

شرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي للاستثمارات

د. عيوط محند وعلي

أستاذ محاضر

كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو

مقدمة

كانت قواعد معاملة الاستثمارات الأجنبية محل خلاف في القانون الدولي العرفي¹، خاصة خلال فترة الستينات والسبعينات بسبب الظروف الاقتصادية والسياسية السائدة في تلك الفترة والتي يميزها الصراع بين الدول المتقدمة، التي تتمسك بحقها في حماية مواطنيها وأموالهم في الخارج، والدول النامية التي تطالب بسيادتها الاقتصادية وحقها في فرض قيود على الاستثمارات الأجنبية لضمان مصالحها الاقتصادية². ولقد ازدادت الخلافات بين الطرفين بسبب العولمة وعدم التوصل إلى اتفاقية متعددة الأطراف حول كيفية معاملة الاستثمارات الأجنبية ورفض الدول النامية للقواعد العرفية التي لم تشارك في وضعها.

¹SCHAUFELBERGER (Péter): La protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement. Thèse de doctorat, Université de Lausanne 1993, (Thèse non publiée), p. 82.

²W.WALDE(Thomas):Nouveaux horizons pour le droit international des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie. Cours et travaux n°2, I.H.E.I , Université Paris II, Editions A. Pedone, Paris 2004, pp. 20 et ss.

لكن نظرا لحاجة الدول النامية إلى الاستثمارات الأجنبية للنهوض باقتصادياتها، أخذت تتنافس فيما بينها لمنح تسهيلات ومزايا وتوفير ظروف الاستثمار في حدود قوانينها وتنظيماتها الداخلية¹ وتكريس المبادئ الأساسية المعترف بها في القانون الدولي ومن بينها شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يضمن المساواة بين المستثمرين الأجانب ويمنع كل أشكال التمييز بسبب جنسية المستثمر.

ونظرا لعدم الاتفاق على معيار دولي يحكم معاملة المستثمرين الأجانب من حيث ما لهم من حقوق وما عليهم من التزامات، ونظرا لعدم ثقة المستثمرين الأجانب في التشريعات الوطنية للدول النامية بصفة عامة وتأكيدها على نواياها الحسنة، تم تكريس شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقيات ثنائية.

وإذا كان هذا الشرط من المبادئ الكلاسيكية في القانون الدولي، فانه 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 بما فيها التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات.

¹ د. سهير حسن عبد العال، أهمية ضمانات ومزايا الاستثمار في بناء المناخ الاستثماري، دراسة مقارنة بين مصر وكوريا، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 2، جويلية 1992، ص 1.

فبعد تحديد محتوى شرط الدولة الأولى بالرعاية (أولا)، نتناول بالدراسة أبعاد هذا الشرط المكرس في القانون الاتفاقي (ثانيا)

أولا: محتوى شرط الدولة الأولى بالرعاية

رغم الاهتمام المتزايد بهذا الشرط كوسيلة لضمان المساواة بين المستثمرين الأجانب، يعتبر من المبادئ الكلاسيكية في القانون الدولي، بحيث اهتمت به الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال لتوفير الجو المناسب للاستثمار لأن التسهيلات والامتيازات الممنوحة لدولة ما ستعمم ليستفيد منها باقي المستثمرين الأجانب. ثم نظرا لأهمية هذا الشرط في العلاقات الاقتصادية الدولية، تم تكريسه في الاتفاقيات الثنائية نظرا لعدم الثقة في التشريعات الداخلية للدول النامية. فبعد تحديد أصل وأهداف هذا الشرط (1) ومفهومه (2) سنهتم بتكريسه في الاتفاقيات الثنائية (3).

1/ أصل شرط الدولة الأولى بالرعاية والهدف منه

اهتمت الدول المتقدمة بهذه القاعدة قبل الحرب العالمية الثانية، بحيث حاول مجلس عصبة الأمم تكريسها في مجال الحقوق الجمركية عام 1929، ثم تمت مناقشتها أثناء المفاوضات حول ميثاق هافانا (Havane) من أجل إنشاء منظمة دولية للتجارة ليُدْرَج فيما بعد في المادة الأولى من الاتفاقية العامة للتعريف الجمركية والتجارة (GATT) لعام 1947¹. أما في مجال الاستثمار

¹ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (G.A.T.T 1947), in : <http://www.wto.org/french/docs-f/legal-f/legal-f/gatt47-01-f.htm>

الأجنبي، لقد أدرج هذا الشرط في الاتفاقيات الثنائية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية التي بدأ الاهتمام بها في الخمسينيات باعتبارها من الشروط الأساسية لضمان المساواة في المنافسة بين المستثمرين¹. ونظرا لأهميته في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، تم تقنين هذا الشرط من قبل لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة².

ورغم التأكيد على المساواة في القوانين الداخلية وأحيانا في دساتير بعض الدول المضيفة، تشترط الدول المصدرة لرأس المال إدراج شرط الدولة الأولى بالرعاية، إلى جانب شرط المعاملة الوطنية، في الاتفاقيات الثنائية تجسيدا لمبدأ المساواة في المعاملة نظرا لعدم ثقتها في القوانين الداخلية التي يمكن تعدلها بصفة انفرادية في أي وقت.

إن الهدف من هذه القاعدة هو تحقيق المساواة ومنع التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب التابعين لدول مختلفة، فهي ضرورية لتحقيق المساواة في الفرص فيما بينهم ومنع التمييز لأسباب مرتبطة بالجنسية³. هذا ما أكدته محكمة العدل الدولية (C.I.J) في قضية حقوق مواطني الولايات المتحدة في المغرب:

« La clause de la nation la plus favorisée avait pour objet d'établir et de maintenir en tout temps l'égalité fondamentale sans discrimination entre tous les pays intéressés »⁴.

¹ CNUCED, « Traitement de la nation la plus favorisée ». Nations Unies, New York et Genève 2001, p. 13

² Rapport de la commission du droit international sur les travaux de la 30^e session (8 mai -28 Juillet 1978). Annuaire (1978, II), pp. 10 – 83.

³ Cf. CNUCED, « Traitement de la nation la plus favorisée ». Op. Cit, p. 1.

⁴ <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdecisions.htm>

إذا كان شرط الدولة الأولى بالرعاية يضمن احترام مبدأ المساواة المكرس في القانون الدولي العرفي، فإنه لا يندرج في إطار الحد الأدنى في المعاملة المعروف في القانون الدولي وذلك بخلاف قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي حتى في غياب أحكام اتفاقية، لأنها تدرج في إطار الحد الأدنى في المعاملة¹.

لكن مبدأ المساواة بين المستثمرين يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي تمر بها الدول المستقبلية لرؤوس الأموال الأجنبية والتي تضطر إلى اتخاذ بعض الإجراءات الضرورية في بعض القطاعات الهامة²، الأمر الذي يستدعي وضع استثناءات تختلف من دولة إلى أخرى ومن مرحلة إلى أخرى حسب سياسة التنمية التي تنتهجها كل دولة وأولوياتها في مختلف المجالات.

وإذا كان هذا الشرط يشمل مبدئياً كل الحقوق والمزايا الممنوحة للمستثمر التابع للدولة الأولى بالرعاية أو التي ستمنح مستقبلاً لمستثمر من دولة أخرى، من حق الدولة المستقبلية لرؤوس الأموال الأجنبية وضع شروط واستثناءات على ذلك في الاتفاقيات الثنائية. وهذا الشرط مطبق على العلاقة

¹ JUILLARD (Patrick), « Le réseaux Français des conventions bilatérales d'investissement : A la recherche d'un droit perdu ? », Revue droit et pratique du commerce international, 1987, Vol 13, n° 01, p 32 .

² LABIDI (Hind), « Ou va la clause de la nation la plus favorisée en droit international des investissements » In : Ou va le droit de l'investissement ? Désordre normatif et recherche d'équilibre, Colloque organisé à TUNIS les 03 et 04 mars 2006, Editions A. Pedone, Paris, p 33.

شُرط الدولة

بين دولتين بل نجده أيضا على مستوى التجمعات الاقتصادية الجهوية¹، بحيث تستفيد الدول الأعضاء فيها من نفس المعاملة الممنوحة للدولة الأكثر رعاية، مما يسمح بالحفاظ على الانسجام فيما بينها، وفي نفس الوقت احترام سيادة الدولة في أبرام اتفاقيات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية². وإلى جانب منع كل أشكال التمييز بين المستثمرين الأجانب، فإن هذا الشرط يسمح لهم الاستفادة من أحسن نظام قانوني تكرسه الاتفاقية المبرمة مع الدولة التي تعتبر أولى بالرعاية في كل ماله صلة بعملية الاستثمار³.

2/ مفهوم شرط الدولة الأولى بالرعاية

المقصود بشرط الدولة الأولى بالرعاية " أن تتعهد الدولة الملتزمة به (Etat Concédant) بمقتضى معاهدة دولية بتمكين رعايا الدولة المستفيدة (Etat bénéficiaire) من الحصول على أفضل معاملة يلقاها الأجانب في الدولة الأولى، أي تمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على كافة المزايا التي قررتها الدولة الملتزمة بالشرط إلى رعايا دولة أجنبية أخرى هي الدولة الأكثر رعاية (Etat favorisé)⁴. وحسب مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية (CNUCED) :

¹ أنظر هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي مع إشارة خاصة للوسائل المقترحة لحماية الأموال العربية في الدول الغربية، الدار الجامعية، ص 220.

² Cf. HAROUN (Mehdi) : Le régime des investissements en Algérie à la lumière des conventions Franco - algériennes. Thèse de doctorat, Université de Montpellier I, octobre 1998. p 170.

³ Cf. LABIDI (Hind) « Ou va la clause de la nation la plus favorisée... » Op. cit, p32.

⁴ د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي... المرجع السابق، ص 214.

« Le traitement de la nation la plus favorisée (NPF) qui est un élément essentiel des accords internationaux concernant l'investissement signifie qu'un pays d'accueil accorde aux investisseurs d'un pays étranger un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ceux de tout autre pays étranger »¹.

بموجب هذا الشرط، تلتزم الدولة المضيفة بمنح رعايا الدولة المتعاقدة معها كل المزايا التي سبق لها منحها أو التي ستمنحها مستقبلاً لرعايا دولة أخرى بمقتضى اتفاقية ثنائية، فهذا الشرط لا يتضمن تحديداً مسبقاً للحقوق والمزايا التي تلتزم الدولة بمنحها للمستثمرين التابعين للدولة المستفيدة منها، وإنما يكفي بوضع مبدأ عام بمقتضاها تتعهد الدولة بأن تمنح تلقائياً نفس الحقوق التي استفادت منها دولة أخرى متعاقدة معها.

لكن تطبيق هذه القاعدة ليس بالأمر السهل، نظراً لاتساع مجال نشاط الشركات المتعددة الجنسيات وصعوبة الاعتماد على معيار الجنسية كأساس للتمييز بينها، إلى جانب صعوبة تحديد الدولة التي استفادت من أحسن التسهيلات والامتيازات في مجال الاستثمار وعدم وضوح مضمون الحماية التي يوفرها للاستثمارات الأجنبية². كما وجهت عدة انتقادات لهذه القاعدة منها: 1/ أن الاتحاديات الجهوية تعيق الاحتفاظ بهذا الشرط، 2/ لا يوجد ما يمنع دولة من إقامة علاقات متميزة مع دولة أخرى، 3/ صعوبة الجمع بين المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية³.

¹ CNUCED, « Traitement de la Nation la plus Favorisée ». Op. Cit, p. 1

² Ibidem.

³ LAVIEC (Jean-pierre) : Protection et promotion des investissements, étude de droit international économique. Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, Presse Universitaire de France (PUF), 1986, p. 102.

حتى ولو اختلفت التعاريف حول شرط الدولة الأولي بالرعاية¹، فإنها تتفق حول العناصر الأساسية والمتمثلة في الالتزام الذي يقع على عاتق الدولة المضيفة للمستثمرين الأجانب في منحهم معاملة تفضيلية لا تقل عن تلك التي تمنحها لأية دولة أجنبية أخرى تتعاقد معها. وبالتالي، منع كل أشكال التمييز ضد مستثمر من دولة أجنبية أخرى.

بهذا المفهوم، فإن محتوى هذا الشرط وأبعاده تتجاوز حدود قاعدة أدنى المعاملة المعروفة في القانون الدولي العرفي. لكن المساواة التي يشترطها

¹ A. Piot considère que : « la CNPF retenue dans les traités bilatéraux d'investissement donne lieu à un engagement de l'état signataire à accorder le traitement le plus favorisé qu'il eut accordé ou accorderait à des étrangers d'un autre Etat » In : « La clause de la nation la plus favorisée », Revue critique de droit international privé, 1956, p1.

- et selon G. Scelle : la CNPF est « une stipulation par laquelle deux gouvernements organisent leur participation réciproque à tout système juridique plus avantageux qu'ils avaient déjà élaboré, ou viendraient par la suite à élaborer d'accord avec d'autres gouvernements », Précis, de droit des gens 1934, vol II, p 384, Cité par LABIDI (Hind) « Ou va la clause ... » ; Op. Cit. p 01.

- حسب أحمد صادق التبشيري يعني : " أن أية مزايا تكون قد منحت سابقا أو تمنح مستقبلا لرعايا أو لشركات تنتمي إلى دول أخرى بمقتضى اتفاقيات ثنائية تربط تلك الدول بمصر، تسري تلقائيا في حق الأشخاص الذين تشملهم الاتفاقية الأمريكية " معاهدة الاستثمار الأمريكية المصرية (1982/09/29) تساؤلات حول اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار، (مقال غير منشور) ص 11.

- أما د. هشام خالد فيقول بأنه : " بموجب هذا المبدأ، تتعرض الدولة الملتزمة بمقتضاه بموجب الاتفاقية المعنية بأن تعطي رعايا الدولة المستفيدة أكبر قدر من المزايا التي تمنحها الأولى للدول الغير ". الحماية القانونية للاستثمارات العربية، مؤسسة شاب الجامعة الإسكندرية، 1988، ص 76.

تقتصر على المستثمرين الأجانب¹، بمعنى أنه من حق الدولة المضيفة منح معاملة تفضيلية للمستثمرين الوطنيين.

3/ تكريس شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقيات الثنائية

رغم تكريس هذا الشرط في القوانين الداخلية المتعلقة بالاستثمار، فإن المستثمر الأجنبي ليس له أية ثقة في هذه التشريعات نظرا لإمكانية تعديلها في أي وقت، مما استدعى إدراج هذا الشرط في اتفاقيات ثنائية لمنح المستثمرين الأجانب مزيدا من الضمانات نظرا للمسؤولية الدولية المترتبة عنها. لذلك، نجد بأن هذه الاتفاقيات الثنائية تقوم على أساس بعض المبادئ المعترف بها في القانون الدولي وهي: المعاملة العادلة والمنصفة وعدم التمييز إلى جانب شرط الدولة الأولى بالرعاية².

أكدت معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في مجال الاستثمار على شرط الدولة الأولى بالرعاية وذلك في القواعد الخاصة بالمعاملة، بحيث تنص المادة 4 من الاتفاقية الجزائرية السويسرية : " 2/ يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لاستثمارات وعائدات مستثمري الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات أو عائدات مستثمري أية دولة أخرى وتكون المعاملة الأكثر رعاية للمستثمر المعني جازمة، 3/ يمنح كل طرف متعاقد على إقليمه لمستثمري الطرف المتعاقد

¹ Cf. JUILLARD (Patrick), « Le réseaux Français ... », Op. Cit. p 34.

² Cf SMETS (Paul - F) : La pratique Belge en matière de protection bilatérale des investissements privés étrangers ». R.B.D.I n° 01 / 1973, p 47.

الآخر ... معاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لمستثمريه أو لمستثمري أية دولة أخرى وتكون المعاملة الأكثر رعاية للمستثمر المعني جازمة¹.

في حين اكتفت بعض الاتفاقيات الثنائية بشرط المعاملة الوطنية ولا تتضمن أية إشارة إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية، كما هو الشأن بالنسبة للاتفاقية الجزائرية السورية¹.

نلاحظ بأن الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر لا تتضمن تفاصيل حول مضمون شرط الدولة الأولى بالرعاية ولا ميعاد سريانه ولا المدة التي يغطيها هذا الشرط. أما من حيث المستفيدين منه، فإن بعض الاتفاقيات، مثل الاتفاقية الجزائرية السويسرية، تؤكد على أن هذا الشرط يشمل الاستثمارات وعائدات الاستثمار وفي الوقت نفسه المستثمرين التابعين للطرف المتعاقد الآخر.

من حيث مضمون الحقوق والمزايا المترتبة عن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، فإن هذه الاتفاقيات لا تتضمن تحديدا مسبقا لمثل هذه الامتيازات التي تلتزم الدولة بمنحها للاستثمارات المنجزة من طرف رعايا الطرف المتعاقد الآخر، بل اكتفت بوضع المبدأ الذي مفاده أن هذه المعاملة لا تقل رعاية عن تلك الممنوحة لاستثمارات أية دولة أخرى. نتيجة لذلك، فإن هذا الشرط يشمل كل الحقوق والمزايا المرتبطة بعملية الاستثمار ما دام لا يوجد أي استثناء في الاتفاقية. غير أن الاتفاقيات تتضمن بعض الأمثلة للمعاملة " الأقل امتيازاً " من بينها : " كل تقييد في التوريد بالمواد الأولية والاستهلاكية،

¹ م 3/ ف3 من الاتفاقية الجزائرية السورية.

التزويد بالطاقة والمحروقات وكذلك الأدوات ووسائل الإنتاج بكل أنواعها، كل عائق لبيع المواد المنتجة داخل البلد وكذلك كل إجراءات أخرى له اثر مماثل¹.

أما فيما يخص قواعد المعاملة الخاصة بمستثمري الأطراف المتعاقدة الأخرى، تؤكد الاتفاقية الجزائرية السويسرية بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل : " التسيير والصيانة والاستعمال والانتفاع أو نقل ملكية استثماراتهم"². لكن مهما كان مجال تطبيقه، فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية له استثناءات ترتبط بالتزامات الدولة المضيفة.

ورغم الاختلاف في المواقف بين الدول النامية والدول المصدرة لرأس المال، فإن الاتفاقيات الثنائية المبرمة بينها تضم بصفة عامة المبادئ الأساسية المكرسة في القانون الدولي وهي المعاملة العادلة والمنصفة والمعاملة الوطنية إلى جانب شرط الدولة الأولى بالرعاية. فالبعض منها تجمع بين المعاملة العادلة والمنصفة وشرط الدولة الأولى بالرعاية، والبعض الآخر تضيف شرط المعاملة الوطنية³.

أما الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر مع مختلف الدول التي تتعامل معها اقتصاديا، بصفة عامة، فإنها تجمع بين المعاملة العادلة والمنصفة

¹ م 3 / ف 6 من الاتفاقية الجزائرية المالية.

² م 4 / ف 3 من الاتفاقية الجزائرية السويسرية.

³ Cf. JUIILLARD (Patrick), « Le réseaux Français ... » Op. Cit. p 33 et 34.

شرط الدولة

وشرط الدولة الأولى بالرعاية والمعاملة الوطنية¹، باستثناء الاتفاقية مع إيطاليا التي اكتفت بالمعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية، والاتفاقية المبرمة مع سوريا التي لا تتضمن سوى المعاملة الوطنية.

أما بخصوص الحقوق والامتيازات التي يستفيد منها المستثمرون الأجانب، فإن أساسها هي الاتفاقية المتضمنة لهذا الشرط والمبرمة بينها وبين الدولة الملتزمة وليس الاتفاقية المبرمة مع الدولة الأكثر رعاية، وهذا ما أكدته محكمة العدل الدولية (CIJ) في حكمها الصادر في 22 يوليو 1952 في القضية بين إنجلترا وإيران².

ثانيا: أبعاد شرط الدولة الأولى بالرعاية

رغم التفاصيل الواردة في الاتفاقيات الثنائية حول شرط الدولة الأولى بالرعاية، بقي محل خلاف من حيث مجال تطبيقه (1)، كما حاولت بعض هيئات التحكيم توسيع مجال التطبيق ليشمل التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية المنازعات (2). ونظرا لاتساع مجال تطبيق هذا الشرط والآثار القانونية المترتبة عنه، تتضمن كل الاتفاقيات الثنائية بعض الاستثناءات تأخذ بعين الاعتبار الظروف الاقتصادية للدولة والتزاماتها الدولية (3).

¹ الاتفاقيات الثنائية المبرمة بين الجزائر والدول التالية: هولندا، فلندا، تونس، سويسرا، البرتغال، الموزمبيق، كوريا الجنوبية، ألمانيا، مصر، مالي، قطر، الأردن، فرنسا، أسبانيا، رومانيا، بلجيكا ولوكسمبور.

² نقلا عن د. هشام علي صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي ... مرجع سابق، ص 19.

1/ الخلاف حول مجال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية

إذا كان تطبيق هذا الشرط يخص مجالات محددة في التجارة مثل: الحقوق الجمركية، في مجال الاستثمار له مفهوم عام يغطي كل ما له صلة بمعاملة الاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة. في بعض الحالات، فإنه يخص مجالات محددة مثل : تحويل الفوائد وشروط التأمين أو نزع الملكية، ولكنه مستبعد في بعض المجالات الأخرى مثل : الضرائب¹. وبصفة عامة، يشمل هذا الشرط كافة الحقوق والمزايا التي استفادت منها الدولة الأولى بالرعاية إلا في حالة وجود استثناء في الاتفاقية ينص على خلاف ذلك.

أما من حيث المرحلة التي يغطيها هذا الشرط، فإن الاتفاقيات الثنائية بصفة عامة تشترط تطبيق هذه القاعدة في المرحلة ما بعد إنجاز الاستثمار، في حين تشترط الاتفاقيات المبرمة من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وكندا عادة تطبيق هذه القاعدة في المرحلة قبل وبعد إنجاز الاستثمار².

ولقد أكدت لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة في تقريرها الصادر عام 1978 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 فقط³.

¹ LAVIEC (JP), Protection et promotion.... Op.Cit, p. 99.

² CNUCED, « Traitement de la nation la plus favorisée ». Op.Cit, p. 14.

³ FONSECA (Susana) : Le régime juridique des investissements directs étrangers en Amérique latine. Thèse de doctorat en droit, Université Paris I Panthéon Sorbonne , décembre 1993, (Thèse non publiée). p. 264.

وتبدأ الدولة في الاستفادة من الحقوق والمزايا من تاريخ نفاذ المعاهدة المتضمنة لشرط الدولة الأولى بالرعاية. وفي حالة إلغائها، تماشياً مع مضمون هذا الشرط والهدف منه، فإن ذلك سيؤثر على الدولة المستفيدة منه، بحيث تفقد الحقوق والمزايا التي استفادت منها طبقاً للاجتهاد القضائي لمحكمة العدل الدولية (CIJ) في هذا المجال¹. ونادراً ما يتم تحديد هذا الشرط من حيث المدة، إذ أنه بمجرد منح امتياز لدولة أخرى، تستفيد من هذا الامتياز الدولة المعنية بشرط الدولة الأولى بالرعاية.

هذا الشرط محل خلاف بين الدول المتقدمة المصدرة لرأس المال والدول النامية المستقبلية لها، بحيث تتمسك الدول المتقدمة بهذا الشرط لتحقيق مساواة تنافسية بين المستثمرين ومنع كل أشكال التمييز. في حين، تتمسك الدول النامية بقواعد أخرى تخدم مصالحها مثل شرط التنمية والمعاملة التفضيلية، وذلك نظراً لعدم المساواة الذي يميز العلاقة بين المستثمر الوطني والأجنبي².

يطبق هذا الشرط في مجالات مختلفة ومتنوعة تشمل التجارة والاستثمار والصرف والملكية الفكرية والحصانة الدبلوماسية والاعتراف بتنفيذ الأحكام الصادرة بالخارج. كما تشمل في مجال الاستثمار كل ما له صلة بعملية الاستثمار بشكل متبادل³.

¹ د. هشام على صادق، الحماية الدولية للمال الأجنبي....، المرجع السابق، ص 222.

² Cf. JUIILLARD (Patrick), « Le réseaux Français ... » Op. Cit. p 33.

³ CNUCED, Traitement de la nation ... ; Op. Cit. p 05.

لكن رغم اتساع مجال تطبيق هذا الشرط، فإن الدولة المضيفة تأخذ بعين الاعتبار مجال نشاط المستثمر في تحديد طريقة المعاملة، بحيث يحق للدولة المضيفة معاملة المستثمرين بطريقة مختلفة قصد تطوير قطاع أو مجال اقتصادي معين¹.

فمن أجل معاملة موضوعية للمستثمرين الأجانب، يجب أن يكون محتوى وأبعاد هذا الشرط واضحة ومحددة. فقد يستفيد منها المستثمر بشكل عام دون أية شروط مسبقة وذلك في كل الجوانب المتصلة بعملية الاستثمار، في حين تتضمن الاتفاقيات الثنائية عادة قيوداً على تطبيق مثل هذا الشرط².

إذا كانت الدولة المضيفة تحتفظ بسلطة تقديرية في مجال تنظيم دخول الاستثمارات الأجنبية استناداً إلى مبادئ القانون الدولي العرفي وأحكام الاتفاقيات الثنائية والجهوية، فإن مجال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية من حيث الزمان بقي محل خلاف بين الدول. فإذا كانت الدول الأوربية تطبق هذا الشرط بعد إنجاز الاستثمار حفاظاً على توازن عادل بين السلطة التقديرية التي تتمتع بها الدولة في مجال دخول رؤوس الأموال الأجنبية، ومبدأ عدم التمييز، وفي نفس الوقت الأخذ بعين الاعتبار سيادة الدول التي تتعاقد معها. فإن بعض الدول مثل الولايات المتحدة الأمريكية تتمسك بضرورة تطبيق هذا الشرط قبل وبعد إنجاز الاستثمار من أجل تحرير التبادلات وتكريس حرية الاستثمار³.

¹ Ibid, p 07.

² Cf. FONSECA (Susana), Le régime juridique de l'investissement... Op. Cit, pp 260-263.

- LABIDI (Hind), « Ou va la clause ... » p 32.

³ Cf. CARREAU (Dominique), FLORY (Thiebaut), JUILLARD (Patrick) :

في تقريرها لعام 1978، أكدت لجنة القانون الدولي للأمم المتحدة بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يطبق قبل وبعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ. لكن يحق للأطراف المتعاقدة الاتفاق حول تطبيق هذا الشرط بعد دخول الاتفاقية حيز التنفيذ فقط¹.

أما الاتفاقيات الجهوية، فعادة ما تنص على منح هذه القاعدة بعد انجاز عملية الاستثمار طبقا لتشريع الدولة المضيفة، وهذا ما تضمنته مثلا الاتفاقية المغربية لتشجيع وضمان الاستثمار².

2/ محاولات توسيع مجال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية

اعتمدت بعض هيئات التحكيم الدولية على شرط الدولة الأولى بالرعاية كوسيلة لأخطار المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات الأجنبية (CIRDI)، وذلك رغم عدم اتفاق الطرفين المتنازعين على اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ولقد تم ذلك لأول مرة في قضية الشركة الأجنبية ()
(MAFFEZZENI ضد اسبانيا)³. فبدلا من عرض النزاع على المحاكم

Droit international économique. Librairie générale de droit et de jurisprudence Paris , 1990.pp 425-435.

- SALEM (Mahmoud) : « Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers » . J.D.I n° 03 / 1986, pp 584 – 586.

¹ Cf. FONSECA (Susana), Le régime juridique ... Op. Cit. p 246.

² المادة 02 فقرة 01 من الاتفاقية المغربية لتشجيع وضمان الاستثمار الموقعة بالجزائر يوم 1990/07/23 بين دول اتحاد المغرب العربي الخمسة.

³ Sentence du 25/01/2000, Aff. N° Arb- 97/07. ICSID Review : Foreign investment ... journal, vol. 16, n° 01, 2001. Citée par

المحلية احتراماً لأحكام الاتفاقية المبرمة بين إسبانيا والأرجنتين، قامت الشركة الأرجنتينية بأخطار المركز الدولي لتسوية المنازعات الخاصة بالاستثمارات (CIRDI) على أساس شرط الدولة الأولى بالرعاية معتمدة في ذلك على اتفاقية أخرى أبرمت بين إسبانيا والشيلي والتي تنص على عرض النزاعات في مجال الاستثمار على التحكيم الدولي.

ومن بين الأسانيد القانونية التي اعتمدت عليها الشركة (MAFFEZZENI) أن نوايا واضعي شرط الدولة الأولى بالرعاية هو التطبيق الواسع لهذا الشرط والاعتراف للمستثمر بكل الامتيازات المترتبة عليه بما فيها إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي¹. على هذا الأساس، يمكن للمستثمر الأجنبي اللجوء إلى التحكيم الدولي باعتباره ضماناً أساسية في مواجهة الدولة المضيفة وما تتمتع به من سلطات وامتيازات.

ونفس الموقف تبنته هيئات التحكيم في قضايا أخرى²، بحيث اعتمدت على شرط الدولة الأولى بالرعاية كأساس للتأكيد على اختصاصها في تسوية

HORCHANI (ferhat). In : « Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation » JDI, n° 02/2004, p 389.

¹ Cf. LABIDI (Hind), « Ou va la clause ... », Op. Cit. p 40.

- HORCHANI (Ferhat), « Le droit international des investissements ... », Op. Cit. p 389 et 390.

² Sentence SIEMENS C/ République d'Argentine du 03 Août 2004, In : [http : // WWW. ASIL, Org. /ilib 0715, htm](http://WWW.ASIL.Org./ilib0715.htm).

- Sentence GAMUZ-Zi international SA (Arb / 03/ 07) et GA 5 naturel SDG SA, des 10 et 17 Juin 2005. CI. CREPET, « Le traitement de la nation la plus favorisée » Gazette du palais, spécial arbitrage, 2005, n° 03, p 42.

المنازعات، لأن ذلك يندرج في إطار قواعد الحماية التي يستفيد منها المستثمر الأجنبي في الاتفاقيات الثنائية.

بالمقابل، رفضت بعض هيئات التحكيم توسيع مجال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى التحكيم الدولي. ففي قضية شركة SALINI ضد الأردن أكدت المحكمة على صعوبة تطبيق الحل الذي تم التوصل إليه في القضية (MAFFEZZENI) نظرا لاختلاف المعطيات¹.

نتيجة لذلك، يجب احترام إرادة الأطراف المتنازعة في اختيار الوسيلة المناسبة لتسوية المنازعات. وهذه الإرادة لا يمكن المساس بها استنادا إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في معظم الاتفاقيات الثنائية، خاصة وأن أساليب تسوية المنازعات تعتبر من المسائل التي يتم الاتفاق عليها مسبقا في اتفاقية الاستثمار.

3/ الاستثناءات على شرط الدولة الأولى بالرعاية

نظرا لاتساع مجال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية، والتي تشمل كل مجالات ونشاطات الاستثمار، من حق الدولة المضيفة وضع حدود لأسباب مختلفة، البعض منها مرتبطة بالأمن والنظام العام والسياسة العامة للدولة،

¹ Selon le tribunal arbitral : « Les préoccupations prises par les auteurs de la décision MAFPEZZENI sont difficiles à appliquer et ne peuvent qu'ajouter plus d'incertitudes dues au risque de treaty shopping et que la solution par les arbitres de MAFPEZZENI ne peut pas être transposée à la présente instance ». La décision SALINI contre la JORDANIE du 29 Novembre 2004. E. GAILLARD, chronique des sentences arbitrales, J.D.I, 2005, p 182.

والبعض الآخر ناتجة عن التزامات الدولة المترتبة عن دخولها في منظمات وتجمعات اقتصادية جهوية.

من المتفق عليه دوليا، أن قواعد الحماية والمعاملة، التي تستفيد منها الاستثمارات الأجنبية تطبيقا لمبدأ المساواة، تقتضي الأخذ بعين الاعتبار مقتضيات النظام العام والصحة والأخلاق. في هذا الإطار، أكدت الاتفاقية بين الجزائر وللكسمبورغ على ضرورة مراعاة الإجراءات الضرورية للحفاظ على النظام العام عند تطبيق قواعد الحماية ضد الإجراءات التمييزية وغير المبررة التي تتخذها الدولة المضيفة¹. أما الاتفاقية الجزائرية المالية، فلقد اعتبرت : "كل إجراء اتخذ لاعتبارات الأمن والنظام العام والصحة العمومية أو الآداب العامة لا يمثل معاملة " أقل امتيازاً " طبقاً هذه المادة " ².

و رغم تأكيدها على ضرورة تحرير حركة رؤوس الأموال، فإن المنظمة من أجل التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) تسمح للدولة اتخاذ كل الإجراءات الضرورية للحفاظ على الأمن العام وحماية الصحة والأخلاق والنظام العام³.

واستناد إلى سلطاتها في مجال تنظيم الاستثمار، تضطر الدولة المضيفة أحيانا إلى اتخاذ بعض الإجراءات ومنح بعض الامتيازات لمستثمر ما لأسباب موضوعية تتعلق بتطوير نشاط اقتصادي أو قطاع هام للاقتصاد الوطني،

¹ م 3 / ف من الاتفاقية بين الجزائر واللكسمبورج.

² م 3 / ف 6 (ب) من الاتفاقية الجزائرية المالية.

³ CNUCED, « Traitement de la nation ... ». Op. Cit, p.16.

فالاستثناءات الواردة على شرط الدولة الأولى بالرعاية تسمح للدولة المضيفة الأخذ بعين الاعتبار أهدافها التنموية¹.

هذا بالإضافة إلى الاستثناءات الخاصة بمنطقة التبادل الحر والاتحاد الجمركي والسوق المشتركة أو أي تنظيم اقتصادي جهوي أو اتفاق لتفادي الازدواج الضريبي والتي تقتضي منح بعض الامتيازات لمواطني الدول الأعضاء في الاتحاد أو التجمع دون سواها وذلك حفاظ على الانسجام والمصالح المشتركة للدول الأعضاء.

ولقد أكدت على ذلك الاتفاقية الجزائرية السويسرية في المادة 4/ف 4 التي تنص على ما يلي : " إذا منح طرف متعاقد مزايا خاصة لمستثمري أية دولة أخرى بموجب اتفاق إنشاء منطقة للتبادل الحر، اتحاد جمركي أو سوق مشتركة أو بموجب اتفاق لتفادي الازدواج الضريبي، لا يكون مرغما على منح هذه المزايا لمستثمر الطرف المتعاقد الآخر".

إن مثل هذه الاستثناءات على شرط الدولة الأولى بالرعاية تسمح بالتوفيق بين التزامات الدولة المضيفة الناتجة عن دخولها في تجمعات اقتصادية جهوية وحريتها وسيادتها في إبرام اتفاقيات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية.

وبعض الاتفاقيات لا تكتفي بالنص على هذه الشروط التي تعتبر من العناصر الأساسية في العقود الدولية، وإنما تؤكد على أن قواعد الحماية والمعاملة يجب أن تكون مطابقة لمبادئ القانون الدولي.

¹ Ibid, pp. 02-07.