخل غير المباشر متمثلاً في العقوبات الاقتصادية، أو تجميد أرصدة الدولة في البنوك أو توجيه إنذارات بالتدخل العسكري، ومثال ذلك قصف الموانئ الفنزويلية من طرف إيطاليا وبريطانيا العظمى وألمانيا من أجل تحصيل ديون لفائدة الرعايا الأجانب سنة 1902².

د - اللجوء إلى التحكيم الدولي: يعتمد هذا الإجراء لإثبات المسؤولية الدولية للدول، وعلى أساسها تقوم الدولة التي قامت بفعل غير مشروع طبقاً للقانون بتعويض دولة أخرى عن الضرر الذي ألحقته بها ، ويكون هذا الضرر³ ، ماساً برعايا الدولة في الخارج أو الدولة أو لكليهما، وحيث يكون الضرر الذي يمس هؤلاء الرعايا إما مادياً أو معنوياً.

¹ المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة.

² LAVENUE Jean-Jacques, op.cit, p.11.

³ علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2000 م ، ص . 179 .

المبحث الثاني: الجنسية الشرط الأساس للحماية الدبلوماسية

لا يمكن لأي دولة أن تتبنى قضية فرد من الأفراد إلا إذا توفرت رابطة قانونية وسياسية بين الكيانين، ويتيح القانون الدولي للدولة في إطار الحماية الدبلوماسية أن تقوم بحماية الشخص الذي يحمل جنسيتها والحصول على تعويض عن الضرر الذي لحق به ؛ على إثر الفعل غير المشروع دولياً الذي تقوم به دولة أخرى.

وعلى هذا فإن الرابطة القانونية والسياسية التي تربط ما بين الدولة والشخص والتي يقصد بها الجنسية قد ينظر إليها من عدة زوايا طبقاً للآثار التي تحدثها، فقد ينظر إليها من زاوية القانون الداخلي باعتبار الجنسية هي مجال القانون الداخلي ومن اختصاصه، كما ينظر إليها من وجهة القانون الدولي الخاص لتحديد قواعد التنازع، وأيضاً يمكن أن ينظر إليها من وجهة القانون الدولي باعتبارها الشرط الأساسي الذي تقوم عليه الحماية الدبلوماسية ومجال الاختصاص الشخصي للدولة.

ولقد أفرد مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لسنة 2006م قواعد عدة لتحديد قواعد الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية المقصورة على الدولة وحدها، وتسري كذلك على الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين¹ ؛ وعليه سنتناول هذه المسألة في مطلبين : الأول يتضمن الحماية الدبلوماسية للأشخاص الطبيعيين ؛ والثاني يتضمن الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين.

المطلب الأول: الحماية الدبلوماسية وجنسية الأشخاص الطبيعية

في هذا السياق فإن دولة الجنسية هي المنوطة بممارسة الحماية الدبلوماسية ؛ وإذا كان القانون الداخلي هو المخول بتحديد شروط الحصول على الجنسية ؛ وهو المجال المحفوظ للدولة، غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار مبادئ القانون الدولي في هذا الإطار، ولقد حاول الاجتهاد القضائي تحديد مفهوم الجنسية في قضايا عديدة أهمها قضية نيتبوهم (Nottebohm) حيث عرفتها

¹ Rousseau Charles, op.cit, p.103.

محكمة العدل الدولية في قرارها بتاريخ 06 أبريل 1955م بما يأتي: "إن الجنسية هي بمثابة علاقة قانونية جوهرها واقعة اجتماعية للربط بين الفرد والدولة، قوامها تضامن حقيقي في الوجود ومصالح وعواطف يساندها تبادل بين الحقوق والواجبات" ¹ .

وحتى يتسنى للدولة التقدم بالمطالبة في حق رعاياها في الخارج، فلا بد أن يكون لها الاعتراف الدولي بالرابطة القانونية التي تربطها بهذا الشخص الطبيعي، وللتدقيق في هذا الموضوع سأنتقل إلى نقطتين : الأولى حول تقدير قواعد رابطة الجنسية والثانية حول طرق التحقق في هذه الرابطة من طرف المحكم والقاضي الدولي.

الفرع الأول: تحديد مفهوم الجنسية

تعرف الجنسية بأنها الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة، ويعرفها البعض بأنها رابطة سياسية وروحية بين الفرد والدولة، كما يراها البعض الآخر على أساس أنها رابطة سياسية وقانونية تنشأها الدولة بقرار منها فتجعل الفرد تابعاً لها، وعرفت محكمة العدل الدولية في قرارها بتاريخ 06 أبريل 1955م في قضية نبتوهم " Nottebohm" ² باعتبارها علاقة قانونية جوهرها واقعة اجتماعية للربط بين الفرد و الدولة .

وعلى هذا الأساس رأت المحكمة أن السيد " نبتوم" وهو مواطن ألمانيا إتخذ من دولة غواتيمالا مقراً له، وبعدها تجنس بجنسية اينشتاين بفترة قبل اندلاع الحرب العالمية الثانية، وأثناء الحرب عومل هذا الشخص على أساس أنه من الرعايا الأعداء ؛ باعتباره ألماني حيث تم حبسه

¹ عكاشة محمد عبد العال، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت 1987م،

ص . 19.

² عكاشة محمد عبد العال، ص 19.

وحجز أمواله، وعليه قامت دولة اينشتاين برفع القضية أمام محكمة العدل الدولية¹.

وفي القرار السالف الذكر فإن المحكمة أعلنت عدم قبول طلب اينشتاين بعد تصويت 11 عضو ضد ثلاث أعضاء². وتتلخص قضية نبتوهم "Nottebohm" كما يلي.

لقد ولد نبتوهم "Nottebohm" في هامبورغ، وكان ألماني الجنسية، وفي أكتوبر 1939م طلب التجنس في اينشتاين، طبقا لقانون سنة 1934م لدولة هذه الأخيرة المحددة لقواعد التجنس. ومن بين تلك القواعد الانتماء لأحد البلديات، وفي حالة قبول طلب التجنس، يفقد جنسيته السابقة أي الجنسية

الألمانية. وكذلك الإقامة على الأقل ثلاث سنوات في إحدى البلديات مقابل أداء عدة ضرائب مختلفة، وقام هذا الأخير بأداء اليمين المدني بتاريخ 20 أكتوبر بعد أن تحصل على شهادة تؤكد تجنسه بتاريخ 13 أكتوبر 1939م، كما تحصل على جواز سفر من اينشتاين بتاريخ 01 ديسمبر 1939م ولقد قام السيد نبتوهم "Nottebohm" في سنة 1935م بالانتقال إلى غواتيمالا مالا حيث أقام مقرا لمشاريعه التي أصبحت هامة وكبيرة، حيث كان يزور في إطار عمله ألمانيا، وبعض الدول الأخرى ومرات يزور فيها اينشتاين، إلى غاية 1943م تاريخ بداية هذا النزاع بين غواتيمالا واينشتاين أثناء الحرب العالمية الثانية، حيث طلبت الأولى من الثانية تعريف الإجراءات المعاكسة للقانون الدولي المتخذة من طرف غواتيمالا اتجاه السيد نبتوهم "Nottebohm".

واعتبرت المحكمة أن الجنسية تدخل في الاختصاص الوطني للدولة التي تنظم طبقا لتشريعها الداخلي طرق إكتساب الجنسية، ولكن المسألة التي يجب حلها لا تكمن في النظام

¹ La Nationalité est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence d'intérêt, de sentiments jointes à une réciprocité de droits et devoirs, elle est peut on dire, l'expression juridique du fait de l'individu auquel elle est conférée, soit directement par la loi, soit par un autre de l'autorité, est en fait rattaché à la population de l'état qui l'a lui conférée plus qu'à celle de tout autre état, cij, arrêt du 06/01/1955, affaire nottebohm.

² CIJ, Arrêt des 16 Avril 1955, Affaire Nottebohm, avis consultatifs et ordonnances.

القانوني لدولة اينشتاين، وفي حالة قيام دولتين بمنح جنسيتها لنفس الشخص، ولا ينظر إلى هذه الوضعية بمنظور النظام القانوني لكل دولة، بل ينظر إليها في باب القانون الدولي العام، في هذه الحالة فإن المحكم الدولي أو قاضي دولة أخرى يلاحظ التعارض في معالجة الجنسية على أساس الاختصاص

الوطني، وعليه فإنه يقر بسيادة الجنسية الفعلية للشخص لإحدى الدول المتنازع في جنسيتها لهذا الشخص .

ولا بد من الأخذ بعين الاعتبار بعدة عناصر في تحديد الجنسية الفعلية منها سكن المعني بالأمر في مقر أعماله، علاقته العائلية، المشاركة في الحياة العامة وكذلك الارتباط الذي يظهر تربيته لأولاده وغيرها من الأمور ذات الصلة .

وأقرت المحكمة أن هدف نبتوهم " Nottebohm " من التجنس بجنسية اينشتاين كان القصد منه تغيير جنسيته من دولة معادية أثناء الحرب إلى دولة محايدة ؛ وهذا من أجل حمايته وليس من أجل إنشاء رابطة قانونية تعتمد على التقاليد والمصالح ، وطريقة العيش والقيام بالالتزامات وممارسة الحقوق، ومن أجل ذلك رفضت محكمة العدل الدولية طلب اينشتاين¹ .

وإذا كان القانون الدولي يسعى إلى التقليل من حالات عديمي الجنسية فإنه في المقابل لا يشجع على تعدد الجنسيات، بما يطرحه من مشاكل في المواضيع المتعلقة بالحماية الدبلوماسية، وعليه فإن الأفراد ليس لهم مطلق الحرية في اختيار الجنسيات إلا في حالات اتفاقيات يتم بموجبها التنازل عن أقاليم لفائدة دولة أخرى أو في حالة استقلال منطقة عن الدولة الأم مثلما حدث بعد استقلال الجزائر بموجب اتفاقيات إفيان سنة 1962م ؛ حيث كان للفرنسيين الحق في الاختيار بين الجنسيات الفرنسية و الجنسية الجزائرية² .

¹ CIJ , Arrêt des 16 Avril 1955, , op.cit .

² CIJ , Affaire Flegel Meitner,

الفرع الثاني: تقدير قواعد رابطة الجنسية

تعد الجنسية العنصر الأساس في الاعتراف بحق دعوى الحماية الدبلوماسية¹؛ المعترف بها للدولة لتقديم المطالبة أمام القاضي أو المحكم الدولي، وهنا تطرح مسألة تحديد وقت الجنسية الذي يتمتع به الفرد المتضرر، الذي تعرض إلى عمل غير مشروع دولياً، والذي على أساسه أيضاً تتحدد المسؤولية الدولية، وفي هذا المجال لا بد من الإشارة للضرورة الزمنية لتنفيذ المسؤولية الدولية، ومنه لتحديد أوقات مهمة ؛ خاصة وقت حدوث العمل غير المشروع، وكذلك تاريخ تقديم المطالبة الدبلوماسية؛ وأيضاً تاريخ إبرام الاتفاقيات الدولية المنشئة لطرق الطعن سواء كانت تحكيمية أو قضائية²، وبناء على ما سبق فإن الاعتراف بحق المطالبة الدبلوماسية يرتكز على توفر معيارين هما : المعيار الشخصي والمعيار الزمني³.

1- **المعيار الشخصي:** ويستخلص مفهومه من المبدأ الذي إرتكزت عليه محكمة العدل الدولية في قضية Nottebohm والذي يستند على أن تكون رابطة الجنسية فعلية، وهذا من أجل تحديد إن كان الشخص المتضرر يحمل جنسية واحدة أو عدة جنسيات، ولقد رأت المحكمة أن السيد Nottebohm وهو مواطن ألماني إتخذ من دولة غواتيمالا مقراً له، وبعدها تجنس بجنسية اينشتاين بفترة قبل اندلاع الحرب العالمية الثانية، وأثناء الحرب عومل هذا الشخص على أساس أنه من رعايا دولة العدو، واعتباره ألمانيا، حيث تم حبسه وحجز أمواله، وعليه قامت دولة اينشتاين برفع مطالبة دبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية، وفي الفصل في القضية رأت المحكمة أنه ليس له الحق في الحماية الدبلوماسية التي أضفتها عليه هذه الدولة في منازعة قامت بينها وبين دولة غواتيمالا ، وقدرت أن رباط الجنسية ما بينهما هش، ولم تكن ترجمة حقيقية لرابطة فعلية بين الفرد والدولة ومن هنا رجحت الغلبة لجنسية غواتيمالا .

¹ Sebastien Touzé, op.cit, p. 348.

² Charles Rausseau, op.cit, p.177.

³ Sebastien Touzé, op.cit, p.348.

ولا يكفي المعيار الشخصي لتحديد رابطة الجنسية، وإنما يجب الأخذ بعين الاعتبار المعيار الزمني؛ رغم ما يطرحه هذا المعيار من مسائل في تحديد وتقدير دعوى الحماية الدبلوماسية¹. ويتركز المعيار الزمني على استمرارية الجنسية الذي على أساسه تحدد جنسية الشخص المتضرر، وترتبط المدة الزمنية ابتداء من ارتكاب الفعل غير المشروع دولياً، وانتهاء بتقديم المطالبة بالحماية الدبلوماسية.

وفي هذا السياق فقد نصت المادة الخامسة(5) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية على ما يأتي " يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص كان من رعاياها وقت حدوث الضرر ويكون من رعاياها في تاريخ تقديم المطالبة رسمياً"، ونصت في الفقرة الثانية على أنه يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص يكون من رعاياها في تقديم المطالبة رسمياً؛ ولكنه لم يكن من رعاياها وقت حدوث الضرر، شريطة أن يكون هذا الشخص فقد جنسيته السابقة واكتسب لسبب لا يتصل بتقديم المطالبة جنسية تلك الدولة بطريقة لا تتعارض مع القانون الدولي، مع عدم الإخلال بالفقرة الأولى.

أما الفقرة الثالثة فقد نصت على أنه لا يجوز لدولة الجنسية الحالية أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يخص شخصاً ما ضد دولة الجنسية السابقة لذلك الشخص، فيما يتعلق بضرر لحق به عندما كان من رعايا الدولة بالجنسية السابقة ولم يكن من رعايا دولة الجنسية الحالية².

أما الفقرة الرابعة فإنها لا تجيز للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية على شخص قام باكتساب جنسية الدولة المدعى عليها وقت تقديم المطالبة الرسمية.

ومن خلال هذه المادة التي حاولت إيجاد الإجابات على الكثير من النقاش حول المعيار الزمني والاستثناءات حول هذا المعيار، لأن استمرارية الجنسية تطرح الكثير من المسائل المختلف فيها، وتعرضت إلى انتقاد كبير من الفقهاء، بحجة أنها قد تسبب إجحافاً كبيراً في الحالات التي

¹ Sebastien Touzé, op.cit, p.348.

² المادة الخامسة من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، 2006م، المرجع السابق، ص. 130.

يغير فيه الفرد جنسيته لأسباب لا علاقة لها بتقديم مطالبة دبلوماسية، كما رأى البعض التخلي عن شرط الاستمرارية؛ غير أن هذا قد يؤدي إلى تسوق الجنسية لغرض الحماية الدبلوماسية، ومن ثم فإن الأحسن هو تقييد الاستثناءات الخاصة باستمرارية الجنسية، خاصة المعيار الزمني.

أما بالنسبة لتغيير الجنسية المشار إليه في المادة الخامسة من مشروع المواد الخاصة بالحماية الدبلوماسية، فإننا نلاحظ بأنه يأخذ مكانا هاما في المطالبة الدبلوماسية خاصة في حالة التغيير الإرادي، فقد يفقد الشخص جنسيته بصورة إرادية أو غير إرادية. فيفقد الشخص جنسيته إراديا في حالة التغيير الإقليمي، ويكون ذلك في حالة استقلال دولة عن أخرى. ففي هذه الحالة فإن الدولة الجديدة تمنح الجنسية الجديدة لرعاياها التابعين لها بعد الاستقلال، كما أنه في هذا الصدد تطبق التدابير الموجودة في معاهدة الانفصال¹.

زيادة على ما سبق فإن الدولة هي الوحيدة التي تقرر شروط منح الجنسية، لذلك فإن تحديد هذه الشروط هو من المجال المحفوظ للدولة، وتختلف هذه الشروط ما بين الأشخاص الطبيعيين والأشخاص الاعتباريين؛ ونميز في منح الجنسية ما بين الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين.

وفي هذا الصدد فإن المادة الأولى من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، تنص على أن الجنسية تكون أصلية بحكم الأصل أو المولد أو خلافة الدول أو التجنس أو بأية طريقة لا تتعارض مع القانون الدولي.

وبما أن موضوع الجنسية الذي هو من المجال المحفوظ للدولة؛ فإن هذه الأخيرة هي التي تحدد المعايير التي تتخذها لمنح الجنسية، ولقد أيدت هذا المبدأ الإتفاقية الأوروبية بشأن الجنسية الصادرة في سنة 1997م.

¹ Charles Rausseau, op.cit, p.123.

ويجب الإشارة إلى أن الجنسية إما أن تكون أصلية، أو مكتسبة؛ فالجنسية الأصلية تمنحها الدولة على أساس معيارين هما : معيار النسب أو ما يسمى بحق الدم Jus Sanguinis ؛ وهو أن يكون الوالدان أو أحدهما يتمتعان بهذه الجنسية، كما أن هناك معيار الأرض وهو Jus Soli وهو أن يتم منح أي مولود يولد في إقليم هذه الدولة جنسيتها. وتوجد من الدول من تأخذ بأحد المعيارين ومنها من تأخذ بكليهما، فمثلا ألمانيا كانت تأخذ بمعيار الدم بموجب قانون سنة 1913م، غير أنه في 07 مايو 1999م صادق البرلمان الألماني على تعديل قانون الجنسية وأضاف له معيار الأرض بشروط محددة منها؛ إثبات مدة الإقامة بثماني سنوات؛ ومعرفة جيدة للغة الألمانية والدستور؛ وكذلك صحيفة السوابق الخالية من الملاحظات.

وسارت الجزائر كذلك في نفس الطريق؛ لكن لحماية بعض الأشخاص فقط في الأخذ بمعيار الأرض، حيث قامت بتعديل قانون الجنسية رقم 86.70 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970م، وبالتالي حيث عدل هذا القانون بموجب الأمر رقم 05-01 بتاريخ 21 فيفري 2005م حيث أخذ معيار الأرض بصفة مقيدة بالنسبة للأشخاص المولودين من أبوين مجهولين أو أب مجهول أو أم مسماة دون إثبات جنسيتها¹.

أما الجنسية المكتسبة فهي تلك التي تثبت للشخص في تاريخ لاحق على ولادته ومن غير أن ترتبط بأثر رجعي إلى وقت الميلاد، ولما كان هذا النوع من الجنسية يقوم على إرادة الفرد المتجانس، فإن البعض يسميها الجنسية المختارة²؛ وهذه الجنسية لا تفرض بقوة القانون، وإنما هي بمثابة منحة من الدولة ويترتب عليها عدة إجراءات في مجال الحماية الدبلوماسية كما سيأتي فيما بعد .

و تخضع لإرادة الدولة المانحة لهذه الجنسية ، وتختلف الدول في وضع الشروط لإكتساب الجنسية المكتسبة حسب سياستها في معاملة الأجانب المتواجدين على أراضيها .

¹ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2005 رقم 15، ص. 15.

² عكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص. 64.

ولقد ذكرت المادة الأولى السالفة الذكر من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية بحالات الجنسية، غير أنه لم يدرج في هذه القائمة الزواج من مواطن من جنسية أخرى نظرا لأن الزواج في حد ذاته لا يكفي في منح الجنسية ؛ ولكن يمكن بموجبه الحصول على الجنسية بواسطة التجنس بعد مرور فترة معينة. لأنه في حالة إكتساب جنسية الزوج الآخر تلقائيا قد تنشأ مشاكل فيما يتوافق واكتساب الجنسية مع القانون الدولي¹ ؛ كما أنه يجوز إكتساب الجنسية في حالة خلافة الدول.

ونظرا لاختصاص الدولة في تحديد شروط منح الجنسية فقد أدى هذا الأمر إلى اختلاف في تشريعات الدول، وينبغي في هذا الإطار احترام قواعد القانون الدولي العام، حتى تقل المنازعات الدولية، ولا يعني هذا أن للأشخاص مطلق الحرية في اختيار ما شاء لهم من الجنسيات؛ لأن النظام القانوني لمنح الجنسية يضع قيودا في هذا المجال، ورغم ذلك فإن مشروع الحماية الدبلوماسية قد حدد الإجراءات الخاصة بالنسبة لمتعددي الجنسية في ممارسة الحماية الدبلوماسية.

وتستعمل أغلب الدول العوامل الواردة في الفقرة الثانية(2) لإثبات الجنسية، وقد تتقدم في بعض الدول النامية سجلات الولادة؛ حيث يصعب إثبات الجنسية فتلجأ إلى منح الجنسية على أساس الإقامة كإثبات للجنسية؛ إلا أنه يمكن أن تمنح هذه الدولة الجنسية لهؤلاء الأشخاص على أساس التجنس².

الفرع الثالث: الجنسية المتعددة والمطالبة ضد دولة ثالثة

أصبح الكثير من الأشخاص في العالم يتمتعون بأكثر من جنسية سواء بسبب تاريخي أو بسبب اختلاف القانون الداخلي للدول في مجال إكتساب الجنسية كما سبق ذكره، ويمكن أن يكون للشخص جنسيات عديدة بسبب رابطة الدم؛ حيث يأخذ جنسية أبيه كما يأخذ جنسية أمه، ويأخذ جنسية مكان الولادة، وأيضا يمكن له أن يكتسب جنسيات أخرى طبقا للقوانين الداخلية للدول.

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، 2006، ص . 128.

² لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، 2006، ص. 128.

ولذلك فإن المادة السادسة من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ينص على أنه يجوز لأية دولة يكون شخص حائز لجنسية مزدوجة أو لجنسيات متعددة من رعاياها؛ أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بذلك الشخص ضد دولة لا يكون هذا الشخص من رعاياها¹.

في الواقع أصبح تعدد الجنسيات أمراً حقيقياً في الحياة الدولية، ويقر القانون الدولي هذا التعدد؛ حيث نصت المادة الثالثة من اتفاقية لاهاي الصادرة في 1930 بشأن تنازع القوانين " بأن الشخص الذي يحمل جنسيتين أو أكثر؛ يمكن أن تعتبره كل من يحمل جنسيتها رعية من رعاياها² كما أن الإتفاقية الأوربية حول الجنسية بتاريخ 06 نوفمبر 1997م قد أكدت هذا الأمر.

ولذلك فإن أي دولة يحمل هذا الشخص جنسيتها يمكنها ممارسة الحماية الدبلوماسية ضد أي دولة لا يكون أحد رعاياها، أي بمعنى آخر، لا يمكن لشخص متعدد الجنسيات أن يكون محل مطالبة الحماية الدبلوماسية لأي دولة يحمل جنسيتها، ومثلاً إذا كان يحمل خمس (5) جنسيات لدول، فإن أي دولة من هذه الدول لا يمكنها رفع المطالبة ضد بعضها، وهذا ما تنص عليه المادة 7 من مشروع الحماية الدبلوماسية؛ إلا في حالة كون الجنسية الغالبة التي يمكن للشخص أن يطالب ممارسة الحماية الدبلوماسية لفائدته ضد دولة أخرى يحمل جنسيتها أيضاً³.

وبالعودة إلى المادة السادسة (6)، فإن الفقرة الأولى (1) تتيح لدولة الجنسية أن تمارس الحماية الدبلوماسية ضد أي دولة لا يحمل جنسيتها، وفي هذه الحالة فإنه لا يقتضي وجود صلة حقيقية أو فعلية بين المواطن والدولة الممارسة للحماية الدبلوماسية؛ وعليه فإنه لا يشترط الرابطة الفعلية بين الشخص والدولة، ومن ثم لا نأخذ بقرار محكمة العدل الدولية في قضية نبتوهم رغم أن هناك الكثير من يؤيد شرط الرابطة الفعلية، ولذلك فإن أغلب قرارات التحكيم لا تلتزم بهذا الشرط.

¹ Art 06 du projet d'article sur la protection diplomatique, 2001 .

² المادة الثالثة (3) من إتفاقية لاهاي الصادرة عام 1930م بخصوص تنازع قوانين الجنسية.

³ المادة السابعة (7) من المشروع، المرجع السابق، ص . 3 .

ولقد رأَت المحكمة التحكيمية في قضية "سالم" أنه لا يجوز لمصر أن تثير مسألة أن الشخص المتضرر يحمل جنسية فارسية فعلية في وجه مطالبة الولايات المتحدة الأمريكية التي يحمل هذا الشخص جنسيتها أيضا¹.

كما أن ممارسة الحماية الدبلوماسية لا تقتصر على دولة واحدة لأنه يمكن لدولتين أو أكثر المشاركة في المطالبة بالحماية الدبلوماسية معا، ولا يوجد أي مانع قانوني يحول دون ذلك، ولذلك أقرت الفقرة الثانية (2) من المادة السادسة (6) هذا الحق للدول.

غير أن الأمر قد يثير الكثير من المسائل في حالة قيام كل دولة على حدة بالرفع إلى هيئات مختلفة، أو أن تقدم دولة مطالبة بعد أن يكون قد تم الاستجابة إلى المطالبات الأخرى، وقد تطرح بعض المشاكل في حالة تنازل إحدى الدول على الحماية الدبلوماسية وبقاء أخرى، ومن ثم فإنه من الضروري إيجاد معالجات لهذه الحالات وإيجاد تقنين لهذه الوضعيات؛ وهذا وفقا للمبادئ العامة للقوانين التي تحكم المطالب الواردة في المطالبات المشتركة².

أما الإشكال الثاني الذي أشارت إليه المادة السابعة (7) هو في حالة ما إذا كان الشخص يحمل عدة جنسيات، فتقوم دولة من الدول التي يحمل جنسيتها، برفع مطالبة ضد دولة أخرى يحمل أيضا جنسيتها، ففي هذه الحالة فإنه على الدولة المطالبة أن تثبت أن جنسيتها كانت وقت وقوع الضرر؛ وفي وقت تاريخ تقديم المطالبة الرسمية هي الجنسية الغالبة.

وتعد ممارسة الحماية الدبلوماسية ما بين الدول التي يحمل جنسيتها أحد الأشخاص المتضررين تطورا لقاعدة عدم جواز أن تطالب دولة أخرى يحمل جنسيتها معا، وذلك في الإتجاه المعاكس للمادة الرابعة من اتفاقية لاهاي الصادرة عام 1930م بشأن المسائل المتعلقة بتنازع

القوانين حيث نصت هذه المادة على ما يأتي " لا يجوز للدولة أن توفر حماية دبلوماسية لأحد رعاياها ضد دولة يحمل هذا الشخص جنسيتها أيضا".

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، ص. 134.

² لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، ص. 134.

لكن مبدأ الجنسية الغالبة أو الفعلية وجدت في الأحكام التحكيمية مجالاً للتطور والأخذ به، كما أن محكمة العدل الدولية أصدرت فتوى عام 1949م في قضية التعويض عن الأضرار مفادها أن ممارسة الدول المتمثلة في عدم حماية رعاياها ضد دولة أخرى من دول الجنسية تعد ممارسة عادية.

غير أن هذه الممارسة لا تقتصر فقط على عدم جواز المطالبة في الحماية الدبلوماسية ما بين الدول التي يحمل الشخص جنسيتهم، وإنما مورست الجنسية الغالبة في قضية نتيوهم " كما أقرت لجنة التوفيق بهذا الرأي في قضية " مرجيه " عام 1955م بين إيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية" حيث ذكرت بأن المبدأ القائم على المساواة السياسية بين الدول؛ الذي لا يجيز الحماية الدبلوماسية في حالة ازدواج الجنسية، يجب أن يذعن لمبدأ الجنسية الغالبة الفعلية حينما تكون هذه الجنسية هي جنسية الدولة المطالبة؛ ولكن يجب أن لا يذعن له عندما تكون هذه الفعلية غير مثبتة، لأن المبدأ الأول من هذين المبدأين مسلم به بوجه عام؛ وقد يشكل معياراً ذا تطبيق عملي لإزالة أي غموض ممكن"¹.

وعليه يجب أن تثبت الجنسية الغالبة للدولة المطالبة، وإلا فإننا أمام قاعدة عدم جواز تقديم المطالبات ما بين الدول التي يحمل الشخص جنسيتها.

ولقد سارت الأحكام التحكيمية على هذا المنهج حيث طبقت في أكثر من حالة في قضايا تتعلق برعايا مزدوجي الجنسية، منها على سبيل الذكر ما طبقته محكمة المطالبات ما بين إيران والولايات المتحدة الأمريكية بشأن الجنسية الغالبة في العديد من القضايا بين الدولتين.

ولقد تدعم مبدأ الجنسية الغالبة بما طبقته لجنة التعويضات التابعة للأمم المتحدة، التي أنشأها مجلس الأمن لتقديم التعويضات عن الأضرار الناجمة عن احتلال العراق للكويت عام

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص . 136.

1990م، فالشرط الذي تطبقه اللجنة للنظر في مطالبات المواطنين ذوي الجنسية المزدوجة الذين يحملون الجنسية العراقية هو أنهم يجب أن يحملوا الجنسية الأصلية لدولة أخرى¹.

وهذا ما تذهب إليه المادة السابعة(7) من هذا المشروع وهو اشتراط الجنسية الغالبة غير أن هذه المادة اشترطت توفر العامل الزمني في وقت حدوث الضرر، وكذلك تاريخ تقديم المطالبة من طرف دولة الجنسية الغالبة.

إن هذا التطور في مبدأ الجنسية الغالبة يتماشى كثيرا مع قواعد القانون الدولي، وكذلك ينسجم مع التطورات التي طرأت على القانون الدولي لحقوق الإنسان، وهو القانون الذي يتيح للأشخاص الحماية حتى ضد دول يحملون جنسيتها، ومن ثم فإن المادة السابعة(7) تتسجم مع قواعد حقوق الإنسان.

ولقد أدرجت لجنة القانون الدولي لمصطلح الغالبة Prépondérante لوصف العلاقة المطلوب توفرها ما بين الشخص والدولة، حيث قررت استخدام الغالبة لأن هذا المصطلح يحمل عنصر النسبة، وبدل على أن الروابط القانونية ما بين شخص ودولة ما هي أقوى من الروابط مع دولة أخرى يحمل جنسيتها أيضا².

إن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لم يحدد عوامل مفهوم الجنسية الغالبة، كما أن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة لم تحدها، وتشمل هذه العوامل في تحديد هذه الجنسية الإقامة العادية، تاريخ التجنس، الزمن الذي قضاه هذا الشخص في كل بلد يحمل جنسيته، مكان التعليم ولغته، العمل والمصالح المالية، مكان الحياة العائلية، الروابط العائلية في كل بلد، المشاركة في الحياة الاجتماعية والعامّة، دفع الضرائب أي المشاركة في اقتصاد كل بلد يحمل جنسيته، الحسابات المصرفية و الضمان الاجتماعي؛ وهناك أمور أخرى مهمة في هذا الإطار تتمثل في الزيارات إلى دولة الجنسية الأخرى، الخدمة العسكرية و استعمال جواز سفر أي من الدول، وترى اللجنة أن أي

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص . 137.

² لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، المرجع السابق ، ص . 137.

عامل من العوامل السالف ذكرها تعد عاملا فاصلا في تحديد الجنسية الغالبة وإنما تتحدد هذه العوامل حسب كل قضية، التي تعني هذا الرعية¹، ويلاحظ أن المادة السابعة(7) قد حددت هذا المفهوم بالنسبة للجنسية الغالبة .

وبالعودة إلى الأحكام التحكيمية وقرارات محكمة العدل الدولية التي تعطي العوامل الأساسية لتحديد الجنسية الغالبة، فإنها هي في صالح الرعية في الخارج حتى وإن كان يحمل جنسية الدولة التي يتواجد فيها، خصوصا في ظل تزايد الإقبال على تعدد الجنسيات، ويبقى للقاضي و للمحكم الدولي قرار الفصل في تحديد الجنسية الغالبة في القضايا المطروحة عليه.

إن المادة السابعة(7) لا تسمح بالقيام بالمطالبات ما بين الدول التي يحمل الشخص المتضرر جنسيته، إلا في حالة الاستثناء؛ وهذا حماية أكثر للشخص ولحقوقه، وهي تعمل على تعزيز حماية حقوق الإنسان، حتى وإن تعرض الشخص للضرر من طرف دولته.

ويبقى الإشكال في مطالبة دولة من دول الجنسية لدولة الجنسية الغالبة أن تثبت أنها هي دولة الجنسية الغالبة، ومن هنا فإن هذه المادة تتطابق مع قرار محكمة العدل الدولية في قضية نيبوهم 1955م.

أما بالنسبة للحماية الدبلوماسية في حالة عديمي الجنسية واللاجئين؛ وهم الأشخاص الذين لا ينتسبون إلى أي جنسية، أو أن لهم مشاكل مع دولة الجنسية مما يطرح إشكالا في حمايتهم دبلوماسيا من طرف دولتهم، فإن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية أفرد نصا لهذه الفئة، وهي المادة التاسعة(9) التي تنص على: " أنه يجوز للدولة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص عديم الجنسية إذا كان ذلك الشخص وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة يقيم بصيغة قانونية واعتيادية في تلك الدولة"².

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص . 138.

² المادة التاسعة من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق.

لذلك فإن الدولة التي يقيم فيها هذا الشخص هي المؤهلة لتقديم المطالبة وقت وقوع الضرر، فالقاعدة العامة في القانون الدولي العرفي هي أن الدولة مؤهلة فقط بتقديم المطالبات لرعاياها فقط، وهذا تبعا لرأي لجنة المطالبات بين الولايات المتحدة الأمريكية و المكسيك عام 1931 في قضية شركة "ديكسون" لعجلات السيارات ضد المكسيك *Dikson Car Wheel Company V. United Mexican States*، وذكرت في هذا المجال بأن " الدولة لا ترتكب مخالفة دولية عند إلحاقها ضررا بفرد لا جنسية له، وبالتالي ليس لأي دولة سلطة التدخل أو تقديم الشكوى لمصلحته سواء قبل وقوع الضرر أو بعده"¹.

وفي ظل تطور حقوق الإنسان ، فإن هذه القاعدة لم تعد قابلة للتنفيذ ؛ لأنه لا يمكن استثناء فئة من الأشخاص من الاستفادة من الحماية في حالة وقوع ضرر، لذلك فإن عديمي الجنسية قد شملتهم الحماية الدبلوماسية بموجب هذا المشروع، رغم أن هذا الأخير لا يقدم أي تعريف لعديمي الجنسية، وإنما تم ذلك بموجب الإتفاقية الصادرة سنة 1954م؛ ويعمل المجتمع الدولي ومنظمات حقوق الإنسان على التقليل من فئات عديمي الجنسية واللاجئين.

وعليه فإن الدولة التي يتواجد فيها هذا الشخص عديم الجنسية، فإن القانون الدولي يسمح لها بالمطالبة الدولية إذا توفرت الشروط المذكورة في هذه المادة، ولا يتطلب معرفة الظروف التي أدت إلى وضعه عديم الجنسية لهذا الشخص، لكن الشرط أن يكون متواجدا أثناء وقوع هذا الضرر في إقليم هذه الدولة وفي وقت التقديم الرسمي للمطالبة، ومقيما بصفة قانونية واعتيادية في هذه الدولة².

ويظهر كذلك المعيار الزمني في الفقرة الأولى من المادة التاسعة حيث يعد شرطا أساسيا في تقديم المطالبة الرسمية، وهذا يكفل إخضاع غير الرعايا لذات القواعد التي يخضع لها الرعايا فيما يتعلق بالشروط الزمنية لتقديم المطالبات.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة فإنها تعني وضعه اللاجئين؛ حيث تنص على أن الدولة يجوز لها أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص تعترف به تلك الدولة كلاجئ، إذا كان

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، المرجع السابق ، ص . 139.

² لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، المرجع السابق ، ص . 139.

ذلك الشخص وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة، يقيم بصفة قانونية واعتيادية في تلك الدولة¹، وتشتترط هذه المادة أن يتوفر شرطان هما الإقامة القانونية والاعتيادية في تلك الدولة؛ ووقوع الضرر في تاريخ التقديم الرسمي للمطالبة.

ورغم أن هذه الدولة لا تربطها علاقة الجنسية باللاجئ، فإنها تحل محل دولته لأنها لا تستطيع لظروف خاصة، أو أنها لا ترغب في ذلك، واعتبرت لجنة القانون الدولي في مناقشتها لهذه الفقرة أن تعبير اللاجئ لا يقتصر على الأشخاص اللاجئين كما عرف في اتفاقية سنة 1951م المتعلقة بمركز اللاجئين وبروتوكولها الصادر سنة 1967م، وإنما تشمل أيضا الأشخاص الذين لا ينطبق عليهم هذا التعريف².

ولقد جاء هذا التوسع بناء على الإتفاقية الأوربية المتعلقة بالجنسية الصادرة عام 1997م الذي يوسع المفهوم ليشمل اللاجئين الذين تعترف بهم العهود الإقليمية الأخرى؛ وعليه فإن هذه المادة تسمح لدولة الإقامة للاجئين أن تقوم بتقديم المطالبة في حق هؤلاء الأشخاص، وذلك تدعيما للحماية الدولية لهذه الفئات، كما يسمح كذلك بحماية الأشخاص الذين ينتمون لدول غير أطراف في العهود الدولية أو الإقليمية.

أما الفقرة الثانية(2) من المادة السالفة الذكر فإنها تضع استثناء للحماية الدبلوماسية للدولة التي يتواجد فيها اللاجئ إن كان الضرر قد ألحقت به دولته التي يحمل جنسيتها، حيث تنص على أنه لا تنطبق الفقرة(2) فيما يتعلق بضرر ناجم عن فعل غير مشروع دوليا، ارتكبه الدولة التي يحمل اللاجئ جنسيتها³.

ولقد رأت لجنة القانون الدولي في مناقشتها المادة الثامنة(8) أن قضية منح وثيقة سفر للاجئ لا تؤثر على جنسية حاملها، ولذلك فإن ممارسة الحماية لعديم الجنسية واللاجئ لا يفهم منه

¹ المادة (8) ، الفقرة الثانية من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية المعد من طرف لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة سنة 2006م.

² لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، المرجع السابق ، ص . 140.

³ لجنة القانون الدولي ، المادة (8) ، الفقرة (3) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، 2006 .

أن تؤثر في جنسية الشخص، كما أن هذه الممارسة لا تعبر عن نشوء مشروع منح الجنسية، وإنما تدعيم حماية دولية أكبر لهذه الفئات الضعيفة، غير أن هذا لا يمنح الحق لهذه الدولة أن تقدم مطالبة رسمية ضد دولة الجنسية.

ولابد من الإشارة إلى أن القانون الداخلي للدولة هو الذي يحدد هذه العلاقة ما بين الدولة وبين اللاجئ أو عديم الجنسية، ولقد ذهب " Dugar " إلى أن تقدير وضعية عديم الجنسية يكون حسب القانون الداخلي للدولة، ويعد هذا التقدير قاعدة عرفية في القانون الدولي¹ ؛ وعلى هذا الأساس فإن المادة الثامنة(8) قد جاءت بالحلول الممكنة للحماية الدبلوماسية لعديمي الجنسية و اللاجئيين، آخذة بعين الاعتبار مصلحة هؤلاء الأفراد.

المطلب الثاني: الحماية الدبلوماسية وجنسية الأشخاص الاعتبارية (حماية المساهمين)

تطرح مسألة الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتباريين عدة إشكاليات خاصة إن كانت هذه الحماية هي خاصة للأشخاص الاعتباريين باعتبار هذه الأخيرة تحكمها قواعد ومعايير خاصة، سواء بالنسبة للمساهمين أو أموال هذه الشركات، كما أن هيمنة الشركات المتعددة الجنسيات، تطرح هي كذلك مسألة الجنسية الغالبة، أو بمعنى آخر من هي الدولة المخولة بالحماية الدبلوماسية.

إن ظهور الشركات المتعددة الجنسية تعد من أكبر الإنجازات الاقتصادية على المستوى الدولي بعد الحرب العالمية الثانية²، فإن كانت الحماية الدبلوماسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية تستمد أسسها من قرار محكمة العدل الدائمة الدولية في قضية مافروماتيز في فلسطين عام 1924م³، فإن الحماية الدبلوماسية للأشخاص الاعتبارية تعددت الأسانيد التي تركز عليها سواء بالنسبة للقانون الداخلي أو القانون الدولي.

¹ Sébastien Touzé, op.cit, p. 352.

² طلعت جيااد لحي الحديدي، المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، الطبعة الأولى، 2008، ص . 19.

³ قرار محكمة العدل الدائمة الدولية الخاص بقضية امتيازات مافروماتيز في فلسطين بتاريخ 30 أوت 1924م.

ونظرا لتعدد المفاهيم وكذلك طبيعة هذه الأشخاص الاعتبارية فإن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية قام بالعمل على تحديد جنسية الأشخاص الطبيعيين فيما يخص الشركات أو المساهمين¹. وعليه سنتطرق في المجال الآتي إلى جنسية الأشخاص الاعتباريين بالنسبة للشركات أولا وحماية المساهمين ثانيا.

الفرع الأول: مفهوم الأشخاص الاعتبارية ورابطة الجنسية للأشخاص المعنوية (الشركات)

قبل أن نحدد جنسية الشركات، فمن الأولى أن نحدد مفهوم الشركة حيث ترى سميحة القليوبي في كتابها مبادئ القانون التجاري؛ بأن الشركة هي عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة².

وتطرح الحماية الدبلوماسية على الأشخاص الاعتباريين في إطار تسييرها أو تركيبتها، مسألة الأفراد المساهمين في الشركة الذين يتعرضون لضرر سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في حالة انتهاك قواعد القانون الدولي من طرف دولة أجنبية³.

أما بالنسبة للشركات المتعددة الجنسيات، فإن إعطاء تعريف جامع هو أمر في غاية الصعوبة، نظرا لاختلاف تعريفها من طرف التشريعات الوطنية، وكذلك لممارسة نشاطها على المستوى الدولي⁴، غير أن الفقه حاول إيجاد مفهوم لهذه الأشخاص المعنويين حيث ركز على الجوانب الاقتصادية والقانونية.

وأعتمد الفقهاء على الطابع الوصفي أكثر من التحليلي في تحديد تعاريف هذه الشركات، ويرى في هذا الإطار الأستاذ هرمان Herman أن الشركات العالمية هي مشروع وطني ضخم له

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، المواد: 9-10-11-12-13 ، 2006 م.

² طلعت جياذ لحي الحديدي، المرجع السابق ، ص . 34.

³ S.Touzé, op.cit, p.398.

⁴ طلعت جياذ لحي الحديدي، المرجع السابق ، ص . 21.

استثماراته الخارجية الكبيرة المتمثلة بالفروع والتوابع المنتشرة في دول مختلفة¹. ويفرق بعض الفقهاء ما بين الشركات المتعددة الجنسيات و الشركات الدولية باعتبارها مختلفتين، وذلك بإعتبار سهولة الإدماج الإقتصادي، وحجم الإستثمارات التي تقوم بها هذه الشركات، و أيضا الفريق المشرف على هذه الشركة؛ وعليه يحدد الفقهاء المعايير الآتية للترقية بين هذين النوعين من الشركات و هي:

- 1- إمكانية اندماج نشاطها في الأنشطة الاقتصادية للدولة، فتسمى شركة متعددة الجنسية إذا صعب دمج نشاطها في الأنشطة الاقتصادية للدولة أما إذا كان اندماجها سهلا فهي دولية.
- 2- تحدد نوع الشركة بحجم الإستثمار في الخارج، فهي متعددة الجنسية إذ تجاوز حجم الإستثمار 25% من الرأسمال، أما إذا تجاوز 50% فهي دولية.
- 3- معيار الإدارة العليا: فعلى أساس العناصر المكونة للإدارة العليا للشركة فإذا كان عناصرها مقصورة على شخصيات تحمل جنسية الدولة الأم فهي متعددة الجنسية، أما إذا كان الفريق المشرف على إدارة الشركة مكون من شخصيات يحملون جنسيات مختلفة فهي دولية².

أما بالنسبة للتعريف الاقتصادي، فقد أحصى تقرير للأمم المتحدة أكثر من عشرين (20) تعريفا، منها تعريف حول رقم المبيعات، حيث جاء بأن الشركة تكون متعددة الجنسية إذا زاد أرقام مبيعاتها على مليار دولار سنويا، أما بالنسبة للتعريف القانوني، فإن القانون الداخلي لأي دولة لم يتم بتقديم تعريف للشركة المتعددة الجنسيات بصفة مفصلة؛ ولقد عرفها الدكتور طلعت الغنيمي بأنها شركات خاصة يستمد رأسمالها من عدة دول؛ وتكون لها عدة فروع ذات جنسيات متباينة³.

أما مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لم يهدف إلى تعريف هذه الشركات، و إنما كان القصد هو البحث في استمرارية جنسية هذه الأشخاص المعنويين؛ وذلك من خلال المواد تسعة إلى ثلاثة-عشر (9 إلى 13) لأن عامل الجنسية هو المحدد الرئيسي في الحماية الدبلوماسية.

¹ طلعت جواد لحي الحديدي، المرجع السابق، ص. 22.

² طلعت جواد لحي الحديدي، المرجع السابق، ص. 25.

³ محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، النظرية العامة، منشأة المعارف الإسكندرية 1973م، ص. 85.

2- رابطة الجنسية للشركات (الأشخاص المعنويين)

لقد كانت مسألة تحديد معايير جنسية الشركات موضوع جدال حول المعايير التي على أساسها يتم إعطاء حق الحماية الدبلوماسية لدولة ما، وذلك نظرا للاختلاف في الأخذ بها. وفي هذا الإطار يأخذ القانون الدولي بمعيارين اثنين لتحديد رابطة الجنسية وهما مكان تكوين الشركة والمقر الاجتماعي، وذلك بالاستناد إلى قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ 05 فيفري 1970م الخاص بقضية برشلونة تراكشن¹، حيث تنص الفقرة السبعون على أنه في حالة إثبات الرابطة ما بين شركة ودولة ما لأغراض الحماية الدبلوماسية، فإن القانون الدولي يستند على القواعد التي تحكم جنسية الأفراد وأن القاعدة التقليدية تمنح حق ممارسة الحماية الدبلوماسية على شركة للدولة التي على أساس قوانينها تأسست هذه الشركة، وكذلك على الإقليم الذي يقع فيها المقر الاجتماعي للشركة.

كما أن هناك العديد من المعايير التي اعتمدت لتحديدها ولقد ذكر المقرر الخاص للجنة القانون الدولي جون ديغارد John Dugard في تقريره الرابع حول الحماية الدبلوماسية سبعة (7) معايير وهي²:

- 1- الدولة التي أسست فيها الشركة.
- 2- الدولة التي أسست فيها الشركة مع وجود رابطة فعلية.
- 3- دولة المقر الاجتماعي أو الموطن.
- 4- الدولة التي توجد فيها المراقبة الاقتصادية للشركة.
- 5- الدولة التي أسست فيها الشركة، وتوجد فيها المراقبة الاقتصادية.
- 6- الدولة التي أسست فيها الشركة بصفة رئيسية، وهي الدولة التي توجد بها المراقبة الاقتصادية المتمتعة بالحق الجوهري للحماية الدبلوماسية في حالة عدم قيام الدولة الأولى بممارسة الحماية.
- 7- الدول الوطنية لكل المساهمين.

¹ CIJ, Arrêt Du 05/02/ 1970, op.cit, Par : 70, p. 43.

² S.Touzé, op.cit, p.401.

غير أنه لم يقبل تطبيق أحد المعايير بصفة عامة؛ كما أن معيار المراقبة الفعلية لم يطبق إلا في حالات الظروف الاستثنائية مثل الحروب¹.

وبالاستناد إلى المادة التاسعة (9) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية؛ فإن الدولة التي على أساس قوانينها تؤسس هذه الشركة، فهي المؤهلة لممارسة الحماية الدبلوماسية، إذا ما تعرضت إلى ضرر من فعل غير مشروع في القانون الدولي، وفي حالة ما إذا كانت الشركة تحت إدارة أشخاص ينتمون إلى دولة أخرى ولا تمارس نشاطات ذات أهمية في الدولة التي تأسست فيها، وأن مقر الإدارة والمراقبة المالية تقع في دولة أخرى، فإن الحماية الدبلوماسية تمارس من طرف الدولة الأخيرة باعتبارها دولة جنسية الشركة.

ولقد أثارت هذه المادة الكثير من النقاش بالاعتماد على المعايير السالفة الذكر كما أنها لم تأتي متوافقة مع قرار محكمة العدل الدولية لسنة 1970م الخاصة ببرشلونة تراكشن².

وللتعرف بشكل جيد على المعايير التي على أساسها صيغت المادة التاسعة (9) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، فإنه من الضروري التعرض لهذه القضية بشيء من التفصيل حتى يتسنى لنا فهم القضية، وذلك نظرا لأهمية قرار محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن.

الفرع الثاني: قضية برشلونة تراكشن

لقد تقدمت الحكومة البلجيكية في سنة 1958م بدعوى ضد الحكومة الإسبانية أمام محكمة العدل الدولية من أجل التعويض عن الضرر الذي لحق شركة برشلونة تراكشن Barcelona Traction, light and Power, Limited بسبب أفعال مخالفة للقانون الدولي مرتكبة من طرف هيئات الدولة الإسبانية، غير أن تخلي الحكومة البلجيكية عن الدعوى بسبب مفاوضات ما بين ممثلي المصالح الخاصة للشركة، أين تم شطب هذه القضية في 10 أبريل سنة 1961م ونظرا لعدم التوصل إلى إتفاق نهائي فقد عادت هذه الحكومة البلجيكية إلى رفع الدعوى من جديد في

¹ Patrick Dallier & Alain Pellet, op.cit, p.497.

² S.Touzé, op.cit, p.402.

1962/06/19¹. ولقد عرفت هذه القضية العشرات من الجلسات وسنوات عديدة من أجل

الفصل فيها.

1- وقائع القضية

تأسست شركة برشلونة تراكشن عام 1911م بتورنتو Toronto بكندا، وهناك يوجد مقرها، ومن أجل تطوير شبكة إنتاج وتوزيع الطاقة الكهربائية في إسبانيا، فقد أنشئت شركات فرعية فيها خاضعة للقانون الإسباني. وبعد الحرب العالمية الأولى قام العديد من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين البلجيكيين باكتساب القسم الأكبر من أسهم هذه الشركة. وفي سنة 1936م وباندلاع الحرب الأهلية الإسبانية تم توقيف تحويل خدمات الأسهم إلى الخارج بالعملة الصعبة.

كما قام بتاريخ 09 فيفري 1948م ثلاثة مساهمين إسبانيين بطلب حل شركة برشلونة تراكشن بسبب الإفلاس نظرا لعدم دفع الأرباح أمام محكمة روس Reus، وقامت هذه الأخيرة بإعلان إفلاس هذه الشركة بتاريخ 1948/02/27م مع تعيين مصفي وحجز أملاك الشركة.

بعد إعلان إفلاس شركة برشلونة تراكشن قامت حكومات الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، المملكة المتحدة، وكذلك بلجيكا بمساعي دبلوماسية كل على حدى من أجل حماية مصالح رعاياها في هذه الشركة.

غير أنه في سنة 1950م اقترحت الحكومة الإسبانية إنشاء لجنة ثلاثية مكونة من إسبانيا، كندا، والمملكة المتحدة، التي أقرت بأن رفض الحكومة الإسبانية تحويل الأموال بالعملة الصعبة هو

مبرر، في هذا الوقت احتجت الحكومة البلجيكية على عدم إشراكها في هذه اللجنة².

رفعت هذه الأخيرة النزاع أمام محكمة العدل الدولية طالبة التعويض عن الضرر الذي أصاب المساهمين البلجيكيين، مدعية أن الإجراءات المتخذة من طرف هيئات الدولة الإسبانية هي

¹ CIJ , Arrêt du 5 février 1970, pn : 2, P.6.

<http://www.Icj.org/Docket/Fily/50/5397/pdf>.

² CIJ, Arrêt du 5 février 1970, ph 23, p.12.

مخالفة للقانون الدولي¹، وطالبت أيضا بإلغاء قرار إفلاس شركة برشلونة تراكشن، وتعويض الأضرار التي لحقت الرعايا البلجيكيين مع تعويض بنسبة 88% من قيمة الشركة سنة 1948م مضاف إليها التعويضات لفائدة هؤلاء الرعايا نظير الأضرار الثانوية التي لحقتهم.

وكان رد الحكومة الإسبانية حول طلب الحماية الدبلوماسية على أساس أن المساهمين هم رعايا بلجيكيين متحججة بمسألة المساهمين تارة والمصالح البلجيكية تارة أخرى، واستندت الحكومة الإسبانية على أن مبادئ القانون الدولي؛ وكذلك الممارسة الدولية لا تقبل بأن يكون لدولة جنسية المساهمين أو المصالح الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق رعاياها، وإنما التي لها الحق في ذلك هي دولة أخرى².

وأوردت أيضا بأن هناك قاعدة قانونية في القانون الدولي مدعمة من طرف الاجتهاد القضائي والفقهاء، وكذلك بناء على المادة الثالثة(3) من المعاهدة الإسبانية والبلجيكية للمصالحة، والتسوية القضائية والتحكيم المؤرخة في 19 جويلية 1927م، التي تلزم بأن الأشخاص المتضررين جراء مخالفة القانون الدولي، بأن يتم استنفاد طرق الطعن الداخلية قبل الحماية الدبلوماسية، وبناء على ما سبق طلبت الحكومة الإسبانية بأن دعوى الحكومة البلجيكية غير مقبولة وغير مؤسنة.

وبعد جلسة 09 جويلية 1969م بنت محكمة العدل الدولية قرارها بمناقشة المبادئ القانونية، والوقائع التي حدثت لشركة برشلونة تراكشن، مع تحليل كل واقعة على حدة بالنسبة لمرافعات الحكومة البلجيكية التي استندت إلى المبادئ التالية: التعسف والتمييز للسلطات الإسبانية فيما يخص شراء أملاك الشركة من طرف السيد Juan Mardi وهو رعية إسبانية، واستندت إلى انتهاك الاختصاص من طرف القضاء الإسباني، وذلك بقبول إفلاس الشركة، وهي شركة كندية لا يوجد مقرها في إسبانيا، ومن ثم فإن الاختصاص هو اختصاص دولي³.

¹ CIJ , Arrêta du 5 février 1970, Ph25, p.13.

² CIJ, Arrêt du 5/02/1970, op.cit, p.15.

³ CIJ, Arrêt du 05/02/1970, op.cit, p.19.

ولقد اعتبرت الحكومة البلجيكية بأن قرار القضاء الإسباني يتضمن أخطاء وتعسفا وتمييزا، وفي نظر القانون الدولي فإن هذه الأفعال تعد حرمانا من العدالة.

أما بخصوص الحماية الدبلوماسية للمساهمين البلجيكين، باعتبار أن الشركة هي كندية ، فإن الحكومة البلجيكية ، ترى بأن توقف مطالبة الحماية الدبلوماسية من طرف الحكومة الكندية سنة 1952م يؤهلها لتقديم المطالبة بالحماية الدبلوماسية ، وباعتبار أن مصالح رعاياها هي الغالبة بمساهمة 88 من رأسمال الشركة، ومن ثم فإن

الأضرار لحقت المساهمين البلجيكين، وعليه فإن المساهمين البلجيكين لهم مصالح منفصلة عن مصالح الشركة (الشخص الاعتباري)¹.

ولقد قدمت الحكومة الإسبانية في جلسة 22 جويلية 1969م المذكرات الختامية لمحكمة العدل الدولية تتلخص في أن الحكومة البلجيكية ليست لها الصفة في قضية برشلونة تراكشن في حماية شركة كندية، ولا بصفة حماية المساهمين واعتبرت أنها لم تخرق قاعدة دولية ملزمة لإسبانيا وذلك للأسباب التالية:

- 1- أن إسبانيا لم تتعد على اختصاص دولة أخرى من طرف هيئاتها القضائية.
- 2- أن الهيئات القضائية الإسبانية لم تنتهك قواعد القانون الدولي في فتح المجال للأجانب للتقاضي أمام محاكمها، والفصل في الطلبات والطعون المقدمة من طرف هؤلاء في قضية برشلونة تراكشن.
- 3- أن قرارات الهيئات الإسبانية لا تترتب عليها المسؤولية الدولية لإسبانيا، بسبب مضمون هذه القرارات.
- 4- ليس هناك أي انتهاك للالتزامات الدولية من قبل السلطات الإدارية بسبب التعسف في استعمال القانون، ومعاملات تمييزية ، ولذلك فإن طلبات الحكومة البلجيكية يجب أن تعد غير مقبولة وغير مبررة .

¹ CIJ , Arrêt du 05/02/1970, op.cit, p.27.

2-أسانيد قرار المحكمة

لقد ناقشت محكمة العدل الدولية هذه القضية بعد استعراض ملخصات الطرفين في أربعة و سبعين فقرة حول قبول الحماية الدبلوماسية من طرف الحكومة البلجيكية، وكذلك الطرفين الآخرين وهما الحكومة الإسبانية و الحكومة الكندية. وبالرجوع إلى أهم الفقرات التي أثرت في صياغة المادة التاسعة(9) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لسنة 2006م. وبغض النظر إن كان قرار المحكمة منصفاً أم لا، فإنه أثار جدلاً كبيراً لدى فقهاء القانون الدولي.

ومن خلال الفقرة الخمسين(50) من القرار فإن المحكمة وبتناولها الموضوع من زاوية القانون الدولي، فإنها ترجع إلى القانون الداخلي؛ وهذا من أجل تحديد العوامل المشتركة ما بين الشركة والمساهمين، و ترى أنها ملزمة بالرجوع إلى القانون الداخلي¹.

وفي مبادئ القانون الدولي فإن الحكومة البلجيكية استندت إلى فكرة أنه من غير المقبول أن ترفض لدولة جنسية المساهمين حق ممارسة الحماية الدبلوماسية على أساس أن دولة أخرى وهي كندا؛ تمتلك هذا الحق باعتبار جنسية الشخص المعنوي هو أحد رعاياها، فضلاً عن ذلك ترى الحكومة البلجيكية أنه ليست هناك أي قاعدة قانونية تمنع دولة جنسية المساهمين من الحماية الدبلوماسية من الحصول على تعويض عن الضرر الذي أصاب رعاياها من جراء فعل غير مشروع قامت به هيئات دولة أخرى، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فليس هناك في المقابل أي قاعدة قانونية تمنع حق ممارسة الحماية الدبلوماسية للمساهمين لدولة جنسية هؤلاء الرعايا في القانون الدولي².

وترى المحكمة أن القانون الدولي لا يمنح قواعد محددة لحالات خاصة، ولقد تحجبت الحكومة البلجيكية بمحاولة تشبيه ما بين المصالح والحقوق المنصوص عليها في العديد من المعاهدات والوثائق، بصيغ مثل أملاك (Biens) وحقوق ومصالح.

¹ CIJ, Arrêt du 05/02/1970, ph50, p.38.

² CIJ, Arrêt du 05/02/1970, ph51, p.38.

وفي هذا المجال فإن المحكمة ترى أن الأملاك تحميها القوانين (Loi)؛ أما الحقوق فإن حمايتها تكون في إطار قانوني، وإلا فإنها ليست حقوقاً، وحسب الحكومة البلجيكية فإن المصالح وهي مختلفة عن الحقوق، فهي كذلك محمية من قبل قواعد اتفاقية (القانون الدولي) غير أن المحكمة

ليست في حاجة إلى تحديد مفهوم المصالح، وهي في قضية برشلونة تراكتشن بصدد مصالح بسيطة أكثر منها حقوق¹.

وترى المحكمة في الفقرة السابعة والأربعين(47) بأن المسؤولية الدولية لا تترتب على الدولة إذا ما انتهكت مصلحة بسيطة، وتكون فقط في حالة انتهاك حقوق، وترى المحكمة أيضاً بأن الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان تسمح للدولة برفع دعوى الحماية الدبلوماسية في حالة انتهاك حقوقها بدون النظر إلى جنسية الضحايا، لكن هذه الإمكانية تكون نتيجة إتفاق محدد، ويكون ذلك أمام الجهات المنشئة بموجب هذا الاتفاق².

وفي معالجة مسألة الأملاك في معاهدات السلم، ذهبت محكمة العدل الدولية إلى الاستدلال بحالتين خاصتين للذهاب إلى أبعد من الشخصية المعنوية، ففي الحالة الأولى هي معالجة أملاك الأعداء أو الحلفاء في معاهدات السلم والوسائل الدولية الأخرى أثناء وبعد الحرب العالمية الأولى والثانية، وفي الحالة الثانية هي معالجة أملاك الأجانب في حالات التأميم التي وقعت في الستينات والسبعينات من القرن الماضي³.

ففي الحالة الأولى فإن التشريعات الخاصة بأملاك الأعداء كان القصد من ورائها هو نزع المزايا الناتجة عن الشخصيات المعنوية للأعداء؛ وكذلك تجميع أملاكهم من أجل تعويض طلبات المتضررين من الحرب، أما بالنسبة للاتفاقات المبرمة في حالة التأميم في الحالة الثانية؛ فقد كان الهدف منها تعويض الأضرار التي لحقت هذه الأشخاص المعنويين.

¹ CIJ , Arrêt du 05/02/1970, ph54, p.39.

² Jean-Victor Louis , l'affaire de Barcelona traction, Light and power company, limited, Jurisprudence internationale intéressant La Belgique, p.352.

³ CIJ , Arrêt du 05/02/1970, ph58, p.39.

وطرحت المحكمة في الفقرة التاسعة والستين(69) من القرار مسألة إذا ما كان غير ممكن أن تقوم دولة الجنسية وهي دولة كندا؛ وطبقا للقانون الدولي فإن الحماية الدبلوماسية هي حق لدولة الجنسية بالنسبة للأفراد؛ وكذلك الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية فالقاعدة التقليدية تمنح حق الحماية الدبلوماسية للدولة التي على أساس قوانينها تكونت هذه الشركة ويوجد مقرها أيضا، وبالنسبة لشركة برشلونة تراكشن؛ فإن الشركة تكونت في كندا ويوجد بها مقرها، وتحوز على علاقات عديدة ما بين الشركة؛ وبرشلونة تراكشن، كما أن الحكومة الكندية قد قامت بالعديد من المساعي الدبلوماسية من أجل حماية هذه الشركة وطالبت بإلغاء قرار إفلاس الشركة، غير أنه بعد 1955م توقفت هذه المساعي من طرف الحكومة الكندية، وتخلت بعد ذلك عن هذه القضية بمحض إرادتها، والمعروف أن الحماية الدبلوماسية هي حق للدولة يمكن لها أن تتخلى عنه¹.

وتتجسس المحكمة بأن الحكومات يمكن لها أن تقدم مطالبات أمام المحكمة إذا أثبتت أن أحد حقوقها قد أنتهك، وإن الأفعال المرتكبة قد انتهكت التزام دولي ناتج عن معاهدة أو قاعدة عامة للقانون الدولي².

وفي أحيان كثيرة تلجأ الحكومات إلى التدخل إذا أنتهك أحد حقوقها، أو حتى في حالات التهديد بذلك، لذلك فإن هذه الدعاوى تختلف عن دعوى الحماية الدبلوماسية، وفي هذه الحالات فإن الدولة باستقبالها للاستثمارات الأجنبية؛ أو وجود الأجانب على أراضيها فإنها ملزمة بأن تحمي هؤلاء بموجب القانون، وليست ملزمة في المقابل بأن تضمن نجاح هذه الاستثمارات، لأن طبيعة الإستثمار هو الربح والخسارة ومعرض للخطر، ومن ثم فإن المسألة في هذه القضية حسب المحكمة هي هل هناك انتهاك لقاعدة من قواعد القانون الدولي التي يتمتع بها هؤلاء المستثمرون في غياب اتفاقية تطبق في هذا المجال.

وفي حالة برشلونة تراكشن، ونظرا لأن توسع الاستثمارات الأجنبية وخاصة منها متعددة الجنسية، وكذلك انتشار المصالح الاقتصادية للدول وتضاربها بين الدول، في ظل غياب قواعد

¹ CIJ, Arrêt du 05/02/1970, ph81, p.45.

² CIJ, Arrêt du 05/02/1970, ph86, p.46.

قانونية دولية تحكم هذه العلاقات ما بين الشركات و الدول في مجال الحماية الدبلوماسية؛ لذلك فإنه في حماية المساهمين لابد من الرجوع إلى نصوص الإتفاقية أو الاتفاقات الخاصة ما بين الدول والمستثمرين الخواص.

وبالنسبة لحقوق الإنسان التي أشار إليها قرار المحكمة في الفقرة الرابعة والثلاثين(34) الخاص بقضية برشلونة تراكشن، فإن أي معاهدات حقوق الإنسان لا تعترف للدول بحماية الأشخاص غير الذين تربطهم بها رابطة الجنسية، وكذلك لا تنص إلا في حالة الحرمان من العدالة. والاستثناء الموجود في الإتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان التي تسمح لأي دولة من الإتحاد الأوربي برفع دعوى ضد أية دولة أخرى بسبب انتهاك قواعد الإتفاقية بغض النظر لجنسية الضحية¹.

وبالرغم من وجود طرح في إطار حماية حقوق الإنسان ولأسباب الإنصاف والعدالة والذي يحتم حماية المستثمرين في شركة تكون ضحية انتهاك القانون الدولي، ويكون ذلك إذا كانت الشركة تحمل جنسية الدولة التي قامت بانتهاك القانون الدولي، وشركة برشلونة تراكشن ليست شركة إسبانية وإنما هي كندية².

ولقد رفضت محكمة العدل الدولية طلب الحكومة البلجيكية على أساس عدم تبرير الحق في الحماية الذي يعد شرطاً مسبقاً دون النظر إلى الأوجه الأخرى للقضية. ويلاحظ من خلال هذه القضية أن المحكمة مالت إلى القانون الداخلي للشركات في معالجة هذه القضية وليس على أساس تطور ممارسة التحكيم أو الاتفاقيات³.

ونظراً للجدال الذي أثاره هذا القرار وسط فقهاء القانون الدولي، فإن لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة قامت بالأخذ بعين الاعتبار في المادة التاسعة(9) من مشروع الحماية الدبلوماسية، وذلك نظراً لتطور القانون الدولي؛ وكذلك إلى الممارسة التحكيمية التي تأخذ بمبدأ حماية

¹ CIJ, Arrêt CIJ du 05/02/1970, ph 92, p.48.

² CIJ, Arrêt CIJ du 05/02/1970, ph 92, p.48.

³ Jean-Victor Louis, op.cit, p. 366.

المساهمين، وأضافت في المادة السالفة الذكر، أن تغير دولة الجنسية للشركات، إذا كانت قيادة الشركة لدولة أخرى؛ ولا تمارس نشاطات هامة في دولة التأسيس وأن مقر الإدارة والمراقبة المالية يوجد في دولة أخرى ويعتبر هذا استثناء لقاعدة قانون التأسيس، وهذا الاستثناء هو الرفع من الإجحاف الذي قد يلحق المساهمين إذا تخلت دولة جنسية الشركة (الشخص الاعتباري) عن الحق في الحماية الدبلوماسية كما حصل بالنسبة لدولة كندا في قضية برشلونة تراكشن.

كما أن هذا القرار ساهم في تطوير الاتفاقيات الثنائية بين الدول من أجل حماية الاستثمارات الأجنبية التي عرفت توسعا كبيرا في الوقت الحالي إضافة إلى تفادي اللجوء المكثف لتسوية النزاعات ما بين الدول أمام محكمة العدل الدولية.

الفرع الثالث: استمرار جنسية الشركة والضرر الذي يلحق مباشرة المساهمين

1- استمرارية جنسية الشركة

إذا كان اشتراط استمرار الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية فإن الأمر كذلك بالنسبة للأشخاص الاعتبارية، وهذا ما جاء في المادة العاشرة (10) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية بحيث أن للدولة الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشركة تحمل جنسيتها في وقت وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسمياً¹.

ومبدأ الحق في دعوى الحماية الدبلوماسية لا يمكن الاعتراف به إلا إذا كانت الدولة التي على أساس قانونها تكونت هذه الشركة إلى غاية تقديم مطالبة الحماية الدبلوماسية²، وعلى العكس فيما يخص الأشخاص الطبيعية التي تغير جنسيتها بسهولة عن طريق التجنس؛ وفي حالة خلافة الدولة فإن الشركات لا تغير جنسيتها إلا بإعادة إنشائها أو تأسيسها في دولة أخرى طبقاً لقانونها، ونتيجة لذلك تتخذ هذه الشركة شخصية جديدة، وتقطع وبالتالي استمرار جنسية الشركة. وكما جاء

¹ المادة 10 ، الفقرة الأولى من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ب2006م.

² Sébastien Touzé, op.cit, p.402.

في الفقرة الثانية فإن دولة جنسية الشركة ليس لها الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية للشركة ضد الدولة التي اكتسبت هذه الشركة جنسيتها بعد تقديم المطالبة¹.

في الفقرة الثالثة يسمح لدولة جنسية الشركة أن تمارس الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بضرر يلحق بالشركة عندما تحمل جنسيتها، ثم ينتهي وجودها ومعها جنسيتها جراء الضرر²، وترتبط هذه المادة الحادية-عشرة(11) المتعلقة بالمساهمين الفقرة الأولى(1) التي تجيز لدولة جنسية المساهمين ممارسة الحماية الدبلوماسية بصدد ضرر لحق بشركة وأدى إلى انتهاء وجودها.

2- **حماية المساهمين:** وفي هذا الإطار يجب التمييز بين شركات الأشخاص وشركات الأسهم لأن الأمر يختلف في مجال الحماية الدبلوماسية؛ وذلك لأن الحماية الدبلوماسية للشركات كأشخاص معنوية أمر لا يختلف فيها، وإنما أسس الاختلاف هي شركات الأسهم التي لها شكل شركات مجهولة لأن رأسمالها ممثلاً بأسهم وليس بشركات اعتبارية، وبمعنى آخر فإن الذين يتعرضون إلى الضرر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة هم المساهمون بسبب انتهاك دولة ما للقانون الدولي لحق مخول لدولة أجنبية أخرى³.

إن قرار محكمة العدل الدولية المتعلق بقضية برشلونة تراكتشن؛ الذي رفض حق الحماية الدبلوماسية لحكومة بلجيكا، أعتبر مرة أنه سديد في معالجة هذه القضية من قبل الفقهاء والدراسات التي تناولته، ومرة أخرى بأنه لم يكن منصفاً بالنسبة للمساهمين البلجيكين باعتبار أن مصالح هؤلاء الرعايا قد ضاعت دون أن يتم إحقاق تعويض هذه المصالح باعتبار أن الحماية الدبلوماسية تعني الأشخاص الاعتباريين وليس الأشخاص الطبيعيين المتمثلين في المساهمين.

ولهذا فإن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية جاء ليسد هذه الثغرة في مجال التمييز بين حماية الشركة باعتبارها شخصاً اعتبارياً؛ وكذلك يبقى المساهمين في شركات الأسهم بدون حماية

¹ المادة 10 ، الفقرة الثانية من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، 2006م.

² المادة 10 ، الفقرة الثالثة من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، 2006 م.

³ Sébastien Touzé, op.cit, p.398.

دبلوماسية إلا في حالات محددة وذلك بموجب المادة الحادية-عشرة(11)¹، التي تنص على أنه لا يحق لدولة جنسية المساهمين في الشركة أن تمارس الحماية الدبلوماسية لصالحهم عندما يلحق بالشركة ضرر إلا في الحالات التالية:

1- إذا لم يعد للشركة وجود وفقا لقانون الدولة التي أسست فيها لسبب لا صلة له بالضرر.
2- إذا كانت الشركة وقت وقوع الضرر حاملة لجنسية الدولة التي يدعى أنها مسؤولة عن إلحاق الضرر بالشركة؛ وكان تسجيل الشركة بموجب قانون الدولة تلك الدولة شرطا أساسيا لممارسة الأعمال التجارية فيها.

وفي سياق الاعتراف بحق الحماية الدبلوماسية للمساهمين هل تعتبر المادة الحادية-عشر والثانية-عشرة(11 و 12) من مشروع الحماية الدبلوماسية ل 2006م، اعترافا صريحا بحق الحماية الدبلوماسية؛ وحتى وإن كان مشروطا للمساهمين الذين يتعرضون إلى ضرر مباشر في حالة ما إذا كان الشخص الاعتباري أي الشركة غير قادر عن الدفاع عن حقوقه بسبب افتقاده لهذه الصفة أي تصفية الشركة من طرف الدولة، التي ألحقت الضرر بها ولم تكن هذه الشركة هي سبب التصفية؟.

تكون الحماية الدبلوماسية مبدئيا للشركات، باعتبارها شخصا اعتباريا يحمل جنسية الدولة التي لها حق الحماية، وليست الدولة تحمل جنسية المساهمين، وكان هذا المبدأ قد جدد تأكيده من قبل محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن، حيث أكدت منذ البداية أنها لا تعنيها إلا

مسألة الحماية الدبلوماسية للمساهمين في شركة محدودة المسؤولية تمثل الأسهم رأسمالها². ويتصف هذا النوع من الشركات بتمييز واضح بين الشركة والمساهمين؛ وفي الحالات التي تتضرر فيها مصالح أحد المساهمين بسبب ضرر يلحق بالشركة فإن الجهة المخول لها اتخاذ الإجراءات من أجل طلب التعويض عن الضرر هي الشركة، ولقد جاء في نفس قرار محكمة العدل الدولية في نفس القضية في الفقرة الرابعة و الأربعين ما يلي: "وإن يكن ثمة كيانان منفصلان قد عانيا من نفس

¹ لجنة القانون الدولي ، المادة (11) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، 2006 م.

² CIJ , Arrêt du 05/02/1970, P35. Parce : 40

الضرر، فإن كيانا واحدا فقط هو الذي وقع التعدي على حقوقه¹، ومنه فإن المساهمين ليس لهم الحق في اتخاذ الإجراءات من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم إلا في الحالات التي يكون الفعل المشتكى منه موجها مباشرة إلى المساهمين، وأساس التمييز بين الشركة و المساهمين هي المبادئ المنظمة للشركات المستمدة من القانون الداخلي وليس الدولي.

ولقد سلف الذكر فيما سبق في عرض قضية برشلونة تراكشن، أن المحكمة توصلت إلى أن الحماية الدبلوماسية تمارس من قبل دولة تأسيس الشركة وليس المساهمين، ولقد بنت المحكمة قرارها على عدد من الاعتبارات السياسية العامة، ومن بينها أن المساهمين حين يقومون بالاستثمارات خارج دولهم، فإنهم يتحملون مجازفات وأهمها، احتمال رفض دولة جنسية الشركة ممارسة حق الحماية الدبلوماسية على الشركة، وكذلك فإن السماح لدول جنسية المساهمين قد ينشئ تعدد المطالبات بالحماية الدبلوماسية خاصة في الشركات الكبيرة، التي قد يكون عدد جنسيات المساهمين به كبيرا جدا، وفي هذا السياق أوضحت المحكمة أنه إذا مكنت دولة جنسية المساهم من اتخاذ إجراء لصالحه فإنه لن يكون ثمة سبب لئلا يتمتع كل مساهم غيره بهذا الحق².

والاعتبار الآخر الذي اعتمدت عليه المحكمة في الفقرة الثالثة و الخمسين وكذلك الفقرة الثامنة والتسعين من القرار، هو تطبيق على سبيل القياس لقواعد تتعلق بازدواجية الجنسية على الشركات، والمساهمين فيها أحجمت عن السماح لدولة جنسية كليهما ممارسة الحماية الدبلوماسية³.

ولقد جاء في مشروع مواد الحماية الدبلوماسية في المادة الحادية عشر (11) استثناء للقاعدة السالفة الذكر، ويتطابق ذلك مع قرار محكمة العدل الدولية وهي الحالتان: الأولى هي الحالة التي لم تعد فيها الشركة قائمة في مكان تأسيسها، وتعتبر المادة الحادية عشرة (11) إذا لم يعد للشركة وجود وفقا لقانون الدولة التي أسست فيها لسبب ليس له صلة بالضرر⁴.

¹ CIJ, Arrêt du 05/02/1970, op.cit, p.44.

² CIJ, Arrêt du 05/02/1970, op.cit, p. 94-95.

³ CIJ, Arrêt du 05/02/1970, op.cit, p. 53-98.

⁴ لجنة القانون الدولي ، المادة 11 من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لسنة 2006.

والحالة الثانية هي أن تكون دولة تأسيس الشركة هي المسؤولة عن إلحاق الضرر بالشركة، فمن غير المعقول أن تقوم دولة التأسيس بالدفاع عن شركة تابعة لها لفائدة المساهمين الأجانب، ولا يبقى أمام هؤلاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتهم، سوى قيام دولة جنسية المساهمين بالمطالبة بالحماية الدبلوماسية.

وليست هذه هي الحالة في قضية برشلونة تراكشن، وبالرجوع إلى المادة الحادية عشرة، فإن الاستثناءان اللذان جاءا في مشروع مواد الحماية الدبلوماسية عكس ما جاء في الاعتبار الثالث الذي بنت محكمة العدل الدولية عليه قرارها السالف الذكر.

وتشترط المادة الحادية-عشرة (11)، أن لا يبقى للشركة وجود قبل أن يحق لدولة المساهمين التدخل باسمهم، وقبل قضية برشلونة تراكشن، كانت الشروط أقل صرامة حيث كان يسمح لدولة المساهمين التدخل لفائدة المساهمين عندما تكون الشركة ممتة من الناحية العملية¹، غير أن في القضية السالفة الذكر فقد حددت عتبة أعلى من السابق، حيث لم تأخذ المحكمة بمعيار الشركة الممتة من الناحية العملية، وكذلك الحالة المالية الخطيرة، حيث اعتبرتھا المحكمة غير ملائمين، باعتبار المعيار الأول يفنقر إلى الدقة القانونية²، ولقد ذكرت المحكمة في هذا مايلي: "لا يحدث إلا في حالة الوفاة القانونية للشركة إذ يحرم المساهمين من إمكانية وجود وسيلة إنصاف متاحة عن طريق الشركة؛ ولا يحدث إلا عندما يصبحون محرومين من جميع هذه الإمكانيات أن ينشأ حق مستقل في اتخاذ إجراء بالنسبة لهم أو لحكومتهم"، ولقد لقي هذا المعيار تأييد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان³.

ويلاحظ أن محكمة العدل الدولية لم تذكر في قضية برشلونة تراكشن وجوب أن تصبح الشركة غير قائمة في مكان التأسيس أي "كندا" كشرط مسبق لتدخل المساهمين، حيث قصدت المحكمة أنه لم يعد للشركة وجود في بلد التأسيس، وليس البلد الذي وقع فيه الضرر الذي لحق

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق ، ص.47.

² CIJ ,Arrêt Du 05/02/ 1970, op.cit, p. 65-66.

³ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق ، ص . 47.

بالشركة؛ حيث لم يؤثر على استمرار وجودها في كندا بلد التأسيس، و أيضا كانت تحت الحراسة القضائية، وهي الحالة التي لا تعني موت الكيان أو حقوقه.

ومن هنا فإن؛ الحقوق بالنسبة للمساهمين تبقى محفوظة ما لم يبدأ في عملية التصفية وما دامت الشركة تحت الحراسة القضائية فهي مازالت قائمة¹، والخاصة في هذا الأمر هو أن الشركة لم تعد قائمة، ولم تعد قادرة على العمل كشركة، لذا يجب أن يتقرر مصيرها وفق قانون الدولة التي تأسست فيها.

أما المقصود من عبارة " لسبب لا صلة له بالضرر" في الاستثناء الأول من المادة الحادية-عشرة ، هو ضمان عدم السماح لدولة جنسية المساهمين برفع دعوى تتعلق بالضرر الذي لحق بالشركة، والذي كان سببا في زوال الشركة، وبمعنى آخر فإن دولة جنسية المساهمين لن تتمكن من ممارسة الحماية الدبلوماسية إلا إذا عانى هؤلاء جراء أضرار أصابت الشركة، ولا صلة بالضرر الذي ربما أدى إلى زوال الشركة².

إن الهدف من هذا الاستثناء هو حصر الظروف التي تجيز لدولة جنسية المساهمين رفع دعوى الحماية الدبلوماسية، وذلك للحد من القضايا التي ترفع من قبل دول جنسية المساهمين فيما يتعلق بالضرر الذي لحق بالشركة.

وعلى العكس من ذلك فإذا كانت دولة جنسية الشركة هي التي ألحقت الضرر بالشركة فإنه يمكن لدولة جنسية المساهمين، إذا كان هؤلاء أجنب أن ترفع دعوى الحماية الدبلوماسية لفائدة هؤلاء المساهمين، ورغم أن قرارات التحكيم والمذاهب الفقهية تأخذ وتؤيد الأخذ بالمبدأ العام دون الشرط التقييدي المذكور في الفقرة "ب".

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق ، ص . 48.

² لجنة القانون الدولي، مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، الدورة 53 في 2001 ، التقرير الأول للمقرر الخاص A/CNA/506 ، ص . 49 .

ولقد أيدت هذا المبدأ في المطالبات الثلاث التي أجبرت فيها الشركة المتضررة على التأسيس في الدولة المسببة للضرر، منها قضية الشركة المكسيكية¹، حيث ردت حكومة المملكة المتحدة على الحجج المكسيكية في هذه القضية بأنه لا يجوز التدخل لصالح مساهميها في الشركة المكسيكية، بما يأتي " إذا كان قد أعترف بالمبدأ القاضي بأن حكومة ما يمكنها أولاً أن تجعل عمل المصالح الأجنبية في أراضيها متوقفاً على تأسيسها في إطار القانون المحلي، وأن تستند بعدئذ إلى هذا التأسيس باعتباره مبرر رفض التدخل الدبلوماسي الأجنبي، أتضح أنه لن تضيف أبداً الوسيلة التي تمكن من منع الحكومات الأجنبية من ممارسة حقها غير المشكوك فيه بمقتضى القانون الدولي في حماية المصالح التجارية لرعاياها في الخارج".

وذهب القضاة " فتمورنيس "، و " تنالا "، و جي سون، في آرائهم المنفردة إلى تأييد الحق الكامل لدولة جنسية المساهمين في التدخل عندما يلحق الشركة ضرر من دولة التأسيس.

وما يؤكد هذا الإتجاه في قضية ELSI، أين سمحت إحدى غرف محكمة العدل الدولية للولايات المتحدة الأمريكية بتقديم مطالبة ضد إيطاليا فيما يتعلق بالأضرار بشركة إيطالية تملك أسهمها شركتان أمريكيتان، ولقد تفادت المحكمة إبداء الرأي حول هذا القرار، والقرار الخاص بقضية برشلونة تراكتشن رغم أن إيطاليا استندت إلى على قرار القضية الأخيرة، وقد فسر هذا السكوت بأن في قضية ELSI كانت المحكمة بصدد تفسير معاهدة ثنائية ما بين إيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية خاصة بالصدقة والتجارة والملاحة، وتنص على توفير حماية للمساهمين من مواطني الولايات المتحدة الأمريكية في الخارج².

2- الضرر الذي يلحق مباشرة بالمساهمين

قد يلحق الضرر مباشرة بالمساهمين من طرف دولة جنسية الشركة بفعل عمل غير شرعي دولياً، ومن ثم يحق لدولة جنسية المساهمين تقديم مطالبة الحماية الدبلوماسية، وتوجد هذه الحالة

¹ لجنة القانون الدولي حول مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص 49.

² لجنة القانون الدولي، مشروع الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص. 50.

في التمييز ما بين حقوق المساهمين و حقوق الشركة؛ حيث أن هناك حقوقا يمنحها القانون المدني تختلف عن حقوق الشركة، وتتمثل هذه الحقوق في حق حضور الاجتماعات العامة والتصويت فيها؛ وحق القسمة في الأصول المتبقية من تصفية الشركة ؛ وكلما تضرر حق من حقوق المساهم مباشرة يكون له حق مستقل في الإدعاء¹، ولا بد أن نميز بين الضرر الذي يلحق المساهمين مباشرة وبين الخسائر المالية التي يتعرضون لها نتيجة لوضع الشركة²، وهذا ما جاء في الفقرة السادسة- والأربعين(46) من قرار قضية برشلونة مراكش بأنه يجب التمييز بين الحق و المصلحة، حيث أن انتهاك حق يستلزم قيام المسؤولية الدولية؛ أما بالنسبة للمصلحة التي تعني المساهمين فلا تقوم المسؤولية الدولية³، ولم يطلب في هذه القضية من طرف الحكومة البلجيكية التعمق أكثر في هذه المسألة، بل أوضحت بجلاء أنها لا تؤسس دعواها على الضرر اللاحق بالحقوق المباشرة للمساهمين.

ولقد اعترفت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في قضية "أغروتكسم" بحق المساهمين في الحماية فيما يتعلق بالانتهاك المباشر لحقوقهم إلا أنها حكمت بعدم حدوث هذا الانتهاك في تلك القضية.

ولقد نصت المادة الثانية عشرة من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية على حق دولة جنسية المساهمين في ممارسة الحماية الدبلوماسية إذا كان الضرر مباشرا يمس هؤلاء المساهمين⁴ ؛ ولم ترد هذه المادة تمييزا بين حقوق المساهمين عن حقوق الشركة، ولقد أوردت كما سبق الذكر في قضية برشلونة تراكتشن بعض هذه الحقوق الذي سبق ذكرها وهذا لا يمنع أن يترك للمحاكم المحلية أن تحدد بناء على وقائع الحالات الفردية حدود هذه الحقوق.

¹ لجنة القانون الدولي، مشروع الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص. 52.

² لجنة القانون الدولي، مشروع الحماية الدبلوماسية، المرجع السابق، ص. 52.

³ محكمة العدل الدولية، القرار 170 المؤرخ في 25 ماي 1970، الفقرة 46، ص. 37.

⁴ المادة 12 من مشروع الحماية الدبلوماسية، 2006 م، ينص على ما يلي :

"بقدر ما يلحق فعل الدولة غير المشروع دوليا ضررا مباشرا بحقوق المساهمين بصفتهم هذه تمييزا لها عن حقوق الشركة نفسها، يحق لدولة جنسية أي واحد من المساهمين هؤلاء ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها".

ولقد تحدث القاضي أولف في رأيه المنفصل في قضية ألسي ELSI عن المبادئ العامة للقانون المتعلقة بالشركات في سياق حقوق المساهمين، وحيث بينت المادة الثانية عشرة في مسألة التمييز بين حقوق المساهمين والشركة؛ القانون المحلي لدولة التأسيس، في حالة إن كانت دولة جنسية الشركة هي التي ارتكبت الفعل غير المشروع؛ فيجوز اللجوء إلى المبادئ العامة لقانون الشركات وذلك قصد عدم تعرض حقوق المساهمين الأجانب لمعاملة تمييزية¹.

المبحث الثالث: القواعد الأخرى للحماية الدبلوماسية

إضافة إلى قاعدة الجنسية ، فإن هناك قواعد أخرى منها قواعد متفق عليها في القانون الدولي و هي قاعدة إستنفاد طرق الإنتصاف المحلية ، و أخرى مختلف فيها و هي نظرية الأيدي النظيفة ، و شرط كالفو أو أيضا الحرمان من العدالة .

المطلب الأول: قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية

استنادا إلى حكم المحكمة الدائمة للعدل الدولية في قضية مافروماتيز فإن الحماية الدبلوماسية هي مبدأ أساسي في القانون الدولي يسمح للدولة بالدفاع عن رعاياها المتضررين من أعمال سلطات الدولة التي يتواجد فيها هؤلاء، والتي تكون مخالفة للقانون الدولي، وبعد استنفاد طرق الانتصاف المحلية ولم يتحصل على إصلاح الضرر عن طريق الطرق العادية².

¹ لجنة القانون الدولي، مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، نفس المرجع السابق ، ص . 52.

² CIJ ,Arrêt de l' Affaire Mavrommatris.

ويظهر مما سبق أن استنفاد طرق الانتصاف من طرف الرعية المتضرر تتمثل في قيامه بها لدى سلطات الدولة المتواجد فيها، أي السلطة التي قامت بعمل أصاب الرعية بضرر، سواء كانت هذه الطرق إدارية أو قضائية وهذا بغية الحصول على تعويض أو إصلاح للضرر.

إن قاعدة استنفاد الانتصاف المحلية من طرف الرعية المتضرر هي قاعدة أساسية في الحماية الدبلوماسية، ولا يمكن أن يقوم الأشخاص إلا بالاستنفاد المسبق، وهذا احتراماً للعلاقات الدولية بين الدول، وبطريقة أخرى فإن المسؤولية الدولية للدولة لا يمكن أن تترتب إلا إذا كان للرعية طرق لاسترداد حقوقه وتعويض عن الأضرار التي لحقت له لدى المحاكم الوطنية للدولة، وأيضاً يرى أن الأحكام الصادرة من هذه الأخيرة لم تكن كافية للتعويض عن هذا الضرر الذي لحقه¹.

وستعرض لقاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية للطعن في ثلاث نقاط هي: أولاً الأسس القانونية لهذه القاعدة؛ وثانياً مدى تطبيقها؛ وثالثاً تنفيذ قاعدة استنفاد طرق الطعن الداخلية.

الفرع الأول: الأسس القانونية لقاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية

يرجع بعض فقهاء القانون الدولي أن أساس هذه القاعدة يستمد من ممارسات الدول في الأعمال الانتقامية، وهذا بناء على مبدأ قديم ممنوح لأشخاص القانون الدولي، وذلك بإصلاح الضرر سواء كان في وقت السلم أو زمن الحرب، ونظراً لما لهذا المبدأ من تعسف في حق الدول الضعيفة، التي ليس بمقدورها استرداد حقوق رعاياها بالقوة من الدول القوية، وكذلك التدخل غير المتناسب للدول القوية اتجاه الدول الضعيفة، وانطلاقاً من القرن السابع عشر (17) ولتفادي هذا التعسف على رعايا الدول المتضررين من أعمال الدولة المتواجدين فيها وجب اللجوء إلى طلب إصلاح الضرر عن طريق المحاكم².

ويستند مبدأ هذه القاعدة في بدايتها على فكرة المسؤولية التضامنية لمجموعة اجتماعية، غير أن هذه القاعدة سرعان ما تطورت، لأنها كما سبق الذكر، تتضمن تعسفاً واضحاً، ومن ثم

¹ Rousseau Charles, op.cit , p .153.

² Rousseau Charles, op.cit, p.154.

ضرورة الالتجاء إلى المحاكم المحلية وإلغاء رسائل الانتقام أو رسائل الإذن للشخص بأن يأخذ حقه بيده الممنوحة بموجب اتفاقية؛ يسويك Ryswick بتاريخ 20 سبتمبر 1667م¹، وكذلك المادة الثالثة(3) من معاهدة لتراخت Utrecht بتاريخ 11 أبريل 1713م. وتعد قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية مبدأ أساس في الاجتهاد القضائي الدولي، إبتداء من الحكم التحكيمي لماكس أيرير Max Huber بتاريخ 01 ماي 1925م الذي يرى بأنها قاعدة من القانون الدولي العرفي.

إن الاجتهاد القضائي الدولي غني بكثير من القضايا حول هذا الموضوع وتعد هذه القاعدة أساسية في أحكام الاجتهاد القضائي، الذي ساير هذا الإتجاه، مثلما هو الحال في المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية في قرارها بتاريخ 23 مارس 1964م في قضية ساباتينو Sabbatin .

أما الفقه فقد حاول إيجاد الأساس القانوني بالرجوع إلى المعطيات ذات الطابع النظري أو الاعتبار ذات الطابع التطبيقي، مستندا على الأسس التالية:

1-هيكلية المجموعة الدولية المتكونة من دول متساوية ومستقلة، والتي تمارس صلاحياتها على الأشخاص الذين يتواجدون على أقاليمها، وتجدر الإشارة في هذا الإطار أن التشريعات المحلية لا بد أن تتطابق في مجال حماية الأجانب مع القانون الدولي.

2-أن هذه القاعدة هي عامل للأمن وتخفيفا في تسوية الضغوطات الدولية الناجمة عن مطالبات الأفراد المتواجدين خارج أوطانهم، وضرورة معالجة هذه المطالبات.

3-كما أنها تستجيب لبعض المتطلبات الميدانية نظرا لأن الهيئات القضائية الدولية لا تملك وسائل التحقيق خاصة أن المنازعات تطرح عليها بعد مرور وقتا طويلا من حدوثها، كما أنها يجب أن تعالج قضايا مرتبطة بالقانون الداخلي للدول التي وقعت فيها المنازعات ومن ثم عليها أن تلتزم بتحفظ كبير حول تقدير القانون الداخلي لهذه الدولة².

1-طبيعة قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية

¹ L'art 3 des traité d'utrecht du 11/04/1713 portant Annulations des lettres de représailles et de marque.

² Charles Rousseau, op.cit, p.156.

لقد أثارت هذه القاعدة جدلاً واسعاً بين المؤلفين، وكذلك ضمن اللجنة القانون الدولي للأمم المتحدة خصوصاً في تحديد طبيعتها؛ وهل هذه القاعدة هي عرفية أو اتفاقية؛ هذا من جهة ومن جهة أخرى هل هذه القاعدة إجرائية أو موضوعية .

و تم هذا أثناء إعداد مشروع اتفاقية الحماية الدبلوماسية خلال الدورة الثالثة والخمسين عام 2001م¹؛ وعليه سنناقش هذا الموضوع في نقطتين هما: قاعدة عرفية أو اتفاقية أولاً ثم هل هي إجرائية أو اتفاقية ثانياً.

أ- قاعدة عرفية أو اتفاقية

إن قاعدة استنفاد الانتصاف المحلية هي قديمة في الممارسة؛ وعلى هذا الأساس تعتبر قاعدة عرفية، لذلك فإن المحكم أو القاضي لا يطلب منه البحث إن كان منصوصاً عليها في الاتفاقيات أم لا، وأن هذه الممارسة القديمة تفرض نفسها على أساس أنها قاعدة عرفية، كما أنها وردت في اتفاقيات ثنائية خاصة بالتحكيم مثل الإتفاقية الثنائية ما بين إيطاليا وهولندا بتاريخ 20 نوفمبر 1909م أو الإتفاقية الجماعية لسوكرانو بتاريخ 16 أكتوبر 1925م ما بين ألمانيا وفرنسا، بلجيكا، بولونيا وتشيكوسلوفاكيا وذلك في المادة السادسة (6) من هذه الإتفاقية²، وهذا لا يعني أن عدم ذكر هذه القاعدة في الاتفاقيات المعاصرة يعني استبعادها من طرف القاضي أو المحكم، بل يجب أخذها بعين الاعتبار، وهذا ما جرى به العمل في الاجتهاد القضائي سواء الكلاسيكي أو المعاصر. وأهم ما جاء في هذا المجال الحكم التحكيمي لماكس أيبير MAX Huber بتاريخ 1924/12/29م في قضية زيات بن كير بين بريطانيا العظمى وإسبانيا، الذي اعتبر هذه القاعدة بأنها بمثابة مبدأ معترف به في القانون الدولي³.

كما أن هذا المبدأ يحتل مكانة هامة في الاجتهاد القضائي، وصدرت العديد من الأحكام التحكيمية مستندة على هذا المبدأ، منها المحكمة التحكيمية المنشأة بين مصر والولايات المتحدة

¹ لجنة القانون الدولي، تقرير المقرر الخاص بخصوص المادتين 12.13 الذي قدم إلى الدورة الثالثة والخمسين عام 2001م.

² Charles Rousseau, op.cit, p.157.

³ Charles Rousseau, op.cit, p.157.

الأمريكية في قضية " سلام " بتاريخ 08 جوان 1932م حيث خلصت إلى أن أي إتفاق تحكيمي لا يؤدي أبدا إلى ترك المطالبة باستتفاذ كل الوسائل المشروعة.

أما بالنسبة للمحكمة الدائمة للعدل الدولية فقد اعترفت بهذه القاعدة نظريا غير أنها في العديد من المرات لا تشير إلى هذه القاعدة في القرارات الصادرة عنها، وفي مرات أخرى لم تأخذ موقفا من هذه القاعدة ؛ وفي قضايا أخرى فقد أبعدت هذه القاعدة بالنظر إلى عدم توفر شروط استتفاذ الانتصاف المحلية؛ وأعتمدت هذه المحكمة في حالة واحدة فقط هذه القاعدة في قرارها الخاص بالنزاع ما بين إنجلترا و إيران بتاريخ 14 أبريل 1939م في قضية شركة كهراء صوفيا¹.

أما بالنسبة لمحكمة العدل الدولية، فقد أشارت إلى هذه القاعدة في أهم قراراتها المعروفة منها قضية إسبانيا Embottelons بتاريخ 1952م وقضية نيبوم بتاريخ 1953م وقضية إنترهاندل 1959م وكذلك سنة 1964م قضية برشلونة تراكشن Barcelona traction .

أما في قضية " أحمدو سايدو ديالو" ما بين جمهورية كونغو الديمقراطية وغينيا، فقد أشارت محكمة العدل في قرارها بطارخ 24 ماي 2007م، حيث اعتبرت بأن هذه القاعدة من مميزات دعوى الحماية الدبلوماسية لكنها لا تكفي وحدها لتحديدها، ومن هنا فإنها أي القاعدة غير ضرورية خصوصا في ظل عدم توفر شروطها².

ب-قاعدة استتفاذ الانتصاف المحلية إجرائية أم موضوعية

إن مسألة استتفاذ طرق الانتصاف المحلية كونها إجرائية أو موضوعية هي من أهم المسائل إثارة للجدل القانوني، ولقد كانت هذه القاعدة محل نقاش سواء في المعاهد أو في لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة.

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.158.

² Olivier de Fronville, Affaire, Ahmado Sadio Diallo, R. de La guinée contre R.Democratique du Congo, Exceptions préliminaire Francois du Droite international , L111-2007-CNRS paris, P 307.

ففي الدورة السابعة والأربعين لمعهد القانون الدولي بجرانادا بتاريخ 1956م ؛ أين طرح التساؤل إن كانت هذه القاعدة إجرائية أي إجراء بسيط، فهي في هذه الحالة أحد شروط الدعوى الدولية بالنسبة للدولة المطالبة، أما إذا نظر إليها في الموضوع فإنها إبتداء من صدور قرار المحكمة ترتب المسؤولية الدولية¹.

وفي الموضوع ذاته إنقسم الفقهاء حول اعتبار هذا الشرط إجرائي أم موضوعي أم مختلف، فهناك من يعتبر هذا الشرط إجرائيا مثل فيشر Charles Vischer وفريمن Freeman وغيرهم، حيث يرون أن هذه القاعدة إجرائية وموضوعها هو تحقيق توازن بين سيادة الدولة المخلة بالتزاماتها ومتطلبات القانون الدولي، وتحيل مسبقا هذا النزاع على المحاكم المحلية إلا إذا كانت قادرة على حماية الأجانب المتواجدين بإقليم الدولة، ويذهبون أيضا إلى اعتبار أنها قاعدة إجرائية باعتبار أن الحماية الدبلوماسية هي وسيلة استثنائية وإضافية للانتصاف المحلي؛ وعليه لا يمكن أن تكون هناك منازعة دولية إلا بعد استنفاد الانتصاف المحلي².

ويؤكد المقرر الخاص أثناء تناوله المواد الثانية عشر و الثالثة عشر (12 و 13) عام 2001م لمشروع مواد الحماية الدبلوماسية بأن هناك ثلاث مواقف بهذا الشأن، الموقف الأول يرى أن القاعدة إجرائية، أما الموقف الثاني فيراها موضوعية والموقف الثالث يراها مختلطة. فبالنسبة للموقف الأول فإن القاعدة هي إجرائية يجب استيفاؤها قبل أن تكون هناك مطالبة دولية؛ وهذا ما يتوافق مع مشروع المادة الثانية عشر (12) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية³، ويذهب فقهاء

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.158.

² Charles rousseau, op.cit, p.158.

³ تنص المادة 12 من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية 2006 م على ما يلي: يعد الشرط القاضي بضرورة إستنفاد طرق الإنتصاف المحلية شرطا إجرائيا مسبقا يتعين التقيد به قبل أن يكون يجوز للدولة تقديم مطالبة لدولة بناء على ضرر لحق بمواطن نتيجة لفعل غير مشروع دوليا أرتكب ضد المواطن عندما يشكل الفعل موضوع الشكوى خرقا للقانون المحلي والقانون الدولي معا.

القانون الدولي في هذا الموضوع إلى اعتبار أن هذه القاعدة إجرائية لأنها تعد استثناء لعدم قبول الدعوى التي يمكن للدولة المعتدية أن تستند عليها¹.

أما الموقف الثاني فيعتبر القاعدة موضوعية، حيث يؤكد أصحاب هذا الموقف بمن فيهم بورشارد «Borchard» و أغو «Ago» أن الفعل غير المشروع الذي تقوم به الدولة المعتدية لا يكتمل إلا عند استنفاد طرق الانتصاف المحلية، وعليه فإن هذه القاعدة تشكل شرطا موضوعيا يتوقف عليه وجود المسؤولية الدولية ذاته².

أما الموقف الثالث المختلط، فهو الذي يجمع ما بين الموقفين ويتبناه فوسيت «Fawcett» حيث يميز بين الضرر الذي يلحق بالرعية الأجنبية، إن كان في إطار القانون الداخلي أو الدولي، ففي حالة وقوع ضرر بسبب انتهاك قاعدة من القانون الداخلي لا تشكل خرقا للقانون الدولي مثل عقد الامتياز، فإن المسؤولية الدولية لا تقع إلا إذا نشأ هذا الفعل من طرف الدولة المدعى عليها، ويشكل حرمانا من العدالة، ففي هذه الحالة فإن قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية تعتبر شرطا موضوعيا يجب إستفاؤه .

أما إذا كان الضرر الذي يصيب هذا الرعية الأجنبي انتهاكا للقانون أو لقاعدة في القانون الدولي أو الاتنين معا، فإن المسؤولية الدولية تنشأ وقت وقوع الضرر، فنكون هنا أمام الموقف الأول أي شرط إجرائي في تقديم المطالبة الدولية³.

أما الأستاذ فرزيل «verzil» فيرى أن هذه القاعدة تكون في حالات إجرائية وفي أخرى موضوعية، فهي إجرائية في حالة ما إذا كانت المسؤولية الدولية قد ترتبت لكن الدعوى الدولية قد تم تأخيرها للأسباب الملائمة لغاية استنفاد طرق الانتصاف المحلية⁴.

¹ Charles rousseau, op.cit, p.159.

² لجنة القانون الدولي ، التقرير الذي قدمه المقرر الخاص في الدورة 53-2001، ص.95.

³ لجنة القانون الدولي ، التقرير الذي قدمه المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 96.

⁴ Charles rousseau, op.cit, p.159.

ولقد أشار المقرر الخاص إلى نقطة ذات أهمية في هذا المجال حيث يرى أن مسألة الوقت الذي تنشأ فيه المسؤولية الدولية تتسم غالبا بأهمية كبيرة، ولقد أخذت هذه المسألة وقتا وأهمية بالغة لتحديد إن كانت هذه القاعدة إجرائية أم موضوعية.

وحتى الاجتهاد القضائي بقي مترددا ما بين الموقفين خاصة في قضية الفوسفات في المغرب حيث أكد المقرر الخاص أغو «Ago» أن المحكمة الدولية لم تصدر حكما يتعارض مع الرأي القائل بالقاعدة الموضوعية¹؛ ولقد أشير أيضا في خلال مناقشة هذه القاعدة أن مسألة طبيعة قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية تثير مسائل نظرية صعبة وترتب أثارا سياسية، ففي حالة النظر إلى هذه القاعدة على أساس أنها إجرائية؛ فإنه يقلل من أهمية هذه القاعدة في الوقت الذي تعتبرها الكثير من الدول على أنها قاعدة جوهرية، كما أنها أيضا قد تكون لها نتائج موضوعية لذلك رأت اللجنة أن تكون لهذه القاعدة استثناءات إذا كان تطبيقها غير منصف؛ مثلما هو الحال في حالة تغيير الجنسية، أو رفض قبول اختصاص محكمة دولية، وأقترح في هذه الوضعية أن يتم تحديد وقت وقوع الضرر لمواطن تلك الدولة حتى تتمكن من رفع المطالبة الدولية². ومن هنا فإن مسألة تحديد وقت وقوع الضرر تسمح بتقادي الكثير من التأويلات.

ولقد أعطت المادتان الرابعة عشر والخامسة عشر (14 و15) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية 2006م؛ أهمية بالغة حول هذه المسألة حيث نصت المادة الرابعة عشر (14) على انه لا يمكن أن ترفع مطالبة دولية بسبب ضرر لحق إحدى رعاياها يحمل جنسيتها أو أي شخص

¹ لجنة القانون الدولي ، التقرير الذي قدمه المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 96.

² لجنة القانون الدولي ، مناقشة تقرير المقرر الخاص، المرجع السابق ، ص .99.

مذكور في المادة الثامنة(8)¹ قبل أن يكون هذا الشخص المتضرر قد أستنفذ كل طرق الانتصاف المحلية باستثناء الحالات المذكورة في المادة الخامسة عشرة (15) الموالية وهي²:

- 1- لا توجد طرق الانتصاف المحلية من شأنها تعويض فعال عن الضرر، أو أن هذه الطرق لا تسمح بالتعويض عن الضرر .
- 2- لا يوجد هناك رباط ما بين الشخص المتضرر والدولة وقت حدوث الضرر .
- 3- أن يمنع الشخص المتضرر من ممارسة طرق الانتصاف.
- 4- أن تتخلى الدولة المعتدية عن المطالبة باستنفاد طرق الانتصاف المحلية.

ويلاحظ من خلال المادتين في مشروع مواد الحماية الدبلوماسية أنها اعتمدت على المواقف الثلاث التي تم ذكرها سابقا مع تحديد الاستثناءات، كما تم تحديد مسألة وقت وقوع الضرر والرابطة القانونية ما بين الدولة والشخص المتضرر والأشخاص المذكورين في المادة الثامنة(8) من نفس المشروع الخاص بعديمي الجنسية واللجئين السياسيين بشرط أن يكون أحد رعايا الدولة التي كانت سببا في الضرر، وعليه فإن شرط استنفاد طرق الانتصاف المحلية ضروري في حالة الحماية الدبلوماسية ما عدا في الاستثناءات السالفة الذكر .

ولقد أثير حول الإستثناءات الكثير من النقاش خصوصا حول تنازل الدول عن شرط استنفاد طرق الانتصاف المحلية، حيث قد يكون هذا التنازل صراحة أو ضمنا، أو قد ينشأ عن سلوك الدولة المدعى عليها، ففي هذه الحالات يمكن القول أن الدولة المدعى عليها سقط عنها الحق في الإدعاء بأن طرق الانتصاف المحلية لم تستنفذ ؛ ويعني التنازل الصريح هو أن يكون مدرجا في إتفاق مخصص لحل نزاع قائم بالفعل أو في حالة معاهدة عامة تنص على تسوية

¹ L'article (8) de projet d'articles sur la protection diplomatique stipule qu'un état peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne apatride ,si celle-ci a la date de préjudice et a la date de la présentation de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire.

"Un état peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne a la quelle il reconnait la qualité de réfugié conformément aux critères internationalement acceptes si cette personne a la date du préjudice et de la date de la présentation officielle de la réclamation a sa résidence légale et habituelle sur son territoire", 2006 .

² لجنة القانون الدولي ، المواد 14 و15 من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، 2006م.

المنازعات عن طريق التحكيم¹، و إن كان هذا التنازل واضحا ، ولا يطرح مسألة توضيحية بصورة جلية .

غير أن التنازل الضمني هو الذي يطرح إشكالا، وذلك لما أوضحت محكمة العدل الدولية في قضية ألسي Elsi بأنها لم تتمكن من الأخذ بمبدأ هام من مبادئ القانون الدولي العرفي؛ الأمر الذي أغفل ضمينا في غياب كلمات توضح وجود نية لذلك، ويعني هذا أنه يجب أن يكون هناك دليل واضح على هذه النية.

ولقد لاحظ المقرر الخاص لدى لجنة القانون الدولي أنه من الصعب وضع أي قاعدة عامة بشأن الوقت الذي يمكن فيه اعتبار أن هناك تنازلا ضمينا، ولكنه أشار إلى الأمثلة التي أوردها في تقريره الثالث والتي يستخدم فيها اعتبارات خاصة وهي²:

- 1- حالة وجود إتفاق عام يتعلق بالمنازعات في المستقبل فالسكوت في هذا الإتفاق لا يعني التنازل.
- 2- حالة وجود إتفاق تحكيم خاص أبرم بعد نشوء النزاع، أغفل الإشارة إلى قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية، وهذا يمكن أن يفسر أن السكوت هو تنازلا عن هذه القاعدة.
- 3- حالة إبرام دولة مضيئة مع أجنبي يتنازل ضمينا عن هذه القاعدة تم رفض الدولة المدعى عليها اللجوء إلى التحكيم، وعلى هذا الأساس فقد أوصى بالإبقاء على الإشارة إلى التنازل الضمني في المادة الرابعة عشر (14) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية.

وتطرح قضية التنازل عن قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية صعوبات في الفقه القانوني، ومن ثم ظهر التمييز بين الإجرائي والموضوعي.

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 103 .

² لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 103 .

ففي حالة ما إذا كانت قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية إجرائية، فإنه يمكن التنازل عنها، وهو ما يعني في هذه الحالة أنه إجراء يجب إتباعه، ولذلك يمكن للدولة المدعى عليها الاستغناء عنه ؛ بحيث أن الفعل غير المشروع دولياً لا يتأثر وبالإمكان الفصل في النزاع من قبل محكمة دولية. أما في حالة إذا كانت قاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية موضوعية ؛ فلا يمكن للدولة المدعى عليها التنازل عنها لأن الفعل غير المشروع دولياً لا يكتمل إلا بعد حدوث حرمان من العدالة في استنفاد طرق الانتصاف المحلية ؛ أو إذا تأكد عدم وجود سبل انتصاف محلية ملائمة أو فعالة في الدولة المدعى عليها¹، وهذا ما جاء في الاستثناءات الواردة في المادة 15 من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية السالف الذكر.

الفرع الثاني: العلاقة الاختيارية والصلة الإقليمية لمبدأ الانتصاف

إذا كانت الحماية الدبلوماسية في الماضي تتعلق برعايا يقيمون في الخارج، ويفترض منهم استنفاد طرق الانتصاف المحلية قبل الانتقال إلى المستوى الدولي، فإنه في العقود الأخيرة ظهرت إشكالات جديدة منها مشكلة الضرر البيئي العابر للحدود مثل حادثة تشيرنوبيل، وكذلك الحادث الجوي الذي لم يكن فيها علاقة اختيارية بين الأطراف المتضررة ودولة بلغاريا، وهذا على العكس في قضايا الحماية الدبلوماسية التقليدية حيث كانت هناك علاقة بين الفرد المتضرر والدولة المدعى عليها في شكل وجود مادي، أو إقامة أو ملكية عقار، أو علاقة تعاضديه مع الدولة المدعى عليها².

ويستند أنصار شرط العلاقة الاختيارية والصلة الإقليمية على العديد من القضايا منها قضية إنترهانديل وقضية القروض النرويجية وقضية سالم، ويؤكدون في هذا الإطار على قرينة المجازفة من جانب الأجنبي، حيث أنه يخضع نفسه للولاية القضائية للدولة المدعى عليها، ومن ثم يتوقع منه أن يستنفذ جميع طرق الانتصاف المحلية. ولا يربط كذلك أنصار هذا الشرط العلاقة الاختيارية مع اشتراط الإقامة، وذلك بسبب انتفاء إمكانية تطبيق هذه القاعدة في قضايا نزع ملكية أو التأميم

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 103 .

² لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 106 .

للعقارات المملوكة للأجانب وأيضا في العقود والصفقات حيث لا يكون هذا الأجنبي مقيما إقامة دائمة في الدولة المدعى عليها¹.

واستثناء من قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية ؛ كما وردت في المادة الخامسة عشر (15) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، فإن ذلك يستند إلى العدالة والمنطق، فليس من المنصف أن يطلب من الفرد استنفاد طرق الانتصاف المحلية، وليس له علاقة اختيارية مع الدولة المدعى عليها، أو أن يحدث سلوكا خارج إقليمها.

غير أن هناك من أنصار هذه القاعدة من يستند على ضرورة وجودها على أساس أن استنفاد طرق الانتصاف المحلية ؛ هو وسيلة تحل من خلالها المنازعات ما بين الدول والحكومات قبل أن تتحول إلى منازعات دولية، إلا أنه في بعض القضايا المتعلقة بالضرر العابر للحدود والتلوث البيئي، التي تندرج تحت بند الحماية الدبلوماسية مثل حادث تشيرنوبيل، فإنه يحق للمتضررين عدم الالتزام بهذه القاعدة لعدم وجود شرط العلاقة الاختيارية في هذا المجال، وأن استنفاد طرق الانتصاف المحلية فيها مشقة كبيرة للمواطن المتضرر في حالات الأضرار البيئية الناجمة عن التلوث أو الغبار الذري المتساقط أو الأجسام الفضائية التي هي من صنع الإنسان².

وبصفة عامة فإن العلاقة الاختيارية، والصلة الإقليمية هي شرط لقاعدة استنفاد الطرق المحلية، وهو ما نص عليه البند الثالث من المادة الخامسة عشر (15) الذي يعد من استثناءات هذه القاعدة، ففي هذه الحالة لا يشترط تحقيق هذه القاعدة للقيام مباشرة بالمطالبة الدولية.

أما الاستثناء الآخر الوارد في المادة الخامسة عشر (15) بقاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية، الوارد في الفقرة الأولى، يتمثل في عدم وجود طرق الانتصاف، ومن ثم لا يمكن تطبيق هذه القاعدة في ظل غياب نظام قضائي يمنح للمتضرر من رعايا الدولة في الخارج إمكانية

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص . 106 .

² لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص 110.

L'article 15.(c) du projet d'articles sur la protection diplomatique , stipule qu'il n'avait pas de lien pertinent entre la personne lésée et l'état prétendument responsable à la date du préjudice.

تعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء إجراءات اتخذت من قبل الدولة المتواجد فيها، وأستمد هذا الشرط من القانون الدولي العرفي، حيث كانت كلمة كاتب الدولة الأمريكي فيش Fich في رسالة بتاريخ 28 ماي 1873م إلى السيد بيل مور " Pil Moore " التي جاء فيها بأن الرعية الذي قدم مطالبة لا يمكن له استنفاد طرق الانتصاف في دولة لا توجد فيها عدالة الاستنفاد¹.

وعليه ففي حالة عدم وجود نظام قضائي متطور، فإنه طبقا للمادة 15 سالفه الذكر؛ بالإضافة إلى وجود الدولة في حالة اضطراب أو حالة حرب، فإن المحاكم المحلية لا تكون في حالة سير عاد ، ومن ثم فإنه من التعسف الطلب من الأفراد الالتزام بشرط استنفاد طرق الانتصاف المحلية.

وتشير الفقرة أيضا إلى حالة عدم إمكانية طرق الانتصاف المحلية في منح المتضرر من الأجانب إمكانية معقولة للحصول على تعويض مناسب² ؛ وهنا يطرح التساؤل حول المعايير التي من شأنها الحكم على هذا النظام القضائي إن كان يستجيب للمعايير الدولية، وعلى أي أساس قانوني تحرم الدول المدعى عليها، بأن نظامها القضائي لا يمكن أن يمنح إمكانية الحصول على تعويض مناسب، وهنا يمكن أن نصنف الدول على أساس النظام القضائي، وعليه فإنه من اللائق تحديد هذه المعايير، والتصنيف الذي قدم يسمح للدول التي لا تحوز على نظام قضائي من تحسين هذا النظام، وهل يمكن اعتبار هذا التصنيف تدخلا في السيادة القضائية للدول؟.

ويلاحظ أن هذا الشرط قد لم يلق قبولا من طرف الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ومن ثم قد يؤخر في المصادقة على هذه الإتفاقية.

والاستثناء الآخر الخاص بنقص وعدم فعالية طرق الانتصاف المحلية، ويعود إلى قضية "الفوسفات المغربية" حيث أجابت الحكومة الفرنسية بتاريخ 17 نوفمبر 1927م ؛ ردا على الحجج الإيطالية حول هذه القضية أمام المحكمة الدائمة للعدل الدولية؛ بتأويل مقيد حول مفهوم أن الطعن

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.164.

² لجنة القانون الدولي ، المادة 15، الفقرة الأولى من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، 2006م .

غير كاف وغير فعال وغير ملائم، ومن ثم فإن إيطاليا لا يمكنها التحجج بهذا الشرط للاستناد بقاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية.

ويذهب الاجتهاد القضائي إلى التساؤل حول حدود اعتبار أن العدالة المحلية غير فعالة وغير كافية¹، ومن ثم يذهب إلى تحديد هذه المعايير الآتية :

1- في حالة عدم اختصاص المحاكم ويكون ذلك إما متعلقاً بالنظام القضائي في الدولة المعنية الذي لا يتيح لرعية الدولة في الخارج الحصول على أحكام منصفة، أو يكون بعدم قبول الدعوى من طرف المحاكم بسبب أن تلك الإجراءات المتخذة من طرف الحكومة هي أعمال حكومة ؛ ومن ثم فإن القاضي المحلي لا يقبل بمعالجة الدعوى.

2- نقص استقلالية القاضي المحلي، حيث أن إشكالية القاضي المحلي تطرح في العديد من الدول خصوصاً في الدول المتخلفة، وعليه فإن حكم هذا القاضي هو غير فعال، ويتأثر بأوامر حكومته دون النظر إلى ضرورة إصدار أحكام عادلة ومنصفة، ومن ثم مطالبات الحكومات المدعية في إطار الحماية الدبلوماسية ؛ يفرض عليها إثبات أن القاضي المحلي غير مستقل، ومن ثم غير فعال.

3- التمديد المبالغ فيه للفصل في القضايا المطروحة في إطار الانتصاف المحلي²، حيث أن التأخر يعد سبباً مقنعاً للتحجج بعدم فاعلية ؛ وعدم كفاية النظام القضائي لدولة ما، ويعد من أهم الأسباب التي تثبت أن العدالة المحلية غير فعالة، لأن تمديد آجال إجراءات التقاضي يضر في حد ذاته بالشخص المتضرر، الساعي للحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي لحقت به.

ولقد تفادت المادة الخامسة عشرة 15 هذا الاستناد صراحة، غير أنه ورد في الفقرة الثانية بأن إدارة الانتصاف تخضع إلى التأخير الذي لا مسوغ له بسبب تأثير الدولة المسئولة³ ؛ ومن هنا

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.165.

² Charles Rousseau, op.cit, p.165.

³ لجنة القانون الدولي ، المادة 15 ، الفقرة الثانية من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية 2006.

فإن عامل التأخير يعد أساسيا في إثبات طرق الانتصاف المحلية التي لا جدوى منها، فبالعكس قد تزيد من متاعب المتضرر، خصوصا في ظل التطور المذهل في الاقتصاد العالمي.

وتظهر صعوبات أمام رعايا الدولة في الخارج في قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية، خصوصا في حالات تقديم الطعن ضد الموظف الذي ارتكب الخطأ من جهة، وكذلك الإدارة المسؤولة عنه من جهة أخرى، وهذا ما نجده في النظام الفرنسي الذي يعتمد على استنفاد الطريقتين مما يجعل الأمر مكلفا للرعية المتضررة خصوصا أن تقديم دعوى جزائية ضد الموظف لا تؤدي إلى التعويض عن الضرر الذي يتعرض له هذا الرعية¹؛ بالنسبة لشروط تنفيذ قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية فإنه لا يمكن الحديث عن تنفيذ هذه القاعدة إلا إذا توفر شرطان أساسيان، الأول يتمثل في التوفر الفعلي لطرق الانتصاف، والثاني يتمثل في الممارسة الكلية للانتصاف المحلي².

1- التوفر الفعلي لطرق الانتصاف المحلي: إن قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية تتطلب وجود وتوفر فعلي لطرق هذا الانتصاف، وأن يجد الشخص المتضرر هذه الطرق ممكنة، وتسمح له بالحصول على تعويض عادل عن الضرر الذي أصابه. وهذا الشرط يتوافق مع ما ذهب إليه المعهد الدولي في قراره في دورة غرونادا في 20/04/1956م حيث نص على " أن تكون طرق الانتصاف ممكنة للشخص المتضرر وكذلك فعالة وكافية " ، وفي هذا المجال أيضا فقد لوحظ أن هيئات رصد معاهدات حقوق الإنسان قد أولت الموضوع أهمية بالغة وبكثير من الإسهاب وتقدم اجتهادات هذه الهيئات على طرفين هما:

أ - على الدولة المدعى عليها إثبات إن كان هناك طرق انتصاف متاحة وممكنة لم تستنفذه الدولة المدعية³.

ب- أن هذه الطرق غير فعالة وذلك لوجود حالة من حالات الاستثناءات الواردة في المادة الخامسة-عشر(15) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية.

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.164.

² Charles Rousseau, op.cit, p.162.

³ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 114.

ويذهب المقرر الخاص بلجنة القانون الدولي بأن " هذه الاجتهادات مستلزمة بقوة من الصكوك التي أنشأت هيئات رصد المعاهدات، وأنه من المشكوك فيه ما إذا كانت تلك المبادئ التي تبسطها تلك الهيئات ذات صلة مباشرة بالمبادئ العامة للحماية الدبلوماسية¹ ".

ولقد لاقت المبادئ الواردة في القرارات القضائية وقرارات التحكيم الكثير من التأييد في القضايا الشهيرة مثل قضية ألسي، وقضية القروض النرويجية، هذه الأخيرة التي وضع القاضي لاوترخت بموجبها أربعة مبادئ وهي :

- 1- يتعين على الدولة المدعية أن تثبت أنه لم تكن ثمة طرق انتصاف فعالة ممكنة.
- 2- لا يطلب هذا الإثبات إذا كان هناك ثمة قانون لا يسمح في ظاهره للمدعين الخواص من طرق الانتصاف المحلية.
- 3- على الدولة المدعى عليها أن تثبت بالرغم من عدم وجود أي طرق انتصاف على ما يبدو أنه من المعقول إمكانية افتراض وجوده.
- 4- يجب أن لا يكون مقدار عبء البرهان مشددا على نحو لا مبرر منه.

ويبقى موضوع الفعالية يتسم بالتعقيد خصوصا في مجال إثباته خاصة في الدول المدعى عليها التي ليس لها رصيد وسوابق قضائية ذات الصلة وقت وقوع الضرر.

2- الممارسة التامة للطعن: تتضمن قاعدة الطعن المحلي " Local redress " وجوب استنفاد طرق الانتصاف على مختلف درجات التقاضي لغاية الحصول على قرار نهائي²، ويتطلب هذا الشرط أن يكون الشاكي جديا في شكواه ولا يترك أي وسيلة من أجل النجاح في دعواه. وحسب الاجتهاد القضائي الدولي فإنه يمكن استنتاج بعض التوجهات في هذا الإطار؛ بحيث تكون الممارسة العامة للطعن تتطلب ما يأتي:

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 114.

² Charles Rousseau, op.cit, p.163.

1-يهدف الطعن للحصول على قرار قضائي مؤسس، ومن ثم إسقاط الطعون بدون مقابل، أو الطعون التي لا تتضمن إجبارية التنفيذ.

2-أن يكون الطعن قضائياً: حيث يستبعد في هذا المجال الوساطة ؛ والحكم القضائي يمكن أن يكون قضائياً أو إدارياً، كما أنه يمكن أن يكون في إطار القانون العام أو ذا طابع خاص.

3-أن يكون الطعن عادياً أو إستثنائياً .

4-الحد الناشئ عن إرادة الأطراف¹: ويقر هذا في حالة إقرار الأطراف المعنية التخلي عن قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية بواسطة اتفاقية بين الأطراف.

ولقد أوردت المادة الخامسة عشر(15) من مشروع مواد الحماية الدبلوماسية في الفقرة الأخيرة حيث تتخلى الدولة المدعى عليها الاشرط على استنفاد طرق الانتصاف المحلية².

المطلب الثاني: نظرية الأيدي النظيفة وشرط كالفو

إن مشروع مواد الحماية الدبلوماسية لم يتطرق بشكل صريح إلى شرطين أساسيين لقيام الحماية الدبلوماسية، وهما شرط نظرية الأيدي النظيفة وشرط كالفو، وذلك نظراً للجدل القانوني حولها، حيث أعتبر كثير من الفقهاء أن هاذين الشرطين ليسا من مبادئ الحماية الدبلوماسية، وإنما من مبادئ القانون الدولي العام، بل اعتبرت بعض الدول أن شرط كالفو مناف للقانون الدولي³، وعليه سنتطرق إلى الموضوع في نقطتين هما نظرية الأيدي النظيفة، وثانياً شرط كالفو باعتبارهما شروط لقاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية.

الفرع الأول: نظرية الأيدي النظيفة

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.167.

² Art 15 du projet d'articles sur la protection diplomatique , 2006 .

³ Charles Rousseau, op.cit, p.170.

تستند هذه النظرية على أساس الممارسة للاجتهاد القضائي و التحكيمي، وتعني بأن الدولة لا يمكنها تقديم مطالبة دولية لفائدة شخص طبيعي أو معنوي؛ إلا إذا كان هذا الشخص يتمتع بسلوك سليم اتجاه الدولة المدعى عليها المحتمل في مسؤوليتها عن الضرر الذي أصابه¹.

ويرى الأستاذ ألان بيله A. Pillet أثناء النقاش أمام لجنة القانون الدولي، بأنه إذا قام الشخص الخاص المحمي بانتهاك القانون الداخلي للدولة أو القانون الدولي، فإن الدولة التي لها حق الحماية الدبلوماسية لا يمكنها تقديم مطالبة دولية لهذا السبب، ومن خلال تعريف هذا الأستاذ فإنه يمكن استنتاج حالتين من نظرية الأيدي النظيفة، والتي من خلالهما لا يمكن ممارسة الحماية الدبلوماسية وهما:

- 1- حالة انتهاك القانون الداخلي: وفي هذه الحالة فإن الشخص المتضرر على إثر انتهاكه للقانون المحلي لا تستطيع دولته تقديم مطالبة دولية بالتعويض، لذا ليس من السهل تنفيذ هذه المطالبة².
- 2- الحالة الثانية وهي انتهاك القانون الدولي من طرف الشخص المتضرر.

إن التعريف المقدم من طرف الأستاذ A. Pillet هو عام ولا يمكن قبوله بالشكل الوارد من طرفه، لأنه يصعب تحديد المسؤولية الدولية للدولة المدعى عليها، وبالعودة لمرافعات الأستاذ روتر Reuter أمام محكمة العدل الدولية بتاريخ 11 مارس 1964م في قضية برشلونة تراكتشن، فقد نبه إلى أن قاعدة الأيدي النظيفة تتسم بعدم التجانس في المطالبات الدولية.

ويؤكد الأستاذ سالمون Salmon بأن الفقه غير مفيد، وبشكل هذا الأخير مع المبدأ العام للطابع التقديري للحماية الدبلوماسية استعمالاً مزدوجاً ومثيراً للجدل، لاستناده على الاجتهاد القضائي المتسم بالتناقض والغموض، حيث يستند هذا الأخير مرة على السلوك المعلوم لمقدم المطالبة بالحق في الحماية الدبلوماسية، ومرة على الاستناد على عدم قبول دراسة الطلب، وأخرى

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.170.

² Sebastien Touzé , op.cit , p.436.

على رفض المطالبة في الموضوع¹. وعليه فإنه من الصعوبة تحديد مجال الفقه، واستخلاص مفهوم مستقل حول الموضوع.

كما لا تتسم نظرية الأيدي النظيفة بالتطبيق العام، حيث تستمد أساس وجودها من القانون الأنجلو-أمريكي؛ ولقد كرسها المشروع رقم ستة عشر(16) لقانون الحماية الدبلوماسية للمعهد الأمريكي للقانون الدولي في مادته السادسة(6)، والذي يرى بأن النشاط المعادي للشخص المتضرر أو تدخله في الشؤون الداخلية للدولة المدعى يمثل شرط عدم قبول مطالبته المحتملة².

غير أن هذه القاعدة؛ إذا لم يكن لها أي دور في قبول المطالبة؛ فإنها تؤخذ بعين الاعتبار في إطار تقديم مسؤولية الدولة المدعى عليها، وكذلك في تحديد شكل التعويض، وهذه الخلاصة هي سائدة كذلك في الإطار الأوروبي لحقوق الإنسان، الذي يقبل بأن سلوك الضحية هو غير متعلق بدراسة قبول الدعوى، ولكنه يمكن أن يؤثر في وجوب التعويض من طرف الدولة التي انتهكت الإتفاقية³.

وحتى تتمكن من التعمق أكثر في موضوع نظرية الأيدي النظيفة فمن الأجدر تحديد أوسع لمفهوم انتهاك القانون الداخلي للدولة والقانون الدولي، حسب ما حدده أغلب الفقهاء في هذا المجال حول السلوك غير القانوني لمقدم المطالبة وكذلك النشاط المنتهك للقانون الدولي.

1- انتهاك القانون الداخلي للدولة المدعى عليها: إن قانون الدولة التي يتواجد فيها رعايا الدول الأخرى هو الذي يجب على هؤلاء احترامه وتطبيقه؛ ومن ثم فإن أي انتهاك لقواعد قانون هذه الدولة يعرض هذا الرعية إلى أحكام وأضرار قد تصيبه، لكن يشترط أن تكون قواعد القانون الداخلي غير متعارضة مع القانون الدولي.

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.170.

² Charles Rousseau, op.cit, p.171.

³ Sebastien Touzé, op.cit, p.437.

2- نشاط المطالب متعارض مع القانون الدولي

ينطلق المناصرون لضرورة احترام قواعد القانون الدولي على الأشخاص الطبيعيين والمعنويين على وجوب احترام هذه القواعد ؛ رغم أنهم ليسوا أشخاص القانون الدولي، ومن ثم فهم ليسوا مخاطبين بهذه القواعد، غير أن الدول التي يتبعونها تفرض عليهم احترام هذه القواعد وعليه فإن هؤلاء الأفراد مطالبين باحترام القانون الدولي.

كما أن القاضي والمحكم الدولي يفترض وجوب فرض قواعد القانون الدولي بالنسبة للدول التي قبلت بتلك القواعد¹، ونشأ على إثر هذه القاعدة مبدأ ضرورة احترام القانون الدولي، حيث أتبعته المحاكم الدولية هذا المبدأ ؛ خاصة في المجالين المتمثلين في معاهدة نذب العبودية وكذلك التصرفات المتعارضة لمبدأ الحياد بالنسبة للأجنبي.

أ- لقد حدثت العديد من المنازعات حول تجارة الرقيق خاصة في بداية القرن التاسع عشر (19م)، والتي كانت بسبب تحرير العبيد من طرف دولة، مسببة خسائر للمتاجرين بالرقيق، وهذا خصوصا بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، وهذا بعد المصادقة على اتفاقية تحريم العبودية.

ب- الأفعال المتعارضة مع الحياد: إن المتعارف عليه حول الحياد أنه موقف الدول من الحروب أو الأحداث السياسية، ويطلب ذلك من الأفراد ولا يفرض عليهم إتباع موقف بلدهم المحايد.

إن الحياد هو موقف دولة اتجاه دولة أخرى، واتجاه قضايا خاصة منها الحروب، غير أن هذا لم يمنح للدولة الحق بفرض هذا الموقف على رعاياها، ومن ثم لا يمكن لها معاقبة أو قمع مواقفهم اتجاه هذه القضايا. وفي حالة وجود مواقف غير محايدة لرعايا الدولة في الخارج، فإن أقصى ما يمكن للدولة أن تقوم به هو سحب حمايتها الدبلوماسية اتجاه هؤلاء الرعايا، ويكونون في المقابل تحت طائلة متابعات الدولة التي يتواجدون فيها².

ويبقى بالنسبة للدولة المحايدة إبلاغ رعاياها في الخارج بموقفها المحايد، لتفادي أي متابعات قانونية من الدولة المضيفة. وبناء على ما سبق فإن نظرية الأيدي النظيفة لا يمكن

¹ Charles Rousseau, op.cit, p.174.

² Charles Rousseau, op.cit, p.174.

اعتبارها شرطا من شروط الحماية الدبلوماسية ؛ وهذا ما ذهب إليه مشروع مواد الحماية الدبلوماسية 2006م حيث أستبعد هذه النظرية.

الفرع الثاني: شرط كالفو

يعتبر شرط كالفو جزءا من قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية، وله أهمية في تعاقدات الدول مع رعايا الدول الأخرى، وحسب المقرر الخاص للجنة القانون الدولي J.Dugard فإن هذا الشرط هو تعهد تعاقدى يوافق فيه شخص أرتبط طوعيا بدولة ليس من مواطنيها على التنازل عن الحق في أن توفر له الدولة التي يحمل جنسيتها الحماية الدبلوماسية ؛ وعلى الاقتصار على استخدام سبل الانتصاف المحلية فيما يتصل بأداء العقد¹.

وسمي هذا الشرط نسبة إلى المستشار القانوني كارلوس كالفو Carlos Calvos (1824-1906)، حيث قام هذا الفقيه في سنة 1868م بطعن في شرعية تدخل دولة في شؤون دولة أخرى، من أجل حماية رعاياها المتواجدين فيها، ويعني بأنه ليس للأجانب الحق في المطالبة بمعاملة تفضيلية، وأن جميع الدول ذات السيادة يجب أن تعامل على قدم المساواة، وأصبح هذا لشرط يتضمن في العقود ما بين دول أمريكا اللاتينية، ورعايا الدول الأوربية وهذا بغية تفادي الحماية المبالغ فيها والتعسفية التي كانت تمارسها هذه الدول على الدول الأخرى².

ولقد نظرت دول أمريكا اللاتينية إلى هذا الشرط على أساس أنه قاعدة من قواعد القانون العام، وفعلا قامت بعض الدول خاصة المنتسبة إلى أمريكا اللاتينية مثل المكسيك بإدماجه في دساتيرها، في مقابل ذلك رأيت بعض الدول أن هذا الشرط مناف للقانون الدولي، وذلك بناء على قاعدة أن الضرر الذي يلحق بالفرد، يلحق بالضرورة بالدولة التي ينتمي إليها، ومن ثم فلا يحق

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 116.

² Charles Rousseau, Op.cit, p.204.

لهذا الفرد التنازل عن حق ليس ملكا له وحده، وإنما الدولة هي التي لها الحق في التنازل عن الحماية الدبلوماسية¹.

ويستند هذا الشرط إلى القرار الصادر عن لجنة المطالبات بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك في قضية شركة أمريكا الشمالية لتجريف الأعماق Worth American Der Jiang Compagnie Of Texas بتاريخ 31 مارس 1926م وتتعلق هذه القضية بانتهاك عقد جرف ميناء سلينا كروز Salina Cruz على الشاطئ المكسيكي في المحيط الهادي.

ولقد عكفت لجنة المطالبات على دراسة القضية من جديد وبناء على المادة الخامسة من الإتفاقية العامة للمطالبات ما بين الولايات المتحدة الأمريكية والمكسيك المبرمة بتاريخ 8 سبتمبر 1923م تنص على أنه لا يمكن الإعلان على عدم قبول أو رفض من طرف اللجنة وتطبيقها للمبدأ العام للقانون الدولي الذي يحدد شرط استنفاد الطعون الداخلية كشرط لأي قبول للمطالبات، "واعتبرت اللجنة أنه يمكن الأخذ بعين الاعتبار أشكال التخلي عن الحماية الدبلوماسية دون الاستناد على شرط كالفو كمبدأ يرتكز عليه"².

كما ذهبت اللجنة إلى تقييد وتحديد شرط كالفو دون تجاهله تماما، غير أن هناك من الفقهاء من انتقدوا هذا القرار، حيث يذهب بعضهم إلى أن هذا الشرط له صلاحية محدودة، لأنه لا يمنع التداخل الدبلوماسي، وأنه كذلك يعني العقود المبرمة ما بين الشخص الأجنبي والدولة المضيفة المتضمنة هذا الشرط³.

و زيادة على ذلك فإن هذا الشرط يؤكد على أهمية قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية، وما هو إلا تأكيد لهذه القاعدة حسب بعض الفقهاء الآخرين، ولا ينفي أيضا القانون الدولي حق رعية الدولة في الخارج التنازل عن حقه في أن يطلب من دولته حمايتها الدبلوماسية بموجب عقد، دون أن يكون له الحق في مطالبته دولته بالتنازل عن حقه الدبلوماسي.

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 116.

² Charles Rousseau, op.cit, p.207.

³ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 117.

ولا ينسحب التنازل في شرط كالفو إلا على المنازعات الناشئة عن العقود أو خرقها، وبالمقابل فإنه لا ينسحب على الحرمان من العدالة¹.

ولابد من الإشارة إلى شرط كالفو قد ورد في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1802 بتاريخ 14 ديسمبر 1962م بخصوص السيادة الدائمة للدولة على مواردها الطبيعية، وكذلك في قرار للجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 المؤرخ في 12 ديسمبر 1974م والذي ينص على أن المنازعات المتعلقة بالتعويض، والناشئة عن الاستيلاء على الممتلكات الأجنبية يجب أن تسوى بمقتضى القانون الداخلي للدولة المؤممة.

وفي هذا السياق يمكن ذكر قضية نزاع ما بين شركة فرنسية خاصة ومؤسسة عمومية بالنامية حول إبرام صفقة عمومية، حيث قامت هذه المؤسسة بمنح شركة أمريكية L1. Tentait Solutions INC صفقة تجهيزها بنظام جديد بيومتري، حيث احتجت الشركة الفرنسية Sagem التابعة إلى مجمع سافران Safrans والتي ترى بأنها كانت الأولى بهذه الصفقة، وكانت هذه المؤسسة العمومية هي المحكمة الانتخابية لبنا المكلفة بتنظيم الانتخابات الرئاسية لسنة 2009².

ولقد طعنت السفارة الفرنسية في شفافية منح هذه الصفقة، وبما أن بنما من الدول المؤيدة لشرط كالفو فقد اعتبرت أن المؤسسة الفرنسية قد تخلت ضمناً عن الحماية الدبلوماسية؛ باعتبار هذا الشرط قاعدة عرفية إقليمية، وما عليها إلا اللجوء إلى المحاكم المحلية من أجل الحصول على حقوقها، وفي المقابل فإن هذا الشرط غير معترف به من قبل القوى العظمى ومن بينها فرنسا، ونظراً لوجود إتفاق ثنائي ما بين فرنسا وبنما حول حماية الاستثمارات الدولية، فكان من الأجدر على الشركة الفرنسية طرح هذا النزاع على التحكيم؛ وهذا حسب وجهة نظر بنما ومن ثم تفادي استعمال الحماية الدبلوماسية.

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 117.

² L'observatoire du droit panamien, un marché public litigieux.
www.maitre.com/2008/01/un-marché.public.litigieux.html.

وبعد إجراءات قضائية أمام القضاء الذي أيد دعاوى الشركة الفرنسية، فلقد سارعت المؤسسة العمومية لإبرام العقد مع الشركة الأمريكية مخالفة القرار القضائي الإداري-مجلس الدولة.

ولقد عرفت لجنة القانون الدولي نقاشا كبيرا حول تقنين هذا الشرط في مشروع مواد الحماية الدبلوماسية؛ حتى أن هناك من اعتبر من أعضاء اللجنة أن قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية يبقى ناقصا دون الإشارة إلى شرط كالفو، حتى وإن كان هذا الأخير قاعدة عرفية إقليمية إلا أن له بعد عالمي¹.

وأرتكز معارضو تقنين هذا الشرط على أساس أن هذه القاعدة ليست من قواعد القانون الدولي، وأن شرط كالفو ما هو إلا مجرد وسيلة لصياغة تعاقدية. هذا من جهة ومن جهة أخرى يستندون على أساس أن الشخص الأجنبي لا يحل محل الدولة، ومن ثم فإن هذا الأخير ليس بمقدوره التنازل عن حق من حقوق الدولة، ونتيجة لهذا النقاش فقد توصلت اللجنة إلى أن هذا الشرط ليس محصورا بمقتضى القانون الدولي كما لا يعتبر مشروعاً².

وذهب المعارضون أيضا إلى هذا الشرط إلا أن المقتضيات الحالية تجاوزت هذا الشرط الذي وضع قبل أكثر من قرن من الزمن، وأصبح تصرف الدول اليوم متأثرا بمعايير يفرضها القانون الدولي الخاص بحقوق الإنسان، فضلا عن الانتشار الواسع للاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات الدولية في حالة نشوء نزاعات، واللجوء إلى التحكيم لتسويتها. وبناء على المناقشات بين أعضاء اللجنة فإنه لم يتم إدراج شرط كالفو في مشروع مواد الحماية الدبلوماسية.

المطلب الثالث: الحرمان من العدالة

أختلف الفقهاء في مضمون مفهوم الحرمان من العدالة والذي على أساسه تترتب المسؤولية الدولية للدولة المضيضة إذا أصاب الأجنبي ضرر. فإذا كان هذا المصطلح قد واكب الحماية الدبلوماسية وأعتبر الحرمان من العدالة من الأسباب التي تؤدي إلى قيام الحماية الدبلوماسية. فإن عرف في

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 118.

² لجنة القانون الدولي، تقرير المقرر الخاص، المرجع السابق، ص. 118.

القرنين السادس عشر و السابع عشر (16 و 17) تطورا ملحوظا وذلك بإعطاء الإطار القانوني الدولي لمنح رسائل الإقتصاص Lettres De Represailles حسب ثلاثة شروط هي¹:

- 1- أن الشكوى للشخص لا بد أن تتأسس على طلب تعويض مالي.
- 2- أن يكون الشخص قد توجه إلى المحاكم ولكن بدون نتيجة.
- 3- أن الإجراءات الدبلوماسية التي تكون قامت بها دولة الشخص المتضرر أمام الدولة التي هي مسؤولة عن الحرمان من العدالة عليها أن تقوم بتعويض هذا الشخص.

لقد شمل مفهوم الحرمان من العدالة في بداية القرن العشرين؛ رفض إتاحة المجال للوصول إلى المحاكم، ويتضمن أيضا حسب فقهاء آخرين انتهاكات السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية للقانون الدولي. كما تطور هذا المفهوم في الوقت الحالي إلى حصره في أفعال الجهاز القضائي في شكل عدم كفاية الإجراءات أو جور القرارات الصادرة عنه، غير أن الحرمان من العدالة بدأ يقل لتحل محلها معايير العهود الدولية لحقوق الإنسان خاصة المادة الرابعة عشرة (14) من العقد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية التي تتضمن المساواة أمام القضاء وكذلك الحق في محاكمة عادلة وعلنية بواسطة محكمة مختصة ومستقلة وحيادية قائمة استنادا إلى القانون².

وقد ذهب المقرر الخاص في إعداد مشروع مواد الحماية الدبلوماسية بأن مفهوم الحرمان من العدالة يرتبط ارتباطا بقاعدة استنفاد سبل الانتصاف المحلية بما فيها صفة عدم الفاعلية. وعلى إثر مناقشات لجنة القانون الدولي فإنها استبعدت تدوين الحرمان من العدالة بالنظر أن أشكال هذا الحرمان المذكورة في المادة الخامسة عشرة (15) المتضمنة الاستثناءات من قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية، ومن ثم فإنه ليس ضروريا تخصيص حكم محدد للحرمان من العدالة.

ولقد أيد المقرر الخاص للجنة القانون الدولي J.Dugard بناء على المناقشات عدم إدراج هذا المبدأ في مشروع مواد الحماية الدبلوماسية، بسبب أن هذا المفهوم لا يدخل ضمن نطاق الدراسة³. وعليه فإن شرط كالفو والحرمان من العدالة لم يتم إدراجهما في هذا المشروع بسبب تباين اتجاههما من حيث موقفهما، وهذا يعني هذا أنه ليس لهما علاقة بشرط استنفاد طرق الانتصاف

¹ Sebastien Touzé, op.cit, p.5.

² المادة 14 من للحقوق المدنية والسياسية ، المرجع السابق ، ص . 9 .

³ لجنة القانون الدولي ، الملاحظات الختامية للمقرر الخاص ، ص. 120.

المحلية، غير أنهما من القواعد الثانوية، التي لا ترتقي إلى القواعد الأساسية العامة، و لكن رغم ذلك إلا أنها تحتل مكانة هامة في الاجتهاد القضائي.

كما أن مفهوم الحرمان من العدالة هو جزء من القانون الوضعي، ومن موضوع معاملة الأجانب ولا يتصل بالحماية الدبلوماسية، وحسب مناقشات لجنة القانون الدولي يكون الأجانب الذين يلجأون إلى المحاكم ضحية حرمان من العدالة، وقد يحدث هذا الأمر بغض النظر عن أي ظروف يلجأ فيها إلى طرق الانتصاف المحلية¹ ؛ ولا يمكن إغفال مفهوم الحرمان من العدالة؛ لأنه قد يكون السبب الذي يقود إلى ممارسة الحماية الدبلوماسية.

¹ لجنة القانون الدولي ، تقرير المقرر الخاص ، المرجع السابق ، ص. 93.

الفصل الثاني: التحكيم الدولي وتسوية منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج

رغم إقرار القانون الدولي لحماية الدبلوماسية كأحد وسائل التسوية القضائية لمنازعات رعايا الدولة في الخارج مع الدول المستقبلية لهم، إلا أن هذه الوسيلة لم تعد الأداة الملائمة للفصل في هذه المنازعات، باعتبار إن منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج حسب قرارات محكمة العدل الدولية، و من ثم أصبح لزاما تفضيل الفصل في هذا النوع من المنازعات من قبل محاكم التحكيم الدولي خاصة بعد المصادقة على اتفاقية واشنطن 1965 المتعلقة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، و التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من 14 أكتوبر 1966¹ هذا إضافة إلى كثير من هيئات التحكيم في الدول الأخرى التي تعنى أيضا بتسوية هذا النوع من المنازعات.

و يسمح التحكيم الدولي لرعايا الدولة في الخارج بالحفاظ على حقوقهم و مصالحهم في مواجهة الدول المضيفة؛ في حالة قيام هذه الأخيرة بانتهاك حقوقهم و التعرض لمصالحهم من الحصول على تعويض عادل، و ذلك بالالتجاء إلى القاضي الدولي بدل القاضي المحلي.

و رغم التأخر الملحوظ في العمل بالتحكيم الدولي من قبل الجزائر، إلا انها تداركت الأمر، و أصدرت القوانين الخاصة بالتحكيم ابتداء من سنة 1993، و المصادقة على مختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بهذا الموضوع، و هذا لجلب الاستثمارات الأجنبية و تنمية اقتصادها.

و لمعالجة مسألة التحكيم في مجال حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج فأتناول الموضوع في المبحثين الاتنين:

- 1- التحكيم الدولي الطريقة المثلى لتسوية منازعات الدول مع الرعايا الدولة في الخارج.
- 2- دور المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار في حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج.

¹ CIRDI, le règlement des différends, nations unies, New-York, 2003.

المبحث الأول: التحكيم الدولي الطريقة المثلى لتسوية منازعات الدول مع رعايا الدولة في الخارج.

يعد التحكيم الدولي أحد الوسائل الهامة في حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج لما يتيح لهؤلاء الرعايا سواء كانوا أشخاصا معنويا أو أشخاصا طبيعية، خاصة في السماح لهؤلاء التمتع بالحق في الاختيار المسبق للقانون الواجب التطبيق، إضافة إلى الحق في اختيار المحكمين شرط أن تكون الدولة تجيز الاعتراف والتنفيذ بالأحكام التحكيمية، وتختلف الدول في مدى تجذر التحكيم بوصفه طريقة بديلة للتقاضي، مع العلم أن الجزائر قد تأخرت في الأخذ بهذه الطريقة عشرين (20) سنة، لذلك سنتعرض في هذا السياق إلى النقاط الثلاث الآتية:

1- تطور التحكيم الدولي في تسوية المنازعات بين الدولة ورعايا الدولة في الخارج.

2- التحكيم الوسيلة المفضلة لتسوية المنازعات.

3- تنظيم التحكيم الدولي وتنفيذ أحكامه.

المطلب الأول: تطور التحكيم الدولي في تسوية المنازعات ما بين الدول والأشخاص الخاصة

لقد كان التحكيم الدولي هو الملاذ المفضل لتسوية المنازعات ما بين الدول قبل أن يتوسع ليشمل الأشخاص الخاصة¹، وبظهور الدولة المعاصرة في القرن الثامن عشر فإن التحكيم الدولي ظهر مرة أخرى على إثر اتفاقية الصداقة والتجارة والملاحة بتاريخ 1794م ما بين الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا الكبرى؛ التي أسست إلى العودة مباشرة إلى التحكيم من أجل تسوية المنازعات

¹ Dominique Carreau, Droit International 7^e Edition, A Pedone, 2011, P. 608.

الناجمة عن استقلال الولايات المتحدة الأمريكية¹، ولقد أتت العديد من الدول هذه الطريقة في تسوية المنازعات في القرن التاسع عشر (19) .

وكان القصد من التدخلات العسكرية في الشؤون الداخلية للدول هو حماية المصالح المالية لرعاياها، مثل التدخل في مصر عام 1876م، وتركيا عام 1878م، واليونان عام 1897م، وكانت حجة حماية المصالح للرعايا في الخارج سببا في تدخل الولايات المتحدة الأمريكية في دول أمريكا الوسطى، ولقد تدخلت أيضا الدول الأوروبية لنفس السبب في شؤون دول أمريكا اللاتينية من أجل دفع ديون رعاياها مثل التدخل العسكري البريطاني والألماني والإيطالي سنة 1902م ضد فنزويلا².

هذه التدخلات كانت عاملا في ظهور نظرية دراغو (DARGO)، ولقد انتهت هذه النظرية بآثار إيجابية حيث عولجت خلال مؤتمر لاهاي سنة 1907م، حيث تم إقرار اتفاقية بوتر "Porter" بتاريخ 1907/10/18م ونصت على ما يلي: " إتفاق الدول المتعاقدة على أن لا تلجأ إلى استخدام القوة المسلحة لإرغام دولة مدينة على تسديد ديونها إلا إذا رفضت هذه الدولة طلب عرض الأمر على التحكيم أو لم تجب عليه أو جعلت الإحالة على التحكيم مستحيلا، أو رفضت الالتزام بقرار التحكيم بعد صدوره " ³ وبناء على هذه الإتفاقية فإن التحكيم أصبح بديلا عن استعمال القوة المسلحة لتسوية نزاعات ما بين الدول في المسائل المتعلقة بحماية مصالح رعايا الدولة في الخارج، ووسيلة مفضلة لتسوية المنازعات ما بين الدول لتجنب آثار النزاعات المسلحة ، كما تحافظ على العلاقات الإقتصادية و السياسية ما بين الدول، كما تستعمل طرق أخرى لتسوية هذه المنازعات مثل : التوفيق ، الوساطة ، إلخ .

¹ Dominique carreau Et yves , op.cit, P.608.

² بوكرا إدريس ، المرجع السابق ، ص . 74.

³ بوكرا إدريس ، المرجع السابق ، ص . 75.

الفرع الأول: محددات التحكيم الدولي

يعرف التحكيم الدولي تطورا هاما لما يتميز به من مرونة وخصائص لا تتوفر في القضاء العادي لتسوية هذه المنازعات، وتتمثل هذه المزايا في:

1- السرعة في الإجراءات بالمقارنة مع الإجراءات التي يتطلبها القضاء العادي من وقت، فإن التحكيم يتميز بأنه يفصل في النزاع في أقل وقت¹، وتتناسب إجراءات التحكيم فيما يخص الوقت تسوية منازعات مصالح رعايا الدولة في الخارج.

ويمثل التحكيم العدالة السريعة؛ وذلك بأن المحكم ملزم بالفصل في المنازعة في مدة تحددها الأطراف المتنازعة؛ كما أن التحكيم يتميز بأنه نظام للتقاضي من درجة واحدة فالحكم الصادر عن المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن عليه مع إمكانية رفع دعوى البطلان بشأنه وللأسباب الواردة حصرا في القانون، مع أن الطعن في البطلان لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام².

2- وتتمثل الميزة الثانية للتحكيم في أنه سري على عكس النظام العادي الذي يتميز بالعلانية، فجلسات التحكيم هي جلسات سرية، كما أن عدم نشر الأحكام من أهم مميزات التحكيم، وذلك ما ينسجم مع رغبات الأطراف في أن تظل أسباب ودوافع المنازعة؛ والمراكز المالية والإقتصادية سرية حتى لا تكون في متناول الجميع مما يؤدي إلى الحفاظ على هذه المراكز.

3- كما يتميز التحكيم بالحرية الممنوحة للأطراف المتنازعة لاختبار النوع المناسب للأدوات؛ ومن ثم فهو يخرج عن القوالب الجامدة، فللأطراف المتنازعة أن تختار ما بين أن يكون أو تحكيما مؤسسيا³، وثانيا يمكن لهم الاختيار ما بين أن يكون هذا AD Hoc التحكيم خاصا التحكيم إما بالقانون أو بالصلح، وثالثا للأطراف المتنازعة حرية اختيار مكان انعقاد التحكيم وزمانه،

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 19.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 19.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 20.

ورابعا يمكن اختيار التعاون الذي يطبقه المحكمون على إتفاق التحكيم وكذلك موضوع المنازعة محل التحكيم.

والملاحظ أن الحرية الممنوحة للأطراف المتنازعة للاختيار تكون أكثر قبولا للأحكام الصادرة عن التحكيم، كما أنه يتميز عن القضاء بهذه الخصائص التي تمنحه الأفضلية في المنازعات ما بين الدول والأشخاص الأجانب.

والخاصية الأخرى للتحكيم هو أنه قضاء متخصص؛ تلجأ إليه الأطراف المتنازعة لما يملك من المعرفة والخبرة القانونية المتخصصة والفنية اللازمة لتسوية منازعات الإستثمار؛ التي تقتضي معارف اقتصادية وفنية حديثة وخبرة تتناسب مع توسع مجالات الإستثمار الأجنبي¹، وفي هذه الحالة يكون المحكمون في أعلى مستويات من الكفاءة العلمية والقانونية للفصل في المنازعات المطروحة عليهم، كما أنهم يتميزون بالإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، واللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات ما بين الأطراف المتنازعة، وهذا ما يوفر المعرفة الجيدة لموضوع المنازعة؛ والتحكم في مجريات القضايا مما يساهم في ترقية عدالة تستجيب لرغبات الأطراف المتنازعة، خصوصا أنهم من قاموا باختيار المحكمين، مما يعطي لهذه الأطراف حرية اختيار المحكمين الأنسب للقضية المطروحة؛ وكذلك للذين لهم الخبرة في مجال القضايا المتنازع فيها.

الفرع الثاني: التحكيم الدولي والمستثمر الأجنبي

إن عقود الإستثمار التي تبرم ما بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة تتميز بالعلاقة غير المتكافئة بين الطرفين المتنازعين، بين طرف الدولة القوي تجاه الشخص الأجنبي، حيث قد تلاقي الأحكام القضائية لمحاكم الدولة الطرف في النزاع الرضى و القبول من قبل الشخص

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 20.

الخاص المتنازع معها ، لأنها قد تتميز بالذاتية من قبل القضاة تجاه دولتهم، فضلا عن الصعوبات التي قد يجدها المستثمر في اللجوء إلى هذه المحاكم¹.

وتطرح مسألة السيادة هاجسا بالنسبة للمستثمر وذلك خوفا من تحيز القاضي المحلي ومن ثم ضياع حقوق هذا المستثمر في حالة ظهور نزاع ما بين الدولة والمستثمر، ولذلك يحرص هذا الأخير على إدراج شرط التحكيم للفصل في المنازعات الممكن حدوثها، كما أن هذا الشرط يلزم الدولة على احترام التزاماتها تجاه المستثمر؛ وكذلك الحرص على المعاملة الجيدة معه.

التحكيم الدولي وتشجيع الإستثمار

تعمل الدول على جلب الاستثمارات من أجل تنمية مواردها الطبيعية أو البشرية، ولأجل تحقيق هذا الهدف فلا بد من تحقيق الحماية الكافية للمصالح المشروعة للمستثمرين، فالقاعدة العامة تقول أن " رأس المال جبان يحتاج إلى الأمان "، فلا يمكن لأي مستثمر أن يلقي بأمواله هكذا في دولة أخرى دون توفر الشروط اللازمة التي تتيح له تحقيق الفوائد وكذلك تنمية استثماراته، ولذلك يسعى إلى البحث عن ضمانات لحمايتها، وأهمها الضمانات القضائية، خصوصا ضمان قضاء التحكيم الذي أصبح هو القضاء الطبيعي في مجال الاستثمارات².

ولذلك أصبح التحكيم إحدى وسائل جلب الإستثمار الأجنبي، ونظرا للمميزات التي يعرفها التحكيم فقد أصبح الوسيلة المفضلة في التقاضي خصوصا عبر آلية فض النزاعات ، وضمان العدالة الدولية.

ويذهب بعض الفقهاء في هذا المجال إلى عدم الاقتصار على تشجيع الإستثمار فقط بل يجب النظر والأخذ بعين الاعتبار المصالح المشروعة لكلي الطرفين الدولة والمستثمر الأجنبي³.

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 21.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 23.

³ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 259.

التحكيم في العقود الإدارية

نظرا لما تمثله السيادة في مركز الدولة، فإن التحكيم كان يثير جدلا كبيرا حول العقد الإداري وناحية الاختصاص القضائي، ويقصد بذلك الفصل بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري¹، وفي هذا السياق فقد ذهب فريق من الفقهاء إلى عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية بحيث تتمتع الدول بخاصية السيادة باعتبارها العنصر الأساس في تكوين الشخصية الاعتبارية للدولة، خاصة أن التحكيم قد يمسه بعض الاعتبارات السياسية.

ولقد سارت الدول التي تتبع النظام القانوني الغربي في هذا الإتجاه، خاصة أن الوضع في فرنسا أستقر على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية وذلك لعدم وجود نص تشريعي يجيز للدولة والأشخاص المعنويين العامة اللجوء إلى التحكيم من أجل تسوية تلك المنازعات²، قبل النصف النصف الثاني من القرن الماضي .

وبصدور القانون الفرنسي رقم-972- بتاريخ 19 أوت 1956م والذي أجاز في مادته التاسعة إدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة ما بين الدولة أو الأشخاص المعنويين العامة من جهة والأشخاص الأجنبية من جهة أخرى وذلك للنفع العام.

ولقد صدر هذا القانون نتيجة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة " ديزني " لاند " العالمية بالولايات المتحدة الأمريكية لإنشاء مدينة ديزني لأند بفرنسا، حيث نصت في العقد المبرم أن التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بين أطرافه، وعند حدوث المنازعة تعرض على هيئة التحكيم المختصة.

ونظرا لحدوث نزاع دفعت الحكومة الفرنسية بعدم جواز لجوئها إلى التحكيم إلا بناء على نص تشريعي يسمح لها بذلك، ومن ثم فإن شرط التحكيم هو باطل.

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص.387.

² محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص . 390.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم إلا في ظل وجود نص تشريعي يسمح بذلك، وهذا السبب هو الذي دفع الحكومة الفرنسية من أجل إصدار هذا القانون، وذلك حفاظا على المصالح الاقتصادية التي تعود على الدولة بالنفع العام، حيث أن هذا المشروع أي مدينة ديزني لأند ستصبح منطقة جذب سياحية عالمية¹.

الفرع الثالث: تطور التحكيم في الجزائر

عرف التحكيم الدولي في الجزائر مرحلتين متميزتين، الأولى تميزت بإنكاره باعتباره يمس بسيادة الدولة رغم وجود استثناءات خلال هذه الفترة التي تمتد منذ استقلال الجزائر إلى سنة 1993م، أما المرحلة الثانية فتتمتد من سنة 1993م بصدر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993م إلى يومنا هذا مرورا بصدر القانون رقم 08.09-المؤرخ في 25 فيفري 2008م، وتميزت هذه الفترة بتكريس التحكيم الدولي، هذا فضلا عن إبرام الدولة الجزائرية العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي تنص على تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار على التحكيم الدولي.

المرحلة الأولى: منذ الاستقلال إلى سنة 1993م تميزت هذه المرحلة بإنكار نظام التحكيم الدولي، وذلك بمبررات قانونية أو سياسية حسب الظروف الاقتصادية التي كانت تعيشها الجزائر آنذاك، حيث اعتبرته مخالفا للسيادة مما أدى بها إلى اتخاذ موقف معاد، والعمل على عدم إعطائه مكانة في النظام القانوني الجزائري².

و رغم أن القانون الفرنسي يعترف آنذاك بالتحكيم الدولي، إلا أن السلطة في الجزائر التي أتت النظام الاشتراكي اعتبرته مخالفا لتطلعاتها في بناء نظام قانوني يستند على السيادة القانونية والقضائية، وهذا لا يعني أنه في بداية الاستقلال تم مباشرة إنكار التحكيم، بل لقد كرست اتفاقيات أيفيان 1962م، وبعد ذلك إتفاق 1963م و 1965م بين الجزائر وفرنسا التحكيم التجاري الدولي

¹ محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 391.

² محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008، ص 8.

كوسيلة للفصل في المنازعات الناتجة عن الإستثمار، وهذا على حساب السيادة الوطنية، هذا فضلا عن الاتفاق المبرم مع شركة جيني الأمريكية سنة 1968م، كل هذه الأسباب لم تجد السلطة في الجزائر آنذاك بدا للتقليل من التحكيم إلا القيام بتأميم ثرواتها سنة 1971م، والتعبير عن رفض التحكيم.

ولقد جاء في الفصل الخامس من اتفاقية أفيان بخصوص المنازعات البترولية؛ أن النظر فيها يكون من اختصاص محكمة تحكيمية دولية يكون تنظيمها باختيار كل طرف في النزاع محكما، على أن يقوم المحكمان باختيار ثالث، وفي حالة الخلاف يقدم رئيس محكمة العدل الدولية باختياره، وقد اعتبرت الحكم التحكيمي نافذا بين الطرفين دون الحاجة إلى إصدار أمر التنفيذ كما استبعدت كل إجراء من شأنه الطعن في الحكم¹.

وبعد أكثر من عام من اتفاقية أفيان فقد تم عقد إتفاق آخر؛ وذلك في إطار التعاون الجزائري الفرنسي وذلك بموجب المرسوم رقم-63.384- المؤرخ في 14/09/1963م المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم².

ويتضمن هذا المرسوم جعل سكرتارية المحكمة في الجزائر، وكذلك جاء في الملحق أن تطبيق المحكمة التحكيمية القانون البترولي الصحراوي الصادر رقم 58-11/11 المؤرخ في 22/11/1958م، وكذلك اتفاقية أفيان، وكذلك العودة إلى المبادئ العامة للقانون في حالة وجود فراغ قانوني³؛ وأثر نشوء نزاع بين الجزائر وشركة تراپال TRAPAL الفرنسية بتاريخ 09/04/1964م حول إنجاز أنبوب الغاز الثالث الرابط ما بين حاسي مسعود وأرزيو، حيث اعتمدت المحكمة التحكيمية على المبادئ العامة للقانون مستبعدة قانون البترول الصحراوي، واتفاقيات أفيان، وهذا رغم عدم مشاركة الجزائر في البداية في التحكيم، ولقد فتح المجال للمحكمن

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 13.

² المرسوم رقم-63.384- المؤرخ في 14/09/1963م المتضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم وملحق خاص بنظام التحكيم، الجريدة الرسمية، العدد 67 مكرر بتاريخ 17/09/1963م.

³ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 14.

لإصدار أحكام لفائدة الشركات الفرنسية على حساب المصالح الجزائرية، في ظل نقص الخبرة في هذا المجال، فضلا عن قصر فترة الاستقلال، ومن ثم بدأت السلطة في الجزائر تتخذ مواقف معادية للتحكيم واعتباره مساسا بالسيادة الوطنية.

ولقد جاء اتفاق آخر في 29 جويلية 1965م والخاص باستغلال الوقود والثروات الهيدروكربونية بتعزيز طفيف للسيادة الوطنية وذلك بإضافة وسيلة أخرى قبل اللجوء إلى التحكيم وهي التوفيق، و إعتبر هذا الإجراء إلزاميا بين الدولتين، حيث يقوم كل طرف بتعيين موفق، ويقوم الموفقان بتعيين ثالث، وفي حالة العجز في ذلك يقوم رئيس المحكمة العليا أو نائبه بتعيين الموفق الثالث.

وفي سنة 1968م، صدر أمر رقم 68.591 المؤرخ في 31/10/1968م المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر، ما بين شركة "جيب بتروليوم كمباني" الأمريكية والجزائر¹، ولقد تضمن هذا الاتفاق كيفية إجراء التحكيم، وقد ورد ذلك في المادة الثامنة و الخمسين "وفي حالة فشل المصالحة يمكن لكل واحد من الطرفين أن يلتجئ إلى التحكيم"، كما تم الاتفاق أن يجري التحكيم في الجزائر، إلا إذا قرر الطرفان خلاف ذلك.

ومن خلال هذه المادة فيلاحظ أن هيئة التحكيم هي المستأثرة بالفصل في التحكيم، ومن ثم فإن الطرفين ملزمان بإحالة نزاعهما على التحكيم ولا تكون محاكم الدولة المختصة في الفصل في هذا النزاع، وبالتالي يمنع الأطراف اللجوء إلى محاكم الدولة².

ويعد إتفاق سونا طراك مع شركة جيني أفضل من اتفاقي 1963م و1965م من إبراز دور السيادة الوطنية في العلاقات ما بين الجزائر والولايات المتحدة الأمريكية، وقد شكلت الاتفاقيات السابقة ما بين الجزائر وفرنسا إخفاقا بالنسبة إلى التجربة الجزائرية في ممارسة السيادة، وهذا ما

¹ الأمر رقم 68-591 المؤرخ في 31/10/1968م المتضمن الموافقة على الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر، الجريدة الرسمية رقم 88، السنة الخامسة بتاريخ 10/11/1968م، ص . 1738.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص . 116.

يؤدي إلى عدم تحمس الجزائر لإجراءات التحكيم فيما بعد بسبب عدم خدمته لمصالح الدولة الجزائرية¹.

لقد عرفت مرحلة السبعينات سيادة الدول النامية على مواردها الطبيعية؛ وكانت موجة التأميمات خاصة في مجال المحروقات السمة البارزة في تلك المرحلة، وكانت الجزائر من الدول التي بادرت إلى تأميم ثرواتها الطبيعية، ولقد صدر في هذا الإطار أمر بتاريخ 1971/02/24م والذي بموجبه أمت الحكومة الجزائرية الشركات الأجنبية المستثمرة في قطاع المحروقات، وعلى إثر هذه العملية وقع نزاع بشأن الإجراءات الجديدة ما بين الجزائر وشركة البحث واستغلال البترول في الصحراء (CREPS)، حيث طلبت هذه الأخيرة بالمحافظة على حقل المحروقات المسمى (زارزاتين Zaratine) وأحيل النزاع إلى لجنة تحكيمية في روما، فأصدرت هذه الأخيرة حكما لصالح هذه الشركة مما أدى بالحكومة الجزائرية آنذاك إلى رفض هذا الحكم واعتبرت إجراءات التأميم عملا سياديا لا يمكن أن يخضع للتحكيم².

ولقد نصت المادة السابعة(7) من الأمر رقم 71-24 المؤرخ في 1974/04/12م المعدل للأمر رقم 11/11/58 المؤرخ في 22 نوفمبر 1958م "أن الخلافات المتعلقة بالضرائب المذكورة تكون من اختصاص المجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا، غير أنه يمكن أن ترفع هذه الخلافات مسبقا أمام لجنة التوفيق ضمن الكيفيات المحددة في هذا الأمر"³.

غير أن هذا الموقف المعادي للتحكيم لم يكن مطلقا ما بين هذه المرحلة إلى غاية سنة 1983م، فنلاحظ الالتجاء إلى التحكيم في عقود أخرى أبرمتها شركات وطنية جزائرية مع شركات دول أخرى مثل المغرب، غينيا بيساو، إيطاليا، فرنسا خاصة في العقود التي يكون فيها المشتري

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 20.

² محمد كولا، المرجع السابق، ص . 22.

³ الأمر رقم 71-24 المؤرخ في 1974/04/12م متضمن تعديل الأمر رقم 11/11/58 المؤرخ في 22/11/1958م المتعلق بالبحث عن الوقود وإستغلاله ونقله بواسطة قنوات النظام الجبائي الخاص بهذه النشاطات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، المادة السابعة، ص . 429.

ليست له أي مصلحة في إقليم تلك الدولة، ولا يرتبط بها إلا بناء على عقد شراء البترول، ومن ثم لم تشترط السلطات الجزائرية على هذه الشركات استبعاد شرط التحكيم.

ولقد فضلت الجزائر خلال تلك الفترة التحكيم الإتفاقي، وذلك بإدراج شرط التحكيم " Clause Compromissoire" في العقد الأصلي، لأنها لم تكن أي الجزائر قد انضمت إلى أي اتفاقية دولية جماعية، ومن ثم فإن إتفاق التحكيم كان مستقلا عن العقد الأصلي¹.

وبصدور القانون المدني الجزائري رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975م الذي نص بموجب المادة الرابعة و العشرين(24) منه الذي نص على معيار النظام العام، حيث يؤدي تطبيق هذه المادة إلى استبعاد إجراء التحكيم التجاري الدولي لكونه مخالفا للنظام العام، وذلك مسابرة للمادة-442- من قانون الإجراءات المدنية التي تمنع اللجوء إلى التحكيم².

المرحلة الثانية: تكريس التحكيم الدولي

لقد عرفت نهاية مرحلة الثمانينيات من القرن الماضي في الجزائر عدة تطورات سياسية واقتصادية، يميزها الانخفاض الكبير في أسعار البترول، وكذلك بداية أزمة سياسية واقتصادية خانقة، في هذا الوقت كانت السلطات العمومية تحاول أن تسير مع متطلبات المرحلة، والقيام بالإصلاحات اللازمة، وكذلك مواكبة العلاقات الاقتصادية خاصة فيما يخص التحكيم، بالرغم من استمرار العمل بقانون الإجراءات المدنية المعادي لشرط التحكيم، فإن السلطات لم تتوان في العمل على أعمال شرط التحكيم، والسماح للمؤسسات الاقتصادية بإبرام الصفقات التي تتضمن هذا الشرط، وهذا بموجب القانون رقم 88-01 بتاريخ 12/01/1988م المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية³، حيث جاء في المادة العشرين التي فتحت المجال لأعمال التحكيم

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 26.

² الأمر رقم 66-154 بتاريخ 08 جوان 1966م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى سنة 2008.

³ المادة-20- من القانون 88-01 المؤرخ في 12/01/1988م المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 2، ص . 30.

التجاري الدولي في النزاعات الناشئة في مجال الاستثمارات "أنه يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها".

ولقد بدت المحاولات المكرسة لشرط التحكيم كأنها تمهد إلى العمل بشرط التحكيم رغم أن قانون الإجراءات المدنية المعادي للتحكيم ما زال ساري المفعول في مجال التحكيم، خصوصا بعد بداية الإصلاحات الاقتصادية والتغير الكبير في التخلي عن النظام الاشتراكي بعد العمل بالدستور الجزائري الجديد سنة 1989م، وعرفت المرحلة التي جاءت بعدها في ظل التغيرات الدولية والضغط الداخلي في عز أزمة اقتصادية خانقة إصلاحا جذريا في مختلف القطاعات؛ كرستها العديد من القوانين والتنظيمات استجابة للمعطيات الجديدة.

ولقد أدت هذه الظروف إلى فتح الجزائر المجال للاستثمار الأجنبي كضرورة ملحة، وتبني التحكيم الدولي كوسيلة مفضلة على القضاء الوطني في تسوية المنازعات الناجمة عن العمليات الاستثمارية¹.

وفي ظل تحولات سياسية مهمة، ووقف المسار الانتخابي، وإنشاء مجلس أعلى للدولة يسير مرحلة انتقالية بعد استقالة رئيس الجمهورية، صدر في سنة 1993م مرسوم تشريعي بتاريخ 1993/04/25م تحت رقم 09/93² الذي أدخل تعديلا على المادة-442- من قانون الإجراءات المدنية، وبموجب هذا التعديل قام بالسماح للأشخاص المعنويين التابعة للقانون العام باللجوء إلى التحكيم الدولي في علاقتهم مع الخارج.

وكان نظام التحكيم الذي جاء في هذا المرسوم مستمدا من الأنظمة التحكيمية الفرنسية والسويسرية، كما أنه حاول المزج بين أنشطة التحكيم المتخصصة كالمركز الدولي لتسوية المنازعات

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 73.

² المرسوم التشريعي الرئاسي رقم 09/93 بتاريخ 1993/04/25م المعدل والمتمم للأمر 66-184 المؤرخ في 1966/07/08م المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الملغى .

بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI) وكذلك الغرفة التجارية الدولية (CCI) وأيضا القانون النموذجي لنظام (CNUDCI)¹.

وابتداء من سنة 1993م فقد أصبحت الجزائر تلجأ إلى التحكيم طبقا للاتفاقيات الثنائية حول ترقية وحماية الاستثمارات، ولقد كرس ذلك بموجب المادة-41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05/10/1993م المتعلق بالاستثمار، حيث تنص على ما يأتي "يعرض أي نزاع يطرأ على المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية إما بفعل المستثمر، وإما بفعل نتيجة لإجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده على المحاكم المختصة إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالصلح والتحكيم أو إتفاق خاص ينص على شروط التحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص".

وكان هذا التغيير في العمل بالتحكيم، نتيجة إلى رغبة المستثمرين الأجانب لتفعيل هذه الوسيلة لتسوية المنازعات وكذلك للاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف التي تفضل اللجوء إلى التحكيم عوضا عن القضاء الوطني بعد حوالي ثلاثين سنة من المواقف المعادية للتحكيم، ولقد اعتمدت هذه الوسيلة أي التحكيم سواء بالإحالة على تحكيم خاص يتم تحديده لهذا الهدف أو الإحالة على الأنظمة التحكيمية للهيئات المتخصصة مثل (CIRDI) أو (CCI).

ولقد جاء هذا التحول نحو التحكيم بعد أن قامت الدولة الجزائرية في نهاية الثمانينات بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وذلك بموجب القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12/07/1988م المتضمن² المصادقة على الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك عام 1958م الخاص بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية، ويلاحظ أن الجزائر انتظرت حوالي ثلاثين سنة للاعتراف بالأحكام التحكيمية ليتطور الأمر بعد ذلك إلى التخلي نهائيا عن

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 74.

² القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12/07/1988م المتضمن المصادقة على الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/06/1958م الخاص بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، الجريدة الرسمية .

الموقف المعادي للتحكيم، ابتداء من سنة 1993م والنص عليه في الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف كوسيلة بديلة عن القضاء الوطني في تسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات ما بينها وبين رعايا الدول الأخرى.

كما صادقت الجزائر على الإتفاقية العربية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية ومن أجل التعاون الاقتصادي العربي المشترك في سنة 1995م¹، ولقد حدد نظام التوفيق والتحكيم في إطار محكمة الاستثمار العربي في انتظار إنشاء محكمة العدل العربية مع استبعاد أنظمة التحكيم العربية.

وأهم انضمام إلى هيئات التحكيم الدولي، هو المصادقة على اتفاقية واشنطن المتضمنة تسوية المنازعات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والمنشئة للمركز الدولي (CIRDI)، وذلك بهدف تقديم ضمانات أخرى للمستثمر الأجنبي وللعمليات الاستثمارية، وذلك لما لهذا المركز من أهمية في تسوية منازعات الإستثمار على المستوى الدولي، ولقد كان ذلك أيضا في نفس السنة أي 1995م²، وفي ظل أزمة اقتصادية وأمنية خانقة عرقتها الجزائر آنذاك.

¹ المرسوم الرئاسي رقم 306/95 المؤرخ في 1995/10/07م المتضمن المصادقة على الإتفاقية الموحدة لإستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، الجريدة الرسمية، بتاريخ، 1995/10/11م، العدد 59 .

² المرسوم الرئاسي رقم 246/95 المؤرخ في 1995/10/30م المتضمن المصادقة على إتفاقية واشنطن المتضمنة لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، الجريدة الرسمية بتاريخ 1995/06/15م، العدد 66 ، ص . 34 .

والملاحظ أن سنوات التسعينات عرفت انضمام الجزائر إلى أهم الهيئات المختصة في تسوية المنازعات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى وكذلك العهود الخاصة بحقوق الإنسان، هذا فضلا عن إبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف خلال هذه الفترة، رغم أنها لم تكن قد بدأت في انتخابات المجالس الشعبية الوطنية أو المحلية، كما أن الجزائر التحقت بمنظومة التحكيم الدولي وحتى وإن كان متأخرا في الوقت الذي عرف هذا الأخير تطورا في النصف الثاني من القرن الماضي.

المطلب الثاني: التحكيم الوسيلة المفضلة لحماية مصالح رعايا الدولة في الخارج

رغم توفر الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات الناشئة ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى فإن التحكيم يبقى الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها¹، ويتم ذلك بناء على اتفاقات ما بين الدول وهؤلاء الرعايا وتخضع إلى القانون الدولي، وذلك نتيجة أنها تبرم أي الاتفاقات ما بين الدول والمنظمات الدولية من جهة والأشخاص الخاصة من جهة أخرى، ولذلك فإن الذي يفصل في منازعات هذه الاتفاقات هو القاضي الدولي².

والتحكيم لا يكون إلا بوجود إتفاق تحكيم حسب القاعدة العامة التي تقول بأن لا تحكيم بدون إتفاق تحكيم وقد يأخذ هذا الإتفاق صورة بند مدرج في العقد المبرم ما بين الطرفين، وهو ما يطلق عليه "شرط التحكيم، Clause Compromissoire" وهو نص وارد ضمن شروط العقد الأصلي أما الصورة الثانية فهي أن يكون إتفاق مستقل عن العقد ويطلق عليه "مشارطة التحكيم Compromise"، ويتميز عن شرط التحكيم بأنه أشمل من محتويات إجراءات التحكيم³.

ونظرا لأن الدولة طرف في العقد ؛ فإن التحكيم يتسم بخصوصية تميزه عن سائر المنازعات الأخرى، وذلك لما تتمتع به الدولة من سيادة حيث تتعامل مع شخص خاص، ويعد الأسلوب الأنسب للطرفين للأسباب الآتية:

¹بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 346.

²Dominique Careau, op.cit ، P. 620.

³محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 97.

1- عدم إمكانية الأشخاص الخاصة من اللجوء إلى محكمة العدل الدولية في وجود منازعات ما بينها وبين الدولة، وعليه يضمن التحكيم مساواة الطرفين، ويحافظ على توازن التعاقد بين شخصين مختلفين.

2- التردد في اللجوء إلى القاضي المحلي: في الغالب يتردد رعايا الدولة في الخارج في اللجوء إلى القاضي الوطني لتسوية المنازعات الناشئة بينهما خوفاً من انحياز القاضي المحلي إلى دولته، ومن ثم لا يمكن تحقيق المساواة ما بين الطرفين، وتقادي أحكام غير عادلة اتجاه الأشخاص الخاصة، وعليه فإن اللجوء إلى القاضي الدولي يبدي هذه المخاوف ولو بشكل نسبي.

الفرع الأول: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار

لا تختلف إجراءات التحكيم في عقود الإستثمار عن الإجراءات الأخرى المتبعة إلا في حالة أن أحد طرفي النزاع هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المعنية، وأن أحكام التحكيم لها أبعاد سياسية واقتصادية هامة تؤثر على حياة الملايين من البشر¹.

ومن هذا المنطلق فإنه ينبغي في تحكيم منازعات الإستثمار اختيار نوع التحكيم من جهة واختيار محكمين تتوفر فيهم شروط معينة من جهة أخرى.

فيما يتعلق باختيار نوع التحكيم، فإما أن يكون التحكيم خاصاً أو مؤسسياً، والاختيار يكون وفق طبيعة المنازعات، ويلزم الأطراف المتنازعة الاختيار مسبقاً لنوع التحكيم (التحكيم الخاص)، أو إسناد التحكيم إلى المؤسسات التحكيمية أو ما يطلق عليه (التحكيم المؤسسي)، ومن الضروري في هذا المجال تحديد ماهية كليهما :

1- التحكيم الخاص: وهو التحكيم الذي تتولى الأطراف المتنازعة صياغته بمناسبة نزاعها خارج

¹بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 358.

إطار أي مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم؛ حيث تقوم هذه الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، ويتميز هذا النوع من التحكيم بأنه أقل تكلفة مقارنة مع التحكيم المؤسسي، وأكثر سرعة ومرونة¹.

2- التحكيم المؤسسي: ويطلق عليه أيضا تحكيم هيئات التحكيم الدائمة ويعني هذا النوع من التحكيم، أن يتقدم الأطراف لإدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد مؤسسة تحكيمية معينة وبمساعدها، وفي حالة التحكيم المؤسسي يلزم على الأطراف المتنازعة الاتفاق مسبقا على المؤسسة التحكيمية التي سيتم اللجوء إليها، ويكون ذلك غالبا في شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها أو في مشارطه التحكيم التي يوقعها الأطراف بشكل مستقل عن العقد²، ويقضي في هذا الإطار توضيح أكثر لشرط التحكيم ومشارطه التحكيم كما سيأتي لاحقا .

ويعرف التحكيم المؤسسي توسعا كبيرا، وأصبح من أكثر الوسائل قبولا في الفصل في المنازعات الخاصة بالتجارة والاستثمار، حيث تجاوز عدد المؤسسات التحكيمية مئة (100) مؤسسة، تضطلع بحسم المنازعات في مختلف المنازعات غير أن أهم هذه المؤسسات هي المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI) وكذلك غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI)، وأيضا المركز التابع لجمعية التحكيم الأمريكي الذي أسسته الجمعية الأمريكية للتحكيم عام 1926م³ والتي بدورها أسست عام 1996م المركز الدولي لحسم المنازعات وذلك بمدينة نيويورك.

أما في المنطقة العربية فإن مركز القاهرة الدولي للتحكيم التجاري، يعد من أبرز مؤسسات التحكيم المؤسسي، وتعنى هذه المؤسسة بمنازعات الإنشاءات وإدارة الفنادق، وعقود برامج الحاسوب، وعقود البترول وحقوق الملكية الفكرية، حيث تأسس هذا المركز عام 1978م تحت رعاية

¹بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 359.

²بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 361.

³الجمعية الأمريكية للتحكيم أسست عام 1926م وهي منظمة غير حكومية وتدير أنواع مختلفة من الدعاوى.

المنظمة الاستشارية القانونية لدول آسيا وإفريقيا¹، بالإضافة إلى العديد من المراكز الدولية للتحكيم.

ولقد تطور التحكيم المؤسسي مقارنة بالتحكيم الخاص بسبب أن الأخير لا يمكن التنبؤ بالمشكلات التي قد تقع بسبب تطبيق القانون المحلي؛ مما يتسبب في عدم القدرة على حل المشكلات التي لا يغطيها التحكيم الخاص، إضافة إلى وجود صعوبات في تنفيذ حكم التحكيم.

ويتطور وتزايد الاتفاقات المتعلقة بحماية وترقية الاستثمارات بين الدول، فإن الإتجاه الغالب هو النص في هذه الاتفاقات على اللجوء إلى التحكيم المؤسسي؛ لما يحققه من مزايا للعملية التحكيمية، وأهمها² :

1-امتلاك المؤسسات التحكيمية لقوائم المتخصصين في مختلف أنواع المنازعات وهذا يسمح للأطراف المتنازعة الاختيار الأمثل للمحكمن.

2-ضمان التحكيم المؤسسي اللجوء إلى القواعد المعدة سلفا والمختارة.

3-أن التحكيم المؤسسي يستجيب للتوقعات المشروعة للأطراف المتنازعة في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة عن المؤسسة على مبادئ عامة ومعروفة.

4-توفر المؤسسة التحكيمية على المساعدة في تنفيذ حكم التحكيم الصادر لصالح الطرف الذي كسب القضية.

الفرع الثاني: الأشكال التي يتخذها إتفاق التحكيم

يأخذ إتفاق التحكيم الصورتين التقليديتين وهما مشارطه التحكيم Compromise وشرط التحكيم "Clause Compromissoire" ولقد دلت على ذلك بالنسبة للقانون الجزائري المادة-1040-

¹بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص . 362.

²بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص . 365.

من القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008م¹، حيث نصت على أن تسري على اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية وتعني النزاعات القائمة هو مشارطة التحكيم، أما النزاعات المستقبلية فهي شرط التحكيم².

ولقد أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في مادته 1006 لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها مستثنيا المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ويلاحظ أن هذه المادة جاءت عامة مقارنة بالمادة الأولى من المرسوم التشريعي 93-09 الملغى حيث حددت هذه المادة بأنه لا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا بحقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولابد من التوضيح في هذا المجال الحقوق التي للشخص مطلق التصرف فيها، حيث ميز الفقه بين درجات مختلفة للحقوق التي لا تخضع لحرية التصرف³، وهي:

1- حقوق غير قابلة للتصرف بصفة مطلقة أو بالطبيعة كالحالة والأهلية.

2- حقوق غير قابلة للتصرف جزئيا كحقوق المالية الناشئة عن الذمة العائلية (تحديد النفقة الغذائية).

3- حقوق غير قابلة للتصرف محتملة وقابلة للتصرف كالحقوق الناشئة والمالية، مثل قانون العمل.

و بموجب المادة-1066- يتضح بأن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الواسع والذي مؤداه أن مجموع النزاعات المتعلقة بالمسائل المالية يمكنها أن تخضع للتحكيم باستثناء المسائل الكلاسيكية

¹ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، ص . 27.

² الفقرة الأولى من القانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25 فيفري 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

³ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق ، ص . 28.

الخاصة بحالة الأشخاص وأهليتهم، وورد استثناء آخر في هذه المادة وهو المسائل المتعلقة بالنظام العام؛ ويعني هذا أن المسائل المالية التي تتعارض مع النظام العام، تستثنى من التحكيم وتبقى خاضعة إلى المحاكم الوطنية¹.

وهذا الاستثناء ليس اجتهادا جزائريا محضا ولكنه مستمد من القانون الفرنسي خصوصا فيما يتعلق بالنظام العام، حيث جاء في قرار محكمة الاستئناف لباريس بتاريخ 16 فيفري 1989م ما يلي: "أن جواز خضوع نزاع التحكيم بالنظر إلى النظام العام، لا يعني منع المحكمين من تطبيق القواعد الآمرة، ولكن الفصل في مادة تخضع بطبيعتها لاختصاص المحاكم (الدولة) وحدها أو خرق النظام العام بقرارهم"².

ولقد أورد المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة جوازيه التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة (الدولة-والهيئات العامة) أن تطلب التحكيم في العلاقات الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، ومن هنا فإن النزاعات التي تكون الأشخاص المعنويين العامة طرفا فيها فهي المسائل الاقتصادية الدولية، وكذلك المسائل المتعلقة بالصفقات العمومية³.

ويأخذ إتفاق التحكيم شكلين هما: مشارطة التحكيم و شرط التحكيم كما سلف الذكر، وهذا التمييز عارضته العديد من الدول، وهو تمييز كلاسيكي حيث تجاوزه هذه الأنظمة ومنها (فرنسا، سويسرا، مصر، ...) وذلك لتجذر هذه الممارسة (أي التحكيم) في هذه الدول، وينبغي في هذا المجال تعريف هذين الشكلين وهما: "مشارطة التحكيم و شرط التحكيم".

¹ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق ، ص . 28.

² عليوش قريوع كمال، المرجع السابق ، ص . 29.

³ المادة-1006- من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بيري، الجزائر، 2008م، ص . 230.

أ- مشاركة التحكيم

هو إتفاق تبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي الذي يربطها ويكون هذا الإتفاق غالب الأحيان لهذا العقد، حيث يتفق الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم في حالة حدوث نزاع بينهم¹.

وفي ظل عدم القبول بالتحكيم في القانون الجزائري قبل 1993م، فإن إتفاق التعاون الفرنسي الجزائري عام 1982م لم ينص صراحة على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاعات، وإنما أرجع ذلك إلى ما يتفق عليه الأطراف لاحقا، وعليه فقد تم وضع نظام للتحكيم سنة 1983م، حيث تم بموجب هذا النظام تحديد كل الإجراءات منذ بدأ النزاع إلى غاية صدور الحكم التحكيمي، ويتميز إتفاق التحكيم أو مشارطه التحكيم عن شرط التحكيم بما يلي:

1- أن مشارطة التحكيم هو أشمل لإجراءات التحكيم.

2- أن عقد التحكيم أو مشارطه التحكيم هو عقد قائم بذاته حول نزاع قد نشأ فعلا، ومن ثم فإنه غالبا ما يأخذ هذا العقد شكل نظام يتضمن كل النقاط المتعلقة بالتحكيم منذ بداية الإجراءات، صدور الحكم، تنفيذه... الخ .

3- أن مشارطة التحكيم أقوى من شرط التحكيم.

ب- شرط التحكيم

إن الحجر الأساس في ضمان وحماية الشركات الاستثمارية الأجنبية هو شرط التحكيم²، إضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة ما بين شخص عام وشخص خاص، وإذا ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي دون أي تفصيل فهذا يفهم منه أن الأطراف تتوي الإتجاه

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 96.

² هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، الطبعة الأولى، 2008م، ص . 79.

إلى تسوية كل النزاعات الناشئة من العلاقة التعاقدية ، فيتم إدراج الطرق الودية كإجراء أولى قبل اللجوء إلى التحكيم¹.

في المنازعات المستقبلية تكون الإحالة على شرط التحكيم الذي يرد بندا في العقد الأصلي، ويتجلى ذلك في جميع اتفاقيات حماية وترقية الإستثمار التي أبرمتها الجزائر بعد 1993م من القرن الماضي، ويتميز شرط التحكيم بما يلي:

1- يرد شرط التحكيم في العقد الأصلي في شكل مادة من بين شروط العقد الأخرى، وقد تحدد فيها إجراءات التحكيم أو الإحالة إلى نظام المركز الدولي (CIRDI) أو هيئة تحكيمية أخرى.

2- شرط التحكيم هو احتمالي، قد يتم اللجوء إليه في حالة نشوء النزاع كما قد لا يتم اللجوء إليه في حالة التسوية الودية، فهو مرتبط بحدوث نزاع.

3- يكون شرط التحكيم مختصرا، يحيل فقط إلى إجراء التحكيم لتسوية النزاع.

وإذا كان المشرع الجزائري قد تجاوز التمييز الكلاسيكي السالف الذكر بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 أبريل 1993م، وذلك أسوة بالمشرع الفرنسي والسويسري والمصري، إلا أنه عاد إلى ضد هذا التمييز حيث عرف شرط التحكيم بموجب المادة السابعة من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه الاتفاق الذي يلتزم به بموجب الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة-1006² أعلاه لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم.

وهذه العودة إلى التمييز الكلاسيكي بين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم كانت نتيجة الانتقادات التي وجهت للمرسوم 93-09، حول الانتقال المباشر لعدم التمييز بينها، خصوصا أن شرط التحكيم عرف تحولات مختلفة في التشريع والاجتهاد القضائي الفرنسي.

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 96.

² المادة-1006- من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008م المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الأولى، و تنص على ما يلي : "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها".

وبخصوص العقود الإدارية فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي ببطان شرط التحكيم في عدة قضايا، وذلك بالاستناد إلى نصوص القانون الفرنسي؛ وإلى اختصاص المجلس بنظر المنازعات التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها، ويستند في ذلك أن البند التحكيمي يتعلق بالنظام العام الداخلي الضريبي، وكذلك أن المادة-2060- من القانون المدني الفرنسي لا تسمح إلا بمشاركته التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد، وذلك بعد نشأة النزاع¹.

ولقد توقفت المفاوضات بين شركة ديزني لاند الأمريكية والدولة الفرنسية لأن الشركة الأمريكية أرادت أن يتضمن العقد شرط التحكيم ليضمن لها كطرف أمريكي قضاء لا يختلف عن نظامها القضائي.

ونتيجة لهذه الوضعية اضطرت الدولة الفرنسية إلى إصدار قانون استثنائي في 19 أوت 1986م يجبر الدولة والمؤسسات العامة أن تقبل بشرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية؛ مع اشتراط أن يكون العقد مبرماً مع شركة أجنبية وأن يكون العقد دولياً وذا منفعة عامة، إضافة و أن يصدر مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على شرط التحكيم².

وعودة المشرع الجزائري للفرقة بين شرط التحكيم ومشاركته التحكيم هو في حقيقة الأمر التجانس مع الاتفاقيات الدولية التي تفرق بين الاثنين ومنها الاتفاقية الأوربية حول التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف بتاريخ 1961/04/21م والتي تنص في مادتها الأولى على القوة بين الشكليات³ على عكس الفقه والقضاء الفرنسي الذي يعتبر أن شرط التحكيم أدنى من إتفاق التحكيم⁴.

وتجدر الإشارة أن اتفاقية الأمم المتحدة المنعقدة في نيويورك سنة 1958م الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية للدلالة على إدماج شرط التحكيم ومشاركته التحكيم في مفهوم موحد التسمية "أي إتفاق التحكيم" وهو المصطلح الشائع الآن.

¹ هاني محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص . 54.

² هاني محمود حمزة ، المرجع السابق ، ص . 55.

³Art(1) : Du convention Européenne sur l'arbitrage commercial international du 21/04/1961, stipule que, aux fins de la présente convention, On entend par :A-convention d'arbitrage, soit une clause compromissoire inséré dans un contrat, soit un compromis signé par les parties ou contenu dans un élague de lettre de télégrammes ou de communication por télescripteur et dans les rapports entre payes dont les lois n'imposent par la forume ecrite a la convention d'arbitrage, toute convention conclue dans les formues persuites par la loi.

⁴ محمد كولا، المرجع السابق، ص. 100.

إضافة إلى الشكلين الأكثر انتشارا في القوانين فهناك أشكال أخرى يتخذها إتفاق التحكيم منها إتفاق التحكيم الضمني وكذلك اتفاقية التحكيم الدائمة، إتفاق التحكيم بالإحالة.

ويجد إتفاق التحكيم الضمني مصدره في القضاء حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم صدر بتاريخ 1981/06/08م بأن محكمة الاستئناف إذا قررت أن إتفاق التحكيم قد ينشأ صحيحا نتيجة رفع خصومة التحكيم التي تم تكملتها بتاريخ لاحق بمرافعة الدفاع في مواجهة الآخرين يكون حكما مبررا من الناحية القانونية¹.

أما إتفاق التحكيم بالإحالة فقد أعتبر القضاء الفرنسي أيضا إتفاق التحكيم المبرم في إطار القانون الجديد صحيحا بالإحالة إلى عقد نموذجي أو إلى العادات والشروط العامة للبيع.

أما اتفاقية التحكيم الدائمة فنجدها لدى المؤسسات التحكيمية المتخصصة التي تضع نظاما للتحكيم كنموذج للجوء إليه من طرف الدول والمتعاملين في مجال الاستثمارات، وقد عرف هذا الشكل عدة محطات فكانت البداية في 1899/07/29م وذلك في مؤتمر السلام الأول الذي عقد في لاهاي والذي أدى إلى إنشاء محكمة تحكيم دائمة؛ ثم أعيد النظر فيها في مؤتمر لاهاي سنة 1907م حيث استبدلت بمحكمة أخرى تحتوي على مجموعة من المحكمين، تعمل على تقديم التسهيلات الإدارية للأطراف.

أما من النماذج الحديثة لاتفاقية التحكيم الدائمة نذكر المركز الدولي لتسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (CIRDI)، والغرفة التجارية الدولية بباريس، وغيرها من النماذج².

ج - علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي

إن علاقة شرط التحكيم ليست علاقة مطلقة بين الاثنين، بل تظهر هناك استقلالية ما بين شرط التحكيم والعقد الأصلي؛ وتتجسد هذه المظاهر خاصة في أن عدم صحة أو بطلان العقد الأصلي لا يؤدي بالضرورة إلا إلى بطلان إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم.

¹محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 101.

²محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 103.

ويرتكز هذا المبدأ أي عدم الارتباط بين العقد الأصلي وإتفاق التحكيم وشرط التحكيم أن هذا الأخير يعالج موضوعا مختلفا تماما عن موضوع العقد الأصلي، وبمعنى آخر أن إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم هو تصرف قائم بذاته¹.

المظهر الثاني لاستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو أن إتفاق التحكيم يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومن الأحكام المدعمة لهذا المبدأ في القضاء ما نص عليه حكم محكمة باريس بتاريخ 1964/02/21م في قضية خاصة بفسخ العقد الأصلي حيث جاء في الحكم بأنه إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير أدى إلى منع التصدير، وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة مما ترتب عليه فسخ عقد البيع؛ إعمالا لشرط الفاسخ الصريح في العقد، ومن ثم فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا، وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع، وكذلك فإن بطلان إتفاق التحكيم لا يؤدي إلى بطلان العقد الأصلي ولا يمتد إليه.

كما أن الحكم التحكيمي بين ليبيا والشركة الأمريكية "Texaco California Oil Compay" بعد تأميم ليبيا لبترونها على بقاء إتفاق التحكيم الذي يحيل إلى اختصاص محكمة التحكيم.

كما أن القانون الدولي الإتفاقي يدعم هذا المبدأ وذلك في نظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية (CCI) بموجب المادة 04-08 من نظام التحكيم.

وفي نفس السياق فإن المادة السادسة عشرة² من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "CNUCED" تنص على أنه يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود إتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزء من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

ومن ثم فإن هذه القواعد والأحكام تدعم مبدأ استقلالية إتفاق أو شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأي أثر قانوني عليه لا يؤدي وجوده إلى بطلان إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، ما يؤدي

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 104.

² المادة 16 الفقرة 1 من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي CNUCED.

إلى حماية أكبر لمصالح المستثمر الأجنبي، أو رعايا الدول في الخارج في مواجهة تصرفات تقوم بها الدول بحكم مبدأ السيادة التي تستند عليه، أو أي عيب يشوب هذه العقود.

الفرع الثالث: استقلالية إتفاق أو شرط التحكيم عن العقد الأصلي

لقد أخذ المشرع الجزائري بمبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ رقم 08-09 المؤرخ بتاريخ 2008/02/25 في الفقرة الأخيرة على أنه "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، ويترتب عن مبدأ الإستقلالية عدة آثار إيجابية على إختصاص التحكيم .

الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم

إن أي عقد يبرم بالضرورة إلى ترتيب بعض الآثار سواء كانت سلبية أو إيجابية، وقد ينتج آثارا على الغير أيضا، وسواء كان إتفاق التحكيم يأخذ شكل شرط التحكيم أو إتفاق خاص، وأولى الآثار الإيجابية هو نقل الاختصاص من القضاء الوطني ويعني هذا أنه إذا أبرم إتفاق التحكيم لتسوية نزاع ما، فإن القضاء الوطني يمنع عليه النظر في هذا النزاع أصلا، وذلك لأنه أصبح من اختصاص المحكمة التحكيمية.

يعود أصل هذا المبدأ إلى الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم الدولي التجاري التي وضعت قاعدة موضوعية موحدة تسمو على التشريعات الداخلية للدول، وبموجب هذه القاعدة الدولية فإن محاكم الدول الوطنية ملزمة باحترام هذا المبدأ، إذا كانت هذه الدول قد انضمت إلى هذه الاتفاقيات.

¹ تنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 08-09 المؤرخ 2008/02/25 تنص على ما يلي: "تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية، يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة."
"وتكون إتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف على إختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.
لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

ولقد أكدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958م استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه إتفاق أو شرط التحكيم حيث نصت المادة الثانية في الفقرة الثالثة على أنه "إذا عرض النزاع على محكمة في إحدى الدول المتعاقدة وكان يتعلق بموضوع إتفاق الطرفين على عرضه للتحكيم بالمقصود في هذه المادة على المحكمة أن تحيل النزاع على التحكيم؛ إذا طلب أحد الطرفين ذلك، إلا إذا رأت المحكمة أن الإتفاق ملغى أو غير ذي مفعول أو غير صالح للتطبيق"¹.

إن هذه القاعدة الخاصة بنزع الاختصاص من القضاء الوطني؛ لا يعني منعه من إصدار الأوامر المؤقتة والتحفظية لأنه حتى اتفاقية نيويورك لسنة 1958م؛ لم تقرر ما يحول دول استمرار العمل بذلك الأصل القانوني المستقر في قوانين الدول أو ما ينقص من ولاية المحاكم في المجالات التي لم يشملها إتفاق التحكيم².

ولقد وضعت المادة الثانية (2) السالفة الذكر الحالات الآتية : وهي الإتفاق الباطل والإتفاق الذي لا أثر له، وثالثا الإتفاق غير القابل للتطبيق؛ وأن وضع الاستثناءات الثلاث كان الهدف منه هو التضييق على فكرة النظام العام المطاطة التي قد تؤثر تأثيرا سلبيا على القاعدة الموحدة حول عدم اختصاص المحاكم الوطنية بوجود إتفاق التحكيم.

ولقد أكدت الأحكام القضائية على أن التمسك بأحد الموانع يجب أن يقع على إتفاق التحكيم وليس على العقد الأصلي، ومن هذه القضايا نورد النزاع الذي وقع بين شركة Southern Pacific Properties (SPP) ضد جمهورية مصر وتعرف هذه القضية بقضية هضبة الأهرامات، وتتخلص هذه القضية في أن وزارة السياحة بمصر اتفقت مع شركة (SPP) من أجل إنجاز قرية سياحية بجوار الأهرامات، وتم توقيع الإتفاقية ما بين وزارة السياحة والديوان العام المصري للسياحة والفندق وهذه الشركة، وبعد ذلك تم إبرام إتفاق ما بين الديوان وشركة (SPP) لإنجاز مركزين آخرين يقع أحدهما على أحد أهرامات مصر دون أن تكون الحكومة المصرية طرفا فيه، ولم تم إدراج شرط التحكيم في هذا الإتفاق لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس³، ويسمى هذا الإتفاق باتفاق ديسمبر 1974.

¹المادة-3-من إتفاقية نيويورك لسنة 1958م ، حول الإعتراف و تنفيذ الأحكام التنفيذية الأجنبية .

²محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 135.

³محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 141.

ونظرا لحساسية الموقع المقرر إنجاز فيه هذه المراكز، فلقد ثار الرأي العام في مصر مطالبا بإلغاء هذا المشروع، ولقد دفع هذا الحكومة المصرية إلى التوقف عن تنفيذ هذا المشروع، وعلى إثر ذلك رفع النزاع أمام هيئة (CCI) استنادا إلى المادة 8/3 من نظام التحكيم في هذا الاتفاق.

وبعد رفع القضية أمام الهيئة التحكيمية قررت هذه الهيئة اختصاصها، وأقرت بصحة إتفاق التحكيم المبرم بموجب إتفاق 1974/12/12م، وأصدرت حكما تحكيميا بإدانة الحكومة المصرية بدفع 12 مليون ونصف المليون دولار لفائدة شركة (SPP) بالإضافة إلى الفوائد والمصاريف¹.

وعلى إثر هذا الحكم رفعت الحكومة المصرية دعوى قضائية أمام محكمة الاستئناف بباريس، وذلك بالاستناد إلى المادة 1504 من قانون الإجراءات الفرنسية، والتي تنص على حالات البطلان بالنسبة لأحكام التحكيم ومنها صدور حكم تحكيمي على أساس إتفاق التحكيم غير موجود أو باطلا أو انتهى مفعوله، وبناء على هذه الفقرة أدعى الطرف المصري عدم وجوده كطرف في إتفاق ديسمبر، ولقد ذهبت المحكمة إلى تأييد إدعاء الطرف المصري، وقامت بإبطال الحكم التحكيمي بموجب قرار محكمة الاستئناف بباريس بتاريخ 1984/07/12م، ولقد كان هذا القرار محل طعن بالنقض أمام محكمة النقض الفرنسية، وفصلت محكمة هذه الأخيرة بتاريخ 16 جانفي 1986م برفض الطعن بالنقض ضد الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف².

المطلب الثالث: تنظيم التحكيم الدولي وتنفيذ أحكامه

إذا كان التحكيم هو الوسيلة المفضلة للفصل في منازعات رعايا الدولة في الخارج تجاه الدولة، فإن بداية الإجراءات تفترض نشوء نزاع بين الأطراف يربطها إتفاق أو شرط التحكيم، وسنتطرق في هذا الموضوع إلى نقطتين من أجل توضيح إجراءات تشكيل المحكمة وكذلك كيفية تنفيذ هذه الأحكام.

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 141.

² حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 270.

الفرع الأول: تشكيل الهيئة التحكيمية

يتخذ تشكيل الهيئة التحكيمية عدة أشكال، ويعود ذلك إلى رغبة الأطراف المتنازعة في أن تتخذ الهيئة التحكيمية شكل المحكم الفرد أو التشكيل التعددي، والحالة الثانية هي الشكل الثلاثي عن طريق اختيار كل طرف محكمه في مدة معينة، على أن يختار المحكمان محكما ثالثا¹.

1- الهيئة التحكيمية في شكل المحكم الفرد

يعد نظام المحكم الفرد من أقدم الأنظمة²، ويمكن للأطراف المتنازعة الاكتفاء بمحكم واحد لتسوية النزاع، ولقد نصت عليه قوانين العديد من الدول، ولقد نصت المادة الخامسة من القانون الإنجليزي الصادر في سنة 1950م على ما يأتي "كل إتفاق تحكيم يجب أن يتضمن الإشارة إلى تعيين محكم فرد ما لم تتجه إرادة الأفراد إلى غير ذلك".

أما قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي الصادر في سنة 1950م وفي مادته الخامسة(5) المتضمن نصوصا عامة General Provisions فقد نص على ما يأتي³: "إذا نص في إتفاق التحكيم على طريق ما لتسمية أو تعيين محكم أو محكمين، فيجب أن تتبع هذه الطريقة، ولكن إذا لم ينص الأطراف على طريق ما، أو إذا تم النص على طريق ما ولكن فشل أي من الأطراف في إتباعه، أو إذا كان لأي سبب من الأسباب الحق قد زال في تسمية محكم أو محكمين لشغل محله، تعيين المحكمة المحكم أو المحكمين، كما تطلب الحالة المعروضة، والذين يتعين عليهم التصرف وفقا للاتفاق، وما لم ينص على خلاف ذلك في الاتفاق يحسم بواسطة محكم فرد".

أما في القانون الفرنسي فقد أعتمد على هذا الشكل في قانون الإجراءات المدنية والذي نص في المادة-1453- على أنه "تتكون المحكمة التحكيمية من محكم واحد".

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 149.

² محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص . 439.

³ محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص . 439.

ولقد نصت عليه أي المحكم الفرد العديد من الاتفاقيات الدولية منها المادة 1/37 المتضمنة إنشاء (CIRDI) حيث تنص على ما يأتي: "تكون المحكمة من محكم واحد أو عدد فردي من الحكام الذين يعينون باتفاق الطرفين"¹ ونجد أن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على أنه "هيئة التحكيم تعني محكما فرد أو فريقا من المحكمين".

ويستنتج مما سبق أن شكل المحكم الفرد قد نص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية أو قوانين الدول التي يعرف التحكيم بها تطورا كبيرا، وفي نفس الوقت فإن الأخذ بشكل محكم الفرد هو تكريس لمبدأ سلطان الإرادة المجسد في إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، حيث يستوي أن يكون ذلك في التحكيم الإتفاقي أو النظامي.²

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلقد أورد كذلك تشكيل المحكمة التحكيمية من المحكم الفرد، حيث نصت المادة-1008- من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م في الفقرة الثانية-2- "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم"³.

ولقد أوردت الاتفاقيات المبرمة ما بين الجزائر وبعض الدول، حيث نجد الإحالة على التحكيم لدى بعض الهيئات المختصة التي بدورها تأخذ شكل المحكم الفرد.⁴

ولقد ترك لسلطة الإرادة لأطراف النزاع لاختيار ما بين الهيئة التحكيمية للمحكم الفرد أو المتعددة على أن يكون فرديا.

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 151.

² محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 151.

³ المادة-1008- الفقرة -2- من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بيرتي، 2008-2009.

⁴ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 152.

ومن إيجابيات الهيئة التحكيمية للمحكم الفرد، هي السرعة في الاختيار والاتفاق على تعيين محكم فرد واحد، على عكس الفريق من المحكمين الذين يصعب تحديد المواعيد نظرا لتباعد موطن كل محكم، مما يؤدي إلى طول الإجراءات، والتأخر في الفصل في النزاع.

هذا فضلا عن أتعاب محكم فرد قليلة بالمقارنة بالهيئة التحكيمية المتعددة المحكمين، ولكن مسألة الاقتصاد في نفقات التحكيم تبقى نسبية¹.

وفي المقابل فإن سلبيات المحكم الفرد هي كثيرة وأهمها: عدم إلمام الشخص الواحد بجزئيات النزاع يؤدي إلى عدم الإنصاف، وكذلك فإن تعقيد النزاعات في مجال الإستثمار والتجارة الدولية تؤدي إلى صعوبة حسم النزاع من طرف محكم واحد.

2-التشكيل التعددي للهيئة التحكيمية

أصبح التشكيل التعددي للهيئة التحكيمية السمة الغالبة للتحكيم الدولي، ويعرف انتشارا واسعا في مجال تسوية المنازعات عن طريق التحكيم.

ولقد درجت أغلب التشريعات إلى التحكيم الثلاثي أي الهيئة التحكيمية المتكونة من ثلاث محكمين، وفي هذا الإطار فقد نصت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) في الفقرة الثانية من المادة الثانية-2- على أن تحسم المنازعات بمحكم فرد أو ثلاثة محكمين².

ويرتكز هذا التشكيل على أن يقوم كل طرف بتعيين محكم يرضاه على أن يقوم المحكمان بتعيين محكم ثالث رئيسي، يشترط فيه أن يكون من جنسية مخالفة لجنسية الأطراف أو المحكمين³.

ولم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25م عدد المحكمين، بل نص في المادة 1007، بأن المحكمة التحكيمية تشكل من

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 153.

² محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص . 442.

³ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 155.

محكم أو عدة محكمين بعدد فردي، وعلى عكس ذلك فإن القانون المصري الصادر في عام 1994م فقد كان أكثر؛ دقة حيث نص في المادة الخامسة عشرة منه على "أن تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة، إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا"، ويلاحظ أن القانون المصري حدد التحكيم الثلاثي في حالة عدم الاتفاق على عدد المحكمين.

أما الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع الدول الأخرى أنها تأخذ بالتشكيل الثلاثي للهيئة التحكيمية، ونفس الأمر بالنسبة للقانون الدولي، ففي المادة العاشرة الفقرة الثانية من القانون النموذجي تنص على كمايلي "فإن لم يفعل ذلك كان عدد المحكمين ثلاثة".

أما الإتفاقية المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار اتفاقية واشنطن 1965م وفي المادة السابعة و الثلاثون منها التي تنص على " أنه في حالة عدم إتفاق الطرفين على عدد المحكمين أو بطريقة تعيينهم تشكل المحكمة من ثلاثة محكمين، يقدم كل طرف بتعيين محكم واحد أما المحكم الثالث هو رئيس المحكمة فيتم تعيينه بموافقة الطرفين " ¹.

أما اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري فقد نصت في المادة الخامسة عشرة على أن تتألف هيئة التحكيم من ثلاثة أعضاء ويجوز للطرفين الاتفاق على محكم واحد، ويلاحظ من خلال النصوص القانونية الوطنية والدولية الإتجاه الغالب للتشكيل الثلاثي للمحاكم التحكيمية، ورغم أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء متأخرا مقارنة من النصوص السابقة ؛ غير أنه لم ينص على هذا التشكيل، وترك الأمر مفتوحا بالنسبة للأطراف المتنازعة، وبالمقارنة مع الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى التي تنص على التشكيل الثلاثي، فكان من الأجدر على المشرع الجزائري النص على هذا التشكيل في حالة عدم الاتفاق على عدد المحكمين حتى يكون هناك تناسق بين النصوص القانونية الوطنية والاتفاقيات الدولية غير أن ذلك لا يؤثر في صياغة المادة 1017 من القانون السالف الذكر.

3- تعيين المحكمين

¹ المادة 37 من الإتفاقية المتضمنة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، إتفاقية واشنطن 1965م.

² محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 158.

من مزايا التحكيم هو قيام الأطراف المتنازعة بتعيين المحكمين، وذلك تجسيدا لإرادتها، وتنفيذا لشرط التحكيم أو إتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف المتنازعة².

غير أن في حالات كثيرة يتقاعس أحد الأطراف عن تعيين محكمة أو في تعيين المحكم المرجح، بنية التأخير في تسوية النزاع من طرف أحد الأطراف المتنازعة، مما يؤثر على الطرف الآخر، ولذلك فإن القوانين التابعة أوجدت الحلول لهذه المعضلة القانونية، وذلك بإسناد التعيين إلى أطراف أخرى لتعيين المحكمين الآخرين وذلك إما عن طريق سلطات القضاء أو الهيئات الدولية.

أ-سلطة القضاء في تعيين المحكمين

لقد أوجد القانون الدولي الحل المناسب في حالة تعمد أحد الأطراف عدم تعيين محكمه في مدة معينة أو تقاعسه، أو في حالة سكوت الأطراف للقيام بالتعيينات فإن التعيين تقوم به سلطة لقضاء دولة محل إبرام العقد أو مجال تنفيذه¹.

ولقد نصت المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه².

ويظهر دور القاضي الجزائري في إجراء التعيينات حسب الشروط المذكورة في المادة السابقة وذلك حفاظا على المصالح الخاصة بالطرف الجزائري، كما ينبغي على رئيس المحكمة القيام بهذا الدور تقاديا لأي تأخر أو عدم تعيين محكم أو محكمين.

ويلاحظ أن تعيين المحكم أو المحكمين من رعايا الدولة في الخارج في المنازعات يسمح لهم بالحفاظ على مصالحهم، كما أن المشاركة في تعيين تشكيلة الهيئة التحكيمية هو وسيلة هامة في الحصول على أحكام منصفة وتقادي تعسف أو نكران للعدالة من قبل القضاء الوطني.

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص 160.

² المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 بتاريخ 25/02/2008م، المرجع السابق، ص 230.

ولقد ساهم التعيين في الهيئة التحكيمية في ردع السلطات العمومية للدول في استعمال السيادة للإضرار برعايا الدولة في الخارج، حيث قد تتفادى التعسف من جهة وتتفادى أحكام تتضمن تعويضات قد تلحق بدولتهم، وهذا في حد ذاته حماية لمصالح هؤلاء الرعايا.

إن تحديد الآجال في تعيين المحكم أو المحكمين هو في حد ذاته ضمان للتأخر غير المبرر للفصل في المنازعة، كما أن النص على التعيين من قبل السلطة القضائية خاصة أن قرارها غير قابل للطعن يضطر الأطراف المتنازعة إلى تعيين محكمين وتفادي التقاعس أو السكوت.

ب- سلطة الهيئات الدولية في تعيين المحكمين

قد تتفق الأطراف المتعاقدة أنه في حالة النزاع يمكن إسناد سلطة التعيين إلى الهيئات الدولية، ويظهر ذلك في اتفاقات التحكيم أو شرط التحكيم أو الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمارات¹.

و قد ترد في بعض الحالات الإحالة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار؛ ولقد نصت المادة الثامنة و الثلاثون من اتفاقية واشنطن على هذا الأمر؛ حيث جاء فيها أنه إذا لم تتشكل المحكمة خلال 90 يوما التالية للإخطار بتسجيل الطلب بواسطة الأمين العام طبقا للمادة 36-3؛ أو خلال أية مدة أخرى يتفق عليها الطرفان، يقوم الرئيس بناء على طلب الخصم صاحب المصلحة في التعجيل، ويقدر الإمكان بعد التشاور مع الأطراف، بتعيين المحكم أو المحكمين الذين لم يعينوا بعد، ولا يجوز أن يكون المحكمون المعينون بواسطة الرئيس طبقا لأحكام هذه المادة من رعايا الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو الدولة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع².

ويحيلنا هذا الأمر إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في المحكم أو المحكمين والتي تتلخص في أن يكونوا ذوي خبرة وكفاءة إضافة إلى الحياد بالنسبة إلى المحكم الثالث، وموافقة المحكمين.

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 167.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 279.

ولقد أجاز المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن يرد المحكم في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا تتوفر في المحكم المؤهلات المتفق عليها من الأطراف.
- 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.
- 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليتها، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط، ولا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه إلا بسبب علم به بعد التعيين¹.

أما بالنسبة لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار فإن المادة الرابعة عشر 1-14 تحدد الشروط الواجب توفرها في المحكمين الموجودة أسماؤهم في قوائم التحكيم وهي: يجب أن يكون هؤلاء الأشخاص من المتمتعين بالمركز الأدبي الرفيع، ومن المشهود لهم بتخصصهم وكفاءتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية أو المالية، وأن تتوفر لديهم ضمانات الحياد والاستقلال في مباشرة وظائفهم، مع ملاحظة أن التخصص القانوني بالنسبة للأشخاص المعينين يعتبر شرطا جوهريا².

ولمكانة الغرفة التجارية الدولية بباريس ولخبرتها في تسوية المنازعات المختلفة، فإنه يمكن الاستعانة بها في تعيين المحكم أو المحكمين في حالة تقاعس الأطراف³، ويمكن ذكر كمثال على ذلك العقد المبرم ما بين مصر وشركة يا أمريكا سنة 1964م حيث نصت المادة الثانية و الأبعون منه على أنه "وإذا لم يقر الطرف الثاني بتعيين محكم له فإن للطرف الأول في أن يتقدم إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية طالبا تعيين محكم ثان"، ونجد دور هذه الغرفة بارزا في الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر مع بعض الدول ومنها قطر إذ تنص المادة 3/7 من الاتفاقية

¹ المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق، ص . 232.

² قادي عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 250.

³ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 168.

الجزائرية القطرية على ما يأتي "إذا لم تتم التعيينات خلال المدة المشار إليها في الفقرة الأولى يحق لأي طرفي النزاع في حالة غياب أي إتفاق آخر، أن يطلب من رئيس الغرفة الدولية للتجارة بباريس إجراء التعيينات اللازمة".

والملاحظ أن الجزائر في علاقاتها الاقتصادية أحالت إلى عدة مراكز لتسوية منازعات الاستثمارات ولم تكتف بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي

من الإجراءات التي تساهم في حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج ، هو واجب تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع، وكذلك البحث عن القانون الذي يجب تطبيقه على المسائل الإجرائية ؛ وكذلك القانون الواجب تنفيذه على موضوع النزاع.

أ-تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم؛ ويبرز هذا القانون الإرادة في اختيار القانون الواجب التنظيم لأطراف النزاع، ويعني ذلك حرية الأطراف في تحديد قواعد الإجراءات¹.

ولقد جاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1043 يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يجب إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم².

¹محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 187.

²القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008م المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، المرجع السابق ، ص . 230.

وتتص هذه المادة أن سلطان الإرادة هو المكس، حيث تعطى للأطراف المتنازعة ثلاث خيارات هي: وضع قواعد الإجراءات، أو الإحالة إلى نظام تحكيمي معين، حيث تم تطبيق الإجراءات الموجودة فيها؛ والحالة الثالثة إخضاع الإجراءات لقانون وطني في حالة غياب الحالتين.

وينتقد الفقهاء الطريقة الأولى نظرا لقصورها، وقد تسبب في عراقيل قد تحول دون إتمام الإجراءات، وذلك نظرا لقيام الأطراف بوضع هذه الإجراءات أو عدم إمامهم بكل الجوانب الإجرائية¹، ويمكن للأطراف المتنازعة اختيار القواعد الإجرائية لدى هيئة تحكيمية متخصصة، وهذا الإجراء هو الغالب في الهيئات التحكيمية، ولقد حكمت محكمة استئناف باريس بهذا الموقف؛ حيث جاء فيه "بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمنح الاختصاص للغرفة التجارية الدولية فإن نظام هذه الهيئة هو بالضرورة الساري وقت إجراء التحكيم".

ولقد أخذ المشرع الفرنسي بمبدأ سلطان الإرادة، في المادة 1494 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الفرنسي، والتي أخذ المشرع الجزائري نفس الأحكام منها.

ولقد سارت الاتفاقيات الدولية الثنائية على نفس المنهاج، وهو الأخذ بسلطان الإرادة، كما كرسات اتفاقية الأمم المتحدة لسنة 1985م الخاصة بالقانون النموذجي هذا المبدأ المنصوص عليه في إتفاقية نيويورك لسنة 1958م .

2- دور الهيئة التحكيمية في اختيار القانون المطبق على الإجراءات

قد يغيب دور إرادة الأطراف في تحديد القانون المطبق على المنازعة، مما قد يحدث فراغا قانونيا، ولتفادي هذا الوضع فلقد نصت أغلب القوانين السارية والاتفاقيات الدولية على دور الهيئة

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 182.

التحكيمية في وضع القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة، وذلك إما بالإحالة على قانون وطني معين أو نظام تحكيمي معين¹.

وغالبا ما يؤخذ بقانون محل إبرام العقد أحيانا أو قانون محل التنفيذ وتظهر في إجراء الإرادة الضمنية لطرفي النزاع، من خلال ملابسات وظروف العقد؛ أو بناء على مؤشرات خاصة منها ترجيح قانون الدولة التي استخدمت لغتها في كتابة العقد أو ترجيح قانون الدولة التي كانت طرفا في العقد مثلما جاء في المادة 42 من اتفاقية واشنطن لسنة 1965م².

ولقد سار المشرع الجزائري في نفس الإتجاه ، فلقد نص في الفقرة الأخيرة من المادة 1-43 على مايلي " إذا لم تنص الإتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو الإسناد إلى قانون أو نظام تحكيم ؛ وينبغي في حالة وجود فراغ في تحديد القانون الواجب تنفيذه العمل على حسن اختيار المحكمين، وذلك حفاظا على مصالح رعايا الدولة في الخارج، خصوصا أن الطرف المنازع الآخر هو شخص معنوي يتمتع بالسيادة، وذلك بغية الحصول على حكم تحكيمي منصف " .

تنفيذ حكم التحكيم

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 192.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 277.

بعد القيام بكل الإجراءات المتبعة في حل النزاع تقوم الهيئة التحكيمية بتحديد الإجراءات بالنسبة للتحكيم الإتفاقي، أما التحكيم النظامي فإن الأطراف يخضعون تلقائيا للإجراءات التي تحددها تلك الهيئات المتخصصة إلا إذا نصت صراحة على إتباع إجراءات أخرى¹.

وبعد صدور الحكم ألتحكيمي، ومن أجل تنفيذه فإن القانون يشترط القيام ببعض الإجراءات والكلديات من أجل تنفيذه، والأصل أنه ينفذ إراديا طبقا لاتفاق التحكيم، غير أن هذه العملية قد تعترضها بعض الصعوبات بسبب استنجد أحد أطراف النزاع بالقضاء الوطني من أجل تنفيذ هذا الحكم وفي الحالة الثانية فنحن أمام التنفيذ الجبري، كما أن الحكم يكون أجنبيا مما يشترط إجراءات خاصة، وذلك بموجب اتفاقية نيويورك 1958م المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وعليه سنتعرض إلى التنفيذ الطوعي أولا ؛ و التنفيذ الجبري ثانيا.

1-التنفيذ الطوعي

القاعدة العامة أن أحكام التحكيم تنفذ إراديا من طرف أطراف النزاع، وذلك بإتباع بعض الإجراءات في ذلك، ولقد نصت المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² ، على أن يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي قابلا للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيم التعجيل³.

ولقد كانت المؤسسات الجزائرية تنفذ أحكام التحكيم طواعية قبل سنة 1993م بسبب أن القانون المطبق قبل ذلك كان القانون الجزائري، رغم أن تلك الفترة لم يكن يعترف بالتحكيم، كما أن التنفيذ الطوعي قد تجسد بموجب الإتفاقية الجزائرية الفرنسية لسنة 1983م وذلك طبقا للمادة 07/17 التي نصت على أن حكم التحكيم نهائي، وأن الأطراف تلزم بتنفيذ الحكم طبقا لنص محكمة التحكيم، وذلك اعتبارا أن الأطراف قبلت باللجوء إلى التحكيم.

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 278.

² القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، المرجع السابق ، ص . 277.

³ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 251.

أما في المرسوم التشريعي رقم 93-09 فيؤكد بأن التنفيذ الطوعي هو الأصل، والتنفيذ الجبري إستثناء ؛ وذلك من خلال المادة 458 مكرر 16-2 التي تنص على أنه "يؤمر بالتنفيذ الجبري حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 7.1 وذلك في غياب التنفيذ الطوعي للحكم التحكيمي".

2-التنفيذ الجبري لأحكام التحكيم

في حالة إخلال الأطراف المتنازعة بالتنفيذ الطوعي، يلجأ الطرف الآخر إلى التنفيذ الجبري، ويختلف الحكم التحكيمي إن كان أجنيا أو وطنيا فالأحكام التحكيمية الأجنبية تختلف إجراءات وشروط تنفيذها رغم أنها تخضع إلى الاتفاقيات الدولية، التي تعترف لطالب التنفيذ بحق التمسك بالنص الذي يناسبه بشكل أكبر سواء كان ذلك النص في قانون داخلي أو في اتفاقية دولية¹.

وإن الانضمام إلى اتفاقية نيويورك 1958م يؤدي بالضرورة إلى الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، حيث تنفذ جبرا في غياب التنفيذ الطوعي.

أما بالنسبة للجزائر فإنه وبانضمامها إلى اتفاقية نيويورك 1958م، فهي تقر بالاعتراف والتنفيذ الجبري للأحكام التحكيمية الأجنبية حيث نصت المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "على أنه يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت وجودها من تمسك بها ، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط؛ بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني²، ونميز من خلال هذه المادة حالتين: أولا إذا كان حكم التحكيم صادر في الجزائر، وثانيا إذا كان حكم التحكيم صادرا خارج الجزائر.

¹ عبد العزيز قادري، المرجع السابق ، ص . 306.

² المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة الجزائري ، المرجع السابق ، ص . 239.

أولا : إذا كان حكم التحكيم صادر في الجزائر .

ففي هذه الحالة إذا كان مقر التحكيم في الجزائر فإن توجيه طلب التنفيذ عن طريق القضاء من طرف المعني بتعجيل التنفيذ يكون أمام رئيس المحكمة التي يمتد اختصاصها إلى المكان الذي صدر فيه الحكم التحكيمي¹.

ثانيا: إذا كان حكم التحكيم صادرا خارج الجزائر.

أما في هذه الحالة يكون الحكم التحكيمي قد صدر خارج تراب الجمهورية فإن اختصاص إصدار الأمر بالتنفيذ الجبري، يرجع إلى رئيس محكمة الجهة التي يطلب فيها التنفيذ².

وحتى يكون الحكم التحكيمي قابلا للتنفيذ في الجزائر لابد أن تتوفر فيه شروط الاعتراف والتنفيذ، كما جاءت بها المادة 1051 السالفة الذكر، التي وضعت شرطا ماديا واحدا للاعتراف والتنفيذ وهو إثبات وجود الحكم التحكيمي³.

أما اتفاقية نيويورك 1958م المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية فتتخصص المادة الرابعة (4) منها على أن من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليها في المادة السابقة (من الإتفاقية) أن يقدم مع الطلب:

أ-أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة الرسمية للسند.

ب-أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة الرسمية للسند.

2-على طالب الاعتراف والتنفيذ، إذا الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محررين بلغة البلد الرسمية المطلوب إليه التنفيذ أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة، ويجب أن يشهد على هذه الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي.

¹ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 254.

² محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 254.

³ محمد كولا، المرجع السابق ، ص . 255.

وهذه الشروط الشكلية المنصوص عليها في المادة الرابعة تجعل الحكم التحكيمي نهائيا وملزما¹.

أما الشروط الموضوعية من اتفاقية نيويورك فإن المادة الخامسة التي تنص على حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وهي:

1-عدم صحة إتفاق التحكيم: وفي هذه الحالة على الخصم أن يقدم الدليل على أن أطراف الاتفاق عديمي الأهلية أو أن الاتفاق غير صحيح طبقا للقانون الذي خضع له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

2-الإخلال بحق الدفاع: يمكن أن يرفض الحكم التحكيمي إذا أثبت الطرف الذي صدر ضده الحكم أنه لم يعلن إعلانا صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب أو آخر أن يقدم دفاعه.

3-تجاوز الحكم حدود النزاع: إذا اثبت الطرف الصادر ضده الحكم التحكيمي أن المحكم فصل في نزاع غير وارد في إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضى به وهذا وفقا للمادة الخامسة الفقرة 1 من اتفاقية نيويورك 1958م.

4-عدم صحة تشكيل محكمة التحكيم أو الإجراءات التحكيمية : إذا أثبت الطرف الذي صدر ضده الحكم التحكيمي أن "تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما أتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق فإنه يمكن أن يرفض الاعتراف وتنفيذ هذا الحكم التحكيمي.

5-التدليل على أن الحكم لم يصبح ملزما بعد أو أبطل أو أوقف تنفيذه : ووفقا للمادة الخامسة الفقرة 1 من اتفاقية نيويورك التي تنص على رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي أو بتنفيذه،

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 309.

فإنه على الطرف الذي صدر الحكم ضده أن يثبت أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو الفئة وأوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها، أو بموجب قانونها صدر الحكم¹.

وهناك حالتان نصت عليهما الفقرة الثانية من الإتفاقية السالفة الذكر، حيث نصت على ما يأتي "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطالب منه الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

1-أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

2-أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه يخالف النظام العام في هذا البلد " .

فبالنسبة للحالة الأولى فهي واضحة حيث لا يجوز أن يطلب من دولة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي وقانونها الداخلي لا يسمح بالتحكيم .

أما الحالة فهي مخالفة للنظام العام، وذلك طبقا لاتفاقية نيويورك عام 1958م فالنظام العام يقصد به النظام المعمول به في الدولة التي ينفذ فيها حكم التحكيم، غير أن القوانين الوطنية للنظام العام التي قد لا تكون مناسبة في مجال العلاقات التجارية الدولية، وفي هذا السياق فإن المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قد نص على النظام العام الدولي، و الذي يعبر عن القواعد القانونية الامرة ، و يتعلق أيضا بالأسس الجوهرية التي يقوم عليها القانون الدولي ، هذه القواعد التي لا يجوز مخالفتها ضمانا لتحقيق الحد الأدنى من المصالح الضرورية للمجتمع الدولي .

¹قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 313.

المبحث الثاني: دور المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار في حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج

باعتبار أن الإستثمار يعد الحجر الأساس في موضوع المصالح المشروعة لرعايا الدول في الخارج، و أيضا لما يشكله أي الاستثمار في الحياة الاقتصادية للدول، فقد أولى المجتمع الدولي أهمية بالغة لهذا الموضوع خصوصا في الستينات و السبعينات من القرن الماضي، في ظرف اقتصادي تميز بتسارع التأميمات خلال هذه المرحلة، فكان من الضروري على الشركات الاقتصادية الرأسمالية البحث على نظام يحمي مصالحهم القصد منه الحفاظ عليها ، وكذلك إيجاد نوع من التوازن بين أهدافهم الربحية والمقاصد الاقتصادية التنموية للدول.

ويعد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار (CIRDI) أهم الآليات لتسوية المنازعات ما بين الدول والمستثمرين الأجانب، وهذا نظرا لما تكفله هذه الآلية من حماية لمصالح المستثمرين الأجانب، وقصد التفصيل في هذا الأمر فسأتناول الموضوع من خلال ثلاث مطالب هي:

1-أسباب إنشاء هذا المركز وتنظيمه.

2-إجراءات تسوية منازعات الإستثمار أمام المركز.

3-اللجوء إلى تحكيم المركز دون وجود شرط أو إتفاق التحكيم.

المطلب الأول: أسباب إنشاء المركز وتنظيمه

لا بد قبل التعرض لتنظيم المركز ، التعرف على أهداف إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار .

الفرع الأول: أهداف إنشاء المركز الدولي

إن الهدف الأساسي من إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار هو قضية التنمية الاقتصادية، ولأجل ذلك فإن الإتفاقية تهدف إلى تسهيل الاستثمارات الخاصة الدولية،

ويكون ذلك بخلق المناخ المناسب للاستثمار¹ ؛ ولقد أنشأ هذا المركز بموجب اتفاقية واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965م حيث يختص بتسوية المنازعات ما بين الدول ورعايا الدولة لدولة أخرى الخاصة بالاستثمار².

ولقد جاء إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار لمعالجة النقائص التي كانت موجودة في آليات تسوية المنازعات ما بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية، والمتمثلة أساسا في عدم إمكانية الحماية الدبلوماسية في حماية المستثمرين التي تشترط أن تقبل دولة جنسية المستثمر الأجنبي القيام بهذه الحماية³.

ومن وجهة نظر المستثمر فإن المحاكم الوطنية قد لا تكون حيادية في أحكامها في حالة الفصل في المنازعات مما قد لا يؤدي إلى العدل والإنصاف، فضلا أن يكون القانون الوطني قاصرا ولا يستجيب إلى معايير العدل في حالة تطبيقه، كما أنها أي المحاكم الوطنية لبعض الدول لا تمتلك الخبرة التقنية التي من شأنها الفصل في قضايا الإستثمار المعقدة.

إضافة إلى ما سبق ذكره فإن التحكيم الدولي كان الملاذ الذي يبحث عنه المستثمر الأجنبي من أجل حماية حقوقه، فضلا على أنه أقل تكلفة وأكثر فاعلية مقارنة بالآليات الأخرى لتسوية المنازعات.

هذه الأسباب أدت بالبنك الدولي الذي أنشئ من أجل الإنشاء والتعمير وتقديم الرساميل لمختلف البلدان من أجل تمويل المشاريع الإنتاجية على المدى المتوسط والبعيد⁴، إلى التحول تدريجيا إلى الاهتمام بالاستثمار؛ ومن ثم التفكير في آلية فعالة في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار خصوصا بعد أن قام بالتوفيق ما بين عدة دول حول منازعات ما بينها، وتحقيقا لذلك فقد عهد إلى المستشار القانوني للبنك الدولي آنذاك السيد "أرون بروكس Aron Brouks" إلى تقديم مذكرة إلى المديرين التنفيذيين في 28 أوت 1961م تتضمن أهمية إنشاء آلية دولية لتسوية

¹ CIRDI, Le règlement des différends, op.cit , 2003 , P.11.

² Anne Marie Alkabas, le centre international de règlement des différends relatifs a l'investissement-questions juridiques institutions, Anne 2003, P1.

³ CNUCED, op.cit, p.7.

⁴ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 319.

المنازعات المالية والإقتصادية بين الدولة ورعايا الدول عن طريق التوفيق والتحكيم¹، وأعقب المذكرة بتقديم مشروع اتفاقية عرضت على المديرين التنفيذيين لغرض مناقشتها مع حكوماتهم.

وفي سبتمبر عام 1962م طلب رئيس البنك الدولي السيد " أوج بلال " من محافظي البنك إصدار قرار للمديرين التنفيذيين يمنح بموجبه صلاحية دراسة إنشاء جهاز لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، ولقد أشارك العديد من الخبراء القانونيين من ست وخمسين (56) دولة من أجل دراسة مشروع الإتفاقية المتعلقة بهذا الموضوع.

ولقد عرض مجلس المحافظين بعد إعداد مشروع الإتفاقية على اللجنة القانونية التي أنشأها المديرين التنفيذيون والتي كان فيها ممثلون لواحد وستين (61) دولة²، ولقد تحول هذا المشروع إلى اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات ما بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مجال الإستثمار في 18 مارس 1965م كما سبق ذكره.

وبعد مصادقة عشرين (20) دولة على هذه الإتفاقية دخلت حيز التنفيذ في 14 أكتوبر 1966م، وكانت أغلبية الدول الأولى المصادقة عليها من الدول النامية خاصة من إفريقيا³.

أما بالنسبة للجزائر وعلى إثر الأزمة الاقتصادية الحادة التي عرفت في نهاية الثمانينات من القرن الماضي ومن أجل جلب الاستثمارات الأجنبية الخاصة كان لابد عليها المصادقة على الاتفاقيات المتعلقة بحماية الاستثمارات والاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، فلقد صادقت الجزائر بموجب الأمر رقم 95-05 الصادر في 21/01/1995م على اتفاقية واشنطن 1965م، أي بعد عشرين سنة من الموافقة عليها⁴.

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 321.

² قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 322.

³ CNUCED, op.cit, p.9.

⁴ بن سهلة ثاني بن علي، ونعيمي فوزي، المرجع السابق، ص . 38.

ولقد انضمت في السنوات القليلة الماضية أكثر من 165 دولة إلى هذه الإتفاقية، كما أن جل البلدان الصناعية الكبرى انضمت إلى هذه الإتفاقية، وفي نفس الوقت تضاعفت القضايا المطروحة أمام المركز من أجل التسوية سواء عن طريق التوفيق أو التحكيم.

ولقد أورد تقرير صادر عن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية التطورات في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدولة، فقد سجلت 62 حالة جديدة سنة 2012م منها 68% في المائة من المعترض عليهم كانوا من البلدان النامية أو التي تمر اقتصادياتها بمرحلة انتقالية.

ولقد تحدى المستثمرون الأجانب مجموعة واسعة من الإجراءات الحكومية، المتعلقة بإلغاء التراخيص، وانتهاكات عقود الاستثمار، والمخالفات في المناقصات العامة، والتغيرات في القوانين والأنظمة، وسحب الإعانات الممنوحة، ونزع الملكية مباشرة من الاستثمارات، وفرض الضرائب... الخ

وفي سنة 2012م ؛ منحت تسعة أحكام تعويضات هامة عن الأضرار التي لحقت بالمستثمرين الأجانب، وهذا يبرز أهمية الدور الذي يقوم به هذا المركز في إيجاد التوازن ما بين المصالح المشروعة للأشخاص المعنوية والطبيعية الخاصة والدول، رغم أن البداية كانت قليلة جدا في الفصل في قضايا الاستثمار، وابتداء من سنة 1990م عرف المركز تصاعدا في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار¹.

إن الدور الهام الذي أضحي يقوم به المركز يفرض علينا معرفة طريقة تنظيمه وسيره والتي أدت به أن يصبح الوسيلة المثلى في تسوية منازعات الإستثمار بين رعايا الدول الأخرى والدولة المضيفة للاستثمارات، وعليه سنعرض إلى تنظيم المركز واختصاصاته.

¹ CNUCED, op.cit, P. 10.

الفرع الثاني: تنظيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار

لا يختلف المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار على باقي الهيئات الدولية الأخرى، حيث يتألف من المجلس الإداري والأمانة، وهذا حسب المادة الثالثة من الإتفاقية المنشأة له إضافة إلى عدد من التوفيقيين وعدد آخر من المحكمين¹، وسأتناول هذين الهيكلين كل على حدة.

أ- **المجلس الإداري**: لقد نصت المادة الرابعة (4) على أن المجلس الإداري يضم ممثلاً عن كل دولة متعاقدة، وفي حالة غياب هذا الممثل أو مرضه يمكن لنائبه، أو من يحل محله المشاركة في المجلس باعتباره ممثلاً لتلك الدولة، ولكن في حالة عدم قيام الدولة بتعيين الممثل أو نائبه فإن محافظ البنك أو نائبه اللذين تعينهما الدولة المتعاقدة يقومان بحكم القانون بالوظائف الخاصة بممثل الدولة ونائبه²، ويرأس رئيس البنك العالمي بحكم وظيفته المجلس الإداري خاصة أن مقر المركز هو البنك العالمي³، وفي حالة غيابه يحل محله في رئاسة المجلس نائبه ولا يحق له التصويت في هذا المجلس.

ب- **اختصاصات المجلس**: يختص المجلس الإداري للمركز بالمهام الآتية مع عدم الإخلال بالاختصاصات التي قد تمنح إلى المركز الإداري بمقتضى النصوص الأخرى من إتفاقية واشنطن 1965م.

-تبنى اللوائح الإدارية والمالية والإجرائية المتعلقة بتقديم النزاعات إلى التوفيق أو التحكيم، وبوافق على كل الترتيبات التي تتخذ بالاشتراك مع البنك العالمي بهدف استخدام إمكانياته وخدماته.

¹ المادة -3- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 2.

وتنص على ما يأتي: يتألف المركز من مجلس إداري وأمانة، ويحتفظ بقاعة تضم عددا من التوفيقيين وعدد آخر من المحكمين.

² المادة الرابعة-4- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 3.

³ المادة الثانية من إتفاقية واشنطن 1965م تنص على ما يأتي: المركز هو مقر البنك العالمي للإنشاء والتعمير والذي يسمى بما يلي بالعالمي، ومع ذلك يمكن نقل المركز إلى مكان آخر بقرار من المجلس الإداري للمركز يصدر بأغلبية ثلثي أعضائه.

-يقوم المركز بتحديد شروط تعيين الأمين العام والأمناء المساعدين، ويقر الميزانية السنوية لإيرادات ومصروفاته، كما يوافق على التقرير السنوي بشأن أوجه نشاط المركز، وذلك بمصادقة ثلثي الأعضاء بالنسبة للاختصاصات (أ، ب، ج، و)¹، غير أنه بالنسبة للاختصاصات الأخرى فلم يحدد الأغلبية التي يتم بها البت في هذه المسائل، والمرجح أن تتم بالأغلبية المطلقة.

ولقد حددت هذه الإتفاقية سير دورات المجلس، حيث يعقد دورة عادية سنوية، إلا أنه يمكن أن يعقد دورات استثنائية متى دعت الضرورة إلى ذلك، وذلك بقرار من المجلس الإداري بناء على دعوة رئيس المجلس أو دعوة الأمين العام بناء على طلب خمس (5/1) أعضاء المجلس على الأقل، ولكل ممثل دولة متعاقدة في الإتفاقية صوت واحد، ومراعاة لأنه استثناءات تقررها هذه الإتفاقية فإن كافة المسائل التي تعرض على المجلس يفصل بها بأغلبية الأصوات، الحاضرة أي أغلبية الأعضاء الحاضرين المشتركين في التصويت.

ويتألف النصاب من نصف أعضاء المركز زائد واحد، ولقد ورد في المادة السابعة من الاتفاقية استثناء في عملية التصويت حيث يمكن للمجلس الإداري أن يتبنى بأغلبية ثلثي الأعضاء قرار يخول الرئيس أن يطلب من أعضاء المجلس إجراء التصويت بالمراسلة فيما يتعلق بموضوع معين، ولا يكون هذا صحيحا إلا إذا شاركت فيه أغلبية أعضاء المجلس خلال الفترة المحددة في القرار الذي خول للرئيس ذلك الحق المذكور².

2-الأمانة العامة

ونظرا لأهمية دور الأمانة العامة في سير المركز، فإنها تشتمل على أمين عام واحد، وأمين عام مساعد أو أكثر بالإضافة إلى مجموعة من الموظفين والمستخدمين³.

ويتم إختيار الأمين العام والأمناء العامين المساعدين بواسطة الانتخابات بناء على ترشيح الرئيس من قبل المجلس الإداري بأغلبية ثلثي أعضائه، والمدة لا تتجاوز ست (6) سنوات قابلة للتجديد مرة

¹المادة (6) من إتفاقية واشنطن 1965، المرجع السابق، ص . 3.

²قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 325.

³المادة التاسعة من الإتفاقية، ص . 4.

واحدة، وفي هذا الإطار يقدم الرئيس بالتشاور مع أعضاء المجلس الإداري مرشحا أو أكثر لكل وظيفة.

وفي إطار ممارسة نشاطاتهم فإنه لا يجوز للأمين العام أو الأمناء العاميين المساعدين ممارسة أي نشاطات سياسة أو شغل أي وظيفة أخرى أو ممارسة أي نشاط مهني آخر إلا في حالة إقرار المجلس الإداري بعض الاستثناءات في هذا المجال.

على الرئيس أثناء تعيين قوائم الأشخاص الموفقين والمحكمين أن يأخذ بعين الاعتبار أن تمثل هذه القوائم الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم، بالإضافة إلى تمثيل القطاعات الرئيسية للنشاط الاقتصادي العالمي¹، ويعني هذا وجوب تعيين عدد معتبر من الأشخاص الذين يمثلون الاقتصاد المتقدم بما يمثله من أهمية في الاقتصاد العالمي، وكذلك لما لديهم من خبرة إلى غير ذلك.

قائمة الموفقين والمحكمين

يحدد المركز قائمة بأسماء الموظفين والمحكمين من المؤهلين للقيام بمهام التوفيق والتحكيم، تقوم كل دولة طرف في الإتفاقية بترشيح أربعة (4) أشخاص دون اشتراط أن يكونوا من رعاياها، أي يمكن أن ترشح أشخاصا من دول أخرى.

ويجب أن تتوفر في الأشخاص المعنيين في القوائم شروط الكفاءة والأخلاق العالية، ويعينون لمدة عشر (10) سنوات قابلة للتجديد، وفي حالة استقالة أو وفاة أحد أعضاء القائمين يمكن للجهة التي عينته استخلافه ببديل عنه لما تبقى له من مدة، وفي حالة تعدد الجهات التي عينته فإنه يعتبر معينا من طرف الجهة الأولى التي عينته².

وتبلغ التعيينات إلى الأمين العام بحيث تحسب مدة التعيين من تاريخ تسلم التبليغ، وإذا عين شخص لإدراج إسمه على إحدى القائمتين من قبل عدة دول متعاقدة، أو من قبل دولة متعاقدة

¹المادة -11- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 6.

²قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 326.

أو أكثر وأيضا من الرئيس فإن مثل هذا الشخص يعتبر معيناً من قبل الجهة التي عينته أولاً، ولكن أن يدرج شخص واحد في القائمتين في آن واحد أي قائمة الموفقين أو قائمة المحكمين¹.

1- المركز القانوني والحصانات والامتيازات

أعطت اتفاقية واشنطن 1965م عدة امتيازات وحصانات للمركز وكذلك لرئيس المركز وأعضاء المجلس الإداري والمحكمين والموفقين، ودون هذه الامتيازات والحصانات فإنه لا يمكن للمركز أن يكون آلية فعالة في تسوية المنازعات.

ولقد نصت هذه الإتفاقية في المواد 1 لثامنة عشرة إلى الرابعة و العشرين على هذه الامتيازات والحقوق، وكذلك تحديد المركز القانوني للمركز وإعطائه الأهلية القانونية الدولية بما فيها أهلية التعاقد، أهلية تملك الأموال المنقولة والعقارية، وكذلك أهلية التقاضي والنص على هذه الخصائص، هو على سبيل المثال لا الحصر².

هذا إضافة إلى تمتع هذا المركز بالحصانات والامتيازات الممنوحة لرئيس المجلس وأعضاء المجلس الإداري، والموفقين والمحكمين ، كما نصت عليها المادة الواحدة و العشرين من الإتفاقية هي:

1- لا يجوز مطاردة أي من هؤلاء بسبب أعمال أرتكبها في مجال ممارسة وظائفه، إلا إذا رفع المركز عنه هذه الحصانة، وهذا الامتياز الممنوح لهؤلاء الأشخاص يسمح لهم ممارسة أعمالهم بكل نزاهة خصوصا أنهم معرضون لضغوطات بين طرفي النزاع، ويمنح القوة الكافية لهم من أجل العمل على إصدار أحكام تتسم بالإنصاف والعدل، وذلك في حد ذاته يمنح المصادقية.

¹ المادة -16- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 6.

² المادة -18- من إتفاقية واشنطن 1965م ، تنص على ما يأتي: يتمتع المركز بالشخصية القانونية الدولية الكاملة وله على سبيل المثال : 1-أهلية التعاقد . 2- أهلية تملك الأموال المنقولة والعقارية . 3-أهلية التقاضي.

2-يستفيدون متى كانوا من غير رعايا الدولة التي يمارسون وظائفهم على أراضيها، بالامتيازات المقررة في الهجرة، فنحيل الأجانب والواجبات العسكرية وأيضا بالتسهيلات المعترف بها في شأن مبادلة العملية وتحويلها¹.

ولقد أعطت هذه الإتفاقية امتيازاً مالياً آخر ، خاص بالإعفاء من فرض أي ضرائب على الرئيس وأعضاء المجلس الإداري والموظفين وكذلك التعويضات التي تمنح للموفقين والمحكمين، باستثناء إذا كان المستفيدون من رعايا الدولة التي يمارسون وظائفهم داخل أراضيها².

الفرع الثالث: اختصاصات المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار

لا يختص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار إلا إذا تعلق النزاع بعلاقة استثمار وكان ذا طبيعة قانونية³، وهذا ما جاء في المادة الخامسة و العشرين من اتفاقية واشنطن التي لم تحدد مفهوم المنازعات القانونية، ولم تحدد مفهوم الإستثمار، ويكون القصد من المنازعات القانونية هو المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ العقد⁴.

إن عدم تحديد اتفاقية واشنطن 1965م لمفهوم الإستثمار كانت الغاية منه عدم تقييد مجال اختصاص المركز، وكذلك تفادياً لما قد يعرف بتوسيع مفهوم الإستثمار وكذلك هو فتح المجال واسعاً للانضمام إلى الإتفاقية من قبل الدول، مع منح لها تقديم تحفظات بخصوص مجالات الإستثمار، وهذا ما جاء في المادة الخامسة و العشرين الفقرة الرابعة ال حيث تنص على ما يأتي:

تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الإتفاقية؛ أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز

¹ المادة -21- من إتفاقية واشنطن 1965 م، المرجع السابق ، ص . 7.

² المادة -24- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 8 .

³ بن سهلة بن علي، نعيمة بن علي ، المرجع السابق ، ص . 30.

⁴ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 327.

لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، وعلى الأمين العام أن ينقل فوراً هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى، ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقاً للفقرة الأولى.

ونظراً لعدم تحديد مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن 1965م فإن الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية ما بين الدول تقوم بتحديد مفهوم الإستثمار؛ غير أنها لا يمكن أن تحسم بالضرورة المعنى الخاص بالاستثمار بموجب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ويستدل على ذلك ببعض المعاهدات التي تشمل الحق في الاستثمار، فإن اتفاقية المركز لا تسري إلا عند حدوث استثمار فعلي¹.

وينعقد اختصاص المركز أيضاً بالمستثمر الأجنبي الذي يجب أن يكون رعية دولة أخرى صادقت على اتفاقية واشنطن، إضافة إلى ضرورة الموافقة على اختصاص المركز كما جاء في المادة السادسة والعشرين التي تنص على أن موافقة أطراف النزاع على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الإتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك تخلياً عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية، ويجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية استنفاد طرق التسوية الداخلية سواء كانت الإدارية أو القانونية².

وتحتفظ الأطراف المتنازعة بالسلطة التقديرية في عقد الاختصاص لأنه لا يعني أن تصديق الدول على هذه الإتفاقية فهي ملزمة بعرض منازعاتها على هذا المركز³، فلها الحرية في عرض منازعاتها على مؤسسات أخرى، غير أن الإلزام يقع في حالة موافقة الأطراف على اختصاص المركز، فإنه لا يجوز بعد ذلك سحب أحد الأطراف بالإرادة المنفردة لهذه الموافقة حسب المادة (1/25).

¹بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 451.

²المادة -26- من إتفاقية واشنطن 1965م ، المرجع السابق .

³ بن سهلة بن علي، نعيمة فوزي، المرجع السابق ، ص . 34.

وتعترف الإتفاقية بحق الطرف الخاص في حالة الموافقة على عرض النزاع على المركز أن يطلب الفصل في القضية دون المرور أو تدخل دولته التي يحمل جنسيتها، وفي المقابل فلا يحق لدولة الجنسية إلزام رعاياها باللجوء أو الامتناع على عرض منازعاتهم على المركز أو بوقف عرض النزاع على دولة معينة متعاقدة على المركز¹.

وتظهر حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج من خلال اختصاص المركز في ذلك الالتزام في حمايتهم في مواجهة الدولة التي تعاقدها معها، والتي قد تفكر في التخلي والتصل من التزاماتها التعاقدية، وذلك برفضها الخضوع للتحكيم، أو إنكارها لوجود مثل هذا الالتزام على عاتقها مما قد يؤدي لتشكيل عقبة أمام تسوية المنازعة².

إن اعتماد هذه الإتفاقية على هذا التنظيم، قد منح الفرد القدرة على مقاضاة الدولة مباشرة أمام المؤسسات التحكيمية ؛ وهذا من إحدى الصعوبات التي كانت تواجه الأفراد في مقاضاة الدول مباشرة، ومن ثم توفير الحماية القانونية لمصالحهم المشروعة، وهو ما يعتبر تطورا هاما في تعزيز تواجد رعايا الدولة في الخارج من خلال توفير هذه الآلية القانونية، وتبعد هؤلاء إلى حد بعيد عن التخوف من التعسف ومن استعمال الدول لسيادتهم، وكذلك عدم حياد القضاء الوطني، ويكون نتاج ذلك هو تعزيز التعاون ما بين الدول، وتحقيق المنفعة المتبادلة بين الأطراف، وتعزيز الثقة ما بين الطرف الخاص والدول المتعاقدة، كما أنه يفرض على الدول التفكير مليا قبل التصرف أو التعسف تجاه رعايا الدولة في الخارج الموجودين في أراضيها خشية أن تكون ملزمة بتعويضات قد تضر بمصالحها.

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 329.

² بن سهلة بن علي، نعيمي فوزي، المرجع السابق ، ص . 34.

تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع

تتميز اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بأنها لم تحدد قواعد موضوعية لحل النزاع، و إنما توفر فقط إجراءات تسويته¹.

ولقد أخذت مسائل اختيار القانون الواجب التنفيذ مكانة هامة في ممارسات هيئات التحكيم، والبحث عن القانون الصحيح هو مطلب هام لإصدار حكم تحكيمي صحيح، كما أن العكس قد يؤدي إلى إبطال الحكم الصادر أو التعسف في استعمال السلطة.

ولذلك فإن اتفاقية واشنطن فرضت على هيئات التحكيم الفصل في النزاع المطروح أمامها على أساس القانون المتفق عليه ما بين الأطراف المتنازعة؛ غير أنه في حالة عدم وجود هذا الاتفاق، يتم تطبيق قانون الدولة المستقبلة للاستثمار إضافة إلى القواعد المناسبة في القانون الدولي، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية والأربعون من الإتفاقية ، حيث جاء فيها بأن تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع².

وفي حالة تطبيق قواعد القانون الدولي فإن المعاهدات هي الأولى بالتطبيق خاصة اتفاقيات الإستثمار الثنائية، فضلا عن القانون الدولي العرفي، زيادة على المبادئ العامة للقانون والممارسات القضائية خاصة الصادرة عن هيئات التحكيم التابعة للمركز³.

وبالرجوع إلى المادة الثانية والأربعون الفقرة الأولى فإن الأولوية أعطيت إلى القانون المتفق عليه من طرفا النزاع ثم قانون الدولة المستقبلة للاستثمار، كما يمكن للطرفين حسب الفقرة

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 451.

² المادة-42- ، الفقرة الأولى من إتفاقية واشنطن 1965م.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 452 .

الثالثة(3) التي تنص على ما يلي:" ولا تخل أحكام الفقرتين السابقتين بما للمحكمة من سلطة -إذا ما أتفق الطرفان على ذلك- في الحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف"¹.

ويعني هذا أن اتفاقية واشنطن 1965م قد أعطت الأطراف قدرا واسعا من الحرية لطرفي النزاع لاختيار القانون الواجب التطبيق؛ وعليه لا يجوز أن ترفض محكمة التحكيم الفصل في النزاع المطروح أمامها بحجة عدم وجود نصوص قانونية، ويستوجب على هذه الهيئة الفصل في القانون وهذه الخاصية هي صفة مميزة للمركز ومن ثم تبدو جديّة وأهمية هيئات التحكيم المركز، مما يعطي مصداقية للأحكام الصادرة عن هذه الهيئات، كما أنه تمثل حماية مقيدة لمصالح رعايا الدولة في الخارج، وذلك بضرورة الفصل في المنازعات.

المطلب الثاني: إجراءات التقاضي أمام هيئات التحكيم في المركز (CIRDI)

ينبغي للقيام بإجراءات التحكيم أمام هيئات التحكيم للمركز لتسوية منازعات الإستثمار، القيام بإجراءات إقامة الدعوى وكذلك إجراء التحكيم، والطعن والاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي، لذلك سأتناول هذا الموضوع في نقطتين اثنتين هما: إجراءات إقامة الدعوى أولا و إجراءات التحكيم ثانيا.

الفرع الأول: إجراءات إقامة الدعوى وتشكيل المحكمة

تبدأ إجراءات القيام بإجراءات إقامة الدعوى؛ لما يقوم أحد الأطراف المتنازعة بإخطار الطرف الآخر برغبته في اللجوء إلى التحكيم، ويكون ذلك بتقديم طلب كتابي إلى الأمين العام للمركز؛ الذي يقوم بإرسال نسخة منه إلى الطرف الآخر²، حسب ما تنص عليه المادة السادسة و الثلاثون من اتفاقية واشنطن 1965م؛ ولا بد أن يحتوي هذا الطلب على كل ما يتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقهم على عرض النزاع على التحكيم طبقا لقواعد الإتفاقية.

¹ المادة-42- ، الفقرة الثالثة من إتفاقية واشنطن 1965م.

² المادة-36- ، الفقرة الأولى من إتفاقية واشنطن 1965م التي تنص على ما يلي " الدولة المتعاقدة أو أحد رعاياها الذي يرغب في الإلتجاء إلى طريق التوفيق يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى الأمين العام الذي يقوم بإرسال سيرة منه إلى الطرف الآخر.

ويقوم الأمين العام للمركز بتسجيل هذا الطلب وإبلاغ الأطراف المتنازعة بهذا التسجيل، أما إذا قدر على ضوء البيانات الواردة في الطلب ؛ أنه خارج نطاق اختصاص المركز، فيمكنه رفض تسجيل هذا الطلب وإبلاغ الأطراف بهذا الرفض، ومن هنا فإن إقامة الدعوى تشترط تقديم طلب كتابي إلى الأمين العام للمركز ومخالفة هذا الإجراء لا يسمح بإقامة إجراء رفع الدعوى أمام هيئة تحكيمية تابعة للمركز ؛ لأنه لا يمكن تشكيل المحكمة التحكيمية إلا بعد تقديم الطلب وقبوله من طرف الأمين العام.

1-تشكيل محكمة التحكيم

بعد عملية تسجيل الطلب، يتم تشكيل محكمة التحكيم وتتكون حسب اتفاقية واشنطن 1965م، والمادة السابعة و الثلاثين منها، إما من محكم واحد أو من عدد من المحكمين يعينون طبقا لاتفاق الأطراف¹، ويتعين على أطراف النزاع تعيين محكم أو أكثر، ويوكل لهؤلاء تعيين المحكم الذي يرأس المحكمة، وفي حالة عدم إتفاق الأطراف على عدد المحكمين، فإن المحكمة تضم ثلاثة محكمين، يتكفل كل طرف في النزاع بتعيين واحد، أما المحكم الثالث الذي هو رئيس المحكمة، فيتم تعيينه من المحكمين الاثنتين²، أما في حالة عدم الاتفاق على تشكيل المحكمة خلال تسعين (90) يوما من إبلاغ الأمين العام للأطراف بتسجيل الطلب، أو خلال أية مدة يتفق عليها الأطراف المتنازعة فإن على رئيس المجلس الإداري وبناء على طلب أحد الأطراف، وبعد التشاور معهما أن يعين المحكم أو المحكمين الذين لم يتم تعيينهما³.

ويشترط على رئيس المجلس الإداري أن يعين المحكمين الذين لا ينتمون؛ لا إلى الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع أو الدولة المتعاقدة التي يكون أحد رعاياها طرفا في النزاع⁴، ويمكن للأطراف المتنازعة تعيين محكمين من خارج القوائم التي يحتفظ بها المركز، على أن تتوفر في

¹ المادة-37- ، الفقرة الأولى من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 13.

² المادة-37- ، الفقرة الثانية من إتفاقية واشنطن 1965م ، المرجع السابق ، ص . 13.

³ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 335.

⁴ المادة-38- من إتفاقية واشنطن 1965م.

هؤلاء نفس الشروط التي تتوفر في المحكمين الموجودين في قوائم المركز، وفي مقابل ذلك فإن هذه الإمكانية غير متاحة لرئيس المجلس الإداري في ممارسة صلاحيته في التعيين أن يعين المحكمين من خارج قوائم المركز¹.

وخلافا كما تمت الإشارة إليه، فإنه ليس هناك أي شرط في الجنسية بالنسبة للموقفين، أما التحكيم فيشترط أن يكون المحكمون من جنسيات أخرى غير جنسية أطراف النزاع وهذا تفاديا لأي انحياز بسبب المواطنة وكذلك ابتغاء مصداقية أكبر في إصدار الأحكام، فضلا على الحفاظ على سمعة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بعد تشكيل المحكمة، وبداية إجراءات التقاضي فإنه لا يجوز تعديل التشكيلة كقاعدة عامة، غير أنه يمكن أن تحدث حالات يتحتم فيها تبديل أحد المحكمين أو أكثر، وذلك في حالة الوفاة أو العجز أو الاستقالة، وينبغي في هذه الحالة أن يتم شغل المنصب الشاغر بنفس قواعد اتفاقية واشنطن في تعيين المحكمين².

ولقد أفردت الإتفاقية حكما خاصا وهو استقالة محكم كان معيناً من طرف الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بدون موافقة المحكمة فإن رئيس المجلس الإداري هو من يقوم بتعيين محكما بديل من قوائم المركز لا الدولة البديلة، ويمكن تحليل المادة التي تحرم الدولة من تبديل المحكم هو تفادي الاستقالات التي قد يكون الضغط من طرف الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، وللتقليل من هذا الوضع فإن حرمان الدولة من تعيين محكم بديل، على العكس فإن الطرف الثاني لم يحرم من هذا الامتياز ويؤكد هذا الرغبة في حماية مصالح رعايا الدولة في الخارج.

ويجوز لطرفي النزاع الطعن في عضو من أعضاء محكمة التحكيم بناء على عدم توفر الشروط اللازمة لإدراج اسمه في القائمة أو بناء على عدم توفير الشروط التي تتطلبها أحكام تعيينه الواردة في مواد اتفاقية واشنطن 1965م³.

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 336.

² المادة-56- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق، ص . 20.

³ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 337.

2-إجراء التحكيم

تفصل محكمة التحكيم في الطعون التي تقدمها أطراف النزاع فيما يتعلق باختصاص المحكمة وهذا طبقاً للمادة الواحدة و الأربعين التي تنص على أن المحكمة محكومة باختصاصها، وفي حالة ما إذا دفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف يقوم على الإدعاء بعدم دخول النزاع في نطاق اختصاص المركز أو من أجل أي سبب آخر يتعلق باللجنة، فإن اللجنة تقوم بفحصه وعليها أن تقرر ما إذا كان يجب أن يعامل باعتباره مسألة شكلية أو أن فحصه يجب أن يلحق بفحص النقاط الموضوعية¹.

ومن أحكام المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار التي تعدت إلى مسألة الاختصاص وأصبحت مرجعاً في هذا الموضوع هو حكم 20 نوفمبر 1984م الخاص بتحكيم Amco ضد حكومة اندونيسيا، ورغم أن هذا الحكم قد أُلغِيَ بموجب حكم آخر صادر في 05 جوان 1990م عن محكمة "AD HOC"، ومن ثم فإن الحكم الأول يعرض بقضية Amco، وهذا ما سنتعرض إليه في تلخيص للقضية وتبيان مسألة اختصاص محكمة التحكيم للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار.

الفرع الثاني: قضية أمكو (Amco) مع الحكومة الاندونيسية

في هذه القضية التي طرحت أمام محكمة التحكيم، كانت بناء على طلب تقدمت به شركة أمكو آسيا-Amco Asia - وهي شركة أمريكية (القانون الأمريكي) وفرعها في اندونيسيا (القانون الاندونيسي) P.T Amco Indonésie أي P.T Amco وكذلك الأشخاص المتنازل لهم عن جزء من أسهم هذه الشركة Pan American².

ولقد تقدم هؤلاء أمام الأمين العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بغرض الفصل في النزاع ما بين هذه الشركات المدعية وحكومة اندونيسيا، وتتعلق القضية ببناء وتسيير فندق Plaza Karli بجاكرتا العاصمة، حيث حصلت هذه الشركات على الحق في الاستثمار سنة 1968م وذلك بموجب عقد مبرم ما بين Amco Asia و P.T Wisna، وهي شركة

¹ المادة-41- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 4.

² Emmanuel Gaillard, La juri prudence du CIRDI Editions A.Pedone, Paris, Editions Alpha, Beyrouth, 2011, P.139.

اندونيسية مالكة للأرض، وهي تعاونية تابعة لأفراد الجيش الاندونيسي موضوعة تحت وصاية الحكومة الاندونيسية وتسمى " INKOPAD "، ويشمل العقد على إتمام أشغال فندق تم التخلي عنه وتسييره، وذلك بموجب عقد إيجاري لمدة 19 سنة، ولما تم تعديل تقسيم الأرباح سنة 1979م بموجب عقد يتضمن شرط التحكيم يحيل النزاع إلى رئيس غرفة التجارة الدولية C.C.I بباريس.

وبتاريخ 06 ماي 1968م تقدمت شركة Amco Asia بطلب إلى الحكومة الاندونيسية من أجل إنشاء فرع لها في اندونيسيا بموجب القانون المحلي للاستثمار، ويتضمن هذا الطلب الإحالة في حالة النزاع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ولقد قبل هذا الطلب من طرف وزير الأشغال العمومية الاندونيسية بتاريخ 29 جويلية 1968م.

ونظرا لاختلاف بين الشركات Amco Asia والشركة الاندونيسية حول تقسيم الأرباح سنة 1979م، فلقد قامت شركة P.T Wisna بإبلاغ شريكها بأنها أخلت بالتزاماتها وذلك بتاريخ 1980م، وقامت بعد ذلك بتسيير الفندق على أنها مالكة له ، وخلال نفس السنة قام الجيش والشركة الاندونيسيين بالاستيلاء على الفندق، ومنح التسيير للشركة الاندونيسية في أبريل 1980م¹، وهنا أنكرت الشركات المدعية حق دولة اندونيسيا بسحب الترخيص بالاستثمار وحجز الفندق، ولذلك طالبت حكومة اندونيسيا بدفع التعويضات لجبر الضرر الذي أصابها².

وفي نفس الأثناء قامت الشركة الاندونيسية برفع دعوى أمام القضاء المحلي من أجل إلغاء عقد التأجير وكذلك دفع تعويضات لها، ولقد حكمت الهيئات القضائية الاندونيسية بإسناد التسيير إلى الشركة الاندونيسية، كما رفضت هذه الهيئات القضائية طلب شركة Amco Asia بعدم اختصاصها على أساس أن العقد المبرم يتضمن شرط التحكيم، غير أنها خسرت القضية، ولذلك تقدمت هذه الشركات أمام المركز الدولي بطلب التعويض من طرف الحكومة الاندونيسية عن الأضرار التي لحقت بها.

¹ Emmanuel Gaillard, op.cit , P. 140.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 128.

حيث طالبت هذه الشركات من الحكومة الاندونيسية تعويضات تقدر بـ15 مليون دولار، وفي هذا الوقت قامت هذه الأخيرة بعملية استرداد للضرائب وحقوق أخرى من هذه الشركات على أساس أنها استفادت منها بطرق غير قانونية.

و أمام هيئة المحكمة المشكلة لهذا الغرض، طرحت مسألة القانون الواجب التنفيذ في القضية خصوصا وأنه لم تتم الإشارة إليه في العقد المبرم فيما بين الشركات، ولذلك ارتأت تنفيذ المادة ثنائية و الأربعين الفقرة الأولى التي تنص على أنه " تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفي النزاع، وإذا لم يتفق الطرفان على هذه المبادئ، فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ؛ بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع"¹، أما في الموضوع فإن المحكمة نظرت في المسائل الآتية وهي:

1- نزاع الملكية، 2- انتهاك التزامات تعاقدية، 3- الضرر، 4- طلبات الدعاوى الفرعية، 5- المصاريف.

وبخصوص المسألة الأولى فقد أقرت المحكمة بوجود نزاع للملكية بواسطة الجيش والشرطة بتاريخ 29 مارس 1980م ورأت أن القانون الاندونيسي يمنع نزاع الملكية بدون تعويض مسبق، غير أن في القضية المذكورة أعلاه؛ فإن الجيش والشرطة تدخلت لفائدة شركة اندونيسية يتكون المساهمين فيها من أفراد هاتين المؤسستين، وأنه بدون تدخل الجيش والشرطة ما كان لشركة Amco Asia أن تتخلى عن تسيير الفندق، وعلى هذا الأساس أقرت بأنه ليس هناك نزاع ملكية وإنما انتهاك لالتزامات تعاقدية ما بين الشريكين، وهو ما يورط الحكومة الاندونيسية على أساس ارتكابها الفعل الدولي غير المشروع، ومن ثم تكون مسؤولة عنه دوليا، وهذه القاعدة الدولية التي تفرض على الدول حماية الأجانب واستثماراتهم ضد الأفعال غير المشروعة للمواطنين.

¹ الفقرة الأولى من المادة-42- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق، ص . 15.

أما المسألة الثانية في هذه القضية فإن الهيئات القضائية الاندونيسية في محاولتها لإعطاء الشرعية لتصرفات الحكومة عن طريق الجيش والشرطة بموجب القرارات الصادرة عنها، فإنها لا تلتزم محكمة التحكيم؛ أولاً أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القرارات¹، وعليه فإن الجيش والشرطة قد ارتكبا فعلاً غير مشروع يأخذ على عاتق مسؤولية الدولة الاندونيسية، وفي مقابل ذلك فإن حكومة اندونيسيا تقدمت بدفاعها في 1982/12/30م أمام محكمة التحكيم منكرة اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار مستندة على النقاط الآتية:

1- أن اندونيسيا لم تعبر عن رضائها على عرض المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين شركة Amco Asia أمكو آسيا إلى تحكيم المركز.

2- أن محكمة التحكيم والمركز الدولي ليس لها أدنى اختصاص للفصل في أي نزاع ما بينها وبين Pan American، حيث لا يوجد هنا أي نص في العقود المبرمة ما بينها على اختصاص المركز.

3- أما بالنسبة لـ P.T Amco وهي شركة اندونيسية، وتحمل الجنسية الاندونيسية ولا تعامل بنفس المعاملة التي تعامل بها الشركة التي لا تحمل الجنسية الأمريكية، ومن ثم فإن محكمة التحكيم ليس لها اختصاص الفصل في النزاع².

وكانت دراسة القضية من طرف محكمة التحكيم بناء على طلب الشركة الأم Amco Asia الذي تقدمت به للحكومة الاندونيسية خاصة في مادته التاسعة التي تنص على شرط التحكيم الذي يتضمن إحالة المنازعات الناشئة على المركز الدولي " CIRDI " ما بين الشركة وحكومة اندونيسيا، ورغم أن الرسالة تعني الشركة الفرع P.T Amco ولذلك فإن المحكمة نظرت في مسألة الاختصاص بالنسبة إلى الشركة الأم وكذلك للأشخاص المساهمين Pan American.

¹ Emmanuel Gaillard, op.cit, p.143.

² حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص . 128.

2- اختصاص المركز بالنسبة للشركة الأم Amoco Ascia

ومن أجل تبرير اختصاص المركز بالنسبة للشركة الأم أمكو آسيا Amco Asia ، فإن المتقدمين بالطلبات أمام المحكمة إستندوا على الحجج الآتية؛ وهي القانون الاندونيسي الخاص بالاستثمار لسنة 1967م الذي يفرض على الحكومة الاندونيسية بتعويض المستثمر في حالة التأميم أو في حالة الاختلاف على المبلغ، وإجراءات الدفع بأن الحكومة الاندونيسية قد وافقت ضمناً على تحكيم المركز الدولي¹، غير أن محكمة التحكيم لم تستند إلى هذه الحجة، مشترطاً أن يكون اتفاقاً أو شرط تحكيم ينص على إحالة النزاع على التحكيم.

غير أنها استندت أكثر على الرسالة الموجهة إلى الحكومة التي تقدمت بها الشركة الفرع، ذات القانون الاندونيسي P.T Amco اندونيسيا إلى الحكومة والذي وافقت عليه؛ و يدل على رغبة مقدمة في الحصول على الموافقة على إقامة مشروع أجنبي في اندونيسيا ويتخذ موطناً له فيها².

ويتضمن طلب الشركة في مادته العاشرة-10- إحالة الفصل في نزاع إذا نشأ على المركز الدولي، وهو جهاز يتمتع بعضويته كل من جمهورية اندونيسيا والولايات المتحدة الأمريكية، ورغم أن الحكومة الاندونيسية لم تتكر هذه المادة غير أنها أبرزت بعض القيود التي تثير بعض المشاكل الأساسية بالنسبة لانعقاد اختصاص محكمة تحكيم المركز، وعليه طالبتها أن تحدد إن كانت المادة التاسعة-9- من طلب الإقامة تعد رضاً صحيحاً من قبل اندونيسيا، وذلك بقبول خضوع أحد الأشخاص التابعين لها للتحكيم وقبول معاملته على أساس أنه أحد رعايا الولايات المتحدة الأمريكية³.

ولقد رأت محكمة التحكيم أن الشك الذي حاولت حكومة اندونيسيا إثارته، هو إنكار لاختصاص المحكمة، ولذلك رفضت المحكمة هذه الأسباب سواء تعلق باختصاص المحكمة، وبعدم

¹ Emmanuel Gaillard, op.cit, p.54.

² حفيفة السيد حداد، المرجع السابق ، ص . 129.

³ حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص . 129.

اختصاصها بالنسبة لشركة الفرع P.T Amco، واستندت المحكمة في هذا القرار على مبدأ قانون عام هو أن أي إتفاق بما في ذلك إتفاق التحكيم، ينبغي تفسيره على أساس حسن النية، وبالرجوع إلى المادة-25-2-، ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة ما يلي¹:

1- كل شخص طبيعي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع، وفي تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا في تاريخ تسجيل الطلب طبقا للمادة الواحدة و العشرين أو المادة التاسعة مع استبعاد أي شخص لم يحمل في هذا التاريخ أو ذلك جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع.

2- كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهم على طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم، وأيضا كل شخص يحمل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذلك التاريخ، ويتفق على اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من المصالح الأجنبية.

وهنا يتوفر الشرطان الاثنان وهما الخضوع للرقابة الأجنبية ؛ وكذلك أن الشخص الاعتباري الطرف في المنازعة يتبع قانون الدولة المتعاقدة الطرف الآخر في النزاع.

وتوصلت المحكمة بأن حكومة اندونيسيا كانت تعلم بأن P.T Amco شخصا اعتباريا سوف يخضع للرقابة الأجنبية؛ وأن موافقتها على الطلب هو اعتراف على رضاها بمعاملة P.T Amco على اعتبار أنها شخص اعتباري تابع لدولة أخرى متعاقدة من أجل أعمال أحكام اتفاقية واشنطن 1965م².

¹المادة-25-2-أ.ب، من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 9 .

²حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ، ص . 132 .

2-القانون الواجب التطبيق

تطبيقا للمادة الثانية و الأربعين من اتفاقية واشنطن فإن محكمة التحكيم تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ويعني ذلك أن المحكمة تفصل طبقا للقواعد القانونية التي أتفق عليها طرفا النزاع¹، وتتص المادة ذاتها على أنه في حالة عدم إتفاق الطرفين فإن الحل في هذه الحالة هو الفصل بناء على قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع².

ويعتبر مبدأ سلطان الإرادة في مجال التحكيم الدولي هو الأصل المعتمد لدى القوانين الوطنية للدول، ويقصد بالأصل هو أن تخضع إجراءات التحكيم للقانون الذي يختاره الأطراف في إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم³، وهذا هو الأصل بأن يطبق القانون الذي تختاره الأطراف المتعاقدة، وهذا المبدأ يعطي للأطراف المتنازعة ثلاث خيارات هي:

1-وضع قواعد الإجراءات مباشرة غير أن الفقهاء أعابوا هذه الطريقة لأنها قد تتسبب في وجود عراقيل قد تحول في استمرارية إجراءات التحكيم، وذلك لأنها تتسم بالقصور وعدم إلمام الأطراف بكافة الجوانب الإجرائية، وتكون نتيجة ذلك إعاقة المحكمة التحكيمية في أداء مهامها⁴.

2-الخيار الثاني هو الإحالة إلى نظام تحكيمي متخصص، ويعني ذلك أن تختار الأطراف المتنازعة اللجوء إلى قواعد نظام لهيئة تحكيمية متخصصة مثل غرفة التجارة الدولية، ومن ثم فإن القواعد الإجرائية هي التي ستطبق في حالة النزاع.

3-الخيار الثالث هو اختيار قانون وطني، سواء كان قانون الدولة المتعاقدة أو قانون إجراءات دولة أخرى متفق عليها.

¹قادري عبد العزي، المرجع السابق، ص . 340.

²المادة-42- من إتفاقية واشنطن 1968م، المرجع السابق، ص . 15.

³محمد كولا، المرجع السابق، ص . 187.

⁴محمد كولا، المرجع السابق، ص . 188.

لكن في حالة عدم وجود إتفاق بين طرفي النزاع حول القانون الواجب التنفيذ فإن المادة الثانية و الأربعين تعتبر محكمة التحكيم ملزمة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، ويلاحظ أن اتفاقية واشنطن أعطت الأفضلية للدولة المتعاقدة على أساس أن الإستثمار يقع في أراضيها، ويفترض في رعايا الدولة في الخارج معرفة القوانين خاصة قانون الإستثمار، وعليه فإن عدم الإتفاق يكون في صالح الدولة ومن ثم ينبغي على هؤلاء الرعايا تحديد القانون الواجب التنفيذ وذلك حماية لمصالحهم.

ويضاف إلى قانون الدولة المتعاقدة مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع؛ ويكون بتطبيق مبادئ القانون الدولي في حالة إحالة القانون الداخلي للدولة الطرف في النزاع في الحالة الأولى، وفي الحالة الثانية إذا كان القانون الداخلي للدولة فيه مساسا بالعدالة؛ أو في حالة ما إذا كان تصرف الدولة الطرف تثير احتجاج رعية الدولة في الخارج¹.

ويلاحظ هنا استبعاد قانون الدولة محل إجراء التحكيم في حالة عدم الإتفاق، وتبقى إرادة الأطراف المتنازعة هي الغالبة في تحديد القانون الواجب التطبيق، كما نصت المادة الثانية والأربعين على بند يعتبر هاما وهو وجوب الفصل في النزاع ولا يجوز لها أي المحكمة أن ترفض الحكم بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عمومية، وتكون المحكمة مجبرة على الفصل في النزاع متى أقتضى الأمر الحكم بموجب مبادئ العدل والإنصاف².

3-حكم التحكيم

يهدف اللجوء إلى التحكيم وصدور الحكم التحكيمي إلى الحفاظ على مصالح من صدر الحكم لفائدته، ولا يكون ذلك إلا بالاعتراف به وتنفيذه من قبل الدولة التي ينفذ فيها؛ وإلا فلا جدوى منه ولا يمكن أن يكون بديلا للقضاء الوطني، ومن أجل أن ينفذ فلا بد من إتباع الإجراءات المتفق

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 340.

² المادة-42-، الفقرة الثالثة من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق، ص . 15.

عليها أو المنصوص عليها في الهيئات المتخصصة، وإلا كان قابلا للطعن طبقا للقانون¹، ولقد أوردت المادة الثامنة و الأربعون من اتفاقية واشنطن خمسة (5) شروط هي:

- 1- تفصل المحكمة في كل مسألة بأغلبية أصوات أعضائها.
- 2- يصدر الحكم كتابة ويوقع عليه أعضاء المحكمة الموافقون.
- 3- يجب أن يرد الحكم على كافة الطلبات الموجبة في الدعوى كما يجب أن يكون مسببا.
- 4- يجوز لكل عضو في المحكمة أن يلحق بالحكم رأيه الخاص سواء أكان يشاطر فيه أو لا يشاطر رأي أغلبية أعضاء المحكمة، مع بيان أسباب الخلاف إن وجد.
- 5- لا ينشر المركز أية أحكام بدون موافقة أطراف النزاع².

إن صدور الحكم بالأغلبية كما جاء في الشرط الأول يقصد منه أن تكون المحكمة متعددة، أما في حالة المحكم الفرد فإن الحكم يصدر عنه، يضاف هذا الشرط إلى الشروط الشكلية المشار إليها في المادة السالفة الذكر منها الكتابة، وهذا الشرط هو بديهي لتنفيذ الحكم، لأن التنفيذ يشترط العديد من الإجراءات الأخرى؛ ولا يكون ذلك إلا بوجود حكم مكتوب.

إن التوقيع يلزم به الأعضاء الموافقون؛ وهذا يؤدي إلى تحديد الأغلبية التي وافقت على الحكم، ومن ثم يأخذ هذا الحكم الشرعية القانونية، ويكون كذلك مسببا، والتسبب في حد ذاته ضمانة لحقوق الأطراف المتنازعة³، وبما أن هذا الشرط ورد في نص المادة الثامنة و الأربعون فإنه يعني أنه بيان جوهري، وعدم وجود التسبب قد يؤدي إلى بطلان الحكم التحكيمي، ولذلك فالقد ذهب أغلب قوانين الدول إلى فرض هذا الشرط، وإلا كان الحكم قابلا للبطلان.

¹ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 236.

² المادة-48 من اتفاقية واشنطن 1965 م، المرجع السابق، ص . 16 .

³ محمد كولا، المرجع السابق، ص . 242.

ولقد أجازت اتفاقية واشنطن في المادة السالفة الذكر لأعضاء المحكمة إرفاق آرائهم الخاصة ؛ سواء أوافقوا أو خالفوا هذا الحكم وتبيان أسباب الخلاف، أما في قضية نشر الأحكام فإن إتفاق الأطراف المتنازعة هي المحددة لذلك، فإذا اتفقت على النشر فيتم ذلك أما إذا رفض أحد الأطراف فلا يكون ذلك، وهذا تماشياً مع خصائص التحكيم خاصة السرية على عكس أحكام القضاء، ويحدد تاريخ صدور الحكم بيوم إرسال صور معتمدة للحكم إلى أطراف النزاع.

وطبقاً للفقرة الثانية من المادة التاسعة و الأربعين فإنه بناء على طلب أحد الخصوم الذي يقدم خلال خمسة وأربعين (45) يوماً من صدور الحكم؛ تستطيع المحكمة بعد إخطار الطرف الآخر أن تفصل في أي مسألة تكون المحكمة قد أغفلت الفصل فيها عند إصدار حكمها، وكذلك أن تصحح أية أخطاء مادية واردة في الحكم، ويعتبر قرارها في هذا الشأن جزءاً لا يتجزأ من الحكم، ويخطر به الخصوم بذات الأشكال المقررة لذلك.

وما يلاحظ خلال هذه المادة هو إعطاء الفرصة للأطراف المتنازعة لتصحيح أخطاء مادية أو الفصل في المسائل التي قد يغفلها المحكمون، ولا يمكن التراجع عن أحكام تم الحكم بها في المسائل الأخرى، وهذه ضمانات أخرى لأطراف النزاع من أجل تصحيح وإكمال الحكم في حالة الإغفال عن مسائل لم تجب عنها المحكمة.

3- تفسير الحكم وإعادة النظر فيه وإلغائه

نصت المادة-50-51-51 من اتفاقية واشنطن على تفسير الحكم وإعادة النظر فيه وإلغائه، فإنه فيمكن للخصم صاحب الشأن أن يطلب من الأمين العام للمركز إما تفسير أو إعادة النظر أو الإلغاء، وهذا حسب كل حالة ، ففي الحالة الأولى يقدم طلب التفسير مضمون الحكم التحكيمي إلى الأمين العام كتابة¹، ويعرض هذا الطلب على محكمة التحكيم التي أصدرت الحكم إن أمكن، وإن تعذر ذلك يعرض على محكمة جديدة، ويمكن للمحكمة أن تقرر وقف التنفيذ إلى غاية الفصل في طلب التفسير المعروض عليها.

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 342.

أما في الحالة الثانية والمتمثلة في طلب إعادة النظر والذي أشارت إليه المادة الواحدة و الخمسون من إتفاقية واشنطن فإنه يجوز لجميع الأطراف إذا اكتشفت واقعة من شأنها التأثير بشكل معتبر وقاطع في الحكم أن يطلبوا كتابة إلى الأمين العام إعادة النظر في الحكم، ولكن يشترط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل صدور الحكم من طرف المحكمة والمطالب بإعادة النظر، كما لا يجب أن يكون جهل المدعي بالواقعة يعود إلى إهمال منه.

ولقد حددت هذه المادة طلب الإعادة في تسعين (90) يوماً من تاريخ اكتشاف هذه الواقعة ؛ وكحد أقصى خلال ثلاث سنوات منذ صدور الحكم، ونفس الإجراء ينطبق على تقديم الطلب بالنسبة لإعادة النظر وذلك أمام المحكمة التي أصدرت الحكم، وإذا تعذر ذلك فتتسأ محكمة جديدة يعرض عليها الطلب من أجل الفصل فيه¹.

ويجوز للمحكمة أن توقف تنفيذ الحكم حتى الفصل، كما أنه يوقف التنفيذ مؤقتاً إذا طلب الخصم ذلك إلى غاية الفصل فيه من قبل المحكمة.

أما في الحالة الثالثة والخاصة بإلغاء الحكم فإنه يجوز لطرفي النزاع توجيه طلب إلى الأمين العام للمركز وذلك للأسباب الآتية²:

1- عيب في تشكيل المحكمة.

2- تجاوز المحكمة حدود ملفاتها بشكل واضح.

3- رشوة أحد أعضاء المحكمة.

4- التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية أساسية.

5- خلو الحكم من الأسباب التي بني عليها.

¹ المادة-50 و 51- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 17.

² المادة-52- من إتفاقية واشنطن 1965م، المرجع السابق ، ص . 18.

ولقد وضعت الإتفاقية آجالاً محددة بثلاث سنوات لصدور الحكم إجمالاً، ومئة و عشرون يوماً من تاريخ اكتشاف الرشوة، وبعد مرور ثلاث سنوات عن صدور الحكم فإنه لا يمكن تقديم طلب الإلغاء.

وفور تلقي الطلب يقوم رئيس المجلس الإداري ليبادر بتعيين لجنة من ثلاثة أشخاص يختارهم من قائمة المحكمين للنظر في الطلب، ويشترط في هذه الحالة عكس ما في حالات التفسير وإعادة النظر من حيث أنه يجب أن لا يكون أي عضو من أعضاء المحكمة الجديدة عضواً من أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم، وهذا تفادياً للإصرار على إعادة إصدار نفس الحكم، كما أنه لا يجب أن تكون جنسية أي عضو هي نفس جنسية أعضاء المحكمة التي أصدرت الحكم، كما لا تكون جنسيتهم هي جنسية طرفي النزاع، ولا يكون المعين قد أدرج من قائمة الدول التي أحد أعضائها طرف في النزاع، ويشترط في العضو كذلك أن لا يكون قد قام بدور المستشار في نفس القضية، وتملك هذه المحكمة الجديدة سلطة إلغاء الحكم أو تعديله.

ونفس الإجراء المتاح للمحكمة في حالة التفسير أو إعادة النظر، فإن لمحكمة إلغاء الحكم أن توقف الحكم الصادر إلى غاية الفصل في الطلب، كما أنه إذا طلب الخصم توقيف الحكم فإنه يوقف إلى غاية الفصل في الحكم.

وفي حالة قرار المحكمة بإبطال الحكم بسبب أن البنود السالفة الذكر، فإن النزاع وبناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل يعرض على محكمة التحكيم وقف الإجراءات المنصوص عليها في هذه الإتفاقية، والملاحظ أن لرعايا الدولة في الخارج نفس حقوق الدولة المتنازعة معها في طلب التفسير أو إعادة النظر أو الإلغاء، وهذه ضمانات إضافية لهؤلاء من أجل حماية مصالحهم، كما أن الدولة في حالة التحكيم تحرص على عدم انتهاك العقود المبرمة مع هؤلاء الرعايا.

ويمكن أن نذكر في هذا الإطار طلباً تقدمت به الحكومة الاندونيسية من أجل إلغاء الحكم الصادر في 1984/11/20م للأسباب الآتية:

- 1- تجاوز المحكمة سلطاتها بشكل واضح وكذلك تجاهل ذكر الأسباب التي بنت عليها حكمها.
- 2- عدم إتباع حسبهم لقاعدة إجرائية أساسية وذلك بإقرار عدم دراسة كل أسباب إلغاء رخصة الإستثمار لـ P.T Amco .

3- عدم الإشارة للأسباب التي على أساسها تسبب الحكم، وذلك بالإقرار بأن اندونيسيا قد فشلت في واجب الحماية المناسبة لمستثمر أجنبي.

4- عدم ذكر الأسباب التي على أساسها حددت المحكمة قيمة التعويض بالاعتماد على معدل الصرف بتاريخ 01 أبريل 1980م¹.

وبعد دراسة هذه الطلبات من طرف لجنة خاصة Comité AD. Hoc معينة من طرف رئيس المجلس الإداري، حيث تناولت جميع فقرات حكم المحكمة، وأقرت هذه اللجنة بإلغاء حكم المحكمة الخاص بقضية P.T Amco واندونيسيا، رغم الإقرار بأن تدخل قوات الأمن غير شرعي، وأستند قرار الإلغاء على الأسباب الأخرى الخاصة بمدة عدم المشروعية ومبلغ التعويض².

الاعتراف بالحكم وتنفيذه:

نصت اتفاقية واشنطن في ثلاث مواد-53، 54، 55- حول الاعتراف بالحكم وتنفيذه، وطبقا لأحكام هذه المواد فإن الحكم يكون ملزما بالنسبة لأطرافه، ولا يجوز لطرفي النزاع الطعن فيه بأية طريقة أخرى غير تلك الواردة في الاتفاقية، كما يجب على كل طرف تنفيذ الحكم حسب منطوقة إلا إذا كان موقوفا للأسباب المذكورة سالفاً³.

وحسب المادة الرابعة و الخمسين فإن كل دولة متعاقدة ملزمة بالاعتراف بأي حكم يصدر في نطاق اتفاقية واشنطن وعليها واجب تنفيذ الالتزامات المالية المترتبة عن الحكم على الطريقة المتبعة بالنسبة للأحكام الصادرة عن محاكم تلك الدول⁴، هذا بالنسبة للدول البسيطة الموحدة، أما الدول الفدرالية فإنها تضمن تنفيذ الحكم عن طريق تدخل محاكمها الفدرالية.

والقاعدة الإجرائية من أجل الحصول على الاعتراف بالحكم وتنفيذه، هي أن يقوم الخصم صاحب الشأن بتقديم صورة من الحكم معتمدة من الأمين العام إلى المحكمة المختصة أو إلى أي سلطة أخرى تعينها الدولة المتعاقدة لهذا الغرض.

¹Emmanuel Gaillard, Op.cit., p. 177.

²Emmanuel Gaillard, Op.cit., P .189.

³ المادة-53- من إتفاقية واشنطن، المرجع السابق ، ص . 19.

⁴ قادري عبد العزيز، المرجع السابق ، ص . 345.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإن المحكمة المختصة هي محكمة محل التنفيذ في الأحكام الصادرة خارج الإقليم الوطني، ولقد نصت المادة-1050- من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مسألة الاعتراف بتوفر شرطين هما : وجود الحكم وعدم مخالفة النظام العام الدولي ، ولقد ورد

فيها ما يلي : " يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي ".

ويتثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنها تستوفي شروط صحتها¹.

ولقد حققت اتفاقية واشنطن تقدما معتبرا في مجال الاعتراف والتنفيذ لأحكام التنفيذ، كما أن التنازع بحصانة الدول الذي تستند إليه الدول للتهرب من الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم أصبح غير ذي جدوى ، فمن المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام أن السيادة والمساواة بين الدول التي تعني أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، أو بمعنى آخر عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بالنظر في المنازعات سواء كان ذلك القضاء رسميا أو كان القضاء تحكيميا²، غير أن الواقع في التحكيم يستند إلى إرادة الطرفين في اللجوء إليه وذلك بموجب إتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، لذلك فمن غير المبرر بالنسبة للدول التخلي أو التراجع عن اتفاقات أبرمتها بإرادتها.

ويذهب الإتجاه الغالب في الفقه أن الدولة إذا قبلت بشرط التحكيم فهي متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية، كما أن قضاء التحكيم هو قضاء خاص لا ينتمي إلى سلطة أو دولة معينة، وتدخل الدولة إلى التسوية القضائية عن طريق التحكيم بموجب إرادتها وقانونها الذي يسمح لها بذلك، ولا يجب أن يفرض التحكيم على أية دولة لا تريده.

¹ المادة-1052- من قانون الإجراءات المدنية والإجرائية المؤرخ في 2008/09/08م، المرجع السابق ، ص 239.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق ، ص . 385.

وإذا تذرعت أي دولة بحصانتها فإنها قد أخلت بالتزامات الإتفاقية وتطبق عليها أحكام المادة الرابعة و العشرون من الحماية الدبلوماسية وكذلك المادة الرابعة و الستون المتعلقة بالخلافات بين الدول المتعاقدة والتي تنص على إحالة النزاع ما بين الدول المتعاقدة حول تفسير أو تطبيق الإتفاقية على محكمة العدل الدولية¹.

المطلب الثالث : اللجوء إلى تحكيم المركز دون وجود شرط أو إتفاق التحكيم في منازعات عقود الإستثمار

لا يكفي أن تكون الدولة المتعاقدة عضوا في اتفاقية واشنطن وأن يكون المستثمر رعية دولة متعاقدة أيضا، بل يفرض وجود بند في العقد ينص على الإحالة على المركز لتسوية أي نزاع بينهما²، ولقد جرى العمل بهذه القاعدة لأكثر من عشرين (20) سنة، غير أنه بعد ذلك لوحظ التوجه إلى تفسير المادة -25، 1- وتوسيعها، وتفسير الاختصاص على وجود نص في قانون وطني للاستثمار أو اتفاقية ثنائية ما بين دولة متعاقدة وأخرى في إطار حماية وترقية الإستثمار، وهذا على أساس أن الدولة المتعاقدة ؛ التي أبرمت العقد مع أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى قد وافقت ضمنا على الإحالة على المركز لتسوية المنازعات ما بينها.

وفي حالة إذا ما قام المستثمر برفع طلب أمام المركز ضد دولة متعاقدة نصت في قانونها على تسوية المنازعات عن طريق المركز الدولي فهي قد رضيت بتسوية المركز، ومن ثم فإن للمستثمر الحق في طلب التسوية عن طريق التحكيم دون وجود إتفاق أو شرط التحكيم.

ولقد ازدادت القضايا المرفوعة أمام المركز بشكل كبير وهو ما يسمى بالتحكيم بدون إتفاق أو التحكيم الإلزامي الدولي³، وسأطرق في هذا الموضوع إلى نقطتين هما التحكيم على أساس القانون الوطني، والتحكيم على أساس الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية في المنازعات المتعلقة بالاستثمار.

¹ قادري عبد العزيز، المرجع السابق، ص . 346.

² بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص . 459.

³ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص . 460.

الفرع الأول: التحكيم في منازعات الإستثمار بناء على القانون الوطني

أقترح المديرون التنفيذيون بالبنك الدولي إمكانية أن تعرض الدولة المستضيفة للاستثمار في قانونها الوطني تسوية منازعات الإستثمار عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ومن ثم يمكن للمستثمر أن يوافق على ذلك بتقديم طلبه للتحكيم أمام المركز.

وتقوم الدول المتعاقدة في اتفاقية واشنطن بإضافة النص في تشريعاتها على إخضاع منازعاتها على تحكيم المركز الدولي وذلك بغية تحسين المناخ الاستثماري؛ وكذلك جلب الاستثمارات الأجنبية، وذلك بتوفير ضمانات أخرى للمستثمرين الأجانب، والنص من طرف الدول على قبول تسوية المنازعات من طرف المركز يمثل إيجابا من طرف الدولة المستضيفة للاستثمار.

ولقد أثارت قضية هضبة الأهرام جدلا واسعا؛ وكانت بداية لاختصاص المركز دون وجود إتفاق أو شرط التحكيم بناء على المادة الثامنة من قانون الإستثمار المصري رقم-43- لسنة 1974م والتي تنص على ما يأتي: "تتم تسوية منازعات الإستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر أو في إطار اتفاقية تسوية منازعات الإستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى التي انضمت إليها جمهورية مصر العربية بموجب القانون رقم-90- لسنة 1971م في الأحوال التي تسري فيها"¹.

وتتلخص قضية هضبة الأهرام في أن الشركة (Middle Southern Pacific Properties Ltd. Est) التابعة لهونكونغ التي تقدمت بطلب لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ضد جمهورية مصر العربية لتعويض عن الأضرار لإلغاء رخصة إنشاء مشروع بهضبة الأهرام بتاريخ 1984/08/24م؛ بعد أن كانت هذه القضية قد فصلت فيها بموجب حكم تحكيمي من طرف محكمة غرفة التجارة الدولية بتاريخ 1983/02/16م، ولقد ألغت محكمة الاستئناف الفرنسية هذا الحكم، وتقدمت بعد ذلك هذه الشركة أمام المركز من أجل الفصل في القضية ما بينها وبين الدولة

¹ بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص. 464.

المصرية، ولقد قضت محكمة المركز باختصاص المركز بالأغلبية بتاريخ 14 أبريل 1988م على أساس القانون المصري رقم-43- بتاريخ 1994م.

ورغم تقدم مصر بطلب إلغاء هذا الحكم إلا أنه لم يتم قبوله من طرف الأمين العام للمركز على أن الطلب لا يقدم إلا بعد الفصل في الموضوع بموجب حكم شامل لكافة المسائل المطروحة¹ على المحكمة إبتداء من العقد المبرم ما بين هذه الشركة المنظمة العامة المصرية للسياحة والفنادق (ECSTH) .

ولقد صادقت وزارة السياحة المصرية على العقد المبرم ما بين الشركة والهيئة المصرية المتضمن إنشاء شركة من أجل إنجاز مركب سياحي بهضبة الأهرام ورأس الحكمة، ونظرا للمعارضة على انطلاق الأشغال من طرف البرلمان المصري لهذا المشروع، وكذلك تصريح وزارة الثقافة والاتصال المصرية بالملكية العامة لمحيط الأهرامات بتاريخ 27 ماي 1978م ؛ أتبع ذلك سحب رخص الإستثمار من طرف السلطات المصرية، ولقد حكمت محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية على مصر بدفع مبلغ 12.5 مليون دولار تعويضا عن الأضرار، ولقد ألغت محكمة الاستئناف الفرنسية هذا الحكم كما سبق ذكره .

ولقد درست محكمة المركز كافة جوانب القضية حيث لاحظت أن المادة الرابعة و الثلاثين من الدستور المصري تقرر حق التعويض في حالة نزع الملكية، كما أن المادة-11- من قانون-215- بتاريخ 1951م المتعلق بحماية الآثار، وكان رد الطرف المصري أن إلغاء الرخصة لا يعني تأميما أو نزعا للملكية لأنه تم اقتراح مكان آخر لإقامة المشروع²، ولقد حكمت محكمة التحكيم للمركز بتعويض الشركة الطالبة بـ5.092 مليون دولار تعويضا عن الضرر الذي لحق بها وبـ5% تعويض عن معدل الفائدة وذلك بموجب حكم حول الموضوع بتاريخ 20 ماي 1992م.

¹ Emmanuel Gaillard, Op.cit. P . 363.

² Emmanuel Gaillard, Op.cit., P. 369.

ولقد كان هذا الحكم ألتحكيمي بداية في الفصل في القضايا على أساس قانون الإستثمار المحلي لمصر حيث فتح الباب واسعا أمام العديد من المنازعات التي كانت تفتقد إلى إتفاق تحكيم ما بين الدولة و المستثمر رعية دولة أخرى¹.

الفرع الثاني: التحكيم في منازعات الإستثمار على أساس الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية

لقد سبقت الإشارة إلى تزايد الاتفاقيات الثنائية بين الدول حيث وصلت إلى عدد كبير جدا حول ترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، ويعد توقيع اتفاقية واشنطن 1965م المنشأة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، فقد أصبحت الكثير من الدول تنص في بنود هذه الاتفاقيات ومنها الجزائر إلى الإحالة على المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمار وكانت أول اتفاقية تنص على هذا البند هي إيطاليا والتشاد بمناسبة إبرام أول اتفاقية استثمار ثنائية في عام 1969م.

بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية الداعية لحماية الإستثمار الدولي فلقد لجأت الدول إلى إيجاد تنظيم دولي متمثل في إبرام اتفاقيات متعددة الأطراف وكان من أبرزها اتفاقية ألينا Alena وغيرها.

ولقد نصت هذه الاتفاقيات على شروط لتسوية المنازعات الناشئة عن الإستثمار والتي تشير إلى شكل أو أكثر من أشكال التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار².

ولقد نصت اتفاقية ميثاق الطاقة المبرمة بين حوالي 44 دولة أروبية سنة 1994م؛ والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1998م على خيارات تسوية المنازعات، وذلك في المادة-12-، حيث أقرت إما اللجوء إلى المحاكم المحلية، أو أية جهة محايدة متفق عليها مسبقا، أو اللجوء إلى التحكيم؛ وفي هذا الإطار هناك أربعة (4) خيارات متاحة وهي الواردة في الفقرة الرابعة من المادة السادسة و العشرين وهي إما اللجوء إلى التحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي، وإما التحكيم بموجب التسهيلات الإضافية التابعة للمركز أو التحكيم بموجب قواعد UNCITRAL، وأخيرا التحكيم بموجب قواعد غرفة ستوكهولم التجارية.

¹بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص . 466.

²بشار محمد الأسعد ، المرجع السابق ، ص . 474.

كما أن اتفاقية أمريكا الشمالية للتجارة الحرة التي أبرمت سنة 1992م ما بين الولايات المتحدة الأمريكية وكندا والمكسيك والتي دخلت حيز النفاذ سنة 1994م، حيث نصت هي أيضا على إحالة الفصل في المنازعات بعد فشل المفاوضات على ثلاثة بدائل هي: التحكيم بموجب اتفاقية المركز الدولي وكذلك بموجب التسهيلات الإضافية للمركز الدولي (في حالة ما إذا كان أحد الأطراف عضوا في الإتفاقية)، والتحكيم بموجب قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL.

ويحتل تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار مكانة هامة في الفصل في منازعات الدول ورعايا لدولة أخرى، خاصة أنه أصبح فعالا ودليل ذلك الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي تشير إليه للفصل في منازعات الإستثمار.

الختامة

خاتمة

ينبغي التأكيد من خلال هذه الدراسة على أن المصالح المشروعة تختلف عن الحقوق طبقاً لقواعد القانون الدولي العرفي والإتفاقي ، إلا أنها لا تختلف عنها أي المصالح في نطاق الأهمية بالنسبة للأفراد و الدول ، بإعتبار أن مصالح هذه الأخيرة هي من مصالح أفرادها و هي ملزمة بحمايتها ، و إلا فإنها تؤثر بشكل أو بآخر على مصالحها الإقتصادية و الإجتماعية ، في ظل التحول المستمر للدولة في الوقت الحاضر . و لقد تم التوصل من خلال تفاصيل دراسة موضوع حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج إلى عدة نتائج يمكن تلخيصها فيم يأتي :

أولاً : إن المصالح المشروعة لا تماثل الحقوق بموجب القانون الدولي العرفي ، ولكنها ترتبط بها ، وملتصقة بها ، حيث يصعب الفصل بينهما ، و بالفعل فإن المصالح و الأملاك ، و كل ماهي غير حقوق صريحة مشروعة يعترف بها القانون هي خاضعة في مسألة الحماية للقانون الداخلي ، أما الحقوق فإن إطارها هو القانون الدولي ، غير أن هذا لايعني أن المصالح المشروعة لا يحميها القانون الدولي ، وأنها تخضع إلى الإتفاقيات الثنائية بين الدول ، ويكون التحكيم الدولي هو المختص في الفصل في المنازعات الناشئة بين رعايا الدولة في الخارج و الدول المضيفة .

ثانياً : إذا كان التحكيم الدولي هو الإطار المناسب لتسوية منازعات المصالح المشروعة ، فلا يعني هذا أن هذه المصالح لا تدخل في نطاق الحماية الدبلوماسية ، و إنما الوسيلة المثلى للفصل في المنازعات يبقى التحكيم الدولي ، كما أن الدولة مطالبة بالحماية الدبلوماسية لرعاياها عن طريق البعثات القنصلية لتسوية هذه المسائل عن طريق الطرق الودية المتاحة في القانون الدولي .

وهذا مايسمح لمحكمة العدل الدولية ، التكفل بالمسائل الأخرى غير النزاعات ما بين الدول حول مصالح الأفراد ، خاصة أن هذا الإطار يحتاج إلى التخصص الدقيق في المسائل الإقتصادية و التجارية ، فضلا على تعدد و كثرة المنازعات المتعلقة بالمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج .

ثالثا : إن حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة لا تقتصر على الأشخاص المعنويين (الشركات) بل كذلك على الأشخاص الطبيعيين الذين لا يمكن أن تكون لهم الإمكانات المادية للتكفل بالتكلفة المرتفعة في التحكيم الدولي ، لذلك ومن الضروري إلزام الدول في إطار الحماية القنصلية ، التكفل ولو بنسبة معينة من التكاليف، لأجل حماية مصالح الأشخاص المشروعة، و يعد ذلك ضمانا لحماية حقوق هؤلاء الأفراد في التقاضي الدولي .

رابعا : لقد أصبح من الضروري مصادقة الدول على مشاريع اتفاقيات الحماية الدبلوماسية ، المسؤولية الدولية ، و الإستثمار الدولي ، لما هذه الإتفاقيات من التأثير الإيجابي على حماية الحقوق الإقتصادية و الإجتماعية للأفراد ، و أن التباطؤ الملاحظ في المصادقة على هذه الإتفاقيات ، يدل على أن الدول كافة لم تصل إلى الإقتناع بأهمية و دور حماية المصالح المشروعة للأفراد في ترقية حقوق الإنسان ، كما أن المنظمات غير الحكومية مطالبة بالضغط على الدول من أجل المصادقة على هذه الإتفاقيات ، وذلك تدعيما لحقوق الإنسان ، لأن حقوق الإنسان مترابطة ببعضها البعض ، فلا يكفي الإعتراف بحق العمل ، وحق مغادرة البلد الذي يعيش فيه الفرد ، دون تحديد أسباب ممارسة العمل ، أو الإقامة في البلد المضيف ، ولا بد أن تخضع هذه المسائل إلى القانون الدولي من أجل حماية أكبر لهذه المصالح .

خامسا : أنه من المناسب أن يتم الرفع من حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج ، و الإعتراف بحق الإستثمار ، وذلك لما ينتج عنه من الرفاه ، للمجتمعات كافة ، و يكون ذلك في إطار إحترام مبادئ القانون الدولي ، و أن الإعتراف بحق الإستثمار لرعايا الدولة في الخارج يؤدي بالضرورة إلى نقل التكنولوجيا من أجل تحقيق التنمية الإقتصادية لكافة الشعوب ، ذلك أن النظام الحالي يعتمد على اللاتوازن في التنمية الإقتصادية لأسباب داخلية و أخرى دولية ، و يقتضي هذا الوضع أن تقوم المنظمات الحكومية بدور في تحقيق التوازن الإقتصادي العالمي ، لأن الوضع الحالي الذي يعتمد على حماية مصالح الأشخاص المعنويين لا يؤدي إلى تفادي الأزمات الإقتصادية و التي تؤدي بدورها إلى حالة التوترات السياسية و الإجتماعية ، و المساس بالأمن و السلم الدوليين .

إن الإعترف بحق الإستثمار ، والتوزيع العادل لهذه الإستثمارات لابد أن يكون من المواضيع الهامة لدى الدول و المنظمات الحكومية ، ولا يتم تحقيق التعاون الدولي ، إلا بتطور القانون الدولي للإستثمار ، و لا يجب أن يقتصر التطور الإقتصادي على إرساء القواعد الدولية في مجال التجارة العالمية فقط .

سادسا : إن العمل على إرتقاء المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج إلى مجال حقوق الإنسان هو أضمن لحماية هذه المصالح من جهة و يتيح مجال تسوية المنازعات على نطاق أوسع منها التحكيم الدولي ، فضلا على أنه يسمح إلى تغيير في إنتشار الإستثمارات الأجنبية ، و الرفع من المستوى المعيشي للأفراد ، والإستغلال الأمثل للموارد الطبيعية في إطار مبادئ الشفافية و الفعالية ، ويسمح هذا في محاربة الفقر الذي يفتك بالشعوب و الأفراد في كافة المعمورة ، فضلا عن التقليل من الإستغلال الفاحش للموارد الطبيعية للدول بشكل غير قانوني، ولا يستفيد منه كافة الأفراد لدولة ما.

إن العمل على تأكيد الشفافية أو الفعالية في ممارسات الدول مع الأفراد أصبح من مستلزمات الوقت الحاضر ، ولا يتعارض هذا مع مبدأ السيادة للدول ، بل بالعكس من ذلك يدعمها ، و يحافظ على إستقلال الدول ، و الحفاظ على مواردها ، في ظل إحترام حقوق الشعوب في إستغلال مواردها الطبيعية .

سابعا : لابد أن يكون هناك توازن بين التجارة الدولية و الإستثمار الدولي ، فإن كانت الأولى هي آلية التطور الثاني ، غير أنها تساعد أكثر إقتصاديات الدول المتقدمة ، مما يؤدي إلى توزيع غير متوازن للثروات ، و نتيجة لذلك فإن العمل من أجل حماية حقوق الإنسان الإقتصادية ، لا بد أن ينظر إليه من باب تحقيق الرفاه الإقتصادي و الإجتماعي للأفراد كافة كهدف للدول و المنظمات الحكومية و غير الحكومية ، و لتحقيق هذا التوازن ، لا بد من تشجيع الدراسات الإقتصادية و القانونية لتحقيق هذا الهدف .

إن عدم تحقيق هذا الهدف يؤدي أليا إلى إنتشار المنازعات المسلحة سواء كانت داخلية أو دولية ، لأنني أعتقد أن العامل الإقتصادي هو السبب الرئيس في التهديد بوجود إختلال في العلاقات الدولية .

ثامنا : إن دور الأمم المتحدة لا يجب أن يقتصر على إيجاد الحلول للأزمات الأمنية التي تهدد المجتمع الدولي ، بل لا بد أن يمتد هذا الدور إلى دراسة الأسباب الحقيقية لهذه

الأزمات ، مما يسمح بإيجاد حلول إيجابية تفيد التعاون الدولي ، و تحافظ بالتالي على حقوق الإنسان بإعتباره أحد مقاصد الأمم المتحدة .

تاسعا : لابد على الدولة الجزائرية أن تستفيد من التطور المتسارع للقانون الدولي للإستثمار ، لأن ذلك يسمح لها بتحسين المنظومة القانونية الخاصة بهذا الموضوع ، وأن لا يكون الإنضمام إلى مختلف المنظمات الدولية ، والمصادقة على الإتفاقيات متزامنا مع الأزمات الإقتصادية ، وذلك لأنها لا تستفيد من هذا الوضع الإستفادة المرجوة ، لأننا نعيش في عالم يتميز بالتنافس الإقتصادي و التكنولوجي المتسارع و غير المحدود ، وعليه فإن الإنسجام مع هذه التطورات يعد أكثر من ضروري .

وفي النهاية ، فإن موضوع حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج يستدعي دراسات أخرى في أثار تطور الإستثمار الدولي ، وكذلك حماية حقوق الإنسان الإقتصادية و الإجتماعية ، لأنه لا يجب الفصل بين الحقوق لأنها في الأصل مترابطة و متلازمة ، ومن ثم يجب العمل على ترسيخ قواعد قانونية تساهم في الرفع من مستوى الرفاه الإقتصادي و الإجتماعي لكافة المجتمع الدولي .

و الله ولي التوفيق

المراجع

• المراجع باللغة العربية

1 - الكتب

- 1- د. الطيب زروقي ، القانون الدولي للملكية الفكرية تحاليل و وثائق ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 2004 م .
- 2- د. بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الإستثمار الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 م.
- 3- د. بشار محمد الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006 م.
- 4- د. بوكرا إدريس ، مبدأ عدم التدخل في القانون الدولي المعاصر، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990م
- 5- د. بن عامر تونسي ، المسؤولية الدولية ، منشورات حلب 1995م.
- 6- د. بوسلطان محمد ، مبادئ القانون الدولي العام ، الجزء الأول، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران 2002.
- 7- د. بوسلطان محمد ، فعالية المعاهدات الدولية ، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران ، 2005 م .
- 8- تونكين ، القانون الدولي العام، ترجمة: أحمد رضا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1972 م .
- 9- د. جابر فهمي عمران، منظمة التجارة العالمية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية ، 2009 م .
- 10- د. جيااد لحي الحديدي طلعت ، المركز القانوني الدولي للشركات متعددة الجنسية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2008.
- 11- د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003م.
- 12- د. سعيد الدقاق، دروس في القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية: الإسكندرية ، 1987م.
- 13- د. سعيد يوسف البوستاني ، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004 م .
- 14- د. سهيل حسين النقاوي، منظمة التجارة العالمية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان: الأردن، 2009م.
- 15- د. عبد العزيز قادري ، حقوق الإنسان في القانون الدولي والعلاقات الدولية المحتويات والآليات، دار هومة، الجزائر، 2003م .
- 16- د. عبد العزيز قادري ، الإستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الإستثمارات، دار هومة، الجزائر ، 2006م.

- 17- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الحق في الملكية ، الجزء 8 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1967 م .
- 18- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، أسباب كسب الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، 2000 م .
- 19- د. عمر إسماعيل سعد الله ، دراسات في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1990 م .
- 20- د. عمر إسماعيل سعد الله ، القانون الدولي للتنمية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1990 م .
- 21- د. علي إبراهيم ، الحقوق والواجبات الدولية في عالم متغير، المبادئ الكبرى والنظام الدولي الجديد ، دار النهضة، العربية ، القاهرة ، 1997 م .
- 22- د. علي صادق أبو هيف ، القانون الدولي العام ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2002 م .
- 23- د. عبد الدايم محمد الفاشي، الإلتزام الدولي لحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها من أخطار التلوث ، مطبعة القاهرة 1980 م .
- 24- د. عكاشة عبد العال ، الجنسية ومركز الأجانب في تشريعات الدول العربية، الدار الجامعية، بيروت ، 1987 م .
- 25- د. عليوش قربوع كمال ، التحكيم التجاري الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2004م .
- 26- د. محمد بجاوي ، من أجل نظام إقتصادي جديد، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ، 1980م .
- 27- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003م .
- 28- د. محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985 م .
- 29- د. محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2008 م .
- 30- د. محمد طلعت الغنيمي، الوجيز في التنظيم الدولي، النظرية العامة ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1973م .
- 31- د. مصطفى سلامة ، إزدواجية المعاملة في القانون الدولي العام، دار النهضة ، القاهرة ، 1987 م .

- 32- د. مصطفى سلامة، منظمة التجارة العالمية ، النظام الدولي للتجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008م.
- 33- د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 م .
- 34- د. محمد المجذوب ، طارق المجذوب ،القضاء الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 م .
- 35- محمدي فريدة زاوي ،المدخل إلى العلوم القانونية ، نظرية الحق ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، 1998 م.
- 36- د. موهند إسعاد ، القانون الدولي الخاص ، قواعد التنازع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 198 م .
- 37- د. هاني محمد حمزة ، النظام القانوني الواجب الأعمال على العقود الإدارية الدولية أمام المحكم الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، 2008 م.
- 38- د. وناس يحي ، المجتمع المدني و حماية البيئة ، دار الغرب للنشر و التوزيع ، وهران ، 2004 م .
- 39- د. ياسر الحويشي، مبدأ عدم التدخل وإتفاقيات تحرير التجارة العالمية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005م .
- 40- يحيياوي نورة ، حماية حقوق الإنسان ، في القانون الدولي و القانون الداخلي ، دار هومه، الجزائر ، 200 م .

2- الرسائل الجامعية

1- بومدين محمد ، القانون الدولي بين مبدأ عدم التدخل و التدخل لحماية حقوق الإنسان ، رسالة دكتوراة جامعة

وهران ، 2002 م .

2- حسين نواره ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر ، رسالة دكتوراة ، جامعة مولود معمري

جامعة تيزي وزوا ، 2013 .

3- المقالات

1 - بن علي بن سهلة ثاني ، و فوزي نعيمي ، تطور الإستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام

تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار ، مجلة إدارة، العدد 2، 2009م .

2 - وليد نصار ، القانون الدولي و اللجوء إلى التحكيم .

articles 18,06 <http://www.cors.org.Ib/PDF/Emagazine> , PDF .

3 - د. محمد باكير جمعة ، دور التحكيم في الإستثمار ، المركز الدوري للتحكيم التجاري المحلي و الدولي ،

2009 م . PDF . <http://www.scacli.org> , PHP / Arab portal 22/ forum ,

4 - د. مصلح أحمد الطراوزه ، نطاق إختصاص المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار

الأجنبية وفقا لإتفاقية واشنطن .

[http:// sl.couf. uZeu.ac.ae/ image](http://sl.couf.uZeu.ac.ae/image)

musleh trawnhe (31) – 1 PDF

5- د. جاسم الصادق ، الإستثمار الأجنبي و أثاره على الإقتصاد البلد المضيف .

/ hR 24952 , h 24952 , <http://www.Hr discussion .com> htmL .

6- محمود السليمان ، حماية الأشخاص المعنويين وفق القانون الدولي العام ، الجامعة العربية المفتوحة

لشمال أمريكا ، قسم الدراسات العليا ، 2006 م .

/ GOUNA/index .p hp ? option= <http://www.acocollege .com> Content δ view= article δ Id ,01.01.2006
com ,

4- المعاهدات و الإتفاقيات

- 1-ميثاق الأمم المتحدة .
- 2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادرة في 10 ديسمبر 1948 م .
- 3- بشأن الحقوق المدنية و السياسية الصادر في 16 ديسمبر 1966 م .
- 4- بشأن الحقوق الإقتصادية و الإجتماعية و الثقافية الصادر في 16 ديسمبر 1966 م .
- 5- إعلان الحق في التنمية المتخذ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 41 - 128 المؤرخ في 04 ديسمبر 1986 م .
- 6- إتفاقية واشنطن 1965 م حول المركز الدولي لفض منازعات الإستثمار .
- 7- ميثاق حقوق الدول وواجباتها الإقتصادية .
- 8- إتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية .
- 9- مشروع مواد إتفاقية الحماية الدبلوماسية عام 2006 م .
- 10- إتفاقية لاهاي بخصوص تنازع قوانين الجنسية الصادرة عام 1930 م .
- 11- إتفاقية إيفيان المبرمة في 18-03-1962 المتضمنة وقف إطلاق النار و التعاون بين الجزائر و فرنسا .
- 12- معاهدة بين الولايات المتحدة الأمريكية عام 1936 م حول الإمتيازات التجارية و غيرها الممنوحة للرعايا الأمريكيين .
- 13- الإعلان المتعلق بحقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلاد الذي يعيشون فيه ، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 40-144 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985 م .

14- إتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول و ممتلكاتها من الولاية القضائية ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 38 /59 المؤرخ في 2004 م .

15- إتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المبرمة في 20 مارس 1883م والمعدلة ببروكسل في 14 ديسمبر 1900م، و واشنطن في 02جويلية 1911م ولاهاي في 06 نوفمبر 1985م ولندن في جويلية 1934م ولشبونة في 31 أكتوبر 1958م و ستوكهولم في 14 جويلية 1967م.

16- قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ 05/02/1970م في قضية برشلونة تراكشن ما بين بلجيكا وإسبانيا.

17 - قرار محكمة العدل الدولية بتاريخ 24 ماي 2007م في قضية أحمدو ساديو ديالو ما بين غينيا والكونغو الديمقراطية.

5- النصوص التشريعية و التنفيذية

- 1- الدستور الجزائري لسنة 1996 م المعدل بموجب القانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري.
- 2- الدستور المغربي 2011.
- 3- القانون المدني الفرنسي العام 1804/01/25 المعدل بموجب القانون رقم 2015 المؤرخ في 16 فبراير 2015.
- 4- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائرية الملغى سنة 2008 م.
- 5- الأمر رقم 68-591 المؤرخ في 31/10/1968م المتضمن الموافقة على الإتفاق الخاص بالبحث عن الوقود وإستغلاله في الجزائر، الجريدة الرسمية رقم 88، السنة الخامسة بتاريخ 10/11/1968م .
- 6- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل و المتمم المتضمن القانون المدني .
- 7- القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي، الجزائر ، طبعة 2006-2007 .
- 8- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12/01/1988م المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الإقتصادية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 2.
- 9- القانون رقم 88-18 المؤرخ في 12/07/1988م المتضمن الإنضمام إلى الإتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10/06/1958م الخاصة بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية .
- 10- الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2011 المتعلق بالاستثمار ، المعدل و المتمم .

11- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون إجراءات المدنية و الإدارية.

12- قانون رقم 08-11 المؤرخ في 25 جوان 2008 ، المتعلق بشروط دخول الأجانب الجزائر و إقامتهم بها و تنقلهم ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 36 .

13- المرسوم رقم 384 - 63 المؤرخ في 14/09/1963 المتضمن نشر الإتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم و ملحق خاص بنظام التحكيم - الجريدة الرسمية العدد 67 بتاريخ 17/09/1963 .

14- المرسوم رقم 88 - 233 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن إنضمام الجزائر بتحفظ للإتفاقية الخاصة بالإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها ، المتخذة في مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 10/06/1958 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 48 .

15- المرسوم الرئاسي رقم 91-345 الصادر في 05/10/1991م المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و الإتحاد البلجيكي اللوكسبروي و المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع في الجزائر 24/04/1991م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 46/1991.

16- مرسوم رئاسي رقم 94-94 المؤرخ في 22/10/1994م المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و رومانيا الموقع بالجزائر في 28/06/1994م المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 69-1994م.

17- المرسوم الرئاسي رقم 95 - 246 المؤرخ في 30/10/1995 الجريدة الرسمية رقم 60.

18- المرسوم الرئاسي رقم 95 - 88 المؤرخ في 25/03/1995 المتضمن المصادقة على الاتفاق المبرم ما بين الجزائر و إسبانيا ، و المتعلق بترقية و حماية الإستثمارات المتبادلة - الجريدة الرسمية رقم 23 لسنة 1995 .

19- المرسوم الرئاسي رقم 05-75 المؤرخ في 26/02/2005 بين الجزائر و إيران حول ترقية و حماية المتبادلة للإستثمارات ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 15 .

5 - الوثائق و التقارير

1- لجنة القانون الدولي ، الدورة 52 المنعقدة في 2002 المتعلقة بإعتماد الحماية الدبلوماسية و التعليقات على مشروع مواد الحماية الدبلوماسية ، الفصل الخامس

[http:// www.legal.un.org/ ILC /Raports / 2002 / Arabic . Chap 5. PDF .](http://www.legal.un.org/ILC/Raports/2002/Arabic.Chap5.PDF)

2- تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة و الخمسين تقرير اللجنة السادسة حول المسؤولية الدولية ، الجمعية العامة للأمم المتحدة ، 2001 م .

3- لجنة القانون الدولي ، الدورة الثامنة و الخمسين المنعقدة في 2006 ، حول موضوع حكم الدولة الأكثر رعاية .

1- Ouvrages

- 1- **Brownlie L** , *Principles of international law*, Oxford,Thiry Edition, 1979.
- 2- **Carreau D & Juillard P**, *Droit international économique*. L.G.D.J. Paris. Delta éd. 4^e édition, 1998.
- 3- **Carreau D** , *Droit international*, 7^e édition, Editions A Pedone, 2001.
- 4- **Daillier P & Pellet A** , *Droit international public*,7^e édition, 2002.
- 5- **De Loubadere A** , *Traité de droit administratif*, Tome 2 : droit administratif des biens, L.G.D.J, Paris, Delta éd, 2002.
- 6- **Dinh N-Q** , L.G.D.J, 1975.
- 7- **Dupuy P-M**, *Droit international public*. Paris, 7^e édition, Editions Dalloz-Delta, 2004.
- 8- **Gaillard E** , *La jurisprudence du CIRDI*, vol. 2, Editions A Pedone, 2011.
- 9- **Ksentini FZ née Oulhaci** , *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'Homme*. Editions Publisud, Château-Gauthier, 1994.
- 10-**Prieur M** , *Droit de l'environnement*, Paris, 4^e édition, Editions Dalloz-Delta, 943 p, 2001.
- 11-**Pronst J**. L'arbitrage CIRDI face aux droits de l'Homme, Thèse de doctorat, soutenue le 22/11/2013 à Paris Sorbonne-panthéon.
- 12-**Rousseau C**, *Droit international*, Tome 4, Les rapports conflictuels. Paris. Sivery éd, 1983.
- 13-**Ruzie D**, *Droit international public*, Doblog, 17^e édition, 2004.
- 14-**Shaw M**, *International law*, Teach Your Self Books, 1977.
- 15-**Touzé A** , *La protection des droits des nationaux à l'étranger, Recherche sur la protection diplomatique*. Paris. Editions A Pedone, 2007.

16-Trari-Tani M , *L'arbitrage commercial international*, Coll FEDNICI,
Editeur Bruyawt, 2011.

17-Verdoss A , *Les règles internationales concernant le traitement des
étrangers*. R.C.A.D.I, 1929.

2–Articles Et Notes

1. **Abida M**, Le modèle américain d'accord de protection et d'encouragement d'investissements, 2004.
http://www.urdri.fdspt.rnu.tn/articles/abida_investissement.htm
2. **Alcabas A-M**, Le centre international de règlement des différends relatifs à l'investissement, Bureau investissement international de la direction des relations économiques extérieures, 2003.
- www.minefi-gouv-fr/NotesBleues/Nbb/Nbb256/256-cw.html
3. **Ayassi J**. Note, Responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Quel est le droit réservé au projet d'articles de la commission du droit international ? <http://blog.org/post2007/11.28>. notes responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite.
4. **Bubulle** 2009 Les ruptures entre les systèmes du GATT 1947 et de l'OMC.
<http://www.juriste-en-herbe.com/droit-international-economique/140-dissertation-les-ruptures-entre-les-systemes-du-gatt-1947-et-de-lomc>
5. **Cavaré L**, Les transformations de la protection diplomatique.
http://www.zaoerv.de/19_1958/19_1958_1_3_a_54_80.pdf.
6. **Chappez J**, La règle de l'épuisement des voies de recours internes, Publications de la revue générale de droit international public, nouvelle série. Série 18
7. **Charvin R**. Régulation juridique et mondialisation, droit "mou", droit "flou" et "non-droit ". Revue ADI, 2002.
<http://www.Ridi.org/Adi/Articles/2002/200201Chr.htm>
8. **De Fronville O**. Affaire Ahmado Saidio Diallo (R. de Guinée contre R. Démocratique du Congo), Exceptions préliminaires, Le roman inachevé de la protection diplomatique, Annuaire français de droit international. LIII CNRS Editions, Paris, 2007.
9. **De gouttes R**. L'évolution de l'immérite de juridiction des Etats étrangers, Richard Owllet, Droits des investissements étrangers.

10. **Faida W**, Le traitement juste et équitable.
<http://www.Urari,Fdspt,RNA,Tn/Articles/ Faidi-investissement.htm>
11. **Gros-Espiell H**, La charte des droits et devoirs économiques des Etats et son rôle dans l’instauration du nouvel ordre économique international, les priorités à établir pour la mise en œuvre de ce nouvel ordre, In: Revue Travail et société, vol. 2, n° 2, avril 1977.
12. **Issa S**, Le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles selon le droit international, 2010.
 - www.Legavox.fr/Blog/IssaSaid/princip-souveraineté-permanente-Ressources-Na.
13. **Kebe M**. Les clauses de stabilisation dans les contrats d’investissement. Communication présentée au séminaire portant sur l’arbitrage au Sénégal, Saly Portudal, Sénégal, le 28/02/2014.
<http://www.U;onet.org/Sites/Default/Files/Sofe.Uploads/clients/39119/Rapports/Kebe20% Mouhamed20% 20%R/C3A9seulation.O.R.D.F>
14. **Leben C**, L’évolution du droit international des investissements, Octobre 2000.
http://www.jurispolis.com/dt/mat/dt_invts.htm
15. **Liberti L**, Investissements et droits de l’homme, OECD Investissement Révision, 2008.
 - www.OECD.org/investissement/GFI-7
16. **Pellet A**. Droit de l’homéisme et droit international.
www.droits.fondamentaux.org/spip.php?article27. Consulté le 28.11.2010
17. **Peterson J-L**. Droits humains et traités bilatéraux d’investissement, le rôle de droit relatif aux droits humains dans l’arbitrage des différends entre investisseurs et Etats. Droits et démocratie, Québec, Canada, 2009.
18. **PH**, La compétence personnelle et territoriale de l’Etat, 25/01/2011.

19. **Sandoval N**, L'accord multilatéral sur l'investissement et l'approche du Canada, Revue Pace/Québec, 1998.
 - [http://www.Cecal.Net/Folder.2006-01-03-83Go90 98 64 Articles-pace/1998/1accord-Multilatéral](http://www.Cecal.Net/Folder.2006-01-03-83Go90%2098%2064%20Articles-pace/1998/1accord-Multilatéral).
20. **Schneider J & Fogel P**, Charte des droits et devoirs économiques des Etats, 2007.
 - <http://www.Site.Juris-tudrait.com/charte.desDroitsEtDevoirs.html>
21. **Sterne B**, Les dilemmes de la responsabilité internationale aujourd'hui. Luxembourg, 11 et 12 mai 2001.
 - [www.sena.fr/colloques/colloques responsabilité publique/colloque Responsabilité](http://www.sena.fr/colloques/colloques%20responsabilit%C3%A9%20publique/colloque%20Responsabilit%C3%A9)
22. **Vasak K**, Partenariat et développement solidaire, La dimension des droits de l'homme, Table ronde de Marrakech, 28/02/2004
23. **Vigna A**, Un accord à renégocier, In: Le Monde diplomatique, novembre 2009.
 - [Http://www.Monde-Diplomatique.fr/2009/11/Vigna/18381](http://www.Monde-Diplomatique.fr/2009/11/Vigna/18381)
24. **Yakam T-M**, La validité du droit au développement est-elle légalement fondée ?

3–Jurisprudence Internationale

- 1-** Arrêt Du 30 Aout 1924 , **Affaire Des Concessions Mavrommatis En Pelestine (Grèce c.Royom – Uni)** , Rec ,Serie , N° 2 .
- 2-** Arrêt Du 27 Aout 1952 , **Droit Des Ressortissants Des Etats Unies D’Amérique Au Maroc (France c Etat Unies)** , Rec , 1952 .
- 3-** Arrêt Du 06 Avril 1955 , **Affaire Notte Baher (Liechtenstein c Guatemala),Rec,1955.**
- 4-** Arrêt Du 21 Mars 1959 , **Affaire De L’interhandel (Suisse c , Etats-Unis)** , Rec , 1955 .
- 5-** Arrêt Du 05 Février 1970 , **BARCELONA TRATION, light and power company, limited (Belgique , Espagne)** , Rec , 1970 .
- 6-** Arrêt Du 20 Juillet 1989 , **Affaire De L’électronica Siwla (Etats-Unis C, Italie)** , Rec , 1989 .
- 7-** Arrêt Du 31 Mars 2004 , **Avenue Et Autre Ressortissants Mexicains (Mexique c , Etats-Unis)** , Rec , 2004 .
- 8-** Arrêt Du 24 Mai 2007 , **Affaire Ahmadou Saidio Diallo Exceptions Préliminaires (République De Guinée C, République Démocratique De Congo)** , Rec , 2007 ..
- 9-**Sentence Du 20 Novembre 1984 , **Amco , Indonésie I (Fond) Emmanuel Gaillard , La Jurisprudence Du Cirdi** , Editions A. pedone – Paris , 2011 .
- 10** – Décision Du 12 Juillet 2006 , **Cirdi N° ARB/05/3 ? L.E.S.I.S PH Et Astaldi , S.P.A C République Algérienne Démocratique Et Populaire 2006** <http://www>.
- 11-** Décision Du Comité De Droit De L’homme En Verte Des Protocole Facultatif Se Rapportant Au Pacte International Relatif Aux Droit Civils Et Politiques , **88 Session Concernant la Communication N° 1424 / 2005 (Armand Anton c , Algérie) 01/11/2006** .

4-Document Et Rapports

1- **OCDE**, Relations Entre Les Accord Internationaux Sur L'investissement , Document De Travail Sur L'investissement International , N° 2004 /1 Mai 2004 .

2- **OCDE** , La Norme Du Traitement Juste Et Equitable Dans Le Droit International Des Investissement , Documents De Travail Sur L'investissement International , 1/0 Le 4/3, Septembre 2004 .

3- **L'observation Du Droit Panaméen** , Un Marché Public Litigieux , 21/08/2004 .

4- **TUAC**, L'accord Multi Latéral Sur L'investissement , Les Principaux Problèmes Rencontrés Par Les Syndicats , Note De Synthèse Du Tuac à L'attention Des Ses Membre Affilier , Septembre 1997 .

5- **Annuaire De La Commission Du Droit International** 2002, V.II , Rapport De La Commission à L'assemblée Générale Sur Les Travaux De Cinquante Quatrieme Session .

6- **CNUSCD** – Le Règlement Des Différents , 2003 .

7- **M . Benouna**, Rapport Préliminaire Sur La Protection Diplomatique , 1998 , Doc A/CN 4/484

- **J , Dugard**, Premier Rapport , 2000, Doc A/ CN4/506 .

- **J , Dugard**, Deuxième Rapport , 2001, Doc A/ CN4/514 .

- **J , Dugard**, Troisième Rapport , 2002, Doc A/ CN4/529 .

- **J , Dugard**, Quatrième Rapport , 2003, Doc A/ CN4/530 .

- **J , Dugard**, Cinquième Rapport , 2004, Doc A/ CN4/538 .

- **J , Dugard**, Sixième Rapport , 2005, Doc A/ CN4/546 .

- **J , Dugard**, Septième Rapport , 2006, Doc A/ CN4/567 .

5-Convention, Protocoles Et Textes De Codifications .

- 1- Adhésion à la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, du 11/12/1946.
- 2- Convention sur les dommages causés par les objets spatiaux du 29/03/1972.
- 3- Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique, conclue le 14/01/1975 à New York.
- 4- Convention sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 15/12/1997.
- 5- Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11 du 01/11/1998
- 6- Accord de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)
- 7- Résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale de l'ONU, Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, le 14 mars 1962.
- 8- Projet d'articles sur la protection diplomatique, 2006.

الفهرس

1	المقدمة
10	الباب الأول: طبيعة منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج ووسائل حمايتها
12	الفصل الأول: الإطار القانوني لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
13	المبحث الأول: ماهية المصالح المشروعة ورعايا الدولة في الخارج
13	المطلب الأول: مفهوم المصالح المشروعة
14	الفرع الأول: الملكية العقارية والمنقولة
21	الفرع الثاني: التفرقة بين الحق والمصالح المشروعة
24	المطلب الثاني: موقع الاستثمار بين الحق والمصالح المشروعة
24	الفرع الأول: تحديد مفهوم الاستثمار
26	الفرع الثاني: تحديد مفهوم الاستثمار طبقاً للحكم التحكيمي في قضية و الشركة الإيطالية
30	المطلب الثالث: المركز القانوني للأجانب
30	الفرع الأول: تحديد المركز القانوني للأجنبي
35	الفرع الثاني: تحديد معنى رعايا الدولة في الخارج
39	المبحث الثاني: خصائص منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
39	المطلب الأول: السيادة و حق الدول في التصرف في مواردها الطبيعية
39	الفرع الأول: تحديد مبدأ السيادة
42	الفرع الثاني: الاختصاص الشخصي للدولة في القانون الدولي
46	الفرع الثالث: الاختصاص الاقتصادي للدولة (السيادة الاقتصادية)
55	الفرع الرابع: الحصانة القضائية والتنفيذية للدولة
59	المطلب الثاني: الفعل الغير المشروع والمسؤولية الدولية
62	الفرع الأول: العمل غير المشروع
71	الفرع الثاني: حصول الضرر لرعايا الدولة في الخارج
76	الفرع الثالث: المسؤولية الدولية والإجراءات المضادة
79	المبحث الثالث: أعمال الدولة المنشئة للمنازعات مع رعايا الدولة في الخارج
79	المطلب الأول: تحويل الملكية لرعايا الدولة في الخارج
80	الفرع الأول: نزع الملكية والتأميم

86	الفرع الثاني: شروط نزع الملكية أو تأمين الاستثمارات
88	المطلب الثاني: الإخلال بالتوازن التعاقدى مع رعايا الدولة في الخارج عن طريق الاختصاص التشريعي للدولة
90	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي
97	الفرع الثاني: أشكال الثبات التشريعي
100	المطلب الثالث: الاستيلاء في القانون الداخلي
100	الفرع الأول: إجراءات الاستيلاء
101	الفرع الثاني: الاستيلاء على المساكن في التشريع الفرنسي
103	الفرع الثالث: الاستيلاء في التشريع الجزائري
104	الفصل الثاني: وسائل حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
105	المبحث الأول: وسائل الحماية من منظور القانون الدولي
105	المطلب الأول: الحد الأدنى للأجانب
105	الفرع الأول: التطور التاريخي للحد الأدنى للأجانب ومراعاته
110	الفرع الثاني: تجاوز الحد الأدنى للأجنبي
115	الفرع الثالث: حكم الدولة الأكثر رعاية
123	المطلب الثاني: المعاملة الوطنية والمعاملة المنصفة والعادلة
123	الفرع الأول: المعاملة الوطنية
125	الفرع الثاني: معيار المعاملة العادلة والمنصفة في القانون الدولي للاستثمار
134	المبحث الثاني: الإتفاقيات الثنائية أداة لحماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
134	المطلب الأول: تدويل الاستثمار
135	الفرع الأول: تطور تدويل الاستثمار
143	الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة باستقبال ومعاملة الاستثمارات
148	الفرع الثالث: الأحكام الخاصة بحماية و ضمان الاستثمارات وتسوية المنازعات المتعلقة بها .
159	المطلب الثاني: الإتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر والدول الأخرى حول ترقية وحماية الاستثمار
159	الفرع الأول: تطور ترقية وحماية الاستثمارات في الجزائر
160	الفرع الثاني: المبادئ العامة للإتفاقيات الثنائية ما بين الجزائر والدول الأخرى
165	الفرع الثالث: الوضعية الخاصة لأملاك المعمرين الفرنسيين في الجزائر
173	المبحث الثالث: الإتفاقيات الجماعية أداة لحماية المصالح المشروعة

174	المطلب الأول: قواعد التجارة العالمية لحماية المصالح المشروعة
174	الفرع الأول: منظمة أُلغات
181	الفرع الثاني: المنظمة العالمية للتجارة
191	الفرع الثالث: حماية حقوق الملكية الفكرية في منظمة التجارة العالمية
199	المطلب الثاني: الاتفاقية الجماعية للاستثمار (AMI) وحق الاستثمار
200	الفرع الأول: أسباب الاتفاقية الجماعية للاستثمار
203	الفرع الثاني: معاهدة ميثاق الطاقة
205	الفرع الثالث: حق الاستثمار وحقوق الإنسان
208	الباب الثاني: التسوية القضائية لمنازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
210	الفصل الأول: الحماية الدبلوماسية للمصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
211	المبحث الأول: الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي
211	المطلب الأول: تطور الحماية الدبلوماسية
212	الفرع الأول: الحماية الدبلوماسية حق للفرد
214	الفرع الثاني: حق الدولة في حماية رعاياها عن طريق الحماية الدبلوماسية
220	المطلب الثاني: قرار محكمة العدل الدولية لسنة 2007 م المتعلق بقضية ديالو
224	المطلب الثالث: مجال وإجراءات ممارسة الحماية الدبلوماسية
224	الفرع الأول: مجال ممارسة الحماية الدبلوماسية
225	الفرع الثاني: إجراءات ممارسة الحماية الدبلوماسية
227	المبحث الثاني: الجنسية الشرط الأساسي للحماية الدبلوماسية
227	المطلب الأول: الحماية الدبلوماسية وجنسية الأشخاص الطبيعية
228	الفرع الأول: تحديد مفهوم الجنسية
231	الفرع الثاني: التقدير روابط الجنسية
235	الفرع الثالث: الجنسية المتعددة و المطالبة ضد الدولة ثالثة
243	المطلب الثاني: الحماية الدبلوماسية وجنسية الأشخاص الاعتبارية (حماية المساهمين)
244	الفرع الأول: مفهوم الأشخاص الاعتبارية ورابطة الجنسية للأشخاص المعنوية (الشركات)
247	الفرع الثاني: قضية برشلونة تراكشن
255	الفرع الثالث: الضرر الذي يلحق مباشرة بالمساهمين

264	المبحث الثالث : القواعد الأخرى للحماية الدبلوماسية
264	المطلب الأول : قاعدة استنفاد طرق الانتصاف المحلية
265	الفرع الأول : الأسس القانونية لقاعدة استنفاد طرق الانتصاف
273	الفرع الثاني : العلاقة الاختيارية و الصلة الإقليمية لبدأ الانتصاف
279	المطلب الثاني : نظرية الأيدي النظيفة و شرط كالفر
280	الفرع الأول : نظرية الأيدي النظيفة
283	الفرع الثاني : شرط كالفر
286	المطلب الثالث : الحرمان من العدالة
289	الفصل الثاني: التحكيم الدولي وتسوية منازعات المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج
290	المبحث الأول: التحكيم الدولي الطريقة المثلى لتسوية منازعات الدول مع رعايا الدولة في الخارج
290	المطلب الأول: تطور التحكيم الدولي في تسوية المنازعات ما بين الدول والأشخاص الخاصة
292	الفرع الأول: محددات التحكيم الدولي
293	الفرع الثاني: التحكيم الدولي والمستثمر الأجنبي
296	الفرع الثالث: تطور التحكيم في الجزائر
304	المطلب الثاني: التحكيم الوسيلة المفضلة لحماية مصالح رعايا الدولة في الخارج
305	الفرع الأول: الخصائص المميزة للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار
308	الفرع الثاني: الأشكال التي يتخذها اتفاق التحكيم
315	الفرع الثالث: استقلالية اتفاق أو شرط التحكيم في القانون الجزائري
317	المطلب الثالث: تنظيم التحكيم الدولي وتنفيذ أحكامه
318	الفرع الأول: تشكيل الهيئة التحكيمية
325	الفرع الثاني: تحديد القانون الواجب التطبيق وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي
333	المبحث الثاني: دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في حماية رعايا الدولة في الخارج
333	المطلب الأول: أسباب إنشاء المركز وتنظيمه
333	الفرع الأول: أهداف إنشاء المركز الدولي
337	الفرع الثاني: تنظيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار

341	الفرع الثالث: اختصاصات المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار
345	المطلب الثاني: إجراءات التقاضي أمام هيئات التحكيم في المركز (CIRDI)
345	الفرع الأول: إجراءات إقامة الدعوى وتشكيل المحكمة
348	الفرع الثاني: قضية أموك مع الحكومة الاندونيسية
362	المطلب الثالث: اللجوء إلى تحكيم المركز دون وجود شرط أو اتفاق التحكيم
363	الفرع الأول: التحكيم في منازعات الاستثمار بناء على القانون الوطني
365	الفرع الثاني: التحكيم بناء على الإتفاقيات الثنائية أو الجماعية المتعلقة بالاستثمار
367	خاتمة
372	المراجع
391	الفهرس

"La protection des intérêts légaux des nationaux à l'étranger"

Résumé:

Les conflits d'intérêts entre les États et les personnes privées étrangères, peuvent engendrer des différends internationaux, et cela bien qu'il existe des actions résultant de pratiques internationales à travers les âges, qui tendent à protéger les intérêts légaux des nationaux à l'étranger, sans pour autant porter préjudice à la souveraineté du pays d'accueil ; il s'agit en l'occurrence de la protection diplomatique et de l'arbitrage international.

Toutefois, des États désireux d'exercer leurs autorités, ont trop souvent recours à la prise de décisions souveraines, telle que : l'expropriation pour cause d'utilité publique, de nationalisation et de confiscation. Ces pratiques garantissent à ces états l'obtention d'avantages certains, sans être tenu de consentir au préalable des compensations qui soient justes ou qui soient à la mesure des préjudices causés aux vrais propriétaires; ce qui a pour effet de contraindre les nationaux à l'étranger à réclamer l'indemnisation en ayant recours à la protection diplomatique, ou à tenter des actions judiciaires auprès des tribunaux d'arbitrages internationaux ; notamment le centre internationale de règlement des différends relatifs à l'investissement(CIRDI).

Mots clés : La protection diplomatique- Les nationaux à l'étranger- L'internalisation de l'investissement de l'étranger- Droit au développement.

"The protection of the legal interests of national abroad"

Abstract:

The conflicts of interest between states and foreign private individuals, may cause international disputes, and that although there are actions resulting international practices through the ages, which tend to protect the legal interests of domestic to abroad, without prejudice to the sovereignty of the host country; it is in this case of diplomatic protection and international arbitration.

However, states wishing to exercise their authorities too often resort to taking sovereign decisions, such as: eminent domain, nationalization and confiscation. These practices ensure these states gets some benefits, without being required to consent in advance of compensation that are fair and that are commensurate with the damage caused to true owners; which has the effect of compelling the nationals abroad any claim by resorting to diplomatic protection, or bring legal actions with the international arbitration courts; including the International Disputes of investment Disputes (ICSID).

Keywords: Protection diplomatic - Internalization of investment abroad- Right to development

"حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج"

المخلص:

ان تعارض المصالح بين الدول و الأشخاص الخاصة الأجنبية، قد يؤدي الى وجود منازعات دولية، رغم وجود إجراءات نتجت عن الممارسة الدولية عبر العصور تقضي بحماية المصالح المشروعة لرعايا الدول في الخارج دون المساس بسيادة الدولة المضيفة، و في مقدمتها الحماية الدبلوماسية و على رأسها التحكيم الدولي.

و حرصا على ممارسة سلطتها قد تلجأ الدول في الكثير من الأحيان الى إصدار قرارات سيادية مثل نزع الملكية من اجل المنفعة العامة، او التأميم او الاستيلاء، او التغيير في المنظومة القانونية الداخلية من اجل الحصول على منافع ذاتية دون تقديم تعويض مسبق و عادلا مقابل هذه القرارات، مما يرغم رعايا الدول في الخارج الى رفع مطالبات باسم دولهم في إطار الحماية الدبلوماسية او تقديم دعاوي أمام محاكم التحكيم الدولية من اجل التعويض عن الأضرار، الامر الذي قد يتسبب في تكبيد هذه الدول تعويضات معتبرة قد تضر بها اقتصاديا، خاصة بالنسبة للدول السائرة في طريق النمو. و يعد التحكيم الدولي آلية فعالة في حماية المصالح المشروعة لرعايا الدولة في الخارج.

كلمات مفتاحية: الحماية الدبلوماسية- تدويل الاستثمار الدولي - الحق في التنمية - رعايا الدولة في الخارج