

**بجث**

**الدفوع في**

**قضايا الاستثمار وأزمات الديون السيادية**

**( دراسة نظرية تطبيقية )**

**إعداد**

**د/ حسين محمود أحمد عطية**

## مقدمة

يُنظر إلى الاستثمار الأجنبي على أنه أحد أهم عوامل التنمية ولما كان المعيار الرئيسي لتحديد ما إذا كان النشاط مؤهلاً كاستثمار بموجب اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار أن يساهم في التنمية الاقتصادية أو تنمية الدولة المستضيفة (١)، أشارت محاكم الاستثمار إلى نطاق السلطات التنظيمية للدولة المضيفة في اتخاذ تدابير استجابة لأزمة الديون الحالية، وتأثير إعادة هيكلة الديون السيادية المتفاوض عليها على حقوق الدائنين، لم تربط محاكم الاستثمار بشكل قاطع أو بالإجماع مفهوم بعض التدابير التي يمكن للدولة اتخاذها للحفاظ على وجودها وعدم إرهابها في ظل الازمات السيادية الخاصة بالوفاء بالالتزامات المتعاقد عليها.

يتناول البحث قرارات التحكيم المتعلقة بالاستثمار والديون السيادية الصادرة عن محاكم الاستثمار، ويقترح كيف يمكن للتكامل المنهجي والتفسيري لقانون الاستثمار والقانون الدولي أن يتيح للدول اتخاذ بعض التدابير سواء المنقح عليها بموجب الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية باعتبارها التزامات تعاقدية أو تلك التي تتخذها الدول بشكل منفرد حفاظاً على وضعها الدولي وحماية لمصالحها.

كما نعرض كيف يمنع تحكيم الاستثمار من تشويه عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية والتدابير التنظيمية الأخرى في سياق أزمات الديون السيادية، ويتمثل أحد الأغراض الرئيسية للنظام القانوني الدولي لحماية الاستثمار الأجنبي، كما يتطلب الاستثمار بموجب اتفاقية ICSID مساهمة تلك الاستثمارات في التنمية الاقتصادية للبلد المضيف (٢)، ولذلك قد يتعدى قانون الاستثمار الدولي على سلطة الدولة المضيفة للتخفيف من أثر الاستثمار الأجنبي إذا ما تعلق الأمر بالاستثمار، في حين أن أزمات الديون السيادية في حد ذاتها تتطوي على مخاطر حادة

الباحث/ علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٥٨.  
د/ عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٠.

التي قد تؤدي بكيانات الدول، فإن التحكيم الاستثماري يرفع هذه المخاطر إلى مستوى آخر من خلال السماح باللجوء القانوني في قضايا الاستثمار و أزمات الديون السيادية للدائنين الذين يسعون إلى السداد الكامل للالتزاماتهم في ظل أزمة الدين السيادي، في حالة عدم وفاء الدولة بالتزاماتها أو اتخاذها مجموعة من التدابير بغرض حماية مصالحها.

أن اتخاذ الدول لبعض التدابير أو إعادة هيكلة الديون السيادية الضرورية من شأنها أن تعيد بشكل مثالي القدرة على تحمل تلك الديون، وتزيد من الحيز المالي للدولة المدينة الذي يهدد وجودها واستقرارها ويؤثر على مجتمعها وقد يطال الأمر إلى تجاوز هذا الأثر إلى حدود الدول المجاورة أو اقتصاديات أخرى.

لفهم هذا الوضع من الضروري تتبع تطور قانون الاستثمار الدولي فيما يتعلق بأزمات الديون السيادية، فقد وسعت محاكم الاستثمار ولايتها القضائية على أدوات الديون السيادية، ولم يقابل ذلك التوسع في الدفوع القانونية المتاحة للدول المدينة التي من شأنها أن تسمح لها بغرض سياج لجهودها في إطار اتخاذ التدابير اللازمة وإعادة هيكلة الديون ضد الطعون القانونية، وكان نتيجة ذلك ارتفاع مستوى انعدام الأمن الذي قد يهدد بشكل أكبر وجود الدول في حالة حدوث أزمة، على الرغم من أن معاهدات الاستثمار الثنائية تستبعد أنواعاً معينة من النزاعات المتعلقة بالديون السيادية من نطاق اختصاص الاتفاقيات.

إن التطبيق المتسق لدفوع الدول من قبل محاكم الاستثمار من شأنه أن يخفف من المخاطر التي يشكلها التحكيم الاستثماري على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بل ووجود الدولة، فاتجاه هيئات التحكيم بأن تكون أكثر تقبلاً لحجج ودفوع الدول في أزمات الديون السيادية والاستثمار، فإن هذه الممارسة لا تزال غير متسقة للغاية لضمان احترام التعاقدات والالتزامات الناشئة عنها في أزمات الديون السيادية، لذلك يقترح البحث الوقوف على قواعد تفسيرية موحدة بشأن حقوق الدول في اتخاذ تلك التدابير وفق ما هو منصوص عليه وفق الاتفاقيات الثنائية أو المجمعة أو حتى اللجوء إلي قواعد القانون الدولي حتى وأن لم يتم النص

عليها في اتفاقيات الاستثمار للمثول امام معيار موحد في المنهج التفسيري لبند ونصوص الاتفاقيات في ظل تباين مناهج التفسير الخاصة بالجهات المخول لها نظر النزاع الناشئ عن الاستثمار.

فيما يتعلق بتفسير الاتفاقيات فقد حسم القانون الدولي الحديث قواعده التفسيرية ومنهجيته من خلال اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام ١٩٦٩، ونظراً للتباين في تفسير اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، لا يمكن للمحاكم استخدام مفاهيم غير محدود من خلال المصادر والنصوص لاستخلاص المفهوم الذي تعنيه الدول الأطراف في الاتفاقية، فقد نص من اتفاقية فيينا على صياغة عامة محددة لتفسير الاتفاقية وهي أن تكون "بحسن نية وفقاً للمفهوم الدارج الذي يُعطى لأحكام الاتفاقية سياقها في ضوء موضوعها والغرض منها" (١)، وفُهمت المادة ٣١ من اتفاقية فيينا على أنها تشير إلى نظام وحدوي أو قاعدة تفسير، بحيث يجب على أولئك الذين يضطلعون بمهمة تفسير الاتفاقية أن ينظروا بشكل جماعي في "نصها ونطاقها وموضوعها والغرض منها" (٢).

كما أكدت لجنة القانون الدولي، فإن المادة ٢٧ من مشروع المواد المتعلقة بقواعد الاتفاقيات والتي تضع النص والنطاق والاتفاق اللاحق بشأن التفسير والممارسة اللاحقة التي تحدد فهم الأطراف فيما يتعلق بالتفسير وقواعد القانون الدولي ذات الصلة، باعتبارها جميعها ذات طابع

يمكن أن يتكون النطاق، وفقاً للمادة ٣١ / ٢ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات أن يكون وفق ما نصت عليه الاتفاقية بما في ذلك ديباجتها ومرفقاتها، أو أي اتفاق يتعلق بالاتفاقية تم إبرامه بين جميع الأطراف فيما يتعلق بإبرامها، أو أي وثيقة أبرمها طرف أو أكثر فيما يتعلق بإبرام الاتفاقية وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة تتعلق بها"، وتشمل الدلالات الأخرى التي يمكن أخذها في الاعتبار بالإضافة إلى ما سبق أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير الاتفاقية أو تطبيق أحكامها، أي ممارسة لاحقة في تطبيق الاتفاقية تثبت اتفاق الأطراف على تفسيرها، أي قواعد ذات صلة بالقانون الدولي تنطبق على العلاقات بين الأطراف، وإذا ثبت أن الطرفين قصداً ذلك، فإنه يعطى للمصطلح معنى خاصاً.

٢ ANTHONY AUST, MODERN TREATY LAW AND Practices 234 (2d ed. 2007).

إلزامي ولا يمكن بحكم طبيعتها اعتبار قواعد تفسير أدنى، ومن ناحية أخرى تسمح المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا بوسائل تفسير تكميلية لغرضين بدليين يهدفان إلي تأكيد المفهوم الناتج عن تطبيق المادة ٣١، وتحديد المفهوم عندما يترك تفسير المادة ٣١ "المفهوم غامضاً" أو "يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة بشكل واضح"، كما تستند الأساليب "التكميلية" الأخرى لتفسير الاتفاقيات إلى مبادئ النظم القانونية المحلية بشأن البناء التشريعي ويحمل هاذين المعيارين صفة القانون الدولي، على الرغم من الوضوح النسبي للمادتين ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا، فإن المناهج التي تتبعها المحاكم قادرة على تقويض النظام الوحدوي لتفسير الاتفاقيات.

في الحكم الصادر بتاريخ ٥ سبتمبر ٢٠٠٨ في قضية Cont'l Cas Co. ضد الأرجنتين، ١٣ أتيحت لمحكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ("ICSID") الفرصة لتفسير المادة ١١ من الاتفاقية بين الولايات المتحدة والأرجنتين بشأن اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار، ونصت المادة ١١ على أنه: "لا تحول هذه الاتفاقية دون تطبيق أي من الطرفين للتدابير اللازمة للحفاظ على النظام العام، أو الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بحفظ أو استعادة السلام أو الأمن الدولي، أو حماية مصالحه الأمنية الأساسية" (١).

استندت الأرجنتين إلى المادة ١١ واستخدمت مصطلح "مصالحها الأمنية الأساسية"، لإنكار مسؤوليتها عن التدابير الاقتصادية التشريعية التي فرضتها خلال الأزمة المالية الأرجنتينية في الفترة من ٢٠٠٠ إلى ٢٠٠٢ منها (الرقابة على العقود المقومة بالدولار، تجميد الودائع المصرفية، حظر تحويل الأموال إلى الخارج، وإنهاء قابلية تحويل العملة المحلية وربط الدولار الأمريكي بسعر صرف ثابت، إعادة جدولة الودائع لأجل مع خفض أسعار الفائدة والتخلف عن السداد، إعادة جدولة الديون الحكومية).

راجع المادة ١١ من الاتفاقية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المؤرخة في ١٤ نوفمبر ١٩٩١.

أعلنت المحكمة المختصة بنظر النزاع في قضية كونتيننتال خلال تفسيرها لمصطلح "المصالح الأمنية" أنها لن تستخدم مبدأ القانون الدولي الخاص بالضرورة، على النحو المنصوص عليه في المادة ٢٥ من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدولة، واستندت المحكمة إلى السوابق القضائية الخاصة باتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية لتحديد نطاق "المصالح الأمنية الأساسية" على النحو المنصوص عليه في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

ترى المحكمة أنه من الأنسب الإشارة إلى السوابق القضائية الخاصة باتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية التي تناولت المفهوم ومتطلبات الضرورة في سياق التدابير الاقتصادية التي تنتقص من الالتزامات الواردة في اتفاقية الجات، بدلا من الإشارة إلى شرط الضرورة بموجب القانون الدولي، واستخدمت المحكمة في قضية كونتيننتال مفهوم الضرورة بموجب القانون الدولي كوسيلة تكميلية لتفسير المادة ١١، وقامت المحكمة بتوسيع مصادر التفسير المحتمل للمادة ١١ لتطبيق مبادئ من أنظمة قانونية مختلفة مثل اتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية، قامت المحكمة باستخدام سلطاتها في توسيع نطاق مصادرها التفسيرية بطريقة غير متسقة مع الحدود الواضحة المنصوص عليها في المادتين ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا.

إن صياغة المحكمة لـ "المصالح الأمنية الأساسية" في إطار المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تشكل سابقة تثير الاشكاليات في تفسير الأحكام ذات الصياغة المماثلة بشأن الآلية الوقائية الوطنية في اتفاقيات الاستثمار الثنائية الأخرى.

بالنظر إلى تزايد انتشار الآليات الوقائية الوطنية ذات الصياغة المماثلة في أنظمة اتفاقيات الاستثمار، تواجه المحاكم تحدياً يتمثل في تفسير مصطلح "المصالح الأمنية الأساسية" باعتبارها القانون الخاص الذي ارتضاه الأطراف وفق القواعد التفسيرية المثبتة في المادتين ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا.

أظهرت المادة ١١ العديد من المشاكل المفاهيمية والمنهجية في استخدام قاعدة الضرورة كوسيلة تكميلية لتفسير مصطلح "المصالح الأمنية الأساسية"، سواء لتأكيد المفهوم الذي تم التوصل إليه بموجب نظام التفسير في المادة ٣١ من اتفاقية فيينا، أو في حد ذاتها توفر الأساس لتحديد مفهوم الاتفاقية المتاح في المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا، فمن الناحية النظرية يختلف مضمون "الضرورة" كقاعدة نافية لعدم المشروعية بموجب القانون الدولي عن مضمون "المصالح الأمنية الأساسية" باعتبارها قانوناً خاصاً اتفق عليه الاطراف في المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فالعواقب القانونية الناجمة عن كل نوع من القواعد والواجبات التي تتحملها الدولة المضيفة بموجب كل قاعدة منفصلة ومتميزة.

ومن الناحية المنهجية فإن "الضرورة" بموجب القانون الدولي تكون أكثر تقييداً لإجراءات الدولة في استخدام مصطلح "المصالح الأمنية الأساسية" في المادة ١١ باعتبارها القاعدة التي اتفق عليها الأطراف، إن التعارض بين مبدأ "الضرورة" في القانون الدولي و"المصالح الأساسية" وفق المادة ١١ ينبغي أن يعمل ضد أي استخدام لمصطلح "الضرورة" كوسيلة تكميلية لتفسير التدابير غير المحظورة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، ومن ثم فإن العديد من الاتجاهات التفسيرية الناجمة عن استخدام "الضرورة" كوسيلة تكميلية لتفسير الآليات الوقائية الوطنية لقاعدة التخصيص تفرض عواقب سياسية خطيرة على استقرار النظام القانوني الدولي للاستثمار، وتثير مخاطر جسيمة تحفز الدول المضيفة على وضع السياسات الاقتصادية والاستثمارية ذات المخاطر العالية (١)، ومع ذلك، فإن فصل المادة ١١ عن قاعدة الضرورة لا

١ William W. Burke-White & Andreas von Staden, Investment Protection in The Interpretation and Application of Non-Precluded ,Extraordinary Times Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties, 48 VA. J. INT'L. L. 307, .318-20 (2008)

تم دمج الآليات الوقائية الوطنية في أنظمة المعاهدات المتعددة الأطراف، على سبيل المثال، الاتفاقية الإطارية لرابطة دول جنوب شرق آسيا (ASEAN) بشأن منطقة الاستثمار، لا تُمنع الدول الأعضاء من اعتماد أو إنفاذ

يطيح بالمادة ١١ إلى حالة غير مشروعة من عدم قابلية تطبيق القاعدة، بل ينبغي النظر إلى نص المادة ١١ من خلال فهمه المحدود في إطار الالتزامات الدولية القائمة بين الدول الأطراف في اتفاقيات الاستثمار الثنائية.

بالنظر إلى نص المادة ١١ فيما يتعلق بالتصميم الهيكلي لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، يقترح هذا التحليل تشعباً تفسيرياً لواجبات الدولة المضيفة تجاه المستثمرين بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، من الالتزامات الدولية التي تؤدي إلى مسؤولية الدولة بين الولايات المتحدة والأرجنتين كأطراف في الاتفاقية (١).

تستخدم الدولة التي تلجأ إلى آلية وقائية وطنية كالمندرج عليها في المادة ١١ من أجل معالجة المسؤولية الدولية تجاه الدولة الطرف الأخرى في اتفاقية الاستثمار الثنائية، ولا يمكنها استخدام المادة ١١ لإزالة واجباتها الموضوعية بموجب القانون الخاص تجاه مستثمري تلك

---

التدابير "الضرورية لحماية الأمن القومي والأخلاق العامة". "أو اتخاذ "التدابير الوقائية اللازمة" عندما تعاني دولة عضو أو تكون مهددة بأي ضرر أو تهديد خطير"، وهو ما يكون "نتيجة لتنفيذ برنامج التحرير بموجب هذه الاتفاقية".

الاتفاقية الإطارية بشأن منطقة الاستثمار لآسيان المؤرخة في ٧ أكتوبر ١٩٩٨، متاحة على الموقع الإلكتروني: -

[www.aseansec.org/7994.pdf](http://www.aseansec.org/7994.pdf)

(تمت الزيارة في ١٢/١٨/٢٠٢٣، الساعة ٦.٢٨ مساءً)

أفالمسؤولية الدولية مستقلة عن رد الفعل الذي قد يتخذه الطرف المتضرر، وحتى إذا قرر الطرف التنازل عن حقه في الرد على الفعل غير المشروع لأي سبب من الأسباب، فإن الطرف المقصر لا يُعفى من مسؤوليته.... يجب أن يكون الطرف المتضرر هو الطرف الذي يستحق التزاماً دولياً ناشئاً عن الاتفاقية . . وإذا لم يكن الأمر كذلك، فلا يجوز لها رفع دعوى فيما يتعلق بالانتهاك.



الدولة الطرف، ينبغي أن تؤدي نقطة التفريق الحاسمة هذه إلى تقدير أفضل للعواقب القانونية الدولية في موقف من نوع التدابير التي لا تنتهك النظام الوحدوي للتفسير بموجب اتفاقية فيينا. نستعرض في البحث منهج ومنطق مختلف قرارات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بشأن تفسير مفهوم الاستثمار وكذلك بعض التدابير المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، والتي تم تنازلها في العديد من القضايا الحديثة، كما يُظهر الفحص المقارن للمناهج التفسيرية التي تم التوصل إليها في هذه القرارات من قبل محاكم ICSID المنفصلة أن بعض التدابير التي تم تحليلها ضمن نطاق كامل من المفاهيم يمكن أن تكون أكثر تقييداً من المفهوم المتوسع لتلك التدابير التي تم الحكم بها، كما هو في قضية Continental.

### إشكالية البحث: -

تتعلق إشكالية البحث الخاص بالدفع في قضايا الاستثمار وأزمات الديون السيادية، إلى تباين بعض مفاهيم تلك الدفع بين مبتغى المستثمرين وبين ما تمسكت به الدول ضماناً لمصالحها باعتبارها الدول المستضيفة للاستثمار والتي تحتاج إلى مرونة تنظيمية وتشريعية لضمان حقوقها في مواجهة الأعباء التي قد تفاجئ بها تلك الدول نظراً للمتغيرات الدولية التي تقودها العولمة، فاتفاقيات الدول فيما بينها وبين المستثمرين كان بحاجة دوماً إلي ضمان اقتضاء كلا الطرفين لحقوقهم من خلال قواعد قانون الاستثمار الدولي وخاصة في قضايا لاستثمار وأزمات الديون السيادية، وهو ما دفع الأطراف في اتفاقيات الاستثمار في أغلب الأحيان إلي صياغة الدفع التي يجوز للأطراف التمسك بها والتدابير الممكن اتخاذها من قبل أي من الطرفين، إلا أنه علي الرغم من صياغة تلك الدفع بشكل مباشر أو ضمناً في الاتفاقيات الدولية واتفاقيات الاستثمار سواء المجمع أو الثنائية كانت دوماً عرضه لآراء واتجاهات المحاكم المعروض امامها النزاع.

يتناول البحث المشاكل المفاهيمية والمنهجية عندما يتم استخدام قاعدة الضرورة كوسيلة "إضافية" لتفسير قاعدة التخصيص للمادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات

المتحدة والأرجنتين باعتبارها نموذجاً يمكن أن يتم اتباعه في العديد من الاحكام وقرارات التحكيم المستقبلية.

يحلل البحث السؤال عن مدي التباين في منظور المحاكم المعروض امامها نزاعات الاستثمار والديون السيادية في مفاهيم الدفع التي يسوقها أي من الأطراف لبيان حقوقهم أو في حالة اخلالهم بما هو متفق عليه وعلاقة الاستثمارات والديون السيادية بهذا التباين، فمفهوم الدفع مع اختلافها اثارت إشكالية في توقعات وتنبؤات المستثمرين بل والدول المضيفة للاستثمارات على الرغم من أن استنتاجاته قد يكون لها بعض الآثار على تفسير بعض القواعد الأخرى لقانون الاستثمار الدولي، ويشير تحليل السوابق القضائية لمحاكم الاستثمار بشأن معاملة تلك الدفع في ظل الاستثمار أو الازمات المالية إلى البيئة القانونية التي تنظم تلك العلاقة.

قد تولد توقعات المستثمرين الناتجة عن الترتيبات التعاقدية وشبه التعاقدية والقرارات المحددة "توقعات مشروعة" يحميها مبدأ العدل والإنصاف، فالتدابير التنظيمية للدولة المضيفة وحدها غير كافية في تشكيل توقعات مشروعة تحميها بنود العدل والإنصاف، وفي حالة ما تكون هذه التغييرات التنظيمية مصحوبة بعوامل إضافية واستثنائية، فقد يرتقي الأمر إلى أن تشكل انتهاكاً للتوقعات المشروعة التي يحميها مبدأ العدل والإنصاف أو شرط الدولة الأولي بالرعاية وغيرها، حتي تلك النصوص المنصوص عليها في الاتفاقيات الخاصة بالتدابير المتاحة للدول اتخاذها في حالات الظروف الطارئة أو القوة القاهرة التي قد تظهر خلال التعاملات الدولية أو المتغيرات الاقتصادية التي تظهرها تحركات الدول في ظل رغبتها في التنمية والاستثمار.

### منهجية البحث: -

نتبع في البحث الخاص بالدفع في قضايا الاستثمار وازمات الديون السيادية الأسلوب النظري التطبيقي من خلال عرض مختلف الآراء نحو توجهات الفقه والقضاء والتشريعات في تحديد الدفع التي يمكن التمسك بها من قبل الدول والمستثمرين في نزاعات الاستثمار وازمات الديون السيادية، وكذلك عرض العديد من القضايا التي كانت مثار جدال في أحكامها بالنسبة للمجتمع

الدولي بل وأطراف النزاع، نظراً لاختلاف المفاهيم الخاصة بتلك الدفع التي تمسكت بها الأطراف.

### أهمية البحث ومبررات اختياره: -

ترجع أهمية البحث في موضوع (دفع قضايا الاستثمار وأزمات الديون السيادية) إلى أهمية وحيوية أن تتمتع الدول المستضيفة للاستثمار بمساحة من الحرية في تحقيق التنمية من خلال الاستثمارات وتتخذ العديد من الأساليب بهدف تشجيع وجذب الاستثمارات إلى إقليمها (١)، ولما كانت العلاقات التجارية الدولية بحاجة إلى تنظيم خاص في العديد من المسائل المتعلقة بالتجارة والاستثمار، فكان من غير المتصور أن تقوم الدولة وهي التي لها السلطة الاستثنائية في سن القوانين أو اتخاذ تدابير التي يمكن أن تلحق الضرر بالمستثمر والتي تأتي علي خلاف ما تم الاتفاق عليه في نصوص الاتفاقيات الثنائية أو الدولية.

يبدو أن قانون الاستثمار المعاصر يرسخ التوازن بين مصالح الأطراف في المجال التعاقدية وشبه التعاقدية، وتشير الأبحاث إلى أن المجال التعاقدية مناسب لتوزيع المخاطر التي تنطوي عليها علاقات الاستثمار طويلة الأجل، وحماية توقعات الطرفين لعلاقات الاستثمار.

نطاق البحث: -

أدى انتشار الاستثمار الأجنبي وأزمة الديون السيادية إلى اتجاه اغلب الاتفاقيات الثنائية والاتفاقيات الدولية بل والتشريعات الوطنية المهمة بالاستثمار إلى محاولة تضمين تلك النوعية من العلاقات بالعديد من الضمانات من أجل الحفاظ على حقوق الأطراف في مواجهة تغول أي

د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية "تحديد ماهيتها والنظام القانوني له"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٩.

راجع: -

Gene Michael & Alan Krueger, "Economic Growth and the Environment", Quarterly Journal of Economics, Vol. 110, 1995.

طرف أو اتخاذ تدابير قد تضر بأحدهما، ولعرض موضوع "دفوع الأطراف في قضايا الاستثمار  
وازمات الديون السيادية" تم تقسيم البحث كالتالي: -

#### **خطة البحث: -**

**البحث الأول:** قانون الاستثمار ودعاوي الديون السيادية.

**البحث الثاني:** دفوع الدول المدينة.

**البحث الثالث:** تناقضات التحكيم بشأن مفهوم الدفوع.

**الخاتمة:** تتضمن أهم النتائج والتوصيات التي استخلصت من البحث.

## المبحث الأول

### قانون الاستثمار ودعاوى الديون السيادية

قد يكون التقاضي بشأن الديون السيادية على شكلين، أولهما عندما يتقدم الدائنون الراضون لإعادة هيكلة الديون ويسعون إلى السداد الكامل للمبلغ الاسمي لديونهم، فقد كان ظهور مثل هذه الحالات من أهم المستجدات في قانون الاستثمار الدولي في القرن الحالي. ظهر حتى الآن أربع حالات فقط تأتي في إطار هذا الشأن، وقد كانت دولة الأرجنتين طرفاً في ثلاثة من هذه المطالبات باعتبارها المدعى عليه، وفي كل حالة قررت هيئة التحكيم أنها تتمتع بالاختصاص القضائي لكنها لم تصدر في أي منها قراراً بشأن الأسس الموضوعية، فقد تمت تسوية قضية Abaclat في عام ٢٠١٦ في صفقة تُلزم الأرجنتين بدفع ١٥٠٪ من أصل السندات المستحقة، والتي تبلغ حوالي مليار يورو (١)، وأوقفت القضيتان الأخريان بسبب عدم دفع أتعاب هيئة التحكيم (٢).

يجب النظر إلى ظهور هذه القضايا في سياق تزايد الدعاوى القضائية التي بدأها الدائنون غير المتعاونين ضد إعادة هيكلة الديون السيادية منذ حوالي عام ١٩٨٠ (٣)، وكان لهذا التطور

١ Abaclat and others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5, Annex A, Settlement Agreement, 29 December 2016.

٢ Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/08/9, Order of Discontinuance of the Proceeding, 4 May 2015;

Giovanni Alemanni and Others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/8, Order of the Tribunal Discontinuing the Proceeding, 14 December 2015.

٣ Julian Schumacher, Henrik Enderlein and Christoph Trebesch, 'Sovereign Defaults in Courts' (2014) Michael Waibel, Sovereign defaults before international courts and tribunals (Cambridge Univ. Press 2011).

عدة أسباب من بينها ظهور السندات الخاصة كأداة دين مفضلة في الظهور وحتى الاقتصادات النامية، تراجع الحصانة السيادية، اختراع نموذج عمل الصناديق الانتهازية، وربما قبل كل شيء عدم وجود إطار قانوني دولي شامل وملزم لحل أزمات الديون السيادية (١).

فتح قانون الاستثمار الدولي طريقاً قانونياً جديداً للدائنين، كان ذلك بسبب التفسير الموسع للأحكام القضائية، والبنود التي تتضمنها الاتفاقيات الثنائية، وعدم مواجهة هذه التطورات بتشريعات للدفاع عن المصلحة العامة، قد يجد الدائنون في التحكيم الاستثماري هدفهم حيث تضطر الدول إلى السداد لتجنب الإضرار بسمعتها، كما أن تلك الأحكام الصادرة لا تخضع لأي مراجعة أخرى (٢).

في الشكل الثاني من التقاضي يتجه المستثمرون الذين لديهم استثمارات في الاقتصاد الحقيقي الإجراءات الفردية التي تتخذها الدولة المضيفة في سياق أزمة الديون، وتركز هذه الحالات عادةً على مسألة ما إذا كانت أزمة الديون توفر مبرراً كافياً للمسار المختار للإجراء التنظيمية فيما يتعلق بالدفاعات التي قد تتذرع بها الدولة المضيفة.

المطلب الأول: دور المركز الدولي في نزاعات الاستثمار والديون السيادية

وسعت محاكم الاستثمار ولايتها القضائية من خلال فهم الديون السيادية والعلاقات المالية الأخرى على أنها استثمارات عقب الأزمة المالية التي كشفت في عام ٢٠٠٨ (٣)، وقد اعتاد مفهوم الاستثمار في المادة ٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار أن يكون أكثر ارتباطاً بالاقتصاد والاستثمار.

١ Anna Gelpern, 'Sovereign Debt. Now What?' (2016) 42 Yale Journal of International Law Online 45.

٢ Michael Waibel, 'Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration' (2007) 101 The American Journal of International Law 711, 715.

٣ Sabine Frerichs, 'Unravelling the European Community of Debt' (2016) 22 European Law Journal 720.

سعت هذه الاتفاقيات الثنائية إلى إعطاء مفهوم متعدّد للاستثمار ساعد المحكمين وبخاصة المركز الدولي لاتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥ لتسوية المنازعات المطروحة أمامه، وتكمن أهمية هذه الاتفاقية، وضعفها في الوقت ذاته، في أنها الاتفاقية الوحيدة المتعلقة بحل النزاعات بين المستثمر والدول التي تنص في مادتها ٢٥ على تحقق الاستثمار كشرط لاختصاص المحكمين وتقضي بالتالي كل عملية خارجة عن نطاق الاستثمار من صلاحيات المحكمين.

تستعمل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار في الفترة الحالية طريقة القائمة المفتوحة وذلك باستعمال عبارات: "إن كلمة "استثمارات" تشمل كل أنواع الأصول، وتشمل على وجه الخصوص لا الحصر"، وقد تعدد الأمثلة منها: - الاتفاقية الثنائية بين مصر ولبنان التي تنص المادة ١ على أن كلمة "استثمارات" تشمل كل نوع من الأصول، وتشمل على وجه التخصيص لا الحصر: - أ. الأموال المنقولة وغير المنقولة، وكذلك أية حقوق عينية أخرى كالرهونات والتأمينات وغيرها.

ب. الأسهم أو الحصص، أو أي نوع آخر من المشاركة في الشركات.

ج. حقوق المطالبة بأموال أو بأية حقوق في خدمات لها قيمة اقتصادية.

د. حقوق الملكية الفكرية، كحقوق الطبع والنشر، وبراءات الاختراع، والتصاميم أو النماذج الصناعية، والعلامات التجارية أو علامات الخدمة، والعلامات المميزة، والتقنيات وشهرة الاسم التجاري، وكذلك الحقوق المماثلة الأخرى التي تقرّها قوانين الطرفين المتعاقدين.

هـ. الامتيازات التي تمنح بمقتضى القانون العام، بما في ذلك الامتيازات للتقيب عن الموارد الطبيعية، أو استخراجها، أو استثمارها، وكذلك جميع الحقوق الأخرى التي تعطى بمقتضى القانون، أو بمقتضى أحد العقود، أو وفقاً لقرار السلطة طبقاً للقانون.

إن تغييراً في الشكل الذي تستثمر فيه الأصول (الموجودات)، أو يعاد استثمارها فيه، يجب ألا يؤثر في صفتها استثماراً، استخدمت العديد من الاتفاقيات ذات النهج المبني على مفهوم

"الأصول" وإدراج القائمة المفتوحة (١)، وقد أشارت العديد من قرارات هيئات التحكيم إلى مفهوم الاستثمار خلال نظرها بعض المنازعات.

يتضح هنا الارتباط الوثيق بين اتفاقية واشنطن والاتفاقيات الثنائية، ويرجع هذا إلى عنصر له أهمية بالغة وهو غياب تعريف الاستثمار في اتفاقية واشنطن المتعلقة بفض نزاعات الاستثمار وهو حدث يعتبر غريباً نوعاً ما، نظراً لأن توفر الاستثمار يمثل شرطاً من شروط اختصاص المحكمين.

ولاستعراض توجهات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في هذا الشأن يتوجب علينا عرض لبعض التطبيقات العملية التي توضح هذه التوجهات وذلك على النحو التالي: -

١ من أمثلتها "اتفاقية إنشاء منطقة حرة بين الولايات المتحدة الأمريكية والمغرب ٢٠٠٣ (القسم الثالث الخاص بالتعريف الفصل ١٠-٢٧):

"يقصد بمصطلح "استثمار" كل أصل يملكه أو يسيطر عليه مستثمر، بصورة مباشرة أو غير مباشرة له خصائص الاستثمار، بما في ذلك خصائص من قبيل الالتزام برأس مال أو بموارد أخرى، أو توقع المكسب أو الربح، أو تحمل المخاطرة. ويمكن أن يتخذ الاستثمار اشكالا من بينها:

(أ) مقاوله، (ب) حصص وأسهم وأشكال أخرى من المشاركة في رأس مال مقاوله ما، (ج) السندات وسندات الدين وصكوك الدين الأخرى والقروض، (د) العقود الآجلة وعقود الخيارات وغيرها من المشتقات، (هـ) عقود الإنجاز الكلي وعقود التشييد والإدارة والإنتاج والامتيازات وتقاسم الإيرادات وغيرها من العقود المماثلة، (و) حقوق الملكية الفكرية، (ز) التراخيص والتفويضات والتصاريح وما شابهها من حقوق تمنح وفقاً للقوانين المحلية، (ح) أية ملكية ملموسة أو غير ملموسة، منقولة أو غير منقولة، وحقوق الملكية المرتبطة بها، مثل عقود الإيجار والرهن العقاري والرهن بضمان والممتلكات المرتهنة".



## الفرع الأول

### تحكيم سالييني والمملكة المغربية (مفهوم الاستثمار)

تتطلب معايير Salini، وهي النقطة المرجعية المشتركة لفهم مفهوم الاستثمار (١)، وللإشارة إلى هذا الأمر نعرض لنزاع Salini لبيان مفهوم الاستثمار وفقاً لاتفاقية تسوية منازعات الاستثمار.

ترجع وقائع النزاع عندما تأسست الشركة الوطنية للطرق السريعة بالمغرب (ADM) عام ١٩٨٩ كشركة ذات مسؤولية محدودة، تقوم ببناء وصيانة وتشغيل الطرق السريعة ومختلف أشغال الطرق، طبقاً لاتفاقية الامتياز المبرمة مع وزير البنية التحتية والتكوين المهني والتفذي نيابة عن الدولة، وفي أغسطس ١٩٩٤ أصدرت ADM دعوي دولية لتقديم عطاءات لبناء طريق سريعة بالمغرب وتقدمت الشركات الإيطالية.

انتهت الشركة الإيطالية من المشروع محل التعاقد وقامت بتسليمه بشكل جزئي للشركة الأولى وتم ارسال الحساب الختامي للشركة الإيطالية من قبل شركة ADM مع وجود بعض التحفظات، وفي ٢٩ أبريل ١٩٩٩، أرسلت الشركات الإيطالية إلى كبير مهندسي ADM مذكرة توضح أسباب التحفظات المطروحة: التحفظات الفنية، سوء الأحوال الجوية بشكل استثنائي، اضطرابات المشروع، التعديلات المتعلقة بأبعاد العمل، تمديد الحدود الزمنية التعاقدية، الأعباء المالية والتقلبات غير المتوقعة في قيمة الصرف.

وفي ١٤ سبتمبر ١٩٩٩، بعد رفض جميع مطالباتهم من قبل كبير المهندسين في ADM، أرسلت الشركات الإيطالية مذكرة تتعلق بالحساب الختامي إلى وزير البنية التحتية، ولم تتلقي الشركة الإيطالية أي رد من وزير البنية التحتية أو ADM، واتجهت الشركة الإيطالية لإحالة

١ Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para. 57

النزاع إلى هيئة التحكيم، في ١ مايو ٢٠٠٠، قدمت الشركات الإيطالية، طلب تحكيم ضد المملكة المغربية لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. أثارت المملكة المغربية اعتراضات مختلفة على إحالة هذا الأمر إلى هيئة التحكيم، وأسست اعتراضها على مضمون ما جاء في المادة ٨ من الاتفاقية (١)، والذي نص على أن طلب الطرف المتعاقد غير مقبول عدم حلول استحقاقه، وأن المحكمة ليس لها اختصاص شخصي أو موضوعي، وأن الشركات الإيطالية قد تنازلت عن جميع ولايتها القضائية لصالح المحاكم الإدارية بالرباط.

### جاءت مطالب الأطراف كما يلي: -

جادلت المملكة المغربية بشأن الاختصاص الموضوعي لهيئة التحكيم في ظل اعتماده على (وجود استثمار، بالمعنى المقصود في الاتفاقية الثنائية وكذلك بالمعنى المقصود في اتفاقية واشنطن، وجود مطالبات مبنية على انتهاك الاتفاقية الثنائية).

١) تنص المادة ٨ من الاتفاقية على أنه: (١) يجب أن تكون جميع النزاعات أو الخلافات، بما في ذلك النزاعات المتعلقة بمبلغ التعويض المستحق في حالة نزع الملكية أو التأميم أو التدابير المماثلة، بين طرف متعاقد ومستثمر من الطرف المتعاقد الآخر فيما يتعلق باستثمار المستثمر المذكور في إقليم الطرف المتعاقد الأول، إذا أمكن، يتم حلها ودياً.

(٢) إذا لم يتم حل النزاعات بطريقة ودية خلال ستة أشهر من تاريخ الطلب المقدم كتابياً، يجوز للمستثمر المعني تقديم النزاع إما: (أ) إلى المحكمة المختصة في الطرف المتعاقد المعني، (ب) إلى محكمة مخصصة، وفقاً لقواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، (ج) إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، لتطبيق إجراءات التحكيم المنصوص عليها في اتفاقية واشنطن المؤرخة ١٨ مارس ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.

(٣) يتمتع الطرفان المتعاقدان عن التعامل، من خلال القنوات الدبلوماسية، مع جميع المسائل المتعلقة بالتحكيم أو الإجراءات القانونية المعلقة، طالما أن هذه الإجراءات لم تصل إلى نهايتها وأن أحد الطرفين المذكورين لم يمثل لحكم هيئة التحكيم أو المحكمة العادية المعينة خلال مدة التنفيذ التي حددها الحكم أو التي سيتم تحديدها بطريقة أخرى على أساس قواعد القانون الدولي أو الوطني المطبقة في هذه القضية".

فيما يتعلق بالاتفاقية الثنائية، ترى الشركات الإيطالية أن العقد المعني هو استثمار بالمعنى المقصود في المادتين ١ (ج) و ١ (هـ)، اللتين تتناولان "الحقوق في أي منفعة تعاقدية لها قيمة اقتصادية" و"أي حق ذي طبيعة اقتصادية يمنحه القانون أو العقد"، وقد نشب النزاع بسبب عدم تنفيذ العقد، فالعقد يمنح أصحاب المطالبات حقاً ذا طبيعة اقتصادية، والحق في الحصول على تعويضات.

زعمت المملكة المغربية أن هذه الأحكام، تحد من مفهوم الاستثمار وتجعله ضمن مفهوم أوسع للحقوق الاقتصادية، ولذلك ينبغي قراءة المادتين ١ (ج) و ١ (هـ) بالاقتران مع الفقرة ١ من المادة ١، التي تشير إلى قوانين ولوائح الدولة المضيفة للاستثمار، ولذلك، فإن القانون المغربي هو الذي ينبغي أن يحدد مفهوم الاستثمار، ينبغي وصف الصفقة المعنية بأنها عقد خدمات وليس عقد استثمار (١).

وصفت الشركات الإيطالية العقد المذكور بأنه استثمار بموجب الاتفاقية الثنائية، ويعتبرون أن الإشارة إلى قوانين وأنظمة الدولة المضيفة تتعلق فقط بوسائل تحقيق الاستثمار وليس بتعريفه، ولذلك لا ينبغي أن يقتصر مفهوم الاستثمار على الإشارة إلى القوانين واللوائح المشار إليها في الاتفاقية.

يتطلب هذا الحكم أن تكون الحقوق المشار إليها بشكل خاص في الاتفاقية موضوع عقود قد وافقت عليها السلطات المختصة، وهو ما يبدو أن هذا الشرط قد تحقق في هذه الحالة إلا أنه لاقى اعتراض من المملكة المغربية، وفيما يتعلق باتفاقية واشنطن، ادعت المملكة المغربية أن العقد المعني لا يشكل استثماراً بالمعنى المقصود في الاتفاقية، وزعمت الشركات الإيطالية بإمكانية تطبيق الاتفاقية في نفس الوقت الذي يوصف فيه العقد المعني بأنه استثمار في ضوء الاتفاقية المذكورة.

رأت المملكة المغربية أن أسباب الشكوى المقدمة من الشركات الإيطالية لا تتعلق بانتهاكات الاتفاقية الثنائية، بل مجرد انتهاكات تعاقدية، علاوة على ذلك، ترى أن اختصاص هيئة التحكيم لا يمكن أن ينشأ إلا من انتهاكات للاتفاقية الثنائية، ولم يتم التعبير عن موافقتها على التحكيم الصادر عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلا في الاتفاقية المذكورة، جادلت الشركات الإيطالية بأن الالتزامات التعاقدية وكذلك انتهاكات الاتفاقية الثنائية يمكن تقديمها إلى تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

قررت المحكمة على أن وجود الاستثمار، بالمعنى المقصود في الاتفاقية الثنائية، وإن حماية الاستثمارات هي الأساس أمام إحدى الهيئات القضائية إنما هو امر اختياري للأطراف (١)، وفق ما هو منصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاقية الثنائية، ولذلك تسعى هذه المادة إلى تحديد الاستثمارات التي تقع تحت حماية الاتفاقية الثنائية.

ومع ذلك، بقدر ما تم ممارسة خيار الاختصاص لصالح المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، يجب أن تشكل الحقوق المتنازع عليها أيضًا استثمارًا وفقًا للمادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن،. ولذلك ترى هيئة التحكيم أن اختصاصها يعتمد على وجود استثمار بالمعنى المقصود في الاتفاقية الثنائية وكذلك الاتفاقية، وفقًا للسوابق القضائية.

حكمت هيئات تحكيم مختلفة بهذه الطريقة في إصدار قرارات التحكيم في القضايا التي كان بها مفهوم الاستثمار محل خلاف (٢)، والتي أشارت في إحدى قضاياها (فيدكس) أن المادة ١ من الاتفاقية الثنائية فيها تنص على: "بموجب الاتفاقية الحالية، يشير مصطلح "الاستثمار" إلى جميع فئات الأصول المستثمرة، بعد دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ، من قبل شخص طبيعي

د/ عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٤٣١.

٢راجع، الحكم الصادر في ٩ مارس ١٩٩٨، في قضية فيدكس ضد جمهورية فنزويلا.

أو اعتباري، بما في ذلك حكومة أحد الطرفين المتعاقدين، على أراضي الطرف المتعاقد الآخر....

يشمل مصطلح "الاستثمار" على وجه الخصوص، وليس الحصر، ما يلي:

أ. المنقولات والعقارات، وأي حقوق ملكية أخرى كالرهون والامتيازات والرهن وحق الانتفاع المتعلقة بالاستثمار.

ب. الأسهم والأوراق المالية والسندات أو الحقوق أو المصالح والأوراق المالية الأخرى للدولة أو الكيانات العامة.

ج. الديون الرأسمالية، بما في ذلك الدخل المعاد استثماره، وكذلك الحقوق في أي منفعة تعاقدية لها قيمة اقتصادية.

د. حقوق النشر والعلامات التجارية وبراءات الاختراع والأساليب التقنية وغيرها من حقوق الملكية الفكرية والصناعية والدراية والأسرار التجارية والعلامات التجارية والشهرة.

هـ. أي حق ذي طبيعة اقتصادية يمنح بموجب القانون أو بموجب عقد، وأي ترخيص أو امتياز يمنح وفقا للقوانين والأنظمة المعمول بها، بما في ذلك حق التنقيب عن الموارد الطبيعية واستخراجها واستغلالها.

و. رأس المال والمساهمات الإضافية لرأس المال المستخدمة لصيانة و/أو زيادة الاستثمار.

ز. يجب أن تكون العناصر (ج) و(د) و(هـ) من الاتفاقية محل عقود معتمدة من السلطة المختصة.

لذلك اتفقت الأطراف على عدد من الفرضيات غير الشاملة التي اعتبرت استثمارات.

ووفق الشروط السابقة فإن عقد البناء ينشئ الحق في "منفعة تعاقدية ذات قيمة اقتصادية" للمقاول، المذكورة في المادة ١ (ج)، ويستفيد المقاول أيضًا من "الحق ذي الطبيعة الاقتصادية الممنوح ..... بموجب العقد" الذي تتناوله المادة ١ (هـ)، علاوة على ذلك لا ينكر المدعى

عليه أن حقوق الشركات الإيطالية هي من نفس طبيعة تلك المشار إليها في (ج) و(هـ) من المادة ١.

لا يمكن للمحكمة أن تحذو حذو المملكة المغربية في رأيها بأن الفقرة ١ من المادة ١ تشير إلى قانون الدولة المضيفة لتعريف "الاستثمار"، بالتركيز على "فئات الأصول المستثمرة (...)" وفق قوانين وأنظمة الجهة المذكورة"، يشير هذا الحكم إلى صحة الاستثمار وليس إلى تعريفه، وبشكل أكثر تحديداً، فإنها تسعى إلى منع الاتفاقية الثنائية من حماية الاستثمارات التي لا ينبغي حمايتها، وخاصة لأنها قد تكون غير قانونية، ومع ذلك، في هذه القضية، شارك أصحاب المطالبات في عملية تقديم العطاءات بما يتوافق مع القواعد القانونية المطبقة على الدعوات لتقديم العطاءات، وفي نهاية هذا الإجراء، حصل علي المناقصة وأبرموا عقد الخدمات المقابل وفقاً للقوانين المعمول بها في ذلك الوقت.

سواء نظرنا إلى مرحلة ما قبل التعاقد أو المرحلة المقابلة لأداء عقد الخدمات، لم يتبين قط أن الشركات الإيطالية انتهكت قوانين ولوائح المملكة المغربية.

لكي تعتبر الحقوق المذكورة كاستثمارات، يجب أن تكون الحقوق المنصوص عليها في البندين (ج) و(هـ) "موضوع عقود وافقت عليها السلطة المختصة" بموجب أحكام المادة ١ (ز).

ولا تشير الاتفاقية الثنائية إلى من هي السلطة المختصة، ومن المرجح أن يختلف ذلك باختلاف العقد المعني، ويتم تحديد السلطة المختصة وفقاً لقوانين وأنظمة الدولة التي تتم الاستثمارات على أراضيها (راجع المادة ١، الفقرة ١)، لذلك ترى المحكمة أن العقد المعني كان بالفعل موضوعاً للحصول على إذن من السلطة المختصة للأسباب التالية: -

تم تخصيص العقد للشركات الإيطالية وفقاً للقواعد والإجراءات التي حددها رئيس شركة ADM بموجب الصلاحيات الممنوحة له من قبل مجلس إدارة هذه الشركة.

لم يتم ادعاء أي انتهاك لقوانين وأنظمة المملكة المغربية فيما يتعلق بهذه المرحلة، وتشير المحكمة، دون الحاجة إلى تحديد ما إذا كانت ADM مجرد كيان تابع للدولة المغربية أم لا،

إلى أن وزارة البنية التحتية، بصفتها جهة الترخيص، وافقت على إبرام عقود المشتريات العمومية من قبل ADM وفقاً للإجراءات الإلزامية، الذي لم يُزعم أنه تم انتهاكه.

المراحل المختلفة المؤدية إلى توقيع عقد البناء تضمنت تدخلات مختلفة من قبل السلطات المعنية، وبالتالي تم طرح الدعوة لتقديم العطاءات من قبل وزير البنية التحتية والتدريب المهني والتنفيذي، رئيس ADM وتم تقديم العرض إلى الرئيس التنفيذي لشركة ADM، تم إجراء تقييم وإرساء هذا العطاء من قبل لجنة يرأسها الرئيس التنفيذي لشركة ADM وتتألف من مختلف الهيئات العامة، وأخيراً، كان الرئيس التنفيذي لشركة ADM، بصفته المالك، هو الذي وقع عقد البناء للمشروع المعني.

نتيجة لذلك، ترى المحكمة أن شرط المادة ١ (ز) قد تم استيفائه، فالعقد المبرم بين ADM والشركات الإيطالية هو استثمار بالمعنى المقصود في الاتفاقية الثنائية، وبالتالي يمكن ممارسة خيار اختيار المنتدى الوارد في الفقرة الثانية من المادة الثامنة لصالح إجراءات التحكيم تحت رعاية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

أما الدفع بتعريف الاستثمار وفق مت هو مقصود في اتفاقية واشنطن، فيتم تحديد اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بموجب المادة ٢٥ من اتفاقية واشنطن التي تنص على ما يلي: "يمتد اختصاص المركز ليشمل أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن العلاقة بالاستثمار، بين دولة متعاقدة (أو أي قسم فرعي أو وكالة تابعة لدولة متعاقدة تعينها تلك الدولة للمركز) ومواطن من دولة متعاقدة أخرى التي يوافق طرفا النزاع كتابياً على تقديمها إلى المركز" (١).

فالاتفاقية لا تتضمن أي تعريف للاستثمار، وقد أشار الطرفان إلى أن هذا التعريف يبدو غير ضروري لممثلي الدول التي تفاوضت عليه، ووفق ما هو مبين في تقرير المديرين التنفيذيين

١ د/ عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٥٥، ص ١٢٧.

عن الاتفاقية: "لم تبذل أي محاولة لتعريف مصطلح "الاستثمار" نظراً للشرط الأساسي المتمثل في موافقة الأطراف، والآلية التي يمكن من خلالها للدول المتعاقدة أن تعلن مقدماً، إذا رغبت في ذلك، عن فئات النزاعات التي قد تفكر أو لا تنظر في تقديمها إلى المركز. كما تلاحظ المحكمة أنه لم تكن هناك أي قضايا تقريباً أثير فيها مفهوم الاستثمار بالمعنى المقصود في المادة ٢٥ من الاتفاقية، ومع ذلك، قد يكون من غير الدقيق اعتبار أن شرط أن يكون النزاع "مرتبطاً بشكل مباشر بالاستثمار" قد تم تحديده بموافقة الأطراف المتعاقدة. على العكس من ذلك، تتفق السوابق القضائية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) والفقهاء القانونيين على أنه يجب احترام متطلبات الاستثمار كشرط موضوعي لاختصاص المركز (١).

سيكون من الأسهل تحديد المعايير التي سيتم استخدامها لتعريف الاستثمار عملاً بالاتفاقية إذا كانت هناك قرارات تنكر اختصاص المركز على أساس المعاملة التي أدت إلى النزاع، وباستثناء قرار الأمين العام للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) برفض تسجيل طلب تحكيم يتناول نزاعاً ناشئاً عن عملية بيع بسيطة والتي نادراً ما تركز أحكامه على فكرة الاستثمار، والجدير بالذكر أن القرار الأول صدر عام ١٩٩٧ في قضية Fedax. إن معايير التوصيف مستمدة من الحالات التي تعتبر فيها المعاملة التي أدت إلى النزاع استثماراً دون إجراء مناقشة حقيقية للمسألة في جميع الحالات تقريباً، ويعتبر هذا المبدأ بشكل عام أن الاستثمار يعني: المساهمات، ومدة معينة لتنفيذ العقد والمشاركة في مخاطر الصنفة. يبدو أن هذا التعريف الذي توصلت إليه المحكمة غير متوافق مع الوتيرة السريعة والطابع العابر للأسواق المالية المعاصرة، فقد ظهرت الإشكالية في قضية فيداكس، حينما طلبت

١ E. Gaillard, in JDI 1999, p. 278 et seq., who cites the award rendered in 1975 in .the Alcoa Minerals vs. Jamaica case as well as several other authors



المحكمة أن تكون السندات الحكومية المتنازع عليها ذات مدة معينة وذات أهمية للحكومة، على الرغم من تغير هذا الموقف فيما بعد.

## الفرع الثاني

### تحكيم فيداكس وفنزويلا (مفهوم الاستثمار والديون السيادية)

ترجع وقائع النزاع إلى تاريخ ١٧ يونيو ١٩٩٦، تم تقديم طلب للتحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من شركة (Fedax N. V)، وهي شركة تأسست ومقرها في كوماكو، جزر الأنتيل الهولندية) ضد الجمهورية فنزويلا، تعلق الطلب بنزاع ناشئ عن بعض أدونات الدين، الصادرة عن جمهورية فنزويلا والتي تم التنازل عنها عن طريق التظهير إلى المدعي (Fedax N. V)، أستند طلب الشركة إلى أحكام الاتفاقية المؤرخة في ٢٢ أكتوبر ١٩٩١ بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين مملكة هولندا وجمهورية فنزويلا (الاتفاقية).

### طلبات الأطراف المتنازعة

أثارت جمهورية فنزويلا، اعتراضاً على اختصاص كلاً من المركز والمحكمة، وقام المركز بعرض الأمر على شركة (Fedax N. V)، لتقديم دفوعها إلا أنها أبدت موافقتها بشأن الاختصاص القضائي، قدمت شركة (Fedax N. V) المعلومات المتعلقة بإصدار جمهورية فنزويلا للسندات موضوع النزاع، وقدمت جمهورية فنزويلا نسخاً من العقد المبرم بين جمهورية فنزويلا والشركة الفنزويلية Metahlgicas Van Dam Industrias والذي بموجبه تم إصدار أدونات الدين موضوع النزاع. C.A

### حيثيات المحكمة

توصلت المحكمة بعد النظر في الحقائق الأساسية للنزاع، واتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والاتفاقية ١٩٩١ المبرمة بين أطراف النزاع، إلى قرارها بشأن مسألة الاختصاص القضائي، وقد راعت المحكمة مجموعة من الاعتبارات أثناء البت في النزاع

كضرورة للفصل في مسألة اختصاص المركز في هذه النزاع، موضحة أنه يجب على المحكمة أولاً أن تنظر فيما إذا كان هناك نزاع قانوني بين الطرفين وفقاً لما تقتضيه المادة ٢٥ (١) من الاتفاقية.

فعلى الرغم من أن مصطلح "نزاع قانوني" لم يتم تعريفه في الاتفاقية بين الشركة وجمهورية فنزويلا، إلا أن المصطلح يشير إلى تنازع في الحقوق وليس مجرد تضارب للمصالح، حيث يجب أن يتعلق النزاع بوجود حق أو التزام قانوني، أو بطبيعة ومقدار التعويض الذي سيتم تقديمه نتيجة انتهاك التزام قانوني (١).

اقتنعت المحكمة بوجود نزاع ذي طبيعة قانونية في هذه القضية لأنه يتعلق باختلاف وجهات نظر الأطراف بشأن مسائل الحقوق والالتزامات القانونية فيما يتعلق بوجود استثمار، والآثار التي قد تترتب على مسألة الالتزام بالوفاء بالديون التي تتكون من سندات مالية مصاحبة لطلب التحكيم (السندات)، التي أصدرتها جمهورية فنزويلا.

أشارت المحكمة أيضاً إلى أن الاختصاص الشخصي لم يكن موضع خلاف بين الطرفين، ولم يتم إثارة أي اعتراض على الاختصاص القضائي على هذا الأساس، وثبت بشكل صحيح أن جمهورية فنزويلا هي الطرف المتعاقد بموجب الاتفاقية وأن شركة (Fedax N. V) هي شركة تأسست بموجب قوانين (كوراكاو، جزر الأنتيل الهولندية)، وبالتالي تحمل جنسية دولة متعاقدة غير الدولة الطرف في النزاع.

تعلق السؤال الرئيسي حول الاختصاص القضائي الذي أثير في هذه القضية بما إذا كان النزاع ينطوي على "استثمار" بالمعنى المقصود في المادة ٢٥ (١) من الاتفاقية.

١ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of States," Doc. ICSID/2, Investment Disputes between States and Nationals of Other 1 ICSID Reports, 1993, 23, para. 26.

أبدت جمهورية فنزويلا اعتراضها على اختصاص المركز فيما يتعلق بنزاعها مع ( Fedax N. V )، على أساس أنه لا يمكن اعتبار الشركة الأخيرة قد قامت باستثمار لأغراض الاتفاقية، لأنها حصلت عن طريق التظهير على السندات الصادرة عن جمهورية فنزويلا فيما يتعلق بالعقد المبرم مع الشركة الفنزويلية، ولذلك فإن تفسير مصطلح "الاستثمار" أمر بالغ الأهمية في تحديد نطاق اختصاص المركز بموجب الاتفاقية.

دفعت جمهورية فنزويلا في هذا الصدد بأن شركة (Fedax N. V)، إذ استحوذت علي السندات فلا يعتبر "استثماراً" لأن هذه الصفقة لا ترقى إلى مستوى الاستثمار الأجنبي المباشر الذي ينطوي على "تحويل طويل الأجل للموارد المالية أو تدفق لرأس المال من بلد إلى آخر (المتلقي للاستثمار) من أجل الحصول على حصص في شركة، وهي معاملة تنطوي عادة على مخاطر معينة للمستثمر (١)، كما أن هذه الصفقة لا تعتبر من وجهة نظر فنزويلا، بمثابة استثمار في المحافظ المالية للحصول على سندات ملكية أموال، لأن هذا يحدث في فنزويلا "عندما يكتسب المستثمر أسهم شركة من خلال بورصة الأوراق المالية (كراكاس أو ماراكايبو). هذا النوع من الاستثمار "لا يعتبر مباشراً" إلا عندما يتم الحصول على حق الملكية من بداية طرح السندات، وقد دفعت فنزويلا أيضاً بذلك في ضوء قاعدة التفسير المنصوص عليها في المادة ١/٣١ من اتفاقية "فيينا لقانون المعاهدات" لعام ١٩٦٩.

ينبغي تفسير مصطلح "الاستثمار" "بحسن نية وفقاً للمعنى العادي الذي يُعطى لأحكام الاتفاقية في سياقها وفي ضوء موضوعها وغرضها بموجب هذا التفسير (٢)، ومن وجهة نظر فنزويلا فإن الاستثمار في سياق اقتصادي يعني "تخصيص الأموال أو الممتلكات في المشاريع التجارية

١ prief by the Republic of Venezuela on objections to jurisdiction, 17 January 1997, at 8

٢ المادة ١/٣١ من اتفاقية فيينا "قانون المعاهدات"، المؤرخة في ١٩٦٩، المواد القانونية الدولية، المجلد ٨،

حتى تتمكن من إنتاج إيرادات أو دخل (١)، كما أن هذا التفسير الخاص ضروري لاستيعاب تعريف الاستثمارات على أنها تشمل "كل أنواع الأصول" كما تظهر هذه العبارة في المادة ١ (أ) من اتفاقية ١٩٩١.

نظرت المحكمة للحجج التي قدمتها جمهورية فنزويلا بشأن تفسير الاتفاقية والاتفاق، وكذا الحجج التي قدمها المدعي الذي يطعن في الآراء التي عرضتها جمهورية فنزويلا، وأبدت المحكمة توافقها مع جمهورية فنزويلا بضرورة تطبيق قواعد التفسير المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات.

كان من أجل تلبية هذه المتطلبات، أن تقوم المحكمة بفحص المسألة في ضوء المادة ٢٥ (١) من الاتفاقية، والمادة ١ / أ، والأحكام ذات الصلة من الاتفاقية الموقع عليها من الأطراف، والاعتبارات الأخرى ذات الصلة، وقامت المحكمة بفحص معنى مصطلح "الاستثمار" بموجب المادة ٢٥ (١) من الاتفاقية، ومن الثابت أنه قد كانت هناك محاولات عديدة لتعريف الاستثمارات أثناء المفاوضات بشأن الاتفاقية (٢)، إلا أن تلك المحاولات لم يكن لأي منها قبول بشكل عام، وبسبب هذه الصعوبة، تقرر في النهاية ترك أي تعريف لكلمة "الاستثمار" لموافقة الأطراف (٣).

أوضحت تقارير المحكمة بأن الاتفاقية "لم تبذل أي محاولة لتعريف مصطلح "الاستثمار" نظرا للشرط الأساسي المتمثل في موافقة الأطراف، والآلية التي يمكن من خلالها للدول المتعاقدة أن

١ Andres S. Suarez et al., Diccionario Economico de Una Empresa, 1977, at 212.

٢ Christoph Schreuer: "Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, 1996, 316.at 355–358.

٣ Convention History, Vol. II, at 835–837.

ICSID Lamrn and Abby Cohen Smutny:"The implementation of Carolyn B. Foreign Investment Law Journal, Vol. Arbitration Agreements," ICSID Review -- 11, 1996,64, at 80.

تعلن مسبقاً، إذا رغبت تحديد موضوعات المنازعات التي قد ترغب في نظرها بمعرفة المركز الدولي لتسوية الاستثمار كما هو موضح في المادة ٢٥ منها والتي تستلزم موافقة الأطراف (١).

كما أن المفاوضات القائمة أثناء إبرام الاتفاقية أشارت إلى أنه: - "خلال المفاوضات، تم النظر في العديد من تعريفات "الاستثمار" وتم رفضها في نهاية المفاوضات، ورؤى أنه يمكن الاستغناء عن تعريف الاستثمار والاكتفاء بالشرط الأساسي المتمثل في موافقة الأطراف." "خلال المفاوضات، تم النظر في العديد من تعريفات "الاستثمار" ورفضها، وقد انتهت المفاوضات أنه يمكن الاستغناء عن التعريف "نظراً للشرط الأساسي المتمثل في موافقة الأطراف"، تشير مذكرات التفاوض إلى أن شرط أن النزاع يجب أن يكون قد نشأ عن "استثمار" يمكن دمجه في شرط الموافقة على الاختصاص القضائي، ومن المفترض أن اتفاق الأطراف على أن النزاع هو "نزاع استثماري" سيكون له أثر في أي تحديد اختصاص المركز (٢).

خلصت المحكمة بعد دراستها للاتفاقية إلى أن "هناك ما يبهر إلي اتباع نهج واسع النطاق لتفسير هذا مصطلح الاستثمار وفق المادة ٢٥ من اتفاقية المركز (٣)، وأنه "يقع ضمن السلطة التقديرية وحدها لكل دولة متعاقدة تحديد نوع منازعات الاستثمار التي تعتبرها قابلة

١ Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of States," Doc. ICSID/2, Investment Disputes between States and Nationals of Other .٢٧١ ICSID Reports, 1993, 23, para.

The Convention on The Settlement of Investment Disputes: Some ٢ A. Broches: Observations on Jurisdiction," Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5,1966, P 268.

٣ C. F. Amerasinghe: "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes," Indian Journal of International Law, Vol. 19, 1979, P 181.

للنظر امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" (١)، كما أن الأطراف لديهم قدر كبير من السلطة التقديرية ليقرروا لأنفسهم ما إذا كانت معاملتهم تشكل استثمارًا وفق الغرض الأساسي من الاتفاقية (٢)، وما يضمنه الإطار الواسع لتعريف الاستثمار بموجب اتفاقية ICSID.

وتشير المحكمة أيضًا إلى أنه تم تحديد عدد من المعاملات باعتبارها مؤهلة كاستثمارات في ظروف معينة، فقد لوحظ أيضًا خلال دراسة الاتفاقية وعمليات المفاوضات، أن الولاية القضائية على القروض، وائتمانات الموردين، والمدفوعات المستحقة، ملكية الأسهم، وعقود البناء، بخلاف مجموعة من الجوانب الأخرى تركت لتقدير الأطراف (٣).

ووفق تحليل المحكمة أن "هذه الأنواع الجديدة من الاستثمار، وخاصة تلك المتعلقة بتوريد الخدمات، تكون في بعض الأحيان الحد الفاصل بين الاستثمار الحقيقي والمعاملات التجارية، والتي قد تقع خارج نطاق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ومع ذلك فإن وصف القروض الدولية بأنها "استثمارات" لم يثير صعوبة، ويرجع الأمر بسبب: -

١ Georges R. Delaume: "ICSID and the Transnational Financial Community;" ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.I, 1986, P 239–240.

د/ ابراهيم شحاتة: "أدوار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والوكالة الدولية لضمان الاستثمار"، مراجعة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة قانون الاستثمار الأجنبي، المجلد ١، ١٩٨٦، ص ٤.

٢ Carolyn B. Lamrn and Abby Cohen Smutny: "The implementation of Foreign Investment Law Journal, Vol. Arbitration Agreements," ICSID Review -- 11, 1996, P 80.

٣ C. F. Amerasinghe: "The Jurisdiction of the International Centre for the International Law, Vol. 19, Settlement of Investment Disputes," Indian Journal of 1979, 16P6–227, at 181.

"Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review – Christoph Schreuer: Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, 1996, P 355–358.

أولاً: تم الافتراض في أصل الاتفاقية أن القروض ذات المدة المحددة تعد بديلاً عن التسهيلات المالية التجارية والتي قد تم تضمينها في مفهوم "الاستثمار".

يظهر ذلك في المشروع الأول للاتفاقية الذي ينص على ما يلي:

"الاستثمار" يعني أي مساهمة مالية أو أصول أخرى ذات قيمة اقتصادية لفترة غير محددة، أو إذا كانت الفترة محددة، لمدة لا تقل عن خمس سنوات"، وعلى الرغم من عدم النص من قبل واضعي الاتفاقية عن محاولات تعريف مفهوم الاستثمار، فإنه لا يوجد سبب للشك في إمكانية اعتبار القروض بمثابة استثمارات لأغراض الاتفاقية.

ثانياً: أنه في حالة عقود القروض التي تشمل مقترضين من القطاع العام الأجنبي، فإن الرجوع إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، هو نفس وسيلة تسوية منازعات القروض والمنازعات بين الأطراف التي تتخذ الاحتياطات اللازمة للاشتراط، حيث تشير صراحة إلى أن القرض يعد الاستثمار السليم لأغراض الاتفاقية (١).

ففيما يتعلق بالسندات كنوع من القرض أو الائتمان، بالنظر إلى نص المادة ٢٥ (١) من الاتفاقية، فقد ظهرت الإشكالية حينما دفعت جمهورية فنزويلا بأن الصفقة المتنازع عليها ليست "استثماراً أجنبياً مباشراً" وبالتالي لا يمكن اعتبارها استثماراً بموجب الاتفاقية.

ومع ذلك، فإن المادة ٢٥ (١) تنص على أن "اختصاص المركز يمتد إلى أي نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار"، ومن الواضح أن مصطلح "مباشرة" يتعلق في هذه المادة بـ "النزاع" وليس "بالاستثمار".

يترتب على ذلك ثبوت الولاية القضائية حتى فيما يتعلق بالاستثمارات غير المباشرة، طالما أن النزاع ينشأ مباشرة من هذه المعاملة، ويتوافق هذا التفسير أيضاً مع النطاق الواسع الذي يجب أن يُعطى "للاستثمار" في ضوء الاتفاقية، لأن "الاستثمار" قد تم فهمه على نطاق واسع في

١ Georges R. Delaume: "ICSID and the Transnational Financial Community;" ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.I, 1986, P 2420

ممارسات وقرارات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على الرغم من أنه لم يكن من قبل مصدراً رئيسياً للخلاف أمام محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (١). تعد هذه هي أول قضية للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتم فيها الاعتراض على اختصاص المركز على أساس أن المعاملة الأساسية لا تقي بالمتطلبات المتعارف عليها لاعتباره استثمار بموجب الاتفاقية، ففي قضايا سابقة قامت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بدراسة مسألة ما إذا كان الأمر يتعلق بالاستثمار أم لا، وفي كل حالة من هذه الحالات توصلت إلى نتيجة مفادها أنه تم استيفاء شرط "الاستثمار" المنصوص عليه في الاتفاقية.

بموجب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فإن الاستثمار المعني، حتى لو كان غير مباشر، ينبغي تمييزه عن المعاملة التجارية العادية، وتنظر المحكمة في مسألة التمييز بين الاستثمار والمعاملة التجارية العادية حيث ترى أن النطاق الواسع للمادة ٢٥ (١) من الاتفاقية وما تلاها من ممارسات ICSID والقرارات الصادرة عنها كافية، للتأكد من اختصاص المركز، بالإضافة إلى ذلك، تعتبر القروض بمثابة استثمار ضمن اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (٢)، وكذلك شراء السندات في ظروف معينة، وهو ما أشارت إليه بأن السندات هي دليل على القرض وأداة مالية وائتمانية نموذجية، فليس هناك ما يمنع شرائها من

---

ICSID ١ Carolyn B. Lamrn and Abby Cohen Smutny: "The implementation of Foreign Investment Law Journal, Vol. Arbitration Agreements," ICSID Review -- 11, 1996, P 80.

Christoph Schreuer: "Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, 1996, p 360.

٢ Aron Broches: "Choice-of-law provisions in contracts with governments," in Ibid: Selected Essavs, 523-532



أن تصبح استثماراً بموجب الاتفاقية في ظروف وحالات محددة، ومع ذلك يجب فحص هذا الاستنتاج بعد ذلك في سياق الموافقة المحددة للأطراف والأحكام الأخرى المتعلقة بالاستثمار. انتقلت المحكمة إلى النظر في الشروط والأحكام ذات الصلة بالاتفاقية المبرمة بين مملكة هولندا وجمهورية فنزويلا، وهي اتفاقية الاستثمار الثنائية المحددة التي تحكم الموافقة على التحكيم من قبل الطرف المتعاقد الأخير، وبموجب المادة ٩ (١) من هذه الاتفاقية، وخلصت إلي أنه يجب أن تقديم النزاعات القائمة بين أحد الطرفين المتعاقدين ومواطن من الطرف المتعاقد الآخر "فيما يتعلق بالتزام الأول بموجب هذه الاتفاقية وفيما يتعلق باستثمار الأخير"، إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لتسويتها عن طريق التحكيم أو التوفيق.

وفي المادة ٩ (٤) "يعطي كل طرف موافقته غير المشروطة" على تقديم النزاعات إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات، ويترتب على ذلك كما هو منصوص عليه في الاتفاقية، أن تعريف "الاستثمار" يخضع لموافقة الأطراف المتعاقدة، والتعريف المحدد المنصوص عليه في المادة ١ (أ) من الاتفاقية هو الذي يحكم اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ويشمل مصطلح "الاستثمارات" كل أنواع الأصول، وعلى سبيل المثال وليس الحصر:

١. الحقوق المستمدة من الأسهم والسندات وأنواع المصالح الأخرى في الشركات والمشاريع المشتركة.

٢. سندات ملكية الأموال أو الأصول الأخرى أو أي أداء له قيمة اقتصادية".

ويوضح هذا التعريف أن الأطراف المتعاقدة في الاتفاقية كانت تعني مصطلحاً واسعاً للفظ "الاستثمار"، وتشير المحكمة على وجه الخصوص إلى أن سندات ملكية الأموال في هذا التعريف لا تقتصر بأي حال من الأحوال على أشكال الاستثمار الأجنبي المباشر أو استثمارات المحافظ المالية، كما دفعت جمهورية فنزويلا، وربما تنطبق بعض هذه القيود على أنواع أخرى من الاستثمار المدرجة في هذا التعريف، مثل الحقوق المستمدة من الأسهم أو أنواع أخرى مماثلة من الاستثمار، ولكنها لا تنطبق على المعاملات الائتمانية للفئات المختلفة.

٣. تجدر الإشارة إلى أن سندات ملكية الأموال لا تستبعد بالضرورة من مفهوم الاستثمار الأجنبي المباشر.

أجرت المحكمة أيضًا فحصًا دقيقًا للأحكام الأخرى من الاتفاقية المتعلقة بتعريف الاستثمار، بما في ذلك المادة ٥/ د من الاتفاقية، والتي بموجبها تضمن الأطراف المتعاقدة تحويل المدفوعات والارباح المتعلقة بالاستثمار، بما في ذلك التحويلات المالية، والأموال المخصصة لسداد القروض، والمستخلص بأن تعريف "الاستثمار" ومعنى "سندات ملكية الأموال" بموجب الاتفاق يشمل القروض والمعاملات الائتمانية ذات الصلة (١).

إن التعريف الواسع للاستثمار مثل التعريف الوارد في الاتفاقية لا يشكل حالة استثنائية على الإطلاق حيث تشير أغلب المعاهدات الثنائية المعاصرة من هذا النوع إلى "كل نوع من الأصول" أو إلى "جميع الأصول"، وتعد المطالبات المالية وأي أداء له قيمة مالية من السمات البارزة لهذه القوائم (٢)، وقد أصبح هذا النهج السياسة المعتادة للتجمعات الاقتصادية الكبرى، مثل الاتحادات الأوروبية، والتي تعمل على توفير الحماية للاستثمارات، حيث أدرجت المفوضية الأوروبية "جميع أنواع الأصول، الملموسة وغير الملموسة، التي لها قيمة اقتصادية، بما في ذلك المساهمات المباشرة أو غير المباشرة نقدًا أو عينًا أو خدمات مستثمرة أو متلقاه".

تجدر الإشارة أيضًا إلى أن جمهورية فنزويلا لم تمارس حقها بموجب المادة ٢٥ (٤) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) في إخطار المركز بأي فئة أو فئات من النزاعات ترغب في تقديمها إلى اختصاص المركز، حيث يسمح هذا الحكم للدول المتعاقدة بإخطار المستثمرين بشأن فئة المنازعات التي قد يفكرون أو لا يفكرون في الموافقة عليها ضمن المعنى الواسع للاستثمار بموجب الاتفاقية.

٢ Antonio R. Parra: "The scope of new investment laws and international instruments, Robert Pritchard: Economic Development Foreign Investment and the ICSID and Bilateral Investment Treaties, News from ICSID. Law, 1996, P 35-36.

Vol 2, No.1, 1985, 12-20, at 19-20.

ومن بين المعاملات المدرجة كاستثمارات "الأسهم أو السندات أو سندات الدين أو الضمانات أو الأدوات المالية الأخرى لشركة أو شركة أخرى أو حكومة أو هيئة عامة أخرى أو منظمة دولية، المطالبات بالأموال أو السلع أو الخدمات أو أي أداء آخر له قيمة اقتصادي" (١).

وبما أن مملكة هولندا عضو بارز في الجماعات الأوروبية تم اتباع نهج مماثل في معاهداتها الاستثمارية الثنائية (٢)، على الرغم من أن معاهدات الاستثمار الثنائية لا تربط بشكل صريح تعريف الأصول أو المعاملات المدرجة في هذا المفهوم بمسائل مثل وجود علاقة اقتصادية دائمة إلا في حالات استثنائية للغاية (٣)، أو ربط سندات الملكية على وجه التحديد بالأموال والمعاملات المماثلة بشكل محدد بمفهوم الاستثمار (٤).

يمكن تحديد اتجاه مماثل في سياق القواعد الرئيسية في الاتفاقيات المتعددة الأطراف، كما أن المبادئ التوجيهية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي المباشر لا تقتصر على الإطلاق على الاستثمارات "المباشرة" (٥).

- ١ راجع، تقرير مجلس الجماعة الأوروبية "موقف المجتمع بشأن مبادئ حماية الاستثمار في دول افريقيا والبحر الكاريبي والمحيط الهادي، المنعقد بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٩٢، ص ٥.
- ٢ راجع، اتفاقية تشجيع وحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة بين مملكة هولندا وجمهورية باراجواي، المؤرخة في ٢٩ أكتوبر ١٩٩٢.
- Alejandro A. Escobar: "Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States," ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. II, 1996, P 197.
- ٣ راجع، اتفاقية التشجيع الحماية المتبادلة للاستثمار بين الدنمارك وأوكرانيا، المؤرخة في ٢٣ أكتوبر ١٩٩٢.
- ٤ نظر على سبيل المثال الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة وزائير في ٣ أغسطس ١٩٨٤، المادة الأولى، في أخبار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID).
- ٥ المبادئ التوجيهية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي المباشر"، مراجعة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في ١٩٩١، مجلة قانون الاستثمار الأجنبي، العدد السابع، ١٩٩٢، ص ٢٩٥.

يوضح التقرير أنه لا توجد قيود في هذا السياق فيما يتعلق بطبيعة الاستثمارات المغطاة (١)، وأن المبادئ التوجيهية تنطبق على "الاستثمارات غير المباشرة وكذلك المباشرة وعلى أشكال الاستثمار التعاقدية وغيرها من أشكال الاستثمار" (٢)، وقد شملت اتفاقية ميثاق الطاقة (٣)، واتفاقيات ميركوسور (٤) "كل أنواع الأصول"، حيث كانت القائمة الأولى "مطالبات بالمال ومطالبات بالأداء بموجب عقود معينة"، وتشير الأخيرة إلى أن "مطالبات الأداء لها قيمة اقتصادية"، بشكل استثنائي فقد ربطت اتفاقية متعددة الأطراف إدراج أصول معينة مثل الفوائد في استثمارات الأسهم كما سمحت باستبعاد المطالبات بالأموال التي تنشأ فقط من العقود التجارية لبيع السلع أو الخدمات (٥).

١ Antonio R. Parra: "The scope of new investment laws and international instruments, Robert Pritchard: Economic Development Foreign Investment and the Law, 1996, P 35.

٢ تقرير إلى لجنة التنمية حول الإطار القانوني للتعامل مع الاستثمارات الأجنبية، مدرج ضمن المبادئ التوجيهية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي.

٣ المادة ٦/١ من اتفاقية شانر للطاقة، المبرمة في ١٧ ديسمبر عام ١٩٩٤، المجلد 34.

٤ ميركوسور، هو اسم تجمع لدول المخروط الجنوبي بأمريكا اللاتينية في إطار اقتصادي أو بمعنى أصح تكتل اقتصادي تمثل تلك الدول شأنها بذلك شأن رابطة آسيان، وتتألف هذه الرابطة من الأرجنتين والبرازيل والأوروغواي وباراغواي أما فنزويلا فليست عضواً كاملاً كذلك بوليفيا ودولاً كثر في أمريكا اللاتينية. تضم ٢٥٠ مليون نسمة مع ناتج محلي إجمالي يبلغ ترليون دولار أمريكي أو نحو ٧٦ في المئة من الناتج المحلي الإجمالي في أمريكا اللاتينية.

راجع، نص المادة ١ من الاتفاقية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات في السوق المشتركة ميركوسو، المؤرخة في ١٧ يناير ١٩٩٤، والمادة ٢ من اتفاقية تشجيع وحماية استثمارات الدول غير الأعضاء في السوق المشتركة ميركوسو، بوينس آيرس، المؤرخة في ٥ أغسطس ١٩٩٤.

٥ راجع المادة ١١٣٩ من اتفاقية التجارة الحرة الأمريكية، المؤرخة في ١٧ ديسمبر عام ١٩٩٢.

بحثت المحكمة أيضاً الممارسات التي قامت جمهورية فنزويلا فيما يتعلق بمعاهدات الاستثمار المختلفة التي أبرمتها مع بلدان أخرى وأدرجت بها تعريف الاستثمار فيها، وعلى الرغم من تنوع هذه الممارسة، إلا أنه تم استنتاج اتجاه فنزويلا استبعاد الاستثمارات غير المباشرة بشكل واضح (١).

اقتنعت المحكمة بأن القروض والتسهيلات الائتمانية تقع ضمن اختصاص المركز بموجب شروط الاتفاقية ونطاق الاتفاقية الثنائية، وقامت بدراسة الوضع بالنسبة للسندات الستة الصادرة عن جمهورية فنزويلا.

وكما هو متعارف عليه أن السند الأذني هو بحكم تعريفه أداة ائتمان، واعتراف بتقديم تسهيلات مالية تتمثل في القروض، هذا وقد أصدرت جمهورية فنزويلا السندات المعنية للاعتراف بديونها مقابل تقديم الخدمات بموجب عقد موقع في عام ١٩٨٨ مع شركة Industries Metaltrigicas Van Dam C.A، وقد حصلت فنزويلا على قرض بقيمة السندات للفترة الزمنية المحددة فيها مع الالتزام المقابل بدفع الفائدة.

لاحظت المحكمة أنه لا يوجد شيء في طبيعة المعاملة ما يفيد أن تقديم الخدمات مقابل السندات الإذنية، التي من شأنها أن يمنع من اعتبارها استثمار بموجب الاتفاقية والاتفاق، وأثارت المحكمة مسألة ما إذا كانت شركة (Fedax N.V) باعتبارها شركة هولندية، تمارس أعمالاً تجارية في فنزويلا خلال تلك الفترة مع جمهورية فنزويلا كشركة صناعية، فإذا حدث ذلك، لكانت مثل هذه الصفقة تنطوي على "استثمار" أو ما إذا كانت فنزويلا تستبعد الصفقة من تلك الفئة، على الرغم من أن جمهورية فنزويلا لا تدعي أن مثل هذا الاستبعاد متاحاً،

ومن الأمثلة على ذلك لائحة مجموعة دول الأنديز بشأن الاستثمارات الأجنبية بصيغتها المعدلة، التي تشير في جوهرها إلى الاستثمارات الأجنبية المباشرة، واتفاقية التجارة الحرة بين المكسيك وكولومبيا وفنزويلا لعام ١٩٩٤، التي تستبعد المطالبات المالية الناشئة عن العقود التجارية لبيع البضائع أو الخدمات والاعتمادات التجارية.

راجع، اتفاقية التجارة الحرة بين المكسيك وكولومبيا وفنزويلا، المؤرخة في ١٩٩٤.

ويترتب على ذلك أن مسألة اتخاذ القرار لا تركز على طبيعة معاملة الخدمة الأساسية ولكن على ما إذا كان التصديق اللاحق للسندات المقدمة إلى الحائزين الأجانب يتطلب بطريقة أو بأخرى من المحكمة التعامل مع المسألة باعتبارها مسألة تقع خارج مفهوم الاستثمار الأجنبي. احتج صاحب المطالبة بأن السندات من هذا النوع لها وضع قانوني خاص بها، منفصلة ومستقلة عن المعاملة الأساسية، ولا خلاف في هذه الحالة على أن حكومة فنزويلا توقعت إمكانية نقل السندات وإقرارها إلى أصحابها اللاحقين، لأنها تسمح صراحة بمثل هذا الاحتمال. فالحقيقة أن هذه الأوراق النقدية كانت مقومة بالدولار الأمريكي تعد دليل للرغبة في تداولها الدولي وإتاحتها للمستثمرين الأجانب منذ البداية، وتثبت الأوراق والسجلات أن جمهورية فنزويلا ترى أن تلك السندات "...نظرا لطبيعتها، وفقا لأحكام القانون التجاري الفنزويلي ولأنه منصوص عليه صراحة في نصها، فهي أدوات قابلة للتداول بشكل بارز في السوق مع المؤسسات المالية الوطنية أو الأجنبية".

وبالرغم من أن هوية المستثمر ستتغير في كل عملية بيع، فإن الاستثمار نفسه سيظل ثابتاً، بينما سيتمتع المصدر بميزة ائتمانية مستمرة حتى وقت استحقاق السندات، وبقدر ما يتم توفير هذا الائتمان من قبل حاملي السندات الأجانب، فإنه يشكل استثماراً أجنبياً يشمل في هذه الحالة شروط اتفاقية المركز والاتفاقية الثنائية، وذلك فإن الحجة التي قدمتها جمهورية فنزويلا بأن السندات لم يتم شراؤها في البورصات الفنزويلية لا تخرجها من هذه الفئة للاستثمار الأجنبي لأن هذه الأدوات كانت مخصصة للتداول الدولي، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تقبل الحجة القائلة بأنه على عكس حالة الاستثمار لا توجد مخاطر تتطوي عليها هذه الصفقة، فإن مجرد وجود نزاع حول سداد أصل الدين والفائدة يدل على المخاطرة التي تحملها صاحب السندات.

في هذا السياق، قالت جمهورية فنزويلا إن شركة (Fedax N.V) غير مؤهلة كمستثمر لأنها لم تقم بأي استثمار "في أراضي" فنزويلا (١)، في حين أنه من الصحيح أنه في بعض أنواع الاستثمارات المدرجة بموجب المادة ١ (أ) من الاتفاقية، مثل الاستحواذ على حصص في الممتلكات غير المنقولة والشركات سيتم إجراء تحويل الأموال أو القيمة إلى أراضي الدولة المستضيفة، إلا أن هذا لا يحدث بالضرورة في عدد من أنواع الاستثمارات الأخرى وخاصة تلك ذات الطبيعة المالية (٢).

والإشكالية تتعلق بمدى ما إذا كان المستفيد من الائتمان يستخدم الأموال المتاحة، كما هو الحال في جمهورية فنزويلا، لتمويل احتياجاته الحكومية المختلفة؟

لا خلاف في هذه الحالة أن جمهورية فنزويلا، عن طريق السندات، حصلت على مبلغ من الائتمان تم تشغيله خلال فترة من الزمن لتلبية احتياجاتها المالية، وإن طبيعة المعاملات المعنية في هذه الحالة وحقيقة أنها مؤهلة كاستثمار أجنبي لأغراض اتفاقية المركز والاتفاق الثنائي، تعمل على تمييزها عن المعاملات التجارية العادية، ولكن في هذا الصدد، هناك عنصر إضافي أخذت المحكمة به حيث تم إصدار السندات من قبل جمهورية فنزويلا بموجب أحكام قانون

١ مثل عدد من اتفاقيات الاستثمار الثنائية الأخرى والاتفاقيات متعددة الأطراف، يحتوي الاتفاق على الإشارات إلى أن الاستثمارات التي تمت "في أراضي" الأطراف المتعاقدة.

٢ من السمات المعتادة للعديد من المعاملات المالية الدولية أن الأموال المعنية لا يتم تحويلها مادياً إلى إقليم المستفيد، بل توضع تحت تصرفه في مكان آخر، وفي الواقع، فإن العديد من القروض والائتمانات لا تترك بلد المنشأ على الإطلاق، ولكنها تتاح للموردين أو الكيانات الأخرى، وينطبق الشيء نفسه على العديد من العمليات المالية الخارجية الهامة المتعلقة بالصادرات وأنواع أخرى من الأعمال، وبطبيعة الحال كثيراً ما تستخدم السندات في مثل هذه الترتيبات.

الائتمان العام (قانون فنزويلا)<sup>(١)</sup>، الحاكم لعمليات الائتمان العام التي تهدف إلى جمع الأموال والموارد للقيام بأعمال إنتاجية، وتلبية احتياجات المصلحة الوطنية وتغطية الاحتياجات المؤقتة للخزانة.

كان من الواضح تمامًا أن المعاملات التي تتطوي عليها هذه القضية ليست نشاطاً تجارياً عادياً، بل إنها تتطوي في الواقع على مصلحة عامة أساسية، ويشير القانون على وجه التحديد للسندات والالتزامات المتوسطة والطويلة الأجل، والائتمان قصير الأجل، والحصول على الائتمان لدى المؤسسات المالية والتجارية والصناعية الوطنية أو الأجنبية، والتعاقد على الأعمال والخدمات، وغيرها من أنواع المعاملات أيضاً، كما تخضع السندات بشكل صريح للقانون فيما يتعلق بالحصول على الائتمان وعقود الأعمال والخدمات المحلية أو الأجنبية، وقد تم توفير التراخيص والإجراءات التفصيلية لإصدار هذه الصكوك، والتي تم مراعاة القواعد على النحو الواجب فيما يتعلق بالسندات المعنية في هذه القضية (٢).

تم وصف السمات الأساسية للاستثمار على أنها تتطوي على مدة معينة، وانتظام معين للربح والعائد، وتحمل المخاطر، والتزام بالسداد وأهمية لتنمية الدولة المضيفة، فالمدة الخاصة بالاستثمار كافية في تلك الحالة لمتطلبات القانون فيما يتعلق بالعقود التي يجب أن تمتد إلى ما بعد السنة المالية التي تمت فيها، بالإضافة إلى أنه يتم سداد الأرباح والعوائد بشكل منتظم من

١ Venezuela: Ley Organica de Crédito Público, 12 August 1983, Gaceta Oficial de 1983, as amended, Gaceta la República de Venezuela. 14 de September de Legal, No. 594, 30 de September de 1983.

٢ تم سن هذا القانون لتوفير التطوير المنظم للترتيبات المالية العامة وقد استخدمته جمهورية فنزويلا بشكل مناسب في هذه الحالة، كما هو الحال في مسائل أخرى، وتعد حالة السندات بموجب قانون الائتمان العام مهمة أيضاً كدليل على أن نوع الاستثمار المعني ليس مجرد ترتيب مالي قصير الأجل أو عرضي، كما يمكن أن يحدث مع الاستثمارات التي تأتي لتحقيق مكاسب سريعة وتغادر على الفور بعد ذلك وهي ما تعرف باسم الأموال الساخنة.



خلال جدولة دفعات الفائدة خلال فترة محددة، فضلاً عن كما أن حجم رأس المال محل الالتزام يغدو إلي أن يكون استثماراً وتحمل الطرف الآخر نسبة المخاطرة التي تم الإشارة إليها سابقاً. ولذلك من الواضح أن هناك علاقة مهمة بين الصفقة وتنمية الدولة المضيفة، كما هو مطلوب على وجه التحديد بموجب قانون إصدار الأداة المالية ذات الصلة، ويترتب على ذلك أنه بالنظر إلى الوقائع الخاصة بالقضية، فإن الصفقة تستوفي السمات الأساسية للاستثمار. للأسباب المشار إليها فقد أصدرت المحكمة القرار قررت المحكمة بالإجماع أن النزاع الحالي يقع ضمن اختصاص المركز واختصاص المحكمة، وبناء على ذلك، أصدرت المحكمة الأمر اللازم لمواصلة الإجراءات عملاً بالتحكيم.

في Abaclat ، تجاهلت المحكمة اختبار ساليني ورأت أن اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار يجب أن تمنح اختصاص المحكمة كلما اعتبرت BIT مساهمة مالية للدولة المضيفة كاستثمار، ترجع أهمية اختبار ساليني في تفسير مفهوم "الاستثمار" وفق ما ورد في المادة ٢٥(١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، على الرغم من طبيعة غير القضائية له، وقد ظهر اختبار ساليني في قضية ساليني ضد المغرب (١)، كان على المحكمة أن تتعامل مع بناء طريق سريع من قبل مقاولين إيطاليين في المغرب، حينما قرر المدعى عليه في هذه القضية إن عقد البناء لا يشكل استثماراً، وكان الاتجاه من أجل الإجابة على هذا السؤال، قيام المحكمة بفحص عدة معايير وخلصت في النهاية إلى أن العقد المعني مؤهل كاستثمار وفقاً

١ Salini Costruttori S.p.A. and Italstrate S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.

مشار إلي مضمون القضية فيما سبق.

للتعريف الوارد في اتفاقية الاستثمار الثنائية ذات الصلة مع المادة ٢٥ (١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (١).

بصدور القرار المشار إليه من المحكمة اتبعته العديد من المحاكم مستخدمين معايير مماثلة مما أدى إلى أن أصبح الاختبار يعرف باسم "اختبار سالييني"، مع وجود بعض الاختلافات، وقد تضمن اختبار سالييني لتحديد مفهوم الاستثمار الذي يتأسس عليه اختصاص المركز العناصر التالية (وجود مساهمة كبيرة، يجب أن يكون للمشروع مدة معينة، المشاركة في مخاطر الصفقة بما يتجاوز مجرد المخاطر الناشئة عن الصفقة التجارية، انتظام الربح والعائد للمستثمرين، أهمية العملية بالنسبة لتنمية الدولة المضيفة) (٢).

كما تمثل القرارات الصادرة في قضيتي Fedax و Joy Mining أهمية خاصة، للقضية Abaclat، خاصة وأن أول هذه القضايا وهي قضية فيداكس، وكان السؤال المطروح على المحك هو ما إذا كانت السندات مؤهلة كاستثمار، وهو السؤال الذي أكدته المحكمة (٣). وفي المقابل، في قضية Joy Mining (٤)، كان على المحكمة أن تقرر ما إذا كانت بعض ضمانات الأداء ستكون بمثابة استثمار أم لا، وجادلت المحكمة بعدم وجود أي مخاطرة وأن الفترة ذات الصلة كانت قصيرة جداً، كما أنها شككت ضمناً فيما إذا كانت الضمانات تساهم

١ E. C. Schlemmer, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders, in: P. Muchlinksy et al., The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, 49, at 63

٢ Schreuer, ICSID Convention Commentary, Art. 25, para. 153.

٣ Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, paras. 21-29 and 43.

٤ Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award, 6 August 2004.

في التنمية الاقتصادية للبلد المضيف، وخلصت المحكمة إلى أن ضمانات الأداء لن تكون مؤهلة كاستثمار.

أصبح اختبار سالييني والقرارات المذكورة أعلاه نقطة انطلاق لمجموعة من القضايا التي شعرت فيها الهيئات القضائية المعنية بالفصل في القضايا إلى الحاجة إلى الوصول بمفهوم "الاستثمار" في المادة ٢٥(١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لمعنى مستقل يتم التعبير عن معالمه بواسطة معايير سالييني.

مما يعني ضرورة تجاوز الاستثمار لاتفاقيات الاستثمار الثنائية ذات الصلة والمتطلبات العامة للاستثمار بموجب المادة ٢٥ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما هو منصوص عليه سابقاً، بالإضافة إلى أهمية التغلب على ما يعنيه مصطلح "الاستثمار" في المادة ٢٥، من خلال اختبار إلزامي على غرار اختبار سالييني.

إن ما حدث في عدة حالات هو أنه في حين تمكنت عملية اقتصادية أو أصل من اجتياز الاختبار فيما يتعلق باتفاقية الاستثمار الثنائية ذات الصلة، إلا أنها فشلت في تلبية المعايير التي يُزعم أنها تحكم مفهوم الاستثمار، وقد رأت المحكمة أن تطبيق المادة ٢٥ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، يؤدي إلى قيام المحكمة المعنية برفض الدعوى المقامة أمامها لعدم الاختصاص الموضوعي.

إن معايير سالييني، حتي وأن كانت مفيدة إلا أنه لا يجب النظر إليها على أنها تعبر عن متطلبات الولاية القضائية بالمعنى الضيق، وهو ما أشار إليه الأطراف أثناء التعليق علي اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، وقد حدد البروفيسور شروير المعايير الخمسة المذكورة أعلاه ووصفها بأنها "نموذجية" لـ "معظم العمليات" التي خضعت لإجراءات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (١)، ثم أضاف عنصراً آخر وهو "لا ينبغي

١ Schreuer, ICSID Convention Commentary, 1 st ed., Art. 25, para. 122: (a) "a certain duration" of the enterprise,

بالضرورة فهم هذه العناصر على أنها متطلبات قضائية، بل أنها مجرد خصائص نموذجية للاستثمارات بموجب الاتفاقية".

ووصف البروفيسور شروير ظهور اختبار سالييني بأنه "لا يمكن أن يكون التطور العملي في القائمة الوصفية للمميزات النموذجية مرجعاً للمتطلبات القانونية الإلزامية" (١)، واتباع نهج البروفيسور شروير، فإن المعايير المجمع في اختبار سالييني، رغم أنها لا تشكل شروطاً إلزامية لاختصاص المركز بالمعنى المقصود في المادة ٢٥ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، قد تظل مفيدة، بشرط أن يتم التعامل معها كمبادئ توجيهية وأن يتم تطبيقها جنباً إلى جنب وبطريقة مرنة (٢).

إن الأساس المنطقي لـ "عدم تعريف" الاستثمار هو ما يسمح للمادة ٢٥ (١) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بتغطية مجموعة واسعة من العمليات والأصول الاقتصادية، التي تكون عرضة لتشمل الاستثمارات غير التقليدية القادرة على التكيف مع الطبيعة المتطورة للنشاط الاقتصادي (٣)، بتطبيق اختبار سالييني على استحقاقات السندات

(b) "a certain regularity of profit and return", (iii) an "assumption of risk", (iv) a "substantial" commitment by the investor, and (e) some "significance for the host State's development"

١. Schreuer, ICSID Convention Commentary, Art. 25

" ٢ هناك عدد من الحالات، التي تنطوي على أنواع غير تقليدية من المعاملات الاستثمارية، حيث لا يمكن الاعتماد على هذه المعايير بشكل مجرد، بل يتعين عليه النظر في جميع ظروف الحالة بطريقة مرنة".

٣ راجع القرار الصاد في النزاع بين شركة ميهالي ضد سيريلانكا، في ١٥ مارس ٢٠٠٢، حيث أشارت إلى مصطلح "الاستثمار" ترك دون تعريف في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بأنه "يحافظ على نزاهته ويسمح بالتطوير التدريجي للقانون الدولي في المستقبل بشأن موضوعات الاستثمار".

Mihaly International Corporation v. Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award,

.15 March 2002

والأوراق المالية في قضية Abaclat، لتقييم الاختصاص الموضوعي ترى المحكمة أن السندات واستحقاقات الضمان تقي بالمعايير المنسوبة إلى اختبار ساليني، وفي هذا السياق تشير المحكمة إلى أنه من المهم الأخذ في الاعتبار أن الاستثمار المعني يشكل وحدة اقتصادية ولا ينبغي تقسيمه إلى عمليات اقتصادية منفصلة.

فيما يتعلق بالعنصر الأول المساهمة الكبيرة من جانب المستثمر (١)، وليس من المناسب أن تكون مساهمة المدعي الفردي بسيطة، ما يهم في هذه القضية أن السندات الصادرة ككل شكلت مساهمة كبيرة من جانب المستثمرين.

فيما يتعلق بالعنصر الثاني، فيما جادل المدعى عليه بأن الحد الأدنى لمدة الاستثمار هو من سنتين إلى خمس سنوات، وأن المطالبين عموماً لن يحتفظوا بمستحققاتهم الضامنة خلال تلك الفترة، فإن مدة السندات الصادرة هي ذات الصلة، وقد تم تأكيد ذلك أيضاً في قضية Fedax حيث قبلت المحكمة التمسك بالسندات القابلة للتداول وترك مدة الاستثمار دون تغيير (٢).

فيما يتعلق بالعنصر الثالث، والمتعلق بمتطلبات المخاطر التشغيلية بدلاً من مجرد المخاطر التجارية، يؤكد المدعى عليه أن المخاطر التي يتحملها المطالبون بعدم السداد لا تختلف عن تلك التي ينطوي عليها أي عقد تجاري بين الدائن والمدين، وأن مثل هذه العقود التجارية العادية لا يمكن اعتبارها استثماراً، ولكن نظراً للخطر المتمثل في التدخل السيادي من قبل الدولة

١ E. Gaillard, Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice, in: C. Binder et al. (eds.).

International Investment Law for the 21 st Century: Essays in Honour of Christoph Scheuer, Oxford, 2009, 403, at 405

٢ Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, para. 43.

المستضيفة، وهو الخطر الذي أصبح واضحاً نتيجة تخلف الأرجنتين عن سداد الديون وإعادة هيكلتها، فإن الأمر ليس خطراً تجارياً عادياً (١).

فيما يتعلق بالعنصر الرابع، وبصرف النظر عن الوجود المشكوك لمعيار انتظام الأرباح والعوائد كعنصر مستقل في اختبار سالييني، وبالنسبة للحجج التي ساق المدعي عليه بأن استحقاقات الضمان يتم نقلها بسهولة وبشكل متكرر لا يمكن أن تكون مقنعة، ويجب اعتبار السندات واستحقاقات الضمان عملية اقتصادية واحدة، حيث من المفترض أن يتم دفع الفوائد بشكل دوري بما يلبي معيار انتظام الأرباح والعوائد.

فيما يتعلق بالعنصر الخامس، والمتمثل في الشرط الأساسي بالمساهمة بشكل كبير في تنمية البلد المضيف، فلا يمكن أن يكون محل شك، نظراً لوحدة العملية الاقتصادية المعرضة للخطر، في أن الأموال المتولدة من خلال عملية إصدار السندات قد تم توفيرها في نهاية المطاف، وأصبحت متاحة لدولة للأرجنتين ومن ثم تعد أنها ساهمت في التنمية الاقتصادية للأرجنتين، ونظراً لحجم المشاركة في السندات، فمن المؤكد أن المساهمة كانت كبيرة في تنمية الأرجنتين (٢).

١ D. A. R. Williams, Jurisdiction and Admissibility, in: P. Muchlinks et al., The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, 868, at 8

حيث يشير إلى تفسير واسع للمادة ٢٥ الاستثمار "مدعوم من قرارات وأحكام المحاكم المختلفة".  
٢ يجب التعامل مع الاختبار الذي يؤدي إلى المساهمة في تنمية الدولة المضيفة بعناية خاصة وإن أي مفهوم للتنمية الاقتصادية إذا كان يمثل مقياس لوجود استثمار وبالتالي للحماية بموجب المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ينبغي التعامل معه ببعض المرونة.

J. D. Mortenson, The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, 51 Harvard International Law Journal (2010) 257, at 281

يحتوي تعريف مصطلح "الاستثمار" في المادة ١ (١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا على قائمة غير شاملة لأنواع مختلفة من الاستثمارات التي تندرج تحت المظلة الوقائية لاتفاقية الاستثمار الثنائية.

يشير استخدام هذا الشرط أن الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا سعت إلى جعل نص شامل يشمل جميع أنواع الالتزامات والحقوق المماثلة طالما أن لها قيمة اقتصادية، ومن الواضح أن الهدف الأساسي من هذا الشرط هو تضمين جميع الحقوق ذات القيمة الاقتصادية، حتى لو تم اعتبارها "غير تقليدية"، بدلاً من استبعاد أي حق من هذا القبيل، علاوة على ذلك، تحتوي المادة ١ (١) (و) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا على بند شامل إضافي يضع "أي حق ذي طبيعة اقتصادية يمنحه القانون أو بموجب عقد" في نطاق اتفاقية الاستثمار الثنائية.

سبق وأن أيدت المحكمة قرار الأغلبية في قضية Abaclat، التي أعلنت اختصاصها القضائي على أساس نفس اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا، وخلصت إلى أن "التعريف المنصوص عليه في المادة ١ (١) لم تتم صياغته بطريقة تقييدية، واستناداً إلى صياغتها، لا يمكن اعتبار أن المادة ١ (١) كانت تهدف إلى اعتماد نهج تقييدي فيما يتعلق بنوع النشاط أو التعامل الذي كان من المفترض أن يكون مؤهلاً كاستثمار.

ونظرًا لهذا الوضع فلا تستطيع المحكمة الحالية أن ترى كيف يمكن استنتاج أن السندات واستحقاقات الضمانات المعنية في الإجراءات الحالية لن تندرج تحت هذه الأحكام، ومن الجدير بالذكر بشكل خاص أن هذا هو أيضاً الموقف الذي اتخذ أحد المحكمين في قضية Abaclat، والذي انتقد فيه بشدة النهج الذي اتبعه قرار الأغلبية الذي يعترف باستحقاقات السندات والأوراق المالية باعتبارها "استثمارات"، بموجب أحكام اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا.

أبدت المحكمة اقتناعها بأن السندات واستحقاقات الضمان ذات الصلة بالقضية الحالية تقع ضمن نطاق تطبيق قائمة الاستثمارات المنصوص عليها في المادة ١ (١) (أ) - (و) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا.

تم الاتفاق بين الطرفين في مقدمة المادة ١ (١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا أن يكون استثمار المساهمة المعنية "في الإقليم" للدولة المضيفة حتى تكون المساهمة مؤهلة كاستثمار محمي "لأغراض هذه الاتفاقية"، وقد تم تعزيز شرط الإقليمية هذا من خلال تناوله في أكثر من موضع في الاتفاقية، وقد أكد المدعى عليه أنه بالنسبة لأداة مالية تم إصدارها خارج الأراضي الأرجنتينية ولم يتم الاحتفاظ بها فعلياً في الأرجنتين، والتي تخضع لقوانين أجنبية وقابلة للتنفيذ في ولايات قضائية أجنبية، والتي تكون مسجلة في حسابات البنوك الموجودة خارج الأرجنتين والتي لم تصل عائداتها إلى الأرجنتين، من غير الجائز اعتبارها استثمار "في أراضي" الأرجنتين، إلا أن أصحاب المطالبات رفضوا تلك الحجة وأشاروا إلى تحديد مقع الاستفادة من الاستثمارات المعنية من أجل تحديد موقع الاستثمار المعني.

نظرت المحكمة فيما يتعلق بشرط الإقليمية، على النحو المنصوص عليه في المادة ١ (١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا، علي أنه "نظراً لطبيعة الاستثمارات المعنية، لا يمكن أن يكون المعيار الحاسم هو ما إذا كانت تلك الاستثمارات موجودة فعلياً في الأرجنتين، كما اقترح المدعى عليه، فبحكم طبيعتها فإن الأدوات المالية مثل السندات واستحقاقات الضمان ليست استثمارات مادية مثل قطعة أرض أو مصنع صناعي أو منجم، كما أشار أصحاب المطالبات بشكل صحيح"، وأبدت المحكمة اقتناعها بأنه من أجل تحديد إقليم الدولة التي تم الاستثمار فيها، يتعين بداية تحديد الدولة التي تستفيد من هذا الاستثمار.



المعيار الذي أتبعه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار هو المساهمة "في التنمية الاقتصادية"، كما هو مشار إليه في الفقرة الأولى من ديباجة اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (١).

بناءً على ذلك، لتقييم مكان الاستثمار، يجب أن يكون المعيار هو مدي مساهمة الاستثمار في التنمية الاقتصادية، وبالتالي لا يمكن للمحكمة أن تتوصل إلى أي نتيجة أخرى سوى تحديد المدعى عليه باعتباره المستفيد من الاستثمار المعني في الإجراءات الحالية، وبما أنه تم تصميم عملية إصدار السندات بغرض تداول استحقاقات الضمان في الأسواق المالية، وكان المقصود منها على وجه التحديد من قبل المدعى عليه نفسه جمع الأموال لتلبية احتياجات ميزانية الأرجنتين وبالتالي تعزيز تنمية تلك الدولة.

فيما يتعلق بالاستثمار ذي الطبيعة المالية البحتة، لا يمكن أن تكون المعايير ذات الصلة هي ذات المعايير المطبقة على الاستثمارات التي تتكون من عمليات تجارية أو تشمل على القوى العاملة والممتلكات.

الاستثمارات ذات الطبيعة المالية البحتة، ينبغي أن تكون المعايير بالمكان أو الجهة الموجهة إليها والتي تستخدم الأموال في نهاية المطاف، وليس المكان الذي تم فيه دفع الأموال أو تحويلها، وبالتالي فإن الإشكالية هي هل تم توفير الأموال المستثمرة لصالح الدولة المستضيفة؟، وهل دعمت التنمية الاقتصادية لهذه الأخيرة؟ (٢)، ولا ترى المحكمة أي حاجة لأصحاب

١ ترد الإشارة الوحيدة الممكنة إلى المعنى الموضوعي الذي يمكن استخلاصه من نص المادة ٢٥ من الاتفاقية، ومضمونها إن هدف الاتفاقية والغرض منها يشير إلى أنه ينبغي أن يكون هناك بعض التأثير الإيجابي على التنمية".

" ٢ من السمات المعتادة للعديد من المعاملات المالية الدولية أن الأموال المعنية لا يتم تحويلها فعلياً إلى أراضي المستفيد، بل توضع تحت تصرفه في مكان آخر، إن العديد من القروض والائتمان لا تترك بلد المنشأ على الإطلاق، ولكنها تتاح للموردين والكيانات الأخرى.

المطالبات لإثبات أن الأموال المعنية يمكن إرجاعها إلى مشروع أو مؤسسة أو نشاط محدد في أراضي الدولة المضيفة.

لا يمكن العثور في نصوص اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا على مثل هذا "المتطلبات المحددة" التي تكمل شرط الإقليمية، والمطالبون على حق في الإشارة إلى أن عائدات إصدارات السندات مدرجة في الميزانية الرسمية للأرجنتين وأن التشريع الأرجنتيني ذي الصلة يجب أن ينص على أن الغرض من كل تمويل يجب أن يكون مرخصاً ومحددًا بموجب القانون (١)، إن المدى والطرق التي تم بها استخدام تلك الأموال المتاحة للمدعى عليه بالفعل لتعزيز التنمية الاقتصادية في الأرجنتين لا يقع ضمن نطاق المدعين.

يكفي أنه بموجب عملية إصدار السندات وتداول السندات واستحقاقات الضمان، تم توفير الأموال للمدعى عليه التي كانت تحت تصرفه لتعزيز تنميته الاقتصادية، وهذا يكفي بشكل خاص لتأهيل الاستثمار المعني باعتباره استثماراً تم في أراضي الأرجنتين.

والسؤال المهم هو ما إذا كان المستفيد من الائتمان يستخدم الأموال المتاحة، كما هو الحال في جمهورية فنزويلا، لتمويل احتياجاته الحكومية المختلفة. ولا خلاف في هذه الحالة أن جمهورية فنزويلا، عن طريق السندات، حصلت على مبلغ من الائتمان تم تشغيله خلال فترة من الزمن لتلبية احتياجاتها المالية.

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No.

.ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003

No. S Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case

ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004

Slovakia, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Objections to Jurisdiction, 24

.May 1999

أحيث يذكر أن إصدار السندات السيادية للأرجنتين، وفقاً للقانون رقم ٢٤.١٥٦ بشأن الإدارة المالية وأنظمة المراقبة (LFA)، يتطلب إما قانوناً محدداً يأذن بالقرض أو يجب تضمينه في الترخيص العام الوارد في قانون الميزانية السنوية، ويجب بخلاف بعض الشروط الأخرى تحديد "الغرض من التمويل" (انظر المادة ٦٠ LFA)

ترى المحكمة أنه من المناسب الإشارة إلى أن محكمة Abaclat توصلت إلى نتيجة مماثلة عندما وجدت أنه ليس هناك شك في أن الأموال المتولدة من خلال عملية إصدار السندات أصبحت متاحة ف للأرجنتين، وعملت على تمويل التنمية الاقتصادية في الأرجنتين، ودون النظر إلى طريقة استخدام هذه الأموال وهل هي مخصصة بالفعل لسداد ديون الأرجنتين الموجودة مسبقاً أو ما إذا كانت قد تم استخدامها في الإنفاق الحكومي، وفي كل الأحوال استخدمتها الأرجنتين لإدارة شؤونها المالية، وعلى هذا النحو يجب اعتبار أنها مساهمة في التنمية الاقتصادية في الأرجنتين وبالتالي تم صنعه في الأرجنتين.

بالنسبة لحجة المدعى عليه أنه لا يستطيع ممارسة أي حق سيادي فيما يتعلق باستثمارات المدعين موضوع النزاع، فإن المحكمة غير مقتنعة بهذه الحجة، فقد ظهر من ممارسات المدعى عليه من خلال تفعيل قواعد القانون الوطنية إلي سعيه للتأثير على شروط السندات واستحقاقات الضمان الصادرة عنه، بالإضافة إلى ذلك لم يرد في نصوص اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا ما ينص على أنه لا يجوز اعتبار الاستثمار قد تم في أراضي الدولة المضيفة إلا إذا كانت تلك الدولة قادرة على ممارسة حقوقها السيادية الكاملة أو السيطرة الكاملة على تلك الاستثمارات، وقد خلصت المحكمة إلي بأنه بالنظر إلى عملية الاستثمار المعرضة للخطر ككل ومن حيث واقعها الاقتصادي، فمن الصعب تصور أن يكون موقع الاستثمار في مكان آخر غير الأرجنتين.

وفيما يتعلق بالسندات واستحقاقات الأوراق المالية المعنية، فإن الاستنتاج البديل الوحيد الذي يمكن استخلاصه هو الإشارة إلى أن تلك السندات ليس لها مكان، حيث لا يستطيع المدعى عليه الإشارة إلى أي ولاية قضائية أخرى قد تكون لها روابط أوثق بالاستثمارات المعنية، ومع ذلك فإن هذا يعني أن تلك الاستثمارات تقع خارج نطاق حماية قانون الاستثمار، ومع ذلك، بقدر ما يتعلق الأمر بالمحكمة فإنه لا يمكن التوفيق بين هذا الموقف والنية الواضحة للأطراف، عند إبرام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا، لجعل المادة ١ (١) من اتفاقية

الاستثمار الثنائية تغطي أنواعًا مختلفة من الالتزامات، بما في ذلك الأدوات المالية مثل السندات واستحقاقات الضمان، والتي في ضوءها يجب أن يكونوا على علم بأن هذه غالباً ما يكون لها موقع لا يمكن تحديده بوضوح مثل موقع منجم أو منشأة صناعية.

وبالتالي، خلصت المحكمة إلى أن السندات واستحقاقات الضمان المعنية في الإجراءات الحالية هي استثمارات تمت في أراضي الأرجنتين لأغراض المادة ١(١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا.

أخيراً، أشار المدعى عليه إلى شرط آخر وارد في مقدمة المادة ١(١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا، وهو أن الاستثمار المعني يجب أن يكون "متوافقاً مع قوانين ولوائح" الدولة المضيفة، لكي يقع الاستثمار ضمن نطاق التطبيق الموضوعي لاتفاقية الاستثمار الثنائية، وقد رأت المحكمة عدم وجود أي سبب يمنع الاستثمارات المعنية من أن تكون متوافقة مع قوانين وأنظمة الدولة المضيفة، أي الأرجنتين، بالإضافة إلى أنه خلال إجراءات المحاكمة لم يتم تقديم أي حجة أمام المحكمة بأن استحقاقات السندات والضمانات كانت تشكل انتهاكاً لأي حكم من أحكام القانون الأرجنتيني.

وبناء على ذلك، وبما أنه لا يوجد ما يشير على الإطلاق إلى أن أحكام القانون الأرجنتيني قد انتهكت من خلال السندات/استحقاقات الضمان ذات الصلة بالقضية الحالية، يجب على المحكمة أن تخلص إلى أن شرط الاختصاص الموضوعي هذا قد تم استيفاءه أيضاً، وبالتالي، تم تقديم استحقاقات السندات والضمانات وفقاً لقوانين ولوائح الأرجنتين بموجب المادة ١(١) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا.

أصدرت المحكمة قرارها برفض جميع الاعتراضات الأولية للمدعى عليه فيما يتعلق بالافتقار المزعوم للولاية القضائية من حيث الموضوع والتأكد من استيفاء جميع المتطلبات في هذا الصدد فيما يتعلق بالسندات ذات الصلة واستحقاقات الضمان، بموجب المادة 25 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) والمادة ١ (١) من اتفاقية الاستثمار

الثنائية بين الأرجنتين وإيطاليا، خلصت المحكمة إلى أنه فيما يتعلق بشرط وجود نزاع قانوني ينشأ مباشرة عن الاستثمار، فإن هناك اختصاصاً قضائياً للمركز في هذا الصدد، واختصاص المحكمة الحالية في الفصل في القضية المطروحة.

إن فكرة الاستثمار في اتفاقية الاستثمار الثنائية المطبقة في هذه الحالة صيغت على نطاق واسع، بما في ذلك العديد من الأدوات المالية في نطاقها، وهكذا فإن التفسير الموسع لاتفاقية الاستثمار الثنائية الموسعة مهد الطريق أمام الأطراف الراضية للتقاضي أمام محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وفي أعقاب ذلك أصبح هذا القرار موضوع انتقادات كثيرة. جادل الفقيه مايكل وايبيل بأن تنقل رأس المال يضع الدائنين السياديين على بعد مسافة مع الدولة المضيفة، على عكس الاستثمارات الأجنبية المباشرة في منشأة على أراضي الدولة المضيفة (١)، ولذلك فهو يقترح قراءة ضيقة لمفهوم الاستثمار، والتي ينبغي أن تغطي الديون السيادية فقط إلى الحد الذي يرتبط به بمشروع تجاري، لكن مثل هذا المعيار قد يخضع لتفسيرات متباينة على نطاق واسع.

كما قد يكون لبعض الدول المضيفة مصلحة في توسيع قطاعها المالي، ولهذا السبب يبدو من الأفضل ربط الاعتراف بالاستثمار والولاية القضائية للمحكمة التي تعتمد على الطابع العام أو الخاص للاستثمار، أي ما إذا كان يخدم غرضاً عاماً أو خاصاً، المصلحة المشتركة أو المصلحة التجارية الهادفة للربح (٢).

١ Michael Waibel, 'Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration' (2007) 101 The American Journal of International Law 711, 715.

٢ On the delimitation of the public and the private spheres, see Matthias Goldmann, 'A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law)' (2016) 5 Global Constitutionalism 48.

يبدو أن هذا الرأي قد تم تبنيه من قبل المحكمة في Poštová banka، بحجة أن الدين السيادي هو أداة للسياسة النقدية والاقتصادية للحكومة وأن تأثيرها على المستويين المحلي والدولي يجعلها أداة مهمة بالنسبة إلى التعامل مع الاجتماعية والسياسات الاقتصادية للدولة، وبالتالي لا يمكن مساواتها بالديونية الخاصة أو ديون الشركات، كما أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية الحديثة أو اتفاقيات التجارة الحرة مع فصل الاستثمار تستبعد الديون السيادية كلياً أو جزئياً من نطاق تطبيقها (١).

وبالتالي، لا يجوز للدائنين إلا الاحتجاج بالأحكام التي تحميهم من التمييز، ولا سيما شرط الدول الأكثر رعاية وشرط المعاملة الوطنية.

## المطلب الثاني

### شرط الدولة الأولى بالرعاية

يعتبر من المبادئ الأساسية التي تبنتها أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية، فهو من المبادئ العامة لتحقيق عدم التمييز والمساواة بين الدول، فقد تم النص عليه بداية من الاتفاقيات الولية في معاهدات الصداقة والملاحة والتجارة بشكل عام، ثم تبعتها اتفاقية الجات في هذا الشأن. يفرض هذا المبدأ المساواة القانونية للدولة المتعاقدة، والمقصود بالمساواة القانونية ليست من منظور عام، فالمساواة تدرج ما تم النص عليه فقط (٢)، ويعد هذا المبدأ من المبادئ الاتفاقية

١ ومن الأمثلة على ذلك اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية وأرجواي "تم الإشارة إليها سابقاً"، والمادة ١١: ٣٩ من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية "نافتا"، المادة ١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المغرب ونيجريا لعام ٢٠١٦، والتي تستبعد تماماً التقاضي بشأن الديون السيادية. ومن الأمثلة البارزة الاتفاقية الاقتصادية والتجارية الشاملة بين الاتحاد الأوروبي وكندا (CETA)، يستثني الملحق العاشر عمليات إعادة هيكلة الديون السيادية المتفاوض عليها من نطاق تطبيق معيار المعاملة العادلة والمنصفة (FET) والأحكام المتعلقة بنزع الملكية.

٢ د/ ياسر الحويش، القانون الدولي الاقتصادي، ج ٢، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٩، ص ١٨٩.

فلا يتم التمسك به كالقواعد التي ينص عليها القانون الدولي العام (١)، وشرط الدولة الاولي بالرعاية لا تلزم الا اطرافها المتعاقدة، ويعد استثناءً امتداد اثارها للغير، عند امتداد اثرها للغير وفق نص الاتفاقية أو الاتفاقية المبرمة للاستفادة من مجموعة من المزايا والضمانات الممنوحة لآخرين وهو ما يعرف بشرط الدولة الاولي بالرعاية.

تختلف صيغة مبدأ الدولة الاولي بالرعاية من اتفاقية استثمار إلي أخرى، ويعني المبدأ أن تمنح الدولة المستضيفة للاستثمار المستثمرين الآخرين من دولة أجنبية بينهما تعاقداً في اتفاقية استثمار ثنائية ذات المعاملة الممنوحة في ظروف مشابهة لمستثمري دولة أجنبية أخرى بموجب اتفاقية استثمار ثنائية أخرى، وكان الهدف الاساس من شرط الدولة الاولي بالرعاية هو التأكد من عدم التمييز بين المستثمرين الأجبيين والزام الدولة المستضيفة للاستثمار باتباع ذات النهج سياستها التعاقدية في مجال الاستثمار (٢)، وقد برز ذات النهج في اتفاقية الجات (٣).

### الفرع الأول

#### النطاق الزمني والمادي لشرط الدولة الاولي بالرعاية

اتخذت بعض الدول اشكال مختلفة من حيث النطاق الزمني المطبق على مبدأ الدولة الاولي بالرعاية ومنهم من أتجه إلى شمول مراحل ما قبل دخول الاستثمار والآخر إلى مراحل ما بعد دخول الاستثمارات الأجنبية.

١ MOST-FAVOURED NATION TREATMENT, UNCTAD series on Issues in International Investment Agreement II, UNCTAD/DIAE/IA/2010/1, UNITED NATION, New York and Geneva, 2010, p 13.

٢/ د/ ماهر جميل، حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٦٢.

٣/ لمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ١٨٨.

أ. تطبيق المبدأ قبل دخول الاستثمارات الأجنبية، أخذت التشريعات الأمريكية في تضمين الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار علي مبدأ الدولة الأولي بالرعاية (١)، واتجهت نحو تطبيق هذا المبدأ في المراحل الأولي من التعاقد أي قبل مرحلة دخول أو تأسيس الاستثمار الاجنبي، وبالتالي فإن تلك النظرة لمبدأ الدولة الأولي بالرعاية أخذ منظور شامل وأوسع في الفترة الزمنية للتمسك به، ومن أمثلة تلك الاتفاقيات، اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأورجواي المبرمة في ٤ نوفمبر ٢٠٠٥ (٢).

ب. تطبيق المبدأ عقب دخول الاستثمارات الأجنبية، وهو الاتجاه الذي أخذت به أغلب اتفاقيات الاستثمار في تضمين مبدأ الدولة الأولي بالرعاية، فتطبيق المبدأ في هذه الحالة مشروط بدخول الاستثمارات الأجنبية وتأسيسها في البلد المستضيفة (٣)، وتعد

, Law and Practice of Investment Treaties: Lluís Paradell & Andrew Newcombe Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law, KLUWER LAW INTERNATIONAL, 2009, p204.

٢ راجع، نص المادة الرابعة من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأورجواي المبرمة في ٤ نوفمبر ٢٠٠٥، متاحه على الموقع الإلكتروني: -  
WWW.Investmentpolicyhub.uncatd.org

(تمت الزيارة في ١٤/١١/٢٠٢٣، الساعة ٣.١٣ ص).

٣ Stephan W. Schill, Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favoured-Nation Clauses, Berkeley Journal of International Law, Volume 27, Issue 2, 2009, p 496-506.

متاح على الرابط الإلكتروني: -

www.doi.org/10.15779/Z38Z369

(تمت الزيارة في ١٤/١١/٢٠٢٣، الساعة ٤ ص)



اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المتبادلة بين المكسيك وبريطانيا المبرمة في ١٢ مايو ٢٠٠٦م نموذجاً لمثل هذا المبدأ إذ نصت علي أنه "يكون إدخال الاستثمارات الأجنبية وفقاً للتشريعات والقوانين الوطنية للدول المتعاقدة وتمنح الدولة المضيفة الاستثمارات المملوكة لمواطني أحد الدول المتعاقدة معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي تمنحها لمواطني دول اخري" (١).

أما بالنسبة للنطاق المادي لسريان مبدأ الدولة الأولي بالرعاية فنجد أن هذا النطاق يتوقف علي اختيار واحد فقط يتم تطبيق المبدأ لصالحه، فيكون الاختيار بين المستثمر الاجنبي والاستثمارات الاجنبية وقد يجتمعا في بعض الاتفاقيات، فهناك العديد من الاستثمارات نصت علي تطبيق مبدأ الدولة الأولي بالرعاية علي استثمارات محددة (٢)، في حين نصت اتفاقيات اخري علي تطبيق الاتفاقيات علي مستثمري دول آخر متعاقدة (٣)، ونوع آخر من تلك الاتفاقيات يوسع النطاق المادي لشمول كلا الاختيارين (المستثمر الاجنبي، الاستثمارات

اراجع، نص المادة الثانية، الرابعة من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين المكسيك وبريطانيا المبرمة في ١٢ مايو ٢٠٠٦، متاحه على الموقع الإلكتروني: -  
www.Investmentpolicyhub.uncatd.org  
(تمت الزيارة في ١٤/١١/٢٠٢٣، الساعة ١٣.١٣ص).

٢ علي سبيل المثال اتفاقية الاستثمار الثنائية بين لبنان والبحرين المبرمة في ٧ اغسطس ٢٠٠٣، والتي نصت علي "ضمان معاملة لاستثمارات الدولة المتعاقدة لا تقل رعاية عن تلك التي يمنحها لاستثمارات بلد ثالث.  
٣ مثل اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين فرنسا والأردن المبرمة في ٢٣ فبراير ١٩٧٨ والتي نشت علي "كل طرف متعاقد يطبق على مواطني وشركات الطرف المتعاقد الآخر معاملة لا تقل عن معاملة مواطني وشركات الدول الأخرى.

الاجنبية)، أما التطبيق الأخير من تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية هو المشروط بالقوانين والتشريعات الوطنية (١).

## الفرع الثاني

### الاستثناءات من شرط الدولة الأولى بالرعاية

تضمنت اغلب معاهدات الاستثمار الثنائية على النص على شرط الدولة الأولى بالرعاية، إلا أن تطبيق هذا المبدأ يواجه بعض الاستثناءات التي قد يتم الاتفاق عليها في تلك الاتفاقيات. تشمل الاستثناءات أنواع عدة، فمنها الاستثناءات العامة التي تتمثل في الاستثناءات المقررة للنظام العام والآداب العامة والاستثناءات المقررة لحماية لأمن القومي الوطني (٢)، كما قد تكون هذه الاستثناءات خاصة مثل تحديد نوع معين من الموضوعات المرتبطة بالعقد مثل الضرائب المفروضة ويستثنى تطبيق المبدأ على الحوافز الضريبية التي يتم منحها لدولة ثالثة (٣)، فقد يتم الاستثناء استناداً إلى سابقة ابرام اتفاقيات خاصة بمنع الازدواج الضريبي وبالتالي لا تلتزم الدولة المتعاقدة بمنح ذات المزايا التشجيعية التي تمنحها في اتفاقية استثمار أخرى (٤)، كما قد تكون الاستثناءات متعلقة بما يخص حقوق الملكية الفكرية والتي تم افراد بعض

١ مثل اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الصين ولائفيا في ١٥ أبريل ٢٠٠٤ والتي نصت على "مع مراعاة قوانين وتشريعات الدولة المتعاقدة تمنح معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي تمنحها لاستثمارات ومستثمري دولة أخرى".

٢ مثل اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأوروغواي في ٤ نوفمبر ٢٠٠٥ والتي نصت على "سريان مبدأ الدولة الأولى بالرعاية على استثمارات ومستثمري الدول المتعاقدة".

٣ international investment agreements navigator's handbook apec/ unctad modules, (IIA Handbook), APEC Committee on Trade and Investment Experts Group, December 2012, p

٤ نصت على ذات الإطار، المادة ٢ من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين تونس ولبنان المؤرخة في ٢٤ يونيو ١٩٩٨، وقد نصت على "لا تشمل هذه المعاملة أي ميزة يوليها أي من الطرفين المتعاقدين

الاتفاقيات المحددة بشأن الملكية الفكرية وبرزها اتفاقية التريبس(١)، وقد يتعلق الاستثناء بمنظمات التعاون الاقتصادي أو اتفاقيات الوحدة أو التكامل الاقتصادي الاقليمي (٢)، كما قد يكون الاستثناء محدد بمجموعة من البلدان أو إحدى القطاعات الخاصة بالنشاط بشرط إدراج هذا الاستثناء في نصوص الاستثناءات (٣)، ومن امثلة تلك الاستثناءات ما ينص عليه بشأن المشتريات الحكومية والدعم الحكومي والقروض الحكومية وأي ضمان أو تأمين (٤)، كما قد يكون الاستثناء في تطبيق المسائل الإجرائية المتعلقة بفض النزاعات، فقد أستقر فقه قضاء المركز الدولي لفض المنازعات الاستثمار علي اعتبار التحكيم (وهو وسيلة لفض منازعات

لمستمرين من دولة ثالثة بموجب اتفاقية حول الازدواج الضريبي أو اتفاقيات أخرى على أساس متبادل يتعلق بالضرائب".

انصت المادة ١٤ فقرة ٤ من الاتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة والأوروغواي، المؤرخة في ٤ نوفمبر ٢٠٠٥، والتي نصت على "لا يسري مبدأ المعاملة الوطنية على أية ميزة أو تفضيل منصوص عليها في اتفاقية تريبس".

٢راجع المادة ١٠ فقرة ١ بند أ من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين بيلا روسيا والمكسيك المؤرخة في ٤ سبتمبر ٢٠٠٨، والتي نصت على أنه "يستثني تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية على أية تكامل اقتصادي إقليمي أو أتخاذ جمركي أو منطقة تجارة حرة".

٣د/ لمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص١٩٢.

٤مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ فقرة ٥ بند ٢،١ من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين كندا وبوركينا فاسو المؤرخة في ٢٠ إبريل ٢٠١٥، والتي استثنت ذلك المبدأ على المشتريات والدعم والقروض الحكومية واي ضمان أو تأمين.

الاستثمار) جزء لا يتجزأ من معاملة المستثمرين الأجانب مما يستوجب تطبيق المبدأ الأولي بالرعاية حال النص عليه (١).

وبالتالي يستوجب تطبيق مبدأ الدولة الأولي بالرعاية طالما تم النص عليه في اتفاقيات الاستثمار، ومن أبرز قضايا التحكيم في هذا الشأن.

قضية مافزيني ضد إسبانيا

نشأت قضية Emilio Agustin Majfezini v. The Kingdom of Spain عن استثمار قام به Emilio A. Maffezini، وهو مواطن أرجنتيني، في شركة Emilio A. Maffezini (EAMSA) S. A.، وهي شركة تأسست بموجب قوانين إسبانيا.

كانت EAMSA مملوكة بالنسبة الأكبر لشركة Maffezini، وباقي الاستثمار مملوك لشركة SODIGA، وهو كيان صدر في مواجهته قرار تحكيم من المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار باعتباره كيان تابع للدولة، أي مملكة إسبانيا (٢).

مع استمرار المشروع، استثمر مافزيني المزيد من الأموال في EAMSA، بما في ذلك قرض بقيمة ٣٠ مليون بيزيتا إسبانية من حسابه الشخصي في عام ١٩٩٢، عندما تجاوزت نفقات المشروع التقديرات السابقة، ألغى Maffezini المشروع وعرض شراء العقار من SODIGA

١ PR Thulasidhass, Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertainning the Limits through Interpretative Principles, AMSTERDAM LAW FORUM, VU University Amsterdam, Vo; 7:1, SUMMER EDITION, 2015, P1:24.

٢راجع قرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بشأن الاعتراضات على الاختصاص القضائي بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠٠٠، مشار إلي بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كالتالي: -

٥); ٢٠٠١ (٢٤٨FILJ – ICSID Reve ١٦, ٢٠٠٠, ١٣Award of the Tribunal of November the structural ) – The court applies ٢٠٠٣ (٣٥١.L.R. ١٢٤); ٢٠٠٢ (٤١٩ICSID Rep. acts of . The court discussed attribution of the ٥٧to ٤٦and functional paragraph .SO DIG A to the Kingdom of Spain

مقابل المبلغ المدفوع بالفعل إلى EAMSA، إلا أن SODIGA قدمت عرض تطالب فيه Maffezini، دفع مبلغ إضافي لشراء العقار، ولكن بعد المفاوضات، عاودت SODIGA تقديم عرض من جديد لبيع العقار إلى Maffezini مقابل المبلغ المدفوع بالفعل. في هذه المرحلة، تواصل مافيزيني مع ICSID لتسوية النزاع (١)، نظرت المحكمة في المسائل المتعلقة بالولاية القضائية التي أثارها إسبانيا في قرار مصلحة الضرائب الصادر في ٢٥ يناير ٢٠٠٠، ونظرت بعد ذلك في النزاع من حيث موضوعه وأصدرت حكمها في ١٣ نوفمبر من عام ٢٠٠٠.

وكان التركيز الأكبر من هيئة التحكيم مناقشة نطاق شرط الدولة الأكثر رعاية في معاهدات الاستثمار الثنائية بين الدول.

طلب مافيزيني من المحكمة بالتمسك باتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا، وتقدمت إسبانيا بطعن لعدم توافر الولاية القضائية لمحكمة التحكيم على أساس أن تسوية المخالفات

v. -FILJ 248 (2001); ١ Award of the Tribunal of November 13, 2000, 16 [CSID RE .51 ICSID Rep. 419 (2002); 124 I.L.R. 35 (2003)

- كانت هناك أربع قضايا يتعين على المحكمة النظر فيها بشأن موضوع الدعوى:

١. ما إذا كانت جميع أفعال SODIGA تتجه إلى مملكة إسبانيا.
  ٢. ما إذا كانت SODIGA مخطئة لعدم تقدير التكلفة أو مشروع EAMSA بدقة وإبلاغ المستثمر مافيزيني بشكل خاطئ عن التكاليف، مما جعله يقبل مشروعاً لا بد أن يفشل؟
  ٣. ما إذا كانت SODIGA قد أرغمت Maffezini على القيام بالاستثمار قبل تقييم جدوى المشروع وفقاً لتقييم الأثر البيئي، وما إذا كانت تكلفة التقييم قد تسببت في فشل المشروع.
  ٤. هل تمت الموافقة على القرض من قبل مافيزيني، وهل كان هناك أي تفويض منتظم؟
- وقرروا أن SODIGA لم تطلع المستثمر على الوضع بشكل عام فيما يتعلق بأنشطتها غير التجارية، في حين كان على مافيزيني مواجهة مخاطر الاستثمارات كما هو الحال في أي عمل تجاري وما يترتب على ذلك من مخاطر مرتبطة بالامتثال للقوانين البيئية، فإن تحويل الأموال كان غير منتظم وتم دون موافقة مافيزيني، وعليه فقد أصدرت المحكمة حكمها بتعويض لصالح مافيزيني، تدفعها مملكة إسبانيا.

بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا ينبغي أن تتم وفقاً للبند (٢) و(٣) و(٤) من الاتفاقية (١)، فقد نصت المادة (٢) على أن "أي خلاف بين مستثمر وإسبانيا، إذا لم يتم حله لمدة ستة أشهر، يجب تقديمه أولاً إلى محاكم إسبانيا لتسويته" (٢).

ووفق نصوص الاتفاقية يحال النزاع إلي المحاكم الإسبانية، وإذا لم يتم إصدار أي قرار لمدة ١٨ شهراً من تاريخ رفع الدعوي أو إذا استمر النزاع بعد صدور حكم من المحكمة الوطنية، يمكن للأطراف تقديم النزاع للتحكيم من قبل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID)، أو محكمة مخصصة منشأة بموجب الأونسيترال (٣).

١ اتفاقية التعاون والحماية المتبادلة للاستثمارات بين مملكة إسبانيا وجمهورية الأرجنتين، المؤرخة في ١٩٩١، فقد نص الفصل العاشر من الاتفاقية والخاص بتسوية المنازعات بين الطرف المتعاقد ومستثمر) في المادة ٤ منها علي أنه "في الحالات المنصوص عليها في الفقرة ٣، تعرض النزاعات بين الأطراف، ما لم يتفق الطرف، إما على التحكيم الدولي بموجب اتفاقية ١٨ مارس ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى أو إلى هيئة تحكيم مخصصة تم إنشاؤها بموجب قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)".

٢ راجع المادة ٢ من اتفاقية التعاون والحماية المتبادلة للاستثمارات بين مملكة HSFHKDH وجمهورية الأرجنتين المؤرخة في ١٩٩١، التي نصت على "إذا لم يكن من الممكن تسوية النزاع بهذه الطريقة خلال ستة أشهر من تاريخ إثارة النزاع من قبل أي من الطرفين، فيجب تقديمه إلى المحكمة المختصة للطرف المتعاقد الذي تم إعادة الاستثمار لصالحه".

٣ وفق نصوص الاتفاقية المشار إليها سابقاً/ نصت المادة ٣: يجوز عرض النزاع على التحكيم الدولي في الحالات التالية: -

أ) بناءً على طلب أحد طرفي النزاع، إذا لم يتم اتخاذ قرار بشأن موضوع المطالبة بعد انقضاء مدة ثمانية عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات المشار إليها في الفقرة (٢) من هذه المادة، أو إذا تم اتخاذ هذا قرار أو حكم، ولكن النزاع بين الطرفين لا يزال مستمراً.

ب) إذا اتفق طرفا النزاع على ذلك.

ودفعت إسبانيا بأن هذا الشرط يجعل موافقتها على الخضوع للتحكيم الدولي مشروطة باستنفاد المستثمر سبل الانتصاف الوطنية، ونظرًا لأن النزاع بين مافيزيني وإسبانيا لم يُعرض على محكمة وطنية للفصل فيه، فقد زعمت إسبانيا أن مافيزيني لم يستوف شرط استنفاد سبل الانتصاف الوطنية لتفعيل الخيار بموجب المادة الثالثة للتواصل مع هيئة التحكيم الدولية".

هذا وقد رفضت محكمة التحكيم الدفع التي تقدمت بها إسبانيا لثلاثة أسباب: -

أولاً: لم تعرض إسبانيا موافقتها بموجب المادة ٢٦ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى وفق اتفاقية الأكسيد.

تتطلب اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن يكون شرط استنفاد سبل الانتصاف الوطنية شرطاً أساسياً لاختصاص المحكمة فقط إذا كانت الموافقة مشروطة بذلك وقت التصديق على اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ثانياً: فيما يتعلق بموافقة إسبانيا بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا، فإن خيار اللجوء إلى المحاكم الوطنية أو صدور حكم من المحاكم الوطنية بموجب عرض النزاع عليها للفصل فيه، لم يمنع المستثمر من اللجوء إلى المحاكم الدولية، ولكنه قدم خياراً إضافياً لاختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع (١)، علاوة على ذلك يحق لجميع المستثمرين الذين لديهم نزاعات بموجب اتفاقيات استثمار ثنائية أن يتم الفصل فيها من قبل المحاكم الدولية على الرغم من قرارات المحكمة الوطنية.

---

المادة ٤: في الحالات المنصوص عليها في الفقرة أ/٣، يتم عرض النزاعات بين الطرفين، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، إما على التحكيم الدولي بموجب اتفاقية ١٨ مارس ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى أو إلى محكمة تحكيم مخصصة منشأة بموجب قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)".

القبول بفكرة أن يكون خياراً إضافياً يعني انه في حالة انكار العدالة يستطيع المستثمر اللجوء إلى محاكم التحكيم الدولية.

استمد مافيزيني اختصاص محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من خلال معيار وشرط الدولة الأولى بالرعاية باعتباره مصدر بديل للاختصاص القضائي.

استندت لجنة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لإثبات انتهاك شرط الدولة الأولى بالرعاية من قبل الطرف المتعاقد بمقارنتها لنصوص اتفاقيتين سبق وأن أبرمتها إسبانيا متضمنتين لشرط الدولة الأولى بالرعاية الأول مدرج في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا وطرق حل النزاع، والثاني مدرج في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين تشيلي وإسبانيا، ولتوضيح ما استندت إليه المحكمة فقد رأت: - أولاً، ينص شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في المادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا على ما يلي: "في جميع المسائل الخاضعة لهذه الاتفاقية، يجب ألا تكون هذه المعاملة أقل رعاية من تلك التي يمنحها كل طرف للاستثمارات التي يقوم بها مستثمرون من هذا البلد ما في إقليم دولة أخرى.

فسر مافيزيني عبارة "جميع المسائل الخاضعة لهذه الاتفاقية" بحيث لا تشمل فقط الموضوع الأساسي للاتفاقية (الاستثمارات) ولكن أيضاً الجانب الإجرائي للاتفاقية، مثل تسوية المنازعات وفترة التفاوض قبل اللجوء إلى المحاكم الدولية، على اعتبار أن الحقوق الإجرائية تعزز الإنفاذ النوعي للحقوق الموضوعية.

دحضت إسبانيا هذه الحجة قائلة إن عبارة "الموضوع" تشير فقط إلى "الجوانب المادية للمعاملة الممنوحة للمستثمر"، واستخدمت إسبانيا مبادئ "ذات النوع" واعتبرت أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن توسيعه ليشمل المسائل "التي لم تضمنها النصوص الأساسية".

ثانياً، انطلاقاً من هذه الحجة، يسمح بند تسوية المنازعات في المادة (٢) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين تشيلي وإسبانيا للمستثمر الذي يستثمر كلا الإقليمين بموجب الاتفاقية، باللجوء إلى التحكيم بعد انقضاء ستة أشهر من المفاوضات وفق القواعد المتبعة في النزاعات.

دفع مافيزيني إن البند الخاص باتفاقية الاستثمار الثنائية بين تشيلي وإسبانيا يحقق وضع أفضل للمستثمر التشيلي في إسبانيا مقابل المستثمر الأرجنتيني، مما ينتهك شرط الدولة الأولى



بالرعاية في الاتفاقيات، فيستطيع المستثمر التشيلي الحصول على تعويض أسرع، حيث لا يُطلب منه الانتظار للمدة التي حددها القانون المقدرة بـ ١٨ شهراً للحصول على تعويض أو اللجوء إلى المحاكم الوطنية كشرط مسبق، وأكد علي تمتعه بنفس الحقوق والالتزامات التي يتمتع بها المستثمر الشيلي حيث أن هذه الحقوق مدرجة في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا من خلال شرط الدولة الأولى بالرعاية.

أبدت إسبانيا رفضها التمسك بهذا الدفع على أساس مبدأ "الدقة في اختيار الفاظ الاتفاقية"، وينبغي ألا تؤثر الاتفاقيات التي أبرمتها إسبانيا مع دول أخرى على المستثمر بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا.

بالإضافة إلى ذلك، أصرت إسبانيا أيضاً على أن شرط الدولة الأولى بالرعاية هو شرط مضاد للتمييز، ويجب على المدعي أن يثبت أنه تعرض لحرمان اقتصادي مادي من خلال الامتثال لمتطلبات شرط تسوية المنازعات.

قبلت المحكمة حجة مافيزيني ووجدت لنفسها اختصاصاً للنظر في النزاع، وبررت المحكمة اختصاصها للنزاع وفق ما يلي: -

أولاً، تحديد "الاتفاقية الأساسية" و"اتفاقية الطرف الثالث": تتبعت المحكمة المقدمات المنصوص عليها في قضية شركة النفط الأنجلو إيرانية (١)، والتي يتضمن شرط الدولة الأولى بالرعاية في "الاتفاقية الأساسية" بالإشارة إلى القيود والالتزامات الواردة في اتفاقية الطرف الثالث تجاه المستفيدين من الاتفاقية الأساسية طالما أنهم يتعاملون مع الموضوع من الاتفاقية الأساسية. الموضوع الذي ينطبق عليه شرط الدولة الأولى بالرعاية في "الاتفاقية الأساسية" (الأرجنتين-إسبانيا والطرف الثالث (شيلي-إسبانيا) يجب أن يكون هو نفسه ليكون متسقاً مع مبدأ وحدة الموضوعات.

وذكرت أن الاتفاقية الأساسية هي التي تحتوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية.

ثانياً، نطاق "المعاملة العادلة والمنصفة": من أجل تحديد موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقية الأساسية، قررت المحكمة التحقيق في نطاق عبارة "المعاملة العادلة والمنصفة". أشارت المحكمة من خلال القرارات التي أصدرتها لجنة التحكيم في نزاع أمباتيلوس بين المملكة المتحدة واليونان بشأن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية، ووسعت اللجنة نطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية ليشمل المسائل المتعلقة بإقامة العدل (١).

ولتحديد ما إذا كانت معاملة الدولة الأولى بالرعاية قد امتدت لتشمل شرط تسوية المنازعات في الحالات التي لا يوجد فيها إدراج أو استبعاد صريح للشرط، ينبغي تحديد النطاق بناءً على نية الأطراف وقت الدخول وتأسيس الاتفاقية.

ثالثاً، ممارسة الدولة في إسبانيا: استعرضت المحكمة المفاوضات التي أدت إلى إبرام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الأرجنتين وإسبانيا، ووجدت أنه في حين كانت الأرجنتين تصر على إدراج خيار اللجوء إلى المحاكم الوطنية، فقد أيدت إسبانيا الخضوع المباشر للتحكيم الدولي.

قامت المحكمة بمراجعة جميع معاهدات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها إسبانيا وممارساتها التي تدعم الخضوع للتحكيم الدولي، مما يدل على نية الخضوع للتحكيم الدولي في حالة النزاع.

رابعاً، حقوق المستثمر: بالإضافة إلى ذلك، رأت المحكمة أن الحقوق الإجرائية للتجار كانت تعتبر جزءاً لا يتجزأ من حماية التجار والأنشطة التجارية، فتدابير تسوية المنازعات وفق محاكم الاستثمار تعتبر جوهرية لحماية المستثمرين الأجانب، ولذلك يكون توجهات "التجار والمستثمرين، بغرض حماية حقوقهم ومصالحهم بالاتجاه نحو البحث عن أفضل طرق الحماية عن طريق اللجوء إلى التحكيم الدولي بدلاً من إحالة المنازعات إلى المحاكم الوطنية، في حين تتجه الحكومات المضيفة إلى تفضيل المحاكم المحلية لحل النزاعات.

١ وفي قضية أمباتيلوس، تجاوزت المحكمة نطاق طلب الدولة الأولى بالرعاية إلى إقامة العدل، وكان التمديد فيما يتعلق بالحرمان من العدالة الذي كان الالتزام الأساسي للمملكة المتحدة، لم تكن للمطالبات التي أثارها اليونان أي جوانب إجرائية تتعلق بالالتزام بتسوية المنازعات، وبالتالي فقد تم الطعن في تمديد مافزيني.

استنادًا إلى ما سبق من مبررات منطقية، وجدت المحكمة الاختصاص القضائي وقررت نظر النزاع على أساس موضوعي، فقد قصرت المحكمة نطاق حكمها على بعض القيود المتعلقة بالسياسة العامة، وقامت المحكمة بتأهيل الطلب من خلال تحديد أربعة استثناءات، وهي:

١. الشرط الصريح للموافقة على التحكيم، فإذا وافقت دولة ما على أن تكون طرفاً في التحكيم مع مراعاة استنفاد سبل الانتصاف الوطنية، فلا يمكن التراجع عن هذه الشرط من خلال تطبيق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية.

٢. بنود "الالتزام بالنص" والذي يتم إدراجه من قبل الأطراف في الاتفاقية، ويتطلب مثل هذا الشرط من المدعي أن يختار بين التقاضي في المحاكم الوطنية واللجوء إلى هيئة تحكيم دولية، وهذا يدفع المدعي إلى اختيار خيار واحد، وبالتالي التنازل ضمناً عن المتعهد به في الاتفاقية (١).

٣. شرط اختيار المحكمة، فإذا كانت الاتفاقية تنص على محكمة تحكيم محددة، فلا يمكن تغيير هذا الاختيار لاحقاً إلى أي محكمة أو محكمة أخرى مشار إليه في معاهدات الطرف الثالث من خلال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

٤. إدراج نظام التحكيم المؤسسي في الاتفاقية، تعد اتفاقية تفسير المحكمة مع نظام تحكيم مؤسسي في الاتفاقية مؤشراً على نية الأطراف المتعاقدة، ولا يمكن تغيير أي من الآليات أو المتطلبات الإجرائية من خلال تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

أشارت المحكمة أن هذه مجرد عوامل توضيحية، ويمكن أن تكون هناك اعتبارات أخرى تتعلق بالسياسة العامة ولا يمكن بسببها تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

the BIT route: of waiting periods, umbrella Travelling ١ Christopher Schreuer, JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE ٢forks in the road clauses and ٢٥٦-٢٣١ (2004): ٢٥٦-٢٣١.

### المطلب الثالث: مبدأ المعاملة الوطنية

#### الفرع الأول: مفهوم مبدأ المعاملة الوطنية

يعرف مبدأ المعاملة الوطنية بأنه قاعدة قانونية اتفاقية يتم النص عليها في بنود اتفاقيات الاستثمار الثنائية، حيث توجب علي الدولة المضيفة للاستثمار بمعاملة المستثمر الأجنبي ذات المعاملة التي يتمتع بها المستثمر الوطني، بشرط تشابهه الظروف (١)، ويعد هذا التعريف تطوراً لقاعدة الحد الأدنى المقرر دولياً للأجانب المقيمة على أراضي دولة أجنبي (٢).

ولإعمال هذا المبدأ يجب أن تتلاءم الظروف وتتماثل بين كلاً من المستثمر الوطني والأجنبي لتطبيق مبدأ المعاملة الوطنية، وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ بل وتضمن أغلب اتفاقية الاستثمار له إلا أنه اتفاقيات الاستثمار لم تحدد في أغلبها ماهية أو المقصود بالظروف الملائمة للتمسك بالمبدأ، غير أنه يمكن استخلاص مضمون هذا المعيار من بعض الأحكام الصادرة من المحاكم الدولية والتي اعتمدت أغلبها عيل إجراء مقارنات للأنشطة الاقتصادية لكل من المستثمر الوطني والأجنبي.

ظهر اتجاه مقارنة الأنشطة التجارية والاقتصادية للوصول إلى معيار المعاملة ومحاولة تحديد نطاقه من خلال الحكم الصادر في النزاع المثار بين شركة ميثانكس والولايات المتحدة الأمريكية.

١ Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral investment treaties, Kluwer Academic Publishers, 1995, p63.

٢ وضعت هذه القاعدة لحماية ممتلكات الدول الاستعمارية واستثماراتها لدى الدول النامية، إلا أن هذه القاعدة لم يعد لها مبرر في الوقت الحلي، وقد اتجهت منظمة الأمم المتحدة إلى الاعتراف بأهمية حقوق الانسان وحقه في صون حريته وعدم التمييز لأي سبب.

راجع: د/ جعفر عبد السلام، مبادي القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٩٥.

ترجع وقائع النزاع عندما قدمت شركة ميثانيكس، وهي شركة تسويق وموزع كندية للميثانول، دعوى للتحكيم بموجب قواعد الأونسيترال بالنيابة عن نفسها بشأن الأضرار المزعومة الناجمة عن الحظر الذي فرضته ولاية كاليفورنيا على استخدام أو بيع مادة MTBE المضافة للبنزين في كاليفورنيا.

زعمت ميثانيكس أن الأمر التنفيذي الصادر في ولاية كاليفورنيا واللوائح التي تحظر مصادرة أجزاء من استثماراتها في الولايات المتحدة، بما يمثل انتهاكاً للمادة ١١١٠، وحرمة من المعاملة العادلة والمنصفة وفقاً للقانون الدولي في انتهاك للمادة ١١٠٥، وحرمة من المعاملة الوطنية انتهاكاً للمادة ١١٠٢(١)، وطالبت ميثانيكس بتعويضات نتيجة الأضرار التي لحقت بها، وفي ٩ أغسطس ٢٠٠٥، أصدرت المحكمة الحكم النهائي برفض جميع المطالبات. وتمسكت المحكمة بما هو منصوص عليه في الفصل ٣ من اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية الذي يتناول "المعاملة الوطنية ووصول السلع إلى الأسواق"، تنص المادة ٣٠١ (١) على ما يلي:

"يمنح كل طرف معاملة وطنية لسلع طرف آخر وفقاً للمادة الثالثة من الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية والتجارة (الجات)، بما في ذلك مذكراتها التفسيرية، وتحقيقاً لهذه الغاية المادة الثالثة

انصت المادة ١١٠٢ من الاتفاقية على مبدأ المعاملة الوطنية على أنه "١. يمنح كل طرف مستثمري الطرف الآخر معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي يمنحها، في ظروف مماثلة، لمستثمريه فيما يتعلق بإنشاء الاستثمارات أو حيازتها أو توسيعها أو إدارتها أو تسييرها أو تشغيلها أو بيعها أو التصرف فيها بشكل آخر، ٢. يمنح كل طرف استثمارات مستثمري طرف آخر معاملة لا تقل أفضلية عن تلك التي يمنحها، في ظروف مماثلة، لاستثمارات مستثمريه فيما يتعلق بالتأسيس والاستحواذ والتوسع والإدارة والتشغيل والبيع أو التصرف في الاستثمارات الأخرى، ٣. تعني المعاملة التي يمنحها أي طرف بموجب الفقرتين ١ و ٢، فيما يتعلق بولاية أو إقليم، معاملة لا تقل أفضلية عن المعاملة الأكثر رعاية الممنوحة، في ظروف مماثلة، من قبل تلك الولاية أو الإقليم للمستثمرين، ولاستثمارات مستثمري الطرف الذي يشكل منفصلة".

من الجات ومذكراتها التفسيرية، أو أي بند معادل من الاتفاقية اللاحقة التي تكون جميع الأطراف طرفاً فيها، يتم دمجها في هذه الاتفاقية وجعلها جزءاً منها".

تنص المادة ٣٠١ (٢) على ما يلي: "تعني أحكام الفقرة ١ المتعلقة بالمعاملة الوطنية، فيما يتعلق بولاية أو مقاطعة، معاملة لا تقل أفضلية عن المعاملة الأكثر رعاية التي تمنحها تلك الولاية أو المقاطعة لأي سلع مماثلة أو منافسة بشكل مباشر أو قابلة للاستبدال، حسب الحالة بالنسبة للطرف الذي يشكل جزء منه".

وفقاً للمادة ٣٠٠ من نافتا، ينطبق الفصل ٣ من نافتا، بما في ذلك تعريفاتها (ما لم ينص على خلاف ذلك)، وفيما يتعلق بالتجارة في السلع في الباب الثاني، ينطبق الالتزام بمعاملة "لا تقل رعاية" على "أي سلع مماثلة أو منافسة بشكل مباشر أو قابلة للاستبدال، حسب مقتضى الحال".

تسمح هذه المعايير الدقيقة للدولة المستوردة أو المستقبلة بنطاق تقديري محدود نسبياً فيما يتعلق بالسلع التي تستحق المعاملة الوطنية.

"تمثل وظيفة حكم المعاملة الوطنية في معالجة التمييز على أساس جنسية ملكية الاستثمار، تتم معالجة التمييز على أساس الجنسية من خلال مقارنة معاملة المستثمر الأجنبي بالمعاملة الممنوحة للمستثمر المحلي الذي هو في وضع مماثل له"، وفي الظروف المثالية يجب مقارنة المستثمر الأجنبي أو الاستثمار المملوك للأجانب بالمستثمر المحلي أو الاستثمار المملوك محلياً الذي يشبهه في كل ما يتعلق به، فعندما تكون الجنسية هي المتغير الوحيد، فإن مثل هذه المقارنة تخدم غرض المادة المتمثل في التأكد مما إذا كانت المعاملة الممنوحة تختلف على أساس الجنسية"، ويتيح لفظ "في ظروف مماثلة"، وفقاً للولايات المتحدة الأمريكية، المقارنة: "تسمح عبارة "في ظروف مماثلة" بدرجة معينة من المرونة في تحليل المعاملة الوطنية، مثل عدم وجود نظير مطابق مملوك محلياً للاستثمار المملوك للأجانب، في مثل هذه الحالة، يجوز

للمحكمة أن تنتظر إلى أبعد من ذلك وتوسع نطاق الشركات المقارنة المملوكة محلياً طالما أنها متشابهة بما يكفي لتبرير اعتبار ظروفها "مثل" ظروف المستثمر أو الاستثمار الأجنبي".

لا يعد مبدأ المعاملة الوطنية من مبادئ القانون العام ولذلك فإن الأطراف في اتفاقيات الاستثمار الثنائية غير ملزمة بتطبيق المبدأ ما لم تلزم نفسها بإدراجه ضمن نصوص الاتفاقية (١)، واتجهت اغلب اتفاقيات الاستثمار إلى تضمين بنودها بمثل هذا الشرط، وعلى خلاف ذلك وجدت اتفاقيات أخرى لم تنص على هذا المبدأ مما يتضح معه رغبة الأطراف المتعاقدة في منح المعاملة التفضيلية التي يتمتع بها المستثمرين الوطنيين لقرنائهم من الاجانب (٢).

يعد مبدأ المعاملة الوطنية من أهم المعايير التي تتبناها اتفاقيات الاستثمار الثنائية لما يمثله من وسيلة في تشجيع وتنمية الاستثمار علي المستوى الدولي، لما تمثله من امان للمستثمر في تمتعه بذات المعاملة التي يتيحها القانون للمستثمرين الوطنيين (٣)، كما لم تتبنى اتفاقيات الاستثمار الثنائية نهج محدد للصيغة الخاصة بإدراج مبدأ المعاملة الوطنية، فالصيغة القانونية تخضع لحرية الاطراف في اختيار الفاظها، علي الرغم من أكثر الألفاظ شيوعاً في اتفاقية

١راجع، دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، ٢٠١٠، ج ٣، ص٧٩.

٢راجع، اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر العربية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي المؤرخة في ٢٨ فبراير ١٩٩٩، والتي نصت على أن "تساوي المعاملة والحماية التي تتمتع بها كافة استثمارات أحد الطرفين المتعاقدين في اقليم الدولة المتعاقدة الأخرى مع تلك التي يتمتع بها مستثمرو أي دولة ثالثة، ولا تمثل أفضلية بأية حال عن تلك المعترف بها طبقاً للقانون الدولي"، حيث لم تتضمن الاتفاقية مبدأ المعاملة الوطنية.

٣ Kline, John M. and Rodney D. Ludema (1997). Building a multilateral framework for investment: comparing the development of trade and investment accords, Transnational Corporations, vol. 6, pp 16.

الاستثمار الثنائية لتطبيق مبدأ المعاملة الوطنية هي "ذات المعاملة، معاملة تماثل في التفضيل، معاملة لا تقل تفضيلاً" (١).

### الفرع الثاني: النطاق الزمني والمادي لمبدأ المعاملة الوطنية

اتخذت بعض الدول اشكال مختلفة من حيث النطاق الزمني المطبق على مبدأ المعاملة الوطنية باعتباره عاملاً مهماً في مواجهة المستثمرين الاجانب، تبني إلى شمول مراحل ما قبل دخول الاستثمار والآخر إلى مراحل ما بعد دخول الاستثمارات الأجنبية، والراجح في أغلب الاتفاقيات الثنائية علي تضمين هذا المبدأ في التعاملات التي تتم ما قبل الدخول في الاستثمار.

أ. تطبيق المبدأ قبل دخول الاستثمارات الأجنبية، أخذت التشريعات الامريكية في تضمين الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار على مبدأ المعاملة الوطنية واتجهت نحو تطبيق هذا المبدأ في المراحل الأولى من التعاقد أي قبل مرحلة دخول أو تأسيس الاستثمار الاجنبي (٢)، الذي يتم منحه معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك الممنوحة للاستثمارات الوطنية طالما تشابهت الظروف >

١ National Treatment for Foreign-Controlled Enterprises, OECD, 2017, P 9.

٢ Gudgeon, K. Scott, United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards, Berkeley Journal of International Law, 1986, p 117.

متاح عبر الموقع الإلكتروني: -

[www.doi.org/10.15779/Z38Q63S](http://www.doi.org/10.15779/Z38Q63S)

(تمت الزيارة بتاريخ ١٥/١١/٢٠٢٣، الساعة ١٢.٥٨م)



من أمثلة تلك الاتفاقيات، اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية وروندا المبرمة في ١٩ فبراير ٢٠٠٨ (١).

ب. تطبيق المبدأ عقب دخول الاستثمارات الأجنبية، وهو الاتجاه الذي أخذت به أغلب اتفاقيات الاستثمار في تضمين مبدأ المعاملة الوطنية، فتطبيق المبدأ في هذه الحالة مشروط بدخول الاستثمارات الأجنبية وتأسيسها في البلد المستضيفة، وكان الهدف من ذلك هو الحد من دخول الاستثمارات الأجنبية لقطاعات محددة لضمان سيطرة الدولة على تلك الاستثمارات نظراً لارتباطها بالأمن القومي أو الصالح العام (٢).

من أمثلة تلك الاتفاقيات النموذج الأوربي والألماني الخاص باتفاقيات الاستثمار الثنائية فهما إحدى أكثر النماذج انتشاراً من حيث التطبيق، وينص على سريان مبدأ المعاملة الوطنية عقب موافقة الدولة المضيفة للاستثمار على دخول الاستثمار وتأسيسه (٣)، وقد نصت اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار الثنائية بين ألمانيا وباكستان المؤرخة في ١ ديسمبر ٢٠٠٩، على مبدأ

راجع نص المادة الثالثة من اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة وروندا المؤرخة في ١٩ فبراير ٢٠٠٨، والتي نصت على "يمنح كل طرف معاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك التي تمنحها في ظروف مشابهة للاستثمارات الأجنبية فيما يخص (التأسيس، الحياة، الإدارة، البيع....).

متاح على موقع وزارة الخارجية الأمريكية عبر الموقع الإلكتروني: -

[www.stste.gov/e/eb/ifd/bit/117402.htm](http://www.stste.gov/e/eb/ifd/bit/117402.htm)

(تمت الزيارة بتاريخ ١٥/١١/٢٠٢٣، الساعة 1.23م)

٢ JESWALD W. SALACUSE, The General Structure of Investment Treaties, OXFORD UNIVERSITY PRESS, UK, P 277.

٣ Nikos Lavranos, the new EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA model as the new Plurilateral Model BIT text? presentation held on 13 February 2013 at the WTI in Bern, P 1.

المعاملة الوطنية ونطاق سريانه عقب قبول الاستثمار الأجنبي ودخوله وفق تشريعات وقوانين الدولة المستضيفة (١).

أما بالنسبة للنطاق المادي لسريان مبدأ المعاملة الوطنية فنجد أن نطاقه لم يطبق علي إطلاقه في اتفاقيات الاستثمار الثنائية، من خلال اختيار الالفاظ الدالة عليه مثل تبني اتفاقيات الاستثمار لنبود تحوي عبارات "الظروف المشابهة، الظروف المطابقة، ومن أمثلتها ما نصت عليه اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين المملكة البريطانية وبيليز المؤرخة في ٣٠ ابريل ١٩٨٢، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثالثة علي "تضمن الدول المتعاقدة معاملة المستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى معاملة لا تقل تفضيلاً عن معاملة مستثمرها الوطني في نفس الظروف المماثلة والمطابقة".

أخذت بعض الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار من استثناء مبدأ المعاملة الوطنية من التطبيق كما سبق أن أشرنا في ظل إمكانية مساس تلك الاستثمارات بالأمن القومي والنظام العام في الدولة المستضيفة للاستثمار، كما قد يشمل الحظر استثمارات معينة تستأثر بها الدولة، او السماح بالاستثمار في مجالات محددة دون غيرها بهدف حماية الاستثمارات الوطنية (٢).

إذا كانت الاتفاقيات متعددة الأطراف التي يتم إبرакها تحت مظلة المنظمة العالمية للتجارة تؤسس قاعدة عدم التمييز بين البلدان الأعضاء من خلال معاملة الدولة الأولى بالرعاية وتعميم الامتيازات على جميع الأعضاء، فإن أحكام المادة ٢٤ من مجموعة الاتفاق العام بشأن التعريفات الجمركية والتجارة، مجموعة جات GATT General Agreement on Tariffs

١راجع نص المادة الثالثة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المانيا وباكستان بتاريخ ١ ديسمبر ٢٠٠٩.  
٢من أمثلتها اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين إيطاليا والمغرب المؤرخة في ١٨ يونية ١٩٩٠ والتي نصت المادة ٢ منها على "استثناء مستثمري الطرفين من تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية فيما يخص المساعدات والاعانات والقروض والتأمينات والضمانات الممنوحة من قبل حكومة أحد الأطراف المتعاقدة".

and Trade، والمادة ٥ من الاتفاق العام المتعلق بتجارة الخدمات GATS، أقرت إمكانية الاستثناء من القاعدة العامة وأتاحت للأعضاء حصر الامتيازات المتبادلة بين الأطراف عبر إنشاء تكتل اقتصادي إقليمي يأخذ شكل منطقة للتبادل الحر أو اتحاد جمركي أو اتحاد اقتصادي.

استغلت أغلبية دول العالم إمكانية استخدام هذا الاستثمار بغرض تطوير المبادلات التجارية مع المستثمرين لغرض تفادي تعميم الامتيازات مع بقية البلدان، وأدى فشل محاولات المفاوضات بشأن اتفاقية متعددة الأطراف تتعلق بالاستثمار، إلى أن يتجه الخيار نحو الأطر الثنائية والإقليمية في الاستثمار بما يمكن أطراف هذه الاتفاقيات من الإفلات من أثر تعميم الامتيازات المرتبطة بالتجارة والاستثمار والتي تنص عليها اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة. حتى هذه المطالبات تخضع لفترة سماح محددة تمنع الدائنين من عرقلة إعادة هيكلة الديون السيادية، الأمر الذي يترك إحدى المهام الأساسية لقانون الاستثمار الدولي كما هي في حماية المستثمرين من التمييز التعسفي (١).

يؤدي التطورات في التوسع في تحديد الاستثمار في الاتفاقيات إلى محاولة تحديد الاطراف لجهات أخرى للتقاضي خلاف هيئات التحكيم أو المحاكم الدولية والنص على الاختصاص الوطني لتلك القضايا، إلا أنه لا يزال عدد كبير من اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي لا تستبعد الديون السيادية من نطاقها، في ظل اختلاف الآراء حول الاختصاص القضائي للمركز الذي ينظر إلى الاستثمار في نطاقه الواسع مثل الاحكام والقرارات الصادرة في نزاعات Abaclat، Poštová banka، فلا يزال عدم اليقين القانوني بشأن التوسع في اختصاص المركز في تلك النزاعات، مما يشكل خطراً على التمتع بحقوق الدول التي تعاني من الأزمات.

١ Francesco Francioni, 'Access to justice, denial of justice and international investment law' (2009) 20 European Journal of International Law 729.

### المبحث الثاني: دفع الدول المدينة

إن الدفع بتوافر حالة من حالات القوة القاهرة من الدفع الدارجة في مجال التجارة والأعمال، وكانت العديد من القضايا التي رفعها المستثمرون ضد الإجراءات الحكومية فيما يتعلق بأزمة الديون تنظر في الدفاعات التي قد تسوقها تلك الدول، وكان من أبرز أشكال الدفاع هي التمسك بالقوة القاهرة المتسببة في عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات، ومع التمسك بهذا الدفاع من قبل الدول المدينة تثور إشكالية خاصة بسبب اعتراف معظم المحاكم بدفع القوة القاهرة باعتباره دفاعاً محتملاً في دعاوى التي يرفعها الدائنون من القطاع الخاص ضد المدينين السياديين (١).

ومع ذلك، لا يجوز الاحتجاج به إذا كان المدين السيادي قد ساهم في حالة الضرورة، وهو الشرط الذي تلقى تفسيرات متباينة من قبل محاكم مختلفة (٢)، كما أنه لا يجوز الاحتجاج بدفع القوة القاهرة إلا إذا ظلت قائمة فمسألة الديون السيادية قد تتلقي بعض الحلول من الهيئات المالية الدولية مثل صندوق النقد الدولي وبعض البنوك المقرضة مما تُزال معها حالة الاستمرارية للظرف القهري والتي بمجرد انتهائها قد يتسابق الدائنون في رفع دعوى قضائية مرة

١ راجع: قرار المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في حكمها الصادر في ٨ مايو ٢٠٠٧.

cases 2 Bvm 1/03 et al., Beverage 118, 124.

S. Schill, 'Der völkerrechtliche Staatsnotstand in der Entscheidung des BVerfG zu Argentinischen Staatsanleihen – Anachronismus oder Avantgarde?' 68 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2008), 45–67.

٢ C. Binder 'Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis', in C. Binder et al. (eds.), International Investment Law for the 21st Century (2009), 608–630.

أخرى (١)، وهو ما يقودنا إلى استعراض الجانب النظري لذلك الدفع، مع عرض الجانب التطبيقي للأحكام القابلة والرافضة للدفع.

### المطلب الأول: القوة القاهرة

انشغل الفكر القانوني في محاولة تعريف وتحديد طبيعة القوة القاهرة في ظل عدم تناول العديد من القوانين والاتفاقيات لتعريف هذا المصطلح، الذي يدور حول استحالة تنفيذ الالتزام (٢)، والواقع أن الالتزامات المتعلقة بتنفيذها على مرور مدة قد يطولها العديد من العواقب ومن أشكال تلك العواقب الكوارث الطبيعية مثل الزلازل والبراكين.. وغيرها، وقد تنشأ ظروف تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بالنسبة لأطرافه وهو امر مختلف عن نظرية وحالة القوة القاهرة التي نحن بصدد مناقشتها (٣)، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه "تعطي المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني المصري، القاضي رخصة إجريها عند توافر شروط معينة وتقتصر سلطته بشأنها على رد الالتزام التعاقدى الذي لم يتم تنفيذه إلى الحد المعقول إذا كان تنفيذه مرهقاً للمدين دون أن يكون له فسخ العقد أو اعفاء المدين من التزامه القائم أو إلزام الدائن برد ما استوفاه منه (٤).

١ M. Waibel, 'Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E', 20 Leiden Journal of International Law (2007) 3, 637.

٢ يترتب على ذلك فارق الأثر إذ أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام فلا يتحمل المدين تبعه تنفيذه، راجع: الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، منشورات الحلبي، ط ٣، ٢٠١٥، ص ٦٤٥، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التحضيرية)، ج ١، ص ٢٨١، د/ الشهابي إبراهيم الشراوي، مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الامارتية "الفعل الضار- الفعل النافع- القانون"، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٣٢.

٣ الدكتور/ عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، ١٩٥٤، ص ٣٤١  
٤ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٣٧ قضائية، جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠، مكتب فني ٢٤، الجزء ٣، ص ١٣٢٠.

تمثل العوائق التي يعاني منها المجتمع الدولي حديثاً مثل الازمات المالية والاقتصادية تحدياً، قد يفوق في مواجهته عن تلك العقبات القدرية المتمثلة في الكوارث الطبيعية أو الظروف الطارئة، ولذلك ألا تعد الأزمة المالية والاقتصادية العالمية الراهنة حدثاً طارئاً أو قوة القاهرة، تمكن الأطراف من التمسك به كوسيلة للدفاع المشروع عن عدم الوفاء بالالتزامات على الرغم من الحقيقة المنصوص عليها في كافة القوانين الوضعية بأن العقد والالتزام شريعة المتعاقدين والملتزمين؟، أن الإجابة على هذا التساؤل يدعونا إلى البحث في نظرية القوة القاهرة، ثم بيان مدى انطباقها على أزمة الديون السيادية.

تعرف القوة القاهرة بأنه الحدث الاستثنائي الذي لا يمكن مواجهته، وبالمعنى الصحيح فإن القوة القاهرة "لا تغطي إلا القوة التي لا تقاوم" (١)، وينبغي ان يكون الحادث الذي يزعم المدين أنه قوة القاهرة من غير الممكن دفعه أو تجنبه، فاذا كان في الإمكان مقاومته فهناك قدرة علي تحقق الالتزام وبالتالي لا يشكل قوة القاهرة، حتي وأن كان من المستحيل توقعه وقت التعاقد، فعدم القدرة علي دفع الحدث تعني ان المدين لا يملك القدرة علي منع وقوعه او تحاشيه، فعدم قدرة المدين علي تجنب الحدث تعني عدم استطاعته معالجة النتائج الناشئة عنه (٢)، وتقدير عدم القدرة علي مقاومة الحدث وفق العديد من أحكام محكمة النقض المصرية يطبق بمعيار موضوعي ولا عبء فيه بشخص المدين وظروفه الخاصة، كما لا يتعدت فيه بمعيار الشخص

١راجع: نص المادة ٢٥ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد).

٢د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، أكاديمية الشرطة دبي، الامارات، ٢٠١٠، ص ١٠٠، الباحثة/ مريم يغلي، التزام العون الاقتصادي بالتسليم المطابق، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٧، ص ١٦٢.

شديد الحرص والتبصر بالأمر، فينبغي ان يستحيل علي المدين مقاومة الحدث بصورة مطلقة لا نسبية (١).

اختلفت القوانين في وضع مفهوم محدد للقوة القاهرة، بل أن بعضها أخذ في تعديل نظرتة ومواده القانونية عقب انتشار استخدام القوة القاهرة كدفع لعدم تنفيذ الالتزام. فالمشرع الفرنسي نص في المادة ١١٤٨ من القانون المدني الفرنسي علي حادث القوة القاهرة بأن: "ليس هنالك تعويض عن الأضرار بسبب قوة قاهرة أو حادث جبري منعت المدين إعطاء أو عمل ما التزم به أو القيام بعمل كان ممنوعا عليه" (٢)، علي الرغم من نص المادة ١١٤٨، إلا أن المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفا لمعنى القوة القاهرة أو الحادث الجبري، أو حتى معيار محدد يمكن القياس عليه لتقييم الحادث من هلال الظروف المحيطة بكل حدث، وسمح للقضاء والفقه في الاجتهاد لتحديد معايير القوة القاهرة، غير أنه أشار إلى آثاره تلك القوة على المدين باعتباره مانع من تنفيذ التزاماته (٣).

إلا أن المشرع الفرنسي قام بإجراء تعديلات على قانونه ووضع تعريف للقوة القاهرة بشكل مفصل في المادة ١٢١٨ من القانون المدني، والتي نصت على أنه "تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عند وقوع حادثة خارجة عن سيطرة المدين، لم يكن من الممكن توقعها بشكل

١ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ١٥٤٨٠ لسنة ٨٣ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٦/١٥، نقض مدني، رقم ١٨٤٦٦ لسنة ٨٣ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٣/٢٤، نقض مدني، رقم ٧٦٢٧ لسنة ٨٢ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٢/١٨، نقض مدني، رقم ١٣٤٠٤ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ٢٠١٨/١٠/١، نقض مدني، رقم ٣٠٠ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ٢٠١٨/٧/٨، نقض مدني، رقم ٥١٢٥ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ٢٠١٨/٦/٢٤. راجع في ذات المعني، د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢، ص ٣٢٩.

٢ أخذ القانون البلجيكي ذات نهج القانون الفرنسي باتخاذ القاعدة ذاتها في تقييم حالة القوة القاهرة.

٣ حكم محكمة النقض الفرنسية: -

Cass. Com. 3 oct. 1989, JCP 1990, II, 21423, conclusion M. Jéol.

معقول وقت إبرام العقد، ولا يمكن تجنب اثارها باتخاذ إجراءات مناسبة، وتحول دون قيام المدين بتنفيذ التزامه" (١)، الامر الذي يعني أن عدم القدرة علي توقع الحدث أمر نسبي وليس مطلق، وقد قنن المشرع الفرنسي ما كان قد توصل إليه الفقه والقضاء في فرنسا فيما يتعلق بهذا الشأن، حيث يري الفقه أن عدم القدرة علي التوقع تقاس بالرجوع إلي معيار المتبصر، وهو الشخص العادي الذي يتسم بالحرص والحذر مع مراعاة المكان والظروف والملابسات للحدث.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالقوة القاهرة بأن "القوة القاهرة التي تسمح بإعفاء صاحب العمل من كل أو بعض التزاماته الناشئة عن الاخلال بعقد العمل تعني وقوع حادث خارجي لا يمكن مقاومته يجعل من المستحيل الاستمرار في العقد" (٢).

أما النظام القانوني الأنجلو أمريكي تختلف مصطلحاته القانونية وتباين في المعاني والدلالات، فنجد أنه في الولايات المتحدة الأمريكية يشير مصطلح الضائقة للحالات التي يمكن فيها تنفيذ الالتزام، إلا أن هذا التنفيذ أصبح مجرداً من المعنى أو الهدف (٣)، في حين أن ذلك يختلف

أضيفت بمقتضى القانون رقم ٢٠١٦/١٣١ بشأن قانون إصلاح العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات، الذي صدر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ ودخل حيز النفاذ في ذات العام.

راجع: د/ بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ومدي تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد ١١، صادر في سبتمبر ٢٠١٨، ص ٤١٨.

٢ حكم محكمة النقض الفرنسية: -

Cass.soc, 12 Fevrier 2003, n 00-46660, Bulletin 2003 V N 50, P45.

٣ تشير كتابات الفقه الأمريكي إلى مثال تقليدي خاص بشخص استأجر شقة فقط ليرى منها موكب التتويج الخاص بالملك أورد السابع إلا أنه تم تأجيل هذه المراسم بسبب مرض الملك. هنا فإن تنفيذ عقد الإيجار ممكناً ولكن مع غياب الهدف الأساسي من العقد أو قل السبب الباعث على إبرامه يصبح إبرام هذا العقد وتنفيذه ممكناً ولكن خارج الهدف المرجو، انظر:

JOSEPH M. PERILLO, Force majeure and hardship under UNIDROIT principles of international commercial contracts



عن حالات الاستحالة والتي يصادف فيها تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة، أما في إنجلترا فإن مصطلح القوة القاهرة يعنى الإحباط، وتقتضي دلالاته على استحالة تحقيق الهدف المبتغى ومن ثم تخرج منه مجرد الاستحالة المادي (١)، وعلى صعيد ثان يشير مصطلح الإحباط في الفقه الإنجليزي إلى الحدث الطارئ الذي لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا ولكن ممكن التنفيذ إلا أن تنفيذه وفق الشروط المنصوص عليها في العقد يمثل إرهاقاً شديداً للمدين ويتحقق به إخلالاً جسيماً بالتوازن الاقتصادي للعقد (٢).

أما الفقه فقد عرف القوة القاهرة بأنها "حدث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه يؤدي مباشرة إلى حصول الضرر ومثاله الزلازل والأعاصير والصواعق والبراكين والمرض المفاجئ" (٣)، ويعرّف البعض الآخر القوة القاهرة بأنها: "حدث لا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، يؤدي إلى إعفاء المدين

متاح على الموقع الإلكتروني: -

[www.cisg.law.pace.edu/cis/billion/prillo3.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cis/billion/prillo3.html), 2-2-2009.

(تمت الزيارة في ٢٠/١٢/٢٠٢٣، الساعة ١٩.١٩ مساءً)

١ انظر:

BARRY NICHOLAS, Force Majeure and Frustration, In the American Journal of Comparative Law, Vol. 27, No. 213.

٢ انظر:

M. FONTAIN, La Clause De Hardship, DPCI, 1976 Tom. II, No. 1, p.7

انظر أيضاً:

DCITTICH MASKOW, Hardship and Force Majeure, The American Journal of Comparative Law, vol. 40, No. 3, 1992, pp. 657: 669.

د٣/ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الجزء ٢، "المصادر غير الإرادية والعمل غير المشروع-

الاثراء بلا سبب"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٩٧.

(المدعى عليه) من المسؤولية" (١)، ويعرّفه البعض بأنه: "الحادث الذي لا يمكن دفعه مطلقاً أو توقعه، يخرج بطبيعته عن إرادة الأطراف المتعاقدة، ويستحيل عليهم دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية" (٢)، أو هي "الواقعة التي تنشأ استقلالاً عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعته توقعها، أو منع حدوثها ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقاً الوفاء بالتزامه، والنتيجة التي يترتبها وقوع مثل هذا الحدث هي انفساخ العقد، وانقضاء التزام المدين تبعاً لذلك" (٣).

فيما تمسك الفقه الفرنسي بمصطلح القوة القاهرة للدلالة على استحالة تنفيذ الالتزام طبقاً لما هو منصوص عليه في العقد، ورفض هذا الفقه مصطلح الضائقة في مجال عقود القطاع الخاص، واستبدل ذلك المصطلح في مجال القضاء الإداري بآخر هو الظرف الطارئ أو عدم التوقع، وذلك فيما يتعلق بتنفيذ العقود المبرمة مع أشخاص القانون العام (٤)، فالقانون الفرنسي لم يعرف المقصود بالقوة القاهرة واكتفي ببيان اثارها، بالوقوف على مقتضيات المادة ١١٤٨ من

١. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٣٩.

٢. إسلام إحسان، أحكام العقد الإداري في النظام السعودي، دار آل غالب للنشر والتوزيع، جدة، ٢٠١٦، ص ٢٤٤.

٣ د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، الامارات، ط ١، ٢٠١٠، ص ١٨.

٤ انظر:

JOSEPH M. PERILLO, Hardship and its Impact on Contractual Obligations, A Comparative Analysis (Rome 1996).

انظر أيضاً:

ANTOIN MATTEI, Ouragan sur la Force Majeure, Jurissclasser periodique. G. 1, 2004.

القانون المدني الفرنسي نجده ينفي الحق في التعويض إذا أثبت المدين أنه منع من القيام بالتزامه بسبب ظروف قاهرة (١).

لم يضع المشرع المصري تعريفاً للقوة القاهرة، إلا أن أحكام محكمة النقض المصرية (٢)، أشارت في أحكامها إلى القوة القاهرة بالمعنى الوارد في نص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري والتي تنص على أن: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك)، كما نصت المادة ٢١٥ من ذات القانون على أن: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

أشار المشرع المغربي إلى تعريف القوة القاهرة في قانون الالتزامات والعقود المغربي فوضع تعريف لها في إطار المادة ٢٦٩ على أنها: "كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية "الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد، وغارات العدو وفعل السلطة"، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا"، من خلال مقتضيات نص القانون المغربي فأن المشرع المغربي اعتبر القوة القاهرة متحققة كلما حدث أمر لم يكن في الحسبان وبمعنى ادق ضرورة أن يحدث الأمر بشكل مفاجئ بالإضافة إلى العجز عن دفع هذا الحادث واستقلالته عن إرادة الأطراف.

١ يجب تفسير عبارة "ما التزم به" بشكل موسع وعدم حصر نطاقها في الالتزامات التعاقدية في ظل تعدد مصادر الالتزام ومنها العمل غير المشروع والمسئولية المدنية وبخاصة المسئولية التصيرية إذ أنها تقوم على التزام بعدم الاضرار بالغير.

٢ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤١ قضائية، جلسة ٢٩ يناير ١٩٧٦، المكتب الفني، سنة ٢٧ قضائية، ص ٣٤٣.

أدرجت مبادئ عقود التجارة الدولية القوة القاهرة في الجزء الخاص بعدم تنفيذ العقد في حين أنها أوردت مصطلح الضائقة في الجزء الخاص بالتنفيذ، وكانت أبعاد تلك المبادئ في تقسم القوة القاهرة والضائقة يتأسس على أنه لا تنفيذ إذا كان التنفيذ مستحيلًا سواء كان عدم التنفيذ متسامحاً فيه أو كان أساساً كحكم مالي بالتعويض أو بالوفاء بمقابل (١)، ففي كل الحالات نكون أمام حالة عدم تنفيذ، أما إذا كان التنفيذ مرهقاً فذلك بالطبع لن يخرج عن كونه ممكناً.

كما تشددت مبادئ عقود التجارة الدولية في تنظيم القوة القاهرة فلا مناص من الاستحالة التامة لكي يعد الحدث مبرراً لعدم التنفيذ، وأن يكون سبب هذه الاستحالة خارج النطاق الإرادي للمدين ولم يكن باستطاعة توقع حدوث ذلك لحظة إبرام العقد (٢).

ومن المفاهيم السابقة يتبين أن حالة القوة القاهرة يجب أن تتوفر فيها عناصر أساسية، فعندما تجتمع معا فإنها تكون قاعدة قانونية تسمح بحماية المدين وإعفائه من المسؤولية التي تنتج عند إخلاله بالتزاماته.

د/ محمد محيي الدين سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ٥٢٨.

٢ ففي قضية طرحت على القضاء الأمريكي دارت أحداثها إبان الأزمة الاقتصادية العالمية الأولى حول تعاقد شركة دنبر الأمريكية (شركة وساطة middleman) مع الشركة الصناعية الكندية للكحول على قيام الأولى بمد الثانية بحوالي مليون ونصف من الجالونات من المولاس المكرر لإدخاله في صناعة السكر، وقد أخفقت الشركة الأولى في تنفيذ التزاماتها مبررة ذلك بأنه كان من قبيل الاستحالة الخارجة إرادتها لتقاعس معمل التكرير (وهو من الغير في القضية) عن توريد هذه الكمية. هذا الدفاع لم يصادف قبولا من وجهة نظر المحكمة إذ أن الشركة البائعة أخفقت في إثبات ما بذلته من جهد بضمان حصولها على المنتج المتعاقد عليه من معمل التكرير في الوقت المتفق عليه في العقد، انظر:

Canadian industrial Alcohol Co v. Dunbar molasses, G 258 N.Y. 194, 179. N.E. 283 (1932).

## المطلب الثاني

### مصادر النظام القانوني للقوة القاهرة

يعد اتفاق الأطراف من أهم مصادر شرط القوة القاهرة لتكون آثاره ملزمة في مواجهتهم، ويتمتع الأطراف بكامل الحرية في تحديد الطرق التي توفر لهم الحماية القانونية في حالة عدم التنفيذ بسبب تعرضهم لحالة القوة القاهرة ولضمان الحفاظ على التوازن الاتفاقي (العقدي) بين الأطراف.

يشكل العقد التجاري الدولي قوة إلزام للأطراف واستحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه لسبب خارج عن إرادته، ففي تلك الحالة ينقضي الالتزام لكل من الطرفين في مواجهة بعضهما البعض، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه (١).

وحيثما استعرضنا لمفهوم القوة القاهرة من خلال المحاولات التي قام بها الفقه أو اجتهد فيها القضاء نلاحظ أنه تم وضع إطار عام يمكن الاهتداء به لتحديد مفهوم القوة القاهرة إلا أن هذا الإطار قد يبدو أوسع نطاقاً بسبب واقع المعاملات الدولية وظروفها في موقف العرف التجاري الدولي.

#### ١. النظام القانوني التقليدي للقوة القاهرة

عما عرضنا سابقاً فإن التشريعات الداخلية التي تناولت حالة القوة القاهرة وحددت خصائصها وآثارها، لم تقدم تعريفاً دقيقاً لها، وأفسحت المجال أمام القضاء لتحديد عناصر وجود تلك الحالة وتقييمها حسبما تقتضي الظروف المطروحة عليها، وقد ركزت فكرة القوة القاهرة في تلك

---

١ المادة ١٥٩ من القانون المدني المصري التي نصت علي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضت التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"، فيما أكدت المادة ١٦٠، على أنه: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

التشريعات لدى مختلف الدول على عنصرين رئيسيتين لتحديد خصائص الحادث الذي يمكن اعتباره قوة قاهرة.

### النظرية الأولى، نظرية الاستحالة المطلقة

فمعيارها هو الاستحالة المطلقة لتنفيذ التزام المدين وهو ما نجده مطبق في قواعد القانون الألماني والإنجليزي رغم إن لكل منهم تعريفه الخاص لهذه الاستحالة.

القانون الألماني: نصت المادة ٢٧٥ من قانون الالتزامات (B. G. B) على أن " يعفى المدين من التزامه من أداء العمل، عندما يصبح هذا العمل مستحيلًا نتيجة ظرف حصل منذ نشوء الدين والذي لم يكن مسؤولاً عنه".

الملاحظ في نص المادة ٢٧٥ من القانون عدم اشتراطه توقع الحادث، وإنما أخذ في الاعتبار فقط معيار استحالة التنفيذ، وهو ما دفع القضاء الألماني إلي التمسك بأن استحالة التنفيذ هذه قد تكون لها أبعاد مادية، اقتصادية، قانونية أو اجتماعية وبالتالي طبق القضاء نص المادة المشار إليها من خلال تقديراته لحالة الحادث وظروفه في كل نزاع ينظره.

أما القانون السويسري: أتجه إلى اتباع ذات نهج القانون الفرنسي في تحديد خصائص القوة القاهرة فأوجب أن يكون معيار الحادث الذي لا يمكن مقاومته يرتبط بمعيار استحالة التنفيذ بصورة غير مباشرة، ولذلك اعتبر القضاء السويسري بأن حالة القوة القاهرة هي "حدث غير عادي، أجنبياً يؤثر في الاستثمار باعتباره حدث غير متوقع، لا يمكن لأحد تجنبه عقب بذل العناية اللازمة، دون أن يعرض للخطر بالكامل الاستثمار ومال ومصير المشروع، فهو حدث لم يقدره المستثمر حتى وإن كان يحصل غالباً"(١).

Lamy contrats internationaux, La vente, Division IV, article

اراجع: -

390.

طور القضاء السويسري فكرة استحالة التنفيذ معتبراً تحقق الاستحالة حالة إن يمثل الاستمرار في التنفيذ خطراً على الاستثمار والوضع الاقتصادي النهائي للمشروع، وهو يقود إلى أعمال مفهوم نظرية الطرف الطارئ التي تستند في حجتها على معيار الاستحالة الاقتصادية، تلك التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين ويعرضه لخسارة جسيمة وقد تؤدي إلى إفلاسه (١).

ذهب الفقه السويسري بنفس الاتجاه حيث اعتبر الفقيه Engel (٢)، إن القوة القاهرة هي ذلك الحدث الذي يجب أن يسبب إكراه لا يمكن تجاوزه، وهو ما يقترب من الاتجاه الذي تبناه كلاً من القانونين الفرنسي والبلجيكي كواحد من خصائص القوة القاهرة، كالحوادث التي تجعل التنفيذ مستحيل كلياً بفعل حوادث الطبيعة أو قرارات السلطة العامة.

أما القانون الإنجليزي: قضت القاعدة العامة في القانون الإنجليزي بأن "على أي طرف في العقد مسئولية تنفيذ كامل التزاماته العقدية ولا يتمتع بعد ذلك بأي عذر عند عدم تنفيذه للالتزام بحجة أن هذا التنفيذ قد أصبح لاحقاً مستحيلاً وغير ممكناً" (٣).

أصدر القضاء الإنجليزي في أحد أحكامه قراراً متضمناً ضرورة قيام الأطراف بتنظيم نتائج المخاطر ذات السبب الأجنبي ضمن بنود العقد (١)، وهذا يعني إن "الطرف الذي أنشأ بإرادته

د/ عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الوانين العربية "دراسة مقارنة"، دار الكتاب العلمية، بدون دار نشر، ٢٠١٥، ص ٥٩٨.

راجع: -

Conseil d'Etat, 14 juin 2000, Bulletin juridique des contrats publics, 01/11/2000, P.434-439

راجع: -

Engel: Traité des obligations en droit Suisse, p. 528 - 534..M

راجع: ٣

Caldwel Blackbrun J. in Taylor c/ 3B and 1863 S. 826. 839.

العقدية التزاما، يفرض عليه تنفيذه، ولا يتذرع بوجود حادث لا يمكن تجنبه، لأن عليه توقع ذلك عند التعاقد".

دفع موقف القضاء الإنجليزي الأطراف المتعاقدة اللاحقين على الحكم المشار إليه إلي تضمين أغلب العقود المستقبلية على قائمة لإدراج الحوادث التي تعتبرها مخاطر متوقعة يرغب الطرف المتعاقد تجنبها، إلا أن موقف القضاء الإنجليزي قد أتجه إلي التغيير في قضية Taylor ، فقد أعتبر أن هناك إمكانية لبعض الافتراضات من قبل المحكمة، حتى وإن كان العقد لا يتضمن اتفاق صريح يتيح للطرف الآخر الإبراء من الالتزامات، ويمكن تفسير العقد من قبل القضاء وكأنه يحتوي ضمنا مثل هذا الاتفاق، وقد أعطي هذا الموقف سلطات تقديرية واسعة للقضاء في السماح بإعفاء المدين .

قدمت مدرسة القانون الإنجليزي اتجاه آخر أطلق عليه اسم "حالة الإحباط التجاري" وهي التي قد يتعرض لها المدين وقت تنفيذ العقد، والمقصود بها عدم قدرة المدين كليا على تنفيذ التزاماته وتعد عدم القدرة في هذه الحالة سبباً للإعفاء من المسؤولية العقدية، يسمح الافتراض الجديد الذي قدمته المدرسة الإنجليزية إلي النظر إلي العقد بشكل موضوعي واعتباره شيئاً متكاملًا، بحيث لا يتوقف فقط عند معيار التوقع أو عدم التوقع، أو أن يكون الحادث لا يمكن مقاومته، إنما ينبغي كذلك النظر إلي تطور الظروف المحيطة بالعقد وتقييمها كحوادث تؤدي مجتمعة إلى الإعفاء من المسؤولية، ففي حالة فقد العقد لأهدافه الاقتصادية بالنسبة لطرف من أطرافه، يطرح التساؤل هل يستوجب الأمر إكراه المدين على تنفيذ العقد الذي لم يعد له فائدة فيه؟

راجع: قضية Paradieu حيث قررت المحكمة ما يلي: "عندما ينشئ الطرف بعقده واجباً أو حملاً على نفسه فإنه ملزم بتعويضه، غير متحمل أي حادث بالضرورة الحتمية، لأنه كان من الممكن أن يوفر ذلك في عقده".

SCHMITTHOFF M Clive, L'exportation, ses problèmes – leurs solutions, p. 168, éd. Jupiter, Paris 1975.



يتناسب مضمون المفهوم الإنجليزي مع حاجة العقود طويلة المدة، أو في عقود التوريد المستمرة ويعد موقف القانون الإنجليزي أكثر ملائمة لتطور المعاملات الاقتصادية أو عقود التصنيع ذات التكنولوجيا العالية التي يستهدفها تنفيذ العقد الدولي والتي يطول دائماً زمن تنفيذها.

النظرية الثانية، نظرية القضاء في القانون الفرنسي

قام القضاء الفرنسي بصياغة تلك النظرية واعتبرت المبدأ عام في القانون الفرنسي، فقد حدد القضاء أركان اعتبار الحادث مكوناً لحالة القوة القاهرة، فأشار بضرورة أن تجتمع ثلاث خصائص لكي تتحقق تلك الحالة هي: سبب أجنبي، لا يمكن توقعه (١)، ولا يمكن مقاومته، ورغم أن القضاء الفرنسي حدد تلك العناصر إلا أنه أخذ في تجاوز هذه الخصائص مما شكل اتجاه أكثر اعتدالاً.

شبه القانون الفرنسي حادث القوة القاهرة، بالحادث الجبري، حيث تنص المادة ١١٤٨ من القانون المدني بأن: "ليس هنالك تعويض عن الأضرار بسبب قوة قاهرة أو حادث جبري منعت المدين إعطاء أو عمل ما التزم به أو القيام بعمل كان ممنوعاً عليه".

لم يقدم المشرع الفرنسي تعريفاً لمعنى القوة القاهرة أو الحادث الجبري، واكتفى فقط بذكر آثارها على المدين كمنع من تنفيذ التزاماته، كما إنه لم يحدد معياراً يمكن الاهتداء به لتقييم الحادث وترك الأمر لاجتهاد القضاء لتحديد عناصر القوة القاهرة حسب الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة أمامه (٢).

وأصبح موقف القانون الفرنسي هذا يشكل " النظرية التقليدية " التي يسترشد بها الكثير من القضاء في الدول الأخرى، كما أصبحت تشكل القاعدة الأساسية التي تستخدمها بعض

١المستشار/ أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، دار ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٦٠٦.

٢راجع حكم محكمة النقض الفرنسية: -

Cass. Com. 3 oct. 1989, JCP 1990, II, 21423, conclusion M. Jéol.

الاتفاقات العقدية في النص على معنى ومضمون شرط القوة القاهرة وتمييزها عن الظروف الطارئة.

إن مفهوم القوة القاهرة لدى القضاء الفرنسي يعني " ذلك الحادث الأجنبي الذي يعفي المدين من تنفيذ التزاماته شريطة أن يكون ذلك الحادث غير متوقعا ولا يمكن مقاومته" (١)، فحالة القوة القاهرة وفق هذا المفهوم يجب أن تتوفر فيها ثلاث عناصر أساسية تكون قاعدة قانونية تسمح بحماية المدين وإعفائه من المسؤولية التي تنتج عند إخلاله بالتزاماته.

ارتكز السند القانوني الذي يقوم عليه القضاء الفرنسي بالنسبة للنظرية التقليدية إلى المبادئ التي أرسها القانون الروماني فيما يتعلق بالقوة الملزمة للعقد المحلي، فقد أخذ القانون الفرنسي هذا المبدأ في نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني (٢)، وأعتبر بموجبها أن الاتفاقات المبرمة تكتسب حجة القانون وهو ما أكدت عليه المادة ١٤٧ فقرة ١ من القانون المدني المصري (٣)، وقد أكدت تفسيرات الفقهاء على ذات المعنى حيث يؤكد على أن يعتبر رضاء المتعاقدين فيما تم الاتفاق عليه في العقد هو مصدر الالتزام (٤)، وبالتالي لا توجد وسيلة قانونية لأي من

راجع حكم محكمة النقض الفرنسية: -

Cass. 3e civ. 24 mars 1993, JCP, 1993. I. 3727, n° 12 obs. G. Viney.

Le Jean Pierre Gridel, note sous Civ.1, 3 juillet 2002, Bulletin, 2002, I,

2002, n° 34, Jurisprudence, Page 2631 – 2635. Dalloz, 3 octobre

٢راجع نص المادة ١١٣٤ من القانون المدني الفرنسي ونصها باللغة الفرنسية: -

"Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"

٣نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

٤اعتبر الفقيه Mazeaud بوجود معايير أخلاقية تنشأ من التعامل بين الأطراف يقضي بأن "من أعطى العهد عليه التمسك به، والوعد ينبغي تنفيذه مهما كلف الثمن".

Leçons de droit civil", Tome II, n° 721, p. 655."MM. MAZEAUD H. L.et J.

الأطراف للتدخل من الالتزامات العقدية، لذلك فإن العلاقات التجارية الدولية تخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد الدولي.

ان مبدأ القوة الملزمة للعقد في ضوء ما سبق يراعي الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل من الأطراف فهي التي بني عليها الأطراف إرادتهم في عملية التعاقد، فتلك القوة الملزمة التي تراعي تلك الظروف تعمل على تحقيق العدالة والمنفعة العامة لكلاهما، فمراعاة تلك الظروف أساس القوة الملزمة للعقد (١)، تؤكد هذه القاعدة على مبدأ العدالة والمبادئ العامة للقانون، غير أن تطبيقها يتعارض مع ضرورة إعفاء المدين من مسؤوليته بسبب القوة القاهرة، بالإضافة إلى صعوبة قبولها في نطاق العلاقات العقدية الدولية والمحلية.

## ٢. خواص النظرية التقليدية للقوة القاهرة

خلص القضاء الفرنسي ضرورة تتوافر مجموعة من العناصر لتطبيق نظرية القوة القاهرة وهي "حادث غير متوقع، حادث لا يمكن مقاومته ولا يمكن تجنبه، حادث أجنبي خارج عن إرادة المدين"، بتوافر تلك العناصر جاز للمدين أن يتمسك بوجود قوة القاهرة حتى يعفى من مسؤوليته طالما كانت القوة القاهرة ذات طبيعة تمنع تنفيذ الالتزامات كلياً أو جزئياً، وسواء كان هذا المانع مؤقت أم نهائي (٢).

١. عبد المجيد الحكيم " الوسيط في نظرية العقد " الجزء الأول في انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية

- بغداد ١٩٦٧، ص ١٢٩.

أراجع:-

F. CHABAS "Force majeure" Rép. Dalloz, droit civil, 1985, n° 1 ; MAZEAUD H. L. ET J., op. Cit. N° 575 à 577 p. 517

Jean Pierre Gridel, note sous Civ.1,3 juillet 2002, Bulletin, 2002, I, Le Dalloz, 3

.octobre 2002, n° 34, Jurisprudence, Page 2631- 2635

الملاحظ أن النظرية التقليدية لحالة الظروف القهرية لم تخضع لمعيار ثابت واتصفت بقرارات المحاكم والقوانين في العديد من القضايا بتبني معيار شامل وعام لا يضع حالات محددة لاعتبارها ظرف قهري (١)، كما أنه في ذات الإطار يشير إلى معيار ضيق يرتبط بظروف وموضوع الدعوى محل النزاع، فالقضاء يطالب بتحليل الظروف والحادث لبيان عما إذا كان يشتمل على خصائص القوة القاهرة، قد يؤدي اتخاذ إلي من المعيارين إلي اختلاف القرارات والأحكام التي تصدرها بعض المحاكم، فالأمر تقديري لها في هذا الشأن لاعتبار الحادث وظروفه يدخل تحت نطاق نظرية الظرف القهري.

ظهر هذا الاختلاف في أحكام المحاكم الفرنسية حينما أتجه قضاءها إلى أن الحادث مهما كان لا يعتبر بحد ذاته حالة من حالات القوة القاهرة "كقرار السلطة العامة أو حالة الحرب أو الكوارث الطبيعية"، حيث تتأثر كل منها بالعديد من العوامل مثل الزمن والمكان وغيرها (٢)، وفي حالات أخرى نجد القضاء الفرنسي يميل في أحكامه إلى اعتبار بعض الظواهر التي تتعرض لها المعاملات الداخلية من حالات القوة القاهرة، كما قد تكون مصدر لنشوتها، فقد

---

Ph. LE TOURNEAU: La responsabilité civiles, Dalloz Droit Civil, 3ème Ed. 1982, n°  
MM CADIET et LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, Dalloz Action, 708  
1998, n° 915.

١ راجع: -

M. DUBISSON: La négociation des marchés internationaux, Moniteur 1982, p.  
.218

٢ راجع: -

C A Paris 28 fév. 1990, Gaz. Pal. 1990. 2. somm. 461

Cass. 1re civ. 23 fév. 1994, Dalloz 1995, 214 note N. Dion.

أشار في إحدى أحكامه إلي أن قرار السلطة العامة قد يشكل حادث قوة القاهرة (١)، كما يرى ذات القضاء إن تقدير وجود حالة عدم التوقع للحادث الجبري يكون وقت انعقاد العقد (٢). الإضرابات العمالية تشكل حالة القوة القاهرة إذا كانت أسبابه خارجية لا يتمكن صاحب العمل من تجنبها، إلا أنها لا تكتسب الحادث خاصية القوة القاهرة إن كانت أسباب الإضراب ترجع في حقيقتها إلى توجهات وسياسات رب العمل والذي كان من الممكن أن يتلافى هذا الحادث من خلال تغيير سياساته المتبعة للحيلولة دون حدوثه (٣).

أما الدفع بحالة القوة القاهرة في حالة الإفلاس لا تنشأ لصالح المدين (٤)، فلا يمكن اعتبارها قوة القاهرة إلا إذا نسبت لها استثناءات بفعل الظروف المحيطة (٥).

يضيق مفهوم القوة القاهرة عند القضاء الفرنسي نطاق تطبيقه لأنه يفرض في كل مرة تحديد فيما إذا كان الحادث يتضمن العناصر المكونة للقوة القاهرة، وهذا ما يجعلها تتعرض للحماية القانونية اللازمة للمدين فهناك الكثير من الوقائع المانعة من تنفيذ الالتزامات، أما بصورة مؤقتة

١راجع القضية: -

Cass. Civ. 1er, 29 nov. 1965: D. S. 1966, 101.

٢راجع القضية: -

Cass. Com. 21 nov. 1967 : J C P 1968, II, 15462, note Le Galcher-Baron.

٣راجع القضية: -

Cass. Civ. 1er, 7 mars 1966 et Cass. Com. 28 fév. 1966 : J. C P 1966, II, 14878, note J. Mazeaud.

٤راجع القضية: -

Cass. Civ. 15 mai 1944 : Dalloz 1945, 15 ; Cass. Civ. 15 mai 1945 : Dalloz 1946, 35.

٥راجع القضايا: -

Cass. Civ. 2e, 26 janvier 1971: Bull. I, n° 27, p. 22

.Cass. Com. 10 oct. 1950: Gaz. Pal. 1951, 1, 20

أو بشكل نهائي، لا تجمع خصائص القوة القاهرة كما يشدد عليها القضاء الفرنسي، علي الرغم من أن تلك الحالات المفاجئة لا يمكن مقاومتها بالإضافة إلي استقلالها عن إرادة المدين (راجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين في نشأتها)، كما تعتبر أحياناً متوقعة الحدوث في تقدير رجال الأعمال والقضاء.

نأخذ مثلاً الاستحالة القانونية التي تمنع المدين من تنفيذ التزاماته، عندما يتعرض للموانع الإدارية المتعلقة بالدولة، بخلاف القرارات الظرفية التي تفرضها السلطة التشريعية أو التنفيذية التي تنشأ حالة الاستحالة القانونية، وبذلك تتعارض مع مبدأ "القدرة المستقلة" للمدين بالوفاء وإمكانية تنفيذ الالتزامات.

ويثور التساؤل عما إذا كانت مثل هذه الوقائع تنشئ فعلاً معيار الاستحالة في تنفيذ الالتزام كما تطرقت إليها بعض القوانين الداخلية، التي تعتبرها قوة القاهرة وسبب للإعفاء من المسؤولية لعدم التنفيذ؟

قدمت إحدى لجان التحكيم الدولي أحكاماً مغايرة مستندة إلى خصائص المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، أخذه في الاعتبار أن المدين لم يقدم الإثبات في الدعوى بتوفر العناصر الثلاثة للقوة القاهرة (السبب الأجنبي، لا يمكن مقاومته، وأنه غير متوقع) وعليه لا يتمكن المدين بالتنفيذ التمتع بشرط الإعفاء من المسؤولية التي جاءت بها الفقرة (١-١٨) من العقود المبرمة بين الطرفين، أما الدفع بأن البنك المركزي ... لم يضع تحت تصرفه العملات الأجنبية اللازمة لتسديد الالتزامات، فإنها لا تنشأ حالة القوة القاهرة (١).

تميز العقد الدولي بعنصرين أساسيين يُنتجان آثاراً مباشرة وغير مباشرة على مبدأ سلطان الإرادة في العقد وتقدير الظروف والصعوبات التي تصاحب التنفيذ وهما: -  
أولاً: المعيار الاقتصادي

الحكم الصادر عن محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية - باريس

Affaire 3093: 3100, 1979: Clunet 1980, p. 954.

لما كانت الضرورات الإنسانية والاجتماعية تعمل على تشجيع تدفق رؤوس الأموال عبر الحدود من دول إلى أخرى بهدف التنمية وتحقيق التوازن الاقتصادي الذي يخدم الدخل القومي للبلاد ذات العلاقات التعاقدية الدولية فلا بد أن تتسم هذه العلاقات وفق الضروريات المشار إليها بمجموعة من الضوابط القانونية والفنية التي لا يمكن تجاهلها من أطراف العلاقة التعاقدية، حيث يترتب على هذه العلاقة مجموعة من الالتزامات والحقوق في مواجهة أطرافها، وينتج تبعاً لذلك آثار اقتصادية متوازنة لصالح الأطراف، فالتوازن العقدي هو ضمان التوازن الاقتصادي من خلال تحقق تنفيذ كافة بنوده.

اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى وضع بعض القواعد الخاصة بالعقود المتعلقة بالتجارة الدولية، ومن ذلك الإقرار بصحة شرط التحكيم المدرج في العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، بالإضافة إلى سلامة بعض الشروط الضامنة مثل شرط الذهب التي تهدف إلى ضمان مخاطر تحويل العملة إذا تضمنها العقد الدولي، بالرغم من بطرئ هذه الشروط في عقود الداخلية لتعارضها مع النظام العام الوطني (١)، يطلق على العقد الوصف الدولي إذا ما تعلق بمصالح ومقتضيات التجارة الدولية، أي إذا انطوي العقد على رابطة تتجاوز نطاق الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، وما يترتب عليها من حركة الأموال ذهاباً وإياباً عبر الحدود (٢).

ثانياً: المعيار القانوني

ان العقود الدولية بمفهومها الشامل يمكن أن يخضع في أحكامه لقواعد قانونية تنتمي لتشريعات دول متعددة تخضع لاختصاصه (٣)، وذلك بالنظر إلى بعض العوامل المؤثرة في تلك القواعد

د/ هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٧٩.

د/ هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ١٠٥.

٣ Y.Loussouarn et J. D.Bredin " Droit du commerce international " Sirey 1969 , n° .511 et 556

مثل مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه وجنسية الطرفين المتعاقدين ومحل إقامتهم (١)، كما يضمن المعيار القانوني تطبيق شروط العقد وتنفيذها، حتى أنه ينظم النزاعات القانونية التي قد تنشأ بين الطرفين بسبب عدم التنفيذ، ولما كانت اغلب التشريعات القانونية لم حالة القوة القاهرة، بل أن منها من لا يعترف كلياً بمبدأ الظرف الطارئ، في ظل السيادة التي تتمتع بها الدول في سن وقوانينها بالإضافة إلي مفاهيم العدالة التي تتفق مع متطلبات كل دولة (٢).

ولعل هذا الموقف المتعارض مع متطلبات المعاملات التجارية الدولية، في ظل الحاجة إلي قواعد قانونية وشروط خاصة أقر بها العرف التي يجب أن يتضمنها العقد في مجال العلاقات التجارية الدولية منها شرط القوة القاهرة أي أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلاً، أو حالة الظروف الطارئة أي أن يكون تنفيذ العقد مرهقاً لأحد أطرافه.

الملاحظ أن العقد الدولي يجمع المعيارين الاقتصادي والقانوني، لما لهما من آثار في بناء العقد الدولي ومن الأهمية مراعاة الجانب الاقتصادي من خلال تحديد أطراف العقد، بالإضافة إلى تثبيت النظام القانوني الحاكم لبنوده.

١ H. Batiffol "Contrats et conventions", Encyclop. Dalloz- droit international ", n° 9, P. 564.

٢ J. THIEFFRY et GRANIER Ch. " La vente internationale ", Ed. C.F.C.E., Paris 1985, p. 27.



## المطلب الثالث

## النظام القانوني الحديث للقوة القاهرة

كانت الحاجة إلى إيجاد نظام قانوني موحد وملئم لتنظيم العلاقات الدولية هو ما دفع المشرع الدولي في اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ وكذلك العرف التجاري الدولي إلى محاولة إيجاد صيغة لمفهوم القوة القاهرة في تلك العلاقات بهدف تحقيق التوازن وضمان حقوق المتعاقدين في حالة الدفع بعدم التنفيذ التي قد يتعرض لها العقد.

## ١. اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠

تناول المشرع الدولي لمفهوم القوة القاهرة بشكل غير مباشر عندما عرض لأحكام الإعفاءات من المسؤولية في حالة عدم تنفيذ العقد، وهو ما تضمنته أحكام الفقرة الأولى من المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا (١)، حيث أشارت المادة المشار إليها إلى مجموعة من العناصر التي بموجب توافرها يتم إعفاء المدين من مسؤوليته لعدم تنفيذ التزامه وتعتبر تلك حالة من حالات القوة القاهرة، وتتمثل تلك العناصر في (حادث أجنبي أي خارج عن إرادة الطرفين، الحادث غير متوقع وقت انعقاد العقد، الحادث لا يمكن تجاوزه أو تجنب وقوعه).

تجاوز المشرع الدولي في مفهومه نطاق تطبيق القوة القاهرة المعمول بها في مبادئ القانون الداخلي، والتي أعتمد علي النظرية التقليدية الفرنسية، وأخذت بمعيار استحالة التنفيذ دون النظر إلي مصدر هذه الاستحالة لتقييم الحادث كقوة القاهرة، فقد تجاهل المشرع الدولي النص بشكل صريح في اتفاقية فيينا ١٩٨٠ على معنى حادث القوة القاهرة، وهو ذات الاتجاه الذي سار عليه المشرع المصري في نص المادة ٣٧٣ من القانون المدني عندما اعتبر استحالة التنفيذ سبباً من

١ فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠ بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بما يلي: " لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت إن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وإنه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".

أسباب انقضاء المسؤولية العقدية (١)، ولعل الأخذ بهذا المبدأ لا يضمن الحماية اللازمة لحقوق رجال الأعمال في معاملاتهم الدولية إلا بعد تحديد مضمون هذه الاستحالة من قبل المتعاقدين.

## ٢. العرف التجاري الدولي:

كان لتطبيق مبدأ القانون الداخلي العديد من المساوئ في معاملات العلاقات التجارية بسبب اختلاف أحكامه فكانت الحاجة إلي البحث عن حلول توفر لهم الاطمئنان وتضمن الحقوق والالتزامات، بالإضافة غلي تحديد مسؤوليتهم في حالة تعرض العقد لصعوبات تعيق تنفيذه أو تجعل تنفيذه مستحيلاً، فلقد ساعدت حرية الأطراف في صياغة مضمون القوة القاهرة حسب رغبتهم طالما أنه ليس من النظام العام فيحق للأطراف تحديد خصائص ومحتوي وشروط تطبيق حالة القوة القاهرة بل وتحديد وآثاره بالطريقة التي تخدم وضعهم وتوفر لهم الحماية القانونية اللازمة، هذا الترتيب الاتفاقي هو ما نطلق عليه "شرط القوة القاهرة يوفر في محتواه عوامل المرونة ويعبر عن صياغة متطورة لاتفاقات المتعاقدين.

ادي الاتفاق على شرط القوة القاهرة في العقود الدولية إلى إنشاء نظام عقدي حديث يبتعد كلياً سبق وأن أقره مبدأ القانون التقليدي للقوة القاهرة، وكان أثره ملموس في الاهتمام بهذا الشرط وتضمينه عند تحرير بنود العقد الدولي، وقد سعت الغرف التجارية الدولية لتنظيم قواعد شرط القوة القاهرة.

المفهوم الحديث للقوة القاهرة لا يعتمد على كون الحادث نادراً أو استثنائياً أو يجب ألا يحدث، فيضاف على ذلك أن ذلك الحادث يكون بعيداً عن السيطرة الطبيعية لطرفي العقد، كما أنه يفرض على المدين التزامات لضمان التمتع بآثار حالة القوة القاهرة المعفية من المسؤولية عند التنفيذ.

انصت المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري علي أن "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

لعل من الواضح أن المفهوم لحديث لشرط القوة القاهرة يرتكز على معيارين أساسيين، أولاً استحالة تنفيذ الالتزام لأحد أطراف العقد، ولا يهم كثيراً في هذه الحالة إن كان الحادث مؤقتاً أو دائماً، وثانياً، يجب ألا يرجع حادث القوة القاهرة لفعل المدين كي ينتج أثره في إعفاء هذا الأخير من المسؤولية العقدية عند استحالة تنفيذ العقد.

أ - أسباب استحالة التنفيذ في العرف التجاري الدولي

أن أساس فكرة القوة القاهرة في العرف التجاري الدولي وفق الاتجاه الجديد يقوم على أساس استحالة التنفيذ الناتج عن حادث يجعل المدين غير قادر نهائياً للوفاء بالتزامه (١)، وقد ترجع هذه الاستحالة إلى أسباب اقتصادية أو مادية أو قضائية، ووفق هذه الاستحالة يمكن أن يني عليها أساس لاعتبار القوة القاهرة بحيث أن تكون حجة لعدم التنفيذ.

### ١- الاستحالة المادية للتنفيذ

يطلق عليها الاستحالة الموضوعية فهي تلك التي تحول دون تنفيذ العقد، كونها تقع على محل الالتزام ذاته، ولهذا النوع من الاستحالة مفهوم ضيق يرجع إلى ضرورة ثبوت هلاك العين محل الالتزام دون أن تكون لإرادة أي طرف يد في وقوع هذا الحادث وبالتالي فإن الالتزام بالتنفيذ ينقضي إذا ثبت بان الوفاء به من قبل المدين أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه (٢)، وبالتالي لا يتحمل المدين عبء المسؤولية العقدية لعدم التنفيذ، ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه "عقد البيع يفسخ من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ويترتب علي الانفساخ ما يترتب علي الفسخ من عودة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعه

انظر المادة ١/٤٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠.

٢راجع نص المادة ٣٧٣ القانون المدني المصري، مشار إليها سابقاً.

الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملاً بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين" (١).

أجاز العرف التجاري الدولي معيار استحالة التنفيذ باعتباره من حالات القوة القاهرة في كثير من نماذج الشروط العقدية دون النظر إلى طبيعتها ومصدرها، حيث تعد حالة من حالات القوة القاهرة كل حادث مهما كانت طبيعته، عندما يكون خارج السيطرة المعقولة، وذات طبيعة تعرقل أو تؤخر تنفيذ الالتزام فالاستحالة المادية تعتبر حالة من حالات القوة القاهرة، أو إذا طرأت حوادث مستقلة عن إرادة الطرفين أدت إلى الاستحالة الكلية أو الجزئية لتنفيذ ما التزم به أي منهما فالحوادث تعتبر حالة من حالات القوة القاهرة.

## ٢- الاستحالة الاقتصادية للتنفيذ

تعتبر الاستحالة الاقتصادية مصدراً لنشأة حالة القوة القاهرة في إطار العلاقات التجارية الدولية، كونها تمس التزامات أحد الطرفين أو كلاهما، التي قد تتجاوز حدود الأطراف لتمس أكثر من دولة كما هو الحال في الأزمات الاقتصادية الدولية.

قد يؤدي تعقد النشاطات الصناعية أو التجارية أن يجد المتعاقد نفسه في وضع المجابهة المباشرة مع صعوبات مالية ذات طبيعة لا يمكنه مقاومتها أو تجاوزها، وتجعل تنفيذ التزاماته مستحيلاً استحالة مطلقة، وفكرة الاستحالة الاقتصادية تختلف عن مفهوم الصعوبات الاقتصادية التي تتبناها قواعد الظروف الطارئة كونها حوادث لا تجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى مستحيلاً وإنما تجعل فقط تنفيذ هذا الالتزام مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة (٢).

١ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ قضائية، جلسة ١١/١/١٩٧٧، مكتب فني ٢٨، ج ١، ص ٢١١.

٢ راجع نص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري التي تنص على "وأن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد، والمعيار في توافر هذا الشرط معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد، دون ما اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه".

تتعدد مصادر الحوادث التي تخلق حالة الاستحالة الاقتصادية، فقد يكون مصدرها حالة النظام التنافسي الشديد في الاقتصاد الحر ومفاجئات ظروف العولمة الجديدة، وهذا ما يجعل الشركات في وضع مالي لا يمكن إصلاحه ولا يؤهلها الاستمرار في نشاطها الصناعي أو التجاري بحيث يؤدي في النهاية إلى الإفلاس وغلق معاملها ومنشأتها، وطبقا للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة، فإن حالة الإفلاس لا تعتبر سببا معفيا من المسؤولية عند عدم التنفيذ لأنه حادث متوقع وغير أجنبي على المدين.

كان لتباين الأنظمة الاقتصادية للدول بين نظام الاقتصاد الموجه ونظام الاقتصاد الحر أو من يحاول التوفيق بينهما معاً، السبب في صعوبة تبني شروط عقديّة للقوة القاهرة ذات مضمون موحد يستند على معيار الاستحالة الاقتصادية لاعتبارها سبب يعفي المدين من المسؤولية عند عدم التنفيذ، حيث أن هنالك كثير من الأحداث تنتج عن النشاط الصناعي والتجاري في ظل الاقتصاد الحر لا يوجد لها ما يشبهها من الحالات في ظل نظام اقتصاد الدولة، ويصعب الاتفاق على موقف موحد لتقييم معيار الاستحالة الاقتصادية لعدم التنفيذ، وقد يكون هذا المعيار سبب في الحيلولة دون التمتع بالاستقرار الضروري في مجال التجارة الدولية، ويؤدي إلى التوسع في مفهوم القوة القاهرة مما قد يجعل تطبيقه غير مؤكد وغير مستقر.

دفعت تقلبات السوق المالية الدولية اهتمام طرفي العقد الدولي في مواجهة و مراقبة الأحداث ومنها تلك التي قد تخلق الاستحالة الاقتصادية لتنفيذ التزاماتهم بسبب مخاطرها المباشرة وغير المباشرة على تنفيذ العقود الدولية واعتبار هذه الاستحالة حالة من حالات القوة القاهرة، ولكن تلك الظروف مقيدة بظروف معينة يستوجب تحديدها في العقد، إلا أنه لا يمكن استبعاد الاستحالة الاقتصادية بشكل كلي، وعدم اعتبارها سببا للإعفاء من المسؤولية، في حين إنه من جهة أخرى يمكن تعديل شروط تنفيذ العقد والحرص على إعادة التوازن الاقتصادي له عندما يتعرض إلى صعوبات اقتصادية بسبب وجود الظروف الطارئة التي تجعل فقط تنفيذ العقد مرهقا للمدين.

ان اتساع فكرة القوة القاهرة وقبولها بمعيار الاستحالة الاقتصادية قد تجعل في بعض الأحيان العلاقات التجارية غير مستقرة خاصة عندما يفترق طرفي العقد إلى حسن النية في التعامل واعتماده كوسيلة للتهرب من تنفيذ التزاماتهم، فالاستحالة الاقتصادية هي مسألة وقائع أكثر مما هي مسألة قانون، ولهذا السبب فان وجود هذه الخاصية للقوة القاهرة قد تحتاج إلى الأساس القانوني الذي يمنحها حجة الإلزام.

### ٣- الاستحالة القانونية للتنفيذ

لا شك أن النصوص القانونية قد يرجع عليها في حالة الاستحالة، باعتبارها السبب في تلك الاستحالة وتتشابه أحكامها مع أحكام الاستحالة المطلقة، وهذه الاستحالة القانونية تمنع العقد من الانعقاد إذا كانت سابقة عليه حيث لا التزام بمستحيل وبالتالي لا التزام قبل المدين (١). ولكن إذا كان محل الالتزام مستحيلاً على المدين، دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة، صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدده، فإذا كانت الاستحالة لاحقة لانعقاد العقد، كما هو الحال وقت تنفيذ الالتزامات، فان لم تكن بخطأ المدين فان الالتزام ينقضي بدون تعويض الدائن وهذا هو ما ينتج عن آثار القوة القاهرة (٢).

تحتل الاستحالة القانونية أرضية واسعة في العقود الدولية في الوقت الحالي، كونها نتاج تدخل الدولة في الأمور الاقتصادية ووضع سياسات عامة لعمليات التبادل التجاري الدولي، التي تقود المدين للتعثر في الوفاء بالتزاماته، نتيجة تلك الموانع القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية للدولة، وكان من الضروري لشرط القوة القاهرة الذي يتضمنه العقد الاتفاق على تضمينه تلك النوعية من الحوادث فغالباً ما يكون حادث القوة القاهرة له تعريف عام غير محدد بشكل جيد ودقيق.

١ راجع نص المادة ١٣٢ من القانون المدني مصري التي تنص على "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً".

٢.د. عبد المجيد الحكيم، المصدر السابق، ص. ٣٦٩.

ان المفهوم الحديث للقوة القاهرة أضحى أكثر قرباً من واقع ظروف تنفيذ العقد واتساقاً مع حاجة المعاملات التجارية الدولية، يرجع الأمر في ذلك إلى القواعد الاتفاقية الصريحة التي نص عليها المتعاقدين للتخفيف من تشدد الموقف التقليدي لعناصر القوة القاهرة، وهو ما ظهر في نص الاتفاقية الدولية المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، فقد أخذت بمعيار المعقولة (١)، كذلك الشروط العامة التي أعدتها المنظمة الاقتصادية للدول الأوروبية CEE (٢).

ب - يجب ألا ترجع استحالة التنفيذ لفعل المدين

سبق أن أشارنا إلى أن من عناصر حالة القوة القاهرة ألا يكون الحادث الذي حال دون تنفيذ الالتزام نتيجة لعمل من أعمال المدين أو تقصير منه (كالتنظيم السيئ، ظن خاطئ لشروط تنفيذ الالتزام)، فاستحالة التنفيذ التي تعفي المدين من عبء المسؤولية يجب أن تكون خارجة عن إرادته ولا يتمكن من دفعها، فمن ضمن الشروط العقدية للقوة القاهرة أن يكون الحادث خارج السيطرة المعقولة لطرفي العقد، ولا يمكن منع وقوعه بل وبذل الجهود الممكنة لتنفيذ التزاماته. ينبغي ان يكون الحادث المُشكل للقوة القاهرة مستقل عن إرادة المدين، فلا يكون له دخل في وقوعه، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية حيث قضت في أحد أحكامها بأنه "لما كان اشهار افلاس شركة الطاعنين والمطعون ضده الأول والتحفظ على أموال الشركاء فيها كان مرجعه تعثرها وامتناعها عن سداد ديونها وهو أمر راجع إليها ومتوقع الحدوث في مثل هذه الظروف ومن ثم لا يمكن اعتبار ذلك شكل قوة القاهرة..." (٣).

اراجع نص المادة ١/٧٩ من اتفاقية فيينا ١٩٨٠، على أنه: "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وانه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد أو أن يكون بإمكانه تجنبه أو تجنب عواقبه أو التغلب عليه أو على عواقبه".

٢ Conditions Générales n° 401, clause 18-1 ; Conditions Générales n° 312, clause 13-1 .Conditions de vente des combustibles solides, clause 13-1 .312-1

٣ نقض تجاري، طعن رقم ٢٠١٣٣ لسنة ٧٧ قضائية، جلسة ٢٧/٤/٢٠١٠.

بينت المواد ١٦٥-٢١٥-٣٧٣ من القانون المدني المصري أن المسؤولية المدنية تنتفي وفق المادتين ١٦٥-٢١٥ إذا كان الضرر ناشئ عن سبب أجنبي لا يد للمدين فيه وتعد القوة القاهرة أول مظاهر السبب الأجنبي، كما هو معروف وفق نص المادة ١٦٥ (١)، وينقضي الالتزام وفقاً للمادة ٣٧٣ إذا اثبت المدين أن الوفاء بالالتزامات أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه (٢).

هذا التوجه الحديث نحو حالة القوة القاهرة تجاوز حدود المعنى التقليدي لتكييف حالة الحادث الجبري التي صاغها القضاء الفرنسي وهي تلك التي تبني مضمونها في كثير من أحكامه (٣)،

١ د/ محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، عدد ٧٨، ١٩٨٣، ص ١٧٩، وتنص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري علي أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، الحادث المفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص أو اتفاق علي غير ذلك"، كما نصت المادة ٢١٥ علي أنه "إذا استحال علي المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالترامه، مالم يثبت استحالة أن التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزمه".

٢ حيث نصت المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري علي أنه "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

1994, ٣ Cass. 1re civ, 10 fév. 1998, D. 1998, Jur. P. 539; Cass. 1re civ, 9 mars Bull. Civ. I, n° 91; D. 1994, IR p. 108; Cass. Com... 1er oct. 1997, bull. Civ. IV, n° 240 D. 1998 Somm. P. 199, obs. P. Delebecque; Cass. Com. 28 avr. 1998, D. 1999, Jur. P. 469.



وقد طبق العرف الدولي ذات المعيار الجديد لتقديمه حلول تتناسب مع التطور في العلاقات التجارية (١).

يشير تفسير حالة القوة القاهرة بهذا المضمون عن عدم قدرة المدين سواء كان في مواجهة ما ينتج عن حوادث (كوارث طبيعية، قرار السلطة العامة) بما ينشأ عنها من موانع قانونية يستحيل معها تنفيذ الالتزامات العقدية أو غيرها من الأسباب التي لها أثر مباشرة أو غير مباشرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلا على المدين.

برز اهتمام المفهوم الحديث للقوة القاهرة بتدخل الدولة في الحياة الاقتصادية عندما ما يتعلق بالعقود التجارية الدولية، فكان هدف مفهوم القوة القاهرة إعفاء المدين من المسؤولية العقدية عندما يكون في مواجهة تلك الصعوبات التي تمنعه من تنفيذ التزاماته، ولكي ينتفع المدين بالحماية وفق حالة القوة القاهرة ينبغي ألا تكون الدولة طرفا في العقد، أي عليها أن تكون غريبة تماما عن العلاقة العقدية، فكون الدولة أو احد أشخاصها الاعتبارية هو القائم بعملية التعاقد فانه يعد في هذه الحالة من أشخاص القانون العام، ويتمتع بإرادة تعاقدية غير منفصلة عن إرادة الدولة في إبرام العقد.

إذا وجد ما يمنع من تنفيذ العقد والالتزامات من خلال قرارات الدولة لا يمكن ن تدفع مسئوليتها بحجة وجود القوة القاهرة، لان الفعل المانع للتنفيذ ينسب إليها، ولان تصرفها مرتبط بنظامها الاقتصادي، حتى في حالة ما إذا كان هناك استقلال قانوني لمشروع القطاع العام، فلا يبرر له التمتع بحالة القوة القاهرة لأنه كان سببا غير مباشرا في نشوء هذه الحالة.

١ وهو ما نجد له مثلا في نصوص الشروط العامة لتوريد المكائن لأغراض التصدير رقم ١٨٨، حيث تنص نماذج هذه العقود بأنه في إطار هذا العقد، يعتبر حاصلًا خارج سيطرة الطرفين، كل حادث لا يمكن رده إلى خطأ في سلوك الطرف المتعاقد.

M. FONTAINE, op. cit. DPCI 1979 n°. 4, p. 479; Conditions générales de vente de la C.E.E.: n°. 188 A., Genève 1953; n° 574, Genève 1955; n° 730, Genève 1961.

إذا كان وجود الازمات الاقتصادية أمر مستقل عن إرادة المدين بالفعل أو أمر قد يبدو حقيق من الناحية النظرية، إلا أن تلك الازمات التي قد تتسبب في استحالة تنفيذ الالتزام من الممكن أن تكون ناتجة عن خطأ المدين نفسه من خلال عدم اتخاذه الاحتياطات اللازمة التي تحول دون وقوع تلك الازمات أو عدم الالتزام بالتدابير التي اقترتها الدولة، ولا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة بالقوة القاهرة المتمثلة في ازمة الديون، ذلك أن التمسك بتلك الازمة باعتبارها قوة القاهرة ينبغي أن تتوافر فيها شروط لتحقيقها.

وإذا كانت القرارات والتدابير التي تتخذها الدولة للحيلولة دون وقوع ازمة الديون السيادية التي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيل هو أمر مستقل عن إرادة المدين، وبالتالي تشكل قوة القاهرة تنفي مسؤوليته، إلا أنه مع ذلك فقد يستدعي المدين خطأه في التدابير التي اتخذتها الدولة والتي اعجزته عن تنفيذ التزامه، وينبغي مراعاة التدابير فقد يكون مثل تلك القرارات أو التدابير تسمح له بتنفيذ الالتزام الا انه بتقاعس ويمتنع عن ذلك، وبالتالي يجب أن تكون التدابير التي اتخذته الدولة تجعل من المستحيل تنفيذ الالتزام، وينبغي التدقيق في تطبيق تلك التدابير بحيث اذا كان في الإمكان تجن اثارها أو الحيلولة دون وقوعها بالوسائل المشروعة، فانه في هذه الحالة لا تتحقق حالة القوة القاهرة (١).

فالأزمات الاقتصادية التي تجعل تنفيذ المدين لالتزامه أمر مستحيل يمكن اعتبارها قوة القاهرة يمكن الاحتجاج بها باعتبارها حدث لا يمكن مقاومته ويبرر تخلفه عن سداد الدين علي أساس انها قوة القاهرة، وعلى الرغم من ذلك فاذا كان المدين هو الذي أحدث تلك الازمة او كان سبباً فيها فلا يجوز الاحتجاج بها باعتبارها قوة القاهرة ودفع بعدم المسؤولية.

١) المورد الذي يلتزم بتوريد بضائع خلال فترة زمنية محددة، وتم اغلاق مصنعه بقرار من الحكومة في إطار التدابير للحوط من الازمة الاقتصادية، وكان لديه مصنع بالخارج يمكنه من تلبية الشحنات المطلوبة ففي تلك الحالة لا يحق له الاحتجاج بحالة القوة القاهرة.

تجدر الإشارة إلي أنه في حالة تأخر المدين عن تنفيذ التزامه حتي ظهرت الازمة الاقتصادية واصبح تنفيذ الالتزام مستحيل ففي هذه الحالة لا يحق له الاحتجاج بالقوة القاهرة، حيث كان الالتزام قد حال عليه الحق قبل ظهور تلك الازمات، وقد قضت محكمة النقض المصرية في ذلك بأنه "تعتبر القوة القاهرة من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وينقضي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعه عدم تنفيذه ويشترط لذلك أن تكون القوة القاهرة قد حلت خلال الفترة المحددة لتنفيذ الالتزام، فإذا كانت قد حلت بعد انتهاء تلك الفترة، فإنه لا يسوغ للمدين أن يتمسك بها للتخلص من تبعه عدم تنفيذ التزامه أو التأخير فيه" (١).

ومن خلال ما سبق فإنه ينبغي مراعاة عدم تحقق الشرط المذكور بشكل تلقائي في كل الحالات التي تتعلق بعدم تنفيذ الالتزام والتي يدفع فيها المدين بأنها ناتجة عن أزمة اقتصادية، وانما ينبغي دراسة كل حالة بشكل منفصل حسب طبيعتها وظروفها وملابساتها وغرض الاتفاق بين الأطراف ومضمونه.

قضت محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بموجب هذه القاعدة حيث اعتبرت بان منع تحويل العملات الصعبة من قبل البنك المركزي للبلد لا ينشأ حالة القوة القاهرة نظرا لكونها من مشروعات القطاع العام لهذا البلد (٢)، إلا ان تطبيق هذا المبدأ ليس عاماً في جميع الحالات، فقد سبق أن دافعت إحدى محاكم التحكيم عن مصالح مشروعات القطاع العام حينما اتخذت موقفاً مخالفاً، عندما اعتبرت ان قرار التخطيط للبلد يعد من اعمال السلطة، وانه أثار حالة استحالة التنفيذ الموضوعية التي لا تنسب إلى مؤسسة القطاع العام (٣).

١ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤، جلسة ١١/٢٧/١٩٧٨، المكتب الفني، سنة ٢٩ قضائية.

٢ محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية ICC، حكم القضية رقم (1979 - 3100 / 3093).

٣ محكمة التحكيم في صوفيا، مجموعة أحكام رقم 16/56، 21/56; 20 dèc. 1961, 7/61, 41/64,

أسفرت حالة التباين في الأحكام المذكورة في إطار الحرية في تقدير استحالة التنفيذ التي يطالب بها المدين إلى عدم الاطمئنان في ضمان الحقوق والالتزامات للأطراف المتنازعة في العلاقات التجارية الدولية، وكان من الواجب تبني موقفاً موحداً مع مراعاة وضع الأطراف القانوني لتقليل التأثير السلبي لتدخل السلطات المالية في تنفيذ العقود الدولية، فحدث القوة القاهرة لا يعتد به إلا إذا كان غير متوقعا أو لا يمكن مجابهته أو تجاوزه، وقد أخذت اتفاقية الأمم المتحدة بهذا المفهوم (١).

كان للتعريف الذي اشارت إليه اتفاقية الأمم المتحدة أثر في تقييم حالة عدم التوقع بإكسابها وضع مرونة وتقييم واقعي يضم كافة الاحتمالات بما فيها (ظروف الحادث، شخص المتعاقد المدين بالتنفيذ، صفة شخص المتعاقد التي لها أثر في تحديد معيار عدم التوقع للطرف المؤدية إلى إضفاء نوع من المرونة لتعريف حالة القوة القاهرة (٢)، علي الرغم من ان التحديد المشار إليه لم يعطي تحديداً دقيقاً لمعرفة الحادث الذي يعد من الناحية المعقولة غير متوقع حصوله، مما يؤدي إلي الخلل في صحة التقييم، وهو ما يقود إلي ضرورة الاتفاق عليه صراحة من أطراف العقد لاستبعاد النتائج السلبية عند عدم التنفيذ، فكان يجب تحديد طابع الحادث باعتباره غير متوقع.

المطلب الرابع: القوة القاهرة والظروف الطارئة في أزمات الديون السيادية

لا يوجد تعريف ملزم بموجب القانون الدولي مرتبط بمصطلح "إفلاس الدولة"، وباعتباره مصطلحاً إرشادياً، فإن المقصود به هو الإشارة إلى عدم قدرة دولة ذات سيادة على الوفاء بالتزاماتها المتعلقة بالسداد، ولا تميل الاتجاهات انطلاقاً من احترام سيادة الدولة إلى إدراج ليس

١ فقد نص المادة ١/٧٩ من اتفاقية فيينا لعام ١٩٨٠، بأنه "لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا اثبت إن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته وانه لم يكن من المتوقع بصورة معقولة أن يأخذ العائق في الاعتبار وقت انعقاد العقد...."

these ٢ M. N. SARIS.: Les clauses particulières du contracts internationaux, Montpellier 1981, p. 252.

فقط الإعسار الموضوعي، بل وأيضاً عدم الرغبة في السداد تحت مصطلح "إفلاس الدولة" (١).

إن عدم الرغبة في السداد ليس ناشئاً عن مشكلة الديون ومن الضروري توضيح نطاق فهم الإفلاس الوطني واعتباره إعسار، يرجع اهتمام المجتمع القانوني الدولي بمكافحة إفلاس الدول إلي أن فالدول المفلسة لا تفرض علي أنظمة الائتمان لديها ضغوطاً فحسب، بل أنها معرضة لانتهاك حقوق الدول بشكل أكثر نتيجة عدم القدرة علي تلبية الاحتياجات والافتقار إلي الخدمات الأساسية التي تقدمها الدولة ("خدمات المصلحة العامة") أو بسبب عدم قدرة الدولة على وضع حد لانتهاكات الحقوق الخاصة (٢)، وقد أثرت العولمة بأوجهها المتنوعة في توجهات الدول دوماً نحو التأكيد على سيادتها حتي في ظل الازمات المالية التي تتعرض لها، علي الرغم من أن تلك الازمات لن تجد حلها إلا من خلال المشاركة الفعالة لجميع الدول (٣)، فقد أصبحت حالات الإفلاس موضع تساؤل من المجتمع الدولي، وكانت الحاجة إلي تفعيل التدابير الواردة في الفصل السابع لمجلس الأمن التابع للأمم المتحدة للحفاظ علي مقدرات الدول والشعوب وتوفير الحماية.

١. Manes, State bankruptcies, 3rd edition 1922, 12 f, 32 ff

٢. Forsthoff, Textbook of Administrative Law – General Part, 10th ed. 1973, 370

R o n e l l e n f i t s h, services of general interest as a legal term, in: Blümel (ed.), Ernst Forsthoff, 2003, 53 ff.

P i e l o w, Basic structures of public provision, 2001, especially 398 ff.

٣. Simson / Black, European Integration and Basic Law, 1992, 4

Chamberlain, Privatization, 2001, 558 ff.

P e r n i c e, in: Isensee/Kirchhof (ed.), Handbook of Constitutional Law, Vol. VIII, 1995, § 919 Rn. 44.

Beck, what is Globalization? 1998, 228.

وبالإضافة إلى هذه الاعتبارات ذات الطبيعة الوقائية العامة، هناك مصلحة قانونية دولية ذات طبيعة تعاقدية، فبتطبيق نظرية "العقد شريعة المتعاقدين" لا ينبغي أن يفشل الوفاء بالالتزامات الناشئة عنها بسبب عدم القدرة الاقتصادية لأحد الأطراف المتعاقدة، كما إن مدى إمكانية إعفائهم من التزاماتهم التعاقدية من خلال الإشارة إلى عدم القدرة سيكون موضع شك من قبل الدائنين.

وبالتالي فإن التساؤل الذي يثور إزاء التعامل مع الدفع التي يقدمها المدين في حالة الأزمات المالية في ظل القانون الحالي هل الأدوات التي يوفرها القانون الحالي وخاصة القانون الدولي كافية لحل حالات إفلاس الدولة، أم ينبغي استبدالها بإجراء رسمي موحد للإعسار من جانب الدولة؟

إذا أصبحت الدولة المدينة معسرة، فإنها لن تلجأ عموماً إلى المواجهة، ولكنها تفضل عادة التسوية الودية مع مدينيها، على الأقل مع مديني الدولة، ومع ذلك، يجب النظر للحق في رفض الأداء، لأنه مع مجرد إمكانية الاحتجاج بهذا الحق، فإن الدولة المدينة لديها القدرة على إجبار دائنيها بشكل فعال على الدخول في مفاوضات إعادة هيكلة الديون (١)، وتلجئ الدولة إلى استخدام مبررها بوجود صعوبات مالية لن تمكنها من الوفاء بالأداء، كما إن أعمال حالة القوة القاهرة لن يكون فعالاً في الحالات التي لم تصبح فيها اتفاقية القرض سارية المفعول.

ومع ذلك، يمكن أن تكون اتفاقيات الائتمان غير فعالة في الحالات الفردية، ولكن بسبب انتهاك القواعد الآمرة في الدولة، وهذا هو الحال إذا كان الهدف من تمويل أي نشاط غرضه انتهاك أو يمس بحقوق الدول في تلبية احتياجات مواطنيها، فمثل هذا الاستخدام للأموال لم يتم الاتفاق عليه صراحة أو ضمناً، ولكن المقرض قبله عن وعي أو على الأقل لم يتمكن من استبعاده، إلا أن القيود القانونية تستوجب دوماً أن يكون التركيز منصب على موضوع العقد وهو إصدار

١ Dolzer, State insolvency: On the concept and the legal consequences in international law, in: FS Partsch, 1989, 531 (536 ff.)

القرض وليس البحث عن مصير الأموال المستقبلية أي استخدام الأموال المخصصة داخل الدولة المدينة، والنتيجة التي بموجبها يكون منح القروض للدول التي تنتهك بشكل منهجي الحقوق الأساسية بشكل أساسي حتى لو لم يكن تخصيص الأموال مصحوباً باتفاق لغرض محدد، يتوافق أيضاً مع ممارسة القانون الدولي.

لا يمكن تبرير بطلان اتفاقية القرض على الإطلاق بسبب استخدام الأموال المخصصة لتحقيق الأهداف المسموح بها بموجب القانون الدولي، فقد يتم تحرير الموارد الخاصة المتبقية للدولة المقترضة لارتكاب انتهاكات، مثل هذا الاعتبار للبطلان من شأنه أن يؤدي إلى تقييد غير مناسب للحرية التعاقدية، ويجب تطبيق نفس المعايير على اتفاقيات الائتمان مع الدائنين من القطاع الخاص.

كقاعدة عامة، لن تعزو الدولة المدينة تعليق التزاماتها إلى الظروف الماضية، بل إلى الظروف الحالية فالدول لا تستطيع الوفاء بالتزاماتها بسبب عدم قدرتها على الوفاء ومع ذلك، إذا تم استخدام اضطراب الأداء لتبرير عدم القدرة على الوفاء بالالتزام يطيح بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وعلى هذا فإن الإعسار في حد ذاته لا يمكن اعتباره حالة طارئة، ولكنه من الممكن أن يؤدي إلى حالة طارئة تستطيع الدولة المدينة من خلالها تبرير رفضها السداد.

لا يعترف قانون المعاهدات الدولي إلا بالدفاع عن حالة القوة القاهرة بشكله الفردي، ووفقاً للمادة ٤ من ميثاق الحقوق المدنية، فإن تعليق الحقوق المكفولة هناك مسموح به في ظل ظروف معينة، ومع ذلك فإن وجود حالة القوة القاهرة بالنسبة للدولة يتجاوز هذا الأمر، هذا وتعترف المادة ٢٥ من مشروع لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدولة الصادرة في ٢٠٠١ (١)،

١ مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي تم اعتمدها من الجمعية العامة الخامسة والخمسون في عام ٢٠٠١، متاحة عبر الموقع الإلكتروني: -

بالاحتجاج بحالة القوة القاهرة بشرط عدم وجود وسيلة أخرى لحماية مصلحة أساسية للدولة من "خطر جسيم ووشيك".

يجب ألا يتم الإضرار بالمصالح المقابلة للجانب الآخر أو مجتمع الدول بشكل كبير، كما لا ينبغي تجاهل القانون الدولي الإلزامي ولا يمكن تبرير القاعدة بحالة القوة القاهرة (١)، فحالة القوة القاهرة التي يمكن استبعادها في التعاقدات أو ضمناً، يُمنع وفقاً للمادة ٢٥ من مشروع لجنة القانون الدولي، في حالة تورط الدولة في ظهور حالة القوة القاهرة.

إن إمكانية تطبيق قواعد حالة القوة القاهرة بتعليق المدفوعات والالتزامات بسبب الإفلاس أو الاعسار الوطني ليس أمراً لا جدال فيه، والواقع أن الأزمات الاقتصادية، والكوارث الطبيعية على سبيل المثال، كثيراً ما تختلف في عواقبها، فالإفلاس هو مجرد رابط بين السبب والنتيجة، ولذلك تميل لجنة القانون الدولي إلى الإجابة على السؤال بالإيجاب نحو تطبيق تلك القواعد (٢).

إن السوابق القضائية ذات الصلة قليلة، ففي عام ١٩١٠، اعترفت محكمة التحكيم بمزايا استئناف الإمبراطورية العثمانية ضد مطالبة روسيا بمشاكل الدفع الناجمة عن أزمة الدولة، وفي النزاع القانوني بين "الشركة التجارية البلجيكية" عام ١٩٣٩، افتترض StIGH أيضاً وجود حالة

١ راجع المادة ٢٦ من مشروع المواد المتعلقة بمسئولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، مشار إليها سابقاً.

٢ ILC, YBILC 1980 II, Teil 1, 22 ff., 50 f; Teil 2, 36 ff.

Pfeiffer, Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr ZVglRWiss 102 (2003), 141 (148 f).



القوة القاهرة، دون أن تكون النتيجة افتراضاً فرعياً (١)، ورغم وصفها بـ "القوة القاهرة" فإن المقصود بها حالة القوة القاهرة المبررة اقتصادياً ومالياً (٢).

بالإضافة إلى ذلك، فإن تأثير الحقوق الأساسية تجاه الكافة يخفف من وطأة مبدأ حالة القوة القاهرة، حتى لو كان اللجوء إليه قد لا يكون ضرورياً بسبب اختلاف الواجبات في كل دولة عن الأخرى في مواجهة مواطنيها باعتبار أن هذه الواجبات محمية بموجب القواعد الآمرة، وتحظى حقوق الدول الأساسية في مراعاة حقوق المواطنين المقيمين على أرضها بالأولوية عند مقارنتها بالفوائد في السداد.

فإذا أدى سداد القروض إلى حدوث أزمات خطيرة والتشكيك في الخدمات العامة ذات المصلحة العامة، فقد لا تقوم الدولة المدينة بالدفع ولا يجوز للدولة الدائنة أن تطالب به، ولقد كان من الصعوبة البحث في تقديم أدلة على ممارسة القانون الدولي في المسائل ذات الصلة. إذا ساهمت الدولة المدينة في الإفلاس أو الإعسار، وفقاً للمادة ٢٥/٢ب من مشروع لجنة القانون الدولي، التي أشار إلى وجوب أن تكون الدولة مستقلة وغير مساهمة في حالة القوة القاهرة، ويكون هذا الاستثناء دائماً غير ذي صلة إذا تعرضت البنود المحمية بموجب القواعد الآمرة للانتهاك.

هذا التقييد الذي يعكسه القانون الدولي يجب أن يقابل بعدم اليقين خاصة في حالة الإفلاس الوطني، الذي ينشأ دائماً من التفاعل بين العوامل الداخلية والخارجية، وإذا تم استبعاد معيار أن تكون الحالة مؤقتة في حالة القوة القاهرة والتي تسببت فيها الدولة فسيتم استبعاد أساسها الاقتصادي أو المالي فعلياً، وقد أتجه البعض إلى استبعاد اللجوء إلى حالة القوة القاهرة فقط في

١ CPJI-PCIJ, Series A/B, 1939, Nr. 78 – Belgian Commercial Company

("Socobel"), 177 f.

٢ راجع قرارات لجنة القانون الدولي الصادرة في ١٩٨٠، الجزء الثاني، ص ٢٢.

حالات "الإهمال الواضح للسياسة المالية"، خاصة إذا كانت الدولة المدينة قد حصلت على قروض مع علمها بأنها لن تكون قادرة على السداد في وقت لاحق (١). وإذا كانت القوة القاهرة التي يحتج بها المدين (الدولة) تتمثل في التدابير التي اتخذتها لمواجهة الازمة المالية فينبغي أن تقدم الدليل على أن ذلك الأمر جعل تنفيذ الأمر مستحيل، ويقتضي الأمر في تلك الحالة قيام المحكمة المنظور أمامها النزاع بفحص شروط تطبيق تلك التدابير فإذا لم تكن تلك التدابير تجعل تنفيذ الالتزام مستحيل لن تكون الحجة في الدفع بذلك.

ومع ذلك، فإن هذه الحالة لا تغطيها المادة ٢٥ (٢) (ب) من مشروع لجنة القانون الدولي بقدر ما تغطيها المبدأ العام لحسن النية، فأى شخص يحصل على قرض بطريقة احتيالية، فهو يتصرف أيضاً بشكل ينتهك الثقة كدولة ومع ذلك، فإن الاعتراض على مساهمة الدولة لا يؤثر في ممارستها، ففي حالة حدوث أزمات في السداد، وفي ضوء حسن النية، فلا بد أن يقتصر الأمر على "التهرب" المستهدف إلى الإفلاس أو الاعسار الوطني، فالدولة المدينة لا يمكنها الحصول على تأجيل للسداد إلا من خلال الاعتماد على حالة الطوارئ، ولكن ليس الإعفاء من التزامات السداد الخاصة بها، وينبغي أن يتصرف المدين وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزام المنصوص عليه في المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي (٢)، حيث يتعين أخطار الدائن بأمر استحالة تنفيذ الالتزام لكي يتمكن من اتخاذ التدابير التي تحد من خسارته، بالإضافة إلى ضرورة بذلة العناية المتوقعة لمنع حدوث الضرر بسبب الدفع بالقوة القاهرة، كما يقع على الدائن التزام بحسن النية

١ H a h n, The international law of foreign debt regulations, Kreditwesens 1989, 314 (318).

٢راجع نص المادة ١/١٤٨ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، كما نصت المادة ١١٠٤ من القانون المدني الفرنسي على "يجب التفاوض على العقود وتكوينها وتنفيذها بحسن نية".

بالمساهمة في تخفيف الأعباء عن المدين والامتناع عن أي تصرفات تهدف إلي زيادة الأعباء.

ويعد الالتزام ببداء التفاوض التزام بتحقيق نتيجة وبالتالي فإن المسؤولية تقوم فور عدم تحقق النتيجة، والمتمثلة في عدم بدء التفاوض مع المتعاقد الاخر، وبالتالي تظهر مشكلة عدم التنفيذ بالنسبة للالتزامات سواء كان عد التنفيذ كلي أو جزئي أو ناقص أو متأخر (١).

يكون علي المتعاقد أن يثبت عدم استجابة الدولة المتعاقدة في التفاوض لإعادة التوازن للعلاقة وعلي الدولة أن تثبت أنها قامت بذلك أو لم تتجه للتنفيذ لسبب أجنبي، وقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر علي ضرورة التزام جهة الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية وقد انتهت في حكمها إلي أن "تنفيذ العقود أياً كان نوعها يجب أن يقوم علي مبدأ حسن النية بين أطرافه، واذا كان أمر بين الأطراف فانه يجب أن يكون أوجب حينما تكون الإرادة طرفاً في التعاقد اذا يجب عليها أن تكون مثلاً في احترام التزاماتها العقدية لأنها مطالبة أصلاً باحترام القواعد والإجراءات القانونية التي تحكم نشاطها مما يحقق العدالة والمساواة بين المتعاقدين معها ويؤكد مصداقية الإدارة والنزول علي متطلبات الأحكام القانونية المنظمة لتعاملاتها مع الغير" (٢).

يثار التساؤل حول ما إذا كانت حالة القوة القاهرة يمكن أن توجد بالفعل إذا كانت الدولة المدينة لا تزال لديها أموال احتياطية، أي أنها تستطيع سداد بعض التزاماتها على الأقل؟ لكي يتم الإجابة على هذا السؤال يجب النظر إلى الاعسار بالمعنى الذي يؤدي إلى حالة القوة القاهرة ويجب أن يستند إلى الدين الفردي وليس على مجمل المطالبات (٣)، ولا ينبغي للدولة

د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٣٦.

٢ حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ ٦/١/٢٠٠٧، الطعن رقم ١٣٨٠٨ لسنة ٥١ ق.

٣ Dolzer, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, in: FS Partsch, 1989, 531 (536).

المدينة ألا تكون مضطرة إلى الوفاء بكل التزام من الالتزامات على حدة دون القدرة على الوفاء بها جميعاً، فقد يكون هناك منافسة بين الدائنين على الحصول على أموالهم من الأموال الاحتياطية للدولة فهذا الوضع يتمتع المدين بحماية أكثر.

ومع ذلك، فإن هذا يوضح فقط أن آليات حالة القوة القاهرة تقتصر إلى الدقة للإجراء الشامل الذي يمكن من خلاله التعامل مع الطلبات الفردية بشكل مختلف، فالنظرة الشاملة تؤدي إلى مفارقة وإن كانت واضحة هي إذا كانت الدولة المدينة لا تزال لديها احتياطات مالية يمكن استخدامها للحفاظ على الحد الأدنى من معايير حقوق الدول، فإنها في هذه الحالة معفاة من الالتزام باستخدام هذه الموارد لسداد الديون.

مع ذلك، إذا لم تعد هذه الاحتياطات موجودة، فإن الدولة المدينة لن تكون قادرة على ضمان معيار حقوق الدول حتى عن طريق تعليق المدفوعات، ونتيجة لذلك يبدو أنه لا توجد حاجة للتمسك بحالة القوة القاهرة، على الرغم من كون أن هذا استنتاج قد يكون خاطئاً، فقد يستمر الوضع القانوني لحالة القوة القاهرة في حماية الدولة في منحها متنفساً من أجل استعادة السيولة اللازمة من منظور حق الدولة لمراعاة حقوق مواطنيها.

لما كان وجود المال ضروري للوفاء في اتفاقيات الائتمان، غير أن "الخسارة الدائمة" لموضوع العقد تعني الاستحالة الموضوعية للوفاء بالعقد، وليس أزمة الدفع المؤقتة بطبيعتها، والتي تأخذ في الأساس طابع الاستحالة المؤقتة، فالاستحالة الناتجة عن أزمة الديون السيادية عندما تكون مؤقتة ففي تلك الحالة تم تعليق الالتزام حتي يزول العائق الذي منع المدين من تنفيذ التزاماته، ومع ذلك فإن الالتزام ينقضي إذا كان تعليقه يجرده من أي منفعه تعود علي الدائن أو إذا كانت

---

Pf eiffer, Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr ZVglRWiss 102 (2003), 141 (164).

ووفقاً لذلك، فإن مشروع المادة ٢٥ من لجنة القانون الدولي يهدف أيضاً إلى عكس محتوى مبدأ عام من مبادئ القانون الدولي وهو أمر يصعب افتراضه نظراً للطبيعة التفصيلية للقاعدة.

إرادة الأطراف اتجهت إلى أداء الالتزام يتعين أن يكون فورياً في موعد محدد سلفاً يعول عليه الدائن لتحقيق مصلحة معينة أو كان الهدف الذي يسعى الأطراف إلى تحقيقه يتناقض مع تنفيذ الالتزام، أو إذا كان تعليق تنفيذ الالتزام أصبح بلا جدوي، ففي هذه الحالة ينقضي هذا الالتزام ويترك الأمر في تقديره للمحكمة المسئولة حسب ظروف النزاع المعروض (١).

ينطبق القيد أيضاً على أن الدولة المدينة التي تحتج بالقوة القاهرة التي دعتها إلى اتخاذ تدابير لمواجهة الازمة الاقتصادية والتي ينبغي لها أن تقدم الدليل على أن تلك الازمة جعلت تنفيذ الالتزام مستحيل، وهو ما يقتضي أن يتم النظر في هذا الشأن من قبل المحكمة لفحص وتفسير شروط تطبيق تلك التدابير، فإذا لم تكن تلك التدابير أدت إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيل كما يدعي المدين، فلا يكون محقاً في التمسك بحالة القوة القاهرة باعتبار ان القرار كان سبباً في عدم تنفيذ التزاماته، التي لا يجب أن تكون هي التي تسببت بنفسها في تعطيل الوفاء بالأداء، فالاستحالة المؤقتة لا تكون إلا سبباً للتعليق ولا تؤدي إلى انقضاء الالتزام المادي.

إن التعليق على مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدولة يستبعد الازمة الاقتصادية صراحة، ومع ذلك في سياق الديون السيادية تم استخدام القوة القاهرة كمرادف للضرورة منذ قضية القروض الصربية (٢)، ففي تلك القضية أقرت محكمة التحكيم الدائمة من حيث المبدأ بأن القوة القاهرة قد تؤدي إلى الدفاع في أزمة الديون السيادية (٣).

### البحث الثالث: تناقضات التحكيم بشأن مفاهيم الدفع

إن السوابق القضائية بشأن الضرورة في أزمات الديون السيادية كانت غير متسقة إلى حد ما، ومثلت دولة الأرجنتين حجر الأساس في إرساء العديد من القواعد والتباين في الأحكام الصادرة

د/ حسين عامر، د/ عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف المصرية، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٣٩٩.

٢ Jörn Axel Kammerer, 'State bankruptcy from the perspective of international law' (2005) 65 Journal of Foreign Public Law and International Law 651, 657.

٣ PCIJ, Serbian Loans, France v. Serbia, Judgment No. 14 (1929).

من محاكم التحكيم التي مثلت فيها الأرجنتين ضد بعض الأطراف، وهو ما يقودنا إلى استعراض هذه التناقضات من خلال بعض القضايا.

### المطلب الأول: قضية CMS ضد الأرجنتين

شركة ("CMS") CMS Gas Transmission Company هي شركة أمريكية رفعت دعاوى ضد الأرجنتين بسبب تعليقها صيغة تعديل التعريفية الجمركية لنقل الغاز، وقد كانت شركة CMS مساهم بنسبة ٢٩.٤٢% في شركة Transport Adora de Gas del Norte (TGN)، وهي شركة أرجنتينية حاصلة على ترخيص لنقل الغاز (١).

ادعت شركة CMS أنه ابتداء من أواخر عام ١٩٩٩، اتخذت الحكومة الأرجنتينية إجراءات كان لها تأثير سلبي على أعمال CMS، وانتهكت الضمانات التي تحمي استثمارات CMS في TGN، وأن هذه التدابير أدت لاحقاً إلى انخفاض قيمة العملة واعتماد تدابير مالية وإدارية إضافية، بالإضافة إلى اتخاذ الحكومة الأرجنتينية إجراءات صارمة كان لها أثر سلبي على المستثمر (٢).

وفي قرارها بشأن الاعتراضات على الاختصاص، أوضحت المحكمة "إنها لا تتمتع بالولاية القضائية على تدابير السياسة الاقتصادية العامة التي اعتمدها جمهورية الأرجنتين ولا يمكنها إصدار حكم بشأن ما إذا كانت صحيحة أم خاطئة" (٣).

تخلص المحكمة أيضاً إلى أنها "تتمتع باختصاص للنظر في إذا ما كانت التدابير المحددة التي تؤثر على استثمار الجهة المطالبة أو تدابير السياسة الاقتصادية العامة التي لها تأثير مباشر

١ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. Arb/01/8, Award, 12 May 2005.

٢ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/01/8, para. 20 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٣ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 33 (July 17, 2003).

على هذا الاستثمار قد تم اعتمادها في انتهاك للالتزامات الملزمة قانوناً والتي تم التعهد بها للمستثمر في المعاهدات والتشريعات أو العقود".

رفضت المحكمة كل اعتراض من اعتراضات الأرجنتين على الاختصاص القضائي، وقررت: -

١. تتمتع شركة CMS ، بوضعها كمستثمر أجنبي، حيث "لا يوجد أي عائق في القانون الدولي الحالي أمام مفهوم السماح بمطالبات المساهمين بشكل مستقل عن مطالبات الشركة المعنية، حتى لو كان هؤلاء المساهمين أقلية أو مساهمين غير مسيطرين" (١)، وأنه "سواء كان المستثمر المحمي طرفاً في اتفاقية امتياز أو اتفاقية ترخيص مع الدولة المضيفة، لا أهمية له لغرض إيجاد الولاية القضائية (بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين)، نظراً لوجود حق مباشر تصرفات المساهمين" (٢).

٢. نشأ النزاع مباشرة من استثمار قائم، ولأن حقوق CMS يمكن التأكيد عليها بشكل مستقل عن حقوق TGN ، وتلك المتعلقة بالترخيص، ولأن "CMS" لديها سبب منفصل للدعوى بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية فيما يتعلق بالاستثمار المحمي" (٣).

٣. إن البنود الواردة في الترخيص أو شروطه التي تحيل أنواعاً معينة من النزاعات إلى المحاكم المحلية لجمهورية الأرجنتين لا تشكل عائقاً أمام تأكيد الاختصاص القضائي

Jurisdiction, ١ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 48 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٢ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 65 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٣ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 68 (July 17, 2003).

لمحكمة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار" (١)، وفي هذا الصدد "تختلف المطالبات التعاقدية عن المطالبات التعهدية وحتى لو اقر باللجوء إلى المحاكم المحلية بسبب الإخلال بالعقد، فإن ذلك لا يمنع تقديم المطالبات التعهدية إلى محاكم التحكيم" (٢).

٤. كما إن استمرار المفاوضات بين الحكومة الأرجنتينية ومجموعة أخرى من المستثمرين لن يمنع محكمة التحكيم من نظر الدعوي (٣).

قدمت CMS حججاً قانونية، وأكدت أن إجراءات الحكومة الأرجنتينية انتهكت الالتزامات التي تعهدت بها للمستثمرين الأجانب والتي كانت تشمل (حساب التعريفات بالدولار الأمريكي، التعديل نصف السنوي وفقاً لمؤشر أسعار المنتجين الأمريكي والتعديل العام للتعريفات كل خمس سنوات، موافقة الحكومة الأرجنتينية الصريحة على عدم تجميد هيكل التعريفات الجمركية أو إخضاعها لمزيد من التنظيم أو مراقبة الأسعار، وواجب التعويض في حالة فرض مثل هذه الضوابط على الأسعار) (٤).

Jurisdiction, ١ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 76 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٢ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 80 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٣ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 86 (July 17, 2003).

قام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بمحاولات عديدة في إطار تجنب تعدد الجهات القضائية إلا أنها نظرت إلى مجموعة أخرى من المستثمرين المحميين وفق اتفاقيات وبنود أخرى.

٤ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, paras. 84-88 (May 12, 2005).



وفقاً لـ CMS فإن الانتهاك الجماعي والمستمر لهذه الالتزامات مثل انتهاكاً لأحكام قانون الولايات المتحدة (١)، وطالبت شركة CMS تعويض بمبلغ ٢٦١.١ مليون دولار أمريكي عن انتهاكات اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين بالإضافة إلى الفوائد والتكاليف.

أبدت الأرجنتين مجموعة من الدفع تمثلت في: -

١. لا ينص الترخيص والإطار القانوني والتنظيمي المصاحب له إلا على حق المرخص له في الحصول على تعريفة عادلة ومعقولة، ولكنه لا يحتوي على ضمانات لقابلية التحويل، أو انخفاض قيمة العملة، أو المخاطر الكامنة في الاستثمار.

٢. ينبغي أن تتحمل الشركة وإدارتها عواقب سياساتها الاستراتيجية الاستثمارية (٢).

٣. كان هيكل التعريفة يحمل بالفعل مميزات مقابل المخاطر المتمثلة في الاستثمار في اقتصاد غير مستقر، ولأن النظام التعاقدى لم يكن مكتملاً فلم تتضمن التراخيص في إمكانية التخلي عن قابلية التحويل، وقد تم الدفع بالعملة المتعامل بها في السوق المحلية في الأرجنتين، ودولة السوق الخارجية للمستهلكين لمواصلة دفع ثمن الغاز ومنع انهيار الطلب.

نظرًا لهذا السياق القانوني والتنظيمي، لا يمكن أن يكون هناك أي انتهاك لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، نظرًا لأن "الضمانات التي تستشهد بها CMS ليست ملكاً للشركة المحمية بموجب الاتفاقية الثنائية وتستمر TGN في العمل بشكل طبيعي" (١).

١ (اتفاقية الاستثمار الثنائية في الأرجنتين: المادة الرابعة (المصادرة غير المشروعة)، والمادة الثانية (٢) (أ) (معيار المعاملة العادلة والمنصفة)، والمادة الثانية (٢) (ب) (حظر التدابير التعسفية والتمييزية)، والمادة ١١ (٢) (ج) (الشرط الشامل).

٢ "يرى المدعى عليه أن أي عواقب تنشأ عن قرار CMS بالاعتماد على تقرير المستشارين من القطاع الخاص لاستراتيجياتها الاستثمارية لا يمكن إسنادها إلى الحكومة".

كوسيلة دفاع بديلة ادعت الأرجنتين بوجود حالة طوارئ وطنية كسبب للإعفاء من المسؤولية بموجب القانون الدولي واتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وباستخدام القانون الأرجنتيني، واتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ومبادئ القانون الدولي باعتباره القانون الواجب التطبيق على النزاع، بدأت المحكمة تحليلها من خلال تحديد حقوق شركة CMS وهي: (الحق في التعريف المحسوبة بالدولار وتحويلها إلى البيزو في وقت إعداد الفواتير (٢)، الحق في تعديل التعريفات وفقاً لمؤشر أسعار المنتجين الأمريكي، الحق في آليات التثبيت على النحو المنصوص عليه بموجب شروط الترخيص).

وفقاً للمحكمة كان الهدف من الإطار القانوني والترخيص، خاصة في سياق الخصخصة، هو ضمان استقرار هيكل التعريف وتعديل مؤشر أسعار المنتجين الأمريكي فيه، ومن الممكن أن يحدث تخفيض قيمة العملة في مرحلة ما، ولكن عقب ذلك سيظل هيكل التعريف سليماً ضمن إطار الاستقرار المتصور لتكيفه تلقائياً مع المستوى الجديد لسعر الصرف (٣).

نظرت المحكمة في البداية في الدفع بحالة الضرورة بموجب النظام القانوني الأرجنتيني، وخلصت إلى أن "حالة الضرورة بموجب القانون المحلي لا توفر عذراً إذا كانت نتيجة التدابير المعنية تغيير جوهر أو جوهر العقد التعاقدية" الحقوق المكتسبة، وينطبق هذا بشكل خاص إذا امتد تطبيق هذه التدابير فترة مؤقتة.

---

Jurisdiction, ١ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 275 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٢ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 38-127 (July 17, 2003).

Jurisdiction, ٣ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Objections to ICSID Case No. ARB/01/8, para. 161 (July 17, 2003).

ولاحظت المحكمة أن أي إعادة موازنة للالتزامات التعاقدية بسبب الظروف الاقتصادية في الأرجنتين "كانت متاحة بموجب القانون الأرجنتيني والترخيص، مع إمكانية استيعاب التعديلات اللازمة ضمن هيكل الضمانات المقدمة للمطالب".

ناقشت المحكمة بشكل منفصل الانتهاكات المزعومة لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ورأت أنه لم يكن هناك انتهاك للمادة الرابعة (١) (المصادرة غير المباشرة)، لأن تصرفات الأرجنتين لم ترقى إلى مستوى حرمان استثمار CMS في TGN، وبالمثل، رفضت المحكمة ادعاء شركة CMS بشأن انتهاك الأرجنتين للمادة الثانية (٢) (ب) (حظر التعسف أو التمييز)، على أساس أنه "لم يكن هناك أي ضرر، فيما يتعلق بإدارة وتشغيل الاستثمار"، ولا أي تمييز واضح في سياق صناعة نقل وتوزيع الغاز".

وجدت المحكمة أن الأرجنتين انتهكت المادة الثانية (٢) (أ) (معيار المعاملة العادلة والمنصفة)، لأن "التدابير التي تم اتخاذها تعارضت مع الضمانات المقدمة في هذا الصدد بموجب الإطار القانوني ومكوناته المختلفة كانت حاسمة بالنسبة لقرار الاستثمار"، وفي ضوء هذا الانتهاك، أعلنت المحكمة أيضاً انتهاك الأرجنتين للبند الشامل بموجب المادة ١١ (٢) (ج) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

توصلت المحكمة إلى أن الأرجنتين انتهكت المادتين ١١ (٢) (أ) و ١١ (٢) (ج) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ثم تحولت المحكمة إلى نظر دفاع الأرجنتين البديل الخاص بحالة الضرورة، وبحثت الدفاع بموجب القانون الدولي، كما تمثله المادة ٢٥ من مواد مسؤولية الدولة، ورأت أنه في سياق الأزمة الأرجنتينية، كانت بعض عناصره "حاضرة جزئياً، إلا أنه إذا تم فحص العناصر ككل، فلا يمكن استنتاج أن جميع هذه عناصر حالة الضرورة تم استيفائها"، ولعل تلك النتيجة التي توصلت إليها المحكمة متوافق مع ما جاء بالمادة ٢٥ من مواد مسؤولية الدولة.

الآن ما اثار الجدل هو تفسير المحكمة للمادتين ١١ والرابعة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وقد بدأت المحكمة تحليلها بإعلان ما اعتبرته "تصميم" اتفاقية الاستثمار الثنائية "لحماية الاستثمارات في وقت الصعوبات الاقتصادية أو غيرها من الظروف التي تؤدي إلى اتخاذ الحكومة تدابير سلبية".

ومع ذلك، تمسكت المحكمة بما جاء في نص المادة ٢٥ من مواد مسؤولية الدولة بأنه "لا يلحق الفعل ضرراً خطيراً بمصلحة أساسية للدولة أو الدول التي يوجد تجاهها الالتزام، أو للمجتمع الدولي ككل"، باعتباره عنصراً جوهرياً في مضمون اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وقد خلصت المحكمة في ذلك إلى أن الأرجنتين لم تظهر هذه الدفع.

ولم تستشهد المحكمة بأي سلطة قانونية أو أساس تفسيري لاستخدام المادة ٢٥ لتفسير مضمون اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فقد شرعت المحكمة في إجراء تفسير واسع النطاق لعبارة "المصالح الأمنية الأساسية" بموجب المادة "١١" لتبني مفهوم حالات القوة القاهرة الاقتصادية.

طلبت الأرجنتين إلغاء قرار التحكيم بموجب المادة ٥٢ (ب) و (هـ) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مدعية أن المحكمة تجاوزت صلاحياتها بشكل واضح وفشلت في ذكر الأسباب التي استند إليها قرار التحكيم (١)، وأدعت الأرجنتين أن المحكمة تجاوزت صلاحياتها بشكل واضح من خلال تحويل بند "المعاملة العادلة والمنصفة" والشرط "الشامل" في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين إلى أحكام تتعلق بالمسؤولية، وذلك من خلال عدم تفعيل المادة "١١" من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وبرفض دفاع الأرجنتين عن الضرورة بموجب قواعد القانون الدولي.

Committee on ١ MS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision of the Ad Hoc ARB/01/8, Sept. 25, the Application for Annulment of Argentina, ICSID Case No. 2007.

ورفضت اللجنة المخصصة جميع مطالبات الأرجنتين، باستثناء الغائها الفقرة الفرعية الأولى من قرار التحكيم، التي نصت على أن "المدعى عليه" الأرجنتين "انتك التزماته... بمراعاة الالتزامات المبرمة فيما يتعلق بالاستثمار المضمون في المادة الثانية (٢) (ج)" (البند الشامل) من الاتفاقية".

وجدت اللجنة أن هناك "صعوبات كبيرة في تفسير قرار المحكمة الواسع النطاق للمادة الثانية (٢) (ج)"، لأنه كما أوضحت اللجنة أن "التزام الدولة المشمولة بالمادة الثانية (٢) (ج)" غالبًا ما يكون التزامًا ثنائيًا، أو سيكون مرتبطًا بشكل جوهري بالتزامات شركة الاستثمار... إذا كان تفسير المحكمة صحيحًا، فإن الآلية الواردة في المادة ٢٥ (٢) (ب) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار غير ضرورية عندما يكون هناك بند شامل".

وبصرف النظر عن إلغاء هذا الجزء من قرار التحكيم، فقد رأت اللجنة المخصصة مع ذلك أن قرار المحكمة بانتهاك المادة الثانية (٢) (أ)، ومعيار المعاملة العادلة والمنصفة في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، كان "مبنياً على القانون الواجب التطبيق والحقائق ذات الصلة"، وقامت المحكمة بتقييم مشروعية التدابير المطعون فيها في ضوء جميع ملاسبات القضية ولم تحول المادة ١١ (٢) (أ) إلى شرط المسؤولية".

وأكدت اللجنة المخصصة بعد ذلك أنه يتعين على الأرجنتين قبول نقل ملكية أسهم TGN على النحو المنصوص عليه في قرار المحكمة، وأثناء انتظار طلب الإلغاء الذي قدمته الأرجنتين، أوقف المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تنفيذ قرار التحكيم مؤقتًا، لا سيما فيما يتعلق بخيار الأرجنتين في شراء أسهم CMS في TGN كما هو منصوص عليه في الحكم (١).

for a CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on Argentina's Request Continued Stay of Enforcement of the Award, ICSID Case No. ARB/01/8, Sept. 1, 2006.

كان قرار اللجنة المخصصة بشأن طلب الإلغاء بمثابة خروج عن الاتجاهات التفسيرية في النزعات السابقة، كما في LG&E، Sempra ، وقرار المحكمة في CMS، وقد استخدمت القرارات السابقة بدرجات متفاوتة لمبدأ الضرورة بموجب القانون الدولي (كما هو مدون بموجب المادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة) كوسيلة تكميلية لتفسير "المصالح الأمنية الأساسية" في المادة ١١ من قواعد الاتفاقية الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين. وفي المقابل، حاول قرار اللجنة المخصصة وضع فروق محددة بين المادة ١١ والمادة ٢٥ فيما يتعلق بالمحتوى الموضوعي والتشغيل والتأثيرات، وتلاحظ للجنة أن هناك بعض التشابه في اللغة المستخدمة في المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية وفي المادة ٢٥ من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدول، ويذكر النص الأول التدابير "الضرورية"، ويتعلق الثاني بـ "حالة الضرورة".

تحدد المادة ١١ الشروط التي يجوز بموجبها تطبيق الاتفاقية، في حين تمت صياغة المادة ٢٥ بطريقة سلبية، فهو يستبعد تطبيق حالة الضرورة على أساس الموضوع، ما لم يتم استيفاء بعض الشروط اللازمة الأخرى، بالإضافة إلى إن المادة ١١ تمثل شرطاً أساسياً فإذا انطبقت فإن الالتزامات الموضوعية بموجب الاتفاقية لا تنطبق، وعلى النقيض من ذلك، فإن المادة ٢٥ هي عذر لا يكون ذا صلة إلا بعد أن تقرر أنه كان هناك انتهاك لهذه الالتزامات الموضوعية (١).

علاوة على ذلك تختلف المادة ١١ والمادة ٢٥ اختلافاً جوهرياً، حيث يغطي الأول التدابير اللازمة للحفاظ على النظام العام أو حماية المصالح الأمنية الأساسية لكل طرف، دون التحفظ على هذه التدابير، والثاني يخضع حالة الضرورة لأربعة شروط، فهو يتطلب ألا يؤدي الإجراء المتخذ إلى الإضرار بشكل خطير بمصلحة أساسية للدولة أو الدول التي يوجد الالتزام تجاهها،

١ CMS Gas Transmission Co., Decision on the Ad Hoc Committee on the Application for Annulment of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, para. 129

أو للمجتمع الدولي ككل"، وهو شرط لا تتضمنه المادة ١١، فالمتطلبات المنصوص عليها في المادة ١١ ليست هي نفس المتطلبات المنصوص عليها في القانون الدولي كما هو منصوص عليه في المادة ٢٥، كما اعترفت الأطراف في الواقع أثناء جلسة الاستماع أمام اللجنة، وفي هذا العنصر تكون المحكمة قد ارتكبت خطأ قانونياً واضحاً.

فنص المادتان محل الخلاف لهما طبيعة عملية ومحتوى مختلفان، وكان من الضروري للمحكمة أن تتخذ موقفاً بشأن العلاقة بينهما وأن تقرر ما إذا كان كلاهما قابلاً للتطبيق في النزاع، إلا أن المحكمة لم تجري هذا التحليل، إذ افترضت أن المادة ١١ والمادة ٢٥ كلاهما على قدم المساواة، وبذلك ارتكبت المحكمة خطأ قانونياً آخر.

فالتساؤل الذي يثور في هذا الإطار عما إذا كانت حالة الضرورة في القانون الدولي تتعلق بمسألة عدم المشروعية أم بمسألة المسؤولية، ففي هذا النزاع أستند القانون الدولي للاستبعاد بما هو منصوص عليه في المادة ١١، فإذا كانت حالة الضرورة تعني أنه لم يكن هناك انتهاك ظاهري لاتفاقية الاستثمار الثنائية، فإنها ستكون قاعدة أساسية في القانون الدولي، وإذا اقتنعت المحكمة بالحجج المستندة إلى المادة ١١، كان ينبغي لها أن ترى أنه لم يكن هناك "انتهاك" لاتفاقية الاستثمار الثنائية.

إن تفسير المادة ١١ والمادة ٢٥ سيغيطان نفس المسائل، وكان ينبغي للمحكمة أن تطبق المادة ١١ باعتبارها القانون الخاص الذي يحكم هذه المسألة في النزاع، وليس المادة ٢٥، وعلى العكس من ذلك، إذا كانت حالة الضرورة في القانون الدولي تتعلق بمسألة المسؤولية، فستكون قاعدة ثانوية في القانون الدولي وهو الموقف الذي اتخذته لجنة القانون الدولي.

كانت المحكمة ملزمة بالنظر إذا كان هناك أي انتهاك لاتفاقية الاستثمار الثنائية وما إذا كان هذا الانتهاك مستبعداً بموجب المادة ١١، فإذا خلصت إلى وجود سلوك لا يتوافق مع الاتفاقية، سيتعين عليها أن تنظر فيما إذا كان من الممكن استبعاد مسؤولية الأرجنتين كلياً أو جزئياً بموجب القانون الدولي.

كان من الممكن أن يكون لهذين الخطأين اللذين ارتكبتهما المحكمة تأثير على الجزء التنفيذي من قرار التحكيم، وقد اعترفت شركة CMS بأن المحكمة قدمت المحكمة تفسيراً خاطئاً للمادة ١١، فالمحكمة لم تبحث ما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في المادة ١١ قد استوفيت وما إذا كانت التدابير التي اتخذتها الأرجنتين، نتيجة لذلك يمكن أن تشكل انتهاكاً لاتفاقية الاستثمار الثنائية، إذا كانت اللجنة تعمل كمحكمة استئناف فسيتمتعين عليها إعادة النظر في قرار التحكيم على هذا الأساس.

أشارت اللجنة إلى أنها لا تتمتع إلا بسلطة قضائية محدودة بموجب المادة ٥٢ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وفي ظل هذه الظروف لن تتمكن اللجنة أن تستبدل تفسيرها الخاص بالقانون وتقديرها للوقائع بنظرة المحكمة، وعلى الرغم من الأخطاء والشغرات التي تم تحديدها في قرار التحكيم، فقد طبقت المحكمة في النهاية المادة ١١ من الاتفاقية، على الرغم من تطبيقه بطريقة غامضة ومعيبة، وعليه فلا يوجد تجاوز واضح للسلطات" (١).

من العرض السابق للوقائع والدفع يتبين أن اللجنة أعطت تفسيراً غير صحيح ولم تضع حدود بين المادة ١١ والمادة ٢٥ فيما يتعلق بالمتطلبات الموضوعية لكل منهما، ادي ذلك إلى الخلط بين المتطلبات بموجب كل قاعدة لتفسير "المصالح الأمنية الأساسية" (٢).

وفقاً للجنة المختصة، فإن احجام المحكمة في بيان ما إذا كانت الشروط المنصوص عليها في المادة ١١ قد تم استيفائها قد أدى إلى التفسير الخاطئ للمادة ١١، وبالتالي فإن افتراض المحكمة بأن المادة ٢٥ والمادة ١١ كانا على "قدم المساواة" كان بمثابة "خطأ في تطبيق القانون".

Committee on ١ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, Decision on the Ad Hoc the Application for Annulment of Argentina, ICSID Case No.ARB/01/8, paras 129-26.

٢ ارتكبت المحكمة خطأ قانونياً واضحاً... فلم تتدخل المحكمة في تمييز العلاقة بين المادة ١١ والمادة ٢٥ وانطباقهما النسبي على القضية، بافتراض أن المادة ١١ والمادة ٢٥ كلاهما على قدم المساواة.



ومع ذلك، لم تتمكن اللجنة المختصة من إعطاء موقف محدد بشأن العلاقة التفسيرية التي يمكن أن تربط المادة ٢٥ بالمادة ١١.

وبدلاً من ذلك، عرضت اتجاهين محتملين لتفسير المادة ٢٥ فيما يتعلق بالمادة ١١، تمثل الاتجاه الأول في أنه يمكن النظر إلى المادة ٢٥ على أنها "قاعدة أساسية للقانون الدولي"، حيث تعني حالة الضرورة عدم وجود انتهاك ظاهري لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وستعمل كل من المادة ٢٥ والمادة ١١ ك معايير استبعاد، أو قواعد من شأنها أن تمنع حدوث انتهاك للالتزام الدولي في المقام الأول، ووفقاً للجنة المختصة فإن هذا الاتجاه سيدفع إلى تطبيق المادة ١١ باعتبارها قانوناً خاصاً، ومع ذلك فإن تأثير تطبيق المادة ١١ سيكون بتفسير إجراء "الضرورة" على أنه غير قادر على التسبب لأي انتهاك للالتزام بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

أما الاتجاه الثاني فيتعامل مع المادة ٢٥ باعتبارها "قاعدة ثانوية في القانون الدولي" تتعلق بالمسؤولية، وبموجب هذه الصيغة، ووفقاً للجنة المختصة، يتعين على المحكمة أن تتبع ما يلي: -

١. تحديد وجود أي انتهاك لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.
٢. في حالة وجود انتهاك، تحديد ما إذا كان الانتهاك يعد "مستبعداً" بموجب المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.
٣. إذا كان هناك أي انتهاك لا يمكن استبعاده بموجب أحكام المادة ١١، فهل يمكن استبعاد مسؤولية الدولة عن الانتهاك بموجب المادة ٢٥.

ينبغي التأكيد على أن اللجنة تجنبت الاختيار بين التفسيرات مبررة تحفظها من خلال الولاية المحدودة لها بموجب المادة ٥٢ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، فهذا التردد في تسوية العلاقة التفسيرية بين المادة ٢٥ والمادة ١١ من شأنه أن يثير المزيد من

الارتباك التفسيري في قرار التحكيم الصادر في ٥ سبتمبر ٢٠٠٨ في Cont'la Gas شركة ضد الأرجنتين.

يؤدي تفسير اللجنة إلى مزيد من الالتباس بأنه "إذا انطبقت المادة ١١، فإن الالتزامات الموضوعية بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لا تنطبق، وكما سنعرض في بعض القضايا والنزاعات الأخرى فإن هذه الثغرات في المنهجية التفسيرية المستخدمة للمادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين ستسبب في إشكاليات أخرى.

#### المطلب الثاني: LG&E ضد الأرجنتين

شركات LG&E الثلاث LG&E Energy Corp، LG&E Capital Corp، LG&E International Inc وجميعها الشركات المنظمة بموجب قوانين الولايات المتحدة والتي رفعت دعوى ضد الأرجنتين (١).

تمتلك مجموعة LG&E حصصًا في ثلاث شركات محلية لتوزيع الغاز في الأرجنتين (٢)، وشاركت مجموعة LG&E في عملية الخصخصة في الأرجنتين، حيث كان المستثمرون الأجانب قد تشجعت لشراء الأسهم بضمانات، مثل التعريفات المحسوبة بالدولار الأمريكي، والتعديلات التلقائية والدورية للتعريفات على أساس مؤشر أسعار المنتجين، وإطار قانوني واضح لا يمكن تعديله من جانب واحد، ومنح "التراخيص" بدلًا من "الامتيازات" بهدف تقديم أعلى درجات الحماية للمستثمرين (٣).

١ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc.v.

Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007.

Argentina, ٢ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp, and LG&E Int'l Inc. v.

Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 52 (2006).

Argentina, ٣ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp, and LG&E Int'l Inc. v.

Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 49 (2006).

في أعقاب الأزمة الاقتصادية والمالية في الأرجنتين، أعلنت الحكومة الأرجنتينية عن إعادة التفاوض الإلزامية على كافة عقود الخدمة العامة، دون عرض استعادة الضمانات القانونية التي ألغتها بموجب قانون القوة القاهرة لعام ٢٠٠٢ وغيره من التدابير الحكومية.

في طلب التحكيم، أكدت مجموعة LG&E Group على انتهاك الأرجنتين لالتزامات اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين وعد التزامها بالمادة ٢/ ج الخاصة بـ (الشرط الشامل)، المادة ٢/ أ الخاصة بـ (عدم توفير معاملة عادلة ومنصفة)، المادة ٢/ ب الخاصة بـ (اتخاذ التدابير التعسفية والتمييزية التي تعوق استخدام والتمتع باستثمارات أصحاب المطالبات، والمادة ٥/ ١ المشتركة الخاصة بـ (المصادرة غير المباشرة).

رفعت مجموعة LG&E دعوى ضد الأرجنتين بمبلغ يتراوح ما بين ٢٤٨: ٢٦٨ مليون دولار، في حالة خلصت المحكمة إلى وجود مصادرة، ورفضت المحكمة جميع اعتراضات الأرجنتين على الاختصاص القضائي في قرارها الصادر في ٣٠ أبريل ٢٠٠٤ بشأن الاعتراضات على الاختصاص القضائي (١).

ورأت المحكمة أن مجموعة LG&E تتمتع بحق التصرف كمستثمرين أجنب، حتى لو لم يقوموا بتشغيل الاستثمار بشكل مباشر في الأرجنتين، ورأت أيضًا أن مطالبات مجموعة LG&E تنطوي على نزاع ذي طبيعة قانونية ينشأ مباشرة من الاستثمار، لأنه، في المرحلة القضائية كان من المفترض أن المطالبات مبنية على الانتهاكات المزعومة لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

كما أعطت الأرجنتين موافقتها على التحكيم من خلال المادة ٧/ ٤ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، في حين أعطت مجموعة LG&E موافقتها عندما قررت تقديم

١ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., & LG&E Int'l Inc. v. Argentina, Decision on Objections to Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/1, para. 84 (30 Apr, 2004).

نزاعاتها الاستثمارية إلى اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (١)، وأخيراً رأت المحكمة أن مطالبات LG&E Group أيضاً لم تسقط بالتقادم أو يمنعها استمرار المفاوضات بين أصحاب التراخيص مع الحكومة الأرجنتينية.

وفي قرارها بشأن المسؤولية خلصت المحكمة إلى القانون الواجب التطبيق لتسوية النزاع من خلال تطبيق نص المادة ٤٢ / ١ من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع)، بما في ذلك قواعدها بشأن تنازع القوانين وقواعد القانون الدولي التي قد تكون قابلة للتطبيق".

وضعت المحكمة تسلسلاً للقوانين المطبقة على النزاع تمثل كالتالي: -

١. اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

٢. في غياب الأحكام الصريحة في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة

والأرجنتين، تطبق قواعد القانون الدولي العام.

٣. القانون المحلي الأرجنتيني.

بدأ قرار المحكمة النظر في المسؤولية بشأن ادعاءات مجموعة LG&E حول انتهاكات اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فيما يتعلق بالمادة ١١/٢ أ الخاصة بشرط (المعاملة العادلة والمنصفة)، نظرت المحكمة في البداية في طبيعة ضمانات الأرجنتين للمستثمرين، لا سيما في صناعة الغاز، وخلصت إلى أن القوانين التشريعية في الأرجنتين وشروط التراخيص نصت على أربع ضمانات محددة للمستثمرين في مراكز نقل وتوزيع الغاز وهي (يتم حساب التعريفات بالدولار الأمريكي قبل تحويلها إلى البيزو، ستخضع التعريفات لتعديلات نصف سنوية وفقاً لمؤشر أسعار المنتجين وكان الهدف من التعريفات هو توفير دخل

١ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.

ARB/02/1, para. 22.

كافٍ لتغطية جميع التكاليف ومعدل عائد معقول، وعدم خضوع نظام التعريف للتعجيل أو ضبط الأسعار دون تعويض.

وبالنظر إلى تأثير هذه الضمانات الخاصة بالصناعة في توقعات المستثمرين، رأت المحكمة أن الأرجنتين انتهكت المادة ٢/أ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين من خلال عدم منح معاملة عادلة ومنصفة للمستثمرين عندما ألغت هذه الضمانات من جانب واحد. (١)

وعلى الرغم من الصعوبات الاقتصادية التي تواجهها الأرجنتين، أصرت المحكمة على أن الأرجنتين "تجاوزن بشكل مبالغ من خلال التفتيح الكامل للإطار القانوني الذي تم إنشاؤه لجذب المستثمرين" (٢)، وكنتيجة طبيعية فإن إلغاء هذه الضمانات بموجب الإطار القانوني للأرجنتين

١ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 133.

بعد خروج الأرجنتين من الأزمة الاقتصادية في أواخر الثمانينيات، أنشأت الأرجنتين خطة للانتعاش الاقتصادي تعتمد بشكل أساسي على رأس المال الأجنبي، وأعدت الأرجنتين مع البنوك الاستثمارية إطارًا جذابًا من القوانين واللوائح التي تناولت المخاوف المحددة للمستثمرين الأجانب فيما يتعلق بالمخاطر القطرية التي تتطوي عليها الأرجنتين، في ضوء هذه المخاطر، اعتمد أصحاب المطالبات على بعض الضمانات الرئيسية في قانون الغاز واللوائح التنفيذية، مثل حساب التعريفات بالدولار الأمريكي قبل تحويلها إلى البيزو، وتعديلات مؤشر أسعار المنتجين نصف السنوية، والتعريفات الموضوعية لتوفير إيرادات كافية لتغطية جميع التكاليف ومعدل عائد معقول، والتعويض في حالة قيام الحكومة بتغيير نظام التعريف، وبعد أن خلقت توقعات محددة بين المستثمرين، أصبحت الأرجنتين مقيدة بالتزاماتها فيما يتعلق بضمانات الاستثمار تجاه حاملي تراخيص المرافق العامة، وعلى وجه الخصوص، حاملي تراخيص توزيع الغاز، إن إلغاء هذه الضمانات المحددة ينتهك الاستقرار والقدرة على التنبؤ الذي يقوم عليه معيار المعاملة العادلة والمنصفة.

٢ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 139.

ينتهك أيضًا البند الشامل بموجب المادة ٢/ ج من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

وعلى حد تعبير المحكمة، أدى إلغاء الضمانات إلى انتهاكات للالتزامات الأرجنتين تجاه استثمارات مجموعة LG&E، فقدمت الأرجنتين هذه الالتزامات للمستثمرين الأجانب، مثل LG&E من خلال سن قانون الغاز وغيره من اللوائح، وتم الإعلان عن هذه الضمانات في مذكرة الطرح لحث المستثمرين على دخول رأس المال الأجنبي لتمويل برنامج الخصخصة في قطاع الخدمة العامة، وأصبحت هذه القوانين واللوائح التزامات بالمعنى المقصود في المادة الثانية، بحكم استهداف المستثمرين الأجانب وتطبيقها بشكل خاص على استثماراتهم.

ومن ناحية أخرى قضت المحكمة بأن الأرجنتين لم تنتهك المادة ٢/ ب (المعاملة التمييزية والتعسفية)، مع الإشارة إلى أن اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لم تعرّف مصطلح "تعسفي"، وحددت المحكمة معنى المصطلح بموجب القانون الدولي ("التجاهل المتعمد للإجراءات القانونية الواجبة")، وكذلك من خلال النية الواضحة للأطراف في بند ديباجة اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين ("النظر في تأثير الإجراء على الاستثمارات الأجنبية وتوازن مصالح الدولة مع أي عبء مفروض على هذه الاستثمارات")، لاستنتاج أن تدابير الأرجنتين لم تكن "تعسفية أو تمييزية" لأنها كانت "نتيجة لحكم مسبب وليس مجرد تجاهل لسيادة القانون" (١).

رفضت المحكمة أيضًا مطالبة مجموعة LG&E بالمصادرة غير المباشرة في انتهاك للمادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ورأت المحكمة أن إلغاء

١/د عبد الحق صافي، القانون المدني "المصدر الارادي للالتزامات العقدية، ج ١ "اثار العقد"، ط ١، ٢٠٠٧،

الأرجنتين للضمانات "لا يحرم المستثمرين من حقهم في الاستمتاع باستثماراتهم... والمصالح الحقيقية المعرضة للخطر هنا هي قاعدة أصول الاستثمار" (١).

حيث أن مجموعة LG&E احتفظت بالسيطرة على أسهمها بالرغم من التقلبات في قيمة الأسهم، فلا يمكن أن يكون هناك أي مصادرة، كما رأَت المحكمة انه لم يكن من الممكن أن تتم مصادرة الملكية إلا في حالة "الحرمان الدائم والشديد من حقوق LG&E فيما يتعلق باستثماراتها، أو الحرمان شبه الكامل من قيمة استثمارات LG&E (٢).

بعد أن قررت المحكمة وجود انتهاك للمادتين ٢/أ، ٢/ج من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، شرعت في فحص دفاع الأرجنتين البديل عن الضرورة بموجب القانون الأرجنتيني، والمادتان ١١، ٤/٣ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، بالإضافة إلى القانون الدولي، وتماشياً مع حكمها السابق الذي يحدد تسلسل القانون الواجب التطبيق على النزاع، ولجأت المحكمة إلى المطالبات المقدمة بموجب المادتين ١١، ٤/٣ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

خلصت المحكمة إلى أن المادة ١١ من الاتفاقية تتوافق مع الأدلة المعروضة عليها خاصة فيما يتعلق بفهم الأطراف للمادة المشار إليها وقت توقيع الاتفاقية عام ١٩٩١ (٣)، ثم أجرت المحكمة تحليل للتوصل إلى نتيجة أن الأرجنتين "مغفأة بموجب المادة ١١ من المسؤولية عن

١ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 198.

٢ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 199-200.

٣ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case 212. No.ARB/02/1, para

أي انتهاكات للاتفاقية في الفترة ما بين ١ ديسمبر ٢٠٠١ و ٢٦ أبريل ٢٠٠٣ (١)، التي تميز التدابير التي اتخذتها الأرجنتين بتعليق حساب التعريفات الجمركية بالدولار الأمريكي وتعديل مؤشر أسعار المنتجين للتعريفات الجمركية، فضلا عن سن قانون القوة القاهرة باعتباره "وسيلة مشروعة لحماية نظامها الاجتماعي والاقتصادي" (٢).

كما رفضت المحكمة تفسير شركة LG&E الضيق لـ "المصالح الأمنية الأساسية" في الظروف التي ترقى إلى العمل العسكري والحرب دون الاستناد إلى أي مرجع قانوني (٣)، وخلصت المحكمة إلى أن المادة ١١ تشير إلى الحالات التي لا يكون أمام الدولة فيها خيار سوى اجراء التدابير، فقد يكون لدى الدولة عدة تدابير يمكن اتخاذها للحفاظ على النظام العام أو حماية مصالحها الأمنية الأساسية".

وفيما يتعلق بالمادة ٤ / ٣ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، كان التركيز التفسيري للمحكمة يؤكد على أن الدول الأطراف في الاتفاقية الثنائية تنتظر إلى حالة القوة القاهرة الوطنية كغثة منفصلة من الظروف الاستثنائية، وهو ما يتماشى مع تفسير المحكمة للمادة ١١ من الاتفاقية، وقررت المحكمة بناءً على ذلك أن الأزمة الخطيرة في الأرجنتين استمرت من ١ ديسمبر ٢٠٠١ حتى ٢٦ أبريل ٢٠٠٣، ولم يثبت للمحكمة بشكل مقنع أنه خلال تلك الفترة قد انتهكت الأرجنتين أحكام المادة ٤ / ٣ من الاتفاقية، بل على العكس من ذلك فخلال تلك الفترة التدابير التي اتخذتها الأرجنتين كانت "شاملة".

١ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 229.

٢ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case 239. No.ARB/02/1, para

٣ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case 238. No.ARB/02/1, para



قبلت المحكمة دفع الأرجنتين بأن حالة القوة القاهرة الاقتصادية التي تعاني منها يمكن بالفعل إدراجها تحت معيار "المصالح الأمنية الأساسية" وفق المادة ١١، أو معيار "حالة القوة القاهرة الوطنية" وفق المادة ٤/٣ من الاتفاقية، وعلى الرغم من أن المحكمة لم تستشهد بأي مرجع قانوني لهذا التفسير ولم توفر معياراً قانونياً لبيان لتأثير تطبيق المادة ١١، بخلاف استنتاج المحكمة بأن هذا "يعفي" الأرجنتين من المسؤولية عن الانتهاكات بموجب الاتفاقية، بالرغم من عدم تضمينه في نص المادة ١١ من أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

يزيد من تقاوم ندرة التفسير المنهجية التفسيرية والمعايير "القانونية" التي تستخدمها المحكمة فيما يتعلق بكلاً من المادة ١١، ٤/٣ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فإن المحكمة ما زالت تشرع في الإشارة إلى مبدأ القانون الدولي المتمثل في الضرورة ممثلة بالمادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة بالمعنى "الداعم" (١).

تعرضت المصالح الأساسية لدولة الأرجنتين للتهديد في الأول ديسمبر ٢٠٠١، وواجهت تهديداً خطيراً لوجودها بقاءها السياسي والاقتصادي، وإمكانية الحفاظ على خدماتها الأساسية، والحفاظ على سلامتها الداخلي، فلا يوجد دليل أن الأرجنتين قد ساهمت في الأزمة التي أدت إلى حالة

١ في التحليل السابق، قررت المحكمة أن الظروف التي كانت سائدة في الأرجنتين في الفترة من ١ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠١ حتى ٢٦ نيسان/أبريل ٢٠٠٣ كانت تسمح بإعفاء الأرجنتين من المسؤولية عن الانتهاك المزعوم لالتزاماتها بموجب الاتفاقية بسبب تدابير الاستجابة التي سنتها.

إن مفهوم إعفاء الدولة من المسؤولية عن انتهاك التزاماتها الدولية خلال ما يسمى "حالة الضرورة" أو "حالة القوة القاهرة" موجود أيضاً في القانون الدولي.

في حين ترى المحكمة أن الحماية التي توفرها المادة ١١ قد تم تفعيلها في هذه القضية، وهي كافية لإعفاء الأرجنتين من المسؤولية، فإن المحكمة تعترف بأن استيفاء معيار حالة الضرورة كما هو موجود في القانون الدولي (الوارد في المادة ٢٥ من ميثاق الأمم المتحدة) (مسودة مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدولة) تدعم استنتاجات المحكمة.

الضرورة، وفي هذه الظروف كانت حزمة التي سنتها الأرجنتين للتعافي الاقتصادي هي الوسيلة الوحيدة استجابة للأزمة.

وعلى الرغم من احتمالية وجود العديد من الطرق البديلة لإنعاش الاقتصاد، فإن الأدلة المعروضة على المحكمة تثبت أن الاستجابة الشاملة كانت ضرورية، وكان لا بد من معالجة الأزمة المفروضة على المرافق العامة، ولا يمكن الادعاء بأن حقوق أي دولة أخرى قد تضررت بشكل خطير بسبب التدابير التي اتخذتها الأرجنتين خلال الأزمة، ولذلك وبناءً على ما سبق تعفي المادة ١١ من الاتفاقية الأرجنتين من المسؤولية عن التدابير المتخذة أثناء حالة الضرورة. أن هذا التحليل المتعلق بالمادة ٢٥ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة لا يؤسس بمفرده دفاع الأرجنتين، فإنه يدعم تحليل المحكمة فيما يتعلق بمعنى شرط المادة ١١، بأن التدابير التي نفذتها الأرجنتين كانت ضرورية للحفاظ على النظام العام أو لحماية مصالحها الأمنية الأساسية، وقد كان من الواضح أن المحكمة دمجت المحتوى الموضوعي للمادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة باعتبارها وسيلة تكميلية لتفسير المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

وفي إشارة إلى واجب التعويض بموجب المادة ٢٧ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة، أوضحت المحكمة أنها ترى أن المادة ١١، تحدد حالة الضرورة كأساس لاستثناء فعل الدولة من عدم المشروعية، وبالتالي فإن الدولة معفاة من المسؤولية، فهذا الاستثناء مناسب فقط في حالات الطوارئ، وبمجرد التغلب على الوضع واستعادة درجة معينة من الاستقرار لن تكون الدولة معفاة من المسؤولية عن أي انتهاك لالتزاماتها بموجب القانون الدولي وستستأنفها على الفور.

وكانت آثار استنتاج المحكمة بوجود حالة الضرورة أنها قررت أن "جميع التدابير التي اتخذتها الأرجنتين انتهاكاً للاتفاقية قبل الفترة التي سادت فيها حالة الضرورة وبعدها، ستكون لها جميع

آثارها ويجب أن تأخذ في الاعتبار عند تقدير الأضرار، وأيضاً التمييزات بشأن النطاق لتحديد التعويض، والأضرار التي لحقت أثناء حالة الضرورة التي يجب أن يتحملها المستثمر. وبمجرد انتهاء حالة الضرورة في ٢٦ أبريل ٢٠٠٣، كان على الأرجنتين "إعادة إنشاء نظام التعريف المقدم لشركة LG&E أو، على الأقل، كان ينبغي عليها تعويض أصحاب المطالبات عن الخسائر المتكبدة بسبب التدابير المعتمدة قبل وبعد حالة الضرورة، ومن ثم فإن قرار المحكمة بشأن المسؤولية أدخل انقساماً زمنياً في تحديد مسؤولية الأرجنتين، حيث سيتم إعفاء الأرجنتين من دفع التعويضات عن الأضرار المتكبدة في الفترة من ١ ديسمبر ٢٠٠١ إلى ٢٦ أبريل ٢٠٠٣، عندما كانت الأرجنتين في حالة الضرورة، ومع ذلك فهي مسؤولة عن التعويض عن المخالفات التي تقع خارج مدة الضرورة.

تم تحديد مبلغ التعويض المستحق على الأرجنتين لمجموعة LG&E في حكم المحكمة الصادر في ٢٥ يوليو ٢٠٠٧ (١)، وطالبت مجموعة LG&E بتعويض كامل عن الأضرار التي لحقت بها بما في ذلك القيمة السوقية الكاملة لخسارتها، والفائدة المركبة قبل وبعد قرار المحكمة بسعر تجاري معقول والتكاليف والمصاريف المرتبطة بإجراءات التحكيم.

عارضت الأرجنتين تقييم مجموعة LG&E، مشيرة إلى عدم كفاية الأساليب المستخدمة، والتعسف في اختيار تواريخ التقييم، والإثراء غير العادل لمجموعة LG&E، وتأثير المخاطر في استبعاد تعويضات مجموعة LG&E، ورأت المحكمة أن المعيار المطبق للتعويض هو "التعويض الكامل" على النحو المنصوص عليه في قضية مصنع Chorzbw والمادة ٣١ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة.

رفضت المحكمة معيار القيمة السوقية العادلة المشار إليها في المادة ٤ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين باعتبارها غير قابلة للتطبيق على انتهاك معايير

25, 1 LG&E Energy Corp. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/02/1 (July 2007).

الاتفاقية الأخرى، وبدلاً من ذلك اعتمدت معيار "الخسارة الفعلية" المتكبدة "كنتيجة" للأفعال غير المشروعة كمقياس مناسب للتعويض أو مبلغ أرباح الأسهم التي كانت مجموعة LG&E ستحصل عليها لولا إلغاء الضمانات المحددة (١).

باستخدام هذا المعيار منحت المحكمة مبلغ ٥٧.٤ مليون دولار أمريكي لمجموعة LG&E عن الأضرار التي تكبدتها نتيجة لانتهاك المدعى عليه المستمر لالتزاماته بموجب الاتفاقية في الفترة ما بين ١٨ أغسطس ٢٠٠٠ و ٢٨ فبراير ٢٠٠٥، بما في ذلك الفوائد حتى تاريخ صدور قرار التحكيم (٢).

المطلب الثالث: قضية Continental Casualty Company ضد الأرجنتين

شركة Continental Casualty هي شركة أمريكية تابعة لشركة CNA Financial Inc. وهي أمريكية أيضاً، وهي المالك بنسبة ٩٩.٩٩٩٥% لشركة CNA ART شركة أرجنتينية تقدم خدمات تأمين تعويضات العمال في الأرجنتين، احتفظت CNA ART بمحفظة من الأوراق المالية الاستثمارية تتكون بشكل أساسي من الودائع النقدية وأذون الخزانة والسندات الحكومية (٣).

قبل مارس ٢٠٠١، كانت هذه الأصول مقومة بالبيزو الأرجنتيني والتي كانت قابلة للتحويل بالكامل إلى الدولار الأمريكي، وبعد مارس ٢٠٠١ استثمرت شركة CNA ART في أصول منخفضة المخاطر بالولايات المتحدة بقيمة إجمالية قدرها ١٠٠,٩٩٨,٠٠٠ دولار أمريكي.

١ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 41-55.

٢ LG&E Energy Corp. v. Argentina, Decision on Liability, ICSID Case No.ARB/02/1, para. 109.

٣ Continental Casualty Company v Argentina, Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008.

تتطلب اللوائح الأرجنتينية الخاصة بعمليات التأمين الخاصة بشركة CNA ART بشكل عام استثمار رأس المال بالكامل داخل الأرجنتين، ومع ذلك ابتداءً من ديسمبر ٢٠٠١، قامت الأرجنتين بسن العديد من القوانين والتدابير المعروفة مجتمعة باسم نظام مراقبة رأس المال (١)، ووفقاً لشركة كونتيننتال فقد كانت التدابير "تدمرت الأمن القانوني للأصول" وأحبطت قدرة شركة CNA ART على التحوط ضد مخاطر انخفاض قيمة البيزو.

ادعت شركة Continental أن شركة CNA ART تكبدت خسارة في قيمة أصولها بسبب نظام مراقبة رأس المال، وعندما رفعت شركة كونتيننتال مطالبتها ضد الأرجنتين أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أكدت شركة كونتيننتال وجود أربع انتهاكات لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تمثلت في: -

١. المساس بالشرط الشامل، أو شرط مراعاة الالتزامات بموجب المادة الثانية (٢) (ج).

ووفقاً للمحكمة، فقد أشارت إلى أن التدابير هي كما يلي:

التدابير التي منعت الودائع (تجميد البنوك المؤقت)، مما أدى إلى تقييد شديد للحق في سحب الأموال (المرسوم ١٥٧٠).

التدابير التي تحظر تحويل الأموال إلى الخارج وصرفها بعملات قابلة للتحويل والتحويل بحرية (المرسوم ١٥٧٠).

التدابير التي أنهت قابلية تحويل البيزو وربطه بالدولار الأمريكي بسعر الصرف الثابت ١:١ (قانون القوة القاهرة رقم ٢٥٥٦١ والمرسوم ٢/٢٦٠).

- تم استبداله بنظام الصرف المزدوج على أساس ١.٤ بيزو مقابل دولار أمريكي واحد، وسمح لاحقاً بتخفيض قيمة العملة إلى ما يقرب من ٤ بيزو مقابل دولار أمريكي واحد؛ التدابير التي أعادت جدولة الودائع لأجل وخفض أسعار الفائدة (القرار ٦).

التخصيص (التحويل القسري) للعقود القائمة المقومة بالدولار والديون الخاصة أو الحكومية، بمعدل ١.٤٠ بيزو لكل دولار أمريكي اسمي بالنسبة للأخيرة والودائع المالية، بينما في جميع الحالات الأخرى تم التحويل بالقيمة الاسمية (المرسوم ٢١٤، مرسوم ٤٧١، مرسوم ٦٤٤).

التخلف عن سداد الدين الحكومي وإعادة جدولته من جانب واحد (القرار ٧٣).

٢. شرط توفير المعاملة وفقاً للقانون الدولي (المعاملة العادلة والمنصفة، الحماية الكاملة للأمن، شرط الدولة الأكثر رعاية) بموجب المادتين ١١ / ٢ / ب، ٢ / ٢ / أ.

٣. شرط السماح بالتحويلات المتعلقة بالاستثمار دون تأخير بموجب المادة الخامسة من الاتفاقية الثنائية.

٤. اشتراط دفع تعويض عن أعمال المصادرة بموجب الاتفاقية الثنائية.

دحضت الدفاعات التي قدمتها الأرجنتين للانتهاكات السالفة الذكر، وأشارت في دفاعاتها إلى:

أولاً: تمسكت الأرجنتين بعدم وجود أي انتهاك للشرط الشامل، كونه لا ينطبق على العقود المبرمة بين CNA والأرجنتين، فقد كان يهدف البند الشامل إلى "حماية الالتزامات التي تعهدت بها الأرجنتين في مواجهة المستثمرين الأجانب المحميين بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية، وليس الالتزامات التعاقدية" (١).

ثانياً: زعمت الأرجنتين بعدم انتهاك معيار المعاملة العادلة والمنصفة، حيث يجب تطبيق المعيار "مع الأخذ في الاعتبار بشكل خاص الظروف التي تم في ظلها تبني تدابير نظام مراقبة رأس المال"، ووفقاً للأرجنتين فإن "المعاملة العادلة والمنصفة هي الحد الأدنى من المعاملة الدولية"، وهو معيار يعني "المعقولة والتناسب وعدم التمييز"، وادعت أن إجراءات نظام مراقبة رأس المال كان متناسب واتسم بالمعقولة وغير موجهة ضد مستثمر محدد، حيث أعادت إنشاء "التوازن بين جميع الوكلاء الاقتصاديين" و"أعدت تكييف الظروف مع الوضع الاقتصادي السائد".

2008, ١ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, para. 295.

ثالثاً: ادعت الأرجنتين أنه لم يكن هناك أي انتهاك لشرط السماح بالتحويلات المرتبطة بالاستثمار، لأن الأرجنتين كانت تسمح بهذه التحويلات في أوقات أخرى، فخلال بعض الفترات من الأزمة المالية الأرجنتينية، كان الترخيص مطلوباً لإجراء التحويلات، لكن لم تطلب شركة Continental أو CNA ART مثل هذا الترخيص على الإطلاق" (١).

رابعاً: ادعت الأرجنتين إنه لا يمكن أن يكون هناك أي مصادرة للملكية على النحو المنصوص عليه في المادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار الثنائية، لأنه لم يؤثر أي من تدابير نظام مراقبة رأس المال على قيمة استثمار شركة Continental في شركة CNA ART، بموجب ذلك لا تستطيع شركة Continental المطالبة بالتعويض عن الأضرار للاستثمارات شركة CNA ART، ولكن الحق فقط عن الأضرار المتعلقة بمساهمات شركة Continental في شركة CNA (٢).

أخيراً أكدت الأرجنتين أنه في حالة اكتشاف المحكمة لانتهاك أي من أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين المذكورة أعلاه، تتمسك بدفاعاتها البديلة بناءً على المادتين ١١ والرابعة (٣) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين (٣).

2008, ١ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, para 54.

2008, ٢ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, para 55.

٣ فقد نصت المادة ١١، ٣/٤ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين علي: - "لا تحول هذه الاتفاقية دون تطبيق أي من الطرفين للتدابير اللازمة للحفاظ على النظام العام، أو الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بحفظ أو استعادة السلام أو الأمن الدولي، أو حماية مصالحه الأمنية الأساسية". "مواطنو أو شركات أي من الطرفين الذين تتعرض استثماراتهم لخسائر في أراضي الطرف الآخر بسبب الحرب أو غيرها من النزاعات المسلحة أو الثورة أو حالة القوة القاهرة الوطنية أو التمرد أو الاضطرابات المدنية أو غيرها من الأحداث المماثلة، يجب أن يتمتعوا بمعاملة لا تقل تفضيلاً من تلك الممنوحة لمواطنيها أو شركاتها

بعد دراسة المحكمة لواقع الاقتصاد الأرجنتيني وتطور الأزمة المالية في الأرجنتين، شرعت في حل مطالبات شركة كونتيننتال بشأن الأسس الموضوعية من خلال البدء بمناقشة المادة ١١ فيما يتعلق بمبدأ حالة الضرورة بموجب القانون الدولي بموجب المادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة، والمشار إليه في الفقرة ١٦٤ من قرار التحكيم، حيث كررت المحكمة موقف اللجنة المخصصة بنظر النزاع في قرار CMS للغاز بشأن طلب الإلغاء، والذي وصف المادة ١١ بأنها قاعدة استبعاد تعمل على منع تطبيق الالتزامات الموضوعية بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، يشير معنى القاعدة إلى جانب موضوع الحكم والغرض منه إلى أن أيّاً من الطرفين لن ينتهك التزاماته في معاهدات الاستثمار الثنائية إذا تم اتخاذ أي إجراء بشكل صحيح لأنه كان ضرورياً (١)، بقدر ما هو مناسب هنا، إما "لحفاظ على النظام العام" أو "لحماية المصالح الأمنية الأساسية" للطرف الذي يتبنى مثل هذه التدابير.

إن مثل هذه التدابير تقع خارج نطاق الاتفاقية بموجب المادة ١١ بحيث لا ينتهك الطرف الذي يتخذها أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية ذات الصلة... والمادة ١١ تقيد أو تنتقص من الالتزامات الجوهرية التي تعهدت بها أطراف اتفاقية الاستثمار الثنائية بقدر استيفاء شروط الاحتجاج بها (٢).

أو لمواطني أو شركات أي دولة ثالثة، أيها كانت المعاملة الأكثر رعاية، فيما يتعلق بأي تدابير تعتمدها فيما يتعلق بهذه الخسائر".

١ تم تفسيره هنا بموجب المادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات المؤرخة في ١٩٨٠.

٢ "وبالتالي فإن هذه المحكمة تسعي إلي قبول موقف لجنة الإلغاء المخصصة في قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (CMS) ضد الأرجنتين، حيث تنص على ما يلي: "المادة ١١ هي شرط: فإذا انطبقت، فإن الالتزامات الموضوعية بموجب الاتفاقية لا تنطبق، وعلى النقيض من ذلك، فإن المادة ٢٥ هي عذر لا يكون ذا صلة إلا بعد أن تقرر أنه كان هناك انتهاك لهذه الالتزامات الموضوعية، فمن ناحية إذا كانت المادة ١١ قابلة للتطبيق لأن التدبير المعني كان ضرورياً لحماية المصلحة الأساسية المضمونة، فإن الاتفاقية لا تنطبق



تم تعريف المادة ١١ على أنها شرط وقائي، وإنها تعترف "بالحقوق المحفوظة"، أو اتخاذ تدابير "غير محظورة" يمكن أن تلجأ إليها الدولة الطرف المتعاقدة (١)، أكدت المحكمة أن هناك "روابط" مفاهيمية بين المادة ١١ والمادة ٢٥، حيث أن "كلاهما يعزز توفير المرونة في تطبيق الالتزامات الدولية، مع الاعتراف بأن ضرورة حماية المصالح الوطنية ذات الأهمية القصوى قد تبرير إلغاء التزام أو تعليقه أو منع المسؤولية من الإخلال به"، وقد لاحظت المحكمة أن "النتيجة العملية لتطبيق المادة ١١ بدلاً من المادة ٢٥، قد تكون هي ذاتها التغاضي عن السلوك الذي قد يكون غير قانوني لولا ذلك وبالتالي إزالة مسؤولية الدولة".

اتخذت المحكمة في البداية قرارها بشأن الأسس الموضوعية من خلال تطبيق المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ثم فسرت نص المادة ١١ على أنها تشمل تدابير نظام مراقبة رأس المال في الأرجنتين، لأنها تنطوي على "الحفاظ على النظام العام" وحماية "المصالح الأمنية الأساسية" للأرجنتين.

فسرت المحكمة "النظام العام" على أنه مرادف لـ "السلام العام" في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وهو ما يتوافق مع النظام العام الفرنسي (٢)، من ناحية أخرى فقد ثبت أن تفسير المحكمة لمصطلح "المصالح الأمنية الأساسية" بموجب المادة ١١ كان غير

---

على هذا التدبير، ومن ناحية أخرى إذا اضطرت دولة ما بالضرورة إلى اللجوء إلى تدبير ينتهك التزاماً دولياً ولكنه يمثل للمتطلبات الواردة في المادة ٢٥ من قانون القانون الدولي، فإن الدولة تتهرب من المسؤولية التي قد تنشأ لولا ذلك عن هذا الانتهاك".

١ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, 2008, para 164

٢ تحت هذا العنوان الدال على السلام العام فقد تكون "الإجراءات اللازمة بشكل صحيح من قبل الحكومة المركزية للحفاظ على أو استعادة السلام المدني والحياة الطبيعية للمجتمع، لمنع وقوع الأعمال غير القانونية والاضطرابات التي قد تنتهك هذا السلم المدني وربما تهدد النظام القانوني، حتى عندما يكون ذلك بسبب الصعوبات الاقتصادية والاجتماعية الكبيرة، تقع ضمن التطبيق بموجب المادة الحادي عشر".

واضح، بينما اعترفت المحكمة بالفروق المفاهيمية بين المادة ٢٥ والمادة ١١، يشير تحليل قرار التحكيم إلى أن المحكمة لا تزال تستخدم مبدأ القانون الدولي بشأن حالة الضرورة لتفسير تحديد دوافع ومحتوى "المصالح الأمنية الأساسية" بموجب المادة ١١ (١)، ووفقاً للمحكمة، يمكن تفسير "المصالح الأمنية الأساسية" ضمن نفس القبول "لمجموعة واسعة من المصالح" بموجب المادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة (٢).

خلافاً لشرط "الخطر الجسيم والوشيك" بموجب المادة ٢٥، فقد فرضت المحكمة حداً أدنى للتدابير التي تغطيها المصالح الأمنية الأساسية بموجب المادة ١١، فنصت في قرارها على أنه "لا تتطلب حماية المصالح الأمنية الأساسية التي تعترف بها المادة ١١ حدوث "انهيار كامل" للبلاد أو حدوث "وضع كارثي" قبل أن تتمكن السلطات الوطنية المسؤولة من اللجوء إلى حمايتها، ولا يتطلب الاحتجاج بهذا البند أن يكون الوضع قد تدهور بالفعل إلى وضع يدعو إلى تعليق الضمانات الدستورية والحريات الأساسية".

١ (يجب اعتبار تعليق لجنة القانون الدولي على المادة ٢٥ ليس فقط تفسيراً أكثر دقة لمصطلح "ضروري" فيما يتعلق بالاحتجاج بالدفاع عن الضرورة بموجب القانون الدولي، ولكن أيضاً كمياري ينطبق في تفسير المادة ١١ من هذه المادة القليل).

٢ أما فيما يتعلق بـ "المصالح الأمنية الأساسية"، فمن الضروري التذكير بأن القانون الدولي ليس غافلاً عن اشتراط أن تكون الدول قادرة على ممارسة سيادتها لصالح سكانها بعيداً عن التهديدات الداخلية والخارجية لأنها والحفاظ على نظام داخلي سلمي.

ومن المعروف أن مفهوم الأمن الدولي للدول في النظام الدولي بعد الحرب العالمية الثانية كان المقصود منه ليس فقط تغطية الأمن السياسي والعسكري، بل أيضاً الأمن الاقتصادي للدول وسكانها. إن ديباجة ميثاق الأمم المتحدة، بل والأكثر أهمية بالنسبة لهذه الحالة، ديباجة صندوق النقد الدولي، تدعم هذا النهج.

وكما أشارت لجنة القانون الدولي، فقد احتجت الدول بضرورة "حماية مجموعة واسعة من المصالح، بما في ذلك حماية البيئة، أو الحفاظ على وجود الدولة وشعبها في وقت القوة القاهرة العامة، أو ضمان سلامة السكان المدنيين".

أشارت المحكمة إلى أن المادة ١١ مستمدة من نموذج اتفاقية الاستثمار الثنائية الأمريكية ومعاهدات الصداقة والتجارة والملاحة الأمريكية (FCN) ، فقد استندت المحكمة إلى الاشتقاق المفترض لمعاهدات FCN الأمريكية من المادة العشرين من اتفاقية الجات ١٩٤٧ لتبرير الإشارة إلى الجات والسوابق القضائية لمنظمة التجارة العالمية، وبالتالي واجهة المحكمة مهمة تحديد محتوى مفهوم الضرورة في المادة ١١، من أجل تحديد ما إذا كانت التدابير المختلفة التي اعترض عليها المدعي ضرورية بالفعل.

فيما يتعلق بحالة الضرورة المطلوبة لتطبيق اتفاقية الاستثمار الثنائية، للأسباب المذكورة أعلاه والمتعلقة بالدور المختلف للمادة ١١ والدفاع عن الضرورة في القانون الدولي، فإن المحكمة لا تشارك الرأي بأن "الاتفاقية لا يمكن فصلها عن معيار القانون الدولي فيما يتعلق بشروط تفعيل حالة الضرورة"، وبما أن نص المادة ١١ مستمد من البند النموذجي الموازي لمعاهدات FCN الأمريكية وهذه المعاهدات بدورها تعكس صياغة المادة العشرين من اتفاقية الجات ١٩٤٧، فإن المحكمة ترى أنه من الأنسب الإشارة إلى السوابق القضائية الخاصة باتفاقية الجات، التي تناولت على نطاق واسع مفهوم ومتطلبات الضرورة في سياق التدابير الاقتصادية التي تنتقص من الالتزامات الواردة في اتفاقية الجات، بدلاً من الإشارة إلى شرط الضرورة بموجب القانون الدولي.

ثم استشهدت المحكمة بالسوابق القضائية الخاصة باتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية لتبرير منهجيتها في تفسير "التدابير الضرورية" بموجب المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وحددت معيار "الضرورة" في سياق "وتقييم ما إذا كانت تدابير (نظام مراقبة رأس المال) قد ساهم مادياً في تحقيق أهدافها المشروعة بموجب المادة ١١

من اتفاقية الاستثمار الثنائية، أي حماية المصالح الأمنية الأساسية لاتفاقية الاستثمار الثنائية الأرجنتين في الأزمة الاقتصادية والاجتماعية التي كانت تواجهها" (١).

قدمت المحكمة لتطبيق المعيار المشار إليه مجموعة من المحددات القائمة على المصلحة والقيمة، لتحديد ضرورة اتخاذ إجراء بأنه يجب تحديد ضرورة الإجراء من خلال "عملية موازنة العوامل" والتي تتضمن عادةً تقييم عوامل ثلاثة هي (الأهمية النسبية للمصالح أو القيم التي تعززها التدابير المعترض عليها، ومساهمة الإجراء في تحقيق الغايات التي يسعى إليها، الأثر التقييدي لهذا الإجراء على التجارة الدولية) (٢).

بموجب هذا المفهوم الأوسع للضرورة، خلصت المحكمة إلى أن تدابير نظام مراقبة رأس المال كانت "حتمية أو لا مفر منها"، وأنها "لا غنى عنها"، وأنها "تمثل حالة مادية أو حاسمة من أجل حل الأزمة بشكل إيجابي، ومنع الانهيار الكامل للنظام المالي، وانهيار الاقتصاد والتهديد المتزايد على المجتمع الأرجنتيني وللمساعدة بشكل عام في التغلب على الأزمة" (٣).

في حين رأت المحكمة أن المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين يمكن الاحتجاج بها لتبرير كافة التدابير التي اتخذتها الأرجنتين، فقد كان الإجراء الوحيد الذي تم اتخاذه خارج نطاق المادة ١١ هو إعادة هيكلة الحكومة الأرجنتينية لأذون

١ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, 2008, 196. para

٢ (Appellate Body Report, Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled, and Frozen Beef, para. 164, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R (Dec. 11, 2000).

٣ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, 2008, 197. para

الخرزانة، والتي تضمنت عرض مقايضة في تاريخ لاحق، مع نسبة مئوية مخفضة من القيمة الأصلية للدين، ومشروطة بالتنازل عن أي حقوق أخرى لمالك الورقة المالية (المستثمر) (١). بعد تحديد مدى انطباق المادة ١١ على جميع تدابير نظام مراقبة رأس المال، شرعت المحكمة بعد ذلك في تحديد وجود أي انتهاك لاتفاقية الاستثمار الثنائية كما ادعت شركة Continental، فمن الجدير بالذكر أن المحكمة رفضت كل الانتهاكات التي زعمتها شركة Continental، وذلك بناءً على أسس تتعلق بشركتي Continental، CNA ART.

رأت المحكمة أن الأرجنتين لم تنتهك المادة الخامسة (حرية النقل)، نظراً لأن نوع التحويل الذي ادعت شركة كونتيننتال أنه تم حظره كان في الواقع "مجرد تغيير في النوع والموقع والعملة لجزء من الاستثمار الحالي للمستثمر"، أي جزء من الأموال المتاحة بحرية، والمحتفظ بها على المدى القصير في بنوكها، وفيما يتعلق بادعاء كونتيننتال بانتهاك المادة الثانية ٢/أ (المعاملة العادلة والمنصفة)، فحصت المحكمة العديد من الحقائق العملية للتأكد من وجود الانتهاك، منها (خصوصية التعهد المزعوم الاعتماد عليه، البيانات التشريعية العامة التي تولد توقعات منخفضة، خاصة مع كبار المستثمرين الدوليين في إطار المخاطر السياسية، التعديل الأحادي الجانب للتعهدات التعاقدية من قبل الحكومات، مركزية الاستثمار المحمي وتأثير التغييرات على تشغيل الأعمال المملوكة للأجانب بشكل عام بما في ذلك ربحيتها).

وأن كنا نميل إلي أنه ليس هناك خطر لا يمكن توقع حدوثه علي الإطلاق، فإذا تم الاشتراط ألا يكون الحدث متوقعاً حدوثه علي الاطلاق فان هذا يعني أنه من الصعوبة التحقق من حالة القوة القاهرة في الواقع، فالقول بأن تصرف الغير كان غير متوقع فأن الأمر يعني بعدم توقع هذا التصرف وأن كانت فرصت حدوثه منخفضة تدعو إلي تجاهله، فعدم القدرة علي التوقع أمر

١ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, 2008, 221. para

نسبي وينبغي إسناده إلي الشخص المعتاد لتحديده وقياسه (١)، وليس ألي معيار الشخص الأكثر يقظه وحرصاً (٢)، كما أن الوقت المعتبر فيما يتعلق بعدم القدرة علي توقع وقوع الحدث هو وقت نشوء الالتزام وهو امر خلاف ما هو معمول به في حالة القوة القاهرة من أجل نفي المسؤولية، فالوقت المعتبر هنا هو وقت وقوع الحادث، فتطبيق شرط عدم التوقع علي الحادث وثت التعاقد في ازمة الديون السيادية فأن الأمر يثير التساؤل حول هل الازمات الاقتصادية السابقة تعد من الأمور التي من الممكن توقعها من جانب المدين، وهل تكرار تلك الازمات يجعلها أمراً متوقعاً، وما هو والقوت المعتبر في اعتبار ازمة الديون السيادية أمراً متوقعاً؟ أن أزمات الديون السيادية السابقة لا تعني أن المدين كان عليه توقع حدوثها، ذلك أن معيار وقوة الازمات تختلف من دولة إلي أخرى حسب المخاطر التي تتعرض لها الدول، كما لا يمكن تحديد وقت ظهور تلك الازمات أو انتهائها بصورة دقيقة، أما مسألة تكرار الازمات الاقتصادية فهل يعني الامر ان يتوقع المدين ظهوره في المستقبل، بحيث إذا ظهرت الازمة مجدداً لا يكون من حق المدين الاحتجاج به كقوة القاهرة لنفي مسؤوليته التعاقدية.

أن الازمات الاقتصادية وبخاصة الديون السيادية لم تكن معروفة منذ وقت بعيد، وبالتالي فأن دراسة مسألة تكرار تلك الازمات وتأثيرها علي تحقق شرط عدم التوقع المتطلب لقيام حالة القوة القاهرة أو الضرورة ليست لها أهمية علي الرغم من كونها تصبح ذات أهمية في حالة تكرارها في المستقبل، ولمعرفة مدي تحقق شرط عدم التوقع، ومن ثم فإنه لا يمنع تكرار الازمات الاقتصادية من الاحتجاج بها كقوة القاهرة إذا ما اتخذت نطاق أقوى أو لم يكن بالإمكان توقعها

د١/ محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، الامارات، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٢٣٧.  
د٢/ محمد عبد الصاحب الكعبي، المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية "دراسة مقارنة"، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩، ص ١٠٧.

وقت نشوء الالتزام وهو الرأي الذي اتخذه أغلب الفقهاء (١)، أو اذا كان من غير المتصور حدوثها الا بسبب وجود سبب خاص يدعو إلي ذلك، أما الوقت الذي تعد الازمة الاقتصادية فيه أمراً متوقفاً، فأنا ننعني الوقت الذي لا يمكن للمدين بعده الاحتجاج بالازمة الاقتصادية كقوة قاهرة لأنه أصبح أمر متوقع.

فإذا كان السؤال المثار حول عدم توقع حدوث الازمة الاقتصادية حتي وان كانت هناك بوادر واضحة تم الإعلان عنها من قبل الدولة، فاذا ما كان هناك التزام تم عقب الإعلان هل يمكن للمدين بالالتزام الاحتجاج بأزمة الاقتصادية باعتبارها قوة قاهرة لنفي مسؤوليته عن عدم التنفيذ، علي اسا لأنه لم يتوقع حدة هذه الازمة، بالنظر إلي ذلك يحق له ذلك، حيث سبق أن قضت محكمة النقض المصرية في أحكام مماثلة بأن "مخاطر البحر وإن كانت تصلح في ذاتها سبباً اتفاقياً للإعفاء من المسؤولية ولو كانت متوقعة الحدوث او يمكن الدفع بها الا ان هذه المخاطر اذا بلغت من الشدة مدي يجعلها غير متوقع الحدوث أو غير مستطاع دفعها لأنها تعد من قبيل القوة القاهرة التي تصلح سبباً قانونياً للإعفاء" (٢)، ولما كانت بعض الاستثمارات البحرية عرضه لهذه المخاطر فمن ثم يمكن اعتباره هذه المخاطر قوة قاهرة طالما لم يتم توقع شدتها، والامر غير متوقف علي فقط علي الحالات التي تم الإعلان عنها قبل الالتزام بل يصح تطبيقها علي كل الحالات، فلو أن الازمة الاقتصادية وجدت لفترة ثم أمكن تجاوزها فمن الممكن أن تكون قوة قاهرة اذا كان نطاق شدتها غير متوقع واذا لم يوجد سبب خاص لوقوعها.

أما تلك الالتزامات التي تم ابرامها عقب حدوث الازمات الاقتصادية في البلدان المستضيفة فاذا ما كانت تلك الازمات معروفة بصورة لا تخفي على الشخص المعتاد او الشخص شديد اليقظة

١ د/ عزالدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٢٥.

٢ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣١، جلسة ١٧/٥/١٩٦٦، المكتب الفني، س ١٧، ص ١١٢٩.

والتبصر حسب ما حكمت به محكمة النقض المصرية وكما هو مشار إليه سابقاً فإن الامر في هذه الحالة يصبح أمراً متوقعاً ومن ثم لا يمكن الاحتجاج بحالة الضرورة أو القوة القاهرة، أما بشأن الجهة التي يعد إعلانها عن وجود ازمة اقتصادية سبباً في نفي عدم القدرة علي توقعه وبالتالي اعتباره قوة قاهرة، فهل هي المنظمات الدولية الاقتصادية المسئولة، أم الدولة، ففي الحالة الاولي فاذا ما كانت المؤسسات الدولية الاقتصادية هي المسئولة عن الإعلان عن تلك الازمات التي تتعرض لها البلاد فأى وقت يمكن الاعتداد به لاعتبار الازمة قائمة، هل هو وقت الإعلان عن وجودها أم وقت الإعلان عن أثر هذه الازمة علي الوفاء بالديون الخاصة بها، وأذا ما كانت الدولة المعلنة عن تلك الازمة، فهل الدولة التي يحمل المدين جنسيتها أو الدولة التي يقيم فيها أم الدولة التي سيتم تنفيذ الالتزام عليها، وهل يمكن التعويل علي وسائل الاعلام المختلفة بخلاف الجهات الرسمية في الإعلان عن الازمات الاقتصادية، ومن خلال تلك التساؤلات يقودنا الأمر حتماً إلي ضرورة أخذ كل حالة من الحالات علي حدة في الفحص والتفسير، ووفق ما سبق فإنه في كل الحالات يجب توافر شرط عدم القدرة علي التوقع لتحقيق القوة القاهرة وما هو تجلي في ضوء التطبيقات القضائية التي يتم الاستدلال بها.

بالتركيز على هذه الحقائق العملية، رأيت المحكمة أن شركة Continental لا يمكنها التذرع بالتوقعات المشروعة فيما يتعلق بتغيير نظام قابلية التحويل، وكان ينبغي عليها الحفاظ على ثقة أقل في القانون في ظل الظروف التي أقرتها الهيئة التشريعية الأرجنتينية، وتجدر الإشارة إلى أن القانون كان بمثابة تدبير تشريعي عام، ولم يكن موجهاً إلى أي صناعة أو قطاع بعينه، ولكنه أصبح قابلاً للتطبيق على جميع المواطنين والشركات خلال الأزمة المالية الأرجنتينية كوسيلة لمنع هروب رؤوس الأموال من البنوك.

ومع ذلك، "بقدر ما يمكن اعتبار إلغاء الدولار والطرق المحددة لها متعارضاً مع أي معيار للمعاملة العادلة والمنصفة في ضوء الضمانات السابقة للأرجنتين"، وقانونها، رأيت المحكمة أنه يمكن للأرجنتين الاستفادة من دفاع حالة الضرورة بموجب المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار



الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ومع ذلك، فيما يتعلق بـ LETES بقيمة ٢.٨ مليون دولار (دولار أمريكي)، رأَت المحكمة أن الأرجنتين لا يمكنها الاحتجاج بدفاع المادة ١١ لإبراء نفسها من المسؤولية.

رأَت المحكمة عقب فحص طبيعة التدابير المتعلقة بظروف Continental و CNA ART، أن الأرجنتين لم تنتهك المادة الرابعة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين (١)، وصفت المحكمة تدابير نظام مراقبة رأس المال بأنها غير قابلة للتعويض، أو أنها تدابير لا تتطلب تعويضاً "لأنها ... قيود على استخدام الممتلكات لتحقيق المصلحة العامة والتي تندرج ضمن اللوائح الحكومية النموذجية المتعلقة بالملكية والتي تستلزم في الغالب قيوداً لا مفر منها مفروضة من أجل ضمان حقوق الآخرين أو عامة الناس ... ولا تعيق هذه القيود الاستخدام الأساسي والنموذجي لأصل معين ولا تفرض عبئاً غير معقول على المالك... ولذلك لا تعتبر شكلاً من أشكال المصادرة ولا تتطلب تعويضاً (٢).

رفضت المحكمة ادعاء شركة كونتيننتال بانتهاك المادة الثانية ٢/ ج الخاص بالشرط الشامل، لأن ذلك البند لا يدخل حيز التنفيذ عندما يتعلق الانتهاك بمجرد التزامات عامة ناشئة عن قانون الدولة المضيفة، وبناءً على هذا المنطق، قضت المحكمة بأن شركة Continental تستحق فقط دفع تعويض بمبلغ أصلي قدره ٢.٨ مليون دولار أمريكي، وهو ما يمثل القيمة الرئيسية لـ LETES، ورفضت المحكمة جميع مطالبات شركة Continental الأخرى التي تبلغ قيمتها حوالي ١١٢ مليون دولار أمريكي.

١ المادة الرابعة من الاتفاقية الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين والخاصة بحظر المصادرة المباشرة وغير المباشرة.

٢ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, Sept. 5, 2008, 276. para

اعتبر هذا الحكم سابقة محفوفة بالمخاطر إلى حد ما لتطوير قانون الاستثمار الدولي، فهو يُظهر توجهات المحكمة بشأن الظروف الواقعية الخاصة بشركة Continental و CNA ART، وأنه كان من الممكن التوصل إلى نتيجة مماثلة دون تفسير المحكمة القسري للمادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، على عكس قضايا LG&E، CMS Gas، Sempra، التي تضمنت ضمانات خاصة بالصناعة وشروط وترتيبات تعاقدية خاصة بالترخيص، التي لم يكن لدى Continental أي ضمانات من هذا القبيل في الوقت الذي قامت فيه باستثماراتها في CNA ART.

حتى أثناء الأزمة المالية الأرجنتينية، عندما كانت شركتي Continental و CNA ART تتخذان قرارات تجارية بشأن الحفاظ على استثماراتها في الأرجنتين أو نقلها إلى مكان آخر، يبدو أن شركتي Continental و CNA ART، اعتمدتا فقط على البيانات السياسية العامة لقادة الحكومة الأرجنتينية، وعلى الإجراء التشريعي العام، ولم تكن هذه الأنواع من الضمانات حاسمة على الإطلاق في اتخاذ قرار الاستثمار الأول، كما هو الحال في قضايا LG&E و CMS Gas و Sempra، وعلى هذا النحو لا يمكن أن تستحق الحماية بموجب أحكام مختلفة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

وجدت المحكمة من فحصها الشامل لتدابير نظام مراقبة رأس المال فيما يتعلق بعمليات شركة Continental الخاصة، فإن مخاطر خسارة قيمة استثمارات شركة Continental خلال الأزمة المالية الأرجنتينية لم تكن غير متوقعة تماماً، فإن فشل كونتيننتال في التصرف بحكمة للحفاظ على قيمة استثماراتها، خاصة في ضوء المناخ الاقتصادي المعروف على نطاق واسع في الفترة قبل وأثناء الأزمة المالية الأرجنتينية، لا يمكن أن يُترجم إلى انتهاك الأرجنتين لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وبناءً على التحليل الذي أجرته المحكمة، كان من الممكن رفض مطالبات شركة كونتيننتال دون التوصل إلى قرار بشأنها.

بتفسير المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فقد أدى تفسير المحكمة للمادة ١١ إلى خلق مصدرين للمشاكل المفاهيمية والمنهجية: -  
 أولاً: فسرت المحكمة المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين بشكل مثير للإشكال بطريقة تستبعد تلقائياً "التدبير الضروري" من نطاق وتغطية اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، بما في ذلك واجب التعويض، وبموجب هذا التفسير عندما تكون المادة ١١ قابلة للتطبيق، لن يكون هناك أي واجب للتعويض نظراً لأن أيّاً من الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لن تدخل حيز التنفيذ فيما يتعلق بـ "التدبير الضروري" المعني، كما إن الأسباب النصية والتصميم الهيكلي والدوافع السياسية التي تحرك اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تعمل ضد اعتماد هذا التفسير "الاستبعادي" للمادة ١١.

ثانياً: استخدمت المحكمة مفاهيم "الضرورة" في أنظمة قانونية مختلفة مثل القانون التجاري الدولي للوصول عمداً إلى معيار أدنى للضرورة، بل وتجاهلت المحكمة أيضاً الجوانب البارزة في تقرير هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية بشأن قضية كوريا- بيف التي استشهدت بها المحكمة باعتبارها أساسها الرسمي الرئيسي هو دعم الحد الأدنى من الضرورة، كما أنه لو تم فحص القرار بين كوريا- بيف بشكل أوثق فلم يكن بوسع المحكمة أن تتجنب الاستنتاج بأنه حتى في ظل قانون الجات وقانون منظمة التجارة العالمية، فإن مفهوم "الضرورة" مقيد بالفعل بعوامل مختلفة وقيود نصية تتضمنها الاتفاقية.

كان ينبغي للمحكمة أن تكون مقيدة بالنظام الوحدوي لتفسير الاتفاقيات بموجب المادة ٣١ من اتفاقية فيينا بشأن الاتفاقية من استخدام المادة العشرين من اتفاقية الجات ١٩٤٧ كأداة تفسيرية لتحديد المحتوى الموضوعي لـ "المصالح الأمنية الأساسية" و"التدابير الضرورية" في المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، نظراً للاختلاف الكبير في طبيعة

وأهداف وأغراض اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين والجات لعام ١٩٤٧.

ليس من الضروري أن تكون هاتان المشكلتان المفاهيميان المنهجيتان قد حدثتا ولكن وجودهم في القرارات والاحكام يحمل عواقب على التفسير الصحيح للاتفاقية.

ويثور التساؤل حول مدي قدرة المادة ١١ على منع حدوث أي انتهاك لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين؟

كما سبق الإشارة إلى أن المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تنص في مجملها على أنه: - "لا تحول هذه الاتفاقية دون تطبيق أي من الطرفين للتدابير اللازمة للحفاظ على النظام العام، أو الوفاء بالتزاماته فيما يتعلق بحفظ أو استعادة السلام أو الأمن الدولي، أو حماية مصالحه الأمنية الأساسية" (١).

وفقاً لتفسير المحكمة في قرار التحكيم واستناداً إلى وجهة نظر اللجنة المخصصة في قرارها بشأن طلب الإلغاء في قضية غاز CMS، فإن التدابير المتخذة بموجب المادة ١١ "ستقع خارج نطاق الاتفاقية حتى لا ينتهك الطرف الذي يأخذها أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية ذات الصلة" (٢) غير أن هذا التأثير لا يظهر في أي البنود الفعلية المتفق عليها بموجب المادة ١١، ومن الناحية النصية، فإن كل ما تشير إليه المادة ١١ هو تدابير لا تمنع الاتفاقية من تطبيقها ("لا تحول هذه الاتفاقية دون تطبيق أي من الطرفين للتدابير...").

لذلك، فإن كل ما تنص عليه المادة ١١ هو أن اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لا "تعلق" أو "تستبعد" أو "تجعل من المستحيل بسبب النتيجة الضرورية" تطبيق الطرف للتدابير الضرورية من أجل (الحفاظ على النظام العام، الوفاء بالتزاماتها فيما يتعلق

١ اتفاقية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المادة ١١، المؤرخة في ١٤ نوفمبر ١٩٩١.

٢ Cont'l Cas. Co., ICSID Case No. ARB/03/9 para. 164.

بحفظ أو استعادة السلام أو الأمن الدولي، حماية المصالح الأمنية الأساسية الخاصة بـ (الطرف)، ولا يشير نص المادة ١١ بأي حال من الأحوال إلى العواقب التي تنشأ عندما يطبق أحد الأطراف مثل هذه التدابير.

استنتجت المحكمة أن تأثير المادة ١١ هو منع الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين من الارتباط بأي طرف كلما انطبقت "التدابير الضرورية" المنصوص عليها في المادة ١١، ومع ذلك يكشف تحليل مختلف أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين أن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية نصت صراحة على ظروف استثنائية عندما لا تنطبق تدابير الحماية التي توفرها الاتفاقية.

تنص المادة ١/ ٢ على النية المحددة للأطراف في رفض الحماية والمزايا التي توفرها اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين في ظروف محدودة للغاية، حيث يحتفظ كل طرف بالحق في حرمان أي شركة تابعة للطرف الآخر من مزايا هذه الاتفاقية إذا كان: -

١. مواطنو أي دولة ثالثة، أو مواطنو هذا الطرف، يسيطرون على هذه الشركة وليس للشركة أي أنشطة تجارية كبيرة في أراضي الطرف الآخر.

٢. الشركة خاضعة لسيطرة مواطنين من دولة ثالثة لا يحتفظ الطرف الراض معها بعلاقات اقتصادية طبيعية.

تحتفظ المادة ١/٢ بحق كل طرف في إنشاء استثناءات صريحة لمعايير المعاملة الخاصة باتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، بموجب إجراء متفق عليه (١)، كما

١ حيث نصت المادة ١/٢ من الاتفاقية علي أنه "يجب على كل طرف أن يسمح ويتعامل مع الاستثمار والأنشطة المرتبطة به، على أساس لا يقل أفضلية عن ذلك الممنوح في المواقف المماثلة للاستثمار أو الأنشطة المرتبطة به لمواطنيه أو شركاته، أو لمواطني أو شركات أي دولة ثالثة، أيهما كان أكثر ملاءمة، مع مراعاة حق كل طرف في إجراء أو الاحتفاظ باستثناءات تقع ضمن أحد القطاعات أو المسائل المدرجة في البروتوكول الملحق بهذه الاتفاقية، ويوافق كل طرف على إخطار الطرف الآخر قبل أو في تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز

تشير المادة ١١ (٩) صراحة إلى رفض تطبيق أحكام الدولة الأكثر رعاية ("MFN") في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين على بعض المزايا الممنوحة بموجب الترتيبات الإقليمية أو المؤسسية القائمة، فلا تنطبق أحكام الدولة الأكثر رعاية في هذه المادة على المزايا التي يمنحها أي من الطرفين لمواطني أو شركات أي دولة ثالثة بموجب الالتزامات الملزمة لذلك الطرف والتي تتبع من العضوية الكاملة في اتحاد جمركي إقليمي أو منطقة تجارة حرة، سواء كانت هذه يتم تعيين الترتيب على أنه اتحاد جمركي أو منطقة تجارة حرة أو سوق مشتركة أو غير ذلك.

كما توضح المادة ٣/١٥ نية الدول الأطراف تجنب حالة الحرمان من الحماية الموضوعية حتى بالنسبة لخسائر الاستثمار الناشئة عن "حالات القوة القاهرة الوطنية"، وذلك من خلال تكليف الدول الأطراف بتوفير معاملة غير تمييزية (١).

التنفيذ لجميع القوانين واللوائح التي يكون على علم بها فيما يتعلق بالقطاعات أو المسائل المدرجة في البروتوكول، بالإضافة إلى أن يوافق كل طرف على إخطار الطرف الآخر بأي استثناء مستقبلي فيما يتعلق بالقطاعات أو المسائل المدرجة في البروتوكول، والحد من هذه الاستثناءات إلى الحد الأدنى، ولا ينطبق أي استثناء مستقبلي من قبل أي من الطرفين على الاستثمار الموجود في هذا القطاع أو الأمر في الوقت الذي يصبح فيه الاستثناء ساري المفعول، ويجب ألا تكون المعاملة الممنوحة بموجب أي استثناءات، ما لم تنص الاتفاقية على خلاف ذلك، أقل رعاية من تلك الممنوحة في المواقف المماثلة للاستثمارات والأنشطة المرتبطة بها لمواطني أو شركات أي دولة ثالثة.

للإطلاع على الاستنتاجات التي تم التوصل إليها بموجب حكم مشابه في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة والأرجنتين، راجع: -

BG Group PLC v. Argentina (U.K. v. Arg.), Final Award, paras. 381-84 (Dec. 24, 2007).

مناقشة المعاملة الوطنية ومتطلبات الدولة الأكثر رعاية بموجب أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المملكة المتحدة والأرجنتين، فقد أشارت إلى أن مواطنو أو شركات أي من الطرفين الذين تتعرض استثماراتهم لخسائر في أراضي الطرف الآخر بسبب الحرب أو غيرها من النزاعات المسلحة أو الثورة أو حالة القوة القاهرة الوطنية

تحدد المادة ٩ من الاتفاقية عدم قابلية تطبيق المادتين ٧، ٨ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين على فئات معينة من النزاعات وتلك التي تنشأ بموجب ائتمان التصدير أو الضمان أو برامج التأمين الخاصة ببنك التصدير والاستيراد الأمريكي أو بموجب ترتيبات الائتمان أو الضمان أو التأمين الرسمية الأخرى التي اتفق الطرفان بموجبها على وسائل أخرى لتسوية النزاعات.

توضح الأحكام السابقة أن الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين عملت على الخروج عن الالتزامات الموضوعية المنصوص عليها في الاتفاقية كظرف استثنائي، والظروف التي تتطلب تحديداً في نصوص الاتفاقية، إن عدم النص على بند تأثير تطبيق الطرف للتدابير بموجب المادة ١١ يثير ضمناً مبرراً أن أياً من الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لم يتصور وضعاً تكون فيه الاتفاقية غير مناسبة تماماً، وذلك لمنع أي من الحماية الموضوعية لها من حيز التنفيذ، ولو كانت الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تنوي خلاف ذلك، لكان من الواجب تضمينه في نص المادة ١١ بشكل صريح لتأثير عدم قابلية تطبيق الاتفاقية.

يتوافق هذا الأمر مع الموقف الذي اتخذته كلا الطرفين في الاتفاقية، اللذين حددا بدقة في أحكامها كما هو مشار إليه حدود ومعايير الإعفاء من انطباق الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لم تتطرق إلى تأثير تطبيق الطرف للتدابير بموجب المادة ١١، توضح الفقرة

---

أو التمرد أو الاضطرابات المدنية أو غيرها من الأحداث المماثلة، يجب أن يتمتعوا بمعاملة لا تقل تفضيلاً عن تلك الممنوحة لمواطنيهم أو شركاتهم أو مواطنيهم أو الشركات التابعة لأي دولة ثالثة، أيها تتمتع بالمعاملة الأكثر رعاية، فيما يتعلق بأي إجراءات تتبناها فيما يتعلق بهذه الخسائر.

٦ من الاتفاقية المحتوى الموضوعي للمادة ١١، ولكنها لم تشير إلى تأثير تطبيق أي إجراء من هذا القبيل بموجب المادة ١١ (١).

وحقيقة أن الأطراف اختارت عمداً عدم الإشارة في الاتفاقية إلى أي أثر يترتب على تطبيق الطرف لتدبير بموجب المادة ١١ يمكن تمييزها عن البنود الخمسة الأولى من الاتفاقية التي تشير صراحة إلى تحفظ الطرفين على حقوق إنشاء استثناءات من الالتزامات الموضوعية بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين (٢).

إن عدم إشارة الأطراف في الاتفاقية بالنص على تأثير تطبيق الدولة المضيفة للتدابير بموجب المادة ١١ ينبغي أن يُنظر إليه على أنه رفض الأطراف في الاتفاقية لعدم قابلية تطبيقها بشكل

١ ارجع نص المادة ٦ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين والتي تنص على "يفهم الطرفان أنه، فيما يتعلق بالحقوق المحفوظة في المادة ١١ من الاتفاقية، فإن "الالتزامات المتعلقة بحفظ أو استعادة السلام أو الأمن الدولي تعني الالتزامات بموجب ميثاق الأمم المتحدة".

٢ اتفاقية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المادة ١١، المؤرخة في ١٤ نوفمبر ١٩٩١.

أثناء إجراءات تسوية المنازعات بموجب المادة السابعة، قد يُطلب من أحد الأطراف تقديم دليل على الملكية أو السيطرة بما يتوافق مع المادة ١(أ).

بالإشارة إلى المادة الأولى، الفقرة ١، تحتفظ الولايات المتحدة بالحق في إجراء أو الحفاظ على استثناءات محدودة للمعاملة الوطنية في القطاعات التالية...

بالإشارة إلى المادة الثانية، الفقرة ١، تحتفظ الولايات المتحدة بالحق في إجراء أو الحفاظ على استثناءات محدودة للمعاملة الوطنية فيما يتعلق ببعض البرامج التي تشمل المنح الحكومية والقروض والتأمين.

بالإشارة إلى المادة الثانية، الفقرة ١، تحتفظ الولايات المتحدة بالحق في إجراء أو الاحتفاظ باستثناءات محدودة للمعاملة الوطنية ومعاملة الدولة الأكثر رعاية في القطاعات التالية، والتي ستستند المعاملة فيما يتعلق بها إلى المعاملة بالمثل...

بالإشارة إلى الفقرة ١ من المادة الثانية، تحتفظ الأرجنتين بالحق في إجراء أو الإبقاء على استثناءات محدودة للمعاملة الوطنية في القطاعات التالية....



مطلق فيما يتعلق بالتدابير التي تتبناها المادة ١١، وينبغي تفسير الشك في نية الأطراف في الاتفاقية لصالح التفسير الذي يدعم بشكل أفضل "موضوعها وغرضها"، ولا يحبط تطبيقها الموضوعي (١).

يدعو الامر إلى استنتاج أن الأطراف في الاتفاقية كانت تنوي تطبيقها، ما لم يتم استبعادها عمداً كما هو موضح في الأحكام المذكورة في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، يجب أيضاً البحث في مضمون المادة الثالثة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، والتي لا تمنع هذه الاتفاقية أي طرف من وضع قوانين ولوائح فيما يتعلق بقبول الاستثمارات التي تتم على أراضيه من قبل مواطني أو شركات الطرف الآخر أو فيما يتعلق بممارسة الأنشطة المرتبطة بها، بشرط ألا تكون هذه القوانين واللوائح الإضرار بجوهر أي من الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية.

الحكم السابق هو الحكم الآخر الوحيد في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين الذي يشير إلى الأفعال التي لا تحظرها المادة ١١ من الاتفاقية، كما توضح المادة الثالثة، فإن عدم الاستثناء لا يعني أن اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لا تنطبق على أفعال معينة لأحد أطراف الاتفاقية، بل إن عدم الاستبعاد لا يعني إلا ضمناً أن الطرف في الاتفاقية لا يُمنع من ارتكاب أفعال معينة حتى خلال مدة نفاذ الاتفاقية، ومع ذلك فإن المادة الثالثة تشترط ألا تؤدي هذه القوانين واللوائح إلى الإضرار بجوهر أي من الحقوق

اراجع المادة ١/٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المؤرخة في ٢٣ مايو ١٩٦٩.

Marti KOSKENIEMI, FROM APOLOGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT 474-562 (2006).

Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points, 28 BRIT. Y.B. INT'L. L. 1 (١٩٥١).

المنصوص عليها في الاتفاقية، وبالتالي فهي تقيد صراحة آثار أفعال الطرف ضد الإضرار بالحقوق الأساسية بموجبها.

في حين أن هذا الشرط غير موجود في مضمون المادة ١١، فكل ما يعنيه الغياب هو أن التدابير المنصوص عليها في المادة ١١ يمكن أن تضعف الحقوق الأساسية بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ومع ذلك لا يمكن أن يمتد الأمر إلى الإشارة ضمناً (التي أثارت إشكالية المحكمة في حكمها) إلى أن تطبيق طرف الاتفاقية للتدابير بموجب المادة ١١ يزيل تلقائياً الحق في التعويض بموجب أحكام مختلفة من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

من الواضح أن تحليل نصوص وقواعد اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لا يدعم التفسير الواسع للمحكمة بالنسبة للمادة ١١ لمنع حدوث أي انتهاك عندما تنفذ الدولة المضيفة "التدابير اللازمة"، إلى درجة أن الدولة المضيفة لن تضطر أبداً إلى ذلك أي واجب للتعويض عن مثل هذه التدابير عندما تضعف الحقوق الموضوعية بموجب الاتفاقية، إن تطبيق القانون بموجب المادة ١١ فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية الأخرى لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين ينبغي أن يظل لصالح الحفاظ على الحق في التعويض كما هو واضح من الاتفاقية.

ولكن ما هو أثر القانون والسوابق القضائية لاتفاقية الجات من الناحية القانونية بتحديد المحتوى الموضوعي للمادة ١١؟

بررت المحكمة إشارتها إلى السوابق القضائية الخاصة باتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية بشأن الادعاء بأن "نص المادة ١١ مستمد من البند النموذجي الموازي لاتفاقية التجارة الحرة

الأمريكية وهذه الاتفاقية بدورها تعكس صياغة المادة العشرين من اتفاقية الجات لعام ١٩٤٧" (١).

اعتمدت المحكمة على تقرير هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية بشأن قضية كوريا-بيف، لاستخلاص حد أدنى للضرورة بموجب المادة ١١ ليعني ما إذا كانت تدابير "نظام مراقبة رأس المال" قد ساهمت مادياً في تحقيق أهدافها المشروعة بموجب المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية"، و "ما إذا كان لدى الأرجنتين بدائل متاحة بشكل معقول، أقل انتهاكاً أو أكثر امتثالاً لالتزاماتها الدولية، مع تقديم مساهمة مماثلة لتحقيق الأهداف".

إن اللجوء إلى السوابق القضائية الخاصة باتفاقية الجات ومنظمة التجارة العالمية أمر غير مسبوق، ولم تتم الإشارة إليه على الإطلاق من قبل محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار السابقة في قضايا LG، CMS Gas، التي فسرت أيضاً المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وكما يتبين من المبررات التي قدمتها المحكمة، فإن المادة ١١ مستمدة من المادة العشرين من اتفاقية الجات لعام ١٩٤٧ من خلال البند النموذجي الموازي لمعاهدات FCN الأمريكية.

ومع ذلك لم تشير المحكمة في قرارها إلى أن المادة ٢٠ من اتفاقية الجات لعام ١٩٤٧، رغم انها قد شكلت جزءاً من الأعمال التحضيرية للأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

أظهر التحليل السابق لقضايا LG & E، CMS Gas، Continental، أن قاعدة الضرورة قد استخدمت في التفسير القضائي للمادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين بدرجات متفاوتة، سواء اعتبرت جزءاً من "سياق" الاتفاقية أو "قاعدة ذات صلة من قواعد القانون الدولي المنطبقة في العلاقات بين الأطراف" بموجب المادة ٣١ من اتفاقية فيينا،

192 ١ Cont'l Cas. Co. v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, para (Sept. 5, 2008).

أو باعتبارها "وسيلة تكميلية للتفسير" بموجب المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا، ويجب التأكيد مما إذا كان هناك وجود علاقة قانونية مفاهيمية بين المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين ومبدأ الضرورة في القانون الدولي (على النحو المنصوص عليه في المادة ٢٥ من مواد لجنة القانون الدولي بشأن مسؤولية الدولة)، وباعتبارها قانوناً خاصاً، فإن المادة ١١ لها الأسبقية باعتبارها القاعدة التنفيذية في خلافات الاستثمار المثارة بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين (١).

١ Anja Lindroos, Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System, The Doctrine of Lex Specialis, 74 NORDIC J. INT'L L. 27, 30, 39 (2005)

حيث جادل بأنه على الرغم من أن قاعدة التخصيص قد تكون فعالة في حل بعض النزاعات إلا أنها قد تكون أقل ملاءمة للتعامل مع النزاعات الجديدة الناجمة عن تجزئة القانون الدولي.

NANCY KONTOU, THE TERMINATION AND REVISION OF TREATIES IN THE LIGHT OF NEW CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 19-20 (١٩٩٤).

غالبًا ما يكون من الضروري تحديد أي من قواعد القانون الدولي المتضاربة والمشتقة من نفس المصادر أو من مصادر مختلفة والتي تكون سارية في وقت معين يجب أن تنطبق على حالة معينة.

في الأدبيات يتم استخدام ثلاثة معايير لحل النزاعات من هذا النوع:

القيمة المعيارية للقواعد المتعارضة، ودرجة عموميتها النسبية، والترتيب الزمني لجعلها.

ووفقاً لهذه المعايير، فإن القاعدة ذات القيمة المعيارية الأعلى (قانون الرئيس) هي التي تسود.

وسيكون هذا هو الحال عندما يكون لإحدى القواعد طابع القواعد الآمرة.

وإذا كانت القواعد المتعارضة كلها تعبيرات عن سلطة متساوية، فإن القاعدة الأحدث (القانون اللاحق) أو الأكثر تحديداً (قانون التخصيص) هي التي تسود.

ويمكن اعتبار القاعدة قاعدة تخصيص، لأنها ملزمة لعدد قليل من الدول في مقابل قاعدة ملزمة تجاه الكافة (قانون التخصيص الشخصي) أو لأنها "توفر، بالمقارنة مع القانون العام، قاعدة أعمق وأكثر تفصيلاً، وربما يكون الأمر استثنائياً، تنظيم نفس الموضوع" (قانون التخصيص الموضوعي).

ومن ثم فإن أي معني معياري للمادة ٢٥ لا يمكن أن يكون إلا المعنى التكميلي للمادة ١١، ومع ذلك فإن حالات عدم التوافق المفاهيمي والمنهجي الأساسية بين المادة ٢٥ والمادة ١١ تقوض أهمية القاعدة الأولى في تفسير القاعدة الأخيرة، ويمكن استعراض العديد من الجوانب المختلفة من حالات عدم التوافق الأساسية بين تلك القواعد (١)، بالنظر إلى التطور المعياري لمبدأ "الضرورة" بموجب القانون الدولي، إلا أنه يمكن استعراض كونه يعارض الوجود المفترض لعلاقة قانونية مفاهيمية بين المادة ١١ والمادة ٢٥، ويثور به اشكالية أن المادة ٢٥ لا يمكن قبولها كأداة تفسيرية للمادة ١١ في إطار القواعد التنفيذية في المادتين ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا.

ف "الضرورة" بموجب المادة ٢٥ تعني اتخاذ الدولة لتدبير أو فعل "لا يتفق مع التزام دولي"، ولذلك عندما تدفع دولة ما بالضرورة، تكون هناك بالفعل حالة من عدم المشروعية القائمة ناجمة عن فعل الدولة، وتعمل الضرورة بمثابة دفاع إيجابي ضد مسؤولية الدولة عن التصرف بالشكل الذي ينتهك التزاماً دولياً.

وفي قضية غابيكوفو- ناغيماروس، اعتمدت المحكمة على وصف لجنة القانون الدولي لمبدأ الضرورة بأنه متواجد في فكر القانوني الدولي العام، غير أن المفهوم الحديث للضرورة بموجب المادة ٢٥ لا يعترف بوجود "فئة شاملة" من أفعال الدولة أو تدابيرها (٢).

١ W. Michael Reisman, Professor, Yale Law School, Fifteenth Goff. Arbitration Lecture, National Emergencies and Necessities: Do They and Should They Relieve States of Their Investment Obligations (Oct. 7, 2008)

٢ IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 448 (6th ed. 2003)

حيث أوضح أنه في حين أن بعض الدفاعات مثل افتراض المخاطر أو الإهمال المشترك مقبولة بشكل عام في المحاكم الدولية، إلا أنه لا يجوز الدفع بالضرورة إلا في نطاق أضيق.

تشمل القرارات القضائية التي استشهدت بها لجنة القانون الدولي (١)، والتي طبق فيها الدفع بالضرورة تدابير الدولة التي تنطوي على استخدام القوة وحوادثها، والحظر أو القيود المؤقتة على الأنشطة التجارية، وتأخير سداد الالتزامات النقدية، ووفقاً للجنة القانون الدولي فإنها تدعم ممارسات الدول والأحكام القضائية في استخدام دفاع الضرورة لـ "الأفعال المخالفة لمجموعة واسعة من الالتزامات سواء كانت عرفية أو تقليدية في الأصل"، وقد تم الاستناد في هذا المبدأ "لحماية مجموعة واسعة من المصالح"، بما في ذلك حماية البيئة، والحفاظ على وجود الدولة وشعبها في وقت القوة القاهرة العامة، أو ضمان سلامة السكان المدنيين.

وعلى النقيض من المادة ٢٥، فإن نص المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين التي حددت تلك التدابير ("التدابير اللازمة للحفاظ على النظام العام، والوفاء بالتزاماتها فيما يتعلق بحفظ أو استعادة السلام الدولي أو الأمن، أو حماية مصالحها الأمنية الأساسية")، دون الإشارة إلى أن أيّاً من هذه التدابير من شأنه أن يشكل انتهاكاً للاتفاقية أو يدعو إلى تعليق الالتزامات التعاقدية.

وبتطبيق القاعدة العامة لتفسير المعاهدات (٢)، لا يمكن للأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين أن تلتزم إلا بالتدابير التي تقع ضمن هذا التحديد، وتلك التي تقع ضمن مضمون "النظام العام"، و"السلام أو الأمن الدوليين"، و"المصالح الأمنية الأساسية"، فالتدابير المحددة في الاتفاقية أكثر محدودية من صياغة المادة ٢٥، حيث أن التدابير المحددة في المادة ١١، تفترض مسبقاً السرعة والإلحاح والمباشرة في اتخاذ التدابير التي يتعين على

١ تقرير لجنة القانون الدولي المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، مشروع مواد بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول

٢ ULF LINDERFALK, ON THE INTERPRETATION OF TREATIES: THE MODERN INTERNATIONAL LAW EXPRESSED IN THE 1969 VIENNA CONVENTION ON .THE LAW OF TREATIES 303 (2007)

الدولة تطبيقها، وهذا عكس تفسير المادة ٢٥ التي تفضل أن يكون تفسير الضرورة يشمل "مجموعة واسعة من المصالح".

إن غياب التحديد الوارد في المادة ٢٥ في المادة ١١، يعوق توسيع نطاق تغطية المادة ١١ ليشمل كل تصرف أو إجراء يمكن تصوره من قبل دولة كتدبير "ضروري" (١)، لو كانت الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين ترغب في وجود حكم من نوع المادة ٢٥ لتغطية أنواع أفعال الدولة أو التدابير الموصوفة بموجب المادة ١١، لكان من المفترض أن تكون هناك صياغة نصية أكثر مماثلة لهذا الغرض في عبارات المادة ١١. وبالتالي فإن ما يعد ذو أهمية بالنسبة للتدبير هي تلك التي تعتبر "ضرورياً" بموجب المادة ١١، وهو التحديد القائم على الفورية والإلحاح والمباشرة لمصلحة الدولة في البقاء (الحفاظ على النظام العام، الوفاء بالالتزامات الدولية فيما يتعلق بحفظ السلام والأمن الدوليين، المصالح الأمنية الأساسية) (٢)، كما حددت الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين التدابير في بروتوكول الاتفاقية علي أنه يفهم الطرفان أنه فيما يتعلق بالحقوق المحفوظة في المادة ١١ من الاتفاقية فإن "الالتزامات المتعلقة بحفظ أو استعادة السلام أو الأمن الدولي" تعني الالتزامات بموجب ميثاق الأمم المتحدة" (٣).

١ Susan Rose-Ackerman & Benjamin Billa, *Treaties and National Security*, 40 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 437, 447-48 (2008).

لا يمكن لحالة الضرورة في القانون الدولي أن يكون المقصود بها معنى أوسع من الصيغ المضمنة بصراحة في الاتفاقية، وفيما يتعلق بافتراض أن واضعي الاتفاقية لم يدرجون نصوص لا معنى لها في الاتفاقية، فلن يتم تضمين البنود المسموح بها في الاتفاقية إلا إذا كان من الضروري التغلب على الافتراض الأساسي ضد التفسير الواسع للمبدأ.

٢ U.S.-Argentina BIT, *supra* note 14, art. XI.

٣ الاتفاقية بين الولايات المتحدة الأمريكية وجمهورية الأرجنتين بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمار، المؤرخة في ١٤ نوفمبر عام ١٩٩١.

يتلاحظ من التحديد المتعمد للأطراف لمعنى التدابير والالتزامات ما يلي: -  
 أولاً: قصد الأطراف أن تكون التدابير "الضرورية" في المادة ١١ مقارباً لمصالح الدول ذات الأهمية الأساسية مثل الالتزامات بموجب ميثاق الأمم المتحدة.  
 ثانياً: أن صمت الأطراف بشأن تحديد التدابير ينبغي أن يتجه نحو تفسير تلك التدابير، ولا يمكن مقارنته بالأهمية التي تنظر بها الأطراف إلى الالتزامات الواردة في ميثاق الأمم المتحدة، كما ينبغي تفسير هذا الصمت نحو الخيار الأقل تقييداً للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية.  
 إن إغفال الأطراف توضيح معنى "الحفاظ على النظام العام" أو "المصالح الأمنية الأساسية" لا ينبغي تفسيره على أنه يتعارض مع إرادة الأطراف المعلنة في تنفيذ الالتزامات الموضوعية في الاتفاقية (١).

وتجادل كلتا الملاحظتين ضد تطبيق المعنى الموسع للتدابير على غرار المادة ٢٥ (التي تتضمن "مجموعة واسعة من المصالح") على المعنى المصاغ في المادة ١١، أن هذا الانقسام المفاهيمي سيكون له الأثر على النتائج بموجب المادة ٢٥ والمادة ١١ وهو ما سنوالي عرضه خلال البحث.

تضع المادة ٢٥ شروطاً للتدابير التي تتخذها الدولة تحت عنوان "الضرورة" باعتبارها سبباً نافياً لعدم المشروعية، قبل اعتبارها مبرراً فلكي تتمكن الدولة من الاحتجاج بـ "الضرورة" بشكل صحيح، تفرض المادة ٢٥ / ١ شرطين يجب استيفاء كل منهما: -

١. أن يكون الفعل أو الإجراء الذي اتخذته الدولة هو الطريقة الوحيدة للدولة لحماية مصلحة أساسية من خطر جسيم ووشيك.

١ David J. Bederman, Revivalist Canons and Treaty Interpretation, 41 UCLA L. REV. 953, 970 (1994).

Ryan D. Newman, Treaty Rights and Remedies: The Virtues of a Clear Statement Rule, 11 TEX. REV. L. & POL. 419, 447 (2007).



٢. أن يكون هذا الفعل أو الإجراء لا يضر بشكل خطير بمصلحة أساسية للدولة أو الدول التي يوجد الالتزام تجاهها، أو للمجتمع الدولي ككل.

فيما يتعلق بالشرط الأول أوضحت لجنة القانون الدولي أن مدى كون مصلحة معينة "ضرورية" يعتمد على جميع الظروف، ولا يمكن الحكم عليه مسبقاً، كما يمتد إلى المصالح الخاصة للدولة وشعبها، وكذلك للمجتمع الدولي ككل، ومع ذلك مهما كانت المصلحة فلا يتم استيفاء هذا الشرط إلا عندما يكون هناك تهديد وخطر جسيم ووشيك، ويجب تحديد الخطر بشكل موضوعي، وليس مجرد إدراكه.

بالإضافة إلى كون الخطر أو الضرر جسيماً، يجب أن يكون الخطر وشيكاً بمعنى قريب، ولا تقتصر كلمة "وشيك" الواردة في الفقرة ١/ أ على الإجراء الانفرادي ولكنها قد تشمل أيضاً أشكالاً أخرى من السلوك المتاحة من خلال العمل التعاوني مع دول أخرى أو من خلال المنظمات الدولية، ومن ثم فإن شرط الضرورة المتضمن باعتباره دفاع لن يتم تغطية أي سلوك يتجاوز ما هو ضروري.

تشمل الفئات الواسعة من "المصالح الأساسية" التي تنتظر فيها لجنة القانون الدولي بدرجات متفاوتة، من بين أمور أخرى، وجود الدولة، والبقاء السياسي أو الاقتصادي، واستمرار تأديتها للخدمات الأساسية للدولة، والحفاظ على السلام الداخلي، وبقاء قطاع من الدولة. السكان، والحفاظ على بيئة إقليم الدولة أو جزء منه.

أما بالنسبة للشرط الثاني، فقد أكدت لجنة القانون الدولي أن "المصلحة المعتمدة يجب أن ترجح على جميع الاعتبارات الأخرى، ليس فقط من وجهة نظر الدولة ولكن على أساس تقييم معقول للمصالح، سواء كانت فردية أو جماعية"، ويؤكد هذا الشرط نسبية المصلحة التي يخدمها الفعل أو التدبير الذي تتخذه الدولة مقارنة بجميع المصالح الأخرى الموجودة في الوقت الذي يتم فيه الفعل أو التدبير أو تنفيذه.

إن التأثير المشترك للشروط الإيجابية بموجب المادة ٢٥ / ١ هو انشاء معيار أكثر صعوبة للدولة لإعفاء نفسها من المسؤولية على أساس الضرورة، ففي قرار مشروع غابسيكوفو- ناغيماروس، اتجهت المحكمة إلى أن مخاوف الطرف الآخر بشأن الآثار البيئية المحتملة الناشئة عن المشروع لا تلبى المعيار الموضوعي المتمثل في "الخطر الجسيم والوشيك" بموجب المادة ٢٥ (١).

كما تقرض المادة ٢٥ / ٢ أيضًا شرطين سلبين منفصلين، ولا يجوز أن يتحقق أي من هذين الشرطين، وإلا فلا يجوز للدولة الاستقادة من دفاع الضرورة وهما (أن يستبعد الالتزام الدولي إمكانية الاحتجاج بالضرورة، أن تكون الدولة ساهمت في حالة الضرورة).

والنتيجة التراكمية للشروط الإيجابية والسلبية للمادة ٢٥ هي السماح بدفاع الضرورة بالنسبة للدول في نطاق ضيق أو استثنائي فقط، وهو ما قصدته لجنة القانون الدولي عندما قامت بالنص على الوضع المعياري للضرورة في مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة من أجل تحديد القاعدة، ومنع اتباع النطاق الواسع لأي معيار آخر، وهو ما استندت إليه معارضة الدول لهذه القاعدة (٢)، فالحد الذي وضعته لجنة القانون الدولي لاستخدام دفاع الضرورة منصوص عليه في المادة ٢٦ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة، التي تؤكد أنه "ليس ما يمنع عدم مشروعية أي فعل تقوم به دولة ما لا يتفق مع التزام ناشئ بموجب قاعدة محددة من القواعد العامة للقانون الدولي" (٣).

١ Gabcikovo-Nagyymaros Project (Hung. v. Slov.) 1997 I.C.J. 7, 42 (Sept. 25).

٢ Sarah F. Hill, the 'Necessity Defense' and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US-Argentina Bilateral Investment Treaty, 13 LAW & Bus. REV. AM. 547, 550-57 (2007).

٣ Jorge E. Vifiuales, State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law, 14 L. & Bus. REV. AM. 79 (2008).

لا يمكن العثور على مثل هذه الشروط المماثلة في المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وهو ما يعني أن شروط تطبيق الأطراف للمادة ١١ من الاتفاقية متضمنة بشكل جوهري في التدابير المحددة بأنها تدابير "ضرورية" ("الحفاظ على النظام العام"، و"الوفاء بالالتزامات فيما يتعلق بصيانة أو استعادة الحقوق الدولية" السلام أو الأمن"، أو "حماية المصالح الأمنية الأساسية")، وبالتالي يتم تفعيلها عندما تستشهد الدولة بالمادة ١١.

عندما يمكن إدراج فعل أو إجراء تتخذه الدولة ضمن أي من هذه التدابير، فإن كل ما تشير إليه المادة ١١، هو أنها غير محظورة للدولة بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وتطبيق نص المادة ٢٥ التي تظهر قدرتها المحدودة مقارنة بالمادة ١١ التي تبدو أكثر انفتاحاً للدولة، سترك هذا الاختلاف أثر في النتائج المتاحة بموجب كل قاعدة.

فالمادة ٢٥ تصف حالة الضرورة بأنها "سبب لمنع عدم المشروعية"، وتوضح لجنة القانون الدولي أن أفعال الدولة أو تدابيرها المبررة على هذا الأساس تنتمي إلى تلك الحالات الاستثنائية التي يكون فيها السبيل الوحيد الذي يمكن للدولة من خلاله حماية مصلحة أساسية مهددة بخطر جسيم ووشيك في الوقت الحاضر، وعدم تنفيذ بعض الالتزامات الدولية الأخرى ذات الطبيعة غير الملحة، وبهذا المفهوم فإن المادة ٢٥ ليس لها سوى أثر إيقافي، ويعتمد على الوزن النسبي للمصلحة الأساسية التي يخدمها فعل الدولة أو تدبيرها، فيما يتعلق بالالتزامات الدولية الأخرى التي يتعين على الدولة أن تؤديها.

وفيما يتعلق بأزمة الديون السيادية فينبغي على المدين الذي يستند إلى القوة القاهرة تقديم الأدلة للمحكمة التي تثبت أن عدم التنفيذ لالتزامه كان نتيجة تلك الازمة الاقتصادية، فإذا كان ما ادعي به يتمثل في وجود أزمة مالية وأنها السبب في جعل الالتزام مستحيل، وإذا كان التنفيذ غير مستحيل أو به ارهاق فقط على المدين فإنه في هذه الحالة لا يتمكن من استدعاء الدفع بوجود حالة الظروف القاهرة التي تمنعه من التنفيذ.

ويتفق هذا الرأي مع ما جاء في مضمون المادة ٢٧ من مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول، والتي تنص صراحة على أنه: "لا يخل الاحتجاج بظرف نافي لعدم المشروعية بما يلي، الامتثال للالتزام إذا لم تعد الظروف النافية لعدم المشروعية قائمة، التعويض عن أية خسارة مادية ناجمة عن الفعل".

تصف لجنة القانون الدولي المادة ٢٧ بأنها شرط "عدم الإخلال"، حيث أن الظروف النافية لعدم المشروعية "لا تؤثر في حد ذاتها على الالتزام الأساسي، بحيث إذا زالت الظروف (١)، يستعيد الالتزام كامل قوته وأثره"، كما تنص أيضاً على التعويض عن الخسارة المادية، ما دام "أثر الوقائع التي تكشف عن ظرف ينفي عدم المشروعية لا يؤدي إلى إنهاء الالتزام الأساسي، بالإضافة إلى أنها وُصفت الخسارة المادية بأنها مفهوم "أضيق" من مفهوم الضرر، وهو مفهوم "يتعلق فقط بتسوية الخسائر التي قد تحدث عندما يعتمد أحد الأطراف على ظرف يغطيه الفصل الخامس" (٢).

١ Chusei Yamada, Revisiting the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, in INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF TODAY: ESSAYS IN MEMORY OF OSCAR SCHACHTER 117,123 (Mauricio Ragazzi ed., 2005).

٢ يستخدم التعويض لوصف الجبر بالمعنى الضيق لدفع المال باعتباره "تقييم" للخطأ الذي ارتكب، وينشأ الارتباك في الحالة التي يتم فيها دفع تعويض عن الإخلال بالواجب الذي يمكن اتخاذ إجراءات بشأنه دون إثبات عناصر معينة من الخسارة المالية، على سبيل المثال، انتهاك الحصانات الدبلوماسية أو القنصلية، أو التعدي على البحر الإقليمي، أو الاعتقال غير القانوني لسفينة في أعالي البحار. يوصف أحياناً منح التعويض عن مثل هذه الأعمال غير القانونية بأنه تعويض "معنوي" أو "سياسي"، وهي مصطلحات مرتبطة بمفاهيم الضرر "المعنوي" و"السياسي"....

IAN BROWNLIE, SYSTEM OF THE LAW OF NATIONS: STATE RESPONSIBILITY, PART 1199 (1983).

أن لجنة القانون الدولي قد أعلنت صراحة أن دفع الضرورة بموجب المادة ٢٥ "لا يقصد به تغطية السلوك الذي تنظمه من حيث المبدأ الالتزامات الأساسية"، وتحديدًا القواعد المتعلقة باستخدام القوة والضرورة العسكرية، فعندما يكون سلوك الدولة مشمولاً بالالتزامات الأولية، فإن الاعتبارات المشابهة لتلك التي تقوم عليها المادة ٢٥ يمكن أن "تؤخذ في الاعتبار في نطاق تفسير الالتزامات الأولية"، ويقع عبء إثبات انطباق الضرورة كسبب نفي لعدم المشروعية يقع على عاتق الدولة التي تتذرع بها لتبرير فعل أو تدبير ينتهك بشكل واضح التزامات دولية أخرى.

أثر تطبيق المادة ٢٥ هو تعليق نفاذ الالتزامات الدولية الأخرى فيما يتعلق بالعمل أو الإجراء موضع التساؤل، وعندما تنتهي الوقائع التي أدت إلى ظرف الضرورة، يكون من واجب الدولة استئناف الامتثال لهذه الالتزامات الأخرى، فالدولة مسؤولة عن تعويض الخسائر المادية التي تتكبدها أي دولة أخرى بسبب عدم امتثالها.

من ناحية أخرى، لا تحتوي نص المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين على أي نص نهائي بشأن آثار تطبيقها، بخلاف البند الذي ينص على أنه "لا تمنع هذه الاتفاقية تطبيق أي من الطرفين للتدابير اللازمة..."، إلا أن المادة ١١ لم تحدد الأثر المترتب على "التدابير الضرورية" التي ينفذها أحد أطراف الاتفاقية بموجب هذا الحكم، فقد كان من الخطأ أن تنسب المحكمة التأثير لعدم قابلية تطبيق أي من الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين عندما يتم العمل بالمادة ١١ في فيما يتعلق بفعل أو إجراء الدولة، ولو كانت أطراف الاتفاقية تقصد هذا التأثير، لظهرت نية الأطراف في نص المادة ١١، أو البند رقم ٦ من البروتوكول الملحق باتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين والتي توضح معنى "الالتزامات المتعلقة بصيانة أو استعادة السلام والأمن الدوليين"، بموجب المادة ١١ (١).

١ U.S.-Argentina BIT, supra note 14, art. XI.

لم تستشهد أي من القضايا التي تعطي تفسراً للمادة ١١ (قضايا LG&E، وقضايا CMS Gas، Continental) بأي سلطة أو أعمال تحضيرية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لتدعم الموقف بأن المادة ١١ تعني عدم قابلية تطبيق أي من الاتفاقيات الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين للالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية، أو أن "عدم الإخلال" بالتزام اتفاقية الاستثمار الثنائية لن ينشأ على الإطلاق عند الاحتجاج بالمادة ١١.

بالإضافة إلى أن المادة ١٠/ب، ١٠/ج، من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تعلن بشكل قاطع أن "الاتفاقية لا يجوز أن تنتقص من ... (ب) الالتزامات القانونية الدولية، أو (ج) الالتزامات التي يتحملها أي من الطرفين... " (١)، وفي هذا الشأن نصت المادة ١/٢١٧ من القانون المدني المصري علي أنه "يجوز الاتفاق علي أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة" (٢)، كما نصت المادة ١٣٥١ من القانون المدني الفرنسي علي مسؤولية المدين عن تنفيذ الالتزام في حالتين هما اذا ما كان هناك اتفاق علي ذلك أو اذا كان قد اخطر بالتنفيذ ووقعت حالة القوة القاهرة قبل القيام به (٣).

إن تفسير هذه الأحكام فيما يتعلق بالمادة ١١ يجب أن يعمل ضد فهم المادة ١١ على اعتبار أنها شرط "استثناء" أو "إلغاء" شامل للالتزامات القانونية الدولية الواردة في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وهو مت يتسق مع القوة الملزمة المفترضة لاتفاقية

١ U.S.-Argentina BIT, supra note 14, art. XI.

د/٢ محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط ٣، ١٩٧٨، ص ٣٨٦، حكم محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٠/٢٩/١٩٤٥.

٣ د/ محمد الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد 'دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٦ يونيو ٢٠١٩، ص ٢٢٦.

الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين على كلا الطرفين في الاتفاقية، وواجبات كل منهما في أداء الالتزامات الواردة فيها بموجب المبدأ العام للعقد شريعة المتعاقدين. الاستثناءات التي بموجبها يمكن لأي طرف استبعاد أحكام معينة من الاتفاقية من التطبيق لفترة معينة يتم تحديدها صراحة في لغة الاتفاقية نفسها، ولا يمكن استنتاجها بسهولة (١)، ولا يمكن فهم نص المادة ١١ على اعتبار أنها سلطة لتعليق عمل اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

تنص المادة ٥٧ من اتفاقية فيينا على أنه يجوز تعليق نفاذ الاتفاقية فيما يتعلق بطرف معين في حالتين هما أن يتوافق مع أحكام الاتفاقية، يتم التعليق في أي وقت بموافقة جميع الأطراف بعد التشاور مع الدول المتعاقدة الأخرى"، وفي كلتا الحالتين يقع على عاتق الطرف الذي يحتج بتعليق نفاذ الاتفاقية واجب صريح يتمثل في "إخطار الأطراف الأخرى بمطالبته" بموجب الإجراءات المنصوص عليها في المادة ٦٥ من اتفاقية فيينا (٢).

يتناقض نص المادة ١١ مع أي محاولة لتفسير هذا الحكم كسلطة لتعليق اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فهي تقتصر إلى أي مضمون يشير إلى تعليق عمل اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ولا تنص على واجب إخطار الطرف الآخر في الاتفاقية بهذا التعليق، كما لا يمكن فهم مضمون المادة ١١، على أنها تحفظ على الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

تعرف المادة ٢ / ١ / د من اتفاقية فيينا التحفظ بأنه "إعلان انفرادي أيا كانت صياغته أو تسميته تصدره الدولة عند التوقيع على اتفاقية أو التصديق عليها أو قبولها أو الموافقة عليها أو

١ المادة ١ من اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية . المؤرخة في ٤ نوفمبر عام ١٩٥٠.

المادة ١ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخة في ١٩ ديسمبر ١٩٦٦.

٢ راجع نص المادتين ٥٧، ٦٥ من اتفاقية فيينا، المؤرخة في ٢٣ مايو ١٩٦٩.

الانضمام إليها، بهدف استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لبعض أحكام الاتفاقية في تطبيقها على تلك الدولة".

ووفق ما سبق فقد أبدت كل من الولايات المتحدة والأرجنتين تحفظاتهما المحددة على الالتزامات الموضوعية للاتفاقية، لكنهما لم تقدا أي تحفظات مماثلة فيما يتعلق بالتدابير "الضرورية" المشار إليها بموجب المادة ١١ من اتفاقية استثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، فمحاولة فهم المادة ١١ على أنها تعد شكلاً من أشكال "التحفظ" على الاتفاقية لن يفي ببحث التوافق مع موضوع الاتفاقية والغرض منها (١).

كما إن السماح بالاستبعاد الشامل وغير المحدد لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين من التطبيق فيما يتعلق بالتدابير "الضرورية" في المادة ١١ من شأنه أن يحبط بالتأكيد الغرض المعلن للاتفاقية وهو "الحفاظ على إطار مستقر للاستثمار والاستخدام الفعال الأقصى للموارد الاقتصادية" (٢)، نظراً لأنه لا يمكن اعتبار المادة ١١ على أنها تتضمن تعليق أو انقاص لتطبيق اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ولا كتحفظ على الالتزامات الموضوعية للأخيرة، فإن قانون المعاهدات لا يدعم تفسير المحكمة بأن المادة ١١ يمنع تطبيق الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين على تدابير الدولة المشار إليها في المادة ١١، ولتوسيع الحجة إلى أبعد من ذلك، سيكون من غير المبرر بموجب قانون الاتفاقيات أن تستنتج المحكمة أنه في حالة تطبيق المادة ١١، لا يمكن أن ينشأ أي انتهاك للالتزام موضوعي بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وبالتالي، لن يقرر أي تعويض.

١ ANTHONY AUST, MODERN TREATY LAW AND Practices. AUST,234 (2d ed. 2007).

.Edward T. Swaine, Reserving, 31 YALE J. INT'L L. 307, 316-17 (2006)

٢ Gabriella Blum, Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law,49 HARV. INT'L L.J. 323 (2008)



من خلال ما سبق يتضح أنه على الرغم من الوقائع التي سبقت في النزاعات والخلافات التي ثارت من الصعب أن نضع تفسير قاطع للمادة ١١ (وأحكام الاتفاقيات ذات النصوص المماثلة بشأن التدابير غير المحظورة)، حيث تتولى المحكمة مهمة تفسير المادة ١١ جنباً إلى جنب مع بقية أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين في تحديد المعايير التي يجب علي الدولة المضيفة التي تستشهد بالمادة ١١ الامتثال لها ومراعاتها.

غير أن اختيار قاعدة التخصيص المتمثلة في المادة ١١ باعتبارها قاعدة التنفيذ الحصرية، والتي لم يتضمن مضمونها المثلول لمبدأ القانون الدولي المتمثل في "الضرورة" بموجب المادة ٢٥، يثير عدة اعتبارات بالنسبة للمحكمة لتنفيذ نصوص الاتفاقية في التطبيقات التفسيرية المستقبلية للمادة ١١ من الاتفاقية، وينبغي أن يؤثر اختيار المحكمة في تطبيق الاتفاقية للقاعدة الخاصة على الجوانب المترابطة الأخرى للفصل في النزاع عندما تتخذ دولة ما إجراءات كما هي منصوص عليه في المادة ١١.

حيث يتعلق الجانب الأول بتوجهات المحكمة بشأن واجبات الدولة المضيفة، سواء في وقت الدخول في الاستثمار أو في الوقت الذي تنفذ فيه الدولة فعلاً أو تدبيراً تحت عنوان الدفاع عن "الضرورة".

وكما عرضنا في الأحكام السابقة الخاصة بـ LG&E، CMS Gas، Continental، فقد تمسكت الأرجنتين بالدفاع بموجب القانون الدولي عن "الضرورة" فيما يتعلق بالمادة ١١، من أجل المطالبة بإعفائها من التزاماتها في اتفاقية الاستثمار الثنائية بمراعاة المعاملة العادلة والمنصفة والحماية الكاملة أو ضمان الاستثمار، وشرط الدولة الأكثر رعاية، فضلاً عن دفع التعويضات عن أعمال المصادرة.

تنص المادة ٥٥ من مشروع لجنة القانون الدولي المتعلق بمسؤولية الدول على أن القانون الخاص هو الذي يحكم النزاع "حينما تكون شروط وجود فعل غير مشروع دولياً أو محتوى أو تنفيذ المسؤولية الدولية لدولة ما محكوم بقواعد خاصة من قواعد القانون الدولي".

وبما أن مختلف أحكام اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تتضمن في حد ذاتها شروط تحديد وجود الانتهاك، وبالتالي تحديد المسؤولية الدولية للدولة، فإن تحديد واجبات الدولة المضيفة ينبغي أن يكون واضحاً، وبالتالي وقت الدخول في الاستثمار تقع على عاتق الدولة المضيفة العديد من الواجبات منها (السماح بالاستثمار والأنشطة المرتبطة به ومعاملته، على أساس لا يقل أفضلية عن تلك الممنوحة في حالات الاستثمار المماثلة أو الأنشطة المرتبطة به لمواطنيها أو شركاتها"، وهو ما يطلق عليه مبدأ (المعاملة الوطنية) الذي سبق الإشارة إليه، بالإضافة إلي منح الاستثمارات معاملة عادلة ومنصفة، حيث يتمتع الاستثمار بالحماية والأمان ولا يجوز منحه معاملة أقل من تلك التي يقتضيها القانون الدولي، وهو ما يطلق عليه مبدأ (المعاملة العادلة والمنصفة) الذي سبق الإشارة إليه، وأن تفي بالتزاماتها فيما يتعلق بالاستثمارات (شرط شامل)، والسماح لمواطني أي من الطرفين بالدخول والبقاء في أراضي الطرف الآخر بغرض إنشاء الاستثمارات أو تطويرها أو إدارتها أو تقديم المشورة بشأن تشغيلها، والسماح للشركات التي تقوم بالاستثمارات بتوظيف الإداريين الذين يختارونهم، دون الاعتداد بجنسيتهم، وتوفير إطار تنظيمي وقانوني لا يمس الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية، مع توفير الوسائل التي يمكن من خلالها لاقتضاء المستثمرين لحقوقهم.

كما نص اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين بعد الدخول في الاستثمارات علي مجموعة من الأمور الأخرى التي تقع علي عاتق الدول المضيفة والمصممة لضمان حماية المستثمر ومها (عدم الإضرار بإدارة الاستثمارات أو تشغيلها أو صيانتها أو استخدامها أو التمتع بها أو حيازتها أو توسيعها أو التصرف فيها من خلال تدابير تعسفية أو تمييزية "عدم الإضرار من خلال التدابير التعسفية أو التمييزية"، وحظر المصادرة أو التأميم بشكل مباشر أو غير مباشر، إلا لغرض عام، وبطريقة غير تمييزية، بعد دفع تعويض سريع ومناسب وفعال، ووفقاً للإجراءات القانونية الواجبة والمبادئ العامة للمعاملة المقدمة كما

منصوص عليه في المادة ٢/١١ الخاصة بـ (نزع الملكية)، وحظر تأخير أو عرقلة التحويلات المتعلقة بالاستثمار (التحويلات المالية).

أخيراً نصت اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين صراحة على اللجوء في حالة نشوء نزاع استثماري إلى التشاور والتفاوض وفي حالة فشل هذه الإجراءات يتم اللجوء إلى التحكيم.

بالنظر إلى الواجبات المشار إليها للدولة المضيفة في نظام القانون الخاص لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ينبغي أن تكون المحكمة قادرة على إحداث الموازنة بين الامتثال الفعلي للدولة المضيفة لهذه الواجبات إلى جانب التدابير "المتاحة" بموجب المادة ١١، وقد قامت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بذلك في قضايا CMS Gas, LG&E، حيث منحت المحكمتان اهتماماً للضمانات المحددة للأرجنتين في التراخيص لقطاعات توزيع النفط والمرافق العامة لوصف واجبات الأرجنتين الثقيلة على أنها الدولة المضيفة فيما يتعلق بهذه القطاعات، خلافاً لسلطة الأرجنتين المسموح بها بموجب المادة ١١، بتنفيذ التدابير خلال الأزمة المالية الأرجنتينية.

يمكن تمييز ذلك من خلال الوقائع التي تم الإشارة إليها في نزاع شركة Continental، والتي لم تتضمن ضمانات مماثلة خاصة بالصناعة في الاستثمار، فنص القانون الخاص بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين يتحكم في توجهات المحكمة بشأن واجبات الدولة المضيفة، يمكن للمحكمة تحقيق التوازن بين الامتثال النوعي لهذه الواجبات إلى جانب التدابير المسموحة لدول غير التدابير المحظورة المنصوص عليها في المادة ١١، فعندما تطبق المحكمة علي نصوص الاتفاقية بشكل تعسفي مبدأ "الضرورة" بموجب المادة ٢٥ (الذي كما سبق الإشارة لا يتوافق من الناحية المفاهيمية والمنهجية مع المادة ١١)، لتوفير مضمون موضوعي وتصبح واجبات الدولة المستضيفة غير متسقة وغير متماسكة، فمهمة الموازنة التي

يتعين على المحكمة مراعاتها تصبح معقدة بسبب هذا الدمج غير الضروري بين أنظمة قانونية مختلفة وغير متوافقة بشكل واضح (١).

أما الجانب الثاني فيتعلق بمسألة الأدلة فعندما تركز المحكمة على القانون الخاص وحده (الحكم بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ففي هذه الحالة لا يمكن التعامل مع دفاع "الضرورة" باعتباره قاعدة واجبة التطبيق وفق وقواعد القانون الدولي) (٢)، وستكون الحاجة إلى الوقوف على مقدار الأدلة الذي سيكون لإثبات ذلك؟ ومدى تضمين التدابير المتخذة ضمن فئات التدابير "الضرورية" بموجب المادة ١١؟، وإذا كان الأمر كذلك، ستخضع المحكمة في هذا الشأن لتقدير الدولة المضيفة في تحديد ما إذا كان الإجراء يخدم "الحفاظ على النظام العام"، أو "الوفاء بالالتزامات فيما يتعلق بحفظ السلام أو الأمن الدولي"،

١ Eyal Benvenisti & George W. Downs, The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law, 60 STAN. L. REV. 595 (2007).

يتوقف الأمر على القاعدة الخاصة لتحديد مدى إحلال تلك القاعدة محل القواعد الأعم المتعلقة بمسؤولية الدول والمبينة في هذه المواد.

وفي بعض الحالات، سيكون واضحاً من لغة الاتفاقية أو أي نص آخر أن النتائج المحددة فقط هي التي ستترتب على ذلك.

وحيثما يكون الأمر كذلك، "تحدد" النتيجة بموجب القاعدة الخاصة وينطبق المبدأ المنصوص عليه في المادة ٥٥.

وفي حالات أخرى، قد يتم تعديل جانب واحد من القانون العام، مع ترك الجوانب الأخرى قابلة للتطبيق.... لكي ينطبق مبدأ القانون الخاص، لا يكفي أن يتم التعامل مع نفس الموضوع من خلال حكمين؛ يجب أن يكون هناك بعض التناقض الفعلي بينهما، وإلا فإن هناك نية واضحة مفادها أن أحد الأحكام هو استبعاد الآخر. فقد نصت المادة ١/٤٢ من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى على أنه (تبت المحكمة في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي قد يتفق عليها الطرفان...).

أو "حماية المصالح الأمنية الأساسية"، وبالتالي فإن النظر بشكل أعمق في قاعدة التخصيص ككل ينبغي أن يوجه الاعتبارات الاستدلالية للمحكمة.

حرصت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في قضايا CMS Gas, LG&E, Continental، على التأكيد على أنها لم تكن تستبدل حكمها الخاص بالسياسة الاقتصادية والحكم المالي للحكومة الأرجنتينية، ومع ذلك فإن عبء إثبات انطباق المادة ١١ على تدابير نظام مراقبة رأس المال وقع على عاتق دولة الأرجنتين التي استندت إلى هذا النص من الاتفاقية، هو الأمر الذي يتوافق مع القاعدة العامة للمحاكم الدولية، والتي تنص على أن "عبء الإثبات يقع على عاتق من يؤكد افتراض أنه إذا لم يتم إثباته فسيؤدي إلى قرار يتعارض مع ادعائه" (١).

كما إن الأدلة التي طالبت بها محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في القضايا المشار إليها سابقاً اعتمدت على التقدير النوعي لكل من المحكمتين للمعايير القانونية (٢)، بجانب القواعد والنصوص العامة لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

١ DURWARD V. SANDIFER, EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 127 (Univ. of Virginia Press, revised ed., 1975).

MOJTABA KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISSUES: A STUDY ON EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 369 (1996)

(يوضح أن الطرف الذي يقدم ادعاءات بشأن حقيقة أو قضية متنازع عليها يتحمل عبء إثبات هذه الحقيقة أو القضية).

٢ وقد قامت المحكمتين باستخدام التحليل القانوني المقارن، لا سيما في شرح محتوى "النظام العام" فيما يتعلق بالنظام العام الإسباني والنظام العام الفرنسي، وتعد مرجعية القانون المقارن ظاهرة منهجية شائعة في التحكيم الدولي.

An Analysis of the Use of ،Frederic Gilles Sourgens, Comparative Law as Rhetoric

١PEPP. DisP. RESOL. L.J. ٨Comparative Law in International Arbitration,

(٢٠٠٧).

ففي إحدى القضايا أكدت المحكمة على موضوع وغرض اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين قبل قبول حالات الضرورة الاقتصادية ضمن معيار "المصالح الأمنية الأساسية"، واستخدمت المحكمة منطقاً مماثلاً في قضية LG&E ، على الرغم من أنها رأت أن الأرجنتين مسؤولة عن التعويض "بمجرد انتهاء حالة الضرورة" (١).

اتبعت محكمة CMS Gas نفس التفسير الواسع لعبارة "المصالح الأمنية الأساسية" وخلصت إلى وجود حالة الضرورة، لكنها رأت أن على الأرجنتين واجب التعويض الذي يماثل الحكم المتعلق بالمسؤولية عن الخسارة المادية في المادة ٢٧ من المواد بمسؤولية الدولة (٢)، وأخيراً قررت المحكمة وجود الـ "مصالح الأمنية الأساسية" التي تستند إليها المادة ١١ بموجب معايير مختلفة (وأقل) مدفوعة بفقهاء الجات ومنظمة التجارة العالمية فيما يتعلق بالمادة ٢٠ من اتفاقية الجات (٣).

ومع ذلك لا يمكن فصل تقدير المعايير القانونية في المادة ١١ عن النظر الشامل في نصوص اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، في حين أن الظروف الواقعية للأزمة الاقتصادية الأرجنتينية التي نظرت فيها محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في LG&E، و CMS Gas، و Continental، تبدو مقبولة ضمن مفهوم "المصالح الأمنية الأساسية"، فإن ما يبقى محل نزاع هو الآثار القانونية التي أرفقتها المحكمتين بـ "عدم الاستبعاد" بموجب المادة ١١.

١ LG&E Energy Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Oct. 2006). Liability para. 265 (3)

٢ CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 2005). paras. 383-94 (12)

para. ٣ Cont'l Cas. Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, Sept 2008). 192 (5)

وفي هذه الحالة كان ينبغي أن يعهد إلى الأرجنتين بعبء إثبات أن الأثر القانوني لعدم الاستثناء كان بغرض الإعفاء التام من المسؤولية بموجب بقية الالتزامات الموضوعية لاتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وبالنظر إلى أن نص المادة ١١ لم ينص علي هذا الأثر القانوني، وكان ينبغي للمحكمة ومحكمة قضية غاز CMS أن تطلب أدلة من الأرجنتين، التي كانت تقدم الاقتراح الإيجابي بشأن الأثر القانوني المفترض للمادة ١١، بخلاف ذلك، فإن الاستدلال المستخلص من نص المادة ١١، بالإضافة إلى موضوع وغرض الأطراف من الدخول في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، هو ضمان بقاء الالتزامات الموضوعية للاتفاقية ملزمة وسارية المفعول، ولا ينبغي إهمال الاستثناءات المتعلقة بالتغطية الموضوعية (١).

الجانب الأخير الذي ينبغي أن يؤثر على اختيار المحكمة للقاعدة الخاصة هو مسألة الأضرار أو التعويض، وبالنظر إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين باعتبارها قانوناً خاصاً لا ينبغي أن يؤخذ على أنها حد من استخدام القواعد العامة بشأن مسؤولية الدولة (٢)، لا سيما فيما يتعلق بمسألة الأضرار حيث لم تنص اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين على هذا الأمر، كما أن مسألة التعويض بموجب المادة ١/٤ من اتفاقية

١ Charles N. Brower, Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules, 28 INT'L LAW. 47 (1994).

٢ أولاً، يجب تفسير قواعد النظام الخاص، التي يتم تدوينها عادة في صك اتفاقية، وفقاً للمادة ٣١ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات من أجل تحديد ما إذا كانت الدول الأطراف تنوي أن تكون القواعد الثانوية للنظام شاملة وكاملة.

ثانياً، يجب اللجوء إلى القانون الدولي العام للتحقق مما إذا كان هذا الأخير يسمح بهذا الاستثناء.

Bruno Simma & Dirk Pulkowski, Of Planets and the Universe: Self-contained

Regimes in International Law, ١٧ EuR. J. INT'L L. ٤٨٣، ٥٠٠-٥١ (٢٠٠٦).

الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين موجهة نحو شرعية المصادرة، وليس كوسيلة للتعويض عن انتهاكات الالتزامات الموضوعية الواردة في الاتفاقية.

ويختلف هذا تمامًا عن الحالة التي تنص فيها المادة ١١ بالفعل على بنود محددة، فقد تسعى المحكمة بشكل خاطئ إلى إضفاء محتوى موضوعي على هذه النصوص من خلال الاستناد إلى نظام قانوني منفصل مثل مبدأ "الضرورة"، ونظراً لعدم التوافق بين كلا المعيارين فإن مبدأ "الضرورة" يحمل تعارض مع المادة نص المادة ١١ من الاتفاقية.

ومع ذلك يمكن النظر إلى القواعد العامة للقانون الدولي في حالة الأضرار، وتحديدًا المبادئ العرفية بشأن التعويضات كما هو منصوص عليها في المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة، على أنها "قاعدة ذات صلة في القانون الدولي" ضمن الإطار التفسيري للمادة ٣١/٣ من اتفاقية فيينا.

إن منح التعويضات في حالة انتهاك الاتفاقية يتوافق مع أهدافها المتمثلة في "الحفاظ على إطار مستقر للاستثمار" وتشجيع "الحماية المتبادلة للاستثمار"، وبالنظر إلى أن آليات تسوية المنازعات الخاصة باتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين في المادتين ٦، ٧ تأخذ بضرورة اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ("ICSID")، ولذلك نرى أن الأطراف قد توقع تطبيق المادة ١/٤٢ من اتفاقية ICSID، التي بموجبها يكون الحق لمحاكم ICSID في البت في النزاع وفقاً لقواعد القانون الدولي المعمول بها.

هذا ويشكل قانون التعويضات وفق ما هو منصوص عليه في المادتين ٣١ و ٣٤ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة، جزءاً من مجموعة القواعد القانونية الدولية المعمول بها في التحكيم في مجال الاستثمار (١)، ولذلك فإن تفسير المادة ١١ في نطاق اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين يجعل الاختيار الحصري لقانون التخصيص أمراً ضرورياً.

١ في القضايا المنشورة حتى الآن، قامت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بصياغة الالتزامات التي تفرضها قراراتها من الناحية المالية، وهذا ليس بسبب الاعتقاد بأنهم يفتقرون إلى القدرة على



إن حالات عدم التوافق المفاهيمي والمنهجي بين دفاع "الضرورة" بموجب المادة ٢٥ والتدابير غير المحظورة بموجب المادة ١١ تتخلص من أي وظيفة تفسيرية للأول تجاه الأخيرة. عندما يتم النص على وجه التحديد لشروط التدابير غير المحظورة في اتفاقية يستدعي الأمر اللجوء إلى القواعد المعيارية بموجب القانون الدولي، ويمكن قبول هذه القواعد لإقامة علاقة تفسير بين المعايير المتفق عليها وغيرها من المعايير التي يتم الاتفاق عليها، وهو الأمر الذي يتسق مع إطار النظام الوجدوي للتفسير بموجب المادة ٣١ من اتفاقية فيينا، ووسائل التفسير التكميلية بموجب المادة ٣٢ من ذات الاتفاقية.

إن عدم التوافق المفاهيمي والمنهجي بين الدفع بـ "الضرورة" (كما هو مدون بموجب المادة ٢٥ من المواد المتعلقة بمسؤولية الدولة) والمادة ١١ يتعارض مع إشارة المحكمة إلى المادة ٢٥ باعتبارها "قاعدة ذات صلة من قواعد القانون الدولي" بموجب المادة ٣١/٣ من تقرير لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة.

كما لا يمكن استخدام دفاع "الضرورة" كوسيلة تكميلية للتفسير في إطار المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا، لأن المتطلبات الأساسية لاستخدام هذه الوسائل التكميلية للحصول على المفهوم تظل غائبة، خاصة في ظل عدم النص عليها في المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين.

اتخاذ طريقة أخرى، بل إن القضايا التي تطوي على حالات انهارت فيها علاقة الاستثمار وكان أصحاب المطالبات قد حددوا مطالبهم من الناحية المالية، ومن الممكن أن تتضمن القضايا المستقبلية نزاعات ناشئة عن العلاقات المستمرة التي تصبح فيها الأحكام التي تنص على أداء محدد أو أوامر قضائية ذات صلة، وينبغي للمحاكم التي تفرض مثل هذه الالتزامات غير المالية أن توفر بديلاً مالياً في حالة عدم الأداء مثل التعويضات المقطوعة أو العقوبات أو أي التزام آخر بدفع مبلغ معين من المال.

CHRISTOPH H. SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY

1124-26 (2001).

إذا كانت شروط اتفاقية الاستثمار الثنائية التي تم النص عليها بشأن التدابير غير المحظورة بشكل غير محدد يمكن أن تكون كافية للتخلص من الالتزامات الموضوعية للدولة المستضيفة بموجب اتفاقية الاستثمار الثنائية، فمن الممكن أن تكون الدول المستضيفة تخفيف العناية اللازمة في حوكمة الشركات وحماية الاستثمار، أو طالما رأت الدولة المستضيفة أن اقتصادها في حالة طوارئ اقتصادية.

ويثور التساؤل حول مدي إمكانية أن يقوم الدفاع بـ "الضرورة" في تغيير واقع مضمون القانون التقليدي بشأن التدابير غير المحظورة؟، بالإضافة إلى ذلك فما مدي إمكانية السماح وفق النظام القانوني المعاصر الذي يحكم الاستثمار الدولي بتقديم الدول المستضيفة لمبررات وتدابير تشمل على مصالحها الأساسية؟

تتطلب الإجابة على كلا السؤالين الالتزام بالنظام الوحدوي للتفسير بموجب اتفاقية فيينا، في حين أن الفقه التقيدي بشأن الاتفاقيات ينص على أن مفاهيم قواعد الاتفاقية يمكن أن تتضمن تدريجياً تطوير قواعد القانون الدولي اللاحق حول نفس الموضوع (١)، فمن الصعب استخلاص هذا الاستنتاج نظراً للنظر إلى البنود المحددة في المادة ١١ جنباً إلى جنب مع المضمون الكامل للاتفاقيات واتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، وبالتالي فيما يتعلق بالالتزامات الدولة المستضيفة تجاه المستثمرين، نصت اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين نفسها على وضع الحدود مع أخذها في الاعتبار المخاطر السياسية والحالات الأخرى عندما لا تنطبق الحماية الموضوعية.

ويتوافق هذا الأساس مع استنتاجات المحكم في قرار التحكيم النهائي الصادر في ٤ مايو ١٩٩٩ في قضية هيمبورنا- كاليفورنيا للطاقة المحدودة ضد جمهورية إندونيسيا، حيث تم تأييد مسؤولية الدولة المستضيفة عن تعويض المستثمر الأجنبي على الرغم من الدفاع المعترف به

١ Nancy KONTou, THE TERMINATION AND REVISION OF TREATIES IN THE LIGHT OF NEW CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW 17 (1995).

عن العواقب الضارة الناجمة عن الأزمة المالية الآسيوية ١٩٩٧، حيث لا يجوز للأطراف التي تدخل في عقود دولية أن تدعي عدم معرفتها بالمخاطر الاقتصادية، التي قد يكون لها آثاره يعلمها الأطراف، بالإضافة إلي فهم الممولين الذين يقيمون المقترضين على أساس قوة التعهدات التعاقدية، وتقييم مدى استعدادهم لتوفير التغطية للمستثمرين الذين يعتمدون على هذه التعهدات (١).

ويجب أن يكون الحادث الذي يشكل القوة القاهرة غير ممكن التوقع، وينتفي عنه صفة القوة القاهرة إذا كان من الممكن توقعه حتي لو كان من المستحيل دفعه (٢)، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكانية توقعه واستحالة دفعه فاذا تخلف أحد هذين الشرطين انتقت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتبار الحادث ممكن أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلي احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفي علي شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر حالة القوة القاهرة أو الضرورة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي" (٣)، فعدم إمكانية التوقع تتخذ معيار موضوعي لا ذاتي ولا يكفي

Negara ruik ١ Himpurna California Energy Ltd. v. PT (Persero) Perusahaan List (Berm. v. Indon), Award, 14 MEALEY'S INT'L ARB. REP. A-i, 411-13 (May 4, 1999).

د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، دار احياء التراث العربي، لبنان، ١٩٧٠، ص ٨٧٨.

٣ محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٧٧ لسنة ٧٢، جلسة ٢٨/١١/٢٠٠٢، مكتب فني، سنة ٥٣ قضائية، ص ١١٢٩، نقض مدني، طعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ قضائية، جلسة ١٠/٤/٢٠١٢، مكتب فني، سنة ٦٣ قضائية، ص ٥٨٩، نقض مدني رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ قضائية، جلسة ١٩/١٢/١٩٦٨، مكتب فني، سنة ١٩ قضائية، ص ١٥٥١، نقض مدني، طعن رقم ٦٧٥٩ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ١٦/٤/٢٠١٨.

فيه الرجوع إلي الشخص العادي ولكن الشخص المتبصر فعدم إمكانية التوقع ينبغي أن تكون مطلقة وليست نسبية (١).

ومع ذلك، لا يجوز التمسك بنفس الأساس التفسيري المستخدم في المادة ١١ بين الدول الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، ففيما يتعلق بالالتزامات القانونية (سواء كانت ناشئة عن اتفاقية أو قانون دولي أو مبادئ عامة للقانون الدولي) بموجب مسؤولية الدولة في القانون الدولي العام، لا يمكن أن يتوقع من الدول أن تقوم بالتحوط ضد المخاطر السياسية بالطريقة التي يتبعها المستثمرون والدول المضيفة.

كما لا يمكن للدول الأطراف في اتفاقيات الاستثمار الثنائية أن تتوقع تعديلات في مطالباتها وتوقعاتها المتبادلة فيما يتعلق بالمسؤوليات تجاه بعضها البعض إلا إذا توقعت أن أياً منهما قادر في وقت ما على تطبيق مثل هذه "التدابير الضرورية"، وهو الامر الذي يمكن أن توفره المادة ١١ للدول الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين، دون الإضرار بنظام التفسير الودي لاتفاقية فيينا كما تم في قرار المحكمة.

وبهذا المفهوم يمكن تصنيف "الضرورة" من الناحية المفاهيمية، فهناك "الضرورة" التي تستخدمها الحكومة ضمن نظامها القانوني المحلي، و"الضرورة" التي تطبقها الحكومة لضبط توقعات المواطنين على الحقوق الفردية أو الدستورية في حالات القوة القاهرة، وهناك "الضرورة" التي تعتبر أمراً واقعياً بالنسبة للمستثمرين الذين يتمتعون بالحقوق التعاقدية، والتي يجوز إثارتها فيما بين الدول في النظام القانوني الدولي.

١/د/ سمير تتاغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٥٢، د/ عزالدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٢٥، د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٥٧، د/ محمد عزمي البكري، دعوي التعويض، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٨٥.

إن مهمة المحكمة متمثلة في وضع هذه الفروق كأمر حتمي لتجنب هذا النوع من الارتباك الذي تم في القضايا ناقشت مضمون المادة ١١ في العديد من القضايا المشار إليها.

#### الخاتمة

لم تجد الأزمة المالية العالمية التي بدأت منذ عام ٢٠٠٨ حلول جذرية حتي الان، على الرغم من التعافي والإصلاحات التي تقوم بها الدول والحكومات (١)، ففي ظل مناخ يتسم بالمخاطر العالية وعدم اليقين في الأسواق وتقلبات رأس المال ليس من المستبعد استخدام دفع دولة الأرجنتين الخاصة بـ "الضرورة" أو "القوة القاهرة الاقتصادية" تستخدم من بعض الدول والحكومات في الأحكام الدولية لمجابهة مطالبات المستثمرين، في ظل تفسير المحاكم للتدابير غير المحظورة بموجب المادة ١١ الذي سيجد صده في التمسك بالأحكام والتفسيرات المماثلة فيما يتعلق باتفاقيات الاستثمار الثنائية المستحدثة في جميع أنحاء العالم والتي تحتوي على نصوص أقرب إلى نص المادة ١١.

هناك حاجة ملحة لمعالجة الافتقار إلى الشفافية والتماسك بالمنهج التفسيري للمحاكم، فكما سبق أن عرضا أن فإن المشكلة المتكررة المتمثلة في كيفية تفسير المادة ١١ من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين تكشف الاختلافات في تلك المناهج، حتى بين مختلف محاكم ICSID في القضايا المذكورة.

فكما لوحظ مما سبق أن النقطة التي اختلفوا بشأنها تتعلق بما إذا كانت المساهمة في حالة الضرورة تستبعد هذا الدفاع عن الدولة المدينة، وماذا يجب أن تكون هذه المساهمة، بينما تم

راجع تقرير عن الاقتصاد العالمي في "انكماش كبير" بسبب الأزمة المالية، صندوق النقد الدولي، وكالة فرانس برس، الصادر في ٨ أكتوبر ٢٠٠٨، تشير التقارير إلى أن الاقتصاد العالمي يمر بفترة ركود كبيرة مع دخول عام ٢٠٠٩ بعد صدمة في الأسواق المالية.

متاح على الموقع الإلكتروني: -

.EWKBMDQ٦SzeYw ZW٥zcGale٤gaPha٥www://afp.google.com/article/ALeqM

(تمت الزيارة في ١٤/١٢/٢٠٢٣، الساعة ١٠.٤٣م).

تحديد المعيار كجزء من دفاع الضرورة في غابتشيكوفو كما سبق الإشارة إليها (١)، كما إن أوجه القصور في الحكم الصادر في نزاع Continental، لا يساهم في تعزيز الثقة في استقرار نظام الاستثمار القانوني الدولي، فعندما تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية غير مقيدة لانتقاء المصادر الخارجية التي يمكن من خلالها استخلاص المضمون الموضوعي والآثار القانونية المفترضة لنص اتفاقية ثنائية دون إظهار مبررات المنهج التفسيري أو كونه ضمن قواعد التفسير القانونية في نصوص الاتفاقية، تظل هناك قيود واضحة لممارسة قانون الاستثمار الدولي وتطويره.

كما لم توضح السوابق القضائية بشكل كافٍ كيفية التعامل مع حقيقة أن الدولة المدينة ساهمت في الأزمة الاقتصادية والمالية، حتى لو احترمت تلك المساهمة ونفذت المشورة الاقتصادية المتاحة في ذلك الوقت (٢).

أن الدفع الأخرى لها دور هامشي في نطاق نزاعات وتحكيم الديون السيادية، ويبدو أن قانون الاستثمار غير مهياً للتعامل مع إعادة هيكلة الديون السيادية، حيث تسود درجة عالية من انعدام الأمن في جميع جوانب القانون المعمول به، بالإضافة إلى ذلك فإن الصعوبات الواقعية في تحديد القدرة على تحمل الديون بالمفهوم الاقتصادي وهو شرط مسبق لتقييم تناسب التدابير الحكومية وكفاية دفاع الضرورة، تُظهر أن محاكم الاستثمار ربما تكون قد أرهقت نفسها عند اتخاذ قرار بأن لديها ولاية قضائية على الديون إعادة هيكلة القضايا (٣).

١ Gabcikovo–Nagymaros Project (Hungary v Slovakia), Judgment, 25 September 1997, I.C.J. Reports (1997) 7, para. 57.

٢ راجع القضايا المشار إليه في البحث.

٣ Overview in Christina Binder, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht (Springer 2013) 382.

إن هذا التوسع في التحكيم الاستثماري لم يقابله تعديلات ضرورية على القانون الموضوعي، بما في ذلك الدفاعات القانونية (١)، إن عدم اليقين هذا يفسد الغرض الأصلي لقانون الاستثمار الدولي في ضمان اليقين القانوني، إن عدم اليقين في تفسيرات محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لنفس نصوص الاتفاقية يقوض ثقة المستثمر والدولة المضيفة في إجراءات تسوية المنازعات المتاحة في نظام الاستثمار الدولي، ويمكن أن يمنع على الأرجح اللجوء إلى التحكيم عندما يكون هناك تصور بعدم القدرة على التنبؤ بالنتائج القانونية (٢)، وهو الأمر الذي قد يحفز المستثمرين علي سحب استثماراتهم عند ظهور بوادر للأزمة الاقتصادية أو المالية في الدولة المستضيفة، وعدم الموافقة علي اتباع سبل أخري لتجاوز تلك الأزمة مثل إعادة هيكلة الديون أو شطب الديون المتعثرة أو إعادة تنظيم الشركات أو غيرها من الإجراءات (٣)، كما يمكن أن تؤدي زيادة هروب رؤوس الأموال الأجنبية إلى إغراق الدولة المستضيفة في أزمة اقتصادية اقوي من المتوقعة (٤).

وتكمن الاستجابة المنطقية لوقف موجة عدم الاستقرار هذه في استعادة الولاء للقواعد التفسيرية بموجب المادتين ٣١ و ٣٢ من اتفاقية فيينا، حيث أعادت هاتان المادتان النظر في إدماج الدفع

الجمعية العامة للأمم المتحدة "تقرير الخبير المستقل المعني بآثار الديون الخارجية وغيرها من الالتزامات المالية الدولية ذات الصلة للدول على التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان، ولا سيما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" وثيقة الأمم المتحدة رقم A/72/153 (١٧ يوليو ٢٠١٧) الفقرة ٤٤.

٢ Barnali Choudhury, Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, 6 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 297, 302-16 (2005).

٣ Molly Zohn, Filling the Void: International Legal Structures and Political Risk in Investment, 31 FORDHAM INT'L L.J. 230, 282-83 (2007)

٤ CAPITAL FLIGHT AND CAPITAL CONTROLS IN DEVELOPING COUNTRIES (Gerald A. Epstein ed., 2005)

حيث عرضت دراسات عن حالات هروب رؤوس الأموال في بلدان من بينها جنوب أفريقيا، وتركيا، والبرازيل.

بـ "الضرورة" في تفسير المادة ١١ ضد محتوى النظام الوحدوي للتفسير في المادة ٣١ من اتفاقية فيينا، وأظهرت أنه لا يوجد نص أو نطاق أو اتفاق لاحق أو ممارسة تدعم الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين لاستخدام تلك القاعدة كأداة تفسيرية. أن اتفاقيات الاستثمار الثنائية المستقبلية من الممكن أن تنص على مزيد من التفاصيل والمفاهيم حول الآثار القانونية المترتبة على التدابير غير المحظورة، فالبلدان تتمتع بحقوقها الكاملة إذا قررت إدراج تفسيرات مماثلة لما خلصت إليه المحمة لعدم الاستثناء في نص الاتفاقية، ومع ذلك إذا لم يكن ذلك واضحاً من نص الاتفاقية أو سياقها أو الاتفاق أو الممارسة اللاحقة أو قواعد القانون الدولي ذات الصلة على النحو المحدد في الاتفاقية أو التي يقصدها الأطراف فيها، فلا ينبغي التوسع في التفسير الذي تقوم به المحاكم في نصوص اتفاقيات الاستثمار الثنائية القائمة، فالأمر متروك للأطراف في اتفاقيات الاستثمار الثنائية للتفاوض والحد من العواقب القانونية للتدابير غير المحظورة، وليس للمحاكم ذات النهج التفسيري.



## المراجع

## المراجع العربية: -

١. د/ ابراهيم شحاتة: "أدوار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار والوكالة الدولية لضمان الاستثمار"، مراجعة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة قانون الاستثمار الأجنبي، المجلد ١، ١٩٨٦.
٢. د/ إسلام إحسان، أحكام العقد الإداري في النظام السعودي، دار آل غالب للنشر والتوزيع، جدة، ٢٠١٦.
٣. د/ الشهابي إبراهيم الشراوي، مصادر الالتزام غير الإرادية في قانون المعاملات المدنية الامارتية "الفعل الضار - الفعل النافع - القانون"، دار النهضة العربية، ط ١، القاهرة، ٢٠١٦.
٤. د/ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١٢.
٥. المستشار/ أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، دار ناس للطباعة، القاهرة، ٢٠١٥.
٦. د/ حسين عامر، د/ عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف المصرية، القاهرة، ١٩٧٩.
٧. د/ حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٨. د/ حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية "تحديد ماهيتها والنظام القانوني له"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.
٩. د/ جعفر عبد السلام، مبادي القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٠. د/ عبد الرزاق السنهوري، موسوعة الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ١، منشورات الحلبي، ط٣، ٢٠١٥.
١١. د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام "مصادر الالتزام"، دار احياء التراث العربى، لبنان، ١٩٧٠.
١٢. د/ عبد المجيد الحكيم " الوسيط فى نظرية العقد " الجزء الأول فى انعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد ١٩٦٧.
١٣. د/ عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، مصادر الالتزام، ١٩٥٤.
١٤. د/ عبد الحق صافى، القانون المدنى "المصدر الارادى للالتزامات العقدية، ج ١ "اثر العقد"، ط ١، ٢٠٠٧.
١٥. د/ عبد المعز عبد الغفار نجم، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولى للإنشاء والتعمير، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٦.
١٦. د/ عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محلياً ودولياً، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٥٥.
١٧. د/ عصام الدين القصبى، خصوصية التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
١٨. د/ عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد فى الوانين العربية "دراسة مقارنة"، دار الكتاب العلمية، بدون دار نشر، ٢٠١٥.
١٩. د/ عز الدين الدناصورى وعبد الحميد الشواربى، المسئولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٢٠. د/ سمير تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٢١. د/ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مطبعة الفجيرة الوطنية، الامارات، ط١، ٢٠١٠.
٢٢. د/ شريف محمد غنام، إثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، أكاديمية الشرطة دبي، الامارات، ٢٠١٠.
٢٣. د/ لمياء متولي يوسف، التنظيم الدولي للاستثمار في إطار اتفاقية استثمار متعددة الأطراف، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٢٤. د/ محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، الجزء ٢، "المصادر غير الإرادية والعمل غير المشروع- الاثراء بلا سبب"، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.
٢٥. د/ محمد محيي الدين سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٢٠.
٢٦. د/ ماهر جميل، حماية الاستثمار الأجنبي في ضوء قواعد القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
٢٧. د/ محمد الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد "دراسة نقدية تأصيلية مقارنة"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد الثاني، ٢٦ يونيو ٢٠١٩.
٢٨. د/ محمد عزمي البكري، دعوى التعويض، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧.
٢٩. د/ محمد عبد الصاحب الكعبي، المسؤولية المدنية عن أضرار الكوارث الطبيعية "دراسة مقارنة"، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٩.

٣٠. د/ محمد المرسي زهرة، المصادر غير الارادية للالتزام فى قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، الامارات، ط ١، ٢٠٠٢.
٣١. د/ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٣٢. د/ محمود جمال الدين زكي، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، ط ٣، ١٩٧٨.
٣٣. د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٣٤. د/ هشام صادق، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط ٢، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١.
٣٥. د/ ياسر الحويش، القانون الدولي الاقتصادي، ج ٢، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٩.

### الرسائل العلمية: -

1. Ph. LE TOURNEAU: La responsabilité civiles, Dalloz Droit Civil, ٣ème Ed. ١٩٨٢, n° ٧٠٨MM CADIET et LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité, Dalloz Action, ١٩٩٨.

٢. الباحث/ علي حسين ملح، دور المعاهدات الدولية فى حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة فى الدول النامية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.

٣. الباحثة/ مريم يغلي، التزام العون الاقتصادي بالتسليم المطابق، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أوبكر بلقايد، الجزائر، ٢٠١٧.

#### المواقع الإلكترونية: -

1. [www: un.org/law/ilc/convents.htm](http://www.un.org/law/ilc/convents.htm).
2. [www: aseansec.org/7994.pdf](http://www.aseansec.org/7994.pdf)
3. [www.doi.org/10.15779/Z38Z369](http://www.doi.org/10.15779/Z38Z369)
4. [www: Investmentpolicyhub.uncatd.org](http://www.Investmentpolicyhub.uncatd.org).
5. [www: doi.org/10.15779/Z38Q63S](http://www.doi.org/10.15779/Z38Q63S)
6. [www: stste.gov/e/eb/ifd/bit/117402.htm](http://www.stste.gov/e/eb/ifd/bit/117402.htm)
7. [www: Investmentpolicyhub.uncatd.org](http://www.Investmentpolicyhub.uncatd.org).
8. [www: afp.google.com/article/ALeqMogaPhaεzcGaleoSzeYwZW٦EWKBMDQ](http://www.afp.google.com/article/ALeqMogaPhaεzcGaleoSzeYwZW٦EWKBMDQ).

#### المراجع الأجنبية: -

1. Anja Lindroos, Addressing Norm Conflicts in a Fragmented Legal System, The Doctrine of Lex Specialis, ٧٤ NORDIC J. INT'L L. ٢٧, ٣٠, ٣٩ (٢٠٠٥).
2. Antonio R. Parra: "The scope of new investment laws and international instruments, Robert Pritchard: Economic Development Foreign Investment and the Law, .١٩٩٦

3. Andrew Newcombe & Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter ١, Historical Development of Investment Treaty Law, KLUWER LAW INTERNATIONAL, ٢٠٠٩.
4. Andres S. Suarez et al., Diccionario Economico de In Empresa, 1977. E. C. Schlemmer, Investment, Investor, Nationality, and Shareholders, in: P. Muchlinksi et al., The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008. E. Gaillard, Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice, in: C. Binder et al. (eds.). Matthias Goldmann, 'A matter of perspective: Global governance and the distinction between public and private authority (and not law)' (2016).
5. Bruno Simma & Dirk Pulkowski, Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law, ١٧ EuR. J. INT'L, (٢٠٠٦)
6. CHRISTOPH H. SCHREUER, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY .(٢٠٠١) ٢٦-١١٢٤
7. C. Binder 'Changed Circumstances in Investment Law: Interfaces between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility with a Special Focus on the Argentine Crisis', in C. Binder et al. (eds.), International Investment Law for the ٢١st Century.(٢٠٠٩)
8. Charles N. Brower, Evidence Before International Tribunals: The Need for Some Standard Rules, ٢٨ INT'L LAW.(١٩٩٤)

9. CAPITAL FLIGHT AND CAPITAL CONTROLS IN DEVELOPING COUNTRIES (Gerald A. Epstein ed., ٢٠٠٥).
10. Dolzer, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, in: FS Partsch, ١٩٨٩.
11. DURWARD V. SANDIFER, EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS ١٢٧ (Univ. of Virginia Press, revised ed., ١٩٧٥).
12. David J. Bederman, Revivalist Canons and Treaty Interpretation, ٩٧٠ UCLA L. REV. ٩٥٣, (١٩٩٤).
13. Eyal Benvenisti & George W. Downs, The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law, ٦٠ STAN. L. REV. ٥٩٥ (٢٠٠٧).
14. Pfeiffer, Zahlungskrisen ausländischer Staaten im deutschen und internationalen Rechtsverkehr ZVglRWiss 102 (2003).
15. Frederic Gilles Sourgens, Comparative Law as Rhetoric, An Analysis of the Use of Comparative Law in International Arbitration, ٨ PEPP. DisP. RESOL. L.J. ١ (٢٠٠٧).
16. Francesco Francioni, 'Access to justice, denial of justice and international investment law' ٢٠ European Journal of International Law.

17. F. CHABAS "Force majeure" Rép. Dalloz, droit civil, 1985, n° 1.
18. Gabcikovo–Nagymaros Project (Hung. v. Slov.) ١٩٩٧I.C.J. ٧, ٤٢(Sept. ٢٥).
19. Gene Michael & Alan Krueger, "Economic Growth and the Environment", Quarterly Journal of Economics, Vol. 110, 1995.
20. Gerald Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Other Treaty Points, ٢٨BRIT. Y.B. INT'L. L. .(١٩٥١) ١
21. Hahn, The international law of foreign debt regulations, Kreditwesen .١٩٨٩
22. H.Batiffol "Contrats et conventions", Encyclop. Dalloz– droit international “, n° 9.
23. IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW ٤٤٨(٦th ed. ٢٠٠٣).
24. JESWALD W. SALACUSE, The General Structure of Investment Treaties, OXFORD UNIVERSITY PRESS, UK.
25. Julian Schumacher, Henrik Enderlein and Christoph Trebesch, ‘Sovereign Defaults in Courts’ (٢٠١٤) Michael Waibel, Sovereign defaults before international courts and tribunals (Cambridge Univ. Press ٢٠١١).



26. J. THIEFFRY et GRANIER Ch. "La vente internationale ", Ed. C.F.C.E., Paris 1985.
27. Jean Pierre Gridel, note sous Civ.1,3 juillet 2002, Bulletin, 2002, I, Le Dalloz, 3 octobre 2002.
28. Jorge E. Vifiales, State of Necessity and Peremptory Norms in International Investment Law, ١٤ L. & Bus. REV. AM. .(٢٠٠٨) ٧٩
29. Kline, John M. and Rodney D. Ludema (١٩٩٧). Building a multilateral framework for investment: comparing the development of trade and investment accords, Transnational Corporations, vol. .٦
30. Marti KOSKENNIEMI, FROM APOLOGY TO UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT.(٢٠٠٦)
31. MOJTABA KAZAZI, BURDEN OF PROOF AND RELATED ISSUES: A STUDY ON EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS .(١٩٩٦) ٣٦٩
32. Molly Zohn, Filling the Void: International Legal Structures and Political Risk in Investment, ٣١ FORDHAM INT'L L.J. ٢٣٠, ٨٣-٢٨٢ .(٢٠٠٧)
33. M. DUBISSON: La négociation des marchés internationaux, Moniteur 1982.
34. MM. MAZEAUD H. L. et J. "Leçons de droit civil", Tome II.

35. M. Engel: Traité des obligations en droit Suisse.
36. M. FONTAINE, op. cit. DPCI 1979 n°. 4, p. 479; Conditions générales de vente de la C.E.E.: n°. 188 A., Genève1953; n° 574, Genève 1955; n° 730, Genève 1961.
37. NANCY KoNTou, THE TERMINATION AND REVISION OF TREATIES IN THE LIGHT OF NEW CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW (١٩٩٤).٢٠-١٩
38. Nikos Lavranos, the new EU Investment Treaties: Convergence towards the NAFTA model as the new Plurilateral Model BIT text? presentation held on ١٣February ٢٠١٣at the WTI in Bern.
39. NANcY KONTou, THE TERMINATION AND REVISION OF TREATIES IN THE LIGHT OF NEW CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW .(١٩٩٥) ١٧
40. Overview in Christina Binder, Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht (Springer ٢٠١٣).
41. Ryan D. Newman, Treaty Rights and Remedies: The Virtues of A Clear Statement Rule, ١١TEX. REV. L. & POL. ٤١٩, .(٢٠٠٧) ٤٤٧
42. Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral investment treaties, Kluwer Academic Publishers, .١٩٩٥

43. Sarah F. Hill, the 'Necessity Defense' and the Emerging Arbitral Conflict in its Application to the US–Argentina Bilateral Investment Treaty, ١٣LAW & Bus. REV. AM. ٥٤٧, .(٢٠٠٧) ٥٧–٥٥ .
44. Susan Rose–Ackerman & Benjamin Billa, Treaties and National Security, ٤٠N.Y.U. J. INT'L L. & POL.(٢٠٠٨) .
45. S. Schill, 'Der völkerrechtliche Staatsnotstand in der Entscheidung des BVerfG zu Argentinischen Staatsanleihen – Anachronismus oder Avantgarde?' ٦٨Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.(٢٠٠٨)
46. SCHMITTHOFF M Clive, L'exportation, ses problèmes – leurs solutions, éd. Jupiter, Paris 1975.
47. PR Thulasidhass, Most–Favoured–Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the Limits through Interpretative Principles, AMSTERDAM LAW FORUM, VU University Amstrdam, Vo; ٧:١, SUMMER EDITION, .٢٠١٥
48. ULF LINDERFALK, ON THE INTERPRETATION OF TREATIES: THE MODERN INTERNATIONAL LAW EXPRESSED IN THE ١٩٦٩ VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES .(٢٠٠٧) ٣٠٣
49. William W. Burke–White & Andreas von Staden, Investment Protection in Extraordinary Times ،The Interpretation and Application of

Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties,  
٤٨VA. J. INT'L. L. ٣٠٧, .(٢٠٠٨) ٢٠-٣١٨

50. W. Michael Reisman, Professor, Yale Law School, Fifteenth Goff.Arbitration Lecture, National Emergencies and Necessities: Do They and Should They Relieve States of Their Investment Obligations (Oct. ٧, ٢٠٠٨)

51. Y.Loussouarn et J. D.Bredin " Droit du commerce International " Sirey 1969 .

#### مجلات علمية عربية: -

١. د/ بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات الإصلاح الجزري للقانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦ ومدي تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد ١١، صادر في سبتمبر ٢٠١٨.
٢. / محمد شتا أبو السعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، عدد ٧٨، ١٩٨٣.

#### مجلات ومقالات علمية أجنبية: -

1. Alejandro A. Escobar: "Introductory Note on Bilateral Investment Treaties Recently Concluded by Latin American States," ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. II, .١٩٩٦
2. Anna Gelpern, 'Sovereign Debt. Now What?' (٢٠١٦) ٤٢Yale Journal of International Law Online.

3. ANTHONY AUST, MODERN TREATY LAW AND PRACTICE, AUST, (2d ed. 2007).
4. Barnali Choudhury, Evolution or Devolution? Defining Fair and Equitable Treatment in International Investment Law, 6 J. WORLD INVESTMENT & TRADE 297, 302-16 (2005).
5. Beck, what is Globalization? 1998, 228.
6. Broches: "The Convention on The Settlement of Investment Disputes: Some Observations on Jurisdiction," Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 5, 1966.
7. Chusei Yamada, Revisiting the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, in INTERNATIONAL RESPONSIBILITY OF TODAY: ESSAYS IN MEMORY OF OSCAR SCHACHTER ١١٧, ١٢٣ (Mauricio Ragazzi ed., ٢٠٠٥).
8. Carolyn B. Lamrn and Abby Cohen Smutny: "The implementation of ICSID Arbitration Agreements," ICSID Review -- Foreign Investment Law Journal, Vol. ١١, ١٩٩٦.
9. C. F. Amerasinghe: "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes," Indian Journal of International Law, Vol. ١٩, ١٩٧٩.

10. Christoph Schreuer: "Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. ١١, .١٩٩٦
11. Carolyn B. Lamrn and Abby Cohen Smutny: "The implementation of ICSID Arbitration Agreements," ICSID Review -- Foreign Investment Law Journal, Vol. ١١, .١٩٩٦
12. Christoph Schreuer: "Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. ١١, .١٩٩٦
13. Christoph Schreuer: "Commentary on the ICSID Convention," ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. ١١, .١٩٩٦
14. Christopher Schreuer, Travelling the BIT route: of waiting periods, umbrella clauses and forks in the road 2 JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE (2004).
15. Carolyn B. Lamrn and Abby Cohen Smutny: "The implementation of ICSID Arbitration Agreements," ICSID Review -- Foreign Investment Law Journal, Vol. 11, 1996.
16. Chamberlain, Privatization, 2001.
17. D o l z e r, State insolvency: On the concept and the legal consequences in international law, in: FS Partsch, 1989.
18. Edward T. Swaine, Reserving, 31 YALE J. INT'L L. 307, 316–17 (2006).

19. F. Amerasinghe: "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes," Indian Journal of International Law, Vol. 19, 1979.
20. Forsthoff, Textbook of Administrative Law – General Part, 10th ed. 1973.
21. Georges R. Delaume: "ICSID and the Transnational Financial Community;" ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.I, ١٩٨٦.
22. Gudgeon, K. Scott, United States Bilateral Investment Treaties: Comments on Their Origin, Purposes, and General Treatment Standards, Berkeley Journal of International Law, 1986.
23. Georges R. Delaume: "ICSID and the Transnational Financial Community;" ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol.I, 1986.
24. Gabriella Blum, Bilateralism, Multilateralism, and the Architecture of International Law, 49 HARV. INT'L L.J. (2008).
25. IAN BROWNLIE, SYSTEM OF THE LAW OF NATIONS: STATE RESPONSIBILITY, PART 1199 (1983).

26. J. D. Mortenson, The Meaning of "Investment": ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law, ٥١ Harvard International Law Journal.(٢٠١٠)
27. Jörn Axel Kammerer, 'State bankruptcy from the perspective of international law' (2005) 65 Journal of Foreign Public Law and International Law.
28. M. Waibel, 'Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: CMS and LG&E', ٢٠ Leiden Journal of International Law.(٢٠٠٧)
29. Michael Waibel, 'Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration' (٢٠٠٧) ١٠١ The American Journal of International Law ٧١١, ٧١٥.
30. Michael Waibel, 'Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration' (٢٠٠٧) ١٠١ The American Journal of International Law.
31. M. N. SARIS.: Les clauses particulières du contrats internationaux, thèse Montpellier 1981.
32. Manes, State bankruptcies, 3rd edition 1922.
33. Sabine Frerichs, 'Unravelling the European Community of Debt' (٢٠١٦) ٢٢ European Law Journal.
34. Pielow, Basic structures of public provision, 2001.



35. Pernice, in: Isensee/Kirchhof (ed.), Handbook of Constitutional Law, Vol. VIII, 1995.
36. Ronellenfitsh, services of general interest as a legal term, in: Blümel (ed.), Ernst Forsthoff, 2003.
37. Stephan W. Schill, Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favored-Nation Clauses, Berkeley Journal of International Law, Volume 27, Issue 2, 2009.
38. Simson / Black, European Integration and Basic Law, 1992.

### قوانين واتفاقيات وطنية ودولية: -

١. الاتفاقية الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين والخاصة بحظر المصادرة المباشرة وغير المباشرة.
٢. الاتفاقية الاقتصادية والتجارية الشاملة بين الاتحاد الأوروبي وكندا (CETA) .
٣. الاتفاقية الإطارية بشأن منطقة الاستثمار لآسيان المؤرخة في ٧ أكتوبر ١٩٩٨
٤. الاتفاقية بين الولايات المتحدة الأمريكية والأرجنتين بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات، المؤرخة في ١٤ نوفمبر ١٩٩١.
٥. الاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة وزائير في ٣ أغسطس ١٩٨٤.
٦. الجمعية العامة للأمم المتحدة "تقرير الخبير المستقل المعني بآثار الديون الخارجية وغيرها من الالتزامات المالية الدولية ذات الصلة للدول على التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان، ولا

سيما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" وثيقة الأمم المتحدة رقم A/72/153 (١٧ يوليو ٢٠١٧).

٧. العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية المؤرخة في ١٩ ديسمبر ١٩٦٦.

٨. المبادئ التوجيهية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي المباشر"، مراجعة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في ١٩٩١، مجلة قانون الاستثمار الأجنبي، العدد السابع، ١٩٩٢.

٩. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (مجموعة الأعمال التحضيرية)، ج ١.

١٠. القانون الفرنسي رقم ٢٠١٦/١٣١ بشأن قانون إصلاح العقود والنظرية العامة للالتزامات والاثبات، الذي صدر في ١٠ فبراير ٢٠١٦.

١١. القانون المدني المصري.

١٢. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، المؤرخة في ٢٣ مايو ١٩٦٩.

١٣. اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الأكسيد).

١٤. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين جمهورية مصر العربية والإتحاد الاقتصادي البلجيكي المؤرخة في ٢٨ فبراير ١٩٩٩.

١٥. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة وروندا المؤرخة في ١٩ فبراير ٢٠٠٨.

١٦. اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المانيا وباكستان بتاريخ ١ ديسمبر ٢٠٠٩.

١٧. اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين إيطاليا والمغرب المؤرخة في ١٨ يونيو ١٩٩٠.

١٨. اتفاقية ١٨ مارس ١٩٦٥ بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى.
١٩. اتفاقية التعاون والحماية المتبادلة للاستثمارات بين مملكة HSFHKDH وجمهورية الأرجنتين المؤرخة في ١٩٩١
٢٠. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين كندا وبوركينا فاسو المؤرخة في ٢٠ إبريل ٢٠١٥.
٢١. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين بيلا روسيا والمكسيك المؤرخة في ٤ سبتمبر ٢٠٠٨.
٢٢. اتفاقية فيينا "قانون المعاهدات"، المؤرخة في ١٩٦٩، المواد القانونية الدولية، المجلد ٨.
٢٣. اتفاقية إنشاء منطقة حرة بين الولايات المتحدة الأمريكية والمغرب ٢٠٠٣
٢٤. اتفاقية التشجيع الحماية المتبادلة للاستثمار بين الدنمارك وأوكرانيا، المؤرخة في ٢٣ أكتوبر ١٩٩٢.
٢٥. اتفاقية تشجيع وحماية المتبادلة للاستثمارات المبرمة بين مملكة هولندا وجمهورية باراجواي، المؤرخة في ٢٩ أكتوبر ١٩٩٢.
٢٦. اتفاقية شانر للطاقة، المبرمة في ١٧ ديسمبر عام ١٩٩٤.
٢٧. اتفاقية بشأن التشجيع والحماية المتبادلين للاستثمارات في السوق المشتركة ميركوسو.
٢٨. اتفاقية التجارة الحرة الأمريكية، المؤرخة في ١٧ ديسمبر عام ١٩٩٢.
٢٩. اتفاقية التجارة الحرة بين المكسيك وكولومبيا وفنزويلا، المؤرخة في ١٩٩٤.
٣٠. اتفاقية التجارة الحرة لأمريكا الشمالية "نافتا".

٣١. اتفاقية الاستثمار الثنائية بين المغرب ونيجريا لعام ٢٠١٦.
٣٢. اتفاقية الاستثمار الثنائية بين لبنان والبحرين المبرمة في ٧ اغسطس ٢٠٠٣.
٣٣. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الصين ولاتفيا في ١٥ أبريل ٢٠٠٤.
٣٤. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين المكسيك وبريطانيا المبرمة في ١٢ مايو ٢٠٠٦.
٣٥. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين فرنسا والأردن المبرمة في ٢٣ فبراير ١٩٧٨.
٣٦. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمار المبرمة بين تونس ولبنان المؤرخة في ٢٤ يونيو ١٩٩٨.
٣٧. اتفاقية حماية وتشجيع الاستثمارات المتبادلة بين الولايات المتحدة الأمريكية والأوروغواي في ٤ نوفمبر ٢٠٠٥.
٣٨. اتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية، المؤرخة في ٤ نوفمبر عام ١٩٥٠.
٣٩. اتفاقية فيينا، المؤرخة في ٢٣ مايو ١٩٦٩.
٤٠. اتفاقية فينا لعام ١٩٨٠.
٤١. تقرير عن الاقتصاد العالمي في "انكماش كبير" بسبب الأزمة المالية، صندوق النقد الدولي، وكالة فرانس برس، الصادر في ٨ أكتوبر ٢٠٠٨.
٤٢. تقرير مجلس الجماعة الأوروبية "موقف المجتمع بشأن مبادئ حماية الاستثمار في دول افريقيا والبحر الكاريبي والمحيط الهادي، المنعقد بتاريخ ٣ نوفمبر ١٩٩٢.
٤٣. تقرير إلى لجنة التنمية حول الإطار القانوني للتعامل مع الاستثمارات الأجنبية، مدرج ضمن المبادئ التوجيهية للبنك الدولي بشأن معاملة الاستثمار الأجنبي.

٤٤. تقرير لجنة القانون الدولي المقدم إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، مشروع مواد بشأن مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً، مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول.

٤٥. قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيتال).

٤٦. قرارات لجنة القانون الدولي الصادرة في ١٩٨٠، الجزء الثاني.

٤٧. دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغربي آسيا، ٢٠١٠، ج ٣.

### الأحكام القضائية: -

١. حكم المحكمة الدستورية الفيدرالية الألمانية في حكمها الصادر في ٨ مايو ٢٠٠٧.

cases 2 BvM 1/03 et al., BVerfGE 118, 124.

أحكام محكمة النقض الفرنسية: - 2.

Cass. Com. 3 oct. 1989, JCP 1990, II, 21423, conclusion M. Jéol.

Cass.soc, 12 Fevrier 2003, n 00-46660, Bulletin 2003 V N 50.

Cass. Com. 3 oct. 1989, JCP 1990, II, 21423, conclusion M. Jéol.

Cass. 3e civ. 24 mars 1993, JCP, 1993. I. 3727, n° 12 obs. G. Viney.

Cass. Paris 28 fév. 1990, Gaz. Pal. 1990. 2. somm. 461

Cass. 1re civ. 23 fév. 1994, Dalloz 1995, 214 note N. Dion.

Cass. Civ. 1er, 29 nov. 1965: D. S. 1966.

Cass. Com. 21 nov. 1967 : J C P 1968, II, 15462, note Le Galcher-Baron.

Cass. Civ. 1er, 7 mars 1966 et Cass. Com. 28 fév. 1966 : J. C P  
1966, II, 14878, note J. Mazeaud.

Cass. Civ. 15 mai 1944 : Dalloz 1945, 15 ; Cass. Civ. 15 mai 1945 :  
Dalloz 1946.

Civ. 2e, 26 janvier 1971: Bull. I, n° 27, p. 22 Cass.

Cass. Com. 10 oct. 1950: Gaz. Pal. 1951.

٣. الحكم الصادر عن محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية - باريس

Affaire 3093: 3100, 1979: Clunet 1980 .

٤. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٤٢٣ لسنة ٤١ قضائية، جلسة ٢٩ يناير  
١٩٧٦، المكتب الفني، سنة ٢٧ قضائية.

٥. محكمة النقض المصرية، نقض تجاري، طعن رقم ٢٠١٣٣ لسنة ٧٧ قضائية، المكتب الفني،  
جلسة ٢٧/٤/٢٠١٠.

٦. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٤، جلسة ٢٧/١١/١٩٧٨،  
المكتب الفني، سنة ٢٩ قضائية.

٧. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٧٧ لسنة ٧٢، جلسة ٢٨/١١/٢٠٠٢،  
مكتب فني، سنة ٥٣ قضائية.

٨. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ قضائية، جلسة  
١٠/٤/٢٠١٢، مكتب فني، سنة ٦٣ قضائية.

٩. محكمة النقض المصرية، نقض مدني رقم ١٩٠ لسنة ٣٤ قضائية، جلسة ١٩/١٢/١٩٦٨،  
مكتب فني، سنة ١٩ قضائية.

١٠. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، طعن رقم ٦٧٥٩ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ٢٠١٨/٤/١٦.
١١. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ١٥٤٨٠ لسنة ٨٣ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٦/١٥، المكتب الفني.
١٢. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ١٨٤٦٦ لسنة ٨٣ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٣/٢٤.
١٣. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ٧٦٢٧ لسنة ٨٢ قضائية، جلسة ٢٠١٩/٢/١٨.
١٤. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ١٣٤٠٤ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ٢٠١٨/١٠/١.
١٥. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ٣٠٠ لسنة ٨٠ قضائية، جلسة ٢٠١٨/٧/٨.
١٦. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، رقم ٥١٢٥ لسنة ٨١ قضائية، جلسة ٢٠١٨/٦/٢٤.
١٧. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم ١٢ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٩٤٥/١٠/٢٩.
١٨. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٣٧ قضائية، جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٠، مكتب فني ٢٤، الجزء ٣.
١٩. محكمة النقض المصرية، نقض مدني، الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ قضائية، جلسة ١٩٧٧/١/١١، مكتب فني ٢٨، ج ١.

٢٠. محكمة التحكيم للرفة التجارية الدولية CCI، حكم القضية رقم - (3093 / 3100 - 1979).

٢١. محكمة التحكيم فى صوفيا، مجموعة أحكام رقم

(16/56, 21/56; 20 dèc. 1961, 7/61, 41/64, 61/65)

٢٢. القرار الصادر فى النزاع بين شركة ميهالى ضد سيريلانكا، فى ١٥ مارس ٢٠٠٢.

٢٣. قرار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) بشأن الاعتراضات على الاختصاص القضائي بتاريخ ٢٥ يناير ٢٠٠٠.

٢٤. مشروع المواد المتعلقة بمسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً التي تم اعتمادها من الجمعية العامة الخامسة والخمسون فى عام ٢٠٠١.

#### القضايا التحكيمية: -

1. Abaclat and others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/5, Annex A, Settlement Agreement, 29 December 2016.
2. Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/08/9, Order of Discontinuance of the Proceeding, 4 May 2015.
3. Giovanni Alemanni and Others v. Argentina, ICSID Case No. ARB/07/8, Order of the Tribunal Discontinuing the Proceeding, 14 December 2015.
4. Salini Costruttori S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.
5. LG&E Energy Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability para. 265 (3 Oct. 2006).



6. CMS Gas Transmission Co. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, paras. 383–94 (12 May 2005).
7. Cont'l Cas. Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, para. 192 (5 Sept 2008).
8. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrate S.p.A. v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001.
9. Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/3/96, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.
10. Joy Mining Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/11/03, Award, 6 August 2004.
11. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/13/01, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003.
12. S Société Générale de Surveillance S.A. v. Philippines, ICSID Case No. ARB/16/02, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.
13. Slovakia, ICSID Case No. ARB/4/97, Decision on Objections to Jurisdiction, 24 May 1999.
14. Fedax N.V. v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/3/96, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.

15. Himpurna California Energy Ltd. v. PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Berm. v. Indon.), Award, ١٤ MEALEY'S INT'L ARB. REP. A-i, ١٣-٤١١ (May ٤, ١٩٩٩)