جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل –كلية القانون

المعاييرُ الدوليةُ لحمايةِ الاستثمارِ الاجنبي

رسالة مقدمة

إلى مجلس كلية القانون - جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون/ القانون العام

من قبل الطالبة

عذراء محمد سكر صالح

بإشرف

الأستاذ المساعد الدكتور

حيدر عبد محسن شهد الجبوري

١٤٤٣هـ ٢٠٢١م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

(وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا
وَتَرَكُوكَ قَائِمًا قُلْ مَا عِندَ اللَّهِ خَيْرٌ مِّنَ
اللَّهْوِ وَمِنَ التِّجَارَةِ وَاللَّهُ خَيْرُ الرَّازِقِينَ)

صدق الله العلي العظيم

(سورة الجمعة :الآية ١١)

الإهداء

إلى وطني العراق الحبيب أرض العلم والمعرفة الحضارة والعروبة

وفاءً وإعتزازاً وأفتخاراً

إلى والدي الغالي الذي شجعني على مواصلة طريق العلم وتوسم فيَّ غرساً أمدّ الله في عمرهُ

إلى أمي نور العين ونبض القلب ونبع الحنان أمد الله في عمرها

إلى أعز الناس إلى قلبي وأقربهم إلى نفسي إخوتي وأخواتي أسال الله ان يحفظهم جميعاً

إلى الأهل والأقارب كافة وكل من ساعدني من قريب أو من بعيد حباً ووفاءً

إلى من تشرفت بمعرفتهِ لِتوجيهي في إنجاز رسالتي شكراً وأمتناناً

إلى روح شهداء وطني الذين سالت دمائهم من أجل الحرية والكرامة

عزاً وفخراً

وإلى كل من سعى في طلبِ العلم ونشرهِ

أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وثناء

الحمدُ للهِ ربَّ العالمين ، والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد واله الطيبين الطاهرين .

قال الله تعالى : (يرفع الله الذين أوتوا العلم درجات) ، أحمد الله عز وجل الذي أنار لي درب العلم والمعرفة ، وأعانني على أداء هذا العمل ووفقني على إنجازه ،ومنحني القدرة والعزيمة على أتمامه .

شكر والامتنان إلى والديّ حفظهما الله لما قدما لي كامل الدعم والمساندة ، وبذلا الغالي والنفيس في سبيل وصولي لدرجة علمية عالية . لهم فائق الشكر والاحترام .

قال الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : (**من لم يشكر الناس ، لم يشكر الله عز وجل**) .

أتوجه بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المساعد الدكتور (حيدر عبد محسن شهد الجبوري) الذي تفضل بالإشراف على هذه الرسالة، لما قدمهُ لي من توجيهاتٍ وملاحظات أوصلت الرسالة إلى صغتيها الاكاديمية الأصولية . له كل التقدير والاحترام .

وأسجل شكري وتقديري لأساتذتي في كلية القانون جامعة بابل، وأخص بالذكر منهم أساتذتي في المرحلة التحضيرية الذين لم ينقطعوا عن النصح والإرشاد والتوجيه ،كما أقدم شكري وامتناني للسادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين سيشاركون في قراءة وتدقيق ومناقشة هذه الرسالة بغية الارتقاء بها بأفكارهم القيّمة التي تزيدها إنارة ووضوحاً .فلهم مني كل الشكر والتقدير والاحترام.

كما أشكر الأخوة والأخوات في الدراسات العليا ، وفي مكتبات رئاسة جامعة بابل وكلية القانون فيها ، ومكتبات كليات القانون في جامعة بغداد ، والمستنصرية ،والنهرين ، وكربلاء والكوفة ، ومكتبة حافظ أسد في سوريا ، ومكتبة معهد العلمين والروضة الحيدرية و الخوئي في النجف الاشرف ومسلم ابن عقيل في الكوفة . وأقدم شكري وامتناني لكل من قدم لي مساعدة ولكل من تمنى لي الخير ولكل من دعا لي بالتوفيق. فجزى الله عني الجميع خيراً .

قائمة مختصرات

Vocabularies

ت	الأسم باللغة العربية	الأسم باللغة الانكليزية	المختصر
١	محكمة العدل الدولية الدائمة	Permanent Court International of Justice	PCIJ
٢	المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في وشنطن	International Center for Settlement of Investment Disputes	ICSID
٣	غرفة التجارة الدولية في باريس	International Chamber of Commerce	ICC
٤	صندوق النقد الدولي	International Fund Monetary	IMF
٥	منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية	Organization for Economic Cooperation and Development	OECD
٦	منظمة التجارة العالمية	World Trade Organization	WTO
٧	اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية	North American Free Trade Agreement	NAFTA
٨	مؤتمر الأمم المتحدة لمنظمة التجارة والتنمية الانكتاد	United Nations Conference on Trade and Development	UNCTAD

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية الكريمة، الإهداء، شكر وثناء	أ – ج
قائمة المختصرات	د
الملخص	ز – ح
المقدمة	١ – ٣
الفصل الأول: التعريف بالمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	٤–٦٩
المبحث الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي و المعايير الدولية لحمايته	٥– ٣٠
المطلب الأول: مفهوم الاستثمار الأجنبي	٦– ٢٠
الفرع الأول: تعريف الاستثمار الأجنبي في الفقه والقانون الداخلي	٧– ١٢
الفرع الثاني: تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية	١٢ – ٢٠
المطلب الثاني: مفهوم المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي وخصائصها	٢١–٣٠
الفرع الأول: تعريف المعايير الدولية	٢١ – ٢٤
الفرع الثاني: خصائص والطبيعة القانونية للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	٢٥ – ٣٠
المبحث الثاني: الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	٣٠ – ٥٢
المطلب الأول: الإعلانات الدولية	٣٢–٣٩
الفرع الأول: اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة على الموارد الطبيعية لعام ١٩٦٢	٣٣ – ٣٦
الفرع الثاني: اعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦	٣٦ – ٣٨
المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية	٣٩– ٥٦
الفرع الأول: الاتفاقيات الثنائية	٤١ – ٤٦
الفرع الثاني: الاتفاقيات الجماعية	٤٦–٥٢
المبحث الثالث: الأساس الفقهي للمعايير الدولية في القانون الدولي	٥٢– ٧٢
المطلب الأول: عقيدة كالفو	٥٣–٦٠
الفرع الأول: عقيدة كالفو إتجاه المعايير الدولية	٥٤ – ٥٧
الفرع الثاني: الموقف الدولي من عقيدة كالفو	٥٧– ٦٠
المطلب الثاني: عقيدة هال	٦٠ – ٦٨
الفرع الأول: عقيدة هال إتجاه المعايير الدولية	٦١ – ٦٥
الفرع الثاني: الموقف الدولي من عقيدة هال	٦٥ – ٦٨

الفصل الثاني: معايير حماية الاستثمار الأجنبي المستمدة من العرف الدولي	**٦٩– ١٤٥**
المبحث الأول: الحماية الموضوعية و الإجرائية وفق معيار الحد الأدنى	**٧١ – ١٠٢**
المطلب الأول: الحماية الموضوعية وفق معيار الحد الأدنى	**٧٢–٨٣**
الفرع الأول: تعريف معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب	**٧٣ – ٧٦**
الفرع الثاني: القيود الواردة على المعيار	**٧٦–٨١**
الفرع الثالث: الأثر المترتب على انتهاك المعيار	**٨١ – ٨٣**
المطلب الثاني: الحماية الإجرائية وفق معيار الحد الأدنى	**٨٣ – ١٠١**
الفرع الأول: مفهوم الحماية الدبلوماسية وشروطها	**٨٤ – ٩٠**
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية	**٩٠ – ٩٤**
الفرع الثالث: الطرق المباشرة للحماية الدبلوماسية	**٩٤ – ١٠١**
المبحث الثاني: معيار المعاملة العادلة والمنصفة	**١٠٢ – ١٢٨**
المطلب الأول: مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة وتأصيله	**١٠٣–١١٢**
الفرع الأول: تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة	**١٠٤ – ١٠٨**
الفرع الثاني: التأصيل معيار المعاملة العادلة والمنصفة	**١٠٨ – ١١١**
المطلب الثاني: نطاق معيار معاملة العادلة والمنصفة	**١١٢–١١٧**
الفرع الأول: تطبيق المعيار على المستوى داخلي	**١١٢ – ١١٥**
الفرع الثاني: تطبيق المعيار على المستوى الدولي	**١١٥ – ١١٦**
المطلب الثالث: عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة	**١١٧–١٢٨**
الفرع الأول: عنصر الثبات التشريعي	**١١٨ – ١٢٢**
الفرع الثاني: عنصر الحماية ضد إنكار العدالة والتعسف وعدم التمييز	**١٢٢ – ١٢٥**
الفرع الثالث: عنصر الشفافية	**١٢٥ – ١٢٨**
المبحث الثالث: معيار الحماية والأمن الكامل	**١٢٨ – ١٤٤**
المطلب الأول: مفهوم معيار الحماية والأمن الكامل وتأصيله	**١٢٩ – ١٣٦**
الفرع الأول: تعريف معيار الحماية والأمن الكامل	**١٣٠ – ١٣٤**
الفرع الثاني: التأصيل معيار الحماية والأمن الكامل	**١٣٤ – ١٣٦**
المطلب الثاني: النطاق القانوني للمعيار	**١٣٦ – ١٤٤**
الفرع الأول: النطاق الموضوعي للمعيار	**١٣٧ – ١٤٢**
الفرع الثاني: النطاق الشخصي للمعيار	**١٤٢– ١٤٤**
الفصل الثالث: معايير حماية الاستثمار الأجنبي وفق الأتفاقيات الدولية	**١٤٥– ٢٠٨**

المبحث الأول: معيار المعاملة الوطنية	١٤٦– ١٦٢
المطلب الأول: مفهوم معيار المعاملة الوطنية وتأصيله	١٤٧– ١٥٥
الفرع الأول: تعريف معيار المعاملة الوطنية	١٤٨– ١٥٣
الفرع الثاني: التأصيل معيار المعاملة الوطنية	١٥٣ – ١٥٤
المطلب الثاني: نطاق تطبيق معيار المعاملة الوطنية والاستثناءات الواردة عليه	١٥٥–١٦٢
الفرع الأول: النطاق الزمني للمعيار	١٥٦– ١٥٩
الفرع الثاني: النطاق المادي للمعيار	١٥٩– ١٦٠
الفرع الثالث: استثناءات معيار المعاملة الوطنية	١٦٠ – ١٦٢
المبحث الثاني: معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية	١٦٢ – ١٨٠
المطلب الأول: مفهوم معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية وتأصيله	١٦٤–١٧١
الفرع الأول: تعريف معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية	١٦٥ – ١٦٩
الفرع الثاني: التأصيل معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية	١٦٩ – ١٧٠
المطلب الثاني: نطاق تطبيق معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية والاستثناءات الواردة عليه	١٧١–١٨٠
الفرع الأول: النطاق الزمني والمادي للمعيار	١٧٢ – ١٧٥
الفرع الثاني: النطاق الشخصي للمعيار	١٧٥ – ١٧٧
الفرع الثالث: استثناءات معيار معاملة الدولة الاولى بالرعاية	١٧٧ – ١٨٠
المبحث الثالث: التعريف بمعيار التعويض والموقف الدولي منه	١٨٠ – ٢٠٨
المطلب الأول: مفهوم معيار التعويض وخصائصه	١٨١–١٩٣
الفرع الأول: تعريف بمعيار التعويض	١٨٢ – ١٨٥
الفرع الثاني: الخصائص معيار التعويض	١٨٥ – ١٩٠
الفرع الثالث :تقدير معيار التعويض	١٩٠–١٩٢
المطلب الثاني: نظريات التعويض والموقف الدولي من التعويض	١٩٣– ٢٠٨
الفرع الأول : نظريات التعويض	١٩٤ – ١٩٩
الفرع الثاني : الموقف الدولي من التعويض	١٩٩– ٢٠٨
الخاتمة	٢٠٩– ٢١٣
المصادر	٢١٤–٢٣٢
Abstract	A–C

ملخص

تأتي أهمية الدراسة في تسليط الضوء على المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي في قانون الاستثمار الدولي، تحقيقاً لحماية أكثر في معاملة المستثمرين الأجانب قبال الدولة المضيفة للأستثمار بعيداً عن الصعوبات أوعدم الإلتزام بتنفيذ العقد الذي يواجها المستثمر الأجنبي في مشروعهِ الاستثماري، من خلال وضع معايير الحماية في اتفاقيات الاستثمار، وبيان تلك المعايير الدولية سواء كانت معايير دولية عرفية أم اتفاقية بشكل دقيق،وما يترتب على هذه المعايير من التزامات ؛ لأن الاخلال بهذه المعايير يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية .

تتركز إشكالية الدراسة على محاولة إيجاد والكشف عن النظام القانون الدولي أتفاقياً كان أم عرفياً الذي ينظم المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي .

ولقد اقتضت طبيعة ان اتبع خطة مؤلفة من ثلاثة فصول : في الفصل الأول تناول فيه التعريف المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي وبينا فيه مفهوم الاستثمار الأجنبي، ومفهوم المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي ،وطبيعة وخصائص هذه المعايير ، قد وجدناها ملزمة ودولية للأسباب المثبتة في متن الدراسة ، إذ كان لهذه المعايير الدولية أساس قانوني ، تمثل في الاعلانات الدولية و الاتفاقيات الدولية ، ولها الأساس الفقهي في القانون الدولي متمثلاً بالفقيه الأرجنتيني كارلوس كالفو ، والفقيه الآخر وزير الخارجية الامريكي هال كورديل كما مثبتة في متن الدراسة ، بينما الفصل الثاني:معايير حماية الأستثمار الأجنبي المستمدة في العرف الدولي،والمتمثلة في معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة ومعيار الحماية والأمن الكامل ، ويعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة من أهم المعايير العرفية للأسباب المثبتة في متن الدراسة ، أما في الفصل الثالث: تناولت معايير حماية الأستثمار الأجنبي وفق الأتفاقيات الدولية والمتمثلة بمعيار المعاملة الوطنية، ومعيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية ،ومعيار

التعويض العادل والمنصف، ويعد معيار التعويض الأكثر خلافاً بين الدول من حيث الأوصافهِ وتقديره للأسباب المثبتة في متن الدراسة .

وقطفت الدراسة أبرز الاستنتاجات والمقترحات لهذا الموضوع ، وهي تمثل المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي سواء كانت عرفية أم اتفاقية،في أغلب دول المضيفة للأستثمار الاجنبي إلى توفير البيئة القانونية الملائمة للحفاظ وحماية المستثمر الاجنبي وإستثماراته ،وذلك من خلال تطبيق هذه المعايير الدولية،لأجل استقطاب الإستثمارات الأجنبية ،ورؤس الأموال الأجنبية في الدول المضيفة،وكذلك يعزز بشكل كبير المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الحماية الإجرائية للاستثمار الأجنبي،كما إن المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي باتت في ظل تطبيقات المركز الدولي، أكثر فاعلية ووضوحاً عما كانت عليه.

وتوصلنا إلى أهم مقترح هو أننا نأمل عقد أتفاقية شارعة متعددة الأطراف لتنظيم المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي تلتزم بها الدول الأطراف وغير الأطراف ، وتتضمن الاتفاقيات الدولية الراهنة حكمها مبدأ نسبية أثر المعاهدات الدولية .

مقدمة

-أهمية موضوع الدراسة :

تكمن أهمية الدراسة في تسليط الضوء على المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي في قانون الاستثمار الدولي ، وذلك تحقيقاً لحماية أكثر في معاملة المستثمرين الأجانب قبال الدولة المضيفة للأستثمار بعيداً عن الصعوبات المتمثلة بتغيير النظام السياسي الذي يهدد الاستثمار الأجنبي أو في حالة عدم الإلتزام بتنفيذ العقد الذي يواجه المستثمر الأجنبي في مشروعهِ الاستثماري، من خلال وضع معايير الحماية في اتفاقيات الاستثمار ،وبيان تلك المعايير الدولية سواء كانت معايير دولية عرفية أم اتفاقية بشكل دقيق،وما يترتب على هذه المعايير من التزامات،لأن الاخلال بهذه المعايير يؤدي إلى قيام المسؤولية الدولية

ومن أسباب العقبات الرئيسية أمام الاستثمار الأجنبي ، مثلاً عدم وجود الأمن في الدولة المضيفة ؛ وهذا السبب يرجع إلى مخاطر مثل الاضطرابات المدنية وغيرها، لذلك فإن صياغة اللوائح الخاصة بحماية المستثمرين الأجانب على المستويين الوطني والدولي ، يمكن أن تؤدي إلى تقليل الشعور بالخطر وتكون مصدر ثقة بين المستثمرين .

لذا فقد صدرت قوانين عدة لتنظيم وتشجيع الاستثمار في العراق ،وبا لأخص في العقدين الآخرين من القرن الماضي مثل قانون الاستثمار الصناعي للقطاعين المختلط والخاص رقم (١١٥) لعام ١٩٨٢ ،وقانون الاستثمارات العربية رقم (٤٦) لعام ١٩٨٨ ، وقانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم (٩١) لعام ١٩٨٨، وغيره من القوانين ،إلا إن هذه قوانيين قد تناولت بيان أهداف الاستثمار ؛ ولم تقدم تعريفاً للاستثمار، وبعده جاء قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ الذي الغى قانون الاستثمار الأجنبي الصادر بموجب امر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٩) في ٢٠٠٣ (الاستثمار الأجنبي) ،

وعرف القانون الاستثمار بشكل عام في المادة (١/ن) " بأن توظيف المال في أي نشاط ، أومشروع أقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد".

تعد حماية الاستثمار الأجنبي _اليوم _ إحدى القضايا المهمة في قانون الاستثمار الدولي التي يمكن أن تساعد الدول والمستثمرين على إزالة حواجز الاستثمار وجذب المزيد من رأس المال. ومنذ الستينيات القرن الماضي ، أنشأت الدول مجموعة واسعة من الاتفاقيات الثنائية من أجل حماية المستثمرين الأجانب ، كانت تعرف باسم الاتفاقيات الثنائية لتعزيز وحماية الاستثمار، في الواقع كان الغرض من إبرام هذه الاتفاقيات كمكمل للقوانين واللوائح المحلية للأستثمار ، إن توفر آلية دولية لدعم أكبر قدر ممكن من الاستثمار الأجنبي، ومن خلال تنظيم الشؤون ذات الصلة ، فضلاً عن توفير بيئة مواتية للحكومات المضيفة لجذب الاستثمار الأجنبي ، فمن المتوقع في هذه الاتفاقيات ان تصدر مجموعة من المعايير الدولية لدعم الأستثمار الأجنبي من خلال خلق بيئة آمنة يكون لها تأثير كبير في نمو وتطور الاستثمار الأجنبي، فضلاً عن المعايير الدولية التي أنشأتها الاعراف الدولية .

- إشكالية الدراسة :

تتركز إشكالية الدراسة في محاولة إيجاد والكشف عن النظام القانوني الدولي أتفاقياً كان أم عرفياً الذي ينظم المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي .

- أسئلة الدراسة : ويتفرع عن اشكالية الدراسة الأسئلة الأتية التي نحاول الآجابة عنها في الرسالة :

١- ما هي المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي ؟

٢- هل تطورت المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي أم لا ؟

٣- ما الأساس القانوني والفقهي للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي؟

٤- ما دور الأتفاقيات الدولية في تطبيق معايير حماية الاستثمار الأجنبي ؟

٥- ما اسهام القواعد الدولية العرفية في تنظيم معايير حماية الاستثمار الأجنبي ؟

- منهج الدراسة :

سوف نَعتمد في دراستنا على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي في بيان الاحكام المستقاة من الاتفاقيات الدولية والقواعد الدولية العرفية وأحكام المحاكم الدولية ، والممارسة الدولية ، وآراء الفقه الدولي ، فضلا عن المنهج التأصيلي لمعرفة مراحل تطور المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي .

- **الدراسات السابقة** : لم أجد في حدود تعقبي لهذه الدراسة التي تناولت فيه موضوع (المعاييرُ الدوليةُ لحمايةِ الاستثمارِ الأجنبي) سوى دراستين الأولى تقدم بها الدكتور ماهر جميل ابو خوات ، في مؤلفهِ حماية الاستثمار الاجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام ، لعام ٢٠١٤ . والأخرى الدكتور أحمد كاظم الساعدي ، في مؤلفهِ حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام لعام ٢٠٢٠ .

- خطة الدراسة :

سوف نقسم دراستنا هذه على ثلاثة فصول،الفصل الأول : تناول فيه التعريف المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي وجعلناه على ثلاثة مباحث : ضم المبحث الأول : مفهوم الاستثمار الأجنبي والمعايير الدولية لحمايته ، والمبحث الثاني : الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي، والمبحث الثالث:الأساس الفقهي للمعايير الدولية في القانون الدولي ، أما الفصل الثاني : تناول فيه حماية الأستثمار الأجنبي المستمدة من العرف الدولي،وقسم على ثلاثة مباحث :ضم المبحث الأول : مفهوم معيار الحد الأدنى للحماية الموضوعية والحماية الإجرائية ، والمبحث الثاني: معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، والمبحث الثالث : معيار الحماية والأمن الكامل ، والفصل الثالث : وتناولنا فيه معايير الاتفاقية الدولية وجعلته على ثلاثة مباحث : والمبحث الأول : معيار المعاملة الوطنية ، والمبحث الثاني : معيار الدولة الأولى بالرعاية ، والمبحث الثالث : التعريف بمعيار التعويض والموقف الدولي منه . . . جاءت الخاتمة تضم أهم الاستنتاجات والمقترحات.

الفصل الأول

التعريف بالمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي

تعد حماية الاستثمار الأجنبي إحدى القضايا المهمة في قانون الاستثمار الدولي التي يمكن أن تساعد الدول على إزالة حواجز الاستثمار وتسهيل عملية الاستثمار، وجذب المزيد من رأس المال وزيادة الانتاج . لقد أنشأت الدول مجموعة واسعة من الاتفاقيات من أجل الحماية للمستثمرين الأجانب ولحماية الاستثمار وتعزيزه .

إن حماية المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة لابد ان يتم من خلال نظام قانوني له عن طريق التأكيد على المبادئ و المعايير المعاملة الدولية المعترف بها التي يتعين على الدول المضيفة اتباعها في التعامل مع الاستثمار الاجنبي ، لذا يعترف القانون الدولي بعدد من المعايير الدولية التي توضح العلاقات بين الدول في مجال الاستثمار، وهذه المعايير جاءت نتيجة أعراف دولية واتفاقيات دولية .

ولمعرفة هذه المعايير يجب التطرق إلى مفهومها ، والأساس القانوني لها ، وخصائص وطبيعة هذه المعايير.

لهذا سيتم تقسيم هذا الفصل على ثلاثة مباحث :- نتناول في المبحث الأول : مفهوم الاستثمار الأجنبي و المعايير الدولية لحمايته ، وفي المبحث الثاني : الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي، وفي المبحث الثالث : الأساس النظري للمعايير الدولية في الفقه الدولي .

المبحث الأول

مفهوم الاستثمار الأجنبي والمعايير الدولية لحمايته

يؤدي الاستثمار الاجنبي دوراً مهماً وحاسماً في التنمية الاقتصادية ، إذ اصبح جذب الاستثمار الأجنبي أحد الإتجاهات الرئيسية لصنع سياسات اقتصادية في الدول النامية ، لقد حثت أهمية الاستثمار الاجنبي في التنمية الاقتصادية العديد من الدول النامية على خلق ظروف مؤاتية للمستثمرين الأجانب في أراضيهم التي تسبب تدفق الاستثمارات نحوهم .

في الوقت الحاضر أصبحت الغالبية العظمى من اتفاقيات الاستثمار الدولية ، تمنح الاستثمار الأجنبي ضمانات قانونية عن طريق التأكيد على المبادئ والمعايير الدولية المعترف بها التي يتعين على الدول المضيفة اتباعها في التعامل مع الاستثمار الأجنبي ، تتمثل هذه المعايير الدولية بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة، والحماية والأمن الكامل، ومعيار المعاملة الوطنية ، ومعيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ، ومعيار التعويض العادل والمنصف .

لهذا يقسم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول مفهوم الاستثمار الأجنبي ، وفي المطلب الثاني تعريف المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي.

المطلب الأول

مفهوم الاستثمار الاجنبي

يعد الاستثمار الاجنبي من أهم أوجه النشاط التجاري والاقتصادي في عصرنا الحاضر ، إذ إنه يضطلع بدور كبير من ناحية عملية التنمية الاقتصادية في دولة ما؛ لكونه الشريان الرئيسي الذي يتدفق من خلاله رأس المال والخبرة العالمية والتكنولوجية ، لذلك تنظم الدول عموما لاسيما النامية منها معاملة الاستثمار الأجنبي ، وتقرر الضمانات اللازمة له لارتباطه بحركة تداول رؤوس الأموال وتوطينها .

وتبرز أهمية الاستثمار الاجنبي في نطاق القانون الدولي ؛ لأنها أحد أهم أدوات التنمية الاقتصادية للدول ،ويسعى القانون إلى جعله أداة لتحقيق التقارب بين الدول وتسهيل عملية الأستثمار وزيادة الأنتاج ، وليس سبيلاً للأختلاف واستغلال بين الدول ، لذلك أهتم القانون الدولي كثيرا به ولاسيما بعدما شهده العالم من حروب ، بسبب الاستغلال غير العادل لثروات الشعوب ، وزاد اهتمام القانون الدولي والمنظمات الدولية بالاستثمار الأجنبي بعد الحرب العالمية الثانية ومحاولة وضع قواعد عادلة لتنظيمه وحمايته بما يحقق التنمية الاقتصادية .

لهذا يقسم هذا المطلب على فرعين ،نتناول في الفرع الأول تعريف الأستثمار الأجنبي في الفقه والقانون الداخلي ، وفي الفرع الآخر تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية.

الفرع الأول

تعريف الاستثمار الأجنبي في الفقه والقانون الداخلي

إن هناك أختلاف بين وجهات نظر الفقهاء حول تعريف الأستثمار الأجنبي ،وقد اطلق عليه في القرن التاسع عشر حركة رأس المال ، وبعدها أطلق عليه الاستثمار الدولي وقد أطلق عليه البعض الاستثمار غير الوطني ؛ لكن مصطلح الاستثمار الأجنبي من المصطلحات الشائعة وكثيرة التداول على الصعيد القانوني والاقتصادي في القرن العشرين [١].

أولاً: فقهياً

لقد حاول العديد من رجال الفقه ، وضع تعريف محدد للأستثمار الاجنبي ، وكانت أولى تلك المحاولات هي تعريف الاستثمار الاجنبي بأنه (كل استخدام يجري في الخارج لموارد مالية يملكه بلد في البلدان) [٢].

وعرفه الفقه بأنه (الأموال المنقولة وغير المنقولة التي تهدف إلى إنشاء أو التوسع في المشروع القائم)

كذلك بأنه (توجيه جانب من أموال المشروع أو خبرته التكنولوجية إلى العمل بمناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية) [٣] .

---

(١) د. شيرزاد حميد هروري ،الضمانات التشريعية للاستثمارات الأجنبية دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي الاسكندرية ،٢٠١٨ ، ص٢٦.

(٢) صفوت أحمدعبد الحفيظ ،دور الاستثمار الاجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ،الاسكندرية ،٢٠٠٦ ،ص٢١.

(٣) غسان عبيد محمد المعموري ،عقد الاستثمار الاجنبي للعقار دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،لبنان ، ٢٠١٥، ص٢٠ .

وعرُف أيضاً الاستثمار بانه أنتقال رؤوس الأموال من الخارج إلى الدولة المضيفة بغية تحقيق ربح للمستثمر بما يكفل زيادة إلانتاج والتنمية في الدول المضيفة [١] . يتضح ان التعريف ركز على عنصر الربح ، من خلال ادخاله في كل تعريف للأستثمار .

وعُرف أيضاً بأنه (استخدام أصول مالية ،مهما كانت طبيعتها أو نوعها من شخص طبيعي أو اعتباري في نشاط اقتصادي خارج حدود دولته ،وسواء خوله هذا استغلال السلطة الفعلية في توجيه النشاط الاقتصادي أم لا بهدف تحقيق عائد مجز) [٢] .

أن هذا التعريف لم يحدد لأصول المالية أو أي أستخدام لأصول مالية لتحقيق عوائد عنها ، بغض النظر عن طبيعة تلك الأصول سواء كانت عينية أو نقدية ، ولكنهُ بين نوع المستثمر سواء شخصاً طبيعي أم اعتبارياً خارج دولته ،كذلك يشير إلى نوعين من الاستثمارات الاجنبية المباشرة وغير المباشرة ، إذ تكون مباشرة إذا كانت هناك سلطة فعلية للمستثمر على استثماره وبخلافه تكون غير مباشرة.

ثم عرفه آخر على أنه (قيام المستثمر بتقديم الأموال المادية والمعنوية من شخص طبيعي أو معنوي لا يحمل جنسية الدولة المضيفة للأستثمار لغرض المساهمة المباشرة أو غير المباشرة في المشروع القائم أو سيتم إنشاؤه للقيام بنشاط اقتصادي ما ، خلال فترة محددة من الزمن) [٣] .

---

(١) شريف علي محمد شريف الكندري ،الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية دراسة تطبيقية على دولة الكويت ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ، مصر ،٢٠١٥،ص١٦ .

(٢) هانئ إسماعيل صدقي ،التحكيم في منازعات الإستثمار ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة بني سويف، مصر ،٢٠١١،ص١٢ .

(٣) د. حاتم غائب سعيد ، أحكام وقواعد المخاطر غير التجارية وانعكاسات الضمانات والعوائق الاستثمارية عليها دراسة مقارنة ، مكتبة زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٧ ، ص٢١ .

يلاحظ على هذا التعريف إنهُ حدد الأموال سواء كان معنوية أم مادية ، وكذلك بين إن كان المستثمر شخصا طبيعيا أم معنويا وهو لايحمل جنسية الدولة المضيفة ، ويشير هذا التعريف إلى نوعين من الاستثمارات الاجنبية المباشرة وغير المباشرة ، خلال مدة زمنية محددة .

يتضح مما تقدم إن الفقه لم يتفق على تعريف مانع جامع لتعريف الاستثمار الأجنبي ، بحيث يفهم من خلالها على عناصر وأركان الاستثمار ، وإذ ركزت هذه التعاريف على الهدف من الاستثمار وهو تحقيق الربح بشكل عام .

ثانياً : في القانون الداخلي

لقد صدرت قوانين عدة لتنظيم وتشجيع الاستثمار في العراق ، وبا لأخص في العقدين الآخرين من القرن الماضي ،مثل قانون الاستثمار الصناعي للقطاعين المختلط والخاص رقم (١١٥) لعام ١٩٨٢ [١] ،وقانون الاستثمارات العربية رقم (٤٦) لعام ١٩٨٨ [٢] ، وقانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم (٩١) لعام ١٩٨٨[٣] .

يلاحظ على هذه القوانيين إنها تناولت بيان أهداف الاستثمار، لكن لم تقدم تعريفا للأستثمار ، هذا من جانب ومن جانب آخر ركزت على العلاقات العربية ، إذ منحت القدر الأكبر من المزايا والامتيازيات للأستثمارات العربية من دون الاستثمارات الاجنبية ، وبعد ذلك صدر قانون الاستثمار العربي رقم (٦٢) لعام ٢٠٠٢، يتضح إنه أتبع نهج القوانين السابقة نفسها ، إذ منح الامتيازات للاستثمارات العربية ، وأهمل الاستثمارات الاجنبية .

---

(١) قانون الاستثمار الصناعي للقطاعين المختلط والخاص رقم (١١٥) لعام١٩٨٢، غير ساري ،منشور في قاعدة الوقائع العراقية ، العدد ٢٩١٦،تاريخ ١٩٨٢/١٢/٢٠،ص٨٣٤.

(٢) هذا القانون غير ساري ،منشور في قاعدة الوقائع العراقية ،العدد ٣١٩٩، تاريخ ١٩٨٨/٤/٢٥.

(٣) وقانون تنظيم الاستثمار المعدني رقم (٩١) لعام ١٩٨٨،منشور في قاعدة الوقائع العراقية .

وبعد أحتلال العراق من الولايات المتحدة الامريكية في ٢٠٠٣/٤/٩ ، تشكلت الحكومة المؤقتة بأسم سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) لإدارة أمور العراق التي أستمدت سلطتها في حكمها على العراق بقرار من مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة رقم (١٤٨٣) لعام ٢٠٠٣ ، وخلال مدة حكمها أصدر أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم(٣٩) لعام ٢٠٠٣ (الاستثمار الأجنبي) الذي ألغى قانون الاستثمار العربي رقم ٦٢ لعام ٢٠٠٢،وقد عرف الاستثمار الأجنبي في الفقرة (٣) من القسم (١) بأنه " الاستثمار من قبل مستثمر في أي من الأصول المتواجدة في العراق بما في ذلك الممتلاكات المادية وغير المادية أو حقوق الملكية المتعلقة بها والأسهم وغيرها في اشكال وصكوك المشاركة في الكيانات التجارية بما يعني الحقوق الملكية الفكرية والمعرفة والخبرة التقنية باستثناء ما يحدد النص الوارد في القسم الثامن (٨) من هذا الأمر"[١]

يلاحظ إن نص هذه الفقرة من هذا القسم عرف الاستثمار الأجنبي وإنه ركز على أمور مهمة قد تساعد على تطوير البنية التحتية وتنمية النشاط الاقتصادي والتجاري في العراق ، وبين أنواع الانشطة الاقتصادية في مجال الخبرة التقنية ، وحقوق الملكية الفكرية ، ونقل التكنولوجيا وبهذا يراعي المصالح الاقتصادية الوطنية في العراق . وبعده جاء قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ الذي ألغى الاستثمار الاجنبي الصادر بموجب أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٩) في ٢٠٠٣ ، وعرف قانون الاستثمار بشكل عام في في الفقرة (ن) من المادة (١) بأنه " توظيف المال في أي نشاط ، أومشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد "[٢] .

---

(١) أمر سلطة الائتلاف المؤقتة (المنحلة) رقم (٣٩) لعام ٢٠٠٣(الاستثمار الأجنبي) ، منشور في الوقائع العراقية ، العدد ٣٩٨٠ ،تاريخ ٢٠٠٣/٣/١ ،ص٣٢.

(٢) القانون منشور في الوقائع العراقية العدد٤٠٣١ ، ٢٠٠٧/١/١٧ ،وعدل القانون في عام (٢٠١٠) بموجب قانون التعديل الأول لقانون الاستثمار رقم (٢) عام ٢٠١٠ هذا قانون منشور في الوقائع العراقية العدد٤١٤٣ ،بتاريخ٢٠١٠/٢/٨.

يلاحظ على التعريف إنه مطلق فلم ينحصر على المستثمر الاجنبي بل على المستثمر الاجنبي والوطني على حد سواء ، وذكر أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة على العراق أي لم يحدد مجالات الاستثمار حصرا إذ إنه وضع معيارا عاماً.

أما قانون التعديل الأول لقانون الاستثمار رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ ، والمعدل بقانون رقم (٢) لعام ٢٠١٠ فهذا القانون لم يأتِ بجديد ، ولم يتم تعديل على الفقرة (ن) من المادة(١) الخاص بتعريف الاستثمار، إذ بقى كما هو في القانون السابق.

أما التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠١٥ فقد عرف الاستثمار بأنه (توظيف رأس المال في أي نشاط أو مشروع أقتصادي يعود بمنفعة على الاقتصاد الوطني وفقا لأحكام هذا القانون) [١].

وفي إقليم كوردستان العراق تم تشريع قانون الاستثمار رقم (٤) لعام ٢٠٠٦ في هذا القانون لم يتم تعريف الاستثمار بشكل مباشر، وإنما تضمن بعض عناصر الاستثمار ،مثل رأس المال الأجنبي ، والمشروع والمستثمر الاجنبي والمستثمر ورأس ماله [٢] .

---

(١)تنظر: الفقرة (١) من المادة (٦) في القانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠١٥ ،منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد٤٣٩٣، ٢٠١٦/١/٤.

(٢)تنظر :المادة (٩) من القانون الاستثمار لإقليم كوردستان العراق رقم (٤) ، لعام ٢٠٠٦ ، منشور في جريدة وقائع كوردستان لإقليم كوردستان العراق العدد٦٢ ، ٢٠٠٦/٨/٢٧.

الفرع الثاني

تعريف الاستثمار الاجنبي في الاتفاقيات الدولية

نتيجة لعدم وجود تعريف قانوني جامع ومانع محدد للأستثمار الاجنبي، يشمل عناصر الاستثمار كافة في أحكام مواد ، ومتن التشريع العراقي ، وكذلك قواعد القانون الدولي ، فمثلا محكمة العدل الدولية نجد خلوها من تعريف محدد للأستثمار الاجنبي على الرغم من وروده مرات عدة في حكمها الشهير في (قضية برشلونة تراكش) عام١٩٧١ [١] على الرغم من ذلك فإن أحد قضاة المحكمة عرفه مجتهداً بـــ(انه تخصص الأمور لنشاط إنتاجي)[٢] .

أزاء خلو محكمة العدل الدولية من تعريف الاستثمار الاجنبي نجد عدداً من المحاولات من الاتفاقيات الدولية لتكملة النقص ، بوصفها مصدرا من المصادر الأصلية للقانون الدولي، وبعض المنظمات والمؤسسات الدولية التي جاءت بشأن الاستثمار للوصول إلى تعريف محدد للأستثمار بحيث يتمثل في هذا التعريف عناصر الاستثمار الاجنبي كافة .

أولاً: تعريف الاستثمار الاجنبي في اتفاقيات الاستثمار الثنائية :

لقد أتجهت معظم هذه الاتفاقيات نحو مفهوم موسع للأستثمار الاجنبي ، بحيث يشمل كل أسهام في المشروع عن طريق تقديم أصول سواء كانت الأصول مادية أم معنوية كالمعرفة الفنية والتكنولوجية ولايقتصر على الاستثمارات النقدية ،بالنظر لكون الدولة المضيفة للأستثمار هي في الغالب من الدول النامية التي تمثل نحو التوسيع في نطاق الاستثمار ، من الأمثلة التطبيقية لتعريف الاستثمار الاجنبي .

---

(١) مزيد من التفصيل حول وقائع هذه القضية ينظر: تقرير جون دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، تقرير رابع عن الحماية الدبلوماسية ، الوثيقة A/CN.4/530،الدورة ٥٥، عام ٢٠٠٣،ص٢-٣.

(٢) محمد يونس يحي الصائغ ، المركز القانوني للأستثمارات الخاصة في الدول في ظل القانون المالي ،أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٥، ٢٢.

وعرفت المادة (٣) من الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية وجمهورية فرنسا لعام ١٩٧٥ بأن "الاستثمار يشمل كل مساهمة مباشرة أو غير مباشرة لرأس المال ، أو نوع آخر من أنواع الأصول المستثمرة ، أو المعاد استثمارها من شركات في مجال الزراعة ،الصناعة ، التعدين ، الغابات ، والمواصلات ، والسياحة "[١].

إن اتفاقية لتشجيع وحماية الأستثمارات المتبادلة بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية مصر العربية لعام ٢٠٠١، عرفت الاستثمار في المادة (١) بأنه " كافة الأصول التي تقع في الدولة المتعاقدة التي يمتلكها ، أو يكون له فيها مصلحة غالبة ، مستثمر تابع للدولة المتعاقدة الأخرى بطريقة مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت من خلال مؤسسات فرعية أم تابعة ، أينما كان مقرها في دولة متعاقدة أم دولة ثالثة وذلك وفقاً للقوانين ، واللوائح التي تنظم النشاط الاستثماري في إقليم الدولية المضيفة للأستثمار،..." [٢]

إن اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والبروتوكول الملحقاتها بين حكومة جمهورية العراق وجمهورية المانيا الاتحادية رقم (٦٠) لعام٢٠١٢،عرفت الاستثمارات في المادة (١) من الاتفاقية "يشمل كافة أنواع الموجودات وعلى الأخص:أ-الأموال المنقولة والغير منقولة بالإضافة إلى إية حقوق عينية أخرى مثل الرهون ، حقوق الارتهان... ب-الأسهم العائد للشركات وإي نوع من المصالح في الشركات. ج-المطالبة بالاستحقاقات المستخدمة لخلق قيمة اقتصادية أوالمطالبة بأداء أية اعمال لها قيمة اقتصادية معينة .د- حقوق الملكية وعلى وجه الخصوص حقوق النشر،...هـ-امتيازات العمل الممنوحة بموجب..." [٣]

---

(١)اتفاقية بين حكومة جمهورية مصر العربية وحكومة الجمهورية الفرنسية بشأن التشجيع وحماية المتبادلة للاستثمارات ،منشورة في جريدة الرسمية ، العدد ٤١، ١٩٧٥/١٠/١١، ص٩٦١.

(٢)اتفاقية التشجيع وحماية الأستثمارات المتبادلة بين حكومة دولة الكويت وحكومة جمهورية مصر العربية ،المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد ٢٢،تاريخ ٢٠٠٢/٥/٣٠.

(٣) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٦٠) لعام ٢٠١٢ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ،العدد٤٢٥٤ ، ٢٠١٢ ،ص ٣٤.

أن اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وجمهورية أرمينيا لعام ٢٠١٤ ، التي جاءت بتعريف واسع وشامل إذ نصت الفقرة(١) من مادة (١) من الاتفاقية ، وعرفت الاستثمارات "يعني أي نوع من أنواع الأصول على أراضي أحد الطرفين المتعاقدين التي تكون مملوكة لمستثمر الطرف المتعاقد الآخر أو تحت سيطرته المباشرة ، أوغير المباشرة التي تضيف قيمة إلى الاقتصاد وتتضمن التالي لا على سبيل الحصر. . ." [١] .

يلاحظ إن التعريف جاء موسعاً إذ إن اي أنواع الأصول سواء كانت مادية أم معنوية أم نقدية ، وغيره وبينت نوعاً الاستثمارات الاجنبية المباشرة ، وغير المباشرة طالما تضيف قيمة إلى الاقتصاد.

نستنتج مما سبق إن الاتفاقيات الثنائية وخاصة الاتفاقيات المبرمة بين العراق ، وغيرها من الدول بل الاتفاقيات الثنائية كافة ، لم تأتِ بتعريف محدد جامع مانع ، إنما جاءت بتعريفات محددة اللأموال التي تشكل الاستثمار ، ومن المصطلاحات التي تشمل الأموال هي كرؤوس الأموال الموجودات ، وغيرها من المصالح ، وبين أنواع الأموال المادية والمعنوية والنقدية الملموسة وغير الملموسة ، وأي نوع من الأنشطة الاقتصادية .

---

(١) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٤) لعام ٢٠١٤، المنشورة في جريدة الوقائع العراقية، العدد (٤٣٠٩)، بتاريخ١٠ /٢/٢٠١٤ ،ص١٠.

ثانيا :الاتفاقيات الجماعية :

اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية لعام ١٩٦٥ : يلاحظ من خلال اطلاعنا للنصوص هذه الاتفاقية ، لم تأتِ بتعريف للاستثمار ، لكن في ظل غياب التعريف تباينت احكام المركز بين إتجاهين رئيسيين:الأول هو الإتجاه الموسع الذي يرى إن مسألة التعريف متروكة لإرادة الأطراف من دون قيد ، أو شرط فيصبح كل ما يعده الطرفين المتنازعين متعلق بالاستثمار ضمن الاختصاص الموضوعي للمركز ، يعني ذلك إن المركز يستقي التعريف من واقع نصوص الاتفاقية الموضوعة ، بينما الإتجاه الآخر الضيق الذي يرى إن إرادة الأطراف ليست كافية لأنعقاد الاختصاص الموضوعي للمركز ، وإنما ينبغي أن يتوفر في النزاع بعض الخصائص الموضوعية ، ليصبح متعلق بالاستثمار ، يعني ذلك توفير عناصر رئيسية تحدد طبيعة الاستثمار الذي يدخل في الاختصاص الموضوعي بجانب إرادة الأطراف ، فإن كلا الإتجاهين غير قادرين على الوصول إلى تعريف الاستثمار لأن المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمار[١] ، كآلية لفض المنازعات التي تمتاز بضبابية ، مرجعيتها القائمة على هيئات ذات تكوين مؤقت غير دائم ،وإلى رغبة هيئات التحكيم عدم التخلي عن النظر في الدعوى المعروضة حتى لا تلتجئ الأطراف المتنازعة إلى وسائل أخرى أقل فعالية ، وقوة لفض نزاع مما يؤدي إلى الأضرار بالمستثمر [٢] .

---

(١) تنص المادة (٢٥) من اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية لعام ١٩٦٥ على أن"يمتدد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى ، والتي تتصل اتّصالا مباشرا بأحد الاستثمارات ، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز .ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده ". ينظر: المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار ICSID، ١٩٦٥/٨/٣٠.

(٢) د. هبة هزاع ،توازن عقود الاستثمار الأجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان ،٢٠١٦ ،ص٨٦-٨٧ .

إن أتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات ١٩٧١ : التي عرفت الاستثمار في الفقرة (١) من المادة (١٥) بأنه " تشمل الاستثمارات الصالحة للتأمين كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة وإليها سواء كانت من الأستثمارات المباشرة بما في ذلك كالمشروعات وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات وتأمين الكفالات والتراخيص والأمتيازات وحقوق الملكية الفكرية ومن استثمارات الحافظة بما في ذلك ملكية الأسهم ، والسندات وكذلك القروض التي يتجاوز أجلها ثلاثة سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقرر مجلس الإدارة _على سبيل الاستثناء_صلاحياتها للتأمين " [١].

يلاحظ على هذا النص أن ما جاء ، به لا يعد تعريفا مفهوما للأستثمار ، إلا إنه وصف لأنواع الاستثمار وبين اشكال الاستثمار المباشر وغير المباشر .

إن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المعدلة عام ٢٠١٦:التي عرفت الاستثمار في الفقرة (٧) من المادة (١) على أنه " استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية أو الأجتماعية في إقليم الدولة الطرف غير دولة جنسية المستثمر العربي أو تحويله إليها بهدف تحقيق عوائد وفقاً لأحكام هذه الأتفاقية " [٢]

أن أتفاقية سيؤل (Seoul)أتفاقية إنشاءالوكالة الدولية لضمان الاستثمار١٩٨٥:التي عرفت الاستثمار "تشمل الاستثمارات الصالحة للضمان حقوق الملكية والقروض المتوسطة أوالطويلة الأجل التي يقدمها أويضمنها المشاركون في الملكية المشروع المعني وما يحدده مجلس الإدارة من صور الاستثمار المباشر"[٣]

---

(١) ينظر: اتفاقية بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات وائتمان الصادرات بتعديلاتها عام ٢٠١٥/٤/٧.

(٢) ينظر:اتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية المعدلة عام ٢٠١٦،منشورة في الجريدة الرسمية،العدد٨،تاريخ ٢٠١٦/٧/١٨.

(٣) ينظر :الفقرة (أ) المادة (١٢) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ،منشورة في الجريدة الرسمية ، العدد ١٧، تاريخ ١٩٨٥/١٠/١١ . .

إن إتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول أتحاد المغرب العربي لعام ١٩٩٠ : يعرف الاستثمار بأنه "هو استخدام رأس المال في أحدى المجالات المسموح بها ، في بلدان اتحاد المغرب العربي " [١].

مما يلاحظ على هذا التعريف ضيق مفهوم الاستثمار، ذلك من خلال شرط استخدام رأس المال في المجالات المسموح بها فقط من دون غيرها داخل دول الاتحاد المغربي ، يعني فقط بين دول الاتحاد المغربي .

مدونة الاستثمار لمجموعة دول أمريكا الجنوبية (الاندين) لعام ١٩٧٠: عرفت الاستثمار بأنه "المساهمات التي تأتي من الخارج وتعود إلى الاشخاص المعنويين والطبيعيين الأجانب والتي توضع في المشروع الاستثماري بعملة قابلة للتحويل ،أو خلال المساهمة بموجودات أو بضائع المادية أو حقوق معنوية ويكون لهؤلاء الاشخاص الحق بتمويلها أو تحويل قيمتها أو ارباحها إلى الخارج " [٢] .

ثالثا: تعريف الاستثمار في إطار بعض المنظمات ،والمؤتمرات ،والمؤسسات الدولية :

---

(١) في الفقرة (٤) من الفصل الأول من إتفاقية تشجيع وضمان الاستثمار بين دول أتحاد المغرب العربي لعام ١٩٨٩، ص ١.

(٢) وضعت هذه المدونة وفقاً للقرار رقم (٢٤) لعام ١٩٧٠ والصادر عن لجنة اتفاق قرطاجة الموقع في بوجتا بين كل من بوليفيا وكولومبيا والإكوادور وفنزويلا .نقلاً عن د.كامل عبد خلف العنكود ، الاستثمار الأجنبي في القانون العراقي والمقارن ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٣، العدد ١٠ ٢٠١١، ١٣٣.

صندوق النقد الدولي (IMF) [١]يعرف الاستثمار بأنه" كل مساهمة أجنبية بغض النظر عن الشكل الذي قد تتخذه كالمساهمة في رأس المال الاجتماعي، وفي الارباح المعاد استثمارها وكل أنواع القروض" [٢]

أعتمد هذا التعريف المفهوم الموسع للأستثمار من حيث شكل الذي تتخذه في رأس المال ، وفي الارباح المعاد استثمارها وكل أنواع القروض.

منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) [٣]عرفت الاستثمار" كل شخص طبيعي أو تجمع اشخاص طبيعيين ،كل مؤسسة عمومية (حكومية) أو خاصة ،كل تجمع مؤسساتي يعد مستثمرا أجنبيا ،يقدم بأنشاء مؤسسة الاستثمار الاجنبي المباشر يعني فرع لشركة يقوم بالاستثمار في بلد غير بلد المستثمر الأجنبي"[٤].

---

(١) صندوق النقد الدولي هو وكالة متخصصة من منظومة بريتون وودز تابعة للأمم المتحدة ،انشأ بموجب معاهدة الدولة في عام ١٩٤٥، ويديره أعضاؤه الذين يشملون جميع الدول العالم تقريبا بعددهم البالغ ١٩٠ دولة حالياً،يقع في واشنطن العاصمة ،هدفه العمل على تعزيز سلامة الاقتصاد العالمي، ينظر: د. محمد الامين جبلي ،نقل التكنولوجيا وحماية البيئة أثر الاستثمار الاجنبي المباشر على الدول المستقلة له ،دراسة حالة استغلال المحروقات في الجزائر ،مجلة الجزائر للاقتصاد والإدارة ،العدد٧،ص٢٠١ .

(٢) راضية شريفي ،نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،٢٠١٧-٢٠١٨ ،ص ١١٤ .

(٣) منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD)هي منظمة دولية متكونة من مجموعة من الدول المتقدمة نشأت عام ١٩٤٨ عن منظمة التعاون الاقتصادي الأروبي العملية (OEEC) كانت سابقا وبعد فترة تم توسيعها لتمثل عضويتها الدول غير أروبية ،وفي عام ١٩٦٠ تم إصلاحها لكي تكون منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ، ينظر:د.محمد الامين جبلي،المصدر السابق ،٢٠١_٢٠٢.

(٤) فلورة ليمام ،النظام القانوني للأستثمار الاجنبي في الجزائر ،رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أكلي محند اولحاج،٢٠١٧،ص ٩.

منظمة التجارة العالمية (W T O)عام ١٩٩٥: هي مؤسسة في سويسرا عرفت الاستثمار الاجنبي المباشر هو الذي يحصل عندما يقوم المستثمر في دولة ما – دولة الأم – بأمتلاك أصل أو موجود في دولة آخر –الدولة المضيفة – مع وجود النية في إدارة ذلك الأصل [١].

ولقد تم اقتراح تعريف الاستثمار من قبل اللجنة التي شكلها مؤتمر إتحاد القانون الدولي الحادي والخمسين (المنعقدة في طوكيو)[٢] بأنه (تحركات رؤوس الأموال من الدولة المستثمر نحو الدولة المستفيد بغير تنظيم مباشر) ، لكن هذا التعريف لم يحظ بقبول واسع ، إذ انقسمت أراء الفقهاء القانونيين بشأنه بين مؤيد له مع التعديلات ، وبين من يدعى أنه جاء واسعا ويقترح تضيقه [٣] ، فأقترحوا تعريفا آخر بأنه (جميع حركات رؤوس الأموال بين الدول مع بعضها البعض سواء كانت أموالاً قصيرة أم طويلة الأجل ، ويطلب عليه طابع الاستمرار ، ومصحوبة بنية إعادة تحويل رأس المال مع عائدة في صورة ربح أو أسهم إلى موطنه الأصل) [٤] ، وكذلك عرفوه بأنه (تحركات رؤوس الأموال من الدولة المستثمر نحو الدولة المستفيد بقصد إنشاء أو تنمية مشروع لإنتاج السلع والخدمات) كذلك عرفوه بأنه (تحركات رؤوس الأموال من الدولة المستثمر نحو الدولة المستفيد من دون تنظيم مباشر غير مستهدفة تمكين هذا الدولة من شراء سلع استهلاكية ،أو تغطية نفقاته التي ليس لها طابع اقتصادي أو اجتماعي)

---

(١) د. غسان عبيد محمد المعموري ، مصدر سابق ،ص ٢٢.

(٢) د. طالب برايم سليمان ،الضمانات التشريعية لحماية الأستثمار الأجنبي (دراسة مقارنة) ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،٢٠١٦،ص٢٧ .

(٣) نقلاً عن ليلى سالم ،الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي ،رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة وهران،الجزائر ،٢٠١٢، ،ص١٠ .

(٤) د. مصطفى خالد مصطفى النظامي ،الحماية الإجرائية للأستثمارات الاجنبية ،ط٢ ،دار العلم الدولية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،٢٠٠٢،ص٢٩ .

يلاحظ على التعريفين الآخرين بانهما يشيران إلى التعريف المقترح من قبل اللجنة التي يشكلها اتحاد القانون الدولي بشكل كامل يهدفان الاستثمارات التي تخدم الدولة النامية فعلا، وتعمل على زيادة وسائل الانتاج فيه[١].

يلاحظ إن التعاريف التي وصفت الاستثمار جاءت بالمفهوم الواسع ،وذلك من خلال استخدام كلمة موارد مالية أي كل استخدام للموارد المالية يكون في الخارج يعد استثمارا، وكذلك لم يحدد الشخص المستثمر هل هو طبيعي أو معنوي ، وكذلك لم يبين نوع المال ،ووسع من نوعية النشاط فشمل جميع الأنشطة الاقتصادية. مؤتمر الأمم المتحدة لمنظمة التجارة والتنمية الانكتاد UNCTAD لعام ١٩٦٤ :هي مؤسسة في واشنطن في عام ١٩٦٤ ، عرفت الاستثمار الاجنبي المباشر بأنه (استثمار يشمل علاقات طويلة الأجل ويعكس المصلحة الدائمة ، والمسيطرة على كيان مقيم في أحد الاقتصاديات –المستثمر الاجنبي المباشر أو المشروع الأم – في أحد المشروعات المعنية في أحد الاقتصاديات غير اقتصاد المستثمر الاجنبي المباشر التابع للفرد الاجنبي) [٢].

وفي ضوء ما تقدم من تعاريف للاستثمار يقترح الباحث تعريفاً للاستثمار الأجنبي : بأنه رأس مال نقدي أوعيني مادي أو معنوي ،ومهما كانت طبيعتهُ وافد من الخارج في نشاط اقتصادي معين في الدولة المضيفة بهدف تحقيق عوائد مجزية وفقاً للقانون.

---

(١) يسار عطية توبة العقابي ، الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية المباشرة اثناء النزاعات المسلحة ، أطروحة دكتوراه ،كلية قانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٧ ،ص١٥ .

(٢) د. رؤى علي عطية ،النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي في التشريع العراقي وإقليم كردستان دراسة المقارنة ،مجلة العلوم القانونية ،جامعة بغداد ،المجلد ٣٢،العدد الثاني ،٢٠١٧ ،ص ٤٦٢.

المطلب الثاني

تعريف المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي

نشأت المعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية لأجل حماية المستثمرين الأجانب ولاسيما من المخاطر غير التجارية التي تواجه المستثمر المتمثلة في الإجراءات التي تتخذها الدول المضيفة ، وتتصل بين المخاطر السياسية والأوضاع الاقتصادية ،إذ تخرج هذه المخاطر في طبيعتها عن إرادة المستثمر الذي لا يمكنه أن يتجنب آثارها وانعكاساتها على مشروعه .

ولغرض الإحاطة بهذا الموضوع نبين مفهومها ، وخصائصها والطبيعة القانونية لها ، لهذا يقسم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول تعريف المعايير الدولية ، وفي الفرع الآخر الخصائص ،والطبيعة القانونية للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي ، على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريف المعايير الدولية

محور الكلام في هذا الفرع نبحث عن تعريف القانوني للمعايير الدولية لكن قبل ذلك نتطرق إلى تعريف الاصطلاحي للمعايير الدولية .

أذاً يقصد بالمعايير الدولية : عبارة عن مجموعة من المقاييس والقواعد المنظمة للقيام بالأشياء والمبادئ التوجهية التي تحكم العمل التي يتم استخدامها بشكل متكرر لضمان الحصول على النتائج المطلوبة في كل مرة يتم فيها تنفيذ النشاط أو الأجراء أو أي عمل ،وعادة مايتم وضع تلك المعايير قبل البدء في العمل من إدارة المشروع أو أي لجنة أخرى تملك السلطة للقيام بذلك [١].

---

(1)Wang ping,A Brief History of Standards and Standardization Organizations:A Chinese perspective,No.117.2011,p.2-3.

التعريف القانوني للمعيار الدولي : يعرف المعيار بوصفه أداة لتقويم السلوك الفردي بصفة عامة ، بأنه مجموعة قواعد التي يضعها مجتمع أياً كان مصدرها ، ويتحدد في ضوئها السلوك الذي يتوقعه المجتمع من الأفراد في المواقف المختلفة [١].

ويعرفه الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري بقوله : هو عبارة عن إتجاه عام لا يقيد القاضي ، يهتدي به عند حكم ،ويعطيه فكرة عن غرض القانون وغايته [٢].

جاء الفقيه الفرنسي أندرية هوريو وأعترض على تعريف الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري؛ وذلك لأن المعيار والإتجاه أمران مختلفان، ولا يوجد تشابه مطلقا بينهما ،فيعرف المعيار برأيه هو الوسيلة لمعرفة الإتجاه ، وهو يشبه المعيار بمزولة الملاح وهي آلة تتيح للملاح تحديد مركز السفينة بالنسبة خطوط الطول والعرض ،فإذا ما حدد موقفه كان عليه أن يأخذ الإتجاه الملائم إذن فالمعيار برأي الفقيه هوريو، هو أداة ذات أسلوب تحضيري وتنظيم قانوني ؛ من أجل وضع معطيات المشكلة المراد حلها بثقة وتأكد من اماكنها [٣] .

مما يلاحظ على التعريفين الذين أوردهما كل من الفقيه سنهوري والفقيه هوريو، غير دقيقين وكل منهما تعريف غير جامع وغير مانع ، لأنه لم يبينا معنى الدقيق للمعيار الدولي .

بعد ذلك جاء الفقيه روسكو باوند ، فعرف المعيار بأنه مقياس للسلوك الموصوف في القانون من خلالهُ ويتجنب الشخص مخاطر المسائلة عن أحداث ضرر أو خسارة [٤].

---

(١) د. محمود ابو زيد ،معجم علم الاجرام وعلم الاجتماع القانوني والعقاب ، دار غريب ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص ٣٨٥ ، وانظر : البروفيسور دينكن ميشيل،معجم علم الاجتماع ،ترجمة د. أحسان محمد الحسن ، دار الرشيد ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص٢١٧ .

(٢) د. فارس حامد عبد الكريم ،المعيار القانوني ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ،٢٠٠٩، ص١٥ .

(٣) د.فارس حامد عبد الكريم ، المصدر السابق ، ص١٥.

(٤) ينظر:د. حامد زكي ،التوفيق بين القانون والواقع ،مجلد ١ ،مجلة قانون الاقتصاد ،مصر ، العدد٥ ،١٩٣١ ،ص ٢٥٢-٢٥٣ .

ويرى باوند إن هناك عنصراً موصوفا للعدل والمعقولية في المعايير تجعلها نقطة أتصال بين القانون والأخلاق ، ليس هناك مبدأ يعرف ما هو معقول وما هو ليس بمعقول ،وهذا هو مصدر صعوبة تعريفهما ،فضلا عن أن المعيار يرتكز على أفكار عامة متعلقة بالآداب ، وبأصول التعامل المدني، والتجاري ،وهذه غير محدودة ،ويصعب حصرها ،وتعريفه عن طريق الأساليب الدقيقة ،والمؤكدة للمنطق القانوني [١] .

ويمكن تعرف المعيار القانوني بأنه : أداة فكرية سلسة للتوجيه التشريعي والقضائي ، أفكار، ووقائع بالاسناد إلى معطيات ،ومفاهيم أجتماعية واقتصادية وسياسية سائدة مما يترتب عليه تقرير حق ، أو فرض واجب[٢].

ومن أهم الصعوبات التي أعترضت ولا تزال تقف أمام قيام ميثاق عالمي للمعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية هي :

١- التدخل فيما بين أتفاقيات الاستثمار الدولية ،والسياسات الوطنية المحلية للدول [٣] .

٢- وجود تناقض بين مفاهيم الاستثمار الاجنبي في الفقه القانوني ،والاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار.

٣- أثر الإتجاهات الدولية على الاختلاف بين الأنظمة القانونية المحلية للدول في تنظيم الاستثمار[٤] .

---

(١) ينظر: د. حامد زكي ، المصدر السابق ، ٢٥٢-٢٥٣ .

(٢) د. فارس حامد عبد الكريم ،المصدر السابق ،ص١٨ .

(٣) د. عبد المومن بن صغير ،الصعوبات التي تعترض قيام ميثاق عالمي موحد لحماية الاستثمارات الاجنبية ،مجلة الفقه والقانون ،صلاح الدين دكداك ،العدد٦، ٢٠١٣،ص ١٢٥ .

(٤) د. عبد المومن بن صغيرة ، المصدر السابق ، ص ١٢٥.

يتضح مما يتقدم بأن عدم وجود اتفاقية دولية تقدم تعريفاً شاملا مانعاً لكل المعايير الدولية الخاصة بالأستثمار الاجنبي سبب ؛ ذلك هو أن المجتمع الدولي لا يزال يبحث للتوصل، نحو إيجاد ميثاق عالمي دولي متعدد الأطراف ،وموحد لحماية الاستثمارات الاجنبية ، وعلى الرغم من عدم وجود ميثاق أو اتفاقية عالمية موحدة شاملة لتعريف المعايير الدولية مع ذلك توجد معايير الدولية أنشأتها الاعراف الدولية واتفاقيات دولية مطبقة في المجتمع الدولي .

لكن يمكن أن يقترح الباحث تعريفاً شاملاً للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي بأنه عبارة عن مجموعة من المعايير القانونية في القانون الدولي للأستثمار التي نشأت بموجب العرف القانوني الدولي، والاتفاقيات الدولية الخاصة بالإستثمار، لتعزيز عملية تنفيذ الالتزامات ولمعاملة الاستثمارات الاجنبية في أحسن وجه من قبل الدولة المضيفة ، وان انتهاكها يؤدي قيام المسؤولية الدولة .

بتعبير آخر بأنه مجموعة من القواعد القانونية في القانون الاستثمار الدولي التي تحكم معاملة الاستثمارات الاجنبية وتنظيم ماله من حقوق وواجبات، وتلزم بها الدول المضيفة ومصدره الاعراف الدولية القانونية ، و الاتفاقيات الدولية الخاصة بالإستثمار.

نستنتج من خلال هذا التعريف بأن هذه المعايير الدولية الخاصة بالأستثمار الأجنبي تحولت إلى قواعد دولية ومن غير الممكن ان تبقى تسميتها بالمعايير الدولية ،لإنها وجد لها أساساً عرفياً كما وجد لها أساساً أتفاقياً أذاً اصبحت جزاً من القانون الدولي العام .

الفرع الثاني
الخصائص والطبيعة القانونية للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي

يقتضي البحث في الخصائص والطبيعة القانونية للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي أولاً: خصائص المعايير الدولية لحماية الاستثمار ،وثانياً: الطبيعة القانونية لها .

أولاً: خصائص المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي : نتناول هنا أهم الخصائص للمعايير العرفية والاتفاقية هي كالآتي :

١-إن من أهم خصائص المعايير العرفية التي استقر عليها العرف الدولي في هذا الشأن ، هو معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ،ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة ،ومعيار الحماية والأمن الكامل ، وعلى الرغم من عمومية مضمون هذه المعايير إلا إنها يكتنفها الكثير من الغموض ، وغير محددة المضمون [١].

٢-إن من الخصائص الرئيسية للمعايير الدولية العرفية ، إنها معايير غير مشروطة أو مطلقة أو موضوعية للمعاملة ، ويقصد بالمعايير غير المشروطة أو المطلقة ،بأن تلك المعايير أو القواعد، التي لا يتم النص عليها في الاتفاقية ، أو قد يتم النص عليها من دون تحديد لشروط وإجراءات تطبيقها لا تعرف تحديد لنطاقها، ومضمونها بشكل مباشر أو غير مباشر في نطاق اتفاقيات الدولية ، وإنما يترك تحديد نطاقها لإرادة الأطراف المتعاقدة أو لتفسير القضاء أو هيئات التحكيم الدولية عند حدوث نزاع بين الأطراف حول بنود الاتفاقية[٢].

٣- إن من أهم خصائص المعايير الاتفاقية الدولية المتمثلة بعيار المعاملة الوطنية ،والدولة الأولى بالرعاية ،والتعويض العادل والمنصف إنها معايير نسبية ، أي يستلزم لتطبيقها المقارنة بين المعاملة التي تمنحها

---

(١) د. حاتم غائب سعيد ، مصدر سابق ، ص ١١٦ .

(٢)د. طالب برايم سليمان ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

الدولة المضيفة للمستثمرين الوطنيين بالمعاملة الممنوحة للمستثمرين الأجانب ،إذ يجب النص عليها في اتفاقيات الاستثمار حتى يتم تطبيقها ، ويعني ذلك إن دول الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية غير ملزمة بتطبيقها قانوناً ، مالم تلزم نفسها بإدراجها ضمن نصوص اتفاقية توقع عليها ، وان إدراجها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية إلا بإتفاق الدول [١].

٤- إن من أهم خصائص المعايير الاتفاقية الدولية ، إنها معايير مشروطة ،أو ذاتية ، ويقصد بها قواعد السلوك التي تقررها الاتفاقية في معاملة المستثمر ، التي يحظى بها المستثمر في الدولة المضيفة للاستثمار، وتصل احياناً إلى النص على أنه يجب معاملة المستثمر الأجنبي بنفس معاملة المستثمر الوطني ،وهذا ما يعرف بمعيار المعاملة الوطنية [٢] ،ومن ناحية أخرى ، قد تتضمن الاتفاقية ،نص يتم الاتفاق عليه بين دولتين ،أو أكثر بمقتضاه تتمتع أحدى الدولتين المتعاقدين بالمزايا التي تنص عليها اتفاقية أخرى مع دولة ثالثة أبرمت أو ستبرم هذه الاتفاقية مع الطرفين أو أحدهما تتناول ذات الموضوع ، وهو ما يعرف بمعيار الدولة الأولى بالرعاية الذي يكثر استخدامه في اتفاقيات الاستثمار ، ويترتب على الدولة المضيفة في حالة إثارة مسؤولية الدولة بدفع تعويض للمستثمر الأجنبي ، وهو ما يعرف بمعيار التعويض العادل والمنصف[٣].

٥- أن المسؤولية الدولية تثير بحق جميع هذه المعايير الدولية في حالة الأنتهاك ماعدا معيار الحماية والأمن الكامل لايوفر حماية مطلقة ضد الأنتهاك المادي أو القانوني لأن الدولة المضيفة لا تخضع لمسؤولية صارمة لمنع مثل هذه الانتهاكات بل يجب على الدولة المضيفة أتخاذ التدابير اللازمة لحماية الاستثمار

---

(١) د. محمد عبد الودود أبو عمر ، الحماية الدولية للأستثمار الاجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان ، ٢٠١٧ ،ص ٨٨ .

(٢) د. طالب برايم سليمان ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

(٣) عبد المومن بن صغير ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة، الجزائر ، ٢٠٠٦-٢٠١٠، ص١٦٢ .

الأجنبي في حدود معقولة ،لكن تكون الدولة مسؤولة بشكل مباشر في حالة انتهاك هذا المعيار من خلال أجهزة الدولة نفسها .

نتوصل أن جميع هذه المعايير تسعى لاستجابة الأصول المثالية التي تنظم المجتمع الدولي ،ومفادها المساواة والعدل وعدم التمييز في حقوق والتزامات المستثمرين سواء كانوا أجانب أو وطنيين.

ثانياً :الطبيعة القانونية للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي:

يقتضي البحث في الطبيعة القانونية للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي ، نتناولها أولاً دولية ، و ثانياً الطابع إلالزامي لتلك المعايير

أولاً : المعايير دولية لوجودها في اتفاقيات الدولية والعرف الدولي :

إذ اشارت اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، إن اتفاقيات الاستثمار اتفاقيات دولية ؛ لأنها تعني اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر من اشخاص القانون الدولي، وهم الدولة المصدرة للاستثمار، والدولة المضيفة له ، وبالتالي تمر اتفاقيات الاستثمار بالمراحل المتعارف عليها كافة في المعاهدات الدولية[١].

وقد زدات اتفاقيات الاستثمار الدولية بشكل واضح ،حتى اصبحت تغطي جزءا كبيراً من الاستثمار الدولي بين مختلف دول العالم ، إذ باتت حركة اتفاقيات الاستثمار الثنائية ،تمثل واحدة من أكثر النشاطات نجاحاً في تاريخ القانون الدولي ، إذ أصبحت إطار دولي للقواعد القانونية التي تحكم العملية الاستثمارية

إذ بموجب تلك الاتفاقيات تحول العلاقة الداخلية بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة إلى علاقة

---

(١) انظر: نقطة (أ) من الفقرة (١) من المادة (٢) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ .

دولية خاضعة للقانون الدولي ، وبالتالي فإن الالتزامات التي تنظمها الاتفاقيات الدولية لا تلزم الدولة المضيفة للاستثمار تجاه الدولة المتعاقدة معها فقط ، وإنما يستفيد من الزاميتها مواطنوا الدولة المصدرة للأستثمار[١] ، وطالما إن المعايير الدولية هي من الإلتزامات المنصوصة في هذه الاتفاقيات فإذن هي دولية .

وذلك ان وجود الاستثمار الاجنبي في دولة المضيفة من الممكن ان يعرضه للمخاطر غير التجارية ، مما يثير معه نزاع بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة ، لذا وجد القانون الدولي قواعد قانونية لحماية الاستثمار الاجنبي ، يتم على أساس تلك القواعد لحسم هذه المنازعات ، من خلال ما أشاره النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية في المادة (٣٨) إلى مصادر تلك القواعد التي يتم حسم المنازعات بموجبها ، التي هي نفسها مصادر القانون الدولي العام ، التي جاء فيه " وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي ، وهي تطبق في هذا الشأن :

أ- الاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تقع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العرف الدولي المقبول بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال .

ت- مبادئ القانون العامة التي اقرتها الأمم المتمدنة .

ث-احكام المحاكم ،ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام من مختلف الأمم ويعد هذا وذلك وسيلة مساعدة لتعين قواعد القانون" [٢].

---

(١) د.أحمد كاظم الساعدي ، حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام ،المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ،القاهرة ،٢٠٢٠،ص ٨٢.

(٢) د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العام ،ط٦، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧، ص١٣٨ - ١٣٩.

نتوصل أن ووفقا لما اعتمده النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية من مصادر ، وقواعد قانونية لحماية الاستثمار الاجنبي ، وطلما نجد أن المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي ، قد نشأت بموجب اتفاقيات دولية وعرف دولي ، وهي من مصادر القانون دولي العام الأصلية ، إذاً هي معايير دولية .

ثانياً : المعايير ذات الطابع الإلزامي:

نظراً لأتفاقيات الاستثمار الدولية الملزمة التي تطبق على جميع الأطراف، وهي الأساس لنشأة المعايير الدولية في الاتفاقية ، إلا أن هذه العلاقات بين القانون الدولي والقانون الداخلي بحسب الرأي الراجح تتسم باعلوية الأول على الثاني ،إذ نصت على هذا مبدأ اتفاقية فيينا لقانون للمعاهدات لعام ١٩٦٩ ،

" لا يجوز لطرف في معاهدة ان يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة، لا تخل هذه القاعدة بالمادة ٤٦ " [١] .

وبالتالي تعلو الاتفاقيات الثنائية للأستثمار التي تبرمها الدول فيما بينها على التشريعات الداخلية، فالدول مطالبة قانونا باحترام التزاماتها وتعهداتها ، وفقاً لمبدأ احترام المعاهدات الذي كرسته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات وبموجب هذا المبدأ ، فإن كل أطراف الاتفاقية ملزمة بتنفيذها [٢] .

من الإلتزامات التي صادقت عليها دول الأطراف في اتفاقيات الاستثمار التي تمثل أساس في توفير حماية واسعة للأستثمار الأجنبي ، لذلك درجت اتفاقيات الاستثمار على إرساء مجموعة من القواعد تلتزم الدولة المضيفة باحترامها ، من أهم القواعد، أو معايير الدولية ، معيار المعاملة الوطنية ، معيار الدولة الأولى بالرعاية ، معيار التعويض العادل ،والمنصف [٣] .

---

(١) انظر: المادة (٢٧) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩.

(٢) انظر :المادة (٢٦)من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام ١٩٦٩

(٣) د. طالب برايم سليمان مصدر سابق ، ص ٣٣ .

وفق مبدأ نسبية أثر المعاهدات ، فأثارها قاصرة على أطرافها فقط من دون الغير إلا برضاهم وهذه هي القاعدة ، إلا إنه توجد استثناءات عدة ، تمنح حقوق للدول غير الأطراف ، وذلك في معيار الدولة الأولى بالرعاية [١] وغيرها من المعايير الدولية الأخرى .

يلاحظ كذلك ان العرف الدولي من أهم مصادر القانون الدولي العام ووفقا لما اعتمده النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية أعلاه إذاً اغلب قواعد هذا القانون ذات صفة عالمية ، وإنه يلزم جميع الدول من دون استثناء ، مما يحقق حماية للأستثمار الاجنبي في إقاليم الدول كافة من دون الحاجة إلى تعهد محدد من الدولة المضيفة ، لهذا تعد المعايير الدولية التي أنشأه العرف الدولي هي معايير ملزمة ودولية .

نستنتج مماسبق ، إن المعايير الدولية ذات طبيعة دولية وملزمة على جميع الدول حتى لو كانت الدول ليست طرفاً في الاتفاقية .

المبحث الثاني

الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي

لقد ادركت الدول بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية ، دور التنمية وأهميتها الكبرى في استتباب السلام والأمن الدوليين ، فالدول التي تعاني من الفقر لابد لها ، ان تبحث عن طريق يصل بها الى مستوى الرفاهية . ولمّا كانت الحرب العالمية الثانية ، سببا مباشرا لفشل عصبة الأمم تكاد إذ خلت تماما من أي نص يعالج التنمية في الدول الفقيرة ، لكن وجدنا ميثاق الأمم المتحدة قد وجه جل اهتمامه

---

(١) د. أحمد عبد اللاه المراغي ، القانون الدولي الإستثماري ، دار الفكر الجامعي، الأسكندرية ، ٢٠١٥، ص ١٠٩ .

الى قضية التنمية إذ خصص الفصل التاسع في التعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي و العاشر في المجلس الاقتصادي والاجتماعي من الميثاق لهذا الغرض .

ومن أجل النهوض وتشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية ، يجب أن تكون معاملة الاستثمارات الاجنبية من قبل الدولة المضيفة ، وفق معايير دولية منصوص عليها في الصكوك الدولية معتمدة في المجتمع الدولي .

لهذا نجد الأساس القانوني لهذه المعايير الدولية ، متمثلة في الاعلانات الدولية والاتفاقيات الدولية ومن هذه الاعلانات ، اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية بموجب قرار رقم ١٨٠٣ لعام ١٩٦٢ ، واعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦ بشأن الاستثمار الدولي والشركات المتعددة الجنسيات، من هذه الاتفاقيات ،اتفاقيات الدولية الخاصة والعامة

وبالتالي تساهم الاتفاقيات الدولية في خلق جو من الثقة والارتياح لدى الاستثمار الأجنبي وفي إيجاد نوع من الحماية على المستوى الدولي بعيدا عن تدخل الدولة ، وسلطاتها التي تتميز بنوع من الثبات والاستقرار .

لهذ سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول الاعلانات الدولية ، وفي المطلب الآخر الاتفاقيات الدولية الخاصة والعامة على نحو الآتي .

المطلب الأول

الإعلانات الدولية

أن الاعلانات :عبارة عن مجموعة من الافكار والمبادئ العامة ، لا تتمتع بصفة إلزامية ، ولها قيمة أدبية ومعنوية ، ولكنها تتمتع بالثقل السياسي والاقتصادي والأخلاقي ،إذا ما صدرت عن هيئة دولية مثل الجمعية العامة التابعة للأمم المتحدة، ويعد من قبيل العرف الدولي ،وغالبا ما يصدر في ظروف نادرة عندما ينص على مبادئ ذات أهمية وقيمة كبرى[١] .

إن الاعلانات الدولية التي تخص الموضوع التي تبحث عن تنظيم معاملة الاستثمارات الاجنبية ،وتبين الأساس القانوني للمعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية ،هي اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية لعام ١٩٦٢ واعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦ بشأن الاستثمار الدولي والشركات المتعددة الجنسيات .

لهذ يتم تقسيم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية بموجب قرار رقم (١٨٠٣) لعام ١٩٦٢ ، والفرع الآخر اعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦ .

---

(١) ينظر: مجمع اللغة العربية ،معجم القانون ، القاهرة ، ١٩٩٩،ص٥ .

الفرع الأول

اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية بموجب قرار رقم (١٨٠٣) لعام ١٩٦٢

وتصدَّى مبدأ السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية لمسألة الحدود التي يفرضها القانون الدولي على الدول، بما يتعلق بالمصالح الاقتصادية والاجنبية الواقعة داخل ولايتها الإقليمية .

هذه المسألة قديمة وكانت موضعا لكثير من الجدل والمقاضاة بين الدول المصدرة لرأس المال والدول المستوردة له خلال القرن التاسع عشر، وبداية القرن العشرين [١] .

ومن المبادئ الأساسية الذي ظهر في الميثاق الأمم المتحدة هو المساواة في السيادة بين الدول ، وعندما انشأت الأمم المتحدة كان بمثابة عامل حافز لحركات الاستقلال في الأرض الاستعمارية في أسيا ،وافريقيا ، وجنوب المحيط الهادي ،وكان من أولويات هذا المبدأ هو تأكيد على الاستقلال الاقتصادي ،وقد سعت الدول المتعلقة حديثا على الاعتماد على مبدأ السيادة الاقتصادية لمطالبة بالسيادة الدائمة على مواردها الطبيعية ، والهدف من ذلك فإن هذه الدول ستكون قادرة على التفاوض ،لخروج من الاتفاقيات ،و التنازلات القديمة [٢] .

والواقع ان هذا المبدأ دخل لأول مرة الى الأمم المتحدة عام ١٩٥٢ في العهدين الدولين الخاصين بحقوق الأنسان في صياغة المادة (١) التي تنص على أن" جميع الشعوب لها حق تقرير مصيرها بنفسها

---

(١) د. عدنان عباس موسى ، بحوث ودراسات في مستحدثات القانون الدولي ،المركز العربي ، القاهرة ،٢٠١٩،ص ٣٢٣.

(2) Surya P Subedi, International Investment Law Reconciling Policy and Principle,in North America(US and Canada)by Hart Publishing,2008,p21.

،وهي بمقتضى هذا الحق حرة في تقرير مركزها السياسي في السعي لتحقيق نمائها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي ." [١] وبهذا هي المادة (١) التي تناولت مسألة تقرير المصير في العهدين الدولية الخاصين بحقوق الانسان .

واخيرا أُدرج المبدأ في الفقرة (٢) من المادة (١) ،التي تنص على أن " لجميع الشعوب سعيا وراء أهدافها الخاصة ، أن تتصرف بثروتها ومواردها الطبيعية بحرية من دون الاخلال بأي التزامات منبثقة عن مقتضيات التعاون الاقتصادي الدولي القائم على مبدأ المنفعة المتبادلة وعن القانون الدولي ، ولا يجوز في أي حال حرمان أي شعب من أسباب عيشه الخاصة " في العهدين الدوليين الخاصين [٢] ، وفي إطار الصياغة المعدلة التي فضلته الدول النامية أدرج المبدأ في المادة (٤٧) من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، التي تنص على أنه" ليس في أي من أحكام هذا العهد ما يجوز تأويله على نحو يفيد إخلاله بما في ميثاق الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة بصدد المسائل التي يتناولها هذا العهد ." [٣]

وجاء القرار رقم (٦٢٦) في عام ١٩٥٢/١٢/٢١، الصادر من الجمعية العامة الذي دعم مفهوم تقرير مصير الاقتصاد ،إلا إنه مثير للجدل ، لذا انشئت لجنة معنية بالسيادة الدائمة الدول

---

(١) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ،لعام ١٩٦٦ والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لعام ١٩٦٦ .

(٢) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان ، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان ، الأمم المتحدة نيويورك وجنيف ،منشورات الأمم المتحدة ،٢٠٠٦، ج١ ، ص ٢٤ .

(٣) مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الانسان ،المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الانسان ،المصدر السابق،ج ٥، ص ٤٣.

على المواراد الطبيعية في القرار رقم (١٣١٤) في عام ١٩٥٨، لعمل دراسة استقصائية كاملة عن هذا المبدأ [١] .

واعتمدت الجمعية العامة القرار رقم (١٨٠٣) في ١٤ /١٢/١٩٦٢، بشأن السيادة الدائمة للدول على الموارد الطبيعية ، وحاز قبولا واسع النطاق في عام ١٩٦٢ ، ويعد مطابقا لأحكام القانون الدولي[٢]. إذ تنص الفقرة (٤) من القسم الأول من هذا القرار " يراعى استناد التأميم أونزع الملكية أو المصادرة الى أسس من المنفعة العامة أو الأمن العام أو المصلحة الوطنية المسلم بأرجحيتها على المصالح الفردية أو الخاصة ، الأجنبية ، والوطنية ،ويدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم على وفق القواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها ، وعلى وفق القانون الدولي."

يلاحظ من خلال استقراء هذا النص إنه تناول المعيار الدولي للتعويض الملائم والمناسب ، وهكذا سعى قرار الجمعية العامة الى تحقيق نوع من توازن المصالح بين الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال والدول النامية المستوردة له ، إذ لم يأخذ بقاعدة التعويض التقليدي واعتمد قاعدة التعويض الملائم أو المناسب الذي يجب ان تقدره الدولة في ضوء قواعد القانون الدولي [٣] .

وهكذا اصبح قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة أول صك دولي ، يحظى بدعم شبه عالمي ، و الدول ذات السيادة لها الحق في مصادرة اصول الشركات الاجنبية بموجب شروط معينة تضمنت معيار التعويض الملائم ، أو المناسب .

---

(١) د. عدنان عباس موس ، بحوث ودراسات في مستحدثات القانون الدولي ،المصدر السابق ، ص٣٢٥

(2) Sarya P Subedi , op.cit.p22.

(3)Sarya P Subedi , op.citP23

الفرع الثاني

اعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦

أظهرت تجارب الدول الاعضاء في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ، وكذلك تجارب الحكومات غير الاعضاء ، وجود أُطر قانونية وتنظيمية واضحة ترتكز على مبادئ الشفافية وعدم التمييز واتزام السياسي قوي بتسهيل الاستثمار، إذ يكون لها أثرها الفعال في جذب المستثمرين الأجانب ، وتمكين الاقتصادات المحلية من الاستفادة من وجود هؤلاء المستثمرين ، إن جذب الاستثمار الاجنبي قد يصبح غير ممكن إذا لم يكن المستثمر على علم بالبيئة التي يعمل فيها ، ويشعر بمساندة الحكومة [١] .

ولذا حكومات الاعضاء في المنظمة على مر السنيين وسعت بوضع معايير دولية لمعاملة الاستثمارات الدولية من خلال الموافقة على مواثيق مثل توصيات لجنة الاستثمار بمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية حول الشفافية والحوافز ،ومدونة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية الخاصة بتحرير حركة رؤوس الأموال ، واعلان منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بشأن الاستثمار الدولي والشركات متعددة الجنسيات [٢] لكن ما يهمنا هو الأمر الأخير .

قامت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE بتاريخ ١٩٧٦، بأصدار اعلان خاص بالاستثمارات الدولية والشركات المتعددة الجنسيات في إطار ما يسمى بالمبادئ التوجيهية ، وتم التوقيع عليه في ١٩٧٦/٦/٢٦ ، من طرف الدول الاعضاء ثم المبادئ التوجيهية ، وهي عبارة عن توصيات مشتركة من قبل طرف الحكومات إلى هذه الشركات التي تتضمن التشاور حول تطبيق المبادئ التوجهية والمعاملة

---

(١) د. عبد المؤمن بن صغير نعيمي فوزي ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الاجنبي ، مصدر سابق ،ص ٥٨.

(٢) د. عبد المؤمن بن صغير نعيمي فوزي ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الاجنبي ، مصدر سابق ، ص ٥٩

الوطنية ، وتشجيع الاستثمارات الدولية والإلتزامات المتفق عليها [١] ، بتعبير آخر عبارة عن توصيات موجهة بشكل مشترك من قبل الحكومات إلى الشركات المتعددة الجنسياتُ لتوفير مبادئ ومعايير الممارسات الجيدة بما يتفق مع القوانيين المعمول بها والمعايير المعترف بها دوليا ، وهي مبادئ توجيهية طوعية وغير قابلة للتنفيذ قانونياً ، مع ذلك فإن بعض الأمور التي تغطيها المبادئ التوجيهية قد ينظمها القانون الوطني و الإلتزامات الدولية [٢] .

يتألف الاعلان من أربعة عناصر مهمة ،ولكل عنصر قرار يدعمه من مجلس المنظمة .

أولاً: التوجيهات الارشادية للشركات المتعددة الجنسيات وتتضمن توصيات بشأن المسؤول لقطاع الاعمال والمواجهة من قبل الحكومات إلى الشركات المتعددة الجنسيات العاملة في الدول .

ثانيا: وثيقة المتطلبات المتضاربة التي بموجبها توافق الدول التي انضمت على التعاون ،وذلك لتجنب أو الحد من فرض متطلبات متضاربة على الشركات المتعددة الجنسيات .

ثالثا: وثيقة حوافز الاستثمار الدولي والإجراءات المثبطة له من خلال تقوية التعاون الدولي ، والسعي إلى جعل الإجراءات شفافة قدر الامكان [٣] .

رابعا: وثيقة المعاملة الوطنية ، تتمثل في تمتع الشركات بالمعاملة الوطنية التي تعد أهم الضمانات التي منحتها هذه المدونة للشركات والاستثمارات الاجنبية [٤] .

---

(١) د. عبد المؤمن بن صغير نعيمي فوزي ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الاجنبي ، مصدر سابق ،ص ٥٩

(2) https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144

تاريخ آخر زيارة ٢٠٢٠/٩/١٤ .

(٣) منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) ، استعراض مناخ الأعمال في مصر، سياسات الاستثمار وشراكات بين القطاعين العام والخاص ، الاتحاد الأوربي ، ٢٠١٤ ،ص ٢٧ .

(٤) منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) ، مصدر سابق ، ص ٢٧ .

وفي عام ١٩٨٤ وسّع مجلس المنظمة من مفهوم الاستثمار الاجنبي المباشر ليمثل مجمل قانون إنشاء الاستثمارات ،ومن ثم يصبح الاستثمار يحظى بمعيار المعاملة الوطنية ،ووضعت التزام عام يتعلق بعدم التمييز في المعاملة بين المقيمين وغير المقيمين [١] .

فيما يتعلق بالطبيعة القانونية للإعلان فهو عبارة عن توصيات موجهة من الدول الاعضاء إلى الشركات التي تنشط على إقليمها ، وبالرجوع إلى ديباجة النص المتضمن المبادئ التوجيهية نجدها تؤكد صراحة بقولها ، إن المبادئ التوجيهية هي توصيات موجهة بصفة مشتركة من طرف الدول الاعضاء إلى الشركات المتعددة الجنسيات . . . وإن احترام تلك المبادئ التوجيهية تطوعي ،ولا يشكل التزاماً من شأنه ترتيب جزاءات من الناحية القانونية [٢] .

يلاحظ إن هذه القواعد لا توصف بأنها قواعد ملزمة إلا إنها مع ذلك أحد مصادر القانون في المجالات التي تعالجها النصوص القانونية الوضعية ،وكمصدر لقانون يمكن أن يكون له أثر واسع على حل المشاكل الناجمة عن نشاطات هذه الشركات ، على الرغم من عدم إلزامياتها ،لكن لقيت المبادئ التوجيهية قبولا وتطبيقا دولياً .

نستنتج مما سبق فإن الاعلان وثيقة صدرتها المنظمة OCDE عام ١٩٧٦ لتوفير بيئة منفتحة تتسم بالشفافية للاستثمار الدولي ، يتألف الاعلان من أربعة عناصر، أولاً التوجيهات الإرشادية للشركات متعددة الجنسيات وثيقة المتطلبات متضاربة ،التي بموجبها توافق الدول التي انضمت إلى التعاون وكذلك وثيقة حوافز الاستثمار الدولي والإجراءات ،ومن أهم المعايير هو معيار المعاملة الوطنية ،يعني ذلك ان الاعلان نص على معيار المعاملة الوطنية لحماية الاستثمارات الاجنبية سواء كانت شركات أم استثمارات دولية .

---

(١) ينظر: قرار المجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية ،قرار رقم (٨٣) ،تاريخ ١٩٨٤/٤/٤.

(٢) د. عبد المؤمن بن صغير نعيمي فوزي ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الاجنبي ، مصدر سابق ، ص٦١.

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية

تكمن أهمية الاتفاقيات الدولية بشكل عام والاتفاقيات الاستثمارية بشكل خاص في العصر الحديث في إنها تستطيع أن تنظم العديد من المسائل التي أثيرت حديثا، مثل منح ضمانات كافية للطرفين للحفاظ على رؤوس الأموال والمشاريع الاستثمارية ،ومنح حماية موضوعية و إجرائية للمستثمر الاجنبي ، وغيرها.

تؤدي اتفاقيات الاستثمار دورا مهما في تشجيع وحماية الاستثمار الاجنبي ،لإنها تحول العلاقة ما بين دولة المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة للأستثمار الى علاقة دولية خاضعة للقانون الدولي ، ومن ثم فإن المشروع الاستثماري يتمتع بالحماية الدولية التي تكرسها الاتفاقية [١] .

ونظرا لعدم الاتفاق دوليا على مبادئ ملزمة لمعاملة الاستثمار الاجنبي لذا فقد حرصت الأتفاقيات الاستثمار الثنائية على تحديد نظامه القانوني، وذلك منذ تأسيسهَ وحتى تصفيته في إطار سياسة تشجيع الاستثمار الاجنبي التي تتبعها غالبية الدول،إذ إن الغالبية العظمى من دول العالم، تعد طرفا في اتفاقية أو أكثر من هذه الاتفاقيات [٢] ،وكانت أول دولة دخلت في اتفاقيات الاستثمار الثنائية،هي جمهورية ألمانيا مع جمهورية باكستان في عام ١٩٥٩وبعدها سويسرا وتونس عام في ١٩٦١ ، وقد حذت الدول أخرى حذوهما [٣] .

وكذلك لاتفاقيات الجماعية دور مهم في حماية الاستثمارات الاجنبية التي تبنت تلك المعايير الدولية .

---

(١) د . ماهر جميل ابو خوات ، حماية الاستثمار الاجنبي في ضوء القواعد القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠١٤، ص١٤ .

(٢) د. علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨، ص٥٤ –٥٥ .

(3) Christoph Schreuer ,Investments,International Protection,p.2.

متاح على هذا الموقع وآخر زيارة ٢٠٢٠ http:// www.univie.ac.at

وان الرغبة هي في ايجاد تنظيم دولي شامل للأستثمارات الاجنبية ، هدف تسعى إليه الدول كافة ، وذلك من خلال ما نشاهده من المحاولات العديدة التي بذلت بهذا الشأن وكانت أول محاولة في عام ١٩٢٩ ، إذ عقد تحت أشراف عصبة الأمم أول مؤتمر دولي لدراسة مسألة معاملة الأجانب إلا إنه فشل في التوصل إلى اتفاق عام شامل حول الموضوع [١] . وكذلك اتفاق بوجوتا الاقتصادي ١٩٤٨ [٢] . ومن المحاولات الأكثر تأثيرا نشير إلى مشروع اتفاقية حماية الاستثمارات في الخارج لعام ١٩٥٩ ، أو ما يعرف بمشروع ابس – شوكروس وشكل مزيجا من مشروعي اتفاقتيين السابقتيين [٣] ،احتوى على احكام بشأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة الأكثر ثباتا وغيره من الاحكام لكن لم يحقق نجاحا يذكر ، لكنه قد كون الأساس القانوني لمشروع مماثل صدر عن منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECDعام ١٩٦٧، تحت اسم مشروع اتفاقية حماية الملكية الاجنبية إلا إنه فشل في الحصول على تأييد دولي ، لتحقيق الصفة العالمية ، إذ لم تتجاوز آثاره حدود المنظمة التي وضعته[٤] .

يلاحظ من تلك المحاولات إن وضع تنظيم عالمي متعدد الأطراف للأستثمارات الاجنبية ليس بالامر السهل؛ يرجع ذلك إلى نوعية طرف لعلاقة الدول المتقدمة والى الدول النامية .

لهذا نقسم هذا المطلب على فرعين:نتناول في الفرع الأول الاتفاقيات الثنائية،والفرع الآخر الاتفاقيات الجماعية.

---

(1)Stephan W.Schill ,The Multlateralization OF International Investment Law United States of America ,Cambridge University Press,2009,p. 41.

(٢) د. علي حسين ملحم ،المصدر السابق ،ص ٢٦٧ .

(٣) ضعت الجمعية الألمانية لحماية الاستثمار الاجنبي برئاسة الدكتور ابس مشروعا اتفاقية جماعية بشأن حمايةحقوق الملكية الاجنبية في الدول الاخرى في عام ١٩٥٧ ثم قامت مجموعة من محامين الأوربيين والامريكيين تحت رئاسة للورد شواكروس بوضع مشروع مماثل ١٩٥٨ ثم تم جمع هذين المشروعين في عام ١٩٥٩ أسم مشروع ابس شواكروس ، ينظر: د. علي حسين ملحم ، مصدر سابق ، ٢٦٥ .

(٤) د. محمد محمد أحمد سويلم ، الإستثمارات الأجنبية في مجال العقارات دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي ، منشأة المعارف ،الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص ١١١ .

الفرع الأول

الاتفاقيات الثنائية

تُعرف اتفاقيات الاستثمار الثنائية :على إنها عبارة عن اتفاقية قانونية متبادلة مبرمة بين الدولتين ذات السيادة لتعزيز وحماية الاستثمارات من قبل المستثمرين في الدولة أخرى [١] .

أهم النماذج للأتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمار الأجنبي التي تبين المعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية ، تنحصر هذه النماذج فيما يأتي :

أولاً :النموذج الأوربي :هو نموذج مستمد من مشروع الاتفاقية المتعددة الأطراف حول حماية أملاك الأجانب المعدة من طرف المنظمة ، من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) لعام ١٩٦٧[٢] .

النموذج التقليدي الذي يطالب أن تكون معاملة الدول المصدرة لرأس مال مستثمر الاجنبي بمعيار المعاملة الوطنية الذي يقصد فيه أن المستثمر الاجنبي ينبغي معاملته مثل معاملة المستثمر الوطني في الحقوق والواجبات .

ثانيا: النموذج الامريكي : هونموذج حديث النشأة ،وضع عام ١٩٨٢ ، يوفر حماية كبيرة للأستثمارات الاجنبية إذ يضع على عاتق الدولة المضيفة للمشروع الاستثماري التزامات إتجاه المستثمرين الأمريكيين ، ومن بين أهم الالتزامات الدولية ،والقواعد التي يجب على الدولة المضيفة احترامها

---

(1)Rodrigo Polanco Lazo,Lessons Learned and Lessons to Be Learned :Lnvestment Law &Development for Developed Countries,P.15

متاح على الموقع تاريخ آخر زيارة١٢/١٠/٢٠٢٠ . https: // law.yale.edu.

(٢) عيبوط محند وعلي ،الحماية القانونية للأستثمارات الاجنبية في الجزائر ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة معمري،تيزي وزاو ،الجزائر ،٢٠٠٦ ،ص ٢٤٨ .

هو معيار المعاملة الوطنية ، ومعيار الدولة الأولى بالرعاية ، والاختيار الانسب للمستثمر ، وكذلك يدعم قواعد الحماية التي تتعلق بالتعويض في حالة نزع الملكية ، أو التأميم [١] .

وتبنى النموذج الأمريكي الموحد لاتفاقيات الثنائية لعام ٢٠٠٤ معيار المعاملة العادلة والمنصفة [٢] ،ومن الأمثلة التطبيقية على النموذج الامريكي . اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات الاجنبية المتبادلة بين الولايات المتحدة الامريكية ، و رواندا ٢٠٠٨\١٢\١٩ التي تنص على أن " يمنح كل طرف معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك التي يمنحها في ظروف مشابهة لاستثمارات مستثمرية فيما يخص التأسيس ،الحيازة . . . "

اخذت معيار المعاملة الوطنية ، واتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات الاجنبية المتبادلة بين الولايات المتحدة الامريكية و لاورغواي المبرمة ٢٠٠٥\١١\١٤ التي نصت على معيار الدولة الأولى بالرعاية [٣] .

ثالثا: النموذج الألماني لاتفاقيات الاستثمار الثنائية : الذي يحيل دائما إلى القوانين والتشريعات الوطنية للدول المتعاقدة فيما يخص تطبيق معيار المعاملة الوطنية ، ومثال على ذلك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار الثنائية بين ألمانيا و الباكستان المبرمة ١٢/١ /٢٠٠٩ [٤] .

---

(١) زياني مريم و زياني كريمة ، الحماية الاستثمارات الاجنبي في ظل الاتفاقيات الثنائية الجزائر نموذجا ، رسالة ماجستير ،كلية حقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،الجزائر ،٢٠١٣ ،ص ١١ .

(٢) د. محمد عبد الودود أبوعمر، مصدر سابق ،ص ٧٥ .

(٣) راجع المادة (٥) من الاتفاقية ، والمنشورة على الموقع الإلكتروني للأونكتاد ، آخر زيارة١٤/١١/ ٢٠٢٠.

http://investmentpolicyhub.unctad.org

(٤) راجع المادة (٣) من الاتفاقية ، والمنشورة على الموقع الإلكتروني للأونكتاد ، آخر زيارة١٤/١/ ٢٠٢١.

http://investmentpolicyhub.unctad.org/HA/CountryBits/78

رابعا: النموذج الأفرواسيوي : ١٩٨٤ من بين مجموعة الدول الإفريقية و الاسيوية ونص على ترقية الاستثمار، وترك مجال واسع للدولة المتعاقدة ، وكذلك ترك الحرية للدولة ،لتحديد معايير دخول المستثمر وقبوله ، يتميز هذا النموذج أنه أخذ بمعيار الدولة الأولى بالرعاية [١].

وهناك العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية خاصة لحماية الاستثمار الاجنبي ، التي تنص على المعايير الدولية ومنها :-

اتفاقيات الصداقة و التجارة والملاحة وهي من أقدم الاتفاقيات الثنائية التي يرجع تاريخها إلى القرن الثامن عشر ،التي عقدت من الدول المصدرة لرأس المال من أجل الحصول على ضمانات لحماية الاستثمار الاجنبي ،وقد ركز هذا النوع من الاتفاقيات على مبدأ تشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية المتبادلة بين الدول ، وعالجت مسألة تنظيم وتحديد المعايير الدولية لمعاملة الاجنبي وملكيتهُ ومشاريعه كالاتفاقية بين ألمانيا وباكستان لعام ١٩٥٩ التي نصت على معيار المعاملة الوطنية حسب المادة (١) منه [٢] .

الاتفاقية بين جمهورية مصر العربية وجمهورية السودان عام ١٩٧٨ التي تنص في المادة (٣) على أن " يتعهد كل من الطرفين المتعاقدين بتوفير الحماية الكاملة للاستثمارات الذي يقوم به في أراضيه أي شخص من رعايا الطرف الآخر كما يضمن لهذا الاستثمار معاملة عادلة ." [٣] ، يلاحظ إن هذه الاتفاقية نصت على معيار الحماية والأمن الكامل ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة . والاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربية ودولة الأرجنتين لعام ١٩٩٤ ، إذ نصت " أن تصاحب هذه الإجراءات قرارات لدفع تعويضات تتم بصورة فورية ومناسبة ونافذة. . " [٤].يلاحظ على هذه الاتفاقية نصت على معيار التعويض.

---

(١) زياني مريم وزياني كريمة ،مصدر سابق ،ص ١١ .

(٢) د . رفيقة قصوري ،النظام القانوني للأستثمار الاجنبي في الدول النامية ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر ،بتنة ٢٠١٠-٢٠١١ ص ١٠١ .

(٣) هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية ، العدد ١٨، تاريخ ١٩٧٨/٥/٤،ص ٤٦٦.

(٤) ينظر :المادة (٤) هذه الاتفاقية منشورة في الجريدة الرسمية ، العدد٧، ١٩٩٤/٢/١٧، ص٣٧٩

واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق حكومة الجزائر عام ١٩٩٩ ، نصت على أن " كل طرف متعاقد ان يضمن معاملة عادلة ، ومنصفة ضمن إقليمه لاستثمارات المستثمرين التابعين للطرف الآخر، والمحددة وفقا لقوانين وأنظمة تشجيع الاستثمار لديه . ." من الاتفاقية [١] يتبين إنها نصت على معيار المعاملة العادلة و المنصفة .

شاركت ايران في العلاقات الدولية مع أكثر من ٥٠ دولة ، فيما يخص حماية ، وتشجيع الاستثمارات الاجنبية ، وكانت المعايير التي تنص عليها هذه الاتفاقيات تتراوح ما بين معيار الحد الأدنى ، والمعاملة العادلة المنصفة ، و المعاملة الوطنية ، وطورت ايران معيار المعاملة الوطنية . مثال على ذلك ،انضمت ايران إلى اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨، وطبقت معيار المعاملة الوطنية [٢] .

أما في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ نجد إن الفقرة (٢) من المادة (٢٣) من هذا الدستور تنص على أن " لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون " ، بينما قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ المعدل بالقانون رقم (٢) لعام ٢٠١٠ ، جاءت خالية تماما ، ولم ينص في بنود هذا القانون على تعويض المستثمر سواء كان وطنيا أم أجنبيا ، بينما التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠١٥ نص في البند (ب)من الفقرة (٣) من المادة (١٢) منه، إنه لايجوز نزع ملكية إلا للمنفعة العامة وبتعويض عادل [٣] ، هذا يعني أخذ بمعيار تعويض العادل والمنصف ، مقابل نزع ملكية المشروع الاستثماري للمنفعة العامة.

---

(١) ينظر: الفقرة (٣) من المادة (٢) من الاتفاقية وحماية الاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق وحكومة دولة الجزائر عام ١٩٩٩.

(2)Dr. Rahim Baghban ,Recent Developments of International Standards on Protective Law of Foreign Investment :A Comparison With Iran'S Law, faculty of law and political science,Islamic Azad University,Mashhhad,IRAN ,P.7

(٣) ينظر: قانون الاستثمار العراقي رقم ٥٠ لعام ٢٠١٥ .

نلاحظ إن كل من دستور ٢٠٠٥ ، وقانون الاستثمار العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠١٥، أخذ معيار تعويض عادل والمنصف ، بينما قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ خلا من نص على معيار تعويض

لقد ابرم العراق العديد من الاتفاقيات مع الدول، ومثال على ذلك الاتفاقية العراقية البيلاروسية لعام ٢٠١٥ ، التي نصت في الفقرة (١) من المادة (٥)على أن " للمستثمرين من طرف متعاقد وأحد الذين تعرضت استثماراتهم في إقليم الطرف المتعاقد الآخر الى خسائر بسبب الحرب أو صراع مسلح آخر ، أو حالة طوارئ وطنية أو تمرد أو عصيان أو شغب في إقليم الطرف المتعاقد الأخير ،الحصول لدى الطرف المتعاقد الأخير ، على الرد أو التعويض أو أي تسوية أخرى ،. . ." والمادة نفسها في البند (ب)في الفقرة (٢) بينت نوع التعويض فمنحت تعويضاً عادلاً ومنصفاً من هذه الاتفاقية [١] .

يلاحظ إنه تم النص على المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي في الكثير من اتفاقيات الاستثمار الثنائية ، وبينت تلك المعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية ، وما يخص معاملة المستثمر الاجنبي من الدولة المضيفة .

---

(١) ان العراق صادق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٥٢) لعام ٢٠١٥ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٣٩٧) ، تاريخ ٢/١٥ /٢٠١٦.

الفرع الثاني

الاتفاقيات الجماعية

ولأيجاد وسيلة محايدة وفعالة ومن أجل مواكبة التطور الاقتصاد الدولي ، اتجهت الدول والمنظمات نحو الاتفاقيات الدولية الجماعية ؛ لكونها وسيلة مهمة تعتمدها الدول ، ومن خلالها تبرم بإرادتها وتساهم في تحقيق توحيد الافكار القانونية ، وفي تطوير وتوحيد المعايير الدولية المطبقة على العلاقة بين المستثمرين الأجانب والدولة المضيفة للأستثمار.

لهذا تعد الاتفاقيات الجماعية مهمة في خلق نظام قانوني دولي حقيقي إذ تتضمن قواعد قانونية ملزمة للأطراف [١] ، ومن أجل التوصل إلى صيغة دولية ملائمة لتنظيم معاملة الاستثمارات الاجنبية ، فإن مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والعمل انتهى إلى إقرار ميثاق هافانا عام ١٩٤٨، إذ حظيت مشكلة الاستثمارات الاجنبية بالاهتمام الكبير في هذا المؤتمر، وتم التوقيع على أول اتفاقية دولية جماعية للاستثمار الاجنبي ، تضمنت نظاما قانونيا متكاملا للأستثمار حيث تناول معاملته وحمايته ، وطرق تسوية المنازعات المتعلقة به ، لكن هذه الاتفاقية لم تدخل حيز التنفيذ ؛ والسبب عدم التصديق عليه على الرغم من وضوح أهمية ميثاق هافانا[٢]، التي نص ولأول مرة على مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة في البند (أ) في الفقرة (٢) من المادة (١١) من هذا الميثاق [٣] .

إلا إنه كانت حافزاً في توجيه الجهود الدولية العالمية والإقليمية ، لقد خاضت الدول العربية تجربة الاتفاقيات الإقليمية في مجال حماية وتشجيع الاستثمارات العربية ،وكذلك الجهود الدولية العالمية على النحو الآتي:

---

(١) د . شيرزاد حميد هروري ، الضمانات التشريعية للأستثمارات الاجنبية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٣٥٢ .

(٢) رفيقة قصوري ،مصدر سابق ، ص ١٣٧ .

(3)Havana Charter,of the united nations conference on trade and employment,1948,p.19.

أولاً : اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات عام ١٩٧١: تم اعداد مشروع الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار من الصندوق الكويتي لتنمية العربية في عام ١٩٦٨، بعد أن أقر المؤتمر خبراء التمويل العرب في ١٩٧٠، وفيه تم توقيع اتفاقية أنشاء المؤسسة في ٥/٢ ١٩٧١، في الكويت [١] وتم التوقيع على الاتفاقية اثنتان وعشرون دولة عربية ،واصبحت نافذة بعد المصادقة من قبل خمس الدول العربية ، وتعد أول مؤسسة ضمان إقليمية دولية في العالم [٢] وقد أنضم العراق إلى هذه الاتفاقية في (١٦ /٩ /١٩٧١) [٣]، التي نصت على معيار التعويض حسب الفقرة (١)من المادة (٢) من الاتفاقية [٤] .

ثانياً : اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وأنتقالها بين الدول العربية المعدلة لعام٢٠١٦ : لقد جاء ابرام هذه الاتفاقية بين أقطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية ؛ ذلك استجابة التطورات الجديدة التي حدثت في الاقتصاديات العربية منذ الستينيات وأوائل السبعينيات ، وتم التوقيع عليه ٢٩ /٨ /١٩٧٠،واصبحت نافذة ٢٠ /٢ /١٩٧١ ، ووضعت قواعداً جديدةً تسد النقص ، وتراعي المحافظة على التوازن بين مصالح المستثمرين اصحاب رؤوس الأموال وبين مصالح الدول المضيفة لهم والاتفاق على الحد الأدنى من المبادئ التي ينبغي أن تنظم الاستثمارات العربية على أن تحدد أبعادها في إطار اتفاقية عامة [٥] ، ومن القواعد

---

(١) د . عمر هاشم محمد صدقة ، ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ،الاسكندرية ،دار الفكر الجامعي ،٢٠٠٦ ص ١٠٨ .

(٢) كعباش عبد اللة ، مصدر سابق ، ص ٢٦٤ .

(٣) ان العراق صادق على هذه الاتفاقية بموجب قانون رقم (١٢٨) لعام ١٩٧١،منشور في قاعدة التشريعات العراقية .

(٤) ينظر: اتفاقية بإنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمارات وائتمان الصادرات بتعديلاتها عام ٢٠١٥/٤/٧.

(٥) د . علي حسين ملحم ، مصدر سابق ،ص ٢٧٧ .

ومن القواعد التي نصت عليها لتنظيم و معاملة الاستثمارات العربية هي معيار المعاملة الوطنية كما في النص المادة (٤) على ان " تلتزم الدول الأعضاء بمعاملة الاستثمارات العربية من دون تمييز في كافة المجالات المتاحة فيها بما لا يقل عن معاملة الإستثمارات الوطنية ".

كذلك أخذت بمعيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية ، وهذا كما مبين في النص المادة (٥) على ان " تلتزم الدول الاعضاء بمعاملة الاستثمارات بما لا يقل عن معاملة أية استثمارات اجنبية قد تمنحها الدول مزايا خاصة، وتتمتع الاستثمارات العربية تلقائيا بنفس تلك المزايا فور منحها . . " [١].

نلاحظ على هذة الاتفاقية أخذت بمعياري ، معيار المعاملة الوطنية و معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية ، وهذا يعني اقتصار دورها على توفير قواعد الحماية الموضوعية فقط .

ثالثاً : الاتفاقية الموحدة لأستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ١٩٨٠ : تم التوقيع على هذه الاتفاقية عام ١٩٨٠، من طرف الدول الاعضاء في جميع الدول العربية [٢] ، ثم صادق على هذه الاتفاقية القمة العربية في (٢٥-١٩٨٠/١١/٢٧)، ودخلت حيز التنفيذ أبتداء في (١٩٨١/٩/٧) [٣] .

منحت الحرية في القيام بالاستثمار في إقليم أي دولة طرف في المجالات غير الممنوعة على مواطني تلك الدولة ، وغير مقصورة عليهم مع احترام حدود النسب المقررة في تشريعاتها الداخلية [٤]، وكذلك اعترف المستثمر العربي بالحد الأدنى من المعاملة مع أمكانية منح معاملة تفضيلية تتجاوز أثرها الحد

---

(١) صادق على هذه الاتفاقية بموجب قانون ، رقم (٢٣٩) ، منشور في الوقائع العراقية ،عدد ١٩٥٧، ١٩٧١/١/٢١.

(٢) رمداني سيلية ومعافة دانية ،مبدأ الشرط الدولة الأولى بالرعاية للاستثمارات الاجنبية في الجزائر ،رسالة ماجستير ، كلية حقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة ،٢٠١٥-٢٠١٦ ،ص٤١ .

(٣) د . علي حسين ملحم ،مصدر سابق ،٢٨١.

(٤) رمداني سيلية ومعافة دانية ،مصدر سابق ،ص ٤١ -٤٢.

المستثمر العربي بالحد الأدنى من المعاملة مع أمكانية منح معاملة تفضيلية تتجاوز أثرها الحد الأدنى لاعتبارات معينة، كأهمية المشروع بالنسبة للاقتصاد الوطني للدولة المضيفة [١] .

يلاحظ أن هذه الاتفاقية أخذت معيار الحد الأدنى ومعيار الدولة الأولى بالرعاية ، واختيار الانسب لاعتبارات معينة.

رابعاً : اتفاقية التجارة الحرة لامركيا الشمالية عام ١٩٩٤(NAFTA) :انطلقت المفاوضات بشأن اتفاقية التجارة الحرة لامريكيا الشمالية ،وبعد توقف المفاوضات بشأن الأتفاقية قد توصلت حتى عام ١٩٩٣، هو تاريخ التوقيع عليها ،ودخلت حيز التنفيذ في١/١/ ١٩٩٤ ، وتضم الاتفاقية كلا من الولايات المتحدة الامريكية، وكندا، والمكسيك[٢] ، يتضمن الفصل الحادي عشر من الاتفاقية تنظيم أكثر الموضوعات ، والتدابير حداثة بشأن الاستثمارات الدولية ،بحيث اصبحت نموذجاً لاتفاقيات أخرى منظمة لذات الميدان ، ونصت على مستويات عالية من الحماية والتبادل الحر، إنها تقدم مكونات قانونية خاصة بفض المنازعات الطارئة فيما بين الدول الاعضاء ، أو فيما بين الدولة العضو ، أو أحد المستثمرين [٣] .

---

(١) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية للملكية المستثمر الاجنبي دراسة مقارنة ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧ ،ص١٨٤ .

(٢) بروفيسور بيار ماري دوبوي ، القانون الدولي العام ، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا ، د. سليم حداد ، ط ٨ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشروالتوزيع ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٧٦٧ .

(٣) علة عمر ،حماية الاستثمار الاجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي(دراسة المقارنة)،رسالة ماجستير ، كلية حقوق،جامعة منتوري،قسنطنية ،٢٠٠٨،ص ٧٤ .

وتمكن كل من المستثمرين واستثماراتهم حق التمتع بمعيار المعاملة الوطنية بحسب المادة (١١٠٢) ومعيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية بحسب المادة (١١٠٣) بحسب أفضلية أحدهما بالنسبة للمشروع ، وكذلك تنص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة فضلاً عن تقريرها معيار الحماية والأمن الكامل بحسب نص المادتان(١١٠٤-١١٠٥) ونصت على معيار التعويض السريع المناسب والفعلي بحسب المادة (١١١٠) [١].

يلاحظ إن هذه الاتفاقية نصت على أكثر من أربعة معايير دولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية فإنه نموذجا للأتفاقيات الأخرى.

خامساً : معاهدة ميثاق الطاقة : إن الميثاق الأوربي للطاقة لعام١٩٩١، هو إلتزام سياسي من أجل تعاون الشرق والغرب في مجال الطاقة، وهو غير ملزم وقد تم التوقيع عليه من قبل ٥٣ دولة . وفي عام ١٩٩٤، وبعد ثلاث سنوات من التفاوض، أخذ الميثاق الأوربي للطاقة شكلا ملزما قانونيا في صيغة ميثاق الطاقة التي تم التوقيع عليها من قبل ٤٩ دولة .

وهو أول أتفاق ملزم متعدد الأطراف لحماية الاستثمار، ولتغطية التبادل التجاري معا [٢] وتنص " يجب أن تمنح كل طرف متعاقد . . . معاملة لاتقل تفضيلا عن تلك التي تمنحها لمستثمرين الخاصين بها، أو المستثمرين من أي طرف . . " [٣]. يلاحظ من خلال هذا النص إن معاهدة ميثاق الطاقة ، نصت على معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية لحماية ومعاملة الاستثمار الأجنبي .

---

(١) ينظر: القسم (أ) من الفصل الحادي عشر الجزء الخامس من اتفاقية التجارة الحرة لامركيا الشمالية عام ١٩٩٤(NAFTA) متاح على هذا الموقع تاريخ أخر زيارة ٢٠٢١/١١/٢٢ http//www.worldtradelaw.net

(٢) معاهدة ميثاق الطاقة ،التعديل اتجاري والوثائق الملحقة ذات الصلة ،أمانة ميثاق الطاقة ،ص٦ .

(3)Sarya P Subedi, ,OP,Cit ,P.70

سادساً : الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ١٩٨٥ : جاءت فكرة إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار الاجنبي ، بعد فشل الجهود الدولية ، لتوصل إلى إبرام أتفاقية دولية جماعية ، تكون كإطار عام، لتنظيم ،وحماية الاستثمارات الاجنبية في الدول المضيفة لهذه الاستثمارات فتيقنت الدول المتقدمة ،والدول النامية في ضرورة ايجاد نظام دولي للاستثمار[١] . هي أحدى المؤسسات التابعة للبنك الدولي [٢] وتوصل البنك إلى قرار مشروع الاتفاقية من قبل مجلس محافظي البنك الدولي في (١٩٨٥/١٠/١١) ، واصبحت الاتفاقية سارية المفعول بعد توقيع خمس دول من الدول المتقدمة وخمسة عشر دولة من الدول النامية ، دخلت حيز التنفيذ في (١٩٨٨/٤/٢١) ، تهدف إلى تشجيع تدفق رأس المال من الدول المتقدمة إلى الدول النامية طبقا لشروط تتواكب مع أحتياجات ،وأهداف تلك الدول، وتهتم الوكالة بالتحقق من وجود المناخ الملائم في الدولة المضيفة لمعاملة الاستثمار القادم إليها ،معاملة عادلة، وبوجود ضمانات كافة لحمايته [٣] إن اتفاقية سيؤل المنشئة للوكالة نصت في البند(٤) من الفقرة(د) من المادة(١٢) "على الوكالة أن تستوثق عند القيام بضمان الاستثمار مما يلي . . . ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفير المعاملة العادلة ، والحماية القانونية للاستثمار" [٤]. نجد من خلال هذا النص إن الاتفاقية نصت على معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، لحماية الاستثمار الأجنبي قبال الدولة المضيفة .

---

(١) د .سهير ابرهيم حاجم ،الحماية القانونية للاستثمار الاجنبي ،مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ،المجلد ٧،العدد٢٧، ٢٠١٥،ص ٢١٢ .

(٢) د.محمد علي عوض الحرازي، الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات، الحلبي الحقوقي، بيروت ،٢٠٠٧، ص ١٣٢ .

(٣) د.منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الاجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة، القاهرة ،١٩٩٠،ص ١٤-١٥ .

(٤) ينظر: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ،المنشورة في الجريدة الرسمية ، العدد ١٧، تاريخ ١٩٨٥/١٠/١١

يمكن القول إن الاتفاقيات الجماعية وان اختلفت من حيث الموضوع إلا إنها تجتمع بخصوص بعض الاحكام المنظمة لموضوع المعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية في الاستثمار الدولي .

يلاحظ إنه لم يتوصل المجتمع الدولي إلى اتفاقية دولية عالمية تضم معظم دول العالم بشأن وضع الإطار القانوني العام والشامل لتنظيم ومعاملة الاستثمارات الاجنبية وحمايتها .

المبحث الثالث

الأساس الفقهي للمعايير الدولية في القانون الدولي

قد تم البحث عن الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي من الإعلانات الدولية ، والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية في المبحث السابق ، وفي هذا المبحث سيتم البحث عن الأساس الفقهي للمعايير الحماية في القانون الدولي ، نبين فيه من هؤلاء الذين تناولوا الأساس النظري وبمن أخذوا من معايير الدولية لمعاملة الاستثمار الاجنبي وحمايتها .

نجد الفقيه الأرجنتيني (كارلوس كالفو) أول من نادى بتلك المعايير الدولية لمعاملة الاستثمارات الاجنبية فأخذ بمعيار المعاملة الوطنية ويمكن أرجاع أصول عقيدة كالفو إلى القرن التاسع عشر والقرن العشرين ، إذ نبين عقيدة كالفو وموقف الدولي منه ، والفقيه الآخر وزير الخارجية الأمريكي (كورديل هال) الذي يتكلم عن معيار التعويض الذي اصبح فيما بعد عقيدة هال ، إذ نبين ماهية عقيدته، وموقف الدول منها ، لهذا يقسم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول مذهب كالفو ، وفي المطلب الآخر عقيدة هال .

المطلب الأول

عقيدة كالفو

طبق عقيدة (كالفو) في جميع انحاء أمريكا اللاتينية ، ومناطق أخرى من العالم ، وهو مبدأ السياسة الخارجية التي ترى الاختصاص في المنازعات الاستثمارية الدولية في الدولة التي يقع فيها الاستثمار ، بهذا يعني يحق للمستثمر اللجوء إلى المحاكم المحلية بدلا من اللجوء إلى المحاكم الدولية .

تعرف عقيدة كالفو : بأنها سياسة توجه أو تنظيم اختصاص الحكومات في المنازعات والمعاهدات الدولية أي عبارة عن مجموعة القواعد التي توجه العلاقة المتبادلة بين الحكومات في المعاهدات ،وكيف تحمي الحكومات دولتهم الأصلية في اوقات المنازعات [١] .

لهذا يقسيم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول عقيدة كالفو إتجاه المعايير الدولية ، وفي الفرع الآخر موقف الدول من عقيدة كالفو.

---

(١)Manuel R.Garcia-Mora, The Calvo Clause in Latin American Constitutions and InternationalLaw,Vol33,1950,P.205

الفرع الأول

عقيدة كالفو إتجاه المعايير الدولية

تعود أصول عقيدة كالفو إلى أواخر القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين، وهي وسيلة استعملتها بالدرجة الأولى دول أمريكا اللاتينية ، إلزام الاجنبي بسبل الانتصاف المحلية وإلزامه بالتخلي عن اللجوء إلى سبل الانتصاف الدولية، بخصوص المنازعات الناشئة عن عقد ابرم مع الدولة المضيفة [١] ، وكان ذلك عقب تضرر مواطني الدول الأوربية والامريكية المقيمين في دول أمريكا اللاتينية في اشخاصهم وفي ممتلكاتهم ،مما أدى بهم إلى طلب الحماية من دولهم التي تلجأ من حين لأخر إلى استخدام القوة العسكرية ، لحماية رعاياها باسم الحماية الدبلوماسية ،أدى إلى انتفاض رجال السياسة والقانون الدولي في دول امريكا اللاتينية ؛لإبعاد الحماية الدبلوماسية ، وظهر من رجال الفقه لأرساء العقيدة منهم الفقيه (دراغو Drago) أول من أرسى العقيدة في عام ١٩٠٢، إلا إن عقيدة دراغو لم تلقِ ، قبولا من دول أمريكا اللاتينية .

بينما عقيدة (كالفو كارلوس) التي تعُرف بأنها تعهد تعاقدي يقطعه الأجنبي على نفسه ويوافق فيه على التنازل عن أي حق قد يتمتع فيه بطلب الحماية الدبلوماسية من الدولة التي يحمل جنسيتها في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة وأن يقيد نفسه على وجه الحصر بسبل الانتصاف القضائية المحلية لتسوية إي نزاع حاصل بسبب العقد [٢] .

---

(١) تقرير لجنة القانون الدولي ،الوثيقة A/CN.4/SER، الدورة ٥٨ ، عام ٢٠٠٦ ،ص٥٤ .

(٢) جون دوغارد ،المقرر الخاص ، التقرير الثالث عن الحماية الدبلوماسية ، لجنة القانون الدولي، الوثيقة A/CN.4/523/Add.1، الدورة ٥٤ ، ٢٠٠٢ ، ص٢ .

وبهذا لقد عبر كالفو عن عقيدته في المساواة بين الاجنبي والوطني في المعاملة ،أي عدم تمتع الدول بحقوق ومزايا خاصة أو أوسع من الوطني وكان ذلك نتيجة معارضة دول أمريكا اللاتينية لمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب كأساس للمسؤولية الدولية عن الإخلال بالالتزامات المقررة للأجانب [١] ،وهذا يعني إن الأجانب الذين وطنوا أنفسهم في الدولة ما يتمتعون بالحق نفسه في الحماية الذي يتمتع به المواطنون ،ولكن يتوجب عليهم عدم المطالبة بتوسيع نطاق الحماية الممنوحة لهم ، فمسؤولية الحكومات تجاه الأجانب لا يمكن أن تكون أوسع نطاقا من مسؤولية تلك الحكومات تجاه مواطنيها [٢] .

كذلك ينكر أن الدولة مسؤولة عن تعويض الأجانب في حالة أي خسائر أو أصابات يتعرض لها الأجانب في وقت الاضطرابات الدخلية أو الاضطرابات المدنية ، أو أصابات ناتجة عن عنف ، لكن بشرط أن تكون الحكومة ليست هي المخطئة [٣] .

تتجنب دول أمريكا اللاتينية نظام الحماية الدبلوماسية من خلال إلزام الاجانب بالتخلي عن اللجوء إلى وسائل الانتصاف الدولية في المنازعات الناشئة عن عقد أبرم مع الدول المضيفة [٤] ، يعني عدم أمكانية الدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية لصالح رعاياها، أي فقط ممارسة سبل الانتصاف المحلية .

وبذلك أكدت لجنة المطالبات الأمريكية المكسيكية في عام ١٩٢٦،إن شرط كالفو لا يمنع الاجنبي من

---

(١) رفيقة قصوري ، مصدر سابق ،ص ١٢٤ .

(٢) دوغارد، لجنة القانون الدولي ،الدورة ٥٤ ،مصدر سابق ، ص ٤ .

(3) Amos S. Hershey,The Calvo and Drago Doctrines,Indiana Univeresity, Digital Repository,1907,P.27 .

(٤) جون دوغارد ،المقرر الخاص ، تقرير ثالث عن الحماية الدبلوماسية، مصدر سابق ، ص ٧ .

اللجوء إلى طلب الحماية الدبلوماسية من دولته بحالة حرمانه من العدالة ، أو حدوث أي انتهاك للقانون الدولي في مرحلة استنفاذه لوسائل الانتصاف المحلية، أو محاولة تنفيذ العقد [١] .

ويبين (كالفو كارلوس) عقيدته هو مطالبة الأجانب بتقديم المنازعات التي تنشأ في الدولة إلى محاكم تلك الدولة ،وبعبارة أخرى يتعلق الأمر بمطالبة الشركات الاجنبية أو المستثمرين الأجانب الآخرين بأستنفاذ سبل الانتصاف المحلية قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي [٢] .

تنص عقيدة كالفو على مجموعة من الأسس وتتمثل في :

١- مبدأ المساواة المطلقة أمام القانون في معاملة المواطنين و الأجانب

٢- حصرية الولاية القضائية المحلية [٣] .

٣- الخضوع الحصري للأجانب وممتلكاتهم ومشاريعهم للقوانين والمحاكم الداخلية في الدولة المضيفة، أو التي يستثمرون فيها[٤] .

٤-عدم المطالبة بالتعويض من خلال اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية [٥].

---

(١) شريفي راضية ، مصدر سابق ،ص ٣٩٨ -٣٩٩ .

(2)Sarya P Subedi , Op,Cit,P. 14

(3) Angelo Jr Golia , Counter-Limits Beyond Europe ?The Latin-America Calvo Doctrin From .

https :// ssrn.com/abstract=3239072 lectronic copy available at . متاح على هذا الموقع

(٤) شعبان صوفيان ،ضمانات الاستثمار الاجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات ،اطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق العلوم السياسية ،جامعة إبو بكر بلقاد -تلمسان ، ٢٠١٨-٢٠١٩ ،ص ٢٠٦-٢٠٧.

(٥) شريفي راضية ،مصدر سابق ،ص ٣٩٥ .

يتضح مما سبق إن الفقيه (كالفو كارلوس) قد بين في عقيدته بأتخاذ معيار المعاملة الوطنية، أي المساواة بين الاجنبي و الوطني في المعاملة ، هذا يعني إن الرعايا الأجانب لا يحق لهم الحصول على معاملة أفضل من مواطني الدولة المضيفة ، وبالتالي أُلغي مفهوم الحد الأدنى من المعايير المعاملة ،وحظر اللجوء إلى الحماية الدبلوماسية أي التخلي عن اللجوء إلى سبل الانتصاف الدولية ،يحكم قانون الدولة المضيفة حقوق الرعايا الأجانب ويكون حصراً المحاكم الدولة المضيفة الاختصاص في المنازعات التي تشمل الرعايا الأجانب .

الفرع الثاني

الموقف الدولي من عقيدة كالفو

ظهرت هناك مواثيق إقليمية ودولية عديدة من يؤيد ويعارض عقيدة كالفو،ونبين ذلك من جانبين جانب الموقف الدولي ودول أمريكا اللاتينية، وجانب موقف القضاء الدولي:-

أولاً : جانب الموقف الدولي المؤيد لعقيدة كالفو في الدول امريكا اللاتينية :

تجد أساسيات عقيدة كالفو القانونية طريقها إلى العديد من دول أمريكا اللاتينية التي أدرجتها في دساتيرها ،وقوانينها ،ومعاهداتها ،واتفاقياتها ، فمن الوثائق الدولية التي نصت على عقيدة ،معاهدة التجارة والملاحة التي ابرمتها دول أمريكا اللاتينية في مؤتمر (ليما الثاني) في عام١٨٦٤-١٨٦٥، وكذلك المؤتمر (الدولي الأول) حول الدول الامريكية المنعقدة في العاصمة واشنطن في عام ١٨٨٩-١٨٩٠ [1] .

---

(1)DR.James C.Baker ,ICSID and the Calvo Clause a Hindrance to Foreign Direct Investment in LDCS,P90

https:// pdfs.semanticscholar.org متاح على هذا الموقع

ففي عام ١٩٠٢ ، أعتمد المؤتمر (الدولي الثاني) للدولة الامريكية الذي عقد في(مكسيكو ستي) الاتفاقية المتعلقة بحقوق الأجانب التي نصت في المادة (٣) على " أينما كانت للأجنبي مطالبات، أو شكاوى من أمر مدني، أو جنائي، أو إداري ضد دولة ما أو ضد مواطنيها عليه أن يقدم مطالباته إلى إحدى المحاكم المختصة في البلد ، وينبغي ألا تقدم تلك المطالبات عن طريق القنوات الدبلوماسية إلا في الحالات التي يحدث معها حرمان واضح من العدالة من جانب المحكمة أو تأخر عادي من طرفها، أو انتهاك مبين لمبادئ القانون الدولي" [١].

وفي عام ١٩٣٣ ،انعقد المؤتمر الدولي السابع للدول الامريكية في (مو نتيفيديو) [٢] ،واعتمد المؤتمر في مستهلة قرارا أيدته الولايات المتحدة جاء فيه :(يؤكد من جديد عدم إمكانية الشروع بالحماية الدبلوماسية لصالح الأجانب مالم يستنفدوا من جميع التدابير القانونية المقررة بموجب القوانين السارية في البلد قبل بدء الفعل، لكن يستثنى من ذلك الحالات التي يوجد فيها حرمان واضح من العدالة أو تأخر لا مبرر له في إقامة العدل التي ينبغي تفسيرها دوما بصورة تقيدية، وفي حالة عدم التوصل إلى أتفاق بشأن الخلاف عن طريق القنوات الدبلوماسية ضمن مهلة معقولة تحال المسألة بعدئذ إلى التحكيم)[٣] وبعد ذلك اعتمدته المادة (٩) من مؤتمر أتفاقية حقوق الدول وواجباتها[٤] ، واعتمده المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية الذي عقد في بوغوتا في عام ١٩٤٨ في المادة (٧) من ميثاق بوغوتا [٥] .

---

(1)Lionel Morgan Summwrs , Virginia Law Review,Vol.19,No.5 ,1933 ,P.462,463.

(2)DR.JAMES C.BAKER,Op,Cit,p.92.

(٣) تقرير دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية ، الدورة ٥٤ ، مصدر سابق ،ص ٦.

(٤) ينظر: نص المادة (٩) في تقرير دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية ، الدورة ٥٤ ، مصدر سابق ،ص٧.

(٥) ينظر: نص المادة (٧) في تقرير دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية ، الدورة ٥٤ ، مصدر سابق ،ص٧.

ثانياً : موقف القضاء الدولي لعقيدة كالفو :

لقد أنقسمت الاجتهادات القضائية ما بين مؤيد ومعارض لهذه العقيدة ، وأتسمت القرارات الصادرة عن لجان المطالبات المختلطة بعدم الدقة ، والوضوح، ويدعي(بورشارد) إن ثمانية من القرارات فقط من بين التسعة عشر التي صدرت قبل ١٩٢٦ أعترفت بصحة عقيدة، أو شرط كالفو [١] إلا إنه في عام ١٩٢٦ تطرقت لجنة المطالبات المكسيكية الامريكية التي انعقدت برئاسة (فان فولين هوفين) لعقيدة كالفو في قضية (شركة أمريكا الشمالية لتجريف الاعماق (Dredging) المنصوص عليها في المادة(١٨) من العقد ولما حدث أنتهاك للعقد لجأت الولايات المتحدة الى رفع الدعوى أمام لجنة المطالبات الامريكية المكسيكية طبقا للمادة (٥) من المعاهدة وأستيقنت الشركة بذلك من وسائل الانتصاف المحلية، وطلبت من الولايات المتحدة أن تنوب عنها في الدعوى أمام اللجنة ،فتقدمت الحكومة المكسيكية بمذكرة إلى اللجنة ترفض فيها الدعوى ، بهذا قامت اللجنة باجراء دراسة لصحة عقيدة، أو شرط كالفو ، ونطاقه ، إذ توصلت أنه لا يوجب تمسك به بحرفيته، وأنه لا يختلف عن بقية الشروط الأخرى في العقد ، وكذلك أنه لايتعارض مع قواعد القانون الدولي المعترف به، وكذلك أكدت يمكن للأجنبي أن يتعهد باستنفاذ طرق وسائل التقاضي الداخلية ، لكن هذا لا يحرمه من حقه في طلب الحماية الدبلوماسية في حالة حرمانه من العدالة ، أو أي انتهاك آخر للقانون الدولي حدث له أثناء عملية استنفاذه لسبل التقاضي الداخلية ، أو محاولته لإنقاذ عقده، وعليه يبدو أنه كان هناك اعتراف بصحة شرط ، أو عقيدة كالفو، غير أن محكمة العدل الدولية أكدت في قضية برشلونة لمعدات الجرف ،أن تنازل الفرد عن الحماية الدبلوماسية لا يلزم الدولة الأصلية [٢].

يلاحظ بأن شرط ، أو عقيدة كالفو عرفا إقليمياً في دول أمريكا اللاتينية وأدرج في دساتير بعض الدول [٣]

---

(١) تقرير دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية ، الدورة ٥٤ ، المصدر السابق ،ص ١٢ .

(٢) لحسن زايدي ، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، ٢٠٠٦-٢٠٠٧ ، ص ٥٧ .

يلاحظ بأن شرط ، أو عقيدة كالفو عرفا إقليمياً في دول أمريكا اللاتينية وأدرج في دساتير بعض الدول [١]

المطلب الثاني

عقيدة هال

قد تتطورت عقيدة هال إلى معيار مقبول في معاهدات الاستثمار الثنائية ، إذ تنص عقيدة هال على ان يكون التعويض فوري ، وكاف ، وفعال ، هو أنسب شكل من اشكال إلاغاثة في نزاع الاستثمار[٢] .

كان أول تحد كبير لهذا المعيار يأتي مع الثورة الروسية لعام ١٩١٧ ،عندما فقدت المعاملة الوطنية للأجانب المصادرة ، كل معناها ويمكن مصادرة أموال وأملاك المواطنين من دون دفع أي تعويض من أجل مواجهة هذا الخطر الجديد ، تم تحديد معيار الحد الأدنى للتعويض على المستوى الدولي، ومعارضة معيار المعاملة الوطنية ، واجه وزير الخارجية الامريكي كورديل هال في عام ١٩٣٨ مصادرة ممتلكات الولايات المتحدة في المكسيك بأن يكون التعويض سريعا ومناسبا وفعالاً، وبعد عام ١٩٤٥ تم أتهام عقيدة هال مراراً وتكراراً خاصة من الدول المستقلة حديثا، بأنها ليست تعبيرا مناسبا عن الحد الأدنى للقياس الدولي، وخاصة عندما تم التوصل إلى شئ مثل التسوية بين الدول الصناعية والعالم النامي قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية رقم (١٨٠٣) عام ١٩٦٢ الذي نص على ان يكون التعويض مناسب، وفقا للقواعد المعمول بها في الدولة التي تتخذ مثل هذه التدابير في ممارسة سيادتها ،ووفقا للقانون الدولي ،لا يزال هذا يعطي جوهرا حقيقيا للحد الأدنى من مستوى التعويض ،على الرغم من

---

(١) تقرير جون دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، المواد المتعلقة بالحماية الدبلوماسية ،المصدر السابق ،ص٧.

(2) Giorgio Sacerdoti,Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment protection ,Hague Academy,Collected Courses,Vol.269,1997,p.379.

غموض إلى حد ما السلطات التقديرية للدولة من خلال ربطها بالقواعد الدولية ، ولم يعد هذا الارتباط موجودا في القرار المتعلق بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية ، وكذلك المادة (٢) من ميثاق الحقوق الدول وواجباته الاقتصادية لعام ١٩٧٤ قرار ٣٢٨١ التي تنص على التعويض المناسب [١].

يقسم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول عقيدة هال إتجاه المعايير الدولية ، وفي الفرع الآخر ، موقف الدول عن عقيدة هال .

الفرع الأول

عقيدة هال إتجاه المعايير الدولية

تفضل الدول المصدرة لرأس المال عقيدة هال التي تعزي الى وزير الخارجية الامريكي السابق هال كورديل، وينص على نهج يجب دفع تعويض(سريع ،وكاف ،وفعال)عن الممتلكات التي كانت الدول تخضع لامتلاكه الدول المستوردة لرأس المال التي طالبت بمعيار التعويض المناسب [٢] وقد أوضح هال موقف الولايات المتحدة من مسألة نزع الملكية ،وطبيعة التعويض بموجب القانون الدولي ، أن الاستيلاء على الممتلكات من دون التعويض لا يعد نزعاً للملكية بل إنها المصادرة [٣] ، بهذا ارسل هال وزير الخارجية

---

(1) M. Yakub Aiyub Kadir ,Hull Formula and Standard of Compensation for Exprropriation in postcolonial States,Anglia Ruskin University United Kingdom,Vol.19,No.2, 1017,p.232-233.

(2) Mr. paul Scargall ,Compensatory Standards For Expropiated Proerty in International Dispute Resolution ,Ugo Popadic,University of Windsor ,2008,p.4 .

(3) Sarya P Subedi,Interatational Investment Law,Op,Cit,P. 16

الامريكي رسالته، وبعثها إلى الحكومة المكسيكية في عام ١٩٣٩ ،إذ طالب بحق المواطنيين الأمريكين في التعويض الفوري والفعال وفقا للقانون الدولي [١]، وعليه يعد هذا التعويض بمثابة التزامٍ يقع على الدولة المسؤولة عن الفعل الضار بدفع مبلغ مالي مناسب يشمل مالحق المدعي من خسارة وما فاته من كسب[٢] . وتستمر رسالته في توضيح المبررات لعقيدته بالاعتماد على المبادئ الأساسية للقانون الدولي الذي يحكم العلاقات الدولية الهيكل الكامل في المجتمع الدولي والتجارة الدولية، والعديد من العلاقات الحيوية والمتبادلة بين الدول التي لا غنى عنها، ويستند التقدم إلى الأساس قوي حتى الأن ؛ لاحترام الحكومات والشعوب لحقوق بعضها البعض بموجب العدالة الدولية حق التعويض الفوري والعادل عن الممتلكات التي تم نزع ملكيتها هو جزء من هذا الهيكل ،إنه مبدأ أشتركت فيه حكومة الولايات المتحدة ومعظم حكومات العالم بشكل قاطع ، مع ذلك أختلف وزير الخارجية المكسيكي مع أراء هال كورديل حول قواعد القانون الدولي التي كانت قابلة للتطبيق على الموضوع ،أجاب بالقول لا يوجد في القانون الدولي قاعدة مقبولة عالميا من الناحية النظرية ولا تطبق عمليا ، مما يجعل دفع التعويض فوريا أوحتى التعويض المؤجل إلزاميا نزع الملكية العامة ، مثل تلك التي قامت بها المكسيك لغرض إعادة توزيع الأرض[٣] .

---

(1) Andrea K. B Jorklund,Year book on investment Law & Polcy , United States of Ameriica, Oxford University press,2014-2015,p.192.

(٢) راضية شريفي ، مصدر سابق ، ص٤٢٨ .

(3)Mexican Minister of Foreign Affairs to US Ambassador;1938,as cited in Lowenfeld, aboven32,399.

واصل الرد للتأكيد على عدم وجود في القانون الدولي أي مبدأ مقبولا عالميا من قبل الدول حول هذا الموضوع من شأنه ان يجعله إلزاميا ، تقديم التعويض المناسب عن مصادرة ذات طابع عام على أمل ان تعترف المكسيك في طاعة لقوانينها .[١].

من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أخذت معيار التعويض الكامل الذي نص عليه صيغة هال والمدعومة من العالم المتقدم [٢] ، دولة سلوفاكيا هي حاليا عضو في الاتحاد الأوربي ،ولديها أقتصاد ينمو بسرعة إلى حد كبير؛ نتيجة للأستثمار الاجنبي المباشر الجديد الناشئ عن أنضمامها إلى الاتحاد الأوربي ،قد نصت المعاهدة في حالة حدوث نزاع للملكية يجب التعويض وفقا لمعايير القانون الدولي، وتنص كذلك على أن تعويض عمليات الاستيلاء هذه يجب أن يكون فورياً وملائماً وفعالاً [٣].

تحدد معاهدة الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة وسلو فاكيا موقف الدول المعينة بشأن معنى التعويض الفوري ،والملائم، والفعال ،يجب أن يكون التعويض معادلا للقيمة السوقية العادلة للاستثمار

---

(1) Sarya P Subedi,Op,Cit ,p 17.

(2)Marvin Rowe ,Expropiation According to the Hull Formula,2012,p.2.

متاح على هذا الموقع تاريخ آخر زيارة ١٩/١/٢٠٢٠.

https://www.academia.edu

(3)Mr. paul Scargall ,Compensatory Standards For Expropiated Proerty in International Dispute Resolution ,OP.Cit.p.12.

المصادرة قبل أتخاذ إجراء المصادرة مباشرة ، وأيهما كان سابقا يتم حسابه بعملة قابلة للاستعمال مجانا على أساس سعر الصرف في السوق في ذلك الوقت، يتم بدفعة من دون تأخير ، وتضمين الفائدة بسعر معقول تجاريا من تاريخ المصادرة يكون قابلا للتحقيق بالكامل قابلا للتحويل بحرية . بهذا تنص المعاهدة الامريكية السلو فاكية بوضوح على تفضيل صيغة هال [١].

وفي توقيع الولايات المتحدة مع موزمبيق في عام ١٩٩٥ [٢] وإكوادور في عام ١٩٩٧ [٣] وفي كلتا المعاهدتين اعتمد بشكل قاطع على التعويض السريع والكافي والفعال ، وهي القاعدة التي يجب أتباعها وهذا يعني عقيدة المستخدمة في معاهدة الولايات المتحدة وسلوفاكيا نفسها [٤] فضلاً عن أن الكثير من الدول نصت على معيار التعويض الكامل الذي نص عليه الوزير هال الامريكي سابقا. وهكذا أثبت ذلك وقت معيار تعويض الكامل على حد سواء من خلال تعزيز استقرار التوقعات ، تمكنت الدول النامية من جذب المزيد من الاستثمارات الاجنبية .

---

(١) Mr. paul Scargall,OP.Cit.p.14.

(2)U.S.US-Ecuador Bilateral Investment Treaty,Senate Treaty Doc.15,103-103.

Cngress I Session,19970.

(3)Dinah Shelton,Righting Wrongs:reparations in the Artcles on State Responsibility,96

The American jonrnal of International Law,2002, p.836 .

(4)Mr. paul Scargall ,OP.Cit.p.13 .

الفرع الثاني

الموقف الدولي من عقيدة هال

تأكيدا على عقيدة هال التي تنص على ان لا يحق لأي حكومة تنزع الملكية الخاصة من دون مقابل تعويض كامل، أي تعويض يساوي القيمة الفعلية للاستثمار، أو القيمة الحقيقة المطابقة لمعيار القيمة السوقية العادلة [١] . لهذا أعلنت حكومة الولايات المتحدة عن حقيقة بديهية ، لا يحق لأي حكومة تنزع الملكية الخاصة لأي غرض من الاغراض من دون توفير المدفوعات الفورية ،والكافية والفعالة [٢] ، فضلاً عن أن الاحكام الواردة في دساتير جميع الدول تقريبا ولاسيما في دساتير الجمهوريات الأمريكية ،تجسد مبدأ التعويض العادل ، هذه في ذاتها اعلان للمبادرة الممثلة في قانون الأمم إلا إن وزير الخارجية المكسيكية رفض تأكيد هال ،وابرز المصادرة المكسيكية بإنها خطوة تهدف إلى تحقيق العدالة الاجتماعية في الدولة.

وقبل انتشار الحرب العالمية الثانية توصلت المكسيك والولايات المتحدة إلى اتفاق لأنشاء لجنة لتحديد التعويضات التي ستدفع لمواطني الولايات المتحدة المتأثرين للمصادرة الزراعية المكسيكية التي حدثت بعد ٣٠ /١٩٢٧/٨ تم أبرام صفقة بين الدولتين بهدف تعويض المستثمرين الأمريكيين .

---

(1)Jonathan Bonnitcha Lauge N. Skovaard Poulsen Michael Waibel ,The Political Economy of the Investment Treaty Regime,Worldwide,Oxford University Press,2017,P.122 .

(2)Andrea K. B Jorklund,Op,Cit,P.243 .

بعد أن انتقلت الحكومة المكسيكية من المصادرات الزراعية أصدرت حكومة المكسيكية قراراً في عام ١٩٣٨ بمصادرة الشركات النفطية البريطانية والامريكية ، وجرت جولة أخرى من التبادلات الدبلوماسية بين الدولتين إذ كرر هال عقيدته بأن الولايات المتحدة أعترفت بحق المكسيك بمصادرة الأصول الاجنبية للاغراض العامة ، ويجب ان يقرن الإلتزام بتقديم التعويض المناسب والفعال والسريع [١] .

تعتمد شرعية نزع الملكية تعتمد في الواقع على الإلتزام بالتعويض و الاتفاق نفسه الذي أبرم لتسوية المطالبات الزراعية، إذ أتفقت الدولتين على تسوية المطالبات النفطية من جانب كل منهما بتعين خبير للحصول على التعويض العادل على أساس القواعد المشتركة للعدالة ، و الانصاف ، وهكذا ،حافظت الحكومة المكسيكية ، طوال تعاملاتها مع الولايات المتحدة على موقفها كدولة ذات سيادة ، بأن لها الحق في مصادرة أصول المستثمرين الأجانب في إطار السياسة الاجتماعية .

وبالتالي لا يملك المستثمرون الأجانب أي حقوق ، وأمتيازات خاصة ، عندما يتعلق الأمر بمنح التعويض ،ويتعين تحديد أي تعويض عن طريق تطبيق القوانين الوطنية في المكسيك ومبادئ العدالة والانصاف بدلا من معايير القانون الدولي التي جاء به هال كورديل .

لقد أعترف تقرير الخبيرين المعنيين بتقديم التعويض العادل للمالكين الأمريكين للممتلكات النفطية المؤممة في المكسيك ،بأن نزع الملكية ،وحقوق الدول للمصادرة بموجب قوانين الدول المعنية كانت سمة معترف بها لسيادة جميع الدول الحديثة [٢].

---

(1) Andreas F. Lowenfeld ,International Economic Law ,Oxford university Press,2008,p.398.

(2) Sarya P Subedi, ,Op,Cit p.72

وفي الأونة الأخيرة أكدت القرارات باستمرار مبدأ التعويض الكامل ، مثال على ذلك قضية Benvemuitet BonFantiv ، ضد جمهورية كونغو الشعبية لعام ١٩٨٢ التي نصت على التعويض الكامل ، وهو مبدأ من مبادئ القانون الدولي .

الطريقة الفعالة لتبرير القرارات لصالح عقيدة هال في الواقع كمبدأ توجيهي متأصل في جميع المنطق القضائي ، إن التعويض الكامل كمعيار عالمي مقبول بشكل متزايد في القانون الدولي ،الأهم من ذلك إن هيئات التحكيم الملزمة قد أضافت على عقيدة هال شكلا رسميا من خلال الحكم المستمر، كحد أدنى تكبد الخسائر الكاملة التي يعاني منها بهذا يمكن القول بشكل معقول إن التعويض الكامل يقترب الأن من أضفاء الطابع الرسمي لقانون الدولي العرفي ، إن الممارسة الواسعة النطاق بين كل من الدول النامية والمتقدمة التي تتبنى تعويضا ،وسريعا ،وكافياً ، وفعالا .

وقد أدى الفقه القانوني الدولي إلى ترسيخ عقيدة هال كمعيار في المنازعات الاستثمار، بعد اثبات ذلك فمن الضروري تحديد المعنى الفعلي للتعويض الكامل ،وذلك من خلال ممارستهِ العملية له [١] .

يلاحظ إنه إيد العديد من الدول المتقدمة عقيدة هال التي أوضحتها لأول مرة ردا على تأميم المكسيك لشركات البترول الامريكية في عام ١٩٣٨ ، وكما بينا سابقا أدعى هال إن القانون الدولي يتطلب التعويض السريع ،والكاف، والفعال لمصادرة الاستثمارات الاجنبية ، إلا أنها أنعكست في قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام ١٩٦٢ ، إذ عتمدت الجمعية العامة في قرارها بشأن السيادة الدائمة للدول على مواردها الطبيعية الذي أكد الحق في تأميم الممتلكات المملوكة للأجانب الذي يطلب التعويض المناسب ، لكن يعد

---

(1) Mr. paul Scargall ,Compensatory Standards For Expropiated Proerty in International Dispute Resolution ,OP.Cit.p.20

معيار التعويض المناسب محاولة الاختلافات بين دول المتقدمة والنامية لهذا حاولت الجمعية العامة في عام ١٩٧٤ ،في ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول التي نص في الفقرة (ج) من المادة (٢) منه على تكرار معيار التعويض المناسب هذا يعني رفضت بشكل حاسم عقيدة هال لكن ،غالبا مايتم استخدام عقيدة هال وتنوعاتها وقبولها، لهذا تعد عقيدة هال جزءا من القانون الدولي العرفي .

يتضح مما تقدم ،إنه عندما بدأ قانون الاستثمار الاجنبي ، يأخذ شكله كمجموعة قانونية متميزة ، أصبحت عقيدة هال قاعدة قانونية قوية أكثر من مبادئ عقيدة كالفو التي تفضلها الدول النامية ، وفي الوقت نفسه أصبح من المقبول أيضا في القانون الدولي كما تدعمه الدول النامية ، أن للدول الحق في مصادرة الأصول الاجنبية في ظل ظروف محددة بدقة ، غير أن المصادرة يجب أن تكون مصحوبة بتعويض مناسب وفعال و سريع ، وهذا كان سابقا لكن وفي الوقت الحاضر إن التعويض بأوصافه التقليدية (حال وكاف وفعال) الذي دعى له هال كورديل التي تؤكد عليها القواعد العرفية لم يعد يلقِ قبولا في التطبيق الدولي ؛ لأن الأستثمار الأجنبي لم يعد يحصل على تعويض كامل في حال تأميم ممتلكاته ، وبالتالي اصبحت قاعدة التعويض العرفية عديمة الفائدة ، وكذلك التعويض المناسب الذي نص عليه قرار الأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) لعام ١٩٦٢ لم يعد يلقِ قبولا في الدول ، ونتج عن ذلك ضرورة وجودة قاعدة دولية أخرى ، يضمن للمستثمر التعويض عند نزع ملكيته ، ومن هنا جاءت قاعدة التعويض الاتفاقية ، وهو التعويض العادل والمنصف ، ونتيجة ممارسات الدول بموجب اتفاقيات الاستثمار الدولية ، التي تأخذ بمعيار التعويض العادل والمنصف ، أصبح مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام .

الفصل الثاني

معايير حماية الاستثمار المستندة وفق العرف الدولي

يعُّد العرف الدولي المصدر المباشر ، والأصلي الثاني لإنشاء القواعد القانونية الدولية ، بل هو من أهم مصادر القانون الدولي العام، وفقاً لفقرة (٢)من المادة (٣٨) من النظام الأساس للمحكمة العدل الدولية [١].

يعرّف العرف الدولي : بأنه مجموعة من القواعد القانونية التي تنشأ في المجتمع الدولي ، بسبب تكرار الدول لها مدة طويلة ، وبسبب التزام هذه الدول بها في تصرفتها ، واعتقادها بأن هذه القواعد تتصف بالإلزام القانوني ،فضلاً عن ان العرف قانون غير مكتوب[٢] .

كان المجتمع الدولي خلال القرن التاسع عشر أوائل القرن العشرين محدود العدد من حيث الدول المستقلة ذات السيادة التي كانت غالبيتها العظمى من الدول الأوربية ، وهي مجموعة من الدول التي تشكل بينها نمطا متجانسا ومتقارباً بدوافع التوسع والسيطرة الاستعمارية.

وقد أعطت تلك دول لنفسها الحق في السيطرة على مقدرات الشعوب الأخرى ، لهذ اقتضت مصلحتها ضرورة الاتفاق على المعايير الدولية التي تنظم علاقتها الاقتصادية بما يضمن استمرار قوتها الاقتصادية عن طريق نهب موارد الدول المستعمرة .

ونتيجة لتواتر سلوك هذه الدول في معاملاتها الاستثمارية على هذه المعايير، وشعورها بالاعتقاد بالزاميتها بوصفها قواعد قانونية ، تحولت إلى قواعد دولية عرفية فيما بينها ، ثم بدأت تعرضها على الدول الأخرى، بالأخص على الدول النامية التي تتحرر من مستعمريها الأوربين .

ومن أهم المعايير الدولية العرفية التي جرت صياغتها أساساً من جانب الدول الأوربية لحماية

---

(١) ينظر: النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية .

(٢) د. رياض صالح أبو العطا، القانون الدولي العام ،دار إثراء للنشر والتوزيع،عمان ،٢٠٠٩،ص ١٧٦ .

مصالحها الاقتصادية ،معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب التي تضمن لرعاية الدول المتقدمة المقيمين في الخارج لحصول على الحقوق والمزايا، ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة، ومعيار الحماية والأمن الكامل يعد معيارا مكملا لمعيار السلوك العادل والمنصف له طبيعة عامة ، إذ يلزم حكومة الدولة المضيفة أن تتخذ خطوات الإجراءات والاحداث الضارة ، فيما يتعلق بالاستثمار الاجنبي، ويطبق هذا المعيار على الاستثمار الاجنبي عن طريق تسبب اعمال الشغب الداخلية والاضطراباتَ والعنف الجسدي في اضرار، وخسائر ويشمل الخسائر التي تؤثر على السلامة الجسدية ، أي التي تلحق بالمستثمر[١] .

ولا يجوز التنازل عنها ولقد عملت الدول الغربية المتقدمة على إلزام الدول نامية كافة بضرورة مراعاة هذه المعايير، وعدم الخروج عليها وإلا تعرضت لتبعات المسؤولية الدولية [٢] .

لهذا سيتم تقسيم هذا الفصل على ثلاث مباحث :- نتناول في المبحث الأول الحماية الموضوعية والإجرائية وفق معيار الحد الأدنى ، وفي المبحث الثاني معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، وفي المبحث الأخير معيار الحماية والأمن الكامل ، على نحو الآتي :

---

(1) Alireza Ansari Mahyari ,Leila raisi, International Standards of Investment International arbitration procedure and investment treaties,Revista Juridicas ,15(2),2018,p22.

(٢) شهدان عادل عبد اللطيف الغرباوي ،الإستثمار الأجنبي المباشر ، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،٢٠٢٠،ص٢٦٦.

المبحث الأول

الحماية الموضوعية و الإجرائية وفق معيار الحد الأدنى

يعد معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب من أقدم المعايير القانونية التي عرفها القانون الدولي والجماعة الدولية ،وبمقتضى هذا المعيار هو الاعتراف للاجنبي بحد أدنى من الحقوق، ولا يجوز لأي دولة عضو في الجماعة الدولية ، ان تتنازل عنه إلا تثير مسؤوليتها الدولية في هذا الشأن، نبين مفهوم الحد الأدنى ونطاقه والقيود الواردة عليه وأثر مترتب على انتهاك المعيار .

كذلك الحد الأدنى للحماية الإجرائية المتمثلة بالحماية الدبلوماسية ،وهو بأن تتدخل الدولة التي ينتمي إليها الأفراد الذين لحقتهم الإضرار لكي يحصلوا على تعويض مناسب ،ويتم هذا الاتصال بالطرق الدبلوماسية .

وقبل قيام الدولة بحماية رعاياها يجب توفر شروط :- وهي شرط تمتع المستثمر المتضرر بجنسية الدولة الحارسة للحماية ، و استنفاذ الطرق القضائية الداخلية ، وسلوك سليم للمدعي ، وكذلك الطبيعة القانونية هل حق للدولة أم واجب له ،وطرق مباشرة الحماية الدبلوماسية .

لهذا سوف يقسم هذا المبحث على مطلبين :- نتناول في المطلب الأول الحماية الموضوعية وفق معيار الحد الأدنى ،وفي مطلب الآخر الحماية الأجرائية وفق معيار الحد الأدنى ، على النحو الآتي.

المطلب الأول

الحماية الموضوعية وفق معيار الحد الأدنى

إن الدول ملزمة بمراعاة الحد الأدنى لحقوق الأجانب الذي يفرضه القانون الدولي الذي لا يجوز لها ان تتنازل عنه في معاملة الأجانب حتى ، ولوكانت معاملتها لرعاياها تقل عن هذا الحد .

على الرغم من ان القانون الدولي يفرض على دول اعضاء الجماعة الدولية ضرورة مراعاة واحترام الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ،إلا إنه لا يزال هناك خلاف حول تحديد مضمون هذا الحد والحقوق التي يشملها إلا إنه كانت هناك محاولات من جانب إدارة القانون الدولي العام بوزارة الخارجية السويسرية في شأن تحديد مفهوم الحد الأدنى ،وذلك عندما صرحت من إفتاء لها إلى أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ليس في حقيقة الأمر ، سوى تعبير عن المعيار الدولي التقليدي المسمى بشرط الحد الأدنى ،الذي يكفل حدا أدنى من الحقوق للمستثمرين الأجانب لما في ذلك حقوقهم المالية ، ومعنى ذلك إن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب يعني توفير المعاملة المنصفة للمستثمرين الأجانب في أدنى الحدود ، إلا إن الفتوى تعرضت لانتقادات عنيفة من جانب الفقه على أساس أن الالتزامات التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية تتجاوز بكثير حدود الحد الأدنى المذكور ، وهذا يعني ان معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب شئ والحماية التي توفرها شئ آخر اسمى مرتبة [١] .

لهذا يقسم هذا المطلب على ثلاث فروع :- نتناول في الفرع الأول تعريف معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، وفي الفرع الثاني القيود الواردة على المعيار ، وفي الفرع الأخير أثر المترتب على أنتهاك المعيار ، علي نحو الآتي:

---

(١) راجع في تفصيل رأي وزارة الخارجية السويسرية في : Annuaire Suisse de droit international ,1980,P172.

الفرع الأول

تعريف معيار الحد الأدنى لمعاملة الاجانب

يقرر القانون الدولي ان حرية المشرع في تنظيم مركز الأجانب في دولته ، ليست حرية مطلقة ،إذ يوجد هناك قيد يرد على هذه الحرية ما اصطلح على تسميته باسم قيد الحد الأدنى.

يعرف الحد الأدنى : بأن لكل أجنبي يقيم على إقليم الدولة أن يتمتع بقدر من الحقوق ،يعد الحد الأدنى لما يجب على كل دولة أن تعترف لهم به وفقا للمبادئ العامة في القانون الدولي [١].

هذا يعني عند قيام كل دولة بتحديد مركز الأجانب الموجودين على إقليمها ، فإن حريتها ليست مطلقة إذ إنها تلتزم بالاعتراف لهم بالحقوق كافة التي تدخل من ضمن نطاق الحد الأدنى الذي يفرضه القانون الدولي العرفي لمعاملة الأجانب .

وكذلك تم تعريفه في دراسة منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (بأن معيار الحد الأدنى ، هو معيار من قواعد القانون الدولي العرفي الذي يحكم معاملة الأجانب ، من خلال توفير مجموعة من المبادئ التي يجب على الدول ، بغض النظر عن تشريعاتها وممارساتها المحلية ، احترامها عند التعامل مع الرعايا الأجانب وممتلكاتهم) ، يحدد هذا المعيار عدداً من الحقوق الأساسية التي ينص عليها القانون الدولي ، التي يجب على الدول منحها للأجانب ، بغض النظر عن المعاملة الممنوحة لمواطنيها [٢] .

---

(١) د. بزار الوليد ،أليات القانون الدولي لحماية الاستثمارات الاجنبية من المخاطر غير التجارية ،مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،العدد الحادي عشر،٢٠١٨ ،ص ١٨٠ .

(2)Cathrine Yannaca Small,Fair andEquitable Treatment Standard International Investment Law,OECD Working papers on Internanal Investment ,2004/03,OECD publishing,p.8,9.

وبالرجوع إلى الممارسة الدولية نجد ما يدعم ويؤسس ذلك محكمة العدل الدولية الدائمة إذ ايدت معيار الحد الأدنى في كثير من احكامها ،وقد قضت في حكمها الصادر في ١٩٢٦/٥/٢٥ لتسوية نزاع بين بولندا ، وألمانيا، [١]، بأن الاحكام التي تقوم بولندا بطبيقها بخصوص حقوق الرعايا الألمان على إقليمها أو بخصوص مصالحهم أو أموالهم ،وكل ما يتعلق بمعاملتهم ، يجب أن تكون متفقة مع الاحكام التي يفرضها القانون الدولي على كل دولة بخصوص معاملة الأجانب [٢]، بقولها إن الدول ليست حرة في معاملة الأجانب، اذ يحد من هذه الحرية وجود قانون دولي مشترك يوجب عليها احترام الاحكام المقررة بمقتضى العرف الدولي واضافت المحكمة قولها (بان نزع ملكية المصانع الألمانية في هذه المنطقة من دون تعويض هو أمر يخالف القانون الدولي...) [٣] .

والواقع أن معيار الحد الأدنى يشوبه بعض الغموض، بل معيار غامض وغير محدد ؛ نظرا لكون مضمون هذا المعيار كان مدار خلاف وجدل في الفكر القانوني الدولي ،وقد تعددت التفسيرات بخصوص هذا المعيار إذ لا توجد قاعدة متفق عليها عموما عن الحد الأدنى لمعاملة الأجانب إلا أن ظهرت إتجاهات بشأن هذا الموضوع .

الإتجاه الأول : أن لا تقل المعاملة عن معاملة الوطنيين وبموجب هذا الإتجاه إن يتم معاملة الإجانب المستثمرين بمعاملة لا تقل عن معاملة المستثمرين الوطنيين بحيث تخلي مسؤولية الدولة المضيفة ،فأذا كانت المعاملة من دون ذلك بموجب هذا الإتجاه يعد خرقا لهذا المعيار إلا إن ما يعيب هذا

---

(١) د .عمرهاشم محمد صدقة ،المصدر السابق، ص٥٨ .

(٢) حكم محكمة العدل الدولية الدائمة الصادر في ١٩٢٦/٥/٢٥، حول النزاع بين ألمانيا وبولندا بشأن مصالح الرعايا الألمان في سيليزية العليا .

(٣) د . بقة حسان ،دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الاجنبي ،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ،مجلد١٦،العدد٢ ،٢٠١٧،ص ٩٧ .

المعيار إن معاملة المستثمرين الأجانب وحمايتهم تكون متباينة من دولة لأخرى بحسب نظامها القانوني[١].

الإتجاه الثاني :لا تقل المعاملة عن معاملة مواطني الشعوب المتمدنة ، وما يقرره القانون الدولي ،قد أخذت بهذا الإتجاه الدول الغربية والولايات المتحدة الامريكية ،وبمقتضى هذا الإتجاه إن هناك حدا أدنى من العدالة ينبغي أن توفره الدولة للاجنبي حتى لو كانت لم توفره لمواطنيها ، فأذا كان النظام في الدولة لا يتفق مع المستوى المطلوب ،على الرغم من شعب تلك الدولة قد يكون قانعا به أو مرغما على العيش في ظله، فإنه لا يمكن إرغام أي دولة أخرى على قبوله نظاما يوفر سبيلا مرضيا لمعاملة مواطنيه فيه [٢].

يلاحظ على هذا الإتجاه بأنه اعتمد وجهة نظر متقدمة في مستوى المعاملة التي يجب ان يتلقاها المستثمر الاجنبي في الدولة المضيفة ،إذ ليس من المقبول أن يتراجع مستوى الحماية إلى حدود يكون فيها من المقبول أن يتم معاملة المستثمر الاجنبي وفقا لتشريعات وأنظمة لا تراعي الحدود الدنيا لحقوق الانسان الأساسية .

بغض النظر عن مدى خطأ وصواب هذه التفسيراتَ والمعايير التي قيلت بخصوص معيار الحد الأدنى فإنه يمكن القول بان المفهوم التقليدي للحد الأدنى لحقوق الأجانب التي يوفرها العرف الدولي للأجانب بما فيهم المستثمرين لم يعد كافيا لحماية وصيانة أموال المستثمر الأجنبي ،فقد أدى تطور المركز القانوني للمستثمر الأجنبي إلى تطور مفهوم الحد الأدنى [٣].

يلاحظ كذلك إن المزايا والحقوق فضلاً عن الضمانات القانونية التي توفرها تشريعات الاستثمار الوطنية للمستثمر الاجنبي في معظم الدول ،وكذلك اتفاقيات الاستثمار الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار

---

(١) د. أحمد كاظم الساعدي ،مصدر سابق،ص١٠٠.

(٢) د .عبد الواحد الفار ،طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم ،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨٥،ص ١٢ .

(٣) د .عمر هاشم محمد صدقة ،المصدر السابق ،ص ٥٢ . وكذلك ينظر:أحمد كاظم الساعدي ، مصدر سابق ،ص١٠٢.

من خلال النص على عدم جواز مصادرة أو تأميم ملكية المستثمر الاجنبي إلا اذا توفرت شروط معينة وبعد دفع تعويض عادل ومناسب للأجنبي فضلاً عن الضمانات الأخرى،بأن تلك المزايا والضمانات تأتي فوق مستوى الحد الأدنى لتمتع الأجانب بالحقوق والمقررة بمقتضى قواعد القانون الدولي ،بل تتجاوز مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنين .

نستنتج مماسبق إنه لا مجال للقول بمعاملة المستثمر الأجنبي وفق مبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب حسب المعنى المتقدم لهذا المبدأ ،أو معاملة المستثمر الاجنبي حتى وفق مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين إذ إن المركز القانوني للمستثمر الاجنبي تتجاوز هذين المبدئين بكثير.

الفرع الثاني

القيود الواردة على المعيار

يجب على الدولة المضيفة أن توفر للاستثمارات الاجنبية المعاملة العادلة ،وان تحميها من المخاطر كافة التي قد تتعرض لها على إقليمها ، ويعد ذلك تطبيقا لما استقر عليه القانون الدولي العرفي من التزام الدولة باحترام ملكية الأجانب المقيمين فوق إقليمها،وحمايتها بوصفها من الحقوق الأساسية التي تستلزمها شخصيتهم الانسانية ، أي إنها تدخل ضمن معيار الحد الأدنى من الحقوق اللازمة لمعاملة الاجانب ،إلا إن هذا الاحترام وتلك الحماية يجب ألا يجردا الدولة من سلطاتها التنظمية العامة أو يمنعاها من إجراء التغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي تستلزم تدخلها في إطار الملكية الخاصة إلا إن الفقه الدولي إستقر على أن للدولة المضيفة للأستثمار الحق في اتخاذ إجراءات نزع الملكية الموجودة على إقليمها إعمالا لسيادتها الإقليمية إلا إن ممارسة هذا الحق يخضع لقيود ،وضعتها القواعد الدولية العرفية في هذا المجال.

أولاً : القيد الخاص بشرط المصلحة العامة : ويقصد بشرط المصلحة العامة أو المنفعة الوطنية أن تهدف الدولة من وراء اتخاذ إجراء نزع الملكية أو تأميم تحقيق مصلحة عامة للدولة أو لإحدى هيأتها الحكومية، وليس تحقيق منافع شخصية لأحدى الأفراد [١] ، ويعد ركنا أساسيا لشرعية قرار نزع الملكية [٢]

أو التأميم [٣] المشروع الاستثماري لكي يكون مشروعا دوليا يجب أن يكون الباعث والهدف هو تحقق مصلحة عامة إلا إن الإتجاه الغالب في الفقه الغربي، يرى إن تحديد ما يعد من قبل الصالح العام والنفع العام هو مسألة متروكة لتقدير الدولة التي تتخذ إجراءات نزع الملكية وأنه لا معقب عليها في ذلك إلا عند البعض إذا كان من الواضح إن الإجراء قد أتخذ لاغراض لاتمت بصلة للصالح العام [٤] ، ونصت عليه الاتفاقيات الجماعية وقرارات المؤتمرات الدولية منها ، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة الخاص

بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية رقم (١٨٠٣) عام ١٩٦٢ بأن (يراعى استناد التأميم أونزع الملكية

---

(١) مروة موفق مهدي ،الضمانات والحوافز القانونية التي تقررها قوانين الاستثمار العربية الاستثمارات الأجنبية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، بغداد ، ٢٠٠٧، ص٩٩ –١٠٠ .

(٢) يعرف نزع الملكية :هو الإجراء تنفيذي الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيأتها العامة أموال عقارية محددة بالذات مقابل تعويض يمنح لمالكيها ، راجع في ذلك : د. محمد عبد الطيف:نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة تأصلية مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨٨،ص ٤ . وكذلك يعرف بأنه : الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحققا لدواعي الصالح العام ،بموجب قرار إداري يصدر عن الجهة المختصة .راجع في ذلك : د .ناصر عثمان محمد عثمان ،الضمانات الإجرائية للأستثمارات الاجنبية ضد المخاطر غير تجارية ،كلية الحقوق،جامعة اسيوط ،٢٠١٩، ص ٣١ .

(٣) ويعرف التأميم : بأنه إجراء تشريعي ينتقل بموجبه إلى الدولة ملكية أو حقوق خاصة أجنبية بقصد أن تقوم الدولة باستغلالها أو الإشراف عليها أو توجيهها إلى هدف جديد . راجع في ذلك د. محمد طلعت الغنيمي ، مقابل التأميم في القانون الدولي العام ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة العاشرة ، العدد (٣و٤) ، كلية حقوق ، جامعة الإسكندرية ، ص٢ .

(٤) د .مفتاح عامر سيف النصر،الاستثمارات الاجنبية المعوقات والضمانات القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، ٢٠١٦،ص ١٠٤ .

أو الفردية أو الخاصة الاجنبية و الوطنية ويدفع للمالك في مثل هذه الحالات التعويض الملائم على وفق القواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها وعلى وفق قانون الدول.

وأقر الاتحاد الدولي للمحامين المنعقد عام ١٩٦٦ في لوزان حق الدولة في الاستيلاء على أموال الأجانب للمنفعة العامة ،وبشرط عدم التمييز ، وبعد دفع تعويض مناسب [١] ، وكذلك على مستوى الدساتير، والتشريعات الاستثمارية ،فقد تبنت أغلبية دساتير الدول ، ومنها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حيث نص في الفقرة (٢) من المادة (٢٣) منه " لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون " وكذلك قانون الاستملاك رقم (١٢) لعام ١٩٨١ تولى تنظيم نزع الملكية للمنفعة العامة لقاء تعويض [٢] ، كذلك جاء في البند (ب) من الفقرة (٣) من المادة (١٢) "عدم نزع ملكية المشروع الاستثماري إلا للمنفعة العامة كلا ،أو جزءاً ،وبتعويض عادل " [٣] .

ثانيا : شرط المساواة وعدم التمييز : القانون الدولي مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأجانب والمواطنين في نزع الملكية من القيود العرفية التي تدخل في مضمون الحد الأدنى للحماية الدولية للمال الاجنبي ، إن التمييز في نزع الملكية على الأموال المملوكة للمستثمرين الأجانب فقط من دون الوطنيين المالكين لانواع الأموال الاجنبية المستولى عليها نفسها،وعندما يتم تأميم ،أو نزع ملكية أموال مملوكة لمستثمرين أجانب من جنسية أو جنسيات معينة من دون تأميم أو نزع ملكية أموال بقية المستثمرين الأجانب التابعين لجنسيات أخرى والمالكين لانواع الأموال المستولى عليها نفسها [٤].

---

(١) د. عمرهاشم محمد صدقة ،المصدر السابق ،ص ٥٥ .

(٢) تنص المادة (٤) من هذا القانون على انه (لدوائر الدولة وللقطاعين الاشتراكي والمختلط التي يحق لها تملك العقار قانوناً ، ان تتفق مع مالك العقار أو الحق العيني المتعلق به ، على استملاكه رضاء عيناً ...) ويتم تقدير التعويض وفق المواد (٣٦-٢٩) من هذا القانون .

(٣) ينظر:قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) عام ٢٠٠٦ المعدل .

(٤ د .ابراهيم شحاتة ،معاملة الاستثمارات الاجنبية في مصر، دار النهضة العربية،القاهرة ،١٩٧٢، ص١١١.

لقد أشترط الفقهاء التقليديون، لكي يكون إجراءات نزع الملكية مشروعا، يجب ان يتصف بعدم التمييز، يظهر ذلك خلال نزع ملكية الذي يسري على ممتلكات الأجانب والوطنيين على حد سواء[١] .

بينما الفقه الحديث في تحديد شرط عدم التمييز على أساس معاملة الاشخاص المتساوين معاملة واحدة، أما غير المتساوين، فتجوز معاملتهم معاملة مختلفة بمعنى قيام الدولة المضيفة للأستثمار بتأميم ممتلكات الأجانب من رعاية دولة معينة بذاتها من دون الأخرى بهدف تحقيق استقلالها الاقتصادي أو المحافظة عليها [٢] .ويعد الإتجاه الغالب في الفقه الدولي إذ يقرر مشروعية التمييز ضد المستثمر الاجنبي والمستثمرين الأجانب بعضهم البعض لصالح المواطنيين، ولصالح اقتصادية الدولة المضيفة وطالمة لا يؤدي باحكام العرف الدولي في شأن معاملة المستثمرين [٣].

ثالثا:وجوب مراعاة احكام القانون : يعد هذا القيد ضمانا مهما للمستثمر الاجنبي ،ذلك أنه يعني ضرورة إصدار قرار نزع الملكية طبقا لإجراءات الضمانات القانونية الواردة في القانون الداخلي للدولة المضيفة للأستثمار، هذا ما يتطلبه معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في القانون الدولي، وبهذا يضفي على أموال المستثمر حماية ضد هذه الإجراءات التعسفية التي قد تتخذها السلطة العامة في الدولة خرقا للقانون الداخلي، والقواعد الخاصة بمعاملة الأجانب المقررة في القانون الدولي، بأن يصدر قرار نزع الملكية من سلطة ذات اختصاص وطبقا لقواعد القانون الداخلي[٤].

---

(١) د . صادق زغير محيسن،حماية الاستثمار الاجنبي من نزع ملكيته في ظل الاتفاقيات الثنائية ،مجلة العلوم القانونية،جامعة بغداد ،كلية القانون ،المجلد٣١،العدد٢، ٢٠١٦ ، ص٨٢ .

(٢) د .تريد محمود السامرائي ،الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية) ،مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ٢٠٠٦، ،ص ١٥٥ .

(٣) د .صادق زغير محيسن ، المصدر السابق ، ص ٨٣ .

(٤) د. تريد محمود السامرائي ، المصدر السابق ، ص ١٥٣ .

نصت المادة(٢٧) " المنازعات الناشئة بين الأطراف الخاضعين لإحكام هذا القانون يطبق عليهم القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك بغير الحالات التي تخضع لإحكام القانون العراقي حصرا أو يكون فيها الاختصاص للمحاكم العراقية " [١].

رابعاً: شرط التعويض : وتلتزم الدولة وفقا للقواعد القانونية الدولية عندما تتخذ قرار نزع الملكية، أو تاميم أموال المستثمرين الأجانب الموجودة في إقليمها بدفع التعويض عن الأموال المؤممة، أو المنزوعة ملكيتها ،ويعد التعويض إلتزام يفرضه الحد الأدنى لحقوق الأجانب المقررة بمقتضى العرف الدولي ، وهذا يعني إن حق المستثمر الاجنبي في التعويض ،هو حق مستمد من القانون الدولي العام من ثم أن عدم الإلتزام به قد خرقت الدولة المضيفة التزام دولي، وبهذا تحرك مسؤولية الدولة التي أتخذت الإجراء في مواجهة الدولة التي ينتمي إليها المستثمر بجنسيته [٢] غير أن الخلاف يدور حول مقدار التعويض الذي تلتزم به الدولة النازعة للملكية وأوصافه والطرق التي يجب اداء هذا التعويض، فإن الدول الغربية تصف التعويض أن يكون كافٍ وفعال وسريع ، بينما الدول النامية يكون التعويض فيها مجرداً من الأوصاف التقليدية التي جاءت به الدول الغربية التي ترى التعويض بأنه ملائماً ومناسباً .

---

(١) ينظر:قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لعام ٢٠٠٦ .

(٢) د . عصام الدين مصطفى بسيم ،النظام القانوني للإستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٧٢ ،ص ٢٧٠ .

الفرع الثالث

الأثر المترتب على أنتهاك المعيار

يفرض القانون الدولي العرفي على الدولة التي تقوم باتخاذ إجراءات التأميم أو نزع الملكية في مواجهة الاستثمارات الاجنبية بعض القيود التي يستلزمها معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في القانون الدولي ، لهذا يدور التساؤل ما هو الجزاء المترتب أو المقرر في حالة مخالفة الدولة لاحد القيود، وبهذا انقسم الفقه حول هذه المسألة على إتجاهين مختلفين على النحو الآتي :-

الإتجاه الأول : يرى بأن قرار التأميم الذي يتم من دون أداء أي تعويضات يعد قرارا باطلا، وغير مشروع من جانب المجتمع الدولي، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني يعني ذلك عدم قدرة هذا القرار على نقل ملكية حدود الدولة المضيفة للأستثمار التي أصدرت قرار التأميم وهذا الإتجاه يمثل موقف الدول الغربية تجاه التأميمات الروسية عام ١٩١٧، للتعبير عن ردود الفعل القوية التي سادت الدول الرأسمالية بمناسبة هذه التأميمات ، حجة هذا الإتجاه ان الدولة التي لجأت إلى التأميم إنما تسعى إلى الحصول على مجرد سند للملكية، بمقتضى قانونها الوطني، ولا تستطيع هذه الدولة الاحتجاج بسند الملكية في مواجهة الدول الأخرى ، إلا إذا كان قد تم اكتسابه بوسيلة مشروعة دوليا، فإذ كان القانون الدولي لا يقر هذه الوسيلة عدت الملكية باقية للملاك السابقين، ويكون سندهم في الملكية هو السند الوحيد المعترف به دوليا بغض النظر عن الحق الجديد الذي نشأ داخليا فقط بمقتضى التأميم [١] .

ومن أشهر القضايا التي حدثت في القرن العشرين وتجسد هذا الإتجاه الفقهي هي القضية المتعلقة بالنزاع الذي نشب في ١٩٢٩ بين الحكومة الروسية والشركة البريطانية لاستخراج الذهب من المناجم

---

(١) د.علي شهاب أحمد الصبّاحي ،الاستثمار الأجنبي الخاص الواقع والآفاق –دراسة قانونية مقارنة ،دار الأكاديميون للنشر والتوزيع ، الإردن ، ٢٠٢١،ص١٠٣.

الروسية، بمناسبة استيلاء الحكومة الروسية على أموال الشركة ،وقد كان هناك اتفاق بين الطرفين يقضي بتطبيق القانون الروسي عند نشوب أي نزاع بينهما إلا إن المحكمين البريطاني والألماني استبعدا تطبيق القانون الروسي وطبقا للمبادئ العامة للقانون الدولي، وذلك بحجة إن القانون الروسي لا يمكن أن يحكم إلا الأمور التنفيذية داخل الاتحاد السوفيتي ،ولا يمكن أن يسند إليه حكم العلاقة القانونية ؛ لأنه لا يقوم على المبادئ المسلمة للعالم المتمدن،أي المدينة الأوربية [١].

نتوصل إلى إن تطبيق المبادئ العامة للقانون المعترف بها في العالم المتمدن لم يكن سوى ستار لتطبيق القوانين الغربية ولحماية مصالحها ولو سلمنا بصحة ما جاء في هذا الإتجاه لما كانت هناك حاجة لقوانين وطنية في مختلف الدول ولأصبح القانون الإنجليزي أو الفرنسي أو غيرها من القوانين الغربية هي قانون الشعوب الجديدة ولا حاجة معه لقوانين أخرى أو قانون دولي خاص .

الإتجاه الثاني : إن عدم المشروعية أو البطلان لا يمكن أن يلحق قرار التأميم ذاته، باعتبار أن إجراءات التأميم تعد استعمالا لحق مشروع لصيق بسيادة الدولة، ولا تعد باطلة في ذاتها ولو خالفت المبادئ الدولية الخاصة بحماية المال الاجنبي والمقررة في القانون الدولي ،فالتأميم ينتج آثاره الكاملة داخل حدود الدولة أو في مواجهة الدول الأخرى ولا يقع على عاتق الدولة سوى الإلتزام بالتعويض[٢] .

يعد هذا الإتجاه رأي غالبية الفقه المعاصر حتى في الدول الرأسمالية الغربية نفسها، مما يدل على سلامة هذا الإتجاه الفقه إلانجليزي في مجموعة ، قد استنكر حكم القاضي وعدها سابقة مؤسفة، حين أنكر عدم قدرة التأميمات الإيرانية على نقل ملكية الأموال محل التأميم الكائنة بإيران بحجة مخالفة هذه التأميمات للقانون الدولي[٣].

---

(١) د .عبد المومن بن صغير ،المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الاجنبي ،المصدر السابق ، ص٢٩ –٣٠ .

(٢) هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، المجلد الثاني في مركز الأجانب ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧، ص٩٦.

(٣) د. عمر هاشم محمد صدقة ، مصدر سابق ،ص ٧٠ .

من القضايا التي تؤكد وجهة نظر أصحاب هذا الإتجاه قضية شركة Aminoil الامريكية ضد الحكومة الكويتية ١٩٨٢ [١].

فإن الراي الغالب يرفض تقرير بطلان إجراءات التأميم التي تتخذ بالمخالفة لأحكام القانون الدولي ، فإن الجزاء الوحيد عند قيام عدم مراعاة الدولة لأحكام القانون الدولي هو المطالبة بالتعويض النقدي ،والإلتزام بالتعويض يرتب على واقعة لاحقة بالتأميم ولا يتصور أن يكون شرطا من شروط صحته [٢] .

المطلب الثاني

الحماية الأجرائية وفق معيار الحد الأدنى

بينا في المطلب الأول الحماية الموضوعية وفق معيار الحد الأدنى للأستثمار الاجنبي من تعريف و القيود والأثر المترتب عليه إلا إنه يحتاج إلى تفعيل ووضعه موضع التنفيذ، فالقاعدة العامة تقضي بأنه ليس أمام المستثمر الاجنبي إلا أن يلجأ إلى الوسائل القضائية المتاحة داخل الدول المضيفة للإستثمار للمطالبة بتعويض عن ممتلكاته التي تم تأميمه أو استيلاء عليها تعسفا من دون أن تقوم له أي تعويض أو تأميمها ، أي فإن عليه أن يلجأ إلى سبل العلاج المتاحة داخل الدولة المضيفة للإستثمار ،أما إذا أخفق في ذلك أو تعرض لإنكار العدالة أمام قضاء الدولة المضيفة فيجوز له أن يلجأ إلى دولته لحمايته بالطرق الدبلوماسية ،وهذا ما يسمى بنظام الحماية الدبلومايسية [٣]، جاء ليقوم بتدارك أمر عدم وجود نظام عالمي يضمن للفرد المثول مباشرة أمام جهات القضاء الدولي، وكحق تحتفظ به الدولة وتلجأ إليه فقط عندما تخل الدولة المضيفة بالتزامها الدولية تجاه مواطنيها ،كما جاء هذا النظام نتيجة تسليم بفكرة الحد

---

(1)Aminoil case Kuwait v.Aminoil ,21 ILM,1982,P.1034 para148.

(٢) د. عبد المومن بن صغير ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار ، مصدر سابق ،ص ٣١ .

(٣) د . عمر هاشم محمد صدقة ، مصدر سابق ،ص ٧١ .

الأدنى من الحقوق ومبدأ الحقوق المكتسبة وقاعدة حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في الخارج [١].

لهذا سوف يقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع :- نتناول في الفرع الأول مفهوم الحماية الدبلوماسية وشروطها ، وفي الفرع الثاني الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية ، وفي الفرع الآخير الطرق المباشرة للحماية الدبلوماسية ، على نحو الآتي .

الفرع الأول

مفهوم الحماية الدبلوماسية وشروطها

أولاً : تعريف الحماية الدبلوماسية : تعرف الحماية الدبلوماسية بأكثر من تعريف باختلاف وجهات النظر أو حسب الزاوية التي ينظر فيها . إذ يعرفه من جانب الفقه الدولي ،الاستاذ لويس دو بوي بأنها (أي عمل تقوم به دولة لدى الدولة الاجنبية الأخرى للمطالبة لصالح مواطنيها باحترام القانون الدولي أو الحصول على بعض المزايا)

يلاحظ على هذا التعريف أنهُ توسع في بيان مفهوم الحماية الدبلوماسية ؛ وذلك لأن الحصول على مزايا لصالح مواطني الدولة ليس من قبل الحماية الدبلوماسية، كذلك إهمال لشروط ممارسة الحماية الدبلوماسية وأنه غير جامع لعناصر الحماية الدبلوماسية ،كذلك يعرفها جوزيف بأنها (أحد مظاهر السيادة التي تتمتع به الدولة وفقا لمبادئ القانون الدولي العام ،وفي إطار حقوقها والتزاماتها الدولية المتبادلة في القانون الدولي)[٢] . يلاحظ على هذا التعريف الذي يعبر عن حق الدولة في حماية مواطنيها بما لها من سيادة لا يبين مضمون الحماية الدبلوماسية ذاتها أو شروط اللجوء إليها ، وكذلك حق المنظمات الدولية في حماية موظفيها إنما يقتصر على أساس الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية .

---

(١) د .مفتاح عامر سيف النصر ، مصدر سابق ،ص ١٦٥ .

(٢) د.علي خالد دبيس، قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها ،مجلة أهل البيت عليهم السلام ،العدد٢٠ ،٢٠١٦،ص ٤٧٢

ويعرف الكسندر رشارل كيس الحماية الدبلوماسية بأنها: كل إجراء يقوم به شخص من اشخاص القانون الدولي لفائدة بعض الأفراد الذين تربطهم علاقات قانونية محددة جراء انتهاك للقانون الدولي من قبل شخص آخر من اشخاص القانون الدولي [١].

ويعرف دكتور محمد حافظ غانم الحماية الدبلوماسية بقوله : تبدأ الحماية الدبلوماسية عادة بأن تتدخل الدولة التي ينتمي إليها الأفراد الذين لحقتهم الإضرار لدى الدولة المسؤولة، لكي تحصل على تعويض مناسب ،ويتم هذا الاتصال عن طريق القناصل أو البعثات الدبلوماسية وإذا تبين أن هناك خلاف في وجهات النظر بين الدولتين حول مبدأ المسؤولية أو حول تقرير التعويض كان للدولة التي يتبعها هؤلاء الأفراد أن تتبنى مطالباتهم ،وبهذا تتحول طبيعة النزاع من نزاع داخلي بين دولة والأجانب إلى نزاع دولي بين دولتين [٢] كذلك عرفت لجنة القانون الدولي نظام الحماية الدبلوماسية في صياغة المادة(١) الخاصة بتعريف الحماية الدبلوماسية ، كما يأتي " لأغراض مشاريع المواد الحالية تعني قيام دولة عبر إجراء دبلوماسي أو وسيلة أخرى من وسائل التسوية السليمة بطرح مسؤولية دولة أخرى من ضرر ناشئ عن فصل غير مشروع دوليا لحق بشخص طبيعي، أو اعتباري من رعايا الدولة الأولى ،وذلك بغية إعمال تلك المسؤولية" [٣] . يمكن تعريف الحماية الدبلوماسية بخصوص الاستثمارات الاجنبية بأنها (الإجراء الذي تلجأ إليه الدولة سعيا لتأمين حقوق استثمار هيأة، أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي) [٤] .

---

(١) لحسن زايدي، مصدر سابق ،ص ١٧٦ .

(٢) د .راضية شريفي ، مصدر سابق ،ص ٢٦-٢٧ .

(٣) تقرير لجنة القانون الدولي ، مصدر سابق، دورة ٥٨ ،٢٠٠٦ ،ص ٢١ .

(٤) د .محمود عبد الحميد سليمان ،الحماية الدبلوماسية للأستثمارات الاجنبية ،المجلة المصرية للقانون الدولي ،الجمعية المصرية للقانون الدولي ، العدد ٥٨، ٢٠٠٢ ، ص ٣٩٥ . وينظر: د. بزار الوليد ،مصدر سابق ،ص١٨١ .

ثانيا : شروط الحماية الدبلوماسية لحماية الاستثمار الاجنبي : يشترط لممارسة الحماية الدبلوماسية من جانب الدولة أن يتمتع المستثمر المتضرر بجنسيتها ،وهو من المبادئ المستقرة في القانون الدولي وكذلك شرط استنفاذ طرق الطعن الداخلية ، بينما الشرط الثالث هو ألا يكون الشخص المراد حمايته قد تسبب بسلوكه المخالف للقانون الدولي العام أو القوانين الدولة التي يقيم فيها في حدوث الضرر الذي يشكو منه، يعني التزام الاستثمار الأجنبي بقوانين الدولة المضيفة واحترامها ،وبعدم التدخل في شئونها الداخلية وأن تكون سلوكياته فوق مستوى الشبهات ، كالتورط في اعمال مخابرات مثلاً [١] هذا ما يسمى بشرط الأيدي النظيفة، ولأهمية الشرطين سوف نوضحها بأيجاز ، على النحو الآتي :-

١- تمتع المستثمر المتضرر بجنسية الدولة التي تباشر الحماية الدبلوماسية ، الجنسية : هي العلاقة أو الرابطة القانونية والسياسية بين المستثمر أو الفرد المضرور وبين الدولة المدعية ، وبموجب هذه العلاقة لا تستطيع الدولة ممارسة الحماية إلا لصالح رعاياها الذين يحملون جنسيتها ؛ لأن هذه الحماية تبرر على أساس الاختصاص الشخصي للدولة [٢] .

واذا كانت الحماية الدبلوماسية قد وجدت لحماية الشخص الطبيعي مما يصيبه من أضرار مادية، أو معنوية فإن القانون الدولي لا يمنع من تطبيق هذه الحماية على الشخص الاعتباري ،كإحدى الشركات إذ يتعين

---

(١) د .محمود عبد الحميد سليمان، المصدر السابق ، ص٤٠١.

(٢) كوثر مرواني ،الجنسية وإشكالاتها في نظام الحماية الدبلوماسية ،رسالة ماجستير ،كلية الحقوق والعلوم الدبلوماسية ،جامعة العربي بن مهيدي –أم البواقي ،٢٠١٧-٢٠١٨ ،ص ٩ .

أيضا أن يكون متمتعا بجنسية الدولة التي تتصدى لحمايته، وفقا للمعايير التي تعتنقها تشريعات هذه الدولة في شأن تحديد الاشخاص الاعتبارية يعدّ إن الاستثمارات الاجنبية إحدى الدعائم الأساسية لأقتصاد الدولة التي تتبعها هذه الاستثمارات [١] .

على الرغم من تطبيق شرط الجنسية إلا إنه يثير العديد من المشاكل في حالة تمتع المستثمر بأكثر من جنسية ،وعدم وجود اتفاقية دولية تحدد بوضوح أياً من الدول يحمل المستثمر الاجنبي المتضرر جنسيتها يكون لها الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية ،إذ ساد في البداية ما يسمى بمبدأ تكأفؤ السيادات، أي المساواة بين الدول التي يحمل المستثمر جنسياتها تنكر على القضاء الدولي الحق في الترجيح بين السيادات المتراكمة على الشخص استنادا إلى احترام سيادة كل دولة من الدول التي يحمل الفرد جنسيتها ،ما دامت هذه الجنسيات قد أكتسبت أكتسابا صحيحا وفقا لقانون دولتها إذ مثل هذا الترجيح يتضمن إهدار سيادة الدولة الأخرى ، يعني ذلك الحق لكل من الدول التي يحمل المستثمر جنسيتها التصدي لحمايته ، وفق هذا المبدأ عجز عن حل مشكلة تعدد الجنسيات لأنه لايجوز لأحدى الدول التي يحمل الشخص جنسيتها أن يتصدى لحمايته في مواجهة دولة أخرى من الدول التي ينتمي إليها متعدد جنسية ، فقد ذهب الفقه الحديث بأخذ معيار الجنسية الفعلية في سبيل تحديد الجنسية اللازمة لممارسة الحماية الدبلوماسية [٢] . يقوم هذا المعيار على تفضيل الجنسية التي تتفق مع الواقع الفعلي ذلك من خلال جهة التأسيس إذ يسجل الاستثمار كشخص معنوي، ومركز الاستثمار إذ يمارس الاستثمار أنشطته ،وجنسية الاشخاص القائمين على إدارة

---

(١) د .عبد المومن بن صغير ،المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار ، مصدر سابق ،ص ٣٥.

(٢) د . جابر فهمي عمران ،الاستثمارات الاجنبية في منظمة التجارة الدولية حمايته – تسوية منازعاتها ،دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية ،٢٠١٣ ،ص٤١٤-٤١٥ ،ينظر:أحمد كاظم الساعدي ،مصدر سابق ، ص٢٩٦، د. علي حسين ملحم ،مصدر سابق ،ص ٢٢١-٢٢٢ .

الاستثمار، وإن الأرجح هو مركز النشاط الاستثماري [١] هو ما أكده القضاء الدولي عندما قضت محكمة العدل الدولية في قضية نوتابوم عام ١٩٥٥ بأنه لا يمكن الاعتراف بالجنسية من الدول الأخرى واستخدامها كسند قانوني لممارسة الحماية الدبلوماسية إلا إذا كانت فعلية أي تمثل رابطة حقيقة الفرد والدولة إذ أعلنت المحكمة بأن الجنسية هي الرابطة القانونية التي تجسد أساسها في الواقع الاجتماعي للأنتماء وفي تضامن واقعي في المعيشة والمصالح والمشاعر فهي تقوم على حقوق وواجبات المتبادلة [٢] .

أما حالة عدم تمتع الفرد بالجنسية فإن الأمر يختلف بالنسبة لمركز عديم الجنسية، فقد اتجهت جهود الدول لعقد الاتفاقيات التي تقضي على هذه الظاهرة،ومن تلك الاتفاقيات الاتفاقية المتعلقة بالأشخاص عديم الجنسية لعام ١٩٥٤،هي الصك القانوني الوحيد الذي رسخ وبصفة رسمية الوضع القانوني للاشخاص عديمي الجنسية إلا إنها تخلو من تنظيم الحماية الدبلوماسية لهذه الفئة، وبعده جاءت الاتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١، إلا إنها أغفلت هي الأخرى عن الموضوع[٣].وكذلك اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لعام ١٩٦٨ أغفلت تنظيم القانوني لحالة مستثمر عديم الجنسية[٤]

إلا إن لجنة القانون الدولي قد سعت من خلال مشروع اتفاقية الحماية الدبلوماسية إلى أستحداث قاعدة جديدة تمثلت في توفير الحماية الدبلوماسية لعديمي الجنسية ،ذلك من خلال ما نصت به الفقرة (١) من المادة (٨) من المشروع تحت عنوان الاشخاص عديمُ الجنسية واللاجئون ، " يجوز للدولة أن تمارس

---

(١) د .محمود عبد الحميد سليمان ،مصدر سابق،ص٣٩٦ –٣٩٧ .

(٢) د . مفتاح عامر سيف النصر ، مصدر سابق ، ص ١٦٦– ١٦٧ .

(٣) ينظر: اتفاقية بشأن وضع الأشخاص عديمي الجنسية لعام ١٩٥٤، واتفاقية بشأن خفض حالات انعدام الجنسية لعام ١٩٦١. متاحة على هذا الموقع ،الأمم المتحدة، مكتبة المفوض السامي لحقوق الأنسان https://www.ohchr.org

د . نوال زياني ،د. ربيحة شاربي ،دور لجنة القانون الدولي في تطوير قواعد الحماية الدبلوماسية (الحماية الدبلوماسية لعديمي الجنسية نموذجا) ،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،جامعة زيان عاشور بالجلفة ،العدد ٤ ، ص٢٣٢–٢٣٣ .

الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بشخص عديم الجنسية إذا كان ذلك الشخص ،في تاريخ وقوع الضرر وفي تاريخ تقديم المطالبة رسميا ،يقيم بصفة قانونية، واعتيادية في تلك الدولة " ،من خلال تحليل النص نجد أن عبارة يجوز للدولة معناه أن الدولة ليست ملزمة، بل لها بها كامل السلطة التقديرية في توفير الحماية الدبلوماسية للشخص عديم الجنسية ، وكذلك أن يكونوا وقت وقوع الضرر وفي تاريخ التقدم الرسمي للطلب يقيمون بصفة قانونية واعتيادية في تلك الدولة التي تعني الإقامة للمستثمر[١] ،هذه مادة جاءت موفقة في صياغتها من حيث تنظيم المركز القانوني للشخص عديم الجنسية .

ثانيا:شرط استنفاذ الطرق القضائية الداخلية ،هو أنه لايجوز لدولة الاجنبي أن تتصدى لحمايته الدبلوماسية في مواجهة الدولة التي قامت بنزع ملكية أمواله الكائنة في إقليمها إلا بعد أن يكون المستثمر الاجنبي طالب الحماية، قد استنفد من دون نجاح وسائل جبر الضرر الداخلية في تشريع الدول المضيفة كافة، والحكمة من ذلك هو أقتراح سيادة الدولة المضيفة للأستثمار،وعدم التشكيك في نزاهة قضائها الوطني، فضلاً عن ذلك منح الدولة المضيفة للأستثمار فرصة لإصلاح الضرر، وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه بواسطة هيأتها الداخلية قبل نقل النزاع إلى الساحة الدولية من خلال الحماية الدبلوماسية [٢] ، ويسعى المشروع المتعلق بالحماية الدبلوماسية في المادة (١٤) إلى تدوين قاعدة القانون الدولي العرفي التي تقضي باستنفاذ سبل الاتصاف المحلية بوصفه شرطا أساسيا لممارسة الحماية الدبلوماسية ،وقد أعترفت محكمة العدل الدولية بهذه القاعدة في قضية(أنترهاندل) بين سويسرا والولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٥٩،بوصفها قاعدة راسخة من قواعد القانون الدولي العرفي [٣].

---

(١) راجع المادة (٨) من تقرير لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة ، دورة ٥٨ ، ٢٠٠٦، المصدر السابق ، ص ٤٣-٤٣ ، وانظر كذلك : تقرير لجنة القانون الدولي ، دورة ٥٦ ، ٢٠٠٤ ، المصدر السابق ، ص٣٥ .

(٢) د.رفيقة قصوري ،حماية الاستثمارات الاجنبية عن طريق التدخل الدبلوماسي ،مجلة الحقيقة ،جامعة أدرار،الجزائر،العدد٢٣، ص ٥٢٢ . وكذلك ينظر د . احمد كاظم الساعدي ،المصدر السابق،ص ٢٩٩ .

(٣) تقرير لجنة القانون الدولي ، المصدر السابق ، دورة ٥٨، ٢٠٠٦ ، ص٥٩ .

نستنتج مما سبق أنه متى ما تحقق للأستثمار الاجنبي الشرطين الجنسية واستنفاذ سبل التسوية القضائية في دولة الاستثمار، صار الطريق ممهدا أمام الدولة لممارسة سيادتها، وبسط حمايتها الدبلوماسية أبتداء بالوسائل الدبلوماسية غير القضائية من المفاوضة ، وغيرها مرورا بالوسائل القضائية وأهمها التحكيم.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية

لقد ثار جدل فقهي كبير حول الطبيعة القانونية للحماية الدبلوماسية منها، بأنه حق للفرد، والآخر بانه حق للدولة ،يخضع لتمام سلطاتها التقديرية، كذلك رأي آخر بأنه حماية دبلوماسية واجبة .

أولاً:الحماية الدبلوماسية حق خالص للدولة: يذهب أنصار هذا الإتجاه إن انتهاك الدولة المضيفة للأستثمار للحد الأدنى من العدالة الواجبة لرعايا دولة أجنبية ،بمثابة أعتداء على ذات الحقوق الخاصة بتلك الدولة، هذا يعني عندما ترفع دعوى الحماية الدبلوماسية، أو المسؤولية الدولية للمطالبة بتعويض أحد رعاياها ،إنما هي في الواقع تمارس حقا خاصا به [١] ،إنصار هذا الإتجاه هم اصحاب المدرسة التقليدية التي ترى إن الحماية الدبلوماسية حق للدولة، بمعنى إن الدولة تمارس الحماية الدبلوماسية بحكم حقها الذاتي ووفقا للقواعد التقليدية في القانون الدولي، فإن الحماية الدبلوماسية حق خالص للدولة المتضررة ،وليس لرعاياها؛ لأن المسؤولية الدولية لاتنشأ إلا بين اشخاص القانون الدولي، بمعنى بين دولة الفرد المتضرر بوصفها مدعية من جهة، والدولة التي أرتكبت الفعل الضار يعدها مدعية عليها من جهة أخرى، أما الرعايا الأجانب فهو الموضوع الذي تنصب عليه دعوى الحماية الدبلوماسية، وعلى هذا استقر الفقه الدولي.

---

(١) د. لينا حسن صفا ،الحماية الدبلوماسية والدولية ومسؤولية الدولة أثناء النزاعات المسلحة ،رشاد برس، بيروت،٢٠١٠،ص٦٣.

من الأسانيد لهذا الإتجاه تعد الحماية الدبلوماسية حقا ثابتا للدولة نفسها، أكدته الكثير من أحكام المحاكم الدولية، والفقه الدولي، ففي النزاع بين بريطانيا واليونان بشأن عقود الامتياز الممنوحة (لمافروماتيس) ، في فلسطين قررت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر عام ١٩٢٤،أن الدولة إذا تتبنى قضية أحد رعاياه، وتلجأ في شأنها إلى الطرق الدبلوماسية ،أو إلى الوسائل القضائية الدولية شأنها في واقع الأمر ،إنما تؤكد حقها ، أي حق الدولة في أن تكفل لرعاياها الاحترام اللازم لقواعد القانون الدولي [١] ، وقد أيدت محكمة العدل الدولية في قضية نوتبهوم عام١٩٥٥، أنتهت إليه محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية مافروماتيس سبق ذكره ، إذ أكدت أن الحماية الدبلوماسية حق للدولة ؛ وذلك بقولها تشكل الحماية الدبلوماسية ،والحماية عن طريق الوسائل القضائية الدولية [٢] .

كما أكدت في قضية برشلونة تراكشن لمعدات الاضاءة والجر عام ١٩٧٠ على أن الحماية الدبلوماسية حق للدولة ذلك بقولها يجوز للدولة ضمن الحدود التي ينص عليها القانون الدولي ممارسة حمايتها الدبلوماسية بالطرق والمعايير التي تراها مناسبة وملائمة ؛ لأن ذلك يعد حقها الخالص[٣] .

وكذلك أشارت محكمة العدل دولية بالقضية نفسها حين اعتبرت إنه إذا رأى الشخص الطبيعي، أو المعنوي الذي تتخذ إجراءات لصالحه أن حقوقه غير محمية بصورة كافية ،فليس له وسيلة إنصاف في القانون الدولي، وكل ما يستطيع فعله هو اللجوء إلى القانون المحلي إذا توفرت الوسائل ذلك بهدف دعم القضية في الحصول على الانصاف ، واضافت إنه يجب أن ينظر إلى الدولة على إنها الحكم الوحيد الذي يقرر ما إذا كانت الحماية ،تسمح ،ومدى هذه الحماية ومتى تتوقف ،وتحتفظ الدولة في هذا الشأن بسلطة

---

(١) هيثم أحمد علي عثمان ،الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي والممارسة الدولية ، ،دار حميثرا للنشر والتوزيع ، مصر ،٢٠١٨، ص٥٨ .

(٢) د. خلدون بن علي ،حماية الدولة لمواطنيها في الخارج في ظل القانون الدولي العام ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعابس ،٢٠١٦-٢٠١٧ ،ص ٤٩ .

(٣) خالد السيد محمود المرسي،الحماية الدبلوماسية للمواطنين في الخارج ،مكتبة الوفاء القانونية ،مصر،٢٠١٢،ص ٧٦.

تقديرية قد تتوقف ممارستها على اعتبارات ذات طبيعة سياسية ،أو طبيعة أخرى لا علاقة لها بالقضية المحددة [١]، من خلال هذا القرار تبين إن للدولة حرية تامة في تقريرها إذا ستمارس الحماية الدبلوماسية لمواطنيها ، ومدى نطاق هذه الحماية ومتى ينتهي أجلها ويمتد مجال السلطة التقديرية للدولة إلى حرية المطلقة في أن تختار الوقت المناسب لتحريك الحماية الدبلوماسية .

يتضح مماسبق إنه لا يوجد قانون ما ، يلزم الدولة على ممارسة الحماية الدبلوماسية تجاه رعاياها، وبالنتيجة فهي لا تتحمل أي مسؤولية دولية نتيجة الامتناع عن ممارسة الحق ، وإن لجنة القانون الدولي قد أكدت على المنطق السابق في مشروعها المتعلق بقواعد الحماية الدبلوماسية إذ جاء في المادة (٢) منه أنه " يحق للدولة ممارسة الحماية الدبلوماسية وفقا لمشاريع هذه المواد وهي تسلم بأن الدولة هي تبدأ وتمارس الحماية الدبلوماسية وإنها الكيان الذي يملك حق تقديم المطالبة ولا يحل ذلك بمسألة تحديد صاحب الحقوق التي تسعى الدولة إلى تأكيدها في عملية الحماية أي ما إذا كانت تقوم بذلك بحكم حقها الذاتي أم استنادا إلى حقوق المواطن المتضرر الذي تتصرف نيابة عنه بأنه غير ملزم " [٢] .

ثانيا : الحماية الدبلوماسية حق لرعاياها : تواترت الأنظمة القانونية الداخلية للدول بعد إتساع نطاق التعامل الدولي الذي غير من نظرة الدول إلى وجود رعايا أجانب فوق إقليمها ،وما يرتبط لإمتداد إقامتهم على إقليم الدولة من نشاط إجتماعي وتجاري يلزم الدول بالإعتراف لهم ببعض الحقوق التي تنظم مركزهم القانوني وتحمي أموالهم وممتلكاتهم . وبالتالي فإن حق الفرد هو أساس الحماية الدبلوماسية ومن ثم فإن الفرد هو المعني بالحماية الدبلوماسية ذلك بناء على حقوقه المعترف له بها من طرف القانون الدولي [٣] .

---

(١) كوثر مرواني ،مصدر سابق ،ص ٤٤ .

(٢) تقرير لجنة القانون الدولي ،مصدر سابق ، دورة ٥٨ ، ص ٢٤- ٢٥ .

(٣) د. زكرياء عليوط ،الحماية الدبلوماسية للاستثمار الاجنبي المباشر ،مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ،المجلد ٧،العدد ٢ ،٢٠٢٠ ،ص ١٣٨٨ .

ويرى أنصار هذا الإتجاه إن الفرد في دعوى الحماية الدبلوماسية ،هو المتضرر الأصلي الذي انتهكت حقوقه ومصالحه ،ومن ثم يكون هو صاحب الحق الأصيل فيها ،وبالتالي لا مناص من الاعتراف للفرد بحقه في ممارسة الحماية الدبلوماسية بنفسه ، ذلك بمطالبة للدولة الاجنبية التي حدث الضرر في إقليمها مباشرة من دون الرجوع إلى دولته وإصلاح ما تعرض له من أضرار(١) .

من الأسانيد لهذا الإتجاه ما جاء به أنصار النظرية الموضوعية في تحليلهم للنظام القانوني الدولي التي انشأها الفقيه ليون دوجي LeonDuguit ،ناصرها في القانون الدولي كل من الفقهاء ،جورج سل ،كلسن ،بوليتس ، ليفيبر وغيرهم ، تقوم هذه النظرية على أن الفرد هو المخاطب الوحيد بالقواعد القانونية سواء أكانت داخلية أم دولية ،وبالتالي فهو الشخص الوحيد في النظم القانونية كافة بما فيها القانون الدولي العام ،وبناء عليه فإن الدولة في نظرهم ليست من اشخاص حققيين مخاطبين بها وهم الأفراد وعدم أعتبار الدولة شخصا قانونيا دوليا (٢) .

كذلك من الأسانيد لهذا الإتجاه العديد من السوابق القضائية الدولية التي مارس الفرد فيها بشكل مباشر إجراءات قضائية دولية لحماية حقوقه ومصالحه ونتطرق إلى بعض منها ما جاء في اتفاقية لاهاي الثانية عشر عام ١٩٠٧ التي تسمح لرعايا الدول المحايدة المطالبة بحقوقهم أمام المحكمة ضد الدول الاجنبية. بموجب اتفاقية جنيف الموقعة بين ألمانيا وبولندا عام١٩٢٢،انشأت محكمة تحكيم سيليزيا العليا ،التي أعطى الأفراد أهلية التقدم بطلباتهم مباشرة إليها،ولم تفرق قواعد إجراءات المحكمة بين ممثلي الحكومات والأفراد العاديين كأطراف في النزاع ،فقد أعطى الفرد الأهلية الإجرائية الكاملة لأغراض هذه الاتفاقية ،وغيرها من السوابق القضائية التي أكدت على حق الفرد في اللجوء للقضاء الدولي لإصلاح ضرره ، إن الاعتراف بحق الفرد يمثل استثناء على القاعدة العامة التي لا تسمح للفرد باللجوء للهيئات الدولية

---

(١) د. عصام عطية ،القانون الدولي العام ، ط٢ ،المكتبة القانونية،بغداد ،٢٠١٢ ،ص ٩ –١٠ .

(٢) لحسن زايدي ،مصدر سابق ،ص ٥٠–٥١.

للمطالبة بجبر الضرر الواقع عليه من قبل دولة أجنبية ، إلا إنه يمكن صياغة فكرة تجعل الحماية الدبلوماسية أقرب إلى المثالية في حماية مصالح الفرد على الصعيد الدولي ، استجابة للتطورات التي تجري في العالم ،وهي في القول بوجوب ممارسة الدولة الحماية الدبلوماسية لصالح مواطنيها المتضررين، وهوما يعرف بنظرية الحماية الواجبة ،أي إن الحماية الدبلوماسية هي إحدى الواجبات التي تلتزم بها الدولة تجاه رعاياها، بمعنى إن هذا النظام يفرض على الحكومة صاحبة الشأن التزام قانوني بممارسة اختصاصها الضروري لتحقيق المراكز القانونية المتنازع عليها، وتضمن للفرد الحقوق المعترف بها في القانون الدولي العام [١] .

ونؤيد هذا الإتجاه لما يتسم به من عقلانية ومايطمح إليه من توفير العدالة لكل متضرر لأصلاح ضرره .

الفرع الثالث

الطرق المباشرة للحماية الدبلوماسية

قبل التطرق إلى طرق مباشرة الحماية الدبلوماسية المتمثلة بالوسائل غير القضائية، والوسائل القضائية ،فأن المنازعات المرتبطة بمجال الاستثمار التي تنشا بين الدولة المضيفة وبين الأطراف الاجنبية الخاصة (المستثمرون الأجانب سواء كانوا اشخاصا طبعيين أم معنويين) فالعلاقة ما بين المستثمر الاجنبي والدولة المضيفة وان ظهرت حسنة في بدايتها إلا إنها سرعان ما تتبدل ؛ نتيجة لتعارض المصالح بين الطرفين لتؤدي إلى عدم الالتزام بشروط الاتفاق المبرم بينها والخاص بإقامة المشروعات الاستثمارية في إقليم الدولة المضيفة ،لهذا تعرف منازعات الاستثمار بأنها : ذلك النوع من المنازعات التي تنشأ بين طرفي العقد الاستثماري نتيجة لانتهاك أحد الأطراف للحقوق أو خرقه للالتزامات المنصوص عليها في العقد الاستثماري

---

[١] د. خلدون بن علي ، مصدر سابق ، ص ٧٦-٧٧ .

أو إنهاء العقد أو أتخاذ أي إجراء أنفرادي من قبل أحد الأطراف مما ينتج عنه أضرار جسيمة للطرف الآخر، يستلزم عنها تعويض الطرف المتضرر عما أصابه من إضرار من جراء تلك الانتهاكات أو الإجراءات [١] .

أولاً: الوسائل غير القضائية وماتسمى بالوسائل الودية أو البديلة ويقصد بها طرق الاتفاقية لتسوية المنازعات المدنية والتجارية من دون اللجوء إلى قضاء الدولة الرسمي ، وقد عرفت كذلك أي وسيلة لحل المنازعات من دون اللجوء إلى التقاضي [٢] .

١- المفاوضات : تقوم المفاوضات عموما على اللقاءات المباشرة بين الطرفين، وتعد هذه الوسيلة من أفضل الوسائل لتسوية المنازعات التي تمتاز بالمرونة كما تسهم في تضيق شق الخلاف بين الطرفين، لذا فإن الكثير من عقود الاستثمار، توجب استنفاد هذه الوسيلة قبل أحالة النزاع إلى طرق تسوية أخرى [٣] ، وتعد المفاوضات المرحلة الأولى من مراحل تسوية المنازعات والهدف منها تسوية مرضية كما تعد مظهرا مرغوبا فيه من جميع الأطراف .

إن طبيعة المنازعات الاستثمار يوجب عدم حل النزاع بالوسائل القضائية إلا بعد إخفاق تسويته من خلال المفاوضات الثنائية بين الطرفين [٤]،كما يوجب الفقه توفر حد أدنى من المساواة القانونية بين الطرفين

---

(١) د. رواء يونس محمود النجار ،النظام القانوني للأستثمار الاجنبي (دراسة مقارنة) ،دار الكتب القانونية ،مصر ، ٢٠١٢ ص ٢٩٩ .

(٢) ندى عبد الرحمن قيصر ،تسوية منازعات الاستثمار (دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية واشنطن)،رسالة ماجستير ،كلية القانون ،جامعة بغداد ،٢٠١٤ ، ص٦٦ .

(٣) رغد فوزي عبد الطائي ،ضمانات المستثمر الاجنبي (دراسة قانونية تحليلية)، مجلة الكوفة ،كلية القانون ،العدد ١٨، ص١١ .

(٤) د. عصام العطية ، مصدر سابق ،ص ٣٠٣ .

المتفاوضين بغية تحقيق العدالة فيها، بحيث لا يكون نتيجة تلك المفاوضات انعكاسا لسيطرة الطرف القوي على الطرف الضعيف إذ نصت عليه معظم قوانين الدول وإلزمت بعضها باللجوء إليه بوصفه أحد وسائل التسوية السلمية للنزاع يتلائم وطبيعة العلاقات التجارية الدولية [١].

من الأمثلة التي تنص على المفاوضات اتفاقية دعم وحماية الاستثمارات بين حكومة جمهورية العراق، وجمهورية يوغوسلافيا لعام ٢٠٠٠ في مادة (٩) منها على ان" تسوية المنازعات التي تنشأ بين مستثمري أحد الطرفين المتعاقدين والطرف المتعاقد الآخر من خلال المفاوضات قدر إلامكان " [٢].

وكذلك العديد من الاتفاقيات الجماعية للأستثمار، منه اتفاقية إنشاء المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام ١٩٧١ [٣] ، وكذلك اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لعام ١٩٨٥[٤] ان معظم اتفاقيات الاستثمار تنص على أن هذه الوسيلة قد حددت مدة التفاوض بستة أشهر، كحد أقصى من تاريخ أخبار الطرف الأخير بأن هناك نزاع [٥].

---

(١) د. أميرة جعفر شريف ، تسوية المنازعات الاستثمارية دراسة قانونية تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠١٦ ،ص ١٥٠-١٥١ .

(٢) د. تريد محمود السامرائي ،مصدر سابق ،ص ٣١٢ .

(٣) ينظر :ف(٢) من المادة (٣٤) والمادة (٣٥) من اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وائتمان الصادرات بتعديلاتها لعام ٢٠١٥.

(٤) ينظر: المادة (٥٧) من اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار لعام ١٩٨٥،منشورة في الجريدة الرسمية ، العدد ١٧.

(٥) د.ماهر جميل أبو خوات ، مصدر سابق ، ص ٧٢-٧٣.

الوساطة : أحد الحلول البديلة لتسوية النزاعات، يقوم بها الطرف المحايد الثالث وهو الذي يستند عمله على تسهيل، وتيسير عملية التفاوض بين الطرفين المتنازعين، من خلال تدارس أسباب النزاع وجوانبه ،ومحاولة التوصل الى الحل التوافقي عن طريق اقتراحاته التي يقدمها للأطراف ،لكنه لا يملك الوسيط، فرض قرار، أو حل إلا إذا وافق الطرفان عليه [١] .

وعرفت الوساطة : إنها مسعى ودي يقوم به طرف ثالث من أجل نزاع قائم بين طرفي النزاع [٢] وتسهم الوساطة بكونها عمل أختياري ،أي أن الطرف الذي يتوسط لحل نزاع يكون متطوعاً كما أن أطراف النزاع يكونون أحرار في قبول الوساطة أو رفضها [٣] .

وتتخذ الوساطة أشكالا عديدة ،فهنالك الوساطة البسيطة التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى تقريب بين وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، وكذلك شكل قضاء صوري يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط، تضم وكلاء عن أطراف النزاع ،وذلك للوصول إلى تسوية مقبولة من الطرفين ،وكذلك الوساطة الاستشارية ووساطة التحكيم والقضائية [٤] وابرز دور للوساطة الذي قام به البنك الدولي ،ومثال على ذلك في عامي ١٩٥١-١٩٥٢ ،حاول البنك تقديم حل للخلاف الذي آثير بمناسبة تأميم ايران لشركة النفط الانجلو-إيرانية ،وكذلك نجح في تقديم الحل بمناسبة تأميم مصر لشركة قناة السويس بين المساهمين في هذه الشركة والحكومة المصرية [٥]،وغيره .

---

(١) رقاب عبد القادر،الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي،أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة زيان عاشور –الجلفة ، ٢٠١٩-٢٠٢٠ ،ص ٧٣ .

(٢) د. عصام عطية ،مصدر سابق ، ص ٣٠٤ .

(٣) مروة موفق مهدي ، مصدر سابق ، ص ١١٧ .

(٤) د.رواء يونس محمود النجار ، مصدر سابق ، ص٣٠٩ .

(٥) د.ابراهيم شحاتة ابراهيم ، دور البنك الدولي في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات الاجنبية ،المجلة المصرية للقانون الدولي ،الجمعية المصرية للقانون الدولي ،العدد ٤١ ،١٩٨٥، ص ٤ .

٣- التوفيق :عبارة عن نظام قانوني يتفق بمقتضاه الأطراف بمبادرة منهم أو بناء على جهة قضاء أو تحكيم قبل النزاع أو بعده على اختيار شخص أو أكثر من الآخرين ، ليقارب بينهم ويساعدهم على تجاوز خلافا تهم والوصول بأنفسهم إلى حل لمنازعاتهم الناشئة عن حقوق يجوز لهم التصرف فيها ، وابرام صلح يحقق مصالحهم القائمة ويراعي مصالحهم القادمة [١] ، فهو يقدم مقترحات لأطراف النزاع بعد التحقيق في النزاع بين الطرفين ،إن تلك المقترحات ليست ملزمة قانونا لأطراف النزاع ،ويهدف إلى تسهيل وصول الأطراف إلى اتفاق على أساس الحقائق التي تم التوصل إليها من خلال الفحص المحايد والعادل، أن يتضمن الاتفاق متطلبات الأطراف فيه وموضوع النزاع ، واسم الموفق الذي تم أختياره ويجب تقديم البيانات والوثائق كافة من قبل الأطراف للموفق من أجل تسهيل مهمة ،ويقوم الموفق بدوره بإعداد تقرير خلال مدة معينة موضحا فيه أوجه الخلاف ومقترحاته بشأنها وما بلغه الأطراف من اتفاق [٢] ، وقد نظمت العديد من أتفاقيات الاستثمار وسيلة التوفيق كإجراء لحل منازعات الاستثمار بشكل ودي ومن بين تلك الاتفاقيات الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية عام ١٩٨٠[٣]، والتوفيق لعام ١٩٩٨[٤]،وكذلك القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي الذي أكدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروف unictral لعام ٢٠٠٢[٥] ، وغيرها من الاتفاقيات الثنائية والجماعية.

---

(١) رقاب عبد القادر ، مصدر سابق ،ص ٩١-٩٢.

(٢) د.أميرة جعفر شريف ، مصدر سابق ،ص ١٥٢-١٥٣ .

(٣) ينظر: المادة (٢٤) من هذه الاتفاقية .

(٤) د.ماهر جميل أبو خوات ، مصدر سابق ، ص٧٥.

(٥) ينظر : قانون الأنسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله ٢٠٠٢ ، منشورات الأمم المتحدة ، A.81.V.6 ، ٢٠٠٤ .

ثانيا :الوسائل القضائية ،يعني بالوسائل القضائية ببساطة قضاء الحاكم إذ تتمثل باللجوء من جانب الأطراف في منازعات الاستثمار إلى إجراءات قضائية بوصفها وسيلة هامة لتسوية منازعاتهم ،التي بمقتضاها يمكن الوصول إلى أحكام ملزمة لأطراف النزاع ويتم تنفيذها ضد الطرف الخاسر، وقبل التطرق إلى الوسائل القضائية الدولية نبحث في وسائل القضاء الوطني.

يعد القضاء الوطني هو صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في منازعات الاستثمار إذ يمكن اللجوء إلى تسوية هذه المنازعات إلى محاكم الدولة، لنظر القضية واصدار حكم في موضوع النزاع [١]، وذلك تطبيقا لمبدأ سيادة الدولة على الأشخاص والأموال الموجودة في إقليمها ،فما دام النزاع قد نشب داخل حدود الدولة فإن أختصاص النظر فيه ينعقد للقضاء الوطني فيها ما لم يكن هناك أتفاق يقضي بخلاف ذلك ،وهذا ما تقرره أغلب قوانين الاستثمار واتفاقياته .كقانون الاستثمار اليمني ١٩٩١ ، و القانون السوري ١٩٩١[٢]، وكذلك التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم(٥٠) لعام ٢٠١٥ [٣] .

القضاء الدولي:في القضاء الدولي ابحث فيه عن دور محكمة العدل الدولية والتحكيم الدولي.

١- محكمة العدل الدولية :أنشأت هذه المحكمة بمقتضى ميثاق الأمم المتحدة ،وأشار إليها في الفقرة (١) من المادة (٧) بوصفها أحد الأجهزة الأساسية للمنظمة ،فخص لها الفصل الرابع عشر ،على أن " محكمة العدل الدولية :هي الاداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة ،وتقوم بعملها وفق نظامها الأساس للملحق بهذا الميثاق، وهو مبني على النظام الأساس للمحكمة الدائمة للعدل الدولي وجزء لا يتجزأ من هذا الميثاق" [٤].

---

(١) د. رواء يونس محمود النجار، مصدر سابق ،ص٣١٧ .

(٢) ينظر: قانون اليمني رقم (٢٢) لعام ١٩٩١ ،قانون السوري رقم (١٠) لعام ١٩٩١.

(٣) ينظر : المادة ٢٧ من القانون تعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠١٥ .

(٤) د.هادي نعيم المالكي ، المنظمات الدولية ،ط٢ ،دار مسلة ،بيروت ، ٢٠١٨ ، ص٢٥٥ .

وحسب نص الفقرة (١) من المادة (٣٤) من النظام الأساس للمحكمة العدل الدولية ، للدول وحدها الحق في أن تكون أطرافا في الدعاوي التي ترفع للمحكمة أي الدول التي إطراف في النظام الأساس ، وتنص الفقرة (٢) من المادة (٣٥) من النظام الأساس على ان " يحدد مجلس الأمن الشروط التي بموجبها تكون المحكمة مفتوحة أمام الدول الأخرى ، رهنا بالاحكام الخاصة الواردة في المعاهدات السارية ، ولكن لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تضع الأطراف في موقف من عدم المساواة أمام المحكمة " [١].

يلاحظ بأن المحكمة مفتوحة لسائر الدول الأخرى بموجب شروط يحددها مجلس الأمن .

إن ولاية المحكمة في الأصل ولاية اختيارية ، أي قائمة على رضاء جميع المتنازعين الذين يعرضون أمر الخلاف عليها للنظر، والفصل فيه [٢] .

وفق نص المادة (٣٤) من النظام الأساس فإن المستثمر الاجنبي سواء اكان فردا أم شركة لا يستطيع حق المثول أمام المحكمة مباشرة ،فإن الوسيلة الوحيدة اللجوء إلى محكمة هو قيام دولة المستثمر الاجنبي بعرض النزاع على هذه المحكمة استنادا إلى دعوى الحماية الدبلوماسية [٣] .

هذا يعني وجود اتفاق سابق بين دولة المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للأستثمار على قبول عرض المنازعات الأستثمارية على المحكمة [٤] .

٢-التحكيم الدولي: يؤدي دورا مهما في تشجيع وطمأنينة الاستثمار الاجنبي ،إذ إنه يبعد المستثمر الاجنبي عن تعقيدات الأنظمة القضائية المحلية التي قد يجهلها أو يرهبها في حالة حصول نزاع حول

---

(١) ينظر: النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية .

(٢) د. فخري رشيد مهنا ، د. صلاح ياسين داوود ، المنظمات الدولية ، بغداد ،مكتبة السنهوري ، ٢٠١٣،ص٣٣٧ .

(٣) د. سامي محمد عبد العال ،دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار ،بحث مقدم إلى كلية الحقوق،جامعة طنطا ، ٢٠١٥ ، ص٥ .

(٤) مروة موفق مهدي ، مصدر سابق ، ص ١٢٦.

الاستثمار سواء مع الدولة نفسها أم مع الاشخاص المشتركين معه في الاستثمار [١] ،عرفت اتفاقية لاهاي رقم (١) لعام ١٩٠٧ الخاصة بالحل السلمي للمنازعات الدولية التحكيم ،بأنه التحكيم الدولي يهدف إلى حل المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون [٢] التحكيم طريق قضائي يعتمد في وجوده وفي تشكيل الهيئة التي تفصل في الخصومة على إرادة أطراف تلك الخصومة ،فأطراف النزاع هم الذين يقومون بأختيار القضاة الذين يتولون الفصل في الخصومة [٣] .

بينما الطبيعة القانونية له فإن إتجاه يقول بأنه أتفاق والإتجاه الآخر قضاء بينما الإتجاه الثالث وهو الرأي الأرجح هو نظام أوله أتفاق وأوسطه إجراء وأخره قضاء [٤].

أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم في منازعات الاستثمار الاجنبي ،يخضع لمبدأ سلطان الإرادة الذي أجمع عليه الفقه والاتفاقيات الدولية وتعامل الدولي [٥] .

---

(١) أحمد ضاعن السمدان ،الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية وطنيا ودوليا، ندوة الاستثمار الاجنبي في المملكة العربية السعودية ، الرياض ،معهد الدراسات الدبلوماسية ،١٩٩٧، ص ٣١٧ .

(٢) ينظر : المادة ٣٧ من الاتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية رقم (١) لعام ١٩٠٧ .

(٣) د. فؤاد محمد محمد أبو طالب ،التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة) ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ٢٠-٢١ .

(٤) عمر أحمد خضير ، عقد الاستثمار الاجنبي المباشر في ظل النظام القانوني العراقي بالمقارنة مع النظام القانوني المصري ، رسالة ماجستير ،الدراسات القانونية ، جامعة الدول العربية ،٢٠١٠ ،ص ١٦٠ ، كذلك ينظر: د. عباس عبد القادر ،التحكيم التجاري الدولي وآثاره ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ،مجلد ١٢ ، العدد ١، ٢٠١٩،ص ٣١٥ .

(٥) د. فؤاد محمد محمد أبوطالب ،المصدر السابق ، ص ٣.

المبحث الثاني

معيار المعاملة العادلة والمنصفة

يعد هذا المعيار من أهم واقدم المعايير التي عرفها الفقه والقضاء الدولي في مجال القانون الدولي، ولاسيما في مجال حماية الاستثمار الأجنبي ، لقد أخذت به مختلف الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات الاجنبية ، ويتسم هذا المعيار بالغموض؛ نظرا لكونه غير محدد المضمون ، الأمر الذي يترتب عليه اختلاف تفسيره لدى الأطراف المتعاقدة ،عندما يراد تطبيقه على الحالات المادية الملموسة .

ويجد أساسه وأصله في المبدأ الكلاسيكي للقانون الدولي الذي مفاده ضمان الحد الأدنى للمعاملة والحماية الشخصية والاقتصادية و الإجرائية للأجانب .

يهدف هذا معيار إلى تحقيق المساواة في المعاملة المعترف بها في القانون الدولي، وكذلك حمايته من بعض المخاطر خاصة فيما يتعلق بمخاطر نزع الملكية ، مما يولد الثقة في أنفسهم وهذا مما يسهم في تدفق الاستثمار داخل الدولة ،ولأهمية هذا المعيار الكبيرة في وضع الأسس الموضوعية والعادلة لحماية الاستثمار الاجنبي نبيين مفهوم المعيار، ووتأصيله ، ونطاقه وعناصره، فيما يأتي .

لذا سوف نقترح تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب :- نتناول في المطلب الأول مفهوم المعيار وتأصيله ، و وفي المطلب الثاني نطاق معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، وفي المطلب الآخير عناصر المعيار.

المطلب الأول

مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة وتأصيله

يعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة من الناحية التاريخية مفهوما حديثا نسبيا على الرغم من ظهوره في الاتفاقيات الأولى بنهوض بالاستثمار وحمايته ،وفي مجال التشريع الدولي للأستثمار بصفة عامة.

إن تصنيف معيار المعاملة العادلة والمنصفة ضمن قاعدة المعاملة غير المشروطة لم يأتِ بمحض الصدفة والاختيار، وإنما جاء نتيجة تقارب مفهوم وابعاد كل منهما، وذلك لاعتبار أساسي ومهم وهو أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يعد أفضل معيار يعبر عن هذه القاعدة مقارنة بالمعايير الدولية الأخرى.

على أن مفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة على الرغم من أن المعنى الظاهري يوحي إلى بساطة وسهولة تحديد تعريف له إلا أنه مختلف التنظيمات الدولية التي تناولت الاستثمار الاجنبي تفاوتت واختلفت في تحديد مضمون موحد لمفهوم هذا المعيار [١]

لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين :نبحث في الفرع الأول تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، وفي الفرع الثاني التأصيل معيار المعاملة العادلة والمنصفة .

---

(١) د. حسين الموجي ، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للأستثمارات الاجنبية الخاصة ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٩٢، ص٦٨ .

الفرع الأول

تعريف معيار المعاملة العادلة والمنصفة

تعني المعاملة العادلة ،والمنصفة : أن يتم معاملة المستثمر الأجنبي طبقا لقواعد القانون الدولي العرفي ومبادئ العدالة والإنصاف بعيدا عن الإجراءات التعسفية غير المبررة أو التمييزية [١] ، وهو معيار ينتج آثاره حتى وإن تم إعماله بصفة مستقلة عن باقي مبادئ الاتفاقية الأخرى، إذ إن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتسم بطابع مطلق خلافا للطابع النسبي الذي يتسم به معياري المعاملة الوطنية و الدولة الأولى بالرعاية، ولا يرد عليه أي استثناءات بخلاف الآخرين ، بموجب هذا المعيار تلتزم الدول بأن تمنح المستثمر الأجنبي في إقليمها معاملة تخلو من الظلم وعدم الإنصاف في جميع الظروف والأحوال فهو معيار نص عليه من دون تحديد نطاقه أو تقييده بشروط معينة، لأن العدالة يجب أن تكون متأصلة في جميع معاملات الدولة ، وبالتالي في تعاملها مع المستثمر الأجنبي هذا وتختلف الصيغ التي تستعملها اتفاقيات الاستثمار الدولية الثنائية والجماعية للتعبير عن مفهوم المعيار فتارة تستعمل عبارة معاملة (نزيهة ومنصفة) ، وتارة أخرى تستعمل عبارة المعاملة العادلة والمنصفة [٢] لكن تبقى العبارة الأكثر تداولا وشيوعا هي المعاملة العادلة والمنصفة .

لقد اختلفت الإتجاهات بشأن تحديد معنى أو مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة التي وردت الإشارة إليها في عدد كبير من اتفاقيات الاستثمار الدولية ، وبذلك تباينت الإتجاهات والآراء بشأنها .

---

(1)Cathrine Yannaca Small, Op.Cit ,p.4.

(٢) د. محمد عبد الودود ابو عمر ، مصدر سابق ، ص ١٠٤ . .

الإتجاه الأول : المعاملة العادلة والمنصفة تتحقق بمضمون الحد الأدنى لمعاملة الأجانب المقررة في القانون الدولي العرفي .

وبمقتضى هذا الأتجاه فإنه يربط بين معيار المعاملة العادلة والمنصفة بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب إذ إن هذا المعيار ما هو إلا تسمية أخرى لمعيار الحد الأدنى أو مرادف له [١] ، أي بمعنى يساوي هذا الإتجاه بين مضمون معيارين ويعدهما يقومان على أساس واحد فيجد إن معيار المعاملة العادلة والمنصفة تتساوى مع ما يقرره القانون الدولي العرفي المستقر في معاملة الأجنبي .

هذا الإتجاه مستند في تدعيم رأيهم هذا إلى ما تضمنته بعض معاهدات الاستثمار الدولية، من نصوص تقضي بأن معيار المعاملة العادلة والمنصفة بأي حال من الأحوال ،يجب ان لا تكون أقل من المعاملة التي يتطلبها القانون الدولي ومنها أول اتفاقية إشارت لهذا المعيار اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA ا) لعام ١٩٩٢[٢] ،وذلك في القسم (أ) المتعلق بمجال الاستثمارات والمسائل ذات الصلة ، وفي الفصل الحادي عشر في الفقرة(١) من المادة (١١٠٥) التي حملت عنوان الحد الأدنى من معايير المعاملة التي تنص على أن " يمنح كل طرف متعاقد لاستثمارات مستثمري الطرف الآخر معاملة تتوافق والقانون الدولي ، بخاصة المعاملة العادلة والمنصفة وكذلك الحماية والأمن التامين " [٣] ، وكذلك نصت الفقرة (١) من المادة (٥) من نموذج اتفاقية الولايات المتحدة الامريكية ٢٠٠٤ التي جاء فيها إنه " يمنح كل طرف متعاقد للأستثمارات المغطاة معاملة وفقا للقانون الدولي العرفي وعلى وجه الخصوص المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن التأمين " [٤].

---

(١) د. حسين الموجي ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

(٢) د. لمياء متولي يوسف مرسي ، التنظيم الدولي للأستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف ، دار النهضة العربية،القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٧٤-٧٥ .

(٣) ينظر: الفقرة (١) من المادة (١١٠٥) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) ، ص ٢-١١.

(٤) د. ابراهيم شحاتة ، معاملة الاستثمارات الاجنبية في مصر ، مصدر سابق ، ص١٠٨ .

وهو ذات الموقف اعتمدته منظمة التعاون والتنمية والاقتصادية في بيان معنى المعاملة العادلة والمنصفة إذ تجد ان تعبير المعاملة العادلة والمنصفة المتعارف عليها في الاتفاقيات الثنائية يشير إلى المعيار الذي وصفه القانون الدولي لمعاملة كل دولة بشأن ملكية الأجانب ،وبما أن المعيار قد وضعه القانون الدولي ،فيمكنه ان يتطلب المزيد من التشدد عندما تكون القواعد الوطنية،أو الممارسات التنفيذية أقل من متطلبات القانون الدولي إن المعيار يتطلب التوافق عمليا مع الحد الأدنى،الذي يشكل جزءً من القانون الدولي العرفي[١]

وكذلك ساند هذا الإتجاه بعض احكام المحاكم الدولية على سبيل المثال قضية (Mondev) ضد الولايات المتحدة الأمريكية [٢] وقضية (CME) ضد التشيك [٣]، وقضية ,Alex Genin ضد استونيا [٤] وغيرها من قضايا أخرى .

إلا إن هذا الإتجاه واجه انتقادات شديدة على أساس ان الالتزامات المتنوعة التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية لحماية الاستثمارات الاجنبية تتجاوز بكثير حدود قاعدة الحد الأدنى ،كما أن اللجوء إلى هذه القاعدة لا يفيد كثيرا في تحديد مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة ؛ نظراً للخلاف القائم اصلاً حول الحقوق التي تشملها قاعدة الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ،كما إن الالتزامات التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية تتجاوز بكثير حدود الحد الأدنى، لما فيها من حقوق ومزايا وضمانات التي كثيرا ما تلجأ إليها الدول النامية التي تمنح حقوق تفوق تلك التي يتمتع بها الاجنبي العادي.

---

(١) د. محمد عبد الودود ابو عمر ، مصدر سابق ،ص ٥٨ .

(٢) قضية (Mondev) ضد الولايات المتحدة الأمريكية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،قضية رقم ARB/99/2 بتاريخ ١١/١١ /2002،الفقرة 125.

(٣) قضية (CME) الهولندي ضد جمهورية التشيك والتي تم التحكيم فيها من قبل محكمين وفقاً لقواعد الاونسيترال ،تاريخ ٩/١٣ /٢٠٠١ .

(٤) قضية (Alex Genin,Eastern Credit Limited,Inc.and A.S.Baltoil Genin) ضد جمهورية استونيا ،التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ،قضية رقم ARB/99/2 في25 / 6/ 2001 .

نستنتج مما سبق إن علاقة التقارب بين معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة، أمر اليس له تفسير منطقي أو قانوني، وإلا فما الداعي لتضمين معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية والجماعية هذا المعيار، ما دام هو معيار الحد الأدنى نفسه؟ فما كانت هذه الاتفاقيات قد نصت أصلا عن النص عليه، وترك ذلك كتحصيل حاصل على الإلتزام بقواعد القانون الدولي العرفي .

وبالتالي فإن هذا الإتجاه لا يمثل الرغبة الحقيقية للدول والمنظمات الدولية المتخصصة التي تسعى جاهزة لرفع مستويات حماية الاستثمار الاجنبي .

الإتجاه الثاني : يتم تحديد مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة وفقا لقواعد العامة في القانون الدولي ببعديه العرفي، والاتفاقي .بمقتضى هذا الإتجاه إن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتضمن المبادئ والقواعد كافة التي يقررها القانون الدولي بصورة عامة ،وأهمها القواعد الدولية العرفية والاتفاقية .وقد تم التعبير عن هذا الإتجاه من قبل دراسة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في عام ١٩٨٤[١]، والمادة (٣) من اتفاقية حكومة سلطنة عمان وحكومة المملكة المغربية لعام ٢٠٠١ التي تنص " على كل طرف متعاقد ، وطبقا لمبادئ القانون الدولي أن يقدم المعاملة العادلة والمنصفة لاستثمارات مستثمري الطرف في إقليمه " [٢] . إذا ما اعتبرنا ان قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة تشمل كل قواعد القانون الدولي فإن عدم احترام قاعدة دولية سواء كانت عرفية أم اتفاقية ، يمثل انتهاكا لقاعدة المعاملة العادلة والمنصفة.

الإتجاه الثالث : معيار المعاملة العادلة والمنصفة معيار مستقل بذاته، وهذا الإتجاه تذهب إليه الدول النامية التي تريد أن تجعل الاتفاقيات الدولية هي معبرة عن إرادتها ، من دون إلزامها بما استقر عليه العرف الدولي في هذا الخصوص ،الذي تعده يمثل إرادة الدول المتقدمة ووفقاً لهذا الإتجاه يمكن ان يختلف عن

---

(1)Cathrine Yannaca Smal,oP,Cit.p20

(٢) ينظر: صادق على هذه الاتفاقية بمرسوم سلطاني رقم (٦١) عام ٢٠٠١،منشور في الجريدة الرسمية ، العدد (٦٩٧) ، تاريخ ٢٠٠١/٦/١٦.

العدد الكبير من الاتفاقيات الدولية مضمون مختلف لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة ينسجم مع مصالح تلك الدول ، وبالتالي يتولد عنه عرف دولي جديد بمضمون مختلف [١] ، ونجد من تطبيقات المحاكم الدولية بعض القضايا لهذا الإتجاه ،إذ أيدت المحكمة في قضية سويسليون ضد مقدونيا ان هذا المعيار يضمن بشكل أساسي عدم معاملة المستثمر الاجنبي معاملة غير عادلة ، ويتجاوز القانون الدولي العرفي، لأنه مرن ،وفيه يتم توسيع محتواها المعياري باستمرار ليشمل عناصر جديدة وبسبب هذه المرونة ، فهو معيار تعاهدي، والأكثر استخداماً في التحكيم [٢] .

نستنتج مماسبق إن هذا المعيار الذي نص عليه في اتفاقية (NAFTA) في المادة (١١٠٥) في القانون الدولي العرفي ، ليست مجمدة في وقت مناسب ، لأن مشاريع القانون الدولي العرفي ليست صورة ثابتة ، فإنهما يخضعان با ستمرار لعملية تطوير، وبناءً على ذلك يتطور معيار المعاملة العادلة والمنصفة باستمرار ويصبح معياراً مستقلاً .

الفرع الثاني

التأصيل معيار المعاملة العادلة والمنصفة

تؤدي قضايا الاستثمار الدولي دورا متزايد الأهمية في العلاقات الدولية منذ الحرب العالمية الثانية ، وإذ يعترف القانون الدولي بعدد من المعايير التي توضح العلاقات بين الدول في مجال الاستثمار .

ويعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة أحد أهم هذه معايير التي تنطبق على العلاقات في ما بين الدول ، كما تنطبق على العلاقات بين الدول والمستثمرين الأجانب [٣] ، وفي السنوات الأخيرة أكتسب مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة أهمية كبيرة في العلاقات الاستثمارية بين الدول ،وهذه الأهمية ترجع إلى

---

(١) أحمد كاظم الساعدي ، المصدر السابق ، ص ١٠٨.

(2) Alireza Ansari Mahyari ,Leila Raisi,OP,Cit.P21 .

(3)Azzini,Torcisio, General principles of Low in The Field Foreign investment ,Journal of World Lnvestment and Trade ,Vol 10,NO 1,2009,p.103

ظهور الاتفاقيات الثنائية والجماعية كمصادر قانونية رئيسية في مجال الاستثمار ، ويوجد حالياً ما يزيد على ٣٠٠٠ اتفاقية استثمار ثنائية سارية تحدد غالبيتها العظمى الالتزامات بين الدول المتقدمة من ناحية، والدول النامية المستوردة لرأس المال من ناحية أخرى.

وان جميع الاتفاقيات تشمل بوضوح إشارة إلى معيار المعاملة العادلة والمنصفة بصيغة تضمن للأستثمار الأجنبي الحصول على معاملة عادلة ومنصفة في الدولة المضيفة للاستثمار [١] .

وقد نص على هذا المفهوم لمرة الأولى في ميثاق هافانا عام ١٩٤٨، الذي يشكل بموجبه جهودا لإنشاء منظمة تجارية دولية [٢] إذ نصت ف (٢) من المادة (١١) على " يجب ان تكون لها سلطة التوجيه والمساعدة على عقد اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف في ظل تدابير تمثل إلى تكريس المعاملة العادلة والمنصفة إزاء إقامة المشاريع و تقديم الكفاءات الفنية و رؤوس الأموال والإجراءات أو التقنيات التي تقدمها دولة عضو داخل دولة أخرى " [٣] .

لكن هذا الميثاق لم يدخل حيز التنفيذ، إلا إن إدراجه لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، كونه سابقة مهمة تمت الاستعانة بها لدى صياغة اتفاقيات الاستثمار اللاحقة .

اعتمد المؤتمر الدولي التاسع للدول الأمريكية لعام ١٩٤٨ الإقليمي على اتفاقية(بوغوتا) الاقتصادية التي تعني بأتخاذ تدابير وتوفير للأستثمار الأجنبي الضمانات كافة، ونصت في المادة (٢٢) على أن "يجب ان يتلقى رأس المال الأجنبي معاملة منصفة ،ولذلك توافق الدول على عدم اتخاذ تدابير

---

(١) ستيفن فاسياني ، معيار المعاملة العادلة والمنصفة في قانون الاستثمار الدولي ، تقرير ابتدائي للجنة القانون الدولي ، الوثيقة رقم (A/66/10) المرفق (د)، ص٤٤٠ .

(2) Marcela Klein BronFman,Fair and Equitable Treatment:An Evolving Standard ,Max Planck Yearbook of United Nations Law ,Vol 10,2006,P.613 .

(3) Havana Charter,of the united nations conference on trade and employment,1948,p.19.

غير مبررة أو غير معقولة أو تميزية من شأنها الإضرار بالحقوق أو المصالح المكتسبة قانوناً لمواطني الدول الأخرى في الشركات أو المهارات أو الفنون أو التكنولوجيا...) إلا إنه على الرغم من ذلك ، فشلت اتفاقية (بوغوتا)الاقتصادية في ان تدخل حيز التنفيذ ؛ بسبب نقص الدعم [١] .

على المستوى الثنائي ، تم تطوير اتفاقيات الولايات المتحدة بعد الحرب العالمية الثانية بشأن اتفاقيات الصداقة والتجارة والملاحة التي لها دوراً هاما في هذا المجال ، إذ تبنت في مجملها الاحكام التي يتضمنها القانون ، التي تحيل في أغلب الاحيان على القانون الدولي العرفي ، فيما يتعلق بحماية الرعايا الأجانب وأموالهم المستثمرة في إقاليم دول أجنبية .

وفي عام ١٩٥٩ نصت المادة(١) من مشروع اتفاقية الاستثمارات في الخارج الذي أعده كل من رئيس المصرف الألماني هرمان أبس Herman Abs والنائب العام في المملكة المتحدة الورد شكروس Lord Shawcross على ضرورة اعتبار إسناد المعاملة العادلة والمنصفة بين دول الأطراف [٢] .

وافق مجلس منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OECD لعام ١٩٦٧ على مشروع اتفاقية حماية الأموال الاجنبية [٣] الذي ينص في مادته (١) على معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وعلى الرغم من عدم المصادقة على مشروع الاتفاقية إلا إنه نجح في ترشيح هذا المعيار ضمن المؤشرات الأساسية التي أثرت من دون شك على نمط المعاملة الدولية للأستثمارات الاجنبية كما تضمنته اتفاقية سيؤل لعام ١٩٨٥ [٤].

---

(1)Cathrine Yannaca Small ,OP,Cit.P.4.5

(2)Marcela Klein BronFman,OP,Cit.P.615.

(3)Kendra Leite ,The Fair and Equitable Treatment Standard:A Search For A Better Balance InInternational Investment Agreements,American University International Law Review,Vol32,Lss.1,Article.2,2016,P.370.

(٤) د. عبيوط محند وعلي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للأستثمارات الاجنبية ،مجلة النقدية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو،الجزائر ، ص ١٠٣-١٠٤ .

وكذلك بروتوكول كولونيا بشأن تشجيع وحماية الاستثمارات داخل السوق المشتركة للمخروط الجنوبي ، واتفاقية المنشئة للسوق المشتركة لشرق أفريقيا والجنوب الأفريقي وميثاق الطاقة واتفاقية رابطة أمم جنوب شرقي آسيا لتشجيع، وحماية الاستثمارات ، أما في مجال التحكيم الدولي ، فلقد تم الاستعانة بهذا المعيار لأول مرة في قضية (Neer) ،وجميعها تتضمن هذا المعيار بوصفها إحدى وسائل حماية الاستثمار الأجنبي. وكذلك يحضى هذا المعيار من قبل المنظمات الدولية والمنظمات غير الحكومية ، بالنسبة للمنظمات الدولية أوصى البنك الدولي صراحة بهذا المعيار في مبادئه التوجهية المتعلقة بمعاملة الاستثمار الأجنبي المباشر لعام ١٩٩٢ ، أما فيما يتعلق بالمنظمات غير الحكومية ، فقد ايدت غرفة التجارة الدولية في عام ١٩٤٩ ، في مدونتها الدولية للمعاملة العادلة للأستثمارات الاجنبية، وحددت بعض العناصر المفترضة لهذا المعيار .

وفيما بعد إشارت غرفة التجارة الدولية في العام ١٩٧٢ [١] في مبادئها التوجهية المتعلقة بالاستثمار الدولي إلى ضرورة ضمان معيار المعاملة العادلة والمنصفة، وكذلك أيد ميثاق حوض المحيط الهادي للأستثمارات الدولية في عام ١٩٩٥ فكرة منح المستثمرين الأجانب معاملة عادلة ومعقولة بمقتضى القانون [٢] .

نستنتج مما سبق بأن اتفاقيات الاستثمار الثنائية لا تزال المصدر الرئيسي للمعلومات الخاصة بالمعيار، وبالتالي أدرجت أغلبية الاتفاقيات الثنائية،والجماعية للنهوض بالاستثمار، وحمايته معيار المعاملة العادلة والمنصفة ضمن بنودها الأساسية . . . إلى وقتنا الحاضر .

---

(١) ان غرفة التجارة الدولية في باريس تتصف بأنها منظمة التجارة الدولية الرئيسية في العالم ذات الخبرة طويلة في وضع قواعد التنظيم الذاتي ، وتعمل على تعزيز التجارة الدولية ، التي تساعد الفريق العامل التابع للأونسيترال المعني بالتجارة الالكترونية في عملها الحالي والطريقة التي يمكن ان يتم بها هذا التعاون في الواقع العملي . راجع في ذلك : لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، دورة ٤١، وثيقة . A/CN,9/WGIV/WP.101 ، ٢٠٠٣ .

(٢) ستيفن فاسياني ، معيار المعاملة العادلة والمنصفة في قانون الاستثمار الدولي ، تقرير ابتدائي للجنة القانون الدولي ، المصدر السابق ،ص٤٣٨ .

المطلب الثاني

نطاق معيار معاملة العادلة والمنصفة

على الرغم من عدم وضع مفهوم لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة من قبل القانون الدولي أو مختلف اتفاقيات الاستثمار الدولية المبرمة بين الدول، ولا من قبل المنظمات الدولية والإقليمية بمجال الاستثمار ولا حتى من قبل القوانين والتشريعات الداخلية لدول . إلا إن ذلك لم يمنع من استعمال المعيار في علاقات الاستثمارات الدولية سواء كان ذلك على المستوى الدولي أم على المستوى الداخلي .

لهذا قسمنا هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول تطبيق المعيار على المستوى الداخلي، وفي الفرع الآخير تطبيق المعيار على المستوى الدولي .

الفرع الأول

تطبيق المعيار على المستوى داخلي

من خلال الاطلاع على نصوص قانون الاستثمار الاجنبي رقم (١٣) عام ٢٠٠٦، و تعديل الأول لقانون الاستثمار رقم (٢) عام ٢٠١٠، و التعديل الثاني لقانون الاستثمار العراقي رقم (٥٠) لعام ٢٠١٥، نلاحظ إنه لم يأتِ بذكر كل منهما بمادة تنص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة ،لكي يتم تطبيقه على المستوى الداخلي بموجب القوانين والتشريعات لكن هذا لا يعني عدم تطبيق هذا المعيار فنجد العراق قد نص على المعيار من خلال عقده أو انضمامه إلى الاتفاقيات الدولية سواء الثنائية أو الجماعية ؛ وذلك لأن العراق واحد من الدول التي وقعت على الكثير من الاتفاقيات الثنائية والجماعية الخاصة بتشجيع

الاستثمار وحماية رؤوس الأموال والمشاريع الاستثمارية إذ نصت في هذه الاتفاقيات على العديد من الضمانات المقررة للحماية الكاملة للأستثمارات الاجنبية عن طريق ضمان معيار معاملة عادلة ومنصفة لها ، لهذا نجد إنه قد إشار بصريح العبارة إلى ضرورة استعمال الدولة المضيفة للأستثمار معيار العدالة ،والانصاف في معاملة الاستثمارات وعوائد المستثمرين الطرف المتعاقد بالاتفاقية .

مثال على ذلك من الاتفاقيات الثنائية ، اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة الجمهورية العراق والدولة الجزائر عام ١٩٩٩ التي تنص على أن " لكل طرف متعاقد أن يضمن معاملة عادلة ومنصفة ضمن إقليمه لاستثمارات المستثمرين التابعين للطرف الآخر، والمحددة وفقا القوانين والأنظمة تشجيع الاستثمارات لديه . . . " [١] ، الاتفاقية العراقية الأردنية لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة لعام ٢٠١٣ في ف (٣) من المادة (٢) على أن " ينبغي منح استثمارات وعوائد مستثمري أي طرف من الطرفين المتعاقدين معاملة عادلة ومنصفة في إقليم الطرف المتعاقد الآخر " [٢] ، والاتفاقية العراقية الكويتية لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة لعام ٢٠١٤ نصت وفق ف (٢) من المادة (٣) على أن " تمنح الاستثمارات التي يقوم بها مستثمرون من طرف متعاقد في اقليم الطرف المتعاقد الآخر معاملة عادلة ومنصفة..." [٣]

---

(١) ينظر :الفقرة (٣) من المادة (٢) من هذه الاتفاقية

(٢) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (١) لعام ٢٠١٥، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٣٥٣) ، تاريخ ٢٠١٥/٢/٢٣ .

(٣) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم(١٤) لعام ٢٠١٤ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد(٤٣٤٦) ، تاريخ ١٢/٢٩ /٢٠١٤ .

الاتفاقية العراقية الفرنسية لتشجيع وحماية الاستثمار لعام ٢٠١٠ نصت في المادة (٤) على أن " يتعهد كل من الطرفين المتعاقدين بتأمين المعاملة العادلة والمنصفة للأستثمارات المنجزة على أراضيه وفي منطقته البحرية من قبل مستثمري الطرف الآخر المتعاقد، وان يعمل على اتفاق ممارسة الحق المعترف به على هذا النحو لا قانونا ولا فعلا . . . " [١] ،الاتفاقية اليابانية لتشجيع وحماية الاستثمار نصت في الفقرة (١) من المادة (٥) على أن " على أي من الطرفين المتعاقدين في إقليمه منح استثمارات مستثمري الطرف المتعاقد الأخر معاملة عادلة ومنصفة وحماية كاملة وأمنة " [٢] ، واتفاقية العراق وبيلاروسيا لعام ٢٠١٥ لتشجيع وحماية الاستثمارات ،التي نصت في المادة (٢/٢) على أن " تمنح استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين في جميع الاوقات معاملة عادلة ومنصفة وتتمتع بالحماية والأمن الكامل في أراضي الطرف المتعاقد الآخر. ولا يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين بأي شكل من الاشكال أن ينال تدابير غير مقبولة أو تميزية في إدارة وصيانة واستخدام أو التمتع أو التخلص من الاستثمارات في أراضيه لمستثمري الطرف المتعاقد الآخر" [٣] . ويقابله كذلك المادة (٢/٢) من الاتفاقية العراقية الأرمينية [٤] ،وغيرها من الاتفاقيات الثنائية . ومن الاتفاقيات الجماعية التي انضم العراق إليها التي نصت على المعيار هي اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار [٥] .

---

(١) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٢٤) ٢٠١٢ ،المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد٤٢٤١،تاريخ ٦/٤/ ٢٠١٢ .

(٢) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٣٤) لعام ٢٠١٣،المنشور بجريدة الوقائع العراقية ،العدد (٤٢٩٦) ،تاريخ ٢٠١٣/١١/٤ .

(٣) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٥٢) لعام ٢٠١٥ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٣٩٧) ، تاريخ ٢/١٥ /٢٠١٦ .

(٤) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٤٠) لعام ٢٠١٤ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ،العدد (٤٣٠٩) بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٠ .

(٥) ان العراق انضم للوكالة الدولية لضمان الاستثمار بمقتضى القانون رقم (٢٩) لعام ٢٠٠٧ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد(٤٠٤٥) بتاريخ ٢٠٠٧/٨/٢٠ .

نستنتج مما سبق إن العراق لم ينص على هذا المعيار في التشريعات الداخلية ،وكذلك في القوانيين الخاصة بالاستثمار، لكن جسد هذا المعيار في الاتفاقيات الدولية الثنائية ،والجماعية ، وان اغلبية الاتفاقيات اعلاه نصت وبشكل واضح على المعيار، وبحيث ذكرت عدم التمييز بين الطرفين المتعاقدين داخل الاتفاقية.

الفرع الثاني

تطبيق المعيار على المستوى الدولي

بعد تكريس المعيار من قبل مختلف المنظمات الدولية والنصوص القانونية التي تم ابرامها لتنظيم عمليات الاستثمار الاجنبي ،عرف المعيار استعمالاً واسعاً في الاتفاقيات الثنائية والجماعية.

على الرغم ما جاء به مشروع الاتفاق الذي أعدته منظمة التعاون و التنمية الاقتصادية في مجال معيار المعاملة العادلة والمنصفة إلا إن أثره بقي ضعيفاً ؛من حيث عدم دخوله حيز التنفيذ من جهة و العدد المتزايد من الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار من جهة أخرى ،التي تم التفاوض عليها بين الدول المتقدمة والنامية ابتداءاً من أواخر الستينيات [١] .

فمنذ السنوات الأخيرة قامت دول شرق أوروبا وبعض دول إفريقيا وآسيا بتغير سياساتها الاستثمارية، ونظرتها نحو الاستثمار الخاص بالأجنبي بإدراج هذا المعيار في اتفاقيات الاستثمار التي تبرمها مع مختلف الدول سواء من الشمال أو الجنوب [٢] .

---

(١) د. عبيوط محند وعلي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للأستثمارات الاجنبية ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

(2)Cathrine Yannaca Small ,OP,Cit.P.3

ينطبق الشئ نفسه على دول امريكا اللاتينية ، التي كانت تعرف بتمسكها بمذهب الفقيه كالفو سبق الاشارة إليه ، منذ بداية القرن العشرين ، التي كانت تمنع منح المستثمرين الأجانب معاملة عادلة ومنصفة في مجال الاستثمار ، لكن أصبحت هذه الدول تعترف للمستثمرين بهذا المعيار.

بعدما اصبحت مقتضيات الاقتصاد العالمي تفرضه ، وبعدها أصبح هؤلاء المستثمرون يمتلكون رؤوس أموال ضخمة ووسائل إنتاج متطورة وتحكم واسع في التكنولوجيا وطرق الانتاج ،واصبح أهم تأثير في مجال الاقتصادي [١].

فاضطرت الدول السائرة في طريق النمو إلى توفير المناخ الملائم لجذب المستثمرين الأجانب للاستثمار في إقاليمها .

نستنتج مما سبق إنه تم توضيح معيار المعاملة العادلة والمنصفة في العديد من الصكوك الدولية مثل اتفاقية التجارة الحرة لامريكا الشمالية (NAFTA) لعام ١٩٩٢، ومشروع اتفاقية منظمة التعاون والتنمية الاقتصادي وميثاق هافانا عام ١٩٤٨، وغيره وكذلك العديد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي نصت عليه.

---

(1)Cathrine Yannaca Small ,OP,Cit.P.3

المطلب الثالث

عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة

هناك عناصر لتكوين معيار المعاملة العادلة والمنصفة وهي مهمة في المنازعات الاستثمارية ،وتفرض على جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالأستثمار تقريبا ، وعلى الدولة المضيفة الإلتزام بضمان المستثمرين الأجانب بمعيار المعاملة العادلة والمنصفة فإنها تقدم مؤشرات على المعنى الدقيق للمعيار .

وبهذا وفي ظل غياب إجماع فقهي على وجود مضمون محدد لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة، ادت محاكم التحكيم الدولية ،دوراً هاما في هذا المجال ، وذلك من خلال ما توصلت إليه من احكام متعلقة بالمنازعات التي تعرض عليها ،وحاولت إعطاء بعض المضمون للمعيار، باللجوء إلى العناصر التي غالبا ما ترتبط ارتباطا وثيقا، وتتفاعل مع بعضها البعض ،وامتيازاتها في تعاملها مع المستثمرين الأجانب ، تدخل في تكوين المعيار ، وتشمل عناصر ملموسة وهي يجب على الدولة التصرف بطريقة شفافة ، والدولة ملزمة بالتصرف بحسن نية لا يمكن أن يكون سلوك الدولة تعسفيا أو غير معقول،أو تمييزي ،أو يفتقر إلى الإجراءات القانونية الواجبة، وتؤكد السوابق القضائية أيضا للأمتثال للمعيار ، يجب على الدولة احترام توقعات المستثمر المعقولة ،والشرعية، والثبات في التشريعات الواجبة التطبيق على عملية الاستثمار .

لهذا يتم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع :- نتناول في الفرع الأول عنصر الثبات التشريعي، والفرع الثاني عن عنصر الحماية ضد انكار العدالة و التعسف وعدم التمييز ،وفي الفرع الثالث الشفافية .

الفرع الأول

عنصر الثبات التشريعي

اختلف الفقه في تعريف الثبات التشريعي، فقيل : هو ذلك العنصر، أو الشرط الذي تتعهد به الدولة بمقتضاه، بعدم تطبيق أي تشريع جديد، أو لآئحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الشركة الاجنبية [١] .

وعرف كذلك من جانب الفقه الذي يرد في عقد الاستثمار الذي يؤدي إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد ، وفي الوقت نفسه يمنعها من تغيير القواعد القانونية التي كانت سارية وقت إبرام العقد ويعد ذلك الشرط ملزما للطرفين استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين [٢] ،ويرى البعض الآخر من الفقه بان الثبات التشريعي : هو تثبيت القانون الواجب التطبيق على العقد على الحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد بين الدولة والأطراف الخاصة الاجنبية خاصة في شأن عقود الاستثمار والتنمية الاقتصادية [٣] ، ويعرفه البعض الآخر: بأنه أداة قانونية تتم من خلالها حماية المستثمر من مخاطر التشريع من ناحية تعديل العقد بين التشريع الجديد ، عبر تجميد دور الدولة في التشريع الذي يحد من سلطاتها التشريعية ، ولكن يجردها منها [٤] .

نتوصل من خلال هذه التعاريف بأن الاتفاق على هذا العنصر بمثابة تنازل من الدول لصالح

---

(١) د. غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، مجلة رسالة الحقوق ،كلية القانون ، جامعة كربلاء، المجلد الأول، العدد الثاني ، ٢٠٠٩،ص ١٧٢ .

(٢) حسين عيس عبد الحسن ،الضمانات العقدية للاستثمار، دراسة مقارنة ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد٧،العدد ٢١، ٢٠١٤ ،ص١٨٨ .

(٣) أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد الخامس ، ١٩٨٩ ،ص١٢٥ .

(٤) حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة والاشخاص الاجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١، ص٣٢٢.

المستثمر الاجنبي على جزء من سيادتها في مجال التشريع ومن خلال تعهدها بتحصينه قضائيا، واستثنائه من الخضوع لتطبيق أي تعديلات تشريعية لاحقة عليه قد تضر بمركزه الاقتصادي .

والهدف من عنصر الثبات التشريعي هو الحفاظ على التوازن في العلاقة ، وذلك من خلال تجميد إلاطار التشريعي والتنظيمي الذي سيتم تنفيذ عقد الاستثمار بين الدولة المضيفة والمستثمر الاجنبي وليس تجميد محتوى الاتفاق المبرم ولا يخفي على أحد إن غاية تثبيت القانون الواجب التطبيق على حالته التي كان عليها وقت التعاقد ،هو استقرار للرابطة العقدية ، وحفظ لتوقعات الأطراف [١] مما يجعل المستثمر الاجنبي على علم بالقواعد القانونية التي تبقى تنظم علاقته العقدية مع الدولة المضيفة للأستثمار ، مما يسمح له بضمان أمن الاستثمار ومردوديته [٢] .

اما بالنسبة لطبيعة القانونية لعنصر الثبات التشريعي فقد اختلف الفقه التجاري الدولي حول تكييف القانوني لعنصر.

فالإتجاه الأول بأنه شروط تحويلية لطبيعة قانون العقد، يرى اصحاب هذا الإتجاه إن التعديلات التي تطرأ على القانون واجبة التطبيق بعد إبرام العقد ، لا تسري عليه ؛ وذلك لأن القانون يندمج في العقد ، ويصبح عبارة عن شرط تعاقدي، كباقي شروط العقد، أو بنوده [٣] ،يعني ذلك أدراج عنصر ،أو شرط الثبات التشريعي في العقد يحول من دون سريان التعديلات الجديدة التي تطرأ على القانون المختار لحكم العقد، سواء كان عدم سريان هذه القواعد كليا أم جزئيا إذ إن القانون المختار من قبل الأطراف يندمج في العقد ذاته، ويصبح

---

(١) فارس بوكروح ،الضمانات التشريعية في عقود الاستثمار الاجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ،٢٠١٦، ص ٢٠ .

(٢) د.سامية كسال زايدي ،دور الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الاجنبي عقود البترول نموذجا ، مجلة الحقوق والحريات ،جامعة مولود معمري تيزي وزو، العددالثالث ، ٢٠١٦، ص١٨١ .

(٣) د.سامية كسال زايدي ، المصدر السابق ، ص ١٨٢ .

شرطا تعاقديا شأنه في ذلك شأن باقي شروط العقد، واحكامه، وبالتالي لا يكون لذلك القانون المختار إلا اسمه فقط ،ويفقد صفته القاعدية [١] . بأن التحويل يأتي في مبدأ سلطان الإرادة والحرية التعاقدية ، واستنادا إلى هذا المبدأ تستطيع الأطراف المتعاقدة ، ليس فقط استبعاد بعض القوانين الأخرى الداخلية من مبدأ التطبيق على العقد الدولي ، إلا إنهم بإمكانهم أيضا تحويل تلك القوانين في العقد الدولي ذاته بحيث لا يكون له قوة إلا تلك التي تعطيها الأطراف لأنفسهم [٢] .

ويرى جانب من الفقه بأن شروط الثبات التشريعي تعد استثناء على مبدأ التطبيق الفوري للقانون الجديد أكثر ملائمة في حالة ،ما إذا كانت شروط الثبات التشريعية ومن جانب آخر فإن النظر إلى شروط الثبات التشريعية على إنها شروط تغير من طبيعة قانون العقد ، وتؤدي إلى فقدان قانون العقد لصفة القاعدية، وتحوله إلى مجرد شروط تعاقدية ،تجعل هذه الشروط وسيلة للإفلات من خضوع العقد لأي قانون ، وبهذا يصبح العقد بلا قانون [٣] .

أما الإتجاه الثاني بأنه شروط توقفية بقوة سريان القانون الجديد ، يرى هذا الإتجاه إن لشرط الثبات التشريعي أثر توقيفي بقوة سريانه على قانون العقد في تعديلات اللاحقة ، بمعنى ذلك في حالة اتفاق الأطراف على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد من دون تلك التي تطرأ بعد ذلك ، فإنه لا يترتب على ذلك تعديل لطبيعة القانون [٤] .

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول و الاشخاص الاجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣، ص٣٤٠ .

(٢) د.غسان عبيد محمد المعموري ، مصدر سابق ، ص ١٧٦ .

(٣) د . حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية ،المصدر السابق ، ص ٣٤٢.

(٤) د. سامية كسال زايدي، مصدر سابق ، ص ١٨٢-١٨٣ .

فيذهب الإتجاه إلى إن عنصر الثبات التشريعي يعد استثناء يرد على مبدأ التطبيق الفوري والمباشر للقانون الجديد ، ذلك المبدأ الساري والمستقر في القوانين الداخلية (القانون المدني والقانون الإداري)، وعلى هذا الأساس فإن شروط الثبات التشريعي في هذه الحالة تؤدي إلى استمرار سريان القانون الذي اتفق الأطراف عليه وباختيارهم لحكم العقد المبرم بينهم ، على الرغم من صدور تشريع جديد يعد أستثناء على مبدأ السريان الفوري ، والمباشر للقانون الجديد، تحول من دون تطبيق احكام هذا القانون على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان [١] .

نستنتج مما سبق ان عنصر الثبات التشريعي هو شروط تحول من طبيعة القواعد القانونية المطبقة على العلاقة التعاقدية ، وتوقف الأثر الفوري والمباشر للقانون الجديد .

مثال حول تطبيق الثبات التشريعي ، إقرار هيئة التحكيم في قضية CMS بنقل الغاز ضد جمهورية الأرجنتين ، والمسجلة في ٢٤ /٢٠٠١/٨ بخصوص نزاع حول شركة نقل الغاز، بان ليس هناك شك أساسي من عناصر المعاملة العادلة والمنصفة وعلى هذا الأساس وجدت هيئة التحكيم بأن القانون الطارئ الذي أقرته الأرجنتين في عام ٢٠٠١-٢٠٠٢ ،قد غير بشكل كامل ودائم الإطار القانوني لخصخصة قطاع الغاز بذلك يكون خرق قواعد المعاملة العادلة والمنصفة [٢] .

---

(١) أحمد عبد الكريم سلامة ، مصدر سابق ، ص١٤٣ .

(2)CMC Gas Transmission company v.The Republic of Argentina,ICSID Case No AB/1/8,Decision on objections to Jurisdiction of June,17,2003. منشور على الموقع التالي https//icsid.world bank.org |apps|ICSID WEB|page|casede tail.aspx?case No ARB/01/8.

الفرع الثاني

عنصر الحماية ضد إنكار العدالة والتعسف وعدم التمييز

أولاً: انكار العدالة ، يجب على الدولة المضيفة إتباع الإجراءات القانونية لتحقيق العدالة وإتباع الشرعية في إجراءاتها الإدارية أو القضائية ، فالمعاملة العادلة والمنصفة تتطلب من الدولة المضيفة للاستثمار عدم إنكار العدالة في إجراءاتها الإدارية أو القضائية ، وبما يتفق ومبادئ العدالة في القانون الدولي [١] . يتضمن إنكار العدالة في مجال الاستثمار ثلاث مستويات على النحو الآتي :

المستوى الأول : ويتعرض لإنكار العدالة بمفهوم واسع وشامل فبذلك هو يتضمن أساسا المسؤولية الدولية في مجملها ، ويتم إعماله في جميع الإجراءات والأعمال التعسفية التي تقوم بها الدولة ضد المستثمر الاجنبي .

المستوى الثاني : يتعرض لإنكار العدالة بمفهوم ضيق وينحصر في رفض الدولة المضيفة منح المستثمر الاجنبي اللجوء إلى محاكمها ، أو رفض أحد المحاكم الداخلية للدول المضيفة تسليم المستثمر الاجنبي الاحكام القضائية الخاصة به [٢] .

المستوى الثالث : وهو مستوى يتوسط المستوى الأول و المستوى الثاني ، ويتعرض للتسيير غير المنتظم للعدالة ، خاصة فيما يخص الجانب الجزائي ،والمدني، والإجراءات غير الملائمة، والقرارات غير العادلة[٣]

---

(1)Kelsen,Hans,Principles of Intenational Law,The Law book Exchange Ltd,clark ,Newjersey,Third Edition,2003,p.246 .

(٢) د. لوناس حرزي ، مصدر سابق ، ص ٦٧٣ .

(٣) د. لوناس حرزي ، مصدر سابق ، ص ٦٧٣ .

ففي قضية شركة إدارة النفايات ضد المكسيك نشأ نزاع بخصوص شركة إدارة النفايات ، عرفت هيأة التحكيم غياب المعاملة العادلة والمنصفة بعدم مراعاة الأصول القانونية، وإتباع الإجراءات الواجبة قانونا التي تؤدي إلى غياب العدالة القضائية أو انعدام تام للشفافية والصراحة في الإجراءات الإدارية [١] .

ثانياً: التعسف ، استخدمت معاهدات الاستثمار الدولية مصطلحين التعسفية، وغير المعقولية إلا إنه لا يبدو أن هناك تمييز بين الحالات التعسفية وغير المعقولية بل يستخدمان بشكل مترادف ، غالبا ما يتم دمجها مع بنود معيار المعاملة العادلة والمنصفة [٢] .

قامت هيئات التحكيم التي تعاملت مع هذه العناصر بصياغة التعاريف بناءاً على صيغة مختصرة من دون أي تمييز ملحوظ بين مفاهيم المعقولية أو التعسف ، فأذا كان الاستثمار قد تعرض لمعاملة تعسفية أو متقلبة من قبل الدولة المضيفة ، فقد تم انتهاك المعيار لأن المعيار يمنع بشكل غير عقلاني الإجراءات التعسفية والمنعزلة ضد المستثمرين، وأعطت هيئات التحكيم معنى أكثر واقعية لهذه العناصر، وعدته من الإجراءات التعسفية ،أو غير المعقولية، وهي إن الإجراءات التعسفية إذا ألحقت ضررا بالمستثمر من دون أن يخدم أي غرض مشروع واضح ، أو إذا كان يستند إلى معايير قانونية ،ولكن على تقرير، أو تحيز، أو التفضيل الشخصي ، أو إذا تم اتخاذها لأسباب تختلف عن تلك التي طرحها صانع القرار ، خاصة إذا كان الغرض العام هو مجرد واجهة لمختلف الدوافع ، وبهذا معنى يعد أنتهاكاً للمعيار [٣] .

---

(١) قضية الولايات المتحدة المكسيكية ضد .Waste Management, Inc التي نظرها المركز الدولي لمنازعات الاستثمار ICSID ،قضية رقم ARB/AF/00/3،تاريخ ٦/٢٦ /٢٠٠٢ ،فقرة ،ص ٩٨ .

(2)Rumana Islam,Interplay between Fair and Equitable Treatment(FET) Standard and other Investment protection Standards,University of Dhaka,2014,p.126.

(3) Rumana Islam, ibid,126.

ثالثاً: عنصر عدم التمييز : يجب على الدولة المضيفة للاستثمار حماية الأستثمار الأجنبي ضد الإجراءات التمييزية كافة ، إذ إن هذا المعيار يقتضي بالمساواة وعدم التمييز كأحد مبادئ القانون الدولي عرفي ، التي تعني أن لا ينطوي أي إجراء للدولة المضيفة على تمييز مجحف ضد الأستثمار الأجنبي .

جاء مفهوم عدم التمييز في اتفاقيات الاستثمار مقترناً ومرتبطاً بمفهوم معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، إذ إن العديد من اتفاقيات الاستثمار جاءت بالمفهومين بالجملة نفسها ، ففي مشروع اتفاقية حماية الملكية الأجنبية الذي تم وصفه من منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) لعام ١٩٦٧ اشارت إلى التزام الدول بالمعاملة العادلة والمنصفة وعدم التمييز [١] .

وفي أوائل الثمانينيات قامت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بسؤال أعضائها، عما إذا كان المعيار يتطلب أكثر من عدم التمييز ، مع ذلك يبدو إن المعيار يحظر التمييز غير المعقول.

في القضية المقدمة من المدعي(saluki) المستثمر الهولندي في أحد المصارف التشيكية ، قدم مطالبة ضد حكومة التشيك، لأنتهاكها لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة الواردة في الاتفاقية الثنائية بين هولندا والتشيك ، إذ بادرت الحكومة التشيكية بخصخصة أربعة مصارف كبرى لديها، وقامت بتقديم المساعدة المالية لثلاثة منها اشتراها مستثمرون من مواطنيها ، إلا إنها لم تقدم المساعدة المالية للمصرف الرابع العائد للمستثمر الهولندي ، وقد وجدت محكمة التحكيم إنه لا يوجد أساس معقول للتمييز ، وهو بالتالي انتهاك لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة [٢] .

---

(1) Kenneth J.V Andevelde, Aunified Theory Of Fair and Equitable Treatment,Oxford University press,Vol.43,2010,p.63-64 .

(2) Kenneth J.V Andevelde,OP.Cit,p.83

وفي القضية المقدمة من (Methanex) ضد الولايات المتحدة هي قضية ناشئة بموجب اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) ولاحظت المحكمة بقولها إن المعاملة التمييزية للاستثمار بشكل عام ،لن تتلائم مع نص المادة (١١٠٥) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية التي تنص على معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، وإن التمييز الذي يقوم على أساس التحيز، أو العنصري قد يشكل انتهاكاً ، وهكذا تساءلت محكمة Methanex عما إذا كانت المعاملة العادلة ،والمتساوية تتطلب معاملة غير تمييزية ، وبالتالي وجدت المحكمة ذلك ؛ بسبب حظر كاليفورنيا لميثيل ثالثي بوتيل الأثير ينطبق بالتساوي على جميع الاستثمارات لم يحدث أي تمييز ، باختصار السلوك التمييزي ينتهك معيار المعاملة العادلة والمتساوية عندما يفتقر إلى مبرر معقول [١] .

الفرع الثالث

عنصر الشفافية

أولاً: الشفافية ، الشفافية قد تكون أكثر العناصر تعقيداً من الناحية المفاهيمية في معيار المعاملة العادلة والمنصفة ،وعدت العديد من المحاكم إن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يتطلب الشفافية ، ولكن لا توجد قاعدة تصف مدى الشفافية المطلوبة [٢] .

.

وصف الأونكتاد دور الشفافية كجزء من هذا المعيار، أي يتداخل مفهوم الشفافية مع معيار المعاملة العادلة والمنصفة بالصيغة التالية بطريقتين [٣] .

---

(1) Kenneth J.V Andevelde, I bid,p83.

(2) I bid ,p.83 .

(3)UNCTAD NATIONS,Fair and Equitable Treatment,New York and Geneva,UNCTAD/ITE/IIT/11,Vol.III.1999 ,p.5

الطريقة الأولى قد تكون الشفافية مطلوبة بطبيعة الحال من خلال مفهوم المعاملة العادلة والمنصفة ، إذا تم فرض قوانين وقرارات إدارية وقرارات ملزمة أخرى على المستثمر الاجنبي من الدولة المضيفة ، فإن الانصاف يتطلب إبلاغ المستثمر بهذه القرارات قبل فرضها ، وهذه الحالة عندما لم تنص معاهدات الاستثمار بصورة صريحة على عنصر الشفافية ، ولكنها تنص على هذا المعيار ، فإن الشفافية تكون ضمنية في المعاهدة [١] .

والطريقة الثانية عندما يرغب المستثمر الاجنبي في إثبات ، ما إذا كان إجراء الدولة عادلاً ومنصفاً أم لا من الناحية العملية ، هنا سيحتاج المستثمر إلى التأكد على القواعد ذات الصلة بإجراءات الدولة ، وبالتالي ستؤثر درجة الشفافية في البيئة التنظمية على قدرة المستثمر على تقييم ، إذاٍ كان قد تم توفير معاملة عادلة ومنصفة في أي حالة معينة أم لا [١] .

وبهذا يعني إن نقض التأكيدات من قبل الدولة المضيفة تؤدي إلى انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، فيجب على الإدارة الحكومية توضيح ما يريده المستثمر الأجنبي ولا يمكنه الاختباء وراء الغموض والتناقض، وفي الوقت نفسه هذا العنصر لا يطلب من الدولة المضيفة تجميد نظامها القانوني لصالح المستثمر لكن ما يطلبه توفر الاستقرار العام أن يتجاوز ما يمكن أن يتوقعه المستثمر بشكل شرعي.

---

(1)UNCTAD NATIONS,OP,Cit ,p.5

(2)UNCTAD NATIONS,I bid .

وفي قضية (Maffezini) ضد اسبانيا ، بشأن قيام الحكومة الاسبانية بتحويل الحساب المصرفي الخاص به من دون علمه أو موافقتهِ ، فقد عدت المحكمة ذلك السلوك ينتهك عنصر الشفافية ، وبالتالي ينتهك معيار المعاملة العادلة والمنصفة [١] ، ففي قضية مؤسسة (Metalclad) ضد الولايات المتحدة المكسيكية نزاع بخصوص شركة المياه والصرف الصحي ، وجدت هيئة التحكيم أن المكسيك لم تتعامل بشفافية في إجراءاتها ضد مؤسسة (Metalcad) ، مما أخل بالمعاملة العادلة والمنصفة [٢] .

على هذا الأساس قامت هيئات التحكيم بتعريف، واحترام معيار المعاملة العادلة والمنصفة بالارتكاز على عنصر الشفافية، واكدت أن تلتزم الدول المضيفة بتوفير مناخ استثماري شفاف ومتوقع حتى يتمكن المستثمر من التخطيط المسبق لنشاطه وضبط تصرفاته ، وبالتالي تقتضي المعاملة العادلة والمنصفة من الدولة أن يكون تصرفها متناسقا وشفافا خاليا من الضبابية يهدف إلى إقامة إطار قانوني مستقر يمكن توقعه وضروري لحماية التنبؤات المشروعة لكل مستثمر أجنبي [٣] .

---

(١) قضية (Metalclad) ضد الولايات المتحدة المكسيكية التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الدولي ، قضية رقم ARB/AF/97/1، تاريخ 2000 ،فقرة 54 ، ص99.

(٢) اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي أسيا ، دليل الاتفاقيات للاستثمار الدولية ،الجزء الخامس، مصدر سابق ، ص١٠٢-١٠٣ .

(3)Christoph Schreuer,Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,The Journal of World Investment & Trade,Geneva,Vol.6,NO.3,2005,P.383.

نستنتج مما سبق من خلال ما عرضناه من قرارات لمحاكم التحكيم المختلفة بصدد تعريف وتطبيق المعيار ، إنه أصبح منفذاً مقبولا للتوسع في تأمين الحماية للأستثمارات الأجنبية حتى إنه يمكن القول بأنه سنجده في المستقبل معياراً مستقلاً وله أوصافا أو عناصراً أخرى تستند إليها محاكم التحكيم، وطيها تحت جناح هذا المعيار الذي يقبل التوسع ،والتمدد بشكل كبير ، خاصة وإن مفهوم العدالة بحسب لجنة تسوية المنازعات بين الولايات المتحدة الامريكية، والمكسيك ينصرف إلى الشعور الطبيعي بالعدالة بوصفها شعوراً مستقلاً عن القانون، وعن السوابق القضائية .

المبحث الثالث

معيار الحماية والأمن الكامل

لقد تطور هذا المعيار من القانون الدولي العرفي أي من الفهم العام بأن كل دولة عليها واجب حماية السلامة الجسدية وممتلكات الأجانب على أراضيها إلى معاهدات الصداقة والتجارة والملاحة التي وقعتها الولايات المتحدة في القرن التاسع عشر التي تحتوي على هذا المعيار.

وقد ساهمت الولايات المتحدة الأمريكية بشكل كبير في تطوير وقبول هذا المعيار من دول أخرى في عقود الاستثمار الثنائية الخاصة بها وأول اتفاقية استثمار ثنائية بين ألمانيا وباكستان لعام ١٩٥٩،التي تنص على أن الطرفين يتمتع بالحماية والأمن الكامل في أراضي الطرف الآخر ، منذ ذلك الحين تم دمج البنود التي تضمن للمستثمرين الحماية الكاملة والأمان في جميع معاهدات الاستثمار الدولية تقريباً.

إن نطاق المعيار يمتد ليشمل مسائل أخرى غير الأمن المادي الذي يعني استقرار الدولة في بيئة آمنة ، سواء كانت مادية، أم تجارية أم قانونية .

هذا المعيار مطلق مما يعني أنه لا يعتمد على كيفية تعامل الدولة مع الاستثمار أو المستثمرين الآخرين وهو أحد أكثر المعايير الدولية حماية للأستثمار الأجنبي شيوعاً في عقود الاستثمار الدولية ، ومن ناحية ، هناك إلتزام بتفعيل المشاركة في منع الإنتهاكات، أو معاقبة الفاعل ومن ناحية أخرى هناك إلتزام بالامتناع عن أي أنشطة من شأنه أن ينتهك الاستثمار الاجنبي .

لهذا سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول تعريف المعيار وتأصيله ، وفي المطلب الآخر النطاق القانوني للمعيار.

المطلب الأول

تعريف المعيار وتأصيله

نشأ المعيار في وقت مبكر ، منذ عام ١٨٣٣ في معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة بين الولايات المتحدة وتشيلي ،وأول الأتفاقيات التي تحتوي هذا المعيار هي التي ابرمت بين ألمانيا والباكستان في عام ١٩٥٩ وأصبحت في النهاية قاعدة في معظم اتفاقيات الاستثمار الدولية ،وكان التذرع بمسؤولية الدولة عن إغفالها ؛ لتوفير الحماية للأجانب موجوداً في القانون الدولي، وهذا في أوائل القرن الحادي والعشرين .

لهذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول تعريف معيار الحماية والأمن الكامل ، وفي الفرع الآخر نشأة معيار الحماية والأمن الكامل .

الفرع الأول

تعريف معيار الحماية والأمن الكامل

يعني معيار الحماية والأمن الكامل : هو التزام الدول بتوفير الحماية المادية أو البوليسية للأستثمارات الأجنبية والمستثمرين من الأذى الذي تسببه الدولة نفسها أو من قبل فعل الآخرين ، الذي يتضمن التزامات المنع ، معاقبة واعتقال فضلاً عن امتلاك وإتاحة نظام إداري وقانوني فعال لهذا الغرض [١].

ولقد اختلفت الآراء بشأن تحديد معنى أو مضمون معيار الحماية والأمن الكامل الذي ورد الإشارة إليها في عدد كبير من الاحكام ،فقد اختلفت الآراء هل هو معيار مستقل أو مجرد إشارات إلى معيار الحد الأدنى بموجب القانون الدولي العرفي ، لمعرفة ذلك يجب عرض إتجاهات التحكيم في التعامل مع المعيار.

فإنه نجد في التسعينات التي شهدت أول قضيتين في القانون الاستثمار الدولي تتناولان المعيار بعد ذلك شهدت العقود التالية زيادة في عدد القضايا التي تمس المعيار نفسه ، وبالتالي فإن من عام ١٩٩٠ إلى بداية ٢٠١٧ يمكن من خلالها النظر في كيفية تفسير المحاكم للمعيار .

الرأي الأول : تشير الفقرة (١) من المادة (١١٠٥) من أتفاقية (NAFTA)إلى معيار الحماية والأمن الكامل ويتم التعامل معها على نطاق واسع على إنها تعكس الحد الأدنى من المعايير الدولية التقليدية ،لكن

---

(1)Christoph Schreuer,Full Protection and Security,Journal of International Dispute Settlement,Vol1,No.2,2010,P.363.

هذا الحكم له خصائص معينة تختلف عن معظم الأحكام التي تتناول هذا المعيار ، ويشير الحكم إلى الحد الأدنى لمعايير المعاملة في العنوان إشارة واضحة إلى القانون الدولي العام ويشير الى معيار الحماية والأمن الكامل جزء من القانون الدولي [١] .

كانت المادة نفسها من اتفاقية موضوع تفسير رسمي من قبل لجنة التجارة الحرة التابعة لاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) ، حيث أن تفسير هذا المادة تعكس الحد الأدنى في معايير القانون الدولي العرفي ولا تتطلب معاملة تتجاوز ما يقتضيه القانون الدولي العرفي [٢] .

الجزء ذي صلة من مذكرة تفسير المؤرخة ٧/٣١ /٢٠٠١ هو كما يأتي :لمعايير المعاملة وفقاً للقانون الدولي،في المادة (١١٠٥) التي حملت عنوان الحد الأدنى من معايير المعاملة التي تنص على إن "على الحد الأدنى من معايير القانون الدولي العرفي لمعاملة الأجانب على إنه الحد الأدنى من معاملة ، التي يجب أن تمنح لأستثمارات المستثمرين من طرف آخر ٢- إن مفهومي المعاملة العادلة والمنصفة والحماية والأمن الكامل لا يتطلبان معاملة فضلاً عن الذي يتطلبه الحد الأدنى لمعاملة الأجانب القانون الدولي العرفي . . . " .

قبلت هيأت التحكيم لنافتا اللاحقة التفسير الرسمي كما اتبعت ممارسات الاتفاقيات الاستثمار في الولايات المتحدة وكندا هذا التفسير ، مع ذلك فإن هذا التفسير يقتصر على المادة نفسها من الأتفاقية ولا يمكن نقلها إلى معاهدات أخرى [٣] مثال على ذلك قضية شركة باسو ضد الأرجنتين إذ اتخذت هيئة

---

(1)Eric De Brabandere,Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Genrality and Contextual Specificity, Journal of World Investment & Trade 18,2017,P.535.

(2) Christoph Schreuer,Op ,Cit,p.363-364.

التحكيم موقفاً على ان المعيار ليس معياراً مستقلاً التي من شأنها أن تضع معيار حماية أعلى من معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، إنما الإلتزام تقليدي بحماية الأجانب بموجب القانون العرفي الدولي [١] .

يستنتج مماسبق إن هذا الرأي الذي أخذته اتفاقية نافتا بموجب الفقرة (١) من المادة (١١٠٥) ،وتفسير اللجنة التابعة لنافتا وكذلك الممارسات الدولية الأخرى، بأن معيار حماية الأمن الكامل ليس معيار مستقلاً وإنما يرتبط بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب وهو جزء من القانون العرفي الدولي.

الرأي الثاني : الذي يرى إن معيار الحماية والأمن الكامل مستقل عن معيار الحد الأدنى الدولي بموجب القانون الدولي العرفي ، إذ اعتبرت محكمة العدل الدولية إن معيار الحماية والأمن يجب أن يتوافق مع الحد الأدنى من المعايير الدولية ، لكن المحكمة فسرت على أن القانون الدولي ليس تقييداً للمعيار على الحد الأدنى بل هو معيار مستمر ومتطور هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى ففي قضية نوبل فينتشرز ضد رومانيا تلاحظ المحكمة من خلال الحكم في هذه القضية انه أوسع نطاقاً من الواجب العام لتوفير الحماية والأمن للمواطنين الأجانب الموجود في القانون الدولي العرفي للأجانب [٢] .

---

(1)Energy International Company v.The Argentine Republic ,ICSID Case No.ARB/ Award,para,522,

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.bdf.Accessedon 22November2018

(2)Lorz,R.A., Protection and Security,in :Bungenberg,Griebel,Hobe and Reinisch,International Investment Law, C.H.Beck,Hart,Nomos,Baden-Baden, Munchen and Oxford, 2015,p.773.

نتوصل إلى ان محكمة العدل الدولية أخذت بمعيار الحماية والأمن بأنه يجب ان يتفق مع معيار الحد الأدنى في القانون الدولي العرفي وفي الوقت نفسه أن يكون هذا المعيار أوسع نطاقاً من معيار الحد الأدنى، هذا يعني إن معيار الحماية والأمن الكامل حتى وإن كان جزءاً من القانون الدولي العرفي لا يعني قد تم تجميده بالكامل في الوقت المناسب ، بل تبنت بعض المحاكم التي تقبل صراحة إن القانون الدولي العرفي يتطور ويشكل تفسيراً تطورياً لمعيار الحد الأدنى .

بينما وجهة النظر الأكثر إقناعاً حول معيار الحماية والأمن الكامل هي إنه معياراً مختلفاً ومستقلاً للحماية من ناحية المحتوى أو النطاق عن معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في القانون الدولي العرفي ، لكن يمكن أن يطابق معيار الحد الأدنى من ناحية الالتزامات التي تقع على عاتق الدولة في توفير الحماية ،والأمن للمستثمرين ،مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في معاهدة الاستثمار ذات الصلة [١].

مما تقدم نستنتج إن معيار الحماية والأمن الكامل يجب ان يتفق مع معيار الحد الأدنى في القانون الدولي العرفي وفي الوقت نفسه أن يكون هذا المعيار اوسع نطاقاً من معيار الحد الأدنى و هذا يعني إن معيار الحماية والأمن الكامل حتى وإن كان جزءاً من القانون الدولي العرفي لا يعني قد تم تجميده بالكامل في الوقت المناسب ، بل تبنت بعض المحاكم التي تقبل صراحة إن القانون الدولي العرفي يتطور، ويشكل من خلال إبرام معاهدات الاستثمار ، وبهذا يتطور ويصبح معياراً مستقلاً .

---

(1)Orsat Miljenic ,Full Protection and Secrity Standard in International Investment Law ,Pravni vjesnik,Vol35,2019,P.44.

الفرع الثاني

التأصيل معيار الحماية والأمن الكامل

إن المعيار كان موجودا في وقت مبكر وذلك عندما كانت الحضـــارات المبكرة معادية للأجانب ، إذ كانت تنظر إليهم بشكل سلبي على أنهم أعداء أو كائنات لا يتمتعون بأي حقوق أو أهلية قانونية ،نشأ هذا العداء من اســباب جســدية ونفســية ؛ نتيجة التمييز العنصــري والظروف الطبيعية والدوافع الدينية والثقافية الفكرية مع ذلك كانت العوامل السـياسـية والاقتصـادية من بين العوامل التي حسـنت من معاملة الأجانب .

ظهر هذا المعيار للأجانب في القانون الدولي العرفي لغرض توفير الحماية والأمن الكامل للرعايا الأجانب ، وإنه بموجبه جاء ليغطي جميع المواطنيين في الخارج ، ويعرف باســم الحد الأدنى من معايير القانون الدولي بشأن معاملة الرعايا الأجانب ، على وجه الخصوص في مجال قانون الاستثمار الدولي[١].

وشـهد النصـف الثاني من القرن الثامن عشر بالفعل إدراج المعيار في العديد من معاهدات التجارة، والملاحة وعلى سـبيل المثال معاهدة الصـداقة والتجارة والملاحة بين صـاحب الجلالة البريطانية والولايات المتحـدة الأمريكيـة لعـام ١٧٩٤ في المـادة (١٤) التي تنص على إن (الحمـايـة والأمن الأكثر أكتمـالا لتجارتهم) [٢] .

---

(1)Nartnirun Junngam, The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: what and Who Is Investment Fully [?] Protected and Secured From? ,American University Business Law Review ,Vol.7,1,2018,P.85.

(2)Treat of Amity ,Commerce, and Navigation art .14,U.K.–U.S., Nov.19,1794, 8Stat.116, T.S.No.105

وفي القرن التاسع عشر ، تم تضمين المعيار على نطاق واسع يعده بنداً عادياً في معاهدة الصداقة، والتجارة إذ تجاوزت الحماية المادية والأمن ونجد ذلك في اتفاقيات السلام والصداقة والتجارة لعام ١٨٣٣ بين الولايات المتحدة وتشيلي في المادة (٢) من الاتفاقية [١] .

ومن القرن التاسع عشر إلى فترة الحرب العالمية الأولى ظل المعيار يؤمن مكانة في المعاهدات التجارية التي يتزايد عددها بأستمرار ، إلا إنه في سنوات الحرب ما بين ١٩١٤-١٩١٨ شهدت خروجاً عن المعيار ؛ نتيجة الممارسة المتعلقة بالأجانب وممتلكاتهم وهي سجن الأجانب ؛ لأسباب أمنية واستيراتجية في معظم الدول المتحاربة ، لكن تحسن الوضع في نهاية الحرب كجزء من سلسلة معاهدات السلام لعامي ١٩١٩-١٩٢٠ التي أنهت الحرب العالمية الأولى [٢] .

وبعد الحرب العالمية الثانية ظل المعيار قادراً على حفظ مكانته في الاتفاقيات التجارية الثنائية والجماعية، وتجلت أهميته في الممارسات الدولية ، إذ اعتمدت أول معاهدة بعد الحرب العالمية الثانية بين الولايات المتحدة والصين عام ١٩٤٦ معيار الحماية والأمن الكامل الذي يطلبه القانون الدولي ، والعديد من الاتفاقيات الدولية منها ميثاق هافانا لعام ١٩٤٨، اتفاقية المبرمة بين جمهورية ألمانيا الاتحادية وباكستان لتعزيز وحماية الاستثمارات لعام ١٩٥٩ في الفقرة (٣) من المادة (١) التي تنص على ان

---

(1)David Collins, Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets ,Journal of World Investment and Trade ,12(2) ,2011,P.7.

(2) Nartnirun Junngam, Op,Cit,P.22.

(تتمتع الاستثمارات التي يقوم بها المواطنيين والشركات التابعة كلا الطرفين بالحماية والأمن في أراضي الطرف الآخر) [١].

وكذلك إلى جانب الاتفاقيات الدولية التي تحتوي المعيار شهدت الفترة التي أعقبت الحرب العالمية الثانية صكوك حقوق الانسان التي تتعلق في سياقها وأسلوبها ، بحماية الاستثمار على الرغم من أن الغرض الأساسي منها ليس حماية الاستثمار إلا إنه لا يمكن أنكار علاقتها بحماية الاستثمار ، مما يؤيد هذا المعيار الاعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨ في المادة (٢)[٢] المشتركة في العهدين الدوليين.

المطلب الثاني

النطاق القانوني للمعيار

أن الغرض الرئيسي من ضمان الاستثمار، هو حماية أمن وسلامة الاستثمار ، ويتطلب من الدول أن تتدخل بنشاط الاستثمارات الأجنبية ، ويفرض على الدولة الإلزام بالعناية الواجبة في حماية الاستثمارات الاجنبية ، أي تلتزم الدولة بواجب الامتناع وواجب الحماية ، الأول هو الإلتزام السلبي الذي يمثل واجب الدولة المضيفة ألا تشارك في إعمال قد تعرض أمن الأجانب للخطر ، بينما الإلتزام الايجابي هو التزام الدولة بحماية الاستثمارات من الأنشطة غير القانونية التي يقوم بها الآخرين على أراضيها ومعاقبة المخالفين.

---

(1) Nartnirun Junngam, Op,Cit,P.23.

(٢) ينظر : المادة (٢) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨ .

هذا المعيار كان تقليدياً في حماية المستثمر ضد أنواع مختلفة من العنف الجسدي ، بما في ذلك انتهاكات الملكية على الاستثمار ،ولكن مفهوم هذا المعيار قد تطور الآن وأصبح إلى ما بعد الحماية المادية للأستثمار وتشمل الحماية القانونية .

وكذلك الدولة المضيفة ملزمة بأتخاذ تدابير فعالة لحماية الاستثمار من الآثار السلبية التي قد تنجم من فعل اشخاص آخرين ،مثل المتظاهرين أو الموظفين أو الشركاء التجاريين ، أو من تصرفات الدولة المضيفة وأجهزتها بما في ذلك قواتها المسلحة .

لهذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول النطاق الموضوعي للمعيار ، وفي الفرع الآخر النطاق الشخصي للمعيار ، على النحو الآتي .

الفرع الأول

النطاق الموضوعي للمعيار

فيما يتعلق بمسألة مضمون نطاق معيار الحماية والأمن الكامل لحماية الاستثمار الأجنبي ، وتأمينه نجده من خلال قرارات هيئة التحكيم والقضايا ذات الصلة على ثلاث فئات ، القضايا التي تتعلق ظروفها واحكامها في المقام الأول هي الحماية المادية (الأضرار الجسدية)، والقضايا التي تعاملت ظروفها ،وأحكامها بشكل أساسي مع الحماية القانونية (الأضرار القانونية) التي تشمل فشل الدولة المضيفة في توفير الحماية القانونية للأستثمار ، وتعديلاتها على الأطر القانونية والتنظيمية ، وغيرها من الإجراءات التنظيمية التي تؤثر سلبا على الأمن القانوني واستقرار الاستثمار، والقضايا التي تتعلق ظروفها وأحكامها بالحماية المادية والقانونية أي الأضرار الجسدية والقانونية معاً .

ويقع على عاتق المستثمرين عبء إظهار مدى الضرر المادي لاستثماراتهم ، وإثبات أنه كان من الممكن منع الأضرار والخسائر لو مارست الدول المضيفة العناية الواجبة [١] .

أولاً: الحماية المادية: يطبق المعيار حصريا أو في المقام الأول الحماية المادية وأمن الاستثمار، أي من الأضرار المادية للأستثمار وفقا لمعنى العادي للحماية والأمن ، يعني ذلك واجب الدولة المضيفة في حماية المستثمر من العنف الموجه ضد الأشخاص والممتلكات الناشئة عن أجهزة الدولة أو فعل الآخرين ،أي يلزم الدولة المضيفة بتوفير مستوى معين من الحماية للأستثمار الاجنبي من الأضرار المادية ومنع العنف أو استخدام القوة ضد المستثمرين أو الاستثمارات الأجنبية [١].

وتم تبنيها في العديد من القضايا ففي قضية Crystallex ضد فنزويلا أقرت هيئة التحكيم إلى إن المعيار يتعلق بواجب الدولة التي تتلقى الاستثمار لضمان الحماية المادية والأمن .

وبالمثل في قضية Rumeli ضد كازاخستان وجدت هيئة التحكيم إن المعيار لا يتعلق بالالتزامات التعاقدية، بل يتعلق بحماية سلامة الاستثمار من استخدام القوة على وجه التحديد ضد الأضرار المادية [٢] .

وكذلك في قضية (Saluka) ضد التشيك ذهبت المحكمة إلى إن المعيار يطبق أساسا اثناء المنازعات الأهلية ، واضافت بأن المعيار لا يعني فرض مسؤولية صارمة على الدولة في منع الانتهاك ، وإنما هي ملزمة ببذل العناية الواجبة في حماية الاستثمار الاجنبي من التدهور وبصورة خاصة الحماية المادية [٣].

---

(1) Christoph Schreuer,Op,Cit,P.353.

(2) Christoph Schreuer,Op,Cit,P.354.

(٢) قضية (RUMELI TELEKOM) ضد جمهورية كازاخستان ، التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، القضية رقم ARB /٥٠/١٦ بتاريخ ٢٠٠٨/ ٧/٢٩،الفقرة ٦٦٨ .

(٣) قضية (saluki Investments) ضد جمهورية التشيك ، تم نظرها من قبل هيئة تحكيم من ثلاثة محكمين برئاسة (sir Arthur watts) ، بتاريخ ٢٠٠٦/٣/١٧،فقرة ٣٨٣-٤٨٤ .

ومن الأمثلة التي تمثل الأضرار أو العنف الجسدي من قرارات أو ممارسات التحكيم هي الاضطرابات المدنية أو الأضطرابات الأهلية ، والحروب المدنية والعنف الجسدي ،التهديدات والهجمات على الاستثمار ، والغزو المادي للمباني التجارية ،ومواقع الاستثمار ، الشغب والنهب والاستيلاء ،والهجوم على الممتلكات ،والضرر الذي يؤثر على السلامة المادية للأستثمار عن طريق تدخل القوى ، وتفكيك، وتدمير ونهب المعدات والممتلكات واحتلال مبنى والاعتداء على الاستثمارات الاجنبية والمستثمرين ، [١] وغيرها من الأضرار الجسدية .

نتوصل إن الحماية من الضرر المادي، متجذر في فشل الدولة ممارسة المستوى المناسب من الرعاية، أو العناية الواجبة .

ثانيا: الحماية القانونية : هناك جانب آخر لهذا المعيار، يتم تطويره بمرور الوقت في ممارسة هيئات التحكيم، فضلاً عن الحماية المادية والأمن، فإنه يوفر أيضاً الحماية القانونية والأمن [٢] .

لكن تنقسم الممارسة فيها بتنفيذ هذه الحماية بحيث تتبع العديد من الهيئات التحكيم النهج التقليدي، وهي لا توافق على تمديد هذا معيار بما يتجاوز الحماية المادية فقط ، إلا إنها من ناحية أخرى ، تتحدث عدد من قرارات التحكيم لصالح توسيع المعيار إلى ماهو أبعد من الحماية المادية والأمن فقط ،وهو وجوب توفير الحماية القانونية والأمن ، وبعض المحاكم قامت ولاسيما عندما تسبق كلمة –الكاملة –كلمة الحماية والأمن، لهذا وسعت من نطاق تطبيق المعيار، ليشمل الحماية القانونية والأمن [٣].

---

(١) مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، المنازعات بين المستثمر والدولة الناشئة عن معاهدات الاستثمار ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، جنيف، ٢٠٠٥،ص ٤١ .

(2)Orsat Miljenic,OP,Cit,P.52 .

(3)Dr.Eric De Brabandere, Host States Due Diligence Obligations in International Investment Law,Syracuse Journal of International Law and Commerce,Vol.42,No.2,2015,P.345.

كان القرار الأول الذي تم فيه توسيع نطاق هذا المعيار ليشمل القانونية ، أي الذي اقترح وجود نظام قانوني فعال لحماية حقوق المستثمر، كان قرار محكمة العدل الدولية في قضية ELSL لأنها في هذا القرار وافقت المحكمة ضمنياً على أن هذا المعيار يتضمن أكثر من مجرد حماية مادية [١] .

فإن هيئات التحكيم أكدت في توسيع المعيار إلى الحماية القانونية ، ووجدت إن تعديل في القانون والإجراءات الإدارية، ينتهك هذا المعيار حتى في حالة عدم وجود أضرار مادية أي ينتهك إذا تأثرت الاستثمارات سلباً بالأداء المنتظم لدولة المضيفة لوظائفها، بغض النظر عن دوافعها [٢] .

وقد اكدت إن الحماية القانونية لا يجب أن ترتبط بوجود الأضرار الجسدية ،فهي ليست شرطا أساسياً لحماية القانونية والأمن ، لأنه يغطي كل من الحماية الموضوعية والإجرائية للأستثمارات [٣] .

من الأمثلة على الأضرار القانونية ، وفشل الدولة المضيفة في إبقاء نظامها القضائي متاحاً للمستثمر، لرفع الدعاوي وتغيير الدولة المضيفة للإطار القانوني الذي يجعل المستثمر عرضة لأفعال سلبية من أشخاص أو أفراد عاديين [٤] ، ومن الأمثلة الأخرى السماح للدولة المضيفة بالتطبيق الخاطئ لتشريعات الجديدة من قبل السلطة ، وعدم الخضوع للقانون وخرق احكام اتفاقية الاستثمار وحرمان

---

(1) Orsat Miljenic,OP,Cit,P.52 .

(2) NARTNIRUN JUNNGAM, Op,Cit, P.35-36.

(3) NARTNIRUN JUNNGAM, Op,Cit, P.36.

(4) Mondev Int'l Ltd.v. U.S. ,ICSID Case No,ARB(AF)/99/2,Award,151-152(Oct.11,2002), https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1076 pdf .

المستثمر من الوصول إلى العملات الاجنبية التي لا غنى عنها للعمليات اليومية للشركات التابعة له ، منح الدولة المضيفة الحصانة من دعوى ضد اعتداءات السلطات العامة على المستثمر [١] ، وغيرها من الأضرار.

ثالثاً: الحماية المادية والقانونية ، هناك قرارات ،تم على ضوئها تفسير المعيار فيها بوضوح على إنه يغطي الحماية المادية والقانونية ، ضد الأضرار المادية والقانونية .

على الرغم من أن المعيار قد تم تطبيقه وتطويره تاريخيا في السياقات المادية لحماية المستثمر، ومسؤولي الشركة أوموظفيها لكن ظهرت سياقات أخرى متمثلة بحماية القانونية لتوسيع نطاق المعيار[٢] .

ففي قضية (Siemens) ضد الأرجنتين لعام ٢٠٠٤، تذهب المحكمة إلى ما هو أبعد من الحماية المادية ليشمل الحماية القانونية ،واعتبرت إن الإجراءات المتمثلة في تعليق الأنشطة التي تحقق ايرادا للشركة ، واعادة التفاوض على العقد تحت ضغط شديد ، وإساءة استخدام قانون الطوارئ لإنهاء العقد كلها تدخل في انتهاك معيار الحماية ،والأمن الكامل [١] .

---

(1) AES Corp.V.Kaz.,ICSID Case No.ARB/10/16,Award,337-339(Nov.1, 2013) ,

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8205-0.pdf

(2)NARTNIRUN JUNNGAM,Op,Cit.P.70.

(٣) قضية شركة (Siemens) ضد الأرجنتين التي نظرها المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)،القضية رقم ARB /٢/٨ بتاريخ ٨/٣ /٢٠٠٤ ، الفقرة ٢٨٦ .

نستنتج مما سبق إن معيار الحماية والأمن الكامل وحده كافي لتغطية كل من الحماية المادية والقانونية، فإنه لا يوجد سبب منطقي لقصر تطبيق هذا المعيار على التدخلات المادية فقط، فإنه يشمل نطاق معيار الحماية المادية والقانونية معاً

الفرع الثاني

النطاق الشخصي للمعيار

فأن الاشخاص الذين تم اعتبار أفعالهم تنتهك المعيار هم : أجهزة الدولة ،والكيانات الأخرى التابعة للدولة ، وفعل الآخرين .

أولاً : الدول : هي تشمل أجهزة الدولة ،وكياناتها التي تنسب أفعالها إليها التي تضر بالاستثمار من خلال أفعالهم، وتقاعسهم عن العمل وإهمالهم ، من الأضرار التي تنسب للدولة، وكيانتها ، هي الأضرار التي يرتكبها الجيش من قوات الأمن ، وفرق مسلحة من الحرس الوطني ،وكذلك السلطات العامة التابعة للدولة المضيفة المتمثلة بالسلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية القادرة على إلحاق الضرر بالاستثمار ،[١] وغيرها من موظفي كيانات الدولة .

ثانيا : فعل الآخرين : هو إلتزام المنصوص عليه في الحالات التي قد لا تنسب فيها الأفعال إلى الحكومة إي الدولة بل تنسب إلى فعل الأخرين الذي يمثل فئات خاصة أو اشخاص أو جماعات معينة أو أفراد تسبب الضرر إلى المستثمرين أو الاستثمارات الاجنبية [٢] .

اذاً ماهية مسؤولية الدولة المضيفة فيما يتعلق بأفعال التي تصيب المستثمرين الأجانب من قبل فعل

---

(1)Nartnirun Junngam,Op,Cit.P.72.

(2)Rudolf Dolezr & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law ,2008,P166.

الآخرين ، بموجب هذا المعيار، وللأجابة عن ذلك يرتب على الدولة المضيفة بعض الاتزامات، على نحو الآتي :-

١ – الإلتزام بالعناية الواجبة لمنع مثل هذه الأفعال (واجب المنع) ، إن الفهم الكلاسيكي للقاعدة العرفية المتعلقة بحماية الأجانب تتطلب من الدولة ممارسة العناية الواجبة في توفير الحماية المادية والأمن للأستثمارات الاجنبية، أو المستثمرين لمنع اعمال الأفراد التي من شأنها أن تسبب الضرر ، ولا يرتب على هذا الإلتزام اي شكل من اشكال المسؤولية الصارمة للدولة المضيفة ، يعني ذلك تمنع اعمال فعل الآخرين أي منع الضرر ، وليست مسؤولة عن الخسائر المادية التي يسببها الآخرين [١].

٢– التزام الدول بالعناية الواجبة للقبض على المسؤولين عن الفعل ومعاقبتهم (واجب القمع)، وهي أن تتخذ الدول جميع التدابير المعقولة يعني ذلك واجب على الدولة القبض، ومعاقبة المسؤولين عن الأضرار التي تقع على المستثمر الأجنبي ، وأتاحة لهم نظاما قضائياً وإدارياً قادرين على منع الأفعال واعتقالهم، وإلقاء القبض على المسؤولين عن الفعل [٢].

في حالة فشل الدولة في اتخاذ إجراءات ضد المسؤولين هذا يشكل انتهاكا للقانون أي الحماية القانونية وهذا ما يؤدي الى انتهاك معيار الحماية والأمن الكامل .

ثالثاً : الدولة وفعل الآخرين ، قد تم تفسير إن المعيار ينطبق بشكل متساوياً على الدول و فعل الآخرين ويعني ذلك إن الأضرار التي تلحق المستثمرين الأجانب أما من جانب الدول أو بفعل الآخرين

---

(1)Rudolf Dolezr & Christoph Schreuer, Op,Cit,P.166.

(2)Dr.Eric De Brabandere, Op,Cit ,P.340 .

إن المعيار لا يعتمد إذا كانت الأفعال التي تؤدي إلى الأضرار بالاستثمار يرتكبها وكلاء الدولة أو فعل الآخرين فإن الأمر يتطلب منه أن تتصرف الدول المضيفة بشكل عادل أو منصف بتقديم إطارٍ قانونيٍ يمنح الأمن ويحمي الاستثمار من العمل السلبي من الاشخاص خاصة ،فضلاً عن أجهزة الدولة[١].

نستنتج مما سبق إن المعيار يطبق على نطاق واسع من حيث تطبيقه من الناحية الشخصية، فإنه يشمل الدول واجهزتها وكذلك من قبل فعل الآخرين المتمثل بالأفراد والاشخاص المعنوية الخاصة .

الفصل الثالث

معايير حماية الاستثمار الأجنبي وفق الأتفاقيات الدولية

تعد الاتفاقيات الدولية، أو المعاهدات الدولية المصدر المباشر والأصلي الأول لإنشاء القواعد القانونية الدولية ، وهي من أهم مصادر القانون الدولي العام وفقاً لفقرة (أ) من المادة (٣٨) من النظام الأساس لمحكمة العدل الدولية[١] .

وتعرف المعاهدة الدولية بأنها اتفاق يعقد بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام ترمي إلى إحداث آثار قانونية معينة [٢] .

لاشك إن اللجوء للاتفاقيات الدولية كوسيلة لضمان الإستثمارات الأجنبية ،إنما يرجع إلى عدم ثقة كثير من الدول المصدرة لهذه الاستثمارات في القوانين الداخلية للدول المستوردة، لاسيما تلك القوانين الخاصة بحماية الإستثمارات الأجنبية ، ولا شك إن تقرير المعايير الدولية في الاتفاقيات الدولية ، يزيد شعور الدولة المضيفة بالمسؤولية تجاه الدول الأخرى المنتفعة، عندما تتعامل مع المستثمرين الأجانب . تعد اتفاقيات الاستثمار الدولية لتغطية الاستثمار الأجنبي بين الدول التي لها استثمارات عبر الحدود "الشركات أو الأفراد " ، وتهدف إلى تعزيز وحماية وتحرير هذه الاستثمارات ، وصياغة المعايير المحددة بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية داخل أراضيها وتحديد إجراءات تسوية المنازعات .

---

(١) د. إبراهيم محمد العناني ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية،القاهرة ، ٢٠١٦، ص٣٨ .

(٢) ينظر: البند (أ) من الفقرة (١) من المادة (٢) من اتفاقيا فينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩ ، التي تعرف المعاهدة ،على أنه يقصد بالمعاهدة "اتفاق دولي يعقد بين دولتين أو أكثر كتابة ويخضع للقانون الدولي سواء تم في وثيقة واحدة أم وثيقتين أم أكثر ، وأيا كانت التسمية التي تطلق عليه "

لهذا سيتم تقسيم هذا الفصل على ثلاثة مباحث : نتناول في المبحث الأول معيار المعاملة الوطنية، وفي المبحث الثاني معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ، وفي المبحث الثالث التعريف بمعيار التعويض والموقف الدولي منه.

المبحث الأول

معيار المعاملة الوطنية

يتمتع هذا المعيار في الاستثمار بالحماية والمزايا التي يتمتع بها الاستثمار الوطني في الدول المضيفة للأستثمارات وبذات الشروط ، ويتم غالباً النص عليه في الاتفاقيات الدولية [١] .

إذ تحرص كثير من اتفاقيات التعاون الاقتصادي والمتعلقة بتشجيع الاستثمارات على النص لهذا المعيار ، بهدف توفير الحماية القانونية الكافية لرأس المال وتشجيعه على الاستثمار[٢] .

أن عملية تحرير سياسات ترويج الاستثمار لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية تتطلب من الدولة المضيفة للاستثمارات تطبيق معايير ايجابية في معاملة المستثمر الاجنبي منذ تأسيس استثماره إلى حين تصفيته ، من قبول إدخال الاستثمار ،وتأسيسه ، إلى فرض الضرائب ،والجمارك عليه، ومنحه الحوافز الاستثمارية، والإعفاءات ، وغيره من قواعد المعاملة ،التي يجب ان تكون مساوية لقواعد معاملة المستثمر الوطني، وعدم التمييز بينهم ، ويعد معيار المعاملة الوطنية من أهم المعايير التي يتم تضمينها في اتفاقيات الاستثمار

الدولية لضمان حد معني من المعاملة الممنوحة للمستثمرين الأجانب من قبل الدولة المضيفة ، إذ إنه معيار مشروط بمعاملة الدولة المضيفة لرعاياها من المستثمرين [٣].

---

(١) د. ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للاستثمارات الاجنبية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٧١، ص ٩٥ .

(٢) صالح عبد الزهرة الحسون ، حقوق الأجانب في القانون العراقي ، دار الآفاق الجديدة ، بغداد، ١٩٨١،ص ٦٤ .

(٣) د. محمد عبد الودود ابو عمر ، مصدر سابق ، ص ٩١-٩٢ .

ويعد هذا المعيار من أكثر الوسائل تحررا في معاملة الأجانب وإنه يهدف إلى مساواة الأجانب بالوطنيين وبالتالي تشجيعهم على القدوم إلى الدولة وممارسة نشاطهم فيها .

لهذا سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول تعريف معيار المعاملة الوطنية وتأصيله ، وفي المطلب الآخر نطاق المعيار والأستثناءات الواردة عليه .

المطلب الأول

تعريف معيار المعاملة الوطنية وتأصيله

قد تلجأ الدولة إلى رفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب عن طريق تقرير مساواتهم بالوطنيين ، وهذا هو مبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين الذي تأخذ به الدولة عادة في الشروط التي يقتضي تنفيذها لصالحها الوطني، والسخاء في معاملة الأجانب، وتشجيعها لهم على القدوم إلى إقليمها والتوطن ،أو الاقامة فيه [١].

إن معيار المعاملة الوطنية الذي يراد به أن يعامل المستثمرون الأجانب في الدول المضيفة بمعاملة تساوي تلك التي يتعامل بها الوطنيون ، ولهذا قد تسعى بعض الدول في إطار التنظيم الدولي للأستثمار إلى رفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب عن طريق تطبيق معيار المعاملة الوطنية الذي يعد معياراً جيداً لتشجيع الاستثمار، وانتقال رؤوس الأموال ، وإن هذا المعيار يرتكز على مبدأ مهم هو عدم التمييز ، الذي يعني لا يمنح الأجنبي حقوقا ،وامتيازاتاً تزيد عن حقوق مواطني الدول الأم ، وإنما أن يحظي الأجانب بمعاملة تشابه تلك التي يحظى بها مواطني الدولة الأم من حيث ما يتعلق بالمشروع الاستثماري من تأسيس

---

(١) د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،٢٠٠٢، ص ٢٠٣ .

وانتقال رؤوس الأموال ،وغيرها من النشاطات الاقتصادية المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار [١].

إذاً فإن الغرض من معيار المعاملة الوطنية ،هو إلزام الدولة المضيفة بعدم التمييز بين المستثمرين الأجانب والوطنيين عند سن وتطبيق قواعدها ولوائحها وبالتالي تعزيز مكانة المستثمر الأجنبي إلى مستوى الممنوح للمواطنيين [٢] .

لهذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول تعريف معيار المعاملة الوطنية ، وفي الفرع الآخر التأصيل معيار المعاملة الوطنية.

الفرع الأول

تعريف معيار المعاملة الوطنية

يعني معيار المعاملة الوطنية للاستثمار الأجنبي ،هو تمتع هذا الاستثمار بالحقوق والضمانات والمزايا التي يتمتع بها الاستثمار الوطني في الدولة المضيفة للأستثمار ، وبالشروط نفسها التي شرع بها المشرع الوطني من دون تمييز [٣] .

والأصل إن يتم تقرير هذا المعيار بموجب التشريع الداخلي للدولة المضيفة للأستثمار ، يبدو في الغالب هو المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية ، لا سيما الاتفاقيات الثنائية [٤] .

---

(١) د. سمير مهدي نعيم القيسي ، التنظيم القانوني الدولي للإستثمار، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، ٢٠٢٠ ، ص ١٩٣-١٩٤ .

(2) Dolzer,R.& Schreuer,ch.,Principlesof International Investment Law,New York,Oxford University Press,2012,P.198.

(٣) د. نادية إسماعيل محمد الجبلي ، المزايا والضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي ، دار الكتب والدراسات العربية ، الإسكندرية ، ٢٠١٨ ، ص ٣٠٨ .

(٤) د. ماهر جميل ابو خوات ، المصدر السابق،ص ٥٨- ٥٩ .

قد تصل الدولة مع المستثمرين الأجانب إلى حد تشبيههم بالوطنيين ، فتساوي بينهم وبين رعاياها في المعاملة [١] ، إذاً إن معيار المعاملة الوطنية هو قاعدة قانونية اتفاقية تلتزم بموجبها الدولة المضيفة منح المستثمر الأجنبي معاملة لا تقل تفضيلا عن المعاملة الممنوحة للمستثمرين الوطنين ، وبالتالي يتمتع المستثمر الاجنبي بشروط المنافسة نفسها التي يتمتع بها المستثمر الوطني في الدولة المضيفة، لذا لا تعد المعاملة الوطنية معياراً عاماً للقانون بل تمثل قاعدة قانونية اتفاقية،وذلك يعني من الناحية القانونية،إنه في حال عدم وجودها في نص مكتوب، فإن الدولة غير ملزمة بتطبيقها، ولا تحاسب على ذلك دولياً [٢]، من ناحيةأخرى يعد هذا المعيار قاعدة نسبية، قد يرتبط محتوى القاعدة بالمعاملة الممنوحة للمستثمرين الوطنيين ، وبالتالي يستوجب معرفة محتواها بالمقارنة بين المعاملة الممنوحة للمستثمرين الأجانب بتلك الممنوحة للمستثمرين الوطنيين [٣] .

ويقصد بمعيار المعاملة الوطنية ، أو المساواة في المعاملة في مجال حماية للاستثمارات الاجنبية ، هو ان تتعهد الدولة المتعاهدة بأن تقرر أموال واستثمارات مواطني الدولة المتعاهدة الأخرى وكذلك أموال الشركات والأشخاص الاعتبارية التي يتمتع بجنسية هذه الأخيرة الحماية المقررة لاستثمارات وأموال مواطني الدولة الأولى وشركاتها بمقتض التشريعات الداخلية في الدولة المذكورة نفسها [٤] ، والمقصود بالمساواة هنا المساواة في الواقع، والقانون، وفي الحاضر، والمستقبل ،مثلاً يجب على الدولة المضيفة أن تطبق على قبول المشروع، أو منح الترخيص ،أو غير ذلك من مجالات الاستثمار القواعد

---

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ،الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي ، دار النهضة العربية ، مصر، ١٩٦٦ ،ص ٣٣٢ .

(٢) أحمد حانطي ، الآليات القانونية والاقتصادية لتشجيع الاستثمار الاجنبي المباشر في الجزائر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور الجلفة ، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ٥٣ .

(٣) د. أحمد كاظم الساعدي ، مصدر سابق ،ص ١٩٧ .

(٤) د.هشام علي صادق ، مصدر سابق ،ص ٢٠٨ .

التي تطبقها على المشروع الوطني نفسه ، وإذا اتخذت أي إجراء يخل بمبدأ المساواة، كما لو قامت باتخاذ إجراءات التأميم في مواجهة ممتلكات الأجانب من دون الوطنيين على نحو يجعل من الصفة الأجنبية، وحدها المبرر الوحيد لأتخاذ هذه الإجراءات ، ففي هذه الحالة تكون الدولة قد انتهكت احكام المعاهدة التي تفرض المعاملة الوطنية [١] .

الواقع إن معيار المعاملة الوطنية الوارد في الاتفاقيات ليس مطلقا،وإنما يقتصر تطبيقه فقط على الموضوعات التي نصت الاتفاقية على تنظيمها ، أي في نطاق الحقوق والمزايا المتعلقة بالاستثمار فقط ، فكل ما يتمتع به المستثمر الوطني من الحقوق ومزايا وتسهيلات بشان استثماره يجب أيضاً أن يتمتع به المستثمر الاجنبي ، ولا يجوز للدولة المتعاهدة أن تطلب المساواة بين رعاياها، واستثماراتهم بين رعايا، واستثمارات الدولة المضيفة خارج نطاق الحقوق المقررة للأستثمار [٢] .

كما أن إدراج هذا المعيار في الاتفاقيات بشكل عام ، لا يمنع من وجوب تقييده بمجال الحقوق الخاصة فقط ، لأنه لا يمكن افتراض إتجاه نية الدول المتعاهدة إلى تخويل الأجانب القدرة على التمتع بالحقوق العامة، أو السياسية التي لا تتفق مع صفة الأجانب ، فإن هذه الحقوق تقتصر في الأصل على الوطنيين، ولايمكن إقرارها للأجانب إلا بنص صريح في الاتفاقية [٣] .

ويثير التساؤل في إطار قاعدة المساواة بين الاجنبي والوطني عما إذا كان من الممكن للمستثمر الأجنبي أن يتمتع بحقوق تفوق تلك التي يتمتع بها المستثمر الوطني؟

---

(١) د. علي حسين ملحم ، مصدر سابق ، ص ١٠٣ .

(٢) د. عمر محمد هاشم ، مصدر سابق ، ص٨٧ .

(٣) د. حسن النمر ، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، ٢٠١٧ ، ص ١٣١ .

لم يتفق الفقهاء على ذلك ، فالبعض يرى إن الحقوق المقررة للأجانب في القانون الدولي لا يمكن أن تزيد على حقوق الوطنيين ، ولا يمكن للمجتمع الدولي أن يقر للأجنبي حقوقاً تزيد على حقوق الوطني لأن الاجنبي ليس من حقه أن يطمع في أن يلقي في الدولة المضيفة معاملة أفضل من معاملة مواطني تلك الدولة ، كما يرى أصحاب هذا الرأي إن الحد الأقصى للحقوق التي يتمتع بها الأجنبي هي عبارة عن مقدار الحقوق التي يتمتع بها الوطني [١] .

ويرى فريق آخر من الفقهاء إنه لا يمكن الربط بين الحقوق التي يتمتع بها الوطني ،وتلك التي يتمتع بها الأجنبي ، فذلك لا يتفق مع طبيعة مركز كل منهما في مجتمع الدولة ؛ ذلك لأن مركز كل من الوطني والأجنبي لا يتم تحديده وفقاً المعيار نفسه ، فتدخل الحقوق التي يتمتع بها الوطني ضمن اختصاص الدولة المطلق ، وتستطيع أن تنزل به الدولة من دون الحد الأدنى المقرر بمقتضى العرف الدولي ،ولا يفرض عليها القانون الدولي أي قيد في هذا الصدد ، أما تحديد نطاق حقوق الأجنبي ، فعلى الرغم من إنه يدخل ضمن اختصاص المشرع الوطني إلا إنه يجب أن لا تنزل الدولة في معاملتها للأجنبي عند الحد الأدنى المقرر في القانون الدولي، فإذا رأت الدولة أن تجاهل قواعد الحد الأدنى بالنسبة لرعاياها ، فإنها تبقى مع ذلك ملتزمة باحترامها في معاملتها للأجانب ، فتمتع الاجنبي على الوطني بمعاملة أفضل في هذه الحالة،إنما هو للوصول بالأول إلى الحد المقرر في القانون وليس للتمتع بمركز أعلى من الوطني [٢].

---

(١) د. رفيقة قصوري ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

(٢) د. حسن النمر ، مصدر سابق ، ص١٣٢ .

وتأكيداً وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة الدائمة للعدل الدولي عام ١٩٢٦، في حكمها في قضية المصالح الألمانيا في سيليزيا العليا البولندية بأنه لا يجوز للدولة أن تفرض معاملة لا يقرها القانون الدولي على الأجانب المقيمين في إقليمها ، في حين إنها تقرر نفس المعاملة بالنسبة للوطنيين [١] .

إن الأثر القانوني لمعيار المعاملة الوطنية للأستثمار الاجنبي الذي يرد في الاتفاقيات الدولية لا يقتصر أثره على الضمانات والمزايا المقررة للاستثمار الوطني بمقتضى القوانين الداخلية للدولة وقت إبرام الاتفاقية ، بل إنه يشمل جميع النصوص اللاحقة على إبرام الاتفاقية التي قد تعدل من أحكام القوانين ، إلا إن التطور التشريعي اللاحق لإبرام الاتفاقية الدولية يؤدي إلى الانتقاص من الحماية القانونية المقررة للاستثمار الاجنبي وفقاً لمبدأ تشبيه الأجانب بالوطنيين ؛وذلك لأن معاملة الأموال الأجنبية معاملة الأموال الوطنية نفسها، ولما كانت التشريعات الداخلية قد انتقصت من الضمانات والمزايا المقررة لأموال الوطنيين

فإن النتيجة المترتبة على ذلك هي ضرورة الانتقاص من الضمانات المقررة للاستثمارات غير الوطنية، والأخذ بمبدأ تشبيه معاملتهم بمعاملة الوطنين المدرج في نصوص الاتفاقية ، ما لم ينص هذا الاتفاق على خلاف ذلك [٢] .

---

(١) د. عمر محمد هاشم صدقة ، المصدر السابق ، ص ٨٨ .

(٢) د. حاتم غائب سعيد ، المصدر السابق ، ص ١١٧ ، وكذلك ينظر : د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ،ص ٢٠٩.

الفرع الثاني

التأصيل معيار المعاملة الوطنية

ذكرنا سلفا إن معيار المعاملة الوطنية معيار نسبي ، أي إنه يستلزم لتطبيقه المقارنة بين المعاملة التي تمنحها الدولة المضيفة للمستثمرين الوطنيين بالمعاملة الممنوحة للمستثمرين الأجانب ، وترجع أصول هذا المعيار في القانون الدولي العام إلى حماية الأجانب وممتلكاتهم وتنظيم المركز القانوني للأجانب ،إذ أسس القانون الدولي العرفي حداً أدنى من المعاملة التي يجب منحها للمواطنيين الأجانب مع إبقاء المجال مفتوحاً أمام الدول لمنح مزايا وحقوقاً أكثر [١] .

إلا إنه قد اختلف الفقهاء في تحديد مصدر نشأة هذا المعيار ، إذ يكون هناك من رجح نشأته وتكوينه إلى المذهب الفردي الذي يدعو إلى تسيير ممارسة النشاط الاقتصادي من دون التفرقة بين الوطنيين والأجانب من خلال التأكيد على مبدأ حرية انتقال رؤوس الأموال والأشخاص والسلع كافة ، من دون تفرقة وذلك قصد تشجيع المبادلات التجارية ورؤوس الأموال ، ويعد هذا المعيار من أكثر المعايير تحرراً [٢] ، في معاملة الأجانب يعده إنه يهدف إلى مساواة الأجانب بالوطنيين، وبالتالي تشجيعهم على القدوم إلى الدولة وممارسة نشاطهم فيها .

بينما يرجح البعض الآخر إن أصول هذا المعيار إلى الفقيه الأرجنتيني كالفو يعده أول من نادى بفكرة مساواة الأجانب في معاملاتهم بالوطنيين ، وذلك كتعبير عن موقف دول أمريكا اللاتينية الرافضة لمعيار

---

(1)National Treatment ,UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD ,UN,UNCTAD/ITE/IIT/11,Vol.IV,UNITED NATIONS,New York and Geneva,1999 ,P.6.

(٢) د. عبد الواحد محمد الفار ، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨٥ ،ص١٠-١١.

الحد الأدنى لمعاملة الأجانب المعمول بها في القانون الدولي التقليدي –قواعد العرفية الدولية – التي تتمسك بها الدول المصدرة لرؤوس الأموال ، وذلك كأساس لتحديد المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب الرعايا الأجانب في الدول المضيفة [١] .

أما الرأي الثالث، فيذهب إلى أن يرجح نشأة هذا المعيار إلى القانون التقليدي ، وذلك من خلال التطبيقات الدولية لهذا المعيار أي من خلال أحكام المحاكم الدولية ،وعلى الرغم من قدم هذا المعيار إلا إنه لم يرتقِ كقاعدة، أو معيار ضمن قواعد القانون الدولي العرفي ، على إن الأتجاه السائد في كل من الفقه والقضاء الدوليين يؤكد ضرورة الإلتزام بهذا المعيار[٢].

واهتمت الدول المتقدمة بمعيار المعاملة الوطنية قبل الحرب العالمية إذ تم تكريسها في مجال الحقوق الجمركية من قبل مجلس عصبة الأمم عام ١٩٢٩، ثم تم التطرق إليها أثناء المفاوضات حول ميثاق هافانا من أجل إنشاء منظمة دولية للتجارة [٣] ، وتم تبني المعيار ووجد طريقه في اتفاقيات الصداقة،والملاحة، والتجارة التي أبرمتها الولايات المتحدة ، وأخيراً تم تبنيه في اتفاقيات الجات لعام١٩٤٧ومنها بدأ تضمين اتفاقيات الاستثمار لهذا المعيار بوصفه من المعايير الهامة التي تعد كضمانة لدخول الاستثمارات الأجنبية في المجالات الاقتصادية كافة من دون استثناء، مما يعمل على تحرير التجارة والاستثمار، وحركة رؤوس الأموال [٤].

---

(١) د. عبد المومن بن صغير ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ .

(٢) د. حسين على ملحم ، مصدر سابق ،ص ١٠٣ ، وكذلك ينظر: قصوري رفيقة ،مصدر سابق ، ص ١٢٤ .

(٣) حرزي لوناس ، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، الجزائر ، ٢٠١٣ ،ص٤٥ .

(٤) نوارة حسين ،حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي ، مجلة الفقه والقانون ،المجلة مغربية ، العدد ١٤ ،٢٠١٣،ص ٨٧ .

المطلب الثاني

نطاق تطبيق معيار المعاملة الوطنية والاستثناءات الواردة عليه

يعد نطاق تطبيق معيار المعاملة الوطنية في مواجهة المستثمرين الأجانب عاملاً مهما ،فإن النطاق الزمني عند بدء تبني هذا المعيار في اتفاقيات الاستثمار الدولية، وخاصة اتفاقيات الاستثمار الثنائية يسري بعد دخول الاستثمارات الأجنبية لإقليم الدولة المضيفة، وتأسيسها ، إلا إنه مع تحرير الاستثمار الاجنبي بدأت تنص بعض هذه الاتفاقيات على سريان هذا المعيار حتى في مرحلة ما قبل دخول هذه الاستثمارات ، بينما النطاق المادي لتطبيق هذا المعيار يشمل تطبيقه في الظروف المماثلة والمطابقة ، وترد بعض الاستثناءات على تطبيق معيار المعاملة الوطنية منها استثناءات عامة و محددة ما يتعلق بالنظام العام والآداب العامة و استثناءات محددة بنشاطات معينة أو قطاعات اقتصادية محددة ، وغيرها .

لهذا سيتم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع : نتناول في الفرع الأول النطاق الزمني للمعيار ، وفي الفرع الثاني النطاق المادي للمعيار ، وفي الفرع الأخير استثناءات معيار المعاملة الوطنية ، على النحو الآتي .

الفرع الأول

النطاق الزمني للمعيار

إن النطاق الزمني للمعيار في الأصل يمنح للمستثمرين الأجانب بعد دخولهم للدولة المضيفة، ولكن فيما بعد شهد هذا المعيار تطوراً مهما في إطار اتفاقيات الاستثمار نتيجة سعي بعض الاتفاقيات الحديثة لمعيار المعاملة الوطنية ، فأصبح يشمل مرحلة ما قبل دخول الاستثمارات الاجنبية في نطاق المعيار ،على النحو الآتي :-

أولاً :مرحلة ما بعد دخول الاستثمارات الاجنبية :

نصت أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي أخذت بمعيار المعاملة الوطنية على سريانه في مرحلة ما بعد دخول الاستثمارات الأجنبية ،لإقليم الدولة المضيفة أي مرحلة ما بعد قبول هذه الاستثمارات وتأسيسها ،بمعنى آخر إن الدولة المضيفة يكون لها الحق في الحد من دخول الاستثمارات الاجنبية لقطاعات اقتصادية معينة، وجعلها حكراً على الاستثمارات الوطنية ؛لأن سريان معيار المعاملة الوطنية يبدأ بعد قبول دخول هذه الاستثمارات وتأسيسها وليس قبل ذلك [١] .

ومثال على تلك الاتفاقيات ما يعرف النموذج الألماني لاتفاقيات الاستثمار الثنائية الذي يطبق دائماً للقوانين والتشريعات الوطنية للدول المتعاقدة فيما يخص تطبيق معيار المعاملة الوطنية، وكذلك في دخول وتأسيس الاستثمارات الاجنبية [٢]

---

(1) Jeswald W. Salacuse ,The Law of Investment Treaties,Second Edition, Oxford University Press,UK, 2015, P.277.

(2)Houde, MarieFrance , Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties, International Investment Perspectives, OECD,2006,P151.

، كذلك الاتفاقية بين الدولة ألمانيا الأتحادية ودولة المغرب في المادة (٢) التي تنص على " يجب على كل طرف متعاقد بقدر المستطاع تشجيع الاستثمارات التي أنشأها مستثمرو الطرف المتعاقد الآخر وقبول استثماراته المتوافقة مع تشريعه " [١]

ثانياً :مرحلة ما قبل دخول الاستثمارات الاجنبية :

نصت مجموعة من اتفاقيات الاستثمار الثنائية على سريان معيار المعاملة الوطنية على الاستثمارات وكذلك في معاهدة ميثاق الطاقة التي تنص على ان " يتعين على كل طرف متعاقد الأجنبية في مرحلة ما قبل دخول هذه الاستثمارات وتأسيسها في إقليم الدولة المضيفة " [٢] .

مثال على ذلك النموذج الأمريكي لاتفاقيات الاستثمار الثنائية الذي ينص دائما على سريان هذا المعيار حتى في مرحلة ما قبل دخول الاستثمارات الأجنبية لإقليم الدولة المضيفة، بمنح هذه الاستثمارات معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي تمنح في ظروف مشابه للأستثمارات الوطنية، وذلك طبقا مبدأ تحرير دخول الاستثمارات الأجنبية، وحرية انتقال رؤوس الأموال [٣]

---

(١) اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا ،دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار ،٢٠١٠، الجزء الثالث ، ٨٢ .

(٢) راجع الفقرة (٧) من المادة (١٠) من معاهدة ميثاق الطاقة .

(٣) راجع المادة (٣) من النموذج الأمريكي لاتفاقيات الاستثمار الثنائية لعام ٢٠١٢ المنشور على موقع وزارة الخارجية الأمريكية WWW.state.gov/documents/organization/18871.pdf

واتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية ورواندا المبرمة في ٢٠٠٨/٢/١٩، التي نصت على أن " يمنح كل طرف معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يمنحها في ظروف مشابهة لاستثمارات مستثمري فيما يخص التأسيس ، الحيازة ، التوسع ،الإدارة ، التمتع ، الاستغلال ، البيع وأي تنازل بشأن الاستثمارات المغطاة " [١] ،وكذلك اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) التي نصت في المادة (١١٠٢) على أن "١- يمنح كل طرف من الأطراف المتعاقدة لمستثمري الطرف الآخر معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يمنحها في ظروف مماثلة ، لمستثمري ، وذلك في ما يخص التأسيس ، الحيازة ،التوسع ، الإدارة ، التنظيم، الاستغلال ،والبيع ،أو أي تصرف آخر للاستثمارات ،٢- يمنح كل طرف لاستثمارات المستثمري من طرف الأخر معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يمنحها ، في أي ظرف من الظروف ، لاستثمارات مستثمريه الخاصين الذين لهم حق البيع أو تصرف أخر للاستثمارات " [٢].

---

(١) راجع المادة (٣) من الاتفاقية والمنشور على موقع وزارة الخارجية الأمريكية .
http://www.state.gov/e/eb/ifd/bit/117402.htm

(٢) راجع الماة ١١٠٢ من الاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) .

الفرع الثاني

النطاق المادي للمعيار

لا يمكن أن يطبق معيار المعاملة الوطنية بصفة مطلقة ، فتم تحديد النطاق المادي لتطبيق معيار المعاملة الوطنية في أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية ،وجاء تحديد تطبيق هذا المعيار بتبني هذه الاتفاقيات لعبارات مثل الظروف المشابهة ،أو الظروف المطابقة، أو مواقف متقاربة ، فقد تبنت اتفاقيات الاستثمار الثنائية ثلاث نصوص للإشارة للظروف المشابهة ،الأول تبني تعبير الظروف المماثلة والمطابقة ، مثال ذلك،نصت اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين بريطانيا وبيليز المبرمة في ١٩٨٢/٤/٣٠ التي تنص على أن " تضمن الدول المتعاقدة معاملة المستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى معاملة لا تقل تفضيلاً عن معاملة مستثمرها الوطني في الظروف المماثلة والمطابقة نفسها " [١]،واتفاقيات أخرى تبنت تعبير الظروف مماثلة فقط، مثالها اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) في المادة (١١٠٢) التي تنص على ان " ١- يمنح كل طرف من الأطراف المتعاقدة لمستثمري الطرف الآخر معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يمنحها في ظروف مماثلة ، لمستثمري ، وذلك في ما يخص التأسيس ، الحيازة ،التوسع ، الإدارة ، التنظيم ، الاستغلال والبيع، أوأي تصرف آخر للاستثمارات " [٢] ، واتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة بين حكومة جمهورية العراق وحكومة دولة الكويت لعام٢٠١٤،التي تنص على " أن يمنح كل طرف لمستثمري الطرف الآخر معاملة لا تقل رعاية عن تلك المعاملة التي يمنحها في ظروف مماثلة المستثمر به فيما يتعلق بالتأمين، والحيازة والتوسع والإدارة، والتصرف والتشغيل والبيع أو التصرف بطريقة أخرى للاستثمارات في إقليمه وفقاً لقوانينه وأنظمته " [٣]

---

(١) راجع فقرة (١) المادة (٣) من الاتفاقية والمنشورة على الموقع الإكتروني للأونكتاد http://investmentpolicyhub.unctad.org

(٢) ينظر: المادة ١١٠٢ من الاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) .

(٣) ينظر: الفقرة (أ) من المادة (٤) من هذه الاتفاقية،نشرت بجريدة الوقائع العراقية بالعدد (٤٣٤٦) في ٢٠١٤/١٢/٢٩ .

وكذلك من اتفاقيات أخرى تبنت تعبير الظروف المشابهة فقط مثالها اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة والسنغال في ١٩٨٣/١٢/٦،التي تنص في الفقرة (٢) من المادة (٢) على أن " تمنح الدول المتعاقدة مستثمري الدولة الأخرى معاملة لا تقل تفضيلاً عن مواطنيها في الظروف المشابهة " [١]وكذلك اتفاقية الحماية والتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الدولة ألمانيا الأتحادية ودولة كينيا المبرمة ، ١٩٩٦/٥/٦ [٢] .

الفرع الثالث

استثناءات معيار المعاملة الوطنية

تسمح الاستثناءات على معيار المعاملة الوطنية للدولة المضيفة من حماية مصالحها باستبعاد أصناف معينة من المشاريع ، أو الأنشطة، أو الصناعات من تطبيق معيار المعاملة الوطنية ، والاستثناءات تكون عامة ومحددة ،أو خاصة ، على النحو الآتي :-

أولاً : الاستثناءات العامة :

تقوم الاستثناءات العامة على اعتبارات تتعلق بالصحة العامة ، والأمن القومي، والنظام العام في الدولة المضيفة مثل حظر الاستثمارات الأجنبية في إقاليم معينة في الدولة المضيفة ، أو حظر الاستثمارات في المشاريع تخل بالأخلاق العامة والآداب العامة [٣] .

---

(١) راجع المادة (٢) فقرة (٢) من الاتفاقية ، المنشورة على الموقع الألكتروني للأونكتاد

http://investmentpolicyhub.unctad.org

(٢) راجع المادة (٣) من الاتفاقية ، المنشورة على الموقع الألكتروني للأونكتاد

http://investmentpolicyhub.unctad.org

(٣) National Treatment Restrictions and Review of Bilateral Investment Treaties, Cefta Issues Paper2,OECD,2010,P.9.

ثانياً: الاستثنات الخاصة :

١- الاستثناءات المحددة طبقاً للموضوع أو لبعض النشاطات :

يستبعد معيار المعاملة الوطنية من الضمانات في بعض النشاطات أو القطاعات أو المجالات هذا ما يتعلق بمنح بعض الامتيازات مثل الحوافز الضريبية أو الصفقات العامة أو بعض الصناعات أو الخدمات المالية أو الضرائب ، وغيرها ، وذلك بحسب ما تمليه ضرورة مقتضيات المصالح العامة للدولة والاقتصاد(١).

٢- الاعتبارات التنموية :

يمكن أن يؤثر منح المعاملة الوطنية سلبياً على سياسة تشجيع المشاريع المتوسطة ،والصغيرة المحلية ونموها ،إذا ما تم منح الامتيازات ذاتها للمستثمرين الوطنيين والأجانب ،وبالتالي يأتي استثناؤها إما بصفة تفصيلية على التدابير التي تتخذها الدولة في إطار دعم برامج التنمية الوطنية مثل ما جاء في المادة (٣) من الاتفاقية المبرمة بين جمهورية إيطاليا حكومة المملكة المغربية ، التي تنص على أن " لن يتمتع مستثمرو الطرفين المتعاقدين بمعاملة وطنية في ما يخص المساعدات ، والإعانات ، القروض ،التأمينات، والضمانات الممنوحة من قبل حكومة أحد الأطراف المتعاقدة حصرياً لمواطنيها ،أو لمشروعاتها في إطار أنشطة برامج تنميتها الوطنية " (٢) وكذلك ما جاء في معاهدة ميثاق الطاقة ، التي تنص على أن " يبذل كل طرف متعاقد الجهد لمنح مستثمري الأطراف الأخرى ،في ما يخص تحقيق استثماراتهم في منطقته ، المعاملة المنصوص عليها في . . . " (٣).

---

(١) اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا ،دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار ،٢٠١٠ ،الجزء الثالث ،ص ٨٥ .

(٢) اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا ،دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار ،٢٠١٠ ،مصدر سابق ، ص٨٥ .

(٣) ينظر : فقرة (٢) المادة (١٠) من معاهدة ميثاق الطاقة .

نستنتج مما سبق إن معيار المعاملة الوطنية هو معيار في غاية الأهمية في حماية حقوق المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة إذ تتساوي بين المستثمر الاجنبي والمستثمر الوطني ، يتبين لنا أن لهذا المعيار نطاق زمني ومادي ،إذ النطاق الزمني لتطبيق هذا المعيار يسري بعد دخول الاستثمارات الاجنبية لإقليم الدولة المضيفة وقبل دخول الاستثمارات الاجنبية للدولة المضيفة،أما النطاق المادي لهذا المعيار قد كرست أغلب اتفاقيات الاستثمار، عبارات مثل الظروف المشابهة أو الظروف المطابقة ، على الرغم من ان مفاده حماية الاستثمارات الأجنبية بضمان معيار المعاملة الوطنية للأستثمارات الأجنبية ، إلا إنه يجعل الحماية القانونية المراد كفالتها للأجانب بصفة عامة غير محدودة مضمون القواعد التي تخاطب الوطنين بالزيادة أو النقصان ،أما من حيث التطبيق فإنه يواجه صعوبات عدة ؛ بسبب عدم توازن المراكز القانونية للدولتين التي تمتاز – عادة – بعدم المساواة .

المبحث الثاني

معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية

يعد معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية واحدا من أكثر الموضوعات أهمية في إطار القانون الدولي العام وخاصة القانون الدولي الاقتصادي ، وتعارفت الدول منذ عهد بعيد على إدراجه في معظم المعاهدات التجارية، وقد كان له دور مهم منذ ظهوره على صعيد العلاقات الدولية وخاصة الاتفاقيات التجارية لأجل تيسير سبل التجارة بين الشعوب والدول المختلفة ، وتوسيع نطاق المبادلات التجارية الدولية بتخفيض القيود المفروضة عليها على اعتبار إن هذا المعيار أداة لتحقيق المساواة في المعاملة بين الدول ولمنع أي تمييز ضد الدولة المستفيدة منه ،لأن الأخيرة ستحصل على مزايا مماثلة لتلك التي تحظى بها الدول الأخرى ، بشكل تلقائي من دون الحاجة إلى إبرام اتفاقية جديدة .

وهو من أهم المعايير الأساسية التي تنظم العلاقات والمبادلات الاقتصادية الدولية، ويمثل عاملا بالغ الأهمية وأداة هامة للتحرر الاقتصادي في مجال الاستثمار ، إذ يوضع من أجل تجنب التمييز وحماية الدولة للمستثمرين في الدولة المضيفة للأستثمارات [١] ، فضلاً عن هذا يعد ركناً أساسيا من أركان النظام التجاري متعدد الأطراف وتكريسه كذلك في الاتفاقيات بموجبه تتعهد الأطراف المتعاقدة بعدم اللجوء إلى ممارسات تمييزية فيما بينها، وهي بدورها ملزمة بمنح بعضها البعض امتيازات لا تقل عن تلك التي تكون قد منحتها [٢] أو يمكن أن تمنحها لدولة أخرى [٣] .

سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين : نتناول في المطلب الأول تعريف معيار الدولة الأولى بالرعاية ،وفي المطلب الآخر نطاق المعيار ،والاستثناءات الواردة عليه.

---

(١) د. محمد نذير عماري ، تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على قواعد تسوية النزاعات في عقود الاستثمار ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ،المجلد الحادي عشر ، العدد الأول ، ص ٧٩٤ .

(٢) حياة بن قداش ، مبدأ الدولية الأولى بالرعاية وعلاقته بتنفيذ القرارات وحل النزاعات ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، ٢٠١٩، ص ١٠- ١١ .

(٣) فإن الهدف الأساسي من هذا المعيار في اتفاقيات الاستثمار هو حماية استثمارات الدولة المستفيدة من أي تمييز بينها ،وبين الدول الأخرى ، وحماية المستثمرين من الدولة المستفيدة من سوء المعاملة التي قد تؤثر على الوضعية التنافسية لهذه الأخيرة ، فإذا كان الهدف من هذا المعيار في المعاملات التجارية هو حماية الفرص التنافسية ، وفي مجال الاستثمار يختلف عن ذلك إذ يكون الهدف هو حماية حقوق المستثمرين ، ينظر:

(4)Nicholas Dimasilo ,Joost Pauwelyn,Nondiscrimination in trade and investment treaties twosides of the same coin,American journal of investment Law,Vol102,2008,P49

المطلب الأول

مفهوم معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية

تحرص الدول المتقدمة التي ينتمي إليها المستثمرون على تضمين الاتفاقيات التي تربطها بدول أخرى معيار الدولة الأولى بالرعاية ، إذ أصبح هذا المعيار يشكل عنصرا أساسياً من عناصر، أي تنظيم قانوني دولي يتناول الاستثمار .

يعد معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية من بين المعايير الأساسية في مجال تشجيع ،وحماية الاستثمارات الأجنبية من جهة ،ومن بين الإمتيازات الممنوحة للمستثمرين الأجانب من جهة أخرى ،وإن الألفاظ المكونة لمصطلح معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية ،يتبين لنا إن لفظ معيار هو معيار اتفاقي يكون الإحتجاج به من الناحية القانونية ، أما لفظ دولة فهي عبارة عن علاقة تربط بين الدول فقط يعدها من أشخاص القانون الدولي العام ، أما لفظ أولى بالرعاية معناها منح الأطراف بعضهم البعض أفضلية في المعاملات مقارنة بالشخص الآخر [١].

لكن يلاحظ إن المستثمر الأجنبي ليس له أي ثقة في التشريعات الداخلية للدول نظراً لإمكانية تعديلها في أي وقت وهذا ما إستدعى إلى إدراج هذا المعيار في الاتفاقيات الثنائية يعدها تقوم على أساس بعض المعايير المعترف بها في القانون الدولي من بينها معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ، التي نصت عليها معظم الأتفاقيات الدولية لحماية وتشجيع الاستثمارات الاجنبية .

لهذا سيتم تقسيم هذا المطلب على فرعين : نتناول في الفرع الأول تعريف معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية ، وفي الفرع الآخر نشأة المعيار .

---

(١) جمال براهيمي ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في العلاقات التجارية الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، ٢٠٠١ ، ص٩ .

الفرع الأول

تعريف معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية

كان معيار الدولة الأولى بالرعاية موضوع مناقشات وتقارير دولية وخصوصاً في المبادلات التجارية، إذ عرف ممارسة مكثفة على الصعيد الاتفاقي منذ قرون عدة مع ذلك لم يسرِ إلا في القرن الثامن عشر الموافق لظهور ، وانتشار تعبير الدولة الأولى بالرعاية [١] .

يعد هذا المعيار من المعايير الدولية المعروفة لرفع الحد الأدنى لحقوق الأجانب في الدولة المضيفة للأستثمارات الأجنبية ، مؤداه أن تتعهد الدولة الملتزمة به بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على المزايا كافة التي قررتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أخرى أجنبية هي الدولة الأولى بالرعاية، وبهذا فإن معيار الدولة الأولى بالرعاية يفترض وجود ثلاث دول : الدولتين الموقعتين على الاتفاقية المتضمنة للمعيار ، وهما الدولة الملتزمة، والدولة المستفيدة منه على النحو الذي بيناه ، ودولة أجنبية عن الاتفاقية وهي الدولة الأولى بالرعاية ، أي الدولة التي يتمتع رعاياها بأفضل معاملة يلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة بالشرط ، وهذه الدولة الأخيرة لا شأن لها بالعلاقة التي تربط كل من الدولة الملتزمة والدولة مستفيدة منه ، كل ما في الأمر أن رعايا الدولة المستفيدة من الشرط يحصلون بمقتضاه من الدولة الملتزمة ،به على الحقوق والمزايا نفسها التي منحتها هذه الدولة الأخيرة التي ستمنحها في المستقبل للدولة الأولى بالرعاية [٢] .

---

(١) نوارة حسين ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي ،دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص٢٤٢ .

(٢) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص٢١٥ .

ويعرف بأنه تتعهد الدولة الملتزمة بمقتضاها في إطار الاتفاقية المبرمة ما بين الدولتين ، بأن تعطي رعايا الدولة الطرف في الاتفاقية أكبر قدر من المزايا التي تمنحها للدولة الأخرى ،إذ يترتب على الأخذ بالمعيار أو تطبيقه تتشابه مواطني الدولة المستفيدة مع مواطني الدولة الملتزمة وقد يؤدي ذلك إلى سمو مركزهم على الوطنيين [١] .

ويعرف فلوري معيار الدولة الأولى بالرعاية بأنه يشير في معناه العام ، إلى حكم اتفاقي يتفق بموجبه طرفان متعاقدان –أ وب– على إنه إذا عقد أحدهما فيما بعد مع الدولة ثالثة –ج–معاهدة تجارية تمنح – ج– مزايا تجارية خاصة ، فهذه المزايا تمنح بحكم الواقع للطرف المتعاقد السابق وكذلك يعرفه الفقيه جورج سل بأنه :هو اشترط بموجبه تنظم حكومتان مشاركتهما المتبادلة من حيث المبدأ ، في كل نظام قانوني أكثر تفضيلاً تكونان قد وضعتاه سابقاً أو ستضعانه فيما بعد بالإتفاق مع الحكومات الأخرى [٢] .

وعرفهُ مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية بأنه : معاملة الدولة الأولى بالرعاية هو عنصر أساسي في الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار ، تعني إن الدولة المضيفة تمنح استثمارات للدولة الأجنبية معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يمنحها لأي دولة أجنبية أخرى[٣].

يلاحظ على هذه التعريفات إنها قد قيدت المعيار بالمزايا التي تمنح للدولة الأخرى بموجب معاهدات، أو اتفاقيات دولية، إلا إن هذه المزايا، والمنافع التي تحظى بها أي دولة ثالثة من الممكن أن تمنح بموجب القانون الداخلي للدولة المانحة أو حتى بمجرد التطبيق .

---

(١) د. هشام خالد ، الحماية القانونية للاستثمارات العربية ،مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية ، ١٩٨٨ ، ص٧٧ .

(٢) د. هادي نعيم المالكي ،شرط الدولة الأكثر رعاية ،مكتبة السنهوري،بغداد ،٢٠١١،ص ١٧– ١٨ .

(3)CNUCED, Traitement de Ianation la plus Favorisee,Nations Unies,New York,Genev

قد يرد هذا المعيار بصيغة عامة بحيث يشمل كل الحقوق والضمانات التي تتمتع بها الاستثمارات الأجنبية في الدولة المضيفة للأستثمارات ، وقد يتم تقييده بنص صريح في الاتفاقيات التي تتضمنه بحيث يقتصر على بعض تلك الحقوق والضمانات بعضها الآخر، كأن يستبعدون من نطاق اعماله الضمانات التي تقررها الدولة للأستثمارات الوافدة إليها من دول ترتبط معها براوبط ذات طبيعة خاصة [١] .

وأياً كان الأمر فإن معيار الدولة الأولى بالرعاية لا يحقق المساواة في المعاملة بين استثمارات الدول المتعاقدة ، والعلة في ذلك هي أن مدى الاستفادة من هذا المعيار يرتبط بالواقع بأفضل معاملة تلقاها الاستثمارات الأجنبية في الدولة ، وهي معاملة تختلف من حيث المضمون والنطاق من دولة لأخرى ،فضلاً عن ذلك فإن هذا المعيار لا يمنح الاستثمارات المستفيدة منه قدراً معلوماً من الضمانات القانونية ، وإنما يكفل لها مجرد الحق في مطالبة الدولة الملتزمة به بمنحها ضمانات مماثلة لتلك التي تتمتع بها الاستثمارات الوافدة من دولة أجنبية أخرى [٢].

عليه فإن تمتع الاستثمارات المستفيدة من معيار الدولة الأولى بالرعاية بالضمانات والمزايا القانونية، إنما يفضي بشكل بديهي الى تعديل الضمانات المقررة للأستثمارات المستفيدة أو إلغائها [٣] ، وقد استقر القضاء الدولي على هذا الإتجاه في أحكامه المختلفة ، وذلك في قرار محكمة العدل الدولية الصادرة في ٢٧ /٨/ ١٩٥٢ في النزاع القائم آنذاك بين فرنسا والولايات المتحدة بشأن المحاكم القنصلية المراكشية [٤]

---

(١) د. تريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ،ص ٢١٤ .

(٢) د.حسام الموجي ، مصدر سابق ، ص ٧٠ .

(٣) صالح عبد الزهرة الحسون ، مصدر سابق ، ص ٦٩ .

(4)I-C-J.Rights of nati\\onals of the United States of America in Morocco .Reports 1952.P.191-192

وكذلك في حكمها الصادر في ١٩ /٥/١٩٥٣ في النزاع القائم بين بريطانيا واليونان [١] ، إذ تقرر أن الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يحق لها الاستمرار في المطالبة بالحقوق والمزايا إذا كانت الدولة الاجنبية الأخرى لم تعد تتمتع بهذه الحقوق والمزايا لأي سبب من الأسباب [٢] .

يضاف إلى ذلك إن إسراف الدولة في الارتباط بمعيار الدولة الأولى بالرعاية ، قد يجعلها تردد كثيراً في عقد اتفاقيات دولية تقرر فيها حقوقاً أو مزايا للأستثمارات الوافدة إليها من دولة معينة، خشية أن يترتب على هذا المسلك وفق المبادئ القانونية السائدة ، تمتع جميع الاستثمارات الأجنبية الأخرى بتلك الحقوق والمزايا فمعيار الدولة الأولى بالرعاية من شأنه أن يشل يد الدولة عن منح أية ضمانات قانونية ترغب في منحها إلى استثمارات وافدة عليها من دولة أخرى إذا إن ذلك سيضطرها إلى منح الضمانات ذاتها إلى الاستثمارات الاجنبية الأخرى المستفيدة من معيار على الرغم من أن هذه الأخيرة لم تكن مقصودة أساساً بتلك الضمانات [٣] .

---

(١) منشور في هذا الموقع الاحكام محكمة العدل الدولية https://www.icj-cij.org

Recueil des arrest de la court International de Justice ١٩٥٣،ص١٠.

تاريخ أخر زيارة٢٠٢١/٥/٣١.

(٢) د. تريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، ص ٢١٥ .

(٣) د. تريد السامرائي ،مصدر سابق ، ص٢١٥-٢١٦.

الفرع الثاني

التأصيل معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية

ويعود تاريخ هذا المعيار إلى زمن طويل ، إذ ظهر كشرط في المعاهدات منذ القدم، وكان أول استعمال له في عام ١٤١٧ بموجب اتفاق وقعه ملك انجلترا هنري الخامس مع مجموعة من دول، وذلك بمنح استخدام سفن تلك الدول للموانئ بالطريقة نفسها التي تستخدمها سفن انجلترا ، ثم تطور إعمال هذا المعيار من النطاق المحدود بعدد من الدول المسماة إلى نطاق أوسع في القرن تاسع عشر من خلال معاهدة المبرمة بين بريطانية والسويد عام١٦٥٤ التي تضمنت على أن يكون للشعب ورعايا وسكان كلا الاتحادين ، في مملكة الطرف الآخر وفي الدول والأراضي والإقاليم التابعة له كل ما لأي أجنبي آخر ، بحيث يتمتعون بكل ما يتمتع به أي أجنبي آخر من الامتيازات والتسهيلات والحريات والحصانات حاضراً ومستقبلاً [١].

واهتمت الدول المتقدمة بهذا المعيار قبل الحرب العالمية الثانية بحيث حاول فيما بعد مجلس عصبة الأمم في عام ١٩٢٩ أعتماد حكماً نموذجياً بشأن تعريفات لمعيار الدولة الأولى بالرعاية ، وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية تم إحياء هذا المعيار في ظل المفاوضات المتعلقة بميثاق هافانا، وتم النص عليه في المادة (١) من الاتفاق بشأن التعريفات الجمركية والتجارة عام ١٩٤٧ ، ولقد تطور هذا المعيار ، ومن خلال المعاهدة كويدن المبرمة بين المملكة المتحدة وفرنسا في ٢٣ /١/١٨٦٠ .

جرى العمل على إدراجه بصفة عامة في الاتفاقيات الدولية التي تعقد لتنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية

---

(١) محمد الصالح حوالة ، ماهية شرط الدولة الأولى بالرعاية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية السياسية والاقتصادية ، المجلد ٥٧،العدد٤، ٢٠٢٠ ،ص ٤١٤.

بين الدول ، وخاصة [١] في اتفاقيات الصداقة والملاحة والتجارة ،وكذلك جرى العمل على إدراجه في معاهدات التجارة التي أبرمتها المدن الايطالية في القرون الوسطى ،وكما إدرجه الأمراء العرب في اتفاقياتهم التي عقدوها مع الأوربيين كوسيلة لتشجيع هؤلاء على مزاولة نشاطهم التجاري في بلاد الشرق [٢] ، ثم أخذ ينتشر في المعاهدات الثنائية سواءاً تلك المتعلقة بالتجارة أم بالملاحة أم بالمسائل الأخرى ،ونظرا لأهميتة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ، تم تقنين هذا المعيار من قبل لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة [٣] .

إلا إن الترسيخ الحقيقي لمعيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية وتعميمه على العلاقات الدولية الاقتصادية كان من خلال اتفاقية الجات لعام ١٩٤٩ ، إذ أصبح هذا المعيار له ميزة أو تفضيل أو إمتياز أو إعفاء لأي طرف ثالث سواء كان طرفا متعاقداً في الجات أم لا [٤].

يلاحظ إن الدول المختلفة في الواقع تحرص على إدراج هذا المعيار في معاهدات الإقامة والاتفاقيات الخاصة بالمسائل المالية والجمركية ، على إنه يظهر بصفة خاصة ويأخذ منحا مميزا ضمن الاتفاقيات الدولية التي تنعقد فيما بينها لتنمية العلاقات الاقتصادية والتجارية ، ومنها اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية ، وإن هذا المعيار لا يحدد بشكل مباشر الضمانات والمزايا التي تقدمها الدولة المستقطبة للأستثمار لرأس المال الوافد إليها والتابع لدولة المستفيدة منه ، وإنما يكتفي بتقرير معاملة قانونية معيارها أفضل معاملة لتمتع بها الاستثمار الاجنبي بها عموما لتلك الدولة .

---

(١) د .لمياء متولي يوسف مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

(٢) د. هشام خالد ، مصدر سابق ، ص٧٨ .

(٣) د. عيبوط محند وعلي ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، ٢٠١٠ ، ص ٨٠ .

(٤) حياة بن قداش ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

المطلب الثاني

نطاق تطبيق معيار الدولة الأولى بالرعاية والاستثناءات الواردة عليه

إن وجود معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقيات الاستثمار يدل على أن للمستثمر الحقوق والامتيازات نفسها التي تمنحها تلك الدولة لأي مستثمر آخر من دولة أخرى ، إن إدخال معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية في مجال الاستثمار يجعل تطبيقه يختلف عن المجالات الأخرى ، إذ إن حدوده في مجال التجارة يشمل حدود الدولة فقط ، فحين تطبيقه في مجال الاستثمار يتخطى حدود الدولة الواحدة ، فإنه ما زال محل اهتمام في الفقه والقضاء ،نظرا للتطورات التي عرفها في مجال العلاقات الاقتصادية ، بحيث بعدما كان وسيلة لتحرير الاستثمارات الأجنبية وضمان مبدأ المساواة في المعاملة ، أصبح يشكل خطرا على سيادة الدول بسبب محاولات توسيع مجال تطبيقه ، ليشمل كل المسائل المتصلة بعملية الاستثمار فيما يتعلق مرحلة، قبل دخول الاستثمارات ،وبعد دخول الاستثمارات ، وبالمستثمر والاستثمارات ،وبما فيها كذلك التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات .

سيتم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع : نتناول في الفرع الأول النطاق الزمني والمادي للمعيار ،وفي الفرع الثاني النطاق الشخصي للمعيار ، وفي الفرع الأخير استثناءات تطبيق المعيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية .

الفرع الأول

النطاق الزمني والمادي للمعيار

يقتضي البحث في النطاق الزمني والمادي للمعيار الدولة الأولى بالرعاية ، نتناولها أولاً النطاق الزمني ،وثانياً النطاق المادي .

أولاً :النطاق الزمني للمعيار :

يختلف النطاق الزمني لسريان معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية بين مرحلة ما قبل دخول الاستثمارات الاجنبية ومرحلة ما بعد دخول الاستثمارات الاجنبية ، على النحو الآتي :-

١- مرحلة ما قبل دخول الاستثمارات الاجنبية :

تتبع اتفاقيات الاستثمار الثنائية الحديثة نسبياً هذا النهج ، إذ يبدأ سريان معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية فيها من مرحلة ما قبل دخول وتأسيس الاستثمارات الأجنبية ،ومنها النموذج الامريكي لاتفاقيات الاستثمار الثنائية [١]. ومثالها اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية ، والأورغواي المبرمة في ٢٠٠٥/١١/٤ ، التي نصت على سريان المعيار في مرحلة التأسيس ،أي قبل دخول الاستثمار الأجنبي [٢] ، وكذلك اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) في المادة (١١٠٣) التي تنص على أن "١- يمنح كل طرف متعاقد لمستثمري الطرف الآخر معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك التي يمنحها في ظروف مماثلة لمستثمري كل طرف آخر أو دولة أو دولة غير وذلك في ما يخص التأسيس ، التملك ،التوسع ، الإدارة ، التوجية، الاستغلال والبيع أو أي تصرف استثماري آخر ٢- يمنح كل طرف من الأطراف المتعاقدة للأستثمارات المحققة من جانب مستثمري طرف آخر معاملة لا تقل

---

(1)Newcombe ,Andrew Paul & Paradell,Lluis,Law and Practice of Investment Treaties :Standards of Treatment ,Wolters Kluwer Publications,The Netherland ,2009,p204 .

(٢) ينظر: المادة (٤) من الأتفاقية المذكورة والمنشورة على الموقع الإلكتروني للأونكتاد

http://investmentpolicyhub.unctad.org

تفضيلا عن تلك التي يمنحها ، في ظروف مماثلة للأستثمارات المحققة من جانب كل طرف آخر ،أو دولة غير ، وذلك في ما يخص التأسيس ، التملك . . . " [١] .

يلاحظ من خلال النص وجود كلمة التأسيس، هذا يعني إن سريان المعيار في مرحلة التأسيس أي مرحلة ما قبل دخول وتأسيس الاستثمارات الاجنبية .

إلا إن لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة في تقريرها الصادر عام ١٩٧٨ بان شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل المرحلة قبل وبعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ ، لكن من حق الأطراف المتعاقدة الاتفاق حول تطبيق هذه القاعدة في المرحلة بعد دخولها حيز التنفيذ فقط [٢] .

٢- مرحلة ما بعد دخول الاستثمارات الأجنبية :

وهو ما تأخذ به معظم اتفاقيات الاستثمار الثنائية ،أي إن المعيار لا يطبق إلا على الاستثمارات الأجنبية التي تم قبولها بالفعل، ودخلت لإقليم الدولة المضيفة وتم تأسيسها [٣] ، مثالها اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين المكسيك وبريطانيا المبرمة في ١٢/٥/٢٠٠٦/ ، التي نصت في المادة (٢) و(٤) من الإتفاقية ، على أن " يكون إدخال الاستثمارات الأجنبية وفقاً للتتشريعات، والقوانين الوطنية لدول المتعاقدة ، وتمنح الدولة المضيفة الاستثمارات المملوكة لمواطني أحد الدول المتعاقدة معاملة لا تقل تفضيلا عن تلك التي تمنحها لمواطني الدول الأخرى "، وكذلك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين المملكة الأردنية الهاشمية وألمانيا المبرمة في ٢٠٠٧/١١/١٣، التي نصت في المادة (٢) و(٣) من الأتفاقية على أن "يكون إدخال الاستثمارات الأجنبية وفقا للتشريعات والقوانين الوطنية للدول

---

(١) راجع المادة ١١٠٣ من الاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية(NAFTA).

(٢) د. عيبوط محند وعلي ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للأستثمارات ، المصدر السابق ، ص ٨٩.

(3)Schill, Stephan W.,Mulitilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses ,Berkeley Journal of International Law,Vol27,Issue2,2009,P.506 .

المتعاقدة ، وتمنح الدولة المضيفة الاستثمارات المملوكة لمواطني أحد الدول المتعاقدة معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي تمنحها لمواطني الدول الأخرى " [١] .

ثانياً :النطاق المادي للمعيار :

نطاق التطبيق المادي لمعيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، هو إما المستثمر الاجنبي ، أو الاستثمارات الأجنبية ، فنجد أن هناك اتفاقيات استثمار نصت على سريان المعيار على استثمارات معينة فقط ، مثل اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين لبنان والبحرين المبرمة في٢٠٠٣/٨/٧ التي نصت على ضمان معاملة لاستثمارات الدولة المتعاقدة لا تقل رعاية من تلك التي يمنحها لاستثمارت الدولة ثالثة ، ونوع آخر من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي توسع من النطاق المادي للمعيار، ليشمل المستثمر الأجنبي واستثمارات الدولة المتعاقدة مثال ذلك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرغواي المبرمة في ٢٠٠٥/١١/٤ التي نصت على سريان معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية على استثمارات ومستثمري الدولة المتعاقدة [٢]، وكذلك اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة اليابان المبرمة ٦/٧/ ٢٠١٢ التي نصت في الفقرة (١) من المادة (٤) على " منح أي طرف متعاقد منح مستثمري الطرف المتعاقد الآخر واستثماراتهم معاملة لا تقل رعاية عن تلك المعاملة التي يمنحها في ظروف مماثلة لمستثمري طرف غير متعاقد، ولاستثماراتهم فيما يتعلق بالأنشطة الاستثمارية " [٣].

---

(١) منشورة على الموقع الإلكتروني للأونكتاد http://investmentpolicyhub.unctad.org

(٢) منشورة على الموقع الإلكتروني للأونكتاد http://investmentpolicyhub.unctad.org

(٣) هذه الاتفاقية منشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٢٩٦) ، تاريخ ٢٠١٣/١١/٤ .

نستنتج مما سبق إن منح مزايا الدولة الأولى بالرعاية للاستثمارت والمستثمرين الأجانب من دون الاستثمارات وحدها، أو المستثمرين وحدهم يوسع من النطاق المادي لتطبيق هذا المعيار، فيما إذا كانت جنسية الاستثمارات تختلف عن جنسية المستثمرين ، وبالتالي توسيع المعيار الدولة الأولى بالرعاية ، ليشمل المنازعات وطرق فضها الذي يتمتع به المستثمر وليس الاستثمار .

الفرع الثاني

النطاق الشخصي للمعيار

ذكرنا سابقاً بأن هذا المعيار يفترض وجود ثلاث دول هما :الدولتان الموقعتان على المعاهدة المتضمنة المعيار ، أي الدولة الملتزمة به والدولة المستفيدة منه ، ودولة خارجة عن المعاهدة ، وهي الدولة الأولى بالرعاية التي يتمتع رعاياها بأفضل معاملة يلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة به .

فإن الحقوق والمزايا التي تحصل عليها الدول المستفيدة ترتبط من حيث وجودها، ونطاقها بالحقوق التي تتمتع بها الدولة الأولى بالرعاية ، لذلك فأن أي زيادة أو نقصان في مقدار الحقوق والتسهيلات الممنوحة للأستثمارات ولمواطني الدولة الأولى تنعكس أيضا على مقدار الحقوق والتسهيلات التي تتمتع بها استثمارات الدولة المستفيدة ، وإذا انقضى الحق الذي تتمتع به الدولة الأولى بالرعاية أنقضى أيضا الحق الذي تم منحه للدولة المستفيدة [١] .

وهذا ما أكدته تماما محكمة العدل الدولية في النزاع الذي قام بين فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية بشأن المحاكم القنصلية المراكشية لعام ١٩٥٢ بقولها :إن الدولة المستفيدة من معيار الدولة الأولى بالرعاية

---

(١) د. حسن النمر ، مصدر سابق ، ص ١٣٤ .

لا تتمتع بالحقوق والمزايا المقررة في المعاهدة المبرمة بين الدول الملتزمة بالمعيار والدولة الأولى بالرعاية إلا في حدود ما تتمتع به هذه الأخيرة من حقوق ومزايا ، وبالتالي فإن لإلغاء الحقوق والمزايا المقررة للدولة الأكثر رعاية أو الانتقاص منها أثره على الدولة المستفيدة من المعيار) [١] .

والأصل إن إدراج هذا المعيار في أي اتفاقية تتناول موضوعاً يقيد نطاق تطبيقه في إطار هذا الموضوع ، ويعني أن وجود هذا المعيار في أي اتفاقية استثمارات ثنائية، يفيد منح الدولة المستفيدة الحق في أفضل معاملة منحتها، أو ستمنحها الدولة الملتزمة بها لاستثمارات ومواطني أية دولة أجنبية أخرى ، وهكذا ليس للدولة المستفيدة من المعيار الحق في المطالبة في هذا الفرض بأفضل معاملة ممنوحة لدولة أجنبية خارج نطاق الاستثمارات موضوع الاتفاقية ، فقد نصت الفقرة(١) من المادة(٣) من المعاهدة المبرمة بين جمهورية مصر العربية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسمبورجي لعام ١٩٧٧ السابق الإشارة إليها على ما يأتي :سوف تتمتع جميع الاستثمارات والسلع والحقوق و المصالح المتعلقة بهذه الاستثمارات ، المملوكة بشكل مباشر أو غير مباشر للرعايا أو الاشخاص الاعتباريين التابعين لإحدى الدول المتعاقدة ، بمعاملة مساوية على الأقل لتلك التي يتمتع بها الرعايا والأشخاص القانونيون لأي دولة ثالثة [٢] .

نستنتج مماسبق إن النطاق الشخصي للمعيار هي ثلاث دول ، الدولة الملتزمة به أي المانحة ،والدولة المستفيدة الموقعة على الاتفاقية ، والدولة الخارجة عن الاتفاقية إي الدولة الأولى بالرعاية فإن أي حقوق ومزايا التي تحصل عليها الدول المستفيدة ترتبط من حيث وجودها ونطاقها بالحقوق التي تتمتع بها الدولة الأولى بالرعاية ، من حيث زيادة أو نقصان بتلك الحقوق ،المزايا ، وبالتالي فإن أي إلغاء للحقوق والمزايا المقررة للدولة الأكثر رعاية أو الانتقاص منها يكون أثره على الدولة المستفيدة من المعيار .

---

(1)I-C-J.Rights of nationals of the United States of America in Morocco .Reports 1952.P.191-192.

(٢) د. مروة موفق مهدي ، مصدر سابق ،ص ٨٢-٨٣ .

الفرع الثالث

استثناءات معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية

على الرغم من اتساع مجال تطبيق معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ، فإن اتفاقيات الاستثمار تتضمن عدداً من الاستثناءات لهذا المعيار ،وتنقسم هذه الاستثناءات إلى استثناءات عامة واستثناءات تبادلية خاصة بالموضوع ،واستثناءات خاصة بدولة ما .

أولاً : الاستثناءات العامة :

معظم الإستثناءات العامة الواردة على تطبيق معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ذات طابع عرفي كرستها المعاملات التجارية الدولية منذ القدم ، وكذلك جرت العادة أن تتضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية استثناءات من تطبيق المعيار التي تتمتع بسمة عامة ،وهي :-

استثناءات النظام العام والصحة العامة والأداب العامة يسمح عدد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية للأطراف المتعاقدة بمخالفة مبدأ عدم التمييز إذا كان ذلك ضرورياً لحماية النظام العام والصحة العامة، والآداب العامة ، التي قد ترجع للحفاظ على النظام العام الصحة العامة أو الأخلاق العامة ،أو الاستثناءات المقررة لحماية الأمن القومي ، وهذه الأحكام تعطي الأطراف سلطة تقديرية واسعة في البت إذا كانت تريد أن تحتج بحكم الاستثناء من عدمه [١] ،مثال ذلك في مدونة حركات رؤوس الأموال لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادي و اتفاقية ميثاق الطاقة ونصت كذلك المادة (٢٠) من إتفاقية جات [٢] .

---

(١) د. لمياء متولي يوسف مرسي ، مصدر سابق ، ص ١٩١ .

(٢) جمال ابراهيمي ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

ثانياً : استثناءات تبادلية بشأن مواضيع محددة :

تتعلق هذه الاستثناءات بمعايير المعاملة وخاصة معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ، يعني ذلك لا يكون الطرف ملزماً بمنح شركائه المتعاهديين من خلال حكم معيار معاملة الدولة الأكثر رعاية، أي امتياز أو مزايا يكون قد منحها لدولة آخرى،على أساس التبادل ومن تلك الاستثناءات التبادلية فيما يتعلق بالضرائب والملكية الفكرية والتكامل الاقتصادي الإقليمي ،والاعتراف المتبادل الذي يسهل توفير الخدمات عبر الحدود ،إذ تتضمن بعض الاتفاقيات الثنائية للأستثمار عادة بنداً يستثني معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية من المادة الجبائية ، ويعني ذلك إنه ليس هناك من إلزام للطرف المتعاقد بمنح الطرف الآخر في الاتفاق ، ميزة يكون قد منحها لدولة أخرى ولمستثمريها في إطار اتفاقية ثنائية لاجتناب الازدواج الضريبي [١] .

مثال ذلك اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين حكومة الجمهورية التونسية وحكومة الجمهورية اللبنانية في ١٩٩٨/٦/٢٤ التي نصت على أن " لا تشمل هذه المعاملة أي ميزة يوليها أي من الطرفين المتعاقدين لمستثمرين من دولة ثالثة بموجب اتفاقية حول الازدواج الضريبي أو اتفاقيات أخرى على أساس متبادل تتعلق بالضرائب " [٢] .

وقد يكون الاستثناء فيما يخص الملكية الفكرية ومثاله المادة (١٠) من معاهدة ميثاق الطاقة

---

(١) د. محمد صافي يوسف ، النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٠ ، وكذلك ينظر: د. لمياء متولي يوسف مرسي ،مصدر سابق ، ص ١٩٢.

(٢) راجع نص المادة (٣) من الاتفاقية المذكورة ، والمنشورة على الموقع الإلكتروني للاونكتاد http://investmentpolicyhub.unctad.org

" بصرف النظر عن أي حكم آخر بهذا الفصل ، فإن المعاملة الموصوفة في الفقرتين (٣) و(٧) المعاملة الوطنية، ومعاملة الدولة الأولى بالرعاية ، لن تطبق على حماية الملكية الفكرية ؛ وعوضا عن ذلك فإن المعاملة لا بد أن تكون محددة بالأحكام المناسبة من الاتفاقيات الدولية المطبقة لحماية الملكية الفكرية التي تكون الأطراف المتعاقدة على التوالي أطرافاً فيها " [١] .

وكذلك تنص أغلبية اتفاقيات الاستثمارات على بند يعفي الدولة المضيفة للأستثمار من تطبيق معيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ،عندما تكون هذه الدولة عضوا في منظمة تعاون أو اندماج إقليمي ، على أساس هذا البند ، يتم إعفاء أعضاء مثل هذه المنظمات من الإلتزام بمنح مزايا الدولة الأولى بالرعاية لغير الأعضاء [٢] .

ثالثاً : استثناءات الخاصة بدولة أو بموضوع أو بقطاع :

تخول بعض الاتفاقيات للأطراف المتعاقدة حق مخالفة هذا المعيار بشأن كل تدبير وكل قطاع أو كل نشاط بشرط أن تذكر هذه المخالفة في قائمة المخالفات الخاصة لكل دولة ويوجد هذا النوع من الاستثناءات في اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) [٣] .

تسمح الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية بالاستثناء المؤسس على أهمية المشروع للدولة المضيفة ، تنص على إن " للمستثمر العربي حق الاختيار في أن يعامل أية معاملة أخرى تقررها أحكام عامة في الدولة التي يقع فيها الاستثمار بموجب قانون أو اتفاقية دولية ويتلقها استثمار

---

(١) يراجع المادة (١٠) من معاهدة ميثاق الطاقة .

(٢) د. أحمد صالح علي ، خصوصية نظام شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار قانون منظمة التجارة العالمية ، المجلة الجزائرية ، للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٥٦، العدد ١ ، من دون سنة نشر ،ص ٣٥٤ .

(٣) ينظر: الفقرة (١) من المادة (١١٠٨) من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFAT) .

غير عربي في مجال مماثل ، ولا يشمل ذلك ما قد تمنحه الدولة من معاملة مميزة لمشروع محدد نظراً لأهميته الخاصة لتلك الدولة " [١] .

نستنتج مما سبق إن معيار معاملة الدولة الأولى بالرعاية ، تم تكريسه في العديد من الاتفاقيات الدولية التي تعد كتنظيم قانوني يعمل على خلق إطار قانوني بالنسبة للاستثمارات الاجنبية ، أما فيما يخص نطاق تطبيقه من حيث النطاق الزمني فقد أكدت لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة إن هذا المعيار يشمل مرحلة قبل وبعد دخول الاتفاقية .

المبحث الثالث

التعريف بمعيار التعويض والموقف الدولي منه

هناك إلتزام دولي يتعين بموجبه على كل دولة حماية الحقوق المكتسبة للأجنبي المقيم على إقليمها وحماية أمواله وممتلكاته ،فإذا قامت الدولة بالاستيلاء على هذه الأموال أو تأميمها فإنها بذلك قد أخلت بالإلتزام الدولي ،مما يؤدي بالتالي إلى التزامها بالتعويض وتلتزم الدولة المؤممة بتعويض الأجنبي، وذلك بغض النظر عن المعاملة التي يلقاها رعايا الدولة أنفسهم في هذا الشأن[٢].

إن المخاطر التي تلحق المستثمر الاجنبي في التعويض ، تندرج ضمن المخاطر السياسية أو المخاطر غير التجارية التي تتولد عن تصرفات الدولة ولا يرتبط حدوثها بالمخاطر التجارية أو أي تصرف صادر من المستثمر .

ووفقاً لقواعد القانون الدولي والقوانين الداخلية للدول المضيفة،وكذا العرف الدولي يتم تعويض المستثمر الأجنبي عن المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها على إقليم الدولة المضيفة والمتمثلة في نزع الملكية

---

(١) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٦) من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية .

(٢) يوسف حسين جهاد ، دور الحوافز والضمانات القانونية والقضائية في تعزيز الاستثمار الأجنبي المباشر (دراسة مقارنة وتطبيقية على العراق) ، رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٢٠ ، ص ٥٢ .

الملكية والتأميم كأقصى حد يمكن أن يتعرض له المستثمر الأجنبي ، ويؤدي إلى حرمانه من ملكيته ،فضلاً عن أخطار أخرى كلجوء الدولة إلى فسخ العقد من دون إرادة المستثمر الأجنبية ، ومواجهة خطر تحويل العملة ، فضلاً عن خطر الحروب والأضطرابات [١] .

لهذا سيتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول مفهوم معيار التعويض ، وفي المطلب الآخر نظريات التعويض والموقف الدولي من التعويض .

المطلب الأول

مفهوم معيار التعويض

يعد معيار التعويض التزاماً مقابلا لمشروعية نزع الملكية ، ولقد تضمنته العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار إذ يعد كضمان يمنح للمستثمر الأجنبي في حال نزع ملكيته أو تأميمه ، وهذه الاتفاقيات لم تنص على التعويض بصورة عامة فحسب، وإنما نصت على خصائص التعويض المختلفة أي يكون عادلا ،ومنصفا ، سريعا ، فعالا ، ملائماً .

إن معظم الاتفاقيات الدولية قد اختلف فيما بينها ؛ وذلك بخصوص الأسلوب المعتمد في تقدير التعويض ، إذ اعتمد بعضها على القيمة الحقيقية للاستثمار، والبعض الآخر على القيمة السوقية للمشروع ، في حين اعتمد البعض الآخر القيمة الاقتصادية للمشروع .

لهذا يتم تقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع : نتناول في الفرع الأول تعريف معيار التعويض ، وفي الفرع الثاني خصائص معيار التعويض ، وفي الفرع الأخير تقدير معيار التعويض ، على النحو الآتي.

---

(١) فيروز عبد الرحيم ، ويزة ضياف ، مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الاجنبي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري،الجزائر ، ٢٠١٥، ص ٨ .

الفرع الأول

تعريف معيار التعويض

يقتضي البحث في تعريف معيار التعويض نتناول تعريفات عدة للتعويض حتى نتوصل لمفهوم التعويض الذي يشمل خصائص التعويض كافة ، على النحو الآتي :-

يُعرف التعويض بأنه : إصلاح الضرر الحادث من خلال دفع مبالغ نقدية ،أو تقديم أشياء عينية يقبلها المتضرر ، أو يحكم بها من جهات مختصة [١] .

يلاحظ على هذا التعريف بأنه يظهر خصيصة من خصائص التعويض، وهي تمثل في دفع مبالغ نقدية ،أو تقديم أشياء عينية يقبلها المتضرر إي معنى ذلك إن تعويض نقداً ، أو عينياً قابلا للتداول ، وذات قيمة سوقية يمكن بيعها، والحصول على ثمنها في إي وقت ، هنا يظهر خصيصة إن التعويض فوري وسريع ويدفع بمدة معقولة ، إلا إنه لم يشمل مجمل خصائص التعويض .

وعرفه البعض بأنه : مبلغ من النقود ،أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المتضرر من خسارة ،وما فاته من كسب كانا نتيجة طبيعية للفعل الضار [٢] .

---

(١) د. احمد كاظم الساعدي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ .

(٢) محمد رياض سميسم ، حق الضحية في التعويض في ضوء القانون الجنائي الدولي ، مكتبة زين الحقوقية ،بيروت ،لبنان ، ٢٠١٩ ، ص٦٤ .

يلاحظ على هذا التعريف أنه شامل لمفهوم التعويض، لأنه بين مجمل خصائصه ، إذ يكون التعويض فوري ، وسريع ، وعادل، ومنصف، لأنه ذكر يعادل الضرر وأنه يغطي الخسارة التي تلحق المستثمر، وكذلك ما فاته من ربح .

ويعرف كذلك بأنه : مبلغ من النقود، أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق الدائن من خسارة، ومافاته من ربح لاخلال المدين بتنفيذ التزامه [١] .

يلاحظ على هذا التعريف ،بأنه يشمل مبلغ نقدي أو ترضية من جنس الضرر، ويعطي له ما لحق الدائن من خسارة إي إنه يظهر بعض خصائص التعويض بأنه فوري وسريع وعادل إلا إنه يؤخذ عليه، بقصر حالات استحقاق التعويض في حالة أخلال المدين بتنفيذ إلتزامه، يعني فقط بحالة عدم التنفيذ أو الاخلال بتنفيذ التزامه .

يعرف التعويض هو قيمة مادية أو معنوية حقيقية مرتبطة بقيمة اقتصادية، ومبدأ معترف به دوليا وملزماً على الدول مادام هو الصورة البسيطة والمباشرة لإصلاح الضرر الذي يصيب المستثمر الأجنبي [٢] .

يلاحظ على هذا التعريف إنه وسع مفهوم التعويض، ويمثل بدفع القيمة مادية، أو معنوية إلى المستثمر الأجنبي ، فضلاً عن إنه لم يشمل مجمل خصائص التعويض المستثمر الأجنبي .

كذلك ما جاء في المادة(٣٦) في الباب الثاني من الفصل لمشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة

---

(١) د. عباس علي محمد ود. حسن حنتوش رشيد ، التعويض القانوني نظرية الفوائد ، مجلة جامعة كربلاء العلمية ،المجلد السادس ، العدد الأول ، الانساني ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٢٦ .

(٢) نوارة حسين ، التعويض في الاستثمار الاجنبي،مجلة الفقه والقانون، مجلة مغربية ، العدد ١٦، ٢٠١٤ ، ص ٥٥ .

دولياً لعام ٢٠٠١ ، التي نصت "١- على الدولة المسؤولة عن الفعل غير المشروع دولياً التزام بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا الفعل ، في حالة عدم إصلاح هذا الضرر بالرد ٢- يشمل التعويض أي ضرر يكون قابلاً للتقييم من الناحية المالية ، بما في ذلك ما فات من الكسب ، بقدر ما يكون هذا الكسب مؤكداً " (١).

يلاحظ على هذا التعريف بأنه موجز للغاية، كما إنه عام وناقص فلم يشمل جميع الخصائص الأساسية التي يقوم عليها التعويض، إلا إنه بين أن يكون التعويض عادلاً ومنصفاً وفورياً وسريعاً فقط .

يقترح الباحث تعريف التعويض العادل والمنصف: بأنه مبلغ نقدي أو عيني قابل للتحويل إلى عملة المستثمر الأجنبي أو الدولة التي يتمتع المستثمر بجنسيتها ، يغطي الخسارة التي لحقت بالمستثمر الأجنبي، والكسب الفائت نتيجة تأميم مشروعه، أو نزع ملكيته من الدولة المضيفة للأستثمار . على الرغم من ان معيار التعويض من المبادئ الثابتة على المستوى الدولي، إلا إن مسألة تحديد محتواه لا يزال محل خلاف بين الدول المستوردة للأستثمار، والدول المصدرة له ، وحتى بين هيئات التحكيم الدولية.

---

(١) تقرير لجنة القانون الدولي ، الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، دورتها الثالثة والخمسين، تقرير اللجنة السادسة ، الوثيقة A/56/589/ ، ٢٠٠١ ، ص ١٦ .

الفرع الثاني

خصائص معيار التعويض

على الرغم من ان معيار التعويض من المبادئ الثابتة على المستوى الدولي، إلا إن مسألة تحديد محتواه لا يزال محل خلاف بين الدول المستوردة للأستثمار والدول المصدرة له، وحتى بين هيئات التحكيم الدولية. وهذا الخلاف يتجسد في مسألة خصائص التعويض ، نبين هذه الخصائص،على النحو الآتي :-

أولاً : تعويض فوري أو سريع : يشترط في التعويض أن يكون سريعاً بشكل لا يضاعف الخسارة إذا ما دفع التعويض في الوقت المناسب ، جراء التأميم ونزع الملكية إذ يكون المستثمر الأجنبي قد اقتنع بفكرة الضمان المقدمة له في الدولة المضيفة له [١] ، لكي يكون التعويض فورياً يجب أن يدفع فيه التعويض فعلاً إلى المستثمر الاجنبي وليس إلى الوقت الذي يقدر فيه مبلغ التعويض [٢] يعني ذلك وجود مدة زمنية قصيرة نسبياً بين تاريخ الملكية وتاريخ دفع التعويض ، وعلى أن تقدر هذه المدة بشكل معقول وبحيث لا يسمح بإطالتها بشكل تحكمي [٣] فإنه يجب أداءه إما قبل التأميم أو خلال مدة وجيزة بعده [٤] إلا إن هذا لا يعني إن الدفع الفعلي يجب أن يتم في تاريخ الاستيلاء نفسه ، ذلك إن تقدير مبلغ التعويض المستحق يحتاج إلى إجراءات إدارية أو قضائية قد تستغرق بعض الوقت [٥]

---

(١) عمار محمد خضير الجبوري ، ضمانات الإستثمار الاجنبي في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية ، لبنان ، ٢٠١٤ ، ص ٦٩ .

(٢) د. عصام الدين مصطفى بسيم ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .

(٣) د. علي حسين ملحم ، مصدر سابق ،ص ١٧٠ .

(٤) د. حاتم غائب سعيد ، مصدر سابق، ص ١٤٧ .

(٥) د. عصام الدين مصطفى بسيم ، مصدر سابق ،ص٢٩١ .

ويذهب الفقه إلى إن الدولة متى ما أنتهت من الإجراءات الشكلية لدفع لتعويض، فلا يجوز لها التأخير؛ لأن ذلك يعد مماطلة غير مقبولة منها في دفع التعويض [١] .

وتقضي قواعد العرف الدولي بأن التعويض يجب أن يتم أداؤه بالسرعة المعقولة ، وإن قرار التأميم ينبغي أن يتضمن طريقة تقدير التعويض والدفع السريع للمبلغ المقدر، إلا أن ذلك لا يحول من دون تقسيط مبلغ التعويض بشكل معقول، ويكفي أن يكون هناك نص قانوني في قرار التأميم يحدد الطريقة التي سوف يتم بها تقدير مبلغ التعويض وأداءه بشرط أن يتم التقدير والدفع خلال مدة معقولة ، ويعد هذا الإجراء من الضمانات المهمة للمستثمر التي تم الاستيلاء عليها .

لابد من الإشارة هنا إن الدولة المؤممة تستطيع دفع التعويض على شكل سندات حكومية قابلة للتدوال ، وذات قيمة سوقية طالما إنه يمكن بيعها والحصول على ثمنها في أي وقت، أما إذا تم الدفع بسندات حكومية غير قابلة للتداول أو ليست لها قيمة سوقية ، فإن الدولة تكون قد أخلت بالتزاماتها بأداء التعويض ، إلا إذا حددت لسداد قيمة تلك السندات مدة معقولة [٢]

ثانياً : تعويض فعال :

ويقصد بذلك الشكل الدقيق للتعويض ، وبصفة خاصة إمكانية المستثمر الأجنبي أستخدامه، والتصرف فيه بحيث لا يتعرض للخسارة [٣] ، ويتحقق ذلك في حالة إذا دفع التعويض للمستثمر الأجنبي نقداً ،وعلى أن يكون هذا النقد قابلا للتحويل إلى عملة الدولة التي يتمتع المستثمر بجنسيتها المستثمر الأجنبي ،أو إلى العملة التي ورد بها رأس المال عند بداية الاستثمار ، والأهم هو أن يكون مبلغ التعويض قابلاً للتحويل

---

(١) د.علي حسين ملحم ، المصدر السابق ، ص ٢٨٨.

(٢) د. حاتم غائب سعيد ، مصدر سابق، ١٤٧ .

(٣) د . شيرزاد حميد هروري ، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،٢٠١٨،ص١٠٩.

إلى خارج الدولة المضيفة ، سواء كان التحويل إلى دولة جنسية المستثمر أم إلى أي دولة أخرى [١] ،ولكي يكون التعويض عادلاً فإنه يجب أن يكون فعالاً، ويتجسد ذلك عموماً بأداء التعويض نقدا أو على هيئة أموال قابلة للتحويل إلى نقد [٢] ، وبناء على ذلك فإن الدولة المضيفة للأستثمار الاجنبي تستطيع أن تؤخر تحويل مبلغ التعويض إلى الخارج لضمان توفير النقد الأجنبي اللازم ، بشرط أن يكون ذلك التأخير في أقل الحدود الممكنة ، كما يكون التعويض عينياً أو قد يكون مبلغ التعويض بين نقدي وعيني أما بالنسبة إلى أن يكون التعويض فعالاً هو أن يحقق الأثر المطلوب من حيث تعويض المستثمر الأجنبي عما لحقه من خسائر ومافاته من كسب [٣] .

ثالثاً : تعويض عادل :

تتسم هذه الخصيصة بالغموض إذ يصعب تحديد مضمونها بشكل دقيق ؛ نظراً لاختلاف مفهوم العدل من دولة لأخرى ، فالدول الغربية ترى إن مفهوم العدالة يقتضي أن يحصل المستثمر الأجنبي على تعويض يعادل كامل قيمة الممتلكات التي فقدها أو يجب أن يوضع في مركزه الاقتصادي نفسه الذي كان يتمتع به عندما تم الاستيلاء على ملكيته أو يعطي السعر السوقي الجاري لملكية لحظة الاستيلاء عليها [٤] ، أما

---

(١) مصطفى خالد مصطفى النظامي ، مصدر سابق ،ص ١٢٨ .

(٢) د.خالد محمد الجمعة ،إنهاء الدولة المضيفة للأستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الاجنبي (الطرق، المشروعية ،الشروط) ، مجلة الحقوق ،الكويت ، العدد الثالث ، السنة الثالثة والعشرون ، ١٩٩٩ ،ص ١٠٩ .

(٣) د . حاتم غائب سعيد ، مصدر سابق ، ص١٥٠ .

(٤) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية في البلاد العربية ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٧٥ ، ص ٣٦٣ .

الدول النامية ترى إن مفهوم العدالة يقتضي أن تدخل الظروف المناسبة في تقدير التعويض التي من أهم هذه الظروف الأرباح الخيالية التي حققها المستثمر سابقاً ، وكذلك قدرة الدولة على دفع التعويض [١].

وتذهب بعض الاجتهادات الفقهية إلى أن يكون التعويض كافياً إذا تطابق بشكل كامل مع قيمة المصالح الاقتصادية الاجنبية التي تأثرت بإجراءات التأميم وغالباً ما تطابق الخسارة الحقيقية للأجنبي الكسب الذي حققته الدولة المؤممة ، وهذا يقودنا إلى تقدير الخسارة التي لحقت بالمستثمر الاجنبي، ومن ثم تحديد مبلغ التعويض [٢] .

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التعويض العادل يتمثل في الواقع في القيمة السوقية الحرة للأموال المؤممة وقت التأميم فإن تعذر تحديد القيمة السوقية الحرة لتلك الأموال ، فإن التعويض الكافي في ضوء المعيار الدولي للعدالة بالقدر الذي تسمح به الاعتبارات العملية والمتمثل بالقيمة التي يتوقع للمشتري المحتمل أن يدفعها بشكل معقول إلى البائع المحتمل [٣] .

اذاً المقصود بوصفه عادلاً هو أن يغطي قيمة الأموال المصادرة أو المؤممة وفق قيمتها في السوق وقت المصادرة أو التأميم [٤] . ولكن من المستقر عليه لدى الفقه المعاصر ان التعويض العادل لا يعني المساواة التامة بين مبلغ التعويض وقيمة المشروع الذي تناوله التأميم [٥].

---

(١) مصطفى خالد مصطفى النظامي ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

(٢) د. دريد محمود السامرائي ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .

(٣) د. عصام الدين مصطفى بسيم ، مصدر سابق ،ص ٢٧٧ .

(٤) د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر ، الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة به ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١١ ، ص١٥٠ .

(٥) د. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ٢٠ .

رابعاً : تعويض ملائم وحقيقي :

هو التعويض الذي يشمل الخسارة التي وقعت والكسب الفائت ، بمعنى إنه يغطي الخسارة الفعلية التي تتحدد غالباً بقيمة الأموال كافة التي انتزعت ملكيتها تبعاً للسعر السائد في السوق ، بما في ذلك قيمة الأصول المادية وغير المادية والأضرار غير المباشرة ،كتلك المترتبة على إنهاء عقد متعلق بالملكية المنتزعة ، فضلاً عن الأرباح المستقبلية أي ما فات المستثمر من كسب كالأرباح المستقبلية المحتملة ، إلى جانب فوائد الرأسمال الفعلي لمبلغ التعويض في حالة ما إذا كان الدفع مؤجلاً ، أو لسبب آخر [١] .

وان العائق في تحديد التعويض الملائم والحقيقي يتمثل في مسألة تقييم الأضرار اللاحقة بالمستثمر فيما إذا كان يشمل الحرمان من الفوائد ، وقواعد القانون الدولي ترى أنه يشمل الأضرار والخسائر والفوائد المحتملة إذا كان ناتجاً عن نزع ملكية غير مشروع ، أما المصادر الحديثة للقانون الدولي ترى إنه ملائم إذ كان يغطي القيمة التجارية أو الحقيقية لاستثمار [٢] .

خامساً : تعويض منصف :

يقصد بالتعويض المنصف : التعويض الشامل الذي يغطي الخسارة التي تلحق بالمستثمر، ومشروعه الاستثماري ،نتيجة عملية نزع الملكية التي قامت بها الدولة لمصلحة عامة [٣] إذ يجب أن يتم التعويض استنادا إلى قيمة الأسعار الموجودة في الأسواق وقت التعويض، أو تقدر حسب قدرة الدولة إذ لا تكون

---

(١) د. معيفي لعزيز ، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري : آلية تفعيل العملية الاستثمارية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١٧ ، العدد ١ ، ٢٠١٨ ، ص ٤٦٥ .

(٢) فيروز عبد الرحيم ، ويزة ضياف ، مصدر سابق ، ص ٤١ .

(٣) د. عيبوط محند علي، الحماية القانونية للأستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مصدر سابق ،ص ٢١٥ .

بالسعر الأدنى والأقل ولا بالأسعار غير المناسبة ، وفي كل الأحوال يجب أن يكون تعويضاً عادلاً يوازي بين مصلحة الطرفين [١] ، ويغطي كل ما فات المستثمر من ربح [٢] .

الفرع الثالث

تقدير معيار التعويض

إن تقدير التعويض المستحق قد أثار جدلاً كبيراً في القانون الدولي ، إذ لم يعرفه معياراً دقيقاً وموحداً لتقدير التعويض عن الأضرار التي تلحق بالمستثمر الاجنبي ، وعلى الرغم من عدم تطور قواعده، والأحكام الصادرة عن المحاكم ، إلا إنه يضم مختلف الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية الاستثمار على أسس ثلاثة لتقدير التعويض وهي : القيمة الحقيقية للاستثمار ، القيمة السوقية ، والقيمة الاقتصادية ، على النحو الآتي :-

١-القيمة الحقيقية للاستثمار : يقصد به إن يكون التعويض مساوياً لقيمة الاستثمار الحقيقية ، وهذه الأخيرة تشمل القيمة الحسابية الصافية ،وكل الفائدة التي يحصل عليها المستثمر ، وكذلك الفوائد والخسائر المحتملة [١] .

---

(١) د. شيرزاد حميد هروري ، الضمانات التشريعية للإستثمارات الأجنبية دراسة مقارنة ، مصدر سابق ، ص١٦٥ .

(٢)د. عيبوط محند علي، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مصدر سابق ،ص ٢١٥ .

(٣) د. عيبوط محند وعلي ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية في الجزائر ، مصدر سابق ،ص ٢٠٦ .

٢- القيمة السوقية : يقصد بها إن تقدير قيمة التعويض يكون على أساس قيمة المشروع في السوق، فيعد السعر السائد في السوق معياراً لتحديد مبلغ التعويض الذي سيتلقاه المستثمر ، ونظرا للتقلبات التي يعرفها السوق فقد نصت بعض الاتفاقيات الثنائية على إمكانية تحديد قيمة التعويض، وذلك باللجوء إلى الأصول المتعارف عليها مع الأخذ بعين الاعتبار كل العناصر المرتبطة بالاستثمار من أرباح وخسائر [١] .

٣- القيمة الاقتصادية : هذه الطريقة تمكن المستثمر من الاستفادة من تعويضات واسعا ؛ وهذا لكون أن القيمة الاقتصادية تشمل كل العناصر التي لها صلة بالمشروع الاستثماري [٢] .

أما بالنسبة لشكل دفع التعويض فإن الاتفاقيات الدولية، أخذت بمبدأ فاعلية التعويض، ومبدأ الفورية ، إذ اشترطت قابلية قيمة التعويض للتحويل، وان يتم هذا التحويل من دون تأخير ، ومما يلاحظ على الاتفاقيات الحديثة بهذا الخصوص قد تخلت عن احكام تسديد التعويض بصورة أقساط ، كما إنها لم تعد تتمسك بضرورة أن يتم تحويل قيمة التعويض بالعملة نفسها التي وردت إلى الدولة المضيفة لغرض الاستثمار ، على النحو الآتي :-

مبدأ فاعلية التعويض : ومعناه إن يتم دفع التعويض بعملة قابلة للتحويل بسهولة ويسر [٣] ، وإذ كان

---

(١) د. محمد عبد الودود أبو عمر ، مصدر سابق ، ص ١٣٦ .

(٢) حرزي لوناس ، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

(٣) نور الدين قولي ، الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات : بين حماية الاستثمارات الأجنبية والحفاظ على سيادة الدول ،رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، ٢٠١٨-٢٠١٩، ص٤٢ .

الأصل هو تحويل قيمة التعويض بالعملة التي تم بها الاستثمار، بعض الاتفاقيات جعلت تحديد تلك العملة مرهونة بموافقة المستثمر [١] .

مبدأ فورية التعويض : معناه إن يتم دفع التعويض على وجه السرعة من دون تأخير أي يتم دفع التعويض ، فوراً عند إتمام إجراءات نزع الملكية ومن دون تأخير [٢] .

من الأمثلة على ذلك ، اتفاقية الاستثمار بين حكومة مصر العربية وحكومة جمهورية الصين الشعبية لعام ١٩٩٥ ،التي تنص في المادة (٤) ، على أن" التعويض يجب أن يعادل قيمة الاستثمارات المنزوع ملكيتها في الوقت الذي يتم إعلان قرار المصادرة فيه، ويكون قابلاً للتحويل بعملة حرة وسوف يتم سداد التعويض من دون تأخير لا مبرر له .."[٣].

نستنتج مماسبق إن معيار التعويض يكون له ثلاث طرق معتمدة لتقدير التعويض، وهي القيمة الحقيقية والقيمة الاقتصادية والقيمة السوقية ، إذ إن الأخيرة كانت أفضل طريقة وأخذت به عدد كبير من الاتفاقيات الثنائية ، إما بالنسبة لشكل الدفع التعويض فإن الاتفاقيات الدولية أخذت بمبدأ فاعلية التعويض ومبدأ الفورية ، وإنها استبعدت تسديد التعويض على شكل أقساط .

---

(١) د. حسن النمر ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ .

(٢) د. عمر هاشم محمد صدقة ، مصدر سابق ، ص ٩٩ .

(٣) ينظر: ان اتفاقية الاستثمار بين مصر و الصين العام ١٩٩٤ ، منشورة في الجريدة الرسمية ، العدد ٤٩ ، تاريخ ١٩٩٦/١٢/١٢، ص٢٧٩٧ .

المطلب الثاني

نظريات التعويض والموقف الدولي من التعويض

من المستقر عليه في القواعد العامة إن يلتزم كل شخص يتسبب بضرر معين بغض النظر عن طبيعته القانونية أو مركزه القانوني بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو التزامه بدفع التعويض إذا تعذر عليه ذلك ، وذلك لتغطية الخسارة أو الضرر أو لإصلاح آثاره ولتستقر قواعد التعويض ما بين الدول المستوردة للاستثمارات الأجنبية والدول المصدرة لها بالمفهوم الحالي للتعويض وأوصافه ، والتعويض إنه إلتزام من حيث المبدأ غير قابل للنقاش أو التنازل عنه أو المساومة بالالتزامات الأخرى المتبادلة ما بين الأطراف المعنية ، اختلفت المواقف فيما يخص مميزاته وأوصافه مقابل إجماعها على إلزامية حصول المستثمر الأجنبي على التعويض، فإنه عندما يتعرض للإجراءات التي تؤدي إلى حرمانه من أمواله التي تحظ بالحماية الدولية المقررة للأموال الاجنبية بصفة عامة ، وبالحماية الوطنية التي يحصل عليها كضمان مقابل استثماره في الدولة المستضيفة له ، وحماية دولته الدبلوماسية في حالة التعرض له لإثارة مسألة المسؤولية الدولية للدولة التي تستضيفه ، ويتم التعويض عن كل الخسائر والفوائد الضائعة عنه أو الكسب الفائت تعويضاً ملائماً ومناسباً .

لهذا سوف تقسم هذا المطلب على فرعين :- نتناول في الفرع الأول نظريات التعويض ، وفي الفرع الآخر الموقف الدولي من التعويض.

الفرع الأول

نظريات التعويض

تلتزم الدولة المضيفة للأستثمارات الأجنبية أثر تأميمها أو استيلائها أو نزعها للملكية الخاصة للمنفعة العمومية،لاسترجاعها الممتلكات الموجودة لدى المستثمرين الأجانب، وكل الحقوق التابعة لها دفع تعويض مقابل الحرمان الذي يتعرض له هذا المستثمر الاجنبي لأنه حقاً من الحقوق الدولية الذي اعترفت به كل المواثيق والهيئات الدولية لإضفاء الشرعية على إجراءات نزع الملكية من جهة ، ولجبر الضرر الذي لحقه من جهة أخرى ، لهذا اتناول في القانون الدولي عن نظريتين، النظرية التقليدية للتعويض، والنظرية الحديثة للتعويض ،على النحو الآتي :-

١ – النظرية التقليدية للتعويض : بموجب هذه النظرية يتجسد المفهوم التقليدي للتعويض في الدول الغربية ، ووجهة نظر هذه الدول أن تأميم الأموال الأجنبية يعد انتهاكاً للقانون الدولي وغير مشروع دولياً ، إلا إذ أقامت الدولة بدفع التعويض (الفوري و الكافي والفعال) ، وأن أي إجراء لا يصاحبه أداء تعويض كامل يعد إجراءاً شبيه بالمصادرة وغير مشروع [١] ، وترفض هذه الدول أن يتم تحديد التعويض بالاستناد إلى قواعد القانون الوطني لدولة المنتزعة للملكية ، إنما استناداً إلى بعض المعايير والمبادئ الدولية التي استقرت في الفقه الدولي كمبدأ احترام الحقوق المكتسبة و مبدأ الإثراء من دون وجه حق [٢] .

---

(١) د. فؤاد عبد المنعم رياض ، الوسيط في الجنسية ومركز الأجانب ، ط٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨ ،ص ٣٦٨ .

(٢) د. علي حسين ملحم ، المصدر السابق ، ص ١٣٦ .

يتجسد ذلك في الرسالة التي بعثها وزير الدولة الامريكي السابق(كورديل هال) إلى الحكومة المكسيكية التي رفضت تعويض المواطنين الأمريكيين عن ممتلكاتهم التي صادرتها ،إذ جاء في الرسالة إن المواطنيين الأمريكيين لهم الحق في الحصول على تعويض وفقاً للقانون الدولي بتعويض فوري ،وكافي، وفعال ، ويعده التزام دولي يفرضه الحد الأدنى لحقوق الأجانب بمقتضى العرف الدولي [١] .

وقد سبق للولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٣٨ أن تمسكت بهذا الرأي عند تأميم المكسيك للصناعات البترولية ، كما اتخذت كل من فرنسا وبريطانيا وألمانيا والولايات المتحدة هذا الموقف نفسه قبل ذلك وحينما قامت الحكومة الايطالية عام ١٩١٧ باحتكار عمليات التأمين من دون أن تؤدي تعويضاً كاملاً يشمل الخسارة التي لحقت شركات التأمين الأجنبية نتيجة لوقف عملها في ايطاليا ، فقد عدت الدول المذكورة أن موقف الحكومة الايطالية على هذا النحو يتنافى مع الحد الأدنى لحقوق الأجانب الذي استقر عليه العرف الدولي [٢] .

وموقف بريطانيا عام ١٩٥١ ازاء التأمينات الايرانية للبترول ، وموقف الولايات المتحدة عام ١٩٦٠ ازاء التأمينات الكوبية للأموال الامريكية حيث رفضت العرض الذي تقدم به(فيدال كاسترو) في ذلك الوقت والمتضمن موافقة كوبا على أداء تعويضات مؤجلة (بمعنى ليست فورية) في صورة سندات بفائدة تقدر ٢ونصف بالمئة ، لكونه يخالف مضمون الحد الأدنى لحقوق الأجانب الذي يقضي بأن يكون التعويض عادل فوري وفعال [٣] .

---

(1)M. Yakub Aiyub Kadir ,Op,Cit.P233.

(٢) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص٧٠ .

(3)Richard B. Lillich, The protection of Foreign Investments and the Hickenlooper Amendmdnt , UNIVERSITY OF PENNSYLV ANIA LAW REVIEW ,Vol 112.1964,P1116.

لم يعد يتماشى الموقف الغربي الذي يؤيد النظرية التقليدية مع ما ذهب إليه جانب من الفقه الغربي الحديث الذي قام بتفرقة بين التعويضات، مقابل نزع ملكية للمنفعة العامة ،وبين إجراءات التأميم ، ففي حالة الأولى أي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة يجب أن يكون التعويض شاملا أي كافي، وفوري ،وفعال ، يغطي كل الخسائر التي لحقت الأجنبي الذي نزعت ملكيته لبعض أمواله، أو كلها ، بينما في حالة الثانية لا يشترط أن يكون التعويض شاملاً ؛ نتيجة لتعذر وفاء الدولة بالتزامها بأداء التعويضات الموصوفة بكونها شاملة في مثل هذه الحالة ، بل يكفي ان يكون التعويض مناسب في حدود معقولة [١] .

تقييم النظرية التقليدية : إن هذا النوع من التعويض يتنافى مع الغرض الذي تهدف الدول النامية إلى تحقيقه بواسطة التأميم وهو استغلال ثرواتها ومصادرها الطبيعية وتحقيق النفع العام ،فضلاً عن ذلك يصعب تحقيقه من الناحية العملية ؛ ذلك لأن التأميم إنما تقوم به الدول تحقيقاً لصالح الجماعة ، ومن ثم يجب أن يقدر هذا التعويض وفقاً لما تقضي به مصلحة هذه الجماعة ووفقاً لما يتناسب مع القدرات المالية للدولة ، ذلك لأن التأميم قد يشمل أحيانا جميع وسائل الانتاج في الدولة ،ومن غير المقبول أن يفرض على الدولة دفع تعويض شامل، إذ إن ذلك يتعدى قدراتها المالية مما يؤدي إلى ذلك انهيار اقتصادها القومي وإفلاس الدولة فضلا عن أن التعويض الكامل يتسم بطابع عقابي ترفضه الدول النامية[٢].

ويلاحظ أن المفهوم التقليدي للتعويض نشأ في يوم كانت فيه دول العالم الثالث تحت الاستعمار سواء كانت محتلة أم تحت الانتداب، أم الوصاية ، ثم أن هذا المفهوم للتعويض هو محاولة لمنع الاستقلال الاقتصادي إذ ما نجحت دولة في نيل أستقلالها السياسي، ورغبة في أستمرار نهب الثروات الطبيعية للدول المستعمرة.

٢- النظرية الحديثة للتعويض : لقى المفهوم التقليدي للتعويض معارضة شديدة من الدول النامية ؛ وذلك

---

(١) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص٧١ .

(٢) د. عمر هاشم محمد صدقة ، مصدر سابق ، ص٦٤-٦٥.

على أساس إن تطبيق المفهوم التقليدي للتعويض يتعارض مع حق الدولة في التأميم ، وثم فهو يتعارض مع السيادة الاقتصادية للدولة على ثرواتها [١] .

وقد تمثلت هذه المعارضة في صورة قرارات صادرة من الجمعية العامة للأمم المتحدة تعكس وجهة نظر دول العالم الثالث والدول الاشتركية فيما يتعلق بحق الدولة المضيفة للأستثمار في تأمين المشروع الاستثماري المملوك للمستثمر الأجنبي ، وفي مقدار التعويض الذي يستحق للمستثمر الاجنبي في حالة التأميم ،وقد كانت أهم هذه القرارات القرار رقم ١٨٠٣ لعام ١٩٦٢ الخاص بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية ،فقد جاء في القرار بخصوص حق الدولة المضيفة للأستثمار في حرمان من المشروع الاستثماري ، وعلى مقدار التعويض المستحق له ما يأتي : تؤسس المصادرة أو نزع الملكية أو التأميم على المصلحة العامة أو المصلحة الوطنية التي يعترف بارجحيتها على المصالح الفردية الأجنبية ، وسوف يحصل المالك السابق على تعويض مناسب وفقاً للقواعد القانونية النافذة في الدولة متخذة الإجراء وفقاً للقانون الدولي [٢] .

يلاحظ أن هذا القرار قد أقام نوع من التوازن بين موقف الدول الغربية التي أخذت بمعيار التعويض الفوري، والكافي ، والفعال ، وبين الدول الاشتراكية التي نكرت معيار التعويض ، بل هو اعتمد قاعدة التعويض الملائم، أو المناسب الذي يجب أن تقدره الدولة في ضوء قواعد القانون الدولي .

وقد صدرت الجمعية العامة قرارات أخرى تؤكد التعويض المناسب وتوضح كيفية دفعه وتقديره ، فقد صدر القرار رقم ٣٢٨١ لعام ١٩٧٤ بشأن ميثاق الحقوق، والواجبات الاقتصادية للدول الذي نص

---

(1)Archaga, General Course in Public International Law ,159 Recuiel des course , Vol .1,1978,P.2

(٢) د. خالد محمد الجمعة ، المصدر السابق ، ص ١١٣ .

" من حق كل دولة أن تؤمم الممتلكات الأجنبية أو تنزع ملكيتها مقابل تعويض مناسب، يتم تقديره وفقاً لقوانين الدولة التي قامت باتخاذ هذه الإجراءات ، على أن تأخذ في الاعتبار القوانين والظروف كافة التي لها صلة وتخضع المنازعات بشأن التعويض لقوانين الدولة ذاتها وتختص محاكمها بالفصل فيها" [١].

يلاحظ إنه بالمقارنة بين القرارين يتضح إن القرار رقم ٣٢٨١ لعام ١٩٧٤ أكد على معيار التعويض المناسب، والملائم إلا إنه قد ألغي بعض القيود التي كان ينص عليها القرار رقم ١٨٠٣ لعام ١٩٦٢ ، ومن هذه القيود وجوب أن يكون حرمان المستثمر الأجنبي من المشروع الاستثماري راجعاً لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو المنفعة العامة أو لغرض عام ، وأضف إلى ذلك إن القرار رقم ٣٢٨١ لعام ١٩٧٤ لم يتطرق إلى القانون الدولي لتحديد معيار التعويض وإنما ترك ذلك لقانون الدولة المضيفة للأستثمار مع مراعاة الظروف المتعلقة بالموضوع وذلك خلاف للقرار رقم ١٨٠٣ لعام ١٩٦٢ الذي اشترط أن يكون التعويض موافقاً للقانون الدولي .

ومع هذا لم يصادف القرار رقم ٣٢٨١ لعام ١٩٧٤ قبولاً كبيراً من قبل لجان التحكيم الدولي، بينما القرار رقم ١٨٠٣ يعد على نحو واسع على أنه تعبير عن إرادة حقيقية وعامة وتم قبلوها من قبل لجان التحكيم في ذلك الوقت .

نستنتج مماسبق إن التعويض بأوصافه التقليدية (حال وكاف وفعال) الذي دعى له هال كورديل التي تؤكد عليها القواعد العرفية لم يعد يلقِ قبولا في التطبيق الدولي ؛ لأن المستثمر الاجنبي لم يعد يحصل على تعويض كامل في حال تأميم ممتلكاته ،وبالتالي اصبحت قاعدة التعويض العرفية عديمة الفائدة ، وكذلك التعويض المناسب الذي نص عليه قرار الأمم المتحدة رقم (١٨٠٣) لعام ١٩٦٢ لم يعد يلقِ قبولا في الدول ، ونتج عن ذلك ضرورة وجود قاعدة دولية أخرى يضمن للمستثمر تعويض عند نزع ملكيته

---

(١) د. عمر هاشم محمد صدقة ، المصدر السابق ، ص ٦٤ . وينظر كذلك : د. حسن النمر ، المصدر السابق ، ص ٩٩ .

، ومن هنا جاءت قاعدة التعويض الاتفاقية، وهو التعويض العادل والمنصف ، ونتيجة ممارسات الدول بموجب اتفاقيات الاستثمار الدولية ، وقرارات محاكم التحكيم التي تأخذ بمعيار التعويض العادل والمنصف ، أصبح مبدأ من مبادئ القانون الدولي العام .

الفرع الثاني

الموقف الدولي من التعويض

لقد نشأت مواقف مختلفة ومتباينة للدول حول حق المستثمر الاجنبي في الحصول على التعويض اللازم مقابل تجريده من أملاكه نتيجة اختلاف الايديولوجيات التي اتبعتها كل واحدة منها سواء الماركسية الاشتراكية، والرأسمالية، أو لأختلاف مراكزها القانونية أمام إجراءات نزع الملكية، وكذلك موقف الاتفاقيات الدولية ، والقضاء الدولي من التعويض ، على النحو الآتي :-

أولاً : موقف الدول من التعويض :

١- موقف الدول الاشتراكية : ترى الدول الماركسية الاشتراكية أن إجراءات نزع الملكية ، والتأميم وغيره من الإجراءات التي تمس بالملكية أهم وسيلة لاسترجاع الدولة لأملاكها التي تعد ملكية للدولة في الأصل وما دامت الدولة ذات سيادة على إقليمها وكاملة الحرية في محاولة إعادة النظر في بنائها الاقتصادي، والاجتماعي بالشكل الذي تراه يخدم مصالحها من دون تدحل من أي دولة مهما كانت صفتها حتى الدول التي يكون رعاياها هم المستثمرين المعنيين بالإجراءات الرامية إلى التأميم أو نزع الملكية ،وإنها تدخل في صميم حقها في تقرير مصيرها الاقتصادي الذي يرتبط كل الارتباط بفكرة السيادة الدائمة على مواردها الطبيعية (١) ، وإن ممارستها لمثل هذا الحق يدخل في صميم صلاحياتها يعده وسيلة مشروعة

---

(١) عمر سعد اللة ، التعريف بحق تقرير المصير الاقتصادي للشعوب ،الجزائر ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد ٢ ، ١٩٩٤ ، ص ٤٣٠ .

لتدعيم كيان الدولة من دون أن يقع على عاتقها أي إلتزام بدفع التعويض .

يلاحظ هذا هو الموقف الذي اعتمدته النظرية الماركسية الاشتراكية ، إذ أقرت بعدم وجود قاعدة قانونية دولية تلزمها بوصفها دولاً ذات سيادة ، بدفع التعويض عند قيامها بأي إجراء يؤدي إلى حرمان أي شخص من ممتلكاته في حدود إقاليمها .

٢- موقف الدول الرأسمالية : وفق نظرية الدول الاشتراكية الغربية إن التعويض ناتج عن مباشرة أي دولة لإجراءات نزع الملكية أو التأميم أو المصادرة شرط أساسي لقيام حقها في استرجاع ممتلكاتها ولشرعية هذا الحق في التعويض وهو ما يقتضيه مبدأ العدالة والانصاف الذي يقضي بإعطاء كل شخص بغض النظر عن جنسيته الحق في الحصول على مقابل ما تم حرمانه منه ، بل تتمسك بفكرة إن التعويض لا يجب ان يدفع إلا إن كان كافيا وفوريا وفعالا ،وفق النظرية التقليدية للتعويض التي نص عليه القانون الدولي ، فإن هذه النظرية تقترن أسس التعويض بخصائصه أو بالأوصاف الثلاثة هذه من جهة ،وتقترن في وجهة نظر هذه الدول بإلزامية دفعه بشكل يتجاوز مجرد النص على إلزامية التعويض كشرط لقيام المشروعية الدولية للإجراء ، بل إن اقترانه بأوصافه هدفه تغطية أخطر إجراء يمس بأهم عنصر من العناصر التي تقوم عليها النظرية الماركسية الرأسمالية وهو حق الملكية [١] .

وقد أيد هذا الموقف القاضي البريطاني Campbell عند نظره قضية Rose Marie بمحكمة عدن ، من خلال بحثه مدى مطابقة قوانين التأميم الإيرانية لأحكام القانون الدولي المتعلق بالتعويض، ومدى استجابتها لخصائص التعويض التي جاءت في قواعد القانون الدولي [٢] .

---

(١) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص١٤٠ .

(٢) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .

أكد أيضاً هذا الموقف الفقه الغربي على إلزامية التعويض وإلزامية المواصفات السابقة ومن أبرزهم Wortly الانجليزي و Domke الأمريكي اللذي كيفا مسألة التعويض بإنها قاعدة إلزامية مصدرها العرف الدولي ، والفقيه Vordross النمساوي و Jossup الأمريكي اللذان يعدانها قاعدة إلزامية مصدرها الإلتزام التعاقدي الدولي [١] .

٣- التعويض حسب مفهوم دول العالم الثالث : كانت الدول التي تنتمي إلى العالم الثالث تنظر إلى إجراءات نزع الملكية والتأميم بصفة عامة على إنها إجراءات شرعية تشكل وسيلة قانونية لاستعادة السيطرة على مواردها وثرواتها الطبيعية لتحقيق تنميتها ، وإنه إجراء من حيث كونه يمس بالملكية الخاصة فأنه يشكل التزاماً بالتعويض من حيث المبدأ على أساس جبر الضرر الذي يلحق بالمستثمر الاجنبي على إقليمها مثله مثل المستثمر الوطني ، مادام إنه يستند إلى قواعد عدم التمييز في المعاملة الوطنيين والأجانب التي تفرضها قواعد القانون الدولي [٢] .

فهي تستبعد الأوصاف الثلاثة (سريع وفعال وكافي) للتعويض الوارد في النظرية الرأسمالية الغربية التي تكيفها كقيد على سيادتها الاقتصادية .

وفيما بعد أصبحت هذه الدول في ظل الأوضاع الاقتصادية المعاصرة في صراع مستمر في إطار محاولاتها المستمرة على استقطاب الاستثمارات الأجنبية، فهي تؤكد على موقفها في عد التعويض شرطاً

---

(١) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

(٢) د. هشام علي صادق ، مصدر سابق ، ص ٧١ -٧٢ .

عن حقها في استرجاع ممتلكاتها لدواعي الصالح العام ، ولكن بأوصاف جديدة ؛ لأن القاعدة الكلاسيكية التقليدية للتعويض السابقة ذات المصدر الرأسمالي الغربي تتصف بالجمود ، قد أثر على وجودها وإعمالها السلوك الدولي الجديد ،ومن ثم وجوب استبدالها بقاعدة التعويض المناسب الملائم التي تراعي القدرة المالية والاقتصادية للدولة المؤممة [١] .

نستنتج مما سبق إن النظرية الماركسية الاشتراكية ، إذ أقرت بعدم وجود قاعدة قانونية دولية تلزمها باعتبارها دولاً ذات سيادة بدفع التعويض عند قيامها بأي إجراء يؤدي إلى حرمان أي شخص من ممتلكاته في حدود إقاليمها ، بينما الدول الرأسمالية إذ أقرت بالزامية التعويض، واخذت بالنظرية التقليدية التي يكون فيها التعويض فوري ،كافي ، وعادل اما بالنسبة إلى دول العالم الثالث ، فإنها تستبعد التعويض التقليدي، أي إنها تبحث عن تعويض بأوصاف جديدة، ومن ثم وجوب استبدالها بقاعدة التعويض المناسب الملائم.

ثانياً : موقف الاتفاقيات الدولية من التعويض

تؤكد كل الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية بالالتزام بدفع التعويض عن إجراءات نزع الملكية أو التأميم التي تؤدي إلى حرمان المالك من حقوقه العقارية والمادية والمعنوية ، وتكيفها كقيد أساسي يقف أمام تعسف الدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية عند استرجاعها لممتلكاتها، وتذرعها بممارسة الحق السيادي الذي تقره كل القوانيين الدولية للتنصل من التزاماتها الدولية الناشئة من الاتفاقيات الدولية التي تبرمها دول المستثمرين الأجانب المعنيين بالنزاع [٢].

بعض الأمثلة على الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية التي تأخذ بمعيار التعويض منها ، الاتفاقية الجماعية لتشجيع وحماية الاستثمارات الدولية التي أعدتها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية التي

---

(١) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .

(٢) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ .

أعطت الحق للدولة المضيفة للأستثمار ، نزع ملكية المشروع الاستثماري الأجنبي على أن يكون للمصلحة العامة ،ومقابل تعويض مناسب وفعال [١] .

واتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA) تنص في المادة (١١١٠) على منح تعويض عادل ومنصف طبقاً للمواد التي يتضمنها الاتفاق، كمقابل لإجراءات الحرمان من الملكية [٢] .

اتفاقية الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومة الجمهورية اليمنية وجمهورية مصر العربية لعام ١٩٩٦ التي تنص على أن " لا تخضع استثمارات مستثمري أي من الطرفين المتعاقدين للتأميم أو المصادرة أو أي إجراءات أخرى ذات تأثير مماثل بشكل مباشر أو غير مباشر . . . وفي مقابل دفع تعويض عادل طبقاً للإجراءات القانونية ومن دون تأخير لا مبرر له " وكذلك اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار المتبادلة بين حكومة الجمهورية اليمنية وحكومة الجمهورية اللبنانية لعام ١٩٩٩[٣] ، وهو النص نفسه الذي أقرته المادة(٦) من اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار التي عقدت بين حكومة الجمهورية اليمنية وحكومة الجمهورية العربية السوريا لعام ١٩٩٦ [٤] .

اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية العراق وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠١٣ التي تنص على تعويض سريع وكاف وفعال في المادة (٥) من الاتفاقية [٥] .

---

(١) التقرير العالمي للاستثمار الصادر عن اليونكتاد ، الاستثمار الأجنبي المباشر المعطيات والتحديات ، ١٩٩٩،ص ١١٤-١١٥ .

(٢) راجع المادة ١١١٠ من الاتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية (NAFTA).

(٣) قرار جمهورية اليمن ، رقم (١٣٧) لعام ٢٠٠٠ ، الجريدة الرسمية ، العدد الثاني عشر ، الجزء الثاني ، ٣٠/ ٦/ ٢٠٠٠ ، ص ٩٩ .

(٤) هذه الاتفاقية تمت المصادقة عليها بقرار الجمهور اليمني ، رقم (٥٠) لعام ١٩٩٨ ،الجريدة الرسمية ، العدد (٥) ،تاريخ ١٩٩٨/٣/١١ .

(٥) صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (١) لعام ٢٠١٥، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٣٥٣) ، تاريخ ٢٠١٥/٢/٢٣ .

اتفاقية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للأستثمارات بين حكومة دولة قطر وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠١٨،التي تنص على التعويض العادل والمنصف والفوري وفق المادة (٥) من هذه الاتفاقية[١].

اتفاقية بين جمهورية العراق وحكومة المملكة العربية السعودية حول التشجيع والحماية المتبادلة للأستثمارات لعام ٢٠١٩،التي تنص في البند(ج) من الفقرة (١) من المادة(٩)على أن" لا يجوز لأي من الطرفين المتعاقدين نزع ملكية . . .أن تكون مقابل تعويض عاجل ومنصف وفعال ،وفقاً للفقرات (٢)و(٣) و(٤) و(٥) من هذه المادة " [٢].

نستنتج مما سبق إن اغلب الاتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية أم جماعية تنص على معيار التعويض العادل و المنصف ، في حالة التأميم أو نزع الملكية أو ضرر المستثمر الأجنبي ، حتى وان كانت تأخذ بمعيار التعويض التقليدي التي كانت أوصافه فوري وسريع وكافي ، إلا إنه كان هذا سابقاً في الاتفاقيات الدولية ، لكن حالياً تأخذ بمعيار تعويض العادل والمنصف .

ثالثاً : موقف القضاء الدولي من التعويض :

يعد التعويض من جانب القضاء الدولي وسيلة لجبر الضرر عن فعل غير مشروع طبقاً للقانون الدولي ، الذي يرتب مسؤولية دولية للدولة التي ارتكبته بحيث يصبح هذا التعويض الوسيلة التي تحول الفعل غير المشروع إلى الأفعال المشروعة بإضفاء صفة المشروعة عليه.

ظل رفض الدول النامية للمفهوم التقليدي للتعويض وإصرار الدول الغربية على موقفها ، صدرت بعض أحكام التحكيم الدولية .

---

(١)هذه الاتفاقية تمت المصادقة عليها بمرسوم جمهوري قطري ، رقم (٢٩) لعام ٢٠١٨ ، الجريدة الرسمية ، العدد ١٢ ،تاريخ ٢٠١٨/٧/١٧ ، ص ٩٢ .

(٢) لازالت الاتفاقية غير مصادق عليها من قبل العراق وتمت قراءتها قراة أولى من قبل البرلمان العراقي في جلسة المنعقدة بتاريخ ٢٠١٩ ، ص ٧ .

وقد قضت لجنة المطالبات الأمريكية المكسيكية عام ١٩٢٦ بأن (الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من حقها الثابت للجوء إلى وسائل التعويض الدولي عما وقع من إخلال بقواعد القانون الدولي أدى إلى الإضرار به ، فهذه الحكومة لها دائماً مصلحة في ضمان المحافظة على احترام قواعد القانون الدولي ، تفوق حصولها على تعويض لأحد رعاياها في قضية معينة . . .)

محكمة العدل الدولية فقد أقرت بمبدأ التزام الدول المضيفة للأستثمارات الأجنبية بدفع التعويض ، محددة بذلك المبادئ الأساسية التي تحكم إصلاح الضرر ، بحيث يجب أن يزيل آثار الضرر ويصلح كل النتائج المترتبة عنه يعدها فعلا غير مشروع ، و يعيد الوضع إلى ما كان عليه هذا الفعل ، في حين يكون نقدا مساوياً لقيمة تكاليف التعويض العيني إن لم يكن ذلك ممكناً [١] .

إما محكمة التحكيم في قضية liamco فقد أكدت على التعويض وضرورة دفعه ؛ لأنه نتيجة ضرورية لممارسة حق التأميم .

ففي دعوى (ليمكو) تعرض المحكم(المحمصاني) إلى أحقية المستثمر الأجنبي للكسب الفائت ، وقرر إن المفهوم التقليدي للتعويض يبقى كمرشد للحد الأعلى والواقعي للتقييم ، إلا إن دفع التعويض للكسب الفائت لم يكن دائما مطبقا من قبل ولا يزال هذا الأمر محل خلاف .

ومن ثم رفض المحكم المحمصاني أحقية شركة ليمكو بالتعويض عن الكسب الفائت كاملا طبقا للمفهوم التقليدي للتعويض ، وذلك على أساس إن المشروع الاستثماري كان يتعلق بثروة طبيعية لليبيا [٢] .

ثم جاءت بعد ذلك دعوى الكويت ضد شركة أمنيويل عام ١٩٨٢ التي أحدثت فيها لجنة التحكيم

---

(١) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر ، المصدر السابق ، ص ١٤٤ .

(٢) د. خالد محمد الجمعة ، المصدر السابق ، ص ١٢٢ .

توجها وسطا بين المطالبين بالتعويض عن الكسب الفائت وبين المعارضين بعدها قررت لجنة التحكيم إن تأميم الكويت لأصول الشركة ليس مخالفاً للقانون الدولي وأوضحت اللجنة أن التعويض المستحق للشركة هو التعويض الملائم ،ووفقاً لما جاء في القرار ١٨٠٣ لعام ١٩٦٢ ، وصرحت بأن لتحديد مبلغ التعويض يجب أن ينظر إلى جميع الظروف المحيطة بالدعوى .

يلاحظ على إن بعض فقها القانون الدولي في الدول الغربية عدلت عن التعويض التقليدي ، واقتصروا على أن التعويض يجب أن يكون مناسباً وقد أضافت الولايات المتحدة الأمريكية إلى شرط التعويض الملائم شرطاً عادلاً ،ويعني ذلك أن يكون مبلغ التعويض يعادل قيمة الممتلكات المصادرة وأن يدفع في وقت معقول من تاريخ المصادرة أو وقت معقول لاحقاً بعد احتساب الفوائد من ذلك التاريخ وبطريقة اقتصادية يمكن استعمالها من قبل المستثمر الأجنبي ، ويكون مبلغ التعويض معادلا لقيمة الممتلكات المصادرة إذا كان مشتملا على القيمة السوقية مع الأخذ بعين الاعتبار القيمة الجارية للمشروع.

وكذلك سلك القضاء الاتحاد الأوربي حيث إتجه في أحكامه إلى تأييد وجهة نظر الدول النامية فيما يتعلق بنوع التعويض الواجب دفعه في دعاوي التأميم التي تجري في الاتحاد الأوربي ، ففي دعوى Lithgow v.U.K. بخصوص تأميم سفينة وصناعة بناء السفن من قبل حكومة المملكة المتحدة ، قررت المحكمة الأوربية لحقوق الأنسان (إن مقدار التعويض المطلوب في حالة التأميم ربما يكون مختلفاً عن المطلوب بالنسبة للحالات الأخرى من الحرمان من الممتلكات) واكدت أيضا في دعوى James/U.K LHDGD يأتي (إن الأهداف الشرعية للغاية العامة مثل تمثيلها في إجراء إصلاح اقتصادي أو إجراءات وضعت للوصول إلى أكبر عدالة اجتماعية يمكن أن تتطلب التعويض . .) [١] .

---

(١) فيروز عبد الرحيم ، ويزة ضياف ، المصدر السابق ، ص ٢٥ .

غير إن المفهوم التقليدي للتعويض عاد منذ أواخر الثمانينات مرة أخرى ؛ وذلك نتيجة دخول بعض الدول المضيفة للأستثمار في اتفاقيات حماية استثمار مع بعض الدول الصناعية تنص بدفع تعويض فوري، وفعال وكافي، ومن ذلك لجنة التحكيم الأيرانية الامريكية إذ تبنت معيار التعويض الكامل عن الممتلكات المؤممة وفقاً لقيمتها السوقية [١] .

وقد اشارت القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية لعام ١٩٩٣ في نص المادة(٤) على التعويض المناسب [٢] .

بينما المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أخذ بمعيار التعويض الكامل في بعض القضايا التي عرضت عليه ، ففي قضية AGIP عام ١٩٧٩ طبقت المحكمة قانون الكونجو ،والقانون الدولي لتصل إلى إن المدعي كان يستحق القيمة الكاملة والأرباح الفائتة [٣] ، وكذلك قضت المحكمة في قضية B and B عام ١٩٨٠ بالتعويض الكامل [٤] ،وفي قضية Amco Asia عام ١٩٨٤ المحكمة ألزمت الحكومة الإندونيسية بتعويض الشركة الامريكية [٥] .

---

(١) قضية (American International Group, Inc) ضد إيران ، التي نظرتها لجنة المطالبات الأمريكية الإيرانية ، حكم الصادر بتاريخ ، ١٢/١٩ /١٩٨٣ .

(٢) د. ابراهيم شحاتة ، القواعد الإرشادية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمارات الأجنبية ، مجلة مصر ، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع ، المجلد ٨٣ ، العدد ٤٢٧ ، ص ١٥ .

(٣) مزيد من التفصيل حول وقائع هذه القضية ينظر: د. علي حسين ملحم ، مصدر سابق ،ص ١٥١ .

(٤) مزيد من التفصيل حول وقائع هذه القضية ينظر: د. عقيل كريم زغير ، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠١٥ ،ص ١٢٦ .

(٥) مزيد من التفصيل حول وقائع هذه القضية ينظر : د. حسن النمر ، مصدر سابق ، ص ٣٩١.

نستنتج مما سبق إن احكام التحكيم الدولية أبتداءً ألزمت بتعويض المستثمر الأجنبي من الدول المضيفة في حالة نزع الملكية، أو التأميم ، وكذلك كانت في احكامها في وصف التعويض مختلفة فإنها تارة تأخذ بالتعويض التقليدي ، وتارة أخرى تأخذ بتعويض مناسب، وملائم أي بموجب قرار الأمم المتحدة مرقم (١٨٠٣) لعام ١٩٦٢ ، إلا إن التعويض الذي يحمي ملكية المستثمر الأجنبي هو التعويض الذي يتسم بكون أوصافه عادلة ومنصفة .

خاتمة

بعد ان انتهينا من كتابة رسالتنا الموسومة (المعاييرُ الدوليةُ لحمايةِ الاستثمارِ الاجنبي) ، لابد من الإشارة إلى جملة من أستنتاجات ومقترحات التي توصلنا إليها التي نوضحها ، كما يأتي :-

أولاً : الاستنتاجات

١- تسعى المعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي سواء كانت عرفية أم اتفاقية ، في أغلب الدول المضيفة للإستثمار الأجنبي إلى توفير البيئة القانونية الملائمة للحفاظ وحماية الاستثمار الأجنبي ، وذلك من خلال تطبيق هذه المعايير الدولية لأجل استقطاب الإستثمارات الأجنبية ورؤس الأموال الأجنبية في الدول المضيفة .

٢- في الوقت الحاضر أصبحت الغالبية العظمى من اتفاقيات الاستثمار الدولية ، تمنح الاستثمار الأجنبي ضمانات قانونية عن طريق التأكيد على المبادئ ومعايير المعاملة الدولية المعترف بها التي يتعين على الدول المضيفة اتباعها في التعامل مع الاستثمار الأجنبي ، وتتمثل هذه المعايير الدولية بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ،ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة ،ومعيار الحماية والأمن الكامل، ومعيار المعاملة الوطنية ،ومعيار المعاملة الدولة الأولى بالرعاية ،ومعيار التعويض العادل والمنصف .

٣-إن أغلب الاتفاقيات الدولية الخاصة بالحماية الاستثمار التي أبرمها العراق مع الدول الأخرى تتضمن مجمل المعايير الدولية لمعاملة المستثمر الأجنبي .

٤- اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية بموجب قرار الأمم المتحدة لعام ١٩٦٢ رقم (١٨٠٣) ، يسعى إلى تحقيق نوع من توازن المصالح لكل من الدول المتقدمة المصدرة لرأس

المال والدول النامية المستوردة له ، إذ يأخذ بمعيار التعويض الملائم، أو المناسب الذي يجب أن تقدره الدولة في ضوء القواعد القانون الدولي ، وهو أول صك دولي يحظى بدعم شبه عالمي .

٥- ليس فقط لأتفاقيات الاستثمار الثنائية دور في حماية الاستثمارات الأجنبية بل ظهر لأتفاقيات الاستثمار الجماعية دور بارز ومهم أيضاً .

٦- إن كل من الاعلانات الدولية والاتفاقيات الدولية تعَد الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الاجنبي ، ومن الإعلانات أهمها اعلان الأمم المتحدة بشأن السيادة الدائمة الدول على الموارد الطبيعية لعام ١٩٦٢ ،واعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦بشأن الاستثمار الدولي والشركات المتعددة الجنسيات ومن الاتفاقيات الدولية اتفاقيات الاستثمار الدولية الثنائية والجماعية .

٧- كل من الفقيه الأرجنتيني كالفو و الوزير الامريكي السابق هال أخذا كل منهما معياراً دولياً ، فإن الفقيه الأرجنتيني كارلوس كالفو أخذ بمعيار المعاملة الوطنية بينما وزير الخارجية الامريكي السابق هال كورديل بمعيار التعويض التقليدي التي تكون أوصافه (فوري وكافي وفعال) ،لهذا يُعَد الأساس الفقهي للمعايير الدولية في القانون الدولي .

٨- يعد معيار المعاملة العادلة والمنصفة ، من أهم واقدم المعايير التي عرفها الفقه والقضاء الدولي في مجال حماية الاستثمار الأجنبي والقانون الدولي ، لقد اخذت به مختلف الاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمارات الاجنبية ، ويتسم هذا المعيار بالغموض؛ نظرا لكونه غير محدد المضمون ، الأمر الذي يترتب عليه اختلاف تفسيره لدى الأطراف المتعاقدة عندما يراد تطبيقه على الحالات المادية الملموسة إلا أن نطاقه واسع جداً ، له نطاق على مستوى دولي وآخر داخلي .

٩- إن عناصر معيار المعاملة العادلة والمنصفة هي مهمة في المنازعات الاستثمارية ،وتفرض على جميع الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار تقريبا ، التي غالباً ما ترتبط ارتباطا وثيقا وتتفاعل مع بعضها

البعض تحكم ممارسة حقوق الدولة المضيفة وامتيازاتها في تعاملها مع المستثمرين الأجانب ، وتدخل في تشكيل، أو تكوين المعيار ، وهي توجب على الدولة التصرف بطريقة شفافة ، والدولة ملزمة بالتصرف بحسن نية لا يمكن أن يكون سلوك الدولة تعسفيا أو غير معقول أو تمييزي أو يفتقر إلى الإجراءات القانونية الواجبة، وتؤكد السوابق القضائية أيضا الأمتثال للمعيار ، يجب على الدولة احترام توقعات المستثمر المعقولة والشرعية ،والثبات في التشريعات الواجبة التطبيق على عملية الاستثمار .

١٠- إن معيار الحماية والأمن الكامل يتفق مع معيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في القانون الدولي العرفي إلا إنه في الوقت نفسه أن يكون هذا المعيار أوسع نطاقاً من معيار الحد الأدنى وهذا ويعني إن معيار الحماية والأمن الكامل حتى وان كان جزءاً من القانون الدولي العرفي لا يعني قد تم تجميده بالكامل في وقت معين بل تبنت بعض المحاكم التي تقبل صراحة إن القانون الدولي العرفي يتطور، ويشكل من خلال إبرام معاهدات الاستثمار الدولية وبهذا يتطور ويصبح معياراً مستقلاً .

١١- إن معيار المعاملة الوطنية له نطاق زمني ومادي ، إذ النطاق الزمني لتطبيق هذا المعيار يسري بعد دخول الاستثمارات الاجنبية لإقليم الدولة المضيفة وقبل دخول الاستثمارات الاجنبية للدولة المضيفة، أما النطاق المادي لهذا المعيار، قد كرست أغلب اتفاقيات الاستثمار عبارات مثل الظروف المشابهة أو الظروف المطابقة ، على الرغم من أن حماية الاستثمارات الأجنبية بضمان معيار المعاملة الوطنية للأستثمارات الأجنبية ، إلا إنه يجعل الحماية القانونية المراد كفالتها للأجانب بصفة عامة غير محدودة المضمون ،والقواعد التي تخاطب الوطنين بالزيادة أو النقصان ، أما من حيث التطبيق فإنه يواجه صعوبات عدة ؛ بسبب عدم توازن المراكز القانونية للدولتين التي تمتاز بعدم المساواة .

١٢- ألزمت أحكام التحكيم الدولية والاتفاقيات الدولية أبتداءً بتعويض المستثمر الاجنبي من الدول المضيفة في حالة نزع الملكية أو التأميم ، وكذلك كانت في احكامها في وصف التعويض مختلفة فإنها تارة تأخذ

بالتعويض التقليدي ، وتارة أخرى تأخذ بتعويض مناسب والملائم أي بموجب قرار الأمم المتحدة مرقم (١٨٠٣) لعام ١٩٦٢ ، إلا إن التعويض الذي يحمي ملكية المستثمر الاجنبي هو تعويض يكون عادلاً ومنصفاً .

١٣- اصبح تقدير معيار التعويض أكثر وضوحاً في ظل الأتفاقيات الدولية للأستثمار، عما هو عليه في القانون الدولي العرفي ؛ السبب في ذلك إن تحديد معيار التعويض اتفاقاً يمنع كثير من الاجتهادات بشأن تقدير التعويض المستحق .

١٤-يعزز المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بشكل كبير الحماية الإجرائية للاستثمار الأجنبي ، كما باتت المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي في ظل تطبيقات المركز الدولي ، أكثر فاعلية ووضوحاً عما كانت عليه .

ثانياً :المقترحات

١- عقد أتفاقية نموذجية متعددة الأطراف لتنظيم المعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي، تلتزم بها الدول الأطراف وغير الأطراف ، وتتضمن الاتفاقيات الدولية الراهنة حكمها مبدأ نسبية أثر المعاهدات الدولية .

٢- نأمل انشاء مركز للتحكيم التجاري الدولي في بغداد ، أسوة بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي وغيره من مراكز التحكيم في الدول العربية ،وذلك بسبب ازدياد حجم الاستثمار الاجنبي في العراق ولوجود الكفاءات العلمية والقانونية.

٣- نأمل من هيأة المختصة التي تعقد الاتفاقيات الدولية الخاصة بالاستثمار، الإحاطة أو والمعرفة الدقيقة بصياغتها ومضمونها ، والحرص على ان تكون نصوصها قابلة لمواكبة التغيرات في الظروف الاقتصادية ، وأن تكون صالحة لاستمرار العمل بها لفترات طويلة .

٤- نأمل من لجنة القانون الدولي التي لها دوراً مهماً في تقنين العديد من القواعد القانون الدولي في موضوعات مهمة ذات علاقة بحماية الاستثمار الأجنبي مثل قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها ، وتفسير معيار المعاملة العادلة والمنصفة في قانون الاستثمار الدولي أستكمالاً لهذا الدور ، فإن التطبيقات العملية أثارت عدداً من الموضوعات المهمة الأخرى، وهي أن يكون لها دور واضح في تقنين المعايير الدولية الأخرى المتمثلة بمعيار الحد الأدنى لمعاملة الأجانب ، ومعيار الحماية والأمن الكامل ومعيار الدولة الأولى بالرعاية ومعيار المعاملة الوطنية ، وكذلك تقنين معيار التعويض ، وتثبيت أوصافه على أن يكون عادلا ً، ومنصفاً ، في تحديد مقداره بشكل دقيق .

٥_ على الرغم من أن اعلان منظمة التعاون والتنمية في الميدان الاقتصادي لعام ١٩٧٦ بشأن الاستثمار الدولي ، والشركات المتعددة الجنسيات يوصف بأن قواعده غير ملزمة إلا إنها مع ذلك أحد مصادر القانون في المجالات التي تعالجها النصوص القانونية الوضعية ، لهذا يقترح الباحث بأن لا يكتفي بنص على معيار المعاملة الوطنية فقط وإنما يذكر باقي المعايير ويجعلها من القواعد الأساسية له .

القران الكريم

المصادر

المصادر العربية

أولاً : الكتب

١) د. ابراهيم شحاتة ، الضمان الدولي للأستثمارات الاجنبية ، دار النهضة العربية،القاهرة ، ١٩٧١.

٢) د. ابراهيم شحاتة ،معاملة الاستثمارات الاجنبية في مصر، دار النهضة العربية،القاهرة ،١٩٧٢.

٣) د. إبراهيم محمد العناني ، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠١٦.

٤) د. أحمد عبد الحميد عشوش ، النظام القانوني للإتفاقيات البترولية في البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٥.

٥) د. أحمد عبد اللاه المراغي ، القانون الدولي الإستثماري ، دار الفكر الجامعي، سكندرية ، ٢٠١٥.

٦) د. أحمد كاظم الساعدي ،حماية الاستثمار الأجنبي في القانون الدولي العام ،المركز العربي،القاهرة ،٢٠٢٠ .

٧) د. أميرة جعفر شريف ،تسوية المنازعات الاستثمارية دراسة قانونية تحليلية مقارنة،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠١٦ .

٨) د. تريد محمود السامرائي ،الاستثمار الأجنبي (المعوقات والضمانات القانونية) ،مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ٢٠٠٦.

٩) د. جابر فهمي عمران ،الاستثمارات الأجنبية في منظمة التجارة الدولية حمايته – تسوية منازعاتها ،دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ،٢٠١٣ .

١٠) د. حاتم غائب سعيد ، أحكام وقواعد المخاطر غير التجارية وانعكاسات الضمانات والعوائق الاستثمارية عليها دراسة مقارنة ، مكتبة زين ، بيروت ،لبنان ، ٢٠١٧ .

١١) د. حسن النمر ، الاستثمارات الأجنبية بين الجذب والحماية في الاتفاقيات العربية والدولية ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، ٢٠١٧ .

١٢) د. حسين الموجي ، دور الاتفاقيات الثنائية في تطوير النظام القانوني الدولي للأستثمارات الاجنبية الخاصة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٢.

١٣) د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدولة ،والاشخاص الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.

١٤) د. حفيظة السيد الحداد ،العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الأجنبية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣.

١٥) خالد السيد محمود المرسي،الحماية الدبلوماسية للمواطنين في الخارج ،مكتبة الوفاء القانونية ،مصر،٢٠١٢

١٦) د. رمضان علي عبد الكريم دسوقي عامر ، الحماية القانونية للإستثمارات الأجنبية المباشرة ودور التحكيم في تسوية المنازعات الخاصة به ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١١ .

١٧) د. رواء يونس محمود النجار ،النظام القانوني للاستثمار الاجنبي (دراسة مقارنة) ،دار الكتب القانونية، مصر ، ٢٠١٢

١٨) د. رياض صالح أبو العطا،القانون الدولي العام ،دار إثراء للنشر والتوزيع ،عمان ،٢٠٠٩.

١٩) د. شيرزاد حميد هروري ، منازعات الاستثمار بين القضاء والتحكيم ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٨ .

٢٠) د. شيرزاد حميد هروري ،الضمانات التشريعية للإستثمارات الاجنبية دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،٢٠١٨ .

٢١) د. صالح عبد الزهرة الحسون ، حقوق الأجانب في القانون العراقي ، دار الآفاق الجديدة ،بغداد ، ١٩٨١.

٢٢) د. صفوت أحمدعبد الحفيظ ،دور الاستثمار الاجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ،مصر ،٢٠٠٥ .

٢٣) د. طالب بريم سليمان ،الضمانات التشريعية لحماية الاستثمار الاجنبي دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية ، ٢٠١٦ .

٢٤) د.علي شهاب أحمد الصبّاحي ،الاستثمار الأجنبي الخاص الواقع والآفاق –دراسة قانونية مقارنة ،دار الأكاديميون للنشر والتوزيع ، الإردن ، ٢٠٢١.

٢٥) د. عبد الكريم عوض خليفة ، القانون الدولي الاقتصادي ، دار الجامعة الجديدة، ،الاسكندرية ، ٢٠١٢.

٢٦) د. عبد الواحد الفار ،طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم ،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٨٥.

٢٧) د. عدنان عباس موسى ، بحوث ودراسات في مستحدثات القانون الدولي ،المركز العربي، القاهرة ،٢٠١٩.

٢٨) د. عصام الدين مصطفى بسيم ،النظام القانوني للإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الأخذة في النمو ،دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٧٢ .

٢٩) د. عقيل كريم زغير ، المسؤولية المدنية للمستثمر الأجنبي دراسة مقارنة ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، مصر ، ٢٠١٥ .

٣٠) د. عمر هاشم محمد صدقة ،ضمانات الاستثمارات الاجنبية في القانون الدولي ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ، ٢٠٠٦.

٣١) د. غسان عبيد محمد المعموري ،عقد الاستثمار الأجنبي للعقار دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان ، ٢٠١٥.

٣٢) د. فارس حامد عبد الكريم ،المعيار القانوني ،دار الكتب والوثائق،بغداد ،٢٠٠٩.

٣٣) د. فخري رشيد مهنا ، د. صلاح ياسين داوود ، المنظمات الدولية ،مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٣.

٣٤) د. فؤاد عبد المنعم رياض ،الجنسية ومركز الأجانب وتنازع الاختصاص القضائي ، دار النهضة العربية ، مصر، ١٩٦٦ .

٣٥) د. فؤاد محمد محمد أبو طالب ،التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الاجنبية وفقا لأحكام القانون الدولي العام (دراسة مقارنة) ،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

٣٦) د. لينا حسن صفا ،الحماية الدبلوماسية والدولية ومسؤولية الدولة أثناء النزاعات المسلحة ،رشاد برس، بيروت،٢٠١٠.

٣٧) د. لمياء متولي يوسف مرسي ، التنظيم الدولي للأستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠١١ .

٣٨) د. ماهر جميل ابو خوات ، حماية الاستثمار الاجنبي في ضوء القواعد القانون الدولي العام ،دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠١٤.

٣٩) د. محمد المجذوب ، القانون الدولي العام ،ط٦، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧.

٤٠) د. محمد رياض سميسم ، حق الضحية في التعويض في ضوء القانون الجنائي الدولي ، مكتبة زين الحقوقية،بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ .

٤١) د. محمد صافي يوسف ، النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار اتفاقيات منظمة التجارة العالمية ، دار النهضة العربية ،القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٤٢) د. محمد عبد الودود أبو عمر ، الحماية الدولية للأستثمار الاجنبي المباشر في إطار اتفاقيات الاستثمار الثنائية ،دار وائل للنشر والتوزيع،عمان ، ٢٠١٧ .

٤٣) د. محمد علي عوض الحرازي،الدور الاقتصادي للمناطق الحرة في جذب الاستثمارات، الحلبي الحقوقي، بيروت ،٢٠٠٧.

٤٤) د. محمد عبد الطيف ،نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة تأصلية مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٨٨.

٤٥) د. محمد محمد أحمد سويلم ، الإستثمارات الأجنبية في مجال العقارات دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي ، منشأة المعارف،الاسكندرية ، ٢٠٠٩.

٤٦) د. محمود ابو زيد ،معجم علم الاجرام وعلم الاجتماع القانوني والعقاب ، دار غريب، القاهرة ، ٢٠٠٣.

٤٧) د. مصطفى خالد مصطفى النظامي ،الحماية الإجرائية للأستثمارات الاجنبية ،ط٢ ،دار العلم الدولية ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،٢٠٠٢.

٤٨) د. مفتاح عامر سيف النصر،الاستثمارات الاجنبية المعوقات والضمانات القانونية،بيروت،منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٦.

٤٩) د. منى محمود مصطفى،الحماية الدولية للأستثمار الاجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة،القاهرة ،١٩٩٠.

٥٠) د. نادية إسماعيل محمد الجبلي ، المزايا والضمانات القانونية للإستثمار الأجنبي ، دار الكتب والدراسات العربية ، الإسكندرية ، ٢٠١٨ .

٥١) د. نوارة حسين ، الحماية القانونية للملكية المستثمر الاجنبي دراسة مقارنة ، المركز القومي للأصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٧ .

٥٢) هيثم أحمد علي عثمان ،الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي والممارسة الدولية ، ،دار حميثرا للنشر والتوزيع ، مصر ،٢٠١٨ .

٥٣) د. هادي نعيم المالكي ،شرط الدولة الأكثر رعاية ، مكتبة السنهوري، بغداد ،٢٠١١.

٥٤) د. هادي نعيم المالكي ، المنظمات الدولية ،ط٢،دار مسلة، بيروت ، ٢٠١٨ .

٥٥) د. هبة هزاع ،توازن عقود الاستثمار الاجنبية بين القانون الوطني وقانون الاستثمار الدولي، ،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان ،٢٠١٦ .

٥٦) د. هشام خالد ، الحماية القانونية للإستثمارات العربية ،مؤسسة شباب الجامعة،الاسكندرية ، ١٩٨٨.

٥٧) د. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٧.

٥٨) هشام علي صادق ، الجنسية والموطن ومركز الأجانب ، المجلد الثاني في مركز الأجانب ،منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٧٧.

٥٩) د. هشام علي صادق ، الحماية الدولية للمال الأجنبي ، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ،٢٠٠٢.

ثانياً : الكتب المترجمة

١) بيار ماري دوبوي ، القانون الدولي العام ، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا ، د. سليم حداد، ط٨ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، ٢٠٠٨ .

٢) دينكن ميشيل، معجم علم الاجتماع ،ترجمة د. أحسان محمد الحسن ، دار الرشيد، بغداد ، ١٩٨٠ .

ثالثاً : أطاريح والرسائل الجامعية

١- أطاريح الجامعية

١) خلدون بن علي ،حماية الدولة لمواطنيها في الخارج في ظل القانون الدولي العام ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعابس ،٢٠١٦-٢٠١٧.

٢) راضية شريفي ،نظام الحماية الدبلوماسية كأداة للدفاع عن مصالح المستثمرين الأجانب في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،٢٠١٧-٢٠١٨ .

٣) رفيقة قصوري ،النظام القانوني للاستثمار الاجنبي في الدول النامية ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر ،بتنة ،٢٠١٠_٢٠١١.

٤) رقاب عبد القادر ،الآليات البديلة لتسوية منازعات الاستثمار الاجنبي،أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة زيان عاشور –الجلفة ، ٢٠١٩-٢٠٢٠ .

٥) سمير مهدي نعيم القيسي ،التنظيم القانوني الدولي للإستثمار ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة تكريت ، ٢٠٢٠ .

٦) شعبان صوفيان ،ضمانات الاستثمار الاجنبي في الجزائر بين التشريع الداخلي والاتفاقيات ،أطروحة دكتوراء ،كلية الحقوق العلوم السياسية ،جامعة إبو بكر بلقاد –تلمسان ، ٢٠١٨-٢٠١٩.

٧) شريف علي محمد شريف الكندري ،الحماية الدولية للأستثمارات الأجنبية دراسة تطبيقية على دولة الكويت ، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة عين شمس ،٢٠١٥.

٨) علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٨.

٩) عيبوط محند وعلي ،الحماية القانونية للاستثمارات الاجنبية في الجزائر ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة معمري،تيزي ،٢٠٠٦.

١٠) محمد يونس يحي الصائغ ،المركز القانوني للإستثمارات الاجنبية الخاصة في الدول النامية في ظل القانون الدولي المالي ،أطروحة دكتوراه ،كلية القانون ،جامعة الموصل ،٢٠٠٥.

١١) هانئ إسماعيل صدقي ،التحكيم في منازعات الإستثمار ،أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق ،جامعة بني سويف،٢٠١١.

١٢) يسار عطية توبة العقابي ، الحماية الدولية للإستثمارات الأجنبية المباشرة اثناء النزاعات المسلحة ، أطروحة دكتوراه ،كلية قانون ، جامعة بابل ، ٢٠١٧ .

٢- الرسائل الجامعية

١) جمال براهيمي ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في العلاقات التجارية الدولية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة تيزي وزو ، ٢٠٠١ .

٢) حرزي لوناس ، دور الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار ، رسالة ماجستير ، كلية حقوق ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، ٢٠١٣ .

٣) حياة بن قداش ، مبدأ الدولية الأولى بالرعاية وعلاقته بتنفيذ القرارات وحل النزاعات ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم ، ٢٠١٩.

٤) رفيق عطية الكسار ،الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة ،رسالة ماجستير كلية الحقوق،جامعة القاهرة ،١٩٩٨.

٥) رمداني سيلية ومعافة دانية ،مبدأ الشرط الدولة الأولى بالرعاية للاستثمارات الاجنبية في الجزائر ،رسالة ماجستير، كلية حقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة ،٢٠١٥-٢٠١٦.

٦) زياني مريم و زياني كريمة ، الحماية الاستثمارات الاجنبي في ظل الاتفاقيات الثنائية الجزائر نموذجا ، رسالة ماجستير ،كلية حقوق والعلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية ،٢٠١٣.

٧) عبد المومن بن صغير ، المقاربة الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر بسعيدة ، ٢٠٠٦-٢٠١٠.

٨) علة عمر،حماية الاستثمار الاجنبي الخاص في التشريع الوطني والقانون الدولي(دراسة المقارنة) رسالة ماجستير كلية حقوق،جامعة منتوري،قسنطنية ،٢٠٠٨.

٩) عمار محمد خضير الجبوري ، ضمانات الإستثمار الاجنبي في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية ، لبنان ، ٢٠١٤ .

١٠) عمر أحمد خضير ، عقد الاستثمار الاجنبي المباشر في ظل النظام القانوني العراقي بالمقارنة مع النظام القانوني المصري ، رسالة ماجستير ،الدراسات القانونية ، جامعة الدول العربية ،٢٠١٠.

١١) فلورة ليمام ،النظام القانوني للإستثمار الاجنبي في الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة أكلي محند اولحاج،٢٠١٧.

١٢) فيروز عبد الرحيم ، ويزة ضياف ، مفهوم التعويض في نظام الاستثمار الاجنبي ، رسالة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ،٢٠١٥.

١٣) كوثر مرواني ،الجنسية وإشكالاتها في نظام الحماية الدبلوماسية ،رسالة ماجستير،كلية الحقوق والعلوم الدبلوماسية ،جامعة العربي بن مهيدي –ام البواقي ،٢٠١٧–٢٠١٨ .

١٤) لحسن زايدي ، الأساس القانوني للحماية الدبلوماسية في القانون الدولي العام ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ، ٢٠٠٦–٢٠٠٧ .

١٥) ليلى سالم ،الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الاجنبي ،رسالة ماجستير ،كلية الحقوق ،جامعة وهران،٢٠١٢.

١٦) ندى عبد الرحمن قيصر ،تسوية المنازعات الاستثمار، دراسة مقارنة في ضوء اتفاقية واشنطن ،رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد ،٢٠١٤ .

١٧) نور الدين قولي ، الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالاستثمارات :بين حماية الاستثمارات الاجنبية والحفاظ على سيادة الدول ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، ٢٠١٨–٢٠١٩ .

١٨) يوسف حسين جهاد ، دور الحوافز والضمانات القانونية والقضائية في تعزيز الاستثمار الأجنبي المباشر (دراسة مقارنة وتطبيقية على العراق) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، ٢٠٢٠ .

رابعاً : البحوث

١) د. أحمد صالح علي ، خصوصية نظام شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار قانون منظمة التجارة العالمية ، المجلة الجزائرية ، للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٥٦، العدد ١ ، من دون سنة نشر.

٢) أحمد ضاعن السمدان ،الحماية القانونية للإستثمارات الاجنبية وطنيا ودوليا، ندوة الاستثمار الاجنبي في المملكة العربية السعودية ، الرياض ،معهد الدراسات الدبلوماسية ،١٩٩٧ .

٣) أحمد عبد الكريم سلامة ، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٥، ١٩٨٩ .

٤) د. بزار الوليد ،أليات القانون الدولي لحماية الاستثمارات الاجنبية من المخاطر غير التجارية ،مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،العدد١١ ،٢٠١٨.

٥) د. بقة حسان ،دور الضمانات والمبادئ الدولية في حماية ملكية المستثمر الاجنبي ،المجلة الاكاديمية للبحث القانوني ،مجلد١٦،العدد٢ ،٢٠١٧.

٦) حامد زكي ،التوفيق بين القانون والواقع ،مجلد ١،مجلة القانون الاقتصاد،مصر ، العدد٥ ،١٩٣١.

٧) حسين عيس عبد الحسن ،الضمانات العقدية للأستثمار، دراسة مقارنة ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد ٧،العدد ٢١، ٢٠١٤ .

٨) د. خالد محمد الجمعة ،إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الاجنبي (الطرق، المشروعية ،الشروط) ، مجلة الحقوق ،الكويت ، العدد الثالث ، السنة الثالثة والعشرون ، ١٩٩٩ .

٩) د. رؤى علي عطية ،النظام القانوني للتحكيم كوسيلة لتسوية نزعات الاستثمار الاجنبي في التشريع العراقي وإقليم كردستان دراسة المقارنة ،مجلة العلوم القانونية ،جامعة بغداد ،المجلد ٣٢،العدد٢ ،٢٠١٧.

١٠) د. سامي محمد عبد العال ،دور القضاء والتحكيم الدولي في تسوية منازعات الاستثمار ،بحث مقدم إلى كلية الحقوق،جامعة طنطا ، ٢٠١٥ .

١١) د. سامية كسال زايدي ،دور الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الاجنبي عقود البترول نموذجا ، مجلة الحقوق والحريات ،جامعة مولود معمري تيزي وزو، العددالثالث ، ٢٠١٦.

١٢) د. سهير ابرهيم حاجم ،الحماية القانونية للاستثمار الاجنبي ،مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية المجلد ٧،العدد٢٧، ٢٠١٥.

١٣) د. صادق زغير محيسن،حماية الاستثمار الاجنبي من نزع ملكيته في ظل الاتفاقيات الثنائية ،مجلة العلوم القانونية،جامعة بغداد ،كلية القانون ،المجلد٣١،العدد٢، ٢٠١٦ .

١٤) عباس عبد القادر ،التحكيم التجاري الدولي وآثاره ، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية ،جامعة الجلفة مجلد١٢،العدد١، ٢٠١٩ .

١٥) د. عباس علي محمد ود. حسن حنتوش رشيد ، التعويض القانوني نظرية الفوائد ، مجلة جامعة كربلاء العلمية ،المجلد السادس ، العدد ١، الانساني ، ٢٠٠٨ .

١٦) عبد المومن بن صغير ،الصعوبات التي تعترض قيام ميثاق عالمي موحد لحماية الاستثمارات الاجنبية ،مجلة الفقه والقانون ،صلاح الدين دكداك ،العدد٦، ٢٠١٣.

١٧) د. عبيوط محند وعلي، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الاجنبية ،مجلة النقدية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو،٢٠١٠.

١٨) د. عيبوط محند وعلي ، شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات ، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، ٢٠١٠ .

١٩) د. علي خالد دبيس، قانون الحماية الدبلوماسية وشروطها ،مجلة أهل البيت عليهم السلام ،العدد٢٠ ،٢٠١٦.

٢٠) عمر سعد اللة ، التعريف بحق تقرير المصير الاقتصادي للشعوب ،الجزائر ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد ٢ ، ١٩٩٤ .

٢١) غسان عبيد محمد المعموري ، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول ، مجلة رسالة الحقوق ،كلية القانون ، جامعة كربلاء، المجلد الأول، العدد الثاني ، ٢٠٠٩.

٢٢) د. محمد الامين جبلي ،نقل التكنولوجيا وحماية البيئة أثر الاستثمار الاجنبي المباشر على الدول المستقلة له ،دراسة حالة أستغلال المحروقات في الجزائر ،المجلة الجزائر للاقتصاد والإدارة ،العدد٧.

٢٣) محمد الصالح حوالة ، ماهية شرط الدولة الأولى بالرعاية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية ،السياسية والاقتصادية ، المجلد ٥٧،العدد٤، ٢٠٢٠ .

٢٤) محمد طلعت الغنيمي ، مقابل التأميم في القانون الدولي العام ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، السنة العاشرة ، العدد (٣و٤) ، كلية حقوق ، جامعة الإسكندرية ،١٩٦١.

٢٥) د. محمد نذير عماري ، تطبيق شرط الدولة بالرعاية على قواعد تسوية النزاعات في عقود الاستثمار ، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية ،المجلد الحادي عشر ، العدد الأول .

٢٦) محمود عبد الحميد سليمان ،الحماية الدبلوماسية للأستثمارات الاجنبية ،المجلة المصرية للقانون الدولي ،الجمعية المصرية للقانون الدولي ، العدد ٥٨، ٢٠٠٢ .

٢٧) معيفي لعزيز ، تعويض المستثمر بين القانون الدولي والقانون الجزائري : آلية تفعيل العملية الاستثمارية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، المجلد ١٧ ، العدد ١ ، ٢٠١٨ .

٢٨) د. نوارة حسين ، حماية الاستثمار الأجنبي على ضوء مبادئ القانون الدولي ، مجلة الفقه والقانون ، العدد ١٤ ،٢٠١٣.

٢٩) د. نوارة حسين ، التعويض في الاستثمار الاجنبي ، مجلة الفقه والقانون ، مجلة مغربية ، العدد السادس عشر ، ٢٠١٤.

٣٠) د. نوال زياني ،د. ربيحة شاربي ،دور لجنة القانون الدولي في تطوير قواعد الحماية الدبلوماسية (الحماية الدبلوماسية لعديمي الجنسية نموذجا) ،مجلة العلوم القانونية والاجتماعية ،جامعة زيان عاشور بالجلفة ،العدد٤ .

خامساً : القوانين والتشريعات والاتفاقيات والقرارات الدولية

١- القوانين والتشريعات

١- دستور العراق ٢٠٠٥ .

٢- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لعام ٢٠٠٦ .

٣- قانون التعديل الأول لقانون الاستثمار رقم ٢ لعام ٢٠١٠ .

٤- قانون التعديل الثاني لقانون الاستثمار رقم ٥٠ لعام ٢٠١٥.

٥- القانون الاستثمار لإقليم كوردستان العراق رقم ٤ ،عام ٢٠٠٦

٦- قانون الاستثمار الاجنبي الصادر بموجب الأمر رقم (٣٩) في٢٠٠٣الملغي .

٢- الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩.

٢- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار عام ١٩٨٥.

٣- معاهدة ميثاق الطاقة لعام ١٩٩١.

٤- اتفاقية التجارة الحرة الامريكا الشمالية عام ١٩٩٤(NAFTA) لعام ١٩٩٤.

٥- اتفاقية الاستثمار بين مصر والأرجنتين لعام ١٩٩٤ ،الجريدة الرسمية ، العدد٧، ١٩٩٤/٢/١٧.

٦- أتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للأستثمارات بين حكومة الجمهورية العراق وحكومة جمهورية المانيا.

٧- الاتفاقية العراقية الفرنسية لتشجيع وحماية الاستثمار لعام ٢٠١٠، صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٢٤) لعام ٢٠١٢ ،المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد٤٢٤١،تاريخ /٦/٤ /٢٠١٢

٨- اتفاقية حوافز الاستثماربين الحكومة العراقية وحكومة الولايات المتحدة الامريكية ثم المصادقة عليها بموجب القانون رقم ١١٠ لعام ٢٠١٢ منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد ٤٢٧٦، ٢٠١٣/٥/١٣.

٩- الاتفاقية العراقية اليابانية لتشجيع وحماية الاستثمارلعام ٢٠١٣، صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٣٤) لعام ٢٠١٣،المنشور بجريدة الوقائع العراقية ،العدد (٤٢٩٦) ،تاريخ /٢٠١٣/١١/٤ .

١٠- الاتفاقية المبرمة بين العراق وأرمينيا لعام ٢٠١٢ ، صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٤٠) لعام ٢٠١٤ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ،العدد (٤٣٠٩) بتاريخ ٢٠١٤/٢/١٠ .

١١- الاتفاقية العراقية الكويتية لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة لعام ٢٠١٤، صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم(١٤) لعام ٢٠١٤ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد(٤٣٤٦) ، تاريخ ٢٩/ ٢٠١٤/١٢ .

١٢- الاتفاقية العراقية الأردنية لتشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة لعام ٢٠١٣ ، صادق العراق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (١) لعام ٢٠١٥، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٣٥٣) ، تاريخ ٢٠١٥/٢/٢٣ .

١٣- الاتفاقية العراقية البيلاروسية لعام ٢٠١٥ و صادق على هذه الاتفاقية بمقتضى القانون رقم (٥٢) لعام ٢٠١٥ ، المنشور بجريدة الوقائع العراقية ، العدد (٤٣٩٧) ، تاريخ ٢/١٥ /٢٠١٦

١٤- اتفاقية بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومة دولة قطر وحكومة المملكة الأردنية الهاشمية لعام ٢٠١٨.

١٥ - اتفاقية بين جمهورية العراق والمملكة السعودية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات لعام ٢٠١٩

٣- القرارت الدولية

١- مؤتمر الأمم المتحدة لمنظمة التجارة والتنمية الانكتاد UNCTAD ، ١٩٦٤.

٢- التقرير العالمي للاستثمار الصادر عن اليونكتاد ، الاستثمار الأجنبي المباشر المعطيات والتحديات ، ١٩٩٩.

٣- تقرير لجنة القانون الدولي ، الأمم المتحدة ، الجمعية العامة ، دورتها الثالثة والخمسين، تقرير اللجنة السادسة ، الوثيقة /A/56/589 ، ٢٠٠١ .

٤- جون دوغارد ،المقرر الخاص ، تقرير ثالث عن الحماية الدبلوماسية ،لجنة القانون الدولي ،الوثيقة رقمA /CN .٤ /٥٢٣/Add.1 ،الدورة ٥٤ ، ٢٠٠٢ .

٥- تقرير جون دوغارد ،لجنة القانون الدولي ، تقرير رابع عن الحماية الدبلوماسية ، الوثيقة A/CN.4/530،الدورة ٥٥، عام ٢٠٠٣،

٦- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، دورة ٤١، وثيقة . A/CN,9/WGIV/WP.101 ، ٢٠٠٣

٧- قانون الأنسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي مع دليل اشتراعه واستعماله ٢٠٠٢ ، منشورات الأمم المتحدة ، ٢٠٠٤ .

٨- تقرير لجنة القانون الدولي ، دورة ٥٦ ، ٢٠٠٤.

٩- مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية ، المنازعات بين المستثمر والدولة الناشئة عن معاهدات الاستثمار ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، وجنيف، ٢٠٠٥

١٠- تقرير لجنة القانون الدولي ،الوثيقة رقم ٦٨٤ L /٤ .A / CN ، الدورة ٥٨ ، ٢٠٠٦

١١- ستيفن فاسياني ، معيار المعاملة العادلة والمنصفة في قانون الاستثمار الدولي ، تقرير ابتدائي للجنة القانون الدولي ، الوثيقة رقم (A/66/10) المرفق (د).

١٢-الأمم المتحدة نيويورك وجنيف ،منشورات الأمم المتحدة ، رقم المبيع A.06.XIV2 ،٢٠٠٦، ج١

١٣- اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا ،دليل الاتفاقيات الثنائية للأستثمار ،٢٠١٠.

١٤- مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان ، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان .

١٥- منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OECD) ، استعراض مناخ الأعمال في مصر، سياسات الاستثمار وشراكات بين القطاعين العام والخاص ، الاتحاد الأوربي ، ٢٠١٤ .

المصادر الأجنبية

A-BOOKS:

1) Andrea K. B Jorklund,year book on investment Law & polcy , United States of Ameriica, Oxford University press,2014-2015.
2) Andreas F. Lowenfeld ,International Economic Law ,Oxford university Press,2008 .
3) Kenneth J.V Andevelde,aunifid theory of fair and equitable treatment ,Oxford University press,Vol.43,2010.
4) Dolzer, R.& Schreuer,Ch.,Principles of International Investment Law ,New York,Oxford University Press,2012.
5) Hartley,Trevorc,the Foundations of European union,Law:An Introduction to the constitutional and Administr ative Law of The European union,oxford university press,united kingdom, Eighth Edition.
6) Jeswald W. Salacuse ,The Law of Investment Treaties,Second Edition, Oxford University Press,UK, 2015.
7) Jonathan Bonnitcha Lauge N. Skovaard Poulsen Michael Waibel ,The Political Economy of the Investment Treaty Regime,Worldwide,Oxford University Press,2017.
8) Kelsen,Hans,Principles of Intenational Law,The Law book Exchange Ltd,clark ,Newjersey,Third Edition,2003.

9) Lorz,R.A., Protection and Security,in :Bungenberg,Griebel,Hobe and Reinisch,International Investment Law, C.H.Beck,Hart,Nomos,Baden-Baden, Munchen and Oxford, 2015.

10) Newcombe ,Andrew Paul & Paradell,Lluis,Law and Practice of Investment Treaties :Standards of Treatment ,Wolters Kluwer Publications,The Netherland ,2009.

11) Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law , Oxford University press , UK, 2008.

12) Stephan W.Schill ,The Multlateralization OF International Investment Law United States of America ,Cambridge University Press,2009.

13) Surya P Subedi, International Investment Law Reconciling Policy and Principle,in North America(US and Canada)by Hart Publishing,2008.

B- Theses:

1)Dr. Rahim Baghban ,Recent Developments of International Standards on Protective Law of Foreign Investment :A Comparison With Iran'S LaW , faculty of law and political science,Islamic Azad University,Mashhhad,IRAN .

2)Mr. paul Scargall ,Compensatory Standards For Expropiated Proerty in International Dispute Resolution ,Ugo Popadic,University of Windsor ,2008.

C- Researches :

1) Alireza Ansari Mahyari ,Leila raisi, International Standards of Investment International arbitration procedure and investment treaties,Revista Juridicas ,15(2),2018.

2) Amos S. Hershey,The Calvo and Drago Doctrines,Indiana Univeresity,American Journal of International Law,Vol26,1907.

3) Archaga, General Course in Public International Law ,159 Recuiel des course , Vol .1,1978.

4) Azzini,Torcisio, General principles of Low in The Field Foreign investment ,Journal of World Investment and Trade ,Vol 10,NO 1,2009.

5) Christoph Schreuer,Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice,The Journal of World Investment & Trade,Geneva,Vol.6,NO.3.

6) Christoph Schreuer,Full Protection and Security,Journal of International Dispute Settlement,Vol1,No.2,2010.

7) David Collins, Applying the Full Protection and Security Standard of International Investment Law to Digital Assets ,Journal of World Investment and Trade ,12(2) ,2011.

8) Dinah Shelton,Righting Wrongs:reparations in the Artcles on State Responsibility, (2002)96 The American jonrnal of International Law.

9) Dr.Eric De Brabandere, Host States Due Diligence Obligations in International Investment Law,Syracuse Journal of International Law and Commerce,Vol.42,No.2,2015.

10) Dr.Eric De Brabandere,Fair and Equitable Treatment and (Full) Protection and Security in African Investment Treaties Between Genrality and Contextual Specificity, Journal of World Investment & Trade 18,2017.

11) Dr.Rumana Islam,Interplay between Fair and Equitable Treatment(FET) Standard and other Investment protection Standards,University of Dhaka,2014.

12) Giorgio Sacerdoti,Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment protection ,Hague Academy,Collected Courses,Vol.269(1997).

13) Gudgeont,K.Scott,United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes ,and General Treatment Standards ,Berkeley Journal of International Law,Article 3,Vol 4,Lssue 1 Spring.

14) Kendra Leite ,The Fair and Equitable Treatment Standard:A Search For A Better Balance InInternational Investment Agreements,American University International Law Review,Vol32,Lss.1,Article.2,2016.

15) M. Yakub Aiyub Kadir ,Hull Formula and Standard of Compensation for Exprropriation in postcolonial States,Anglia Ruskin University United Kingdom,Vol.19,No.2,2017.

16) Manuel R.Garcia-Mora, The Calvo Clause in Latin American Constitutions and InternationalLaw,Vol33,1950.

17) Marcela Klein BronFman,Fair and Equitable Treatment:An Evolving Standard ,Max Planck Yearbook of United Nations Law,Vol10,2006.

18) Nartnirun Junngam, The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: what and Who Is Investment Fully [?] Protected and Secured From? ,American University Business Law Review ,Vol.7,1,2018.

19) Nicholas Dimasilo ,Joost Pauwelyn,Nondiscrimination in trade and investment treaties twosides of the same coin,American journal of investment Law ,Vol102,2008.

20) Orsat Miljenic ,Full Protection and Secrity Standard in International InvestmenLaw,Pravni vjesnik,Vol35,2019.

21) Richard B. Lillich, The protection of Foreign Investments and the Hickenlooper Amendmdnt , university of Pennsylvania Law Review ,Vol 112.1964.

22) Schill, Stephan W.,Mulitilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses ,Berkeley Journal of International Law,Vol27,Issue2,2009.

D- Reports and Documents and Statistics :

1) C-J.Rights of nati\\onals of the United States of America in Morocco .Reports 1952.

2) CNUCED, Traitement de lanation la plus Favorisee,Nations Unies,New York,Geneve,2000

3) Cathrine Yannaca Small,Fair andEquitable Treatment Standard International Investment Law,OECD Working papers on International Investment ,2004/03,OECD publishing.

4) Havana Charter,of the united nations conference on trade and employment,1948

5) Houde, MarieFrance , Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties, International Investment Perspectives, OECD,2006.

6) Lavranos,Nikos,The new EU Investment Treaties :Convergence towards the NAFTA model as the new Plurilateral Model BIT text?, a presentation held on 13 February 2013 at the World Trade Institute ,University of Bern, Bern, Switzerland .

7) National Treatment ,UNCTAD Series on issues in international investment agreements, UNCTAD ,UN,UNCTAD/ITE/IIT/11,Vol.IV,UNITED Nations,New York and Geneva,1999 .

8) National Treatment Restrictions and Review of Bilateral Investment Treaties, Cefta Issues Paper2,OECD,2010.

9) Treat of Amity ,Commerce, and Navigation art .14,U.K.-U.S., Nov.19,1794, 8Stat.116, T.S.No.105

10) U.S.US-Ecuador Bilateral Investment Treaty,Senate Treaty Doc.103-15.103 Cngress I Session,1997.

11) UNCTAD Nations,Fair and Equitable Treatment,New York and Geneva,UNCTAD/ITE/IIT/11,Vol.III.1999 .

Abstract

The importance of the study lies in shedding light on the international standards for the protection of foreign investment in international investment law, in order to achieve more protection in the treatment of foreign investors by the host country for investment away from difficulties or lack of commitment towards investment.

Implementation of the contract that the foreign investor faces in his investment project,by setting protection standards in investment agreement and an accurate statement of those international standards, whether they are customary international standards or an agreement, and the obligations arising from these standards, because breaching these standards leads to the establishment of international responsibility .

The problem of the study is focused on trying to find and reveal the international legal system, whether traditional or customary, that regulates international standards for the protection of foreign investment.

I dealt with this subject in three chapters:In the first chapter,the definition dealt with the international standards for the protection of foreign investment,and We explained in the first chapter the concept of foreign investment and the concept of international standards for the protection of foreign investment and the nature and characteristics of these standards and found it binding and international for the reasons established in the body of the study, as well as for these international standards has a legal basis, represented in declarations and international agreements, and has a theoretical basis in international jurisprudence were Represented by the Argentine jurist Carlos Calvo, and the other jurist and the

US Secretary of State Cordell Hull, as proven in the body of the study, while in the second chapter,is the foreign investment protection standards derived In the international custom represented in the minimum standards for the treatment of foreigners and the standard of fair and equitable treatment is one of the most important customary criteria for the reasons established in the body of the study . In the third chapter: I dealt with the criteria for the protection of foreign investment in accordance with the agreements.

by the criterion of national treatment, the criterion of most – favoured –nation treatment, and the criterion of fair and equitable compensation, and the compensation criterion is the most controversial between Countries in terms of descriptions and appreciation of the reasons proven in the body of the study .

We reach the most prominent conclusion and proposals for this topic, which represent the international standards for the protection of foreign investment, whether customary or agreement, in most countries hosting foreign investment

to provide the appropriate legal environment to preserve and protect the foreign investor and his investment, through the application of these international standards, in order to attract foreign investments and foreign capital in the host countries, and the international Center for Settlement of Investment Disputes has significantly enhanced the procedural protection of foreign investment, and the international standards for the protection of foreign investment have become in light of the applications of the international Center, more effective and clear than it was in compensation for the investor .

And we came to the most important proposal , which is we hope to conclude a legal multilateral agreement to organize international standards for the protection of foreign investment .Parties and non parties are committed.

Republic of Iraq

Ministry of Higher Education

And Scientific Research

University of Babylon

College of Law

International Standards for Protection of Foreign Investment

A Thesis Submitted by the student

Athraa Mohammed Sukkar saleh

To the Council of College of Law in University of Babylon
As a part of Requirements for masters degree in public Law

Supervised by

Assist. Prof. Dr. Hayder Abed Mohsin Shahad Al-Jubouri

University of Babylon /College of Law

2021A.D 1443A.H