امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر في اتفاقيات الاستثمار الثنائية في ضوء قواعد القانون الدولي العام

د. محمد رمضان

أستاذ القانون الدولي العام المساعد

كلية الحقوق- جامعة القاهرة

(ISSN: 2537 - 0758)

امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية إلي الحقوق الإجرائية للمستثمر في اتفاقيات الاستثمار الثنائية في ضوء قواعد القانون الدولي العام

د. محمد رمضان

خطة الدراسة

مقدمة

فصل تمهيدي: اتفاقيات الاستثمار الثنائية في القانون الدولي العام

المبحث الاول: نطاق الحماية التي تغطيها اتفاقيات الاستثمار الثنائية

المبحث الثاني: التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار الثنائية

الفصل الأول: تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية في ضوء قواعد القانون الدولي العام

المبحث الاول: تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية في ضوء المادة ٣١ و٣٢ من قانون المعاهدات

المبحث الثاني: المبادئ الدولية التي تحدد مدي انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية علي الحقوق الإجرائية

الفصل الثاني: صور و اشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية

المبحث الاول: اشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية

المبحث الثاني: اشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية

الفصل الثالث: التطبيقات المعاصرة وأحكام التحكيم في منازعات الاستثمار لامتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية

المبحث الاول: الاتجاه الموسع من نطاق المبدأ وامتداده الي الحقوق الإجرائية

المبحث الثاني: الاتجاه المقيد من نطاق المبدأ لكي لا يمتد الي الحقوق الإجرائية

المبحث الثالث: تقييم الاتجاهين من حيث اسانيدهم القانونية

المبحث الرابع: الحلول والتوصيات المقترحة لتعامل الدول النامية مع امتداد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية

الخاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

مقدمة

يثير هذا البحث أحد الإشكاليات القانونية الهامة في مجال القانون الدولي العام وهو امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاقيات اخري. فلا شك أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل الحقوق الموضوعية للمستثمر الاجنبي، إلا أن الشك يحوم حول ما إذا كان هذا الشرط يشمل أيضاً الحقوق الإجرائية للمستثمر وأهمها احكام وبنود و وسائل تسوية المنازعات أم لا.

ولم تستطع لجنة القانون الدولي الإجابة على هذا التساؤل الشائك حيث تركت الأمر لكل دولة عند إبرامها للاتفاقيات الثنائية أن ينص على امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية صراحة او تنفيه وجدير بالذكر أن هذا السؤال يشكل معضلة هامة للدول النامية حيث تتكبد هذه الدول– في حالة رفع دعاوي تحكيمية عليها– مصاريف هائلة من أجل تعيين هيئة دفاع تتشكل من محامين متخصصين يقومون بكتابة وصياغة المذكرات القانونية للدفاع عنها في مواجهة المستثمر الأجنبي الذي بمقتضي شرط الدولة الاولي بالرعاية يستطيع ان يتوسع في مجال الحقوق الإجرائية التي يمارسها في مواجهة الدول مضيفة الاستثمار.

وبطبيعة الحال يفترض هذا البحث أن الدول الأطراف في اتفاقية الاستثمار الثنائية لم تتفق على هذا الأمر صراحة حيث أن أغلب الاتفاقيات الثنائية للاستثمار لا تتعرض لنطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية وهل يشمل الحقوق الإجرائية أم لا. فاذا اتفق الأطراف على نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية فلن تثور هذه الإشكالية علي الإطلاق حيث سيتم إعمال إرادة الأطراف و تنفيذ ما تم الاتفاق عليه صراحة.

وإمعاناً في زيادة الأمر صعوبة، فإن هيئات التحكيم المختلفة والقضاء الدولي لم تتوحد على تفسير واحد وإنما اختلفت فيما بينها حيث ذهب اتجاه أول إلى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل الحقوق الإجرائية وبالتالي يستفيد المستثمر من أي وسيلة تسوية منازعات أفضل منصوص عليها في اتفاقية أخرى وذهب اتجاه ثان إلى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يقتصر فقط على الحقوق الموضوعية دون الحقوق الإجرائية.

وجدير بالذكر أن الدول النامية تتطلع دائماً إلى الحد من منازعات الاستثمار أمام هيئات التحكيم نظراً للأسباب التالية:

- حماية سمعة الدولة فيما يتعلق بالاستثمار وبيئته وضرورة توفير بيئة مناسبة للاستثمار في المجالات المختلفة.

(ISSN: 2537 - 0758)

- توفير التكلفة الباهظة لهذه المنازعات وإدارتها حيث تكلف خزانة الدولة ملايين الدولارات من ناحية مصاريف التحكيم واتعاب المحكمين و اتعاب المحامين.
- تجنب خسارة هذه الدعاوى حيث ان فرص كسب الدعاوي تظل كبيرة للمستثمر الأجنبي نظراً لاستعانة المستثمرين الأجانب بكبار مكاتب المحاماة العالمية والتي تبحث في الثغرات القانونية وتستعين بمبادئ القانون الدولي من أجل كسب تعويضات ضخمة ضد حكومات الدول النامية.

ولا شك أن تعرض الدول النامية لهذه الاحكام التي تتضمن مبالغ تعويضية كبيرة يشكل عائقاً كبيراً أمام قيام هذه الدول بالتنمية الشاملة لاقتصاداتها بما يشكل عقبة نحو تقدم هذه الدول وبالتالي تنشغل هذه الدول بتسوية هذه المنازعات بدلاً من أن تقوم بالتركيز علي افتتاح مشروعات كبرى و تطوير اقتصاداتها. وهذا لا يعنى أن حكومات الدول النامية تكون بمنأى عن ارتكاب أي خطأ فهذا وارد لكن هل هذه الأخطاء المرتكبة تستحق أن تعرض هذه الدول و اقتصاداتها الناشئة لهذه المبالغ الكبيرة والتعويضات الضخمة أم لا.

وفي ضوء ذلك، وفي ظل مطالبات للدولة النامية بالتفكير في الجوانب التنموية للاستثمار الأجنبي، لا شك أن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية من الموضوعات الجديرة بالبحث لأنها تؤدي إلى ازدياد فرص المستثمر الأجنبي في مقاضاة الدول النامية والنفاذ إلى التحكيم الدولي بشكل أسرع وأسهل بما يشكل عبئاً إضافياً على الدول النامية.

لذلك يكتسب هذا الموضوع أهمية بالغة للدول النامية التي تنظر إلى الاستثمار الأجنبي باعتباره أحد أعمدة التنمية لكن في نفس الوقت يجب الحذر عند التفاوض على اتفاقيات ثنائية في المستقبل بجانب الوقوف على التبعات المختلفة لهذا الشرط من أجل الوصول إلى تقييد هذا الشرط بما يعكس نية الأطراف الحقيقة تجاه هذا الموضوع.

أما بالنسبة لموقف الفقه الدولي، فيزخر الفقه الغربي بالعديد من الكتابات المتعلقة بهذا الموضوع ما بين كتابات مؤيدة لامتداد نطاق شرط المعاملة بالمثل إلى الحقوق الإجرائية وكتابات أخرى معارضة لهذا الامتداد ولذلك فإن الهدف من هذا البحث هو دراسة شاملة لهذا الموضوع من جميع جوانبه وزواياه المختلفة حتي يتكون للدول النامية وخاصة الدول العربية وعي بهذا الموضوع الهام.

وجدير بالذكر أن هيئات التحكيم الدولية قد أصدرت أحكاماً مختلفة ومتعارضة في ذات الموضوع، الأمر الذي حدا كثير من الفقه الدولي الي ان يوجه انتقادات هائلة إلى

التحكيم الدولي بوصفه أداة الاستعمار الجديدة. لذلك كان هدف هذا البحث هو التعرض لأسباب اختلاف السوابق القضائية وأحكام هيئات التحكيم حيث أن القانون الدولي يجب أن يكون فيه قدر من الاتساق والتنبؤ كأي نظام قانوني وبالتالي فإن المواقف المختلفة لهيئات التحكيم لا تساعد على استقرار قواعد القانون الدولي المنظمة للاستثمار. إلا أن ذلك لا يصل بنا الي القول بوجوب اعمال السوابق القضائية في تحكيم الاستثمار الدولي فهذا موضوع منفصل يحتاج الي بحث ودراسة مستفيضة.

لذلك سنقوم بالحديث عن هذا التضارب من خلال أربعة فصول حيث يتناول **الفصل التمهيدي** الاتفاقيات الثنائية للاستثمار باعتبارها من أهم موضوعات وأدوات القانون الدولي العام من حيث نطاقها والحقوق الموضوعية والإجرائية التي يتمتع بها المستثمر وأهميتها للدول النامية والدول المتقدمة في مبحثين مستقلين حيث يتناول المبحث الأول نطاق الحماية التي تغطيها اتفاقيات الاستثمار الثنائية ومجالات انطباقها وهو ما يعطي القارئ خلفية مناسبة عن هذا الموضوع و تشابكه اما المبحث الثاني فيتناول محاولات الفقه الدولي وممارسي القانون الدولي التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية والتي لها اثر مباشر علي موضوع هذا البحث.

أما **الفصل الاول** فيتناول تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية من خلال قواعد التفسير التي جاء بها القانون الدولي وخاصة اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات اما المبحث الثاني فيتناول المبادئ الدولية التي جاء بها القانون الدولي واستخدمتها هيئات التحكيم في محاولة تحديد نطاق انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية وامتداده الي الحقوق الاجرائية من عدمه.

ويناقش **الفصل الثاني** صور واشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية ويخصص المبحث الأول من هذا الفصل للحديث عن صور واشكال انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية للمستثمر اما المبحث الثاني فيتناول صور واشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر من واقع ممارسات الدول وطلبات المستثمر الأجنبي في دعاوي التحكيم المختلفة التي يرفعها علي الدول مضيفة الاستثمار.

ويعرض **الفصل الثالث والاخير** لاهم الموضوعات المتعلقة بالبحث حيث يتعرض للتطبيقات القضائية والتي صدرت علي مدار اكثر من عشرين عاما منذ البداية الاولي في قضية مافيزيني في عام ٢٠٠٠ والتي تكشف عن ممارسات الدول والمستثمر الأجنبي تجاه هذا الموضوع. ويخصص المبحث الأول لمجموعة من التطبيقات القضائية

(ISSN: 2537 - 0758)

التي اخذت بها عدة هيئات تحكيم وقامت بالتوسع في امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية متضمنا الحجج القانونية و الاسانيد التي قال بها طرفي النزاع وما اخذت به هيئة التحكيم اما المبحث الثاني فيعرض للاتجاه المقابل و يمثلها الدعاوي التحكيمية التي وصلت فيها هيئات التحكيم الي نتائج متناقضة تقضي بعدم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر متضمنة أيضا الحجج القانونية والاسانيد التي اثارها طرفي النزاع وما اخذت به هيئات التحكيم اما المبحث الثالث فيتناول تقييم الاتجاهين معا من حيث اسانيدهم القانونية ويأتي المبحث الرابع والأخير من هذا الفصل بمجموعة من التوصيات القانونية التي يمكن للدول النامية الاخذ بها في المستقبل لحماية حقوقها.

ثم نتعرض في الخاتمة لأبرز التوصيات والنتائج الخاصة بحل هذه الإشكالية القانونية التي حيرت هيئات التحكيم المختلفة وكانت ساحة للمبارزات القانونية بين الدول والمستثمرين الأجانب ولا شك ان كلا منهما وراءه جيش من المحامين وخبراء القانون الدولي واساتذته يناصرون كل طرف بمجموعة متميزة من الحج القانونية المستمدة من القانون الدولي.

صعوبة الإشكالية القانونية:

- لم تحسم لجنة القانون الدولي هذه المسألة وإنما تركتها لكل هيئة تحكيم علي حدة وهو ما يؤدي إلى عدم وضوح الإجابة على هذه المسألة وبالتالي يترك الأمر للفقه والقضاء الدولي لكي يجتهد ويصل إلى نتائج مختلفة.
- إن طبيعة شرط الدولة الاولي بالرعاية كمبدأ دولي موضوعي تثير الشكوك حول مدي انطباقه وامتداده إلى الحقوق والضمانات الإجرائية، فالحكم الصادر في قضية مافيزيني فتح الباب امام انطباق أو مد انطباق هذا المبدأ إلي الحقوق الإجرائية وجاءت بعد ذلك احكام عديدة اتبعت ما استقر عليه الهيئة في قضية مافيزيني واحكام اخري انتقدت وعارضت ما انتهت اليه حكم مافيزيني. إن تضارب الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم المختلفة ما بين اتجاه يذهب إلى مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الاجرائية كما هي في قضايا مافيزيني، قضية سيمنز ضد الأرجنتين، جاز ناتشرال ضد الأرجنتين وروز اينفست ضد روسيا في الفترة من ٢٠٠٠– ٢٠٠٧ واتجاه ثاني يتمثل في أحكام هيئة التحكيم التي تعارض مد نطاق الشرط إلى الحقوق الإجرائية في قضايا برشادير ضد روسيا وتبلينور ضد المجر ووينترشال ضد الأرجنتين في الفترة من ٢٠٠٦– ٢٠٠٨ مما يؤدي الي عدم

الاستقرار في المراكز القانونية للمستثمر والدولة مضيفة الاستثمار خاصة حول الخضوع للتحكيم الدولي من عدمه في بعض الأحيان.

- ان القانون الدولي يجب ان يتصدى لهذه الإشكالية بعدد من المبادئ القانونية الواضحة التي تجعل الإجابة علي هذا السؤال القانوني امرا متيسرا بما يؤدي الي تناغم واتساق قواعد القانون الدولي للاستثمار وما يشكله من أهمية كبيرة للدول النامية والمتقدمة علي حد السواء.

منهج البحث:

- سيتم إتباع المنهج التحليلي والمقارن والتطبيقي في هذا البحث للعديد من الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم فيما يتعلق بتحديد وتعريف المبادئ الدولية التي تحكم موضوع امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية وكيفية تطبيقها على منازعات الاستثمار سواء بتوسيع مفهوم هذا الشرط والاستناد إليه في تسوية منازعات الاستثمار مع عرض للفقه الدولي السائد في هذا الخصوص مع تحليل النصوص الاتفاقية وأحكام التحكيم ومقارنة بين هيئات التحكيم المختلفة لتوضيح الاتجاهات التي تسير فيها هيئات التحكيم و ما بين تقييد نفس هذا الشرط و اقتصاره علي الحقوق الموضوعية فقط والاسانيد المؤيدة له.

إشكالية البحث:

يتناول البحث عدة أسئلة و إشكاليات قانونية علي النحو التالي:

- هل يشمل شرط الدولة الاولي بالرعاية الحقوق الإجرائية للمستثمر ام لا في اطار قواعد تفسير المعاهدات؟
- هل الاتجاه الموسع من شرط الدولة الاولي بالرعاية يصطدم بمبادئ قانونية هامة تتعلق بقبول طريقة معينة من طرق تسوية المنازعات؟
- ما التوصيات التي يجب علي الدول النامية الاخذ بها لتلافي مخاطر امتداد هذا الشرط الي الحقوق الاجرائية؟

الهدف من البحث وأهميته:

يهدف هذا البحث إلي توعية المجتمعات العربية والحكومات العربية بمخاطر امتداد شرط الدولة الأول بالرعاية إلي الاحكام الإجرائية وهو ما يؤدي إلي زيادة المنازعات الاستثمارية والتي تثقل كاهل الحكومات العربية التي لا تتمتع بموارد كبيرة. لذلك فأن توعية الحكومات العربية بهذا الموضوع الشائك من شانه أن يلفت نظر المتعاملين على

(ISSN: 2537 - 0758)

هذا الملف إلى أهمية تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية بمنتهى الدقة والوضوح وقصره على الحقوق الموضوعية فقط دون الإجرائية.

ولا شك أن الحكومة المصرية الان تعكف علي دراسة ووضع اتفاقية نموذجية للاستثمار لتقوم بتوقيعها مع الدول الأخرى وهذه الاتفاقية النموذجية يجب ان تعكس كافة التطورات التي شهدها القانون الدولي في ضوء ما افرزته الاحكام الصادرة من هيئات التحكيم المختلفة. وحسنا فعل القائمون علي كتابة هذه الاتفاقية النموذجية باستبعاد نصوص تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية. إلا أن ذلك لا يحل الإشكالية القانونية بالكامل حيث أن مصر قد وقعت في السابق علي العديد من الاتفاقيات الثنائية التي لم تنص علي هذا الاستبعاد صراحة ولذلك سنقوم خلال هذا البحث بدراسة المزايا والمشاكل القانونية التي ظهرت نظرا لامتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر الأجنبي[١].

فصل تمهيدي

اتفاقيات الاستثمار الثنائية في القانون الدولي العام

تمهيد

يتناول هذا الفصل التمهيدي مقدمة لازمة عن هذا البحث الهام و هو أهمية الدور الذى تلعبه الاتفاقيات الثنائية على المستوى الدولي بالإضافة إلى تعريف القارئ بنطاق الحماية الذى تغطيه هذه الاتفاقيات الثنائية ولماذا اكتسبت أهمية كبيرة في الأونة الأخيرة وكيف تقاربت مصالح كلا من الدول النامية والدول المتقدمة علي التوقيع علي هذه الاتفاقيات الثنائية للاستثمار في **المبحث الأول** فكما تلاحظ أن هذه الاتفاقيات تسمي اتفاقيات تشجيع وحماية الاستثمار فالهدف من هذه الاتفاقيات امرين رئيسيين، تشجيع الاستثمار عن طريق وجود حمايات موضوعية وإجرائية للمستثمر الأجنبي فتصبح لديه الدافع للاستثمار في دول وقعت علي هذه الاتفاقيات وهو ما يحقق مصلحة الدول النامية وهو الامر الأول اما الامر الثاني فهو حماية الاستثمار الأجنبي من خلال الحمايات الممنوحة و التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي في مواجهة الدول مضيفة الاستثمار وهو ما يشكل مصلحة الدول مصدرة الاستثمار. أما **المبحث الثاني** فيتناول التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية المنصوص عليها في الاتفاقيات

[١] برجاء الرجوع الي مسودة مشروع نموذج اتفاق لتشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية مصر العربية وبين حكومة...التي تنوي مصر توقيعها مع الدول الأخرى(المسودة غير منشورة– يناير ٢٠٢٠).

الثنائية للاستثمار. ويثير التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية مجموعة أمور هامة تمثل جوهر هذا البحث حيث نادي بعض الفقه الدولي وكذلك بعض الدول باقتصار امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية باعتباره مبدأ موضوعي علي الحقوق الموضوعية فقط دون الحقوق الاجرائية.

المبحث الأول
نطاق الحماية التي تغطيها اتفاقيات الاستثمار

تنظر الدولة النامية إلى الاستثمار الأجنبي المباشر باعتباره من المصادر الرئيسية لرؤوس الأموال والتي تحتاج إليها اقتصاديات هذه الدول. ومن خلال رؤوس الأموال يتم تنمية الاقتصاد داخل هذه الدول النامية عن طريق نقل التكنولوجيا، إنشاء المصانع والدخول إلى الأسواق الأجنبية عن طريق الصادرات، والقضاء على مشكلة البطالة[٢].

لذلك فإن المنافسة تكون شديدة بين الدول النامية في استقطاب رؤوس الأموال وتلجأ الدول النامية عادة إما إلى إصدار تشريعات تستهدف خفض الضرائب والرسوم ووضع حوافز وضمانات الاستثمار الاجنبي. وتخفيض شروط الملكية الأجنبية، وفتح المجالات المختلفة للاستثمار الأجنبي المباشر وهي الطريقة الأولى أما الطريقة الثانية فتتمثل في التوقيع على اتفاقيات ثنائية تتضمن حزمة من الضمانات والحقوق الموضوعية والإجرائية للمستثمر الأجنبي[٣].

وتعد الاتفاقيات الثنائية أداة من أدوات القانون الدولي العام التي تستخدم لوضع وتقنين مجموعة من القواعد الدولية التي تستهدف حماية الاستثمار الأجنبي المباشر، ومن خلال عدد كبير من هذه الاتفاقيات الثنائية، تحرص الدول المتقدمة على التأثير على قواعد القانون الدولي العام فيما يتعلق بفرع قانون الاستثمار الدولي. وذلك من خلال خلق شبكة متكاملة من الاتفاقيات الثنائية بين الدول المستوردة للاستثمار الدول المصدرة للاستثمار، وبالتالي يؤدي ذلك إلى ظهور وتقنين مجموعة من القواعد الدولية الموضوعية والإجرائية التي يتم تطبيقها علي الدول من خلال أحكام تصدرها هيئات

(2) Matthias Busse et al, *FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties More Than a Bit*, Proceedings of the German Development Economics Conference, Zürich 2008, No. 4, Verein für Socialpolitik, Ausschuss für Entwicklungsländer, Göttingen, P. 2-3 (2008)(Conference Paper).

(3) Matthias Busse et al, *FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties More Than a Bit*, Proceedings of the German Development Economics Conference, Zürich 2008, No. 4, Verein für Socialpolitik, Ausschuss für Entwicklungsländer, Göttingen, P. 3 (2008)(Conference Paper).

(ISSN: 2537 - 0758)

التحكيم المختلفة نظراً لأن المستثمر الأجنبي يفضل اللجوء إلى التحكيم الدولي في هذا النوع من المنازعات ويبعد عن القضاء الوطني[٤].

أهمية الاتفاقيات الثنائية في مجال الاستثمار:

يتميز قانون الاستثمار الدولي بأنه من أفرع القانون الدولي العام التي تثير اتجاهات متناقضة ومتعارضة بين الدول ويرجع ذلك إلى القوة الاقتصادية لكل دولة ومصالحها السياسية والاقتصادية. فالدول التي تمتلك شركات كبيرة تنمو وتغزو الأسواق المحلية وتستثمر فيها تهدف دائماً إلى التوسع في مجال ونطاق الحمايات المقررة للمستثمر الأجنبي على أساس أن معظم شركاتها تعمل بالخارج وتستفيد من هذه الحمايات والضمانات. أما الدول النامية وهي الدول مستضيفة الاستثمار فهي دول لا تملك شركات ذات موارد اقتصادية هائلة وإنما تمتلك أسواق هائلة للشركات الأجنبية وبالتالي فهي تهدف دائماً إلى التضييق من مجال الحمايات المقررة والحقوق الممنوحة للمستثمر الأجنبي لأن هذه الحقوق سواء موضوعية أو إجرائية تشكل قيداً كبيراً على سيادة هذه الدول وقدرتها على اتخاذ قرارات مختلفة داخل الدولة تتعلق بتنظيم اقتصادياتها.

لذلك فإن عدم المساواة بين الدول من ناحية القوة الاقتصادية كان لها انعكاس على القانون الدولي أيضاً. فترى الدول النامية بطبيعة الحال تتجه إلى تضييق الحقوق الممنوحة للمستثمر الأجنبي لكن ليس إلى درجة طرده من البلاد أو عدم الترحيب به، وفي نفس الوقت تجد الدول المتقدمة من خلال شركاتها تعمل على توسيع نطاق الحقوق الممنوحة للمستثمر سواء كانت حقوق موضوعية أو إجرائية بما يصب في مصلحة المستثمر الاجنبي وتوقعاته الاقتصادية المشروعة داخل الدولة التي تستضيف استثماراته[٥]. ولا شك أن شرط الدولة الأولى بالرعاية أصبح مجالاً أو مسرحاً للدول

---

(4) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 655-656 (1990). See also, Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 31-32 (2012)

(5) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 27-28 (University of Hamburg 2018).

المتقدمة من خلال مستثمريها الأجانب أن تتنازع مع الدول النامية حول نطاق هذا الشرط ومجال تطبيقه والحقوق التي يشملها[٦].

إن تطور القانون الدولي جاء بطريقة ووتيرة متسارعة في أغلب المجالات، فنحن نشهد تطور ملحوظ في كافة أفرع القانون الدولي مثل القانون الدولي للبيئة من خلال اتفاقية باريس وعودة الحزب الديمقراطي لحكم الولايات المتحدة، والتطور الملحوظ في قانون الصحة الدولي نظراً لما يعيشه المجتمع الدولي من أوبئة وأمراض تحتاج الي تكاتف المجتمع الدولي ودفع عملية التعاون بين الدول لمقاومة فيروس كورونا، كما أن قانون المنظمات لدولية من خلال تشابك دور المنظمات الدولية مثل منظمة الصحة العالمية، الأمم المتحدة، منظمة التجارة العالمية وغيرها اصبح له دور متزايد بشكل لافت للنظر في مجالات عديدة سواء داخل الدول او في العلاقات بين الدول.

إلا أنه جدير بالذكر أن القانون الدولي للاستثمار يعد من أكثر فروع القانون الدولي تطوراً، فعلى مدار عدة عقود زمنية، تطور هذا القانون بشكل ملفت للنظر من مجرد مبادئ تقليدية تحكم حماية الأجانب إلى قواعد ومبادئ دولية معقدة مثل مبدأ المعاملة الوطنية ومبدأ الدولة الاولي بالرعاية ومبدأ المعاملة العادلة والمنصفة، مبدأ الحماية والامن وغيره من المبادئ الدولية الأخرى[٧].

ويرجع الفضل في هذا التطور الملحوظ الذي شهده هذا الفرع إلى الاتفاقيات الثنائية الدولية التي تستهدف تشجيع الاستثمار وحمايته، حيث أن هذا العدد الضخم من الاتفاقيات الثنائية أدى إلى تشكيل قواعد قانونية دولية تنظم الاستثمار الأجنبي بديلاً عن قواعد تنشأ من اتفاقيات جماعية غير موجودة وغياب لمبادئ القانون الدولي العرفي أو صعوبة اثباته[٨].

وترجع نشأة الاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار إلى الاتفاقيات التجارية الخاصة بتشجيع الملاحة والتجارة والصداقة[٩]. إلا أن الفقه الدولي أمعن في الحديث عن هذه

---

(6) Jarrod Wong, *The Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 3 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y 171, 172-173 (2008).

(7) M. Sornarajah, THE INTERNATIONAL LAW ON FOREIGN INVESTMENT, 5-7 (Cambridge 2004).

(8) Jeswald Salacuse and Nicholas Sullivan, DO BITS REALLY WORK?: AN EVALUATION OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND THEIR GRAND BARGAIN, 46 Harv. Int'l L.J. 77, 77-85 (2005).

(9) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 656 (1990).

(ISSN: 2537 - 0758)

المعاهدات وبالتالي فنكتفي بالإشارة إلى الصورة الحديثة للاتفاقيات الثنائية الخاصة بالاستثمار.

وتعتبر المانيا بمثابة الدولة الرائدة في التوقيع والتفاوض على عدد كبير من اتفاقيات بالاستثمار الثنائية وذلك لأسباب تتعلق برغبتها في الاستثمار الأجنبي في الدول التي خرجت منها بعد هزيمتها في الحرب العالمية الثانية. ولاقى هذا المسلك بعض النجاح وبالتالي قامت دول أوربية أخرى بتقليد نهج ألمانيا والتوقيع على اتفاقيات استثمار ثنائية(١٠).

وتطورت قواعد القانون الدولي للاستثمار مع مطلع التسعينات من القرن الماضي بدخول الولايات المتحدة هذا المجال وتوقيعها على العديد من الاتفاقيات الثنائية في عهد الرئيس الأمريكي ريجان وذلك بعد اقناع الكونجرس الأمريكي بأهمية هذه الاتفاقيات الثنائية(١١).

ولعله من الملاحظ أن هذه الاتفاقيات تكون بين دول مستوردة للاستثمار ودول مصدرة للاستثمار مثل ألمانيا ومصر مثلاً أو ألمانيا وباكستان أو الولايات المتحدة وزائير مثلاً. إلا أن ذلك لا يمنع وجود دول متقدمة توقع مع بعضها البعض هذه الاتفاقيات كالولايات المتحدة وكندا أو دول نامية مع بعضها البعض مثل الكويت ومصر مثلاً(١٢).

ويتساءل البعض عن سر تسارع الدول النامية خصيصا نحو التوقيع على هذا العدد الخضم من الاتفاقيات الثنائية. والاجابة علي هذا السؤال متشابكة فلهفة الدول النامية مصدرها رغبتها في تحقيق النمو الاقتصادي و تشجيع الاستثمار الأجنبي كما أنه مع العولمة وتشابك اقتصاديات الدول، أصبحت الشركات وهي التي تمثل الاستثمار الأجنبي ترغب في فتح أسواق جديدة داخل دول أخرى وبالتالي أصبحت هناك الحاجة

---

(10) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 657 (1990).

(11) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 657-658 (1990). See also, Marie-France Houda and Katia Yannaca-Small, *Relationships between international investment agreements*, OECD Working Papers on International Investment 2004/1, 4-5 (2004)

(12) Please visit https://www.bilaterals.org/?-bits- (last visited 12th of December, 2021)

لخلق مناخ استثماري جيد تحميه قواعد دولية وليس قواعد وطنية تحابي الوطنيين، فالدولة المضيفة للاستثمار قد تغير من التشريع الوطني أو تقوم بتنفيذ القانون الوطني بشكل غير عادل ضد المستثمر الأجنبي. كذلك فإن هناك تخوف للمستثمرين من الحقوق السيادية التي تباشرها الدولة مضيفة الاستثمار مثل حقها في تنظيم الملكية، وضع الشروط الخاصة بممارسة الأنشطة الاقتصادية ودخول وخروج الأجانب والتشريعات الضريبية والمالية التي قد تؤثر على رغبة هذه الشركات وبالتالي تواجدها في الأسواق الناشئة ولذلك كان اللجوء الي الاتفاقيات الثنائية لتحميهم من هذه المخاطر[١٣].

وفي ضوء غياب اتفاقيات جماعية لتنظيم الاستثمار الأجنبي نظراً لعدم توافق دول العالم على ذلك حيث كان هناك خلاف كبير بين الدول النامية والدول المتقدمة حول هذا الأمر، كان لابد من أن يتجه المجتمع الدولي نحو خلق قواعد خاصة تحكم العلاقات بين الدول فيما يتعلق بالاستثمار الأجنبي. وكانت أفضل وسيلة هي الاتفاقيات الثنائية التي يغلب عليها الطبيعة التعاقدية بين اطرافها[١٤].

وهذه القواعد الخاصة التي ستنظمها الاتفاقيات الثنائية ستشمل قواعد موضوعية يستفيد منها المستثمر الأجنبي وقواعد إجرائية أيضاً ولعل أهمها وسائل تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة مضيفة للاستثمار[١٥].

أما أهداف الدول من التوقيع على هذه الاتفاقيات فتختلف حسب طبيعة الدولة من حيث دولة مستوردة للاستثمار أم دولة مصدرة للاستثمار. فالدولة المصدرة للاستثمار لجأت إلى هذه الاتفاقيات الثنائية لحماية استثمارات مواطنيها الحالية وفي المستقبل بمعنى أن الهدف هو تقليل المخاطر والعقبات التي يتعرض لها المستثمر الأجنبي وذلك

(13) Julien Chaisse, T*he Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, 237 (2015).
(14) Julien Chaisse, T*he Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, 233 (2015).
(15) Julien Chaisse, T*he Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, 2731-234 (2015). See also, PR Thularidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the limits through interpretative principles*, Amsterdam Law Forum, Summer Edition, 3 (2015).

(ISSN: 2537 - 0758)

بمنحه قواعد موضوعية وإجرائية يكون مصدرها القانون الدولي وليس القانون الوطني ويفرغ في اتفاق ملزم للدولتين[١٦].

أما الدول المستوردة للاستثمار، فهدفها من التوقيع على هذه الاتفاقيات تشجيع الاستثمار الأجنبي ودخول رؤوس الأموال إلى اقتصادياتها الوطنية التي تحتاج لرؤوس الأموال العمالة الخبيرة، التكنولوجيا والمعرفة وخلافه[١٧].

وبتوافق الهدفين معاً، فإن اتفاقيات الاستثمار الثنائية جاءت إلى النور لكي تعكس أهداف كل دولة ولا شك أنه أثناء المفاوضات تظل الأفضلية والكفة الأرجح للدول المتقدمة التي تتمتع بنصيب كبير من العلم والدراسة بأمور هذه الاتفاقية كما أنها مرت بهذه الأمور من خلال نزاعات سابقة لمستثمريها وأكثر من ذلك قد تكون اعدت نموذج للاتفاقيات الثنائية تتفاوض به مع دول أخرى نامية. و هذا النموذج بطبيعة الحال يكون اكثر حمائية للمستثمر الأجنبي علي أساس ان الاستثمار يأتي من الدول المتقدمة[١٨].

وبتوقيع الدول النامية على هذه الاتفاقية مع الدول المتقدمة وفيما بينها، اتسعت دائرة الاتفاقيات الثنائية وأصبح المجتمع الدولي أمام شبكة من الاتفاقيات الثنائية المعزولة عن بعضها البعض لكن متشابكة فيما بينها عن طريق بعض المبادئ الدولية المشتركة التي ترد في معظم هذه الاتفاقيات مثل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية والتي يمتد تطبيقها إلى بنود في اتفاقيات أخرى سابقة على الاتفاقية محل الموضوع أو لاحقة عليها وذلك لانهاء أي تمييز ضد المستثمر الأجنبي[١٩].

---

(16) Ashraf M. A El Fakharani et al, *Bilateral Investment Treaties and the increase in Egyptian appearances before international arbitration tribunals*, A.J.I.C.L. 2021, 29(10) 40, 41-43 (2021). See also, Paul Michael Blyschak, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases*, 9 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 99, 109-111 (2009)

(17) Paul Michael Blyschak, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases*, 9 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 99, 109-111 (2009)

(18) Please review UK Bilateral Investment Treaty Model for 2008 available at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2847/download and US Bilateral Investment Treat Model for 2012 available at https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf

(19) Alejandro Faya Rodriguez, *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreement A tool for treaty shopping?,* Journal of International Arbitration, 25(1): 89, 89-90 (2008)

وصاحب ازدياد عدد الاتفاقيات الموقعة زيادة مماثلة في عدد القضايا المنظورة أمام التحكيم الدولي بشأن الحقوق الموضوعية التي يتمتع بها المستثمر وهو ما يطلق عليه "Arbitration without privity" أو التحكيم المختلط، وبالتالي بدأت تظهر إلى النور العديد من الأحكام والتي تصدرها هيئات التحكيم المختلفة والتي ساهمت في الكشف عن وتكوين قواعد قانونية موضوعية تحكم الاستثمار الأجنبي(٢٠).

وعلى عكس بعض أفرع القانون الدولي، فإن العامل الرئيسي والمحرك لتطور القواعد القانونية الدولية للاستثمار هو أحكام المحاكم الأجنبية وهيئات التحكيم وليس الاتفاقيات الدولية أو العرف الدولي والتي تساهم بشكل اقل تأثيرها علي تطور هذه القواعد الدولية كما سيرد ذكره في الفصل الثالث من هذا البحث.

وفي إطار هذا التطور، فرق فقهاء القانون الدولي بين الاطار الموضوعي والاطار الإجرائي لحماية الاستثمار الأجنبي، وفي كلا الاطارين كانت أحكام هيئات التحكيم المختلفة تكشف عن موقف القانون الدولي من النصوص، المعايير والشروط المختلفة التي تنظم حماية المستثمر الأجنبي.

وقبل التعرض وتحديد الحمايات التي تغطيها اتفاقيات الاستثمار الثنائية كما سيرد في المبحث الثاني من هذا الفصل، يتعين عرض أبرز النصوص التي تأتي في كل إشكال الاتفاقيات الثنائية للاستثمار على اختلاف أنواعها ونماذجها وذلك لاعطاء القارئ تصور واضح لمحتوي هذه الاتفاقيات الثنائية. وقد عرض الفقه الدولي لهذه النصوص والموضوعات على النحو التالي:

أ- <u>ديباجة المعاهدة/ الاتفاقية</u>

إن أي اتفاقية استثمار ثنائية لا تخلو من ديباجة تنص دائما علي ان هدف الأطراف المتعاقدة من التوقيع علي هذه الاتفاقية تعميق التعاون الاقتصادي بين الدولتين عن طريق حماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي. ولا شك أن ذلك يحقق مصالح كل الدولتين سواء دول مصدرة للاستثمار حيث تحتاج إلى الحمايات التي توفرها الاتفاقية لمستثمريها داخل أراضي الدول الأخرى في اطار قواعد القانون الدولي. أما تشجيع الاستثمار فيحقق هدف الدول المستوردة للاستثمار حيث تحتاج إلى رؤوس الأموال لدفع

(20) Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 2446-247 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)

(ISSN: 2537 - 0758)

عجلة التنمية داخل إقليمها وإقامة المشروعات الضخمة التي لا تستطيع الدول النامية الاضطلاع بها وحدها[٢١].

وتعد ديباجة المعاهدة في غاية الأهمية لأنها تستخدم من قبل هيئات التحكيم في تفسير بعض البنود والنصوص الاتفاقية محل الخلاف أو التي يثور بها بعض اللبس أو الغموض وخاصة شرط الدولة الأولى بالرعاية ومسألة امتداده الي الحقوق الإجرائية للمستثمر وهو محل هذا البحث.

ب- <u>التعريفات:</u>

تقوم المعاهدة الثنائية بوضع بعض التعريفات الهامة والتي تحدد معاني بعض المصطلحات الهامة مثل مصطلح الاستثمار أو المستثمر فهي تحدد ما المقصود بالاستثمار الخاضع للحماية وهو ما يشكل الاختصاص الموضوعي لهيئات التحكيم فيما بعد، كذلك المواطن أو الرعايا فهو مصطلح يحدد الشخص الذي يتمتع بالحماية التي تضعها الاتفاقية وهو أيضالاً مرتبط بالاختصاص الشخصي للمعاهدة[٢٢].

ويعتبر تعريف الاستثمار والمستثمر من الأمور التي تتعلق بتفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية حيث أن المستثمر في النهاية هو من يرفع دعوي التحكيم ضد الدولة مستضيفة استثماراته ويستفيد من الحقوق الموضوعية والإجرائية المنصوص عليها في هذه الاتفاقيات الثنائية[٢٣].

ج- <u>الحقوق الموضوعية التي تنص عليها الاتفاقية:</u>

وتشمل الاتفاقية مجموعة من الحقوق الموضوعية التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي داخل الدولة التي تستضيف الاستثمار، وتتنوع هذه الحقوق الموضوعية فيما بينها إلا أنه يمكن حصرها في الحقوق الموضوعية التي يسميها بعض الفقه الدولي بأوجه او معايير المعاملة[٢٤]. **الا انه يمكن تفصيل هذه المعايير علي النحو التالي:**

---

(21) Campbell McLachlan et al, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION Substantive Principles 28 (Oxford University Press 2007).

(22) Campbell McLachlan et al, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION Substantive Principles 29 (Oxford University Press 2007).

(23) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 664-665 (1990). See also, Campbell McLachlan et al, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION Substantive Principles 29 (Oxford University Press 2007).

(24) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 667 (1990).

- مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة،
- مبدأ الحماية والأمن الكامل
- مبدأ المعاملة الوطنية
- حظر المصادرة والتمييز
- بند المظلة (أي أن كافة المنازعات مع الدولة سواء ناشئة عن عقود الاستثمار او الاتفاقيات الدولية تكون تحت مظلة حماية الاتفاقية الثنائية)[٢٥].

د- النصوص الخاصة بتسوية المنازعات

تتضمن اتفاقيات الاستثمار الثنائية مجموعة من البنود التي تنظم طرق تسوية المنازعات بين الطرفين وتنقسم إلى المراحل الاتية:

- **فترة التهدئة:-**

تنص معظم الاتفاقيات الثنائية على فترة تتراوح ما بين ثلاثة اشهر وستة أشهر لمحاولة توصل طرفي النزاع إلى تسوية سلمية للنزاع وذلك عن طريق المفاوضات، ويثور السؤال حول أحقية المستثمر في رفع دعوى تحكيمية أو اللجوء إلى إحدى وسائل تسوية المنازعات أثناء فترة التهدئة[٢٦].

وتختلف أحكام هيئة التحكيم في الإجابة على هذا السؤال فيذهب البعض إلى عدم اعتبار هذه الفترة كمانع إجرائي من رفع الدعاوى التحكيمية، أي أن المستثمر له الحق في رفع الدعوى أثناء هذه الفترة دونما أي اعتراضات ترجع الي اختصاص الهيئة عن نظر النزاع[٢٧].

وجاء اتجاه آخر يرى أن عدم التزام المستثمر بفترة التهدئة يؤدي إلى عدم وجود نزاع نظراً لأن النزاع لا يتحقق إلا بعد فشل المفاوضات بين الطرفين أثناء فترة التهدئة وهو ما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع[٢٨].

---

(25) Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655, 664 (1990).

(26) Campbell McLachlan et al, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION Substantive Principles 50-52 (Oxford University Press 2007).

(27) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 19-21, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(28) Id.

(ISSN: 2537 - 0758)

- **تحكيم دولي بين الدولتين:**

تعطي الاتفاقية الثنائية الحق لأي طرف في اللجوء إلى وسيلة من وسائل تسوية المنازعات في حالة وجود نزاع حول بند من بنود الاتفاقية أو تفسيرها. وفي معظم الأحيان تكون وسيلة تسوية المنازعات هي التحكيم الدولي بين الدولتين، ويقوم هذا الأمر على اختيار كل دولة لمحكم وفقاً لقواعد إجرائية معينة ثم يختار المحكمان محكماً ثالثاً ليرأس هيئة التحكيم أو نترك لمركز التحكيم الحق في اختيار المحكم المرجح[٢٩].

- **تحكيم بين المستثمر والدولة مستضيفة الاستثمار**

لا يقتصر وسيلة تسوية المنازعات على الدول فقط وإنما أيضاً تشمل رعايا الدولتين الأطراف في الاتفاقية وهو الذي يمثل نقله هائلة في القانون الدولي باعطاء المستثمر الأجنبي الحق في رفع دعوى تحكيمية ضد الدولة التي تحتضن استثماراته وهو ما يمثل تطور هائل في قواعد القانون الدولي التي تعد حاكمة لهذا النوع من المنازعات بالإضافة الي القانون الوطني في بعض الأحيان[٣٠].

وفي هذا الاطار نركز على نصوص تسوية المنازعات بين المستثمر والدولة فهو الذي يشكل الجزء الأكبر من هذا البحث. ويمكن القول بأنه بعد استعراض نماذج الاتفاقيات الثنائية للاستثمار، **يتضح أن هذه النصوص لا تخرج عن الآتي:-**

- بعض النصوص لا تحدد على وجه الدقة الموضوعات التي تدخل في نطاق تسوية المنازعات و بالتالي اختصاص هيئات التحكيم حيث تشير البنود في معظمها إلى أن أي نزاع يعرض على وسيلة من وسائل تسوية المنازعات بدون تحديد طبيعة هذا النزاع و هي صياغة عامة تصب في مصلحة المستثمر الاجنبي.
- بعض النصوص تتضمن تنوع وسائل تسوية المنازعات ما بين اللجوء إلى المحاكم الوطنية داخل الدولة التي تستضيف الاستثمار، أو اللجوء إلى التحكيم الدولي أمام أحد مراكز التحكيم المختلفة مثل المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو غرفة

(29) Campbell McLachlan et al, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION Substantive Principles 33 (Oxford University Press 2007).

(30) William Lawton Kirtley, *The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes*, The Journal of World Investment & Trade, 428, 429-430 (2009). See also, Julien Chaisse, T*he Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, 279-283 (2015).

التجارة الدولية بباريس أو مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي أو معهد التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم وغيره.

- بعض النصوص تتحدث عن أمور معينة هي التي يمكن ان تشكل محلا للنزاع مع استبعاد أمور اخري من نطاق تسوية المنازعات لكي يفصل فيها القضاء الوطني او الجهات الإدارية المختلفة(٣١).

وبعد عرض نبذة عن الاتفاقيات الثنائية للاستثمار وما قد تحتوي عليه من ضمانات وحقوق، نخصص المبحث التالي للحديث عن الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية التي تنطوي عليها الاتفاقيات الثنائية وكيفية التفرقة بينهم نظرا لما تمثله هذه التفرقة من أهمية بالغة في هذا الموضوع.

المبحث الثاني
التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية

يثور السؤال حول التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية للمستثمر الأجنبي المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار في إطار قانون الاستثمار الدولي. فالبعض يعرف الحقوق الموضوعية أو النصوص الموضوعية بأنها النصوص التي تضع التزامات على الدولة وتحدد قانونية أو شرعية سلوك ما، أما النصوص الإجرائية فهي النصوص التي تنظم تسوية المنازعات في حالة مخالفة أو انتهاك النصوص والالتزامات الموضوعية(٣٢).

لذلك فإن عدم اتباع أو مخالفة النصوص الموضوعية يؤدي إلى اعتبار هذا السلوك خطأ دولي أما المخالفات التي تحدث للنصوص الإجرائية فلا تعد بالضرورة خطأ دولي يحرك المسئولية الدولية ولا تعدو أن تكون مخالفة إجرائية قد يكون لها جزاء معين(٣٣).

---

(31) Campbell McLachlan et al, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION Substantive Principles 46-47 (Oxford University Press 2007). See also, Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 193-194 (University of Hamburg 2018).

(32) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 19 (2021)

(33) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 15-19 (2021)

(ISSN: 2537 - 0758)

ولا يمكن تصور التعارض أو التناقض بين النصوص الموضوعية والنصوص الإجرائية فكل منها له طبيعة مختلفة عن الآخر بشكل كامل[٣٤]. فمحل النصوص الموضوعية هو الاستثمار الذي يقوم به الشخص/ المستثمر الذي ينتمي بجنسيته للدولة المصدرة للاستثمار أما محل النصوص الإجرائية فهي جهاز تسوية المنازعات سواء محكمة أو هيئة تحكيم[٣٥].

كذلك فإن النصوص الإجرائية في نظر البعض من الفقه الدولي عندما تتعلق بالتحكيم تكون مستقلة عن النصوص الموضوعية التي ينص عليها في العقد في اطار القانون الوطني. وبالتالي فانهاء أو انتهاء العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان شرط التحكيم[٣٦].

كما أن النصوص الموضوعية تخاطب الدول الموقعة على الاتفاقية وبالتالي مستثمريها أما النصوص الإجرائية فتخاطب هيئة التحكيم أو المحاكم الوطنية أو الدولية أو أطراف النزاع. وفي إطار التحكيم الاستثماري، فإن أطراف النزاع هم المستثمر الأجنبي من جهة والدولة المضيفة للاستثمار من جهة أخرى[٣٧].

على أنه من الملاحظ أن التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية من الأمور التي أثارتها الدول المحتكم ضدها في دعاوى التحكيم المرفوعة عليها من المستثمرين الأجانب. فهذه التفرقة تم إثارتها في قضية مافيزيني وغيرها من الدعاوي التي تلتها والهدف منها ببساطة هو القول بعدم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية واقتصارها فقط علي الحقوق الموضوعية[٣٨].

---

(34) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 103 (2011)

(35) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 104 (2011)

(36) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 103 (2011)

(37) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 104 (2011)

(38) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 1-36 (available at

وتعد هذه التفرقة تفرقة عملية أي ليست لها أساس نظري واضح. فهذه التفرقة قائمة على الممارسة العملية للقانون الدولي داخل المحاكم وهيئات التحكيم. فتارة يتم الحديث عن الحق الموضوعي وهو الذي يشمل الالتزام الموضوعي على أطراف الاتفاقية أو العقد وتارة يتم الحديث عن الحق الإجرائي. وقد اتجه بعض الفقه الدولي الي رفض هذه التفرقة واعتبارها تفرقة اصطناعية في ضوء غياب سوابق قضائية تدعم هذا الامر[٣٩].

ويكمن الهدف من التفرقة كما أوضحنا هو استبعاد الحقوق الإجرائية من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية بناء على مبدأ "ذات النوع". فهذا المبدأ كما سنعرض له في المستقبل يعد من المبادئ التي تحكم انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية وامتداده الي شروط وبنود اخري في اتفاقيات ثنائية اخري[٤٠].

وقد دفعت روسيا علي سبيل المثال بهذا الدفع في القضية التحكيمية ضد شركة روز انيفست، حيث تحدثت روسيا عن معنى "الاستثمار" الذي لا يجب أن يقل معاملته عن المعاملة الممنوحة للاستثمار الذي ينتمي لدولة من الغير وبالتالي فإن شرط الدولة الاولي بالرعاية يقتصر على الحقوق الموضوعية فقط وبالتالي فهذا الشرط لا يؤدي إلى استدعاء الحقوق الإجرائية أيضاً[٤١]. وتعتبر اول دولة دفعت بهذا الدفع هو اسبانيا في دفاعها ضد المستثمر الارجنتيني في قضية مافيزيني[٤٢].

وقد برر بعض الفقه الدولي التفرقة بين الحقوق الموضوعية و الحقوق الاجرائية بالاستناد إلى مبادئ القانون الدولي الخاص التي تحدثت عن استقلالية شرط التحكيم وعدم تأثره بالحقوق الموضوعية في العقد بحيث لا يترتب على انهاء العقد بطلان

---

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)

(39) Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 269 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)

(40) Stephen Fietta, *Most Favoured Nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?,* Int. A.L.R. 2005, 8(4), 131, 132-133 (2005).

(41) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 50 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).

(42) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal.

(ISSN: 2537 - 0758)

شروط التحكيم كما هو وارد في قانون التحكيم المصري على سبيل المثال في المادة ٢٣ التي تنص على الآتي:- "*يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخري ولا يترتب علي بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر علي شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته*"(٤٣).

كما أشار الفقه الدولي إلى الاتفاقية الخاصة بمنع والمعاقبة على جريمة الإبادة الجماعية حيث تم التفرقة بين التحفظ على الحق الإجرائي والتحفظ على الحق الموضوعي(٤٤).

وقد تحدث الفقه الدولي عن الحقوق الإجرائية في معرض الحديث عن قضية امباتيليوس حيث تحدثت هذه القضية عن إدارة العدالة كالتزام إجرائي على الدولة لمنحه للمستثمر الأجنبي. إلا أن بعض الفقه الدولي رد على ذلك بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية في هذه القضية لم يمتد ليشمل إدارة العدالة وكافة النصوص الإجرائية المتعلقة باختصاص المحكمة أو لجنة التحكيم، انما امتد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى النصوص الموضوعية بين الدول التي وقعت مع المملكة المتحدة(٤٥).

ويمكن القول بأن هذه التفرقة من ابتداع ممارسي القانون الدولي وذلك للوصول إلى بناء دفع يدور حول عدم امتداد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى ما يسمى "الحقوق الإجرائية".

وقد حرصت هيئات التحكيم على التعرض لهذه النقطة والدفع الذي أثير في عدة قضايا ويمكن تلخيص اتجاهات هيئات التحكيم على النحو التالي:-

<u>اتجاه أول</u>:- يقول بانطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية على الحقوق الإجرائية لأنها وثيقة الصلة بحقوق المستثمر وحمايته وبالتالي فهي لا تخرج عن الضمانات الممنوحة للمستثمر الأجنبي أي أن هذه التفرقة لا قيمة لها في نظر هذه الهيئات(٤٦).

---

(43) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 103 (2011)

(44) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 50-51 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).

(45) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 52 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).

(46) "*Notwithstanding the fact that the basic treaty ... does not refer expressly to dispute settlement as covered by the most favored nation clause, the Tribunal*

فهذا الاتجاه لم يقف طويلاً عند هذه التفرقة حيث نظر إلى النتيجة وهي أنها لن تتغير في هذه الحالة لأن المستثمر الأجنبي يجب أن يتم منحه المعاملة التي يستحقها سواء كانت من طبيعة حقوق موضوعية أو إجرائية(٤٧).

الاتجاه الثاني:- يرى عدم مد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية لأنها من طبيعة مختلفة بالإضافة الي بعض الحجج القانونية التي تتعلق بصياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية وكذلك لعدم تحقق شرط اختصاص الهيئة(٤٨).

وقد نستخلص من ذلك أن هذه التفرقة رغم وجاهتها إلا أنها ليست دافعاً كافياً لتقييد شرط الدولة الأولى بالرعاية فيجب أن تتساند هذه التفرقة مع عدة دفوع أخرى لكي تقتنع هيئة التحكيم بهذه التفرقة وترتب على ذلك آثار قانونية معنية.

وفي ضوء الاتجاه المساند لعدم الاهتمام بأي تفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية فإن وجهة نظر الهيئات التحكيمية أنها تنظر إلى إعادة تكييف النصوص الخاصة بتسوية المنازعات لتجعلها نصوص موضوعية من شأنها إعطاء المستثمر الحق في اللجوء إلى هذه الوسائل التي تعد لازمة لانفاذ الحق الموضوعي المنصوص عليه في الاتفاقية الثنائية(٤٩).

أما البعض الآخر فلم يقم بهذا التكييف القانوني وانما اعتبر أن الحق الموضوعي والاجرائي وثيق الصلة ببعضها البعض بحيث لا يمكن الفصل بينهما في إطار منح المستثمر الحماية الواجبة.

---

considers that there are good reasons to conclude that today dispute settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors". Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal

(47) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 1-76 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(48) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 113 (2011)

(49) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 19 (2021)

(ISSN: 2537 - 0758)

ويرى بعض الفقه الدولي أن "إعادة تكييف القواعد الإجرائية يعد بمثابة تبنى لوجهة نظر المستثمر الأجنبي عن طريق منحه حمايات وضمانات أكثر من اللازم عن طريق اتباع تفسيرات خاطئة للقواعد القانونية وصولاً إلى تحقيق هدف المستثمر الأجنبي في مقاضاة الدولة المستضيفة للاستثمار بموجب بنود تسوية منازعات لم توافق عليها الدولة في إطار اتفاقها الثنائي مع دولة المستثمر"(٥٠).

فالهيئة في قضية مافيزيني استندت بطبيعة الحال إلى الحكم في قضية امباتيليوس والتي كيفته على أنه انتهى إلى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية على البنود الخاصة بالاختصاص بناء على مقولة الهيئة أنه ليس هناك مبدأ قانوني يمنع تطبيق شرط الدولة الأولى بالراية على "إدارة العدالة"، لكن إدارة العدالة كانت في هذا السياق تعني الالتزامات الموضوعية على الدولة لاعطاء المستثمر الأجنبي حق اللجوء إلى المحاكم الوطنية داخل الدولة. لذلك فشرط الدولة الأولى بالرعاية لم يكن ليمتد إلى اختصاص الهيئة أو المحكمة في نظر هذا النزاع فهو أمر لم يكن مطروحاً(٥١).

وقد أشار بعض الفقه الدولي إلى أساس التفرقة بين الالتزامات الموضوعية والالتزامات المتعلقة بتسوية المنازعات الموجود في القانون الدولي الخاص. حيث أنه من المستقر عليه أن البنود الخاصة بتسوية المنازعات تعتبر مستقلة ومنفصلة وذات طبيعة قانونية مختلفة عن البنود الخاصة بالالتزامات الموضوعية المنصوص عليها في العقود فالبنود التي تمنح هيئة أو محكمة اختصاص تختلف في هدفها وغرضها وطبيعتها عن باقي بنود العقود. ولذلك فإن ابطال أو انتهاء العقد لا يؤثر على استمرار نفاذ البنود المتعلقة بتسوية المنازعات والتي تعد مستقلة(٥٢).

كذلك فإن التفرقة بين الالتزامات الموضوعية والالتزامات الخاصة بتسوية المنازعات تتعلق بشكل رئيسي بالمساواة بين الأطراف في النزاع. فكيف يمكن القول بأنه بناء على شرط الدولة الأولى الرعاية، يحق لأحد طرفي النزاع أن يعدل من قواعد تسوية المنازعات

(50) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 20-21 (2021)
(51) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 102 (2011)
(52) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 103 (2011)

خاصة بعد أن أصبح هناك نزاع بين الطرفين. بمعنى آخر فإن تعديل قواعد تسوية المنازعات بناء على طلب المستثمر يعني أن الدولة مستضيفة الاستثمار ستخضع لطلبات المستثمر الأجنبي وبالتالي تتنازل عن كل الاعتراضات التي يمكن إثارتها فيما يتعلق باختصاص هيئة التحكيم(٥٣).

ويستطرد الفقه الدولي في معرض التفرقة بين الحقوق الموضوعية والاجرائية بأن يوضح أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يؤدي إلى استدعاء أوضم البنود الواردة في اتفاقية أخرى بحيث يكون دور الهيئة مجرد تطبيق الاتفاقية بعد تعديلها بإضافة هذه النصوص فهدف شرط الدولة الأولى بالرعاية هو خلق معاملة تفضيلية للمستثمر فليس هدف شرط الدولة الأولى بالرعاية إعادة كتابة شروط الاتفاق بضم بنود من اتفاقيات أخرى لم يكن دولة المستثمر موقعاً عليها أو طرفاً فيها(٥٤).

فمحل شرط الدولة الأولى بالرعاية هو المعاملة التي يلقاها المستثمر الأجنبي. وبالتالي فالمعاملة لا تدخل ضمن بنود الاتفاقية وإنما يتم مدها إلى المستثمر الأجنبي بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية. ولذلك فإن تعديل الاتفاق عن طريق ضم بنود من اتفاقيات أخرى بطريق الإحالة يؤدي إلى تعديل الاتفاق الثنائي بدون إرادة الطرفين، كذلك فهذا الأثر يقوم على افتراض غير صحيح فالمستثمر بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية يتمتع بالمعاملة التفضيلية فقط بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية بدون تعديل الاتفاق الأصلي بين الدولتين(٥٥).

وما يؤكد هذه الحجة قيام لجنة القانون الدولي بعدم ذكر كلمة "الضم بطريق الإحالة" لأن هذا الأمر مختلف عن أثر شرط الدولة الأولى بالرعاية(٥٦).

وفي إطار تأكيد الفرق بين الالتزامات الموضوعية والاجرائية، فقد أوضح بعض الفقه الدولي أن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى القواعد الإجرائية يعني أن الدولة

---

(53) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 104 (2011)

(54) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 105 (2011)

(55) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 105-107 (2011)

(56) Id.

(ISSN: 2537 - 0758)

قد ارتكبت خطأ في مواجهة المستثمر الأجنبي عندما وافقت على شرط تحكيم آخر في اتفاقية أخرى مع دول أخرى(٥٧).

أكثر من ذلك فإن عدم التفرقة بين الالتزامات الموضوعية والاجرائية يؤدي الي القول بأن الايجاب الصادر من الدولة قد تم تعديله بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية قبل بدء إجراءات التحكيم وهذا يعد مخالفاً لأثر شرط الدولة الأولى بالرعاية فاثر هذا الشرط هو ضمان المعاملة التي يحصل عليها مستثمر آخر بموجب اتفاقية أخرى. لذلك فيجب أن يتحقق هذا الامتداد عندما يطالب المستثمر بهذا الحق أو العاملة التفضيلية لكن الإشكالية هنا أن المستثمر يريد أن يطالب بهذه المعاملة فيما يتعلق بقواعد مسئولية المنازعات أي يريد تعديل قواعد الاختصاص أو شرط اتفاق التحكيم باستدعاء بنود من اتفاقية أخرى(٥٨).

الا ان البعض الاخر من الفقه الدولي في معرض الرد علي الحجج القائلة بالتفرقة بين الحقوق الإجرائية والموضوعية رفض هذه التفرقة علي أساس اتجاه يغلب مصلحة الدولة واتجاه اخر يغلب مصلحة المستثمر واعتبر ان امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية يتعلق بتوزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الوطني والقضاء الدولي. وان التفسير الذي يأخذ بامتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي قواعد الاختصاص الأفضل في الاتفاقيات الأخرى لا يعد تغليبا لمصلحة المستثمر علي الدولة وانما هو تحقيقا للأهداف الاتية:

- ان التفسير الواسع لامتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية هو تغليب للقضاء الدولي والتحكيم الدولي علي القضاء الوطني.
- هو تغليب لقواعد القانون الدولي والمبادئ العامة للقانون والذي ستحرص علي تطبيقه أنظمة تسوية المنازعات الدولية وليس القضاء الوطني
- القضاء علي التمييز بين المستثمرين بمد جميع المنافع الي المستثمر حتي لو كانت منافع إجرائية.

(57) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 106-107 (2011)

(58) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 108 (2011)

- الالتزام اكثر بقواعد القانون الدولي للاستثمار والتي لن تتحقق الا باللجوء الي التحكيم الدولي(٥٩).

خاتمة:

استعرض الفصل التمهيدي أهمية الدور الذى تلعبه الاتفاقيات الثنائية في حماية وتشجيع الاستثمار يتضح أن هذه الاتفاقيات ركزت في نصوصها الموضوعية والإجرائية على حماية الاستثمار فقط دون تشجيعه فى لطمة كبيرة لأهداف الدول النامية حيث تخلو هذه الاتفاقيات من أي التزام علي الدول بزيادة الاستثمار في دول اخري وذلك في المبحث الاول. وجاء المبحث الثاني من هذا الفصل ليتحدث عن التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية الدولية. وهذه التفرقة تم ابرازها في معظم منازعات الاستثمار بهدف توضيح اثر امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية دون الإجرائية وكذلك الصعوبات التي تتعلق بتعديل قواعد اختصاص هيئات التحكيم والأثر الواسع لشرط الدولة الاولي بالرعاية لذلك شكل هذا الفصل التمهيدي مقدمة لازمة لتعريف القارئ بهذا الموضوع الشائك وأهميته وجدير بالذكر أن هذه التفرقة ليست محل اجماع من الفقه الدولي حسب ما تم عرضه.

وبالتالي يتناول الفصل الأول قواعد تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية والصياغات المختلفة التي جاءت بها الدول في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار وهي الوسائل التي يستعين بها القضاء والفقه الدولي في تشكيل قناعته حول امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية مع عرض اهم المبادئ القانونية الدولية التي تنظم مسألة امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الاحكام الموضوعية والاجرائية.

الفصل الأول

تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية في ضوء قواعد القانون الدولي العام

تمهيد

كما تعرضنا في الفصل التمهيدي الي إشكالية التفرقة بين الحقوق الموضوعية والإجرائية التي تنطوي عليها الاتفاقيات الثنائية. فأن شرط الدولة الأولى بالرعاية الوارد في الاتفاقيات الاستثمارية الثنائية لا يعدو أن يكون شرط اتفاقي يجب أن يخضع في

(59) Stephan W. Schill, *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction– A Reply to Zachary Douglas*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 2, 353, 369-371 (2001).

(ISSN: 2537 - 0758)

تفسيره إلى قواعد القانون الدولي العام وعلى الأخص اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات حيث تتضمن القواعد القانونية اللازمة لتفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية وهو ما يشكل موضوع المبحث الأول من هذا الفصل الاول. وجدير بالذكر أن تفسير المعاهدات جزء لا يتجزأ من القانون الدولي العام فالمعاهدات تعقد بين اشخاص القانون الدولي العام وهي الدول وتهدف عملية التفسير الي تحديد المعني القانوني والاثار القانونية للالتزامات المذكورة في المعاهدات. أما المبحث الثاني فيستعرض المبادئ القانونية الدولية التي تنظم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية والتي تختلط في بعض الأحيان بقواعد تفسير الاتفاقيات الثنائية للاستثمار.

المبحث الأول

تفسير شرط الدولي الاولي بالرعاية في ضوء المادة ٣١ و٣٢ من قانون المعاهدات

إن موضوع هذا البحث وثيق الصلة بالالتزامات والشروط التعاقدية أو الاتفاقية التي وردت في المعاهدات الدولية. فشرط الدولة الأولى بالرعاية هو أحد وسائل الاتفاقية الدولية التي يمكن استخدامها بشكل مختلف من جانب دول العالم. لذلك فإن تفسير النصوص الخاصة بشرط الدولة الأولى بالرعاية يعد أمراً هاماً ولا غنى عنه وقد أشارت لجنة القانون الدولي إلى ذلك عندما حددت المواد (٣١) و(٣٢) من قانون المعاهدات باعتبارها المادتين المنطبقتين على تفسير النصوص الواردة في الاتفاقيات الدولية[٦٠].

وكما يشير الفقه الدولي الي ان مصطلح شرط الدولة الاولي بالرعاية هو مصطلح دولي يجب ان يتم تفسيره وفقا لقواعد تفسير القانون الدولي فهذا المبدأ يظهر في اطار المعاهدات الدولية و بالتالي فالرجوع الي قواعد القانون الدولي امر لا مفر منه في حالة سكوت الأطراف عن معالجة مسألة ما[٦١].

---

(60) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 28-29, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(61) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 99-100 (2011). See also, Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain (2021). See also, Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement*

ويكاد يجمع الفقه الدولي علي ان تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية يجب ان يتم الرجوع فيه الي المبادئ العامة للقانون وقواعد التفسير في القانون الدولي[٦٢].

إلا أنه قبل التعرض لهاتين المادتين بالتفصيل، علينا أن نحدد ماهية تفسير المعاهدات الدولية وأثرها وهدفها.

ماهية/ تعريف تفسير المعاهدات الدولية:-

أن تفسير المعاهدات الدولية عملية قانونية تدخل في إطار قواعد القانون الدولي العام الذي ينظم العلاقات بين الدول والمنظمات الدولية باعتبارهم أشخاص القانون الدولي، ولما كانت هذه المعاهدات تتضمن العديد من النصوص القانونية التي تنظم أموراً تحدث في المستقبل عن طريق تحديد حقوق والتزامات أطراف الاتفاقية، كان لابد من تحديد معنى النصوص الواردة في الاتفاقية بشكل دقيق[٦٣].

ويعد تحديد المعنى الحقيقي للنص هو الهدف الأول والأهم لأي عملية تفسير، ويرجع ذلك إلى أن الاتفاقيات الدولية تخضع لمفاوضات عديدة بين وفود الدول والتي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى كتابة بعض النصوص بطريقة غامضة. كما أن اختلاف اللغة بين المتفاوضين على المعاهدة الدولية واختلاف الثقافات أيضاً قد يؤدي إلى الاتفاق على نصوص غير واضحة، لذلك فعملية التفسير تهدف إلى الوصول إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان عند التفاوض والتوقيع على هذه المعاهدة[٦٤].

ويمكن تعريف التفسير في رأي بعض الفقه الدولي بأنه "عملية ذهنية تستهدف تحديد معنى معين" أو تحديد معنى نص ما، أو تحديد معنى نصوص معينة للكشف عن الحقوق والالتزامات الخاصة بالدول[٦٥]. على حين يذهب البعض الاخر من الفقه

Provisions in Bilateral Investment Treaties, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30 (2012)

(62) Stephan W. Schill, *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction– A Reply to Zachary Douglas*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 2, 353, 369-371 (2001).

(63) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 31 (2021).

(٦٤) د. احمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، ص ١٣٦-١٣٧

(65) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 31-32 (2021).

(ISSN: 2537 - 0758)

الدولي إلى اعتبار التفسير أمر ثانوي لا يمكن استخدامه إلا في حالتين عندما يكون النص غير واضح في معناه أو النص يؤدي إلى أكثر من معنى[٦٦].

ويؤكد بعضاً من الفقه الدولي أن التفسير هو عملية متشابكة ولها أكثر من اتجاه فقد يكون هناك تفسير واسع يؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية على أمور معينة أو يوسع من محتوى هذه القاعدة أو العكس فهناك تفسير ضيق يؤدي إلى إفراغ القاعدة القانونية من أي معنى و يؤدي الي اعمال قواعد قانونية اخري[٦٧].

ولذلك جاء تقرير لجنة القانون الدولي لعام ٢٠٠٦ الذي اعتبر التفسير عملية هدفها الوصول إلى المعنى المشروع للنص وليس البحث في الدوافع النفسية لأطراف المعاهدة. وبالتالي فهناك قواعد تعتمد على المعنى الوارد في المعاهدة ثم بعد ذلك يتم اللجوء إلى الهدف والغرض من المعاهدة وغيره من القواعد التي تستهدف الوصول إلى المعنى القانوني المشروع للنص[٦٨].

لذلك سنقوم بتحليل المادتين الواردتين في اتفاقية فيينا واللتان تتحدثان عن التفسير بشكل خاص علي النحو التالي:

التفسير وفقاً للمادتين (٣١) و(٣٢) من قانون المعاهدات:

تنص المادة (٣١) من قانون المعاهدات على الآتي:- القاعدة العامة في التفسير

*١- تفسر المعاهدة **بحسن نية** ووفقاً للمعنى الذي يعطى لألفاظها **ضمن السياق الخاص** بموضوعها والغرض منها.*

٢- بالإضافة إلى نص المعاهدة، بما في ذلك الديباجة والملاحق، يشتمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على ما يلي:

(أ) أي اتفاق يتعلق بالمعاهدة ويكون قد تم بين الأطراف جميعاً بمناسبة عقدها؛

(ب)أي وثيقة صدرت عن طرف أو أكثر، بمناسبة المعاهدة، وقبلتها الأطراف الأخرى كوثيقة لها صلة بالمعاهدة.

٣- يؤخذ في الاعتبار، إلى جانب سياق المعاهدة، ما يلي:

(أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها؛

---

(66) Id.
(67) Id.
(68) Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-eighth session, Vol. II, Part Two, P. 180-181 (2006). Available at https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2006_v2_p2.pdf

(ب) أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها؛

(ج) أي قاعدة ملائمة من قواعد القانون الدولي قابلة للتطبيق على العلاقات بين الأطراف.

*٤- يعطى معنى خاص للفظ معين إذا **ثبت أن نية الأطراف قد اتجهت إلى ذلك**"*[٦٩].

كما تنص المادة (٣٢) من قانون المعاهدات على الآتي: "*يمكن اللجوء **إلى وسائل تكميلية** في التفسير، بما في ذلك **الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملابسات عقدها**، وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة ٣١ أو لتحديد معنى النص حين يكون من شأن التفسير وفقاً لتلك المادة:*

(أ) أن يترك المعنى غامضاً أو غير واضح؛ أو

(ب) أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية أو غير مقبولة"[٧٠].

---

(69) Article 31 General rule of interpretation

"1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context: 12 (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended." Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (entered into force 27 January 1980) [hereinafter VCLT]

(70) Article 32 Supplementary means of interpretation

"*Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:*

(ISSN: 2537 - 0758)

وبالتطبيق علي حالتنا هنا، لا يكون للتفسير أهمية كبيرة في حالة نص الاتفاقية صراحة على استبعاد أو ادخال بنود تسوية المنازعات من نطاق تطبيق شروط الدولة الأولى بالرعاية. حيث اتجهت إرادة الطرفين الصريحة إلى توسعة نطاق الشرط ليشمل بنود تسوية المنازعات أو العكس و بالتالي لن يكون للتفسير أي دور هام في هذا الصدد فارادة الطرفين واضحة.

ويكون للتفسير أهمية بالغة في حالة عدم نص الاتفاقية على أي علاقة بين شرط الدولة الأولى بالرعاية وبنود تسوية المنازعات، بمعنى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية سكت عن تحديد علاقته ببنود تسوية المنازعات. وبالتالي تثور أهمية تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية في إطار قواعد القانون الدولي للتفسير وهو ما يمثل اغلب الاتفاقيات الثنائية للاستثمار في وقتنا الحالي.

إن التفسير عملية معقدة فهي لا تقتصر فقط على تفسير المعنى العادي للألفاظ وإنما تشمل النظر إلى أهداف وغرض المعاهدة، الاتفاقيات اللاحقة للأطراف أو أحد طرفي المعاهدة وكيفية تنفيذ المعاهدة عن طريق السلوك اللاحق بواسطة احد طرفي المعاهدة.

كل هذه الوسائل المختلفة للتفسير تكون في خدمة الهيئة التحكيمية أو القاضي الدولي لاستخدامها في تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية، إلا أن ذلك لا يعني أن هناك ترتيب معين لهذه الوسائل حيث أن هذا الترتيب تفرضه الهيئة من أجل الوصول إلى تفسير معين ومحدد في صدد قضية معينة[٧١].

وقد نصت المادة (٣١) من اتفاقية فيينا على ثلاثة مبادئ تتعلق بتفسير المعاهدات، **فالمبدأ الأول** يتعلق بتفسير المعاهدة في ضوء حسن النية أما **المبدأ الثاني** فيتعلق بتفسير النص في ضوء المعنى العادي والطبيعي للنص أما **المبدأ الثالث** فهو

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or
(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable." Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331 (entered into force 27 January 1980) [hereinafter VCLT]

(71) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 43-44 (2021). See also, Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 138 (2007).

تفسير النص في ضوء أهداف وغرض الاتفاقية. وفيما يلي نشرح هذه المبادئ بالتفصيل:

أ- <u>حسن النية:-</u>

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الدولية الهامة والتي يمكن استخدامها طوال مرحلة تفسير المعاهدات- ويعيب على هذا المبدأ أنه غامض وليس هناك تحديد دقيق له، بل على العكس في بعض الأحيان قد يستخدم هذا المبدأ لاخفاء استخدام وسيلة شخصية أو تحليل شخصي/ تفسير شخصي للنص. ولهذا فإن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه بمعزل عن قواعد أخرى للتفسير فهو مبدأ مساند للمبادئ الأخرى والقواعد الأخرى للتفسير ولا يمكن التعويل عليه كمبدأ قائم بذاته[٧٢].

ب-<u>تفسير النص وفقاً لمعناه العادي والطبيعي:</u>

يعد هذا المبدأ من القواعد الأولى في التفسير وفقاً للمادة (٣١) من اتفاقية فيينا. فالمعنى العادي للفظ يدل على ما قصده المتعاقدان أو أطراف الاتفاقية الدولية. وبالتالي إذا أمكن استخدام هذه الوسيلة للوصول إلى معنى معين، ففي هذه الحالة ليس هناك حاجة للجوء إلى قواعد أخرى للتفسير[٧٣].

وتعتمد هذه الوسيلة على الاعتماد على المعاجم اللغوية كما جرت عادة هيئات التحكيم الدولية أو فرق التسوية في منظمة التجارة العالمية على تحديد معاني الكلمات المستخدمة. وبالتالي فإن اللجوء إلى المعجم اللغوي يعد أول وسيلة لتفعيل هذا المبدأ[٧٤].

إلا أن الأمر لا يخلو من الصعوبة حيث في بعض الأحيان يتم استخدام مصطلحات لها معنى قانونى أو اقتصادي معين مثل الاستثمار أو المستثمر. ففي هذه الحالة، فإن اللجوء إلى المعجم اللغوي لن يكون كافياً. فالقوانين الوطنية قد تعطي

---

(72) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 45-47 (2021)

(73) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 47-51 (2021)

(74) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 47-51 (2021)

(ISSN: 2537 - 0758)

تعريفات أو معاني أخرى كذلك الحال الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لذات المصطلح(٧٥).

وجدير بالذكر أن المعنى العادي للألفاظ المستخدمة يمكن تعديله في ضوء الغرض والهدف من الاتفاقية كذلك سياق المعاهدة قد يصبح أحد الأمور التي يمكن الاستناد إليها في تحديد تفسير معنى معين أو محدد.

ويري رأي آخر من الفقه الدولي أن نطاق وهدف/ غرض الاتفاقية يعطيان الصورة الأكبر للمعنى العادي للفظ وبالتالي يجب أن يكون المعنى العادي للفظ متوافقاً مع سياق المعاهدات وهدفها وغرضها(٧٦).

وتستند بعض هيئات التحكيم إلى السوابق القضائية والأحكام السابقة فيما يتعلق بتفسير بعض الألفاظ من أجل دعم طرق التفسير التي أخذت بها هيئة معنية. هذا بدون الاخلال بأن كل هيئة تحكيم في بعض الأحيان تأخذ بتفسير واسع لبعض المصطلحات المستخدمة كالاستثمار والمستثمر. وفي بعض الأحيان الأخرى تأخذ بتفسير ضيق باستبعاد حالات قد تدخل في نطاق المصطلح الذي يتم تفسيره.

وجدير بالذكر أن إشكالية هذا البحث تتعلق بتفسير بعض المصطلحات مثل "الاستثمار" و"المستثمر" و"المعاملة" و"كل المسائل" او "كل الأمور" و"داخل الإقليم" إلى غير ذلك من المصطلحات التي تطرأ أو تظهر في شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقيات الثنائية للاستثمار المختلفة(٧٧).

وبطبيعة الحال إذا كان المصطلح تم صياغته بشكل واسع، فإن هيئات التحكيم ستكون في وضع يسمح لها بتفسير هذا الشرط بشكل واسع. إلا أنه يجب أن تضع الهيئة في اعتبارها نية الأطراف، رغبة أحدهما في اختيار اتفاقية معينة، وعوامل أخرى في تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية(٧٨).

---

(75) Id. at 48.

(76) Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 51-53 (2012)

(77) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 57 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).. See also, Edoardo Stoppini, *Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses*, Max Planck Institute Luxembourg, 8-10 (2017)

(78) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral*

سياق المعاهدة:

تتضمن هذه الوسيلة تفسير النص في إطار الاتفاقية كلها التي ورد فيها وعلى الأخص النصوص القانونية التي تسبق النص محل التفسير والنصوص التالية له أيضا كذلك العناوين المستخدمة في وصف البنود. وجدير بالذكر أن اتفاقيات الاستثمار تنطوي على ديباجة أو مقدمة تنص علي الأهداف والأغراض الخاصة بالمعاهدة بالإضافة إلى الملاحق الخاصة بالاتفاقية(٧٩). وقد تحدث الفقه الدولي عن الاتفاقيات اللاحقة التي يمكن الاتفاق عليها بعد التوقيع علي الاتفاقيات الثنائية(٨٠).

ج- الغرض أو الهدف من الاتفاقية:

تنص المادة (٣١) من اتفاقية فيينا على تفسير النص بالنظر إلى غرض وهدف الاتفاقية، ولم تنص اتفاقية فيينا على كيفية تحديد هدف وغرض الاتفاقية كذلك العناوين المستخدمة في وصف البنود. وبالنظر إلى الاتفاقيات الثنائية فإن الهدف قد يكون مذكوراً بصفة عامة في ديباجة الاتفاقية وقد يكون ذكر الأهداف بشكل عام وغير محدد أو واضح(٨١).

ويتم الاستناد إلى العلاقة بين المعنى العادي للألفاظ والهدف والغرض من الاتفاقية. وبالتالي يدخل الهدف والغرض من الاتفاقية في نطاق تفسير المعاهدة و بالاخص شرط الدولة الاولي بالرعاية(٨٢).

وتعد هذه الوسيلة من الوسائل التي تثير كثيراً من اللبس لأن هدف وعرض الاتفاقيات الثنائية هو تشجيع وحماية الاستثمار باعتبارها الهدفين اللذين يحققان مصلحة كلاً من الدول النامية والدول المتقدمة كما شرحنا في السابق.

Investment Treaties, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 146 (2007).

(79) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 111-112 (2011)

(80) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 111 (University of Hamburg 2018).

(81) Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 51 (2012)

(82) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 116 (University of Hamburg 2018).

(ISSN: 2537 - 0758)

أما الشق الثاني من هذا الأمر فيتعلق بالهدف والغرض من شرط الدولة الأولى بالرعاية. فمعرفة هدف الشرط يساعد على تفسيره وتحديد نطاقه. ولن نستطرد في بيان غرض الشرط في إطار العلاقات التجارية الدولية حيث أن ذلك لا يهمنا في هذا البحث. وبالتالي سيكون التركيز على هدف هذا الشرط في إطار العلاقات الاستثمارية أو قانون الاستثمار الدولي. ويكمن أهداف الشرط في إعطاء المستثمر ضمانة ضد كل صور التمييز التي قد تقوم بها الدولة المضيفة للاستثمار ضده وتحقيق المساواة بينه و بين المستثمرين المنتمين إلى بلاد مختلفة وكذلك القضاء على أي تمييز أو تفرقة بين المستثمرين الذين يعملون داخل الدولة المستضيفة للاستثمار[٨٣]. كما أنه لا يمكن انكار الدور الحمائي لبنود تسوية المنازعات و التي تعد لصيقة بحقوق المستثمر بما يجعل فصلها عن اثر امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية صعبا[٨٤].

كذلك يعد شرط الدولة الأولى بالرعاية من العوامل التي تساعد على استقرار توقعات المستثمر. فإذا لم يكن هناك شرط دولة أولى بالرعاية، سيكون من المحتمل أن تعطي الدولة المضيفة المستثمرين الآخرين مزايا أفضل مما يهدد المستثمر الأجنبي بخسائر كبيرة. وبالتالي فأي معاملة تفضيلية لمستثمر ما سيؤدي بضرورة الحال إلى امتدادها إلى المستثمرين الآخرين. ويهدف شرط الدولة الأولى بالرعاية الي توفير أي نفقات تتعلق بتعديل المعاهدات لكي تدخل هذا المزايا أو المعاملة التفضيلية وتمدها إلى مستثمرين آخرين ينتمون إلى دول أخرى[٨٥].

كما يشكل شرط الدولة الأولى بالرعاية قيداً بالغاً على حرية الدولة في تنفيذ سياستها فيما بعد. ففي هذه الحالة يلزم أن تقوم بإلغاء هذا الشرط في جميع الاتفاقيات التي وقعتها وفي ضوء كل هذه الأهداف والأغراض الخاصة بشرط الدولة الأولى بالرعاية،

(83) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 142-144 (2007).

(84) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 763-764 (2007).

(85) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 24 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

فيمكن القول بأن تفسير هذا الشرط سيكون بالضرورة تفسيراً واسعاً ليستوعب هذه الأغراض المختلفة لشرط الدولة الأولى بالرعاية.

وذهب رأي آخر إلى أن الهدف من الاتفاقية الثنائية هو حماية وتشجيع الاستثمار وبالتالي تقوم البنود الموضوعية بتغطية هذا الأمر، وبالتالي فامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية يكون في إطار البنود الموضوعية. أما بالنسبة لبنود تسوية المنازعات، فإن التفسير الواسع لها يقتضي أن المستثمر له الحق في أن يلجأ إلى التحكيم الدولي باعتباره من الضمانات اللازمة لحماية الاستثمار الأجنبي فحماية الاستثمار جزء من الحمايات التي تمنح بموجب الاتفاقية الثنائية. فمثلاً اشتراط أن ينتظر المستثمر سنتين قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي أمر يجعل المستثمر في وضع تفاوضي أقل مع الدولة مضيفة الاستثمار. كذلك يتعرض هذا المستثمر لمعاملة أقل من المعاملة التي تلقاها مستثمرون آخرون يمكنهم اللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة(٨٦).

ترجع صعوبة تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية الي أن هذا الشرط يرد بصيغ مختلفة في مئات أو آلاف الاتفاقيات الثنائية، كما أن هذا الشرط موجود أيضاً في إطار العلاقات التجارية الدولية وأيضاً خاضع للعديد من التفسيرات التي قالت بها فرق التسوية بمنظمة التجارة العالمية(٨٧).

وقد ذهب البعض إلى أنه نظراً لتأثير شرط الدولة الأولى بالرعاية علي استدعاء بنود من اتفاقيات أخرى، فإن ذلك يؤدي إلى النظر إلى حالة كل اتفاقية على حدة. وقد نظر البعض إلى الوسائل المختلفة للتفسير على أنها وسائل متدرجة في الأهمية إلا أن لجنة القانون الدولي كان لها رأياً آخر حيث أكدت على أنه ليس هناك تدرج في تطبيق عوامل أو عناصر التفسير ويساندها في ذلك الفقه الدولي(٨٨).

---

(86) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 137-139 (2007).

(87) Peter Van Den Bossche, THE LAW AND POLICY OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION 310-326 (Cambridge Univ. Press 2005).

(88) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 137-138 (2007).

(ISSN: 2537 - 0758)

المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا:

تنص المادة (٣٢) علي وسائل تكميلية للتفسير يمكن الاستعانة بها عند تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية. يمكن استخدام المادة ٣٢ من اتفاقية فيينا لكي تقيد من انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية علي بنود تسوية المنازعات[٨٩].

وتكمن أهمية دور هيئة التحكيم في تفسير النصوص بطريقة تهدف إلى إبراز النية الخاصة بالطرفين وذلك عن طريق تفسير النصوص المستخدمة في الاتفاقية في ضوء الظروف المحيطة.

وقد دأبت هيئات التحكيم علي عدم الاقتصار علي شرط الدولة الاولي بالرعاية في التفسير وانما يمتد ذلك الي كامل الاتفاقية الثنائية الا ان الامر لا يقتصر علي ذلك ففي كثير من الأحيان تقوم الهيئة بالنظر الي اتفاقية الاكسيد باعتبارها الاتفاقية التي تؤسس للولاية القضائية لهيئة التحكيم[٩٠].

وفيما يلي نستعرض كيفية تطبيق الفقه الدولي لقواعد التفسير علي شرط الدولة الاولي بالرعاية علي النحو التالي:

صياغة شروط الدولة الأولى بالرعاية:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية هي التي سترشدنا إلى الإجابة على الأسئلة التي تثيرها هذه الإشكالية وهي مدى انطباق الشرط على الحقوق الإجرائية للمستثمر[٩١].

إلا أن البعض الآخر مثل منظمة الأونكتاد ترى أن الصياغات المختلفة لشرط الدولي الأولى بالرعاية لا تعكس معاني مختلفة وإنما يقصد بها نفس المعنى وبالتالي نفس النطاق وبالتالي فشرط الدولة الأولى بالرعاية يجب أن يفسر بطريقة واحدة ولذلك فمجال الانطباق لا يتغير بحسب الصيغة المستخدمة. وتشير الأونكتاد إلى أن المعنى الرئيسي لهذا الشرط هو عدم التمييز بين المستثمرين الأجانب[٩٢].

---

(89) Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 51 (2012)

(90) Please review Maffezini case and Siemens case.

(91) Paul Michael Blyschak, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases*, 9 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 99, 144-145 (2009)

(92) Alejandro Faya Rodriguez, *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreement A tool for treaty shopping?,* Journal of International Arbitration, 25(1): 89, 92 (2008)

وقد قامت لجنة القانون الدولي في تقريرها النهائي في عام ٢٠١٥ بحصر هذه الصياغات في ست صياغات رئيسية وذلك من واقع مراجعة كافة الاتفاقية الثنائية الموقعة بين الدول(٩٣). وجدير بالذكر أن هذه الصياغات على عكس ما تزعمه الأونكتاد هامة جداً في تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية فالصياغة تعكس إرادة الطرفين المشتركة والتي على إثرها يتم تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. وتركز لجنة القانون الدولي على محل أو موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية الذي يرد في ست صياغات على النحو التالي:

أ- محل شرط الدولة الأولى بالرعاية هي "المعاملة" الممنوحة للمستثمر أو الاستثمارات الأجنبية داخل الدولة المضيفة- وهذه الصيغة وردت في عدد من الاتفاقيات الثنائية ويلاحظ هنا أن محل الشرط هو أي معاملة فلم يتم تخصيصها بشكل ما أو بطريقة ما. وبالتالي فمن المتوقع أن تفسر هيئة التحكيم الشرط بطريقة تمد انطباق هذا الشرط الي أي معاملة تمنح للمستثمر أو للاستثمار سواء كانت معاملة موضوعية او اجرائية(٩٤).

ب- أما الصياغة الثانية فكما وضعتها لجنة القانون الدولي أوسع من الصياغة الأولى لأن محل الشرط هنا هو كافة أنواع المعاملة التي يحصل عليها الاستثمار. ويتم التعبير عنها بطريقتين:- **الطريقة الأولى** بأن يكون نطاق الشرط هو كافة أنواع المعاملة وبالتالي يثور السؤال حول التمييز بين استخدام مصطلح "المعاملة" أو أي معاملة وبين مصطلح كافة أنواع المعاملة وهل كل مصطلح منها له معنى يختلف عن الآخر. **أما الطريقة الثانية** فهي أن يكون نطاق الشرط هو كل المسائل المشمولة بالاتفاق". وفي هذه الحالة، فإن محل الشرط هو المعاملة التي تمنح للمستثمر أو الاستثمار في إطار المسائل التي ينظمها الاتفاق. ولا شك أن هذه الصيغة الأخيرة من أكثر الصيغ التي تضم معاني واسعة وتعد من مبررات مد

(93) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 11-12, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(94) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 11-12, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(ISSN: 2537 - 0758)

نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى أمور ومسائل عديدة و منها المسائل الاجرائية[٩٥].

ج- أما الصياغة الثالثة فهي صياغة تقوم على تخصيص الاستثمار ليقتصر على عمليات محددة من عمليات الاستثمار مثل "إدارة" الاستثمار أو "صياغة" أو "استخدام" أو "التصرف في" الاستثمار، وإذا كانت هذه الصيغة تتعرض لأعمال معينة في الاستثمار أو أشكال محددة منه إلا أنه هناك صياغة أخرى تتحدث عن مراحل الاستثمار فقد تشمل الحماية فترة ما قبل الاستثمار بالإضافة إلى فترة ما بعد الاستثمار. وقد اختلفت هيئات التحكيم إزاء تفسير هذه الصياغة حول مد شرط الدولة الاولي بالرعاية او عدم مده.

د- وجاءت الصياغة الرابعة ليقتصر محل شرط الدولة الأولى بالرعاية على التزامات محددة مثل الالتزام بمنح معاملة عادلة ومنصفة. وهو من الصياغات الضيقة في مجال تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية.

هـ- أما الصياغة الخامسة فيكون محل الشرط هو الاستثمار أو المستثمرين في "ظروف مماثلة" أو "مواقف مماثلة" لفئة من المستثمرين أو الاستثمار تجرى المقارنة بهم. وجدير بالذكر أن هذه الصياغة قد تقرب شرط الدولة الأولى بالرعاية في العلاقات الاستثمارية من ذات المبدأ في اطار العلاقات التجارية الدولية حيث نصت اتفاقية الجات على نفس الصيغة.

و- أما الصياغة السادسة فتشمل صياغة تقصر محل شرط الدولة الأولى بالرعاية على الحدود الإقليمية. وتستخدم هذه الصياغة من جانب هيئات التحكيم للتضييق من نطاق محل شرط الدولة الأولى بالرعاية واستبعاد المسائل الإجرائية من نطاق الشرط علي افتراض ان التحكيم الدولي يخرج عن نطاق إقليم الدولة[٩٦].

هذا فضلا عن أن لجنة القانون الدولي قد اشارت إلى عدة استثناءات أخرى لا ينطبق عليها شروط الدولة الأولى بالرعاية على النحو التالي:-

- الضرائب.
- مشتريات الحكومة.

---

(95) Id.

(96) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 11-12, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

- مزايا يحصل عليها أي طرف بمناسبة الاتحاد الجمركي.

وذهب البعض الي أن عدم النص صراحة علي بنود تسوية المنازعات ضمن الاستثناءات يؤدي بطيعة الحال الي دخولها ضمن نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية علي حين ذهب رأي اخر الي ان ذلك لا يكفي حيث أنه يجب الا نفترض ذلك الاستبعاد(٩٧).

وقد حددت لجنة القانون الدولي في تقريرها لعام (٢٠١٥) عدة مسائل تفسيرية فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية. وهذه المسائل التي تخضع للتفسير تتمثل في النقاط الرئيسية الآتية:

- **<u>تحديد المستفيد من شرط الدولة الأولى بالرعاية:</u>**

نظراً لأن اتفاقيات الاستثمار هي اتفاقيات دولية تبرم بين دولتين، فبالتالي يكون المستفيد من هذه الاتفاقيات بطبيعة الحال هي الدول نفسها إلا أن الأمر لا يتوقف على الدول فقط وإنما يشمل مستثمري هذه الدول أيضاً حيث ينص شرط الدولة الأولى بالرعاية على أن المستفيد من هذا الشرط هو إما "المستثمر" الذي ينتمى بجنسيته لإحدى الدول المتعاقدة أو "الاستثمار" حيث يرد بصفة عامة كمستفيد من هذا الشرط. والغالب في الامر عدم التمييز بين الاستثمار او المستثمر كمستفيد من هذا الشرط(٩٨).

إلا أن الاستثمار أو المستثمر يتم تحديده في إطار الاتفاقية نفسها في بند التعريفات أما القيود التي ترد على المستفيد من هذا الشرط فتتمثل في إدراج بند/ شرط "في ظروف مماثلة" حيث في بعض الأحيان ينص شرط الدولة الأولى بالرعاية على هذا القيد. إلا أن البعض يرى أن قاعدة "من ذات النوع" تحقق نفس هدف هذا الشرط. حيث أنه بمقتضى هذا المبدأ يمتد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى المستفيد في نفس الموضوع ذاته. وبالتالي فاشترط "ظروف مماثلة" لن يحمل أي معني خاص(٩٩).

---

(97) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 32-33, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(98) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 13-15, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(99) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in

(ISSN: 2537 - 0758)

- **محل المعاملة التي تمثل موضوع شرط الدولة الأولى بالرعاية**

أشارت لجنة القانون الدولي إلى هذه المسألة باعتبارها المسألة الثانية من المسائل التي يثيرها شرط الدولة الأولى بالرعاية. ويرتبط هذا الشرط بهدف شرط الدولة الأولى بالرعاية وهو منع التمييز بين المستثمرين الأجانب وإلغاء أي تمييز أو معاملة تفضيلية بين المستثمرين المنتمين لدول مختلفة(١٠٠).

وقد استطرد البعض في تفسير اصطلاح "معاملة لا تقل عنه" أو "لا تقل رعاية" واعتبرها موازية لمصطلح مساوية. إلا أن ذلك خاضع لتفسيرات مختلفة تأخذ بها هيئات التحكيم المختلفة في كل دعوى على حدة. فالبعض قال بانها معاملة مساوية علي حين ذهب البعض الاخر الي عدم اعتبارها معاملة مساوية(١٠١).

- **نطاق الحق نفسه الذي تمنحه شرط الدولة الأولى بالرعاية:**

إذا كانت المسألة السابقة تعرضت لمعنى المعاملة التي تمنح، فإن لجنة القانون الدولي قد ركزت على مسألة جديدة وهي نطاق المعاملة التي سيقوم شرط الدولة الأولى بالرعاية بمنحها.

وهذه المسألة تتعلق بموضوع البحث نفسه حيث أن شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء أحكام هيئات التحكيم قد يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات أو ما يطلق عليه الحقوق الإجرائية الي جانب الحقوق الموضوعية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية(١٠٢).

وقد قام بعض الفقه الدولي وبحق بالتفرقة بين المصدر المنشئ للمعاملة الأكثر تمييزا او معاملة الدولة الأكثر رعاية وبين نطاق هذه المعاملة والتي يطالب بها

2015, P. 13-15, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(100) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 13-15, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two)

(101) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 13-15, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(102) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 13-15, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

المستثمر الاجنبي فدائما المصدر القانوني لهذه المعاملة هي الاتفاقية الرئيسية بما تتضمنه من شرط الدولة الاولي بالرعاية اما نطاق المعاملة نفسها فتحدده الاتفاقية الأخرى والتي تمد هذه المعاملة الي طرف من الغير وقد انتقد الفقه الدولي بعض الآراء التي خلطت بين الامرين[١٠٣]. وعدم التفرقة الواضحة بين الامرين يجعل البعض يقول بأن حق الدولة التي ينتمي اليها المستثمر الأجنبي يستمد من الاتفاقية الأخرى وهو ما يصطدم بقواعد القانون الدولي وأهمها نسبية اثر الاتفاق الدولي وما نصت عليه المادة ٣٦ من اتفاقية فيينا[١٠٤].

لذلك فالتفسير احدي الوسائل التي تلجأ اليها الهيئة لكي تحدد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية الا ان تفسير الصياغة المستخدمة في شرط الدولة الاولي بالرعاية هو احد العوامل حيث تلجأ الهيئات التحكيمية الي اعمال بعض المبادئ القانونية الدولية التي تحكم انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية. ولذلك سنقوم في المبحث التالي بإبراز المبادئ القانونية الدولية التي يلجأ اليها هيئات التحكيم لتحديد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية.

المبحث الثاني
المبادئ الدولية التي تحدد مدي انطباق المبدأ علي الحقوق الإجرائية

عرضنا في المبحث الأول لقواعد التفسير التي تأخذ بها هيئات التحكيم عند التعرض لتحديد معني شرط الدولة الأولى بالرعاية أما هذا المبحث فيتحدث عن المبادئ الدولية التي تستعين بها هيئات التحكيم في ذلك الصدد. حيث يهدف هذا المبحث إلى سرد كافة المبادئ القانونية التي قالت بها هيئات التحكيم والتي من شأنها تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. ولا شك أن هذه المبادئ قد تم النص عليها في كتابات الفقه الدولي، أحكام هيئات التحكيم والقضاء الدولي و كذلك لجنة القانون الدولي في تقريرها.

ويعد هذا المبحث تلخيصاً لهذه المبادئ والقواعد القانونية التي قد تستخدم للإجابة على هذه الإشكالية القانونية المتعلقة بمدى انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية على الحقوق الاجرائية أو لا.

---

(103) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 759 (2007).

(104) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 759 (2007).

(ISSN: 2537 - 0758)

ولا شك أن هذه المبادئ القانونية تعرضت للعديد من التحاليل والتفسيرات المختلفة من جانب هيئات تحكيم مختلفة فكل هيئة تحكيم تتمتع بسلطة تقديرية واسعة فيما يتعلق بتفسير هذه القواعد والمبادئ من أجل تطبيقها على الحالة محل النزاع.

ولا يفوتنا أن نشير الي أن لجنة القانون الدولي قد أكدت على أن مبادئ القانون الدولي هي التي تحكم المسائل المتعلقة بشرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث يتعلق الأمر بشكل كبير بتفسير المعاهدات الدولية والالتزامات المختلفة للدولة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية. وقد أكد على ذلك أحد الفقهاء الدوليين بقوله أن كل اتفاقية دولية تشير بطريقة ضمنية إلى قواعد القانون الدولي للإجابة على الأسئلة التي لم تستطع المعاهدة الإجابة عليها(١٠٥).

وفيما يلي سرد لهذه المبادئ الدولية التي تحكم نطاق تطبيق شرط الدولة الاولي بالرعاية.

١ – مبدأ "من ذات النوع" ejusdem generis

ويعد مبدأ "ذات النوع" من المبادئ التي تتعلق بتفسير نصوص المعاهدات، حيث يستخدم كوسيلة من وسائل تفسير النصوص وتم ابتداع هذا المبدأ من خلال أحكام القضاء الدولي وهيئات التحكيم المختلفة. ويعني هذا المبدأ ببساطة أنه في حالة وجود بند ما يحتوي على كلمات عامة تتبع كلمات خاصة أو محددة، ففي هذه الحالة فإن الكلمات العامة تنتمي إلى نفس الفئة المخصصة بموجب الكلمات الخاصة(١٠٦).

أشار إلى هذا المبدأ لجنة القانون الدولي و العديد من احكام هيئات التحكيم حيث أكدت اللجنة على أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى **الأشخاص والأشياء** التي تنتمي لنفس الفئة. وقد تعرضت اللجنة لهذا المبدا من خلال المادة (٩) (١) من التقرير النهائي الخاص بشرط الدولة الاولي بالرعاية والتي نصت على الآتي:

"لا يكسب شرط الدولة الأولى بالرعاية الدولة المستفيدة، لذاتها أو لصالح اشخاص أو أشياء على علاقة محددة بها، الا **المنافع التي تقع في حدود موضوع الشرط**"(١٠٧).

(105) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 100 (2011)

(106) PR Thularidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the limits through interpretative principles*, Amsterdam Law Forum, Summer Edition, 19 (2015).

(107) Article 9– Scope of rights under a most-favoured-nation clause

أما المادة (١٠) (١) فنصت على الآتي:-

"لا تكتسب الدولة المستفيدة، بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية، الحق في معاملة الدولة الأولى بالرعاية، إلا إذا قدمت الدولة المانحة لدولة ثالثة منافع **تقع في حدود موضع الشرط**"[١٠٨].

ماهية هذا المبدأ وتعريفه:

يقصد بهذا المبدأ أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل نفس المسائل والموضوعات التي ينظمها الاتفاقية الأصلية. وهي أحد وسائل تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية[١٠٩]. وقد تحدث الفقه الدولي عن أن هذا المبدأ يعد من وسائل التفسير التي يجب الا تطبق بمعزل عن قواعد القانون الدولي وانما يجب ان تخضع للتفسير وفقا لقواعد القانون الدولي واتفاقية فيينا[١١٠].

"1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause.
2. The beneficiary State acquires the rights under paragraph 1 only in respect of persons or things which are specified in the clause or implied from its subject matter."

(108) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 8-9, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two). Article 10– Acquisition of rights under most-favoured-nation clause

"1. Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires the right to most-favoured nation treatment only if the granting State extends to a third State treatment within the limits of the subject-matter of the clause.
2. The beneficiary State acquires rights under paragraph 1 in respect of persons or things in determined relationship with it only if they:
a. belong to the same category of persons or things as those in a determined relationship with a third State which benefit from the treatment extended to them by the granting State and
b. have the same relationship with the beneficiary state as the persons and things referred to in subparagraph (a) have with that third State."

(109) PR Thularidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the limits through interpretative principles*, Amsterdam Law Forum, Summer Edition, 4 (2015).

(110) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 109-110 (University of Hamburg 2018).

(ISSN: 2537 - 0758)

ويستند هذا المبدأ الي ما وصلت إليه هيئة التحكيم في قضية أمباتيليوس Ambatelios حيث أكدت على أهمية هذا المبدأ في تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. حيث قالت الهيئة أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى نفس الأمور التي تنتمي لنفس المسائل المنظمة وفقاً للمعاهدة. وقد أشارت الهيئة إلى أنه يجب النظر إلى نية الأطراف كما يتم استنتاجها من التفسير المعقول لنصوص الاتفاقية(١١١).

ومن الغريب أن هذا المبدأ لم يسعف أياً من مؤيدي أو معارضي امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية. فمؤيدي امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية يستندون إلى هذا المبدأ للقول بأن بنود تسوية المنازعات تنتمي إلى نفس النوع الذي ينتمي إليه البنود الواردة في الاتفاقية محل الدعوى.

والمقصود بهذا المبدأ الا يختلف محل الاتفاقية الرئيسية عن الاتفاقية الموقعة مع الغير في الطبيعة أي ان كلا منهما اتفاقيات تنظم الاستثمار(١١٢).

أما معارضي امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات فيردون بأن هذا المبدأ يستخدم لتأكيد التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية والتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية باعتباره مبدأ موضوعي يمتد إلى الحقوق الموضوعية فقط دون الحقوق الإجرائية، وبالتالي فبنود تسوية المنازعات لا تعد من نفس نوع أو فئة البنود التي يمتد لها شرط الدولة الأولى بالرعاية(١١٣).

وقد حلل بعض الفقه الدولي هذا المبدأ بأنه يقوم على عاملين اثنين: **العامل الأول** هو الاختصاص الموضوعي ratione materiae أي أن المستفيد من الشرط لا يستطيع أن يتمسك بمعاملة تفضيلية واردة في اتفاقية أخرى مثل اتفاقية لتسليم المجرمين أو الحصانات وإنما يجب أن يتعلق الأمر باتفاقية "استثمار ثنائية". أما **العامل الثاني** فهو الاختصاص الشخصي ratione personnae وهو أن المستفيد من الشرط لا يستطيع أن يغير من تعريف الاستثمار أو المستثمر الوارد في الاتفاقية الثنائية الخاصة بالمستثمر(١١٤).

---

(111) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 31 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).

(112) Emmanuel Gaillard, *Establishing Jurisdiction through a Most-Favored-Nation Clause*, New York Law Journal, Vol. 233, No. 105 (2005).

(113) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 113-114 (2011)

(114) Id.

وقد عرف بعض الفقه الدولي هذا المبدأ بأنه المبدأ الذي ينطوي على جذب الأمور التي تنتمي إلى نفس المسألة أو لفئة المسألة التي يرتبط بها البند. ولهذا فإن محل المسألة يقيد بأمرين الأمر الأول يتعل بالبند نفسه والذي يشير إلى مسألة معينة والأمر الثاني يتعلق بالحق الذي يمنحه الدولة للدولة من الغير(١١٥).

وترتب على ظهور هذا المبدأ إثارة سؤال جديد وهو هل بنود تسوية المنازعات تنتمي لنفس الفئة أو من ذات النوع لأنواع المعاملة التي يلقاها الاستثمار الأجنبي فهذا المبدأ يشير إلى تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية بنفس المسائل التي يعالجها البند نفسه، وأنها تتماثل مع المسائل التي يراد أخذها أو استعارتها من اتفاقية ثنائية أخرى(١١٦).

وتتمثل أهمية هذا المبدأ في أنه يوجه هيئة التحكيم أو المفسر إلى ضرورة التركيز على صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية دون النظر الي هدف وغرض الاتفاقية(١١٧).

كما تعرض بعض الفقه الدولي لهذا المبدأ باعتباره يقيد من امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليقتصر فقط على البنود المهمة أو المتعلقة مثل بنود تسوية المنازعات دون الحاجة الي استدعاء بنود الاتفاقية كلها(١١٨).

وقد عبر عنها بعض الفقه الدولي بأن هذا المبدأ يهدف إلى تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية وحماية المستفيد في ظروف مماثلة، وهو ما لا يثير صعوبة في حالة أن محل الحماية نفس الشيء أو نفس المسألة من ذات الطبيعة(١١٩).

---

(115) Alejandro Faya Rodriguez, *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreement A tool for treaty shopping?,* Journal of International Arbitration, 25(1): 89, 90 (2008)

(116) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 84 (2021)

(117) Simon Batifort and J. Benton Heath, *The new debate on the interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, The American Journal of International law, Vol. 111:4, 873, 896 (2018)

(118) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 169 (2007).

(119) Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 246 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)

(ISSN: 2537 - 0758)

ويختلف الفقه الدولي حول تكييف هذا المبدأ فالبعض يرى أنه مبدأ دولي على حين يذهب البعض الآخر إلى أنه وسيلة من وسائل التفسير. وقد عبر عنها بعض الفقه الدولي بأنها مبدأ يتضمن أن الدولة المستفيدة تكتسب الحقوق فقط فيما يتعلق بالأشخاص والأشياء المحددة في البند الخاص بها أو التي يمكن أن تفهم ضمناً في ذات المسألة أو الموضوع. فإذا جاء شرط الدولة الأولى بالرعاية بحصر لبعض الموضوعات التي يعالجها، ففي هذه الحالة فإن مبدأ "ذات الفئة" أو "ذات النوع" يسرى فقط على هذه الأمور التي جاءت على سبيل الحصر(١٢٠).

أما في حالة أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يحدد موضوعات محددة في التطبيق، ففي هذه الحالة فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل إلا الأمور التي نظمها الاتفاقية الأساسية التي وردت في المعاهدة الأصلية.

وبالتالي يترتب على ذلك أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد إلا للموضوعات والحقوق التي نص عليها الاتفاقية التي وردت فيها ولا تشمل أي حقوق أو موضوعات لا تتعلق بالمعاهدة التي ورد فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية. فشرط الدولة الأولى بالرعاية إذا جاء في معاهدة للاستثمار، لا يجوز أن يمتد ليشمل أمور أو معاملة يتمتع بها دولة أخرى بموجب اتفاقية مثلاً تتعلق بتسليم المجرمين. فمعاهدات تسليم المجرمين يختلف عن معاهدات الاستثمار(١٢١).

وجدير بالذكر أن هذا المبدأ يتم استخدامه من جانب الفقهاء الدوليين وهيئات التحكيم المختلفة لكي يكشف عن النية المشتركة لأطراف الاتفاقية الثنائية عندما يتعلق الأمر بنطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية. ولذلك فهو من اهم المبادئ القانونية التي يتم تطبيقها في تحديد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية.

الا انه يرتبط باتجاهات التفسير المختلفة التي تأخذ بها هيئات الحكيم سواء اتجاه موسع او اتجاه مضيق و بالتالي ففي بعض الأحيان لا يرشدنا هذا المبدأ الي حل حاسم لامتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات من عدمه(١٢٢).

---

(120) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 109-110 (University of Hamburg 2018).

(121) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 109-110 (University of Hamburg 2018).

(122) Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 49-50 (2012)

٢- مبدأ استقلالية شرط التحكيم:-

يعد هذا المبدأ من المبادئ الدولية الهامة التي تحكم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات أم لا. ويعني هذا المبدأ أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الذي يرد فيه وبالتالي فإن انهاء أو انتهاء العقد لا يؤدي إلى التأثير على شرط التحكيم الذي يظل مستقلاً عن العقد(١٢٣).

وبالتالي فمن أثر هذا المبدأ أنه في حالة وجود شرط دولة أولى بالرعاية فإنها لا تمتد إلى شرط التحكيم الوارد في اتفاقيات أخرى. لذلك فإن استقلالية شرط التحكيم تمنع من تأثرها بشرط الدولة الأولى بالرعاية(١٢٤). فكما عبر بعض الفقه الدولي فان أساس التفرقة بين الاحكام الموضوعية والإجرائية يعتمد بالأساس علي مبدأ استقلالية شرط التحكيم(١٢٥).

ويرى بعض الفقه الدولي أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد إلى شرط التحكيم إلا إذا نص صراحة على ذلك حيث يعد في هذه الحالة جزء من شرط التحكيم الذي يجب أن يفسر بطريقة ما. وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن له أن ينشئ شرط تحكيم جديد وهو بمثابة قيد على سيادة الدولة. وبالتالي فتعديل شرط التحكيم يتم بشكل محدد جدا يتضح فيه إرادة الطرفين بشكل واضح لا لبس فيه(١٢٦).

وقد عبر القاضي شوبيل عن بند التحكيم في إطار القانون الدولي بأن الأطراف الذي يوقعون اتفاقاً يتضمن شرط تحكيم هم في واقع الأمر يوقعون على اتفاقيتين اثنين الأول منها هو الاتفاق الموضوعي الذي يتضمن الحقوق الموضوعية أما الاتفاق الثاني فيتضمن الاتفاق الخاص بالتحكيم(١٢٧).

---

(123) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 103 (2011)

(124) Chan-Mo Chung, *The MFN principle at peril in investment treaties*, Journal of Korea Trade, Vol. 2, No. 2, 15, 23-24 (2020)

(125) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 762 (2007).

(126) Id.

(127) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 762 (2007).

(ISSN: 2537 - 0758)

إلا أن البعض من الفقه الدولي يرى أن استقلالية شرط التحكيم هو أمر غير واقعي لأن شرط التحكيم كغيره من شروط العقد ولا يتمتع بذاتية خاصة إلا فقط في أنه يتعلق بنظر النزاع. ويكمن الحكمة من القول باستقلالية شرط التحكيم هو المحافظة على اختصاص هيئة التحكيم حتى لا ينسحب بطلان الشرط إلى اختصاص الهيئة فلا يهم بطلان العقد أو انتهاؤه ولا يؤثر على شرط التحكيم(١٢٨).

وبالتالي فهذه الحجة تقطع الطريق أمام المدعي عليه/ المحتكم ضدهم حتى لا يحاول تعطيل أو إلغاء إجراءات التحكيم الموجهة ضده بزعم أن العقد باطل(١٢٩). وقد انتقد البعض الطبيعة المختلفة لشرط التحكيم و اعتبره كاحد بنود الاتفاقية الأخرى تخضع لقواعد التفسير شأنها شأن البنود الأخرى الموضوعية التي وردت في الاتفاقية الثنائية للاستثمار (١٣٠).

ويقال بهذه الحجة من اجل عدم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر.

٣- <u>مبدأ استنفاد طرق التقاضي الداخلية:-</u>

ثار خلاف في الفقه الدولي وأحكام التحكيم حول طبيعة مبدأ استنفاد وسائل التقاضي الداخلية وهل هي دفع يتعلق بالاختصاص أو دفع يتعلق بمقبولية الدعوى أمام هيئات التحكيم(١٣١).

حيث يرى البعض من الفقه الدولي أن تكييف الأمر لا يؤدي إلى أي تغيير حقيقي في النتيجة وهي نتيجة واحدة في النهاية وهي رفض الهيئة النظر في هذه الدعوى. إلا أن التكييف القانوني قد يكون له تبعات هامة فيما يتعلق بموضوع البحث وهو امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية للمستثمر.

---

(128) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 106-113 (2011)

(129) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 762-765 (2007).

(130) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 103 (2011)

(131) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 222-224 (University of Hamburg 2018).

وبالتالي، فإنه قد يترتب على تكييف هذا المبدأ جواز أن يتم الاستغناء عن هذا الشرط عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية أم لا.

ويجب التفرقة بين استنفاد طرق التقاضي الداخلية والتي تستلزم صدور حكم في النزاع مع المستثمر والشرط الإجرائي الذي يستلزم مضي مدة معينة من الوقت دون استلزام صدور حكم او قرار وهي تعد من شروط مقبولية الدعوي ولذلك لا تعد من ضمن حالات استنفاد طرق التقاضي الداخلية لان مجرد مضي الوقت دون وجود حكم او صدور حكم في هذا الوقت لا يؤدي بالضرورة الي استنفاد طرق التقاضي الداخلية[١٣٢].

ويكمن مبررات هذا المبدأ في أنه يجب أن تعطي الدولة مستضيفة الاستثمار الفرصة الكاملة في معالجة أي خطأ وقع وسبب ضرراً للاستثمار الأجنبي. وبالتالي فاشتراط اللجوء إلى الوسائل الداخلية من شأنه أن تعطي الدولة الفرصة لتدارك الأمر مثل اللجوء إلى المحاكم والتحكيم الدولي. أما المبرر الثاني فيتمثل في احترام الآلية الداخلية التي وضعتها الدولة لتحديد مسئولية أي خطأ يقع وبالتالي يتم احترام مبادئ السيادة، المساواة والاستقلال للدولة مضيفة الاستثمار[١٣٣].

والمبرر الثالث يتمثل في إعفاء كاهل التحكيم الدولي من التقاضي الزائد عن الحد نظراً لأن الهيئات والمحاكم الدولية تكلفة باهظة وبالتالي فلا يمكن تصور أن أي دعوى سيتم رفعها أمام المحاكم الدولية. وبالتالي فهذا المبدأ يشجع الدول والمستثمر على حل منازعاتهم بطريقة أرخص من حيث التكلفة امام القضاء الوطني[١٣٤].

تكييف هذا المبدأ:

يشير بعض الفقه الدولي إلى أن هذا المبدأ يعد شرطاً إجرائياً وبالتالي يجوز للهيئة أن تنظر النزاع إذا تم استيفاء هذا الشرط حيث أن الأمر يتعلق بمضي مدة معينة يستلزم فيها صدور قرار من جهاز قضائي أو إداري داخلي وبالتالي فهي من الشروط التي تتعلق بمقبولية الدعوى وليس اختصاص الهيئة[١٣٥].

---

(132) Id.
(133) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 222-223 (University of Hamburg 2018).
(134) Id.
(135) Id. at 222-225

(ISSN: 2537 - 0758)

كما أن هذا الشرط لا يتعلق بقبول الدولة اللجوء للتحكيم الدولي وإنما يتعلق بتوقيت رفع الدعوى والشرط المسبق الذي يتعين استيفاؤه من أجل قبول الدعوى أمام هيئة التحكيم. و هي تعد من القواعد الدولية التي يجب تحققها قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم الدولي (أو بمعنى أعم اللجوء إلى تسوية منازعات دولية). وتعد هذه القاعدة من القواعد التي نصت عليها المادة (٢٦) من اتفاقية الأكسيد **والتي تنص على الآتي:-** "موافقة أطراف النزاع على طرحه على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية يعتبر ما لم ينص على غير ذلك- تخليا عن مباشرة أي طريق آخر للتسوية ويجوز للدولة المتعاقدة أن تشترط لموافقتها على طرح النزاع على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية، استنفاذ طرق التسوية الداخلة سواء الإدارية أو القضائية"[١٣٦].

وقد اختلفت أحكام هيئات التحكيم حول هذا الأمر. فالبعض يرى أن هذه القاعدة تدخل في اطار قواعد مقبولية الدعوى، أما البعض الآخر فيرى أنها شرط يتعلق باختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع.

ويمكن القول بأن هذا المبدأ يكمن في إطار القانون الدولي العرفي والذي يهدف إلى عدم مساءلة الدولة والحفاظ على سيادتها وذلك باشتراط قيام الأفراد باللجوء إلى وسائل التقاضي الداخلية للحصول على الجزاء أو التعويض المناسب قبل اللجوء إلى إجراءات تقاضي دولية[١٣٧].

وقد تم تعريف هذا المبدأ بأنه يتطلب من الشخص الأجنبي الذي تعرض لضرر ما نتيجة إجراء أو تصرف من جانب الدولة أن يحاول الحصول على التعويض أو الجزاء المناسب من خلال الجهات الإدارية والقضائية في هذه الدولة وصولاً إلى قرار أو حكم نهائي. ويجب أن يتم تحقق هذا الشرط قبل لجوء الشخص إلى الحماية الدبلوماسية أو اتخاذ إجراءات دولية ضد هذه الدولة[١٣٨]. الا ان المادة (٢٦) من اتفاقية الاكسيد فد جعلت هذا المبدأ لا يعمل الا في حالة النص عليه صراحة علي حين انه مبدأ دولي كان يطبق حتي ولو لك ينص عليه الأطراف صراحة.

---

(136) Article 26 of the ICSID Convention states that "*Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention*."

(137) Martin Dietrich Branch, Exhaustion of local Remedies in international investment law, IISD Best Practices Series, 1 (January 2017).

(138) Id. at 2

وقد ميز الفقه الدولي بين هذا المبدأ وغيره من الأمور التي قد تتشابه معه مثل:

- فترة زمنية للتهدئة:- حيث تشترط بعض الاتفاقيات من أطراف النزاع محاولة الوصول إلى تسوية ودية خلال فترة زمنية معينة.
- استخدام وسيلة تسوية منازعات بشكل حصري:- وفي هذه الحالة تشترط الاتفاقية اللجوء إلى وسيلة محددة مثل القضاء الوطني لتسوية النزاع.
- اختيار المستثمر لوسيلة معينة يكون نهائي:- حيث تشترط بعض الاتفاقيات أن لجوء المستثمر الأجنبي إلى وسيلة معينة يمنعه من اللجوء إلى وسيلة أخرى فالاختيار الذي قام به المستثمر يكون نهائي ولا يجوز الرجوع فيه[١٣٩].

وقد تعرضت لجنة القانون الدولي لهذه القاعدة ووصفتها بأنها من المبادئ العامة للقانون عند تعرضها للحماية الدبلوماسية[١٤٠].

مبدأ استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية في إطار قانون الاستثمار الدولي:

وقد تناولت اتفاقيات الاستثمار الثنائية هذا المبدأ على النحو التالي:

السيناريو الأول: بعض الاتفاقيات الثنائية تشترط تحقق هذا الشرط كشرط مسبق للجوء المستثمر إلى التحكيم الدولي.

السيناريو الثاني: بعض الاتفاقيات الثنائية لا تنص على هذا المبدأ الخاص باستنفاذ وسائل التقاضي الداخلية أي يكون الاتفاقية صامتة بشأن هذا المبدأ.

السناريو الثالث:- بعض الاتفاقيات الثنائية تنص صراحة على الاعفاء من هذا الشرط وتعطي للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة[١٤١].

وفيما يلي نتناول الفرضية الأكثر شيوعا وهي فرضية عدم نص الاتفاقية الثنائية علي استنفاد وسائل التقاضي الداخلية.

ففي هذه الحالة فإن هيئات التحكيم استندت إلى المادة (٢٦) من اتفاقية الأكسيد وكيفتها على أنها تنازل صريح عن هذا المبدأ حيث اشترطت أن ينص الأطراف المتعاقدة على هذا الشرط صراحة.

---

(139) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 224-225 (University of Hamburg 2018).

(140) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 33, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(141) Martin Dietrich Branch, Exhaustion of local Remedies in international investment law, IISD Best Practices Series, 7-14 (January 2017).

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد عبرت لجنة القانون الدولي عن هذا المبدأ حيث أشارت إلى أنه على الرغم من أن هذا المبدأ لا يجوز النزول عنه ضمناً إلا أن المادة (٢٦) من اتفاقية الأكسيد هي أبرز الأمثلة على التنازل عن هذا المبدأ بشكل صريح[١٤٢].

وقد علقت هيئات التحكيم على ذلك بأن أكدت أن الدولة تستطيع أن تتمسك بهذا المبدأ كقيد أو شرط مسبق على اللجوء إلى التحكيم إما في الاتفاقية الثنائية، أو القانون الوطني أو أي اتفاقية استثمار تحتوي على شرط تحكيم الأكسيد[١٤٣].

وبالتالي يجب على الدولة أن تنص على هذا المبدأ بشكل صريح كشرط يسبق اللجوء إلى التحكيم الدولي.

ونخلص من ذلك الي ان شرط الدولة الاولي بالرعاية لن يستخدم للالتفات عن شرط او مبدأ ضرورة استنفاد وسائل التقاضي الداخلية اذا تم النص عليه صراحة في الاتفاقية الثنائية للاستثمار.

٤- التفرقة بين قواعد المقبولية وقواعد الاختصاص وأثره علي امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية:-

ثارت مسألة التفرقة بين قواعد المقبولية وقواعد الاختصاص في إطار القواعد التي تحكم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية. وقد قام الفقيه والمحكم المعروف يان بولسون بالتفرقة بينها حيث عرف قواعد الاختصاص بأنها القواعد التي تحكم ما إذا كانت الهيئة أو المحكمة بالذات هي المكان المختص بنظر النزاع أم لا. على حين قواعد المقبولية هي القواعد التي تحكم ما إذا كانت المطالبة أو الادعاء من الادعاءات التي يمكن للمحكمة أن تسمعها وتفصل فيها[١٤٤].

لذلك يمكن تفسير المقبولية بأنها المسائل والقواعد التي تتعلق بالمواعيد، شرط اللجوء إلى القضاء الوطني، التنازل عن المطالبات، التقادم أو غيره من الأمور ذات الصلة. إلا أن هذا النطاق على حد وصف بعض الفقه الدولي واسع جداً لدرجة أنه يصعب اتفاق أحكام هيئات التحكيم في نظر المنازعات الاستثمارية عليه.

---

(142) Martin Dietrich Branch, Exhaustion of local Remedies in international investment law, IISD Best Practices Series, 1-16 (January 2017).

(143) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal.

(144) Chan-Mo Chung, *The MFN principle at peril in investment treaties*, Journal of Korea Trade, Vol. 2, No. 2, 15, 24-27 (2020)

ويكمن أهمية التفرقة بين قواعد المقبولية وقواعد الاختصاص في أن شرط الدولة الأولى بالرعاية قد يمتد لتشمل مسائل المقبولية في اتفاقيات أخرى بحيث يؤدي ذلك إلى تعديل شرط المقبولية في الاتفاقية الأساسية أما قواعد الاختصاص فلا يمكن لشرط الدولة الأولى بالرعاية أن تمتد إليه لكي تعدله ما لم يكن هناك اتفاق صريح على ذلك في صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية.

كما أن هيئات التحكيم قد قامت بالتفرقة بين قواعد الولاية القضائية أو الاختصاص من ناحية وهي القواعد التي تنظم سلطة المحكمة في سماع الدعوى والتصرف فيها. وبالتالي فالاعتراضات المتعلقة بالاختصاص أو الولاية القضائية هي اعتراضات توجه إلى سلطة المحكمة في سماع الدعوى أو التصرف فيها. وبالتالي تؤدي إلى وقف أو تعطيل الإجراءات أمام المحكمة أو هيئة التحكيم لأنها تغل يد الهيئة عن الحكم سواء في موضوع الدعوى أو مقبوليتها[١٤٥]. أما قواعد المقبولية فهي قواعد تنظم إجراءات وشرط رفع الدعوى بحيث يؤدي تخلفها إلى عدم مقبولية الدعوى لكن تظل الهيئة أو المحكمة مختصة بنظر هذه الدعوى[١٤٦].

ولذلك فإن عدم المقبولية تعني أن الهيئة لا تستطيع أن تنظر الدعوى الآن لكن يمكن في المستقبل أن تسمعها وتفصل فيها إذا تم علاج أي تخلف للشروط الإجرائية. أما عيوب الاختصاص أو شروط الاختصاص فلا يمكن علاجها، حيث أنها إما أنها قد تحققت أو لم تتحقق.

ويترتب على تخلف شرط الولاية القضائية عدم اختصاص الهيئة بنظر الدعوى المقامة من أحد المستثمرين ضد الدولة أما شرط المقبولية فيؤدي تخلفها إلى عدم قبول الدعوى أمام الهيئة.

ويرجع السبب في ذلك إلى أنه وفقاً لقواعد القانون الدولي، لا يمكن إجبار دولة على اللجوء إلى التحكيم أو القضاء الدولي بدون موافقة الدولة، لذلك فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن له أن يلتف حول شروط الولاية القضائية أو الاختصاص، حيث أن قبول الدولة للولاية القضائية يعد تنازلا منها عن جزء من سيادتها. لذلك فإن قبول الدولة

(145) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 99-101 (University of Hamburg 2018).
(146) Id.

(ISSN: 2537 - 0758)

لاختصاص الهيئة هو جزء أصيل وشرط لا غنى عنه لإعمال اختصاص الهيئة[١٤٧].
أما شروط المقبولية فقد أكدت هيئات التحكيم على إمكانية تجاوز هذه الشروط الخاصة بالمقبولية من خلال شرط الدولة الأولى بالرعاية.

وقد اعترض بعض الفقه الدولي وهيئات التحكيم على تفسير البنود المتعلقة بالولاية القضائية حيث أن الدول عندما توافق على بنود الاتفاقية فهي توافق على الالتزام بالبنود الإجرائية، الموضوعية، وبنود الاختصاص/ الولاية القضائية. لذلك فليس من المنطقي القول بأن بنود تسوية المنازعات (الولاية القضائية) لا تخضع لنفس قواعد تفسير باقي بنود المعاهدة تحت زعم ان هذه البنود يتعين تفسيرها بطريقة ضيقة أو مقيدة. وبالتالي فإن موافقة الدول تعني أن شرط الدولة الأولى بالرعاية قد يمتد ليشمل أياً من هذه البنود حيث أن موافقة الدولة على شرط الدولة الأولى بالرعاية يحمل في طياته موافقة على استدعاء البنود الإجرائية وبنود تسوية المنازعات في اتفاقيات ثنائية أخرى[١٤٨].

لذلك يذهب بعض الفقه الدولي إلى الغاء التفرقة بين قواعد الولاية القضائية وقواعد المقبولية في بيان مدى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إليها. ويسوق هذا الفقه حجتين في هذه المسألة، **الحجة الأولى** هي عدم وجود تفرقة بين قبول الدولة لحقوق والتزامات موضوعية أو قبول الدولة لالتزامات واشتراطات تتعلق بالولاية القضائية والتي تستدعي معاملة مختلفة. فشرط الدولة الأولى بالرعاية يقوم باستدعاء قبول الدولة لشرط أو بند موضوعي شأنه شأن أي بند يتعلق بتسوية المنازعات والولاية القضائية. وبالتالي فالولاية القضائية ليس من شأنها في حد ذاتها عدم إعمال بند أو شرط الدولة الأولى بالرعاية. أما **الحجة الثانية** فتتعلق بعدم انطباق قواعد تفسير مختلفة على تفسير هذه البنود التي تتعلق ببنود تسوية المنازعات[١٤٩].

---

(147) J. G. Merrills, INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT, fifth editions, 83-111 Cambridge University Press (2011). See also, Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 152 (University of Hamburg 2018).

(148) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 149-152 (University of Hamburg 2018).

(149) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 227-228 (University of Hamburg 2018).

وقد أشارت لجنة القانون الدولي إلى أحكام هيئات التحكيم التي كيفت بعض بنود تسوية المنازعات على أنها متعلقة بالولاية القضائية لهيئات التحكيم حيث أنها تعتبر مسائل يجب أن ينص عليها صراحة بدون أي لبس أو غموض. وذهبت بعض الأحكام إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات يحتاج إلى قبول صريح وموافقة من جانب الدولة وأن على المستثمر إثبات اتجاه إرادة الدولة إلى الموافقة على هذا الشرط(١٥٠).

وقد استطرد بعض أحكام التحكيم في ذلك باشتراط الاختصاص الموضوعي، الاختصاص الشخصي والاختصاص الزمني أن يتوافر في المدعى ولا يمكن أن يستوفى هذه الشروط إلا من خلال اتفاقية الاستثمار الثنائية التي وقعتها دولته. لذلك فبنفس المنطق، فالولاية القضائية لهيئة التحكيم يجب أن يتم استيفاء شروطها من واقع نفس الاتفاقية الثنائية، وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يجب أن يتم استخدامه للالتفات على هذا الاشتراط(١٥١).

لذلك أصبحت هيئات التحكيم تنظر إلى المسائل التي يريد المستثمر أن يتجنبها وتقوم بتكييف هذه المسائل إما على أنها مسائل تتعلق بالولاية القضائية وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد إليها، أو إذا قامت الهيئة بتكييف المسألة على أنها مسألة تتعلق بالمقبولية، ففي هذه المسألة قد تمتد الهيئة شروط الدولة الأولى بالرعاية إليها. وقد ذكرت لجنة القانون الدولي أن السبب في هذه التفرقة ترجع إلى تقرير الأونكتاد الذي لا يحدد بوضوح أسباب هذه التفرقة(١٥٢).

٥- <u>إشكالية تسوق المستثمر الأجنبي بين الاتفاقيات:-</u>

آثار بعض الفقهاء إشكالية هامة تتعلق بعدم وجود علاقة بين النص الذي يمثل مخالفة للاتفاقية الثنائية وتعد محل دعوى التحكيم والنص الذي يريد المستثمر أن

(150) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 18-21, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).
(151) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 18-21, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).
(152) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 18-21, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(ISSN: 2537 - 0758)

يستعيره أو يحصل عليه من اتفاقية ثنائية أخرى. وبالتالي يعد ذلك تخير من جانب المستثمر لنصوص اتفاقية أخرى وليس مد لنطاق الشرط الأولى بالرعاية الي الحقوق الإجرائية(١٥٣).

ولذلك فيجب النظر إلى مصطلح "التسوق بين الاتفاقيات" وهل ينظمه القانون الدولي أم يحظره. ويعني مصطلح "التسوق بين الاتفاقيات" أن يختار المدعي/ المحتكم اتفاقيات أخرى لم توقع عليها دولته لكي يستفيد من بنود تسوية المنازعات الخاصة والتي وقعت عليها الدولة مضيفة استثماراته. ويقترب هذا المصطلح من مصطلح آخر وهو "التسوق بين أجهزة تسوية المنازعات" Forum Shopping وهو يعني قيام رافع الدعوى باختيار طريقة لتسوية المنازعات معينة رغم وجود طرق أخرى متاحة نظراً لأن احتماليات كسب الدعوى أمام هذا الجهاز أكبر(١٥٤). ويظهر هذا المصطلح في إطار العلاقات التجارية الدولية عندما يختار دولة ما اللجوء إلى جهاز تسوية منازعات معين رغم وجود بدائل قانونية أخرى لتسوية المنازعات(١٥٥).

ولا شك أن المستثمر الأجنبي يحاول أن يستفيد من الاتفاقيات الأخرى التي تحتوي على بنود تسوية منازعات أفضل ولا تتضمن بعض الشروط التي تقيد من لجوء المستثمر إلى التحكيم الدولي.

ولم يتفق الفقه الدولي على مشروعية التسوق بين الاتفاقيات فالبعض يرى أنها مشروعة نظراً لأنها تستند إلى غطاء شرط الدولة الأولى بالرعاية والبعض الآخر يرى أنها تعطي للمستثمر فرصة أن يحصل على ميزة غير مشروعة لأنها موجودة في اتفاقية أخرى غير أن القانون الدولي لم يحسم هذه المسألة سواء بالقول بمشروعيتها او بحظرها(١٥٦). الا ان هيئة التحكيم في قضية مافيزيني قامت بالتفرقة بين الامتداد المشروع للحقوق والمزايا بموجب شرط الدولة الاولي بالرعاية والتسوق بين المعاهدات

(153) Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679, 732-735 (2020)

(154) Andrew Bell, FORUM SHOPPING AND VENUE IN TRANSNATIONAL LITIGATION 335 (Oxford Univ. Press 2003).

(155) Yuval Shany, THE COMPETING JURISDICTIONS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (Oxford Univ. Press 2003). See also, Joost Pauwelyn, *Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism" Beyond Article XXIV, in* MULTILATERALIZING REGIONALISM CHALLENGES FOR THE GLOBAL TRADING SYSTEM (Richard Baldwin & Patrick Low eds., Cambridge Univ. Press 2009).

(156) Edoardo Stoppini, *Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses*, Max Planck Institute Luxembourg, 12-13 (2017)

الذي يؤدي الي إشكاليات تتعلق بسياسات الدول فيما يتعلق ببعض النصوص الخاصة في الاتفاقية الثنائية(١٥٧).

٦- <u>المنتفع بالمجان:-</u>

يرتبط موضوع امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية بمصطلح آخر وهو مصطلح "المنتفع بالمجان" ومعناه أن يستفيد مستثمر دولة ما من نصوص ومزايا قامت بالتفاوض عليها دولة أخرى بدون أي مجهود أو تكلفة تبذل من هذا المستثمر أو دولته(١٥٨).

وقد تعرض مبدأ الدولة الأولى بالرعاية لهذا الانتقاد حيث أن هذا الشرط يكرس استفادة دولة ومستثمريها من المجهود الذي وضعته دولة أخرى والتي توجت هذا المجهود باتفاق ثنائي مع دولة أخرى هي الدولة المضيفة للاستثمار. حيث يستفيد المستثمر الأجنبي من الحقوق والمزايا الموجودة في اتفاقية أخرى لم تساهم دولته فيها(١٥٩).

ويشكل مصطلح "المنتفع بالمجان" الصورة الأخرى من عدم التمييز بين المستثمرين فبدون أي شك فإن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية للمستثمر قد يشكل في نفس الوقت إلغاء للتمييز بينه وبين المستثمرين الآخرين الذين يتمتعون بنفس هذا الحق الاجرائي، لكن في نفس الوقت فإن هذا الامتداد يجعل المستثمر الأجنبي منتفعاً بالمجان من هذه البنود التي لم تشارك دولته في التفاوض عليها(١٦٠).

وقد عبر الفقه الدولي عن هذا المصطلح في معرض تناول النتائج التالية:

أ- ان هذا المصطلح يؤدي إلى إحجام الدول عن التفاوض حول اتفاقيات جديدة نظراً لأنهم سيركزوا على الاستفادة من شرط الدولة الأولى بالرعاية والذي يؤدي إلى انتفاعهم بالمجان بالحقوق والمزايا الموجودة في اتفاقيات أخرى هم ليسوا أطراف فيها.

---

(157) Stephen Fietta, *Most Favoured Nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?,* Int. A.L.R. 2005, 8(4), 131, 132-133 (2005).

(158) Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679, 735 (2020)

(159) Id at 736. See also, Julien Chaisse, T*he Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225, (*) (2015).

(160) Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679, 735-736 (2020)

(ISSN: 2537 - 0758)

ب-قد يؤدي إلى إحجام الدول عن وضع شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقية الثنائية الجديدة بما يؤدي إلى عدم الغاء التمييز في المعاملة بين المستثمرين الأجانب وهو ما يؤدي في النهاية إلى انخفاض الاستثمار الأجنبي وانكماش انتقال رؤوس الأموال بين الدول(١٦١).

٧- **الخيار النهائي (إشكالية الخيار النهائي)**

يثور السؤال حول إمكان امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية في حالة وجود بند الخيار النهائي في الاتفاقية الثنائية التي ينتمي المستثمر بجنسيته إلى الدولة الموقعة عليها. ويعني شرط الخيار النهائي أنه على المستثمر إما أن يلجأ إلى التحكيم الدولي أو القضاء الوطني داخل الدولة مضيفة الاستثمار فإذا ما اختار أحد الطريقين، يمتنع عليه اللجوء إلى الطريق الآخر. ويفترض هذا الأمر أن المستثمر يقرر منذ البداية أي طريق يريد أن يسلكه إما الطريق القضائي إما المحاكم الوطنية أو التحكيم الدولي(١٦٢).

فإذا ثبت أن المستثمر قام باللجوء للقضاء الوطني، فإن طريق التحكيم الدولي يغلق أمامه وبالتالي لا يجوز استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية كما عبرت عن ذلك هيئة التحكيم في قضية مافيزيني حيث اعتبرت هذا الشرط من الشروط المتعلقة بالنظام العام. وبالتالي فأن وجود هذا الشرط يؤدى إلى عدم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية منازعات أخرى ليس فيها هذا الشرط الخاص بالخيار النهائي. ألا ان البعض من الفقه الدولي شكك في علاقة هذا المبدأ بالنظام العام وما هو النظام العام المقصود هنا هل هو النظام العام الدولي ام النظام العام الوطني؟ وما هو الأساس القانوني للقول بان هذه الأسباب تعد متعلقة بالنظام العام(١٦٣).

وقد اعتبرت هيئة التحكيم في قضية مافيزيني ان شرط الخيار النهائي من القيود التي تمنع امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية(١٦٤).

---

(161) Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679, 736 (2020)

(162) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 225 (University of Hamburg 2018).

(163) Edoardo Stoppini, *Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses*, Max Planck Institute Luxembourg, 5-6 (2017)

(164) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

٨- <u>الاتفاقيات ملزمة:</u>

آثار بعض الفقه الدولي هذا المبدأ باعتباره من المبادئ التي تنظم عدم امتداد شرط الدول الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات. حيث أن المستثمر عليه أن يلتزم بالبنود الخاصة بتسوية المنازعات المنصوص عليها في الاتفاقية التي وقعتها دولته مع الدول مضيفة الاستثمار(١٦٥). وقد استعرض الفقه الدولي هذه الفكرة من خلال التعبير عنها في "البنود التي تم التفاوض عليها خصيصا"(١٦٦).

وبالتالي فإذا جاء المستثمر الأجنبي وتحدث عن أن فترة (١٨) شهراً اللازمة للجوء إلى القضاء الوطني تعد مانعاً يحول دون لجوء هذا المستثمر إلى التحكيم الدولي، فإن هذا القول يتعارض مع ضرورة قيامه بتنفيذ التزاماته بحسن نية(١٦٧). ويتعارض مع مقتضيات الالتزام بنصوص المعاهدة. كما أن استدعاء بنود من اتفاقيات اخري يعني تعديل شروط المعاهدة بدون موافقة طرفي المعاهدة(١٦٨). الا انه تم الرد علي ذلك من جانب الفقه الدولي انه في هذه الحالة لا يتم تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية بشكل فعال.

٩- <u>دور الإرادة (الرضا) في قبول التحكيم:</u>

يعد من المبادئ الرئيسية التي تحكم وتنظم اللجوء إلى التحكيم الدولي هو مبدأ إرادة الأطراف. بمعنى أن طرفي النزاع يجب أن يقبلا بشكل صريح اللجوء إلى التحكيم الدولي وليس فقط التحكيم الدولي بشكل عام وإنما يجب أن يأتي القبول على تحكيم محدد سواء

(165) Stephen Fietta, *Most Favoured Nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?,* Int. A.L.R. 2005, 8(4), 131, 133-134 (2005). See also, Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 21, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(166) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 21, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(167) PR Thularidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the limits through interpretative principles*, Amsterdam Law Forum, Summer Edition, 13 (2015).

(168) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 106 (2011)

(ISSN: 2537 - 0758)

كان تحكيم أمام غرفة التجارة الدولية. محكمة لندن للتحكيم الدولي، اليونسترال، أو الأكسيد[١٦٩].

لذلك فإن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي البنود الموجودة في اتفاقيات أخرى تنظيم قبول إحدى الدولتين للجوء إلى تحكيم دولي محدد يعد بمثابة تعديل لشرط التحكيم الأصلي الوارد في الاتفاقية الرئيسية بين الدولة مضيفة الاستثمار والدولة الأخرى التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي رافع الدعوى التحكيمية[١٧٠].

ويرى الفقه الدولي السائد لهذا الرأي أن بنود تسوية المنازعات تعد في حقيقتها شرط تحكيم أو اتفاقيات تحكيم منفصلة لا يجوز تعديلها إلا بموافقة الطرفين معاً، وبالتالي فإن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية على اتفاقيات أخرى ثنائية واستدعاؤه لبنود تسوية منازعات أخرى يعد منافياً لمبدأ سلطان الإرادة في التحكيم الدولي.

وقد ضرب الفقه الدولي مثالاً لهذا الأمر وهوة قضية جرانتي كوذا ضد دولة تركمستان Garanti Koza LLP v. Turkmenistan، وقد قامت هيئة التحكيم باستدعاء قبول دولة تركمستان وهي الدولة مضيفة الاستثمار لتحكيم الاكسيد من اتفاقية أخرى ثنائية اخري بين تركمستان وسويسرا[١٧١].

ولم تأبه الهيئة لاعتراض دولة تركمستان على ذلك حيث أن تركمستان وهي المدعى عليها في هذه الدعوى اعترضت صراحة على ذلك بأن أكدت أنها لم توافق على الذهاب إلى الأكسيد أو اللجوء الي قواعده وإنما وافقت فقط على اللجوء إلى قواعد اليونسترال[١٧٢].

خاتمة:

تناولت في هذا المبحث طرق تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء قواعد اتفاقية فيينا والتي جاءت في نص المواد (٣١) و(٣٢) من اتفاقية فيينا. ولا شك أن

(169) Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 56-58 (2012)

(170) Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97, 106 (2011)

(171) Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679, 729-732 (2020)

(172) Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679, 729-732 (2020)

هيئات التحكيم قد استعانت بالعديد من قواعد التفسير في معرض تصديها لشرط الدولة الأولى بالرعاية إلا أن الأمر لا يخلو من الصعوبة حيث في بعض الأحيان تستخدم هيئات التحكيم معايير شخصية وتغلفها في اطار مبادئ وقواعد تفسير غامضة مثل مبدأ حسن النية.

وقد تعرض هذا الفصل لقواعد تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية في اطار قواعد القانون الدولي وجدير بالذكر ان هذه القواعد المتعلقة بالتفسير قامت هيئات التحكيم بتطبيقها في مختلف القضايا والدعاوي التحكيمية. وقد رسم المشرع الدولي طرقا محددة لتفسير بنود المعاهدات علي ان هذه الطرق الواردة في القانون الدولي تعطي مساحة من السلطة التقديرية لهيئة التحكيم لتحكم حسب اقتناعها بالنص.

إلا أن المبادئ التي وردت في القانون الدولي هامة جدا من أجل توعية هيئات التحكيم عن تعرضها لهذا الشرط الذى يعد أثاره خطيرة بالنسبة لتطور قواعد القانون الدولي.

ولذلك يخصص الفصل التالي مبحثين للحديث عن صور واشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية لكي نبين للقارئ بشكل عملي الاثار القانونية لامتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية وكيفية استفادة المستثمر الأجنبي من ذلك.

الفصل الثاني
أشكال انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية

تمهيد

تناولنا في الفصل السابق تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء قواعد القانون الدولي والمبادئ الدولية التي جاء بها القانون الدولي التي تنظم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية. ويأتي هذا الفصل ليتحدث عن أشكال انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية وهو ما يمثل أهم نقاط البحث نظرا لتعلقه بشكل أساسي بالإجابة على السؤال الرئيسي لهذا البحث. وطالما أننا قمنا بالتفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية التي يشتمل عليها أي اتفاقية ثنائية يلزم هنا ان نبرز أن **المبحث الأول** مخصص لمعالجة صور وأشكال امتداد شرط الدولة الأولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية أما **المبحث الثاني** فيتناول صور وأشكال امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي الحقوق الإجرائية. ويعد هذا الفصل ترجمة للفوائد العملية لتطبيق شرط الدولة الاولي بالرعاية واثارها القانونية.

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد عبر بعض الفقه الدولي بشكل مستفيض عن نوعي استخدام شرط الدولة الاولي بالرعاية، حيث يستخدم الشرط عندما يواجه المستثمر الأجنبي تمييزا ضده لمصلحة مستثمر اجنبي اخر وهو النوع الأول الذي لا يعد موضوعا لهذا البحث اما النوع الاخر وهو استخدام شرط الدولة الاولي بالرعاية لاستعارة شروط اخري من شأنها تعديل بنود الاتفاقية الثنائية الخاضع لها (الاتفاقية الرئيسية) **لتحقيق الأغراض الاتية:**

- توسعة معايير المعاملة الموجودة في الاتفاقية الرئيسية
- استعارة معايير معاملة غير موجودة في الاتفاقية الرئيسية لكن موجودة في اتفاقية اخري.
- الالتفات عن الدفوع التي يمكن للدولة المحتكم ضدها استخدامها و الموجودة في الاتفاقية الرئيسية.
- الالتفات عن بعض الشروط المسبقة الإجرائية الخاصة بالتحكيم الدولي.
- توسعة نطاق قبول الدولة للتحكيم و خاصة تحكيم الاكسيد.
- توسعة نطاق الاتفاقية سواء الاختصاص الموضوعي او الاختصاص الزمني[١٧٣].

وتكمن خطورة شرط الدولة الاولي بالرعاية فيما وصفه بعض الفقه الدولي بأنه يمثل حصان طروادة فقد تم استدعاؤه بواسطة الدول الأطراف لكن اثاره القانونية يصعب تحديدها او حصرها او تقييدها[١٧٤]. لذلك يأتي هذا الفصل ليحدد اشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي النصوص الموضوعية في المبحث الأول ويأتي المبحث الثاني ليحدد اشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية.

المبحث الاول

صور امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية

إذا كان هذا البحث ككل يركز على إشكالية امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية، إلا أن ذلك لا يمنعنا من الحديث عن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الموضوعية المنصوص عليها في اتفاقيات أخرى نظرا لاختلاط الحقوق الموضوعية بالحقوق الإجرائية في بعض الاحيان.

---

(173) Simon Batifort and J. Benton Heath, *The new debate on the interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, The American Journal of International law, Vol. 111:4, 873, 881 (2018)

(174) Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757, 757-774 (2007).

ولا يثير امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية أي اختلافات سواء داخل الفقه الدولي أو هيئات التحكيم أو المحاكم الدولية. فامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي هذه الحقوق أمر محسوم حيث أن ذلك الامتداد يحقق هدف شرط الدولة الأولى بالرعاية وهو تحقيق المساواة بين المستثمرين الذين ينتمون إلى دول مختلفة(١٧٥).

فإذا كانت دولة ما مستضيفة للاستثمار الأجنبي تقوم باعطاء أو منح المستثمر الأجنبي حقوق موضوعية بموجب الاتفاقية التي وقعتها دولته، ففي هذه الحالة فإن أثر شرط الدولة الأولى بالرعاية هو امتداد هذه المعاملة الموضوعية التي يتلقاها هذا المستثمر الأجنبي إلى مستثمر أجنبي آخر ينتمي لدولة أخرى وقعت على اتفاقية ثنائية مع الدولة المستضيفة للاستثمار ولم تنص هذه الاتفاقية على هذه الحقوق الموضوعية.

وقد حاول بعض الفقه الدولي تحديد نطاق هذه الحقوق الموضوعية. فبعض الفقه الدولي تحدث عن هذه الحقوق سواء كان مصدرها سياسة الدولة مستضيفة الاستثمار الانفرادية أو ما تتضمنه قوانين وطنية من حقوق أو التزامات بموجب اتفاقيات ثنائية أو جماعية. هذا فضلاً عن الحقوق الموضوعية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية مثل عدم التمييز، المعاملة العادلة والمنصفة، حظر المصادرة للممتلكات إلى غيره من الحقوق التي تتضمنها اتفاقيات الاستثمار الثنائية(١٧٦).

ولا يثير هذا الامتداد أي إشكالية قانونية حيث أن هيئات التحكيم دأبت علي امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية بدون أي معوقات تذكر(١٧٧).

وقد عبر بعض الفقه الدولي عن صور وأشكال امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الموضوعية على النحو التالي:-

- استدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية لكي تمد أو تضيف محتوى جديد للمعاملة التي يتلقاها المستثمر الأجنبي بموجب الاتفاقية الأساسية.

---

(175) Elizabeth Whitsitt, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence*, 27 No. 4 J. Energy & Nat. Resources L. 527, 528-529 (2009)

(176) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 63 (University of Hamburg 2018).

(177) Id. See also, Elizabeth Whitsitt, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence*, 27 No. 4 J. Energy & Nat. Resources L. 527, 528-529 (2009)

(ISSN: 2537 - 0758)

- استدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستفيد المستثمر من معاملة تضاف أو إضافية بجانب المعاملة الممنوحة بموجب الاتفاقية الثنائية.
- استدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية لالغاء أو تعطيل البنود التي تحتوي على معاملة غير تمييزية للمستثمر بموجب الاتفاقية الأساسية.
- استدعاء الشروط الدولة الأولى بالرعاية لالغاء أي تمييز ضد مستثمري الدولة التي وقعت على الاتفاقية الأساسية في علاقتهم بالمستثمرين الآخرين، أو أي حظر على الدولة مضيفة الاستثمار من منح معاملة تمييزية لمستثمرين في مواجهة المستثمرين الذي يستدعون شرط الدولة الأولى بالرعاية[١٧٨].

وقد تحدث الفقه الدولي عن بعض الأمور والنصوص الخاصة التي قد يستخدمها المستثمر الأجنبي بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية وفيما يلي نبرز بعض الصور والاشكال القانونية الخاصة بكل امر علي حدة:

١- <u>استدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية لكي تمد أو تضيف محتوى جديد للمعاملة التي يتلقاها المستثمر الأجنبي بموجب الاتفاقية الأساسية</u>:

ويتحقق ذلك اما باستدعاء مبدأ دولي يتعلق بمعاملة الاستثمار مثل استدعاء مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في حالة عدم وجود هذا المبدأ في الاتفاقية الثنائية او استدعاء مبدا المعاملة العادلة والمنصفة مصاغ بشكل مختلف وهو ما قد يعتبر محتوي جديد للمعاملة غير منصوص عليه في الاتفاقية الرئيسية وفيما يلي شرح هاتين الصورتين:

أ- <u>استدعاء مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية</u>

لقد تم استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية من جانب بعض المستثمرين لاستدعاء شرط المعاملة العادلة والمنصفة الموجود في اتفاقيات ثنائية أخرى. ولقد ربط الفقه الدولي هذا الأمر بالمناقشة التي كانت دائرة أثناء قضايا التحكيم أمام نافتا حول نطاق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في القانون الدولي وهل يقتصر على الحقوق التي تمثل الحد الأدنى للمعاملة للأجانب في القانون الدولي أم يشمل أيضاً حقوقاً موضوعية أخرى[١٧٩].

---

(178) David D. Caron and Esme Shirlow, *Most Favoured Nationl Treatment– Substantive Protection in Investment Law*, King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series: No. 2015– 23, 1-3 (2015).

(179) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 10-12 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

إلا أن القدر المتيقن منه أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة هو مبدأ دولي يشمل المعاني الآتية: الشفافية، احترام التوقعات المشروعة، استقرار المراكز القانونية، حسن النية، العدالة والمساواة في الاشتراطات، عدم انكار العدالة، حظر التمييز والإجراءات التعسفية، حظر الاجبار والمضايقات الحكومية(١٨٠).

ولم تعترض هيئات التحكيم على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليشمل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة حيث قامت هيئات التحكيم باستدعاء مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة من اتفاقيات أخرى ثنائية تنفيذاً لشرط الدولة الأولى بالرعاية(١٨١).

وقد يستخدم المستثمر الأجنبي شرط الدولة الأولى بالرعاية لانشاء التزام جديد على الدولة مضيفة الاستثمار يتمثل في مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وهو مبدأ كما سبق شرحه في أبحاث أخرى مبدأ واسع ويغطي العديد من العناصر مثل التوقعات المشروعة للمستثمر، الشفافية، حظر الإجراءات التمييزية، عدالة الإجراءات والموازنة بين مصلحة المستثمر والدولة(١٨٢).

إلا أن مبدأ "ذات النوع" يصطدم بإمكانية استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لاستدعاء أو استعارة مبدأ جديد ليس منصوصاً عليه في الاتفاقية الرئيسية التي ورد بها شرط الدولة الأولى بالرعاية وقد أكد على ذلك حكم محكمة العدل الدولية في قضية النفط البريطانية– الإيرانية أن المرجع في تحديد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية هو الاتفاقية الرئيسية التي ورد فيها وليس اتفاقية طرف ثالث، وبالتالي فإن الاتفاقية الغير ليس لها أي أثر قانوني بمعزل عن الاتفاقية الرئيسية(١٨٣).

---

(١٨٠) د. محمد رمضان، تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة علي منازعات الاستثمار في ضوء احكام وقواعد القانون الدولي العام، ملحق مجلة القانون والاقتصاد العدد– الثاني والتسعون ص ٦٢–٦٣ (٢٠١٩)

(181) David D. Caron and Esme Shirlow, *Most Favoured Nationl Treatment– Substantive Protection in Investment Law*, King's College London Dickson Poon School of Law, Legal Studies Research Paper Series: No. 2015– 23, 1-3 (2015).

(١٨٢) د. محمد رمضان، تطبيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة علي منازعات الاستثمار في ضوء احكام وقواعد القانون الدولي العام، ملحق مجلة القانون والاقتصاد العدد– الثاني والتسعون ص ٦٢–٦٣ (٢٠١٩)

(183) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in

(ISSN: 2537 - 0758)

فالهدف من شرط الدولة الأولى بالرعاية هو تطبيق الاتفاقية الرئيسية ومنح الدولة الحقوق التي تمنحها اتفاقية أخرى فيما يتعلق بالنصوص الواردة في الاتفاقية الرئيسية(١٨٤).

وفي بعض الأحيان، لا تقوم الهيئة بإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية لاستدعاء هذا المبدأ بناء على عدم وجود دليل على أن تطبيق هذا المبدأ سيعطي المستثمر رافع الدعوى معاملة أفضل عن تلك التي يتلقاها بموجب اتفاقيته الأصلية(١٨٥).

علي أنه لا تقتصر هيئات التحكيم على استدعاء مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة عندما لا يكون موجوداً في الاتفاقية الثنائية المعنية بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية وإنما يمتد دور شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستدعي معيار للمعاملة العادلة والمنصفة أفضل في اتفاقية ثنائية أخرى.

ب- استدعاء مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة مصاغ بشكل أفضل للمستثمر

وقد طالب بها أحد المستثمرين حيث طلب من هيئة التحكيم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستدعي مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الأفضل والموجود في اتفاقية ثنائية أخرى وذلك في قضية ADF v. United States حيث قال المستثمر الأجنبي بأن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة موجود بشكل أفضل في اتفاقية الولايات المتحدة مع ألبانيا(١٨٦).

إلا أن هيئة التحكيم رفضت مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى هذا المبدأ بناء على عدة حجج قانونية أخرى تتعلق بعلاقة هذا المبدأ بالقانون الدولي العرفي وعدم قدرة المستثمر على إثبات الضرر الذي لحقه من جراء مخالفة هذا المبدأ، ولم تعلق الهيئة

2015, P. 4, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two). See also, Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, (*) (2007).

(184) Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 243 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)

(185) Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 247-249 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)

(186) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 69-71 (University of Hamburg 2018).

على جواز أو عدم جواز امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستدعي مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة المصالح بشكل أكثر توسعاً[١٨٧].

أما في قضية روميلي ضد كازخستان Rumeli v. Khazakhstan فقد اتفق الطرفان المحتكم والمحتكم ضده على أنه يجوز امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليشمل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة الموجود في اتفاقية أخرى هي اتفاقية المملكة المتحدة مع كازخستان، إلا أن الهيئة لم تتحدث صراحة عن هذا الامتداد وإنما قامت بالتوغل في تعريف مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وكيفية تطبيقه على الدعوى[١٨٨]. بما يفهم منه موافقة الهيئة على تطبيق واستدعاء هذا المبدأ الذي لم يكن موجوداً في اتفاقية تركيا– كازخستان.

٢– <u>استدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستفيد المستثمر من معاملة تضاف أو إضافية بجانب المعاملة الممنوحة بموجب الاتفاقية الثنائية</u>

أ– <u>استدعاء التزام الدولة المضيفة بمنح تراخيص للاستثمار وحظر اتخاذ إجراءات تمييزية أو غير معقولة ضد الاستثمار بواسطة الدولة</u>

قامت هيئات التحكيم بمد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى هذين الالتزامين الموجودين في اتفاقية ثنائية أخرى. وقد تم إثارة هذا الأمر في قضية ام تي دي وتشيلي MTD v. Chile بين شركة ماليزية ودولة تشيلي حيث أن الالتزام بمنح الاستثمار التراخيص اللازمة وحظر اتخاذ إجراءات تمييزية وغير معقولة ضد الاستثمار لم يكن منصوص عليهما في الاتفاقية الثنائية بين تشيلي وماليزيا لذلك استخدم المستثمر الماليزي الاتفاقية الثنائية بين تشيلي والدنمارك أو تشيلي وكرواتيا بموجب المادة (٣) (١) من اتفاقية تشيلي وماليزيا والتي نصت على شرط الدولة الأولى بالرعاية[١٨٩].

لذلك بموجب المادة (٣) (١) من اتفاقية تشيلي وماليزيا، طلب المستثمر الماليزي استدعاء الالتزام الخاص بمنح التراخيص للاستثمار الأجنبي المنصوص عليه في المادة (٣) (٢) من اتفاقية تشيلي وكرواتيا. أما الالتزام الخاص بعدم اتخاذ إجراءات تمييزية

(187) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 67-71 (University of Hamburg 2018).
(188) Id. at 71.
(189) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 77-79 (University of Hamburg 2018).

(ISSN: 2537 - 0758)

وغير معقولة ضد الاستثمار الأجنبي فكان منصوص عليه في المادة (٣) (٣) من اتفاقية تشيلي وكرواتيا[١٩٠].

ويتضح من هذه الدعوى أن هيئة التحكيم وافقت على مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الموضوعية للمستثمر الأجنبي المنصوص عليها في اتفاقية ثنائية أخرى[١٩١].

ويعد أثر شرط الدولة الأولى بالرعاية هو امتداد هذا الشرط إلى أي معاملة تفضيلية منصوص عليها في اتفاقية ثنائية أخرى أو أي ممارسة أخرى من شأنها أن تؤدي إلى تفضيل بعض المستثمرين الأجانب.

ب- المعاملة الوطنية:

قد يستخدم المستثمر الأجنبي شرط الدولة الأولى بالرعاية لتمتد إلى بنود معاملة وطنية موجودة في الاتفاقيات الأخرى التي وقعتها الدولة مضيفة الاستثمار وبالتالي فمن آثار شرط الدولة الأولى بالرعاية استدعاء مبدأ المعاملة الوطنية رغم عدم النص عليه في الاتفاقية الرئيسية وبالتالي تثور إشكالية صمت الاتفاقية الرئيسية وليس الاتفاقية التي يتم المقارنة بها ولذلك فقد تعترض هيئات التحكيم بناء على إعمال مبدأ "ذات الفئة" لذلك فهذا الأمر قد لا ينجح أمام هيئات التحكيم[١٩٢].

أما السيناريو الثاني فيتعلق باستدعاء مبدأ المعاملة الوطنية المصاغ بشكل أوسع وأفضل ويثور هذا الأمر في حالة أن الاتفاقية الرئيسية أخذت بمبدأ معاملة وطنية ضيق أو يعتمد على تقييده بالرجوع إلى القوانين السارية أو يكون المبدأ ممنوحاً بناء على التزام ببذل العناية فقط. وفي هذه الحالة لا نعتقد أن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى مبدأ معاملة وطنية أكثر تفضيلاً سيثير أي إشكالية نظراً لأن مبدأ "ذات الفئة" سيتم تطبيقه في هذه الحالة.

---

(190) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 77-79 (University of Hamburg 2018).

(191) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 77-79 (University of Hamburg 2018).

(192) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 80-82 (University of Hamburg 2018).

كذلك فإن بعض الدول تقصر مبدأ المعاملة الوطنية على توقيت معين مثل ما بعد قبول الاستثمار في حين ينص البعض الآخر من الاتفاقيات على هذا المبدأ في فترة ما قبل الاستثمار أيضاً، ولذلك قد يستخدم شرط الدولة الأولى بالرعاية لتوسيع مجال انطباق مبدأ المعاملة الوطنية ليشمل جميع مراحل الاستثمار إذا تم النص على ذلك في اتفاقية أخرى(١٩٣).

أ- <u>تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية للتخلص من بعض البنود التي تعطي سلطة واسعة للدولة (بنود الإجراءات التي تتعلق بحالة الضرورة):-</u>

ولقد ثار هذا الأمر في أحد القضايا حيث كانت اتفاقية الأرجنتين- الولايات المتحدة تتضمن شرط الضرورة والذي يعطي الحكومة الأرجنتينية الحق في اتخاذ بعض الإجراءات لحماية النظام العام، الأمن والسلم الدولي، أو الأمن الوطني- وقام المستثمر الأجنبي باستدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية ليمده إلى اتفاقيات أخرى ثنائية وقعت عليها الأرجنتين لكن لا تتضمن هذا البند. وقد رفضت الهيئة هذا المد لأن سكوت الاتفاقية الثنائية لا يعكس نظاماً أفضل للمستثمر الأجنبي وبالتالي فامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية مرهون بوجود نظام شبيه للنظام الذي يريد المستثمر التخلص منه ويحتوي على معاملة أكثر تمييزاً(١٩٤).

أما مجرد السكوت، فلا يحمل على أنه نظام أفضل وبالتالي تم رفض طلب المستثمر الأجنبي باستدعاء سكوت الاتفاقية الأخرى تحت حجة مبدأ ذات الفئة، حيث أن هذا المبدأ يشترط وجود تنظيم مماثل للحق الذي يريد المستثمر التمتع به في كلا من الاتفاقية الأساسية والاتفاقية الأخرى الذي يريد استدعاء بعض نصوصها(١٩٥).

<u>الالتفات عن اشتراطات الأداء:-</u>

تنص العديد من الاتفاقيات الثنائية على عدة اشتراطات يجب على المستثمر الأجنبي أن يحققها مثل تشغيل اليد العاملة، تصدير المنتجات، استخدام مواد لازمة للتصنيع محلة (لوازم الإنتاج أو مستلزمات الإنتاج، وتستهدف اشتراطات الأداء تعظيم

(193) Id.
(194) Id.
(195) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 74-76 (University of Hamburg 2018).

(ISSN: 2537 - 0758)

استفادة الدولة مضيفة الاستثمار من الاستثمار الأجنبي وتحقيق بعض أهداف السياسة الخاصة بالاستثمار[١٩٦].

وفي بعض الأحيان قد يطالب المستثمر الأجنبي بإعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستدعي معاملة أفضل منصوص عليها في اتفاقية ثنائية أخرى تتعلق باشتراطات الأداء، فهناك بعض الاتفاقيات الثنائية الأخرى تحظر اشتراطات الأداء أو تتضمن اشتراطات أداء أقل، فيتم استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية من جانب المستثمر الأجنبي للالتفات حول هذه الشروط[١٩٧]. اما باستدعاء الاتفاقيات التي تحظرها او التي تتضمن اشتراطات اقل بما يفهم منه اعفاء المستثمر الأجنبي من بعض هذه الاشتراطات.

٣- <u>دخول السوق:</u>

إن معظم الاتفاقيات الثنائية التي توقعها الولايات المتحدة تتضمن الحق في دخول الأسواق بناء على تطبيق مبدأ المعاملة الوطنية، إلا أن عدداً من الاتفاقيات الثنائية الأخرى لا تعطي هذا الحق بمعنى أنها تعطي الدولة مضيفة الاستثمار الحق في قبول أو رفض دخول الاستثمار الأجنبي بناء على قوانينها الوطنية وذلك لإعمال بعض الأمور المتعلقة بالسياسة الخاصة بالاستثمار[١٩٨].

وتثور إشكالية امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى هذا الحق نظراً لأن معظم الصياغات الواردة في شرط الدولة الأولى بالرعاية تستخدم مصطلح "الاستثمار" وبالتالي فيجب أن يكون الاستثمار قد تحقق أما مرحلة ما قبل الاستثمار فقد لا ينطبق شرط الدولة الأولى بالرعاية[١٩٩].

كذلك من ناحية أخرى فقد تكون مرحلة ما قبل دخول السوق الوطني ليس من المراحل التي تنظمها الاتفاقية الرئيسية التي تحتوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية

---

(196) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 83-85 (University of Hamburg 2018).
(197) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 83-85 (University of Hamburg 2018).
(198) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 83-85 (University of Hamburg 2018).
(199) Id.

وبالتالي فإن مبدأ "ذات الفئة" سيتم إعماله لمنع امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية في هذه الحالة إلى أمور ومعاملات لم تكن موجودة في الاتفاقية الرئيسية[٢٠٠].

٤- استدعاء قانون أفضل:-

تحدث بعض الفقه الدولي عن استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية لاستدعاء نص أفضل يتعلق بالقانون واجب التطبيق على النزاع، ففي بعض الأحيان تنص بعض الاتفاقيات الثنائية على القانون واجب التطبيق وفي بعض الأحيان الأخرى لا تنص هذه الاتفاقيات الثنائية على القانون واجب التطبيق فيتم الرجوع إلى المادة (٤٢) من اتفاقية الأكسيد والتي تنص على القانون الوطني بجانب القانون الدولي[٢٠١].

وهناك ثلاث فرضيات سبق الحديث عنها، في حالة تحديد الأطراف في الاتفاقية الثنائية للقانون واجب التطبيق إلا أنه يثور السؤال حول مدى إمكانية استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى هذا البند. فمثلاً الاتفاقية الأساسية تنص على قواعد القانون الوطني أما الاتفاقية الأخرى التي يتم الاستناد إليها تنص على قواعد القانون الدولي. ففي هذه الحالة يثور السؤال حول ما إذا كان القانون الدولي أكثر أفضلية للمستثمر الأجنبي أم لا[٢٠٢].

كذلك تثور هذه الإشكالية إذا كان القانون واجب التطبيق هو القانون الوطني مكملاً بقواعد القانون الدولي ويرى المستثمر الأجنبي الاكتفاء بالقانون الدولي فقط المنصوص عليه في اتفاقية أخرى حيث يصعب تصور اختيار المستثمر الأجنبي لنص في اتفاقية أخرى يحدد القانون الوطني فقط.

كذلك يثور سؤال آخر هل اختيار قانون يعد من الحقوق الموضوعية التي يمتد إليها شرط الدولة الأولى بالرعاية أم لا وهل نطاق الشرط يتسع ليشمل القانون واجب التطبيق أم لا؟

---

(200) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 82-83 (University of Hamburg 2018).

(201) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 85-88 (University of Hamburg 2018).

(202) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 85-87 (University of Hamburg 2018).

(ISSN: 2537 - 0758)

ويمكن القول بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل القانون واجب التطبيق للأسباب التالية:-

- اختيار الأطراف للقانون واجب التطبيق لا يعد حقاً موضوعياً لأياً منهما وإنما هو النظام القانوني الذي يتم استدعاؤه للفصل في النزاع.
- إن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية هو المعاملة وبالتالي فلا يدخل ضمن هذا المصطلح اختيار قانون واجب التطبيق.

٣/ أن القانون واجب التطبيق لا يتم استدعاؤه إلا عند النزاع نفسه بمعنى أن يأتي في مرحلة لاحقة لمعاملة المستثمر.

٤/ يصعب القول بأن القانون الدولي أو القانون الوطني يعطي معاملة أكثر تفضيلاً للمستثمر الأجنبي فهذا الأمر يحتاج إلى تحليل واسع في المقارنة بين النظامين القانونيين الوطني والدولي.

المبحث الثاني

صور امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية

يتحدث هذا البحث عن الإشكالية المتعلقة بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي الحقوق الإجرائية وهو موضوع هذا البحث. لذلك سنقوم في هذا البحث بالحديث بشكل تفصيلي عن تحديد الحقوق الإجرائية للمستثمر وكيف ترد في الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار. ويشكل هذا المبحث بيت القصيد حيث أن الإشكالية التي يمثلها هذا المبحث هو اشكال انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية. ويثور السؤال حول ماهي الحقوق الإجرائية التي تنص عليها الاتفاقيات الثنائية.

قام بعض الفقه الدولي باستعراض أهم الاشتراطات المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم أو اشتراطات إجرائية تعطل أو تعيق المستثمر الأجنبي من اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي على النحو التالي:-

أ- مبدأ استنفاد وسائل التقاضي الداخلية (هنا يشترط صدور قرار أو حكم من محكمة وطنية أو جهة إدارية.

ب-شرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية لفترة من الزمن دون اشتراط صدور حكم أو قرار نهائي.

ت-شرط الخيار النهائي أي يختار المستثمر اللجوء إما إلى التحكيم فيتم استبعاد المحاكم الوطنية أو العكس.

ث-شرط التنازل عن أو عدم الاستمرار في أي إجراءات قانونية وطنية في حالة رفع دعوى أمام التحكيم الدولي[٢٠٣].

وبالتالي فإن المستثمر الأجنبي يستخدم شرط الدولة الاولي بالرعاية لكي يتجاوز المعضلات والإشكاليات والعوائق المتعلقة بالاختصاص نظرا لان بعض الاتفاقيات الثنائية تتضمن قيودا علي حق المستثمر في اللجوء الي التحكيم الدولي[٢٠٤]. وفيما يلي عرض لهذه الاشتراطات و الحقوق الإجرائية:

١- <u>الاشتراطات الإجرائية</u>

استخدم شرط الدولة الاولي بالرعاية من جانب المستثمر للالتفاف حول الشرط الاجرائي الموجود في بند تسوية المنازعات في الاتفاقية الرئيسية[٢٠٥]. وفيما يلي نبرز اهم هذه الشروط التي دأب المستثمرون الأجانب علي الالتفات عنها علي النحو التالي:

- **فترة التشاور:**

تتطلب بعض الاتفاقيات الثنائية للاستثمار مرور فترة زمنية كفرصة للتشاور بين الأطراف بغية الوصول إلى حل للنزاع. ويكمن القول بأن صياغة هذا الشرط الذي يعد شرطا إجرائياً يتمثل في أمور ثلاثة:

- إما أن الاتفاقية الثنائية لا تنص على أي فترة معينة وإنما تنص على وجوب التشاور مثل اللجوء إلى التحكيم الدولي.
- أو أن الاتفاقية الثنائية تنص على فترة من الزمن يجب أن تمضي ويكون الأطراف قد حاولوا أثناءها التشاور في الأمر قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي.

لذلك فإن المستثمر الأجنبي دائماً ما يحاول اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي والاستغناء عن هذا الشرط الاجرائي ولا يخرج الأمر عن الثلاث فرضيات الآتية:-

<u>الفرضية الأولى:</u>- أن يحاول المستثمر أن يمد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات لا تتطلب أي تشاور على الاطلاق. وبالتالي يستفيد المستثمر من هذا الشرط ويلجأ إلى التحكيم الدولي مباشرة بدون اعمال هذا الشرط علي الاطلاق.

---

(203) Orlando E. Silva and John W. Boscariol, *The widening of the MFN obligation and its impact on investor protection*, Int T.L.R. 2005, 11(2), 61, 61-62 (2005)

(204) Orlando E. Silva and John W. Boscariol, *The widening of the MFN obligation and its impact on investor protection*, Int T.L.R. 2005, 11(2), 61, 62 (2005)

(205) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 13-16 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(ISSN: 2537 - 0758)

الفرضية الثانية:- أن يحاول المستثمر الأجنبي أن يمد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية منازعات في اتفاقية ثنائية أخرى تتضمن **فترة اقصر للتشاور** فإذا كان مثلاً الاتفاقية الموقعة مع الدولة التي ينتمي إليها المستثمر تشترط ستة أشهر على حين أن المستثمر يريد مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بند آخر لا ينص إلا **على فترة شهر مثلاً.**

الفرضية الثالثة:- أن يحاول المستثمر الأجنبي أن يمد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية منازعات اتفاقية ثنائية أخرى تنص على فترة مشاورات بتحديد زمني معين نظراً لأن الاتفاقية التي وقعت عليها دولته تشترط فترة تشاور بدون حد زمني محدد.

ويثور السؤال حول تكييف هذا الشرط، هل هو شرط اجرائي أم شرط يتعلق باختصاص الهيئة. ويذهب الرأي الراجح إلى أن هذا الشرط يعد شرطاً إجرائياً، حيث أن هذا الشرط لا يمنع اختصاص الهيئة وإنما يمكن علاجه في المستقبل بتحقق هذا الشرط سواء مضي مدة معينة للتشاور أو بإثبات أن عملية التشاور بين الطرفين قد تمت وبالتالي يحق لهيئة التحكيم نظر الدعوي وقتها[٢٠٦].

- **اللجوء إلى المحاكم الوطنية لفترة من الوقت:**

إن هذا الشرط اختلف البعض حول تكييفه فالبعض يرى أنه تطبيقا لمبدأ ضرورة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية إلا أنه لا يتضمن اشتراط صدور حكم نهائي أو أي قرار نهائي خلال هذه الفترة الزمنية من الوقت أما البعض الآخر من الفقه الدولي فيرى أنه مجرد شرط إجرائي يستلزم مضي بعض الوقت بدون اشتراط ضرورة التحصل علي قرار نهائي او حكم. وقد استخدام المستثمرون شرط الدولة الأولى بالرعاية من أجل أن يلتف حول هذا الشرط باستدعاء بنود تسوية منازعات في اتفاقيات ثنائية أخرى وقعتها الدولة مضيفة الاستثمار ولا تتضمن هذا الشرط[٢٠٧].

ويهدف المستثمر من إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى عدم التقيد بهذا الشرط الذي وصفه البعض بالشرط الإجرائي أو شرط من شروط مقبولية الدعوى.

---

(206) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 13-16 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(207) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal.

وقد اختلفت أحكام هيئة التحكيم في هذه المسألة فبعض أحكام التحكيم مثل مافيزيني وسويس وهوشتيف وسيمنز وناتشرال جاز قاموا بقبول حجج المستثمر الأجنبي وتحقيق الهدف الذي يريده المستثمر الأجنبي وهو الالتفاف حول هذا الشرط. أما هيئات التحكيم الأخرى في قضايا دايملر أي جي ووينترشال فلم يوافقوا على هذا المسلك من المستثمر وقضوا بعدم اختصاص الهيئة نظراً لعدم استيفاء المستثمر لهذا الشرط الإجرائي(٢٠٨).

- **استدعاء قبول الدولة لتحكيم الأكسيد:**

قام بعض المستثمرين باستخدام شرط الدولة الأولى بالرعاة للالتفاف حول شرط وجود اتفاق صريح من جانب الدولة على اللجوء إلى تحكيم الأكسيد وذلك باستدعاء بند تسوية منازعات تتضمن قبول الدولة للأكسيد في اتفاقية ثنائية أخرى، وقد تحقق ذلك في حكم هيئة التحكيم في دعوى جرانتي ضد تركمستان(٢٠٩).

وقد اختلف الفقه الدولي حول هذه المسألة فالبعض يري أنه يمكن استدعاء أحكام تسوية منازعات في اتفاقية أخرى عندما لا تكون الاتفاقية الرئيسية تنص على ذلك وفي هذه الحالة فإن الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي ينشأ للمستثمر الأجنبي باعتباره معاملة افضل تمنح للاستثمار الأجنبي. وبالتالي ليس هناك ما يمنع امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية لكي تستفيد هذه الأحكام حتى لو لم يوجد مقابل لها في الاتفاقية الرئيسية(٢١٠).

أما البعض الآخر فاستند إلى مبدأ "ذات النوع" لكي يقول بعدم امتداد هذا الشرط نظراً لعدم وجود بند مساوي له في الاتفاقية الرئيسية ويستندوا في ذلك إلى حكم محكمة العدل الدولية في قضية النفط البريطانية الإيرانية.

- **الالتفات عن شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية:-**

يشير بعض الفقه الدولي إلى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمكن أن يستخدم بواسطة المستثمر لكي يلتف حول شرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية، وذلك

(208) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 154-174 (University of Hamburg 2018).

(209) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 212-216 (University of Hamburg 2018).

(210) Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 270-271 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)

(ISSN: 2537 - 0758)

باستدعاء بنود تسوية منازعات لا تتضمن هذا الشرط[٢١١]. وقد عبرت هيئة التحكيم في قضية مافيزيني أن هذا الأمر أو الشرط لا يمكن الالتفات عنه لأنه يتعلق بالنظام العام وأوردته ضمن القيود التي نص الحكم عليها والتي تشكل قيود على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات[٢١٢].

- **الالتفاف حول شرط الخيار النهائي:-**

أشار بعض الفقه الدولي إلى إمكانية إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية للالتفاف حول شرط الخيار النهائي بحيث يستدعي المستثمر عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية بنود تسوية منازعات لا تتضمن فكرة الخيار النهائي. وبالتالي قد يقوم المستثمر باللجوء إلى القضاء الوطني ومن ثم يمتنع عليه اللجوء إلى التحكيم الدولي وفقاً للاتفاقية الأساسية الموقعة بين دولته والدولة مضيفة الاستثمار. ويرى هذا الفقه الدولي إمكانية قيام المستثمر باللجوء إلى التحكيم الدولي في هذه الحالة، باستدعاء بند تسوية منازعات في اتفاقية أخرى وقعتها الدولة مضيفة الاستثمار ولا يتضمن شرط أو حكم الخيار النهائي، لأن المعاملة الأفضل تتضمن إعطاء المستثمر الفرصة لاستخدام أكثر من وسيلة تسوية منازعات وليس الاختيار بينهم لاستخدام أحدهم فقط[٢١٣].

استدعاء بند تسوية منازعات جديد:

تثور إشكالية هامة وهي مدى إمكانية امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية منازعات في اتفاقية أخرى رغم عدم وجود ما يماثلها من بنود في الاتفاقية الأصلية التي وردت فيها شرط الدولة الأولى بالرعاية.

وعلى سبيل المثال هناك بعض الاتفاقيات الثنائية التي لا تنص على تحكيم بين المستثمر والدولة، وإنما يقتصر تسوية المنازعات على التحكيم الدولي بين الدولة والدولة فقط. فهل يجوز للمستثمر في هذه المسألة أن يمد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بند

---

(211) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 224 (University of Hamburg 2018).

(212) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(213) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 224-225 (University of Hamburg 2018).

تسوية منازعات يتضمن تحكيم بين المستثمر والدولة. أي هل يمكن لشرط الدولة الأولى بالرعاية أن يستدعي نصاً لتسوية المنازعات لا يوجد مثيل له في الاتفاقية الأصلية؟[٢١٤]

ذهب البعض من الفقه الدولي إلى عدم تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية في هذه الحالة نظراً لأن قاعدة "ذات الفئة" لن تنطبق في هذه الحالة. فالاتفاقية الأصلية لا تضم هذا البند أو الموضوع على الاطلاق.

كذلك يتعلق المبرر الثاني بأنه في هذه الحالة ليست هناك موافقة أو قبول من جانب الدولة أن يتم مقاضاتها أمام المستثمر وبالتالي فهو شرط يتعلق باختصاص الهيئة و قد تخلف ولذلك فهذا الشرط لا يمكن لشرط الدولة الأولى بالرعاية أن تمتد لتستدعي هذا الشرط.

كما أن قواعد القانون الدولي تمتع من إجبار الدول على الخضوع لتحكيم دولي أو قضاء دولي دون موافقة صريحة من الدولة، وفي هذه الحالة فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية ليس كافياً لانشاء هذا القبول.

مدي امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات التي تتعلق بتقدير التعويض او تحديده (توسعة المطالبات التي يمكن أن تشكل محلاً لبنود تسوية المنازعات):

يثور السؤال حول فرضية أن الاتفاقية الأساسية تتضمن ان التحكيم يقتصر فقط علي تقدير التعويض عن المصادرة اما الحكم او الفصل في وجود مصادرة من عدمه فان هذا الامر موكول الي الجهات القضائية الداخلية. ففي هذه الحالة، هل يجوز لشرط الدولة الاولي بالرعاية ان يمتد الي شرط تحكيم أوسع يتضمن الفصل في مسألة إجرائية ام مسألة موضوعية. أن ظاهر الامر أن هذه المسألة تتعلق بالاختصاص القضائي او الولاية القضائية.

حيث تنص بعض الاتفاقيات الثنائية التي يكون طرفها الصين أو روسيا (الاتحاد السوفيتي سابقاً) على تحديد الأمور والمسائل التي تصلح أن تكون محلاً لبنود تسوية المنازعات مثل التحكيم الدولي على سبيل المثال تحدد هذه الاتفاقية الثنائية أن التحكيم الدولي مختص بالنظر في مبالغ التعويض عن المصادرة لكن ليس مختصاً بالنظر في فعل المصادرة نفسه من حيث شرعيته او تحققه. وبالتالي يكون محل التقاضي نوع معين

(214) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 13-20 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(ISSN: 2537 - 0758)

من المطالبات. أما الاتفاقيات الثنائية الأخرى فتنص على أن التحكيم الدولي مختصاً بنظر كافة أنواع المنازعات المتعلقة بالاستثمار[٢١٥].

وبالتالي يلجأ المستثمر الأجنبي عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى توسعة دائرة هذه المسائل عن طريق استدعاء بنود تسوية منازعات لا تتضمن أي قيد على الطلبات التي يمكن إبدائها بمعنى أن يتم استدعاء البنود من اتفاقيات أخرى تتضمن اختصاص هيئات التحكيم بكافة أنواع المنازعات المتعلقة بالاستثمار[٢١٦].

وقد ثارت عدة مناقشات قانونية في هذا الصدد حيث أن أحكام التحكيم في قضايا بلاما وبيرشادر رفضت ذلك حيث اصرت هيئات التحكيم على أن هذا الأمر يتعلق باختصاص هيئة التحكيم أما في قضية روزانفست فقد وصلت الهيئة إلى نتيجة متعارضة.

وتعد أغلب أحكام هيئات التحكيم رافضة لامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية منازعات يتم فيها توسعة نطاق اختصاص هيئة التحكيم ويرجع ذلك إلى الأسباب الآتية:-

- أن نية الأطراف لم تتجه إلى الالتزام ببنود تسوية منازعات مختلف بشكل واضح وبالتالي لا يمكن التعويل على شرط الدولة الأولى بالرعاية في هذا الصدد.
- إن إشكالية التسوق بين المعاهدات يؤدي إلى عدم الاستقرار في المراكز القانونية.
- لا يمكن الاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية في توسعة نطاق اختصاص هيئات التحكيم[٢١٧].

خاتمة:

استعرض الفصل الثاني من هذا البحث نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية باعتباره من الموضوعات الرئيسية في هذا البحث حيث ان تحديد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية واثره القانوني من الأمور الجديرة بالبحث لأنها تتعرض للأثار القانونية لهذا الشرط او المبدأ.

---

(215) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 193-195 (University of Hamburg 2018).

(216) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 193-196 (University of Hamburg 2018).

(217) Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation, 202-204 (University of Hamburg 2018).

ويرجع **السبب الأول** في عرض امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الموضوعية على أنه في بعض الأحيان يختلط الأمرين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية فعلى سبيل المثال التقادم الذي احتجت به الصين في مواجهة المستثمر الكوري في قضية انسنج ضد الصين، اعتبره المستثمر الكوري أمراً موضوعياً على حين رأت الصين أنه أمراً إجرائياً لا يمتد إليه.

أما **السبب الثاني** فهو تعريف القارئ بأهمية شرط الدولة الأولى بالرعاية والآثار القانونية المترتبة على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الموضوعية هذا فضلاً عن الصعوبات التي يواجهها المستثمرون من أجل إقناع هيئة التحكيم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الموضوعية والتي لا تعد محلاً لخلاف في القانون الدولي.

ونتناول في الفصل التالي التطبيقات القضائية في معرض تحديد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية ومجالات انطباقه سواء الي الحقوق الموضوعية او الحقوق الإجرائية.

الفصل الثالث

التطبيقات المعاصرة وأحكام التحكيم في منازعات الاستثمار لشرط الدولة الاولي بالرعاية

تمهيد

من خلال الفصول السابقة تعرفنا علي شرط الدولة الأولى بالرعاية وامتداده الي الحقوق الموضوعية والإجرائية. بالإضافة إلي الجدل الفقهي بين فقهاء القانون الدولي حول طبيعة هذا المبدأ ومدي استقلاليته ونظرا لعدم وضوح الأثر القانوني لهذا الشرط يتعين النظر الي كيفية تطبيق هيئات التحكيم لهذا المبدأ الدولي في ظل عدم تحديد نطاق هذا المبدأ بوضوح كافي من خلال إرادة الأطراف كما ترجمتها الاتفاقية الثنائية ولذلك نتناول الاتجاهين الرئيسيين في تطبيق هذا المبدأ ما بين اتجاه يوسع من نطاق هذا المبدأ بشكل كبير واتجاه أخر يفرض بعض القيود علي تطبيق هذا المبدأ.

إن شرط الدولة الأولى بالرعاية هو من الحقوق الموضوعية التي تنظمها الاتفاقية الثنائية بين الدول وبموجب هذا الشرط، تتعهد الدولة مضيفة الاستثمار ألا تعامل المستثمر الأجنبي بطريقة لا تقل أفضلية عن المعاملة التي يتلقاها مستثمر أجنبي آخر داخل نفس الدولة.

ولعل إشكالية هذا الفصل (الثالث) هو الإجابة على التساؤل الآتي هل من حق المستثمر أن يعتمد على شرط الدولة الأولى بالرعاية ليستدعي أحكام تسوية المنازعات

(ISSN: 2537 - 0758)

الموجودة في اتفاقية أخرى والتي تعد نسبياً أفضل من أحكام تسوية المنازعات التي يخضع لها وبالتالي يوسع من نطاق الحقوق الإجرائية التي يستطيع أن يمارسها[٢١٨].

لذلك يتناول الفصل الأخير من هذا البحث التطبيقات العملية التي تناولت اثار شرط الدولة الأولى بالرعاية من خلال هيئات التحكيم الدولية ونفرد **المبحث الأول** لأحكام هيئات التحكيم التي توسعت في تحديد نطاق هذا المبدأ الدولي الهام مع تحليل لهذه الاحكام والتي أضافت أبعادا وعناصر جديدة لهذا المبدأ مما يشكل في بعض الأحيان تعديل لشرط تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقية الرئيسية، أما **المبحث الثاني** فيتناول الاحكام التي صدرت من هيئات التحكيم وتضمنت تقييدا من هذا المبدأ الدولي بما يشكل اتجاها أكثر اتزانا في العلاقة بين المستثمر والدولة بما يعيد التوازن بين مصلحة الطرفين والإصرار علي الاعتماد علي نص الاتفاقية الرئيسية واهدار اثر شرط الدولة الاولي بالرعاية أما **المبحث الثالث** فيتناول تحليلنا لهذا المبدأ وتقييم للاتجاهات الحديثة لاحكام هيئات التحكيم والتي انحازت لاتجاه دون الاخر والثابتة في أحكام هيئات التحكيم. ويأتي **المبحث الرابع** بأبرز التوصيات التي قد تأخذ بها الدول النامية عند التفاوض على الاتفاقيات الثنائية وكيفية صياغة شرط الدولة الاولي بالرعاية.

المبحث الاول
الاتجاه الموسع من نطاق المبدأ ليشمل الحقوق الإجرائية

يتزعم هذا الاتجاه هيئات التحكيم التي فصلت في قضايا مافزينى، سيمنز، وغيرها من القضايا الهامة والتي فتحت المجال أمام هيئات التحكيم لاستدعاء بنود تسوية منازعات من اتفاقيات أخرى أعمالا لشرط الدولة الأولى بالرعاية. وفيما يلى نقوم باستعراض هذه القضايا الهامة التي تناولت بالتحليل والعرض لأثار شرط الدولة الأولى بالرعاية. ويعد هذا الاتجاه هو الاتجاه الذى اظهر الإشكالية القانونية التي لم يجد المجتمع الدولى حلا لها حتي وقتنا الحالي[٢١٩].

---

(218) Jarrod Wong, *The Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 3 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y 171, 173-174 (2008).

(219) Orlando E. Silva, p. 62. See also, Elizabeth Whitsitt, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence*, 27 No. 4 J. Energy & Nat. Resources L. 527, 528-533 (2009). See also, Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241, 251

وبالتالي من الأهمية بمكان عرض وقائع هذه الدعاوى والحجج القانونية التي استندوا اليها من أجل مد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية الى الحقوق الإجرائية للمستثمر.

قضية مافيزيني Maffezini v. Kingdom of Spain:-

تعد هذه القضية هي الأشهر نظرا لأنها أول قضية تثير هذا الموضوع والاشكالية بشكل واضح وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام مستثمر أرجنتيني الجنسية ببدء إجراءات تحكيم ضد دولة أسبانيا وذلك نتيجة للمعاملة التي تلقاها هو واستثماراته المتعلقة بتصنيع وتوزيع المنتجات الكيميائية في إقليم جاليسيا في أسبانيا أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الاكسيد)[٢٢٠].

حيث أرسل ايمليو مافيزيني في ١٩٩٧/٧/١٨ إخطار تحكيم إلى مركز الأكسيد ضد دولة أسبانيا. وبتاريخ ١٩٩٨/٦/٢٤، تم تشكيل هيئة التحكيم من ثلاث محكمين كل طرف اختار محكم ولم ينجح المحكمان في اختيار محكم ثالث فقام المركز بتعيينه[٢٢١].

وقد ردت أسبانيا بأن اعترضت على اختصاص الهيئة وأثارت مسألة فشل المستثمر الأجنبي (مافيزيني) في استنفاذ طرق الطعن/ التقاضي الداخلية[٢٢٢]. وقد قام المستثمر الأرجنتيني بالرد على تلك الدفوع بأنه يحق له ألا يذهب إلى التقاضي الوطني بناء على

(A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009). See also, Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30, 32 (2012)

(220) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Award of the Tribunal (13 November 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 4 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_En.pdf)

(221) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Award of the Tribunal (13 November 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 4 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_En.pdf)

(222) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 7 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

شرط الدولة الأولى بالرعاية والذي يقوم بمد ميزة الذهاب إلى التحكيم الاستثماري مباشرة دون الحاجة إلى اللجوء إلى المحاكم الأسبانية وهي الإجراءات الواردة في اتفاقية اسبانيا– تشيلي الثنائية والتي بموجبها يتمتع المستثمر التشيلي بحق الذهاب إلى التحكيم الدولي مباشرة دون المرور بالقضاء الوطني(٢٢٣).

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

الدفوع الخاصة بالمستثمر الأجنبي (إيميليو مافيزيني):–

- إن تحليل المادة (١٠) من الاتفاقية الثنائية بين الارجنتين واسبانيا يشير إلى عدم ضرورة اللجوء إلى المحاكم الوطنية قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي لكن الشرط هنا هو استمرار النزاع لمدة ١٨ شهراً سواء صدر حكم أو لم يصدر(٢٢٤).
- إن إرادة الطرفين (الحكومة الاسبانية والحكومة الأرجنتينية) لم تتجه إلى إعطاء الفرصة للقضاء الأسباني/ الوطني لحل النزاع خلال ١٨ شهراً حيث أن المادة (١٠) (٢) أعطت الحق للمستثمر في اللجوء إلى التحكيم الدولي بغض النظر عن النتيجة التي ينتهي إليها القضاء الوطني.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية كافي كسبب قانوني لانشاء اختصاص الهيئة بنظر الدعوى.
- إن المستثمر التشيلي في اسبانيا يتمتع بمعاملة أفضل من المستثمر الأرجنتيني لأنه يتمتع بالحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة بدون المرور بالقضاء الوطني.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يخضع لعدة استثناءات نصت عليها الاتفاقية الثنائية ولا تنطبق علي هذه الدعوي.
- إن الأرجنتين– اثناء المفاوضات علي هذه الاتفاقية– باعتبارها دولة مستوردة للاستثمار طلبت وجود قاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية، إما أسبانيا فقد

(223) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 10-11 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(224) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 11 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

طلبت اللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة لذلك فإن الصياغة الموجودة تعكس التفاوض بين الدولتين وهو حل وسط لا يرقى إلى مرتبة استنفاد وسائل التقاضي الداخلية لأنه يتضمن مرور فترة من الوقت ثم اللجوء إلى تحكيم الأكسيد دون اشتراط صدور حكم من القضاء الوطني.

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات.
- إن سياسة أسبانيا فيما يتعلق بالمستثمرين الأسبان تؤكد على جواز اللجوء إلى التحكيم الدولي مباشرة بدون المرور بالقضاء الوطني، وبالتالي فشرط اللجوء إلى القضاء الوطني لا يدخل ضمن أمور النظام العام التي كان الأطراف بصدد احترامها أو عكستها المفاوضات بين الطرفين[٢٢٥].

وفيما يلي الحجج التي أوردتها الدولة مضيفة الاستثمار (اسبانيا) في معرض الرد علي الدفوع التي اثارها المستثمر الارجنتيني علي النحو التالي:

الردود الخاصة بأسبانيا (الدولة مضيفة الاستثمار):

- أن المعاهدات التي تبرمها أسبانيا مع الغير (مثل اتفاقياتها مع تشيلي) تعد اتفاقات غير مرتبطة بهذا النزاع مع المستثمر الأجنبي ولا يمكن استخدامها في تحديد الحقوق والالتزامات المتفق عليها بين أسبانيا والأرجنتين حيث أن المستثمر ينتمي بجنسيته لدولة الارجنتين.[٢٢٦]
- إعمالاً لمبدأ "من ذات النوع"، فقد أوضحت أسبانيا أن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية يقتصر على الحقوق الموضوعية فقط دون الحقوق الإجرائية.
- إن الهدف من شرط الدولة الأولى بالرعاية هو منع التمييز أو القضاء على التمييز بين المستثمرين ومجال ذلك هو المعاملة الموضوعية للاستثمار وليس المسائل الإجرائية.

---

(225) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 21-24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_) inclusive of all the mentioned arguments.

(226) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 15 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)

(ISSN: 2537 - 0758)

- عدم تحقق شرط استنفاد شرط التقاضي الداخلي وهو ما يتمثل في فشل المستثمر (المحتكمة) في هذه الدعوى في اللجوء إلى القضاء الوطني إعمالاً لنص المادة (١٠) من اتفاقية الاستثمار الثنائية بين أسبانيا والأرجنتين.
- كان علي المستثمر الأجنبي أن يعطي الفرصة للمحاكم الأسبانية أن تفصل في الدعوى خلال ١٨ شهراً وبالتالي تغل يد هيئة التحكيم عن نظر الموضوع.
- إن عدم قيام المحتكمة باللجوء إلى القضاء الوطني يعتبر بمثابة تنازل من جانبه عن اللجوء إلى التحكيم الدولي لان المرور بالقضاء الوطني يعد شرطا مسبقا للجوء المستثمر الي التحكيم الدولي[٢٢٧].

تحليل هيئة التحكيم:

استوعبت الهيئة دفوع الطرفين و قامت بعرض التحليل الاتي:

أما فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية فقد قامت الهيئة بالوصول الى التحليل الآتي:-

قامت الهيئة بأثارة موضوع هذا البحث وهو شرط الدولة الأولى بالرعاية، حيث اشارت المادة (٤) من اتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين وأسبانيا والتي تنص علي الآتي:- "في كل الأمور الخاضعة لهذا الاتفاقية فإن المعاملة التي تلقاها كل طرف لا يجب أن تقل ميزة من المعاملة التي يلقاها الاستثمارات الخاصة بدولة من الغير"[٢٢٨].

وكما شرحنا سابقاً، فإن اتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين وأسبانيا تشترط اللجوء إلى المحاكم الوطنية لتسوية النزاع خلال ١٨ شهراً أما المادة (١٠) (٢) من اتفاقية الاستثمار بين تشيلي وأسبانيا فلا تنص على هذا الشرط وإنما تسمح باللجوء إلى التحكيم الدولي بعد مرور ٦ شهور فقط.

---

(227) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 15 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)

(228) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 14 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)

وقد احتج المستثمر الأرجنتيني بأن المستثمر التشيلي يتمتع بمعاملة أفضل من المستثمر الأرجنتيني في أسبانيا، وبالتالي تأسيساً على شرط الدولة الأولى بالرعاية الواردة باتفاقية الاستثمار بين الأرجنتين وأسبانيا فإن له الحق في أن يلجأ إلى التحكيم الدولي بدون سابقة اللجوء إلى المحاكم الوطنية.

أما أسبانيا فقد اختلفت مع المستثمر الأرجنتيني في هذا التفسير بطبيعة الحال، وأكدت على أن مبدأ "ذات النوع" يؤدي إلى مد نفس المعاملة الي الأمور الموضوعية التي تشكل أمراً مشتركاً بين الاتفاقية وبالتالي فإن الشرط سيمتد إلى الأمور والحقوق الموضوعية فقط دون الأمور الإجرائية.

وقد أكدت أسبانيا على أن الهدف من شرط الدولة الأولى بالرعاية هو عدم التمييز بين المستثمرين وهذا الأمر لا يثور إلا فيما يتعلق بالمعاملة الموضوعية الاقتصادية للمستثمر ولا يمكن أن تشمل أموراً إجرائية، فيجب أن يتم إثبات أن اللجوء إلى المحاكم الأسبانية أقل ميزة من اللجوء إلى التحكيم الدولي أو على الأقل أن اللجوء إلى المحاكم الأسبانية يحمل مخاطر ومساوئ إجرائية على المعاملة التي يتلقاها المستثمر.

وقد تعرضت الهيئة لسؤال هام وهو ما هي الاتفاقية التي تحدد حقوق المستفيد من شروط الدولة الأولى بالرعاية. وقد تم بحث هذا السؤال في قضية شركة النفط البريطانية– الايرانية وحددت محكمة العدل الدولية أن الاتفاقية الأساسية التي يعتمد عليها المحتكم أو رافع الدعوى هي الاتفاقية التي تحتوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية[٢٢٩].

ولذلك فقد نظرت الهيئة إلى أن المعيار هنا هو النظر إلى المعاهدة الرئيسية التي تنظم عدة أمور وموضوعات، وبالتالي فإعمالاً لهذا الشرط، تكون المعاملة الخاصة بالشرط تمتد لتشمل الأمور محل هذه الاتفاقية الأساسية. أي أنه في حالة أن الاتفاقية

(229) "It is this treaty which establishes the juridical link between the United Kingdom and a third-party treaty and confers upon that State the rights enjoyed by the third party. A third party treaty, independent of and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between the United Kingdom and Iran: it is res inter alios acta". Anglo-Iranian Oil Co. case (United Kingdom v. Iran), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952, pp. 109-110. Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal, P. 16 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

التي ينظر إليها على أن بها معاملة أفضل إذا احتوت على أمر لا يدخل ضمن الاتفاقية الرئيسية ففي هذه الحالة لا تسرى في مواجهة المستفيد من هذا الشرط[٢٣٠].

وبالتالي كان السؤال التالي الذي يتعين على الهيئة الإجابة عليه وهو هل تعد النصوص الخاصة بتسوية المنازعات من الموضوعات التي يمكن أن تمتد إليها شرط الدولة الأولى بالرعاية أم لا. وهو السؤال المتعلق بتطبيق مبدأ "ذات النوع"[٢٣١].

وبالنظر إلى اتفاقية الأرجنتين وأسبانيا، فلم تنص صراحة على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى النصوص الخاصة بتسوية المنازعات عكس بعض الاتفاقيات الأخرى مثل اتفاقيات الاستثمار التي وقعتها المملكة المتحدة البريطانية وألبانيا والتي تنص صراحة على مد شرط الدولة الأولى بالرعاية على النصوص أو المواد من ١- وحتى ١١ والتي تشمل بنود متعلقة بتسوية المنازعات واللجوء إلى تحكيم الاكسيد[٢٣٢].

وقد أجابت الهيئة على ذلك من خلال استعراض التطور الذي لحق القانون الدولي فيما يتعلق بحماية التجارة الدولية والاستثمار حيث أكدت على أن بنود تسوية المنازعات أصبحت في الوقت الحالي أمراً ضرورياً لحماية الاستثمار الأجنبي وبالتالي فهي أمور إجرائية وضعت لحماية المستثمر الأجنبي، فحتى لو كانت لا تعد ضد الأمور الفنية أو المادية المتعلقة بالتجارة والاستثمار، فهي ضرورية ولازمة للحقوق الخاصة بالمستثمر والتي يجب ضمانها[٢٣٣].

---

(230) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 16-17 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(231) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 16-20 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(232) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 17-18 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(233) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 20 (available at

أيضاً فإن المستثمرين طالما نظروا إلى التحكيم الدولي باعتباره وسيلة أفضل لحماية استثماراتهم عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية أما الدول التي تستضيف الاستثمار الأجنبي فقد فضلت المحاكم الوطنية على اللجوء إلى التحكيم الدولي وهو ما يعد انعكاساً لمناقشات اتفاقيات الاكسيد وكيفية نظرهذه الدول لشرط كالفو(٢٣٤).

ونتيجة لذلك فإن الهيئة توصلت إلى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل البنود الخاصة بتسوية المنازعات في المعاهدات الأخرى ويستفيد منها المستفيد/ المستثمرين من شرط الدولة الأولى بالرعاية. أما مبدأ "ذات الفئة" فهو يشير إلى أن الاتفاقية الأخرى التي تضم هذه النصوص يجب أن تتعلق بحماية الاستثمار أو تنمية التجارة، لأنها ذات الموضوعات التي يشملها بنود تسوية المنازعات(٢٣٥).

---

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(234) "[n]otwithstanding the fact that the basic **treaty** containing the **clause** does not refer expressly to **dispute** settlement as covered by the **most favoured nation clause**, the Tribunal considers that there are good reasons to conclude that today **dispute** settlement arrangements are inextricably related to the protection of foreign investors".

'Traders and investors, like their states of nationality, have traditionally felt that their rights and interests are better protected by recourse to international arbitration than by submission of disputes to domestic courts, while the host governments have traditionally felt that the protection of domestic courts is to be preferred. The drafting history of the ICSID Convention provides ample evidence of the conflicting views of those favoring arbitration and those supporting policies akin to different versions of the Calvo Clause.

From the above considerations it can be concluded that if a third party treaty contains provisions for the settlement of disputes that are more favourable to the protection of the investor's rights and interests than those in the basic treaty, such provisions may be extended to the beneficiary of the most favored nation clause as they are fully compatible with the ejusdem generis principle.' Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 20-21 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(235) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 21 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد نظرت الهيئة إلى مواقف الدولتين أثناء التفاوض على اتفاقية الاستثمار بينهما فعلى حين كانت الأرجنتين تشترط استنفاذ وسائل الطعن الداخلية، كانت أسبانيا تصر على اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي، وبالتالي نظراً لاختلاف موقف الدولتين، تم الاتفاق على ضرورة اللجوء إلى المحاكم الوطنية لفترة من الوقت وبالتالي لم تصل إلى مرحلة اشتراط استنفاد وسائل الطعن الداخلية واللجوء إلى تحكيم الاستثمار الدولي (الاكسيد). وبعد ذلك قامت الأرجنتين بالتخلي عن هذا الاشتراط في اتفاقيات لاحقة أخرى[٢٣٦].

وقد قامت الهيئة بالنظر إلى ممارسات وسلوك أسبانيا فيما يتعلق باتفاقيات الاستثمار الثنائية مع الدول الأخرى. حيث أشارت هذه الممارسات إلى أن أسبانيا قبلت اللجوء إلى التحكيم الدولي بعد مرور فترة من الوقت كمفاوضات بين الطرفين والتي لا تؤدي إلى حل النزاع. واستشهدت الهيئة بالاتفاقيات التي وقعتها أسبانيا مع الجزائر، تشيلي، كولومبيا، مصر، السلفادور وغيره من دول العالم[٢٣٧].

وقد استندت الهيئة إلى سبب آخر وهو المعاملة العادلة والمنصفة للمستثمر الأجنبي والمعاملة الوطنية للمستثمر الوطني، بمعنى أن مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة يقتضي أنه في حالة تطلب دولة ما حماية معينة للمستثمرين الذين ينتمون إليها في الخارج، فبالتالي لا يجوز لهذه الدولة أن تحرم المستثمر الأجنبي على أرضها من هذه المعاملة بموجب مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة[٢٣٨].

وفيما يلي نتناول بشئ من الايجاز مجموعة الاسانيد القانونية التي استخدمتها الهيئة في وصولها الي الحكم:

---

(236) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 21-22 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(237) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 21-22 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(238) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 23 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

تحليل الهيئة:-

- قامت الهيئة بتحليل المادة (١٠) (٢) و(١٠) (٣) والخاصة بضرورة اللجوء إلى القضاء الوطني وتفسير هذه المادة في ضوء المادة (٣١) من اتفاقية فيينا، وانتهت الهيئة بعد تحليل الدفوع المقدمة من الجانبين إلى أن هذه المادة لا تعكس قاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية فهذه المادة لا تتحدث عن قرار أو حكم يصدر في الموضوع ولا يشترط أن يكون قرار نهائي وبالتالي لا ينطبق عليها القاعدة الخاصة باستنفاذ وسائل التقاضي الداخلية[٢٣٩].
- إن المحاكم والهيئات الدولية هي التي لها الكلمة الأخيرة في الفصل في الالتزامات الدولية فقاعدة استنفاد وسائل التقاضي الداخلية ليس من شأنها أن تمنع الأطراف من اللجوء إلى التحكيم الدولي لأن الضمانات والمزايا الواردة في الاتفاقية هي التزامات دولية تفصل فيها هذا النوع من المحاكم.
- إن المادة (١٠) (٣) لم تضع معياراً محدداً لتحديد استمرار النزاع من عدمه، وبالتالي ففي ظل غياب هذا المعيار، كل طرف له الحق في أن يحدد بنفسه ما إذا كان النزاع مستمراً ام لا.
- إن الأطراف "الأرجنتين وأسبانيا" اتجهت إرادتهم إلى أن اللجوء إلى المحاكم الوطنية أمر لازم وضروري حيث يعطي الفرصة للقضاء الوطني لتحديد حقوق والتزامات الطرفين بموجب الاتفاقية الدولية فإذا كان هذا التحديد أو القرار غير مرضي لأياً من الطرفين فله الحق في اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي.
- في تحليل مبدأ الدولة الأولى بالرعاية، قصدت الهيئة تحديد الاتفاقية التي تحدد الالتزامات والحقوق وبالتالي وفقاً لحكم محكمة العدل الدولية في قضية شركة النفط البريطانية والايرانية. فإن الإتفاقية الرئيسية هي الاتفاقية التي تحتوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية، أما الاتفاقية الأخرى التي يتم الإشارة إليها فلا يمكن التعويل عليها منفردة في مد حقوق والتزامات إلى دول لم تكن أطراف فيها.
- إن بعض الاتفاقيات الثنائية مثل اتفاقية المملكة المتحدة وألبانيا تنص صراحة على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات، وبالمثل بعض

(239) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 8-9 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

الاتفاقيات تنص على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى جميع المسائل والأمور التي تحكمها الاتفاقية. ففي هذه الحالة لا تنص الاتفاقية صراحة على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية على بنود تسوية المنازعات، إلا أن ذلك لا يمنع مبدأ "ذات الفئة" من إقرار هذا الامتداد لأن بنود تسوية المنازعات تتعلق بحماية الاستثمار الأجنبي(٢٤٠).

وفي معرض ذلك فقد أشارت الهيئة إلى مجموعة من القيود التي تتعلق بعدم إعمال شرط الدولة الاولي بالرعاية أو تقيد من نطاق الحقوق الإجرائية التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي في بعض الأحيان(٢٤١).

القيد الأول (استنفاد وسائل التقاضي الداخلية):-

لا يجوز مد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات إذا كان هناك اشتراط مسبق باللجوء إلى وسائل التقاضي الوطني. حيث أن الالتفاف حول هذا الشرط لا يجوز وفقا للقواعد الأساسية للقانون الدولي(٢٤٢).

القيد الثاني (حكم الخيار النهائي):-

Fork in the Road

إذا اتفق الأطراف على تخيير المستثمر بين وسائل تسوية المنازعات بين اللجوء إلى التقاضي الوطني والتحكيم الدولي وهو اختيار عندما يتم إعماله يصبح اختيار نهائي وغير قابل للرجوع فيه وهو ما قد يشكل اعتباراً يتعلق بالنظام العام. وليس هناك ترجمة دقيقة لهذا المصطلح الإنجليزي غير ما أوردته لجنة القانون الدولي في تقريرها لعام

(240) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 19 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf) inclusive of the foregoing arguments.

(241) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 23-24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(242) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 23-24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

٢٠١٥ وقامت بتسميته بحكم الخيار النهائي[٢٤٣]. وبالتالي وجود هذا الشرط يمنع امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية منازعات في اتفاقية اخري.

القيد الثالث (اختلاف شرط التحكيم):-

إذا كان طريقة تسوية المنازعات مختلفة في الاتفاقيتين فإذا كانت الاتفاقية الأولى تنص على طريقة معينة لتسوية المنازعات أو مركز دولي مثل الاكسيد وكانت الاتفاقية الأخرى تنص على طريقة أخرى أو مركز آخر مثل غرفة التجارة الدولية، في هذه الحالة لا يجوز تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية لتغيير وسيلة تسوية المنازعات المنصوص عليها في الاتفاقية الرئيسية[٢٤٤].

القيد الرابع:-

إذا كان النص الخاص بتسوية المنازعات يتضمن العديد من التفاصيل والقواعد الخاصة التي يجب احترامها من جانب الدوليين، فهذا يشكل أو يعكس إرادة الطرفين في ضرورة اتخاذ إجراءات معينة ومحددة وبالتالي لا يمكن تطبيق شرط الدولة الاولي بالرعاية للالتفات عنه بتطبيق بنود اخري تتضمن قواعد تفصيلية اخري لانها لم يتم الاتفاق عليها[٢٤٥].

وقد تركت الهيئة الأمر مفتوحاً أمام الهيئات الأخرى في المستقبل لكي تضع شروطاً وقيوداً أخرى لمد نطاق هذا الشرط إلى بنود تسوية المنازعات سوء بنود اتفاقية أو بنود نابعة من اعتبارات النظام العام[٢٤٦].

---

(243) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(244) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(245) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(246) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review -

(ISSN: 2537 - 0758)

وانتهت الهيئة الي مد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات في اتفاقية تشيلي واسبانيا وحكمت باختصاصها بنظر الموضوع والالتفات عن شرط اللجوء الي القضاء الوطني لمدة ١٨ شهرا[٢٤٧].

٢- قضية سيمنز ضد الأرجنتين Siemens AG vs. The Argentine Republic:

تعد قضية سيمنز عملاق الطاقة الألماني أحد القضايا التي تنتمي إلى الاتجاه الموسع من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. فهذه القضية كررت النتيجة التي توصلت إليها هيئة التحكيم في قضية مافيزيني وهي امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات في اتفاقية ثنائية أخرى[٢٤٨].

وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن حكومة دولة الأرجنتين في أغسطس ١٩٩٦ دعت إلى مناقصة لانشاء نظام للرقابة على الهجرة والبطاقات الشخصية، وقد اشترطت المناقصة أن يقوم بانشاء هذا النظام شركة محلية فقامت شركة سيمنز بانشاء شركة سيمنس أي تي للخدمات. وتحصلت شركة سيمنز أي تي للخدمات على هذا العقد ووقعت عليه في ٦ أكتوبر ١٩٩٨ لمدة ٦ سنوات قابلة للتجديد لثلاث سنوات[٢٤٩].

قامت الشركة الأم سيمنز أي جي بضخ استثمارات في الشركة المحلية لكي تقوم الأخيرة بتنفيذ التزاماتها بموجب التعاقد مع الحكومة الأرجنتينية. في عام ١٩٩٩ وتحديداً في ١٠ ديسمبر منه، جاءت حكومة جديدة إلى الأرجنتين وقامت هذه الحكومة الجديدة

Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)

(247) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 36 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)

(248) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 154 (2007).

(249) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 6-7 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

في فبراير ٢٠٠٠ بوقف التعاقد لمشاكل فنية مع شركة سيمنز و بعد عدة محاولات بين الطرفين، قامت حكومة الأرجنتين في ١٨ مايو ٢٠٠١ بانهاء التعاقد مع شركة سيمنز والتي قامت بدورها بالتظلم من هذا القرار إلا أن هذه التظلمات جميعها رفضت في ٢٤ سبتمبر ٢٠٠١[٢٥٠].

وبتاريخ ٢٠٠١/٧/٢٣ قامت شركة سيمنز باخطار حكومة الأرجنتين بأنها خالفت التزاماتها بموجب اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمار بين الأرجنتين وألمانيا وبدأت فترة ٦ أشهر للطرفين للوصول إلى تسوية ودية إلا أن ذلك لم يتحقق، فما كان من شركة سيمنز في ١٨ مارس ٢٠٠٢ بأن أكدت قبولها للتحكيم أمام الأكسيد بموجب المادة (١٠) من الاتفاقية. وبتاريخ ٢٣ مايو ٢٠٠٢ قامت شركة سيمنز بإرسال طلب اللجوء إلى التحكيم إلى الأكسيد لتبدأ إجراءات دعوى التحكيم بين سيمنز ودولة الأرجنتين[٢٥١].

وتقترب هذه القضية من قضية مافيزيني في انها تتعلق بالاشتراط الاجرائي المتعلق بمضي فترة من الزمن يجب انقضائها قبل لجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم الدولي، وكانت الأرجنتين في هذه القضية محتكم ضدها على عكس مافيزيني والتي كانت فيه الأرجنتين الدولة التي ينتمي بجنسيتها المستثمر. وقد استعان المستثمر الألماني– سيمنز في هذه الدعوى ببنود تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وتشيلي.

إلا أنه في هذه الدعوى، فإن صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية كان مقتصراً على "المعاملة" وليس كل الأمور أو المسائل التي تدخل في نطاق الاتفاقية كما كان في قضية مافيزيني وعلى الرغم من الصيغة الضيقة أو المقيدة التي تحدثت عنها هيئة التحكيم في هذه الدعوى وأقرت بها فإن ذلك لم يمنعها من أن ترى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية بصياغته هذه كافي لكي يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات[٢٥٢].

---

(250) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 6-7 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(251) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 6-7 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(252) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral*

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد اعتمدت الهيئة في هذه الدعوى على البنود الواردة في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات حيث ركزت الهيئة على غرض وهدف الاتفاقية كما أن ذلك لم يمنع الهيئة من تفسير غرض وهدف الاتفاقية بأنه خلق بيئة مناسبة للاستثمار وذلك عن طريق حماية وتشجيع الاستثمار إلا أن ذلك قد يعطي انطباعاً بأن التفسير لأي بند فيه غموض سيكون دائماً في مصلحة المستثمر الأجنبي باعتبار أن ذلك التفسير سيكون في إطار غرض وهدف الاتفاقية(٢٥٣).

وقد نظرت الهيئة إلى ممارسة دولة الأرجنتين نظراً لقيام الأخيرة بالقول بأنه من سياستها الالتزام بهذه الفترة من الوقت قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي، إلا أن الهيئة أوضحت أن الأرجنتين لم تقدم دليل على ذلك. كما أن الهيئة نظرت إلى الاتفاقيات الثنائية التي وقعتها الأرجنتين في فترة معاصرة للاتفاقية محل الدعوى ووجدت أن الارجنتين وافقت على اللجوء إلى التحكيم بدون الالتزام بشرط الانتظار لفترة من الوقت وبالتالي فليس هناك سياسة واضحة للأرجنتين في هذا الاطار وبالتالي فإن المعاملة التي يريدها المستثمر الألماني "سيمنز" هي نفس المعاملة التي طالبت الأرجنتين بمنحها لمستثمريها في اتفاقياتها مع تشيلي والولايات المتحدة. وبالتالي لا يقبل دفع من دولة بأن سياستها ضد هذا الاشتراط إلا إذا كانت لم توقع على أي اتفاقية من قبل تسمح باللجوء الي التحكيم مباشرة(٢٥٤).

وقد تعرضت الهيئة لجزئية دقيقة تتعلق بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية وهل في هذه الحالة يمتد الشرط إلى كامل بنود تسوية المنازعات أم يقتصر فقط على البند محل الخلاف والذي يريد فيه المستثمر الأجنبي أفضلية ما ممنوحة في اتفاقية أخرى.

وقد اجابت الهيئة على هذا السؤال بأن حددت نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية بأنه يمتد ليشمل فقط البند الذي سيستفيد منه المستثمر الأجنبي وبالتالي فليس بالضرورة أن يمتد الشرط ليشمل كل بنود الاتفاقية. وبالتالي سيتمتع المستثمر ببنود تسوية منازعات تشمل بنوداً من الاتفاقية محل الدعوى واتفاقية أخرى وبالتالي كما عبر أحد الفقهاء أن الهيئة الزمت الأرجنتين ببنود تسوية منازعات لم توافق عليها(٢٥٥).

Investment Treaties, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 164-169 (2007).

(253) Id.

(254) Id.

(255) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral*

وقد عللت الهيئة موقفها بأن أي اتفاقية دولية تنطوي على مزايا وعيوب وبالتالي يجب التركيز على المعاملة التفضيلية التي يتلقاها المستثمر الأجنبي ويحرم منها المستثمر رافع الدعوى التحكيمية[٢٥٦]. وبالتالي تأكد الطبيعة الانتقائية لاثر شرط الدولة الاولي بالرعاية.

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

الدفوع الخاصة بالمستثمر:

- إن تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية بحسن نية ووفقاً لقواعد تفسير المعاهدات يؤدي إلى القول بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل جميع المسائل التي تغطيها الاتفاقية الثنائية ما عدا الأمور التي تم استبعادها بنص خاص في المواد (٣) (٣) و(٤) و(٣) (ب) من البروتوكول بتاريخ ٩ أبريل ١٩٩١[٢٥٧].
- إن تسوية المنازعات جزء لا يتجزأ من الضمانات الممنوحة للاستثمار الأجنبي وعلى الأخص التحكيم الدولي.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يقتصر على المسائل الموضوعية فقط حيث أن المادة (٣) جاءت بعيدة عن أي إطار محدد قد يقيدها وبالتالي فلا مجال لتحديد انطباقها و بالتالي مجال انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل حق المستثمر في إدارة القضايا ورفع الدعاوى المتعلقة بالاستثمار حيث أن ذلك يعد من الأنشطة المرتبطة بالاستثمار والتي ينصرف إليها شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن قاعدة "ذات الفئة" أو "ذات النوع" ليس من شأنها أن تقيد من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن الأرجنتين من خلال مراجعة الاتفاقيات التي وقعتها ليس هناك ما يدل على وجود سياسة أو نظام عام/ سياسة موحدة للأرجنتين فيما يتعلق ببنود تسوية

Investment Treaties, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 167-168 (2007).

(256) Id.

(257) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 21-29 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

المنازعات، وبالتالي فإن الهدف من شرط الدولة الأولى بالرعاية هو منع التمييز بين المستثمرين بسبب انتمائهم إلى دول مختلفة وبالتالي الانسجام بين الشروط المتطلبة من هؤلاء المستثمرين بحيث لا يكون هناك أي تفرقة بينهم[٢٥٨].

- إن قضية مافيزيني والاعتبارات الخاصة بها تنطبق أيضاً على هذه الدعوى نظراً لتشابه بنود تسوية المنازعات وعدم وجود اختلافات جوهرية بين الاتفاقيتين.
- إن القيود التي وردت في قضية مافيزيني غير متوافرة في هذه الدعوى و التي من شأنها عدم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الاجرائية.
- إن الحرص على اللجوء إلى المحاكم الوطنية كشرط مسبق للجوء إلى التحكيم الدولي مع العلم بأن النزاع يستحيل أن يتم الفصل فيه في ١٨ شهراً يؤكد على أن دفع الأرجنتين الخاص بهذه المسألة لا يراد به إلا تعطيل الإجراءات واعاقة المستثمر عن الحصول على العدالة الواجبة. كما أن المستثمر أكد على أن القضاء الدولي دأب على النظر إلى الفترات الزمنية التي يشترط فيها اللجوء إلى المحاكم الوطنية أنه ليس من شأنه حرمان القضاء الدولي من اختصاصه، كما أن موجبات حسن النية تتطلب تفسير النصوص بشكل يؤدي إلى إعطاء المستثمر فرصته في اللجوء إلى التحكيم الدولي[٢٥٩].
- استحالة الحصول على حكم من القضاء الأرجنتيني في هذا النزاع في مدة ١٨ شهراً فقط وبالتالي فهذا شرط إجرائي لكن لا يتعلق باختصاص الهيئة[٢٦٠].

ولذلك قام المستثمر باللجوء إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية ليمتد إلى بنود تسوية المنازعات في اتفاقية الأرجنتين وتشيلي والتي لا تحتوي على شرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية.

---

(258) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 21-29 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(259) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 21-29 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(260) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 21-29 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

اما الدولة مستضيفة الاستثمار فقد قامت بالرد بالدفوع الاتية:

الردود والدفوع الخاصة بالأرجنتين:

- إن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى نصوص أخرى في اتفاقية أخرى لا يمكن أن يتحدد بصفة تلقائية أو مسبقة وإنما يتحدد هذا الأمر حسب نية الأطراف وابقائهم على ذلك في كل حالة على حدة[٢٦١].
- إن السابقة الموجودة في قضية مافيزيني ليست منطبقة هنا في هذه الدعوى والتي يجب أن تخضع لتفسير خاص من جانب الهيئة حيث أن صياغة بند تسوية المنازعات في هذه الاتفاقية يختلف اختلافاً جوهرياً عن بند تسوية المنازعات الوارد في اتفاقية الأرجنتين وأسبانيا.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يقتصر على الاستثمار والتعامل مع الاستثمار ولا يمتد إلى أصحاب الاستثمار كما لا يشمل بنود تسوية المنازعات.
- من خلال تعريف "الأنشطة" فإن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية يتحدد بالأنشطة ولا تعد أنشطة بنود تسوية المنازعات، كما أن مصطلح "أنشطة" يعني مجموعة العمليات التجارية المتعلقة بالاستثمار ولا يمكن أن تشمل تسوية المنازعات.
- من خلال مراجعة المسائل التي تعالجها المادة (٣) (١) و(٢) من الاتفاقية، يتبين أنها تتعلق بالمعاملة الوطنية ولما كان اللجوء إلى التحكيم الدولي أمر غير عادي واستثنائي ويتعلق بالاستثمار الأجنبي، بالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن أن يمتد إلى بنود تسوية المنازعات.
- اعتمدت الأرجنتين على سياق المعاهدة في أنها تؤكد على أن الاتفاق على اللجوء للتحكيم هو اتفاق منفصل عن البنود الموضوعية وأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى النصوص الموضوعية فقط.
- أن قاعدة "ذات النوع" تمنع امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الأمور الإجرائية.
- استعانت الأرجنتين بسوابق محكمة العدل الدولية سواء في قضايا شركة النفط البريطانية الإيرانية والمواطنين الأمريكيين في المغرب، حيث عارضت محكمة العدل الدولية امتداد مزايا شرط الدولة الأولى بالرعاية على الأمور المتعلقة بالاختصاص

(261) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 10-17 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

والولاية وأن تطور قواعد القانون الدولي تشير إلى اتجاه القضاء الدولي نحو عدم مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى هذه المسائل(٢٦٢).

- إن ممارسات الدول في هذه المسألة تتعلق بأنه في حالة اتجاه إرادة الطرفين إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات، فإن الأطراف يقوموا بالكشف عن إرادتهم صراحة مثل ما حدث في اتفاقية الأرجنتين وكوريا(٢٦٣).
- كما أضافت الأرجنتين أن بنود تسوية المنازعات الموجودة في اتفاقياتها مع ألمانيا يختلف عن بند تسوية المنازعات الموجود في النموذج الألماني للاتفاقيات الثنائية بما يؤكد على اتجاه إرادة الطرفين إلى هذه البنود بالذات وبالتالي فلا يمكن مد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود أخرى في اتفاقيات أخرى لم يتم التفاوض عليها بين الأرجنتين وألمانيا.
- إن شرط ١٨ شهر يعد صورة معاصرة لشرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية، حيث يعطي الفرصة لشركة سيمنز (المحتكمة) في أن تستخدم هذه الوسيلة لمدة ١٨ شهراً قبل أن تتحقق مسئولية دولة الأرجنتين أمام القضاء الدولي. وأن لجوء المستثمر مباشرة إلى التحكيم الدولي يعد تنازلاً ضمنياً عن هذا الشرط الذي يعد من شروط القانون الدولي العرفي وهو ما عارضته محكمة العدل الدولية في قضية EIST(٢٦٤).

(262) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 10-17 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(263) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 10-17 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(264) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 17-18 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf

The Tribunal concurs with the Respondent…that the Contracting Parties had intended through [Article] 10 (2) to give the local tribunals an opportunity to decide a dispute first before it would be submitted to an international arbitration. However, this does not mean that this provision requires the exhaustion of local remedies as this rule has understood under international law. Article 10 (2) does not require a prior final decision of the courts of the

- إن اعتبارات السيادة تشترط ضرورة تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية بشكل ضيق.
- أن الأرجنتين اشترطت اللجوء للمحاكم الوطنية كجزء من موافقتها على اللجوء إلى التحكيم الدولي لاعتبارات سياسية واقتصادية.
- ليس كافياً أن يقوم المستثمر بالاحتجاج بأن الشرط الإجرائي مكلف أو ليس له فائدة فيقوم باستدعاء بند في اتفاقية أخرى لا يتضمن نفس هذا الشرط.
- أن الاستغناء عن الشرط الإجرائي يعني عدم إعطاء النص أي فاعلية وهو ما يصطدم بقواعد التفسير وفقاً لاتفاقية فيينا[٢٦٥].

تحليل الهيئة لدفوع الطرفين وشرط الدولة الاولي بالرعاية:-

لن نستطيع أن نستطرد في تحليل هيئة التحكيم الموسع حيث تناول أمور عديدة، إلا أن الهدف من هذا الجزء هو التعرض لتحليل الهيئة لشرط الدولة الأولى بالرعاية ومدى امتداده إلى الحقوق الإجرائية. **وفيما يلي تحليل هيئة التحكيم علي النحو التالي:**

- إن تفسير المعاهدة يجب أن يكون في إطار الهدف والغرض من الاتفاقية وهو تشجيع وحماية الاستثمار[٢٦٦].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقية ألمانيا– الأرجنتين الثنائية جاء في المواد (٣) (١) و(٣) (٢) و(٤) (٤) وبالتالي فإن الاستثناءات الواردة على شرط الدولة الأولى بالرعاية واردة في المواد (٣) (٣) و(٣) (٤) بالإضافة إلى البروتوكول الذي يعرف الأنشطة بأنها تتعلق بإدارة استخدام والانتفاع بالاستثمار.

Respondent. It does not even require a prior decision of a court at any level. It simply requires the passing of time or the persistence of the dispute after a decision by a court. Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 41-42 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(265) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 10-21 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(266) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 29-45 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- أن المصطلحين "معاملة" و"الأنشطة" جاءاً كمصطلحات عامة وبالتالي لا يمكن تحديدها وما يؤكد ذلك أن الأطراف اتفقت على استثناءات على هذا الشرط بما يعني أن المصطلحين جاءا بشكل عام وبالتالي لا يمكن تقييدها بدون نص صريح في الاتفاقية. إن القراءة والتفسير العادي لهذه المصطلحات لا يمكن أن يقتصر على المعاملات ذات الطبيعة الاقتصادية أو التجارية كما تزعم دولة الأرجنتين.
- في العلاقة بين المادة (٣) والمادة (٤) (٤)، فإن الهيئة رفضت القول بأن المادة (٤) (٤) تحدد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية بل على العكس هي تؤكد على اهتمام الأطراف ببعض المسائل التي وجدت ضرورة إفراغها في بندين مختلفين.
- إن محكمة العدل الدولية لم تعترض على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الأمور التي تتعلق بمسائل الاختصاص والولاية القضائية.
- رغم اعتراف وإقرار الهيئة بأن صياغة اتفاقية أسبانيا والأرجنتين الثنائية لشرط الدولة الاولي بالرعاية فيما يتعلق بدعوى ما فيزيني يعد أوسع حيث نصت على نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية ليشمل "كافة الأمور التي تعالجها الاتفاقية" إلا أن الصيغة المستخدمة في اتفاقية الأرجنتين– ألمانيا والتي تحمل مصطلح "المعاملة" و"الأنشطة" المتعلقة بالاستثمارات وكلاهما مصطلحين أضيق من المصطلحين المستخدمين في الاتفاقية الخاصة بمافيزيني فان ذلك يظل كافياً لامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات.
- إن شرط مضي ١٨ شهراً ليس تطبيقاً لقاعدة دولية وهي استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية حيث لم يشترط الاتفاقية صدور قرارنهائي من المحكمة بالأرجنتين، وإنما الشرط هو مضي فترة من الزمن بدون حل هذا النزاع فقط، فإذا كان الأمر صدر فيه حكم وتم الطعن عليه، فلا يزال الشرط في هذه الحالة غير فادر على منع الأطراف من اللجوء إلى التحكيم. ولذلك فإن المادة (١٠) (٢) والتي اشترطت مضي مدة ١٨ شهراً ليست تطبيق لقاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية وبالتالي فإن التنازل الضمني عن شرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية ليس له محل في هذه الدعوى[٢٦٧].

[267] Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 29-45 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

- إن ممارسات الأرجنتين فيما يتعلق بالاتفاقيات الثنائية لا يدعم وجود سياسة موحدة للأرجنتين في تطلب شرط مضي ١٨ شهراً حيث أن هذا الشرط لم يكن موجوداً في اتفاقيات أخرى وقعت عليها الأرجنتين في وقت معاصر أو قريب من توقيعها على الاتفاقية مع ألمانيا بما يعكس أن هذا الأمر لا يتعلق بسياسة اقتصادية هامة للأرجنتين[٢٦٨].

لذلك ففي ضوء هذه الحجج، توصلت الهيئة إلى أنها مختصة بنظر النزاع والدعوى التي رفعتها سيمنز على دولة الأرجنتين[٢٦٩].

قضية الغاز الطبيعي ضد الارجنتين Gas Natural SDG SA v. The Argentine Republic

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن شركة جاز ناتشرل هي شركة مؤسسة وفقاً للقانون الأسباني، وبعد دخول اتفاقية الاستثمار الثنائي بين الأرجنتين وأسبانيا حيز النفاذ، شاركت هذه الشركة في مناقصة دعت اليها الأرجنتين من أجل خصخصة بعض الشركات المملوكة للدولة. وقد شاركت هذه الشركة في كونسرتيوم قام بشراء ٧٠% من أسهم شركة جاز ناتشرل بان وهي شركة حكومية مؤسسة وفقاً للأرجنتين تقوم بإنتاج وتوزيع الغاز الطبيعي للإقليم الشمالي من مقاطعة بيونس ايرس. وقد ذكر المحتكم أنه استثمر حوالي ١٣٦ مليون دولار في شراء الأسهم في هذه الشركة[٢٧٠].

وبتاريخ ديسمبر ٢٠٠١، واجهت الأرجنتين أزمة كبيرة بعدم استطاعتها الحصول على تحويلات أجنبية تساعد على استقرار سعر الصرف بين العملة المحلية والدولار مما أدى إلى أن يصبح تعويم العملة المحلية أمرا لا مفر منه. وصدر في نفس الشهر ديسمبر ٢٠٠١، مجموعة قرارات استهدف بها منع التحويل للعملة الأجنبية خارج الأرجنتين. مما أصاب المستثمر (المحتكم) بالضرر لأنه قام بوضع استثماراته في الأرجنتين بناء على وجود قوانين تسمح بتحويل العملة المحلية إلى الدولار الأمريكي وهو

---

(268) Id.

(269) Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 76 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)

(270) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 7-11 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

ما تغير الآن بعد صدور مجموعة القرارات التي تستهدف الحد من التمويل إلى الدولار[٢٧١].

كما أن الحكومة الأرجنينية كانت قد منعت أي تعديل لتعريفة بيع الغاز الطبيعي رغم أنه كان في السابق حدث تعديل لسعر الغاز الطبيعي مرتين في السنة الواحدة حسب مؤشر في الولايات المتحدة الأمريكية.

وفي ضوء كل ذلك، فإن المحتكم أكد على هبوط قيمة أسهمه في هذه الشركات بـ٧٠% وتدني سعر السهم بشكل كبير[٢٧٢]. مما دفع المحتكم إلى طلب التحكيم في ٧ أبريل ٢٠٠١ بإرسال اخطار إلى المركز الدولي لتسوية المنازعات الأكسيد. وتم تشكيل هيئة التحكيم وبدء إجراءات التحكيم.

وتعد هذه القضية هامة في أن الهيئة أكدت على أن بنود تسوية المنازعات تعتبر ضرورية لحماية الاستثمار الأجنبي. حيث أوضحت أنه في غياب نص صريح فيجب دائماً مد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات ما لم ينص الأطراف على وسيلة أخرى لتسوية المنازعات[٢٧٣].

وقد دفعت الارجنتين في هذه الدعوى بالتفرقة بين الحقوق الاجرائية والحقوق الموضوعية للمستثمر وأن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية يقتصر فقط على الحقوق الموضوعية وليس بنود تسوية المنازعات التي تعد حقوق إجرائية.

وقد ردت الهيئة على ذلك بأن اشتراط لجوء المستثمر إلى المحاكم الوطنية وفوات مدة ١٨ شهر يعد معاملة أقل تمييزاً للمستثمر عن اللجوء للتحكيم الدولي مباشرة بعد انتهاء فترة المفاوضات[٢٧٤].

---

(271) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 8-9 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(272) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 7-11 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(273) Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 169 (2007).

(274) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 38-39 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).

كما أكدت الهيئة أن نصوص تسوية المنازعات تدخل ضمن الحماية المقررة للمستثمر الأجنبي وذلك من خلال استقراء تاريخ مفاوضات الأكسيد والاتفاقيات الثنائية فإن اللجوء الي التحكيم الدولي يعد من أركان حماية المستثمر الأجنبي والاستثمار الأجنبي المباشر[٢٧٥].

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

<u>الدفوع الخاصة بالمستثمر:</u>

- أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات في الاتفاقية الثنائية بين الولايات المتحدة والأرجنتين والتي لا تحتوي على شرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية[٢٧٦].
- وقعت الأرجنتين أكثر من ٥٠ اتفاقية ثنائية، و١٠ اتفاقيات فقط منهم هن التي تحتوي على شرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية.
- إن معظم الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الأرجنتين لا تحتوي على شرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية بما يعني عدم وجود سياسة عامة للارجنتين بشأن تطلب هذا الشرط.
- إن اللجوء إلى التحكيم الدولي وبنود تسوية المنازعات يعد من العناصر الرئيسية من عناصر حماية الاستثمار الأجنبي وبالتالي فالمستثمر الأسباني بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية يجب ان يتمتع بكافة الحمايات المقررة في الاتفاقيات الثنائية الأخرى ومنها اللجوء إلى التحكيم الدولي[٢٧٧].
- عدم التزام المستثمر بشرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية المنصوص عليه في المادة (١٠) من الاتفاقية بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية.

---

(275) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 39 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).

(276) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 18 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(277) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 18 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

الردود الخاصة بالدولة:-

- إن الأرجنتين لم تعط أو تصدر موافقتها على تحكيم الأكسيد وفقاً للمادة (٢٥) من اتفاقية الأكسيد نظراً لأن موافقتها معلقة على شرط وهو سبق لجوء المستثمر إلى القضاء الوطني وفقاً للمادة (١٠) من اتفاقية أسبانيا– الأرجنتين[٢٧٨].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يقتصر في امتداد آثاره إلى البنود الموضوعية وليس البنود الإجرائية التي تتضمن تسوية المنازعات.
- إن شرط ١٨ شهراً يعد تطبيقاً لشرط استنفاد وسائل التقاضي الداخلية والتي لا يمكن الالتفاف عنها عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن إجبار الأرجنتين على أن تدخل في إجراءات تحكيم ضد مستثمر أسباني على خلاف موافقتها المبينة في الاتفاقية يعد أمراً مخالفاً للنظام العام في الأرجنتين[٢٧٩].
- إن قبول الأرجنتين للتحكيم محدد وتم تعريفه في المادة (١٠) من الاتفاقية[٢٨٠].
- لا يمكن التعويل على اتفاقيات أخرى تعطي المستثمر الأسباني حقوقاً أكبر فيما يتعلق بتسوية المنازعات غير تلك المنصوص عليها في اتفاقية الأرجنتين– أسبانيا[٢٨١].
- اعتمدت الأرجنتين على موقف أسبانيا في دعوى مافيزيني وهو نفس موقف الأرجنتين بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى البنود الموضوعية فقط دون الإجرائية، فقد قامت الارجنتين بالاستناد إلى موقف اسبانيا التي عبرت عنه في دعوى مافيزيني لتؤكد على نية الأطراف المشتركة حيال هذا الأمر والتي تعد نية واحدة وهي امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي البنود الموضوعية فقط[٢٨٢].

---

(278) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 12 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(279) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 17-18 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(280) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 14 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(281) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 17 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(282) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 28 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

تحليل الهيئة لدفوع الطرفين وشرط الدولة الاولي بالرعاية:-

- قامت الهيئة في معرض إظهار دفوع الطرفين بتوضيح أن المسألة القانونية هي هل بنود تسوية المنازعات في الاتفاقيات الثنائية تشكل واحداً من حزمة الحمايات التي تمنح للمستثمر الأجنبي بواسطة الدول مضيفة الاستثمار أم لا؟
- قامت الهيئة بالنظر إلى تاريخ نشأة الأكسيد وكذلك العدد الكبير من الاتفاقيات الثنائية والتي كانت تستهدف تحرير المستثمر الأجنبي من البطء وعوامل السياسة التي قد تؤثر على التقاضي الوطني. لذلك فإن التحكيم الدولي هو الحل للمستثمر والدولة وسواء كان التحكيم الدولي أمام الأكسيد، اليونسترال أو أي اتفاقيات أخرى، فإن هذه البنود تتعلق بشكل كبير بالنظام الخاص بحماية المستثمرين أو الاستثمار الأجنبي المباشر[٢٨٣].
- أن حجة الأرجنتين الخاصة بالنظام العام غير مقنعة نظراً لتوقيع الأرجنتين على عدة اتفاقيات لا تتضمن هذا الشرط.
- إن المادة (٢٦) من الأكسيد تنص على إمكانية أن تطلب الأرجنتين استنفاد وسائل التقاضي الداخلية قبل اللجوء إلى التحكيم إلا أن الأرجنتين لم تشترط ذلك لأن مدة ١٨ شهراً ليست مقترنة بوجوب صدور حكم من القضاء الوطني[٢٨٤].
- استعانت الهيئة بكل من الأحكام الصادرة في دعوى مافيزيني وسيمنز لتؤكد على أن التسبيب في هذا الحكم يتفق مع الحكمين السابقتين المنوه عنهما.
- إن الهيئة مقتنعة أنه رغم اختلاف السوابق القضائية فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ويشمل بنود تسوية المنازعات[٢٨٥].

وبناء عليه فقد رفضت الهيئة دفوع الأرجنتين بعدم الاختصاص ودعت الطرفين إلى تقديم مذكراتهم في الموضوع[٢٨٦].

---

(283) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 18-19 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(284) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 20 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(285) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 29 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

قضية روزاينفست ضد روسيا RosInvest CO UK LTD v. The Russian Federation

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن شركة انجليزية تدعي "روزانيفست" قامت بشراء عدد من الأسهم (٧ ملايين الأسهم) في قضية روسية تدعي "يوكوس" عام ٢٠٠٤. وخلال الفترة الزمنية من ديسمبر ٢٠٠٤ وحتى أغسطس ٢٠٠٧، قامت الحكومة الروسية من خلال مصلحة الضرائب باتخاذ عدة إجراءات ضد الشركة ناتجة عن مطالبات ضريبية ترجع إلى عام ٢٠٠٠ . وتتمثل هذه الإجراءات في قيام الحكومة الروسية في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٤ بعرض أسهم شركة يوكوس في المصنع الرئيسي "يوجان كينجاز" للبيع وتم بيعها إلى شركة تدي بي اف جي وهي شركة مملوكة للحكومة الروسية[٢٨٧].

وتلى ذلك عدة إجراءات أخرى تمثلت في الحجز على أصول شركة يوكوس وإجبارها على التصفية بجانب بيع بعض أصولها في مزاد وقد اتضح بعد ذلك قيام شركة روزنفط المملوكة للدولة الروسية بالحصول على معظم أصول شركة يوكوس[٢٨٨].

وقد وجدت المدعية/ المحتكمة في هذا النزاع أن شرط التحكيم يقتصر على نوع معين من النزاعات حيث نصت المادة (٨) من هذه الاتفاقية على أن التحكيم ينظر فقط في مبلغ التعويض أو أي أمور أخرى تعد نتيجة للمصادرة[٢٨٩].

وقد استندت المحتكمة إلى المادة (٣) وهي شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقية الثنائية بين إنجلترا وروسيا في مد نطاق الشرط والحماية للمستثمر الإنجليزي إلى شرط

---

(286) Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005), P. 31 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)

(287) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Final Award (September 12 2010), P. 11-14 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf)

(288) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 16 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

(289) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 39-40 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011)

التحكيم الوارد في الاتفاقية الثنائية بين الدانمارك وروسيا وقد رفضت روسيا ذلك واعتبرت أن ذلك بمثابة اجبار روسيا على قبول شرط تحكيم أخر(٢٩٠).

وقد ذهبت الهيئة إلى رفض موقف روسيا باعتبار أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يقوم بتوسعة الحماية المقررة للاستثمار عن طريق استدعاء حمايات أخرى في اتفاقية أخرى وبالتالي فإن هذا الشرط يمتد ليشمل حقوق موضوعية وأيضاً حقوق إجرائية.

وبالتالي فإذا كان هناك شروط تحكيمية أفضل واردة في اتفاقية أخرى، ففي هذه الحالة يمتد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى "المستثمر" كما أسست الهيئة حكمها على أن المادة (٧) من نفس الاتفاقية حددت عدة استثناءات من شرط الدولة الأولى بالرعاية مثل الاتحاد الجمركي أو اتفاقيات متعلقة بالضرائب وبالتالي فعدم النص صراحة على بنود تسوية المنازعات ضمن قائمة الاستثناءات يعد بمثابة قبول من الطرفين لامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى التحكيم.

لذلك قامت الشركة الإنجليزية بتاريخ ٢٨ أكتوبر ٢٠٠٥ بإرسال إخطار التحكيم إلى معهد التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم لتبدأ إجراءات التحكيم ضد الحكومة الروسية(٢٩١).

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

<u>الدفوع المقدمة من المستثمر</u>:-

- إن الهيئة مختصة بنظر النزاع بموجب المادة (٨) من اتفاقية روسيا– المملكة المتحدة وأيضاً المادة (٨) من اتفاقية الدنمارك– روسيا بموجب استدعاء بنود تسوية المنازعات بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية(٢٩٢).

(290) Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis, 39-40 (University of Oslo– Faculty of Law) (2011)

(291) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Final Award (September 12 2010), P. 11-14 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf)

(292) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 62-69 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- إن الاتحاد السوفيتي قد تفاوض على اتفاقيات ثنائية أعطت هيئة التحكيم اختصاص واسع وذلك في الفترة ما بين ١٩٨٦– ١٩٩١، كما أن الاتحاد السوفيتي كان يتجه نحو فتح السوق والتحول إلى اقتصاديات السوق هذا بخلاف التاريخ الطويل للاتحاد السوفيتي في اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية المنازعات.
- إن هذا النزاع إذا لم يدخل في نطاق بنود تسوية المنازعات في اتفاقية روسيا المملكة المتحدة، فانه يدخل ضمن نطاق اتفاقية الدنمارك و روسيا و التي تضم بند تسوية منازعات واسع يشمل هذا النزاع. كما أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يؤكد على عدم تمتع المستثمر بمعاملة أقل تمييزاً عن المستثمرين الآخرين، وبالتالي فإن استبعاد هذا النزاع من دائرة التحكيم الدولي يعد معاملة أقل تمييزاً للمستثمر الانجليزي.
- إن بنود تسوية المنازعات جزء لا يتجزأ من حماية المستثمر الأجنبي.
- توافر شروط تطبيق مبدأ "ذات الفئة" على النزاع الماثل.
- إن هدف وغرض الاتفاقية كما أن نصوص شرط الدولة الأولى بالرعاية يتم تفسيرها وفقاً للمعنى العادي والطبيعي للألفاظ يؤكد على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات.
- إن ممارسة المملكة المتحدة المتسقة تدل على استدعاء بنود تسوية المنازعات بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية كما أن الاتحاد السوفيتي كان على علم بانتشار شرط الدولة الأولى بالرعاية وأهميته في عدم التمييز بين مستثمري الدول الأخرى بما يحافظ على المساواة في السيادة فيما يتعلق بمعاملة الدول الأخرى.
- أن الاتفاقية الثنائية بين روسيا والمملكة المتحدة ليست مستند جامد وإنما تخضع لتفسيرات تأخذ في اعتبارها التطورات المختلفة أي أن المستثمر يريد تطبيق مبدأ المعاصرة في تفسير نصوص المعاهدة الثنائية لأنها معاهدات تتطور مع الوقت لكي تخلق علاقات اقتصادية وثيقة بين الدول الأعضاء فيها[٢٩٣].

<u>الدفوع الخاصة بالدولة:-</u>

- إن هيئة التحكيم ليست مختصة بنظر النزاع لأن المادة (٨) من اتفاقية المملكة المتحدة و روسيا لا تعطيها الحق في تحديد ما إذا كان هناك مصادرة أم لا. كما أن

(293) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 62-69 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

الهيئة ليست مختصة حتى مع النظر إلى هذه المادة (٨) إلى جانب المادة (٣) من الاتفاقية الثنائية[٢٩٤].

- إن الحكم الصادر في قضية بيرشادير يجب الاعتماد عليه لأن الهيئة اعتمدت في الحكم علي مسألة اختصاصها على اتفاقية بلجيكا/ لوكسمبورج ضد روسيا والتي تتشابه فيه لغة النصوص مع النصوص الوارد في اتفاقية روسيا– المملكة المتحدة البريطانية.
- رفضت روسيا مبدأ المعاصرة في تفسير النصوص الواردة في الاتفاقية الثنائية حيث أكدت على أن النصوص يجب تفسيرها في ضوء الوقت والظروف التي وقع فيها الطرفان هذه الاتفاقية لأن النصوص محل التساؤل ليس خاضعة للتطور الذي يستدعي تطبيق مبدأ المعاصرة.
- إن نطاق شروط الدولة الأولى بالرعاية الواردة في الاتفاقية يمتد إلى النصوص الموضوعية فقط نظراً لان استخدام مصطلحات مثل "استخدام" "إدارة" "الصيانة" و"التصرف" يؤدي إلى القول بأن مجال الشرط هو النصوص الموضوعية فقط.
- عدم جواز الاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية لكي تمد نطاق التحكيم إلى بنود أخرى في اتفاقيات أخرى لأن ذلك يتعارض مع النظام العام السوفيتي في ذلك الوقت والذي كان يرفض اخضاع أي عمل من أعمال السيادة الروسية إلى المحاكم الدولية أو التحكيم الدولي.
- إن مبدأ "ذات النوع" أيضاً لا يساعد على استدعاء نصوص تسوية منازعات من اتفاقية أخرى، حيث أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يقتصر على النصوص الموضوعية فقط[٢٩٥].

تحليل الهيئة:–

وقد تصدت الهيئة للسؤال المتعلق بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية في المادة (٣) في اتفاقية بريطانيا– روسيا إلى بنود اتفاقية الدنمارك– روسيا. حيث أن المحتكم

(294) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 62-69 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

(295) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 55-62 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

طلب استدعاء نص المادة (٨) من اتفاقية الدنمارك– روسيا والتي تجيز للتحكيم الدولي النظر في مصادرة الاستثمار. **وقد قامت الهيئة بتوضيح التحليل القانوني الآتي:-**

- إن تفسير الهيئة لنص المادة (٨) يؤكد أن نطاق هذا البند واسع ويشمل أي نزاع يتعلق بالاستثمار وهو ما يشمل بطبيعة الحال النزاع الماثل أمام الهيئة[٢٩٦].
- وقد التفتت بعد ذلك الهيئة لتفسير الفقرة الأولى والثانية من المادة (٣) وهي التي تنطوي على شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن الإشكالية المتعلقة بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي الحقوق الإجرائية تثور في معرض الفقرة الثانية من المادة (٣) حيث أن الهيئة غير مختصة بنظر النزاع وفقاً للمادة (٣) الفقرة الأولى.
- إن الفقرة الثانية من المادة (٣) تتحدث عن المستثمر ولا شك أن المصادرة تعتبر مساساً باستخدام وادارة الاستثمار وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية يصطدم بالمادة (٨) من اتفاقية روسيا المملكة المتحدة لكن ذلك يعد تطبيقاً للوضع الطبيعي لشرط الدولة الأولى بالرعاية.
- ليست هناك ما يبرر التفرقة بين الأمور الموضوعية والإجرائية حيث أن الهيئة لا ترى سبباً لهذه التفرقة فكلاهما يهدف إلى حماية المستثمر.
- إن الاستثناءات الواردة في المادة (٧) من الاتفاقية محددة ووصفت مجال الاستثمار في إطار الضرائب والاتفاقيات الجماعية ولم تشتمل المادة (٧) على أي استثناء يتعلق بالتحكيم وبالتالي فإن الأطراف لم تتجه إرادتهم الي استبعاد التحكيم من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية[٢٩٧].

ولذلك قررت الهيئة أنها مختصة بنظر النزاع بناء على بند المادة (٣) (٢) من اتفاقية بريطانيا وروسيا وذلك بناء علي المادة (٨) من اتفاقية الدنمارك روسيا[٢٩٨].

(296) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 77-84 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

(297) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 77-84 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

(298) RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007), P. 92 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

المبحث الثاني
الاتجاه المقيد من هذا نطاق المبدأ لكي لا يشمل الحقوق الإجرائية

استعرضنا في المبحث الأول الاتجاه الموسع الذى يقضى بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية للمستثمر إلا أن ذلك ليس الاتجاه الوحيد فهناك اتجاه أخر تتبعه بعض هيئات التحكيم الأخرى والذى رفض امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الحقوق الإجرائية للمستثمر. وهو ما يمثل الاتجاه المناقض للاتجاه الذي استعرضناه في المبحث الأول.

قضية وينترشال ضد الأرجنتين Wintershall Aktiengesellschaft vs. Argentine Republic:

تعد هذه القضية من أوائل الدعاوى التي أنكرت هيئة التحكيم فيها حق المستثمر في اللجوء إلى التحكيم الدولي بطريقة معجلة. وجاء هذا الحكم على خلاف المتوقع لأن المستثمر استند إلى حكم سيمنز وايضاً الاتفاقية الموقعة بين ألمانيا والأرجنتين[٢٩٩].

وتعمل شركة وينترشال في مجال البترول واتهمت الحكومة الأرجنتينية باتخاذ إجراءات كان لها تاثير سلبي على عمل الشركة التابعة للمستثمر الألماني داخل الأرجنتين بما منع حصول المستثمر على أرباحه عن أعمال الشركة التابعة، وأخلت الارجنتين بالحقوق التعاقدية والقانونية للشركات التابعة وكذلك مخالفة بعض الحقوق الموضوعية المنصوص عليها في الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا[٣٠٠].

وقد استند المستثمر الألماني إلى نفس الشرط الذي تم استخدامه من جانب سيمنز وهو شرط الدولة الأولى بالرعاية في الاتفاقية الموقعة بين الولايات المتحدة والأرجنتين والتي لا تستلزم اللجوء على المحاكم الوطنية قبل اللجوء على التحكيم.

ولقد حكمت الهيئة بعدم اختصاصها نظراً لأن المحتكمة كان عليها اللجوء إلى المحاكم الوطنية وتنفيذ الشرط الاجرائي المنصوص عليه في الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا. ولا يمكن للمستثمر أن يعتمد على البند الثالث (شرط الدولة الأولى بالرعاية) لكي يلتفت عن هذا الشرط الاجرائي[٣٠١].

---

(299) Elizabeth Whitsitt, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence*, 27 No. 4 J. Energy & Nat. Resources L. 527, 552-555 (2009).

(300) Id

(301) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 122 (available at

(ISSN: 2537 - 0758)

ولقد تعرضت هيئة التحكيم للمادة (١٠) والتي تتحدث عن الشرط المسبق باللجوء إلى المحاكم الوطنية حيث يتضح لإرادة الطرفين أنها اتجهت إلى انه على المستثمر أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية في دولة الأرجنتين وذلك خلال فترة ١٨ شهراً قبل اللجوء إلى تحكيم الأكسيد[٣٠٢].

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

الردود الخاصة بالمستثمر :-

- إن المستثمر الأجنبي يخضع للمادة (١٠) (٢) فقط في حالة إذا لم يقم باستدعاء بنود تسوية منازعات أخرى موجودة في اتفاقيات أخرى[٣٠٣].
- أن لجوء المستثمر إلى القضاء الوطني (الأرجنتين في هذه الحالة) سيؤدي إلى عدم الفعالية وعدم العدالة في الإجراءات وسيؤدي بطبيعة الحال إلى مخالفة الهدف والغرض من الاتفاقية.
- عدم استقلالية القضاء الأرجنتيني عند نظر نزاع فيه عنصر أجنبي كما هو الحال هنا كما أن النزاع دولي ولا يمكن للمحاكم والقضاء الأرجنتيني أن يفصل في نزاع كهذا في غضون ١٨ شهراً. وبالتالي فإن هذا الشرط يعد شرطاً تمييزاً ضد المستثمر الألماني.
- إن شرط ١٨ شهراً لا يعدو أن يكون شرط إجرائي يمكن الاستغناء عنه.
- يستحيل حصول المستثمر على حكم من القضاء الأرجنتيني في ١٨ شهراً فقط حيث أن هذه المدة غير كافية للحصول على حكم من محكمة أول درجة فقط[٣٠٤].

(http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(302) Elizabeth Whitsitt, *Application of Most-Favoured-Nation Clauses to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: An Assessment of the Jurisprudence*, 27 No. 4 J. Energy & Nat. Resources L. 527, 552-555 (2009).

(303) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 65-66 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(304) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 65-66 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

أما في المذكرات الختامية التي قدمها المستثمر لهيئة التحكيم فقد أكد المستثمر الألماني على الآتي:-

- إن المستثمر يؤكد على قبول الطرفين في الاتفاقية لتحكم الأكسيد، وبالتالي فإن الهدف من شرط الدولة الأولى بالرعاية هو تجاوز شرط ١٨ شهراً التي تعطي للقضاء الأرجنتيني كما هو موضح في الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا[٣٠٥].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يقوم باستدعاء تسوية منازعات غريبة على الطرفين، فكلا الطرفين قد قبلا تحكيم الأكسيد وبالتالي فلا مجال هنا للحديث عن النظام العام.
- إن اللجوء إلى التحكيم الدولي بواسطة المستثمر بعد مضي ١٨ شهراً متضمنة اللجوء إلى القضاء الوطني يعد معاملة أقل تمييزاً من لجوء المستثمر الأجنبي إلى التحكيم مباشرة، وبالتالي يجب امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات التي تشكل عنصراً هاماً من عناصر حماية الاستثمار الأجنبي.
- إن مراجعة المادة (٣) بما فيها من استثناءات تتعلق بالصحة العامة، والأمن العام تدل على أن بنود تسوية المنازعات لا تخرج عن نطاق المادة (٣) بالتالي يمتد شرط الدولة الأولى بالرعاية اليها.
- من استقراء السوابق القضائية التي ظهرت الأرجنتين فيها كمحتكم ضدها، يتبين أنه في أغلب هذه القضايا فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية قد امتد ليشمل بنود تسوية المنازعات وبالتالي استفاد المستثمرون الأجانب من اللجوء مباشرة إلى التحكيم الدولي.
- إن اللجوء إلى تحكيم الأكسيد الذي وافق عليه الطرفان يدخل ضمن الأنشطة التي تدخل في نطاق المعاملة التي يحصل عليها المستثمر أو الاستثمار، فتسوية المنازعات تتعلق مباشرة بمعاملة الاستثمار والأنشطة المتعلقة بالاستثمار.
- إن السابقة المتمثلة في قضية بلاما لا تنطبق على الحالة التي نحن بصددها في هذه الدعوى[٣٠٦].

(305) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 66 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

الردود الخاصة بالأرجنتين:

وباعتبار الأرجنتين الدولة المحتكم ضدها، فقد أثارت ستة اعتراضات على اختصاص هيئة التحكيم، كل هذه الاعتراضات تتعلق بعدم جواز امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود أخرى في اتفاقيات أخرى تستفيد منها الشركة المحتكمة، **وفيما يلي تفصيل هذه الاعتراضات على النحو التالي:**

- أن الشركة (المستثمر الأجنبي) كان عليه اللجوء إلى المحاكم المختصة كما حددتها المادة (١٠) (٢) من اتفاقية الاستثمار الثنائية[٣٠٧].
- لا يمكن للمستثمر الأجنبي أن يعتمد على شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليها في المادة (٣) من ذات الاتفاقية لكي يتجنب الالتزام بالشروط المنصوص عليها في المادة (١٠) (٢) من الاتفاقية.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في المادة (٣) لا يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات.
- إن التفسير الذي أخذ به المستثمر يتعارض مع مبدأ ذات الفئة/ النوع، فيما يتعلق بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن التفسير الذي أخذ به المستثمر يتعارض مع مبدأ تفسيري يتعلق بمبدأ the effect utile "التأثير الفعال" لبنود الاتفاقية، وقد تحدثت الأرجنتين عن الاتفاقيات المسبقة الموقعة والتي لم تتضمن هذا الشرط سواء من جانب ألمانيا والأرجنتين.
- إن السوابق القضائية تقطع بأنه لا يجوز للمستثمر الأجنبي أن يستخدم شرط الدولة الأولى بالرعاية لتسوية المنازعة[٣٠٨].

---

(306) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 94-95 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(307) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 22 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(308) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 22 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

وفي المذكرات الختامية، أكدت الأرجنتين على الآتي:

- لا يمكن التعويل على امنيات المستثمر الأجنبي في امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات وإلا يعد ذلك مخالفة لإرادة الأطراف التي وقعت على الاتفاقية الثنائية[٣٠٩].
- لا يمكن لشرط الدولة الأولى بالرعاية أن يستدعي بطريقة الإحالة بنود تسوية المنازعات سواء كلياً أو جزئياً الموجودة في اتفاقية أخرى إلا إذا كانت إرادة الطرفين قد ذهبت صراحة إلى ذلك.
- يجب تفسير بنود الاتفاقية وفقاً للمادة ٣١ من اتفاقية فيينا والتي تعطي فاعلية لكل البنود الواردة فيها، وبالتالي فإن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية سيجعل المادة (١٠) بدون أي فعالية أو تفسير.
- قدمت الأرجنتين العديد من الاتفاقيات التي وقعت عليها الأرجنتين في وقت معاصر لهذه الاتفاقية ولم يتضمن شرط ١٨ شهراً وكذلك اتفاقيات اخري وقعت عليها المانيا ولم تتضمن هذا الشرط وهو ما يؤكد أن كلاً من الأرجنتين وألمانيا لم يقصدا من شرط الدولة الأولى بالرعاية الاستغناء عن شرط ١٨ شهراً[٣١٠].

تحليل الهيئة لدفوع الطرفين وشرط الدولة الاولي بالرعاية:

وبعد تحليل كافة الدفوع والردود من الطرفين، فقد قامت هيئة التحكيم بالوصول إلى التحليل الآتي:-

أ/ إن الهيئة لا توافق على ما ذكره المستثمر الأجنبي أن كلاً من الأرجنتين والمستثمر قد وافقاً على تحكيم الأكسيد حيث أن تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل أي أمور تتعلق بالاختصاص للأسباب الآتية:-

- يتبين من قراءة دفوع المستثمر الأجنبي أنه يهدف من تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الوصول إلى تطبيق بنود تسوية المنازعات في الاتفاقية بين الأرجنتين وألمانيا[٣١١].

---

(309) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 64-65 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(310) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 64-65 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(311) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 96-100 (available

(ISSN: 2537 - 0758)

- إن اشتراط ١٨ شهر يعد شرط إجرائي مسبق من أجل القول بوجود قبول الدولة للجوء إلى تحكيم الأكسيد، حيث أن إيجاب الدولة (الأرجنتين) المتعلق بالتحكيم مرتبط بعدة شروط منها شرط ١٨ شهراً، وبالتالي فإن قيام المستثمر بالاستغناء عن هذا الشرط يؤدي إلى تغيير الايجاب الصادر من دولة الأرجنتين واستبداله بإيجاب آخر صادر من الأرجنتين في اتفاقية ثنائية أخرى[٣١٢].
- إن المبدأ العام في القانون الدولي أنه لا يجوز للقضاء الدولي أن ينظر في دعوى ضد دولة بدون موافقتها وذلك احتراماً لمبدأ السيادة والاستقلال التي يتمتع بها الدول، لذلك فإن موافقة الدولة علي التحكيم الدولي في إطار اتفاقية استثمار معينة وبالتالي فإن إعمال شرط الدولة الأولى بالرعاية يتضمن تغيير واستبدال موافقة الدولة بموافقتها الصادرة في إطاراتفاقية أخرى.
- إن تفسير المادة (٣) من الاتفاقية يرشدنا إلى أن الصياغة لم تشتمل على مصطلحات "كل الأمور" أو "كل المسائل" أو "كل العلاقات"، وبالتالي فإن استخدام هذا الشرط للاستغناء عن شرط الـ ١٨ شهراً لا يمكن أن يتحقق حيث أن شرط ١٨ شهراً يعد أمراً جوهرياً وشرطاً ضرورياً يتعلق بموافقة الأرجنتين على اللجوء إلى تحكيم الأكسيد.
- لا يمكن تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية ليشمل بنود تسوية المنازعات بناء على استخدام صيغة "كل الأمور" حيث أن ذلك لا يكفي. ولذلك فإن واضعي النموذج البريطاني في الاتفاقيات الثنائية قد نصوا صراحة على أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل أو ينطبق على بنود تسوية المنازعات.
- أن التفسير العادي الطبيعي للاستثمار بأن يتلقى معاملة أقل تمييزاً هي الحقوق الموضوعية فيما يتعلق بالاستثمار محل المعاملة وبالتالي فإن ذلك لا يشمل الاستغناء عن قيد إجرائي.

---

at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(312) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 98-100 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

- إن شرط ١٨ شهراً لا يعد شرط إجرائي فحسب وإنما هو شرط يتعلق بالاختصاص وبالتالي فإن استخدام شرط الدولة الأولى بالرعاية للاستغناء عن هذا الشرط لا يتحقق إلا بتفسير معقول للامتداد المشروع للحقوق والمزايا وهو يتحقق فقط في حالة اتجاه إرادة الطرفين بشكل واضح إلى ذلك. لذلك فإن الهيئة في دعوى مافيزيني وجدت صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل كافة الأمور والمسائل التي عالجتها الاتفاقية، إلا أن هذه الصياغة ليست موجودة في الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا(٣١٣).
- اعتماداً على الحكم في قضية مافيزيني، فإن أحد الاستثناءات على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية على بنود تسوية المنازعات يتحقق هنا حيث أن هدف امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية هو استدعاء نظام لتسوية المنازعات مختلف تماماً. حيث أن بند تسوية المنازعات في اتفاقية الأرجنتين– الولايات المتحدة لا يجعل الأكسيد الوسيلة الوحيدة دائماً فهناك أيضاً قواعد اليونسترال. كما أن هناك شرط الخيار النهائي أي أن اللجوء للقضاء الوطني يجعل المستثمر غير قادر على اللجوء للتحكيم الدولي كما أن نظام تسوية المنازعات في الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا لا ينص على الخيار النهائي.
- أن السوابق القضائية في التحكيم الاستثماري تدل على وجود اتجاهين متناقضين، فهناك اتجاه موسع وضعته الهيئة في قضية مافيزيني ينطلق من فرضية أن بنود تسوية المنازعات تدخل ضمن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- أما الاتجاه الثاني فهو اتجاه مضيق يعتمد على فرضية أن بنود تسوية المنازعات قد تم التفاوض عليها في اتفاقية معينة بالذات وبالتالي لا يمكن أن يتوسع فيها أو يتم تعديلها باستدعاء بنود تسوية منازعات أخرى من اتفاقيات ثنائية أخرى(٣١٤).

(313) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 106 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(314) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 109-115 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

وفي ضوء كل ذلك انتهت الهيئة إلى قبول دفوع الأرجنتين بعدم الاختصاص نظراً لعدم امتثال المحتكمة (المستثمر) للشروط الإجرائية المنصوص عليها في المادة ١٠ (٢) من اتفاقية الأرجنتين وألمانيا. وأن هيئة التحكيم غير مختصة بنظر هذه الدعوى[٣١٥].

قضية ساليني ضد الأردن Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A vs. The Hashemite Kingdon of Jordan:-

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن حكومة دولة الأردن قامت بدعوة عديد من الشركات للقيام بانشاء وبناء سد الكرامة، وقد قدم الشركتان الإيطاليتان ساليني كونستريتو وشركة ايطالسترااد أفضل عرض للظفر بهذه المناقصة العالمية في مايو ١٩٩٣، وقامت الشركتان بالتوقيع على هذا العقد بتاريخ ٤ نوفمبر ١٩٩٣ من جهة الشركتان اللتان شكلتا شراكة بينهما كمقاول ووزارة الري الأردنية كرب عمل، وتم الانتهاء من المشروع في أكتوبر ١٩٩٧ حسب شهادة المهندس المعين من الحكومة الأردنية[٣١٦].

وقد قدمت الشركتان ما يفيد أنهم يستحقان مبلغ ٢٨ مليون دولار بالإضافة إلى الفوائد ومصاريف التمويل إلى المهندس، إلا أن المهندس حدد أن الشركتين لهما الحق في الحصول على حوالي ٤٩ ألف دولار فقط.

وبالتالي قامت الشركتان بارسال العديد من المخاطبات كما تخلل ذلك اجتماع بين رئيس وزراء إيطاليا ورئيس وزراء الأردن، ولم تفلح هذه الاجتماعات بين كبار السياسيين في الدولتين في حل النزاع إلى أن قامت الشركتان بتاريخ ١٢ ديسمبر ٢٠٠١ بارسال خطاب إلى الحكومة الأردنية يؤكد فيه على أن عدم حل هذا النزاع إنما هو مخالفة من جانب الأردن لالتزاماتها وفقاً لاتفاقية الاستثمار الثنائية الموقعة بين إيطاليا والأردن وأنه

(315) Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008), P. 122 (available at (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

(316) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 4-6 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

في حالة عدم الوصول إلى تسوية ودية، فإن هذا النزاع سيحال إلى الأكسيد من أجل حل نهائي وفقاً للمادة (٩) (٣) (ب) من الاتفاقية الثنائية[٣١٧].

وبتاريخ ١٢ أغسطس ٢٠٠٢ استلم الأكسيد طلب اللجوء إلى التحكيم ضد حكومة دولة الأردن والمؤرخ ٨ أغسطس ٢٠٠٢ وبدأت إجراءات دعوى التحكيم بين الشركتين الإيطاليتين وحكومة الأردن[٣١٨].

وللإلتفات على ذلك الشرط المتعلق باللجوء الي المحاكم الوطنية او التحكيم الوطني، لجأ المستثمر الإيطالي الى الاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية والتي يمتد نطاقها الي بنود تسوية منازعات تسمح للمستثمر الأجنبي في منازعات المقاولات باللجوء إلى تحكيم الاكسيد.

ولقد رفضت الهيئة طلب المحتكمة على أساس أن شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في المادة (٣) من الاتفاقية الثنائية بين إيطاليا والأردن لا يحتوي على امتداد هذا الشرط إلى بنود تسوية المنازعات. كما أن المحتكمة فشلت في إثبات أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى بنود تسوية المنازعات وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف[٣١٩].

كذلك فإن الهيئة أكدت أن إرادة الطرفين المشتركة اتجهت وفقاً لصريح المادة (٩) (٢) من الاتفاقية إلى تسوية المنازعات من خلال بنود تسوية المنازعات المنصوص عليه في عقود الاستثمار الموقعة بين المستثمرين والجهات الأردنية المختلفة.

وقد استندت الهيئة إلى إرادة الدول الأطراف والموقعة على الاتفاقية هي التي تحدد طريقة تسوية المنازعات وبالتالي لم تعتمد الهيئة علي وجهة نظر المستثمر الأجنبي ورغبته في مد الحماية عن طريق شرط الدولة الأولى بالرعاية[٣٢٠].

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

---

(317) Id.
(318) Id.
(319) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)
(320) Id.

(ISSN: 2537 - 0758)

الدفوع الخاصة بالمستثمر:

- دفع المستثمر الإيطالي بأن المادة (٣) من اتفاقية إيطاليا والأردن تنص على منح المستثمر الإيطالي معاملة لا تقل أفضلية عن المعاملة التي يتلقاها أي مستثمر تابع لدولة ثالثة[٣٢١].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل الحقوق الإجرائية، كما هو موضح في دعوى مافيزيني ضد أسبانيا[٣٢٢].
- إن نص المادة (٩) من اتفاقية الأردن– الولايات المتحدة والمادة (٦) من اتفاقية الأردن والمملكة المتحدة تعطي المستثمرين الأمريكيين والأنجليز ببنود تسوية منازعات أفضل من المنصوص عليها في المادة (٩) من اتفاقية إيطاليا– الأردن.

وبموجبها يحق لهؤلاء المستثمرين اللجوء إلى تحكيم الأكسيد في منازعات عقود المقاولات الخاصة بهم[٣٢٣].

الردود الخاصة بالدولة:

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد الي الالتزامات الإجرائية، كما أن سابقة مافيزيني ليست ملزمة في هذه الدعوى[٣٢٤].

---

(321) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 34-35 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

(322) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 38 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

(323) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 35 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

(324) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 35-39 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

- إن قيود النظام العام تحد من انطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية حيث أن نية الأطراف واضحة وبالتالي لا يمكن تغييرها.
- إن كلاً من اتفاقية الأردن مع الولايات المتحدة أو المملكة المتحدة البريطانية لا يعطيان الحق للمستثمر بأن يعرض منازعاته التعاقدية على تحكيم الأكسيد.
- أن المستثمر لم يستطيع أن يثبت أي انتهاك لالتزامات دولة الأردن بموجب الاتفاقية الثنائية وأنه لا يمكن أن يستدعي بند تسوية منازعات أفضل له ويتجاهل أن بنود تسوية المنازعات في عقده مع وزارة الري الأردنية لا يتيح اللجوء إلى الأكسيد[٣٢٥].

تحليل الهيئة:-

- أفصحت الهيئة عن تخوفها من الآثار التي خلفها الحكم في دعوى مافيزيني حيث أن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية يجب ألا يخالف اعتبارات النظام العام والتي تعد شروط رئيسية لقبول الدولة للتحكيم وبالتالي فقد أشارت الهيئة إلى تخوف هيئة التحكيم في دعوى مافيزيني و تأكيدها علي ضرورة التفرقة بين الامتداد المشروع للحقوق والمزايا عن طريق إعمال الشرط من ناحية وفكرة التسوق بين المعاهدات التي تؤثر على الاعتبارات السياسية التي دفعت الدول لتوقيع هذه الاتفاقيات من ناحية أخرى[٣٢٦].
- إن الهيئة أيضاً لاحظت أن وقائع هذه الدعوى مختلفة حيث أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لم ينص صراحة على امتداده ليشمل بنود تسوية المنازعات، كما أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لم يشمل الحمايات الموجودة في اتفاقيات أخرى مثل الصياغات الموجودة في اتفاقيات أخرى مثل "كل الأمور" أو "كل المسائل" أو "كل الحقوق المنصوص عليها في هذه الاتفاقية"[٣٢٧].

---

(325) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 7 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

(326) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 39-40 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

(327) "The Tribunal observes that the circumstances of this case are different. Indeed, Article 3 of the BIT between Italy and Jordan does not include any

(ISSN: 2537 - 0758)

- أن المحتكم لم يقدم أي دليل على نية الأطراف المشتركة فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية وامتداده إلى بنود تسوية المنازعات، بل على العكس فإن المادة (٩) (٢) من الاتفاقية الثنائية استبعدت من اختصاص الأكسيد أي نزاعات بين المستثمر وجهاز من أجهزة الدولة حيث في هذه الحالة يجب تسوية هذا النزاع بالطرق المنصوص عليها في اتفاقيات الاستثمار.
- لم يشر المحتكمة أو يقدم ما يفيد أن إيطاليا والأردن اتجهت ممارستهم إلى ذلك (امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات)[٣٢٨].

وبالتالي انتهت هيئة التحكيم إلى أنها غير مختصة بنظر هذا النزاع لأنها بين مستثمر أجنبي وأحد أجهزة الدولة الأردنية وبالتالي كان يتعين الالتزام بالإجراءات المنصوص عليها في تعاقدهم وأن هيئة التحكيم غير مختصة بنظور هذا النزاع[٣٢٩].

قضية بلاما ضد بلغاريا:-

تتلخص وقائع الدعوى في أن شركة ترامل انفسمنت ليمتد قامت بشراء معظم أسهم شركة بلاما أي دي والتي تغير اسمها إلى نوفا بلاما أي دي وهي شركة بلغارية تملك

provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage "all rights or all matters covered by the agreement." Furthermore, the claimants have submitted nothing from which it might be established that the common intention of the Parties was to have the MFN clause apply to dispute settlement. Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 39 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

(328) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Award of the Tribunal (January 31 200), P. 39-40 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC1673_En.pdf)

(329) Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review - Foreign Investment Law Journal , P. 56 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)

وحدة تكرير بترول في بلغاريا وكذلك تملك محطة كهرباء لبيع الكهرباء إلى المحطة الوطنية(٣٣٠).

وزعم المحتكم أن الحكومة البلغارية قد خلقت عدة مشاكل للشركة وكذلك تأخرت في القيام بعدة إجراءات تصحيحية مما أدى على تكبد الشركة خسائر هامة تتعلق بأمور تشغيلها. وتشكل هذه الانتهاكات إخلالات بالتزامات بلغاريا وفقاً للمعاهدة الثنائية مع قبرص(٣٣١).

لذلك رفعت المحتكم هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض وذلك بإرسال اخطار تحكيم في ٢٤ ديسمبر ٢٠٠٢ ضد حكومة بلغاريا لدى الأكسيد وقد تشكلت هيئة التحكيم وبدأت الإجراءات. وقد لجأ المستثمر القرصي إلى تحكيم الأكسيد بناء على شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقية قبرص– بلغاريا لعام ١٩٨٧ وبموجبه استند المستثمر الأجنبي إلى بنود تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاقية بلغاريا فنلندا. حيث أن بند تسوية المنازعات في الاتفاقية بين بلغاريا وقبرص كان يقتصر على تحكيم الأكسيد في حالة تحديد التعويض بعد أن تقوم المحاكم البلغارية بالفصل في موضوع النزاع(٣٣٢).

وقد رفضت الهيئة طلب المستثمر الأجنبي حيث نظرت إلى تاريخ المفاوضات الخاصة بالاتفاقيات التي وقعتها بلغاريا وانتهت إلى أن بلغاريا كانت دائماً تحرص على إعطاء حمايات محدودة للمستثمر الأجنبي ببنود تسوية للمنازعات مقيدة(٣٣٣).

وبالتالي فإن بلغاريا أو أطراف الاتفاقية لم تتجه إرادتهم إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليشمل بنود تسوية المنازعات.

كما أن الاتفاق الخاص بالتحكيم يجب أن يكون واضح وصريح وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية ليس كافياً لكي يشمل هذا الاتفاق غلا إذا اتجهت على ذلك إرادة الطرفين بشكل واضح وصريح.

---

(330) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 7-9 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(331) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 7-9 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(332) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 7-9 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(333) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

وأوضحت الهيئة التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية حيث ذكرت أن بنود تسوية المنازعات يتم التفاوض عليها بشكل محدد وبالتالي فإن توسعة هذه البنود يضم بنود تسوية منازعات أخرى من اتفاقيات أخرى ثم التفاوض عليها في نطاق مختلف تماماً أمر لا يمكن قبوله وبالتالي لا يمكن لشرط الدولة الأولى بالرعاية أن يمتد نطاقه ليشمل هذه البنود(٣٣٤).

الدفوع الخاصة بالمستثمر:-

- إن بلغاريا قد وافقت على تحكيم الأكسيد وذلك من خلال شرط الدولة الأولى بالرعاية. حيث يمتد هذا الشرط ليشمل بنود تسوية المنازعات الأفضل والموجودة في الاتفاقيات الاستثمارية الأخرى التي وقعتها بلغاريا. وقد استعان المستثمر باتفاقية بلغاريا وفنلندا والتي تحتوي على بنود تسوية منازعات تتعلق باللجوء إلى تحكيم الأكسيد(٣٣٥).
- إن بلغاريا قد وافقت على تحكيم الأكسيد من خلال شرط الدولة الأولى بالرعاية، وأن الاعتبارات والاستثناءات المتعلقة بالسياسة لا تنطبق في هذه الحالة وليس من شأنها أن تقيد امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن المحتكم يعتبر مستثمر في إطار تعريف المستثمر وفقاً لاتفاقية بلغاريا– قبرص. كما أن الشرط ينطبق على كافة أوجه المعاملة وان المعاملة لا تقتصر على الأمور الموضوعية وإنما تشمل مسائل تسوية المنازعات.
- إن المعاملة الأكثر تفضيلاً الواردة في اتفاقية بلغاريا– قبرص تعطي المستثمر القبرصي الحق في أن يختار ما بين عدة وسائل لتسوية المنازعات(٣٣٦).

الردود الخاصة بالدور (بلغاريا):

قامت حكومة بلغاريا بالرد على تلك الدفوع بالآتي:

- إن بلغاريا لا توافق على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية ليضع أو يخلق قبولاً لبلغاريا لتحكيم الأكسيد(٣٣٧).

---

(334) Id.

(335) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 23-31 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(336) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 23-31 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

- إن المادة (٤) في التقرير النهائي لمواد الدولة الأولى بالرعاية الصادر من لجنة القانون الدولي تنص على أن شرط الدولة الأولى بالرعاية ينطبق فقط على "محتوي معين من العلاقات المتفق عليها". أو ما يعرف بقاعدة ذات الفئة.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن أن ينشئ اختصاص للهيئة بدون اتفاق صريح من الأطراف، كما أن مضمون ومحتوى شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يشمل بنود تسوية المنازعات[٣٣٨].
- لا يمكن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي مسائل تتعلق بالسياسة العامة كما هو موضح في بنود الاتفاقية.
- إن السكرتير العام للأكسيد قد سجل هذه الدعوى بموجب اتفاقية الطاقة ECT وليس الاتفاقية الثنائية بين بلغاريا وقبرص[٣٣٩].

تحليل هيئة التحكيم:-

- إن شرط الدولة الأولى الوارد في المادة (٣) (١) يقتصر على البنود الموضوعية نظراً لأن الفقرة الثانية من نفس المادة تنص على المزايا. وبالتالي فإن البنود الإجرائية يجب استبعادها من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية[٣٤٠].
- يجب عدم التوسع في تفسير بنود الاتفاقية تحت مظلة "سياق المعاهدة" نظراً لأنه في بعض الأحيان، يكون التركيز على هدف وغرض الاتفاقية يؤدي في بعض الأحيان إلى إلغاء أو تعديل نية الأطراف.
- باستقراء تاريخ المفاوضات اللاحقة بين الطرفين، حيث أن كلاً من قبرص وبلغاريا دخلا في مفاوضات ثنائية لتعديل الاتفاقية الثنائية وكان من ضمن البنود المراد تعديلها بنود تسوية المنازعات وبالتالي فهذا التعديل الذي لم يكتب له النجاح يؤكد

---

(337) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 15-16 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(338) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 15-16 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(339) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 23 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(340) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 59-76 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

على نية الطرفين لم تتجه إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات بداءة عند التوقيع علي الاتفاقية الثنائية.

- إن توقيت التفاوض على الاتفاقية تعكس حالة بلغاريا في هذا الوقت حيث كانت لا تزال تحت الحكم الاشتراكي والذي كان يضيق من الحمايات المقررة للاستثمار الأجنبي من خلال بنود تسوية منازعات مقيدة.
- إن التحكيم هو وسيلة مفضلة لدى المستثمرين لحل خلافاتها مع الدول لكن يشترط لوجود تحكيم مجموعة اشتراطات أولية وأهمها أن يكون شرط التحكيم واضح وليس فيه لبس أو غموض وبالطبع فإن الشك يثور حول شرط التحكيم وما اذا كان سيتم الوصول إليه بطريق الإحالة.
- يجب أن ينص شرط الدولة الأولى بالرعاية على امتداده الي بنود تسوية المنازعات بشكل صريح وواضح لا لبس فيه ولا يكفي في هذا الصدد مصطلح "كل الأمور" التي قد ترد في شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن بنود تسوية المنازعات يتم التفاوض عليها داخل الاتفاقية نفسها وليس هناك أي إشارة إلى إرادة الطرفين بأنها اتجهت إلى توسيع نطاق بنود تسوية المنازعات عن طريق استدعاء بنود تسوية منازعات من اتفاقيات أخرى.
- استقلالية شرط التحكيم وبالتالي فإن بنود تسوية المنازعات التي تم التفاوض عليها لا يمكن تغييرها في المستقبل ببنود أخرى[٣٤١].

(341) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 59-76 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf).
Nowadays, arbitration is the generally accepted avenue for resolving disputes between investors and states. Yet, that phenomenon does not take away the basic prerequisite for arbitration: an agreement of the parties to arbitrate. It is well established principle, both in domestic and international law, that such an agreement should be clear and unambiguous. In the framework of a BIT, the agreement to arbitrate is arrived at by the consent to arbitration that a state gives in advance in respect of investment disputes falling under the BIT, and the acceptance thereof by an investor if the later so desires. Doubts as to the parties' clear and unambiguous intention can arise if the agreement to arbitrate is to be reached by incorporation by reference. Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 63 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)
[D]ispute resolution provisions in a specific treaty have been negotiated with a view to resolving disputes under that treaty. Contracting States cannot be presumed to have agreed that those provisions can be enlarged by incorporating

- يثور إشكالية "المعاملة الأفضل" عند استدعاء بنود تسوية المنازعات فهل اللجوء إلى تحكيم الأكسيد أفضل من اللجوء إلى اليونسترال؟ كيف سنجيب على هذه الأسئلة.
- إن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات لا يؤدي إلى تجانس القانون الدولي وإنما سيجعل الدولة مضيفة الاستثمار تواجه بعدد ضخم من الدعاوى التي تستند إلى بنود تسوية منازعات مأخوذة من اتفاقيات ثنائية أخرى وقعت عليها هذه الدولة مع دول أخرى(٣٤٢).

ولذلك انتهت الهيئة إلى الحكم بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقية بلغاريا و قبرص الثنائية وقراءتها مع اتفاقية بلغاريا– فنلندا لا يمكن أن تفسر على انها تخلق قبول بلغاريا للجوء إلى التحكيم أمام الاكسيد أو تعطي للمحتكم الحق في أن يعتمد على بنود تسوية المنازعات الموجودة في اتفاقيات ثنائية أخرى و حكمت بعدم اختصاصها بنظر النزاع(٣٤٣).

قضية فلاديمير بيرشادر ضد روسيا Vladimir Berschader and Moise Berschader v. The Russian Federation:

تتلخص وقائع القضية في أن المحتكم هو مواطني دولة بلجيكا وهم المساهمون الوحيدون في شركة بيراشادر انترناشيونال وهي شركة مؤسسة وفقاً لقوانين بلجيكا وتتخصص في مجال المقاولات العامة. وقد قامت هذه الشركة بالفوز بمناقضة حكومية

dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context.

(342) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 59-76 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(343) Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 75 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf) "When a general word or phrase follows a list of specifics, the general word or phrase will be interpreted to include only items of the same type as those listed." Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005), P. 60 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

عرضتها المحكمة العليا في روسيا من أجل بناء مباني جديدة للمحكمة وإعادة إنشاء بعض المباني الخاصة بالمحكمة في العاصمة الروسية موسكو[٣٤٤].

وفي ٢٠ ديسمبر ١٩٩٤، تم توقيع العقد بين المحكمة العليا وشركة بيرشادر انترناشيونال لاعادة بناء بعض مباني المحكمة العليا. وقد نفذت الشركة هذه الالتزامات بما في ذلك استكمال أعمال الانشاء إلا أن المحكمة العليا لم تقم بسداد العديد من المدفوعات إلى الشركة مما أدى إلى تعطيل الانتهاء من المشروع. وعندما لم تقم المحكمة العليا بدفع المبالغ المتأخرة، قامت الشركة باستخدام حقها بموجب القانون المدني الروسي وقامت بالاحتفاظ بهذه المباني لحين قيام المحكمة العليا بدفع جميع المستحقات المتأخرة[٣٤٥].

وفي ٢٩ أغسطس ٢٠٠١، قامت إدارة الرئيس الروسي بإرسال خطاب إلى الشركة تخطره فيها بإلغاء التعاقد نتيجة لتأخر الشركة في الانتهاء من تنفيذ الأعمال. وقامت الشركة بالرد في ٢١ سبتمبر ٢٠٠١ على رسالة إدارة الرئيس الروسي بأن هذا الخطاب يعد مخالفة للاتفاق الدولي الواقع بين حكومة بلجيكا ولوكسمبورج من ناحية الاتحاد السوفيتي من ناحية أخرى بتاريخ ٩ فبراير ١٩٨٩ والخاص بتشجيع وحماية الاستثمار.

قامت الداخلية الروسية في ٣١ أكتوبر ٢٠٠١ بإخراج جميع موظفي شركة بيرشادور انترناشيونال من الموقع وقامت المحكمة العليا بحيازة الموقع بكافة المباني والمنشآت التي في الموقع. بدأت المفاوضات بين الحكومة الروسية والشركة لحل هذا الخلاف وتم توقيع ملحق تعاقدين أقرت فيه المحكمة العليا بأنها مدينة بمبلغ حوالي ٥.٦ مليون دولار، قامت الحكومة الروسية بدفع حوالي ٣٤١ ألف دولار كدفع جزئي لكامل المديونية، لم تتسلم الشركة أي مبالغ أخرى بعد ذلك. وتم الغاء رخصة الشركة في ٢٠٠٢ وتم وضعها تحت إجراءات الإفلاس في بلجيكا[٣٤٦].

قامت الشركة في ظل انهيار المفاوضات بإرسال إخطار التحكيم إلى معهد التحكيم لغرفة التجارة باستوكهولم في ٢٦ أغسطس ٢٠٠٤و بدأت إجراءات التحكيم بتشكيل هيئة

(344) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 3-7 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(345) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 3-7 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(346) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 3-7 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

التحكيم والبدء في الإجراءات[٣٤٧]. وقد دفعت روسيا بأن التحكيم الدولي يفصل فقط في المنازعات الخاصة بتحديد التعويض المستحق. أما المادة (١٠) من اتفاقية بلجيكا– روسيا فتنص على أن التحكيم في روسيا هو الذي له الاختصاص في تحديد ما إذا كان هناك مصادرة من عدمه. وقد استند المستثمر إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية في المادة (٢٠) من الاتفاقية لكي يمد نطاقها إلى بنود تسوية المنازعات في اتفاقية روسيا– الدنمارك التي أجازت التحكيم الدولي لأي نزاع استثماري يدخل ضمن الاتفاقية الثنائية.

وقد قامت الهيئة بتفسير "كل الأمور التي تغطيها الاتفاقية" وكذلك شرط الدولة "الأولى بالرعاية" ولاحظت الهيئة أن شرط الدولة الأولى بالرعاية غير واضح حيث أنه لم يرد تعريف له في الاتفاقية وقد استرشدت الهيئة ببروتوكول الاتفاقية والتي نصت على المعاملة التفضيلية الممنوحة لمستثمر في دولة أخرى، ووجدت أنه تفسير هذه المصطلحات تفسيراً عادياً فإن من شأن شرط الدولة الأولى بالرعاية أن يمتد ليشمل النصوص والمسائل الموضوعية فقط دون الإجرائية[٣٤٨]. وقد نظرت الهيئة إلى نص الاتفاقية وحاولت ربطه بالعوامل الأخرى مثل نية الأطراف لتصل إلى أن التفسير الواسع لشرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات حيث أنه ليس هناك نص صريح يشير إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية لبنود تسوية المنازعات[٣٤٩].

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

<u>الردود الخاصة بالمستثمر:–</u>

- يطلب المستثمر من الهيئة الاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في المادة (٢) من الاتفاقية لكي تمتد إلى نصوص تسوية المنازعات في اتفاقية النرويج– روسيا أو في حالة الاتفاقية الثنائية بين الدنمارك– روسيا[٣٥٠].

---

(347) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 3-7 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(348) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 3-7 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(349) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 95-98 (2021)

(350) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 22-29 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- يستند المستثمر إلى القرارات الصادرة من هيئات التحكيم في قضايا مافيزيني ضد أسبانيا، سيمنز ضد الأرجنتين، والغاز الطبيعي ضد الأرجنتين.
- إن نصوص تسوية المنازعات الموجودة في الاتفاقيات الأخرى والتي تسمح باللجوء إلى التحكيم الدولي تعد معاملة تفضيلية للمستثمر الآخرين، والتي يجب أن تمتد إلى المستثمر في هذه الدعوى.
- إن صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية هي صياغة واسعة لتشمل كافة المسائل التي تقع في إطار الاتفاقية ولا شك أن تسوية المنازعات من المسائل التي تعالجها الاتفاقية[٣٥١].
- إن التفسير العادي والطبيعي للفظ "كافة المسائل التي تغطيها الاتفاقية" يدل علي أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يشمل كافة المسائل التي تغطيها الاتفاقية ومنها بنود تسوية المنازعات[٣٥٢].

الدفوع الخاصة بالدولة:-

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في المادة (٢) من الاتفاقية لا يشمل بنود تسوية المنازعات[٣٥٣].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى المعاملة التي تتلقاها الدول الأعضاء في منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OECD، وطالما أن الاتحاد السوفيتي ليس لديه اتفاقيات مع أعضاء منظمة OECD وبالتالي فإن النصوص الموجودة في هذه الاتفاقيات لن تنضم إلى الاتفاقية بطريق الإحالة.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد إلى نصوص الاتفاقيات التي وقعتها روسيا وإنما الاتفاقيات التي وقعتها الاتحاد السوفيتي فقط[٣٥٤].

---

(351) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 22-29 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(352) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 63 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(353) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 19-21 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(354) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 19-21 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد فقط إلى نصوص الاتفاقيات التي تم التوقيع عليها والتصديق من جانب الاتحاد السوفيتي[٣٥٥].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يضم أو يمتد إلى النصوص الإجرائية أو الحقوق والمزايا الإجرائية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية[٣٥٦].

تحليل الهيئة:-

- إن الحجة الخاصة بالاتحاد السوفيتي وروسيا غير مقبولة لأن الاتحاد الروسي هو الدولة التي خلفت أو توارثت الاتحاد السوفيتي[٣٥٧].
- قامت الهيئة بالإشارة إلى قضايا مافيزيني، سيمنز والغاز الطبيعي والتي تشير إلى دعم موقف المحتكم (المستثمر) إلا أن ذلك لا يمنع وجود قضايا أخرى مثل قضايا ساليني وبلاما والتي حاول فيها المستثمر الالتفاف حول بعض شروط واردة في بند تسوية المنازعات.
- أن الهيئة ترى أن الفيصل في تحديد ما إذا كان شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى الحقوق الإجرائية أم لا يعتمد بالدرجة الأولى على نية الأطراف عند توقيع المعاهدة وهل اتجهت إرادة الطرفين إلى تفعيل شرط الدولة الأولى بالرعاية عن طريق استدعاء بنود تسوية المنازعات.
- قامت الهيئة عند تحديد إرادة الطرفين باللجوء إلى التفسير الذي أشارت إليه هيئة سابقة في قضية بلاما والتي اعتبرت فيها الاتفاق على التحكيم اتفاق منفصل يجب أن يكون واضحاً ولا غموض فيه.
- إن الشك لا يزال يحيط بامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات وهو ما يختلف عن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى النصوص الموضوعية التي لا خلاف عليها وهو ما أدى إلى اختلاف الأحكام الصادرة من هيئات التحكيم في هذا الأمر.

---

(355) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 28 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(356) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 54-70 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(357) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 54-70 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- إن امتداد شرط التحكيم إلى بنود تسوية المنازعات لا يتم إلا إذا كان هناك نص صريح وواضح يؤكد هذا الحكم.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يجب تفسيره في ضوء نية الأطراف عند التوقيع على الاتفاقية وهو ما يؤكد اتجاه نيتهم إلى امتداد الشرط إلى الحقوق الموضوعية التي يتمتع بها المستثمر الأجنبي حيث أن ذلك الفهم كان سائداً في ذلك الوقت.
- قامت الهيئة بتحليل باقي النصوص التي عالجتها الاتفاقية ووجدت أن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن أن يمتد إلى كافة هذه النصوص، كما أن إرادة الطرفين كانت واضحة في أن جميع المسائل التي تشملها الاتفاقية قد تكون غامضة بشكل دفع الطرفين إلى تخصيص نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية ليمتد إلى بعض النصوص المعينة.
- بما أن المعنى العادي لجميع المسائل التي تغطيها الاتفاقية ليس له محل، فيجب البحث عن البنود التي لا يمتد إليها شرط الدولة الأولى بالرعاية وما إذا كانت بنود تسوية المنازعات هي واحدة من هذه البنود أم لا.
- أن الحجج الخاصة بمبدأ "ذات الفئة" على اعتبار أن اتفاق التحكيم لازم لحماية الاستثمار الأجنبي أو أن اللجوء إلى التحكيم الدولي بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية يتسق مع هدف وغرض الاتفاقية الثنائية وهي تشجيع وحماية الاستثمار لا شك أنها حجج عامة وليست خاصة بالاتفاقية الثنائية محل الدعوى[٣٥٨].
- طالما أنه عند توقيع الاتفاقية في ١٩٨٩ لم يكن هناك حديث عن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات وعلى الأخص شرط التحكيم، فإن ذلك يدل على أن الأطراف لم تتجه إرادتهم إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية على شرط التحكيم[٣٥٩].
- إن ممارسة الاتحاد السوفيتي تؤكد بأنها لم توافق على اللجوء للتحكيم الدولي للفصل في مسألة المصادرة من عدم وإنما دائماً ما تترك الأمر إلى القانون الوطني والمحاكم الوطنية للفصل فيها وهو ما يؤكد وجهة نظر الاتحاد السوفيتي كدولة ذات سيادة لهذا الأمر[٣٦٠].

---

(358) Id.

(359) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 54-70 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(360) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 54-70 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

وفي ضوء كل هذه الحجج، فإن الهيئة مقتنعة بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد إلى شرط التحكيم الموجود في اتفاقيات أخرى وبالتالي فلا مفر أمام الهيئة سوى الاعتماد على شرط التحكيم الموجود في الاتفاقية الأصلية والتي لا يمتد إلى الأمور التي أثارها رافع الدعوى (المحتكمة)[٣٦١].

رأي منفرد للمحكم تود فيلر:-

إن المحكم الثالث في هذه الدعوى لم يتفق مع باقي أعضاء هيئة التحكيم وكتب رأياً معارضاً للحكم الذي انتهت إليه الهيئة فيما يتعلق بشرط الدولة الأولى بالرعاية فقد حاول تلخيصه على النحو التالي:-

- إن صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية صياغة واسعة تشمل كافة المسائل التي تعالجها الاتفاقية الثنائية كما أن قضيتي ساليني وبلاما غير مقنعين نظراً لعدم اعتمادهم على قواعد سليمة في التفسير وفقاً للقانون الدولي العرفي، كما أن قضية ساليني تختلف عن القضية الماثلة في أنها تتعرض للتناغم و العلاقة بين عقد الاستثمار والاتفاقية الثنائية[٣٦٢].
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية من أقدم المبادئ القانونية التي تمتد لتشمل الأمور الإجرائية أيضاً ولا تقتصر على المسائل الموضوعية فقط[٣٦٣].
- لا يجب تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية بطريقة ضيقة أو مقيدة إلا في حدود الاستثناءات التي وردت في الاتفاقية الثنائية.
- إن الممارسة اللاحقة للدول تؤكد على خلاف ما يزعم هيئة التحكيم أن نص شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات والتي تمثل المعاملة التفضيلية التي يجب أن تمنح للمستثمر في هذه الحالة نظراً لأن المعنى العادي للشرط يؤكد على هذا الامتداد إلى بنود تسوية المنازعات[٣٦٤].

---

(361) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 54-70 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(362) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 81-84 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(363) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 81-84 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(364) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 81-84 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

لذلك ينتهي المحكم في رأيه إلى ضرورة رفض اعتراض روسيا على الاختصاص وأن الهيئة كان عليها أن تمضي قدماً في النظر في موضوع الدعوى[٣٦٥].

قضية دايملر للخدمات المالية ضد الأرجنتين Daimler Financial Services AG vs. Argentina Republic:

وتخلص وقائع هذه الدعوى في أن شركة دايملر للخدمات المالية هي شركة ألمانية مؤسسة في برلين ومملوكة للعملاق الألماني دايملر أي جي في ذلك الوقت. وقد قامت هذه الشركة بالاستثمار في مجال التمويل في الأرجنتين فقامت بشراء ٩٩% من أسهم شركة ارجنتينية مملوكة لشركة مرسيدس بنز الأرجنتين. وتركز نشاط هذه الشركة في تقديم القروض والتأجير للموزعين الأرجنتينين ومشتري سيارات مرسيدس المصنعة بواسطة شركة مرسيدس بنز الأرجنتين[٣٦٦].

وقد قامت الشركة الأم بتوسيع استثماراتها وذلك بضخ الأموال في الشركة المحلية وكان هذا الاتفاق يتم بالعملة الأجنبية– الدولار الأمريكي. وقد ازدهر هذا النشاط فيما بين ١٩٩٥ و٢٠٠١. إلا أنه بحلول عام ٢٠٠١، دخلت الأرجنتين في أزمة مالية طاحنة وقامت الحكومة الجديدة بإصدار قانون جديد هو قانون الطوارئ قامت فيه بإلغاء الكثير من الامتيازات التي كانت موجودة في القوانين السابقة التي كانت سارية وقت دخول دايملر للسوق الأرجنتيني. وهذه القوانين استهدفت الحد من السحب النقدي من البنوك، وفرض قيود على تحويل الأموال إلى العملة الأجنبية[٣٦٧].

وبالتالي فإن هذه الإجراءات الجديدة من جانب حكومة الأرجنتين أدت إلى تحمل الشركة لخسائر مالية ضخمة جعلت الشركة على محك الإفلاس. مما اضطر الشركة إلى الدفع بأن الأرجنتين بهذه الإجراءات قامت بمخالفة التزاماتها بموجب الاتفاقية الثنائية مع المانيا ولذلك قامت بإرسال إخطار التحكيم في أغسطس ٢٠٠٤ إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[٣٦٨].

---

(365) Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200), P. 84 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)

(366) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 5-11 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(367) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 5-11 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(368) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 5-11 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

كما أن الهيئة عندما فسرت هدف وغرض الاتفاقية وهو حماية الاستثمار ليس معناه أخذ وجهة نظر المستثمر الأجنبي باستدعاء شروط تسوية مناعات من اتفاقيات أخرى حيث أنه ليس من الضروري أن وجهة نظر المستثمر هي الأكثر اتساقا مع هدف وغرض الاتفاقية أكثر من وجهة نظر الدول محتضنة الاستثمار[٣٦٩].

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

<u>الدفوع الخاصة بالمستثمر:-</u>

قام المستثمر الألماني بإيراد العديد من الدفوع الخاصة بانطباق شرط الدولة الأولى بالرعاية على بنود تسوية المنازعات على النحو التالي:-

- أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يغني المستثمر عن شرط اللجوء إلى المحاكم الوطنية[٣٧٠].
- إن لغة الاتفاقية تؤكد على امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات نظراً لأن سياق المعاهدة بما فيها الديباجة وعنوان المعاهدة يدعمان التفسير الواسع لشرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن المعني العادي والطبيعي للمصطلحات المستخدمة في الاتفاقية يؤكد على التفسير الواسع لشرط الدولة الأولى بالرعاية.
- إن تعريف "الأنشطة المتعلقة بالاستثمار" يؤكد على عدم استبعاد بنود تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.
- أن تمتع المستثمر ببنود تسوية المنازعات هو من الحمايات التي توفرها الاتفاقية وتدخل في نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية ما لم يتم استبعاده بشكل صريح.
- أن اللجوء للتحكيم الدولي بعد مرور ٦ أشهر تفاوض هي معاملة أفضل وأميز من شرط اللجوء إلى القضاء الوطني لمدة ١٨ شهراً قبل الذهاب إلى التحكيم الدولي.
- إن مبدأي ذات النوع والتفسير الفعال يؤكد على امتداد شرط الدولة الأولي بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات.

---

(369) Amr Abdo, *The interpretation of International Investment Treaties: The Application of MFN clauses to matters of dispute settlement in BITs*, American University in Cairo, Master's Thesis, AUC Knowledge Fountain, 99-100 (2021)

(370) Id. at 61-63

(ISSN: 2537 - 0758)

- إن الأرجنتين من ممارستها المتعلقة بالاتفاقيات ليس لديها سياسات موحدة للقول بأن شرط الدولة الأولى بالرعاية ليس من شأنه استبدال شرط اللجوء إلى القضاء الوطني.
- إن شرط اللجوء للقضاء الوطني لمدة ١٨ شهراً هو شرط إجرائي شكلي ليس له أهمية كبيرة نظراً لأنه شرط لا يتعلق بمبدأ ضرورة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية، كما أنه يشمل الفصل في هذا النزاع في ظرف ١٨ شهراً فقط أمام القضاء الوطني، وأن العديد من هيئات التحكيم قد استغنت عن هذا الشرط.
- إن إجبار المستثمر على الالتزام بشرط ١٨ شهر سيخالف أهداف الاتفاقية الخاصة بتشجيع الاستثمار وسيعرض المستثمر لتأخير غير مبرر وتكلفة كما أنه سيعطي الفرصة للأرجنتين لتعطيل الإجراءات بالتأثير على القضاء الوطني[٣٧١].

<u>الردود الخاصة بدولة الأرجنتين:</u>

- إن شرط اللجوء إلى القضاء الوطني لمدة ١٨ شهر هو أحد شروط موافقة الأرجنتين على اللجوء للتحكيم الدولي.
- إن هذا الشرط لا يعد شرطاً شكلياً.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في اتفاقية المانيا– الأرجنتين لا يمكن امتداده إلى بنود تسوية المنازعات لأن هذا الشرط يتعارض مع لغة شرط الدولة الأولى بالرعاية نفسه، يخالف ممارسات دولة الأرجنتين، يخالف مبدأ "ذات الفئة" ويخالف مبدأ التفسير الفعال.
- إن السوابق القضائية والأحكام الصادرة من هيئات التحكيم في قضايا ساليني، بلاما وتيلينور ووينترشال تؤكد على موقف الأرجنتين وهو عدم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات.
- إن السوابق الأخرى مثل سابقة مافيزيني وناتشيرال جاز تختلف عن وقائع هذه القضية[٣٧٢].

---

(371) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 61-63 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(372) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 60-61 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

تحليل الهيئة:-

- بدأت الهيئة تحليلها بمحاولة تفسير دور "الرضا" أو القبول في التحكيم الدولي واستطردت في شرح أن القبول أو الرضا بين الدول يجب أن يكون صريحاً ولا يمكن أن يكون مفترضاً، كما أكدت الهيئة على ضرورة تفسير شروط تسوية المنازعات بطريقة سليمة وليس بطريقة واسعة أو ضيقة. ففي نهاية الأمر فإنها بنود قانونية تحتاج إلى تفسير قانوني ليس أكثر ولا أقل[٣٧٣].
- لا يمكن للهيئة أن تفسر بنود تسوية المنازعات بطريقة تتجاوز إرادة الأطراف وإلا كانت الهيئة منحرفة بسلطاتها.
- إن قواعد القانون الدولي تؤكد على أن الهيئة تباشر اختصاصاتها بناءاً على إرادة الأطراف وقبولهم. فلا يمكن إجبار دولة على اللجوء لتسوية منازعات معينة بدون موافقتها.
- أن دور الهيئة البحث في إرادة الطرفين و هما دولتي الأرجنتين وألمانيا عندما وقعا على الاتفاقية الثنائية. فهل كانت إرادتهم اتجهت إلى الخضوع لاختصاص هيئة تحكيم دولي عندما يستوفى المستثمر شروط تسوية المنازعات في اتفاقية أخرى أم في نفس الاتفاقية الموقعة بينهم فقط.
- بتحليل المادة (١٠) من الاتفاقية الثنائية بين الأرجنتين وألمانيا، يتضح أن بند تسوية المنازعات له طبيعة الزامية حيث يتضح ذلك من استخدام الفعل "يجب".
- إن المادة (١٠) لا تضع تنظيماً ملزماً للأطراف وإنما أيضاً تضع تنظيماً تتابعياً. وبالتالي لا تمنح المادة (١٠) الأطراف فرصة الاختيار بين طرق مختلفة وإنما هي طريقة واحدة معينة يجب اتباعها بشكل متعاقب أو متوالي.
- إن شرط ١٨ شهراً ليس شرطاً إجرائياً يمكن للهيئة أن تلتفت عنه وإنما هو شرط يتعلق باختصاص الهيئة وقد وضعه الأطراف لأنه يعبر عن إرادة دول ذات سيادة وبالتالي فإن هذا الشرط ليس شرط مقبولية يمكن للهيئة أن تتجاوزه فلا يجوز للهيئة أن تخلق قواعد جديدة، فكل بنود تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقيات الثنائية هي بنود اختصاصات وولاية قضائية.

---

(373) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 66-83 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمكن استخدامه إلا بعد قيام الأطراف باستخدام بنود تسوية المنازعات وبالتالي لا يثور مشكلة شرط الدولة الأولى بالرعاية الا بعد أن يستوفي المستثمر الشروط الواردة في بند تسوية المنازعات. فلا يمكن لشرط الدولة الأولى بالرعاية أن يعدل بند تسوية المنازعات إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك(٣٧٤).
- إن مبدأ "ذات النوع" لن يساعد في حل إشكالية امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات نظراً لأن هذا المبدأ يؤكد على أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى نفس الأشخاص في ذات الأمور والفئات، غير أنه بالنظر إلى الاتفاقية الأساسية والاتفاقية التي يتم المقارنة معها أو مطلوب استدعاء نص منها فإن كلتا الاتفاقيتين ينتميان إلى نوعية الاتفاقيات الثنائية للاستثمار ويحتويان على بنود متعلقة بأدارة العدالة لحقوق المستثمرين. وبالتالي فإن هذا المبدأ لا يكفي بذاته لاستبعاد بنود تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية أو العكس(٣٧٥).
- قامت الهيئة بتعريف "المعاملة" في إطار إرادة الطرفين الأرجنتين وألمانيا عند توقيع هذه الاتفاقية، حيث رفضت الهيئة أي محاولات لتعريف المعاملة بشكل منعزل عن ظروف الطرفين، وقامت الهيئة باللجوء إلى مراجع من البنك الدولي حول تعريف المعاملة والتي تكشف عن موقف المجتمع الدولي نظرته لمصطلح المعاملة. وقد أشارت الهيئة إلى أن المعاملة في وقت توقيع الأرجنتين وألمانيا كانت تشمل الحقوق الموضوعية مثل المعاملة العادلة والمنصفة، الأمن الكامل، عدم التمييز بين المستثمرين، استخراج الرخص والموافقات إلى غيره لكن لم يكن المصطلح يشتمل على بنود تسوية المنازعات أو التحكيم الدولي.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يستلزم المعاملة داخل الإقليم وهو ما يعني ان امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية يكون إلى الوسائل الداخلية لتسوية المنازعات ولا يمكن أن يمتد إلى التحكيم الدولي الذي يقع خارج الإقليم. فشرط الدولة الأولى بالرعاية يتم

(374) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 66--83 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)
(375) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 85-88 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

مخالفته إذا أعطى المستثمر معاملة أقل تمييزاً فيما يتعلق بتسوية المنازعات الداخلية.

- قامت الهيئة بتحليل عدم وجود صياغة "في كل المسائل" في اتفاقية ألمانيا والأرجنتين على أنها تؤكد التفرقة بين معاملة وتعامل الشركة مضيفة الاستثمار مع الاستثمار داخل إقليمها والتسوية الدولية لمنازعات المستثمر مع الدولة.
- لا توافق الهيئة على تفسير وجود استثناءات محددة على شرط الدولة الأولى بالرعاية يعني بطريق اللزوم دخول بنود تسوية المنازعات في نطاق الشرط. إن ذلك الأمر غير صحيح حيث أن الاستثناءات تتعلق بالمعاملة الموضوعية للاستثمار داخل الإقليم على حين أن تسوية المنازعات تتم خارج إقليم الدولة[٣٧٦].
- إن عبارة "أفضل" أو "أقل تمييزاً" غير واضحة كما أنها لا تساعد على حل إشكالية المقارنة بين بند تسوية منازعات يستلزم اللجوء إلى القضاء الوطني لمدة ١٨ شهر وبند آخر يتضمن الخيار النهائي بحيث إذا لجأ إلى التحكيم الدولي امتنع على المستثمر اللجوء إلى القضاء الوطني كما هو وارد في اتفاقية الارجنتين– تشيلي. فإذا كانت البنود الخاصة باتفاقية المانيا تتيح للمستثمر فرصتين، اللجوء أولاً إلى القضاء الوطني فإذا لم يحصل على حل مرضي، فيمكن له اللجوء إلى التحكيم الدولي. أما البند الخاص باتفاقية تشيلي فيقوم بتخيير المستثمر ما بين اللجوء إلى القضاء الوطني أو اللجوء إلى التحكيم الدولي. والقول بغير ذلك يؤدي إلى عدم إضفاء معنى موضوعي على هذه المصطلحات وإنما الانسياق وراء النظرة الشخصية للمستثمر.
- إن الإشكالية التي تقوم الهيئة بحلها ليس ما إذا كان المستثمر له الحق في استدعاء بنود تسوية منازعات يراها أفضل له بموجب شرط الدولة الأولى بالرعاية أم لا وإنما الإشكالية الحقيقية هي ما إذا كان الطرفين (الأرجنتين وألمانيا) قد اتجهت إرادتهما إلى حماية الاستثمار الأجنبي داخل أراضيهم بشكل معين. وهو ما يجيب عليه ما وافق عليه الطرفان داخل الاتفاقية الثنائية.
- لجأت الهيئة إلى استخدام مبدأ المعاصرة للحديث عن ممارسات كلاً من الأرجنتين وألمانيا إزاء عدد من الاتفاقيات الثنائية التي وقعها كلا الطرفين في وقت معاصر

(376) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 88—104 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

لتوقيع الاتفاقية الثنائية بينهما وانتهت الهيئة إلى نتيجة مفادها أن الطرفين لم يقصدا امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات في اتفاقيات أخرى(٣٧٧).

- ولذلك انتهت الهيئة في حكمها إلى قبول دفع الأرجنتين الخاص بعدم اختصاص هيئة التحكيم لأن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يعطي الحق للمحتكمة في الالتفات عن الشرط الإجرائي الوارد في المواد (١٠) (٢) و(١٠) (٣) (ب) من الاتفاقية(٣٧٨).

الاتجاهات الحديثة في أحكام الاكسيد (٢٠١٧):-

قضية أنسنج ضد دولة الصين Ansung Housing Co. Ltd v. People's Republic of China:

تتلخص وقائع القضية في أن شركة أنسنج الكورية قامت بالاستثمار في مشروع سكني وملعب جولف بإقليم شيانج- اكسيان- وذلك بشراء أرض بمساحة ١.٥٠٠ متر مربع ثم طلبت أرض مجاورة بمساحة ١.٥٠٠ متر مربع آخر لكي تستكمل المشروع وهو عبارة عن بعض الخدمات ونادي ومباني سكنية وملعب جولف. وتم توقيع اتفاقية استثمار بين الشركة والسلطات المختصة على أن يكون المشرع منقسماً إلى مرحلتين. قامت الشركة بالانتهاء من أعمال المقاولات والانشاءات للمرحلة الأولى إلا أنها فوجئت بوجود حديقة يتم إنشائها بواسطة شركة صينية تعتزم عمل ملعب جولف أيضاً(٣٧٩).

وبعد مقابلات عديدة بين مسئولي الشركة ومسئولي الحكومة الصينية، تلقت الشركة الكورية عدة وعود بأن هذه الحديقة المجاورة لن تضم أي ملعب جولف يهدد الملعب الذي أنشأته الشركة الكورية. صادفت الشركة بعض الصعوبات تتعلق بزيادة أسعار جزء من أرض المرحلة الأولى وذلك لبناء الخدمات المجاورة لملعب الجولف وكذلك المباني

(377) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 104-120 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(378) Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012), P. 121 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)

(379) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 9-15 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

السكنية حيث اشترطت الحكومة زيادة سعر الأرض وهو ما يخالف التزاماتها السابقة(٣٨٠).

كما أن الشركة الكورية طلبت الأرض التي تمثل المرحلة الثانية الا أنها لم تتلق رداً وافي من الحكومة الصينية، كما أن إيراداتها من ملعب الجولف لم تتحقق بشكل كامل لأن الشركة لم تستطيع بيع عضويات للمواطنين نظراً لوجود ملعب منافس وعدم تطوير المشروع بشكل كامل مما أدى على عدم ربحية الشركة، وبالتالي قررت الشركة بيع أسهمها في الشركات الموجودة في الصين بأسعار تقل كثيراً عن سعر الاستثمار في هذه الشركات مما سبب لها خسائر فادحة(٣٨١).

قامت الشركة في ١٩ مايو ٢٠١٤ بارسال خطاب كشفت فيه عن نية رفع دعوى تحكيم إلى الرئيسي الصيني لكن لم يقم أحد بالرد على ذلك الخطاب مما دفع الشركة الي إرسال اخطار تحكيم في ٧ أكتوبر ٢٠١٤ إلى مركز الأكسيد، ثم تسجيل القضية وتم البدء في تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين وتم بدء إجراءات التحكيم بين الشركة ودولة الصين(٣٨٢).

وتكمن الإشكالية الإجرائية في أن الاتفاقية كانت تشترط فترة ثلاث سنوات منذ علم المدعية/ المحتكمة بالأضرار التي لحقتها. ودفعت الصين بمرور ٣ سنوات وبالتالي لا يحق للمحتكمة في رفع الدعوى.

إلا أن المدعية قامت بالاستناد إلى شرط الدولة الأولى بالرعاية والذي يمتد ليشمل اتفاقيات أخرى وقعتها الصين ولم تنص على هذا القيد الزمني للجوء إلى التحكيم الدولي.

---

(380) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 9-15 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(381) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 9-15 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(382) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 1 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد استندت الصين إلى أن القيد الزمني هو أمر إجرائي في طبيعته وأن نطاق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية مقيد بـ "الاستثمار وأنشطة الأعمال" و"داخل الإقليم".

أما المحتكمة فقد استندت إلى أن القيد الزمني هو أمر موضوعي وأن نطاق مبدأ الدولة الأولى بالرعاية واسع بما فيه الكفاية ليشمل هذا الأمر أيضاً.

وقد أشارت الهيئة إلى أمر جديد وهو تعريف الاستثمار محل نطاق مد شرط الدولة الأولى بالرعاية وفي هذا التعريف لم ينص على تسوية المنازعات وإنما نص فقط على "التوسع، التشغيل، الإدارة، الصيانة، الاستخدام، التمتع وبيع أو التصرف في الاستثمار".

وقد أوضحت هيئة التحكيم أن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية يتحدد وفقاً لصياغته والكلمات المستخدمة فيه. لذلك فإن القيد الزمني الموجود في المادة (٩) (٧) من الاتفاقية يتعلق بالموافقة أو قبول التحكيم. ولذلك فإن المادة (٢) (٣) لا تمتد لتشمل الموافقة على التحكيم.

وقد قارنت الهيئة في المادة (٣) بين الفقرة (٣) والفقرة (٥) حيث لم تتحدث الفقرة (٣) عن فض/ أو تسوية المنازعات على حين تحدثت الفقرة (٥) عن مد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية الي تمتع المستثمر باللجوء إلى المحاكم الوطنية والمحاكم الإدارية.

وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد ليشمل بنود تسوية المنازعات. وبالتالي فإن الهيئة لا ترى مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى تسوية المنازعات خاصة بنود قبول التحكيم ومنها القيد الزمني.

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

الدفوع الخاصة بالمستثمر الكوري:-

- تكمن إشكالية المستثمر الكوري في أنه قام برفع الدعوى بعد مضي ٣ سنوات من علمه بالخسائر التي سيتكبدها وبالتالي استعان المستثمر الكوري بشرط الدولة الأولى بالرعاية لكي يلتفت عن هذا التقادم الثلاثي، وقام المستثمر الكوري بسرد الحجج الآتية:-
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل أموراً ومسائل موضوعية موجودة في اتفاقيات ثنائية أخرى وقعت عليها دولة الصين. والتقادم الثلاثي هو أمر موضوعي

وليس إجرائي في ظل قواعد القانون الدولي والتشريعات المدنية مثل الصين وكوريا[٣٨٣].

- على فرض اعتبار التقادم الثلاثي أمراً إجرائياً فإن العديد من هيئات التحكيم ترى إمكانية امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى كافة المسائل الإجرائية.
- إن المصطلحات الواردة مثل "الاستثمار" و"الأنشطة الاستثمارية" المنصوص عليها في المادة (٣) (٣) من اتفاقية الصين وكوريا يجب تفسيرها بشكل واسع لتشمل بنود تسوية المنازعات التي تعد ضرورية لحماية الاستثمار وأنشطته.
- إن مصطلح "داخل الإقليم" ليس كافياً لمنع شرط الدولة الأولى بالرعاية من الامتداد إلى بنود تسوية المنازعات[٣٨٤].

<u>الردود الخاصة بالدولة مضيفة الاستثمار (الصين):</u>

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في المادة (٣) (٣) لا يمتد إلى بنود تسوية المنازعات بل يشمل فقط الأنشطة المتعلقة بالاستثمار داخل الإقليم وكذلك التوسع، التشغيل، الإدارة، الصيانة، الاستخدام، التمتع والتصرف في الاستثمار[٣٨٥].
- إن ممارسة الدول الأطراف في معاهداتها تؤكد على اتجاه نيتهم إلى عدم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات وما يؤكد ذلك اتفاقية التجارة الحرة بين كوريا والصيان وكذلك اتفاقية ثلاثية تضم معهم اليابان متعلقة بالاستثمار.
- أن التقادم الثلاثي ليس أمراً موضوعياً وإنما هو شرط من شروط قبول الصين للتحكيم الدولي وهذا الشرط جزءاً لا يتجزأ من بند تسوية المنازعات الواردة في الاتفاقية بين الصين وكوريا.

---

(383) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 37-39 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(384) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 37-39 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(385) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 39-41 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- إن التقادم الثلاثي في ضوء قواعد القانون الدولي العرفي أمراً يتعلق بمقبولية الدعوى وليس أمراً موضوعياً.

تحليل الهيئة:-

- إن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية تحدده صياغة المادة (٣) (٣) من اتفاقية الصين وكوريا.
- إن الصياغة الواردة في شرط الدولة الأولى بالرعاية لا تتضمن أي إشارة إلى تسوية المنازعات الدولية وبالتالي لم تتجه إرادة الطرفين إلى امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية اليها.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يؤدي إلى حماية المحتكمة من اشتراط التقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة (٩) (٧) من اتفاقية الصين وكوريا[٣٨٦].

لذلك حكمت الهيئة برفض طلبات المحتكمة نظراً لأن التقادم الثلاثي منطبق على هذه الحالة[٣٨٧].

قضية بيجين أربان كونستراكشن ضد دولة اليمن

Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. Vs. Republic of Yemen :

تتلخص وقائع القضية في ان شركة بيجين أربان كونستراكشن حصلت على تعاقد مع هيئة الطيران المدني اليمنية لتطوير المرحلة الثانية من مطار صنعاء الدولي بقيمة تعاقد تبلغ حوالي ١١٤.٦٦ مليون دولار. وفي شهر ٢٠٠٩/٧ قامت حكومة اليمن بحرمان الشركة الصينية من استثماراتها عن طريق وضع قوات مسلحة وأمنية قامت باحتجاز ومضايقة موظفي الشركة الصينية في المطار مما أدى على عدم دخولهم لموقع المشروع وعدم قدرتهم على تنفيذ كافة التزامات الشركة الصينية، وبعد أسابيع من هذه المعاملة، قامت هيئة الطيران المدني بإرسال إخطار انهاء هذا العقد لعدم نجاح

(386) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 41-43 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

(387) Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017), P. 37-39 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)

الشركة الصينية في إنهاء أعمال الانشاءات. لذلك إدعت الشركة الصينية حرمانها من دخول الموقع لانهاء الأعمال وتحقيق أرباح[٣٨٨].

أما الحكومة اليمنية فترى أن الشركة الصينية فشلت في استكمال المشروع وفقاً لتقرير الاستشاري الشركة الهولندية، بما في ذلك استيراد معدات بدون المرور بالجمارك، تغيب العديد من موظفي الشركة الصينية الرئيسيين عن الموقع وأخذ مواد غير مسموح بها من الموقع[٣٨٩].

وبتاريخ ٢٠١٤/١١/٥ تلقى مركز الأكسيد إخطار تحكيم من جانب الشركة الصينية ضد حكومة دولة اليمن استناداً إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية بين الصين واليمن وأيضاً اتفاقية الأكسيد. ثم تسجيل الدعوى وتشكيل هيئة التحكيم وتم البدء في إجراءات دعوى التحكيم[٣٩٠].

ونظراً لأن المادة (١٠) (٢) من الاتفاقية الثنائية التي تضع قيداً على المنازعات التي ترفع بأنها يجب أن تتعلق بقيمة التعويض عن المصادرة، فإن الشركة الصينية حاولت أن تستدعي بند آخر في اتفاقية اليمن– المملكة المتحدة البريطانية استناداً إلى بند شرط الدولة الأولى بالرعاية.

وقد رأت الهيئة في هذه الدعوى أنه نظراً لصياغة بند شرط الدولة الأولى بالرعاية بحيث يحتوي على مصطلح "الاستثمار" ليشمل النصوص والحقوق الموضوعية، إلا أن استخدام الشرط لمصطلح "داخل الإقليم" يؤدي إلى تقييد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية بحيث لا يشمل بنود تسوية المنازعات وبالتالي فالنصوص المتعلقة بالتحكيم لا تدخل ضمن نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية[٣٩١].

---

(388) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 5-6 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(389) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 5-6 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(390) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 1-2 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(391) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf).

(ISSN: 2537 - 0758)

وقد شرح الفقه الدولي هذه الحجة بأن التحكيم الدولي يتجاوز الإقليمية ويتعدى حدود الدولة فهو معاملة يتم مدها خارج الإقليم وليس داخل الإقليم. وبالتالي فإذا استخدمت الاتفاقية مصطلح "داخل الإقليم" فإن ذلك يؤدي إلى استبعاد التحكيم الدولي من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

إلا أن هذا الرأي منتقد من عدة جوانب، فهذا الرأي يقوم على تفسير الإقليمية بشكل سطحي وبدون التعمق في تحليل متعمق للمصطلح. فنحن في عالم متكامل اقتصادياً حيث تقوم الدولة بطرح والقيام بأمور خارج إقليمها مثل طرح سندات من حكومة أجنبية في الولايات المتحدة مثلاً وتم التمييز بين بعض المستثمرين الذين اشتروا هذه السندات. فلا يمكن تصور أن طرح السندات خارج كوريا وبالتالي لا ينطبق هذا الشرط عليها.

كذلك الحال بالنسبة للتحكيم الدولي، فقد قامت الدولة بالموافقة عليه ولا يهم أن الاجتماعات الخاصة به تحدث في دول أخرى مثل الولايات المتحدة. كما أن التحكيم هو جزء من الحماية المقررة بموجب الاتفاقية الثنائية وجزء لا يتجزأ من حماية الاستثمار الأجنبي.

كما يمكن الرد بأن مصدر الموافقة على التحكيم هو الدولة نفسها وهو ما يفترض خروج الموافقة من نفس الإقليم الذي يستخدم هيئات التحكيم لاستبعاد التحكيم الدولي، فالتحكيم الدولي ليس أمراً في حد ذاته وإنما هو أثر من آثار موافقة الدولة على بنود تسوية المنازعات في اتفاقية ثنائية.

وفيما يلي نستعرض باختصار مختلف الدفوع القانونية التي قال بها المستثمر الأجنبي في هذا النزاع علي النحو التالي:

<u>الدفوع الخاصة بالمستثمر:-</u>

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد ليشمل الأمور الإجرائية والموضوعية، وبالتالي فللمستثمر الحق في أن يستفيد من بند تسوية المنازعات الواردة في اتفاقية اليمن والمملكة المتحدة وتحديداً المادة (٧) منها.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية يجب تفسيره مثل أي شرط آخر يرد في الاتفاقيات الثنائية وبالتالي لا مجال لتفسير ضيق لهذا الشرط وذلك وفقاً لقواعد التفسير الواردة في اتفاقية فيينا لأحكام قانون المعاهدات[٣٩٢].

[392] Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 35-36

الردود الخاصة بالدولة مضيفة الاستثمار:-

- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية لا يمتد إلى الحقوق الإجرائية وإنما المسائل الموضوعية فقط في ضوء صياغة الشرط[٣٩٣].
- إن صياغة الشرط نفسه هي صياغة ضيقة وغير واسعة.
- إن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي الحقوق الإجرائية أو بنود تسوية المنازعات يؤدي إلى إهدار تفسير بند تسوية المنازعات المنصوص عليها في اتفاقية اليمن- الصين ويجعلها ليس لها معنى محدد[٣٩٤].

تحليل هيئة التحكيم:-

- إن امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات أمراً خلافياً كما ورد في دعوى بلاما ضد بلغاريا.
- يجب تفسير شرط الدولة الأولى بالرعاية في ضوء المعنى العادي والطبيعي للشرط كما ورد في المادة (٣١) من اتفاقية فيينا.
- إن شرط الدولة الأولى بالرعاية قد حدد "المعاملة" في المادة (٣) (١) بشكل واسع ثم بعد ذلك قام بتحديد المعاملة بـ"المعاملة الممنوحة للمستثمرين داخل الإقليم". وهو ما يستدعي قيود إقليمية على المعاملة بمعنى أن شرط الدولة الأولى بالرعاية يمتد إلى الأمور الموضوعية المتعلقة بالعامل مع المستثمر وليس التحكيم الدولي[٣٩٥].
- إن استخدام مصطلح "داخل الإقليم" يؤدي إلى اقتصار امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية على الأمور الموضوعية التي يمكن منحها للمستثمر داخل الإقليم الوطني.

(available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(393) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 35-36 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(394) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 35 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(395) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 36-38 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

- أما التحكيم الدولي فهو نشاط لا يقع في إقليم دولة المحتكم ضدها، كما ورد في قضية برشادير ضد روسيا.
- إن مصطلح "داخل الإقليم" جاء في معرض شرط الدولة الأولى بالرعاية وفيما يتعلق المعاملة التي تمنح للمستثمر الأجنبي وبالتالي فإن هذا المصطلح يقيد امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى المعاملة التي قد تمنح داخل الإقليم الجغرافي، وهو ما يتعارض مع القول بأن الأطراف اتجهت إرادتهم إلى مد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى قبول التحكيم الوارد في اتفاقية أخرى، فالتحكيم الدولي ليس نشاط يتعلق بالإقليم الوطني.

ولذلك انتهت الهيئة إلى عدم امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات في اتفاقية أخرى تكون اليمن قامت بالتوقيع عليها[٣٩٦].

وبالتالي فإن الاعتراضات المتعلقة باختصاص الهيئة فيما يتعلق بتوسعة بند تسوية المنازعات بناء على شرط الدولة الأولى بالرعاية والتي أبدتها المحتكم ضدها فهي اعتراضات مقبولة[٣٩٧].

المبحث الثالث

تقييم الاتجاهين من حيث اسانيدهم القانونية

يهدف هذا المبحث الي تقييم الاتجاهين اللذين تم التعرض لهما سواء اتجاه موسع او اتجاه مقيد. وقد قمنا بعرض الأسس القانونية التي تناولتها هيئات التحكيم في ضوء المذكرات والدفوع التي قدمها كلا الطرفان في عديد من دعاوي التحكيم التي نالت شهرة كبيرة. ومن الطبيعي القول بان المستثمر دائما يبحث عن امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات وخاصة شرط التحكيم وذلك لتوسعة نطاق الحقوق الإجرائية التي يمارسها المستثمر اما الدولة مضيفة الاستثمار فتهدف الي تضييق نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية وحصرها في بنود تسوية المنازعات التي اتفق عليها الطرفان.

---

(396) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 36-38 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

(397) Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017), P. 46 (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)

ومن استعراض احكام التحكيم المختلفة يتضح الامور الاتية:

- عدم العمل بمبدأ السوابق القضائية المعترف به في بعض الأنظمة القانونية مثل الولايات المتحدة والمملكة المتحدة البريطانية في اطار العلاقات الاستثمارية الدولية ادي الي تضارب الاحكام الصادرة من هيئات التحكيم فتارة تري هيئات تحكيم تقوم بالتوسع في تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية وتارة اخري تري هيئات التحكيم تقوم بالتضييق من شرط الدولة الاولي بالرعاية. ولذلك بدأت الأصوات تنادي بتطبيق مبدأ السوابق القضائية للقضاء علي ظاهرة تعارض الاحكام في اطار منازعات الاستثمار الدولية.
- ان المحكمين يتمتعون بسلطة تقديرية كبيرة نظرا لعدم وجود معايير واضحة تحكم امتداد او عدم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر.
- ان خلفية المحكمين لها اثر كبير علي الحكم فهناك محكمين ينحازوا الي موقف الدول الخاص بتضييق نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية وهناك محكمين اخرين ينتمون الي مدرسة الاتجاه الموسع من شرط الدولة الاولي بالرعاية. حيث يتعلق الامر بمحكمين ياخذون جانب الدولة ومحكمين اخرين يأخذون جانب المستثمر بدون الاعتبار الي اعمال قواعد التفسير السليمة[٣٩٨].
- ان بعض المبادئ الدولية يتم استخدامها في طريق الاتجاهين مثل مبدأ "ذات الفئة" او "ذات النوع". وبالتالي فإن هذا المبدأ ليس كافيا لحل هذه الإشكالية.
- ان بعض احكام التحكيم استطردت في تحاليل متعمقة علي حين احكام اخري لم تضم تحاليل متعمقة واكتفت بمعالجة سطحية للإشكالية المطروحة.
- ان المعيار الأكثر دقة واشتراكا بين هيئات التحكيم هو النظر الي إرادة الطرفين عند التوقيع علي الاتفاقية وهل كانا يقصدا من الشرط امتداده الي الحقوق الإجرائية ام لا.
- ان صياغة شرط الدولة الاولي بالرعاية له عامل هام و حاسم في تحديد مسألة امتداد الشرط من عدمه.

---

(398) Stephan W. Schill, *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction– A Reply to Zachary Douglas*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 2, 353, 354 (2001).

(ISSN: 2537 - 0758)

- في بعض الأحيان فان عدالة وقوة الحجج المستخدمة من جانب احد الطرفين لها تأثير علي قناعة الهيئة في الوصول الي امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية.
- ان مناصري فكرة امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية يعد من اكبر المدافعين عن التوسع في مجال التحكيم وان التحكيم جزء لا يتجزأ من حماية المستثمر الأجنبي والتي لا يمكن الاستغناء عنه.
- يتم اعمال قواعد التفسير لتحقيق الغاية التي تريد الهيئة تحقيقه فنري ان عدم النص علي استبعاد بنود تسوية المنازعات صراحة كافيا لضم البنود الي نطاق الشرط في راي بعض الهيئات اما بعض الهيئات الأخرى فتري ان ذلك ليس كافيا بل تحاول ان تصل الي نتيجة عكسية.
- للأسف ان القانون الدولي ليس به مبادئ قانونية كافية لترجيح احد الاتجاهين علي الاخر الا انه يمكن القول بان الاتجاه الأول يتسق مع مبادئ القانون الدولي **لعدة أسباب علي النحو التالي:**

  - ليس هناك ما يمنع امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية فهي لا تختلف في طبيعتها عن الحقوق الموضوعية.
  - ان بنود تسوية المنازعات ليست مستقلة عن باقي بنود الاتفاقية وبالتالي لا يمكن عزلها عن باقي بنود الاتفاقية الدولية.
  - كلما كانت الصياغة عامة ولم تتجه إرادة الطرفين الي استثناء بنود تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية، لذلك فلا مبرر مطلقا لاستبعاد هذه البنود من نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية.
  - ان إشكالية التسوق بين المعاهدات ليست محظورة في القانون الدولي وليس هناك نظام عام دولي او وطني يحظرها.
  - ان امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية لا يحقق فقط هدف شرط الدولة الاولي بالرعاية وهو حظر التمييز بين المستثمرين الأجانب وانما يحقق أيضا هدف وغرض الاتفاقية الثنائية للاستثمار وهي تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي.

المبحث الرابع
الحلول والتوصيات المقترحة لتعامل الدول النامية مع مد نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية

في نهاية هذا البحث، سنقوم بتركيز هذا المبحث على التوصيات المقترحة لتعامل الدول النامية مع هذه الإشكالية القانونية التي أثارت آراء مختلفة وأحكام متناقضة من

هيئات التحكيم المختلفة. وجدير بالذكر أن الدول النامية لا تملك إلا مصادر وموارد محددة وبالتالي فإن رفع هذه الدعاوى التحكيمية يكلف خزانة الدول النامية مبالغ كبيرة هذا فضلا عن السمعة السيئة التي تلحق مناخ الاستثمار بهذه الدول في وقت هم في امس الحاجة الي الاستثمار الأجنبي لذلك فإن الدول النامية عليها أن تدرك مخاطر الإشكالية القانونية التي عرضنا لها. ولا شك أن الفقه الدولي قد أبرز العديد من الأمثلة والحلول التي قد يأخذ بها لعلاج هذه الإشكالية(٣٩٩).

إن هدف الدول النامية واضح وهو الاقتصار في تسوية المنازعات على الاتفاقية الثنائية التي ينتمي إليها المستثمر الأجنبي ولا شك أن هذا الهدف لا يتعارض مع سياسات تشجيع وحماية الاستثمار، فالمستثمر الأجنبي لن يحرم من اللجوء إلى التحكيم الدولي وإنما سيمتنع عليه أن يختار الأنسب أو الأفضل بين اتفاقيات ثنائية مختلفة وقع عليها الدولة النامية بما يشكل عبئا وعدم توازن في العلاقة بين المستثمر والدول النامية مضيفة الاستثمار.

وباستقراء احكام هيئات التحكيم، يتضح أن الكلمات المستخدمة لها معنى ودلالة كبيرة وبالتالي فإن التوصيات التي يمكن أن تأخذ بها الدول النامية ستقوم على صياغة هذا الشرط بشكل كبير بحيث يؤدي إلى القضاء على ظاهرة التسوق بين الاتفاقيات واستدعاء شرط تسوية منازعات ملائم.

لذلك تحدث الفقهاء عن عدة توصيات قد تأخذ بها الدول النامية على النحو التالي:-

١) <u>استبعاد النصوص الإجرائية/ الحقوق الإجرائية صراحة من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية</u>:

يعد هذا الاقتراح من أهم الاقتراحات في هذا المجال وهو قيام الدول النامية بالنص صراحة على استبعاد بنود تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية، وهذا الاقتراح مبني على أساس إرادة الطرفين الواضحة والتي اتجهت إلى استبعاد مد نطاق هذا الشرط إلى الحقوق الإجرائية. كما أن هذا الاقتراح أيضاً هو تقييد لسلطة هيئة التحكيم في مد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات الموجودة في اتفاقيات ثنائية أخرى(٤٠٠).

(399) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 23-25 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(400) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 23 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(ISSN: 2537 - 0758)

ويشير الفقه الدولي إلى المادة (٣) (٢) من اتفاقية كولومبيا- المملكة المتحدة البريطانية لعام ٢٠١٠ على الآتي:- *إن شرط الدولة الأولى بالرعاية الممنوح في الظروف المماثلة كما ورد في الاتفاقية لا يشمل الآليات الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية، والتي ترد في المواد (٩) و(١٠) من هذه الاتفاقية والتي يمكن أن ترد في اتفاقيات أو عقود استثمارية دولية"* (٤٠١).

كما قد يكون هناك وسيلة أخرى أقل صراحة وذلك عن طريق تعريف المعاملة التي يرد عليها شرط الدولة الأولى بالرعاية ويكون هذا التعريف غير شامل لآليات وإجراءات تسوية المنازعات(٤٠٢).

كذلك المادة (٤) (٥) من اتفاقية جورجيا وسويسرا على الآتي:- *أنه من المفهوم أن شرط الدولة الأولى بالرعاية المنصوص عليه في الفقرات (٢)، و(٣) لن ينطبق على آليات تسوية منازعات الاستثمار الواردة في هذه الاتفاقية أو أي اتفاقية أخرى وقع عليها أياً من الدول الأطراف"*(٤٠٣).

ونشير هنا الي المادة (٥) (٧) من مشروع نموذج اتفاق لتشجيع وحماية الاستثمار لجمهورية مصر العربية والتي نصت علي الاتي: *انه من المفهوم ان معاملة الدولة الاولي بالرعاية المشار اليها في هذه المادة لا تمتد الي الاحكام المتعلقة بتسوية المنازعات المدرجة في الاتفاقيات الدولية الثنائية او المتعددة الأطراف ذات الصلة بالاستثمار المبرمة من قبل أيا من الطرفين المتعاقدين"*(٤٠٤).

---

(401) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 23-24 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017). See also, Article (III) (2) of the Bilateral Agreement for the Promotion and Protection of Investments between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Republic of Colombia, Treaty Series No. 24 (2014), entered into force on 10/10/2014, available at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3253/download

(402) Id.

(403) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 23 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017). See also, Article (4)(5) of the Agreement between the Swiss Confederation and Georgia on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, entered into force on 17//2015, available at https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4814/download

(٤٠٤) المادة (٥) (٧) من مسودة مشروع نموذج اتفاق لتشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية مصر العربية وبين حكومة..... التي تنوي مصر توقيعها مع الدول الأخرى (المسودة غير منشورة- يناير ٢٠٢٠)

إلا أن هذه الحلول والصياغات قد تكون مفيدة في حالة الدول النامية التي لم توقع بعد على أي اتفاقيات ثنائية وبصدد التوقيع على اتفاقيات ثنائية جديدة، لكن يثور السؤال حول فائدة هذه الاقتراحات الخاصة بالصياغة في حالة الدول النامية التي وقعت على العديد من الاتفاقيات في السابق والتي نصت على صياغة واسعة لشرط الدولة الأولى بالرعاية.

يمكن القول بأن ذلك يحتاج من الدول النامية و من بينها مصر أن تتفاوض مع الدول التي سبق وأن وقعت معها على تعديل شرط الدول الأولى بالرعاية. وهو أمر صعب المنال نظراً لأن معظم الدول سترفض تعديل هذا الشرط بناء علي ارادتها واختيارها.

كذلك من عيوب هذا المقترح أنه قد يستبعد تسوية المنازعات لكن لا تزال الحقوق الموضوعية داخلة في نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية. إلا أن هدف هذا البحث هو إبراز الحلول المختلفة لتقييد هذا الشرط من الناحية الإجرائية حتى لا تجد الدول النامية نفسها في مواجهة هيئات تحكيم تنظر في بنود أخرى وأبقت عليها الدول النامية مع دول أخرى لا ينتمي المستثمر الأجنبي إليها.

إلا ان العيب او المثلب الخاص بهذا الاقتراح أنه يؤكد علي امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية في جميع الاتفاقيات الثنائية السابقة التي لم تنص علي هذا الاستبعاد صراحة مما يوقع الدول النامية في مشاكل اكبر لانه سيؤكد علي ان الصيغ القديمة المستخدمة تضم بنود تسوية المنازعات بمفهوم المخالفة.

وقد يكون البديل في حالة رفض الدول الأخرى تعديل شرط الدولة الأولى بالرعاية في اتفاقياتهم أن يقوموا بالتوقيع على **مذكرة تفسيرية** مع الدول النامية تكشف عن استبعاد بنود تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية وهذا الحل يجنب الدول فكرة تعدل الاتفاقيات الثنائية والتي قد تحتاج الي موافقات مختلفة من جانب السلطة التنفيذية والتشريعية في هذه الدول وهو امر شديد التعقيد.

ومن الأمور الهامة أن تقوم الدول النامية بالتأكيد على أن سياستها واضحة في رفض ادخال هذا البند ضمن نطاق شرط الدول الأولى بالرعاية. وجدير بالذكر أن تأكيد هذه السياسات يتم من خلال التوقيع على العديد من الاتفاقيات الثنائية التي تنص على استبعاد تسوية المنازعات من امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية، إصدار تشريعات داخلية بذلك، إصدار العديد من التصريحات حول هذه السياسة. فكما رأينا أن هيئات التحكيم تعول على ممارسات الدول والسلوك اللاحق للدول في تفسير نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية[٤٠٥].

(405) Please review Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review -

(ISSN: 2537 - 0758)

٢) استبعاد محتوى الاتفاقيات السابقة من شرط الدولة الأولى بالرعاية:

من الحلول والتوصيات التي أفرزها العمل الدولي هو الاتفاق في شرط الدولة الأولى بالرعاية على عدم امتداد الشرط إلى محتوى الاتفاقيات السابقة. ويتميز هذا الحل بأنه يستبعد من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية مجموعة الحقوق الموضوعية والاجرائية معا التي تم النص عليها في اتفاقيات سابقة بما يشكل سياسة جديدة تعبر الدول النامية عن رفضها لامتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات(٤٠٦).

إلا أنه يعيب علي هذا الحل أنه لا يمنع امتداد شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى بنود تسوية المنازعات في المستقبل والذي يرد في اتفاقيات ثنائية جديدة توقع بعد الاتفاقية التي ضمت هذا الشرط(٤٠٧). وجدير بالذكر أن هذه الحل فيه قصور في حالة قيام دولة نامية بالتفاوض على اتفاقية ثنائية جديدة مع دولة من الدول المتقدمة مثل الولايات المتحدة وتصمم الأخيرة على عدم تعديل شرط الدولة الأولى بالرعاية. فهذا يعطي فرصة لهيئات التحكيم في أن تدعي تغير السياسة الخاصة بالدولة النامية من خلال الاتفاقيات المستقبلية التي وقعت.

وأبرز الأمثلة على هذا الحل كما أشار اليها الفقه الدولي هو ملحق (٣) (١) من اتفاقية كندا– بوركينا فاسو لعام ٢٠١٥ تحت بند استثناءات شرط الدولة الاولي بالرعاية والذي تنص على الآتي:–

"المادة (٥) "شرط الدولة الأولى بالرعاية" لا ينطبق على المعاملة الممنوحة من أحد الطرفين بموجب اتفاقية ثنائية أو حماية نافذة أو وقعت قبل تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز النفاذ"(٤٠٨).

وفي بعض الأحيان، تقوم الدول باستبعاد محتوى الحقوق الموضوعية والاجرائية من خلال تعريف "المعاملة" بحيث تستبعد بنود تسوية المنازعات وأيضاً الالتزامات الموضوعية(٤٠٩).

Foreign Investment Law Journal. See also, Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004), P. 6-7

(406) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 23 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(407) Id.

(408) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 24 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017). Please also review Annex III of the Agreement between the Government of Canada and the Government of Burkina Faso for the Promotion and Protection of Investments, available at https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/burkina_faso/fipa-apie/index.aspx?lang=eng#f48

حيث نصت الاتفاقية بين كندا والاتحاد الأوروبي على استبعاد القواعد الإجرائية والموضوعية من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية على النحو التالي:-

"من أجل مزيد من اليقين، "المعاملة" المشار إليها في الفقرات (١) و(٢) لا تشمل الإجراءات الخاصة بتسوية المنازعات الاستثمارية بين المستثمرين والدول المنصوص عليها في اتفاقيات استثمارية دولية أخرى واتفاقيات تجارية. كذلك فإن الالتزامات الموضوعية في الاتفاقيات الاستثمارية الدولية والتجارية لا تعد في حد ذاتها "معاملة" وبالتالي لا تعد سبباً للاخلال بهذه المادة، في غياب إجراء متخذ من جانب طرف بموجب هذه الالتزامات"[٤١٠].

٣) استبعاد شرط الدولة الأولى بالرعاية من الاتفاقيات الثنائية

قد يكون أحد الحلول المقترحة هو عدم النص على شرط الدولة الأولى بالرعاية كلية مما يؤدي إلى القضاء على هذه الإشكالية القانونية فيما يتعلق بالاتفاقيات الثنائية محل التفاوض. ويجد هذا الرأي سنده في أن الاتفاقيات الثنائية هي اتفاقيات عقدية بالأساس وبالتالي تقتصر على تنظيم العلاقة الثنائية بين الدولتين ولذلك فإن قيام دولة ما بالاعتراض على هذا الشرط وإخراجه من الاتفاق لا يعتبر مشكلة كبيرة فليس هناك تلازم بين شرط الدولة الأولى بالرعاية والاتفاقيات الثنائية[٤١١].

وجدير بالذكر أن الهند قامت باعداد نموذج للاتفاقيات الثنائية لعام ٢٠١٥ لم يحتوي على أي شرط للدولة الأولى بالرعاية، كما أن هذا الشرط لا يستند إلى القانون الدولي العرفي فالدولة تلتزم بهذا الشرط إذا كان موجوداً فقط في الاتفاقية الثنائية[٤١٢].

ويعيب علي هذا الاقتراح أنه لا يحل مشكلة الاتفاقيات السابقة التي وقعتها الدول النامية والتي غالبا ما تنص على شرط الدولة الأولى بالرعاية لذلك فهذا الحل يتحدث

---

(409) Id.

(410) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 24 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017). See also, Article 8.7 (4) of the Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada of the one part, and the European Union and its member states, available at https://jusmundi.com/en/document/pdf/treaty/en-comprehensive-trade-and-economic-agreement-between-canada-and-the-european-union-canada-eu-ceta-2016-sunday-30th-october-2016

(411) Id.

(412) Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series, P. 24 (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

(ISSN: 2537 - 0758)

عن المستقبل فقط بالنسبة للاتفاقيات الجديدة، وجدير بالذكر أن مطالبة الدول بتعديل اتفاقياتها الثنائية بإلغاء شرط الدولة الأولى بالرعاية هي مسألة ليست يسيرة نظراً لأن العديد من الدول ستعترض على ذلك باعتبار أن هذا الالغاء سيؤدي إلى حرمان مستثمريها من شرط الدولة الأولى بالرعاية وامتداد نطاق إلى الحقوق الموضوعية والاجرائية المنصوص عليها في الاتفاقيات الثنائية الأخرى. وقد وقعت مصر علي العديد من الاتفاقيات التي تضم شرط الدولة الاولي بالرعاية(٤١٣).

ونرى أن هذا الاقتراح صعب تطبيقه في الواقع العملي على الاتفاقيات الموقعة حيث أن كل دولة ستتمسك بالالتزام بهذا الشرط بناء على أن هدف هذا الشرط هو الغاء التمييز بين المستثمرين الأجانب، وبالتالي فإن كل دولة لها الحق في أن تحتج بأن الغاء الشرط سيؤدي إلى عدم المساواة بين مستثمريها والمستثمرين الآخرين الذين ينتمون إلى دول أخرى. وقد يكون هذا الامر صعب التفاوض عليه حتى في حالة الاتفاقيات الثنائية الجديدة حيث تكون نفس الحجة قائمة أيضاً.

ويبدو من الوهلة الأولى أن محل هذه الإشكالية بسيط ولا يستدعي أكثر من تعديل بسيط لبنود الاتفاقية الثنائية، إلا أن لجنة القانون الدولي في تقريرها لعام ٢٠١٥ رصدت عدم تجاوب الدول بصفة عامة مع هذا المقترح. فرغم أن أحكام هيئة التحكيم صدرت بنتائج غير متسقة ومتعارضة مع بعضها البعض ما بين اتجاه موسع أو اتجاه مقيد كما سبق تفصيله في البحثين الأول والثاني من هذا الفصل، إلا أن الدول لم تسارع إلى تعديل صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية. كما أن ذلك لم يمنع الدول النامية من التفكير في وضع نموذج لاتفاقية استثمار ثنائية تتضمن مجموعة من البنود الموضوعية والإجرائية(٤١٤).

وقد أشارت لجنة القانون الدولي إلى ثلاث تفسيرات لعدم تسارع الدول إلى تعديل صياغة شرط الدولة الأولى بالرعاية على النحو التالي.

- أن إعادة التفاوض على اتفاقيات وقعت في الماضي عملية ليست يسيرة وقد تكون طويلة ومعقدة فضلاً عن عدم وضع الدول لهذا الأمر على أولويات الأجندة الخاصة بها.

(413) Ashraf M. A El Fakharani et al, *Bilateral Investment Treaties and the increase in Egyptian appearances before international arbitration tribunals*, A.J.I.C.L. 2021, 29(10) 40, 45 (2021)

(414) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 34-36, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

- قد يكون التعديل المراد وضعه من شأنه أن يؤدي إلى إقرار الدول بأن الصياغة السابقة تشمل بنود تسوية المنازعات بما يفتح المجال أمام هيئات التحكيم للوصول إلى هذه النتيجة بشكل أيسر في المعاهدات التي لم تعدل بعد.
- قد ترى الدول أن الاتجاه الموسع لشرط الدولة الأولى بالرعاية اعتمد على صياغة عامة لشرط الدولة الأولى بالرعاية على حين أن هذه الدول ترى أن الصياغة الخاصة بشرط الدولة الأولى بالرعاية في معاهداتها الثنائية ليست مصاغة بشكل عام وبالتالي فإن هذه الدول تدرك أنها بمأمن عن هذا الخطر وبالتالي لا تتحمس لهذا الاقتراح الخاص بتعديل الاتفاقيات الثنائية[٤١٥].

٤) إدراج القيود التي نص عليها حكم مافيزيني

كما أرشدتنا هيئة التحكيم في قضية مافيزيني إلى مجموعة من القيود القانونية التي يمتنع فيها مد نطاق تطبيق شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى النصوص الإجرائية الواردة في اتفاقيات ثنائية أخرى، فإنه قد يكون من الحلول التي ابرزها المجتمع الدولي هو تضمين الاتفاقيات الثنائية القيود التي أوضحتها هيئة التحكيم في قضية مافيزيني.

إلا أنه قد يكون الرد على ذلك هو أن بعض هيئات التحكيم قد التفتت عن هذه القيود القانونية أو لم تعتبرها قيوداً من شأنها منع امتداد شرط الدولة الأولى.

وفي ذلك يمكن إجمال هذه القيود على النحو التالي:

- اشتراط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية: لا شك أنه من الأمور التي تعد جوهرية في نظر قواعد القانون الدولي وهو أن يلجأ المستثمر إلى وسائل التقاضي الداخلية قبل اللجوء إلى التحكيم الدولي. فأحد شروط المسئولية الدولية لكي تتحقق هي استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية[٤١٦].

لذلك فإن الدول النامية يمكن لها أن تتضمن هذا الشرط صراحة داخل بنود تسوية المنازعات الخاصة بها وللتأكيد على عدم الالتفات عن هذا النص، يمكن إضافة أن هذا

(415) Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, adopted by the International Law Commission at its Sixty-Seventh session in 2015, P. 34-36, Yearbook of the International Law Commission 2015, Vol. 11 (Part Two).

(416) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(ISSN: 2537 - 0758)

الشرط يعبر عن إرادة الطرفين موقعي الاتفاقية وأنه لا يجوز الالتفات عن هذا الشرط باستدعاء شرط الدولة الأولى بالرعاية.

- تخيير المستثمر بين اللجوء إلى التحكيم الدولي أو التقاضي الوطني: يمكن أن ينص الاتفاقية الثنائية على التمييز بين اللجوء إلى التحكيم الدولي أو القضاء الوطني غير أن اللجوء إلى أيا منها يمنع اللجوء إلى الطريق الآخر غير أن علاقة هذا الشرط بعدم مد نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية على بنود تسوية المنازعات يظل أمر محل بحث[٤١٧].

٥) إذا كانت طريقة تسوية المنازعات مختلفة:

يستلزم هذا الحل أن تقوم الدولة بالنص على إجراءات خاصة في بنود تسوية المنازعات بما يؤدي إلى القول بان إرادة الطرفين اتجهت إلى إجراءات محددة يجب توافرها و بالتالي لا ينعقد اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى. وقد تم إثارة هذا الموضوع بشكل كبير في أحكام هيئات التحكيم المختلفة[٤١٨].

وتركز هذه الفكرة على القواعد الإجرائية التي يلزم تحققها واستيفائها من أجل أن يقوم المستثمر برفع دعوى تحكيم صحيحة ضد الدولة. ولا شك أن التمايز بين القواعد الإجرائية الخاصة في هذه الاتفاقية والقواعد الإجرائية المنصوص عليها في اتفاقيات أخرى قد يعطي الهيئة أسباباً معقولة لرفض انعقاد اختصاصها بناء على أن شرط التحكيم الذي وافق عليه الأطراف قد جاء خصيصاً بشكل معين وبالتالي فإن شرط الدولة الأولى بالرعاية سيؤدي إلى الاخلال بالاختصاص الموضوعي والشخص المحدد الذي يتفق عليه الطرفان[٤١٩]. وبالتالي فاعمال إرادة الطرفين تقتضي عدم تفعيل شرط الدولة الاولي بالرعاية فيما يتعلق باستدعاء بنود إجرائية اخري.

---

(417) Id.

(418) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

(419) Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, P. 24 (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf)

موقف الحكومة المصرية

ان النظر الي الموقف المصري يقتضي منا التعرف علي جميع الصياغات التي وقعت عليها الحكومة المصرية وهو امر يخرج عن دائرة هذا البحث الا انه يمكن تحليل موقف الحكومة المصرية من خلال تفسير نصوص الاتفاقية النموذجية والتي تم مناقشتها مؤخرا داخل أروقة العمل الحكومي وبين الوزارات.

ولقد ظهرت الحكومة المصرية في اكثر من ٢٨ قضية تحكيم استثماري في الآونة الأخيرة بما يعني ان هذا الموضوع يشكل أهمية كبيرة للدولة المصرية حيث تحتل مصر المرتبة الثالثة من حيث عدد المنازعات الاستثمارية بعد فنزويلا والارجنتين[٤٢٠].

وحسنا فعل المفاوض المصري بالنص صراحة علي استبعاد بند تسوية المنازعات من نطاق شرط الدولة الاولي بالرعاية في مسودة الاتفاقية النموذجية لتشجيع وحماية الاستثمار في المادة الخامسة (فقرة ٧) من هذا المشروع. فهذا الامر سيساهم بشكل كبير في تقليل الدعاوي التحكيمية التي ترفع علي الدولة المصرية والتي قد تكلف الخزانة المصرية أموالا طائلة تحتاج اليها الدولة في مشروعاتها التنموية.

خاتمة:

استعرض الفصل الأخير من هذا البحث التطبيقات القضائية المختلفة والتي انقسمت الي اتجاهين رئيسيين وقمنا بتحليل الدفوع القانونية التي قال بها كل فريق وجدير بالذكر ان كل حجة قانونية لها وجاهتها الا ان الإجابة المثلي انه لا إجابة واضحة لهذا السؤال حيث يظل الامر موكولا الي كل هيئة تحكيم علي حدة وبالنظر الي خلفية كل محكم وظروف الدعوي كما ان دفوع كل طرف وترافع كل طرف له أهمية كبيرة في تشكيل قناعة هيئات التحكيم الا انه من الملاحظ ان الدول النامية بدأت تلتفت الي هذا الامر وتنص صراحة علي عدم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات وهي التي تحتوي علي الحقوق الإجرائية للمستثمر.

وقد سرد المبحث الأول الحجج القانونية التي استند اليها مناصرو الاتجاه الأول من امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية اما المبحث الثاني فقد سرد الحجج القانونية التي استند اليها مناصرو الاتجاه الثاني وهو عدم امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر اما المبحث الثالث فقام بتقييم الاتجاهين

(420) Ashraf M. A El Fakharani et al, *Bilateral Investment Treaties and the increase in Egyptian appearances before international arbitration tribunals*, A.J.I.C.L. 2021, 29(10) 40, 40 (2021)

(ISSN: 2537 - 0758)

ونري ان الاتجاه الأول يتفق اكثر مع قواعد القانون الدولي وغرض شرط الدولة الاولي بالرعاية والحكمة منه هذا فضلا عن الغرض والهدف من الاتفاقيات الثنائية الا ان النتيجة هي عدم توازن في العلاقة بين المستثمر والدول النامية لذلك جاء البحث الرابع ليعرض ابرز التوصيات والاقتراحات التي يمكن لحكومات الدول النامية ان تأخذ بها لكي تحد من مخاطر امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية.

خاتمة

تناول هذا البحث احدي الإشكاليات الهامة التي تتعلق بالقانون الدولي و هو امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر الأجنبي و هي إشكالية قانونية عجزت لجنة القانون الدولي عن الإجابة عليها. ولا شك ان شرط الدولة الاولي بالرعاية يستخدمه المستثمر الأجنبي لكي يوسع من دائرة الحقوق التي يتمتع بها عن طريق استدعاء حقوق إجرائية موجودة في اتفاقيات ثنائية اخري يتمتع بها مستثمرون اجانب اخرون ينتمون الي دول اخري قامت بالتفاوض علي هذه الشروط.

وقد أثار هذا البحث عدة مسائل قانونية متشابكة بالإضافة الي عدد من المبادئ القانونية الدولية التي تحكم هذا الامر الا ان القدر المتيقن منه ان الاحكام والسوابق القضائية التي تصدر من هيئات التحكيم لا تزال غير متناسقة ومتعارضة في بعض الأحيان نظرا لعدم وجود قواعد قانونية دولية حاسمة ترجح طرف على الاخر. فالبعض يري ان شرط الدولة الاولي بالرعاية يمتد الي بنود تسوية المنازعات المنصوص عليه في اتفاقيات اخري وبالتالي يؤدي ذلك الي اتساع الحقوق الإجرائية للمستثمر بشكل كبير حيث يقوم المستثمر بالانتقاء والاختيار بين مجموعة نصوص قانونية موجودة في اتفاقيات ثنائية اخري ولا شك ان مؤيدي هذا الاتجاه ينتمون الي فريق مناصري المستثمر الأجنبي الذي بإمكانه عن طريق مد شرط الدولة الاولي بالرعاية ان يختار من ضمن اتفاقيات ثنائية عديدة الأنسب له.

اما الفريق الاخر الذي يرفض امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي بنود تسوية المنازعات ويقصر حق المستثمر في النصوص الإجرائية المنصوص عليها في الاتفاقية الثنائية التي وقعت عليها دولته ينتمي الي مناصري الدول حيث ان مصلحة الدول مضيفة الاستثمار الا تتعرض لعدد كبير من المنازعات الاستثمارية التي تستنفد جهود الدولة ومواردها المحدودة.

ويأتي فريق ثالث لا يؤيد إجابة حاسمة لهذا السؤال الصعب وانما يترك الإجابة علي ذلك الي تقدير هيئات التحكيم لصياغة شرط الدولة الاولي بالرعاية والظروف المحيطة

وقواعد التفسير والتي لا ترشدنا الي اتجاه معين بل تترك المسألة لكل هيئة علي حدة. ولا شك ان هذا الاتجاه يمثل الاتجاه الغالب في هذا الامر بما يلقي بظلاله على استقرار المراكز القانونية للدول والمستثمرين الأجانب و بالتالي فعلي الدول النامية ان تتنبه الي هذه الإشكالية وذلك باتباع التوصيات التي قمنا بطرحها في الفصل الثالث من هذا البحث. ان هذه التوصيات تهدف بشكل كبير الي ان تظهر الدولة نيتها وارادتها بشكل صحيح وسليم والمتعلقة بامتداد هذا الشرط.

وقد تناولنا علي مدار أربعة فصول هذا الموضوع بالبحث والدراسة حيث خصصنا **الفصل التمهيدي** لاعطاء القارئ مقدمة هامة عن اتفاقيات الاستثمار الثنائية والدور الذي تلعبه في اطار القانون الدولي. وقد انقسم الفصل التمهيدي الي مبحثين اثنين حيث خصص المبحث الأول منه لنطاق الحماية التي تغطيها هذه الاتفاقيات الثنائية وقد تم استعراض صورة كاملة لهذه الاتفاقيات وما تتضمنه من نصوص موضوعية واجرائية. اما المبحث الثاني فقد حدد مواضع التفرقة بين الحقوق الموضوعية والحقوق الإجرائية التي يتمتع بها المستثمر.

وجاء **الفصل الأول** ليتحدث عن تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية في ضوء قواعد القانون الدولي العام حيث تعرض المبحث الأول منه لتفسير هذا الشرط في ضوء المواد ٣١ و٣٢ من اتفاقية فيينا للمعاهدات. حيث ان نصوص الاتفاقيات الثنائية تعد نصوص اتفاقية تخضع في تفسيرها لقواعد القانون الدولي العام. اما المبحث الثاني فتعرض للعديد من المبادئ القانونية الدولية التي تعرض لها هيئات التحكيم لتحديد مدي انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية علي الحقوق الإجرائية للمستثمر.

اما **الفصل الثاني** فتحدث بشئ من التفصيل عن اشكال انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية و الحقوق الإجرائية. فخصص المبحث الأول لاشكال امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الموضوعية وهو امر من الأمور التي يظل هناك بعض الخلاف حول تطبيقها و ليس ماهيتها. اما المبحث الثاني فتعرض لمدي انطباق شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية.

وجاء **الفصل الثالث** ليعرض اهم التطبيقات القضائية في ضوء احكام هيئات التحكيم في منازعات الاستثمار امام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار او مراكز التحكيم واسعة الشهرة مثل غرفة التجارة الدولية باستكهولم وغيرها. و قمنا بتخصيص المبحث الأول للاتجاه الموسع في تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية وعرض الاسانيد القانونية ومختلف الحجج القانونية التي تم اثارتها في هذه الدعاوي اما

(ISSN: 2537 - 0758)

المبحث الثاني فتم تخصيصه للاتجاه المضيق او الأكثر تحفظا في تفسير شرط الدولة الاولي بالرعاية عند امتداده الي الحقوق الإجرائية. وجاء المبحث الثالث ليقوم بتقييم الاتجاهين في ضوء الاسانيد القانونية التي قيل بها في كل اتجاه. وجاء المبحث الرابع بجملة توصيات قمنا بعرضها لتبصرة الدول النامية الي مخاطر امتداد شرط الدولة الاولي بالرعاية الي الحقوق الإجرائية للمستثمر.

قائمة المراجع

الكتب باللغة العربية:

١) أ.د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة.
٢) د. أشرف عرفات، التنظيم الدولي– النظرية العامة– الأمم المتحدة، الطبعة الأولى
٣) د. اشرف عرفات، الوجيز في القانون الدولي العام
٤) د. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، مطبعة جامعة القاهرة

رسائل الدكتوراه:

١) عمرو مراد عوض حيدر، رسالة دكتوراه، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبية في اطار اتفاقية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات
٢) عبد الملك عبد الرحمن محمد مطهر، رسالة دكتوراه، تسوية منازعات الاستثمار في إطار القانون الدولي العام

Books:

- Andrew S. Bell, FORUM SHOPPING AND VENUE IN TRANSNATIONAL LITIGATION (Oxford Univ. Press 2003)
- Mitsuo Matsushita et al, The World Trade Organization, Law, Practice, and Policy, The Oxford International Law Library
- Barry Carter et al, International Law, Aspen (Fourth Edition)
- Mclachlan, Campbell et al., International Investment arbitration: Substantive Principles, Oxford University Press (2007).
- M. Sornarajah, The international law on foreign investment, Cambridge (Second Edition).
- Peter Van Den Bossche, The Law and Policy of the World Trade Organization (Cambridge University Press 2005).
- J. G. Merrills, INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT, fifth editions, Cambridge University Press (2011).

- Yuval Shany, THE COMPETING JURISDICTIONS OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS (Oxford Univ. Press 2003).

Articles:

- Matthias Busse et al, *FDI Promotion through Bilateral Investment Treaties More Than a Bit*, Proceedings of the German Development Economics Conference, Zürich 2008, No. 4, Verein für Socialpolitik, Ausschuss für Entwicklungsländer, Göttingen, (2008)(Conference Paper).
- Vorgelegt von Ulrike Moschtaghi, *The Most-Favoured-Nation clause in International Investment Law*, Dissertation (University of Hamburg 2018).
- Jarrod Wong, *The Application of Most-Favoured-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 3 Asian J. WTO & Int'l Health L. & Pol'y 171 (2008)
- Jeswald Salacuse and Nicholas Sullivan, DO BITS REALLY WORK?: AN EVALUATION OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND THEIR GRAND BARGAIN, 46 Harv. Int'l L.J. 77 (2005).
- Jeswald W. Salacuse, *BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their impact on foreign investment in developing countries*, Vol. 24 No. (3), 655 (1990).
- Julien Chaisse, T*he Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration*, 11 Hastings Bus. L.J. 225 (2015).
- PR Thularidhass, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law: Ascertaining the limits through interpretative principles*, Amsterdam Law Forum, Summer Edition, 3 (2015).
- Ashraf M. A El Fakharani et al, *Bilateral Investment Treaties and the increase in Egyptian appearances before international arbitration tribunals*, A.J.I.C.L. 2021, 29(10) 40 (2021).
- Paul Michael Blyschak, *State Consent, Investor Interests and the Future of Investment Arbitration: Reanalyzing the Jurisdiction of Investor-State Tribunals in Hard Cases*, 9 Asper Rev. Int'l Bus. & Trade L. 99 (2009)

(ISSN: 2537 - 0758)

- Alejandro Faya Rodriguez, *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreement A tool for treaty shopping?,* Journal of International Arbitration, 25(1): 89 (2008)
- Yas Banifatemi, *The Emerging jurisprudence on the Most-Favoured-Nation treatment in investment arbitration*, in Investment Treaty Law: Current Issues III, 241 (A.Bjorkland I. Laid, S. Ripinsky ed., BIICL, 2009)
- William Lawton Kirtley, *The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes*, The Journal of World Investment & Trade, 428 (2009).
- Stephen Fietta, *Most Favoured Nation treatment and dispute resolution under bilateral investment treaties: a turning point?,* Int. A.L.R. 2005, 8(4), 131 (2005).
- Ivar Alvik, Most Favoured Nation Treatment Application in International Investment Arbitration A study on conflicting precedence in international dispute settlement procedure, Thesis (University of Oslo– Faculty of Law) (2011).
- Stephan W. Schill, *Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction– A Reply to Zachary Douglas*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 2, 353 (2001).
- Scott Vesel, *Clearing a Path through a Tangled Jurisprudence: Most-favored-nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Yale Journal of International Law, Vol. 32:125, 146 (2007).
- Stephanie L. Parker, *A Bit at a Time: The Proper Extension of the MFN Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, The Arbitration Brief 2, No. (1)(2012): 30 (2012)
- Yannick Radi, *The Application of the Most-Favoured-Nation Clause to the Dispute Settlement Provisions of Bilateral Investment Treaties: Domesticating the 'Trojan Horse'*, EJIL 18 (2007), Vol. 18 No. 4, 757 (2007).
- Suzy H. Nikiema, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, IISD Best Practices Series (The International Institute for Sustainable Development, February 2017).

- Zackary Douglas, *The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails*, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2 No. (1), 97 (2011)
- Chan-Mo Chung, *The MFN principle at peril in investment treaties*, Journal of Korea Trade, Vol. 2, No. 2, 15 (2020)
- Martin Dietrich Branch, Exhaustion of local Remedies in international investment law, IISD Best Practices Series (January 2017).
- Amit Kumar Sinha, *An inquiry into the scope of MFN provisions in bilateral investment treaties*,45 Brook. J. Int'l L. 679 (2020)
- Joost Pauwelyn, *Legal Avenues to "Multilateralizing Regionalism" Beyond Article XXIV, in* MULTILATERALIZING REGIONALISM CHALLENGES FOR THE GLOBAL TRADING SYSTEM (Richard Baldwin & Patrick Low eds., Cambridge Univ. Press 2009).
- Edoardo Stoppini, *Jurisdictional Impact of Most-Favoured-Nation Clauses*, Max Planck Institute Luxembourg (2017)
- Orlando E. Silva and John W. Boscariol, *The widening of the MFN obligation and its impact on investor protection*, Int T.L.R. 2005, 11(2), 61 (2005)
- Simon Batifort and J. Benton Heath, *The new debate on the interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, The American Journal of International law, Vol. 111:4, 873 (2018)
- Philippe Gugler and Vladimir Tomsik, International Agreements on foreign investments: North American vs. European approach, working paper (2006) (available at
- Gary Born and Wendy Miles, Global trends in international arbitration, Global Legal Group, at 1
- Peter Muchlinski, The rise and fall of the multilateral agreement on investment: where now?, 34 Int'l Law. 1035
- Kenneth Vandevelde, A brief history of international investment agreements, 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Ply'y, 183
- Kenneth Vandevelde, The Bilateral Investment Treaty Program of the United States, 21 Cornell Int'l L.J.210
- Georg Schwarzenberger, foreign investments and international law, Frederick Praeger, at 135

(ISSN: 2537 - 0758)

- Stephan Schwebel, The United States 2004 model bilateral investment treaty: an exercise in the regressive development of international law, at 5
- Horacio Grigera Naon, State party investment disputes, at 265 (strengthening the relations with the Arab and muslim countries).
- Jonathan Charney, International agreements and the development of customary international law, 61 Wash. L. Rev. 971
- Calvin Hamilton and Paula Rochwerger, Trade and investment: Foreign direct investment through bilateral and multilateral treaties, 18 N.Y. Int'l L. Rev. 9
- Jeswald Salacuse and Nicholas Sullivan, DO BITS REALLY WORK?: AN EVALUATION OF BILATERAL INVESTMENT TREATIES AND THEIR GRAND BARGAIN, 46 Harv. Int'l L.J. 77

Table of Cases:

- Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Decision on Jurisdiction (25 January 2000) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_En.pdf_)
- Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7), Award of the Tribunal (13 November 2000) ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_En.pdf)
- Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8), Decision on Jurisdiction (August 3, 2004) (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_En.pdf)
- Gas Natural SDG, S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/10), Decision on Jurisdiction (June 17, 2005) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0354.pdf)
- Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/04/14), Award of the Tribunal (December 8 2008) available at

(http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C39/DC1492_En.pdf)

- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Decision on Jurisdiction (November 29 2004), ICSID Review- Foreign Investment Law Journal (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf)
- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan (ICSID Case No. ARB/02/13), Award of the Tribunal (January 31 200) (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC1673_En.pdf)
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Decision on Jurisdiction (February 8 2005) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0669.pdf)
- Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Award of the Tribunal (August 27 2008) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf)
- Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/05/1), Award of the Tribunal (August 22 2012) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1082.pdf)
- Ansung Housing Co., Ltd. v. People's Republic of China (ICSID Case No. ARB/14/25), Award of the Tribunal (March 9 2017) (available at http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3885/DC10053_En.pdf)
- Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30), Decision on Jurisdiction (May 31 2017) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8968.pdf)
- RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Award on Jurisdiction (October 1 2007) (available at

(ISSN: 2537 - 0758)

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0719.pdf)

- RosInvestCo UK LTd v. The Russian Federation (SCC Case No. 079/2005), Final Award (September 12 2010) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf)
- Vladimir Berschader and Michael Berschader v. Russian Federation (SCC Case No. 080/2004), Award of the Tribunal (April 21 200) (available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0079_0.pdf)
- MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 21 May 2004, available at http://ita.law.uvic.ca/documents/MTD-Award.pdf.
- CMS GAS Transmission Company v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005, 44 I.L.M 1205 (2005), available at http://ita.law.uvic.ca/documents/CMS_FinalAward.pdf.
- **International Instruments and Agreements:**

مسودة مشروع نموذج اتفاق لتشجيع وحماية الاستثمار بين حكومة جمهورية مصر العربية وبين حكومة..... التي تنوي مصر توقيعها مع الدول الأخرى (المسودة غير منشورة– يناير ٢٠٢٠).

ICSID Convention.
Vienna Convention on the Law of Treaties.
UK Bilateral Investment Treaty Model (2008).
India Bilateral Investment Treaty Model (2015).
United States Bilateral Investment Treaty Model (2012).