كليه الحقوق
قسم القانون الدولى العام

# الحصانة القضائية للدولة في منازعات الاستثمار الأجنبي المستغرقة داخل أعمال السيادة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث /**محمد مصطفى سيد حسين**
المدرس المساعد بقسم القانون الدولي العام - كلية الحقوق - جامعة عين شمس

**لجنة المناقشة والحكم على الرسالة**

**الأستاذ الدكتور/ إبراهيم محمد العنانى** **مشرفًا ورئيسًا**
أستاذ القانون الدولى العام _ كلية الحقوق _ جامعة عين شمس
وعميد الكلية الأسبق

**الأستاذ الدكتور/ حازم محمد عتلم** **مشرفًا وعضوًا**
أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي العام _ كلية الحقوق _ جامعة عين شمس
ووكيل الكلية الأسبق

**الأستاذ الدكتور/ محمد شوقى عبد العال** **عضوًا**
أستاذ العلوم السياسية _ كلية الاقتصاد والعلوم السياسية _ جامعة القاهرة
ووكيل الكلية السابق

**الأستاذ الدكتور/ محمد رضا الديب** **عضوًا**
أستاذ القانون الدولي العام المساعد _ كلية الحقوق _ جامعة عين شمس

١٤٣٧ هـ / ٢٠١٦ م

﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ وَاخْشَوْا يَوْمًا لَّا يَجْزِي وَالِدٌ عَن وَلَدِهِ وَلَا مَوْلُودٌ هُوَ جَازٍ عَن وَالِدِهِ شَيْئًا إِنَّ وَعْدَ اللَّهِ حَقٌّ فَلَا تَغُرَّنَّكُمُ الْحَيَاةُ الدُّنْيَا وَلَا يَغُرَّنَّكُم بِاللَّهِ الْغَرُورُ ﴾

**صدق الله العظيم**

**سورة لقمان- الآية (33)**

# إهداء

**إلى رسول الله نبينا الهادي الكريم.....**

**إلى والدي.....**

**إلى والدتي.....**

**إلي إخوتي.....**

**إلى زوجتي وابنتي ريماس.....**

**إلى أساتذتي الكرام.....**

أهدي هذا العمل المتواضع.

الباحث

# شكر وعرفان

الحمد لله القائل في كتابه ( ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير )[1]، والصلاة والسلام على نبيه الهادي القائل (لا يشكر الله من لم يشكر الناس).

وسيرًا على هذا الهدى، أتوجه بالشكر والعرفان

بل بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى العالم الجليل معالي الأستاذ الدكتور إبراهيم محمد العناني أستاذ القانون الدولي العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس والعميد الأسبق للكلية على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة بكل طيب وخاطر، وعلى صبره وسعة صدره ولينه ورفقه، فمهما استعنت بالكلمات لتفصح عن عرفاني لأستاذي العلامة، لن أوفي حقه ولن أودي شكره.

كما أخص معلمي العالم الجليل الأستاذ الدكتور حازم محمد عتلم رئيس قسم القانون الدولي العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس والوكيل الأسبق للكلية بوافر الامتنان على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وما تحمله معي طيلة مشوار البحث من تذليل صعاب، وحسن توجيه، ودقة مراجعة، ولطيف إرشاد، حتى كتب الله لهذا البحث أن يخرج على هذه الصورة.

ولله الحمد والمنة أن يسر لي التعلم بين يدي هذين العالمين الجليلين في مرحلتي الليسانس والماجستير وها أنا أنال الشرف ذاته في مرحلة الدكتوراه، هذين العالمين اللذين جسدا قيمة حقيقية للعطاء العلمي، فما أنا إلا غرسهما وصنعة أيديهما.

[1]- سورة البقرة : الآية رقم 237.

كما أتقدم بعظيم الشكر وبالغ التقدير والاحترام إلى الأستاذ الدكتور محمد شوقي عبد العال أستاذ العلوم السياسية بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة ووكيل الكلية الأسبق على تشريفه لي وتفضله بكل رحابة بالموافقة على المشاركة في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها رغم كثرة مشاغلة فله مني خالص الشكر والتقدير.

والشكر موصول إلى معلمي الأستاذ الدكتور محمد رضا الديب صاحب القلب الكبير والأب الفاضل الذي كان لي الشرف أن أكون تلميذًا له في مرحلة الليسانس والماجستير والذي تكرم مشكورًا بتفضله عليّ بقراءة هذا البحث ومناقشتي فيه والمشاركة في الحكم عليه؛ لتقويمه وسد ثغراته فجزاه الله عني عظيم الآجر.

كما أتوجه بالشكر والعرفان لمصر أرضًا وأناسًا، حفظها الله ورعاها من كل مكروه وشر.

وشكري وتقديري كذلك إلى جامعة عين شمس، وعلى وجه الخصوص كلية الحقوق بها من إدارةً وأعضاء هيئة التدريس وطلاب تلك الصرح الكبير الذي افتخر دائمًا وأبدًا بالانتماء إليه.

وختامًا، شكرًا لكل من ساند ودعَّم وأيَّد، شكرًا لكل من ذلل ومهد ويسَّر، شكرًا لكل من أحاط وتعهد وعلَّم.

ولا يفوتني _أخيرًا_ أنا أتقدم بخالص الشكر والتقدير للحضور الكريم على تشريفه لي وحرصه على مشاركته لي هذه اللحظات رغم مشقة الصيام وشدة حرارة الجو. فلكم مني كل الشكر والاحترام.

# مُقَدِّمَة

اجتذبت عمليات الاستثمار الأجنبي اهتمامًا واسعًا من قِبَلِ العديد من رجال الاقتصاد والقانون وخصوصًا في العصر الحديث. وقد تركز جانب كبير من هذا الاهتمام على فوائد الاستثمار الأجنبي وما يمكن أن تجنيه الدول- وخصوصًا النامية منها- من منافع متعددة تتمثل في آثاره الإيجابية في عملية النمو الاقتصادي بصفة عامة داخل هذه الدول؛ وذلك نتيجة لما يحققه من تعاظم القدرات التكنولوجية والخبرات الإدارية والتسويقية وغيرها من الفوائد الأخرى[١]. لذلك، فقد تسارعت الأقلام إلى دراسة كافة العوائق الاقتصادية والقانونية التي تعترض طريق نمو هذا الاستثمار والمطالبة بإزالتها[٢].

في الحقيقة، كان لهذه الدعوات مردود واسع داخل العديد من الدول، وقد اتضح أثرها في تشريعاتها الوطنية وكذلك في سرعة تبنيها الاتفاقيات والعقود الدولية الهادفة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى تشجيع قيام هذا الاستثمار وتسهيله[٣].

---

[١] د.سامي سلامة نعمان، الشركات دولية النشاط وأثرها على المنافسة والعمالة والتصدير في الدول النامية، بدون دار نشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨، مكتبة كلية الحقوق جامعة عين شمس، ص٣٢٠.

[٢] انظر على سبيل المثال :

-Nwogugu, E.I. " The legal problems of foreign investment in developing countries" Manchester University Press, (1965).P.9 et seq.

[٣] وكمثال على هذا المسلك نجد العديد من القوانين الوطنية والعقود النفطية للعديد من الدول- وبالأخص العربية- قد دَرَجَتْ على منح المستثمر الأجنبي ما يسمى "الحق في الضمان"، ومقتضى هذا الحق حماية المستثمر في مواجهة كافة الأدوات التي قد تلجأ إليها الدولة من منطلق سيادتها ( مثل إصدار التشريعات والقرارات الإدارية ) والتي تؤدى بطريقة أو بأخرى إلى الإضرار بالحقوق التعاقدية لهذا المستثمر. انظر المزيد حول هذا الحق مع ذكر العديد من الأمثلة لهذه العقود والقوانين مشارًا إليها في : د.طارق عزت رخا، دور القانون الدولي في حل مشكلات استغلال الثروة البترولية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص٨٩ وما يليها.

وعلى صعيد القوانين العربية المختلفة بالإضافة إلى اتفاقيات عربية مشتركة في هذا الشأن. راجع في ذلك : د. مفيد شهاب، ضمانات الاستثمار والمزايا المقررة له في التشريعات العربية القطرية والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد التاسع والثلاثون،١٩٨٣، ص٦ وما يليها.

إن الدعوات السابقة مُوَجَّهَةٌ بصفة أساسية إلى الدولة فقط، وذلك بمطالبتها بتبني العديد من السياسات المحفزة وتهيئة المناخ الملائم لنمو هذا الاستثمار، بل محاولة القضاء على كافة المعوقات القانونية والاقتصادية التي تعترض طريق نمو الاستثمار الأجنبي، فضلًا عن حثها على تقديم كافة التنازلات الممكنة من أجل إرضاء المستثمر الأجنبي وتشجيعه على اتخاذ قرار الاستثمار داخلها دون غيرها من الدول الأخرى.

وانطلاقًا من الحرص على مصلحة الدول كذلك –وخصوصًا النامية منها– بالإضافة إلى مصلحة المستثمر الأجنبي؛ فإن هذا البحث يتناول بالتحليل أحد أهم العوائق القانونية وأخطرها على الإطلاق، التي قد تعترض طريق نمو هذا الاستثمار؛ نظرًا لما تتسبب فيه من عدم رغبة المستثمر الأجنبي في الدخول في علاقات مع الدول عمومًا؛ وهو ما يؤدى بلا شك إلى إعاقة عملية الاستثمار الأجنبي. وتتمثل هذه المشكلة القانونية في معضلة " الحصانة القضائية للدولة أمام محاكم الدول الأخرى "، تلك المشكلة التي قد تؤدي إلى فقد المستثمر الأجنبي أية طريقة قضائية خارج حدود الدولة المتنازع معها من أجل تسوية أي نزاع قد ينشأ بينهما بمناسبة قيامه بعملية الاستثمار، وهو ما يتخوف منه كثيرًا، نظرًا لاستمرار نظرة الريبة من جانبه للقضاء الوطني داخل الدول المتنازع معها، وعلى نحو يجعله يفضل كثيرًا تسوية هذه النزاعات عن طريق محاكم دولة أخرى أو عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

إلا أنه وعلى الرغم مما سبق، فإن بحثنا هذا يحاول كذلك التنبيه إلى الآثار السلبية الخطيرة التي قد تتعرض لها الدولة _وتحديدًا سيادتها_ أثناء انجرافها وراء دعوات إزالة العوائق القانونية من طريق الاستثمار الأجنبي، مع محاولة رسم إطار قانوني متوازن لهذه التنازلات يكفل مصلحة كلا الطرفين.

**أهمية الموضوع :**

١- من منطلق الإيمان الكامل بما تلعبه العوامل القانونية المحيطة بالاستثمارات الأجنبية من دورٍ مهمٍ في تشجيع أو إجهاض عملية انتقال رؤوس الأموال اللازمة لقيام هذا الاستثمار، وعلى نحو لا يقل مطلقًا عن أهمية الدور

الذي تقوم به كلٍّ من العوامل السياسية والاقتصادية في هذا الشأن[1] ، وانطلاقًا من الرغبة في تحقيق مصلحة كلٍّ من الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي؛ فقد حرصت على إجراء دراسة متعمقة لأهم عقبة قانونية في هذا الشأن، وهي" الحصانة القضائية للدولة وممتلكاتها من الولاية القضائية الأجنبية "، وخصوصًا في ظل تزايد مشاكلها المثارة في الآونة الأخيرة؛ وذلك من أجل محاولة الوقوف على آخر المستجدات الوطنية والدولية في هذا الشأن، وبحثًا عن إيجاد حلول حاسمة للصعوبات والمشاكل التي تعترضها، وتوضيحها جيدًا ليس فقط للمستثمر الأجنبي ولكن للدولة كذلك؛ ومِنْ ثَمَّ إنهاء حالة عدم اليقين والغموض حول هذه النقطة بما يحقق في النهاية مصلحةً أكيدةً للطرفين.

٢- فيما يتعلق بمصلحة المستثمر الأجنبي: فنستهدف أن يدرك جيدًا الوضع القانوني الحالي لهذه المسألة ليكون على يقين بالقدر الحقيقي لمخاطر الدخول في علاقات استثمارية مع الدول بما قد يسهم كثيرًا في تشتيت هذه المخاوف لديه؛ وهو ما قد يودي في النهاية إلى تشجيعه على مبادرة القيام بعملية الاستثمار وجَنْي الفوائد المتحققة من ذلك.

٣- أما بالنسبة لمصلحة الدولة: فإنها فضلًا عن الفائدة التي تعود عليها بالتبعية من جراء تشجيع المستثمر بالدخول في علاقات استثمارية معها، فإنها سوف تستفيد مرة أخرى من إدراكها للتطورات الحديثة التي استجدت على إمكانية إشهارها لسلاح " الحصانة القضائية " في مواجهة المستثمر الأجنبي، وهو ما يمكنها من إدراك مدى إمكانية التعويل عليه في منازعاتها مع المستثمر الأجنبي؛ الأمر الذي يجنبها أولًا الانخداع بقوة هذا السلاح لتسقط في النهاية في شبكة الأحكام القضائية والتحكيمية الأجنبية الصادرة ضدها، ويسمح لها _ ثانيًا _ بإدراك هذه التطورات جيدًا وبشكل سابق قبل الدخول في هذه العلاقة؛ مما يسهم في الحد من درجة تخاذلها في أخذ الاحتياطات القانونية اللازمة واندفاعها إلى تقديم التنازلات المسبقة إلى المستثمر الأجنبي اعتمادًا على "حصانتها القضائية" وذلك طالما أنها ستتمكن في النهاية _حسب اعتقادها الخادع_ من إدارة العملية بصورة مطلقة اعتمادًا على هذه الحصانة.

---

[1] د.مفيد شهاب، المرجع السابق، ص٣.

٤- كذلك تتزايد أهمية تناول هــذا الموضوع نظرًا للحدث الدولي الجوهري في هذا الشأن الذي وقع مؤخرًا وبالتحديد عام ٢٠٠٤، وهو انتهاء لجنة القانون الدولي من إعداد " اتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية "، وطرحها كاتفاقية عالمية تستهدف قدر الإمكان توحيد الموقف الدولي حول موضوع الحصانة بصفة عامة، ومنازعات الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة.

وعلى الرغم من أن هذه الاتفاقية لم تستوفِ بعدُ عدد التصديقات اللازمة حتى اليوم لنفاذها إلا أن حجم الإقبال الكبير وسرعة وتيرة الانضمام إليها من قبل الدول_ ومن مختلف القارات_ تشير بوضوح إلى أن عملية نفاذها باتت أكيدة وأن الأمر ليس أكثر من مجرد مسألة وقت ليس ببعيد[١]، لذلك فقد كان لزامًا علينا دراسةُ هذه الاتفاقية للتعرف على مزاياها وعيوبها ودرجة الاستفادة التي قد تجنيها الدول المنضمة إليها، والمستثمر الأجنبي كذلك حال كون الدولة المتعامل معها طرفًا فيها، مع محاولة تقديم مساهمة متواضعة نحو البحث عن أسباب تردد بعض الدول في الانضمام إليها مع محاولة تقديم بعض المقترحات من أجل التغلب على هذه الأسباب.

**أهداف البحث**

**يهدف هذا البحث إلى :**

١- إلقاء الضوء على التطورات الدولية الحديثة التي طرأت على القانون الدولي بشأن مبدأ "الحصانة القضائية للدولة"، والتوصل إلى حقيقة تلك

---

(١) حيث تذهب الاتفاقية في المادة (٣٠) فقرة أولى، إلى أنه " ١_ يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يعقب تاريخ إيداع الصك الثلاثين للتصديق أو القبول أو الموافقة أو الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة."، وهو ما لم يتحقق حتى الآن، ولكن حدوثه بات شبه أكيد في ظل الإقبال الملحوظ في عملية الانضمام من قبل العديد من الدول، حيث وصل هذا العدد إلى إحدى وعشرون دولة من النصاب الثلاثين المطلوب للنفاذ. للاطلاع على قائمة الدول المنضمة إلى هذا الاتفاقية : يراجع الموقع الرسمي لمنظمة الأمم المتحدة عبر الرابط التالي: أخر زيارة ٢٠١٦/٦/٣.

-https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en

التطورات واتجاهها وما إذا كانت تسير في اتجاه التخلي عن النظرية الكاملة لهذه الحصانة واعتناق النظرية المقيدة في منحها أم لا.

٢- محاولة الوصول إلى الأساس القانوني السليم لمنح الحصانة القضائية للدول؛ نظرًا لما في الوصول إلى ذلك من آثار بالغة الخطورة في تحديد مداها وطريقة اختيار النهج الملائم للكيفية التي يُصَاغُ بها هذا التحديد.

٣- محاولة القضاء على حالة الغموض وعدم اليقين التي تعترض تطبيق نظرية " الحصانة القضائية المقيدة " بصفة عامة، وفي منازعات الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، وذلك عن طريق محاولة الوصول إلى المعيار أو الآلية المطبقة على المستوى الوطني والدولي في هذا الشأن، ومعرفة أيهما رُجحت مصلحته أثناء تحديد هذا المعيار، وهل هو المستثمر الأجنبي أم الدولة ؟ وهو ما ينعكس بالتأكيد بالإيجاب على قيام عمليات الاستثمار الأجنبي وتحقيق النفع لجميع الأطراف.

٤- بيان مدى الاستقلال الذي تتبناه النظرية الحديثة بين مسألة " الحصانة القضائية للدولة ضد الإجراءات " من جانب و" الحصانة القضائية للدولة ضد التنفيذ " من جانب آخر، والإجابة عما إذا كان حجب الأولى يسقط الثانية بالتبعية أم لا، وتقييم مبررات الإجابة سواءٌ أكانت بالإيجاب أم الرفض.

٥- توضيح مسألة تنازل الدولة عن حصانتها القضائية الإجرائية والتنفيذية، وذلك بكافة أشكالها وعلى رأسها التحكيم، وتحديد ما إذا كان قد أصبح في الوقت الحالي أداة تكفي في ذاتها لتحقيق طموح كلٍّ من المستثمر الأجنبي والدولة أم لا، والبحث عما إذا كان تنظيمه اليوم يحقق الحماية الكافية للدول _ وخصوصًا النامية منها_ في مواجهة الضغوط التي قد توجه لها من قِبَل المستثمر الأجنبي أو من دولته أم لا.

**منهج البحث :**

فرضت علينا طبيعة البحث وكثرة ما يتعرض له من الإشكاليات القانونية والاقتصادية اِتِّبَاعَ نهج علمي أو أكثر في سبيل الوصول_ قدر المستطاع_ إلى الإلمام بكافة تفاصيله ومشاكله، ومحاولة اقتراح الحلول الناجحة لها، وتمثلت هذه المناهج فيما يلي:

أولًا- المنهج المقارن: ونقصد به التعرض إلى المقارنة بين مختلف الآراء القانونية الفقهية وكذلك الأكاديمية وذلك على المستويين الوطني والدولي، والتي تعرضت لإحدى المسائل المتعلقة بموضوع البحث، فضلًا عن التعرض إلى مختلف التشريعات الوطنية الخاصة، وكذلك الاتفاقيات الدولية ومشروعاتها والمتعلقة بموضوع بحثنا.

ثانيًا- المنهج التحليلي: ونعني به محاولة إجراء تقييم للأدوات السابقة وتحليلها؛ من أجل المقارنة بينها وترجيح إحداها على الأخرى، فضلًا عن محاولة الوصول إلى أوجه النقصان والكمال في كل الأدوات السابقة أو بعضها ومدى إسهام كلٍّ منها في إيجاد حلول للمشاكل القانونية التي يثيرها البحث، وذلك كله بالاستناد قدر الإمكان على معايير قانونية وبعيدة كل البعد عن الأهواء الشخصية والعاطفية.

**هيكل البحث :**

يشتمل هذا البحث على مقدمة، وفصل تمهيدي، وبابين، وخاتمة، وقائمة بالمصادر والمراجع، وذلك علي النحو التالي:

ويتناول الفصل التمهيدي فكرة الحصانة القضائية للدولة، الذي خصصت فيه المبحث الأول من أجل تحديد ماهية هذه الحصانة مع التعرض للمبررات أو الأسس القانونية الرئيسية والتكميلية الدافعة لمنح الدولة هذه الحصانة القضـــائية؛ كما نخصص المبحث الثاني لتناول الدور الحالي الذي تقوم به النظرية التقليدية ( الحصانة القضائية الكاملة للدولة ) الذي استهل بتعريفها، مع تناول بعض التطبيقات القضائية الكلاسيكية والحديثة لها، ثم محاولة استكشاف الأضرار العملية المحتملة التي قد تصيب الدول ( وخصوصًا النامية والاشتراكية ) جراء تجريدها أو تخليها عن حصانتها القضائية الكاملة في منازعات الاستثمار الأجنبي، وفي ختام هذا المبحث حاولنا الوصول إلى دور النظرية التقليدية في حسم منازعات الاستثمار الأجنبي في القرن الواحد والعشرين وذلك بالنسبة لكلٍ من الدولة والمستثمر الأجنبي.

وفي الباب الأول نتناول الوجه الأول من النظرية الحديثة وهو الحصانة القضائية المقيدة للدولة ضد "الإجراءات"، والذي نقسمه إلى فصلين؛ نبحث في الفصل الأول منه الاتجاه التقييدي لحصانة الدولة الإجرائية بالاعتماد على "

طبيعة التصرف " كمعيار رئيسي لحجب الحصانة، حيث نرصد فيه بداية التحول التدريجي نحو تقييد نطاق الحصانة الإجرائية للدولة بالاستناد على فكرة التصرفات السيادية وذلك في ضوء كل من التشريعات الداخلية وأحكام المحاكم الوطنية فضلًا عن الوثائق والدراسات الدولية الملزمة وغير الملزمة التي اهتمت بهذا الموضوع مع إيلاء اهتمام خاص باتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤؛ ثم نخصص الجزء الثاني من هذا الفصل لتسليط الضوء على المعايير المقترحة في عملية التقييد مع إشارة خاصة للصراع الفقهي والدولي( وخصوصًا بين الدول الكبرى والصغرى وتحديدًا في المناقشات التي سبقت إعداد اتفاقية الأمم المتحدة) حول ترجيح أيا منهما، ثم التركيز بصفة أساسية على معيار " طبيعة التصرف " باعتباره الأداة الرئيسية الأول التي اعتمدتها الممارسة الدولية والوطنية في تقييد نطاق الحصانة الإجرائية بمناسبة منازعات الاستثمار الأجنبي، كما نحرص على التعرض بالتحليل للعديد من التطبيقات القضائية الحديثة المنتمية للأنظمة القانونية المختلفة التي تعرضت صراحة لمسألة الحصانة الإجرائية للدولة في منازعات الاستثمار الأجنبي.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب نتعرض لمسألة اعتماد أداة " التنازل عن الحصانة الإجرائية " كوسيلة إضافية في حجب الحصانة الإجرائية عن الدولة، حيث نتناول في مبحثه الأولى النظام القانوني لهذا التنازل من حيث تحديد ماهيته، ومجال إعماله، فضلًا عن شروط صحته وأثره القانوني، ثم أتعرض في مبحثه الثاني لبعض الإشكاليات المتعلقة بالتنازل عن الحصانة الإجرائية، وذلك كمسألة التنازل الضمني عنه، وكذلك مسألة أثر اتفاق التحكيم على الحصانة الإجرائية للدولة وذلك سواء أمام هيئة التحكيم أم أمام المحاكم الأجنبية.

وعلى ذات درب الباب الأول أحاول الوقوف في الباب الثاني على الوجه الثاني من النظرية الحديثة وهو الحصانة القضائية المقيدة للدولة ضد " التنفيذ "، هذا الباب الذي نقسمه إلى فصلين؛ نتناول في الفصل الأول منه الاتجاه التقييدي لحصانة الدولة التنفيذية بالاعتماد على " هدف الاستخدام " كمعيار رئيسي لحجب الحصانة، حيث رصدنا في البداية التحول التدريجي نحو تقييد

نطاق الحصانة التنفيذية للدولة بالاستناد على فكرة الأهداف السيادية وذلك بدعم كل من الفقه الدولي _ وبريادة غربية_ فضلًا عن التشريعات الداخلية وأحكام المحاكم الوطنية بالإضافة للوثائق والدراسات الدولية الملزمة وغير الملزمة التي اهتمت بهذا الموضوع مع إيلاء اهتمام خاص _هنا أيضًا_ باتفاقية الأمم المتحدة لحصانات الدول وممتلكاتها من الولاية القضائية لعام ٢٠٠٤؛ ثم نخصص الجزء الثاني من هذا الفصل لتسليط الضوء على معيار " هدف الاستخدام " كسبب رئيسي في عملية تقييد الحصانة التنفيذية، والتعرض لموقف الفقه الدولي تجاه ترجيح كفة هذا المعيار، كما نتعرض لمسلك الممارسات الدولية والوطنية تجاه الاعتماد عليه بمناسبة منازعات الاستثمار الأجنبي، كما حرصنا هنا كذلك على التعرض بالتحليل للعديد من التطبيقات القضائية الحديثة المنتمية للأنظمة القانونية المختلفة التي تعرضت صراحة لمسألة الحصانة التنفيذية للدولة في منازعات الاستثمار الأجنبي.

وفي الفصل الثاني من هذا الباب نتعرض لمسألة اعتماد أداة " التنازل عن الحصانة " كوسيلة إضافية في حجب الحصانة التنفيذية عن الدولة؛ حيث نتناول في مبحثه الأول النظام القانوني لهذا التنازل من حيث تحديد ماهيته، ومجال إعماله، فضلًا عن الإشارة إلى الخطورة البالغة للتنازل عن الحصانة التنفيذية في مواجهة الدول النامية على وجه الخصوص؛ ثم نتناول في مبحثه الثاني بعض الإشكاليات المتعلقة بالتنازل عن الحصانة التنفيذية، وذلك كالبحث عن مدى الاستقلالية بين كل من " التنازل عن الحصانة الإجرائية " و " التنازل عن الحصانة التنفيذية "، وكذلك مسألة أثر اتفاق التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة.

# فصل تمهيدي
# الحصانة القضائية للدولة: المفهوم والأساس القانوني، ودور النظرية التقليدية إزائها

**تمهيد وتقسيم :**

يعد حق التقاضي أحد أهم حقوق الإنسان الطبيعية المكفولة له، فضلًا عن كونه مبدأً مهمًا من المبادئ القانونية العامة المسلم بها في مختلف الأنظمة القانونية؛ لذلك فقد تبنته وكفلته _صراحةً_ كافة دساتير دول العالم تقريبًا، بالإضافة إلى مختلف المواثيق الدولية المعنية بحقوق الإنسان[1]. وتتمثل الأهمية الفائقة لهذا المبدأ في أنه يوفر سبيلًا قانونيًا مرسومًا بدقة لأي إنسان يريد اللجوء إلى إحدى المحاكم التي تثبت لها الولاية القضائية؛ وذلك من أجل الحصول على حقه بطريقة سلمية، وجبر ما يكون قد تعرض له من أضرار.

وعلى الرغم من التسليم بمنطقية هذا الحق ومشروعيته فإنه كغيره من الحقوق التي يتمتع بها الإنسان العادي ليس حقًا مطلقًا، بل تمخض عنه قيد أساسي _لم يرد عليه في ذاته ولكن على كيفية ممارسته_ جاء إقراره بمقتضى قواعد القانون الدولي العرفي_ بالاستناد على بعض الاعتبارات المختلفة أبرزها فكرة السيادة_، وهذا القيد مرجعه شخصية المدعى عليه في الدعوى. وقد تقرر هذا القيد لصالح كلٍّ من يتمتع بوصف" دولة ذات سيادة أو أحد أشخاص القانون العام بها"، وذلك وفق قواعد القانون الدولي العام. وتتسبب الصفة السابقة _حال تواجدها في المدعى عليه_ التي قد تكفى في ذاتها أو بالإضافة إلى بعض الشروط الأخرى

---

(١) حيث نجد على سبيل المثال الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤ يؤكد صراحةً على هذا الحق في المادة (٩٧) منه، حيث أكد من خلالها أن "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة...". كذلك الأمر في ظل العديد من الوثائق الدولية التي أكدت على "الحق في التقاضي للمواطنين والأجانب "، ومن ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ١٩٤٨ في المادة الثامنة التي ذهبت إلى أن "لكل شخص حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة لإنصافه الفعلي من أية أعمال تنتهك الحقوق الأساسية التي يمنحها إياه الدستور أو القانون ". وقريب من هذا المعنى نص كلٍّ من الإعلان الأمريكي لحقوق الإنسان وواجباته ١٩٤٨ في المادة (١٨) منه، وكذلك الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ١٩٨١ في المادة (٧)، وكذلك الميثاق العربي لحقوق الإنسان ١٩٩٧ في المادة (٩) .

حسب النهج المتبع في دولة المحكمة إلى عرقلة ممارسة هذا الحق من جانب المدعى (الشخص الطبيعي أو الاعتباري ) وذلك أمام محاكم دولة أخرى تثبت لها الولاية القضائية بموجب قواعد الاختصاص القضائي الدولي لنظر مثل هذا النزاع، وهذه المسألة تعرف بـــ " الحصانة القضائية للدولة أمام محاكم الدول الأخرى ".

هذا وقد خرجت إلينا " الحصانة القضائية للدولة " في ثوبها الكامل _ شبه المطلق _ لتشمل كافة تصرفات الدولة أمام المحاكم الأجنبية التابعة لدولة أخرى. وقد ساد العمل بهذه النظرية داخل كافة دول العالم تقريبًا وحتى القرن التاسع عشر، إذ تبناها كلٌ من الفقه الدولي فضلاً عن أحكام المحاكم الوطنية، بحيث يمكن القول أنه كان هناك شبه إجماعٍ دولي على الأخذ بها.

ومع بدايات القرن العشرين بدأ عرش النظرية الكاملة يترنح؛ وذلك بسبب أحكام المحاكم الداخلية للعديد من الدول، والتي اتجهت إلى الابتعاد شيئًا فشيئًا عـــن النظرية التقليدية، كما دعمت ذلك العـــديد من الأقلام _ وخصوصًا الغربية_ التي تهاجـــم النظرية التقليدية وتبرز مساوئها، إلى أن حدث تحول تدريجي شبه كلى في مسلك الدول نحـــو الحصانة القضائية التقييدية للدول، ولم يتبق للنظرية التقليدية في العصر الحديث ســـوى قليلًا من الفتات التي لا تذكر، وهو الأمر الذي ترك بلا شك أثاره على كل من الدولة والمستثمر الأجنبي.

وبالاستناد على ما سبق، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

**المبحث الأول: ماهية الحصانة القضائية للدولة وأساسها القانوني.**

**المبحث الثاني: النظرية التقليدية لحصانة الدولة القضائية وموقع منازعات الاستثمار الأجنبي داخلها.**