حماية الاستثمارات الأجنبية عن طريق التدخل الدبلوماسي.

د. قصوري رفيقة
جامعة – خنشلة

ملخص:

إن مسالة تشجيع وحماية الاستثمار أصبحت تشكل هدفا رئيسيا تسعى الدول لتحقيقه قبل الدول المضيفة، وتحديا أمام التنافس العالمي على الاستثمارات الأجنبية لاسيما مع تطور العلاقات الدولية.

وتعتبر الحماية الدبلوماسية إحدى أهم القنوات الرسمية التي يمكن للمستثمر الأجنبي من خلال دولته الأم الاعتماد عليها لطرح مظالمه و طلباته الناتجة عن منازعات مع الدولة المضيفة لاستثماراته أمام هيئة قضائية دولية بوجود التشكيك في إمكانية القضاء الداخلي للدولة المضيفة من تحقيق الضمان الكافي بمعاملة عادلة وأكثر حيادا وكفاءة.

Résumé

La question de la promotion et la protection de l'investissement est devenu une cible d'une grande importance, que tous les pays cherchent à réaliser avant, même, les pays d'accueil. Défiant ainsi, la concurrence mondiale quant aux investissements étrangers ; En particulier avec l'évolution des relations internationales.

La protection diplomatique est l'un des canaux officiels, les plus importants permettant à l'investisseur étranger, via son pays, d'invoquer ses demandes et plaintes ; résultant de différends avec le pays d'accueil devant un organisme judiciaire international, en suspectant la capacité de la machine juridique du pays d'accueil à garantir une assurance suffisante à travers un traitement équitable, neutre et compétent.

مقدمة:

إن أهم الأضرار والمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المستثمر الأجنبي أو مشروعه الاستثماري تطرأ نتيجة التعديلات التي تنصب على التشريعات المنظمة للاستثمار المتكررة والمفاجئة دون غيرها من باقي التشريعات ألأخرى لمدى العلاقة المباشرة والقريبة لهذه التشريعات بالنظم الاقتصادية والسياسية. هذه النظم التي تتحكم فيها عوامل محلية وعالمية لا تستطيع الدولة السيطرة عليها، مما ينتج عنه تضرر المستثمر الأجنبي بطريقة أو بأخرى بحسب مدى تفاوت درجة تأثير هذا الأخير بالتعديل أو الإلغاء الذي يمس التشريع والتي تنحصر غالبا في تحمله نتيجة ذلك بأعباء مالية كبيرة لم يكن يتوقعها قبل التعديل أو ألإلغاء أو تضرره نتيجة التمييز بين الأعباء المكلف بها وتلك التي يعنى بها المواطنون. في كلا الحالتين فإن المستثمر الأجنبي بحاجة إلى الاستعانة بحماية من جانب دولته ليس فقط نتيجة ما يتعرض له من ضرر بسبب العمل المشروع للدولة المضيفة "تعديل أو إلغاء تشريعاته" وإنما الأهم من ذلك امتناع هذه الدولة عن تعويضه مقابل ما لحقه من ضرر.

وانطلاقا من ذلك فإن تدخل دولة المستثمر الأجنبي لفرض الحماية المطلوبة على أمواله أو التخفيف من الأضرار التي ستلحق به، مستمدة من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، والتي تقر أن للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يتعرضون لأضرار نتيجة لأعمال ارتكبتها دولة أخرى، ولم يستطيعوا الحصول

منها على حقوقهم وهو الحق المعروف في نطاق القانون الدولي بحق الحماية الدبلوماسية[1].

فهل يمكن تبعا لذلك القول أن للدولة الحق المطلق –استنادا إلى الإقرار المستمد من قواعد القانون الدولي– في التمسك بفرض الحماية الدبلوماسية على رعاياها المستثمرين في الدول المضيفة كلما استنجدوا بها أو أثبتت وقوع ضرر لهم؟ وهل اللجوء إلى إعمال الحماية الدبلوماسية سيقابله بالضرورة قيام المسؤولية الدولية للدولة المضيفة، وهل هذه المسؤولية الدولية مرتبطة بإثبات خطأ هذه الدولة في حق المستثمر الأجنبي، أم أن توافر الخطأ أو النشاط غير المشروع في حق هذه الدولة ليس بالشرط الأساسي لقيام مسؤولياتها الدولية وبالتالي التمسك بحق الحماية الدبلوماسية؟

هذه التساؤلات ستكون محلا لهذا الموضوع و التي سنحاول الرد عليها من خلال هذه الدراسة وذلك تبعا للتقسيم التالي:

المبحث الأول: مفهوم الحماية الدبلوماسية في نطاق الاستثمارات الأجنبية.

المبحث الثاني: القيمة القانونية لشروط ممارسة الحماية الدبلوماسية.

المبحث الأول: مفهوم الحماية الدبلوماسية في نطاق الاستثمارات الأجنبية.

ان النظم الداخلية و ما تتوافر عليه من وسائل مختلفة و متنوعة اثبتت عجزها و عدم كفايتها لتوفير الحماية المطلوبة للاستثمارات الاجنبية خاصة اذا تعلق

1– وقد أقرت محكمة العدل الدولية هذا الحق بالإشارة إليه وقولها أنه « يعد من المبادئ الأساسية في القانون الدولي، أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها، عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى، أو يكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على ترضية مناسبة عندما يسلكوا الطرق العادية». راجع ذلك في: د/ أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1975.، ص 444.

الامر بالدول النامية التي تعاني من عدم استقرار و ثبات تشريعاتها، مما ولد ضعف الثقة من جانب المستثمر الاجنبي الذي تولدت لديه قناعة بعدم اعتماده على الحماية التي تعرضها التشريعات الوطنية للدول المضيفة. لذا كان من الضروري البحث عن اليات دولية تكفل توفير الحماية الكاملة للاستثمارات الاجنبية، و كانت الحماية عن طريق التدخل الدبلوماسي من بين الوسائل التي يبحث عنها المستثمر الاجنبي لما تقرره من ضمانات مهمة في جانبه.

فماهي طبيعة هذه الحماية، و كيف يمكن تعريفها؟ و ما اثر فعاليتها تجاه نظام الاستثمار الاجنبي؟

المطلب الاول: تعريف الحماية الدبلوماسية.

تنوعت التعاريف التي صيغت للحماية الدبلوماسية تبعا للزاوية التي ينظر منها للحماية.

على أننا سنحاول التركيز على تلك التي شملت الاستثمار الأجنبي.

فقد عرفها البعض[1] بأنها من الناحية الشكلية إجراء للقانون الدولي العام الذي يسمح لإحدى الدول من الحصول على تعويض عن الأضرار التي تصيب رعاياها من الدول الأجنبية بالمخالفة للقانون الدولي، أما من حيث الموضوع فقد عرفت بأنها نهوض الشخص الدولي لحماية رعاياه حيث تعوزهم الحماية لدى شخص دولي آخر لجبر ما تعرضوا له من أضرار.

1-راجع ذلك في: د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية تعليق على حكم "الترونيكا سيكيولا" بين الولايات المتحدة الأمريكية ضد ايطاليا، المجلة القانونية الاقتصادية، العدد 05 سنة 1993 ، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، ص 09.

و يعرف آخر الحماية الدبلوماسية باعتبارها الإجراء الذي تلجا إليه دولة سعيا لتامين حقوق استثمار هيئة أو فرد ينتمي إليها بجنسيته لدى دولة أخرى بعد إقدام الأخيرة على المساس به بالمخالفة لالتزاماتها وفق قواعد القانون الدولي[1].

وجاء تعريف آخر للحماية الدبلوماسية بوصفها نظام للقانون الدولي يعطي للدولة الحق في أن تحصل من جانب دولة أجنبية على تعويض للأضرار التي لحقت برعاياها بالمخالفة للقانون الدولي[2].

في حين نظر البعض للحماية الدبلوماسية انطلاقا من مفهومها الظاهري فعرفها بأنها مجموعة من الإجراءات السلمية التي تتخذها دولة للدفاع عن رعاياها ومصالحهم عند وقوع ضرر بهم من قبيل دولة أخرى، مما يجعلها وسيلة من وسائل أعمال المسؤولية الدولية[3]

وعليه فان ما يلاحظ على ما سيق من تعاريف للحماية الدبلوماسية أنها ركزت في معظمها على ربط إقرار حق الحماية الدبلوماسية للدولة بالضرر اللاحق بأحد رعايا هذه الدولة.

هذا الضرر الذي مثلته هذه التعاريف بأنه يشكل خرقا لقواعد القانون الدولي، وهي بذلك اتفقت على أن من حق الدولة أن تتصدى لحماية مواطنيها فيما لو أصابهم ضرر بفعل دولة أخرى كما لو أن هذا الضرر واقع على الدولة ذاتها.

1-هذا التعريف مذكور في د/ محمود عبد الحميد سليمان: الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، ، ص395. المجلة المصرية للقانون لدولي، المجلد 58، سنة 2002 القاهرة

2- د/ ويصا صالح: تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة والمواطنين، مجلة مصر المعاصرة السنة 71، العدد 79، يناير 1980، ص111.

راجع هذا التعريف مذكور في: طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008، ص 255

3- راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1978، ص 304

على أن البعض يرى أن هذا المفهوم قد تغير على أساس أن الضرر الذي يستوجب ممارسة الحماية الدبلوماسية في القانون الدولي المعاصر ينصب في الواقع على حماية الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة وليس على المستثمر الأجنبي أو الشخص الأجنبي عموما، بمعنى أن الحماية في حقيقتها هي حماية للاقتصاد الوطني[1].

كما خالف البعض ما جاءت به هذه التعاريف المحددة لمفهوم الحماية الدبلوماسية بقوله بأنها مجموعة من الإجراءات السلمية على أساس أن ردة فعل الدولة لحماية مواطنيها عند لجوئها لاستعمال هذا الحق قد يتفاوت بين أساليب دبلوماسية مختلفة تتجاوز حجم الضرر أحيانا حين تلجا إلى قطع العلاقات الدبلوماسية أو فرض حصار بحري أو بري على الدولة التي أحدثت الضرر لتصل أحيانا إلى الممارسات العدائية والمواجهات العسكرية، كل ذلك بحسب طبيعة العلاقات بين الدول ومختلف الاعتبارات التي تحكمها[2].

وعلق البعض الآخر على عنصر الضرر الذي يلحق بالمستثمر الأجنبي ويقوم على أساسه حق الدولة في الحماية الدبلوماسية، واعتبروا أن تكييف عمل الدولة المضيفة إزاء الاستثمارات الأجنبية بأنه عمل غير مشروع ويشكل مخالفة لقواعد القانون الدولي متى اقترن بضرر يلحق الأجانب المتواجدين على إقليمها، وهو أمر يجعل من المسؤولية الدولية والحماية الدبلوماسية وكأنهما وجهان لعملة واحدة، أو كأن الأمر الثاني نتيجة متوقعة للأمر الأول وبالتالي تصبح الحماية

---

1 – راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1978، ص 304

2– د / محمود عبد الحميد سليمان، مرجع سبق ذكره، ص 396.

الدبلوماسية هي الوجه الايجابي لبنيان قانوني يكون الوجه السلبي من المسلك غير المشروع للدولة المضيفة[1].

إلا أن هذا التصور بحسبنا لا يتماشى وما تضمنته قواعد القانون الدولي التي تقر لدولة ذات السيادة بحقها في تعديل أو إلغاء تشريعاتها الداخلية دون أن تتحمل أية مسؤولية عليها حتى وان تتسبب هذا التعديل أو الإلغاء في ضرر مباشرا و غير مباشر للمستثمر الأجنبي، مما يعني أن القول باقتران المسؤولية الدولية بالخطأ الذي يسبب أضرار لدولة أخرى أو للموطنين الأجانب وبالتالي تحريك الحق في ممارسة الحماية الدبلوماسية ليس بالأمر المطلق على اعتبار كما سبق القول أن تدخل الدولة المتضررة بإجراءات الحماية الدبلوماسية لا يقوم دائما نتيجة تصرفات غير مشروعة أو مخالفة للقانون الدولي صادرة من الدولة المضيفة للاستثمار، بل أن التدخل الدبلوماسي تدعوا إليه الحاجة حتى أمام التصرفات الغير مخالفة للقانون الدولي وبالتالي المشروعة دوليا ولكنها رغم ذلك تلحق أضرارا بالأشخاص والمستثمرين الأجانب.

وقد عبر البعض عن ذلك بقولهم[2] إن اشتراط صفة عدم المشروعية في عمل الدولة المضيفة كشرط للحماية الدبلوماسية لابد أن يواجه بمعارضة قوية من قبل المستثمرين طالبي الحماية، لأن ما يهمهم هو الحصول على التعويض عما قد يصيبهم من أضرار نتيجة تصرفات الدولة المضيفة، بصرف النظر عن تكييف هذه التصرفات من وجهة القانون الدولي أو الداخلي.

1- د/ حازم حسن جمعة، مرجع سبق ذكره، ص 08.

2- نفس المرجع، ص 06.

المطلب الثاني: فعالية الحماية الدبلوماسية في نظام الاستثمار

أيا كان الأمر فإن لنظام الحماية الدبلوماسية دورا فعالا في تثبيت وتطوير العلاقات الدولية لما يسببه حق الدولة في حماية مصالح مواطنيها من اصطدام مع السيادة الإقليمية للدول المضيفة، مما يجعل من الحماية الدبلوماسية لا غنى عنها للمجتمع الدولي وان البديل لهذه الحماية قد يكون أسوأ من الحماية نفسها[1].

كما أنه نظام جاء ليتدارك عدم وجود نظام عالمي يضمن للفرد المثول أمام جهات القضاء الدولي، وكحق تحتفظ به الدولة وتلجأ إليه فقط عندما تخل الدولة المضيفة بالتزاماتها تجاه مواطنيها خاصة وان مصادر الحماية الأخرى أصبحت غير كافية، لاسيما تلك التي أثبتت عدم نجاعتها وفعاليتها في تنظيم وحماية الاستثمارات الأجنبية في إطار القانون الدولي العرفي أو القانون الدولي الإتفاقي. على أن الدولة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية[2] لا معقب عليها في قبول التصدي لحماية مواطنيها من عدمه ما دامت تستعمل في هذا الصدد حقها

1- د/ حسن عطية الله، مرجع سبق ذكره، ص 307

2- وقد بررت المحكمة السويسرية السلطة التقديرية للدولة في ممارسة الحماية الدبلوماسية بقولها « إن منح الحماية الدبلوماسية فيما يتعلق بالأضرار التي تصيب المواطنين من تصرفات الدولة الأجنبية أو موظفيها والمخالفة للقانون الدولي لا تمثل حقا في القانون الدولي، وفيما يتعلق بالقانون الدستوري، فإن الحماية الدبلوماسية تمثل واجبا إداريا تجاه المواطنين الذين أصابهم الضرر، ولكن هذا الواجب يمارس لمصلحة الأمة عامة والتي تتوقع أن الدولة الأجنبية ستعامل مواطنيها طبقا للقانون الدولي، وان الخطوات التي تتخذ لا تستند ولا تتوقف على طلب المواطن ولكنها تقرر بالقانون الموضوعي الذي يحكم واجبات السلطة المختصة في هذه المسائل، وان المواطن الذي أصابه ضرر بالمخالفة للقانون الدولي لا يجب أن يخوله حق المساعدة بالطريقة التي يرغب فيها إصلاح الضرر بها، لان السلطات المختصة في الدولة لا يمكن توجيهها استجابة لمصالح الشخص المضرور فقط، بل يجب أن تعطى تلك السلطات اعتبارا للمصلحة العامة». راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله ، نفس المرجع، ص 310،311.

الخاص، ولا شك أن وجود مثل هذه السلطة التقديرية لا يبعث على الاطمئنان للأشخاص الذين تتخلى دولتهم عن التصدي لحمايتهم في مواجهة الدول الأخرى لاعتبارات سياسية أو غيرها، مما يجردهم في النهاية من الحماية الإجرائية المتطلبة دفاعا عن حقوقهم، ومن جهة أخرى إذا قررت الدولة التصدي لحماية مواطنيها الذين ألحقت بهم دولة أخرى أضرارا معينة فإنه لا يجوز تبعا لذلك لهؤلاء الأشخاص التنازل عن هذه الحماية قبل أو أثناء النزاع أمام القضاء الدولي، فمادامت الدولة تمارس من خلال الدعوى الدولية حقا خاصا في احترام قواعد القانون الدولي فيكون من حقها وحدها التنازل عن هذا الحق.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الحق في طلب الحماية الدبلوماسية والاستفادة من مزاياها لا يعد مقتصرا على الأشخاص الطبيعية فقط ممن يتمتعون بجنسية الدولة التي ينتمون إليها، بل أن القانون الدولي لم يضع مانعا من امتداد هذه الحماية وتطبيقها على الأشخاص المعنوية – الشركات– أيضا لما تمثله الاستثمارات الأجنبية من خلالها كركيزة أساسية في دعم اقتصاد الكثير من الدول على أساس أن الإضرار بهذه الاستثمارات يعد إضرارا باقتصاد الدولة التي تتبعها[1].

وكان للمحكمة الدائمة للعدل الدولي الدور الفعال في إقرار حق المنظمات الدولية في الالتجاء إلى القضاء الدولي لحماية موظفيها نتيجة للأضرار التي تلحق بهم خلال تأدية وظائفهم بفعل احد الدول الأعضاء، أين أكدت المحكمة

راجع ذلك في: د/ هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000، ص 102.

1– د/ علي حسين ملحم: د/ علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، حقوق، جامعة القاهرة 1998.ص219.

في فتواها الصادرة في 11 أفريل 1949 ردا على طلب الجمعية العامة للأمم المتحدة بذات الشأن، بأنه للأمم المتحدة الحق في التصدي لحماية الموظف الذي أصابه ضررا خاصة في الحالات التي تعجز فيها الدولة التي يتبعها عن ممارسة هذه الحماية أو كانت هذه الدولة نفسها هي التي ألحقت به الضرر[1].

وأمام الإقرار بحق الحماية الدبلوماسية بموجب قواعد القانون الدولي والمحاكم الدولية التي اعترفت بأهمية هذه الحماية ولا زالت تعترف بها، إلا أن هناك من كان ينادي بإلغاء هذا الحق وبصفة محددة إنكاره على الدولة ورفع سلطتها عن التصرف في هذا الحق باسمها ونيابة عن مواطنيها، وهو ما كان ينادي به وزير الخارجية الأرجنتيني "كالفو" أو كما يعرف "بشرط كالفو" الذي لقي ترحابا وتأييدا كبيرين بداية من دول أمريكا اللاتينية نظرا لما كانت تعاني منه بسبب التدخل المستمر من طرف الدول الأوروبية التي كانت تدعي ممارستها لحق الحماية الدبلوماسية على رعاياها وكان تدخلها بقوة القانون الدولي، فكانت نظرية كالفو طوق النجاة بالنسبة لهم لكونها ركزت على الحماية الدبلوماسية واستجابت لما كانت تعاني منه تلك الدول.

1- راجع ذلك في: د/ هشام صادق: مرجع سبق ذكره ص104.

تجدر الإشارة إلى أن أول من سعى إلى تحريم ومحاربة التدخل الأجنبي لاسيما بواسطة الحماية الدبلوماسية كان السياسي الأرجنتيني "لويس دارجو" إلا انه لم يوفق في الإقناع بالأخذ بنظريته رغم قبولها من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وإقرارها في مؤتمر لاهاي للسلام عام 1907 ضمن المعاهدة التي أجازتها وذلك على أساس النص بمنع استعمال القوة لاقتضاء دين تعاقدي، إلا أن هذه المعاهدة لم تلق قبول وتوقيع الكثير من الدول لأنها لم تزل مخاوف دول أمريكا اللاتينية التي لم تكن مركزة فقط في مشكلة قضاء الدين العام ولكن أيضا التدخل المستمر لحماية الأجانب المقيمين فيها بدعوى ممارسة حق الحماية الدبلوماسية، وهو الأمر الذي لم تتضمنه معاهدة إقرار نظرية داجو، لمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/ حسن عطية الله، مرجع سبق ذكره، ص 316 وما بعدها .

وعلى الرغم من أن كالفو لم يدون نظرية متكاملة، إلا أنه عبر عن رأيه في التدخل والمساواة في السيادة وحقوق الأجانب وخضوعهم لقضاء الدولة التي يقيمون فيها ومساواتهم بالوطنيين، ذلك أن المساواة تعني أن لا تتدخل دولة في شؤون أخرى و في نفس الوقت تعني المساواة بين المواطن والأجنبي وإذا تحققت هذه المساواة فإنها ستكون عائقا أمام التدخل الأجنبي مهما كانت الوسيلة أو الغاية، سواء أكانت بالقوة أو بالدبلوماسية، مما يعني أن الأجنبي طبقا لما عبر عنه كالفو إذا أصابه ضرر من الدولة التي يقيم عليها يجب عليه أن يتجه لطلب الحماية من سلطات الدولة محل الإقامة وليس من الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته "الدولة الأم"، وبمعنى أدق نصل إلى أن ما أريد به من إقرار شرط كالفو هو الوصول إلى تنازل الأجانب عن اللجوء إلى حكوماتهم لطلب الحماية جبرا لما لحقهم من ضرر وبالتالي إجبار الدولة ومنعها من استعمال حقها في إجراءات الحماية الدبلوماسية المقررة لها بموجب قواعد القانون الدولي.

ولقد لقي هذا الشرط رواجا وتطبيقا في العديد من العقود الدولية[1]، إلا أن المحاكم الدولية[2] تعرضت له بتحفظ وذلك بإقرار الجزء الرامي إلى السماح

---

1 – نذكر على سبيل المثال العقد المبرم بين المكسيك وشركة تكساس الأمريكية والموقع في: 1912/11/23 أين نص في المادة: 18 منه على مايلي: «يعتبر كمكسيكيين المتعاقد وكل الأشخاص الذين يعملون أو بأي صفة أخرى يمكن أن يتصلوا بتنفيذ هذا العقد مباشرة أو بطريق غير مباشر في كل الأمور داخل جمهورية المكسيك فيما يتعلق بتنفيذ هذا العمل والوفاء بهذا العقد ولا يجوز لهم المطالبة وليس لهم فيما يتعلق بالمصالح والعمل المتصل بهذا العقد ي حقوق أو وسائل جبرية إلا ما يخوله قانون الجمهورية للمكسيكيين، ولا يجوز لهم التمتع بأي حقوق أخرى تفوق تلك التي تمنح للمكسيكيين، وعلى ذلك فهم يحرمون من أي حقوق بصفتهم أجانب ولا يسمح تحت أي ظرف بتدخل الوكلاء الدبلوماسيين الأجانب في أي أمر يتصل بهذا العقد» . راجع ذلك في: د/ حسن عطية الله، مرجع سبق ذكره، ص 318. 318.

2 –حيث قضت لجنة المطالبات بين الولايات المتحدة الأمريكية في نزاع 1926 أن لشرط كالفو فعالية محدودة تلزم الأجنبي ليبحث عن علاج للضرر الذي أصابه في المحاكم المحلية، ولكن هذه الفعالية لا تلزم دولة الأجنبي في مواجهة خطأ دولي. نفس المرجع، ص 322.

للأجنبي بالبحث عن علاج الضرر الذي أصابه في المحاكم الداخلية، إلا أنها أنكرت ورفضت منع دولة الأجنبي من ممارسة وظيفتها الدبلوماسية لحماية مواطنيها لاسيما أمام إثبات خطأ دولي في حق هذه الدولة كإنكار العدالة مثلا.

ونخلص إلى القول أن الحماية الدبلوماسية من الحقوق التي لا يمكن للفرد والدولة الاستغناء عليها ويصعب في المقابل القول أو المطالبة بإلغائها كونها تمثل الوسيلة القانونية المعترف بها بموجب القانون الدولي التي يمكن من خلالها ضمان المطالبة بالحقوق الفردية في الدول الأجنبية، وان تنازل الفرد عن هذه الحماية –استجابة لشرط كالفو– أو رفض وتخلي الدولة عن حماية أفرادها في مواجهة دولة أخرى لأسباب قد تكون سياسية أو اقتصادية أو غيرها سيؤدي إلى نتيجة واحدة وهي تجريد الفرد المتضرر من الحماية الإجرائية الضرورية للدفاع عن حقه الذي عجز عن المطالبة به أمام محاكم الدولة المتسببة في الضرر مما سيحرمه من استفاء هذا الحق أمام المحاكم الدولية إلا بتدخل دولته التي ينتمي إليها للمطالبة بهذا الحق نيابة عنه، ليتحول النزاع من المستوى الداخلي إلى المستوى الدولي الذي يجمع دولة الفرد المتضرر والدولة المتسببة في الضرر بأفعالها الغير مشروعة.

على أن البعض عبر عن هذا الحق على أنه حق محصور ومقتصر على الدولة الحامية فقط، وهي الوحيد التي لها حق ممارسته أو العدول عنه وفقا لتقديرها الخاص، على أساس أن التجاء الدولة إلى استعمال حق الحماية الدبلوماسية كوسيلة للعلاج، إنما هو تأكيد لحقها الخاص وهو الحق في أن تضمن في شخص احد مواطنيها احترام قواعد القانون الدولي، وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية "borcelonatraction" بقولها « وسواء رفعت الدعوى بشأن

أحد رعايا الدولة أو بشأن الدولة ذاتها فالدعوى المرفوعة تعد دعوى الدولة دائما»[1].

على أن ممارسة الدولة لحق الحماية الدبلوماسية على رعاياها وأموالهم في مواجهة الدولة التي تسببت في الضرر أمام محكمة العدل الدولية لن يتأتى إلا بتوافر شروط معينة في الطرف المتضرر، هذه الشروط التي سنخصص لها دراسة في الفقرة الموالية.

المبحث الثاني :القيمة القانونية لشروط ممارسة الحماية الدبلوماسية.

تعبر دعوى الحماية الدبلوماسية عن الوسيلة التي يمكن للدولة من خلالها إبراز قدرتها وحقها في ممارسة اختصاصها الشخصي تجاه رعاياها المتواجدين في أقاليم أجنبية، وذلك بمواجهة الدولة التي تعرضت لأحد أفرادها بضرر وتحميلها المسؤولية الدولية نتيجة ذلك بفضل الاعتراف الدولي لها بحق ممارسة الحماية الدبلوماسية على رعاياها والمطالبة بحقوقهم نتيجة ما لحقهم من ضرر أمام القضاء الدولي.

وتبعا لذلك فقد استقرت معظم الآراء الفقهية والقضائية على أن الدولة لن تستطيع تبني هذا الحق تجاه أحد أفرادها – طبيعيا كان أو اعتباريا– وبسط حمايتها الدبلوماسية إلا بتوافر شروط معينة لعل أهمها تلك الشروط التي تحدد طبيعة الرابطة والعلاقة بين الفرد المتضرر والدولة التي يتبعها، ومدى أهمية هذه

1–راجع ذلك في: د/ ويصا صالح: مرجع سبق ذكره ص 112.

يشير بعض الفقه إلى وجود شرط ثالث عرف بشرط الأيدي النظيفة مفاده التزام المستثمر الأجنبي بقوانين الدولة المضيفة واحترامها، وبعدم التدخل في شؤونها الداخلية، وان تكون سلوكياته فوق مستوى الشبهات أو تسبب جراء مخالفته للقانون الدولي العام أو قوانين الدولة المضيفة التي يقيم فيها في حدوث الضرر محل الشكوى، راجع ذلك في: د/ محمود عبد الحميد سليمان، مرجع سبق ذكره، ص 401.

الرابطة في إقرار حق الحماية الدبلوماسية من عدمه، وهناك أيضا شروط لها أثرها الفعال في إقرار وضمان تدخل الدولة لحماية رعاياها أمام القضاء الدولي الذي يشترط لقبول سير دعوى الحماية الدبلوماسية أن يكون الفرد المتضرر صاحب الحق محل الدعوى قد استنفذ الوسائل القضائية الداخلية لجبر الضرر والمقررة في القانون الداخلي للدولة المتسببة في الضرر.

على انه في دراستنا الحالية سنركز على هذين الشرطين دون غيرهما لما لهما من تأثير في تحديد مضمون معاملة الاستثمار وتنظيم الاستثمارات الأجنبية[1].

المطلب الاول: شرط الجنسية في دعوى الحماية الدبلوماسية.

استقر الفقه والقضاء على أن دعوى الحماية الدبلوماسية تقوم أساسا على مبدأ إثبات الطبيعة القانونية للعلاقة الرابطة بين الدولة المدعية وطالب الحماية، ذلك انه يشترط لصحة هذه الدعوى أن يكون هذا الأخير من مواطني الدولة التي تحميه أي يحمل جنسيتها وفقا لما تقره تشريعاتها الداخلية.

1- وهو ما أيدته المادة الأولى من اتفاقية لاهاي عندما ناقش مؤتمر لاهاي سنة 1930 موضوع الجنسية في القانون الدولي بأنه للدولة الحق في أن تحدد بمقتضى قانونها الداخلي الأشخاص الذين يتمتعون بجنسيتها، بيد أن هذا التحديد لا يسري في مواجهة الدول الأخرى إلا إذا اتفق ذلك مع الاتفاقيات و العرف الدوليين والمبادئ العامة للقانون المعترف به بوجه عام فيما يتعلق بموضوع الجنسية، ولا يجوز للدولة أن تفرض جنسيتها على الأجانب ذوي الإقامة المؤقتة في إقليمها: راجع ذلك في: د/ أحمد عبد الحميد عشوش-.مرجع سبق ذكره، ص 446. و راجع نصوص اتفاقية لاهاي على الموقع: www.Untreaty.un.org

راجع في هذا المعنى: د/ هشام علي صادق، مرجع سابق ذكره، ص 114، وكذا د/ شمس الدين الوكيل: الوجيز في الجنسية ومركز الأجانب، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1968، ص 27.

نذكر على سبيل المثال ما جاء بالرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية حول مدى انطباق قوانين الجنسية الصادرة في تونس ومراكش على الرعايا البريطانيين حيث قررت انه:«لا ينظم القانون الدولي- من حيث المبدأ- موضوع الجنسية، فتضل لكل دولة حرية تحديد دائرة الأشخاص الذين تضفى عليهم جنسيتها، بيد أنه يحد من حمايتها في هذا المجال الالتزامات التي ربما تكون قد تعهدت بها للدول الأخرى» راجع ذلك في: د/ أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سبق ذكره، ص 446.

وتعرف الجنسية عموما بأنها رابطة أو علاقة قانونية وسياسية تنشأ بين الفرد والدولة وبقرار من هذه الأخيرة ليصير بمقتضاه الفرد عضو في شعب الدولة، وهو ما قررته قواعد القانون الدولي التي حددت بصفة مبدئية طبيعية الرابطة بين الفرد طالب الحماية والدولة التي يحق لها حمايته، فاستلزم أن يكون من مواطنيها، أي أن يحمل جنسيتها وفقا لتشريعاتها الداخلية، هذا المبدأ الذي تم تأكيده على مستوى محكمة العدل الدولية في العديد من آرائها الاستشارية.

ولا يختلف الأمر إذا كان طالب الحماية شخصا طبيعيا أو معنويا فالدولة تقوم بممارسة حق الحماية الدبلوماسية للشخص الاعتباري أسوة بالشخص الطبيعي بناءا على رابطة الجنسية بينه وبين الدولة، وانطلاقا من ذلك فإن القواعد العامة للقانون الدولي تقضي بان الدولة التي تتبعها الشركة بجنسيتها هي وحدها صاحبة الحق في حمايتها دبلوماسيا، والتي لها الحرية في تحديد معيار هذه التبعية إما بمكان التأسيس أو مركز إدارتها الرئيسي أو مركز الاستغلال أو النشاط.

على أنه ظهر جدل واختلاف في تحديد المعيار الذي تحدد على أساسه جنسية الشركة وبالتالي الاعتراف لها بحق الحماية الدبلوماسية، واستقر الرأي الراجح والغالب من الفقه على ضرورة الاعتراف بجنسية الشركات على أساس الأخذ بمعيار مركز الإدارة الرئيسي لعدة اعتبارات لعل أهمها أنه المعيار الذي يحول دون تحايل المؤسسين وهو أفضل المعايير التي يمكن أن تتأسس عليها الرابطة

بين الدولة والشركة مقارنة بباقي معايير تأسيس الشركات، فضلا عن كونه المعيار الوحيد الذي يتميز بالثبات والاستقرار والذي لم يلقى نقدا جديا[1].

على أن الاستقرار على معيار تحديد جنسية الشخص الاعتباري أو الشخص الطبيعي يعتبر بحسب البعض غير كافي للدولة لاكتساب حق ممارسة الحماية الدبلوماسية على رعاياها الطبيعيين أو الاعتباريين، ذلك أن البعض يشترط أن توجد رابطة حقيقية وجوهرية وفعلية بين الدولة والشخص الذي تحميه دبلوماسيا على أساس تجنب أن يكون هناك احتمال خطر إساءة الدولة لاستعمال حقها في تحديد مواطنيها[2].

وهو الموقف الذي أكدته محكمة العدل الدولية التي أقرت الاتجاه نحو إقرار نظرية الجنسية الفعلية كأساس للترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص الواحد، على أساس أن الجنسية الفعلية هي التي تقوم على أقوى رابطة حقيقية بين الفرد وإحدى الدول التي تتنازع جنسياتها، ويمكن الاستعانة في تحديد الجنسية الفعلية بموطن الفرد، ومقر مصالحه، أو روابطه العائلية والاجتماعية والاقتصادية واشتراكه في الحياة العامة في الدولة، وكذا رغبته في الارتباط بدولة معينة على نحو يفيد رغبته وانتمائه لدولة دون الدول الأخرى[3].

1- لمزيد من التفصيل حول مختلف الآراء التي قيلت في تحديد المعايير التي تكتسب على أساسها الشركة جنسية الدولة راجع ذلك في د/احمد عبد الحميد عشوش ، مرجع سبق ذكره ص 455 وما يليها.

2- نفس المرجع، ص449.

1- راجع ذلك في حيثيات الحكم الصادر عن محكمة العدل الدولية في 16 ابريل 1955 في قضية "NOTTE BOHOM". ولمزيد من التفصيل حول ذلك راجع: د/هشام علي صادق: مرجع سبق ذكره ص117، 118.

على أن إمكانية تطبيق هذه النظرية للترجيح بين الجنسيات المتعددة للمستثمر الأجنبي قد يبعث على التساؤل عن مدى صحة هذا الترجيح لاسيما إذا كانت جنسية الدولة المسؤولة عن الضرر إحدى هذه الجنسيات؟

وقد ذهب الفقه الغالب في هذا الأمر إلى الإجماع على انه لا يجوز لإحدى الدول التي يتمتع الشخص بجنسياتها أن تتصدى لحمايته دبلوماسيا في مواجهة دولة أخرى من الدول التي ينتمي إليها متعدد الجنسية ولو كانت رابطة الجنسية بين هذا الأخير و الدولة التي تصدت لحمايته تقوم على أسس واقعية[1]، وهو ما أقرته وأكدته محكمة العدل الدولية في الرأي الاستشاري الخاص بالتعويض عن الأضرار المتعلقة بالخدمة في الأمم المتحدة سنة 1949 بقولها «إن الممارسة العادية للحماية الدبلوماسية هي أن الدولة لا تمارس هذه الحماية لصالح أحد مواطنيها ضد دولة تعده موطنا لها»[2].

وعلى الرغم من الاستقرار الذي أضفي على نظرية الجنسية الفعلية إلا أنها لم تسلم من توجيه بعض الانتقادات لعل أهمها[3]:

1- أنه ليس من السهل أن نحدد الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها بناء على المعايير الموصوفة لتحديد الجنسية الفعلية، ذلك أن الجنسية باعتبارها رابطة قانونية تتطلب بشكل ضروري معيارا موضوعيا لتحديدها وليس الاعتماد

2-على أن لاتفاقية لاهاي الموقعة في 12 ابريل 1930 موقف مختلف أين أقرت في المادة الثالثة منها بأن الشخص الذي يتمتع بجنسيتين أو أكثر يمكن أن تعتبره كل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها من مواطنيها. راجع نصوص اتفاقية لاهاي على الموقع: www.Untreaty.un.org

3- راجع ذلك في: د/هشام علي صادق: مرجع سبق ذكره، ص 121.

4- راجع ذلك في د/ علي حسين ملحم: مرجع سبق ذكره ،ص .224

على معيار ذاتي يتغير في كل حالة، مما سيؤدي إلى إحاطة هذه الجنسية بالكثير من الشكوك غير المقبولة.

2- أن هذه النظرية بحسب نقادها لا تقدم حلا لمتعدد الجنسية في حالة ما إذا كانت الاعتبارات التي تقوم عليها الجنسية الفعلية متوافرة بالنسبة لكل الدول التي يحمل المتضرر جنسيتها، كما لا يمكن أن يتوقع في هذا الفرض أن يعطيه القانون الدولي مركزا ممتازا عن غيره من مواطني الدولة الذي يحمل جنسيتها وذلك بالسماح له بالحصول على تعويض يحكم به قضاء دولة على دولة أخرى، وكلاهما يحمل هذا الفرد جنسيتهما[1].

وتأسيسا على ذلك وحتى لا يضع هؤلاء حدا لنظرية الجنسية الفعلية فقد طالب جانب من الفقه بضرورة تطبيق أحكام نظرية الجنسية الفعلية في الحالة التي تتوافر فيها اعتبارات ترجيح جنسية إحدى الدول على الأخرى، وإذا لم توجد إحدى هذه الاعتبارات يتم الرجوع إلى تطبيق نظرية تكافؤ السيادات[2].

وإذا كان وضع متعدد الجنسية حضي باستقرار فقهي في تبني معايير تحديد الجنسية لمتعددي الجنسية ومن ثم بسط الحماية الدبلوماسية على طالبها المتضرر، فإن إشكالا آخر يطرح نفسه في هذا الشأن عن تحديد الوضع

1-وهو ما ذهبت المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين والموقعة في 12 ابريل 1930 والتي عالجت حالات ازدواج الجنسية إلى إقراره وذلك من خلال منع الدولة من إضفاء حمايتها الدبلوماسية على احد الأشخاص الذين ينتسبون إليها بجنسيتهم ضد دولة أخرى يتمتع نفس الشخص بحمايتها.

2- تعتبر نظرية تكافؤ السيادات من أولى النظريات التي اعتنقها الفقه للتصدي لإشكال متعددي الجنسية وحقهم في طلب الحمية الدبلوماسية وتقوم أساسا على مبدأ مفاده لكل دولة من الدول التي يحمل المستثمر جنسيتها الحق في التصدي لحمايته، وعرفت هذه النظرية بنكرانها على القضاء الدولي الحق في الترجيح بين الجنسيات المتراكمة على الشخص استنادا إلى احترام سيادة كل من الدولة لتي يحمل الفرد جنسيتها ما دامت كل هذه الجنسيات قد اكتسبت بطريقة صحيحة ووفقا لقانون دولتها، ذلك أن هذا الترجيح يتضمن المساس بسيادة الدول الأخرى وإهمالها وهو ما لا يجيزه القانون. راجع ذلك في: د/هشام علي صادق، مرجع سبق ذكره، ص 116.

القانوني للمستثمر عديم الجنسية، ومدى إمكانية حق هذا الأخير في طلب الحماية الدبلوماسية وممن سيطلبها في حالة تعرضه لضرر من قبل دولة معينة؟ إن الحماية الدبلوماسية تقوم أساسا على رابطة التبعية بالجنسية بين الفرد طالب الحماية والدولة التي تقوم بحمايته، وهو الأمر المفتقد في حالة الشخص الفاقد أو عديم الجنسية مما يجعله مفتقرا لحق طلب الحماية الدولية، ويترتب على ذلك أن يصبح في إمكان الدولة أن تعامل الأجنبي المفتقد للجنسية والمقيم على إقليمها نتيجة لذلك معاملة تقل عن الحد الأدنى المعترف به دوليا للأجانب، ذلك أن اعتبار الشخص عديم الجنسية يجعله في وضع يفتقر فيه إلى الدولة التي يمكن أن تتصدى لحمايته في مواجهة الدول الأخرى، ما دامت الجنسية هي الشرط الأساسي لإمكان ممارسة الحق في الحماية الدبلوماسية، حتى أن البعض ذهب إلى القول بأنه لا يوجد ثمة حق لمعدوم الجنسية يبرر حمايته أصلا [1].

ونتيجة لهذا الوضع الذي فرض على المستثمر عديم الجنسية وما يخلفه من آثار سيئة على مستواه من جهة وعلى مستوى حسن سير الاستثمارات الأجنبية من جهة أخرى، فقد سعت الدول لوضع حد لهذا الوضع ولو بشكل مؤقت وتضافرت جهودها لتسفر على حل لمعالجة مشكل المستثمر عديم الجنسية وذلك عن طريق الاتفاقيات الدولية التي يتم من خلالها الاتفاق بين الدول الأعضاء في الاتفاقية إلى تبني دولة معينة التصدي لحمايته في مواجهة الدول التي تلحق به أضرارا وبالتالي منحه مركزا قانونيا معين، على أن هذه المحاولات لم تجدي نفعا ولم تضع حلا حاسما للإشكال المطروح على أساس أنها منحت عديمي الجنسية مركزا قانونيا على أساس قانون البلد محل الإقامة

1- نفس المرجع ، ص 121.

دون أن تعالج مدى حق هؤلاء في طلب الحماية الدبلوماسية من عدمه، مما يقودنا إلى القول أن المعاهدات لم تصل إلى معالجة وحل إشكال عديمي الجنسية.

وقد كان لاتفاقيات جنيف المنظمة لحالات اللاجئين المنعقدة بين سنتي 1951 إلى سنة 1953 الفضل في التركيز لمعالجة إشكال حالات عديمي الجنسية، إذ قررت أن الدولة التي تتولى حماية عديمي الجنسية يجب أن تكون الدولة التي اتخذوها هؤلاء موطنا لهم أو محلا لإقامتهم[1]، مما يعني أن الدولة التي تكتسي حق فرض الحماية الدبلوماسية على المستثمر عديم الجنسية هي الدولة التي يثبت عديم الجنسية أنه ينتمي إليها ويتخذها وطنا له ومركزا لأعماله ومصالحه وهي نفس المعايير المحددة لنظرية الجنسية الفعلية، و هوما قد يقودنا إلى القول أن المستثمر عديم الجنسية وفقا لما قررته اتفاقيات جنيف مرتبط برابطة الجنسية الفعلية بالدولة على أساس إقامته وتوطنه فيها حتى ولو لم يتمتع فعلا بجنسيتها. وعليه نخلص إلى القول أن شرط الجنسية في دعوى الحماية الدبلوماسية يلعب دورا مهما وفعالا في إقرار هذا الحق لطالب الحماية "المستثمر" والدولة التي توفر هذه الحماية، وهو ما دفع العديد من الدول التي تستخدم الجنسية كوسيلة للتدخل الدبلوماسي للمطالبة بتعويض الأضرار التي لحقت رعاياها في الخارج نيابة عنهم أكانوا أشخاصا طبيعية أو اعتبارية.

1- راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سبق ذكره ص 227

راجع ذلك في: د/ صفوت أحمد عبد الحفيظ أحمد: دور الاستثمار الأجنبي في تطور أحكام القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، القاهرة 2000، ص 516.

على أن البعض يرى[1] أن هناك من يسيء أحيانا استخدام الجنسية وذلك باستغلالها كوسيلة للتدخل غير المباشر في الشؤون الداخلية للدولة المضيفة للاستثمارات الأجنبية، لاسيما في الفترة التي تلت استقلال العديد من دول العالم الثالث، أين كثر فيها تأميم الشركات الأجنبية التي تقوم باستغلال الثروات الطبيعية في البلاد حيث استخدمت الجنسية كذريعة للتدخل بزعم حماية الشركات والاستثمارات الأجنبية.

على أنه يجدر بنا أن نشير قبل الانتهاء من دراسة شرط الجنسية في دعوى الحماية الدبلوماسية إلى أن رابطة التبعية في الجنسية التي تربط بين طالب الحماية والدولة التي تصدت لحمايته لا تكفي وفقا للرأي الراجح أن تتحقق وقت وقوع الضرر فقط، بل يجب أن تكون هذه الرابطة قائمة وقت تقدم هذه الدولة رسميا بطلب الحماية أو إيداع الطلب لدى المحكمة الدولية، ويذهب البعض إلى القول بضرورة توافر شرط الجنسية حتى وقت صدور حكم المحكمة الدولية الناظرة في النزاع، وهو رأي مستند إلى مبدأ استمرارية رابطة الجنسية، على أساس أن ممارسة الدولة وتمسكها بحق الحماية الدبلوماسية قائم على افتراض مؤداه أن الضرر قد أصاب هذه الدولة قبل أن يصيب أحد رعاياها الطالبين للحماية منها، فإذا حدث وتغيرت رابطة الجنسية التي تقرر أساس الحماية أو انقطعت لسبب من الأسباب يصبح افتراض الضرر أو الادعاء ملغيا ومن ثم ينعدم أساس تدخل الدولة للحماية.

1- راجع ذلك في: د/ شمس الدين الوكيل، مرجع سبق ذكره ص 143.

وقد وصف البعض[1] نتائج عدم استمرار رابطة الجنسية بين الدولة الحامية وأحد رعاياها المتضررين بالنتائج الخطيرة التي يمتد أثارها إلى كل من الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، على أن الأمر قد يدق بصفة خاصة بالنسبة للشخص الاعتباري لاختلاف المعايير المحددة لرابطة التبعية "تحديد الجنسية" إذ قد يتصور أن تتغير ملكية المساهمين في الشركات المساهمة نتيجة تداول أسهمها في الأسواق المالية مما يؤدي إلى انتقال ملكية غالبية هذه الأسهم من مواطني الدولة الحامية إلى رعايا دولة أجنبية أخرى في الفترة ما بين تحقق الضرر والتصدي للحماية، ما يترتب عليه زوال تبعية الشركة الأولى لزوال شرط استمرار التبعية بالجنسية، وهو ما يخلف في النهاية ترك الشخص الاعتباري الذي أصابه ضرر من فعل دولة معينة بدون حماية دولية لاسيما إذا كان المعيار المحدد لتبعية هذا الأخير للدولة الحامية هو معيار الرقابة أو معيار رأس المال.

المطلب الثاني: قاعدة استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية "الوطنية"

تأسس شرط أو قاعدة استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية على مبدأ معترف به في القانون الدولي ومستقر عليه في العرف الدولي مفاده أنه من الضروري على الأجنبي الذي يلحقه ضرر في دولة أجنبية أن يستنفذ كافة وسائل جبر الضرر المتاحة المعمول بها والمقررة وفقا لتشريع البلد المسئول[2]، وذلك حتى يتسنى له استدعاء تدخل دولته[3]، بمعنى أن تطبيق هذه القاعدة في مجال الاستثمارات الأجنبية مؤداه أنه إذا ادعى أحد المستثمرين الأجانب بضرر لحق به من جانب

2- راجع ذلك في: د/ هشام علي صادق، مرجع سبق ذكره، ص 112.

1- ويستوي في ذلك أن تكون الإجراءات المطلوب استنفاذها قضائية أو إدارية كالتظلم أو الشكوى أو التماس إعادة النظر ...الخ

2- راجع ذلك في د/ حازم حسن جمعة: مرجع سبق ذكره، ص 10.

دولة غير دولته التي ينتمي إليها بجنسيته فيلزم عليه وفقا للمبدأ المقرر أعلاه أن يلجأ أولا إلى محاكم

الدولة المسئولة عن الضرر وان يستنفذ كافة إجراءات ودرجات التقاضي دون أن يكتفي بحكم أول درجة تقاضي[1]، لأنه لن يتمكن ودولته بطرح النزاع على الصعيد الدولي، بل يتعين استنفاذ كافة طرق الطعن التي يمكن بموجب إحداها إلغاء الحكم الذي صدر في غير صالح هذا المستثمر ومن ثم يتم وضع حد لدعوى الحماية الدبلوماسية لزوال سبب الشكوى.

وقد برزت أهمية هذا الشرط وفاعليته من خلال إقراره في العديد من الاتفاقيات الدولية لاسيما منها الخاص بالاستثمار، التي أوجبت العديد منها وجوب لجوء المستثمر المتضرر إلى الوسائل القانونية الداخلية لإصلاح الضرر قبل إحالة النزاع على إلى الهيئة القضائية الدولية، ولعل إجماع الفقهاء على التمسك بهذه القاعدة كشرط سابق لتحريك الدولة دعواها على مستوى القضاء الدولي عن طريق دعوى الحماية الدبلوماسية يرجع إلى عدة أسباب أهمها[2]:

1. أن التمسك بهذه القاعدة يسهم بالمحافظة على العلاقات الودية بين الدول وحفظ السلام في المجتمع الدولي دون إثارة المنازعات التي يترتب عليها تحريك دعوى المسؤولية الدولية، وبالتالي نشر حكم يدين الدولة المسئولة على

3- وهو الأمر الذي أقرته محكمة العدل الدولية في أحد أحكامها أين قررت بأنه يتعين لكفاية الوسائل القضائية الداخلية أن يعتنق تشريع الدولة التي سببت الأضرار مبدأ تعدد درجات التقاضي بحيث يسمح للأجنبي المضرور أن يطعن في حكم أول درجة أمام محكمة أعلى ولا يتسنى للدولة ممارسة حمايتها الدبلوماسية إلا إذا أصبح الحكم نهائيا. راجع ذلك في: د/ هشام صادق علي: نفس المرجع، ص 162.

1- راجع تبريرات أسباب وحجج تشجيع التمسك بقاعدة استنفاد الطرق الداخلية في: د/ حازم حسن جمعة، مرجع سابق ذكره، ص 11، 12 وكذا د/ علي حسين ملحم: مرجع سبق ذكره، ص 238، 239.

الضرر، مما يؤدي إلى تدهور علاقتها الدولية وبالتالي فإن وجود هذه القاعدة سيقلل حتما من عدد الدعاوى التي ترفعها الدول على بعضها البعض.

2. أن قاعدة استنفاذ الإجراءات الداخلية تمنع الاعتداء على سيادة الدولة المضيفة واستقلالها السياسي و تخول الحق لكل دولة في المطالبة بإعطاء فرصة لمحاكمها لنظر طلبات الأجنبي المتضرر وربما إصلاح الضرر على مستواها في حال ثبوت مسؤوليتها، كما تمنع من جانب آخر تجنب التدخل الدبلوماسي للدول في الشؤون الداخلية لهذه الدول بحجة حماية مواطنيها طالما أن هؤلاء المواطنين يمكنهم الحصول على الترضية الكافية أمام المحاكم الوطنية.

3. تساهم قاعدة استنفاذ الطرق الداخلية إلى تقرير مبدأ سيادة الدولة المسئولة عن الضرر وترسيخ دعائم الحفاظ على المساواة بين الرعايا الوطنيين والأجانب لحقوقهم بإخضاعهم معا لقضاء داخلي واحد.

على أن تشجيع التمسك بهذه القاعدة وما تخلفه من نتائج وتأثير ايجابي في التخفيف من توتر العلاقات بين الدول وبالتالي تحقيق السلم الدولي وعدم المساس بسيادة الدول، أو إهمال حقها في التمسك باختصاصها القضائي وعدم التشكيك في نزاهة القضاء الوطني ومن شأنه وقدراته، كل ذلك لن يجعل منها قاعدة مطلقة لما تتضمنه من قيود واستثناءات تحد من تطبيقها، بمعنى أن هناك مجالات معينة يكون فيها للدولة الحق في أن تلجأ مباشرة إلى القضاء الدولي لحماية رعاياها بالخارج دون أن تكون قد استنفذت بعد طرق التقاضي الداخلية، ولعل أهم هذه الحالات الاستثنائية التي استقر التعامل الدولي عليها مايلي:

1- يؤكد جانب من الفقه أن اشتراط استنفاد الوسائل الداخلية يقتضي وجود رابطة بين طالب الحماية والدولة المسئولة عن الضرر، بحيث يتشرط أن يكون تواجد الأجنبي أو أمواله ومشروعه الاستثماري وممتلكاته على إقليم هذه الدولة

سواء بالإقامة الدائمة أو المؤقتة، فإذا انعدمت هذه الرابطة فإنه لا وجود لأي مبرر لتطبيق أو اشتراط قاعدة استنفاذ طرق الطعن الداخلية[1].

2- يجوز لدول الأشخاص الأجنبية الواقع عليهم الضرر أن تتصدى لحمايتهم في مواجهة الدول المسئولة عن إلحاق الضرر دون الحاجة إلى استنفاذ طالب الحماية للوسائل القضائية الداخلية المقررة في الدولة المضيفة، وذلك بموجب اتفاقات دولية تنص على عدم إعمال هذه القاعدة، وتهدف الدولة عادة عند التنازل عن حقها في تطبيق هذه القاعدة إلى تيسير واختصار الإجراءات على المستثمر المتضرر و تشجيعا له ولغيره من المستثمرين على القيام بمزيد من الاستثمارات وبضمانات دولية لاستفاء حقوقهم التي تعرضت لأضرار وخسائر

3- إن الإقرار والاعتراف بقاعدة استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية كشرط لممارسة الحماية الدبلوماسية يقابله ضرورة أن تكون هذه الوسائل كافية وعادلة وفعالة، وهو ما أقرته محكمة العدل الدولية بأنه لا محل لاشتراط استنفاذ الوسائل الداخلية إذا كانت المحاكم الوطنية ذاتها غير قادرة على التصدي للنزاع، مما يعني أنه إذا تبين للمستثمر الأجنبي المتضرر عدم وجود وسائل قضائية كافية وواضحة بحيث يسهل لهذا الأخير اكتشافها، فإنه متى أثبت ذلك جاز لدولة المستثمر أن تتصدى لحمايته أمام القضاء الدولي دون الحاجة لاستنفاذ الوسائل الداخلية، وفي نفس السياق وبتوافر نفس الأسباب يؤكد الفقه أنه لا وجه لاستنفاذ الوسائل الداخلية إذا كان قد سبق صدور حكم عن القضاء الوطني في الدولة المضيفة ولم يتم تنفيذه[2].

4- إذا كان لدولة ذات سيادة نصيبا في ملكية الأموال التي لحقها ضررا فليس هناك مجال لتطبيق شرط استنفاد طرق التقاضي الداخلية، ذلك أن الدولة تطبيقا

1- وقد عبر البعض عن الرابطة التي تجمع بين طالب الحماية والدولة المسؤولة عن الضرر "بنظرية الرابطة الاختيارية". راجع ذلك في: د/ علي حسين ملحم، مرجع سبق ذكره، ص 241.

1- لمزيد من التفصيل راجع: د/ هشام علي صادق، نفس المرجع، ص 161 وما يليها.

لمبدأ المساواة بين الدول لا يمكن أن تخضع نفسها ولو مؤقتا لمحاكم دول أخرى، إذ لا سلطان لنظير على نظيره[1]، وهي القاعدة التي تمسكت بها الولايات المتحدة الأمريكية في دعواها ضد إيطاليا أمام محكمة العدل الدولية.[2]

الخاتمة

نخلص إلى القول أن استعمال دولة المستثمر لحقها في ممارسة الحماية الدبلوماسية متوقف على عدة شروط أهمها إثبات علاقة التبعية بين هذه الدولة وطالب الحماية، وشرط استنفاذ وسائل جبر الضرر الداخلية المقررة في الدولة المضيفة للاستثمار وبكافة درجاتها.

على أن التصدي للحماية الدبلوماسية في رأينا ليس دائما الوسيلة الفعالة لضمان حماية المستثمر الأجنبي،مما يتعين بحسب راينا اقرار مايلي:

- ان الحماية الدبلوماسية حق خالص للدولة ولها أن تمارسه بالسبل والإجراءات التي تقدر ملائمتها.
- للدولة كامل الحرية أن تقرر التنازل عن هذا الحق وعدم استخدامه لاعتبارات سياسية أو أن تتوقف عن متابعة الدعوى حتى النهاية بعد أن شرعت

2- راجع ذلك في: د/ أحمد عبد الحميد عشوش، مرجع سبق ذكره، ص 465.

3- وتتلخص وقائع هذه الدعوى أن الولايات المتحدة الأمريكية أقامت دعوى أمام محكمة العدل الدولية على أساس مخالفة إيطاليا لقاعدة من قواعد القانون الدولي والاعتداء على حقوقها كدولة، وذلك لخرقها اتفاقية الصداقة والتجارة والملاحة المبرمة بينهما، وقد دفعت ايطاليا في هذه الدعوى ضمن دفوع أخرى بعدم قبول الدعوى لعدم توافر أحد شروط دعوى الحماية الدبلوماسية ألا وهو شرط استنفاذ وسائل أو طرق التقاضي الداخلية المتاحة في ايطاليا، وهو دفع أكدته المحكمة الدولية وأقرت بموجبه أهمية قاعدة الاستنفاذ في مجال الحماية الدبلوماسية، وإن كانت قد قبلت دفع إيطاليا بعدم قبول الدعوى على أساس آخر مقتضاه أن موضوع النزاع متعلق بمدى مخالفة اتفاق دولي "معاهدة الصداقة والتجارة والملاحة" الأمر الذي إن ثبت فإنه يرتب المسؤولية الدولية مباشرة، وهذا ما لم يثبت في حق ايطاليا.

راجع تفاصيل أكثر لهذه الاتفاقية في: د/ حازم حسن جمعة: مرجع سبق ذكره، ص 15 وما يليها.

فيها، ولها أن تنهي الدعوى بعد الاتفاق مع الدولة المضيفة المسئولة عن الضرر على دفع تعويض يتناسب مع حجم الضرر.

- أن حدود الحماية الدبلوماسية تقف حيث تبدأ سيادة الدولة الكاملة على أراضيها وحقها الثابت في إقرار ما تراه مناسبا لمصالحها، وبالتالي احتمال بقاء المستثمرين بدون وسيلة حماية، وهو ما يدفع إلى التفكير في اللجوء والبحث عن وسائل تكون أكثر أمانا واستقرارا من سابقتها ويكون للمستثمر الأجنبي السلطة الكافية من خلالها في التحكم في هذه الوسائل بشكل يحول بينه وبين هيمنة سلطة أخرى – دولته مثلا– تتحكم في قرار التعويض المطالب به أحيانا وقد تتركه بدون حماية أحيانا أخرى بحسب طبيعة علاقاتها مع الدول المسئولة عن الضرر وبحسب تحكمها في ظروفها السياسية.

- العمل على توحيد معايير رابطة الجنسية المقررة لطلب الحماية الدبلوماسية على المستوى الدولي حتى لا يكون هناك تنازع و اختلاف في تقرير هذه الحماية لطالبها .

- تكريس قاعدة استنفاذ اجرءات التقاضي الداخلية قبل اللجوء الى القضاء الدولي لتقرير مبدا سيادة الدول لاسيما النامية منها.

قائمة المراجع :

(1) د/ أحمد عبد الحميد عشوش : النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة 1975.

(2) د/ حازم حسن جمعة: الحماية الدبلوماسية أمام محكمة العدل الدولية تعليق على حكم "اليترونيكا سيكيولا" بين الولايات المتحدة الأمريكية ضد ايطاليا، المجلة القانونية الاقتصادية، العدد 05 سنة 1993 ، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق

(3) د/ شمس الدين الوكيل: الوجيز في الجنسية ومركز الأجانب، ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1968.

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

(5) د/ محمود عبد الحميد سليمان: الحماية الدبلوماسية للاستثمار الأجنبي، المجلة المصرية للقانون لدولي، المجلد 58، سنة 2002 القاهرة.

(6) د/ ويصا صالح: تسوية منازعات الاستثمار بين الدولة والمواطنين، مجلة مصر المعاصرة السنة 71، العدد 79، يناير 1980.

(7) طه احمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية "دراسة سياسية قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.

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

(9) د/ هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2000،

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