

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر - باتنة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم العلوم القانونية

النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في الدول النامية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية
تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبة الباحثة:
رفيقة قصوري
إشراف:
أ.د/ نواصر العايش

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
د. زرارة صالح الواسعة	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	رئيسا
أ.د. نواصر العايش	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة	مشرفا ومقررا
أ.د. عزري الزين	أستاذ التعليم العالي	جامعة بسكرة	عضوا مناقشا
د. سعادنة العيد	أستاذ محاضر	جامعة خنشلة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2011/2010

المقدمة

اتسع نطاق التحدث عن النظام العالمي الجديد الذي صاحبه اتساع الاهتمام سريعا بالعمليات الاستثمارية نتيجة التحولات الاقتصادية التي فرضت نفسها في مجال النقل وازدهار التجارة العالمية والإنتاج وانتقال رؤوس الأموال، هذا الأمر الذي تطلب تكاتف وتجمع الجهود الدولية لأجل ضمان عدم الخروج عن ركب هذا التحول الاقتصادي.

ولما كانت التنمية الاقتصادية تشكل الهاجس الكبير بل والأساسي لدى غالبية الدول النامية التي تحتاج إلى مساهمة رأس المال الأجنبي وانتقاله من الدولة المصدرة إلى الدولة المضيفة له لمحدودية وسائل هذه الأخيرة في تحقيق الأهداف التنموية المرجوة و مواكبة ما تفرضه التحولات الاقتصادية العالمية، فكان اللجوء إلى تأطير عمليات الاستثمار الأجنبية وتشجيعها الحل الأمثل والأنسب لتجسيد ما تصبو إليه هذه الدول النامية حماية لكيانها من الممارسات التقييدية للدول المتقدمة ومن الاستعمار الاقتصادي والتكنولوجي عليها باستغلال افتقارها لمقومات البنى التحتية ونقص وندرة الخبرات الفنية والنقد الأجنبي اللازم للحصول على متطلباتها من السوق العالمي لتحقيق أهداف التنمية فيها.

وبذلك أصبحت الحاجة الماسة للدول النامية إلى رؤوس الأموال الأجنبية واقع ثابت وملحوس أمام التقدم السريع الذي حققته الدول الصناعية الكبرى وتزايد اتساع الفجوة بين هذه الأخيرة والدول النامية بسبب الفوارق الهائلة فيما بينهما من حيث الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية..... الأمر الذي شكل تحديا أمام الدول النامية وألزمها الدخول في معترك لعبة تصدير رأس المال الأجنبي برغم وعي الكثير منها-الدول النامية- للدور السلبي الذي لعبته هذه العملية في ترسيخ حالة تخلفها الاقتصادي بانعكاسه على مستوى المعيشة وخلق حالة من التبعية الاقتصادية للدول الأجنبية المتقدمة جعلها في حاجة مستمرة إلى الموارد الخارجية لمعالجة مشكلاتها الاقتصادية.

ومن أجل ذلك فقد كان من الطبيعي أن تسعى الدول النامية إلى بحث السبل الكفيلة لتشجيع عملية انتقال رؤوس الأموال وجذبها إليها عن طريق الاستثمارات الأجنبية من خلال إزالة كل المخاوف والشكوك التي يمكن أن تشكل عرقلة وحاجزا في طريق تدفقها. وتتجسد تلك الضمانات من خلال ما توفره وتقره القوانين الوضعية للدول المضيفة من حوافز ومغريات وامتيازات للمال الأجنبي بالشكل الذي يبعث الطمأنينة والثقة لدى المستثمرين، بعكس سياسة الباب المغلق على الاستثمارات الأجنبية التي كانت معتمدة في التشريعات النازمة للدول النامية منذ وقت مبكر على أساس حضر التعامل بهذه الاستثمارات كأصل عام وإجازتها من باب الاستثناء في الحالات الخاصة، وذلك بسبب ما خلفته الآثار الاستعمارية لهذه الدول من عقدة التمسك بحماية الدول النامية المضيفة لرأس المال الأجنبي لسيادتها على ثرواتها الباطنية والطبيعية مع تقييد نسبة إسهامها في المشروعات الاقتصادية الوطنية، وهي العوائق التي

تسهم في تنفير المستثمر الأجنبي وتثير مخاوفه تجاه هذا النوع من السياسات والأنظمة المتعلقة بالاستثمار.

ولعل الدولة الجزائرية برغم مجهوداتها المتواصلة في تحديث وتطوير تشريعاتها الخاصة بتنظيم الاستثمار على غرار باقي الدول النامية أو السائرة في طريق النمو، إلا أن تشريعاتها لا تزال لم ترق إلى أن تكون كافية لتحقيق الأهداف المرجوة لجميع أطراف العلاقة الاستثمارية، وهو نفس الإشكال الذي واجهته وتقطنت له معظم الدول النامية المحتاجة لوفود رأس المال الأجنبي إليها والتي اجتهدت بدورها في صياغة وإصدار تشريعات داخلية حملت في مضمونها إعفاءات ومزايا وضمانات لاجتذاب هذه الاستثمارات، على أن قلة ثقة المستثمر الأجنبي بهذه التشريعات جعل منها أداة قانونية غير فعالة.

و من ثمة برزت الحاجة والدعوة إلى طرق مجال القانون الدولي باعتباره الأداة القانونية المساعدة بشكل كبير في تحسين الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية للشعوب، والمساهمة في تنميتها بموجب مجموع القواعد القانونية التي تتكفل بتنظيمها وتجسد تطبيقها من خلال الالتزامات الدولية التي تتشعبها المعاهدات الدولية الثنائية والجماعية الخاصة بضمان وحماية الاستثمارات الأجنبية، أو عن طريق الهيئات والمؤسسات الدولية المعنية بالحماية الموضوعية والإجرائية لتلك الاستثمارات.

على أن تعارض المصالح والأهداف بين الدول المضيفة -النامية- للاستثمارات الأجنبية والمستثمرين الأجانب، لاسيما أمام المحاولات العديدة للدول المتقدمة في فرض هيمنتها على الاتفاقات والتنظيمات التي تحكم العلاقة التعاقدية بين أحد رعاياها من المستثمرين والدولة المضيفة بغية تنفيذ مآربها وفرض نفوذها الاقتصادي والسياسي بما يشكل خطرا على الكيان الاقتصادي للدول المضيفة خاصة النامية، جعل من مسألة بحث الصيغ القانونية الكفيلة بالإحاطة بالجوانب المختلفة لتأثيرات الاستثمارات الأجنبية بهدف الحد من أخطارها وممارساتها التقييدية الاستغلالية من جهة، والاستفادة من إمكانياتها الاقتصادية الضخمة خاصة من الجانب التكنولوجي ورأس المال من جهة أخرى وبما يحقق للدول النامية القدرة على المشاركة الفعلية في توجيه الاقتصاد العالمي متى تم تبني أسس تنظيمية شفافة وعادلة للنظام الاقتصادي العالمي.

وتتركز هذه الدراسة وفقا لما يبينه عنوانها ببحث الطبيعة القانونية للنظام القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية، وهو موضوع آثار ولا يزال يثير العديد من الإشكالات في مجال القانون الدولي الخاص، ومرد ذلك أن رأس المال الأجنبي بطبيعته يبحث عن الأمان والطمأنينة لدى الدول المضيفة له وهذه الأخيرة بدورها تعاني من مشكلة بل عقدة التمسك بسيادتها والتعامل بحذر مع كل ما هو أجنبي خوفا من السيطرة وبسط النفوذ الذي عانت منه سابقا. والتوصل إلى تحديد نظام قانوني يحكم عملية الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية يقتضي منا الإجابة على العديد من التساؤلات التي فرضتها مقتضيات البحث والتي يمكن حصر أهمها في:

1. ما المقصود بالاستثمارات الأجنبية؟

أي تحديد ماهية هذه العمليات الاستثمارية وبيان طبيعتها ومن هم الأطراف المشكلين للعلاقة الاستثمارية؟ وما هو المعيار الذي يمكن الاعتماد به للربط بين الاستثمار الأجنبي ودوره في تحقيق التنمية الاقتصادية في الدول النامية؟

2. ما هي طبيعة التنظيم القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية؟

أي تحديد أهم الضمانات المقررة بموجب قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية ومدى فعاليتها في جذب واستقرار هذه الاستثمارات؟ وهل يمكن التوصل إلى قوانين دولية من وضع قواعد قانونية تشكل الإطار العام لتنظيم الاستثمارات الأجنبية؟ وهل استطاعت أن تحقق الحماية المطلوبة للاستثمارات التي شملتها والتي سيطمئن لها المستثمر الأجنبي؟

3. هل نجحت الاتفاقيات الدولية في التوصل إلى وضع الإطار القانوني المنشود للاستثمارات الأجنبية؟ بمعنى هل أن سعي وتمسك المستثمر الأجنبي وعلى خطاه الدول النامية المستقبلية لاستثماراته بالضمانات التي تقرها الاتفاقيات الدولية لطرفي الاستثمار يعكس الوجه الحقيقي لهذه الأخيرة؟ وما مدى فعاليتها في جذب وزيادة إقبال الاستثمارات الأجنبية على الدول النامية الطرف فيها؟ وهل يمكن على ضوء ذلك القول أن للاتفاقيات الدولية الدور والقدرة في وضع قواعد قانونية تشكل الإطار القانوني لتنظيم الاستثمارات الأجنبية؟ وهل ساهمت هذه الاتفاقيات بشكل فعلي وإيجابي في تحقيق نمو الاستثمارات في الدول الطرف فيها وضمان الحماية المطلوبة لرأس المال الأجنبي؟

4. ما هي الوسائل القانونية المقررة للحماية الإجرائية للاستثمارات الأجنبية؟

أي هل أن المنازعات التي تثيرها الاستثمارات الأجنبية تتطلب وسائل خاصة لفضها؟ وهل استطاع القضاء الوطني للدولة المضيفة أن يحتل مكانا ضمن تلك الوسائل؟ أم أن الأمر يتطلب البحث عن وسائل مستقلة ومحايدة وفعالة يطمئن إليها المستثمر الأجنبي للفصل في المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المضيفة لاستثماراته.

5. هل أن المجتمع الدولي بحاجة إلى تنظيم دولي ينظم عملية الاستثمارات الأجنبية؟

بمعنى هل أن المجتمعات بحاجة إلى أن تكون هناك مساعي ومحاولات دولية لإيجاد صيغة لمشروع قانون دولي يحكم وينظم سير الاستثمارات الأجنبية، بشكل يحد من الممارسات التقييدية للدول المتطورة والمصدرة لرأس المال الأجنبي تجاه الدول النامية.

فهذه التساؤلات وغيرها مما يثيرها أو سيثيرها هذا الموضوع ساهمت بشكل كبير في تقييد وحصر الأسباب الدافعة لاختيار هذا البحث بغية التوصل إلى محاولة وضع دراسة قانونية قدر الإمكان وذلك بتحديد الإطار القانوني لفكرة الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، ومحاولة دراستها من الناحية القانونية

البحث، على أن الرجوع إلى الجانب الاقتصادي لموضوع البحث كان دائما يفرض نفسه سواء من حيث المعطيات المقررة في البحث ذاته والتي تستدعينا ضرورات البحث الوقوف عندها، أو من حيث المراجع والأبحاث الخاصة بهذا الموضوع.

وحتى نصل إلى تحقيق نتيجة للهدف المرجو من هذه الدراسة، فقد توصلنا إلى تقسيم البحث إلى بابين وفصل تمهيدي وذلك في إطار التقيد والالتزام بمنهج وصفي تحليلي باستعراض مختلف الآراء والنظريات التي تعرضت وناقشت موضوع البحث ومن ثم تحليلها والمقارنة بينها، دون إغفال التأصيل والتحليل للمبادئ القانونية الخاصة بالحماية الموضوعية والإجرائية للاستثمارات الأجنبية من خلال قواعد القوانين الوطنية المختلفة للدول النامية والاتفاقيات الدولية المتعددة، بالإشارة و الاعتماد بين الحين و الآخر على المنهج المقارن الذي استوجبه ضرورات البحث للمقارنة و المقارنة بين مختلف الاسس القانونية للدول التي تحكم او يتعين ان تحكم تنظيم عملية الاستثمار الاجنبي. حيث تناولنا في الباب الأول تحديد الوسائل القانونية والدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية وذلك وفقا لثلاث فصول عالجنا فيها مايلي:

الفصل الأول: ضمانات الاستثمار الأجنبي في ظل القوانين الوطنية والدولية.

الفصل الثاني: الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية.

الفصل الثالث: الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق المعاهدات الجماعية.

أما الباب الثاني لهذه الدراسة فقد خصصناه لتبيان الأسس و الأساليب القانونية لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية والضمانات المقررة لها بناء على ثلاث فصول هي:

الفصل الأول: آليات تجنب وفض منازعات الاستثمار الأجنبي بخلاف القضاء.

الفصل الثاني: الوسائل القضائية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفصل الثالث: نظام التحكيم في مجال منازعات الاستثمار الأجنبي.

وقد سبق هذا التقسيم فصل تمهيدي شمل التعريف بالاستثمارات الأجنبية ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة للدول النامية.

وكانت خاتمة الدراسة والبحث تقديم ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات مقترحة.

فبهذه الصيغة نكون بحسب تصورنا قد حاولنا إحاطة موضوع النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول النامية بمعظم الأوجه التي تتطلبها هذه الدراسة، أو على الأقل خطينا خطوة متواضعة لفتح المجال أمام التفكير في دراسات أخرى تقتضي النقائص أو القصور الذي يكون شاب هذا البحث، وتتوصل إلى تقديم الحلول لمختلف الإشكاليات التي لا زال يثيرها هذا الموضوع.

الفصل التمهيدي: تعريف الاستثمارات الأجنبية ودورها في التنمية الاقتصادية.

تمهيد وتقسيم:

تعد الاستثمارات الأجنبية من أهم وسائل تنمية الموارد المالية في الاقتصاد المعاصر، ولا نبالغ إذا قلنا أن الاستثمارات الأجنبية أصبحت المصدر الرئيسي الذي تقوم عليه اقتصاديات العديد من الدول.

وتعتبر الدول النامية إحدى هذه الدول التي تسعى جاهدة إلى إحداث تنمية اقتصادية طموحة من شأنها تقليص الهوة الاقتصادية والتنموية التي تفصل بينها وبين الدول المتقدمة⁽¹⁾. وتأسيسا على ذلك سنحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على مفهوم ماهية الاستثمار الأجنبي وطبيعة الدور الذي يؤديه في تحقيق التنمية المنشودة للدول المضيفة للاستثمار، وذلك بتقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، لنتناول في المبحث الأول تأصيل مفهوم الاستثمار الأجنبي، ثم ننتقل إلى المبحث الثاني لتحديد الأشكال القانونية الأكثر شيوعا للاستثمار الأجنبي، لنصل إلى المبحث الثالث لنحدد فيه دور الاستثمارات الأجنبية في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية.

(1) ويرى البعض أن ظاهرة الدول النامية ناتجة عن تأخر أو تخلف تكنولوجي بسيط بينها وبين الدول المتطورة سببه عدم وجود القدرة المالية الكافية لتغطية هذا العجز، مما يجعلها تلجأ لتحقيق ذلك إلى الاعتماد على مساهمات الشركات الأجنبية تأسيسا على حجم وطبيعة الامتيازات والضمانات التي توفرها قوانين الاستثمارات الوطنية بالمقابل. راجع ذلك في:

Madjid ben chikh: Droit International Du Sous-développement, Berger Levrault et office des publications universitaire, Alger, p133.

المبحث الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي.

يعد تعريف الاستثمار الأجنبي من أهم المصطلحات التي تجذب الانتباه في أي تنظيم دولي للاستثمار⁽¹⁾، مما يستدعي التدقيق والاهتمام عند وضعه أو صياغته لما يخلفه من تأثير كبير على المواد القانونية التي يشملها التنظيم الدولي.

وعلى الرغم من أهمية صياغة تعريف للاستثمار، إلا أن الملاحظ في الكثير من قوانين الاستثمار الداخلية للدول المتقدمة اقتصاديا والدول النامية أنها لا زالت محل خلاف في تحديد المعنى المقصود بالاستثمار، وهو الموقف المجسد من خلال عدم اتفاق الفقه القانوني في تحديد تعريف قانوني واحد للاستثمارات الأجنبية، ذلك أن معظم التعريفات التي قيلت في هذا الصدد هي أقرب للتعريف الاقتصادي منها للقانوني، ومرد ذلك يمكن إرجاعه إلى تشابك الجوانب الاقتصادية والسياسية والقانونية التي تفرض نفسها عند وضع هذا التعريف⁽²⁾.

ولما كان الاستثمار عملية مركبة تجمع بين عناصر اقتصادية وأخرى قانونية⁽³⁾ فإن ذلك يتطلب منا الوقوف على ما تعنيه كلمة الاستثمار بأن نحدد تعريفه من الناحية الاقتصادية باعتبار الفقه الاقتصادي السباق بالاهتمام بفكرة الاستثمار الأجنبي قبل تحديد مفهومه لدى الفقه القانوني، وعليه نقسم دراستنا بهذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب 1: تعريف الاستثمار من الناحية الاقتصادية.

المطلب 2: التعريف القانوني للاستثمار.

(1) د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2006، ص 174.

(2) د/ غسان علي علي: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصددتها، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس القاهرة 2004، ص 09.

(3) د/ أحمد شرف الدين: استثمار المال العربي - تأثير فكرته الاقتصادية في قواعده القانونية - مجلة غرفة الإسكندرية التجارية، عدد 436 يناير/ فبراير 1985، ص 46.

المطلب الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي من الوجهة الاقتصادية.

الاستثمار لغة مشتق من الثمر، ويعني طلب الحصول على الثمر أي ما يولد عنه أو نفعه المقصود منه، وثمر الرجل ماله كثره، واستثمر المال جعله يثمر أي يكثر وينمو⁽¹⁾.
ووفقا للمفهوم الإسلامي فإن الاستثمار يعني تكثير المال وتنميته بكافة الطرق المشروعة بهدف توظيف الموارد المتاحة في ضوء الضوابط والأسس والقواعد الشرعية والاقتصادية والإسلامية⁽²⁾.
ولا يخرج مصطلح الاستثمار في علم الاقتصاد عن هذه المعاني والمفاهيم⁽³⁾ ويعد من المصطلحات الشائعة في مجال علم الاقتصاد، وقد تولدت تعاريف متعددة عند الاقتصاديين على خلاف فقهاء القانون، حيث شوهد لهم -الاقتصاديين- الحماس والسرعة في تعريف الاستثمار باعتباره يعد عنصرا رئيسيا في النشاط الاقتصادي لما له من مكانة بارزة في نظرية الدخل والتشغيل ومصدرا للتوسع في الطاقة الإنتاجية.

وتأسيسا على ذلك اتجه البعض إلى تعريف الاستثمار بأنه «كل استغلال لرؤوس الأموال من أجل تحقيق عملية إنماء للذمة المالية للدولة ودخولها في مشروعات اقتصادية دائمة تعمل على توفير احتياجات مختلفة وتحقيق الربح»⁽⁴⁾.

واعتبر البعض مصطلح الاستثمار الأجنبي تعبيرا واسعا ويعني في الكتابات الاقتصادية الاتفاق على عوامل الإنتاج لخلق سلع رأسمالية⁽⁵⁾.

فما يلاحظ على هذا الاتجاه أنه أعطى تعريفا واسعا للاستثمار الأجنبي من جهة إلا أنه غير دقيق وغير ضابط لمعانيه من جهة ثانية، ذلك أنه وسع من نطاقه ليشمل جميع حركة رؤوس الأموال من دون حدود، إضافة إلى ذلك لم يحدد شروط أو عناصر للاستثمار الأجنبي حتى يتسنى تمييزه عن غيره من صور انتقال رؤوس الأموال التي تخرج عن نطاق الاستثمار الأجنبي.

(1) راجع ذلك في معجم لسان العرب، ابن منظور، دار بيروت 1956.

(2) د/ أشرف محمد دوابه و أ/ غسان محمد الشيخ: مخاطر استثمار الأموال العربية في الدول غير الإسلامية ضوابطه ومخاطره. ورقة عمل مقدمة في المؤتمر الدولي للاقتصاد الإسلامي تحت عنوان "الاستثمار في الدول الأجنبية" بتاريخ 2007/04/09، حنون للطباعة، الطبعة الأولى 2007، ص 161.

(3) عرف مجمع اللغة العربية الاستثمار أنه «استخدام الأموال في الإنتاج إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريقة غير مباشرة بشراء الأسهم والسندات» أنظر المعجم الوجيز - منشورات مجمع اللغة العربية - جمهورية مصر العربية، الهيئة العامة لشؤون الطباعة الأميرية، طبعة 199، باب الثاء ص 87.
وأنظر كذلك في نفس المعنى:

Vocabulaire juridique: Gérard Cournu: 8ème édition, Quardrige, avril 2007, p 514.

(4) د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الثانية 1981، ص 156، 157.

(5) د/ حسن خليل: دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المتخلفة - مع دراسة خاصة بإقليم مصر - رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1960، ص 80.

في حين ذهب فريق آخر من فقهاء الاقتصاد إلى تعريف الاستثمار أنه: «قيام المستثمر الأجنبي بتحويل كمية من الموارد المالية، والتكنولوجية، والخبرة الفنية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة»⁽¹⁾. وفي نفس المعنى عرفه البعض الآخر بأنه: «تحويل المدخرات إلى أصول رأسمالية، أي تحويلها إلى عتاد وآلات ومبان»⁽²⁾.

وعرفه بعض الاقتصاديين بأنه مجموع نفقات توجه لأجل تحقيق عوائد مستقبلية ناتجة في أغلب الأحيان عن مؤسسات صناعية للحصول على وسائل الإنتاج أو التسويق⁽³⁾.

واعتمد البعض في تعريف الاستثمار الأجنبي استناداً إلى أساس مالي مفاده ربط الاستثمار بالادخار بأنه: «توجيه المدخرات لزيادة القاعدة الاقتصادية، ومن ثم رفع المستوى الاقتصادي العام»⁽⁴⁾.

فما يلاحظ عموماً على هذه التعاريف المنساقة للاستثمار الأجنبي أنها تخلط بين الاستثمار والادخار كعملية واحدة دون التمييز بينهما⁽⁵⁾، ذلك أن الادخار هو اقتطاع جزء من الدخل لتوجيهه كاحتياطي يمكن أن يستفاد منه بالاستثمار أو في استهلاك مستقبلي، وعليه يفهم من ذلك أن الادخار لا يوجه دائماً للاستثمار وبالتالي لا يوجد هناك تطابق مطلق بين الاستثمار والادخار حتى نجعله عنصراً لتعريف الاستثمار.

وعلى صعيد آخر يميز الاقتصاديون عادة بين نوعين من الاستثمار هما: الاستثمار المالي والاستثمار الحقيقي⁽⁶⁾:

* فالاستثمار المالي يتجسد في شراء الأوراق المالية مثل الأسهم والسندات وأذونات الخزينة وما إلى ذلك، وهو بهذا المعنى لا يشكل إضافة حقيقية إلى الأصول وإنما مجرد تحويل للملكية.

* أما الاستثمار الحقيقي فهو الاستثمار الذي يتضمن حياة الأصول والموجودات الرأسمالية الجديدة مثل الآلات، والمعدات، والأبنية وإقامة المصانع.... الخ، وهو بهذا المعنى يتضمن إضافة حقيقية إلى الثروة في المجتمع وتوسيع القاعدة الإنتاجية.

(1) د/ عبد السلام أبو قحف: اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة 1991، ص 21.

(2) أنظر: أ/ فؤاد محمد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام - رسالة ماجستير - حقوق، جامعة أسيوط 2007، ص 80. أنظر في نفس المعنى:

Jacky Koehl: Les Choix D'investissement. Dunod. Paris 2003, p: 11.

(3) Denis Babusiaux: Décision d'Investissement et Calcul Economique Dans L'entreprise. Economica et T éditions technip, p 17.

(4) أنظر د/ جورج حزبون حزبون و د/ مصلح أحمد الطراونة: التكييف القانوني لعقود الاستثمار الأجنبي في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد الأول يناير 2006، ص 270.

(5) لمزيد من المعلومات حول علاقة الادخار بالاستثمار راجع: د/ منى محمود إدبلي: سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في توجيه الاستثمارات في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة، 2006، من ص 15 إلى ص 25.

(6) أ/ صالح الخصاونة: قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن - الاستثمار والعقود التجارية الدولية - أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني، جامعة بيرزيت 14 و 15/06/1996 - دراسات قانونية - باحثون قانونيون، ص 94.

وعلى الرغم أن الاستثمارات المالية والحقيقية تظل مكملة لبعضها البعض، إلا أن الاستثمارات الحقيقية تظل هي الأصل والأهم لأنها تنعكس مباشرة في زيادة الإنتاج وتوفير المزيد من فرص العمل وزيادة الرفاء في المجتمع.

ويستخدم الاقتصاديون أيضا مصطلح الاستثمار الرأسمالي ويعني الاستثمار الذي يأخذ صورة إنشاء مشروعات جديدة أو استكمال أو توسيع مشروعات قائمة، أو إحلال مشروعات أو أجزاء منها للتجديد والتحديث⁽¹⁾.

على أن هناك مفهوم واسع للاستثمار لقي قبولا لدى الكثيرين ويقرر أن: « فكرة الاستثمار يجب تصورها كمقابل للسيولة *liquidité* ومن ثم ينبغي أن تشمل الائتمانات والأموال المادية والملكية الصناعية، وفن الإنتاج، ونتائج البحوث، وكذلك جميع الإسهامات ذات القيمة الاقتصادية»⁽²⁾.
إلا أن هذا التعريف يؤخذ عليه توسعه الفضايف كونه أقحم عمليات قد تخرج عن مفهوم وغاية الاستثمار الأجنبي.

مما تقدم نخلص إلى أن النظرة العملية للاقتصاديين تجعلهم يضعون الهدف من الاستثمار -الربح- تعريفا له دون التوقف عند عملية الاستثمار ذاتها من حيث عناصرها أو شكلها أو أدواتها، هذه النظرة هي التي أدت ربما إلى فشلهم بالإجماع للتوصل إلى تعريف موحد ومتفق عليه لعملية الاستثمار، إلا أن هذا لا ينفي اتفاقهم حول مفهوم موسع للاستثمار الأجنبي بأنه: « توظيف للنقود لأي أجل في أي أصل أو ملكية أو ممتلكات أو مشاركات محتفظ بها للمحافظة على المال أو تتميته سواء بأرباح دورية أو بزيادات في قيمة الأموال في نهاية المدة أو بمنافع غير مادية»⁽³⁾.

وإزاء هذا التردد الذي صاحب التعاريف المنساقة من وجهة الاقتصاديين وعدم تمكنهم الوصول إلى صياغة تعريف جامع للاستثمار الأجنبي، حاول الفقهاء القانونيين من جهتهم صياغة تعاريف متعددة سعيا منهم الوصول إلى ما لم يتمكن الباحثين الاقتصاديين الوصول إليه وهو ما يستدعي توضيحه بالبحث والدراسة.

المطلب الثاني: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي.

(1) د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، 2000، ص20.

(2) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص160.

(3) يعتبر هذا التعريف عاما للاستثمار أما إذا تجاوز الاستثمار حدود الدولة فيتحول إلى استثمار أجنبي وهنا يؤكد البعض أن هذا الاستثمار مهما كانت العناصر التي تدخل في تكوينه يجب أن يتم خارج النظام القانوني والنقدي والمالي والاقتصادي للدولة المستثمرة. أنظر في ذلك: د/ دريد محمود علي السمرائي: ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، رسالة دكتوراه، جامعة صدام للحقوق، بغداد، 2001، ص06.

على غرار الاقتصاديين تعددت واختلفت التعاريف المنسقة للاستثمار الأجنبي عند القانونيين، ولا يسعنا المجال لذكرها جميعاً، إلا أننا سنحاول التعرض لأهم التعاريف التي ركزت على الجانب القانوني للاستثمار الأجنبي ومحاولة تحليلها وإبراز الأسس المعتمدة في صياغتها.

حيث يرى البعض أن الاستثمار الأجنبي هو: « تقديم الأموال المادية والمعنوية والأداءات من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المستقلة للمساهمة المباشرة أو غير المباشرة في مشروع قائم أو سيتم إنشائه للقيام بنشاط اقتصادي ما خلال مدة معقولة من الزمن»⁽¹⁾.

في حين يعرفه البعض أنه: «توجيه جانب من أموال المشروع أو خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية»⁽²⁾.

في حين يبدي البعض من القانونيين وجهة نظرهم للاستثمار الأجنبي على أنه: « انتقال أحد عوامل الإنتاج عبر الحدود الدولية للمساهمة في الاستغلال الاقتصادي بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وبقصد تحقيق ربح نقدي متميز»⁽³⁾.

و تتوالى التعريفات المقترحة للاستثمار الأجنبي أين اجتهد البعض الآخر لتعريف الاستثمار الأجنبي على أنه: « كل الممتلكات المادية أو المعنوية والمنقولة أو العقارية والمسيرة من طرف أشخاص طبيعية أو اعتبارية والموجودة على أقاليم أجنبية»⁽⁴⁾.

و في نفس السياق يعرف الاستثمار الأجنبي على أنه: «مجموعة إمكانيات بشرية أو مالية موجهة إلى تحقيق الأرباح»⁽⁵⁾.

كما جاء تعريف آخر للاستثمار الأجنبي على أنه: «استخدام أصول مالية مهما كان نوعها أو طبيعتها، من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته، سواء خوله هذا الاستغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا بهدف تحقيق عائد مجز»⁽⁶⁾.

وكما هو واضح فإن معظم التعاريف والآراء التي قيلت في الاستثمار الأجنبي جاءت مختلفة وغير متفقة أو موحدة، على أن محاولاتهم تركزت في تعريف الاستثمار الأجنبي بأنه تحرك لرؤوس الأموال إلى بلد آخر دون تحديد طريقة أو وسيلة منظمة لهذا الانتقال، في حين اعتمد البعض الآخر من القانونيين على

(1) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية، 1990، ص 40.

(2) د/ محسن شفيق: المشروعات ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، 1977، ص 238 وما بعدها.

(3) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 168.

(4) Zalmai Haquani et Philippe Saunier et Béatrice Magaza: Droit International Economique. Ellipses: p 64.

(5) op.cit: p 65

(6) د/ علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 66.

إبراز أهمية الربح كعنصر أساسي وجعلوه معيارا أساسيا في تعريف الاستثمار الأجنبي وهو الاتجاه الذي عارضه جملة من الفقهاء القانونيين واعتبروا أن بعض الاستثمارات الأجنبية قد لا تحقق ربحا بذاتها وإنما تساعد في إنشاء وتشغيل المشروعات في البلد المضيف. وأمام هذا الاختلاف وعدم الاتفاق في الوصول إلى تحديد تعريف جامع للاستثمار الأجنبي والتردد الذي ساد آراء الفقهاء أصبح من الضروري الاتجاه إلى تفحص التعاريف التي أخذت بها مختلف النصوص القانونية المعمول بها على مستوى القوانين الوطنية وبعض الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وهو ما سنحاول دراسته وتوضيحه من خلال مايلي:

الفرع 1: تعريف الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الوطنية.

تختلف وتتعدد التعاريف الخاصة بالاستثمار الأجنبي والتي تتضمنها التشريعات الداخلية للدول المتعلقة بتنظيم وتشجيع الاستثمار، حيث تتغير وتتطور وتنقص وتزيد بحسب ما يتفق مع الظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية لكل دولة.

و يشير البعض إلى أن أغلب قوانين الاستثمار في الدول النامية لم تتبع سياسة تشجيع الاستثمار عن طريق تشريعاتها إلا بالنسبة لرأس المال الأجنبي دون رأس المال الوطني⁽¹⁾.

وهذا أمر طبيعي بحسب رأينا ذلك أن غالبية الدول النامية هي دول مضيضة ومستقطبة للاستثمارات الأجنبية، فمن الطبيعي أن تميل إلى التوسع والتركيز على رأس المال الأجنبي وإحاطته بالضمانات والحماية الكافية بشكل يساهم في بناء الطاقة الإنتاجية للاقتصاد القومي ويساهم في التنمية الاقتصادية، وهو الأمر الذي أكدته أغلبية قوانين الاستثمار في الدول النامية إذ توسعت في تعريف الاستثمار لتضمن تدفق أكبر نسبة ممكنة من رأس المال الأجنبي، بحيث يشمل الاستثمار المباشر وغير المباشر⁽²⁾، ومن هذه القوانين نذكر القانون الجزائري المحدد بالرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 بشأن ترقية الاستثمار الذي لم يحدد تعريفا صريحا للاستثمار إلا أنه ومع ذلك يمكننا أن نستخلص هذا التعريف من مجمل أحكامه فنقول أن الاستثمار الأجنبي يقصد به في منظور التشريع الجزائري المتعلق بالاستثمار أنه: «عبارة عن رأس المال المستخدم في تنشئة وتنمية القدرات وإعادة التأهيل أو الهيكلة التي تنجز في شكل حصص من رأس المال أو حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي»⁽³⁾.

على أن المشرع الجزائري تدارك الوضع وجاء بالأمر رقم: 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار ليفصح بنص صريح مخصص لتعريف

(1) راجع في ذلك: د/ منى محمود إدبلي، مرجع سابق ذكره، ص 76.

(2) لمزيد من التفصيل حول طبيعة التشريعات الخاصة بالاستثمار في الدول النامية، راجع ذلك في:

Madjid Ben Chikh: op.cit. p 130، 131.

(3) راجع المادة 02 من قانون ترقية الاستثمار الجزائري مرسوم تشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في 1993/10/05.

الاستثمار وذلك بموجب المادة 02 من الأمر المذكور كمايلي: «يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر ما يأتي:

1- اقتناء أصول تدرج في إطار استحداث نشاطات جديدة، أو توسيع قدرات الإنتاج أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة.

2- المساهمة في رأسمال مؤسسة في شكل مساهمات نقدية أو عينية.

3- استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية»

أما في الأردن فإن قانون تشجيع الاستثمار رقم 16 لسنة 1995 يعرف الاستثمار الأجنبي بأنه:

« تعني عبارة رأس المال الأجنبي المستثمر لأغراض هذا القانون ما يستثمره غير الأردني من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في المملكة بما في ذلك مايلي:

1- النقد المحول إلى الأردن عن طريق البنوك والشركات المالية المرخصة للمستثمر لغايات هذا القانون.

2- الموجودات العينية المستوردة مدفوعة التكاليف من خارج المملكة.

3- الأرباح والعوائد والاحتياطات الناجمة عن استثمار رأسمال أجنبي في المشروع إذا تم زيادة رأسمال هذا المشروع أو إذا استمرت في مشروع منصوص عليه في هذا القانون.

4- الحقوق المعنوية كالتراخيص وبراءات الاختراع والعلامات والأسماء التجارية المسجلة في المملكة⁽¹⁾.

وهو نفس النهج الذي سار عليه كل من قانون الاستثمار السوري الصادر بتاريخ 1991/05/04 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 الصادر بتاريخ 2000/05/13⁽²⁾، وكذا قانون الاستثمار القطري رقم 13 الصادر سنة 2000⁽³⁾، حيث اعتمدوا في تعريفهم للاستثمار الأجنبي على تجنب وضع تعريف محدد

(1) المادة 05 من القانون المذكور، ولمزيد من التفصيل حول قانون تشجيع الاستثمار في الأردن،

راجع: أ/ صالح الخصاونة، مرجع سابق ذكره، ص 97 وما بعدها.

(2) تنص المادة 23 من قانون الاستثمار السوري لعام 1991 لتعريف الاستثمار بأنه: «المال الخارجي الذي يتضمن مايلي:

1- النقد الأجنبي المحول من الخارج من قبل المواطنين السوريين أو العرب أو الأجانب عن طريق مكتب القطع الأجنبي في القطر.

2- الآلات والتجهيزات والمعدات وسيارات العمل والباصات والميكروباصات والمواد اللازمة لإقامة المشاريع الاستثمارية وفق أحكام هذا القانون أو توسيعها أو تجديدها أو تطويرها وكذلك المواد اللازمة لتشغيلها والمستوردة من الخارج.

3- الأرباح والعوائد والاحتياطات الناجمة عن استثمار الأموال الخارجية في المشاريع الاستثمارية إذا زيد بها رأس مال هذه المشاريع أو إذا استثمرت في مشاريع أخرى موافق عليها وفق أحكام هذا القانون».

(3) عرفت المادة الأولى 01 من قانون الاستثمار القطري لسنة 2000 الاستثمار الأجنبي أنه «ما يستثمره المستثمرون الأجانب من أموال نقدية أو عينية أو حقوق لها قيمة مالية في دولة قطر بما في ذلك:

1- النقد المحول إلى الدولة عن طريق البنوك والشركات المالية المرخصة.

2- الموجودات العينية المستوردة لأغراض الاستثمار وفقا لأحكام هذا القانون.

3- الأرباح العائدة والاحتياطات الناتجة عن استثمار رأس المال الأجنبي في أحد المشروعات المسموح بها وفقا لأحكام هذا القانون.

للاستثمار واعتبروا أن رأس المال الأجنبي المستثمر إما يعبر عن طوائف الأموال التي يراد استثمارها أو أنه يعبر عن الاستثمار ذاته.

في حين نجد المشرع المصري خرج عن القاعدة ولم يضمن تشريعه المتعلق بالاستثمار تعريفا خاصا بالاستثمار الأجنبي أو المال المستثمر واكتفى بتعداد أوجه ومجالات الاستثمار التي سوف تستفيد من أحكامه⁽¹⁾، على خلاف ما جاءت به قوانين الاستثمار السابقة والمجسدة في المادة 02 من القانون رقم 43 لسنة 1974 والمادة 03 من القانون رقم 230 لسنة 1989 الملغي والتي تضمنت تعريفا مباشرا ومحددا للاستثمار الأجنبي وجاءت ببيان تفصيلي للمال المستثمر⁽²⁾، وهو نفس الاتجاه الذي سلكه المشرع السوداني ضمن قانون تشجيع الاستثمار السوداني رقم 64 لسنة 1990⁽³⁾.

في حين جاء تعريف المشرع الفرنسي للاستثمارات الأجنبية متركزا على حصر الاستثمارات الأجنبية في نطاق الاستثمارات المباشرة مع انتهاجه لمعيار التعداد لمجموع الأموال المستثمرة التي تعتبر عمليات استثمارية في إطار هذا القانون وذلك وفقا للمادة الأولى من المرسوم رقم: 2003/196 المؤرخ في: 2003/03/07⁽⁴⁾

4- الحقوق المعنوية كالتراخيص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة بالدولة».

(1) المادة 01 من قانون الضمانات وحوافز الاستثمار الصادر في 11 ماي 1997، ولمزيد من الاطلاع على القانون، راجع جريدة الوقائع المصرية العدد 176 أغسطس 1997.

(2) حيث نصت المادة 3 من القانون رقم 230 لسنة 1979 الملغي على أنه يقصد بالمال المستثمر في تطبيق هذا القانون:

أ- النقد الأجنبي الحر المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي الذي يستخدم في المشروعات أو التوسع فيها.

ب- النقد الحر المحول عن طريق أحد البنوك المسجلة لدى البنك المركزي الذي يستخدم في الاكتتاب في الأوراق المالية المصرية أو شرائها من أسواق الأوراق المالية في مصر وذلك طبقا للقواعد التي يقرها مجلس إدارة الهيئة.

ت- النقد المصري الذي يتم الوفاء به بموافقة الجهات المعنية مقابل تسوية التزامات مستحقة الأداء بنقد أجنبي وذلك إذا استخدم في إنشاء أحد المشروعات أو التوسع فيه.

ث- الآلات والمعدات الأولية والمستلزمات السلعية ووسائل النقل الواردة من الخارج لإقامة المشروعات أو التوسع فيها.

ج- الحقوق المعنوية المملوكة للمقيمين في الخارج والتي تستخدم في المشروعات وذلك كبراءات الاختراع والعلامات التجارية المسجلة في دولة من دول الاتحاد الدولي للملكية الصناعية أو وفقا لقواعد التسجيل الدولية التي تضمنتها الاتفاقية الدولية المعقودة في هذا الشأن.

ح- الأرباح القابلة للتحويل للخارج التي يحققها المشروع إذا استكمل أو زيد بها رأسماله أو استثمرت في مشروع آخر.

(3) لمزيد من الاطلاع على قانون الاستثمار السوداني راجع: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، مرجع سابق ذكره، ص 28، 31.

(4) لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع:

Mariel Revillard: Droit International privé et Communautaire, Defrenois 6^{eme} édition,

وأمام هذا العرض الموجز لموقف التشريعات الوطنية إزاء تعريف الاستثمار الأجنبي يمكننا القول أنه لا يوجد ضمن العديد من قوانين الاستثمار في الدول النامية و غيرها ما يشير إلى تعريف الاستثمار على خلاف الاقتصاديين، وإنما اكتفت هذه التشريعات أو معظمها الإشارة إلى تعريف المال المستثمر وأجمعت على اعتبار مايلي مالا مستثمرا يسري عليه قانون الاستثمار:

(1) الأموال النقدية و تشمل النقد الأجنبي المحول من الخارج لتنفيذ المشروعات الاستثمارية أو للاكتتاب في الأوراق المالية.

(2) الأموال العينية كالآلات والأجهزة وقطع الغيار والمواد الأولية المستوردة وغيرها من التوريدات اللازمة لإقامة الاستثمار أو التوسع فيه.

(3) الحقوق المعنوية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية المعترف بها دوليا والمملوكة لشخص أجنبي أو عربي غير مقيم وكانت لازمة للمشروع المراد إقامته.

(4) الأرباح القابلة للتحويل إلى الخارج إذا أعيد استثمارها في الدولة المضيفة للاستثمار⁽¹⁾.

ويعتبر البعض هذا التعداد الحصري للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكام التشريع والذي تبنته معظم إن لم نقل كل قوانين الدول العربية يرجع حسبهم إلى اعتبارات هامة أهمها ربما رغبة هذه القوانين في التمييز بين الاستثمارات المختلفة من حيث المعاملة التفضيلية، ذلك أن طبيعة المجالات التي يحددها القانون للاستثمار قد تقتضي استبعاد نوع منه، أو على العكس تفضيل نوع آخر، ومن هنا حسب هذا الاتجاه ينبغي منعاً لاختلاط الاستثمار المستبعد بأشكال الاستثمار الأخرى المصرح بها، وضع بيان تفصيلي لهذه الأشكال⁽²⁾.

وفي نفس السياق يبرر البعض الآخر إيجابيات هذا المسار أو الطريقة التفصيلية للمال المستثمر أنها طريقة تعطي للدولة المضيفة حرية اختيار الاستثمار المناسب لعملية التنمية فيها وذلك باستبعاد فكرة الأموال المستهلكة الشخصية غير الدائمة أو الدائمة كالمنزل أو السيارة التي يستعملها المستثمر لتحقيق أغراض شخصية، ذلك أن أموال الاستثمار لها قيمة اقتصادية واجتماعية، وبالتالي يتعين استبعاد كل الأنشطة الاقتصادية التي ليس لها أثر على الإنتاج أو التوزيع الوطني وعدم إخضاعها لقوانين الاستثمار الوطنية⁽³⁾.

ومع ذلك يؤخذ على أسلوب البيان التفصيلي السالف الذكر في تعريف الاستثمار عدة مآخذ واعتراضات على أساس أنه لا يميز بين الاستثمار المباشر "إقامة المشروع أو توسيعه" وبين الاستثمار غير المباشر "

(1) راجع في هذا الشأن: د/ منى مصطفى ادبيلي، مرجع سابق ذكره، ص76، وكذا: د/ دريد ألسمرائي، مرجع سابق ذكره، ص10.

(2) د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص27.

(3) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 36.

الاكتتاب في الأسهم والسندات"، ذلك أن هذه التشريعات تجمع كل أشكال الاستثمار في نص واحد⁽¹⁾، فضلا عن ذلك فإن هذا التعداد لطوائف المال المستثمر لا يحقق فائدة ملموسة، بل أنه قد يسبب إشكالات وعقبات في طريق الاستثمار الذي قد تقضي عملية تنفيذه تدخل أموال أخرى غير تلك الواردة في القانون⁽²⁾.

وفي سبيل تفادي عيوب الأخذ بأسلوب البيان التفصيلي للمال المستثمر والمعتمد في العديد من التشريعات الوطنية، يرى البعض أنه من الأفضل تجنب وضع تعداد حصري للمال المستثمر إذ يكفي أن ينص التشريع على تحديد نوع استثمار مال معين والذي لا تمنع طبيعته من أن يكون محلا لأكثر من شكل من أشكال الاستثمار، بمعنى أن المعيار الذي تحدد به هوية المال المستثمر يجب أن لا يقتصر تطبيقه على مال دون الآخر⁽³⁾.

وهو الاتجاه الذي أبدت الدول النامية الرغبة في انتهاجه لا سيما تلك التي تبحث توسيع نطاق استفادتها من أموال رعاياها التي حققوها في الخارج، إلا أن الواقع السائد حاليا يشير إلى أن معظم هذه الدول لا زالت تعتمد أسلوب البيان التفصيلي في شأن تعريف الاستثمار والمال المستثمر، ورغم أن المعيار المقترح يجسد امتيازًا خاصًا وهو استفادة المال المستثمر بالمزايا والضمانات التي يوفرها قانون الاستثمار سواء أكان هذا المال محولا من الخارج أو كان مالا مملوكا لمواطني القطر المضيف. وعليه وأمام هذا التردد والاختلاف بين التشريعات الوطنية المتعلقة بالاستثمار وتجنبها وضع تعريف محدد للاستثمار الأجنبي، فإن ذلك يستوجب منا البحث في إطار القانون الدولي بعد أن تطرقنا إلى بحثه في إطار التشريعات الوطنية علنا نستخلص مفهومًا قانونيًا واضحًا وشاملاً قدر الإمكان للاستثمار الأجنبي.

الفرع 2: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي.

تعددت المحاولات في جانب الفقه الدولي لصياغة تعريف للاستثمار الأجنبي إلا أنها لم تتوصل إلى اتفاق موحد في شأن ذلك.

ولعل التعريف المقترح من طرف اللجنة التي شكلها اتحاد القانون الدولي للاستثمار الأجنبي لأبرز دليل على ذلك نظرا لانقسام الرأي الدولي الفقهي بشأن هذا التعريف بين مؤيد له مع بعض التعديل وبين من يرى سعة في هذا التعريف ويقترح تضيقه، ومقتضى هذا التعريف مايلي:

(1) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 21.

(2) د/ دريد محمود على السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 11.

(3) د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق ذكره، ص 27، 28، ولمزيد من التفصيل أنظر: د/ أحمد شرف الدين،

مرجع سابق ذكره، ص 30 إلى 36.

«الاستثمار الأجنبي يمثل في تحركات لرؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج السلع والخدمات بغير تنظيم مباشر»⁽¹⁾.

فيرى البعض أن الحديث عن قانون دولي للاستثمارات الأجنبية سابق لأوانه تأسيسا على أن القانون الدولي لا يتضمن إلا بعض القواعد الخاصة بحماية حقوق الأجنبي على الأموال المملوكة وحقوق دولة الجنسية في احترام القانون الدولي في شخص رعاياها⁽²⁾، ولأدل على ذلك أن محكمة العدل الدولية رغم ورود مصطلح الاستثمار لمرات عديدة في حكمها الشهير لقضية برشلونة تراكشن

"Barcelona traction"، إلا أنه لم يصدر عنها تعريفا واضحا ومباشرا للاستثمار الأجنبي، وإن كان أحد القضاة من المحكمة حاول برأي انفرادي تعريفه على أنه "قرار تخصيص أموال لنشاط إنتاجي"⁽³⁾.

وأمام عدم الاهتمام الدولي إزاء صياغة تعريف للاستثمار الأجنبي سواء على مستوى القواعد العرفية الدولية أو أحكام المحاكم الدولية أو على مستوى الفقه الدولي، فإن الاتجاه إلى بحث وفحص الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي أبرمت في مجال الاستثمار أمر لا بد منه للوصول إلى تعريف وتحديد المقصود بالاستثمار الأجنبي لاسيما وأن هذه الاتفاقيات تعتبر من المصادر الأصلية للقانون الدولي وذات أهمية في العلاقات الدولية وهو ما سنبينه في الفقرات التالية:

أولا: تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية:

تنوعت اتفاقيات الاستثمار الثنائية المنعقدة في مجال تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية حيث بلغت أكثر من 200 في سنة 2005، ولن يسعنا المجال هنا للتطرق إليها جميعها وبحث كيفية تعاملها مع تعريف الاستثمار الأجنبي⁽⁴⁾.

والملاحظ عند دراسة وتفحص العديد من الاتفاقيات الثنائية المبرمة في مجال تشجيع وحماية الاستثمار أن معظم هذه الاتفاقيات والمبرمة في السنوات الأخيرة تتضمن تعريفا عاما للاستثمار، إلا أن ما يميز هذه الاتفاقيات عن بعضها البعض أن قسما منها اعتمد في تعريف الاستثمار على طريقة التعداد الحصري، وقسما آخر اعتمد طريقة الإحالة إلى الدولة المضيفة.

فنظام التعداد أو كما يسميه البعض نظام القائمة⁽¹⁾ يقوم على أساس تعداد الأموال المشكلة لعملية الاستثمار، حيث اعتمدته غالبية معاهدات الاستثمار الثنائية⁽²⁾ وذلك بتحديد قوائم مطولة على سبيل

(1) أنظر: د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 158، وأنظر كذلك: د/ دريد محمود علي أسمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 06.

(2) لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع راجع: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، مرجع سابق ذكره، ص 31، 32.

(3) أنظر: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 17. وقد عرف القاضي GROS الاستثمار بقوله:

«investment contests of a decision to assign to productive activity»

(4) سيتم التطرق بشكل مفصل للاتفاقيات الثنائية في مجال تشجيع وحماية الاستثمار في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث.

الحصر لا المثال إلى كل نوع من أنواع الأصول الاقتصادية وعادة مايلي هذا التعريف العام قائمة توضيحية لخمس فئات من الاستثمار وهي تشمل مايلي:

- الممتلكات المنقولة والثابتة وأي حقوق ملكية أخرى مثل الرهون والامتيازات والتعهدات.
- الأسهم والأوراق المالية والسندات التجارية للشركات أو المصالح في ملكية هذه الشركات.
- المطالبات بمال أو أي أداء بموجب عقد له قيمة مالية.
- حقوق الملكية الفكرية والشهرة التجارية.
- امتيازات تجارية يخولها القانون أو بموجب عقد بما في ذلك امتيازات البحث عن الموارد الطبيعية أو تنميتها أو استغلالها⁽³⁾.

ولعل فرنسا تعتبر من الدول التي أخذت بهذا الأسلوب واعتمدته في معظم اتفاقياتها الثنائية⁽⁴⁾. و ما يميز هذا الأسلوب أنه المفضل في الاتفاقيات الثنائية ولعل ذلك يعود لجملة من الأسباب أهمها على وجه الخصوص أنه أسلوب يغلق الباب في وجه الخلافات التي يمكن أن تثور بين الدولتين طرفي الاتفاق حول تكييف وتطبيق أحكام الاتفاقية⁽⁵⁾.

أما الأسلوب الثاني والمعروف **بطريقة الإحالة** إلى الدولة المضيفة فيقوم على اعتماد الاتفاقيات الثنائية بتعداد الأموال والأصول الاقتصادية التي يمكن أن تشكل استثمارا في شكل قائمة مطولة على سبيل المثال لا الحصر، بمعنى تحديد فكرة الاستثمار وفقا لما هو متبع في قانون الدولة المضيفة للاستثمار⁽⁶⁾. وما يميز هذا الأسلوب أن الدولة المضيفة للاستثمار يبرز دورها بتحديد عمليات الاستثمار المناسبة وفقا لعملية التنمية الاقتصادية التي تبتغيها من وراء الاستثمار، وهو أمر يجسد إقرار حق الدولة في ذلك باعتبارها صاحبة القرار السياسي في هذا الشأن.

ويؤيد ويشجع البعض⁽¹⁾ اعتماد هذا الأسلوب في اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات مؤسسين ذلك على أن إحالة وتحديد فكرة الاستثمار وفقا لما هو متبع في قانون الدولة المضيفة هو أمر يتفق مع المقرر في القانون الدولي الخاص من خضوع العقار أو المنقول لقانون موقعه.

(1) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 33.

(2) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 61.

(3) د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمارات في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف: رسالة دكتوراه، حقوق جامعة عين شمس القاهرة، سنة 2006، ص 177.

(4) لمزيد من التفصيل أكثر راجع: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 33.

(5) د/ علي حسين ملحم، نفس المرجع، ص 61.

(6) ومن أمثلة الاتفاقيات التي أخذت بهذا الأسلوب: - المادة 1 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين مملكة الأردن

والجمهورية السورية، راجع نصوص هذه الاتفاقية على الموقع: <http://www.mitp.gov.jo/portals/o/syria1.pdf>

- المادة 2 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين لبنان وسوريا، راجع نصوص هذه الاتفاقية على الموقع الإلكتروني:

<http://ministryofexpatriates.gov.sy/cweb/MOEX-arabic/investment%20services/UG101174UG101176.pdf>.

في نفس السياق يرى البعض الآخر⁽²⁾ أن هذا الأسلوب يهدف إلى لفت انتباه المستثمرين إلى ضرورة التزامهم بالقوانين واللوائح الداخلية للبلد المضيف طيلة تواجدهم بمناسبة قيامهم بالاستثمار. وفي رأينا فإن هذا الأمر مشجع لاسيما للدول النامية المضيئة للاستثمارات الأجنبية وباعت لتعزير الثقة بقوانينها الداخلية عن طريق إخضاع الاستثمارات العاملة في أراضيها لقوانينها وخططها القومية وتوجيهها نحو المشاريع التي تساهم في تنميتها وليس إلى المشاريع التي تحقق أرباحا أكثر للاستثمارات الأجنبية. إلا أن ما يؤخذ على هذا الأسلوب وقد يقلل من أهمية الأخذ به مقارنة بأسلوب التعداد الحصري، أن الاتفاقيات التي تعتمد هذا الأسلوب لا يكفي لتطبيقها مجرد الاطلاع عليها، بل لا بد إلى جانب ذلك الإحاطة بالتشريعات الداخلية المتعلقة بالاستثمار في البلد المضيف⁽³⁾، وقد يفضل المستثمر الأجنبي تجنب ذلك حتى لا يقع في عبئ إلزامية العلم بقوانين البلد المضيف، وهو أمر لا يحبذه عادة المستثمر الأجنبي لاسيما وان كان هذا الأخير من دولة أجنبية متطورة والبلد المضيف من الدول النامية. وهناك بعض الاتفاقيات الثنائية التي تحاول الجمع بين الأسلوبين السابقين لتحديد مفهوم شامل للاستثمار الأجنبي وذلك بتحديد الأموال المستثمرة المشمولة بأحكامها، فتضع معيارا عاما لتلك الأموال ثم تورد بعض الأمثلة الإيضاحية لها⁽⁴⁾.

وخلاصة القول أن تعريف الاستثمار في نطاق المعاهدات الثنائية ضل متأرجحا وغير مستقر في تعريف موحد جامع، فانقسام الاتفاقيات الثنائية المبرمة لتشجيع وحماية الاستثمارات بين اتجاه يتبنى التعريف الموسع للاستثمار قد يصل إلى حد مبالغ فيه ما دامت تعتمد أسلوب تعداد الأصول الاقتصادية

(1) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 35.

(2) د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 23.

(3) د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق ذكره، ص 29.

(4) د/ دريد محمود على السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 14.

وكمثال على الاتفاقية الثنائية المبرمة لتشجيع وحماية الاستثمارات مشروع اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والجزائر لسنة 1999 المادة الأولى الفقرة الثانية من مشروع الاتفاقية والتي تقرر بأن: «مصطلح الاستثمار يشير إلى كل أنواع الأصول مهما كان نوعها، نقدية أم عينية أم خدمية، وسواء كانت مستثمرة أو أعيد استثمارها في أي قطاع اقتصادي مهما كان نوعه، ومن أمثلة هذه الأصول مايلي:

- 1- الأموال المنقولة وغير المنقولة.
- 2- الحقوق الملكية العينية.
- 3- حصص وأسهم وسندات إحدى الشركات أو السندات التي تصدرها إحدى الدولتين والمسموح بتداولها وفقا للقوانين والأنظمة المرعية في كل منهما.
- 4- حقوق الملكية الفكرية «المعنوية»: كحقوق الطبع والنشر وبراءات الاختراع أو التصميم أو النماذج الصناعية أو العلامات التجارية وكذلك الحقوق المماثلة الأخرى التي تقرها قوانين الطرفين المتعاقدين.
- 5- الامتيازات التجارية الممنوحة بموجب قانون أو عقد، وخاصة تلك المتعلقة بالتقيب واستخراج أو استغلال الثروات الطبيعية».

على سبيل المثال لا الحصر وهي في هذا الاتجاه تخلط بين جميع أنواع الاستثمار بجمعهم في تعريف واحد دون تمييز، وهو أمر قد يعرقل حصر جميع عمليات الاستثمار لاسيما الاستثمارات غير المباشرة التي تجري بطريقة غير واضحة في البورصات وبالاكتتاب في الصكوك العقدية أيا كانت طبيعتها بين الأشخاص الخاصة⁽¹⁾، و اتجاه آخر اعتمد تعداد الأصول بشكل محدد ومقيد مما يصعب معه تحديد التمييز بين المال المستثمر وعملية الاستثمار في حد ذاتها، وهو أمر يطغى كذلك على تحديد هوية رأس المال ذلك أن هذه المعاهدات تعتمد على معيار جنسية صاحب رأس المال، ومنه تثبت صفة الاستثمار الأجنبي إذا كان صاحبه يحمل جنسية دولة أجنبية⁽²⁾.

ثانيا: تعريف الاستثمار الأجنبي في نطاق الاتفاقيات الجماعية.

تعددت وتتوعدت الاتفاقيات الجماعية المبرمة في إطار تشجيع وضمان الاستثمارات ولن يسعنا المجال أن نذكرها ونتطرق إليها جميعها وعليه سنركز دراستنا في هذا الجانب على أهم الاتفاقيات التي أوردت تعريفا لعملية الاستثمار وأشارت إلى ذلك بنص أو نصوص خاصة -على أنه وبعد دراسة للاتفاقيات الجماعية وجدنا أن القليل فقط منها من وضع تعريفا لعملية الاستثمار - وكمثال على ذلك الاتفاقية المؤسسة للوكالة الدولية لضمان الاستثمار⁽³⁾ أين خصصت المادة 12/أ منها لتحديد تعريف للاستثمارات الصالحة للضمان وحددت أنها تشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة أو الطويلة الأجل التي يقدمها أو يضمونها المشاركون في ملكية المشروع المعني إضافة إلى صور الاستثمار المباشر التي يكون فيها للمستثمر دور في الرقابة على المشروع⁽⁴⁾.

أما اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار⁽⁵⁾ فقد نصت في المادة 01/15 منها على أن الاستثمارات الصالحة للضمان هي: « كافة الاستثمارات بين الأقطار العربية سواء كانت من الاستثمارات المباشرة بما في ذلك المشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، ومن استثمارات الحافطة بما في ذلك ملكية الأسهم والسندات، وكذلك القروض التي يجاوز أجلها ثلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر

(1) راجع: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 34.

(2) سننطرق بالتفصيل إلى هذا الأمر في الباب الأول من هذا البحث.

(3) تمت الموافقة على مشروع اتفاقية الوكالة في 11 أكتوبر 1985 ودخلت حيز التنفيذ في عام 1987.

لمزيد من التفصيل حول هذا الاتفاقية راجع: د/ إبراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية 1971.

(4) راجع المادة 12/أ من نصوص اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، راجع نصوص اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار مذكورة في: المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، سنة 1985، في القسم الخاص بالوثائق، ص 343 إلى ص 386.

(5) وقعت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار في: 1971/09/27 من طرف خمس دول وتم نفاذ الاتفاقية بمجرد أن صدقت عليها 15 دولة عربية.

التي يقرر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتأمين»⁽¹⁾، وتستعين المؤسسة في تحديد الاستثمارات المذكورة بالنص بالإرشادات الصادرة من صندوق النقد الدولي بشأن تعريف الأصول والخصوم طويلة الأجل فيما يتعلق بإحصاءات ميزان المدفوعات⁽²⁾، وما يميز هذا التعريف عن سابقه أنه رغم توسعه في مفهوم الاستثمارات الصالحة للضمان إلا أنه قرن شرط صلاحية الضمان بأن تكون العمليات الاستثمارية بين الأقطار المتعاقدة وهي الدول العربية المنضمة طبعاً.

أما في إطار اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية⁽³⁾، فقد جاءت المادة الأولى بند 1 منها بتخصيص تعريف للاستثمار كمايلي: « يقصد بالاستثمار أو المال المستثمر في هذه الاتفاقية، كافة أنواع الأصول المستثمرة والتي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية، ويقوم بها مستثمر تابع لإحدى الدول العربية المتعاقدة في أراضي دولة متعاقدة أخرى، والتي تقام وفقاً للقوانين والأنظمة الخاصة بالدولة المتعاقدة الأخرى، ويشمل على وجه الخصوص، وليس على سبيل الحصر مايلي:

(أ) المنقولة وغير المنقولة وكذلك أية حقوق عينية أخرى مثل الرهونات وضمانات الدين وامتيازات الدين وكافة الحقوق المماثلة.

(ب) الحصص والأسهم والسندات الخاصة بالشركات أو أي شكل من أشكال المشاركة فيها.

(ت) المطالبات بأموال، وأي أداء له قيمة مالية ومتعلق بالاستثمار.

(ث) حقوق الملكية الفكرية وتتضمن حقوق النشر والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والتصميمات الصناعية والعمليات الفنية والخبرة الفنية والأسرار التجارية و الأسماء التجارية والسمعة التجارية التي تتعلق بالاستثمارات، وغيرها من الحقوق المماثلة.

(ج) أي حق من الحقوق يمنح بموجب قانون أو عقد، وكذلك أي ترخيصات أو أذونات نافذة وفقاً للقانون أو الاتفاقيات الخاصة، والتي تتضمن الامتيازات المتعلقة بحقوق البحث والاستخراج والاستزراع والكشف عن المصادر الطبيعية».

و الواضح من استقراء هذا التعريف أن هذه الاتفاقية انتهجت نفس نهج تعريف الاستثمار في اتفاقيات الاستثمار الثنائية⁽⁴⁾.

وما يمكن استخلاصه من عرض مجمل ما تضمنته الاتفاقيات الجماعية كتعريف للاستثمارات أن هذه الاتفاقيات في حقيقة الأمر لم تتجه إلى تقديم تعريف للاستثمار من وجهة نظر فقهية قانونية أو

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقية راجع: د/ هشام علي صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية: منشأة المعارف بالإسكندرية 1977، ص 61 وما بعدها.

(2) د/ حازم حسن جمعة: مرجع سابق ذكره، ص 162.

(3) حررت هذه الاتفاقية في: 07/كانون الثاني/ 2000 بالقاهرة وذلك بعد أن وافقت عليها إحدى عشرة دولة وهي: الأردن- الإمارات العربية المتحدة- السودان- الصومال- العراق- فلسطين - ليبيا- موريتانيا- اليمن- سوريا- مصر.

(4) د/ جورج حزيون حزيون ومصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق ذكره، ص 278.

اقتصادية، بحيث يمكن القول بأن تحديداتها شاملة وهذا ما كنا نبتغيه أمام غياب تعريف جامع مانع في القانون الدولي والتشريعات الوطنية، إلا أنه بحسب البعض⁽¹⁾ ما قدمته الاتفاقيات الجماعية من تعريفات ما هو إلا تحديدا لطبيعة ونوعية الاستثمارات التي يغطيها الضمان أو التأمين الذي تنظمه الاتفاقية، في حين يرى البعض الآخر أن ما اتبعته اتفاقية واشنطن⁽²⁾ بعزوفها عن تحديد تعريف واضح أو محدد لاصطلاح الاستثمار يعتبر اتجاها يحمل معنى ذا دلالة خاصة وهو تعبير على مفهوم مطلق للاستثمار الأجنبي، ويستحسن البعض ذلك على أساس أن غياب تعريف للاستثمار يدعوا إلى توقع قبول المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية أي شكل من أشكال الاستثمارات الأجنبية⁽³⁾، بمعنى أن هذا التوجه ضمن مساحة أوسع للأطراف في تحديد ما إذا كان النزاع القائم يصلح لعرضه على المركز للتحكيم أم لا، ومن جانب آخر نقول على الرغم من أن الاتفاقيات الجماعية لم تتوصل إلى تقديم التعريف المنتظر أو المنشود للاستثمارات الأجنبية، إلا أنها وفي المقابل تميزت بتغطية للاستثمارات التي يشملها الضمان تاركة للأطراف حرية الاختيار بحيث يمكن لهم الاتفاق على إدخال أعمال أو تصرفات تحت غطاء الضمان بالرغم من كونها لا تعتبر استثمارا⁽⁴⁾.

نتوصل مما تقدم أن كل من اتجاه الفقه الاقتصادي والقانوني والتشريعات الوطنية وقواعد القانون الدولي والاتفاقيات بشكليها الثنائية والجماعية، حاولت كل جهة تحديد تعريف لعملية الاستثمار بشكل يختلف بحسب توسعه أو تضيقه في التعريف وبحسب الغاية التي يبتغيها المشرع الوطني أو الدولي وبحسب الغرض من الاستثمار بتحريره أو حمايته، لذلك فإن محاولة إعطاء تعريف دقيق وشامل بقدر الإمكان للاستثمار الأجنبي تستلزم التنسيق بين جميع العناصر التي اعتمدتها وتضمنتها التعاريف السابق الإشارة إليها، وعلى ضوء ذلك نقترح التعريف التالي للاستثمار الأجنبي فنقول: الاستثمار هو: «عملية استخدام وتوجيه الأموال المادية والمعنوية القادمة من دول عربية أو أجنبية بواسطة شخص أجنبي طبيعي أو معنوي، وذلك للمساهمة في مشروع إنتاجي وتنموي قائم خارج حدود دولته في إطار قانوني تحدده الدولة المضيفة للمشروع بقصد تحقيق ربح أو عائد مجز».

(1) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 163.

(2) بموجب هذه الاتفاقية توصل البنك الدولي للإنشاء والتعمير إلى إقامة مركز لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول والمواطنين من دول أخرى وقد تم التصديق على هذه الاتفاقية والعمل بها اعتبارا من 14/أكتوبر/ 1966، وللاطلاع أكثر على ذلك راجع: د/ إبراهيم شحاتة: دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 41 سنة 1985، من ص 1 إلى ص 24.

(3) د/ جورج حزيون، د/ مصلح أحمد الطراونة، نفس المرجع، ص 280.

(4) وهو ما توفره اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بإجازتها التأمين على القروض قصيرة الأجل رغم عدم صلاحيتها للضمان وفقا لما هو مقرر بالمادة 01/15 من الاتفاقية السابق الإشارة إليها.

فهذا التعريف وان كان لا يختلف كثيرا عن التعاريف السابق الإشارة إليها سواء في ظل التشريعات الوطنية أو في إطار الاتفاقيات الدولية، إلا أنه يتميز بجمعه وإحاطته بجميع عناصر الاستثمار والمتمثلة في:

(01) مال طبيعي أو معنوي ومملوك لأجنبي.

(02) توجيه ذلك المال إلى مشاريع التنمية في البلد المضيف.

(03) تحديد الإطار القانوني الذي يحكم توجيه تلك المشاريع وهو قانون البلد المضيف.

(04) تحديد الهدف من عملية الاستثمار وهو تحقيق الربح.

إلى جانب ذلك حاول هذا التعريف أن يبرز المساحة الواسعة التي خصصها للأموال المشاركة في عملية الاستثمار ولم يقيد بها بنوع خاص بل شمل جميع الأموال باختلاف أنواعها طبيعية "مادية نقدية" ومعنوية "كالخبرة الفنية والعلمية" أو إحداها وهما عنصران يؤسسان عصب التنمية الاقتصادية، وفي نفس الوقت جاء مميزا ومفرقا بين المال المستثمر "الأموال بحسب طبيعتها" وعملية الاستثمار "الاستغلال والاستخدام والتوجيه" وغير مقيد لهذه العملية - الاستثمار - بشكل واحد أو خاص، بل جاء تعريفا موسعا ليشمل جميع أشكال الاستثمار المباشر منها وغير مباشر، إلا أنه من جانب آخر يستبعد هذا التعريف الاستثمار الوطني وذلك بأنه حدد جنسية المستثمر بشكل دقيق وواضح، على أنه من ناحية أخرى لا يستبعد هذا التعريف سلطة الدولة المضيفة على الأموال المستخدمة والموجهة لعملية الاستثمار والتي يجب أن تتم وفقا لقانون الدولة المضيفة لها وبموافقتها ولهذه الأخيرة أن تحدد المجال أو المدى الذي يتسع له هذا القانون ليشمل إلى جانب التشريع الوطني ربما عقود أو معاهدات دولية يتم الاستثمار في إطارها، وأخيرا يشير التعريف أيضا إلى عنصر الربح أو العائد المجزي الذي يبتغيه وينشده المستثمر من عملية الاستثمار كنتيجة لتحمله مشقة وخطر نقل أمواله خارج حدود دولته، لذا فمن المتوقع أن يحصل هذا الأخير على فوائد وأرباح تفوق ما يمكن تحقيقه في دولته الأم وذلك طبعاً وفقاً للإطار الذي يحدده قانون الدولة المضيفة بالنسبة لحرية التحرك والتصرف في تلك الأموال من طرف المستثمر.

المبحث الثاني: الأشكال القانونية للاستثمارات الأجنبية.

رغم إدراك الكثير من الدول النامية للدور التاريخي الذي احتلته عملية تصدير رأس المال الأجنبي في إحداث وترسيخ حالة تخلفها الاقتصادي، فإن ظروفها الخاصة المتمثلة في انخفاض مستوى المعيشة والتبعية الاقتصادية للخارج جعلتها في حاجة ماسة إلى الموارد الخارجية لعلاج مشكلاتها الاقتصادية لاسيما وأن معظم الدراسات الاقتصادية وواقع الحال يؤكدان الحاجة الماسة للدول النامية وتطلعها بشكل لافت للنظر إلى مساهمة رأس المال الأجنبي في تمويل تنميتها.

وفي هذا الإطار تعددت وتنوعت أشكال وصور الاستثمار الأجنبي واختلفت الآراء والتوجهات في تحديد تقسيمات للاستثمارات الأجنبية.

فيتجه البعض إلى⁽¹⁾ تقسيم الاستثمارات وفقا لنوعية أو صفة القائم بعمل الاستثمار إلى:

- **استثمار خاص:** وهو الاستثمار الذي يقوم به فردا أو شركة أو هيئة خاصة ذات جنسية أجنبية.
- **استثمار عام:** وهو الاستثمار الذي تقوم به دولة أو جماعة أو جهة ذات كيان عمومي أو قومي أو دولي.

في حين يقترح البعض الآخر⁽²⁾ تصنيفات أخرى للاستثمارات بحسب فاعليتها الاقتصادية إلى:

- **استثمار منتج وغير منتج،** فإذا كانت قيمة العائد الممكن تحقيقه بعد زمن معين بموجب رأس مال مستثمر أكبر من التكاليف المطروحة بعد الاستثمار نكون أمام استثمار منتج، وإن كانت الحالة عكسية فالاستثمار يعد غير منتج.
- **استثمار صافي واستثمار إجمالي،** فيطلق أيضا على الاستثمار الصافي باستثمار التوسع وهو استثمار يؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية للاقتصاد القومي ويقوم على أساس الحصول على أموال إنتاجية من خلال توجيه المدخرات إليه، أما الاستثمار الإجمالي أو كما يطلق عليه البعض الاستثمار بالإحلال ويقوم على أساس المحافظة على رأس المال الثابت أو الأصول الإنتاجية للاقتصاد القومي وتجديد ما يهلك منه.
- **الاستثمار المولد والاستثمار المستقل،** فالاستثمار المولد يهدف إلى زيادة ومضاعفة الاستثمار في الأصول المنتجة ويطلق عليه البعض بالاستثمار المحدث، أما الاستثمار المستقل أو كما يسمى بالاستثمار التلقائي فهو استثمار يتمتع بالاستقلال الذاتي في مواجهة النمو الداخلي للنظام الاقتصادي، بمعنى أنه استثمار يخلق حاجات جديدة بدلا عن اعتماده على الطلب السائد، ومثاله الاستثمارات الهادفة إلى تحقيق النفع العام.

(1) د/ حسن العمري: الاستثمار الأجنبي وأثره على تقييم الأداء في السوق المالي، دراسة تحليلية لسوق عمان المالي،

مجلة النهضة، المجلد التاسع، العدد الثاني، ابريل 2008 ص 59، 60 ، ولمزيد من التفصيل أنظر: د/ عبد الحكيم

مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 22 إلى ص 26.

(2) د/ منى محمود إدبلي: سياسة الحوافز الضريبية، مرجع سابق ذكره، ص 81، 82.

في حين ينظر البعض الآخر إلى الاستثمارات من حيث أنها استثمارات محلية أو استثمارات أجنبية، وذلك على أساس أن هذا التقسيم هو الأكثر شيوعا وتداولاً بمعظم الدول، أين يتجسد الاستثمار المحلي متى اشتركت فيه دوليتين أو أكثر يجمعهما وحدة العملة النقدية المتداولة كدول الاتحاد الأوروبي الذين يتوحدون بعملة اليورو، أما الاستثمار الأجنبي فيتحقق بحسب أصحاب هذا الاتجاه متى جمع دولتين أو أكثر تختلف فيما بينهم العملات النقدية المتداولة، فهذا النوع الأخير يحمل في طياته مخاطر التحويل النقدي على خلاف النوع الأول الذي يخلو من هذه المخاطر⁽¹⁾.

وقسم آخر يقسم الاستثمارات من حيث المدة التي تستغرقها إلى استثمارات طويلة الأمد واستثمارات قصيرة الأجل⁽²⁾، فالاستثمارات القصيرة هي تلك الاستثمارات التي تبرم تحت الطلب والتي تقل مدتها عن سنة، في حين الاستثمارات الطويلة الأجل وهي تلك العمليات التي تنصب على أصول ثابتة وتتركز على القروض التي تتجاوز مدتها خمس سنوات، على أن هناك نوع ثالث يتوسط هذين النوعين من الاستثمارات وهو ما يسمى بالاستثمار متوسط الأجل الذي يتناول عمليات استثمار تتراوح مدتها بين سنة وخمس سنوات.

إلا أن ما استقر عليه العرف ودرج الفقه عليه هو تقسيم الاستثمارات الأجنبية إلى نوعين: الأول يعرف بالاستثمارات الأجنبية المباشرة والنوع الثاني بالاستثمارات الأجنبية غير المباشرة، ذلك أن هذين النوعين على وجه الخصوص شغلا اهتمام رجال القانون والاقتصاد وكانا محورا لاهتمام الكثير من رجال الأعمال والحكومات في الدول النامية والمتقدمة⁽³⁾، وعادة ما يبنى أساس التفرقة بين هذين النوعين من الاستثمارات على أساس الأهمية التي تحضى بها الاستثمارات الأجنبية المباشرة من حيث إتاحة الفرصة للمستثمر الأجنبي السيطرة على المشروع محل الاستثمار في حين لا يحضى المستثمر الأجنبي في الاستثمارات غير المباشرة بهذه السيطرة⁽⁴⁾.

وعلى أساس ما تقدم نقسم هذه الدراسة وبشيء من التفصيل إلى مطلبين هما:

المطلب 1: الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

المطلب 2: الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة.

(1) Lawence Gitman et Michael Joehnk: Investissement et Marches Financiers, Pearson Education, 9^{ème} édition, p 04.

(2) د/ خليل حسن خليل، مرجع سابق ذكره ، ص 80، 81 ، وأنظر أيضا في نفس المعنى: د/ حسن العمري، مرجع سابق ذكره، ص 60.

(3) د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق ذكره، ص 32.

(4) د/ غسان علي علي مرجع سابق ذكره، ص 30، ولمزيد من التفصيل راجع: د/ عبد السلام أبو قحف، مرجع سابق ذكره، ص 21.

المطلب الأول: الاستثمارات الأجنبية المباشرة.

شهدت اقتصاديات الدول النامية ومنذ عقد الثمانينات تحول مهم في التوجهات السياسية والاقتصادية تأرجحت بين قبول للاستثمار الأجنبي ورفض له لاسيما من جانب الدول التي كانت تحت سيطرة الاستعمار واسترجعت سيادتها على أراضيها ومواردها جعلها تتعامل مع المستثمر الأجنبي بشكل من الحذر والحيطه، وقد وصل الأمر إلى حد العداء واتخاذ المواقف السلبية من الأجانب كوسيلة للحفاظ على

حريتها وتوقيا من عودة المستعمر بثوب جديد إليها⁽¹⁾، هذا الموقف السلبي للدول النامية تجاه الاستثمار الأجنبي المباشر ما فتئ أن تحول إلى اقتناع من جانب أغلب هذه الدول بعد أن برزت أهمية هذا النوع من الاستثمارات في عملية التنمية الاقتصادية وحاجتها لانتقال وسائل التكنولوجيا التي تفتقدها⁽²⁾.

و في هذا السياق تعددت واختلفت المحاولات التي سبقت لتعريف الاستثمار الأجنبي المباشر بحجم الأهمية التي يحضى بها هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية، حيث عرفه البعض بأنه «الاستثمار الذي يملكه الأجانب ويديره سواء أكانت الملكية كاملة أم كانت بنصيب يكفل السيطرة على إدارة المشروع ويتحقق عادة بواسطة المشروعات التي تريد توسيع نشاطها في الخارج»⁽³⁾.

ويرى البعض الآخر أن المقصود بالاستثمار الأجنبي المباشر هو «قيام شخص طبيعي أو معنوي في بلد غير بلده باستخدام جهوده وأمواله، في إنشاء مشروع اقتصادي بمفرده أو الاشتراك في مشروع محلي أو أجنبي قائم فعلا، أو في صورة الاشتراك مع الدولة أو مواطنيها في إنشاء مشروع مشترك»⁽⁴⁾

ووفقا لتعريف منظمة التجارة العالمية فهو يحصل عند « قيام المستثمرين في بلد ما -الدولة الأم- بامتلاك أصل موجود في بلد آخر-الدولة المضيفة- مع وجود نية لديه في إدارة ذلك الأصل»⁽⁵⁾، أو أنه «الاستثمار الذي يتجسد في إنشاء مشروع أو توسيعه أو الاشتراك في إدارته بأي وسيلة بهدف إنشاء علاقات اقتصادية أو استمرارها بين صاحب المال والمشروع في إحدى مجالات التنمية»⁽⁶⁾.

ويرى البعض الآخر أن الاستثمار المباشر يكسب المستثمر مباشرة حق في الإنشاء أو حق في الملكية على مشروع معين⁽⁷⁾.

(1) د/ عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، رسالة دكتوراه حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 1972، ص 12.

(2) د/ فلاح خلف علي الربيعي: أثر السياسات الاقتصادية على مناخ الاستثمار في الدول العربية، مجلة علوم إنسانية، السنة الثانية، العدد 23، يوليو 2005، مقال منشور على الموقع: <http://www.uluminsania.net/html>.

(3) د/ خليل حسن خليل، مرجع سابق ذكره، ص 82.

(4) راجع هذا التعريف مذكور في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 21.

(5) د/ عوني محمد الفخري: التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة بغداد 2000، ص 83.

(6) د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 334.

(7) Lawrence Gitman & Michael Joehnk , op.cit, p 03

و يصفه البعض أنه «عملية تختلط فيها العناصر التكنولوجية بالاستثمارات النقدية، وهو تعبير عن ممارسة مستثمر أجنبي لنشاط اقتصادي في الدولة المضيفة مع احتفاظه بالسيطرة على أنشطة المشروع سواء من خلال الملكية الكاملة أو الجزئية لرأس المال المشروع من خلال التكنولوجيا ذاتها»⁽¹⁾.

وتتفق كل من منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (UNCTAD) ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) في تعريفها للاستثمار الأجنبي المباشر مع التعريف الصادر عن صندوق النقد الدولي (IMF) الذي يعرفه بأنه: «ذلك النوع من أنواع الاستثمار الدولي الذي يعكس حصول كيان مقيم "المستثمر المباشر" في اقتصاد ما على مصلحة دائمة في مؤسسة مقيمة "مؤسسة الاستثمار المباشر" في اقتصاد آخر، وذلك بوجود مصلحة دائمة وطويلة الأجل بين المستثمر المباشر والمؤسسة، بالإضافة إلى تمتع المستثمر بدرجة كبيرة من النفوذ في إدارة المؤسسة»⁽²⁾.

وعرف الاستثمار الأجنبي المباشر كذلك بأنه «قيام الشخص بنفسه وبأمواله بنشاط في بلد آخر، وغالبا ما يكون شخصا معنويا ينشأ في شكل فرع لشخص معنوي أجنبي، أو في صورة الاشتراك في مؤسسة محلية أو أجنبية موجودة من قبل، عامة أو خاصة، أو في صورة الاشتراك مع الدولة في مشروع مشترك بينهما»⁽³⁾.

كما يمكن أن يظهر الاستثمار المباشر في صورة تدفق القروض لشراء شركات أجنبية أو تملك للأسهم من قبل المستثمرين المقيمين الأجانب في شركات أجنبية بشرط أن يكون لهؤلاء نسبة مهمة من تملك أسهم هذه الشركات والتي تختلف من دولة إلى أخرى⁽⁴⁾. ومهما تنوعت أو اختلفت الآراء الفقهية أو القانونية حول صياغة أو رؤية للاستثمار الأجنبي المباشر إلا أنها تنصب حول مفهوم معين لهذا النوع من الاستثمارات الأجنبية بحيث يكفل سيطرة الأجنبي -شخص طبيعي أو معنوي- على إدارة رأسماله وتوجيه المشروع الاستثماري، كما يتميز هذا الاستثمار بأنه يمثل ملكية أسهم رأس المال والأرباح المعاد استثمارها وكذا القروض الممنوحة من الشركة الأم للشركات التابعة في الدولة المضيفة طالما أنها تؤدي إلى السيطرة على الأصول المستخدمة للإنتاج في الخارج، وهو ما يجعل الاستثمار الأجنبي المباشر يظهر دائما بصورة مميزة ومفضلة بالنسبة للدول النامية عن صور الاستثمار الأجنبي الأخرى لاسيما الاستثمار الأجنبي غير المباشر، ويتركز محور التفضيل والتمييز في

(1) راجع هذا التعريف في: د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر: نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 44 يوليو 2002، ص 331.

(2) تقرير منشور في مجلة مناخ الاستثمار في الدول العربية 2007، ص 49، وفي نفس السياق راجع: د/ ابراهيم شحاتة: تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد 41 سنة 1985، ص 194.

(3) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 169.

(4) Peter H. Lindert & Charlas P. Kindleberger: Economie Internationale. Tendances Actuelles, 7^{eme} Edition, p542.

الجوانب الإيجابية التي يظهرها الاستثمار الأجنبي المباشر والمتمثلة بوجه خاص في تحويل كمية من الموارد المالية والتكنولوجية والخبرة الفنية والإدارية في جميع المجالات إلى الدول المضيفة⁽¹⁾، كما أنه من جانب آخر يعد وسيلة جيدة لتحسين الميزان التجاري وذلك بفضل الجهود المشتركة للحد من الواردات وزيادة الصادرات من خلال الضمانات التي يوفرها النظام القانوني للاستثمار الأجنبي المباشر والمنصبية على وفاء الدولة بالتزاماتها الدولية التي تعهدت بها في إطار علاقاتها التجارية الدولية⁽²⁾.

على أن هذا التفضيل للاستثمارات الأجنبية المباشرة لا تنفرد به الدول النامية فقط وإنما تشير الدراسات أن المنافسة تحتدم بشكل واضح بين مجموعة الدول المتقدمة أين يلاحظ أن الولايات المتحدة الأمريكية تستحوذ على النصيب الأكبر لتدفق الاستثمار الأجنبي المباشر⁽³⁾، وعلة تفضيل هذه الأخيرة للاستثمار الأجنبي المباشر كونه يخوله الحق في إدارة المشروع الاستثماري ورقابته بما يكفل تحقيق مصلحته فضلاً على حقه في الرقابة والإشراف الذي أسسه أو شارك في رأس ماله، ناهيك على العائد الكبير الذي يحصل عليه مباشرة من النشاط الاقتصادي بنفسه⁽⁴⁾.

على الرغم من ذلك تنظر بعض الدول النامية إلى هذا النوع من الاستثمار بنوع من الريبة كونه يجسد شكل من أشكال التبعية الاقتصادية وهو سبب من أسباب تخلفها، ويعزز هذا التوجه ما يؤخذ على الاستثمار الأجنبي المباشر من أنه يساهم في تصدير فائض الأرباح التي تكون عادة مرتفعة دون إعادة توظيفها في البلد المضيف⁽⁵⁾.

وإن تباينت الآراء حول تفضيل الاستثمار الأجنبي المباشر من التعامل معه بنوع من الحذر والحيطة، إلا أن الأداة أو الآليات التي يتم ويظهر وينمو بها الاستثمار الأجنبي المباشر لا تخرج في الغالب عن الشركات المتعددة الجنسية أو كما يطلق عليها الشركات ذات النشاط العالمي⁽⁶⁾ وهي آلية تعتمد وتفضل

(1) د/ منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة 27، سبتمبر 2003، ص 293.

(2) Dominique Carreau: Commerce et Investissement, Article Publied dans: Ou Va le Droit de L'investissements, Désordre Normatif et Recherche D'équilibre, Actes du Colloque Organisé a Tunis les 3 et 4 mars 2006, Edition A. Pedone. Paris, p 22.

(3) د/ حسن مهران: الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر وإمكانات تطويره في ضوء التطورات المحلية والإقليمية والدولية، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد الثامن، العدد الأول 2000، ص 17.

(4) د/ محمد حمدي محمد بهنسي: الجوانب القانونية للاستثمارات الأجنبية طبقاً لقوانين الاستثمار الحديثة الصادرة في مصر وبعض الدول العربية، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ص 175.

(5) د/ السيد عبد المولى: فائض الأموال العربية وإمكانية استثماره في المنطقة العربية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة 45 مارس، يونيو 1975، ص 39.

(6) إن مصطلح الشركة متعددة الجنسية وإن كان هو السائد إلا أنه ليس بالمصطلح المتفق عليه ذلك أن هناك تسميات عديدة ومختلفة لهذه الكيانات القانونية منها الشركات فوق القومية، والشركات العالمية والشركات الدولية والشركات عبر الدولية والشركات عابرة الحدود ... الخ، إلا أننا سنعتمد في دراستنا تسمية الشركة متعددة الجنسية كونها التسمية

الانفراد بملكية وإدارة المشروع، أو قد يظهر هذا الاستثمار في صورة مشروع مشترك مع الدولة المضيفة أو مواطنيها وهذا ما تحرص وتفضل الدول النامية تجسيده من خلال دخولها في عمليات الاستثمار الأجنبي.

وعليه سنحاول بحث هذه الآليات التي تتجسد فيها صورة الاستثمار الأجنبي المباشر من خلال تقسيم الدراسة إلى فرعين:

الفرع 01: الشركات المتعددة الجنسية.

الفرع 02: المشروعات المشتركة - الاستثمارات الثنائية-.

الفرع 01: الشركات المتعددة الجنسية.

تعددت وتنوعت التعاريف التي اقترحها الفقه للشركات المتعددة الجنسية ولن يسعنا أن نعددها ونذكرها جميعها لكي لا ندخل في متاهات الخلاف الدائر بين الفقهاء في هذا الخصوص، فقد اكتسب تعبير الشركات المتعددة الجنسية أهمية اقتصادية وسياسية وأصبح محل دراسة في بعض المحافل الدولية كمنظمة التعاون الاقتصادي والسوق الأوروبية المشتركة ومجلس الشيوخ الأمريكي وهو دليل على مدى ثقل هذه الكيانات القانونية الاقتصادية في مجال العلاقات الدولية والتنمية بصفة عامة⁽¹⁾.

وفي ضوء ما تقدم يمكن أن نصع تعريفا للشركات المتعددة الجنسية فنقول أنها تتجسد في: « ذلك المشروع الضخم الذي يضم شركات وليدة، تتمتع كل واحدة منها باستقلال قانوني عن الأخرى، إلا أنها ترتبط بالمركز الأصلي بعلاقات قانونية تتجسد بهيمنة وسيطرة الشركة الأم على نشاطاتها والرقابة عليها أثناء قيامها بالاستثمار في مناطق جغرافية متعددة، وذلك في إطار إستراتيجية عالمية موحدة»⁽²⁾. ومن خلال التعريف المساق للشركات المتعددة الجنسية يمكن التركيز على أهم الخصائص والميزات الرئيسية والضرورية لتواجد هذه الكيانات القانونية الاقتصادية ويمكن إجمالها فيمايلي:

الشائعة والمعتمدة لدى هيئة الأمم المتحدة، و لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع مذكرة الماجستير للباحثة بعنوان: النظام القانوني للشركات المتعددة الجنسية، حقوق، جامعة باتنة 2003 ، ص 07.

- (1) د/ وهبي غبريال: البعد السياسي للشركات متعددة الجنسية، مجلة السياسة الدولية، عدد 44، أبريل 1976، ص72.
- (2) اختلفت الآراء حول تعريف الشركة المتعددة الجنسية فكل يراها ويحدد معالمها وفقا لصفة معينة في هذه الكيانات، فمنهم من يركز في تعريفه على ابرزا صفة الدولية في نشاط هذه الشركات ومنهم من يستند على فكرة المشروع الاقتصادي الذي يربط بين الشركات الوليدة، ومنهم من يقوم بتعريفه على أساس إبراز خصائص الشركة الأم من هيمنة وسيطرة على شركاتها الوليدة.. ولمزيد من التفصيل حول التعاريف المختلفة للشركات المتعددة الجنسية راجع: محمد السيد سعيد: الشركات متعددة الجنسية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الهيئة المصرية العامة للكتاب 1978، ص 19 إلى ص27، وراجع كذلك: د/ مصطفى سلامة حسين: التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسية، دراسة تحليلية وتأسيسية لقواعد السلوك الدولي المنظمة لنشاطات الشركات المتعددة الجنسية، دار النهضة 1982، ص05.

- أن هذه الكيانات تميل بعادتها إلى أن تكون احتكارية وذلك من خلال السيطرة على الملكية والإدارة والإنتاج للشركات الوليدة التابعة لها، وتسعى على الدوام لتأمين أقل تكلفة لإنتاج السلع من أجل الأسواق العالمية وذلك من خلال استغلال الحوافز والتنازلات والإعفاءات الضريبية التي تقدمها الحكومات المضيفة لهذه الشركات⁽¹⁾.
 - تلجأ الشركات المتعددة الجنسية للسيطرة على شركات قائمة وتحويلها إلى شركات تابعة لها بدلا من تكوين شركات وليدة جديدة خاصة إذا كانت من الشركات المنتجة لمواد أولية أو سلع ضرورية لطبيعة ونوعية منتجات الشركة المتعددة الجنسية، وقد يكون غرضها من هذه السيطرة أيضا إعدام أي محاولة لوجود منافس لها في السوق⁽²⁾.
 - كما تميز هذه الشركات بإتباعها لسياسة الزحف والانتشار في العديد من الدول بحثا عن ميزة نسبية في أي دولة، حيث تشير التقديرات الحديثة لسنة 2002 إلى أن عدد الشركات المتعددة الجنسية يفوق 65 ألف شركة وما يقارب 850 ألف شركة وليدة منتسبة لها في شتى أرجاء العالم منها 234 شركة في دولتين عربيتين تونس بـ: 142 شركة، وعمان بـ: 92 شركة، ويوجد ما يقارب 4317 شركة وليدة في أكثر من 17 دولة عربية وما يزيد عن 48% منها في تونس⁽³⁾.
 - كما يظهر تعاظم دور الشركات المتعددة الجنسية في قيامها بتنشيط التجارة الدولية ونقل رؤوس الأموال باعتبارها مصدرا أساسيا لنقل المعرفة الفنية والإدارية والتنظيمية، وتعمل عادة على الحفاظ على هذا الدور بإحكام طوق هيمنتها على العلم والتكنولوجيا باعتبارهما سبيلا لخلق وضع احتكاري تستغله إلى أبعد الحدود في تحقيق الأرباح⁽⁴⁾.
- وما يميز الشركات المتعددة الجنسية عن غيرها من الكيانات الاقتصادية الأخرى على ضوء ما سبق ذكره أنها كيانات شغلت حيزا كبيرا من الاهتمام منذ أعقاب الحرب العالمية الثانية، أين تميزت بتوسع هائل في الاستثمارات الأجنبية المباشرة فأصبحت منذ ذلك العهد قوة اقتصادية لا يستهان بها لمدى تأثيرها على النظام الاقتصادي العالمي بكافة جوانبه⁽⁵⁾.

-
- (1) د/ نوزاد عبد الرحمن الهيتي: الشركات متعددة الجنسية ودورها في الاقتصاد العالمي، مجلة علوم إنسانية، السنة الرابعة، العدد 32، 2 يناير 2007، مقال منشور على الموقع: <http://www.uluminsania.net/htm>.
- (2) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص12.
- (3) د/ وشاح رزاق: برنامج التدريب عن بعد للاستثمار الأجنبي المباشر، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، منشور على الموقع: <http://www.Arab-api./course37/pdf/p78025-4.pdf> ، وراجع أيضا تقرير UNCTAD منشور على الموقع: <http://www.unctad.org/en/docs/wir2002overviewen.pdf>.
- (4) راجع في ذلك: د/مصطفى سلامة حسين: مرجع سابق ذكره، ص09، وكذا: د/ نوزاد عبد الرحمن الهيتي، مرجع سابق ذكره.

- (5) تجدر الإشارة إلى أن هيمنة الشركات المتعددة الجنسية لم تقتصر فقط على الجوانب الاقتصادية بل تعدت إلى التدخل في الحياة السياسية للبلاد التي تعمل فيها وتهدد سيادتها الوطنية واستقلالها ، والتاريخ لا يخلو من شواهد في هذا المجال والمثال المشهور على ذلك ما وقع في أوائل السبعينات من القرن العشرين أين استخدمت الشركة الدولية للبرق

وأمام ذلك أيقن المجتمع الدولي أنه رغم الامتيازات والجوانب الإيجابية التي تجلبها الشركات المتعددة الجنسية للدول المضيفة لها لاسيما الدول النامية التي هي بحاجة للاستفادة وبأكبر قدر ممكن من رؤوس أموالها وخبراتها الفنية والتكنولوجية، فإن لهذه الكيانات المهيمنة على الاقتصاد العالمي وجه آخر ينذر بأن تواجدها يشكل خطرا محقق يهدد اقتصاد الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، وأمام تنامي الوعي القومي في الدول النامية وتزايد الشعور بتعاضد المخاطر الناجمة عن نشاطات الشركات المتعددة الجنسية، وتزايد الوعي العالمي بالمشاكل الناجمة عن نشاطات هذه الشركات، وأمام عجز الإجراءات القانونية التي تتخذها الدول المضيفة بصفة منفردة لمواجهة هذه الآثار السلبية تعالت نداءات كبيرة بضرورة السعي إلى وضع قواعد قانونية دولية لتنظيم الجوانب المختلفة لأنشطة هذه الشركات عبر الحدود الدولية، وقد كانت هناك استجابة وتحركات دولية لهذه النداءات تجلت في العديد من النصوص الدولية كالإعلان الاقتصادي الذي أصدرته دول عدم الانحياز في مؤتمرها المنعقد في الجزائر سنة 1973، وانتهى الأمر إلى تشكيل مجموعة من الخبراء الدوليين لدراسة دور الشركات المتعددة الجنسية في العلاقات الدولية وعملية التنمية وذلك تحت إشراف المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة، وخلصت المجموعة في تقريرها المقدم في شهر ماي 1974 الذي يتكون من ستة فصول رئيسية وهي المقدمة والأهداف ثم تعريف الشركات ومجال التطبيق، ثم مبادئ وقواعد خاصة بالشركات المتعددة الجنسية، ثم المعاملة الخاصة بالشركات من قبل حكومات الدول المضيفة، ثم التعاون بين الدول المختلفة لتطبيق وتنفيذ التقنين⁽¹⁾.

ومع تزايد الانتقادات الموجهة للشركات المتعددة الجنسية وإستراتيجيتها الرامية إلى الهيمنة والسيطرة على اقتصاديات وموارد الدول المضيفة لها لاسيما النامية منها، أصدرت بموجب ذلك الجمعية العامة للأمم المتحدة القرار الذي يتضمن وضع مدونة سلوك للشركات المتعددة الجنسية وذلك بتاريخ: 01 ماي 1974 تحت رقم: 4202 أين تم تشكيل لجنة سميت بلجنة الشركات عبر الوطنية أنشأها المجلس الاقتصادي والاجتماعي في أواخر سنة 1975 كلفت ببحث الخطوات اللازمة لإعداد مدونة قواعد السلوك والاتفاق على مضمونها، أين عقدت هذه اللجنة اجتماعا في أواخر 1976 لمناقشة ذلك، إلا أن الدول المتقدمة لم تقبل بالصيغة التي جاءت بها مدونة قواعد السلوك في عدة نصوص ومسائل، مما أثار خلاف بينها وبين الدول النامية عرقل وأخر التوصل إلى صيغة نهائية لمشروع تقنين السلوك⁽²⁾، وبعد أربعة عشرة سنة تم

والهاتف (ITT) نفوذها لمناهضة الاتجاه الاشتراكي بالتنسيق مع وكالة المخابرات الأمريكية (C.I.A) لمنع وصول رئيس جمهورية التشيلي "سلفادور الليندي" للسلطة وانتهى الأمر باغتياله في سبتمبر 1973.

(1) حول تكوين اللجنة وتقريرها أنظر: عبد القادر سيد احمد: المفاوضات بين الشمال والجنوب "الرهانات"، ديوان المطبوعات الجامعية 1983، ص 263، 266.

(2) للإطلاع على المسائل الخلافية بين الدول المتقدمة والدول النامية راجع: د/ محمد عبدو سعيد: الشركات متعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1986، ص 481، 498.

التوصل إلى وضع صيغة شبه نهائية لمشروع المدونة الذي عرض على المجلس الاقتصادي والاجتماعي في ماي 1990 لإقراره، إلا أنه لغاية الآن لم يتم إقراره وتطبيقه نظرا للاختلاف حول الطبيعة القانونية لهذه المدونة، بمعنى الاختلاف حول الشكل القانوني للتطبيق وحول مدى إلزاميتها، فالدول النامية تطالب بإفراغ القواعد المقترحة في إطار اتفاقية متعددة الأطراف، بينما ترى الدول المتقدمة أن هذه النصوص يكفي أن تكون في شكل قواعد سلوك غير ملزمة أو توجيهات اختيارية⁽¹⁾.

وخلاصة لما تقدم نرى أن مسألة تنظيم عمليات الاستثمار الأجنبي المباشر عن طريق الشركات المتعددة الجنسية أمر يتطلب السعي نحو تحقيق نوع من التوازن بين عدد من المصالح المتعارضة، ولن يتحقق هذا التوازن حتى تغير كل من الدول المتقدمة والدول المضيفة -النامية- من مواقفهما وذلك بأن تعمل الدول المتقدمة - الدول الأم للشركات المتعددة الجنسية- على عدم التمسك بمجرد اعتبارات نظرية وأن تعطي نوعا من المرونة لمواقفها وأن تشجع على نفاذ مدونة تقنين السلوك الدولي لكونه سيوفر لها مناخا ملائما للاستثمار وسيحسن من صورتها أمام الرأي العام الدولي والوطني، أما الدول المضيفة فإن موقفها بالإلزامية إفراغ المدونة في شكل اتفاقية متعددة الأطراف مبرر كونها تبغي المحافظة على سيادتها واستقلالها والحماية من الممارسات التقييدية للشركات المتعددة الجنسية، إلا أن تمسكها بضرورة صياغة التقنين في شكل اتفاقية متعددة الأطراف وإصرارها على ذلك أمر فيه نوع من التشدد والعرقلة الغير مدروسين، ذلك حتى لو سلمنا بالاستجابة وتحقيق هذا الطلب للدول النامية المضيفة بصياغة قواعد المدونة في شكل اتفاقية دولية فإنه لا توجد هناك أي إلزامية للدول أن تصادق على هذه الاتفاقية أو أن تنظم إليها، مما يجعل وجود هذه الاتفاقية كعدمها، وعليه فعلى الدول النامية المضيفة لمشاريع واستثمارات الشركات المتعددة الجنسية أن تسعى وتعمل على إيجاد الوسائل التي تتعايش بها مع الشركات المتعددة الجنسية بالاستفادة من إيجابياتها والتقليل من آثارها السلبية، أو السعي إلى المطالبة بإقرار مدونة السلوك في أي شكل قانوني كان، ذلك أن وجود تقنين دولي أيا كانت قيمته القانونية سيساعد على ضمان ممارسة الشركات المتعددة الجنسية لنشاطها بشكل ينسجم مع الأهداف الإنمائية للدولة النامية.

وأنظر كذلك: د/ نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية 1992، ص 345، 341، وأنظر كذلك: د/ مصطفى سلامة حسين، مرجع سابق ذكره، ص 80 وما بعدها.

(1) راجع: د/ مصطفى سلامة حسين، نفس المرجع، ص 77، 79. وأنظر كذلك: د/ مصعد حسن عبد الهادي وعباس مهدي البغدادي: الممارسات التقييدية للشركات المتعددة الجنسية ومؤتمرات الأمم المتحدة، مجلة النفط والتنمية، السنة الخامسة، 12 أيلول، 1988، ص 45، وأنظر كذلك: د/ نصيرة بوجمعة سعدي، نفس المرجع، ص 344.

الفرع 2: الاستثمارات الأجنبية الثنائية المباشرة.

تميل أغلب الدول إلى تفضيل مساهمة رأس المال الوطني جنباً إلى جنب مع رأس المال الأجنبي في الاستثمار المباشر، أين تقرر وتفرض دول كثيرة هذا الأسلوب كشرط لازم للسماح لرأس المال الأجنبي بالاستثمار فيها⁽¹⁾.

في حين يرى البعض أن العملية الاستثمارية لا تقوم على شروط بل على مميزات أو صفات قائمة على مايلي: 1- الاستثمارية، 2- أن تكون معاملة الاستثمار قائمة على الأرباح و المداخل، 3- أن مشروع الاستثمار يتوقع منه بالضرورة مخاطر مقبولة، 4- أهمية الالتزام، 5- المساهمة في عملية التنمية في الدولة المضيفة⁽²⁾.

على أن بعض التشريعات الأخرى لا يوجد بها ما يدل على ضرورة وإلزامية توافر هذا الشرط فقانون، تشجيع الاستثمار بالجزائر المحدد بالمرسم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في: 05/أكتوبر/1993 وكذا الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في: 20 غشت 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار لا يوجد بنصوصه ما يشير إلى تحديد نسبة معينة لمشاركة الأجانب في مشروعات مشتركة مع القطاع العام، وإنما بينت فقط وفقاً لنص المادة: 04 من المرسوم 12/93 المذكور أعلاه بضرورة تصريح المستثمر بمايلي: - مجال النشاط- تحديد الموقع- مناصب الشغل- التكنولوجيا المستعملة- مخططات الاستثمار والتقويم المالي للمشروع- وشروط المحافظة على البيئة- والمدة التقديرية لإنجاز المشروع- والالتزامات المرتبطة بالاستثمار، وهو نص لا يوجد فيه ما يدل على تحديد نسبة معينة أو إلزام للمستثمر الأجنبي بمشاركة الأطراف الوطنية "أشخاص طبيعية أو معنوية"، مما يفيد ويوضح أن قانون تشجيع الاستثمار الجزائري قد سمح بأن تكون المشاريع الاستثمارية المقامة على منشآت وطنية مملوكة بالكامل للمستثمر الأجنبي⁽³⁾.

وأمام ما تعاني منه الدول النامية من ممارسات تقييدية من طرف الشركات المتعددة الجنسية باعتبارها الآلية الأساسية لنقل التكنولوجيا التي تحتاجها هذه الدول، وأمام الآثار السلبية لهذه الشركات والعراقيل

(1) وهو الأمر المقرر بموجب المادة: 19 من قانون الاستثمار السوري رقم: 10 لسنة 1991 والتي تنص على: «تتخذ المشاريع المشتركة المرخصة بموجب أحكام هذا القانون والتي يساهم بها القطاع العام بنسبة لا تقل عن 25 % من رأسمالها ...»

(2) Ichrak Ayed et Mouhamed Abid: Les Nouveaux Modèles de Traités Bilatéraux de Protection et de Promotion des Investissements, exemples des modèles Américain 2004 et Canadien 2005, Article Publié dans: Ou Va le Droit de L'investissements, op. cit, p 144, 145.

(3) راجع نص المادة: 04 من المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في: 05/10/1993 المتعلق بترقية الاستثمار، وتجدر الإشارة إلى أن كل من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري "المادة 04 منه"، وقانون الاستثمار الكويتي رقم (8) 2001 في مادته 02، وقانون الاستثمار السعودي لسنة 2000 في مادته 05، قد أخذوا بذات النهج الذي سلكه قانون الاستثمار الجزائري.

القائمة في وجه إقرار مدونة تقنين السلوك⁽¹⁾، فإنه أصبح من الصعب أمام هذه الدول التعامل باستمرارية مع هذه الشركات أمام السيطرة التي تفرضها على المشروعات الاستثمارية بنسبة جد عالية، مما دفع الدول النامية المضيفة للاستثمارات الأجنبية بالتفكير بتحقيق نوعا من التوازن بين جذب رؤوس الأموال الأجنبية وما يصاحبها من خبرات وبين الحفاظ على سيطرة العناصر الوطنية على مقومات الاقتصاد الوطني وذلك من خلال النص في قوانينها الداخلية على ضرورة إشراك القطاع العام أو الخاص الوطنيين مع رأسمال المشروع الأجنبي، وهو ما يطلق عليه بالاستثمار بواسطة المشروع المشترك أو كما يسميه البعض بالاستثمارات الأجنبية المباشرة الثنائية.

ويعرف هذا النوع من الاستثمار بأنه استثمار أجنبي يقوم على أساس المشاركة مع رأس المال الوطني بنسبة مشاركة تحدد على ضوء القانون الداخلي للدولة المضيفة⁽²⁾.

وما يميز الاستثمار عن طريق المشروعات المشتركة أنه أصبح من أكثر أنواع الاستثمارات الأجنبية قبولا لدى الكثير من المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لما يحققه من فائدة ومزايا عديدة لأطرافه، ويظهر هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية بعدة مظاهر يتم التمييز فيما بينها بحسب تحديد انتماء المساهمين في هذا المشروع المشترك سواء إلى القطاع العام أو الخاص، فإذا كان جميع المساهمين في المشروع ينتمون إلى القطاع الخاص فيأخذ المشروع المشترك شكل الشركة العادية التي تحكمها نصوص قانون البلد المضيف، وإذا غاب النص القانوني يحدد الشكل القانوني لهذا النوع من الاستثمار وفقا لما يتفق عليه المساهمين في المشروع المشترك⁽³⁾.

أما إذا كانت المشاركة من طرف مؤسسة عمومية أو أحد مؤسسات الدولة مع الطرف الأجنبي في رأسمال المشروع، فإن المشروع في هذه الحالة يأخذ طابع الشركة الوطنية العادية التي تتمتع بجنسية الدولة المضيفة ولكنها تتمتع بمعاملة خاصة ومختلفة عن الشركات الوطنية الأخرى فيما يتعلق بالإعفاءات والامتيازات التي تمنحها الدولة لها دون غيرها والتي تصدر بقانون خاص أو عام يجيز لهذه الشركة هذا الوضع الاستثنائي باعتبارها مشروعا مشتركا⁽⁴⁾، وتنتفي صورة المشروع المشترك في الحالة التي تجتمع فيها حكومة الدولة الأجنبية أو إحدى هيئاتها العامة مع حكومة الدولة المضيفة أو إحدى المؤسسات التابعة لها، ففي هذه الحالة نكون أمام مشروع دولي عام يشترك في إنشائه دولتان أو أكثر بقصد ممارسة نشاط اقتصادي يعود بالنفع والفائدة على جميع الشركاء ويتم الاتفاق بين الحكومات المشاركة في تحديد الشكل القانوني لهذا المشروع الذي قد يأخذ شكل شركة وطنية ذات نظام دولي أو شبه دولي وتتمتع في هذه الحالة -الشركة- بجنسية إحدى الدول الأطراف على أن تخضع للأحكام

(1) راجع ذلك بالتفصيل في الفرع السابق.

(2) راجع: د/ علي حسن ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 06.

(3) راجع: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 36.

(4) راجع: د/ إبراهيم شحاتة: المشروعات المشتركة في إطار التعاون العربي، مجلة السياسة الدولية، عدد 40، إبريل

1975، ص 22.

الواردة في الاتفاق الدولي، كما قد تظهر هذه الشركة في صورة شركة دولية أو مؤسسة دولية⁽¹⁾. ويتم التمييز بين المشروع المشترك والمشروع الدولي العام من عدة جوانب ابتداء من الأطراف المساهمة فيه، فبالنسبة للأول ينشأ نتيجة اتفاق بين حكومة أو مستثمر محلي ومستثمر أجنبي ويتم الاتفاق على تحديد ملكية المشروع للطرف الأجنبي أو المستثمر المحلي -حكومة كان أو مستثمر عادي- في حين يشترك في إنشاء المشروع الدولي دولتان أو أكثر بقصد ممارسة نشاط اقتصادي، كما يظهر التمييز بين المشروع المشترك والمشروع الدولي العام في تحديد الصفة التي يكتسبها كل مشروع، فالأول يكتسب صفة الدولية الاقتصادية لأنه يمثل نشاط ذا طابع دولي بسبب اشتراك أحد العناصر الدولية في تكوينه، أما المشروع الثاني العام فيكتسب صفة الدولية لاشتراك عدد من الدول في إنشائه أو إدارته⁽²⁾.

وأياً كانت الصورة أو الشكل القانوني الذي يظهر به المشروع المشترك فإن هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية المباشرة يحظى باهتمام كبير من جانب الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، لما يحققه هذا الاستثمار من مميزات هامة وإيجابية سواء بالنسبة للمستثمرين الأجانب أو المحليين، فبالنسبة للشريك الوطني -الدولة المضيفة- تعتبر المشروعات المشتركة الشكل الأمثل الذي يمكن من خلاله فرض رقابة فعلية على الاستثمار الأجنبي من خلال المشاركة في قرارات الإدارة والتشغيل والاطلاع على كافة القرارات في الشركة باعتباره شريكاً مع المستثمر الأجنبي، فضلاً عن اكتساب الكادر الوطني الخبرة والمهارة الكافية لإدارة وتشغيل المشروعات الاستثمارية الكبرى، كما تضمن الدولة المضيفة من جانب آخر عدم اتخاذ المستثمر الأجنبي قرارات سرية قد تضر بمصالحها الاقتصادية وعدم السماح للعنصر الأجنبي بوجود طرف وطني باتخاذ هذه المشاريع الأجنبية كمركز للتجسس وجمع المعلومات، مع السيطرة في نفس الوقت على الثروات الطبيعية في البلاد⁽³⁾.

أما بالنسبة للمستثمر الأجنبي فإن اختياره للاستثمار عن طريق المشروع المشترك يمنحه بعض الامتيازات كتغيير مقدار الرسوم الجمركية والمزيد من الإعفاءات الضريبية، كما أن الدولة المضيفة عادة لا تكون مستعجلة في المطالبة بالأرباح التي يحققها المشروع، بل تميل إلى استثمار تلك الأرباح في توسيع نشاط المشروع الاستثماري وهو أمر يفضل المستثمر الأجنبي، كما أن مشاركة هذا الأخير مع رأس مال محلي سوف تخفف من نظرة العداء التي يشعر بها الأجنبي في الدول النامية لاسيما وأن نظرة حكومات الدول المضيفة تغيرت في الآونة الأخيرة تجاه المستثمر الأجنبي أين بدأت تنظر إليه على أساس أنه معاون ومساعد لاقتصادها وليس مستثمراً أجنبياً مستغلاً لثرواتها ومواردها المادية⁽⁴⁾.

(1) د/عبد الواحد محمد الفار: الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتاب، بدون سنة طبع، ص 32، 33.

(2) راجع ذلك في: د/ صفوة أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق ذكره، ص 44.

(3) د/ عصام الدين مصطفى بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 106، 107.

(4) د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 29، وانظر كذلك: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 09.

إلا أنه قد يعاب على هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية في الحالة التي يتأثر فيها حجم المشروع بمقدار المساهمة الوطنية فيه والتي تكون متواضعة بحسب إمكانيات البلد المضيف، مما يؤثر على استمرارية المشروع وتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية المرجوة منه في البلد المضيف⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة.

يحتل الاستثمار الأجنبي غير المباشر مرتبة ودور مختلفين عن ما للاستثمار الأجنبي المباشر من مكانة وتفضيل لدى المستثمرين في مجال الاستثمارات الأجنبية، ذلك أن أهم عامل أو معيار يفضل المستثمر الأجنبي وهو الرقابة والمشاركة في تنظيم وإدارة المشاريع الاستثمارية والذي يتجسد كمعيار أساسي ضمن عمليات الاستثمار الأجنبي المباشر، إلا أن ذلك ينتفي ويتقلص أمام الاستثمارات غير المباشرة.

وما يميز الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة عن نظيرتها الاستثمارات الأجنبية المباشرة هو الشكل القانوني للسلطة والسيطرة على المشروع محل الاستثمار، ذلك أن دور المستثمر الأجنبي يقتصر فيه على مجرد تقديم رأس المال إلى جهة معينة في الدولة المضيفة لتقوم هي بعملية الاستثمار⁽²⁾.

وانطلاقاً من ذلك يمكن أن نعرف الاستثمارات الأجنبية الغير المباشرة بأنها « تلك الاستثمارات التي تتدفق داخل الدولة في شكل قروض صادرة من حكومات أو هيئات أو أفراد أجنبية، أو تكون في شكل اكتتاب في صكوك تلك الهيئات أو مشروعاتها بواسطة السندات التي تحمل فائدة ثابتة أو عن طريق الأسهم، دون أن يكون للمستثمر الأجنبي ما يخوله السيطرة وإدارة المشروع»⁽³⁾، فمن خلال هذا التعريف يتضح أن الاستثمار الأجنبي غير المباشر على قدر ما يحمله من مميزات إيجابية تتجلى في منع أي سيطرة أو رقابة للمستثمر الأجنبي على المشروع الاستثماري، إلا أنه وفي نفس الوقت يعتبر هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية الخاصة حاجزاً أمام انتقال المهارات والخبرات الفنية والتكنولوجية الحديثة المرافقة لرأس المال الأجنبي.

ولكن على الرغم من ذلك فإن الاستثمار الأجنبي غير المباشر لقي طريقه نحو الراج وأصبح مؤخراً شكلاً متنامياً للتمويل الخارجي للبلدان النامية، أين تبذل هذه الأخيرة المزيد من الجهود لتشجيع الأجانب

(1) د/ وشاح رزاق: الاستثمار الأجنبي والتنمية، مقال منشور على الموقع:

<http://www.Arab-api./course37/pdf/p78025-3.pdf>.

(2) د/ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004، ص 39.

(3) د/ خليل حسن خليل، مرجع سابق ذكره، ص 81.

على هذا النوع من الاستثمارات الخاصة وذلك عن طريق التقليل من القيود التنظيمية وإيجاد وسائل أفضل للتسوية والمقاصة، وتخفيض الرسوم والضرائب على الصفقات⁽¹⁾.

وتظهر الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة عموماً في شكلين رئيسيين هما⁽²⁾:

01- القروض المقدمة من الهيئات الخاصة أو الأفراد.

02- الاكتتاب في السندات والأسهم التي تصدر من الدول أو المشروعات التي تتأسس فيه "الاستثمار المحفظي".

الفرع 1: القروض.

يعتبر البعض أن الاستثمار في شكل قروض بين الأفراد أو الهيئات في الدول المختلفة أفضل من الاستثمارات المباشرة، ذلك أن الاستثمار في شكل قروض يضع الأجانب في موضع يؤثر في السياسة الاقتصادية للدول التي يستثمرون أموالهم فيها⁽³⁾.

وتختلف القروض بوصفها شكلاً من أشكال الاستثمار الأجنبي غير المباشر باختلاف مصادرها والتي يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع:

أولاً: القروض الخارجية الخاصة.

وهي القروض التي يقدمها الأفراد أو الهيئات أو الشركات الخاصة على شكل أموال لتقديم السلع والخدمات للدول المقترضة، ويظهر هذا النوع من القروض بصور متعددة، فقد يكون بطريقة مباشرة كالقرض المقدم من المشروع الأم إلى أحد فروع في دولة أخرى⁽⁴⁾، وسواء كانت هذه القروض قصيرة الأجل أو متوسطة أو طويلة الأجل فإن الهدف منها بالدرجة الأولى هو المضاربة وليس إنشاء علاقات اقتصادية ثابتة⁽⁵⁾، كما يشمل هذا النوع من القروض أيضاً رأس المال الذي يتم الحصول عليه من البنوك

(1) د/ سودارشان غويتو و مسعود أحمد: الاستثمار بالحافطة وتدفقه إلى البلدان النامية، مجلة التمويل و التنمية، مارس 1993، ص 09، 12.

(2) وهناك أشكال أخرى يدخلها البعض ضمن تقسيمات الاستثمار الأجنبي غير المباشر وهي: عقود الترخيص- عقود التسويق - عمليات تسليم المفتاح في اليد- عقود الإدارة اتفاقيات الوكالة- عقود تسليم المشروعات مع الإنتاج، راجع هذه التقسيمات في: د/ محمد السيد سعيد: الشركات المتعددة الجنسية في الوطن العربي، دراسة منشورة في: العرب ... والأزمة الاقتصادية العالمية، حوار الشمال والجنوب وأزمة تقسيم العمل الدولي والشركات المتعددة الجنسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1986، ص 135 وما بعدها، وراجع كذلك: د/ عبد السلام أبو قحف، مرجع سابق ذكره ص 21 وما بعدها.

(3) د/ خليل حسن خليل، مرجع سابق ذكره، ص 82.

(4) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 187.

(5) د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق ذكره، ص 47.

التجارية الأجنبية الخاصة كتسهيلات مصرفية تحصل عليها الدول النامية من هذه البنوك لتمويل العجز في حيلة النقد الأجنبي⁽¹⁾.

وما يميز هذا النوع الأخير من القروض أنها عادة تمنح لأجل قصير وتكون مقترنة بأسعار فائدة مرتفعة، وتحدد شروطها وفقا للشروط الخاصة في السوق المالي لكل دولة على حده، لذلك تصنف هذه القروض ضمن خانة القروض الصعبة التي لا يلجأ إليها من طرف الدول النامية إلا لحاجات خاصة تتلاءم وطبيعتها كتمويل استيراد السلع الاستهلاكية الضرورية والسلع اللازمة لتشغيل الطاقة الإنتاجية القائمة⁽²⁾.

وعلى الرغم من أهمية عمليات الاستثمار بواسطة القروض بالنسبة للدول النامية وما تحمله من مميزات مقارنة بعيوب رأس المال الأجنبي المباشر، إلا أن هذا الأسلوب تراجعت أهميته كثيرا عما كانت عليه في الماضي⁽³⁾، لما تحمله من مخاطر وآثار سلبية لا تخدم إطلاقا تنمية اقتصاديات الدول

النامية التي تلجأ إليها كوسيلة من وسائل الاستثمار الأجنبي غير المباشر، ذلك أنه يعاب ويؤخذ على هذا النوع من الاستثمارات أنها تعقد في كثير من الأحيان بشروط تعسفية سواء من حيث مدتها التي لا تزيد في الغالب عن خمس سنوات، أو من حيث سعر الفائدة الذي تتركه كعبئ ثقيل في صورة خدمة الدين للدول المقترضة، ذلك أن سعر الفائدة يحدد ويقترن في أغلب الأحوال بأسعار الفائدة في الأسواق العالمية، إضافة إلى تحمل تكاليف التأمين على القرض، أو أن تلزم الدولة المقترضة باستيراد سلع من الدولة الضامنة للقرض بأسعار تزيد عن الأسعار العالمية⁽⁴⁾.

وعليه فإن هذا الأسلوب للاستثمار الأجنبي غير المباشر على الرغم من العبئ الثقيل الذي تتحمله الدول الذي تلجأ إليه لاسيما فيما يتعلق بنسبة الفوائد المرتفعة عن أصل القروض والتي تكون مقيدة بفترة قصيرة للسداد، إلى جانب التزامها بتسديد أقساط أصل الدين، إلا أن هذا الأسلوب يبقى يمثل النسبة كبيرة من الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية والذي تلجأ إليه في أغلب الأحيان وهي مضطرة إلى ذلك أمام ندرة رأس المال الممول لتنميتها الاقتصادية، كما تظهر أهمية تلك القروض بالنسبة للدول الرأسمالية المصدرة لها كوسيلة لزيادة حجم صادراتها إلى الدول الأخرى⁽⁵⁾.

(1) راجع د/ دريد محمود على السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 31.

(2) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 30.

(3) سادت الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة في القرن السابع عشر وحتى نهاية النصف الأول من القرن العشرين، وكان أسلوب القروض من الأساليب المفضلة والمعتمدة لدى الدول النامية وقد عرفت آنذاك الإدارة البريطانية = بنشاطها في هذا المجال أين كانت المتعهد بضمان القروض إلى غاية عشر سنوات. لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ خليل حسن خليل، مرجع سابق ذكره، ص 84 وما بعدها.

(4) راجع: د/ رمزي زكي: أزمة الديون الخارجية، رؤية من العالم الثالث، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة 1987، ص 125 وراجع كذلك: د/ السيد عبد المولى، مرجع سابق ذكره، ص 40.

(5) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاتة: الحدود السياسية للتمويل الخارجي، مجلة مصر المعاصرة، السنة 59 العدد 334، أكتوبر 1968، ص 67.

ثانياً: القروض العامة.

يطلق عليها البعض تسمية القروض الثنائية، وهي القروض التي تعقد بين حكومات الدول النامية أو المحتاجة لرأس المال الأجنبي وإحدى الدول المصدرة لرأس المال، وما يميز هذا النوع من القروض الخارجية عن غيرها أنها قروضا تمنح من الحكومات أو الهيئات العامة بخلاف القروض الخارجية الخاصة التي يكون المقرض فيها أحد الأفراد أو الشركات أو الهيئات الخاصة، وقد أصبحت القروض الثنائية العامة في الوقت الحالي وسيلة أساسية تعتمد عليها البلدان النامية لتمويل مشروعاتها الإنمائية، ويرجع البعض الدافع لرواج هذا النوع من القروض بنسبة كبيرة إلى الاعتبارات السياسية ذلك أن الدولة المقرضة تستعمل وسيلة الموافقة أو الرفض لطلب القرض كأداة لتعزيز سياستها الخارجية⁽¹⁾. وعلى مستوى الدراسات والآراء الفقهية فقد انقسمت الآراء بين مؤيد ومعارض لهذا النوع من القروض الخارجية، إذ يذهب بعض الفقه إلى القول بأنه على الدول المقرضة التقليل من اللجوء إلى هذا النوع من القروض نظراً لما تحمله من أعباء وشروط تعسفية على عاتق هذه الدول وأن تسديد القرض بفوائده سيحمل ميزانية الدولة المقرضة عبئاً لن تستطيع تحمله أو مواجهته. في حين يظهر فريق آخر من الفقه بموقف مشجع ودافع للدول النامية اللجوء والاعتماد على هذه النوع من القروض الخارجية لما تتضمنه من تخفيف عبئ تمويل لاسيما مراحل التنمية الابتدائية، كما أن هذه القروض حسبهم هي خير وسيلة للحصول على مستلزمات التنمية من السلع والآلات المختلفة، إضافة إلى الخبرة الفنية والتكنولوجيا⁽²⁾.

إلا أن هناك اتجاه معتدل ويعتبر حسب رأينا الرأي الراجح، إذ يعتبر هذا الأخير أنه ليس من المنطق أن تقوم الدولة بالتضحية بجزء من استقلالها وحريتها نظير الحصول على قرض أجنبي إذ لن يضيف القرض في مثل هذه الحالة إليها سوى عجزاً سياسياً إلى جانب العجز الاقتصادي، كما أنه ليس من المنطق أيضاً إثارة الشكوك حول كل القروض الأجنبية وتصويرها على أنها شر يهدد استقلال الدولة المقرضة⁽³⁾.

وأياً كان الأمر فإن تطبيق هذه المواقف بحسب اختلافها وتعارضها على أرض الواقع يؤدي إلى نتيجة واحدة حسب رأينا وهي أنه لا يمكن التعاطي والتعامل مع هذه المواقف بشكل مطلق، بمعنى أن التعامل مع القروض العامة لا يجب أن ينظر إليه بأنه شر مطلق ولا خير محض بل يجب على الدول المحتاجة لانسحاب رأس المال الأجنبي لتنمية اقتصادها أن تتعامل مع هذه القروض بمستوى متوازن بمعنى إحداث

(1) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره ص 188.

- وتجدر الملاحظة أن القروض العامة تمثل نسبة 90% من مجموع القروض الخارجية بل تكاد تكون الصورة الغالبة لتلك القروض.

(2) راجع هذه الآراء الفقهية في: د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 32.

(3) د/ إبراهيم شحاتة، مرجع سابق ذكره، ص 68.

توازن بين حاجتها إلى القروض والمحافظة على استقلالها السياسي والاقتصادي، وهو أمر يتطلب دراسة متأنية وسليمة لمدى الحاجة للقروض الأجنبية والشروط التي تقتن بها والعائد الاقتصادي المنتظر منها.

ثالثاً: القروض الدولية أو المتعددة الأطراف.

أنشئت عدة مؤسسات دولية على المستوى الإقليمي تهدف إلى تمويل مشاريع التنمية الاقتصادية في الدول النامية والدول المحتاجة إلى رأس المال الأجنبي، وذلك بواسطة إمدادها بقروض مختلفة الآجال وبخدمات متنوعة، وتتميز هذه الشاكلة من القروض أنها قروض تحصل عليها الدول من المنظمات والهيئات الدولية، يأتي على رأسها البنك الدولي للإنشاء والتعمير الذي يعتبر من أهم المؤسسات الدولية التي تقدم قروض للأغراض الإنتاجية للدول الأعضاء بهدف تيسير استثمار رؤوس الأموال في الأغراض الإنتاجية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، وذلك من خلال إنشاء العديد من المؤسسات الدولية المتخصصة لتحقيق ذلك كمؤسسة التمويل الدولي (IFC)⁽¹⁾، التي تعمل على تمويل استثمارات القطاع الخاص «الوطني والأجنبي» عن طريق المشاركة في رأسمال المشروعات الاقتصادية وتقديم القروض⁽²⁾، كما أنشئت عدة مؤسسات ومنظمات دولية منظمة للاستثمار الأجنبي منها التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة كبرنامج الأمم المتحدة للتنمية (UNDP)، ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO)، وغيرها من المؤسسات الدولية الأخرى مثل صندوق التنمية الأوربي وبنك التنمية بين الدول الأمريكية، وبنك التنمية الإفريقي، وبنك التنمية الآسيوي وكلها تهدف من خلال نشاطها إلى تمويل حاجات الدول النامية للتنمية الاقتصادية فيها، وتجدر الإشارة إلى أن الاستفادة من هذا النوع من القروض يعد حقا للأعضاء المساهمين في هذه المنظمات والمؤسسات الدولية التي تعمل على تقديم وتوفير تسهيلات في خدمة الدين، فضلاً عن تحرير الدولة المقترضة من أية ضغوط في مواجهة تسديد الدين على أساس أن هذه الأخيرة تتعامل مع هيئات دولية، الأصل فيها السعي إلى مساعدة الدول النامية.

إلا أن البعض ينصح بعدم الاعتماد بصفة كلية على هذا النوع من القروض باعتبارها لا تهدف إلى التشجيع والمساهمة في عملية التنمية التي تسعى الدول النامية إلى تحقيقها، ويدعون إلى التشكيك في جدوى هذه القروض على أساس أنه من العسير تتبع هذا المال المقترض إلى غاية مستخدميه النهائيين حتى يمكن الحكم على فائده النهائية، كما يضيف نفس الاتجاه إلى أن عدم جدوى هذه القروض يرجع لعدم وجود رقابة على هذا لمال مستدلين في ذلك على رفض هيئة التمويل الدولية (IFC) إيراد تقارير عن

(1) وفي هذا النطاق أصدر مركز بحثي أمريكي مستقل معني بمراقبة المصارف تقريراً مفاده: "أن مصر تعتبر الدولة أكثر

استدانة من هذه المؤسسة (IFC) الدولية حيث اقترضت مصر بمفردها 283 مليون دولار من هذه الهيئة عبر = السنوات الخمس الماضية، و تتبعها في ذلك سلطنة عمان - الجزائر - العراق. مصر الدولة الأكثر اقتراضاً في الشرق

الأوسط: بحث منشور بتاريخ 2007/07/24 على الموقع: <http://www. Iknwanonline.com/htm>.

(2) د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 97، 98 .

التأثير النهائي للمشاريع محل القرض⁽¹⁾، في حين يوجه البعض الآخر انتقاده لهذا النوع من القروض على أساس أنه مهما قيل عن حياد هذه المنظمات ومهما تضمنت الاتفاقيات المنشئة لها من نصوص تعبر عن عدم تأثرها بالاعتبارات السياسية والمصلحية، فإن هذه المنظمات لا يمكن بأي حال من الأحوال أن لا تتأثر بمصالح كبار المساهمين فيها خاصة وإن التصويت في مجالس إدارتها مرتبط بمدى إسهام كل دولة عضو في رأس مالها⁽²⁾.

ويرى البعض الآخر أنه رغم أهمية هذه القروض وما تحمله من ميزات لا يمكن التغاضي عنها في تيسير مسيرة التنمية الاقتصادية في الدول النامية، إلا أن هذه المؤسسات الدولية في حد ذاتها لا يمكن اعتبارها العصا السحرية التي تلبي كل متطلبات هذه الدول ذلك أنها غالبا ما تعاني من نقص في مواردها كونها مرتبطة في تمويلها على المنظمة الأم والدول الأعضاء، كما قد تتدخل بعض العوامل السياسية في التحكم بقيمة القروض الممنوحة للدول بإغداقها أو التقتير فيها وهو ما يجعلها تتعامل بعدم المساواة والعدالة في تعاملها مع بعض الدول الأعضاء لتأثرها بسياسة كبار المساهمين الذين يتحكمون بآلية التصويت كونها آلية مرتبطة بمدى إسهام كل عضو في رأس المال، فضلا عن ذلك فإن التعامل مع هذه المنظمات أو الهيئات الدولية يتسم بطول الإجراءات الروتينية التي يمر عليها طلب القرض من عرض على مجالس الخبراء ومجالس الإدارة لدراسة مدى جدوى هذه القروض وضمانات سدادها وهو أمر قد لا يتماشى مع متطلبات الحياة الاقتصادية من سرعة في الإجراءات والابتعاد عن الإجراءات البيروقراطية المتشعبة مما قد يفوت فرصة الاستفادة من هذه القروض أو يقلل من أهميتها⁽³⁾.

الفرع 2: الاستثمار الأجنبي في حافظة الأوراق المالية.

يقوم هذا النوع من الاستثمارات الأجنبية على أساس طرح وإصدار سندات مالية في السوق المالية للتداول، وهو وسيلة تلجأ إليها الدول النامية لاستقطاب رأس المال الأجنبي وذلك عن طريق إصدار سندات وطرحها في الأسواق المالية للدول الأخرى على أن تحدد هذه السندات بقيمة مالية معينة مقترنة بسعر فائدة محدد.

وتتنوع السبل للقيام بهذا النوع من الاستثمارات الأجنبية الذي يظهر أيضا من خلال شركات تنوي الدولة تأسيسها وذلك بطرح نسبة من أسهم هذه الشركات أو المشروعات للاكتتاب فيها من قبل الأفراد والمؤسسات الخاصة متى سمح قانون الدولة بهذا الأسلوب ومن خلال هذا الإجراء تستطيع الدولة المحتاجة لتمويل تنميتها الاقتصادية الحصول على رأس المال الأجنبي لتحقيق ذلك⁽⁴⁾.

(1) لمزيد من التفصيل حول هذا الاتجاه راجع مقال: مصر الدولة الأكثر اقتراضا في الشرق الأوسط، مشار إليه سابقا.

(2) د/ إبراهيم شحاتة، مرجع سابق ذكره، ص 59، 62.

(3) د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 189، 190.

(4) د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 34.

ووفقا للبيانات الصادرة عن البنك الدولي شهد تدفق الاستثمارات بالحافطة من القطاع الخاص إلى البلدان النامية زيادة غير مسبوقه، مما أثار جدلا في الفقه الاقتصادي، أين أرجعها البعض إلى الاصطلاحات الاقتصادية الواسعة النطاق في الأسواق الناشئة للدول النامية⁽¹⁾. وعلى الرغم من أن هذه الوسيلة تعتبر من الوسائل السريعة لانسياب رأس المال الخاص نحو الدول النامية⁽²⁾، إلا أنه يعتبر من الوسائل الأقل فاعلية والأضعف في إمكانية حصول الدولة النامية على وسائل التمويل الخارجي لاقتترانه بقيود قانونية عديدة أهمها:

- غالبا ما تواجه السندات التي تصدرها البلدان النامية منافسة شديدة من جانب الدول المتقدمة «الصناعية» التي تصدر بدورها سندات مالية في نفس السوق تشكل حاجزا أمام سندات الدول النامية التي يعزف المستثمرون عن الإقبال عليها أمام تواجد سندات دول تتمتع بالقوة الاقتصادية وتبعث بالثقة بالوفاء بالتزاماتها، وفي المقابل تثار الشكوك والمخاوف حول سندات الدول النامية لانعدام الثقة باستقرار ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية وجهل المستثمر في غالب الأحيان بالبيئة الاقتصادية والسياسية لهذه الدول⁽³⁾.

- أن تنظيم تداول السندات في بعض الدول الصناعية المتقدمة يكون مقتربا بقيد قانونية عند طرح هذه السندات للاكتتاب من جانب الدول الأخرى في الأسواق المالية، فبعضها لا يجيز مثلا طرح السندات في أسواقها المالية إلا بعد الحصول على موافقة السلطات المختصة أو تحديد الحد الأقصى للسندات الأجنبية التي يجوز للهيئات والمؤسسات الاستثمارية حيازتها، إذ تعوق هذه القيود قدرة الدول النامية على إصدار السندات وتسويقها داخل البلاد الرأسمالية⁽⁴⁾.

- عدم نضج الأسواق المالية في الدول النامية كالبورصات المنظمة وان وجدت هذه الأخيرة فغالبا ما تكون محدود وضيقة ولا تتحمل صفقات طارئة أو عمليات مالية كبيرة وهو ما من شأنه إعاقة حرية تداول الأوراق المالية داخل هذه الدول مما يقلل الطلب عليها⁽⁵⁾.

(1) د/ مسعود أحمد و د/ سودارشان غوبتو ، مرجع سابق ذكره، ص 09، 11.

(2) ينتقل رأس المال في الاستثمار في الحافطة المالية بسرعة كبير من سوق إلى آخر وبصورة فجائية وفي مدة زمنية قصيرة، راجع ذلك في: د/ أحمد منير النجار: عولمة الأسواق المالية وأثرها على تنمية الدول النامية مع الإشارة للسوق المالي الكويتي، مقال منشور على الموقع:

[http:// www. Philadelphia. edu. jo/arabic/adfin/ research/y.pdf](http://www.Philadelphia.edu.jo/arabic/adfin/research/y.pdf).

(3) د/ إبراهيم شحاتة، مرجع سابق ذكره، ص 67.

(4) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 21.

(5) حيث تشير الدلائل إلى محدودية الاستثمارات في دول شمال إفريقيا بل وقد تكاد تكون معدومة نظرا للانخفاض الملحوظ في أحجام البورصات في بعض الدول من شمال إفريقيا وعدم وجود بورصات إطلاقا في البعض منها، كليبيا وموريتانيا، ومحدوديتها في الجزائر حيث تشير الدراسات إلى أنه في كافة بورصات شمال إفريقيا لا تزيد من قيمة التداول فيها عن مليار دولار سنويا، باستثناء المغرب التي سجلت قيمة تداول تقارب 09 مليار دولار سنويا خلال على 2006 مقارنة بنحو 50 مليار دولار تقريبا قيمة التداول السنوي للبورصة المصرية لنفس السنة، لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع

- عدم ثقة المستثمرين الأجانب في حكومات معظم أن لم نقل كل الدول النامية من حيث الوفاء بالتزاماته، هو أمر تعزز على إثر تجربة الأزمة الاقتصادية التي سادت العالم خلال الثلاثينيات
- وتجدر الإشارة أن الأزمة الاقتصادية التي حدثت في الثلاثينيات تكررت في العصر الحالي وهو ما يعرف بأزمة انهيار البنوك الأمريكية سنة 2008 وستظهر آثارها ونتائجها على مر السنوات القادمة- وتوقف بعض الدولة عن سداد التزاماتها خلق انطباعا سيئا لدى المستثمرين الأجانب جعلهم يفقدون الثقة بحكومات هذه الدول⁽¹⁾.
- و تعتبر هذه القيود أو العقوبات مجتمعة كانت أم منفردة سببا رئيسيا في ضالة دور هذه الوسيلة من الاستثمار الأجنبي غير المباشر في تنمية اقتصاديات الدول النامية.

: د/ محمد عمران: التدفقات الرأسمالية بين مصر ودول شمال إفريقيا- الواقع والتحديات- دراسة مقدمة لمكتب شمال إفريقيا التابع للجنة الأمم المتحدة الاقتصادية الإفريقي، مقال منشور على الموقع: <http://www.uneca-na.org>.

(1) د/ علي حسين ملحم، نفس المرجع، ص 21.

المبحث الثالث: دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية للدول النامية.

تسعى البلدان النامية منذ حصولها على استقلالها إلى تحقيق التنمية الشاملة على أراضيها وذلك باستغلال ثرواتها الطبيعية وطاقاتها البشرية عليها تنتقل إلى مراتب ومصاف الدول المتقدمة، إلا أن ندرة العناصر الأساسية اللازمة لاستغلال هذه الموارد والطاقات حال دون تحقيق ذلك الإنجاز، ولعل أهم مشكلة تعاني منها الدول النامية ولا زالت رغم ما تمتلكه من ثروات وموارد باطنية مشكلة التمويل التي تبقى الشغل الشاغل الذي تعاني منه اقتصاديات تلك البلدان حتى يتسنى لها القضاء على التخلف الاقتصادي وتحطيمه.

وعليه فإن دراسة وبحث هذه الظاهرة الاقتصادية القانونية يستوجب تحديد تعريفها ومدى تأثير دور الاستثمار الأجنبي في ديمومة النمو الاقتصادي للدول النامية وذلك ضمن المطلبين التاليين:

- المطلب 1: مفهوم التنمية الاقتصادية.
- المطلب 2: أهمية الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية للدول النامية.

المطلب الأول: مفهوم التنمية الاقتصادية.

تعددت التعريفات المنساقة للتنمية الاقتصادية إلا أنها رغم تعددها لا تختلف في معناها والهدف الذي ترمي إلى الوصول إليه، ولما كانت التنمية الاقتصادية قد تناولها كثيرا من الباحثين في شتى العلوم كان من الصعب إيجاد تعريفا مستقر للتنمية الاقتصادية، أين اجتهد بعض الاقتصاديين في تعريفها بأنها العملية التي يزداد بها متوسط الناتج الفردي الحقيقي، وهم يعترفون أن هذا المعنى لا يكفي لوحده لكي يستوعب مفهوم التنمية الاقتصادية على أساس أن ازدياد الناتج الفردي الحقيقي يصلح أن يكون مقياسا للتنمية أو النمو ولكن لا يكفي بذاته لتعريف التنمية⁽¹⁾.

أو أنها عملية لتوسيع خيارات البشر بهدف زيادة الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي المرتبطة بزيادة الطاقة الإنتاجية، وهو تعريف لاقى قبولا دوليا عبرت الأمم المتحدة على ضوءه بالعمل على تحديد أهداف أخرى للتنمية⁽²⁾، أو أنها تغيير جوهري في الاتجاهات والتنظيمات الأساسية والذي يساهم فيه مجموع السكان الذي يعزز إمكانية تحقيق الأهداف فيه عموما بطريقة واضحة وليس بصفة مانعة فلا تكون الأهداف النهائية بنسبة ثابتة من النمو متساوية مع ذلك⁽³⁾. ورغم التطور في مفهوم التنمية فمازال للتمويل ومدى توافره ودرجة كفاءته دور كبير في مواجهة التخلف الاقتصادي والقضاء عليه، ذلك أن التنمية في نهاية الأمر هي عملية تحطيم التخلف والقضاء، و عليه

(1) د/حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1978، ص 6.

(2) د/ وشاح رزاق: الاستثمار الأجنبي والتنمية، سابق الإشارة إليه.

(3) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر،

جامعة القاهرة، بدون سنة طبع، ص 14.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن مسألة تحديد العوامل التي تقوم عليه التنمية الاقتصادية ظهر بشأنها اتجاهين مختلفين متجسدين من خلال النظرية التقليدية والنظرية الحديثة والتي سنتناول كل واحدة منها في فقرة مستقلة على حده.

الفرع 1: النظرية التقليدية.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى ترسيخ مبدأ من خلال هذه النظرية مفاده أن ظاهرة التخلف هي ظاهرة اقتصادية بحتة ومن ثم فإن معالجتها والخروج منها من طرف الدول التي تعاني من هذه الظاهرة وبالتالي تحقيق التنمية يعتمد بالدرجة الأولى على العوامل الاقتصادية بصفة مطلقة⁽¹⁾. إلا أن هذا التوجه لاقى العديد من المعارضة على أساس أن ظاهرة التنمية الاقتصادية تناولها بالبحث العديد من الباحثون في مجال العلوم السياسية والقانون و الاجتماع و الديموغرافيا، وأن هذه الظاهرة " التنمية الاقتصادية" تثير مسائل تربط ارتباطا وثيقا بهذه العلوم فضلا، عن ذلك فإن ظاهر التنمية تتعلق بالتعليم والصحة والاستثمار والادخار والتجارة الخارجية وأن التحليل السليم للتنمية الاقتصادية يتأتى بتناول جميع هذه العناصر، مما يجعل من موضوع التنمية ودراسته تتعدى الحدود العادية للتحليل الاقتصادي التي بنت عليها كثيرا من النظريات الاقتصادية التقليدية دراستها ونظرتها للتنمية الاقتصادية⁽²⁾.

ومن جهة أخرى يؤخذ على هذه النظرية أنها تعتمد على تفسير ضيق لمشكلة التخلف الذي تعاني منه الدول النامية، ذلك أنها تفسر ظاهرة التخلف على أنها قائمة على وجود فجوة بين الدول المتقدمة والدول المتخلفة، وتتجلى تلك الفجوة عموما في اختلاف العوامل والمتغيرات الاقتصادية في كل منهما كمعدل نمو الدخل القومي ومعدل تزايد السكان و حجم الادخار وحجم الاستثمارات ونوع التكنولوجيا المطبقة لهذه المعدلات التي تكون عادة مرتفعة في الدول المتقدمة عنها في الدول المتخلفة، وهو تصور يجسد تجربة الدول المتقدمة على أساس أنها التجربة النموذج التي تتحدد بموجبها وعلى ضوءها جميع المؤشرات الدالة على التقدم أو التخلف⁽³⁾.

إلا أن هذا التصور حسب رأينا لا يمكن أن يكون مقياسا لتحديد عناصر وعوامل التنمية الاقتصادية في الدول المتخلفة أو أداة للقضاء على التخلف في هذه البلدان، ذلك أن مجرد تعداد لبعض مظاهر التخلف لا يعد في حد ذاته تفسيراً دقيقاً لمشكلة التخلف علاوة على ذلك أن مظاهر التنمية الاقتصادية التي سادت الدول المتقدمة كانت بدايتها منذ نهاية القرن الثامن عشر وهي مظاهر لا يمكن بأي حال من الأحوال مطابقتها أو تطبيقها بنفس حيثياتها وأساسياتها في العصر الحالي الذي يعتبر عصر محاولة

(1) د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 54.

(2) د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 06.

(3) د/ دريد محمود علي السمرائي، نفس المرجع، ص 56.

التحويل والقضاء على التخلف بالنسبة للبلدان المتخلفة وتحقيق تنمية اقتصادية شاملة.

الفرع 2: النظرية الحديثة.

حاول أنصار هذه النظرية إبراز أهمية العوامل الاقتصادية وأثارها بالنسبة للتنمية الاقتصادية وذلك بإبراز دور العوامل القانونية والسياسية والاجتماعية ومدى تأثيرهم في إحداث النمو الاقتصادي، و ما يميز هذا الاتجاه أنه لم يلغ دور النظرية التقليدية ومدى إسهامها في تحديد مفهوم وأساس التنمية وذلك بتحديد احد عواملها وهي العوامل الاقتصادية رغم التركيز عليها واعتبارها البنية الأساسية لقيام التنمية الاقتصادية، إلا أن أصحاب هذه النظرية حاولوا من خلال هذا الاتجاه تحديد علاقة تلك العوامل مع العوامل الاقتصادية ومدى إمكانية تواصلها مع بعضها البعض وصولا إلى معرفة أي منها أكثر إيجابية للنمو أو إعاقة له⁽¹⁾.

وعليه يتضح أن كلا الاتجاهين -من خلال النظريتين التقليدية والحديثة- يتفقان في سياق واحد على أن العوامل الاقتصادية تعتبر أساسا مهما في الوصول للتنمية الاقتصادية والقضاء على التخلف في البلدان التي تعاني منه، ولقد أرجع معظم الدارسين والباحثين في هذا الموضوع أن رأس المال يعد الركيزة الأساسية المهمة في تحقيق التنمية المرجوة سواء أكان هذا المصدر «رأس المال» محليا أو أجنبي، ذلك أن ندرة رأس المال تعد من المشكلات التي سلط الضوء عليها كثيرا في بحث التنمية الاقتصادية⁽²⁾، مما يتعين معه عدم التقليل من شأن رأس المال ومدى تأثيره ودوره الفعال في التمويل لتحقيق التنمية المرجوة وهو ما يجعله عاملا وهدفا أساسيا تسعى الدول المتخلفة والباحثة عن تحقيق النمو الاقتصادي للحصول عليه بوسائل مختلفة تتخللها في بعض الأحيان بعض التنازلات والمخاوف لاسيما وان كان رأس المال ذو مصدر أجنبي.

(1) راجع هذا المعنى في: د/ خليل حسن خليل، مرجع سابق ذكره، ص 24، 25.

(2) نفس المرجع، ص 28 وما بعدها.

المطلب الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية للدول النامية.

تسعى البلدان النامية منذ حصولها على استقلالها نحو إنجاز عملية الإنماء الاقتصادي، إلا أن العديد من المشكلات التي لا زالت هذه البلدان تعاني منها حالت بينها وبين تحقيق ذلك الإنجاز الذي يمثل شغلها الشاغل، ولعل أهمها مشكلة التمويل والعجز في تحقيقه أو الحصول عليه وهو ما دفع واضطر هذه البلدان لمواجهة العجز في التمويل المحلي التفكير في اللجوء إلى مصادر التمويل الخارجي سواء عن طريق القروض أو بواسطة الاستثمارات المباشرة، ما يدفعنا إلى التساؤل إلى أي مدى يمكن لرأس المال الأجنبي أن يؤثر في تحقيق التنمية الاقتصادية للبلدان المتخلفة، وهل أن وجوده يعتبر عاملا مساعدا ومساهما في تكوين رأس المال المحلي؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تستدعي الوقوف أمام دور الوسائل الوطنية «المحلية» في التمويل وبالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية وهو ما سنخصص له دراسة ضمن الفرع الأول، ثم ننتقل ضمن الفرع الثاني من هذه الدراسة إلى تحديد عوامل ظهور الحاجة إلى الاستعانة برأس المال الأجنبي في التمويل و التنمية الاقتصادية في البلدان النامية.

الفرع 1: دور الوسائل الوطنية المحلية في تمويل التنمية.

من الآثار الايجابية التي خلفتها الحرب العالمية الثانية استقلال الكثير من الدول النامية التي أخذت على عاتقها مشكلة التنمية الاقتصادية، وكان أول ما اتجهت له هذه البلدان في كفاحها من أجل التنمية استغلال مواردها الطبيعية استغلالا اقتصاديا يكفل لها التقدم والرخاء ورفع المعاناة عن الشعوب التي استنزفت مواردها، وهو ذات التوجه الذي أدركته الدول حديثة الاستقلال و التي اعتبرت أن استغلال جميع الثروات الطبيعية ينبغي اعتباره الشرط الأهم لإنشاء اقتصاد وطني مستقل⁽¹⁾، ويضرب الفقه أمثلة عديدة على اقتصاديات بلدان كانت فقيرة ولكنها نمت وتطورت من خلال الاعتماد بشكل كبير على مدخراتها الخاصة كاليابان مثلا هذا البلد الذي لم يعتمد قط إلا على جهوده وعبقريته الخاصة في تطوير واستغلال موارده المحلية والوصول لتحقيق التنمية الاقتصادية التي يشهدها في العصر الحالي⁽²⁾.

ومن جانب آخر تلعب المدخرات الوطنية دورا مهما في تحقيق التنمية الاقتصادية وذلك من خلال الادخار الجبري، ذلك أن الدولة يمكن أن تشجع الأفراد على الاستثمار بموجب وسائل عديدة لتوفير التمويل اللازم للتنمية من خلال استخدام أسعار ضريبية مختلفة أو تشجيع الإعفاء منها في مختلف المجالات كالضرائب على الدخل أو على المبيعات وعلى السلع الاستهلاكية المستوردة، فكل هذه الوسائل

(1) د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 07.

(2) لمزيد من الإطلاع حول هذا الموضوع راجع: د/ إسماعيل العربي: فصول في العلاقات الدولية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة طبع، ص 263، 267.

تلعب دوراً أساسياً في توفير جزء من رأس المال اللازم لتمويل مشروعات التنمية فيها وتدفع بالأفراد من جانب آخر إلى استثمار مدخراتهم في مشروعات التنمية⁽¹⁾،

إلا أنه على الرغم من أهمية تشجيع الموارد المحلية وتطويرها للاستعانة بها كوسيلة للتمويل يبقى الاعتماد على هذه الموارد لوحدها غير كاف ولا يف بالغرض المرجو لتحقيق التنمية الاقتصادية والخروج من التخلف بالنسبة للدول التي تعاني منه، وقد عبر البعض عن ذلك بأن الاعتماد بصفة مطلقة على الموارد المحلية للتمويل قد يؤدي في مرحلة ما إلى ما يسمى -بالعرف الاقتصادي- بالضغط على الموارد المحلية، مما يؤدي إلى ضرورة فرض سياسة التقليل من الاستهلاك لتوفير المزيد من المال على شكل مدخرات محلية، وهو ما سيثير مشكلة التعامل مع الأفراد بتقبل هذه السياسة، ذلك أن الشعب الذي حرم طويلاً من ثمرات التقدم والذي وعد بتحقيق هذا التقدم الاقتصادي أكثر من مرة سيصعب عليه الآن أن يستمع إلى نغمة أخرى تقول له قلل من الاستهلاك لمدة قد تطول طالما أن الموارد المحلية وحدها لا تكفي لتمويل عمليات الاستثمار⁽²⁾.

ومن هنا تعززت فكرة ومبدأ اللجوء والاستعانة برأس المال الأجنبي لدفع عجلة النمو الاقتصادي في البلدان النامية إلى الأمام.

الفرع 2: دور الوسائل الأجنبية في تمويل التنمية.

اتجهت واتفقت مختلف الآراء والدراسات لموضوع التنمية في الدول المتخلفة على استحالة تحقيق التنمية في دول العالم الثالث⁽³⁾، اعتماداً على موارد لا تستطيع في الواقع السيطرة عليها سيطرة كاملة واستغلالها لحسابها الخاص، مما يبرز حاجتها إلى المساعدات الخارجية سواء باستيراد رأس المال أو التكنولوجيا والخبرة الفنية أو عن طريق القروض، وبذلك وجدت هذه الدول نفسها في وضع لا يسمح لها بالعزلة حتى ولو أرادت ذلك ولم يبق أمامها خيار سوى اللجوء إلى التمويل الأجنبي للحصول على احتياجاتها المتعددة لدفع عجلة التنمية⁽⁴⁾، وهو ربما أمر يدفعنا إلى التساؤل عن مدى تأثير استخدام رأس المال الأجنبي في إحداث حالة من الاستقرار الاقتصادي الداخلي للدول النامية؟

(1) د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 60.

(2) راجع هذا الرأي في: د/ صلاح الدين نامق: دور رأس المال الأجنبي في التنمية الاقتصادية، مجلة معهد البحوث والدراسات العربية، العدد الرابع، يونيو 1973، ص 192.

(3) يعتبر العالم الفرنسي الفريد سوفي "A.Sauvy" أول من وضع تعبير العالم الثالث "Tiers Monde" تعبيراً وتسمية للبلدان المتخلفة، إلا أن هذه التسمية بقيت محدودة الاستعمال في نطاق اللغة الفرنسية ولم يقدر لها الانتشار في اللغات الأخرى، راجع ذلك في: د/ إسماعيل العربي، مرجع سابق ذكره، ص 230.

(4) د/ حسن نافعة: هل يوجد قانون دولي للتنمية؟ مجلة السياسة الدولية، عدد 68، أبريل 1982، ص 80.

في هذا السياق انقسمت الآراء واختلفت حول تحديد أهمية رأس المال الأجنبي كمصدر للتمويل وتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول المتخلفة بين مؤيد ومشجع لهذا المصدر، ومعارض للاعتماد على هذه الوسيلة كسبيل لتحقيق التنمية.

فبالنسبة للفريق المؤيد والمشجع لضرورة الاعتماد على رأس المال الأجنبي لتحقيق التنمية برر موقفه على أساس النتائج التي يحققها هذا المصدر الأجنبي في الدول النامية والتي ندرج أهمها:

(1) انطلاقاً من التسليم بشدة حاجة الدول النامية إلى رأس المال والتي تشكل العقبة الأساسية للتنمية في هذه البلاد، فإن رأس المال الأجنبي الذي يصحب الاستثمار الأجنبي المباشر يمكن أن يساعد في تضيق الفجوة الضخمة المترتبة على نقص المدخرات المحلية في مواجهة البرامج الاستثمارية الطموحة⁽¹⁾.

(2) يقرر البعض أن الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي تستفيد من هذا الاستثمار فائدة مزدوجة، فهو يقدم لها رأس المال اللازم لخلق اقتصاد صناعي متطوراً، كما يوفر لها في نفس الوقت التدريب الفني والإداري لمواطنيها بدون مقابل⁽²⁾.

(3) توفير احتياطي من العملات الأجنبية اللازمة للتنمية الاقتصادية من خلال ما يجلبه الاستثمار الأجنبي من رأسمال نقدي وعيني إلى الدولة، فضلاً عما يربته من أثر إيجابي على اقتصاد وتجارة تلك الدولة من خلال العملات الأجنبية الناتجة عن التصدير وتدعيم قدرتها الشرائية في الحصول على ما تحتاجه من الخارج⁽³⁾.

فهذه الحجج وغيرها التي يقدمها أصحاب هذا الاتجاه تعبر عن فئة الدول التي تفتح الباب على مصراعيه لرأس المال الأجنبي وتدعو إلى طلب المزيد منه كعامل مساعد في عملية التنمية دون قيد أو شرط وهو اتجاه أقرته مجموعة من تشريعات الاستثمار⁽⁴⁾، والجزائر ضمن هذه المجموعة من التشريعات أين تجسد موقفها ضمن المادة 04 من الأمر رقم: 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 والتي تنص على « تتجزز الاستثمارات في حرية تامة » إلا أن هذا الاتجاه رغم إبرازه لأهمية رأس المال الأجنبي في تمويل التنمية وهي حقيقة هامة وواقعية لا غبار عليها إلا أنه جاء مبالغاً في الثقة التي وفرها للمستثمر الأجنبي وذلك بمنحه كل الحرية في تسيير وسائل الإنتاج والخدمات، وهو أمر يشكل خطورة على إمكانيات وموارد الدولة إذا تم التماهي في الاعتماد عليه وحده في عملية التنمية.

(1) د/ خليل محمد خليل عطية: الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية، مجلة مصر المعاصرة، العددان 437، 438، السنة 85، يوليو / أكتوبر 1994، القاهرة، ص 245.

(2) راجع في ذلك: د/ عصام الدين مصطفى بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 10.

(3) د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 25، 26.

(4) من الدول التي أخذت بهذا الاتجاه: مصر بمقتضى قانون الاستثمار رقم 08 لسنة 1997، واليمن بمقتضى قانون الاستثمار رقم 22 لسنة 1991، والمغرب بموجب قانون الاستثمار الصادر في تشرين الأول 1995، والأردن بموجب قانون تشجيع الاستثمار رقم 16 لسنة 1995.

من جانب آخر وعلى الرغم من استمرار ظاهرة الاستعانة برأس المال الأجنبي في عمليات التنمية بالدول، النامية إلا أن اعتراضات كثيرة ظهرت في الميدان موجهة إلى الدور الذي تلعبه الاستثمارات الأجنبية في عملية التنمية، ومن مجمل هذه الاعتراضات مايلي:

(1) يرى البعض أن استخدام رأس المال الأجنبي في التنمية الاقتصادية قد حضي باهتمام أكبر، مما يستحقه بمعنى أن الاستثمار الأجنبي الذي وجه إلى القطاع الخاص في بعض الدول النامية لم ينجح في تصنيع هذه الدول بقدر نجاحه في استغلال مواردها الطبيعية لصالح الدولة الأجنبية صاحبة رأس المال⁽¹⁾.

(2) ويرى البعض الآخر أن الاستثمارات الأجنبية المتدفقة للدول النامية في شكل تمويل للتنمية الاقتصادية فيها، عبارة عن لعبة صفرية النتيجة «**zéro-sum Game**» بمعنى أن مكاسب المستثمرين الأجانب تعني في الوقت نفسه خسارة للبلد المضيف على أساس أن معظم الأنشطة البحثية المتصلة بالتنمية تجري أو تتم في البلد الأم - مصدر رأس المال الأجنبي - كما أن معظم السلع الإنتاجية تنتج في الدول الصناعية المتقدمة، وهو أمر من شأنه إفقار الغالبية من الدول النامية كونها قد تكون أداة لدعم طبقة النخبة التي تربطها علاقات خاصة بالدول المستثمرة دون غيرها⁽²⁾.

(3) كما سوق بعض المعترضين على مبدأ الاعتماد على رأس المال الأجنبي في التنمية الاقتصادية حجج لتبرير موقفهم، أين يعتبرون انسياب رأس المال الأجنبي بصورة شركات دولية لا يجب أن ينظر إليها دائما نظرة إيجابية ذلك بحسبهم أن هذه الشركات غالبا ما تقدم للدول النامية تكنولوجيا مناسبة فقط لإنتاج سلع استهلاكية والتي تكون من نصيب طبقة النخبة أو الصفوة في هذه الدول، ومن هنا يبرز الأثر السلبي من جانب التوظيف الذي يصبح مركزا فقط على طبقة معينة من أفراد تلك الدولة التي تستطيع بإمكانيات معينة التعامل مع التكنولوجيا التي تستعملها تلك الشركات، مما يقلل من فرص العمل لدى العامة ويترتب عن ذلك نمط إنتاج واستهلاك يعوق النمو ويؤدي إلى تهميش الأغلبية⁽³⁾، إلا أنه يؤخذ على هذا الاتجاه رغم إبرازه لأهم عيوب ومساوئ وأخطار اللجوء إلى الاستعانة برأس المال الأجنبي كوسيلة أساسية للتنمية، أن الأخذ به يؤدي بحسبنا إلى عرقلة النمو الاقتصادي للدول خاصة بالنسبة للدول التي تفتقر إلى المصادر المالية اللازمة لعملية التنمية، إضافة إلى ذلك فإن هذا الاتجاه ألغى كل جانب إيجابي لما يجلبه رأس المال الأجنبي المستثمر في الدول النامية من تكنولوجيا وخبرات فنية وتقدم علمي والتي يمكن للدول المتخلفة الاستفادة منها والاستعانة والاعتماد عليها في تطوير مشاريعها التنموية.

(1) د/ صلاح الدين نامق، مرجع سابق ذكره، ص 198.

(2) د/ خليل محمد خليل عطية، مرجع سابق ذكره، ص 146، 147.

(3) نفس المرجع، ص 150.

وفي ظل تناقض الاتجاهين السابقين واختلاف رؤيتهما لوضع رأس المال الأجنبي ودوره في التنمية الاقتصادية للدول النامية، ظهر اتجاه ثالث حاول التوفيق بين الاتجاهين السابقين وذلك بالاستفادة من مزايا الاستثمارات الأجنبية وفي نفس الوقت وضع هذه الاستثمارات الأجنبية تحت سيطرة الدول المستقبلية لها لتجنب هيمنة المستثمر الأجنبي على اقتصادها الوطني، فأصحاب هذا الاتجاه حاولوا الجمع بين صفتين أساسيتين مقارنة بالاتجاهين السابقين لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدول النامية وهما⁽¹⁾:

(1) عدم منع الاستثمار الأجنبي.

(2) أن يكون الاستثمار في القطاعات التي تجيز فيها الدولة لرأس المال الأجنبي الاستثمار.

فمن الطبيعي أن الدول المتخلفة رغم حاجتها لرأس المال الأجنبي لتمويل التنمية الاقتصادية، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تفرض رقابة مباشرة وغير مباشرة على الاستثمار الأجنبي في إقليمها وأن تتحقق من عدم معارضته لخططها الإنمائية، ومنع تدخل الأجانب في شؤونها السياسية، وأن تقيد نسبة مساهمة المستثمرين الأجانب في المشروعات الاقتصادية الوطنية وأن لا تسمح بالسيطرة على مقدرات الاقتصاد القومي أو بإحلال منافسة غير متكافئة أو غير مرغوب فيها مع رأس المال الوطني أو الأيدي العاملة في الداخل⁽²⁾.

وأول ما يجب أن تتعلمه الدول المتخلفة المحتاجة إلى مصدر أجنبي للتمويل في تعاملها مع الاستثمارات الأجنبية إدراكها أن هذه الاستثمارات تعتمد في الغالب على خبرات متقدمة ليس فقط في الشؤون المالية والاقتصادية والتكنولوجية بل أيضا في فن المفاوضات وعلم الصياغة القانونية، مما يوجب على الدول المستفيدة أن تعامل هذه الاستثمارات بنفس المستوى بأن توفر من جانبها متخصصين وخبراء سواء من مواطنيها أو الاستعانة بخبراء أجانب حتى يتسنى لها -الدول النامية- التعامل مع الشروط المفروضة من المستثمر الأجنبي وقبولها عن رضا وفهم صحيح وليس من قبيل الغبن والاستغلال الناشئ عن نقص المعرفة وقلة الخبرة⁽³⁾.

وقد أقرت عدة دول ضمن تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار هذا الاتجاه والتي تسمح بالاستثمار الأجنبي في المجالات التي تتفق مع خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية مع إخضاعه لرقابة قانونية مناسبة، ونذكر على سبيل المثال قانون تشجيع الاستثمار السوري رقم: 10 لسنة 1991 الذي يشترط للموافقة على الاستثمار الوافد أن يكون منسجما مع الخطة الإنمائية للدولة وأن يساهم في إنماء الناتج القومي وزيادة فرص العمل...⁽⁴⁾.

(1) دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 63.

(2) د/ عصام الدين بسيم: مرجع سابق ذكره، ص 10، و راجع أيضا في نفس السياق:

Franck Bancel & Alban Richard: Les Choix D'investissement, Méthodes Traditionnelles, Flexibilité et Analyse Stratégique, Economica, p29.

(3) د/ إبراهيم شحاتة: الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية والخاصة والرقابة عليها، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 24 سنة 1968 القاهرة، ص 153، 154.

(4) راجع المادتين 05، 06 من قانون تشجيع الاستثمار السوري.

وحسب تصورنا فإن هذا الاتجاه يعتبر الأنسب والأفضل لما ينطوي عليه من محاولة للتوفيق بين الاتجاهين السابقين وذلك عن طريق استنباط الجوانب الايجابية لكل اتجاه وتقديمه كوسيلة لإتباعها من طرف الدول المتخلفة، وذلك من خلال إتاحة فرصة أمام الدولة للاستفادة من الاستثمارات الأجنبية وما صاحبها من خبرات فنية وإدارية لازمة لعملية النمو الاقتصادي مع محافظة الدولة لسيطرتها على اقتصادها الوطني، بفرض نظام من الرقابة القانونية الفعالة لضمان الحماية من الاستغلال الأجنبي للثروات الطبيعية للبلد المضيف، وتحديد للمجالات التي يجوز للمستثمر الأجنبي الاستثمار فيها مع اشتراط الحماية للأيدي العاملة الوطنية وعدم استغلالها بالاتجاه السلبي، مما يؤدي إلى خلق فرص متباينة لذوي النخبة وأصحاب المصالح على حساب العامة.

ومن كل ما تقدم نقول أن استخدام رأس المال الأجنبي من قبل الدول النامية ينبغي أن يؤخذ بحذر بالغ ليكون وسيلة إستراتيجية من وسائل التنمية الاقتصادية الكفيلة بمعالجة التخلف و تحقيق التنمية المرجوة، وهو الأمر الذي يتحقق متى عملت الدولة المضيفة للاستثمار على التأكد من مجموعة من العوامل المرتبطة بعملية الاستثمار ومدى ملائمتها و طبيعة الأهداف التنموية المراد تحقيقها و المتعلقة بتحديد المشروع الاستثماري، وكذا مدى استجابة المستهلك المحلي لهذا المشروع و تحديد المنافسين لهذا المشروع الاستثماري و إلى أي مدى سيؤثر ذلك على التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، و أخيرا حصر و تحديد حجم الخطر أو الأخطار التي يمكن أن تلحق بالمشروع الاستثماري⁽¹⁾، ومتى استطاعت الدولة المضيفة التحكم في هذه المعايير أو تحديد ميكانيزمات التعامل معها، استطاعت أن تجعل من المشروع الاستثماري القادم لها من أطراف أجنبية مشروعا ذا منفعة ايجابية و فعالة لتحقيق التنمية الاقتصادية.

(1) لمزيد من التفصيل حول هذه العوامل راجع ذلك في: Franck Bancel & Alban Richard, op.cit, p28.

الباب الأول: الضمانات القانونية والدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

تقديم وتقسيم:

تتطلب عملية التنمية في البلدان النامية المزيد عن دعوة رؤوس الأموال الأجنبية من الدول الصناعية والتي أصبحت من العوامل الأساسية والضرورية لإزالة العوائق أمام مسار التنمية، وهو ما يجعل الدول المستقبلية للاستثمارات الأجنبية ملزمة بتنظيم قواعد قانونية تحكم سير هذه الاستثمارات سواء من حيث الملكية، ومدى تدخل الدولة فيها، أو من حيث القيود القانونية والضريبة المطبقة عليها، وذلك بهدف فرض قدر من القيود القانونية على الشركات الأجنبية التي تقوم بالاستثمار في أراضيها وإخضاعها في نفس الوقت لرقابة قانونية فعالة تضمن لها الاستفادة من تلك الشركات وتجنبها السيطرة على اقتصادها الوطني.

وان كان لإصدار التشريعات المناسبة في هذا الشأن غاية في فرض السيادة وحماية الاقتصاد الوطني فإن الأمر ينعكس من جانب آخر لينظر لهذه التشريعات كوسيلة فعالة لتشجيع الاستثمار والمستثمرين، وذلك من خلال المزايا والضمانات والإعفاءات التي تتضمنها نصوص هذه التشريعات والممنوحة للمستثمر الأجنبي لتحقيق المزيد من جذب الاستثمارات، ومن ثم لم يكن غريبا أن تصبح قضية حماية الاستثمارات الأجنبية ضد المخاطر غير التجارية "السياسية" الشغل الشاغل لفقه القانون الدولي الخاص والاتفاقيات الدولية التي أبرمت بين العديد من الدول الصناعية والدول النامية، كما أخذت معظم الدول المصدرة لرأس المال بفكرة ضمان استثمارات رعاياها في البلاد المضيفة ضد هذه المخاطر.

ومن هنا سناول خلال هذه الدراسة تحديد وتبيان الوسائل القانونية الوطنية والدولية المعتمدة لتبديد مخاوف المستثمر الأجنبي وضمان استثمارات أمواله في الدول المضيفة تجاه كل العوائق التي يمكن أن تعترضه وذلك من خلال التقسيم التالي:

الفصل الأول: ضمانات الاستثمار الأجنبي في ظل القوانين الوطنية و الدولية.

الفصل الثاني: الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق معاملات الاستثمار الثنائية.

الفصل الثالث: الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق المعاهدات الجماعية.

الفصل الأول: ضمانات الاستثمار الأجنبي في ظل القوانين الوطنية والدولية.

أدركت معظم الدول النامية أهمية رأس المال الأجنبي في تحقيق تطورها ومسايرتها لركب الدول المتقدمة، مما كان لزوما عليها العمل والحفاظ على هذا المصدر المهم الذي يشترط لقدمه توفير الاطمئنان المطلب الذي لن يتأتى على وجهه الأمل، إلا إذا توافرت للمستثمر الضمانات اللازمة لمواجهة المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها استثماره في المستقبل القريب أو البعيد. وانطلاقا من ذلك سعت الدول النامية إلى إيجاد عدة وسائل تبعث الثقة والأمان في نفس المستثمر، وتضمن له الاعتراف بحقه في ملكية المنشآت التي يقيمها وتوفر له العديد من الحوافز والمزايا وذلك ضمن تشريعاتها الداخلية الخاصة بالاستثمار، إلا أن المستثمر الأجنبي قد يجد في هذه التشريعات الوطنية للدول المضيفة جانب من عدم الثقة فيها لعدم استقرارها أو ثباتها من جهة، ومن جهة ثانية الصعوبات التي قد تواجهه لتحصيل التعويضات المقابلة عن المخاطر التي تتعرض لها مشروعاته من هيئات ضمان الاستثمار، لذا كان لابد من تدخل آليات ووسائل دولية تكفل الحماية الكاملة للاستثمارات الأجنبية.

وبناء عليه سنبحث في هذه الدراسة وسائل الحماية التي تكفلها كل من القوانين الوطنية والدولية للاستثمارات الأجنبية وذلك وفقا للتقسيم التالي:

المبحث 1: الوسائل الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

المبحث 2: الوسائل الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

المبحث الأول: الوسائل الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

تقوم الدول المستقطبة لرأس المال الأجنبي كمبدأ عام بإصدار التشريعات القانونية التي تراها كفيلة بتحقيق أهدافها في اجتذاب رأس المال الأجنبي ورقابته بغية تنمية اقتصادها الوطني، ولعل السبيل الوحيد لتحقيق هذه الغاية وتنميتها العمل على النص في قوانينها الوطنية الخاصة بالاستثمار بما يفيد تشجيع الاستثمار الأجنبي وكفالة ضمانات وحوافز للمستثمر الأجنبي حتى تضمن توفير المناخ الطبيعي الذي يرتاح له المستثمر الأجنبي وبيعت فيه الثقة والاطمئنان على ماله المستثمر أمام المعوقات المختلفة التي قد تعترضه.

وقد عرف هذا التوجه طريقه للتطبيق منذ أكثر من نصف قرن بالنسبة للدول التي اندمجت في نطاق اقتصاد السوق، والتي جدت نفسها ملزمة بالبحث عن وسائل جذب الاستثمارات الخاصة وتشجيعها، وكان الاعتماد على الحوافز الضريبية كوسيلة لتشجيع الاستثمارات وجذبها يزداد وينمو أكثر فأكثر بين الدول كوسيلة محدثة للتوازن الاقتصادي ومحفزة للاستثمارات⁽¹⁾.

ويدعم البعض هذا الاتجاه بقولهم أن الأصل في تقديم الحوافز والضمانات الخاصة بالاستثمار يلزم ألا يكون في إطار من الاستثناءات، لأن الاستثناءات تنقضي وتزول في أي لحظة على عكس الحال إذا كانت الحوافز تتم في ظل مناخ من التشريعات الدافعة للإثراء الاقتصادي بمختلف جوانبه وأبعاده⁽²⁾، إلا أن ذلك لا يمنع الدولة المضيفة من وضع بعض الإجراءات التي تعكس مظهرا من مظاهر سيادتها وحقا مشروعا من حقوقها القانونية، كأن تقوم بإصدار نصوص قانونية تضمن تأمين بعض المشروعات التجارية الأجنبية، أو نزع ملكية هذه المشروعات للصالح العام أو مصادرتها كلما جاءت مخالفة للقانون وغيرها من النصوص التي قد تشكل في بعض الأحيان خطرا وعائقا أمام استقطاب الاستثمارات الأجنبية، مما قد يدفع بالمستثمر الأجنبي العدول والتخلي عن فكرة استثمار أمواله في هذه البلاد، وعرفت هذه المعوقات بمصطلح المخاطر غير التجارية أو المخاطر السياسية⁽³⁾.

وسنحاول ضمن التقسيم التالي دراسة وبحث هذه المعوقات وأشكالها، لننتقل لتحديد أهم الضمانات التي تكفلها الدول ضمن تشريعاتها لتشجيع الاستثمار الوافد إليها وضمان بقاءه وفقا لما يلي:

المطلب 1: معوقات الاستثمار الأجنبي.

المطلب 2: المزايا والضمانات القانونية المكفولة للاستثمار الأجنبي.

(1) Neji Baccouche: Incitation aux Investissement entre Etat, article publier dans: ou va le droit d'investissement, op. cit, p61.

(2) د/ حسن مهران: الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر وإمكانات تطوره، مرجع سابق ذكره، ص 40.

(3) تعرف المخاطر غير التجارية أو السياسية بأنها الإجراءات التي تقوم بها حكومات الدول المضيفة للاستثمار والتي تؤدي إلى حرمان المستثمر بشكل مباشر أو غير مباشر من حقوقه الجوهرية على استثماره أو السيطرة عليه بطرق وصور متعددة ومختلفة، راجع في ذلك: د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر، مرجع سابق ذكره، ص 337.

المطلب الأول: معوقات الاستثمار الأجنبي.

تتعدد وتختلف العوائق التي تحول دون انسياب رأس المال الأجنبي وما يصاحبه عادة من خبرة وتكنولوجيا تختلف من حالة إلى أخرى بحسب البلد القادم منها والبلد الوافد إليها، غير أن العائق الأكبر في سبيل وفود رأس المال الأجنبي هو الخوف من المخاطر غير التجارية وعلى الأخص من الإجراءات الحكومية كالمصادرة ونزع الملكية دون تعويض، كما قد تقوم بفرض بعض القيود القانونية الضريبية والنقدية⁽¹⁾.

وعليه فإن الأمر يقتضي منا بحث هذه المعوقات كل واحدة منها على حدة لكونها المؤثر المحدد لحجم الاستثمارات الأجنبية في الدول المحتاجة إليها، فكلما تم تحديد ومعرفة معوقات الاستثمار الأجنبي يتجلى بالمقابل أمام الدولة الوسائل التي تستهدف إغراء المستثمر الأجنبي وجذبه إليها، وعليه سنقسم دراستنا هذه إلى ثلاثة فروع لبحث كل نوع من هذه المعوقات على حده، ليتسنى لنا فيما بعد بحث الضمانات الكافية لمواجهتها.

الفرع 1: نزع الملكية "l'expropriation".

عبر احد الشراح القانونيين بقوله أن كل دولة حرة في منح الأجانب الحق في امتلاك أراضي أو أموال عقارية أخرى داخل إقليمها أو حرمانهم من هذا الحق و ليس لأحد حق الشكوى من أن الدولة لا تسمح للأجانب بمثل هذه الحقوق⁽²⁾، ويتجسد هذا الحق انطلاقاً من اعتراف القانون الدولي لكل دولة ذات سيادة بالحق في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وتنظيم الاستثمارات داخل إقليمها⁽³⁾.

وقد تعددت الأساليب التي تتبعها الدولة في الاستيلاء على المصالح المالية للأجانب الموجودين على إقليمها إلا أنها تتشابه جميعها في كونها إجراءات تنسب إلى الدولة وتهدف في مجملها إلى حرمان الأجنبي حرماناً فعالاً من الفوائد المالية التي تعود عليه من أمواله المستثمرة⁽⁴⁾. ويصنف إجراء نزع الملكية من أخطر الإجراءات التي يمكن أن تتخذها حكومة البلد المضيف في حق المستثمر الأجنبي لاسيما وإن كان هذا الإجراء قد تم بدون تعويض أو مقابل تعويض غير متناسب مع قيمة الأموال المستولى عليها.

(1) د/ إبراهيم شحاتة: الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليه، مرجع سابق ذكره، ص 140.

(2) راجع في ذلك: عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانونية للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 47.

(3) د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 47.

(4) د/ عصام الدين بسيم، نفس المرجع، ص 244.

و قد عرف البعض نزع الملكية على أنه إجراء يقع غالبا على عقارات محدودة ومعينة، وغالبا ما يصاحبه دفع تعويض كامل وحال للمالك القديم، وإن كان لا يقصد به تعديل جوهري في نظام الملكية في المجتمع أو تحقيق غاية إصلاحية عامة (1).

وفي هذا الصدد يرى البعض أن تدخل السلطة العامة في الدولة لنزع الملكية الخاصة أو تقييدها هو إجراء عرفته كافة النظم القانونية منذ القدم ومعترف به حتى في إطار النظم الرأسمالية القائمة على تقديس الملكية الفردية بوصفها حقا طبيعيا للإنسان، بل وأقرت واعترفت للدولة بالقدرة على نزع الملكية الخاصة حتى بصفة نهائية في حالات معينة للصالح العام مقابل تعويض يدفع للمالك أو حتى بدون أي تعويض عند ارتكاب أعمال مخالفة لأحكام القانون أو النظام العام (2).

وقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتماد صورتين من صور أخذ الملكية وهما نزع الملكية للمنفعة العامة والمصادرة (3)، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه في التمييز بين هاتين الصورتين على أساس معيار دفع التعويض، فإذا قامت الدولة بأداء التعويض الكامل للمالك فإن نزع الملكية في هذه الحالة ينطوي على نزع للملكية بغرض تحقيق المصلحة العامة، أما إذا كان التعامل مع التعويض بعدم أدائه للمالك أو دفع تعويض لا يعادل قيمة الملكية المنزوعة فإن الإجراء القانوني المتخذ في هذه الحالة يوصف بأنه إجراء مصادرة (4).

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى إضافة صورة أخرى من صور نزع الملكية تتجلى في قيام الدولة باتخاذ إجراءات تهدف إلى نزع ملكية الفرد بشكل غير مباشر أو كما يطلق عليه البعض بالاستيلاء التنظيمي ويشمل كل ما من شأنه تخفيض قيمة الممتلكات بفعل الحكومة المضيفة أو تقييد سيطرة المستثمر الأجنبي على ممتلكاته أو استغلالها، ومن أمثلة تلك الإجراءات فرض ضرائب مبالغ فيها وهو ما قد يطلق عليه اسم "المصادرة الزاحفة" أو الامتناع عن منح المستثمر تراخيص الاستيراد والتصدير اللازمة لاستمرار مشروعه أو تحديد أسعار منتجاته بأقل من تكلفة الإنتاج أو التدخل في الإدارة (5)، وهو

(1) د/ عبد الواحد محمد الفار: الاستثمارات الأجنبية الخاصة، مجلة الدراسات القانونية، يناير 1979، العدد الأول، السنة الأولى، جامعة أسبوط، ص 123.

(2) د/ هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000، ص 01.

تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين إجراء نزع الملكية والاستيلاء، نظرا لتطابق الإجراءين والخلط بينهما في كثير من الأحيان، فالاستيلاء هو إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة للانتفاع ببعض الأموال سواء كانت عقارية أو منقولة بهدف تحقيق مصلحة عامة، دون أن يترتب عن ذلك نزع ملكية المالك الأصلي، على عكس قرار نزع الملكية الذي لا ينصب عادة إلا على الأموال العقارية كما سبق وإن رأينا ويؤدي إلى نقل ملكية المال بصورة نهائية.

(3) سيتم التطرق بالتفصيل لاحقا لإجراء المصادرة كنوع من أنواع معوقات الاستثمار الأجنبي.

(4) راجع هذا الاتجاه الفقهي في: د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 82.

(5) راجع في: ذلك د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 218، 219 =

= و راجع كذلك: د/ احمد شرف الدين: نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي، دار النهضة العربية 1987 القاهرة، ص 05.

ما يفيد أن الفقه الدولي قد أخذ بمفهوم موسع لمصطلح نزع الملكية وذلك بالإشارة والتركيز على كافة صور المساس بالحقوق المكتسبة للمستثمر الأجنبي، سواء تعلق الأمر بالإجراءات التي تلجأ إليها سلطات الدولة المضيفة من منع للتراخيص أو فرض ضرائب أو منعه من السيطرة على مشروعه أو ممتلكاته أو حرمانه منها ...

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن غالبية الفقه الذي أقر بسيادة الدولة في اتخاذ إجراءات نزع الملكية انتهى أيضا إلى أن هذه الإجراءات لا يمكن أن يمتد أثرها إلى خارج إقليم الدولة التي أصدرتها، بمعنى أنها إجراءات تنطبق على كل من يقطنون الإقليم سواء أكانوا مواطنين أو أجانب في حدود الإقليم الذي تمارس فيه هذه الدولة سيادتها وذلك تطبيقا لمبدأ السيادة الإقليمية وقاعدة إقليمية القوانين العامة⁽¹⁾، ذلك أنه من غير المتصور أن يتناول القرار الصادر بنزع الملكية للمنفعة العامة الأموال الكائنة في إقليم دولة أجنبية حتى ولو كانت ملكية هذه الأموال عائدة لمواطني هذه الدولة.

وعليه فإن أي نزاع يثور حول هذه الإجراءات يؤول اختصاصه والفصل فيه إلى المحاكم المختصة التابعة والمتواجدة على إقليم هذه الدولة⁽²⁾، ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك⁽³⁾. وقد تجسد الاعتراف للدولة بحقها في نزع الملكية للمنفعة العامة أو المصلحة الوطنية ضمن العديد من التشريعات المقارنة التي أقرت وخولت السلطة العامة في الدولة الحق في إصدار القرارات اللازمة التي تمس نزع الملكية الخاصة كلما دعت الضرورة العامة لذلك، ففي الجزائر ينظم الدستور إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة أين يقابل هذا الإجراء تعويضا مناسباً لكافة الإضرار التي تلحق صاحب الملكية حيث تنص المادة 20 منه على مايلي: " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".

أما في مصر فقد نصت المادة: 34 من الدستور المصري على مايلي: " الملكية الخاصة مصونة، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون، وحق الإرث مكفول".

كما ينظم الدستور الأردني إجراءات نزع الملكية للمنفعة العامة ويقر بهذا الحق للسلطة العامة ضمن المادة 11 منه التي تنص على مايلي: " لا يستملك ملك أحد إلا للمنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل حسبما يعين في القانون".

(1) د/هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص 06.

(2) د/هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، الكتاب الثاني، ص 100 وما بعدها.

(3) تجدر الإشارة في هذا المجال أنه إذا وقع إجراء نزع الملكية على أموال مملوكة للأجنبي فهنا يتعين على الدولة التي اتخذت الإجراء أن تراعي أحكام الحماية الاتفاقية المقررة للأموال الأجنبية بمقتضى الاتفاقيات الدولية، وسيتم التطرق بالتفصيل لهذه الجزئية في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

ويتضح مما تقدم أن معظم القوانين المقارنة تقرر حق السلطة العامة في نزع الملكية الخاصة للأفراد، وهو حق مكرس قانوناً لا يجوز الاعتراض عليه أو إلغائه متى توافر شرط تحقيق المصلحة العامة كمقابل لنزع الملكية الخاصة، ولكن في نفس الوقت تؤكد هذه النصوص مجتمعة على التعويض كمقابل وشرط أساسي ومهم لتحقيق نزع الملكية.

الفرع 2: تأمين ومصادرة المشروعات الاستثمارية الأجنبية.

اقترن إجراء المصادرة بالتأمين رغم اختلاف الطبيعة القانونية ومفهوم كل واحد منها، إلا أن الأمر قد يلتبس عند البعض لاشتراك الإجراءين في بعض الخصائص الجوهرية كإنتفاء عنصر التعويض في بعض الحالات ووحدة النتيجة المحققة وهي إنهاء الملكية الخاصة التي يتمتع بها الفرد، وانتقال هذه الملكية إلى الدولة وضرورة استناد الإجراءين إلى قانون يبرر اتخاذهما و يحدد حالتها، إلا أن الطبيعة القانونية لكل من التأمين والمصادرة من حيث المفهوم تجعل من أوجه الاختلاف القائم بينهما أكثر وأهم من أوجه التشابه وهو ما يستدعي دراسة وبحث كل إجراء على حده فيما يلي.

أولاً: المصادرة (la confiscation)

المصادرة إجراء وقائي بوليسي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة والنظام العام والآداب، وهي بمثابة إجراء جنائي مترتب على النظم العقابية التي تنص على المصادرة كجزء من العقاب الموقع عن جريمة⁽¹⁾

في حين يذهب البعض إلى تعريف المصادرة على أنها إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة وتستولي بمقتضاه على ملكية كل أو بعض الأموال أو الحقوق المالية المملوكة لأحد الأشخاص وذلك بدون مقابل مالي⁽²⁾

و عرفها البعض الآخر بقولهم أنها عقوبة توقع في مواجهة شخص أو أشخاص معينين وبمقتضاها تستولي الدولة على كل أو بعض الأموال المملوكة لهؤلاء الأشخاص دون أداء أي تعويض⁽³⁾.

وإجراء المصادرة على هذا النحو ووفقاً لما يمكن استخلاصه من التعاريف المنسقة له أنه يتم عن طريق السلطة القضائية ويطلق عليه عادة بالمصادرة القضائية أو الجنائية، كما تظهر صورة أخرى للمصادرة والتي تتم عن طريق السلطة التنفيذية وتسمى بالمصادرة الإدارية.

فالمصادرة القضائية هي التي تقرر بموجب حكم أو قرار صادر عن المحاكم العادية كعقوبة تبعية أو

(1) راجع ذلك في: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 123.

(2) د/ هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 19.

(3) راجع هذا التعريف مذكور في: د/ دريد محمود على السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 88.

تكميلية⁽¹⁾ لإحدى الجرائم الجنائية، أو تصدر عن جهة قضائية خاصة "استثنائية" في صورة قرار لمواجهة ظروف غير عادية، كتجريد المتمردين أو أعداء الدولة من جميع الإمكانات التي بحوزتهم لمواجهة أي مساس بالحكم أو السلطة.

أما المصادرة الإدارية فتظهر عادة كإجراء وقائي تفرضه وتقتضيه بعض الاعتبارات الخاصة بالمحافظة على الأمن والسلامة والصحة العامة، ومثال ذلك: كقيام السلطة الإدارية بمصادرة أغذية أو مواد محظورة تضر بأمن وسلامة المواطنين...

وأيا كانت الصور أو القرار الذي تظهر به المصادرة فإنه من الضروري أن تستند إلى نص قانوني يخول الحق للسلطة المكلفة بإصداره «السلطة القضائية» أو تنفيذه «السلطة التنفيذية» ووفقا للحدود والضوابط المقررة قانونا⁽²⁾.

ولقد تضمنت العديد من القوانين المقارنة نصوصا قانونية تنظم إجراءات المصادرة الواقعة على المشاريع الاستثمارية وكيفية التعامل معها، فقد نص قانون تشجيع الاستثمار الجزائري بموجب المادة: 16 ف3 على مايلي: "لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"⁽³⁾.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المصادرة المحظورة بموجب هذه القوانين وغيرها، إنما المقصود بها المصادرة العامة التي ترد على أشياء وأموال غير محددة أو غير معينة بذاتها وهي في الغالب محظورة وغير مشروعة سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي.

أما المصادرة المشروعة فهي المصادرة الخاصة التي ترد على مال أو غرض معين بذاته ولا تصح إلا بموجب حكم قضائي وتطبيقا لنص عقابي ولا فرق في هذا الشأن عند تنفيذ إجراء المصادرة بين أموال الأجانب أو أموال المواطنين، فكلاهما تطبق في شأنه نفس إجراءات المصادرة دون أي تمييز.

وعليه نخلص إلى أن المصادرة إجراء مشروع في ذاته ومعترف به في مختلف القوانين المقارنة ولا أدل على ذلك أنه من الإجراءات التي لم تثر بشأنها أي إشكالات قانونية على الصعيد الدولي، لاسيما وإن

(1) فقد نص قانون العقوبات الجزائري رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ضمن المادة 09 على أن: (العقوبات التكميلية هي:- الحجز القانوني- الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية- تحديد الإقامة- المنع من الإقامة- المصادرة الجزئية للأموال.....)، وكذا جاءت نص المادة: 24 من قانون العقوبات المصري رقم 85 لسنة 1937 محددة للعقوبة التبعية كمايلي: - أولا: الحرمان من الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة 25 .

- ثانيا: العزل من الوظائف الأميرية.

- ثالثا: وضع المحكوم عليه تحت مراقبة البوليس.

- رابعا: المصادرة.

(2) احمد صادق القشيري: التأميم في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول عام 1969 ، السنة 11 ص 239 وراجع كذلك: د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص20.

(3) راجع المادة 16 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في أول جمادى الثانية عام 1422 الموافق لـ 20 غشت سنة 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار.

الطبيعة الجزائية للمصادرة تمنع من الاعتراف لها بآثار دولية بحيث لا تسري في مواجهة الأموال الموجودة في الخارج⁽¹⁾، وفي نفس السياق فإن هذا الطابع الجزائي للمصادرة يؤدي بالضرورة إلى انتفاء عنصر التعويض على الأموال المصادرة وهي خاصية صنفها البعض على أنها من أهم الخصائص التي تميز المصادرة عن نزع الملكية⁽²⁾، غير أن هذه الخاصية -انتفاء التعويض- لا يجب بالضرورة أن توضع كمعيار لوصف الإجراء القانوني بأنه مصادرة ذلك أن الكثير من الدول قد لجأت إلى تأميم مشروعات أجنبية دون أن تؤدي تعويضا مقابلا لذلك، مما دفع البعض إلى تكييف هذه الإجراءات على أنها نوع من المصادرة⁽³⁾.

ثانيا: التأميم (la nationalisation).

ذهب بعض الشراح إلى القول أن الدولة التي تسمح للأجانب باكتساب الأموال بطريق قانوني داخل إقليمها يجب عليها ألا تحرمهم من أموالهم هذه بطريقة تعسفية⁽⁴⁾، وهو موقف قد يتعارض مع الحق الذي يعترف به القانون الدولي لكل دولة ذات سيادة بالحق في نزع الملكية الممارس على أموال مواطنيها أو أموال الأجانب الموجودة على إقليمها.

وانطلاقا من ذلك ولتنظيم العلاقة بين هذا الحق الدولي المخول للدول وحق الفرد في التعويض عن ممتلكاته التي اكتسبها بطريق قانوني وسلبت منه من طرف السلطة العامة للدولة، ظهر نظام التأميم الذي يحقق وفقا لمفهومه وطبيعته القانونية هذا التوازن في هذه العلاقة.

وقد تعددت وتنوعت التعريفات المنسقة للتأميم في كتب القانون رغم أنه من النظم القانونية الحديثة نسبيا في الظهور⁽⁵⁾، فقد ذهب البعض إلى تعريفه بأنه تحويل مال معين أو نشاط معين من أجل المصلحة

(1) لمزيد من التفصيل راجع: د/ احمد صادق القشيري، مرجع سابق ذكره، ص 233 وما بعدها.

(2) حيث فرق البعض بين نزع الملكية والمصادرة على أساس معيار قائم على مدى الأثر القانوني الذي يترتب على قرار أخذ الملكية، فإذا كان القرار يترتب عليه الالتزام بدفع تعويض كامل ما نكون أمام قرار نزع ملكية، أما إذا كان القرار لا يستتبع التزاما بأداء أي نوع من التعويضات أو كان التعويض ناقصا فإن الإجراء هنا هو نزع ملكية شبيه بالمصادرة. راجع ذلك في: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 26.

(3) د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص 21.

(4) د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 244.

(5) ظهر التأميم كظاهرة قانونية في مطلع القرن العشرين إذ ترجع أولى تطبيقاته إلى عام 1917 على اثر التجربة المكسيكية وذلك بالنص في دستورها الصادر بتاريخ 31/جانفي/1917 على أحقية الدولة في التأميم مقابل تعويض عادل، ثم تلاها بعد شهور معدودة التأميمات الروسية بجميع وسائل الإنتاج سواء المملوكة للمواطنين أو الأجانب وذلك على إثر الثورة البلشفية في روسيا في أكتوبر 1917، أين سادت معتقدات إيدولوجية بضرورة الاستيلاء دون تعويض على جميع وسائل الإنتاج وقد أقرت المادة 04 من دستور الاتحاد السوفياتي سابقا على ذلك بأن: « النظام الاشتراكي والملكية الاشتراكية لأدوات ووسائل الإنتاج يشكلان القاعدة الاقتصادية التي يقوم عليها الاتحاد السوفياتي»، وتوالت التأميمات بعد ذلك لدى العديد من الدول خصوصا الاشتراكية والدول الاسياوية والإفريقية ودول أمريكا اللاتينية وغيرها

العليا إلى ملكية جماعية أو نشاط جماعي بقصد استعمال هذه الملكية أو ذلك النشاط في الحال أو المستقبل لتحقيق المصلحة العامة وليس في سبيل المصلحة الفردية الخاصة⁽¹⁾.

في حين عرفه البعض بأنه «عمل من أعمال السيادة يصدر عن السلطة الحاكمة يتم بموجبه نقل ملكية وسائل الإنتاج والتداول وبعض الأنشطة الاقتصادية الهامة كالتأمين والاستيراد والتصدير من دائرة النشاط الخاص إلى دائرة نشاط الدولة كي تتولى بنفسها استغلال هذه الوسائل ومباشرة هذه الأنشطة لمصلحة مجموع الشعب»⁽²⁾.

كما عرفه معهد القانون الدولي في مؤتمره المنعقد سنة 1952 كما يلي "إن التأمين هو نقل ملكية ممتلكات أو حقوق خاصة معينة بالذات إلى الدولة بعمل تشريعي للمصلحة العامة وبغرض استغلالها أو السيطرة عليها من جانب الدولة، أو توجيهها لتحقيق هدف جديد تعينه الدولة"⁽³⁾.

و تعرض جانب من الفقه إلى تعريف التأمين بناء على الأنواع التي يظهر فيها بقولهم "أن التأمين إجراء يقصد به نقل ملكية مجموعة الأموال التي تكون في صورة مشروع إلى الأمة، إما بهدف القضاء الشامل على كافة مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج تلافيا للاستغلال ويسمى بالتأمين العقائدي أو الإيديولوجي، أو لمجرد القضاء على سيطرة رؤوس الأموال الأجنبية على الاقتصاد الوطني ويطلق عليه اصطلاح التأمين العلاجي أو الإصلاحي"⁽⁴⁾.

ورغم تعدد واختلاف التعاريف المحددة لمفهوم التأمين، إلا أنها تجتمع وتتفق في أن التأمين مهما تعددت أنواعه أو صوره فإنه لا يخرج عن كونه إجراء ساري يتمحور حول نقل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة وذلك بموجب نص تشريعي وبهدف تحقيق المصلحة العامة بحسب ما يقدرها المشرع أو يراها.

من الدول الراغبة في السيطرة على وسائل الإنتاج، وأصبح للفظ التأمين المفهوم السحري لدى الشعوب النامية التي تنظر إليه كوسيلة للتخلص من التبعية الاقتصادية، راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، نفس المرجع، ص 245 وما بعدها.

(1) راجع هذا التعريف في: د/ دريد محمود على ألسمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 92.

(2) د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 123.

(3) تعريف مذكور في: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 167.

(4) د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص 07.

حيث يقصد بالتأمين الإيديولوجي ذلك التأمين الموجه ضد الملكية الفردية والذي يقوم على رفض أداء أي تعويض للملاك السابقين كأسلوب التأمين الذي انتهجته روسيا وهو أسلوب لاقى العديد من الإشكالات القانونية على مستوى الصعيد الدولي.

أما التأمين العلاجي أو الإصلاحي هو التأمين المسلط على بعض جوانب النشاط الاقتصادي مع الاحتفاظ بمبدأ الملكية الفردية، بمعنى أن حق التعويض مكفول للملاك السابقين للأموال المؤممة.

وهناك نوع آخر من التأمينات يسمى بتأمين النمو الاقتصادي ويقصد به ذلك التأمين الذي تلجأ إليه عادة دول العالم الثالث استجابة لدوافع وطنية من أجل السيطرة على الموارد المحلية وتحقيق الاستقلال الاقتصادي، وهو أسلوب معتدل مقارنة بالتأمين الإيديولوجي ذلك أنه لا يقضي على مبدأ الملكية الفردية، كما أنه يتضمن تعويض المالكين السابقين.

راجع في ذلك: د/ أحمد صادق القشيري، مرجع سابق ذكره، ص 235.

على أن أهم ما يميز التأمين عن غيره من الإجراءات الشبيهة به ⁽¹⁾، الهدف الذي يرمي إلى تحقيقه هذا الإجراء وهو تغيير البنيان الاقتصادي والاجتماعي في الدولة وذلك بوضع الأموال المؤممة تحت سيطرة الدولة إما بصورة كلية أو بصورة جزئية وفي كلتا الحالتين فهو يؤدي إلى القضاء على إمكانية التملك بالنسبة للأموال موضوع التأمين.

وعليه يتضح أن التأمين أصبح من الظواهر الشائعة في كل الدول ⁽²⁾، رغم اختلاف أنظمتها الاقتصادية والسياسية والاجتماعية لاسيما الدول النامية منها ⁽³⁾، كما أصبح في العصر الحديث من الوسائل المعترف بها على المستوى الدولي أين أقرته قرارات الأمم المتحدة بموجب القرار رقم: 3271 سنة 1974 الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة الصادر عن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول، أين وافقت وأقرت بموجب نص المادة 2/02 ج على " أن لكل دولة الحق في تأمين أو مصادرة أو نقل أو تحويل ملكية الأموال الأجنبية مع وجوب دفع تعويض كاف وفقا لقوانينها ولوائحها".

و نخلص إلى القول أن قرار التأمين أمام الاعتراف الدولي به كمظهر من مظاهر سيادة الدولة ووسيلة من وسائل تحقيق المصلحة العامة، أصبح يتعدى بآثاره الحدود الإقليمية للدولة مصدرة القرار ليشمل فروع وتوابع المشروع محل التأمين الموجودة خارج حدود الدولة ⁽⁴⁾، وإن كان لقرار التأمين بهذا النحو أثر في تجسيد مبدأ سيادة الدولة وحققها في إصدار القرارات التي تضمن حماية اقتصادها الوطني إلا أنه ينبغي بالمقابل على هذه الدولة محاولة إجراء توازن بين حقها في اتخاذ قرارات التأمين ومدى تأثير ذلك على الاستثمارات الأجنبية المستقطبة حتى لا يصير قرار التأمين بمثابة عائق أمام وفود رأس المال الأجنبي إلى هذه الدولة.

(1) رغم الفروق الجوهرية بين كل من نظام نزع الملكية ونظام التأمين، إلا أن جانب من الفقه أنكر أن يكون للتأمين مفهوم مستقل عن إجراءات نزع الملكية وذلك لتشابه الاجرائين من حيث نقل الملكية إلى الدولة، وشرط المصلحة العامة، إلا أن فقهاء القانون في الدول النامية يخالفون الرأي ويذهبون إلى القول أن شرعية إجراءات التأمين لا تتوقف على أداء التعويض، ذلك أن التعويض يشترط في إجراءات نزع الملكية كجزء من العملية القانونية، بينما التعويض لا يعد ركنا من أركان التأمين بل هو أثر من آثاره والتزام لا حق لوجوده، فالوعد بالتعويض أو الالتزام بأدائه كاف لشرعية إجراءات التأمين والاعتراف بآثاره خارج الإقليم، راجع في ذلك: د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره ص 85، وكذا: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 168 وما بعدها.

(2) فعلى سبيل المثال نصت ديباجة الدستور الفرنسي أن " كل مؤسسة ذات نفع عام أو تتمتع باحتكار فعلي يجب أن تكون ملكا للجماعة"، كما نصت المادة: 43 من الدستور الإيطالي على مايلي " يجوز تحقيقا لرفاهية الشعب أن تمتلك الدولة المؤسسات التي تعتبر ذات نفع عام "، راجع في ذلك: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 27.

(3) فقد عرفت الجزائر منذ حصولها على الاستقلال إصدار سلسلة من إجراءات التأمين ابتداء من أراضي المعمرين وممتلكاتهم كالمحلات والمساكن والوحدات الصناعية ثم تلاها تأمين المناجم في 1966/05/06 وكذا تأمين البنوك في سنة 1966 وصولا إلى تأمين المحروقات في 1971/02/24، لمزيد من التفصيل راجع: د/ احمد صادق القشيري مرجع سابق ذكره ص 235 وما بعدها، وكذا راجع معلومات حول سياسية التأمينات في الجزائر على الموقع: www.al-nukhba.net/ub/archive/T-2351.htm.

(4) لمزيد من التفصيل راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 182، 183، 184.

الفرع 3: القيود القانونية النقدية والضريبية.

انطلاقاً من مبدأ حرية الدولة ذات السيادة في سن وتشريع القوانين التي تراها مناسبة لتحقيق التنمية الاقتصادية وحماية اقتصادها، و هو المبدأ الذي أقرته قواعد القانون الدولي.

واعتماداً على ذلك فإن كل دولة تملك الحق المطلق في تحديد ورسم السياسة القانونية التي تحكم فرض الضرائب والرسوم والأعباء المالية على كل شخص طبيعي أو معنوي اختار الإقامة أو مزاولة نشاط استثماري على إقليمها، وكذا التحكم في حركة الأموال الداخلة في اقتصادها، وقد عبر بعض الشراح عن رأيهم في حق الدولة في فرض الضرائب على الأجانب المقيمين على إقليمها بأن الدولة التي تملك - كجزء من سيادتها - الحق في فرض الضرائب.

على الأجانب المقيمين في إقليمها، وعلى ممتلكاتهم الكائنة بها، وعلى الدخول النابعة من موارد في اختصاصها ولها أن تلزمهم بدفع الضرائب والرسوم المستوجبة عليهم⁽¹⁾.

وأمام هذا الإقرار الدولي والفقه لأحقية الدولة وحريتها في فرض الضرائب والرسوم المختلفة على الأجانب، إلا أن ذلك لا يعني أن تتمادى هذه الدولة في استعمال هذا الحق كفرض أعباء مالية على الأجانب تفوق تلك المفروضة على المواطنين بصورة تدل على تعسف الدولة في حق الأجانب وإلا أصبحت السياسة الضريبية المتبعة في هذه الدول تشكل عبئاً وسبباً من أسباب إعاقة الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها في الدول المحتاجة إليها، وقد عبر البعض⁽²⁾ عن ذلك بقولهم " أن حرية الدولة في فرض الضرائب على الأجانب يحددها القانون الدولي بأن تكون الضرائب عامة وموحدة على الأشخاص المتساوين في المراكز " .

وتسعى الدول في نفس السياق إلى فرض نظام وقواعد رقابة تبتغي من خلاله التحكم في إجراءات الصرف الأجنبي وتحويل الأموال من طرف الأجانب إلى مواطنهم، ووضع شروط وفقاً لما تراه مناسباً لاستخدام الأجانب في المشروعات وهي تسعى بذلك إلى تحقيق وفرض إشرافها على استغلال ثرواتها وحماية لاقتصادها الوطني.

ورغم اختلاق السياسات والنظم المتبعة من طرف كل دولة بين متشدد في وضع قيود على الاستثمارات الأجنبية و بين من يتبع سياسة مرنة في التعامل مع رأس المال الأجنبي، إلا أن هذه الإجراءات تضل قيوداً في وجه المستثمر الأجنبي الذي يتعامل مع الدولة التي تفرضها بكل حذر وتحفظ عند التفكير في استثمار أمواله فيها مهما اختلفت.

وعليه وأمام أهمية كلا الأسلوبين في تحديد سياسة الدولة في تعاملها مع رأس المال الوافد إليها لاسيما الدول النامية، سنحاول بحث كل أسلوب على حده فيما يلي:

(1) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 110.

(2) نفس المرجع ص 111.

أولاً: القيود القانونية الضريبية.

أصبح حق الدولة ذات السيادة ثابتاً على المستوى الدولي في تشريع القواعد الضريبية التي تتعامل بها مع الأجانب المقيمين بإقليمها، و يتضح ذلك من خلال ما أقرته اللجنة القانونية الاستثمارية لدول آسيا وإفريقيا في دورتها الرابعة سنة 1961⁽¹⁾، بأن مسؤولية الأجنبي عن دفع الضرائب والرسوم تقوم طبقاً لما تنص عليه القوانين واللوائح في الدولة، ويتجسد هذا الحق للدولة من خلال فرض سلطتها في تحديد المبالغ الواجب أدائها و الأغراض التي تصرف فيها هذه المبالغ⁽²⁾.

ويؤسس بعض الفقه هذا الحق المخول للدولة في فرض الضرائب على الأجانب والأموال انطلاقاً من أن التزام الأجانب بدفع الضرائب التي تفرضها الدولة يرجع في الواقع إلى أن خضوع الفرد للضريبة لا يقوم على فكرة تبعية هذا الفرد لها من الناحية السياسية وإنما يقوم على تبعيته لها من الناحية الاقتصادية⁽³⁾. في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى تأسيس هذا الحق بناء على أن الدولة تتحمل أعباء مالية كبيرة في تأديتها لوظائفها بما فيها ضمان الحماية والاستقرار للأشخاص والأموال، مما يجعل من واجب هؤلاء الأشخاص - مواطنين أو أجانب - المساهمة في هذه الأعباء وبذلك يصبح أداء الضريبة التي تفرضها الدولة على الأجانب وعلى أموالهم أمراً يشكل التزاماً على عاتقهم لا يجوز رفضه أو الدفع بالتصل منه⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن الأعباء الضريبية التي تفرضها الدولة تشمل كافة الضرائب المقررة في الدولة والضرائب المحلية، ويضيف إليها البعض الأعباء شبه الضريبية مثل الاستقطاعات الإجبارية التي تقوم بجبايتها السلطات العامة أو شبه العامة خارج نطاق الضرائب مثل الرسوم⁽⁵⁾. ولما كانت السياسات الضريبية في الدول النامية بصفة عامة من أهم السياسات المالية لما لها من دور في توجيه الاقتصاد الوطني والمساهمة في تمويل المشاريع الاقتصادية والاجتماعية وأداة هامة في تفعيل المناخ الاستثماري وتشجيع المستثمرين الأجانب، إلا أنها قد تكون في بعض الوقت عائقاً أمام تدفق المال الأجنبي وسبباً في تخوف المستثمر الأجنبي من استثمار أمواله في هذه الدول وقد يرجع ذلك إلى عدة

(1) نفس المرجع ص 112.

(2) ويمكن تعريف الضريبة بأنها: اقتطاع مالي إجباري غير عقابي تحدده الدولة ويلتزم الأشخاص - الطبيعيون والمعنويون - بأدائه للدولة بصفة نهائية وبدون مقابل خاص وذلك تمكيناً لدولة من القيام بوظائفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، راجع هذا التعريف في: المحاسبة الضريبية، مقال منشور على موقع: <http://www.ssic2002.com/assets/files/pdf/1512>.

(3) راجع ذلك في: د/ شمس الدين الوكيل: الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق ذكره، ص 411، 410.

(4) راجع هذا الرأي الفقهي في: د/ دريد محمود على السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 110.

(5) لمزيد من التفصيل في هذا الشأن راجع: د/ ميراندا زغلول رزق: تأثير نظم الحوافز والإعفاءات الضريبية على تحسين بيئة الاستثمار في مصر، مجلة مصر المعاصرة، يوليو/ أكتوبر 1994، العددان 437-438، السنة الخامسة والعشرون، القاهرة، ص 165.

أسباب أهمها⁽¹⁾: طريقة تحديد الضرائب، وحالات الإعفاء منها ومدتها ونوع الضرائب المستحقة، وهي أسباب تجعل من الضرائب والرسوم والأعباء الضريبية الأخرى عائقاً أمام وفود رأس المال الأجنبي إلى الدول النامية المحتاجة إليه ويمكن تحديد أهم هذه العوائق وإجمالها فيما يلي:

01) الازدواج الضريبي.

يعتبر الازدواج الضريبي وما ينتج عنه من آثار تعيق المستثمر الأجنبي ورأس ماله الوافد إلى الدول النامية من أبرز الظواهر الاقتصادية الحديثة التي أثارت الكثير من المناقشات بين رجال الاقتصاد والمال والقانون، ويمكن تعريفه عموماً بأنه فرض الضريبة نفسها لأكثر من مرة على المكلف بها وعن الوعاء أو المال نفسه الخاضع للضريبة وفي المدة الزمنية ذاتها⁽²⁾، مما يعني أننا نكون أمام حالة ازدواج ضريبي إذا توافرت مجموعة من الشروط يمكن تعدادها كما يلي:

1- وحدة الضريبة 2- وحدة المادة الخاضعة للتكليف 3- وحدة المكلف بالضريبة 4- وحدة المدة الزمنية.

وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن الازدواج الضريبي قد يظهر من حيث الجهة المصدرة له بشكل ازدواج داخلي محلي⁽³⁾، الذي ينشأ بتوافر الشروط السابق ذكرها داخل الحدود الإقليمية للدولة التي تفرضه، وترجع أسبابه عادة إلى طبيعة النظام الضريبي المتبع من طرف هذه الدولة القائم على تعدد الضرائب المفروضة على الدخل كأن تسن فرض ضريبة عامة على الدخل وضرائب نوعية على كل فرع من فروع ذات الدخل.

كما يظهر الازدواج الضريبي بصورة ازدواج دولي⁽⁴⁾ الذي يتحقق نتيجة فرض السلطات المالية التابعة لدولتين أو أكثر نفس الضريبة على نفس الوعاء ونفس الشخص، بمعنى أن الشخص المكلف بالضريبة يقع ضحية لتحمل أعباء ضريبتين أو أكثر نتيجة لاختلاف الأسس التي تعتمد عليها الدول المختلفة في تحديد سياسة نظامها الضريبي، دون أن يكون لهذا الأخير -المكلف بالضريبة- الحق في الدفع بالامتناع عن تحمل تسديد نفس القيمة الضريبية على دخل واحد لأكثر من جهة مالية انطلاقاً من مبدأ السيادة التي تتمتع بها كل دولة على مواطنيها وعلى الأجانب المقيمين على إقليمها والأموال الموجودة في اختصاصها وحريتها في سن القوانين التي تخدم اقتصادها الوطني⁽⁵⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 115.

(2) د/ سالم الشوابكة: الازدواج الضريبي في الضرائب على الدخل وطرائق تجنبه مع دراسة تطبيقية مقارنة مقال منشور على الموقع: <http://www.dama.univ.sern.net>.

(3) د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 112.

(4) وستركز دراستنا الحالية على الازدواج الضريبي الدولي.

(5) ومثال ذلك قد يتوفى شخص مقيم في فرنسا عن تركة موجودة في الجزائر وورثته مقيمون في إيطاليا، حيث تقوم فرنسا بفرنسا بفرض ضريبة التركات على أساس أن تشريعها الضريبي يعتد بموطن المورث في فرض الضريبة على

وعلى الرغم من أن الازدواج الضريبي الدولي ينتج عن عمل جائز من الناحية القانونية - وفقا لما أقره القانون الدولي- إلا أن معايير تحديد وتنظيمه وتطبيقه تختلف من دولة لأخرى ولعل هذا الاختلاف هو أحد أهم العوامل التي جعلت من السياسة الضريبية المطبقة في دولة معينة بمثابة عائق هام لانتقال رؤوس الأموال والخدمات بين الدول، ذلك أن اختلاف هذه المعايير أرجعه البعض⁽¹⁾ كسبب رئيسي في تنازع قوانين الضرائب في أكثر من دولة واحدة بالنسبة للشخص نفسه والمال نفسه، ذلك أن الدولة عند تحديد الوعاء الضريبي الخاضع للضريبة الوطنية قد تعتمد على معيار الجنسية أو معيار الإقامة والتوطن أو معيار المال أو مصدر الدخل⁽²⁾.

والدولة التي تنتهج ضمن نظامها المالي سياسة الازدواج الضريبي على وعي كامل وعلم بما تخلفه هذه السياسة في فرض الضرائب خاصة بالنسبة للأجانب من عرقلة سير لدفع الاستثمارات الأجنبية إليها، وحرمانها من المزايا التي تجلبها هذه الاستثمارات الوافدة لاسيما وان كانت من الدول النامية و ما يخلفه من آثار سلبية، إلا أن ذلك لا يعني بالضرورة أن كل الدول المتبعة لنظام الازدواج الضريبي تتجه عن قصد لتطبيقه وفرضه على الأفراد.

فقد يعتمد المشرع إقراره مبدأ الازدواج الضريبي ضمن التشريعات الضريبية للدولة عن قصد ونية ونطلق عليه بحالة الازدواج الضريبي المقصود، لتحقيق أهداف أو أغراض مختلفة كزيادة حصيلة الضرائب أو للتمييز بين المداخل تبعا لمصادرها أو لتحقيق مصالح اجتماعية أو اقتصادية معينة أو السعي إلى تطبيق نظام عدالة توزيع العبء الضريبي، وذلك بفرض بعض الضرائب على بعض الفئات المكلفين أو ذوي دخول معينة دون غيرهم، علاوة على الضرائب التي تفرض على جميع المكلفين وهو في غالب الأحيان يكون مقصودا للحد من ارتفاع المداخل وزيادة إيرادات الدولة.

التركات، وتقوم الجزائر كدولة ثانية بفرض الضريبة على أساس أنها الدولة محل تواجد التركية، وتفرض إيطاليا أيضا ضريبة على أساس محل إقامة الورثة.

(1) د/ سالم الشوابكة، مرجع سابق ذكره.

(2) يقصد بمعيار الجنسية: هو المعيار الذي تتبعه الدولة في فرض الضرائب على جميع رعاياها الذين تربطهم بالدولة رابطة سياسية وقانونية وهي رابطة الجنسية التي تقرر حقوقا للأفراد وتفرض عليهم واجبات من أبرزها أداء الضريبة بغض النظر عن مواقع أموالهم أو مصدرها ويطلق على هذا المعيار بمبدأ التبعية السياسية.

- أما معيار الإقامة أو التوطن والمعروف بمبدأ التبعية الاجتماعية فهو معيار تتبعه الدولة على أساس فرض الضريبة على جميع المداخل التي تؤول إلى الأشخاص الذين اتخذوا من الدولة محلا لإقامتهم لفترة من الزمن جعلتهم يشعرون بالولاء لهذه الدولة حتى وإن كانوا لا يتمتعون بجنسيتها.

- ومعيار موقع المال والمعروف بمبدأ التبعية الاقتصادية فيقصد به إقرار حق الدولة في فرض جميع أنواع الضرائب على جميع المداخل التي تنشأ في إقليمها وعلى الأفراد الذين تربطهم بالدولة رابطة اقتصادية بمعنى مزاولتهم لأنشطتهم واستثماراتهم داخل الدولة بصرف النظر عن جنسيتهم ومحل إقامتهم.

راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص116، و كذا: د/ سالم الشوابكة، نفس المرجع.

أما الأزواج الضريبي غير المقصود فهو الحالة الغالبة في معظم الدول ويقصد به ذلك الأزواج الذي يحدث دون أن تتجه نية المشرع إلى إحداثه ويظهر نتيجة اتجاه كل دولة إلى تنظيم تشريعاتها الضريبية بالشكل الذي يحقق مصالحها من دون مراعاة للتشريعات الضريبية في الدول الأخرى، وقد يرجع سبب حدوث الأزواج الضريبي في هذه الحالة إلى نتيجة ممارسات هيئات مختلفة لسلطاتها في فرض الضرائب على الإقليم نفسه، وهو ما يربط أزواج ضريبي دولي، ومع ذلك قد يحدث في بعض الأحيان الأزواج رغم تشابه الأسس القانونية التي تقوم عليها النظم الضريبية لمجموعة من الدول⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن ظاهرة الأزواج الضريبي يمكن مكافحتها و الحد منها إذا كان الأزواج محلي، نظرا لوجود سلطة عليا يمكنها منع الأزواج عن طريق فرض القواعد اللازمة لمنعه، في حين يتعذر ذلك أمام حالة الأزواج الدولي و ليس أمام الدولة سوى إتباع احد الأسلوبين التاليين:

1/الاقتصار في فرض الضرائب على النشاط الاقتصادي الممارس داخل الدولة وعدم الالتفات إلى المواطنين الذين انقطعت صلتهم بدولتهم الأصلية.

2/ تشجيع إبرام المعاهدات الدولية والجماعية التي يتم من خلالها تحديد مصادر المداخل و الأموال التي تخضع للضريبة في كل دولة من الدول الموقعة على المعاهدة أو الاتفاق⁽²⁾.

02) التمييز وعدم التساوي في فرض الضرائب.

اكتسبت الدول التي تتمتع بالسيادة لاسيما الدول النامية منها حق وحرية سن القوانين والتشريعات التي تساهم في تنميتها الاقتصادية وتعزز مكانتها الدولية الاقتصادية حتى وإن كانت التشريعات تنص في مضمونها على التمييز في معاملة الأجانب عن المواطنين، ذلك أنه لا يوجد في قواعد القانون الدولي ما يشير إلى تقييد حرية الدولة في هذا الشأن إلا ما كان منه مخالفا لمبادئ القانون الدولي العامة.

و يقصد بالتمييز في فرض الضرائب هو قيام الدولة أو السلطة المختصة بفرض ضرائب عامة وموحدة على الأجانب المتساوين في المراكز بقدر يفوق تلك المفروضة على المواطنين دون أن يشكل ذلك خرقا لقواعد القانون الدولي⁽³⁾.

وعلى العموم لا تعتمد الدول إلى اعتماد هذه السياسة الضريبية، وذلك بفرض أو إقرار مبدأ التمييز في فرض الضرائب بين الأجانب المستثمر بشكل ملفت وظاهر، إلا أن ذلك لا ينفي ممارسة بعض الدول لهذه السياسة تجاه الأجانب المتعاملين معها أو المقيمين على إقليمها، وتظهر صور التمييز في فرض الضريبة على الأجانب في عدة حالات كأن تلجأ الدولة إلى الضرائب التصاعدية وفرضها على أرباح

(1) راجع ذلك في: د/سالم الشوابكة، نفس المرجع.

(2) سيتم التطرق إلى هذين الأسلوبين عند دراسة ضمانات الاستثمار الأجنبي.

(3) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 121.

المشروعات، مما قد يؤدي على فترات طويلة إلى اعتراض المنتجين عن زيادة إنتاجهم حتى لا تخضع هذه الزيادة لضريبة تصاعدية مرتفعة، وهو ما سيؤدي إلى انخفاض أرباحهم⁽¹⁾.

كما قد تظهر صورة التمييز في فرض الضرائب بين الأجانب والمواطنين ولكن بطريقة مستترة وغير ظاهرة، كقيام الدولة العاجزة عن تمويل المشروعات الضخمة ولا تملك رأس المال القادر على تأسيسها إلا لدى العناصر الأجنبية لندرة رأس المال المتوافر لدى العناصر الوطنية، ومع ذلك تقوم بفرض ضرائب مرتفعة على الاستثمارات الأجنبية في هذه المجالات رغم علمها بظروف حاجتها لها فتعتمد سياسة التمييز المستتر، أين تبدو الضريبة في مظهرها عامة وموحدة على الوطنيين والأجانب، إلا أن حقيقة الأمر تكون غير ذلك، مما يحمل الأجانب المستثمرين وحدهم دون المواطنين أعباء ضريبية مرتفعة على استثماراتهم في هذه المجالات⁽²⁾.

وأياً كانت الصورة التي تظهر فيها حالة أو مبدأ التمييز في فرض الضريبة بين الأجانب والوطنيين فإن هذه السياسة المتبعة من طرف بعض الدول في معاملة المستثمرين الأجانب تشكل عائقاً في وجه الاستثمار الأجنبي مهما كانت الفائدة التي تجنيها الدولة التي تتضمن تشريعاتها مثل هذا التمييز.

ثانياً: الرقابة على الصرف الأجنبي والتحويلات النقدية.

إن إيجاد بيئة اقتصادية متجددة ومستقرة لمستقبل الدول النامية ونموها يتطلب إيجاد نظام مالي شامل ومتكامل وقادر على المنافسة ومتفتح على العالم وذلك بتشجيع الاستثمار الأجنبي والوصول إلى تحقيق ثقة الفرد والمجتمع.

ومع تزايد عمليات العولمة المالية ازدادت معها حركة التدفقات المالية للدول النامية وبشكل غير متكافئ، مما أسفر عن نتائج وأثار سلبية -في كثير من هذه الدول- مست الاستقرار الكلي والتنمية وسلامة الأوضاع الاقتصادية الداخلية والخارجية لها⁽³⁾.

وهو الأمر الذي يستدعي الدول النامية رغم حاجتها للاستثمار الأجنبي فرض سياسة رقابية على التحركات المالية بما فيها عمليات الصرف الأجنبي والتحويلات النقدية التي تحدث في إقليمها، رغم أن ذلك سيخلف قيود وعرقلة أمام تدفق الاستثمارات الأجنبية التي تتطلب عادة حرية أكثر في سياسة الصرف والتحويل النقدي.

وتعرف الرقابة على الصرف الأجنبي أو تنظيم التحويل النقدي، بأنها نظام يهدف إلى فرض رقابة على كل العمليات التي يمكن أن تؤدي إلى تحرك الأموال بين دولتين في إطار سياسة موسعة لحماية الأموال

(1) د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 115، ولمزيد من التفصيل في موضوع الضرائب التصاعدية راجع: د/ سالم الشوابكة، مرجع سابق ذكره.

(2) د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 121.

(3) د/ احمد منير النجار: عولمة الأسواق المالية وأثرها على تنمية الدول النامية مع الإشارة إلى السوق الكويتي، مرجع سابق ذكره.

من خلال السعي و الحفاظ على توازن ميزان المدفوعات، كما تسمح للسلطات العامة في كل دولة بمراقبة و رصد جميع الأنظمة و اللوائح الخاصة بعمليات تحويل الأموال⁽¹⁾، أو أنها سيطرة الحكومة على النقد الأجنبي، ذلك أن أي تدخل من جانب الحكومة في حرية سوق تحويل عملة معينة إلى عملة دولة أخرى يعد رقابة على الصرف⁽²⁾.

وعلى الرغم من شيوع نظرية تحرير الاقتصاد التي تعتبر حرية تدفق رؤوس الأموال هي من أولى مقومات هذا التحرير ومقدمة منطقية له لاسيما أمام ما جاءت به اتفاقية الصندوق الدولي، إلا أن هذه النظرية لاقت جانبا من المعارضة التي أقرت موقفها على أساس أن حق تحويل الأموال يتعارض مع مصلحة البلد المضيف حيث لا تتحقق المزايا المفترضة من الاستثمار الأجنبي لاسيما إذا كان للمستثمر الأجنبي ضمانات من الانسحاب كيفما يشاء ووقت ما يشاء، مما سيؤثر على اقتصاد ذلك البلد المضيف⁽³⁾.

وتستمد الدولة حقها في فرض هذا النوع من الرقابة على الاستثمارات الأجنبية والتحكم في حركة الأموال والصرف الأجنبي، إلى المبدأ العام المطبق والمعترف به دوليا والقاضي باختصاص الدولة الشامل بتنظيم شؤونها النقدية والسيطرة على نقدها انطلاقا من صفة السيادة المعترف بها دوليا ولا يحد من هذه السلطة سوى التزاماتها الدولية التعاقدية أو الدفع بتعسفها في استعمال هذا الحق والذي تسأل عليه في حالة ثبوته كخطأ دولي.

وتجسد دور القضاء في الدول عموما بإقرار هذا الحق وذلك بالاعتراف بقوانين الرقابة على الصرف الأجنبي في الدول الأخرى، أين قضت المحكمة العليا بانجلترا في إحدى القضايا المعروضة عليها بأنه «يجب الاعتراف بالرقابة على الصرف الأجنبي عندما يكون قانون الدولة الأجنبية هو القانون الصحيح للعقد أو تكون المنقولات موجودة داخل اختصاصها الإقليمي، بشرط أن يكون القانون قد صدر لحماية اقتصادها وبالتالي يجب الاعتراف به»⁽⁴⁾.

وأمام هذا الاعتراف الدولي والإقرار القضائي للدول عموما بحقها في تشريع النصوص التي تنظم حركة الصرف الأجنبي فيها وكذا ممارسة الرقابة عليها، إلا أن موقف الدول يختلف في ممارسة هذه الرقابة على الصرف الأجنبي بين ميسر ومشدد في فرضها، فمن الدول من تأخذ بحرية التعامل على الصرف الأجنبي، في حين تتبع دول أخرى سياسة رقابة جد دقيقة وفعالة على كل المعاملات المتعلقة بالصرف الأجنبي وذلك بوضع وفرض شروط محددة ومقيدة كأن تلزم كل من يحصل على عملات أجنبية من الخارج أن يقوم ببيعها للسلطات الرسمية مقابل عملة وطنية.

(1) Michel Menjuq: Droit International et Européen des Sociétés, Montchrestien 2001, p20.

(2) راجع هذا التعريف موجود في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 138.

(3) لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 234.

(4) راجع قضية: Helbert W.A.G.G and co.L.T.D. منشورة في:

high court of justice (chancery division) 8dec 1955int.law rep.vol 22 p481.

نقلا عن: د/ عصام الدين بسيم، نفس المرجع، ص 140.

ومهما تعددت واختلفت الأشكال والصور التي تظهر فيها الرقابة على الصرف الأجنبي فإن الدولة عموما تسعى من خلالها إلى تحقيق أهداف معينة و مختلفة تتجسد على وجه الخصوص في الوصول إلى تحقيق الآثار الايجابية لهذه الرقابة⁽¹⁾، إلا أن ذلك لا يعني أن انتهاج الدولة لسياسة الرقابة على الصرف الأجنبي يحمل في طياته أثارا ايجابية دائما، بل أن هذه الرقابة تظهر في العديد من الحالات كعائق في وجه المستثمر الأجنبي أمام القيود القانونية القاسية والمتشددة التي تفرضها، والتي تتعارض مع مصلحة المستثمر الأجنبي واهتماماته إذا ما قرر سحب أصوله وأرباحه والعودة إلى وطنه الأصلي، أو تحويل التعويضات المقررة له أو المرتبات المدفوعة للموظفين الأجانب بعملة قابلة للتحويل، فيصطدم بالقيود التي تفرضها هذه الدولة، مما يولد أثرا سلبيا لديه- المستثمر الأجنبي- ويشكل عائقا أمام وفود رؤوس الأموال الأجنبية مستقبلا لهذه الدول.

فالمشرع الجزائري مثلا، وتماشيا مع الإصلاحات التي مست الجهاز المصرفي فقد اقر ضمن تشريعاته باستفادة المستثمر الأجنبي من تحويل رأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه وذلك بواسطة بنك الجزائر⁽²⁾.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الجزائر أمضت في سنة 1994 اتفاقية الاستعداد الائتماني مع صندوق النقد الدولي الذي فرض عليها شروطا قاسية منها تحرير التجارة الخارجية عن طريق تخفيض سعر الصرف وإلغاء الرقابة على النقد الأجنبي، أو تقليصها إلى الحد الأدنى⁽³⁾. ويعتبر التشريع الجزائري أحد النماذج التي سعت إلى فرض تسهيلات قانونية لرأس المال الأجنبي على غرار التشريعات المقارنة كالتشريع المصري، والأردني، واليميني والسوري التي أقرت ضمانات وتيسيرات مهمة لتشجيع الاستثمار الأجنبي وهو ما سنحاول بحثه ودراسته في المطلب الموالي.

(1) فقد يكون من أهداف فرض الدولة الرقابة على الصرف الأجنبي مايلي: 1. حماية ميزان المدفوعات الوطنية وذلك عن طريق الحد من الطلب على الصرف الأجنبي والاستخدام الأمثل للنقد الأجنبي المتاح، 2. حماية المعدلات النقدية وتحاشي التضخمات، 3. تدعيم الصناعات الوطنية وذلك عن طريق تقييد الواردات التي تتنافس الصناعات المحلية، 4. الاحتفاظ على الاستقرار النقدي والتقليل من طلب الدولة على الصرف الأجنبي. راجع ذلك في:

د/ عصام الدين بسيم، نفس المرجع، ص 144، 145.

(2) راجع المادة: 31 من الأمر 03-01 المؤرخ في: 20/أوت/ 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر التي تنص

على: « تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقا من مساهمة من رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانونا، من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه كما يشمل هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية حتى وإن كان هذا المبلغ اكبر من الرأسمال المستثمر في البداية»

(3) لمزيد من التفصيل حول السياسة المصرفية في الجزائر راجع: د/ الطيب ياسين: النظام المصرفي الجزائري في مواجهة تحديات العولمة المالية، مقال منشور على الموقع:

<http://crweb.luedld.net/rc3/05-ALG % 20 Tayb yacine -A-ok.pdf>.

المطلب الثاني: المزايا والضمانات القانونية المكفولة للاستثمار الأجنبي .

شهد المجتمع الدولي حاليا توجها متناميا نحو تشجيع الاستثمار بفتح أبواب ومجالات الاستثمار أمام التسابق الدولي نحو جذب رؤوس الأموال الأجنبية، وذلك بالعمل على تنظيم معاملة وحماية خاصة لهذه الاستثمارات عن طريق وضع مجموعة من القواعد القانونية التي تراها كفيلة في اجتذاب رأس المال الأجنبي ورقابته.

وقد حاول البعض صياغة مفهوم لنظام الضمانات و الحماية الاتفاقية للاستثمارات الأجنبية على أساس انه مجموعة من قواعد و مبادئ القانون الدولي كما القانون الداخلي التي تعمل على منع المخاطر و الأضرار عن الاستثمارات و معاقبة و قمع كل الأعمال الغير مشروعة التي تهدد تواجد و اتساق هذه الاستثمارات⁽¹⁾.

ذلك أن الدولة التي تسعى إلى تنمية اقتصادها الوطني عن طريق اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية ليس أمامها من سبيل سوى العمل على تهيئة المناخ الملائم لطبيعة ونوعية الاستثمار المراد استقطابه، ولن يأتى لها ذلك إلا بوجود نظام قانوني متطور في هذه الدولة المضيفة الذي من شأنه إرساء الأسس والقواعد التي تضمن تدفق الاستثمارات بشكل يحافظ على المصلحة الوطنية للدولة عن طريق إصدار تشريعات خاصة تتضمن قدرا كافيا من الحوافز والضمانات للمستثمرين الأجانب، تضمن بموجبها تشجيعهم على القيام بالمشاريع الاستثمارية التي تحقق تميزها الاقتصادية المرجوة.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المزايا المقررة في التشريع الداخلي للاستثمار لا يمكن أن تكون في ذاتها التزاما دوليا على عاتق الدولة التي أصدرت التشريع ولا يعتبر إلغاؤها بالتالي خروجاً عن أحكام القانون الدولي المتعلقة باحترام التعهدات الولية⁽²⁾.

ورغم اشتراك معظم إن لم نقل كل الدول النامية في الهدف الأساسي من اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية وهو تحقيق التنمية الاقتصادية فيها، إلا أن الضمانات والحوافز التي تقرها لضمان الاستثمارات الأجنبية تختلف من دولة لأخرى من حيث طبيعة ونوعية هذه الضمانات ونسبتها التي تتراوح بين الزيادة والنقصان بحسب الظروف الاقتصادية لكل دولة، وبحسب حاجة كل واحدة منها إلى هذه الاستثمارات، وبحسب الأهداف البعيدة والقريبة التي ترمي إلى تحقيقها من خلال الاستثمارات الأجنبية⁽³⁾.

(1) Adel Hamid Abed: Les Garanties De L'investissement Etranger En Tunisie;ou va les sources du droit de l'investissement? Article publier dans; ou va le droit d'investissement,op.cit, p 128.

Et voir aussi: Zalmai Haquani & Philippe Saunier & Béatrice Majza: Droit International Economique, Ellipses 2006, p 92.

(2) أبو العلا علي أبو العلا: نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مرجع سابق ذكره، ص 342.

(3) فقد تهدف بعض الدول من وراء استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية إلى مجرد الاستفادة من خبرات وكفاءة اليد العاملة الأجنبية، فتعمل على الاستعانة وجذب الاستثمارات الأجنبية وما تحمله من تقنيات متطورة للاستفادة منها وتلقيها لليد

وعلى هذا الأساس اختلفت اتجاهات القوانين المقارنة في الاتفاق على أهمية الاستثمار الأجنبي وتحديد المقدار المناسب للضمانات الممنوحة له، بين مشجع ومعارض لمبدأ منح وتخصيص هذه الاستثمارات بضمانات استثنائية مقننة⁽¹⁾، أين ذهب البعض منهم إلى القول بالإلزامية تخصيص المستثمر الأجنبي بنصوص استثنائية تضمن له امتيازات وحوافز خاصة، كأن تتعهد له الدولة بعدم سريان التعديلات التي تطرأ على تشريعاته إلا إذا طلب ذلك، أو أن تتعهد له بعدم لجوءها بإرادتها المنفردة إلى تعديل الاتفاق المبرم بينها وبينه "المستثمر الأجنبي".

في حين ينفي اتجاه آخر هذه الاستثناءات الخاصة على المستثمر الأجنبي إيماناً منهم بأن الاعتبارات الوطنية تسمو على مزايا الاستثمار الأجنبي، وبالتالي يناهز أصحاب هذا الاتجاه بفرض قيود قانونية على الاستثمار الأجنبي وعدم منح معاملة مميزة للمستثمر الأجنبي تجعله في مركز أفضل من المستثمر الوطني، وهو اتجاه في نظرنا مقيد جداً ولن تكون الدول التي تنتهج أو تأخذ به في تشريعاتها ذات إقبال من المستثمر الأجنبي وإن حدث فيكون في حدود ومجالات ضيقة ومتفق على أساسياتها وظروفها باتفاق خاص، ذلك أنه لا يمكن تصور قيام أو نمو استثمار أجنبي في ظل ما يتبناه هذا الاتجاه من قيود.

ومهما اختلفت مواقف الدول النامية في التعامل مع الضمانات الممنوحة للمال الأجنبي الوافد إليها، إلا أن معظم تشريعاتها لا تخرج في تقريرها هذه الضمانات القانونية عن ضمان حقوق المستثمر الأجنبي وحماية رأس ماله وأرباحه وحقه في تحويلها خارج الدولة المضيفة وحقه في عدم تأميمها أو نزع ملكيتها إلا لمصلحة عامة ومقابل تعويض عادل وهي ضمانات وحوافز سنتولى دراستها فيما يلي:

الفرع 1: الضمانات المقابلة لنزع الملكية.

نتيجة لاعتراف القانون الدولي لكل دولة ذات سيادة بالحرية الكاملة في تنظيم ملكية وحيازة الأموال بصفة عامة داخل إقليمها وكذا بحقوقها في نزع ملكية الأجانب مهما كانت طبيعتها دون أن تقرر مسؤولية هذه الدولة عن هذا العمل، إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً كما يتراءى للبعض⁽²⁾، فهو حق مقيد بشروط

العامة الوطنية، كما قد يكون الهدف لدولة أخرى من الاستثمارات الأجنبية تطوير مناطق معينة من إقليمها دون الأخرى أو زيادة فرص العمل أو تحسين ميزان المدفوعات .

(1) راجع هذه الاتجاهات في: د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 136.

(2) على أن بعض التشريعات المنظمة للاستثمارات الأجنبية اعتمدت مبدأ حظر نزع الملكية المطلق دون تقييده بشروط محددة بهدف الزيادة في طمأنة المستثمر الأجنبي وتشجيعه على الاستثمار، وذلك بالنص صراحة ضمن قانون الاستثمار بالحظر المطلق لأي إجراء من إجراءات نزع ملكية المستثمر الأجنبي وعدم إجازته، وهذه الوسيلة في التعامل مع إجراء نزع الملكية تعتبر حسب التشريعات التي تتبناها عاملاً وحافزاً مهماً لزيادة تدفق رأس المال الأجنبي إلى الدولة، غير أننا نرى أن هذه الطريقة في حظر نزع الملكية فيها مبالغة من طرف التشريعات في تقرير ضمان هذا النمط من الاستثمار، ذلك أن تشجيع الاستثمار الأجنبي لا يعني تنازل الدولة عن حق أقرته لها قواعد القانون الدولي

معينة ومقررة وفقا لما جرى به العمل الدولي⁽¹⁾، الذي قيد حق الدولة في أخذ الملكية الخاصة للمال الأجنبي بقيود وبشروط محددة عموما وهي:

1. أن يكون الإجراء قد اتخذ للمنفعة العامة وطبقا للإجراءات المعمول بها قانونا.

2. أن لا ينطوي الإجراء على حالة تمييز.

3. أن يكون الإجراء مصحوبا بالنص على التعويض المناسب.

وسنحاول شرح كل شرط من هذه الشروط على حدا فيمايلي:

أولا: أن لا يكون نزع الملكية لتحقيق مصلحة عامة.

من المقرر والمصادق عليه تقريبا كإجماع لدى فقهاء القانون الدولي أنه لا يجوز أن يحرم الإنسان من ملكيته إلا إذا تطلبت ذلك المنفعة العامة، وقد سرى هذا المبدأ من ميدان القانون الداخلي إلى ميدان القانون الدولي وأصبح عرفا دوليا⁽²⁾، ذلك أن إقرار مثل هذا المبدأ يعد باعثا ومساعد على تبديد مخاوف وشكوك المستثمر الأجنبي بخصوص خطر نزع الملكية⁽³⁾ الذي يواجهه وهو بصدد استثمار أمواله.

ورغم اتحاد الفقه الدولي والقوانين الداخلية - معظمها - في الاتفاق على ضرورة توافر شرط المصلحة العامة لإضفاء صفة الشرعية على إجراء نزع الملكية، إلا أن الملفت للنظر و الانتباه انه لم يرد أي تعريف أو تحديد لمعنى المصلحة العامة ضمن هاذين المصدرين القانونيين "الدولي و الداخلي" يمكن من خلاله تحديد معايير وأسس التمييز بين حالة المصلحة العامة وغيرها من الحالات التي لا تعد مصلحة عامة، ذلك أن البعض يرى أن إجراء نزع الملكية قد يكون بقصد تحقيق هدف عام، إلا أن هذا الرأي انتقد واستبعد على أساس أن الهدف العام يمنح اتساعا لحرية الدولة المضيفة في اتخاذ الإجراءات وإصدار التشريعات اللازمة لتحقيق أهدافها الإنمائية، ويعبر في ذات الوقت مصطلح الهدف العام عن الآثار

للتعبير عن مظهر من مظاهر سيادتها. راجع ذلك في: د/ ناصر عثمان محمد عثمان: القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، الجنسية ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، 2009، ص 232.

(1) فقد أعلنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم (1803) الصادر سنة 1962 الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية بأن: « التأميم أو نزع الملكية أو الاستيلاء يجب إرجاعه لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المعترف بتغليبها على المصالح الخاصة أو الفردية المحضة، الوطنية أو الأجنبي، ويجب في مثل هذه الحالات أن يدفع للمالك تعويض مناسب طبقا للقواعد النافذة في الدولة المتخذة لهذه الإجراءات وطبقا للقانون الدولي ». راجع في ذلك: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 261.

(2) د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 222.

(3) يقصد بنزع الملكية في هذا الصدد كل عمل أو إجراء يؤدي إلى تجريد المستثمر الأجنبي من ممتلكاته أو أمواله محل الاستثمار وينطوي ذلك أن يكون بالمصادرة أو فرض الحراسة عليها أو نزع الملكية أو التأميم أو أي إجراء يؤدي إلى ذلك ولو بطرق غير مباشر. راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 178.

الجانبية للإجراء النازع للملكية، في حين فإن مصطلح المنفعة العامة فهو بحسبهم يعبر عن المضمون الحقيقي للتصرف⁽¹⁾.

وقد يرجع هذا الاختلاف والتباين في تحديد مضمون محدد لإضفاء الشرعية على إجراء نزع الملكية إلى خلو القانون الدولي وعدم وجود اتفاق فقهي حول تعريف محدد لمصلحة العامة المرجوة والمشروطة لتطبيق إجراء نزع ملكية المستثمر الأجنبي وأمواله، وهو ما عبرت عنه محكمة المطالبات الأمريكية الإيرانية في قضية (Amoco) سنة 1987 بقولها: «أن التعريف الدقيق لشرط المصلحة العامة - الذي يعد من خلاله إجراء التأميم مشروعاً - غير متفق عليه في القانون الدولي»⁽²⁾.

إلا أن البعض استطاع استنباط بعض التعاريف والشروط القانونية لقيام شرط المصلحة العامة من خلال بعض الأحكام القضائية التي تعرضت لمناقشة هذا الشرط، فجاء في إحدى الأحكام القضائية أن شرط المصلحة العامة يعد متوافراً إذا كان الباعث على إجراء تأميم مشروع استثماري أو مصادرتة هو تحقيق مصلحة للدولة وليس لمصلحة فردية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو لأحد المواطنين⁽³⁾.

وعلى الرغم من إقرار معظم القوانين المقارنة والتنظيمات الدولية لشرط المصلحة العامة كشرط واقف على صحة ومشروعية نزع ملكية المستثمر الأجنبي ومشروعاته الاستثمارية⁽⁴⁾، إلا أن البعض منها قد خلت من هذا الشرط واقتصرت النص على باقي الشروط، ويرجع جانب من الفقه سبب ذلك إلى صعوبة إثبات وجود هذا الشرط من عدمه في إجراء نزع الملكية لاسيما إذا لم تبين الدولة المضيفة في قرارها المتضمن نزع الملكية الأهداف العامة التي من أجلها اتخذت هذا القرار، أو ادعى المتضرر من هذا الإجراء أنه تم بطريقة مجحفة وبعبء عن الاعتدال والإنصاف⁽⁵⁾.

ونظراً لعدم وضع حدود موضوعية لهذا القيد حتى يمكن من خلالها الحكم على أن تصرف الدولة يحقق مصلحة عامة أم لا، اتجه العمل الدولي على ترك مسألة تقدير توافر المصلحة العامة من عدمها إلى

(1) راجع في ذلك: د/ لمياء متولي مرسي، مرجع سابق ذكره، ص 223 .

(2) هذا الحكم مذكور في: د/ علي حسن ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 128.

(3) ورد هذا التعريف في دعوى Walter Fletcher Smith سنة 1929 بين الولايات المتحدة وكوبا إثر مصادرة الحكومة الكويتية ملكية أرض للمقيم "Mr. Smith" الأمريكي الجنسية وإحالة ملكيتها إلى شركة خاصة، راجع ذلك في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 100 .

(4) كالمرجع المصري الذي نص في المادة 35 : من الدستور أنه «لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون وبمقابل تعويض عادل».

كما نص قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995 على عدم جواز نزع الملكية بموجب المادة 25 منه على مايلي: «لا يجوز نزع ملكية أي مشروع أو إخضاعه لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك إلا باستملاكه لمقتضيات المصلحة العامة شريطة دفع التعويض العادل للمستثمر» ، في حين تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يأتي على ذكر مصطلح المصلحة العامة ضمن قانون تشجيع الاستثمار واكتفى بإقرار حق التعويض العادل والمنصف المترتب على إجراء المصادرة ضمن مقتضيات المادة 16 منه .

(5) د/ لمياء متولي يوسف، مرجع سابق ذكره ، ص 225.

الدولة المعنية اعتمادا وإقرارا لمبدأ السيادة الإقليمية الذي يخول للدولة المؤممة أن تكون هي الحكم الوحيد على تصرفاتها⁽¹⁾.

على أن هناك جانب من الفقه يرى أن لا احد يستطيع أن يجعل من شرط المصلحة العامة ملزما لشرعية إجراء نزع الملكية، على أساس أن القرارات التي تصدرها الدولة غير ملزمة بتبريرها أو تبيان الهدف من ورائها لأنه حسب أصحاب هذا الاتجاه لا يمكن تصور وجود رقابة على الدولة لتحديد أي قراراتها محقق للمصلحة العامة من عدمها⁽²⁾.

وأيا كان موقف التشريعات المقارنة من شرط المصلحة العامة من مؤيد ومعارض بدور هذا الشرط في إضفاء الشرعية على إجراء نزع الملكية من عدمه، وتباين المواقف الفقهية والدولية في ذلك يبقى لهذا الشرط الأهمية القانونية والاقتصادية في تكريس الثقة بين الدولة المضيضة والمستثمر الأجنبي من خلال ما يؤمنه هذا الشرط من حماية للمال الأجنبي

ثانيا :أن يتم نزع الملكية دون تمييز.

استقر معظم الفقه و الشراح أن قواعد القانون الدولي التي أقرت للدول ذات السيادة حقها في تنظيم ملكية الأجانب للأموال وحيازتها واستثمارها في القطاعات الاقتصادية المختلفة داخل إقليمها، وهي نفس القواعد القانونية التي فرضت على هذه الدولة عند مباشرتها لإجراءات نزع الملكية بكافة صورها أن تحترم مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأجانب والمواطنين⁽³⁾.

و على هذا الأساس يمكن تعريف التمييز -في مجال الملكية- بأنه أخذ ملكية المستثمر الأجنبي دون القيام بنفس الإجراء على الوطنيين أو المستثمرين الأجانب الذين يحملون جنسيات أخرى⁽⁴⁾. وانطلاقا من هذا التعريف يمكن التمييز بين صورتين لظاهرة التمييز في نزع ملكية المستثمر الأجنبي، تظهر الأولى في حالة تمييز معاملة المستثمر الأجنبي مهما كانت جنسيته عن المواطنين وذلك بنزع ملكية المستثمر الأجنبي الذي لا يحمل جنسية البلد المضيف دون أن يمتد هذا الإجراء إلى المستثمر أو المشروعات الوطنية.

في حين تتحقق الصورة الثانية للتمييز في الحالة التي تقوم بها الدولة بالتمييز بين المستثمرين الأجانب فيما بينهم وذلك باتخاذ إجراءات نزع الملكية مهما كان نوعها لمستثمر أو مشروع أجنبي دون أن تعامل نفس المستثمر الأجنبي الذي يحمل جنسية أخرى بنفس المعاملة والإجراء، وهو ما يعتبر تمييزا وعدم مساواة من طرف الدولة المضيضة في نزع الملكية كإجراء في مواجهة المستثمرين الأجانب.

(1) راجع ذلك في: د /علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 129.

(2) وقد أيد هذا الاتجاه المذكرة التي أصدرتها دولة المكسيك ردا على مذكرة المملكة المتحدة فيما يتعلق بإجراءات التأميم التي اتخذتها دولة المكسيك عام 1938 أين جاء ردها على أساس: «أن الصالح العام يؤسس في القانون الدولي حسبما ترى كل دولة وطبقا لتقديرها الشخصي» ، راجع ذلك في: د /حسن عطية الله ، مرجع سابق ذكره، ص 186.

(3) د/ هشام صادق :الحماية الدولية للمال الأجنبي ، مرجع سابق ذكره، ص 49.

(4) راجع هذا التعريف في: د / لمياء متولي مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 226.

وقد تجسدت تطبيقات هذا المبدأ من خلال التشريعات المقارنة وكذا الأحكام القضائية التي تعرضت لمناقشة هذا الشرط و التي اختلفت في تحديد المعيار والأساس الذي من خلاله يمكن اعتبار التمييز الذي تقوم به الدولة أو الذي أقره حكم قضائي ضد الأجانب هو تمييز مخالف لمبادئ وقواعد القانون الدولي، وقد تجسد إقرار هذا المبدأ - المساواة وعدم التمييز - على المستوى الدولي بموجب العديد من الاتفاقيات الدولية وعلى رأسها الاتفاقية الدولية لإزالة كافة أشكال التمييز العنصري والتي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 ديسمبر 1965 في ختام دورتها العشرين والتي نصت بموجب المادة: 1/1/02 على مايلي: «تتعهد كل دولة طرف في هذه الاتفاقية بعدم القيام بأي أعمال أو ممارسة أو أي إجراء يتضمن تمييزاً ضد الأشخاص أو مجموعات الأشخاص أو المؤسسات، وأن تضمن تصرف جميع السلطات والمؤسسات العامة والوطنية والمحلية بما يتماشى مع هذا الالتزام»⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس اشترط بعض الفقه "الفقهاء التقليديون" لشرعية إجراءات نزع الملكية أو الاستيلاء أو المصادرة أو التأميم أو غيرها من صور اخذ الملكية أن لا يتصف بالتمييز، والذي يظهر من خلال نزع الملكية الذي يجب أن يسري على ممتلكات الأجانب والوطنيين على حد سواء، ويجب أن لا تستثنى ممتلكات المواطنين أو ممتلكات مواطني دولة أخرى⁽²⁾، بمعنى أن لا ينطوي إجراء نزع الملكية أو التأميم على تمييز مجحف بين الأجانب و الوطنيين أو فيما بين الأجانب أنفسهم وإلا عد تصرفاً وإجراء غير مشروع ويرتب بذلك المسؤولية الدولية لهذه الدولة⁽³⁾، وقد تم إقرار هذا المبدأ ضمن ما قضت به محكمة العدل الدولية في دعوى "Oscar chin case" "أين أقرت أن صورة التفرقة الممنوعة هي التفرقة القائمة على أساس الجنسية والتي تتضمن معاملة مختلفة بين أشخاص ينتمون إلى مجموعات وطنية مختلفة"⁽⁴⁾، بمعنى أن محكمة العدل الدولية أقرت أن حرمان مستثمر أجنبي من مشروع الاستثماري وترك مستثمر وطني بالمقابل يعمل في مشروع يعتبر أساساً للتفرقة والتمييز على أساس الجنسية.

إلا أن هذا الاتجاه لقي بعض المعارضة على أساس أن حرمان المستثمر الأجنبي من مشروع الاستثماري وترك المجال للمستثمر الوطني لا يمكن اعتباره دائماً عملاً تمييزياً ومخالفاً لقواعد القانون الدولي، حيث يتعين دراسة وبحث موقف هذه الدولة من هذا التصرف الذي يمكن أن تبتغي منه المحافظة على مصالحها الاقتصادية التي تعتبر الوحيدة المسؤولة على تقديرها وليس للإضرار بالمستثمر الأجنبي، مما ينفي أي صورة للتمييز أو عدم المساواة بين المستثمر الأجنبي والوطني وبالتالي تنتفي أي مسؤولية على هذه الدولة لكونها أخلت بمبدأ المساواة والتمييز بين الاستثمارات الأجنبية⁽⁵⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 267.

(2) راجع ذلك في: د/ حسين عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 187.

(3) راجع: د/ هشام صادق ، مرجع سابق ذكره، ص 50.

(4) راجع في ذلك: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 103.

(5) وقد ذهب بعض الفقه في نفس السياق إلى إجازة تصرف الدولة في إقرار مبدأ التمييز بين المستثمر الأجنبي والوطني ولم ترى فيه أية مخالفة لمبدأ المساواة رغم ثبوت تعمد الدولة اتخاذ إجراءات التأميم في مواجهة الأجانب من رعايا دولة

في حين تجسد موقف بعض الفقهاء «الفقه الحديث» في تحديد مبدأ عدم التمييز على أساس معاملة الأشخاص المتساويين معاملة واحدة، أما غير المتساويين فتجوز معاملتهم معاملة مختلفة، بمعنى قيام الدولة المستقطبة للاستثمار بتأمين ممتلكات الأجانب من رعايا دولة معينة بذاتها دون الأخرى وذلك بغية تحقيق استقلالها الاقتصادي أو المحافظة عليه⁽¹⁾.

ويعتبر اتجاه الفقه الحديث هو الاتجاه الغالب في الفقه الدولي أين يقرر مشروعية التمييز ضد المستثمرين الأجانب بصفة عامة لصالح المواطنين تأميناً للمصالح الاقتصادية للدول المضيفة واحتياجاتها الوطنية، كما أقر بجواز التمييز بين المستثمرين والأجانب وبعضهم البعض طالما أن هذا التمييز يستند إلى أسباب معقولة وبشرط أن لا يؤدي إلى الإخلال بأحكام العرف الدولي في شأن معاملة المستثمرين الأجانب⁽²⁾.

ونخلص من ذلك إلى القول أنه ليس هناك اتفاق على مفهوم ومعياري محدد وموحد لقاعدة المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب وغيرهم، غير أن هذا الاختلاف أو عدم الاتفاق لا ينفي حق المستثمر الأجنبي في معاملة عادلة وغير مجحفة لضمان استمرار تدفق الأموال الأجنبية لاسيما بالنسبة للدول النامية التي تسعى إلى توفير هذا المصدر الأجنبي لتحقيق تنميتها الاقتصادية، وإن حدث أن وقع إجراء لنزع ملكية مشروع أجنبي دون سريان نفس الإجراء على مشروع وطني فإن ذلك لا يعني خرقاً ومخالفة للدولة المضيفة لقاعدة المساواة وعدم التمييز التي أقرتها قواعد القانون الدولي، بل يجب على المستثمر الأجنبي إثبات أن الإجراء المتخذ في حقه ينطوي على تمييز وعدم مساواة وإن الدولة المضيفة لم تكن مضطرة لاتخاذ مثل هذا الإجراء ولتحقيق مصلحة اقتصادية تقتضيها ظروف اقتصادية أو أمنية أو مصلحة عامة حتى يتسنى له المطالبة بتعويض مقابل.

ثالثاً: أن يقترن الإجراء بدفع تعويض.

ثار ولا يزال يثار جدل كبير حول شرط التعويض المقترن بإجراء نزع الملكية أو المصادرة أو التأميم الواقع على ممتلكات المستثمر الأجنبي أو أمواله بشأن تحديد مقداره وفترة أدائه والحالات التي تستوجب إلزاميته من عدمها وموقف التشريعات المقارنة من هذا الشرط وكيفية التعامل معه للحفاظ على وفود رأس

معينة دون الأخرى، وقد تجسد هذا الموقف بصفة خاصة في الدول التي خرجت حديثاً من قبضة الاستعمار. راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 51.

وقد اقر هذا التوجه محكمة الاستئناف الألمانية في قضية "indonesian tabacco" بقولها «أن الشعوب التي كانت مستعمرة يحق لها أن تتخذ موقفا مغايراً تجاه الدولة الاستعمارية القديمة، ومثل هذه المعاملة لا تعد إخلالاً بمبدأ المساواة، إنما تؤدي إلى خلق مساواة لم تكن قائمة من قبل كنتيجة للأوضاع الاستعمارية القديمة»، راجع هذا الحكم في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 131.

(1) راجع ذلك في: د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 149.

(2) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، نفس المرجع، ص 160.

المال الأجنبي إليها لاسيما بالنسبة للدول النامية، وهل أن إلزامية هذا الشرط سيؤثر على مبدأ سيادة الدولة وحريتها في التعامل مع الاستثمارات الأجنبية وتحديد الكيفيات التي تراها مناسبة أم لا؟ إن نجاح الدول الاشتراكية في إلغاء الملكية الخاصة ونقل ملكية وسائل الإنتاج إلى الدولة دون تعويض، كان بداية في إثارة الخلافات الفقهية والقانونية حول إلزامية شرط التعويض المقترن بنزع الملكية أو المصادرة أو التأميم وغيرها من الإجراءات السالبة للملكية لاسيما بعد أن استقر القانون الدولي العرفي على مبدأ دفع تعويض عن إجراء نزع الملكية، هذا المبدأ الذي أصبح محل شك وجدال بين أصحاب الفكر الاشتراكي الذين يعارضون شرط التعويض المقترن بإجراء التأميم أو نزع الملكية ما دامت الإجراءات المتبعة في ذلك غير مخالفة للقانون، ويعتبرون أن التأميم وإلغاء الملكية الخاصة تعتبر إجراءات داخلية تختص الدولة بها ولا تثير منازعة دولية، في حين أقر أصحاب الفكر الرأسمالي إلى أن الالتزام بالتعويض هو التزام تحكمه قواعد القانون الدولي وأن السبب الذي يثير النزاع الدولي ليس إجراءات التأميم أو نزع الملكية الخاصة ذاتها وإنما الامتناع عن التعويض هو من يثيرها⁽¹⁾.

وانطلاقاً من ذلك ولتحديد طبيعة ومعيار التعويض المقترن بشرط الإلزامية يتعين أولاً تحديد طبيعة الإجراء المتخذ من طرف الدولة ومن ثم تقرير مدى إلزامية التمسك بشرط التعويض من عدمه، ذلك أن الإجراءات المنصبة على الاستيلاء على ملكية المال الأجنبي لا تخرج عموماً عن المصادرة والتأميم ونزع الملكية للمصلحة العامة.

فقد ذهب معظم الفقه إلى أن المصادرة التي تتنافى مع المبادئ الدولية العامة إنما تمثل في الواقع مصادرة غير مشروعة، ومثال ذلك أن تتخذ الدولة قراراً بمصادرة أموال شركة معينة نتيجة لقيام بعض الشركاء أو المساهمين بارتكاب تصرفات مخالفة للقانون، دون أن تكون هناك تفرقة بين الشركاء الذين ارتكبوا التصرف غير المشروع عن غيرهم الذين لا صلة لهم بمثل تلك التصرفات، وعليه فإن القيام بمصادرة أموال الشركاء الذين لا علاقة لهم بالعمل المخالف للقانون تعتبر مصادرة مخالفة للقواعد المستقرة في القانون الدولي⁽²⁾، مما يعني أنه إذا تعرض المستثمر الأجنبي لمصادرة أمواله بمثل الإجراءات المذكورة أعلاه وغيرها من إجراءات المصادرة التي تتنافى مع المبادئ الدولية "مصادرة تحكيمية أو غير مشروعة" دون تمكينه من تعويض مقابل لهذا التصرف الذي يتنافى مع الأصول المتعارف عليها دولياً، على أن الأمر يختلف في حالة ما إذا كان خرق القانون من طرف المستثمر

(1) لمزيد من التفصيل حول هذه الآراء والخلافات الفقهية بشأن شرط التعويض، راجع: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 192، 193.

(2) راجع ذلك في: د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره ص 58، وكذا راجع: د/ دريد محمود علي السمراي، مرجع سابق ذكره، ص 152.

الأجنبي فإنه في هذه الحالة تستعمل الدولة حقها في اتخاذ إجراء المصادرة المقابل لمخالفة القانون من دون أداء أي تعويض وهي الحالة الغالبة عموماً في الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي⁽¹⁾. أما بالنسبة لإجراء التأمين ونزع الملكية للمنفعة العامة فإن الفقه والقضاء⁽²⁾ استقر الرأي والإجماع عندهم على التزام الدولة التي تقوم بأحد الإجراءين على أملاك المستثمرين الأجانب أو أموالهم بأداء تعويض مقابل لهذا الإجراء السالب للملكية تأسيساً على أنه حق مقرر في قواعد القانون العام والقانون الدولي، وهو التزام نابع من التزامها بالقانون الدولي العام والاتفاقي ومن التزامها بمبدأ الشرعية للقانون والدستور وقوانينها الداخلية⁽³⁾.

إلا أن التساؤل الذي يمكن أن يثار في هذا الشأن هو عن طبيعة التعويض المقرر للمستثمر الأجنبي لإزالة الضرر الذي وقع عليه فهل يكون التعويض مادياً أم أنه يتعدى إلى التعويض العيني؟ الأصل أن مبدأ الالتزام بأداء التعويض عند قيام الدولة بتأمين ممتلكات الأجانب أصبح ثابتاً ومستقراً عليه بين الفقه والقضاء، كما أصبح حقاً من الحقوق الأساسية التي تدخل في مضمون الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة بمقتضى العرق الدولي⁽⁴⁾، مما يعني أن كل الدول مهما اختلفت أنظمتها - رأسمالية أو اشتراكية - فهي مفرة ومعترفة بحق التعويض لمن نزعته عنه ملكيته، إلا أن هناك اختلاف بين هذه الدول في كيفية أو طريقة أداء هذا التعويض وتحديد مقداره بالنسبة لمستحقه أو المطالبين به، وقد تجسد هذا الاختلاف على وجه الخصوص بين الدول النامية والدول المتقدمة التي تتباين مواقفها في تحديد مقدار التعويض وطريقة تسديده للمتضرر من نزع الملكية، فالدول النامية بصفة عامة غير ناكرة منذ البداية لحق أداء التعويض، غير أنها ترى أن التعويض المناسب لإجراء التأمين أو نزع الملكية للمصلحة العامة للمستثمر الأجنبي لا يجب أن يكون مقيداً بمعايير محددة "قوري وكافي وفعال"، وتبرر موقفها هذا بأن أداء التعويض ليس شرطاً لازم لشرعية إجراءات التأمين بل هو التزام يترتب عليه، كما تؤكد معظم الدول النامية على أن تختص قوانينها الوطنية بتحديد وتتنظر محاكمها النزاعات التي تنشأ عنه⁽⁵⁾، وهو موقف معتدل مقارنة بموقف الدول الاشتراكية أو موقف الدول المتقدمة⁽¹⁾.

(1) إن الجزائر على غرار باقي الدول اعتمدت هذا المبدأ في التعامل مع إجراءات المصادرة للمال الأجنبي وجسدت ذلك ضمن نص المادة 16 من قانون تشجيع الاستثمار التي تنص على أنه: « لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية، إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، ويترتب على المصادرة تعويض عادل ومنصف »

(2) حيث تقضي المحكمة العليا بطوكيو على أنه « لا يمكن إنكار وجود قاعدة في القانون الدولي تقضي بأن مصادرة المصالح الأجنبية في الدولة بدون تعويض يعد عملاً خاطئاً بمقتضى أحكام قواعد القانون الدولي » قرار صادر في عام 1953، في النزاع القائم بين " Anglo- Iranian oil company & v. Idemitsu kosan " مشار إليها في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 272.

(3) د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 189.

(4) راجع في ذلك: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 270.

(5) د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 193.

أما بالنسبة لمقدار التعويض المستحق فقد عارضت الدول النامية أحقية المستثمر الأجنبي للكسب الفائت وطالبت بالتفرقة بين التأمين القانوني وغير القانوني، وهو المبدأ المقرر من طرف محكمة العدل الدولية بقرارها في دعوى "chorzow factory" بأن الدولة تلتزم فقط بدفع قيمة الممتلكات المؤممة في يوم التأمين بالإضافة إلى الفوائد على هذه القيمة حتى تاريخ الدفع، أما إذا كان التأمين غير قانوني فإن الدولة تلتزم بدفع قيمة أصول المشروع والكسب الفائت⁽²⁾، كما عارضت الدول النامية أن يكون التعويض المستحق وفقا للقيمة السوقية في الدولة المضيفة وقت المصادرة أو الاستيلاء وطالبت أن يكون تقييم الممتلكات محل التأمين وفقا لقيمتها الدفترية، وبررت ذلك بالقول أن هذه القيمة هي التي كان على أساسها يدفع المستثمر الأجنبي الضرائب للدولة المضيفة على استثماره وبالتالي لا يستطيع المستثمر أن يختار قيمتين لنفس الممتلكات إحداها للضرائب والأخرى للتعويض⁽³⁾.

ونخلص إلى القول أن الدول النامية أسست موقفها المنتهج إزاء التعويضات المقررة للمستثمرين الأجانب نتيجة إجراءات التأمين أو نزع الملكية الواقعة على مشاريعهم أو أموالهم بناء على حقها في الاستيلاء على أموال الأجانب الموجودة على إقليمها والذي يعتبر من الحقوق السيادية المقررة بموجب قواعد القانون الدولي والتي لا يجوز التنازل عنها، وهي بذلك ترد على الشروط التي وضعتها الدول المتقدمة لإقرار

(1) ذلك أن الدول الاشتراكية ترفض مبدأ التزام الدولة بأداء التعويض عند قيامها بنزع الملكية أو التأمين لمشاريع أو أموال مملوكة لرعايا دولة أجنبية، وأساس ذلك حسبهم أن حق الدولة في التأمين هو ترجمة لحق الشعب في تقرير مصيره السياسي والاقتصادي، ويضيف البعض منهم تدعيما لهذا الموقف إلى القول أن القيد الوحيد على سلطات الدولة في اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأمين هو التزامها بمبدأ المساواة وعد التمييز، فالقانون الدولي لا يخول للأجنبي إلا حق المساواة بالوطنيين، فليس للأجانب الحق في المطالبة بالتعويض إذا لم يكن هذا الحق قد تقرر للوطنيين. لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 65 وما بعدها.

أما الدول المتقدمة فقد كان موقفها تجاه مسألة التعويض المقترنة بإجراء نزع الملكية أو التأمين مشجعا ومؤكدا على ضرورة التزام الدولة التي تقوم بتأمين أو نزع الأموال الأجنبية بدفع تعويض فوري وكافي وفعال باعتبار أن ما قامت به من إجراء يعد انتهاكا للقانون الدولي، و أن أي إجراء لا يصاحبه أداء تعويض كامل يعد إجراء شبيه بالمصادرة وغير مشروع، كما ترفض هذه الدول أن يتم تحديد هذا التعويض استنادا إلى قواعد القانون الوطني للدولة النازعة للملكية، وإنما يجب الاستناد في ذلك إلى المبادئ الدولية التي استقرت في الفقه الدولي.

راجع ذلك بالتفصيل في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 136.

(2) راجع في ذلك: د/ غسان علي، مرجع سابق ذكره، ص 116.

(3) القيمة السوقية هي: القيمة التقديرية الأكثر إجمالا للعقار في سوق مفتوح وتنافسي بحث ينصرف كل من البائع والمشتري برشد ومهارة وطبقا للمعلومات المتوفرة.

- والقيمة الدفترية تعني: قيمة الأصول التي تظهر في التقارير المالية للمالك وهي قيمة تكلفة الأصول مطروحا منها قيمة الهلاك، يؤخذ بها في إعداد التقارير المالية، ولأجل الضريبة على الدخل.

راجع هذه التعاريف في: د/ حاتم احمد جعفر: التقييم العقاري بين التأصيل العلمي والخبرة العلمية، مقال منشور على

الموقع: <http://unpan1.un.org/intra/doc/groups/public/documents/arado/unpan026428.pdf>.

شرط التعويض الذي قرنته بالزامية أن يكون تعويضا عادلا وحالا وفعالا⁽¹⁾، وهي صفات من الصعب تحقيقها من الناحية العملية لاسيما و أن الدول النامية لا تملك القدرات المالية لذلك خاصة إن انصب التأمين أو نزع الملكية على وسائل للإنتاج ضخمة ومكلفة فإن ذلك يتعدى قدرتها المالية وقد يتسبب في انهيار اقتصادها وإفلاسها⁽²⁾، مما يتعين على الدول المصدرة لرأس المال الأجنبي تغيير نظرتها و موقفها من التعويض المقرر لنزع الملكية أو التأمين الواقع على الأموال أو المشاريع الأجنبية، ذلك أن الدول النامية في سياستها ونظرتها لحماية المال الأجنبي وتوفير ضمانات له لن تستطيع التماشي أو مسايرة ما تسعى الدول المتقدمة لفرضه من صفات على هذا التعويض كونه يتعارض مع تنفيذ برنامج التنمية الاقتصادية التي تسعى هذه الدول لتحقيقه.

وأيا كان الأمر فإن توفير الضمان لرأس المال الأجنبي لا يعني بأي حال من الأحوال تنازل الدولة عن حقها في التأمين أو نزع الملكية للمنفعة العامة المقرر قانونا، وهو حق مسلم به في القانون الدولي ما دامت هذه الدولة معترفة بمبدأ التعويض للمتضررين عن هذه الممارسات أو الإجراءات ولن يختلف الأمر أكان التعويض مناسبا أو عادلا أو كافيا وفعالا.

الفرع 2: دور الحوافز الضريبية في جذب الاستثمارات الأجنبية.

أصبح من المسلم به في القانون الدولي أن لكل دولة ذات سيادة الحق في فرض ما تشاء من ضرائب ورسوم على الأشخاص والأموال الموجودة داخل إقليمها مهما كانت طبيعة هذه الأموال وطالما لا يوجد التزام على الدولة يحد من حقها في هذا الشأن.

وعلى الرغم من أن الصورة الظاهرة لهذا الحق السيادي للدولة توشي للكثيرين أن تطبيق الدولة لهذه السياسة الضريبية على الاستثمارات الأجنبية يشكل في اغلب الأحيان عائقا أمام وفود رأس المال الأجنبي إليها وسبب في عزوف الاستثمارات الأجنبية، إلا أن الحوافز والمزايا التي تقرها هذه الدول تجاه الاستثمارات الأجنبية تجعل من هذه السياسة الضريبية حافزا و مشجعا للاستثمار الأجنبي، وذلك بحسب المعيار الذي تتبعه الدولة في فرض الضريبة على النشاط الأجنبي وبحسب تحديد نوع الضريبة المستحقة

(1) يقصد بالتعويض العادل هو التعويض الذي يغطي الخسارة الفعلية أي التعويض الشامل، أما التعويض الحال أو الفوري فهو التعويض الذي يجب أن يؤدي فور وقوع إجراء نزع الملكية أو التأمين أو في اللحظة التي يصبح فيها هذا الإجراء مؤشرا، أما التعويض الفعال فيقصد به أن يكون لمبلغ التعويض قيمة اقتصادية بحيث يستطيع المالك الأجنبي الاستفادة به. لمزيد من التفصيل حول هذه المفاهيم راجع: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 65، 66، 67.

(2) ذلك أن معظم الدول النامية بعد حصولها على الاستقلال اكتفت بمجرد الوعد والالتزام بأداء التعويضات المقابلة للأموال الموقوفة من حيث المبدأ على أن تؤدي هذه التعويضات في شكل دفعات للملاك السابقين، مما يدل أن الوعد بالتعويض كاف في حد ذاته للاعتراف بمشروعية التأمين أو نزع الملكية وأدل مثال على ذلك قبول الحكومة والقضاء الفرنسي التأمينات التي قامت بها الجزائر بعد الاستقلال وأقرتها بمجرد أن التزمت الجزائر بأداء تعويضات مقابلة.

ومعدلها وطريقة تقديرها وحالات الإعفاء منها⁽¹⁾، ذلك لان المعاملة الضريبية تؤثر بشكل مباشر على العائد المتوقع من توظيف رؤوس الأموال بحسب ما يخضع له هذا العائد من عبئ ضريبي أكان مرتفع فيؤثر على نسبة الأرباح ويؤثر بالتالي سلبيا على تشجيع الاستثمار الأجنبي أم كان منخفضا فيرضي المستثمر الأجنبي ويشجعه.

وتعرف الحوافز الضريبية على أنها: «نظام يصمم في إطار السياسة المالية بهدف تشجيع الادخار أو الاستثمار على نحو يؤدي إلى نمو الإنتاجية القومية وزيادة المقدرة التكلفة للاقتصاد و زيادة الدخل القومي نتيجة قيام المشروعات الجديدة أو التوسع في المشروعات القائمة»، أو أنها «تلك الحوافز التي تخفض الأعباء الضريبية عن المشروعات من أجل جعلها تستثمر في مشروعات محددة أو قطاعات معينة، وبمعنى آخر هي استثناء من نظام الضرائب العام»⁽²⁾.

وتختلف الحوافز الضريبية في تأثيرها من نشاط لآخر ومن دولة لأخرى وذلك بحسب الأهداف التي تسعى الدولة إلى تحقيقها من وراء استخدام سياسة الإعفاءات الضريبية وهو ما يفسر اختلاف المعايير التي تعتمدها الدول في المعاملة الضريبية للاستثمار الوافد، إذا لا يوجد في الواقع إطار قانوني واحد لهذه المعاملة يصلح للتطبيق في مختلف الدول، ومرد ذلك تفاوت واختلاف حاجات الدول إلى الموارد الخارجية وتباين أوضاعها وظروفها الداخلية⁽³⁾، ورغم هذا الاختلاف والتباين في تحديد العوامل الضابطة للسياسة الضريبية، إلا أن مختلف الدول والنامية منها وجه الخصوص تتفق أن أهم عائق تعمل على التخفيف من حدته هو عبئ الازدواج الضريبي لما له من أثر سلبي ومانع لتدفق رأس المال الأجنبي إلى الدولة. وعليه سنحاول بحث أهم السبل والوسائل القانونية التي سعت مختلف الدول تسخيرها لإزالة هذا العبئ الضريبي أو التخفيف منه و ثم تحديد أهم الآثار المترتبة من تطبيق سياسة الإعفاء الضريبي على الاستثمارات الأجنبية.

أولا: الوسائل القانونية لتجنب الازدواج الضريبي.

يعد الازدواج الضريبي من أهم المشاكل التي تحول دون اتساع نطاق التجارة والاستثمارات سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي، وقد تنبته معظم إن لم نقل اغلب الدول إلى ضرورة معالجة هذه المسألة لما للضرائب من أهمية في التأثير في عملية الاستثمار و نظرا لما تخلفه هذه الظاهرة من خطورة تهدد مسيرة

(1) د/ عبد الواحد محمد الفار: الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، مرجع سابق ذكره، ص 138.

(2) راجع هذه التعاريف في: د/ منى محمود إدلبي: سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في توجيه الاستثمارات في الدول النامية، مرجع سابق ذكره، ص 111.

(3) ومن هنا يظهر الاختلاف بين الحوافز الضريبية التي تقرها الدول النامية عن تلك الحوافز المستخدمة في الدول الصناعية، ذلك انه لوحظ استمرارية في الاتجاه نحو زيادة الحوافز الضريبية للاستثمارات في الدول النامية وبينما الدولة الصناعية قامت بإلغاء الخصم الضريبي على الاستثمارات والحد من الإسراع في الإعفاءات. لمزيد من التفصيل راجع: Negee Choona Chia & John Whalley: أنماط الحوافز الضريبية للاستثمار في الدول النامية ترجمة: احمد هاشم خاطر ، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد الرابع، العدد الأول، 1996، ص 121.

التنمية الاقتصادية في الدول النامية على وجه الخصوص⁽¹⁾، مما دفع العديد من هذه الدول بحث ودراسة السبل القانونية والتنظيمية اللازمة وتهيئتها لتجنب الازدواج الضريبي سواء على المستوى الداخلي أو الدولي⁽²⁾.

وتختلف الوسائل المعتمدة من طرف الدول والتشريعات النازمة لها في تجنب أو الحد من سياسة الازدواج الضريبي بحسب وجهة وموقف الدولة من الازدواج، فإذا كانت الدولة متعمدة عن قصد سياسة الازدواج في نظامها الضريبي فإن ذلك يستدعي البحث عن إجراء قانوني بديل يحقق لها نفس الأهداف والغايات المرجوة من تطبيق الازدواج، أما إذا كان الازدواج غير مقصود في المعاملة الضريبية وهو الأمر الغالب عند معظم الدول فإن طريقة تجنبه ومعالجته تكون عن طريق التشريع الداخلي للدولة سواء أتعهدت السلطات أو الجهات المتحكمة بالنظام الضريبي في الدولة أو كان كانت متركزة في جهة وسلطة واحدة، وذلك بالنص على استئزال مقدار الإيراد الذي خضع للضريبة الأولى من الإيراد الكلي الذي يخضع للضريبة الثانية وهي إحدى الطرق أو الوسائل الشائعة في مثل هذه الحالات⁽³⁾.

أما بالنسبة للازدواج الضريبي الدولي عموماً فإن الجهود تركزت في هذا الخصوص بقيام العديد من التشريعات الداخلية للدول المصدرة للاستثمار "الدول المتقدمة" بالنص على التخفيف من جانب واحد من عبئ الازدواج الضريبي على أفرادها المستثمرين أموالهم بدول أخرى حتى لا يكونوا عرضة لفرض نفس العبئ الضريبي من طرف الدولتين "الدولة الأم والدولة المضيفة للاستثمار"، وذلك رغبة من هذه الدول في ضمان عدة تسهيلات لتحقيق تجنب الآثار السلبية للازدواج الضريبي على مواطنيها الذين يزاولون نشاطاً استثمارياً في دول أخرى⁽⁴⁾ وهي وسيلة ستؤثر بشكل إيجابي على التقليل من عائق الازدواج الضريبي حتى وإن كانت تنطوي على تضحيات من جانب واحد "الدولة المصدرة لرأس المال الأجنبي".

(1) وقد كان لهيئة الأمم المتحدة دوراً مهماً في مواجهة ظاهرة الازدواج الضريبي من خلال مواصلة الجهود المبذولة سابقاً منذ إنشائها عام 1945، وذلك من خلال إنشاء لجنة مالية عامة بموجب القرار الصادر عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي سنة 1946 التابع لهيئة الأمم المتحدة، والتي تركزت نشاطاتها في مجال الازدواج الضريبي. راجع ذلك في: د/علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 179.

(2) وتعبيراً عن ما بذلته المنظمات الدولية من جهود حول مسألة الازدواج الضريبي فقد ترجمت الدول ذلك بسعيها المتزايد لإبرام العديد من الاتفاقيات الثنائية لتجنب الازدواج الضريبي التي تضمنت في مجملها الإشارة إلى تحديد اختصاص كل دولة طرف في الاتفاق في مجال فرض الضرائب والكيفيات الاتفاقية لاستحقاقها وطرق تجنبها ومنعها، ومن تلك الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي و تقادي التهرب الجبائي ووضع قواعد متبادلة في ميدان الضريبة على الدخل و الثروة المبرمة بين الجزائر و اسبانيا التي تم التوقيع عليها بمديرد في 07 أكتوبر عام 2000، وتم التصديق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 05-234 المؤرخ في 23 يوليو 2005، راجع نصوص هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 45 المؤرخة في 23 يوليو 2005.

(3) راجع ذلك في: د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 166.

(4) ومن أهم الطرق المعتمدة من طرف هذه الدول للحد من آثار الازدواج الضريبي على حركة رؤوس أموال مواطنيها تطبيق نظام الإعفاء الكامل لإيرادات رأس المال بغض النظر عن الشكل القانوني لاستثماره في الخارج، أو تلجأ إلى

إلا أن البعض يرى أن هذا الاتجاه الفردي قد لا يكون ملائماً دائماً للحد من آثار الازدواج الضريبي أو تحقيقه وذلك لاختلاف النظم الضريبية التي تنتج بدورها من اختلاف التاريخ القانوني والضريبي، والسياسة الضريبية للإيرادات والنفقات ومدى إلزامية الخضوع لهذه النظم الضريبية، مما قد يؤدي إلى استمرار الازدواج الضريبي أن لم يكن زيادة في حدته⁽¹⁾.

ثانياً: الحوافز والإعفاءات الضريبية ودورها في تشجيع الاستثمار الأجنبي.

عبر البعض عن السياسة الضريبية التي تتبعها الدول المستوردة لرأس المال الأجنبي بأنها عملة ذو وجهين⁽²⁾، على اعتبار أنها تشكل من جهة عائق أمام تدفق رؤوس الأموال الأجنبية وذلك بسبب ما تضعه هذه الدول من قواعد في فرض رسوم و جبايات ضريبية على المستثمر الأجنبي تصل في بعض الأحيان إلى درجة التمييز في فرض الضريبة بينه وبين الوطنيين وذلك لتحقيق أهدافها وبرامجها التنموية، ومن الوجهة الثانية تظهر السياسة الضريبية لنفس الدولة أداة ومحفزاً لاستقدام الأموال الأجنبية والاستثمار فيها وذلك لما تتضمنه هذه القواعد الضريبية من مزايا وإعفاءات تختلف درجتها ومدتها ومعايير تحديدها من دولة لأخرى⁽³⁾.

وتعتبر سياسة الإعفاء الضريبي لمدة معينة من أوسع الحوافز انتشاراً لجذب الاستثمارات الأجنبية وتحسين مناخ الاستثمار داخل الدول التي تسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها⁽⁴⁾، وهي في نفس الوقت من السياسات الضريبية التي يحبها المستثمر الأجنبي كونه سيستفيد من فترة زمنية - مهما طالت أو قصرت- لن يكلف فيها بدفع أي نوع من الضرائب وهي فرصته للاستثمار في أرباحه⁽⁵⁾، وهي وسيلة جد فعالة ومغرية للمستثمر الأجنبي ومن جهة ولا تعود بالضرر على اقتصاد

تطبيق نظام تأجيل الضريبة الوطنية أو نظام تنزيل الضريبة الأجنبية من وعاء الضريبة الوطنية وذلك بإعفاء الإيرادات المحققة من طرف المستثمر في الخارج من فرض ضريبة وطنية عليها على أساس أنها خضعت للضريبة في الدولة المضيفة، وهذه نماذج من مجموعة طرق ووسائل تتبعها الدول لتخفيف العبء الضريبي على مواطنيها الذين يتوجهون بأموالهم ومشاريعهم إلى دول أخرى. راجع بالتفصيل المزيد عن هذه الطرق وغيرها في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 117، 118، وكذا: د/ دريد محمود علي السمراي، نفس المرجع، ص 168، 169.

(1) د/ سالم الشوايكة، مرجع سابق ذكره.

(2) د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 135.

(3) حيث يتعين التمييز بين مفهوم الإعفاء الضريبي ومفهوم عدم الخضوع للضريبة، فالإعفاء يمثل تجنب جزء خاضع أصلاً للضريبة لتوافر شروط فيه إلا أن المشرع رأى عدم إلزامه بالضريبة بنص خاص لاعتبارات اقتصادية واجتماعية فالضريبة في هذه المسألة موجودة إلا أنها متوقفة خلال فترة الإعفاء، أما عدم الخضوع فيعني عدم جواز تحديد وتحصيل الضريبة على نشاط معين لعدم توافر الشروط المعتبرة قانوناً لإلزام الشخص بالضريبة، ويتوافر الشروط يصبح خاضع لها مستقبلاً. راجع هذه المفاهيم في: د/ منى محمود ادلبي، مرجع سابق ذكره، ص 113.

(4) د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 139.

(5) لمزيد من التفصيل حول إستراتيجية فرض و تنظيم الحوافز الضريبية راجع ذلك في:

Lawence Gitman et Michael Joehnk, op.cit, p29.

الدولة المضيفة على اعتبار أنها ستضمن استمرار المشاريع الاستثمارية فيها وتشجيع بقاءها كما أنها وبعد انتهاء فترة الإعفاء فإن هذه الدولة ستكتسب وعاء ضريبيا جديدا تقتطع منه جزءا من أرباحه على شكل ضرائب أو رسوم⁽¹⁾.

وتتفق معظم التشريعات الضريبية على إعطاء السلطات الإدارية حرية تقديرية في حد فترة التمتع بالحوافز الضريبية وفقا لطبيعة هذه المشروعات التي قد يكون بحاجة لفترة أخرى من الإعفاء نتيجة لظروف تعرضت لها، كما قد يمتد الإعفاء الزمني في بعض التشريعات ليشمل الإرباح الناتجة عن رأس المال المستثمر كل ذلك رغبة من الدول المضيفة لاسيما النامية منها لجذب المزيد من رؤوس الأموال في المشروعات القائمة وهو الهدف الأساسي من وراء تقرير هذه الحوافز سواء بالنسبة للمشروعات القائمة أو الجديدة⁽²⁾.

ويختلف موقف الدول في منح الإعفاءات والمزايا الضريبية بحسب طبيعة الأهداف الاقتصادية والاجتماعية المراد تحقيقها من وراء هذه الإعفاءات والتي يتراوح تطبيقها بين الإعفاء الكلي للضرائب أو ينحصر في إعفاء جزئي فقط⁽³⁾، وقد كرس المشرع الجزائري سياسة الإعفاءات والمزايا الضريبية للمستثمر الأجنبي ضمن قانون تشجيع الاستثمار وذلك بمقتضى المواد: 09، 10، 11 منه⁽⁴⁾

(1) إلا أن دراسة حديثة حول أثر الضرائب على الاستثمارات الأجنبية تؤكد أن الإعفاءات الضريبية المحددة المدة أو لفترة محدودة ليس لها تأثير فعال في قرارات المستثمرين حول الاستثمار في دولة معينة إلا باستثناء الحالات التي تكون الضرائب المفروضة مبالغاً فيها لدرجة كبيرة، كما أثبتت نفس الدراسة أن الإعفاءات الضريبية لا تعتبر ذات تأثير ايجابي للمستثمر الأجنبي إلا في حالة ما إذا كان معدل التضخم منخفضاً في الدولة المضيفة أو إذا كان المستثمر يعتمد بصورة كبيرة على رأس المال - بدلا من القروض - لتمويل استثماراته، أما إذا كان التضخم عالياً والمستثمر يقتض مضاعف كبير بالعملة المحلية ويخضع الضريبة المحلية في نفس الوقت من الوعاء الضريبي في الدولة الأم فإن الإعفاء الضريبي في الدولة المضيفة يصبح من غير ذي شأن بالنسبة لهذا المستثمر.

راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاتة: القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، مجلة مصر المعاصرة، يناير 1992، العدد 427 السنة 83 القاهرة، ص 06.

(2) د/ صفوت عبد السلام عوض الله: الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، يناير 2003، ص 177.

(3) يقصد بالإعفاء الكامل هو تصريح المشرع بإعفاء المكلف من كافة الضرائب طوال فترة الإجازة الضريبية وهو الأصل في الإعفاء، أما الإعفاء الجزئي فينصب على جزء من الضريبة أو على ضرائب معينة دون الأخرى أو على جزء من الدخل الخاضع للضريبة. راجع هذه المفاهيم في: د/ منى محمود ادلبي: مرجع سابق ذكره، ص 113.

(4) تنص المادة 09: "زيادة على الحوافز الضريبية وشبه الضريبية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام، يمكن أن تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 1 و 2 أعلاه بعنوان انجازها على النحو المذكور في المادة 13 أدناه من المزايا التالية:

1/ تطبيق النسبة المنخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص التجهيزات المستوردة التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

2/ الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

وقد حذا المشرع السوري نفس حذو المشرع الجزائري إذ ميز في تحديد الإعفاءات الضريبية للمشاريع الاستثمارية بحسب طبيعة المشروع ومدى فاعليته في تحقيق شروط التنمية الاقتصادية فيها⁽¹⁾.

أما المشرع المصري فقد اعتمد بدوره سياسة الإعفاءات الضريبية على المشروعات الاستثمارية وذلك تماشياً مع سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تم البدء فيها من السبعينات وحدد مدة الإعفاء من الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وإيرادات رؤوس الأموال المنقولة لمدة خمس سنوات ابتداء من السنة التالية لبداية الإنتاج أو مزاولة النشاط، كما قرر الإعفاء من ضريبة الدمغة ومن الضريبة العامة واشترط

3/ الإعفاء من دفع رسم نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تمت في إطار الاستثمار المعني.

- أما المادة 10 منه فتقرر طبيعة الاستثمارات المقررة بمزايا خاصة في هذا القانون والتي تنص على: «تستفيد من مزايا خاصة:

1/ الاستثمارات التي تتجزأ في المناطق التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من الدولة.
2/ وكذا الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني، لاسيما عندما تستعمل تكنولوجيا خاصة من شأنها أن تحافظ على البيئة وتحمي الموارد الطبيعية وتدخر الطاقة وتفضي إلى تنمية مستدامة».

- أما المادة 11 من هذا القانون فتحدد نوع وطبيعة المزايا التي تستفيد منها الاستثمارات المقررة بهذا القانون على النحو التالي: «تستفيد الاستثمارات المنجزة في المناطق المذكورة في الفقرة 1 من المادة: 10 أعلاه من المزايا التالية:

1) بعنوان انجاز الاستثمار:

- الإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية بعوض فيما يخص كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار.
- تطبيق حق ثابت في مجال التسجيل بنسبة مخفضة قدرها اثنان بالألف (2%) فيما يخص العقود التأسيسية والزيادات في رأس المال.
- تتكفل الدولة جزئياً أو كلياً بالمصاريف، بعد تقييمها من الوكالة، فيما يخص الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لانجاز الاستثمار.

- الإعفاء من الضريبة على القيمة المضافة فيما يخص السلع والخدمات التي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار، سواء كانت مستوردة أو مقتناة من السوق المحلية، وذلك عندما تكون هذه السلع والخدمات موجهة لانجاز عمليات تخضع للضريبة على القيمة المضافة.

- تطبيق النسبة المخفضة في مجال الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة والتي تدخل مباشرة في انجاز الاستثمار.

2) بعد معاينة انطلاق الأشغال:

- الإعفاء لمدة 10 سنوات من النشاط الفعلي من الضريبة على أرباح الشركات ومن الضريبة على الدخل الإجمالي على الأرباح الموزعة، ومن الدفع الجزافي ومن الرسم على النشاط المهني.

- الإعفاء لمدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ الاقتناء من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار.

- منح مزايا إضافية من شأنها أن تحسن أو تسهل الاستثمار مثل تأجيل الحجز وآجال الاستهلاك».

(1) راجع المواد 12 و 13 (أ) و (ب) من قانون الاستثمار السوري لعام 1991.

لسريان هذه الإعفاءات أن لا يترتب على خضوع هذا الدخل لضريبة مماثلة في دولة المستثمر الأجنبي⁽¹⁾.

وعلى الرغم من أهمية الحوافز الضريبية والمزايا المقررة بموجب نصوص تشريعية لمختلف البلدان لاسيما النامية منها وذلك لما لها من دور فعال ومنتج في تشجيع الاستثمارات الأجنبية للوفود إليها وحثهم على إعادة استثمار أرباحهم فيها لتحقيق التنمية الاقتصادية المرجوة، إلا أن البعض يرى أن تقرير مثل هذه الحوافز قد يترتب عليه آثار سلبية أكثر من ايجابيتها ويبرر المعارضون سياسة الإعفاء الضريبي موقفهم هذا على أساس أن الإعفاء الضريبي قد لا يجذب المستثمرين لان الأرباح عادة ما تكون قليلة وخاصة في السنوات الأولى من قيام المشرع - وهي نفس الفترة التي تخضع فيها هذه المشاريع الاستثمارية للإعفاء الضريبي عادة- مما يجعل من الإعفاء ذا أثر محدود، كما قد تؤدي هذه الإعفاءات إلى استغلالها من طرف المستثمر الأجنبي وذلك بقيامه بإقامة مشاريع استثمارية رغبة في الاستفادة من هذه الإعفاءات ثم يوقف نشاطه هذا بانتهاء مدة الإعفاء⁽²⁾، كما يوجه البعض الآخر انتقاده ومعارضته لسياسة الإعفاء الضريبي على أساس أن هذا النظام يسبب عجزا في إيرادات الدولة المضيفة في الوقت الذي تكون فيه تلك الإيرادات ذات أهمية لبرنامج التنمية لاسيما بالنسبة للدول النامية، كما أنه - الإعفاء الضريبي - يفتح الباب لممارسة ضغوط تؤدي إلى منح إعفاءات أخرى سواء دائمة أو ذات أجل طويل مما يحدث عجزا في الإيرادات⁽³⁾، وعليه فإنه يبقى من العسير وضع منهاج ضريبي يتناسب والظروف المختلفة لكل الدول النامية، إلا أنه قد يكون مناسبا توجيه النصح لهذه الدول بأن تنتهج سياسة ضريبية متزنة وذكية تتلاءم وظروفها الداخلية ولا تعوق تدفق رأس المال الأجنبي على إقليمها، بل تشجعها وتجذبها للاستثمار فيها خصوصا في المجالات الأكثر فائدة لاقتصادها الوطني⁽⁴⁾.

وأيا كانت الانتقادات الموجهة لهذه السياسة الضريبية فإن الدولة المستوردة لرأس المال لن تقوم بتقديم كل هذه الحوافز الضريبية والمزايا للاستثمارات الأجنبية وليست ملزمة بذلك بل إنها تتعامل معها بما يتلاءم وتحقيق أهدافها وسياساتها الإنمائية ويتوافق مع ظروفها الاجتماعية والاقتصادية، ولن يتحقق ذلك إلا بانتهاج سياسة ضريبية متزنة تتلاءم ومع ظروفها الداخلية ولا تعيق في نفس الوقت تدفق رأس المال الأجنبي التي هي بحاجة إليه، على أننا نرى أنه يتعين على الدولة النامية رغم أنها لن تجد بديلا لهذه

(1) راجع نص المواد من 16 إلى 27 من قانون حوافز وضمانات الاستثمار المصري لسنة 1997، ولمزيد من التفصيل حول الإعفاءات الضريبية في التشريع المصري راجع: د/ ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق ذكره، ص 237 وما بعدها.

(2) د/ سيد إمام: الإعفاءات الضريبية بقصد تشجيع الاستثمار والإنتاج، مجلة مصر المعاصرة، السنة 62 العدد 345، يوليو 1971 القاهرة، ص 206.

(3) لمزيد من التفصيل حول الانتقادات الموجهة لسياسة الإعفاء الضريبي راجع: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره ص 138، 139، و راجع أيضا: Neji Baccouche, op.cit, p 67,68.

(4) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 136.

السياسة الضريبية لتشجيع رأس المال الأجنبي للوفود إليها، إلا أنه يتعين عليها بالمقابل أن تضع هذه القواعد بشكل مؤقت غير دائم - لأنه مهما كانت الفائدة المرجوة من هذه الإعفاءات إلا أنها تخلق وضعاً غير متوازن في الهيكل التنظيمي العادي- ينتهي بانتهاء تحقيق الهدف الذي رسمته هذه الدولة وفقاً لما تضعه من خطة واستراتيجيات محددة في هذا المجال.

الفرع 3: التيسيرات المالية والنقدية والإدارية.

تعتبر قدرة المستثمر الأجنبي على تحويل رأسماله والأرباح التي يحققها إلى دولته عملاً أساسياً وسبباً مهماً من أسباب قبوله استثمار رأسماله في دولة معينة والتي تشكل في حقيقتها عائقاً في وجهه إذا لم تقرر له الدولة المضيفة ضمانات قانونية تكفل الحد الأدنى من التيسيرات المالية والنقدية. وانطلاقاً من ذلك وبناء على مبدأ تشجيع الاستثمارات الأجنبية من طرف الدول لاسيما النامية منها المحتاجة إلى وفود رأس المال الأجنبي إليها لتحقيق أهدافها فإن العديد من قوانين الاستثمار المقارنة تضمنت في محتواها إقرار نصوص قانونية تهدف إلى تحديد قدر من التسهيلات النقدية المالية والإدارية والتي يمكن أن تنحصر عموماً مهما اختلفت هذه التشريعات في تحديد مستواها أو قدرها أو طريقة تسخيرها للمستثمر الأجنبي فيما يلي:

- (1) ضمان تحويل عائد المال المستثمر إلى الخارج.
 - (2) ضمان إعادة رأس المال إلى الوطن الأصلي.
 - (3) ضمان تحويل حصة من مرتبات العاملين الأجانب في المشروع.
- والى جانب هذه التيسيرات المالية والنقدية تلعب التيسيرات الإدارية دوراً لا يقل أهمية على سابقتها لما لها من تأثير من تيسير الأمور أمام المستثمر الأجنبي من خلال الجهاز الإداري المنشئ خصيصاً لإمداد المستثمر الأجنبي بكافة المعلومات والبيانات التي تساعد في انجاز مشروعه الاستثماري. وسنحاول تقسيم هذه الدراسة إلى قسمين ندرس في الأول التيسيرات المالية والنقدية، ثم نتنقل في القسم الثاني لدراسة وبحث التيسيرات الإدارية وأثرها في تشجيع الاستثمار الأجنبي وفقاً لما يلي:

أولاً: التيسيرات المالية والنقدية.

يعتبر التوسع في حرية تحويل الأرباح بدون قيود من أهم الحوافز بالنسبة للمستثمرين الأجانب خاصة في الدول ذات العملات الغير قابلة للتحويل الحر والتي يحرم التعامل بها في الخارج كما هو الحال بالنسبة لأكثر عملات الدول العربية النامية المستوردة لرأس المال الأجنبي⁽¹⁾، ذلك أن إعاقة مثل هذا التمويل أو تعقيد إجراءاته يعد عقبة هامة في سبيل جذب رأس المال الأجنبي، ومن هنا فقد اهتمت العديد

(1) د/ إبراهيم شحاتة: معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية 1972، ص 134.

من التشريعات المقارنة بالنص على قواعد قانونية تكفل حق المستثمر الأجنبي في تحويل أصل الاستثمار والأرباح الناتجة عنه وأجور العمال الذين تم توظيفهم في هذا المشروع الاستثماري. فالقانون الجزائري مثلاً يسمح ويجيز تحويل أصل المال المستثمر والأرباح الناتجة عنه و المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية حتى وإن كان المبلغ المراد تحويله أكبر من رأس المال المستثمر في البداية، إلا أنه اشترط نفاذ هذه الضمانات في التحويل على صدور موافقة خاصة من البنك المركزي الجزائري⁽¹⁾، على أنه لم يرد في نصوص تشريع الاستثمار الجزائري أحكاماً تفيد التحويلات الخاصة بالأجور والرواتب وما ينتج عنها للموظفين والعاملين في المشروعات الاستثمارية، فسكوته يثير التساؤل حول موقفه بشأن أجور العاملين ومستحقاتهم الأخرى، غير أننا نرى أن غياب النص بعدم السماح بإجراءات التحويل لهذه الفئة من الأشخاص قد يتعارض مع ما تضمنه تشريع الاستثمار الجزائري من مبادئ وحوافز وتشجيع للاستثمار الأجنبي.

ويكرس قانون الاستثمار المصري رقم: 8 لسنة 1997 نفس موقف المشرع الجزائري إزاء تحويل الأجور والمرتبات والمستحقات التي تتبعها، إلا أنه لا يفرض أي قيود قانونية بشأن تحويل عوائد الاستثمار إلى الخارج رغم أنه لم يقرر ذلك بنص خاص، على خلاف إقراره بنصوص خاصة لذلك بموجب قانون الاستثمار القديم الملغى رقم: 230 لسنة 1979 والذي يسمح بتحويل الأرباح بغير قيود وتحويل مالا يجاوز 50% من مرتبات وأجور العاملين الأجانب في الاستثمارات الأجنبية⁽²⁾، وعلى خلاف ذلك جاء موقف القانون السوري مقراً بنص خاص وصريح بالسماح للخبراء والعمال والفنيين الأجانب العاملين في أحد المشاريع الاستثمارية بتحويل أجورهم ومرتباتهم بنسبة 50% ونسبة 100% إذا تعلق الأمر بتعويضات نهاية الخدمة⁽³⁾، وهو نفس الموقف الذي كرسه قانون تشجيع الاستثمار الأردني من حيث المبدأ، إلا أن الاختلاف بين التشريعين يكمن في أن المشرع الأردني لم يحدد نسبة معينة لمقدار التحويل المسموح به للعمال والموظفين في أجورهم وأقر بإجازة التحويل بصفة عامة دون أي تخصيص أو تحديد كما نص بالسماح للمستثمر غير الأردني بتحويل عوائد الاستثمار إلى الخارج دون تأخير وبعملة قابلة للتحويل⁽⁴⁾.

وعليه يمكن القول أن معظم الدول لاسيما النامية منها تتفق على مبدأ التيسيرات المالية والنقدية المكفولة للمستثمرين الأجانب كضمانة لهم لتشجيع الاستثمار الأجنبي وعدم إعاقة وفود رأس المال الأجنبي إليها أمام بعض إجراءات الرقابة النقدية التي تفرضها بعض الدول في سياسيتها المصرفية، إلا أنه ورغم

(1) راجع المادة: 31 من الأمر 03/01 المتعلق بتطوير الاستثمار في الجزائر.

(2) راجع بشأن ذلك المادة 22 والمادة 27 على التوالي من قانون الاستثمار المصري الملغى.

(3) راجع بشأن ذلك نص المادة 37 من قانون الاستثمار السوري لعام 1991.

(4) حيث نصت المادة 31 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995 على مايلي: «للعاملين الفنيين والإداريين وغير الإداريين في أي مشروع أن يحولوا رواتبهم وتعويضاتهم إلى خارج المملكة»، وراجع كذلك نص المادة 30 من نفس القانون.

الاتفاق على المبدأ يبقى الاختلاف قائم بين هذه الدول من خلال مختلف التشريعات المقارنة من حيث الأساليب والطرق و القواعد المنظمة لهذه التحويلات بين السماح المطلق للتحويلات النقدية والمالية دون فرض أي قيود أو شروط، وبين من يجيز إجراءات التحويل ولكن بشروط ونسب معينة وبعد الخضوع لإجراءات يفرضها التنظيم الخاص بهذه الدولة، ولعل السبب في هذا الاختلاف رغم الاتفاق على المبدأ بين هذه الدول هو اختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في كل منها إلى جانب استحالة تبني نظام موحد يضمن حرية التحويلات النقدية للاختلافات العملية العديدة في تطبيق هذا المبدأ، على أن هذه الدول قد تتوحد في هذا الأمر بالنسبة لآلية التطبيق العملي لمسألة التمويلات النقدية والتي لا يستفاد بها إلا بعد إثبات تسديد كافة المستحقات الضريبية العالقة في ذمة المستفيد من هذا الامتياز⁽¹⁾، وقد اعتبر البعض التوسع في هذا المجال له من الخطر ما يؤدي إلى التأثير السلبي على ميزان المدفوعات للدولة المضيفة وهو الأمر الذي يبرر الموقف المتحفظ نسبياً لتشريعات الاستثمار في الدول النامية⁽²⁾.

ثانياً: التيسيرات الإدارية.

قد يستفيد المستثمر الأجنبي من جميع الضمانات المقررة قانوناً لتشجيع الاستثمار في الدول المضيفة من إعفاءات ضريبية وتيسيرات مالية ونقدية تضمن حق التحويل و حرية التصرف في المشروع الاستثماري، إلا أن كل ذلك قد يظهر من دون جدوى إذا صادف المستثمر الأجنبي عرقلة على مستوى الجهات الإدارية من حيث توجيهه وتقديم المعلومات اللازمة حول المشروع الاستثماري وكذا تخلص الإجراءات الإدارية اللازمة والتي تشكل في معظم الأحيان عبئاً من جراء البيروقراطية التي تمتاز بها الهيئات الإدارية عموماً.

و انطلاقاً من ذلك وبغية تيسير سبل تعامل المستثمر الأجنبي مع الجهات الإدارية الرسمية للدولة المضيفة فقد سعت معظم الدول التي تهتم بتشجيع الاستثمار الأجنبي وجذب رأس المال الأجنبي إليها - أمام القيود الكثيرة التي يرجع سببها إلى ضعف الجهاز الإداري في العديد من الدول النامية- ببحث الضمانات الكفيلة للحد من هذه القيود الإدارية التي تكبل المعاملات أمام المستثمر الأجنبي في هذه الدول، وقد تضمنت بالفعل بعض التشريعات ما يكفل هذا النوع من الضمانات عن طريق خلق السبل والوسائل الكفيلة لتيسير الإجراءات الإدارية أمام المستثمر الأجنبي وذلك عن طريق إنشاء هيئات خاصة بالمستثمر الأجنبي تتكفل بالتعامل معه والرد على جميع التساؤلات التي تواجهه ابتداءً من التفكير في إنشاء مشروع استثماري في الدولة إلى غاية مغادرته لإقليم هذه الدولة، وتتحصر هذه القيود والتيسيرات

(1) Imen Sarar & Mouhamed Anis Bettaied: L'investissement International au Maghreb, Unité ou Pluralité, article publier dans: ou va le droit d'investissement, op.cit, p159.

(2) راجع هذا الموقف في: د/ إبراهيم شحاتة، مرجع سابق ذكره، ص 134.

التي يمكن أن تضمها معظم هذه القوانين في تيسير دخول وإقامة وتشغيل الفنيين الأجانب أو المستثمر نفسه إذا كان فرداً⁽¹⁾.

ومن هذا التصور يقرر المشرع الجزائري ضمن قانون تشجيع الاستثمار إنشاء وكالة لترقية الاستثمار ودعمه⁽²⁾، وذلك وفق مهام محددة بموجب التنظيم والتي تتلخص إجمالاً فيما يلي:

(1) استقبال الطلبات المقدمة من المستثمرين والمتضمنة التصريح لهم بالاستثمار⁽³⁾، وكذا الطلبات الخاصة بالاستفادة من الامتيازات المقررة قانوناً لتشجيع الاستثمار.

(2) مساعدة المستثمرين في استكمال الشكليات اللازمة لانجاز مشاريعهم الاستثمارية وبمتابعة المستثمرين على احترام الآجال المقررة لإكمال هذه المشاريع ويتجسد ذلك في شكل شبك وحيد تؤسسه الوكالة يضم الإدارات والهيئات المعنية بالاستثمار⁽⁴⁾.

(3) تلتزم الوكالة بوضع كل المعلومات ذات الطابع الاقتصادي والتقني والتشريعي والتنظيمي تحت تصرف المستثمر الأجنبي متى احتاج إليها كما تضمن الوكالة توزيع كل المعطيات والمعلومات المتعلقة بفرص الاستثمار وكذا كفاءات منح المزايا المرتبطة بها⁽⁵⁾.

(4) تقديم كل الدراسات والاقتراحات المتضمنة تدابير الاستثمار وتطويره وفعاليته إلى السلطة الوصية. وتمثل وكالة ترقية الاستثمارات بالنسبة للمستثمر عموماً في الجزائر بمثابة الجهاز الإعلامي الذي من خلاله تستقى كل المعلومات والإيضاحات والإرشادات اللازمة لإنشاء مشروع استثماري، ومن خلالها يمكن تشجيع الاستثمار بالقدر الكافي من الاهتمام والرعاية التي توليها للاستثمارات المقبلة عليها وذلك بتكليف خبراء مختصون لمعالجة المشاكل والمسائل المرتبطة بالاستثمار من جهة، ومن جهة أخرى تعتبر نافذة للترويج للاستثمار داخل القطر الجزائري من خلال الندوات والملقيات والأيام الدراسية التي

(1) نفس المرجع، ص 138.

(2) نشأت هذه الوكالة بموجب المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق لـ 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار.

(3) تقضي المادة 04 من نفس المرسوم أعلاه بالبيانات الواجب توافرها أثناء التصريح بالاستثمار من طرف المستثمر الأجنبي كما يلي: «يتولى التصريح بالاستثمار المذكور بالمادة 03 أعلاه المستثمر، يبين التصريح على الخصوص ما يلي: - مجال النشاط - تحديد الموقع - مناصب الشغل التي تحدث التكنولوجيا المزمع استعمالها - مخططات للاستثمار والتمويل وكذا التقويم المالي للمشروع مرفوعة بمخطط الامتلاك - شروط المحافظة على البيئة - المدة التقديرية لانجاز الاستثمار - الالتزامات المرتبطة بانجاز الاستثمار.

يكون التصريح فيما يخص النشاطات المقننة مرفوقاً بالوثائق التي تشترطها التشريعات والتنظيمات المعمول بها ويتضمن هذا التصريح في حالة طلب المستثمر الاستفادة من امتيازات كل العناصر الثبوتية»

(4) راجع المادة 08 من نفس المرسوم التشريعي أعلاه.

(5) راجع المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم: 319/94 المؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1415 الموافق لـ 17 أكتوبر 1994 المتضمن صلاحيات وتنظيم وسير وكالة ترقية الاستثمارات ودعمها ومتابعتها.

تنظمها مع المستثمرين للتعريف بمختلف المزايا والضمانات المقررة بموجب تشريعاتها⁽¹⁾، وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أنه على الرغم من إقرار نص المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 12/93 المذكورة أعلاه بأن الوكالة تنشأ لدى رئيس الحكومة مما يؤكد وضعها تحت وصاية هذا الأخير، إلا أن القانون المحدد لصلاحيتها وتنظيمها جعل للمدير العام لها سلطة اقتراح تنظيم الوكالة ونظامها الداخلي بمصادقة أعضاء مجلس الإدارة⁽²⁾.

وقد اهتم المشرع المصري أيضا بتيسير سبل التعامل مع الجهات الحكومية المختصة للمستثمر الأجنبي وذلك عن طريق إنشاء الهيئة العامة للاستثمار بموجب القانون رقم 165 لسنة 1953 كهيئة حكومية مستقلة ثم سرعان ما أعيد تنظيمها بموجب قرار رئيس جمهورية مصر رقم 284 لسنة 1997 والصادر بتاريخ 1997/08/07 وأصبحت هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة أطلق عليها اسم «الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة» والتي تختص بالتعامل مع المستثمرين وتقديم خدمات خاصة لهم طوال حياة المشروع، وذلك من خلال تلقي طلبات الاستثمار والبت فيها وكذا مساعدة المستثمرين في الحصول على تراخيص الإقامة لرجال الأعمال والخبراء والعمال المتقدمين من الخارج وصولا إلى حل كل المشاكل التي تصادف المستثمرين وتسهيل التعامل مع الجهات المعنية المختصة لإنقاذه من كل التعقيدات التي قد يقع فيها⁽³⁾، ونفس الاتجاه مكرس ضمن القانون الأردني رقم 16 لسنة 1995 الذي أنشئ مؤسسة عامة لتشجيع وتيسير الإجراءات الإدارية للمستثمرين أطلق عليها اسم «مؤسسة تشجيع الاستثمار» والتي لا تختلف كثيرا المهام والخدمات التي تقدمها للمستثمرين الأجانب عن تلك المقررة في التشريع المصري أو الجزائري⁽⁴⁾.

وأيا كانت التسميات أو المهام التي تضطلع بها هيئات الاستثمار المصنفة كجهات إدارية أنشئت خصيصا لخدمة المستثمر وتسهيل الإجراءات الإدارية عليه لاسيما إن كان أجنبيا وتقديم المساعدات اللازمة له، إلا أن هذه الهيئات لن تضطلع بالدور المنوط به وتحقيق الهدف من إنشائها إذا صنفها نفسها على أنها مجرد جهاز لجمع الحقائق والرد على الاستفسارات، بل يجب أن تعمل على نقل شعور لدى المستثمرين بأنهم مرحب بهم دائما وأن هناك أشخاص كلفوا من طرف الدولة ومستعدون لأداء كل ما يطلب من خدمات، وفي نفس الوقت هم أصدقاء شخصيون للمستثمر الأجنبي يقومون نحوه بأكثر من مجرد تقديم المساعدة، ومرد ذلك أن المستثمر الأجنبي يحكم على البلاد وشعبها وحكومتها من أولئك

(1) راجع الفقرات 09، 10، 11، 12 من المادة 04 من المرسوم التنفيذي أعلاه.

(2) راجع في هذا الشأن المواد: 05، 06، 07، 08 وما بعدها من المرسوم التنفيذي أعلاه.

(3) راجع المواد 01، 02، 03، 04، 05، 06، 07 من القرار رقم 284 المذكور أعلاه، ولمزيد من التفصيل حول مهام الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة بالجمهورية المصرية، راجع المواد 02، 05، 08، 19، 20، 21، 25 من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم 08 لسنة 1997.

(4) لمزيد من التفصيل والاطلاع على مهام مؤسسة بتشجيع الاستثمار في الأردن، راجع المواد: 11، 12، 13، 14 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995.

الذين يتعامل معهم من هيئات الاستثمار، فإذا وجد الوجه الايجابي المشجع اطمئن وتحفز لإقامة مشروعه الاستثماري، مما يبين أهمية الدور الذي تلعبه هذه الهيئات الإدارية في تشجيع و تفعيل الاستثمار الأجنبي أو تنفيذه وأبعاده عن التفكير في الاستثمار⁽¹⁾.

المبحث الثاني: الوسائل الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية.

إن النظم الداخلية وما تتوافر عليه من وسائل مختلفة ومتنوعة أثبتت عجزها وعدم كفايتها لتوفير الحماية المطلوبة للاستثمارات الأجنبية سيما إذا تعلق الأمر بالدول النامية التي تعاني من عدم استقرار وثبات تشريعاتها، مما ولد ضعف الثقة من جانب المستثمر الأجنبي الذي ترسخت لديه قناعة بعدم اعتماده على الحماية التي توفرها أو تعرضها للتشريعات والنظم الوطنية للدول المضيفة لاستثماراته وأمواله بعدم كفاية ما تقدمه هذه الوسائل من حماية وطمأنة وتقدير لقيمة التعويضات المتولدة عن المطالبة بحقوقه عند تحقق أحد المخاطر والتي ينتج عنها صعوبة وعرقلة في تحصيلها. لذا كان من الضروري البحث عن آليات ووسائل غير وطنية "دولية" تكفل توفير الحماية الكاملة للاستثمارات الأجنبية⁽²⁾، وقد تصدى بالفعل القانون الدولي لحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال ما تقرره قواعد العرفية التي استقرت على ضمان وتوفير حماية خاصة لهذه الاستثمارات، كما أسفر العمل الدولي على ظهور العديد من المعاهدات الدولية التي تهدف إلى زيادة القدرة من الحماية على المستويين الموضوعي والإجرائي.

وبناء على ذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة إبراز أهم الوسائل الدولية التي عملت وبصفة فعلية على تقرير حماية معينة للاستثمارات الأجنبية والتي يمكن تحديدها وفقا للتقسيم التالي:

المطلب 1: حماية الاستثمارات الأجنبية في إطار القانون الدولي العرفي.

المطلب 2: وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي الاتفاقي.

(1) د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 118.

(2) تعرف قواعد الحماية الموضوعية التي يكفلها القانون الدولي للأشخاص الأجانب المقيمين في دول لا ينتمون إليها ولا يتبعونها بأنها القواعد والقوانين والتشريعات واللوائح التي يقرها هذا القانون لتنظيم معيشة هؤلاء الأشخاص ومعاملاتهم وتوفير سبل الحماية لهم ضد أي إجراء يتسم بعدم المشروعية من قبل الدولة المضيفة لهم ولاستثماراتهم. راجع ذلك في: أ/ طه احمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 227.

المطلب الأول: حماية الاستثمارات الأجنبية في إطار القانون الدولي العرفي.

لا يزال الخلاف قائماً في مواقف الدول وكتابات المؤلفين حول وجود مبادئ وقواعد العرف الدولي في شأن الاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾، من معارض ومنكر لوجود تلك المبادئ من جهة ومن مناد بشرعيتها والزاميتها للدول المضيفة في شأن معاملة الاستثمارات الأجنبية⁽²⁾.

و تعرف القاعدة العرفية الدولية بأنها تلك القاعدة القانونية غير المكتوبة والتي يتواتر السلوك الدولي على العمل بها والانصياع لها تولد شعوراً من الجماعة الدولية بما تتمتع به من عنصر الإلزام⁽³⁾.

أما القانون الدولي العرفي فيقصد به مجموعة القواعد غير المكتوبة التي يقتضي تحديد وجودها البحث في ممارسات الدول التي تتحول إلى قاعدة قانونية إذا ما عكست ممارسة الدولة لها بشكل يتصف بالتموجية والانتظام الفعلي وعلى نطاق واسع ومنتشر وحرر اقتناع المجتمع الدولي بأن هذه الممارسة مطلوبة كأمر قانوني، مما يكسبها -القاعدة العرفية- الصفة الإلزامية فتصبح بذلك من القواعد الملزمة أمام المحاكم الوطنية والدولية⁽⁴⁾، هذا طبعاً بعد الإقرار بأنها مصدراً من مصادر القانون الدولي.

ولقد تجسد الاعتراف والتعامل بالقواعد العرفية في مجال معاملات الاستثمار الأجنبية قبل حصول الدول النامية على استقلالها أي في الفترة التي سيطرت فيها الدول الاستعمارية على موارد الدول النامية المستعمرة وكانت مصدراً لمعاملاتها الاستعمارية، مما جعل هذه الأخيرة -الدول الاستعمارية- استجابة لمصلحتها الاتفاق فيما بينها على قواعد تنظيم علاقاتها الاقتصادية بما يضمن استمرار قوتها الاقتصادية عن طريق نهب موارد الدول المستعمرة، فتحوّلت هذه القواعد إلى قواعد دولية عرفية نتيجة لتواتر سلوك هذه الدول في معاملاتها الاستثمارية عليها والشعور بالزاميتها كقواعد قانونية ونقلت هذا الضابط الإلزامي بها إلى دول أخرى وبالأخص الدول النامية. هذه المبادئ التي انحصرت في المبادئ والقواعد المتعلقة بالحقوق المكتسبة واحترام الملكية الخاصة الأصلية، وانطلاقاً من ذلك اعتبرت هذه الدول قواعد القانون العرفي بمنزلة انعكاس للفترة الاستعمارية من تاريخ العلاقات الدولية بما تتميز به من علاقات هيمنة واستغلال وهو الأمر الذي أدى إلى خلاف بين الدول الغربية المصدرة لرأس المال والدول النامية المستوردة له بسبب التشكيك بوجود هذه القواعد كجزء من القانون الدولي المعاصر⁽⁵⁾. أما القواعد

(1) د/ إبراهيم شحاتة: معاملة الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 97.

(2) فبينما انتشرت معارضة الفكر الاشتراكي ونكرانه لمبادئ وقواعد العرف الدولي و اعترافه في المقابل بسلطة الدولة في تحديد المعاملات الاستثمارية، كان على عكس ذلك الفكر أو الاتجاه الرأسمالي ينادى بالاعتراف بهذه المبادئ وبالزاميتها في مواجهة الدول المستقبلية للاستثمارات.

(3) راجع هذا التعريف في: د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 111.

(4) راجع ذلك في دراسة أجرتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر حول قواعد العرف الدولي منشورة على الموقع: <http://www.icrc.ch/web/ara/sitearao:nsf/html/customary-law-q-and-a-150805#top>.

(5) راجع ذلك في: د/ حسين الموجي: دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، 1992، ص 14.

والمبادئ التي ظهرت بعد حصول الدول النامية على استقلالها⁽¹⁾، تمثلت في مجموعة من المبادئ يأتي في مقدمتها أساساً مبدأ الحد الأدنى لحقوق المستثمرين⁽²⁾، وما يخضع له هذا المبدأ من تفاوت من حيث الضيق والاتساع، على أن دراستنا في هذا الجزء من البحث تستقر على مبدأ الحد الأدنى لمعاملة المستثمرين الأجانب ذلك أن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة للأجانب قد سبق التطرق إليها بالتفصيل في سابق دراستنا ولا جدوى من إعادة صياغة نفس المفاهيم والتحليل⁽³⁾، وتبعاً لذلك سنحاول تحديد المفهوم العام لمبدأ الحد الأدنى لمعاملة المستثمرين ومقتضى هذا النظام والذي نخصص له الفرع الأول من هذه الدراسة، لننتقل في الفرع الثاني لتحديد أهم الآثار المترتبة على اعتبار قواعد القانون الدولي العرفي كمصدر لتنظيم القانون الدولي للاستثمار.

الفرع 1: مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجانب.

تمتاز أحكام العرف التي تم صياغتها من طرف الدول النامية المضيفة لرأس المال الأجنبي بعد استقلالها من الدول الأوروبية الاستعمارية، بكونها أحكاماً ترمي إلى تأكيد التحرر الاقتصادي وتحقيق التنمية وذلك من خلال إبراز حقها في اللجوء إلى التأمين واتخاذ إجراءات من شأنها تمكينها الوصول إلى السيطرة على مصادرها من الثروة الوطنية⁽⁴⁾، إلا أن هذا لا يعني أن هذه الدولة لها الحق المطلق في ممارسة هذه الحقوق إزاء معاملتها للأجانب الموجودين على إقليمها ذلك أن قواعد القانون الدولي ألزمتها بمراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب بمناسبة ممارسة حقها في التأمين أو نزع الملكية ولا يجوز لها أن تنزل عن هذا الحد المفروض في معاملتها للأجانب حتى ولو كانت معاملتها لرعاياها تقل عن هذا الحد⁽⁵⁾، ذلك يعني أنه عند قيام كل دولة بتحديد مركز الأجانب الموجودين على إقليمها فإن حريتها في هذا الشأن ليست مطلقة، إذ أنها تلتزم بالاعتراف لهم بكافة الحقوق التي تدخل في نطاق الحد الأدنى الذي يفرضه القانون الدولي لمعاملة الأجانب.

(1) عرفت القواعد العرفية التي ظهرت بعد استقلال الدول النامية بالقواعد العرفية المضادة والتي نشأت نتيجة رفض وتشكيك هذه الدول في التزامها بالقواعد العرفية الاقتصادية التي سبق إرساؤها من طرف الدول الاستعمارية قبل استقلال الدول المستعمرة "الدول النامية". راجع ذلك في: د/ لمياء متولي مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 111 .

(2) سنركز دراستنا في هذا الجزء من البحث على مبدأ الحد الأدنى لحقوق المستثمرين أما بالنسبة لباقي المبادئ التي واكب ظهورها مع هذا الأخير والمتمثلة في مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، ومبدأ المعاملة الوطنية، ومبدأ المعادلة العادلة أو المنصفة فسيتم بحثها لاحقاً.

(3) ذلك أن التطبيق الحديث لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة للأجانب في الدول المضيفة يقترب أكثر في تطبيقه من الواقع، وذلك بإقرار حق الدولة في أن تستولي على أملاك الشخص الأجنبي التي اكتسبها على أراضي الدولة المضيفة وفقاً لما يقتضيه ويقضي به قانونها الوطني النافذ ولكن بشروط معينة وأهمها التقيد بشرط التعويض لهذا الأجنبي.

راجع ذلك بمزيد من التفصيل في: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 163.

(4) د/ لمياء متولي مرسى، نفس المرجع، ص 113.

(5) د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد، مرجع سابق ذكره، ص 479.

وقد اختلف الفقهاء بصدد تحليل مبدأ الحد الأدنى السالف الذكر وتحديد محتواه من أجل تطبيقه على حالات ملموسة، أين حاول البعض في شأن تحديد مفهوم هذا المبدأ إلى دمجها وربطه بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة واعتبروا أن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يعني توفير معاملة منصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود⁽¹⁾، وهو نفس الاتجاه الذي أقرته إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في سياق محاولتها تحديد مفهوم الحد الأدنى أي صرحت بفتوى مفادها «أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى شرط الحد الأدنى والذي يكفل حد أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب بما في ذلك حقوقهم المالية»⁽²⁾.

في حين ذهب البعض الآخر إلى تفسير فكرة الحد الأدنى على أساس أنها مقترنة بفكرة أو قاعدة المعاملة الوطنية على اعتبار أن المجتمع الدولي لا يمكن أن يقر للأجنبي حقوقاً تزيد عن حقوق الوطني لأن الأجنبي ليس من حقه حسبهم أم يطمح في أن يلقي في الدولة المضيفة معاملة تفضل على معاملة موطني تلك الدولة⁽³⁾.

وأمام هذا التعدد والاختلاف في المفاهيم والمعايير المحددة لمبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب والتي قد تكون غامضة بعض الشيء وغير دقيقة كونها لم تركز على مبدأ الحد الأدنى بذاته بل ركزت معظمها على التعريف بهذا المبدأ انطلاقاً من مقارنته أو إدماجه بمبادئ دولية أخرى، مما يجعلها غير موفقة في إيجاد وتحديد مفهوم واضح حول مضمون فكرة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب الذي يجب أن تلتزم به كل دولة.

وقد توصل البعض انطلاقاً من هذا الغموض وعدم التوفيق في تحديد مضمون فكرة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب، إلى أن هناك اختلاف بين تطبيق الدولة لمبدأ الحد الأدنى في معاملة الأجانب وبين الحماية التي توفرها تشريعات الاستثمار الوطنية والقانون الدولي الاتفاقي للمستثمرين الأجانب والذي يعتبر حسبهم أسماً درجة من مبدأ الحد الأدنى، وهو اتجاه أو منطق له ما يفسره وذلك بإلقاء نظرة بسيطة على التشريعات التي تحكم الاستثمارات الأجنبية للدول النامية والتي تتضمن في معظمها تقرير ضمانات وحقوق للمستثمر الأجنبي تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي العادي، وهو ما قد يكشف عن تعريف أو رؤية جديدة لمفهوم الحد الأدنى الذي يجب توفيره للمستثمر الأجنبي دون غيره من الأجانب العاديين⁽⁴⁾.

على أن الأخذ بهذا المفهوم لمبدأ الحد الأدنى يقودنا إلى القول أن معاملة الدولة للمستثمر الأجنبي لا يقتصر فيها التمييز في المعاملة فقط بين هذا الأخير والأجنبي العادي بل يتجاوزها ليشمل أيضاً التمييز

(1) راجع هذا المعنى في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، مرجع سابق ذكره، ص 93.

(2) راجع ذلك في: Annuaire suisse de droit international 1980, p172، نقلاً عن: د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ، نفس المرجع، ص 479.

(3) راجع ذلك في: د/ علي حسين، مرجع سابق ذكره، ص 105.

(4) راجع ذلك في: د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ، مرجع سابق ذكره، ص 480.

في معاملة المستثمرين الوطنيين ورؤوس الأموال المحلية، وهو الأمر المتجلي فعلا من خلال تشريعات الدول المضيفة التي تولي اهتماما خاصا ومنفردا للمستثمر الأجنبي من خلال الضمانات والحقوق المقررة له والتي تختلف عن تلك المقررة للمستثمر الوطني وذلك بحجة تشجيع الاستثمار الأجنبي ودعم الاقتصاد الوطني، مما يجعلنا نخلص إلى القول بأن لا مجال للدفع بإقرار تطبيق مبدأ الحد الأدنى في معاملة المستثمرين الأجانب، على أساس أن الدولة المضيفة تجاوزت في معاملته هذا الحد ليرقى بذلك المستثمر الأجنبي في مرتبة أعلى من تلك التي يحضى بها المستثمر الوطني.

وانطلاقا من ذلك فهل نستطيع القول أن قاعدة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب أصبحت غير فعالة في تحديد مضمون معاملة الاستثمارات الأجنبية وبالتبعية قواعد القانون الدولي العرفي، على أساس أن هذه القاعدة من القواعد التي تم صياغتها من جانب الدول النامية وإقرارها كقاعدة دولية عرفية على الرغم من إسهام القواعد الدولية العرفية بدور فعال في تنظيم الاستثمارات الأجنبية على الصعيد الدولي؟ أن الجواب والرد على هذا التساؤل لن يجد مجالا له إلا بتحديد دور وآثار القواعد العرفية الدولية عموما في تنظيم الاستثمارات الأجنبية وطبيعة تقبل هذه الأخيرة لهذه القواعد في معاملاتها، وهو ما سنحاول تبياناه وبحثه فيما يلي:

الفرع 2: آثار قواعد القانون الدولي العرفي في تنظيم الاستثمارات الأجنبية.

سبق أن ذكرنا أن الاعتراف بحق الدولة المضيفة في تنظيم مركز الأجانب واتخاذ إجراءات الاستيلاء أو نزع الملكية بصورها المتنوعة في مواجهة الاستثمارات الأجنبية الخاصة هو حق مرتبط بقيود حددتها القواعد والأحكام العرفية للقانون الدولي، والتي أسهمت بشكل أو بآخر في تنظيم الاستثمارات الأجنبية وذلك بإقرار مبدأ التعويض عن إجراءات نزع الملكية للمستثمر الأجنبي وبضوابط وقواعد معينة، وإقرار مبدأ عدم التمييز في معاملة الأجانب وغيرها من القيود التي ألزمت الدول المضيفة التقيد بها وعدم مخالفتها أو خرقها وإن حصلت فستؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية باعتبار أن خرق هذه القواعد يعد خرقا لقواعد القانون الدولي.

بمعنى أن الدولة يجب أن تتوخى الصالح العام فيما تتخذه من إجراءات دون تمييز بين طائفة وأخرى أو جنسية من الجنسيات، وحتى إن وصلت إلى احترام هذا الحد الأدنى وتحقيق المساواة وعدم التفرقة فإن هذا بحسب البعض لا يعفي الدولة من التزاماتها بالتعويض باعتباره التزام قائم ومستقر في القانون الدولي⁽¹⁾.

(1) د/ محمود عبد الحميد سليمان: الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، المجلة المصرية للقانون لدولي، المجلد 58، سنة 2002 القاهرة، ص 393.

على أنه بالرغم من الدور الذي قدمته القواعد القانونية العرفية بشأن تحديد مضمون معاملة الاستثمار الأجنبي وتنظيمها إلا أن مجموعة من الانتقادات وجهت لها على أساس أنها قواعد عجزت عن توفير الحماية المطلوبة للمال الأجنبي على المستوى الدولي وذلك بناء على الأسباب التالية:

1. التفاوت الكبير بين طبيعة القواعد العرفية التي تتمسك بها الدول المتقدمة وتلك التي تتمسك بها الدول النامية مع رفض هذه الأخيرة لهذه القواعد بسبب عدم مشاركتها في صياغتها وانفراد الدول الاستعمارية المتقدمة بذلك لوحدها ووفقا لما يقتضيه تحقيق مصالحها⁽¹⁾، وفي المقابل فقد كان رد فعل الدول المتقدمة إزاء هذا الرفض الصادر من الدول النامية التضييق من نطاق القواعد العرفية التي تتمسك بها هذه الأخيرة "الدول النامية" لاسيما قاعدة التعويض عن الأضرار التي تصيب المستثمر الأجنبي من جراء الإجراءات الحكومية للدول النامية والمتعلقة بنزع الملكية والتأميم⁽²⁾.
2. عجز قواعد القانون الدولي العرفي عن توفير الحماية المطلوبة للمال الأجنبي على أساس أنه يقرر للدول حق أخذ ملكية الأجنبي الكائنة في إقليمها بشرط عدم التمييز مع الالتزام بالتعويض، إلا أن قصور هذه القواعد يكمن في عدم تحديد معيار لهذا الالتزام من جهة كما أن التعويض الذي تقره هذه القواعد مجرد من أي صفة تحدده كالشمول أو الحلول أو الفاعلية، فقواعد بهذا النحو يرفضها ويبتعد عن تطبيقها المستثمر الأجنبي كونها لا تحقق له الحماية التي يتطلبها التشجيع المتبادل لحركة انتقال رؤوس الأموال فيما بين دول تهدف إلى إنشاء روابط اقتصادية خاصة⁽³⁾، ذلك أنه لا يوجد في قواعد العرف الدولي ما يشير إلى مبدأ إلزام الدولة التي اتخذت إجراءات نزع الملكية بأداء التعويضات الشاملة إلا في حالة مخالفتها للقيود التي يفرضها القانون الدولي لاسيما في حالة مخالفة الدولة للالتزام تعاقدية سابق، وحتى بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة فإن إلغاء الدولة لامتياز سبق منحه لمستثمر أجنبي لا يرتب المسؤولية الدولية في حق هذه الدولة لأنه يخضع لأحكام القانون الداخلي⁽⁴⁾.

وعليه وأمام قصور قواعد القانون الدولي العرفي من خلال مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب الذي أصبح غير كافيا لتحقيق الحماية التي تنشدها الاستثمارات الأجنبية الخاصة، الأمر الذي استدعى البحث عن قواعد توفر حدا أدنى أكثر شمولاً وحماية، وهو ما حاول القانون الدولي ألتفاقي توفيره وسد النقص بتكميله، وسنحاول بحثه في المطلب الموالي.

(1) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 45.

(2) د/ لمياء متولي مرسي، مرجع سابق ذكره ص 114.

(3) د/ هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 174.

(4) نفس المرجع، ص 179.

المطلب الثاني: وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي الاتفاقي.

سبق القول والتوصل إلى أن القواعد العرفية لم تعد تتسم بالفاعلية المطلوبة كوسيلة لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، لاسيما وأن أهم قاعدة تقررها هذه القواعد وهي قاعدة الحد الأدنى بمعاملة المستثمر الأجنبي لم تحقق الأمان الذي ينشده هذا الأخير لاسيما أمام الحق المقرر للدولة ذات السيادة في التراجع في أي وقت عن سياستها الاقتصادية مما قد يحرم المستثمر الأجنبي بمقتضى تشريعات لاحقة من الحماية الخاصة التي قررتها التشريعات السابقة، فبرزت الحاجة إلى البحث عن وسائل أكثر فعالية لحماية الاستثمار الأجنبي أمام هذا القصور من جانب القانون الدولي العرفي، وكان لتطور القانون الدولي الاتفاقي لتكملة هذا النقص الدور الفعال من خلال المعاهدات الدولية التي ظهرت لتفرض من خلال بنودها حماية للاستثمارات الأجنبية والتي تنوعت واختلف أسلوبها في تنظيم الاستثمار الأجنبي وتشجيعه من معاهدة إلى أخرى.

وقد عرفت الدول في علاقاتها الاقتصادية عموما نوعين من الاتفاقيات ظهرت إحداها من أواخر الأربعينات وهو نموذج جديد للاتفاق التقليدي الذي عرف باتفاق الصداقة والتجارة والملاحة، أما النوع الثاني من هذه الاتفاقيات فقد تطور وكان أكثر تخصصا والذي ركز على الاتفاق على تشجيع استثمار رأس المال وحماية الممتلكات وتجسد في اتفاقيات ضمان الاستثمار وتشجيعه، وتبعا لذلك نقسم هذه الدراسة إلى فرعين ببحث كل نموذج من الاتفاقيات المذكور أعلاه على حده وفقا لمايلي:

الفرع 1: اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة.

إن ما يميز هذا النوع من الاتفاقيات أنها من أقدم الاتفاقيات التي عقدت من قبل الدول المصدرة لرأس المال من أجل الحصول على ضمانات لحماية الاستثمار الأجنبي إذ يرجع تاريخها إلى القرن الثامن عشر⁽¹⁾، وقد ركز هذا النوع من الاتفاقيات على مبدأ تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية المتبادلة بين الدول على أساس إقرار وتنظيم مجموعة من المبادئ والضمانات التي عجزت قواعد العرف الدولي على تلبيتها أو إلزام الدول بالتقيد بها وتنفيذها، وعلى رأس هذه المبادئ والضمانات موضوع التعويض في حالة نزع ملكية الأجنبي الذي يواجه المستثمر الأجنبي معه في أغلب الحالات مشكلة مع الدولة المضيفة في تحديد صفته ومقدراه وطريقة أدائه، قد نصت بعض هذه الاتفاقيات على أداء التعويض مقدما ومنها المعاهدة الموقعة بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا المبرمة في فبراير 1948 أين أقرت الولايات المتحدة الأمريكية هذه المعاهدة انطلاقا من اتفاق الصداقة والتجارة والملاحة المعدل في أواخر الأربعينات وقد نصت بناء على ذلك في البند الخامس من هذه المعاهدة على مايلي: «أن ممتلكات مواطني وشركات

(1) إن أول معاهدة أبرمت في إطار اتفاقيات الصداقة والتجارة كانت سنة 1978 بين كل من الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية كانت من الدول المقبلية على إبرام هذا النوع من الاتفاقيات والإكثار منها عقب الحرب العالمية الثانية.

وهيئات أي من الطرفين المتعاقدين يجب ألا تؤخذ في إقليم الطرف الآخر إلا طبقاً للقانون وبشرط دفع تعويض حال وعادل ومؤثر، ويسمح لمستلم التعويض وطبقاً للقوانين المطبقة واللوائح بدون تدخل بتحويل التعويض بنقد الدولة التي ينتمي إليها المواطن أو شركة أو الهيئة وبذات سعر الصرف المحدد لتلك العملة وقت أخذ الممتلكات ويعفى من ضريبة التحويل شريطة أن يقدم طلب تحويل التعويض خلال سنة من استلامه⁽¹⁾، كما عالجته هذه الاتفاقيات مسألة تنظيم وتحديد معايير معاملة الأجنبي وملكيته ومشاريعه كالاتفاق الثنائي المبرم بين ألمانيا الاتحادية وباكستان الموقع في: 25 نوفمبر 1959 الذي نص في مادته الأولى أن: «استثمارات وشركات ومواطني أي من الطرفين المتعاقدين يجب أن لا تخضع لمعاملة تمييزية على أساس أن ملكية تلك الاستثمارات أو توجيهها تتركز في أيدي شركات أو مواطني الطرف الآخر ما لم ينص التشريع أو اللوائح التنظيمية المطبقة وقت توقيع الاتفاق على خلاف ذلك»⁽²⁾. ولعل هذا النوع من الاتفاقات على الرغم من أنها ترمي إلى توطيد أواصر الصداقة والمودة بين الدول وزيادة التعاون الاقتصادي والسعي إلى توفير تسهيلات وامتيازات تشجع مواطني كل الدولتين الطرف في الاتفاق على الاستثمار في إقليم الدولة الأخرى، لا أنها تختلف باختلاف حاجة كل بلد إلى الاستثمارات الأجنبية وباختلاف علاقة كل بلد مع البلد المصدر لرأس المال، على أن موقف الدول النامية من هذه الاتفاقيات يحتاج إلى أن يعتمد على مجموعة من الأسس التي تصلح في اتفاق الاستثمار كحق الإشراف والسيطرة والرقابة والاشتراك في الإدارة حتى لا يكون هناك سيطرة غير شرعية من جانب الدول المصدرة لرأس المال على الموارد الطبيعية للدول النامية، وهي المبادئ والأسس التي حاولت اتفاقات الصداقة والتجارة والملاحة تجسيدها بين الدول التي ينشئ فيها تبادل للاستثمارات والعمليات التجارية والاقتصادية، على أن البعض يؤخذ على هذه المعاهدات ببعض الملاحظات والمآخذ التالية⁽³⁾:

أولاً: أن الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها من الدول الأكثر أخذاً وتطبيقاً لهذا النوع من الاتفاقات فإن ما أخذ عليها أنها تتعامل مع هذه الاتفاقات بالدرجة الأولى لحماية المواطنين أكثر من حماية الاستثمارات.

ثانياً: أن هذه المعاهدات قد غطت الكثير من المواضيع والممارسات التي أثرت سلباً على توفير آليات قانونية لحل المشاكل التي يواجهها المستثمر في الخارج.

ثالثاً: لم تتضمن هذه المعاهدات أية ضمانات لحماية الملكية الأجنبية من نزع الملكية التدريجي.

(1) راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 213.

(2) و أشارت المادة 02 من نفس الاتفاق إلى معايير التعامل مع أملاك الأجنبي ومشاريعه وطرق التعويض المقابل لنزع

الملكية. راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، نفس المرجع، ص 230.

(3) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم: مرجع سابق ذكره، ص 49 .

رابعاً: لم تتضمن هذه المعاهدات الحلول الكافية لبعض المبادئ التي سادت في فترة الخمسينات والستينات مثل مبدأ فعل الدولة⁽¹⁾.

الفرع 2: اتفاقيات ضمان وحماية وتشجيع الاستثمار.

لم يتوقف المجتمع الدولي منذ المحاولات الأولى لفكرة حماية الاستثمارات الأجنبية دولياً وحتى يومنا هذا⁽²⁾، عن السعي لإرساء قواعد قانونية مستقرة تحكم معاملة الاستثمارات الأجنبية رغم العراقيل التي كانت تظهر في كل مرة بسبب عدم الاتفاق حول التعويض المقابل لنزع الملكية وحق الدولة في السيطرة والمراقبة، وهو ما أدى إلى ظهور عدة جمعيات وطنية ومعاهد لحماية وترقية الاستثمارات الأجنبية⁽³⁾. وأمام ازدياد الحاجة إلى الاستثمارات الأجنبية ورواجها بين الدول المصدرة والمستقبلة لرأس المال الأجنبي أصبح التفاوض على إبرام المعاهدات من الأدوات الأساسية لحماية الاستثمار الأجنبي لاسيما بالنسبة للدول المتقدمة التي وجدت ضالتها في هذه المعاهدات كوسيلة قانونية تحمي من خلالها مصالحها الاقتصادية في الدول الأخرى، والأهم من ذلك أن البعض⁽⁴⁾ فسر اهتمام هذه الدول وتمسكها بهذه

(1) يقصد بمبدأ أو نظرية فعل الدولة هي سلطة الدولة في إصدار التشريعات الناقلة لملكية الموارد في إقليمها أو تنظيم وظيفة هذه الموارد القومية ولو انتقلت هذه الموارد إلى خارج حدود الإقليم بعد إصدار تلك التشريعات، وكذلك تنظيم التكييف القانوني للملكية ولو لم يستوفي التشريع الناقل للملكية الشروط الأخرى، وقد وجدت هذه النظرية أساسها للتطبيق في أحكام المحاكم الوطنية، مما يجعل البعض من الفقهاء ينكر عليها أن تكون قاعدة من قواعد القانون الدولي، إلا أن هذا الرأي لم يجد له مكاناً للتأييد على أساس تطبيق هذه النظرية من طرف العديد من الدول لاسيما القضاء الأمريكي الذي استقر على احترام نظرية فعل الدولة انطلاقاً من احترام سيادة الدول وقواعد المجاملة، وقد حذا القضاء الانجليزي حذوه وطبق هذه النظرية معترفاً بذلك لتشريعات الدول الأجنبية بأثر نقل الملكية، مما يعني أن أساس نظرية فعل الدولة يعني ويختص بفحص مدى شرعية أفعال الدولة الأجنبية ومدى مطابقتها للقانون الدولي بمعنى رقابة أفعال دولة ذات سيادة بواسطة دولة أخرى ذات سيادة، وقد فسر البعض سبب وجود أحكام معارضة حول نظرية فعل الدولة على أساس وضع القيود والعراقيل للحد من ممارسة الدول لحقها الأصيل وغير القابل للتصرف في مواردها الطبيعية وكذا الحد من انتشار التأميم والسيطرة على موارد الدول. لمزيد من التفصيل حول نظرية فعل الدولة والأحكام القضائية التي تطرقت وطبقت هذه النظرية، راجع في ذلك: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 241 وما بعدها.

(2) نشأت أول فكرة لحماية الاستثمارات الأجنبية في عهد عصبة الأمم عام 1929 وذلك بإعداد مشروع ليكون نموذجاً للسلوك الدولي إلا أنه لم يجد القبول الدولي بسبب الخلاف بين الدول فيما يتعلق بالتعويض عن نزع الملكية وعدم الاتفاق على إرساء مبدئي المعاملة الوطنية وقواعد الحد الأدنى في معاملة الأجانب.

(3) ففي سنة 1957 أنشئت الجمعية الألمانية لحماية الاستثمارات الأجنبية، وفي سنة 1958 قام في جنيف الاتحاد الدولي لترقية وحماية الاستثمارات الأجنبية، وفي سنة 1962 تقدمت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بمشروع معاهدة بين الدول الأعضاء لحماية الاستثمارات الأجنبية. راجع تفاصيل أكثر حول مهام واقتراحات هذه الجمعيات والمنظمات في: د/ حسن عطية الله، نفس المرجع، ص 226.

(4) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 51.

المعاهدات على أساس أنها تتخذها كسبيل وممر تضمن من خلاله إعطاء الصفة الدولية الملزمة لكثير من القواعد الدولية العرفية التي رفضتها الدول النامية، وذلك عن طريق إدراجها في اتفاقيات تسعى إلى خلق إطار قانوني دولي فعال لتنظيم استثمارات رعايا إحدى الدول المتعاقدة في إقليم الدول الأخرى، بدءاً من دخول المستثمر الأجنبي في إقليم الدول المضيفة وانتهاءً بتصفية مشروعه وتحويل رأس ماله وأرباحه إلى الخارج.

وانطلاقاً من ذلك ظهر إلى الوجود عدة اتفاقيات تركز مضمونها حول الاتفاق كمبدأ عام على تنظيم وتشجيع الاستثمار، إلا أن ما يمكن تسجيله كملاحظة هامة أن معظم هذه الاتفاقيات تجسدت في شكل اتفاقيات ثنائية تبنت مبادئ معاملة وحماية الاستثمار الأجنبي انطلاقاً من الاعتماد على البرامج التي أعدتها منظمات وموائق كان لها الفضل في الكشف عن أهمية إبرام الاتفاقيات الدولية كوسيلة متاحة لتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة للدول، ولعل ميثاق هافانا لسنة 1948 كان من السابقين للتنبؤ بالمفاوضات المستقبلية حول اتفاقات بشأن الاستثمار الأجنبي⁽¹⁾.

كما كان لمشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية الذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية عام 1967 الدور الفعال في وضع الأسس واللبنة الأولى لتدابير حماية الاستثمارات الأجنبية وأصبح بمثابة المصدر والنموذج المقترى به من حيث الشكل والمضمون في تحديد أحكام اتفاقيات الاستثمار سواء كانت ثنائية أو جماعية⁽²⁾.

(1) حيث نصت المادة 12 من الميثاق على ما يلي: « أ/ أن الاستثمار الدولي العام والخاص يمكن أن يسهم في ترقية التنمية الاقتصادية والتعمير والتقدم الاجتماعي.
ب/ أن تدفق رأس المال يجب أن يشجع إلى المدى الذي يمنح فيه الأعضاء إلى مواطني الدول الأخرى الفرصة للاستثمار مع الضمان للاستثمار الحاضر والمستقبل.
ج/ دون الإخلال بالالتزامات الدولية التي يكون الأعضاء طرفاً فيها، لكل عضو الحق في:
1) اتخاذ الاحتياطات الملائمة والضرورية التي تؤكد أن الاستثمار الأجنبي يجب أن لا يؤخذ أساساً للتدخل في الشؤون الداخلية أو السياسية القومية.

(2) أن يقرر لأي مدى وبموجب أي شرط يسمح في المستقبل بدخول الاستثمار الأجنبي.

(3) أن يحدد وينفذ على أسس عادلة الشروط المطلوبة لملكية الاستثمارات الحاضرة والمستقبلية».

راجع نصوص ميثاق هافانا على الموقع الإلكتروني: <http://www.unctad.org>.

(2) نصت المادة 03 من مشروع معاهدة منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية على مايلي: « ليس لأي طرف أن يتخذ تدابير تحرم بطريق مباشر أو غير مباشر احد مواطني الطرف الآخر من ممتلكاته ما لم تستوفى الشروط التالية:
1) أن تكون التدابير طبقاً للصالح العام وبموجب القانون.

(2) ألا تتصف التدابير بالتمييز.

(3) ويجب أن تتبع التدابير بالنص على دفع التعويض العادل ويمثل هذا التعويض القيمة الحقيقية للممتلكات التي تأثرت، ويجب دفعه دون التأخير الضروري ويجب تحويله للمدى الذي يكون فيه مؤثراً للمواطن الذي يستحقه».

راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 232.

ورغم الاهتمام والعناية التي حضت بها الاستثمارات الأجنبية في المجتمع الدولي لإرساء مبادئ عامة تحكم معاملتها وتشجيعها بين الدول عن طريق مشروعات دولية تجسدت في موائيق ومشاريع تنظيمية سعت بشكل أو بآخر في وضع رؤية تعبر عن الاتجاهات الدولية في مجال الاستثمار وذلك من خلال شبكة من الاتفاقات الثنائية والجماعية التي تبنت مبادئ معاملة وحماية الاستثمارات الأجنبية عموماً، إلا أن البعض يرى في هذه الجهود الدولية المبذولة والتي عرفت باتفاقات تشجيع وترقية الاستثمارات الأجنبية أنها تقيد كثيراً من سلطة الدول النامية ومن حقها في السيطرة على مواردها الطبيعية وحقها في إعادة النظر في عقود الاستثمار إذا تطلب الصالح العام ذلك، كما وإن هذه الاتفاقيات بحسبهم كثيراً ما تتعرض إلى تفاصيل كثيرة ودقيقة كان من المفروض أن يتضمنها و ينص عليها قانون الاستثمار وليس مجرد الاتفاق عليها بين دولتين وأكثر، على أننا نرى أن في هذا الرأي جانباً من تقرير الواقع إلا أن مساهمة هذه الاتفاقات في الكشف عن أهمية إبرام المعاهدات الدولية كسبيل لتشجيع وتبادل الاستثمارات - رغم فشل الكثير من المساعي الدولية في البداية في توقيع اتفاقية دولية لحماية الاستثمارات الأجنبية- تجسد بشكل كبير في اتجاه الفكر إلى إنشاء هيئات دولية لا زالت لغاية يومنا الحال المحرك الرئيسي لحركة الاستثمارات الأجنبية وغيرها من الهيئات الدولية الأخرى، وهي هيئات قد لا ترى أي مانع أو ضرر من تعامل الدول النامية معها أو اللجوء إليها وذلك عن طريق النص بذلك في مختلف الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها أو الجماعية التي تكون طرفاً فيها.

الفصل الثاني: الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية.

تمثل عملية تشجيع وحماية الاستثمار تحدياً رئيسياً في التنافس العالمي على الاستثمارات الأجنبية لاسيما أمام تطور العلاقات الدولية، هذا التطور الذي فرض استراتيجيات جديدة للتعامل، وبصرف النظر لأهميته الكبرى لوجود نظام قانوني دولي واضح ومستقر لاجتذاب الاستثمار الأجنبي، فإن الاتفاقات الدولية حلت محل كل تنظيم لما توفره من ضمانات وحماية تنطوي على ما يبديه طرفي الاتفاق من شروط يسنوها بإرادتهم المنفردة وتصبح التزاماً في حق كل طرف ينشأ عن مخالفته المساءلة الدولية. وانطلاقاً من ذلك ولما كانت الضمانات التشريعية التي يقرها القانون الوطني المنظم للاستثمار في الدولة المضيفة بمثابة الحماية الغير مضمونة والتي أصبحت تشكل حالة من عدم الاطمئنان لدى المستثمر الأجنبي بسبب عدم استقرار التشريعات التي تقرر أحكام الاستثمار وتجعل بذلك الضمانات المقررة له عرضة للتقلبات وعدم الاستقرار⁽¹⁾، فقد أصبحت حماية الاستثمار هدفاً رئيساً سعت لتحقيقه الدول المتقدمة قبل الدول النامية وذلك من خلال التشجيع والإقبال على إيجاد وسيلة أكثر فعالية عن سابقتها⁽²⁾، ذلك أن الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية كانت تقوم على نفس القواعد التي تنظم الوضع القانوني للأجانب عموماً، أي من خلال التشريعات الوطنية ومبادئ العرف الدولي إلى جانب المعاهدات الثنائية التي كانت تبرمها الدول فيما بينها، والتي لم تكن تتعلق بالاستثمار الأجنبي فقط ولكن كانت تتناول بالتنظيم كذلك كافة أوجه النشاط الاقتصادي والتجاري للأجانب⁽³⁾، وبذلك أظهر الواقع العملي أن التشريعات الداخلية للدولة المضيفة الخاصة بالاستثمار وكذا مبادئ العرف والاتفاقيات السالفة الذكر أضحت وسائل غير كافية وغير فعالة لتقديم الحماية الضرورية واللازمة للاستثمارات الأجنبية وهو ما دفع الدول المصدرة للاستثمار البحث عن ضمان يوفر أكبر قدر من الاطمئنان والحماية القانونية الكافية لأموال مواطنيها في الخارج من جهة، والدول المستوردة لرأس المال الأجنبي من جهة ثانية لتأكيد التزامها

(1) ذلك أن التشريعات الوطنية الخاصة بتنظيم الاستثمار رغم فعاليتها وتقريرها ل ضمانات مشجعة ومهمة لجذب الاستثمارات الأجنبية إلا أنها كإجراءات حكومية يمكن إلغاؤها من جانب الدول التي أصدرتها. راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاتة: الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها، مرجع سابق ذكره، ص 143، 144.

(2) ذلك أنه وبعد الحرب العالمية الثانية فقدت الاتفاقيات الثنائية التجارية قوتها والتي كانت مجسدة على وجه الخصوص في اتفاقيات الصداقة و التجارة والملاحة التي كانت من أكثر الاتفاقات انتشاراً والتي كان على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية التي أكثرت من مثل هذه الاتفاقيات عقب الحرب العالمية الثانية، لكنها بدأت تتخلى عن هذا الأسلوب كونها لم تعد أداة ناجحة لحماية الاستثمارات الأجنبية لاعتبارها من الاتفاقيات التي يمكن إلغاؤها بعد الإخطار. لمزيد من المعلومات والتفاصيل حول ذلك راجع: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 213 و مايليها.

(3) راجع ذلك في: د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 453.

بعدم التعرض للاستثمارات الأجنبية، من خلال إيجاد وسيلة أكثر فعالية لتحقيق ذلك لاسيما بعد أن فشلت كل المحاولات الدولية للاتفاق على مبادئ موحدة لمعاملة الاستثمار الأجنبي، فكانت الاتفاقيات الثنائية الوسيلة الأكثر استجابة لمتطلبات كلا الطرفين لما توفرها هذه الاتفاقيات من تحكم قائم على إرادة الطرفين المتعاقدين في تحديد النظام القانوني الذي يضمن الحماية العامة والضمان الكافيين للأموال والأشخاص من رعايا الدول المتعاقدة، كما أنها تكفل إلى جانب ذلك مركزا قانونيا مميزا للمستثمر الأجنبي بفضل ما تقرره من أنماط وأشكال للمعاملة التي يتلقاها في البلد المضيف.

ولعل أهم ما يميز هذا من الاتفاقيات أنها تضمن إرساء القواعد القانونية الواضحة حول اتفاقات وعقود الاستثمار، وذلك بحرصها النص على كافة الحقوق والامتيازات المقررة للمستثمرين، وتقرير بالمقابل الأحكام التي تكفل للاستثمار الحماية القانونية من بعض المعوقات التي قد تعترض سبيله، حتى إذا ما أبرم أحد رعايا الدولة المتعاقدة عقد استثمار مع الدولة المضيفة فإن هذه الحقوق والامتيازات تثبت له بمقتضى الاتفاقية ذاتها وليس فقط بمقتضى العقد⁽¹⁾، وهو ما جعل البعض يصف الاتفاقيات الثنائية بمعاهدات الغطاء أو اتفاقيات المضلة لأنها تعطي المستثمر حقوقا خاصة وتضمن آثار الالتزامات التعاقدية لعقود الاستثمار وذلك بفضل ضمان ثبات القواعد القانونية الواضحة حول عقود واتفاقات الاستثمار وتفاقي الخلاف حول ما يحفظ الاستقرار القانوني الواجب توافره⁽²⁾.

وانطلاقا من ذلك أصبح للاتفاقيات الثنائية وزنا دوليا لما عرفته من إقبال كثير من الدول عليها لاسيما الدول المصدرة لرؤوس الأموال التي أصبحت تفضل اللجوء إليها بفضل الفائدة المضمونة لرعاياها ، ليس فقط لميزة قوتها الملزمة ولكن لكون هذه الاتفاقيات تعطي المستثمر معاملة أفضل من تلك التي توفرها له المشروعات الدولية سعيا منها لتوحيد القواعد الدولية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية⁽³⁾، ولأدل على ذلك تلك الإحصائيات التي تشير إلى أنه يوجد أكثر من ألفين وثلاثمائة واثنين وتسعين ألف اتفاقا ثنائيا تم إبرامه منذ عام 1950، وتشير الإحصائيات إلى أن أغلبها تمت في السنوات الخمس عشرة الماضية، على أن معظم هذه الاتفاقيات التي وقعت وخاصة ما قبل التسعينات تمت بين الدول المتقدمة و الدول النامية إلا أن الوضع تغير فيما بعد وبدأت الدول النامية تعقد اتفاقات ثنائية بين بعضها البعض⁽⁴⁾ ، وقد علل بعض الفقهاء حاجة الدول المصدرة لرأس المال لتوقيع اتفاقيات ثنائية لحماية الاستثمارات الأجنبية على أساس أن قواعد القانون الدولي العرفي تمتاز بعدم الاستقرار، مما دفع بهذه الدول البحث عن ملئ هذا الفراغ الذي يعتري القانون الدولي العرفي وذلك بواسطة الاتفاقيات الثنائية⁽⁵⁾،

(1) نفس المرجع، ص 445.

(2) راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، مرجع سابق ذكره، ص 137.

(3) د/ إبراهيم شحاتة: القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 11.

(4) راجع ذلك في: د/ لمياء متولي يوسف، مرجع سابق ذكره، ص 64.

(5) راجع هذا الرأي في: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص 211.

على أن هذا التعليل كان محل نقد ليس بالنسبة للهدف من اللجوء إلى الاتفاقيات الثنائية في حد ذاته ولكن بالنسبة لنية الدول المصدرة لرأس المال وغايتها من إبرام هذا النوع من الاتفاقيات لاسيما تلك التي يكون طرفاها إحدى هذه الدول الطرف الثاني دولة نامية، أين وصفت هذه الاتفاقيات بالوسيلة الناجحة للدول الأولى "الدول المصدرة لرأس المال" كونها أرادت من وراء هذه الاتفاقيات أن تستغل حاجة الدول المستوردة لرأس المال وتملي شروطها التي تراها ضرورية كتقييد حق هذه الأخيرة في نزع الملكية وحق محاكمها في الاختصاص النهائي للنزاعات التي تنشئ بصدد الاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾.

ولكن تبقى الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار رغم ما تخفيه بحسب البعض من سوء نية وسيطرة للدول الصناعية المتقدمة إزاء الدول النامية واستغلال حاجتها لرأس المال الأجنبي الأكثر قبولاً لدى المجتمع الدولي وأن الإقبال عليها غير محصور بين دولة متقدمة أو دولة اشتراكية أو دولة نامية فالكل أصبح طرفاً في أكثر من اتفاقية من هذه الاتفاقيات، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن طبيعة الخصوصية التي تميز الاتفاقيات الثنائية وتدفع إلى تمسك وإقبال الدول عليها مهما اختلف وضعها ومركزها الاقتصادي، فهل أن ذلك يرجع إلى ما تحويه وتضمنه تلك الاتفاقيات من أحكام ومبادئ عامة؟ أم أن طبيعة قواعد المعاملة وتنوعها التي تضمنتها تلك الاتفاقيات للمستثمرين هي السبب في تلك الشهرة الدولية التي امتازت بها هذه الاتفاقيات أم أن السبب يرجع لمجموع الضمانات الموضوعية والإجرائية التي يحددها أطراف الاتفاق-بخلاف تلك المحددة بإرادة المشرع في القانون الوطني للدولة المضيفة- ويتحكمون في صياغتها بما يضمن تحقيق حماية وتشجيع للاستثمار الأجنبي الوافد؟ وسنحاول من خلال هذه الدراسة بحث كل مسألة من تلك المسائل المطروحة على حدة وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث 1: نطاق تطبيق معاهدات الاستثمار الثنائية.

المبحث 2: قواعد معاملة الاستثمارات الأجنبية في إطار المعاهدات الثنائية.

على أن نرجئ دراسة الحماية الإجرائية المضمونة في نطاق المعاهدات الثنائية ضمن الجزء المخصص له .

(1) نفس المرجع، ص 110.

المبحث الأول: نطاق تطبيق معاهدات الاستثمار الثنائية.

اتخذت الاتفاقيات الثنائية مكانة قيمة بين جموع الاتفاقيات الدولية لاسيما في الفترة الأخيرة أين توسع انتشارها وأصبحت الوسيلة المفضلة والمختارة لتنظيم اتفاقيات الاستثمار فيما بينها. ولعل هذا الدور الذي اضطلعت به هذه الاتفاقيات كان سببا ودافعا باهتمام العديد من الدول المتقدمة الأوروبية والأمريكية بإعداد نماذج لاتفاقيات ثنائية لحماية وتشجيع الاستثمارات فيما بين الدول المتعاقدة والتي استمدت مصدرها من مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية الذي أعدته منظمة التعاون والتنمية⁽¹⁾. وسواء أكانت اتفاقية الاستثمار الثنائية جاءت منعقدة بناء على نموذج معد من قبل أحد أطرافها "وعلى الأرجح الدول المصدرة لرأس المال" أو أعدت من كلي طرفيها، فإن المطلع على نصوص هذه الاتفاقيات لا يختلف كمبدأ عام حول المواضيع التي تتناولها ضمن بنودها ولكنها قد تختلف بالنسبة لوقت إبرامها أو وفقا لاختلاف السياسة الاقتصادية للدول المتعاقدة وطبيعة المصالح المتبادلة بينهما وعلاقتها ببعضهما البعض.

وبإلقاء نظرة على مختلف أو بعض تلك المعاهدات الثنائية المبرمة بين مختلف الدول يتبين أن معظمها إن لم نقل جميعها تخصص البنود أو النصوص الأولى في تحديد وتعريف مجمل المصطلحات التي لها علاقة مباشرة بعملية الاستثمار والتي ستكون متواردة في نصوص الاتفاقية، ثم الانتقال إلى تحديد الأشخاص المعنيون بهذه الاتفاقية وهم المستثمرين فيتم تحديد طبيعتهم القانونية وتعداد كل شخص مستفيد ومخاطب ومعني بهذه الاتفاقية من رعايا الأطراف المتعاقدة، كما لا تخلو عادة هذه الاتفاقيات من تحديد مدة نفاذها والإجراءات الواجب إتباعها في حالة الاتفاق على إنهاء العمل بها، وهذه البنود في مجملها تشمل النطاق العام لأية معاهدة استثمار ولا تخرج عنها عموما، وعليه سنبحث هذه الجوانب الثلاثة التي تعد جزءا مهما وفعالا ومحركا للاتفاقيات الثنائية كل على حده وفقا للتقسيم التالي:

المطلب 1: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث طبيعة الاستثمارات.

المطلب 2: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث الأشخاص المستفيدون.

المطلب 3: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث مدة نفاذها.

(1) يجسد مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية مبادئ متميزة ومعترف بها فيما يتعلق بحماية الملكية الأجنبية وتقرير بعض الضمانات للمستثمر الأجنبي وقد تمت الموافقة على نشر مشروع هذه الاتفاقية من قبل مجلس منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بتاريخ: 12 أكتوبر 1967. لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ إبراهيم شحاتة: معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، مرجع سابق ذكره، ص 108.

المطلب الأول: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث طبيعة الاستثمارات.

إن الاهتمام والتركيز على تعريف الاستثمار والمصطلحات المستعملة والشائعة في عملية الاستثمار تعتبر من أولى البنود التي يتفق عليها أطراف المعاهدة لما له من دور في تحديد طبيعة وهدف وشكل عملية الاستثمار محل الاتفاق⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس فإنه بدراسة العديد من نصوص الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار وجدنا في معظمها حددت تعريفا لمفهوم الاستثمار محل الحماية والتشجيع، ولكنها أمام هذا الإجماع في تحديد التعريف إلا أنها تتفاوت فيما بينها باختلاف اصطلاح الاستثمار المقصود بالحماية من اتفاقية لأخرى بحسب طبيعة المصالح المتبادلة بين أطراف المعاهدة.

فمن هذه الاتفاقيات ما حدد للاستثمار معنى ضيقا ومحددا بالهدف الذي تسعى إليه الدول المتعاهدة، على أن انتهاج هذا الأسلوب يكون في أغلب الأحيان نتيجة لاشتغال المعاهدة على بعض القيود بشأن نطاق الاستثمار المشمول بالاتفاق ومن أهمها تلك القيود التي تفرضها الدولة المضيفة للاستثمار الطرف في المعاهدة والمتعلقة بتحديد الاستثمارات المسموح بها والتي يمكن أن تشكل استثمارة وفق أحكام القانون الداخلي لهذه الدولة، وهو أسلوب يفيد بأن تطبيق الاتفاقية لا يتأتى من مجرد الإطلاع على نصوصها، بل يجب بالإضافة إلى ذلك الإحاطة بالتشريعات الداخلية المتعلقة بالاستثمار في الدولة المضيفة⁽²⁾، أو تلك القيود التي تحدد من مصطلحات الاستثمار الواردة بالتعريف و المفروضة على قطاعات الاقتصاد بحيث يكون مصطلح الاستثمار مقتصرًا على قطاعات معينة ومحددة بذاتها دون باقي القطاعات الاقتصادية الأخرى⁽³⁾، على أن معظم باقي اتفاقيات الاستثمار الثنائية درجت على التوسع في مفهوم الاستثمار وذلك بالتوسيع من نطاقه ليشمل كافة الأصول المقبولة في الدولة المضيفة سواء أكانت هذه الأصول مادية وملموسة كالأموال العقارية والمنقولة، وكذلك كافة حقوق الملكية والحقوق العينية كالرهون وحقوق الامتياز وحقوق الاستعمال والاستغلال، كما تشمل أيضا المساهمة في ملكية المشروعات سواء اتخذت شكل الأسهم أو غير ذلك من صور المساهمات، وكذا القروض الممنوحة للمشروعات والشركات أيا كان أجلها أو شكلها، كما يشمل اصطلاح الاستثمار في هذه المعاهدات وفقا لهذا الاتجاه الموسع أيضا الحقوق المعنوية مثل حق المؤلف والمخترع وحقوق الملكية الصناعية والعلامات والأسماء التجارية، وكذا الحقوق المتعلقة بالخبرة الفنية والتكنولوجيا بالإضافة إلى حقوق الامتياز الممنوحة بمقتضى القانون أو الاتفاق⁽⁴⁾.

(1) تجدر الإشارة إلى أنه سبق التطرق لتحديد مفهوم شامل وموسع للاستثمار الأجنبي في الفصل التمهيدي من هذه الدراسة.

(2) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 62.

(3) راجع ذلك في: د/ منى متولي مرسي، مرجع سابق ذكره، ص 181.

(4) وقد تعددت اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي انتهجت هذا الأسلوب الموسع في تعريف مصطلح الاستثمار ونذكر بعضها منها على سبيل المثال المادة: 02 فقرة 02 من اتفاق الاستثمار المبرم بين سوريا ولبنان السابق الإشارة إليه.

على أنه وبالرغم من الصياغة الموسعة لتعريف الاستثمار فإن لها ما يبررها لاسيما بالنسبة للدول النامية التي تميل إلى التوسع في مفهوم الاستثمار ليشمل كل إسهام في الموارد الرأسمالية للمشروع المستثمر فيه لتثبت فعاليته في بناء الطاقات الإنتاجية للاقتصاد القومي وبالتالي الإسهام في التنمية الاقتصادية⁽¹⁾. إلا أن البعض يرى أن الصياغة الواسعة للنصوص لا تساهم في خلق مناخ استثماري مستقر بل يقتصر دورها على مجرد التأجيل في ظهور المنازعات فقط بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة إلى أطول وقت ممكن⁽²⁾.

وتسعى إلى جانب ذلك بعض اتفاقيات الاستثمار الثنائية رغبة منها في توفير أكبر قدر من الحرية للمستثمر وذلك بالنص ضمن أحكام تعريف الاستثمار على عبارة تشير وتفيد بأن أي تغيير في الشكل الذي تستثمر فيه الموجودات أو يعاد استثمارها فيه، فإن ذلك لن يؤثر في صفتها كاستثمار على أساس أن أي تغيير في الأصول المستثمرة يعد كمبدأ عام استثمار جديدا مما يقتضي ضرورة الحصول على ترخيص جديد والمرور بإجراءات قد تطول، وهو أمر فيه تعقيد وتأخير لمباشرة العمل في المشروع الاستثماري، وعليه فإن تضمن معاهدة أو اتفاقية استثمار ثنائية بمثل هذا الإعفاء سيخفف ويزيل عدة عراقيل أمام المستثمر⁽³⁾.

وأيا كان من أمر الاتجاهات التي انتهجتها مختلف معاهدات الاستثمار الثنائية في صياغة تعريف لتحديد المقصود بالاستثمار محل الحماية والتشجيع في المعاهدة فإن اختلاف تلك الصياغة من اتفاقية لأخرى رغم وحدة الهدف المرجو من هذه الاتفاقيات وهو تشجيع الاستثمار وحمايته، إلا أنه يبقى الأمر طبيعيا في أن ترد تلك التعاريف مختلفة يضيق نطاقها ويتسع بحسب طبيعة المصالح المتبادلة بين أطراف المعاهدة.

على أنه وبرغم أن معظم اتفاقيات الاستثمار تنتهج أسلوب التوسع في مضمون المقصود بالاستثمار محل الحماية وذلك لما يتيح هذا الأسلوب من فتح المجال لاستقبال الصيغ الجديدة للاستثمار الأجنبي بحيث يصبح قادرا على احتواء الأصول الموجودة والمستقبلية بما يجعل لهذه المعاهدات صلاحية التطبيق على ما هو موجود وما يستجد مستقبلا، ولكن يبقى بحسب رأينا هذا الأسلوب له نتائج السلبية التي يمكن أن تتأثر بها الدول النامية الطرف في المعاهدة أكثر من الدولة المصدرة لرأس المال على أساس أن كثرة تدفق الاستثمارات الأجنبية لهذه الدول سيوقعها في مشكلة ضرورة احتواء جميع الالتزامات الناتجة من كثرة المستثمرين مما يزيد من كثرة المشاكل القانونية التي تنجم عن ذلك والتي قد لا تملك الوسائل الكافية

(1) د/ حسن الموجي: دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 49.

(2) د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 464.

(3) راجع ذلك على سبيل المثال في: المادة 02 من اتفاق تشجيع الاستثمار بين الجمهورية العربية السورية وجمهورية لبنان، راجع نصوص هذه الاتفاقية على الموقع: www.cnarb.com/2008wd/bit/lebanon-syria.pdf.

لمواجهتها لقلّة إمكانياتها وهي في طور الاستجداء برأس المال الأجنبي لتحقيق التنمية والتوازن الاقتصادي.

المطلب الثاني: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث الأشخاص المستفيدون.

يسعى المستثمر عند التفكير في استثمار أمواله في أحد البلدان المضيضة أو المحتاجة لها إلى التحقق والتأكد من مدى إمكانية توافر سبل تشغيل ودخول رأس المال إلى البلد المضيف إلى جانب ذلك طبعاً سعيه إلى تحقيق المكاسب المباشرة.

ولما كانت التنظيمات الدولية المتعلقة بالاستثمار لا تنطبق على جميع أنواع الاستثمار إلا الذي يقوم به المستثمرون الذين يرتبطون على الأقل بأحد أطراف التنظيم من خلال روابط تنص عليها أحكام هذا التنظيم وتحددها، ومن هنا كان لتحديد تعريف للمستثمر أهمية في تحديد نطاق تنظيم الاستثمار⁽¹⁾

و انطلاقاً من ذلك فإن معاهدات الاستثمار الثنائية عموماً تعرضت لتحديد مصطلح المستثمر من خلال بيان طبيعته القانونية وطبيعة العلاقة التي تربطه بأطراف الاتفاق وغيرها من الشروط التي تحددها الاتفاقية والواجب توافرها في المستثمر حتى تكون قابلة وصالحة للاستثمار محل الحماية والاتفاق.

وتتميز هذه المعاهدات عادة بين نوعين من الأشخاص⁽²⁾، وفقاً لما هو متفق ومتعارف عليه وذلك بتحديد نوعين من الكيانات المعنية بالاستثمار والتي يتضمنها تعريف المستثمر وهما: الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية وهو الأمر الذي قد يدفعنا إلى طرح التساؤل التالي:

من هو المستثمر المخاطب في معاهدات الاستثمار الثنائية؟ وهل تمكنت هذه المعاهدات من تحديد الإطار أو الضوابط التي يمكن من خلالها استخلاص قواعد وشروط المستثمر الأجنبي محل الحماية في هذه المعاهدات؟

لما كان تصنيف جل الاتفاقيات الثنائية للمستثمر كشخص طبيعي أو شخص اعتباري فإن دراستنا وبحثنا للتساؤلات المطروحة أعلاه سنتركز على كلاهما "الشخص الطبيعي، الاعتباري" وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

الفرع 1: الشخص الطبيعي كمستثمر في معاهدة الاستثمار الثنائية.

الفرع 2: الأشخاص الاعتبارية محل الحماية الاتفاقية.

(1) راجع ذلك في: د/ منى يوسف متولي، مرجع سابق ذكره ص182.

(2) راجع في ذلك: المادة 01 ف02 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين لبنان والكويت السابق الإشارة إليها، وراجع كذلك:

المادة 02 ف01 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين لبنان وسوريا، سابق الإشارة إليها، وراجع كذلك المادة 01 ف3 من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين المملكة الأردنية والمملكة المغربية. راجع نصوص هذه الاتفاقية الأخيرة على

الموقع التالي: www.mit.gov.jo/portals/o/marroc01.pdf.

الفرع 01: الشخص الطبيعي كمستثمر في معاهدة الاستثمار الثنائية.

قيدت معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية إن لم نقل كلها تمتع الشخص الطبيعي بالحماية والضمانات الممنوحة بموجبها بشرط أساسي ومحدد وهو تمتع هذا الفرد المستفيد من الحماية الجنسية الدولة المتعاقدة، وغالبا ما يتم التعبير في تلك الاتفاقيات على ذلك بالعبرة التالية: « يعني مصطلح "مستثمر" بالنسبة للدولة المتعاقدة شخص طبيعي يحمل جنسية تلك الدولة المتعاقدة طبقا لقوانينها النافذة»⁽¹⁾.

مما يفيد أن الجنسية المقررة والمقصودة وفقا للمعاهدات الثنائية الخاصة بالاستثمار تلك التي يحددها وينظم أحكامها القانون الداخلي للدولة المتعاقدة والذي يؤول له تحديد الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية هذه الدولة التي تتفرد بالاختصاص المحض لتحديد أركانها وفقا لما يتماشى مع مصالحها الجوهرية، وذلك اعتبارا أن الجنسية تمثل وثيقة الصلة بكيان الدولة ولا يصح أن تترك لمبدأ سلطان الإرادة الذي تكون فيه الدولة على قدم المساواة مع الفرد في منح الجنسية، وهو ما ينطبق أيضا على الأشخاص الدولية من الهيئات والمنظمات الدولية كهيئة الأمم المتحدة، والمنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية والاتحاد الإفريقي والاتحاد الأوروبي، بعدم جواز لأي منها الحق في منح الجنسية وان الدفع بعلاقة هذه الهيئات الدولية بموظفيها لاسيما في الحالات التي يتم فيها تسليم جوازات السفر لهم كإجراء لتسهيل مهامهم فإن ذلك لا يعدوا أن يوصف إلا بالتبعية الإدارية ولا يمكن أن يكون دليلا على منح رابطة الجنسية⁽²⁾.

وإذا كان المبدأ العام المجمع عليه هو حرية المشرع الداخلي في تنظيم الجنسية باعتبار أن مسائل الجنسية مرتبطة بسيادة كل دولة، إلى جانب ذلك فإن تنظيم الجنسية هو تنظيم لكيان الدولة، إلا أن البعض يرى أن هذه الحرية غير مطلقة، بل خاضعة للقيود العرفية والاتفاقية وللمبادئ القانونية المعترف

(1) نذكر على سبيل المثال المادة الأولى فقرة 1 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي التي تنص على: «كلمة استثمار تشير إلى:

أ/ المواطنين و تعني كل شخص طبيعي، يعتبر حسب تشريع الدولة المتعاقدة من رعايا بلجيكا، اللكسمبورغ أو ممتنع بالجنسية الجزائرية.

ب/ الشركات و تعني كل شخص معنوي، أسس طبقا للتشريعات البلجيكية اللكسمبورغية أو الجزائرية، وله مقره الاجتماعي على إقليم بلجيكا، اللكسمبورغ أو الجزائر»، راجع نصوص هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 06/10/1991، وراجع كذلك المادة 02 ف 01 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين جمهورية لبنان وسوريا السابق الإشارة إليها والتي تنص على: « تشير كلمة مستثمر فيما يتعلق بأي من الطرفين المتعاقدين إلى مايلي:

أ – الأشخاص الطبيعيون الذين يحملون جنسية ذلك الطرف المتعاقد ويمارسون النشاط الاستثماري في بلد الطرف الآخر، وفقا للقوانين والأنظمة النافذة فيه».

وراجع أيضا المادة الأولى ف 02 من اتفاق الاستثمار بين الجمهورية اللبنانية ودولة الكويت السابق الإشارة إليه التي تنص على مايلي: «يعني مصطلح مستثمر بالنسبة لدولة متعاقدة أيًا من الحالات التالية: - شخص طبيعي يحمل جنسية تلك الدولة المتعاقدة طبقا لقوانينها النافذة».

(2) راجع ذلك في: د/ ناصر عثمان محمد عثمان: القانون الدولي الخاص المصري، مرجع سابق ذكره، ص 20، 21.

بها من قبل الدول في مسائل الجنسية⁽¹⁾، بمعنى أن الدولة ملزمة بالتقيد عند إصدارها لتشريعات الجنسية بما تضمنته تلك الاتفاقيات التي هي طرفا فيها دون أن يكون لها حق الاعتراض أو مخالفة تلك القيود الاتفاقية ما دامت قد قبلتها بمحض إرادتها، وإلا كان ذلك مخالفا وخرقا لأحد المصادر الرئيسية للقانون الدولي مما يؤدي إلى إيقاع الدولة في نطاق المسؤولية الدولية.

ولقد عملت معاهدات الاستثمار الثنائية باعتبارها الإطار الذي يحدد بطريقة حقيقية ودقيقة العلاقات الاقتصادية بين الدولتين المتعاقبتين وذلك بتنظيم المركز القانوني لرعايا كل دولة متعاقدة في إقليم الدولة الأخرى من خلال تحديد جنسيتهم، واتبعت في ذلك أسلوب الإحالة إلى القوانين الداخلية للدول المتعاقدة⁽²⁾، وهو الأسلوب الذي أصبح معتمدا ومطبقا في جل معاهدات الاستثمار الثنائية لكونه يجسد مبدأ سيادة الدولة على مواطنيها ويقر بإعماله وعدم مخالفته.

على أنه وبالرغم من أسلوب التحكم الذي تفرضه اتفاقيات الاستثمار الثنائية في تحديد جنسية المستثمرين الأفراد الذين تشملهم الحماية محل الاتفاق والتزام أطرافه بما يحدد من شروط وقيود في هذا المجال، إلا أن ذلك لا يغنيها عن مواجهة مشاكل على درجة مهمة من الخطورة نتيجة لتنوع الأسس واختلاف المعايير التي تنتهجها وتضعها كل دولة، والتي يتحكم الدخول في جنسيتها الوطنية أو الخروج منها، مما أدى إلى الوصول إلى إفراز حالات تخرج عن النطاق العام للجنسية، وهي حالة تعدد الجنسية أو انعدامها بالنسبة للبعض الآخر، وهي ظواهر قد تدفع إلى التساؤل عن مصيرها ووضعها القانوني تجاه معاهدات الاستثمار الثنائية ونصيبتها من تلك الحماية والضمانات الاتفاقية؟

فوفقا لما سبق ذكره فإن تحديد رعايا الدول الأطراف في الاتفاق يعود وفقا لما تقضي المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص إلى التشريعات الوطنية للدول الأطراف في الاتفاق، ويؤول لها الاختصاص الكلي في تحديد من هم رعاياها المتمتعون بجنسيتها.

وعليه فإن وضع المستثمر متعدد الجنسية⁽³⁾ في نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية لا يطرح إشكالا كبيرا نظرا وأن هذا المستثمر يكفي أن يحمل جنسية إحدى الدول الطرف في المعاهدة حتى يتمتع بالحماية المقررة لاستثماراته وأمواله الموجودة في الدولة المضيفة الطرف في الاتفاق، على أن الإشكال يمكن أن يطرح في الحالة التي يظهر فيها المستثمر متمتعا وحاملا لجنسية كلا الدولتين الطرف في المعاهدة، فإن الأمر يدق بشأن حقه في الحماية والضمانات المقررة ضمن هذه الاتفاقية!

إن ما استقرت عليه القواعد العامة في هذا الشأن أنه انطلاقا من المبدأ المقرر في تنظيم أحكام معاهدات الاستثمار الثنائية والرامي إلى أن التزام الدولة المضيفة للاستثمار بالحماية الاتفاقية بالمعاهدة هو التزام

(1) راجع ذلك في: د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص 114.

(2) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 83.

(3) يعرف متعدد الجنسيات بأنه الفرد الذي يتمتع باكتساب أكثر من جنسية واحدة في أكثر من دولة، وقد اتفق الرأي الراجح على أن متعدد الجنسية يعتبر من الوطنيين في نظر كل من الدول التي يحمل جنسيتها. راجع ذلك في: د/ هشام علي صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2003/2004، ص 396.

بحماية المال الأجنبي، أي المال المملوك لغير المواطنين التابعين لهذه الأخيرة، من ثم فإن المستثمر الذي يحمل جنسية كلا الدولتين طرفا للاتفاق فإنه لن يتمتع بالحماية الاتفاقية في هذه الحالة، مما يعني أن الالتزام لا يقوم إذا في مواجهة المال الوطني، أي المال المملوك لأحد رعايا القطر المضيف ولو كان هذا الشخص متمتعاً في نفس الوقت بجنسية دولة متعاقدة أخرى ما لم ينص الاتفاق الدولي على حكم مخالف لهذه المبادئ العامة رعاية للاعتبارات الخاصة التي قد تسعى المعاهدة لتحقيقها⁽¹⁾.

أم بالنسبة لوضع المستثمر عديم الجنسية⁽²⁾، فإن الأمر محسوماً ولا يستدعي الافتراض أو التحليل على أساس أن عماد قيام وفرض الحماية والضمانات المقررة بمعاهدة الاستثمار الثنائية مرتبطة بتمتع الأفراد المستثمرة بجنسية إحدى الأطراف المتعاقدة، ومن ثم فإنه بانعدام جنسية المستثمر ينعدم معه الحق في تلك الحماية الاتفاقية حتى ولو اثبت علاقته بتلك الدولة بالإقامة الدائمة فيها أو موطناً لإقامة أمواله فيها. على أن البعض يرى في هذا الأمر استثناء⁽³⁾، بإمكانية الاتفاق على امتداد الحماية الاتفاقية لعديم الجنسية المتوطن في إحدى الدول الطرف في المعاهدة رعاية لوضعه الخاص وحرصاً على تحقيق الأهداف الاقتصادية التي تسعى المعاهدة إلى إدراكها.

الفرع 02: الأشخاص الاعتبارية المستفيدة من الحماية الاتفاقية.

احتل الشخص الاعتباري ضمن معاهدات الاستثمار الثنائية نفس المكانة والمعاملة والمركز القانوني الذي حضي به الشخص الطبيعي المشمول والمعني بالحماية الاتفاقية. والشخص الاعتباري يظهر عموماً في شكل مجموعة متنوعة من الكيانات القانونية التي يشملها التنظيم الدولي أو لا يشملها، ويتم استبعاد بعض الكيانات بسبب غرضها كالكليات التعليمية والخيرية وغيرها من الكيانات غير التجارية التي لا تستهدف الربح، على أن التنظيم الدولي قد يشتمل النص على ضمه لتلك الكيانات⁽⁴⁾.

وقد تضمنت اتفاقيات الاستثمار الثنائية تصنيف الشخص الاعتباري ضمن الأشخاص المشمولين بالحماية الاتفاقية المقررة وبجميع الضمانات والامتيازات، وكذا الالتزامات المقررة للمستثمر بصفة عامة، وحرصت العديد من هذه الاتفاقيات على تحديد معنى الشخص الاعتباري، إلا أنها اختلفت فيما بينها في تحديد نطاق هذا المعنى بين الاختصار على مجرد النص على الشخص الاعتباري بوصفه شخص مشمولاً

(1) راجع ذلك في: د/ هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 259.

(2) يعرف البعض انعدام الجنسية بأنه وضع قانوني لشخص لا يتمتع بجنسية أية دولة على الإطلاق مما يجعله أجنبياً أمام كل دول العالم، ويحرم بذلك بالتمتع بعضوية أي دولة وطلب أي حماية لكونه معرض للترحيل والإبعاد من أقاليم جميع الدول التي ينزل بها. راجع ذلك في: د/ ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق ذكره، ص 47.

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 260.

(4) راجع هذا التعريف في: د/ منى متولي مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 183.

بالحماية الاتفاقية⁽¹⁾، وبين التوسع في تصنيف وتعداد الأشخاص الاعتبارية المخاطبة بالنص الاتفاقي ليس فقط الشركات التجارية، وإنما أيضا الجمعيات والمشروعات التعاونية والمؤسسات الخيرية والمنشآت والوكالات والاتحادات التجارية، والشركات على اختلاف أشكالها وأنواعها وكل كيان تم تأسيسه كشخص اعتباري ويكون مملوكا أو مهيمنا عليه من قبل تلك الدولة المتعاقدة أو أي من مواطنيها، أو كيان ينشأ في نطاق سلطتها⁽²⁾.

ويتم كمبدأ تحديد الأشخاص الاعتبارية المعنية والمخاطبة بالحماية ضمن معاهدات الاستثمار الثنائية بناء على تبعية هذه الأخيرة للدولة الطرف بالمعاهدة وذلك بتمتعه بجنسيتها وفقا لأحكامها التشريعية الوطنية، أسوة بمعاملة الشخص الطبيعي السابق الإشارة والتطرق إليها.

على أن الأمر الذي قد يطرح إشكالا ويدعو إلى البحث ربما يتركز في تحديد المعايير الواجبة الإتباع في شأن تحديد هذه التبعية لاسيما أمام الاختلاف والتفاوت بين الاتجاهات الفقهية حول الاعتراف للشخص الاعتباري بالجنسية أو إنكارها عنه، وما هو موقف الاتفاقيات الثنائية في هذا الشأن، وهل يمكن أن تشكل إطارا يساعد في ضبط المعيار المعتمد في تحديد جنسية الشخص الاعتباري؟

إن بحث هذه التساؤلات والإشكالات المطروحة يقتضي منا بداية دراسة وتبيان أهم الاتجاهات التي قبلت في شأن مسألة جنسية الشخص الاعتباري، من ثم بحث موقف وتوجه معاهدات الاستثمار الثنائية تجاه هذه الاتجاهات وأيها الأكثر تنبيا وانتشارا في تلك المعاهدات.

فمن الاتجاهات الفقهية من أنكرت الاعتراف بحق اكتساب و تمتع الشخص الاعتباري بجنسية دولة ما، ويستحسن هذا الرأي استبعاد اصطلاح الجنسية فيما يتعلق بالأشخاص الاعتبارية واستبداله باصطلاح التبعية القانونية أو النظام القانوني للشخص المعنوي⁽³⁾.

(1) راجع في ذلك على سبيل المثال: المادة الأولى فقرة 3 من اتفاق الاستثمار الثنائي بين الجزائر و إيطاليا والتي تنص على: «عبرة شخص معنوي تشير إلى كل مؤسسة و كل شركة أشخاص أو رؤوس أموال قائمة في إقليم إحدى الدولتين المتعاقدين طبقا لتشريع هذه الأخيرة، ولها في نفس الإقليم، مقرها و الموطن الرئيسي لمصالحها الاقتصادية كما هو معروف من خلال تشريع و تنظيم كل من الدولتين المتعاقدين»، راجع نصوص هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 1991/10/06.

(2) راجع على سبيل المثال في ذلك: المادة 10 فقرة 2/ج من اتفاق الاستثمار الثنائي بين دولتي لبنان والكويت السابق الإشارة إليه والذي تنص على: «أي شخص اعتباري أو كيان آخر تم تأسيسه بصورة قانونية بموجب قوانين ونظم تلك الدولة المتعاقدة، مثل المعاهد وصناديق التنمية والهيئات والمؤسسات الخيرية والعلمية والمنشآت والوكالات والمشروعات والجمعيات التعاونية والشركات على اختلاف أشكالها وأنواعها والاتحادات التجارية، والكيانات المشابهة وأي كيان تم تأسيسه خارج سلطة الدولة المتعاقدة كشخص اعتباري ويكون مملوكا ومهيمن عليه من قبل تلك الدولة المتعاقدة أو أي من مواطنيها أو أي كيان ينشأ في نطاق سلطتها.

(3) وقد أسس أنصار هذا الاتجاه موقفهم تجاه الشخص الاعتباري وإنكار حق الجنسية عليه على عدة أسس لعل أهمها: = - أن الدولة تعتمد في استخدام فكرة الجنسية لتحديد عنصر الشعب فيها، وإن الأشخاص الاعتبارية لا تدخل ضمن ذلك الشعب مما يجعلها لا تتمتع بالجنسية لاعتبار أنها لا تدخل ضمن تعداد سكان تلك الدولة.

في حين كانت الأسس والاعتبارات التي جاء بها الاتجاه الفقهي المعترف والمؤيد لتمتع الأشخاص الاعتبارية بالجنسية ذا أثر فعال ومؤثر في تحديد المعايير الأساسية التي يمكن الاستناد إليها في تحديد جنسية هذا الشخص الاعتباري، لما لهذا الأخير من أهمية ودور في تشكيل كيان الدولة الاقتصادي سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، فقد أسس هؤلاء موقفهم على مبدأ مفاده أن الجنسية المقصودة للشخص الاعتباري معناها الانطواء تحت العلم وليس تلك العلاقة الروحية التي تقوم عليها فكرة الجنسية بالنسبة للأشخاص الطبيعية⁽¹⁾.

على أنه ومهما اختلفت الآراء والاتجاهات وتباينت حول فكرة جنسية الشخص الاعتباري بين منادين ومنكرين لهذا الحق، فإن ما لا يختلف عليه هؤلاء هو حق كل دولة وحريتها في اختيار المعيار المناسب الذي تحدد على ضوءه ومن خلاله أسس ومحددات التمييز بين الأشخاص الاعتبارية الوطنية والأشخاص الاعتبارية الأجنبية، وتظهر أهمية هذه التفرقة بالنسبة لمعاهدات الاستثمار الثنائية في التمكن من تحديد معيار اتفاقي يسمو على المعايير الواردة في التشريعات الداخلية للدولة المتعاقدة، وذلك للمساهمة في تحديد المستفيدين بأحكام المعاهدة من الأشخاص الاعتبارية التي يصعب القول بتمتعها بتبعية دولة محددة بالذات، كتلك المشروعات المشتركة المتعددة الأطراف والتي تطرح إشكالا في تحديد جنسيتها وبالتالي في مدى صلاحيتها للاستفادة من تلك الحماية الاتفاقية من عدمها⁽²⁾.

على أنه حتى وإن توصلت معاهدات الاستثمار الثنائية إلى تحديد المعيار المعتمد لإضفاء صفة الشرعية على الشخص الاعتباري التابع لأحد الدول المتعاقدة، فإنها لن تخرج في تحديد ذلك عن تلك المعايير المتعارفة بين معظم التنظيمات والتي تأخذ بوحدة منها وهي: **معيار التأسيس - معيار المركز الرئيسي - معيار الرقابة**، على أن بعض التنظيمات قد تأخذ بمعيارين أو أكثر لتحديد جنسية الشخص الاعتباري المستثمر.

وبدراسة معاهدات الاستثمار الثنائية ومدى تأثيرها وكيفية تعاملها مع هذه المعايير، يمكن التوصل إلى أن معظم هذه المعاهدات اعتمدت على معيار التأسيس في تحديد جنسية الشخص الاعتباري التابع لإحدى الدول وذلك بمنح الدولة جنسيتها لكافة الأشخاص الاعتبارية التي اتخذت إجراءات تأسيسها على إقليمها.

- أن أسس وآثار منح الجنسية مبينة على أساس حق الدم والنسب كالميلاد لأب وطني وأم وطنية، وهو ما لا يصدق لدى الأشخاص الاعتبارية.

- أن العنصر الفعال في منح الجنسية هو الشعور بالولاء والانتماء وهما عنصرين مفترقان لدى الشخص الاعتباري.

راجع ذلك في: د/ ناصر عثمان محمد عثمان، مرجع سابق ذكره، ص 25.

(1) نفس المرجع، ص 26.

(2) د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 261.

ويتسم هذا المعيار بميزة الاستقرار، ذلك أن مكان التأسيس هو معيار ثابت، ومن ثم فإن الأخذ به من شأنه توفير الطمأنينة اللازمة لاستقرار التعامل ولسهولة العلم المسبق بأحكام المنظمة لهذا الشخص الاعتباري محل التعامل⁽¹⁾.

على أنه بالرغم من انتشار الأخذ بهذا المعيار في العديد من المعاهدات الثنائية، إلا أنه لم يسلم من النقد على أساس أنه يخول حرية واسعة للأفراد في تحديد القانون الواجب التطبيق بشأن الأشخاص الاعتبارية ووفقا لما تقتضيه مصلحتهم الخاصة، فيكفي هؤلاء ليتخذوا إجراءات التأسيس في الدولة التي يعلمون مسبقا أنها لا تتشدد في القيود التي تفرضها عند تأسيس الشخص الاعتباري رغم انعدام وجود أي صلة حقيقية بينها وبين الشخص المعنوي المراد تكوينه وهو الأمر الذي يفتح آفاقا واسعة للتحايل والغش⁽²⁾.

في حين نجد طائفة أخرى من معاهدات الاستثمار الثنائية، ورغبة منها في تجنب الانتقادات التي وجهت لمعيار التأسيس وعدم اكتفائها بهذا المعيار لوحده في تحديد جنسية الشخص الاعتباري التابع لأحد الدول المتعاقدة، اختارت أن تقرر معيار التأسيس بمعيار مركز الإدارة الرئيسي في إقليمها⁽³⁾، لكونه معيارا يتميز بالوحدة وينفر من التعدد، فمهما تعدد نشاط الشخص الاعتباري وتفرقت بالتالي أجهزته الإدارية، فهناك دائما دولة ما تتركز فيها الإدارة العليا للمشروع، وهذه الدولة هي التي يتمتع الشخص الاعتباري بجنسيتها.

على أن البعض يرى أن تطبيق هذا المعيار من شأنه إثارة عدة صعوبات، على أساس أن الهيئات المشرفة على إدارة الشركة قد تكون موزعة بين عدة دول، فقد يوجد مجلس الإدارة في دولة بينما تتعقد جمعيتها العمومية أو توجد مكاتبها الإدارية في دولة أخرى، ولقد اختلف الرأي في معرفة أي من هذه المراكز هي التي يعتد بها في تحديد جنسية الشركة، وقد كان للمحكمة العليا دور في حسم المواقف في هذا الإشكال وذلك وفقا لما قضت به في حكمها الصادر في قضية بعض المصالح الألمانية في سيليزيا العليا سنة 1926، بإقرار الاعتداد بمكان اجتماع الجمعية العمومية في حالة اعتماد معيار مركز الإدارة الرئيسي في تحديد جنسية الشخص المعنوي، على أساس أن الجمعية العمومية هي في الواقع الهيئة التي تمارس السلطات العليا للشخص الاعتباري و تتبع منها سلطات مجلس الإدارة و كافة الهيئات المشرفة على الشخص الاعتباري⁽⁴⁾.

(1) راجع في هذا المعنى: د/ عز الدين عبد الله: القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة، القاهرة 1977 ص 742.

(2) راجع في ذلك: د/ هشام علي صادق: دروس في قانون الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره ص 490، ولمزيد من التفصيل حول الانتقادات الموجهة لهذا المعيار راجع: د/ عز الدين عبد الله، نفس المرجع، ص 742.

(3) المقصود بمركز الإدارة الرئيسي هو المكان الذي يتركز فيه النشاط التوجيهي للشخص الاعتباري، وهو عادة المكان الذي يجتمع فيه مركز الإدارة والجمعية العمومية وتتواجد فيه مكاتب الإدارة. راجع ذلك في: د/ هشام صادق: نفس المرجع، ص 494.

(4) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 84.

على أنه يبقى التصور ممكنا و مقبولا بتبني هذا المعيار منفردا في تحديد جنسية الشخص الاعتباري، إلا أن الصعوبة في التطبيق تطرح نفسها في حالة الجمع بين هذا المعيار و معيار التأسيس في أن واحد لتحديد جنسية الشخص الاعتباري، على اعتبار أنه يمكن للشركة أن تنشأ وفقا لقانون دولة معينة ويكون مركز إدارتها الرئيسي في دولة أخرى، وهنا يستحيل الدفع بالجمع بين المعيارين لاستحالة تجسيد هذا الفرض على الواقع.

أما بالنسبة للمعيار الثالث وهو معيار الرقابة فقد كان له نصيب ضمن معاهدات الاستثمار الثنائية التي أخذت به كأساس و مقياس لتحديد جنسية الشخص الاعتباري وكمعيار مكمل لمعيار التأسيس، والذي يتجسد من خلاله تحديد الأشخاص الاعتبارية التي تعد رعايا لأحد الدول المتعاقدة، بحيث لا يكفي أن تكون الشركة الممثلة كشخص اعتباري متمتعة بجنسية إحدى الدول المتعاقدة لمجرد إنشائها وفقا لقوانينها، بل يجب وفقا لمعيار الرقابة أن تمثل المصالح الوطنية لهذه الدولة، بمعنى أن تكون الرقابة و الإشراف عليها إما لرعايا هذه الدولة، أو للدولة نفسها أو هيئاتها العامة السياسية و الإدارية، فإذا حدث وكانت هذه الشركة ممثلة بمصالح أجنبية، بمعنى أن السيطرة عليها كانت لرعايا دولة أخرى، ففي هذه الحالة لا تدخل هذه الشركة ضمن طائفة الرعايا التابعين للدولة المتعاقدة حتى و لو تأسست وفقا لقوانين هذه الدولة الأخيرة⁽¹⁾، مما يفهم منه أن معيار الرقابة يقرر - لمن اتخذه كمعيار لتحديد جنسية الشخص الاعتباري - أن جنسية هذا الأخير هي تلك المستمدة من جنسية الأشخاص المسيطرين على هذا الشخص الاعتباري بالإرادة و الإشراف و بالأغلبية المطلقة⁽²⁾.

وعليه نخلص إلى القول انطلاقا مما تقدم أنه و باختلاف المعايير المعتمدة في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية لتحديد جنسية الشخص الاعتباري المستفيد من الحماية الاتفاقية الذي لم تتبع فيه الدول معيارا واحدا في كافة اتفاقياتها ولم تكن مقيدة بتلك المعايير المقررة في التشريعات الوطنية للدول المتعاقدة، برغم ما يحمله من مميزات وفائدة ذات أثر إيجابي بالنسبة للدول المتعاقدة ضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية تسهل تنفيذ بنود هذه المعاهدات التي ترمي في معظمها إلى ضمان الاستثمارات الأجنبية وتشجيعها، إلا

(1) راجع في ذلك على سبيل المثال المادة الأولى من معاهدة تبادل تشجيع الاستثمار بين **جمهورية مصر العربية** و **الولايات المتحدة الأمريكية** الموقعة في 1982/09/29 والبروتوكول التكميلي لها في 1986/03/11 التي تنص على: « تعني شركة خاصة بأحد الأطراف هي تلك الشركة التي تم تأسيسها أو إنشاؤها أو تنظيمها على وجه سليم طبقا للقوانين واللوائح النافذة لأحد الأطراف أو أقسامه الجوهريّة والتي يكون لأي مما سيأتي ذكره مصلحة جوهريّة:

1- الأشخاص الطبيعيون التابعون لذلك الطرف، 2- ذلك الطرف أو احد أقسامه أو الوكالات أو الأجهزة التابعة لها سوف يكون الوضع القانوني للشركة التابعة لأحد الأطراف معترفا به من الطرف الآخر وتقسيماته السياسية والإدارية». راجع نصوص هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 34 المؤرخ في 20 أغسطس 1992 تحت رقم 1942، أو على الموقع الإلكتروني:

<http://www.arabelegalportal.org/financial/legaldocs/investment/Egypt/annex.n°82.pdf>.

(2) لمزيد من التفصيل حول معيار الرقابة المحددة لجنسية الشخص الاعتباري وأهم وجهات النظر المؤيدة والمنقذة لهذا المعيار راجع: د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص 496 وما يليها.

أن عدم الانسجام في تقيد الدول بمعيار موحد لتحديد جنسية الشخص الاعتباري يجعل من معاهدات الاستثمار التي تشكل تلك الدول أطرافاً لها بعيدة عن الاعتماد عليها في تحديد الإطار والأساس الذي يمكن من خلاله استنتاج قواعد دولية موحدة بشأن معيار تحديد جنسية الشخص الاعتباري على الرغم مما لهذه المعاهدات من تأثير في سر وتنظيم الاستثمارات الأجنبية.

المطلب الثالث: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث مدة نفاذها.

لعل ما يميز اتفاقيات الاستثمار الثنائية عن بعضها البعض رغم اشتراكها في أحكام رئيسية موحدة والتي تصب كمبدأ عام في تشجيع الاستثمار الأجنبي من خلال منح وتوفير الحماية والضمانات اللازمة لذلك، على أن القضايا التي تتناولها تتفاوت فيما بينها وفقاً لوقت إبرامها سواء من حيث درجة تعقيدها أو مرونتها أو سواء من حيث الفترة الزمنية التي وقعت فيها والتي تقاس على أساسها بأنها اتفاقية قديمة أو حديثة، حتى أننا نجد في بعض الأحيان أن دولة ما قد تجد اختلافات عديدة في اتفاقية أبرمتها منذ فترة زمنية طويلة وتلك التي وقعت حديثاً، وقد عبر البعض عن ذلك⁽¹⁾ بأن معاهدات الاستثمار الثنائية مرت بفترات تغيرت من خلالها توجهاتها وأحكامها، حيث امتازت في بدايتها بنمط يعكس القوانين والأعراف الدولية و يلائم الدول المتقدمة والنامية على حد سواء، حيث يتجه رأس المال في اتجاه واحد من الدول المتقدمة إلى الدول النامية، وكان الهدف الأساسي لهذه الاتفاقيات لتلك الفترة هو وضع حل لعدم وجود معايير قابلة للتطبيق تحكم المعاملات المتعلقة بالملكية الأجنبية لانحصارها في حماية الاستثمارات من التأميم والمصادرة مع التأكيد على حق تحويل الأموال إلى الخارج، على أنه ومع مرور الزمن تطورت تلك المعاهدات بما يتماشى وما يتطلبه التطور الاقتصادي ومتطلبات الدول المتعاقدة ذاتها، بمعنى أن الهدف تحول من السعي لتحقيق مصلحة عامة إلى تقيد تلك الاتفاقيات في نصوصها بما يضمن مصلحة ومتطلبات الدول المتعاقدة، وفي بعض الأحيان ما يعكس فقط مصلحة أحد طرفي الاتفاق، لاسيما في حالة المعاهدات التي تضم دولة متقدمة ودولة نامية راضخة لشروطها.

كما يتجسد نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من الناحية الزمنية من حيث تحديد فترة نفاذ تلك المعاهدات ومدة سريانها⁽²⁾، وهي إجراءات تهتم معظم الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار بتحديدتها أو الإشارة

(1) راجع ذلك في: د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 66.

(2) راجع على سبيل المثال المادة: 15 من اتفاق الاستثمار الثنائي بين الجزائر و الجمهورية الإسلامية الإيرانية والتي تنص على: «يقوم الطرفان المتعاقدان بإشعار بعضهما البعض كتابياً، بإتمام الإجراءات الدستورية المطلوبة لدخول = هذا الاتفاق حيز التنفيذ، ويصبح ساري المفعول في التاريخ الذي يلي استلام آخر إشعار». راجع نصوص هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005، وراجع أيضاً المادة 14 من اتفاق الاستثمار الموقع بين الكويت ولبنان السابق الإشارة إليه

إليها وتنظيمها وذلك بالنص على تاريخ سريان الاتفاق ونهاية نفاذه أو مدة نفاذه⁽¹⁾، ومن ثم تحديد الاستثمارات الداخلة في نفاذ الاتفاق وتمييزها عن غيرها من تلك التي تخرج عن نفاذه وبالتالي لا تستفيد من مزايا الاتفاق⁽²⁾.

ولعل المطلع على تلك لاتفاقيات المشار إليها أو غيرها يجد أن معظمها ربطت دخولها حيز النفاذ بموعد محدد، إلا أنها تختلف فيما بينها في كيفية تحديد هذا التاريخ، فمنها من تحدد التاريخ اعتباراً من موعد تبادل المذكرات المشعرة بتصديقه من قبل السلطات المختصة⁽³⁾، ومنها من تحدد تاريخ نفاذ الاتفاق بعد مضي فترة زمنية محددة⁽⁴⁾، ومن هذه الاتفاقيات من تربط تاريخ نفاذها بشرط تلقي ما يفيد استيفائها للمتطلبات الدستورية اللازمة لدخولها حيز التنفيذ⁽⁵⁾، على أنه أو في حالة عدم الاتفاق بين الأطراف المتعاقدة على تاريخ بدء سريان المعاهدة فإنها تسري حينئذ ابتداء من الوقت الذي توافق فيه الأطراف التي شاركت في المفاوضات على الارتباط بها⁽⁶⁾.

ومن ثم فإنه لتحديد نفاذ الاتفاق أثر بالغ الأهمية في سير معاهدات الاستثمار الثنائية لاسيما في تحديد الاستثمارات المستفيدة من الحماية والمزايا الاتفاقية، والتي قد تطرح في بعض الحالات إشكالات وتساؤلات فيما يتعلق بتلك الاستثمارات التي نشأت قبل إبرام تلك الاتفاقيات الثنائية ومدى الإمكانية للدولة المصدرة للاستثمارات في المطالبة بشمول تلك الاستثمارات بامتيازات الاتفاق الجديد.

الواقع أن هذا الموضوع طرح وأثار جدلاً كثيراً بين الدول المصدرة لرأس المال والمستوردة له أثناء التفاوض على عقد المعاهدات، على أساس أن لكل طرف في الاتفاق وجهة نظر منفردة ومختلفة تهدف إلى تحقيق المصالح المسطرة من وراء هذا الاتفاق والتي قد تتعارض مع الطرف الآخر.

وانطلاقاً من ذلك فقد يصادف أن ترفض وتعترض الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية منح الاستثمارات القديمة مزايا الاتفاق الجديد، ولها أن تبرر ذلك بأن الاتفاق الجديد ما هو إلا وضع قانوني يسري فقط على الاستثمارات التي تتم في ضله بينما الاستثمارات القديمة ليس لها الحق في التمسك بهذا الوضع القانوني لكونها لم تتمتع به من قبل، كما لها أن تبرر ذلك بكونها عاجزة عن الوفاء بالالتزامات الناشئة

(1) راجع على سبيل المثال المادة 12 الفقرة ب- من اتفاق الاستثمار الموقع بين **لبنان و سوريا** السابق الإشارة إليه والتي تنص على: «يعتبر هذا الاتفاق ساري المفعول لمدة عشر سنوات من تاريخ نفاذه، ويجدد تلقائياً لفترات ماثلة ما لم يبلغ أحد الطرفين المتعاقدين الطرف الآخر خطياً برغبته في إلغائه قبل ستة أشهر من تاريخ انتهاء أجله».

(2) راجع ذلك على سبيل المثال في المادة 09 من اتفاق الاستثمار بين الأردن والمغرب السابق الإشارة إليه والتي تنص على «تطبق هذه الاتفاقية على الاستثمارات القائمة أو بوصفها مستثمر من أي الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر وفق تشريعاته وقوانينه وأنظمتها قبل سريان هذه الاتفاقية، بيد أن هذه الاتفاقية لا تسري على الخلافات التي تكون قد نشأت قبل سريان مفعولها».

(3) راجع المادة 12 فقرة أ- من المعاهدة المبرمة بين لبنان وسوريا السابق الإشارة إليه.

(4) راجع المادة 10 فقرة 01 من معاهدة الاستثمار الموقعة بين الأردن و المغرب السابق الإشارة إليه.

(5) راجع المادة 14 فقرة 01 من اتفاق الاستثمار الثنائي بين لبنان والكويت السابق الإشارة إليه.

(6) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 90.

عن سريان الامتيازات الجديدة على الاستثمارات القديمة مما قد يضر بمصالحها الاقتصادية⁽¹⁾، غير أن الدول المصدرة لرأس المال وفي مقابل ذلك تعارض أي تمييز بين الاستثمارات القديمة والجديدة وترى ضرورة تطبيق المعاهدة بأثر رجعي، بحيث تشمل الحماية كافة الاستثمارات التي تعود لرعاياها والتي نشأت قبل وبعد تاريخ المعاهدة حيز التنفيذ مما يجعلها تسعى إلى إدخال تلك الاستثمارات في نطاق الحماية الثنائية المزمع إبرامها⁽²⁾.

على أنه وفي حال تصلب موقف الطرفين - الدول المصدرة لرأس المال والدول المضيفة للاستثمارات- وانسداد السبل إلى التوصل إلى اتفاق على الامتيازات التي يمكن أن تتضمنها تلك المعاهدات، فإن الواقع العملي أثبت أنه في بعض الحالات يأتي التراجع عن المواقف المتشبث بها من طرف الدول المصدرة لرأس المال خشية أن تفقد استثماراتها وما تسعى إلى ضمانه من حماية وامتيازات ضمن هذا النوع من المعاهدات، وتقبل بذلك التطبيق الفوري والمباشر للمعاهدة وبذلك لا يدخل في نطاقها سوى الاستثمارات القائمة بالتاريخ المحدد بنفاذها⁽³⁾، في حين نجد جانب آخر من معاهدات الاستثمار الثنائية تبين بوضوح رضوخ الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية والتي في أغلبها دول نامية مما يجعلها تقبل وتوافق على شروط الدول المتقدمة الطرف في الاتفاق وكل ما تقرره وما تمليه من بنود تخدم مصالحها الاقتصادية وذلك لحاجة هذه الدول -الدول النامية- لتلك الأموال الأجنبية في تحقيق تنميتها الاقتصادية وبالتالي تصبح المعاهدة سارية وناذرة على الاستثمارات القديمة القائمة قبل سريانها في حيز التنفيذ⁽⁴⁾، وهو الحال الحال الذي تظهر فيه الدول النامية المضيفة في معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

(1) راجع ذلك في: د/ عبد الواحد محمد الفار: الاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ذكره، ص49.

(2) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص94.

(3) قد لا تشمل على هذا النص إلا بعض المعاهدات الثنائية القليلة ونذكر منها على سبيل المثال: المادة 12 من اتفاق الاستثمار المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي للكسمبورغي السابق الإشارة إليه و التي تنص على: « يطبق هذا الاتفاق أيضا على الاستثمارات المنجزة قبل دخوله حيز التنفيذ، من طرف مستثمري احد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر على أن تكون هذه الاستثمارات مطابقة لقوانين وتنظيمات هذا الأخير و السارية المفعول بتاريخ إمضاء هذا الاتفاق»، وانظر أيضا معاهدة تشجيع الاستثمار بين مصر والمملكة المغربية والموقعة في الرباط بتاريخ: 1994/05/14 التي نصت ضمن المادة 10 منها على مايلي: « تستفيد من أحكام هذا الاتفاق للاستثمارات المنجزة للعملات القابلة للتحويل وعلى دخول هذا الاتفاق حيز التنفيذ من قبل مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين في إقليم الطرف المتعاقد الآخر طبقا لقوانين وأنظمة هذا الأخير».

(4) راجع على سبيل المثال المادة 09 من اتفاق الاستثمار بين مصر واليابان والموقع في طوكيو بتاريخ: 1977/01/28 والذي ينص على: «... سوف تنطبق الاتفاقية الحالية أيضا على استثمارات وعوائد المواطنين والشركات لأي من الطرفين المتعاقدين والتي تتم أو تكتسب في أراضي الطرف المتعاقد الآخر بما يتفق مع اللوائح والقوانين المطبقة لهذا الطرف الآخر المتعاقد والسابقة على وضع هذه الاتفاقية موضع التنفيذ». راجع نصوص هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية، العدد 06 المؤرخة في 09 فبراير 1978.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن اتفاقات الاستثمار الثنائية تتضمن في أحكامها تحديدا لمدة أو فترة صلاحية المعاهدة للنفذ بالنسبة لتلك المعاهدات المحددة لفترة زمنية معينة غير قابلة للتجديد، أو التي تكون سارية المفعول لفترة زمنية محددة وقابلة للتجديد تلقائيا ولنفس الفترة⁽¹⁾، كما تشترط بعض الاتفاقيات أن يكون قرار إلغاء الاتفاق من أحد الطرفين بموجب إخطار خطي مسبق الذي يكون في الغالب لفترة محددة قد تكون ستة أشهر أو سنة على الغالب من تاريخ حلول أجلها⁽²⁾.

ولعل الغاية من تنظيم معظم معاهدات الاستثمار الثنائية لأجل محدد لانتهاء العمل بأحكامها هو وضع حد لتلك الامتيازات والحقوق والضمانات المقررة لتلك المعاهدات والتي تنقضي كمبدأ عام بحلول الأجل المقرر لانقضاء وانتهاء العمل بالمعاهدة التي قررتها، غير أن تساؤلا قد يثور في هذا السياق حول الوضع القانوني للمشاريع الاستثمارية التي نشأت ولا زالت لم تنتهي نشاطاتها إلى ما بعد انتهاء أجل المعاهدة أو أقيمت قبل تاريخ نفاذ مفعول إشعار انتهاء الاتفاقية، فهل ستظل في هذه الحالة مستفيدة من المزايا والضمانات التي كانت أو التي قررت أصلا لأجلها، أم أن هذه الأخيرة ستقضي بانقضاء المعاهدة؟

لا يمكن الجزم أو التكهن أن هذه الاستثمارات ستستفيد كمبدأ عام من تلك الامتيازات والضمانات المقررة بالمعاهدات المنشأة في ضلها، أو أنها ستخرج من نطاق تلك الحماية الاتفاقية، ذلك أنه وفي مجال معاهدات الاستثمار الثنائية فإن تقرير ذلك يرجع في الأصل إلى أطراف الاتفاق دون غيرهم، على أنه وبالرجوع إلى مختلف معاهدات الاستثمار الثنائية نجدها في الغالب قد نظمت أحكاما ونصوصا تعالج هذه المسألة، وذلك بالسماح لهذه الاستثمارات لتظل مستفيدة من أحكام الاتفاقية المنتهية الأجل لفترة زمنية أخرى يتم تحديدها والنص عليها⁽³⁾، أو يحدد لها أجل لحين انتهائها أو تصفيتها⁽⁴⁾.

(1) راجع المادة 12 فقرة 02 من اتفاق تشجيع الاستثمار بين مصر والسودان الموقع بتاريخ 07/08/2001 والتي تنص على: « يستمر العمل بهذا الاتفاق لمدة عشرة سنوات قابلة للتجديد»، راجع نصوص الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية العدد 18 المؤرخة في 03 مايو 2003.

(2) راجع المادة 12 من اتفاق الاستثمار الموقع بين الجزائر وإسبانيا التي تنص على ما يلي: « يدخل هذا الاتفاق حيز التنفيذ في اليوم الذي يشعر الطرفان بعضهم بعضا حول إتمام الإجراءات الدستورية الداخلية والمطلوبة لدخوله حيز التنفيذ، يبقى الاتفاق ساري المفعول خلال مدة أولية من عشر سنوات و يمدد ضمنا بفترات متتابعة من سنتين. يمكن للطرفين المتعاقدين إلغاء الاتفاق الحالي من خلال إشعار كتابي يأتي ستة أشهر قبل تاريخ انتهاء هذا الاتفاق »، راجع نصوص هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 23 المؤرخة في 26/04/1995، وكذا راجع المادة 10 من اتفاق الأردن والمغرب السابق الإشارة إليه والتي تنص الفقر 3 منها على: «... وذلك بإشعار خطي يقدمه إلى الطرف المتعاقد الآخر قبل سنة من تاريخ الإنهاء المقصود».

(3) راجع المادة 11 فقرة 3 من اتفاق الاستثمار بين الجزائر والسويد والتي تنص على: « مع مراعاة الاستثمارات المنجزة قبل التاريخ الذي يصبح فيه إشعار إنهاء هذا الاتفاق نافذا فعلا، فإن المواد من 1 إلى 10 تبقى سارية لفترة إضافية مدتها عشرون سنة من ذلك التاريخ»، راجع نصوص هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية الجزائرية، رقم 84 المؤرخة في 29/12/2004.

وهو أمر بحسب رأينا يخدم كلا طرفي الاتفاق سواء الدولة المصدرة لرأس المال بضمان استمرار الامتيازات الاتفاقية السارية على مشاريع رعاياها، وكذا بالنسبة للدولة الطرف الثاني في الاتفاق لاسيما وإن كانت من الدول النامية وذلك من خلال الظهور بمظهر المشجع للاستثمارات الأجنبية حتى تكسب ثقة المستثمرين الأجانب بمناخها الاستثماري.

المبحث الثاني: قواعد معاملة الاستثمارات الأجنبية في إطار المعاهدات الثنائية.

إن من أهم شروط استفادة المشاريع الاستثمارية والاستثمارات الأجنبية من الحماية الاتفاقية المقررة ضمن أي معاهدة استثمار ثنائية هو ضرورة صدور موافقة من الدولة المضيفة على قبول الاستثمار بإقليمها وسماحها بذلك، وهو شرط يعبر عن رغبة الدول المضيفة في تنظيم دخول الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها على نحو يشير ويدل على الفائدة المرجوة والمتوخاة من هذه الاستثمارات على اقتصادها ، وفي نفس الوقت يعبر عن استعدادها في استقبال هذه الاستثمارات الأجنبية بضمانات وحماية متميزة، وهي بذلك تدخل في منافسة مع غيرها من الدول المحتاجة لرأس المال الأجنبي حتى تضمن وفوده لها وذلك من خلال رفع الحد الأدنى من الحماية والحقوق المقررة للاستثمارات الأجنبية عن تلك المقررة بمقتضى العرف الدولي.

على هذا الأساس تحرص الدول المضيفة على منح المستثمر الأجنبي أكبر قدر من الاطمئنان عن طريق وسيلة أكثر فعالية من سابقتها وذلك لتأكيد التزامها بعدم التعرض للاستثمارات الأجنبية بمقتضى المعاهدات الدولية المبرمة بينها وبين المستثمر، وهو ما يؤكد للمستثمر الأجنبي من مواطني إحدى الدول المتعاقدة ويطمئنه على أن أي مساس بالحماية الاتفاقية لأمواله الكائنة في دولة متعاقدة أخرى سوف يشكل مخالفة للالتزام دولي ويعقد المسؤولية الدولية تجاه الدولة المضيفة⁽²⁾.

وانطلاقاً من ذلك فإنه وحتى يتسنى لطرفي اتفاق الاستثمار جني ثمار اتفاقهم وتحصيل فوائد الاستثمار المنتظر، وتحقيق الأهداف التي ترمي إليها الدول المضيفة من وراء رفع الحد الأدنى من الحماية الدولية للمال الأجنبي، فإن ذلك مرتبط بإقرارها وتبنيها معايير محددة لمعاملة الاستثمار الأجنبي وعدم تمييزه عن باقي الاستثمارات التابعة لدول أخرى أو تلك المحلية، هذه المعايير التي عرفت بقواعد المعاملة الاتفاقية

(1) راجع المادة 12 فقرة ج من المعاهدة الموقعة بين لبنان وسوريا السابق الإشارة إليها والتي تنص على: « لا يؤثر إلغاء الاتفاق على الاستثمارات التي تمت طبقاً لأحكامه وذلك إلى حين انتهائها أو تصفيتا ».

(2) ذلك أن مسلك الدول الساعية إلى رفع الحد الأدنى لحماية الأموال الأجنبية عن طريق إصدار تشريعات داخلية تتضمن حماية خاصة للاستثمارات الأجنبية لن تحقق للمستثمر الأجنبي الأمان الذي ينشده بالفاعلية المطلوبة ما دام أنه = يعلم من حق الدولة أن تتراجع في أي وقت عن ما أقرته في تشريعاتها من ضمانات أو حقوق، فتحرم المال الأجنبي بمقتضى تشريعات لاحقة من الحماية الخاصة المقررة للتشريعات السابقة، وهو ما يجعل من تفضيل تقرير تلك الحماية أو رفع الحد الأدنى لها من طرف المستثمرين الأجانب ضمن الاتفاقيات الثنائية. راجع ذلك في: د/ هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 201، 202.

للاستثمارات الأجنبية، في حين أطلق عليها البعض اصطلاح القواعد الفنية⁽¹⁾، وسنتولى دراستها وبحثها كل على حده وذلك وفقا للتقسيم التالي:

- المطلب 1: معيار المعاملة الوطنية.
- المطلب 2: معيار الدولة الأولى بالرعاية.
- المطلب 3: معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

المطلب الأول: معيار المعاملة الوطنية.

يعتبر مبدأ المعاملة الوطنية من المبادئ التقليدية القديمة والذي يرجع العمل به وتبنيه إلى عدة ظروف، حيث يعتبر الفقيه كالفو من أول الفقهاء الذين نادوا بمبدأ المساواة بين الأجنبي و الوطني في المعاملة وعدم تمتع الدول بحقوق و مزايا خاصة تزيد عما هو مقرر للثاني، وكان ذلك نتيجة معارضة دول أمريكا اللاتينية لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب كأساس للمسؤولية الدولية عن الإخلال بالالتزامات المقررة للأجانب⁽²⁾، ورغم قدم هذه القاعدة إلا أنها لم ترقى كقاعدة ضمن قواعد القانون الدولي العرفي، على أن الاتجاه السائد في كل من الفقه والقضاء الدوليين يؤكد ضرورة الالتزام بهذه القاعدة⁽³⁾.

واستند المنادون بالمساواة بين المواطن والأجنبي إلى القول أن التمييز بينهما لم يعد له ما يبرره في وقتنا الحاضر، وأن الضمانات التي يجب أن يتمتع بها الأجنبي تنص عليها الآن تشريعات الدول المتمدنة

(1) القواعد أو الوسائل الفنية هي الأداة التي يستخدمها المشرع أو الاتفاق الدولي لإدراك ما يهدف إليه و يشترط فيها حتى تكون أداة صالحة أن تتضمن أحكاما مؤدية لتحقيق الغاية، وأن لا تتجاوز في أحكامها الهدف المرجو وإلا خانت الإرادة فيما تسعى إليه، وإن لا تقصر أيضا عن تحقيق الهدف وإلا عجزت عن تلبية ما تصبوا إليه هذه الإرادة.

راجع ذلك في: د/ شمس الوكيل: الجنسية ومركز الأجانب، مرجع سابق ذكره، ص 514.

(2) لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، مرجع سابق ذكره، ص 334 وما بعدها

(3) وهو ما ذهبت إلى تأكيده محكمة العدل الدولية في قضية معاملة الرعايا البولنديين في إقليم (donzig) إلى القول: « يجب أن نلاحظ في هذا الصدد أن منع التمييز لكي يكون فعالا يجب أن يكفل غياب التمييز في الواقع والقانون معا، = فالإجراء الذي يكون في الظاهر ذا تطبيق عام فإنه يوجه في الواقع ضد الرعايا البولنديين وأشخاص آخرين من أصل بولندي مما يشكل انتهاكا لهذا المنع» راجع ذلك في: د/ علي حسن ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 103.

لصالح مواطنيها ولهذا ليس هناك ما يدعو لمعاملة الأجنبي معاملة خاصة⁽¹⁾، والأصل أن يتم تقرير هذا المبدأ ضمن أحكام التشريع الداخلي للدولة⁽²⁾.

وقد أطلق البعض على هذه الوسيلة اصطلاح مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين، في حين عبر عنها البعض بقاعدة المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين، وهي قاعدة مهما اختلفت بشأنها التسميات إلا أن تحديد مضمونها غير مختلف فيه ويرجع كمبدأ عام بالإحالة إلى القوانين الوطنية للدول المتعاقدة، بمعنى أن مؤدى أعمال مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين في مجال الحماية الاتفاقية للمال الأجنبي يقتضي كمبدأ عام أن تتعهد دولة متعاقدة بأن تقرر لأموال مواطني الدولة المتعاقدة الأخرى وكذا لأموال الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسية هذه الأخير نفس الحماية المقررة لأموال مواطني الدولة الأولى وشركاتها بمقتضى التشريعات الداخلية في الدولة المذكورة⁽³⁾، بمعنى أن التزام الدولة المضيئة في ضوء قاعدة المعاملة الوطنية الاتفاقية ينصب حول ضمان المساواة بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي التابع لإحدى الدول المتعاقدة⁽⁴⁾، أما في عدا هاتين الفئتين أي مجموع المستثمرين الذين لا تربطهم أي علاقة أو صلة بإحدى الدول المتعاقدة، فإن أي معاملة تجاههم تحمل تمييز أو عدم مساواة بينهم وبين الوطنيين تعتبر أمراً مشروعاً وله ما يبرره قانوناً، وهو أمر يؤكد على أهمية الدور الذي تلعبه قاعدة المعاملة الوطنية ومدى تأثيره في سير وتنظيم معاهدات الاستثمار الثنائية، وقد عبر

البعض عن ذلك بقولهم⁽⁵⁾ أنه وبفضل شرط المعاملة الوطنية يتم وضع حد لكل صور عدم المساواة القانونية أو الواقعية الحالية والمستقبلية، وذلك لامتياز به سهولة تحديده باعتباره يحيل إلى مجموع من القواعد التفصيلية في نظام الدولة المستقبلية.

على أن النص على هذا المبدأ ضمن مختلف التشريعات الوطنية و إقراره ضمن اتفاقات الاستثمار الثنائية لا يعني بأي حال من الأحوال أن ما تضمنته يؤخذ بمطلقه وبالتالي المطالبة بالمساواة مع

(1) راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، نفس المرجع، ص 335.

(2) حيث أن التشريع الجزائري كان من التشريعات التي تبنت ونصت على هذا المعيار ضمن نصوص قانون الاستثمار وذلك بموجب المادة 14 من الأمر 03/01 والتي تنص على مايلي: « يعامل الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار. ويعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية».

كما يقرر قانون تشجيع الاستثمار في الأردن رقم 16 لسنة 1995 ضمن المادة 24 "ب" تبنيه لنفس المبدأ بالنص على مايلي: «يعامل المستثمر غير الأردني في أي مشروع تسري عليه أحكام هذا القانون معاملة المستثمر الأردني».

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 208.

(4) Zalmi Haquani & Philippe Saunier & Béatrice Majza: Droit International Economique, op.cit, p 90.

(5) راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، مرجع سابق ذكره، ص 94.

الوطنيين في جميع الحقوق والامتيازات دون استثناء، بمعنى أن معيار المعاملة الوطنية يقتصر تطبيقه في هذا المجال على المجالات التي تصدت المعاهدة لتنظيمها، فكل مستثمر أجنبي يتمتع تبعاً لذلك بما يتمتع به المستثمر الوطني من حقوق و مزايا و تسهيلات بشأن استثماراته، على أنه لا يجوز في ذلك أن تتعدى الدولة الطرف في المعاهدة حدود ذلك بأن تطالب بامتداد حق المساواة إلى حقوق الامتيازات الخاصة بالوطنيين و الخارجية عن حدود ما تم الاتفاق عليه وتحديده.

وفي نفس السياق عبر البعض تأكيداً على نفس المبدأ أنه وحتى لو تم صياغة قاعدة المعاملة الوطنية في المعاهدة بشكل عام-أي دون تحديد و ضبط للموضوعات التي تعني هذه القاعدة- فإن ذلك لا يمنع من وجوب تقييد تطبيقاتها في مجال الحقوق الخاصة فقط، لأنه بحسبهم من العسير أن نفترض اتجاه نية الدول المتعاهدة إلى منح المستثمرين الأجانب القدرة على التمتع بالحقوق العامة أو السياسية للمواطنين والتي لا تتفق بطبيعتها مع صفة الأجانب، وذلك تأسيساً على أن هذه الحقوق الأخيرة مؤسسة على رابطة ولاء المواطن لدولته، إذ أن مثل هذه الحقوق يقتصر منحها بحسب الأصل للمواطنين، ومن ثم يصعب إقرارها للأجانب بدون نص صريح في المعاهدة⁽¹⁾.

ولعل الأمر يدق في الحالة التي لا تحدد فيها المعاهدة طبيعة و حدود أعمال مبدأ تشبيه المواطنين بالأجانب و إقرار المساواة بينهما في كافة المجالات دون تحديد أو استثناء، فهل يجوز للمستثمر الأجنبي أو الدولة الطرف في الاتفاق أن تطالب برفع كل القيود المفروضة على رعاياها المستثمرين؟ و هذا قد يقودنا إلى طرح تساؤل آخر وهو مدى إمكانية تمتع المستثمر الأجنبي بحقوق قد تفوق تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني أمام التوسع في نطاق الاستفادة من قاعدة المعاملة الوطنية؟

الواقع في الأمر أن هذه التساؤلات و غيرها في نفس السياق لقيت مناقشة و تحليلاً لدى العديد من الاتجاهات الفقهية التي اختلفت فيما بينها دون التوصل إلى رأي موحد حول تحديد نطاق الاستفادة من الامتيازات الممنوحة للوطنيين.

فقد ذهب البعض في ذلك إلى اعتبار الحقوق المقررة للأجانب في القانون الدولي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تزيد على حقوق الوطنيين، وبالتالي فإن المجتمع الدولي لا يمكن أن يقر للأجنبي حقوقاً تزيد على حقوق الوطني لأن الأجنبي ليس من حقه أن يجد في الدولة المضيفة معاملة أفضل من معاملة مواطني تلك الدولة، ليخلص أصحاب هذا الرأي إلى نتيجة في هذا الأمر وهي أن الحد الأقصى للحقوق التي يتمتع بها الأجنبي هي عبارة عن مقدار الحقوق التي يتمتع بها الوطني⁽²⁾.

في حين ذهب البعض الآخر إلى القول أن الربط بين الحقوق التي يتمتع بها الوطني و تلك التي يتمتع بها الأجنبي لا تتفق في الواقع مع طبيعة مركز كل منهما في مجتمع الدولة، ذلك أن مركز كل من الأجنبي و الوطني لا يتم تحديده وفقاً لنفس المعيار، فتحديد الحقوق التي يتمتع بها الوطني أمر يدخل ضمن اختصاص الدولة المطلق و بإرادتها المنفردة و لها الحق دون أي قيد من القانون الدولي في أن

(1) راجع ذلك في: د/هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 205

(2) راجع ذلك في: د/عز الدين عبد الله، مرجع سابق ذكره، ص 611.

تخضع و تنزل من تلك الحقوق و الامتيازات المقررة لمواطنيها دون الحد الأدنى المقرر بمقتضى العرف الدولي، في حين و فيما يتعلق بتحديد نطاق حقوق الأجنبي فعلى المشرع الوطني مراعاة ما يقتضي به القانون الدولي في هذا المجال⁽¹⁾، بمعنى أن الدولة الطرف في الاتفاق ليس لها أن تتنازل عن تلك المعاملة المقررة في قواعد القانون الدولي رغم أنها صاحبة السيادة و لها أن تشرع و تقن ما تراه مناسباً ضمن قوانينها ولكن ليس بشكل يظهر فيه مركز الوطنيين في الدولة بمستوى يجاوز الحد الأدنى الذي يتمتع به الأجانب عادة في دولهم، أي أن الدولة الطرف في التعاقد حتى لا تكون محل مساهلة دولية عليها أن تقرر قواعد بشكل لا يجاوز الحد الأدنى المفروض بمقتضى قواعد القانون الدولي، أو أن تظهر بالحالة العكسية لهذه الأخيرة.

وأياً كان الأمر فإن مبدأ المعاملة الوطنية للاستثمار الأجنبي المقرر ضمن الاتفاقيات الثنائية لا يقتصر أثره على الضمانات و المزايا المقررة للاستثمار الوطني بمقتضى القوانين الداخلية للدولة وقت إبرام الاتفاق، بل انه يشمل كذلك كافة الضمانات والمزايا التي تقررها النصوص اللاحقة على إبرام الاتفاق والتي قد تعدل من أحكام تلك القوانين، فإذا أدى التطور التشريعي اللاحق على إبرام المعاهدة الإنقاص من الحقوق و الامتيازات المقررة للوطنيين و أموالهم فإن ذلك بحسب منهج هذا المبدأ سيؤدي حتماً إلى الإنقاص من الحماية المماثلة المقررة للمستثمرين الأجانب و أموالهم، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك⁽²⁾.

وهو الأمر الذي يدل بحسب رأينا إلى أن مبدأ المعاملة الوطنية رغم ما يحمله من امتيازات ظاهرية و بعضها باطنية للمستثمر الأجنبي وتهافت مختلف الدول المضيفة على إقراره ضمن تشريعاتها تشجيعاً منها للاستثمار الأجنبي وجذبه، إلا انه لا يقدم بحسب ذلك الحماية القانونية الكافية المرجوة و المنتظرة من تلك الاستثمارات، كونها حماية مرتبطة بإرادة المشرع الوطني و ما يقرره من تعديلات تراوح بين الزيادة والنقصان تمس تلك الضمانات والمزايا المقررة للوطنيين، وهو الأمر الذي ربما دفع بعض الدول الطرف في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار باللجوء إلى أسس وعوامل أخرى قد توفر باقترانها مع مبدأ المعاملة الوطنية حماية أكثر وضماناً أكثر لإقرار وثبات مبدأ المعاملة الوطنية وذلك وفقاً لمبدأ التبادل أو **المعاملة بالمثل**، هذا المبدأ الذي يقضي أن تعامل الدولة المستثمر الأجنبي بذات المعاملة التي يلقاها رعاياها في إقليم الدولة التي ينتمي إليها هذا المستثمر و هذا الأمر معلق تحقيقه على التزام كلى الطرفين بهذا الشرط⁽³⁾، وتلجأ الدول في اغلب الأحيان إلى اشتراط المعاملة بالمثل لتكفل لرعاياها المقيمين في الدول الأجنبية نطاقاً أوسع من الحقوق من تلك التي يقضي بها القانون الدولي، ذلك أن تقرير هذا المبدأ - المعاملة بالمثل - من طرف إحدى الدول الطرف في الاتفاق لاسيما الدول النامية المضيفة للاستثمار

(1) راجع ذلك في: د/فؤاد رياض: الموجز في الجنسية و مركز الأجانب في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية 1984، ص 266.

(2) راجع هذا التوجه المذكور في: د/هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 208.

(3) راجع ذلك في: د/هشام صادق، نفس المرجع، ص 213.

من شأنه أن يحث الدول الأجنبية المصدرة لرأس المال على زيادة الحقوق التي تمنحها لرعايا هذه الدول حتى تكفل هذه الأخيرة لرعاياها نفس الحقوق⁽¹⁾.

ويعد هذا المعيار وسيلة مهمة و شائعة لتحديد الضمانات القانونية التي يحضها بها الاستثمار الأجنبي في الدول المضيفة له، وقد يظهر بصور مختلفة وعديدة⁽²⁾، على أن الصورة الغالبة لهذا المبدأ تظهر في الاتفاق عليه بين دولتين أو أكثر بموجب اتفاقية تبرم بينهم، هذا الاتفاق الذي يظهر بشكله العملي في صورتين: يطلق على الأول مبدأ التبادل المعلق، والثانية بمبدأ التبادل على أساس التعادل.

فبالنسبة للتبادل المعلق أو كما يطلق عليه البعض تبادل الحق بالحق، وهو الحالة التي تعلق فيها الدولة منح الحق للأجنبي على مبادرة دولة الأجنبي بتقرير نفس المعاملة لمواطني هذه الدولة. ويظهر هذا النوع من التبادل في الحالة التي تقرر فيها الدولة منح الأجنبي نفس الحق الذي تمنحه دولة الأجنبي لرعايا الدولة الأولى، بمعنى أن هذه الصورة تقوم على فكرة التطابق إذ يتعين على كل من الدولتين منح ذات الحق لرعايا الدولة الأخرى المقيمين على إقليمها بما يفيد تطابق التزامات كل من الدولتين⁽³⁾.

في حين تظهر الصورة الأخرى لهذا النوع من التبادل في الحالة التي تعلق فيها الدولة تمتع الأجنبي بحقوق معينة في إقليمها على شرط حصول رعاياها المقيمين في إقليم الدولة الأجنبية على مجموعة أخرى من الحقوق ترى أنها تعادل في الأهمية مجموعة الحقوق التي قررت لها لرعايا الدولة الأجنبية حتى وإن كانت لا تطابقها⁽⁴⁾، على أن البعض يرى أنه وبالرغم من الانعكاس الإيجابي الظاهر لتطبيقات صورة تبادل الحق بالحق وما تحققه من مساواة في ضمان الحماية والامتيازات بين الدول المتعاقدة، إلا أن هذا التطابق يرى فيه البعض أنه قد يكون أكثر غنما لأحد الطرفين وأكثر غرما للطرف الآخر وذلك نتيجة لاختلاف رعايا كل من الدولتين المقيمين في إقليم الأخرى واختلاف مدى ونسبة حاجتهم للحق المقرر⁽⁵⁾، وقد عبر البعض عن ذلك بقوله أن تبادل الحق بالحق يعد أداة تقتصر عن تحقيق الأهداف التي ترسمها الدولة إزاء الأجانب في ضوء مصلحتها القومية⁽⁶⁾.

ولعل ذلك ما دفع بعض الدول إلى العدول عن أعمال صور التبادل المعلق والتفكير في الأخذ بوسيلة التبادل العادل، هذا الأخير الذي يتميز بتداركه لنقائص الوسيلة السابقة للتبادل وقيامه على مبدأ الاتفاق

(1) راجع ذلك في: د/ فؤاد رياض، مرجع سابق ذكره، ص 383.

(2) فقد يظهر مبدأ التبادل في شكل نص قانوني ضمن تشريعات الدولة الوطنية ويعرف في هذه الحالة بالتبادل التشريعي، في حين قد تكفي الدولة بالتبادل الواقع وذلك من خلال منح المستثمر الأجنبي ذات الحقوق والمزايا التي يجري العمل على منحها لمواطنيها في الدولة الأجنبية دون الحاجة إلى إقرار ذلك بمقتضى نص صريح.

(3) راجع ذلك في: د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق ذكره، ص 528.

(4) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 244.

(5) راجع هذا الرأي في: د/ فؤاد رياض، مرجع سابق ذكره، ص 391.

(6) أنظر في هذا المعنى: د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سابق ذكره، ص 348، 349.

فيما بين الدول على مجموعة من الحقوق تلتزم بموجبها كل دولة بتوفيرها لرعايا الدولة الطرف الآخر وذلك بصفة مباشرة دون تعليق تمتع رعايا الدولة الأولى بمعاملة معينة شرط تمتع رعايا الدولة الثانية بنفس المعاملة، وتفاديا لوقوع الدول المتعاقدة في اختلافات بشأن الحدود المسموحة في ممارسة تلك الحقوق المقررة فإن بعض المعاهدات لم تكتف بتعداد الحقوق التي يتعين على الدول الأطراف منحها لرعايا الدول الأخرى، وإنما تعدت إلى تنظيم تفاصيل هذه الحقوق من الناحية الموضوعية، مما يغنيها عن الرجوع إلى النصوص القانونية لدى الأطراف في المعاهدة لتحديد كفيات تمتع رعاياها بهذه الحقوق على إقليم بعضها البعض⁽¹⁾.

على أننا نرى بحسب ما ذهب إليه البعض⁽²⁾ أن اقتران مبدأ المعاملة الوطنية بفكرة التبادل بمختلف صورها وأشكالها قد يؤدي إلى نتائج غير مقبولة كعدم التكافؤ في المراكز القانونية للوطنيين في الدول المتعاقدة، ذلك أن أساس الامتيازات الممنوحة للمستثمرين الأجانب وفقا لمعيار المعاملة الوطنية هو مساواتهم بالوطنيين، فإذا كانت حقوق أولئك الوطنيين غير متكافئة فإن ذلك قد يلحق الغبن بالمستثمرين الأجانب الذين ينتمون إلى دولة تكفل للوطنيين فيها قدرا كبيرا من الحقوق، كما أن هذه الوسيلة قد لا تحقق نتائج المساواة وتعادل الحقوق إلا بين دول تتقارب فيها الحقوق الممنوحة للمستثمرين الوطنيين وهو ما يجعل المستثمر الأجنبي يصطدم بتلقيه لحقوق أقل وأدنى من تلك المقررة للمستثمرين الوطنيين بإقليمه.

المطلب الثاني: معيار الدولة الأولى بالرعاية.

تحرص الدول المتقدمة التي ينتمي إليها عادة المستثمرون على تضمين المعاهدات التي تربطها بدول أخرى شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث أصبح هذا المعيار يشكل عنصرا أساسيا من عناصر أي تنظيم قانوني دولي يتناول الاستثمار.

ومؤدى هذا المبدأ عموما أن تتعهد الدولة الطرف في المعاهدة والملتزمة بأداء الشرط بمعاملة الاستثمارات التابعة للدولة الطرف الثاني في المعاهدة أفضل معاملة لا تقل رعاية عن تلك التي تتلقاها استثمارات أجنبية أخرى في نفس الظروف⁽³⁾، في حين عرفه البعض الآخر بأنه شرط تعتمد بموجبه حكومتان بتنظيم مشاركتهما المتبادلة في أي نظام قانوني بشكل أفضل من التنظيم الذي كان يربطها بحكومات أخرى⁽⁴⁾.

(1) د/ فؤاد رياض، نفس المرجع، ص 392.

(2) راجع: د/ شمس الدين الوكيل، نفس المرجع، ص 345، 346.

(3) راجع هذا التعريف المذكور في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 95

(4) Hind Labid: Ou va la Clause de la Nation la plus Favorise en Droit International des Investissement ? Article publier dans: ou va le droit d'investissement, op.cit, p 31.

ويرجع ظهور هذا المعيار بحسب البعض إلى اتفاق التعريفات الجمركية والتجارة (GAAT) أو على الأقل كان لهذا الاتفاق أثر كبير وفعال في تعميم الأخذ بهذا المعيار في مختلف التنظيمات الدولية الخاصة بالاستثمار⁽¹⁾.

وتحرص الدولة المختلفة في الواقع على إدراج هذا الشرط في معاهدات الإقامة والاتفاقات الخاصة بالمسائل المالية والجمركية، على أنه يظهر بصفة خاصة ويأخذ منها ممیزا ضمن الاتفاقيات الدولية التي تتعدّد فيما بينها لتنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية ومنها اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية⁽²⁾، أين يأخذ المعيار مكانة رئيسية ومهمة، على أنه يلاحظ أنه لا يحدد بشكل مباشر الضمانات والمزايا التي تقدمها الدولة المستقطبة للاستثمار لرأس المال الوافد إليها والتابع لدولة المستفيدة منه، وإنما يكفي بتقرير معاملة قانونية معيارها أفضل معاملة لتمتع بها الاستثمار الأجنبي بها عموما لتلك الدولة⁽³⁾.

بمعنى أن معيار الدولة الأولى بالرعاية يحقق للدولة المستفيدة التي تقرر لصالحها شرط الدولة الأولى بالرعاية الحصول على أفضل معاملة تلقاها الاستثمارات الأجنبية للدولة التي تتعهد به، سواء أكانت امتيازات مقررة في الحاضر أو المستقبل، وبذلك يكون في هذه الحالة للمستثمرين الذين يحملون جنسية الدولة المستفيدة من هذا الشرط التمتع بالمعاملة الوطنية رغم خلو المعاهدة التي تربط الدولتين من هذه القاعدة، ويحدث ذلك فيما لو ارتبطت الدولة الملزمة بتنفيذ الشرط مع دولة أجنبية ثالثة بمعاهدة استثمار تضمنت قاعدة المعاملة الوطنية مما يخول للدولة الأجنبية الثانية الاستفادة من هذه القاعدة استنادا لتوافر شرط الدولة الأولى بالرعاية دون الحاجة إلى النص عليها أو المطالبة بها⁽⁴⁾.

(1) يرجع ظهور هذا المعيار كشرط في المعاهدات منذ القدم وكان أول استعمال له سنة 1417 بموجب اتفاق وقعه ملك إنجلترا هنري الخامس مع مجموعة من الدول وذلك بمنح استخدام سفن تلك الدول للموانئ بنفس الطريقة التي تستخدمها سفن إنجلترا، ثم تطور إعمال هذا المعيار من النطاق المحدود بعدد من الدول المسماة إلى نطاق أوسع في القرن التاسع عشر من خلال معاهدة كوين المبرمة بين المملكة المتحدة وفرنسا في 23 يناير 1860، وفيما بعد اعتمد مجلس عصبة الأمم في مارس 1929 حكما نموذجيا بشأن تعريفات لمعيار الدولة الأكثر رعاية، وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية تم إحياء هذا المعيار في ظل المفاوضات المتعلقة بميثاق هافانا وتم النص عليه في المادة الأولى من الاتفاق بشأن التعريفات الجمركية والتجارة عام 1947 إلى أن تطور إعمال هذا المعيار بعد ذلك في ظل اتفاقات الاستثمار الدولية. راجع ذلك في: د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 188.

(2) حيث يؤكد البعض على ضرورة أن يكون مصدر الحقوق محل شرط الدولة الأولى بالرعاية التزام دولي، وبالتالي لا يكون الاتفاق بين المستثمر الأجنبي والدولة المتعاهدة كافيا لإعمال هذا الشرط، وإذا حدث ونصت اتفاقية محل الحق على منح المعاملة التي يحصل عليها استثمار مماثل فإننا نكون بحسبهم بصدد الاستثمار الأولى بالرعاية وليس شرط الدولة الأولى بالرعاية. راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 96.

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره ص 218.

(4) Zalmai Haquani et Philippe Saunier et Béatrice Majza, op.cit. p 91.

ومن جانب آخر تحرص الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال التي ينتمي إليها عادة المستثمرون على تضمين المعاهدات التي تكون طرف فيها مع دولة أخرى والتي هي في الغالب دولة نامية شرط الدولة الأولى بالرعاية، وكأنها بذلك تؤكد على عدم اكتفائها لما تضمنته هذه المعاهدات لمواطنيها من حقوق وامتيازات فذهبت تكفل لهم المساواة في المعاملة مع المستثمرين الذين ينتمون إلى أي دولة أولى بالرعاية، إذا كانت هذه المعاملة أكثر فائدة بطبيعة الحال⁽¹⁾.

على أن جانب من الفقه قد أنكر ذلك على رعايا الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية الحق في التمتع بحقوق المواطنين في الدولة الملزمة بالشرط، وأساس ذلك أن هذه الأخيرة لم تقصد من وراء إقرارها للشرط والتعهد به إلا منح رعايا الدولة المستفيدة أقصى درجات التفضيل في المعاملة بين الأجانب، وبالتالي فهي لم تقصد على الإطلاق أن تصل في تعهدها إلى حد الالتزام بتشبيه هؤلاء بالوطنيين، وإلا لكانت قد أوردت قاعدة المعاملة الوطنية في اتفاقها مع الدولة المستفيدة بدلا من الاكتفاء بشرط الدولة الأولى بالرعاية، وهو ما يجعل من هذا الشرط الأخير لا يرقى بأي حال من الأحوال إلى درجة شرط المعاملة الوطنية، ومن ثم فإن إدراجه في معاهدة دولية لا يعني بأي حال من الأحوال استفادة كافة المستثمرين الأجانب الخارجين عن نطاق تطبيق هذه المعاهدة من هذا الشرط لمجرد استفادة هؤلاء من شرط الدولة الأولى بالرعاية⁽²⁾.

على أننا نرى أن ما قضت به و أكدته محكمة العدل الدولية في شأن تطبيق معيار الدولة الأولى بالرعاية له اثر كبير و فعال في تحديد نطاق ومجال تطبيق هذا المعيار و وضع حد لأي محاولة من الدول المستفيدة في استغلال هذا الشرط و الاستفادة منه على حساب الدولة الملزمة به لاسيما و ان كان طرفا الاتفاق دولة متقدمة و دولة نامية بحاجة إلى تلك الاستثمارات و الأموال التي توفرها لها الأولى، ذلك أن أي زيادة أو نقصان في الحقوق و التسهيلات الممنوحة لاستثمارات و رعايا الدولة محل المعاملة تتعكس على تلك الحقوق و الامتيازات المقررة لرعايا و استثمارات الدولة المستفيدة من الشرط، كما أن انقضاء تلك الحقوق و المزايا عن الدولة الأكثر رعاية يترتب عنه انقضاءها بالمقابل عن الدولة المستفيدة مباشرة أو وفقا لأحكام التنظيم أو الاتفاق المعمول به في هذه الحالة⁽³⁾.

على انه وبالرغم من ما يظهر في تطبيق معيار الدولة الأولى بالرعاية من أهمية وتأثير كبيرين في التنظيمات الدولية، إلا أن البعض يرى انه ينطوي رغم ذلك على درجة كبيرة من الخطورة بالنسبة للدولة

(1) راجع ذلك في: د/ حسام أحمد محمد هندراوي: شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص 99.

(2) راجع في هذا الرأي: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 217.

(3) حيث أكدت محكمة العدل الدولية ذلك في النزاع القائم بين فرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية بشأن المحاكم القنصلية المراكشية أين أقرت بموجب حكمها الصادر بتاريخ 28/أوت/1952مايلي: «أن الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية لا تتمتع بالحقوق و المزايا وبالتالي فان لإلغاء الحقوق و المزايا المقررة للدولة الأكثر رعاية أو الانتقاص منها أثره على الدولة المستفيدة من الشرط». انظر هذا الحكم المشار إليه في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص109.

التي تلتزم به، إذ قد يفقدها سلاح المساومة مع الدولة المستفيدة في المستقبل، كما أنه يغفل يد الدولة عن منح أي امتياز تريد منحه لدولة أخرى إذ أن ذلك سيضطرها إلى منح نفس الامتياز إلى الدولة المتمتعة بشرط الدولة الأكثر رعاية على الرغم من أن هذه الأخيرة لم تكن هي المقصودة بهذا الامتياز أصلاً⁽¹⁾. كما انتقد البعض الآخر معيار الدولة الأولى بالرعاية على أساس أنه معيار لا يضمن للاستثمارات التي تشملها الحماية الاتفاقية معاملة مناسبة، على اعتبار أن المزايا والحقوق التي تتمتع بها الاستثمارات التابعة لإحدى الأطراف المتعاقدة والمقررة أصلاً لصالح رعايا دول أخرى بالاتفاق مع الدولة المضيفة تخضع في أساسها لإرادة الدولة المتعاقدة، مما يجعله معياراً غير ثابت⁽²⁾. وأياً كان الأمر فإننا نرى بشأن شرط الدولة الأولى بالرعاية بمثل ما ذهب إليه البعض⁽³⁾ بأن اشتغال معظم معاهدات الاستثمار على هذا الشرط إنما يفسر بتفاوت القدرات الاقتصادية والتكنولوجية لصالح الدول المتقدمة بطبيعة الحال بما يمكنها من فرض إرادتها بالنص عليه بهدف ضمان أكثر حماية لاستثمارات رعاياها في الدول النامية وشركاتها في الدول النامية، مستغلة بذلك حاجة هذه الدول الأخير لإحداث تنمية اقتصادية لمقاومة ظاهرة التخلف والتأخر مما يدفعها إلى التنازل والنزول لرغبات وطلبات الدول المتقدمة المتحكمة في توريد رؤوس الأموال والتكنولوجيا في هذا المجال وهي من بين الممارسات التقييدية المعروفة لدى هذه الدول عموماً.

المطلب الثالث: معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

إن تصنيف معيار المعاملة العادلة والمنصفة ضمن قاعدة المعاملة الغير المشروطة لم يأت بمحض الصدفة أو الاختيار، وإنما جاءت نتيجة تقارب مفهوم وأبعاد كل منهما وكذا لاعتبار أساسي ومهم وهو أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة تعتبر أحسن معيار يعبر عن هذه القاعدة مقارنة بالمعايير السابق الإشارة إليها ودراستها.

فمضمون قاعدة المعاملة المشروطة أو المطلقة يختلف من حالة إلى أخرى لكونها تمتاز بمضمون غير محدد في وضع مستقر، وإنما يترك تحديده على ضوء ظروف التطبيق وبحسب كل حالة بعد دراسة متطلباتها وظروفها وبعد التشاور بين الأطراف أو ما تدلي به الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن⁽⁴⁾.

على أن مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة برغم أن المعنى المظهري يوحي عن بساطة وسهولة تحديد تعريف له، إلا أن مختلف التنظيمات الدولية التي تناولت الاستثمار الأجنبي تفاوتت واختلقت في

(1) راجع ذلك في: د/ فؤاد رياض، مرجع سابق ذكره، ص 394

(2) راجع ذلك في: د/ حسين ألموجي، مرجع سابق ذكره، ص 71.

(3) د/ حسام أحمد محمد هندوي، مرجع سابق ذكره، ص 100.

(4) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 97.

تحديد مضمون موحد لمفهوم هذا المعيار⁽¹⁾، وعلى الرغم من هذا التفاوت بين التنظيمات الدولية في ضبط مفهوم هذا المعيار والاختلاف الفقهي في تحليله وتحديد محتواه، إلا أنه يعتبر من المعايير التي لاقت رواجاً جدياً مهم ضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حتى أن الاتفاقيات التي تغفل الإشارة ضمن أحكامها إلى المعاملة العادلة والمنصفة أصبحت تشكل استثناء عن الأصل وهو شمولية الأخذ والنص على هذا المعيار ضمن تلك الاتفاقيات⁽²⁾.

وقد اختلفت وتفاوتت الآراء والتحليلات مثلما سبق القول في تحديد وتحليل مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة ربما لاختلاف تحديد مفهوم العدالة والإنصاف والرؤية المختلفة لهذا المصطلح وعدم الاتفاق في اتجاهات مختلف التنظيمات الدولية حول تحديد نطاق المعاملة العادلة والمنصفة التي يجب أن ينالها المستثمر الأجنبي وهو الأمر الذي قد يثير العديد من التفسيرات المتعارضة والمختلفة. فيرى البعض ضرورة تطبيق المعنى البسيط والحرفي في تحديد مفهوم هذا المعيار والذي بمقتضاه لا ضرورة لعمل تقييم لما يتعامل به المستثمر الأجنبي، بحيث يكون تحديد طبيعة التعامل بصفة مستقلة لكل مستثمر على حدى، إلا أن هذا الري واجه العديد من الانتقادات على أساس أنه معيار يمتاز بعدم الدقة ذلك أنه يمكن تحديد أسس معينة لمفهوم المعاملة العادلة والمنصفة من وجهة نظر الدولة المضيفة قد لا تتناسب إطلاقاً مع ما كان يتصوره المستثمر الأجنبي أو ينتظره من معاملة في هذا الإطار، و مرد ذلك اختلاف المفاهيم الثقافية والقانونية بين الأطراف المتعاقدة⁽³⁾.

في حين يربط البعض الآخر معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب معتبرين أن هذا المعيار ما هو إلا تسمية أخرى لمعيار الحد الأدنى⁽⁴⁾، مستنديين في تدعيم رأيهم هذا إلى

(1) وتجدر الإشارة إلى أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يعتبر من المعايير التي نشأت وظهرت حديثاً مقارنة بمعايير معاملة الاستثمارات الأجنبية في نطاق التنظيمات الدولية، أين أخذ هذا المعيار عقب الحرب العالمية الثانية بعداً هاماً في التنظيم القانوني الدولي في الاستثمار وذلك لإقرارها كأساس مرغوب فيه لمعاملة الاستثمارات الأجنبية ضمن ميثاق هافانا عام 1947 بموجب نص المادة 11 فقرة 2 منه، وكذا ضمن العديد من التنظيمات الدولية الأخرى.

لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 194.

(2) راجع على سبيل المثال: المادة 03 من اتفاق التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين جمهورية مصر والجمهورية الجزائرية التي تنص على: «يلتزم كل من الطرفين المتعاقدين بضمان معاملة عادلة ومنصفة على إقليمه ومنطقته البحرية لاستثمارات مواطني وشركات الطرف الآخر» ، راجع نصوص هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية العدد 18 الصادرة في 04 ماي 2000 .

وراجع كذلك: المادة 02 من المعاهدة المبرمة بين مصر والكويت لسنة 1966 والتي تنص على: «يقوم كل من الطرفين المتعاقدين بتشجيع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين التابعين للطرف الآخر على الاستثمار في بلده في المشروعات التي توافق عليها الحكومتان بضمان المعاملة العادلة والمنصفة لاستثماراتهم» ، راجع نصوص هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية العدد 47 الصادرة في 27 فبراير 1967 ، وراجع في نفس السياق المادة 02 فقرة 3 من اتفاقية تشجيع الاستثمار بين لبنان وسوريا السابق الإشارة إليها.

(3) راجع هذا الرأي وأهم الانتقادات الموجهة إليه في: د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 197.

(4) راجع ذلك في: د/ حسين الموجي، مرجع سابق ذكره، ص 64.

ما تضمنته بعض معاهدات تشجيع الاستثمار بالنص على أن المعاملة تكون وفقا لما يضمنه القانون الدولي العرفي من أعمال مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، على أن هذا الاتجاه واجه انتقادات شديدة على أساس أن الالتزامات المتنوعة التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات الأجنبية تتجاوز بكثير حدود قاعدة الحد الأدنى، كما أن اللجوء إلى هذه القاعدة لا يفيد كثيرا في تحديد مضمون المعاملة العادلة و المنصفة نظرا للخلاف القائم أصلا حول الحقوق التي تشملها قاعدة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب مما يجعل من الصعب افتراض أن معظم الدول التي قبلت تطبيق معيار الحد الأدنى على اتفاقاتها المتعلقة بالاستثمار⁽¹⁾، كما أن الالتزامات التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية تتجاوز بكثير حدود الحد الأدنى، إذ كثيرا ما تلجأ الدول النامية إلى منح المستثمر الأجنبي مجموعة من الحقوق تفوق تلك التي يتمتع بها الأجنبي العادي، وهذه الحقوق و أن لم تكن تمثل جزءا من قواعد القانون الدولي، إلا أنه جرى العمل على إقرارها بشكل كلي أو جزئي في الاتفاقيات المبرمة بين المستثمر و الدولة النامية المستوردة لرأس المال⁽²⁾، وهو رأي موضوعي ذلك أن القول بعلاقة تقارب بين معيار الحد الأدنى في معاملة الأجانب بمعيار المعاملة العادلة و المنصفة أمر ليس له تفسير منطقي أو قانوني و إلا فما الداعي إذا لتضمين معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية هذا الشرط مادام هو نفسه معيار الحد الأدنى، فكانت هذه المعاهدات قد امتنعت أصلا عن النص عليه وترك ذلك كتحصيل حاصل على الالتزام بقواعد القانون الدولي العرفي.

في حين حاول البعض خلق علاقة دمج بين معيار المعاملة العادلة و المنصفة و بين كل من معيار المعاملة الوطنية و معيار الدولة الأولى بالرعاية، و انقسم أصحاب هذا الاتجاه إلى فريقين:

- أين اعتبر الفريق الأول أن معيار المعاملة العادلة و المنصفة هي القاعدة العامة في حين تعد المعايير الأخرى تطبيقا لهذا المعيار، مما يعني أن الإخلال بأي معيار يؤدي إلى الإخلال بمتطلبات معيار المعادلة و المنصفة.

- غير أن الفريق الثاني خالف في رأيه ما تقدم به الفريق الأول و ذهب إلى تقرير أنه لا يمكن أن تكون المعايير الأخرى جزءا من معيار المعاملة العادلة و المنصفة مستثنين في تبرير موقفهم إلى ما ذهب إليه الأستاذ و الفقيه Fatouros في تحديد مضمون هذه المعايير على أساس أن معيار المعاملة العادلة و المنصفة هو معيار مطلق في صياغة نصوصه و عدم تغيير محتوياته لأنه قائم على العدالة، في حين أن كل من معيار المعاملة الوطنية و معيار الدولة الأولى بالرعاية فهما معياران نسبيان لان تحديد مضمونهما و طريقة صياغتهما تخضع لطبيعة النظام السياسي، كما أنهما معرضتان لتغيير مفهومهما من وقت لآخر بحسب التعديلات و التغييرات التي تشملها التشريعات و النظم القانونية لطرفي الاتفاق⁽³⁾.

(1) راجع ذلك في: د/شمس الدين الوكيل، مرجع سابق ذكره، ص 463، 464.

(2) راجع ذلك في: د/صفوت احمد عبد الحفيظ احمد، مرجع سابق ذكره، ص 480.

(3) راجع هذا الاتجاه في: د/لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 203، 204، و راجع ذلك أيضا في: د/علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 100، 99.

وعليه نخلص إلى القول وفقا لما تقدم أن المعايير المتقدمة و المعتمدة لتحديد مضمون و طبيعة معاملة المستثمرين الأجانب ضمن الاتفاقيات الدولية و لاسيما معاهدات الاستثمار الثنائية كوسائل مدعمة لضمان نوع من الطمأنينة و الأمان للمستثمر الأجنبي خلافا لقواعد الحد الأدنى للحماية المقررة كمبدأ عام ضمن مبادئ القانون الدولي العرفي، و رغم أن كل معيار له دوره الفعال و المؤثر في تحديد مضمون الاتفاقية التي اعتمدته كوسيلة لتسيير و تنظيم التعامل مع المستثمر الأجنبي و رأس ماله الذي بدون شك تم اعتماده لأهم اعتبار و هو انع المعيار الأنسب و الأفضل لتشجيع و جذب الاستثمارات الأجنبية، وسيؤدي حتما إلى قناعة الدولة الأجنبية الطرف في الاتفاق، كل ذلك وفقا بما يتماشى مع السياسة الاقتصادية و متطلبات و أهداف طرفا الاتفاق من وراء المعيار المختار.

على انه وبحسب ما رأينا ضمن الدراسة السابقة لكل معيار من المعايير المحددة لمضمون اتفاقيات الاستثمار الثنائية، فإنها في مجملها تعرضت لانتقادات و رفض لما اشتملته من نقائص و غموض و عجز عن تحقيق و توفير الضمان الكافي للاستثمار الأجنبي.

فمعيار المعاملة الوطنية برغم ما يوفره من حماية و ضمان للاستثمار الأجنبي أساسها تلك المقدمة و المضمونة للمستثمر الوطني، إلا انه يبقى معيار غير كافي لتطلعات المستثمر الأجنبي لا سيما إذا كانت الدولة الطرف في الاتفاق من الدول النامية، وبالطبيعة فان ما ستوفره من ضمانات لمستثمريها المحليين قد يكون بسيطا ووفقا لقدراتها الاقتصادية ولا يلبي متطلبات المستثمر الأجنبي الذي يلقي معاملة أفضل في بلده و أحسن من تلك التي توفرها الدولة المضيفة.

أما معيار الدولة الأولى بالرعاية فيبقى أيضا بعيدا عن تصنيفه كأفضل معيار على أساس انه وبرغم تعدد و تنوع الضمانات التي يقدمها هذا المعيار والتي لا تخرج عن نطاق التقيد بتلك المتوفرة لدى المستثمرين الوطنيين، إلا انه يبقى عرضة للزوال في أي وقت باعتباره يستقي تلك الضمانات و الحماية من الدولة الأكثر رعاية و بزوالها عن هذه الأخيرة تزول عن الدولة الطرف في الاتفاق و بالتبعية رعاياها المستثمرين.

يبقى معيار المعاملة العادلة والمنصفة الذي يطمح أن يحضرا برتبة المعيار المفضل مقارنة بسابقه لكون مضمونه مستمد من قواعد العدالة التي تتميز بالوضوح و الاستقرار، ولكن بحسب رأينا فان هذه القواعد لو صيغت بشكل مفصل و مباشر لطبيعة الضمانات و المزايا التي تستحقها كل دولة في الاتفاق على حدا و بما يتناسب و الأهداف و الظروف و العوامل المحيطة بكل دولة وذلك على نحو مستقر و غير قابل للتعديل إلا بالطرق القانونية العامة أو المتفق عليها، فان تحقق ذلك بحسبنا سيسمح بتحقيق أعلى مستويات الضمان التي تبتغيها معاهدات الاستثمار الثنائية و وسيلة فعالة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية من جهة، ومن جهة أخرى فان تحقق هذه الوسيلة سيحول للدولة الطرف في الاتفاق إمكانية الجمع بين معايير أخرى كمعيار المعاملة الوطنية أو معيار الدولة الأولى بالرعاية⁽¹⁾، وهو أمر له أثره الإيجابي على

(1) راجع على سبيل المثال اتفاق الاستثمار المبرم بين الجزائر و سويسرا والذي ينص بموجب المادة 4 منه على:

المستثمرين الوطنيين الذين يمكنهم الاستفادة من مزايا و ضمانات أخرى غير تلك المقررة ضمن التشريع الوطني، كما سيحظى المستثمرين الأجانب من جانب آخر من خلال هذا الجمع على امتيازات و ضمانات لا تكون متاحة للمستثمرين الوطنيين.

«1- تمنح في كل وقت لاستثمارات و عائدات مستثمري كل طرف متعاقد، معاملة عادلة و منصفة و تتمتع بحماية و تأمين كاملين على إقليم الطرف المتعاقد الآخر، ولا ينبغي لأي طرف متعاقد إن يعرقل بأي طريقة كانت و بإجراءات غير مبررة أو تمييزية، التسيير و الصيانة و الاستعمال و الانتفاع و النمو ولا نقل ملكية تلك الاستثمارات.

2- يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لاستثمارات و عائدات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر، معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات و عائدات مستثمريه و استثمارات و عائدات مستثمري أية دولة أخرى و تكون المعاملة الأكثر رعاية للمستثمر المعني جازمة». راجع نصوص هذا الاتفاق في الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 45 المؤرخة في 29 يونيو 2005، وانظر أيضا في نفس السياق اتفاقية تشجيع و حماية الاستثمارات بين مصر و كندا في المادة 02 فقرة 2 والمادة 3 منها، راجع نصوص هذه الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية العدد 01 المؤرخة في 01 يناير 1998.

الفصل الثالث: الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق المعاهدات الجماعية.

اعتبرت اتفاقيات الاستثمار الثنائية من أهم الوسائل التي ساهمت في التفكير باللجوء إلى البحث عن آلية جديدة لتشجيع الاستثمارات الأجنبية، وذلك بتوجيه التركيز لهذه الاتفاقيات بعد إن كانت الوسيلة المتحكمة في تسيير الاستثمارات الأجنبية، ولقيت رواجاً واستجابة كبيرة لدى معظم الدول في العالم سواء أكانت دول متقدمة أو نامية، على أن هذا الشكل القانوني من أشكال الضمان الاتفاقي اثبت بمرور الزمن و بعد بسط أثاره على الواقع، إلى أنه من أشكال الضمان الذي يعتمد على التحكم الشخصي في تبادل المنافع و حصرها بين طرفي الاتفاق و ذلك بناءً على المبدأ القائم عليه بمراعاة و خدمة مصلحة أطراف هذه الاتفاقيات في المقام الأول، و هو أمر يتنافى و لا يتماشى مع رغبة المجتمع الدولي في إيجاد و قيام نظام دولي شامل للاستثمارات الأجنبية الذي تسعى إلى تحقيقه كافة الدول.

وتعتبر المعاهدات الجماعية الإطار الأوسع والأقرب إلى تحقيق هذه الغاية الدولية التي بذلت و لا زالت تبذل بشأنها العديد من المحاولات و الجهود الدولية، و التي يمكن إرجاع أول مبادراتها في هذا الشأن إلى عهد عصبة الأمم عام 1929، التي عقدت تحت إشرافها أول مؤتمر دولي ينصب حول دراسة مسألة معاملة الأجانب، على أن تلك المحاولة لم تجد حظاً في النجاح بسبب التحفظات التي أبداهـا أعضاء العصبة آنذاك.

و تواصلت الجهود الدولية منذ ذلك الحين للتوصل إلى صيغة دولية ملائمة لتنظيم معاملة الاستثمارات الأجنبية، أين انتهى مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و العمل إلى إقرار ميثاق " هافانا " لتنظيم التجارة الدولية عام 1948، أين حظيت مشكلة الاستثمارات الأجنبية بعناية كبيرة في هذا المؤتمر وتم التوقيع على أول اتفاقية دولية جماعية للاستثمار الأجنبي تضمنت نظاماً قانونياً متكاملاً للاستثمار من حيث معاملته و حمايته و طرق تسوية المنازعات المتعلقة به، إلا أن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ لسبب عدم التصديق عليها⁽¹⁾، و لعل على هذه الخطوة الأولى لمشروع اتفاقية جماعية لحماية الاستثمارات، كانت

(1) على الرغم من وضوح أهمية ميثاق هافانا لتنمية اقتصاديات المجتمع الدولي، إلا أنه قد تعرض للنقد الشديد، حيث رأى الاتحاد السوفيتي سابقاً و من معه من الدول الحليفة له آنذاك أن هذا الميثاق ما هو إلا أداة في يد الولايات المتحدة للسيطرة على العالم، و رأى آخرون رغم أن الميثاق مثالي، فإنه يتضمن الكثير من الاستثناءات التي تعوق تطبيقه على أرض الواقع، و رأى فريق ثالث أن الميثاق لا يتماشى مع الأوضاع السائدة في العالم الحديث، لأنه في رأيهم يتجاهل مسألة هامة، و هي توازن ميزان المدفوعات في مختلف الدول مع أنه شرط ضروري و هام لكل تنظيم اقتصادي على المستوى الدولي.

راجع ذلك في: د/ خيري فتحي البصيلي: تسوية المنازعات في إطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية 2007، ص 28.

الحافز المشجع لتوالي الجهود و المحاولات الدولية لإيجاد حلول فعالة لمشكلة حماية الاستثمارات الأجنبية، فظهرت عدة جمعيات وطنية و معاهد لحماية و ترقية الاستثمارات الأجنبية⁽¹⁾.

كما كانت محاولات منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية الأكثر أهمية، و ذلك من خلال إعداد مشروع اتفاقية بين الدول الأعضاء لحماية الاستثمارات الأجنبية وذلك عام 1966، و تم تعديله و إقراره سنة 1967 تحت اسم مشروع اتفاقية حماية الملكية الفكرية، كما تواصلت الجهود في إطار هذه المنظمة، حيث أعدت مشروعاً لاتفاقية دولية جاءت عام 1995، تضمنت أحكاماً تفصيلية بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي و ضمانه و حل المنازعات الناجمة عنه، و تمت مناقشة هذا المشروع و المصادقة عليه عام 1998، إلا انه لم يحظى بالموافقة من طرف مختلف الدول⁽²⁾.

كما كان للبنك الدولي دور فعال و مهم من خلال ما بذله من جهود في التوصل إلى وضع إطار موحد لمعاملة الاستثمارات الأجنبية، و تجسد ذلك من خلال تقديم مجموعة من القواعد الإرشادية بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، و ذلك خلال سنة 1992، و التي ركزت على أربع قضايا أساسية تلخصت فيما يلي⁽³⁾:

1. إرشادات تحث و تشجع كل دولة بحقها في تنظيم قواعد خاصة بالاستثمار على إقليمها، و وتبني سياسة الانفتاح على العمليات الاستثمارية و تسهيل الإجراءات من خلال السماح لبعض الاستثناءات كتخفيف إجراءات الحصول على التراخيص للأجانب إلا ما تعلق منها بالأمن العام و المصلحة العامة.
2. إرشادات تعالج معاملة الاستثمار الأجنبي و بصورة خاصة مسألة تحويل الأرباح و إعادة رأس المال وذلك بناء على تشجيع مبدأ المعاملة الوطنية و المعاملة العادلة و المنصفة.
3. إرشادات تتعلق بمعالجة و دراسة الظروف المحيطة بعملية نزاع الملكية و ما يقابلها من ضرورة توافر شرط المصلحة العامة و التعويض الملائم الذي عرفته تلك الإرشادات بالتعويض الفوري والمناسب والفعال.
4. إرشادات تتعلق بتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف عملية الاستثمار و تحديد طرق تسويتها سواء عن طريق التفاوض أو القضاء الوطني أو عن طريق التحكيم إذا تم الاتفاق عليه بين الأطراف.

وانطلاقاً من ذلك و كنتيجة حتمية لتطور بنيان المجتمع الدولي و تزايد الرغبة لدى الدول والمنظمات الدولية في إيجاد قواعد دولية مقبولة ومعتترف بها عالمياً تختص بتنظيم الاستثمار، تم إبرام عدد من

(1) راجع ذلك بالتفصيل في: د/ حسن عطية الله، مرجع سابق ذكره، ص، 225، 226.

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ دريد محمود، على ألسرائي، مرجع سابق ذكره، ص، 229، 230 و راجع فيما يتعلق بمنظمة التعاون الاقتصادي و التنمية بالتفصيل في: د/ لمياء متولي موسى، مرجع سابق ذكره، ص 72 و ما بعدها.

(3) راجع بمزيد من التفصيل و الشرح لتلك القواعد الإرشادية في: د/ إبراهيم شحاته: القواعد الإرشادية للبنك الدولي في معاملة الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 13 و ما يليها.

اتفاقيات إنشاء مراكز و مؤسسات دولية متخصصة في حماية الاستثمار و تشجيعه، وستقتصر دراستنا على أهم تلك الاتفاقيات التي ساهمت و عنيت بشكل مهم و فعال في إرساء قواعد محددة لحماية المستثمر الأجنبي سواء على المستوى العربي أو الدولي و ذلك وفقا للتقييم التالي:

المبحث 1: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

المبحث 2: اتفاقية تحرير التجارة العالمية.

المبحث الأول: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

أدركت الدول العربية الأهمية و الفائدة المتبادلة من إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار على غرار المشروعات المقترحة لإنشاء هيئات دولية في نفس السياق، تشترك في عضويتها كل من الدول المصدرة و الدول المستوردة لرأس المال، و ربما لإدراكها على صعيد آخر بعدم قدرة أنظمة الضمان الوطنية على توفير الحماية و الضمان الكافيين للاستثمارات، و هو الأمر الذي اجتمعت لأجله جهود دول عربية كان من أثارها ميلاد المؤسسة العربية لضمان الاستثمار تلك الجهود التي صنفت عند الكثير⁽¹⁾ بأنها من أهم المحاولات الرائدة التي نجحت أخيراً لإنشاء هيئة دولية إقليمية للتأمين على الاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية، و ذلك من أجل حماية رؤوس الأموال العربية و تشجيع انتقالها بين البلاد العربية لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها و تحقيق التكامل الاقتصادي العربي⁽²⁾.

و قد كانت فكرة إنشاء هذه المؤسسة وليدة التقرير الذي تقدم به الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية لمؤتمر خبراء التمويل العرب الذي انعقد بالكويت في نوفمبر 1967⁽³⁾.

و قد تضمنت توصيات المؤتمر في تقريره الختامي مطالبة الحكومة الكويتية بمواصلة الدراسات على هذا الموضوع أين عهدت هذه الأخيرة امتثالاً للتوصية إلى الصندوق الكويتي للتنمية العربية لإعداد مشروع اتفاقية بشأن برنامج الضمان الذي يعتبر من أكثر الإجراءات إقناعاً في تشجيع المستثمرين، على أساس أن احتمال الاتفاق بين الدول العربية بشأنه أكبر بكثير من احتمال موافقتها على قواعد محددة للمعاملة الموضوعية و الإجرائية للمستثمرين⁽⁴⁾.

(1) د/ هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 47، و كذا راجع: د/ هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية 1988، ص 125 و ما بعدها.

(2) أنظر ما جاء بديباجة اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، و للاطلاع على نصوص اتفاقية إنشاء المؤسسة راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، مرجع سابق ذكره، ملحق رقم 07.

(3) على أنه تجدر الإشارة إلى أن التوصية رقم 62 التي صدرت عن المؤتمر العربي للتنمية الصناعية في الثالث الأول من شهر مارس عام 1966 و التي تضمنت تكليف دولة الكويت بالإعداد لمؤتمر يناقش فيه خبراء التمويل فكرة وضع اتفاقية لضمان الاستثمارات الخاصة في البلاد العربية، كانت هذه التوصية من أولى الخطوات التي دفعت بفكرة إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار. راجع ذلك في: د/ هشام صادق، نفس المرجع السابق، ص 46.

(4) ذلك أن التقرير الذي رفعه الصندوق الكويتي المذكور أعلاه اقترح قيام الدول العربية بإبرام ثلاث اتفاقيات في هذا الشأن: الأولى تتعلق بالحماية الموضوعية الواجب كفالته للاستثمارات العربية، الثانية تتعلق بالحماية الإجرائية التي ينبغي أن تتمتع بها هذه الاستثمارات، أما الثالثة فتتصرف إلى حماية الاستثمارات العربية عن طريق التأمين عليها ضد المخاطر غير التجارية، و انتهى الأمر بالإعداد للاتفاقية الثالثة لصعوبة اتفاق الدول العربية على القواعد الموضوعية و الإجرائية التي يجب أن تحكم الاستثمارات العربية.

راجع ذلك في: د/ عبد الواحد الفار: الاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ذكره، ص 152، و كذا راجع:

د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 47.

و على إثر دراسات و اقتراحات و تعديلات مر عليها مشروع اتفاقية المؤسسة تم إقرارها في صيغتها النهائية بتاريخ يونيو 1970 و إرساله إلى الدول العربية تمهيدا لتوقيعه، أين كانت كل من الكويت و الأردن والسودان و سوريا ومصر أولى الدول التي حظيت الاتفاقية للإمضاء عليها، و ذلك بتاريخ: 27 مايو 1971 بالكويت، ثم تعاقبت و توالى التوقيعات عليها من كل الدول العربية تقريبا⁽¹⁾، و أصبحت سارية النفاذ بعد أن صادقت عليها 05 دول عربية اكتتبت في 60 % من رأس مال المؤسسة و ذلك بتاريخ 22 جويلية 1975⁽²⁾.

وبذلك استصدرت شهادة ميلاد للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار محررة بتاريخ استكمال التصديق القانوني عليها⁽³⁾، لمدة نفاذ مقدرة ثلاثون عاماً، يبدأ تاريخ سريانها و تجديدها تلقائياً لمدة مماثلة ما لم يتم الاتفاق على حلها، وتظم في عضويتها دولاً عربية مصدرة لرأس المال و أخرى مستقبلية له متخذة الكويت مقراً لها، كما لها أن تقيم مكاتب فرعية في أي قطر من الأقطار العربية وفقاً لمقتضات نشاطاتها⁽⁴⁾.

وقد قامت هذه الاتفاقية على حقيقتين هامتين الأولى أن الدول العربية رغم انتماءها جميعاً إلى العالم النامي فإنها انقسمت إلى مجموعتين إحداهما يتمتع بفائض من رأس المال، و الثانية تعاني من عجز فيه و مع ذلك لا يحدث انسياب تلقائي لرؤوس الأموال الخاصة من الأولى إلى الثانية، بسبب ما يتهدد هذه الأموال من مخاطر غير تجارية في هذه الدول الأخيرة، والحقيقة الثانية أن المستثمر الخاص العربي لن يشعر في التحليل الأخير بالطمأنينة ضد المخاطر غير التجارية إلا إذا وجد ضامناً مالياً يحصل منه على التعويض عن ما أصابه من أضرار⁽⁵⁾.

وانطلاقاً من ذلك تأسس الهدف الذي من أجله أنشأت هذه المؤسسة و هو تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية بين الدول العربية المتعاقدة لتمويل جهودها الإنمائية لصالح شعوبها و دعم علاقاتها الاقتصادية في إطار التعاون الفاعل و ذلك من خلال تقديم ضمان مالي للمستثمر العربي الذي يقبل على استثمار أمواله في قطر عربي غير بلده، بحيث يدفع له تعويض عند تعرض استثماره للمخاطر غير التجارية التي حددتها الاتفاقية⁽⁶⁾، وهو ما خول للمؤسسة الحق في ممارسة مختلف أوجه النشاط المكمل لغرضها الأساسي⁽⁷⁾.

(1) من بين هذه الدول لبنان، العراق، أبو ظبي، و قطر و المغرب، الجزائر، اليمن، تونس، ليبيا، الجمهورية الإسلامية الموريتانية، و المملكة العربية السعودية.

(2) راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان، مرجع سابق ذكره، ص 214.

(3) راجع المادة 46 من اتفاقية إنشاء المؤسسة.

(4) راجع المواد 5، 4، 1 من اتفاقية المؤسسة.

(5) د/ إبراهيم شحاته: معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، مرجع سابق ذكره، ص 164، 165.

(6) راجع المادة 1/02 من اتفاقية المؤسسة.

(7) راجع ذلك في: د/ عبد الواحد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 153، و كذلك راجع: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 48، و راجع كذلك:

و من خلال هذه الدراسة سنحاول إبراز أهم أحكام النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية من خلال أول نموذج لهيئات الضمان الدولية في العالم المعاصر و ذلك بالتعرض للجوانب القانونية و التنظيمية للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ثم نأتي لبيان أهم عمليات الضمان التي تؤمنها المؤسسة و شروط قيامها وفقا لما أقرته اتفاقية إنشاءها و ذلك وفقا للتقسيم التالي:

المطلب 1: الشكل القانوني و التنظيمي للمؤسسة.

المطلب 2: حدود قواعد الضمان في نطاق اتفاقية إنشاء المؤسسة.

المطلب الأول: الشكل القانوني و التنظيمي للمؤسسة.

أفرز مشروع إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على مجموعة من النصوص القانونية التي نظمتها اتفاقية الإنشاء والتي من خلالها حددت الشكل القانوني و التنظيمي للمؤسسة بكل دقة و تفصيل حتى لا يترك الباب مفتوحاً للتفسيرات و التعديلات المختلفة حفاظا على وحدة مضمون الاتفاقية و منعا من اهتزاز النظام القانوني للمؤسسة أمام غياب النصوص الكاملة و المضبوطة.

و انطلاقا من ذلك فقد نظمت اتفاقية إنشاء المؤسسة أحكاما وافية و مضبوطة لتحديد الشكل القانوني للمؤسسة و ذلك من خلال إبراز الحقوق و الصلاحيات المحددة لها في إبرام التصرفات مع الغير و استعمال حقها في اللجوء إلى القضاء دفاعا عن هذه الحقوق.

إلى جانب ذلك حددت اتفاقية إنشاء المؤسسة بنصوص مضبوطة للهيكل التنظيمي الذي تمارس من خلاله المؤسسة نشاطها بمختلف الأجهزة الإدارية المقترحة و التي تباشر مهام إدارة المؤسسة و تسهر على تحقيق الأهداف التي أنشأت لأجلها.

و سنحاول إبراز هذه الجوانب التي أقرتها اتفاقية إنشاء المؤسسة و التي تعبر عن العمود الفقري لسيرها وإن اختلت إحدى فقراته زال كيان المؤسسة و تلاشى للترابط الوطيد فيما بينها و ذلك بتخصيص دراسة مفصلة لكل من الجوانب القانونية و الجوانب التنظيمية كلا على حدى فيما يلي:

الفرع 1: الإطار القانوني للمؤسسة.

تعتبر المؤسسة العربية لضمان الاستثمار منظمة دولية إقليمية تخضع للقانون الدولي و تقبل بصفة رئيسية الاستثمارات العربية على أساس الدول المختلفة التي تضمها، بغض النظر عن درجة نموها و تطورها الاقتصادي و حجم دخلها سواء كانت دول عربية مصدرة لرأس المال أو مستوردة له و مهما كانت نظمها السياسية و الاجتماعية⁽¹⁾.

فقد اختلف الشراح على التسمية التي أطلقت على المؤسسة أين فضل البعض تسميتها بالشركة⁽²⁾ و ذلك بحسبهم أن تكوينها يماثل تكوين الشركة و خاصة نظام الاكتتاب في رأس المال⁽³⁾.

و تأخذ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار من الشكل القانوني شكل الشركة الدولية⁽⁴⁾، فهي مشروع دولي دولي عام يأخذ شكل شركة مساهمة على اعتبار اعتمادها في تكوين رأس مالها على مساهمة الدول الأعضاء بحصص يترك في تحديدها للاتفاق فيما بينهم⁽⁵⁾، على أن نص المادة 08 فقرة 02 من اتفاقية المؤسسة وضعت حدا أدنى لحصة العضو بـ: 50% من قيمة رأس المال الأولى أي بما يعادل نصف مليون دينار كويتي.

إلا أن ما اعتبرته الاتفاقية امتيازاً بالنسبة للأعضاء المتعاقدة، وجه إليه البعض انتقاداً على أساس أن ترك تحديد حصة العضو في رأس المال للاتفاق بين الدول الأعضاء دون أن يكون هناك أي ارتباط بين مقدار مساهمة العضو في رأس المال و مقدار ما سوف تحققه الدولة العضو، و مواطنوها من فوائد نتيجة للانتفاع بمزايا نظام الضمان، و لا بحدوث خسائر لأحد الاستثمارات المؤمن عليها، و هو ما قد يسفر عن نتائج غير عادلة، كما اعتبر ذات الرأي أن ذلك قد يؤدي إلى إحجام الدول المستوردة لرأس المال عن المساهمة في رأس مال المؤسسة حتى لا تلتزم مسبقاً بأعباء مالية تجاهها قبل الحصول على

(1) تنص المادة 07 فقرة 02 من اتفاقية المؤسسة على: «يجوز لأي قطر عربي آخر الانضمام إلى هذه الاتفاقية بمراعاة الإجراءات الواردة فيها، و في هذه الحالة يكتسب القطر المنظم أو الهيئة العامة التي يعينها صفة العضوية في المؤسسة على أساس المساهمة في رأس المال و تحمل سائر التزامات العضوية».

(2) راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص216.

(3) على أننا سنستخدم مصطلح المؤسسة طيلة هذه الدراسة للتعبير عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.

(4) يراد بالشركات الدولية هي تلك الشركات التي تأسست بموجب اتفاقيات دولية أكسبتها نظمها القانونية، و هي تمتاز بعدم ارتباطها سياسياً أو قانونياً بأي حكومة من حكومات الدول الأطراف. راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص392.

(5) فقد نصت المادة 08 فقرة 01 من اتفاقية المؤسسة على: «يكون رأس مال المؤسسة متغيراً و يحدد ابتداء بعشرة ملايين دينار كويتي وفقاً لسعر التعادل الرسمي السائد في تاريخ التوقيع على هذه الاتفاقية، و يقسم رأس المال إلى عشرة آلاف سهم اسمي، قيمة كل سهم منها ألف دينار كويتي».

أي فائدة منها لاسيما في المراحل الأولى من إنشاء و سير المؤسسة لما يترتب ذلك من أعباء مالية حالة لا يقابلها فوائد حالة⁽¹⁾.

على أن اتفاقية المؤسسة حاولت الرد و تجنب هذه الانتقادات و العيوب على أساس اعتماد أسلوب الدفع بالتقسيط لحصة العضو في رأس المال بحيث يؤدي القسط الأولى في البداية و المقدر بنسبة ضئيلة من مجموع الحصة على أن يلتزم العضو بدفع باقي الحصة على التوالي في نهاية كل عام من الأعوام التالية لانتهااء الفترة المحددة لدفع القسط الأول⁽²⁾.

إلى جانب ذلك نصت الاتفاقية صراحة على إضفاء الشخصية القانونية على المؤسسة و قررت استقلالها الإداري و ضمان تمتعها بكافة الحقوق و الصلاحيات اللازمة للقيام بنشاطاتها في كل دولة من الدول المتعاقدة⁽³⁾، على أن تصنيف المؤسسة ضمن المشروعات الدولية خلق نوعاً من الارتباك و تعدد الآراء حول طبيعة النظام القانوني الذي ستخضع له الشخصية القانونية للمؤسسة على اعتبار أنها لا تخضع و لا ترتبط قانونياً بأي دولة من الدول المتعاقدة وفق لما سبق بيانه.

وقد ذهب جانب من الفقه في هذا الشأن انه يجوز للمؤسسة أن تتمسك بهذه الشخصية في مواجهة الدول الأعضاء بها وفي مواجهة الغير وفقاً لمبدأ الاعتراف التلقائي بالأشخاص الاعتبارية والمسلم به في غالبية الدول على أساس أن شخصية المؤسسة ترتبط بالأهداف التي قامت من اجل تحقيقها و هو ما عبر عنه ذات الاتجاه بالشخصية الوظيفية⁽⁴⁾.

على أن اتجاه آخر من الفقه ذهب إلى القول انه لا يوجد أي دليل أو قرينة تفيد انصراف إرادة المتعاقدين لإخضاعه للقانون الدولي العام، بمعنى انه لا يوجد بنصوص اتفاقية إنشاء المؤسسة نص يقضي بإخضاعها لأحكام القانون الدولي واستبدال ذات الرأي بما قضت به أحكام المادة 06 من الاتفاقية التي تنص على: «تخضع المؤسسة لأحكام هذه الاتفاقية و لما يضعه مجلس المؤسسة من نظم و لوائح مكملة لها، وعند عدم وجود حكم في النصوص المشار إليها في الفقرة السابقة تطبق المبادئ القانونية المشتركة في الأقطار المتعاقدة و المبادئ المعترف بها في القانون الدولي»، مما يفيد أن إرادة المتعاقدين انصرفت إلى إخضاع الاتفاقية المنشأة للمؤسسة لذات النظام القانوني الذي يحكم المؤسسة و هو ما يلغي وصف المعاهدة الدولية عنه⁽⁵⁾.

(1) لمزيد من التفصيل حول هذا الانتقاد راجع: د/ إبراهيم شحاته: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 60/61.

(2) راجع في ذلك المادة 08 فقرة (03) من اتفاقية المؤسسة.

(3) راجع المادة 03 من اتفاقية المؤسسة.

(4) Salmon: op.cit, p 129.

(5) راجع ذلك في: د/ هشام خالد: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسات قانونية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1988، ص 27، 28.

على أننا نرى مع البعض بأنه حتى ولو لم يوجد اتفاق صريح حول تحديد القانون واجب التطبيق على المعاهدة أو اتفاق ضمني مخالف فإن قواعد القانون الدولي الاتفاقية هي التي تكون سارية المفعول بصفة اتفاقية، أن أحكام المادة 06 المذكورة أعلاه تخص تحديد النظام القانوني للمؤسسة و ليست متعلقة بتحديد النظام القانوني للاتفاقية المنشئة للمؤسسة، ذلك أن هذه الأخيرة تظل خاضعة لأحكام القانون الدولي و هو ما دفع البعض في نفس السياق إلى اعتبار المادة 03 من الاتفاقية عديمة الجدوى على أساس انه جرى العمل الدولي على الاعتراف بالشخصية القانونية لكافة الكيانات الدولية المماثلة للمؤسسة إذا ما تمتعت بالاستقلال الإداري و المالي عن الدول المنشئة لها⁽¹⁾.

لكن يبقى الأشكال مطروحا في جانب الغير الذي يرفض الاعتراف بالشخصية القانونية للمؤسسة، ذلك أنه لا صعوبة أمام ما طرح من أراء في القول بتمتع المؤسسة بشخصية قانونية على أساس اعتبارها مشروع دولي في مواجهة الدول المتعاقدة، و لكن الصعوبة يمكن أن تنثر في مواجهة الغير الذي من حقه الاعتراف بهذه الشخصية أو إنكارها على أساس انه لا يوجد ضمن قواعد القانون الدولي ما يفيد إجبار أية دولة على الاعتراف للمشروع الدولي بالشخصية القانونية متى رفضتها صراحة⁽²⁾.

وأيا كان من الأمر فإن الشكل الذي جاءت فيه المؤسسة العربية لضمان الاستثمار - مقارنة بغيره من الهيئات المشابهة - امتاز ببساطته و بإشراكه جميع الدول الأعضاء في تحمل المسؤولية عن طريق مساهماتها المالية في رأس مال المؤسسة، و هو أمر هام لا سيما و أن العضوية فيها تشمل الدول المصدرة و الدول المستوردة لرأس المال لوحدة مصلحة الجميع في تجنب وقوع الخسائر التي تضمنها المؤسسة، كما أن ذلك سيؤدي حتما إلى تقادي الازدواج في مسؤوليات الأعضاء بل و يتقادي تقسيمهم مبدئيا إلى دول مصدرة لرأس المال و دول مضيضة أو مستوردة له، لما في هذا التقسيم من صعوبات التداخل للتمييز بين هذه الدول، كما يتميز هذا الشكل الذي أخذته المؤسسة بامتياز توفير مصادر مالية خاصة لهذا الأخير لاعتبارها مؤسسة ضمان تمكنها من القيام بعمليات الضمان باسمها و لحسابها و بالوفاء بالتزاماتها قبل المستثمرين مباشرة و دون الحاجة للرجوع في كل مرة على الدول التي أنشأتها مما يكسبها ثقة المستثمرين فيها⁽³⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص195، و كذا راجع: د/ هشام محمد أحمد خالد: عقد ضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص37.

(2) راجع ذلك مذكور بالتفصيل في: د/علي حسين ملحم، نفس المرجع، ص 196.

(3) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته ، مرجع سابق ذكره، ص60.

الفرع 02: التنظيم الهيكلي - الإداري - في المؤسسة.

يمتاز النظام المتبع وفقا لاتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بفتح المجال للعضوية فيها لكل الدول العربية و هيئاتها العامة⁽¹⁾، و كذا المنظمات الدولية العربية دون أن يرد في أحكام الاتفاقية ما يشير إلى التمييز في العضوية بين الدول المصدرة لرأس المال أو تلك المستوردة له، وهو الأمر الذي لقي استحساناً و قبولاً لدى معظم الدول والمشروعات الدولية لما يحققه هذا المبدأ من فوائد لكلا الفريقين من الدول مما دفع كافة الدول العربية إلى الانضمام للمؤسسة و تأكيد عضويتها سواء بذاتها أو بواسطة إحدى المؤسسات العامة بها⁽²⁾، وبذلك تكون الاتفاقية قد فتحت مجال الخيار أمام الدول في الانضمام إلى المؤسسة وممارسة عضويتها بنفسها أو بواسطة إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها و المؤهلة للقيام بهذه المهام و التي تبقى تحت ضمان الدولة التابعة لها في حدود التزاماتها الناتجة عن العضوية⁽³⁾، وهو أمر برغم ما يحمله من مزايا و إيجابيات خلت معظم الاتفاقيات الدولية منه⁽⁴⁾ إلا أن الأمر اقتضى ترتيبات إضافية عملت الاتفاقية على توفيرها بأحكام خاصة لمعالجة ما قد يترتب على الازدواجية في العضوية بين الدول والهيئات العامة التابعة لها في آن واحد⁽⁵⁾.

كما امتازت الاتفاقية بتنظيم أحكاما خاصة ومختلفة للتعامل مع الأعضاء حال مخالفتهم لأحكامها، أين أقرت ضمن مقتضيات المادة 31 أن العضو الذي تم إيقافه بإجماع من أعضاء مجلس المؤسسة تبقى مسؤوليته قائمة تجاه الضمانات التي رتبها التزاماته طيلة فترة توقيفه إلى غاية انتهاءها⁽⁶⁾، كما حددت

(1) حيث تنص المادة 07 فقرة (02) من الاتفاقية على: «يجوز لأي قطر عربي آخر الانضمام إلى هذه الاتفاقية بمراعاة الإجراءات الواردة فيها، و في هذه الحالة يكتسب القطر المنظم أو الهيئة العامة التي يعينها، صفة العضوية في المؤسسة على أساس المساهمة في رأس المال و تحمل سائر التزامات العضوية».

(2) لمزيد من التفصيل حول فوائد العضوية المطبقة في اتفاقية إنشاء المؤسسة راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 64، 65، 66، و راجع كذلك: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 41.

(3) راجع المادة 07 فقرة (03) من الاتفاقية.

(4) ذلك أن الأخذ بهذا المبدأ يتفق مع الأهداف المرجوة من إنشاء نظام الضمان الدولي للاستثمار بصفة عامة، خاصة إذا كانت الهيئات العامة متخصصة في مجالات تتفق و تلك الأهداف، كما أن ذلك قد يساعد الدول المترددة في = الاشتراك في المؤسسة بنفسها لسبب أو لآخر على الاشتراك في عضويتها من خلال إحدى هيئاتها العامة، إلى جانب إتاحة الفرصة للهيئات العامة الداخلية للمشاركة في تشغيل و إدارة هيئة الضمان على أسس تبعد كل البعد عن الاعتبارات السياسية التي قد تطغى على عمليات الهيئة التي تقتصر عضويتها على الدول فقط، مما يعوقها عن تحقيق أهدافها. راجع: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 409.

(5) راجع المادة 08 فقرة (08) من الاتفاقية

(6) تنص المادة 31 على ما يلي: «لمجلس المؤسسة في حال إخلال أحد الأعضاء بالتزاماته المترتبة على العضوية، أن يتخذ بإجماع الأصوات عدا صوت العضو المذكور، قرارا بوقف هذا العضو عن ممارسة حقوقه في المؤسسة، و يظل العضو مسؤولاً عن كافة التزاماته العضوية أثناء فترة الوقف، و يترتب على وقف العضوية امتناع المؤسسة عن عقد عمليات جديدة تتعلق باستثمارات صادرة عن إقليم العضو الموقوف أو واردة إليه، تنتهي عضوية العضو الموقوف بعد مضي سنة

أحكام الانسحاب من العضوية ضمن شروط و قواعد محددة مع احتفاظ العضو دائما بآثار التزاماته القائمة أو المحتملة تجاه المؤسسة فيما تعلق بالعمليات التي عقدت قبل انتهاء العضوية⁽¹⁾، و هو موقف محمود و مناسب في حق المؤسسة لما له من آثار ايجابية على حسن سيرها و تجنبها بفضل ذلك لكثير من المشاكل التي يمكن أن تثار بشأن ذلك على أرض الواقع، على أن الاتفاقية لم تحدد آثار الاستخلاف الدولي على العضوية في المؤسسة أين، اقترح البعض في هذا الشأن اللجوء إلى أحكام القانون الدولي الخاصة بذلك⁽²⁾.

كما اهتمت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بتنظيم الأحكام التي تحدد شكل وطبيعة الأجهزة الإدارية التي سيمارس من خلالها الأعضاء مهامهم و نشاطاتهم المنوطين بها و التي من أجلها أنشأت هذه المؤسسة⁽³⁾، والمحددة بشكل هيكلي ابتداء من مجلس المؤسسة فلجنة الإشراف و المدير العام، ثم نائب المدير العام، و الموظفون الفنيون والإداريون⁽⁴⁾.

فمجلس المؤسسة يعتبر بمثابة قمة الهرم للجهاز الإداري في المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أساس الصلاحيات الكاملة التي خولت له بموجب اتفاقية إنشاء المؤسسة لأجل تحقيق الأهداف المرجوة و ذلك عن طريق الأعضاء المشكلة له والمحددة بمندوب واحد لكل عضو من أعضاء المؤسسة⁽⁵⁾، أين يتولى مباشرة العديد من الاختصاصات أهمها رسم السياسة العامة للمؤسسة ووضع النظم واللوائح الداخلية لها و تحديد مجالات توظيف أموال المؤسسة إلى جانب مهمة تعيين أعضاء هيئات إدارية داخل المؤسسة وإنهاء مهامهم و البت في إجراءات وقف المؤسسة وحلها.

من تاريخ وقفه ما لم يتخذ المجلس قرارا بإلغاء الوقف، و تسري على العضو الذي انتهت عضويته بموجب هذا النص الأحكام الواردة في الفقرات 03، 04، 05 من المادة السابقة».

(1) تنص المادة 30 على: « - يجوز لأي قطر من الأقطار المتعاقدة الانسحاب من هذه الاتفاقية بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نفاذها في شأنه، و يكون ذلك بإخطار كتابي يوجه إلى المؤسسة في مقرها، و لا يصبح الانسحاب نافذا إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار يجوز للعضو خلالها أن يسح إخطاره.

- يترتب على الانسحاب انتهاء عضوية القطر أو الهيئة العامة التابعة له في المؤسسة.

- لا يترتب على انتهاء العضوية أي أثر على التزامات العضو القائمة أو المحتملة تجاه المؤسسة فيما يتعلق بالعمليات التي عقدتها قبل انتهاء عضويته.

- تفتح المؤسسة للعضو الذي انتهت عضويته حسابا خاصا تقيد فيه حقوقه و التزاماته المالية و لا تجري تصفية هذا الحساب إلا بعد انقضاء الالتزامات المشار إليها في الفقرات السابقة و تسوية حقوق العضو المذكور.

- تعقد المؤسسة مع العضو اتفاقا خاصا بتسوية أوضاعه و كيفية مواجهة التزاماته بعد انتهاء عضويته».

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 41.

(3) راجع في تحديد تلك النشاطات ديباجة الاتفاقية و المادتين 02 و 04 من الاتفاقية.

(4) راجع في ذلك المادة 09 من الاتفاقية.

(5) راجع المادة 09 من فقرة 01 من الاتفاقية.

إلى جانب كل ذلك كلف مجلس المؤسسة بمهمة تفسير نصوص الاتفاقية وتعديلها⁽¹⁾، فالثابت في هذا الاختصاص الأخير أن الاتفاقية حصرت مهمة تفسيرها في جهاز وحيد هو مجلس المؤسسة و ذلك للحفاظ على وحدة مضمون الاتفاقية و منعاً من اهتزاز النظام القانوني للمؤسسة في حالة توزيع هذه المهمة على أكثر من جهاز بها، مما يعني امتناع الدول المتعاقدة عن التصدي لتفسير الاتفاقية بأي شكل و إلا اعتبر خرقاً لأحكامها، وهو الأمر الذي يسري في حق جميع الجهات القضائية التابعة للدول العربية المتعاقدة التي تكون ملزمة بضرورة اللجوء إلى مجلس المؤسسة لتفسير أي نص من نصوص الاتفاقية حتى في الحالة التي تكون تلك النصوص واضحة أو سبق للمجلس تفسيرها و ذلك في النزاعات التي تطرح أمامها واستلزم الفصل فيها التصدي لتفسير الاتفاقية و إلا عدّ ذلك خرقاً لحق دائم و مستمر لا يستنفذ باستعماله، ومخالفة لأحكام المادة 10 من الاتفاقية و متى صدر هذا القرار التفسيري ملزم لكافة أجهزة المؤسسة و الدول المتعاقدة و الهيئات العامة التابعة لها لاعتباره جزءاً من النظام القانوني للمؤسسة⁽²⁾.

وتصدر قرارات المجلس بالأغلبية المطلقة لأصوات الحاضرين⁽³⁾، إلا أنه تم التمييز في حق التصويت بين عضو و آخر عند الاقتراع في المجلس و ربط فاعلية العضو و قدرته على فرض قراراته و اقتراحاته داخل المجلس بما يملكه من أسهم في المؤسسة⁽⁴⁾، وهو الأمر الذي انتقده البعض على أساس أن يؤدي إلى تغليب مصالح فئة معينة من الأعضاء و هي الفئة الغنية الحائزة للنصيب الأكبر في رأس المال على مصالح الفئة الفقيرة الحائزة للنصيب الأقل و التي من المفروض أن تكون هي أولى بالرعاية⁽⁵⁾، و هو ما يتنافى مع الشكل و المبادئ التي أسست عليها المؤسسة و المتمركزة أساساً على عدم التمييز بين الدول المصدرة لرأس المال و الدول المستوردة له.

و إلى جانب مجلس المؤسسة حددت المادة 11 من الاتفاقية تنظيم أحكام جهاز إداري آخر داخل المؤسسة و المعروف بلجنة الإشراف، هذه الأخيرة تتولى مهمة الإشراف على نشاط المؤسسة و تقديم ما تراه مناسباً من مشورة دون أن يكون لها الحق في التدخل بإدارة المؤسسة⁽⁶⁾، و تعتمد في ممارسة هذه المهام على مجموع ثلاث خبراء من جنسيات مختلفة من بين مواطني الأقطار العربية المتعاقدة⁽⁷⁾ يتم

(1) راجع في ذلك: المادة 10 فقرة (01) من الاتفاقية.

(2) لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 43 و ما يليها.

(3) راجع ذلك في: المادة 10 فقرة 07.

(4) راجع المادة 10 ف 6 التي تنص على: « يكون لكل عضو عند الاقتراع في المجلس 500 صوتاً مقابل الحد الأدنى للحصة في رأس المال يضاف إليها صوت واحد على كل سهمين يملكهما زيادة على ذلك و لا يجوز للعضو تجزئة ماله من أصوات عند الاقتراع ».

(5) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 408.

(6) راجع المادة 11 ف 01 من الاتفاقية.

(7) راجع المادة 09 ف (ب) من الاتفاقية.

انتخاب رئيس من بينهم يتولى إدارة جلساتها و متابعة قراراتها التي تصدر بإجماع أصوات الحاضرين، أو يتم الاكتفاء بإثبات مختلف الآراء في محضر الجلسة و إبلاغه إلى مجلس المؤسسة و المدير العام⁽¹⁾. أما المدير العام للمؤسسة فيعتبر الممثل القانوني لها أين يتولى مهام إدارة المؤسسة في حدود النظم و اللوائح و القرارات التي يحددها و يضعها مجلس المؤسسة⁽²⁾، و له أن يحضر اجتماعات المجلس و المشاركة في مداولاته دون أن يكون له حق التصويت⁽³⁾، و يمارس المدير العام مهامه لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد بعد أن يتم اختياره من قبل مجلس المؤسسة من بين من يرشحهم الأعضاء من مواطني الدول المتعاقدة⁽⁴⁾.

و لا تختلف مهام نائب المدير العام عن تلك المنوط بها المدير العام لكونه يقوم بمعاونة هذا الأخير في إدارة المؤسسة و يحل محله عند الغياب، كما له أن يمارس بعض اختصاصاته بتفويض منه⁽⁵⁾. ويتم اختياره بعد أخذ رأي المدير العام من بين من يرشحهم الأعضاء من مواطني الدول العربية المتعاقدة على أن يكون من غير جنسية المدير العام و لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد⁽⁶⁾. أما الجهاز الفني والإداري فيحدد أعضائه المدير العام وفقا لأحكام المادتين 12 و 14 من الاتفاقية⁽⁷⁾، على أن يراعي المدير العام في تعيين أعضاء هذا الجهاز بأن تكون الأفضلية لمواطني الأقطار المتعاقدة ثم لمواطني الدول العربية وأن يحرص على ضمان المؤهلات العلمية و الخبرة و الصفات الشخصية المناسبة لهؤلاء الأعضاء⁽⁸⁾.

(1) راجع في ذلك المادة 11 ف 02، ف 03 من الاتفاقية.

(2) راجع المادة 12 ف 01 و 02 من الاتفاقية.

(3) راجع المادة 12 ف 03 من الاتفاقية.

(4) راجع المادة 09 ف (ج) من الاتفاقية.

(5) راجع المادة 13 من الاتفاقية.

(6) راجع المادة 09 (د) من الاتفاقية.

(7) راجع المادة 09 (هـ) من الاتفاقية.

(8) راجع المادة 14 من الاتفاقية.

المطلب الثاني: حدود قواعد الضمان في نطاق اتفاقية إنشاء المؤسسة.

لعل الخيارات أصبحت واضحة أمام الدول العربية البترولية بعد أن أصبح خيار توجيه فوائض عوائدها البترولية إلى الدول الغربية غير مشجع و يعرضها لكثير من المخاطر التجارية و الغير التجارية⁽¹⁾، الأمر الذي قلص الخيار أمام هذه الفئة من الدول العربية و لم يبق أمامهم سوى توظيف أموالهم في الدول العربية الغير بترولية، وهو الاتجاه الذي شجعه كثيرون ليس فقط لكونه سيستجيب إلى الشعور بالتضامن بين شعوب هذه الفئات من الدول العربية و لكن أيضا لما يحققه من مصالح مشتركة فضلا عن فرص الاستثمار العديدة المتاحة للمستثمرين العرب في الدول غير البترولية، و ما توفره هذه الأخيرة من عوامل للإنتاج بما فيها الموارد الطبيعية الوفيرة و العمالة المدربة و أسواقا واسعة مؤهلة و مستعدة لاستيعاب ما تنتجه هذه المشاريع الاستثمارية.

وبرغم حاجة كل فئة من هذه الدول إلى نظيرتها فالدول العربية البترولية تحتاج لتوظيف فوائض عوائدها البترولية، و الدول العربية غير البترولية تحتاج بالمقابل إلى رؤوس الأموال لتحويل برامج التنمية فيها، إلا أن هناك إحجام و تخوف من تنفيذ و تحقيق هذه الرغبة ربما يكون سببها الأساسي هو قلة الضمانات المقررة في مواجهة المخاطر غير التجارية التي يخشاها كل مستثمر على أمواله الذي يبحث لها دائما على الحماية و التشجيع.

وانطلاقا من ذلك جاء النظام العربي لضمان الاستثمار من خلال المؤسسة العربية لضمان الاستثمار التي تسعى في المرتبة الأولى إلى تقديم ضمان مالي للمستثمر العربي الذي يستثمر أمواله في دولة عربية أخرى غير تلك التي ينتمي إليها، و ذلك بضمان دفع تعويض يتناسب و حجم الضرر الذي يمكن أن يتعرض له استثماره في سبيل تشجيع الاستثمارات بين الأقطار العربية⁽²⁾.

و قد حددت اتفاقية إنشاء المؤسسة شروطا خاصة ضمن نصوصها تحدد بموجبها طريقة التعامل مع المؤسسة بشأن ضمان الاستثمار انطلاقا من تحديد شروط خاصة بشخص العميل و جنسيته إلى رسم

(1) لمزيد من التفصيل حول توجيه فوائض الدول العربية البترولية راجع: د/ عمر محمد محمود الأيوبي: فائض رؤوس الأموال العربية و مدى إمكانية استخدامه في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة 1985، ص 191. وراجع كذلك: د/ سلوى سليمان: الاستثمار العربي في الاقتصاد المصري، مجلة مصر المعاصرة، العدد 363، السنة 67، يناير 1976، ص 132 .

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن صعوبات استيعاب فوائض البترول تعاني منها أكثر الدول الخليجية كالسعودية وليبيا والكويت و أبو ضبي التي صنفت من الدول الأضعف في استيعاب فائضها النقدي بينما الدول البترولية الأخرى كالجزائر والعراق مثلا فإنها استطاعت إلى حد كبير استيعاب الفوائض في مشاريع التنمية الداخلية بنسبة تقدر ب 90%. راجع ذلك في: د/ السيد عبد المولى: فائض الأموال العربية وإمكانية استثماره في المنطقة العربية، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، مارس- يوليو 1975، العددان الأول والثاني، سنة 45، ص 11 و مايليها.

(2) راجع المادة 02 ف1 من اتفاقية المؤسسة.

الحدود القصوى لما يمكن للمؤسسة أن تغطيه من استثمارات مع التقيد بشروط محددة بما يتم قبوله أو رفضه من أنواع الاستثمارات، وصولاً إلى تعداد المخاطر الصالحة للضمان⁽¹⁾.
وسنحاول من خلال هذه الدراسة تفصيل كل شرط من هذه الشروط على حدة وفقاً لمعطيات و أحكام اتفاقية إنشاء المؤسسة فيما يلي.

الفرع 01: شروط صلاحية الاستثمارات للضمان.

تميزت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بطاقة استيعاب واسعة و كبيرة في مجال الضمان، شملت كافة الاستثمارات التي تعقد بين الدول العربية دون تمييز بين فئة معينة من الدول الأعضاء عن الأخرى سواء أكانت من الاستثمارات المباشرة كالمشروع بما في ذلك فروع ووكالاته، و كذا ملكية الحصص و العقارات، أو كانت من استثمارات الحافظة بما فيها من ملكية الأسهم و السندات و وكذا القروض ذات الأجل القصير التي تحدد صلاحيتها للضمان على سبيل الاستثناء من قبل مجلس المؤسسة و امتداد الضمان للقروض الطويلة الأجل⁽²⁾.

وفي هذا السياق اعتبر البعض أن اشتراط الاتفاقية أن يسري الضمان على الاستثمارات القائمة فقط بين الدول المتعاقدة دون غيرها، بما يعني أن انتقال رؤوس الأموال من دولة غير عضو للاستثمار في دولة عضو لا يعد بذلك استثماراً صالحاً للضمان، فهذه الشرط وفقاً لهذا الاتجاه سوف تؤدي إلى حرمان رؤوس الأموال العربية المملوكة للمستثمرين العرب والمتوطنين في خارج دولهم الأصلية من ضمان المؤسسة، رغم احتمال تمتع هؤلاء بجنسية إحدى الدول الأعضاء في المؤسسة و رغم رغبتهم الطبيعية في استثمار هذه الأموال في المنطقة العربية⁽³⁾.

ومع ذلك فإننا نؤيد ما ذهب إليه البعض من أن تراعي المؤسسة في عملها أن ثمة افتراضاً معقولاً و إن كان غير مكتوب يجعل أساس عملها هو تشجيع انتقال رؤوس الأموال من الدول المتعاقدة ذات الفائض في رأس المال إلى الدول المتعاقدة التي تعاني عجزاً في التمويل و بهذا التحديد و ليس العكس⁽⁴⁾، ويزداد اتساع نطاق الضمان الذي توفره المؤسسة كلما تعمقنا في نص المادة 15 من اتفاقية إنشاء المؤسسة

(1) و تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ترتبط بالمستثمرين طالبي الضمان متى توافرت فيهم الشروط القانونية المطلوبة و استثماراتهم بموجب عقود نموذجية تختلف بحسب طبيعة الضمان المطلوب وبحسب طبيعة الاستثمار، أين أعدت المؤسسة مجموعة من تلك العقود كالعقد النموذجي لضمان القروض في 1975/07/22، و العقد النموذجي لضمان الاستثمار المباشرة في 1976/07/15، و غيرها من العقود التي توالى فيما بعد. راجع ذلك في: د/ هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 50.

(2) راجع المادة 15 ف 01 و ف 02 من اتفاقية المؤسسة.

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 63، 64.

(4) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار و دورها في توجيه حركة الاستثمارات العربية، مجلة مصر المعاصرة، عدد 353 يوليو 1973، ص 32.

وذلك من خلال توسعها في تفسير مفهوم الاستثمار الذي يمكن شموله بالضمان بأنه يتعدى مجرد الاستثمار النقدي أو غير النقدي ليشمل أي إسهام من مشروع حتى ولو كان على هيئة أرباح معاد استثمارها⁽¹⁾، وتضيف الاتفاقية إلى ذلك إقرار قبول المؤسسة لضمان الاستثمارات الخاصة و العامة والمختلطة على حد سواء بشرط قيامها على أسس تجارية⁽²⁾، وهو أمر لقي قبولا حسنا لدى جانب من الفقه للدور الذي يلعبه القطاع العام في الاستثمارات الخارجية لبعض الدول العربية إما بمفرده أو بمشاركة لرؤوس أموال خاصة، علاوة على الحاجة إلى الحماية التي يوفرها ضمان المؤسسة والتي لا تستغني عنها الاستثمارات العامة في بعض الحالات.

على أن التساؤل الذي أثير في هذا الجانب هو تحديد الطبيعة القانونية للاستثمارات الخاصة أو المختلطة أو العامة المذكورة بنص المادة 15 ف 05 من الاتفاقية السالفة الذكر، و ذلك في حالة اختلاف شخص المستثمر المضمون عن المشروع المستفيد من الضمان، كما هو الشأن في حالة القروض المقدمة من شخص اعتباري "المقرض أو المستثمر" إلى شخص اعتباري آخر "مقرض، المشروع المستفيد" يقوم بنشاط اقتصادي في الدولة المضيفة⁽³⁾.

وقد أجاب جانب من الفقه على التساؤل المطروح على أساس أن المقصود بهذه الاستثمارات هو استثمار المستثمر أي صاحب الاستثمار «أي المقرض وفق المثال السابق»، أما المشروع المستفيد من الاستثمار «المقرض» فلا شأن للنص السابق به، ومن ثم فلا أهمية لطبيعة صاحبه سواء أكان من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص، و من ثم فليس هناك ما يمنع أن يكون المشروع المستفيد من الاستثمار في الدولة مشروعا حكوميا بحتا، على أن الأمر يدق بالنسبة لصاحب الاستثمار نفسه فيشترط وفقا للنص القانوني السابق إن كان من أشخاص القانون العام أن يكون استثماره قائما على أسس تجارية⁽⁴⁾.

ويتوقف سريان تلك الامتيازات التي حظيت بها الاستثمارات العربية في نطاق اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على شرطين أساسيين يجب شمول الاستثمارات المخاطبة بالضمان عليها و تتمثل في:

1. أن يكون الاستثمار جديدا: هو ما يفيد أن المشاريع الاستثمارية الصالحة لضمان المؤسسة يجب أن تكون من الاستثمارات الجديدة والتي يبدأ تنفيذها بعد إبرام عقد الضمان⁽⁵⁾، يكون الاستثمار جديدا إذا ما تم تنفيذه في فترة لاحقة على إبرام عقد الضمان سواء اتخذ ذلك صورة إنشاء استثمار جديد أو التوسع في

(1) راجع المادة 15 ف 03 من الاتفاقية، ولمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 68.

(2) راجع المادة 15 ف 05 من الاتفاقية.

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 70.

(4) نفس المرجع، ص 70.

(5) راجع المادة 15 ف 04 من اتفاقية المؤسسة.

الاستثمار قائم أو تجديده⁽¹⁾، كما يشمل ذلك أيضا شراء المواطنين العرب لأسهم أو سندات في مشروع قائم سيما إذا كان ذلك من مواطني الدولة المضيفة⁽²⁾ كما تدخل عوائد تلك الاستثمارات في إطار المشروعات الجديدة التي توجب الضمان وفقا لأحكام اتفاقية إنشاء المؤسسة⁽³⁾.

على أن هذا الشرط نال نصيبا من الانتقاد الفقهي على أساس أن ربط صلاحية الاستثمارات للضمان بالبدء في تنفيذها بعد إبرام عقد الضمان قد يترتب عليه تعطيل في توظيف رأس المال حتى تمام إبرام العقد مما سيلحق ضررا بالمستثمرين طالبي الضمان، على خلاف نظام الضمان الأمريكي الذي يسمح لهيئة الضمان بإصدار خطاب للمستثمر عند تقديم طلبه يجيز له البدء في تنفيذ استثماره دون انتظار الإجراءات المطولة لإبرام العقد و دون أن يؤثر ذلك على اعتبار الاستثمار جديدا⁽⁴⁾، وهو الأمر الذي أجازته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على المستوى العملي للمستثمر أسوة بنظام النظام الأمريكي وتقاديا للانتقادات الموجه لها في هذا الجانب واستدراكا منها لمصلحة المستثمر العربي حتى لا يضر من مضي الوقت الذي تستغرقه الإجراءات المتبعة لإبرام العقد⁽⁵⁾.

2. أن يتم الحصول على موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار و ضمانه لدى المؤسسة: وهو الشرط الذي أقرته الفقرة 06 من المادة 15 من اتفاقية إنشاء المؤسسة و ذلك على أساس إلزامية حصول المستثمر على الترخيص بالاستثمار في الدولة المضيفة له حتى يكون الضمان الذي تعرضه المؤسسة صحيحا⁽⁶⁾، وهو شرط يعبر بحسب البعض عن أهمية معاملة الدولة المضيفة كأحد الأطراف المعنية في عملية الضمان التي تقوم بها الهيئة، حيث أن موافقة هذه الدولة تفيد و تدل على أن الاستثمار مطلوب لأغراض التنمية فيها⁽⁷⁾، كما تعطي نوعا من الطمأنينة بشأن سلوكها إزاءه في المستقبل⁽⁸⁾.

على أنه و من جانب آخر قد يكون هذا الشرط في بعض الأحيان عائقا خطيرا نظرا للتعقيدات الإدارية التي تكتنف التعامل مع الأجهزة الإدارية العربية على أساس اشتراط حصول المستثمر طالب الضمان على الإذن المتقدم قبل تقديم طلب الضمان إلى المؤسسة، و هو ما دفع البعض إلى اقتراح أن تصل

(1) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 72.

(2) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 87.

(3) نفس المرجع، ص 88.

(4) نفس المرجع، ص 86.

(5) لمزيد من التفصيل حول إجراءات تنفيذ ذلك على مستوى المؤسسة، راجع: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 74.

(6) حيث تنص المادة 15 ف 06 على: « يشترط لإبرام عقود التأمين حصول المستثمر مسبقا على إذن من السلطة الرسمية المختصة بالقطر المضيف بتنفيذ الاستثمار و بالتأمين عليه لدى المؤسسة ضد المخاطر المطلوب تغطيتها ».

(7) على أن اتفاقية إنشاء المؤسسة لم تتطلب صراحة في الاستثمار الصالح للضمان أن يساهم في التنمية الاقتصادية للقطر المضيف و إنما ربما أنها افترضت أن موافقة القطر المضيف على تنفيذ الاستثمار لديها يعد قرينة على فائدة الاستثمار للتنمية الاقتصادية داخل إقليمها. راجع ذلك في: د/ عصام بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 415، و كذا:

د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 83.

(8) نفس المرجع، ص 92.

المؤسسة إلى اتفاق مع الحكومات المعنية حول إجراءات مسبقة في هذا الشأن كأن تفترض أن تكون موافقة الجهة الحكومية المختصة على تنفيذ الاستثمار تغني عن موافقتها على تغطيته بالضمان، أو أن تفترض المؤسسة موافقة الجهة الحكومية المختصة على تغطية الاستثمارات بالضمان إذا طلب منها ذلك بعد موافقتها على تنفيذ الاستثمار لم يصدر عنها اعتراض خلال فترة محددة⁽¹⁾. ومع ذلك فإنه يجوز للمؤسسة دائماً أن ترفض إبرام عقد الضمان رغم موافقة القطر المضيف على تنفيذ الاستثمار المطلوب ضمانه، وذلك في الحالة التي تقدر فيها عدم تحقيقه للفائدة الاقتصادية المرجوة، أو إذا لم تجده متفقاً مع الأولويات التي قررتها الاتفاقية نفسها للاستثمارات التي يتعين على المؤسسة تفضيلها فيما تعقده من عمليات⁽²⁾.

الفرع 02: نطاق الضمان في المؤسسة من حيث الأشخاص.

تعرف عملية الضمان كمبدأ عام بأنها مقصد من جانب الهيئة الضمانية بأن تتحمل عن المستثمر الذي تعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع محدد أو كل المخاطر التي قد تتعرض لها استثماراته في الخارج تشجيعاً له على القيام بهذا الاستثمار⁽³⁾. و انطلاقاً من ذلك وحتى تفي المؤسسة العربية بضمان الاستثمار بالتزامات الضمان المقررة تجاه المستثمر فقد أقرت مجموعة من الشروط على شخص المستثمر يلزم توافرها تحت طائلة تعديل أو فسخ ذلك الالتزام، و التي قررتها بموجب أحكام المادة 17 من اتفاقية إنشاءها كما يلي:

«1- يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفاً في عقد التأمين أن يكون فرداً من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصاً اعتبارياً تكون حصصه أو أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيها و يكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار و يشترط في جميع الأحوال أن لا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف.

(1) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 32.

(2) حيث تنص المادة 16 ف 01 من الاتفاقية على: «تعطي المؤسسة فيما تعقده من عمليات في الحدود التي تتفق و سلامة أوضاعها و الرغبة في خدمة المستثمرين أولوية خاصة للاستثمارات التالية:

- الاستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي بين الأقطار المتعاقدة و خاصة المشروعات العربية المشتركة المشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي العربي.

- الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقة الإنتاجية لاقتصاد الدولة المضيف.

- الاستثمارات التي يعتبر الضمان الذي تقدمه من المؤسسة عاملاً أساسياً في تنفيذها».

راجع لمزيد من التفصيل حول هذه الأولويات: د/ عصام الدين بسيم، نفس المرجع، ص 415، و كذا:

د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 76.

(3) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 52.

2- تتضمن عقود التأمين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو فسخه أو اتخاذ أي إجراء مناسب آخر إذا تخلف بعد تاريخ إبرام العقد شرط من الشروط الواردة في الفقرة السابقة، إلا أنه يجب أن تتوفر هذه الشروط عند مطالبة المستثمر بما يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها.

3- إذا تعددت جنسيات المستثمر يكفي أن تكون إحداها جنسية أحد الأقطار المتعاقدة، فإذا كان التعدد ما بين جنسية أحد هذه الأقطار وجنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة».

فهذا النص لم يجد صعوبة في تطبيقه كمبدأ عام إلا في بعض جوانبه التي أبدى فيها الفقه رأيه واقتراحاته على أساس أنه نص حدد بشكل عام أهم الشروط الواجب توافرها و الالتزام بها لدى المستثمر حتى يتسنى له الاستفادة من الضمان المقترح من المؤسسة، و لم يغفل النص تحديد أهم المعايير المحددة لشخص المستثمر سواء أكان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا بشكل يتسم بالدقة والحصر تقاديا للخلاف الفقهي و التشريعي في هذا المجال.

على أن ذلك لم يشفع لوضع اتفاقية المؤسسة من توجيه جانب من الفقه و الشراح ملاحظاتهم وانتقاداتهم و اقتراحاتهم بشأن حيثيات المادة 17 المذكورة أعلاه وفقا لما يلي:

أولاً: إن النص استلزم أن يمتد الضمان وأثاره من حيث الحقوق و الواجبات على الدول المتعاقدة و مواطنيهم فقد دون غيرهم من الدول العربية التي لم توقع على اتفاقية المؤسسة مخاطبا شخص المستثمر بأن يكون صاحب طلب الضمان دون غيره.

وقد انتقد البعض هذا التوجه الذي اتخذته الاتفاقية في التركيز على مخاطبة شخص المستثمر انه الشخص الوحيد صاحب المصلحة المشروعة في التقدم للمؤسسة للاستفادة من ضمانها على استثماره، وهو أمر مخالف للمبدأ المستقر عليه في نظام التأمين و القاضي بجواز التأمين على الشيء من غير مالكة ما دام للمستأمن مصلحة مشروعة في ذلك⁽¹⁾، مما يفيد أن هناك أشخاص آخرين بغير المستثمر يمكن أن تكون لهم مصلحة مشروعة في طلب ضمان الاستثمار، وبالتالي فإن حرمانهم من هذا الحق ليس له ما يبرره فالدائن المرتهن لاستثمار معين يمكن أن تكون له مصلحة مشروعة في ضمان هذا الاستثمار، على أساس أن ذلك سيحفظ له حقوقه على هذا الاستثمار عندما يتعرض لخطر غير تجاري في الدولة المضيفة لا سيما و أن هذا الأخير لا يستطيع أن يؤمن على الاستثمار لدى شركات التأمين العادية لعدم امتداد نشاطها لتغطية الأخطار غير التجارية و هو ما يضاعف حالات تعرض استثماراته للأخطار غير تجارية أما حرمانه من ضمان المؤسسة، الأمر الذي دفع أصحاب هذا الاتجاه إلى اقتراح تعديل نص المادة المتقدمة على نحو يجوز معه لكل صاحب مصلحة مشروعة أن يتقدم للمؤسسة بطلب

(1) و يعتبر هذا المبدأ من المبادئ المستقر عليها في العديد من التشريعات العربية في إطار التأمين و نذكر على سبيل المثال المادة 261 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: « تكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من دون وقوع خطر معين».

ضمان الاستثمار الذي يهيمه أمره، مع إعطاء مجلس المؤسسة سلطة تقدير مصلحة طالب الضمان في مثل هذه الأحوال و سريان باقي الشروط المقررة في الاتفاقية على المستثمر لصلاحيته ضمانه⁽¹⁾.

ثانياً: اشترط النص المذكور أعلاه من الاتفاقية أن تقتصر مزايا الضمان الذي توفره المؤسسة على مواطني الدول المتعاقدة، مما يعني أن الاتفاقية أكدت وأقرت سريان شرط الضمان على الأشخاص الذين يتمتعون بجنسية إحدى الدول المتعاقدة الذين ساهموا في إنشاءها فقط⁽²⁾.

و لم تحدد الاتفاقية إحصائياً شروطاً بموجبها شروط تحديد جنسية هذا المستثمر مما يتعين الرجوع في ذلك إلى ما تقرره و تنظمه أحكام قانون الدولة المعنية في طرق إثبات جنسية مواطنيها⁽³⁾، و من ثم يتعين على المستثمر المخاطب بضمان المؤسسة أن يقدم ما يثبت تمتعه بالجنسية المعنية وفقاً لقانون الدولة التي يدعي انتماءه لها، ذلك أن هذا القانون هو المرجع في تحديد الأدلة المقبولة و قوة كل دليل منها في الإثبات⁽⁴⁾.

على أنه قد يستحيل في بعض الحالات على المستثمر المخاطب بالضمان تقديم الدليل الذي يطلبه قانون الدولة الذي يدعي الانتماء إلى جنسيتها، فيرى بعض في هذا الشأن وجوب استشارة القانون الأجنبي الخاص بالجنسية المطلوب الانتهاء إليها لمعرفة الأدلة المقبولة في هذا الشأن، فإذا ما قدم المستثمر الدليل البديل في قانون جنسيته أمكن قبول طلب ضمانه في ضوء توافر باقي الشروط الأخرى⁽⁵⁾.

ولا يختلف الأمر فيما إذا كان المستثمر المعني بضمان المؤسسة متمتعاً بجنسية واحدة أو حاملاً لجنسيات متعددة، فهنا يكفي لكي يسري عليه ضمان المؤسسة أن يكون متمتعاً بجنسية أحد الدول الأعضاء في المؤسسة⁽⁶⁾، وهو توجه يضمن تحقيق الأهداف المرجوة من إنشاء المؤسسة المتمثلة في

(1) راجع هذا الرأي في: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 115، 116.

(2) على أنه تجدر الإشارة إلى أن المشروع الذي أعده الصندوق الكويتي لاتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أورد استثناء في نصوص المشروع بأن يشمل ضمان المؤسسة الاستثمارات المملوكة لمواطنين من غير الدول الأعضاء، إلا أن هذا الاستثناء لم يتم قبوله و ألغي بموجب مؤتمر خبراء التمويل العرب تماشياً مع الفلسفة العامة للاتفاقية و التي تتجه إلى تشجيع حركة انتقال رؤوس الأموال العربية دون غيرها.

راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 26.

(3) حيث ينص قانون الجنسية الجزائري المعدل و المتمم بالمرم رقم 05-01 المؤرخ في 27/02/2005 على سبيل المثال في المادة 36 منه على: « يتم في كل الحالات، إثبات تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بها بالإدلاء بنسخة من حكم قضائي بت فيه نهائياً و بصورة أساسية»، و تنص المادة 21 من التشريع المصري رقم 26 لسنة 1975 على: « يعطي وزير الداخلية كل ذي شأن شهادة بالجنسية المصرية مقابل أداء رسم لا يجاوز خمس جنيهات و ذلك بعد التحقق من ثبوت الجنسية و يصدر بتحديد الرسم قرار من وزير الداخلية.

و يكون لهذه الشهادة حجية قانونية ما لم تلغى بقرار مسبب من وزير الداخلية، و يجب أن تعطى هذه الشهادة لطلبها خلال سنة على الأكثر من تاريخ تقديم الطلب، و يعتبر الامتناع عن إعطائها في الميعاد المذكور رفضاً للطلب».

(4) راجع: د/ هشام صادق: دروس في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 237.

(5) راجع ذلك مذكور في: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 125.

(6) راجع الفقرة 03 من المادة 15 من اتفاقية المؤسسة.

تدفق رؤوس الأموال إلى الدول العربية بغض النظر عن طبيعة الجنسيات التي يحملها أصحاب رؤوس الأموال المحمولة ما دام صاحبها مواطناً عربياً ينتمي لدولة متعاقدة.

ثالثاً: ميز النص في تحديد جنسية الشخص المعنوي بشروط و معايير تختلف عن تلك التي وضعها للشخص الطبيعي، على أساس أنه لم يترك تحديد جنسية هذا الشخص الاعتباري وفقاً للقوانين الداخلية للدول المتعاقدة كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعية بل حددت الاتفاقية ضابطاً موحداً تتحدد بموجبه هذه الجنسية، وهو موقف أيدته معظم الأنظمة ومواقف الفقه لكونه يجنب الدخول في الجدل و يحسم المشاكل و التأويلات التي يمكن أن تطرح في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية و مدى تمتعها بهذه الجنسية من عدمها⁽¹⁾، و قد تركزت المعايير التي أقرها نص الاتفاقية لتحديد جنسية الشخص الاعتباري في معيارين أولهما معيار الملكية الجوهرية لأسهم الشخص الاعتباري وحصصه، والثاني هو معيار مركز الإدارة الرئيسي⁽²⁾.

و سنحاول تحديد مضمون كل معيار على حدة وفقاً لمقتضيات و أهداف اتفاقية إنشاء المؤسسة كما يلي:

1. معيار الملكية الجوهرية لأسهم الشخص الاعتباري.

يقترّب هذا المعيار في مضمونه و ما يرمي إلى تحقيقه كضابط للكشف عن جنسية الشخص الاعتباري إلى حد بعيد من معيار الرقابة، على أساس أنه معيار يستجيب إلى الظروف الواقعية التي تحيط بالشخص الاعتباري و يكشف عن حقيقة القوى المسيطرة عليه، و بالتالي عن مدى انتماؤه الفعلي إلى الاقتصاد الوطني⁽³⁾.

وتقوم الفكرة الأساسية لهذا المعيار على أن الشخص الاعتباري يكون أجنبياً إذا كان مملوكاً لمواطنين أجنبى و كانت إدارته تتم بواسطته، حتى لو كان هذا الشخص مؤسساً في الدولة المعنية، أو كان مركز إدارته الرئيسي فيها⁽⁴⁾، و هو ما دفع بعض من الفقه إلى اعتبار هذا المعيار ذا طبيعة استثنائية و يلاءم ظروف معينة هي ظروف الحرب بحيث يمكن القول بعدم الحاجة إليه بعد انتهائها كقاعدة عامة، على أن

(1) راجع ذلك في: د/ هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 89.

(2) و مع ذلك فهناك معيارين آخرين لم تعتمد الاتفاقية عليهما في سبيل تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية و هما معيار التأسيس والذي يتمتع الشخص الاعتباري بمقتضاه بجنسية الدولة التي تم تأسيسه فيها، و كذا معيار الاستغلال الرئيسي حيث يكتسب الشخص الاعتباري جنسية الدولة التي يباشر فيها نشاطه الرئيسي. راجع ذلك في:

د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 90.

(3) راجع ذلك مذكور في: د/ هشام صادق: تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية و أثره على ضمان الاستثمارات العربية في مصر، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 07، يونيو 1976، ص 120.

(4) للاطلاع على مزيد من التفصيل حول الظروف التي أحاطت بنشأة معيار الرقابة راجع: د/ هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 94، 95.

البعض الآخر من الشراح رأى إطلاق هذا المعيار و ضرورة الأخذ به في جميع الأوقات و ليس فقط في فترات الحروب بوصفه المعيار السليم لتحديد شخصية الأشخاص الاعتبارية أو تبعيتها السياسية⁽¹⁾. ويبدو من ظاهر نص المادة 17 من اتفاقية إنشاء المؤسسة أن واضعوها قد اتخذوا من معيار جنسية الشركاء كأحد المعايير الأساسية للكشف عن مدى انتماء الشخص الاعتباري للدول الأعضاء، على أساس ربط قبول الشخص الاعتباري كطرف في عقد الضمان بالزامية ملكية حصصه و أسهمه بصفة جوهرية لقطر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيه⁽²⁾، و هو معيار يقوم على فكرة الرقابة ذلك أن تمتع الشخص الاعتباري بجنسية الدولة التي ينتمي إليها غالبية الشركاء يعني تمتعه بجنسية الأفراد الذين يخضعون لرقابة هذه الدولة و إشرافها، الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى الاستناد على معيار الرقابة لتفسير فكرة الملكية الجوهرية- التي يقوم عليها ضمان الشخص الاعتباري- بأن لا يقتصر مفهومها في نطاق الإطار الضيق لجنسية الشركاء و إنما يتعين تفسيرها تفسيراً موسعاً يتفق مع مرونة فكرة الرقابة التي يستند إليها هذا النص كمعيار للكشف عن التبعية الاقتصادية والسياسية للأشخاص الاعتبارية⁽³⁾، والقول باستلزام امتلاك المستثمر العربي لحصص وأسهم الشخص المعنوي بصفة جوهرية لا يعني بالضرورة أن تكون الملكية الجوهرية لدولة عربية معينة أو لرعاياها بل يستوي الأمر أن تكون هذه الملكية لأكثر من قطر من الأقطار الأعضاء المتعاقدة أو لمواطني هذه الأقطار⁽⁴⁾.

على أن الأمر يدق في الحالة التي يجمع فيها المشروع مستثمرين شركاء أجنب إلى جانب المستثمرين العرب مما يطرح التساؤل عن مدى امتداد ضمان المؤسسة في هذه الحالة على المشروع محل الاستثمار، وهل أن المقصود بالصفة الجوهرية للملكية في هذا الشأن ملكية كل أسهم و حصص الشخص الاعتباري أو جزءاً منها بأغلبية مطلقة أو بنسبة أقل من ذلك أن كانت تعبر عن الصفة الجوهرية ؟ حاول جانب من الفقه التوصل إلى علاج هذا الوضع على أساس أن تحديد الصفة الجوهرية في ملكية حصص و أسهم الشخص الاعتباري يجب أن تتوقف على عدة عوامل أهمها النسبة المملوكة لمواطني الدول العربية المتعاقدة لهذه الحصص و من ثمة قيمة النسب التي توزع بها باقي الأسهم والحصص وصولاً إلى تحديد الجهة المسيطرة على إدارة المشروع، وبالتالي فكما كانت النسبة عالية لجانب مواطني الدول المتعاقدة ثبت ضمان المؤسسة لهذا الشخص الاعتباري ومن ثم فإن الأمر يتطلب دراسة كل حالة لإمكان التحقق من ثبوت الملكية الجوهرية للدول العربية المتعاقدة أو لمواطنيها من عدمها⁽⁵⁾.

(1) راجع طرحاً لمختلف هذه الآراء في: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 95.

(2) راجع ذلك في: د/ هشام صادق: تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية، مرجع سابق ذكره، ص 121.

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 98.

- وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن جانب كبير من الشراح قد شكك في سلامة استخدام اصطلاح الجنسية في مجال الأشخاص الاعتبارية مفضلاً اصطلاح تبعيتها السياسية.

(4) نفس المرجع، ص 99.

(5) نفس المرجع ص 100، و كذا راجع أيضاً: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 140.

على انه تجدر الإشارة إلى التعديل الذي شمل هذا النص القانوني في هذا الموضع⁽¹⁾، بحيث يسمح بامتداد ضمان المؤسسة إلى الشخص الاعتباري ولو كان مركز إدارته الرئيسي كائنا في دولة غير متعاقدة ما دام أن حصصه وأسهمه مملوكة بصفة جوهريّة لدولة متعاقدة أو لمواطنيها وذلك في الأحوال التي تقتضيها المصلحة الاقتصادية العربية⁽²⁾.

2. معيار مركز الإدارة الرئيسي.

وهو ثاني معيار اعتمدته اتفاقية إنشاء المؤسسة لتحديد جنسية الشخص الاعتباري ومن ثم ثبات ضمان المؤسسة تجاهه، و قد قصد النص القانوني بهذا المعيار بأن الشخص الاعتباري يتمتع بجنسية الدولة التي يوجد فيها مركز إدارته الرئيسي وهي الدولة التي توجد فيها الأجهزة المختلفة للشخص الاعتباري والذي يجتمع فيه مديروه لاتخاذ القرارات المتعلقة به⁽³⁾.

على أن هذا الشرط الذي أقرته اتفاقية إنشاء المؤسسة قيد يحرم بعض المؤسسات المالية و الاستثمارية التي تملك فروعا في دول عربية متعاقدة و مركزها الرئيسي في دول أجنبية أخرى من ضمان المؤسسة على الرغم من أن الملكية الجوهريّة لأغلبية حصصها و أسهمها هي لرعايا و مواطنين عرب، ولعل هذا الوضع يعد من الأسباب التي دفعت إلى إحداث تعديل على الفقرة 1 من المادة 17 من الاتفاقية السابق الإشارة إليها تماشيا مع الأهداف المسطرة من طرف المؤسسة.

رابعا: ختمت الاتفاقية الشروط الخاصة بالمستثمر بشرط ضرورة استبعاد مواطني الدول المضيفة سواء أكانوا أشخاص طبيعياً أو معنوية من نطاق الضمان⁽⁴⁾ بالنص على عدم سريان ضمان المؤسسة على كل شخص طبيعي أو معنوي إذا كان هذا الشخص منتما للدولة التي يوجد فيها الاستثمار المضمون حتى و لو كان هذا الشخص متمتعاً بجنسية دولة أخرى خلاف جنسية الدولة المضيفة، حيث لا يعتد في هذه الحالة سوى بجنسية هذه الدولة المضيفة⁽⁵⁾.

(1) حيث تم تعديل نص المادة 17 بموجب قرار مجلس المؤسسة رقم 1976/7 فأصبح النص كمايلي: « ومع ذلك يجوز بقرار من المجلس أن يقبل الشخص الاعتباري طرفا في عقد التأمين رغم وجود مركزه الرئيسي في قطر غير متعاقد بشرط أن يكون هذا الشخص الاعتباري مملوكا بنسبة لا تقل عن خمسين بالمائة لواحد أو أكثر من الأقطار المتعاقدة أو مواطنيها، أو الأشخاص الاعتبارية التي تنطبق عليها الشروط المنصوص عليها في هذه الفقرة للقبول كطرف في عقد التأمين و يشترط في جميع الأحوال أن لا يكون المستثمر من مواطني القطر الضيف».

(2) راجع ذلك في: د/ هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 317

(3) راجع ذلك مذكور في: د/ هشام خالد، نفس المرجع، ص 136.

(4) حيث تنص المادة 17 من اتفاقية إنشاء المؤسسة على «...تشتترط في جميع الأحوال ألا يكون المستثمر من مواطني القطر المضيف... و إذا تعددت جنسيات المستثمر... فإذا كان التعدد ما بين جنسية احد هذه الأقطار و جنسية القطر المضيف يعتد بهذه الأخيرة»

(5) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 110.

على أن جانب من الفقه انتقد تطبيق هذا النص على إطلاقه لتجاوزه الغرض المقصود منه، ذلك أن الهدف الذي قامت لأجله المؤسسة يتمحور حول تيسير حركة رؤوس الأموال العربية بين الدول الأعضاء تشجيعاً على الاستثمارات اللازمة لأغراض التنمية، وبالتالي ما المانع من تقديم المؤسسة الضمان لاستثمار أجنبي يحقق الفائدة المرجوة ما دام مملوكاً لأحد مواطني الدول الأعضاء حتى ولو كان من رعايا الدولة المضيفة، ذلك أنه و من صفات المال المستثمر أنه يضل متمتعاً بالصفة الأجنبية حتى و لو كان المستثمر متمتعاً بجنسية الدولة المضيفة له⁽¹⁾.

وحرصت اتفاقية إنشاء المؤسسة أن تضمن لطرفي عقد الضمان الحق في تعديل العقد أو فسخه أو اتخاذ أي إجراء مناسب في حالة تخلف أي من الشروط الواجب توافرها وإقرارها في الاستثمار والمستثمر لصلاحيته ضمانه و ذلك بعد إبرام العقد، و هو نفس الإلزام الذي فرضه على المستثمر عند تقديم هذا الأخير للمطالبة بتنفيذ عقد الضمان والمطالبة بالتعويض عن الخسائر المؤمن عليها⁽²⁾، ما يفيد أن المستثمر المخاطب بالضمان يظل متمتعاً بجنسية إحدى الدول المتعاقدة عند إبرام العقد إلى غاية المطالبة بالتعويض وذلك في إطار جميع الظروف والشروط و المعايير التي حددتها الاتفاقية سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، مع بقاء شرط استبعاد هذا المستثمر من زمرة مواطني الدولة المضيفة ساري المفعول في هذا الشأن، وهو ما أطلق عليه البعض بشرط استمرار الصلاحية⁽³⁾، على أن هذا النص لم يشر إلى كيفية إثبات استمرار توافر الجنسية في الفترة الممتدة من بعد إبرام العقد إلى غاية المطالبة بالتعويض من طرف المستثمر، و نذهب في هذا الشأن ما اقترحه البعض بإلقاء عبء الإثبات على عاتق المؤسسة على أساس أن افتراض المستثمر المخاطب بالضمان متمتعاً بالجنسية المطلوبة طيلة مدة العقد و يتم الاكتفاء في هذا الفرض بما سبق تقديمه من إثبات عند التعاقد إلى غاية إثبات العكس من طرف المؤسسة بأن تكتشف أو يثبت لديها عدم استمرار المستثمر بتمتعته بالجنسية المطلوبة أو حرمانه منها لفترة ما بين التعاقد و طلب التعويض، و هو ما يجيز لها - المؤسسة - عندئذ اتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات في حق هذا المستثمر⁽⁴⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره ص 27، 28، و كذا راجع: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 112.

(2) راجع فقرة 02 من المادة 17 من اتفاقية إنشاء المؤسسة.

(3) راجع: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 113.

(4) راجع مختلف الآراء و الاقتراحات التي طرحت في مجال عبئ إثبات استمرار جنسية المستثمر في:

د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 151، 152.

الفرع 03: طبيعة المخاطر الصالحة للضمان في إطار اتفاقية المؤسسة.

الأصل أن لإطراف العقد حرية تحديد الخطر المؤمن ضده و مدى الضمان الذي يلتزم به المؤمن و شروطه و ذلك تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يسمح لأطراف العقد بتحديد محله، مما يجعل من وثيقة التأمين بمثابة المرجع الأول في تحديد أي الأخطار يعتبر مضموناً أو مستبعداً باعتبارها تتضمن نية الطرفين فيما يتعلق بنطاق التأمين، على أن نص القانون المحدد للخطر المضمون قد يكون له تأثير في رسم حدود هذا النطاق⁽¹⁾.

و في هذا الإطار حرصت اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار بالنص على تحديد المخاطر التي تخذل في نطاق ضمانها أين سمحت بتوفير ضمانها ضد كل أو بعض الخسائر و الأضرار المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية⁽²⁾، والتي حددتها على سبيل الحصر، على أن تحديد نوع الخطر محل الضمان و مجاله تركت فيه الاتفاقية المجال لعقود الضمان في تحديده وفقاً لما تم الاتفاق عليه⁽³⁾، وعليه فبمقتضى هذا النظام يستطيع المستثمر العربي الذي يتعاطى مع هذه المؤسسة إن يحصل على تعويض ما أصابه من أضرار مترتبة على تحقيق المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها استثماره في دولة عربية غير دولته، و ربما كان لطبيعة الصياغة التي اتسمت بها في هذا الشأن نصوص الاتفاقية والتي تميزت بقدر مناسب من العموم والمرونة الأثر الإيجابي الفعال للسماح للمؤسسة بتوفير ضمانها لصور متنوعة من المخاطر فتؤدي إلى كسب ثقة المستثمرين، على أن ذلك لم يمنع البعض من إثارة تساؤلات عما إذا كانت صياغة هذا النص تسمح بشمول ضمان المخاطر التي لم يرد تصنيفها ضمن المادة 18 حتى وإن كانت تؤدي إلى نتائج تشابه تلك التي تنتهي إليها المخاطر التي تم ذكرها بالاتفاقية صراحة⁽⁴⁾.

ولتحديد مآل و موضع هذا التساؤل في اتفاقية إنشاء المؤسسة يتعين بداية تحديد مضمون تلك المخاطر التي حددتها هذه الاتفاقية و سمحت بسريان ضمان المؤسسة عليها، و من ثم التوصل إلى نتيجة إيجابية أو سلبية حول شمول هذا الضمان لمخاطر تدر نفس نتائج المخاطر المحددة بالنص والتي تم تقسيمها إلى ثلاث أنواع من المخاطر على النحو التالي:

(1) راجع ذلك في: د/ احمد شرف الدين: نزع الملكية و ضمان الاستثمار العربي، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية العدد الأول و الثاني، السنة 26، يناير و يوليو 1984، ص 02.

(2) سعت الاتفاقية منذ البداية إلى استبعاد المخاطر التجارية من نطاق الضمان على أساس أن المستثمر يقبل تحمل الخسائر الناتجة عنها باعتباره مغامراً يبحث عن الربح و يتحمل الخسارة التجارية التي يمكن التأمين ضدها تأميناً عادياً و بشروط معقولة.

(3) راجع نص المادة 18 من اتفاقية إنشاء المؤسسة

(4) راجع: د/ احمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 09.

أولاً: المخاطر السياسية.

يعرف الخطر السياسي عموماً بأنه خطر الخسارة الناشئة عن عمل أو امتناع يصدر من حكومة الدولة المضيفة أو إحدى سلطاتها أو هيئاتها العامة و يترتب عليه حرمان المستثمر من حقوقه أو سلطاته الجوهرية على الاستثمار و منافعه⁽¹⁾.

ولم يخرج تحديد طبيعة الأخطار السياسية ضمن أحكام المادة 18 عن معطيات هذا التعريف إلا ما تعلق بتحديد أنواع تلك المخاطر على وجه التخصيص كالمصادرة والتأميم و فرض الحراسة و نزع الملكية... الخ⁽²⁾، وهو ما يشير إلى أن المؤسسة أقرت مد ضمانها على كافة صور التأميم - سواء أكان تأميم إنمائي أو إصلاحي أو إيديولوجي- إلى جانب استبعاد المصادرة كونها من الإجراءات التي لا يصاحبها أداء تعويض طالما اتسمت بالطابع الجزائي و تمت مقابل أعمال غير مشروعة ارتكبتها من اتخذت إجراءات المصادرة في حقه⁽³⁾، على خلاف إجراءات التأميم و نزع الملكية التي يقابل قيامهما إلى حرمان المستثمر المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره.

وبهذا المعنى تخرج إجراءات المصادرة من نطاق المخاطر السياسية و لا تستوجب التعويض إلا إذا اتخذت بطريقة تحكيمية أو غير مشروعة كذلك التي تتخذها مثلاً السلطة التنفيذية دون حكم قضائي و متى ثبت ذلك وجب التعويض عنها⁽⁴⁾.

وفي نفس الإطار عبر البعض عن ذلك بأن تقوم المؤسسة بتغطية جميع حالات نزع الملكية الفعلي باستثناء المصادرة التي تتم تنفيذاً للحكم قضائي اتبعت فيه الإجراءات القانونية المعتادة و ذلك دون الالتفات للوصف القانوني الذي يضيفه المستثمر أو الحكومة المضيفة على التصرف الذي أدى إلى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره⁽⁵⁾.

كما شمل النص كل من إجراءات الاستيلاء الجبري⁽⁶⁾ و الحراسة⁽¹⁾ بنفس الضمان الذي اقره لإجراءات التأميم و المصادرة و نزع الملكية برغم اختلافها عن سابقتها، لكونها إجراءات مؤقتة تزول بزوال أسبابها

(1) راجع هذا التعريف في: د/ إبراهيم شحاته، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 74.

(2) تنص المادة 18 ف 01(أ) من اتفاقية المؤسسة على: «يغطي التأمين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو أكثر من المخاطر غير التجارية التالية:

أ- اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره و على الأخص المصادرة و التأميم و فرض الحراسة و نزع الملكية و الاستيلاء الجبري و منع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه أو تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول.....»

(3) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 130.

(4) لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: نفس المرجع ص 130، 131.

(5) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 25، 26.

(6) عرف البعض الاستيلاء بأنه إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة المختصة في الدولة و تحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة لهدف يتعلق بالمصلحة العامة و ذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائه لمالكها. راجع ذلك في: د/ هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 17.

على أساس قيام المؤسسة بتعويض من كانت له ملكية المال محل الاستيلاء أو الحراسة لاعتبارها إجراءات تصيب المشروع بذاته، وهو ما يلحق الضرر بالمساهمين في ملكيته⁽²⁾.
أما فيما يتعلق بخطر تأجيل الوفاء بالدين إلى أجل غير معقول⁽³⁾، فهو من طبيعة الأخطار التي تلحق عادة الاستثمارات غير المباشرة المتمثلة في صورة قروض و يستفيد المستثمر الذي ادعى هذا النوع من المخاطر متى ثبت اتخاذ السلطات العامة في الدولة المضيفة إجراءات تحرمه من التمتع بحقوقه الجوهرية كدائن، مثل منعه من استيفاء حقه أو التصرف فيه أو فرض إعادة جدولة القرض أو تأجيل الوفاء بأقساطه وعوائده أو اتخاذ إجراءات في مواجهة المشروع المدين بالقرض تؤدي إلى عجزه عن الوفاء للدائن بحقوقه بموجب عقد القرض⁽⁴⁾.

ثانياً: مخاطر تحويل العملة.

نظمت أحكام المادة 18 ضمن الفقرة (ب) منها تحديد حالات القيود المفروضة من الدولة المضيفة بشأن تحويل عوائد الاستثمارات أو أصولها القائمة فيها إلى الخارج و تصنيفها كمخاطر يسري عليها ضمان المؤسسة⁽⁵⁾.

ويقصد بخطر التحويل عموماً خطر الخسارة الناجمة عن تقييد حرية المستثمر في تحويل أصل استثماره أو دخله إلى الخارج بشرط أن يكون متمتعاً بممارسة هذه الحرية عند بداية قيامه بالاستثمار⁽⁶⁾، و هو ذات المبدأ الذي أقرته المادة 18 ف (ب) المذكورة، أين أكدت على استبعاد الضمان على القيود التي تفرضها الدولة المضيفة بعد سريان عقد الضمان، وعبرت عن ذلك بمصطلح الإجراءات الجديدة، ومرد ذلك أنه لا يتصور من الناحية العملية أن تقوم المؤسسة بضمان الخسائر المترتبة على مخاطر كانت

(1) يقصد بالحراسة نزع الشيء من يد مالكة أو حائزه ووضعه في حيازة الغير لإدارته لمصلحة من يحدده من فرضها. راجع هذا التعريف في: د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 07، المجلد الأول، 1964 بيروت، ص 781.

(2) راجع ذلك في: د/ هشام صادق: النظام العربي لضمان الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 133.

(3) يقصد بخطر تأجيل الوفاء بالدين ذلك الإجراء الذي تقرضه الحكومة لصالح المدينين المحليين و الذي تعطيهم بموجبه فترة إهمال لسداد ديونهم إلى المستثمر "الدائن" الأجنبي خلاف المواعيد المقررة أصلاً و هي حالة تختلف عن حالة حصول الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة على قرض من المستثمر الأجنبي ثم يحصل امتناع الحكومة أو الهيئة العامة عن السداد. راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته، نفس المرجع، ص 23.

(4) راجع ذلك مذكور في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 411.

(5) تنص الفقرة 1 (ب) من المادة 18 من اتفاقية المؤسسة على: « اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بالوساطة إجراءات جديدة تقيّد صفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل أصول استثماره أو دخله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج، و يشمل ذلك التأخر في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولة كما يشمل فرض السلطات العامة عند التحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تمييزاً واضحاً».

(6) د/ إبراهيم شحاته: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 75.

قائمة بالفعل عند نفاذ العقد أو تم البدء في اتخاذها بتاريخ سابق على نفاذه⁽¹⁾، و هي إجراءات تتخذ عادة من جانب السلطة التشريعية أو التنفيذية في الدولة المضيفة و ذلك في شكل قانون أو مرسوم أو لائحة أو مجرد قرار إداري أو أي شكل آخر، و ذلك إما برفض هذه السلطة تحويل مستحقات المستثمر المضمون من العملة المحلية إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل سواء كان الرفض صريحا أو ضمنيا، كما يظهر هذا الخطر في صورة التأخر في الموافقة على تحويل العملة المحلية إلى خارج القطر المضيف بما يتجاوز فترة معقولة⁽²⁾.

أما الصورة الأخيرة التي حددتها الاتفاقية بالنص لهذا النوع من المخاطر فتظهر في حالة ثبوت معاملة تمييزية في حق المستثمر من طرف سلطات القطر المضيف بشكل ملفت و واضح و ذلك بفرض سعر صرف تمييزي عند التحويل.

وتتحقق هذه الصورة من الناحية العملية وفقا لما تضمنته عقود الضمان التي أبرمتها المؤسسة في الحالة التي يتعذر فيها على المستثمر المضمون خلال مدة 60 يوماً من تاريخ الموافقة على التحويل أو من تاريخ استلام العملة المحلية أيهما جاء لاحقا إجراء التحويل و ذلك عن طريق مشروع بسعر صرف لا يقل عن 99% من سعر الصرف المعني من يوم نشأة الخطر⁽³⁾.

وسعر الصرف يعبر عن السعر الرسمي المعتمد لأي يوم من المصرف المركزي في القطر المضيف و الذي ينطبق على تحويلات المستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالعائد على استثماراتهم، فإذا تعدد سعر الصرف المشار إليه أو تغير في نفس اليوم يؤخذ بمتوسط أسعار الصرف المطبقة لدى المصارف أو البنوك الرئيسية في القطر المضيف⁽⁴⁾.

على أن اتفاقية إنشاء المؤسسة استبعدت من نطاق ضمانها المخاطر الناتجة عن إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو حالات انخفاضه، كما لا يدخل في نطاق هذا الضمان الخسائر المترتبة عن التضخم أو تخفيض العملة⁽⁵⁾، وهي إجراءات عملت معظم المشروعات المقترحة لإنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمار على استبعادها، على أساس أن تخفيض قيمة العملة أو انخفاضها من الأمور التي تتعرض لها أي دولة و يفترض في المستثمر توقعها سلفا لأنها تصنف عادة ضمن حالات الأخطار

(1) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 138.

(2) فقد حددت عقود الضمان التي أبرمتها المؤسسة هذه الفترة التي يتعين مرورها لتحقيق الخطر و من ثم قيام الحق بالمطالبة بالتعويض أين حددتها بمدة تسعين يوما (90 يوم) من تاريخ التقدم بطلب التحويل المستوفي شروطه، أو من تاريخ تسليم العملة المحلية على أن هذه الفترة ليست لمدة مقيدة و ليست معيارا ثابتا بل يتصور تغييرها وفقا لملازمات كل حالة على حدة و على حسب ظروف القطر المضيف و المدة التي تطلبها السلطات العامة فيه. راجع ذلك في:

د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 141.

(3) نفس المرجع، ص 142.

(4) لمزيد من التفصيل حول ذلك: راجع نفس المرجع، ص 143.

(5) تنص المادة 18 /1/ب على ما يلي: «و لا يدخل في نطاق هذا الخطر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التأمين كما لا يدخل فيه إجراءات التخفيض العامل سعر الصرف أو أحوال انخفاضه».

التجارية، هذا إلى جان أن تغطية هاتين الحالتين أو إحداهما بالضمان سوف يؤدي إلى تحميل المؤسسة بأعباء ضخمة تزيد من إرهاقها⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى مخاطر العجز عن تحويل العملة من المخاطر التي تواجه كل الاستثمارات المباشرة أو غير المباشرة على حد سواء على أن أساس الخطر في الحالة الأولى "كالمساهمة في ملكية المشروعات" يصيب المستثمر الذي يريد إعادة تصدير رأس ماله أو تحويل أرباحه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج، أما الحالة الثانية التي يظهر فيها الاستثمار على شكل قرض مثلاً فيصيب هذا الخطر المستثمر الذي يريد تحويل أصل القرض أو فوائده إلى خارج القطر المضيف⁽²⁾.

ثالثاً: مخاطر الأعمال العسكرية و الفتن الداخلية.

تصدت اتفاقية إنشاء المؤسسة بالنص على مخاطر الأعمال العسكرية و الفتن الداخلية، و ذلك بإتاحة التعاقد على ضمان الأخطار الناتجة عن هذه الأعمال سواء كانت صادرة عن الدولة المضيضة أو أي دولة أجنبية أخرى وأدى ذلك إلى تعرض الأصول المادية للمستثمر لأضرار بطريقة مباشرة⁽³⁾.

ويستفاد من هذا النص أن الاتفاقية استعانت بتعبير الأعمال العسكرية و هو مصطلح موسع يشمل جميع الأعمال التي تنتبأ بوجود حرب و ثورة أو مجرد حالة حرب، وهو برأينا اختيار موفق لمصطلح الأعمال العسكرية دون الاقتصار على مصطلحات محددة كالحرب أو الثورة التي تعبر عن ضرر ناتج عن حالة محددة بذاته، كما انه يعبر عن تجسيد الهدف من الاتفاقية وهو حماية الاستثمارات التي يملكها مواطنو الدول العربية من أي ضرر يصيبها سواء كان من حرب أو غيرها.

كما تضمن نص المادة 1/18 ج محل الدراسة شرط صريح مفاده أن لا يمتد ضمان المؤسسة إلا على الأصول المادية للمستثمر التي تعرضت لضرر مباشر نتيجة خطر الأعمال العسكرية، و هو ما يفيد أن الاتفاقية استبعدت من نطاق ضمانها الأصول غير المادية للمستثمر والتي تظهر في شكل الأوراق التجارية و المالية والنقود و السبائك و المستندات، و هو أمر أيده بعض الفقه و اعتبره تقييد معقول من جانب اتفاقية إنشاء المؤسسة على أساس أن هذه الأخيرة تهدف إلى أن تحمي نفسها من المطالبات غير المحدودة التي يمكن أن تواجهها فيما لو أجازت و سمحت بضمان الخسائر غير المادية الناتجة عن الأعمال العسكرية والاضطرابات الأهلية كما أنها من الخسائر التي يصعب الاتفاق حولها⁽⁴⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 76.

(2) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، نفس المرجع، ص 144.

(3) تنص المادة 1/18 ج على ما يلي «كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضاً مباشراً، و كذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات و الانقلابات و الفتن و أعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر».

(4) راجع هذا الرأي في: د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 77، و كذا: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص

في حين اعتبر البعض الآخر أن عدم امتداد الضمان الأصول غير المادية للاستثمار أمر في غير محله ولا يتفق مع أهداف المؤسسة بدفع حركة رؤوس الأموال في المنطقة العربية و التي لا يمكن أن تتم دون تغطيتها لأكبر قدر من المخاطر غير التجارية وفي أوسع نطاق ممكن، على أساس انه إن تحقق و ثبت أن الأصول غير المادية للاستثمار يمكن أن تفوق أصوله المادية فهذا أدعى لمد الضمان إليها أيضا شأنها في ذلك شأن الأصول المادية⁽¹⁾، و بالتالي لو سلمنا بحق المؤسسة بحماية نفسها من المطالبات غير المحدودة فإن ذلك سيؤدي وفقا للطرح السابق إلى حرمان المستثمر المضروب من حقه في التعويض عن الخسائر التي لحقت بالأصول غير المادية لمشروعه وهو ما يتنافى و أهداف المؤسسة و طموحاتها. و تجدر الإشارة إلى أن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار أكدت بالنص على استعدادها لضمان كل تلك المخاطر دفعة واحدة إذا ما ثبت تحققها أو تم الاتفاق ضمن عقد الاستثمار على ضمانها، وهو بذلك أمر متروك تحديده للمستثمر الطرف في عقد الضمان بأن يختار واحدا أو أكثر من تلك المخاطر المحددة بنص المادة 18 من الاتفاقية كما له أن يتضمن طلبه كل تلك المخاطر وفقا لما يراه مناسبا و ملائما لمشروعه الاستثماري بما يضمن له تحقيق نجاحه و الأهداف المتوخات من إنشائه.

والعبرة في ذلك عند البعض أن حق المستثمر في اختيار المخاطر التي يرغب في تغطيتها كلها أو بعضها يرجع إلى كونه صاحب التقدير النهائي لمصالحه الخاصة وفقا لما يراه مناسبا والظروف السائدة بالبلد المضيف لاستثماره، وهي مسألة قد يصعب على المؤسسة تقديرها بل وقد يكون من غير المرغوب فيه أن تتدخل المؤسسة في هذا الشأن الذي قد يسبب لها إحراجا سياسيا في مواجهة القطر المضيف و الذي يُعَدُّ عضوا بدوره في المؤسسة⁽²⁾، على أن المؤسسة قيدت هذا الحق بحدود خاصة لطبيعة الضمان الذي توفره لتلك المخاطر بقيد كمي عام ضمن أحكام المادة 20 من اتفاقية إنشائها بنصها على أن: «يحدد مجلس المؤسسة الحد الأقصى لمجموع قيمة عمليات التأمين التي يجوز لها القيام بها بشرط أن لا يتعدى هذا المجموع في أي وقت خمسة أمثال رأس المال مضافا إليه الاحتياطي»، أما بالنسبة للقيود الكمي الخاص فحدده الفقرة 03 من المادة 20، بأن لا يزيد المبلغ محل الضمان في أي عملية واحدة عن 10% من رأس المال الاحتياطي على أن يرفع هذا الحد إلى 20% في حالة الاستثمار في مشروعات عربية مشتركة⁽³⁾.

على أن هذا الامتياز الذي خص به المستثمر المخاطب بالضمان لوحده دون المؤسسة في تحديد طبيعة و نوعية المخاطر التي يقبل سريان الضمان عليها دفع بهذه الأخيرة إلى تحديد و تقييد الحالات التي تخرج من نطاق الضمان بحالات معينة على سبيل الحصر حتى لا يختلط الأمر على المستثمر لاسيما

(1) د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 203، 204، و راجع نفس الاتجاه في: د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 43، 44.

(2) راجع ذلك في: د/ هشام صادق، مرجع سابق ذكره، ص 148.

(3) راجع لمزيد من التفصيل: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: المركز القانوني للمستثمر الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 223.

أمام الصلاحيات الموسعة التي أنيط بها في مجال تحديد نوع الخطر أو المخاطر التي تكون صالحة للضمان من عدمها، وبناءا عليه نصت الاتفاقية على انه لا يجوز في جميع الأحوال أن يغطي عقد الضمان الخسارة الناجمة عن أي إجراء تتخذه السلطات العامة في القطر المضيف و تتوفر فيه الشروط التالية:

- أ- أن يكون الإجراء مما تتوفر بشأنه عمليات تأمين عادية بشروط معقولة⁽¹⁾.
 - ب- أن يكون المستثمر قد وافق صراحة على اتخاذ الإجراء أو كان مسؤولا عنه مسؤولية مباشرة⁽²⁾.
 - ج- أن يكون الإجراء من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيميا للنشاط الاقتصادي في إقليمها التي لا تميز ضد المستثمر المشمول بالضمان⁽³⁾.
- ونخلص إلى القول أن نظام الضمان الذي أقرته المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عمل بجد على تحسين مناخ الاستثمار العربي فيما بين الدول العربية على خلاف ما كان عليه سابقا لا سيما بعد أن تعززت بفضلها العلاقة والمصلحة المشتركة بين كل من الدول العربية المصدرة لرأس المال و الدول العربية المستوردة له، و ذلك بفضل ما تضمنته من نصوص و أحكام ضمن اتفاقية إنشائها عملت على خلق الثقة لدى المستثمر العربي في النصوص القانونية العربية بفضل التوسيع من نطاق مفهوم الاستثمارات سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة و مؤكدة على تعويضه عن الخسائر التي تصيبه من جراء مجموعة من المخاطر غير التجارية بفضل نظام تحمل الأعباء و اقتسام الخسائر بين الدول المصدرة والدول المستوردة لرأس المال الأعضاء في المؤسسة على حد سواء، و ما لهذا النظام من تأثير و ضغط على الدول المضيفة لحثها على الامتناع عن اتخاذ أي تصرف ضار يمكن أن يترتب عليه خسارة للمستثمر المسخر ضمان المؤسسة لصالحه، كل تلك الامتيازات تشكل في مجملها حافزا وأمانا كافيا للنهوض باقتصاد الدول العربية و تطويره إذا ما تم الالتزام بشروطه و احترامها و مواصلة تدعيمه من الجانب المالي الذي يضمن استمرارية هذا النظام و المؤسسة التي ترعاه و تقوم على تعزيزه لا سيما و أن اتفاقية المؤسسة ضمنت بنصوصها المرنة ما يتيح للدولة الأعضاء فيها باقتراح إلى كل ما يهدف إلى تطوير المؤسسة وتحقيق تشجيع انتقال رؤوس الأموال العربية بين الدول العربية لتمويل خططها الإنمائية و ذلك وفقا لصلاحيات نصوصها للتعديل وفقا لما أقرته بذلك المادة 38 منها⁽⁴⁾، ولأدل على ذلك القرار

(1) راجع المادة 2/18.

(2) راجع المادة 2/18 ب.

(3) راجع المادة 2/18 ج.

(4) تنص المادة 38 من اتفاقية إنشاء المؤسسة على: «1- يجوز تعديل نصوص هذه الاتفاقية بقرار يصدر بالأغلبية الخاصة بناءا على اقتراح أحد أعضائه و لجنة الإشراف و المدير العام.

2- لا ينظر المجلس في اقتراح التعديل إلا بعد أربعة أشهر على الأقل من إبلاغ الأعضاء به.

3- لا يسري التعديل الذي يتضمن زيادة حصة عضو في رأس مال المؤسسة إلا بموافقة صريحة منه»

المؤقت الذي أصدره مجلس المؤسسة حديثاً و ذلك بتطبيق نظام ضمان ائتمان الصادرات ضد المخاطر التجارية و المخاطر غير التجارية لمدة سنتين⁽¹⁾ و هي خطوة جد مهمة ولا بد أنها ستترك أثراً محموداً لدى المستثمرين العرب و بصمة جريئة في تاريخ المؤسسة العربية لضمان الاستثمار كهيئة دولية.

المبحث الثاني: تنظيم عمليات الاستثمار الأجنبي في ظل المنظمة العالمية للتجارة.

تنوعت وتعددت المحاولات الدولية في السعي نحو خلق تنظيم دولي يحكم معاملات الاستثمار و إجراءاته بخلاف التنظيمات الدولية السابقة التي لم تثبت فعاليتها في تحقيق الأهداف المرجوة منها، على أساس وضع معايير وأسس محددة من خلال هذا التنظيم الدولي الشامل لتنظيم حركة رؤوس الأموال بما يتلاءم وحاجة الدول النامية والدول اقل نموا لتحقيق توزيع عادل للاستثمارات الأجنبية على هذه البلدان بما يضمن تحقيق تنميتها الشاملة دون تهميش دولة على حساب الأخرى، وهو الأمر الذي اجتمع القرار الدولي على تحقيقه بعد دراسة مختلف الآراء للدول والتي فضلت في معظمها أن يتجسد تنظيم الاستثمار في إطار شامل و متعدد الأطراف ضمن منظمة دولية معينة كما كان أو منتدى لإجراء المفاوضات فيه من اجل قوانين الاستثمار الدولي، وذلك نتيجة لعدة اعتبارات ترجع إلى تفضيل الدول لمنظمات دولية دون غيرها استناداً إلى عضويتها فيها و مدى تأثير الدول على قراراتها ومدى فعاليتها وتأثير المنظمة ذاتها⁽²⁾.

وتعتبر منظمة التجارة العالمية من بين المنظمات الدولية التي وجدت تأييداً دولياً على أوسع نطاق لتكون المنتدى المقترح للتفاوض بشأن اتفاقيات الاستثمار متعددة الأطراف لا سيما من الاتحاد الأوروبي و الدول المتقدمة⁽³⁾، للدور الذي لعبته هذه الاتفاقية في تنظيم إجراءات الاستثمار المرتبطة بالتجارة بعد أن كانت هذه المسائل من المواضيع التي تدخل ضمن صميم الاختصاصات الداخلية لحكومات الدول التي تدافع عنها، على أن زيادة العوائق التي تواجه الاستثمارات دفع بالمنظمة إلى طرح هذا الموضوع للمفاوضات وذلك في إطار الرغبة بتحرير الاستثمار الأجنبي إلى جانب أهدافها الرئيسية الرامية إلى تحرير التجارة الدولية.

ودراسة دور منظمة التجارة الدولية في تنظيم عمليات الاستثمار الأجنبي يتطلب أولاً التعرف إلى طبيعة و ظروف نشأتها مع تحديد أهدافها كمنظمة دولية و هو ما سنخصص دراسة المطلب الأول، ثم نتنقل

(1) صدر هذا القرار في جلسة مجلس المؤسسة المنعقد بالخرطوم في يوليو 1985. راجع ذلك في: د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 48.

(2) راجع المقترحات المختلفة لهذا الإطار في ظل المنظمات الدولية في: د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 527 و ما بعدها.

(3) نفس المرجع، ص 528.

لبحث أساس العلاقة بين هذه المنظمة العالمية والاستثمارات الأجنبية و ذلك ضمن المطلب الثاني،
لننتهي في المطلب الأخير بتحديد وتبيان موقف الدول النامية من هذا الكيان التنظيمي الدولي.

المطلب الأول: ظروف نشأة المنظمة العالمية للتجارة وأهدافها.

عرف تاريخ التجارة الدولية والعلاقات الاقتصادية محاولات متعددة حول الإعداد لمشروع شامل لسياسة تحرير التجارة الخارجية لا سيما الولايات المتحدة الأمريكية التي بذلت مجهودا خاصا من اجل السعي إلى تحقيق مشروع تجاري دولي يهدف بصفة أساسية إلى تخفيض التعريفات الجمركية خاصة أمام فشل تحقيق ذلك بموجب ميثاق هافانا الذي لم تدم حياته طويلا و فقد أهميته بسبب عدم توافر التصديقات اللازمة عليه⁽¹⁾، وهو الأمر الذي دفع بمجموعة من الدول بتبني الفصل الخاص المتعلق بالسياسة التجارية في بنود الميثاق و صاغت منه 36 مادة و 8 ملاحق لتتمخض هذه الجهود عن ظهور ما أطلق عليه عام 1947 بالاتفاق العام للتعريفات الجمركية و التجارة⁽²⁾ "GATT"

«L'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce»، «General argument on tariffs and trade».

وهكذا فإن اتفاق الجات "GATT" تم التخطيط له منذ البداية ليكون مجرد اتفاق متعدد الأطراف و ليس منظمة دولية على أن تعمل تحت مظلة منظمة التجارة الدولية بمجرد أن تظهر هذه الأخيرة إلى الوجود، و بذلك كان القصد من إنشاءها أن تكون مؤسسة مؤقتة تجد أساسها القانوني في الاتفاقية المعروفة ببرتوكول التطبيق المشروط الذي قصد منه أن يسمح بأداء التزامات الجات "GATT" ريثما تقوم منظمة التجارة الدولية، إلا أن إخفاق ميثاق هافانا تحقيق ذلك جعل من هذا البرتوكول أساسا واقعا

(1) أسقطت فكرة تأسيس منظمة دولية للتجارة بعد عرضها في الوثيقة الأصلية للاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية الموقعة في أكتوبر 1947 خلال مؤتمر هافانا أين تم الإشارة على إقامة هذه المنظمة، إلا أن هذا المشروع قوبل برفض من الكونغرس الأمريكي انطلاقا من رغبته في الحفاظ على السيادة الوطنية للولايات المتحدة و التخوف من أن تؤدي الموافقة على إنشاء المنظمة إلى التخلي عن القوانين المحلية التي تسمح بفرض عقوبات تجارية على شركائها التجاريين. راجع ذلك في: د/ خالد سعد زغلول حلمي: مثلث قيادة الاقتصاد العالمي، دراسة قانونية و اقتصادية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002، ص 394.

(2) نشأت GATT بفضل 23 دولة ما بين الدول التي تخلت أو رفضت التصديق على ميثاق هافانا، التي قامت بتبني الفصل الوارد في الميثاق المذكور و الخاص بالسياسة التجارية في إطار ما أطلق عليه عام 1947 بالاتفاق العام للتعريفات الجمركية و التجارية أين وافق المجتمعون على أن أية اتفاقية يتم التوصل إليها في هذا الخصوص ستكون مؤقتة أي بمثابة ترتيب و قتي لحين العمل بميثاق التجارة الدولية و تم بذلك الموافقة على الاتفاقية من طرف الدول المدعوة في جنيف و التوقيع على محضرها النهائي يوم 30 أكتوبر 1947 على أن يتم العمل على سريانها و نفاذها ابتداء من 1 يناير 1948. راجع ذلك في: د/ عوني محمد فخري: التنظيم القانوني للشركات متعددة الجنسية و العولمة، مرجع سابق ذكره، ص 181، و كذا راجع أيضا: د/ محمد السعيد الدقاق و د/ مصطفى سلامة: المنظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف، بدون سنة طبع ، ص 320.

دائما للجات و التي كان يتم من خلالها عن مفاوضات في إطار جولات دولية⁽¹⁾ لمناقشة مسائل التجارة الدولية وإزالة جميع المشاكل التي تعوق سبل تحريرها، وكذا العمل على تحسين أداؤها حتى تتمكن من الاستجابة القانونية لمتطلبات توسيع النظام القاعدي للتجارة الدولية، وهو ما وصلت إلى تحقيقه بين أطرافها المتعاقدة لما يقارب خمسة عقود من الزمن إلى أن أصبحت جزءا من نتائج جولة الأوروغواي و تحولت من "GATT 47" إلى "GATT 94" و أن اختلفت هذه الأخيرة من الناحية القانونية عنها⁽²⁾، و بذلك أصبحت عضوا في عائلة جديدة تضم طائفة من الاتفاقيات المنظمة للتجارة العالمية نتيجة الدور الكبير الذي لعبته من خلال الجولات الثمانية التي رعتها والتي كان آخرها ظهور كيان دولي جديد وهو منظمة التجارة العالمية والتي تتطلب دراسته التعرف على مظاهر نشأتها و نظام العضوية فيها "الفرع 1" دون إغفال التعرض لأهدافها "الفرع 2".

الفرع 1: مظاهر نشأة المنظمة العالمية للتجارة.

شهدت العلاقات الاقتصادية و التجارية الدولية حدثا غاية في الأهمية ألا و هو التوقيع على الوثيقة الختامية المتضمنة نتائج جولة الأوروغواي⁽³⁾ للمفاوضات التجارية المتعددة الأطراف و تحديدا في 15 ابريل 1994 بمدينة مراكش بالمملكة المغربية التي تم بموجبها الإعلان عن ميلاد منظمة التجارة

(1) عقدت تحت مظلة الجات "GATT" الجولات الآتية: جنيف 1947، أنسي -فرنسا- 1949، توركوري "انجلترا" 1951، جنيف 1956، ديلون "جنيف" 1960-1961، كينيري "جنيف" 1964-1967، طوكيو 1973-1979، و أخيرا جولة أوروغواي 1986-1994.

(2) راجع ذلك في: د/ ياسر خضر الحويش: تأثير اتفاقيات تحرير التجارة العالمية في تطوير القوانين الداخلية، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص 76. ولمزيد من التفصيل والاطلاع على أجهزة اتفاق الجات 1947 ومبادئه راجع ذلك في: د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 33 وما يليها.

(3) اعتبرت جولة الأوروغواي آخر جولة تفاوضية لاتفاق الجات 1947 و شارك فيها عدد كبير من الدول بلغ نحو 123 دولة أغلبهم من الدول النامية، أين استمر الإعداد لهذه الجولة مدة تزيد عن ثلاث سنوات كما استغرقت مفاوضاتها أكثر من سبع سنوات (1986-1994) و أفرزت عن 20 اتفاقا تجسدت فيما يلي:

1. اتفاق مراكش بشأن إنشاء منظمة التجارة العالمية (اتفاق واحد).
 2. الملحق 01 من اتفاق مراكش و الخاص باتفاقات السلع و الخدمات و حقوق الملكية الفكرية (15 اتفاق).
 3. الملحق 02 من اتفاق مراكش و الخاص بوثيقة التفاهم بشأن القواعد و الإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات (اتفاق واحد).
 4. الملحق 03 من اتفاق مراكش و الخاص بآلية مراجعة السياسة التجارية (اتفاق واحد).
 5. الملحق 04 من اتفاق مراكش الخاص باتفاقات التجارة متعددة الأطراف (اتفاقان).
- راجع ذلك في: د/ محمد الدقاق و د/ مصطفى سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 322، 323.

العالمية (L'O.M.C)⁽¹⁾ و الذي عرف باتفاق مراكش الذي صنف كأهم الاتفاقيات التي أسفرت عنها هذه الجولة من بين 20 اتفاقية تم التوقيع عليها بمعرفة من وزراء التجارة في حكومات الدول الأعضاء وهي اتفاقات جاءت مقترنة بسلسلة من التخفيضات الجمركية المتبادلة التي تهدف في مجموعها إلى تحرير التجارة الدولية في مجالات مختلفة وبذلك اكتمل الثالوث التنظيمي الذي يسهر على الحياة الاقتصادية الدولية أي البنك الدولي وصندوق النقد الدولي وهما يشتغلان في السوق المالية الدولية و ما يرتبط بها من سياسات نقدية و مالية و اقتصادية شاملة للدول، ثم منظمة التجارة العالمية وهي تعمل في السوق التجارية الدولية و ما يرتبط بها من سياسات تجارية و تكنولوجية للدول⁽²⁾، و بذلك لم يكن ظهور منظمة التجارة العالمية طفرة مفاجئة في تاريخ العلاقات الدولية الاقتصادية التجارية مثلما يعتقد البعض بل كانت لها مقدمات كبيرة فضلا عن توافر البيئة الدولية المناسبة لبروزها لاسيما انتهاء الحرب الباردة و ظهور نظام العولمة الاقتصادية الذي كان له التأثير الكبير في تنظيم مسائل التجارة الدولية⁽³⁾، على أن البعض عزى حلول منظمة التجارة الدولية مكان اتفاقية GATT إلى حجم الانتقادات الموجهة لهذه الأخيرة و التي يمكن إجمالها فيما يلي:

1. أن منظمة GATT 1947 كانت تقتصر إلى الأجهزة الدائمة التي كانت تميز المنظمات الدولية- لكونها تأسست كمؤسسة دولية فقط ولم تكتسب صفة المنظمة الدولية إطلاقا-و كانت تقوم على ممارسة مهامها بواسطة بعض اللجان الحكومية المعاونة التي يناط بها أداء مهمات معينة و تنتهي حياتها بانتهاء مهمتها، على أن هذا النمط من النظام المفتقد للجانب التنظيمي و المؤسسي لا يتلاءم وحجم تطور العلاقات الاقتصادية الدولية وتشعب عمليات التجارة الدولية التي تتطلب لإدارتها أجهزة متخصصة و دائمة⁽⁴⁾.
2. أن مجال اتفاق GATT 1947 اقتصر على تحرير التجارة في السلع دون غيرها من قطاعات التجارة الدولية التي توسعت لتشمل قطاع الخدمات وحقوق الملكية الفكرية و هو ما لم يتسع له

(1) تجدر الإشارة إلى أن منظمة التجارة العالمية لم تحمل هذه التسمية عند بداية إنشائها وظلت تحمل اسم من منظمة التجارة متعددة الأطراف، إلى غاية الساعات الأخيرة من جولة المفاوضات أين قرنت الولايات المتحدة الأمريكية موافقتها على إنشاء هذه المنظمة و لكن شريطة أن يتغير اسمها إلى "منظمة التجارة العالمية"، راجع ذلك مذكور في:

د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 111.

(2) د/ عوني محمد الفخري، مرجع سابق ذكره، ص 182.

(3) لمزيد من الاطلاع على العوامل البيئية المساعدة لظهور منظمة التجارة العالمية، راجع: د/ياسر الحويش، مرجع سابق ذكره، ص 77، 78.

(4) د/ خالد سعد زغلول حلمي، مرجع سابق ذكره، ص 395.

و قد عبر البعض عن عدم تمتع (GATT) 1947 بصفة المنظمة بسبب العيوب التي صاحبها و التي أطلق عليها تسمية العيوب الولادية و التي عولجت في جولة الأروجواي من خلال قيام منظمة التجارة العالمية. راجع ذلك في: د/ ياسر الحويش، نفس المرجع، ص 76.

نطاق نظام GATT ، بل أن هناك من السلع ما لم يحظى بتنظيم محكم و دقيق كالمنتجات الزراعية و المنسوجات⁽¹⁾.

3. أن أحكام اتفاق GATT 1947 لم تكن عالمية التطبيق بالنظر لوجود دول تنتمي إلى نظام اقتصادي يتناقض وقواعد تحرير التجارة لاسيما الدول الاشتراكية⁽²⁾، وهو الأمر الذي لا ينسجم تماما مع ما تضمنته دورة الأروجواي من قضايا جديدة تتجاوز تحرير التجارة الدولية.

على أن هذه الانتقادات و غيرها لن تغير من واقع دام لما يقارب خمسة عقود ذلك، أن اتفاق GATT استمر في أداء عمله و مهامه التي خطط لها منذ نفاذه في عام 1948 إلى غاية التوقيع على اتفاق مراكش، وبذلك يمكن تصنيف هذه المؤسسة الدولية "GATT" باعتبارها من احد أهم المحافل الدولية التي ساهمت بشكل فعال في سير وتطوير التجارة الدولية و كانت مؤهلة للاستمرار رغم العيوب التي صاحبت نشأتها، على أن إنشاء منظمة التجارة العالمية التي دخلت حيز النفاذ اعتبارا من 01 يناير 1995⁽³⁾ فتح المجال أمام نظام دولي جديد لسير التجارة و العلاقات الاقتصادية الدولية و ذلك من خلال تجسيد و تسهيل تنفيذ اتفاقات التجارة العالمية التي بدأ العمل بها بداية بحياة المنظمة ذاتها، و تقديم الإطار المؤسسي المشترك لإقامة العلاقات التجارية فيما بين الدول في المسائل المتعلقة بهذه الاتفاقات التي تضم موضوعات جديدة تهم الدول الصناعية مثل الخدمات و الاستثمار و حقوق الملكية⁽⁴⁾، و مساعدة البلدان النامية و خاصة الأقل نموا في الحصول على نصيب من التجارة الدولية بما يتناسب و احتياجات تنميتها الاقتصادية⁽⁵⁾.

و نظام العضوية في منظمة التجارة العالمية لا يختلف كمبدأ عام في نطاقه عن نظام العضوية في أي منظمة عالمية و التي تقوم على مبدأ السماح بانضمام كل الدول إليها دون أن تضع حدا و عددا محددا أو مشروطا للنظام⁽⁶⁾، و بتطبيق هذا النظام على منظمة التجارة العالمية نجد أنها تميز ضمن أحكام اتفاقية إنشائها بين العضوية الأصلية⁽⁷⁾ و العضوية بالانضمام⁽⁸⁾، على أساس اعتبار كل الدول

(1) راجع ذلك في: د/ محمد الدقاق و د/ مصطفى سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 321.

(2) نفس المرجع ص 322.

(3) راجع نصوص وأحكام اتفاقية منظمة التجارة الدولية على الموقع: www.oms.org

(4) و تجدر الإشارة إلى انه لم يكن سرا أن الولايات المتحدة الأمريكية هي التي كانت تضغط بشدة من أجل إدراج هذه الموضوعات في جولة الأروجواي باعتبارها صاحبة مصلحة في ذلك. راجع ذلك في: د/ عوني محمد فخري، مرجع سابق ذكره، ص 182.

(5) راجع ذلك في ديباجة اتفاقية مراكش لإنشاء منظمة التجارة العالمية.

(6) يتعين التمييز في نظام المنظمات الدولية بين المنظمات العالمية التي تسمح بإمكانية انضمام كل الدول إليها، و المنظمات الإقليمية التي لا تضم في عضويتها إلا عددا محددا من الدول بالنظر لوجود رابطة تضامن محدودة تجمع فيما بينها. راجع ذلك في: د/ محمد الدقاق و د/ مصطفى سلامة، نفس المرجع، ص 27.

(7) راجع أحكام المادة 11 من اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية.

(8) راجع أحكام المادة 12 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

الأعضاء في اتفاقية GATT 1947 و التي شاركت ووقعت بقبولها على اتفاقية منظمة التجارة العالمية و الاتفاقات التجارية متعددة الأطراف ، تعتبر وفقا لأحكام المنظمة أعضاء أصلية بها ابتداء من تاريخ نفاذ اتفاقية إنشاء هذه المنظمة⁽¹⁾، أما فيما عدا الأعضاء فيجيز نظام منظمة التجارة العالمية لأي دولة أو إقليم جمركي منفصل يتمتع بالاستقلال ذاتيا كاملا في إدارة علاقاته التجارية الخارجية الانضمام إليها وفقا للشروط المتفق عليها بينه وبين المنظمة، و هو نظام يسري بنفس الأسلوب سواء على هذا الاتفاق أو على الاتفاقات التجارية متعددة الأطراف الملحقه به و هو ما يطلق عليه اصطلاحا بالعضوية بالانضمام⁽²⁾، مما يفيد أن الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية ليس مقصورا على الدولة فقط لوحدها كما تقضي بذلك القواعد العامة في قانون المنظمات الدولية و إنما يشمل أيضا الأقاليم الجمركية، التي لا تُعد دولة بمفهوم القانون الدولي العام⁽³⁾.

و لعل السبب في صياغة هذا النص على نحو يشمل حق الأقاليم الجمركية في الانضمام إلى المنظمة يرجع إلى ما يشهده العالم من ظهور العديد من التكتلات الاقتصادية المختلفة و حتى يتسنى للدول الأخرى الانضمام إلى تكتلات اقتصادية تستطيع من خلالها أن تنتزع موقعا مؤثرا على خريطة الاقتصاد العالمي.

أما بالنسبة لعضوية الدول اقل نموا فخلاف لبقية أعضاء المنظمة المعترف بهم من جانب منظمة الأمم المتحدة كبلدان أقل نموا، فقد تعاملت معهم اتفاقية إنشاء منظمة التجارة العالمية بأسلوب خاص عملا على تسهيل انضمامها للمنظمة على أساس إعفائهم من تقديم تعهدات أو تنازلات إلا في الحدود التي تتفق مع مرحلة تنمية كل منها و احتياجاتها المالية و التجارية و إمكاناتها الإدارية و المؤسسية⁽⁴⁾، كل ذلك تم تحت إشراف و رعاية المؤتمر الوزاري الذي يتخذ قرارات الانضمام التي تتم الموافقة على شروطه - انضمام الدولة- بأغلبية ثلثي الأعضاء⁽⁵⁾، و بذلك تصبح الدولة عضوا بعد استنفاد إجراءات القبول التي تضمنتها أحكام المادة 14 من اتفاقية المنظمة إلى جانب ضرورة توافر شروط خاصة يتعين على الدول الراغبة في الانضمام إلى المنظمة كمبدأ عام للالتزام بها⁽⁶⁾.

على انه و خلافا لما اعتمدته العديد من المواثيق الدولية التي نظمت حق المنظمة الدولية من توقيف العضو أو فصله من العضوية كإجراء عقابي تنتهي بمقتضاه إجباريا كافة حقوق العضو و التزاماته تجاه

(1) و لقد كان عدد الدول الأعضاء في اتفاقية GATT عند إنشاء منظمة التجارة العالمية 118 دولة ومنها عدد من الدول العربية و عدد كبير من الدول النامية. راجع ذلك في: د/ عوني محمد فخري، مرجع سابق ذكره، ص 182.

(2) راجع الفقرة 01 من المادة 12 من اتفاق إنشاء المنظمة.

(3) على أن اتفاقية إنشاء المنظمة أقرت بمنح العضوية لهذا النوع من التكتلات الاقتصادية و إقرار ذلك صراحة بنص المادة 11 منه عند منحها العضوية الأصلية للمجموعة الأوروبية.

(4) راجع المادة 11 فقرة 02 من اتفاقية المنظمة.

(5) راجع المادة 12 فقرة 02 من اتفاقية المنظمة.

(6) راجع تفصيلا لهذه الشروط في: د/ عبد الواحد محمد الفار: الإطار القانوني لتنظيم التجارة الدولية، دار النهضة العربية 2006، ص 442، 443.

المنظمة إذا ما ثبت انتهاكه و مخالفته لنصوص اتفاق المنظمة أو قراراتها، فإن اتفاق إنشاء منظمة التجارة العالمية جاء خاليا من النص على هذا الأمر و لم يتعرض إطلاقا لمثل هذه الإجراءات بالنص أو بالتطبيق، و بذلك بقي الإجراء الوحيد الذي تنتهي بموجبه حياة و علاقة الدولة العضو بالمنظمة عن طريق الانسحاب و الذي يبقى أمر نفاذه متعلقا بإرادة العضو متى شاء أن يستخدمه كحق في التحلل من الالتزامات المقررة، حيث أعطت الاتفاقية الحق لأي عضو في الانسحاب من هذا الاتفاق أو اتفاقات التجارة متعددة الأطراف على أن يصبح ساري المفعول بعد انتهاء ستة أشهر من تاريخ إخطار المدير العام للمنظمة كتابيا به⁽¹⁾.

الفرع 2: أهداف المنظمة العالمية للتجارة و مهامها.

إن الاعتراف لمنظمة التجارة العالمية بالشخصية القانونية⁽²⁾ أهلها لممارسة دورها و اختصاصاتها عن طريق أداء أعمالها وممارسة سلطاتها على وجه الدوام والاستمرار بواسطة هيكل تنظيمي ذا صلاحيات إدارية وتنفيذية و قانونية فضلا عن تبادل العلاقات مع الدول الأعضاء ومع غيرها من المنظمات الدولية سواء الإقليمية أو المتخصصة أو العالمية⁽³⁾،

مما يفيد أن الإقرار للمنظمة بالشخصية القانونية شرط أساسي ومخلف لآثاره في تحديد الأهداف التي أنشئت أصلا لأجل تحقيقها ولازالت تسعى جاهدة في سبيل ذلك و التي تتركز في مجملها على هدف عام وأساسي متفق عليه و هو تحرير التجارة الدولية⁽⁴⁾، و الذي جاء كنتيجة رئيسية من نتائج جولة الأوروغواي.

(1) راجع المادة 15 من اتفاق إنشاء المنظمة، و لمزيد من التفصيل حول حالات الانسحاب و أنواعه راجع: د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 176 و ما بعدها.

(2) يقصد بالشخصية القانونية للمنظمات الدولية تمتعها بالإرادة الذاتية بحيث أن ما تقوم به هذه المنظمات من تصرفات أو ما يصدر عنها من أعمال قانونية مختلفة لا تنصرف آثارها إلى الدول الأعضاء كل على حدى بل إلى المنظمة ذاتها. راجع ذلك في: د/ محمد الدقاق و د/ مصطفى سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 19.

(3) حيث تنص المادة 08 من اتفاقية إنشاء المنظمة على: «يؤن للمنظمة شخصية قانونية و على كل عضو من أعضائها أن يمنحها الأهلية القانونية اللازمة لمباشرة مهامها.

تمنح كل دولة عضو ما يلزم المنظمة من امتيازات و حصانات لمباشرة مهامها.

تمنح كل دولة عضو لموظفي المنظمة وممثلي الأعضاء الامتيازات و الحصانات التي تكفل استقلالية ممارستهم لوظائفهم المتصلة بالمنظمة.

تكون الامتيازات و الحصانات التي يمنحها العضو إلى المنظمة و إلى موظفيها و إلى ممثلي أعضائها مثل الامتيازات و الحصانات المنصوص عليها في اتفاقية امتيازات و حصانات الوكالات المتخصصة التي اعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 نوفمبر 1947، للمنظمة التي تعقد اتفاقا لمقرها الرئيسي».

(4) إن تحرير التجارة كهدف حقيقي و عام لمنظمة التجارة العالمية لا يعني حرية التجارة وفقا للفكرة السائدة و التي مفادها مفادها أن العضوية في المنظمة تعني الالتزام بالغاء كافة القيود المفروضة على التجارة الخارجية بل هو تجريد الدول =

ويقوم هذا الهدف العام أساساً على تبيان أن مسألة تخفيض الضرائب الجمركية بالنسبة للدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أو تلك التي كانت أعضاء في اتفاق GATT 1947 لا يقوم على مبدأ الإلزامية لهذه الأعضاء وإنما يتم ذلك اختياريًا في إطار المفاوضات متعددة الأطراف⁽¹⁾. على أن ذلك لم يمنع اتفاقية إنشاء المنظمة من إدراج بعض من الأهداف المحددة للمنظمة والتي يمكن استقراءها من ديباجة الاتفاقية وفقاً لما يلي:

1. رفع مستوى المعيشة وتحقيق العمالة الكاملة، من خلال البحث عن أفضل السبل والوسائل لضمان نمو مستمر في الدخل الحقيقي والطلب الفعلي، وزيادة الإنتاج المتواصل والانجاز في السلع والخدمات بما يتيح الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية العالمية وفقاً لهدف التنمية مع توكي حماية البيئة والحفاظ عليها ودعم الوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك بصورة تتلاءم واحتياجات اهتمامات كل منها في مختلف مستويات التنمية الاقتصادية في آن واحد.
 2. العمل على ضمان حصول البلدان النامية ولا سيما الأقل نمواً على نصيب عادل من نمو التجارة الدولية بما يتناسب واحتياجات تحقيق التنمية الاقتصادية فيها.
 3. العمل على ضمان تحقيق هذه الأهداف وذلك بالدخول في ترتيبات واتفاقات تبادلية ومشاركة بغية الوصول إلى أكبر تخفيض ممكن على التعريفات الجمركية والحوافز التجارية بهدف القضاء على المعاملة التمييزية في العلاقات التجارية الدولية، من خلال تكريس مبدئي الدولة الأكثر رعاية ومبدأ المعاملة الوطنية⁽²⁾ في إطار نظام تجاري متعدد الأطراف يغطي بتنظيماته المختلفة نتائج الجهود الدولية المبذولة لتحرير التجارة الدولية من جميع القيود⁽³⁾.
- ومهما تعددت واختلفت الأهداف التي تسعى منظمة التجارة العالمية جاهدة لتحقيقها سواء في مجال السلع أو الخدمات أو الملكية الفكرية فإنها تجتمع في اتجاه عام ومشارك ينطوي في السعي نحو إزالة كل القيود والعوائق والحوافز التي من نشأتها أن تمنع تدفق حركة التجارة عبر الدول، على أن البعض يرى أن الأمر لا يقتصر على مجرد حظر فرض القيود وما في حكمها بل إن هناك اتجاه نحو تقييد أي

النامية من أهم سلاح في أيديها لضمان تنميتها الاقتصادية. راجع ذلك في: د/ خيرى فتحي البصلي، مرجع سابق ذكره، ص 117.

(1) نفس المرجع ص 159، وراجع أيضاً: د/ جمعة سعيد سرير الزوي: النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998، ص 458.

(2) يقوم شرط الدولة الأكثر رعاية في حالة إبرام الطرف معاهدة معينة لاحقة مع دولة ثالثة تتضمن معاملة أفضل من المعاملة المتفق عليها في المعاهدة الأولى، مما يجعل من أطرافها يستفيدون من المعاملة الأفضل التي يتم تقريرها للغير لاحقاً، وهو مبدأ مقترن بشرط وجوب تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية لمواطني الدول الأخرى، راجع ذلك في:

د/ مصطفى سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 320.

(3) لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ جمعه سعيد، نفس المرجع، ص 478، 479.

استثناء يتم إقراره في هذا الشأن سواء بالنسبة لنطاقه أو لمدة سريانه أو بالنسبة للمستفيد منه حيث تقف أجهزة المنظمة لتمارس الرقابة الفعالة على أي إعفاء يقيد من حركة التجارة الدولية⁽¹⁾.

وعملا على تحقيق هذه الأهداف وغيرها مما يتمشى و الطبيعة القانونية لمنطقة التجارة العالمية فقد حرصت هذه الأخيرة على تنظيم أحكام محدودة لنوعية المهام و الوظائف المسندة لها ضمن اتفاق إنشاءها بما يتلاءم و يتمشى مع الإطار المحدد لتحقيق الأهداف المسطرة و المحددة كما يلي⁽²⁾:

1. تسهيل تنفيذ و إدارة و تشغيل أهداف الاتفاق المنشئ للمنظمة و اتفاقات التجارة متعددة الأطراف، مع العمل على توفير الإطار اللازم لتنفيذ و تشغيل و إدارة اتفاقيات التجارة الثنائية، و ذلك من خلال قيام المنظمة بمتابعة و مراقبة مدى تنفيذ و التزام الدول الأعضاء بأحكام تلك الاتفاقيات.

2. العمل على توفير محفلا للتفاوض بين أعضاء المنظمة بشأن علاقاتها التجارية متعددة الأطراف في المسائل التي تناولتها الاتفاقيات الواردة في ملحقات اتفاقية إنشائها مع تحديد إطار تنفيذ نتائج مثل هذه المفاوضات وفقا لما يقرره المؤتمر الوزاري.

3. الإشراف على سير وثيقة التفاهم المتعلقة بالقواعد و الإجراءات التي تنظم تسوية المنازعات.

4. مراقبة السياسات التجارية للدول الأعضاء وفق الآلية المتفق عليها، بما يضمن توافق هذه السياسات مع القواعد و الضوابط و الالتزامات المتفق عليها في إطار المنظمة.

5. إدارة آلية مراجعة السياسة التجارية المعروفة باسم آلية المراجعة و المنظمة وفقا للملحق "3" من الاتفاقية المنشئة للمنظمة.

6. العمل على توطيد علاقات التعاون مع صندوق النقد الدولي والبنك الدولي و الوكالات التابعة له، بغية تحقيق أكبر قدر من التناسق في وضع السياسة الاقتصادية العالمية و تحديد برامج الإصلاح الاقتصادي في الدول النامية.

على أن أفراد الاتفاق المنشئ لمنظمة التجارة العالمية نصا مستقلاً لتحديد و تبيان وظائف و مهام المنظمة لا يعني بأي حال من الأحوال اقتصار وظائفها على تلك المحددة بالنص بل إن تلك الوظائف الواردة في الاتفاقات و الملاحق المقترنة باتفاقية المنظمة جزءا لا يتجزأ منها و ملزمة لجميع الأعضاء و أن العمل بخلاف ذلك يعد تناقضا مع ما أقرته المادة 02 من اتفاقية إنشاء المنظمة⁽³⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ مصطفى سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 329.

(2) راجع المادة 03 من اتفاقية إنشاء المنظمة.

(3) تنص المادة 02 فقرة 02 من اتفاق إنشاء المنظمة على ما يلي: «تعد الاتفاقات والأدوات القانونية المقترنة بالاتفاقية الواردة في الملاحق '1' '2' '3' المشار إليها فيما بعد باسم "اتفاقات التجارة متعددة الأطراف" جزءا لا يتجزأ من هذه الاتفاقية و هي ملزمة لجميع الأعضاء».

المطلب الثاني: تنظيم الاستثمار في ظل منظمة التجارة العالمية.

من المعروف أن المستثمر الأجنبي عندما يرغب في استثمار أمواله في الخارج فإنه يسعى وراء مصلحته الخاصة، وهو دائما يوائم بين الفائدة التي ستعود عليه من وراء مغامرته الاستثمارية هذه مما يجعله يتردد كثيرا عندما يفكر في نقل رأس ماله و خبراته من مكان معروف له جيدا إلى مكان في الخارج تحيط به غيابات المغامرة⁽¹⁾، و هو الأمر الذي يدفع العديد من الدول لا سيما المستوردة لرأس المال الأجنبي العمل جاهدة على جذب الاستثمارات الأجنبية و استمالتها بما توفره من ضمانات و حوافز تساعد و تشجع تدفقها داخل إقليمها، على أن دولا أخرى تتبع إزاء الاستثمارات الأجنبية سلوكا يمتاز بالتشدد نحو رأس المال الأجنبي و تفرض قيودا كثيرة على تملك أو حيازة أو استثمار الأجانب لمواردها القومية وذلك بموجب اللوائح و القوانين والإجراءات التي تضعها هذه الدول لتنظيم الاستثمارات الأجنبية بها⁽²⁾، و هي الإجراءات التي كانت محلا للدراسة و النقاش ضمن جولة مفاوضات الأروجواي و ذلك من منطلق الاعتقاد أن هذه الإجراءات أو التدابير الاستثمارية يمكن أن تؤدي إلى آثار عكسية على حرية التجارة و بالتالي تسبب آثارا مقيدة و مشوهة للتجارة الدولية و هو ما يتعارض مع مبادئ اتفاقية GATT⁽³⁾، وقد كانت نتيجة كل ذلك أن أسفرت هذه الجولة من المفاوضات التجارية المتعددة الأطراف على اتفاق إجراءات الاستثمار المتصلة بالتجارة (TRIMS) والذي يصنف من أهم الاتفاقات التي تم التوصل إليها في ختام جولة الأروجواي⁽⁴⁾، كما ظهرت قواعد الاستثمار الخاصة من خلال الاتفاق العام للتجارة في الخدمات بتناوله مفهوما شاملا لمشاكل الاستثمار. وسنخصص دراسة مستقلة لكل اتفاق على حدى في ما يلي:

(1) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 11 و ما بعدها.

(2) راجع سياسة الدول النامية إزاء رأس المال الأجنبي وطبيعة الضمانات المقدمة في الباب الأول من هذه الدراسة.

(3) راجع ذلك في: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 298.

(4) تجدر الإشارة إلى أن جولة الأروجواي للمفاوضات التجارية متعددة الأطراف أسفرت على عدة اتفاقات أهمها:

- اتفاق منظمة التجارة العالمية.

- اتفاق الزراعة.

- اتفاق المنسوجات و الملابس.

- اتفاق الحواجز الفنية أمام التجارة.

- اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة.

- اتفاق إجراءات الترخيص و الاستيراد.

- اتفاق الوقاية.

- الاتفاق العام للتجارة في الخدمات.

- اتفاق الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية.

لمزيد من التفصيل حول مضمون كل اتفاق، راجع: د/ خيري فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 81 و ما يليها.

الفرع 1: اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة (TRIMS).

اعتبر موضوع الاستثمار من الموضوعات الجديدة التي تضمنتها جولة الأوروغواي أين ظهرت الضرورة إلى الاعتراف بأن بعض الشروط التي تفرضها السلطات الوطنية على الاستثمارات الأجنبية الرغبة في العمل على أراضيها تحد من حرية حركة هذه الاستثمارات عبر الحدود الدولية، وعلى هذا الأساس تم إقرار هذا الاتفاق الذي يهدف بالدرجة الأولى إلى تعزيز التحرير الواسع و التدريجي للتجارة العالمية و ذلك بموجب حضر مجموعة من الإجراءات والشروط التي تضعها السلطات المحلية على الاستثمارات الأجنبية الرغبة في إقامة مشروعات في نطاق إقليمها و التي تنطوي على تقييد وتشويه للتجارة العالمية بما يتناقض ومبادئ اتفاقية GATT، وذلك عن طريق تحديد قائمة توضيحية بإجراءات الاستثمار المحظورة⁽¹⁾، تم إرفاقها بالاتفاق حتى يتم اتخاذ كافة التدابير اللازمة للعمل على حصرها على أي طرف تعاقدى فيما يتعلق بتطبيق أو تشريع أي من هذه الإجراءات و التي يمكن إجمالها فيما يلي⁽²⁾:

1. تدابير الاستثمار المرتبطة بالتجارة والتي تتعارض مع الالتزام بمبدأ المعاملة الوطنية المنصوص عليها في المادة 03 من اتفاق الجات GATT 1994، والتي يقصد بها الإجراءات التي تكون نافذة أو قابلة للتنفيذ بمقتضى القوانين الداخلية واللوائح والقرارات الإدارية للدولة العضو⁽³⁾، والتي يمكن إجمالها عموماً في:

- اشتراط أن يتقيد المشروع الاستثماري بمقدار محدد أو نسبة معينة من المنتجات المستوردة من الخارج بقيمة ما يصدره من منتجات محلية.
- اشتراط قيام المشروع الاستثماري الأجنبي باستخدام منتجات محلية المنشأ أو من أي مصدر محلي في منتجات التصنيع والتي تقاس بنسبة مئوية من قيمة الإنتاج.
- 2. الإجراءات أو التدابير الاستثمارية المرتبطة بالتجارة و التي تتعارض مع الالتزام العام بحضر القيود الكمية التي نظمها أحكام المادة 11 من اتفاقية GATT 1994 والتي تشمل:
- شرط التوازن التجاري و الذي يفرض على المستثمر ألا يستورد أكثر مما يصدر أو أن يستورد بمقدار نسبة معينة مما يصدر، أو أن يحافظ على حد أدنى من الفائض التجاري.
- شرط توازن العملات الصعبة أي اشتراط أن يقوم المستثمر بتصدير نسبة معينة من إنتاجه لا تقل قيمتها بالعملات الأجنبية عن مقدار العملات الأجنبية التي يستخدمها في استيراد مستلزمات الإنتاج.
- شرط إعادة التصدير كأن تحدد نسبة مئوية محددة من الإنتاج أو كمية دنيا من قيمة البضائع يجب تصديرها.

(1) انحصرت تلك الإجراءات عموماً بما أقرته كل من المادة 03 والمادة 11 من اتفاقية GATT 1994.

(2) راجع ذلك في: د/ خالد سعد زغلول حلمي، مرجع سابق ذكره، ص 339، و كذا: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 299 و ما بعدها.

(3) راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سابق ذكره، ص 383.

وبرغم إلمام الاتفاقية وإحاطتها بكل القيود التي يمكن أن تعرقل تدفق الاستثمارات الأجنبية و تعيق حرية التجارة الدولية والتي تسمح بالمقابل للمستثمر الأجنبي من استيراد كافة احتياجاته اللازمة لمشروعه وفقا لتقديره ودون قيود تفرض عليه من الدولة المضيفة ومنحه كل الحرية في تصدير إنتاجه دون الالتزام بتخصيص حصة محددة للسوق المحلي، و حصة محددة للتصدير من إجمالي الإنتاج، بحيث يتعامل مع منتجاته الاستثمارية وفقا لما تقتضي به مصلحته.

على أن ذلك لم يمنع من توجيه بعض الانتقادات و الملاحظات التي يمكن أن تؤخذ على هذه الاتفاقية⁽¹⁾، على أساس أنها لم تتناول تحرير كافة جوانب الاستثمار الأجنبي بجميع عناصره، بل اقتصر فقط على الإجراءات الاستثمارية المتصلة بالتجارة في البضائع وحدها، و من ثم جاءت بالصورة التي تحقق المصالح الاقتصادية للدول المتقدمة، فضلا على أن الاتفاقية لم تتعرض للضوابط التي يجب أن تحكم سلوك الشركات المتعددة الجنسية و ما يصدر عنها من ممارسات تقييدية تجاه الدول المضيفة لاسيما وأنه قد سبق طرحها والتصدي لها لمعرفة لجنة الخبراء الدوليين تحت إشراف المجلس الاقتصادي و الاجتماعي التابع لمنظمة الأمم المتحدة وما بذله من جهود مكثفة للحد من هذه الممارسات السلبية للشركات المتعددة الجنسية⁽²⁾.

ولضمان سريان هذا الاتفاق وما تضمنه من شروط وإجراءات محظورة على كل دولة عضو في منظمة التجارة العالمية على نحو يكفل الاحترام الكامل لقواعده لا سيما أمام قوة الدفع المستمدة من كل من الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان لخروج هذه الاتفاقية للنور باعتبارها المحرك الأساسي والأول وراء إدخال هذه الاتفاقية ضمن تلك المفاوضات⁽³⁾، فقد تم التوصل إلى إقرار مجموعة من الضمانات التي تتماشى مع أهداف هذا الاتفاق⁽⁴⁾ و ذلك على أساس السماح للمشروعات الجديدة بالاستثمار خلال الفترة الانتقالية بتطبيق تلك التدابير بهدف توفير شروط المنافسة والمساواة بين المشروعات القائمة والاستثمارات الجديدة في نفس مجال النشاط.

ولتحقيق هذا الهدف أقرت الاتفاقية إلزام كل الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية بأن تقوم بإلغاء الإجراءات أو التدابير القائمة من خلال تشريعاتها المختلفة والتي تقف عائقا في مجال الاستثمار وذلك

(1) راجع فيما يتعلق بالانتقادات الموجهة للاتفاقية في: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 303.

(2) لمزيد من التفصيل حول هذه الممارسات التقييدية و آثارها و جهود منظمة الأمم المتحدة المبذولة في هذه الإطار راجع: النظام القانوني لشركات المتعددة الجنسية: رسالة ماجستير للباحثة، مرجع سابق ذكره، ص 127 و ما بعدها.

(3) على أنه في المقابل فإن الدول النامية أبدت اعتراضا شديدا على صدور هذه الاتفاقية على أساس أن موضوع الاستثمارات الأجنبية يثير الكثير من المسائل المتعلقة بالسيادة الداخلية، ومن ثم فهي من اختصاصات السلطات الوطنية لوحدها كما أن وجود هذا الاتفاق قد يترتب فقدان الدول النامية إحدى الآليات الأساسية القليلة التي تمتلكها و تستخدمها للدفاع بها عن مصالحها الوطنية ضد الممارسات التقييدية للشركات الاستثمارية المتعددة الجنسية. راجع ذلك في:

د/ عبد الواحد محمد الفار، نفس المرجع، ص 398.

(4) راجع فيما يتعلق بالضمانات: د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 97، و كذا: د/ عبد الواحد محمد الفار، نفس المرجع، ص 301.

بإخطار الأمانة العامة لمنظمة التجارة العالمية للقيام بكافة التدابير المتصلة بالتجارة التي تطبقها تلك الدول على مستوى الحكومة المركزية أو على مستوى السلطات الإقليمية وذلك خلال 90 يوما من بدء نفاذ اتفاقية المنظمة⁽¹⁾.

على أن الاتفاق لم يطلب من الدول الأعضاء الإنهاء الفوري لتلك التدابير بل تم تحديد فترة انتقالية لكل فئة من هذه الدول تعمل بموجبها على إلغاء تلك التدابير وما يتعارض منها مع أحكام الاتفاق وذلك خلال مدة عامين بالنسبة للدول المتقدمة من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية وخلال خمسة أعوام بالنسبة للدول النامية، وخلال سبعة أعوام بالنسبة للدول الأقل نمواً⁽²⁾، وتأكيداً على ضمان منع التحايل من طرف الدول الأعضاء بالنسبة للفترة الانتقالية فقد اقر الاتفاق على أنه لا يجوز لأي عضو أن يعدل خلال الفترة الانتقالية أيّاً من تدابير الاستثمار التي قام بالإبلاغ عنها خلال 90 يوم ابتداء من نفاذ اتفاق المنظمة، كما يخرج من نطاق الخضوع لأحكام الفترة الانتقالية إجراءات الاستثمار التي دخلت قبل ما يقل عن 180 يوم من تاريخ نفاذ اتفاقية منظمة التجارة العالمية⁽³⁾.

وأياً كان أمر هذا الاتفاق وما تضمنه من تدابير وإجراءات تم إقرارها كأحكام ملزمة لا يجوز مخالفتها من طرف الدول الأعضاء فيه، إلا أن ذلك لا يمنع من القول أن التعامل مع هذه التدابير بمطلقه سواء من حيث المبادئ التي نظمتها أو من حيث طبيعة الضمانات التي أقرتها والتي تلزم الدول الأعضاء بإلغاء أحكام ونصوص قانونية ضمن تشريعاتها الداخلية بما يتعارض والمبادئ المقررة في الاتفاق بحجة فك القيود والعراقيل التي تعترض الاستثمارات الأجنبية وتحد من حرية التجارة الدولية، فإن ذلك بحسب رأينا يعد تدخلاً بل حرماناً للدول المضيفة من مسائل وإجراءات تدخل في نطاق اختصاصها الوطني و لا يجوز التدخل فيها أو الاعتداء عليها كونها ترتبط بسيادتها، كما أن فرض التزاما على الدول الأعضاء بعدم جواز إحداث أي تعديل على تشريعاتها خلال الفترة الانتقالية التي دخل فيها الاتفاق حيز التنفيذ يعتبر تدخلاً ومساساً بحق سيادي للدولة المضيفة ولا يجوز بأي حال من الأحوال فرض وضع مماثل على دولة تمتع بالسيادة الكاملة على إقليمها ولها حرية التعامل مع تشريعاتها الوطنية بما يتلاءم ويتماشى وسياساتها الاقتصادية والإنمائية وفقاً لما تقر وتعترف به قواعد القانون الدولي.

(1) راجع المادة 05 ف 01 من الاتفاق.

(2) راجع المادة 05 ف 03 من الاتفاق.

(3) راجع المادة 05 ف 04 من الاتفاق.

الفرع 2: الاتفاق العام للتجارة الدولية في الخدمات. "GATTS"

اختلفت الآراء ووجهات النظر بين الدول الأعضاء ضمن اتفاقية GATT 1994، حول مفهوم التجارة في قطاع الخدمات والمجالات التي يمكن تغطيتها وتحديد العلاقة التي يمكن أن تربط بين التجارة الدولية في السلع والتجارة الدولية في الخدمات، إلى أن تم التوصل في نطاق جولة الأوروغواي، إلى ما أطلق عليه تسمية الاتفاق العام للتجارة الدولية في قطاع الخدمات⁽¹⁾.

وتجسد هدف هذا الاتفاق إلى ما سعت الدول الأطراف تأكيده صراحة بالأهمية المتزايدة للتجارة الدولية و دورها الأساسي في تطوير وتنمية الاقتصاد العالمي بشكل يضمن وجود توافق بين توسيع التجارة وقدرة استيعاب قطاع الخدمات هذا التوسع على أساس من الشفافية التحرير التدريجي بما يحقق النمو لكافة الأطراف لا سيما الدول النامية⁽²⁾.

وقد حددت المادة الأولى من الاتفاق طبيعة الخدمات وأشكالها التي يغطيها الاتفاق التي تدخل في نطاق ما يسمى بتجارة الخدمات على النحو التالي⁽³⁾:

1. انتقال الخدمة ذاتها من دولة المورد إلى دولة المستفيد كما هو الحال في الخدمات المصرفية وشركات التأمين و كل ما شابه ذلك وهو ما يسمى بانتقال الخدمة عبر الحدود.
 2. انتقال المستهلك ذاته من دولته إلى دولة أخرى تقوم بتقديم الخدمة له كما هو الحال في السياحة و رحلات الترفيه والإقامة في الفنادق.
 3. الوجود التجاري للمشروع الذي سيقدم الخدمة في الدولة المستفيدة كما هو الحال في إنشاء فروع الشركات الأجنبية و المتعددة الجنسية على أقاليم الدول المضيفة.
 4. انتقال مورد الخدمة من الأشخاص الطبيعيين من دولته إلى إقليم دولة أخرى لتقديم خدماته، والانتقال في هذه الحالة يقصد به الانتقال المؤقت و ليس الانتقال للبحث عن فرصة عمل أو إقامة دائمة كما هو الحال بالنسبة للخبراء و المستشارين الذين تستدعيهم الدولة و تطلب مساعدتهم في مجال تخصصهم⁽⁴⁾.
- ولم يتناول هذا الاتفاق أحكاما مباشرة أو قواعد محددة تنظم عمليات الاستثمار على أن مصطلح "استثمار" ظهر ضمن مقتضيات المادة 16 من الاتفاق والتي تناولت حظر فرض القيود على مشاركة رأس المال الأجنبي و ذلك في القطاعات التي تستلزم حرية الدخول للأسواق⁽⁵⁾، على أن ذلك لا يمنع من

(1) لمزيد من التفصيل حول مراحل تقبل قطاع الخدمات في نطاق التجارة الدولية و التوصل الى الاتفاق محل الدراسة راجع: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 304، و ما بعدها.

(2) راجع ديباجة الاتفاق.

(3) راجع المادة 01 ف02 من الاتفاق.

(4) لمزيد من التفصيل حول أشكال توريد الخدمة في مجال التجارة الدولية راجع: د/ عبد الواحد محمد الفار، نفس المرجع، ص 308.

(5) حيث تنص المادة 16 ف02 على ما يلي «....الحد من مشاركة رأس المال الأجنبي من خلال تحديد نسبة مئوية قصوى للملكية الأجنبية للأسهم أو قيمة إجمالية للاستثمارات الأجنبية الفردية أو الكلية».

استنباط بعض القواعد التي تضمنها الاتفاق التي يمكن أن تكون من العوامل الهامة والمساعدة في تنظيم الاستثمارات الأجنبية و ضمان حرية تدفقها في نطاق منظمة التجارة العالمية والتي تهدف إلى ضمان معاملة الدولة الأولى بالرعاية و ذلك من خلال إقرار تطبيق جميع المزايا التي يمنحها عضو إلى عضو آخر في الاتفاق أو إلى دولة أخرى خارج الاتفاق وتدخل في مجال التجارة الدولية في الخدمات فيلزم تطبيقها فوراً و دون شروط على كافة الدول الأعضاء في الاتفاقية ودون تمييز بين موردي الخدمات الأجانب من حيث الدخول إلى الأسواق الوطنية للدول الأعضاء و شروط التشغيل⁽¹⁾.

كما أن لإقرار مبدأ الشفافية والالتزام بمستويات معينة منه له أثره الفعال على حركة الاستثمار في مجال تعزيز التحرير الواسع و التدريجي للتجارة العالمية، أين جاء النص على هذا المبدأ في الاتفاق وذلك من خلال الالتزام بالكشف عن كل القوانين والإجراءات و القرارات المرتبطة بالتجارة في الخدمات وعرضها أمام من يهمه أمر هذه الخدمات، وكذا كافة التعديلات التي تمس تلك القوانين السارية مع حفظ حق الدولة في عدم الإعلان عن المعلومات التي تعتبرها سرية وخاصة بها، وذلك من خلال توفير مركز استعلامات خاص وملم بجميع المعلومات والتشريعات الخاصة بتجارة الخدمات لتسهيل الأمر على كل الدول الأعضاء الاطلاع على كافة المستجدات والمعلومات في هذا المجال⁽²⁾.

على أننا نرى بحسب ما ذهب إليه البعض⁽³⁾، أن تحرير تجارة الخدمات بالنسبة للدول النامية إن كان من شأنه تحسين مستويات الخدمة المقدمة للمستهلك بالدرجة الأولى إلا أنه يمكن أن يؤدي إلى نتائج عكسية لا سيما أمام مستوى قطاع الخدمات في أغلب الدول النامية الذي يشوبه العديد من المعوقات التي تحد من تطوره و تحول دون إمكانية استيعابه للمشروعات الدولية الضخمة أو المتطورة، أو ربما نتيجة حداثة نشأته أو افتقاده للكفاءات والخبرات التنظيمية والإدارية المؤهلة مما يجعل اختيارات هذه الدول محدودة بمحدودية إمكانياتها عند تفضيلها الالتزام بتحرير التجارة الدولية في الخدمات، الأمر الذي يلزم عليها القيام بتحديث و تطوير مستوى أداء هذه الخدمات إلى ما هو مطلوب أو متعارف عليه على المستوى العالمي حتى تتمكن من النفاذ إلى أسواق الدول الأجنبية.

(1) راجع المادة 02 من الاتفاق.

(2) راجع المادة 03 من الاتفاق.

(3) راجع لمزيد من التفصيل حول مجموع الملاحظات التي أثّرت بشأن أثر تطبيق هذا الاتفاق: د/ عبد الواحد محمد الفار، مرجع سابق ذكره، ص 319 و ما بعدها.

المطلب الثالث: موقف الدول النامية تجاه منظمة التجارة العالمية.

إن من أهم الأسباب التي أدت إلى التمهيد لمفاوضات الأروجووي و خروج اتفاقيات دولية لتحرير التجارة إلى الوجود هو محاولة الوصول إلى وسائل للحد من الممارسات التقييدية الدول الصناعية المتقدمة إزاء اقتصاديات الدول النامية التي تعاني مشاكل وصعوبات في التمويل و اختلال في معدل عائدات التجارة الدولية، لذلك كانت مشاركة هذه الدول الأخيرة في جولة الأروجووي واضحة و بعدد كبير منها أملا في إيجاد حلول جذرية لمشكلة التخلف التي تعاني منها من خلال التعاون الدولي الفعال الذي تحاول أن تجسده اتفاقيات أروجووي التجارية عن طريق إعادة تنظيم العلاقات التجارية الدولية بما يحقق المصلحة المشتركة.

ولعل ما حفز الدول النامية على المضي قدما في تنفيذ اتفاقيات منظمة التجارة العالمية أن العديد من هذه الاتفاقيات نصت على معاملة هذه الدول معاملة خاصة وتفضيلية على أساس تعهد الدول المتقدمة بتقديم المساعدات اللازمة لتمكين الدول النامية من استغلال الفرص التصديرية الناتجة عن زيادة فتح أسواق الدول المتقدمة أمامها⁽¹⁾، وهو الأمر الذي تم تأكيده في 09 ديسمبر 1996 حين أعلن وزراء تجارة العالم ممثلو الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية أنهم سيعملون على الإسراع بإزالة العوائق أمام صادرات الدول النامية من المنتجات الصناعية لا سيما فيما يتعلق بالمنسوجات⁽²⁾، وهي نفس الامتيازات التي حضي بها قطاع الزراعة وهما قطاعان يشكلان أكبر جانب من الأهمية للبلدان النامية⁽³⁾.

ولما كان الهدف الأساسي من إنشاء المنظمة العالمية للتجارة العمل على تنظيم التجارة الدولية بين الدول الأعضاء والسعي لتحقيق المزيد من التحرير للمبادلات التجارية، فإن ذلك سيسهم بشكل مباشر وفعال في إزالة مختلف العراقيل وزيادة الاستثمارات الأجنبية وتدفق رؤوس الأموال نحو الدول النامية بنمط يسهم في تحقيق النمو الاقتصادي لهذه الدول وبتيح أمامها فرصة لعلاج المشاكل والصعوبات الاقتصادية التي تعاني منها، ولعل ذلك يرجع بالدرجة الأولى للأثر الإيجابي الناتج عن تفعيل مشاركة هذه البلدان - النامية- في المفاوضات التجارية لجولة الأروجووي بما يقارب 90 دولة نامية، مما أحدث بعض التوازن

(1) راجع ذلك مذكور في: د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 241.

(2) راجع ذلك في: د/ عبد الرحمن السحيباني: تحرير التبادل التجاري العربي " منطقة التجارة الحرة العربية"، مقال منشور في مجلة أوراق اقتصادية، مرجع سابق ذكره، ص 84.

(3) على أن تطبيق الاتفاق في شأن قطاع المنسوجات والملابس لم يؤدي إلى التوقعات المنتظرة منه والمتمثلة في المزيد من تحرير التجارة في هذا المجال، فبعد ستة سنوات (1995-2001) على دخوله حيز التنفيذ لم يتم بعد الالتزام بتحرير الحصص تدريجيا على أرض الواقع، ونفس الأثر بشأن اتفاق الزراعة وذلك بسبب عدم تخفيض أو إلغاء الدعم للصادرات بالشكل المطلوب بالنسبة للدول المتقدمة وقد أدى ارتفاع دعم الصادرات وارتفاع الدعم الزراعي بالنسبة لهذه الدول إلى انخفاض الأسعار العالمية للمنتجات الزراعية المدعومة، مما أدى إلى تراجع إمكانية نفاذ صادرات البلدان النامية إلى الأسواق العالمية. راجع ذلك في: د/ ناصر دادي عدوان و أ/ متاوي محمد: الجزائر والمنظمة العالمية للتجارة، دار المحمدية العامة، الجزائر 2003، ص 77.

في المساومة الدولية بشأن التوصل إلى إدراج الموضوعات ذات الفائدة للبلدان النامية⁽¹⁾، على أن ذلك يقتضي العمل على إدخال إصلاحات في التنظيمات المحلية بما يتماشى مع اتفاقات المنظمة وبشكل يتلاءم والتزامات الدول مع هذه الاتفاقات، وهو ما قد يتطلب دعماً خاصاً من قبل المؤسسات الدولية المتخصصة في التنمية كصندوق النقد الدولي أو البنك الدولي أو الصندوق العربي للتنمية...⁽²⁾. إلا أن تطبيق بعض اتفاقات منظمة التجارة العالمية أثار مخاوف وعدم ارتياح عدد من الدول النامية الأعضاء وذلك بسبب المشاكل التي لازالت تواجهها رغم الضمانات والشعرات التي رفعت عند إنشاء منظمة التجارة العالمية وتسخير معظم أهدافها لتوفير مزايا تفضيلية لهذه الدول، ولعل أهم هذه المشاكل تركزت حول مايلي:

1. ولدت بعض الاتفاقات التجارية عدة مخاوف بالنسبة للدول النامية نتيجة الاعتراف بوجود خلل وشوائب في تطبيق تلك الاتفاقات كعدم تقاسم مكاسب حماية حقوق الملكية الفكرية بموجب اتفاق الجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية بطريقة متساوية بين حاملي حقوق الملكية الفكرية كالمبتكرين والمالكين وأغلبهم من الدول المتقدمة، وبين المستهلكين والمستخدمين لها وهم من الدول النامية، على أساس أن حقوق الملكية الفكرية لا يجب أن تنحصر في تشجيع الابتكار والتنمية التكنولوجية، بل يلزم وفقاً لأهداف الدول النامية أن تؤدي أيضاً إلى تحقيق أهداف السياسات العامة والاجتماعية بما يخدم مصلحة هذه الدول⁽³⁾.

2. كما ازدادت مخاوف العديد من الدول النامية فيما يتعلق بالقواعد الواردة في اتفاقات منظمة التجارة العالمية بسبب ازدياد اللجوء إلى تدابير مكافحة إغراق الأسواق⁽⁴⁾ من جانب الدول المتقدمة، فعدم دقة الضوابط جعلت مشاكل التطبيق ناجمة عن سماح البلدان المستوردة للطرف الشاكي - شركة أو مصنع - باستخدام كامل المرونة التي نصت عليها بنود الاتفاق في مجال مكافحة الإغراق، رغم عدم دقة الأحكام الواردة به في بعض الأحيان وهو ما يخلف ضرر وعدم استقرار في

أسواق الدول النامية⁽⁵⁾.

(1) د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 250.

(2) على أن تنفيذ الإصلاحات المطلوبة في اتفاقات المنظمة العالمية للتجارة بالنسبة للدول النامية تصطدم بتكلفتها وأعبائها المالية العالية مقارنة بالدول المتقدمة التي تقدمت في تطبيق تلك الاتفاقات منذ زمن طويل وحتى قبل الانتهاء من جولة أورجواي. راجع نفس المرجع، ص 249.

(3) د/ ناصر دادى عدوان، مرجع سابق ذكره، ص 76.

(4) يعني مصطلح الإغراق بيع كميات كبيرة من سلعة ما في البلد المستورد بسعر أقل من تكلفتها بهدف إيجاد مكان لها في سوق هذا البلد، ونظراً للمشاكل التي تواجه الدول بسبب سياسة الإغراق فقد تم الاتفاق على أنه من حق الطرف المتضرر أن يقوم بفرض رسوم جمركية إضافية على السلعة المغرقة وفقاً لحجم الانخفاض في سعرها عن السعر السائد في السوق. راجع نفس المرجع، ص 74.

(5) د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 245.

3. اعتبرت العديد من الدول النامية أن بعض أحكام الاتفاقات التجارية متعددة الأطراف وقرارات الخبراء انطلاقاً من تجربة تطبيقها أنها لا تخدم مصالحها ، لاسيما ما تعلق منها بتطبيق اتفاقات التجارة والاستثمار، والجوانب التجارية لحقوق الملكية الفكرية، وذلك في أساس أنها تتجاهل التباينات الهيكلية الواضحة بين البلدان وتهدف بالمقابل إلى المحافظة على الفجوة الفاصلة بينها كبلدان نامية و بلدان متقدمة في مجال التصنيع، وهو ما ولد شعوراً لدى هذه البلدان بأن تنفيذها لهذه الاتفاقات هو نتيجة ضغط قوي ممارس عليها⁽¹⁾.

و بذلك نخلص إلى القول انه وبرغم المجهودات الكبيرة التي بذلتها ولازالت تبذلها المنظمة العالمية للتجارة بمختلف لجانها المختصة من اجل تقديم الدعم والمساعدة الفنية للبلدان النامية وكذا بإنشاء مراكز استشارية بهدف توعية هذه البلدان بحقوقها والتزاماتها، تبقى المشاكل والمخاوف التي تطرحها وتعاني منها البلدان النامية العضو في المنظمة أو التي ترغب في الانضمام إليها تزداد وتتنوع، وربما ذلك أدى ذلك إلى خيبة توقعات الدول النامية من جانب المكاسب التي ستجنيها من خلال ما أقرته بنود واتفاقات المنظمة من خلال المعاملة الخاصة والتفضيلية والتي لم تكن في محلها مادامت هذه المكاسب لم تتحقق رغم مرور أكثر من عشر سنوات عن بداية نشاط المنظمة العالمية للتجارة وهي مشاكل بحسب رأينا تتحملها الدول المتقدمة العضو بالمنظمة لوحدها برغم تقاعسها وعدم اهتمامها بشكل جدي وفعال في مساعدة الدول النامية على إرساء نظم متطورة في إزالة الحواجز الفنية أمام التجارة، كما لم تتحملها اتفاقات المنظمة العالية للتجارة لوحدها رغم الصعوبات التي واجهت هذه الدول في تنفيذها⁽²⁾، بل يبقى جانب من المسؤولية عن تلك المخاوف والمشاكل تتحملها الدول النامية ذاتها بسبب افتقارها إلى القدرة والإمكانيات اللازمة لمواجهة ممارسات الآخرين التي تعتبر في اغلب الحالات غير عادلة بالنسبة لها وكذا افتقارها للقدرات التفاوضية المماثلة للدول المتقدمة وهو ما منعها إمكانية تحويل مسار نتائج المفاوضات بما يخدم مصالحها الحيوية وهو الأمر الذي يفرض على هذه الدول بذل جهود مضاعفة واستثنائية حتى تتمكن من الالتحاق بالركب وبالتالي الاستفادة بشكل صحيح من امتيازات المنظمة.

(1) نفس المرجع ص 244

(2) حيث طالبت في هذا السياق عددا من الدول النامية بإجراء عملية تقييم شامل لجميع اتفاقات منظمة التجارة العالمية - جميع نتائج جولة أوروغواي- إلا أن الدول المتقدمة عارضت ذلك خشية أن يتحول هذا التقييم إلى طلب تنقيح لبعض نصوص الاتفاقات وخاصة تلك التي ستتضرر منها الدول النامية بشدة كاتفاق الملكية الفكرية ، أين توصل المجلس العام في المنظمة إلى وضع آلية لمعالجة المشاكل الناجمة عن تطبيق تلك الاتفاقات وذلك على أساس معالجة المشاكل المتعلقة بكل اتفاق على حده. راجع نفس المرجع 242.

الباب الثاني: تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية

تقديم و تقسيم

تتشترك الدول المضيفة لرأس المال الأجنبي والمهتمة بحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي بالحرص على تحديد حقوق المستثمر الأجنبي والتزاماته من حيث النطاق والمضمون، كما تحرص من جانب آخر على خلق جسر بينها وبين المستثمر الأجنبي للتفاوض على كافة المسائل المتعلقة بالمشروع الاستثماري وعلى الرغم من كل تلك الضمانات والحماية المقررة ضمن تشريعات الدول المضيفة للمستثمر الأجنبي أو تلك المحددة بموجب الاتفاقيات الثنائية والمنصبة أساساً حول ضمان استقرار الاستثمارات بشكل يؤكد ويوحي بوحدة المصالح واشتراكها بين طرفي اتفاق الاستثمار، غير أنه سرعان ما تظهر بعض الخلافات التي ترزع ذلك الاستقرار نتيجة تعارض مصالح الطرفين واصطدامها بمشكلة كيفية التوفيق بين المصالح التي تسعى إلى تحقيقها الدولة المضيفة - لاسيما وإن كانت الدول النامية - والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي، أو بمعنى آخر حدوث اختلاف في تحديد المضمون الدقيق للحقوق التي يتمتع بها المستثمر وبين الالتزامات الملقاة على عاتقه مما يولد عن ذلك نزاعات كثيرة بين هذا الأخير والدولة التي يقوم بالاستثمار فيها، كما قد تنشأ تلك الخلافات نتيجة قيام حكومات الدول المضيفة والنامية منها بصفة خاصة بنقض التزاماتها وتعهدها تجاه المستثمر الأجنبي وذلك من خلال اتخاذ إجراءات انفرادية تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى حرمان المستثمر من حقوقه الأصلية على استثماراته، كنزع الملكية الصريح أو التدريجي أو وضع حد للأرباح بشكل مبالغ فيه وكذا التأمين دون تعويض أو المصادرة بطريقة تعسفية للممتلكات الاستثمارية، أو الاستناد إلى مبدأ السيادة العامة وتغيير التشريعات السارية بشكل قد يضر بالحقوق التي كانت ناشئة للمستثمرين بموجب التشريعات السابقة⁽¹⁾.

وربما ازدادت أهمية هذه المسألة عمقا وبعدا أمام ظهور عدد كبير من التنظيمات الدولية التي تسعى إلى تنظيم القضايا المتعلقة بالاستثمار بحسب نوعها وأهميتها، وهو الأمر الذي يستدعي العمل على توفير وسيلة محايدة وفعالة لتسوية أي نزاع استثماري ينشأ بين إحدى الدول المتعاقدة ومواطني الدول الطرف الآخر في الاتفاق بما يتلاءم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية.

وفي هذا الصدد نشأ اهتمام خاص بالمخاوف لدى كل من المستثمرين الأجانب والدول المضيفة بالنسبة لإجراءات تسوية النزاع، فتنوعت وتعددت الطرق والوسائل المسخرة لتحقيق هذه الغاية، انطلاقاً مما قرره وأقرته قوانين الاستثمار المقارنة من وسائل مختلفة ومتنوعة تراوحت بين الوسائل الرضائية كالمفاوضات والتوفيق والوساطة، وبين اللجوء إلى أجهزة القضاء سواء كان وطنياً أو دولياً، إلى تقرير اللجوء للتحكيم كوسيلة محايدة ومتحررة من كافة القيود الإجرائية والموضوعية إلا ما تعلق منها بالنظام العام.

(1) راجع ما سبق ذكره حول ذلك في ص 51 وما يليها.

وعلى هذا الأساس فإن دراسة وسائل تسوية المنازعات الاستثمارية التي تنشأ بين المستثمرين الأجانب والدول المضيفة من جانب آخر سواء كانت قضائية أو اتفاقية، داخلية أو دولية، فإن ذلك يقتضي منا دراسة كل وسيلة على حدى نظرا لأهميتها وضرورة التمييز بين كل واحدة منها وذلك وفقا للتقسيم التالي:

الفصل الأول: آليات تجنب وفض منازعات الاستثمار الأجنبي بخلاف القضاء.

الفصل الثاني: الوسائل القضائية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

الفصل الثالث: التحكيم التجاري.

الفصل الأول: آليات تجنب و فض منازعات الاستثمار الأجنبي بخلاف القضاء.

من الثابت أن العلاقة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له تقوم في بدايتها على مسار حسن خال من أي توقع لنشوب خلافات أو منازعات في أي فترة أثناء تنفيذ العقد أو الاتفاق، على أن احتمال تعارض مصالح الطرفين يبقى قائماً لاختلاف وحدة الأهداف والنتائج المرجوة من هذا الاتفاق، وعلى هذا الأساس تحرص معظم التشريعات الخاصة بالاستثمار وعلى غرارها الاتفاقيات المعنية بحماية وتشجيع الاستثمار على توفير وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي نشأ عن الطرفين بما يتلائم وطبيعة الاتفاق.

وتختلف تلك الوسائل بحسب غاية وهدف أطراف الاتفاق، فالاتصال المباشر بين الطرفين عن طريق التفاوض والتشاور حول أسباب الخلاف وموضوعه وسبل درئه يعد من أفضل الوسائل لحل مثل هذا النوع من المنازعات لما توفره هذه الآلية من إمكانية معرفة وعلم كل طرف بطلبات ومشاكل الآخر، على أن معرفة سبب هذه الخلافات و محاولة إيجاد آليات مناسبة لاجتثاثها أيضاً من الوسائل الفعالة التي تسهم بحد كبير في تجنب العديد من المنازعات التي يمكن أن يثيرها هذا النوع من الاتفاقات من خلال توقع ومعرفة المسائل التي قد تنثور المنازعات بشأنها مما يتيح فرصة تحديد وسائل منعها وذلك من خلال إدراج شروط تضمن استقرار وتوازن العقد المبرم، وهي وسائل أو آليات في مجملها تخرج عن تحكم الإجراءات القضائية في تحريكها أو تسييرها، بل تخضع في تنظيمها وتطبيقها إلى إرادة الأطراف المتعاقدة رغبة منهم في استنفاد كل السبل الودية المتاحة لحل النزاعات التي يمكن أن تنشأ فيما بينهم قبل الدخول في إجراءات القضاء ومسالكه.

وعليه سنحاول من خلال هذه الدراسة تبيان اثر كل آلية من هذه الآليات القانونية في درء حدوث هذه النزاعات من أصلها أو وضع حد لها من خلال حسمها، وهو ما يقتضي منا بيان وتحديد وسائل تجنب منازعات الاستثمار الذي سنخصص له دراسة ضمن المبحث الأول، ثم نتطرق إلى تحديد الوسائل الودية لتسوية المنازعات ضمن المبحث الثاني من هذه الدراسة وفقاً للتفصيل الآتي تبياناً.

المبحث الأول: وسائل تجنب منازعات الاستثمار.

انطلاقاً من المبدأ المستقر و المتعارف عليه في القانون الدولي بالاعتراف لكل دولة ذات سيادة بسلطة التصرف والتحكم بكل حرية في تسيير تشريعاتها الناظمة لمختلف شؤونها بالشكل الذي يضمن تحقيق مصلحتها وأهدافها الإنمائية ، وهو المبدأ الذي كان ولا يزال يثير مخاوف وقلق المستثمرين الأجانب نتيجة غياب ضمانات الاستقرار التشريعي طوال فترة استثمار أموالهم، مما يثير بالمقابل العديد من الخلافات والمنازعات لمجرد استخدام الدولة لهذا الحق السيادي المشروع ، ذلك انه ليس هناك من عمل يضر تدفق رؤوس الأموال الأجنبية إلى دولة معنية أكثر من عدم الاستقرار التشريعي الذي يخل بتوقعات المستثمر الأجنبي .

وبذلك يمكن القول بأن المشكلة السياسية التي تلازم علاقة المستثمر الأجنبي بالدولة المضيفة له تتركز أساساً حول كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى هذه الدولة لتحقيقها، وتلك التي ينشدها المستثمر الأجنبي ، بمعنى آخر البحث عن كيفية التوصل إلى خلق حالة من التوازن بين الأهداف والآمال المشروعة للمستثمر الأجنبي بشكل يضمن استقرار بنود الاتفاق المبرم بين الطرفين دون المساس بها من جهة ، وضمان حق الدولة المضيفة في ممارسة حقها السيادي وسلطانها التنظيمية بما يتماشى ومتطلبات التنمية للحفاظ على مصالحها العامة من جانب آخر، وهو ما عبر عنه البعض بالقول بان توازن العقد يعد أمراً حاسماً لتجنب المنازعات⁽¹⁾، فالتوصل إلى تحقيق ذلك يعني التوصل إلى ضمان الحد الأقصى من الانسجام بين متطلبات الاستقرار والتطوير وخلق التوازن العادل بين سيادة الدولة على مواردها وحماية الاستثمار الأجنبي ولن يتحقق ذلك إلا من خلال تحقق نوعين من الإجراءات الانفرادية التي يتعين على الدولة المضيفة القيام بهما، وأولهما العمل على ضمان استقرار العلاقة التعاقدية من خلال إدراج شروط الثبات في العقد، وثانيهما إدخال آلية لتكييف العقد وتعديله بإدراج شروط إعادة التفاوض.

ومن خلال هاتين الآليتين سنحاول إبراز أهميتهما ومدى مفعولهما القانوني في تجنب وقوع منازعات أو خلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له ، وذلك من خلال فرد المطلب الأول لشروط الثبات التشريعي، وتخصيص المطلب الثاني من هذه الدراسة للآلية الثانية وهي شروط إعادة التفاوض وفقاً لمايلي :

(1) راجع ذلك مذكور في: د/ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ذكره، ص

المطلب الأول: شروط الثبات التشريعي.

لقد استقرت المفاهيم القانونية والفقهية، الداخلية والدولية على أن القانون ظاهرة اجتماعية يولد في المجتمع ليحكم جوانب الحياة فيه، وتماشيا مع طبيعة الواقع الاجتماعي والاقتصادي اللذان يمتازان بالتغيير والتطور المطرد فإن ذلك يستدعي أن تتناسب مبادئ ونصوص هذا القانون تلك التطورات بشكل يحدد للأفراد السلوك المستقبلي الذي يتعين الالتزام به⁽¹⁾، على أن اعتماد هذا المبدأ بمطلقة ضمن تشريعات الدول التي دخلت في اتفاقات وعقود متبادلة مع المستثمرين الأجانب سيخلق نوعا من القلق والريب لدى هؤلاء من استثمار أموالهم في دولة تعتمد تشريعاتها مواكبة التطورات الاجتماعية والاقتصادية بشكل يجعلها توصف بالتشريعات الغير مستقرة، وهو ما يعني انه ولضمان استقرار الاستثمارات الأجنبية في الدول المضيفة - لاسيما الدول النامية- لابد من إقرار ضمانات ثبات التشريعات الخاصة بالاستثمار بشكل يوفر الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة، وهو الأمر الذي استجابت له العديد من التشريعات المقارنة النازمة للاستثمار وذلك بتضمين عقود واتفاقات الاستثمار المبرمة بين الدول المضيفة والمستثمر الأجنبي شرطا خاصا بالثبات التشريعي، يرمي إلى ضمان سريان التجميد الزمني للنصوص التي ابرم عقد الاستثمار في ظلها، ومبررهم في ذلك بحسب البعض⁽²⁾ انه من حق هذه الدولة أن تسعى كدولة مستقطبة و محتاجة إلى رأس المال الأجنبي بتسخير كل الوسائل والضمانات الكافية والمطلوبة لطمأنة المستثمر الأجنبي الذي لا يقبل الاستثمار إلا إذا اطمأن مركزه القانوني والاستثماري. وانطلاقا من ذلك فإن الأمر يدعو إلى التساؤل حول موقف الدولة التي تقيدت بهذا الشرط في التزاماتها مع المستثمر الأجنبي، فهل هذا يعني أن يدها غلت عن الإقدام بأي تعديل تشريعي ينقض أو يخالف الاتفاق مع المستثمر الأجنبي ومن ثم إلغاء حقها السيادي في ذلك، وإلى مدى ستجح هذه الشروط في وضع حد للمنازعات والخلافات التي تنشئ بين طرفي اتفاق الاستثمار ومنعها من الظهور؟ وعليه فإن تحليل هذه التساؤلات يستدعي تحديد الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي، و من ثم تحديد دورها في تجنب المنازعات الاستثمارية و هو ما سنحاول بحثه فيما يلي:

(1) د/ احمد عبد الكريم سلامة : شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد 43، 1987، ص 66.

(2) راجع في ذلك: د / دريد محمود علي السمرائي ، مرجع سابق ذكره، ص 275 ، و راجع في نفس الشأن أيضا :
Lamia Dargouth : Les Garanties de L'investissement Etranger en Tunisie, La Teneur et La Portée de La Protection Internationalisée, article publier dans: ou va le droit de l'investissement, op.cit, p 116.

الفرع 1: الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي.

عرفت شروط الثبات التشريعي بأنها تلك الشروط التي تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي⁽¹⁾، بمعنى أن الدولة باعتبارها طرف في عقد الاستثمار ومسؤولة على تشجيع الاستثمار الأجنبي ملزمة بحسب هذه الشروط بالتعهد والالتزام بعدم تغيير بنود العقد وبتجميد القواعد التشريعية طيلة امتداد علاقتها بالمستثمر الأجنبي، حتى أن البعض اعتبر أن تكريس شرط الثبات التشريعي ضمن العقود التي تجمع الدولة بالطرف الأجنبي تؤدي إلى جعل العقد بغير قانون في حالة ما إذا عمدت الدولة إلى إحداث تغييرات أو تعديلات تشريعية، وهو ما يعني عزل العقد كأداة اجتماعية واقتصادية عن القانون⁽²⁾.

وقد اعتمدت دول عديدة لاسيما الدول النامية هذا الأسلوب وأقرته ضمن تشريعاتها وذلك بالنص على التزام الدولة الطرف في اتفاق الاستثمار أمام المستثمر الأجنبي بعدم تعديل أو إلغاء القانون المتفق على تطبيقه على العقد أو الاتفاق المبرم بينهما طيلة مدة سريانه⁽³⁾، وهو ما يطلق عليها بالشروط التشريعية والتي تجد لها مكانا ضمن العديد من التشريعات المقارنة لاسيما التشريع الجزائري الخاص بالاستثمار الذي أقر مبدأ الثبات ضمن نص المادة 15 منه، التي ضمنت للمستثمر الأجنبي خضوع اتفاقات وعقود الاستثمار للقانون الساري لحظة إبرامها⁽⁴⁾، وعلى غرارته تبني المشرع المصري نفس الموقف وأقره ضمن نص المادة 02 من القانون رقم 8 سنة 1997 بالتعهد باستمرار التمتع بكافة المزايا والامتيازات والضمانات المتفق عليها في ظل التشريعات المستمدة منها إلى غاية نهاية المدة المخصصة لها⁽⁵⁾، وغيرها من تشريعات الاستثمار المقارنة التي جسدت بنصوص قانونية صريحة واعترفت بمشروعية اتفاق الأطراف على التجميد الزمني للقانون الساري على عقد الاستثمار والتي عبر عنها البعض بأنها شروط تهدف إلى خلق التوازن العقدي بالحد من السلطة العامة.

كما تجد شروط الثبات التشريعي مصدرها في صورة شرط أو بند من بنود عقد أو اتفاق الاستثمار بالنص على سريان بنود العقد طيلة المدة المتفق عليها دون أن تتأثر بأي تعديل تشريعي أو إجراءات تنفيذية

(1) راجع ذلك في: أ/ طه أحمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية، مرجع سابق ذكره، ص 72.

(2) راجع ذلك في: د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ذكره، ص 67.

(3) نفس المرجع، ص 80.

(4) تنص المادة 15 من قانون الاستثمار الجزائري على: «لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة».

(5) تنص المادة 2 من قانون الاستثمار المصري على: «لا تُلغى أحكام القانون المرافق بالمزايا والإعفاءات الضريبية وغيرها من الضمانات والحوافز المقررة للشركات والمنشآت القائمة وقت العمل به، وتظل هذه الشركات والمنشآت محتقظة بتلك المزايا والإعفاءات والضمانات والحوافز إلى أن تنتهي المدة الخاصة بها وذلك طبقاً للتشريعات والاتفاقيات المستمدة منها».

تتخذها الدولة إثناء نفاذه⁽¹⁾، وهي ما يطلق عليها بالشروط التعاقدية أو الاتفاقية، وقد وجد هذا النوع من الشروط محلا للتطبيق في العديد من العقود التي تبرمها حكومات الدول المضيفة مع الأشخاص الأجنبية والتي نأخذ مثالا عنها بما نصت عليه المادة 1/17 من العقد المبرم سنة 1977 بين جمهورية مالي وشركة *matières général des du nucléaires* على أنه "تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة والقانونية والاقتصادية والمالية التي تستعمل الشركة في ظلها، وينصرف هذا الضمان إلى التشريعات واللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بوجه خاص خاص"⁽²⁾.

والتطبيقات القانونية لشروط الثبات التشريعي الواردة كبنء في صلب العقود التي تبرمها حكومات الدول المضيفة مع المستثمرين الأجانب عديدة ومتنوعة، وأصبحت من الشروط المقبل على الأخذ بها بشكل موسع ذلك أن التعامل بالشروط التعاقدية في اتفاقات الدولة والمستثمر الأجنبي قد تتسم بإجراءات ميسرة كونها شروط يتحكم في مضمونها وإقرار سريانها أطراف العقد مقارنة بالشروط التشريعية التي ترد في صلب قانون الدولة في شكل نصوص تشريعية تحتاج المرور على الكثير من الإجراءات والمراحل وأمام هيئات مختلفة للوصول إلى إقرارها.

وبحسب رأينا فإنه مهما اختلفت الأشكال التي تظهر بها شروط الثبات التشريعي سواء بإقرارها في صلب العقود أو بموجب نصوص شريعة في القوانين المقارنة والتمسك بنفاذها دون أي قيود أو استثناءات تفرضها الدولة عند إصدار تعديلاتها على القانون الذي أبرم العقد في ضله، وكأن الدولة بهذا الإقرار تدلي بتصريح رسمي ومكتوب بان تتعهد بعدم سريان التعديلات التي تحدثها على تشريعاتها الوطنية أي إقرار بالتنازل عن سلطتها العامة لصالح المستثمر الأجنبي الذي يقرر بحسب مصالحه وظروفه متى يتنازل عن هذه الشروط أو مواصلة نفاذها، وهو أمر يتعين مراجعته والوقوف عليه من طرف الدولة صاحبة السيادة في التشريع الداخلي، و حتى على مستوى القانون الدولي الذي يقر بحق الدولة السيادي من جهة و يعترف بشرعية شروط الثبات التشريعي و يشجع على تطبيقها من جهة أخرى⁽³⁾، و عليه يبقى الهدف الأساسي وراء جميع أنواع شروط الثبات واحد و هو الحيلولة دون تطبيق أي قانون أو إجراء

(1) د/ غسان علي علي : الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تثور بصدها، مرجع سابق ذكره، ص 137.

(2) راجع ذلك مكور في: د / بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 294.

(3) حيث أكد مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في بال في سويسرا لعام 1991 بمناسبة بحث مشكلة قانون الإرادة في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة و نص في المادة 08 من توصيات الدورة على انه: " إذا اتفق الأطراف على أن القانون المختار يكون هو المقصود والنافذ لحظة إبرام العقد ، فتطبق أحكامه كشروط مادية مندمجة في العقد ، ومع ذلك إذا تم تعديل أو إلغاء ذلك القانون بمقتضى قواعد تحكم بنحو أمر العقود السارية ، وجب تطبيق تلك القواعد ". راجع ذلك في: / طه احمد قاسم، مرجع سابق ذكره، ص 76.

تنظيمي تصدره الدولة أو الإدارة لتغيير الوضع القانوني للمستثمر الأجنبي و بشكل يحد من السلطة العامة للدولة⁽¹⁾.

على أن هذا التأييد الذي حضيت به هذه الشروط على مختلف المستويات التشريعية والدولية يؤهلها إلى أن تحتل مركز الوسيط في حماية تلك العلاقة التي نشأت بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة من النزاعات والخلافات التي تمكن أن تنشأ بينهما عند اختلاف المصالح وبالتالي يضاف إلى أهدافها الأساسية هدف الحد من منازعات الاستثمارات الأجنبية ،فهل يمكن لهذه الشروط أن تنجح في تحقيق ذلك أم أن أثرها سيبقى منحصرًا في الحفاظ على تحقيق الجماد التشريعي طيلة فترة نفاذ عقد الاستثمار وهو ما سنحاول بحثه والتوصل إليه في الفقرة الآتية .

الفرع 2: دور شروط الثبات التشريعي في تجنب منازعات الاستثمار.

إن التطرق إلى تحديد شروط الثبات التشريعي في مسألة تجنب أو الحد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة لها، و تبيان مدى فاعليتها في ذلك يعتمد أساسا بحسبنا على الفائدة العملية التي تحققها تلك الشروط للمستثمر الأجنبي بالدرجة الأولى على أساس أن تلك الشروط وضعت بالمقام الأول كضمان للمستثمر الأجنبي، بمعنى انه كلما زادت تلك الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي من قبل الدولة المضيفة له بحسب اختلاف مصادرها كلما انخفضت نسبة احتمال وقوع خلافات أو نزاعات بين الطرفين، ذلك أن رأس المال الأجنبي يمتاز بجبنه و يحتاج إلى الشعور باستمرار إلى الطمأنينة.و عليه فان شروط الثبات التشريعي المطلوبة لتحقيق ذلك هي تلك الشروط التي تصل إلى تحقيق استقرار الرابطة التعاقدية بين المستثمر الأجنبي و الدولة بشكل يتيح للمستثمر الأجنبي اتخاذ قراراته الخاصة بالاستثمار وهو على بينة من أمره، فضلا على مواصلة أعماله وفقا لمعدلات الأرباح التي قدرها وتوقعها ابتداء من ضمان سريان هذه الشروط⁽²⁾.

على أن تحقيق ذلك على ارض الواقع قد يصطدم بحقيقة مفادها أن وجود شروط الثبات التشريعي ضمن نص تشريعي أو عقد استثمار لا يزود المستثمرين الأجانب بالضمان الكافي، ذلك أن قدسية العقد لا تمنع المشروع الوطني من أن يمارس سيادته التي تمكن الدولة من إصدار قانون أو تعديل تشريع أو اتخاذ إجراء تعتبره يخدم الصالح العام، حتى و لو كانت توجهات ذلك القانون أو الإجراء تتعارض بشكل مباشر مع بنود العقد، حيث يؤدي في الحقيقة طغيان و سيادة قاعدة تشريعية لأي جهة على أي نص تعاقدي إلى حرمان شرط الثبات من قيمته القانونية⁽³⁾، وهو أمر تجسد من خلال العديد من المواقف الفقهية التي أكدت على أن هذه الشروط تحد من حرية الدولة في مواجهة ظروف الاستثمارات المختلفة والقابلة للتقلب

(1) د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 294

(2) د/ دريد محمود علي ألسمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 278

(3) راجع ذلك في: د/ بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 299.

في ظل المتغيرات الاقتصادية الدولية، الأمر الذي يتعارض مع السيادة المشروعة التي تمنح للدولة كل الحق والحرية في إصدار تشريعات تسري بكل حرية و دون أي قيد على العقد المبرم بينها و بين المستثمر الأجنبي، ذلك الحق المستمد من سيادتها على مصادر الثروة الطبيعية على أراضيها⁽¹⁾. و أيا كانت الآراء المطروحة في شأن إقرار شرعية شروط الثبات التشريعي القائمة بين الدولة كسلطة سيادية والمستثمر الأجنبي فإننا نرى أن وجود هذه الشروط أمر مستقر عليه بدليل إقراره في كثير من القوانين الوطنية وأحكام القضاء و التحكيم وبالتالي لا جدوى من الدفع بإلغاء هذه الشروط أو عدم الاعتراف بها.

و حتى لا تضيق على الدولة فرص للاستثمار لاسيما إن كانت من الدولة النامية و بحاجة إلى تلك الاستثمارات الأجنبية، فإنه يتعين التعامل مع شروط الثبات التشريعي بشكل يوفر للمستثمر الأجنبي ضمانا كافية لاستثماراته وفي نفس الوقت يقر للدولة المضيفة حقها السيادي في التحكيم بسلطتها التشريعية، وهو ما حاول البعض إلى التوصل إليه على أساس أن انتهاك شرط الثبات التشريعي بإصدار تشريعي في الدولة المضيفة يلغى مفعوله القانوني من شأن ذلك أن يلحق ضرراً بالمستثمر الأجنبي وهو الضرر الذي يقابله حق التعويض، وعليه يتعين إنصافا للطرف المتضرر أن يكون تقدير التعويض مختلفا عن تقديره في الحالات العامة بشكل يرضي المستثمر الأجنبي ويقابل الأعباء التي نشأت لديه نتيجة هذه التعديلات التشريعية، وفي المقابل لا يحول إقرار هذه الشروط في عقد الاستثمار دون تمتع الدولة بما يمنحها لها امتياز السيادة والسلطة على تشريعاتها وحق التحكم فيها وفقا لما يحقق مصالحها الاقتصادية والاجتماعية⁽²⁾.

وعليه وأمام عدم الاتفاق حول فاعلية شروط الثبات التشريعي في تأدية الوظيفة المنوطة بها والمتمثلة في غل يد الدولة عن المساس بالعقد أو اقتصار وظيفتها على التركيز بضمان اكبر مبلغ للتعويض في حالة فقدان الشرط لفاعليته بفعل الدولة المضيفة، يبقى مفعولها كآلية لفض النزاعات التي يمكن أن تثار بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة مشكوك في تحقيقه لحالة عدم التوازن والاستقرار التي تتميز بها والتي تختلف مستوياتها من دولة إلى أخرى، مما يدفعنا القول إلى أن هذه الشروط لا تكف كآلية مستقلة للحد من المنازعات المحتملة بين طرفي عقد الاستثمار وهو ما يلزمنا البحث عن آليات أخرى قد تكون أكثر فعالية وأكثر وضوحا و اقل خطورة على العقد الواردة فيه بما تخلفه من آثار عند نفاذه، وهو ما سنحاول بحثه في الفقرة الموالية.

(1) راجع مختلف الآراء الفقهية حول شروط الثبات التشريعي في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن: عقد التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 74، و كذا: د/ حفيظة السيد: العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص:384، و د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 281.

(2) راجع ذلك في: د/ حفيظة السيد الحداد، نفس المرجع، ص 390 وما بعده، وكذا راجع أيضا: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 174، 175

المطلب الثاني: شروط إعادة التفاوض - شروط المراجعة-

إن ما يميز عقود الاستثمار التي تربط المستثمرين الأجانب والدول المضيفة -خاصة الدول النامية - أنها عقود طويلة الأجل نظرا لطبيعة المشاريع المطلوب انجازها، وهو ما يجعلها تتأثر بتغيير الظروف المحيطة بها التي لن تظل على حالها أمام اتفاق قد يدوم لأكثر من عشر سنوات وأمام التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي تلزم التماشي مع معطياتها سواء بتعديلات تشريعية أو تغيير وضع قانوني قد يمس بالاتفاق المشترك بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة⁽¹⁾.

وعليه فإنه من الطبيعي أن يكون المصدر الأساسي لإثارة المنازعات والخلافات بين طرفي عقد الاستثمار تلك الظروف المحيطة بهذا العقد والتي بتغيرها تغيرا وضعية تنفيذ الالتزام محل العقد وقد تؤدي إلى اختلال التوازن المالي له .وانطلاقا من ذلك وأمام التهرب من شروط الثبات التشريعي كوسيلة لاستقرار نفاذ الالتزامات التعاقدية بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له لاستقرار الشك حول فاعليتها في تجنب المنازعات الاستثمارية، فإن شروط إعادة التفاوض تعتبر البديل كوسيلة يسعى من خلالها أطراف العقد " لاسيما المستثمر الأجنبي " إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد ، فما هي هذه الشروط ؟ وإلى أي مدى يمكن أن تنجح في الحد من منازعات الاستثمار الأجنبي وبالتالي سيطرتها على عقود الاستثمار الأجنبي؟ وهو ما سنحاول بحثه كل على حدى فيمايلي:

الفرع 1: المفهوم القانوني لشروط إعادة التفاوض.

وردت العديد من التعاريف القانونية لشروط إعادة التفاوض نظرا لأهميتها العملية في عقد الاستثمار الذي يربط بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له. فقد عرفها البعض إنها تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغيير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها بالتفاوض مرة أخرى من أجل خلق توازن تعاقدى جديد ومن ثم إعادة تكييف أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته⁽²⁾.

و لم يخرج البعض عن هذا المعنى إلا بإطلاق تسمية شروط المشقة عليها " la clause du hardship " وتم تعريفها بأنها تلك الشروط التي بمقتضاها يتعهد الطرفان بتعديل العقد الذي يربطهما إذا حدث تغيير في الشروط الأساسية التي تعهدا بموجبها وأدت لتغيير توازن العقد وتحمل إحداها لظلم فادح⁽³⁾.

(1) لاسيما ووفقا لما سبق تبيانه في الفقرة السابقة أن قدسية العقد لا تمنع المشرع الوطني من أن يمارس سيادته التشريعية بإصدار قانون جديد أو اتخاذ ما يخدم المصلحة العامة من إجراءات.

(2) راجع هذا التعريف مذكور في: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 302

(3) راجع هذا التعريف في: د / عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 103.

وقد وجدت هذه الشروط سبيلها للتطبيق بهذا المعنى في العديد من العقود⁽¹⁾ التي تحكم في مضمونها اتفاقات استثمارية نظرا لتجسيدها والاعتراف بفعاليتها القانونية على المستوى الدولي⁽²⁾.

على انه وحتى تؤدي شروط إعادة التفاوض ثمارها المرجوة في عقد الاستثمار لاسيما عندما يحين وقت نفاذها لتغيير ظروف العقد أو إحداث تعديلات أثرت في منحى الأهداف المرجوة لأحد طرفي العقد فان ذلك يتطلب أن يتم تحديد عناصر هذه الشروط ونتائجها بدقة والتي يمكن أن تتركز حول⁽³⁾:

1- إجراء تحديد حصري يتضمن بياناً جامعاً بالأحداث التي تستوجب تطبيق هذه الشروط والتي ترتبط نظراً لخصوصية عقد الاستثمار عادة بالحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ويستوي الأمر إن كانت دولية أو وطنية وتؤدي في المقابل إلى إحداث اختلال بتوازن هذا العقد.

2- الاتفاق على طريقة نفاذ عقد الاستثمار في فترة التفاوض وتحديد مآل الآثار التي يخلفها في هذه الفترة فيما لم يتم الاتفاق على وقف التعامل بالعقد لحين ظهور نتائج التفاوض.

3- تحديد وتقديم الحلول الواجب إتباعها في حالة فشل المفاوضات أو رفض إجراءاتها من قبل احد الأطراف.

فهذه العناصر وغيرها مما ينبغي لأطراف العقد الاتفاق عليها تعد بمثابة الدعامة الأساسية لحماية وضمان إحداث توازن اقتصادي بعقد الاستثمار نتيجة لما قد يتأثر به بفعل التغيير في الظروف التي عاصرت إبرامه، وذلك من خلال السماح لأطراف العقد بمراجعته والاقتراب منه بشكل مرّن للعمل على فرصة استمراره وبقائه عن طريق ما يدخل إليه من تعديلات وتغييرات بفضل التفاوض لإيجاد حل مناسب بغض النظر عن الصيغة التي يستخدمها الأطراف للتعبير عن هذا الالتزام، والتي تختلف بحسب إرادة الأطراف والظروف التي وضعت شروط إعادة التفاوض لأجلها والتي قد تكون اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية أو مالية. على أن الأهمية التي تقدمها شروط إعادة التفاوض بإدراجها ضمن عقود الاستثمار المختلفة تبقى بحسب البعض محدودة الأثر على عكس المظهر العام لها على أساس أنها

(1) نذكر على سبيل المثال لا الحصر العقد المبرم بين حكومة غانا وشركة شال غانا لاكتشاف وإنتاج البترول المبرم عام 1974 الذي ينص في بنوده على انه للأطراف في حالة تغيير الظروف المالية والاقتصادية المتعلقة بصناعة البترول وظروف التسويق بصفة عامة على نحو يؤدي بالمساح الاقتصادي للعقد، حق مراجعة أو مناقشة العقد من أجل اتخاذ التعديلات والتغييرات المعقولة ، مع الأخذ بعين الاعتبار رأس المال الذي أنفقه المتعاقد مع الدولة والمخاطر التي تحملها . راجع ذلك في: د / حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق ذكره، ص 359.

(2) حيث اقر معهد روما لتوحيد القانون الخاص عام 1994 شروط إعادة التفاوض أين نص في الفقرة الثالثة من الماد 2/6 «في حالة شروط الصعوبة . تغيير الظروف- "hardship" يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات و يجب أن يقدم الطلب دون تأخير و أن يكون مسبباً».

راجع ذلك مذكور في: د/ بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 304.

(3) راجع ذلك في د/ غسان علي علي: مرجع سابق ذكره، ص 188، و راجع أيضا لمزيد من التفصيل حول شروط إعادة التفاوض: د/ شريف محمد غنام: أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 41، 42.

تفرض على الأطراف فقط الالتزام بإعادة مناقشة أحكام العقد ولا ترتب أي التزام بالمقابل بضرورة أن ينتهي التفاوض إلى اتفاق حول استرجاع العقد للتوازن الذي فقده⁽¹⁾، بمعنى أنه يحق لأي طرف في العقد التقيد بضرورة إعادة التفاوض حول بنود العقد وحالته أو إعادة التوازن إلى وضعيته متى طالب أحد أطراف العقد المتضررين من هذا الوضع، وهو في غالب الأحوال المستثمر الأجنبي لتضرر استثماراته ومركزه القانوني في العقد نتيجة تصرفات صادرة من الدولة المضيفة كصاحبة سيادة، وهو بلا شك ما يدفع إلى قيام منازعات بين طرفي العقد، على أنه تساؤلاً يثار في هذا المجال حول ما إذا كانت النزاعات التي تنور في هذا الشأن بسبب ما لحق العقد من خلل في توازنه نتيجة مجمل التغيرات التي مسته أم أن النزاعات تنور بسبب إخلال أحد أطرافه بالتزامه بشأن تنفيذ التقيد بشرط إعادة التفاوض، وعليه إلى أي مدى يمكن في هذه الحالة القول بالفاعلية الإيجابية لشروط إعادة التفاوض كآلية للحد من منازعات الاستثمار الأجنبي، وهو ما سنحاول بحثه من خلال الفقرة الموالية من هذه الدراسة.

الفرع 2: أثر شروط إعادة التفاوض في تجنب المنازعات.

إن الهدف الأساسي من أعمال شروط إعادة التفاوض ضمن بنود عقود الاستثمار المبرمة بين المستثمر الأجنبي والدول المضيفة له هو المحافظة بالدرجة الأولى على التوازن العقدي لضمان استمراره طيلة فترة نفاذه، رغم كل محاولة من أي طرف في العقد بالإخلال بتوازنه أو التوصل من الالتزامات المقررة به، ومن أجل استقرار المعاملات فإنه يجب على الدولة المضيفة أن تقي بما قطعت على نفسها من التزامات وما وعدت به المستثمر الأجنبي من ضمانات.

وكمبدأ عام فإن الأمر لا يدق إذا نفذ كل طرف التزاماته التعاقدية ولم يخل بها تجاه الطرف الآخر بالتمسك بشروط إعادة التفاوض والسير فيها لأجل إعادة العقد إلى الحالة المرجوة والمحقة لهدف إبرامه، على أن الإشكال يثار في الحالة التي يتراجع فيها أحد أطراف عقد الاستثمار -وهو في الغالب الدولة المضيفة- على السير في تنفيذ التزاماته بقبول الدخول في إعادة التفاوض، وهي إحدى الإشكاليات المتعلقة بعملية إعادة التفاوض مما ينجر عنها نزاعات بين طرفي التعاقد، وفي هذه الحالة اعتبر البعض إن اختلاف الأطراف على الشروط الخاصة بإعادة التفاوض تسمح لأي منهما أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة في الحالة التي يرفض فيها المتعاقد الآخر الدخول في إعادة التفاوض، وهو إجراء قد ينجر عنه تدخل طرف ثالث قد يكون خبيراً أو وسيطاً أو محكماً ليقرر ما إذا كان هناك ضرورة لإعادة التفاوض من عدمه، الذي يستمد مصداقيته من اتفاق الأطراف بتحديد مهمته وسلطاته ومدى قوة القرارات الصادرة عنه والتي يمكن أن تقضي إلى إلزام المتعاقد بالتنفيذ الجبري للالتزام وذلك بالجلوس إلى مائدة

(1) نفس المرجع، ص 191

التفاوض⁽¹⁾، أو أن تأمره بدفع مبلغ نقدي كتعويض للمتعاقد الآخر نتيجة إعلان رفضه الدخول في عملية إعادة التفاوض⁽²⁾، أما في الحالة التي يعلن فيها المحكم عكس ذلك - بأنه ليس هناك من داع أو إلزامية للجلوس إلى مائدة التفاوض - ففي هذه الحالة وبحسب ما اقترحه البعض قد يدعو المحكم الأطراف لمحاولة التفاوض مرة أخرى بشأن بنود اتفاقية معدلة أو منقحة استناداً إلى ما تتوصل إليه من نتائج أو أن يعلن انتهاء العمل بالاتفاقية الأصلية مع الحكم بتعويض الطرف المتضرر إذا ما ثبت له - المحكم - أن الطرف الآخر قد فشل بحسن نية أثناء مرحلة التفاوض أو لأي سبب آخر غير مشروع⁽³⁾.

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن أطراف التعاقد يفضلون في الحالة التي يثور فيها التنازع والخلاف حول تطبيق أو الالتزام بشروط إعادة التفاوض، الرجوع إلى آلية خاصة يتوافر للقائمين عليها الخبرة والدراية العملية الكافية، ويعتبر التحكيم الوسيلة المثلى لفض هذا النوع من النزاعات ذلك أن الأطراف لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذا الحدث وإنما قد يجدون من المناسب أكثر أن يعيدوا النظر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها، على عكس ما قد تفرضه القواعد العامة والتي قد يفضل الأطراف في ضلها إنهاء الروابط فيما بينهم.

وبذلك تظهر أهمية شروط إعادة التفاوض كآلية فعالة في تجنب المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له من خلال الطبيعة القانونية لهذه الشروط والتي تشكل ورقة ضغط على أحد أطراف العقد الذي يشملها لاسيما في ضوء الطبيعة الخاصة لعقود الاستثمار وضماناً لاستقرار بنود العقد بما يتلاءم و مصلحة كل طرف فيه، كما تعمل على تخفيف الضرر عما لحقه من خلال ممارسة الدولة المضيفة لسيادتها، و ببداية مرحلة التفاوض تفتح مرحلة جديدة وفعالة لإعادة هيكلة عقد الاستثمار من جديد وفقاً للطريقة التي تم الاتفاق أو النص عليها في العقد، وتبقى شروط إعادة التفاوض برغم المشاكل التي تطرح بتطبيقها، من الشروط الفعالة لتجنب العديد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ في مجال نفاذ عقود الاستثمار، ذلك أن علاقة الدولة المضيفة بالمستثمر الأجنبي ليست مبنية على استدرجه للاستثمار فيها وإنما هي منصبة على الاهتمام بتوفير الثقة لدى هذا المستثمر، وقد عبر البعض⁽⁴⁾ عن ذلك بالقول أن شروط إعادة التفاوض توفر نوعاً من التأمين ضد أي رد فعل شديد يحدث نتيجة إدراك أن اتفاقية الاستثمار ذاتها تحضر أي عملية مراجعة مبررة أو عقلانية .

(1) على أن التزام الأطراف أو إلزامهم بالجلوس غالى مائدة التفاوض لا يعني تقديم حلول مباشرة لمواجهة التغيرات في الظروف التي سببت اختلالاً في توازن ادعاءات الأطراف لأنه لا يطبق بشكل آلي. راجع ذلك في: د/بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 307.

(2) د/غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 194.

(3) د/بشار محمد الأسعد، نفس المرجع، ص 309.

(4) راجع ذلك مذكور في: نفس المرجع، ص 310.

المبحث الثاني: التسوية الودية لمنازعات الاستثمار الأجنبي.

تتعدد الأسباب التي تنشأ على أثرها منازعات أو خلافات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له نتيجة لانتهاك نصوص العقد الذي يحكمها والخروج عنه سواء بتصرفات انفرادية قد تصدر من جانب الدولة المضيفة⁽¹⁾، أو نتيجة تغيير الظروف التي تم فيها إبرام العقد. واستناداً إلى مبدأ الرضائية وحرية الاختيار فإن لأطراف عقد أو اتفاق الاستثمار اختيار الوسيلة التي يجدونها مناسبة لتتكفل بتسوية الخلافات التي تنشأ فيما بينهم بالسرعة التي يستوجبها التعامل الدولي الاقتصادي نظراً للطبيعة الخاصة والأهمية البالغة لهذا النوع من الاتفاقات أو التعاقدات، وحتى لا يتحول خلاف محدود إلى خلاف يعصف بعقد الاستثمار كله، فقد تم العمل في هذا المجال بإيجاد وسائل أكثر سرعة وفاعلية تحول دون تحول تلك الخلافات إلى منازعات تحتاج الالتجاء إلى القضاء أو التحكيم من أجل حسمها، واستقر الأمر الاعتماد على وسائل بديلة سلمية يتم اللجوء إليها وإقرارها ضمن اتفاقات وعقود الاستثمار لغرض حسم المنازعات بطريقة ودية، والتي يعتمد في اختيارها أو اللجوء إليها على إرادة الأطراف المتعاقدة التي تتحكم في طبيعة النتيجة التي يتم التوصل إليها بموجب هذه الوسائل دون أي التزام خارجي إلا بموافقتهم وقبولهم بعكس التحكيم أو التقاضي، وهو الأمر ربما الذي شجع معظم التنظيمات الدولية المختلفة المتعلقة بالاستثمار وقوانين الاستثمار المقارنة⁽²⁾، بالتركيز في المقام الأول على استعمال هذه الطرق الودية وغير الرسمية لتسوية النزاع لما يحققه من إبراز الروح الودية التي تأمل بعض الدول في أن تدير من خلالها علاقتها الاستثمارية، كما تعمل به نزع فتيل التوتر بين طرفي الاتفاق في بعض الحالات⁽³⁾.

و بذلك سنحاول من خلال هذه الدراسة التطرق لبحث واكتشاف ماهية هذه الوسائل الودية أو كما يطلق عليها البعض بالوسائل البديلة والتي نخصص لها المطلب الأول، ثم ننقل لبحث أثر هذه الوسائل الودية

(1) تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيفة للاستثمار في حق المستثمر الأجنبي و تؤدي إلى الاستيلاء على الاستثمارات الأجنبية كنزع الملكية والتأميم والمصادرة.....

(2) حيث نصت المادة 26 من قانون الاستثمار السوري على : «إذا لم يتم التوصل إلى الحل الودي خلال فترة 06 أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي بالتسوية الودية من قبل أحد أطراف الخلاف، لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية: - اللجوء للتحكيم أو اللجوء إلى القضاء السوري».

و نصت المادة 33 من قانون تشجيع الاستثمار الأردني على: « تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر و المؤسسات الحكومية الأردنية وديا بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسوية النزاعات خلال مدة لا تزيد عن ستة أشهر فلاي من الطرفين اللجوء إلى القضاء » .

على انه تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن قانون الاستثمار الجزائري لم يأتي إطلاقاً على إلى الوسائل الودية كوسائل بديلة لحل نزاعات الاستثمار إلا في حالة وجود اتفاق خاص ينص على ذلك دون أي إلزامية بالتقيد به، و هو ما تم إقراره ضمن أحكام المادة 17 منه.

(3) د/ لمياء متولي يوسف مرسى، التنظيم الدولي للاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 240.

في حسم مختلف النزاعات التي تثور بين طرفي عقد أو اتفاق الاستثمار وهما المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له وذلك ضمن المطلب الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الأول: الوسائل البديلة لحسم منازعات الاستثمار.

تمثل الوسائل الودية -البديلة- لحسم المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له إحدى الآليات غير القضائية وغير الرسمية لحل مشكلة عدم الالتزام بالاتفاق أو العقد المبرم بين طرفيه. ويتم اللجوء إلى الوسائل الودية متى تم الرضا والاتفاق بين الأطراف على فض المنازعات التي تنشأ فيما بينهم بموجبها، وكذا إقرارها أو التخلي عن نتائجها إذا لم يرغب أحد الأطراف في الالتزام بهذه التسوية على الرغم من سابق موافقته على الالتزام بها سواء كان الالتزام تعاقدياً أو اختيارياً⁽¹⁾. و تتعدد وسائل حسم منازعات الاستثمار ودياً إلا أن ما استقر تبنيها ضمن مختلف تشريعات الاستثمار المقارنة والتنظيمات الدولية المختلفة المتعلقة بالاستثمار ومختلف عقود الاستثمار تركزت حول حصرها عملياً في المفاوضات والوساطة والتوفيق، وذلك لما تتمتع به هذه الآليات من امتيازات مشتركة فبالإضافة إلى هدفها في إبراز الروح الودية والمحافظة على العلاقات الطيبة بين الأطراف، تمتاز هذه الوسائل أيضاً -عند اختيارها لحسم النزاعات بين الأطراف- بعدم المنع في الوقت ذاته من اللجوء إلى وسائل قانونية أخرى لنفس الغرض، كما أنها من الوسائل التي تعتمد السرعة والمرونة في الإجراءات مقارنة بإجراءات التقاضي أمام المحاكم أو أمام هيئات التحكيم، وهو ما يستجبه التعامل الاقتصادي الدولي، كما أنها من الوسائل التي تمتاز بتكاليف قليلة مقارنة بغيرها من وسائل فض منازعات الاستثمار⁽²⁾. وسنتولى دراسة كل وسيلة من هذه الوسائل على حدى وتبيان دورها في فض منازعات الاستثمار فيما يلي :

الفرع 1: المفاوضات.

عرفت المفاوضات كإحدى الوسائل الودية لحسم منازعات الاستثمار بأنها قيام الأطراف المتنازعة بدراسة مشتركة لطيفة النزاع وتبادل وجهات النظر بشأنه بهدف الوصول إلى تسوية مناسبة له⁽³⁾. كما عرفها البعض أنها عبارة عن تقديم ومناقشة مقترحات محددة وأساسية تستهدف الأطراف المتصارعة والوسطاء من خلال وضع الحلول المناسبة لصالح أحد الطرفين أو لكليهما⁽⁴⁾.

(1) د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 314

(2) راجع ذلك في: د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 227، و كذا: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 197، 198.

(3) راجع هذا التعريف في: د/ جمعة سعيد سرير الزوي، مرجع سابق ذكره ص 536.

(4) راجع ذلك مذكور في: د/ احمد فوزي عبد المنعم: وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 61، سنة 2005، ص 509.

وعليه فإن المفاوضات كوسيلة ودية تعتمد على تبادل وجهات النظر حول الأمر أو المسألة المروحة للنقاش بغية التوصل إلى اتفاق موحد لطرفي النزاع، ولعل ذلك ما جعل البعض يعتبر المفاوضات من أعقد العمليات على الإطلاق لما فيها من محاورة و مراوغة وكر وفر وإقبال وإدبار وإصرار ومثابرة من خلال استعراض كل طرف متفاوض لمهاراته فيأخذ ويعطي بغرض تحسس المصلحة وجس النبض بقصد الوصول إلى غايته بما يضمن له عدم الالتزام إلا في اللحظة التي يريدها مع ضمان التزام المتفاوض معه بأكبر قدر من الالتزامات ليطبق عليه الخناق⁽¹⁾.

حيث اعتبر البعض المفاوضات من أفضل وسائل تسوية المنازعات لما تمتاز به مرونة ودور في تطبيق شقة الخلاف بين الأطراف المتنازعة⁽²⁾.

على أنه وحتى تؤدي عملية التفاوض بثمارها المرجوة والمنتظرة من طرفي الاتفاق فإن ذلك يتطلب بل يوجب على أطراف هذه العملية الاستمرار في التفاوض قدر الإمكان وليس مجرد الاتفاق على الدخول في المفاوضات، وهو التزام يستمد أساسه من خلال رغبة كل طرف من أطراف التفاوض في حل النزاع وتسويته⁽³⁾، كما يدعم هذا الالتزام حسن نية الأطراف التي يفترض قيامها دون الحاجة إلى إثباتها وذلك من خلال الثقة التي يبعثها كل طرف للآخر والالتزام بالصراحة والشفافية في عرض الوقائع والظروف المحيطة بالنزاع، وهو ما يخلق المساواة القانونية بين الطرفين المتفاوضين ويصل إلى نتائج مرضية لهما على حد سواء حتى وإن لم تنته بحل نهائي للنزاع المطروح.

وقد عبر البعض عن ذلك بالقول⁽⁴⁾ أن تحقيق العدالة في المفاوضات تشترط توافر حد أدنى عن المساواة القانونية بين الطرفين المتفاوضين وإلا كانت نتيجة المفاوضات انعكاسا لسيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف.

على أنه يبقى دائما احتمال فشل هذه الآلية في حل النزاع المعرض عليها والذي يرجع لأسباب مختلفة قد ينحصر بعضها في سوء نية أحد أطراف التفاوض وانسحابه من طاولة التفاوض ليضع حدا لهذه العملية، أو أن ما أفرزته عصارة أطراف التفاوض لم تجد نفعا أمام النزاع المطروح مما يحكم على هذه الوسيلة الودية بالفشل لحسم النزاع وهو ما يحول الأطراف إلى بحث آلية ووسيلة أخرى ولتكن وسيلة التوفيق .

(1) راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره في ص 199.

(2) د/ دريد محمود علي ألسمرائي، مرجع سابق ذكره ص 348.

(3) راجع ذلك في: د/ غسان علي علي، نفس المرجع ص 201.

(4) راجع ذلك في: د/ احمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1975، ص 400.

الفرع 2: التوفيق - المصالحة -

التوفيق أو كما يطلق عليه البعض المصالحة إجراء من الإجراءات التي تدخل في نطاق وسائل التسوية الودية لمنازعات الاستثمار، ويعتمد في عمله كآلية لتسوية المنازعات خلافا للمفاوضات على اللجوء إلى هيئة محايدة توكل إليها مهمة تسوية النزاع والتي تقوم بالتحقيق في ماديات الوقائع وتعمل على تقديم تقرير بذلك للأطراف المتنازعة يتضمن مقترحات لحل النزاع⁽¹⁾.

بمعنى تفصيلي أكثر فإن التوفيق هو إجراء يتحقق بقيام أطراف النزاع باختيار طرف محايد للمثول أمامه بغية تسوية منازعاتهم، أين يسعى الموفق دائما أثناء إجراءات التوفيق وباتفاق مسبق مع الأطراف إلى أن يعرض عليهم أفضل الأوجه للتوفيق بينهم، ومن ثم يبدأ بالتوفيق بين وجهات النظر المختلفة وبين الموقف المتعارضة معتمدا في إدارة ملية التوفيق بما يراه مناسبا ومسترشدا في ذلك بمبادئ العدل والإنصاف والحيادة دون أن ترقى تلك المقترحات إلى أن تكون قرارات ملزمة⁽²⁾.

ومن خلال هذا التعريف فإنه يفهم أن التوفيق وسيلة تستند في مهامها على مجموعة من الإجراءات تبدأ باختيار الموفق الذي ستوكل إليه مهمة حسم النزاع كمرحلة أولى، ثم تتوالى بعد ذلك إجراءات التوفيق بواسطة الموفق المختار من الأطراف المتنازعة وفق تقديره الخاص متوخيا في ذلك مبادئ العدالة والحيادة والإنصاف وهي المرحلة الثانية في عملية التوفيق، وعلى أساس أن مهمة الموفق لن تخرج عن تقريب وجهات نظر أطراف النزاع وإبداء المقترحات لهم، فإن ذلك ادعى أن يتم تزويده وموافاته بالبيانات والوثائق والمستندات التي تؤيد طلبات كل طرف حتى يتسنى له إبداء مقترحات تخدم كلى الطرفين، وبذلك يصل الموفق إلى المرحلة الأخيرة في عملية التوفيق التي تنتهي إما بالتوصل إلى قرار يحسم النزاع أو إلى فشل عملية التوفيق أو إلى الانسحاب من هذه العملية وإعلان الرغبة من كلا الطرفين، أو إحداهما بالتوقف وعدم الاستمرار في إجراءات التوفيق .

وامتدادا لهذه الإجراءات التي تمر بها عملية التوفيق يمكن إسناد قيامها إلى ثلاثة خصائص رئيسية وهي⁽³⁾:

(1) إن التوفيق عقد رضائي يتم بمجرد الإيجاب والقبول بين أطراف النزاع في الغالب يكون العقد مكتوبا .

(2) إن التوفيق يهدف إلى التوصل إلى تسوية ودية يرجع أساس تنفيذها إلى إرادة ورغبة الأطراف

(3) إن الموفق يمارس سلطات مقيدة من حيث الموضوع والزمان والمكان في إطار الحدود المرسومة له من قبل الأطراف.

(1) راجع في ذلك: د/ خيري البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 329 .

(2) راجع ذلك في: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره ص 318، وراجع ذلك أيضا: د/ احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق ذكره ، ص 403، 404 .

(3) د/ احمد فوزي عبد المنعم ، مرجع سابق ذكره، ص 521.

و يظهر التوفيق وفقا لآثاره العملية بنوعين هما: التوفيق الخاص والتوفيق المؤسسي.

- فبالنسبة للتوفيق الخاص فهو التوفيق الذي يخضع في تحديد إجراءاته وطريقة تسييره ومكان الجلسات التي ستدار حوله وفقا لإرادة أطرافه، وهو المعنى الذي أقرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي " UNICITRAL " والتي تم قبولها من قبل غالبية النظم القانونية المعاصرة، حيث أكدت هذه القواعد على الطابع الأرضي للتوفيق وأهميته الكبرى في بعض نواحي التجارة الدولية⁽¹⁾.

- أما التوفيق المؤسسي فهو التوفيق الذي يتم تنظيمه عم طريق إحدى المؤسسات أو المراكز التنظيمية المتخصصة، وهذا النمط يجد تطبيقه ضمن القواعد الداخلية لغرفة التجارة الدولية بلندن والتي أقرت أن أي نزاع ذو صفة دولية يمكن تسويته من خلال ترتيبات ودية بواسطة اللجنة الإدارية للتوفيق التابعة للغرفة، أين تعمل اللجنة على تعيين الموفق الذي سيفصل في النزاع مع اشتراط أن يتضمن طلب التوفيق على موضوع الخلاف والمستندات اللازمة ومن ثم يتم تقدير المصاريف وتقسيمها على الطرفين، ثم تقوم لجنة التوفيق بتقديم مشروع التسوية للطرفين فإذا وافقوا عليه يحرر محضرا بذلك ويوقعه الأعضاء ، أما إذا كان يقبل الطرفين المشروع فلهما الحق في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم⁽²⁾.

ولما كان التوفيق لا يقوم أصلا إلا بإقراره وقبول اللجوء إليه من أطراف النزاع، فإن بعض التشريعات المقارنة خرجت عن هذا المبدأ العام بإقرار إلزامية اللجوء إلى إجراءات التوفيق قبل عرض النزاع على أجهزة القضاء، وهو الأمر الذي يلغي إرادة أطرافه ويتحول من إجراء اختياري إلى إجراء إلزامي⁽³⁾.

أما موقف المشرع الجزائري بخصوص المصالحة فقد جاء واضحا ومختلفا من حيث مبدأ إقراره على أساس النص بإجازة اللجوء إلى التصالح بين أطراف النزاع بصفة تلقائية أو بسعي من القاضي⁽⁴⁾، هذا الأخير الذي خوله المشرع الجزائري من خلال قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مهمة تحديد المكان و الوقت الذي يراهما مناسبين لإتمام إجراءات الصلح⁽⁵⁾ و هو أمر يخرج فيه هذا النص القانوني عن مبدأ و أساس الصلح في منازعات الاستثمار الأجنبية و يلغي أي دور أو رأي لأطراف النزاع في

(1) راجع ذلك مذكور في: نفس المرجع و نفس الموضوع.

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ جمعة سعيد سرير الزوي، مرجع سابق ذكره، ص 539.

(3) حيث تنص المادة 27 من قانون المناطق الاقتصادية ذات الطبيعة الخاصة في مصر رقم 73 لسنة 2000 على: « لا يجوز طرح منازعات الضرائب والجمارك على المحاكم إلا بعد أن تصدر هيئات التوفيق المتخصصة قرارها في الاعتراض، أو انقضاء ستين يوما من تاريخ التقرير بالاعتراض أمامها، فإذا توصلت هيئة التوفيق إلى تسوية النزاع وقبلها الأطراف كان قرارها ملزما وواجب التنفيذ.» =

= راجع نصوص هذا القانون بالجريدة الرسمية المصرية عدد 22 مكرر بتاريخ 2002/06/05 .

(4) تنص المادة 990 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: « يجوز للخصوم التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي في جميع مراحل الخصومة.»

(5) تنص المادة 991 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية على: « تتم محاولة الصلح في المكان و الوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك.»

تحديد إجراءاته أو التحكم في سير معطيات النزاع ليصبح شبيها بإجراءات الصلح القضائي، وهو الأمر الذي يدفع للتساؤل عن موقف المشرع الجزائري وغايته من إدراج و تنظيم إجراءات الصلح تحت باب الوسائل البديلة لحل النزاعات دون التقيد بالأحكام والمبادئ المقررة والمتعارف عليها لطبيعة هذه الوسائل. وأيا كان الأمر يبقى التوفيق ليس بالوسيلة الأساسية والمهمة في حل نزاعات الاستثمار وديا مهما تعددت أنماطه من توفيق خاص أو مؤسسي، وأيا كانت صفته اختياريا أو إلزاميا، تبقى هناك وسائل ودية أخرى كالوساطة التي قد يجدها البعض من أفضل آليات حسم النزاع كما تمتاز به من خصائص لا تتوفر في باقي الوسائل وهو ما سنحاول بحثه في الفقرة الموالية من هذه الدراسة.

الفرع 3: الوساطة.

تعرف الوساطة كوسيلة ودية لحل نزاعات الاستثمار بأنها آلية تقوم على تدخل طرف ثالث من تلقاء نفسه ومن غير أطراف النزاع أو بطلب منهم أو من الغير بالعمل على تقريب وجهات نظر المتنازعين لحلتهما على التفاوض أو استئنافه عند انقطاعه أو بتقديم أسس لحل النزاع على شكل نصائح أو توصيات لإزالة الخلاف بين أطرافه⁽¹⁾.

و من هذا التعريف يتبين لنا أن الوساطة وسيلة كغيرها من الوسائل الودية تهدف إلى إيجاد حلول ومنافذ للمنازعات بشكل ودي ودون أي إلزامية لقراراتها على أطراف النزاع، وما يميز هذه الآلية عن غيرها أنها تستعين في مهامها على شخص يدعى الوسيط يعمل على تشجيع الأطراف على تسوية المسائل موضع النزاع بينهما بأي طريقة يراها مناسبة دون أن يكون له أي سلطة تفرض تسوية من الطرفين. والوساطة بهذا المعنى تقترب كثيرا إلى التوفيق، حتى أن البعض اعتبرها نوعا من أنواع التوفيق أو شكلا من أشكاله على أساس أن الاتفاق في طبيعة القرار أو الحكم الصادر من الوسيط لا يكتسي أي طابع إلزامي لأطرافه ولكنه يقوم بدور ودي وتسوية غير ملزمة للأطراف إلا إذا وافقوا عليها، كما تتفق الوسيطتان في وحدة الهدف وهو حل النزاع وبأقل تكلفة⁽²⁾.

على أن هذا التوافق بين التوفيق والوساطة لا يلغي الدور المميز الذي تلعبه هذه الأخيرة وتختلف فيه عن غيرها من وسائل التسوية الودية، فأيا كان الأمر فهناك فروق مهمة بين الوسيطتين على أساس أن الوسيط يكون عادة شخصا محايدا و يكون له دورا أكثر ايجابية في حسم النزاع، بحيث لا يجمع أطراف النزاع دائما في لقاءات مشتركة كالموفق ولكنه يعمل في الغالب مترددا بينهم ومنفردا بكل طرف على حدى لمحاولة التوصل إلى صيغة مرضية لطرفي النزاع ومحاولة إقناع كل طرف بان التسوية لصالحه⁽³⁾، و هو ما يفيد أن الوسيط على خلاف الموفق يجب أن تتوفر فيه خصائص مميزة وخاصة، إذ يفترض به أن يكون شخصا ذو مقدرة على الحوار و الإقناع وله من الخبرة ما يكفي لحل النزاع، و أن يعمل على

(1) د/ خيرى فتحي البصيلي، مرجع سابق ذكره، ص 330.

(2) راجع ذلك في: د/ احمد فوزي عبد المنعم، مرجع سابق ذكره، ص 523.

(3) راجع ذلك في: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 316.

جمع المعلومات اللازمة عن النزاع والتفاوض مع الأطراف بشأنه، وإن تكون له القدرة على تقريب وجهات النظر للأطراف ومساعدتهم على تفهم مواقف ووجهات نظر كل طرف، وهو ما يعني أنه ليس لأي شخص القيام بدور الوسيط وعلى أطراف النزاع أو الغير التزام الدقة عند الاتفاق على اعتماد حل النزاع عن طريق الوساطة. على أن وجود مثل هذه الفروقات بين الموفق والوسيط لا يعني اشتراكها في وحدة النتيجة والمسار المنتهج في عملية حسم النزاع المثار، ذلك أنه يتطلب من الوسيط أن يحقق مجموعة من النتائج لعل أهمها⁽¹⁾:

(1) أن يخفف من حدة الخلاف بأن يشرح لكل طرف وجهة نظر وهدف الطرف الآخر، وبذلك

يفتح باب المناقشة في الموضوعات التي تثير الخلاف وفهم إمكانية حلها.

(2) كشف الوقائع والحقائق التي قد تحقق بعض المزايا والتي لم تكن قد أثرت من قبل.

(3) محاولة إيجاد الحلول المناسبة التي تتفق مع أهداف الأطراف المتنازعة وبشكل يمكن من

استمرار العلاقة بينهم في المستقبل.

والوساطة كغيرها من وسائل تسوية المنازعات تمتاز بقواعدها الخاصة ذلك أن لجوء الأطراف إلى الوساطة يلزم أن يتضمن اتفاقا يعتمد في أولى بنوده رضا أطرافه على قبول هذه الوسيلة، ومن ثم يتعين أن يتضمن هذا الاتفاق تحديدا لكيفية سير عملية الوساطة بتقرير شخص الوسيط وحسم مسألة التكاليف والتاريخ والوقت والمكان، كما يتعين أن يحدد أطرافه الإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة كالقانون الواجب التطبيق على الاتفاق ومدى حرية الوسيط في الأخذ بالقضاء كبديل لحسم المنازعة⁽²⁾.

وإذا ما تم اللجوء إلى الوساطة فإن الأمر لا يخرج عن إحدى هذه الحالات، إما أن تنتهي عملية الوساطة بالتوقيع على محضر بالتسوية يشمل كل مسائل موضوع النزاع أو أي مسألة محل الخصام، أو أن يقرر الوسيط بإنهاء إجراءات الوساطة إذا كان من غير الممكن حسب تقديره أن تؤدي مواصلة الوساطة إلى تسوية النزاع، أو أن يضع أطراف النزاع بنفسهم حدا لهذه الوسيلة بدون أي قيد على حريتهم في تحديد بداية الوساطة أو تحديد نهايتها، أي بعد البداية في الإجراءات وقبل التوقيع على أي اتفاق بشأن التسوية.

وتجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن المشرع الجزائري أقر أحكاما للوساطة كوسيلة ودية أو بديلة لحسم النزاعات، إلا أنه جعل قيادا لهذه الوسيلة مرتبطا بوجود شخص القاضي الذي يتحكم في سير وتحديد إجراءات هذه الآلية البديلة كما يتدخل بصفة مباشرة في اختيار الوسيط⁽³⁾، دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة

(1) راجع ذلك في: د/ احمد فوزي عبد المنعم، مرجع سابق ذكره، ص525.

(2) راجع ذلك في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص207

(3) تنص المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على: « يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية، وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام، إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم و محاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع».

الأطراف في ذلك إلا فيما تجسد منها بقبول هذه الوسيلة لحل نزاعهم أو رفضها، وفيما عداه تبقى السلطة الأساسية في يد القاضي الذي تخوله إنهاء العمل لهذه الوسيلة متى قرر استحالة السير الحسن لها⁽¹⁾، وبذلك فالمشرع الجزائري اقر الاعتماد على الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات ولكن بوصاية قضائية وهو ربما ما يعيق الاستعانة عليها كوسيلة في حل منازعات الاستثمارات الأجنبية التي إن لجأت إلى هذه الوسائل فإنها تبتغي فيها المرونة والاستقلالية عن السلطة القضائية الوطنية. وأيا كان الأمر في اختلاف وسائل التسوية الودية من حيث مضمونها وإجراءات تنفيذها، على أن الأمر يدق بالنسبة لمدى فاعلية هذه الآليات عن غيرها في التوصل إلى تأييد من مختلف قوانين الاستثمار المقارنة والعقود التجارية والمعاملات المالية وتبنيها كوسائل بديلة وودية لتسوية النزاعات المترتبة على معاملاتهم وعلى أي مستوى يمكن قياس نجاح هذه الآليات فيما خولت لها من مهام.

(1) حيث تنص المادة 1002 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: « يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة بطلب من الوسيط أو من الخصوم. يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائيا، عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها، وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى الجلسة و يستدعى الوسيط و الخصوم إليها عن طريق أمين الضبط».

المطلب الثاني: أثر الوسائل البديلة في حسم منازعات الاستثمار

أصبح من المؤكد أن الطبيعة الخاصة التي أضحت المعاملات الاقتصادية الدولية تكتسبها سواء أكانت معاملات تجارية أو استثمارية أو مالية، فإن ذلك استلزم البحث عن سبل ذات طابع خاص في سبيل حل ما قد ترتبه تعاققاتها و اتفاقياتها من خلافات.

و تسعى غالبا المعاملات الاقتصادية الدولية إلى محاولة خلق جسر من التواصل فيما بين أطرافها حتى تضمن استمرارية المشاريع الاستثمارية في جو خال من الاضطرابات و التشنجات التي يمكن أن تعيقها أو تضع حدا لها، و هو ما لا ترجى حصوله لا سيما و أن طبيعة معظم عقود الاستثمار تمتاز بآجالها الطويلة عموما، الأمر الذي يتطلب العمل على إبراز الروح الودية في إدارة هذه العقود الاستثمارية حتى تضمن المحافظة على مستقبل العلاقات بين طرفي التعاقد.

و لعل ذلك ما تضمنه و توفره الوسائل الودية لحل النزاعات لما تتوافر عليه من آفاق ايجابية من حيث المرونة و قلة التكاليف و السرعة و السرية، ذلك أن العقود الاستثمارية الدولية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق عادة بقضاء الدولة المتعاقدة لاعتقاده بل و ليقينه أن القاضي يسهل أن يتأثر بالدوافع الوطنية التي تخالف مصالحه، إلى جانب أن القوانين في الدول النامية تمتاز بسرعة التعديل و الإلغاء و عدم الاستقرار، و هي المخاوف التي لا تجد لها مكانا في نطاق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الاستثمارية التي أصبحت خيارات أفضل من القضاء كمرحلة أولى لأطراف المنازعات الاستثمارية الدولية لتمييزها بسهولة إجراءاتها و السرعة في إنهاء النزاعات و حسمها وبالشكل الذي يمكن الأطراف من ضمان سرية تعاملاتهم، و استمرارها، حتى و لو اقتضى الأمر عدم التقيد بالاعتبارات القانونية البحتة المتصلة بالنزاع.

حتى أن البعض عبر عن ذلك بالقول أن الوسائل البديلة تلعب دورا هاما في منازعات عقود الاستثمار، من حيث كونها تعنتي في النزاع بأسبابه أكثر من اعتناؤها بجوانبه القانونية، كما تستهدف التوصل إلى تسوية سريعة للنزاع و غير ملزمة لطرفيه بغير رضائهم⁽¹⁾.

و قد تجسد الاهتمام بالوسائل البديلة في العديد من العقود الدولية و التنظيمات الدولية و على رأسها ميثاق الأمم المتحدة الذي أقر أهمية و ضرورة تلك الوسائل في حسم النزاعات على أساس وجوب اللجوء إلى طريق المفاوضة و الوساطة و التوفيق كأولى الإجراءات بهدف تجنب النزاعات قبل تعقيدها و كذا الأمر بالنسبة للنزاعات القائمة فعلا⁽²⁾.

(1) د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 324.

(2) حيث تنص المادة 33 فقرة 01 من ميثاق الأمم المتحدة على: « يجب على أطراف أي نزاع من شأن استمراره أن يعرض حفظ السلم و الأمن الدولي للخطر أن يلتمسوا حله بادئ ذي بدء بطريق المفاوضة و التحقيق و الوساطة و التحكيم و التسوية القضائية، و أن يلجئوا إلى الوكالات و التنظيمات الإقليمية أو غيرها من الوسائل السلمية التي يقع عليها اختيارها ».

كما كرسّت الاتفاقية الدولية المتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي هذا الاتجاه أيضا أين تقرر اتفاقية التشجيع و الحماية المتبادلة بين الجزائر و الأردن المحررة ب 01 أوت 1996 بعمان بأن أي خلاف يتعلق بالاستثمارات بين الطرفين المتعاقدين يجب أن يسوى خلال مدة ستة أشهر بقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين⁽¹⁾، وهو نفس الإجراء الذي قرّره اتفاقية التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات المبرم بين الجزائر و مصر بتاريخ 1997/03/2⁽²⁾.

كما حضيت الوسائل البديلة - الودية - بنصيب ضمن أحكام الاتفاقيات الجماعية المعنية بتشجيع و حماية الاستثمارات على المستوى الدولي أو العربي، و هو ما أكدته اتفاقية تشجيع و ضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي الموقعة بالجزائر في 23 جوان 1990 التي أقرت ما يلي: «يقع بقدر الإمكان تسوية النزاعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة و الخاصة بتفسير أو تطبيق الاتفاقية بالطرق الودية.

- و إذا تعذر تسوية الخلاف بتلك الطرق يتم عرضه بطلب من احد الأطراف المتعاقدة أمام الهيئة القضائية لدول الاتحاد أو على هيئة تحكيم...»⁽³⁾

كما تنص في نفس السياق المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على تبني هذه الآليات لحسم النزاعات التي تثور بشأنها أين تضمن الملحق "1" من اتفاقية إنشاء المؤسسة الخاص بتسوية المنازعات بالنص ضمن المادتين "02" و "03" منه على تسوية المنازعات عن طريق التفاوض⁽⁴⁾ و التوفيق⁽⁵⁾ على التوالي.

(1) و هو ما نصت عليه المادة 07 من الاتفاق كما يلي: « - كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين احد الطرفين المتعاقدين و مستثمر من الطرف المتعاقد الآخر يسوى بقدر المستطاع بتراضي الطرفين المعنيين.

- إذا لم يتم تسوية الخلاف بتراضي الطرفين في مدة ستة أشهر من تاريخ رفعه من احد الطرفين في الخلاف فإنه يمكن أن يرفع بطلب من المستثمر إما إلى ».

(2) راجع المادة 07 من الاتفاق المذكور السابق الإشارة إليه.

(3) راجع ذلك في المادة 20 من الاتفاق المذكور على الموقع:

[www.maghrebarabe.org/admin-files/acc%20encouragement %20 invest.pdf](http://www.maghrebarabe.org/admin-files/acc%20encouragement%20invest.pdf).

(4) تنص المادة "02" من الملحق "01" المرفق باتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على «يسعى الأطراف في أية منازعة منصوص عليها في المادتين "2/34" و "35" من هذه الاتفاقية إلى تسويتها عن طريق المفاوضات، و لا يجوز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكم إلا بعد استنفاد سبل التسوية عن هذا الطريق، و تعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة أشهر من طلب أي طرف الدخول فيها».

(5) تنص المادة "03" من الملحق "01" المرفق باتفاقية إنشاء المؤسسة على: « إذا لم تؤدي المفاوضات إلى اتفاق بين الأطراف المتنازعة، جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق التوفيق و يكون اللجوء إلى التوفيق بالاتفاق بين الأطراف فإذا تعذر هذا الاتفاق تعين اللجوء إلى التحكيم طبقا لما هو مبين في المادة التالية.. ».

فإجماع كل تلك التنظيمات الدولية النازمة لتشجيع الاستثمارات و حمايتها وغيرها⁽¹⁾ على تبني اتجاه سلوك الوسائل الودية ابتداء لتسوية ما قد يثور من منازعات تتعلق بالاستثمار الأجنبي، ما هو إلا دليل و تأكيد على فعالية هذه الوسائل ونجاحتها كوسائل بديلة لحسم النزاعات الاستثمارية و تأكيد مساهمتها بشكل ايجابي في تنمية الاستثمارات الأجنبية و خلق المناخ الملائم و تعزيز جاذبيته.

على انه تبقى لهذه الآليات البديلة ما يؤخذ عليها من حيث إلزامية القرارات و التوصيات التي تخرج بها كل وسيلة تم اختيارها لحسم النزاع المطروح عليها، ذلك إن إرادة أطراف النزاع تبقى الحكم الأول و الوحيد على مصداقية هذه القرارات أو بمعنى أدق أن قبول الأطراف للقرار الحاسم للنزاع هو بمثابة الصيغة التنفيذية له وهو ما يقلل من ضمانات تحقيق الغاية المرجوة لها⁽²⁾.

وأياً كان الأمر تبقى مسألة فشل الوسائل الودية جملة و تفصيلاً في التوصل إلى الحل المناسب أو المرغوب للأطراف في النزاع أمراً وارداً ومطروحاً، وهو ما يستدعي ضرورة طرق أبواب وسبل أخرى لتسوية هذه النزاعات حتى لا تبقى عائقاً في استمرار سيرورة الاستثمارات الأجنبية و لعل القضاء بلا شك هو الوسيلة و الخيار الأول و المعتاد في مثل هذا الوضع.

(1) راجع كذلك اتجاه منظمة التجارة العالمية في تبني الوسائل الودية في حل المنازعات الاستثمارية و ذلك من خلال إقرارها ضمن الملحق '02' لها والمشار إليه بوثيقة تفاهم بشأن القواعد و الإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات الذي نص من خلال المادة 05 على إمكانية اللجوء إلى التوفيق في المنازعات التجارية على أساس أنها إجراءات تتخذ طوعياً إذا وافق على ذلك أطراف النزاع، على أن البعض اعتبر هذا الأسلوب لفض النزاعات وفقاً لهذا النص القانوني سيفسح المجال للدول الكبرى لفرض إرادتها على الدول الصغرى لانعدام وجود قواعد منظمة له. لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ خالد سعد زغول حلمي، مثلث قيادة الاقتصاد العالمي، مرجع سابق ذكره ص438 و ما يليها، وكذا راجع: د/ عبد الواحد محمد الفار: الإطار القانوني لتنظيم التجارة الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 482، 483.

(2) على انه وفي الحالات التي تتولى مراكز التحكيم أو بعض الجهات إدارة هذه الوسائل البديلة فإنها تعمل على إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار الذي يصدره الموفق أو الوسيط حتى يكتسي الصفة القانونية الرسمية.

الفصل الثاني: الوسائل القضائية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي

إن الاعتماد على الوسائل القضائية في تسوية المنازعات الاقتصادية الدولية يعبر عن إعطاء الأولوية للطرق الأكثر قانونية و رسمية في حل المنازعات، فاللجوء إلى القضاء يعني اللجوء إلى المحكمة المختصة التي تحددها قواعد الاختصاص القضائي الدولي و التي قد تكون محكمة وطنية أو دولية فيما عدا إذا اتفق الأطراف على اختصاص محكمة معينة.

و على هذا الأساس فقد ينعقد الاختصاص للقضاء الوطني في حسم المنازعات التي تنشأ بين طرفي عقد الاستثمار الأجنبي بناء على اتفاق الأطراف أو إقرار ذلك بموجب قوانين الاستثمار المقارنة أو النص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية المنعقدة في إطار تشجيع وضمان الاستثمارات الأجنبية على اعتبار انه صاحب الاختصاص الأصيل، وهو ما اعتبره البعض⁽¹⁾ أمر يتفق مع منطق العدالة الذي يقتضي إعطاء مرتكب الضرر الفرصة لمعالجته بأسلوبه الخاص ووفقاً لقوانينه.

على أن سبيل اللجوء إلى القضاء الوطني في مجال الاستثمارات الأجنبية قد يعترضه العديد من المآخذ لاسيما من جانب المستثمر الأجنبي، الأمر الذي بفتح المجال أمام هذا الأخير في طرق باب الوسائل القضائية الدولية التي يطمئن إليها و يثق في مصداقيتها أكثر من المحاكم الوطنية.

وعليه سنحاول من خلال ذلك تبيان وتحديد دور الوسائل القضائية وفاعليتها في حسم المنازعات الاستثمارية سواء أكانت وطنية أو دولية بدراسة منفردة لكل واحدة على حدى وفقاً للتقسيم التالي:

المبحث 01: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

المبحث 02: القضاء الدولي وسيلة لحسم منازعات الاستثمار.

(1) د/ علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 211.

المبحث الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

تجسدت أهمية و قيمة القضاء الوطني كوسيلة أساسية و أولى في حسم نزاعات المعاملات الأجنبية بموجب شرط كالفو الذي كرس لفترة من الزمن إناطة القضاء الوطني وحده مهمة تسوية المنازعات الناجمة عن الاستثمار الأجنبي و ذلك بهدف فرض سيادة الدولة على مواردها⁽¹⁾.

و هو اتجاه وجد سنداً له ضمن ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها الخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية والذي نص على: «... و يراعى حال نشوء أي نزاع حول موضوع التعويض استنفاد الطرق القضائية الوطنية للدولة التي تتخذ تلك الإجراءات و يراعى مع ذلك حال توفر الاتفاق بين الدولة ذات السيادة والأطراف المعنيين الآخرين تسوية النزاع بطرق التحكيم أو القضاء الدولي...»⁽²⁾ ، ذلك أن معظم الدول تريد الاحتفاظ بحقها في حل و تسوية المنازعات التي تحدث بينها وبين المستثمرين وفقاً لمبدأ السيادة الوطنية، وهو ما يفيد أن المستثمرين الأجانب ليس لديهم الخيار أمام ذلك في متابعة وحل نزاعاتهم مع الدولة من خلال طرق ووسائل دولية متعارف عليها في تسوية النزاعات، وعليه فإن ذلك يدعو إلى التساؤل حول القيمة القانونية للقضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار الأجنبي، فهل هذه القيمة يستمدّها من مبدأ السيادة الوطنية لسلطة الدولة المضيفة على الأنشطة التي تتم على إقليمها؟ أم انه يمكن القول أن ما يحمله القضاء الوطني من امتيازات وإمكانات ايجابية في حسم هذا النوع من المنازعات الاستثمارية جعله مؤهلاً لاكتساب صفة الإلزامية؟ ما هو موقف المستثمر الأجنبي إزاء ذلك؟

و بذلك فان دراسة هذه الوسيلة القانونية تقتضي أن نتناول بالبحث تحديد مدى اختصاص و إمكانية القضاء الوطني في التوصل إلى حسم منازعات الاستثمار الأجنبي من خلال تبيان فعاليته، ومن ثم تحديد طبيعة الصعوبات التي تواجه المستثمر الأجنبي من تطبيق هذه الوسيلة على المنازعات التي تثيرها استثماراته مع الدولة المضيفة له و ذلك وفقاً للتقسيم التالي:

المطلب 1: فعالية القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

المطلب 2: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني.

(1) راجع لمزيد من التفصيل حول شرط كالفو راجع: د/ حسن عطية: سيادة الدولة النامية على موارد الأرض الطبيعية، مرجع سابق ذكره، ص 316 و ما بعدها.

(2) قرار صادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عدد 1803 بتاريخ 14 ديسمبر 1962، راجع نص هذا القرار على الموقع الإلكتروني: <http://www.miaad.org/AHRC/Qararat-UN.pdf> .

المطلب الأول: فعالية القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار.

إن اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة المضيفة هو الخيار الأول والأساسي للمستثمر الأجنبي الذي لحق مشروعه الاستثماري أضراراً نتيجة للإجراءات التي تكون حكومة الدولة المضيفة قد اتخذتها ضده، ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بخلاف ذلك⁽¹⁾.

وهو الالتزام الذي وجد له سنداً و تأييداً على المستوى الدولي من خلال ما أكدته ميثاق الأمم المتحدة للحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول أين أقر بحق كل دولة في تنظيم و ممارسة سلطتها على الاستثمار الأجنبي داخل نطاقها التشريعي بما يتفق مع قوانينها و لوائحها ووفقاً لأهدافها وأولوياتها القومية⁽²⁾.

ولقد استجابت مختلف القوانين المقارنة الخاصة بالاستثمار لهذه الدعوة مؤكدين على اختصاص القضاء الوطني بالفصل في المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية، كقانون الاستثمار الجزائري الذي يقضي بالدرجة الأولى باللجوء إلى القضاء الوطني كما يلي: «يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب المستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين التوصل إلى اتفاق بناءً على تحكيم خاص»⁽³⁾، وهو بذلك يتماشى مع القاعدة العامة في الاختصاص القضائي التي تنص عليها المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري⁽⁴⁾ و التي تقضي بما يلي «يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيماً بالجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقدها في الجزائر مع جزائري»، وهو ما يفيد أن ولاية القضاء الوطني الجزائري تسري على جميع الالتزامات التي يكون أحد أطرافها أجنبي و ثار بشأنها منازعات حتى ولو عقدت الالتزامات خارج الإقليم الجزائري.

ولم يكتف المشرع الجزائري بهذا الحد بل مد من ولاية القضاء الوطني لتشمل الالتزامات التي وقعت خارج التراب الجزائري متى كان أحد أطرافها جزائرياً وذلك وفقاً لما تقضي به أحكام المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽⁵⁾، وهو بحسب رأينا إقرار صريح بتمسك الدولة الجزائرية بمبدأ سيادتها على إقليمها بتطبيق القانون الجزائري عن طريق جهاز القضاء الوطني على كل التزام كان أحد أطرافه أجنبي

(1) د/ عصام الدين بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص167.

(2) راجع المادة 2/02 من قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 29/3281 والمؤرخ في 12 ديسمبر 1974.

(3) راجع المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري المحدد بالأمر 03/01 المؤرخ في 20 غشت 2001 سابق الإشارة إليه.

(4) صدر قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008.

(5) حيث تنص المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على: «يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقدها في بلد أجنبي مع جزائريين».

و على كافة الالتزامات التي ينشأها المواطنين الجزائريين حتى ولو خارج الإقليم الوطني دون أن يترك منفذ للخروج عن سيادتها الوطنية.

و لم يكن قانون الاستثمار الكويتي أقل تأكيداً على حجية القضاء الوطني كوسيلة لحسم نزاعات الاستثمار الأجنبي بل اعتبره الجهة القضائية الوحيدة المختصة في نظر هذه المنازعات وفقاً لما أقرته في نص المادة 16 من الفصل السادس منه على أن: «تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أياً كان، و يجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم»، وهو ما يفيد أن المشرع الكويتي بدوره مد من سلطة القضاء الوطني على كل الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة و الخاصة وفقاً لما جاءت به المذكرة التفسيرية لهذا القانون⁽¹⁾.

على أن المشرع الأردني برغم إقراره لإخضاع المنازعات الناشئة عن الاستثمارات الأجنبية للقضاء الوطني إلا أنها جعلت ذلك أمراً مستنداً إلى قرار اختياري لأطراف النزاع بعد استيفاء سبل الطرق الودية فنص على ذلك بموجب المادة 33 من قانون تشجيع الاستثمار كما يلي: «تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي و المؤسسات الحكومية الأردنية ودياً بين طرفي النزاع، وإذا لم تتم تسويته من خلال ذلك خلال مدة لا تزيد عن ستة أشهر فلأي من الطرفين اللجوء إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار»⁽²⁾.

و لم يختلف موقف المشرع السوري عن نظيره الأردني في طريقة اعتماد القضاء الدولي كوسيلة لحل نزاعات الاستثمارات الأجنبية أين نص ضمن قانون استثمار الأموال السوري بموجب المادة 26 فقرة "ب" منه على ما يلي: «...ب/ تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمرين من رعايا الدول العربية و الأجنبية المشتملة مشاريعهم بأحكام هذا القانون و بين الجهات و المؤسسات العامة السورية وفق ما يلي:

- عن طريق الحل الودي وإذا لم يتوصل الطرفان إلى الحل الودي خلال فترة ستة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية من قبل أحد طرفي الخلاف يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية: اللجوء إلى التحكيم أو اللجوء إلى القضاء السوري أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية وفق الدول العربية لعام 1980....»⁽³⁾.

وقد تواصلت التأكيدات على أهمية اختصاص القضاء الوطني في مجال منازعات الاستثمارات الأجنبية، فبالإضافة إلى ما أقرته هيئة الأمم المتحدة في مختلف قراراتها حول ذلك، كان لمعهد القانون الدولي أيضاً دوراً في تعزيز هذه المواقف أين تم الدفاع في الدورة الثالثة و الخمسين للمعهد المنعقدة في مدينة نيس بفرنسا في الفترة ما بين 07 و 17 سبتمبر 1967 من طرف الأستاذ "فلادوا" الذي اعتبر أن خضوع

(1) راجع ذلك في: د/ منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 334.

(2) راجع نص المادة المذكور في قانون تشجيع الاستثمار الأردني رقم 16 لسنة 1995، سابق الإشارة إليه.

(3) راجع نص المادة المذكورة في قانون استثمار الأموال السوري رقم 10 لسنة 1991 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 7 الصادر في 13/05/2000 سابق الإشارة إليه.

عقود الاستثمار إلى القضاء الدولي سيؤدي إلى إنشاء أوضاع تمييزية لصالح المستثمرين الأجانب، على أساس أن المستثمرين المحليين يخضعون للقانون المحلي، وبذلك شجع ودافع على ضرورة التقيد بالقضاء الوطني⁽¹⁾.

وعليه وأمام كل هذه التزكية والتأكيد والإقرار لصلاحيّة القضاء الوطنية كوسيلة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية فإن في ذلك إشارة لفاعلية وأهمية هذه الوسيلة القضائية وضرورة للالتزام والتقيد بها دون تجاوزها باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل في تلك المنازعات، وهو الأمر الذي سيشكل قناعة لدى المستثمر الأجنبي بضرورة تقبل المناخ الاستثماري في الدولة المضيفة بكل جوانبه بما في ذلك النظام القضائي الذي يحكمها، وربما من ثم تستقر لديه الثقة في شخص الدولة وقضائها الوطني وهو ما لن يتحقق إلا بضرورة حماية المصالح الوطنية للدولة المستقطبة للاستثمار، ذلك أن البعض عبر عن ذلك باعتبار القضاء الوطني يعد من أكثر الوسائل تفهما وموضوعية في نظر المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف العلاقة القانونية من أي قضاء آخر قد لا يخصه النزاع⁽²⁾.

ومن مجمل كل ذلك نصل إلى نتيجة مفادها أن فرض اللجوء إلى القضاء الوطني وإقرار إناطته بمهمة تسوية وحسم المنازعات التي تثيرها علاقات الدول المضيفة مع المستثمرين الأجانب ربما لسبب وحيد وهو أن القضاء الوطني يعد الوسيلة الأكثر اتفاقا مع مقتضيات سيادة الدولة أو أحد مظاهرها التي لا تقبل التنازل، حتى وإن كانت لا تعاكس طموحات المستثمر الأجنبي أو لا تصل إلى حسم النزاع بالشكل المطلوب لعدم الكفاءة وقلة الخبرة، ولأن ذلك في النتيجة سيؤدي إلى المساس بسيادتها وهو ما لا ترضاه أو تستطيع أن تقبل به أي دولة -لاسيما إن كانت من الدول النامية- وبذلك لا يجوز للدولة عموما أن تستعين بوسيلة أخرى لحسم نزاعات هي طرفا فيها أو إحدى مواطنيها غير المحاكم الداخلية فيها لعدة اعتبارات ربما أهمها بحسب ما عبر عنه البعض بما أن العقد موضوع النزاع يستند إلى القانون الوطني الذي يسد كل نقص فيه فإن القاضي الوطني هو القاضي الطبيعي المكلف للفصل في كل نزاع ينشأ بصدد تطبيق ذلك القانون الوطني، ذلك أن العقد لا ينشأ في فراغ ويجب أن يستند إلى نظام قانوني يستمد منه أحكامه و الزاميته⁽³⁾.

(1) راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 313.

(2) د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 357.

(3) راجع ذلك في: د/ حسن عطية، مرجع سابق ذكره، ص 362. وراجع أيضا في نفس المعنى: د/ احمد عبد الحميد عشوش، مرجع سابق ذكره، ص 426.

المطلب الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني.

تعتبر مسألة إسناد مهمة الفصل في المنازعات التي تقوم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له نتيجة عدم تنفيذ التزاماتهم التعاقدية إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة سواء بموجب نص تشريعي أو اتفاقي أمرا سيجعل من المستثمر الأجنبي في وضع مماثل للمستثمر المحلي من حيث افتراض علمه بالقواعد القانونية الداخلية وإتقانه التعامل بها، وهو ربما الأمر الذي يثير بعض الإشكال في تقبل هذا الوضع من طرف المستثمر الأجنبي ويخلق بعض الأعدار لديه في التهرب من هذه الوسيلة إلى وسائل بديلة قد تكون أكثر مرونة أو ضمانا بحسب معتقداته.

و انطلاقا من ذلك وجد المستثمر الأجنبي منفذا له لنشر مبرراته و أسبابه -التي تزداد مع ازدياد سرعة التطور الاقتصادي وازدياد حاجة الدولة النامية للحاق به- لاستبعاد تطبيق التسوية الداخلية لهذا النوع من المنازعات والتي يمكن إجمال أهمها وأكثرها انتشارا فيما يلي⁽¹⁾:

(1) أن المستثمر الأجنبي يشهر دائما جهله وعدم درايته وعلمه بالقوانين وإجراءات التقاضي في الدولة المضيفة على أساس أنها غير مألوفة لديه، إلى جانب وصفها بالبطء وعدم الوضوح التعقيد وهو ما يفقده الثقة في هذه الوسيلة⁽²⁾.

وهو سبب له ما يبرر وجاهته بالنسبة للمستثمر الأجنبي ذلك أننا نتفق في هذا الأمر مع ما ذهب إليه البعض من أن محاكم الدولة عادة ما تكون مثقلة بالعمل نتيجة تراكم القضايا المعروضة على القاضي بالإضافة إلى تعدد درجات التقاضي وهو ما لا يتناسب مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار التي تتطلب السرعة في حسم منازعاتها لاسيما إن كان النزاع منصبا على مسائل مالية⁽³⁾.

(2) إن المستثمر الأجنبي يواجه عادة عدة مشاكل مع القاضي الوطني عند عرض نزاعه أمامه انطلاقا من التشكيك في حياده، نتيجة تخوفه من تأثر هذا القاضي بالتيارات الفكرية و السياسية و الاجتماعية السائدة في دولته و التي يمكن أن تشكل جزءا من أسباب النزاع المثار، إلى جانب أن القاضي الوطني بانتمائه إلى الدولة المضيفة سيخلق نوعا من التحيز لمصلحة دولته لاسيما إن تعلق الأمر بالاقتصاد الوطني لهذه الدولة، وصولا إلى أن التزام القاضي الوطني سيعتمد في حكمه على القانون الوطني و الذي قد يكون في نفس الوقت محل شكوى أو اعتراض من جانب المستثمر الأجنبي⁽⁴⁾.

و هي أسباب و شكوك في مجملها رغم المبالغة في بعضها قد تجد مبررا لها عند المستثمر الأجنبي لتخوفه من معاملته بتمييز عن المستثمر المحلي بسبب كونه أجنبيا، و لكن برغم ذلك يبقى على هذا

(1) راجع ذلك في: د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، مرجع سابق ذكره، ص 114.

(2) راجع ذلك في: د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر: نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار و نقل التكنولوجيا، مرجع سابق ذكره، ص 354.

(3) د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 332.

(4) راجع ذلك في: د/ عصام بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 168.

الأخير لتبرير ذلك تقديم ما يثبت هذه المخاوف والشكوك تجاه شخص ينتمي إلى مرفق مستقل يعمل على تطبيق القانون و قواعد العدالة والإنصاف ولا سلطان عليه غير القانون.

(3) قد يتمسك المستثمر الأجنبي بالدفع بافتقار القضاء الوطني إلى الخبرة اللازمة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية التي تحتاج عادة إلى خبراء ذوي تقنيات عالية في هذا المجال لم تصل إلى مستواه القوانين الداخلية للدول المضيفة لاسيما النامية منها بدرجة يتعذر معها توفير الحد الأدنى اللازم لمعاملة الاستثمارات الأجنبية أو لانعدام هذه القوانين أصلاً، و هو ما قد يشكل صعوبة مزدوجة لدى القضاة المطبقين لهذه القوانين بسبب قلة كفاءتهم و خبرتهم في حسم منازعات ذات طبيعة فنية مركبة.

و أياً كانت الأسباب التي يقدمها المستثمر الأجنبي لتبرير موقفه المعارض و المتردد تجاه القضاء الوطني كوسيلة لحسم المنازعات التي يكون فيها كطرف إلى جانب الدولة المضيفة له، فإن ذلك لا ينفي أن هناك عدة عوامل داخلية و خارجية ساهمت في تعزيز هذا الموقف السلبي تجاه القضاء الوطني على الرغم من الأهمية التي كان يحتلها من قبل⁽¹⁾، ذلك أنه من مصلحة الدول المصدرة لرؤوس الأموال الأجنبية والتكنولوجيا أن تعمل على إخراج منازعات الاستثمار الأجنبي من اختصاص القضاء الوطني وتحويله إلى القضاء الدولي بمختلف تنظيماته لقدرتها على السيطرة والضغط عليه بما يحقق أهدافها ومصالحها، على أنه و بحسب رأينا فإن هذا المسعى الغربي ساهمت في تعزيزه الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية صاحبة اختصاص القضاء الوطني لاسيما النامية منها، على أساس المبادرات المتواضعة لأجل إصلاح هيكل العدالة و السير بخطى بطيئة من أجل مواكبة التطورات الاقتصادية بالمستوى الذي يتماشى وعقود نقل التكنولوجيا وعقود استغلال الثروات الطبيعية وغيرها من العقود التي تتطلب المعرفة الفنية والخبرة القانونية المتخصصة في حسم منازعاتها وهو ما لا يتوافر في القضاء الوطني، الأمر الذي يتطلب التركيز والعمل على إصلاح الوسائل القضائية الداخلية على كل مستوى يتطلب التحديث والتطوير اللازمين حتى لا يترك المجال مفتوحاً ومرخصاً لشرعية طلبات المستثمر الأجنبي ومبرراته في إلغاء الاعتماد على القضاء الوطني والبحث عن وسائل بديلة أكثر ضماناً وأكثر مواكبة لمستوى تطورات الاستثمارات الأجنبية.

(1) إن القضاء الوطني كان ميزة يتمتع بها رعايا الدولة دون غيرهم و هو مبدأ عرفته المنظمات القانونية منذ فترة طويلة من الزمن، ذلك أن الأجنبي كان يمنع من اللجوء إلى القضاء الوطني في الدولة التي يقيم فيها للمطالبة بحقوقه على أساس أن اختصاص القضاء الوطني كان محصوراً فقط في نظر المنازعات المتعلقة بالرعايا الوطنيين دون سواهم. راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 215.

المبحث الثاني: القضاء الدولي وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي.

قد يملك المستثمر الأجنبي وسيلة ضغط على الدولة المضيفة له بتوجيه حسم و فض المنازعات التي قد تثور بينهما نتيجة تنفيذ التزاماتهم التعاقدية أو تعارض المصالح بينهما إلى هيئة قضائية يرضاها و يطمئن إليها أكثر من القضاء الوطني للدولة المضيفة، وذلك باستغلال حاجة هذه الأخيرة إلى رأس المال الأجنبي ودعم الاستثمارات الأجنبية لمسيرة نمو اقتصادها الوطني ولاسيما وإن كانت من الدول النامية التي تكون ملزمة بمراعاة مبررات شكوك المستثمر الأجنبي تجاه القضاء الوطني من حيث حياده أو كفاءته و قدرته على حسم المنازعات المطروحة عليه في هذا الشأن، وهو ربما الأمر الذي التفتت وتفتنت له معظم تشريعات الاستثمار المقارنة في الدول النامية والتي تضمنت في مجملها إقرار مبدأ جواز وإمكانية عرض المنازعات الناجمة عن الاستثمارات الأجنبية إلى وسائل قضائية أو هيئات دولية مختصة تعبيراً وإثباتاً عن جديته في تشجيع الاستثمارات الأجنبية والمساهمة في ضمانها على إقليمها. وقد تأكد هذا الاتجاه وتبينته العديد من القوانين المقارنة الخاصة بالاستثمار، كقانون الاستثمار الجزائري الذي برغم إقراره على إناطة مهمة تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية إلى القضاء الوطني كخيار في المركز الأول إلا أنه جعل لهذا الخيار استثناءات تكون سارية النفاذ في حالة وجود الدولة الجزائرية طرفاً في اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تنص على إجراءات أخرى لحسم هذه المنازعات كالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة توصل الأطراف إلى اختيار طريقة تسمح لهما بالتوصل إلى اتفاق بناءً على تحكيم خاص⁽¹⁾.

و في نفس السياق أكد قانون الاستثمار السوري هذا الاتجاه على أساس فتح الخيار أمام المستثمر الأجنبي بعرض النزاع المثار على محكمة الاستثمار العربية أو في إطار الاتفاقيات السارية بين سوريا دولة أخرى⁽²⁾.

و لم يحد قانون الاستثمار الأردني والمصري عن ذات المسار بإقرارهما جواز تسوية منازعات الاستثمار بالطريقة المتفق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين الدول ومواطني دول أخرى⁽³⁾، وكذا باللجوء إلى المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار⁽⁴⁾ على التوالي.

على أن ذلك لا ينفي أن بعض الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية برغم إجازتها للمستثمر الأجنبي وسائل تقاضي دولية بخلاف القضاء الوطني لازالت محتفظة بسيادتها على تلك الخيارات بحيث لا تمنح المستثمر الأجنبي حرية التمتع باستخدام الوسائل الدولية إلا بعد استنفاد كافة السبل المتاحة لتسوية

(1) أنظر المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري سابق الإشارة إليها.

(2) أنظر المادة 26 من قانون استثمار الأموال السوري سبق الإشارة إليه.

(3) راجع المادة 07 من قانون الاستثمار المصري رقم 1997/07 سابق الإشارة إليه.

(4) راجع المادة 33 من قانون الاستثمار الأردني سابق الإشارة إليه.

النزاع، أي بعد استنفاد إجراءات التقاضي الداخلية - الوطنية⁽¹⁾، وهو شرط يستمد أساسه من مبدأ السيادة والاستقلال الوطني الذي يعطي لكل دولة الحق في اشتراط خضوع الأجانب لنظامها القانوني وبالتالي فإنه يكون من غير المقبول على الإطلاق أي تدخل أجنبي قبل استنفاد وسائل الإصلاح المتاحة في النظام القانوني الوطني⁽²⁾.

على أنه يبقى دور الوسائل الدولية القضائية تحتل الصدارة بالنسبة للمستثمر الأجنبي أمام التشكيك في إمكانية القضاء الداخلي في الدول المضيفة - النامية - من تقديم الضمان الكافي للمستثمر الأجنبي بمعاملة شريفة وعادلة لاستثماراته وهو ما قد تكون الوسائل القضائية الدولية قادرة على تحقيقه⁽³⁾.

و قد تعددت المقترحات و المحاولات الدولية لاتخاذ وسيلة تضمن تلك الأهداف و تكون قادرة على تحقيق ما عجز القضاء الوطني للدولة المضيفة من توفيره للمستثمر الأجنبي حتى لا تعود مبررات وشكوك هذا الأخير بدون جدوى، وعلى هذا الأساس كانت محكمة العدل الدولية⁽⁴⁾ في وقت من الأوقات من أبرز الهيئات الدولية و ربما المنفردة بالاختصاص عموماً بالفصل في المنازعات القضائية بين الدول وفقاً لما أقرته المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة⁽⁵⁾، ويقابلها نص المادة 34 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي حصرت حق الخصومة للدول وحدها بأن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع إليها⁽⁶⁾، بما يفيد أن المستثمر الأجنبي كشخص طبيعي أو اعتباري لا يملك الحق في مباشرة دعواه أو المطالبة

(1) وهو الأمر الذي أقرته محكمة العدل الدولية في أحد أحكامها أين قررت بأنه يتعين لكفاية الوسائل القضائية الداخلية أن يعتنق تشريع الدولة التي سببت الأضرار مبدأ تعدد درجات التقاضي بحيث يسمح للأجنبي المضرور أن يطعن في حكم أول درجة أمام محكمة أعلى ولا يتسنى للدولة ممارسة حمايتها الدبلوماسية إلا إذا أصبح الحكم نهائياً. راجع ذلك في: د/ هشام صادق علي: الحماية الدولية للمال الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 162.

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 343.

(3) راجع ذلك في: د/ عصام الدين بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 176.

(4) شكلت الأمم المتحدة لنفسها جهازاً قضائياً يتمثل في محكمة العدل الدولية أناطت له ممارسة الاختصاصات ذات الطابع القضائي و التي تظهر إما بنظر الدعاوى التي ترفع أمامها و إما بإبداء الرأي في الأمور التي تعرض عليها، و تتشكل هذه المحكمة عموماً من 15 قاضياً يمثلون الثقافات القانونية المتنوعة، أين يتم انتخابهم لمدة محددة بتسع سنوات من قبل الجمعية العامة و مجلس الأمن بموجب قائمة يعدها الأمين العام. راجع لمزيد من التفصيل حول محكمة العدل الدولية تكوينها واختصاصاتها في: د/ مصطفى سلامة ود/ محمد السعيد الرقاق: المنظمات الدولية المعاصرة، مرجع سابق ذكره، ص 208 وما يليها، و كذا راجع: د/ غضبان مبروك: المجتمع الدولي، الأصول و التطور و الأشخاص، منظور تحليلي تاريخي و اقتصادي و سياسي و قانوني، ديوان المطبوعات الجامعية 1994، ص 577، و كذا: د/ احمد سرحال، قانون العلاقات الدولية المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع 1990، لبنان، ص 467 و ما بعدها.

(5) تقرر المادة 92 من ميثاق الأمم المتحدة على أن: « محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة و التي تقوم بعملها وفق النظام الأساسي الملحق بهذا الميثاق و جزءاً لا يتجزأ من هذا الميثاق ». راجع النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولي على موقعها في الشبكة: www.un.org/arabic/aboutun/organs/icj.htm.

(6) و هو ما أقرته صراحة نص المادة 34 فقرة 1 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية بقولها: « للدول وحدها في أن تكون أطرافاً في الدعاوى التي ترفع للمحكمة ».

بحقوقه في منازعات ضد الدولة المضيضة له أمام هذه الهيئة القضائية الدولية، وهو ما يدعو إلى التساؤل حول تفضيل المستثمر الأجنبي، إذا للقضاء الدولي رغم العوائق التي يثيرها اللجوء إليه والتي تزيد من أعباء المستثمر الأجنبي أكثر من التخفيف منها. وفي هذا الإطار فإنه ووفقاً لمبادئ وشروط هذه الجهة القضائية الدولية فإن حق التقاضي المباشر أمامها يكون في المنازعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء أو غير الأعضاء في نظامها الأساسي⁽¹⁾، مما يجعل من السبيل الوحيد للمستثمر الأجنبي باعتباره ليس من أشخاص القانون الدولي أن يلجأ إلى دولته الأم أو دولة الجنسية حتى تحل محله وتتبنى طلباته أمام محكمة العدل الدولية لحماية مصالحه في مواجهة الدولة المضيضة عن طريق ما يسمى بفرض الحماية الدبلوماسية⁽²⁾، وهي إجراءات تشكل في واقع تطبيقها عائقاً كبيراً يحد من أهميتها كهيئة دولية قضائية رفيعة الشأن تختص بتسوية المنازعات الهامة أمام تلك العراقل التي يواجهها المستثمر بصفته شخصاً طبيعياً أو معنوياً عند اللجوء المباشر إلى محكمة العدل الدولية، بسبب عدم إمكانية عرض النزاع على هذه المحكمة بصفته الشخصية أو أن يكون طرفاً في نزاع تعرضه الدولة المضيضة للاستثمار عليها، مما يجعل من هذا الجهاز الدولي غير منتج لآثاره أمام ما يبتغيه المستثمر الأجنبي لحسم النزاعات التي تثور بينه وبين الدولة المضيضة له بإجراءات مرنة و مواكبة لطبيعة استثماراته لاسيما وأن اقتراحات هذا المجال

(1) إن الدولة المعنية بحق التقاضي أمام محكمة العدل الدولية يستوي أن تكون عضواً في الأمم المتحدة أو أن تكون طرفاً في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أو أن تكون دولة غير عضو لا في هيئة الأمم المتحدة ولا طرفاً في النظام الأساسي للمحكمة، وقد اكتسبت هذا الحق انطلاقاً من مبدأ المساواة بين المتقاضين وفقاً لما تقضي به أحكام المادة 35 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تنص على ما يلي: «1- للدول التي هي أطراف في النظام الأساسي أن يتقاضوا إلى المحكمة. 2- يحدد مجلس الأمن الشروط التي يجوز بموجبها لسائر الدول الأخرى أن تتقاضى إلى المحكمة وذلك مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في المعاهدات المعمول بها، على أنه لا يجوز بحال وضع تلك الشروط بكيفية تخل بالمساواة بين المتقاضين أمام المحكمة. 3- عندما تكون دولة من غير أعضاء الأمم المتحدة طرفاً في دعوى تحدد المحكمة مقدار ما يجب أن تتحملة هذه الدولة من نفقات المحكمة، أما إذا كانت هذه الدولة من الدول المساهمة في نفقات المحكمة فإن هذا الحكم لا ينطبق عليها». راجع ذلك ولمزيد من التفصيل في:

د/ محمد سامي عبد الحميد: العلاقات الدولية، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، الدار الجامعية، ص 440، 443. وكذا: د/ محمد السعيد الرقاق، نفس المرجع، ص 213، 214.

(2) وقد أقرت محكمة العدل الدولية هذا الحق بالإشارة إليه وقولها أنه «يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها، عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى، أو يكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على ترضية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية». راجع ذلك في: د/ أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، مرجع سابق ذكره، ص 444.

وهو الأمر الذي أكدته أيضاً ذات المحكمة في قضية "borcelonatractation" بقولها: «وسواء رفعت الدعوى بشأن أحد رعايا الدولة أو بشأن الدولة ذاتها فالدعوى المرفوعة تعد دعوى الدولة دائماً». راجع ذلك في: د/ ويصا صالح: تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة والمواطنين، مجلة مصر المعاصرة السنة 71، العدد 379، يناير 1980، ص 112.

رشحت محكمة التحكيم الدائمة⁽¹⁾ لأن تكون الجهاز القضائي المناسب لتسوية المنازعات التي تنثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، على أنها تبقى وسيلة محدودة وذلك لصعوبة توفر شروط النزاع عليها كون اللجوء إليها اختياريا كما انه يقتصر على الدول الأطراف في اتفاقية تأسيسها، وهو أمر يعقد و يصعب من التفكير في اللجوء إلى هذه الهيئة⁽²⁾.

وعليه وأمام كثرة المحاولات التي تمت لإنشاء وسيلة قضائية دولية جديدة ظهرت محكمة الاستثمار العربية سنة 1994 كمحكمة متخصصة في منازعات الاستثمار وعلى اعتبار أنه لم يظهر جهاز قضائي مشابه لها ومختلف عن سابقه، فسنركز دراستنا في هذا الجانب على هذا الجهاز باعتباره أول محكمة عربية متخصصة في فض منازعات الاستثمار وذلك وفقا للتقسيم التالي:

المطلب 1: الاطار القانوني و التنظيمي لمحكمة الاستثمار العربي.

المطلب 2: دور محكمة الاستثمار العربية في حسم منازعات الاستثمار.

(1) أنشأت هذه المحكمة بموجب اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الذي

عقد في لاهاي في 29 جويلية 1899 ثم أعيد النظر فيها في مؤتمر السلام الثاني الذي عقد في لاهاي في

أكتوبر 1907، وهي لا تعتبر محكمة بالمعنى الدقيق للمصطلح و إنما هي عبارة عن هيئة ينتهي دورها فور

الانتهاء من الفصل في النزاع المطروح عليها، و يعد اللجوء إلى هذه الهيئة اختياريا، كما يقتصر حق عرض

النزاع عليها على الدول الأطراف في اتفاقية تأسيسها المنعقدة سنة 1907. راجع لمزيد من التفصيل:

د/ محمد عبده سعيد، الشركات متعددة الجنسية و مستقبلها في الدول النامية، مرجع سابق ذكره، ص543.

(2) الأصل في هذه المحكمة أن تختص في تسوية النزاعات بين الدول المتعاقدة، إلا أن المجلس الإداري لها وافق في 26

مارس 1962 على قواعد التوفيق و التحكيم لتسوية المنازعات المثارة أمامها حيث شكل في هذا الصدد لجان من ثلاث

محكمين يختارهم أطراف النزاع، و في حالة فشلهم في ذلك فلهم الاستعانة بسكرتارية المحكمة لتتولى عنهم مهمة اختيار

المحكمين. راجع ذلك في: د/ عصام بسيم، مرجع سابق ذكره، ص 180، 181.

المطلب الأول: الإطار القانوني والتنظيمي لمحكمة الاستثمار العربية.

تشكلت محكمة الاستثمار العربية بموجب المادة 28 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية⁽¹⁾، التي عينت بتخصيص نصوص تنظيمية لهيكله هذه المحكمة وتحديد اختصاصها كجهة قضائية دولية مهمة ومفوضة لحسم المنازعات الاستثمارية⁽²⁾.

وقد دخلت اتفاقية إنشاء محكمة الاستثمار العربية حيز النفاذ ابتداء من تاريخ: 1981/09/09 والتي تمت المصادقة عليها بمؤتمر القمة في 11 نوفمبر 1980 بعمان "الأردن" وانضمت إليها 21 دولة عربية، وعلى الرغم من إطلاق إشارة البدء في العمل لمحكمة الاستثمار العربية منذ التاريخ المذكور أعلاه إلا أنها لم تخرج إلى حيز الوجود الفعلي إلا في عام 1994 ولم يحدث أن عرض عليها نزاع أو خلاف لحسمه وفقا للإجراءات المنوطة بها إلى غاية تاريخ 2003/01/01 أين بدأت المحكمة في ممارسة مهامها بصفة فعلية بعد أن تم تعيين مفوض ومسجل للمحكمة، وتبعاً لذلك اصدر مجلس جامعة الدول العربية بتاريخ 2007/03/04 القرار رقم 6763 د.ع 127 يقضي بتخصيص موازنة مستقلة للمحكمة لدعم نشاطاتها وتطوير أدائها بما يتلاءم مع الدور الهام المنوط إليها⁽³⁾.

وتظم محكمة الاستثمار العربية وفقاً لما تضمنته أحكام تأسيسها هيئة قضائية لا تقل عن خمسة قضاة يتم اختيارهم من المجلس الاقتصادي والاجتماعي لجامعة الدول العربية، الى جانب اختياره لأعضاء احتياطيين والتي تحدد مدة عضويتهم بثلاث سنوات قابلة للتجديد، أين يتم اختيارهم على أساس قائمة من القانونيين العرب انطلقاً من ترشيح كل دولة طرف لاثنتين ممن تؤهلهم صفاتهم العلمية والخلفية لمثل هذا المنصب⁽⁴⁾، و يحضاً عادة هؤلاء القضاة بمعاملة متميزة ترقى إلى معاملة أعضاء المجلس فيما تعلق بالحصانة الدبلوماسية وإعفاء مداخلهم من كافة أنواع الضرائب كامتياز خاص⁽⁵⁾ بعد أدائهم اليمين القانونية⁽⁶⁾، و ممارسة مهامهم في إطار اللائحة الداخلية للمحكمة⁽⁷⁾.

-
- (1) حيث تنص المادة 28 ف1 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية على: « لحين إنشاء محكمة العدل العربية و تحديد اختصاصاتها ، تنشأ محكمة للاستثمار العربي». راجع نصوص الاتفاقية، سبق الإشارة إليها آنفاً.
 - (2) حيث حددت نصوص الاتفاقية أحكاماً خاصة بتنظيم محكمة الاستثمار العربية ابتداء من المادة "27" إلى المادة "36".
 - (3) راجع ذلك بموقع محكمة الاستثمار العربية في الشبكة القانونية العربية بجامعة الدول العربية على الموقع: <http://www.arablegalnet.org/ArabTahkim/Default.aspx>.
 - (4) راجع ذلك وفقاً لما تقرره أحكام المادة 28 ف2، ف3 من الاتفاقية وكذا المادة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة الاستثمار العربية المحدد بموجب الهيئة العربية لاتفاقية الاستثمار والمعمول به اعتباراً من تاريخ 1985/02/02. راجع ذلك على موقع محكمة الاستثمار العربية المشار إليه سابقاً.
 - (5) راجع ذلك في المادة 28 ف4 من الاتفاقية، وكذا المادة 18 من النظام الأساسي للمحكمة.
 - (6) راجع ذلك في المادة 2 من النظام الأساسي للمحكمة.
 - (7) حيث أقرت الجمعية العامة لمحكمة الاستثمار العربية اللائحة الإجرائية - الداخلية- للمحكمة في دورة انعقادها الأولى للفترة الممتدة من 25 فبراير إلى 03 مارس 1986.

وتمارس المحكمة مهامها كمبدأ عام في مقر جامعة الدولة العربية كمقر دائم لها إلا أن ذلك لا يمنع أن تقرر عقد جلساتها في مكان آخر تحدده بقرار مسبب، على أن تعد لذلك لائحة بقواعد العمل والإجراءات فيها مع تشكيل دوائرها التي تتعقد في دائرة منها أو دوائر متعددة حسبما تقرره الجمعية العامة⁽¹⁾، على أن يراعي في تشكيلها بأن لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة⁽²⁾ وبحضور واحد أو أكثر من المفوضين لديها⁽³⁾.

وتعد محكمة الاستثمار العربية في واقع الأمر جهازاً مؤقتاً إلى حين إنشاء محكمة العدل العربية، وعلى هذا الأساس فقد خولت لهذه المحكمة وفقاً لأحكام تنظيمها نوعان من طبيعة الاختصاصات، إحداها اختصاص قضائي نظمت أحكامه المادة 29 من الاتفاقية التي أكدت على اختصاص محكمة الاستثمار العربية، بالفصل فيما يعرضه أحد طرفي الاستثمار من منازعات تتعلق على وجه الخصوص بتطبيق أحكام الاتفاقية المنشأة لها⁽⁴⁾، إلى جانب ذلك يدخل في نطاق اختصاصها كل المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي يتفق أطرافها على اعتبارها داخلة ضمن ولاية المحكمة ولو كان هناك اتفاق سابق على عرض هذه النزاعات على التحكيم أو القضاء الدولي⁽⁵⁾، وجعلت تحقيق ذلك متوقف على مجموعة من الشروط يلزم توافرها في المنازعات المعروضة كما يلي⁽⁶⁾:

1. أن يكون النزاع قائماً بين أية دولة عربية ودولة أخرى أو بين دولة طرف وبين المؤسسات والهيئات العامة التابعة لأكثر من دولة عربية.

2. أن يكون النزاع بين كل من ذكر من أطراف و أي من المستثمرين العرب.

3. أن يكون النزاع قائماً بين الأطراف المذكورة أعلاه و بين الجهات التي توفر ضمانات للاستثمار وفقاً للاتفاقية.

و بذلك تظهر أهمية الاختصاص القضائي المخول لمحكمة الاستثمار العربية التي وسعت من نطاقه ليمتد ويشمل كل مستثمر عربي من دول أخرى، على أنه يبقى بحسب البعض هذا الاختصاص محدوداً

(1) راجع ذلك في المادة 28 ف05 و ف06 من الاتفاقية و كذا المادة 07 من النظام الأساسي للمحكمة.

(2) حيث تنص المادة 02 من اللائحة الإجرائية للمحكمة على: « تشكل دوائر المحكمة برئاسة الرئيس وعضوية اثنين من القضاة على الأقل أو أربعة على الأكثر.

تخول الجمعية العامة رئيس المحكمة تشكيل الدوائر وفقاً لمقتضيات العمل».

(3) تنص المادة 08 من النظام الأساسي للمحكمة على: «يلحق بمحكمة الاستثمار العربية مفوض أو أكثر يتولى المجلس الاقتصادي والاجتماعي اختيارهم لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد من بين قائمة من القانونيين العرب تعد لهذا الغرض، ترشح كل دولة طرف اثنين منهم ويحدد المجلس مكافآتهم و يعاملون معاملة أعضاء المحكمة من حيث المزايا والحصانات و الواجبات و الأعمال المحظورة عليهم و إجراءات عزلهم أو إنهاء خدمتهم، وفي حال تعدد المفوضين يسمي المجلس أحدهم رئيساً».

(4) راجع ذلك في المادة 29 ف01 من الاتفاقية.

(5) راجع ذلك في المادة 30 من الاتفاقية.

(6) راجع ذلك في المادة 29 ف02 من الاتفاقية.

كونه يخرج من نطاقه تلك المنازعات التي تضم المستثمرين الأجانب مع الدول العربية أو منازعات المستثمرين العرب مع الدول الأجنبية، وهو ما قد يقلل من أهميتها لدى المستثمرين الأجانب. أما بالنسبة لطبيعة اختصاصها الثاني فينطوي على الدور الاستشاري الذي تولى له محكمة الاستثمار العربية أهمية ضمن المهام والوظائف المكلف بها بصفة جوازية وذلك على أساس مد يد العون والمساعدة في تقديم الرأي والحلول للمسائل القانونية التي تعرض عليها بطلب كتابي يتضمن بياناً دقيقاً للمسألة محل الاستشارة سواء بناء على طلب دولة طرف أو من الأمين العام لجامعة الدول العربية مع إحالته إلى المفوض لإبداء الرأي الذي لا يكون إلزاماً بأي حال من الأحوال لأطرافه من جهة، وغير حاسم أيضاً للمسألة المطروحة⁽¹⁾، على أنه يؤخذ على هذا الاختصاص أنه مقتصر فقط على الدول العربية الأطراف في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية والمنشأة لمحكمة الاستثمار العربية أو الأمين العام لجامعة الدول العربية والمجلس الاقتصادي العربي دون غيرهم، مما يجعل المستثمر العربي كشخص طبيعي أو معنوي غير معني بالاختصاص الاستشاري. الإفتائي. للمحكمة ولا تقبل طلباته متى كان بحاجة لذلك وهو أمر ربما يتعين تداركه ضمن النصوص التنظيمية لاختصاص المحكمة وتحديد مهامها حتى تفتح المجال بشكل واسع أمام المستثمر العربي الخاص.

المطلب الثاني: دور محكمة الاستثمار العربية في حسم منازعات الاستثمار

إن الأحكام التنظيمية التي تحكم الهدف من إنشاء محكمة الاستثمار العربية وتحدد اختصاصاتها تفتح الإمكانية أمام المستثمر عموماً من اللجوء المباشر إلى هذه المحكمة وهو يعرض نزاعه مع الدولة المضيفة له، وضماناً للقيام بهذا الدور لتحقيق الأهداف المرجوة منه وذلك من خلال الفصل في كافة المنازعات المقررة بموجب اتفاقية إنشائها وكذا تلك التي يحيلها المجلس الاقتصادي والاجتماعي إليها⁽²⁾، وتتبع في ذلك مجموعة من إجراءات التقاضي التي تحكم طرفي النزاع والتي لا تخرج عن تلك الإجراءات القضائية المقررة في المحاكم الداخلية من حيث التفاصيل الشكلية لرفع الدعوى التي انفرد النظم الأساسي للمحكمة بتنظيمها⁽³⁾ دون اتفاقية إنشاء المحكمة التي اهتمت في هذا المجال بتوضيح طبيعة السلطات التي تتمتع بها محكمة الاستثمار العربية والتي تمتد لاتخاذ أي تدابير مؤقتة تضمن الحفاظ على حقوق أطراف النزاع من طلب منها ذلك⁽⁴⁾، ولها أن تمتد من اختصاصها لتفصل أيضاً في الطلبات التي لا

(1) راجع ذلك في نص المادة 36 من الاتفاقية، وكذا المادة 48 من النظام الأساسي للمحكمة.

(2) راجع ذلك في المادة 19 من النظام الأساسي للمحكمة.

(3) تضمن الباب الرابع من النظام الأساسي للمحكمة إجراءات التقاضي أمام هذه الهيئة القضائية ابتداء من المادة 20 وما يليها منه.

(4) راجع ذلك في المادة 33 ف01 من الاتفاقية.

تشمل أيا من أطراف النزاع المحددة بالمادة 29 ف 2 المذكورة أعلاه، متى ثبت للمحكمة أن الحكم الساري في الدعوى سيؤثر بشكل من الأشكال في مصلحة قائمة للطالب⁽¹⁾.

كما فصلت المحكمة في إجراءات اختصاصاتها وتمييزها عن القضاء العادي متى لجأ المستثمر إلى قضاء الدولة التي يقع فيها الاستثمار، وهو ما يمنع لجوءه للمحكمة متى اختار القضاء العادي⁽²⁾، على أنه إذا حصل ورفع نزاعه أمام هاتين الجهتين القضائيتين في نفس الوقت كان قرار محكمة الاستثمار العربية هو الحاسم⁽³⁾.

وينتهي عمل المحكمة بإصدار حكم للنزاع المطروح مبنيًا على المعطيات والوقائع والسندات المعروضة أمام الهيئة القضائية والذي يأخذ شكل الحكم النهائي الملزم لأطرافه فيما قضى به وحائزًا لقوة النفاذ في كل الدول العربية الأطراف كما لو كان صادرًا من القضاء الوطني لأي منها⁽⁴⁾، وتبعا لذلك حددت المادة "38" من النظام الأساسي للمحكمة إجراءات وتفاصيل صدور هذا الحكم⁽⁵⁾.

وهو ما يفيد أن طبيعة الأحكام التي تصدر عن محكمة الاستثمار العربية لا تعامل معاملة الأحكام الأجنبية وما يتبعها من إجراءات تنفيذ بل تأخذ مأخذ الأحكام الوطنية، وهو أمر يعفي المستثمرين من إجراءات تنفيذ الأحكام وتعقيدها في دول أخرى.

على أنه ورغم إقرار نص المادة 34 من الاتفاقية بقابلية الحكم الصادر عن محكمة الاستثمار العربية للتنفيذ فور صدوره لحيازته قوة الشيء المقضي فيه كونه غير قابل للطعن، إلا أن استثناء على هذا المبدأ العام جاء واردا ضمن نص المادة 35 من الاتفاقية التي قررت شروط محددة على سبيل الحصر يجوز بموجبها قبول طلب التماس إعادة النظر وذلك في الأحوال التالية⁽⁶⁾:

- 1) إذا تضمن الحكم تجاوز خطيرا لقاعدة أساسية في الاتفاقية وإجراءات التقاضي.
- 2) إذا ظهرت واقعة ذات تأثير حاسم في الدعوى وكان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف طالب الالتماس.

(1) راجع ذلك في المادة 33 ف 2 من الاتفاقية.

(2) راجع ذلك في المادة 31 من الاتفاقية

(3) راجع ذلك في المادة 32 من الاتفاقية.

(4) راجع ذلك في المادة 34 من الاتفاقية، وكذا المادة 41 من النظام الأساسي للمحكمة.

(5) حيث تنص المادة 38 من النظام الأساسي للمحكمة على: «تكون المداولة في الأحكام سرية بين القضاة مجتمعين، ولا يجوز أن يشترك فيها غير القضاة الذين سمعوا المرافعة، ويجب أن يحضر القضاة الذين اشتركوا في المداولة تلاوة الحكم فإذا حصل لأحدهم مانع وجب أن يكون قد وقع على مسودة الحكم، وتصدر الأحكام بأغلبية الآراء، فإذا لم تتوفر الأغلبية وتشعبت الآراء لأكثر من رأيين وجب أن ينضم الفريق الأقل عددا أو الفريق الذي يضم أحدث القضاة لأجد الرأيين الصادرين من الأكثر عددا وذلك بعد أخذ الآراء مرة ثانية، وفي حالة تساوي الآراء يرجح الرأي الذي في جانبه الرئيس، ويجب أن يشمل الحكم على أسماء القضاة الذين اشتركوا في إصداره، وللقاضى المعارض أن يثبت في نهاية الحكم أسباب اعتراضه».

(6) راجع ذلك في المادة 44 من النظام الأساسي للمحكمة.

(3) أن لا يكون جهل طالب الالتماس بالواقعة ناشئاً عن إهمال منه.

(4) إذا وقع من الخصم تدليس أو تزوير كان من شأنه التأثير في الحكم.

وحددت الأحكام المنظمة لإجراءات الالتماس مواعيد محددة لتقديمه على أساس ستة أشهر في الحالة الأولى من المادة السابقة ابتداء من تاريخ صدور الحكم، وميعاد ستة أشهر من تاريخ كشف الواقعة و قبل انقضاء خمس سنوات على صدور الحكم⁽¹⁾.

و تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن المحكمة لها أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم محل الالتماس إلى حين الفصل في موضوع الدعوى متى أعلنت المحكمة أن الالتماس حائز القبول⁽²⁾.

وبذلك يمكن القول إن محكمة الاستثمار العربية كجهة قضائية دولية حاولت بقدر الإمكان تسخير إجراءات اقل تعقيدا وأكثر ضمانا لحماية حقوق أطراف النزاع وبشكل يمكن المستثمر اللجوء إليها مباشرة بصفته الشخصية ودون الحاجة لأن تحل دولته محل لتبني المطالبة بحقوقه، وهو أمر وامتياز لم تشمله ولم تقرره جهات قضائية دولية ذات قيمة وأهمية على مستوى القضاء الدولي، ويعتبر ذلك انجاز يحسب لصالح الدول العربية في توصلها إلى تشكيل جهاز قضائي دولي ينافس بل يتعدى في امتيازاته أجهزة قضائية دولية عتيقة وتمكن بالمقابل في احتلال مكانا ضمن الوسائل التي تقررها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار⁽³⁾، باللجوء إليها لحسم منازعات الاستثمار وكذا بعض القوانين المقارنة الخاصة بالاستثمار⁽⁴⁾.

على إن بعض القصور يمكن إن يأخذ على الأحكام التنظيمية لمحكمة الاستثمار العربية في أنها اكتفت بالفصل في النزاعات التي يكون أطرافها من الدول العربية الطرف في الاتفاقية المنشئة لها بغض النظر عن صفته الشخصية وهو ما قد يقلل من اختصاصها كمحكمة دولية ويدفع إلى التساؤل عن السبب في قصر الاختصاص على فئة دون مده إلى باقي النزاعات التي يمكن إن تنشأ بين المستثمرين الأجانب والدول العربية أو تلك التي تنشأ بين المستثمرين العرب والدول الأجنبية، لاسيما وأنها تملك من الإمكانيات الإجرائية والنصوص التنظيمية ما يخولها من توسيع نطاق اختصاصها في نظر المنازعات الاستثمارية، والذي سيلقى حتما قبولا من جانب المستثمرين الأجانب لما تتوفر فيه من خصائص مميزة كالحياذ والاستقلال والتي تتلاءم وطبيعة ما يبحث عنه المستثمر الأجنبي في فض منازعاته الاستثمارية،

(1) راجع ذلك أيضا في المادة 45 من النظام الأساسي للمحكمة.

(2) راجع ذلك أيضا في المادة 47 من النظام الأساسي للمحكمة.

(3) راجع على سبيل المثال المادة 19 من اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول اتحاد المغرب العربي التي تنص على: «تقبل الأطراف المتقاعدة عرض كل نزاع له صبغة قانونية نشأ بين احدهم ومستثمر احد الأطراف الأخرى بخصوص استثمار مقام في بلاده على الهيئة القضائية لدول الاتحاد المغرب العربي ومحكمة الاستثمار العربية طبقا للاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول لعربية أو هيئات التحكم الدولية المتخصصة لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار وذلك طبقا للاتفاقيات الدولية المتعلقة بها والمصادق عليها من قبل الأطراف المتقاعدة الأطراف في النزاع».

(4) كقانون الاستثمار السوري وفقا للمادة 26 منه سابق الإشارة إليها.

والى غاية تحقق ذلك يبقى المستثمر الأجنبي دائم البحث عن تلك الوسيلة المرنة التي تتجاوب مع الطبيعة الخاصة لاستثماراته وتلبي رغبته في الابتعاد عن الإجراءات المعقدة والطويلة التي تميز عادة القضاء الوطني، ولعل اللجوء إلى نظام التحكيم التجاري كنظام قانونيا بديلا لتسوية المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له قد يكون فيه الغاية المرجوة للمستثمر الأجنبي والمفتقدة في الوسائل القضائية والدولية السابق عرضها لتسوية هذه المنازعات، وهو ما سنحاول التطرق له من خلال كشف مدى فعالية هذه الوسيلة في تحقيق ما لم تستطع غيره من وسائل تسوية منازعات الاستثمار من تحقيقه في الفصل الثالث من هذه الدراسة.

الفصل الثالث: نظام التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية.

إن مسألة تحديد الطبيعة القانونية للوسائل المختصة أو المتاحة لحسم النزاعات المتعلقة بالاستثمار من أهم الضمانات التي يطالب بها المستثمر الأجنبي في الدول النامية، فبرغم تعدد الوسائل التي تمكن أطراف النزاع من اللجوء إليها لتسوية نزاعاتهم السياسية والقانونية منها، إلا أن نظام التحكيم ظل الأكثر سيطرة وتربعا على قائمة الوسائل المفضلة والمقنعة لدى المستثمر الأجنبي لتسوية وفض منازعاته مع الدولة المضيفة له لاستثماراته⁽¹⁾.

وقد برز التحكيم كوسيلة هامة تتلاءم مع التجارة الدولية ومنازعاتها التي لا تنتهي وذلك لعدم وجود قضاء دولي متخصص في تسوية منازعات الاستثمار والتجارة الدولية، كما أن معظم المؤشرات والعوامل التطبيقية في كثير من الأحيان أثبتت تفضيل أطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي عن القضاء الوطني لعدم ملائمته مع تلك المنازعات وفقا لوجهة نظرهم⁽²⁾، على أن البعض اعتبر التوجه إلى تبني نظام التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار سبيل إلزامي للدول النامية لتلبية حاجياتها من التنمية وذلك عن طريق الخضوع لطلبات المستثمر الأجنبي والسعي لتبديد مخاوفه بشأن خضوع منازعاته إلى قضاء الدولة الوطني الذي قلما يكون مصدر ترحيب بالنسبة للمستثمرين الأجانب وذلك تحت شعار تشجيع وضمان الاستثمارات الأجنبية في تلك الدول التي تقبل بإفلات هذه من المنازعات من اختصاص قضائها الوطني⁽³⁾.

وقد تجسد هذا الموقف برغم ذلك في العديد من القوانين الداخلية للدول المستقبلية للاستثمارات الأجنبية وذلك بإقرار إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم متى تجسدت رغبة أطراف النزاع في تحقيق ذلك ، وهو ما اقره قانون الاستثمار الجزائري وفقا لمقتضيات المادة 17 منه وتم تدعيم أحكامه وإجراءات اللجوء إليه - التحكيم- بشكل موسع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008⁽⁴⁾ الذي قرر بالنص على أنه «يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف منها.

(1) Ines Marzouki: L'arbitrage Etat-Investisseur Dans les Accords Américains Récents De Libre- Echange, article publier dans: ou va le droit de l'investissement. op.cit, p223.

- ذلك أن الوسائل الودية والقضائية الداخلية والدولية أثبتت الظروف المحيطة بها التشكيك في قدرتها على حل المنازعات الاستثمارية بالسرعة والمرونة التي تتطلبها المشروعات الدولية والحياة الاقتصادية المعاصرة وفقا لما سبق تبيان.

(2) راجع ذلك في: د/ خيرى فتحي البصيلي: تسوية المنازعات في إطار اتفاقات منظمة التجارة العالمية، مرجع سابق ذكره، ص 333.

(3) راجع ذلك في: د/ قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 215.

(4) حيث حدد الأحكام التي تتعلق بالتحكيم في الباب الثاني ابتداء من نص المادة 1006 إلى غاية المادة 1061 من هذا القانون، وبذلك تكون هذه النصوص لاغية لأحكام المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 ابريل 1993 المحدد لأحكام وقواعد التحكيم.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية»⁽¹⁾.

كما تبنى المشرع الكويتي ضمن المادة 16 من قانون استثمار المال الكويتي التي منحت الحق لأطراف النزاع باختيار الالتجاء إلى نظام التحكيم تجسيدا لإرادة الأطراف المنصبة في اتفاق خاص إلا إذا نص القانون على إلزامية اللجوء إليه في بعض الأحوال فيكون إجباريا وذلك في نطاق منازعات معاملات سوق الأوراق المالية⁽²⁾.

كما كان للمشرع المصري دور بارز في تقرير حق الاتفاق على تسوية المنازعات باللجوء إلى قضاء التحكيم الوطني أو الدولي دون أية قيود وذلك بترك الحرية الكاملة للمستثمر الأجنبي في اختيار جهة التقاضي التي يرغبها بما يوفر له الإحساس بالأمان⁽³⁾.

وزادت دائرة اللجوء والاهتمام بنظام التحكيم اتساعا مع تزايد العلاقات التجارية والاقتصادية الدولية بين الأفراد والدول، فقد حضي هذا النظام باهتمام على الصعيد الدولي⁽⁴⁾ وتجسد بروزه في العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية⁽⁵⁾.

(1) انظر المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

(2) راجع ذلك في: د/ منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي، مرجع سابق ذكره، ص 335.

(3) راجع المادة 07 من قانون الاستثمار المصري رقم 08 لسنة 1997 سبق الإشارة إليه، ولمزيد من التفصيل حول موقف المشرع المصري من نظام التحكيم راجع: د/ محمد حمدي بهنسي: الجوانب القانونية للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 261، 263.

(4) حيث وضع مجمع القانون الدولي في دورته التاسعة والأربعين انه من المرغوب فيه لصالح التطور الاقتصادي العالمي أن تتضمن الاتفاقيات الاقتصادية والمالية المتعلقة بمشروعات التنمية المبرمة بينها وبين دول أخرى أو مؤسسات ومنظمات دولية أو أشخاص خاصة شرط تحكيم لتسوية ما يثور بشأنها من منازعات.

كما كان للجنة القانون الدولي المشكلة وفقا لقانون الجمعية العامة للأمم المتحدة في 21 فبراير 1947 دورا في تدعيم فعالية اللجوء إلى التحكيم الدولي وذلك بالعمل على سد الثغرات التي قد تستغلها الدول بقصد التهرب من تنفيذ التزاماتها، أين انتهت هذه اللجنة عام 1958 إلى وضع نموذج لمجموعة قواعد أقرتها الجمعية العامة كمرشد للدول تهدي بها عند توقيع تعهداتها باللجوء إلى التحكيم .

لمزيد من التفصيل راجع: د/ احمد عبد الحكيم عشوش ود/ احمد أمين الهواري : دروس في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، بدون دار طبع وبدون سنة نشر، ص 04، 05 ، وراجع كذلك: د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة ، مرجع سابق ذكره، ص 555.

(5) انظر في هذا الجانب على سبيل المثال لا الحصر الاتفاقية الثنائية بين الجزائر و ايطاليا الخاصة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات المصادق عليها بتاريخ 18 مايو 1991 و التي تنص في المادة 09 ف02 منها على: =

و الجماعية⁽¹⁾، كإحدى الوسائل الهامة والفعالة في حسم المنازعات الاستثمارية والمعمول عليها بشكل ايجابي في وضع حد لهذه المنازعات وضمان استمرار علاقات الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له.

وقد أثبتت الدراسات زيادة في عمليات التحكيم بين الدولة والمستثمر وفق اتفاقات الاستثمار الدولية واستمرت دون توقف، حيث كان هناك نحو 42 قضية مطروحة منذ بداية عام 2005 وارتفع هذا العدد بشكل ملحوظ وسريع أين بلغ 219 قضية بحلول شهر نوفمبر بنفس السنة⁽²⁾، وهو ما يؤكد على ارتفاع نسبة الثقة والطمأنينة لهذه الوسيلة من قبل طرفي الاتفاق والنزاع الأمر الذي يبرر العدد المتزايد لمراكز التحكيم الدائمة لتي أنشئت في مختلف الدول العربية والغربية على حد سواء⁽³⁾.

ولا شك أن الأهمية و الانتشار الذي بلغه نظام التحكيم من خلال العمل على تنظيم أحكامه في العديد من المنظمات الدولية وإقراره كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار على مستوى مختلف المعاهدات، ما هو إلا تأكيد على انه من الضمانات الهامة للمستثمرين على حساب الدولة المضيفة التي تقيد سلطتها أمام أي محاولة في تعديل شرط التحكيم او إلغائه بإرادتها المنفردة لوجوب اشتراك إرادتي طرفي النزاع. وانطلاقاً من ذلك فقد صيغت العديد من التعاريف والمفاهيم القانونية والفقهية لتحديد إطار للتحكيم، مختلفة باختلاف أهمية وقيمة الدور الذي يؤهله كآلية لفض المنازعات التي تثور بين المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية⁽⁴⁾.

= «إذا انقضت ستة أشهر من تاريخ تقديم طلب كتابي من أحد الدولتين المتعاقبتين ولم يسو هذا النزاع فإنه يرفع بطلب من إحدى الدوليتين المتعاقبتين لمحكمة تحكيم».

- وتقرر في نفس السياق اتفاقية تشجيع الاستثمار المتبادل بين الجزائر و الولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1990 مبدأ اللجوء الى التحكيم ضمن المادة 06 كما يلي: «.... إذا لم تتوصل الحكومتان الى حل اتفاقي للخلاف بانتهاء ثلاثة أشهر من طلب المفاوضات فإن الخلاف بما فيه ناحية تتطوي على مسألة تتعلق بالقانون الدولي العام يرفع بمبادرة أي من الحكومتين الى هيئة تحكيم لحله...».

(1) مثل بروتوكول جنيف في 24 سبتمبر 1923 الخاص بشروط التحكيم ، واتفاقية جنيف المنعقدة في 26 ديسمبر 1927 الخاصة بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، واتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية، والاتفاقية الأوروبية بخصوص التحكيم التجاري الدولي الموقعة في جنيف في 21 ابريل 1961 و الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى الموقعة في 17 مارس 1965، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار في الدول العربية الموقعة في 06 ديسمبر 2000.

(2) راجع ذلك في: د/ لمياء متولي مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 244.

(3) ومن بين هذه المؤسسات غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1933، محكمة لندن للتحكيم الدولي سنة 1892، الجمعية الأمريكية للتحكيم 1926. راجع لمزيد من التفاصيل حول هذه التنظيمات في: د/ قادري عبد العزيز، مرجع سابق ذكره، ص 256 و ما بعدها.

(4) على انه يجب التمييز في هذا الإطار بين مفهوم التحكيم في نطاق معاملات الاستثمار و بين التحكيم التجاري الدولي، و ذلك أن الأول يتطلب قيامه متى تحقق خطر على استثمارات التنمية المتفق عليها بين المستثمر الأجنبي و =

فمعرفة البعض بأنه مظهر من مظاهر الحرية في مواجهة السلطة يولي فيه الأطراف من يثقون به علما وعدلا وحكمة وخلقاً ليفصل بينهم في نزاع لا يريدون أن يذهبوا به إلى محاكم الدولة لينظره قضاتها الذين تعينهم وفق قوانينها⁽¹⁾.

كما كان لأحكام القضاء دوراً في التعريف بالتحكيم حيث عرفت المحكمة الدستورية العليا بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الاغيار يعين باختيارهما أو بتقويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل المحكم في هذا النزاع بقرار يكون نهائياً عن شبهة الممالأة مجرداً من التحامل وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"⁽²⁾.

في حين جاءت نظرة الفقه إلى نظام التحكيم وفقاً لاتفاق معظمهم بأنه "اتفاق الخصوم على تولية طرف ثالث يرضونه أهلاً للحكم فيما قد ينشأ بينهم من النزاع، أو في النزاع القائم بينهم فعل بدلاً من القضاء المختص"⁽³⁾.

أما على مستوى النطاق الدولي فينظر إلى التحكيم على أنه وسيلة للتأكيد بان الأطراف سيجدون هيئة قضائية محايدة وسريعة لحل النزاع وهو ما يبذل الخوف من النظام القضائي للطرف الآخر⁽⁴⁾، ذلك أن أطراف العقد الدولي قد يتفقوا على أن لا تخضع منازعاتهم للقوانين الوطنية وإن يحتكموا بدلاً من ذلك إلى العرف التجاري أو العادات المتبعة في التجارة الدولية، وهي القواعد القانونية المتعارف عليها بين معظم الدول التي تمارس هذا النوع من التجارة ومن ضمنها الدول الأطراف في النزاع، فإذا تعذر التعرف على هذه القواعد يلجأ المحكم إلى تطبيق أكثر القواعد عدالة وملائمة لنوع النزاع وطبيعته وذلك بعد استقراء مختلف النظم القانونية، وهي قواعد تنتقيها هيئة التحكيم ويطلق عليها بقانون التاجر⁽⁵⁾.

=الدولة المضيفة، أما التحكيم التجاري الدولي فيفترض اللجوء إليه في المنازعات الناتجة عن الخسارة و تدفق الخدمات و العملات و السلع عبر الحدود. راجع ذلك في:

Lotfi Chedli : *Ordre Public transnational et investissement*, article publier dans: ou va le droit de l'investissement. op.cit, p 290-291.

(1) د/ محمد سليم العوا: دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكتب القانونية ، بدون سنة طبع، ص 07.

(2) راجع هذا التعريف مذكور في: د/ خيرى فتحي البصيلي ، مرجع سابق ذكره، ص 334 .

(3) راجع ذلك في: د/محمد أمين فضلون: التحكيم، قدم له القاضي نصرت منلا حيدر، مؤسسة النوري 1994، ص 20، 19.

(4) د/ صالح بن عبد الله عطايف العوني: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية ، مركز الطباعة و النشر بمعهد الإدارة العامة 1998، ص 361، و راجع كذلك:

Rym Ben Khelifi: *Le Deni de Justice en Droit de L'investissement International*, L'affaire Lowrenc, Les Etats Unis d'Amérique, article publier dans: où va le droit d'investissement, op.cit. p239.

(5) راجع ذلك مذكور في: د/ منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1990، ص 41.

و في ضوء ما تقدم فان دراسة نظام التحكيم التجاري كوسيلة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية تستوجب منا أن نتناول بحث وتحديد الإطار القانوني لهذا النظام(المبحث 1) ثم التطرف لفعالية التحكيم كنظام إجرائي في حسم منازعات الاستثمار(المبحث 2)

المبحث الأول: الإطار القانوني لنظام التحكيم التجاري.

عبر احد الفقهاء المشجعين للنهوض بنظام التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية بالقول أنه قد يحجم المستثمرين عن استثمار أموالهم في دولة يعملون أن اللجوء إلى القضاء الوطني فيها -الدولة المضيفة- هو الوسيلة الوحيدة لاقتضاء حقوقهم التي يلحقها الضرر من جراء تصرفات تأتيها هذا الدولة، وهو ما يعني أن الدولة المضيفة تصبح خصما وحكما في آن واحد مما يؤدي ضيق نطاق الاستثمار في تلك الدول، و يشكل بذلك عائقا لنمو نشاطها التجاري و الصناعي، و على خلاف ذلك فإن الأخذ بنظام التحكيم يخلق مناخا مفضلا لدى المستثمرين الأجانب، حيث يتمتع أطراف التحكيم بحرية اختيار قضاتهم الذين يتوخون فيهم الثقة و الخبرة والمعرفة اللازمة لموضوع النزاع، كما يملكون حرية تحديد الإجراءات الواجبة الإلتباع أمام محكمة التحكيم، و أكثر من ذلك لهم حرية اختيار القانون الذي يحكم النزاع بينما تغيب هذه الحريات أمام المحاكم الوطنية⁽¹⁾، و هو موقف يجد له نقيضا أمام المبادئ المقررة لسيادة الدولة والتي تعتبر القضاء الوطني أحد المظاهر المقومات الأساسية لهذه السيادة التي لا تقبل التصرف أو التنازل عنها لأي من أشخاص القانون الدولي وإلا اعتبر ذلك عجزا عن أداء الدولة لمهامها الجوهرية التي تفقدها بالنتيجة مصداقية التمسك بهذه السيادة، كما أن قيام هيئة تحكيم دولية بالنظر في المنازعات التي تنور بين المستثمر الأجنبي والدولة سوف يستدعي بالضرورة مناقشة و تقييم أعمال هذه الدولة، و في ذلك اعتداء جسيم على سيادتها الوطنية، ذلك انه لا يحق لأي جهة دولية إصدار قرارات في شؤون تعتبر من صميم الاختصاصات الداخلية للدولة وينبغي إن اقتضى الأمر أن تصدر من المحاكم الداخلية للدولة وطبقا لقوانينها الوطنية⁽²⁾.

فهذه النظرة الاحتكارية لولاية القضاء الوطني واعتباره مظهرا من مظاهر استقلال الدولة والسعي إلى ترسيخه كآلية أساسية لحسم منازعات الاستثمار لم تتجح في تثبيط نشاط التحكيم الذي أصبح يتسع نطاقه بصفة مستمرة ويزداد اللجوء إليه يوما بعد يوم، بل أصبح في الوقت الحالي أمرا مفروضا لفض الكثير من المنازعات الداخلية والدولية، و هو ربما الأمر الذي يدفع إلى التساؤل عن الأسباب التي ساهمت في استمرارية الحياة للتحكيم رغم كل المحاولات التي سيقى لاستبداله أو التخلي عنه لحساب نظام قضائي بديل؟ و هل هي أسباب كافية ليظل نظام التحكيم محتفظا بهذه المكانة و المرتبة أم أن هناك عوامل أخرى ساهمت بشكل أو بآخر في تحقيق ذلك؟

(1) راجع ذلك مذكور في: د/احمد عبد الحميد عشوش و د/ أحمد أمين الهواري، مرجع سابق ذكره، ص 04.

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ دريد محمود علي أسمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 390.

سنحاول من خلال هذه الدراسة بحث هذه الأسباب وفقا للتقسيم التالي:

المطلب 1: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الاستثمار.

المطلب 2: الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري.

المطلب 3: خصائص نظام التحكيم التجاري.

المطلب الأول: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الاستثمار.

فرض توسع نطاق المعاملات الاقتصادية على المستوى الدولي و حاجة الدول النامية للاستفادة من هذا التوسع لتحقيق أغراض التنمية البحث عن وسيلة للفصل في المنازعات الناشئة عن هذه المعاملات تتماشى وطبيعتها الخاصة و تتجاوب مع حاجات مجتمع التجار ورجال الأعمال على المستوى الدولي، لاسيما بعد أن كثرت و تأكدت المثالب التي تشوب النظام القضائي الوطني، فكان التحكيم التجاري تلك الوسيلة التي أصبحت تغزو معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية منها والجماعية، بل أصبح بمثابة المبدأ المعترف به في مختلف الأنظمة القانونية كضمانة إجرائية لتشجيع الاستثمار على إقليمها.

وانطلاقا من ذلك أصبحت الحجج و المبررات التي يدفع بها المستثمر الأجنبي -باعتباره الطرف الأكثر تمسكا و مصلحة و مطالبة بتطبيق نظام التحكيم على المنازعات التي تثور بينه و بين الدول المضيفة له- تكتسي مصداقية و قبولا أكثر من ذي قبل و التي يمكن إبراز بعضها وأهمها على النحو التالي:

1. إن التحكيم قضاء خاص متحرر من نظم الإجراءات القضائية التي تباشرها محاكم القضاء العادي، و لهيئة التحكيم اعتمادا على إرادة و اتفاق الأطراف اتخاذ الاجراءات اللازمة لسرعة الفصل في النزاع المعرض عليها و ذلك اعتمادا على أسلوب مرن في التعامل مع الوثائق المقدمة للنزاع كالاستغناء عن أصول الوثائق و الاكتفاء بصورها ما دامت محل إقرار من الطرفين، كما تترك مسألة الوقت لأطراف النزاع في تحديده و التحكم فيه⁽¹⁾، ذلك أن التأخير يقود إلى خسارة جسيمة أن رأس المال يرفض الانتظار وهو الهدف المرجو و الملائم لطبيعة المنازعات الاستثمارية.

2. يعطي نظام التحكيم لطرفي النزاع الحرية والفرصة الكاملة في اختيار قضاة يتوخون فيهم الثقة و الخبرة و المعرفة اللازمة لموضوع النزاع، كما يعطيهم أيضا حرية تحديد الإجراءات الواجبة الإلتزام أمام محكمة التحكيم و اختيار القانون الذي يحكم النزاع، و هي مجموع حريات لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يوفرها القضاء العادي في الدولة المضيفة للمتخاصمين⁽²⁾.

(1) د/ محمد سليم العواء، مرجع سابق ذكره، ص 286.

(2) د/ طارق عزت رخا: دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروة البترولية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص 153.

3. ينظر للتحكيم على النطاق الدولي انه وسيلة للتأكيد بأن الأطراف سيمثلون أمام هيئة قضائية محايدة لحل نزاعهم، وهو ما يبذل الخوف من النظام القضائي للطرف الآخر "الدولة المضيفة"⁽¹⁾، ذلك أن الأطراف لا يحرصون على هذا الحياد بسبب الخوف من انحياز ضد احد الطرفين لاسيما من الطرف الذي لا يجري التحكيم في بلده، و لكنهم يحرصون كمبدأ عام على هذا الحياد بسبب جهل أحد الطرفين بقوانين البلد الآخر الإجرائية أو الموضوعية فيتم عادة اختيار بلد محايد كحل مناسب للطرفين ولممثلهم القانونيين، ولعل هذا السبب هو أحد العوامل التي أدت إلى كثرة القضايا التحكيمية التي تنظرها مراكز متخصصة، و يدعى لها محكمون ذوو شهرة عالمية لا ينتمي أي منهم إلى جنسية أطراف التحكيم، و مركز التنظيم نفسه لا يقع في بلد أي من طرفي النزاع⁽²⁾.

4. خلافا للقضاء العادي الذي يقوم أساسا على مبدأ العلنية فإن التحكيم إجراء خاص يمكن الحفاظ على سرية إذا رغب الأطراف في ذلك⁽³⁾، على أساس أن الجلسات التي تعقد بموجب نظام التحكيم تتميز بالسرية وعدم نشر الأحكام و المنازعات بين الدولة المضيفة و المستثمرين الأجانب و هو أمر يرغب المستثمرين ورجال الأعمال حتى تظل الأسرار المرتبطة بالعقد والتكنولوجيا المصاحبة له سرية وحتى، لا تتعرض مراكزهم المالية و الاقتصادية للمساس أو الاهتزاز.

وقد اعتبر البعض أن هذه الميزة -السرية في إجراءات التحكيم- لما لها من ميزات مهمة إلا أنها تشكل عقبة في طريق التقدم القانوني في مجال التحكيم و ذلك لصعوبة الاطلاع على مضمون الأحكام الصادرة من هيئة التحكيم و تحليلها⁽⁴⁾، و إن كان صحيحا أن أحكام التحكيم يتم نشرها في العديد من الدوريات المتخصصة في هذا المجال، على أن النشر لا يتم رغم إرادة الأطراف و المحكمين، علاوة أن عامل السرية لا يتعلق بكل عقود التجارة الدولية ولكن تظل زمام الأمور دائما في يد الأطراف و المحكمين⁽⁵⁾.

(1) د/ صالح بن عبد الله عطايف العوني، مرجع سابق ذكره، ص 361.

فالقضاء الوطني للدولة المتعاقدة و أيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال و حياد عن الدولة ذاتها، فانه في نهاية المطاف قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة أو احد أجهزتها طرفا فيها مع متعاقد أجنبي و تكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية و بسيادة الدولة.

راجع ذلك في: د/ حفيظة السيد الحداد: الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة، مرجع سابق ذكره، ص 07.

(2) د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 290.

(3) د/ إبراهيم شحاته: نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، يونيو و أكتوبر 1989 العددان، 417 و 418 السنة 80، ص 389.

(4) راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 278.

(5) د/مختار احمد البريري: التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية 1995، ص 11.

5. إن المحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون رجل قانون حتى يصلح ويكون أهلا لحسم النزاع القائم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، ذلك أن الأطراف بإمكانهم اختيار محكم ذا خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به النزاع، مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة النزاع دون أن يكون مضطرا للاستعانة بالخبراء و الدخول في متاهة تقديم تقارير للخبراء المتضادة من قبل أطراف النزاع مما يطيل أمده⁽¹⁾، وهو أمر تفرضه طبيعة منازعات التجارة الدولية عموما التي تتسم بطابع فني معقد للغاية بحيث لا يتم فهمها أو حسمها إلا من خبير فني، بل إن هذه الخبرة قد تتعدى إلى الخبرة التجارية والتقنية أيضا، فالمحكم المعين إذا كان على دراية بالعادات التجارية والنواحي النفسية للمتعاملين في هذا المجال فسوف يؤدي ذلك إلى تفسير العقد محل النزاع تفسيراً صحيحاً بحيث يعبر ذلك عن حقيقة مبتغى المتعاقدين المعنيين، و هو أمر سيخلق بلا شك عادات تجارية جديدة ستساهم في تنظيم علاقات المتعاملين في هذا المجال مستقبلاً⁽²⁾.

وبرغم طبيعة هذه المزايا التي يتمتع بها نظام التحكيم الدولي وانعكاسها بشكل إيجابي في توسعه و انتشاره كوسيلة مفضلة لدى المستثمرين الأجانب لحسم منازعاتهم الاستثمارية، إلا أنه يبقى كأي نظام معرضاً لجانب من النقد و التحفظ بشأنه كوسيلة مثلى و فعالة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية من طرف المتشددین و المتمسكين بأولوية القضاء الوطني لمثل هذا الأمر.

حيث أسس البعض معارضتهم لنظام التحكيم على اعتبار مفاده أن القضاء هو سلطة أساسية من سلطات الدولة التي تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، و هي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد وإلا سادت الفوضى و هيمن القوي أو الغني وضاعت حقوق الفقراء والضعفاء، فالتحكيم بحسبهم و إن كان ضروريا فهو شر لا بد منه و يجب أن تفرض الدولة هيمنتها وتحكمها في تنظيم إجراءات وقواعد هذا النظام بمعرفتها وما يتناسب و المحافظة على سيادتها لا سيما إذا تعلق الأمر بالدول النامية التي تمثل في أغلب الأحيان الطرف الضعيف في العلاقات الاقتصادية الدولية التي أصبحت ملزمة بالنقيد بضرورة تضمين تشريعاتها الوطنية أحكاما تختص بتنظيم التحكيم و إجراءاته وإلا وجدت نفسها محرومة من المعونات الدولية و من مؤازرة المؤسسات الدولية التي تمنح لها مساعدات كالبנק الدولي والصندوق النقد الدولي وكافة الوكالات التابعة للأمم المتحدة⁽³⁾.

في حين ساق البعض الآخر حجة أخرى على نظام التحكيم على أساس أنه ليس في كل الحالات يكون فيها التحكيم أسرع و أقل تكلفة من نظام القضاء العادي، ذلك أنه يحدث كثيرا أن لا تحسن هيئة التحكيم تنظيم وقتها بأن تطيل الأمد الذي يتاح فيه للخصوم تقديم مذكراتهم ووثائقهم، أو تكتشف أن الوقت الباقي لا يسمح لها بالدراسة و المداولة فتضطر للحصول على موافقة أطراف النزاع لمد أجل التحكيم، و هو ما

(1) نفس المرجع، ص 10.

(2) د/ هشام خالد: جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مزايا - أمراضه، نشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص

(3) راجع ذلك في: د/ مختار البريري، نفس المرجع، ص 12.

يجعل أمر قدرتها على الحكم في النزاع أو إخفاقها رهنا بإرادة الأطراف مما قد يعيق و يطيل مدة الفصل في النزاع المطروح⁽¹⁾.

كما أن نفقات التحكيم قد تفوق نفقات التقاضي أمام محكمة وطنية أين يلتزم أطراف التحكيم بتحمل الأعباء المالية للتحكيم كاملة ابتداء من مصاريف التحكيم الى أتعاب المحكمين التي تكون في معظم الأحيان باهضة على خلاف نظام القضاء العادي الذي لا يتقاضى فيه القاضي إلا أجره الشهري ولا علاقة للمتخاصمين به إلا ما تعلق برسوم رمزية لرفع دعواهم، ويتحمل الأطراف بتوفير المكان اللازم لانعقاد هيئة التحكيم بدلا من استخدام مقرات المحاكم، كما يلتزم عادة الأطراف المصاريف الإدارية لمؤسسات التحكيم المتخصصة إذا التجئوا إليها أو أتعاب المكلفين بإدارة إجراءات التحكيم في حالة عدم اللجوء الى المؤسسات المتخصصة⁽²⁾.

إلى جانب ذلك اعتبر البعض الآخر ان ميزة السرية التي تحاط بها إجراءات التحكيم بدعوى اتفاقها ومقتضيات التجارة الدولية ليس بالأمر القاطع، ذلك ان الأسرار التي تتضمنها عقود التجارة الدولية كانت ولا زالت محل العديد من المنازعات التي عرضت على القضاء العادي في مختلف الدول، كما أن شرط السرية ليس دائما في صالح أطراف النزاع وان كان بالتأكيد في صالح الطرف القوي في هذه العلاقات و هو المستثمر الأجنبي⁽³⁾، كما أن الكفاءة التي يشتهر بها المحكمون في نظام التحكيم على أساس معرفتهم بالأمور الفنية والتقنية التي تتطلبها طبيعة المنازعات الاستثمارية ليست دائما كافية لوحدها حتى يتم إصدار حكم مناسب و عادل في النزاع المطروح، ذلك ان قلة تمرن هؤلاء الخبراء التقنيين على تطبيق القانون في الواقع العملي و انعدام الرقابة الكافية على أحكام المحكمين قد يؤدي الى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها ويترتب الجزاء عليها⁽⁴⁾.

فهذه الانتقادات أو المعوقات وغيرها يمكن أن تواجه نظام التحكيم الدولي برغم وجاهتها وتركيزها على أهم النقائص و العيوب التي تعترى هذا النظام، إلا أنها لم تجرده من أهميته و لم تفقده جميع ميزاته بل ظل إلى غاية الآن من أهم وأوسع الأنظمة انتشارا واتساعا على المستوى الدولي لاسيما فيما يتعلق بالمنازعات ذات الطابع الخاص والمنازعات الاستثمارية وكذا تلك التي تنطوي على صفقات مالية كبيرة، ولعل ما زاد من مصداقية إقرار تنظيمه لدى العديد من القوانين المقارنة وجعله من الوسائل الأساسية لتسوية منازعات الاستثمار كتعبير منها لدعمها هذا النظام والترغيب فيه كوسيلة فعالة في منازعات التجارة و الاستثمارات الدولية، وكذا بروز العديد من الهيئات و المراكز الدولية التي أنشئت خصيصا لتطوير والاهتمام بنظام التحكيم و تحديد إجراءاته و الحد من مثالبه والعمل على تحسين نظرة منتقديه من

(1) د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 201.

(2) د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 389.

(3) راجع ذلك مذكور في: د/ صفوت احمد عبد الحفيظ احمد، مرجع سابق ذكره، ص 351.

(4) د/ أبو العلا النمر: لاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية بدون سنة نشر، ص 200، 201.

نظام منافس للقضاء العادي "الوطني" إلى نظام مكمل له وذلك في الحالات التي تعجز فيها محاكم الدولة عن تقديم القضاء الذي يتناسب وطبيعة المنازعات الاستثمارية⁽¹⁾، حتى انه أصبح القضاء المعتاد والمتوجه إليه بصفة تلقائية كلما تعلق الأمر بمنازعات ناشئة عن علاقات تجارية دولية ومرد ذلك ربما لخصوصية الأساس القانوني الذي استمد منه هذا النظام- التحكيم- شرعيته.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي.

تجتمع معظم المفاهيم المنساقة للتحكيم وإن اختلفت التوجهات في معناها بأنه اتفاق أطراف النزاع على اختيار شخص أو أشخاص بإرادتهم المنفردة و توليتهم مهمة الفصل في النزاع الذي يجمعهم دون القضاء العادي، وهو مفهوم برغم عموميته إلا انه يشمل في مضمونه الإشارة الى أكثر من معنى لنظام التحكيم ذلك انه ينشأ بناء على اتفاق عقدي بين أطرافه، ويناط في نفس الوقت بنفس مهام العمل القضائي وعناصره وهي الادعاء والمنازعة والفصل في النزاع، فهذه الازدواجية التي يمتاز بها التحكيم تدفع الى التساؤل عن الصورة الأصلية التي تعكس حقيقة هذا النظام هل هو نتاج اتفاق أطرافه أم انه يجسد مهمة قضائية برغم اختلاف أطراف صور التحكيم⁽²⁾.

وانطلاقاً من ذلك فقد تعددت الآراء و الاتجاهات الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيمي أمام عدم الاستقرار على رؤية موحدة لتحديد إطاره القانوني الذي ظل يتراوح بين الطبيعة العقدية و الطبيعة القضائية، بل وتعداه البعض الآخر الى محاولة اخذ موقف وسط عن طريق تبني حل توفيفي مقتضاه اعتبار نظام التحكيم في مجموعه مزيجاً بين العنصرين السابقين مما يكسيه طبيعة مختلطة.

ويبرر البعض أهمية التطرق لبحث وتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم مجال القانون الدولي الخاص على أساس انه يفيد الى حد كبير في معرفة القانون الواجب التطبيق خاصة على إجراءات التحكيم لاسيما مع تنوع واختلاف الاتجاهات والمواقف المتباينة في تحديد طبيعة التحكيم و انعكاسها على موقف القضاء في مختلف الدول وعلى مسلك المحكمين أنفسهم عند الفصل في المنازعات التي تعرض عليهم، ذلك أن كثرة المصطلحات المستخدمة لوصف التحكيم قد أدت الى الخلط بين المعيار المتبع لوصف حكم التحكيم عند تنفيذه والنظام القانوني الذي يخضع له التحكيم للوصول الى وجوب إخضاع التحكيم الذي يصدر في الدولة للقانون الوطني وحده ولو تعلق الأمر بالتحكيم الدولي المشتمل على عنصر أجنبي⁽³⁾ و هو الأمر

(1) حتى أن البعض عبر عن نظام التحكيم بأنه النظام الصديق للقضاء. راجع ذلك في:

Ines Marzouki, OP.cit.p225.

(2) ذلك أن التحكيم الذي يظهر بصورة اتفاق عقدي متوقف في تجسيده على أطراف النزاع، أما ظهوره بمظهر النظام القضائي فإنه متوقف على ما يقوم به المحكم أو هيئة التحكيم المختارة من إجراءات و مهام للفصل في النزاع المطروح.

(3) راجع ذلك في: د/ إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص25، 27.

المعمول به في مختلف القوانين المقارنة المنظمة للتحكيم و ذلك بإخضاع كل من التحكيم الوطني و التحكيم الدولي لنفس القواعد القانونية⁽¹⁾.

و قد تمخض هذا التشعب الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم على اجتماع مختلف الآراء و النظريات في ثلاث اتجاهات متباينة في توجهها تتراوح بين الطابع التعاقدي للتحكيم والطابع القضائي وبين محاولة التوفيق بين الاتجاهين في نظرية موحدة لهما على النحو التالي:

الفرع 1: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.

حاول أنصار هذا الاتجاه التأكيد على الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم وذلك على أساس إنه يقوم على عملين احدهما صادر من إطرافه وهو يظهر في شكل اتفاق للتحكيم و الآخر بالمحكم بفصله في النزاع بقرار ملزم لطرفيه، إلا إن الأساس هو اتفاق التحكيم الذي يستغرق و يستوعب عمل المحكم كلية، ويترتب عليه إخراج النزاع من سلطان القضاء العادي و إسناده الى قضاء خاص⁽²⁾، فالأولوية لأصحاب هذا الاتجاه لا تتركز في مهمة المحكم وإنما في نظرهم تتجه إلى من أولاه وخوله هذه المهمة وفي من يحدد له الاجراءات التي يتبعها و القانون الذي يحسم النزاع وفقا لنصوصه و هم أطراف النزاع و كما يطلق عليهم في نظام التحكيم بأطراف اتفاق التحكيم⁽³⁾، مما يفيد ان التحكيم عقدا رضائي على اعتبار انه يندرج ضمن معاملات الأفراد الخاصة و ان المحكمين أفراد عاديون يستمدون سلطتهم من عقد التحكيم مثلما يستمد الحكم الذي يصدرونه قوته الإلزامية من اتفاق الأطراف على ذلك في عقد التحكيم⁽⁴⁾.

وقد لاقى هذا الاتجاه تأييدا و إقرارا على مستوى محكمة النقض الفرنسية و أضفى القضاء الفرنسي الطابع التعاقدي على حكم التحكيم سواء كان هذا الحكم صادرا في فرنسا أو في دولة أجنبية أخرى وحتى لو أصبغت السلطة القضائية لبلد الأصل على حكم التحكيم الصيغة التنفيذية، فلا يترتب على ذلك ان يصبح حكم التحكيم بمثابة الحكم القضائي⁽⁵⁾.

وبرغم الحجج الوجيهة التي قدمها أنصار النظرية العقدية للتحكيم ومحاولتهم إبراز العصب الأساسي الذي يقوم عليه نظام التحكيم المتمثل في إرادة أطرافه كأساس في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، وهو أمر يعكس واقع نظام التحكيم الذي لا يتحقق على أرض الواقع إلا بإقراره من أطرافه و توجه إرادتهم

(1) فالمشرع الجزائري مثال على ذلك أين نظم أحكام التحكيم الوطني و التحكيم الدولي ضمن قانون واحد و هو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

(2) راجع ذلك في: د/ صفوت احمد عبد الحفيظ احمد، مرجع سابق ذكره، ص 359.

(3) راجع ذلك في: د/ مختار البريري، مرجع سابق ذكره، ص 08، 07.

(4) راجع ذلك في: د/ إبراهيم احمد إبراهيم: حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة عمل مقدمة الى ورش عمل التحكيم التجاري المنظمة من قبل المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من 16 الى 21 أبريل 2005، ص 03.

(5) راجع ذلك مذكور في: د/ إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 31.

الرضائية الى ذلك، على ان هذه الحجج لم تشفع لأصحابها من توجيه بعض الانتقادات التي عارضتهم وكان من أبرزها ان البعض اعتبر انه من الصعب التسليم أو التعامل مع التحكيم على انه مجرد عقد، ذلك ان العقد في حد ذاته لا يحل النزاع حتى ولو كان هناك اتفاق بين الأطراف على حل النزاع بالتحكيم، فلا يجب الخلط بين هذا الاتفاق و بين التحكيم ككل، فالاعتراف بالطبيعة التعاقدية للتحكيم لا تعني بأي حال من مد هذه الصفة الى حكم التحكيم الصادر لحل النزاع⁽¹⁾.

ويضيف البعض الآخر أنه من المسلم به ان التحكيم في أساسه وجوهره هو تصرف إرادي على انه في انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في عداد العمل القضائي⁽²⁾.

في حين اعتبر البعض ان أصحاب هذه النظرية ارتكبوا خطأ باعتقادهم ان إقامة العدالة هي احتكار للدولة وهم بذلك يخلطون بين القاعدة الملزمة وكيفية تنفيذها، ذلك أنه حتى و ان كان صحيحا ان إقامة العدالة بين الأفراد من وظائف الدولة إلا ان هذا العمل لا يعد إطلاقا احتكارا لها، إذ يستطيع الأفراد عن طريق الاتفاق بينهم ان يختاروا حكما ليقضي فيما بينهم من منازعات⁽³⁾.

وقد شكلت هذه الاتفاقات وغيرها الموجهة للنظرية العقدية لطبيعة التحكيم مسارا لظهور توجه آخر محملا بمبادئ وأسس مختلفة للطبيعة القانونية للتحكيم مبنية أساسا على ترجيح الطابع القضائي للتحكيم ومحاولة استبعاد النظرية العقدية عليه.

الفرع 2: الطبيعة القضائية للتحكيم:

استند أصحاب هذا الاتجاه لترجيح حججهم في تغليب الطابع القضائي للتحكيم على غيره على أساس مستمد من ان أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم هي ذاتها التي يقوم بها القاضي، ذلك انه ينظر النزاع المطروح أمامه بإتباع نفس المراحل التي تتم بالقضاء وهو ما يسبغ الصفة القضائية على عمله، وكون اتفاق التحكيم هو الأداة المنشأة لهذا النظام فإنه ذلك لا يؤثر على طبيعة وظيفة المحكم التي هي في أصلها وظيفة قضائية⁽⁴⁾، فمتى اتفق الخصوم على اللجوء إلى التحكيم أصبح قضاء إجباريا و لا جدوى من التملص منه و انه بذلك يحل محل قضاء الدولة الإجباري، ذلك أن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها مما يجعل الصفة القضائية هي الغالبة على التحكيم وهو أمر مبرر بطبيعة الحكم الذي يصدره

(1) نفس المرجع السابق، ص 36.

(2) راجع ذلك في: د/ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002، ص 70.

(3) راجع ذلك في: د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981، ص 26.

(4) نفس المرجع، ص 27.

المحكم والذي يؤكد انه عمل من أعمال القضاء و ان إنكار هذه الصفة على التحكيم سيؤدي الى التغيير من حقيقة جوهره⁽¹⁾.

فالمحكم قاضيا طالما ان وظيفته هي الفصل في المنازعات وهو لا يستمد سلطته من عقد التحكيم فقط بل ان المشروع الذي يعترف به و يضيفي على أحكامه حجية الأمر المقضي فيه، وبذلك فإن حكم التحكيم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية للدولة⁽²⁾.

في حين خص البعض التحكيم التجاري الدولي بالصفة القضائية لاعتباره قضاء أصيلا للتجارة الدولية، ذلك أنه بحسبهم من المقبول التردد في الوقوف على طبيعة التحكيم الداخلي باعتباره بطانة للنظام القضائي للدولة، إلا ان الأمر لا يصح ان يكون كذلك بالنسبة للتحكيم التجاري على الصعيد الدولي لأن التطور الحالي على المستوى العالمي مكن نظام التحكيم من الصفة القضائية حتى يصل الى إصدار قرارات تحكيم تتماشى وطبيعة المعاملات التجارية الدولية وما ينشئ عنها من منازعات تختلف في نفس الوقت عن فكرة العدالة التي يحققها القضاء الوطني⁽³⁾، بمعنى أن الطبيعة القضائية للتحكيم وفقا لهذا الاتجاه تقتصر على التحكيم في مجال المعاملات التجارية الدولية دون غيره من صور التحكيم المختلفة.

ويبدو ان المشرع الجزائري من المؤيدين للطبيعة القضائية للتحكيم فقد اتخذ موقفا لذلك ضمن النصوص المنظمة للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية و والإدارية وذلك من خلال محاولة خلق روابط وأحكام مشتركة بين النظام القضائي الوطني و نظام التحكيم، كفرض التقيد بالآجال المقررة أمام الجهات القضائية على الخصومة التحكيمية⁽⁴⁾، أو إشراك القاضي في اختيار المحكمين⁽⁵⁾ و تنفيذ حكم التحكيم وفقا لنفس إجراءات تنفيذ الأحكام القضائية⁽⁶⁾.

وبرغم أن هذا الاتجاه حضي برأي الأغلبية من الفقهاء في تأييده و تبنيه إلا انه بالمقابل لم يسلم من بعض الانتقادات التي وجهت لأنصاره ومن جملتها ان البعض⁽⁷⁾ يرى أن حكم التحكيم هو قرار تصدره هيئة خاصة لحل منازعات الأطراف الذين قبلوا الالتجاء إليه، فإذا كانت هناك بعض الأوجه للتشابه بين التحكيم وأحكام القضاء فان هناك أيضا بعض الاختلافات فيما بينهما ذلك ان حجية حكم التحكيم و قوته التنفيذية تختلف عن حجية الحكم القضائي و قوته التنفيذية، كما ان المحكم بحسب نفس الاتجاه المعارض لا يستند الى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام الاستقرار ولا يتمتع بما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر، بل ان الإجراءات التي يتبعها المحكم في عمله يمكن ان تختلف من نزاع لآخر، كما ان

(1) د/ إبراهيم احمد إبراهيم، مرجع سابق ذكره، ص 33.

(2) د/إبراهيم احمد إبراهيم: حكم التحكيم في القانون الوضعي، مرجع سابق ذكره، ص 03.

(3) د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق ذكره، ص 34، 37.

(4) راجع المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائرية.

(5) راجع المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(6) راجع المواد 1034 وما يليها و كذلك المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(7) د/ إبراهيم احمد إبراهيم، مرجع سابق ذكره، ص 04.

التحكيم وسيلة خاصة لحل منازعات الأطراف الذي يقبلون حلها بواسطته فهو نظام يقوم على اتفاق الأطراف بينما القضاء سلطة عامة من سلطات الدولة يباشرها القاضي إعمالا لسيادة القانون. كما تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أن وظيفة القاضي ليست حل المنازعات بحكم حاسم كما ذهب أنصار النظرية القضائية، بل أن وظيفة القضاء في الفقه الإجرائي الحديث هي حماية القانون في حين أن المحكم قد يتحلل من تطبيق قواعد القانون الموضوعي، كما أن اعتبار المحكم قاضيا تفننه وترفضه قواعد القانون الوضعي التي تخضع المحكم لنظام قانوني مغاير للذي يخضع له القاضي من حيث صلاحياته ومسؤولياته و سلطاته⁽¹⁾.

وبرغم حجية الآراء و المبادئ التي قدمها كل من أصحاب النظرية العقدية و أنصار اتجاه الطبيعة القضائية للتحكيم إلا أن كلى الاتجاهين لم يتمكن من فرض موقفه عن الآخر سواء بالنظر الى الانتقادات الموجهة لكل واحد منهما أو بالنظر الى طبيعة التبريرات المقدمة دون التركيز على العناصر المميزة لكل نظرية ومدى تأثيرها في نظام التحكيم، و هو الأمر الذي استدعى ظهور اتجاه ثالث حاول الجمع بين الاتجاهين السابقين بشكل توفيقى وهم من أطلق عليهم بأنصار النظرية المختلطة للتحكيم.

الفرع 3: الطبيعة المختلطة للتحكيم.

اعتمد أصحاب هذا الاتجاه على محاولة التوفيق والتنسيق بين الحجج التي ساقها كل من أنصار النظرية العقدية لنظام التحكيم وتلك التي تبناها أصحاب اتجاه الطبيعة القضائية للتحكيم، وذلك من خلال تفسير طبيعة التداخل بين كل من الصفة التعاقدية والصفة القضائية في آن واحد ضمن نظام التحكيم. ولتسوية هذا الخلاف في تطابق الصفتين ضمن نظام واحد ذهب البعض الى تفسير ذلك بالقول بأن اتفاق التحكيم وإن كان يبدأ باتفاق أو عقد فهو بهذه الصورة بعيدا عن الطابع القضائي لأن موضوعه إقامة كيان عضوي هو المحكم للفصل في النزاع وصولا الى الحكم الذي لا يعتبر منفصلا عن اتفاق التحكيم، وبذلك يتحول التحكيم الى عمل قضائي ويدخله مرحلة التنفيذ يتحول قرار التحكيم الى حكم قضائي⁽²⁾، بمعنى أن التحكيم من وجهة نظر أنصار هذا الاتجاه هو نظام ذي طبيعة مركبة ينطبق عليه وصف القضاء الإرادي، أو عملا قضائيا يستمد أساسه من اتفاق الأطراف أي أنه من ناحية عمل قضائي ولكن في ذات الوقت ينطلق في منشأه عن تصرف إرادي تعاقدى⁽³⁾.

وبقدر ما حاول أصحاب النظرية المختلطة تجنب أخطاء النظريتين السابقتين "العقدية و القضائية" و العمل على ترسيخ و إبراز موقف موحد وجامع للآراء المختلفة والمتشعبة بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، إلا أنه و برغم ذلك وجهت بعض الملاحظات والانتقادات لهذه النظرية، أين اعتبر

(1) راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 267.

(2) د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق ذكره، ص 23.

(3) د/ سامية راشد، مرجع سابق ذكره، ص 70.

البعض⁽¹⁾ أن التحليل القانوني لطبيعة التحكيم يجب أن لا تقف عند القول أنه ذو طبيعة مختلطة أو أنه خليط غير متجانس، فمثل هذا الوصف يعتبر بمثابة اعتراف بالعجز ومحاولة للهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة، فمن الأولى عند مواجهة مثل هذه الحقائق المركبة العمل على محاولة تحليلها لردّها إلى عناصرها المميزة وتحديد دور كل عنصر ومظاهره في كل مرحلة من مختلف المراحل. وفي نفس السياق يضيف البعض الآخر⁽²⁾ أنه لا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول أنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضاء، فهو رأي جانب الصواب من ناحيتين:

- أولهما أنه قد اعتبر اتفاق التحكيم عقداً مع أنه في نظام التحكيم تترتب عليه نتائج تتجاوز في أهميتها وخطورتها أي عقد آخر.

- والثانية أنه اعتبر الحكم ألتحكيمي بمثابة حكم قضائي برغم وجود اختلافات رئيسية. وبذلك أثبتت النظريات الثلاثة السابقة ترددها وعدم استقرارها للتوصل إلى تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بشكل يخلو من توجيه النقد للحجج المقدمة بواسطة كل اتجاه من الاتجاهات التي حاولت إصباح صفة أو طبيعة معينة على التحكيم وتغليبها على غيرها، و ما يجعل من نظام التحكم بعيداً في حقيقته عن تلك النظريات لكونها فشلت في تحديد طبيعة مستقلة وخاصة بهذا النظام، وبذلك تدخل جانبا من الفقه ليضيف على نظام التحكيم **طبيعة خاصة** مستقلة في مضمونها عن سابق الاتجاهات التي ظهرت في شأن تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم.

وفي هذا الصدد برر بعض أنصار هذا التوجه المنادي بالطبيعة الخاصة للتحكيم موقفهم على أساس أن التحكيم أداة متميزة لحل المنازعات يشتمل على اتفاق وقضاء وفيه ما يميزه عنهما، فذاتيته مستقلة تختلف عن العقود، كما تفتقر عن أحكام القضاء، فما الداعي إلى تغيير حقيقة التحكيم بهدف الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف عنها في أمور أخرى، ولماذا التردد في الاعتراف لهذا النظام بطبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة⁽³⁾، ولعل تحقيق ذلك بحسب أنصار هذه النظرية يتجلى بتبني تطبيق المنهج التحليلي على نظام التحكيم و ذلك بحصر العناصر التي تشكل الجانب الإرادي أو التعاقد في التحكيم وتمييزها عن تلك العناصر التي تمتاز بطابعها القضائي مما سيمكن في النهاية من تحديد مدى تدخل كل من العناصر التعاقدية والقضائية وتأثيرها بشكل متجانسي في تكوين نظام التحكيم وإعطاءه طبيعته الذاتية المستقلة⁽⁴⁾.

ونحن بدورنا نتماشى في تعاملنا لتحديد الطبيعة القانونية للتحكيم مع موقف من يتعاملون مع التحكيم بأنه ذو طبيعة خاصة، أو كما يطلق عليهم البعض بأنصار نظرية الطبيعة الخاصة للتحكيم لما أبرزه أصحاب هذا الاتجاه من توازن في التعامل مع العناصر المكونة لنظام التحكيم ابتداء من مرحلة تشكيل

(1) نفس المرجع، ص 71.

(2) د/إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 40.

(3) نفس المرجع، ص 41.

(4) د/ سامية راشد، مرجع سابق ذكره، ص 71.

اتفاق التحكيم الى غاية صدور حكمه دون ان يتم تغليب مرحلة على أخرى، الى جانب التعامل مع هذا النظام بما يفرضه الواقع وما هو موجود فعلا وليس بما يمليه الجانب النظري للتحكيم المجرد من الأسس التطبيقية المواجهة للإشكاليات العملية، وهو الأمر الذي سيسهم شكل ايجابي في ترسيخ مبدأ استقلالية التحكيم كنظام قانوني هدفه تمكين الأطراف من حل منازعاتهم بغير طريق القضاء دون الوقوف على تحليل وبحث أي العناصر أكثر تأثيرا على هذا النظام بل ترك المجال مفتوحا حتى يتماشى نظام التحكيم مع كل تلك المتغيرات والتطورات التي تظهر وتختلف من نزاع عن الآخر، على نحو يضمن استمرار العلاقات التجارية الدولية بين الأطراف قدر الإمكان.

المطلب الثالث: خصائص التحكيم.

يعتبر التحكيم وسيلة لفض نزاع قائم بعيدا عن ولاية القضاء المختص مع التزام الأطراف فيه بعرض النزاع كله أو جزء منه على محكم يختارونه أو هيئة تحكيم تنتهي بقرار فاصل للنزاع المطروح⁽¹⁾. وانطلاقا من ذلك فإن الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار التي يجتمع فيها المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له كأطراف للنزاع تستدعي ان تعامل بإجراءات تحكيمية تتماشى و خصوصية هذه المنازعات ومتميزة عن إجراءات التحكيم في سائر النزاعات الأخرى، ذلك ان طبيعة العلاقة التي تجمع المستثمر الأجنبي كشخص خاص والدولة المضيفة له كشخص عام تنصب في اغلب الحالات على موضوع تحقيق التنمية الاقتصادية وتزويد تلك الدولة بتقنيات التكنولوجيا وهو الأمر الذي ينعكس على المحكم أو هيئة التحكيم التي يؤول إليها حسم النزاعات التي تثور بين هاذين الطرفين، والتي يراعى بخصوصها التدقيق أو التعامل بنوع من التمييز في اختيار هؤلاء المحكمين مما تتوافر فيهم الخبرة والتكوين اللازم للتصدي لمثل هذه المنازعات، كما يستوجب في المقابل تخصص مساحة اكبر من الحرية للأطراف في اختيار نوع التحكيم الملائم لخصوصية نزاعهم و الذي لا يخرج في العموم عن اختيار تحكيم خاص أو تحكيم مؤسسي على اعتبار أنهما الأنواع الأكثر شيوعا واختيارا في نطاق منازعات الاستثمار الأجنبية⁽²⁾.

(1) د/ منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، بدون دار نشر، 2005، ص 09.

(2) يقسم البعض التحكيم إلى تحكيم أجنبي وتحكيم دولي.

- فالتحكيم الأجنبي هو ما أشارت إليه اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، بحيث تلزم الدول المنضمة إليها بتنفيذ على أراضيها كمبدأ عام قرارات التحكيم الصادرة في دولة أخرى وتسري في شأنها إجراءات وقواعد تنفيذ الأحكام الأجنبية، بمعنى أنه حين يصدر قرار التحكيم في الجزائر مثلا لينفذ في سوريا فإنه يعتبر أجنبيا في هذه الأخيرة

- أما التحكيم الدولي فإنه استند لتحديد هذه الصفة عليه على أساس المادة 03/01 من نص القانون النموذجي لليونيسترال والتي تنص على أن التحكيم يكون دوليا في إحدى الحالات التالية:

. إذا كان مقر عمل كل واحد من طرفي اتفاق التحكيم وقت عقد ذلك الاتفاق واقعا في دولة مختلفة عن الأخرى.

إلا أن الأمر الذي يمكن ان يدفع إلى التساؤل في هذه الدراسة هو تحديد أي هذين النوعين من التحكيم ملائمة لتسوية المنازعات الاستثمارية، وهل ان تحديد ذلك معتمدا على الطبيعة القانونية لكل نوع أم ان الأمر متعلق بعوامل خارجية تبعث على تفضيل نوع عن الآخر؟ وهو ما سيضع من خلال تحديد ماهية ومضمون كل من التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي فيمايلي.

الفرع 01: التحكيم الخاص.

التحكيم الخاص أو كما يطلق عليه البعض التحكيم القائم بذاته في كل حالة على حدى⁽¹⁾، أو التحكيم بالمناسبة⁽²⁾، أو التحكيم الحر أو تحكيم الحالات الخاصة⁽³⁾، هو ذلك النوع من نظام التحكيم الذي يتولى الأطراف صياغته بمناسبة نزاعهم خارج إطار أية مؤسسة أو مركز من مراكز التحكيم⁽⁴⁾، و ذلك بناء على الاتفاق فيما بينهم حول تشكيل هيئة التحكيم وتحديد الإجراءات المتبعة لهذا الغرض بعد قيام النزاع في اغلب الحالات، كما قد يتم الاتفاق على هذه الإجراءات من جانب الأطراف في النزاع أو من قبل هيئة التحكيم أو بمزيج من الطرفين⁽⁵⁾ بمعنى أن التحكيم الخاص هو تحكيم اعد لحالة خاصة سواء من حيث تشكيل هيئة التحكيم التي تتولاها أو من حيث القواعد و الإجراءات التي تطبق عليه، وهو ما دفع البعض الى وصفه بعبارة "نفذ التحكيم بنفسك" لذلك فهو يتطلب من أطرافه عناية كبيرة في تحديد القواعد التي تنظمه والمحكمين المسؤولين عن إنهاءه⁽⁶⁾، على انه وفي غالب الحالات يكون التحكيم الخاص متأث من اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف ذاتها و الذي ينص في مضمونه على تشكيل المحكمة وتحديد القواعد الإجرائية لها⁽⁷⁾.

. إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:

مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية في العقد الأصلي أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.

إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

راجع ذلك في: د/ طارق الحمودي: قراءة مبسطة في التحكيم التجاري الدولي، ورقة بحث مقدمة في ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية من 25 إلى 29 ديسمبر 2007، ص 04، 05 .

(1) د/ إبراهيم شحاته: نبذة عن التحكيم، مرجع سابق ذكره، ص 389.

(2) د/ قادري عبد العزيز: الاستثمارات الدولية، مرجع سابق ذكره، ص 229.

(3) د/ صالح بن عطايف العوني، مرجع سابق ذكره، ص 366.

(4) راجع ذلك في د/ لمياء متولي يوسف مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 244.

(5) د/ إبراهيم شحاته، نفس المرجع، ص 390.

(6) راجع ذلك مذكور في: د/ بشار محمد الأسعد، مرجع سابق ذكره، ص 359.

(7) د/ قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص 229.

وبرغم ما تمتاز به وسيلة تسوية المنازعات بالتحكيم الخاص من مرونة وتكلفة اقل مقارنة بغيره من أنواع التحكيم و تمتع أطرافه بحرية كبيرة في اختيار و تنظيم القواعد والإجراءات التي تحكمه و تسيره بما يتناسب وطبيعة النزاع المطروح و بما يستجيب لاحتياجاتهم ومصالحهم الخاصة، إلا ان الإقبال عليه في السنوات الأخيرة قليلا نسبيا، وهو ما دفع بالعمل على تطوير هذه الوسيلة من قبل العديد من الهيئات الدولية في هذا المجال وعلى رأسها قواعد التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أو كما يطلق عليها بقواعد الاونيسترال⁽¹⁾، فعلى الرغم من أن تلك القواعد لا تشكل نظاما مؤسسيا لتسوية المنازعات تسوية ودية كغرفة التجارة الدولية أو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، إلا ان لها دور فعال في تيسير وتذليل ما قد يعترض المستثمرين الأجانب والدول المضيفة من صعوبات متصلة بالتحكيم الخاص⁽²⁾.

كما كان لمحكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس⁽³⁾ الدور الفعال في تطوير التحكيم الخاص من خلال تلك القواعد الاختيارية للتحكيم التي وضعتها في المنازعات التي يكون احد أطرافها

(1) تم إقرار قواعد الأونيسترال أو كما تسمى بقواعد التحكيم الخاصة بموجب لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بواسطة الجمعية العامة عام 1956 بالقرار رقم 2205(د-21) المؤرخ في 17 ديسمبر، ولدى إنشاء اللجنة سلمت الجمعية العامة بان التفاوت في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفق التجارة و اعتبرت اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق و إزالتها و أصبحت هذه اللجنة من إنشاءها الهيئة القانونية الأساسية لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، وتظم اللجنة 60 دولة عضو تنتخبها الجمعية العامة لفترة ولاية مدتها ستة سنوات و تنتهي فترة ولاية نصف الأعضاء كل ثلاث سنوات. وتعتبر الجزائر من الدول الأعضاء في الأونيسترال والتي امتدت عضويتها للفرات التالية ابتداء من 1983 الى 1989 ثم من 1995 إلى 2001 ثم من 2004 الى 2010.

وتهتم قواعد الاونيسترال إلى جانب مجموع النصوص التي تنظمها تنظيم قواعد التحكيم والتوفيق التجاريان الدوليان وذلك تحت قواعد الاونيسترال للتحكيم التي تم اعتمادها في 28 ابريل 1976 ليتحول بعد صيغته المعدلة إلى قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985 ويشمل في تاريخ 07 يولييه 2006 تعديلات على بعض نصوصه.

راجع نص قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على الموقع:

www.unictral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/mal-arb/07.86996-Ebook.pdf

(2) راجع ذلك في: د/ لمياء متولي يوسف مدبولي، مرجع سابق ذكره، ص 244.

(3) أنشأت محكمة التحكيم الدائمة في عام 1923 تحت رعاية غرفة التجارة الدولية ومقرها باريس، بهدف حل النزاعات القائمة في مجال العلاقات التجارية الدولية حيث تعتبر من أهم المنظمات الرائدة في مجال التحكيم الدولي و يقوم نظامها على ثلاث أجهزة هي: محكمة التحكيم و الأمانة العامة و اللجان الوطنية، و تظم أكثر من سبعة آلاف مؤسسة من مؤسسات الأعمال تتوزع على أكثر من مائة دولة.

ولا تعتبر محكمة التحكيم غرفة التجارة الدولية محكمة بالمعنى المتداول بحيث لا تفصل بنفسها في النزاع شأنها في ذلك شأن غيرها من هيئات التحكيم ولكن دور أعضائها يتركز في مراقبة العملية التحكيمية و الإشراف عليها و فحص طلبات التحكيم للتأكد من وجود اتفاق على التحكيم يشير الى غرفة التجارة الدولية أو الموافقة على الاتفاق المحدد لمهمة المحكمين والذي يقوم المحكمون والأطراف بإعداده، كما تهتم المحكمة بفحص مسودات أحكام التحكيم للتأكد من إمكان تنفيذها قانونا والمصادقة عليها، هذا وتوصي غرفة التجارة الدولية الأطراف الراغبين في اللجوء إليها بهدف حل نزاعاتهم ان تضمن

دولة وهي بذلك تضع إطارا للتحكيم بين طرف عام -الدولة- و طرف خاص كما أنها قواعد لا تنحصر في نوع معين من المنازعات بل يمكن استخدامها في منازعات الاستثمار وهو المبتغى، كما تجدر الإشارة الى ان هذه القواعد لا تمثل في أصلها نظاما مؤسسيا قائما بذاته و لكنها توفر للطرفين في أي تحكيم خاص نموذجا يعتمد عليه كاتفاق تحكيم فيما بينهم⁽¹⁾، على أن امتيازات ومرونة نظام التحكيم الخاص لم تمنع من توجيه بعض النقد له على أساس ان نجاح هذه الطريقة في التحكيم متوقفة في النهاية على مدى استعداد الأطراف في المنازعة للتعاون في مجرى سير التحكيم، ذلك ان غياب الإطار التنظيمي وترك الأمر تحت تحكم و سلطة أطراف التحكيم و بدون أي رقابة أو مساعدة من مؤسسات مختصة سيعرقل سير إجراءات التحكيم ويجعلها عرضة للتأخير أمام امتناع احد الأطراف من التعاون خاصة قبل تشكيل هيئة التحكيم⁽²⁾.

الفرع 2: التحكيم المؤسسي.

في إطار التطور السريع للمعاملات الاقتصادية الدولية و ما ينتج عنها من نزاعات تتطلب السرعة في الحسم و الدقة و الخبرة في التعامل مع معطيات ووقائع النزاع المطروح، وتقاديا لإجراءات التحكيم الخاص التي يمكن ان يعرقل سيرها احد الأطراف المتنازعة فانه يمكن الاعتماد على نظام التحكيم المؤسسي، وهو تحكيم تتولاه هيئات أو مؤسسات أجنبية أو وطنية متخصصة وفقا لقواعد وإجراءات خاصة بها لحسم النزاع المطروح عليهم متى وافق وقبل المتخاصمين اختصاص هذه المراكز⁽³⁾. ويتميز هذا النوع من التحكيم بأن نظامه القانوني يعالج في العادة معظم المسائل التي تثيرها تسوية المنازعات مع إعطاء الحرية لطرفي النزاع لتعديل قواعده⁽⁴⁾، كما أنه نظام لا تحكمه قواعد تنظيمية موحدة سواء من حيث مسألة القانون على موضوع النزاع أو طريقة اختيار المحكمين أو إجراءات التحكيم التي تختلف من مؤسسة تحكيمية عن أخرى تبعا للنظام و الإجراءات المعمول بها في كل واحدة على حدى، لاسيما مع الازدياد المتواصل لعدد هذه المؤسسات عبر مختلف الدول بعد ان أصبح التحكيم من الوسائل الفعالة في حسم منازعات الاستثمار والتجارة الدولية مقارنة بغيرها ولعل أهمها محكمة لندن

عقودها الدولية النص التالي: "جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية و بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام - نظام المصالحة و التحكيم لغرفة التجارة الدولية الساري منذ 01 جانفي 1988 -"، راجع: د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 392، و كذا: د/ قادري عبد العزيز، مرجع سابق ذكره، ص 256.

ولمزيد من التفصيل حول ذلك راجع الموقع الالكتروني: <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/>

- (1) د/قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص 243.
- (2) د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 390.
- (3) د/ عوني محمد الفخري، مرجع سابق ذكره، ص 203.
- (4) د/ احمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون سنة نشر وبدون دار نشر، ص 34.

للتحكيم⁽¹⁾، والجمعية الأمريكية للتحكيم⁽²⁾ اللذان كانا لهما دورا مميزا وسباقا لتنظيم وتطوير أسس وإجراءات حسم النزاعات عن طريق التحكيم، في حين اعتبر نظام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار⁽³⁾ النظام الوحيد المصمم خصيصا للفصل في المنازعات بين المستثمر ودولة ذلك النظام الذي

(1) يعود إنشاء محكمة لندن للتحكيم الدولي الى سنة 1892 وهو ما يجعلها أقدم محكمة تحكيم دولي وقد عرفت هذه المحكمة في البداية باسم غرفة لندن للتحكيم قبل ان يتحول اسمها الى محكمة لندن للتحكيم سنة 1903 ثم تحول إلى محكمة لندن للتحكيم الدولي وهي هيئة غير حكومية و يمكنها الإشراف على التحكيم الذي يتم في أي مكان في العالم شأنها في ذلك شأن معظم هيئات التحكيم الدولي الأخرى و إن كان النظر في معظم قضاياها يتم في لندن، وتضم المحكمة 26 عضوا ولها وحدها الحق في تعيين المحكمين وفقا لنظامها و تحت إشرافها، و في سنة 1986 تم إدماج المحكمة كشركة محدودة بالضمان مع ثلاثة أجهزة أخرى هي هيئة مدينة لندن وغرفة التجارة و الصناعية والمجمع القانوني للمحكمين، ويتولى مجلس إدارة المحكمة وضع سياسات تلك الأجهزة ويشرف على نشاطها وخطط تطويرها. راجع ذلك في: د/قادري عبد العزيز، مرجع سابق ذكره، ص 256.

(2) أنشئت الجمعية الأمريكية للتحكيم أو كما يطلق عليها البعض اتحاد التحكيم الأمريكي في عام 1926 كجمعية خاصة لا تستهدف الربح ومقرها الرئيسي بمدينة نيويورك وهدفها حل النزاعات المطروحة عليها عن طريق التحكيم والوساطة والانتخابات الحرة والمحاکمات المصغرة وغيرها من الطرق التي يتفق عليها طرفا النزاع، وفي سنة 1996 أسست الجمعية المركز الدولي لحسم المنازعات و ذلك بمدينة نيويورك يتولى إدارة جميع القضايا الدولية وتدير الجمعية دعاوى تحكيم من أنواع مختلفة في ميادين صناعة البناء وصناعة المنسوجات ومطالبات التأمين والتجارة الدولية التي تدخل فيها علاقات الاستثمار وذلك من خلال 34 مكتب يتولى كل منها إدارة هذه القضايا.

راجع ذلك في: د/إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 391 وكذا: د/قادري عبد العزيز، نفس المرجع، ص 257.

(3) اتجهت الجهود الدولية الى حماية الاستثمارات الأجنبية عن طريق إنشاء هيئة دولية تختص بنظر المنازعات التي تنشأ بين المستثمرين الأجانب و الدول المضيفة لهم، و قد نجح البنك الدولي في إعداد اتفاقية دولية متعددة الأطراف أطلق عليها اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى وذلك بتاريخ 18 مارس 1965، وهي الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الذي يقع مقره بمقر البنك الدولي للإنشاء و التعمير بواشنطن، مع إمكانية نقل هذا المقر بقرار من المجلس الإداري الذي يتألف من 148 عضوا و يمثل كل واحد منهم إحدى الدول الموقعة على الاتفاقية، أما الدول الغير أعضاء في البنك الدولي و الغير موقعة على الاتفاقية والتي ترغب في الانضمام الى المركز فقد خولت الاتفاقية هذا الحق للدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إذا دعاها المجلس الإداري للمركز بأغلبية ثلثي الأعضاء، ويعتبر المركز الدولي لتسوية المنازعات هيئة دولية ذات شخصية قانونية أي منظمة دولية حكومية على خلاف معظم مؤسسات التحكيم الدائمة التي يمكن التجاء الأطراف الخاصة إليها، في حين ان هذا الأخير فإنه ليس محكمة عامة لتسوية المنازعات ذات الطابع التجاري بل يقتصر مجال نظامه على منازعات الاستثمار بين دولة متعاقدة أو إحدى هيئاتها ومواطني دولة متعاقدة أخرى، وهو ما يميز نظام التحكيم لدى المركز الدولي عن غيره من أنظمة التحكيم الأخرى و يرجع هذا التميز الذي ينفرد به التحكيم المذكور إلى خضوع كافة جوانب عملية التحكيم ابتداء من تحريك الدعوى و السير في إجراءاتها الى الاعتراف بحكم هيئة التحكيم و تنفيذه الى قواعد منصوص عليها في اتفاقية إنشاء هذا المركز، و بذلك يمكن القول ان نظام التحكيم فيه هو تحكيم مؤسسي إجباري، أين تتحدد مهمة المركز في هذا المجال بإعداد قوائم بأسماء المحكمين والموفقين لتسوية المنازعات بين أطراف الاستثمار وهو الهدف الأسمى الذي يرمي المركز لتحقيقه وذلك بغية تكوين مناخ من الثقة المتبادلة بين المستثمرين الأجانب و الحكومات مما يضمن زيادة في تدفق رؤوس الأموال للأغراض الإنتاجية بشروط مناسبة، وينعقد اختصاص المركز بنظر المنازعات

يكفل استبعاد الحماية الدبلوماسية كسبيل انتصاف ممكن عند موافقة الطرفين كليهما على عرض المنازعة على المركز وفقا لما تقضي به أحكام المادة 27 من اتفاقية إنشائه⁽¹⁾ وهو السبيل المبتغى و المفضل من طرفي المنازعات الاستثمارية.

و قد عرف نظام التحكيم المؤسسي إقبالا أكثر من أطراف النزاع على حساب التحكيم الخاص و شهد إقرار ضمن العديد من اتفاقيات الاستثمار الاستثنائية التي أضحت تشجع اللجوء إلى احد المراكز التحكيمية كسبيل ووسيلة لحسم المنازعات المتعلقة بتطبيقها والناشئة عن نزاع أو خلاف بين طرفيها، وهو أمر يبرره طبيعة الامتيازات التي يقدمها التحكيم المؤسسي من خلال مراكز التحكيم التي أصبحت تتنافس من خلال طرح أفضل القواعد التحكيمية مما شكل تنوعا في طبيعة أحكام التحكيم و إجراءاته بحسب طبيعة النزاعات الاستثمارية التي تمتاز بالتنوع و الاختلاف في مواضيعها ذات الطبيعة الفنية المعقدة، ما اثر على مسار اغلب اتفاقات الاستثمار التي أصبحت تفضل التحكيم المؤسسي عن غيره من أنظمة التحكيم الأخرى، إلى جانب ما يوفره هذا النظام من مزايا تتعلق بطبيعته القانونية المتمثلة في توفير الوقت والجهد على أطراف النزاع و على هيئة التحكيم عند تقرير طريقة اختيار المحكمين و مكان التحكيم و أتعاب المحكمين و غيرها من الإجراءات التي قد تؤخر و توقف الفصل في النزاع لرفض أحد أطرافه إحدى هذه الإجراءات و هو الإشكال المحسوم في التحكيم المؤسسي الذي يضمن الالتجاء الى مجموعة من القواعد المعدة سلفا و المبنية على مبادئ عامة معروفة مسبقا، علاوة تلك الخدمات الإضافية التي تقدمها المراكز و المؤسسات التحكيمية كمساعدات إضافية لأطراف التحكيم كتذليل صعوبات تنفيذ الأحكام التحكيمية، وهي خصائص ومزايا تجعل من احتلال التحكيم المؤسسي المنزلة

المعروضة عليه بناء على تحقق ثلاث شروط أولها موافقة أطراف النزاع على اختصاص المركز بشكل موافقة كتابية وهو ما يؤكد طبيعة نظام المركز بأنه نظام اختياري يقوم على شرط رضى أطرافه التي تمنح لهم اتفاقية المركز نظرا لأهمية مركزهم القانوني حرية كاملة في اختيار القواعد القانونية الواجبة التطبيق في النزاع المعروض، وثاني شرط ينصب حول الطبيعة القانونية لطرفي النزاع اللذان يلزم ان يكون احدهما دولة متعاقدة والطرف الثاني شخص من مواطني الدولة المتعاقدة الأخرى مما يستبعد من اختصاص المركز المنازعة القائمة بين أشخاص خاصة، و أخيرا أن تكون المنازعة قانونية ومرتبطة بالاستثمار مما يخرج عن اختصاص المركز المنازعات ذات الطابع السياسي، وعموما يعتبر المركز الدولي لتسوية المنازعات من المراكز الأكثر إقبالا من طرف الدول التي يزداد عددها باستمرار للمصادقة على اتفاقية إنشائه لما يعكسه من بث الثقة لدى الدول فيما يمكن ان يلعبه من دور في إقامة صرح التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية. راجع لمزيد من التفصيل حول دور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في: د/عبد الواحد محمد الفار: الاستثمارات الأجنبية الخاصة، مرجع سابق ذكره، ص 154 وما يليها، وكذا راجع في: د/ عبد المعز عبد الغفار نجم الدين: الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء و التعمير رسالة دكتوراه 1976 كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص 399 ومايليها، و كذا: د/ إبراهيم شحاته، مرجع سابق ذكره، ص 396 ومايليها، و كذا: د/ منى محمود مصطفى، مرجع سابق ذكره، ص 48 وما يليها وكذا راجع:

Barton Legum: La Reforme du CIRDI Vers une Juridictionnalisation de L'arbitrage Transnational, article publier dans :ou va le droit de l'investissement, op.cit, p283,284.

(1) راجع ذلك في د/ لمياء متولي يوسف مرسى، مرجع سابق ذكره، ص 246.

المفضلة كوسيلة لحسم منازعات الاستثمارات لدى أطرافها وتفضيلها عن التحكيم الخاص الذي يتحكم في تحديد امتيازاته أطراف النزاع الذين يفترون في الغالب إلى الخبرة والتجربة اللازمة في هذا المجال على عكس التحكيم المؤسسي الذي يعتبر الأكثر تلبية للتوقعات المشروعة للأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم الصادرة تحت رعاية مؤسسات ومراكز التحكيم المتخصصة.

المبحث الثاني: فعالية نظام التحكيم في حسم منازعات الاستثمار.

إن الطبيعة القانونية الخاصة التي يمتاز لها نظام التحكيم كأداة مميزة لحسم المنازعات على خلاف الوسائل القضائية والودية الأخرى، ساهمت بشكل كبير في شيوع اللجوء إليه في العقود والاتفاقات الدولية كشرط أساسي وفعال لتسوية المنازعات الناشئة عنها، ولذلك أصبح التحكيم من الوسائل الفعالة وإن لم نبالغ بالقول فقد أصبح الوسيلة الوحيدة تقريبا ذات الفعالية الايجابية لحسم المنازعات الناتجة عن العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي بالنظر الى سرعة إجراءاته مقارنة بالإجراءات القضائية العادية. وحتى يتمكن نظام التحكيم من تحقيق الفعالية المطلوبة كوسيلة لحسم منازعات الاستثمارات الأجنبية فإن ذلك يستلزم تبني مجموعة من المبادئ القانونية التي تعتبر ضرورية للوصول الى عملية تحكيم منظمة وفعالة وهي مبادئ تجد تطبيقها عموما ضمن ثلاث مراحل تبدأ بالاتفاق على التحكيم ثم إجراءاته ووصولاً إلى مرحلة الفصل في موضوع النزاع بموجب حكم أو قرار للتحكيم ملزم لأطرافه وحاسماً للنزاع المطروح، وعلى الرغم من اختلاف مضمون وإجراءات كل مرحلة من تلك المراحل التي يمر بها نظام التحكيم فمنها ما يتعلق بأطراف اتفاق التحكيم، ومنها ما يتعلق بهيئة التحكيم المختصة في دراسة حيثيات ووقائع النزاع، إلا أنها تظل مراحل مترابطة لتحقيق الهدف من اللجوء الى التحكيم وهو الوصول إلى حكم تحكيم فاصل في النزاع المعروض.

وسنتعرض من خلال هذه الدراسة إلى بحث كل مرحلة على حده وفقاً للتقسيم التالي:

- المطلب 1: اتفاق التحكيم.
- المطلب 2: القواعد الإجرائية للتحكيم
- المطلب 3: الطبيعة القانونية لقرار التحكيم.

المطلب الأول: اتفاق التحكيم

إن قرار الأطراف على إحالة مسألة حسم النزاع القائم بينهم الى نظام التحكيم هو إقرار بتنازلهم وتغاضيهم عن القضاء الوطني، وهو الأمر الذي يتجسد عمليا بإبرام اتفاق على تبني هذا النظام قوامه تحقيق رضا الطرفين المتنازعين على هذا المبدأ، ذلك أن تخلف تلك الموافقة تعذر عرض النزاع على التحكيم وقيامها بإشارة حقيقية لقدرة هؤلاء الأطراف على عملية نقل التكنولوجيا ودليل على تفضيلهم شكل خاص من أشكال العدالة الخاضعة في تطبيق القسم الأعظم منها لإرادتهم واختيارهم، وبذلك تظهر الأهمية القانونية العملية لاتفاق التحكيم كركيزة أساسية لكل أعضاء هذا النظام بداية من أطرافه الذين تظهر إرادتهم من خلاله الى هيئة التحكيم التي تستقي آليات مهامها وطبيعة الإجراءات المتبعة انطلاقا من بنود هذا الاتفاق، وهو ما يلزم التحكيم في تحديد الشروط الموضوعية و الشكلية اللازمة لصحته و ضبطها بأحكام، حتى يرتب آثاره القانونية الصحيحة ويتجنب أطرافه أي إعاقة يمكن أن تثور بشأن ذلك تعرقل إجراءاته.

و انطلاقا من ذلك فإن دراسة اتفاق التحكيم توجب التعرض لتبيان الشكل القانوني الذي يظهر به هذا الاتفاق في نظام التحكيم (الفرع 01) ثم تحديد القانون الذي يحكم هذا الاتفاق وأساس تحديده في مجال منازعات الاستثمارات الأجنبية (الفرع 02).

الفرع 1: الشكل القانوني لاتفاق التحكيم.

يعرف اتفاق التحكيم عموما بأنه الاتفاق الناشئ بين الطرفين على إحالة جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية الى نظام التحكيم والذي يأخذ الطابع الدولي ما دامت العلاقة محل النزاع دولية⁽¹⁾. ويظهر اتفاق التحكيم عادة في منازعات الاستثمار على شكل صورتان هما: شرط التحكيم ومشارطة التحكيم.

- **فشرط التحكيم** هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود تنظيم علاقة قانونية معينة قبل نشوء النزاع ويتفق بمقتضاه الأطراف على حسم ما قد يثور بينهم من منازعات بواسطة التحكيم، ويستوي أن يرد الشرط عاما إذا أحال إلى التحكيم كافة المنازعات المتعلقة بتفسير الاتفاقية أو شاملا لجميع منازعات تنفيذ الاتفاقية أو العقد سواء كانت ذات طابع قانوني أو فني أو مالي. في حين يكون الشرط خاصا إذا حصرت الإحالة للتحكيم على بعض المسائل دون الأخرى كأن تقتصر الإحالة على المنازعات القانونية أو الفنية فقط⁽²⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، مرجع سابق ذكره، ص 89.

(2) راجع ذلك في: د/ طارق عزت رخاء، مرجع سابق ذكره، ص 162.

- أما **مشاركة التحكيم** فتظهر على شكل اتفاق خاص يبرمه الأطراف بعد قيام النزاع وبشكل مستقل عن الاتفاقية أو العقد الذي يربطها، وعادة ما يرتبط بمشاركة التحكيم اتفاق الأطراف على تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين وكذا إجراءات التحكيم، كما قد تتضمن المشاركة الاتفاق على القانون الواجب التطبيق من طرف المحكمين⁽¹⁾.

وقد عالج المشرع الجزائري ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية كلى صورتى اتفاق التحكيم أين أجاز اتفاق الأطراف على شرط التحكيم بالنسبة للمنازعات التي قد تثار بشأن العقد المتصل بالحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها⁽²⁾، كما أقر مشاركة التحكيم وعبر عنها بتسمية اتفاق التحكيم وعرفه بأنه الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم⁽³⁾.

كما جاء موقف المشرع المصري غير مختلف أين أقر بدوره صور اتفاق التحكيم ضمن قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994 بالتمييز بين شرط التحكيم الذي يكون الاتفاق عليه قبل قيام النزاع سواء كان هذا الاتفاق مستقلا بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي تنشأ بين الطرفين⁽⁴⁾، وأشار إلى مشاركة التحكيم بإجازة أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتى ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام الجهات القضائية مع اشتراط الاتفاق على المسائل التي يشملها التحكيم تحت طائلة بطلان الاتفاق⁽⁵⁾.

على أن موقف الفقه و القضاء الفرنسي جاء مختلفا على أساس عدم اعترافه و إقراره لشرط التحكيم كصورة لاتفاق التحكيم واستقر على بطلان هذا الشرط استنادا الى انه يقوم على أمر احتمالي وهو حصول النزاع دون عدم حصوله، وفي المقابل أقر القضاء الفرنسي واعترف بصحة الاتفاق اللاحق على نشوء النزاع وهو مشاركة التحكيم⁽⁶⁾، وقد وجد هذا الموقف تفسيرا له من خلال ما نصت عليه المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي التي تقر بضرورة ان يتضمن اتفاق التحكيم بيان موضوع النزاع و أسماء المحكمين و إلا كان باطلا، لا وهو أمر يصعب تحقيقه في شرط التحكيم إذ لا يمكن التحكم في تحديد موضوع النزاع بين الطرفين وقت النص على الشرط طالما ان النزاع لم ينشأ بعد⁽⁷⁾، إلا أن هذا الموقف لم يدم على حاله لصدور تشريع خاص في 1925/07/21 من طرف المشرع الفرنسي يقر بصحة شرط التحكيم في المسائل التجارية ومن ثم توسعت دائرة الاعتراف بهذا الشرط بحيث امتد التوسع إلى كافة المسائل التي يوجد بشأنها نص يتيح اللجوء الى التحكيم بعد تعديل قانون المرافعات الفرنسي

(1) راجع ذلك في: د/ قادري عبد العزيز، مرجع سابق ذكره، ص 260.

(2) راجع المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

(3) راجع المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(4) راجع المادة 10 ف(02) من قانون التحكيم المصري.

(5) راجع المادة 30 ف(01) من قانون التحكيم المصري.

(6) راجع ذلك في: د/ سامية راشد، مرجع سابق ذكره، ص 76.

(7) راجع ذلك مذكور في: د/ دريد محمود علي السمرائي، مرجع سابق ذكره، ص 395.

سنة 1980، باستثناء بعض المسائل ذات الطبيعة الجنائية و الإدارية والضريبية وفي مسائل تصفية الأموال أو النزاعات في ميادين براءات الاختراع والملكية الأدبية و الفنية و كذا في ميدان تطبيق قانون العمل أو نظام الشركات أو الرقابة على النقد⁽¹⁾.

تجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن المشرع الجزائري كان له موقف من حضر واستثناء بعض المسائل من نظام التحكيم والتي تتعلق بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم⁽²⁾.

وتأسيسا على أن اتفاق التحكيم يقوم بصفة أساسية على مبدأ التراضي بين طرفيه كشرط لازم لصحته⁽³⁾، فإن بعض الفقه اعتمد في التمييز بين صور اتفاق التحكيم و إسقاط صفة التحكيم الإلزامي على الحالة التي يأخذ فيها اتفاق التحكيم صورة الشرط على أساس أنه تم الاتفاق عليه قبل نشوب النزاع وبالتالي لا يمكن التراجع، عنه في حين يكون التحكيم اختياريا متى اتخذ صورة مشاركة⁽⁴⁾، وهو الأمر الذي ربما يجعله نظاما متميزا و مختلفا عن القضاء العادي، و يظل يستمد مصدر تواجدته من إرادة البعض من ان نظام التحكيم مهما اختلفت أو تعددت الصور و الصيغ التي يظهر بها أو عليها إلا أنه يظل نظاما خاصا يتمتع باستقلالية تامة عن نظام القضاء العادي، و يظل يستمد مصدر تواجدته من إرادة الأطراف مما يجعله نظاما اختياريا قائما على مبدأ الرضائية سواء أكان سابقا لنشوء النزاع أو لا حق له⁽⁵⁾.

ويثير أمر أو مسألة تمسك وإدراج الأطراف لشرط التحكيم ضمن العقد أو الاتفاق المبرم بينهما إشكال إمكانية تمسك الدولة الطرف في الاتفاق بحصانتها القضائية والتمسك بها في مواجهة رفض الاستمرار في تنفيذ شرط التحكيم السابق قبوله من طرفها والتهرب منه، وهو أمر يطرح إشكالا و تساؤلا حول مصير شرط التحكيم إزاء تهرب احد أطرافه- الدولة - من تنفيذه، بمعنى أدق أن الدولة التي ضمنت عقدها مع المستثمر الأجنبي شرط تحكيم أو أبرمت معه مشاركة تحكيم لاحقة لإبرام العقد، فهل يجوز لها ان تتصل عن مسؤوليتها والتزاماتها تجاه هذا التعاقد ورفض اللجوء إلى التحكيم؟ وهل إن ذلك يعرضها الى انعقاد المسؤولية الدولية نتيجة الإخلال بالتزاماتها؟

كمبدأ عام إذا نص الأطراف في اتفاقاتهم على شرط الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لتسوية ما قد يثور بينهم من منازعات فلا يحق لأي منهم اتخاذ إجراء انفرادي بنقض هذا الاتفاق⁽⁶⁾، و هو المبدأ الذي جسده

(1) د/سامية راشد، مرجع سابق ذكره، ص 85.

(2) راجع المادة 1006 ف02 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

(3) راجع لمزيد من التفصيل حول الشروط الموضوعية و الشكلية لصحة اتفاق التحكيم في: د/ مختار احمد البربري، مرجع سابق ذكره، ص 36 و ما يليها.

(4) راجع ذلك في: د/ عبد الحميد عشوش: شروط التحكيم في الاتفاقيات البترولية، مرجع سابق ذكره، ص 484.

(5) راجع لمزيد من التفصيل حول التحكيم الاختياري و الإلزامي في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 09، 10.

(6) راجع ذلك في: د/ طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص 167.

اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لسنة 1965 بالنص على: «حينما يكون الأطراف قد ابدوا رغبتهم الرضائية في عرض ما قد يثور بينهم من منازعات على التحكيم فلا يستطيع أحدهم أن يعدل هذا الرضا بإرادته المنفردة»⁽¹⁾.

وانطلاقاً من ذلك فإن الفقه التقليدي تعامل مع مسألة انسحاب الدولة كطرف في اتفاق التحكيم ورفضها استمرار الالتزام به على أساس التأكيد بعدم خضوع النزاعات التي تكون الدولة أو احد مؤسساتها طرفاً فيها لقضاء غير قضاء تلك الدولة ذاتها، وهو وما يفيد الإقرار للدولة بالتمسك بحصانتها القضائية المطلقة على أن المغالاة وسوء استعمال تلك الحصانة قد يؤدي بالمشرعين أو المحاكم إلى التقليل من تلك الحصانة⁽²⁾.

على أن جانب آخر من الفقه عارض الاتجاه السابق بشكل جذري على أساس أن إدراج شرط التحكيم في العقد المبرم بين الدولة وأي طرف آخر يعتبر بمثابة نزول ضمني مقدماً عن تمسك الدولة بسيادتها أو حصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، والدولة إذ تفعل ذلك فإنها تضع نفسها على قدم المساواة مع الطرف الآخر وتتنازل على امتياز الحصانة القضائية وعلى الأخص متى تطرقت الى موضوع النزاع، وبالتالي لا يجوز لها من بعد الدفع بالحصانة أو السيادة أمام هيئة التحكيم⁽³⁾.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين لا ينطبق فقط على العلاقات بين الدول ولكن ينطبق أيضاً على العقود التي تبرمها الدول مع الأجانب ولا يجوز للدولة ان تتحرر من التزاماتها التعاقدية الصحيحة إلا بقانون خاص أو قانون عام⁽⁴⁾.

وعبر البعض الآخر عن هذا الأمر بالقول أنه لا يجوز للدولة ان تدفع بحصانتها القضائية التي تعني خضوع منازعات عقود الاستثمار لمحاكمها الوطنية في حين أنها ارتضت تسوية هذه المنازعات بالتحكيم، فعلى الرغم ان قبولها للتحكيم يمثل انتقاصاً لسيادتها إلا أنها امتثلت لواقع الأمور تحقيقاً للتنمية الاقتصادية ومن ثم تكون قد تنازلت عن حصانتها القضائية ضمناً⁽⁵⁾.

و اعتبر رأي آخر أن الدولة التي ترفض الخضوع للتحكيم و من ثم تخالف شرط التحكيم الذي قبلته مسبقاً تعتبر مرتكبة لجريمة إنكار العدالة و مع ذلك يختلف الوضع إذا قررت رفض الامتثال للتحكيم بإصدارها نص قانوني عام يحظر ذلك⁽⁶⁾.

(1) راجع المادة 25 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية.

(2) د/ قادري عبد العزيز، مرجع سابق ذكره، ص 263.

(3) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، نفس المرجع، ص 88.

(4) راجع ذلك في: د/ محمد حمدي محمد بهنسي: الجوانب القانونية للاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق ذكره، ص 270.

(5) راجع ذلك في: د/ عصام الدين القسبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، مرجع سابق ذكره، ص 98.

(6) راجع ذلك مذكور في: د/ محمد حمدي محمد بهنسي، نفس المرجع، ص 272.

وقد وجدت هذه المواقف الفقهية تأييدا على مستوى محكمة استئناف باريس التي قضت في القضية التي أثيرت بين الحكومة الفرنسية وشركة أجنبية، أين قررت الحكومة الفرنسية بأن شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينها و بين شركة "Mertoon Steam Ship" -وهي شركة يونانية خاصة- غير ملزم بدعوى انه طبقا للقانون الفرنسي لا يجوز إخضاع النزاع وفيه الدولة كطرف للتحكيم استنادا الى عنصر السيادة، غير أن محكمة استئناف باريس قضت بأن هذا المنع الوارد في القانون الفرنسي لا يسر على العقود الدولية و أضافت انه من الأمور التي تتعارض مع مصالح الدولة ان تمنع هذه الدولة ممثليها من قبول وسائل لتسوية المنازعات تتفق مع عرف التجارة الدولية⁽¹⁾.

ونحن نذهب في هذا الأمر إلى ما استقر عليه بعض الفقه من أن الدولة لا تتمتع بالحصانة القضائية إلا في مواجهة قضاء دولة أخرى تنكافأ معها في السيادة، ولما كان التحكيم لا يعد قضاء تابعا لسيادة دولة معينة ومن ثم فإن التمسك بالدفع بالحصانة الذي يستند إلى السيادة لا يجد محله أصلا أمام هيئة التحكيم سواء أكان تحكيما خاصا أو تحكيما تابعا لمراكز دائمة⁽²⁾.

الفرع 2: القانون واجب النفاذ على اتفاق التحكيم.

إن اللجوء إلى الاتفاق على التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية كمبدأ عام لا يتم إلا بموجب اتفاق صريح بين الدولة الطرف في النزاع والمستثمر فهو قائم على مبدأ الرضائية والتوافق في إرادتهما⁽³⁾. ويثير التعامل مع اتفاق التحكيم إشكالات متعددة في مجال التطبيق ابتداء من تحديد القانون الواجب تطبيقه ومعاملته به وصولا إلى تحديد طبيعة الصلة القائمة بين العقد الأساسي الرابط بين الطرفين المتنازعين واتفاقية التحكيم، وهو الأمر الذي يدفع إلى التساؤل فيما إذا كانت هناك علاقة اتصال وترابط بين العقد الرئيسي واتفاق التحكيم، ومن ثم إلى أي مدى يمكن أن تؤثر المنازعات الناشئة عن صلاحية هذا العقد في استمرار نفاذ اتفاق التحكيم؟ وهل أن تضمين العقد الرئيسي لاتفاق تحكيمي في بنوده يعني وحدة القانون المطبق على كليهما "العقد والاتفاق" ؟

إن وضع حد والتوصل إلى إجابة لهذه الإشكاليات وغيرها التي يطرحها اتفاق التحكيم يعتمد بحسب رأينا بداية على التوصل إلى تحديد وتبيان وتوضيح طبيعة العلاقة بين اتفاق التحكيم "شرطا و مشاركة" والعقد الأساسي للطرفين المتنازعين وأثرهما على نفاذ الاتفاق التحكيمي، ومن ثم فإن تحديد نتائج هذا الطرح ستحدد طبيعة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. إن مسألة تحديد العلاقة الرابطة بين العقد الأساسي المبرم بين طرفي النزاع و اتفاق التحكيم حسمها فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي الذي كرس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على أساس أن بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا العقد لا

(1) راجع ذلك مشار إليه في: د/ طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص 164.

(2) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 91.

(3) راجع ذلك في: د/ إبراهيم شحاته: معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، مرجع سابق ذكره، ص 116.

يؤدي إلى التأثير على اتفاق التحكيم فبطل الاتفاق صحيحا طالما استكمل شروط صحته الخاصة به⁽¹⁾، وترتيباً على ذلك ينتج الاتفاق أثره ويكون للمحكّمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي⁽²⁾، بما يفيد أنه يتعين التعامل مع مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على أساس أن شرط التحكيم الوارد في العقد بمثابة عقد قائم بذاته رغم أنه ليس إلا جزءاً من هذا العقد أو أحد بنوده⁽³⁾.

في حين يذهب الاتجاه التقليدي للفقهاء إلى القول أن شرط التحكيم يعد بمثابة وعد بإبرام مشاركة تحكيم وإذا لم تتم هذه الأخيرة فليس لهذا الشرط أية قيمة قانونية، وهو موقف منع من الحديث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم وانفصاله عن العقد الأصلي الذي ورد ضمن نصوصه سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو بالنسبة لتقرير مدى صحته أو بطلانه⁽⁴⁾، على أن هذا الموقف لم يلق الاستجابة الكلية أمام تطور موقف الفقهاء والقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي.

في حين يرى جانب آخر من الفقهاء أنه لا شيء يمنع الأطراف من جعل الشرط التحكيمي مستقلاً بذاته عن الاتفاقية الرئيسية، فيكفي إبرام عقد منفصل يطلب فيه من المحكّمين حل المنازعة المحتمل وجودها وإذا كان الشرط التحكيمي يتصف بالصلاحية فليس هناك من معارضة في فصل مصيره عن مصير الاتفاقية الرئيسية، على أن هناك ظروف أخرى يتمتع فيها الشرط التحكيمي بذاتية منفردة فبموجب القانون أو بواسطة إرادة الأطراف يكون موضوعاً لتصديق خاص عندما ينص تطبيقه على المنازعات المتعلقة بانعدام أو فسخ الاتفاقية، وأيضاً عندما يفضل الأطراف اللجوء إلى قاعدة تحكيمية في تسوية النزاعات والتي يكون من شأنها أن تعطي أفضلية لاستقلالية التحكيم⁽⁵⁾.

على أن رأي آخر استند في تجسيد مبدأ استقلالية الاتفاق التحكيمي على أساس أن هذا الاتفاق يشكل عقداً ضمن العقد الأصلي، بل وبشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، ويرجع ذلك بحسبهم إلى أن لكل من العقدين موضوعاً مختلفاً عن الآخر فعلى الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي والمتعلق به في

(1) حيث تنص المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: «يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أوفي الوثيقة التي تستند إليها.

يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكّمين أو تحديد كيفية تعيينهم».

و تنص المادة 1012 من نفس القانون على: «- يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً.

- يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكّمين أو كيفية تعيينهم».

(2) راجع ذلك في: د/ مختار احمد البريري، مرجع سابق ذكره، ص 49.

و تنص المادة 1040 فقرة 04 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية في هذا الشأن على: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي».

(3) د/إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق ذكره، ص 89.

(4) د/سامية راشد، مرجع سابق ذكره، ص 84.

(5) راجع ذلك في: د/ صالح بن بكر الطيار: العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، مركز الدراسات العربي الأوروبي، الطبعة 02، 1999، ص 312، 313.

أغلب الحالات إلا أنه يظل متميزاً عنه بمحله الخاص به، ذلك أن محله وموضوعه ينصب على تسوية المنازعات التي يحتمل أن تتولد عن العقد الأصلي وسببه هو الالتزام المتبادل بين الأطراف بانتزاع هذه المنازعات من ولاية المحاكم والالتجاء في شأنها إلى المحكمين مما يضيف عليه الصفة الإجرائية، على خلاف العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية⁽¹⁾.

وقد وجد هذا الاتجاه الفقهي المؤيد والمقر لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تطبيقاً له ضمن حكم محكمة باريس الصادر في 21 فبراير 1964 و القاضي بأنه إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير أدى إلى منع التصدير و عدم إمكان المصدر شحن البضاعة مما ترتب عليه فسخ عقد البيع إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح في العقد و من ثم فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع⁽²⁾.

أما على الصعيد الدولي فقد أقرت غرفة التجارة الدولية هذا المبدأ ضمن المادة 02 فقرة 04 من نظامها على أساس أن للمحكم سلطة النظر في القضايا المتعلقة ببطلان العقد الأصلي ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم وعلى الآثار المترتبة عن ثبوت ادعاء البطلان، وهو ما يعني أن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى رفع سلطة المحكم على اتفاق التحكيم ومتى ثبت صحة هذا الاتفاق وخلوه من العيوب المبطله له فللمحكم مواصلة النظر في النزاع المطروح أمامه كما له أن يبحث في الاعتراضات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي وتقرير حقوق الطرفين على إثر ذلك⁽³⁾.

وبإقرار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على المستوى الفقهي والقضائي وثبات عدم ارتباط مصير الاتفاق التحكيمي بمصير العقد الأصلي فإن ذلك يحيلنا إلى نتيجة مهمة في إطار تنازع القوانين وهو أن اتفاق التحكيم قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي⁽⁴⁾، ذلك أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمارات الأجنبية ذات أهمية بالغة شأنه في ذلك شأن سائر الاتفاقات والعقود الواجب إسنادها إلى قانون يحكمها حتى يتيسر الأمر أمام المتعاقدين في معرفة القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح.

وفي نطاق هذا الأمر تعددت الآراء الفقهية حول الاستقرار على تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، أين اتجه بعض الفقه إلى القول بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم، على أساس أن قانون الدولة مقر التحكيم يجب أن يحكم يطبق على التحكيم في مجموعه بما في ذلك اتفاق التحكيم مفسراً ذلك بأن الطابع التعاقدى للتحكيم يقود حتماً إلى استناد التحكيم إلى قانون الدولة ذات الصلة الإقليمية الوثيقة

(1) راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص 393، و كذا راجع أيضاً: د/ هشام خالد: عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تثار بشأنه، دار الفكر الجامعي، سنة 2000، ص 472.

(2) راجع ذلك مشار إليه في: د/ منير عبد المجيد مرجع، سابق ذكره، ص 124.

(3) راجع ذلك في: د/ قادري عبد العزيز، مرجع سابق ذكره، ص 267.

(4) راجع ذلك في: د/ عصام الدين القصبي، مرجع سابق ذكره، ص 168.

به، وهي الدولة التي يوجد بها مقر محكمة التحكيم التي يجب أن تسري على إقليمها إجراءات التحكيم، وقد وجد هذا الرأي استجابة لدى مجمع القانون الدولي الذي نص في المادة الخامسة من التوصية التي أصدرها في دورة انعقاده بأستردام في عام 1957 على أن صحة اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم تكون محكومة بالقانون النافذ في الدولة مقر التحكيم⁽¹⁾.

على أن هذا الاتجاه تعرض لانتقادات عديدة لعل أهمها أن الاستناد في تحديد القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم على مقر أو مكان التحكيم أمر سيؤدي إلى ظهور أكثر من قانون يكون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم، على اعتبار أن مقر التحكيم قد يختلف بين ذلك المقر الذي تعقد فيه هيئة التحكيم أولى جلساتها وبين المكان الذي يصدر فيه حكم التحكيم⁽²⁾، ومن ناحية أخرى فطبقا لقانون الإرادة المستقلة فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يستند إلى معطيات موجودة سلفا منذ لحظة إبرام هذا الاتفاق، في حين وطبقا لنظرية قانون مقر التحكيم يتعذر تحديد القانون واجب التطبيق حتى لحظة صدور حكم التحكيم، وعليه فطبقا لأي قانون سيحسم المحكمون مسألة صحة اتفاق التحكيم إذا لم يكن مكان التحكيم مؤكدا منذ البداية، وهو أمر يصعب تحقيقه لاسيما في الحالية التي تتوزع فيها عملية التحكيم بين أكثر من بلد، كما أن تحديد هذا القانون على حدث لاحق غير مؤكد لا يتم إلا تطبيقا لهذا الاتفاق الذي يجب افتراض صحته منذ البداية⁽³⁾، وهو أمر يصعب تحقيقه أو التحقق منه لاسيما في الحالة التي تتوزع فيها عملية التحكيم بين أكثر من بلد مما يجعل البعض يعتد بالمكان الذي يصدر فيه الحكم وليس بمقر التحكيم⁽⁴⁾.

وأمام هذه الانتقادات ظهر الاتجاه الثاني القائل بخضوع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة المستقلة أو مبدأ سلطان الإرادة، وهو اتجاه الرأي الغالب من الفقه الذي يذهب إلى الأخذ بقانون الإرادة المستقلة على أساس أن الطبيعة التعاقدية للتحكيم وإن لم يكن مسلما بها بصفة مطلقة إلا أنها تعد الراجحة والغالبة في مرحلة اتفاق التحكيم على الطبيعة القضائية، ذلك أن اتفاق التحكيم سواء أكان في صورة شرط أو مشاركة هو عبارة عن عقد ولا ينبغي أن يعامل في إطار القانون الدولي الخاص معاملة مختلفة عن بقية العقود الأخرى، ومن ثم فإن قواعد القانون الدولي الخاص التي تحكم العقود بصفة عامة تنطبق بدورها على اتفاق التحكيم وبالتطبيق لهذه القواعد فإن القانون الذي يطبق على اتفاق التحكيم هو ذلك القانون المختار من قبل الأطراف أنفسهم - أي قانون الإرادة المستقلة - ذلك أن العقود ذات الطابع الدولي تخضع في مختلف تشريعات الدول لقاعدة سلطان الإرادة، وهي قاعدة لا زالت مستقرة في القانون الدولي

(1) راجع ذلك في: د/ سراج حسين محمد أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2000، ص 237.

(2) د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق ذكره، ص 141.

(3) د/ سراج حسين محمد أبو زيد، نفس المرجع، ص 238.

(4) راجع ذلك في: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 473.

الخاص وقائم عليها نظام التحكيم ككل وبالتبعية اتفاق التحكيم⁽¹⁾، وهو اتجاه بحسب رأينا متوافق وطبيعة الأسس التي يعتمد عليها نظام التحكيم، إلا أن الإشكال الذي يمكن أن يطرحه تطبيق هذا الاتجاه يكمن في حالة عدم وجود اختيار صريح من قبل أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق، ففي هذا الأمر اتجه الفقه الغالب لحل هذه الإشكال على أساس انه يفهم من سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق أنهم تركوا أمر تحديد هذا القانون للمحكمين أنفسهم، وذلك تأسيساً على أنه من غير المقبول في مجال التجارة الدولية أن يكون إغفال الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق مرجعه الجهل أو الإهمال، ومن المحتمل أنهم لم يتعرضوا لمعالجة هذه المسألة تفضيلاً منهم أن لا يتعرضوا لها، أو أنهم قدروا استحالة الاتفاق عليها وهو ما يخول للمحكمين حق تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم⁽²⁾.

على أننا لا نرى مانعاً ونذهب إلى ما ذهب إليه البعض بأن تطبيق قانون معين على العقد الأصلي قد يعبر قرينة كاشفة عن انصراف نية الأطراف إلى تطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم طالما انه لا يوجد اتفاق مخالف، ذلك أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون امتداد القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم⁽³⁾.

المطلب الثاني: القواعد الإجرائية للتحكيم.

إن لمسألة تحديد الإجراءات القانونية التي تحكم نظام التحكيم أهمية كبيرة في استمرارية العملية التحكيمية أو إخفاقها، وهي مسألة في منتهى الدقة فعلى قدر المساحة الكبيرة من الحرية للأطراف والمحكمين في شأن تحديد إجراءات التحكيم، على قدر السهولة البالغة التي يمكن أن ينهار بها التحكيم للخطأ في الإجراءات، ما يعني أن نظام التحكيم يصطدم مع مبدأ الحكم وسلطة الأطراف في تحديد تلك الإجراءات والذي يمكن ان يكون في نفس الوقت عامل انهيار لهذا النظام⁽⁴⁾.

وانطلاقاً من ذلك فإن الإجراءات في نظام التحكيم تمثل ذلك العمل القانوني الذي يكون جزء من الخصومة وتترتب عليه بصفة مباشرة آثار إجرائية تبتدئ بطلب التحكيم الذي تفتح به خصومة التحكيم وتنتهي بصور حكم التحكيم من قبل الهيئة التحكيمية بشأن النزاع المطروح عليها⁽⁵⁾.

(1) د/ سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق ذكره، ص 239.

(2) راجع ذلك في: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 474، وكذا راجع: د/ صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق ذكره، ص 320.

(3) د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 127.

(4) راجع ذلك في: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق ذكره، ص 131.

(5) د/ محمد سليم العوا: دراسات في قانون التحكيم، مرجع سابق ذكره، ص 78، 79.

وتقتضي دراسة إجراءات التحكيم تحديد الشكل القانوني للهيئة المنوطة بالتقيد وتنفيذ تلك الإجراءات وهي هيئة التحكيم (الفرع 01)، و من ثم التطرق لتبيان كيفية تعامل هذه الهيئة مع تلك الإجراءات عند نظر النزاع المعروض عليها (الفرع 02).

الفرع 01: تكوين هيئة التحكيم.

إن نظام التحكيم يقوم كمبدأ عام في جميع جوانب نشاطه وإجراءاته على مبدأ الرضائية الذي يخول للأطراف النزاع سلطة مطلقة في تشكيل أعضاء محكمة التحكيم والإجراءات التي تحكم سير النزاع، وهي قاعدة أصبحت من القواعد الشبه مستقر عليها في أغلب القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم⁽¹⁾.

كما أكد هذا المبدأ العديد من الاتفاقيات الدولية المنظمة والمهتمة بنظام التحكيم، كاتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 التي عبرت عن ذلك بوضوح بالبند الثالث من الفقرة الثانية في المادة الرابعة منها والتي تقضي بحرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين إتباعها، وكذا ما أقرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي في 21 يونيو 1985 في نموذج القانون ضمن المادة 19 منه التي تنص على أن يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها لدى السير في التحكيم⁽²⁾.

ويعتبر تشكيل أو تعيين هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعات الاستثمارات الخطوة الأولى في إجراءات التحكيم، وهي خطوة تقوم على مبدئين أساسيين⁽³⁾:

أولهما أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه.

(1) لم يقرر المشرع الجزائري ضمن قواعد التحكيم المنظمة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أي نص يشير إلى مبدأ استئثار هيئة التحكيم بتسوية النزاع بناء على إرادة أطراف النزاع، على خلاف المشرع المصري الذي نص على إقرار هذا المبدأ ضمن المادة 13 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 التي تنص على: «يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى».

وهو نفس الموقف المقرر ضمن القانون الأردني للتحكيم رقم 31 لسنة 2001 الذي نص على ذلك في المادة 12 منه على: «على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم برد الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل الدخول في أساس الدعوى».

(2) راجع ذلك مشار إليه في: د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق ذكره، ص 79.

(3) راجع ذلك في د/ منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995، ص 115.

و ثانيهما مراعاة المساواة بين طرفي النزاع من حيث اختيار المحكمين فلا يكون لأحدهما أفضلية على الأمر أي أن لا سيند إلى إحداهما اختيار جميع المحكمين دون الآخر.

على أن بعض عقود الاستثمار يحيل فيها الأطراف أمر تشكيل هيئة التحكيم وتنظيمها إلى أحد المراكز الدولية للتحكيم، ويعتبر هذا الإجراء بمثابة قبول من جانبهم للقواعد التي تقررها هذه المراكز وتنازلا في نفس الوقت للحق والسلطة المخولة لهم في هذا الأمر بموجب القوانين الوطنية والدولية، كإحالة إلى قواعد إجراءات محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية التي يكمل ما اتفق الأطراف عليه من قواعد للإجراءات، أو تطبيق إجراءاتها الكاملة عند انعدام الاتفاق بين الأطراف⁽¹⁾.

ولضمان الأداء الفعال لإجراءات التحكيم وتيسير عملية اتخاذ القرارات المتوقعة على عملية اختيار المحكمين التي تخضع كمبدأ أساسي لسلطان إرادة أطراف اتفاق التحكيم، على أن ذلك يجب ينطوي على شروط وإجراءات محددة في تعيين هذه الهيئة والتي يلزم الأطراف بإتباعها وتنفيذها.

وتطبيقا لذلك فقد جرى العمل على تكوين هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يختار كل طرف محكمة ويقوم المحكمان المعينان باختيار وتعيين المحكم الثالث، كما قد يتم تعيينه واختياره باتفاق الطرفين، هذا الأخير الذي يكون دوره حاسما في التسوية عند تساوي الأصوات في هيئة التحكيم وبالتالي فإن تدخله متوقف على حدوث خلاف طارئ في الهيئة التحكيمية⁽²⁾، على أن ذلك لا يعني استبعاد تشكيل هيئة التحكيم من محكم فرد يتولى لوحده مهمة الفصل في النزاع، وهو أسلوب يعتمد عادة لتيسير عملية اتخاذ القرارات والاقتصاد والاتفاقات إلا أنه لا يكفل في المقابل تمثيل الخلفيات الثقافية لأطراف النزاع في حالة تعددها⁽³⁾.

وعلى اعتبار أن المحكمين ليسوا طرفا في اتفاق التحكيم ومن ثم فإن مباشرتهم لإجراءات التحكيم الخاضعة لإرادة الأطراف مرهون بقبولهم لهذه الإجراءات⁽⁴⁾، وجدوى ذلك أن قبول المحكمين لمباشرة

(1) حيث تنص المادة 08 فقرة 01 من نظام غرفة التجارة الدولية على ما يلي : «إذا اتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم غرفة التجارة الدولية فإنها تخضع لهذا النظام».

راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد: الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، مرجع سابق ذكره، ص 160.

(2) ويترتب على تعيين المحكمين عادة عقد اجتماع يختار فيه المحكمان المحكم المرجح الذي تكون له رئاسة هيئة التحكيم، ويعين فيه أمين سر هيئة التحكيم ومقر جلساته وذلك في غير الحالات التي يتضمن اتفاق الطرفين فيها تعيين مقر التحكيم، إذ يكون أمين السر عندئذ من موظفي المقر. راجع ذلك في: د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 82.

(3) د/ أحمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 27.

وفي هذا الإطار نصت المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: «تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي».

(4) وقد اشترط المشرع الجزائري قبول المحكمين لمهمة التحكيم لصحة تشكيل هيئة التحكيم وافر ذلك ضمن المادة 1015 ف01 من ق.إ.م.إ التي تنص على: «لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم».

التحكيم يتطلب أن تكون هناك علاقة تعاقدية أخرى تخضع لقانون الإرادة وتختلف تماما عن اتفاق التحكيم وتستقل عنه⁽¹⁾.

وتراعي سلطة تعيين هيئة التحكيم مجموعة من الاعتبارات التي من شأنها ضمان اختيار محكم مستقل ومحيد، فلا يجوز له أن يحكم متأثرا بمصالحه الشخصية ولا يجب أن يفصل في النزاع إلا من واقع المستندات المقدمة، كما يشترط بعض الفقه أن يكون المحكم صاحب فكر موضوعي بحيث يستجيب للثقافات المختلفة ويستطيع أن يستجيب للنظم السياسية والاجتماعية المختلفة فلا يفصل في النزاع إلا متشعبا بثقافة معينة⁽²⁾، ولا يشترط في المحكم المعين أن يحمل جنسية الطرف الذي عينه بل يستطيع أن هذا الأخير أن يعين محكما يتمتع بجنسية بلد أجنبي ولا فرق بينه وبين المحكم الوطني ما دامت تتوفر فيهم الحيادة والاستقلال، ذلك انه لا يوجد ما يمنع أي شخص من العمل كمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك⁽³⁾.

وبمجرد اكتمال تشكيل هيئة التحكيم تبدأ الهيئة بمباشرة مهامها المترتبة أساسا في نظر النزاع المطروح عليها وفقا للإجراءات القانونية المحددة والمتفق عليها من قبل الأطراف، على أن الأمر يدق في الحالة التي يسكت فيها الأطراف عن إشارتهم للقانون الذي يحكم إجراءات سير خصومة التحكيم أو عدم اتفاقهم على قواعد هذه الإجراءات، أو كانت تلك القواعد المتفق عليها غير كافية للتطبيق وهو الأمر الذي يجعل من تلك الإجراءات قابلة وعرضة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها لأكثر من جهة في نظام تحكيم.

الفرع 2: إجراءات سير النزاع التحكيمي.

تباشر هيئة التحكيم نظر الدعوى التحكيمية منذ إعلان قبولها الاضطلاع لمهمة التحكيم، وذلك بإتباعها الاجراءات والقواعد المحددة والمتفق عليها من أطراف النزاع لأجل حسم الخصومة القائمة بينهم، ولا تختلف إجراءات سير الدعوى في عملية التحكيم عن إجراءات التقاضي أمام المحاكم العادية، إذ تتضمن بصفة عامة حضور الأطراف وفحص الطلبات و ادعاءات كلا الطرفين وتنتهي بإصدار حكم حاسم للنزاع المطروح⁽⁴⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد: قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق ذكره ص 116.

(2) نفس المرجع، ص 124/123.

(3) حيث يطلق بعض الفقه لفظ المحكم الوطني على المحكم الذي يختاره أو يعينه احد الأطراف و الموكل أیه مهمة الدفاع عن مصالح هذا الطرف داخل محكمة التحكيم والذي يقوم بالاشتراك مع المحكم المعين من قبل الطرف الآخر في اختيار محكم ثالث، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن نعت المحكم الذي يعينه الأطراف بالوطني هو نعت مجازي. راجع ذلك في: د/ طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص 192.

(4) راجع في هذا الشأن لمزيد من التفصيل: د/ صالح بن بكر الطيار، مرجع سابق ذكره، ص 361 وما بعدها.

وقد عبر البعض عن طبيعة وخصوصية هذه الإجراءات بالقول أن الإجراءات التي تبدأ بعد اكتمال تشكيل هيئة التحكيم هي إجراءات التحكيم بالمعنى الدقيق، أي الإجراءات التي يتعين إتباعها حماية للحكم الذي يصدر في الخصومة حتى لا يكون عرضة للطعن بالبطلان أو للحكم ببطلانه⁽¹⁾.

ولما كان الأصل التزام الخصوم بتقديم الأدلة المثبتة لادعاءاتهم فهئية التحكيم ليست ملزمة بناء على ذلك بتنبيههم أو الإشارة لهم في هذا الأمر، على أن ذلك لا يمنع من قيام هيئة التحكيم بطلب المستندات المعنية واللازمة منهم وإن تجري كل ما تراه مناسباً و لازماً من تحقيقات للتوصل إلى حقيقة معطيات النزاع⁽²⁾، وهو الاختصاص الذي أقرته بعض التشريعات الخاصة بتنظيم أحكام التحكيم بصفة مباشرة وصريحة لهئية التحكيم لتوليها مهمة البحث عن الأدلة المساعدة والمهمة في التوصل لحسم النزاع⁽³⁾، ولا مانع في نفس السياق من إمكانية اتفاق طرفي النزاع وبموافقة هيئة التحكيم الاستعانة بقضاء الدولة للمساعدة في الحصول والبحث عن الأدلة المطلوبة واللازمة في النزاع المطروح، و هو أمر لا يقلل من عمل هيئة التحكيم و لا يعد تدخلاً في اختصاصاتها على الإطلاق⁽⁴⁾.

وأياً كانت طبيعة تلك الإجراءات التي تتحكم و تنظم سير النزاع أمام هيئة التحكيم وتحدد خطوات عملها على أنها تضل إجراءات محكمة و مقيدة بطبيعة القواعد القانونية المختارة أو المنوطة بتنفيذها والتي تختلف باختلاف نظام ونوع التحكيم الذي يضطلع النزاع به، ذلك أن الأصل في تحديد تلك القواعد القانونية النافذة على إجراءات النزاع وسيره تخضع كمبدأ عام لسلطات إرادة الأطراف بإحالة تنظيم الإجراءات التي تحكم سير المرافعات أمام هيئة التحكيم ومكانها وميعاد تقديم المستندات وطريقة سماع الشهود وإجراءات التحقيق الاستعانة بالخبراء وغيرها إلى قانون إجراءات معين أو قانون خاص بتنظيم إجراءات التحكيم، وقد ذهب البعض إلى توسيع نطاق هذه الحرية المعترف بها للأطراف في تحديد القانون و الإجراءات واجبة التطبيق إلى القول بإمكانية أطراف النزاع لصياغة القواعد الإجرائية التي يجب

(1) د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 83.

- وقد قررت المادة 1043 في هذا الشأن من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية، بما يلي: «يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة و استناداً على نظام تحكيم كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات التي يحدده الأطراف في الاتفاقية».

(2) راجع ذلك في: د/ هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص 501.

وقد أقرت نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ذلك صراحة كما يلي: «تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة».

(3) وقد أقرت نص المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ذلك صراحة كمايلي: «تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة».

(4) وقد أقرت نص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية ذلك بقولها: «إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهّمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف هيئة التحكيم أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي».

على المحكمين إتباعها بأنفسهم بما يجعلهم بمثابة المشرعين لأنفسهم، وليس ما يمنع من اختيار قانون دولة ليس لها صلة بالأطراف أو بالعقد الذي نشأ عنه النزاع أو باتفاق التحكيم أو إجراءات التحكيم ذاتها⁽¹⁾.

على أن هذا الطرح قد يكون مبالغ فيه بعض الشيء وغير مقبول لدى البعض على أساس أنه أمر غير مألوف في الواقع العملي، و ذلك بسبب عدم إمكانية توقع كافة المسائل التفصيلية التي يمكن إثارتها النزاع أمام هيئة التحكيم، كما أن صياغة مثل تلك القواعد بشكل فردي من الأطراف قد يشكل تعارض مع بعض القواعد الإجرائية الآمرة أو تلك التي تتعلق بالنظام العام في دولة التنفيذ والتي لا يجوز للأطراف الخروج عليها وإلا كان اتفاق التحكيم عرضة للبطلان⁽²⁾، في حين أن إرادة الأطراف لا يكون لها ذلك الامتياز وتلك الحرية في اختيار قانون وإجراءات سير الخصومة في الحالة التي يعهد بالتحكيم إلى مركز دائم للتحكيم، وعندئذ فإن إجراءات التحكيم تجري وفقا لللائحة التحكيم المعمول بها في المركز أو الهيئة المختارة وكأنها مستقلة عن كل قانون وطني للتحكيم، ومع أن نظام اختصاص مراكز التحكيم يقوم على رضا الأطراف إلا أنه وفي حالة رفض أحد الأطراف المشاركة في إجراءات التحكيم فإن لهذه المراكز أن تبدأ وتستمر في إجراءات التحكيم ضد رغبة الطرف المعارض، ولكن عندما يتعلق الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ضد الطرف المعارض المتغيب فإن سلطة هذه المراكز تزول ليحل محلها قانون التحكيم الوطني المستند عليه نظام التحكيم⁽³⁾.

كما قد يكون لهيئة التحكيم حصة و دورا ايجابيا في اختيار القانون أو القواعد الإجرائية المطبقة على المنازعة التحكيمية متى سكت أو اغفل الأطراف تحديد تلك القواعد أو تحديد القانون الذي يحكمها، فلهيئة التحكيم أن تضع بنفسها في هذه الحالة القواعد الإجرائية التي تراها مناسبة لموضوع النزاع، ولها أن تصوغ هذه القواعد جملة عند اتصالها بالنزاع أو تضع ما تدعو الحاجة إليه منها وفقا لما تقتضيه معطيات المنازعة و لها أن تقرر الاعتماد على نظام معين لأحد مراكز التحكيم الدولية كما لها أن تعتمد في ذلك على الإجراءات النافذة و المقررة في قانون دولة من الدول⁽⁴⁾، كما قد تخول هذه السلطة لهيئة التحكيم بناء على رغبة الأطراف بأن يعهد للمحكمين باختيار القانون الإجرائي الواجب التطبيق وفقا لما يرونه مناسباً أو بتكملة نصوص القانون الإجرائي الذي اختاره الأطراف و هو ما يخول المحكم سلطة واسعة في إدارة الإجراءات شرط أن لا يتعارض ذلك مع اختيار الخصوم و مبدأ حقوق الدفاع و ضمانات التقاضي⁽⁵⁾.

(1) راجع ذلك في: د/ سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق ذكره، ص 466.

(2) راجع ذلك في: د/ أبو زيد رضوان، مرجع سابق ذكره، ص 93.

(3) راجع ذلك في: د/ سراج حسين محمد ابوزيد، مرجع سابق ذكره، ص 468.

(4) د/سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص105.

(5) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 128.

ويجد هذا الاتجاه تطبيقاً وإقراراً له ضمن العديد من التشريعات الوطنية للتحكيم⁽¹⁾، وبعض الاتفاقيات الدولية المعنية و المهمة بإقرار نظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الاستثمارية⁽²⁾، ولا يمكن بأي حال استبعاد القانون الوطني الخاص بالتحكيم كآلية يستند إليها لتنظيم إجراءات التحكيم، و قد اختلفت و تعارضت الآراء الفقهية حول إقرار هذا المبدأ أو استبعاده ذلك أن الغالب لدى أطراف النزاع الاتفاق على تحديد مقر التحكيم أي تحديد البلد الذي تجرى فيه إجراءات التحكيم، إلا انه يحدث أن يتغاضى الأطراف على تحديد القانون الذي يحكم تلك الاجراءات، و في هذا الشأن ذهب الفقه الغالب إلى القول بأنه من الجائز استخلاص إن الإرادة الضمنية للأطراف قد اتجهت إلى اختيار قانون الدولة مقر التحكيم ليكون القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ذلك انه يتعين الرجوع إلى النظام القانوني السائد في دولة مقر التحكيم بالقدر اللازم عند عدم كفاية القواعد الإجرائية المختارة من قبل الأطراف، والعلة في ذلك تكمن في أن القانون المختار قد لا يحيط بكافة المسائل الإجرائية التي يثيرها النزاع ومن ثم فإنه يتم الرجوع إلى قانون الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم لإكمال هذا النقص⁽³⁾، في حين يعارض البعض الآخر تولية وإخضاع إجراءات التحكيم لقانون الدولة مقر التحكيم على أساس انه لا يتلاءم و الحاجات الحقيقية للتحكيم التجاري الدولي، وذلك بحجة أن القوانين الوطنية للتحكيم غالبا ما تكون موجزة ومختصرة ولا تقدم للأطراف أو المحكمين القدر الكافي من البيانات والقواعد الإجرائية التي يتطلبها نظام خاص كنظام التحكيم⁽⁴⁾.

وأيا كانت الاتجاهات و الآراء التي قيلت في هذا الشأن فإننا نرى أن دور قانون التحكيم الوطني "قانون مقر التحكيم" يلعب بلا شك دورا مهما حتى و إن كان احتياطيا و تكميليا للقصور أو النقص الذي يكون قد شاب قانون إرادة الأطراف المتنازعة، إلا إن إقراره كقانون مكمل أو أساسي لإدارة إجراءات التحكيم سيشكل إضافة إجابية حتما في حسن سير هذه الاجراءات وتحقيق ضمانه عدم مخالفتها للقواعد الآمرة في الدولة التي تم التحكيم على إقليمها، مما قد يترتب عنه بطلان اتفاق أو شرط التحكيم وبالتالي عرقلة الفصل في النزاع المطروح.

(1) حيث تنص المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على: « يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في الاتفاقية، إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم».

(2) ونلاحظ هذا الاتجاه مقررا في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة 1980 التي تقرر ضمن المادة 02 ف06 منها بان « تفصل هيئة التحكيم في كل المسائل المتعلقة باختصاصها وتحدد الاجراءات الخاصة بها».

(3) راجع ذلك في: د/سراج حسين محمد أبوزيد، مرجع سابق ذكره، ص 471، و كذا: د/ أبوزيد رضوان، مرجع سابق ذكره، ص 97.

(4) راجع ذلك في: د/سراج حسين محمد أبوزيد، نفس المرجع، ص 480.

وتغل سلطة هيئة التحكيم عن النزاع المسئولة عن حسمه في حالة قرار أطرافه تسوية النزاع وديا ووضع حد له قبل صدور قرار من هيئة التحكيم⁽¹⁾، كما تنتهي إجراءات التحكيم إذا اتفق الطرفان على إنهاء الإجراءات أو رفض أحد الأطراف تعيين محكمه و اختار اللجوء إلى القضاء، كما ينقضي التحكيم أيضا إذا وجدت هيئة التحكيم أن الاستمرار في الإجراءات أصبح غير ضروري أي عديم الجدوى أو مستحيلا لأي سبب آخر⁽²⁾.

(1) د/ احمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 40.

(2) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 271.

وقد أقرت المادة 1024 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري حالات انتهاء إجراءات التحكيم وفقا لما يلي:
«ينتهي التحكيم:

بوفاة احد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقيين و في حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه.

بانتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تشترط المدة فبانتهاء مدة أربعة "4" أشهر.

بفقد الشيء موضوع النزاع و انقضاء الدين المتنازع فيه.

بوفاة أحد أطراف العقد».

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لقرار التحكيم.

تبتدئ مرحلة الفصل في الدعوى أو المنازعة المطروحة على هيئة التحكيم متى استوفت خصومة التحكيم مقاوماتها و أبدى كل طرف دفاعه و قدم مستنداته اللازمة أمام هيئة التحكيم، تهيئات هذه الأخيرة للفصل في النزاع المطروح عليها وفقا للمعطيات و الإجراءات المنصوص عليها في اتفاق التحكيم، وطبقا لما استقرت على تطبيقه من قواعد موضوعية في القانون الأكثر اتصالا بالنزاع⁽¹⁾، ومن ثم يأتي وقت الإعلان عن غلق باب المرافعات وتحديد جلسة النطق بالحكم الفاصل والحاسم في الخصومة التحكيمية. وتقتضي دراسة الطبيعة القانونية لقرار التحكيم بحث الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لصحة هذا القرار (الفرع 01)، ومن ثم تحديد الآثار العملية لقرار التحكيم والمتجسدة أساسا في إجراءات تنفيذ هذا القرار (الفرع 02).

الفرع 1: القواعد العامة لقرار التحكيم.

لم يرد في مختلف التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم ما يشير إلى وضع تعريف محدد لحكم التحكيم، على أن البعض حاول صياغة تعريف للحكم التحكيمي والمستخلص من أحد الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 05 مارس 1994 بإقراره أن: «حكم التحكيم يقصد به أعمال المحكمين التي تفصل بشكل حاسم كليا أو جزئيا في النزاع الذي عرض عليهم سواء كان هذا الحكم في الموضوع أو في الاختصاص أو في مسألة إجرائية تؤدي إلى إنهاء خصومة التحكيم»⁽²⁾.

وهو تعريف لا يختلف في مضمونه عن تعريف الحكم الصادر عن القضاء لوحدة الهدف بينهما وهو التوصل إلى صيغة حاسمة للنزاع المعروض.

وتتطلب صياغة حكم التحكيم الخضوع لمجموعة من القواعد الشكلية و التي تقترب في شكلها العام أيضا لما تخضع له الأحكام القضائية، فيصدر حكم التحكيم مكتوبا وفي هذا النطاق بتعين اتفاق الأطراف على اللغة التي يصدر بها هذا الحكم و في حالة غياب الاتفاق يتعين الرجوع إلى القواعد الإجرائية المعتمدة للتحكيم لتحديد اللغة المستخدمة، وهو الأمر الذي أقرته بعض الهيئات الدولية للتحكيم و قوانين التحكيم الوطنية⁽³⁾.

(1) د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 92.

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ أبو العلاء النمر، مرجع سابق ذكره، ص 206.

(3) حيث تقرر المادة 15 ف03 من نظام التحكيم الخاص بغرفة التجارة الدولية الساري اعتبارا من 01 يناير 1988 ما يلي: «يحدد المحكم اللغة أو اللغات التي يجري بها التحكيم مراعيًا في ذلك الظروف ولا سيما لغة العقد».

= على أن المشرع الجزائري لم يشير ضمن نصوص الأحكام الخاصة بالتحكيم إلى ما يفيد بضرورة الالتزام بشرط الكتابة في حكم التحكيم على أن ذلك يستخلص من اشتراطه لصورة الحكم عد طلب تنفيذه و هو ما يؤكد شرط الكتابة لهذا الحكم في قانون التحكيم الجزائري.

والعبرة من إقرار شرط كتابة حكم التحكيم لتبرير وجوده لا لإثباته، ذلك أن صدوره شفهيًا ينفي عنه وصف حكم التحكيم وما يرتبه هذا الوصف من آثار، كما أن الحكم الشفهي لا يكتسي حجية الشيء المقضي فيه ولا يكون قابلاً للتنفيذ لاشتراط كافة القوانين لتنفيذه صورة أصلية من الحكم للتنفيذ وهو ما لا يتحقق إلا بموجب حكم مكتوب⁽¹⁾.

وتستوجب صياغة حكم التحكيم اشتماله على مجموعة من البيانات تتمثل في تحديد اسم ولقب المحكم أو المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم في التحكيم وصفاتهم المهنية، إضافة إلى أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي، إلى جانب ذلك ذكر أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف عند الاقتضاء⁽²⁾، والهدف من تحديد هذه البيانات التي تتضمن هوية الأشخاص المشاركين في حكم التحكيم ما هو إلا تأكيداً على تطابقها مع البيانات الواردة بقرار التحكيم، كما تضاف لتلك البيانات ضرورة تحديد تاريخ صدور حكم التحكيم و مكانه⁽³⁾، ذلك أنه لبيان تاريخ صدور الحكم أهمية ضرورية وأساسية في ترتيب العديد من النتائج القانونية المرتبطة بالحكم التحكيمي، فتحديد هذا التاريخ يسمح بالتأكد من احترام والتزام هيئة التحكيم بالمدة القانونية المحددة لانتهاء من المهام المكلفة بها وإصدار حكمها في النزاع الذي تنظره، وهو التزام تفرضه معظم عقود الاستثمار⁽⁴⁾، وكذلك القوانين الوطنية التي تتطلب أن يصدر حكم التحكيم خلال مدة معينة يتم تحديدها وفقاً لما تقتضيه ضرورات تلك النظم⁽⁵⁾، وهو مبدأ يستحق التأييد والتأكيد على الالتزام به حتى نضمن التزام المحكمين وعدم تماطلهم في نظر النزاع، وحتى لا تضيع ميزة السرعة التي ينشدها أطراف النزاع من و آراء اللجوء إلى التحكيم.

(1) د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 140.

(2) راجع المادة 1028 ف01-04-05 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(3) راجع في ذلك المادة 1028 ف2 و ف3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(4) حيث ينص البروتوكول الملحق بالاتفاق الجزائري الفرنسي للهيدروكربونات لسنة 1965 وفقاً للمادة 176 منه على التزام هيئة التحكيم لمدة 06 أشهر لإصدار حكمها في النزاع تبدأ من تاريخ تشكيل المحكمة و يمكن مد هذا الأجل في حالة وفاة أحد المحكمين أو لخطأ من المحكمين، أو عندما يجد رئيس المحكمة ضرورة لذلك. راجع ذلك مذكور في: د/ طارق عزت رخاء، مرجع سابق ذكره، ص 218.

(5) حيث تنص في هذا النطاق المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: «يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة "04" أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف و في حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقاً لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة، ولا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف».

أما مكان التحكيم فغاية تحديده تبدو بوجه خاص في تحديد جنسية الحكم و المعاملة التي سيتلقاها بعد صدوره، وذلك بتعيين المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلانه و المحكمة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذه⁽¹⁾.

و يترتب كمبدأ عام على عدم ذكر أحد هذه البيانات أو إغفاله تعريض حكم التحكيم للبطلان لكونها من البيانات التي اشترط المشرع عموما ورودها و ذكرها على سبيل الإلزام و الوجوب وليس على سبيل الجواز والاختيار.

وتصدر الهيئة عادة حكمها بعد اجتماعها في مداولات⁽²⁾ تمتاز غالبا بالسرية لتحقيق الهدف من اختيار نظام التحكيم كوسيلة لفض الخصومات القائمة بين الطرفين، ولضمان استقلال المحكم فيما يبدية من رأي و عدم تأثره برأي من اختاره محكما، و كذا للمحافظة على أسرار موضوع النزاع لا سيما أن طبيعة موضوع المنازعات الاستثمارية تحتوي أمورا تتعلق بنقل التكنولوجيا وأمورا تقنية يفضل أطرافها كتمانها على عرضها علنا⁽³⁾.

ولا يكتسي الحكم التحكيمي الصيغة أو الطابع القانوني الصحيح إلا إذا شارك في تحديد منطوقه أغلبية أعضاء هيئة التحكيم المكلفين و المنوطين بمهمة الفصل في النزاع محل الحكم⁽⁴⁾، ولا تثار مسألة الأغلبية في حالة استفراد محكم واحد بتشكيل هيئة التحكيم، على انه إذا أحيل النزاع إلى محكمة تحكيم تضم ثلاث محكمين أو أكثر فهنا الأغلبية تمثل اثنين من ثلاثة⁽⁵⁾، فيما عدا مسائل الإجراءات حيث يجوز أن يصدر القرار من المحكم الرئيسي وحده إذا لم تتوفر الأغلبية أو إذا أجازت هيئة التحكيم ذلك⁽⁶⁾، على أن البعض يرى أن هذا الاتجاه مؤداه أن الحكم سيصدر من محكم واحد انفراديا بإصداره، في حين أن التحكيم مستند إلى ثلاث محكمين مما يخل بإجراءات التحكيم و ضماناته وفي نفس الوقت تضيع الحكمة من إسناد التحكيم إلى ثلاثة محكمين و التي ترتبط بأهمية النزاع وما قد يتطلبه من خبرات مختلفة استلزم توافر هؤلاء المحكمين مجتمعين⁽⁷⁾، ولن تستعمل القواعد العامة لحكم التحكيم إلا إذا

(1) راجع لمزيد من التفصيل حول ذلك في: د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 148، 149.

(2) و المقصود بالمداولة أن يتبادل أعضاء هيئة التحكيم وجهات نظرهم مكتوبة قبل أن يجتمعوا على الحكم النهائي، كما يستوي الأمر أن يتم ذلك بواسطة وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني والفاكس وغيرها. راجع ذلك في: د/ محمد سليم العوا، نفس المرجع، ص 93.

(3) حيث تنص المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري على: «تكون مداولات المحكمين سرية».

(4) ذلك أن قاعدة الأغلبية قاعدة متعلقة بالنظام العام الدولي و ترتبط بإجراءات التقاضي و حسن سير العدالة أمام قضاء التحكيم ويفترض منع مخالفتها. راجع ذلك مذكور في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 259.

(5) راجع ذلك في: د/ طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص 219.

(6) راجع ذلك في: د/ احمد شرف الدين، مرجع سابق ذكره، ص 39.

(7) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 260.

وقد أقرت المادة 1026 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري مبدأ الأغلبية بقولها: «تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات».

تمت إحاطته بالضمانات الكافية والتي من شأنها بعث الثقة والاطمئنان في نفوس المتقاضين، ويعتبر تسبب قرار التحكيم من أهم تلك الضمانات التي تشترطها بعض القوانين الوطنية للتحكيم كشرط إلزاميا لصحته، إلى جانب إلزامية تضمينه بموجب عن ادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ومستنداتهم⁽¹⁾، ولعل الغاية في اشتراط إلزامية هذا الشرط الأخير هو توفير الرقابة على عمل المحكمين والتحقق من حسن استيعابهم لوقائع النزاع و دفع طرفيه، في حين يرمي تسبب حكم التحكيم إلى تحقيق عدة أهداف لعل أهمها تحديد وتبيان المصادر التي من خلالها كونت هيئة التحكيم قناعتها ومضمونها، كما أنه يدفع المحكم إلى التروي والتفكير قبل إصدار حكمه، ويقدم للخصوم برهانا على عدالة الحكم مما يدفعهم إلى احترامه عن قناعة بعدالته⁽²⁾، على أن هذا الشرط لا يأخذ بمحمل الإلزامية متى اختار الأطراف قانونا لم تجري العادة في إطاره على تسبب قرارات التحكيم⁽³⁾.

و فضلا عن هذه الأسباب فإن حكم التحكيم يجب أن يتضمن قبل تسليم نسخة منه لأطراف النزاع على توقيع أغلبية أعضاء هيئة التحكيم، و في حالة امتناع بعض المحكمين عن التوقيع وجب الإشارة إلى ذلك من قبل المحكمين الآخرين، ولا تأثير على صحة الحكم برغم ذلك بل يبقى منتجا لكافة آثاره⁽⁴⁾. وفي نهاية الأمر تنتهي كل تلك الإجراءات و البيانات الإلزامية الواجب توافرها في حكم أو قرار التحكيم بالمنطوق وهو الأمر المرجو والمنتظر من قبل أطراف الخصومة والهدف من لجوئهم إلى نظام التحكيم ذلك أنه لا جدوى من حكم لم يقض بشيء، على أن هذا المنطوق يأتي صريحا كما قد يأتي بصورة ضمنية كأن يبرر المحكم أو المحكمون جميع طلبات المدعى في حيثيات الحكم ثم يذكر أنه قد حكم له بجميع طلباته⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن حكم التحكيم يأتي في صورته العامة المنشودة على شكل حكم تحكيم نهائي و به يتم وضع حد و نهاية لخصومة التحكيم و به تنتهي ولاية واختصاص وسلطة هيئة التحكيم بشأن النزاع، كما قد يظهر حكم التحكيم بصورة حكم مؤقت أو حكم تحكيم جزئي أو حكم غيابي، وهي في مجملها

(1) تنص المادة 1027 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، في هذا الشأن على ما يلي : «يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة».

(2) راجع ذلك مذكور في: د/ غسان علي علي، مرجع سابق ذكره، ص400.

(3) ذلك أن القانون الانجليزي و الأمريكي لا يشترطان تسبب أحكام التحكيم، كما استقرا لقضاء الفرنسي على أن عدم التسبب و إن كان يتعارض مع النظام العام الداخلي في فرنسا إلا انه لا يمس النظام العام الدولي. راجع لمزيد من التفصيل حول ذلك: د/منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 258، و كذا في: د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص143 وما بعدها.

(4) تنص المادة 1029 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: «توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين، و في حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك و يرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين».

(5) راجع ذلك في: د/هشام خالد، مرجع سابق ذكره، ص515.

أحكام تتعامل معها هيئة التحكيم وفقا للسلطة المخولة لها وتقضي بها وفقا لطبيعة الوقائع والإجراءات المطروحة أمامها بشكل تحقق فيه توازن بين مصالح طرفي خصومة التحكيم⁽¹⁾.

الفرع 2: تنفيذ قرار التحكيم.

إن كل ما يمر به نظام التحكيم من مراحل و إجراءات منظمة أو محددة من قبل أطرافه إنما تهدف في مجملها إلى الوصول لتحقيق هدف واحد و هو التمكن من تنفيذ الحكم التحكيمي، ذلك أن هذه المرحلة هي الترجمة الفعلية والعملية للحسم و للحل النهائي للنزاع الذي يحكم الأطراف المتخاصمة⁽²⁾، إذ أن تنفيذ الحكم التحكيمي يعد بمنزلة لحظة الحقيقة في اختبار فاعلية نظام التحكيم و تجسيد الواقع العملي للثمرة المنشودة من خصومة التحكيم، و من ثم فقد حرصت العديد من الاتفاقيات الدولية و كذا القوانين الوطنية المهتمة والمنظمة لأحكام التحكيم بتحديد أحكام و قواعد خاصة تعنى بتنظيم إجراءات تنفيذ الأحكام الصادرة عن هيئة تحكيمية و الأسس المعتمدة في تبني تلك الأحكام وتيسير نفاذها.

وتجدر الإشارة قبل التطرق في تفصيل تلك الإجراءات إلى ضرورة التمييز و التفرقة بين الحالة التي يكتسي فيها حكم التحكيم حجية الأمر المقضي به والذي تستنفذ بموجبه هيئة التحكيم ولايتها⁽³⁾، وبين القوة التنفيذية لهذا الحكم، فهما مرحلتان تستقل كل منهما عن الأخرى، ذلك أن الحكم التحكيمي له أن يحوز الحجية و لو لم يصدر الأمر بتنفيذه بل حتى ولو كان قابلا للطعن⁽⁴⁾.

ولا تختلف الإجراءات القانونية المقررة لتنفيذ أحكام التحكيم سواء أكانت هذه الأحكام وطنية أو أحكام تحكيم أجنبية، ذلك أن المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات المقارنة الخاصة بالتحكيم أقر و نظم قواعد محددة لاجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الصادرة بالخارج متى اثبت من تمسك بها بوجودها و كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي⁽⁵⁾.

(1) راجع لمزيد من التفصيل حول أنواع أحكام التحكيم وفي: د/ أبو العلا النمر، مرجع سابق ذكره، ص 209 وما بعدها.

(2) راجع ذلك في: د/ إبراهيم احمد إبراهيم، مرجع سابق ذكره، ص 251.

(3) تجدر الإشارة إلى ضرورة التفرقة أيضا بين فكرة استنفاد الولاية و فكرة حجية الأحكام، فأما استنفاد الولاية فتعني انقضاء سلطة هيئة التحكيم بالنسبة للمسائل التي فصلت فيها فصلا حاسما يمنعها من العودة إليها مرة أخرى بحيث لا يكون لها أن تعدل عن قرارها فيها أو أن تعدل فيه.

وأما حجية الأحكام فأثرها يمتد إلى خارج نطاق الخصومة التي فصل فيها الحكم بقول حاسم، و يحتج بحجية الأحكام في كل خصومة تثار فيها مسألة سبق أن قضت فيها هيئة التحكيم قضاء حاسما بقول فصل مانع من العودة إلى المجادلة فيها مرة أخرى أمام القضاء سواء كان قضاء دولة و قضاء تحكيم.

راجع ذلك في: د/ محمد سليم العوا، مرجع سابق ذكره، ص 164، 165.

(4) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 260.

(5) تنص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري في هذا الشأن على: «تطبق أحكام المواد: 1035 و 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي».

ويتطلب أمر إضفاء الصبغة التنفيذية على الحكم التحكيمي ضرورة التقيد بمجموعة من الإجراءات، و تضاف الصيغة التنفيذية على الحكم التحكيمي بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها إذا كان الحكم صادرا بشأن تحكيم داخلي أو وطني مع إيداع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة⁽¹⁾، أما إذا كان صادرا بشأن تحكيم دولي فإن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، وفي محكمة محل التنفيذ إذا كان مقرها موجودا خارج الإقليم الوطني⁽²⁾، وفي هذه الحالة الأخيرة على صاحب طلب التنفيذ تقديم أصل حكم التحكيم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما تستوفى صحتها لأمانة الجهة القضائية المختصة⁽³⁾.

ويخرج الأمر الصادر من رئيس المحكمة المختصة القاضي بتنفيذ الحكم التحكيمي عن نطاق الأعمال القضائية، لأنه لا يفصل في موضوع النزاع بل تقتصر مهامه فقط على التحقق من مدى توافر الشروط اللازمة لتنفيذ الحكم، ذلك أن أمر التنفيذ لا علاقة له بموضوع النزاع محل حكم التحكيم و ليس جزءا من العملية التحكيمية فدعوى التنفيذ ليست دعوى جديدة و هو ما يمنع الفصل في مجال التنفيذ في أي طلبات إضافية من جانب المدعى أو المدعى عليه، حتى ولو كان الطلب مرتبطا بموضوع النزاع الذي قضى فيه حكم التحكيم أو مناقشة أي وجه من أوجه الدفاع المثارة في موضوع النزاع، لان ذلك فيه مساس بموضوع النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم و تجاوز في نطاقه الخصومة التي حددها اتفاق التحكيم⁽⁴⁾.

ومتى استوفى طالب التنفيذ الشروط القانونية لصحة التنفيذ وجب تحصل هذا الأخير على طلبه وذلك بامهار حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية دون الإخلال بحقه في طلب النفاذ المعجل لهذا الحكم متى كان من الأحكام المشمولة بالنفاذ المعجل، على أنه يحدث أن يعترض اجراءت التنفيذ بعض العراقل التي تمنع نفاذه برغم امهاره بالصيغة التنفيذية كامتناع الطرف الخاسر من الانصياع طواعية لما أقره حكم التحكيم⁽⁵⁾.

وفي هذا الإطار حرصت بعض الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم على تنظيم أيسر الطرق والوسائل لتنفيذ الأحكام التحكيمية بغية المساهمة في استقرار نظام التحكيم و تدعيمه و ضمان فعاليته لا سيما تلك

(1) تنص المادة 1053 من نفس القانون على: «يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلا للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل».

(2) حيث تنص المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على ما يلي: «يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا اثبت من تمسك بها وجودها أو كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي، و تعتبر 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 الوطني».

(3) راجع في ذلك المادة 1052 والمادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

(4) راجع ذلك في: د/ منير عبد المجيد، مرجع سابق ذكره، ص 261.

(5) راجع المادتين: 1036 و 1037 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

الأحكام التي تكون الدولة كسلطة ذات سيادة طرفا فيها، فإن التنفيذ بالنسبة للشخص المتعاقد الطرف الثاني طالب التنفيذ يواجه في اغلب الحالات عدة عراقيل أهمها مبدأ الحصانة و سيادة الدولة⁽¹⁾، على أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 كانت من بين الاتفاقيات الدولية التي اهتمت بمسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية⁽²⁾، فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي واعتمدت استثناءات على عدم نفاذه بعد إقامة الدليل أو تحقق سبب من الأسباب التي عدتها على سبيل الحصر⁽³⁾، حيث تؤكد المادة الثالثة منها على مبدأ فعالية الحكم التحكيمي من خلال إقرار ضمان تنفيذه من قبل كل الدول المتعاقدة و نصها كما يلي: «تقر كل دولة من الدول المتعاقدة سلطة أي قرار تحكيمي و توافق على تنفيذ هذا القرار طبقا للقواعد الإجرائية المتبعة في التراب الذي يستهدف فيه القرار، ووفقا للشروط المقررة في المواد الآتية، ولا تفرض لاعتماد القرارات التحكيمية التي تطبق عليها هذه الاتفاقية أو لتنفيذها شروط اشد صرامة بشكل محسوس من الشروط و المصاريف المفروضة لاعتماد القرارات التحكيمية الوطنية أو لتنفيذها»، على أن المادة الخامسة من ذات الاتفاقية فرضت و أقرت شروطا كاستثناء عن المبدأ العام و هو اعتماد القرار التحكيمي و قيدت الرفض أو الامتناع عن التنفيذ ضمن شروط محددة على سبيل الحصر وذلك متى أقام الطرف الممتنع عن التنفيذ الدليل على ما يلي:

أ) أن أطراف اتفاق التحكيم وفقا للقانون المطبق عليهم يصنفون من عديمي الأهلية أو كان اتفاق التحكيم غير صحيح و مخالف للقانون الذي أخضعه له أطرافه أو عدم الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه القرار.

إذا استشهد الطرف المطلوب تنفيذ قرار التحكيم عليه انه لم يتلقى تبليغا صحيحا بتعيين المحكم و بإجراءات التحكيم أو قدم ما يثبت تعذره عن تقديم دفوعه أمام هيئة التحكيم.

أ- إذا قضى قرار التحكيم بما لم يقره أطراف التحكيم من طلبات أو خلافات لم تحدده ولم تذكر في اتفاق التحكيم، أو انه قرار تجاوز في حكمه حدود اتفاق التحكيم على أن ذلك لا يمنع الاعتراف وتنفيذ بعض أجزاء القرار التحكيمي التي لها صلة بالقضايا المعروضة على التحكيم وأمكن فصلها عن تلك التي لم يتم الاتفاق بعرضها على التحكيم.

ب- في حالة عدم مطابقة تشكيل هيئة أو محكمة التحكيم و إجراءاته لما ورد في اتفاق التحكيم أو جاء مخالفا لقانون مقر التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

ج- أن قرار التحكيم لم يصبح ملزما لأطراف بسبب تدخل سلطة البلد الذي صدر فيه أو صدر وفقا لقانونه و قامت بإلغائه و تعليق العمل به.

(1) د/طارق عزت رخا، مرجع سابق ذكره، ص222.

(2) تمت المصادقة على اتفاقية نيويورك بموجب مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والتي تعنى باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، و قد انضمت الجزائر إلى الاتفاقية بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 25 ربيع الأول لعام 1409 هـ الموافق لـ 05 نوفمبر سنة 1988م بتحفظ.

(3) راجع نصوص الاتفاقية بالجريدة الرسمية الجزائرية عدد 48 المؤرخة في 23 نوفمبر 1988.

كما يمكن أن تعلن السلطة المختصة في البلد الذي طلب فيه اعتماد و تنفيذ القرار التحكيمي رفضها ذلك استنادا إلى:

أ- أن موضوع الخلاف حسب قانون هذا البلد ليس من شأنه أن يسوي بطريق التحكيم.
أو

ب- أن اعتماد القرار أو تنفيذه فيه مخالفة للنظام العام في هذا البلد.

و إذا كانت تلك الضمانات التي أحيط بها قرار التحكيم في مختلف قوانين التحكيم الوطنية و الاتفاقيات الدولية المعنية بتنظيم قواعد و إجراءات التحكيم الدولي لم تمنع بأن يكون هذا القرار محلا لدعوى بطلان، الأمر الذي وضع تحت مسمى إقرار مبدأ أو حق القضاء الوطني في أعمال الرقابة على أحكام التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن في حكم التحكيم سواء كان وطنيا أو دوليا، و هو ما أقرته و نظمت له إجراءات و أحكام مختلفة ضمن قواعد القوانين الوطنية الخاصة بالتحكيم⁽¹⁾.

على أن تعرض حكم التحكيم لدعوى البطلان لا يعني بأي حال من الأحوال مراجعة تقدير المحكمين، إذ أن ما انتهى إليه المحكمون كحكم فاصل في النزاع يكون بعيدا عن أية رقابة أو تعديل و هو ما يعني أن الطلبات التي تبنى عليها دعوى البطلان هي طلبات ترمي إلى الإبطال و ليس إلى الإصلاح أو التعديل و هو الأمر الذي يصدق عليه القول بأن دعوى البطلان في أحكام التحكيم تقترب إلى حد كبير من طريق الطعن بالنقض في الأحكام القضائية⁽²⁾.

وتطبيقا لهذا المبدأ فقد كان لقواعد الأونيسترال بموجب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الدور الفعال في إقرار و تعداد الحالات التي يتعين على مقدم طلب الطعن إثباتها بموجب المادة 34 منها و فيما عداها فلا يجوز الاحتجاج أو تعريض قرار التحكيم لدعوى البطلان و التي تم حصرها في احد الأسباب التالية⁽³⁾:

أ- أن أحد طرفي اتفاق التحكيم يفتقر إلى الأهلية أو أن اتفاق التحكيم غير صحيح.

(1) راجع المادة 1058 ف01 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري التي تنص على: «يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه».

(2) راجع ذلك في: د/ أبو العلا النمر، مرجع سابق ذكره، ص216.

(3) وهي تقريبا الأسباب التي حددها و اقراها المشرع الجزائري كشرط لجواز الطعن في الأمر القاضي بالاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم و بالتبعية الطعن في التحكيم وفقا لما قضت به أحكام المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري كما يلي: «لا يجوز استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية:

1. إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون.

3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكما أو إذا وجد تناقض في الأسباب.

6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي».

- ب- أن الطرف صاحب دعوى أو طلب البطلان لم يبلغ بشكل صحيح بتعيين احد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو انه لم يستطيع لسبب أو لآخر أن يعرض دفعه و طلباته.
- ج- إذا فصلت هيئة التحكيم بما يخالف المقرر بقرار التحكيم.
- د- إذا كان تشكيل هيئة التحكيم أو احد أعضائها من المحكمين جاء مخالفا لاتفاق التحكيم أو لقانون مقر التحكيم.

كما يمكن للمحكمة القضاء بالبطلان إذا وجدت:

- أ- أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة محل التنفيذ.
- ب- أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.
- وهي ضوابط تشكل في مجملها حدا من الضمانات لقرار التحكيم حتى لا تترك مسألة الفصل في دعوى البطلان تحت سلطة قاضي بلد التنفيذ الذي ربما قد يتمادى في فرض حق الرقابة مما يشكل خرقا لقرار لتحكيم.

الخاتمة:

إن طرح موضوع الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية والنظام القانوني الذي يحكمها للبحث والدراسة يجعل من الباحث في موقف المسيطر على بدايات هذا الموضوع دون أن تكون الرؤية واضحة لملامح نهاياته، ولعل ذلك يعود لعدة اعتبارات أهمها الانتشار المتزايد للاستثمارات الأجنبية وتطور الآليات التي تحكمها بشكل زاد من اتساع الفجوة الفاصلة بينها وبين الوضع الاقتصادي والصناعي والتكنولوجي للدول النامية، ما يجعل هذه الأخيرة في حاجة مستمرة لرؤوس الأموال الأجنبية حتى تلبي حاجاتها للتنمية الاقتصادية عن طريق الاستثمارات الأجنبية لكونها القناة الرئيسية التي يتدفق منها رأس المال والخبرة الفنية اللازمة.

وبقدر المصالح المشتركة في الحركة الدولية لانتقال رؤوس الأموال الأجنبية تكون هناك الحاجة لضرورة تنظيم هذه الحركة ضمن إطار قانوني معين وتشجيعها وحمايتها لضمان استمرارية تدفقها. ونظر أو تقييم نتائج وآثار الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية سيعكس بلا شك الوجه الحقيقي لهذه الاستثمارات، ويبرز نظرة الدول النامية لها بسبب مظاهر السيطرة والآثار السلبية التي قبلتها هذه الأخيرة مجبرة لضمان تحقيق عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية فيها، على أن ذلك لا يلغي حتما الدور الإيجابي لهذه الاستثمارات في المساهمة والاشتراك في تحقيق التنمية المرجوة لهذه الدول، الأمر الذي يلزم ويحتم على الدول المضيفة النامية الأخذ في الاعتبار ضمن التنظيم القانوني والإتفاقي الذي يحكم هذه الاستثمارات المقترحات التالية:

1- على اعتبار أن قانون الاستثمار الوطني من أهم الوسائل التي تكفل للدولة المستوردة للتكنولوجيا التعبير عن سياستها الاقتصادية، ومن ثم وجب على الدول المضيفة للاستثمارات الأجنبية أن تضمن قوانينها وتشريعاتها الخاصة بالاستثمار نصوصا قانونية تعتمد ضوابط مقيدة للتعامل مع رأس المال الأجنبي بشكل يكفل لها الاستفادة ما أمكن من تلك الاستثمارات ويجنبها السيطرة على اقتصادها الوطني.

2- إن الأهداف التي تربوا إلى تحقيقها الدول النامية والمتمثلة في تحقيق التنمية الاقتصادية الشاملة على أراضيها، والتي لن تتأتى إلا بالعمل على تقليص الفجوة بينها وبين الدول المصدرة لرأس المال وذلك بالمساهمة في جعل التنظيم القانوني الخاص بالاستثمار فعالا ومنتجا لآثاره بدء بتنظيم الحوافز والامتيازات المشجعة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، إلى تحديد القواعد والإجراءات المنظمة لحماية هذه الاستثمارات من مختلف الأخطار والعوائق المألوفة والمتعارف عليها في هاذ المجال، وإقرار الضمانات الكفيلة بترسيخ ثقة المستثمر الأجنبي كضمانة دفع التعويض المقابل لنزع الملكية وتيسير إجراءات التحويلات النقدية للأرباح الاستثمارية بما يتلاءم والحفاظ على قدرتها بالوفاء لمتطلبات خطط التنمية الاقتصادية الوطنية.

3- عدم تماادي الدول المضيفة ومبالغتها في منح الامتيازات والإعفاءات المقررة للاستثمارات الأجنبية وحجة تشجيع وفودها لإقليمها بهدف تحقيق التنمية المنشودة، بشكل يؤثر أو يلغي سيادتها على مواردها وثرواتها الطبيعية وما يتبع ذلك من حقوق تخول لها سلطة مراقبة وتنظيم إجراءات اكتساب الأجانب لحقوق الملكية وحياسة واستثمار الأموال داخل إقليمها، ومنع كل ما من شأنه الإضرار بمصالحها الاقتصادية، على أن تراعي الدولة النامية عند ممارستها لهذه السلطات تبني الإجراءات المساهمة في تحقيق الأهداف المرجوة ودون تعقيد أو إعاقة في غير محلها لهذه الاستثمارات.

4- انطلاقاً من مبدأ الاعتراف الدولي لكل دولة ذات سيادة بحقها المطلق في سن وتشريع القواعد القانونية التي تتماشى وتحقيق مصالحها العامة دون أي مسؤولية دولية عليها طالما أنها لم تخالف أحكام القانون الدولي، وهو ما سيقبل من إمكانية التمسك بشروط الثبات التشريعي من جانب المستثمر الأجنبي في مواجهة الدولة المضيفة له، الأمر الذي سيؤدي إلى التشكيك في مصداقية الضمانات التي تقرها تلك الدول في تشريعاتها كتشجيع وحماية للاستثمارات الأجنبية لانعدام مبدأ القوة الإلزامية التي تضمن استقرار تلك التشريعات، وبذلك نرى ضرورة اعتماد طرفي اتفاق الاستثمار على الضمانات المقررة بالاتفاقيات الثنائية والجماعية الخاصة بالاستثمار باعتبارها من أكثر الضمانات القانونية فاعلية، لما لها من قوة ملزمة لأطرافها بالنقد بما تم الاتفاق عليه من ضمانات وامتيازات، وأن مخالفة نصوصها يعد انتهاكاً للالتزام دولي يترتب المسؤولية الدولية في حق مخالفتها.

5- العمل على تشجيع عمليات استثمار رؤوس الأموال العربية داخل الدول العربية وذلك من خلال تكريس هذا المبدأ ضمن تشريعاتها الخاصة بالاستثمار، وتكاتف الجهود إلى تقرير قانون موحد للاستثمارات العربية ينظم ويحكم عملية الاستثمار في الدول العربية ويكون بمثابة المرجع المستدل به في صياغة قوانينها الخاصة بالاستثمار، وتعزيز هذا الدور بصفة خاصة من طرف الدول العربية ذات الفائض في عائداتها لاسيما الدول النفطية منها، من خلال سد العجز في التمويل الاقتصادي الذي تعاني منه أقطار عربية أخرى، وتفعيل دور الاتفاقيات المبرمة في إطار تشجيع الاستثمار بين الدول العربية بشكل إيجابي تتجسد من خلالها إقرار الضمانات والآليات الكفيلة بتحقيق التكامل الاقتصادي العربي، مع العمل على تعديل الاتفاقيات العربية المبرمة في هذا المجال بما يتماشى والمقتضيات التي تفرضها المعطيات الاقتصادية الدولية الحالية وكذا مع متطلبات السوق العربية وإمكانيات المستثمر العربي.

6- يجب على الدول المضيفة التي تملك موارد طبيعية كالبتروول وغيرها من الثروات الباطنية أن تلزم المستثمر الأجنبي الذي حصل على امتياز لاستغلال هذه الموارد بأن يقدم كافة المعلومات التي توصل إليها عن كمية ونوعية هذه المصادر إلى هذه الدول، وأن تعمل على تقييد حدود هذا الامتياز بحيث لا تجعل المجال مفتوحاً على مصرعيه أمام المستثمر الأجنبي كي يفرض سيطرته ويتصرف على أساس أنه المالك لهذه المصادر والموارد الطبيعية للدول المضيفة.

7- لا يجب أن تنشغل الدول المضيفة بالاستثمارات الأجنبية و المحتاجة لرؤوس الأموال الأجنبية لتحقيق ترميتها الاقتصادية عن الحماية المقررة لمستثمريها المحليين -الوطنيين- بما يرتب على دخول المستثمر الأجنبي خروج مستثمر وطني من السوق، بل يتعين عليها -الدول المضيفة- العمل والتنبه على عدم فتح باب الاستثمار أمام الأجانب في المجالات المستهدفة أو المشغولة من الوطنيين، إلى جانب التأكيد على ضرورة مساهمة تلك الاستثمارات الأجنبية في زيادة فرص العمل على كافة المستويات، والعمل على إلزام المستثمر الأجنبي قدر الإمكان استخدام المواد والمنتجات المحلية في مشاريعه الاستثمارية والمساهمة في تطويرها وتنميتها.

8- إن الفوائد التي تعود على الدول المضيفة - خاصة النامية منها- من الاستثمارات الأجنبية لا بد أن لا تكون الاعتبار الوحيد الذي يجب أن تراعيه هذه الدول وتصب اهتمامها عليه، وإنما ينبغي على هذه الأخيرة أن تتعامل مع تلك الاستثمارات بطريقة تجعلها تستفيد من استثماراتها من جهة وتحافظ على مصالحها الوطنية من جهة أخرى وذلك بضمان تحقق مايلي:

أ. أن يساهم المشروع الاستثماري الأجنبي في دعم التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المضيفة.

ب. التركيز على المشروعات ذات رأسمال مرتفع لكونها تعتمد التقنية المتقدمة الحديثة ولكن بالشكل الملائم والمطلوب لتنمية الاقتصاد الوطني.

ج. أن يكون المشروع الاستثماري الأجنبي وسيلة لإحلال اليد العاملة الوطنية بدلا من الأجنبية، بتدريبهم على اكتساب المهارات الإدارية المطلوبة والتقنيات التكنولوجية المستعملة، وإن اقتضى الأمر فيجب أن تضمن الدولة النامية المضيفة اتفاق الاستثمار شرطا يقضي الاستعانة بالعمالة الوطنية وبنسبة محددة.

د. أن تحظر الدولة المضيفة الاستثمار في بعض القطاعات الحساسة التي تمس بسيادة الدولة كقطاع الصناعات العسكرية وقطاع الإعلام وغيرها من القطاعات ذات المنفعة العامة وجعلها مقتصرة على المستثمر الوطني حتى تتجنب السيطرة التي يمكن أن يفرضها المستثمر الأجنبي وأثارها السلبية.

9- العمل على تشجيع بل الالتزام بالتحكم في القضاء الوطني كمبدأ عام وأساسي في المنازعات التي تنشأ بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له، ولن يتأتى ذلك بحسبنا إلا من خلال إزالة الصعوبات التي يدعي المستثمر الأجنبي مواجهتها و الثابتة للأسف بشكل مطلق في حق القضاء الوطني، كقلة خبرة القضاة المكلفون بالفصل في النزاعات الاستثمارية في هذا المجال، ونقص تكوينهم في المسائل المتعلقة بالأمور التقنية و الفنية التي يثيرها عادة هذا النوع من النزاعات، إلى جانب التشكيك المستمر في استقرار مبدأ الحيادة للقضاة الوطنيين متى كان النزاع المطروح احد أطرافه الدولة أو إحدى الهيئات و المؤسسات الممثلة لها، وهي في مجملها صعوبات لا يمكن إنكارها، على أن العمل على التخفيف منها و تطوير جانب المعرفة التقنية و التكنولوجية لدى رجال القضاء سيضع

حدا أمام الحجج و المبررات المنساقة من طرف المستثمر الأجنبي لاستبعاد القضاء الوطني كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار .

10- برغم الجهود المبذولة من طرف الدول النامية بتكريس مبدأ اللجوء إلى القضاء الوطني لحسم المنازعات التي يثيرها الاستثمار الأجنبي، إلا أن تمسك المستثمر الأجنبي على وجه الخصوص بالتحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات التي يكون فيها طرفا إلى جانب الدولة المضيفة له أصبح أمرا محسوما لما توفره هذه الوسيلة-التحكيم- من امتيازات و خصائص تجعل لطرفي النزاع دورا في تحديد إجراءات التقاضي و مناقشتها بما يتلاءم و يخدم مصلحتهم في حسم النزاع.

11- أن الاعتماد على التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار أصبح أمرا مستقرا عليه و مطالبا به بشدة من طرف المستثمر الأجنبي، هذه الرغبة التي دفعت الدول النامية المحتاجة لرأس المال الأجنبي إلى مسايرتها و الرضوخ لها، ومن هنا و حتى تضمن هذه الدول فعالية التحكيم كوسيلة لحسم منازعات الاستثمار بشكل ايجابي و جب عليها العمل على تنظيم إجراءاته و التحكم فيها ضمن تشريعاتها الوطنية حتى تضمن على الأقل تجنب نسبة من آثاره السلبية لا سيما ظاهرة انحياز المحكمين إلى جانب الطرف الممثل للدول المصدرة لرأس المال لما تملكه من قوة دولية تؤثر في بموجبها على لجان التحكيم للاقتناع بوجهة نظرهم و استصدار الأحكام لصالحهم على حساب الدول المضيفة و التي في الغالب هي دول نامية.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية.

- أولاً: الرسائل الجامعية.

- د/ احمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1975.
- د/ بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2004.
- د/ جمعة سعيد سرير الزوي، النظام القانوني لمنظمة التجارة العالمية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة عين شمس 1998.
- د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية للمشروعات المشتركة، دراسة تحليلية للمشروعات الدولية العامة وقواعد حمايتها في القانون الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الثانية 1981.
- د/ حسام أحمد محمد هنداوي: شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء أحكام القانون الدولي، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
- د/ حسن خليل: دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المتخلفة مع دراسة خاصة بإقليم مصر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1960.
- د/ حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1978.
- د/ دريد محمود علي السمرائي: ضمانات الاستثمار التجاري غير الوطني، رسالة دكتوراه، جامعة صدام للحقوق، بغداد 2001.
- فؤاد محمد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام، رسالة ماجستير، حقوق، جامعة أسيوط، مصر 2007.
- د/ عبد المعز عبد الغفار نجم الدين: الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء و التعمير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 1976.
- د/ عصام الدين مصطفى بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 1972.

- د/ علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة 1998.
- د/ عمر محمد محمود الأيوبي: فائض رؤوس الأموال العربية ومدى إمكانية استخدامه في تمويل التنمية الاقتصادية في مصر، رسالة دكتوراه حقوق، جامعة القاهرة 1985،
- د/ عوض الله شيبه الحمد السيد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدولة والشركات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه "حقوق" جامعة أسيوط، 1992.
- د/ غسان علي علي: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي تنشأ بصدد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2004.
- د/ لمياء متولي مرسى: التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2006.
- د/ محمد عبدو سعيد: الشركات متعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 1986.
- د/ منى محمود إدبلي: سياسة الحوافز الضريبية وأثرها في توجيه الاستثمارات في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة 2006.

- ثانيا/ الكتب:

- د/ إبراهيم احمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية 2000.
- د/ إبراهيم شحاتة:
- . الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية 1971.
- . معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر، دار النهضة العربية 1972.
- د/ أبو العلا النمر، الاختصاص القضائي الدولي و تنفيذ الأحكام الأجنبية و أحكام التحكيم في مصر، دار النهضة العربية بدون سنة نشر.
- د/ أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة 1981.
- د / احمد عبد الكريم سلامة "القانون الدولي الخاص- الجنسية والمعاملة الدولية للأجانب، الجزء الأول، دار النهضة العربية، 2002/2001، القاهرة.
- د/ احمد سرحال: قانون العلاقات الدولية المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع 1990 ، لبنان.
- د/ احمد شرف الدين:
- . دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، مطبعة أبناء وهبة حسان، بدون سنة طبع.
- . نزع الملكية وضمان الاستثمار العربي، دار النهضة العربية 1987 القاهرة.
- د/ احمد عبد الحكيم عشوش و د/ احمد أمين الهواري : دروس في التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، بدون دار طبع وبدون سنة نشر.
- د/ باسم محمد صالح و د/ عدنان احمد العزاوي: القانون التجاري- الشركات التجارية، بيت الحكمة، بغداد.
- د/ جلال وفاء محمدين: التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة للنشر.
- د/ جميل الشرقاوي: المقاصد الأساسية لقوانين ضمان الاستثمار في البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية القاهرة 1978.
- د/ حسين ألموجي: دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة، 1992.

- د/ حفيظة السيد الحداد:
الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2001.
- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- د/ خالد سعد زغلول حلمي: مثلث قيادة الاقتصاد العالمي - دراسة قانونية و اقتصادية - مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2002.
- د/ خيرى فتحي البصيلي: تسوية المنازعات في إطار اتفاقية منظمة التجارة العالمية، دار النهضة العربية 2007.
- د/ رمزي زكي: أزمة الديون الخارجية "رؤية من العالم الثالث"، الهيئة المصرية ور العامة للكتاب، القاهرة 1987.
- د/ سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002.
- د/ سراج حسين محمد أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2000.
- د/ شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية - مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة، وإعادة التفاوض hardship - درا النهضة العربية 2000.
- د/ شمس الدين الوكيل: الموجز في الجنسية ومركز الأجانب، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1968.
- د/ صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا مركز الدراسات العربي الأوروبي، الطبعة 02، 1999.
- د/ صالح بن عبد الله عطايف ألعوني: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز الطباعة و النشر بمعهد الإدارة العامة 1998.
- د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، القاهرة 2000.
- د/ طارق عزت رخا: دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروة البترولية، دار النهضة العربية، بدون سنة طبع.
- طه احمد علي قاسم: تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

- د/فؤاد رياض: الموجز في الجنسية و مركز الأجانب في القانون المصري المقارن، دار النهضة العربية 1984.
- د/ عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن:
 - . المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان بين القانون الداخلي والقانون الدولي، دار النهضة العربية 1990.
 - . عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، مكتبة النصر، جامعة القاهرة، بدون سنة طبع.
- د/ عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجزء 07 المجلد الأول، 1964 بيروت.
- د/ عبد السلام أبو قحف:
 - . إدارة الأعمال الدولية، الدار الجامعية الإسكندرية، 2001/2000.
 - . اقتصاديات الاستثمار الدولي، المكتب العربي الحديث، الطبعة الثالثة 1991.
- د/ عبد القادر سيد أحمد: المفاوضات بين الشمال والجنوب " الرهانات"، ديوان المطبوعات الجامعية 1983.
- د/ عبد الواحد محمد الفار: الجوانب القانونية للاستثمارات العربية والأجنبية في مصر، عالم الكتاب بدون سنة طبع
- د/ عز الدين عبد الله القانون الدولي الخاص، الجنسية والمواطن وتمتع الأجانب بالحقوق، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة العاشرة، القاهرة، 1977.
- د/ عصام الدين القسبي: خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية 1993 القاهرة.
- د/ غضبان مبروك، المجتمع الدولي، الأصول والتطور و الأشخاص، منظور تحليلي تاريخي و اقتصادي و سياسي و قانوني، ديوان المطبوعات الجامعية 1994.
- د/ علي إبراهيم: العلاقات الدولية في وقت السلم: دار النهضة العربية 1998/1997 القاهرة.
- د/ عوني محمد الفخري: التنظيم القانوني للشركات المتعددة الجنسية والعولمة، بيت الحكمة، بغداد 2000.
- د/ محمد السعيد الرقاق و د/ مصطفى حسن سلامة: المنظمات الدولية المعاصرة، منشأة المعارف، بدون سنة نشر.

- د/محمد السيد سعيد :
الشركات المتعددة الجنسية في الوطن العربي، دراسة منشورة في:
العرب ... والأزمة الاقتصادية العالمية، حوار الشمال والجنوب وأزمة تقسيم العمل الدولي
والشركات المتعددة الجنسية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع 1986.
الشركات متعددة الجنسية و آثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الهيئة المصرية
للكتاب، 1978.
- د/محمد أمين فضلون: التحكيم، قدم له القاضي نصرت منلا حيدر، مؤسسة أنوري
1994.
- د/ محمد سامي عبد الحميد: العلاقات الدولية، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، الدار
الجامعية.
- د / محمد سليم العوا : دراسات في قانون التحكيم المصري والمقارن، دار الكتب القانونية ،
بدون سنة طبع.
- د/مختار احمد البريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية 1995، ص 11.
- د/ مصطفى سلامة حسين: التنظيم الدولي للشركات المتعددة الجنسية، دراسة تحليلية و
تأصيلية لقواعد السلوك الدولي المنظمة لنشاطات الشركات المتعددة الجنسية، دار النهضة
العربية، 1982.
- د/ منذر حازم: الأسس النظرية للاستثمار، منشورات وزارة الثقافة في الجمهورية العربية
السورية، دمشق 2004.
- د/ منير عبد المجيد:
الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، بدون دار نشر 2005.
- قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995.
- د/ منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في
تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، 1990.
- د/ ناصر دادي عدوان و أ/ متناوي محمد: الجزائر والمنظمة العالمية للتجارة، دار المحمدية
العامة، الجزائر 2003.
- د /ناصر عثمان محمد عثمان: القانون الدولي الخاص المصري، الكتاب الأول، الجنسية
ومركز الأجانب، دار النهضة العربية، 2009 .
- د/ نصيرة بوجمعة سعدي: عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان
المطبوعات الجامعية 1992.

- د/ هشام خالد:

. الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،

1988.

. المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، دراسات قانونية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية،

1988.

. جدوى اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، مزاياه - أمراضه، نشأة المعارف،

الإسكندرية 2007

. عقد ضمان الاستثمار، القانون الواجب التطبيق عليه وتسوية المنازعات التي قد تنثور

بشأنه، دار الفكر الجامعي، سنة 2000.

- د/ هشام علي صادق :

. الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2000.

. الجنسية و الموطن ومركز الأجانب، المجلد الثاني، منشأة المعارف،

الإسكندرية.

. النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف،

الإسكندرية، 1977

. دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004.

. دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الكتاب

الثاني، 2004.

- ثالثاً: المقالات و البحوث.

- د/ إبراهيم احمد إبراهيم: حكم التحكيم في القانون الوضعي، ورقة عمل مقدمة إلى ورش عمل التحكيم التجاري المنظمة من قبل المنظمة العربية للتنمية الإدارية في الفترة من 16 إلى 21 أبريل 2005.
- د/ إبراهيم شحاتة:
 - . الحدود السياسية للتمويل الخارجي، مجلة مصر المعاصرة، السنة 59، العدد 334، أكتوبر 1968.
 - . القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية، مجلة مصر المعاصرة، يناير 1992، العدد 427 السنة 83، القاهرة.
 - . المشروعات المشتركة في إطار التعاون العربي، مجلة السياسة الدولية، عدد 40، أبريل 1975.
 - . المؤسسة العربية لضمان الاستثمار و دورها في توجيه حركة الاستثمارات العربية، مجلة مصر المعاصرة، عدد 353، يوليو 1973.
 - . دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 41، سنة 1985.
 - . نبذة عامة عن التحكيم في مجال التجارة الدولية و الاستثمار الدولي مع اهتمام خاص بالتحكيم عن طريق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة مصر المعاصرة، يونيو و أكتوبر 1989، العددان 417 و 418، السنة 80.
- د/ أبو العلا علي أبو العلا النمر: نظرة انتقادية للسياسة التشريعية المصرية في مجال الاستثمار ونقل التكنولوجيا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة 44، يوليو 2002.
- د/ احمد صادق القشيري: التأمين في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، عام 1969 السنة 11.
- د/ احمد شرف الدين:
 - . نزع الملكية و ضمان الاستثمار العربي، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الأول و الثاني، السنة 26، يناير و يوليو 1984.
 - . استثمار المال العربي- تأثير فكرته الاقتصادية في قواعده القانونية، مجلة غرفة الإسكندرية التجارية، عدد 436، يناير/ فبراير 1985

- د/ احمد عبد الكريم سلامة: شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية،
المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 43، 1987.
- د/ احمد فوزي: عبد المنعم وسائل فض المنازعات في إطار منظمة التجارة العالمية، المجلة
المصرية للقانون الدولي العدد "61" سنة 2005.
- د/ أحمد منير محمد النجار: عولمة الأسواق المالية وأثرها على تنمية الدول النامية مع
الإشارة للسوق المالي الكويتي، منشور على الموقع:
<http://www.Philadelphia.edu.jo/arabic/adfin/research/y.pdf>.
- د/ السيد عبد المولى: فائض الأموال العربية ومكانية استثماره في المنطقة العربية، مجلة
القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني، السنة 45، مارس - يونيو 1975.
- د/ أشرف محمد دوابة و أ/ غسان محمد الشيخ: مخاطر استثمار الأموال العربية في الدول
غير الإسلامية، ورقة عمل مقدمة بالمؤتمر الدولي للاقتصاد الإسلامي بعنوان: الاستثمار
في الدول الأجنبية، ضوابطه ومخاطره بتاريخ 2007/04/09، حنون للطباعة، الطبعة
الأولى 2007.
- المعجم الوجيز منشورات مجمع اللغة العربية، جمهورية مصر العربية، الهيئة العامة لشؤون
الطبع الأميرية، طبعة 1995.
- د/ جورج حزبون حزبون و د/ مصلح احمد الطراونة: التكييف القانوني لعقود الاستثمار
الأجنبي في العلاقات الخاصة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثاني، العدد
الأول، يناير 2006.
- د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية تعليق على حكم
"اليترونيكا سيكيولا" بين الولايات المتحدة الأمريكية ضد إيطاليا، المجلة القانونية
الاقتصادية، العدد 05، سنة 1993، جامعة الزقازيق كلية الحقوق.
- د/ حسام الدين عبد الغني الصغير: ترخيص الملكية الفكرية ونقل التكنولوجيا، مقال
منشور على الموقع:
www.wipo.net/edocs/mdocs/arab/ar/wipo.ip-mct-04-9.doc[1]
- د/ حاتم احمد جعفر: التقييم العقاري بين التأصيل العلمي والخبرة العلمية، مقال منشور
على الموقع:
<http://unpan1.un.org/intra.doc/groups/public/documents/arado/unpan.026428.Pdf>.
- د/ حسن العمري: الاستثمار الأجنبي وأثره على تقييم الأداء في السوق المالي، دراسة
تحليلية لسوق عمان المالي، مجلة النهضة، المجلد التاسع، العدد الثاني، أبريل 2008.

- د/ حسن مهران: الاستثمار الأجنبي المباشر في مصر وإمكانيات تطويره في ضوء التطورات المحلية الإقليمية والدولية، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد الثامن، العدد الأول 2000.
- جريدة الوقائع المصرية العدد 176 أغسطس 1997.
- د/ رفعت محجوب: موقف الدول الآخذة في النمو من إصلاح النظام النقدي مع دراسة موقف البلاد المصدرة للبترول، مجلة القانون و الاقتصاد، مارس/يونيه 1976، السنة السادسة و الأربعون.
- د/ فلاح خلف علي الربيعي: أثر السياسات الاقتصادية على مناخ الاستثمار في الدول العربية، مجلة علوم إنسانية، السنة الثانية، العدد 23، يوليو 2005، منشور على الموقع: <http://www.uluminsania.net/htm>.
- د/ سودارشان غوبتو ود/ مسعود أحمد: الاستثمار بالحافطة وتدفعه إلى البلدان النامية، مجلة التمويل والتنمية، مارس 1993.
- د/ سلوى سليمان: الاستثمار العربي في الاقتصاد المصري، مجلة مصر المعاصرة العدد 363، السنة 67 يناير 1976.
- د/ الطيب ياسين: النظام المصرفي الجزائري في مواجهة تحديات العولمة المالية، مقال منشور على الموقع: [http://crweb.luedld.net/rc3/05-ALG % 20 Tayb yacine-A-ok.pdf](http://crweb.luedld.net/rc3/05-ALG%20Taybyacine-A-ok.pdf).
- د/سيد إمام: الإعفاءات الضريبية بقصد تشجيع الاستثمار والإنتاج، مجلة مصر المعاصرة، السنة 62 العدد 345، يوليو 1971 القاهرة.
- د/ سالم الشوابكة: الازدواج الضريبي في الضرائب على الدخل وطرائق تجنبه مع دراسة تطبيقية مقارنة، مقال منشور على الموقع: <http://www.dama suniv.snern.net>.
- د/ عبد الرحمن السحبياني: تحرير التبادل التجاري العربي " منطقة التجارة الحرة العربية"، مقال منشور في مجلة أوراق اقتصادية عدد العدد 13 سبتمبر 1997.
- د/ طارق الحمودي: قراءة مبسطة في التحكيم التجاري الدولي، ورقة بحث مقدمة في ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية من 25 إلى 29 ديسمبر 2007.
- د/ صالح الخصاونة: قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، أوراق مقدمة بمؤتمر قانوني، جامعة بيرزيت 15/14 جوان 1996، دراسات قانونية، باحثون قانونيون، بدون سنة طبع.

- د/ صفوت عبد السلام عوض الله: الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، يناير 2003.
- د/ عبد الإله الأمير :العقود البترولية الإنتاجية، مقال منشور على الموقع: [www.iier.org/oil law_ the 20% nature 20% oil 20% contacts.rtf](http://www.iier.org/oil%20law%20the%20nature%20oil%20contacts.rtf).
- د/ محسن شفيق: المشروعات ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الأول والثاني 1977.
- د/ محمد عمران: التدفقات الرأسمالية بين مصر ودول شمال إفريقيا " الواقع والتحديات" دراسة مقدمة لمكتب شمال إفريقيا التابع للجنة الأمم المتحدة الاقتصادية لإفريقيا، منشور على الموقع: <http://www.uneca-na.org>
- د/ محمد حمدي محمد بهنسي: الجوانب القانونية للاستثمارات الأجنبية طبقا لقوانين الاستثمار الحديثة الصادرة في مصر وبعض الدول العربية، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق.
- د/ محمود عبد الحميد سليمان: الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، المجلة المصرية للقانون لدولي، المجلد 58، سنة 2002 القاهرة.
- معجم لسان العرب، ابن منظور، دار بيروت 1956.
- د/ مصعد حسن عبد الهادي و ا/عباس مهدي البغدادي: الممارسات التقييدية للشركات المتعددة الجنسية ومؤتمرات الأمم المتحدة، مجلة النفط والتنمية، السنة الخامسة، 12 أيلول 1988.
- د/ مصطفى العبد الله الكفري: الاتفاقيات والمعاهدات بين الدول العربية على طريق العمل الاقتصادي المشترك، مقال منشور على الموقع: <http://www.Ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=13532>.
- د/ منصور فرج السعيد: النظام القانوني للاستثمار الأجنبي في ظل قانون الاستثمار الجديد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة 27، سبتمبر 2003.
- د/ ميراندا زغلول رزق: تأثير نظم الحوافز والإعفاءات الضريبية على تحسين بيئة الاستثمار في مصر، مجلة مصر المعاصرة/ يوليو/ أكتوبر 1994، العددان 437/438 السنة الخامسة والعشرون القاهرة .
- د/ هشام صادق: تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية و أثره على ضمان الاستثمارات العربية في مصر، مجلة البحوث والدراسات العربية، العدد 07، يونيو 1976.

- هاشم عوض عبد المجيد: الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية: مقال منشور على الموقع:
<http://www.eyeslaw.net/vb/showthread.php?p=769298>.
- د/نوزاد عبد الرحمن الهيتي: الشركات متعددة الجنسية ودورها في الاقتصاد العالمي،
مجلة علوم إنسانية، السنة الرابعة، العدد 32، 02 يناير 2007، منشور على الموقع:
<http://www.uluminsania.net/htm>.
- د/ وشاح رزاق:
. برنامج التدريب عن بعد للاستثمار الأجنبي المباشر، المعهد العربي للتخطيط، الكويت،
مقال منشور على الموقع:
<http://www.Arab-api/course37//pdf/p78025-4.pdf>.
- . الاستثمار الأجنبي والتنمية، المعهد العربي للتخطيط، مقال منشور على الموقع:
<http://www.Arab-api/course37//pdf/p78025-3pdf>.
- د/ وهبي غبريال: البعد السياسي للشركات متعددة الجنسية، مجلة السياسة الدولية، عدد 44،
أبريل 1976.
- نصوص اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، جاءت مذكورة في: المجلة المصرية
للقانون الدولي، العدد 41، سنة 1985، في القسم الخاص بالوثائق.
- د/ ويسا صالح: تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة والمواطنين، مجلة مصر المعاصرة،
السنة 71، العدد 379، يناير 1980.
- د/ ياسر خضر الحويش: تأثير اتفاقيات تحرير التجارة العالمية في تطوير القوانين الداخلية،
مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004.
- Negee Choona Chia & John Whalle: أنماط الحوافز الضريبية للاستثمار في
الدول النامية ترجمة: احمد هاشم خاطر ، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط، المجلد
الرابع، العدد الأول 1996.

- رابعا/الجرائد الرسمية و المواقع:

- الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 48 المؤرخة في: 1988/11/23.
- الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في: 1991/10/06.
- الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 69 المؤرخة في: 1994/10/26.
- الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 23 المؤرخة في: 1995/04/26.
- الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 84 المؤرخة في: 2004/12/29.
- الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 15 المؤرخة في: 2005/02/27.
- الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 45 المؤرخة في: 2005/06/20.
- الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 45 المؤرخة في: 2005/07/23.
- الجريدة الرسمية المصرية عدد 06 المؤرخة في: 1978/02/09.
- الجريدة الرسمية المصرية عدد 34 المؤرخ في: 1992 /08/20.
- الجريدة الرسمية المصرية رقم 21 المؤرخة في: 1997/05/22.
- الجريدة الرسمية المصرية العدد 01 المؤرخة في: 1998/01/01.
- الجريدة الرسمية المصرية عدد 13 المؤرخة في: 2000/03/30.
- الجريدة الرسمية المصرية عدد 22 مكرر المؤرخة في: 2002/06/05.
- الجريدة الرسمية المصرية عدد 37 المؤرخة في: 2002 /09/12.
- الجريدة الرسمية المصرية عدد 18 المؤرخة في: 2003 /05/03.

- سلسلة دراسات الأونكتاد بشأن مسائل اتفاقات الاستثمار الدولية، مؤتمر الأمم المتحدة

للتجارة والتنمية - الحوافز - نيويورك، جنيف 2004.

- نشرة تفصيلية تصدر عن المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، السنة 24، العدد الفصلي

الرابع 2006.

- تقرير UNCTAD منشور على الموقع:

<http://www.unctad.org/en/docs//wir2002 overviewen.pdf>.

- النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولي على موقعها في الشبكة:

www.un.org/arabic/aboutun/organs/icj.htm.

- محكمة الاستثمار العربية في الشبكة القانونية العربية بجامعة الدول العربية على الموقع:
<http://www.arablegalnet.org/ArabTahkim/Default.aspx>.
- نص قانون الاونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على الموقع.
www.unictral.org/pdf/arabic/texts/arbitration/mal-arb/07.86996-Ebook.pdf.
- نصوص اتفاقية الوكالة الدولية لضمان استثمار مذكورة في: المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 41، سنة 1985، في القسم الخاص بالوثائق
- مصر الدولة الأكثر اقتراضا في الشرق الأوسط، مقال منشور على الموقع:
[http:// www.lknwanonline.com/htm](http://www.lknwanonline.com/htm)
- كيفية إدارة القطاع الخاص للمرافق العامة"، مقال منشور على الموقع الالكتروني:
www.unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan024942.pdf.
- المحاسبة الضريبية: مقال منشور على موقع:
<http://www.ssic2002.com/assets/files/pdf/1512>.
- دراسة للجنة الدولية للصليب الأحمر حول قواعد العرف الدولي منشورة على الموقع:
<http://www.icrc.ch/web/ara/sitearao:nsf/html/customary-law-q-and-a-150805#top>.
- نصوص ميثاق هافانا على الموقع الالكتروني: <http://www.unctad.org>.
- اتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي على الموقع:
www.maghrebarabe.org/admin-files/acc%20encouragement%20invest.pdf.
- اتفاق تشجيع الاستثمار بين الجمهورية العربية السورية وجمهورية لبنان، على الموقع:
www.cnarb.com/2008wd/bit/lebanon-syria.pdf.
- اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين المملكة الأردنية والمملكة المغربية، على الموقع:
www.mit.gov.jo/portals/o/marroc01.pdf
- اتفاقية تجنب الازدواج الضريبي و تفادي التهرب و الغش الضريبي و وضع قواعد متبادلة في ميدان الضريبة على الدخل و الثروة المبرمة بين الجزائر و الأردن في أيلول من عام 1979، على الموقع: www.incomitax.gov.jo/incomitax/mai

رابعاً/ المراجع الأجنبية:

- Denis babusiaux: décision d'investissement et calcul économique dans l'entreprise. Economica et T éditions technip.
- Denis Bettems: Les Contrats entre Etats et Entreprises Etrangères, Perspectives Internationales, Méta Editions, Lausanne 1988.
- Franck Bancel et Alban Richard: Les Choix D'investissement – Méthodes Traditionnelles, Flexibilité et Analyse Stratégique, Economica.
- Jacky Koehl: les choix d'investissement, Dunod, Paris 2003.
- Lawence Gitman et Michael Joehnk: Investissement et marches financiers, Pearson Education, 9^{eme} édition.
- Madjid ben chikh: droit international du sous-développement. Berger Levreult et office des publications universitaire- Alger.
- Mariel revillard: Droit International privé et communautaire Defrenois; 6^{eme} édition.
- Michel Menjuq: Droit International et Européen des Sociétés, Montchrestien2001.
- Peter H. Lindert et Charlas P. Kindleberger: Economie International. Tendances Actuelles, 7eme Edition.
- Salmon : le Rôle des Organisations Internationales en Matière de Prés et d'Empreints, Londre 1985.
- zalmaï haquani et philippe saunier et Béatrice magaza: Droit international économique, Ellipses: p 64.
- Vocabulaire juridique: Gérard Cournu, 8^{eme} édition, Quardrige, avril 2007, p 514.

- Ou Va le Droit de L'investissements, Désordre Normatif et Recherche D'équilibre, Actes du Colloque Organisé a Tunis les 3 et 4 mars 2006, Edition A. Pedone. Paris:
- Adel Hamid Abed: Les Garanties De L'investissement Etranger En Tunisie.
- Barton Legum: La Reforme du CIRDI Vers une Juridictionnalisation de L'arbitrage Transnational.
- Dominique Carreau: Commerce et Investissement.
- Hind Labid: Ou va la Clause de la Nation la plus Favorise en Droit International des Investissement ?
- Ichrak Ayed et Mouhamed Abid: Les Nouveaux Modèles de Traités Bilatéraux de Protection et de Promotion des Investissement, exemples des modèles Américain 2004 et Canadien 2005.
- Imen Sarar et Mouhamed Anis Beltaïed: L'investissement International au Maghreb; Unité ou Pluralité,
- Ines Marzouki: L'arbitrage Etat-Investisseur Dans les Accords Américains Récents De Libre- Echange.
- Lamia Dargouth : Les Garanties de L'investissement Etranger en Tunisie; La Teneur et La Portée de La Protection Internationalisée.
- Lotfi Chedli : Ordre Public transnational et investissement.
- Neji Baccouche: Incitation aux Investissement entre Etat.
- Rym Ben Khelifi: Le Deni de Justice en Droit de L'investissement International, L'affaire Lowrenc, Les Etats Unis d'Amérique.

فهرس المحتويات

أ	مقدمة
01	الفصل التمهيدي: تعريف الاستثمارات الأجنبية و دورها في التنمية الاقتصادية.....
02	المبحث الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي.....
03	المطلب الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي من الوجهة الاقتصادية.....
06	المطلب الثاني: التعريف القانوني للاستثمار الأجنبي.....
07	الفرع 1: تعريف الاستثمار الأجنبي في ظل التشريعات الوطنية.....
12	الفرع 2: تعريف الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي.....
13	أولاً: تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية.....
15	ثانياً: تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الجماعية.....
19	المبحث الثاني: الأشكال القانونية للاستثمارات الأجنبية.....
21	المطلب الأول: الاستثمارات الأجنبية المباشرة.....
24	الفرع 1: الشركات المتعددة الجنسية.....
28	الفرع 2: الاستثمارات الأجنبية الثنائية المباشرة.....
31	المطلب الثاني: الاستثمارات الأجنبية غير المباشرة.....
33	الفرع 1: القروض.....
33	أولاً: القروض الخارجية الخاصة.....
34	ثانياً: القروض العامة.....
35	ثالثاً: القروض الدولية أو المتعددة الأطراف.....
37	الفرع 2: الاستثمار الأجنبي في حافظة الأوراق المالية.....
39	المبحث الثالث: دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية للدول النامية.....
39	المطلب الأول: مفهوم التنمية الاقتصادية.....
40	الفرع 1: النظرية التقليدية.....
41	الفرع 2: النظرية الحديثة.....
42	المطلب الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية للدول النامية.....
42	الفرع 1: دور الوسائل الوطنية المحلية في تمويل التنمية.....
43	الفرع 2: دور الوسائل الأجنبية - غير الوطنية - في تمويل التنمية.....

48	الباب الأول: الضمانات القانونية والدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية
49	الفصل الأول: ضمانات الاستثمار الأجنبي في ظل القوانين الوطنية والدولية
50	المبحث الأول: الوسائل الوطنية لحماية الاستثمارات الأجنبية
51	المطلب الأول: معوقات الاستثمار الأجنبي
51	الفرع 1: نزع الملكية "l'expropriation"
54	الفرع 2: تأميم ومصادرة المشروعات الاستثمارية الأجنبية
54	أولاً: المصادرة (la confiscation)
56	ثانياً: التأميم (la nationalisation)
59	الفرع 3: القيود القانونية النقدية والضريبية
60	أولاً: القيود القانونية الضريبية
61	01) الازدواج الضريبي
63	02) التمييز وعدم التساوي في فرض الضرائب
64	ثانياً: الرقابة على الصرف الأجنبي والتحويلات النقدية
67	المطلب الثاني: المزايا والضمانات القانونية المكفولة للاستثمار الأجنبي
69	الفرع 1: الضمانات المقابلة لنزع الملكية
69	أولاً: أن لا يكون نزع الملكية لتحقيق مصلحة عامة
71	ثانياً: أن يتم نزع الملكية دون تمييز
74	ثالثاً: أن يقتصر الإجراء بدفع تعويض
78	الفرع 2: دور الحوافز الضريبية في جذب الاستثمارات الأجنبية
79	أولاً: الوسائل القانونية لتجنب الازدواج الضريبي
81	ثانياً: الحوافز والإعفاءات الضريبية ودورها في تشجيع الاستثمار الأجنبي ..
85	الفرع 3: التيسيرات المالية والنقدية والإدارية
85	أولاً: التيسيرات المالية والنقدية
87	ثانياً: التيسيرات الإدارية
90	المبحث الثاني: الوسائل الدولية لحماية الاستثمارات الأجنبية
91	المطلب الأول: حماية الاستثمارات الأجنبية في إطار القانون الدولي العرفي
92	الفرع 1: مفهوم الحد الأدنى لمعاملة الأجانب
94	الفرع 2: آثار قواعد القانون الدولي العرفي في تنظيم الاستثمارات الأجنبية ...
96	المطلب الثاني: وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي الاتفاقي

96	الفرع 1: اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة
98	الفرع 2: اتفاقيات ضمان وحماية وتشجيع الاستثمار
101	الفصل الثاني: الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية.
104	المبحث الأول: نطاق تطبيق معاهدات الاستثمار الثنائية.....
105	المطلب الأول: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث طبيعة الاستثمارات....
107	المطلب الثاني: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث الأشخاص المستفيدون..
108	الفرع 01: الشخص الطبيعي كمستثمر في معاهدة الاستثمار الثنائية
110	الفرع 02: الأشخاص الاعتبارية المستفيدة من الحماية الاتفاقية
115	المطلب الثالث: نطاق معاهدات الاستثمار الثنائية من حيث مدة نفاذها
119	المبحث الثاني: قواعد معاملة الاستثمارات الأجنبية في إطار المعاهدات الثنائية
120	المطلب الأول: معيار المعاملة الوطنية
126	المطلب الثاني: معيار الدولة الأولى بالرعاية
129	المطلب الثالث: معيار المعاملة العادلة والمنصفة
133	الفصل الثالث: الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية في نطاق المعاهدات الجماعية...
135	المبحث الأول: اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار
138	المطلب الأول: الشكل القانوني والتنظيمي للمؤسسة.....
138	الفرع 01: الإطار القانوني للمؤسسة
141	الفرع 02: التنظيم الهيكلي - الإداري - في المؤسسة
145	المطلب الثاني: حدود قواعد الضمان في نطاق اتفاقية إنشاء المؤسسة
146	الفرع 01: شروط صلاحية الاستثمارات للضمان
150	الفرع 02: نطاق الضمان في المؤسسة من حيث الأشخاص
156	الفرع 03: طبيعة المخاطر الصالحة للضمان في إطار اتفاقية المؤسسة.
157	أولاً: المخاطر السياسية
159	ثانياً: مخاطر تحويل العملة
160	ثالثاً: مخاطر الأعمال العسكرية و الفتن الداخلية
164	المبحث الثاني: تنظيم عمليات الاستثمار الأجنبي في ظل المنظمة العالمية للتجارة
165	المطلب الأول: ظروف نشأة المنظمة العالمية للتجارة وأهدافها
166	الفرع 1: مظاهر نشأة المنظمة العالمية للتجارة
170	الفرع 2: أهداف المنظمة العالمية للتجارة و مهامها

173	المطلب الثاني: تنظيم الاستثمار في ظل منظمة التجارة العالمية
174	الفرع 1: اتفاق تدابير الاستثمار المتصلة بالتجارة: (TRIMS)
177	الفرع 2: الاتفاق العام للتجارة الدولية في الخدمات GATT
179	المطلب الثالث: موقف الدول النامية تجاه منظمة التجارة العالمية
182	الباب الثاني: تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية
184	الفصل الأول: آليات تجنب و فض منازعات الاستثمار الأجنبي بخلاف القضاء
185	المبحث الأول: وسائل تجنب منازعات الاستثمار
186	المطلب الأول: شروط الثبات التشريعي
187	الفرع 1: الطبيعة القانونية لشروط الثبات التشريعي
189	الفرع 2: دور شروط الثبات التشريعي في تجنب منازعات الاستثمار
191	المطلب الثاني: شروط إعادة التفاوض - شروط المراجعة-
192	الفرع 1: المفهوم القانوني لشروط إعادة التفاوض
194	الفرع 2: أثر شروط إعادة التفاوض في تجنب المنازعات
196	المبحث الثاني: التسوية الودية لمنازعات الاستثمار الأجنبي
197	المطلب الأول: الوسائل البديلة لحسم منازعات الاستثمار
198	الفرع 1: المفاوضات
199	الفرع 2: التوفيق - المصالحة -
201	الفرع 3: الوساطة
204	المطلب الثاني: أثر الوسائل البديلة في حسم منازعات الاستثمار
207	الفصل الثاني: الوسائل القضائية لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
208	المبحث الأول: دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار
209	المطلب الأول: مدى فعالية القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار
212	المطلب الثاني: موقف المستثمر الأجنبي من القضاء الوطني
214	المبحث الثاني: القضاء الدولي وسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الأجنبي
218	المطلب الأول: الإطار القانوني و التنظيمي لمحكمة الاستثمار العربية
220	المطلب الثاني : دور محكمة الاستثمار العربية في حسم منازعات الاستثمار
224	الفصل الثالث: نظام التحكيم في منازعات الاستثمار الأجنبية
228	المبحث الأول: الإطار القانوني لنظام التحكيم التجاري
229	المطلب الأول: دوافع التمسك بالتحكيم في منازعات الاستثمار

233	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم الدولي.....
234	الفرع 1: الطبيعة التعاقدية للتحكيم.....
235	الفرع 2: الطبيعة القضائية للتحكيم.....
237	الفرع 3: الطبيعة المختلطة للتحكيم.....
239	المطلب الثالث: خصائص التحكيم.....
240	الفرع 1: التحكيم الخاص.....
243	الفرع 2: التحكيم المؤسسي.....
246	المبحث الثاني: فعالية نظام التحكيم في حسم منازعات الاستثمار.....
247	المطلب الأول: اتفاق التحكيم.....
247	الفرع 1: الشكل القانوني لاتفاق التحكيم.....
251	الفرع 2: القانون واجب النفاذ على اتفاق التحكيم.....
256	المطلب الثاني: القواعد الإجرائية للتحكيم.....
256	الفرع 1: تكوين هيئة التحكيم.....
259	الفرع 2: إجراءات سير النزاع التحكيمي.....
263	المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لقرار التحكيم.....
263	الفرع 1: القواعد العامة لقرار التحكيم.....
267	الفرع 2: تنفيذ قرار التحكيم.....
272	الخاتمة.....
276	قائمة المراجع.....
293	الفهرس.....