

مجلة جامعة تكريت للحقوق
السنة (٢) المجلد (٢) العدد (١) الجزء (١)
ايلول ٢٠١٨ م - محرم ١٤٤٠ هـ



تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام

د. اياد يونس محمد الصقلي
جامعة الموصل - كلية الحقوق



تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي في ظل أحكام القانون الدولي العام د. اياد يونس محمد الصقلي

مستخلص :

يُعد الاستثمار الاجنبي من أهم أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري الذي يتحتم على الدولة النامية مزاولته لما له من مردودات إيجابية متعددة ومتنوعة على مختلف نواحي الحياة فيها، وكذلك لما له من دور بارز ومؤثر يقوم به وبشكل عام على مختلف الأصعدة وبشكل خاص على صعيد التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وخصوصاً إذا ما أحسن توظيفه وتطبيقه على نحو يحقق التوازن بين أطرافه. وفي الحقيقة أن غالبية الدول تتسابق من أجل جذب الاستثمارات الأجنبية إليها، وذلك لما لهذه الاستثمارات من آثار اقتصادية واجتماعية إيجابية للدولة المضييفة للاستثمار الاجنبي، إذ تعمل بعض مقومات هذا الاستثمار على بناء اقتصاد متقدم لها، كما يعمل على إيجاد العوامل المعرفية والعلمية والتقنية والاقتصادية الحديثة لها وذلك عن طريق ما يقدمه المستثمر الأجنبي من مثل رأس المال والخبرات الفنية والعلمية المتطورة، الأمر الذي من شأنه أن يهيئ للدولة المضييفة للاستثمار الظروف الملائمة للانفتاح الكبير على الأسواق المحلية وكذلك العالمية ومن ثم إيجاد المزيد من فرص العمل لمواطنيها، وبالتالي تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي فيها وزيادة صادراتها، كما يعمل الاستثمار الأجنبي على تحقيق مردودات ومزايا اقتصادية للمستثمر ولدولته من خلال بناء علاقات اقتصادية وتجارية وسياسية متينة. وحتى يأتي الاستثمار بشماره يتوجب على الدولة المضييفة أن توفر بيئة استثمارية آمنة ملائمة بالإضافة الى توفير وتأمين المستلزمات الضرورية الأخرى. وفي الواقع من خلال توفير ضمانات قانونية واقتصادية كفيلة صحية تشجع على الاستثمار الأجنبي وذلك بتوفير الوسائل الاقتصادية والقانونية التي من شأنها أن تخلق بيئة آمنة للمستثمر الأجنبي. ونظراً لما تتميز به عقود

الاستثمار الأجنبي من مسائل تتعلق بالمصالح العليا للدولة المضيفة، بل قد تمس بعض هذه العقود بسيادة الدولة ولاسيما الاستثمارات الأجنبية الضخمة طويلة الأجل من مثل تلك التي تتعلق بالمصالح الاقتصادية الاستراتيجية للدولة المضيفة، إذ تكون السمة الغالبة لهذه العقود التعقيد وبعض الشيء من الغموض وذلك بسبب كونها متعددة الأطراف وبالتالي تعدد المصالح والغايات المتباينة لأطرافها، الأمر الذي قد ينشأ بسببه العديد من المنازعات التي تتطلب تدخلاً قانونياً لحلها ووضع الحلول التي ترضي جميع أطراف عقد الاستثمار، لذا كان لزاماً على المجتمع الدولي أن يتدخل ويضع القواعد القانونية الدولية مجسدة بقواعد القانون الدولي العام التي أوجدت المؤسسات القضائية التي لها ولاية النظر في تسوية المنازعات التي قد تنهض من تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي من مثل محكمة العدل الدولية ومحاكم التحكيم التي أخذت على عاتقها البت في مثل هذه القضايا، لذا من خلال هذه الورقة البحثية سنتعرض الى بيان دور القضاء الدولي في تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقود الاستثمار الأجنبي ودور المؤسسات القضائية الدولية في البت فيها وإيجاد الحلول التي ترضي جميع أطراف عقد الاستثمار.

Abstract:

The foreign investment is considered one of the most important aspects of the economic and commercial activity regarding the developing countries because of its multiple and varied positive returns on life levels. Therefore, this will motivate these countries to resort to it, and because of its remarkable and influential role also that may play at different levels in general and in particular at the level of economic and social development, especially if properly employed and applied to achieve a balance among the investors. In fact, the majority of

countries are racing to attract the foreign investments to them, because these investments are of positive social and economic effects for the host country of foreign investment, some elements of this investment are working to build an advanced economy for the host State. In addition to that, the foreign investment also works on to find the modern cognitive, scientific, technical and economic factors for this state through what by the foreign investor may produce such as capital, technical and scientific expertise. Consequently, that may make it easier for the host state to gain through what the foreign investor provide the appropriate conditions for the big opening up towards its local markets as well as global, and then create more job opportunities for its citizens. Consequently, it improves its economic and social situation as well as it increasing its exportations. Foreign investment also works to gain economic returns for its own country through building solid economic, commercial and political relations. Therefore, in order to gain the returns of this investment must pay off; the host country should provide a secure adequate investment environment as well as it must insure the provisions and other necessary supplies. In reality, that may be throughout the provision of standard legal and economic guarantees enough to encourage foreign investment by providing the means of law and economics that may will create a safe environment for foreign investors. However, and because of the

important characteristics of foreign investment contracts which contain matters relating to the higher interests of the host country, some of these contracts may affect state sovereignty, especially huge long term foreign investments contracts such as those related to the strategic economic interests of host state, as the fact that the dominant feature of these contracts complexity and some ambiguity because of its multilateralism, thus the multiplicity of different interests and ends of its parties, which may result in many disputes that require legal intervention to resolve and develop solutions that satisfy all parties to the investment contract. Therefore, it was necessary for the international community to intervene and establishes international legal norms embodied by the rules of public international law that created the judicial institutions which have a mandate to consider the settlement of disputes that may promote the implementation of foreign investment contracts such as the International Court of Justice and the Courts of Arbitration which took it upon themselves to decide on such as this Disputes. Finally, through this research paper we are going to indicate the role of international justice in the settlement of disputes that arise from the implementation of foreign investment contracts and the role of international judicial institutions in deciding where and to find solutions that satisfy all parties to a contract of investment.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على فخر الكائنات سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

الطيبين وبعد.

أهمية البحث:

ان مسألة وجود منازعات في أي مجال من مجالات الحياة هي ظاهرة طبيعية في المجتمعات البشرية وهي نتيجة حتمية لتعامل أفراد هذه المجتمعات وتواصلهم بعضهم مع البعض الآخر وإقامتهم للعلاقات بمختلف أنواعها من اجتماعية وثقافية واقتصادية وتجارية والتي غالباً ما يتولد عنها تقاطعات وخلافات بينهم وذلك نتيجة لتعارض مصالحهم التي يسعى كل طرف منهم تحقيقها بشكل هادئ ومن حدوث أية مشاكل مع من يتعامل معهم، فلدی حدوث مشكلة ما بين أفراد المجتمع الواحد في المجال الاقتصادي والتجاري فحتما يكون التصدي لها وحلها أسهل من تلك التي تنشب أفراد عدة مجتمعات أي وجود عناصر أجنبية في هذه العلاقة الأمر الذي قد يصعب على أطراف حلها مقارنة بتلك العلاقة التي تكون جميع عناصرها وطنية، لذا تتجلى لنا أهمية البحث في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي وكذلك أهمية البحث عن آليات قانونية كفيلة بالتصدي لأية مشاكل من الممكن أن تحدث بين أطراف العلاقة الاقتصادية سواء على الصعيد الوطني أم على الصعيد الدولي.

إشكالية البحث:

ومن الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له وإن ظهرت حسنة في بدايتها- سرعان ما تتبدل، ولا سيما أن مصالح الطرفين لا تسير دائماً في اتجاه واحد. ومن المعروف أن الدول النامية شرّعت قوانين استثمار وطنية، وقد تضمنت هذه القوانين مواد عالجت مسائل تسوية منازعات الاستثمار، إلا أن هذه المواد المخصصة لتسوية منازعات الاستثمار تناولت وسائل وجهات التسوية على سبيل التعداد ومن خلال هذا التعداد يتجلى أماننا سمو المعاهدات التي أبرمتها أو دخلت فيها الدولة المضيفة لرأس المال الأجنبي

على جهات التسوية الأخرى وذلك عند فشل طرفي النزاع بحله من خلال التسوية الرضائية أو إخفاقهم في التوصل إلى اتفاق على آلية أو وسيلة حل معينة. ونظراً لكون المعاهدات عملاً دولياً ملزماً للدولة، لا تستطيع التوصل منه أو تعديل التزاماتها فيه بإرادتها المنفردة كما تفعل في القوانين الداخلية على أساس مبدأ سيادة الدولة الإقليمية، لذا تتجسد إشكالية البحث في بعض التساؤلات التي سوف يتم الإجابة عنها في مضمون هذا البحث ومن هذه التساؤلات ما هي الوسائل التي قد يلجأ إليها أطراف عقد الاستثمار في حل المشاكل التي قد تثور بينهم؟ ومتى يلجأ إلى أي من هذه الوسائل؟ وهل هناك أسبقية معينة لوسيلة على أخرى؟ هذه التساؤلات وغيرها سوف يتم الإجابة عنها من خلال هذا البحث.

هدف البحث:

يهدف البحث إلى توضيح الدور الذي يقوم به القانون الدولي العام في احاطة الاستثمارات الأجنبية بالقواعد القانونية التي تؤدي إلى تنظيمها ويكون ذلك من خلال بيان دوره في توفير الحماية الموضوعية لهذه الاستثمارات فضلاً عن دوره في توفير الضمانات اللازمة لتفعيلها.

هذا ويهدف البحث إلى الإجابة عن التساؤلات التي تثار من خلال إلقاء الضوء على دور القانون الدولي العام ممثلاً بتوفير الوسائل القانونية لتسوية المنازعات التي تنشأ في مجال الاستثمارات الأجنبية.

منهجية البحث:

نظراً لتعدد الوسائل التي يتطرق إليها موضوع البحث فقد اعتمدنا على منهجين علميين يتكاملان فيما بينها بقصد إغناء موضوع البحث والإلمام بجميع دقائقه وتفصيلاته، ولأجل تحقيق هذه الغاية فقد اتبعنا المنهجين التطبيقي والتحليلي التأصيلي:
أ- المنهج التطبيقي: إن موضوع البحث لا يعالج مسائل نظرية بحتة أو قليلة الحدوث والتكرار في المجتمع الدولي، لأن مواضيع القانون الدولي العام في تجدد مستمر من الناحية الواقعية،

ولأن تدخل هذا القانون لتنظيم الاستثمارات الأجنبية يكاد يكون مستمراً من الناحية التطبيقية من خلال الاتفاقيات التي تعقد بين الدول، لهذا فقد سعينا عند عرض كل فكرة إلى تدعيمها بالتطبيقات سواء من خلال سلوك الدول في علاقاتها المتبادلة عبر الاتفاقيات الدولية أم من خلال قرارات الهيئات الدولية وأحكام المحاكم الدولية.

ب-المنهج التحليلي التأسيلي: ولقد أجريت تحليلاً وتأسيساً لنصوص لعدد من الاتفاقيات الدولية التي تعنى بتنظيم الاستثمار الأجنبي وتشجيعه مقارنة بين أوجه الشبه والاختلاف فيها تبعاً لاختلاف الدول الأطراف ومبرزاً سماتها الإيجابية والسلبية بالنسبة إلى الدول النامية.

هيكلية البحث:

لغرض تغطية جميع محاور التي تضمنها هذا البحث فقد انتظم في مباحث وخاتمة وكالاتي: -

- المبحث الأول:- دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
- المبحث الثاني:- دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
- المبحث الثالث:- دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

المبحث الأول

دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

يُعد القضاء بمثابة الوسيلة الناجعة التي تم انشاؤها في الأنظمة القانونية لكافة المجتمعات البشرية وأنيط بها دور حاسم جداً وهو البت في القضايا التي يعرضها عليها أفراد المجتمع لدى نشوب أي خصومة فيما بينهم، إذ غالباً ما يلجأ هؤلاء الأفراد المتخاصمون إلى القضاء طالبين مساعدته في فض هذه الخصومة التي نشبت بينهم. لذا ولما كان النزاع أو الخلاف بين أشخاص أي نظام قانوني أمراً لا يمكن إنكاره، ولما كان ازدياد الاستثمارات الأجنبية وتكاثرها لا بد أن ينشأ عنه العديد من المشكلات وخاصةً فيما يتعلق بالشركات متعددة الجنسيات وعلاقاتها بالدول المضيفة لها، فكان لا بد أن تتصدى اتفاقيات الاستثمار لهذه

المنازعات وتوجد لحلها وسيلة فعّالة محايدة تحقق التوازن بين الطرفين المتنازعين. وفي هذا الإطار فقد حرصت معظم اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار الثنائية على توفير وسيلة محايدة وفعّالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بين إحدى الدول المتعاقدة ومواطني الدول المتعاقدة الأخرى، تتلاءم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية. فقد أشارت بعض معاهدات الاستثمار الثنائية إلى ضرورة اللجوء أولاً إلى التفاوض لحل أي نزاع استثمار يمكن أن ينشأ في المستقبل. فإذا لم يتوصل الطرفان إلى حل للنزاع عن طريق التفاوض، فقد أعطت بعض المعاهدات الخيار للمستثمرين في اللجوء مباشرةً إلى الهيئات القضائية والمحاكم الإدارية الداخلية في الدولة المضيفة أو إلى التحكيم الدولي^(١). في حين ألزمت طائفة أخرى من المعاهدات المستثمر الأجنبي بضرورة اللجوء إلى وسائل إصلاح الضرر المتاحة له في الدولة المضيفة قبل إحالة النزاع إلى التحكيم الدولي.

لذا ولغرض البحث في دور القضاء في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لابد أن نتطرق أولاً إلى بيان دور القضاء الوطني لتسوية هذه المنازعات ومن ثم نتناول دور القضاء الدولي في هذا المجال وكل منهما في مطلب مستقل.

(١) للمزيد من التفصيل: أنظر محمد يونس يحيى الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون/ جامعة الموصل ٢٠٠٥، ص ١٤٧ وما بعدها.

المطلب الأول

دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

تعدّ ممارسة سلطة القضاء أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية، لذلك تصر الدول النامية على إخضاع جميع ما على إقليمها من أموال عقارية كانت أو منقولة، ومن أشخاص وطنيين كانوا أو أجانب، لمحاكمها وقوانينها، ولا شك أن إخضاع الوطنيين لقضاء دولتهم يعدّ أمراً طبيعياً، كما أن إخضاع الأجانب لقضاء الدولة التي يوجدون فيها يعدّ أمراً طبيعياً، لأنهم يتمتعون بحمايتهم، فيجب مقابل ذلك أن يخضعوا لقضائهم.

يحسن بنا القول إن نجاح الدول النامية في التمسك في عدد من المعاهدات التي أبرمتها مع الدول المتقدمة بضرورة إخضاع منازعات الاستثمار إلى قضائهم قبل إحالته إلى هيئات دولية، جاء متفقاً مع مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي تطالب به هذه الدول لإعادة العدالة للنظام القانوني الذي يحكم العلاقات الاقتصادية الدولية. إذ تؤكد هذه المبادئ على أن الدولة يجب أن تمارس سيادتها على مواردها الطبيعية من خلال إخضاع كل المنازعات الناشئة عن الاستثمارات في هذه الموارد إلى محاكمها ووفقاً لقوانينها، عوضاً عن اللجوء مباشرة إلى الإجراءات الدولية التي تتطلبها الدولة المتقدمة. فقد نصّت المادة (٢/٢) من ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول على ما يأتي: ((عندما تنثير مسألة التعويض خلافاً، يتم حل هذا الخلاف بمقتضى القانون الوطني للدولة المؤممة وعن طريق محاكمها، ما لم يوجد اتفاق من قبل الدول المعنية على إتباع طرق سلمية أخرى على أساس المساواة في السيادة ووفقاً لمبدأ الاختيار الحر للوسائل)).

إلا أن لجوء المستثمر الأجنبي إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة لا يخلو من صعوبات، سواء أكانت موجودة بالفعل أم أنه لا يثق هو بقدره هذا القضاء على إنصافه، مما يجعل هذه الوسيلة غير فعّالة بالنسبة إليه، فيفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي.

وبناءً عليه سندرس العوائق التي تواجه المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة في الفرع الأول، ثم نقوم بتقويم قدرة قضاء الدولة المضيفة على إنصافه في الفرع الثاني.

الفرع الأول

العوائق التي تواجه المستثمر الأجنبي في اللجوء إلى المحاكم الوطنية

إذا كان الأصل في ممارسة سلطة القضاء في الدولة هو سيادتها على إقليمها بكل ما يوجد فيه أو عليه من أشخاص، فالمتصور إذاً ألاّ تثير مسألة تقاضي الأجانب أمام محاكم الدولة المضيفة مشكلات تذكر من حيث إمكانية التقاضي ما داموا يسلمون باختصاص تلك المحاكم بنظر سائر المنازعات التي ترتبط بإقليم الدولة.

غير أنه من المعلوم أن التنظيمات القانونية قد عرفت من أحقاب طويلة التفرقة بين الوطنيين والأجانب من حيث مركز كل منهم أو معاملته بالمقارنة بالآخرين. فالأجنبي منع في البداية من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة له للمطالبة بحقوقه، وكان ذلك انعكاساً للفكر القائل: بأن قضاء الدولة أو المحاكم الوطنية إنما قامت لتوفير العدالة بين الوطنيين وحدهم ولا تلزم بتوفيرها للأجانب المقيمين في إقليمها. ولا شك في أن هذه النظرة كانت منسجمة مع الأوضاع المجحفة التي أحاطت بالأجنبي في الأحقاب المختلفة التي مرت بها المجتمعات القديمة، إذ تحدد مركزه على أنه عدو، أو على أنه لا يصلح لأن يكون صاحب حق، بل يصلح أن يكون محلاً للحق ذاته بوصفه عبداً أو مالاً.

غير أن مركز الأجنبي بصفة عامة قد لقي تطوراً شاملاً ارتبط بتطور الفكر القانوني والفلسفي وقيام الاتصال تدريجياً، ثم اتساعه بين المجتمعات والدول، وتبلور هذا التطور في الاعتراف بالشخصية القانونية للأجنبي التي تؤهله للتمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، وذلك في ضوء مفهوم فلسفي عميق يستند إلى وحدة الطبيعة الإنسانية بين مختلف البشر ووطنيين كانوا أو أجانب.

وتماشياً مع هذا التطور تساوي الاتجاهات الحديثة في التشريعات المقارنة بين الوطنيين والأجانب فيما يتمثل بإمكانية اللجوء إلى القضاء الوطني. كما أصبح حق الأجنبي في اللجوء إلى القضاء الوطني يعدّ من ضمن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب المقررة بمقتضى العرف الدولي.

إلا أن لجوء المستثمر الأجنبي المتضرر إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة أو دولته قد يثير عدة صعوبات مصدرها اختلاف المركز القانوني لأطراف النزاع، إذ أن أحد الطرفين دولة ذات سيادة، والطرف الآخر فرد أو شركة أجنبية. ولا ريب أن هذا الاختلاف في المركز القانوني بين طرفي النزاع يؤدي إلى صعوبة تحقيق المساواة الكاملة بينهما أمام محاكم الدولة المضيفة (*).

الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم حصول المستثمر على إجراءات تقاضي عادلة، وعلى ذلك قد يصعب على المحاكم الداخلية في الدولة المضيفة تقديم ضمان كاف لطمأنة المستثمر الأجنبي الخاص على نتيجة دعواه^(١).

كما يصطدم المستثمر الأجنبي بعائق آخر هو مبدأ حصانة الدولة ضد التقاضي Immunity From Judicial Process^(٢). فقد تكون الهيئات القضائية الداخلية في الدولة

(*) تتحقق المساواة الكاملة بين الأطراف إذا كان كل طرف قادراً على المثول أمام المحكمة وعلى عرض دعواه أمامها دون قيد، على أن تلتزم المحكمة بالاستماع الكامل ولكلا الطرفين.

(١) عصام بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٢، ص ١٦٦.

(٢) يذهب القاضي الإنكليزي الشهير Denning إلى القول:

"It is more in keeping with the dignity of a foreign sovereign to submit himself to the rule of law than to claim to be above it".

Rawding. N., Protecting Investments under States Contracts, Some Legal and Ethical Issues. A. I. Q. Vol. 11, 1995, pp. 352.

المضيفة ممنوعة من التعرض لتصرفات الدولة، كما قد تدفع ظروف القضية المستثمر الأجنبي إلى رفع دعوى أمام محاكم دولة ثالثة أو محاكم دولته الوطنية. ولا شك أنه في كل هذه الفروض سيثار التساؤل حول ما إذا كان من الملائم أن تكون الدولة ذات السيادة طرفاً في دعوى قضائية أمام المحاكم الوطنية أو الأجنبية؟

يتوقف ذلك على تطبيق مبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة Sovereign Immunity بوصفه من المبادئ الثابتة في القانون الدولي العام. ويقصد بهذا المبدأ منع المحاكم الوطنية في بلد ما من محاكمة دولة أجنبية أو مؤسساتها، أو أن محاكم الدولة نفسها لا تستطيع أن تقاضي الدولة عن بعض التصرفات التي تقوم بها لأنها تتمتع بالحصانة القضائية.

إن فكرة الحصانة القضائية للدولة ليست في الواقع بالفكرة الجديدة، غير أن هذا الموضوع قد اتسم في الوقت الحالي بأهمية كبيرة نظراً لاتساع نطاق نشاط الدولة على أثر انقضاء عهد الدولة الحارسة. إذا أصبحت الدولة متدخلة في كل مجال من مجالات الحياة، وتساهم بشكل خاص بنصيب وافر في الحياة الاقتصادية والتجارية للمجتمع الدولي بشكل لم يسبق له مثيل من قبل، خاصة في ظل الظروف الدولية الحالية التي تدعو إلى تحرير الاقتصاد الدولي من العوائق كافة.

وهكذا فقد أدى تطور وظائف الدولة وتوسع نشاطها إلى بروز عدة اتجاهات فقهية حول حصانتها، تمحورت حول نظريتين أساسيتين هما: نظرية الحصانة المطلقة، ونظرية الحصانة النسبية.

فقد كان المبدأ السائد في مختلف الدول حتى أوائل القرن العشرين هو تمتع الدول الأجنبية بإعفاء مطلق من الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية في جميع المنازعات التي تكون طرفاً فيها، إلا إذا قبلت الخضوع لذلك صراحةً. وقد قيل في تبرير مبدأ الحصانة المطلقة أن سيادة الدولة واستقلالها يتنافيان مع إمكانية خضوعها بأية صورة من الصور لسلطان القضاء

في دولة أخرى، ذلك أن مقاضاة الدولة أمام محاكم دولة أخرى ينطوي على انتهاك لسيادتها ومساس باستقلالها^(١). وقد طبقت المحاكم الإنكليزية في الماضي نظرية الحصانة المطلقة، وقضت بأن الدولة الأجنبية بشكل عام لا يمكن أن تخضع لقضاء المحاكم الإنكليزية حتى عندما تمارس أنشطة تجارية^(٢).

وقد أخذ مبدأ الحصانة المطلقة للدولة يتزعزع نتيجة لاتساع دور الدولة وقيامها بأعمال تخرج عن إطار نشاطها التقليدي. إذ أصبحت الدولة تمارس نوعين من الأعمال: فإلى جانب أعمالها التي تعدّ نظراً لطبيعتها من أعمال السيادة *Acta Jure Imperii* تمارس أعمالاً تجارية *Acta Jure Commericii* وأعمالاً من أعمال الإدارة العادية التي تتنازل فيها عن صفتها كدولة ذات سيادة وتنزل إلى مرتبة الأفراد العاديين *Acta Jure Gestionis* مثل عقود الاستثمار^(٣).

ولقد اتجهت بعض الدول إلى التفرقة في أعمال الدولة، فميزت بين الأعمال ذات الصلة السيادية (خاصة في المسائل الجنائية) والأعمال ذات الصلة المدنية والإدارية، بحيث استتبع هذه التفرقة تمييزاً آخر بين الحصانة القضائية في المسائل الجزائية والحصانة

(١) د. علي حسين الشامي، الدبلوماسية ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٠، ص ٣٦٢.

See also: Collins (L. A.), the Effectiveness of the Restrictive Theory of Sovereign Immunity, Col. J. T. L., Vol. 4, 1965, pp. 119.

(٢) انظر ذلك بالتفصيل في:

Nwogugu (E.I), Legal Problems, of Foreign Investments, 153 R.C.A.D.I, (1976-V). pp. 231.

(٣) انظر هذا التمييز بين أعمال الدولة في:

Bouchez (L. J.), The Prospects For International Arbitration-Disputes Between States and Private Enterprises, J. I. A. Vol. 8, 1991, pp. 84.

القضائية في المسائل المدنية والإدارية. فبالنسبة الى الأولى تتمتع الدولة الأجنبية بحصانة قضائية مطلقة، إذ لا يجوز إخضاعها للقضاء الوطني إلا برضاها. أما بالنسبة الى الثانية، فلا تتمتع الدول الأجنبية بأية حصانة عن أعمالها المدنية والإدارية، ومن ثم يمكن خضوعها للقضاء الوطني، وهذا ما يسمى بنظرية الحصانة النسبية^(١). وكان من أوائل المنادين بمبدأ الحصانة المقيدة للدولة القضاء الإيطالي والبلجيكي والنمساوي والسويسري والألماني والمصري^(٢). وفي الوقت الحالي أصبحت الدول تميل إلى الحد من الحصانة القضائية للدولة الأجنبية، فمثلاً يأخذ قانون الحصانة الرسمية الأمريكي الصادر سنة ١٩٧٦ بمبدأ الحصانة المقيدة^(٣).

وفي هذا الخصوص، فإن العبرة هي بطبيعة النشاط وليس غرضه، لتحديد ما إذا كان هذا النشاط من قبيل أعمال السيادة التي تمنع القضاء الوطني من النظر في المنازعات المتعلقة بها أو من قبيل أعمال الإدارة العادية التي لا تتصل بالسلطة العامة، وفي هذه الحالة يجوز للمحاكم الوطنية النظر في المنازعات المتعلقة بها^(٤). وأخيراً حتى ولو افترضنا جدلاً

(4) Collins, Ibid., pp. 119

(٢) لمزيد من التفصيل حول موقف الفقه والقضاء من هذه النظرية انظر:

د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، مؤسسة الحسيني، بيروت، ١٩٨٢-١٩٨٣، ص ٥٥-٥٦.

(٣) الفقرة رقم (١٦٠٥) من القانون المذكور تحدد الحالات التي لا تتمتع بها الدولة بالحصانة الرسمية مثل:

١. حالة قيام الدولة الأجنبية بالتنازل عن الحصانة، وعادةً ما تكون في اتفاقيات القروض أو الودائع.

٢. حالة تملك أصول بصورة مخالفة للقانون الدولي وموجودة في الولايات المتحدة ومربطة بالنشاط التجاري للدولة الأجنبية، راجع ذلك بالتفصيل في:

Nwogugu, Ibid. PP. 232-233. =

= وانظر كذلك: طلال أبو غزالة، حماية الاستثمارات العربية، بحث مقدم الى ندوة الأرصد والمديونية الخارجية العربية، منتدى الفكر العربي، عمان ص ٣٤-٣٥.

(٤) انظر بشأن المعايير التي أخذ بها الفقه والقضاء للتفريق بين نوعي الأعمال:

Bouchez (L. J.), Op. Cit., pp. 82.

أن المستثمر الأجنبي قد حصل على حكم ضد الدولة المضيفة، فقد ينتهي به الأمر إلى العجز عن تنفيذ هذا الحكم في أغلب الأحوال، نظراً لما تقرره التشريعات الوطنية في هذا الفرض من عدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة.

الفرع الثاني

تقويم لجوء المستثمر الأجنبي إلى قضاء الدولة المضيفة

قد لا تقابل الوسائل القضائية بالرضا التام من جانب المستثمر الأجنبي، نظراً للصعوبات التي يواجهها في اللجوء إليها، ولعدم توقعه أن موقفها سيكون حيادياً بشكل كامل نحو هذا النزاع^(١). ومن ثم فقد يساوره بعض الشك في أن الأحكام التي تصدر من المحاكم الداخلية للدولة المضيفة لا تتسم بالحييدة الواجبة، بسبب كونه أجنبياً، ومن ثم تختلف النظرة إليه في مواجهة الطرف الآخر، وهو الطرف الوطني في النزاع.

وحتى لو التزم القضاء الوطني بالحييدة التامة في الخلاف الدائر ، فإن هناك أسباباً أخرى تجعل المستثمر عموماً ، يتردد كثيراً في اللجوء إلى هذه الوسائل ، من أهمها : إن إجراءات التقاضي في الدولة المضيفة غير مألوفة بالنسبة إليه ، فضلاً عن خوفه من احتمال تأثر القاضي الوطني بالتيارات الفكرية والسياسية والاجتماعية السائدة في دولته ، والتي من المحتمل أن تكون سبباً في نشأة هذا النزاع أو تشكل جزءاً منه ، أو التزام القاضي الوطني بتطبيق قانون دولته في الوقت الذي قد يكون فيه هذا القانون محل شكوى أو اعتراض من جانب المستثمر الأجنبي . كما أن انتماء القاضي إلى الدولة المضيفة يجعل منه خصماً وحكماً في آن واحد^(٢). يضاف إلى ذلك، أن الخلاف قد يرد على مسائل مالية أو يؤثر فيها، مما يجعله يهتم في المقام الأول بسرعة الفصل في هذه المسائل الخلافية، لكي لا تزداد

وانظر كذلك: د. علي حسين الشامي، مصدر سابق، ص ٣٦٣ وما بعدها.

(2) Bouchez (L. J.), Ibid., pp. 84.

(٢) عصام بسيم، مصدر سابق، ص ١٦٨،

خسارته، في الوقت الذي قد تتصف فيه إجراءات التقاضي الواجب اتباعها في الدولة المضيفة بالطول والبطء، أو عدم وضوح الاختصاص القضائي بالنسبة الى المحاكم، فتظل دعواه حائرة متقلبة بين المحاكم الداخلية، وهذا كله قد يؤدي إلى ضياع بعض الوقت من المستثمر الذي يحرص على استغلال كل وقته.

لكل هذه الاعتبارات يرفض المستثمر الأجنبي في حالات كثيرة اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة، غير أن هذه النظرة القائمة على قدرة المحاكم الوطنية في الدول النامية على حل منازعات الاستثمار وإقامة العدالة بين المستثمر وحكومتها، وإن كان فيها قدر من الحقيقة، إلا أنها ليست بذلك القدر التي تصورها الدول الغربية فيما تروجه من أفكار وما تطلقه من ادعاءات حول عدم كفاية القضاة الوطنيين في الدول النامية وقلة خبرتهم في حل هذه المنازعات وتحيزهم لدولهم على حساب مصلحة المستثمر الأجنبي، فالسبب المباشر في هذه الأفكار الهدامة هو إلغاء دور القاضي الوطني وإخراج هذه المنازعات من نطاق اختصاصه والإلقاء بها إلى هيئة دولية تعطي المستثمر مركزاً دولياً يمكن من خلاله تسوية النزاع بشكل يحقق مصلحته أكثر من مصلحة الدولة النامية الطرف في النزاع^(١).

المطلب الثاني

دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

نظراً الى أن لجوء المستثمر الأجنبي إلى المحاكم الوطنية للدولة المضيفة لا يخلو من صعوبات -كما تبين لنا في المطلب السابق-، سواء أكانت موجودة بالفعل أم أنه لا يثق هو بقدرة هذا القضاء على إنصافه، مما يجعل هذه الوسيلة غير فعّالة بالنسبة إليه، الأمر الذي يدفعه الى تفضيل اللجوء إلى القضاء الدولي. ولغرض البحث في موضوع دور القضاء الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي لابد وأن نتناول بالبحث المُقتضب محكمة العدل الدولية بوصفها هيئة قضائية دولية تبت في الدعاوى المعروضة امامها بموجب نظامها

(١) محمد يونس يحيى الصائغ، مصدر سابق، ص ١٥٨،

الأساسي وشروط ممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية للمستثمر ومن ثم نعرض أخيراً الى العوامل التي تؤثر في إيجابية العوامل الدبلوماسية وكل في فرع مستقل.

الفرع الأول

محكمة العدل الدولية

محكمة العدل الدولية هي أحد الأجهزة الستة الرئيسية للأمم المتحدة، شأنها في ذلك شأن كلاً من الجمعية العامة ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ومجلس الوصاية والأمانة العامة. كذلك فإن المحكمة - طبقاً لنص المادة (٩٢) من الميثاق) والمادة الأولى من النظام الأساسي - تُعد الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة وتقوم بعملها وفقاً لنظامها الأساسي الملحق بالميثاق، والذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ منه^(١).

وتتألف المحكمة من خمسة عشر قاضياً يمثلون ثقافات قانونية متنوعة ويتم انتخابهم لمدة تسع سنوات، وذلك بقرار من الجمعية العامة بناء على توصية من مجلس الأمن بموافقة تسعة من أعضائه من بينهم الدول الخمس الكبرى.

وفيما يتعلق بمدى سلطان هذه المحكمة في حسم منازعات الاستثمار الأجنبي نجد أن المادة (٣٤) من النظام الأساسي حددت نطاقاً محجوزاً للدول فقط، فحول لها الحق وحدها في التقاضي أمام المحكمة. ولا يتصور - وفقاً لنصوص النظام الأساسي إعطاء هذا الحق للأفراد أو المنظمات الدولية. حيث تنص المادة (٣٤) من النظام الأساسي للمحكمة على أن:

(١) د. أحمد حسن الرشيد، الوظيفة الافتائية لمحكمة العدل الدولية، ودورها في تفسير وتطوير سلطات واختصاصات الأجهزة السياسية للأمم المتحدة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٣، ص

" للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع أمام المحكمة، شريطة قبول باقي الدول المثل أمام المحكمة^(١)."

وبناء على ذلك، ووفقاً لنص المادة (٣٤) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية فإنه لا يستطيع المستثمر الأجنبي فرداً كان أم شركة حق المثل أمام المحكمة مباشرة. وبالتالي فإن الوسيلة الوحيدة للجوء إلى المحكمة هو قيام دولة المستثمر الأجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة، استناداً إلى دعوى الحماية الدبلوماسية، حيث يعترف الفقه الدولي بحق الدولة في حماية مصالح رعاياها وبالتالي أهليتها في رفع دعوى أمام القضاء الدولي في حالة حصول اعتداء على هذه الحقوق والمصالح، وبالتالي تعتبر دعوى الحماية ضماناً مهمة لحماية حق المستثمر.

الفرع الاول

شروط ممارسة الدولة للحماية الدبلوماسية

لغرض رفع المستثمر الأجنبي الدعوى امام محكمة العدل الدولية لابد من ان تتوافر له عدد من الشروط سنعمد الى تناولها كما سيأتي بيانه.

الشرط الأول: الجنسية

يتمتع الوطني وحده بكافة الحقوق السياسية، وله بمفرده حق الإقامة الدائمة على إقليم دولته دون أن يكون لهذه الأخيرة مكنة إبعاده إلا في ظل شروط بعينها. ولا يتصور أن تبسط الدولة حمايتها للدبلوماسية على غير رعاياها ما لم يوجد اتفاق صريح يقضي بغير ذلك ففصل الحماية من عدمها يرتبط وجوداً وعدمًا بالجنسية. ومن البديهي فأن في فكرة الجنسية ما يميز الوطني عن الأجنبي. فهذا الأخير لا يتمتع بالصفة الوطنية. ومن ثم فكل من لا يحمل جنسية الدولة لا يجوز للدولة التدخل لحمايته، وغنى عن البيان أن الجنسية وفقاً

(١) المادة (٣٤) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملحق بميثاق منظمة الأمم المتحدة لسنة

للاتجاه السائد هي التبعية القانونية والسياسية التي تحددها الدولة فتخلع بها الصفة الوطنية على الفرد، وهكذا يتبين بأن رابطة الجنسية وحدها - وفقاً لتعبير المحكمة الدائمة للعدل الدولي - تعطي للدولة الحق في الحماية الدبلوماسية إذا ما أصيب أحد رعاياها بضرر تسببت فيه دولة أجنبية.

والقاعدة العامة أنه إذا أثرت قضية متعدد الجنسيات أمام محاكم إحدى الدول التي يحمل جنسياتها، فإن لكل من هذه الدول أن تطبق قانونها، حيث يعد هذا الشخص من جنسياتها. بيد أن الأمر يدق إذا ما أثرت مشكلة متعدد الجنسيات أمام محكمة دولية. ودونما دخول في تفاصيل يصعب الإلمام بها في هذا البحث فإننا نذهب مع الاتجاه الراجح الذي يعتد بالجنسية الفعلية. ونعني بها جنسية الدولة التي يظهر من الظروف الواقعية أن الشخص مرتبط بها أكثر من غيرها. أي أن الجنسية الفعلية هي تلك المرتبطة بظروف الواقع بحيث يمكن تحديدها من خلال ظروف ملموسة مثل الإقامة المعتادة، أو وجود صلة الروابط العائلية، إذ من خلال استعراض هذه الظروف يمكن استقراء الجنسية الفعلية للشخص^(١).

وحتى لا تستخدم الجنسية أسلوباً للتحايل على اشتراط توافر الجنسية كرابطة تبرر لدولة مباشرة حمايتها الدبلوماسية على فرد معين، وحتى لا يلجأ الأفراد على التجنس الوهمي بجنسية دولة معينة التماساً لتوليها حمايته تجاه دولة أخرى. قررت محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر عام ١٩٥٥ في قضية «نوتيبوم» بين إمارة «ليختنشتاين» وبين جمهورية جوايتمالا، أن القانون الدولي يترك لكل دولة أمر إرساء القواعد التي تنظم منح جنسية تلك الدولة ما لم تكن مسألة الجنسية قد نظمها اتفاقية بين الدول المعنية بقواعد خاصة، وأن خير سبيل لجعل هذه القواعد منسجمة مع مختلف الظروف الديمغرافية (السكانية) في مختلف البلدان وذلك عن طريق ترك تحديد هذه القواعد ضمن اختصاص كل دولة، ولكن من الناحية

(١) للمزيد من التفصيل انظر د. مصطفى أحمد فؤاد، القانون الدولي العام، الجزء الثالث، القانون الدولي

لحقوق الإنسان، بدون دار نشر، ٢٠١٣، ص ٤٧ وما بعدها.

الأخرى لا تستطيع الدولة أن تطالب الدول الأخرى بالاعتراف بالقواعد التي وضعتها ما لم تكن قد تصرفت وفقاً للهدف العام وهو جعل الجنسية الممنوحة منسجمة مع رابطة فعالة بين الدولة والفرد، أو حسب ما جرى عليه العرف الدولي تشكل الجنسية والتعبير القانوني عن حقيقة أن الفرد أوثق ارتباطاً بسكان دولة معينة، والجنسية الممنوحة من دولة ما لا تخول تلك الدولة حق ممارسة الحماية إلا إذا كانت عبارة عن ترجمة ارتباط الفرد بتلك الدولة إلى صيغة قانونية^(١).

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا الموضع من البحث هو: ما هو الوقت الذي يلزم أن تتوفر فيه رابطة الجنسية أو ما في حكمها؟ هنا نجد أن العمل الدولي قد استقر على وجوب توافر هذه الرابطة، أولاً في الوقت الذي نشأت فيه واقعة النزاع أي تاريخ حدوث الضرر. ويقصد بتاريخ الضرر الوقت الذي أصيب فيه الفرد بخسارة أو ضرر يجعله محلاً لمطالبة دولية. وقد أخذت بهذا التحديد غالبية المحاكم الدولية.

وثانياً، في التاريخ الذي تباشر فيه الدولة تقديم دعوى الفرد دولياً. ويقصد بتاريخ التقديم التاريخ الذي تودع فيه الدعوى لدى الدولة المسؤولة أو أمام محكمة دولية. ومن المتفق عليه كذلك حتمية استمرار توافر هذا الشرط بين هذين التاريخين. وحسب الرأي الراجح في الفقه، يجب أن يستمر توافر هذا الشرط حتى تاريخ صدور الحكم بل وحتى وقت تنفيذه. لكن العمل الدولي قد استبعد هذا الرأي، لتعارضه مع المبرر الأساسي لتقرير الحماية الدبلوماسية، وهو أن الضرر الذي يصيب الفرد يمس في نفس الوقت الدولة التي يحمل جنسيتها، فإن للدولة - حسب رأي «فيتنبرج» - حق مكتسب حقيقي في الدعوى، هذا ولا يوجد ما يمنع الدول المعنية من الاتفاق على تحديد خاص للوقت الذي يلزم فيه توافر الرابطة التي تبنى عليها الحماية الدبلوماسية.

(١) د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام - الخاص - التجاري)، ط٢، دار النهضة

العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٦٠.

وقد كان من رأي مصر - حسب ما جاء في إجابتها على أسئلة اللجنة التحضيرية لمؤتمر التقنين المعنية بقرار من جمعية عصبة الأمم في ٢٧ أيلول ١٩٢٧م وقرار مجلس العصبة في اليوم التالي - أنه في حالة تغيير الجنسية، بعد تقديم الدعوى يجب على دولة الجنسية الجديدة أن تتولى بنفسها ما بقي من مراحل الدعوى. وأيدت هذا الرأي هولندا، والنرويج وهذا الرأي هو الآخر لا يتفق مع المبرر الأساسي للحماية الدبلوماسية السابق الإشارة إليه، وهو الذي يسند حق دولة الجنسية، وقت حدوث الضرر، في تبني الدعوى طالما بقيت جنسيته قائمة حتى وقت رفع الدعوى. أما تغيير الجنسية بعد ذلك لا يقوم سبباً يعطى لدولة الجنسية الجديدة حق مباشرة الدعوى^(١).

الشرط الثاني: استنفاد طرق الطعن الداخلية

يقترن هذا الشرط بفكرة منطقية مفادها أن الدولة التي يحمل الشخص جنسيتها لا تستطيع التدخل لحمايته، طالما لم يكن حريضاً على حماية نفسه، ويترجم ذلك الحرص في التجأه إلى كافة السبل الداخلية طارفاً بابها لأجل الحصول على حقه دون فائدة تذكر سواء بسوء نية أو تعسف في الإجراءات من قبل أجهزة تلك الدولة، والمنسوب إليها الفعل غير المشروع. ومن جهة أخرى فإنه لا يتصور قانوناً اللجوء إلى الجهاز القضائي للنظام القانوني الأعلى درجة، إلا بعد اللجوء إلى النظام القانوني الأدنى المتمثل في المحاكم الداخلية. ويترتب على ذلك الشرط نتيجة هامة تتمثل في كفالة احترام سيادة الدولة التي يدعي الأجنبي أنها أصابته بأضرار. إذ في عدم اشتراط ذلك الشرط فتح الباب أمام إساءة استخدام الحماية الدبلوماسية كذريعة للالتجاء إلى القضاء الدولي^(٢).

وخلاصة القول: يجب أن يكون المستثمر قد إستنفذ طرق ووسائل المطالبة بإصلاح ما أصابه من ضرر، وحسب تشريعات الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي.

(١) د. إبراهيم محمد العناني، مصدر سابق، ص ٥٩، ٥٨.

(٢) د. مصطفى أحمد فؤاد، مصدر سابق، ص ٥٠، ٤٩.

الشرط الثالث: الأيدي النظيفة

وأية ذلك أن يكون مسلك الفرد إزاء قوانين الدولة الداخلية لا غبار عليه، فالفرد الذي دأب على انتهاك القوانين الداخلية لا يعتبر جديراً بالحماية الدبلوماسية. والامثلة على صور وأنماط الانتهاك عديدة منها التهرب من الضرائب، إذا حاول الفرد إخفاء جنسيته الحقيقية، ومحاولة انتحال جنسية الدولة، مستهدفاً التمتع بما للوطني من حقوق^(١). ورغم أهمية ذلك الشرط إلا أن جانباً من الفقه لا يعتبر الأيدي النظيفة شرطاً من شروط ممارسة الدولة حقها في الحماية الدبلوماسية، وإنما أساساً من أسس رفض الدعوى^(٢).

الفرع الثاني

العوامل التي تؤثر في إيجابية الحماية الدبلوماسية

كثيراً ما تحيط بالحماية الدبلوماسية عوامل واعتبارات تفوق مباشرتها وتؤثر في فعاليتها

وهي:

١- قد تجد دولة الجنسية أنها أمام شرط تنازل عن الحماية الدبلوماسية منصوص عليه في العقد المبرم بين الفرد المضرور، والدولة المسؤولة، وبصفة خاصة في عقود الامتياز، أو أنها أمام شرط يقضي بعدم قبول أية مطالبة دولية بشأنه، وذلك تطبيقاً لما يسمى «شرط كالفو» (نسبة إلى فقيه أرجنتيني يدعى كارلوس كالفو 1824-1907)، الذي كان أول من أبرز فكرته ثم تبنتها دول أمريكا الجنوبية وبعض الدول الأخرى. وتقوم الفكرة الأساسية لهذا الشرط على أن الفرد يتنازل عن حماية دولته دبلوماسياً له. وبغض النظر عن

(١) د. مصطفى أحمد فؤاد، مصدر سابق، ص ٥٠.

(٢) للمزيد انظر:

مدى الخلاف حول صحة هذه الشرط من عدمه، فإن غالبية أحكام القضاء الدولي تتجه إلى إنكار كل أثر لهذا الشرط، وذلك لأن في تولي الدولة لمطالبات الفرد ممارسة لحق دولي لها وليس لحق خاص بالفرد وبالتالي لا يملك الفرد حق التنازل عنه^(١).

٢- ضرورة توافر شروط معينة حتى يمكن مباشرة إجراءات الحماية الدبلوماسية من شأنه أن يؤدي في بعض الحالات إلى استحالة إعمالها أو صعوبتها. حيث أن استلزام وجود رابطة الجنسية بين الفرد والدولة التي تتولى حمايتها من شأنه تعقيد مباشرة تلك الإجراءات حين يكون الشخص عديم الجنسية. وفي حال ازدواج أو تعدد جنسية الشخص فكثيراً ما تتردد إحدى الدول التي يحمل هذا الفرد جنسيتها في تحريك دعوى المسؤولية ضد الدولة الأخرى التي يحمل الفرد جنسيتها كذلك^(٢).

كما تتور الصعوبات في حال المساهمين في شركة الذين أصابهم الضرر إذا كانوا من جنسيات مختلفة، وهو وضع شائع الحدوث في الوقت الحالي مع وجود الشركات متعددة الجنسيات وتزايد مظاهر الاستثمار الأجنبي الخاص في شكل شركات مساهمة. لذلك نلاحظ أن بعض الدول تميل في علاقاتها بشأن حالات معينة إلى عدم اعتبار الجنسية شرطاً لازماً لإعمال إجراءات الحماية الدبلوماسية والأخذ بمعايير أخرى مثل الإقامة. ويتضح ذلك في اتفاقيات اللاجئين وحماية الأقليات والديون الخارجية.

ومن جهة ثانية ينظر إلى شرط استنفاد طرق الطعن الداخلية على أنه عقبة حقيقية في طريق مباشرة حق الحماية أمام المحاكم الدولية، وذلك ومن بين أمور

(١) د. إبراهيم محمد العناني ، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٢) مصطفى أحمد فؤاد، مصدر سابق، ص ٥٠، ٥١.

أخرى مثل طول إجراءات التقاضي الداخلية وتعقيداتها وما قد يواجهه الأجنبي من صعوبات أمام طرق الطعن الداخلية^(١).

٣- ارتكاز نظام الحماية الدبلوماسية على مبدأ أساسي هو حرية الدولة المطلقة في مباشرة دعوى رعاياها. من الأصول المقررة أن للدولة السلطة التقديرية الكاملة في تقرير نوع الدعوى من عدمه، وبأي طريق من طرق التسوية تراه مناسباً لمصالحها الحيوية. ويتم كل هذا وفق الأوضاع السياسية الدولية. حيث قد تفضل الدولة التي ينتسب إليها الفرد المضرور عدم توجيه المطالبة بإصلاح الضرر الذي أصاب الفرد وذلك نظراً لاعتبارات سياسية تجعل من غير الملائم توجيه الدعوى أو حتى مجرد إشارة الموضوع، أو قد يتعذر عليها ذلك كما في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية أو توترها أو خشية المساس بروح التعاون في المجالات المختلفة بين دولة الجنسية والدولة المسؤولة وغير ذلك من الحالات التي قد لا تتفق مع المصلحة العامة للدولة ولمواجهة هذا العيب ظهرت في العصر الحديث نظرية مفادها أن نظام الحماية الدبلوماسية يفرض التزاماً على الدولة بمباشرة إجراءات الحماية، ولا يمكن اعتبار ذلك حقاً مطلقاً للدولة وهي ما تسمى بنظرية الحماية الواجبة، إلا أن هذه النظرية تصطدم بالمبادئ الأساسية التي تحكم العلاقات الدولية، وما يترتب عليها من آثار، وأبرزها المسؤولية الدولية، وكذلك حرية الدولة في ممارسة هذه العلاقات وأنها لا تلتزم إلا برضاها^(٢).

٤- وامتداداً لفكرة السابقة وهي سلطة الدولة التقديرية فإن الخصومة الخاصة بعد تدويلها عن طريق الحماية الدبلوماسية تصبح خصومة بين دول ليس للفرد فيها أي دور إلا في الحالات الاستثنائية ويستتبع ذلك كثرة احتمالات تهديد

(١) د. إبراهيم محمد العناني، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٢) د. إبراهيم محمد العناني، المصدر السابق، ص ٦٤.

مصالح الفرد المتضرر، فقد تدخل الاعتبارات السياسية وتؤدي إلى التصالح بين دولة الفرد والدولة المسؤولة، وقد تهمل الدولة في متابعة القضية وتدعيمها بما يكون من شأن عدم الحصول على إصلاح كاف للضرر الذي أصاب الفرد. وأخيراً فإن للدولة الحرية في أن تقرر توزيع مبلغ التعويض الذي قد يتفق عليه أو يحكم به، بالطريقة التي تراها بغض النظر عن ما يحقق مصلحة الفرد^(١).

المبحث الثاني

دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

من المفيد في المنازعات ذات الطابع الاقتصادي مثل منازعات الاستثمار، تجنب أي نظام جامد وشكلي لا يهتم إلا بإعلان نهائي يحدد من الغالب ومن المغلوب، ويصدر حكماً بحسم النزاع بطريقة تعطي الحق لطرف وتنسب الخطأ إلى آخر. على حين يكون من الأفضل في الموضوعات الاقتصادية أن نصل إلى حلول تحقق تسوية وتوفيقية فيما بين الأطراف المعنية^(٢).

وإزاء التشكيك في قدرة المحاكم القضائية على حل المنازعات الاستثمارية بالسرعة التي تتطلبها الحياة الاقتصادية المعاصرة اعتمدت معاهدات الاستثمار الثنائية على التحكيم الدولي كوسيلة أساسية لحسم منازعات الاستثمار بين إحدى الدول المتعاقدة ورعايا الدولة الأخرى من ذلك ما نصت عليه المادة (١٢) من المعاهدة المبرمة بين استراليا وفيتنام عام ١٩٩١ بقولها: (١). في حالة نشوب نزاع يرتبط بالاستثمار بين إحدى الدول المتعاقدة ورعايا

(١) المصدر نفسه، ص ٦٤.

(٢) راجع بشأن المفاضلة بين اللجوء إلى التحكيم أو القضاء في المنازعات ذات الطابع الاقتصادي:

– Rawding, Op. Cit., pp. 342-343.

وكذلك د. حازم جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢،

ص ١٩٠-٢٠٧.

دولة متعاقدة أخرى سوف يلجأ أطرافه إلى حله مبدئياً عن طريق المفاوضات. ٢. فإذا لم يحل النزاع المذكور عن طريق المفاوضات يمكن لأي طرف في النزاع أن يلجأ إلى إحدى الطرق الآتية:

أ. اللجوء إلى الهيئات القضائية والإدارية المحلية وفقاً لقانون الدولة المتعاقدة المضيفة للاستثمار.

ب. إذا كانت كلتا الدولتين المتعاقبتين عضواً في اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى لعام ١٩٦٥ يُحال النزاع إلى هذا المركز من أجل التوفيق أو التحكيم الملزم وفقاً للمادتين (٢٨-٣٦) من اتفاقية إنشائه.

ج. فإذا لم تكن الدولتان في ذلك الوقت عضوين في المركز أو لم يوافق أحد أطراف النزاع على إحالته إلى المركز، يحال النزاع إما إلى محكمة تحكيم مشكلة وفقاً للملحق (ب) من هذه الاتفاقية، أو إلى أية هيئة تحكيم أخرى يجري الاتفاق عليها^(١).

يتضح لنا بأن ما تضمنته المعاهدات من ضرورة اللجوء إلى التحكيم الدولي لغرض تسوية منازعات الاستثمار الذي يعد بمثابة ضمانات مهمة للمستثمرين، إذ أن الدولة المضيفة لا تستطيع أن تعدد شرط التحكيم أو أن تلغيه بإرادتها المنفردة كما تفعل ذلك بالنسبة إلى عقود الاستثمار. عليه ولأهمية موضوع التحكيم الدولي بوصفه أحد وسائل تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي، لا بد لنا في هذا الموضع من البحث أن نتناول فيما يلي بالدراسة الجهة التي تتولى مسالة البت في هذه النزاعات ألا وهي

(١) المادة (٩) من المعاهدة المبرمة بين الهند وبريطانيا لعام ١٩٩٤، ص ٩٤٢. والمادة (١٢) من المعاهدة المبرمة بين استراليا والصين ١٩٨٨، ص ١٣٣. والمادة (٦) من المعاهدة المبرمة بين مصر والولايات المتحدة لعام ١٩٨٢ - المذكورة آنفاً - ص ٩٣٩، نقلاً عن محمد يونس الصائغ، مصدر سابق، ص ١٨٤ - ١٨٥.

محكمة التحكيم الدائمة وشروط التحكيم واتفاق التحكيم والطبيعة القانونية للتحكيم وشروط صحته وتشكيل محكمة التحكيم الدائمة والقانون الواجب التطبيق والمراحل التي يمر بها إجراء التحكيم امام المحكمة وكل في محور مستقل وعلى التفصيل الآتي بيانه.

اولاً: محكمة التحكيم الدائمة

محكمة التحكيم الدائمة مقرها لاهاي بهولندا، وهي توفر للمجتمع الدولي خدمات متنوعة في مجال حل المنازعات الدولية. وقد تأسست عامي ١٨٩٩، ١٩٠٧ نتيجة لمؤتمر لاهاي للسلام مما يجعلها أقدم مؤسسة للتسوية السلمية للمنازعات^(١). وبحلول شهر شباط ٢٠١٢ أصبح ١١٥ دولة طرفاً فيها. وبخلاف محكمة العدل الدولية، فإن محكمة التحكيم الدائمة ليست مفتوحة للدول فقط بل مفتوحة أيضاً للأطراف الأخرى. حيث أن المحكمة الدائمة للتحكيم تقدم خدمات لتسوية المنازعات المتعلقة بأمر مختلف بين الدول، والكيانات الحكومية، والمنظمات الحكومية الدولية وأطراف من القطاع الخاص.

والمحكمة الدائمة للتحكيم ليست محكمة بالمعنى الصحيح لهذا المصطلح، ولكن التنظيم الإداري يتيح وجودها الدائم، وأن تكون متاحة بسهولة، مما يعنى أن تكون بمثابة السجل لأغراض التحكيم والإجراءات الدولية الأخرى ذات الصلة، بما في ذلك لجان التحقيق والمصالحة. وهي إطار دائم لمساعدة هيئات التحكيم أو اللجان المؤقتة. ويسمى

(1) J. G. Merrills: The Contribution Of The Permanent Court Of Arbitration To International Law And To The Settlement Of Disputes By Peaceful Means, Kluwer Law International, 1993, pp. 3.

القضاة أو المحكمين الذين ينظرون في القضايا رسمياً بـ «القضاء» في المحكمة^(١)، وفي الحقيقة فإن هذه الهيئة ليس لها من صفتي المحكمة والديمومة إلا الاسم. فاختصاصها إختياري ويمكن للدول المتنازعة اللجوء إلى أية هيئة تحكيمية أخرى تختارها، وهي عبارة عن قائمة بأسماء أشخاص من رجال القانون تختارهم الدول الموقعة مع الاتفاقية لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد وبمعدل أربعة محكمين لكل منها، ومن هذه القائمة تختار الدولتان المتنازعتان هيئة التحكيم، وتتكون هذه الهيئة من (خمسة أعضاء) تختار كلًا من الدولتين اثنتين منها ثم يعمد إلى الأربعة اختيار الخامس من القائمة نفسها.

وللمحكمة مكتب دائم يقوم بأعمال المحكمة الإدارية ويحفظ سجلاتها، ويقصد به القائمة التي تضم أسماء أعضاء المحكمة، كما يحصل الاتصال بين الدول وبين هيئة التحكيم بواسطته. وللمحكمة أيضاً مجلس إداري دائم، يشرف على الشؤون الإدارية للمحكمة ويتكون من وزير خارجية هولندا «رئيساً»، والممثلين الدبلوماسيين في لاهاي للدول الموقعة على الاتفاقية.

ثانياً: شروط التحكيم أمام المحكمة

شروط التحكيم يقصد به ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة، وبمقتضاه يتفق أطراف العلاقة الأصلية - قبل نشوب أي نزاع - على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم، وقد يكون شرط التحكيم عاماً أو خاصاً، فيكون عاماً إذا أحال إلى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير أو تنفيذ الاتفاقية، ويكون

(1) Shalatai Rosenne: The Hague Peace Conferences, of 1899 and 1907 and International Arbitration: Reports And Documents, T.M.C Asser Press, 2001, pp. XXI.

شرط التحكيم خاصاً، إذا قصر الإحالة على التحكيم على بعض المسائل دون البعض الآخر.

وبمعنى آخر يقصد بشرط التحكيم كل اتفاق بين دولتين أو أكثر على حل خلاف نشأ بينهم عن طريق التحكيم للفصل فيه^(١).

ثالثاً: اتفاق التحكيم

هو تصرف قانوني مستقل يتخذ شكل اتفاق مكتوب ويحدد فيه الطرفان موضوع النزاع وأسماء المحكمين، ومكان وإجراءات التحكيم، وقد يحدد كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون، وعادة يكون اتفاق التحكيم لاحقاً على نشوب الخلاف. بمعنى أن اتفاق التحكيم غير منصوص عليه في العقد أو الاتفاقية المبرمة ابتداءً لكن الأطراف رضوا باللجوء إليه بعد نشوب النزاع، وتظهر أهمية هذا التمييز في تحديد نوع المنازعات التي يمكن إعمال التحكيم وشرط التحكيم فيها ويشترط في التحكيم كوسيلة لحسم النزاعات الدولية ما يأتي: -

(١) الإيجاب والقبول (٢) أطراف التحكيم (٣) محل أو موضوع التحكيم كما يعرف البعض اتفاق التحكيم بأنه تصرف قانوني يقبل بمقتضاه الطرفان عرض الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكم لتسويته. ويلزم أن يتوافر في هذا الاتفاق عدداً من الشروط الشكلية والشروط الموضوعية حتى ينتج آثاره القانونية باعتباره الوثيقة الأساسية في شأن إجراءات التحكيم بالنسبة لخلاف معين. فأما بالنسبة للشروط الشكلية فلا بد من توافر شرط الأهلية، والرضا، والموضوع، أما بالنسبة للشروط الموضوعية فلا بد من تحديد موضوع النزاع، وأسماء المحكمين والإجراءات الواجب اتباعها والقواعد التي يطبقها المحكم^(٢).

(١) د. صالح محمد محمود بدر الدين: التحكيم في منازعات الحدود الدولية، دراسة تطبيقية على قضية طابا

بين مصر وإسرائيل، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص ٢٠٤.

(٢) للمزيد من التفصيل انظر: د. إبراهيم محمد العناني، مصدر سابق، ص ٩٣ وما بعدها.

رابعاً: الطبيعة القانونية للتحكيم

التحكيم الذي يتم اللجوء إليه لحل المنازعات سواء بين الدول أو بين مستثمر ودولة غالباً ما يغلب عليه الطبيعة الدولية لأسباب عديدة منها الآتي:

- ١- أنه تحكمه قواعد القانون الدولي.
- ٢- كونه يقع بين دولتين ذات سيادة.
- ٣- كما أن الأطراف قد يتفقان مع اختيار المحكمين من قبل هيئة دولية كمحكمة العدل الدولية.

خامساً: شروط صحة التحكيم

يشترط لصحة التحكيم أن يكون محله مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. كذلك يجب أن يكون النزاع الذي اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم بشأنه من المنازعات التي يجوز تسويتها بطرق التحكيم ومنها منازعات الاستثمار أي أنه يشترط أن تكون المنازعة قانونية، وهذا ما نصت عليه المادة (١٦) من اتفاقية لاهاي ١٨٩٩، والتي تقابل المادة (٣٨) من اتفاقية لاهاي لعام ١٩٠٧م، حيث نصت على أنه في المسائل ذات الطبيعة القانونية، وفي المقام الأول مسائل تفسير أو تطبيق الاتفاقات الدولية، نظرت السلطات الموقعة، بأن التحكيم هو الوسيلة الأكثر فاعلية وفي نفس الوقت الأكثر عدالة لتسوية المنازعات التي لم يتم تسويتها بالطرق الدبلوماسية^(١).

سادساً: تشكيل محكمة التحكيم الدائمة

الأصل أن هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بحسم النزاع الذي يرغب الأطراف المتنازعة بعرضه عليها، وهذه الهيئة تتشكل بناء على اتفاق الأطراف، المستثمر والدولة المضيفة للاستثمار، وبأعداد متساوية لكل طرف، وبالشكل الذي يحقق العدالة في التمثيل في هذه الهيئة أو المحكمة الدائمة للتحكيم. والحقيقة أن المحكمين هم الأشخاص الذين

(١) د. صالح محمد محمود بدر الدين، مصدر سابق، ص ٢١٧.

أولاهم الخصوم ثقتهم، واطمأنوا إلى قضائهم فاستأمنوهم على حقوقهم، محل النزاع للفصل في خصومتهم، فتوسموا فيهم العدالة والنزاهة والحكمة والإلمام والدراية والخبرة، لذلك أولت القوانين والاتفاقيات الدولية عناية خاصة للمحكمين سواء من حيث الشروط الواجب توافرها فيهم أو سبل تعيينهم أو اختيارهم، وكذلك حقوقهم وواجباتهم. ويتم تشكيل هيئة التحكيم من عدد من الأعضاء ويكون فردياً فيختار كل طرف عضواً أو أكثر، وقد يتفق الطرفان على العضو الثالث رئيساً، وفي حالة عدم اتفاق أطراف النزاع على ذلك يتولى اختيار هؤلاء المحكم الثالث أو الخامس.

وبناء على ذلك تشكل محكمة التحكيم الدائمة من عدد فردي، وبمعدل أربعة محكمين لكل طرف أن يختار اثنين منهما، ثم يعتمد إلى الأربعة اختيار الخامس ويكون رئيساً. ويتم اختيارهم من بين ذوي الخبرة والاختصاص في مجال النزاع المعروف، مع مراعاة تعدد الجنسيات في الأعضاء، فلا يمكن أن يكون جميع أعضاء محكمة التحكيم من جنسية واحدة، وإن كان الغالب مع تشكيلها وجود القضاة وأساتذة الجامعات، والمهندسين. ولا تتقيد حرية الأطراف في اختيار المحكمين إلا بالقواعد القانونية، فلا يجوز على سبيل المثال اختيار القاصر، أو فاقد الأهلية، ويتمتع المحكم بالاستقلالية عن الطرف الذي اختاره أو رشحه.

سابعاً: القانون الواجب التطبيق

قد يتفق أطراف النزاع في اتفاقية التحكيم على القانون الواجب التطبيق والإجراءات الواجبة الاتباع من قبل هيئة التحكيم عند نظر النزاع، وهناك عدة اتجاهات لتحديد هذا القانون:-

- ١- القانون الذي يتفق عليه الطرفان.
- ٢- قانون دولة مكان التحكيم.

٣- قانون جنسية المحكمين^(١).

إن البحث عن القانون الواجب التطبيق يتطلب الرجوع إلى إرادة الأطراف الذين لهم الحق في اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم، فلهم إعطاء الاختصاص لقانون إحدى الدولتين، أو لقانون دولة ثالثة، أو يقبلون بالقواعد القانونية المنظمة والمنصوص عليها في أنظمة الهيئات والمراكز الدولية المختصة بالتحكيم الدولي، أو يطبقون قواعد القانون الدولي. وإذا خلا اتفاق التحكيم من تحديد القانون الواجب التطبيق أو الإجراءات الواجبة الاتباع تتبع الهيئة الإجراءات المقررة في اتفاقية لاهاي^(٢).

ثامناً: المراحل التي يمر بها التحكيم الدولي^(٣)

يمر التحكيم الدولي بعدة مراحل تتمثل فيما يلي:

المرحلة الأولى: بدء التحكيم

تبدأ عملية التحكيم بأن يوجه أحد الطرفين للطرف الثاني طلباً كتابياً يحدد فيه موضوع النزاع الذي يرغب عرضه على التحكيم، ويدعوه إلى تسمية محكم له، ويقوم كل طرف بتسمية مرشح له خلال فترة محددة، وفي حالة الإخفاق تطبق القواعد العامة التي نصت عليها الاتفاقية.

(1) Alan Redfem: Law And Practice Of International Commercial Arbitration, London, 2004, pp. 59.

(2) انظر المادتين (٥٢، ٥١) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

(3) Charles E. Martin: The Permanent Court Of International Justice And The Question Of American Adhesion, Stanford University Press, 1932, pp. 21.
Christian J. and Roger O. T: The United Nation Convention On Jurisdictional Immunities Of States And Their Property, Oxford, 2013, pp. 390.

ويكون لكل طرف الحق في أن يقدم مذكرات مكتوبة لهيئة التحكيم. وكل ورقة مكتوبة تقدم لهيئة التحكيم من قبل أحد الخصوم تلتزم الهيئة بأن ترسل صورة رسمية عنها إلى الخصم الآخر. ولا تجتمع هيئة التحكيم إلا بعد انتهاء الإجراءات الخطية أو المكتوبة إلا إذا دعت لذلك ظروف خاصة^(١).

ولكل من أعضاء الهيئة أن يوجه إلى الخصوم أو ممثليهم ما يراه من أسئلة وأن يطلب منهم إيضاحات عن النقاط الغامضة.

والأصل في إجراءات التحكيم أنها سرية إلا على أطراف النزاع وممثليهم، بحيث يمكن القول أن مثل هذه السرية تعتبر من الأعراف التحكيمية التي يجب مراعاتها سواء في التحكيم الدولي أو الداخلي، حتى لو سكنت القواعد القانونية النافذة على النص على ذلك.

أما بالنسبة لجلسات التحكيم فإنها لا تكون علنية إلا بقرار تصدره الهيئة بموافقة الخصوم، ويسجل ما يدور في الجلسات محاضر يحررها سكرتاريون يعينهم رئيس الهيئة. ويوقع على هذه المحاضر الرئيسية الرئيس وأحد السكرتاريون^(٢).

وعندما يفرغ الخصوم من تقديم أوجه دفاعهم والأدلة التي يستندون إليها يعلن الرئيس قفل باب المرافعة، ثم تختلي الهيئة للمداولة. وتكون المداولة سرية ولا يجوز إفشائها ويلي ذلك صدور قرار التحكيم^(٣).

المرحلة الثانية: قرار التحكيم

إن المراحل التي يمر بها التحكيم تستهدف إصدار تحكيمي يجري به تسوية النزاع، وهذا القرار يتم اتخاذه خلال فترة محددة، وبعد تحقق أغلبية معينة، وذكر الأسباب التي استند عليها.

(١) انظر المادة (٦٣) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

(٢) انظر المواد (٦٦ - ٧٢) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

(٣) انظر المواد (٧٧-٧٨) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

المرحلة الثالثة: المدة اللازمة لإصدار قرار التحكيم

قد يحدد الأطراف فترة زمنية لحسم النزاع، وهذا التحديد يحث المحكمة على الإسراع في حسم النزاع، ولكنه من جانب آخر يقيد المحكمة من البحث في جميع جوانب النزاع، وتتراوح هذه الفترة بين (٣٠ إلى ١٨٠) يوم، وقد تمتد إلى أكثر من ذلك وبحسب طبيعة النزاع واتفاق الأطراف.

ويصدر قرار التحكيم بالأغلبية، أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد فيقوم بنفسه بحسم النزاع. كما يجب أن يكون قرار التحكيم مسبباً، ويذكر فيه أسماء المحكمين، ويوقع عليه كلاً من رئيس الهيئة والسكرتير القائم بمهمة كاتب الجلسة، ويتلى القرار في جلسة علنية بعد النداء على الخصوم^(١).

ويتمتع قرار التحكيم بقوة الأحكام القضائية، بمعنى أن قرار التحكيم ملزم لأطرافه، الأمر الذي يستوجب تنفيذه من جانب أطراف النزاع^(٢). وهو نهائي غير قابل للطعن فيه بالاستئناف وإن كان يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر وذلك إذا استجبت ظروف كان من شأنها أن تجعل القرار يصدر بشكل آخر لو أنها كانت معلومة للمحكمين قبل إصداره، وبشرط أن يكون قد ورد النص على ذلك في اتفاق الإحالة إلى التحكيم. ويقدم طلب إعادة النظر في القرار في هذه الحالة إلى نفس الهيئة التي أصدرته. وهي التي تقرر ما إذا كانت هناك ظروف جديدة تقتضي إعادة النظر في القرار. ويرجع في كل خلاف بتفسير أو تنفيذ قرار التحكيم إلى نفس الهيئة التي أصدرته لكي تبث فيه^(٣).

(١) انظر المواد (٧٨، ٨٠، ٨٧) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

(٢) المادة (٣٧) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

(٣) المواد (٨١-٨٣) من اتفاقية لاهاي ١٩٠٧.

المبحث الثالث

دور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

إذا كان البنك الدولي للانشاء والتعمير يعد بمثابة مؤسسة دولية تقدم القروض الانتاجية وتسعى إلى توفير الضمانات والمعونات الفنية الرامية إلى تشجيع تدفق الاستثمارات الاجنبية، فقد عمل البنك في سبيل تحقيق هذه الغايات على انشاء مجموعة من الآليات الدولية المتخصصة في هذا المجال من بينها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ^(١).

حيث قامت الجمعية العامة للبنك الدولي عام ١٩٦١ باقتراح لعقد معاهدة لتسوية هذه المنازعات، وفي عام ١٩٦٥ تمت الموافقة على اتفاقية بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة وبين مواطني إحدى الدول المتعاقدة. وتم التوقيع عليها من قبل (٦٥) دولة، وتم التصديق عليها من قبل (٦٣) دولة، ودخلت هذه الاتفاقية التي يطلق عليها اتفاقية واشنطن حيز التنفيذ عام ١٩٦٦.

ويعتبر هذا المركز الهيئة الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب من الأفراد أو الهيئات الخاصة. ولكن لا يمنع ذلك من أن يقوم الأطراف بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم تحت مظلة أحد المراكز التحكيمية الأخرى ^(٢).

ويشترط لانعقاد اختصاص المركز لتسوية المنازعات الاستثمارية توافر الشروط الآتية وذلك بموجب المادة (٢٥) من اتفاقية واشنطن:

^(١) هذا وقد سبق تأسيس هذا المركز في عام ١٩٥٥ تحت مسمى شركة التمويل الدولي (IFC)، ثم تلاه في عام ١٩٨٥ انشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

^(٢) Bockstigel K: Arbitration Of Disputes Between States And Private Enterprises In The International Chamber Of Commerce, vol. 59, AJIL, 1965, pp. 579.

أولاً: أن يكون أحد الطرفين دولة متعاقدة، وأن يكون الطرف الآخر مواطناً أو مواطنين من دولة أخرى متعاقدة.

ثانياً: موافقة طرفا المنازعة الاستثمارية صراحة على إحالتها إلى المركز.

ثالثاً: أن تكون المنازعة قانونية وناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار^(١).

يكون انشاء هيئة المحكمين طبقاً لما تقضي به الاتفاقية، إذ تلتزم كل دولة متعاقدة بتعيين أربعة أشخاص لدى هذه الهيئة. ويكون هؤلاء الأشخاص من جنسية الدولة المتعاقدة التي تولت التعيين، كما يجوز أن يكونوا من جنسية أية دولة أخرى^(٢). ويشترط أن يكون الأعضاء المعينون في هيئة التحكيم من الشخصيات المشهود لهم بالكفاءة في مجالات القانون أو التجارة أو الصناعة أو المال، والذين تتوفر لهم المقدرة على معالجة الأمور بحيادية كاملة^(٣).

والحقيقة أن التحكيم قد لا يكون وسيلة سريعة لتسوية المنازعات، والواقع أن متوسط الفترة التي تستغرقها اجراءات التحكيم تحت مظلة المركز الدولي هي سنتان ونصف تقريباً. لكن قد تختلف هذه المدة من قضية إلى أخرى، فقد يحدث بعض التأخير بسبب الصعوبات التي قد تعترض تكوين هيئة التحكيم، ك وفاة أحد المحكمين مثلاً، أو اعتزال أحدهم، أو بسبب ادعاء أحد أطراف النزاع احتياجه إلى وقت إضافي لإعداد مذكرات أو لاعتراضه على اختصاص المركز.

(1) Schmidt: Arbitration Under The Auspices Of The International Center For Settlement Of Investment Disputes (ICSID): Implications Of The Decision On Jurisdiction In Alcos Minerals Of Jamaica, inc, v. Government of Jamaica, HILJ, vol. 17, 1976, pp. 90.

(٢) المادتان (١٢، ١٣) من الاتفاقية.

(٣) المادة (١٣/٢) من الاتفاقية.

كما أن التحكيم في ظل هذا المركز ليس مكلفاً. حيث تبلغ رسوم التحكيم أمام المركز الدولي حوالي ثلاثمائة دولار أمريكي. على أن نفقات التحكيم أمام المركز تختلف بحسب ظروف كل قضية، وذلك تبعاً لطول أو قصر الإجراءات. وعادة ما يجري تقسيم هذه النفقات بين الأطراف، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك.

كما تتحدد أتعاب المحكمين طبقاً للاتفاق بين الأطراف. وعند غياب الاتفاق تتقرر هذه الأتعاب بواسطة المركز نفسه، والتي يختلف تقديرها من وقت لآخر وفقاً للقواعد السارية في المركز والتي يلتزم بها الأطراف المتنازعة^(١).

أما فيما يتعلق بإجراءات التحكيم المتبعة في المركز الدولي، فإن الاتفاقية تعطي الأطراف سلطة تحديد القواعد القانونية التي تطبق عند قيام المحكمة بالفصل في النزاع^(٢). وعند غياب مثل هذا الاتفاق، فيكون للمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع، وقواعد القانون الدولي^(٣). كما يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في النزاع طبقاً لقواعد العدالة^(٤).

وتبدأ إجراءات التحكيم بتقديم طلب من قبل الطرف الذي يرغب في تسوية النزاع سواء كان هو المستثمر أم الدولة، ويتضمن هذا الطلب معلومات شاملة عن موضوع النزاع وأطرافه والموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفق القواعد التي تتضمنها الاتفاقية. وبعد تقديم

(١) المادة (٢٧) من الاتفاقية.

And see also: Nurick Costs In International Arbitrations ICSID: Review Foreign Investment Law Journal, vol. 7, no. 1, 1992, pp. 57.

(٢) المادة (٤٢/٢) من الاتفاقية.

(2) Broches: The Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States, RCADI, Tome. 136, 1972, pp. 330.

(٤) المادة (٤٢/٣) من الاتفاقية.

هذا الطلب يتم تشكيل هيئة التحكيم من عدد فردي من الأعضاء يتم تعيينهم باتفاق الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق تشكل الهيئة من ثلاثة أعضاء، يختار كل طرف واحداً منهم، بينما يتم تعيين العضو الثالث باتفاق الأطراف^(١).

تصدر الهيئة في المركز الدولي للتحكيم قرارها بأغلبية الآراء خلال تسعين يوماً من انتهاء الاجراءات، ويكون هذا القرار ملزماً لأطرافه، حيث ألزمت الاتفاقية الطرف الخاسر في التحكيم بضرورة الانصياع لحكم المحكم^(٢). كما أن الحكم الصادر من هيئة تحكيم المركز له قوة الشيء المقضي به^(٣).

كذلك فإن الحكم التحكيمي الصادر من محكمة المركز لا يمكن استئنافه، فهو حكم نهائي، كما لو كان صادراً من محكمة مختصة في الدولة التي يطلب فيها الاعتراف بالحكم وتنفيذه^(٤).

ومع ذلك أتاحت الاتفاقية ثلاثة أسباب يمكن بمقتضاها المنازعة في الحكم الصادر من هيئة التحكيم وهي:

أولاً: طلب مراجعة الحكم، ويكون هذا الطلب كتابياً، ويتعين اخطار السكرتير العام للمركز به. ويجوز مراجعة الحكم إذا تم اكتشاف وقائع جديدة من شأنها تغيير الحكم. على أنه يشترط ألا تكون هذه الوقائع معلومة للمحكمة، وكذلك الطرف الذي طلب

(١) المادتان (٣٧/٢، ١٢٩/٢) من الاتفاقية.

(٢) المادتان (٥٤، ٥٣) من الاتفاقية.

(٦) Sutherland: The World Bank Convention On The Settlement Of Investment, comparative law quarterly, vol. 28, 1979, pp. 367.

Vuytsteke: Foreign Investment Protection And ICSID Arbitration, Georgia Journal of International and Comparative Law, vol. 4, 1974, pp. 343.

المراجعة، كما يشترط أن يقدم طلب المراجعة خلال تسعين يوماً من تاريخ اكتشاف الواقعة، وفي كل الأحوال خلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور الحكم^(١).
ثانياً: يجوز لأي طرف أن يطلب من المحكمة تفسير مضمون الحكم أو نطاقه، ويشترط أن يكون هذا الطلب كتابياً، ويتم إيداعه لدى السكرتير العام للمركز. ويكون الفصل في الطلب بمعرفة هيئة التحكيم التي أصدرت الحكم إن أمكن ذلك^(٢).
ثالثاً: يجوز لأي طرف أن يطلب إبطال الحكم، وذلك عن طريق تقديم طلب كتابي إلى السكرتير العام للمركز، وبناء على أحد الأسباب المحددة في الاتفاقية، أما في حالة الغش فيكون تقديم الطلب في خلال مائة وعشرون يوماً من تاريخ اكتشافه^(٣).
ويمكن تأسيس طلب الإبطال على أحد الأسباب الآتية:
١. إذا لم يتم تشكيل المحكمة تشكيلاً صحيحاً.
٢. إذا تجاوزت المحكمة بوضوح حدود اختصاصها.
٣. إذا وقع فساد أو رشوة من أحد أعضاء هيئة التحكيم.
٤. إذا لم يذكر الحكم الأسباب التي استند إليها^(٤).

(١) المادة (٥١) من الاتفاقية.

(٢) المادة (٥٠) من الاتفاقية.

(٣) المادة (٥٢) من الاتفاقية.

(٤) انظر:

Broches: Op,Cit, pp. 398.

Kenneth S. Jacob: Reinvigoration ICSID With A New Mission And With Renewed Respect For Party Autonomy, Virginia Journal of International Law, vol. 33, 1992, pp. 123.

د. عصام الدين القصبى: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة،

١٩٩٣، ص ٦٧.

وبذلك يتبين لنا من خلال العرض أعلاه دور المركز الدولي للتحكيم في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي بوصفه أحد الوسائل القانونية الناجعة التي أوجدها القانون الدولي العام لهذا الغرض.

الخاتمة :

إن الاستثمارات الأجنبية تمثل عصباً رئيسياً لاقتصاديات الدول النامية، ومن ثم كان طبعياً أن يتم توفير الامكانيات المناسبة لجذب وتشجيع هذه الاستثمارات. لتوفير فرص عمل، وكذلك الانفتاح على الأسواق العالمية، وبالتالي تحسين الوضع الاقتصادي والاجتماعي في البلدان المضيفة للاستثمار.

ونظراً للطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار وتعدد أطرافها فإنه من المتصور نشوء منازعات بين أطرافها حول تطبيق أو تفسير بنودها مما استوجب توفير وسائل قانونية تتسم بالفاعلية في تسوية المنازعات الاستثمارية. وتمثلت هذه الوسائل في دور القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار وكذلك في دور القضاء الدولي ممثلاً بمحكمة العدل الدولية، ودور التحكيم الدولي أيضاً ممثلاً بمحكمة العدل الدائم للتحكيم، بالإضافة الى دور المركز الدولي للتحكيم ممثلاً بمحكمته التي تتولى مسألة تسوية منازعات الاستثمار. والحقيقة أن اللجوء إلى القضاء الوطني والدولي، والمتمثل في محكمة العدل الدولية، ومحكمة التحكيم الدائمة، لا يخلو من العراقيل والصعوبات القانونية، فقد يرفض المستثمر الأجنبي اللجوء الى القضاء الوطني (محاكم الدولة المضيفة) لعدم ثقته بها او لعراقيل أخرى تقف حائل امامه في هذا الامر، وكذلك قد يتعذر الامر-على سبيل المثال -للمستثمر اللجوء إلى محكمة العدل الدولية، إلا إذا قامت دولته بقبول حمايته دبلوماسياً، وذلك إذا وضعنا في الاعتبار أن الحماية الدبلوماسية حق للدول. أما بالنسبة لمحكمة التحكيم

د. جلال وفاء محمدين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي

لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، ٢٠٠١، ص ٧٠ وما بعدها.

الدائمة فإنه يشترط حتى يمكن للمستثمر اللجوء إليها أن تكون كل من الدول التي يحمل جنسيتها والدولة المضيفة للاستثمار طرفاً في اتفاقية تأسيسها. وبعد أن انتهينا من تناول هذا الموضوع فإننا نوجز أهم ما توصلنا إليه من نتائج، وتوصيات وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

- ١- أصبحت عادات وأعراف التجارة الدولية من أحد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على المنازعات الاستثمارية، نظراً لملائمتها لذاتية وخصوصية عقود الاستثمار.
- ٢- تحول التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من تحكيم إختياري إلى تحكيم إجباري.
- ٣- إن تولي الفرد لدعواه مباشرة بنفسه في مواجهة الدولة المسؤولة عن الضرر، يحقق للفرد حماية قانونية أفضل من تلك التي تكفلها له مباشرة دولة الجنسية بذاتها للدعوى، ويرجع ذلك إلي عدم التساوي بين الأطراف، حيث يوجد كل منهما في مركز قانوني مختلف عن الآخر، وقوة مركز الدولة الخصم بالنسبة إلي الفرد المشتكي تجعل في إمكانها ان تتحلل في أي وقت من اتفاق التحكيم المبرم بينهما، وبالتالي إعاقة دعوى الفرد، كما أنها قد تسعى في وضع دعواه تحت سيطرة قانونها الداخلي او الامتناع عن احترام الحكم الصادر وتنفيذه.

ثانياً: التوصيات

- ١- ضرورة تدخل المشرع الوطني بتعديل القوانين الداخلية المتعلقة بالاستثمار لمواجهة المستجدات الدولية.
- ٢- ضرورة اهتمام الدول النامية بصياغة الشروط العقدية، باعتبارها أساس الفصل في النزاع، وخاصة الشروط العقدية المتعلقة بعقود الاستثمار.

- ٣- يتوجب على الدول النامية القيام بتنسيق سياساتها تجاه الاستثمار الأجنبي، وذلك في إطار المنظمات الاقتصادية الإقليمية التي تعد أعضاء فيها. إذ يمكن أن تضع هذه المنظمات المبادئ العامة التي يجب أن تتبعها هذه الدول في معاملتها للاستثمارات الأجنبية، والتي يمكن تضمينها في المعاهدات الدولية التي تبرمها مع الدول الأخرى.
- ٤- يتوجب على الدول النامية عدم القبول بأي شرط في المعاهدة ينقص من سيادتها على مواردها الطبيعية ويكبل حريتها في اتخاذ الإجراءات التي تحمي مصالحها الاقتصادية.
- ٥- ضرورة قيام الدول النامية بالإصلاح في نظامها القضائي، إذ يجب أن يكون غاية كل حكومة، فمن خلال هذا الإصلاح في النظام القضائي تستطيع أن تتمسك هذه الدول بإخضاع منازعات الاستثمار لقانونها وقضائها الوطني.
- (تم بعون الله وبحمده)

قائمة المصادر

المصادر العربية:

أولاً: الكتب القانونية

١. د. إبراهيم محمد العناني: اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام - الخاص - التجاري)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٢. د. أحمد حسن الرشيدى: الوظيفة الافتائية لمحكمة العدل الدولية، ودورها في تفسير وتطوير سلطات واختصاصات الأجهزة السياسية للأمم المتحدة، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٣.
٣. د. جلال وفاء محمددين: التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠١.

٤. د. حازم جمعة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
٥. د. صالح محمد محمود بدر الدين: التحكيم في منازعات الحدود الدولية، دراسة تطبيقية على قضية طابا بين مصر وإسرائيل، دار الفكر العربي، ١٩٩١.
٦. د. عصام الدين القصبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٧. د. علي حسين الشامي، الدبلوماسية ونظام الحصانات والامتيازات الدبلوماسية، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٩٠.
٨. د. محمد المجذوب، القانون الدولي العام، مؤسسة الحسيني، بيروت، ١٩٨٢-١٩٨٣.
٩. د. مصطفى أحمد فؤاد: القانون الدولي العام، الجزء الثالث، القانون الدولي لحقوق الإنسان، بدون دار نشر، ٢٠١٣.

ثانياً: الأطاريح والرسائل الجامعية

١. عصام بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٧٢.
٢. محمد يونس يحيى الصائغ، المركز القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون/ جامعة الموصل ٢٠٠٥.

ثالثاً: البحوث

١. طلال أبو غزالة، حماية الاستثمارات العربية، بحث مقدم إلى ندوة الأرصد والمديونية الخارجية العربية، منتدى الفكر العربي، عمان، ١٩٨٧.

رابعاً: المواثيق والاتفاقيات الدولية

١. اتفاقيات لاهاي لسنة ١٨٩٩، ١٩٠٧.

٢. ميثاق منظمة الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٥.
٣. النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الملحق بميثاق منظمة الأمم المتحدة لسنة ١٩٤٥.
٤. اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥.

المصادر الأجنبية:

1. Alan Redfem: Law And Practice Of International Commercial Arbitration, London 2004
2. Bockstigel K: Arbitration Of Disputes Between States And Private Enterprises In The International Chamber Of Commerce, Vol. 59, AJIL, 1965.
3. Bouchez (L. J.), The Prospects For International Arbitration-Disputes Between States And Private Enterprises, J. I. A. Vol. 8, 1991.
4. Broches: The Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States, RCADI, Tome. 136, 1972.
5. Charles E. Martin: The Permanent Court Of International Justice And The Question Of American Adhesion, Stanford University Press, 1932.
6. Christian J. And Roger O. T: The United Nation Convention On Jurisdictional Immunities Of States And Their Property, Oxford, 2013.
7. Collins (L. A.), The Effectiveness Of The Restrictive Theory Of Sovereign Immunity, Col. J. T. L., Vol. 4, 1965.
8. J. G. Merrills: The Contribution Of The Permanent Court Of Arbitration To International Law And To The Settlement Of Disputes By Peaceful Means, Kluwer Law International, 1993.

9. J.A.Salmon, Des Mains Propres Comme Condition De Recevabilité Des Reclamations Internationals, A.F.D.I, 1954.
- 10.Kenneth S. Jacob: Reinvigoration ICSID With A New Mission And With Renewed Respect For Party Autonomy, Virginia Journal Of International Law, Vol. 33, 1992.
- 11.Nurick: Costs In International Arbitrations ICSID: Review Foreign Investment Law Journal, Vol. 7, No. 1, 1992.
- 12.Nwogugu (E.I), Legal Problems, Of Foreign Investments, 153 R.C.A.D.I, (1976-V).
- 13.Rawding. N., Protecting Investments Under States Contracts, Some Legal And Ethical Issues. A. I. Q. Vol. 11, 1995.
- 14.Schmidt: Arbitration Under The Auspices Of The International Center For Settlement Investment Disputes (ICSID): Implications Of The Decision On Jurisdiction In Alcos Minerals Of Jamaica, Inc, V. Government Of Jamaica, HILJ, Vol. 17, 1976.
- 15.Shalatai Rosenne: The Hague Peace Conferences, Of 1899 And 1907 And International Arbitration: Reports And Documents, T.M.C. Asser Press, 2001.
- 16.Sutherland: The World Bank Convention On The Settlement Of Investment, Comparative Law Quarterly, Vol. 28, 1979.
- 17.Vuylsteke: Foreign Investment Protection And ICSID Arbitration, Georgia Journal Of International And Comparative Law, Vol. 4, 1974.