كلية الحقوق

قسم القانون الدولي العام

بحث بعنوان

عدم اتساق قرارات

هيئات التحكيم التعاهدي

بين المستثمرين و الدول و الحلول الممكنة

" في إطار قواعد القانون الدولي العام".

مقدم من الباحث

د/ عمرو زكريا صاوي عبد الرحمن

دكتوراه في القانون الدولي العام

2023

المقدمة:

إن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول استحدث لتمكين المستثمر الأجنبي سواء كان شخص طبيعي أو اعتباري من رفع دعوة مباشرة ضد الدولة ذات السيادة التي يستثمر فيها.

وتعتبر المعاهدات الاستثمارية التي هي من صكوك القانون الدولي العام وسيلة لتعزيز الثقة في استقرار بيئة الاستثمار وللقيام بذلك توفر هذه الصكوك ضمانات جوهرية لفائدة المستثمرين الأجانب واستثماراتهم في شكل التزامات واجبة الانفاذ على الدول، ولئن كانت الأحكام الخاصة بتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول في المعاهدات مختلفة فهي تنص عادة على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم.

وقد طلب الفريق العامل الثالث التابع للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعني بنظام تسوية منازعات الاستثمار في دورته الخامسة والثلاثين إلى الأمانة العامة أن تعد قائمة بالشواغل التي أثيرت أثناء دورته الرابعة والثلاثين والخامس والثلاثين بخصوص تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول. وكان أحد أبرز هذه الشواغل هو عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم التعاهدي في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول مما يعرض نظام تسوية المنازعات لعدم الاستقرار وعدم القدرة على التنبؤ باحكامه الصادرة عن هيئات التحكيم بما يؤثر على مصداقيته وفعاليته، وقيل إن الاتساق والتماسك بشأن تلك القرارات يدعما سيادة القانون ويزيد الثقة في البيئة الإستثمارية مما سيضفي مزيدا من الشرعية على نظام تسوية المنازعات.

إن أحد أبرز الأسباب الكامنة وراء عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول هو التضارب في تفسير المعاهدات الإستثمارية من قبل هيئات التحكيم وأفادت بعض الدول بتجربتها في إبرام معاهدات استثمارية تنطوي على أحكام متشابهة فسرتها هيئات التحكيم بطرائق مختلفة رغم تطابق الوقائع والأطراف و الأحكام التعاهدية وقواعد التحكيم المنطبقة ولقد ذكرنا في الفصل الأول من البحث أمثلة عديدة لحالات عدم اتساق ناتجة عن تفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية والإختصاص والمقبولية باتفاقيات الإستثمار، أيضا كان لغياب وجود آلية لمراجعة قرارات التحكيم باستثناء بعض نظم المراجعة التي أشرنا لها سبباً في مشكلة عدم الإتساق إلا أن المشكلة الأكبر أن نظم المراجعة لا تضع عدم إيلاء الإهتمام بالسوابق القضائية وأسباب الأخذ بها أو طرحها و مراقبتها بين أسباب إلغاء قرار هيئة التحكيم بل إن هناك من هيئات التحكيم من أشارت صراحة في أحكامها أنها غير ملزمة بالسوابق القضائية ، ولا شك أن الأخذ بنظام السوابق القضائية له بالغ الأثر الفعال في التغلب على تلك المشكلة وتعزيز القدرة على التنبؤ بالأحكام لدى المستثمرين والدول.

وأيضا الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لها دور فعال في الحد من مشكلة عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي بين المستثمرن والدول وتعزيز القدرة على التنبؤ بالأحكام وسيادة القانون.

الباعث من اختيار موضوع البحث:

إن اختيارنا لهذا الموضوع هو محاولة منا للمساهمة في إصلاح نظام تسوية المنازعات الاستثمارية التعاهدية بين المستثمرين والدول ولم يكن لدينا أثناء كتابتنا لهذا البحث إنحيازا للمستثمر على حساب مصلحة الدولة أو

العكس وإنما كان نصب أعيننا مصلحة الطرفين فإتساق قرارات هيئات التحكيم أهم مزاياه تعزيز سيادة القانون والقدرة على التنبؤ بالأحكام وهي أمور تصب في مصلحة الطرفين، ولا نستطيع أن نخفي شعورنا بعدم الإرتياح لما تتعرض له الدول النامية خاصة من خسائر في عمليات تسوية المنازعات الإستثمارية التعاهدية[1].

وعليه يمكن القول أن الباعث الحقيقي لدينا لاختيار هذا الموضوع هو شعورنا بتعزيز كل الوسائل والآليات التي تؤدي إلى اصلاح نظام تسوية منازعات الإستثمار التعاهدي مما يضمن سيادة القانون، ولعل أهم هذه الآليات هو اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لما سبق وأن ذكرناه من فوائد.

مشكلة البحث:

(1) فعلى سبيل المثال أبرمت مصر 98 اتفاقية استثمار ثنائية (BITs) ، 63 منها (أي 65٪) تشير إلى اتفاقية واشنطن لعام 1965م بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، و تعتبر مصر من بين الدول العشرة الأولى الموقعة على معاهدات الاستثمار الثنائية، ووفقًا لقاعدة بيانات قضايا ICSID ، فإن معاهدات الاستثمار الثنائية التي أبرمتها مصر هي الأكثر منحا لاختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بناء على موافقة الأطراف. وقد بلغ إجمالي المطالبات المسجلة ضد مصر حتى عام 2020م حوالي 22,760 مليار دولار، واللافت أن إجمالي المطالبات المسجلة ضد مصر بعد عام 2011 بلغ 21,638 مليار دولار، وتم إصدار قرارات التحكيم في معظم القضايا لصالح مصر، حيث تم رفض 7 قضايا بناءً على الأسس الموضوعية و3 دعاوى مرفوضة لعدم الاختصاص القضائي و5 قضايا لصالح المستثمرين، وبلغ إجمالي المبالغ المدفوعة لصالح المستثمرين حوالي 2,125 مليار دولار (أي 9,3 ٪) من إجمالي مبلغ المطالبات ، ومما هو جدير بالذكر أن القضايا التي خسرتها مصر كانت لصالح دول أوروبا الغربية.

للمزيد من التفاصيل انظر:

- Ahmed Bakry (Egyptian Ministry of Justice)/March 15, 2020 After 48 Years at ICSID (1972-2020): An Overview of the Status of Egypt in ICSID Arbitrations; Available at : https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/15/after-48-years-at-icsid-1972-2020-an-overview-of-the-status-of-egypt-in-icsid-arbitrations/

لعل من أهم وأكبر مشكلات البحث هــو أن معظــم قضــايا تســوية المنازعات التعاهدي بين المستثمرين والدول قائمة على معاهدات من الجيــل القديم لم تراع الإتجاه الحديث الذي ننشده ونطالب به حيث أن غالبيــة هــذه المعاهدات تتسم بعدم دقة صياغة التعاريف والأحكــام الموضــوعية مثــل المصطلحات المتعلقة بالإستثمار والمستثمر والمعاملة العادلة والمنصفة ولذلك فإن الحلول التي تقدمنا بها تبدو أكثر سهولة بالنسبة للمعاهدات الإســتثمارية المزمع إبرامها ، أما المعاهدات القائمة وخاصة الجيل القديم منها فالأمر ليس بالهين إلا إذا توافرت الإرادة لدى أطراف هذه المعاهدات على إعادة النظــر مرة أخرى في مسالب معاهداتهم ، أيضا عدم إنخراط الــدول فــي تفســير معاهداتهم وفقدانهم السيطرة على تفسير تلك المعاهدات يفسح المجال لهيئــة التحكيم وتتسع سلطاتها التقديرية في التفسير مما يؤدي إلــى عــدم اتســاق قراراتها وعدم القدرة على التنبؤ بها ، فعلى سبيل المثال تشير بيانات مركز سياسات الإستثمار التابع للأونكتاد أن 126 معاهدة (4,9 في المائــة) مــن أصل 2573 معاهدة جرى تحليلها تتسم بأنها تسمح صراحة بــأن تصــدر الأطراف المتعاقدة أو لجان التفسير تفسيرات ملزمة وتتضمن 31 معاهدة فقط أو ما يزيد قليلا على 1,56 في المائة ترتيبات مؤسسية فــي شــكل لجــان تفسير[1]، أيضا كان من بين أصعب مشكلات البحث هو عدم اعتراف هيئات التحكيم التعاهدي بالزامية ايلاء الاهتمام اللازم بالسوابق القضائية وحاولنا أن نقدم مقترحات لكي نلزم هيئات التحكيم التعاهدي بــإيلاء الاهتمــام الــلازم بالسوابق القضائية .

= حول وضع مصر والدول الأفريقية امام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية انظر:

د/ عبدالمنعم زمزم، انهاء الدولة للعقود بارادتها المنفردة وأثره على خسائرها من التحكيم في ضــوء قــانون الاستثمار الدولي، تأصيل وتطبيق في قضاء التحكيم وأحكام المحاكم، دار مصر للنشــر والتوزيــع، 2022، ص29 ومابعدها

([1]) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG.III/WP191, 17 January 2020, Page 11

وبناء على ما سبق فانني يمكن أن أقول أن مشكلة المشـــكلات هـــي اتساع السلطة التقديرية لهيئات التحكيم التعاهـــدي فـــي تفســـير المعاهـــدات الاستثمارية وقد جاهدت وحاولت في بحثي هذا تقليص هذه السلطة التقديرية قدر الإمكان تلك السلطة التي تعد مصدر أساسي لعدم اتساق قرارات هيئـــات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

منهج البحث:

لقد اتبعنا في بحثنا هذا المنهج الاستقرائي التحليلي حيـــث بـــدأنا فـــي الفصل الأول من الدراسة بسرد العديد من الأمثلة لحالات عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي نتيجة لأسباب متعددة مثل التفسيرات المتباينة لمعايير الحماية الموضوعية باتفاقيات الاستثمار ، والتفسيرات المتباينة فيمـــا يتعلـــق بالاختصاص والمقبولية ، والتفسيرات المتباينة لاتفاقيات الاستثمار فيما يتعلق بالشروط الاجرائية ومن خلال ما تبين لنا من ملاحظات أثنـــاء ســـرد هـــذه الأمثلة وتحليلها اتضح لنا أهم الأسباب التي تؤدي لعدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي وبناء عليه قدمنا في الفصل الثاني من الدراسة مجموعة من الحلول والاقتراحات العملية والممكنة في إطار قواعد القانون الدولي العام.

وسنقسم دراستنا في بحثنا هذا إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم التعاهدي.

الفصل الثاني: بعض الحلول الممكنة في إطار قواعد القانون الدولي العام.

الفصل الأول

ماهية عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم التعاهدي

وفي هذا الفصل نلقي نظرة عامة حول مشكلة عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم التعاهدي في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وتأثيرها وأسبابها وذلك في المبحث الأول، ثم ننتقل إلى المبحث الثاني والذي نتناول فيه أمثلة لحالات عدم الاتساق نتيجة لتفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية باتفاقيات الاستثمار، وفي المبحث الثالث نتناول أمثلة لعدم اتساق قرارات نتيجة لتفسيرات متباينة فيما يتعلق بالاختصاص والمقبولية، وأخيرا في المبحث الرابع نتناول أمثلة لحالات عدم اتساق إجرائية، وعلى ذلك فإن هذا الفصل ينقسم إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: حول مشكلة عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي

المبحث الثاني: أمثلة لحالات عدم اتساق القرارات نتيجة لتفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية باتفاقيات الإستثمار.

المبحث الثالث: أمثلة لعدم اتساق قرارات نتيجة لتفسيرات متباينة فيما يتعلق بالإختصاص والمقبولية.

البحث الرابع :أمثلة لحالات عدم اتساق إجرائية.

المبحث الأول

حول مشكلة عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي

لقد أشير في دورة الفريق العامل الثالث[1] إلى أن الإنتقادات بشأن عدم الاتساق والتماسك هي أحد الأسباب الكامنة وراء قرار لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الشروع في العمل بشأن إمكانية اصلاح نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول ومن ثم التسليم بأهمية كفالة نظام متماسك ومتسق لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول[2].

إن نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول الذي يتسم بالتماسك والاتساق من شأنه أن يدعم سيادة القانون ويزيد الثقة في استقرار البيئة الاستثمارية مما سيضفي المزيد من الشرعية عليه[3].

وفي المقابل قد يؤثر عدم الاتساق وعدم التماسك سلباً في موثوقية نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وفعاليته وامكانية التنبؤ به وأيضاً في مصداقيته على المدى الطويل[4]. ورأي أن ذلك متعارض مع فكرة تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر من أجل تحقيق أهداف التنمية المستدامة وذكر ذلك أن عدم الاتساق يمكن أن يكون له أيضاً تأثير مالي وسياسي على الدول التي تعتمد على إطار متسق ويمكن التنبؤ به عند وضع سياساتها في مجال

([1]) تضطلع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) بعملها في دورات سنوية تعقد في سنوات متعاقبة في مقر الأمم المتحدة بنيويورك وفي مركز فيينا الدولي بفيينا وفي العادة تقوم اللجنة بأعمالها من خلال فرق عمل يعقد كل فريق عامل تابع للجنة دورة أو دورتين في السنة، تبعا للمواضيع التي سيتناولها؛ وتتعاقب هذه الدورات أيضا بين نيويورك وفيينا ولقد أسندت اللجنة الى الفريق العامل الثالث مهمة اصلاح نظام تسوية منازعات الاستثمار بين المستثمرين والدول .

([2]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة: A/CN.9/WG.III/WP.150.28 August 2018 . page3

([3]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة: A/CN.9/WG.III/WP.148.18 September 2017 . page11

([4]) انظر وثيقة الأمم المتحدة: A/CN.9/WG/ 930/Add/Rev.1.26 February 2018 . page4

الاستثمار وعلاوة على ذلك يتأثر المستثمرون أيضاً من هذه المسائل عندما يتخذون قراراً بشأن الاستثمار في دولة ما أو بشأن إقامة دعوى لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول[1].

فعلى سبيل المثال أشارت حكومة الصين في ورقة مقدمة منها أن قرارات التحكيم الصادر عن العديد من هيئات التحكيم تختلف عن تلك الصادرة في قضايا سابقة وقد أوضحت بعض هيئات التحكيم أنه ليس من واجب هيئة التحكيم أن تنسق توخيا للاتساق يبين قرارات التحكيم السابقة والمقبلة وأشارت حكومة الصين أيضاً في ورقتها أن عدم اتساق القرارات يؤثر تأثيراً خطيراً على توقعات الأطراف المعنية ومبدأ تحقيق سيادة القانون في الاستثمار الدولي[2].

وأيضاً من الجدير بالذكر أثناء الحديث عن آثار عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول نذكر على سبيل المثال اختلاف هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في تحديد مفهوم الاستثمار بين مؤدي للمذهب الشخصي الذي يفترض أن مفهوم الاستثمار يقوم على أسس ذاتية إذ يتم تحديد أنواع النشاط التي سيشملها الاستثمار من قبل الأطراف عند إعطاء موافقتهم على تحكيم المركز ومؤيدي للمذهب الموضوعي الذي يفترض أن مفهوم الاستثمار يقوم على أسس موضوعية تختلف عن مجرد موافقة الطرفين بحيث يجب توافر جملة من الخصائص في النشاط للقول بوجود استثمار وفقاً لاتفاقية المركز.

([1]) انظر أيضا: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/964,6 November 2018 . page3

([2]) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم : A/CN.9/WG.III/WP.177.19July 2019. Page 3

إن هذا الخلاف خلق نوعان من عدم اليقين في تحكيم المركز من قبل المستثمرين وزاد من مخاوف الدول المضيفة من اللجوء إلى تحكيم المركز وإذ لاحت هذه المخاوف في الأفق إذ انسحبت بوليفيا من المركز وتبعتها في ذلك الإكوادور كما أن كلاً من الأرجنتين وفنزويلا ونيكاراجوا هددت بالإنسحاب ولم تكتف الإكوادور بالإنسحاب وإنما ذهبت إلى حد وضع دستور جديد يحظر بشكل أساسي اللجوء إلى تحكيم المركز الذي دخل حيز النفاذ في أكتوبر 2008 وشرعت في الإنسحاب من ثلاثين اتفاقية استثمار ثنائية تتضمن شرط اللجوء إلى تحكيم المركز والتي أبرمتها مع العديد من الدول على سبيل المثال (بريطانيا ، هولندا ، ألمانيا ، كندا ، فنلندا ، الأرجنتين ، تشيلي ، الولايات المتحدة الأمريكية)[1].

تتصل الشواغل المعرب عنها فيما يتعلق بعدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول وعدم تماسكها والقدرة على التنبؤ بها وصحتها بالمسائل الاتية[2]:

– تباين التفسيرات فيما يتعلق بالمعايير الموضوعية وتباين التفسيرات فيما يتعلق بالإختصاص والمقبولية وعدم الاتساق الإجرائي.

– الإفتقار إلى إطار لمعالجة الإجراءات المتعددة[3].

([1]) انظر: فاطمة الزهراء محمودي: نطاق إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير، 2011م ، جامعة مؤته ، الأردن، ص232.

([2]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG.III/WP.145.5 September 2018. Page 5

([3]) في التحكيم الاستثماري قد تنتج الإجراءات المتزامنة أو المتعددة بصفة رئيسية عن نوعين من الأوضاع أولهما هو عندما يكون لكيانات مختلفة داخل نفس الهيكل المؤسسي الحق في مقاضاة دولة أو كيان مملوك للدولة بشأن الاستثمار وفيما يتعلق بنفس التدبير الذي أتخذته الدولة وتحقيقاً لمصالح متطابقة إلى حد كبير وايجازا يمكن أن تكون هناك أطرافاً متعددة ترفع دعاوى لدى محافل قضائية مختلفة بموجب مصادر قانونية مختلفة رغم أن هذه الأطراف تلتمس الانتصاف نفسه فيما يتعلق بالتدبير نفسه أما النوع الثاني فهو عندما يكون التدبير الذي تتخذه دولة يؤثر على=

ونركز دراستنا على الشاغل الأول المشار إليه سابقاً .

ويميز بين حالات تباين القرارات التي يمكن تبريرها المستندة على سبيل المثال إلى قواعد تفسير المعاهدات أو إلى عرض حقائق وأدلة مختلفة على هيئة التحكيم وحالات إختلاف التفسيرات التي لا يمكن تبريرها ومنها على سبيل المثال التفسيرات المتعارضة لنفس المعيار الموضوعي في نفس المعاهدة أو نفس المسألة الإجرائية واتفق الفريق العامل على تركيز مناقشاته على الفئة الأخيرة (عدم الاتساق غير المبرر) [1].إن هدف الاتساق لا ينبغي أن يكون ضمان تفسير نفس الأحكام أو الأحكام المتشابهة بطريقة مطابقة في كل الظروف إنما ضمان ألا تنشأ أي متناقضات غير مبررة[2].

وخلال الدورة الرابعة والثلاثين للفريق العامل أفادت بعض الدول بتجربتها في إبرام معاهدات استثمارية تنطوي على أحكام متشابهة فسرتها هيئات تحكيم بطرائق مختلفة بما في ذلك حالة انطوت على إجراءين متزامنين تطابقت فيهما الوقائع والأطراف والأحكام التعاقدية وقواعد التحكيم المنطبقة وقيل أيضاً إن هيئات التحكيم المخصصة لا تطبق دائماً القواعد الدولية المتعلقة بتفسير المعاهدات والقانون الدولي العرفي على نحو متسق[3].

وقدم المزيد من الأمثلة على حالات قيل إن القرارات المتباينة التي صدرت بشأنها لا يمكن تبريرها من خلال قواعد تفسير المعاهدات الواردة

=عدد من المستثمرين غير المترابطين فقد تواجه دعاوى متعددة مقامة من قبل هؤلاء المستثمرين غير المترابطين فيما يتعلق بذلك التدبير.

– انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/915,24March 2017 , page 3,4

– وللمزيد من التفاصيل انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم : A/CN.9/881,8April 2016

([1]) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/935, 14 MAY 2018, Page 7.

([2]) انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم : A/CN.9/WG/ 930/Add.1/Rev.1 . page7

([3]) انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG. III/WP. 150, Page 3,4

في القانون الدولي أو بإختلاف الوقائع أو الأدلة المعروضة على هيئات التحكيم وقيل أن تلك الأمثلة تبين بوضوح أن الشواغل لا تتعلق فقط بتفسير الأحكام الموضوعية الأساسية المتعلقة بالحماية في المعاهدات الاستثمارية وإنما أيضا بتحديد تطبيق مبادئ القانون الدولي العرفي وأحياناً بالأحكام الواردة في معاهدات من قبيل اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار[1].

وتجدر الإشارة الى أن هناك عوال مختلفة تبرر الاختلافات بين قرارات التحكيم وعلى سبيل المثال قد تنشأ الاختلافات لأن القواعد الأساسية لتفسير المعاهدات (المقننة في المواد 31-33 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات) تتطلب من متخذ القرار النظر في أكثر من صريح النص عند تفسير أي حكم من أحكام المعاهدة بالإضافة إلى ذلك فقد تنشأ اختلافات في الحيثيات والنتيجة بسبب الإختلافات في كيفية ونطاق عرض الأدلة ذات الصلة وتقديم الحجج للدفاع عن الموقف[2]. وأضيف أن من أسباب إنعدام الاتساق غموض صيغة المعاهدة أو الحاجة إلى توضيحها[3].

([1]) انظر الوثيقة رقم A/CN.9/935, Page 20

([2])انظر الوثيقة رقم A/CN.9/WG.III/WP.150, Page 3.

([3])انظر وثيقة الأمم المتحدة رقم A/CN.9/930/Add.1/Rev.1, Page7

المبحث الثاني

أمثلة لحالات عدم اتساق القرارات نتيجة لتفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية باتفاقيات الاستثمار

أولاً: المعاملة العادلة والمنصفة:

يرجع أصل مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة في مجال الاستثمار إلى مؤتمر هافانا سنة 1948م الذي أخفق في إنشاء المنظمة الدولية للتجارة ، وتلزم المعاملة العادلة والمنصفة الدولة المضيفة بضمان نمط من المعاملة مطابق لقواعد القانون الدولي العرفي ولمقتضيات العدالة والإنصاف مهما كانت المعاملة التي تمنحها الدولة لمواطنيها أو لمواطني دولة أخرى[1]. ومن الصعب دراسة المعنى الدقيق لمفهوم المعاملة العادلة والمنصفة ولا سيما أن عبارتي عادلة ومنصفة لا تقودنا إلى مرجعية واضحة من الإجراءات القانونية في مواقف معينة[2].

وهناك عدم اتساق في تحديد محتوى الالتزامات ومستواها بموجب بند المعاملة العادلة والمنصفة ويمكن ملاحظة تفسيرات متضاربة فيما يتعلق بما إذا كان مفهوم الحرمان من العدالة يشمل حالات الحرمان الموضوعي من العدالة وليس الحرمان الإجرائي فحسب[3].

([1]) انظر اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الاسكوا) دليل الاتفاقيات الثنائية للإستثمار ، وثيقة رقم E/ESCWA/EDGD/2011/1/ Manual .6 July 2011.page 96,97

([2]) انظر: المرجع السابق ، ص 98.

([3]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم A/CN.9/WG .111/WP, 150 , Page 7

واعتبرت المحاكم التحكيمية في العديد من القضايا التي عرضت أن بمجرد عدم تطبيق نص تشريعي يمكن أن يخدم مصالح المستثمر الأجنبي أو التجاهل الإداري في تطبيق أحد الإجراءات يعتبر من العناصر التي تدخل في تشكيل إنكار العدالة[1].

في إحدى القضايا التي جمعت بين أحد المستثمرين الإسبانيين ودولة الشيلي أكد المستثمر الإسباني على عدم إحترام الشيلي لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة وأخذت الممارسة غير العادلة على حد تعبير المستثمر الإسباني مظهرين:

- استحالة الحصول على حكم في موضوع النزاع طيلة سبع سنوات التي استغرقتها الإجراءات وذلك في موضوع إرجاع الآلات الطابعة الكبيرة الخاصة به.

- تعارض القرار رقم 43 الصادر عن المحاكم الشيلية مع المادة الرابعة من الاتفاق الثنائي[2].

واعتبرت هيئات التحكيم أن تصرف الدولة عن سوء نية يمثل قرينة على انتهاك قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة وليس من اليسير البحث عما إذا كان تصرف الدولة تم عن حسن نية أو عن سوء نية فعلاً وربما هذا ما دفع بعض المحكمين أن يعتبرون في قرارهم الصادر في قضية فريق إتحاد شركات إيطالية أربع (RFCC) ضد المغرب أنه لابد من التثبت من أن تصرف الدولة كان يهدف إلى إلحاق الضرر بالمستثمر وذلك خلافاَ لما ذهب

([1]) انظر: لوناس حرزي: مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والممارسة التحكيمية الدولية ، بمجلة العلوم الإنسانية ، العدد 7 ، 2017م، جامعة العربي بن مهدي- أم البواقي، الجزائر، ص 74.

([2]) انظر: المرجع السابق ، ص 74.

إليه البعض الآخر من افتراض سوء نية الدولة كلما كـــان تصـــرفها يلحـــق ضرراً بالمستثمر[1].

أيضاً من بين التفسيرات المتضاربة ما إذا كان عدم تحقيـــق توقعـــات المستثمر المشروعة يشكل في حد ذاته خرقـــاً لمعـــايير المعاملـــة العادلـــة والمنصفة وفي تلك الحالة ما إذا كان يجب أن تكون تلك التوقعات مستندة إلى التزام محدد من جانب الدولة المضيفة أو يمكن أن تنشـــأ عـــن التشـــريعات العامة[2].

وفي عدد من قضايا الاستثمار حاولت المحاكم إعطـــاء معنـــى أكثـــر تحديداً لمعيار المعاملة العادلة والمنصفة بضرورة تحديد المشـــاكل وســـلوك الدولة المخالفة ففي قضية جينين ضد إستونيا أشارت المحكمة إلى أن السلوك المخالف لمعايير المعاملة العادلة المنصفة يجب أن يظهر إهمالاً متعمداً مـــن جانب الدولة لالتزاماتها بينما في قضايا أخرى كما في قضية ســـالوكا ضـــد جمهورية التشيك قضت المحكمة أنه يحق للمستثمر الأجنبي توقع ألا تتصرف الدولة المضيفة معه بطريقة غير شفافة أو غير متسقة أو غيـــر معقولـــة أي بطريقة لا علاقة لها بالسياسات العقلانية[3]. ويعد من التفســـيرات الواســـعة لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة مـــا انتهـــت إليـــه المحكمـــة فـــي قضـــية: (Tecni Cas Medilambientates Tecmed, S. A.) ضـــد الولايـــات المتحدة المكسيكية من أن هذا الحكم من الاتفاقية وهو المادة 4 (1) المتعلقة بالمعاملة العادلة والمنصفة في ضوء مبدأ حسن النية الذي أرســـاه القـــانون

([1]) انظر: الوثيقة رقم: E/ESCWA/EDGD.2011/1/Manual, 6 July 2011, Page 103

([2]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG .III/WP.150 , Page 8

([3]) لمزيد من التفاصيل انظر:

- Saluka Investments B.V. (the Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, Para. 309 (emphasis added) [Exhibit CLA-227].

الدولي يتطلب من الأطراف المتعاقدة أن تقدم للاستثمارات الدولية معاملة لا تؤثر على التوقعات الأساسية التي أخذها المستثمر الأجنبي في الاعتبار للقيام بالاستثمار ويتوقع المستثمر أن تتصرف الدولة الضيفة بطريقة متسقة وخالية من الغموض وشفافة وأن يعلم المستثمر مسبقاً جميع القواعد واللوائح التي تحكم الاستثمار مسبقاّ وكذلك أهداف الدولة وسياستها الاستثمارية التي تبنى خططها الاستثمارية عليها ولا يكفي لتحقيق مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة ألا تخالف الدولة اللوائح والقرارات وإنما عليها ألا تخالف الأهداف والسياسات التي تقوم عليها هذه اللوائح والقرارات[1].

أيضاً من بين التفسيرات المتناقضة ما إذا كانت المعاهدات الاستثمارية التي تنص على المعاملة العادلة والمنصفة تشير إلى المعيار الأدنى للمعاملة بمقتضى القانون الدولي أو إلى معيار مستقل أخر[2]. بل ذهبت بعض

([1]) انظر: وثيقة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار رقم:

- ICSID Case No., ARB (AF)/00/2, Date of dispatch to the parties May 29, 2003, Page 61.

([2]) وعلى سبيل المثال قضية S.D. Myers,Inc ضد حكومة كندا ، الاونسيترال ، قرار تحكيم جزئي بتاريخ 13 نوفمبر 2000 ذهبت المحكمة الى" عبارتا... المعاملة العادلة والمنصفة.... والحماية والأمن الكاملان لا يمكن أن يفهما بمعزل عن غيرهما بل يجب أن تقرأ بالاقتران بالعبارة الاستهلالية.... المعاملة وفقاً للقانون الدولي، وترى هيئة المحكمة أن الإخلال بالمادة 1105 لا تقع إلا إذا ثبت أن المستثمر عومل على نحو جائر أو تعسفي إلى حد يرقى إلى مستوى غير مقبول من المنظور الدولي" وخلافاً لذلك في قضية Pope&Talbot Inc ضد حكومة كندا ترى هيئة التحكيم أن الصياغة المستخدمة تنطوي صراحة على اعتماد الطابع الإضافي الذي تتسم به عناصر الإنصاف ويحق للمستثمر الاستفادة من تلك العناصر بصرف النظر عما ينص عليه القانون الدولي في هذا الصدد ومن النتائج المنطقية المترتبة على هذه العبارة أنه يجب التأكد من الالتزام بعناصر الإنصاف دون التأثر بأي عتبات منطبقة فيما يتعلق بتقييم التدابير المتخذة بموجب المعيار الأدنى في القانون الدولي.

– انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG .III/WP. 150 , Page 8

– للمزيد من التفاصيل والأمثلة التي فسرت المعاملة العادلة والمنصفة على اعتبار أنها معيار تعاهدي مستقل وقائم بذاته:

التفسيرات إلى أن المعاملة العادلة والمنصفة تشير إلى المبادئ العامة للقانون الدولي حتى ولو كان هذا لم يتم ذكره صراحة ولا تقتصر على المعيار الادنى للمعاملة بمقتضى القانون الدولي ولكنه يأخذ في الاعتبار النطاق الكامل لمصادر القانون الدولي[1].

ثانياً: الأحكام المتعلقة بالاعتبارات الأمنية الرئيسية/مبدأ الضرورة:

عرفت لجة القانون الدولي حالة الضرورة بأنها " حالة الدولة التي تكون وسيلتها الوحيدة المتاحة لصون مصلحة أساسية يهددها خطر جسيم ووشيك هى التصرف بشكل لا يطابق ما هو مطلوب منها بموجب التزام دولي تجاه دولة أخرى "[2].

وقد استخدم مبدأ الضرورة على نحو مكثف في عدد من القضايا كدفاع أساسي أو كدفاع بديل في حالة وجود حكم تعاهدي يتعلق بالاعتبارات الأمنية الرئيسية في سلسلة قرارات التحكيم الصادرة عن المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وفي سياق مناقشة مفهوم الضرورة تظهر حالات عدم الاتساق بين هيئات التحكيم واللجان المخصصة المعنية باستعراض طلبات إلغاء قرارات التحكيم[3].

See: OECD (2004), "Fair and equitable Treatment Standard in International Investment Low ". OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, Page 20. http://dx.doi.org/10.1787/675702255435.

([1]) See: OECD " Fair and equitable Treatment Standard in International Investment Low ", Op., Cit, Page 22.

([2]) للمزيد من التفاصيل حول حالة الضرورة وشروطها وتفسيرها راجع مجموعة قرارات المحاكم الدولية بأنواعها وغيرها من الهيئات بوثيقة الأمم المتحدة رقم: A/62/62, 1 February 2007 , Page 74

([3]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG. III/WP. 150 , Page 9

ومن الأمثلة الشهيرة في ذلك القرار الصادر عام 2007 حيث تناولت محكمة التحكيم المشكلة (في إطار اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار الناشئة بين الدول ورعايا الدول الأخرى) في قضية: (Sempra Energy International V. Argentine Case) دفاعاً من المدعي عليه بوجود حالة ضرورة وقررت المحكمة في تطبيقها للمادة 25 من المواد المتعلقة بمسئولية الدول في القانون الدولي العرفي أنه بينما تعتبر الأزمة الاقتصادية التي واجهتها الأرجنتين في أواخر التسعينات أزمة شديدة فإنها لم تقتنع بحجة أن هذه الحالة هددت وجود الدولة ذاته واستقلالها بما يجعلها حالة تنطوي على مصلحة أساسية للدولة وخلصت المحكمة إلى أن حالة الضرورة بموجب القانون الدولي العرفي لم تسوف أركانها بالكامل ، ونظرت المحكمة في احتجاج المدعي عليه بحالة الضرورة في إطار المادة الحادية عشرة من المعاهدة التي تتوخى إتخاذ أي من الطرفين تدابير من أجل حماية مصالحه الأمنية والأساسية أوضحت أن " شروط حالة الضرورة بموجب القانون العرفي الدولي على النحو المبين ..... فيما يتصل بورودها في المادة 25 من المواد المتعلقة بمسئولية الدول تصبح مهمة لمسألة إثبات مدى استيفاء الشروط اللازمة للإحتجاج بتلك الحالة بموجب المعاهدة ولربما إختلف الأمر إذا كانت المعاهدة وضعت تعريفاً لهذا المفهوم ولشروط ممارسته ولكن الأمر ليس كذلك ورأت المحكمة أن الأزمة المحتج بها لا تفي بشروط القانون العرفي الواردة في المادة 25 من المواد المتعلقة بمسئولية الدول المعدة من قبل لجنة القانون الدولي وخلصت إلى عدم ضرورة إجراء المزيد من المراجعة القضائية في إطار المادة الحادية عشرة نظراً لأن المادة لم تضع شروطاً تختلف عن القانون العرفي[1].

([1]) راجع في ذلك بالتفصيل:

وتقدمت الأرجنتين بطلب لإلغاء قرار التحكيم المشار إليه وقبلت اللجنة المخصصة طلب الإلغاء المقدم من الأرجنتين على أساس أن المحكمة طبقت المادة 25 من المواد المتعلقة بمسئولية الدول والمتعلقة بحالة الضرورة ولـــم تلتفت إلى المادة الحادية عشرة من المعاهدة المبرمة بين الطرفين التي تتوخى إتخاذ أي من الطرفين تدابير من أجل حماية مصالحه الأساســية واعتبــرت اللجنة أن المحكمة التفتت عن القانون الواجب التطبيق وهو المــادة الحاديــة عشرة من المعاهدة الثنائية بين الطرفين مما يعد خطأ جوهري[1].

وكانت هذه النتيجة التي انتهت إليها اللجنة المخصصة المشــار إليهــا سابقاً مناقضة مع ما إنتهى إليه قرار اللجنة المخصصة في حالة سابقة بشأن الطلب المقدم من جمهورية الأرجنتين المؤرخ 25 ســبتمبر 2007 لإلغــاء قرار التحكيم في قضية CMS ضد جمهورية الأرجنتين وقد رفضت اللجنــة طلب الإلغاء المقدم[2].

وبالنظر إلى قرار اللجنتين نجد أن اللجنة المخصصة لإلغــاء قــرار التحكيم في قضية CMS ضد الأرجنتين رفضت طلب الإلغاء على الرغم من عدم موافقة اللجنة على النهج التحليلي الذي أتبعته هيئة التحكــيم إذ ذكــرت اللجنة: " أنه كان يجب على المحكمة تطبيق المادة الحادية عشرة من المعاهدة

- ICSID, Sempra Energy International V. Argentine Republic, Case No., ARB/02/16, award, 28 September 2007, Para 344, 345, 348, 353, 355, 375, 378, 388.

– انظر أيضاً: تقرير الأمين العام للأمم المتحدة ، مسئولية الدول عن الأعمــال غيــر المشــروعة دوليــاً ، مجموعة قرارات المحاكم الدولية وغيرها من الهيئات ، وثيقة رقم: A/65/76, 30 April 2010 , Page 13, 14, 15

([1])See: ICSID Case No. ARB/02/16, (Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award), 29 June 2010, Page 43: 44.

([2]) See: ICSID Case No., ARB/01/8, (Annulment Proceeding), September 25, 2007, Page 35.

بإعتبارها القانون الخاص الذي يحكم النزاع وليس المادة 25 من المواد المتعلقة بمسئولية الدول الخاصة بحالة الضرورة[1].

في حين أن اللجنة المخصصة لإلغاء قرار التحكيم في قضية Sempra ضد الأرجنتين السابق الإشارة إليها ألغت قرار التحكيم والغريب في ذلك أنها استندت لذات المنطق الذي أستند إليه قرار الإلغاء في قضية CMS ضد الأرجنتين التي رفضت الإلغاء في مظهرصارخ من مظاهر عدم الاتساق.

ثالثاً: البنود الجامعةأو شرط المظلة:

انتشرت البنود الجامعة في الخمسينات من القرن الماضي بغرض تحسين حماية العقود بين المستثمرين والدولة وتنص البنود الجامعة على أن الدولة المضيفة يجب أن تراعي أو تحترم أو تمتثل لالتزاماتها أو تعهداتها وتغطي البنود الشاملة تعهدات الدولة المضيفة وليس تلك الخاصة بالمستثمرين الأجانب[2].

إن شرط المظلة يمكن ارجاعه تاريخيا إلى المادة الرابعة من مشروع الاتفاقية بشأن حقوق الملكية الخاصة في الدول الأجنبية(مشروع ABS 1956_1959) إذ كان أول من استخدم مصطلح شرط المظلة هو الباحث الأكاديمي Hohenveldern–Ignaz Seidi الذي كتب في بحث له

([1]) See: Op. Cit., Page 40.

([2]) See: Mr. Benjamin Samson and Ms. Anastasiya ugale, Umbrella Clause, Last Updated 10 September 2022, Jus Mundi, The Search Engine For International Law Arbitration, Available at.: https://jusmundi.com/en/document/publication/en-umbrella-clause

انظر د/عقيل كريم زغير، شروط المظلة وأثرها في قرارات تحكيم الاستثمار الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الثانية عشرة، العدد الثاني، 2020، ص263

نشر عام 1961 أن شرط المظلة يجلب عقود امتياز تحت" مظلـــة الحمايـــة" لمعاهدة استثمار[1].

وتظهر البنود الجامعة أو الشاملة في حوالي 40% من معاهدات حماية الاستثمار[2]. فالهدف منه هو إدخال التزامات الدول وتعهداتها مع مســـتثمر أجنبي تحت المظلة الوقائية لمعاهدة الاستثمار وعادة ما تتم صـــياغة البنـــود الجامعة على نطاق واسع لتغطية كل التزام يمكن تصوره للدولة المضيفة[3].

فمن الناحية العملية يمكن البند الشامل أوالجـــامع أو شـــرط المظلـــة المستثمر من نقل الالتزامات التعاقدية مع الدولة إلى مستوى الالتزام بأحكـــام المعاهدة الاستثمارية الثنائية على الرغم أنه في الأساس أن انتهاك العقد بـــين المستثمر والدولة لا يستدعى الحماية التعاهدية بموجب القانون الـــدولي فـــإن إضافة البند الجامع أو شرط المظلة يؤدي إلى عدة آثار أهمها التحايل بشـــكل فعال على التقييد العرفي للالتزامات التعاقدية بالقول صرحة أن انتهاك عقـــد الاستثمار يعتبر انتهاك لمعاهدة الاستثمار الثنائية ، ويلغي البند الجامع حاجة المستثمرين الى الاعتماد على بنود تسوية المنازعات في عقد الاستثمار والتي قد تمنح على سبيل المثال اختصاصاً حصرياً للمحاكم المحلية ، وكذلك يسمح للمستثمر برفع الدعوى أمام هيئة تحكيم دولية مثل المركز الـــدولي لتســـوية منازعات الاستثمار (ICSID)[4].

([1]) انظر د/عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص263

([2]) See: Mr. Benjamin Samson and Ms. Anastasiya ugale, Op. Cit.

([3]) See: Glossary Umbrella Clause, Thomson REUTERS, PRACTICAL Law, RESOURCEID 8-519-0939: available at: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-519-0939?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

([4]) See: Op. Cit.

وفي الممارسة العملية وجدت تفسيرات مختلفة للبند الجامع أو شـــرط المظلة نتج عنها عدم اتساق في القرارات فذهبت محاكم إلى توســـيع نطـــاق البنود الجامعة لتشمل الالتزامات التعاقدية والالتزامات القانونية في ظل غياب حكم صريح في معاهدة الاستثمار الثنائية ذات الصلة، بينما ذهبت محاكم إلى أن البند الجامع لا يشمل إلا الالتزامات التعاقدية[1].

ففي قضية شركة SGS ضد باكستان 2003 أكدت هيئة التحكيم التفسير الضيق لشرط المظلة وذهبت الى أنه ما لم ينص صراحة فإن شرط المظلة لا ينتقص من مبدأ القانون الدولي المقبول على نطاق واسع بأن خرق العقـــد لا يشكل في حد ذاته انتهاكا للقانون الدولي لا سيما إذا كان في هذا العقد شـــرط ساري المفعول يحدد طريقة حل النزاع عـــن طريـــق التحكـــيم أو الوســـائل الأخرى وأفادت هيئة التحكيم أن التفسير المختلف من شأنه أن يجعل مـــواد المعاهدة المتعددة غير ضرورية بشكل جوهري وأن التفسير الواسع لشـــرط المظلة سيعطي للمدعي خيار الغاء شرط تسوية المنازعات في الاتفاقية(العقد) ومن ثم يجعله لا معنى له من خلال منح المدعي الحق في اللجوء إلى التحكيم الدولي عن أي خرق[2].

وعلى عكس نهج التفسير الضيق الذي طبقته هيئة التحكيم في القضية السابقة وبعد بضع سنين توصلت هيئة التحكيم في قضية SGS ضد الفلبـــين (11أبريل 2008) الى استنتاج معاكس بناء على حقائق مماثلة في معاهـــدة

---

(1) See: Mr. Benjamin Samson and Ms. Anastasia ugale, Op., cit.

(2) للمزيد من التفاصيل انظر قضية المركـــز الـــدولي لتســـوية منازعـــات الاســـتثمار الوثيقـــة رقـــم: ARB/01/13,August 6,2003

-ويمكن الاطلاع أيضا على قضـــية المركـــز الـــدولي لتســـوية منازعـــات الاســـتثمار وثيقـــة رقـــم: ARB/07/9,May 29,2009

الاستثمار الثنائية بين سويسرا والفلبين وقد شككت هيئة التحكيم بشكل خاص في النهج التقليدي الضيق الذي تبنته محكمة SGS ضد باكستان بشأن تفسير شرط المظلة في سياق اللغة المحددة في المادة العاشرة فقرة 2 من اتفاقية سويسرا – باكستان لحماية الاستثمار إذ ذهبت إلى أن نص شرط المظلة في الاتفاقية المذكورة هو في وضع مماثل مع الحكم المماثل في اتفاقية الاستثمار بين سويسرا والفلبين وشككت هيئة التحكيم هذه في الأساس المنطقي لهيئة تحكيم SGS ضد باكستان في التوصل إلى استنتاجها[1].

ومن الأمثلة أيضاً على عدم اتساق القرارات الناتجة عن تفسيرات متباينة لشرط المظلة ما أثير بشأن التزام الدولة المضيفة بالعقود التي يبرمها كيان حكومي له شخصيته القانونية فوفقاً لبعض السوابق القضائية لا تلتزم الدولة بمثل هذه الالتزامات التعاقدية في حالة عدم وجود إشارة صريحة في البند الجامع لمثل هذا الالتزام ويجب على المستثمر إثبات أن الدولة المضيفة تعتزم الالتزام بالعقود التي يبرمها كيانها الحكومي إلا أن بعض المحاكم ذهبت إلى اتجاه عكس ذلك[2].

([1]) انظرد/عقيل كريم زغير، المرجع السابق، ص273.

– للمزيد من التفاصيل انظر قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الوثيقة رقم: ARB/02/6,Junuary 29,2004

– ويمكن الاطلاع أيضا على قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وثيقة رقم: ARB/07/29, February 10,2012

([2]) See: Mr. Benjamin Samson and Ms. Anastasia ugale, Op., cit.

المبحث الثالث

أمثلة لعدم اتساق قرارات نتيجة لتفسيرات متباينةفيما يتعلق بالاختصاص والمقبولية

أولا: عدم الاتساق الناتج عن تفسيرات متباينة بشأن مفهوم الاستثمار الوارد بالمادة 25 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

في قضايا عرضت على المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية تباينت تفسيرات هيئات التحكيم لحدود الاختصاص الموضوعي القصوى بموجب المادة 25 فقرة 1 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية[1].

فقد كان لغموض مصطلح الاستثمار مثلاً الوارد بالمادة 25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م وعدم وضع تعريف دقيق لمفهوم الاستثمار بالغ الأثر في تضارب وعدم اتساق أحكام هيئات التحكيم عند تحديد نطاق اختصاصها الموضوعي.

فعلى سبيل المثال هناك مذهبين في تحديد مفهوم الاستثمار في تحكيم المركز، المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي فطبقاً للمذهب الشخصي يفترض أن مفهوم الاستثمار يقوم على أسس ذاتية إذ يتم تحديد أنواع النشاط

([1]) تنص الفقرة الأولى من المادة 25 من اتفاقية واشنطن بشأن إنشاء المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية لعام 1965م على: " يمتد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى والتي تتصل اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده.

التي سيشملها الاستثمار من قبل الأطراف عند إعطاء موافقتهم على تحكيم المركز وبعبارة أخرى فإن موافقة الأطراف على أن نشاط ما يشكل استثماراً تعني أن معايير الاستثمار قد تم استفاؤها ولا تفرض اتفاقية المركز أي قيود قضائية جديدة[1].

أما بالنسبة للمذهب الموضوعي فإن مفهوم الاستثمار يقوم على أسس موضوعية تختلف عن مجرد موافقة الطرفين بحيث يجب توافر جملة من الخصائص في النشاط للقول بوجود استثمار وفقاً لاتفاقية المركز[2].

ولقد كشفت الأحكام الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن حجم الصراع بين مؤدي المذهب الذاتي ومؤيدي المذهب الموضوعي حتى بالنسبة للقضية الواحدة ففي قضية Patrick Mitchell ضد الكونغو اعتمدت الهيئة على المذهب الذاتي واعتبرت أن شركة المحاماة تشكل استثماراً استناداً إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين الولايات

([1]) See: Ben Hamida, Walid, (2007) Two Nebulous ICSID Features The Notion Of Investment and The Scope Of Annulment Control, Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell V. Democratic Republic Of Congo, Journal Of International Arbitration, 24(3), The Netherlands, P. 287 – 306.
See: Oslo Mortenson, Julian Davis, (Winter 2010), The Meaning of " Investment ": ICSID Travaux and The Domain Of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Vol., 51, Number 1, P. 269, Available at: http://harvardilj.org/articles/257-318.pdf.

([2]) See: Boddicker, Joseph M, (2010), Comment Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges To The Term " Investment " in ICSID Arbitration, American University International Law Review, Vol 5, N5, 1034-1035, Available at: http://www.auilr.org/pdf/25/25-5-6.pdf.

– وللمزيد من التفاصيل حول اختلاف هيئات تحكيم المركز الدولي في تحديد أشكال الأنشطة الاقتصادية التي تعد استثمارا كشرط جوهري لانعقاد الاختصاص الموضوعي للمركز. أنظر: أحمد قاسم فرح ، رشا "محمد تيسير" خطاب ، مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن لعام 1965م بين غياب النص وتضارب اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. قراءة تحليلية نقدية ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد 17 ، العدد 1 ، يونيو 2020م ، ص 813.

المتحدة الأمريكية والكونغو وقضت بمسئولية الكونغوعن المصـــادرة غيـــر المشروعة لأصول شركة المحاماة فتقدمت الكونغو بطلب إبطال الحكم استناداً إلى المادة 52 من اتفاقية المركز فتوصلت اللجنة الخاصة بإبطال الحكم إلـــى أن شركة المحاماة لا تشكل استثمارات استناداً إلى المذهب الموضوعي وبناء على ذلك قضت بإبطال الحكم[1].

وفي قضية شركة Malaysian Historical Salvors ضد ماليزيـــا حيث أبرمت ماليزيا اتفاق استثمار مع الشركة البريطانية من أجل إنقاذ حمولة السفينة البريطانية " DIANA " والتي غرقت قبالة ســـاحل Malacca فـــي ماليزيا عام 1817 وقدمت شركة NHS طلب تحكيم إلى المركز مدعية أنها تقاضت فقط 2,1 مليـــون دولار أي 40% علـــى خـــلاف المتفـــق عليـــه واعترضت ماليزيا على اختصاص المركز علـــى أســـاس أن النـــزاع بـــين الطرفين لا ينشأ عن استثمار وطبقت هيئة التحكم المذهب الموضوعي للقول بوجود استثمار من عدمه وفقاً للمادة 1/25 من اتفاقية المركز، ولم تجد هيئة التحكيم المعايير الموضوعية والخصائصية متوافرة للقول بوجـــود اســـتثمار وبناء على ذلك قضت بعدم اختصاصها بنظر النزاع لكونـــه لا ينشـــأ عـــن استثمار وفقاً للمادة 1/25 من اتفاقية واشنطن وتقدمت الشـــركة الإنجليزيـــة بطلب إبطال الحكم وتم قبوله من قبل اللجنة الخاصة على أســـاس أن هيئـــة التحكيم قد تجاوزت سلطاتها بشكل ظاهر فمن بين عدة أمور لم تأخذ هيئـــة التحكيم بعين الاعتبار تعريف الاستثمار الذي تضمنته اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين بريطانيا وماليزيا بناءً على ذلك قضت اللجنـــة بإبطـــال الحكـــم

([1]) See: ICSID (Case No., ARB/99/7), Award rendered On February 9 , 2004 , P. 24; ICSID (Case No., ARB/99/7), Decision On Annulment (Nov., 1, 2006), P. 39

وأصدرت قرارها بتاريخ 2009/4/16 ويتضح من قرار اللجنة أنها اعتمدت على المنهج الشخصي في إبطال الحكم[1].

ثانيا: عدم الاتساق الناتج عن تفسيرات متباينة بشأن أثر الانسحاب من اتفاقية واشنطن لعام 1965م على اختصاص هيئة التحكيم:

قدمت آراء فقهية متباينة في هذا الشأن أدت إلى تضارب وعدم اتساق في قرارات هيئات التحكيم إذ يوجد اتجاه يرى أن الاتفاق على اختصاص المركز والذي يكون سابقاً على الانسحاب يؤدي بشكل حتمي إلى تطبيق ما جاء في المادة 72 من الاتفاقية حيث أن إخطار الدولة الطرف في العلاقة المركز برغبتها في الانسحاب لا يؤثر على الحقوق والالتزامات الناتجة عن علاقتها التعاقدية مع مستثمر أجنبي والقول عكس ذلك يتعارض مع حكم المادة 1/25[2].

فعلى سبيل المثال قضية Euro Telecom Intercontinental حيث قامت الشركة الهولندية بإثارة نزاع تحكيمي أمام المركز الدولي لتسوية

([1]) انظر: فاطمة الزهراء محمودي: مرجع سابق، ص 227 ، 228 ، 229.

– للمزيد من التفاصيل حول اختلاف هيئات التحكيم في تفسير مفهوم الاستثمار في تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات. انظر: د/ عبد الملك عبد الرحمن محمد مظهر : تسوية منازعات الاستثمار في إطار القانون الدولي العام – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2013م ، ص 97 وما بعدها.

([2]) تنص المادة 71 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م على"يجوز لأي دولة متعاقدة أن تخرج عن هذه الاتفاقية بإخطار كتابي إلى الجهة المودعة بها. ويعتبر الخروج عن الاتفاقية نافذاً بعد ستة أشهر من وصول مثل هذا الإخطار". وتنص المادة 72 من ذات الاتفاقية على"الإخطار الذي توجهه إحدى الدول المتعاقدة طبقاً للمادة 70 أو 71 لايؤثر في الحقوق والالتزامات المقررة بناء على هذه الاتفاقية لتلك الدولة أو لأي من الأقسام المكونة لها أو وكالاتها أو لأي من مواطنيها، والناشئة عن أعضاء موافقة على اختصاص المركز في تاريخ سابق على وصول مثل هذا الإخطار للجهة المودعة بها الاتفاقية".

– للمزيد من التفاصيل انظر: ابن سهلة ثاني بن علي: أفاق ضمان الحماية للاستثمارات الأجنبية على ضوء النظام التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، مج 8 ، 2020 ، ص 199.

منازعات الاستثمار بعد انقضاء فترة زمنية مدتها خمسة أشهر من إيداع بوليفيا قرار بالانسحاب من المركز في 2 مايو 2007 واستندت الشركة الهولندية في طلبها على اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بين بوليفيا وهولندا في 10 مارس 1992 ورغم الاحتجاج الذي أبدته بوليفيا قامت أمانة المركز بتسجيل طلب المستثمر الهولندي[1].

غير أن هناك اتجاه فقهي يرى أنه لا يمكن للمستثمر أن يخطر المركز بعد أن تودع الدولة طلبها بالانسحاب من المركز، وصدرعن بعض هيئات التحكيم أحكام مؤيدة لهذا الاتجاه [2].

ثالثاً: عدم الاتساق الناتج عن تفسير مفهوم الرضا باللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

باعتبار موافقة الأطراف شرط لا غنى عنه لانعقاد الاختصاص للمركز فكثيراً ما يثار أمام هيئة التحكيم مسالة تفسيره. و يلاحظ تردد هيئات التحكيم في مسألة التفسير فتارة تتبنى القواعد المستقر عليها في القانون الدولي وتارة أخرى تأخذ بالتفسير التشريعي.

ففي بعض القضايا طبقت هيئات التحكيم مباشرة القانون الوطني للدولة المضيفة دون اللجوء إلى قواعد التفسير سواء في القانون الداخلي أو القانون الدولي ففي قضية شركة Tradex ضد ألبانيا لاحظت الهيئة أن قانون الاستثمار الألباني واضح لا لبس فيه وأن جمهورية ألبانيا بموجب هذا القانون

([1]) المرجع السابق، ص 199.

([2]) للاطلاع على قرارات صادرة برفض قبول اختصاص التحكيم بدعاوى مرفوعة خلال فترة الستة أشهر- انظر قضية: Fabrica de Vidrios Owens-Illinois de Venezuela, C.A., Los Andes, CA. ضد جمهورية فينزويلا البوليفارية قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية رقم ARB/12/21 قرار التحكيم بتاريخ 13 تشرين الثاني/ نوفمبر 2017م.

قد وافقت على تسوية النزاع وفقاً للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية ورفضت الاعتراض مكتفية بتحليل النص القانوني دون الإشارة إلى أي مبدأ عام في التفسير[1].

وفي قضية شركة Inceysa ضد السلفادور ذكرت هيئة التحكم أنه يبدو جلياً أن القوانين الأربعة التي أشار إليها المدعي لا تمنح الاختصاص للمركز أما قانون الاستثمار لدولة السلفادور في مادته 15 يعطي عرضاً من جانب واحد لكن المستثمر Inceysa لا يمكنه الاستفادة من الحقوق التي نص عليها قانون الاستثمار لأن استثمارته تفتقد إلى شرط الشرعية[2].

وفي قضية شركة CSOB ضد سلوفاكيا خلصت هيئة التحكيم إلى أن تفسير الرضا باللجوء إلى تحكيم المركز لا يكون بالاستناد إلى القانون الوطني وإنما وفقا لقواعد القانون الدولي على النحو المبين في المادة 1/25 من اتفاقية المركز[3].

وفي قضية شركة Zhinvali ضد جورجيا ذكرت هيئة التحكيم أن تفسير الرضا يكون وفقا لمبادئ القانون الوطني لكن الحكم النهائي يكون للقانون الدولي[4].

رابعا: عدم الاتساق الناتج عن تفسير المادة (25-2-ب)من اتفاقية واشنطن لعام 1965م:

([1]) انظر: وثيقة المركز الدولي لتسوية المنازعات رقم:

- ICSID Case No., ARB/94/2 (December 24, 1996).

([2]) ICSID Case No., ARB/03/26. A ward of August 2, 2006, P. 95- 98 and 100.

([3])ICSID Case No., (ARB/97/4), May 24, 1999, P. 263-264 and 267.

([4]) ICSID Case No., (ARB/00/1), Award of January 24, 2003.

تنص المادة 25(1)،(2–ب) من اتفاقية واشـــنطن علـــى" 1– يمتـــد اختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولـــة متعاقدة وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى والتي تتصل اتصالاً مباشـــراً بأحـــد الاستثمارات بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز ومتى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجـــوز لأي منهمـــا أن يسحبها بمفرده.

2_ ويقصد بعبارة أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى ما يلي:

أ– .....

ب– كل شخص معنوي يحمل جنسية إحدى الدول المتعاقدة الأخـــرى خلاف الدولة الطرف في النزاع في تاريخ إعطاء الأطراف موافقتهما علـــى طرح النزاع على التوفيق أو التحكيم ، وأيضاً كل شـــخص معنـــوي يحمـــل جنسية الدول المتعاقدة الطرف في النزاع في ذات التاريخ ويتفق على اعتباره (أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى) بالنظر إلى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.....

فالأصل أن تعبير الشخص التابع لدولة أخرى ينصرف الى كل شخص معنوي يتمتع بجنسية دولة أخرى متعاقدة غير الدولة الطرف في المنازعة إلا أن المادة 25-2-ب تدخل في طائفة الأشخاص التابعين إلى دولة أخرى كل شخص اعتباري يتمتع بجنسية الدولة الطرف في المنازعة باتفاق الطرفـــان ومن أجل إعمال أحكام المعاهدة يجب اعتباره شخصا تابعـــا لدولـــة أخـــرى متعاقدة بسبب سيطرة المصالح الأجنبية[1].

([1]) انظر: د/ هالة علي منصور، الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية(دراسة مقارنة بـــين التشـــريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2015، ص282

والواقع أن المادة 25-2-ب لم تحدد شكل الاتفاق الذي بنـــاء عليـــه يعتبر الشخص المعنوي الذي يحمل جنسية الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع والذي بموجبه يمكن اعتباره أحد رعايا الدولة المتعاقدة الأخرى بالنظر الـــى الرقابة التي تمارس عليه من قبل المصالح الأجنبية.

لذا فإن التساؤل الذي يتعين طرحه في هذا الصدد هو: هل يمكن فـــي حالة عدم وجود موافقة صريحة للدولة الطرف في المنازعة أن يستعاض عن هذه الموافقة بوجود موافقة ضمنية إذا كانت هناك قرائن تكفي للقول بوجـــود هذه الموافقة الضمنية من جانب الدولة علـــى معاملـــة هـــؤلاء الأشـــخاص كأشخاص تابعين لدولة أخرى؟

فذهبت بعض محاكم التحكيم إلى ضـــرورة أن يكـــون هـــذا الاتفـــاق صريحا[1]. بينما ذهبت محاكم تحكيمية أخرى إلى أن تفسير نص المادة 25-2-ب لا يقتضي الوجود الشكلي لشرط صريح يفيد أن الأطراف قد قـــررت معاملة الشخص الاعتباري الذي يتمتع بجنسية الدولة المتعاقدة الطرف فـــي المعاهدة على اعتبار أنه شخص تابع لدولة أخرى متعاقدة بالنظر للرقابة التي يخضع لها هذا الشخص واكتفت بجواز أن يكون التعبير عن هذا الاتفـــاق أو الرضاء ضمني [2].

([1]) See Holiday Inns S.A and Others V. Morocco, ICSID Case No. ARB/72/1, July 2, 1972

([2]) Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1

– وللمزيد من التفاصيل حول خلاف هيئات التحكيم في تفسير المادة 25–2–ب من اتفاقية واشـــنطن لعـــام 1965م والحالات التطبيقية انظر د/هالة علي منصور، المرجع السابق، ص282 وما بعدها

البحث الرابع

أمثلة لحالات عدم اتساق إجرائية

أولاً: أمثلة لشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي ترتبت عليه حالات عدم اتساق إجرائية:

شرط الدولة الأولى بالرعاية هو حكم يرد في معاهدة توافق دولة ما بموجبه على أن تمنح الشريك المتعاقد الآخر معاملة لا تكون أقل مؤاتاة من تلك التي تمنحها لدولة أخرى أو دول ثالثة[1].

وتعد فض المنازعات من الأمثلة المتواصلة بشأن إمكانية تطبيق أحكام الدولة الأولى بالرعاية على المسائل الإجرائية فبينما قضت بعض المحاكم بأن أحكام الدولة الأولى بالرعاية تمتد إلى أحكام فض المنازعات التي ترد في المعاهدات بين الدولة المدعي عليها والدول الأخرى انتهت محاكم أخرى إلى عكس ذلك ولا تزال هذه المسألة تثارفي العديد من القضايا[2].

ففي قضية السيد Maffezini ضد اسبانيا أعطت اتفاقية الاستثمار الثنائية بين اسبانيا والأرجنتين للمستثمر حق اللجوء إلى تحكيم المركز ولكن بعد استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية في إسبانيا لمدة 18 شهر وكما تضمنت

([1]) لمزيد من التفاصيل حول شرط الدولة الأولى بالرعاية:

– انظر: د/ مناع محمد محمد خميس: النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2014م.

([2]) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.III/WP. 145, 12 December 2017, Page 7.

– فمثلاً APR Energy وآخرين ضد أستراليا حيث يسعى المدعون إلى طلب شرط فض المنازعات إلى معاهدة لا تنص على قبول التحكيم.

See: Power Rental Asset Co Two LLC (Asset Co), Power Rental. Op Co Australia LLC (OP. Co.), APR Energy LLC V. The Government of Australia, UNCITRAL.

أيضاً شرط الدولة الأولى بالرعاية وتطبيقاً لهذا الشرط أستند Maffezini في تقديم طلب للتحكيم إلى اتفاقية الاستثمار الثنائية بين إسبانيا والشيلي التي لا تشترط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية فقضت هيئة التحكيم أن للمستثمر الحق في تقديم النزاع إلى المركز دون الحاجة إلى اللجوء إلى المحاكم الاسبانية تطبيقاً لشرط الدولة الأولى بالرعاية[1].

في حين قضت هيئة التحكيم في قضية شركة Wintershall ضد الأرجنتين بنقيض ذلك عند تفسيرها لشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي تضمنته اتفاقية الاستثمار الثنائية بين ألمانيا والأرجنتين إذ رفضت السماح للمستثمر الاعتماد على هذا الشرط لتجنب فترة 18 شهراً الخاصة باستنفاذ الوسائل القضائية[2].

ثانياً: عدم الاتساق الناشئ بشأن وجود شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية:

نصت المادة 26 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية لعام 1965م على أن: " موافقة الطرفين على التحكيم طبقاً لهذه الاتفاقية تعني تعهدهما على استبعاد سائر سبل حل النزاع الأخرى إلا إذا نص على غير ذلك ويجوز للدولة المتعاقدة أن تطلب استنفاد سبل حل النزاع المحلية الإدارية أو القضائية كشرط لموافقتها على التحكيم طبقاً لهذه الاتفاقية".

ومفاد هذه المادة أن الموافقة على عرض النزاع أمام تحكيم المركز من شأنه أن يوقف تدخل أي وسيلة أخرى في ذلك النزاع المقصود بذلك القضاء

([1]) انظر: فاطمة الزهراء محمودي: المرجع السابق ، ص 146 ، 147.

([2]) See: ICSID Case No., (ARB/04/14), Award Rendered on December 8, 2008, P. 96.

المحلي للدولة المضيفة غير أنه يمكن أن يرد استثناء على هذه القاعدة حين يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك حيث يمكن للدولة المضيفة اشتراط استنفاد وسائل الطعن المحلية قبل موافقتها على التحكيم وفقاً للاتفاقية[1].

وإذا كان الأصل أنه لا حاجة إلى استنفاد سبل الانتصاف المحلية في الحالات التي تمنح فيها الموافقة على التحكيم بين المستثمرين والدول غير أن بعض هيئات التحكيم رأت أنه يجب على المستثمر أن يحاول العثور بطريقة أو بأخرى على سبيل انتصاف محلي بهدف إثبات وقوع إخلال بالمعيار الموضوعي الخاص بحماية الاستثمار[2].

ثالثا: عدم الاتساق الناشئ عن اشتراط التسوية الودية (التفاوض والتشاور):

إن الأطراف قد تقيد رضاها باللجوء إلى تحكيم المركز من خلال اشتراط تسوية النزاع قبل تقديمه للمركز بطريقة ودية عن طريق التشاور والتفاوض بحسن نية خلال فترة زمنية معينة قد تكون ثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو اثنتا عشر شهراً.

وقد تأرجح موقف هيئات التحكيم في هذا الشأن فعلى سبيل المثال:

في قضية شركة Ethy1 ضد كندا إذ تم النص على شرط التسوية الودية في اتفاقية نافتا (NAFTA) في مادتها 1120 أثارت المدعي عليها اعتراضاً على اختصاص المركز لعدم احترام المدعي لفترة التسوية الودية

([1]) لمزيد من التفاصيل: انظر: هشام مغزي شاعة : الاحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وآثاره على الأطراف ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 13 ، يناير ، 2018م ، ص 166.

([2]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.9/WG. III/WP.150, Page 15.

وأكدت هيئة التحكيم أن عدم الإمتثال لهذا الشرط لا يفسر على أنـــه تجريـــد لهيئة التحكيم من اختصاصها بتسوية النزاع[1].

وفي قضايا أخرى اتخذت بعض هيئات التحكيم موقفاً مغايراً تماماً لما استقرت عليه نظيراتها إذ اعتبرت شرط التســوية الدويــة شــرطاً مانحــاً للاختصاص فعلى سبيل المثال قضية السيد/ Goetz ضد بروندي قضت هيئة التحكيم أن عدم الإمتثال لفترة التسوية الودية المنصوص عليها فـــي اتفاقيـــة الاستثمار الثنائية المبرمة بين بلجيكا وبروندي يشكل عائقاً لنظر الهيئة فـــي النزاع[2].

([1]) انظر: فاطمة الزهراء محمودي، مرجع سابق، ص178،177

([2]) ICSID Case No., (ARB/95/3), Award of February 10, 1999, P. 498 & 93.

See Also: ICSID Case No. (ARB/08/5), Decision on Jurisdiction, June 2, 2010; ICSID Case No. (ARB/08/4), Award of December 15, 2010.

الفصل الثاني

بعض الحلول الممكنة في إطار قواعد القانون الدولي العام

من خلال استقراء وتحليل ما قدمناه من أمثلة لحالات عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي في الفصل الأول يتضح لنا أن التضارب في تفسير هيئات التحكيم التعاهدي للمعاهدات الاستثمارية وما تتمتع به من سلطة واسعة في تفسير تلك المعاهدات يعد سبب رئيس للمشكلة لذلك قمنا بتقديم عدة حلول لضمان الاتساق في تفسير أحكام معاهدات الاستثمار وذلك في المبحث الأول من هذا الفصل ، كما أن نهائية قرارات التحكيم وعدم وجود نظام لمراجعة تلك القرارات والانتصاف منها في غالبية قرارات هيئات التحكيم التعاهدي باستثناء بعض القرارات مثل عمليات تسوية المنازعات الاستثمارية من خلال المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، يعد أحد أسباب المشكلة وحتى نظام الغاء القرارات بالمركز الدولي لم يكن ناجعا في الحد من تلك المشكلة التي تهدد استقرار نظام الاستثمار الدولى فالغالبية العظمى من الأمثلة التي ذكرناها في الفصل الأول صادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وعلى ذلك تناولنا في المبحث الثاني مزايا وعيوب انشاء آلية استئناف لقرارات التحكيم التعاهدي وما قمنا بترجيحه في هذا الشأن واقتراحنا بادخال بعض التحسينات على نظام الغاء قرارات هيئات التحكيم المعمول به لدى المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية مع التركيز على أهمية ايلاء الاهتمام اللازم بالسوابق القضائية، وأخيرا ونظرا لأهمية الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول في المساهمة الفعالة لاتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي القينا اطلالة على الشفافية في

التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وأهميتها وقدمنا اقتراحات في هـذا الشأن بما يدعم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي وذلك فـي المبحـث الثالث.

وعلى ذلك فاننا نقسم الدراسة في هذا الفصل الى ثلاثة مباحث علـى النحو التالي:

المبحث الأول: ضمان الاتساق في تفسير أحكام معاهدات الاستثمار

المبحث الثاني: إنشاء آلية دائمة لاستئناف قرارات التحكيم

المبحث الثالث: نشر فلسفة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول

المبحث الأول

ضمان الاتساق في تفسير أحكام معاهدات الاستثمار

إن أجل المعاهدات الاستثمارية طويل بحيث يمكن توقع نشوء منازعات متعددة في إطارها ولذلك فإن كفالة الاتساق في تفسير الأحكام التعاهدية من شأنه أن يعزز استقرار الإطار الاستثماري برمته وذكر أيضاً أن العديد من المعاهدات تتضمن أحكاماً مماثلة بشأن حماية الاستثمارات (مثل المعاملة العادلة والمنصفة والحكم المتعلق بالدولة الأولى بالرعاية والشرط الشامل والأحكام المتعلقة بالتعويض عن نزع الملكية) وذكر أن تجربة بعض الدول التي أبرمت عدداً من المعاهدات الاستثمارية التي تنطوي على أحكام مماثلة تشير إلى أن تلك المعاهدات تم تفسيرها بأشكال مختلفة من جانب هيئات التحكيم[1]. وأشارت مناقشات إلى أن الشاغل الرئيس ليس عدم اتساق القرارات بل تفسير هيئات التحكيم لأحكام تعاهدية على نحو غير صحيح وفي بعض الأحيان دون أن تؤخذ في الإعتبار نية الأطراف المتعاهدة[2] ولعل من أهم الحلول التي تضمن بطريقة ناجعة الاتساق في تفسير المعاهدات الدولية في سياق تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول تدعيم انخراط الدول في تفسير وتطبيق معاهداتها بما يحد من السلطة التقديرية لهيئات التحكيم التعاهدي في تفسير نصوص تلك المعاهدات، وذلك من خلال أدوات تفسيرية مختلفة في مراحل مختلفة وذلك على النحو التالي:

([1])انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/930/Add.1/Rev.1 , Page 4.

([2]) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/964/ , Page 9.

أولا- دقة الأحكام التعاهدية:

إن التعاريف الواسعة وغير المحددة لمجموعة المصطلحات مثل الاستثمار والمستثمر والمعاملة العادلة والمنصفة والبند الجامع أو الشامل يؤدي إلى عدم تناسق الأحكام التحكيمية فيما بينها[1].

وقد ذهب أستاذنا الدكتور عبدالواحد محمد الفار في هذا الشان إلى أنه رغم التسليم بأن الهدف الذي يتغياه منهج التفسير هو التوصل الى النية المشتركة لأطراف التعاقد الا أنه ليس من اليسير التوصل الى هذه الغاية وقد كشف القاضي "لوترباخت"عن بعض الحالات التي يتعذر فيها التوصل الى النية المشتركة للمتعاقدين فأشار إلى حالة ما إذا استخدم الأطراف في معاهداتهم الفاظ وعبارات متشابهة في الوقت الذي تكون فيه نية كلا منهم قد انصرفت الى نتائج مختلفة تماما عن الأخر وأيضا حالة إذا ما تعمد الأطراف صياغة نصوص المعاهدة بصورة غامضة يمكن أن تؤدي إلى تضارب في المعاني أو الأهداف وكذلك حالة سكوت المعاهدة عن تنظيم أمر من الأمور بسبب صعوبة الاتفاق بشأنه وايثار ترك هذا الأمر الى المستقبل ففي مثل تلك الحالات يبدو أنه من الصعب الاهتداء الى نية أطراف التعاقد ومن ثم أصبح من الواجب على المفسر أن يبحث عن نية الأطراف بكل وسيلة ممكنة[2].

([1]) انظر: ورقة مقدمة من حكومة المغرب ، وثيقة الأمم المتحدة رقم:

A/CN.9/WG. III/WP. 161 , Page 9, 4 March, 2019.

- انظر أيضاً: وثيقة المتحدة رقم: A/CN.9/935/ Page 7.

([2]) انظر: الأستاذ الدكتور/ عبدالواحد محمد الفار: قواعد تفسير المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، 1980م، ص68

وهو ما يدعونا إلى الإشارة إلى أهمية دقة الأحكام التعاهدية الـــواردة في معاهدات الاستثمار وأن التعميم في المصطلحات والأحكام التعاهدية مـــن أكبر الأخطاء أثناء صياغة المعاهدة الاستثمارية، وقد اقترحت حكومة تايلنـــد في هذا الشأن وضع بنود نموذجية بشأن الأحكام الموضوعية في المعاهـــدات الاستثمارية[1].

وذكر تقرير لمؤتمر الأمم المتحـــدة للتجـــارة والتنميـــة UNCTAD (الأونكتاد) صادر عام 2020 أنه حتى عام 2019 فإن 99% مـــن قضـــايا تحكيم الاستثمار المعروفة قد رفعت بناء على اتفاقيات استثمار مـــن الجيـــل القديم وهى الاتفاقيات الموقعة حسب تعريف الأونكتاد خلال الفترة من 1959 إلى 2011 وتتضمن التزامات بصيغة واسعة وغير محددة ويلاحظ التقريـــر وبحق أن بعض الاتفاقيات التي عقدت بعد عام 2012 تضـــمنت نصوصـــاً تفصيلية "من الجيل الجديد" بينما تضمنت اتفاقيات أخرى عقدت بعـــد عـــام 2012 نصوصاً تقليدية دون مراعاة ما طرأ في المجال من تطورات [2].

فعلى سبيل المثال تختلف الصيغ المستخدمة للتعبير عن التزام الدولة بحماية الاستثمارات التي يقوم بها مستثمرون من إحدى الدول الطـــرف فـــي المعاهدة الاستثمارية مثل " تحمي الدولة استثمارات المستثمرين" أو "تـــوفر الحماية والأمن " أو"الحماية المناسبة والأمن" فذهبت بعض أحكام التحكيم التي وسعت من نطاق هذا الإلتزام ليشمل فضلاً عن الحمايـــة ضـــد الإعتـــداءات

([1]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة ، ورقة مقدمة من حكومة تايلند:

A/CN.9/WG. III/WP. 162, 8 March, 2019, Page 4.

([2]) انظر: د/ داليا عبد المعطي حسين: نحو صياغة أكثر أحكاماً للاتفاقيـــات المصـــرية لحمايـــة وتشـــجيع الاستثمارات، دراسة تحليلية للالتزامين بالمعاملة العادلة والمنصفة وبتوفير الحماية والأمن للاستثمار ، المجلة القانونية ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، فرع الخرطوم ، المجلد 8 ، العـــدد 13 ، نـــوفمبر 2020م ، ص 4532 ، 4533.

المادية " الإعتداءات القانونية " أيضا وقد رفضت بعض هيئات التحكيم في قضايا لاحقة الأخذ بهذه الفكرة[1].

ثانيا: أخذ ديباجة معاهدة الاستثمار بعين الاعتبار:

تنص ديباجة معاهدة الاستثمار عادة على أهداف المعاهدة وغرضها وعلى ذلك يجب أن تأخذ ديباجة المعاهدة بعين الاعتبار أثناء تفسير بعض الألفاظ أو المصطلحات الغامضة أو التي لم يحدد لها تعريف في تلك الألفاظ في إطار سياق المعاهدة وهذا السياق كما حددته الفقرة 2من المادة 31 من اتفاقية فيينا لعام 1969 م ديباجة المعاهدة من بين عدة مفردات أخرى[2].

([1]) انظر: المرجع السابق ، ص 4548 ، 4551.

-The cases on FPS "full protection and security" have proven inconsistent on both the scope of matters covered by the clause, and the required standard of care. As to scope, tribunals have varied on how far to restrict the ambit of security. The tribunals in BG Group and National Grid arrived at materially opposed interpretations of the same FPS clause (in the United Kingdom—Argentina BIT) in two discrete claims against Argentina. The treaty itself provided, at Article 2(2), only that "Investments of Investors of each Contracting Party ... shall enjoy protection and constant security in the territory of the other Contract Party."In both cases, the complainant argued that the emergency legislation adopted by Argentina had altered the regulatory framework applicable to their investment and thus the government "withdrew the protection and security previously granted to the investment." Thus, both Tribunals had to determine whether this clause covered only the investor's "physical security," or whether the clause extended to "economic security. "They came to opposite conclusions the BG Group Tribunal adopting a restrictive interpretation and the National Grid Tribunal adopting a more expansive view. The two Tribunals also diverged on the appropriate methodology for interpreting the FPS clause.

See: Brown, Chester, Federico Ortino, and Julian Arato. Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement. Academic Forum on ISDS Concept Paper, 2019, University of Michigan Law School Scholarship Repository, Available at: https://repository.law.umich.edu/other/214.

([2]) تنص المادة 31 فقرة1،2 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 على:

1"- تفسر المعاهدة بحسن نية وفقا للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها.

2- بالإضافة إلى نص المعاهدة بما في ذلك الديباجة والملاحق يشتمل سياق المعاهدة من أجل التفسير على مايلي....." .

ولعل أخذ ديباجة معاهدة الاستثمار بعين الاعتبار أثناء التفسير والتي شملت أهداف وأغراض المعاهدة هو ما يسمى بالأسلوب الغائي في التفسير ويظهر هذا الأسلوب في جملة أحكام صادرة عن محكمة العدل الأوربية استطاعت من خلاله المحكمة أن تحل الكثير من المشاكل[1].

ومما لاشك فيه أن هذا الاسلوب في التفسير الذي يرتكن إلى ديباجة المعاهدة يساعد على اتساق قرارات هيئات التحكيم كما أنه يعزز القدرة على التنبؤ إذ أن التفسير سيكون وفقا لأهداف وغاية المعاهدة وأن هذه الغاية والأهداف يتم النص عليها صراحة في ديباجة المعاهدة.

وفي مجال الاستثمار الدولي ومن الأمثلة البارزة للتفسير الذي يستند إلى ديباجة المعاهدة تفسير مصطلح "الاستثمار" الوارد بنص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 م حيث خلت الاتفاقية من تعريف لمصطلح الاستثمار.

وبالرجوع الى ديباجة الاتفاقية نجد أنها احتوت إشارة ضمنية لمفهوم الاستثمار حيث جاء في الفقرة الاولى منها أن" الدول المتعاقدة إذ تقرر ضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الاقتصادية والدور الذي تلعبه الاستثمارات الخاصة الدولية في هذا المجال" ومن ثم فإن قواعد التفسير المنصوص عليها في اتفاقية فيينا تقضي من المفسرين عند تفسير مصطلح الاستثمار الأخذ بعين الاعتبار ما ورد بالفقرة الأولى من الديباجة حول مفهوم الاستثمار غير أن الواقع العملي يظهر تباينا واضحا في موقف المحكمين في إطار المركز الدولي حول طريقة تعاملهم مع ديباجة اتفاقية واشنطن لعام 1965م ففي الوقت الذي اتجهت هيئات تحكيم إلى قبول الديباجة بالكامل

([1]) انظر: د. محمد الفاضل أحمد، الباحث أحمد على محمد، التفسير القضائي للمعاهدات الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة الرابعة، المجلد الرابع، العدد3، الجزء2 ،2020م،ص70،69

بإضافة عنصر التنمية الاقتصادية إلى مفهوم الاستثمار ذهبت هيئات إلى خلاف ذلك إذ اعترفت بوجود هذه الإشارة في الديباجة إلا أنها اختارت عدم استخدامها في تعريف الاستثمار وهو أمر بدا متعارضاً مع أهداف وأغراض اتفاقية واشنطن لعام 1965م [1].

ويتضح مما سبق ضرورة الإلتزام في تفسير المعاهدات الاستثمارية بما ورد في الديباجة وهو ما يؤدي إلى اتساق قرارات التحكيم التعاهدي وقدرة المستثمر على التنبؤ واليقين وأن الحيد عن ذلك التفسير يخالف قواعد التفسير الواردة باتفاقية فيينا للمعاهدات وإن كانت بعض هيئات التحكيم لا تلتزم بهذا الإتجاه **وهو ما يدعونا إلى التوصية** بصياغة شرط أو حكم موضوعي داخل المعاهدة الاستثمارية يلزم هيئات التحكيم الإلتزام بديباجة المعاهدة أثناء تفسيرها لمصطلحات وأحكام المعاهدة وألا تترك السلطة التقديرية في هذا الشأن لهيئات التحكيم.

أيضاً مما هو جدير بالذكر والتنويه عنه أنه يجب على الدول الأطراف في المعاهدات الاستثمارية عند صياغة المعاهدة الاستثمارية أن تضمن ديباجة معاهداتها النص صراحة وبالتفصيل على أهداف المعاهدة وغرضها بحيث تستطيع ديباجة المعاهدة أداء مهمتها في التفسير.

([1]) انظر: أحمد قاسم فرح ، رشا "محمد تيسير" خطاب ، المرجع السابق ، ص 809 ، 810.

– في إطار الاجتهاد التحكيمي للمركز واستناداً إلى الفقرة الأولى من ديباجة اتفاقية واشنطن تمت الإشارة إلى معيار التنمية الاقتصادية لأول مرة عام 1997م في قضية Fedax NV ضد فنزويلا كما أتخذ الموقف نفسه في قضية Salini ضد المغرب حيث اعتبرت محكمة التحكيم أن المشاركة في التنمية الاقتصادية تعد معياراً لتحديد مفهوم الاستثمار.

– انظر: د/ طيب قبايلي ، تقدير مفهوم الاستثمار في اجتهاد تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد 8 ، ربيع الثاني/ جمادي الأول 1442هـ – ديسمبر 2020م ، ص 331

ثالثا: المذكرات المقدمة من طرف غير متنازع:

إن المذكرات المقدمة من طرف متعاهد غير متنازع إلى لجنة التحكيم تمثل وسيلة هامة لإعطاء بعض التفسيرات لهيئات التحكيم.

فهذه المذكرات وإن كانت غير مستغلة استغلالاً كافياً إلا أنه في الحقيقة أن هذه الدول المتعاهدة غير المتنازعة كثيراً ما يكون لديها معلومات هامة تقدمها إلى هيئة التحكيم كالمعلومات عن الأعمال التحضيرية للمعاهدة المعنية مما يحول دون تفسير أحادي الجانب لتلك المعاهدة[1].

وعلى سبيل المثال الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م الزمت هيئة التحكيم بأن تسمح لطرف في المعاهدة غير متنازع أن يتقدم بمذكرات بشأن المسائل المتعلقة بتفسير المعاهدة أو يجوز لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تدعو ذلك الطرف في المعاهدة غير المتنازع لتقديم هذه المذكرات[2].

إن تفسير الدول الأطراف في المعاهدة ليس مجرد مذكرة يلزم على هيئة التحكيم أن تقبلها فحسب وإنما عليها أن تمحص وتناقش ما ورد بها من تفسير وأحياناً يصل الأمر إلى التزام هيئة التحكيم بهذا التفسير[3].

([1]) انظر: د/ عمرو زكريا صاوي ، شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م في إطار قواعد القانون الدولي العام (مع الإشارة إلى أحكام اتفاقية موريشيوس) بشأن الشفافية لعام 2014) ، المجلد 45 ، العدد 45 ، ملجة كلية الحقوق جامعة حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، يوليو 2021م، ص 380.

([2]) انظر: المادة الخامسة من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م. للمزيد من التفاصيل حول شرح تلك المادة. انظر: د/ عمرو زكريا صاوي، المرجع السابق ، ص 380 وما بعدها.

([3]) أنظر: د/ عمرو زكريا ، المرجع السابق ، ص 383.

وتتيح بعض المعاهدات صراحة إمكانية تدخل الدولة الطرف أو الدول الأطراف الأخرى غير المتنازعة في الإجراءات على سبيل المثال تنص المادة 35 (1) من معاهدة الاستثمار الثنائية بين كندا وبيرو 2006 على ما يلي: يجوز للطرف غير المتنازع أن يقدم بناء على إشعار كتابي إلى الأطراف المتنازعة مذكرات إلى هيئة التحكيم بشأن مسألة تتعلق بتفسير هذا الاتفاق "[1].

وعلى ذلك فإننا نرى ضرورة أن تتضمن المعاهدات الاستثمارية نصوصاً تلزم هيئة التحكيم بقبول المذكرات المقدمة من طرف غير متنازع في المعاهدة بشأن تفسير المعاهدة وألا يترك مسألة قبول هذه المذكرات لهيئة التحكيم وإنما تكون ملزمة بقبول هذه المذكرات وأن تفحص وتناقش ما ورد بها من تفسير للمعاهدة على غرار نص المادة الخامسة من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م.

رابعا: اصدار صكوك إضافية عند إبرام معاهدة الاستثمار :

يمكن للأطراف أن تعتمد صكوكاً إضافية مثل اتفاقات جانبية رسمية أو غير رسمية أو تفاهمات أو تبادل للرسائل، ومن ذلك ما تصدره الدول بمناسبة إبرام المعاهدة من إعلانات تفسيرية بهدف إيضاح معاني بعض أحكام المعاهدة وتحديد ما تقرره تلك الأحكام (الغامضة) من حقوق والتزامات متبادلة بين أطراف المعاهدة فعندما تعبر الدولة بموجب إعلانها عن فهمها للنص الغامض والإلتزام بتنفيذه وفق هذا الفهم فإن ذلك يمكن أن يساعد على إدراك المعنى المقصود من النص الغامض محل التفسير باعتبار أن

([1]) انظر الوثيقة: .A/CN.9/WG.III/WP191, 17 January 2020, Page 9.

التصريحات أو البيانات التي تصدرها الدول خلال المفاوضات لإبرام معاهدة أو أثناء التوقيع عليها أو تصديقها حول فهمها لبعض النصوص يمكن أن يدخل ضمن سياق المعاهدة طالما أمكن تقدير وجود الموافقة الصريحة أو الضمنية للدول الأخرى المعنية بمضمون تلك التصريحات أو البيانات[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه أثناء إبرام المعاهدة يمكن أن تتضمن نصاً يمنح الأطراف الحق في الحصول على تفسير نصوص المعاهدة من خلال سلطة أو هيئة متخصصة لذلك بموجب أحكام المعاهدة ويكون هذا التفسير ملزم لهيئات التحكيم ونرى أن النص على تلك الوسيلة للتفسير من الأهمية بمكان، فعلى سبيل المثال نصت المادة 3 الفقرة 9 من مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات بمنظمة التجارة العالمية على أنه: " لأعضاء منظمة التجارة العالمية الحق في الحصول على تفسير رسمي لأي أمر يثير غموضاً ما في فهمه والسلطة المخولة بالتفسير هى المؤتمر الوزاري والمجلس العام لمنظمة التجارة العالمية"[2].

خامسا: الاتفاقات اللاحقة:

([1]) انظر: د/ عادل أحمد الكمائي ، قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدة الدولية، دراسة في قانون المعاهدات الدولية ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الزيتونة ، العدد 46 ، إبريل 2011 ، ص 415 : 416.

([2]) انظر: ابن إدريس حليمه ، خصوصية التحكيم التجاري الدولي في إطار منظمة التجارة العالمية ومدى استفادة الدول النامية منه ، دراسة في أحكام مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلاني اليابس ، سيدي بلعباس ، العدد1 ، المجلد 7 ، سنة 2022 ، ص 358.

تنص المادة 31 (3) (أ) من اتفاقية فيينا للمعاهدات على: (يؤخذ في الإعتبار إلى جانب سياق المعاهدة ما يلي: (أ) أي اتفاق لاحق بين الأطراف بشأن تفسير المعاهدة أو سريان نصوصها.....).

ومصطلح اتفاق المشار إليه في تلك المادة وفي القانون الدولي العام لا ينطوي بأي حال على درجة محددة من الشكلية فلا يلزم أن يكون مكتوباً على غرار المعاهدة[1]. وتبين السوابق القضائية للمحاكم الدولية وغيرها من هيئات التحكيم القضائي ضرباً من التردد في التميز الواضح بين الاتفاقات اللاحقة بالمعنى الوارد بالمادة 31 (3) (أ) من اتفاقية فيينا والممارسات اللاحقة التي تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة بالمعنى الوارد في المادة 31 (3) (ب) من اتفاقية فيينا إلا أن هناك سابقة قضائية كانت الأكثر وضوحاً في تمييز هذا الفارق وهى قضية جمعية مربوا الماشية الكنديون من أجل التجارة المنصفة (CCFT) ضد الولايات المتحدة الأمريكية[2]. وانتهت هذه السابقة القضائية إلى أن التمييز بين الاتفاق اللاحق والممارسة اللاحقة يتم اعتماداً على مدى إمكانية تحديد وجود موقف مشترك في حد ذاته يعبر عنه بشكل مشترك وهذا هو الاتفاق اللاحق في حين أن الممارسة اللاحقة تشمل جميع الأشكال الأخرى من السلوك اللاحق ذي الصلة الصادر عن طرف أو أكثر من الأطراف في المعاهدة التي تساهم في تبيان وجود اتفاق بين الأطراف

([1]) كما يرى الأستاذ الدكتور صلاح الدين عامر أن مثل ذلك الاتفاق اللاحق يمكن أن يأخذ شكلا ضمنيا فعندما يجري أطراف المعاهدة على تطبيق نص من نصوص المعاهدة على نحو معين يمكن الاعتقاد معه بانهم قد اتفقوا به على تفسير ما لنص من نصوص المعاهدة فإنه يمكن القول في هذه الحالة بأننا في مواجهة تفسير ضمني ولا شك أن هذا الاسلوب يوفر قدرا كبيرا من المرونة ولكنه يثير الكثير من الغموض والمشاكل من ناحية أخرى. انظر: د/ صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ،الطبعة الحادية عشر 2020، دار النهضة العربية، ص323

([2]) See Canadian Cattlemen For Fair Trade CCFT V United States of America (Award on Jurisdiction) UNCITRAL arbitration under NAFTA Chapter Eleven (28 January 2008) paras 45-49 and 122
(http://www.naftaclaims.com/Disputs/USA/CCFT/CCFT-USA-Award.pdf)

بشأن تفسير المعاهدة[1] ولأغراض تفسير المعاهدات الاتفاق اللاحق هو اتفاق واضح بين الأطراف بعد إبرام المعاهدات بشأن تفسير أو تطبيق أحكامها[2].

ولكي نكون أمام اتفاق لاحق بالمعنى المقصود من المادة 31 (3) (أ) لابد أن يكون الاتفاق بين جميع الدول الأطراف في المعاهدة في اتفاق واحد موحد أوعن طريق عمل تتفق بشأنه جميع الأطراف بأي شكل من الأشكال[3].

ومن خلال ذلك فإننا نرى أن الاتفاق اللاحق على النحو الوارد بالمادة 31 (3) (أ) قد يختلف مفهومه وتفسيره من هيئة تحكيمية إلى أخرى عندما لا يتخذ هذا الاتفاق شكلاً كتابياً مما يعطي سلطة تقديرية لهيئة التحكيم في استنتاج وجود اتفاق لاحق من عدمه لذا من الضروري أثناء إبرام المعاهدات الاستثمارية أن يتولى الأطراف أنفسهم في بنود المعاهدة أو ملاحقها تحديد دقيق لمفهوم الاتفاق اللاحق بما لا يترك لهيئات التحكيم سلطة تقديرية في استنتاج واستخلاص الاتفاق اللاحق تلك السلطة التقديرية التي غالباً ما ينتج عنها عدم اتساق في قرارات هيئات التحكيم.

سادسا: الممارسة التفسيرية اللاحقة:

والممارسة اللاحقة بإعتبارها وسيلة تفسير ذات حجية بمقتضى الفقرة (3) (ب) من المادة 31 من اتفاقية فيينا بشأن قانون المعاهدات هى سلوك في تطبيق المعاهدة بعد ابرامها يثبت اتفاق الأطراف حول تفسير المعاهدة[4].

([1]) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/660, Page 41, 42.

([2]) انظر: الوثيقة رقم: A/68/10, Page 13.

([3]) انظر: وثيقة منظمة التجارة العالمية ، الولايات المتحدة:" قضية سمك التونة ثانياً (المكسيك)، تقرير هيئة الإستئناف (16 أيار/مايو/2012م) WT/DS381/AB/R – الفقرة 372.

([4]) انظر: د/ عمرو زكريا ، المرجع السابق ، ص 385.

والأخذ بهذه القاعدة يعني أن المفسر يستمد دليله من الأفعـــال ولـــيس مـــن الأقوال ودلالة الأفعال – كما يقول القاضي ريد– اوضح من دلالة الأقوال بل هي أحيانا خير البيانات كما يقول الأستاذ الدكتور حامد سلطان أو كما يشـــير القاضي هدسون بقوله أن الوثائق الدولية الهامة لا يمكن أن تفسر نفسها وأن تحديد معاني نصوصها لا يمكن أن يطلع بها القضاة الشاخصون على منصة المحكمة مثلما تستطيع أن تعبر عنها تجارب أولئك الذين ينهضون بمســـئولية وضع تلك الوثائق موضع التنفيذ[1].

والممارسة اللاحقة لا تشترط اشتراك كافة أطراف المعاهدة في القيـــام بهذا السلوك وإنما يعني أن الأطراف غير المشاركة في إتيان هذا السلوك لابد أن تذعن لهذا السلوك ومعنى ذلك أن كافة أطراف المعاهدة فعلاً لابد أن تأخذ دوراً في الممارسة اللاحقة قد يكون ذلك بشكل إيجابي من خلال المشـــاركة الفعلية أو بشكل سلبي يقتصر على الإذعان للسلوك اللاحق، وهذا ما يعـــرف بالمفهوم الضيق للممارسة اللاحقة.

– ويرى الأستاذ الدكتور/ علي ابراهيم: أنه لا يختلف التفسير عن طريق السلوك اللاحق عن بقيـــة وســـائل التفسير الواردة في المادة 31 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات حيث تعد وسائل التفسير المستخدمة متساوية من حيث القيمة القانونية وعملية الترتيب الواردة في المادة 31 ما هو الا اسلوب عمل وليس حكمـــا قانونيـــا ملزما .

– انظر د/ على ابراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995،ص13 قريب من هذا المعنى انظر قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية:=

=-ICSID Case No. ARB/08/20,Decision on Jurisdiction (16 July 2010), p.22,para.62

– الا أنه يوجد اختلاف بالطبع في القيمة القانونية بين وسائل التفسير العامة الواردة في المـــادة 31 وبـــين وسائل التفسير التكميلية الواردة بالمادة 32 حيث أن الاختلاف بينهما يكمن في أن الوسائل العامـــة تتعلـــق جميعها بالاتفاق بين الأطراف ، بينما لا تشترط الوسائل التكميلية ذلك، بل هي مشروطة بشكل وثيق بتطبيـــق القواعد العامة الواردة في المادة 31 مما يدعو الى القول بان هناك اختلاف في القيمة القانونية بين المادتين.

Trinh Hai Yen, , the interpretation of investment treaties, International litigation in practice, volume (7), 2014, p. 65.

([1]) انظر: الأستاذ الدكتور/ عبدالواحد محمد الفار: مرجع سابق، ص73، 74.

وقدمت هيئة الإستئناف التابعة لمنظمة التجارة الدولية تفسيراً للممارسات اللاحقة بأنها (تسلسل متجانس وموحد ومنسق من الأفعال والأحكام يكفي لإنشاء نمط واضح يوحي بوجود توافق بين أطراف المعاهدة بشأن تفسيرها فيجمع المصطلح بين عنصر الممارسة وشرط التوافق على النحو المنصوص عليه في الفقرة 3 (ب) من المادة 31 من اتفاقية فيينا[1]. بيد أن هناك هيئات قضائية أخرى استخدمت مفهوم الممارسة وسيلة للتفسير دون الإشارة إلى وجود توافق واضح بين الأطراف أو اشتراط هذا التوافق[2].

ففي قضية اليابان "المشروبات الكحولية ثانياً" صاغت هيئة الإستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية التعريف المشار إليه سالفاً وهذا التعريف لا يقتصر على تعريف الممارسة اللاحقة على هذا النحو من قبل الأطراف في تطبيق المعاهدة ولكنه يضيف عناصر أخرى ترد في المادة 31 (3) (ب) من اتفاقية فيينا ولاسيما اتفاق الأطراف بشأن تفسير المعاهدة ويشير التعريف الى أن هذه الممارسة اللاحقة في تطبيق المعاهدة التي تثبت اتفاق الأطراف بشأن تفسيرها هى وحدها التي يمكن أن تكون ذات صلة بغرض تفسير المعاهدات وليس أي شكل آخر من أشكال الممارسة اللاحقة من جانب طرف واحد أو أكثر[3]. وهذا ما يعرف بالمفهوم الضيق للممارسة اللاحقة.

([1]) انظر: تقرير هيئة الإستئناف التابعة لمنظمة التجارة الدولية:
-Japan-Alcoholic Beverages II, Report of The Appellate Body, 4 October 1996, WT/DS11/AB/R, Section E

([2]) انظر: تقرير لجنة القانون الدولي وثيقة رقم: A/66/10, Page 371.

([3]) تنص المادة 31(3)(ب) على" يؤخذ في الاعتبار إلى جانب سياق المعاهدة مايلي.....(ب) أي تعامل لاحق في مجال تطبيق المعاهدة يتضمن اتفاق الأطراف على تفسيرها.
انظر وثيقة الأمم المتحدة رقمA/CN.4/660, Page 49

غير أن اجتهاد محكمة العدل الدولية ومحاكم وهيئات قضائية دولية أخرى وحتى اجتهاد منظمة التجارة العالمية ذاتها يثبت أن الممارسة اللاحقة التي تفي بجميع شروط المادة 31 (3) (ب) من اتفاقية فيينا ليس هى الشكل الوحيد للممارسة من جانب الأطراف في تطبيق المعاهدات الذي له صلة بغرض تفسيرها[1]. فهناك الممارسة اللاحقة التي يمكن أن تثبت من قبل طرف واحد أو أكثر من أطراف المعاهدة دون ضرورة لوجود اتفاق وتجانس بين جميع أطراف المعاهدة وهو ما يعرف بالمفهوم الواسع للممارسة اللاحقة وهذا الشكل للممارسة اللاحقة يندرج ضمن الوسائل التكميلية في التفسير الواردة بالمادة 32 من اتفاقية فيينا [2].

<u>إلا أن ما يميز الممارسة اللاحقة</u> بمفهومها الضيق التي تثبت اتفاقاً عن الممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع أن الأولى ذو حجية وقيمة قانونية أعلى وهى ملزمة لهيئة التحكيم أما الممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع فهى من أدوات التفسير التكميلية وهنا تبدو السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الأخذ بهذه الممارسة أو طرحها ولتدارك السلطة التقديرية لهيئة التحكيم في الأخذ أو عدم الأخذ بالممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع أثناء عملية التفسير نرى أنه على الدول أثناء إبرام المعاهدات الاستثمارية وضع تعريف متفق عليه للممارسة اللاحقة وحجيتها في التفسير وخاصة الممارسة اللاحقة بمفهومها

([1]) المرجع السابق، ص49

([2]) تنص المادة 32 من اتفاقية فيينا للمعاهدات لعام 1969م على: (يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في التفسير بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملابسات عقدها وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق المادة 31 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

الواسع للحد من سلطة هيئة التحكيم في وضع تفسيرات لمفهوم الممارسة اللاحقة وخاصة عندما نتحدث عن حجية الممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع.

وكثيراً ما أعترفت محاكم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بالممارسات اللاحقة كوسيلة للتفسير بل إن بعض المحاكم ركزت في بعض القرارات على أن الممارسة اللاحقة وسيلة بالغة الأهمية لتفسير الأحكام التي تنوي أطراف المعاهدة تطويرها في ضوء الممارسة التعاهدية اللاحقة[1].

وفي قضية شركة ميهالي الدولية ضد جمهورية سريلانكا الاشتراكية الديمقراطية قررت المحكمة ما يلي" لم يؤكد أي من الطرفين أن اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار تتضمن أي تعريف مسبق لـ" الاستثمار" بل قد وضع ذلك التعريف في ضوء الممارسة اللاحقة للدول على نحو يحافظ على التكامل والمرونة ويتيح التطور التدريجي المستقبلي للقانون الدولي بشأن موضوع الاستثمار[2].

سابعا: التعاون المؤسسي على تفسير المعاهدات:

من بين الحلول المهمة لضمان تفسير المعاهدات بطريقة تحد من سلطة هيئة التحكيم التقديرية وتساعد أطراف المعاهدة السيطرة على تفسير معاهداتهم الاستثمارية إنشاء المعاهدة لجان تفسير تتألف من ممثلين لأطراف المعاهدة وهى مكلفة بمهمة رصد تنفيذ المعاهدة وإصدار بيانات تفسيرية بشأن أحكام المعاهدات[3].

([1]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/CN.4/660, 19 March 2013,Page 20.

([2]) انظر:قضية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار رقم:
ARB/00/2,ICSID,para.33, Date of dispatch to the parties ,March 15, 2002

([3]) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG, III/WP, 191, Page 16,17.
- وانظر أيضاً: د/ عبد الملك عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 169.

وتجدر الإشارة إلى أن بيانات مركز سياسات الاستثمار التابع للأونكتاد تفيد بأن 126 معاهدة (4,9 في المائة) من أصل 2573 معاهدة جرى تحليلها تتسم بأنها تسمح صراحة بأن تصدر الأطراف المتعاقدة أو لجان التفسير تفسيرات ملزمة تتضمن 31 معاهدة فقط أو ما يزيد قليلاً على 1,56 في المائة ترتيبات مؤسسية في شكل لجان تفسير[1].

([1]) على سبيل المثال اتفاقية التجارة الحرة بين أستراليا والصين (2015م) ومعاهدة الاستثمار الثنائية بين الجبل الأسود والاتحاد الاقتصادي لبلجيكا ولكسمبرج (2005م) والاتفاق الاقتصادي والتجاري الشامل بين كندا والاتحاد الاوروبي (2016م).

- انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG, III/WP, 191, Page 11.

- وانظر أيضاً: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG, III/WP, 180, 29 August 2019, Page 23.=

=* وعلى سبيل المثال التعديلات والتحسينات التي أدخلت من قبل الولايات المتحدة في نموذج عام 2004م لمعاهدات الاستثمار الثنائية حيث اقترحت الولايات المتحدة أن يصدر بتفسير نصوص المعاهدات قرار مشترك من أطرافها ويكون هذا التفسير ملزماً لمحكمة التحكيم وهذا ما تم بالفعل في النافتا العام 2001م بعد الانتقادات التي وجهت إلى قرارات التحكيم وتفسيرها الموسع لصالح المستثمرين حيث تم تشكيل لجنة وظيفتها الرئيسية تفسير أحكام الاتفاق وتكون محكمة التحكيم ملزمة بهذا التفسير ويجب أن يكون قرارها متسقاً مع تفسير اللجنة المخصصة والمشكلة من قبل أطراف الاتفاق (م 2/1131 نافتا).

- انظر: د/ عبد الملك عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 384.

المبحث الثاني

إنشاء آلية دائمة لاستئناف قرارات التحكيم

تؤكد الورقات المقدمة من الدول والتي تقترح إنشاء آلية استئناف أن هذا الخيار من خيارات الإصلاح يهدف إلى ضمان صحة القرارات من الناحتين الإجرائية والموضوعية وتصحيح الأخطاء في القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول[1] وقد ذكرت إحدى الورقات المقدمة أن من شأن وجود آلية للاستئناف أن يجعل بالإمكان مراجعة قرارات التحكيم وتصحيحها مما يتيح للأطراف الحصول على قرار متسق وعادل بمقتضى القانون[2]. بينما هناك من يرى أن آلية الاستئناف سيكون لها آثار سلبية حيث رأى أن الزيادات الكبيرة في التكليف والمدة تبدو حتمية بغض النظر عن كيفية تصميم آلية الاستئناف وأنه سيكون من الصعب تحقيق التوازن المناسب بين مزايا الاستئناف وأعبائه وقيل أن هناك أدوات فعالة أخرى يمكنها أن تحقق الأهداف نفسها المتمثلة في تعزيز صحة واتساق قرارات هيئات التحكيم المعنية بتسوية المنازعات بين

([1]) انظر: الوثيقة رقم: .A/CN.9/WG, III/WP, 185, 29 November, 2019, Page 3.

([2]) انظر: وثيقة مقدمة من حكومة إكوادور الوثيقة رقم:
A/CN.9/ WG, III/WP, 175, 17 July, 2019, Page 4
See: K. Sauvant, 'The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward' (Policy Options Paper, E15Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum 2016) p. 29
See also: G. Kaufmann-Kohler at al., 'Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap' (2016) CIDS Research Paper, p.47

المستثمرين من الدول مثل وضع آلية للتدقيق قبل إصدار القرارات وآليات لزيادة دور الأطراف في تفسير المعاهدات[1].

أولا: طبيعة الاستئناف ونطاقه:

اختلف فيما إذا كانت آلية الاستئناف المقترحة أي كانت سواء دوائر استئنافية مخصصة أو إنشاء محكمة استئناف دائمة متعددة الأطراف سيكون نطاق عملها النظر في المسائل القانونية والموضوعية للنزاع أم يقتصر دورها على النظر في المسائل القانونية فقط.

وأقترح أن تشمل أسباب الاستئناف الأخطاء في تفسير القانون أو تطبيقه وفي ذلك السياق سلط الضوء على ضرورة معنى أو نطاق مصطلح " القانون " في سياق تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول كأن يوضح مثلاً ما إذا كان يشير إلى معاهدات الاستثمار ومفاهيم تدخل في إطار القانون الدولي العام أو ما إذا كان يشمل أيضاً القوانين المحلية للدولة المدعي عليها وكذلك أي قانون ينطبق على المنازعة وأشير أيضاً إلى أن الأسباب يمكن أن تقتصر أيضاً على بعض المسائل ذات الصلة بالقانون (مثل الأخطاء الجسيمة المتصلة بالقانون والمعايير المشتركة الموجودة في معاهدات الاستثمار مثل نزع الملكية والمعايير العادلة والمنصفة وعدم التمييز)[2].

وأعرب عن آراء متباينة بشأن ما إذا كان ينبغي السماح بالاستئناف على أساس الأخطاء المتصلة بالوقائع ، وأعرب عن تفضيل أن تكون الأخطاء المتصلة بالوقائع هى أخطاء واضحة في تقدير الوقائع وأشير إلى ضرورة توضيح مفهوم "أخطاء واضحة" بشكل أكبر بحيث يمكن التوصل إلى

---

(1) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/1004/Add.1, 28 January, 2020, Page7

(2) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/1004/Add.1, Page8

فهم مشترك بهذا الشأن وأقترح أيضاً أن تقتصر مراجعة الوقائع على الحالات التي تكون فيها هذه المراجعة ضرورية لإجراء مراجعة القانون[1].

ثانيا: نماذج لمسلك المحاكم والهيئات الدولية بشأن نطاق الاستئناف:

على سبيل المثال يقتصر الاستئناف المقدم أمام هيئة الاستئناف التابعة لمنظمة التجارة العالمية على المسائل القانونية المشمولة في تقرير الهيئة والتفسيرات القانونية التي وضعتها الهيئة وبالمثل بموجب نظام السوق الجنوبية المشتركة (ميركوسور) لا يمكن سوى للمسائل القانونية أن تخضع للاستئناف ويقتصر الاستئناف المقدم أمام محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي على " النقـــاط القانونية"[2].

وفي مختلف المحاكم وهيئات التحكيم الدولية في مجال القانون الجنائي يمكن استئناف القرار على أساس الأخطاء القانونية والوقائعية [3] ولدى هيئة الاستئناف في محكمة التحكيم الخاصة بالرياضة كامل الصـــلاحية لمراجعـــة الوقائع والقانون[4]. أيضاً محكمة الأمم المتحدة للاستئناف والتي حددت المادة الثانية من نظامها الأساسي الفقرة الأولى اختصاصها بخمس حالات من بينها الأخطاء القانونية والخطأ في الوقائع[5]. ولا يمكن اســـتئناف الأحكـــام لـــدى

([1]) انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9 /1050, 17 March, 2021, Page 14.

([2])انظر: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG, III/WP, 185, Page 5.

([3]) انظر: المادة 81 (1) من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمـــادة 25 (1) مـــن النظـــام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة والمادة 26 (1) من النظام الأساسي للمحكمة الخاصـــة بلبنان والمادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة الخاصة بسيراليون.

([4]) القاعدة 57 من القواعد الإجرائية لمحكمة التحكيم الخاصة بالرياضة.

([5]) انظر المادة الثانية من النظام الأساسي لمحكمة الأمم المتحدة للاستئناف.

هيئات دولية أخرى مثل محكمة العدل الدولية[1]. والمحكمة الدولية لقانون البحار وعدة محاكم إقليمية ولكن قد تخضع هذه الأحكام للمراجعة عند اكتشاف وقائع جديدة[2] أما المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فالأصل أن الحكم التحكيمي الصادر من المركز هو حكم نهائي لا يخضع للرقابة إلا من قبل أطراف النزاع وتكون في حالات محددة على سبيل الحصر وهي تفسير الحكم وإعادة النظر فيه وإلغائه[3] وفقاً للمادة 50 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م إذا نشأ نزاع بين الأطراف فيما يتعلق بمفهوم أو مضمون الحكم فإنه يمكن للخصم صاحب الشأن أن يتقدم كتابة إلى السكرتير العام بطلب تفسير الحكم ويعرض الطلب بقدر الامكان على المحكمة التي أصدرت الحكم المطلوب تفسيره وإذا تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة للنظر فيه ويجوز للمحكمة متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب التفسير المعروض عليها[4].

وكذلك يحق لأطراف النزاع أمام المركز تقديم طلب إلى السكرتير العام لإعادة النظر في الحكم وفقاً للمادة بسبب اكتشاف واقعة من شأنها أن

([1]) تنص المادة 60 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية على : " يكون الحكم نهائياً غير قابل للاستئناف وعند النزاع في معناه أو في مدى مدلوله تقوم المحكمة بتفسيره بناء على طلب أي طرف من أطرافه".

– وتنص المادة 61 (1) من ذات النظام على: " لا يقبل إلتماس إعادة النظر في الحكم إلا بسبب تكشف واقعة حاسمة في الدعوى كان يجهلها عند صدور الحكم كل من المحكمة والطرف الذي يلتمس إعادة النظر على ألا يكون جهل الطرف المذكور لهذه الواقعة ناشئاً عن إهمال منه.

([2]) انظر: المادة 127 من قواعد المحكمة الدولية لقانون البحار والقاعدة 80 من قواعد المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان والمادة 48 (1) من بروتوكول النظام الأساسي للمحكمة الأفريقية للعدل وحقوق الإنسان والمادة 26 من المعاهدة المنشئة لمحكمة العدل المنبثقة عن اتفاق كارتاخينا.

([3]) انظر: عيون صارة قواسمية أسماء، آلية التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 2 ، المجلد 9 ، سنة 2022 ، ص 307.

([4]) أنظر: المادة 50 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.

تؤثر بشكل قاطع في الحكم شرط أن تكون هذه الواقعة مجهولة قبل النطق بالحكم من قبل كل من المحكمة والطرف الطالب إعادة النظر في الحكم بحيث أن تجاهلها لم يكن راجعاً إلى خطأ الطالب ويجب أن يعرض الطلب بقدر الإمكان على ذات المحكمة وإذ تعذر ذلك تشكل محكمة جديدة ويجوز للمحكمة وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب إعادة النظر[1].

أما إلغاء الحكم وهى وسيلة انتصاف استثنائية تهدف إلى ضمان سلامة إجراءات التحكيم الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وليس صحتها الموضعية[2].

فإنه يجوز لكل من الطرفين أن يطلب كتابة إلى السكرتير العام إلغاء الحكم وفقاً للمادة 52 من اتفاقية واشنطن لغام 1965م وللأسباب التالية:

1- عيب في تكوين المحكمة.

2- تجاوز المحكمة حدود سلطتها بشكل وضح.

3- رشوة أحد أعضاء المحكمة.

4- التجاهل الجسيم لقاعدة إجرائية أساسية.

5- خلو الحكم من الأسباب.

([1]) انظر: المادة 51 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.

([2]) Vestey Group Ltd. V. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No., ARB/06/14, Decision on Annulment, 26 April 2019, Para, 56.

- وذلك ما أكدته اللجنة المؤقتة ذاتها قضية شركة

Maritime International Nominees Establish (MINE) V. Government of Guinea

فحينما أقامت حكومة غينيا إجراءات إبطال حكم التحكيم ذكرت اللجنة في قرارها النهائي أن المسألة لا تتعلق باستئناف الحكم ولا يمكن مراجعة الحكم من حيث الموضوع وفقاً للاتفاقية ذاتها ولا يكون الإبطال تلقائياً لأنه ليس جزاء في مواجهة حكم غير صحيح ولكنه علاج في مواجهة عدم العدالة الإجرائية.

- أنظر: د/ عمر هاشم محمد صدقه ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، جامعة أسيوط 2006م، ص224.

وعلى إثر ذلك يعين الرئيس على الفور من بين الأشخاص لجنة خاصة من ثلاث أعضاء وتملك اللجنة سلطة إلغاء الحكم كلياً أو جزئياً من أجل أحد الأسباب المذكورة ويجوز للجنة أن تقرر وقف تنفيذ الحكم إلى أن تفصل في طلب الإلغاء وإذا طلب الخصم في صدر طلب الإلغاء وقف تنفيذ الحكم فإن التنفيذ يقف مؤقتاً إلى أن تفصل اللجنة في هذا الطلب[1].

ومما هو جدير بالتأكيد عليه أن تلك اللجان المخصصة لنظر طلب الإلغاء لا تعمل كمحاكم للاستئناف تتمتع بصلاحية للنظر في جوهر الحكم النهائي لذا فإن إحتمال نجاح طلب الإلغاء يكون منخفض ومحدود كما هو واضح في الإحصائيات الصادرة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في فبراير 2022م من عام 2011-2020 إذ يتبين إلغاء سبعة

([1]) انظر: المادة 52 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.

- إن نظام إبطال أحكام التحكيم الصادرة من المركز الدولي لم يسلم من الإنتقادات فقد رأى المعترضون أن التطبيقات العملية لقرارات الإبطال تبين من خلاله أن عمل اللجان الخاصة أقتضى في بعض الأحيان إجراء فحص عميق للوقائع والقانون الواجب التطبيق مما أدى إلى طرح النزاع في بعض الحالات على بساط البحث من جديد أمام اللجان التي تنظر في إبطال حكم التحكيم مما دعا البعض إلى توجيه النقد لنظام إبطال أحكام التحكيم الذي أخذت به اتفاقية واشنطن باعتبار أنه أدى إلى تحويل إجراءات الإبطال من مجرد مراجعة لأوجه التجاوز او المخالفات التي شاب حكم التحكيم إلى إجراءات استئناف الحكم وهو ما عبر عنه جانب من الفقه بقوله " إذا لم يقنع الأطراف بحكم المحكمة فسوف يلجئون بشكل قانوني إلى طلب إلغاء الحكم ومثل هذه الممارسة ربما تلقي ظلالا من الشك حول المميزات التي تجعل تحكيم المركز من الوسائل الفاعلة لتسوية منازعات الاستثمار أي " السرعة والفاعلية " إلا أن جانب من الفقه يرى ضرورة وأهمية نظام الابطال خاصة وأن حكم التحكيم الصادر من المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يمكن إبطاله من قبل المحاكم الوطنية للدول المتعاهدة فلابد أن تكون هناك فرصة لمعالجة ما يكون قد أصاب حكم التحكيم من أسباب توجب إبطاله خاصة في ظل إدراك أن نظام الإبطال يستقيم مع أهداف الاتفاقية في تحقيق التوازن بين مصالح كل من المستثمرين الأجانب والدول المضيفة للاستثمار.

- أنظر: د: عمرو مراد معوض حيدر ، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في إطار اتفافية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2012،ص394 وما بعدها

أحكام فقط كلياً أو جزئياً ورفض 56 طلباً للإلغاء مما يعني أن طلبات الإلغاء كانت أكثر عرضة للرفض بثمانية أضعاف احتمال نجاحها[1].

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985م مع التعديلات التي ادخلت عليه عام 2006 تنص المادة 34 (2) منه على: " لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 أن تلغي أي قرار تحكيم إلا إذا:

(أ) قدم الطرف طالب الإلغاء دليلاً يثبت:

1- أن أحد طرفي اتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) يفتقر إلى الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي أخضع الطرفان في الاتفاق له أو بموجب قانون هذه الدولة في حالة عدم وجود ما يدل على أنهما فعلا ذلك أو

2- أن الطرف طالب الإلغاء لم يبلغ على وجه صحيح بتعين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع بسبب آخر أن يعرض قضيته أو

([1]) See: Costs of ICSID Annulment Proceedings,25/4/2022, by International Arbitration, Available by: www. International-arbitratin-attorney.com/costs-of-icsid-/annulment-proceedings.=

=- ومن الجدير بالذكر أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أصدر في 22 أكتوبر 2004م ورقة مناقشة عنوانها: Possible Improvements of the frame Work For ICSID Arbitration تتناول التحسينات الممكنة لاطار التحكيم التابع للمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وتورد في المرفق مشروع سمات لمرفق استئناف تابع للمركز واقترحت ورقة المناقشة أن الاستئناف الذي ينظر إليه على أنه وسيلة لضمان الاتساق والتواؤم يمكن أن يستند إلى خطأ واضح متصل بالقانون أو أي من الأسباب الخمسة لإبطال قرار التحكيم المنصوص عليها في المادة 52 من اتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية وقد يتمثل سبب أخر لاستئناف قرارات التحكيم في الأخطاء الجسيمة المتصلة بالوقائع وسيعرف هذا السبب تعريفاً ضيقاً بغية إيلاء الإعتبار المناسب للاستنتاجات المبنية على الوقائع التي تتوصل إليها هيئة التحكيم.

- انظر: https://icsid.worldbank:org/en/Documents

- انظر أيضاً: الوثيقة رقم: A/CN.9/WG, III/WP. 202, 12 November 2020, Page 7

3- أن قرار التحكيم يتناول نزاعاً لا يقصده أو لا يشمله اتفاق العرض على التحكيم أو أنه يشتمل على قرارات بشأن مسائل خارجة عن نطاق هذا الاتفاق على أنه إذا كان من الممكن فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن القرارات غير المعروضة على التحكيم فلا يجوز أن يلغي من قرار التحكيم سوى الجزء الذي يشتمل على القرارات المتعلقة بالمسائل غير المعروضة على التحكيم أو

4- أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراء المتبع في التحكيم كان مخالفاً لاتفاق الطرفين ما لم يكن هذا الاتفاق منافياً لحكم من أحكام هذا القانون التي لا يجوز للطرفين مخالفتها أو، في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق، مخالفاً لهذا القانون، أو(ب) وجدت المحكمة: 1- أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة أو 2- أن قرار التحكيم يتعارض مع السياسة العامة لهذه الدولة.

ثالثا: الترجيح والمقترح:

وبعد أن استعرضنا إيجابيات وسلبيات نظام الاستئناف وطبيعته ونطاقه فإننا نرى أن المنازعات الاستثمارية تختلف عن غيرها من المنازعات الأخرى فهى لا تحتمل التأخير والمماطلة وتحتاج إلى الإنجاز المتعقل كما أنها مكلفة بطبيعتها ونحن نؤيد أصحاب الرأي الذين يرون أن في الاستئناف بمعناه التقليدي زيادة في الوقت والتكلفة بما لا يتناسب مع المنازعات الاستثمارية، كما أن التحكيم في حد ذاته وجد لكي يكون بديلاً للقضاء بمعناه التقليدي وسماته الراسخة ومنه تعدد درجات التقاضي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن عدم وجود وسيلة انتصاف من حكم التحكيم هو نوع من أنواع إنكار للعدالة بل هو أبشع أنواعها. وقد ذهب الفقيه (فاتل) في هذا الشأن

إلى أنه يجب إعطاء أطراف النزاع الحرية في عدم الإمتثال لحكم جائز غير منطقي.

لذلك نرى أن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار يتبع منهج نعتبره هو الأفضل في توفير آلية للانتصاف من قرارات هيئات التحكيم مع رأينا بضرورة وجود تعديل على هذا المنهج لتحسينه ويمكن الإقتداء به في عمليات التحكيم الاستثماري التي لا تخضع لاختصاصه فنحن نرى ببقاء المادتين 50 ، 51 من اتفاقية واشنطن المتعلقة بتفسير الحكم وإعادة النظر فيه كما هى وإدخال تعديل على نص المادة 52 من الاتفاقية بما يدعم اتساق قرارات التحكيم والقدرة على التنبؤ ووجود آلية انتصاف ولا يخل في الوقت ذاته بسرعة عملية التحكيم وتكلفتها، فيمكن أن تقسم القضايا المرفوعة أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية إلى قضايا(أ) تكون المطالبة فيها مبلغ مائة مليون دولار فأقل(ب) تكون المطالبة فيها بمبلغ أكثر من مائة مليون دولار أو غير محددة القيمة وفي الحالتين يضاف إلى أسباب الإلغاء الواردة بالمادة 52 من الاتفاقية سبب جديد هو عدم إيلاء هيئة التحكيم الاهتمام اللازم بالسوابق القضائية وخاصة المقدمة من أطراف النزاع ومناقشتها في أسباب الحكم.

أما في حالة أن المطالبة أكثر من مائة مليون دولار أو غير محددة القيمة يضاف ثلاثة أسباب بالإضافة للأسباب الموجودة بالمادة 52 المشار إليها وهم عدم إيلاء هيئة التحكيم الاهتمام اللازم بالسوابق القضائية وخاصة المقدمة من أطراف النزاع ومناقشتها في أسباب الحكم بالإضافة للسببين المذكورين في اقتراحات المركز التي تتناول التحسينات الممكنة لإطار التحكيم التابع للمركز سالفة الذكر وهما خطأ واضح متصل بالقانون والأخطاء الجسيمة المتصلة بالوقائع.

وعلى أن يسمح التعديل المقترح للمركز بالنظر بصفة دورية في قيم المطالبات التي يحدد بناء عليها أي فئة من أسباب الإلغاء سوف يتم إتباعها.

واذا كنا نرى الأهمية البالغة لتسبيب الحكم الصادر من هيئة التحكيم التعاهدي لتتمكن هيئة الانتصاف من مراقبة ما انتهى اليه ذلك الحكم على سبيل المثال من قواعد وأسس لتفسير المعاهدة واذا كنا قد اقترحنا اضافة أسباب للالغاء وكان من بينها عدم ايلاء الاهتمام اللازم بالسوابق القضائية وخاصة المقدمة من أطراف النزاع ومناقشتها في أسباب الحكم.

فاننا نتفق مع ما ذهب اليه الأستاذ الدكتور عبدالمنعم زمزم بشأن السبب الخامس من أسباب الالغاء الواردة بالمادة 52 من اتفاقية واشنطن وهو خلو الحكم من الأسباب ويرى سيادته أن معنى ذلك العيب صدور الحكم دون تسبيب نظرا لفشل الهيئة في صياغة الأسباب التي بنت عليها حكمها والملاحظ أن الاتفاقية قد استعملت مصطلح "فشل المحكمة في ذكر الأسباب"بما يعني أن السبب الموجب للبطلان هو خلو الحكم من الأسباب وبذلك ضيقت الاتفاقية من نطاق هذا السبب ليقتصر فقط على عدم ذكر الأسباب ومن ثم لا يتسع هذا السبب ليشمل القصور في التسبيب أو التناقض فيه حيث لا يتساوى هذان العيبان في الأثر مع عيب خلو الحكم من الأسباب[1].

وعليه فإننا نرى تعديل ذلك السبب ليشمل خلو الحكم من الأسباب والقصور في التسبيب أوالتناقض فيه مما يدعم وبقوة اتساق قرارات هيئات التحكيم وسيادة القانون.

ومن الجدير بالذكر في معرض تحليل اقترحنا السالف ذكره أن هيئات التحكيم ترى إن إتباع السوابق القضائية أمراً غير واجب إلا أن هناك عقيدة داخل الهيئات التحكيمية بأنه يجب إيلاء الإهتمام بتلك السوابق القضائية ونرى

([1]) انظر: د/عبدالمنعم زمزم: المرجع السابق، ص458.

أن الميزة الأساسية في مقترحنا أنه على سبيل المثال عند إضافة عدم إيـــلاء الإهتمام بالسوابق القضائية على النحو الوارد بالمقترح إلى أســـباب الإلغـــاء الواردة بالمادة 52 من اتفاقية واشنطن فإننا ننقل تلك العقيدة أو القناعة داخل هيئات التحكيم من مجرد سلطة تقديرية وشعور بضـــرورة إيـــلاء الإهتمـــام بالسوابق القضائية إلى إجراء وشـــرط يخضـــع لرقابـــة الأطـــراف وســـبل الانتصاف وبذلك يصبح لزاما على هيئة التحكيم أن تدلل وتبرهن في أحكامها أنها راعت السوابق القضائية ومما لا شك فيه أن ذلك له بالغ الأثـــر علـــى اتساق القرارات والقدرة على التنبؤ بها[1] ومما يساعد في نجاح هذا الإقتراح

([1]) ففي قضية Burlington Resources Inc ضد جمهورية إكوادور قضـــية المركـــز الـــدولي لتســـوية المنازعات الاستثمارية الفقرة 187 رأى لأحد المحكمين مفاده أن اتباع الإتجاهات السائدة في الفقه القضـــائي ليس أمراً واجباً على هيئات التحكيم ولكن تنص على أن " هيئة التحكيم ترى أن واجبها رهنا بوجود أســـباب مقنعة تدفعها إلى غير ذلك تطبيق الحلول المنصوص عليها في سلسلة من القرارات المتســـقة وتـــرى هيئـــة التحكيم أن من واجبها رهنا بخصوصيات المعاهدة المعنية والظروف الفعلية التي تنطـــوي عليهـــا القضـــية المنظورة السعي في الإسهام إلى تطوير قانون الاستثمار على نحو متجانس ومـــن ثـــم الوفـــاء بالتوقعـــات المشروعة لدى مجتمع الدول والمستثمرين إزاء اليقين بشأن سيادة القانون".

– ويرى أستاذنا الدكتور عبدالواحد محمد الفار في حديثه عن الطبيعة القانونية للقرارات التفسيرية القضـــائية للمعاهدات الدولية "ان القضاء الدولي يتمتع بحرية واسعة في التقدير سواء من حيث استخدامه لمناهج التفسير المختلفة أو من حيث الأخذ بالسوابق ، الا أنه يلتزم بالدائرة الواسعة لمبادئ التفسير، ويعول عليها في أغلـــب الأحيان ، كما يحترم السوابق".

انظر: الأستاذ الدكتور عبدالواحد محمد الفار، المرجع السابق، ص176

– انظر: قضية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية رقم ARB/08/5 قرار بشأن المسئولية بتاريخ 14 كانون الأول/ ديسمبر 2012م – الفقرة 187.

– ولا يوجد في النظام الداخلي لمحكمة العدل الدولية مبدأ بشأن مراعاة السوابق القضائية حيث تنص المـــادة 59 على: " لا يكون للحكم قوة الإلزام إلا بالنسبة لمن صدر بينهم وفي خصومة النزاع الذي فصل فيه ". إلا أن المحكمة تعتمد اعتماداً كبيراً على القرارات القضائية السابقة التي أدرجت بوصفها مصدراً احتياطياً لقواعد القانون فالمادة 38 (1) (د) من النظام الأساسي للمحكمة تنص على أن " وظيفة المحكمـــة أن تفصـــل فـــي المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي وهى تطبق في هذا الشأن: ..... (د) أحكام المحـــاكم ومذاهب كبارالمؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القـــانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة 59 ".=

أنه يمكن للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أن ينشأ بداخله دائرة أو هيئة تكون مهمتها دراسة الأحكام الصادرة عن المركز وتقنين المبادئ والسوابق القضائية التي إنتهت إليها هيئات التحكيم بالمركز مما يساعد على معرفة تلك السوابق بوضوح وسهولة الإهتداء بها وإيلاء الإهتمام الواجب لها في أحكامها كما أنها تكون سهلة الوصول إليها ومعرفتها من قبيل الأطراف المتنازعة مما ييسر عليهم الإحتجاج بها وييسر مراقبة الأطراف للأحكام ومدى التزامها بتلك السوابق القضائية المعلنة من قبل المركز وهى كلها أمور تدعو إلى قدرة الأطراف على التنبؤ بالأحكام واتساقها[1].

إن مقترحنا يمكن تطبيقه على التحكيم التعاهدي غير المؤسسي فيمكن للأطراف في المعاهدة الاستثمارية والتي يتضمن باب تسوية المنازعات بها

=ومن الأمثلة البارزة في هذا الشأن أيضا أن محكمة التحكيم في قضية SGS ضد الفلبين واجهت قضية مشابهة تماما للمحكمة في قضية SGS ضد باكستان فقد كان المدعي نفسه وبعض ظروف القضية نفسها الا أنه كانت صياغة عبارات شرط المظلة ووضعها في معاهدات الاستثمار الثنائية مختلفة قليلا ولكنها لا تحدث فرق حاسم لذلك طلب المدعي عليه في قضية SGS ضد الفلبين من محكمة التحكيم الالتزام بالنهج الذي تبنته في قضية SGS ضد باكستان لكن هيئة التحكيم عدتها غير ملزمة بوصفها سابقة اذ تعد قرارات ICSID ملزمة فقط للأطراف وفقا للمادة 53(1) من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.

انظر د/ عقيل كريم زغير، مرجع سابق، ص274

(1) إن هذا الإقتراح ليس بعيداً عن الواقع الدولي فعلى سبيل المثال وسيعا من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الأونسيترال " لدعم الاتساق في القرارات وقرارات التحكيم المتعلقة بنصوص الاونسيترال أنشأت في عام 1988م نظاماً لجمع ونشر المعلومات عن قرارات المحاكم وقرارات التحكيم المتعلقة بنصوص الأونسيترال " مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص الأونسيترال " المعروفة بإسم " كلاوت " ومن خلال تعزيز التفسير والتطبيق الموحدين لنصوص الأونسيترال تمكن كلاوت المحامين والأطراف في المعاملات التجارية وغيرهم من الأشخاص المهتمين من أخذ هذه القضايا في الحسبان عند إبرام معاملاتهم كما أنها تعزز ثقة مجتمع الأعمال الدولي في التطبيق المتسق للقانون التجاري الدولي في جميع البلدان المعنية.

لمزيد من التفاصيل انظر الرابط: https://uncitral.un.org/ar/case_law

انظر أيضاً وثيقتي الأمم المتحدة رقمي: A/70/17, 16 July 2015,Page 65

A/CN.9/840, 11 May 2015

نظام تحكيم تعاهدي غير مؤسسي يمكنها أن تخذو سبل الانتصاف الواردة بالمادة 52 من اتفاقية واشنطن والمضاف إليها اقتراحنا سالف الذكر بأن تنص في معاهداتها على ذلك، كما أننا نقترح عند إبرام أية معاهدة استثمارية لا يخضع نظام تسوية المنازعات الاستثمارية بها للتحكيم من خلال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أو أية تحكيم مؤسسي أن تنص على آلية تتولى مهمة تجميع ورصد السوابق القضائية في موضوع المعاهدة وإتاحتها للدول الأطراف والتي يجب على هيئات التحكيم إيلاء الإهتمام اللازم لها عند إصدار أحكامها أثناء تسوية المنازعات الاستثمارية بين أطراف المعاهدة على النحو الوارد بمقترحنا سالف الذكر.

المبحث الثالث

نشر فلسفة الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول

أولا: **دور الشفافية في اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي**:

إن من أهم الأدوات الداعمة لاتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي الاستثماري وداعمة أيضاً لاقتراحنا المشار إليه في نهاية المبحث الثاني هو نشر فلسفة الشفافية في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول من خلال نشر المرافعات وقرارات التحكيم وسائر الوثائق المتعلقة بتفسير المعاهدات لكي تكون الأطراف المتعاهدة وهيئات التحكيم المقبلة على علم بالبيانات التفسيرية.

ويمكن الإشارة في هذا الصدد إلى أن معايير الشفافية في نظام تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول كما صممها المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية في عام 2006م والاونسيترال في عامي 2013م ، 2014م تتوخى إمكانية الإطلاع على القرارات والأوامر الصادرة من هيئات التحكيم ومن خلال استخدام تلك المعايير ونشر قرارات التحكيم الصادرة في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول سييسر على هيئات التحكيم الإطلاع على القرارات السابقة وهو ما يسهم في تعزيز نظام السوابق القضائية[1] وما له من دور مهم للغاية في اتساق قرارات هيئات التحكيم وتعزيز القدرة لدى المستثمرين على التنبؤ بتلك القرارات.

([1]) انظر: وثيقة الأمم المتحدة رقم: A/ CN.9/WG, III/WP.150, Page 22

ثانيا: أبرز مظاهر الإهتمام الدولي بالشفافية في تسوية المنازعات التعاهدية بين المستثمرين والدول:

لعل من أبرز مظاهر الإهتمام الدولي بالشفافية في تسوية المنازعات التعاهدية بين المستثمرين والدول هى قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وقواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م واتفاقية موريشيوس بشان الشفافية لعام 2014م وتعد قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م في رأينا هى النموذج الأمثل على المستوى الدولي بشأن دعم ونشر الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول.

فبالنسبة لنشر أحكام التحكيم نجد أن المادة 48 (5) من اتفاقية تأسيس المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية(اتفاقية واشنطن لعام 1956م) تحظر نشر أحكام التحكيم دون موافقة كافة أطراف دعوى التحكيم[1].

وفي 10 إبريل عام 2006م تم تعديل المادة 48 (4) لضمان حق المركز فيما يخص نشر " مقتطفات "من القواعد والحيثيات القانونية المطبقة في أحكام التحكيم ولقد نصت المادة سالفة الذكر بصيغتها المعدلة على أن: " يلتزم المركز بعدم نشر حكم التحكيم دون موافقة الأطراف ومع ذلك يمكن للمركز أن يتضمن في نشراته "مقتطفات" من القواعد القانونية المطبقة من قبل هيئة التحكيم.

([1]) انظر المادة 48 (5) من اتفاقية واشنطن لعام 1956م.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المادة 48 (5) تنطبق على المركز فقط بمعنى أنها لا تلزم أطراف الدعوى بالحفاظ على سرية أحكام التحكيم وغالباً ما يقوم أحد الأطراف منفرداً بالإعلان عن حكم التحكم وكذلك عن كافة المستندات الأخرى حال غياب أي أمر قضائي أو اتفاق يتعلق بالحفاظ على السرية. راجع في ذلك: د/ عمرو زكريا صاوي ، مرجع سابق ، ص 367.

ويسهم هذا التعديل في نهاية الأمر بمزيد من القدرة على التنبؤ بنتائج التحكيم[1]. إلا أن قواعد التحكيم والقواعد الإضافية بالمركز أدخل عليها تعديلات أخرى دخلت حيز النفاذ اعتباراً من 1 يوليو 2022 ساهمت في زيادة الشفافية وتعزيز نشر الأحكام والأوامر الصادرة عن هيئات التحكيم القضائية بما يدعم عملية اتساق قرار التحكيم أكثر فأصبح نشر الأحكام والأوامر الصادرة من هيئة التحكيم لا يتوقف على موافقة الأطراف إنما يحق للمركز نشر تلك الأحكام مع مراعاة أي تنقيحات وافقت عليها الاطراف فإذا أختلف الطرفان على التنقيحات يرجع أمين عام المركز الأمر إلى هيئة التحكيم للبت في أي نزاع من هذا القبيل ثم يقوم المركز بنشر الأوامر أو القرار وفقاً لقرار المحكمة[2]. وبالمثل فإن قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م كان لها السبق في ذلك حيث تضمنت في المادة الثالثة منها نشر الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة عن هيئة التحكيم ولم تقيد ذلك الحق بموافقة الطرفين أو رضاهما والقيد الوحيد على النشر هو ما ورد بأحكام المادة السابعة من القواعد المتعلقة بالمعلومات السرية أو المحمية وأتاحت تلك المادة لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين منع إطلاع عامة الناس على أي معلومات سرية أو محمية، و تحديد مهل زمنية يتعين في غضونها على الطرف المتنازع أو الطرف في

([1]) انظر: د/ ياسين محمد ثروت الشاذلي ، دور مؤسسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية في منازعات الاستثمار التجاري الدولي ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق، ع 58 ، 2015 ، ص 867.

([2]) see: ICSID Convention, Regulations And Rules, Rule 63, ICSID/15/Rev. 3 July, 2022, ICSID Additional Facility Rules And Regulations, Rule73, ICSID/11/Rev.3 July 2022.

المعاهدة غير المتنازع أو الطرف الثالث أن يقدم إشعاراً بأنه يطلب حماية معلومات من هذا القبيل ويعود لهيئة التحكيم بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أمر تحديد ما إذا كانت المعلومات سرية أو محمية[1].

وقد سبق لنا وأن انتقدنا عدم تحديد المادة للمهل الزمنية التي يتعين على الأطراف المتنازعة أن تقدم إشعارات بطلب حماية المعلومات السرية أو المحمية وتوقيت الرد على ذلك الإشعار[2]. خلافاً لما ورد بالمادة 63 من قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية المعدلة والتي دخلت حيز النفاذ في 1 يوليو 2022م.

أيضاً من مظاهر الشفافية الداعمة لاتساق قرارات التحكيم على سبيل المثال المادة السادسة الفقرة الأولى من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014 م والتي جعلت في الأصل جلسات الاستماع الخاصة بتقديم الأدلة أو المرافعات الشفوية علنية وتتخذ هيئة التحكيم ترتيبات لوجستية لتيسير علانية جلسات الاستماع منها تنظيم بثها لعامة الناس بواسطة وصلات فيديوية أو أي وسائل أخرى من هذا القبيل تراها مناسبة[3]. بينما جعلت قواعد التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار نشر تسجيلات الجلسات يكون بناء على طلب من أحد الأطراف ما لم يعترض الطرف الأخر[4].

([1]) لمزيد من التفاصيل انظر: د/ عمرو زكريا ، مرجع سابق ، ص 358.

([2]) انظر: د/ عمرو زكريا ، مرجع سابق ، ص 425.

([3]) انظر: المادة السادسة من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م.

([4]) انظر: الفقرة الثالثة من المادة 65 من قواعد تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

ثالثا: رأينا والمقترح:

وعلى أية حال ورغم التعديلات التي قام بها المركز الـدولي لتسـوية المنازعات في مجال الشفافية والتي دخلت حيز النفاذ في 1 يوليـو 2022 لا تزال قواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى حد كبير تعتمـد على موافقة الأطراف على تلك الشفافية ، ومازال نظام الشفافية الذي أنشأته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) مجسدا في قواعـد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014 م واتفاقيـة موريشيوس للشفافية عام 2014 م هو النظام النموذجي الأمثل للشفافية حالياً وإن كان لا يخلو من بعض الانتقادات والتي سبق لنا أن تناولناها بالدراسـة وأوصينا ببعض الإصلاحات على تلك القواعد لتدعم المزيد من الشفافية فـي التحكيم الاستثماري التعاهدي بما يدعم اتساق قرارات التحكيم والقدرة علـى التنبؤ بها[1].

ولذلك فإننا نرى ضرورة أن تتضمن معاهدات الاستثمار شرط يسمح بتطبيق قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والـدول لعـام 2014م – بعد معالجة ما تضمنته تلك القواعد من مآخـذ– بجانـب قواعـد التحكيم المتبعة في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول بما يضمن قدر لا بأس به من الشفافية ولن يؤثر وجود قواعد الشفافية على أي قواعد تحكيم تمنح قدر أعلى من الشفافية فالغلبة للمزيد من الشفافية وليس هناك ثمة مشكلة من أن تتضمن المعاهدة مواد تتضمن أحكاماً أكثر شفافية من قواعد الشفافية

([1]) للإطلاع على تلك التوصيات. انظر: د/ عمرو زكريا ، المرجع السابق ، ص 423.

لعام 2014م المتبعة في تسوية النزاع فحينما يكون هناك تضارب بين قواعد الشفافية والمعاهدة تكون الغلبة لأحكام المعاهدة[1].

كما نرى ضرورة أن تسارع الدول للإنضمام إلى اتفاقية موريشوس للشفافية لعام2014م والتي شرعت لتزويد الدول الراغبة في جعل قواعد الشفافية لعام 2014م مطبقة على معاهدات الاستثمار القائمة قبل نفاذ تلك القواعد في 1 إبريل 2014م[2].

([1]) انظر: المادة الأولى الفقرة السابعة من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م. فعلى سبيل المثال نص اتفاق التجارة الحرة بين الولايات المتحدة وبلدان أمريكان الوسطى والجمهورية الدومينيكية في المادة 10-21-2 منه على عقد جلسات استماع " مفتوحة أمام الجمهور " وعلى أن تحدد هيئة التحكيم بالتشاور مع الطرفين المتنازعين الترتيبات اللوجستية المناسبة وهو حكم يعد أكثر شفافية من حكم الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قواعد الشفافية لعام 2014م والذي منح هيئة التحكيم سلطة بعد التشاور مع الطرفين المتنازعين أن تقرر عقد جلسات الاستماع أو بعضهاً في شكل جلسات مغلقة حيثما يصبح ذلك ضرورياً لأسباب لوجستية وهى فقرة مفرطة العمومية بما قد يقضي إلى تجاوزات في بعض الأحيان.

([2]) للمزيد من التفصيل حول اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م (اتفاقية موريشيوس بشأن الشفافية2014م). انظر بحثنا المرجع السابق ، ص 329.

الخاتمة:

لقد رأينا من خلال دراستنا في هذا البحث كيف أن مشكلة عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم التعاهدي في منازعات الاستثمار بين المستثمرين والدول تؤدي إلى عدم استقرار نظام الاستثمار الدولي وزعزعة مصداقيته وفقدان القدرة على التنبؤ به سواء بالنسبة للدولة أو المستثمر ، وهو ما يتعارض مع فكرة تشجيع الاستثمار الأجنبي المباشر من أجل تحقيق التنمية المستدامة ، فلعدم الاتساق تأثير مالي وسياسي على الدول التي تعتمد على إطار متسق ويمكن التنبؤ به عند وضع سياساتها في مجال الاستثمار ويتأثر المستثمرون أيضا من عدم الاتساق عندما يتخذون قرارا بشأن الاستثمار في دولة ما أو بشأن دعوى لتسوية المنازعات بين المستثمرين والدول.

ولبيان واقعية المشكلة وتصوير حجمها والوقوف على أهم أسبابها لتقديم الحلول ضربنا العديد من الأمثلة لحالات عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول ، ففي المبحث الثاني من الفصل الأول ضربنا أمثلة لحلات عدم اتساق نتيجة لتفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية باتفاقيات الاستثمار مثل المعاملة العادلة والمنصفة ، وفي المبحث الثالث أمثلة لعدم اتساق نتيجة لتفسيرات متباينة فيما يتعلق بالاختصاص والمقبولية كما في حالة تباين هيئات التحكيم في تفسير حدود الاختصاص الموضوعي بموجب المادة25 فقرة 1 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية (اتفاقية واشنطن لعام 1965م)، وفي المبحث الرابع ضربنا أمثلة لحالات عدم اتساق إجرائية مثل عدم الاتساق الناتج عن تفسير المادة(25-2-ب) من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.

وفي الفصل الثاني من البحث قدمنا مجموعة من الحلول لتلك المشكلة كان من أول تلك الحلول وأهمها ما ذكرناه في المبحث الأول من ضـــرورة ضمان الاتساق في تفسير أحكام المعاهدات الاستثمارية وقدمنا عدة نصـــائح في صورة نقاط محددة لبلوغ ذلك الهدف مثل التركيز علـــى دقـــة الأحكـــام التعاهدية في مرحلة صياغة معاهدات الاســـتثمار، أخـــذ ديباجـــة معاهـــدة الاستثمار بعين الاعتبار أثناء تفسير هيئات التحكيم للمعاهـــدة الاســـتثمارية، التزام هيئات التحكيم بقبول المذكرات المقدمة من طـــرف غيـــر متنـــازع، وتحدثنا عن الاتفاق اللاحق والممارسة التفسيرية اللاحقة ودورهما في تفسير المعاهدات الاستثمارية وانتهينا بشأنهما إلى توصيات تخدم اتســـاق قـــرارات هيئات التحكيم التعاهدي، وفي المبحث الثاني تناولنا بالدراســـة آراء الـــدول ومقترحاتها بشأن إنشاء آلية استئناف دائمة كأحد الحلول الممكنة للمزيد مـــن اتساق القرارات، وكانت تلك الآراء ما بين مؤيد ومعارض، ثم تناولنا طبيعة الاستئناف ونطاقه، وذكرنا العديد من النماذج لمسلك المحاكم والهيئات الدولية بشأن نطاق الاستئناف، وانتهينا إلى عدم تأييد نظام الاستئناف، كما انتهينا إلى تأييد نظام الإلغاء المعمول به أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وقدمنا عدة مقترحات لتحسين هذا النظام بما يعزز فعاليته ويزيد من قدرتـــه بشأن اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي، أما في المبحث الثالـــث فقـــد تناولنا دور وأهمية نشر فلسفة الشفافية في التحكيم التعاهـــدي علـــى اتســـاق قرارات التحكيم، ثم أوضحنا أبرز مظاهر الإهتمام الدولي بالشفافية في تسوية المنازعات التعاهدية بين المستثمرين والدول، ثم انتهينا إلى عدة مقترحـــات تدعم وتعزز نشر الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول بمـــا يساهم بشكل فعال في اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي والقدرة علـــى التنبؤ بها.

النتائج:

1- إن عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم في قضايا تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول مؤثراً تأثيراً خطيراً على توقعات الأطراف المعنية ومبدأ تحقيق سيادة القانون بما يهدد استقرار الاستثمار الدولي وتتأثر بذلك بشكل مباشر الدول النامية والتي تسعى لجذب رؤوس الأموال الأجنبية.

2- تبين من خلال ما ذكرناه من أمثلة عديدة في الفصل الأول من هذا البحث أن عدم اتساق قرارات التحكيم يعزى إلى أسباب متعددة فقد يكون نتيجة لتفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية بالمعاهدات الاستثمارية وقد يكون نتيجة لتفسيرات متباينة فيما يتعلق بالاختصاص والمقبولية وقد تكون حالات عدم الاتساق إجرائية.

3- إن كفالة الاتساق في تفسير الأحكام التعاهدية من شأنه أن يعزز استقرار الإطار الاستثماري برمته.

4- إن عدم انخراط الدول في تفسير معاهداتها بشكل ملزم لهيئات التحكيم أفسح المجال للأخيرة في تفسير تلك المعاهدات مما نتج عنه تضارب في تلك التفسيرات أدى إلى عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم.

5- عدم دقة صياغة معاهدة الاستثمار مثل التعاريف الواسعة وغير المحددة لمجموعة من المصطلحات مثل الاستثمار والمستثمر والمعاملة العادلة والمنصفة يؤدي إلى عدم اتساق الأحكام التحكيمية.

6- إن عدم التزام بعض هيئات التحكيم بقواعد التفسير الواردة باتفاقية فيينا للمعاهدات لعام 1969م يؤدي إلى عدم اتساق القرارات وعدم قدرة المستثمر على التنبؤ واليقين، ورأينا ذلك حينما تناولنا بالشرح ضرورة أخذ ديباجة معاهدة الاستثمار بعين الاعتبار أثناء التفسير.

7- إن غالبية الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم نهائية ولا تخضع للمراجعة أو سبل الانتصاف لتصويب الأخطاء القانونية والوقائعية وذلك يساهم في عدم اتساق قرارات وأحكام وهيئات التحكيم.

8- لقد كان لمقترح إنشاء آلية استئناف لقرارات التحكيم سواء كانت دوائر استئنافية متخصصة أو إنشاء محكمة إستئناف دائمة متعددة الأطراف مؤيدين ومعارضين فذهب البعض إلى أن ذلك المقترح سيجعل قرار التحكيم متسق وعادل بمقتضى القانون بينما رأى البعض الآخر أن ذلك المقترح سيؤدي إلى زيادة كبيرة في التكاليف والمدة بما يصعب تحقيق التوازن المناسب بين مزايا الإستئناف وأعبائه وهو ما نؤيده.

9- أتضح لنا أن من أفضل نظم مراجعة قرارات هيئات التحكيم هو ذلك النظام المعمول به لدى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنصوص عليه بالمواد 50 ، 51 ، 52 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م ، فالأصل أن القرار التحكيمي نهائي ولا يخضع للرقابة إلا في حالات محددة على سبيل الحصر وقدمنا اقتراح بإدخال بعض التعديلات على ذلك النظام بما يؤدي إلى المزيد من اتساق القرارات وقدرة الأطراف على التنبؤ.

10- لقد كان لغياب نظام واضح وملزم للسوابق القضائية أثراً بالغاً في عدم اتساق القرارات ، رغم أن هناك عقيدة داخل هيئات التحكيم بأنه يجب إيلاء الاهتمام بتلك السوابق القضائية إلا أنها ترى أن هذا أمر غير واجب لذا تضمن اقتراحنا بشأن التعديلات على نظام مراقبة قرارات هيئات التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار الإشارة بما يعظم دور السوابق القضائية ويلزم هيئات التحكيم بإيلاء الاهتمام اللازم بها ومراعاتها وخضوعها للرقابة في هذا الشأن.

11- ان السبب الخامس من أسباب الالغاء الواردة بالمادة 52 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م وهو خلو الحكم من الأسباب يتضح منه أن الاتفاقية ضيقت من نطاق هذا السبب ليقتصر فقط على عدم ذكر الأسباب ومن ثم لا يتسع هذا السبب ليشمل القصور في التسبيب أو التناقض وقد سبق وأن تحدثنا عن أهمية تسبيب الحكم عند الحديث عن إضافة أسباب للالغاء من بينها عدم ايلاء الاهتمام اللازم بالسوابق القضائية.

12- نشر فلسفة الشفافية في تسوية المنازعات بين المستثمرين والدول يسهم بشكل فعال في دعم تعزيز نظام السوابق القضائية وما له من دور بالغ الأهمية في اتساق قرارات التحكيم ، كما أن الشفافية تنمي الوعي والإدراك القانوني والاجرائي لدى أطراف التسوية التحكيمية فعلى سبيل المثال تيسر الشفافية على أطراف المنازعة الوصول للسوابق القضائية في الحالات المثيلة وتقديمها إلى هيئات التحكيم والإحتجاج بها وذلك يدعم بلا شك اتساق قرارات التحكيم وقدرة المستثمر على التنبؤ بها.

التوصيات:

1- لابد من إشعار سواء الدول أو المحكمين أو المستثمرين أو الكيانات المؤسسية المتخصصة في تسوية المنازعات الاستثمارية بين المستثمرين والدول وتوعيتهم بخطورة مشكلة عدم اتساق قرارات التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول وتأثيرها على استقرار الاستثمار الدولي وليكن هذا الدور التوعوي من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن طريق على سبيل المثال وليس الحصر طبع كتيب عن المشكلة وآثارها وطرق حلولها ونشره وتوزيعه على نطاق واسع.

2- من الضروري صياغة الأحكام التعاهدية الواردة في معاهدات الاستثمار بدقة وعدم التعميم في المصطلحات والأحكام التعاهدية ، وضرورة وضع بنود نموذجية بشأن الأحكام الموضوعية في المعاهدات الاستثمارية ويمكن للجنة القانون التجاري الدولي القيام بهذا الدور.

3- ضرورة أخذ ديباجة معاهدات الاستثمار بعين الاعتبار أثناء تفسير المعاهدة وقد رأينا التباين الواضح في موقف المحكمين في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حول طريقة تعاملهم مع ديباجة اتفاق واشنطن لعام 1965م ، وإذا كانت هيئة التحكيم ملزمة بموجب المادة 31 فقرة (2) بأخذ ديباجة المعاهدة بعين الاعتبار أثناء التفسير إلا إنه نرى أنه لا مانع من التأكيد على هذا الالتزام بما يزيد من الرقابة على تحقيقه أو مخالفته من خلال صياغة شرط يؤكد على هيئات التحكيم التزامها بديباجة المعاهدة أثناء تفسيرها لأحكام ومصطلحات المعاهدة.

4- تركيز الأطراف المتعاهدة في المعاهدات الاستثمارية على عدم إعطاء هيئات التحكيم سلطة تقديرية في تفسير معاهداتهم من خلال خلق الوسائل التي تدعم وتساهم في انخراط هذه الأطراف المتعاهدة في تفسير معاهداتهم والنص على تلك الوسائل بالمعاهدات بحيث يكون تفسير ملزم لهيئات التحكيم بما يعزز اتساق القرارات التحكيمية وقدرة المستثمر والدول معاً على التنبؤ بما يعود بالاستقرار على نظام الاستثمار الدولي.

5- وإعمالاً وتعزيزاً للتوصية السابقة نرى ضرورة أن تتضمن المعاهدات الاستثمارية حكم يلزم هيئة التحكيم بقبول المذكرات المقدمة من طرف في المعاهدة غير متنازع بشأن تفسير تلك المعاهدة وأن تفحص وتناقش ما ورد بها من تفسير على غرار نص المادة الخامسة من قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م ، أيضاً يمكن للأطراف أن تصدر إعلانات تفسيرية بهدف إيضاح المعاني الغامضة بالمعاهدة وألا تترك مثل هذه الإيضاحات لاجتهادات هيئات التحكيم.

6- أيضاً من بين الحلول المهمة للغاية لضمان انخراط الدول الأطراف في تفسير معاهداتها بما لا يدع سلطة تقديرية لهيئات التحكيم نوصي بأن تنشأ المعاهدات الاستثمارية لجان تفسير تتألف من ممثلين لأطراف المعاهدة تكون مهمتها تفسير المعاهدة تفسيراً ملزما لهيئة التحكيم على غرار المادة 2/1131م من اتفاق النافتا.

7- بعد أن رأينا أهمية الممارسة اللاحقة في تفسير المعاهدات الاستثمارية والفرق بين الممارسة اللاحقة بمفهومها الضيق والممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع واختلاف هيئات التحكيم والهيئات القضائية الدولية

حول تلك المفاهيم نرى أنه على الدول أثناء إبرام معاهداتها وضع تعريف متفق عليه للممارسة اللاحقة وحجيتها في التفسير وخاصة الممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع للحد من سلطة الهيئات التحكيمية في وضع تفسيرات لمفهوم الممارسة اللاحقة وخاصة عندما نتحدث عن الممارسة اللاحقة بمفهومها الواسع.

8- لما كان الاتفاق اللاحق أحد أهم مصادر تفسير المعاهدات الاستثمارية ورأينا أنه قد يختلف تفسيره ومفهومه من هيئة تحكيم إلى أخرى عندما لا يتخذ الاتفاق شكلاً كتابياً لذا نوصي بضرورة أن يتولى أطراف المعاهدة الاستثمارية أثناء إبرامها وضع بنود تحدد على وجه الدقة مفهوم الاتفاق اللاحق بما لا يدع لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في استنتاج واستخلاص الاتفاق اللاحق تلك السلطة التقديرية التي غالباً ما ينتج عنها عدم اتساق في قرارات هيئات التحكيم.

9- إيماناً بما ذهب إليه الفقيه (فاتل) إلى أنه يجب إعطاء أطراف النزاع الحرية في عدم الإمتثال لحكم جائر وغير منطقي نوصي بأنه لابد أن تكون هناك آلية مراجعة لأحكام هيئات التحكيم لا تصل إلى حد الاستئناف لما سبق وأن ذكرناه من عيوب للاستئناف وذلك يدعم بلا شك اتساق قرارات التحكيم.

10- نوصي بالإقتداء بنظام الإلغاء الوارد بالمادة 52 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كما نوصي بإدخال سبب أخر للإلغاء بالإضافة بعض التحسينات طبقاً لمقترحنا السابق شرحه بالبحث على ذلك النظام بما يدعم اتساق قرارات التحكيم وقدرة المستثمرين على التنبؤ واستقرار نظام الاستثمار الدولي ولعل من أهم

ملامح هذه التحسينات في مقترحنا هو إضافة سبب للإلغاء بالإضـــافة للسببين الواردين بالتحسينات المقترحة من قبل لمركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية وهو عدم إيلا هيئة التحكيم الاهتمـــام الـــلازم بالسوابق القضائية وخاصة المقدمة من أطراف النزاع ومناقشتها فـــي أسباب الحكم.

11- نرى تعديل السبب الخامس من أسباب الإلغاء الواردة بالمادة 52 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م وهو خلو الحكم من الأسباب ليشمل خلو الحكم من الأسباب و القصور في التسبيب أوالتناقض فيه مما يـــدعم وبقوة اتساق قرارات هيئات التحكيم وسيادة القانون.

12- لما كانت الشفافية في تسوية منازعات الاستثمار بما تشمله من نشـــر المرافعات وحضور جلسات الاستماع ونشر قـــرارات التحكـــيم دور بارز ومهم في تعزيز نظام السوابق القضائية وتنمية القدرات القانونية والوقائعية لدى أفراد عملية التسوية بما فيها هيئات التحكيم لذا نوصي ضرورة أن تتضمن معاهدات الاستثمار شرط يسمح بتطبيق قواعـــد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014 ولا مانع بأن تتضمن تلك المعاهدات قدر أعلى من الشفافية الواردة بتلـــك القواعد وأن تتجنب المآخذ على تلك القواعد.

13- في اطار الحرص على الشفافية في عمليات تسوية منازعات التحكيم الاستثماري التعاهدي نوصي جميع الدول أن تسارع للانضمام إلـــى اتفاقية موريشيوس للشفافية لعام 2014م والتي شرعت لتزويد الدول الراغبة في جعل قواعد الشفافية لعام 2014م سارية على معاهـــدات الاستثمار القائمة قبل نفاذ تلك القواعد في 1 ابريل 2014م.

المراجـــع

وثائق الأمم المتحدة:

1- A/62/62, 1 February 2007
2- A/65/76, 30 April 2010
3- A/CN.9/840, 11 May 2015
4- A/70/17, 16 July, 2015
5- A/CN.9/881,8April 2016
6- A/CN.9/915,24March 2017
7- A/CN.9/WG.III/WP148,18 September 2017
8- A/CN.9/WG/ 930/Add/Rev.1,26 February 2018
9- A/CN.9/935, 14 MAY 2018
10- A/CN.9/WG.III/WP.150,28 August 2018
11- A/CN.9/WG.III/WP.145,5 September 2018
12- A/CN.9/964,6 November 2018
13- A/CN.9/WG.III/WP.177,19 July 2019
14- A/CN.9/WG. III/WP. 161, 4 March 2019.
15- A/CN.9/WG. III/WP. 162, 8 March, 2019
16- A/CN.9/ WG, III/WP, 175, 17 July, 2019
17- A/CN.9/WG, III/WP, 180, 29 August 2019
18- A/CN.9/WG, III/WP, 185, 29 November 2019
19- A/CN.9/WG.III/WP191, 17 January 2020
20- A/CN.9/1004/Add.1, 28 January 2020
21- A/CN.9/WG, III/WP. 202, 12 November 2020
22- A/CN.9 /1050, 17 March, 2021

وثائق اللجنة الاقتصادية والاجتماعية لغرب آسيا (الاسكوا):

23- دليل الاتفاقيات الثنائية للاستثمار وثيقة رقم:
E/ESCWA/EDGD/2011/1/ Manual .6 July 2011

وثائق المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار:

24- ICSID Case No., ARB/94/2 (December 24, 1996)

25- ICSID Case No., (ARB/95/3), Award of February 10, ICSID Case No., (ARB/97/4), May 24, 1999
26- 1999
27- ARB/00/2, ICSID, Date of dispatch to the parties, March 15, 2002
28- ICSID Case No., (ARB/00/1), Award of January 24, 2003.
29- ICSID Case No., ARB (AF)/00/2, Date of dispatch to the parties: May 29, 2003
30- ICSID Case No., ARB/01/13, August 6, 2003
31- ICSID Case No., ARB/02/6, January 29, 2004
32- ICSID Case No., (ARB/99/7), Award rendered on February 9, 2004, ARB/00/2, Vol.6 (2004) ICSID Reports.
33- ICSID Case No., ARB/03/26. A ward of August 2, 2006
34- ICSID (Case No., ARB/99/7), Decision on Annulment (Nov., 1, 2006)
35- ICSID Case No., ARB/01/8, (Annulment Proceeding), September 25, 2007
36- ICSID Case No., ARB/02/16, award, 28 September 2007
37- ICSID Case No., (ARB/04/14), Award Rendered on December 8, 2008
38- ICSID Case No., ARB/07/9, May 29,2009
39- ICSID Case No., ARB/02/16, (Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award), 29 June 2010.
40- ICSID Case No., (ARB/08/5), Decision on Jurisdiction, June 2, 2010

41- ICSID Case No., ARB/08/20,Decision on Jurisdiction (16 July 2010).
42- ICSID Case No., (ARB/08/4), Award of December 15, 2010.
43- ICSID Case No., ARB/07/29, February 10, 2012.
44- ICSID Case No., ARB/08/5, December 14, 2012.
45- ICSID Case No., ARB/12/21, November 13. 2017.
46- ICSID Case No., ARB/06/14, Decision on Annulment, 26 April 2019.
47- ICSD Convention, Regulations and Rules, ICSID/15/Rev. 3 July, 2022.
48- ICSD Additional Facility Rules and Regulations, ICSID/11/Rev.3 July 2022.

وثائق منظمة التجارة العالمية:

49- WT/DS11/AB/R, Section E, 4 October 1996,
50- WT/DS381/AB/R, (16 أيار/مايو/2012م).

حكم تحكيم جزئي صادر عن الأونستيرال:

51- Saluka Investments B.V. (the Netherlands) v. Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006, (emphasis added) [Exhibit CLA-227].

الكتب:

52- د/ صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العـــام ،الطبعـــة الحادية عشر 2020، دار النهضة العربية
53- د/ عبدالمنعم زمزم، انهاء الدولة للعقود بارادتها المنفردة وأثره علـــى خسائرها من التحكيم في ضوء قانون الاســـتثمار الـــدولي، تأصـــيل وتطبيق في قضاء التحكـــيم وأحكـــام المحـــاكم، دار مصـــر للنشـــر والتوزيع، 2022

54- د/ عبدالواحد محمد الفار، قواعد تفسير المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية، 1980

55- د/ على ابراهيم، الوسيط في المعاهدات الدولية، ط1 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995

الدوريات والرسائل العلمية:

56- ابن سهلة ثاني بن علي : أفاق ضمان الحماية للاستثمارات الأجنبية على ضوء النظام التحكيمي للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، مج 8 ، 2020

57- ابن إدريس حليمه ، خصوصية التحكيم التجاري الدولي في إطار منظمة التجارة العالمية ومدى استفادة الدول النامية منه ، دراسة في أحكام مذكرة التفاهم بشأن تسوية المنازعات ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلاني اليابس ، سيدي بلعباس ، العدد1 ، المجلد 7 ، سنة 2022

58- أحمد قاسم فرح ، رشا " محمد تيسير " خطاب ، مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن لعام 1965م بين غياب النص وتضارب اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار. قراءة تحليلية نقدية ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ، المجلد 17 ، العدد 1 ، يونيو 2020م.

59- د/ داليا عبد المعطي حسين: نحو صياغة أكثر إحكاماً للاتفاقيات المصرية لحماية وتشجيع الاستثمارات، دراسة تحليلية للالتزامين بالمعاملة العادلة والمنصفة وبتوفير الحماية والأمن للاستثمار ، المجلة القانونية ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، فرع الخرطوم ، المجلد 8، العدد 13 ، نوفمبر 2020م

60- د/ طيب قبايلي ، تقدير مفهوم الاستثمار في اجتهاد تحكيم المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد 8 ، ربيع الثاني/ جمادي الأول 1442هـ – ديسمبر 2020م

61- د/ عقيل كريم زغير، شروط المظلة وأثرها في قرارات تحكيم الاستثمار الدولية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، كلية القانون، السنة الثانية عشرة، العدد الثاني، 2020م .

62- د/ عبد الملك عبد الرحمن محمد مظهر : تسوية منازعات الاستثمار في إطار القانون الدولي العام – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2013م

63- د/ عمرو زكريا صاوي ، شرح قواعد الشفافية في التحكيم التعاهدي بين المستثمرين والدول لعام 2014م في إطار قواعد القانون الدولي العام (مع الإشارة إلى أحكام اتفاقية موريشيوس) بشأن الشفافية لعام 2014)، المجلد 45 ، العدد 45 ، ملجة كلية الحقوق جامعة حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية ، يوليو 2021م.

64- د/ عادل أحمد الكمائي ، قواعد التفسير القضائي الدولي للمعاهدة الدولية، دراسة في قانون المعاهدات الدولية ، مجلة الشريعة والقانون ، جامعة الزيتونة ، العدد 46 ، إبريل 2011 .

65- عيون صارة قواسمية أسماء، آلية التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 2 ، المجلد 9 ، سنة 2022

66- عمر هاشم محمد صدقه ، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي ، رسالة ماجستير ، جامعة أسيوط 2006م.

67- د/ عمرو مراد معوض حيدر ، تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في إطار اتفاقية واشنطن بشأن انشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2012

68- د/ مناع محمد محمد خميس: النظام القانوني لشرط الدولة الأولى بالرعاية في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2014م.

69- فاطمة الزهراء محمودي: نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير، 2011م ، جامعة مؤته ، الأردن

70- لوناس حرزي: مفهوم مبدأ المعاملة العادلة والمصنفة على ضوء الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والممارسة التحكيمية الدولية ، بمجلة العلوم الإنسانية ، العدد 7 ، 2017م، جامعة العربي بن مهدي- أم البواقي، الجزائر.

71- د/ محمد الفاضل أحمد، الباحث أحمد على محمد، التفسير القضائي للمعاهدات الدولية، مجلة جامعة تكريت للحقوق السنة الرابعة، المجلد الرابع، الجزء 2020،2م

72- د/ هالة علي منصور، الضمانات الدولية للاستثمارات الأجنبية(دراسة مقارنة بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، 2015

73- هشام مغزي شاعة : الاحتكام إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار وآثاره على الأطراف ، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، العدد 13 ، يناير ، 2018م

74- د/ ياسين محمد ثروت الشاذلي ، دور مؤسسات التحكيم في نشر أحكام التحكيم كأحد متطلبات الشفافية في منازعات الاستثمار التجاري الدولي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، جامعة المنصورة ، كلية الحقوق ، ع 58 ، 2015.

المراجع الاجنبية:

75- Ahmed Barky (Egyptian Ministry of Justice)/March 15, 2020 After 48 Years at ICSID (1972-2020): An Overview of the Status of Egypt in ICSID Arbitrations; Available at : https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/15/after-48-years-at-icsid-1972-2020-an-overview-of-the-status-of-egypt-in-icsid-arbitrations/

76- Ben Hamida, Walid, (2007) Two Nebulous ICSID Features The Notion Of Investment and The Scope Of Annulment Control, Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell V. Democratic Republic Of Congo, Journal Of International Arbitration, 24(3), The Netherlands.

77- Boddicker, Joseph M, (2010), Comment Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges To The Term " Investment " in ICSID Arbitration, American University International Law Review, Vol 5, N5, 1034-1035, Available at: http://www.auilr.org/pdf/25/25-5-6.pdf.

78- Brown, Chester, Federico Ortino, and Julian Arato. Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement. Academic Forum on ISDS Concept Paper, 2019, University of Michigan Law School Scholarship Repository, Available at:https://repository.law.umich.edu/other/214

79- Canadian Cattlemen For Fair Trade CCFT V United States of America (Award on Jurisdiction) UNCITRAL arbitration under NAFTA Chapter Eleven (28 January 2008) paras 45-49 and 122 (http://www.naftaclaims.com/Disputs/USA/CCFT/CCFT-USA-Award.pdf)

80- Costs of ICSID Annulment Proceedings, 25/4/2022, by International Arbitration, Available by: www. International-arbitratin-attorney.com/costs-of-icsid-/annulment-proceedings.

81- G. Kaufmann-Kohler at al., 'Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap' (2016) CIDS Research Paper.

82- Glossary Umbrella Clause, Thomson REUTERS, PRACTICAL Law, RESOURCEID 8-519-0939: available at: https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-519-0939?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

83- K. Sauvant, 'The Evolving International Investment Law and Policy Regime: Ways Forward' (Policy Options Paper, E15Initiative, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum 2016)

84- OECD (2004), "Fair and equitable Treatment Standard in International Investment Low ". OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD publishing http://dx.doi.org/10.1787/675702255435

85- Mr. Benjamin Samson and Ms. Anastasiya ugale, Umbrella Clause, Last Updated 10 September 2022, Jus Mundi, The Search Engine For International Law Arbitration, Available at: https://jusmundi.com/en/document/publication/en-umbrella-clause

86- Mortenson, Julian Davis, (Winter 2010), The Meaning of " Investment ": ICSID Travaux and The Domain Of International Investment Law, Harvard International Law Journal, Vol., 51, Number 1, Available at: http://harvardilj.org/articles/257-318.pdf.

87- Possible Improvements of the frame Work For ICSID Arbitration, https://icsid.worldbank:org/en/Documents https://uncitral.un.org/ar/case_law -

88- Trinh Hai Yen, , the interpretation of investment treaties, International litigation in practice, volume (7), 2014

الفهـــرس

	الموضـــــــوع		رقم الصفحة
المقدمة			1
الفصل الأول	**ماهية عدم اتساق القرارات الصادرة عن هيئات التحكيم التعاهدي**		6
المبحث الأول	حول مشكلة عدم اتساق قرارات هيئات التحكيم التعاهدي		7
المبحث الثاني	أمثلة لحالات عدم اتساق القرارات نتيجة لتفسيرات متباينة لمعايير الحماية الموضوعية باتفاقيات الاستثمار		12
	أولاً: المعاملة العادلة والمنصفة		12
	ثانياً: الأحكام المتعلقة بالاعتبارات الأمنية الرئيسية/مبدأ الضرورة		16
	ثالثاً: البنود الجامعةأو شرط المظلة		19
المبحث الثالث	أمثلة لعدم اتساق قرارات نتيجة لتفسيرات متباينة فيما يتعلق بالاختصاص والمقبولية		23
	أولاً: عدم الاتساق الناتج عن تفسيرات متباينة بشأن مفهوم الاستثمار الوارد بالمادة 25 فقرة 1 من اتفاقية واشنطن لعام 1965م		23
	ثانياً: عدم الاتساق الناتج عن تفسيرات متباينة بشأن أثر الانسحاب من اتفاقية واشنطن لعام 1965م على اختصاص هيئة التحكيم.		26
	ثالثاً: عدم الاتساق الناتج عن تفسير مفهوم الرضا باللجوء إلى التحكيم إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار		27

	الموضـــــــوع	رقم الصفحة
	رابعا:عدم الاتساق الناتج عن تفسير المـــادة (25-2-ب) من اتفاقية واشنطن لعام 1965م.	28
المبحث الرابع	**أمثلة لحالات عدم اتساق إجرائية**	31
	أولاً: أمثلة لشرط الدولة الأولى بالرعاية الذي ترتبـــت عليه حالات عدم اتساق إجرائية	31
	ثانياً: عدم الاتساق الناشئ بشأن وجود شرط استنفاد سبل الانتصاف المحلية	32
	ثالثا: عدم الاتساق الناشئ عن اشتراط التسوية الودية (التفاوض والتشاور)	33
الفصل الثاني	**بعـض الحلـول الممكنـة في إطـار قواعـد القـانون الدولي العام**	35
المبحث الأول	**ضمان الاتساق في تفسير أحكام معاهدات الاستثمار**	37
	أولاً: دقة الأحكام التعاهدية	38
	ثانيا: أخذ ديباجة معاهدة الاستثمار بعين الاعتبار	40
	ثالثا: المذكرات المقدمة من طرف غير متنازع	43
	رابعا: اصدار صكوك إضافية عنـــد إبـــرام معاهـــدة الاستثمار	44
	خامسا: الاتفاقات اللاحقة	45
	سادسا : الممارسة التفسيرية اللاحقة	47
	سابعا: التعاون المؤسسي على تفسير المعاهدات	51
المبحث الثاني	**إنشاء آلية دائمة لاستئناف قرارات التحكيم**	52

	الموضـــــــوع	رقم الصفحة
	أولا: طبيعة الاستئناف ونطاقه	53
	ثانيا: نماذج لمسلك المحاكم والهيئات الدولية بشـــأن نطاق الاستئناف	55
	ثالثا: الترجيح والمقترح	60
المبحث الثالث	**نشر فلسفة الشفافية فـــي التحكـــيم التعاهـــدي بـــين المستثمرين والدول**	66
	أولا: دور الشفافية في اتساق قرارات هيئات التحكـــيم التعاهدي	66
	ثانيا:أبرز مظاهر الاهتمام الدولي بالشفافية في تسوية المنازعات التعاهدية بين المستثمرين والدول	67
	ثالثا: رأينا والمقترح	70
الخاتمة		72
النتائج		74
التوصيات		77
قائمة المراجع		81
الفهرس		90