مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن لعام 1965 بين غياب النص وتضارب اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار – قراءة تحليلية نقدية –
اسم الكاتب: أحمد قاسم فرح، رشا (محمد تيسير) حطاب
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8396
تاريخ الاسترداد: 2026/11/02 05:09 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية



المجلد 17، العدد 1
شوال 1441 هـ / يونيو 2020م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن لعام 1965 بين غياب النص وتضارب اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار: قراءة تحليليّة نقدية

أحمد قاسم فـرح

رشا «محمد تيسير» حطاب

كلية القانون - جامعة الشارقة

الشارقة - الإمارات العربية المتحدة

تاريخ الاستلام: 06-05-2019 **تاريخ القبول: 29-05-2019**

ملخص البحث:

يُعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) المؤسسة التحكيمية الوحيدة المتخصصة في تسوية منازعات الاستثمار بين الدول المضيفة والمستثمرين الأجانب من القطاع الخاص. إلا أن التحكيم تحت إشراف هذا المركز ما زال يُثير إشكالية قانونية مهمة في مجال القواعد التي تحدد اختصاصه الموضوعي. حيث تشترط المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن المنشئة للمركز أن تكون المنازعة المعروضة أمام المركز متصلة بشكل مباشر بالاستثمار، لكنها لم تحدد المقصود بالاستثمار. وعليه تتمحور إشكالية الدراسة حول غياب مفهوم محدد للاستثمار في اتفاقية واشنطن، الأمر الذي فتح المجال لتضارب الاجتهادات التحكيمية وانعدام التجانس في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي، على نحو انعكس سلبًا على نطاق اختصاص المركز وخلق حالة من انعدام الأمان القانوني.

عملت هذه الدراسة بالاعتماد على المنهجين الاستقرائي والتحليلي على تتبع الأحكام الصادرة عن المركز الدولي وتحليلها، للوقوف على مدى اتساقها مع نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن، وصولاً لتقييم النهج الذي تتبعه هيئات التحكيم في إطار المركز ومدى انسجامها مع المبادئ والأهداف التي تقوم عليها اتفاقية واشنطن. وتوصلت الدراسة إلى فشل هيئات التحكيم في تحديد مفهوم دقيق وموحد للاستثمار، وأوصت الدراسة بتعديل نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن بهدف ضبط مفهوم الاستثمار بما يتلاءم مع أهداف الاتفاقية.

الكلمات الدالة: مفهوم الاستثمار، الاستثمار الأجنبي، اتفاقية واشنطن، اتفاقية فيينا للمعاهدات، المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المقدّمة:

يمتاز المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار عن غيره من المؤسسات التحكيمية الدولية بأنه المؤسسة الوحيدة المتخصصة في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار الأجنبي؛ إذ يتيح المركز للمستثمر الأجنبي الوقوف أمامه كطرف أصيل على قدم من المساواة مع الدولة المضيفة للاستثمار ودونما حاجة إلى اللجوء لدولته. وقد جاء إنشاء هذا المركز في أعقاب انتهاء الحرب العالمية الثانية، حين أخذ البنك الدولي على عاتقه مسؤولية دفع عجلة الاقتصاد في دول العالم لا سيما النامية منها، محاولاً البحث عن وسائل من شأنها العمل على تحقيق تدفق رؤوس الأموال من الدول المتقدمة إلى الدول النامية. وأدرك البنك الدولي بأن ذلك لا يتأتى إلا من خلال تشجيع الاستثمار الأجنبي؛ نظرًا للدور الذي يؤديه هذا النوع من الاستثمار في مساعدة الدولة المضيفة على استغلال مواردها وتنمية بنيتها التحتية وتطوير صناعاتها المحلية من خلال ما يقدمه من رؤوس أموال وتكنولوجيا وخبرات.

وبالنظر إلى أن تشجيع الاستثمار الأجنبي يتطلب توفير بيئة ملائمة تقوم على الثقة المتبادلة بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة، فكان لا بدّ من البحث عن آلية مناسبة لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف تراعي خصوصية العلاقة التي تكتنف طبيعة أطراف الاستثمار[1]. فمن جهة، توجد الدولة المضيفة أو أحد أشخاصها الاعتبارية العامة، والتي تتمتع بمزايا سيادية لا يتمتع بها الطرف الآخر. ومن جهةٍ أخرى يوجد المستثمر الأجنبي الذي يسعى جاهدًا للوقوف على قدم من المساواة مع الدولة المضيفة بعيدًا عن أي مؤثرات سيطرة أو سيادة لتلك الدولة. فوجد البنك الدولي في التحكيم ضالته، باعتباره نظامًا قضائيًا فعالًا يعمل على تحقيق التوازن المطلوب بين أطراف الاستثمار الأجنبي ويطمئن إليه الطرفان، حيث أفضت جهوده إلى إبرام اتفاقية واشنطن لعام 1965[2] والتي تم بموجبها إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID-الاكسيد)[3].

وحظيت اتفاقية واشنطن بإقبال عالمي واسع نظراً للميزات التي يتسم بها نظام التحكيم أمام المركز والذي يمتاز باستقلاليته عن الأنظمة القانونية الأخرى، فضلاً عن المرونة

(1) للوقوف على خصوصية هذا النوع من الاستثمارات والإشكاليات المرتبطة بالوسائل العادية لتسوية النزاعات الناشئة عنه، راجع قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي ويزو، الجزائر، 2012، ص 3 وما بعدها.

(2) ويطلق عليها «اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى»، والتي تعرف باتفاقية واشنطن ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 14/10/1966.

(3) International Center for Settlement of Investment Disputes.

التي يتسم بها بالنظر إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع[1] وإجراءات التحكيم التي تكفل المساواة بين الخصوم. أضف إلى ما سبق، تتصف الأحكام الصادرة عن المركز بطبيعتها الإلزامية وبضمان تنفيذها في الدول المتعاقدة كما لو كانت أحكاماً نهائية صادرة عن محاكمها[2].

ونظرًا للتخصص الذي يتميز به المركز الدولي لمنازعات الاستثمار، فإن مجال تدخله لتسوية النزاع مشروط بتوافر شروط معينة؛ إذ حددت المادة 25 من اتفاقية واشنطن النطاق الموضوعي والشخصي والرضائي لاختصاص المركز. فمن جهة، حددت الاتفاقية الاختصاص الموضوعي للمركز بالمنازعات القانونية المتعلقة بالاستثمار. من جهة ثانية، وضعت الاتفاقية حدودًا للاختصاص الشخصي للمركز، بحيث يجب أن يكون أحد أطراف النزاع دولة متعاقدة أو أحد هيئاتها العامة، بينما يجب أن يكون الطرف الثاني من رعايا دولة أخرى متعاقدة. وأخيراً، فإن اللجوء إلى المركز مشروط بموافقة أطراف النزاع.

وعلى الرغم من الأهمية التي تحظى بها اتفاقية واشنطن وارتفاع وتيرة نشاط المركز الدولي في نظر نزاعات الاستثمار، إلا أن التحكيم تحت إشراف هذا المركز ما زال يُثير العديد الإشكاليات القانونية المهمة، لا سيما في مجال قواعد الاختصاص الموضوعي للمركز. حيث اشترطت المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن صراحةً أن تكون المنازعة المعروضة أمام المركز متصلة «اتصالاً مباشراً بأحد الاستثمارات»، لكنها لم تحدد المقصود بالاستثمار، على الرغم من أن تحديد مفهوم الاستثمار يعد مسألة جوهرية لتحديد الاختصاص الموضوعي للمركز. وهي مسألة لطالما كانت وما زالت مثار جدلٍ منذ نشأة المركز، ولم تحظَ لغاية الآن على توافق من قبل الفقه أو هيئات التحكيم.

وتتمحور إشكالية الدراسة حول غياب مفهوم محدد للاستثمار في اتفاقية واشنطن والذي يشكل معيارًا رئيسًا في تحديد الاختصاص الموضوعي للمركز، الأمر الذي فتح المجال لتضارب الاجتهادات التحكيمية وانعدام التجانس والاتساق في الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي، على نحو انعكس سلبًا على نطاق اختصاص المركز وخلق حالة من انعدام الأمان القانوني بحيث تم تدويل جميع المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وخلق نظام جديد للامتيازات الأجنبية على نحو يتناقض مع الأهداف التي من أجلها أنشئ المركز.

(1) إذ بموجب المادة 42 من الاتفاقية، تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حال عدم وجود مثل هذا الاتفاق، يتم تطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع وما ينطبق من قواعد القانون الدولي، كما يمكن للمحكمة تطبيق مبادئ العدالة والإنصاف في حال موافقة الأطراف على ذلك.

(2) المواد 49 - 52، و54 من اتفاقية واشنطن.

بناءً على ما سبق، ستنصب هذه الدراسة على تتبع الأحكام الصادرة عن المركز الدولي وتحليلها، للوقوف على مدى اتساقها مع نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن، وصولاً لتقييم النهج الذي تتبعه هيئات التحكيم في إطار المركز ومدى انسجامها مع المبادئ والأهداف التي تقوم عليها اتفاقية واشنطن. وتبدو أهمية الدراسة جلية في ضوء ضبابية مفهوم الاستثمار وتباين أحكام المركز في تفسير هذا المفهوم، الأمر الذي بدأ يؤثر سلبًا على ثقة الدول في تحكيم المركز، وليس أدل على ذلك من انسحاب كل من الإكوادور وبوليفيا، وفنزويلا مؤخرًا من اتفاقية واشنطن.

وفي سبيل تحقيق الأهداف السابقة، ستعتمد الدراسة على المنهجين الاستقرائي والتحليلي النقدي، ولن تقف عند الحد النظري بل ستتعداه لتأخذ الدراسة طابعاً تطبيقياً من خلال استعراض أهم المنازعات المطروحة على المركز وتحليل الأحكام الصادرة بشأنها. بالإضافة إلى استخدام المنهج التاريخي في الرجوع للأعمال التحضيرية للاتفاقية، والوقوف على أهدافها الحقيقية.

وسنقسم الدراسة لهذه الغاية إلى مبحثين اثنين، يخصص المبحث الأول للبحث في مفهوم الاستثمار في إطار اتفاقية واشنطن، بينما يخصص المبحث الثاني للوقوف على هذا المفهوم في ضوء اجتهادات المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

المبحث الأول: مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن

على الرغم من أن اتفاقية واشنطن أنشأت مركزًا دوليًا متخصصًا في تسوية منازعات الاستثمار، إلا أنها - وعلى عكس ما كان منتظر- لم تتضمن تعريفاً لمصطلح «الاستثمار» يتحدد على أساسه الاختصاص الموضوعي للمركز على نحوٍ دقيق، ويمكّن هيئات التحكيم المشكلة في إطاره من تحديد الطبيعة الاستثمارية للعلاقة بين أطراف النزاع من عدمها بشكل صحيح. وفي ظل غياب تعريف الاستثمار في أحكام اتفاقية واشنطن، سنتوقف أولاً عند الأسباب التي دفعت معدي الاتفاقية إلى عدم تبني مفهوم محدد للاستثمار، ومن ثم سنحاول تحديد مدلول «الاستثمار» في اتفاقية واشنطن بالاستعانة بقواعد التفسير في اتفاقية ڤينا للمعاهدات.

المطلب الأول: غياب مفهوم الاستثمار في نصوص اتفاقية واشنطن

يُثار التساؤل هنا حول أسباب غياب تعريف مصطلح «الاستثمار» في أحكام اتفاقية واشنطن على الرغم من أن الاستثمار يشكل المادة الأساسية للاتفاقية والمحور الذي يدور في فلكه اختصاص المركز الدولي. بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للاتفاقية، نجد بأن غياب مفهوم الاستثمار لم يكن في حقيقة الأمر أمرًا إراديًا، وإنما جاء كنتيجة لعدم توافق

الـدول الأعضـاء خـلال مرحلـة المفاوضـات السـابقة علـى إعـداد الصياغـة النهائيـة للاتفاقيـة علـى تعريـف محـدد للاسـتثمار[1]. إلا أن تقريـر اللجنـة القانونيـة للبنـك الدولـي حـاول تبريـر التخلـي عـن تعريـف الاسـتثمار بشـكلٍ دبلوماسـي وذلـك مـن خـلال الاحتجـاج بـأن تراضـي الأطـراف علـى اختصـاص المركـز يعتبـر شـرطًا أساسيًا للجـوء إلـى المركـز، بالإضافـة إلـى أن الاتفاقيـة تمنـح الأطـراف الحريـة الكاملـة فـي تحديـد أنـواع النزاعـات التـي ترغـب بعرضهـا عليـه مـن عدمـه، وهـو مـا يقلـل مـن أهميـة تعريـف الاسـتثمار[2].

سـنعمل مـن خـلال هـذا المطلـب، علـى بيـان أسـباب غيـاب مفهـوم الاسـتثمار فـي اتفاقيـة واشـنطن أولاً، ومـن ثـم سـندحض الحجـج المقدمـة لتبريـر غيـاب هـذا المفهـوم فـي الاتفاقيـة.

الفرع الأول: الأسباب التاريخية لغياب مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن

إن مـا ورد فـي تقريـر اللجنـة القانونيـة للبنـك الدولـي لا يعكـس حقيقـة مـا جـرى، فالمسـودة الأولـى للاتفاقيـة كانـت تتضمـن مقترحـاً لتعريـف الاسـتثمار بحيـث يقصـد بـه «أي مسـاهمة بالمـال أو بالأصـول ذات القيمـة الاقتصاديـة لمـدة غيـر محـددة أو لمـدة لا تقـل عـن خمـس سـنوات»[3]، غيـر أن هـذا التعريـف لـم يلـقَ قبـولاً مـن مجمـل الـدول المشـاركة نظـراً لافتقـاره إلـى الدقـة واشـتراطه حـداً أدنـى للنشـاط الاسـتثماري. تبـع هـذا الأمـر تقديـم اقتراحـات بديلـة لهـذا التعريـف، ارتكـز بعضهـا علـى ضـرورة إبـرام عقـد الاسـتثمار بيـن الدولـة والمسـتثمر وفقًـا لإجـراءات خاصـة لا تتطلبهـا العقـود العاديـة المبرمـة مـع الدولـة، بينمـا حاولـت اقتراحـات أخـرى وضـع حـد أدنـى لقيمـة دعـوى لمنازعـة الاسـتثمارية التـي تعـرض علـى المركـز الدولـي. إلا أن جميـع هـذه الاقتراحـات لاقـت معارضـة مـن قبـل ممثلـي الـدول الأعضـاء، وبلـغ الخـلاف ذروتـه بحيـث انقسـمت الـدول الأعضـاء إلـى فريقيـن اثنيـن، فريـق تتصـدره الـدول المتقدمـة يـرى يتبنـي مفهـوم موسـع للاسـتثمار ويعـارض محـاولات الحـد مـن نطـاق اختصـاص المركـز

(1) لمزيد من التفاصيل حول المفاوضات السابقة على إعداد الاتفاقية، راجع:

Sébastien MANCIAUX, « The notion of Investment: New controversies » *in* conference «La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux: aspects récents", article published in the journal of World Investment and Trade, 17/11/2008, p. 4.

(2) ورد ذلك في الفقرة 27 من تقرير المديرين التنفيذين للبنك الدولي حول اتفاقية واشنطن. راجع:

Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Mar. 18, 1965, § 27.

(3) Sébastien MANCIAUX, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Litec, Paris 2004, p. 44.

وذلك لغايات التوسع في نطاق اختصاص المركز بما يحمي مصالحهم. وتباينت آراء هذا الفريق ما بين مؤيد لوضع تعريف واسع للاستثمار وبين التخلي عن أي محاولة لتعريف الاستثمار حتى توصلوا إلى عدم جدوى تعريف الاستثمار طالما أن اختصاص المركز محدد بنطاق الموافقة الفردية للدولة بموجب المادة 26 من الاتفاقية[1]. أما الفريق الثاني فتزعمته الدول النامية، وسعت من خلاله إلى الحد من نطاق اختصاص المركز لتفادي تدويل المنازعات وخلق نظام امتيازات جديد للاستثمارات الأجنبية، وهو ما حمل بعض هذه الدول على اقتراح اشتراط الموافقة المسبقة للدولة المضيفة للاستثمار، بينما اقترح البعض الآخر تحديد أنواع الاستثمارات التي تدخل ضمن نطاق المركز من خلال إعداد قائمة تفسيرية بها.

ونتيجة للهوّة الكبيرة بين مقترحات الفريقين، توصلت اللجنة القانونية إلى نتيجة مفادها عدم إمكانية التوفيق بين الفريقين والوصول إلى طريق مسدود[2]. وفي محاولة للوصول إلى حل، تقدم وفد المملكة المتحدة باقتراح عدم وضع تعريف محدد للاستثمار والاكتفاء باتصاف المنازعة المعروضة على المركز بالصفة القانونية، مع السماح للدول الموقعة بإرسال خطابات إلى الأمانة العامة للبنك الدولي تحدد بموجبها التعريف الذي تعتمده لمصطلح الاستثمار، بالإضافة إلى تحديد النزاعات التي ترغب باستبعادها من نطاق الاختصاص الموضوعي للمركز[3]. وبالفعل تم العمل باقتراح المملكة المتحدة وتبني صياغة المادة 25 من الاتفاقية بشكلها الحالي اليوم وتضمينها الفقرة الرابعة حول الإمكانية المتاحة للدول الأطراف في تحديد طوائف نزاعات الاستثمار التي تدخل ضمن نطاق المركز واستبعاد أخرى[4].

وبناءً على ما سبق، أشار التقرير النهائي الصادر عن المديرين التنفيذيين للبنك الدولي والمرفق باتفاقية واشنطن، إلى أنه «لم تبذل أي محاولة لتعريف الاستثمار بالنظر إلى المكانة التي يحظى بها تراضي الأطراف على اختصاص المركز، وكذلك آلية الإخطار

(1) Julian Davis MORTENSON, «The Meaning of investment: ICSID's Traveaux and the Domaine of International Investment law", Harvard International Law Journal, Vol. 51, N 1, winter 2010, p. 286.

(2) Ibid, p. 289.

(3) Ibid, p. 289 - 290.

(4) تنص المادة 25/4 على أنه «تستطيع كل دولة متعاقدة، عند تصديقها أو انضمامها إلى هذه الاتفاقية او في أي وقت لاحق، أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم، وعلى السكرتير العام أن ينقل فوراً هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى. ولا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة وفقاً للفقرة الأولى».

المتاحة للأطراف والتي يستطيعون من خلالها، وبشكلٍ مسبق، تحديد فئات المنازعات التي يرغبون أو لا يرغبون بعرضها على المركز»[1].

وكما أكد الأستاذ Mortenson[2] إذا ما تغاضينا عن عدم دقة ما ورد في الجزء الأول من الفقرة أعلاه الواردة في التقرير حول ادعاء عدم وجود محاولة لتعريف الاستثمار، فإنه من الواضح بأن صياغة الفقرة تتعارض مع فكرة أن مهمة تعريف الاستثمار قد فوضت لهيئات التحكيم داخل المركز لسد الفجوة، وأن العلاقة المنطقية الوحيدة ما بين الجزء الأول من الفقرة والجزء الثاني منها واضحة جدًّا وهي أن التخلي عن تعريف الاستثمار قد تم لكي تقوم كل دولة عضو «بتنفيذ الخياطة بنفسها».

الفرع الثاني: الحجج المقدّمة لتبرير غياب مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن

بالرجوع إلى الحجج المقدمة في تقرير البنك الدولي حول عدم تعريف الاستثمار، نجد أنها غير كافية لحل مشكلة مفهوم الاستثمار. فبالنسبة للحجة المقدمة بشأن اعتبار تراضي الأطراف على اختصاص المركز بمثابة قرينة على تكييف العلاقة القائمة بينهم «استثمارًا» هي حجة منتقدة لعدة أسباب. أولاً تقوم هذه الحجة على الخلط بين تراضي الأطراف على الاختصاص القضائي للمركز وبين قواعد الاختصاص القضائي للمركز والتي لا يمكن أن تتحدد إلا بموجب اتفاقية واشنطن المنشئة له[3]. أضف إلى ذلك أن الاكتفاء بتكييف الأطراف يتناقض مع نص المادة 41/1 من الاتفاقية والتي تنص على أن «المحكمة محكومة باختصاصها». وهذا ما أكد عليه قضاء المركز في أكثر من قضية بالقول بأن تراضي الأطراف، ولئن كان شرطًا أساسيًا للجوء إلى المركز، إلا أنه لا يعد كافيًا بحد ذاته لتحديد الاختصاص الموضوعي للمركز؛ إذ إن المادة 25 من الاتفاقية، تضع شروطًا إضافية

(1) «No attempt was made to define the term 'investment' given the essential requirement of consent by the parties, and the [notification] mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre". Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Mar. 18, 1965, p. 44, § 27. Available at: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB.htm. Visited 27/4/2019.

(2) Julian Davis MORTENSON, op. cit., p. 292.

(3) Emmanuel GAILLARD, « Chronique des sentences arbitrales », JDI, N°1, 1999, p.281

موضوعية لا بد من توافرها في النزاع بالإضافة إلى شرط التراضي[1]. كما أن تراضي الأطراف على اختصاص المركز غير متصور إلا في حال وجود علاقة عقدية بينهم، غير أن التوجه الحديث لهيئات التحكيم داخل المركز يذهب إلى تمسك المركز باختصاصه بناء على تشريع داخلي أو اتفاقية ثنائية للاستثمار دون وجود رابطة عقدية بالضرورة بينهم، وهو ما يترتب عليه بقاء مسألة تكييف العملية بالاستثمار من عدمه قائمة[2].

أما بالنسبة للحجة الثانية والمتعلقة بالإمكانية المتاحة للدول المتعاقدة بتحديد اختصاص المركز وفقًا للمادة 25/4 من اتفاقية واشنطن، فلا يمكن الأخذ بها لسببين اثنين. أولهما أن هذه الإمكانية لا تعدو أن تكون سوى تحفظٍ صادر عن الدولة المتعاقدة حول الاختصاص العام للمركز بتسوية جميع منازعات الاستثمار، ولا تلعب دورًا بالتالي في تحديد المقصود بالاستثمار. فضلاً عن ذلك، إن عدد الدول التي لجأت إلى استخدام هذا النص قليل جداً الأمر الذي يبقي مسألة تحديد مفهوم الاستثمار قائمة[3].

بناءً على ما سبق، تبدو أهمية تعريف الاستثمار جلية، ليس فقط لغايات أكاديمية وإنما هي مسألة ضمان قانوني للمستثمرين الأجانب والبلدان المستوردة لرأس المال ولجميع الدول على هذا الكوكب. وإذا كان التعريف ضرورياً، إلا أنه لا يمكن أن ينتج بأي حال من الأحوال عن طريق التعداد الذي تتبناه أغلب الاتفاقيات الدولية. كما أنه من الصعب تقبّل فكرة تغير النطاق الموضوعي لاتفاقية واشنطن من حالة إلى أخرى تبعًا لاختلاف إرادة المتقاضين أو لتعدد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والتي هي مجرد نصوص تطبيقية مقارنةً بالنصوص الرئيسة الواردة في اتفاقية واشنطن[4].

على أنه إذا كان تعريف الاستثمار غائبًا في اتفاقية واشنطن، فإن ذلك لا يعني أنه لا يمكن استقراؤه بالاستعانة بقواعد التفسير الواردة في اتفاقية ڤينا للمعاهدات.

المطلب الثاني: استقراء مفهوم الاستثمار على ضوء قواعد التفسير في اتفاقية ڤينا لقانون المعاهدات

(1) Autopista Consisionada de Venezuela, C. A. v. Bolivarian Republic of Venezuela, (ICSID Case No. ARB/00/05), p. 39, available at: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Tables-of-ICSID-Decisions.aspx. Visited 27/4/2019.

(2) قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 44.

(3) المرجع السابق، ص 45.

(4) Sébastien MANCIAUX, « The notion of Investment: New controversies », op.cit., p. 6 &7.

إن إيجاد تعريف دقيق للاستثمار يتطلب من المحكمين الانخراط في عملية تفسير اتفاقية واشنطن. ولا يمكن أن يتم ذلك بمنأى عن قواعد التفسير الواردة في اتفاقية ڤينا للمعاهدات لعام 1969؛ إذ جاء إعداد هذه الاتفاقية نتيجة استشعار المجتمع الدولي الحاجة إلى إيجاد مجموعة من القواعد المتناسقة للتعامل مع المعاهدات الدولية في ضوء انتشارها الواسع كمًّا ونطاقًا. وقد توصل المجتمع الدولي من خلال هذه الاتفاقية إلى نوع من التوافق بخصوص الآلية المناسبة لتفسير المعاهدات.

لغايات تفسير مصطلح الاستثمار الوارد في اتفاقية واشنطن، فإن أكثر النصوص التي تعنينا المادتان 31 و32 من الاتفاقية، واللتان تعتبران بمثابة نصوص عرفية قابلة للتطبيق على كل من الدول الموقعة وغير الموقعة على الاتفاقية. حيث أكدت محكمة العدل الدولية على أن «المادتين 31 و32 من اتفاقية ڤينا حول قانون المعاهدات تعتبران بمثابة تدوين للقانون الدولي العرفي القائم»[1]. وفي نطاق قانون الاستثمار الدولي، توصلت الهيئة الاستئنافية في المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار إلى ذات النتيجة في قضية (Malaysian Historic Salvors) [2]، وهو ما يؤكد أهمية الرجوع للمادتين 31 و32 من اتفاقية ڤينا لتفسير نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن.

الفرع الأول: المادة 31 من اتفاقية ڤينا لقانون المعاهدات

تتضمن المادة 31 من اتفاقية ڤينا القاعدة العامة في التفسير؛ إذ تنص الفقرة الأولى منها على أن «تفسر المعاهدة بحسن نية ووفقًا للمعنى الذي يعطى لألفاظها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها». وبذلك يتضمن هذا النص ثلاثة أنواع من التفسير: الأول يستند على المعنى العادي لأحكام الاتفاقية، أما الثاني فيتم وفقًا للسياق العام للاتفاقية، بينما يعتمد التفسير الثالث على موضوع الاتفاقية والغاية منها.

أولاً- المعنى العادي للنصوص

وفقًا لهذا النوع من التفسير، يلتزم المحكم عند نظر النزاع ولدى تطبيق نصوص اتفاقية واشنطن بالبحث عن المعنى العادي لمصطلح «الاستثمار». وأكدت محكمة العدل الدولية في هذا الصدد على أن «التفسير يجب أن يستند في المقام الأول على النص

(1) Affaire de la sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal), arrêt CIJ du 12 novembre 1991, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1991, p. 70, § 48.

(2) Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, décision d'annulation du 16 avril 2009, CIRDI affaire N° (ARB 05/10), § 56.

ذاتـه»[1]، بحيـث يشـرع المحكّـم فـي البحـث فـي دلالـة الألفـاظ وفـي التحليـل النحـوي للنـص المـراد تفسـيره، بهـدف الوصـول إلـى المعنـى المعتـاد والأكثـر ملاءمـة لمفهـوم الاسـتثمار، وليـس إعطائـه معنـىً خاصـاً[2]. ويمكـن أن يكـون المعنـى المعتـاد للاسـتثمار واسـعًا جـدًا، بحيـث يتضمـن وفقًـا لبعـض الفقـه جميـع أنـواع الاسـتثمارات[3]، سـواء تلـك المرتبطـة بالالتزامـات أو بحقـوق الملكيـة الفكريـة[4]، أو بشـكلٍ أعـم بالقيـم غيـر الملموسـة[5].

وفـي الأحـوال التـي ينسـب فيهـا معنـىً خـاص لمصطلـح «الاسـتثمار» يتجـاوز المعنـى المعتـاد للنـص، يجـب أن يُصـار حينئـذٍ إلـى إثبـات ملاءمـة المفهـوم المتصـور فـي هـذا المعنـى، والـذي يُمكـن أن يكـون المعنـى المعتـاد وفـق السـياق العـام للاتفاقيـة، علـى النحـو المبيـن أدنـاه.

ثانيًا- السياق العام للاتفاقية:

تـم تحديـد المقصـود بالسـياق العـام للاتفاقيـة بموجـب الفقـرة الثانيـة مـن المـادة 31 مـن اتفاقيـة ڤينـا، حيـث يشـتمل سـياق المعاهـدة لغايـات تفسـيرها، نـص المعاهـدة ذاتـه، بالإضافـة إلـى الديباجـة والملاحـق. كمـا يشـمل أي اتفاقـات تمـت أو وثائـق صـدرت عـن الأطـراف بمناسـبة المعاهـدة وقبلهـا الطـرف الآخـر.

فيمـا يخـص الاسـتثمار، فـإن سـياق اتفاقيـة واشـنطن الـذي نسـتند إليـه لغايـات تفسـير مصطلـح الاسـتثمار، يتكـون مـن ديباجـة الاتفاقيـة وتقريـر المديريـن التنفيذييـن للبنـك الدولـي. وقـد شـاركت جميـع الأطـراف فـي الاتفاقيـة فـي إعـداد التقريـر، وهـو مـا يبـرر اعتبـاره جـزءًا

(1) Affaire du différend territorial (Jurnuhiriyu arabe libyenne c. Tchad), arrêt CIJ du 3 février 1994, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1994, p. 21, § 41.

(2) D. E. ONGUENE ONANA, La compétence en arbitrage international relatif aux investissements: les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 186.

(3) B. LEGUM et C. MOUAWAD, « The meaning of «investment" in the ICSID Convention », sous la direction de P. H. F. BEKKER, R. DOLZER et M. WAIBEL, Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 340.

(4) Conférence des Nations-Unies sur le commerce et le développement, International Investment Agreements: Key issues, vol. I, 2004, p. 116, http://unctad.org/en/docs/iteiit200410_en.pdf.

(5) Affaire Ambiente Uffico S.P.A. and Others c. République d'Argentique, décision sur la compétence du 8 février 2013, CIRDI affaire N° (ARB/08/9), § 456, http://www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw1276.pdf.

لا يتجزأ من الاتفاقية[1]. وبالرجوع إلى ديباجة الاتفاقية، نجد أنها احتوت إشارة ضمنية لمفهوم الاستثمار، حيث جاء في الفقرة الأولى منها أن «الدول المتعاقدة، إذ تقدر 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 ڤينا تقتضي من المحكمين عند تفسير مصطلح «الاستثمار» الأخذ بعين الاعتبار ما ورد في الفقرة الأولى من الديباجة حول مفهوم الاستثمار. غير أن الواقع العملي يظهر تباينًا واضحًا في موقف المحكمين في إطار المركز الدولي حول طريقة تعاملهم مع ديباجة اتفاقية واشنطن؛ ففي الوقت الذي قبل فيه قرار (Salini)[2] لغة الديباجة بالكامل عن تعزيز التنمية الاقتصادية وأخذها بعين الاعتبار عند تكييفه لمفهوم الاستثمار، ذهب قرار (Quiborax) إلى خلاف ذلك؛ إذ اعترف بوجود هذه الإشارة في الديباجة، إلا أنه اختار عدم استخدامها في تعريف الاستثمار[3]، وهو أمر بدا متعارضًا مع أهداف وأغراض اتفاقية واشنطن. حيث أشار بعض الفقه إلى فشل هذا القرار في معالجة الآثار الكاملة للديباجة والتي هي متطلبة بموجب اتفاقية ڤينا، وإلى تعارضه مع الأهداف المعلنة لاتفاقية واشنطن والمتمحورة بتعزيز التنمية الاقتصادية وتوسيع نطاق المركز الدولي لخدمة هذه الأهداف[4].

أما بالنسبة لتقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي المرفق مع اتفاقية واشنطن، فقد أشار إلى أن مصطلح الاستثمار، والذي يتحدد على أساسه فيما إذا كانت العملية خاضعة لمحاكم المركز أم لا، يرتكز على تراضي الأطراف والذي يشكل حجر الزاوية في اختصاص المركز[5]. وكان التقرير قد برر غياب تعريف الاستثمار، كما أسلفنا، بحجة وجوب تراضي الأطراف على اختصاص المركز، وبالإمكانية المتاحة لهم في تحديد أنواع النزاعات التي ترغب بعرضها عليه من عدمه. غير أننا سبق وأن بينا عدم دقة هذه المبررات. فضلاً عن ذلك، سنتبين لاحقًا بأن تراضي الأطراف على اختصاص المركز لم يكن متصورًا

(1) B. LEGUM et C. MOUAWAD, op. cit., p. 343.

(2) Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, décision sur la compétence du 23 juillet 2001, CIRDI affaire N° (ARB/00/4).

(3) إذ جاء في حيثيات القرار أنه «صحيح أن ديباجة اتفاقية ICSID تشير إلى المساهمة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، غير أن هذه المساهمة تشكل نتيجة للاستثمار وليس شرطاً له. فمن خلال حماية الاستثمارات، تساهم الاتفاقية في تطوير الدولة المضيفة. وهذا لا يعني أن تطور الدولة المضيفة يصبح عنصرا أساسيا لمفهوم الاستثمار».

(4) Alex GRABOWSKI, The Definition of Investment under the ICSID Convention: A defense of Salini, Chicago journal of international law, Vol. 15, No. 1, Article 13, 2014, p. 301 - 302. See also B. LEGUM et C. MOUAWAD, op. cit., p. 343.

(5) Report of the Executive Directors, op. cit., p. 43, § 23.

كأداة تهدف إلى توسيع نطاق اختصاص المركز على النحو الذي فسرته بعض القرارات التحكيمية الصادرة عن المركز[1].

ثالثًا- موضوع وأهداف الاتفاقية:

تضمنت ديباجة الاتفاقية تحديد موضوع الاتفاقية والهدف منها؛ إذ أشارت الديباجة إلى أن موضوع الاتفاقية وهدفها يتجسدان في الحاجة المتعاظمة للتعاون الدولي لغايات التنمية الاقتصادية والدور الذي تلعبه الاستثمارات الدولية الخاصة في هذا المجال. وقد ترجم هذا الهدف من خلال إيجاد آلية لتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة المضيفة ورعايا الدول الأخرى؛ إذ يفترض أن تنجح هذه الآلية في تعزيز الاستثمارات الدولية الخاصة.

ويرى (Schreuer) أن هذا الهدف المُعلن في ديباجة الاتفاقية يعد بمثابة قيد على مفهوم الاستثمار والذي يجب أن يفسر على نحو موضوعي[2]. كما يضيف أن هذا الهدف المشار له في الديباجة يدلل على أن عملية الاستثمار يجب أن تكون ذات أثر إيجابي على اقتصاد الدولة المضيفة.

أما تقرير المديرين فيشير بدوره إلى الهدف من الاتفاقية، حيث يرى بأن «إنشاء مركز لتسهيل تسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين الأجانب قد يشكل مرحلةً مهمة نحو إرساء جو من الثقة المتبادلة ويسمح بالتالي بتدفق رؤوس الأموال إلى البلدان التي ترغب في جذبها»[3]. تأسيساً على ذلك، لا يبدو من الضروري التمييز بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر، لأن هذين الشكلين يسمحان على حدٍ سواء للدول المضيفة بجذب رؤوس الأموال داخل أراضيها ويسهمان بتنمية اقتصاد هذه الدولة[4].

الفرع الثاني: المادة 32 من اتفاقية ڤينا لقانون المعاهدات

وفقًا للمادة (32) من اتفاقية ڤينا يمكن اللجوء إلى وسائل تكميلية في التفسير، بما في ذلك الأعمال التحضيرية للمعاهدة وملابسات عقدها، وذلك لتأكيد المعنى الناتج عن تطبيق

(1) راجع المبحث الثاني، المطلب الأول.

(2) C. SCHREUER, The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 116.

(3) Report of the Executive Directors, op. cit., p. 40, p. 9.

(4) Emmanuel ANTOINE, La notion d'investissement au sens de la Convention de Washington du 18 mars 1965, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2014, p. 18.

المـادة 31 أو لتحديـد معنـى النـص حيـن يكـون مـن شـأن التفسـير وفقًـا لتلـك المـادة أن يتـرك المعنـى غامضًـا أو غيـر واضـح، أو أن يـؤدي إلـى نتيجـة غيـر منطقيـة أو غيـر مقبولـة.

ويختلـف الفقـه حـول جـدوى الرجـوع للأعمـال التحضيريـة لاتفاقيـة واشـنطن لتحديـد مفهـوم الاسـتثمار. ففـي الوقـت الـذي يعتقـد البعـض بأهميـة الرجـوع لتلـك الأعمـال[1]، يـرى البعـض الآخـر بـأن ذلـك لا طائـل منـه[2]. وبالرجـوع إلـى الأعمـال التحضيريـة لاتفاقيـة واشـنطن سـبق أن تبيـن لنـا أن الـدول الأعضـاء لـم تسـتطع التوصـل إلـى توافـق بخصـوص تعريـف الاسـتثمار، وهـو مـا أدى إلـى التخلـي عـن فكـرة تعريـف الاسـتثمار. ونتفـق هنـا مـع مـن يـرى بـأن اللجـوء إلـى المـادة 32 مـن اتفاقيـة ڤينـا ليـس ضروريًـا، فالنـص المذكـور يضـع قاعـدة أفضليـة، بموجبهـا لا يمكـن التمسـك بـروح القانـون فـي مواجهـة نـص واضـح وصريـح[3]. وينبنـي علـى ذلـك أن اللجـوء لنـص المـادة 32 لا يتـم إلا لتبريـر تطبيـق المـادة 31[4].

نخلـص إلـى أن القاعـدة العامـة فـي التفسـير الـواردة فـي المـادة 31 مـن اتفاقيـة ڤينـا كافيـة لتمكيـن محكمـي المركـز الدولـي مـن تحديـد مفهـوم الاسـتثمار، ولا يوجـد جـدوى مـن تطبيـق نـص المـادة 32 لأن تطبيـق النـص المذكـور مرهـون بالحـالات التـي يكـون مـن شـأن التفسـير وفقـاً للمـادة 31 أن يتـرك المعنـى غامضًـا أو غيـر واضـح، أو أن يـؤدي إلـى نتيجـة غيـر منطقيـة أو غيـر مقبولـة.

عمـلاً بالمـادة 31 مـن اتفاقيـة ڤينـا رسـمت هيئـات التحكيـم المختلفـة فـي إطـار المركـز الدولـي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار، علـى امتـداد قـرارات تحكيـم متتاليـة، تصـورات مختلفـة لمفهـوم الاسـتثمار سـتكون محـل دراسـتنا فـي المبحـث التالـي.

المبحـث الثانـي: مفهـوم الاسـتثمار فـي اجتهـادات المركـز الدولـي لتسـوية منازعـات الاسـتثمار

إزاء غيـاب تعريـف الاسـتثمار فـي اتفاقيـة واشـنطن، حاولـت هيئـات التحكيـم فـي إطـار المركـز الدولـي الاجتهـاد لتحديـد مفهـوم الاسـتثمار. بيـد أن المتتبـع لاجتهـادات المركـز علـى مـدار العقديـن الأخيريـن يلحـظ تبايـن موقـف محاكـم المركـز مـن مفهـوم الاسـتثمار نتيجـة

(1) Julian Davis MORTENSON, op. cit., p. 257, M. DEKASTROS, « Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention », The Journal of World Investment & Trade, 2013, p. 302.

(2) D. E. ONGUENE ONANA, op. cit., p. 188.

(3) Ibid, p. 189.

(4) Ibid., p. 189.

تعدد واختلاف المعايير المعتمدة، حتى بات مفهوم الاستثمار في قضاء المركز يتسم بعد الاستقرار والتناقض.

المطلب الأول: مفهوم غير مستقر

اختلفت هيئات تحكيم المركز الدولي في تحديد أشكال الأنشطة الاقتصادية التي تعد استثمارًا كشرط جوهري لانعقاد الاختصاص الموضوعي للمركز. فتذبذب مفهوم الاستثمار في قضاء المركز تبعًا للاتجاه الذي تبنته هيئات التحكيم المختلفة؛ إذ تبنت بعض هيئات التحكيم اتجاهًا موسعًا بحيث تركت تحديد مفهوم الاستثمار لمحض إرادة الأطراف، بينما اعتمدت هيئات أخرى اتجاهًا ضيقًا يرتكز على معايير موضوعية لبيان المقصود بالاستثمار، فيما ظهر توجه حديث جمع بين الاتجاهين السابقين.

الفرع الأول: الاتجاه الموسّع

يُعرف هذا الاتجاه أيضًا بالاتجاه الرضائي المحض؛ لأنه يترك مسألة تعريف الاستثمار لمحض إرادة الأطراف. ويستند هذا الاتجاه على التبرير الوارد في تقرير المديرين التنفيذيين للبنك الدولي حول غياب تعريف الاستثمار في اتفاقية واشنطن، ويتخذ من هذا التقرير ذريعة لموقفه، على اعتبار أن التقرير استند في تبريره لغياب تعريف الاستثمار على وجوب تراضي الأطراف على اختصاص المركز والإمكانية المتاحة للأطراف في تحديد أنواع النزاعات التي ترغب بعرضها عليه على النحو الذي بيناه سابقًا. ومن ثم فإن منطق هذا الاتجاه يقوم على أن عدم تعريف الاستثمار في الاتفاقية يهدف إلى إعطاء الدولة المضيفة للاستثمار أكبر قدر من المرونة في تبني التعريف الأنسب لمصطلح الاستثمار بما يخدم ظروفها ومصالحها الاقتصادية، مع إمكانية تغيير هذا التعريف كلما دعت الحاجة إلى تبني تعريف آخر[1].

وهذا يعني أن التعريف الذي تتبناه الدولة المضيفة هو الذي يجب التعويل عليه عند تفسير مصطلح الاستثمار الوارد في المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن. وقد يرد هذا التعريف في الإخطار الموجه إلى أمانة البنك الدولي، أو في عقد الاستثمار المبرم بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، أو في اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، أو في اتفاقية الاستثمار الثنائية المبرمة بينهما أو حتى في تشريع داخلي للدولة المضيفة[2]. وغالبًا ما اعتمدت هيئات التحكيم التي تبنت هذا الاتجاه على اتفاقيات الاستثمار الثنائية (BIT) للفصل فيما إذا كانت العملية التي نشأ النزاع بصددها عملية استثمار أم لا.

(1) Julian Davis MORTENSON, op. cit., p. 302.

(2) M. DEKASTROS, op. cit., p. 293.

وقد كانت قضية (Fedax) ضد فنزويلا [1] أول مرة لجأت فيها محكمة المركز لتطبيق هذا الاتجاه، إذ قضت بأن تعريف الاستثمار هو ذلك الذي تبناه الطرفان في اتفاقهما، وهو الذي يجب أن يحتكم إليه لتحديد اختصاص المركز الدولي. وارتكزت المحكمة إلى البند الوارد في الاتفاقية الثنائية لتشجيع الاستثمار المبرمة بين حكومتي فنزويلا وهولندا لتكييف عملية إصدار السندات لأمر من قبل حكومة فنزويلا على أنها عملية استثمار نظراً لورود السندات ضمن الأصول المالية التي تعتبر استثمار وفقًا لتلك الاتفاقية. ذات المنطق تم تبنيه في قضية (Goetzi) ضد برونودي [2] حيث اعتبرت هيئة التحكيم أن الأسهم المملوكة للمدعي في شركة مسجلة في بلجيكا استثمارًا بموجب المادة 8/1 من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين بلجيكا وحكومة بوروندي. وذات الأمر في قضية (Lanco International Inc.) ضد الأرجنتين[3].

وفي قضية (Mihaly) ضد سريلانكا[4] واجهت محكمة المركز ولأول مرة مسألة مدى اعتبار النفقات التي صرفتها الشركة المستثمرة قبل بدء الاستثمار من قبيل الاستثمار؟ للإجابة عن هذا التساؤل اعتمدت المحكمة على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وسريلانكا، واستندت إلى نص المادة الأولى من الاتفاقية الذي يقتصر على «أي حق ممنوح بموجب قانون أو عقد»، لتقرر أن هذه النفقات لا تشكل استثمارًا بمفهوم المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن نظراً لعدم إبرام أي عقد بين الطرفين، فضلاً عن عدم وجود ما يثبت موافقة حكومة سريلانكا على اعتبار مثل هذه النفقات استثماراً، وبالنتيجة انتهت المحكمة إلى عدم اختصاصها بنظر النزاع.

ذات الأمر في قضية (SGS) ضد الفلبين[5]؛ إذ استندت محكمة المركز، للفصل في مدى اعتبار أعمال التخليص الجمركي وتأهيل مستخدمي الإدارة الجمركية من قبيل أعمال الاستثمار، على الاتفاقية الثنائية الموقعة بين سويسرا والفلبين وخلصت إلى أن حقوق

(1) Affaire Fedax NV c./République du Venezuela, CIRDI affaire ARB/96/3, sentence du 11 juillet 1997, § 31.

(2) Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, sentence du 10 février 1999, (Affaire CIRDI ARB/95/3).

(3) Affaire Lanco International Inc. c. République d'Argentine, décision sur la compétence du 8 décembre 1998, CIRDI affaire ARB/97/6, §§ 10 - 16.

(4) Affaire Mihaly International Corporation c. République socialiste démocratique du Sri Lanka, sentence du 15 mars 2002, CIRDI affaire ARB/00/2, § 375 - 381.

(5) Affaire société générale de surveillance c. République des philippine, Décision sur la compétence du 29/01/2004, CIRDI affaire ARB/02/6, § 110.

الشركة الناجمة عن العقد المبرم بين الطرفين تندرج ضمن مفهوم المادة 1/2 من الاتفاقية الثنائية والتي تعرّف الاستثمار على أنه «كل أنواع الأصول بما فيها الديون وجميع الحقوق المتعلقة بخدمات ذات قيمة اقتصادية».

أيضاً تم التأكيد على ذات الموقف عام 2018 في قضية (ACP Axos GmbH v. Kosovo) ضد كوسوفو حيث قضت هيئة التحكيم بأن المصاريف التي تكبدتها الشركة المدعية أثناء فترة المناقصة التي تسبق التعاقد لا تشكل استثماراً وفقاً لاتفاقية الاستثمار الثنائية[1].

بالإضافة لما سبق، اعتبرت هيئات تحكيم المركز الدولي من قبيل الاستثمار: عقود بناء الفنادق[2]، وعقود إدارتها[3]، وتوزيع المياه[4]، تشغيل شبكات الهاتف الجوال[5]، وكالات الدعاية والطباعة[6] وغيرها. وبالنظر إلى موضوع المنازعات في القضايا السابقة، نلاحظ أن هيئات التحكيم باعتمادها على هذا الاتجاه الرضائي استطاعت تكييف مجموعة واسعة من الأنشطة والأصول على أنها استثمار، ووسعت بالتالي من نطاق اختصاصها. غير أنه يؤخذ عليها أنها أعطت سلطة واسعة للأطراف لتحيد الاستثمار دون أن تتطرق إلى هذا المفهوم كشرط مستقل وفقاً لنص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن[7]. وقد أكدت على ذلك هيئة التحكيم في قضية (Joy Mining) ضد مصر[8]، حيث أشارت إلى أن غياب تعريف الاستثمار في اتفاقية واشنطن لا يعني أن كل ما يتفق عليه الأطراف في العقد أو في

(1) Affaire ACP Axos GmbH v./Kosovo, Affaire N° (ARB/15/22), Sentence arbitrale du 3 mai 2018, § 158.

(2) Holiday Inn. V. Morocco, ICSID, Case No. (ARB/81/1).

(3) Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. (ARB/05/19)

(4) Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A V. The Argentine Republic, ICSID Case No. (ARB/03/19), Award 9 April 2015.

(5) MTN Dubai Limited and MTN Yemen for Mobiles telephones v. Republic of Yemen, ICSID Case No. (ARB/09/7).

(6) Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, op.cit.

(7) في نقد هذا الاتجاه، انظر قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 66.

Sébastien MANCIAUX, « The notion of Investment: New controversies », *op.cit*., p. 7, M. DEKASTROS, *op. cit*., p. 293, C. H. SCHREUER, *op. cit*., p. 130.

(8) Joy Mining Machinery Ltd. V. The Arab Republic of Egypt, ICSID, Case No (ARB/03/11), Award of 6 August 2004.

الاتفاقيـة الثنائيـة للاسـتثمار يمكـن ان يعتبـر اسـتثمارًا وفقًـا للاتفاقيـة. وفـي ذات السـياق، أكـدت اللجنـة الخاصـة بإبطـال الحكـم فـي قضيـة (Patrick Mitchell) علـى أن اتفاقيـة واشـنطن تسـمو علـى اتفـاق الأطـراف أو الاتفاقيـات الثنائيـة، وأنـه لـو تـرك أمـر تحديـد مفهـوم الاسـتثمار لاتفـاق الأطـراف بموجـب اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة لأدى ذلـك إلـى إفـراغ نـص المـادة 25/1 مـن اتفاقيـة واشـنطن مـن مضمونـه[1].

أضـف إلـى مـا سـبق أنـه لا يمكـن الاسـتناد إلـى اتفاقيـات الاسـتثمار الثنائيـة لتعريـف الاسـتثمار لأنهـا عـادة مـا تحتـوي علـى مفاهيـم واسـعة للاسـتثمار بحيـث تـؤدي إلـى بسـط اختصـاص المركـز الدولـي علـى منازعـات لا تتعلـق بالضـرورة بالاسـتثمار الأجنبـي فـي الدولـة المضيفـة وهـو أمـر يتناقـض مـع الهـدف الـذي أنشـئ مـن أجلـه المركـز، فضـلاً عـن أن التوسـع فـي اختصـاص المركـز سـيؤدي إلـى إضفـاء الصفـة الدوليـة علـى منازعـات هـي بطبيعتهـا عاديـة ويـؤدي بالنتيجـة إلـى انحسـار اختصـاص القضـاء الوطنـي للدولـة المضيفـة وهـو مـا كانـت تخشـاه الـدول الناميـة أثنـاء المفاوضـات[2].

الفرع الثاني: الاتجاه الضيّق

ويُعـرف هـذا الاتجـاه أيضًـا بالاتجـاه الموضوعـي، حيـث اعتمـدت هيئـات التحكيـم فـي إطـار المركـز الدولـي علـى معايير موضوعية-تخـرج عـن مجـرد موافقـة الطرفيـن- لتكييـف نشـاطٍ مـا علـى أنـه اسـتثمار وفقًـا لنـص المـادة 25/1 مـن اتفاقيـة واشـنطن. ويسـتند هـذا الاتجـاه إلـى الطـرح الـذي أسّـس لـه (Schreurer) حـول خصائـص عمليـات الاسـتثمار وفقًـا لاتفاقيـة واشـنطن والمتمثلـة بالآتـي: وجـود مـدة زمنيـة محـددة، وجـود انتظـام فـي الأربـاح، توفـر عنصـر المخاطـرة، وجـود التـزام جوهـري علـى عاتـق المسـتثمر، المسـاهمة فـي التنميـة الاقتصاديـة

(1) Mitchell v. Congo, ICSID, Case No (ARB/99/7), Decision on annulment 1 November 2006. Same position, Affaire Consortium Groupement LESI-Dipenta c. République populaire d'Algérie, sentence du 10 janvier 2005, CIRDI affaire ARB/03/8, §13, Affaire Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan, décision sur la compétence du 14 novembre 2005, CIRDI affaire ARB/03/29, §130, Affaire Saipem SpA c. République populaire du Bangladesh, décision sur la compétence et recommandation de mesures provisoires du 21 mars 2007, CIRDI affaire ARB/05/07, §99, Affaire Victor Pey Casado et fondation « President Allende » c. République du Chili, sentence du 8 mai 2008, CIRDI affaire ARB/98/2, § 232.

(2) C. H. SCHREUER, op. cit., p. 130, Emmanuel ANTOINE, préc., p. 30.
فاطمة الزهرة محمودي، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2011، ص 220.

للدولة المضيفة[1]. وعلى الرغم من أن (Schreurer) أكد على أن هذه المعايير لا تشكل متطلبات قانونية وإنما مجرد خصائص نموذجية لعملية الاستثمار وفقاً لاتفاقية واشنطن[2]، إلا أن محاكم التحكيم كانت أكثر تشددًا بالتعامل معها بحيث حولتها من مجرد خصائص ذات طابع وصفي إلى مجموعة من المتطلبات الإلزامية[3]. وقد أرجع البعض ذلك إلى المكانة العلمية التي يتمتع بها (Schreurer) في مجال التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار[4].

وعلى الرغم من أن قضاء المركز الدولي اعتمد أربعة معايير محددة للاستثمار، تم بيانها لأول مرة بصورة واضحة في قضية (Salini) ضد المغرب، إلا أن تطبيق هذه المعايير في المنازعات المعروضة على المركز لاحقاً تم بشكلٍ موسّع على نحوٍ أثر على مفهوم الاستثمار وبالنتيجة على الاختصاص الموضوعي للمركز.

أولاً- نشأة الاتجاه الضيق:

يرجع تبني هيئات التحكيم للاتجاه الموضوعي إلى قضية (Salini) ضد المغرب[5]، حيث دفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص المركز الدولي بنظر النزاع الناشئ عن عقد إنشاء الطريق السريع الذي يربط مدينتي الرباط وفاس المبرم مع الشركة الإيطالية بدعوى أنه لا يشكل استثمارًا. أكدت محكمة المركز على أن العملية تشكل استثماراً بمفهوم كل من الاتفاقية الثنائية المبرمة بين المغرب وإيطاليا واتفاقية واشنطن. وللتمسك باختصاصها، تبنت المحكمة تفسيرًا موضوعيًا لنص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن بحيث وضعت قائمة من المعايير لتحديد مفهوم الاستثمار. وتتمثل هذه المعايير -والتي سميت فيما بعد باختبار سالليني- بمعيار المساهمة، معيار الزمن، معيار المخاطرة، ومعيار التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة. وأكدت محكمة المركز على أن هذه المعايير غير مستقلة عن بعضها البعض، بحيث لا يتحدد الاستثمار إلا بتوافر هذه المعايير مجتمعة[6].

أ. **معيار المساهمة:** الصورة الأكثر شيوعًا للمساهمة هي المساهمة النقدية، إلا أن المساهمة قد تتخذ أشكالاً أخرى، كأن تكون مساهمة عينية أو نقدية. في قضية

(1) C. H. SCHREUER, op. cit., p. 140, Julian Davis MORTENSON, op. cit., p. 271.

(2) Ibid, op. cit., p. 140.

(3) Julian Davis MORTENSON, op. cit., p. 272.

(4) Ibid., p. 272.

(5) Affaire Salini Construtorri S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. Royaume du Maroc, op. cit., § 44.

(6) وتجدر الإشارة إلى أن هذه المعايير كان قد تم الإشارة إليها ولكن بصورة أقل وضوحاً في قضية (Fedax) ضد فنزويلا،

(Salini) أشارت محكمة المركز إلى أن المستثمر الإيطالي قدم مساهمات من طبيعة نقدية وعينية وصناعية؛ إذ وفر المعدات اللازمة والكوادر المؤهلة لإنجاز الأعمال، بالإضافة إلى أنه قدم خبراته الفنية، كما حصل على القروض اللازمة لتمويل عمليات الشراء الضرورية ودفع أجور العمال. وفي قضية (Holiday Inn) ضد المغرب[1] اعتبرت محكمة المركز خبرة المستثمر في مجال بناء وتشغيل الفنادق الفاخرة من قبيل المساهمة. كذلك في قضية (Atlantic Trion) ضد غينيا[2] تمثل عنصر المساهمة بالتزام المستثمر بإعداد وتسيير السفن الموجهة للصيد. أما في قضية (Letco) ضد ليبيريا[3] وقضية (Fedax) ضد فنزويلا[4] و(SGC) ضد الباكستان، تعلق الأمر بمساهمات ذات طبيعة نقدية.

ومن الجدير بالذكر أن محاكم المركز لا تشترط توافر حد أدنى لقيمة المساهمة لقبول اختصاصها[5].

ب. **معيار الزمن:** وفقًا لهذا المعيار، لا يمكن لعملية الاستثمار أن تكون مؤقتة، إذ يجب أن تمتد زمنيًا بحيث تكون متوسطة أو طويلة الأجل. ويتم تقدير هذا المعيار تبعًا للواقعة المعروضة على هيئة التحكيم؛ إذ لا تشترط هيئات التحكيم في إطار المركز الدولي مدةً زمنية معينة لتوفر هذا المعيار. ففي قضية (Salini) ضد المغرب اعتبرت المحكمة أن المدة الإجمالية لتنفيذ العقد والتي كانت 32 شهراً تم تمديدها إلى 36 شهراً مدة كافية لاعتبار العملية من قبيل الاستثمار. كذلك الأمر في قضية (Atlantic Trion) ضد غينيا[6] حيث تمسكت المحكمة باختصاصها للنظر في نزاع متعلق بعقد لا تتجاوز مدته السنتين مع إمكانية إنهائه بإرادة منفردة. بالمقابل، في قضية (Letco) ضد ليبيريا[7] تكبد المستثمر الأجنبي مبالغ مالية كبيرة في استغلال وتطوير الامتياز لمدة 12 عامًا.

وجديرٍ بالذكر أن هذا المعيار لا يكفي لوحده لتكييف عملية الاستثمار، وإنما يرتبط ارتباطًا وثيقًا بمعيار المخاطرة ولا يمكن تقييمه بمنأى عنه.

(1) Holiday Inn. V. Morocco, op. cit.

(2) Atlantic Trion V. Guinea, ICSID Case No. (ARB/84/1).

(3) Lecto c. Liberia (ARB/82/2), Sentence du 31/03/1986.

(4) Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, op. cit.

(5) Emmanuel ANTOINE, préc., p. 30.

(6) Atlantic Trion V. Guinea, op. cit.

(7) Lecto c. Liberia, op. cit.

ج. **معيار المخاطرة:** حيث يشترط في عملية الاستثمار تحمل المستثمر المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها استثماره، كعدم نجاح المشروع من الناحية الاقتصادية نتيجة حدوث اضطرابات سياسية أو تغير في تشريعات الدولة المضيفة وغيره من العوامل. وتزداد المخاطر الاقتصادية كلما كانت عوائد المستثمر مرتبطة باستغلال المشروع ذلك أن المستثمر لا يستطيع معرفة هذه المخاطر عند اتخاذه قرار الاستثمار[1]. وعلى الرغم من ذلك، إلا أن هيئات التحكيم في إطار المركز الدولي لا تطبق معيار المخاطرة بهذا المفهوم الدقيق، فمثلاً في قضية (Fedax)[2] اعتبرت محكمة التحكيم أن مخاطر عدم التنفيذ المرتبطة بعقد القرض مخاطر استثمارية. أما في قضية (Salini) فقد أكدت المحكمة على المخاطر التي يتعرض لها المستثمر الإيطالي والتي تمثلت وفقًا للمحكمة بخطر غلاء اليد العاملة ونقصان حجم العمل، والمخاطر المرتبطة في تنفيذ مجموعة من الأشغال في آن واحد، فضلاً عن المحكمة رأت بأن البناء الذي يمتد لسنوات طويلة يتضمن مخاطر للمقاول. بيد أن هذه المخاطر في الواقع عامة ومرتبطة بمجمل العقود الاقتصادية الدولية متوسطة وطويلة الأجل[3].

د. **معيار التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة:** تمت الإشارة إلى هذا المعيار في إطار محاكم المركز لأول مرة في قضية (Fedax)[4]، ثم اتخذت المحكمة نفس الموقف في قضية (Salini) حينما أكدت على أن إنشاء الطريق السريع من شأنه أن يحقق المصلحة العامة لا سيما أن الشركة الإيطالية تقدم الخبرة الفنية للدولة المضيفة فيما يتعلق بالعمل المراد إنجازه. ويؤكد الفقه في هذا الصدد أن الواقع يدلل على أن هذا المعيار لا ينطبق فقط على عقود الاستثمار، وإنما على عقود التجارة الدولية بشكل عام كالبيع الدولي[5]، وهو ما يفسر الصعوبة التي تواجهها محاكم المركز لتحديد هذا المعيار وتذبذب مواقفها منه على النحو الذي سنوضحه لاحقًا.

ومنذ عام 2001 وبعد صدور الحكم في قضية (Salini) جعلت هيئات التحكيم من معايير سالبني متطلبات إلزامية لانعقاد الاختصاص الموضوعي للمركز وباتت تشير لها

(1) Emmanuel ANTOINE, préc., p. 26.

(2) Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, op. cit.

(3) Sébastien MANCIAUX, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, op.cit., p. 74 - 75.

(4) Affaire Fedax NV c. République du Venezuela, op. cit.

(5) Sébastien MANCIAUX, Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, op.cit., p. 72.

فـي جميـع القـرارات الصـادرة عنهـا. ففـي قضيـة (Joy mining)[1]، طبقـت هيئـة التحكيـم اختبـار سـاليني وقـررت بـأن العقـد المبـرم بيـن الشـركة الإنجليزيـة والمؤسسـة العامـة للمشـاريع الصناعيـة والتعديـن فـي مصـر لغايـات توريـد المعـدات اللازمـة لتوريـد الفوسـفات هـو عقـد بيـع عـادي وأن خطـاب الضمـان المقـدم ضمانـاً لهـذا العقـد لا يشـكل اسـتثمارًا بمفهـوم المـادة 25/1 مـن اتفاقيـة واشـنطن، وذلـك لأن مـدة الالتـزام لـم تكـن طويلـة، كمـا أن ثمـن العقـد تـم دفعـه مـرةً واحـدة، فضـلاً عـن عـدم وجـود انتظـام فـي الأربـاح. كمـا لـم يكـن هنـاك أي مخاطـرة عـدا تلـك المرتبطـة بالعقـود التجاريـة. وأخيـراً أشـارت هيئـة التحكيـم بأنـه وعلـى الرغـم مـن القيمـة الكبيـرة لخطـاب الضمـان إلا أنـه لا يشـكل مسـاهمة هامـة وكبيـرة فـي الاقتصـاد المصـري.

أيضـاً طبقـت هيئـة التحكيـم اختبـار سـاليني فـي قضيـة (Bayindir) ضـد الباكسـتان حيـث قضـت بـأن العقـد المبـرم بيـن الطرفيـن بخصـوص إنشـاء طريـق سـريع يربـط إسـلام أبـاد وبيشـاور يشـكل اسـتثماراً[2]. وتبنـت هيئـة التحكيـم ذات الموقـف فـي قضيـة (Jan de Nul) ضـد مصـر حيـن اسـتخدمت اختبـار سـاليني لتكييـف الاتفـاق المبـرم بيـن الشـركة البلجيكيـة ومصـر مـن أجـل توسـيع جـزء مـن قنـاة السـويس علـى أنـه عمليـة اسـتثمار[3].

كمـا اعتمـدت هيئـة التحكيـم علـى اختبـار سـاليني حديثًـا فـي قضيـة (Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc) ضـد بنمـا عـام 2017، للخلـوص إلـى أن مجـرد تسـجيل علامـة تجاريـة لا يعـد اسـتثماراً بحـد ذاتـه، طالمـا أنـه لا ينتـج عـن هـذا التسـجيل عوائـد ماليـة وأنـه يهـدف فقـط إلـى حمايـة العلامـة التجاريـة مـن المنافسـة. وأكـدت الهيئـة بـأن تسـجيل العلامـة التجاريـة لا يشـكل اسـتثمارًا إلا إذا تـم اسـتغلال تلـك العلامـة ضمـن نشـاط يتضمـن خصائـص العمليـة الاسـتثمارية[4].

بالمقابـل، لا تشـكل معاييـر سـاليني اجماعـاً فـي قـرارات محاكـم التحكيـم فـي إطـار المركـز

(1) Joy Mining Machinery Ltd. V. The Arab Republic of Egypt, op. cit., p. 499 - 503.

(2) Affaire Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c. République islamique du Pakistan, op cit, p. 35 - 37.

(3) Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c./République Arabe d'Egypte, ICSID Décision No (ARB / 04/13), sentence du 16/6/2006, § 91.

(4) Affaire Bridgestone Licensing Services, Inc. and Bridgestone Americas, Inc. v./Republic of Panama, Affaire N° (ARB/16/34), Décision du 13 décembre 2017, § 177.

في ذات السياق، انظر أيضا قضية (Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A) ضد اسبانيا عام 2018:

Affaire Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v./Spain, Affaire N° (ARB/14/1), Sentence arbitrale du 16 mai 2018.

الدولي حيث اتجهت هذه المحاكم إلى تطبيق هذه المعايير على نحو موسّع جداً.

ثانيًا- التطبيق الموسّع للاتجاه الضيق:

بالنظر إلى أن هيئات التحكيم في إطار المركز الدولي غير ملزمة باتباع قرارات الهيئات السابقة، فقد مارست سلطتها التقديرية في تطبيق الاتجاه الموضوعي الذي أسس له اختبار ساليني. ففي الوقت الذي اتفقت فيه هيئات التحكيم على أن تحديد مفهوم الاستثمار يتوقف ابتداءً على جملة من المعايير، إلا أنها اختلفت حول ماهية هذه المعايير وطريقة التعامل معها مما أدى إلى تباين مواقفها وتناقضها في هذا الصدد.

حيث تضاربت الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم داخل المركز الدولي حول معيار التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة. فبينما تواترت بعض هيئات التحكيم على استبعاد هذا المعيار، اعتمدت هيئات أخرى عليه كمعيار أساسي لتحديد مفهوم الاستثمار. ففي قضية (L. E. SI.-Depenta) ضد الجزائر أثير التساؤل فيما إذا كان عقد الامتياز يشكل استثمار بمفهوم اتفاقية واشنطن. أجابت هيئة التحكيم بالإيجاب وبررت ذلك بتحقق الشروط الثلاثة المتعلقة بالمساهمة والمدة الزمنية والمخاطرة. وأشارت الهيئة إلى أنه ليس من الضروري أن يساهم الاستثمار بتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة لكونه من الصعب التحقق من هذا المعيار ولأنه متضمنٌ في الشروط الثلاث الأخرى[1]. كذلك في قضية (Pey Casado) ضد التشيلي، أكدت هيئة التحكيم على أن معيار المساهمة في التنمية الاقتصادية ورد في ديباجة اتفاقية واشنطن، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك لا يشكل شرطًا وأنه يستنتج من بقية الشروط الأخرى[2].

أيضاً في قضية (Fackes) ضد تركيا دفعت الحكومة التركية بعدم اختصاص المركز لأن الاستثمار الذي قام به المستثمر الهولندي من خلال شراء أسهم في أكبر شركة اتصالات لم يساهم في تنمية الاقتصاد التركي، ومن ثم لا يشكل استثماراً بمفهوم الاتفاقية. رفضت هيئة التحكيم ذلك وأكدت بأن معيار المساهمة في التنمية الاقتصادية ليس بالضروري أن يتحقق وإلا ترتب على ذلك استبعاد عدد كبير من الاستثمارات من نطاق اختصاص المركز، وهو بالتالي لا يعد من عناصر تعريف الاستثمار الوارد في اتفاقية واشنطن[3].

(1) L.E.S.I S.P. A et Astaldi S.P.A c./ République d'Algérie, affaire CIRDI No. (ARB/05/3), décision sur la compétence et la recevabilité, le 12 Juillet 2006, § 72.

(2) Victor Pey Casado c/ Chili, affaire CIRDI N° (ARB/98/2), décision sur la compétence du 8 Mai 2008, § 232.

(3) Fackes v. Republic of Turkey, ICSID case No. (ARB/07/20), 14 July 2010, § 84, 111.

ولا شك أن معيار المساهمة في التنمية الاقتصادية هو معيار مطاط ولا يمكن قياسه بشكل موضوعي؛ فهو يختلف من حالة لأخرى ومن دولة لأخرى تبعًا للوضع الاقتصادي والسياسي للدولة المضيفة. فلا يمكن مقارنة أثر مشروع استثماري كبير على اقتصاد دولة نامية بناتج محلي متواضع بأثره على دولة متقدمة ذات ناتج محلي ضخم. كما أن التنمية الاقتصادية أوسع من أن يتم حصرها بمشروع اقتصادي واحد وفي قطاع اقتصادي معين[1].

وعلى الرغم مما سبق، تبنى اتجاه قضائي في إطار المركز الدولي منحىً مغايرًا تمامًا يأخذ بمعيار التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة كمعيار وحيد للاستثمار. وجاء هذا الاتجاه متأثرًا بتيار فقهي مهم بدا ليبراليًا إلى حدٍ بعيد[2]؛ إذ رأى فيه البعض «وسيلة لفتح أبواب المركز الدولي على مصراعيها لكل أشكال العمليات الاقتصادية التي لها علاقة بفكرة الاستثمار»[3]. ويستند هذا التيار إلى اتفاقية واشنطن باعتبارها لم تأتِ إلا بمعيار وحيد هو معيار التنمية الاقتصادية والذي ورد في الديباجة.

ففي قضية (Ceskoslovenska Obchodni Banka) ضد سلوفاكيا، أكدت محكمة المركز بأن اتفاقية واشنطن لم تضع أي قيود لتحديد مفهوم الاستثمار وأن الاستثمار مفهوم يجب أن يفسر على نحو واسع، وأضافت بأنه عندما تساهم عملية الاستثمار في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، فإنه يمكن اعتبارها استثمارًا بمفهوم اتفاقية واشنطن دون أن تتوافر بالضرورة المعايير الأخرى كالمساهمة والمخاطرة[4].

بالمقابل، في عام 2009 ظهر اتجاه موضوعي متشدد بحيث نظم أكبر قائمة معايير لتحديد الاستثمار بحيث احتوت القائمة على معايير سالبني وأضاف عليهم معايير أخرى تتمثل بمعيار المشروعية وحسن النية. وتمثل ذلك في قضية (World Duty free) ضد

(1) Alpha Projecktholding GMBH v. Ukraine, ICSID case No. (ARB/07/16), decision 11 August 2010, § 312.

(2) C. SCHREUER, « Commentary on the ICSID Convention: Article 25 », ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 1996, p. 363, G. R. DELAUME, « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)», J. D. I., 1982, p. 775, P. KAHN, « L'extension de la notion d'investissement », sous la direction de J. BOURRINET, Les investissements français dans le Tiers-Monde, Paris, Economica, 1984, p. 112, cités par Emmanuel ANTOINE, préc., p. 27.

(3) D. E. ONGUENE ONANA, op. cit., p. 244

(4) Affaire Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie, décision sur la compétence du 24 mai 1999, CIRDI affaire No. (ARB/97/4), § 64, 90.

كينيا حيث دفعت هيئة التحكيم بعدم اختصاصها بسبب سوء نية المستثمر وعدم مشروعية استثماره، وذلك لأن عقد الامتياز الذي كان المستثمر قد حصل عليه تحقق عن طريق الرشوة المقدمة وقتئذ إلى الرئيس الكيني[1]. ومؤخراً أكدت هيئة التحكيم على شرط المشروعية في قضية (Infinito Gold Ltd) ضد كوستاريكا عام 2017[2].

في ذات الاتجاه، في قضية (Phoeinex) ضد التشيك ثارت المسألة حول مدى اعتبار عقد شراء شركتين في التشيك من قبل شركة وهمية أنشئت لغايات التهرب من تجميد أموالها عملية استثمار. ذكرت هيئة التحكيم أن هنالك 6 معايير من الواجب توافرها للقول بوجود استثمار وهي: المساهمة المالية، مرور مدة زمنية معينة، المخاطرة، التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، وأن يتم الاستثمار وفقًا لقوانين الدولة المضيفة، وأن يكون الاستثمار بحسن نية[3]. وخلصت هيئة التحكيم إلى أن جميع المعايير مستوفاة باستثناء معيار حسن النية الذي لم يكن متوفراً. وتكرر ذات الأمر في قضية (Malicorp) ضد مصر حيث دفعت هيئة التحكيم بعدم اختصاصها عندما تبين لها أن عقد الاستثمار المبرم بين الحكومة المصرية والشركة المستثمرة بهدف تشغيل مطار رأس سد لما كان ليُبرم لو لم تقدم الشركة المستثمرة مستندات مغايرة للواقع للفوز بالعطاء، وهو ما يثبت أن الاستثمار قد تم بسوء نية[4].

الفرع الثالث: الاتجاه المختلط (Bouble Barrelled-test)

يجمع هذا الاتجاه بين الاتجاهين الموسع والضيق، وهو ما يبرر تسميته بالاتجاه المختلط (Double Barrelled) أو (Double Keyhole). حيث اعتمدت هيئات التحكيم لتحديد مفهوم الاستثمار على كل من اتفاقية واشنطن والاتفاقية الثنائية للاستثمار التي تحكم

(1) World Duty Free v. Republic of Kenya, ICSID case No. (ARB/00/07), 4 October 2006, § 72, 167.

كذلك اعتبرت بعض الاحكام أعمال الغش والتدليس الصادرة عن المستثمر للحصول على تسهيلات او مزايا لمشروعه من قبل الدولة المضيفة للاستثمار كافية لنزع صفة الاستثمار عن نشاطه، مثال ذلك قضية:

Inceysa Vallisoletana, v. Republic of El-Salvador, ICSID case No. (ARB/03/26), 2 August 2006, § 34.

(2) Affaire Infinito Gold Ltd c./Costa Rica, CIRDI Affaire N° (ARB/14/5), Décision sur la juridiction du 4 décembre 2017, § 139 et 140.

(3) Affaire Phoenix action Ltd c/ République Tchèque, CIRDI No. (ARB/06/6), sentence du 15 Avril 2009, p. 52 - 56.

(4) Malicorp v. Arab Republic of Egypt, ICSID case No. (ARB/08/18), 7 February 2011, § 134.

النـزاع؛ بحيـث ينبغـي أن تكـون عمليـة الاسـتثمار واردة فـي قائمـة الاسـتثمارات المتضمنـة فـي الاتفاقيـة الثنائيـة للاسـتثمار، بالإضافـة إلـى وجـوب توافـر الشـروط الموضوعيـة للاسـتثمار وفقـاً لاتفاقيـة واشـنطن[1]. وقـد تـم تبنـي هـذا الاتجـاه صراحـةً فـي قضيـة (Abaclat et others) ضـد الأرجنتيـن[2].

ويُثـار التسـاؤل هنـا حـول كيفيـة الجمـع بيـن هذيـن المفهوميـن. ويجيـب المحكمـون علـى هـذا التسـاؤل مـن خـلال التأكيـد علـى أن هذيـن المفهوميـن مكمـلان لبعضهمـا البعـض، وليـس بالضـرورة متطابقيـن بحيـث يكفـي أن تنـدرج عمليـة الاسـتثمار ذاتهـا فـي نطـاق المفهوميـن[3]. ذلـك أن المفهـوم الـوارد فـي اتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة يعكـس الرغبـة فـي تشـجيع الاسـتثمارات مـن خـلال تحديـد الإطـار العـام لشـروط تشـجيع المسـتثمرين الأجانـب علـى تقديـم مسـاهماتهم، بينمـا يتعلـق مفهـوم الاسـتثمار الـوارد فـي اتفاقيـة واشـنطن بحمايـة ثمـار ونتائـج المسـاهمات المقدمـة مـن المسـتثمرين الأجانـب[4].

وقـد سـبق أن أكـدت محكمـة التحكيـم فـي إطـار المركـز الدولـي فـي قضيـة (Malaysian Historic Salvors)[5] علـى ذلـك عندمـا أشـارت إلـى أنـه وفقًـا للاتجـاه المختلـط، فـإن النتيجـة التـي تفيـد بـأن العقـد مسـتوفٍ لتعريـف الاسـتثمار وفقـاً لاتفاقيـة الاسـتثمار الثنائيـة لا يعـد كافيًـا لانعقـاد ولايـة المحكمـة فـي حـال فشـل العقـد فـي تلبيـة المعيـار الموضوعـي للاسـتثمار وفقـاً للمعنـى الـوارد فـي اتفاقيـة واشـنطن.

إلا أن هيئـة التحكيـم فـي القضيـة (Abaclat et others) أعـلاه، اتخـذت موقفًـا مناقضًـا عندمـا تغاضـت عـن تطبيـق المعاييـر الموضوعيـة لتحديـد مفهـوم الاسـتثمار مبـررة موقفهـا علـى سـند مـن القـول إن الهـدف مـن اتفاقيـة واشـنطن يتمثـل فـي تعزيـز الاسـتثمار وأن المعاييـر الموضوعيـة التـي أوردهـا قـرار سـالیني غيـر منصـوص عليهـا فـي الاتفاقيـة ذاتهـا[6]. وهـو

(1) D. E. ONGUENE ONANA, op. cit., p. 82.

(2) Affaire Abaclat et autres c./République d'Argentine, CIRDI N° (ARB/07/5), décision sur la compétence et l'admissibilité du 4 août 2011, § 351.

(3) Affaire Abaclat et autres c./République d'Argentine, op. cit., § 349.

(4) Ibid.

(5) Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, op. cit.

(6) Affaire Abaclat et autres c./République d'Argentine, op. cit., § 365.

في ذات الاتجاه، انظر

Affaire Malicorp Limited c./ Egypte, Affaire CIRDI No. ARB/08/18, Sentence du 31/1/2011, p. 31 - 32.

ما يعني أن هيئة التحكيم لم تطبق فعلياً الاتجاه المختلط، وإنما اعتمدت فقط على المعيار الشخصي.

بالمقابل، نجحت هيئة التحكيم في قضية (KOMSA) ضد فنزويلا عام 2017، بتبني اتجاهاً مرنًا حيث أكدت هيئة التحكيم بأن معايير ساليني ليست متطلبات أساسية وأنه «من غير المقبول تقسيم عملية الاستثمار إلى أجزاء-مثل النقانق-بحيث يدّعى بأن أحد هذه الأجزاء لا يشكل بمفرده استثماراً، في حين أنه جزء لا يتجزأ من الاستثمار ككل»[1]. كما لم تتغاض هيئة التحكيم عن التأكد من توافق عملية الاستثمار مع الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الطرفين.

وإذا كان تعدد المعايير في اجتهادات المركز الدولي جعل من مفهوم الاستثمار مفهوماً غير مستقر، يلاحظ أيضاً بأن موقف هيئات التحكيم من هذا المفهوم بدا متناقضًا.

المطلب الثاني: مفهوم متناقض

من خلال نظرة معمقة إلى الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، نجد أن هيئات التحكيم عمدت في الأحكام الصادرة عنها إلى مد اختصاص المركز إلى دعاوى لا تتعلق بمنازعات قانونية مرتبطة بالاستثمار، وإنما منازعات قانونية عادية يمكن أن تنشأ خارج إطار عملية الاستثمار. وقد أسفر موقف هيئات التحكيم هذا إلى خلق نظام جديد للامتيازات الأجنبية، بحيث بات لكل متعامل اقتصادي تقريباً الحق في اللجوء إلى المركز الدولي ووقوفه خصماً ضد الدولة المضيفة على نحو يؤدي إلى الحد من قدرة الدولة المضيفة على السيطرة على المراكز القانونية للمستثمرين المتواجدين على أرضها[2].

والمتتبع للأحكام الصادرة عن المركز الدولي يلاحظ جلياً أن هيئات التحكيم على اختلافها، وعلى تنوع الاتجاهات التي تبنتها، عجزت عن الوصول إلى تحديد مفهوم واضح للاستثمار. بل على العكس من ذلك، بدا موقفها متناقضاً حيال المفهوم الواحد للاستثمار، فضلاً عن تناقض هذا الموقف مع السياق التاريخي لنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن.

(1) Affaire Koch Minerals SÁRL (KOMSA), Koch Nitrogen International SÁRL (KNI) v./Venezuela, CIRDI N° (ARB/11/19), Sentence du 30 octobre 2017, § 6.59.

(2) يحي إكرام بدر، مفهوم الاستثمار في المادة 25 من معاهدة واشنطن لعام 1965، International Review of Law، Alexandria، 2014، Issue N° 2، ص 15.

الفرع الأول: تناقض موقف المركز حيال المفهوم الواحد للاستثمار

في العديد من الأحكام الصادرة عن المركز الدولي بدا موقف المركز متناقضاً حتى تجاه المفهوم الواحد للاستثمار. حيث بدا هذا التناقض صارخاً سواء في إطار الأحكام التي تبنت الاتجاه الرضائي الموسع أو في إطار تلك التي تبنت الاتجاه الموضوعي الضيق.

فقد أسفر تبني الاتجاه الرضائي عن عدم إمكانية الوصول أبدًا إلى تعريف واحد لمفهوم الاستثمار. ولتوضيح ذلك نستعرض موقف هيئات التحكيم في القضيتين: (Fedax)[1] و(Global Trading)[2]. ففي القضيتين كان سبب النزاع هو الإخلال بالتزام عقدي، غير أن موقف هيئات التحكيم من القضيتين بدا متناقضًا جدًا. ففي قضية (Fedax) كان الخلاف قائمًا بين شركة سمسرة مالية وحكومة فنزويلا حول استيفاء سندات إذنيه، أي حول إخلال بالتزام عقدي بالوفاء. إلا أن هيئة التحكيم التي نظرت الدعوى رأت أن النزاع مرتبط بعملية استثمار بالنظر إلى أن عائد طرح السندات الإذنيه كان قد استخدم لتمويل مشروعات البنى التحتية مما يجعل منه-من وجهة نظرها- يستحق الحماية بموجب اتفاقية واشنطن[3]. في حين أنه في قضية (Global Trading) كان الخلاف القائم بين شركة الدواجن الأمريكية والحكومة الأوكرانية حول تخلف الأخيرة عن دفع ثمن شحنة الدواجن. وفي تلك الدعوى، دفعت الحكومة الأوكرانية بعدم اختصاص المركز الدولي بنظر النزاع كونه غير متعلق بالاستثمار وإنما مرتبط بمنازعة عقدية عادية[4]. وفعلاً استجابت هيئة التحكيم لهذا الدفع وأكدت -على حق- أن المنازعة تدور حول بنود عقد بيع وأن الخسائر التي تكبدتها شركة الدواجن لم تكن ذات صلة بالاستثمار[5].

ففي القضيتين المذكورتين، كان النزاع يتعلق بإخلال بتنفيذ بنود العقد من قبل الدولة المدعى عليها، غير أن موقف هيئات التحكيم كان متباينًا جدًا؛ ففي قضية (Fedax) ضد فنزويلا، رأت الهيئة أن الإخلال بدفع قيمة السندات هو مساس بحق عقدي يعد استثمارًا وفقًا للاتفاقية الفنزويلية-الهولندية لتشجيع الاستثمار، بينما في قضية (Global Trading) ضد أوكرانيا، لم ترَ هيئة التحكيم بأن التخلف عن دفع ثمن الدواجن مساسًا بحق عقدي يعد استثمارًا وفقًا لاتفاقية الاستثمار الأمريكية-الأوكرانية.

(1) Affaire Fedax NV c./République du Venezuela, op. cit.

(2) Global Trading v./Ukraine, ICSID case No. (ARB/09/11), Decision 10/12/2010, § 39.

(3) Affaire Fedax NV c./République du Venezuela, op. cit., § 42.

(4) Global Trading v./Ukraine, op. cit., § 41.

(5) Global Trading v./Ukraine, op. cit., § 56.

أما في إطار الاتجاه الموضوعي الضيق، فلم تتوصل هيئات التحكيم ايضًا إلى تعريف محدد لمصطلح الاستثمار؛ لأنها عمدت إلى تفسير المعايير التي أوردها اختبار ساليني تفسيرًا واسعًا جدًا على نحو يؤدي إلى تكييف أغلب العمليات الاقتصادية على أنها استثمار الأمر الذي نجم عنه توسيع الاختصاص الموضوعي للمركز. ففيما يخص عنصر المساهمة، اعتبرت هيئة التحكيم في قضية (Bayindir)[1] أن تقديم ضمان بنكي شكلاً من أشكال المساهمة العينية التي يقدمها المستثمر، على الرغم من أن تقديم الضمانات البنكية غير مقتصر على العقود الاستثمارية وإنما يقترن بمعظم عقود التجارة الدولية.

أما فيما يتعلق بعنصر المخاطرة، فالأصل أن عنصر الخطر الذي يميز عملية الاستثمار ناجم عن الكيفية التي يحصل بموجبها المستثمر على عوائده[2]، بحيث إذا كانت العوائد مرتبطة باستغلال المشروع اعتبرت العملية استثمارًا، ذلك أن المستثمر يتحمل مخاطر اقتصادية لا يمكنه معرفتها وقت اتخاذه قرار الاستثمار. إلا أن هيئات التحكيم في المركز الدولي لم تطبق هذا المفهوم وإنما خلطت بين المخاطر التجارية العادية التي تقوم عليها جميع الأعمال التجارية وبين المخاطر الاقتصادية التي يتحملها المستثمر الأجنبي، بدليل أن هيئة التحكيم في قضية (Fedax) قضت بتوافر عنصر المخاطرة في عملية قرض[3]. أيضًا اعتبرت هيئات التحكيم في قضية (Consortium) ضد المغرب[4]، أن مجرد التعاقد مع الدولة المضيفة مخاطرة بحد ذاتها بالنظر إلى ما تملكه الدولة من امتيازات السلطة العامة. ولا شك أن هذا التوجه مجافٍ للواقع والمنطق، حيث يفترض هذا الطرح أن الدولة تستخدم دوماً امتيازاتها في حين أن التشريعات الخاصة بالاستثمار تضمن للمستثمر تنازل الدولة عن امتيازات السلطة العامة. أضف إلى أن هذا الطرح سيؤدي إلى سحب عنصر المخاطرة إلى على كل من يتعامل مع الدولة، ومن ثم لا يصلح لاعتماده كأساس لتفسير عنصر المخاطرة المرتبط بالاستثمار[5].

---

(1) Affaire Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS c./République islamique du Pakistan, op cit, § 119.

(2) قبايلي طيب، مرجع سابق، ص 58.

(3) Affaire Fedax NV c./République du Venezuela, op. cit.

في ذات الاتجاه، انظر أيضاً (Affaire Ceskoslovenska Obchodni Banka c. République de Slovaquie, op. cit., § 64, 90) حيث ذهبت هيئة التحكيم إلى وجوب تفسير مفهوم الاستثمار على نحو واسع دون أن تتوفر بالضرورة العناصر الأخرى ولا سيما عنصري المساهمة والمخاطرة.

(4) Consortium R.F.C.v./Kingdom of Morocco, ICSID Case N°. (ARB/00/6), Decision 16/7/2001, § 63

(5) يحي إكرام بدر، مرجع سابق، ص 16.

ذات الأمر بالنسبة لمعيار التنمية الاقتصادية حيث لا يوجد مؤشرات واضحة تحدد الآلية التي تعتمد عليها هيئات تحكيم المركز الدولي لتقدير مدى مشاركة عملية اقتصادية معينة في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة. بل نجد أن هيئات التحكيم بالغت في تقدير الدور الذي يلعبه المستثمر في اقتصاد الدولة المضيفة بهدف التمسك باختصاصها في منازعات تخرج بطبيعتها عن منازعات الاستثمار. ففي قضية (Jan de Nul) ضد مصر[1]، ذهبت هيئة التحكيم إلى اعتبار أعمال المقاولات التي قامت بها الشركة لتوسيع المجرى الملاحي لقناة السويس مساهمة في التنمية الاقتصادية لمصر، على الرغم من أن الشركة لم تكن تتولى أعمال إدارة القناة ولا تقديم خدمات للسفن العابرة منها، ومن ثم لم تكن أعمال المقاولات التي قامت بها الشركة تختلف عن أي عمال مقاولات أخرى.

ولم يقتصر الموقف المتناقض للمركز الدولي على المفهوم الواحد للاستثمار في إطار قضايا ذات موضوعات متماثلة أو متشابهة، بل إن التناقض بلغ حده حتى في إطار القضية الواحدة. ففي قضية (Patrick Mitchell) ضد الكونغو[2]، اعتمدت هيئة التحكيم على الاتجاه الشخصي الموسع لاعتبار أعمال شركة المحاماة من قبيل الاستثمار مستندةً في ذلك إلى اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية والكونغو. إلا أن اللجنة الخاصة بنظر طلب الإبطال المقدم من الكونغو توصلت إلى نتيجة مخالفة تمامًا مفادها عدم اعتبار أعمال شركة المحاماة من قبيل الاستثمار معتمدة في ذلك على معايير اختبار سالويني.

ذات الأمر في قضية (Malaysian Historic Salvors) ضد ماليزيا[3]، اعتمدت هيئة التحكيم على اختبار سالويني للتوصل إلى أن أعمال إنقاذ السفينة البريطانية التي غرقت عام 1817م قبالة السواحل الماليزية لا تعد من قبيل الاستثمار. إلا أن موقف اللجنة الخاصة التي نظرت طلب الإبطال المقدم من الشركة الإنجليزية تبنت موقفاً مغايراً عندما توصلت إلى اعتبار أعمال إنقاذ السفينة من قبيل الاستثمار معتمدةً في ذلك على الاتجاه الشخصي[4].

(1) Jan de Nul N.V. et Dredging International N.V. c./République Arabe d'Egypte, op. cit.

(2) Mitchell v. Congo, ICSID, Case No (ARB/99/7), op. cit., § 24.

(3) Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, ICSID case N° (ARB/05/10), Aword on juridiction, 17/5/2007, p. 36 - 49.

(4) Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, décision d'annulation du 16 avril 2009, op. cit., p. 35 - .36.

الفرع الثاني: تناقض موقف المركز مع السياق التاريخي لنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن

بيّنا من خلال ما تقدم أن الأحكام الصادرة عن المركز الدولي هدفت إلى تدويل منازعات الاستثمار وخلق نوع من الامتيازات الأجنبية، وليس حماية الاستثمار باعتباره نشاطًا اقتصاديًا، حيث عمد المركز الدولي إلى مد اختصاصه ليشمل منازعات من طبيعة عادية لا تتعلق بالاستثمار على النحو الذي قصدته اتفاقية واشنطن.

وفي الحقيقة، كلا الاتجاهين اللذين تبناهم المركز الدولي لتحديد مفهوم الاستثمار يتعارضان مع السياق التاريخي لنص المادة 25 من اتفاقية واشنطن. فالاتجاه الرضائي الموسع يتعارض مع وجود قواعد اختصاص قضائي للمركز محددة بموجب المادة 25 من الاتفاقية. فضلاً عن أن الاتجاه الموسع يتعارض جوهريًا مع أهداف الاتفاقية التي أنشأت المركز الدولي كمؤسسة تحكيمية متخصصة فقط في تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وهو بذلك يختلف عن باقي مؤسسات التحكيم العادية. كما أن اعتماد هيئات التحكيم على إرادة الأطراف لتحديد مفهوم الاستثمار يتعارض-كما أسلفنا- مع نص المادة 41/1 من الاتفاقية والتي تنص على أن المحكمة محكومة باختصاصها.

لا يختلف الأمر بالنسبة للاتجاه الضيق والذي اعتمد معاييرًا موضوعية حيث إن أهم ثلاث معايير أساسية تم الاعتماد عليها من خلال هيئات التحكيم المختلفة كانت قد استبعدت صراحةً خلال مرحلة إعداد اتفاقية واشنطن[1].

ففي قضيتي (Joy Mining) ضد مصر[2]، و(Malaysian Historic Salvors) ضد ماليزيا[3]، قضت هيئات التحكيم باستبعاد الطبيعة الاستثمارية للنشاط الأجنبي بسبب عدم كفاية قيمة المساهمة. إلا أن هذه المتطلبات المتعلقة بوجود حد أدنى لقيمة المنازعة قد تم رفضها مراراً وتكراراً أثناء صياغة الاتفاقية؛ إذ رفضت المسودة الأولى للاتفاقية الاقتراح الذي قدم من قبل البعض حول وجوب قصر اختصاص المركز بالدعاوى التي لا تقل قيمتها عن 100 ألف دولار، على اعتبار أن العامل الحاسم في قبول الاختصاص هو القيمة الكلية للاستثمار، وليس قيمة الدعوى[4].

أيضاً فيما يتعلق بمعيار المدة الزمنية التي تبناها اختبار ساليني متأثرًا بالمدة المقترحة

(1) راجع الأسباب التاريخية لغياب مفهوم الاستثمار في اتفاقية واشنطن ضمن المبحث الأول.

(2) Joy Mining Machinery Ltd. V. The Arab Republic of Egypt, op. cit., p. 499 - 503.

(3) Affaire Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Gouvernement de Malaisie, ICSID case N° (ARB/05/10), op. cit.,p. 36.

(4) Julian Davis MORTENSON, op. cit., p. 297.

من قبل بعض الفقه والتي تتراوح بين عامين وخمسة أعوام، واستبعدت هيئة التحكيم على أساسها تكييف العملية على أنها استثمار في قضية (Malaysian Historic Salvors) بالنظر إلى أن المدة الزمنية المعتادة كانت مقدرة بثمانية عشر شهراً، فجديرُ بالذكر أن كل الجهود التي هدفت إلى وضع مدة زمنية أثناء صياغة الاتفاقية باءت بالفشل وتم رفضها بشدة من قبل اللجنة القانونية إلى أن تم استبعادها من المسودة النهائية للاتفاقية بعد مشادات حادة[1].

وبذلك يتضح جليًّا أن الاتجاه الضيق قد تم رفضه خلال مرحلة المفاوضات على الرغم من المحاولات العديدة والمتكررة لتضمينه في ثنايا الاتفاقية. ولا شك أن هكذا نتيجة تقودنا إلى سؤالٍ مهم: ما هي حدود مفهوم الاستثمار الوارد في المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن والتي أرادها واضعو الاتفاقية؟ لقد قدمت هيئات التحكيم التي تبنت الاتجاه المختلط الإجابة عن هذا التساؤل، وإن كان يؤخذ عليها عدم تطبيق المعيار على النحو المقصود.

وبناءً عليه نرى بأن الاتجاه الشخصي لا يمكن أن ينجح في إعطاء الاستثمار مفهومًا واضحًا محددًا، كما أننا لا نحبذ التطبيق المتشدد لمعايير سالييني، حيث إن هذا التشدد في التطبيق قد يؤدي إلى استبعاد بعض العمليات من دائرة الاستثمار التي رسمها الأطراف لتعاملاتهم. ومن هنا يجدر إيجاد اتجاه موضوعي مرن، بحيث لا يتم الاعتماد على معايير سالييني على أنها شروط ومتطلبات للاستثمار وإنما خصائص مميزة للاستثمار. وينبني على ذلك أن غياب بعض تلك الخصائص لا يترتب عليه بالضرورة استبعاد العملية من نطاق اختصاص المركز الدولي. كما لا يمكن لإرادة الأطراف أن تعمل على تعريف الاستثمار لوحدها، وإنما يجب أن يتضمن الاستثمار حدودًا لا يرجع للأطراف تحديدها. ومع ذلك قد تكون العمليات الواردة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية أحد العناصر التي تأخذها هيئات التحكيم بعين الاعتبار عند البت في اختصاصها، وعند البت بشكل خاص بشرط تراضي الأطراف على اختصاص المركز.

الخاتمة:

بعد تتبع الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم المشكلة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وتحليل تلك الأحكام في ضوء نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن والسياق التاريخي لإعداد الاتفاقية والأهداف المرجوة من إنشاء المركز الدولي، اتضح لنا جليًّا أن هيئات تحكيم المركز الدولي اختلفت في تحديد أشكال الأنشطة الاقتصادية التي تعد استثمارًا كشرط جوهري لانعقاد الاختصاص الموضوعي للمركز. فتذبذب مفهوم

(1) Ibid., p. 297. See also the references cited by this author.

الاستثمار في قضاء المركز تبعاً للاتجاه الذي تبنته هيئات التحكيم المختلفة، إذ تبنت بعض هيئات التحكيم اتجاهًا موسعًا بحيث تركت تحديد مفهوم الاستثمار لمحض إرادة الأطراف، بينما اعتمدت هيئات أخرى اتجاهًا ضيقًا يرتكز على معايير موضوعية لبيان المقصود بالاستثمار، فيما ظهر توجه حديث جمع بين الاتجاهين. وقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات نجملها بالآتي:

أولاً- أثبتت لنا الدراسة أن غياب تعريف مصطلح الاستثمار في اتفاقية واشنطن كان إراديًا، بل كان نتيجة تعارض مواقف ممثلي الدول المتفاوضة حول مفهوم الاستثمار.

ثانيًا- تبين لنا فشل الاتجاه الرضائي الموسع في تحديد مفهوم الاستثمار والسبب في ذلك يرجع إلى حقيقة أن أغلب اتفاقيات الاستثمار الثنائية تحتوي على مفاهيم واسعة للاستثمار، بحيث تؤدي إلى بسط اختصاص المركز الدولي على منازعات لا تتعلق بالضرورة بالاستثمار الأجنبي في الدولة المضيفة، وهو أمر يتناقض مع الهدف الذي أنشئ من أجله المركز. فضلاً عن أنه من الصعب تقبّل فكرة تغير النطاق الموضوعي لاتفاقية واشنطن من حالة إلى أخرى تبعًا لاختلاف إرادة المتقاضين أو لتعدد الاتفاقيات الثنائية للاستثمار والتي هي مجرد نصوص تطبيقية مقارنةً بالنصوص الرئيسة الواردة في اتفاقية واشنطن.

ثالثًا- على الرغم من صحة الطرح الذي يقوم عليه الاتجاه الموضوعي، بالنظر إلى ضرورة الاستناد إلى معايير موضوعية تخرج عن مجرد موافقة الطرفين لتكييف نشاطٍ ما على أنه استثمار وفقًا لنص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن، إلا أنه اتضح لنا بأن هيئات التحكيم لم تتعامل مع تلك المعايير بالشكل الصحيح وتناقضت مواقفها وتذبذبت في طريقة التعامل معها. فتارةً تشددت بالتعامل مع تلك المعايير بحيث حولتها من مجرد خصائص ذات طابع وصفي إلى مجموعة من المتطلبات الإلزامية. وتارةً أخرى طبقت تلك المعايير بصفة موسعة على نحوٍ أثر سلباً على مفهوم الاستثمار وبالنتيجة على الاختصاص الموضوعي للمركز.

رابعًا- اعتمدت هيئات التحكيم التي تبنت الاتجاه المختلط على كل من اتفاقية واشنطن والاتفاقية الثنائية للاستثمار التي تحكم النزاع؛ بحيث اشترطت أن تكون عملية الاستثمار واردة في قائمة الاستثمارات المتضمنة في الاتفاقية الثنائية للاستثمار، إضافة إلى وجوب توافر الشروط الموضوعية للاستثمار وفقًا لاتفاقية واشنطن. غير أنه تبين لنا أن هيئات التحكيم التي زعمت تطبيق هذا الاتجاه، اتخذت موقفًا مناقضًا حين تغاضت عن تطبيق المعايير الموضوعية لتحديد مفهوم الاستثمار. وهو ما يعني بأنها لم تطبق فعليًا الاتجاه المختلط، وإنما اعتمدت فقط على المعيار الشخصي.

خامسًا- على الرغم من اختلاف الاتجاهات التي تبنتها هيئات التحكيم المختلفة والمشكلة في إطار المركز الدولي، إلا أن جميعها اشتركت في توفر رغبة واضحة في مد اختصاص المركز الدولي إلى دعاوى لا تتعلق بمنازعات قانونية مرتبطة بالاستثمار، وإنما منازعات قانونية عادية يمكن أن تنشأ خارج إطار عملية الاستثمار. الأمر الذي أسفر عن خلق نظام جديد للامتيازات الأجنبية وأدى إلى فقدان التوازن بين مصالح طرفي علاقة الاستثمار، وهو ما نجم عنه الحد من قدرة الدولة المضيفة على السيطرة على المراكز القانونية للمستثمرين المتواجدين على أرضها.

سادسًا- نوصي هيئات التحكيم بتبني اتجاه موضوعي مرن لتحديد مفهوم الاستثمار يجمع بين المعايير الموضوعية والشخصية؛ بحيث لا يتم التعامل مع معايير سالبني على أنها شروط ومتطلبات للاستثمار وإنما النظر إليها على أنها خصائص مميزة للاستثمار لا يترتب على غياب بعضها استبعاد العملية من نطاق اختصاص المركز الدولي. كما ينبغي على هيئات التحكيم أخذ العمليات الواردة في اتفاقيات الاستثمار الثنائية بين المتنازعين بعين الاعتبار عند البت في الاختصاص الموضوعي للمركز. وهو ما يعني أن تقدير مفهوم الاستثمار يجب أن يتم وفقاً لنص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن أولاً، ثم وفقًا لنصوص الاتفاقية الثنائية المبرمة ثانيًا.

سابعًا- يفترض المفهوم الدقيق للاستثمار، من الناحية القانونية، توافر الخصائص المحددة للعملية من جانب المستثمر، بحيث ينصرف وصف الاستثمار على العمليات الاقتصادية المهمة وإبعاد العمليات المالية أو التجارية البسيطة. وعليه بالنظر إلى العناصر الأساسية للاستثمار، يمكن أن يُعرّف الاستثمار على أنه «كل مساهمة نقدية أو عينية أو صناعية تسمح بالمشاركة في مشروع اقتصادي ينطوي على مخاطر من طبيعة تجارية أو اقتصادية أو سياسية ويمتد لأجل متوسط أو طويل بهدف تحقيق أرباح في المستقبل».

ثامنًا- نوصي الدول المتعاقدة بأن تقترح تعديل نص المادة 25/1 من اتفاقية واشنطن بموجب الصلاحية المقررة لها بموجب المادتين 65 و66 من الاتفاقية، وذلك بهدف ضبط مفهوم الاستثمار الذي اختلفت بشأنه هيئات التحكيم بما يتلاءم مع أهدافها.

تاسعًا- نوصي الدول النامية المضيفة للاستثمار بتبني تعريفٍ دقيق للاستثمار سواء في تشريعات الاستثمار الداخلية أو في اتفاقيات الاستثمار الثنائية التي تبرمها، وذلك بُغية تقييد سلطة هيئات التحكيم في التفسير.

تم بحمد الله،

قائمة المصادر والمراجع:

أولًا- المراجع باللغة العربية:

1. فاطمة الزهرة محمودي، نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2011.
2. قبايلي طيب، التحكيم في عقود الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى على ضوء اتفاقية واشنطن، رسالة دكتوراة في القانون، جامعة مولود معمري-تيزي ويزو، الجزائر، 2012.

الترجمة الحرفية لمصادر ومراجع اللغة العربية: Transliteration Arabic References:

Awwlan – almaraaj'e bil-lughati al'arabiah:

1. Fatimah alzaharh Mahmuody, nitaaq ikhtisas almarkaz aldawly litaswiat munaza'at alistithmar, risalat majsteer, jame'at M'utah, al'urdun, 2011.
2. Qabaily Tayib, at-tahkeem fi 'uquod alistithmar bayn ad-dwal wa ra'aaya ad-dwal al'ukhraa fi daw' itifaaq Washontun , risalat dukturah fi alqanuon , jami'at mawlud mu'ammary - tayzi wazu , aljaza'ir , 2012.

ثانيًا- المراجع باللغات الأجنبية:

ANTOINE (E.), La notion d'investissement au sens de la Convention de Washington du 18 mars 1965, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2014.

DEKASTROS (M.), « Portfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention », The Journal of World Investment & Trade, 2013.

DELAUME (G. R.), « Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) », J. D. I., 1982.

GAILLARD (E.), « Chronique des sentences arbitrales », JDI, N°1, 1999.

GRABOWSKI (A.), The Definition of Investment under the ICSID Convention: A defense of Salini, Chicago journal of international law, Vol. 15, No. 1, Article 13, 2014, p. 301 - 302.

KAHN (P.), « L'extension de la notion d'investissement », sous la direction de J. BOURRINET, Les investissements français dans le Tiers-Monde, Paris, Economica, 1984.

LEGUM (B.) et MOUAWAD (C.), « The meaning of «investment" in the ICSID Convention », sous la direction de BEKKER (P.), DOLZER (R.) et WAIBEL (M.), Making Transnational Law Work in the Global Economy: Essays in Honour of Detlev Vagts, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

MANCIAUX (S.) :

Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, Litec, Paris, 2004.

« The notion of Investment: New controversies » in conference «La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux: aspects récents", article published in «The journal of World Investment and Trade», 17/11/2008.

MORTENSON (J. D.), «The Meaning of investment: ICSID's Traveaux and the Domaine of International Investment law", Harvard International Law Journal, Vol. 51, N° 1, winter 2010.

ONGUENE ONANA (D. E.), La compétence en arbitrage international relatif aux investissements: les conditions d'investissement et de nationalité devant le CIRDI, Bruxelles, Bruylant, 2012.

SCHREUER (C.):

« Commentary on the ICSID Convention: Article 25 », ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1996.

The ICSID Convention: a commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

The Concept of Investment in the Washington Convention of 1965 between the absence of Text and the Inconsistent Jurisprudence of the International Centre for Settlement of Investment Disputes: A Critical Analytical Study

Ahmad Q. Farah

Rasha M. Hattab

College of Law - University of Sharjah

Sharjah - U.A.E.

Abstract:

The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is the only arbitral tribunal specialized in the settlement of investment disputes between host countries and foreign investors from the private sector. However, arbitration under the supervision of the Center still raises significant legal problems in the area of rules that define its substantive jurisdiction. Article 25/1 of the Washington Convention establishing the Center requires that the dispute be submitted to the Center to be directly related to the concept of investment, but without defining it. Thus, the problem of the study is based on the absence of a specific concept of investment in the Washington Convention, which opened the way for the conflicts of judgment and the lack of homogeneity in the decisions rendered by the arbitral tribunals of the International Center. This has adversely affected the scope of the Center's competence and created a state of legal insecurity. The present study adopts the inductive and analytical approaches and analyzes the relevant awards rendered by the arbitral tribunals of the International Center to ascertain their consistency with the provision of Article 25/1 of the Washington Convention. It also assesses the approach of these tribunals and its compatibility with the objectives of this Convention.

Keywords: The Concept of Investment, Foreign Investment, Washington Convention, Vienna Convention on the Law of Treaties, International Center for Settlement of Investment Disputes, ICSID.